



รายงานการวิจัย

เรื่อง

การบูรณาการกฎหมายวัฒนธรรม เพื่อรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ประเทศสมาชิกเอเชียตะวันออกเฉียงใต้
: ศึกษากรณีสินค้าอาหารจังหวัดนครปฐม ประเทศไทย

Integration of cultural laws for balancing private commercial exploitation and public interest in intangible cultural heritage food products of the Member States of Southeast Asia: A case study of the food products in Nakhon Pathom Province, Thailand

โดย

รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีพฤทธิ ศิริศักดิ์บรรจง
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ (พิเศษ) พันตำรวจตรี ดร.ชูชีวรรณ ตมิศานนท์

การบูรณาการกฎหมายวัฒนธรรม เพื่อรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหา
ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหาร
มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ประเทศสมาชิกเอเชียตะวันออกเฉียงใต้
: ศึกษากรณีสินค้าอาหารจังหวัดนครปฐม ประเทศไทย

Integration of cultural laws for balancing private commercial exploitation and
public interest in intangible cultural heritage food products of the Member States
of Southeast Asia: A case study of the food products in Nakhon Pathom Province,
Thailand

โดย

รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีพฤทธิ์ ศิริศักดิ์บรรจง
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ (พิเศษ) พันตำรวจตรี ดร.ชูชีวรรณ ตมิศานนท์

- ชื่อหนังสือ** : รายงานการวิจัย เรื่อง การบูรณาการกฎหมายวัฒนธรรม
เพื่อรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชน
กับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้
ประเทศสมาชิกเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ : ศึกษากรณีสินค้าอาหารจังหวัด
นครปฐม ประเทศไทย
- ผู้รวบรวม** : รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีฤทธิ์ ศิริศักดิ์บรรจง และ
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ (พิเศษ) พันตำรวจตรี ดร.ชูชีวรรณ ตมิศานนท์
- พิมพ์ครั้งที่** : 1
- ปีที่พิมพ์** : สิงหาคม 2565
- จำนวนพิมพ์** : 30 เล่ม
- จำนวนหน้า** : 349 หน้า
- ผู้จัดพิมพ์** : รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีฤทธิ์ ศิริศักดิ์บรรจง
โทร.02-4570068 ต่อ 5365
- ราคา** : - บาท
- จัดจำหน่าย** : บัณฑิตวิทยาลัยสาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสยาม
โทร.02-4570068 ต่อ 5365

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของหอสมุดแห่งชาติ

ทวีฤทธิ์ ศิริศักดิ์บรรจง และผู้ช่วยศาสตราจารย์ (พิเศษ) พันตำรวจตรี ดร.ชูชีวรรณ ตมิศานนท์
รายงานการวิจัย เรื่อง การบูรณาการกฎหมายวัฒนธรรม เพื่อรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหา
ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่
จับต้องไม่ได้ประเทศสมาชิกเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ : ศึกษากรณีสินค้าอาหารจังหวัดนครปฐม
ประเทศไทย

กรุงเทพฯ : บัณฑิตวิทยาลัยสาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสยาม, 2565. 349 หน้า.

1. กฎหมายวัฒนธรรม -- ประเทศสมาชิกเอเชียตะวันออกเฉียงใต้. I. ชื่อเรื่อง.

ISBN 978-616-593-809-9

รูปเล่ม : ทวีฤทธิ์ ศิริศักดิ์บรรจง

พิมพ์ที่ : สถาบันวิศวกรรมพิมพ์ มหาวิทยาลัยสยาม โทร.02-4570068 ต่อ 5377

ชื่อโครงการ การบูรณาการกฎหมายวัฒนธรรม เพื่อรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ประเทศสมาชิกเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ : ศึกษากรณีสินค้าอาหารจังหวัดนครปฐม ประเทศไทย

ผู้วิจัย รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีฤทธิ์ ศิริศักดิ์บรรจง
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ พิเศษ) พันตำรวจตรี ดร.ชูชีวรรณ ตมิศานนท์

บทคัดย่อ

ประเทศสมาชิกประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หรืออาเซียนล้วนใช้กฎหมายวัฒนธรรมร่วมกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในการบริหารมรดกทางวัฒนธรรม และรับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของเอกชน โดยทุกประเทศใช้หลักการรวมอำนาจ เจ้าหน้าที่รัฐจึงมีหน้าที่สงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ขณะที่ผู้ถือครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีส่วนร่วมเสนอข้อคิดเห็น และเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งหมดนี้ก็เพราะกฎหมายวัฒนธรรมและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาตั้งอยู่บนแนวคิดสิทธิมนุษยชน ประเทศไทยจึงอาจใช้บทเรียนการใช้กฎหมายวัฒนธรรมร่วมกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เพื่อการบริหารและรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ พร้อมกับการปฏิบัติตามพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 และความตกลงทริปส์ ร่วมกับการใช้หลักความได้สัดส่วน เพื่อที่รัฐไม่จำกัดสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของเอกชนเกินความจำเป็นและกระทบต่อประโยชน์เอกชนน้อยที่สุด

คำสำคัญ : สิทธิทางวัฒนธรรม มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003

Research Title Integration of cultural laws for balancing private commercial exploitation and public interest in intangible cultural heritage food products of the Member States of Southeast Asia: A case study of the food products in Nakhon Pathom Province, Thailand.

Researchers Associate Professor Dr.Thaveephut Sirisakbunjong
Assist.Prof. Pol.Maj. Dr. Choocheewan Tamisanont

ABSTRACT

Country members of Southeast Asia or known as ASEAN use cultural laws in conjunction with intellectual property laws to manage cultural heritage and certify intellectual property rights of private sector. Every country uses the principle of centralization. Thus, State officers have duty to preserve intangible cultural heritage while intangible cultural heritage holders do not participate in giving their opinions and are intellectual property right holders because cultural laws and intellectual property laws are established on the basis of human rights conceptual framework. In this regard, Thailand may employ the lesson of using cultural laws in conjunction with intellectual property laws of the country members of Association of Southeast Asian Nations (ASEAN Member States) to manage and balance private commercial exploitation and public interest in intangible cultural heritage food products in combination with following the obligation of The 2003 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage and Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) in conjunction with the principle of proportionality so that the State will not limit cultural rights and intellectual property rights of private sector more than necessary and least affects the benefits of private sector.

Keywords : Cultural Rights, Intangible Cultural Heritage, Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2003.

กิตติกรรมประกาศ

งานวิจัยฉบับนี้สำเร็จเรียบร้อยได้ด้วยดี เพราะอุปการะคุณของผู้มีพระคุณทั้งหลาย ซึ่งผู้วิจัยขอกราบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ ดร.เจษฎ์ โทณวณิก ท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เสถียรภาพ นาหลวงที่ช่วยแนะนำและประเมินผลการวิจัยฉบับนี้ รวมทั้งครูบาอาจารย์อีกหลาย ท่าน ที่ประสิทธิประสาทความรู้และอบรมสั่งสอนผู้เขียนมาโดยตลอด ไม่ว่าจะศาสตราจารย์ ดร.จุมพต สายสุนทร ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. เขมภุมิ ภูมิถาวร และครูบาอาจารย์อีกหลายท่านที่มีได้เอยนามในที่นี้ ซึ่งทุกท่านให้คำแนะนำเพื่อการประพฤติปฏิบัติ ตลอดทั้งการวางตัวในการทำงานและดำรงตนในสังคม ซึ่งผู้วิจัยได้ถือครูบาอาจารย์เหล่านี้เป็นแบบอย่างที่ดีต่อการประพฤติปฏิบัติตัวและการทำงานเสมอมา และเป็นแรงคลใจในการทำงานวิจัยชิ้นนี้อันมีคุณค่าต่อผู้วิจัยจนงานวิจัยชิ้นนี้สำเร็จได้อย่างสมบูรณ์ ผู้วิจัยจึงขอกราบขอบพระคุณมา ณ ที่นี้

รองศาสตราจารย์ ดร.ทวิพฤทธิ์ ศิริศักดิ์บรรจง และคณะ

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(2)
กิตติกรรมประกาศ	(3)
สารบัญตาราง	(12)
สารบัญภาพ	(13)
รายการสัญลักษณ์และคำย่อ	(14)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 สมมติฐานการวิจัย	6
1.3 วัตถุประสงค์	7
1.4 วิธีการวิจัย	7
1.5 ขอบเขตการวิจัย	7
1.6 ประโยชน์ที่จะได้รับจากการศึกษา	8
1.7 คำนิยามศัพท์	9
บทที่ 2 ลักษณะทั่วไปสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในจังหวัดนครปฐม	11
สถานะตามกฎหมายวัฒนธรรมและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา	
2.1 ลักษณะทั่วไปของสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในจังหวัดนครปฐม	11
2.1.1 สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ผลผลิตของกลุ่มชาติพันธุ์ในจังหวัดนครปฐม	12

2.1.2	เอกลักษณ์สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ใน จังหวัดนครปฐม	19
2.1.2.1	เอกลักษณ์การใช้วัตถุบิในพื้นที่จังหวัดนครปฐม	19
2.1.2.2	เอกลักษณ์การเป็นผลผลิตจากภูมิปัญญาท้องถิ่นของ กลุ่มชาติพันธุ์	21
2.1.2.3	เอกลักษณ์การใช้ชื่อพื้นที่ทางวัฒนธรรมที่เชื่อมโยงกับ มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ประเภทอาหาร	24
2.1.3	ปัญหาการรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ควบคู่ กับการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	25
2.2	สถานะและการคุ้มครองการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสินค้าอาหาร มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา	29
2.2.1	สถานะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา	29
2.2.2	การคุ้มครองการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ใน สินค้าอาหารที่มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา	34
2.2.2.1	ปัจเจกชนผู้ทรงสิทธิในการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ในสินค้าอาหารที่มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	34
	(1) ปัจเจกชนผู้ทรงสิทธิตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522	34
	(2) ปัจเจกชนผู้ทรงสิทธิตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534	40
2.2.2.2	ชุมชนผู้ทรงสิทธิในการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546	46
2.2.2.3	ความสัมพันธ์ระหว่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 และ พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546	50
2.3	สถานะและประโยชน์สาธารณะในการส่งเสริม รักษาในสินค้าอาหารมรดกทาง วัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญา ทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559	54
2.3.1	สถานะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	54

2.3.2 ประโยชน์สาธารณะในการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรม ที่จับต้องไม่ได้ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทาง วัฒนธรรม พ.ศ.2559	60
2.3.2.1 ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียคือผู้ครอบครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและ ร่วมกับรัฐจัดการประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดก ทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	60
2.3.2.2 ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรมในสินค้าอาหาร มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	65
2.3.2.3 ชุมชนผู้รักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทาง วัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	70
2.3.3 ปัญหาการรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของ เอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรม ที่จับต้องไม่ได้	72
บทที่ 3 คำนิยามศัพท์ แนวคิดทฤษฎี สนธิสัญญาระหว่างประเทศและมาตรการ กฎหมายวัฒนธรรมประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้	76
3.1 คำนิยามศัพท์ที่เกี่ยวข้อง	76
3.1.1 คำนิยามศัพท์คำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้”	76
3.1.2 คำนิยามศัพท์คำว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น”	79
3.1.3 คำนิยามศัพท์คำว่า “งานสาธารณะ”	85
3.2 ความสัมพันธ์ระหว่างศัพท์ภูมิปัญญาท้องถิ่นกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรม ที่จับต้องไม่ได้ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายวัฒนธรรม	88
3.2.1 ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ งานสาธารณะตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา	88
3.2.2 ภูมิปัญญาท้องถิ่นในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็น สมบัติของมวลมนุษยชาติตามกฎหมายวัฒนธรรม	91
3.3 แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	94
3.3.1 แนวคิดสิทธิมนุษยชน	94
3.3.1.1 แนวคิดสิทธิมนุษยชนหลักการพื้นฐานสิทธิทางวัฒนธรรมของชุมชน	94
3.3.1.2 เนื้อหาสิทธิทางวัฒนธรรมในบริบทแนวคิดสิทธิมนุษยชน	101

3.3.2 ทฤษฎีการกำหนดใจด้วยตนเอง (self-determination theory)	105
เพื่อการส่งเสริม รักษาสิทธิอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	
3.3.2.1 ลักษณะทฤษฎีการกำหนดใจด้วยตนเองที่ใช้ในบริบท	105
สิทธิทางวัฒนธรรม	
3.3.2.2 การใช้ทฤษฎีกำหนดใจด้วยตนเองเพื่อรองรับสิทธิทางวัฒนธรรม	110
และเป็นไปตามหลักการวัฒนธรรมมีชีวิต	
3.3.3 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาส่วนเสริม	114
สิทธิทางวัฒนธรรมตามกฎหมายวัฒนธรรม	
3.3.3.1 ทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนของล๊อค	114
(Locke's theory of the private property rights)	
3.3.3.2 ทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของเฮเกิล	119
(Hegel's property rights theory)	
3.4 สนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่	123
จับต้องไม่ได้	
3.4.1 ความตกลงทริปส์ขององค์การการค้าโลก เพื่อคุ้มครองการแสวงหา	124
ประโยชน์เชิงพาณิชย์ของเอกชนในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรม	
ที่จับต้องไม่ได้	
3.4.1.1 ความเป็นมาและวัตถุประสงค์	124
3.4.1.2 ลักษณะและประเภทของทรัพย์สินทางปัญญา	128
3.4.1.3 การคุ้มครองการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ใน	132
สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	
3.4.2 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	135
ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโก เพื่อส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรม	
ที่จับต้องไม่ได้	
3.4.2.1 ความเป็นมาและวัตถุประสงค์	136
3.4.2.2 ลักษณะและประเภทของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	143
3.4.2.3 มาตรการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	148
ควบคู่กับการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชน	
(1) รัฐส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตาม	148
หลักการมีส่วนร่วมของชุมชน	

(2) การปรับใช้นโยบายทั่วไปของรัฐและการก่อตั้งองค์กร เพื่อจัดบริการสาธารณะด้านวัฒนธรรม	151
(3) การสนับสนุนให้เกิดการศึกษาในมรดกทางวัฒนธรรมที่ จับต้องไม่ได้	155
(4) การใช้มาตรการที่เหมาะสมทางกฎหมาย เทคนิค การจัดการ และการเงิน เพื่อส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	157
3.4.2.4 การใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาควบคู่กฎหมายวัฒนธรรม	159
3.4.2.5 การบังคับใช้	163
3.4.2.6 กองทุนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	166
3.5 มาตรการกฎหมายวัฒนธรรมเพื่อรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทาง วัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในกลุ่มประเทศ CLMV ประเทศมาเลเซียประเทศ สมาชิกสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้	168
3.5.1 พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ของประเทศ มาเลเซีย ซึ่งรัฐรับประกันสิทธิและรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหา ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	168
3.5.1.1 ข้อมูลพื้นฐาน	170
3.5.1.2 สถานะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	172
3.5.1.3 รัฐรับประกันสิทธิและรักษาสมดุลประโยชน์เชิงพาณิชย์ ควบคู่กับการส่งเสริมรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	176
(1) รัฐจัดการประโยชน์สาธารณะเพื่อการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามหลักการมีส่วนร่วม ของชุมชนผู้มีส่วนได้เสีย	176
(2) รัฐรับประกันสิทธิและรักษาสมดุลในมรดกทางวัฒนธรรม แห่งชาติ	180
3.5.2 กฎหมายวัฒนธรรมประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียง ใต้กลุ่มประเทศ CLMV ที่ปกครองในระบอบสังคมนิยม และคอมมิวนิสต์ โดยชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียเป็นผู้ทรงสิทธิและรักษาสมดุลในทรัพย์สิน ทางปัญญา	186

3.5.2.1 พระราชบัญญัติมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ.2003 ของประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม	186
(1) ข้อมูลพื้นฐาน	187
(2) สถานะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	191
(3) ชุมชนและปัจเจกชนผู้ทรงสิทธิและรักษาสมดุลระหว่างสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา	195
(4) รัฐตัวแทนชุมชนในประโยชน์สาธารณะ เพื่อส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	204
3.5.2.2 พระราชบัญญัติ Law on National Heritage ค.ศ.2005 ของประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว	214
(1) ข้อมูลพื้นฐาน	214
(2) สถานะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	215
(3) ชุมชนและปัจเจกชนผู้ทรงสิทธิและรักษาสมดุลระหว่างสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา	217
3.5.2.3 พระราชบัญญัติ Protection and Preservation of Cultural Heritage Regions Law ค.ศ.1998 ของประเทศสาธารณรัฐแห่งสหภาพพม่า	219
(1) ข้อมูลพื้นฐาน	219
(2) สถานะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	221
(3) ชุมชนและปัจเจกชนผู้ทรงสิทธิและรักษาสมดุลระหว่างสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา	223
3.5.3 พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1966 ของประเทศกัมพูชาสมาชิกกลุ่มประเทศ CLMV ที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย	225
3.5.3.1 ข้อมูลพื้นฐาน	225
3.5.3.2 สถานะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	230
3.5.3.3 ชุมชน ปัจเจกชนผู้ทรงสิทธิและรักษาสมดุลในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในการส่งเสริมรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	233
3.5.3.4 รัฐบาลบริหารงานบริการสาธารณะ เพื่อการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	236

บทที่ 4 บทวิเคราะห์มาตรการกฎหมายวัฒนธรรมที่เหมาะสม เพื่อรักษาสมดุลระหว่างการ แสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหาร มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	240
4.1 ความสัมพันธ์ระหว่างแนวคิดทฤษฎีสติธิในทรัพย์สินทางปัญญา กับแนวคิดสิทธิทางวัฒนธรรม	240
4.1.1 หลักการร่วมกันและความสัมพันธ์ของแนวคิดทฤษฎี สติธิในทรัพย์สินทางปัญญาและแนวคิดทฤษฎีสติธิทางวัฒนธรรม	240
4.1.2 ปัญหาข้อจำกัดการใช้แนวคิดทฤษฎีสติธิทรัพย์สินทางปัญญาของเอกชน ในกฎหมายวัฒนธรรมประเทศที่เลือกศึกษา	245
4.2 มาตรการกฎหมายวัฒนธรรมที่เหมาะสมกับประเทศไทย เพื่อการรักษาสมดุล ระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะ ในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	248
4.2.1 มาตรการกฎหมายวัฒนธรรมที่เหมาะสมกับประเทศไทย	249
4.2.2 ลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	253
4.2.3 พื้นที่ทางวัฒนธรรมตามกฎหมายวัฒนธรรม	256
4.2.4 การได้รับความคุ้มครองทับซ้อนกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา	258
4.3 ชุมชนผู้รักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับ ประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	261
4.3.1 ชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิและรักษาสมดุลสิทธิทางวัฒนธรรมและ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา	261
4.3.2 รัฐร่วมกับชุมชนจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้	266
4.3.3 ความสัมพันธ์สิทธิทางวัฒนธรรมกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา	269
บทที่ 5 สรุปผลการวิจัย อภิปรายผล และข้อเสนอแนะ	275
5.1 สรุปผลการวิจัย อภิปรายผล	275
5.2 ข้อเสนอแนะ	283
บรรณานุกรม	286

ภาคผนวก	300
ภาคผนวก ก อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003	301
ภาคผนวก ข AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS	317
ประวัติผู้เขียน	348

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
2.1 สินค้าเด่นของจังหวัดนครปฐม	20
2.2 เครื่องหมายที่ใช้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าโดยชุมชน	45
2.3 รายการสินค้าอาหารที่ขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของชาติ	56
3.1 รายการสิ่งป้งชี้ทางภูมิศาสตร์ในประเทศกัมพูชา	236
4.1 ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิทางวัฒนธรรม สิทธิในการกำหนดใจตนเอง และสิทธิมนุษยชน	244

สารบัญภาพ

ภาพที่	หน้า
3.1 รายได้การส่งออกสินค้าประเศมาเลเซีย	181
3.2 โครงสร้างมรดกแห่งชาติตามมาตรา 2 พระราชบัญญัติ Law on National Heritage ค.ศ.2005	216

รายการสัญลักษณ์และคำย่อ

สัญลักษณ์/คำย่อ	คำเต็ม/คำจำกัดความ
AHRD	ASEAN Human Rights Declaration
AIPO	African Intellectual Property Organization
ASEAN	Association of South East Asian Nations
CBD	Convention on Biological Diversity, 1992
กลุ่มประเทศ CLMV	Kingdom of Cambodia The Lao People's Democratic Republic The Republic of the Union of Myanmar Socialist. Republic of Vietnam
EFEO	Mission as the École Française d'Extrême-Orient
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966
ICH Convention	The Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, 2003
IGC	Intergovernmental Committee on Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore
ILO	International Labour Organization
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
LNH	National Park Service
NPS	Law on National Heritage, 2005
NSEDP	National Socio-Economic Development Plan 8 th
OIOS	Evaluation and Internal Audit by The Office of Internal Oversight Service

SDGs	Sustainable Development Goals
SMEs	Small and Medium Enterprises
TCEs	traditional cultural expressions
TK	Traditional Knowledge
<i>TK lato sensu</i>	<i>traditional knowledge lato sensu</i>
<i>TK stricto sensu</i>	<i>traditional knowledge stricto sensu</i>
TRIPs	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
WTO	World Trade Organization
UDHR	The Universal Declaration of Human Rights, 1948
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

ประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หรือที่เรียกว่าประชาคมอาเซียนที่ประกอบด้วยสมาชิก 10 ประเทศ ไม่ว่าจะเป็นกลุ่มประเทศ CLMV ที่ประกอบด้วยราชอาณาจักรกัมพูชา (Kingdom of Cambodia) สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว (The Lao People's Democratic Republic) สาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมาร์ (The Republic of the Union of Myanmar) สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม (Socialist. Republic of Vietnam) และประเทศมาเลเซีย เป็นต้น ประเทศเหล่านี้มีความมั่งคั่งและหลากหลายในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เนื่องจากสินค้าอาหารดังกล่าวมีความโดดเด่นในหลายๆ ด้าน ไม่ว่าจะเป็นรสชาติ สี สัน หรือการเป็นอาหารเพื่อสุขภาพ สินค้าอาหารเหล่านี้จึงถูกพัฒนามาเป็นสินทรัพย์สร้างสรรค์ (Creative Assets) และต่อยอดเป็นอุตสาหกรรมสร้างสรรค์ (Creative Industry) จนปัจจุบันสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ได้กลายเป็นแหล่งได้สำคัญในประเทศเหล่านี้รวมถึงประเทศไทย เช่น ประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ซึ่งปรากฏในรายงานสถานการณ์ภาพรวมสินค้าอาหารเดือนธันวาคม ค.ศ.2020 โดยสำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ กรุงเทพมหานคร ว่า ประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามมีรายได้จากการส่งออกสินค้าอาหารจำนวน 20,371 ล้านดอลลาร์สหรัฐ¹ หรือประเทศมาเลเซียที่จัดเทศกาล KL Food Truck Festival ในทุกๆ อาทิตย์แรกและอาทิตย์ที่สามทุกๆ เดือน ณ บริเวณจัตุรัส Merdaka กรุงกัวลาลัมเปอร์ เทศกาลนี้ได้สร้างรายได้ประมาณปีละ 442.2 ล้านบาท ซึ่งรัฐบาลมาเลเซียได้ใช้รายได้ดังกล่าวจำนวนร้อยละ 63 เป็นค่าใช้จ่ายในการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมในประเทศตน² หรือประเทศไทย ซึ่งรัฐได้จัดการท่องเที่ยวทางอาหารในชื่อ เทศกาลอาหารและของดีเมืองนครปฐม เพื่อจำหน่ายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้แก่นักท่องเที่ยวชาวไทยและชาวต่างชาติ เป็นต้น

¹ สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ กรุงเทพมหานคร, (๒๐๒๑), รายงานสถานการณ์ภาพรวมสินค้าอาหารในประเทศเวียดนาม. สืบค้นเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2563 จาก https://www.ditp.go.th/ditp_web61/article_sub_view.php?filename=contents_attach/690678/690678.pdf&title=690678&cate=414&d=0

² MGR Online, “รวบรวมเทศกาลที่น่าสนใจ!! ท่องเที่ยวมาเลย์ เฮ้ได้ทั้งปี”, สืบค้นเมื่อวันที่ 24 สิงหาคม 2563 จาก <https://mgronline.com/travel/detail/9590000012166>

ด้วยบทบาทความสำคัญของสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ข้างต้น องค์การการค้าโลก (World Trade Organization - WTO) และองค์การการศึกษา วิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization - UNESCO) จึงประกาศใช้ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า หรือที่นักวิชาการเรียกว่าความตกลงทริปส์ (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPs) และอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 (Convention for the Safeguarding of the Intangible cultural Heritage, 2003) ขึ้นตามลำดับ เพื่อรักษาสมาชิกระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยเอกชนที่อาจเป็นชุมชน กลุ่มบุคคล หรือปัจเจกชนเป็นผู้ทรงสิทธิ และรัฐภาคีสมาชิกต้องให้ชุมชนมีส่วนร่วม เพื่อการส่งเสริม รักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ภายใต้เจตนารมณ์คือการดำรงอยู่และคงไว้ซึ่งความหลากหลายของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของมนุษยชาติ

สำหรับประเทศไทยก็เป็นหนึ่งในรัฐภาคีสมาชิกสนธิสัญญาระหว่างประเทศทั้งสองฉบับข้างต้น ประเทศไทยจึงประกาศใช้กฎหมายเฉพาะ (*sui generis*) คือพระราชบัญญัติสงวนและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ขึ้นรองรับการปฏิบัติตามพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และใช้กฎหมายฉบับนี้ร่วมกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาหลายฉบับ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ กฎหมายเครื่องหมายการค้า เพื่อการสร้างความมั่งคั่ง มั่นคง ยั่งยืน และพัฒนาประเทศไปสู่ประเทศที่พัฒนาแล้วตามปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียงในยุทธศาสตร์ชาติ ระยะ 20 ปี (พ.ศ. 2560 – 2579) และแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2560– 2564) และประเทศไทยยังได้บูรณาการแผนปฏิบัติงานของตนเข้ากับแผนยุทธศาสตร์การท่องเที่ยวอาเซียน (พ.ศ. 2559 –2568) แผนการตลาดการท่องเที่ยวอนุภูมิภาคแม่น้ำโขง (พ.ศ. 2558– 2563) และกรอบความร่วมมือระหว่างประเทศอื่น ๆ เช่น CLMVT (กัมพูชา ลาว เมียนมา เวียดนาม ไทย) เป็นต้น³

อย่างไรก็ดี การที่สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นแหล่งรายได้ของประเทศไทยและประเทศที่เลือกศึกษา สภาพเช่นนี้กลับสร้างปัญหาใหม่ ก็คือการเสียสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ สืบเนื่องจากแรงจูงใจในผลตอบแทนทางเศรษฐกิจที่มีอิทธิพลสูงกว่าการตระหนักถึงคุณค่า การส่งเสริม รักษาในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ชุมชนที่เป็น

³ กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา, รายงานวิสัยทัศน์การท่องเที่ยวไทย พ.ศ. 2579, (กรุงเทพฯ : กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา, 2562), น.6.

ผู้มีส่วนได้เสีย (stakeholders) จึงปรับเปลี่ยนภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารดังกล่าว เพื่อตอบสนองความต้องการตลาดผู้บริโภค การบิดเบือนทางวัฒนธรรมอาหาร การแสวงหาประโยชน์ทางการค้าโดยไร้จิตสำนึกจึงเกิดขึ้นในหลายๆ พื้นที่ทางวัฒนธรรม เช่น ตลาดบางหลวง ร.ศ.122 ของเทศบาลตำบลบางหลวง จังหวัดนครปฐม ซึ่งดร.เทิดชาย ช่วยบำรุงได้นำเสนอไว้ในหนังสือภูมิปัญญาเพื่อการพัฒนาท้องถิ่นเชิงสร้างสรรค์ว่า ชุมชนตระหนักถึงคุณค่าทางวัฒนธรรมน้อยลง และมุ่งต่อการพัฒนาต่อยอดสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้⁴ เป็นต้น

นอกจากนี้ ชุมชนยังต้องเผชิญปัญหาความขัดแย้งกับผู้ประกอบการภายนอกชุมชน เมื่อผู้ประกอบการภายนอกชุมชนเข้ามาร่วมผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ปัญหาทั้งหมดนี้ล้วนเกินกว่ากำลังความสามารถของชุมชนในการแก้ไข เพราะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นงานสาธารณะ (public domain) ไม่มีกฎหมายฉบับใดให้ความคุ้มครองสาธารณชนจึงสามารถใช้และต่อยอดภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ผลิตสินค้าอาหารดังกล่าวได้ โดยไม่คำนึงถึงประเพณีวัฒนธรรม ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียจึงไม่อาจปกป้องสิทธิของตน จนสุดท้ายชุมชนก็ค่อยๆ สูญเสียอัตลักษณ์ทางวัฒนธรรม หรืออีกนัยหนึ่งคือการสูญเสียจุดขายในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้โดยปริยาย⁵

ด้านปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการวิจัย ผู้วิจัยพบว่า สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสินค้าที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายวัฒนธรรม ซึ่งรัฐได้ประกันสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแก่ปัจเจกชนไว้ในมาตรา 37 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และรัฐได้ประกันสิทธิทางวัฒนธรรมของปัจเจกชนและชุมชนไว้ในมาตรา 43 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ส่งผลให้ประเด็นการวิจัยเกี่ยวกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่อยู่ในบังคับกฎหมายที่สำคัญ 2 ฉบับ คือ

ฉบับที่ 1 พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546 เป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่สำคัญต่อการปกป้องผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ และก่อเกิดการรวมตัวผู้ผลิต

⁴ เทิดชาย ช่วยบำรุง, ภูมิปัญญาเพื่อการพัฒนาท้องถิ่นเชิงสร้างสรรค์, (กรุงเทพฯ : บริษัท เอ.พี. กราฟิค ดีไซน์และการพิมพ์ จำกัด, 2554), น. 90.

⁵ Nurulhuda Adabiah Mustafa and Nuraisyah Chua Abdullah, (2013), Preservation of Cultural Heritage In Malaysia: An Insight of The National Heritage Act 2005, Proceedings of International Conference on Tourism Development, February, 2013 University Teknologi Mara, Malaysia. Retrieved 20 May, 2020 from https://www.researchgate.net/publication/314216260_Preservation_Of_Cultural_Heritage_In_Malaysia_An_Insight_Of_The_National_Heritage_Act_2005

สินค้าในชุมชน เพื่อส่งเสริม รักษาไว้ซึ่งภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และรักษาคุณภาพ ชื่อเสียงสินค้าที่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์ของชุมชนผู้ผลิตสินค้า

นอกจากนี้ ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียยังใช้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 เพื่อการปกป้องสิทธิในตรา สัญลักษณ์ที่ใช้จำหน่ายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้ไม่มีกลไกการส่งเสริม รักษาภูมิปัญญาท้องถิ่น เพื่อชุมชนผู้มีส่วนเสียได้เสียร่วมกันส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ การวิจัยฉบับนี้จึงไม่ใช้กฎหมายเครื่องหมายการค้าในการวิเคราะห์ครั้งนี้

อนึ่ง แม้พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มีผลต่อการปกป้องประโยชน์ในเชิงพาณิชย์สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่แท้จริงกฎหมายทั้งสองฉบับไม่ปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับไม่ได้ ภูมิปัญญาท้องถิ่นยังคงเป็นงานสาธารณะ (public domain)⁶ หรือทรัพย์สินสาธารณะ ซึ่งสาธารณชนใช้ประโยชน์อย่างอิสระ ผลที่ตามมาคือ กฎหมายทั้งสองฉบับก่อให้เกิดการถกฉวยประโยชน์กับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยชาวต่างชาติก็สามารถได้รับสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และชาวต่างชาติดังกล่าวอาจใช้สิทธิตามกฎหมาย เพื่อระงับการใช้ การสืบทอดภูมิปัญญาท้องถิ่น ส่งผลให้ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียชาวไทยอาจเผชิญการถูกฟ้องร้องจากผู้ทรงสิทธิ และต้องระงับการผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เช่น ชาวในหนังสือพิมพ์เดลินิวส์ฉบับวันจันทร์ที่ 5 พฤศจิกายน พ.ศ.2555 ว่า Mr.John stephen mayor เซฟชื่อดังชาวอเมริกัน ผู้ได้รับสิทธิบัตรสูตรอาหารมากมายจากทั่วโลก Mr.John จะแจ้งยื่นขอจดสิทธิบัตรแกงเขียวหวานไก่⁷ เป็นต้น

⁶ ตาม Black s Law Dictionary ได้ให้คำนิยามคำว่า “งานสาธารณะ” (public domain) ไว้ว่า หมายถึงงาน 2 รูปแบบด้วยกัน

รูปแบบแรก ข้อมูลสามัญ อันได้แก่ข้อมูลพื้นฐานในรูปต่างๆ เช่น แนวคิด ตัวอักษร ตัวเลข สูตรทางคณิตศาสตร์ เป็นต้น ข้อมูลเหล่านี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เพราะข้อมูลพื้นฐานเหล่านี้เป็นสิ่งจำเป็นเพื่อการสร้างสรรค์ผลงานของมนุษย์ สาธารณชนจึงสามารถใช้ประโยชน์จากข้อมูลพื้นฐานเหล่านี้ได้

รูปแบบที่สอง งานที่หมดอายุความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งในอดีตเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาได้รับสิทธิผูกขาดทางเศรษฐกิจ เพื่อการทำซ้ำ เผยแพร่ หรือแสวงหาผลประโยชน์เพียงผู้เดียว แต่เมื่อผลงานสร้างสรรค์สิ้นอายุความคุ้มครองตามกฎหมาย งานสร้างสรรค์เหล่านี้ก็กลายเป็นงานสาธารณะ เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่มีสิทธิเรียกเก็บผลประโยชน์ใดๆ จากงานชิ้นนั้นอีกต่อไป และสาธารณชนสามารถใช้ประโยชน์จากงานสร้างสรรค์ได้ โดยสาธารณชนไม่ต้องเสียค่าตอบแทน

⁷ กฤษฎา ศุภรณะกุล, “ดร.เจษฎ์ โทณะวณิก ไขข้อข้องใจ สิทธิบัตรของแกงเขียวหวานไก่”, สืบค้นเมื่อวันที่ 2 เมษายน 2563 จาก <https://www.tcijthai.com/news/2012/13/archived/1112>

ฉบับที่ 2 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 กฎหมายฉบับนี้ตั้งอยู่บนแนวคิดที่ว่า มรดกทางวัฒนธรรมเป็นสมบัติของมวลมนุษยชาติ ไม่มีบุคคลหรือรัฐใดเป็นเจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ กฎหมายฉบับนี้จึงไม่มอบสิทธิในความเป็นเจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้แก่ผู้ใด แต่กฎหมายฉบับนี้ได้ก่อตั้งหน้าที่แก่รัฐ รัฐต้องร่วมกับชุมชนผู้มีส่วนได้เสียในการส่งเสริมและรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และถ่ายทอดทักษะ องค์ความรู้แก่เยาวชนรุ่นต่อไป เพื่อที่โลกยังคงไว้ซึ่งความหลากหลายทางวัฒนธรรม ตามหลักการวัฒนธรรมมีชีวิต (cultural of life)

จากปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายข้างต้น ผู้วิจัยจึงทำการศึกษาเรื่อง “การบูรณาการกฎหมายวัฒนธรรม เพื่อรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ประเทศสมาชิกเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ : ศึกษากรณีสินค้าอาหารจังหวัดนครปฐม ประเทศไทย” เพื่อการวิเคราะห์เปรียบเทียบการใช้กฎหมายวัฒนธรรมร่วมกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง 5 ประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ได้แก่ กลุ่มประเทศ CLMV ประเทศมาเลเซีย ร่วมกับการวิเคราะห์ตัวอย่างสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ 2 รายการในจังหวัดนครปฐม คือข้าวหอมแดง และขนมเปียะบางเลน ภายใต้ปัญหาร่วม คือทุกประเทศกำลังเผชิญปัญหาว่า ชุมชนควรเป็นผู้รักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ควบคู่กับการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และรัฐควรเข้าแทรกแซงกิจกรรมดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งผู้วิจัยได้นำเสนอใน 4 ประเด็น ได้แก่

ประเด็นการศึกษาที่ 1 ความสัมพันธ์ระหว่างแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ควบคู่กับการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยเฉพาะแนวคิดทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของจอห์น ล็อค และแนวคิดสิทธิทางวัฒนธรรม ซึ่งแนวคิดทฤษฎีเหล่านี้มีผลต่อการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชน และรัฐมีอำนาจส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ประเด็นการศึกษาที่ 2 ลักษณะชุมชนผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และกฎหมายวัฒนธรรม ชุมชนดังกล่าวจึงเป็นผู้นำที่อนุรักษ์ ฟื้นฟู หรือส่งเสริมภูมิปัญญา ศิลปะ วัฒนธรรมที่เกี่ยวกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รวมถึงการกำหนดชะตากรรมในการรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพื่อเป็นไปตามการประกันสิทธิของชุมชนตามมาตรา 43 (1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และเป็นผู้ทรงสิทธิตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ของประเทศไทย

ประเด็นการศึกษาที่ 3 การวิเคราะห์ความสัมพันธ์สิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ในฐานะที่สิทธิทั้งสองเป็นสิทธิมนุษยชน ซึ่งมนุษย์เท่านั้นที่ผู้ทรงสิทธิ และสิทธิทั้งสองเป็นสิทธิตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ การโอนสิทธิแก่รัฐ ภายใต้เงื่อนไขเพื่อประโยชน์สาธารณะ กรณีเช่นนี้ย่อมไม่เป็นไปตามพันธกรณีสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง และอาจไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงในการวิจัยว่า ชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิและใช้ประโยชน์จากสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไม่ใช่รัฐ รวมทั้งเป็นผู้รักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยผู้วิจัยใช้วิธีวิจัยกฎหมายเปรียบเทียบจากประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศ CLMV และประเทศมาเลเซีย ซึ่งประเทศเหล่านี้เป็นเพื่อนบ้านและมีการแลกเปลี่ยนวัฒนธรรมอาหารกับประเทศไทยอย่างยาวนาน

ประเด็นการศึกษาที่ 4 การสังเคราะห์องค์ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายวัฒนธรรมที่เหมาะสม เพื่อจัดทำข้อเสนอแนะในการพิจารณารูปแบบและแก้ไขพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 โดยใช้ผลการวิเคราะห์เปรียบเทียบการใช้กฎหมายวัฒนธรรมร่วมกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (ประเด็นการศึกษาที่ 3) และสังเคราะห์รูปแบบและกฎหมายที่เหมาะสมต่อประเทศไทย ซึ่งผลการวิจัยนี้มีผลต่อการแก้ไขชื่อกฎหมาย คำนियามศัพท์มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม ศัพท์ชุมชน และการเพิ่มรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิทางวัฒนธรรมโดยชุมชน เพื่อให้สินค้ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ยังดำรงอยู่ และคงไว้ซึ่งความหลากหลายของประเทศไทย และเป็นไปตามหลักการมีส่วนร่วมของปัจเจกชน กลุ่มบุคคล ชุมชน ในฐานะที่บุคคลเหล่านี้เป็นผู้ทรงสิทธิชุมชนตามมาตรา 43 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

เบื้องต้นผู้วิจัยพบว่า ไม่มีผู้ใดวิจัยเกี่ยวกับการบูรณาการกฎหมายวัฒนธรรม เพื่อรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ประเทศสมาชิกเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ : ศึกษากรณีสินค้าอาหารจังหวัดนครปฐม ประเทศไทย งานวิจัยฉบับนี้จึงเป็นการแสวงหาคำตอบ และเสนอแนวทางแก้ไขพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559

1.2 สมมุติฐานการวิจัย

กฎหมายวัฒนธรรมของประเทศไทยปราศจากกลไกรับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา รายละเอียดแห่งสิทธิชุมชน และรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ กฎหมายวัฒนธรรมฉบับนี้จึงควรแก้ไข โดยการนำแนวการปฏิบัติตามพันธกรณีสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ร่วมกับ

การรองรับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 รวมทั้งเรียนรู้และใช้ประสบการณ์การใช้กฎหมายเปรียบเทียบจากประเทศสมาชิกสมาคมเอเชียตะวันออกเฉียงใต้

1.3 วัตถุประสงค์การศึกษา

1 เพื่อศึกษาพัฒนาการและการใช้กฎหมายวัฒนธรรมร่วมกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ จังหวัดนครปฐม ประเทศไทย

2 เพื่อศึกษากฎหมายวัฒนธรรมและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้ในการปกป้องสิทธิในการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชน และรัฐมีอำนาจส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ และประเทศที่เลือกศึกษา

3 เพื่อวิเคราะห์กฎหมายวัฒนธรรมที่ใช้รักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยชุมชนผู้มีส่วนได้เสียเป็นผู้ทรงสิทธิและการรักษาสมดุล ภายใต้สิทธิกำหนดใจตนเองตามแนวคิดสิทธิมนุษยชน หลักการมีส่วนร่วมของปัจเจกชน กลุ่มบุคคล ชุมชน ตามกฎหมายวัฒนธรรมของกลุ่มประเทศที่เลือกศึกษาและประเทศไทย

4 เพื่อจัดทำข้อเสนอแนะเชิงนโยบายทางกฎหมายในรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งรัฐบาลและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องสามารถนำไปใช้ประโยชน์ในการออกกฎหมายและปรับปรุงแก้ไขกฎหมายมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ต่อไป

1.4 วิธีการวิจัย

การดำเนินการวิจัยจะใช้วิธีการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลแบบการศึกษาเชิงเอกสาร ไม้ว่าจากตัวบทกฎหมาย สนธิสัญญาระหว่างประเทศ รายงานการศึกษา เอกสารประกอบการประชุมสัมมนาทางวิชาการ รวมถึงบทความและบทวิจารณ์ต่างๆ ของประเทศไทยและต่างประเทศ

1.5 ขอบเขตการศึกษา

การวิจัยจะศึกษาการใช้กฎหมายวัฒนธรรม เพื่อรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ และการใช้กฎหมายวัฒนธรรมของประเทศสมาชิกเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยจำกัดเฉพาะกลุ่มประเทศ CLMV ประเทศมาเลเซีย และประเทศไทย ดังนี้

1 การวิจัยฉบับนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยผู้ศึกษาอาศัยการวิเคราะห์ข้อมูลเอกสารทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศที่เกี่ยวข้องทั้งด้านนิติศาสตร์ และข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสินค้า

อาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยเฉพาะตัวอย่างสินค้าข้าวหมูแดงนครปฐม ขนมเป็ญะบางเลนในจังหวัดนครปฐม

2 ส่วนการศึกษาวิเคราะห์สนธิสัญญาระหว่างประเทศ การวิจัยฉบับนี้จำกัดขอบเขตไว้เพียงสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่เกี่ยวกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ คือกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ.1966 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 และความตกลงทริปส์ขององค์การการค้าโลก

3 การวิเคราะห์กฎหมายวัฒนธรรมของประเทศสมาชิกสมาคมเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยจำกัดเฉพาะประเทศสมาชิกที่เป็นเพื่อนบ้านของประเทศไทย คือกลุ่มประเทศ CLMV และประเทศมาเลเซีย ซึ่งงานวิจัยฉบับนี้แบ่งประเทศที่เลือกศึกษาออกเป็น 3 กลุ่ม คือ

กลุ่มแรก ประเทศที่ใช้กฎหมายวัฒนธรรม โดยรัฐรับโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

กลุ่มที่สอง ประเทศที่ใช้กฎหมายวัฒนธรรม โดยชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิทางวัฒนธรรม และชุมชนยังรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

กลุ่มสุดท้าย ประเทศที่ใช้กฎหมายวัฒนธรรม แต่กฎหมายวัฒนธรรมไม่มีมาตราใดรับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของเอกชน แต่ชุมชนยังคงเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิทางวัฒนธรรม รวมทั้งรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ควบคู่กับการส่งเสริมรักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

4. การวิเคราะห์กฎหมายวัฒนธรรม ผู้วิจัยได้วิจัยตามแนวคิดสิทธิมนุษยชน ทฤษฎีสิทธิในการกำหนดใจตนเอง และทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชน เพื่อการแสวงหากฎหมายวัฒนธรรมที่เหมาะสมกับประเทศไทย โดยกฎหมายดังกล่าวต้องสอดคล้องกับพันธกรณีสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง และเป็นผลจากการเรียนรู้ประสบการณ์ใช้กฎหมายวัฒนธรรมของกลุ่มประเทศ CLMV และประเทศมาเลเซีย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1 ทราบถึงพัฒนาการและการใช้กฎหมายวัฒนธรรมร่วมกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญากับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ จังหวัดนครปฐม ประเทศไทย

2 ทราบถึงกลไกกฎหมายวัฒนธรรมและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้ในการปกป้องสิทธิในการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชน และรัฐมีอำนาจส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ และประเทศที่เลือกศึกษา

3 ทราบถึงผลการวิเคราะห์กฎหมายวัฒนธรรมที่ใช้รักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยชุมชนผู้มีส่วนได้เสียเป็นผู้ทรงสิทธิและการรักษาสมดุล ภายใต้สิทธิกำหนดใจตนเองตามแนวคิดสิทธิมนุษยชน หลักการมีส่วนร่วมของปัจเจกชน กลุ่มบุคคล ชุมชน ตามกฎหมายวัฒนธรรมของกลุ่มประเทศที่เลือกศึกษาและประเทศไทย

4 ทราบถึงการจัดทำข้อเสนอแนะเชิงนโยบายทางกฎหมายในรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งรัฐบาลและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องสามารถนำไปใช้ประโยชน์ในการออกกฎหมายและปรับปรุงแก้ไขกฎหมายมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ต่อไป

1.7 คำนิยามศัพท์

สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หมายถึงสินค้าอาหารที่เกิดขึ้นจากภูมิปัญญาท้องถิ่น ความรู้ การแสดงออก การประเพณี ภูมิปัญญา หรือทักษะทางวัฒนธรรมของชุมชน ซึ่งสมาชิกชุมชนยอมรับและรู้สึกเป็นเจ้าของร่วมกัน และมีการสืบทอดกันมาจากคนรุ่นหนึ่งไปยังคนอีกรุ่นหนึ่งโดยสูตรอาหารอาจถูกปรับเปลี่ยน เพื่อตอบสนองต่อสภาพแวดล้อมของชุมชน

ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย หมายถึงปัจเจกชน กลุ่มบุคคลกลุ่มเดียวหรือกลุ่มที่ได้ครอบครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ความรู้ และมีการสืบทอด ประเพณี ภูมิปัญญา หรือมีส่วนในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ณ พื้นที่ทางวัฒนธรรมแห่งหนึ่ง

การท่องเที่ยวเชิงอาหาร (Gastronomic Tourism) หมายถึงรูปแบบกิจกรรมการท่องเที่ยวแบบการเยี่ยมชมและชิมอาหาร เข้าเรียนทำอาหารรับประทานอาหารแบบท้องถิ่น และการซื้อทัวร์ท่องเที่ยวเกี่ยวกับอาหาร การท่องเที่ยวในแหล่งท่องเที่ยววัฒนธรรม หรือชมงานประเพณีต่างๆ ที่ชุมชนท้องถิ่นนั้น จัดขึ้นเพื่อให้ได้รับความสนุกสนาน เพลิดเพลิน พร้อมทั้งได้ศึกษาความเชื่อ ความเข้าใจต่อสภาพสังคมและวัฒนธรรม⁸

⁸ พรรณี สนวนเพลง, “การท่องเที่ยวเชิงอาหาร”, รายงานภาวะเศรษฐกิจท่องเที่ยว, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2563 จาก https://asean.psu.ac.th/Data/tourism/topic/17/Gastronomy_Tourism_TH2559.pdf.

จังหวัดนครปฐม หมายถึงที่ตั้งชุมชนชาวนครปฐมที่มีความหลากหลายทางชาติพันธุ์ และตั้งอยู่บริเวณภาคกลางตอนล่าง และเป็นแหล่งผลิต รวมทั้งจำหน่ายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้วัตถุแห่งการวิจัยข้าวหมูแดง ขนมเปี๊ยะบางเลน

กลุ่มประเทศ CLMV หมายถึงประเทศที่เป็นสมาชิกสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ 4 ประเทศ คือประเทศกัมพูชา ประเทศเวียดนาม ประเทศพม่า และประเทศกัมพูชา ซึ่งทั้งสี่ประเทศเป็นเพื่อนบ้านและมีการแลกเปลี่ยนวัฒนธรรมอาหารกับชาวไทยอย่างยาวนาน

อุตสาหกรรมสร้างสรรค์ หมายถึงกระบวนการหรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่ใช้พื้นฐานของสินทรัพย์ทางวัฒนธรรม (Cultural Asset - Based) ร่วมกับความคิดสร้างสรรค์ (Creativity) นวัตกรรม (Innovation) หรือเทคโนโลยี ในการสร้างสรรค์สินค้าและบริการที่สามารถสร้างมูลค่าเพิ่มในเชิงพาณิชย์ (Commercialization) หรือคุณค่าเพิ่มทางสังคมอุตสาหกรรมสร้างสรรค์ของประเทศไทย⁹

⁹ กระทรวงอุตสาหกรรม, "แนวคิดของอุตสาหกรรมสร้างสรรค์", สืบค้นเมื่อวันที่ 14 พฤศจิกายน 2562 จาก <https://www.facebook.com/industryprmoi/posts/816807855121488/>.

บทที่ 2

ลักษณะทั่วไปสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในจังหวัดนครปฐม สถานะตามกฎหมายวัฒนธรรมและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

จังหวัดนครปฐมเป็นจังหวัดที่มีอุตสาหกรรมสร้างสรรค์ โดยชุมชนต่อยอดจากประเพณี วัฒนธรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านอาหาร และจังหวัดนครปฐมยังมีความมั่งคั่งในทรัพยากรการท่องเที่ยวประเภทมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ เช่น วัด วัง ชุมชน เป็นต้น ประการสำคัญจังหวัดนครปฐมยังเป็นแหล่งผลิตวัตถุดิบทางการเกษตร ปศุสัตว์ ซึ่งวัตถุดิบเหล่านี้เป็นส่วนประกอบสำคัญในการผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นข้าวหมูแดง ขนมเปี๊ยะบางเลน ชุมชนชาวนครปฐมจึงนับเป็นแหล่งผลิตและจำหน่ายสินค้าอาหารที่มีความหลากหลาย ทั้งนี้ตามแต่กลุ่มชาติพันธุ์ในชุมชนชาวนครปฐมได้สร้างสรรค์ และทำให้จังหวัดนครปฐมมีจุดเด่นการท่องเที่ยวเชิงอาหาร ซึ่งนักท่องเที่ยวให้ความนิยมอย่างแพร่หลาย เนื้อหาส่วนนี้จึงมุ่งเน้นสร้างความเข้าใจลักษณะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในจังหวัดนครปฐม และสถานะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายวัฒนธรรมตามลำดับ

2.1 ลักษณะทั่วไปของสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในจังหวัดนครปฐม

ภายใต้วิสัยทัศน์จังหวัดนครปฐมที่ว่า “เป็นแหล่งผลิตสินค้าเกษตร อุตสาหกรรมที่ปลอดภัยได้มาตรฐานสากล การท่องเที่ยวเชิงประวัติศาสตร์ วัฒนธรรม และประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดี” จังหวัดนครปฐมจึงกำหนดยุทธศาสตร์ไว้ 3 ข้อ¹ โดยในยุทธศาสตร์ข้อ 2 มุ่งเน้นการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันด้านท่องเที่ยวเชิงประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมของจังหวัด เพื่อจังหวัดนครปฐมเป็นแหล่งท่องเที่ยวเชิงวัฒนธรรมในระดับต้นของประเทศ ส่งผลให้นับตั้งแต่พ.ศ.2560 จังหวัดนครปฐมจึงมีอุตสาหกรรมสร้างสรรค์การท่องเที่ยวเชิงอาหาร และการจำหน่ายสินค้าอาหาร

¹ ยุทธศาสตร์ 3 ข้อจังหวัดนครปฐม มีดังนี้

1. การพัฒนาคุณภาพ การเสริมสร้างความปลอดภัย และยกระดับมาตรฐานในการผลิต การตลาดและการส่งออกสินค้าเกษตรและอุตสาหกรรม
2. การเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันด้านท่องเที่ยวเชิงประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมให้อยู่ในระดับต้นของประเทศ
3. การพัฒนาคุณภาพชีวิตประชาชน การเสริมสร้างความมั่นคงและสังคมคุณภาพอย่างยั่งยืน

มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งชุมชนชาวนครปฐมคือผู้ผลิต โดยสินค้าดังกล่าวมีทั้งสินค้าที่เลียนแบบภูมิปัญญาท้องถิ่นของบรรพบุรุษ และสินค้าอาหารที่ต่อยอดจากภูมิปัญญาท้องถิ่นของบรรพบุรุษ รวมทั้งจังหวัดนครปฐมยังส่งเสริมการท่องเที่ยวเชิงอาหาร ในชื่อ “เทศกาลอาหารและของดีนครปฐม” สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงแหล่งรายได้ของชุมชนและมีข้อมูลที่น่าสนใจต่อไปนี้

2.1.1 สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ผลผลิตของกลุ่มชาติพันธุ์ในจังหวัดนครปฐม

สำหรับจังหวัดนครปฐม สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้คือผลผลิตของกลุ่มชาติพันธุ์ต่างๆ ในจังหวัดนครปฐม สืบเนื่องจากจังหวัดนครปฐมเป็นสังคมพหุวัฒนธรรมที่ประกอบด้วย 5 กลุ่มชาติพันธุ์ คือชาวจีน ชาวมอญ ชาวแขก ชาวเขมร และชาวลาว ประชากรทั้งห้าอาศัยร่วมกับชาวไทยและแลกเปลี่ยนวัฒนธรรมอาหารอย่างต่อเนื่อง สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงมีการพัฒนาต่อยอดอยู่ตลอดเวลา ปัจจุบันสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงมีลักษณะสำคัญ ดังนี้

1) สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นผลผลิตจากภูมิปัญญาท้องถิ่นของบรรพบุรุษกลุ่มชาติพันธุ์ทั้งห้าในจังหวัดนครปฐม โดยกลุ่มชาติพันธุ์ชาวจีนเป็นกลุ่มที่มีความสำคัญ เพราะชุมชนชาวจีนเป็นทั้งผู้ผลิตและผู้จำหน่ายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งชุมชนชาวจีนเริ่มค้าขายสินค้าอาหารครั้งแรกในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธเลิศหล้านภาลัย รัชกาลที่ 2 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ ด้วยการเข้าตั้งชุมชนและแลกเปลี่ยนวัฒนธรรมอาหารกับชุมชนชาวไทย ชุมชนชาวมอญ ชาวแขก ชาวเขมร และชาวลาว โดยชาวจีนสมรสและการค้าขายกับชาวไทย และหญิงชาวไทยที่แต่งงานกับชาวจีนก็ได้รับการถ่ายทอดสูตรอาหาร และวัฒนธรรมอาหารชาวจีน พร้อมๆ กับหญิงชาวไทยก็นำภูมิปัญญาท้องถิ่นอาหารของตนมาผสมผสานกับสูตรอาหารชาวจีน ส่งผลให้สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เริ่มเกิดขึ้น เช่น ข้าวหมูแดง ข้าวขาหมู เป็ดพะโล้ ขนมเปี๊ยะแบบชาวจีนแต่มีไส้และรสชาติแบบไทย เป็นต้น²

2) สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสินค้าที่มีเรื่องราว หรือเรื่องเล่าประกอบกับตัวสินค้าอาหารดังกล่าว (Storytelling) เพราะชาวนครปฐมใช้สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งในประเพณี วัฒนธรรม ซึ่งลูกหลานได้รับการเรียนรู้ถ่ายทอด ส่งต่ออย่างต่อเนื่อง นมนาม สม่าเสมอ จากคนรุ่นหนึ่งมาสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง สินค้าอาหาร

² ศูนย์วัฒนธรรมอำเภอเมืองนครปฐม, "ชาติพันธุ์ใน จ.นครปฐม", สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ.

มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงอาหารคู่วิถีชีวิตชุมชน เช่น ข้าวหมูแดงที่มีเรื่องเล่าตั้งแต่ที่
เกิดขึ้น จวบจนถึงการพัฒนาต่อยอดมาสู่การเป็นข้าวหมูแดงในปัจจุบัน เป็นต้น

3) จังหวัดนครปฐม สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีทั้งสินค้าที่
ลอกเลียนแบบบรรพบุรุษ และสินค้าที่ต่อยอดจากภูมิปัญญาของบรรพบุรุษ ซึ่งทั้งหมดนี้เป็นผลจาก
การแลกเปลี่ยนทางวัฒนธรรมอาหาร และความพยายามส่งเสริม รักษาภูมิปัญญาของบรรพบุรุษ
ไม่ให้สูญหายไป ซึ่งสภาพเช่นนี้เกิดขึ้นควบคู่กันตลอดเวลา

4) การสืบทอดภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับ
ต้องไม่ได้ ชุมชนชาวนครปฐมถ่ายทอดแก่สมาชิกในครอบครัว ซึ่งสภาพเช่นนี้พบได้จากสินค้าอาหาร
ดังกล่าวหลายรายการ เช่น ข้าวหมูแดงนครปฐมและขนมเปี๊ยะบางเลน ดังปรากฏว่า ผู้ผลิตคือ
ทายาทรุ่นต่อๆ มาในครอบครัวของชาวนครปฐม

5) ไม่มีผู้ใดผูกขาดสิทธิในความเป็นเจ้าของสินค้ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้อง
ไม่ได้ และสมาชิกในชุมชนหรือสาธารณชนเป็นผู้มีบทบาทสำคัญต่อการคงอยู่ของสินค้าดังกล่าว
โดยเฉพาะให้ความการสนับสนุน ด้วยการซื้อสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และ
บางครั้งสาธารณชนก็อาจเป็นผู้สืบทอดสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ดังเช่น
กรณีศึกษาขนมเปี๊ยะบางเลน ซึ่งผู้วิจัยนำเสนอรายละเอียดต่อไป

6) สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีความเชื่อมโยงกับพื้นที่ทาง
วัฒนธรรม (cultural space) ไม่ว่าจะพื้นที่ตลาด วัด แม่น้ำ หรืออำเภอ หรือจังหวัด ซึ่งพื้นที่เหล่านี้
ล้วนเป็นพื้นที่ตั้งของชุมชน (community) โดยขนาดพื้นที่ชุมชนยากที่ระบุได้อย่างชัดเจน เพราะ
พื้นที่ดังกล่าวอาจขยายหรือลดขนาดได้ตลอดเวลา ผลลัพธ์คือค่านิยมชุมชนจึงไม่มีการระบุเกี่ยวกับ
พื้นที่ทางวัฒนธรรมไว้ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทาง
วัฒนธรรม พ.ศ.2559³

นอกจากนี้ พื้นที่ทางวัฒนธรรมชาวนครปฐมไม่เชื่อมโยงกับคุณภาพของวัตถุดิบ
ที่มีเฉพาะในจังหวัดนครปฐม และพื้นที่ทางวัฒนธรรมจังหวัดนครปฐม ไม่ว่าจะตลาด วัด พื้นที่เหล่านี้
เป็นที่อยู่อาศัยและสถานที่จำหน่ายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ พื้นที่ทาง
วัฒนธรรมจึงเป็นเพียงพื้นที่ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งชุมชนได้ใช้
ภูมิปัญญาท้องถิ่นในการผลิตสินค้าอาหารดังกล่าว

³ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559

“ชุมชน” หมายความว่า กลุ่มคนกลุ่มเดียวหรือหลายกลุ่ม ที่มีความรู้ มีการประพฤติปฏิบัติสืบทอด
หรือมีส่วนร่วมในมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมนั้น

หากพิจารณาประเด็นการรับรู้ของผู้บริโภค เพื่อการเลือกซื้อสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในจังหวัดนครปฐม ผู้วิจัยพบว่า ผู้บริโภครับรู้ถึงคุณภาพ ชื่อเสียงสินค้าอาหารดังกล่าวใน 2 รูปแบบ ดังนี้

1) การท่องเที่ยวในรูปแบบงานเทศกาลประจำปี คือ “เทศกาลอาหารผลไม้ ของดินนครปฐม” ซึ่งส่วนราชการร่วมมือกับชุมชนชาวนครปฐมสร้างอุตสาหกรรมสร้างสรรค์ เพื่อชุมชนชาวนครปฐมจำหน่ายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ผ่านการเล่าเรื่องทางวัฒนธรรม ไม่ว่าจะเป็นการรับประทานอาหารในรูปโต๊ะจีน การเลือกซื้อสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่มีชื่อเสียงของชุมชน เช่น เป็ดพะโล้ ข้าวหมูแดง ขนมเปี๊ยะ เป็นต้น โดยเทศกาลนี้ได้อาศัยการเล่าเรื่องราวผ่านประเพณีตรุษจีน หรือที่คนทั่วไปเรียกว่า งานปีใหม่ของชาวจีน เทศกาลนี้จึงมักถูกจัดประมาณเดือนมกราคม ถึงต้นเดือนกุมภาพันธ์ของทุกปี ณ บริเวณองค์พระปฐมเจดีย์ โดยวัตถุประสงค์ของงานเทศกาลดังกล่าว คือการกระตุ้นเศรษฐกิจ การจำหน่ายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่มีชื่อเสียงของจังหวัด การส่งเสริมการท่องเที่ยว การประชาสัมพันธ์สินค้าและผลผลิตทางการเกษตร และการเผยแพร่วัฒนธรรมโดยแฝงวัฒนธรรมอาหาร และสถานที่ท่องเที่ยว (Soft Power) เพื่อให้พบกับสมญานามว่า นครปฐมเป็นครัวระดับโลกและให้เป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลาย⁴

ส่วนรายละเอียดของเทศกาลอาหารผลไม้ ของดินนครปฐม เทศกาลนี้นับเป็นอุตสาหกรรมสร้างสรรค์ที่เกี่ยวกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ชุมชนนครปฐมได้ใช้เทศกาลนี้ เพื่อการจำหน่ายสินค้าอาหารดังกล่าวในรูปศูนย์อาหาร และโต๊ะจีน ทำให้ผู้บริโภคและนักท่องเที่ยวได้เรียนรู้ประสบการณ์และรสชาติทางอาหารจีนตามประเพณี โดยผู้ประกอบการโต๊ะจีนที่ขึ้นทะเบียนกับทางราชการเป็นผู้จำหน่ายสินค้าอาหารดังกล่าว เช่น โต๊ะจีนจากพรชัยโภชนา เจ้าเก่าฝีมือเยี่ยมที่โด่งดังไปถึงต่างประเทศ กับเมนูปลาลอนรึนึ่งซีอิ๊ว เป้าฮื้อเจียนน้ำแดง ขาหมูเยอรมัน ที่นำมาให้ลองลิ้มชิมกันในราคาสุดพิเศษ ทั้งนี้ผู้บริโภคและนักท่องเที่ยวทุกคนยังมีสิทธิร่วมเสียงโศกคร่ำอึ้งไปตามประเพณีตรุษจีนของชุมชนชาวจีน เพียงแค่ใช้เงินร่วมรับประทานโต๊ะจีนจำนวน โต๊ะละ 1,099 บาท หรือผู้บริโภคและนักท่องเที่ยวจะแวะชิมรสชาติผลไม้ชิ้นชื่อของนครปฐมเพียงอิมละ 20 บาท ที่ศูนย์ชิมผลไม้บริเวณกองอำนวยการองค์พระปฐมเจดีย์ เป็นต้น⁵

2) การเลือกซื้อสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตลอดทั้งปี โดยผู้บริโภคสามารถเลือกซื้อสินค้าดังกล่าวได้ตามแต่ความสะดวกและตลอดเวลา โดยเฉพาะการเลือก

⁴ ศูนย์วัฒนธรรมอำเภอเมืองนครปฐม, *อ้าวแล้ว เชิงอรไรที่ 4*.

⁵ องค์การบริหารส่วนจังหวัดนครปฐม, “งานเทศกาลอาหารและผลไม้ (Food and fruit Festival)”, สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2562 จาก <https://www.nkppao.go.th/content-17-248.html>.

สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จากตลาด ซึ่งจังหวัดนครปฐมนับว่ามีตลาดเป็นแหล่งท่องเที่ยวเชิงอาหารของกลุ่มชาติพันธุ์จำนวนมาก และสำนักงานวัฒนธรรมจังหวัดนครปฐมยังได้ประชาสัมพันธ์กิจกรรมการท่องเที่ยวเชิงอาหารตลอดทั้งปี ผู้บริโภคจึงสามารถศึกษาเส้นทางเดินทางและเลือกสินค้าอาหารได้จากหนังสือเส้นทางท่องเที่ยวเชิงวัฒนธรรมวิถีชีวิตชุมชนกลุ่มชาติพันธุ์ไทยทรงดำ ลาวครั่ง ไทย/จีน นครปฐม แก่นักท่องเที่ยว โดยหนังสือเล่มนี้ให้ข้อมูลเส้นทางท่องเที่ยวเชิงวัฒนธรรมอาหารผ่านตลาดบางหลวง ร.ศ.112 และนอกจากแหล่งท่องเที่ยวดังกล่าว ผู้บริโภคยังนิยมเลือกซื้อสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในตลาดอื่นๆ เช่น ตลาดน้ำวัดดอนหวาย ตลาดวัดไร่ขิง เป็นต้น

อนึ่ง ผู้วิจัย พบว่า ตลาดคือหนึ่งในพื้นที่ทางวัฒนธรรม (cultural space) ซึ่งชุมชนใช้พื้นที่ดังกล่าวผลิตและจำหน่ายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ดังที่ผู้วิจัยได้นำเสนอไว้ตอนต้น แต่ตลาดเป็นเพียงแหล่งรวมสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้และพืชผลทางการเกษตร แต่ตลาดไม่ใช่แหล่งผลิตวัตถุดิบเพื่อผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และตลาดก็มีใช่แหล่งภูมิศาสตร์ ซึ่งนักวิชาการใช้วิชาการแผนที่ในการลากเส้นตรงผ่านพื้นดิน แม่น้ำ และพื้นที่ต่างๆ ตลาดในจังหวัดนครปฐมจึงไม่ใช่แหล่งภูมิศาสตร์ตามนัยยะสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546

นอกจากนี้ ชุมชนชาวควรปฐมยังเสนอขายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตลอดทั้งปี โดยวิธีการนำเสนอไปพร้อมกับกิจกรรมท่องเที่ยวแหล่งมรดกทางวัฒนธรรมต่างๆ ในจังหวัดนครปฐม โดยนับตั้งแต่ พ.ศ.2560 เป็นต้นมา สำนักงานวัฒนธรรมจังหวัดนครปฐมได้จัดทำหนังสือคู่มือเส้นทางท่องเที่ยวเชิงวัฒนธรรมจังหวัดนครปฐมขึ้น ภายใต้วัตถุประสงค์การนำเสนอเส้นทางท่องเที่ยวเชิงวัฒนธรรม วิถีชีวิตชุมชน กลุ่มชาติพันธุ์ 3 ชาติพันธุ์หลักของจังหวัดนครปฐม ได้แก่กลุ่มชาติพันธุ์ไทยทรงดำ ลาวครั่ง ไทยจีน ซึ่งนักท่องเที่ยวเดินทางท่องเที่ยวได้ภายใน 1 วัน และหนังสือเล่มนี้เน้นการใช้ประโยชน์จากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ที่เชื่อมโยงไปยังมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เช่น อาหาร การแสดง พิธีกรรมตามความเชื่อประเพณีงานเทศกาล เป็นต้น⁶

ทั้งนี้ ผู้วิจัยพบว่า หนังสือคู่มือเส้นทางท่องเที่ยวเชิงวัฒนธรรมจังหวัดนครปฐมข้างต้นมีส่วนสำคัญต่อเพิ่มยอดจำหน่ายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ 2 กลุ่ม ดังนี้

⁶ สำนักงานวัฒนธรรมจังหวัดนครปฐม กระทรวงวัฒนธรรม, คู่มือเส้นทางท่องเที่ยวเชิงวัฒนธรรม : จังหวัดนครปฐม, (นครปฐม : บริษัท เพชรเกษมพรินติ้ง กรุ๊ป จำกัด), น.1.

กลุ่มที่ 1 การเพิ่มยอดจำหน่ายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยตรง ซึ่งสินค้าอาหารดังกล่าวเป็นผลผลิตจากภูมิปัญญาท้องถิ่นชุมชนชาวนครปฐม และสินค้าอาหารเหล่านี้มีรายละเอียดและเอกลักษณ์ที่แตกต่างจากชุมชนอื่นๆ ในประเทศไทย ดังนี้⁷

1) ซุนเปี้ย หรือชุมชนชาวบางหลวงเรียกว่า "ขนมบ้อง" ขนมนี้ทำจากแผ่นแป้งบางๆ นำมาม้วนสอดไส้กุยช่ายผัดกุ้งแห้งนำไปทอดกรอบ ขนมชนิดนี้เป็นของชุมชนชาวจีน ซึ่งบรรพบุรุษเคยทำขายครั้งอยู่เมืองจีน และเมื่อบรรพบุรุษอพยพมานครปฐม ขนมชนิดนี้จึงถูกผลิตและทำขายที่ตลาดแห่งนี้กว่า 50 ปี

2) ข้าวเกรียบปากหม้อไส้ผัก ร้านเจ็สมนิก ต้นตำรับกว่า 40 ปี อาหารชนิดนี้มีความพิเศษอยู่ที่ไส้ที่มีความหลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นไส้หมู ไส้เป็ว ไส้หน่อไม้ กุ้งแห้ง ไส้กุยช่าย ไส้ถั่วฝักยาว และไส้ผักกระเฉด อาหารชนิดนี้ทานกับน้ำจิ้มรสแซ่บสามารถ

3) ขนมจีบสูตรเฉพาะของร้านเจ็สมนิกที่มีแป้งเหนียวนุ่ม มีไส้กุยช่าย หน่อไม้ กุ้งแห้ง น้ำจิ้มซีอิ้วรสแซ่บ สูตรอำมาทำขายมากกว่า 40 ปี

4) หมูสะเต๊ะ เนื้อหมูหมักนุ่มลิ้นพร้อมน้ำจิ้มสูตรดั้งเดิม ซึ่งอาหารนี้มีผู้ผลิตหลายร้าน เช่น ร้านเจ็ญ เป็นต้น

5) ผัดไทย และหมูแดงใส่ซอสแดง ร้านปิงชัยสิน สูตรที่ผลิตและจำหน่ายสืบทอด 3 รุ่นแล้ว ความพิเศษอยู่ที่น้ำซอสแดง สูตรเฉพาะของตลาดบางหลวง

6) กว๊ายเตี้ยหมูตุ๋น เนื้อตุ๋น ร้านริมน้ำ ซึ่งเนื้อตุ๋นเปื่อยเข้าเนื้อหอมกลิ่นเครื่องเทศ เปิดพะโล้ เต้าหู้พะโล้ สูตรออกรสเค็มอ่อน

7) กว๊ายจ๊บน้ำใส ใส่หมูฉีก เส้นก๊วยจั๊บน้ำเย็นแผ่นเล็กใส่ “คาซา” เนื้อหมูต้มฉีก อาหารหลักของตลาด ซึ่งนักท่องเที่ยวนิยมทานกับน้ำจิ้มรสจัดออกเปรี้ยวเล็กน้อย

กลุ่มที่ 2 การเพิ่มยอดจำหน่ายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ประเภทขนมและเครื่องดื่มนครปฐมเป็นผู้ผลิต โดยขนมมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มักเป็นภูมิปัญญาของชุมชนชาวไทย ขณะที่เครื่องดื่มนครปฐมเป็นภูมิปัญญาของชุมชนชาวจีน ขนมและเครื่องดื่มนครปฐมประกอบด้วยขนมชั้น ตะโก้ และขนมไทยที่ตัดขายเป็นชิ้นๆ หลายอย่าง ร่วมกับกาแฟโบราณของคู่ตลาดบางหลวง เช่น ร้านกาแฟปาน ซึ่งเจ้าของร้านคั่วกาแฟเอง โอเลี้ยงสีดำสนิทแบบกาแฟแท้ หรือร้านศรีสมพลที่ขายกาแฟกว่า 100 ปีแล้ว⁸

หากพิจารณารายละเอียดพื้นที่ทางวัฒนธรรมในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ จังหวัดนครปฐม ซึ่งผู้วิจัยได้ต่อยอดจากผลงานวิจัยเรื่อง “รูปแบบการ

⁷ เพ็งอ้วง, น.211-213.

⁸ เพ็งอ้วง, น.218.

ท่องเที่ยวในแหล่งท่องเที่ยวเพื่อการพัฒนาจุดหมายปลายทางการท่องเที่ยวซ้ำในจังหวัดนครปฐมและพื้นที่เชื่อมโยง” โดยนิพล เชื้อเมืองพาน และพิมพ์ชนก มุลมิตร คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏนครปฐม

ผู้วิจัยพบว่า ชุมชนนครปฐมจำหน่ายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ผ่านกิจกรรมการท่องเที่ยว 3 รูปแบบ คือการพักผ่อนในชุมชนท้องถิ่น การท่องเที่ยวเชิงเกษตร และการท่องเที่ยวเชิงศาสนา⁹ และชุมชนชาวนครปฐมใช้ชื่อพื้นที่ทางวัฒนธรรม ดังนี้

1) การใช้ชื่ออำเภอบางเลนและอำเภอดอนตูม เพื่อการสร้างเอกลักษณ์สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพราะพื้นที่อำเภอบางเลนและอำเภอดอนตูม คือที่ตั้งชุมชนโบราณชุมชนจีน ชุมชนมอญ ชุมชนลาวครึ่ง และชุมชนเหล่านี้รวมตัวกันจัดตั้งตลาดโบราณ เช่น ตลาดบางหลวง ร.ศ. 112 ตลาดน้ำวัดลำพญา ตลาดเก่าก๊กพระยา ตลาดน้ำทุ่งบัวแดง และพิพิธภัณฑ์ท้องถิ่นชาติพันธุ์ลาวคั่ง

2) การใช้ชื่ออำเภอนครชัยศรี เพื่อการสร้างเอกลักษณ์แก่สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยอำเภอนครชัยศรีนี้เป็นที่ตั้งชุมชนชาวไทยและชาวจีน ชุมชนดังกล่าวมีวิถีชีวิตผูกพันกับวัดและประกอบอาชีพเกษตรกรรม ประกอบกับอำเภอนครชัยศรีมีศักยภาพด้านสภาพธรรมชาติที่สวยงาม สถานที่จำหน่ายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในอำเภอนครชัยศรีจึงเป็นวัดลานตากฟ้า ชุมชนแหลมบัว ตลาดน้ำวัดกลางคูเวียง วัดแลนด์เมืองวัดศิระชะทอง วัดบางพระ พิพิธภัณฑ์หุ่นขี้ผึ้ง ตลาดท่านาพิพิธภัณฑ์ วิถีชีวิตชาวนาไทย

3) การใช้ชื่ออำเภอพุทธมณฑล เพื่อการสร้างเอกลักษณ์สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยพื้นที่แห่งนี้มีแหล่งท่องเที่ยวที่มนุษย์สร้างขึ้น เช่น พุทธมณฑล พิพิธภัณฑ์ภาพยนตร์ไทย สวนสมุนไพรสิริรุกชาติ ถนนอุทยาน เป็นต้น และพื้นที่แห่งนี้ยังเป็นแหล่งท่องเที่ยวเชิงเกษตรที่สำคัญแห่งหนึ่งของจังหวัด เช่น ชุมชนคลองมหาสวัสดิ์ เป็นต้น แต่ด้วยการขยายของกรุงเทพมหานคร พื้นที่เหล่านี้จึงกำลังถูกเปลี่ยนแปลงเป็นย่านที่อยู่อาศัย และพื้นที่แห่งนี้กำลังเกิดร้านอาหาร ร้ายกาแฟตามแบบชาวตะวันตกมากขึ้น

4) การใช้ชื่ออำเภอสามปราน เพื่อการสร้างเอกลักษณ์สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยอำเภอสามปรานจัดเป็นพื้นที่จำหน่ายสินค้าทางการเกษตร และศาสนา เพราะชุมชนในพื้นที่แห่งนี้ยังดำรงวิถีชีวิตการเกษตร และการใช้วิถีชีวิตเชื่อมโยงกับศาสนา ประกอบกับพื้นที่แห่งนี้เป็นที่ตั้งของรีสอร์ท และตลาดน้ำ เพื่อการจำหน่ายสินค้าทางการเกษตรและอาหาร

⁹ นิพล เชื้อเมืองพาน และพิมพ์ชนก มุลมิตร, "รูปแบบการท่องเที่ยวในแหล่งท่องเที่ยวเพื่อการพัฒนาจุดหมายปลายทางการท่องเที่ยวซ้ำในจังหวัดนครปฐมและพื้นที่เชื่อมโยง", JHSSRRU Vol.20 Special Issue (September-October) 2018, pp.138-140.

ท้องถิ่นของจังหวัดนครปฐม เช่น ตลาดวัดไร่ขิง ชุมชนคลองลัดอีแพน พิพิธภัณฑสถานพื้นบ้านวัดท่าพุท ตลาดน้ำคลองจินดา

ทั้งนี้ ผู้วิจัยยังพบว่า ชุมชนอำเภอสามพรานได้ร่วมกับผู้ประกอบการรีสอร์ทในพื้นที่สร้างอุตสาหกรรมสร้างสรรค์ และจำหน่ายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ภายใต้แนวคิดสินค้าอาหารปลอดภัยและเกษตรชีววิถี เพื่อสนองต่อนักท่องเที่ยวกลุ่มผู้รักสุขภาพและผู้สูงอายุ เช่น กิจกรรมของโรงแรม โรสการ์เด้น ริเวอร์ไซด์ สวนสามพราน นครปฐม ซึ่งผู้ประกอบการได้นำเสน่ห์ไทย ริมสายน้ำ ประกอบด้วย 3 กลุ่มกิจกรรม ได้แก่ อยู่อย่างไทย (Thainess) เช่น กิจกรรมวิถีไทย ทั้งการสานปลาตะเพียนด้วยใบมะพร้าว ร้อยมาลัยกล้วยไม้ ประงอาหารในครัวไทย ทดลองชูดมะพร้าว ทำขนมกล้วย สร้างสรรค์งานศิลปะการวาดร่ม จรุงใจหอมตามธาตุ (Thai Scent) เปิดให้ผู้ร่วมกิจกรรมได้รู้จักกับธาตุเจ้าเรือนของตนเอง ซึ่งเป็นธาตุพื้นฐานที่เป็นองค์ประกอบสำคัญของร่างกาย เพื่อให้ดูแลตนเองได้ถูกวิธี ทั้งยังได้รับความสนุกสนานเพลิดเพลินกับการทำเครื่องหอมและสปาตามธาตุเจ้าเรือนของแต่ละคน พร้อมทั้งนำกลับไปเป็นที่ระลึก เป็นต้น¹⁰

5) การใช้ชื่ออำเภอเมืองนครปฐม เพื่อการสร้างเอกลักษณ์แก่สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพราะพื้นที่ดังกล่าวเป็นที่ตั้งโบราณสถาน วัด พิพิธภัณฑสถานที่สำคัญทางศาสนาที่มีชื่อเสียงของจังหวัดนครปฐม เช่น พระราชวังสนามจันทร์ องค์พระปฐมเจดีย์ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติพระปฐมเจดีย์ เป็นต้น ชุมชนจึงรวมกลุ่มกันจัดกิจกรรมการอนุรักษ์วิถีชีวิตดั้งเดิม การท่องเที่ยวพื้นที่นี้จึงเป็นการท่องเที่ยวทางประวัติศาสตร์และศาสนา โดยวัฒนธรรมอาหารถูกนำมาใช้เป็นส่วนสนับสนุนการท่องเที่ยวพื้นที่ท่องเที่ยวเหล่านี้ พื้นที่แห่งนี้มีที่ตั้งตลาดและร้านอาหารท้องถิ่นจำนวนมาก นักท่องเที่ยวสามารถเลือกรับประทานอาหารขึ้นชื่อของจังหวัดได้ทั้งปี และในงานเทศกาลประจำจังหวัด เช่น เทศกาลอาหารผลไม้ ของดินนครปฐม

ดังนั้นชุมชนชาวนครปฐมได้จำหน่ายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยการสร้างอุตสาหกรรมสร้างสรรค์ ไม่ว่าจะเทศกาลอาหารประจำปี และการใช้ชื่ออำเภอต่างๆ ในจังหวัด เพื่อการจำหน่ายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ดังกล่าวมีทั้งสินค้าเลียนแบบภูมิปัญญาท้องถิ่นบรรพบุรุษ และสินค้าที่ต่อยอดภูมิปัญญาท้องถิ่นของบรรพบุรุษ และชุมชนชาวนครปฐมยังอาศัยกลไกการตลาดผ่านระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เช่น การใช้เครื่องหมาย OTOP กับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เป็นต้น เพื่อการสร้างเชื่อมั่นในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้แก่ผู้บริโภค

¹⁰ โรงแรม โรสการ์เด้น ริเวอร์ไซด์ สวนสามพราน นครปฐม, "กิจกรรมที่น่าสนใจ", สืบค้นเมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน 2562 จาก <http://sampranriverside.com/th/activities/>.

2.1.2 เอกลักษณ์สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในจังหวัดนครปฐม

ปัจจุบันสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในจังหวัดนครปฐมมีพัฒนาการต่อเนื่อง เพื่อตอบสนองความต้องการของผู้บริโภค โดยเริ่มตั้งแต่ พ.ศ.2562 ซึ่งผู้บริโภคกำลังตื่นตัวเกี่ยวกับอาหารที่ปลอดภัยจากสารพิษและยาฆ่าแมลง และการเรียนรู้ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านการปรุงอาหาร ทั้งหมดนี้มีผลต่อเอกลักษณ์ของสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ต่อไปนี้

2.1.2.1 เอกลักษณ์การใช้วัตถุดิบในพื้นที่จังหวัดนครปฐม

ภายใต้วิสัยทัศน์ประจำจังหวัดนครปฐมว่า “เป็นแหล่งผลิตสินค้าเกษตร อุตสาหกรรมที่ปลอดภัยได้มาตรฐานสากล การท่องเที่ยวเชิงประวัติศาสตร์ วัฒนธรรม และประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดี” เพื่อรองรับยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี (พ.ศ.2561 – พ.ศ.2580) โดยเฉพาะยุทธศาสตร์ชาติด้านการสร้างความสามารถในการแข่งขันด้านการเกษตรสร้างมูลค่า และการให้ความสำคัญกับการเพิ่มผลผลิตการผลิตทั้งเชิงปริมาณและมูลค่า และความหลากหลายของสินค้าเกษตรที่ประกอบด้วยเกษตรอัตลักษณ์พื้นถิ่น เกษตรปลอดภัย เกษตรชีวภาพ เกษตรแปรรูป และเกษตรอัจฉริยะ และยุทธศาสตร์ชาติด้านการพัฒนาและเสริมสร้างศักยภาพทรัพยากรมนุษย์ ซึ่งรัฐต้องจัดการมลพิษที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และสารเคมีในภาคเกษตรทั้งระบบ ให้เป็นไปตามมาตรฐานสากลและค่ามาตรฐานสากล โดยรัฐต้องส่งเสริม รักษา อนุรักษ์ฟื้นฟู และพัฒนาทรัพยากรธรรมชาติ มรดกทางสถาปัตยกรรมและศิลปวัฒนธรรม อัตลักษณ์ และวิถีชีวิตพื้นถิ่นบนฐานธรรมชาติ และฐานวัฒนธรรมอย่างยั่งยืน นับตั้งแต่พ.ศ. 2561 ชุมชนและส่วนราชการจังหวัดนครปฐมได้พัฒนาการผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และทำให้เกิดเอกลักษณ์ในสินค้าดังกล่าว คือ

1) เอกลักษณ์การใช้วัตถุดิบในวิถีเกษตรอินทรีย์ ซึ่งผู้วิจัยพบว่า หลายชุมชนเกษตรกรในจังหวัดนครปฐมเริ่มรวมกลุ่ม และจัดศูนย์การเรียนรู้เกษตรอินทรีย์ โดยพื้นที่สำคัญอยู่ที่อำเภอสามพราน จังหวัดนครปฐม ตำบลคลองโยน อำเภอกุสุมาลย์ ตำบลทัพหลวง อ.เมือง จังหวัดนครปฐม ชุมชนเหล่านี้เป็นแหล่งผลิตวัตถุดิบในการทำอาหารที่สำคัญ ไม่ว่าจะเป็นผัก ข้าว และแปด หมู่ที่ปลอดภัยจากสารเร่งต่างๆ และชุมชนเหล่านี้ยังได้น้อมเอาปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียงของพระบาทสมเด็จพระบรมชนกาธิเบศร มหาภูมิพลอดุลยเดชมหาราช บรมนาถบพิตร รัชกาลที่ 9 มาปรับใช้ ซึ่งพระองค์ทรงเน้นการมีพอกินพอใช้ของ ประชาชนส่วนใหญ่ในเบื้องต้นก่อน ส่วนที่เหลือจึงค่อยจำหน่ายแก่ตลาด ทำให้ชุมชนเหล่านี้เป็นแหล่งผลิตวัตถุดิบทำอาหารที่สำคัญ และผลผลิต

ส่วนเกินได้ถูกจำหน่ายในตลาดต่างๆ เช่น ตลาดริมเขื่อนที่อยู่ภายในวัดเดชาานุสรณ์ ซึ่งตลาดดังกล่าวจะเปิดขายผลผลิตเฉพาะวันเสาร์-อาทิตย์ ให้นักท่องเที่ยว เป็นต้น¹¹

2) เอกลักษณะการเป็นสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามฤดูกาล เพราะจังหวัดนครปฐมเป็นพื้นที่อุดมสมบูรณ์ ชุมชนจึงใช้วัตถุดิบในจังหวัดที่โดดเด่นหลายรายการในการผลิตสินค้าอาหารดังกล่าวตามตารางที่ 2-1 ด้านล่าง

ตารางที่ 2.1 สินค้าเด่นของจังหวัดนครปฐม

ที่	ประเภทสินค้า	จุดเด่น
1	สุกรแปรรูปนครปฐม	เป็นสินค้าแปรรูปพร้อมบริโภค และเป็นของฝากประจำจังหวัด
2	ส้มโอนครชัยศรี	ส้มโอนครชัยศรีมีรสชาติหวาน อร่อย
3	ข้าวหลามนครปฐม	อัตลักษณ์ของข้าวหลามนครปฐม สะอาด รสชาติกลมกล่อม หอม หวาน มัน หอมกลิ่นไม้ และกระบอกข้าวหลามจะมีความยาวของปาก และก้นกระบอกเท่ากัน ปัจจุบันมีการพัฒนารสชาติที่มีความหลากหลายมากขึ้น เช่น รสกระเพรา เขียวหวาน ข้าวหลามทรงเครื่อง ข้าวหลามใส่ถั่วข้าวหลามสังขยา เป็นต้น
4	มะพร้าวน้ำหอมสามพราน	รสชาติหอมหวาน เนื้อนุ่ม ทานอร่อยและยังสามารถที่จะนำไปแปรรูปเป็นสินค้าต่างๆ
5	ผ้าทอมือไทยทรงดำ	ผ้าทอลายแดงโมของลาวโซ่งเป็นเอกลักษณ์ของเชื้อชาติ เป็นผ้าทอมือด้วยกระตุก
6	จักสานผักตบชวาบางเลน	จุดเนื้องานจักสานผักตบชวาที่ใช้วัตถุดิบในท้องถิ่น ผสานกับภูมิปัญญาของชุมชน ก่อให้เกิดเป็นสินค้าที่ใช้ในชีวิตประจำวัน
7	ขนมเปียะบางเลน	เป็นขนมเปียะอบเทียนหอมแบบไทยๆ เนื้อนุ่ม โดยใช้ภูมิปัญญาไทยในกระบวนการอบเทียน เพื่อให้ผลิตภัณฑ์หอม นำมารับประทาน
8	น้ำพริก	น้ำพริกเป็นอาหารไทยที่ทุกครัวของคนไทยมีมาแต่โบราณ และยังเป็นอาหารที่มีคุณค่า
9	ผักปลอดสารพิษ	จุดเด่นพืชผักที่ไม่มีสารเคมีป้องกันและกำจัดศัตรูพืชตกค้างตามมาตรฐานอยู่ หรือตกค้างที่ไม่เกินระดับมาตรฐานทุกระหวางสาธารณสุขกำหนด
10	ไข่เค็มบางเลน	เริ่มด้วยการคั่วไข่ที่มีคุณภาพจากเครื่องในฟาร์ม รับประทานในความสะอาด ถูกหลักอนามัย รสชาติดีเยี่ยมมีเครื่องหมายเซลล์ชวนชิมรับประกันความอร่อย

ที่มา สำนักงานจังหวัดนครปฐม¹²

¹¹ ศูนย์ข่าวช่อง 7 HD, “งานชุมชนเกษตรอินทรีย์ทุ่งธรรมนา นครปฐม”, สืบค้นเมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน 2562 จาก <https://news.ch7.com/detail/354079>.

¹² สำนักงานจังหวัดนครปฐม, บรรยายสรุปจังหวัดนครปฐม ปี 2560, (นครปฐม : สำนักงานจังหวัดนครปฐม, 2560), น.17.

เช่นเดียวกับรายงานบรรยายสรุปจังหวัดนครปฐม พ.ศ.2560 ที่สนับสนุนข้อมูลว่า ชุมชนชาวนครปฐมได้ใช้วัตถุดิบทั้งหมดในท้องถิ่น เพื่อการสร้างสรรค์สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และขายสินค้าดังกล่าวทั้งระหว่างช่วงงานเทศกาล และช่วงนอกเทศกาลของจังหวัด โดยการใช้พืชผักตามฤดูกาล และใช้เป็นวัตถุดิบเนื้อสัตว์ของจังหวัด รวมถึงจังหวัดยังส่งออกวัตถุดิบเหล่านี้แก่ตลาดในกรุงเทพมหานคร เพราะที่ตั้งทางภูมิศาสตร์จังหวัดนครปฐมที่อยู่ติดกับกรุงเทพมหานคร และจังหวัดยังมีพื้นที่ผลิตพืชผลทางการเกษตรและปศุสัตว์ที่หลากหลาย เช่น การข้าวโพดฝักอ่อน กระจับปี่เขียว พริกชี้หนูใหญ่ หน่อไม้ฝรั่ง ผักคะน้า แดงกวา ถั่วฝักยาว ผักกวางตุ้ง ผักคื่นไช้ ผักชี ผักบั้งจีน ผักบั้งน้ำ ผักกะเฉด กระจับปี่ ต้นหอม ฯลฯ ประกอบกับจังหวัดนครปฐมมีเนื้อที่เพาะปลูก ซึ่งในแต่ละปีจังหวัดนครปฐมได้ผลผลิตมากถึง 132,523,760 กิโลกรัมต่อปี คิดเป็นผลผลิตเฉลี่ยต่อไร่ จำนวน 1,753 กิโลกรัม โดยข้าวเป็นผลผลิตสำคัญที่ผลิตได้ตลอดทั้งปี นครปฐมจึงเป็นแหล่งผลิตข้าวที่สำคัญในประเทศไทย เป็นต้น¹³

ฉะนั้นภายใต้ศักยภาพการเป็นแหล่งวัตถุดิบทางการเกษตรและปศุสัตว์ของจังหวัดนครปฐม จังหวัดนครปฐมจึงมีสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่มีเอกลักษณ์ด้านวัตถุดิบและรสชาติ และสินค้าอาหารดังกล่าวยังเป็นสินค้าที่มีเรื่องเล่าที่เชื่อมโยงกับประเพณี วัฒนธรรม ความเชื่อ ซึ่งผู้บริโภคให้ความนิยมอย่างแพร่หลาย

2.1.2.2 เกล็ดขันธ์การเป็นผลผลิตจากภูมิปัญญาท้องถิ่นของกลุ่มชาติพันธุ์

สำหรับจังหวัดนครปฐมที่ประกอบด้วยกลุ่มชาติพันธุ์ 5 กลุ่มดังที่นำเสนอหัวข้อ 2.1.1 สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงมีความหลากหลายและแตกต่างกันตามกลุ่มชาติพันธุ์ ซึ่งแต่ละกลุ่มชาติพันธุ์ได้ใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และแต่ละกลุ่มชาติพันธุ์ยังจำหน่ายสินค้าดังกล่าวจนถึงปัจจุบัน แต่หากประมวลเอกลักษณ์สินค้าอาหารดังกล่าวแล้ว สินค้าอาหารดังกล่าวมีเอกลักษณ์ใน 2 รูปแบบใหญ่ๆ

1) สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ไม่มีของแท้หรือสูตรอาหารปรุงดั้งเดิม

แม้กลุ่มชาติพันธุ์แต่ละกลุ่มชาติพันธุ์ในจังหวัดนครปฐมเป็นผู้ผลิตสินค้าอาหารดังกล่าว แต่สินค้าอาหารดังกล่าวไม่มีของแท้หรือดั้งเดิม เพราะธรรมชาติวัฒนธรรมอาหารคือการแลกเปลี่ยน ผสมผสานภูมิปัญญาท้องถิ่นระหว่างชุมชนต่างๆ อาหารที่เกิดขึ้นจึงไม่มีของแท้หรือของดั้งเดิม หรืออีกนัยหนึ่งคือไม่มีสูตรปรุงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้อง

¹³ ศูนย์ข่าวช่อง 7 HD, “งานชุมชนเกษตรอินทรีย์ทุ่งธรรมนา นครปฐม”, สืบค้นเมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน 2562 จาก <https://news.ch7.com/detail/354079>.

ไม่ได้ดั้งเดิม สินค้าอาหารชนิดเดียวกันอาจมีหลายสูตรในชุมชนเดียวกัน ซึ่งทั้งหมดนี้เป็นไปตามหลักการวัฒนธรรมมีชีวิต (Living Heritage) โดยเฉพาะเมื่อสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสินค้าโภคภัณฑ์ เพื่อตอบสนองความต้องการผู้บริโภค ชุมชนจึงเลือกต่อยอดภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านอาหารของตน ผลคือแม้สินค้าอาหารในจังหวัดนครปฐมเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่ความเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้นี้ก็ไม่ได้หมายความว่า สูตรการปรุงอาหารตามภูมิปัญญาท้องถิ่นของกลุ่มชาติพันธุ์ต้องคงตัวไม่เปลี่ยนแปลง สูตรปรุงอาหารดังกล่าวกลับมีการปรับเปลี่ยนตามรสนิยมของผู้บริโภค ไม่ใช่เพียงการรองรับวิถีการดำเนินชีวิตของชุมชน ความเปลี่ยนแปลงเช่นนี้เกิดขึ้นกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ประเภทอาหารหลายรายการ ดังนี้

กรณีข้างต้นสอดคล้องกับสินค้าตัวอย่าง ข้าวหมูแดงนครปฐมที่มีหลายสูตรอาหารและไม่มีสูตรดั้งเดิม แต่สูตรอาหารทุกสูตรล้วนเป็นการพัฒนาต่อยอดจากภูมิปัญญาของบรรพบุรุษชาวจีนแต้จิ๋ว สาเหตุจากข้าวหมูแดงนครปฐมเป็นสินค้าอาหารที่มีชื่อเสียง ซึ่งผู้บริโภคให้การยอมรับ ชุมชนชาวนครปฐมจึงค่อยๆ ต่อยอดภูมิปัญญาท้องถิ่นของบรรพบุรุษ โดยการปรับเปลี่ยนสูตรอาหาร และเพิ่มเติมเครื่องเคียงในข้าวหมูแดง เช่น การเพิ่มไข่ต้ม แดงกวา หรือต้นหอม เป็นต้น ซึ่งทั้งหมดนี้เพียงเพื่อสนองความต้องการของผู้บริโภค

อนึ่ง ผู้วิจัยไม่พบหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวกับการปรับเปลี่ยนสูตรข้าวหมูแดงนครปฐม แต่ปรากฏหลักฐานในรูปคำสัมภาษณ์บอกเล่าของผู้เฒ่าผู้แก่ว่า ข้าวหมูแดงมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของชุมชนจีนแต้จิ๋วเป็นการต่อยอดจากภูมิปัญญาท้องถิ่นของชาวจีนกวางตุ้ง เพราะพื้นที่นครปฐมเป็นแหล่งผลิตสุกร แต่ด้วยชุมชนจีนแต้จิ๋วไม่เชี่ยวชาญด้านการปรุงอาหารปิ้งย่างจากเนื้อสุกร บรรพบุรุษชาวจีนแต้จิ๋วจึงต่อยอดภูมิปัญญาท้องถิ่นของชาวจีนกวางตุ้ง ดั้งเดิมข้าวหมูแดงนครปฐมจึงมีเฉพาะข้าวและหมูแดงเท่านั้น และเนื้อหมูที่ใช้เป็นหมูส่วนสันนอก สามชั้น สันคอหรือคอหมู โดยผู้ปรุงต้องหมักเนื้อหมูกับน้ำผึ้ง ผงเครื่องเทศพะโล้ เต้าหู้ยี้ ซอสถั่วเหลือง ซอสฮอยซิน และอาจผสมเหล้าไวน์จีน แล้วนำไปย่างให้เกือบจะเกรียม หลังจากนั้นเนื้อหมูแดงถูกใช้เป็นส่วนประกอบในข้าวหมูแดง บะหมี่หมูแดง หรือซาลาเปาไส้หมูแดง และรสชาติข้าวหมูแดงนครปฐมเป็นรสเค็มหวาน แตกต่างจากข้าวหมูแดงของชาวจีนกวางตุ้งดั้งเดิมที่ค่อนข้างจะเค็มนำ

อย่างไรก็ตาม เมื่อสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง ข้าวหมูแดงนครปฐมได้เริ่มกลายเป็นสินค้า โดยชุมชนชาวจีนแต้จิ๋วเปิดร้านอาหารบริเวณสายราชดำเนิน หรือถนนต้นสน ความยาว 2 กม. ถนนสายนี้นักท่องเที่ยวรู้จักในชื่อว่า ถนนข้าวหมูแดง นับแต่นั้นข้าวหมูแดงนครปฐมจึงเป็นข้าวและหมูแดง หมูกรอบ กุนเชียงย่าง ไข่พะโล้ ราดด้วยซอสรสเค็มหวานโดยเคี้ยวกับน้ำยำหมู เต้าหู้ยี้ เต้าเจี้ยว งามาด เต็มสีแดงพอให้มีสี ใส่แป้งคนให้เป็นน้ำซอสข้นขลุกขลิกใช้ราดข้าวหมูแดงบางเจ้ากรอกใส่ขวดแม่โขง บางร้านอาหารใส่หม้ออุ่นร้อนตลอดเวลา รสชาติข้าวหมู

แดนนครปฐมจึงกลมกล่อม ไม่หวานจัด และปัจจุบันข้าวหมูแดงนครปฐมเป็นอาหารจานเดียวที่มีชื่อเสียงของจังหวัดนครปฐม¹⁴

2) สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นผลผลิตจากการผสมผสานวัฒนธรรมอาหารกลุ่มชาติพันธุ์อื่นๆ และมีความเป็นอัตลักษณ์เฉพาะตัวของชุมชนชาวนครปฐม ภายใต้อาณาจักรวัฒนธรรมมีชีวิต ซึ่ง เฟเดอริโก เลนเซอร์นินิ (Federico Lenzerini) นักวิชาการและหนึ่งในผู้ยกร่างอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 อธิบายเพิ่มเติมว่า มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นภาพการแสดงออกที่ยังมีชีวิตที่มีลักษณะจำเพาะของชุมชนต่าง ๆ เพื่อการระบุความเป็นตนเอง (Self-identification) การสร้างสรรค์ใหม่อย่างต่อเนื่อง (Constant Recreation) ชุมชนจึงใช้ สืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมดังกล่าวจากรุ่นสู่รุ่น ด้วยวิธีการสร้างสรรค์ขึ้นใหม่อย่างต่อเนื่อง โดยผู้สร้าง (creators) และผู้ถือครอง (bearers) ได้เรียนรู้ผสมผสานกับวัฒนธรรมของกลุ่มชาติพันธุ์อื่นๆ ส่งผลให้อัตลักษณ์เฉพาะตัวของสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงมีลักษณะจำเพาะเจาะจงในบริบททางประวัติศาสตร์ อัตลักษณ์เฉพาะตัวของสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงเป็นความตายตัว ณ ห้วงเวลาใดเวลาหนึ่งเท่านั้น¹⁵

แนวคิด เฟเดอริโก เลนเซอร์นินิ ข้างต้นสอดคล้องกับผลการศึกษานมเปี้ยะบางเลน โดยชุมชนชาวนครปฐมมีสูตรการปรุง กรรมวิธีที่ใช้ปรุง หรือเทคนิคการปรุงที่มีอัตลักษณ์เฉพาะตัว เพื่อการแสดงถึงความเป็นตัวเองของชุมชน ณ ช่วงเวลาหนึ่ง และนมเปี้ยะบางเลนยังเกิดจากการแลกเปลี่ยนวัฒนธรรมอาหารกับชุมชนอื่นๆ ไม่ว่าจะการร่วมสร้างครอบครัวระหว่างคนสองวัฒนธรรม หรือการแลกเปลี่ยนทักษะวิธีการปรุงอาหารระหว่างกัน เช่น ปัจจุบันนมเปี้ยะบางเลนจึงส่วนผสมระหว่างวัฒนธรรมอาหารชาวจีนกับชาวไทย การปรุงนมเปี้ยะบางเลนเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชนชาวจีน แต่ใส่นมเปี้ยะบางเลนเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นชาวไทย ไม่ว่าจะการอบเทียนหอมแบบไทยๆ หรือการใช้ไส้ผลไม้ไทย เป็นต้น

ดังนั้นจังหวัดนครปฐมจึงมีสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่มีเอกลักษณ์ โดยการเป็นผลผลิตจากภูมิปัญญาท้องถิ่นของกลุ่มชาติพันธุ์ในจังหวัด แต่ไม่มีสูตรแท้หรือดั้งเดิม และสินค้าอาหารดังกล่าวยังคงมีพัฒนาต่อเนื่องไม่หยุดนิ่ง เพื่อการผลิตสินค้าสนองตอบความต้องการของผู้บริโภค ซึ่งผู้บริโภคต้องการทั้งสินค้าที่แปลกใหม่ และมีเรื่องราวเชื่อมโยงกับประเพณีวัฒนธรรมกลุ่มชาติพันธุ์ ร่วมกับรสชาติที่ถูกรสนิยมผู้บริโภค

¹⁴ สุทัศน์ ศุภรัตน์ เมธี, “ตู้กับข้าว”, สืบค้นเมื่อวันที่ 5 ธันวาคม 2562 จาก <https://www.naewna.com/columnonline/38576>.

¹⁵ อิศระ ชูศรี, มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของชาติ : บทเรียนจากเพื่อนบ้าน, (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2560), น.36-38.

2.1.2.3 เอกลักษณะการใช้ชื่อพื้นที่ทางวัฒนธรรมที่เชื่อมโยงกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

แม้ว่าพื้นที่ทางวัฒนธรรม (cultural space) เป็นศัพท์ที่ปรากฏครั้งแรกในข้อ 2 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 โดยพื้นที่ดังกล่าวหมายถึงพื้นที่ที่เกี่ยวข้องกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ไม่ว่าจะในด้านการปฏิบัติ การแสดงออก ความรู้ ทักษะ ตลอดจนเครื่องมือ วัตถุ สิ่งประดิษฐ์¹⁶ ประกอบกับผลในการศึกษาที่พบว่าโดยพื้นที่ทางวัฒนธรรมมักเป็นที่ตั้งของชุมชน ซึ่งชุมชนนี้ประกอบขึ้นจากกลุ่มบุคคลและปัจเจกชนเมื่อบุคคลเหล่านี้รวมตัวกันในพื้นที่แห่งใด วิธีการดำเนินและความรู้สึกเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันรวมทั้งปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคลย่อมเกิดขึ้น สภาพเช่นนี้เกิดขึ้นกับพื้นที่ทางวัฒนธรรมทุกแห่งรวมถึงจังหวัดนครปฐม

หากพิจารณาถึงเอกลักษณะการใช้พื้นที่ทางวัฒนธรรมที่เชื่อมโยงกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ชุมชนชาวนครปฐมมีการใช้ชื่อพื้นที่ทางวัฒนธรรมที่มีเอกลักษณ์ เพื่อการค้าสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ 2 ประการ ดังนี้

1) การใช้ชื่อสถานที่ทางศาสนา ประวัติศาสตร์ เพื่อปกป้องถึงพื้นที่ทางวัฒนธรรมและที่ตั้งชุมชน และจำแนกแยกแยะสินค้าของชุมชนตนออกจากชุมชนอื่นๆ ซึ่งการใช้ชื่อพื้นที่ทางวัฒนธรรมดังกล่าวเกิดขึ้น ก่อนการเกิดกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายวัฒนธรรมของประเทศ โดยชุมชนชาวนครปฐมได้ใช้สถานที่ดังกล่าวร่วมกับคำว่า “ตลาด” เพื่อปกป้องสถานที่ตั้งชุมชนและสถานที่จำหน่ายสินค้ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ จังหวัดนครปฐม เช่น ตลาดน้ำวัดไร่ขิง ตลาดน้ำวัดดอนหวาย เป็นต้น

2) การใช้คำว่า “ชุมชน” ร่วมกับชื่อแม่น้ำ ลำคลอง หรือสถานที่สำคัญในจังหวัดนครปฐม เพื่อปกป้องถึงที่ตั้งชุมชนและสถานที่จำหน่ายรวมถึงการท่องเที่ยวเชิงอาหาร โดยปรากฏข้อมูลว่า องค์การบริหารส่วนจังหวัดและชุมชนชาวนครปฐมร่วมมือกันในหลายมิติ ไม่ว่าจะเป็นการเปิดศูนย์จำหน่ายสินค้าชุมชนรวมทั้งสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และที่พิกแก่นักท่องเที่ยว ทำให้ผู้บริโภคและนักท่องเที่ยวสามารถเข้าพิกและร่วมเรียนรู้วิถีชีวิตทางการเกษตรปลอดภัย เรียนรู้วัฒนธรรม และการฝึกฝนการประกอบอาหารร่วมกับสมาชิกชุมชน เช่น ชุมชนคลองมหาสวัสดิ์ และชุมชนคลองลัดอีแพ้น เป็นต้น

¹⁶ Article 2 The Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2003

1. The “intangible cultural heritage” means the practices, representations, expressions, knowledge, skills – as well as the instruments, objects, artefacts and cultural spaces associated therewith...

นอกจากนี้ ผู้วิจัยยังมีข้อสังเกตเกี่ยวกับพื้นที่ทางวัฒนธรรมที่ใช้กับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ 2 ประการ คือ

ประการแรก พื้นที่ทางวัฒนธรรม ซึ่งชุมชนชาวนครปฐมใช้จำหน่ายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ นั้น บางครั้งพื้นที่ทางวัฒนธรรมอาจไม่ใช่พื้นที่ภูมิศาสตร์ในระบบแผนที่ในระบบแผนที่ เพื่อกำหนดขนาดพื้นที่อย่างแน่นอนตายตัว โดยวิธีการลากเส้นผ่านแม่น้ำ คลอง และสถานที่สำคัญ และพื้นที่ดังกล่าวต้องคำนวณจำนวนพื้นที่แน่นอนตายตัว แต่พื้นที่ทางวัฒนธรรมไม่มีพื้นที่แน่นอนตายตัว บางครั้งพื้นที่เหล่านี้อาจขยายและการลดขนาดลงตามการอพยพหรือการขยายพื้นที่ของสมาชิกชุมชนในจังหวัดนครปฐม

ประการที่สอง พื้นที่ทางวัฒนธรรม ซึ่งชุมชนชาวนครปฐมใช้จำหน่ายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ พื้นที่ดังกล่าวอาจไม่ใช่พื้นที่ผลิวัตถุดิบในการปรุงสินค้าอาหารดังกล่าว แต่พื้นที่ทางวัฒนธรรมเป็นที่ตั้ง ที่อยู่อาศัย จำหน่าย และสืบทอดสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยพื้นที่สืบทอดทางวัฒนธรรมพิจารณาได้ใน 3 มิติ คือ มิติบุคคล (Human) ที่เป็นการสืบทอดทางวัฒนธรรมจากบุคคลกลุ่มหนึ่งไปยังบุคคลอีกกลุ่มหนึ่ง มิติพื้นที่ (Space) เป็นการสืบทอดทางวัฒนธรรมจากสถานที่หนึ่งไปยังสถานที่อื่น และมิติเวลา (Time) ที่เป็นการสืบทอดทางวัฒนธรรมจากห้วงเวลาหนึ่งไปยังอีกห้วงเวลาหนึ่ง¹⁷

ดังนั้นชุมชนชาวนครปฐมจึงมีเอกลักษณ์ในการใช้พื้นที่ทางวัฒนธรรมกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยพื้นที่ทางวัฒนธรรมเป็นที่ตั้งชุมชน บางครั้งเป็นสถานที่จำหน่ายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่พื้นที่ทางวัฒนธรรมอาจไม่ใช่พื้นที่ผลิวัตถุดิบที่ใช้ปรุงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และในการจำหน่ายสินค้าอาหารดังกล่าว ชุมชนชาวนครปฐมมักใช้ชื่อสถานที่สำคัญทางศาสนา คลอง ร่วมกับคำว่า “ตลาด” เพื่อบ่งบอกถึงพื้นที่จำหน่ายสินค้าต่างๆ ของชุมชนรวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

2.1.3 ปัญหาการรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ควบคู่กับการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

สำหรับปัญหาการรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ควบคู่กับการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ปัญหานี้เป็นการขัดกันระหว่างประโยชน์ของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญากับประโยชน์สาธารณะ ซึ่งรัฐมีหน้าที่ส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามมาตรา 18 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทาง

¹⁷ อนุรักษ์วัฒน์ สุทธิโยธิน, “การสืบทอดทางวัฒนธรรม (cultural inheritance) ที่ประสบความสำเร็จ”, สืบค้นเมื่อ 2 ธันวาคม 2563 จาก <http://nattawats.blogspot.com/2013/04/cultural-inheritance.html>.

วัฒนธรรม พ.ศ.2559 ซึ่งปัญหานี้มี 3 ด้าน เริ่มต้นจากตัวผู้รักษาสมดุล เนื้อหาแห่งสิทธิ และจุดสมดุลระหว่างการพัฒนาต่อยอดกับการส่งเสริม รักษาสินค้ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งปัญหาเหล่านี้ปรากฏในชุมชนชาวนครปฐม และปรากฏในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทั้ง 2 ราย คือข้าวหมูแดงนครปฐม ขนมเปียะบางเลน ดังนี้

1) ปัญหาชุมชนมีตัวผู้รักษาสมดุลหลายบุคคล ไม่ว่าจะปัจเจกชน หรือกลุ่มบุคคล โดยสินค้าอาหารเพียงรายการเดียว ผู้รักษาสมดุลดังกล่าวมีจำนวนหลายราย กรณีนี้จึงยากจะระบุว่าผู้ใดเป็นผู้เหมาะสมที่สุดในการรักษาสมดุลในประเด็นการศึกษา เพราะคำว่า “ชุมชน” ประกอบด้วยสมาชิกที่เป็นกลุ่มบุคคล และปัจเจกชน และเพียงชุมชนชาวนครปฐมแห่งเดียว สมาชิกในชุมชนที่เป็นผู้มีความรู้ ประพฤติปฏิบัติ สืบทอด หรือมีส่วนร่วมในหนึ่งรายการสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ก็มีจำนวนมาก เช่น ขนมเปียะบางเลนรายการเดียว ผู้ที่ผลิตและสืบทอดสูตรการผลิตก็มีจำนวนหลายราย ซึ่งแต่ละรายล้วนมีการแข่งขันในการค้าขายสินค้ารายการเดียวกัน และร้านเหล่านี้มีจำนวนมากที่ใช้ชื่อทางการค้า รวมทั้งฝากขายขนมเปียะบางเลน โดยบางรายไม่มีหน้าร้านขายสินค้าของตนเอง เป็นต้น

นอกจากนี้ คุณสมบัติของตัวผู้รักษาสมดุลก็เป็นอีกปัญหาหนึ่ง ซึ่งผู้รักษาสมดุลต้องเป็นผู้ประกอบการค้าสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพื่อการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากการจำหน่ายสินค้าอาหารดังกล่าว แต่ประการสำคัญคือบุคคลดังกล่าวมีทั้งผู้ผลิตสินค้าอาหารดังกล่าวทั้งในจังหวัดนครปฐม และนอกจังหวัดนครปฐม บางครั้งชาวนครปฐมอาจมีทั้งร้านค้าในกรุงเทพมหานครและจังหวัดนครปฐม แต่ทุกร้านล้วนใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เดียวกัน ส่งผลคือไม่มีผู้ใดผู้หนึ่งเป็นผู้รักษาสมดุลในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เพียงลำพัง เช่น ข้าวหมูแดงนครปฐมเจ้าชวน ตลาด อดก. หรือข้าวหมูแดงนครปฐม เจ้าเก่า ช่างวัดสุทธิ หรือข้าวหมูแดงนครปฐม (เจ้าเก่าสามย่าน) ซึ่งร้านค้าเหล่านี้ตั้งอยู่ในกรุงเทพฯ แต่ทุกร้านเป็นผู้สืบทอดภูมิปัญญาท้องถิ่นข้าวหมูแดงนครปฐม ผู้ผลิตร้านใดร้านหนึ่งจึงไม่มีอำนาจรักษาสมดุลเพียงผู้เดียว เป็นต้น

2) ปัญหาเนื้อหาแห่งสิทธิ โดยที่การแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เป็นสิทธิของปัจเจกชน แต่การส่งเสริม รักษาสินค้ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสิทธิชุมชน เนื้อหาแห่งสิทธิทั้งสองจึงมีความแตกต่างกัน โดยเฉพาะประเด็นสิทธิของปัจเจกชนเป็นสิทธิในความเป็นเจ้าของเพื่อหวงกันและใช้ประโยชน์ทางการค้าเพียงผู้เดียว แต่สิทธิชุมชนไม่ใช่สิทธิในความเป็นเจ้าของ สิทธิชุมชนจึงมีเนื้อหาเกี่ยวกับการอนุรักษ์ พันธุ์ หรือส่งเสริมภูมิปัญญา ศิลปะ วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม และจารีตประเพณีตามมาตรา 43 (1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ความแตกต่างเช่นนี้จึงเป็นปัญหาสำคัญต่อการแสวงหาจุดสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ควบคู่กับการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไป คือเมื่อเนื้อหาแห่งสิทธิทั้งสองข้างต้นแตกต่างกัน การใช้สิทธิชุมชน เพื่อการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รัฐหรือชุมชนชาวนครปฐมเป็นผู้กำหนดใจตนเอง เพื่อรักษาสมดุลงกล่าว โดยการรักษาสมดุลงนี้ต้องเป็นไปตามสิทธิในการกำหนดใจตนเอง และหลักการมีส่วนร่วมของชุมชน รวมทั้งหลักการวัฒนธรรมที่มีชีวิตตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 รวมทั้งรัฐสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแทนที่ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียได้หรือไม่ ทั้งๆ ที่สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของปัจเจกชน ถ้ารัฐจำเป็นต้องส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รัฐรับโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจากชุมชนผู้มีส่วนได้เสีย และรัฐมีอำนาจยับยั้งการพัฒนาต่อยอดภูมิปัญญาท้องถิ่นสินค้าอาหารดังกล่าว ขณะที่ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียต้องการได้หรือไม่ เพื่อมิให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ต้องเปลี่ยนแปลง

3) ปัญหาจุดใด คือจุดสมดุลงระหว่างการพัฒนาต่อยอดควบคู่กับการส่งเสริม รักษาสินค้ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ปัญหาที่สำคัญที่สุด คือจุดสมดุลงระหว่างประโยชน์ของชุมชนผู้มีส่วนได้เสียกับประโยชน์สาธารณะ เพราะหากชุมชนผู้มีส่วนได้เสียเลือกให้น้ำหนักต่อการพัฒนาต่อยอดภูมิปัญญาท้องถิ่นมากกว่าการส่งเสริม รักษาภูมิปัญญาท้องถิ่น เพียงวัตถุประสงค์เดียว คือการแสวงหาประโยชน์และตอบสนองความต้องการผู้บริโภค เช่นนี้รัฐควรมีบทบาทเช่นใด หรือรัฐสามารถแทรกแซงความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นต่อการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มากนักน้อยเพียงใด

ทั้งนี้ปัญหาทั้งสามประการข้างต้นเป็นล้วนปัญหาร่วม ซึ่งชุมชนชาวนครปฐมต้องเผชิญกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทั้งสองรายการ ไม่ว่าจะข้าวหมูแดง ขนมเปียะบางเลน และปัญหาดังกล่าวยังไม่ปรากฏแนวทางการแก้ไข และไม่มีบทบัญญัติมาตราใดในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 รวมทั้งกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับใดๆ ไม่ว่าจะกฎหมายเครื่องหมายการค้า กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เพื่อการแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้น

นอกปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการวิจัยข้างต้น ผู้วิจัยยังพบว่า ชุมชนชาวนครปฐมยังประสบปัญหาที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะจากนโยบายการส่งเสริมการท่องเที่ยวทางอาหารของภาครัฐ และการที่ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ปัญหาเหล่านี้มีผลต่อการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ควบคู่กับการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารดังกล่าว คือ

1) ถ้าสมาชิกในชุมชนยุติเป็นผู้ถือครองภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยเฉพาะเมื่อภูมิปัญญาท้องถิ่นดังกล่าวไม่มีผลต่อการแสวงหารายได้ของตน และบุคคลเหล่านี้ผันตัวเข้าสู่ธุรกิจการ

ผลิตและธุรกิจท่องเที่ยวทางอาหาร เพื่อตนมีรายได้สูงกว่าการเป็นผู้ถือครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ไม่มีประโยชน์ต่อรายได้ส่วนบุคคล สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ย่อมสูญหายไปจากประเทศไทย

2) ปัญหาการขัดแย้งระหว่างสมาชิกในชุมชนชาวนครปฐมกับนักท่องเที่ยว เมื่อนักท่องเที่ยวที่มีวัฒนธรรมแตกต่างจากตนเข้ามาในชุมชน และนักท่องเที่ยวบางส่วนกลับประพฤติปฏิบัติไม่สอดคล้องกับชุมชน โดยการประพฤติปฏิบัติดังกล่าวเป็นการไม่เคารพต่อประเพณีวัฒนธรรมของชุมชน

3) ปัญหาส่วนราชการระดับจังหวัดและท้องถิ่นใช้อำนาจตามกฎหมายจัดบริการสาธารณะทางวัฒนธรรม แต่ชุมชนชาวนครปฐมไม่มีส่วนร่วม ทั้งๆที่ชุมชนชาวนครปฐมเป็นผู้ใช้และสืบทอดภูมิปัญญาท้องถิ่นและผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รวมทั้งปัญหาการไร้ประสิทธิภาพในการกำกับดูแลธุรกิจการท่องเที่ยวทางอาหารของหน่วยงานของรัฐ สมาชิกในชุมชนจึงอาจแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์อย่างไม่ถูกต้อง และการมุ่งหวังเพียงผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ของเอกชน วิธีการเช่นนี้กลับทำลายคุณค่า เอกลักษณ์ของสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เช่น การจำหน่ายอาหารที่มีคุณภาพต่ำและมีราคาสูง การลดคุณภาพของวัตถุดิบที่ใช้ประกอบอาหาร การจำหน่ายอาหารที่มีราคาสูงเกินสมควร เป็นต้น

4) ปัญหาการดัดแปลงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพื่อการสร้างรายการอาหารใหม่ที่ต่อยอดจากสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เดิม แต่สินค้าอาหารดังกล่าวกลับไม่ตรงกับกรรับรู้ของนักท่องเที่ยว กรณีนี้อาจทำลายการท่องเที่ยวและทำลายศรัทธาของผู้บริโภคและนักท่องเที่ยว เพราะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ประเภทอาหารสูญเสียแรงดึงดูดใจต่อผู้บริโภคและนักท่องเที่ยว

5) ปัญหาความต้องการของนักท่องเที่ยวกลายเป็นประเด็นหลักต่อการต่อยอดพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งชุมชนชาวนครปฐมมักปรับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพื่อสนองความต้องการและความคุ้นเคยของผู้บริโภค การปรับเปลี่ยนที่เกิดขึ้นจึงมีวัตถุประสงค์หลักเพียงมุ่งหวังเพียงการแปรเปลี่ยนทรัพยากรทางวัฒนธรรมให้เป็นสินค้า (Cultural Commodification) แต่การปรับเปลี่ยนกลับไม่สอดคล้องกับวัฒนธรรมของชุมชน ผลลัพธ์คือชุมชนกลับเป็นผู้รับค่านิยมของนักท่องเที่ยวมา จนชุมชนเปลี่ยนวิถีการดำเนินชีวิต และลอกเลียนแบบพฤติกรรมผู้บริโภค (Demonstration Effect) สุดท้ายชุมชนจะสูญเสียความเป็นอัตลักษณ์และความดั้งเดิมของสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ฉะนั้นปัญหาคือชุมชนชาวนครปฐมหรือรัฐควรเป็นผู้รักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์กับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และ ณ จุดใดเป็นสมดุลระหว่างการพัฒนาต่อยอดกับการส่งเสริมและรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่น

รวมทั้งปัญหาข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นทั้งหมดเป็นผลจากความแตกต่างจากเนื้อหาแห่งสิทธิของชุมชนชาวนครปฐมกับประโยชน์สาธารณะ ซึ่งปัญหาเหล่านี้ส่งผลเชิงลบเป็นลูกโซ่ (Chain Effect) และอาจนำไปสู่การสูญเสียสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

2.2 สถานะและการคุ้มครองการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

ด้วยสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ คือผลผลิตจากความคิดของมนุษย์ ประกอบกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเป็นกฎหมายฉบับเดียวที่เกิดขึ้น เพื่อการปกป้องผลผลิตทางความคิดของมนุษย์ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจึงถูกนำมาใช้ เพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้รวมถึงข้าวหอมแดง และขนมเปียะบางเลน ดังต่อไปนี้

2.2.1 สถานะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

สำหรับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้นับเป็นสินค้า ซึ่งมนุษย์ใช้ความคิดสติปัญญาสร้างขึ้น ทำให้สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แต่ด้วยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเป็นกฎหมายสากลที่เกิดขึ้นจากความตกลงทริปส์ (Trade-Related Aspects of Intellectual Property: the TRIPS Agreement – TRIPs) ขององค์การการค้าโลก แต่ด้วยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามีได้เกิดขึ้นจากความต้องการของประเทศไทย ประกอบกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามีหลายฉบับ กฎหมายแต่ละฉบับให้ความคุ้มครองแก่สินค้ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในแง่มุมที่ต่างกัน ผลลัพธ์คือกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละฉบับปกป้องสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้แตกต่างกัน

อย่างไรก็ดี หากจำกัดเฉพาะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ 2 รายการ ได้แก่ข้าวหอมแดงและขนมเปียะบางเลน สินค้าอาหารทั้งสองมีสถานะเป็นสินค้า และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาต่อไปนี้

ประการแรก การปกป้องสูตรสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 เนื่องด้วยสินค้านี้เป็นการประดิษฐ์ สินค้าอาหารดังกล่าวจึงได้รับความคุ้มครองในรูปอนุสิทธิบัตร (Petty Patent) แต่ด้วยอนุสิทธิบัตรปกป้องผลิตภัณฑ์ที่มีความใหม่ ซึ่งชุมชนชาวนครปฐมได้พัฒนาต่อยอดภูมิปัญญาท้องถิ่นของบรรพบุรุษและสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไม่ต้องมีชั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และเมื่อสินค้าอาหารที่เกิดขึ้นมีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงได้รับ

การปกป้องในรูปแบบสิทธิบัตร เช่น ขนมเปี๊ยะบางเลน ซึ่งผู้ผลิตใช้ไส้ขนมไทย และไม่มีผู้ใดเคยใช้มาก่อน และเมื่อผู้บริโภครยังคงซื้อสินค้าขนมเปี๊ยะ ขนมเปี๊ยะบางเลนจึงเป็นสินค้าและได้รับความคุ้มครองในรูปแบบสิทธิบัตร เพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ได้ เป็นต้น

ประการที่สอง การปกป้องตรา สัญลักษณ์ที่อยู่ในรูปเครื่องหมายการค้า ซึ่งชุมชนชาวนครปฐมได้ใช้กับสินค้าตามมาตรา 3 และมาตรา 6 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เพื่อการปกป้องมิให้ผู้ใดใช้ตราสัญลักษณ์เช่นเดียวกับตน และใช้ตราสัญลักษณ์อื่นๆ ในทางการค้าในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ประการที่สาม การปกป้องการใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับสินค้าในจังหวัดนครปฐมตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546 โดยที่กฎหมายฉบับนี้ปกป้องเฉพาะการใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จังหวัดนครปฐมกับสินค้า เพื่อมิให้ผู้บริโภคสับสนหลงผิด จากการเลือกซื้อสินค้าในชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เช่น สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ทะเบียนเลขที่ สข 48100002 ส้มโอนครชัยศรี จังหวัดนครปฐม เป็นต้น

อนึ่ง แม้ว่าประเทศไทยยังมีกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอีกหลายฉบับ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายการออกแบบผังภูมิวงจรรวม แต่ด้วยกฎหมายเหล่านี้มีองค์ประกอบที่เป็นอุปสรรคต่อการปกป้องสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยเฉพาะองค์ประกอบเรื่องความใหม่ (novelty) และการริเริ่มสร้างสรรค์ (originality) ชุมชนชาวนครปฐมจึงไม่อาจใช้กฎหมายทรัพย์สินปัญญาฉบับอื่นๆ เพื่อปกป้องสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ความเห็นข้างต้นสอดคล้องกับความเห็นของนักวิชาการและเจ้าหน้าที่อาวุโส Daphne Zografos Johnsson แห่งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ซึ่ง Daphne ได้นำเสนอไว้ในหนังสือ Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions และวารสารองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก เรื่อง Introduction to IP, TK and TCEs ว่า สาเหตุที่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไม่สามารถปกป้องสินค้าชุมชนคนพื้นเมือง หรือปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือป้องกันการแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณี ก็เพราะกฎหมายลิขสิทธิ์ หรือกฎหมายสิทธิบัตรมีองค์ประกอบความคิดริเริ่มและความใหม่¹⁸

สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงมีสถานะเป็นสินค้าและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะการปกป้องสูตรการปรุงสินค้าอาหาร หรือการใช้ตราสัญลักษณ์ หรือการใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีประโยชน์ ซึ่งการปกป้องนี้เป็นการป้องกันการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

¹⁸ Daphne Zografos, *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*, (USA : Edward Elgar Publishing Limited, 2021), pp.55-55.

สำหรับภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งชุมชนชาวนครปฐมใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เป็นสูตรอาหารเลียนแบบบรรพบุรุษ หรือภูมิปัญญาการปรุง หรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวกับการเลือกใช้วัตถุดิบ แม้ว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเหล่านี้ล้วนมีส่วนสำคัญในการผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นเพียงงานสาธารณะ (public domain) กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจึงไม่ปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่น สาธารณชนจึงใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นได้อย่างอิสระ เพราะภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นทรัพย์สินสาธารณะ เพื่อการใช้ประโยชน์ร่วมกันของมนุษยชาติ

หากพิจารณาลักษณะภูมิปัญญาท้องถิ่น เพื่อเข้าใจว่า สาเหตุใดกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไม่คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น นักวิชาการและสนธิสัญญาระหว่างประเทศให้คำอธิบายไว้อย่างหลากหลายดังต่อไปนี้

1) อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ 1992 (Convention on Biological Diversity, 1992 – CBD) ได้อธิบายลักษณะของภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้ว่า

“ภูมิปัญญาท้องถิ่น” (Traditional Knowledge - TK) หมายถึงความรู้ การประดิษฐ์และการปฏิบัติของคนท้องถิ่นและชุมชนท้องถิ่นทั่วโลก โดยภูมิปัญญาท้องถิ่นนี้ได้รับการพัฒนามาจากประสบการณ์ ซึ่งประสบการณ์นี้ไม่ใช่ประสบการณ์ของประเทศเพียงประเทศเดียวเท่านั้น แต่ประสบการณ์นี้สามารถปรับใช้กับวัฒนธรรมท้องถิ่น สิ่งแวดล้อม ภูมิปัญญาท้องถิ่นอื่นได้ รวมทั้งภูมิปัญญาท้องถิ่นนี้ยังถูกส่งต่อด้วยวาจาจากคนรุ่นหนึ่งไปสู่คนรุ่นต่อไป ทำให้สิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงเป็นสิทธิของชุมชนในรูปเจ้าของร่วม¹⁹ และภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจปรากฏตัวในหลายรูปแบบ เช่น วาจาที่เนื้อหาครอบคลุมถึงวิถีการดำรงชีวิตของชุมชน เรื่องเล่า เพลง คติพจน์ พื้นบ้าน สุภาษิต ความเชื่อ พิธีกรรม กฎหมายชุมชน ภาษาถิ่น การปฏิบัติทาง กสิกรรม รวมทั้งภูมิปัญญาท้องถิ่นนี้มีเนื้อหาเกี่ยวกับการพัฒนาพืชพันธุ์ การขยายพันธุ์สัตว์ เช่นนี้ภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงเกี่ยวข้องอย่างสำคัญกับการปฏิบัติต่อธรรมชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิบัติในแผนกเกษตรกรรม การประมง สุขภาพ การเพาะปลูกพืช ป่าไม้ และการจัดการทั่วไปด้านสิ่งแวดล้อม²⁰

2) คณะกรรมการองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกได้ถึงลักษณะภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้ว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นมี 2 ประเภทย่อย คือ²¹

ประเภทแรก “*traditional knowledge lato sensu*” หรือชื่อย่อว่า TK *lato sensu* หมายถึงคำที่อธิบายเกี่ยวข้องกับประเพณี ไม่ว่าจะเป็นประเพณีด้านวรรณกรรม ศิลปะ หรือ

¹⁹ Martin A. Girsberger, Intellectual property and Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment, (Cheltenham. UK : Edward Elgar Publishing Limited, 2008), pp.128.-131.

²⁰ *Ibid*, pp.131.

²¹ *Ibid*, pp.130.

งานทางวิทยาศาสตร์การแสดง สิ่งประดิษฐ์ การค้นพบทางวิทยาศาสตร์ เครื่องหมาย ชื่อ และ สัญลักษณ์ ข้อมูลที่เป็นความลับ และประเพณีอื่นๆ ทั้งนี้ประเพณีดังกล่าวต้องตั้งอยู่บนพื้นฐาน สิ่งประดิษฐ์และการสร้างสรรค์ ซึ่งประเพณีดังกล่าวเป็นผลมาจากกิจกรรมทางสติปัญญาใน อุตสาหกรรม วิทยาศาสตร์ วรรณกรรมหรือแผนกศิลปะอื่นๆ

อนึ่ง *traditional knowledge lato sensu* ยังมีลักษณะที่เกี่ยวข้องกับ ความเปลี่ยนแปลงด้านสิ่งแวดล้อม *traditional knowledge lato sensu* จึงมีเนื้อหาครอบคลุมถึง ความรู้ทางการเกษตร ความรู้ทางวิทยาศาสตร์ ความรู้ด้านเทคนิค การรักษาโรค ความรู้ด้าน ชีวภาพ การแสดงออกของคติชน ซึ่งการแสดงออกทางคติชนเช่นนี้อาจอยู่ในรูปดนตรี การเต้นรำ เพลง ทัศนกรรม การออกแบบ เรื่องเล่า และงานศิลปะ หรือการแสดงออกด้านภาษาในรูปแบบ ต่างๆ เช่น ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ สัญลักษณ์ เป็นต้น

ประเภทที่สอง *traditional knowledge stricto sensu* หรือชื่อย่อว่า *TK stricto sensu* หมายความว่า ความถึงแก่นของความรู้ที่มาจากกิจกรรมทางสติปัญญาด้านประเพณี รวมถึง ความชำนาญ ทักษะ สิ่งประดิษฐ์ การปฏิบัติและการเรียนรู้ที่มาจากระบบภูมิปัญญาท้องถิ่น และ ความรู้เกี่ยวกับโครงสร้างประเพณี เพื่อการดำเนินชีวิตของคนท้องถิ่นและชุมชนท้องถิ่น *traditional knowledge stricto sensu* จึงมีเนื้อหาครอบคลุมถึงการเกษตร สิ่งแวดล้อม ความรู้ ด้านการรักษาโรค และความรู้เกี่ยวกับทรัพยากรพืชพันธุ์ต่างๆ โดยความรู้เหล่านี้จะถูกต่อระหว่าง คนรุ่นต่างๆ ในวิธีการต่างๆ ไม่ว่าจะการปฏิบัติให้คนรุ่นหลังดู หรือวิธีการอื่นๆ เพื่อการส่งต่อความรู้ไป ยังคนรุ่นต่อไป

จากลักษณะภูมิปัญญาท้องถิ่นข้างต้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า การที่สินค้า อาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นงานสาธารณะ ก็เพราะแม้ตามปกติชุมชนผลิตสินค้า อาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นของบรรพบุรุษ แต่ด้วยการ ผลิตสินค้าอาหารดังกล่าวเป็นเพียงการเลียนแบบอาหารของบรรพบุรุษ ทำให้แม้สินค้าอาหารมรดก ทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีพัฒนาการที่ไม่หยุดนิ่ง สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ จึงมีความเปลี่ยนแปลงเพียงเล็กน้อย ไม่มีความใหม่ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา สินค้าอาหาร มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงไม่ได้การปกป้องตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

อย่างไรก็ดี ด้วยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา 2 ฉบับ คือกฎหมายเครื่องหมาย การค้าและกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไม่มีเงื่อนไขความใหม่ หรือความคิดริเริ่ม แม้ว่ากฎหมาย ทั้งสองไม่ปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่นในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ชุมชนจึง สามารถใช้ประโยชน์จากกฎหมายทั้งสอง เพื่อปกป้องตรา สัญลักษณ์ เครื่องหมาย ชื่อสิ่งบ่งชี้ทาง ภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชน ทำให้กฎหมายทั้งสองฉบับมีประโยชน์ทางอ้อมต่อ การส่งเสริม รักษาภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งชุมชนชาวนครปฐมใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่

จับต้องไม่ได้ และกฎหมายทั้งสองจึงสามารถใช้ปกป้องประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

อีกสาเหตุหนึ่ง ซึ่งกฎหมายหมายทรัพย์สินทางปัญญาไม่ปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่น ก็เพราะกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเป็นกฎหมายสากลที่เกิดขึ้นจากตามความตกลงทริปส์เพื่อการปกป้องนวัตกรรมที่มีความใหม่ หรือนวัตกรรมที่ต่อยอดจากภูมิปัญญาท้องถิ่น ดังที่ปรากฏในอารัมภบทความตกลงทริปส์ที่ว่า ความตกลงทริปส์มุ่งให้รัฐภาคีสมาชิกเห็นถึงความสำคัญเกี่ยวกับการปกป้องทรัพย์สินทางปัญญารวมทั้งวัตถุประสงค์แห่งการพัฒนาทางเทคโนโลยี²² ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกิดขึ้นก่อนระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจึงไม่ใช่วัตถุประสงค์ที่มีความใหม่และไม่ได้รับการปกป้องตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ

อนึ่ง Lucie Guiboult นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสได้อธิบายว่า สาเหตุที่ภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่ได้รับการปกป้องตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เพราะภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นงานสามัญ และงานสาธารณะมีอยู่ 2 กลุ่ม คือ²³

กลุ่มแรก งานสามัญ (category of commons) งานสามัญนี้ก็คือทรัพย์สินที่ไม่มีใครเป็นเจ้าของ และมีไว้เพื่อการใช้ประโยชน์ร่วมกันของสาธารณชน สาธารณชนสามารถใช้ประโยชน์ได้ และวัตถุประสงค์เหล่านี้ไม่มีการผูกขาดสิทธิโดยบุคคลใด เช่น ตัวอักษร สี แนวคิด สูตรทางคณิตศาสตร์วิทยาศาสตร์ เป็นต้น และ

กลุ่มที่สอง งานที่เคยได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แต่งานดังกล่าวสิ้นสุดความคุ้มครองแล้ว งานเหล่านี้จึงมีสถานะเป็นงานสาธารณะ

เช่นนี้ตามความเห็นของ Lucie Guiboult ภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงเป็นงานสามัญ ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นเพิ่มเติมว่า การที่ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นงานสาธารณะ เพราะภูมิปัญญาท้องถิ่นเกิดขึ้น ก่อนทุกประเทศประกาศใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ประกอบกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาให้ความคุ้มครองเพียงชั่วระยะเวลาหนึ่ง เช่น ลิขสิทธิ์มีอายุความคุ้มครองตลอดอายุผู้สร้างสรรค์ แต่ต่อไปอีก 50 ปีนับแต่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย เป็นต้น ทั้งหมดนี้ทำให้ทันทีที่ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเกิดขึ้น ภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงมีสถานะเป็นงานสาธารณะ และไม่มีผู้ใดอ้างสิทธิในความเป็นเจ้าของ สาธารณชนจึงสามารถเข้าถึงและใช้ประโยชน์ภูมิปัญญาท้องถิ่นได้

²² อารัมภบท TRIPS Agreement

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

²³ Lucie Guiboult, *The Future of the Public Domain*, (USA : Kluwer Law International, 2006), pp.13.

อย่างอิสระ โดยสาธารณชนในที่นี้อาจเป็นบุคคลใดๆ ก็ได้ ไม่ว่าจะสมาชิกในชุมชนผู้ถือครองภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือชาวต่างชาติ หรือผู้มิได้เป็นสมาชิกในชุมชน

ฉะนั้นสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงมีสถานะเป็นสินค้าตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ แต่ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นงานสาธารณะ และไม่ได้รับการปกป้องจากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาทุกฉบับ ภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงเป็นทรัพย์สินสาธารณะ ซึ่งสาธารณชนสามารถเข้าถึงและใช้ประโยชน์อย่างอิสระ

2.2.2 การคุ้มครองการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสินค้าอาหารที่มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

ดังที่นำเสนอในหัวข้อ 2.2.1 ข้างต้นว่า กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไม่ปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่น แต่สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสินค้า หรือเป็นวัตถุดิบในการพัฒนาต่อยอดผลิตสินค้าอาหารใหม่ๆ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจึงปกป้องผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ต่อไปนี้

2.2.2.1 ปัจเจกชนผู้ทรงสิทธิในการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสินค้าอาหารที่มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

จากการสำรวจข้อมูลเอกสารและการสัมภาษณ์เชิงลึก ชุมชนชาวนครปฐมปกป้องการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสินค้ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งชุมชนชาวนครปฐมพัฒนาต่อยอดจากภูมิปัญญาท้องถิ่นของบรรพบุรุษ โดยปัจเจกชนหรือกลุ่มบุคคลในชุมชนชาวนครปฐมเป็นผู้ทรงสิทธิ ดังนี้

(1) ปัจเจกชนผู้ทรงสิทธิตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522

ภายใต้พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ปัจเจกชนอาจเป็นบุคคลที่เป็นสมาชิกชุมชนชาวนครปฐม หรือผู้ทรงสิทธิร่วมที่เป็นกลุ่มบุคคลสมาชิกชุมชนชาวนครปฐม หรือบุคคลใดๆ ที่ไม่เป็นสมาชิกชุมชนชาวนครปฐมก็ได้ บุคคลเหล่านี้สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิบัตร เพื่อการปกป้องการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากสินค้าต่างๆ โดยสินค้านั้นมิใช่สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่สินค้านั้นเป็นการประดิษฐ์ที่มีความใหม่ หรือเป็นสินค้าที่ต่อยอดจากภูมิปัญญาท้องถิ่นของบรรพบุรุษ ซึ่งสิทธิบัตรให้การปกป้อง 2 รูปแบบ

1) หนังสือสำคัญการจดทะเบียนสิทธิบัตรการประดิษฐ์ โดยปัจเจกชนสามารถได้รับหนังสือสำคัญดังกล่าว ก็ต่อเมื่อสินค้านั้นมีความใหม่ และมีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น รวมทั้งสามารถใช้แสวงหาประโยชน์ในทางพาณิชย์ตามมาตรา 5 มาตรา 6 และมาตรา 9 พระราชสิทธิบัตร พ.ศ.2522 แต่ปัจเจกชนผู้ทรงสิทธิสามารถผูกขาดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวใน

ระยะเวลาเพียง 20 ปี นับแต่วันยื่นคำขอรับความคุ้มครองในราชอาณาจักรตามมาตรา 35 พระราชบัญญัติสิทธิ พ.ศ.2522

ด้านคุณสมบัติสินค้าอาหาร เพื่อการได้รับหนังสือสำคัญการจดทะเบียนสิทธิบัตรการประดิษฐ์ สินค้าอาหารดังกล่าวจำเป็นต้องมีคุณสมบัติ 3 ประการ²⁴

ประการแรก สินค้าอาหารต้องมีความใหม่ (novelty) ความใหม่นี้ต้องไม่เคยมีหรือใช้แพร่หลายในราชอาณาจักร ก่อนวันที่ผู้นั้นยื่นคำขอรับสิทธิบัตร (World-wide Novelty) ตามมาตรา 6 วรรค 2 (1) พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 เพราะความใหม่ตามนัยยะกฎหมายสิทธิบัตรนั้น คำว่า “ความใหม่” (novelty) มีที่มาจากศัพท์ภาษาละตินคำว่า “novas” ทำให้วิธีการประเมินความใหม่จึงประเมินจากการรับรู้ของปัจเจกชน ความใหม่ของสินค้าอาหารจึงอยู่ที่ตัววัตถุดิบ วิธีการ ส่วนประกอบที่ใช้ผลิตสินค้าอาหาร²⁵ ซึ่งทำให้สินค้าอาหารมีคุณภาพแตกต่างจากในอดีต หรืออีกนัยหนึ่งสินค้าอาหารที่มีความใหม่เป็นผลผลิตจากการสร้างสรรค์ซึ่งสาธารณชนไม่รับรู้ถึงนวัตกรรมการผลิตนั้น²⁶

ประการที่สอง สินค้าอาหารต้องมีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (inventive step) และ

ประการสุดท้าย สินค้าอาหารที่เกิดขึ้นต้องนำไปประยุกต์ใช้ในทางพาณิชย์กรรม หรืออุตสาหกรรม (industrial application)

ด้วยระบบความคุ้มครองสิทธิบัตร ซึ่งผู้ทรงสิทธิต้องจดทะเบียนกับรัฐ ความคุ้มครองนี้ไม่เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติดังเช่นลิขสิทธิ์ และความคุ้มครองมีจำกัดอยู่เฉพาะในประเทศ ซึ่งผู้ทรงสิทธิได้จดทะเบียนสิทธิบัตรไว้เท่านั้น หากผู้ทรงสิทธิพึงต้องการได้รับการปกป้องสิทธิบัตรในต่างประเทศ ผู้นั้นขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์ในต่างประเทศ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการไม่มีการเลือกปฏิบัติ (without discrimination) ซึ่งรัฐภาคีสมาชิกความตกลงทริปส์ต้องให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทรงสิทธิชาวไทยโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ

²⁴ มาตรา 5 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2542

ภายใต้บังคับมาตรา 9 การประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้ต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่
- (2) เป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้นไป
- (3) เป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม

²⁵ Smit & Van Wyk, Inc., Novelty, Retrieved 12 December 2019

<https://www.svw.co.za/novelty-2/>.

²⁶ WIPO, WIPO Intellectual Property Handbook, (Switzerland : WIPO Publication, 2004), pp.115.

ภายใต้ข้อกำหนดข้างต้น เมื่อผู้วิจัยได้พิจารณากับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ 2 รายการ ได้แก่ข้าวหมูแดง และขนมเปี๊ยะบางเลนแล้ว ผู้วิจัยพบว่า ไม่มีผู้ใดในชุมชนชาวนครปฐมที่ได้รับหนังสือสำคัญการจดทะเบียนสิทธิบัตรการประดิษฐ์ เพราะข้าวหมูแดง และขนมเปี๊ยะบางเลนไม่มีชิ้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นตามมาตรา 5 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522

อีกทั้ง ผู้วิจัยยังพบว่า ปัจจุบันชุมชนชาวนครปฐมผลิตสินค้าอาหาร 2 ประเภท

1) สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งชุมชนชาวนครปฐมผลิตเลียนแบบอาหารของบรรพบุรุษผลิต เช่น ข้าวหมูแดง ข้าวมันไก่ ขนมจีบ ซุนเปี๊ยะ ข้าวเกรียบปากหม้อ เป็นต้น

2) สินค้าอาหาร ซึ่งชุมชนชาวนครปฐมพัฒนาต่อยอดผลิตขึ้น โดยการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นของบรรพบุรุษ เช่น ขนมเปี๊ยะบางเลน เป็นต้น

อนึ่ง แม้ว่าธรรมชาติการผลิตสินค้าอาหาร คือการปรุงอาหาร ที่เป็นการสร้างขึ้นใหม่ทุกๆ ครั้ง ไม่ว่าจะการผลิตสินค้าอาหารนั้นจะเป็นการต่อยอดจากภูมิปัญญาท้องถิ่นของบรรพบุรุษหรือไม่ แต่ในด้านความใหม่ตามมาตรา 5 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 แล้ว การที่ชุมชนชาวนครปฐมใช้กรรมวิธี สูตรอาหารตามแบบบรรพบุรุษ สินค้าอาหารที่เกิดขึ้นจึงขาดความใหม่ และเป็นงานที่ปรากฏอยู่ก่อนขอรับสิทธิบัตร สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงเป็นสินค้าที่ใช้แพร่หลายแล้วในประเทศไทย ชุมชนชาวนครปฐมจึงไม่อาจขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์

นอกจากนี้ เมื่อผู้วิจัยพิจารณาหลักกฎหมายสิทธิบัตรร่วมกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ 2 ตัวอย่าง ปรากฏผลการวิจัยต่อไปนี้

1) ข้าวหมูแดงนครปฐมไม่อาจขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ เพราะชุมชนชาวนครปฐมยังคงใช้สูตรและกรรมวิธีการปรุงตามภูมิปัญญาท้องถิ่นของบรรพบุรุษ โดยภูมิปัญญาท้องถิ่นนี้มีอายุยาวนานกว่า 50 ปีขึ้นไป ดังที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นดังกล่าวเกิดขึ้นตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่สองยุคถึง²⁷ การใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่ใช้แพร่หลายในประเทศไทยอยู่แล้ว ข้าวหมูแดงนครปฐมจึงไม่มีกระบวนการ ขั้นตอน หรือการใช้วัตถุดิบที่มีความใหม่ แม้ชุมชนนครปฐมได้ปรุงข้าวหมูแดงใหม่ทุกจานหรือทุกวัน ข้าวหมูแดงนครปฐมก็ยังคงขาดความใหม่และการปรุงอาหารก็ได้มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น ข้าวหมูแดงนครปฐมจึงไม่ได้รับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ตามมาตรา 5 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522

²⁷ สุกตน์ สุกรัตน์เมธี, อ่างแล้ว เชิงอรไรที่ 14

2) ขนมเปี๊ยะบางเลน ผู้วิจัยพบว่า ขนมเปี๊ยะบางเลนเป็นทั้งสินค้าอาหารที่เลียนแบบบรรพบุรุษ และสินค้าอาหารที่มีความใหม่ เพราะพ.ศ. 2563 ชุมชนชาวนครปฐมผลิตทั้งขนมเปี๊ยะบางเลนที่เลียนแบบอาหารของบรรพบุรุษ และขนมเปี๊ยะบางเลนที่พัฒนาต่อยอดจากอาหารของบรรพบุรุษ ภายใต้การดำเนินงานของชุมชนชาวนครปฐม 2 กลุ่ม คือ

กลุ่มแรก สมาชิกในชุมชนชาวนครปฐมที่พัฒนาตนเองเป็นผู้ประกอบการ และผลิตขนมเปี๊ยะบางเลนเลียนแบบตามภูมิปัญญาท้องถิ่นของบรรพบุรุษ เช่น ร้าน “เฮ้งเฮียง” ร้านเฮ้งเฮียง (ขนมเปี๊ยะบางเลนเจ้าเก่า)²⁸ ร้าน “เฮียงผ่อง” หรือขนมเปี๊ยะครูสมทรง เป็นต้น

กลุ่มที่สอง สมาชิกในชุมชนชาวนครปฐมที่พัฒนาตนเองเป็นผู้ประกอบการ และผลิตขนมเปี๊ยะบางเลนที่มีความใหม่ แต่ไม่มีชั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น โดยการใช้ไส้ขนมเปี๊ยะที่แตกต่างจากภูมิปัญญาของบรรพบุรุษ ไม่ว่าจะการใช้ขนมไทย หรือผลไม้ไทยมาเป็นไส้ขนม หรือการอบควันเทียนเพื่อเพิ่มความหอม ประกอบกับอนุสิทธิบัตรไม่จำเป็นต้องมีชั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น ชุมชนชาวนครปฐมจึงสามารถขอจดทะเบียนอนุสิทธิบัตรได้ตามมาตรา 65 ทวิ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522

ทั้งนี้ ผู้ประกอบการสินค้าขนมเปี๊ยะบางเลนกลุ่มที่สองยังคงพัฒนาต่อยอดภูมิปัญญาท้องถิ่นของบรรพบุรุษต่อเนื่อง โดยการผสมผสานวัฒนธรรมอาหารชาวจีนเข้ากับชาวไทย และผู้ประกอบการกลุ่มนี้ยังใช้ประโยชน์ทางเทคโนโลยีสมัยใหม่ เพื่อการจำหน่ายและ

²⁸ ขนมเปี๊ยะบางเลน (เจ้าเก่า) เป็นผู้ประกอบการที่มีข้อมูลประวัติการผลิตและสืบทอดส่งต่อเฉพาะทายาทในตระกูลเท่านั้น โดยปรากฏชื่อบรรพบุรุษผู้สร้างเริ่มกิจการขนมเปี๊ยะคนแรก คือนายเชียง แซ่อื้อ ซึ่งเกิดในชุมชนที่เป็นแหล่งผลิตขนมขึ้นชื่อของประเทศไทย ก่อนจะย้ายมาอยู่เมืองไทย และเปิดร้านขาย “ขนมเปี๊ยะ” ในตลาดบางเลน จังหวัดนครปฐม เมื่อ 80 กว่าปีที่แล้ว และส่งต่อภูมิปัญญาท้องถิ่นผลิตขนมเปี๊ยะแก่ทายาทในตระกูลต่อเนื่องถึงปัจจุบัน ขนมเปี๊ยะร้านนี้เป็นสูตรดั้งเดิมของบรรพบุรุษที่มีเอกลักษณ์เฉพาะตัวที่รสชาติ เมื่อชิมแล้วจะสัมผัสได้ถึงความแตกต่างจากเจ้าอื่นชัดเจน และขนมเปี๊ยะร้านนี้ได้รับรางวัลชนะเลิศทั้งขนมเปี๊ยะไส้ถั่วดำ และขนมเปี๊ยะไส้ถั่วเหลืองในการประกวดแข่งขันงานเทศกาลอาหารและผลไม้ของจังหวัดนครปฐมในพ.ศ.2527 และได้รับรางวัลชนะเลิศติดต่อกันอีกหลายปี จนมีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักในแวดวงของผู้ที่ชื่นชอบการรับประทานขนมเปี๊ยะ และได้รับความนิยมาจนถึงปัจจุบัน

กระจายสินค้าแก่ผู้บริโภคทั่วประเทศ เช่น เช่น ร้านเฮียผ่อง ขนมเปี๊ยะครูสมทรง²⁹ ร้านสุภาวดี³⁰ ที่ได้จำหน่ายขนมเปี๊ยะบางเลนผ่านระบบ line หรือไปรษณีย์ หรือโทรศัพท์ (App) เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยไม่พบว่า ชุมชนชาวนครปฐมได้จดทะเบียนอนุสิทธิบัตรกับขนมเปี๊ยะบางเลนกลุ่มที่สอง แม้ว่าขนมเปี๊ยะบางเลนดังกล่าวมีคุณสมบัติอนุสิทธิบัตรตามมาตรา 65 ทวิ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 แต่ด้วยข้อจำกัดหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการไม่ทราบสิทธิประโยชน์ตามกฎหมาย ระยะเวลาที่ขอรับสิทธิที่ยาวนาน และค่าธรรมเนียมรายปีที่สูง ชุมชนชาวนครปฐมจึงไม่ขอรับหนังสืออนุสิทธิบัตรในสินค้าขนมเปี๊ยะบางเลน

เมื่อผู้วิจัยได้ประมวลสรุปสาเหตุว่า ทำไมชุมชนชาวนครปฐมไม่ขอรับหนังสือการจดทะเบียนอนุสิทธิบัตรไทย กรณีนี้มาจากสาเหตุ 3 ประการ

1) การผลิตสินค้าอาหารไม่ใช่เรื่องยุ่งยาก คนทั่วไปก็สามารถเรียนรู้และผลิตอาหารขึ้นได้ หรืออีกนัยหนึ่ง คือการผลิตสินค้าอาหารไทยทุกชนิดล้วนไม่มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น บุคคลที่มีความชำนาญระดับสามัญก็ผลิตสินค้าอาหารได้ ความคุ้มครองในรูปแบบอนุสิทธิบัตรจึงไม่มีความจำเป็น

2) ค่าธรรมเนียม เพื่อสิทธิในอนุสิทธิบัตรสูงเกินไป และไม่คุ้มค่าต่อการลงทุน และสินค้าอาหารมีราคาไม่สูง กำไรที่ได้จึงไม่ครอบคลุมถึงค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น

²⁹ ขนมเปี๊ยะครูสมทรงเป็นร้านที่ไม่เกิดจากการสืบทอดภูมิปัญญาท้องถิ่นชาวจีน แต่เกิดจากคุณครูสมทรง นาคศรีสังข์เจ้าของร้านที่พยายามหาสูตรในการทำขนมเปี๊ยะด้วยตนเอง โดยคุณครูสมทรงได้เรียนหลักสูตรการทำขนมเปี๊ยะมาจากสถาบันต่างๆ ในที่สุดก็ได้ออกมากลายเป็นสูตรขนมเปี๊ยะ และคุณครูสมทรงเปิดด้านขนมเปี๊ยะขึ้นในที่สุด

³⁰ ขนมเปี๊ยะอบเทียนสุภาวดี (สูตรชาววัง) ได้พัฒนาขึ้นจากการสืบทอดภูมิปัญญาดั้งเดิมมานานตั้งแต่บรรพบุรุษ โดยร้านสุภาวดีใช้วัตถุดิบที่มีในท้องถิ่นจังหวัดนครปฐม เช่น ไข่เป็ดแปรรูป เพื่อนำไข่แดงของไข่เค็มมาทำเป็นไส้ของขนมเปี๊ยะ โดยจะให้รสชาติสัมผัสมันเค็มของไข่แดง ผนวกกับการนำภูมิปัญญาการทำขนมไทยชาววังคือการนำเทียนหอมสูตรดั้งเดิมที่ได้ทำงานถวายการรับใช้ในท้องครัว สมัยรัชกาลที่ 5 กลายเป็นสูตรเฉพาะในการอบควันเทียนให้ขนมเปี๊ยะมีกลิ่นหอมชวนทาน ร่วมกับการดัดแปลงไส้ขนมมาจากการทำขนมไทยอย่าง เม็ดขนุน ซึ่งเป็นขนมไทยที่แม่บ้านในชุมชนมีความถนัดและสืบทอดมา ทำให้ขนมเปี๊ยะมีเนื้อสัมผัสที่นุ่มเนียนและมีกลิ่นหอมชวนรับประทาน

3) ระยะเวลาคุ้มครองอนุสิทธิบัตรมีอยู่เพียง 6 ปี นับแต่วันขอรับสิทธิบัตร และต่ออายุได้อีก 2 ครั้งๆ ละ 2 ปี รวมทั้งสิ้น 10 ปีตามมาตรา 65 สัตต พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ระยะเวลาดังกล่าวไม่จูงใจต่อการขอรับอนุสิทธิบัตร³¹

4) อนุสิทธิบัตรเป็นการปกป้องที่เบาบาง (thin protection) เพราะความใหม่ในสินค้าอาหารไทยสามารถต่อยอดดัดแปลงได้โดยง่าย ไม่ว่าจะด้วยการเปลี่ยนหรือเพิ่มวัตถุดิบใหม่ๆ หรือการผสมผสานทักษะภูมิปัญญาในวัฒนธรรมอาหารชาติอื่น ดังเช่น อนุสิทธิบัตรไทย ข้าวผัดแกงเขียวหวาน เลขที่ 2460 วันที่จดทะเบียน : 21 มีนาคม พ.ศ. 2549 ของบริษัท เอ.พี.แซด.คอร์ปอเรชั่น จำกัด , บริษัท เอ.พี.แซด.คอร์ปอเรชั่น จำกัด ซึ่งความใหม่ในอนุสิทธิบัตรฉบับนี้เกิดขึ้นจากการผสมแกงเขียวหวานไว้ในข้าวผัด³²

ทั้งนี้ ความเห็นของผู้วิจัยข้างต้นสอดคล้องกับความเห็นของรองศาสตราจารย์ ดร.เจษฎ์ โทณะวณิก ในรายงานการสัมภาษณ์ของศูนย์ข้อมูล&ข่าวสืบสวนเพื่อสิทธิพลเมืองว่า ความคุ้มครองอนุสิทธิบัตรไทยแก่สินค้าอาหารเป็น Thin Protection คือความคุ้มครองที่บาง เช่นนี้แม้ชาวต่างชาติได้รับอนุสิทธิบัตรกับสินค้าอาหารไทยในต่างประเทศ ชาวไทยก็อาจไม่ได้รับผลกระทบ ชาวไทยยังคงส่งออกสินค้าอาหารไทยดังกล่าวไปต่างประเทศได้ตามปกติ และผู้วิจัยยังเห็นด้วยกับความเห็นของรองศาสตราจารย์ ดร.เจษฎ์ฯ ที่ว่า ประเด็นที่น่าเป็นกังวล คือ ถ้าเมื่อใดชาวต่างชาติเป็นเจ้าของอนุสิทธิบัตรอาหารไทยรายการใด ชาวต่างชาติอาจใช้สิทธิทางศาลทำให้ชุมชนไม่อาจผลิตและสืบทอดสินค้าอาหารไทย สุดท้ายสินค้าอาหารไทยดังกล่าวสูญหายไปจากประเทศไทย³³

ด้วยเหตุนี้แม้ว่าอนุสิทธิบัตรเป็นหนึ่งในวิธีการปกป้องการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ เพื่อสมาชิกในชุมชนชาวนครปฐมใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว และปกป้องการ

³¹ มาตรา 35 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 2 พ.ศ.2542

สิทธิบัตรการประดิษฐ์ให้มีอายุยี่สิบปีนับแต่วันขอรับสิทธิบัตรในราชอาณาจักร ในกรณีที่มีการดำเนินคดีทางศาลตามมาตรา ๑๖ มาตรา ๗๔ หรือมาตรา ๗๗ ฉ มิให้นับระยะเวลาในระหว่างการดำเนินคดีดังกล่าวเป็นอายุของสิทธิบัตรนั้น

³² กรมทรัพย์สินทางปัญญา, "ระบบสืบค้นสิทธิบัตรทั่วโลก" สืบค้นเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2562 จาก <https://www.ipthailand.go.th/th/e-service/%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B8%9A%E0%B8%9A%E0%B8%AA%E0%B8%B7%E0%B8%9A%E0%B8%84%E0%B9%89%E0%B8%99%E0%B8%AA%E0%B8%B4%E0%B8%97%E0%B8%98%E0%B8%B4%E0%B8%9A%E0%B8%B1%E0%B8%95%E0%B8%A3%E0%B8%97%E0%B8%B1%E0%B9%88%E0%B8%A7%E0%B9%82%E0%B8%A5%E0%B8%81.html>.

³³ ศูนย์ข้อมูล&ข่าวสืบสวนเพื่อสิทธิพลเมือง, "ดร.เจษฎ์ โทณะวณิก 'ไขข้อใจ สิทธิบัตรของ'แกงเขียวหวานไก่", สืบค้นเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2562 จาก <http://www.food4change.in.th/article/news-launcher/good-news/586-2012-09-14-02-06-45.html>.

จำหน่ายสินค้าอาหาร แต่มาตรการกฎหมายสิทธิบัตรที่มีข้อจำกัดและไม่มุ่งใจชุมชนชาวนครปฐม ชุมชนชาวนครปฐมจึงไม่นิยมจดทะเบียนอนุสิทธิบัตรกับสินค้าอาหารต่างๆ

(2) ปัจเจกชนผู้ทรงสิทธิตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า

พ.ศ.2534

เครื่องหมายการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาอีกประเภทหนึ่งที่มีบทบาทสำคัญต่อการแสดงออกถึงภาพลักษณ์ทางธุรกิจ (Business Image) แม้เครื่องหมายการค้าเป็นสินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตน (Intangible Asset) แต่เครื่องหมายการค้าก็มีคุณค่าในเชิงพาณิชย์ (Commercial Value) เพราะเจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (monopoly rights) เพื่อการแสวงหาประโยชน์ทางการค้า และใช้สิทธิพิเศษในการปกป้องสินค้าอาหาร ไม่ว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้หรือสินค้าใดๆ ทำให้ทุกประเทศสมาชิกสมาคมเอเชียตะวันออกเฉียงใต้รวมถึงประเทศไทยจึงนิยมใช้เครื่องหมายการค้ากันอย่างแพร่หลาย

สำหรับประเทศไทย การใช้เครื่องหมายการค้าอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้จำแนกเครื่องหมายการค้าออกเป็น 4 ประเภท คือ

1) เครื่องหมายการค้า (Trademark) ที่ใช้จำแนกแยกแยะความแตกต่างของสินค้าและผู้ผลิตสินค้าประเภทเดียวออกจากกัน

2) เครื่องหมายบริการ (Service Mark) ที่ใช้จำแนกแยกแยะความแตกต่างของบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวออกจากกัน

3) เครื่องหมายรับรอง (Certificate Mark) ที่ใช้กับสินค้าหรือบริการของผู้อื่น โดยเครื่องหมายรับรองทำหน้าที่รับรองแหล่งกำเนิด ส่วนประกอบ วิธีการผลิต คุณภาพ หรือคุณลักษณะอื่นใดของสินค้า หรือรับรองสภาพ คุณภาพ ชนิดหรือลักษณะอื่นใดของบริการ

4) เครื่องหมายร่วม (Collective Mark) เป็นเครื่องหมายการค้าและเครื่องหมายบริการที่ใช้โดยบริษัท หรือวิสาหกิจกลุ่มเดียวกัน ผู้ใช้เครื่องหมายร่วมจึงเป็นกลุ่มบุคคลหรือนิติบุคคล ซึ่งผู้ใช้เครื่องหมายร่วมดังกล่าวจำเป็นต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขต่างๆ เพื่อการได้สิทธิใช้เครื่องหมายร่วม และเครื่องหมายร่วมยังทำหน้าที่จำแนกแยกแยะสินค้าหรือบริการเช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้าและเครื่องหมายบริการ

แม้ว่าประเทศไทยมีเครื่องหมายการค้าถึง 4 ประเภทข้างต้น แต่งานวิจัยฉบับนี้ขอเสนอเฉพาะเครื่องหมายการค้าเท่านั้น เพราะชุมชนชาวนครปฐมใช้เฉพาะเครื่องหมายการค้า ประกอบกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสินค้า ไม่ใช่บริการ สินค้าดังกล่าวจึงใช้ได้กับเครื่องหมายการค้า ขณะที่ชุมชนชาวนครปฐมก็ไม่ปรากฏการใช้

เครื่องหมายร่วมหรือเครื่องหมายรับรองกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ งานวิจัยฉบับนี้จึงจำกัดเฉพาะการใช้เครื่องหมายการค้าเท่านั้น

หากจำกัดเฉพาะการใช้เครื่องหมายการค้ากับตัวอย่างสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในชุมชนชาวนครปฐมแล้ว ผู้วิจัยพบว่า ชุมชนชาวนครปฐมนิยมใช้ศัพท์ภาษาจีน เพื่อเป็นเครื่องหมายการค้าและจำแนกแยกแยะข้าวหมูแดงนครปฐมและขนมเปียะบางเลน แต่ไม่ปรากฏใช้เสียงกับเครื่องหมายการค้า ซึ่งปัจจุบันเสียงสามารถใช้จดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534³⁴

ส่วนรายละเอียดของเครื่องหมายการค้ากับข้าวหมูแดง และขนมเปียะบางเลน ปัจจุบันชุมชนชาวนครปฐมใช้คำภาษาจีนร่วมกับการใช้สีต่างๆ โดยเฉพาะสีแดง เพราะสีแดงเป็นสีแห่งความมงคลตามความเชื่อของชาวจีน เพื่อจำแนกแยกแยะสินค้าของตนออกจากสินค้าประเภทเดียวกันของผู้อื่น เครื่องหมายการค้าเหล่านี้จึงมีลักษณะบ่งเฉพาะ และไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย รวมทั้งไม่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นตามมาตรา 7 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534³⁵

ส่วนสาเหตุที่ชุมชนชาวนครปฐมนิยมใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การใช้เครื่องหมายการค้าเป็นการสืบทอดต่อกันจากบรรพบุรุษชาวจีนในจังหวัดนครปฐม ซึ่งตั้งแต่ครั้งรัชกาลที่ 2 พระบาทสมเด็จพระพุทธเลิศหล้านภาลัย แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ บรรพบุรุษชาวจีนได้อพยพตั้งถิ่นฐานและการทำการค้าในจังหวัดนครปฐม พร้อมกับ การริเริ่มบุกเบิก 2 อาชีพในจังหวัดนครปฐม คือการค้าข้าว และการเลี้ยงหมู โดยเฉพาะอาชีพเลี้ยงหมูได้เป็นมรดกทางวัฒนธรรมแก่ลูกหลานชาวจีน ปัจจุบันชุมชนชาวนครปฐมเชื้อสายจีนก็ยังทำอาชีพนี้อยู่ในเขตตำบลท่าข้าม อำเภอสามพราน และสอดคล้องกับความเป็นมาข้าวหมูแดงนครปฐมที่ว่า เริ่มแรกข้าวหมูแดงนครปฐมเป็นเพียงอาหารของชาวจีน และเป็นไปตามผลการวิจัยของ Li Serng, Phrompat, Raisooksiri & Noipitak ที่สัมภาษณ์ผู้อาวุโสเชื้อ

³⁴ มาตรา 7 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534

เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นสาระสำคัญดังต่อไปนี้ ให้ถือว่า มีลักษณะบ่งเฉพาะ....

(11) เสียงอันไม่ได้ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้านั้นโดยตรง หรือเสียงที่ไม่เป็นเสียงโดยธรรมชาติของสินค้านั้น หรือเสียงที่ไม่ได้เกิดจากการทำงานของสินค้านั้น...

³⁵ มาตรา 4 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534

“เครื่องหมาย” หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประติมากรรม ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ เสียง หรือสิ่งเหล่านี้อย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน.

สายจีนในจังหวัดนครปฐม เกี่ยวกับการเลี้ยงหมูไว้ว่า ในช่วงแรกอาชีพเลี้ยงหมูเป็นอาชีพของคนจีนที่เป็นการเลี้ยงในครอบครัว³⁶

ผลลัพธ์คือ ชุมชนชาวจีนจึงคนกลุ่มแรกที่ค้าขายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และได้ใช้เครื่องหมายการค้า ก่อนที่ประเทศไทยประกาศใช้กฎหมายเครื่องหมายการค้าตามแบบชาติตะวันตก ทำให้เครื่องหมายการค้ากับข้าวหมูแดงและขนมเปียะบางเลนมักเป็นคำในภาษาจีน และเครื่องหมายการค้าดังกล่าวมีทั้งที่จดทะเบียนกับรัฐ และชื่อทางการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายตามมาตรา 7 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534

ส่วนรายละเอียดการใช้เครื่องหมายการค้ากับตัวอย่างสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ 2 รายการ มีรายละเอียดดังนี้

ตัวอย่างแรก ข้าวหมูแดงนครปฐม ผู้วิจัยพบว่า ชุมชนชาวนครปฐมใช้เครื่องหมายการค้าและชื่อทางการค้า หรือที่นักกฎหมายเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า เครื่องหมายการค้าที่ไม่จดทะเบียนจำนวนมาก ในฐานะที่เครื่องหมายการค้าเหล่านี้เป็นเครื่องมือทางการตลาดซึ่งชุมชนชาวนครปฐมได้ใช้โฆษณาข้าวหมูแดงนครปฐม ไม่ว่าจะเว็บไซต์การท่องเที่ยวทั้งของรัฐหรือเอกชน หรือเฟซบุ๊ก หรือยูทูบ ดังปรากฏตัวอย่างในภาพที่ 2.1 และภาพ 2.2 ด้านล่าง



ภาพที่ 2.1 เครื่องหมายการค้าข้าวหมูแดงปฐมโภชนา³⁷



ภาพที่ 2.2 เครื่องหมายการค้าตั้งฮะเส็ง³⁸

³⁶ Li Serng, T., Phrompat, T., Raisooksiri, B. & Noipitak, W, The role of Thai-Chinese People in Developing the Economic of Western Region: A case study of Nakhon Pathom Province, (China: Huachiew Chalermprakiet University. (Mimeographed), 1997), pp.42.

³⁷ ร้านข้าวหมูแดงปฐมโภชนา, “ร้านข้าวหมูแดงปฐมโภชนา”, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มกราคม 2563 จาก <https://www.facebook.com/pathompochna>.

³⁸ Painaidi, “ตั้งฮะเส็ง-ข้าวหมูแดง”, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มกราคม 2563 จาก <http://www.painaidii.com/business/132967/tung-ha-seng-73000/lang/th/>.

นอกจากเครื่องหมายการค้าตามภาพ 2.1 และ ภาพ 2.2 ข้างต้น ชุมชนชาวนครปฐมยังมีการใช้เครื่องหมายการค้า และชื่อทางการค้าอื่นๆ กับสินค้าข้าวหมูแดง เช่น นายฉั่ว ชินฮะเส็ง หงส์หยก กังบัว เป็นต้น

ทั้งนี้ ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า การที่เครื่องหมายการค้าและชื่อทางการค้าเหล่านี้เป็นตัวอักษรภาษาจีน เครื่องหมายการค้าดังกล่าวจึงเป็นภาพสะท้อนวัฒนธรรมอาหารชุมชนชาวจีนในจังหวัดนครปฐม และพื้นที่ทางวัฒนธรรมของชุมชน ซึ่งชุมชนชาวจีนเหล่านี้รวมตัวและอยู่อาศัยในพื้นที่เดียวกัน คือบริเวณถนนสายข้าวหมูแดง บริเวณ อำเภอเมือง จังหวัดนครปฐม แต่พื้นที่แห่งนี้ไม่ใช่แหล่งผลิตวัตถุดิบที่ใช้ปรุงข้าวหมูแดง และเอกลักษณ์ที่โดดเด่นของข้าวหมูแดงอยู่ที่รสชาติ ซึ่งเกิดจากภูมิปัญญาท้องถิ่นในการปรุงของชุมชนชาวนครปฐม

ตัวอย่างที่สอง ขนมเปี๊ยะบางเลน ในฐานะที่ขนมเปี๊ยะบางเลนเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของชุมชนชาวนครปฐม ซึ่งปัจจุบันชุมชนชาวนครปฐมก็ยังผลิตทั้งขนมเปี๊ยะเลียนแบบบรรพบุรุษ และขนมเปี๊ยะที่ต่อยอดจากภูมิปัญญาท้องถิ่นของบรรพบุรุษ และชุมชนชาวนครปฐมยังนิยมใช้เครื่องหมายการค้าและชื่อทางการค้า เพื่อปกป้องการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ ดังปรากฏตามภาพที่ 2-3 และภาพที่ 2-4 ดังนี้



ภาพที่ 2.3 เครื่องหมายการค้าเฮ้งเฮียง³⁹



ภาพที่ 2.4 เครื่องหมายการค้าเฮี้ยผ่อง⁴⁰

³⁹ ร้านเฮ้งเฮียง ขนมเปี๊ยะบางเลน, “เฮ้งเฮียง ขนมเปี๊ยะบางเลน”, สืบค้นเมื่อวันที่ 11 มกราคม 2563 จาก <https://www.facebook.com/%E0%B8%A3%E0%B9%89%E0%B8%B2%E0%B8%99%E0%B9%80%E0%B8%AE%E0%B9%88%E0%B8%87%E0%B9%80%E0%B8%AE%E0%B8%B5%E0%B8%A2%E0%B8%87-%E0%B8%82%E0%B8%99%E0%B8%A1%E0%B9%80%E0%B8%9B%E0%B8%B5%E0%B9%8A%E0%B8%A2%E0%B8%B0%E0%B8%9A%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B9%80%E0%B8%A5%E0%B8%99-400448623402010/>.

⁴⁰ ขนมเปี๊ยะบางเลนเจ้าเก่า - เฮี้ยผ่อง, “ขนมเปี๊ยะบางเลนเจ้าเก่า - เฮี้ยผ่อง”, สืบค้นเมื่อวันที่ 11 มกราคม 2563 จาก <https://www.facebook.com/kanompiabanglen/photos/a.331744014312518/331744020979184/?type=1&theater>.

จากภาพที่ 2.3 และภาพที่ 2.4 ข้างต้น เครื่องหมายการค้าตามภาพเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียง ซึ่งผู้ผลิตสินค้าขนมเปี๊ยะบางเลนทั้งสองได้ใช้เครื่องหมายการค้าทั้งสอง เพื่อการจำหน่ายขนมเปี๊ยะไม่น้อยกว่า 90 ปี และขนมเปี๊ยะทั้งสองยังถูกฝากขายตามร้านค้าต่างๆ ในตลาด รวมทั้งชุมชนชาวนครปฐมยังใช้เครื่องหมายการค้าอื่นๆ ที่ใช้กับขนมเปี๊ยะบางเลน เช่น YadaKetoKitchen ขนมเปี๊ยะบางเลน (ไส้ถั่วลันเตาไข่เค็ม) เป็นต้น

ส่วนประเด็นข้อกฎหมายว่า ทำไมชุมชนชาวนครปฐมจึงใช้เครื่องหมายการค้ากับข้าวหมูแดงนครปฐม ขนมเปี๊ยะบางเลนได้นั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่า กรณีนี้เกิดขึ้นภายใต้เหตุผล 2 ประการ

ประการแรก กฎหมายเครื่องหมายการค้าไม่มีองค์ประกอบที่เป็นอุปสรรค เพราะเครื่องหมายการค้าไม่มีองค์ประกอบความใหม่ (novelty) หรือความคิดริเริ่ม ทำให้การใช้ศัพท์ภาษาจีนหรือภาพที่เกี่ยวข้องมีปัญหาท้องถิ่นจึงไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย สัญลักษณ์ที่เกี่ยวข้องกับปัญหาท้องถิ่นขนมเปี๊ยะบางเลนจึงไม่ต้องห้ามตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2522 สัญลักษณ์ที่เกี่ยวข้องกับปัญหาท้องถิ่นจึงมีลักษณะบ่งเฉพาะและใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้

ประการที่สอง สมาชิกในชุมชนชาวนครปฐมที่ผลิตและจำหน่ายข้าวหมูแดงและขนมเปี๊ยะบางเลน ส่วนใหญ่คนกลุ่มนี้เป็นลูกหลานชาวจีน และผู้บริโภคก็รับรู้ถึงเครื่องหมายการค้าของคนกลุ่มนี้อย่างยาวนาน คนกลุ่มนี้จึงยังคงใช้ตรา สัญลักษณ์ที่เป็นเครื่องหมายการค้าต่อเนื่องจากบรรพบุรุษ ก่อนที่ประเทศไทยประกาศใช้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าตามแบบชาติตะวันตก

ภายใต้เหตุผลทั้งสองข้างต้น ส่งผลให้แม้กฎหมายเครื่องหมายการค้าไม่ปกป้องปัญหาท้องถิ่น ซึ่งชุมชนชาวนครปฐมใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่เมื่อกฎหมายเครื่องหมายการค้าใช้ปกป้องตราสัญลักษณ์ที่เกี่ยวข้องปัญหาท้องถิ่นหรือบ่งบอกถึงตัวผู้ผลิตสินค้าได้ ชุมชนชาวนครปฐมจึงสามารถใช้แช่ที่เขียนด้วยตัวอักษรภาษาจีนหรือภาพองค์ปฐมเจดีย์ หรือสัญลักษณ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับปัญหาท้องถิ่น เพื่อเป็นเครื่องหมายการค้า โดยสัญลักษณ์นี้มีลักษณะบ่งเฉพาะ และผู้บริโภคให้การยอมรับและจำแนกแยกแยะสินค้าประเภทเดียวกันได้

อย่างไรก็ดี การที่พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 ตั้งอยู่บนหลักสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของปัจเจกชน กฎหมายฉบับนี้จึงไม่มีมาตรการส่งเสริมการรวมตัวของสมาชิกชุมชนชาวนครปฐมชาวนครปฐม เพื่อส่งเสริม รักษาสินค้ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่กฎหมายฉบับนี้ก็มีประโยชน์ต่อการปกป้องแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ทำให้กฎหมายฉบับนี้มีประโยชน์ทางอ้อมต่อการดำรงอยู่

ของภูมิปัญญาท้องถิ่น ภายใต้เงื่อนไขว่า トラバไตผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้ายังผลิตและการจำหน่ายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ トラบนั้นสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้และภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ก็ยังดำรงอยู่ต่อไป

ทั้งนี้ ความเห็นของผู้คณะวิจัยข้างต้นสอดคล้องกับ Daphne Zografos Johnsson นักวิชาการและเจ้าหน้าที่อาวุโสองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ซึ่ง Daphne ได้เสนอไว้ในหนังสือ Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions และวารสารองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก เรื่อง Introduction to IP, TK and TCEs ว่า สาเหตุสำคัญของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่สามารถปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่น การแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณี คือเงื่อนไขความคิดริเริ่มและความใหม่ แต่กฎหมายเครื่องหมายการค้าไม่เงื่อนไขดังกล่าว กฎหมายเครื่องหมายการค้าเป็นกฎหมายที่สำคัญต่อการปกป้องประโยชน์ของชุมชน คนพื้นเมืองต่างๆ⁴¹

นอกจากนี้ ผู้วิจัยพบว่า การที่ชุมชนชาวนครปฐมนิยมใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ กรณีนี้ยังเป็นไปในทิศทางเดียวกับชุมชนต่างๆ ในประเทศอื่นๆ ทั่วโลก ซึ่งชุมชนนิยมใช้คำศัพท์ในภาษาต่างๆ เพื่อเป็นเครื่องหมายการค้า ดังที่ปรากฏในตารางที่ 2.2 ด้านล่าง

ตารางที่ 2.2 เครื่องหมายที่ใช้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าโดยชุมชน

Type of mark	1996-2007 applications	2008 applications	1997-2007 Registered trade marks	2008 Registered trade marks
Word mark	406 514	50 888	265 756	47 830
Figurative	235 897	35 787	157 999	33 059
3D	4834	444	2281	329
Colour	604	105	112	41
Other	524	82	204	30
Sound	82	21	47	23
Hologram	10		3	
Olfactory	7			
Total	648 472	87 327	358 248	81 312

ที่มา Daphne Zografos, *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*, (USA : Edward Elgar Publishing Limited. 2010), pp.54.

ด้วยเหตุนี้ชุมชนชาวนครปฐมจึงนิยมใช้เครื่องหมายการค้า เพื่อปกป้องการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่ไม่

⁴¹ Daphne Zografos, *supra* note 18, pp.53-55.

ปรากฏการจดทะเบียนอนุสิทธิบัตรในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ไม่ว่าจะข้าวหมก แดงหรือขนมเปี๊ยะบางเลน และชุมชนชาวนครปฐมยังนิยมใช้ตัวอักษรภาษาจีนเป็นเครื่องหมายการค้า ร่วมกับการภาพ หรือสัญลักษณ์ที่เกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

2.2.2.3 ชุมชนผู้ทรงสิทธิในการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546

นอกจากที่ชุมชนชาวนครปฐมนิยมใช้เครื่องหมายการค้า เพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์กับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้แล้ว ชุมชนชาวนครปฐมยังมีการใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับสินค้าดังกล่าว ภายใต้วัตถุประสงค์เดียวกันคือการป้องกันการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่ประเด็นที่ต่างออกไป ก็คือสิทธิในชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นสิทธิชุมชนมิใช่สิทธิของปัจเจกชน โดยผู้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทุกคนเป็นผู้มีสิทธิใช้ แต่ไม่อาจหวงกันหรือผูกขาดการใช้ประโยชน์จากสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ รวมทั้งผู้ผลิตสินค้าภายใต้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ยังมีหน้าที่ต้องร่วมกันส่งเสริม รักษาคุณภาพ ชื่อเสียงของสินค้าดังกล่าว ซึ่งทั้งหมดนี้เป็นไปตามที่กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กำหนดไว้

สำหรับประเทศไทยได้มีการใช้กฎหมายเฉพาะ (*sui generis*) พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 เพื่อการปฏิบัติตามพันธกรณีความตกลงทริปส์ขององค์การการค้าโลก และภายใต้หลักมาตรฐานขั้นต่ำพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 จึงมีเนื้อหาสอดคล้องกับความตกลงทริปส์ ไม่ว่าจะคำนิยามศัพท์สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ หรือแหล่งภูมิศาสตร์ที่สาระสำคัญสอดคล้องกับข้อ 22.1 ความตกลงทริปส์ ทำให้กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไม่ปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าในระบบสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ แต่ปกป้องเฉพาะการใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในทางการค้าเท่านั้น

แม้ว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 ไม่ปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่เมื่อชุมชนมีหน้าที่ต้องมีคุณภาพ ชื่อเสียง และคุณลักษณะเฉพาะที่เชื่อมโยงกับการใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ซึ่งคุณภาพสินค้าดังกล่าวเชื่อมโยงกับการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นในการผลิตสินค้า ผลทางอ้อมที่เกิดขึ้นคือชุมชนจึงต้องส่งเสริม รักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าในระบบสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และชุมชนยังต้องส่งเสริม รักษา และสืบต่อมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไปพร้อมๆ กัน⁴²

⁴² กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 25*, น.8-9.

ส่วนวัตถุประสงค์แห่งการคุ้มครอง กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ให้ความคุ้มครองแก่การใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ โดยชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ดังกล่าวต้องเป็นชื่อสัญลักษณ์ หรือสิ่งอื่นใด ที่ใช้เรียกหรือใช้แทนแหล่งภูมิศาสตร์ และที่สามารถบ่งบอกว่าสินค้าที่เกิดจากแหล่งภูมิศาสตร์นั้นเป็นสินค้าที่มีคุณภาพ ชื่อเสียง หรือคุณลักษณะเฉพาะของแหล่งภูมิศาสตร์ดังกล่าว สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ดังกล่าวจึงเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยตรง (Direct Geographical Indication) หรืออีกนัยหนึ่งคือสัญลักษณ์ใดๆ ที่สื่อความหมายถึงชื่อภูมิศาสตร์ และสัญลักษณ์ใดๆ ที่บ่งบอกถึงชื่อภูมิศาสตร์ตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546

ด้านตัวผู้ทรงสิทธิก็คือชุมชน เพื่อให้ชุมชนมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับสินค้าของชุมชน ดังที่ปรากฏในรายงานการร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์⁴³ แต่ด้วยพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 ไม่ได้นิยามศัพท์ชุมชนไว้ ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ชุมชนผู้ทรงสิทธิมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ

1) ชุมชน ได้แก่กลุ่มผู้ผลิตสินค้าที่ตั้งอยู่บนพื้นที่แห่งใดแห่งหนึ่งในประเทศไทย ลักษณะดังกล่าวนี้เป็นไปอย่างสอดคล้องกับคำนิยามศัพท์สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในมาตรา 3 พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 เมื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นแหล่งภูมิศาสตร์ที่ผลิตสินค้าในประเทศไทย ชุมชนจึงต้องเป็นชุมชนผู้ผลิตสินค้า ณ แหล่งภูมิศาสตร์แห่งใดแห่งหนึ่งในประเทศไทยด้วย

2) ชุมชนต้องอยู่อาศัยร่วมกันในพื้นที่แห่งใดแห่งหนึ่งในประเทศไทย ลักษณะชุมชนดังกล่าวเป็นไปตามคำอธิบายสิทธิชุมชนของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2559 ว่า ชุมชนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 เป็นชุมชนที่อยู่ร่วมกันในพื้นที่แห่งใดแห่งหนึ่งในประเทศไทย⁴⁴

3) ชุมชนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 เป็นกลุ่มผู้ผลิตสินค้าในแหล่งภูมิศาสตร์แห่งใดแห่งหนึ่งในประเทศไทย โดยสินค้าที่ผลิตต้องมีความเชื่อมโยงระหว่างคุณภาพ ชื่อเสียง คุณลักษณะเฉพาะกับแหล่งภูมิศาสตร์ของชุมชนตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546

เช่นนี้ ชุมชนผู้ผลิตสินค้า ณ แหล่งภูมิศาสตร์แห่งใดแห่งหนึ่งในประเทศไทยจึงเป็นผู้ทรงสิทธิตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 หาก

⁴³ วิมาน กฤตพลวิมาน, เอกสารเพื่อประกอบการพิจารณากฎหมายของสมาชิกวุฒิสภา เล่มที่ 4 เรื่องร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. ..., (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2545), น.1.

⁴⁴ คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ., สารสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูป เอกสารประกอบการสัมมนาการเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจและรับฟังความคิดเห็นของประชาชนต่อร่างรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2558), น.22.

สินค้าของชุมชนมีคุณภาพ ชื่อเสียง คุณลักษณะเฉพาะเชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์ของชุมชน แต่ด้วยสิทธิในระบบสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อยู่ในระบบขึ้นทะเบียนกับกรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ สิทธิชุมชนดังกล่าวจึงไม่เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติ สิทธิชุมชนตามกฎหมายนี้จึงมีขึ้น นับแต่ที่นายทะเบียนได้ขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546

ส่วนผู้ขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ประเทศไทยไม่จำกัดผู้ขึ้นทะเบียนเฉพาะผู้ผลิตสินค้าในชุมชน แต่ผู้ขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อาจเป็นบุคคลต่อไปนี้

(1) ส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคลซึ่งมีเขตรับผิดชอบครอบคลุมบริเวณแหล่งภูมิศาสตร์ของสินค้า

(2) บุคคลธรรมดา กลุ่มบุคคล หรือนิติบุคคลซึ่งประกอบกิจการค้าเกี่ยวข้องกับสินค้าที่ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และมีถิ่นที่อยู่ในแหล่งภูมิศาสตร์ของสินค้า

(3) กลุ่มผู้บริโภคหรือองค์กรผู้บริโภคสินค้าที่ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์”

จากผู้ขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ข้างต้น ผู้ขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จึงไม่จำกัดเพียงสมาชิกในชุมชน แต่ผู้เกี่ยวข้องกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ทั้งหมดไม่ว่าผู้ประกอบการค้าที่เกี่ยวข้อง หรือผู้บริโภค บุคคลเหล่านี้ล้วนมีสิทธิขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ทั้งสิ้น

ส่วนผู้มีสิทธิใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ แม้ว่าชุมชนเป็นเจ้าของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ แต่ก็ได้หมายความว่า สมาชิกทุกคนในชุมชนสามารถใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับสินค้า กลับกันผู้มีสิทธิใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ต้องมีคุณสมบัติตามมาตรา 25 พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 ดังนี้

1) ผู้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ คือผู้ผลิตสินค้าในแหล่งภูมิศาสตร์ ซึ่งผู้ผลิตดังกล่าวต้องได้รับอนุญาตให้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จากรัฐ แต่ถ้าผู้ผลิตย้ายไปผลิตสินค้าในแหล่งภูมิศาสตร์อื่นๆ ผู้ผลิตสินค้านั้นย่อมขาดคุณสมบัติเป็นผู้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์⁴⁵

2) ผู้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ คือผู้ขายสินค้าที่ขึ้นทะเบียนในระบบสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ โดยผู้ขายสินค้านั้นดังกล่าวไม่จำเป็นต้องอยู่ในแหล่งภูมิศาสตร์ตามหนังสือสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ขึ้นทะเบียน

⁴⁵ กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, คู่มือการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์, (กรุงเทพฯ: อักษรไทย, 2550), น.25.

อีกทั้ง ผู้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ยังต้องได้รับอนุญาต เพื่อเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้ตราสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ตามที่กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ได้ประกาศรายชื่อผู้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไว้ โดยผู้ใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามมาตรฐานสินค้าในระบบสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เพื่อสิทธิใช้ตราสัญลักษณ์สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับสินค้าภายในระยะเวลาอันจำกัด

สำหรับการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ 2 ตัวอย่าง คือข้าวหอมแดงนครปฐม และขนมเปี๊ยะบางเลน

ผู้วิจัยพบว่า ในพ.ศ.2563 สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ 2 ตัวอย่างไม่ใช่สินค้าในระบบสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ แต่ชุมชนชาวนครปฐมได้ขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับสินค้าผลไม้ คือส้มโอนครชัยศรี ตามเลขที่คำขอ 47100002 ซึ่งเมื่อวันที่ 29 กันยายน พ.ศ.2547 จังหวัดนครปฐมและหอการค้าจังหวัดนครปฐมได้ยื่นคำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ดังกล่าว

แม้ว่าสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ 2 รายการ คือข้าวหอมแดง ขนมเปี๊ยะบางเลนยังไม่ขึ้นทะเบียนเป็นสินค้าในระบบสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ แต่ประเทศไทยได้ขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมแล้ว จำนวนทั้งสิ้น 145 รายการ สินค้าเหล่านี้แบ่งเป็น 6 กลุ่ม เริ่มต้นจากสินค้าข้าว 18 รายการ สินค้าอาหาร 28 รายการ ผัก/ผลไม้ 69 รายการ ผ้าไหมและผ้าฝ้าย 11 รายการ สินค้าหัตถกรรม/อุตสาหกรรม 11 รายการ และไวน์ สุรา 2 รายการ⁴⁶

เมื่อผู้วิจัยพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างข้าวหอมแดงนครปฐมกับสินค้าอาหาร 1 รายการ คือสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เลขที่ สข 49100004 หมูย่างเมืองตรัง ซึ่งสินค้านี้เป็นสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของชาวดร้ง โดยชาวดร้งผลิตขึ้นในจังหวัดตรัง หมูย่างเมืองตรังมีคุณลักษณะพิเศษอยู่ที่การใช้เนื้อหมูซี่พริ้วในจังหวัดตรัง ร่วมกับการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นของชาวดร้ง เพื่อการผลิตหมูย่างเมืองตรัง ไม่ว่าจะการหมักหมูด้วยเครื่องปรุงอู๋เชียงฝั้น และย่างตามภูมิปัญญาท้องถิ่นของชาวดร้ง ผู้วิจัยพบว่า ข้าวหอมแดงนครปฐมมีศักยภาพพัฒนาเป็นสินค้าอาหารในระบบสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้เช่นกัน ถ้าชุมชนชาวนครปฐมพัฒนาและเลือกใช้พันธุ์หมูของจังหวัดตน ขณะที่ชุมชนชาวนครปฐมมีภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตข้าวหอมแดงนครปฐมอยู่แล้ว ส่งผลให้ในอนาคตชุมชนชาวนครปฐมย่อมสามารถขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ข้าวหอมแดงได้

⁴⁶ กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, “145 สินค้า GI มีอะไรบ้าง”, สืบค้นเมื่อวันที่ 2 มีนาคม 2564 จาก <https://www.ipthailand.go.th/th/gi-002.html>.

ส่วนสาเหตุที่ข้าวหมูแดงนครปฐมและขนมเปียะบางเลนไม่ขึ้นทะเบียนเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ก็เพราะวัตถุดิบที่ใช้ผลิตข้าวหมูแดง ขนมเปียะบางเลนยังไม่อาจพิสูจน์ได้ว่า วัตถุดิบที่ใช้ผลิตสินค้าทั้งสองรายการไม่มีคุณภาพ ชื่อเสียง หรือคุณลักษณะเฉพาะที่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์ ซึ่งชุมชนชาวนครปฐมใช้ผลิตสินค้าตัวอย่าง 2 รายการ ทำให้สินค้าอาหารตัวอย่าง 2 รายการขาดคุณสมบัติตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 เช่น เนื้อหมูและข้าวที่ใช้ผลิตข้าวหมูแดงนครปฐม แต่เมื่อวัตถุดิบทั้งสองไม่มีคุณภาพที่แตกต่างจากพื้นที่อื่นๆ แต่คุณภาพ ชื่อเสียงข้าวหมูแดงนครปฐมอยู่ที่รสชาติ น้ำซอส และเทคนิคการปรุงตามภูมิปัญญาท้องถิ่น ส่งผลให้ข้าวหมูแดงนครปฐมจึงไม่สามารถขึ้นทะเบียนเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นต้น

ดังนั้นแม้ว่าชุมชนนครปฐมไม่ใช่ประโยชน์จากสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เพื่อการปกป้องการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ และรักษาสมดุลในประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ไม่ว่าการส่งเสริม รักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้กับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่ในอนาคตชุมชนชาวนครปฐมก็สามารถพัฒนาคุณภาพวัตถุดิบเนื้อหมู และข้าว รวมถึงวัตถุดิบอื่นๆ โดยเฉพาะการเป็นวัตถุดิบในวิถีเกษตรชีวภาพ เพื่อการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ในอนาคต

2.2.2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 และพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546

ภายใต้ผลการวิจัยในหัวข้อ 2.2.2.1 และหัวข้อ 2.2.2.2 ที่ผ่านมามีสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นข้าวหมูแดง ขนมเปียะบางเลน ชุมชนชาวนครปฐมสามารถปกป้องการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชน ไม่ว่าจะเป็นรูปอนุสิทธิบัตรตามมาตรา 65 ทวิ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 หรือเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 6 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 หรือสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546 แต่ด้วยกฎหมายแต่ละฉบับมีวัตถุประสงค์แห่งการคุ้มครองที่ต่างกัน ผลที่เกิดกับการปกป้องการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงต่างกัน

หากพิจารณาเฉพาะประเด็นข้อกฎหมายว่า ระหว่างการปกป้องในรูปอนุสิทธิบัตรตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 หรือการปกป้องในรูปเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 หรือการปกป้องสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546 นั้น การปกป้องตามกฎหมายฉบับใดเป็นการปกป้องการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหาร

มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ก่อเกิดกลไกตามกฎหมาย เพื่อการส่งเสริม รักษา และสืบทอด
สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์
พ.ศ.2546 เท่านั้นที่มีผลต่อการปกป้องการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์
สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ไม่ว่าจะข้าวหอมแดง หรือขนมเปียะบางเลน
เพราะกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เท่านั้นที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ของชุมชนผู้ผลิตสินค้า ซึ่ง
ผู้ผลิตสินค้าในชุมชนต้องร่วมกับกำหนดมาตรฐานในการรักษาคุณภาพ ชื่อเสียง คุณลักษณะเฉพาะ
ของสินค้าที่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์ที่ผลิตสินค้า

ส่วนการใช้พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 และพระราชบัญญัติ
เครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 ไม่มีกลไกข้างต้น เพราะกฎหมายทั้งสองตั้งอยู่บนหลักการสิทธิใน
ทรัพย์สินทางปัญญาของปัจเจกชน เอกชนจึงไม่มีหน้าที่ใดๆ ในการส่งเสริม รักษา สืบทอดภูมิปัญญา
ท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ความคุ้มครองในรูปแบบหนังสือสิทธิบัตร
หรือเครื่องหมายการค้า ความคุ้มครองทั้งสองจึงไม่มีกลไกปกป้องคุณภาพ ชื่อเสียงสินค้า และ
ปกป้องผู้บริโภค

แม้ว่าผลวิจัยเบื้องต้นที่ว่า พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.
2522 มีผลต่อการดำรงอยู่ของภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งชุมชนใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่
จับต้องไม่ได้ แต่การไม่มีมาตราใดๆ ในกฎหมายฉบับนี้ ก็ไม่อาจสร้างความเชื่อมั่นว่า ผู้ทรงสิทธิจะ
รักษาสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะในการส่งเสริม รักษา สืบทอดสินค้าอาหารมรดกทาง
วัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้กับประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชน และการที่สินค้าอาหารมรดกทาง
วัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ยังคงดำรงอยู่ ภายใต้เงื่อนไขว่า ถ้าผู้บริโภคยังนิยมซื้อสินค้าอาหารมรดก
ทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ชุมชนชาวนครปฐมก็ยังคงใช้และส่งเสริม รักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้
ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ สภาพเช่นนี้เท่ากับการปราศจากกลไกรักษา
สมดุล และเป็นที่ยอมรับโดยปริยายว่า หากเมื่อใดผู้บริโภคไม่ต้องการซื้อสินค้าอาหารดังกล่าวแล้ว
สินค้าอาหารดังกล่าวย่อมสูญหายไปประเทศไทย

ทั้งนี้ ผู้วิจัยมีเหตุผลสนับสนุนว่า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เท่านั้นที่มี
ประโยชน์ต่อการปกป้องการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ควบคู่กับการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหาร
มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ดังนี้

ประการแรก แม้ว่าวัตถุประสงค์พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทาง
ภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546 ต้องการปกป้องการใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในสินค้าต่างๆ แต่ด้วย
กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายฉบับเดียวที่มีประโยชน์ทางอ้อมต่อการอนุรักษ์ภูมิปัญญาท้องถิ่น
โดยเฉพาะภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าในระบบสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เพราะชุมชนผู้ผลิตสินค้ามี

หน้าที่ในการส่งเสริม รักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ผลิตสินค้าไปในเวลาเดียวกันตามมาตรา 25 พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546 เพื่อให้ผู้บริโภคพึงได้รับสินค้าที่มีคุณภาพ ชื่อเสียงตามความคาดหวังและรับรู้ผ่านชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์⁴⁷

ประการที่สอง พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 ต้องการปกป้องสิทธิชุมชน เพื่อการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับสินค้าในระบบสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ชุมชนผู้ผลิตสินค้าจึงเป็นผู้ทรงสิทธิ ไม่ใช่ปัจเจกชนเพื่อการใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ตามมาตรา 25 พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546

ประการที่สาม การที่พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546 เป็นกฎหมายที่ตั้งอยู่บนสิทธิชุมชนไม่ใช่สิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชน สมาชิกในชุมชนที่ผลิตสินค้าจึงมีส่วนสำคัญต่อการป้องกันการแสวงหาประโยชน์ควบคู่กับการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งคุณลักษณะเช่นนี้ไม่เคยปรากฏในกฎหมายเครื่องหมายการค้าและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลงทริปส์

อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รวมถึงข้าวหอมแดงนครปฐม ขนมเปี้ยะบางเลนก็ยังมีปัญหาข้อจำกัดหลายประการ ดังนี้

ประการแรก พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 ไม่ปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้กับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ภูมิปัญญาท้องถิ่นยังคงเป็นงานสาธารณะ (public domain) ซึ่งสาธารณชนใช้ประโยชน์และต่อยอดภูมิปัญญาท้องถิ่นได้อย่างอิสระ

ประการที่สอง สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่อยู่ในระบบสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ สินค้าอาหารดังกล่าวต้องมีคุณภาพ ชื่อเสียง คุณลักษณะเฉพาะที่เชื่อมโยงสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ผลิตสินค้านั้น

ประการที่สาม ภูมิปัญญาท้องถิ่นใดที่ไม่เข้าองค์ประกอบตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546 ไม่ว่าจะภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นเป็นการใช้วัตถุดิบนอกแหล่งภูมิศาสตร์ หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ไม่เชื่อมโยงระหว่างคุณภาพ ชื่อเสียง คุณลักษณะเฉพาะของสินค้ากับแหล่งภูมิศาสตร์ที่ผลิตสินค้า ภูมิปัญญาท้องถิ่นล้วนไม่ได้รับการปกป้อง และชุมชนไม่มีหน้าที่ส่งเสริม รักษาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546

⁴⁷ กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, *อ้างแล้ว* เชิงบรรณที่ 47, น.7

อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยพบว่า ชุมชนชาวนครปฐมและชุมชนต่างๆ สามารถสร้างความสัมพันธ์ระหว่างคุณภาพ ชื่อเสียง คุณลักษณะเฉพาะของสินค้ากับแหล่งภูมิศาสตร์ที่ผลิตสินค้าของชุมชนได้ เพราะกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไม่มีเงื่อนไขความใหม่ (novelty) การทำให้เกิดความสัมพันธ์ของสินค้ากับแหล่งภูมิศาสตร์ที่ผลิตสินค้าจึงกระทำได้ เช่น สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เลขที่ 52100057 เนื้อโคขุนโพนยางคำ ซึ่งสหกรณ์การเลี้ยงปศุสัตว์ ทรบ. กลาง โพนยางคำ จำกัดเป็นผู้ยื่นคำขอ โดยคุณภาพสินค้าเนื้อโคขุนดังกล่าวเกิดจากการสร้างขึ้น โดยชุมชนบ้านโพนยางคำ จังหวัดสกลนครสร้างขึ้นจากการคัดเลือกสายพันธุ์โค และใช้กระบวนการเลี้ยงตามมาตรฐาน ซึ่งผู้ผลิตสินค้าดังกล่าวได้สร้างขึ้นร่วมกัน เป็นต้น⁴⁸

เช่นนี้ในเบื้องต้น พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546 เป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแบบเดียวที่มีกลไกการรวมกลุ่มชุมชนผู้ผลิตสินค้า และการส่งเสริม รักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยชุมชนผู้ผลิตสินค้าต้องร่วมกันกำหนดมาตรฐานสินค้า เพื่อคงไว้ซึ่งคุณภาพ ชื่อเสียงของสินค้าในระบบสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามมาตรา 25 พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546 แต่เมื่อกฎหมายเครื่องหมายการค้าไม่มีกลไกดังกล่าว ทำให้ผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้าไม่มีหน้าที่ใดๆ ในการส่งเสริม รักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ผลิตสินค้าของตน

ส่วนเหตุผลที่ความคุ้มครองในรูปแบบหนังสืออนุสิทธิบัตรตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ไม่เหมาะสมต่อการปกป้องการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ก็เพราะสินค้าอาหารที่เกิดขึ้นขาดความใหม่ สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงไม่ได้ประโยชน์จากอนุสิทธิบัตร และไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 65 ทวิ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 รวมทั้งความคุ้มครองอนุสิทธิบัตรยังส่งเสริมการพัฒนาต่อยอดภูมิปัญญาท้องถิ่น เพื่อการผลิตสินค้าอาหารใหม่ โดยผู้ทรงสิทธิกลับเป็นนักประดิษฐ์ไม่ใช่ชุมชนผู้มีส่วนได้เสีย (stakeholders) กฎหมายฉบับนี้จึงปราศจากกลไกรักษาสมดุลระหว่างการพัฒนาต่อยอดกับการส่งเสริม รักษา สืบทอดสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

อีกทั้ง การปกป้องในรูปแบบหนังสืออนุสิทธิบัตรยังไม่มี ความเหมาะสม เพราะความคุ้มครองในรูปแบบหนังสืออนุสิทธิบัตรเป็นความคุ้มครองที่เบาบาง (thin protection) ด้วยการสร้างสินค้าอาหารที่มีความใหม่กระทำได้ง่าย ไม่ว่าจะการเปลี่ยนวัตถุดิบ หรือสูตรสินค้าอาหาร หรือเพิ่มวัตถุดิบบางอย่าง ทั้งหมดนี้สินค้าอาหารก็จะเกิดความใหม่ ส่งผลให้ชุมชนชาวนครปฐมและ

⁴⁸ กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, “เนื้อโคขุนโพนยางคำ”, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2563 จาก <http://www.ipthailand.go.th>.

สาธารณชนไม่นิยมซื้อหนังสือสิทธิบัตรหรือหนังสืออนุสิทธิบัตร และไม่คุ้มค่าต่อการค่าใช้จ่ายในรูปค่าธรรมเนียมต่อการปกป้องสินค้าอาหารของตน ซึ่งความเห็นนี้สอดคล้องกับรองศาสตราจารย์ ดร.เจษฎ์ โทณะวณิก ที่ว่า แม้ผู้ใดได้รับอนุสิทธิบัตรในสินค้าอาหาร แต่การบังคับใช้สิทธิกระทำได้ยาก เนื่องด้วยสินค้าอาหารถูกทำขึ้นใหม่ได้โดยง่าย ความคุ้มครองนี้จึงเป็นความคุ้มครองที่เบาบางหรือถ้าผู้อื่นไปจดทะเบียนสิทธิบัตรในต่างประเทศ ผู้ทรงสิทธิในประเทศไทยก็ยังสามารถขายจำหน่ายสินค้าอาหารในประเทศไทยได้เหมือนเดิม สภาพบังคับใช้อนุสิทธิบัตรจึงมีผลน้อย⁴⁹

ฉะนั้นแม้ว่าสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ 2 ตัวอย่าง คือข้าวหอมแดง ขนมเปี้ยะบางเลนยังไม่ขึ้นทะเบียนเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546 แต่ชุมชนชาวนครปฐมก็สามารถสร้างความสัมพันธ์ระหว่างคุณภาพ ชื่อเสียง คุณลักษณะเฉพาะของสินค้ากับแหล่งภูมิศาสตร์จังหวัดนครปฐมได้ ทำให้พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546 จึงยังคงเป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับเดียวที่มีประโยชน์ต่อการปกป้องการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ควบคู่กับการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

2.3 สถานะและประโยชน์สาธารณะในการสงวนรักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559

ดังที่นำเสนอในหัวข้อ 2.2.2.1 ชุมชนนครปฐมได้ใช้ประโยชน์จากพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 เพื่อปกป้องผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่ด้วยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไม่ปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ถูกใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ประเทศไทยจึงประกาศใช้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559⁵⁰ เพื่อประโยชน์สาธารณะในการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทุกประเภท พร้อมกับการปฏิบัติตามพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโก

⁴⁹ กฤษณา ศุภวรรธนะกุล, “ดร.เจษฎ์ไขข้อข้องใจ สิทธิบัตรของแกงเขียวหวานไก่”, สืบค้นเมื่อวันที่ 25 เมษายน 2563 จาก <https://www.tcijthai.com/news/2012/13/archived/1112>.

⁵⁰ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 ประกาศใช้ในหนังสือราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 133 ตอนที่ 19 ก เมื่อวันที่ 1 มีนาคม พ.ศ. 2559.

ซึ่งเมื่อวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ.2016 ประเทศไทยได้เข้าเป็นสมาชิกอนุสัญญาดังกล่าว⁵¹ โดยกฎหมายฉบับนี้มีรายละเอียด ดังนี้

2.3.1 สถานะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ภายใต้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 สถานะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ คือมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม สาขาความรู้และการปฏิบัติเกี่ยวกับธรรมชาติและจักรวาล⁵² โดยปรากฏในเอกสารเจตนารมณ์พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 ซึ่งกองกฎหมายการศึกษาและวัฒนธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาอธิบายไว้ว่า อาหารเป็นมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมสาขาความรู้และการปฏิบัติเกี่ยวกับธรรมชาติและจักรวาล ก็เพื่อเป็นแนวทางการจัด เช่นเดียวกับของยูเนสโก ซึ่งองค์การยูเนสโกได้ให้อาหารเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้สาขาความรู้และการปฏิบัติเกี่ยวกับธรรมชาติและจักรวาล สืบเนื่องมาจากวัตถุประสงค์ในการทำอาหารนั้นมีที่มาจากวัตถุดิบจากธรรมชาติ ซึ่งชุมชนนำมาปรุงแต่งเป็นอาหารชนิดต่างๆ⁵³

ส่วนลักษณะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยที่ไม่มีมาตราใดให้คำจำกัดความศัพท์สินค้าอาหารดังกล่าว แต่ในสารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนฯ เล่มที่ 13 เรื่องที่ 18 อาหารไทยได้ให้คำอธิบายไว้ว่า อาหารไทยเป็นสารที่มีคุณสมบัติในการให้สารอาหารและพลังงานที่จำเป็นต่อการทำงานของร่างกาย โดยอาหารไทยมี 2 ประเภท คืออาหารคาว ซึ่งชาวไทยรับประทานในครัวเรือนทั่วไป ไม่ว่าจะอาหารคาวนี้จะเป็นแกง ผัด ยำ ทอดเผาหรือย่าง และอาหารหวานที่มีทั้งชนิดน้ำและแห้ง ซึ่งส่วนมากอาหารหวานปรุงด้วยกะทิ น้ำตาล และแป้ง เช่น ก๋วยเตี๋ยว ขนมหอยกปูน ขนมหั้ว (สอด้) ขนมหั้ว เป็นต้น⁵⁴ ขณะที่ปรากฏข้อมูลว่า กระทรวงวัฒนธรรมได้ขึ้นทะเบียนอาหารเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามตารางที่ 2.3

⁵¹ UNESCO, “Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage”, Retrieved 13 Jan, 2020, <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=17116&language=E&order=alpha>.

⁵² กระทรวงวัฒนธรรม, ขึ้นทะเบียนมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของชาติ, สืบค้นเมื่อวันที่ 25 เมษายน 2559 จาก <http://ich.culture.go.th/index.php/th/ich/register>.

⁵³ สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนฯ, “ชนิดของอาหารไทย”, สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2563 จาก <https://www.saranukromthai.or.th/sub/book/book.php?book=13&chap=8&page=t13-8-infodetail01.html>.

⁵⁴ กระทรวงวัฒนธรรม, *อั้งแล้ว เชิงอรุณที่ 54*.

ตารางที่ 2.3 รายการสินค้าอาหารที่ขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของชาติ

ปี (พ.ศ.)	รายการ
2554	น้ำปลาไทย ต้มยำกุ้ง ผัดไทย
2555	สำหรับไทย แกงเผ็ด แกงเขียวหวาน ส้มตำ น้ำพริก ปลาร้า
2556	อาหารบาบ๋า กระจยาสารท ขนมเบื้อง ข้าวยา ข้าวหลาม
2557	ข้าวต้มมัด เมี่ยงคำ มังคุดคัต แกงพุงปลา น้ำตาลมะพร้าว
2558	ภูมิปัญญาการทำปลาดุกร้า

ที่มา สถาบันวัฒนธรรมศึกษา กระทรวงวัฒนธรรม⁵⁵

จากตารางที่ 2.3 ข้างต้น สินค้าอาหารในบริบทกฎหมายวัฒนธรรมจึงเป็นทั้งอาหารคาว อาหารหวาน รวมถึงภูมิปัญญาที่ใช้ผลิตสินค้าอาหาร ลักษณะสินค้าอาหารดังกล่าวจึงมีขอบเขตที่กว้างกว่าค่านิยมอาหารของนักวิชาการ และกว้างกว่าลักษณะสินค้าอาหารตามกรอบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเครื่องหมายการค้า กฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เพราะสินค้าอาหารตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสินค้าโภคภัณฑ์ ซึ่งผู้ผลิตสามารถผลิตได้ครั้งละจำนวนมากๆ สินค้าทุกชิ้นล้วนมีคุณภาพมาตรฐานเดียวกัน แต่สินค้าดังกล่าวไม่รวมถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหาร

เช่นนี้ในเบื้องต้น ลักษณะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 จึงเป็นสารที่มีคุณสมบัติในการให้สารอาหารและพลังงานที่จำเป็นต่อการทำงานของร่างกาย ไม่ว่าอาหารนั้นจะเป็นอาหารคาว อาหารหวาน หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ส่วนสาเหตุที่ลักษณะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีความแตกต่างกันระหว่างพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 กับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้น ก็เพราะพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 เกิดขึ้นจากการปฏิบัติพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ให้อำนาจการปฏิบัติตามพันธกรณีความตกลงทริปส์ขององค์การ

⁵⁵ สถาบันวัฒนธรรมศึกษา กรมส่งเสริมวัฒนธรรม, พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 และอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม 2563 จาก <http://ich.culture.go.th>.

การค้าโลก ซึ่งเมื่อวันที่ 10 มิถุนายน 2559 ประเทศไทยได้เข้าเป็นรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003⁵⁶ ทำให้การบัญญัติศัพท์เฉพาะลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และการจำแนกสาขามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ จึงต้องสอดคล้องกับอนุสัญญาดังกล่าว และไม่จำเป็นต้องศัพท์เฉพาะคำว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” ตามความตกลงทริปส์ขององค์การการค้าโลก

อีกสาเหตุสำคัญประการหนึ่ง คือรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และประเทศไทยสามารถใช้ศัพท์เฉพาะคำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” (intangible cultural heritage) ที่แตกต่างกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้ เพื่อหลีกเลี่ยงความกังวลในประเด็นงานสาธารณะ (public domain) ซึ่งสาธารณชนสามารถเข้าถึง ใช้ประโยชน์ หรือต่อยอดภูมิปัญญาของชุมชนอย่างอิสระ สาธารณชนมีสิทธิปฏิบัติต่อมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ด้วยประการใดๆ โดยชุมชนไม่อาจใช้สิทธิใด เพื่อระงับหรือยับยั้งกระทำเหล่านี้ แม้ว่าการกระทำเหล่านี้มีผลกระทบต่อประเพณี ความเชื่อ ศาสนา ซึ่งชุมชนให้ความเคารพ นักกฎหมายสาขากฎหมายวัฒนธรรมจึงบัญญัติศัพท์เฉพาะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ และไม่ใช้ศัพท์ภูมิปัญญาท้องถิ่นตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา⁵⁷

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อมา คือสาเหตุใดที่ประเทศไทยไม่ใช่ศัพท์คำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” (intangible cultural heritage) แต่กลับใช้ศัพท์คำว่า “มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม”

ผู้วิจัยพบว่า ประเทศไทยเป็นประเทศเดียวที่ใช้คำว่า “มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม” เพราะรัฐสภามีมติให้ศัพท์ดังกล่าวในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 โดยปรากฏในรายงานการประชุมของคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติว่า ในวันที่ 31 สิงหาคม พ.ศ. 2552 ว่า คณะกรรมการฯ เสนอให้ใช้คำว่า “มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม” ซึ่งมีต้นนี้แตกต่างจากแนวปฏิบัติของกรมส่งเสริมวัฒนธรรม กระทรวงวัฒนธรรม ส่วนราชการผู้ปฏิบัติหน้าที่งานบริการสาธารณะด้านวัฒนธรรมที่ใช้ศัพท์คำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” รวมทั้งศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ก็ยังปรากฏในชื่อร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ พ.ศ... และเอกสารต่างๆ ของทางราชการ⁵⁸ แต่

⁵⁶ UNESCO, “The States Parties to the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage (2003)”, Retrieved 5 May 2020 <https://ich.unesco.org/en/states-parties-00024>.

⁵⁷ James A.R. Nafziger, *Cultural Law*, (New York : Cambridge University Press, 2010), pp.238-240.

⁵⁸ สุดแดน วิสุทธิลักษณ์, *มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของชาติ : บทเรียนจากเพื่อนบ้าน*, (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2560), น.12-13.

ด้วยมติของคณะกรรมการฯ ดังกล่าวเป็นข้อยุติ ประเทศไทยจึงต้องใช้ชื่อพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 และใช้ศัพท์มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม

ส่วนรายละเอียดสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ภายใต้บริบทมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559⁵⁹ สินค้าอาหารดังกล่าวเป็นมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมสาขาความรู้และแนวปฏิบัติเกี่ยวกับธรรมชาติและจักรวาล โดยสินค้าอาหารดังกล่าวมีเนื้อหาครอบคลุมถึงการปฏิบัติ การแสดงออก ความรู้ ทักษะ ตลอดจนเครื่องมือ วัตถุ สิ่งประดิษฐ์ และพื้นที่ทางวัฒนธรรมที่เกี่ยวข้องกับสิ่งเหล่านั้น ซึ่งชุมชนกลุ่มชน และในบางกรณีปัจเจกบุคคลยอมรับว่า สิ่งเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของมรดกทางวัฒนธรรมของตนและได้ถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่งไปยังคนอีกรุ่นหนึ่ง โดยการสร้างขึ้นใหม่อย่างสม่ำเสมอ เพื่อตอบสนองต่อสภาพแวดล้อมของตน ผลคือมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม หรือในงานวิจัยฉบับนี้เรียกว่ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงเป็นปฏิสัมพันธ์ระหว่างชุมชนกับสภาพแวดล้อมตามธรรมชาติและประวัติศาสตร์ ทำให้ชุมชนมีอัตลักษณ์ร่วมกัน และอัตลักษณ์นี้ถูกส่งต่อแก่ทายาทรุ่นต่อไปของชุมชนอย่างต่อเนื่อง สาธารณชนจึงควรให้การเคารพและยอมรับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของทุกชุมชน และความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ ด้วยไม่มีวัฒนธรรมใดเหนือกว่า หรือมีคุณค่าสูงกว่าวัฒนธรรมอื่น วัฒนธรรมของชุมชนทั่วโลกล้วนมีคุณค่าในตัวเอง

รายละเอียดของสาขามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม ปัจจุบันประเทศไทยได้จำแนกสาขามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมที่สอดคล้องกับข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 โดยการจำแนกเป็น 7 สาขาตามมาตรา 4 ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 คือ

- 1 วรรณกรรมพื้นบ้านและภาษา เช่น นิทาน ตำนาน สุภาษิต ปริศนาคำทาย ภาษาไทย ภาษาท้องถิ่น ภาษากลุ่มชาติพันธุ์ เป็นต้น
- 2 ศิลปะการแสดง เช่น ดนตรี นาฏศิลป์ ละคร เป็นต้น
- 3 แนวปฏิบัติทางสังคม พิธีกรรม ประเพณี และเทศกาล เช่น มารยาท ขนบธรรมเนียม ประเพณี งานเทศกาล เป็นต้น
- 4 ความรู้และการปฏิบัติเกี่ยวกับธรรมชาติและจักรวาล เช่น อาหารและโภชนาการ การแพทย์แผนไทยและการแพทย์พื้นบ้าน โหราศาสตร์และดาราศาสตร์ เป็นต้น

⁵⁹ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559

“มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม” หมายความว่า ความรู้ การแสดงออก การประเพณีปฏิบัติหรือทักษะ ทางวัฒนธรรมที่แสดงออกผ่านบุคคล เครื่องมือ หรือวัตถุ ซึ่งบุคคล กลุ่มบุคคล หรือชุมชนยอมรับและรู้สึกเป็นเจ้าของร่วมกัน และมีการสืบทอดกันมาจากคนรุ่นหนึ่งไปยังคนอีกรุ่นหนึ่งโดยอาจมีการปรับเปลี่ยนเพื่อตอบสนองต่อสภาพแวดล้อมของตน.

5 งานช่างฝีมือดั้งเดิม เช่น ผ้าและสินค้าจากผ้า เครื่องจักสาน เครื่องปั้นดินเผา เครื่องโลหะ เครื่องไม้ เครื่องหนัง เครื่องประดับ เป็นต้น

6 การเล่นพื้นบ้าน กีฬาพื้นบ้าน และศิลปะการต่อสู้ป้องกันตัว เช่น มวยไทย หมากเก็บ เสือกินวัว เป็นต้น

7 ลักษณะอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ประเทศไทยจึงจำแนกสาขามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 อย่างสอดคล้องกับ คำนิยามศัพท์ Intangible Cultural Heritage ในข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 โดยเฉพาะประเด็นที่ว่า มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมจึงเป็น สิ่งที่เกิดจากภูมิปัญญาที่ยังไม่สูญหาย และหากมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมไม่ได้รับการ ส่งเสริม รักษา มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมก็อาจจะสูญหาย แต่มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมใน ที่นี้ไม่รวมถึงสิ่งของที่สร้างใหม่ เพื่อเลียนแบบมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม⁶⁰

ส่วนเหตุผลที่ประเทศไทยใช้ศัพท์มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม แทนที่ประเทศไทยใช้ศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ กรณีนี้เป็นผลจากการพิจารณาโดยคณะกรรมการ กฤษฎีกา (คณะที่ 8) ร่วมกับกรมส่งเสริมวัฒนธรรม กระทรวงวัฒนธรรม รวมทั้งข้อคิดเห็นของนาย อิศระ ว่องกุลสถกิจ สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งบุคคลเหล่านี้เห็นพ้องกันว่า ศัพท์มรดก ภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมมีเนื้อหาตรงกับวัตถุประสงค์แห่งความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษา มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 มากกว่าการใช้ศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และในการจำแนก 7 สาขามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมให้คงเดิมตามร่างกฎหมายวัฒนธรรมฉบับ กรมส่งเสริมวัฒนธรรม โดยคณะรัฐมนตรีได้พิจารณารับหลักการไว้⁶¹

ด้านสถานะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่เป็นมรดกภูมิปัญญา ทางวัฒนธรรมในความรู้และการปฏิบัติเกี่ยวกับธรรมชาติและจักรวาล กรณีนี้ปรากฏในรายงานของ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 8) เช่นกันว่า สินค้าอาหารเป็นความรู้และแนวปฏิบัติเกี่ยวกับ ธรรมชาติและจักรวาล ก็เพราะความรู้และแนวปฏิบัติเกี่ยวกับธรรมชาติและจักรวาลมีเนื้อหา ครอบคลุมถึงองค์ความรู้ วิธีการ ทักษะ ความเชื่อ แนวปฏิบัติ และการแสดงออกที่พัฒนาขึ้นจากการ มีปฏิสัมพันธ์ระหว่างคนกับสภาพแวดล้อมตามธรรมชาติและเหนือธรรมชาติ สินค้าอาหารและ โภชนาการจึงเป็นหนึ่งในความรู้และแนวปฏิบัติเกี่ยวกับธรรมชาติและจักรวาล นอกจากการแพทย์

⁶⁰ กองกฎหมายการศึกษาและวัฒนธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เจตนารมณ์พระราชบัญญัติ ส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญา ทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559, (กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2559), น.35.

⁶¹ เฟื่องอ้าง, น.36.

แผนไทยและการแพทย์พื้นบ้าน โหราศาสตร์และดาราศาสตร์ และการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ เพื่อการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน รวมทั้งชัยภูมิและการตั้งถิ่นฐาน⁶²

ดังนั้น สถานะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงเป็นมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม หรือที่นักวิชาการเรียกว่ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในสาขาความรู้ และการปฏิบัติเกี่ยวกับธรรมชาติและจักรวาล โดยสินค้าอาหารดังกล่าวอาจเป็นอาหารคาว อาหารหวาน และภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ สินค้าอาหารดังกล่าวจึงมีเนื้อหาที่แตกต่างสินค้าอาหารตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไม่คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหาร และภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นงานสาธารณะ

2.3.2 งานสาธารณะในการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

สืบเนื่องจากพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 เป็นกฎหมายเฉพาะ เพื่อให้รัฐมีหน้าที่จัดการงานสาธารณะในการส่งเสริม รักษาและการดำรงไว้ซึ่งความหลากหลายของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และลดผลกระทบจากความเปลี่ยนแปลงของสังคมทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ รวมทั้งไม่ให้บิดเบือนมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม หรือใช้ที่ไม่เหมาะสมและอาจเป็นเหตุให้มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมเหล่านั้นต้องเสื่อมสูญไป เจตนากรณีเหล่านี้ปรากฏอยู่ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559⁶³ ซึ่งวัตถุประสงค์เหล่านี้จะบรรลุผลได้ ก็ต่อเมื่อชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียมีส่วนร่วมกับรัฐในงานสาธารณะต่อไปนี้

2.3.2.1 ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียคือผู้ครอบครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและร่วมกับรัฐจัดการประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ด้วยชุมชน (communities) และผู้มีส่วนได้เสีย (stakeholders) เป็นผู้ครอบครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยทั่วไป

⁶² เฝิงอ่าว, น.37.

⁶³ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมเป็นสมบัติล้ำค่าที่ได้มีการสร้างสรรค์ ส่งเสริม ปลูกฝัง และสืบทอดในชุมชนจากคนรุ่นหนึ่งมาอีกคนรุ่นหนึ่งแต่ในปัจจุบันมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมดังกล่าว ได้รับผลกระทบจากความเปลี่ยนแปลงของสังคมทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ บางครั้งมีการนำมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมไปใช้ในทางที่บิดเบือนหรือไม่เหมาะสมและอาจเป็นเหตุให้มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมเหล่านั้นต้องเสื่อมสูญไปอย่างน่าเสียดายสมควรจัดให้มีการส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมให้มีความสืบเนื่องและยั่งยืนสืบไปจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งบางครั้งชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียอาจเป็นกลุ่มบุคคล หรือปัจเจกชน ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียจึงมีผู้ประพฤติ ปฏิบัติ การแสดง สืบทอด ส่งเสริม รักษา และสร้างสรรค์ ขึ้นใหม่ซึ่งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามอารัมภบทอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทาง วัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโก⁶⁴ บทบาทชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียจึงเป็น ผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรมตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 ของประเทศไทย และอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 ขององค์การยูเนสโก

ขณะที่รัฐมิใช่ผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรมตามกฎหมายและสนธิสัญญา ระหว่างประเทศ หากแต่รัฐภาคีสมาชิกเป็นคู่สัญญาในอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทาง วัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโก ประกอบกับข้อ 15 อนุสัญญาฉบับดังกล่าว ก่อตั้งหน้าที่และสิทธิทางวัฒนธรรมแก่ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย โดยเฉพาะการที่รัฐและชุมชน กลุ่ม บุคคล และปัจเจกชนต้องร่วมกันจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รัฐจึงมีหน้าที่ส่งเสริม กิจกรรมชุมชนต่างๆ ที่เกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทุกสาขารวมทั้งที่เกี่ยวกับสินค้า อาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งกิจกรรมเหล่านี้มีผลช่วยเหลือชุมชน เพื่อให้ชุมชนยังคง ใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นในการผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ต่อไป โดยงานรัฐ ส่วนนี้ถือเป็นประโยชน์สาธารณะตามมาตรา 57 (1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 รัฐจึงมีหน้าที่อนุรักษ์ ฟื้นฟู และส่งเสริมภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะ วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม และจารีตประเพณีอันดีงามของท้องถิ่นและของชาติ และจัดให้มีพื้นที่สาธารณะสำหรับกิจกรรมที่ เกี่ยวข้อง รวมทั้งส่งเสริมและสนับสนุนให้ประชาชน ชุมชน และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้ใช้ สิทธิและมีส่วนร่วมในการดำเนินการดังกล่าว

อย่างไรก็ดี แม้ว่าชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียมีบทบาทสำคัญต่อการ ประพฤติ ปฏิบัติ การแสดง และสืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และด้วยมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ได้บัญญัติถึงลักษณะ ชุมชนไว้ว่า

“ชุมชน หมายความว่า กลุ่มคนกลุ่มเดียวหรือหลายกลุ่ม ที่มีความรู้ มี การประพฤติปฏิบัติสืบทอด หรือมีส่วนร่วมในมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมนั้น”

⁶⁴ Prologue of the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2003

Recognizing that communities, in particular indigenous communities, groups and, in some cases, individuals, play an important role in the production...

เมื่อผู้วิจัยพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างลักษณะชุมชนตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ของประเทศไทยกับ ลักษณะชุมชนตามอารัมภบทอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ที่ว่า ชุมชนเป็นทั้งชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิม กลุ่มชน และในบางกรณีเป็นปัจเจกบุคคล ชุมชนตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวของประเทศไทยแตกต่างจากอารัมภบทอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ส่งผลให้เกิดประเด็นข้อกฎหมายว่า ชุมชนตามกฎหมายวัฒนธรรมของประเทศไทยเป็นชุมชนเดียวกับตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และชุมชนนั้นมีเนื้อหาครอบคลุมถึงปัจเจกชน ในฐานะที่ปัจเจกชนและกลุ่มบุคคลเป็นผู้มีส่วนได้เสียในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้หรือไม่

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ชุมชนตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 มีเนื้อหาครอบคลุมถึงปัจเจกชน เพราะโครงสร้างชุมชนย่อมประกอบด้วยสมาชิกที่เป็นผู้มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าจะในรูปปัจเจกชน หรือกลุ่มบุคคล และชุมชนดังกล่าวได้ตั้งอยู่ ณ พื้นที่ทางวัฒนธรรมแห่งใดแห่งหนึ่ง ชุมชนจึงเป็นการรวมตัวของปัจเจกชนและกลุ่มบุคคลที่มีเป้าหมายร่วมกันในภูมิปัญญาท้องถิ่น ความรู้ การประพฤติปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ชุมชนจึงมีเอกลักษณ์ 2 ประการ

ประการแรก เอกลักษณ์โครงสร้างสมาชิกชุมชน ชุมชนมีสมาชิกที่อาจเป็นปัจเจกชน กลุ่มบุคคล และสมาชิกเหล่านี้มีหลายช่วงวัย และอาจมีความแตกต่างในด้านวิถีชีวิต อาชีพ ความเชื่อ ศาสนา แต่ชุมชนดำรงอยู่ได้ เพราะสมาชิกในชุมชนมีจุดยึดโยงร่วมกันทางวัฒนธรรม ความเชื่อ การร่วมทุกข์สุข ความรู้สึกเป็นหนึ่งเดียวทางวัฒนธรรมในพื้นที่ทางวัฒนธรรมแห่งใดแห่งหนึ่งในประเทศไทย

ประการที่สอง เอกลักษณ์ด้านความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกในชุมชน สมาชิกชุมชนมีเป้าหมายในการรวมตัวกันทั้งในระดับภายในชุมชน และนอกชุมชนในหลากหลายมิติ ไม่ว่าจะเป็นการอยู่ร่วมเป็นครอบครัว หรือการรวมตัวภายใต้จุดมุ่งหมายเฉพาะ ไม่ว่าจะทางธุรกิจการค้า ประเพณีวัฒนธรรม หรือศาสนา ชุมชนจึงอาจเป็นชุมชนเมือง ชุมชนชนบท ชุมชนคนพื้นเมืองก็ได้

ทั้งนี้ ความเห็นข้างต้นสอดคล้องกับความเห็นของนักวิชาการและสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ดังเช่นนักวิชาการกลุ่มงานผลิตเอกสาร สำนักประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรได้นำเสนอไว้ในหนังสือเรื่องสิทธิชุมชนว่า ชุมชน คือกลุ่มคนที่รวมตัวกันมีเป้าหมายร่วมกัน ทำสิ่งที่เป็ประโยชน์ร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมาย และมีการ

ติดต่อสื่อสารกันเป็นปกติและต่อเนื่อง และคำว่า “ชุมชน” ไม่ได้จำกัดขอบเขตอยู่แค่ชุมชนชนบท แต่ยังรวมไปถึงชุมชนเมือง ชุมชนที่รวมเป็นเครือข่ายท้องถิ่น ชุมชนที่มีหลายชาติพันธุ์⁶⁵

นอกจากนี้ ความเห็นของผู้วิจัยยังสอดคล้องกับเจตนารมณ์อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ที่ปรากฏอารัมภบทอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ว่า ชุมชนเป็นทั้งชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิม กลุ่มชน และในบางกรณีเป็นปัจเจกบุคคล

เช่นนี้ แม้ว่าคำนิยามศัพท์ชุมชนในมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ไม่บัญญัติว่า สมาชิกในชุมชนเป็นปัจเจกชน แต่ด้วยธรรมชาติชุมชนที่เป็นการรวมตัวกันของปัจเจกชนและกลุ่มบุคคล สมาชิกในชุมชนเหล่านี้มีเป้าหมายร่วมกัน เพื่อประพฤติปฏิบัติ สืบทอด หรือมีส่วนร่วมในมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม ศัพท์ชุมชนตามมาตรา 3 ดังกล่าวจึงยอมรับโดยปริยายแล้วว่า ปัจเจกชน กลุ่มบุคคลเป็นสมาชิกของชุมชนในพื้นที่ทางวัฒนธรรมแห่งใดแห่งหนึ่งในประเทศไทย

เมื่อผู้วิจัยได้นำลักษณะชุมชนตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ไปพิจารณากับลักษณะชุมชนชาวนครปฐมผู้มีส่วนได้เสียในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ 2 ตัวอย่าง

ผู้วิจัยพบว่า ชุมชนชาวนครปฐมมีเป็นชุมชนที่มีพื้นที่ทางวัฒนธรรมในจังหวัดนครปฐม และมีโครงสร้างชุมชนทั้งระดับปัจเจกชนและกลุ่มบุคคล และชุมชนมีเป้าหมายร่วมกันในการประพฤติปฏิบัติ สืบทอดภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ 2 ตัวอย่าง คือข้าวหมูแดงนครปฐม ขนมเปี๊ยะบางเลน

หากจำกัดเฉพาะชุมชนชาวนครปฐมที่ปฏิบัติ สืบทอด และจำหน่ายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ 2 ตัวอย่าง คือข้าวหมูแดงนครปฐม ขนมเปี๊ยะบางเลน ผู้วิจัยพบว่า สมาชิกชุมชนชาวนครปฐมที่เกี่ยวข้องกับสินค้าอาหารดังกล่าวแบ่งย่อยได้ 2 กลุ่ม

กลุ่มแรก ผู้สืบทอดองค์ความรู้หรือภูมิปัญญา หรือที่นักวิชาการสาขาสังคมศาสตร์เรียกว่า ผู้สืบทอดภูมิปัญญาโดยตรง (tradition knowledge holders) คือผู้ถูกคัดสรรหรือเป็นผู้เต็มใจรับปฏิบัติและทำหน้าที่รักษา สืบทอดองค์ความรู้โดยตรง และผู้นี้ยังทำหน้าที่ถ่ายทอดองค์ความรู้แก่ทายาทในครอบครัวหรือกลุ่มชนรุ่นต่อไป ผู้สืบทอดองค์ความรู้จึงมีบทบาทสำคัญต่อการคงอยู่หรือสูญหายของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งตามปกติผู้สืบทอดองค์ความรู้ต้องมีคุณสมบัติพิเศษ โดยเฉพาะการมีคุณธรรม จริยธรรม เพื่อป้องกันมิให้ผู้นั้นบิดเบือน

⁶⁵ กลุ่มงานผลิตเอกสาร สำนักประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร , สิทธิชุมชน, (กรุงเทพฯ : สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร , 2563), น.10.

มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามอำเภอใจ หรือใช้ประโยชน์ทางมิชอบ และสังคมไทยนิยมเรียกผู้สืบทอดองค์ความรู้ว่า ศิลปินหรือครู

กลุ่มที่สอง ผู้สืบทอดทางวัฒนธรรมหรือชุมชนวัฒนธรรม (cultural communities) คือบุคคลที่อาจเป็นสมาชิกในชุมชนชาวนครปฐม ผู้บริโศก หรือผู้ที่มีความสนใจ มีความรักในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ประเภทต่างๆ รวมถึงสินค้าอาหารตัวอย่าง 2 รายการคือข้าวห่มแดงนครปฐม ขนมเปียะบางเลน และบางครั้งบุคคลดังกล่าวยังมีบทบาทสำคัญ คือการรับถ่ายทอดองค์ความรู้ต่างๆ และพัฒนาเป็นครูหรือศิลปินในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้รุ่นต่อไปในอนาคต หากผู้สืบทอดองค์ความรู้หรือภูมิปัญญาให้ความไว้วางใจและยอมรับ

ความเห็นข้างต้นสอดคล้องกับศาสตราจารย์กิตติคุณ และผู้อำนวยการศูนย์คติชนวิทยา คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยสุกัญญา สุจฉายา ซึ่งท่านได้พบว่าชุมชนที่เกี่ยวกับสิทธิทางวัฒนธรรมนั้น ภายในชุมชนประกอบด้วย 2 กลุ่มบุคคล คือผู้สืบทอดภูมิปัญญาโดยตรง และสืบทอดทางวัฒนธรรมหรือชุมชนวัฒนธรรม โดยสิทธิทางวัฒนธรรมไม่ใช่สิทธิในความเป็นเจ้าของในภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสิ่งต่างๆ แต่กลุ่มบุคคลเหล่านี้เพียงครอบครองและใช้ประโยชน์จากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เท่านั้น⁶⁶

ด้านบทบาทชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียร่วมกับรัฐในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 แม้จะไม่ปรากฏมาตราใดเกี่ยวกับบทบาทของชุมชนโดยเฉพาะ แต่ชุมชนสามารถมีบทบาทในการประเพณี ปฏิบัติ สืบทอดในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ 2 ลักษณะ

ลักษณะแรก การประเพณีปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้โดยตรง โดยปรากฏในคำนิยามศัพท์คำว่า “ชุมชน” และคำว่า “มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม” ในมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ว่า ชุมชนและผู้มีส่วนได้สามารถใช้อำนาจท้องถิ่น ประเพณีปฏิบัติ สืบทอด หรือมีส่วนร่วมในมรดกทางวัฒนธรรมวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งชุมชนยอมรับและรู้สึกเป็นเจ้าของร่วมกันในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และชุมชนได้สืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จากคนรุ่นหนึ่งไปยังคนอีกรุ่นหนึ่ง โดยการสืบทอดนี้ชุมชนอาจปรับเปลี่ยนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพื่อตอบสนองต่อสภาพแวดล้อมของตน

ลักษณะที่สอง การมีส่วนร่วมกับรัฐในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามมาตรา 5 (3) พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.

⁶⁶ สุกัญญา สุจฉายา, “ผู้สืบทอดเป็นผู้ถือครองมิใช่เจ้าของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม”, วารสารไทยศึกษา ปีที่ 8 ฉบับที่ 2 (สิงหาคม 2555 - มกราคม 2556), น.97 (2556).

2559 ซึ่งการมีส่วนร่วมนี้มิใช่ว่า ทุกคนในชุมชนเข้าร่วมกับรัฐ เพื่อการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่ชุมชนมีส่วนร่วมได้ภายใต้เงื่อนไข คือการเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการระดับชาติ และระดับท้องถิ่น ดังเช่นที่ปรากฏในมาตรา 5 (3) พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 เรื่องคณะกรรมการส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม ว่า กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวนแปดคน ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งจากผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านวรรณกรรมพื้นบ้านและภาษา ด้านศิลปะการแสดง ด้านแนวปฏิบัติทางสังคม พิธีกรรม ประเพณี และเทศกาล ด้านความรู้และการปฏิบัติเกี่ยวกับธรรมชาติและจักรวาล...โดยคำนึงถึงการมีส่วนร่วมของภาคประชาสังคมและชุมชน

เบื้องต้นชุมชนจึงมีบทบาทโดยตรง เพื่อการประพณี ปฏิบัติ สืบทอด และมีส่วนร่วมในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และชุมชนยังมีบทบาทร่วมกับรัฐ โดยเฉพาะในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามหลักวัฒนธรรมที่มีชีวิต (cultural of life) บทบาทของชุมชนดังกล่าวจึงสอดคล้องกับอารัมภบทอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ว่า ชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมกลุ่มชน และในบางกรณีปัจเจกบุคคลมีบทบาทสำคัญในการผลิต สงวนรักษา ธารังไว้และสร้างสรรค์ใหม่ซึ่งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และมีผลต่อความหลากหลายทางวัฒนธรรมและการสร้างสรรค์ของมนุษย์⁶⁷

ด้วยเหตุนี้ชุมชนจึงเป็นผู้มีส่วนได้เสียและครอบครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทุกสาขารวมถึงสาขาที่เกี่ยวกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ชุมชนจึงมีสิทธิใช้และแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แม้ว่าชุมชนไม่มีสิทธิในความเป็นเจ้าของ แต่ชุมชนยังมีส่วนสำคัญในการประพณี ปฏิบัติ สืบทอด และมีส่วนร่วมในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยการมีส่วนร่วมมีขอบเขตทั้งการร่วมกับรัฐ เพื่อจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และการเป็นผู้กำหนดใจตนเองในการพัฒนาต่อยอดหรือการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

2.3.2.2 ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรมในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ด้วยชุมชนผู้ทรงสิทธิตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ชุมชนจึงได้รับสิทธิทางวัฒนธรรม แต่สิทธิทางวัฒนธรรมมิใช่

⁶⁷ อารัมภบทอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003.

Recognizing that communities, in particular indigenous communities, groups and, in some cases, individuals, play an important role in the production, safeguarding, maintenance and recreation of the intangible cultural heritage, thus helping to enrich cultural diversity and human creativity.

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ชุมชนผู้ทรงสิทธิจึงไม่มีสิทธิในความเป็นเจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ชุมชนไม่อาจผูกขาดภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และชุมชนต้องใช้สิทธิทางวัฒนธรรมร่วมกัน เพื่อประโยชน์ร่วมกันของชุมชน

อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยพบว่า แท้จริงสิทธิทางวัฒนธรรมเป็นเพียงหนึ่งในสิทธิชุมชน (community rights) ตามมาตรา 43 (1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และสาเหตุที่ใช้ศัพท์ที่แตกต่างกัน ก็เพราะศัพท์สิทธิทางวัฒนธรรมเป็นเพียงการอธิบายส่วนเนื้อหาแห่งสิทธิ แต่การใช้ศัพท์คำว่า “สิทธิชุมชน” เป็นการอธิบายในแง่ตัวผู้ทรงสิทธิ ซึ่งชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิต่างๆ เช่น สิทธิในทรัพยากรธรรมชาติ สิทธิการมีส่วนร่วมกับรัฐในการจัดการประเพณีวัฒนธรรม และทรัพยากรธรรมชาติ เป็นต้น

นอกจากนี้ การใช้ศัพท์ที่แตกต่างกันระหว่างสิทธิทางวัฒนธรรมกับสิทธิชุมชน กรณีนี้ยังเกิดเพราะเจตนารมณ์ระบุวิธีการใช้สิทธิชุมชน เพื่อชุมชนใช้สิทธิใน 2 ด้าน คือการอนุรักษ์วัฒนธรรม ประเพณี การใช้ วิถีชีวิต และการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม⁶⁸ ทำให้เมื่อประเทศไทยประกาศใช้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 เพื่อรองรับพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 กฎหมายฉบับนี้จึงเป็นกฎหมายวัฒนธรรม ซึ่งชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิ

เมื่อสิทธิทางวัฒนธรรมเป็นสิทธิชุมชน ซึ่งชุมชนใช้สิทธินี้ในวิถีชีวิต ซึ่งแม้ชุมชนไม่มีสิทธิในความเป็นเจ้าของ แต่ชุมชนก็ได้ประสงค์ให้ผู้ใดล่วงละเมิดสิทธิทางวัฒนธรรมเนื่องด้วยการละเมิดสิทธิดังกล่าวมีผลต่อการมีชีวิตรอด หรือที่นักวิชาการเรียกว่าสิทธิในปากท้อง สิทธิทางวัฒนธรรมจึงมีบริบทที่ต่างจากสิทธิตามกฎหมายบ้านเมือง ซึ่งรัฐบัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ทำให้โดยทั่วไปสิทธิทางวัฒนธรรมมีลักษณะต่อไปนี้

1) สิทธิทางวัฒนธรรมเป็นสิทธิสิทธิเชิงซ้อน สิทธิเชิงซ้อนนี้ไม่ใช่สิทธิเชิงเดียวตามกฎหมายบ้านเมือง เพราะสิทธิตามกฎหมายเป็นสิทธิเด็ดขาด (absolute rights) สิทธิแต่ละประเภทแยกจากกันอย่างเด็ดขาดชัดเจน และผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายบ้านเมืองยังใช้สิทธิต่างๆ ยันกับบุคคลทั่วไปได้ ไม่ว่า กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง ตรงกันข้ามกับสิทธิทางวัฒนธรรมที่เหลื่อมล้ำทับซ้อนกับสิทธิอื่นๆ สิทธิทางวัฒนธรรมไม่อาจแยกจากกันอย่างเด็ดขาด สมาชิกในชุมชนไม่อาจอ้างตนเป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และไม่อาจหวงกันไว้ใช้ประโยชน์เพียงผู้เดียว สิทธิทางวัฒนธรรมจึงมีทั้งสิทธิครอบครอง สิทธิส่งเสริมรักษา และสิทธิอื่นๆ รวมอยู่ด้วยกันอย่างเหลื่อมล้ำทับซ้อน

⁶⁸ กลุ่มงานผลิตเอกสาร สำนักประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *อ่าวแล้วเชิงอรรถที่ 67*, น.12.

2) สิทธิทางวัฒนธรรมเป็นสิทธิในการมีส่วนร่วมโดยชุมชน ชุมชนสามารถร่วมกับรัฐ เพื่อจัดการสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่ชุมชนไม่อาจกีดกันบุคคลภายนอกชุมชน และชุมชนต้องการให้รัฐเข้ามาร่วมสนับสนุน เพื่อการรักษาสมดุลในการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ควบคู่กับการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในทุกระดับ สิทธิทางวัฒนธรรมจึงไม่ใช่สิทธิครอบครอง ชุมชนจึงไม่ใช่เจ้าของอย่างเบ็ดเสร็จ เหมือนดังเช่นสิทธิปัจเจกชนในทรัพย์สินทางปัญญา กรณีนี้สะท้อนให้เห็นได้จากชุมชนชาวนครปฐม ซึ่งชุมชนก็ร่วมกันสร้างมาตรฐานและใช้ประโยชน์จากข้าวหอมแดงนครปฐม เช่น ร้านข้าวหอมแดงนครปฐมตั้งฮะเส็ง ซึ่งร้านแห่งนี้ยังคงผลิตและรักษาคุณภาพหอมแดง หอมกรอบ และน้ำราดสูตรเฉพาะของตระกูล รวมทั้งทายาทรุ่นต่อไปต้องเป็นคนในตระกูลเท่านั้น เป็นต้น

3) สิทธิทางวัฒนธรรมในด้านนิติศาสตร์ สิทธิทางวัฒนธรรมเป็นสิทธิชุมชน สิทธิดังกล่าวจึงเป็นสิทธิตามกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งชุมชนยึดถือปฏิบัติในวิถีชุมชนทั่วไป ความเป็นกฎหมายจารีตประเพณีจึงมีอิทธิพลสูงกว่ากฎหมายบ้านเมืองที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร แม้รัฐให้ความสำคัญและความชอบธรรมเฉพาะต่อกฎหมายบ้านเมือง แต่โดยผลจากมาตรา 43 (1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 รัฐต้องยอมรับว่า ชุมชนสามารถร่วมกับรัฐ เพื่อส่งเสริม รักษาประเพณีวัฒนธรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชน

อนึ่ง ลักษณะของสิทธิทางวัฒนธรรมข้างต้นสอดคล้องกับความเห็นของศาสตราจารย์เสนห์ จามริก นักวิชาการด้านสิทธิมนุษยชน ซึ่งท่านได้นำเสนอไว้ในวารสารบัณฑิตยเรื่องการสร้างภูมิปัญญาเพื่อพัฒนากระบวนการยุติธรรมว่า สิทธิชุมชนเป็นสิทธิเชิงซ้อน สิทธินี้เป็นสิทธิตามกฎหมายจารีตประเพณี ชุมชนจึงมีสิทธิในด้านต่างๆ ไม่ว่าจะประเพณี วัฒนธรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่น ทรัพยากรท้องถิ่น รวมทั้งการมีส่วนร่วมกับรัฐในการใช้สิทธิต่างๆ เหล่านี้ แม้ว่ารัฐให้ความสำคัญกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งรัฐบัญญัติและประกาศใช้ก็ตาม⁶⁹

ส่วนรายละเอียดเนื้อหาแห่งสิทธิทางวัฒนธรรม ซึ่งปรากฏในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 นั้น แม้ไม่มีมาตราใดในกฎหมายฉบับดังกล่าวอธิบายเกี่ยวกับรายละเอียดสิทธิทางวัฒนธรรมเฉพาะเจาะจง แต่เมื่อผู้วิจัยได้พิจารณาตามกฎหมายฉบับดังกล่าวแล้ว กฎหมายฉบับนี้มีเนื้อหาสิทธิทางวัฒนธรรม 3 ประการ

ประการแรก สิทธิในการแสดงออก การประพาศปฏิบัติ หรือทักษะ ทางวัฒนธรรมที่แสดงออกผ่านบุคคล เครื่องมือ หรือวัตถุ ซึ่งบุคคล กลุ่มบุคคลตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ซึ่งการแสดง การ

⁶⁹ เสนห์ จามริก, “การสร้างภูมิปัญญาเพื่อพัฒนากระบวนการยุติธรรม”. *บัณฑิตย*, 55(1), น.4-5 (2542).

ประเพณีปฏิบัติดังกล่าวมีความสัมพันธ์โดยตรงกับตัวมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งถ้ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นมรดกปาฐะ การประเพณีปฏิบัติคือการแสดง การร้อง การละเล่น เช่นเดียวกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ การประเพณีปฏิบัติย่อมเป็นการผลิตเป็นอาหารในครัวเรือน รวมตลอดถึงการเป็นสินค้า เพื่อจำหน่ายแก่ผู้บริโภค โดยชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิ⁷⁰

ประการที่สอง สิทธิในการศึกษา (educational rights) เพื่อการดำรงอยู่ของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทุกประเภทรวมถึงอาหาร สิทธินี้เป็นหนึ่งในสิทธิทางวัฒนธรรมตามคำนิยามศัพท์ชุมชนในมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ภายใต้ถ้อยคำว่า “การประเพณีปฏิบัติสืบทอด” สิทธิทางวัฒนธรรมนี้จึงเป็นก่อนความสัมพันธ์ระหว่างผู้สืบทอดองค์ความรู้หรือภูมิปัญญากับผู้สืบทอดทางวัฒนธรรมหรือชุมชนวัฒนธรรม (cultural communities) ในอันที่ผู้สืบทอดองค์ความรู้หรือภูมิปัญญาสามารถคัดสรรสมาชิกชุมชนคนใดคนหนึ่ง สมาชิกผู้ถูกคัดเลือกนั้นจะมีฐานะเป็นผู้สืบทอดทางวัฒนธรรม⁷¹

ประการสุดท้าย สิทธิในการมีส่วนร่วมของชุมชน กลุ่มบุคคล และปัจเจกบุคคล (participatory rights of communities, group and individuals) ดังที่ปรากฏในตอนท้ายนิยามศัพท์ชุมชนในมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 ที่ว่า ชุมชนมีส่วนร่วมในมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม โดยสิทธิดังกล่าวเป็นผลจากพันธกรณีในข้อ 15 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ที่บัญญัติเรื่องการมีส่วนร่วมของชุมชน กลุ่มชน และปัจเจกบุคคล ว่า “รัฐภาคีจะต้องพยายามดำเนินการเพื่อให้ชุมชน และกลุ่มชน มีส่วนร่วมอย่างกว้างขวางที่สุด”

เนื้อหาแห่งสิทธิทางวัฒนธรรมข้างต้นได้ปรากฏในชุมชนชาวนครปฐม ซึ่งชุมชนชาวนครปฐมใช้กับข้าวหมูแดง ขนมเปียะบางเลน ปรากฏว่า สิทธิทางวัฒนธรรมในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ 2 รายการเป็นสิทธิชุมชนชาวนครปฐม ซึ่งชุมชนดังกล่าวตั้งอยู่ในพื้นที่ทางวัฒนธรรม คือจังหวัดนครปฐม โดยสมาชิกในชุมชนที่เป็นผู้สืบทอดองค์ความรู้หรือ

⁷⁰ มาตรา 3 .พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559

“มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม” หมายความว่า ความรู้ การแสดงออก การประเพณีปฏิบัติหรือทักษะ ทางวัฒนธรรมที่แสดงออกผ่านบุคคล เครื่องมือ หรือวัตถุ ซึ่งบุคคล กลุ่มบุคคล หรือชุมชนยอมรับและรู้สึกเป็นเจ้าของร่วมกัน และมีการสืบทอดกันมาจากคนรุ่นหนึ่งไปยังคนอีกรุ่นหนึ่งโดยอาจมีการปรับเปลี่ยนเพื่อตอบสนองต่อสภาพแวดล้อมของตน

⁷¹ ณัฐชัย ฌ ลำปาง, การคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ พ.ศ.2546 : ศึกษากรณีของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคี, (กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558), น.44-47.

ภูมิปัญญาเป็นผู้มีบทบาทสำคัญ เพื่อการประพุดิปฏิบัติที่เกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นการผลิตเป็นสินค้า หรือการเป็นอาหารในครัวเรือน

ด้านรายละเอียดตัวสมาชิกในชุมชนชาวนครปฐมที่ประพุดิปฏิบัติในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ สมาชิกชุมชนดังกล่าวมักเป็นลูกหลานชาวจีนในชุมชนชาวนครปฐม ซึ่งบุคคลเหล่านี้ยังคงสืบทอดภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยการทำซ้ำเลียนแบบข้าวหมกแดงมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของบรรพบุรุษ เช่น คุณปรีชา รัตนมธูวงศ์ เจ้าของปฐมโภชนาที่เป็นทายาทชาวจีนนครปฐม เป็นต้น

การที่สมาชิกลูกหลานชาวจีนในชุมชนชาวนครปฐมข้างต้นเป็นผู้สืบทอดองค์ความรู้หรือภูมิปัญญา ทำให้ร้านค้าต่างๆ ในจังหวัดนครปฐม ลูกหลานชาวจีนเหล่านี้ยังคงประพุดิปฏิบัติเกี่ยวกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และสืบทอดสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ขณะที่สมาชิกคนอื่นๆ ในชุมชนชาวนครปฐม และผู้บริโภคนอกชุมชนชาวนครปฐมมีส่วนร่วมต่อการดำรงอยู่สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยเฉพาะการอุดหนุนและซื้อสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

อนึ่ง ความเห็นของผู้วิจัยข้างต้นสอดคล้องกับความเห็นของนักวิชาสาขาสังคมศาสตร์ สุกัญญา สุกฉายา เรื่องผู้สืบทอดเป็นผู้ถือครองมิใช่เจ้าของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมว่า ผู้สืบทอดองค์ความรู้หรือภูมิปัญญาเป็นผู้สืบทอดภูมิปัญญาโดยตรง บุคคลดังกล่าวจึงเป็นผู้เต็มใจรับปฏิบัติและทำหน้าที่รักษาสืบทอดองค์ความรู้เกี่ยวข้องกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทุกประเภทรวมถึงอาหาร โดยบุคคลเหล่านี้มีสถานะทางสังคมแตกต่างกันไปตามมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เช่น พระเจริญ ธนนูโทโธ ผู้สืบทอดองค์ความรู้หรือภูมิปัญญาในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้การอ่านเขียนอักษรธรรมล้านนา หรือครูวีระ มีเหมือน ผู้สืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้หนังใหญ่ เป็นต้น⁷²

ฉะนั้นสิทธิทางวัฒนธรรมจึงไม่ใช่สิทธิในความเป็นเจ้าของ ดังเช่นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิทางวัฒนธรรมดังกล่าวมีเนื้อหาแห่งสิทธิในการแสดง การประพุดิปฏิบัติ การศึกษา และการมีส่วนร่วมในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยสิทธิทางวัฒนธรรมนี้เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิชุมชนตามมาตรา 43 (1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ทำให้สิทธิทางวัฒนธรรมเป็นสิทธิเชิงซ้อน ซึ่งสิทธินี้มีการเหลื่อมล้ำทับซ้อนกับสิทธิอื่นๆ โดยไม่มีปัจเจกชนหรือสมาชิกคนใดเป็นผู้ทรงสิทธิ

⁷² สุกัญญา สุกฉายา, *อ้าวแล้ว เชิงอรไร* ที่ 68, น.107-110.

2.3.2.3 ชุมชนผู้รักษาสมดุระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของ เอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

แม้ว่าพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ไม่มีมาตราใดว่า ชุมชนคือผู้รักษาสมดุระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่ด้วยกฎหมายฉบับนี้เกิดจากพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 ซึ่งอนุสัญญาฉบับดังกล่าวตั้งอยู่บนหลักการว่า อนุสัญญาฉบับนี้ไม่กระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาใดๆ ซึ่งรัฐภาคีสมาชิกเข้าเป็นสมาชิก ดังที่ปรากฏในข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003⁷³ ส่งผลให้กฎหมายวัฒนธรรมของรัฐภาคีสมาชิกทุกประเทศจึงยอมรับว่า ชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรมและใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ชุมชนจึงเป็นผู้รักษาสมดุระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้โดยปริยาย

อย่างไรก็ดี เมื่อไม่ปรากฏมาตราใดในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ว่า ชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา กรณีนี้จึงเป็นปัญหาข้อกฎหมายว่า ชุมชนสามารถใช้สิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้หรือไม่

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ชุมชนใช้สิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ เพราะสิทธิทั้งสองได้รับการประกันไว้ตามมาตรา 43 (1) และมาตรา 37 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประชาชนชาวไทยที่เป็นปัจเจกชน และชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิ ผู้ทรงสิทธิจึงสามารถประพฤติ ปฏิบัติ แสดงออก และสืบทอดภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะ วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม จารีตประเพณี และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยรัฐต้องเคารพและต้องป้องกันสิทธิเหล่านี้ เพื่อมิให้รัฐหรือผู้ใดล่วงละเมิดสิทธิดังกล่าว และด้วยประเทศไทยปกครองอยู่ภายใต้หลักนิติรัฐ ตามปกติชุมชนชาวไทยจึงมีอิสระในการกำหนดชะตากรรมของตน และใช้สิทธิเสรีภาพของตนอย่างอิสระ ไม่ว่าสิทธิทางวัฒนธรรมหรือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ตามปกติรัฐไม่อาจจำกัดสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา แต่การจำกัดสิทธิทั้งสองกระทำได้

⁷³ Article 3 The Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2003
Nothing in this Convention may be interpreted as:...

(b) affecting the rights and obligations of States Parties deriving from any international instrument relating to intellectual property rights or to the use of biological and ecological resources to which they are parties.

เพียงเฉพาะที่รัฐได้รับอนุญาตตามกฎหมาย เพื่อที่ชุมชนผู้ทรงสิทธิมีความมั่นในนิติฐานะ (Legal Security) และชุมชนสามารถทราบและรู้ผลแห่งการกระทำของตนได้

เช่นนี้ในเบื้องต้น การที่ไม่ปรากฏมาตราในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ว่า ชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ชุมชนก็ยังคงมีและใช้สิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ การไม่บัญญัติมาตราใดในกฎหมายฉบับนี้จึงไม่หมายความว่า ชุมชนไม่มีสิทธิดังกล่าว เพราะชุมชนได้รับการประกันสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไว้ในมาตรา 43 (1)⁷⁴ และมาตรา 37 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แล้ว⁷⁵ รัฐจึงไม่อาจปฏิเสธสิทธิชุมชนในทางวัฒนธรรมและทรัพย์สินทางปัญญา

เมื่อชุมชนมีสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ประกอบกับรัฐไม่ใช่ผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย ชุมชนที่ประกอบด้วยสมาชิกระดับปัจเจกชน กลุ่มบุคคล ชุมชนจึงเป็นผู้รักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ควบคู่กับการส่งเสริม รักษา สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 แม้ว่ากฎหมายฉบับนี้ไม่บัญญัติกรณีดังกล่าวเรื่องนี้ไว้โดยตรง แต่ชุมชนยังคงทำหน้าที่ดังกล่าวได้ตามความเป็นจริง สภาพเช่นนี้ปรากฏในหลายมาตราตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ดังนี้

1) ตามคำนิยามศัพท์มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ที่บัญญัติว่า “...หรือชุมชนยอมรับและรู้สึกเป็นเจ้าของร่วมกัน และมีการสืบทอดกันมาจากคนรุ่นหนึ่งไปยังคนอีกรุ่นหนึ่ง โดยอาจมีการปรับเปลี่ยนเพื่อตอบสนองต่อสภาพแวดล้อมของตน”

2) กรณีคำนิยามศัพท์ชุมชนตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 บัญญัติว่า “ชุมชน หมายความว่า กลุ่มคนกลุ่มเดียวหรือหลายกลุ่ม ที่มีความรู้ มีการประพฤติปฏิบัติสืบทอด หรือมีส่วนร่วมในมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมนั้น”

⁷⁴ มาตรา 43 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิ

(1) อนุรักษ์ พื้นฟู หรือส่งเสริมภูมิปัญญา ศิลปะ วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม และจารีตประเพณีอันดีงาม ทั้งของท้องถิ่นและของชาติ...

⁷⁵ มาตรา 37 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสืบทอด

ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นนี้ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ...

3) กรณีการเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิของคณะกรรมการส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมระดับชาติ ระดับจังหวัด และระดับท้องถิ่น เพื่อร่วมกับรัฐในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เช่น มาตรา 4 มาตรา 15 และมาตรา 18 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 เป็นต้น โดยทุกมาตราดังกล่าวใช้คำว่า “โดยคำนึงถึงการมีส่วนร่วมของภาคประชาสังคมและชุมชน”

จากบทบัญญัติข้างต้นแสดงให้เห็นโดยปริยายว่า พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ให้ความสำคัญในการมีส่วนร่วมของชุมชน เพราะชุมชนคือผู้ถือครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไม่ใช่รัฐ รัฐจะบรรลุผลสำเร็จในการบริหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามเจตนารมณ์แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ได้ ก็ต่อเมื่อชุมชนให้ความร่วมมือ ชุมชนจึงเป็นผู้รักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวสอดคล้องกับข้อ 1 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ว่า มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นของชุมชน กลุ่มชน และปัจเจกบุคคลที่เกี่ยวข้อง⁷⁶

ดังนั้นชุมชนจึงเป็นผู้รักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยรัฐมีหน้าที่สนับสนุนกิจกรรมต่างๆ แก่ชุมชน ไม่ว่าจะเป็นการส่งเสริมด้านการศึกษา การมีส่วนร่วมในการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ การใช้ประโยชน์จากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

2.3.3 ปัญหาการรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ส่วนปัญหาการรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ผู้วิจัยพบปัญหาข้อกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการรักษาสมดุลดังกล่าว 5 ประการ

1) ปัญหาพื้นที่ทางวัฒนธรรมไม่ใช่ส่วนหนึ่งในคำนิยามศัพท์คำว่า “มรดกทางภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม” ตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 กรณีดังกล่าวจึงขัดต่อธรรมชาติของสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้อง

⁷⁶ Article 1 The Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2003
The purposes of this Convention are...

(b) to ensure respect for the intangible cultural heritage of the communities, groups and individuals concerned.

ไม่ได้ และไม่สอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ที่บัญญัติว่า “...พื้นที่ทางวัฒนธรรมเป็นผลมาจากการปฏิบัติ การเป็นตัวแทน การแสดงออก ความรู้ ทักษะ ตลอดจน เครื่องมือ วัตถุ สิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้”⁷⁷

อีกทั้ง การที่คำนิยามศัพท์มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติสงวนและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ไม่ครอบคลุมถึงพื้นที่ทางวัฒนธรรม กรณีนี้ยังไม่สอดคล้องกับผลการวิจัยสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ 2 รายการ ข้าวหอมแดงนครปฐม ขนมเปียะบางเลน เพราะชุมชนชาวนครปฐมได้ใช้พื้นที่ทางวัฒนธรรมในการจำหน่ายสินค้าอาหารดังกล่าว เช่น ชุมชนชาวนครปฐมใช้พื้นที่ทางวัฒนธรรมคำว่า “นครปฐม” และคำว่า “ถนนข้าวหอมแดง” ซึ่งถนนดังกล่าวก็คือถนนราชดำเนิน หรือถนนต้นสน ตำบลพระปฐมเจดีย์ อำเภอเมือง จังหวัดนครปฐม เป็นต้น

นอกจากนี้ การที่คำนิยามศัพท์มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติสงวนและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ไม่ครอบคลุมถึงพื้นที่ทางวัฒนธรรม กรณีนี้ยังขัดต่อแนวทางปฏิบัติงานคณะกรรมการส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมประจำจังหวัด ซึ่งคณะกรรมการได้จัดทำรายการเบื้องต้นมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมระดับจังหวัด ประจำปีพ.ศ. 2560 เพื่อเสนอต่อกระทรวงวัฒนธรรม โดยรายงานฉบับนี้ใช้พื้นที่ทางวัฒนธรรมในชื่อจังหวัด เช่น รายการที่ 4.3.1 ข้าวหอมแดงนครปฐม มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมสาขาความรู้และการปฏิบัติเกี่ยวกับธรรมชาติและจักรวาล เป็นต้น⁷⁸

2) ปัญหาการไม่บัญญัติรายละเอียดสิทธิทางวัฒนธรรมในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 แต่กฎหมายฉบับนี้กลับมุ่งเพียงการตั้งองค์กรกลุ่ม โดยรัฐมีบทบาทสำคัญ เพื่อกำหนดนโยบายและขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้อง

⁷⁷ Article 2 The Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2003
For the purposes of this Convention

1. The “intangible cultural heritage” means the practices, representations, expressions, knowledge, skills – as well as the instruments, objects, artefacts and cultural spaces associated therewith – that communities, groups and, in some cases, individuals recognize as part of their cultural heritage. This intangible cultural heritage, transmitted from generation to generation, is constantly recreated by communities and groups in response to their environment...

⁷⁸ กรมส่งเสริมวัฒนธรรม กระทรวงวัฒนธรรม, รายการเบื้องต้นมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมระดับจังหวัด ประจำปีพ.ศ. 2560, สืบค้นเมื่อวันที่ 25 มกราคม 2560 จาก

<http://ich.culture.go.th/index.php/th/data-collecting-project/755-food>.

ไม่ได้ สภาพการณ์เช่นนี้จึงไม่สอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ที่ยอมรับว่า ชุมชนมีส่วนร่วมกับรัฐในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และชุมชนมีบทบาทสำคัญต่อการดำรงอยู่และความหลากหลายของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

3) ปัญหาการไม่มีบทบาทผู้ยุติรองรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของชุมชนและผู้สืบทอดองค์ความรู้หรือภูมิปัญญาท้องถิ่น เช่นเดียวกับปัญหาข้อ 2 ข้างต้น พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ไม่มีบทบัญญัติใดบัญญัติว่า ชุมชนสามารถได้รับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งๆ ที่ตามปกติชุมชน ผู้สืบทอดองค์ความรู้หรือภูมิปัญญาเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอยู่แล้ว

แม้ว่าปัจเจกชนและชุมชนได้รับการประกันสิทธิในทรัพย์สินตามมาตรา 37 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แต่เมื่อประเทศไทยไม่มีมาตราใดในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 เพื่อให้รายละเอียดการใช้สิทธิทางวัฒนธรรมควบคู่กับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ในอนาคตชุมชนจึงอาจเผชิญปัญหาข้อโต้แย้ง และถ้าชุมชนเกิดข้อพิพาทด้านทรัพย์สินทางปัญญา ศาลอาจปฏิเสธไม่ให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแก่ชุมชน เนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งความคุ้มครองคือสินค้ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

4) ปัญหาการไม่มีวิธีการส่งเสริมและรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยชุมชนมีส่วนร่วมโดยตรง ไม่ว่าจะการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หรือการเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ทั้งๆ ที่กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ คือการให้ความสำคัญกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ในฐานะมรดกทางวัฒนธรรมดังกล่าวเป็นสมบัติล้ำค่าที่ได้มีการสร้างสรรค์ สืบสาน ปลูกฝัง และสืบทอดในชุมชนจากคนรุ่นหนึ่งมายังคนอีกรุ่นหนึ่ง แต่มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ดังกล่าวกลับได้รับผลกระทบจากความเปลี่ยนแปลงของสังคมทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ การปราศจากรายละเอียดจึงมีผลเท่ากับว่า กฎหมายฉบับนี้จึงไม่รองรับเจตนารมณ์ส่งเสริมและรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพื่อให้มีความสืบเนื่องและยั่งยืนสืบไป⁷⁹

5) ปัญหาการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งรัฐใช้ระบบรวมศูนย์อำนาจ หรืออีกนัยหนึ่งคือการบริหารแบบจากบนลงล่าง (top-down approach) รัฐมีอำนาจอย่างสูงในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เพียงฝ่ายเดียว ทำให้การส่งเสริม รักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงไม่ตอบสนองความต้องการของชุมชนอย่างแท้จริง และรัฐเข้ามามีบทบาทในการรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะใน

⁷⁹ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559

สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ทั้งๆ ที่ชุมชนเป็นผู้มีส่วนได้เสียและสืบทอดการผลิต
สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

กรณีปัญหาข้างต้นสอดคล้องกับความเห็นของนักวิชาการสาขานิติศาสตร์
พนิต มงคลธรรม รัตน์ะที่เสนอในบทความเรื่องกฎหมายส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทาง
วัฒนธรรม: การพัฒนาและอุปสรรคของประเทศไทย ว่า หากพิจารณาบทบัญญัติของพระราชบัญญัติ
ส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 กฎหมายฉบับนี้มุ่งเน้นให้อำนาจต่อการ
บริหารราชการส่วนกลาง และส่วนภูมิภาค ในส่วนท้องถิ่นมีก็เพียงกรุงเทพมหานครเท่านั้นที่มี
บทบาทตามพระราชบัญญัติ แต่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นๆ กลับถูกละเลยบทบาททั้งที่ใกล้ชิด
กับชุมชน วิธีการส่งเสริมรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เช่นนี้จึงย่อมไม่อาจสร้างความ
ตระหนักในระดับท้องถิ่น ระดับชาติ ระดับนานาชาติถึงความสำคัญของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้อง
ไม่ได้และให้เกิดความชื่นชมร่วมกันตามข้อ 1 (c) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรม
ที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003⁸⁰

ดังนั้นการที่ประเทศไทยใช้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทาง
วัฒนธรรม พ.ศ.2559 เพื่อรองรับการปฏิบัติตามพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทาง
วัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 แต่เมื่อกฎหมายวัฒนธรรมฉบับนี้กลับไม่มีรายละเอียดเกี่ยวกับ
สิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิและประเพณีปฏิบัติ สืบทอด
สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ กฎหมายฉบับนี้จึงมีเนื้อหาหลายอย่างที่เป็น
ปัญหาอุปสรรคและรบกวนการแก้ไขจากภาครัฐ เพื่อรองรับสิทธิต่างๆ ของชุมชนตามหลักการวัฒนธรรม
มีชีวิต

⁸⁰ พนิต มงคลธรรม รัตน์ะ, “กฎหมายส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม: การพัฒนาและ
อุปสรรคของประเทศไทย”, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 (มกราคม – มิถุนายน
2561), น.92.

บทที่ 3

คำนิยามศัพท์ แนวคิดทฤษฎี สนธิสัญญาระหว่างประเทศ และมาตรการกฎหมายวัฒนธรรมประเทศสมาชิก สมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้

สำหรับกฎหมายวัฒนธรรมที่เป็นกฎหมายสากลที่เกิดจากพันธกรณีสนธิสัญญาระหว่างประเทศ การวิจัยฉบับนี้จึงจำเป็นต้องทำความเข้าใจคำนิยามศัพท์ แนวคิดทฤษฎี และสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เพื่อนำสู่ความเข้าใจในการใช้มาตรการกฎหมายวัฒนธรรมของประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศ CLMV และประเทศมาเลเซียที่เป็นเพื่อนบ้านและมีการแลกเปลี่ยนวัฒนธรรมอาหารกับประเทศไทยอย่างยาวนาน ซึ่งงานวิจัยฉบับนี้ได้นำเสนอต่อไปตามลำดับ

3.1 คำนิยามศัพท์ที่เกี่ยวข้อง

ด้วยประเทศไทยมิได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ภายใต้อำนาจของรัฐธรรมนูญ แต่กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายเฉพาะ (*sui generis*) ที่เกิดจากอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 และการใช้กฎหมายฉบับนี้ยังเกี่ยวพันกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลงทริปส์ แต่สนธิสัญญาระหว่างประเทศทั้งสองฉบับกลับใช้ศัพท์เฉพาะที่แตกต่างกัน การทำความเข้าใจศัพท์พื้นฐานจึงเป็นสิ่งจำเป็น ดังปรากฏรายละเอียดต่อไปนี้

3.1.1 คำนิยามศัพท์คำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้”

สำหรับศัพท์คำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” คือศัพท์ที่ใช้ในอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 ซึ่งศัพท์คำนี้มีที่มาจากศัพท์ภาษาอังกฤษคำว่า “intangible cultural heritage” ซึ่งองค์การระหว่างประเทศและนักวิชาการได้ให้ความหมายที่หลากหลาย ดังนี้

กรณีแรก องค์การยูเนสโกได้ให้คำนิยามศัพท์คำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” ไว้ในข้อ 2 (1) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 ว่า¹

¹ Martin A. Girsberger, Intellectual property and Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment, (Cheltenham. UK : Edward Elgar Publishing Limited, 2008), pp.128.

คำว่า "มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้" หมายถึงการปฏิบัติ ข้อคิดเห็น การแสดงออก ความรู้ ทักษะ เช่นเดียวกับเอกสาร วัตถุ ความหวัง และงานทางวัฒนธรรมที่เกี่ยวข้องกับชุมชนหรือกลุ่มคน ซึ่งปัจเจกชนยอมรับว่า สิ่งเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของประเพณีวัฒนธรรมที่ตกทอดกันมา และเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยมรดกทางวัฒนธรรมดังกล่าวนี้ได้ถูกส่งต่อจากคนรุ่นหนึ่งมาสู่คนอีกรุ่นหนึ่งจนถึงปัจจุบัน ทำให้ชุมชนหรือกลุ่มคนในชุมชนเป็นผู้ผลิตมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ผลงานมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เหล่านี้จึงเป็นการผลิตเลียนแบบผลงานดั้งเดิม พร้อมๆ กับการที่ชุมชนหรือคนในสังคมยังนำปัจจัยแวดล้อมต่าง ๆ เข้ามาปรับปรุง ไม่ว่าจะเป็นด้านสิ่งแวดล้อม ปฏิบัติการที่มีต่อธรรมชาติ และประวัติศาสตร์ของชุมชนหรือกลุ่มคน”

อีกทั้ง ข้อ 2 (2) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 ยังได้จำแนกมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ออกเป็น 5 ประเภท คือ²

(1) ประเพณีการใช้คำพูดและการแสดงออกต่างๆ รวมทั้งภาษา ในฐานะภาษาเป็นสื่อกลางของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

(2) การแสดงงานศิลปะ

(3) การปฏิบัติทางสังคม พิธีกรรมทางศาสนา และเหตุการณ์การเฉลิมฉลอง

(4) ความรู้และการปฏิบัติเกี่ยวกับธรรมชาติและจักรวาล

(5) หัตถกรรมตามประเพณี

กรณีที่สอง นักวิชาการกองทุนโครงการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้และแรงงาน (Intangible Cultural Heritage Program Heritage Foundation of Newfoundland and Labrador) ได้อธิบายศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไว้ในหนังสือ “อะไรคือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” ว่า³

คำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” เป็นวัฒนธรรมมีชีวิต (Living Heritage) ที่หมายถึงประเพณี พิธีกรรม ขนบธรรมเนียม เรื่องเล่าขาน การเฉลิมฉลองในครอบครัวหรือชุมชน ภาษา การพูด เพลง องค์ความรู้เกี่ยวกับธรรมชาติและจักรวาล การรักษาพยาบาลตามประเพณี อาหาร วันหยุดพักผ่อน ความเชื่อและการปฏิบัติทางวัฒนธรรม

² *Ibid*, pp.128-129.

³ Intangible Cultural Heritage Program Heritage Foundation of Newfoundland and Labrador, What Is Intangible Cultural Heritage?, (Canada : What Is Intangible Cultural Heritage?, 2008), pp.1.

กรณีที่สาม สภาการวิจัยมนุษยศาสตร์ ประเทศแอฟริกาใต้ และหน่วยงาน National Park Service (NPS)⁴ ได้ให้คำนิยามศัพท์คำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” ว่า⁵
มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หมายถึงทรัพยากรวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ อันประกอบด้วยสิ่งต่างๆ คือ ชีวิตครอบครัว นิทานปรัมปรา คติชาวบ้าน เพลงพื้นบ้าน การแสดง เต้นรำพื้นบ้าน

กรณีที่สี่ กระทรวงวัฒนธรรม ประเทศไทยได้ให้คำนิยามศัพท์คำว่า “Intangible Cultural Heritage” ในศัพท์ภาษาไทยคำว่า “มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม” ซึ่งปรากฏในมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ว่า

“มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม” หมายความว่า ความรู้ การแสดงออก การประพฤติปฏิบัติหรือทักษะ ทางวัฒนธรรมที่แสดงออกผ่านบุคคล เครื่องมือ หรือวัตถุ ซึ่งบุคคล กลุ่มบุคคล หรือชุมชนยอมรับและรู้สึกเป็นเจ้าของร่วมกัน และมีการสืบทอดกันมาจากคนรุ่นหนึ่งไปยังคนอีกรุ่นหนึ่งโดยอาจมีการปรับเปลี่ยนเพื่อตอบสนองต่อสภาพแวดล้อมของตน

ทั้งนี้ ประเทศไทยเป็นประเทศเดียวที่ใช้ศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เป็นคำว่า “มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม” เพราะข้อจำกัดในการแปลศัพท์คำว่า “Intangible Cultural Heritage” ออกเป็นภาษาไทย ทำให้ก่อนประเทศไทยประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 นักวิชาการชาวไทยจึงใช้ศัพท์คำนี้ในหลายชื่อ เช่น มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม มรดกวัฒนธรรมที่เป็นอภิปภาพ มรดกวัฒนธรรมที่ไม่ใช่กายภาพ มรดกวัฒนธรรมไร้รูป มรดกวัฒนธรรมเชิงนามธรรม มรดกวัฒนธรรมภูมิปัญญา มรดกวัฒนธรรมภูมิความรู้ และ มรดกวัฒนธรรมทางจิตใจ เป็นต้น

สุดท้าย เมื่อประเทศไทยประกาศใช้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ภายได้เหตุผลว่า การใช้ศัพท์มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมมีเนื้อหาครอบคลุมถึงภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งชุมชนใช้สร้างสรรค์กิจกรรมทางวัฒนธรรมต่างๆ ตามความเห็นวันที่ 31 สิงหาคม พ.ศ.2552 ของคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ⁶ และการใช้ศัพท์มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมลดความสับสนของนักวิชาการ และการใช้ศัพท์คำอื่นๆ แสดงถึงความไม่

⁴ หน่วยงาน National Park Service (NPS) เป็นหน่วยงานของรัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกาที่จัดการอุทยานแห่งชาติ อนุสรณ์สถานแห่งชาติ และการอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรมอื่น ๆ ที่ทรงคุณค่าทางประวัติศาสตร์ และมีชื่อเสียงต่างๆ

⁵ ธนิก เลิศชาญฤทธิ, การจัดการทรัพยากรวัฒนธรรม, (กรุงเทพฯ : ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน), 2554), น.24-25.

⁶ สุดแดน วิสุทธิลักษณ์, มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของชาติ : บทเรียนจากเพื่อนบ้าน, (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2560), น.13.

เข้าใจในความแตกต่างกันของอนุสัญญาสองฉบับของยูเนสโก คือ อนุสัญญามรดกโลก หรือ อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองมรดกโลกทางวัฒนธรรมและทางธรรมชาติ ค.ศ. 1972 (Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, 1972) และ อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 (Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, 2003)⁷

อย่างไรก็ดี งานวิจัยฉบับนี้เลือกใช้คำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” เพื่อให้ตรงกับศัพท์ภาษาอังกฤษคำว่า “intangible” ซึ่งคำดังกล่าวหมายถึงสัมผัสไม่ได้ จับไม่ได้ คลุมเครือ ไม่มีรูปร่าง หรือสิ่งที่ไม่สามารถจะสัมผัสได้ และการใช้ศัพท์คำดังกล่าวยังสอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 2 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 และ 178 รัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 รวมทั้งเป็นไปในทิศทางเดียวกับการใช้กฎหมายวัฒนธรรมประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศ CLMV และประเทศมาเลเซีย เช่น มาตรา 2 พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ของประเทศมาเลเซียที่ใช้คำว่า “intangible cultural heritage” เป็นต้น

ดังนั้นผู้วิจัยจึงเลือกใช้ศัพท์คำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” คำศัพท์คำนี้หมายถึงการปฏิบัติ ข้อคิดเห็น การแสดงออก ความรู้ ทักษะ เอกสาร วัตถุ ความหวัง โดยผลงานทางวัฒนธรรมเหล่านี้เป็นผลผลิตของชุมชน ซึ่งสิ่งเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของประเพณีวัฒนธรรมที่ตกทอดกันมา ไม่มีรูปร่างทางกายภาพ และมนุษย์ไม่อาจจับต้องได้ และด้วยมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งในวิถีชีวิตชุมชน มรดกทางวัฒนธรรมดังกล่าวนี้จึงถูกส่งต่อจากคนรุ่นหนึ่งมาสู่คนอีกรุ่นหนึ่งจนถึงปัจจุบัน โดยชุมชนเป็นผู้มีส่วนได้เสีย และชุมชนทำซ้ำเลียนแบบผลงานของบรรพบุรุษ พร้อมๆ กับการนำปัจจัยแวดล้อมต่างๆ เข้ามาปรับปรุงมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไม่ว่าด้านสิ่งแวดล้อม ปฏิบัติการที่มีต่อธรรมชาติ และประวัติศาสตร์ของชุมชนหรือกลุ่มคน

3.1.2 คำนิยามศัพท์คำว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น”

สำหรับศัพท์ภูมิปัญญาท้องถิ่น (traditional knowledge - TK) เป็นหนึ่งในสามคำศัพท์ที่ปรากฏในเอกสารวิชาการกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา นอกจากศัพท์คำว่า คติชน (folklore) และการแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณี (traditional cultural expression) แต่คำศัพท์ทั้งสามไม่ปรากฏในสนธิสัญญาระหว่างที่เกี่ยวกับกฎหมายวัฒนธรรม เว้นแต่คำว่า “ภูมิปัญญา” ซึ่งคำนี้ถูกนำมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในชื่อพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 เพื่อความเข้าใจศัพท์พื้นฐาน ผู้วิจัยจึงขอแนะนำนิยามศัพท์ภูมิปัญญา

⁷ เห่งอ่าว, น.12.

ท้องถิ่น พร้อมกับการวิเคราะห์เทียบกับคำนิยามศัพท์คติชน และการแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบ ประเพณีไปตามลำดับ

คำแรก ศัพท์คำว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” ปัจจุบันนักวิชาการให้คำนิยามศัพท์คำ นี้ไว้อย่างหลากหลาย ดังนี้

ดร.ธนิต ชังถาวร ให้คำจำกัดความศัพท์ภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้ว่า⁸

“ภูมิปัญญาท้องถิ่น” หมายถึงความรู้ที่เกี่ยวกับสภาพแวดล้อมมากกว่าความรู้ที่ เกี่ยวข้องกับงานศิลปกรรม หัตถกรรมและการแสดงออก ซึ่งสิ่งเหล่านี้เป็นส่วนประกอบของคติชน พื้นบ้าน ทำให้บางครั้งนักวิชาการใช้คำว่า “traditional environment knowledge” แทนคำว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” เพื่อการอธิบายเกี่ยวกับคนที่มีความใกล้ชิดกับธรรมชาติ และคนเหล่านี้ได้ อาศัยความรู้ที่สืบทอดกันมารุ่นต่อรุ่น เพื่อการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอย่างยั่งยืน

Daphne Zogafos นักวิชาการสถาบัน Queen Mary Intellectual Property Research Institute ประเทศสหรัฐอเมริกา และเจ้าหน้าที่อาวุโส องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ได้ให้คำนิยามศัพท์ภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้ว่า

“ภูมิปัญญาท้องถิ่น” หมายถึง ความเชื่อในบริบทประเพณีที่แสดงออกในรูปงาน แขนงวรรณกรรม ศิลปะ และวิทยาศาสตร์ การแสดง การประดิษฐ์ การค้นพบทางวิทยาศาสตร์ การออกแบบ เครื่องหมาย ชื่อและสัญลักษณ์ ข้อมูลอันปกปิดเป็นความลับ และประเพณีอื่นที่ตั้งอยู่ บนพื้นฐานการประดิษฐ์และการสร้างสรรค์ โดยการประดิษฐ์และการสร้างสรรค์เหล่านี้เป็นผลผลิต จากกิจกรรมทางสติปัญญาในแขนงอุตสาหกรรม วิทยาศาสตร์ วรรณกรรม หรือศิลปะ⁹

John Vane นักวิชาการมหาวิทยาลัย Queen Mary แห่งกรุงลอนดอน ประเทศสหราชอาณาจักร ให้คำจำกัดความภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้ว่า

“ภูมิปัญญาท้องถิ่น” หรือในชื่อภูมิปัญญาด้านสิ่งแวดล้อมตามประเพณี (traditional environmental knowledge) เป็นโครงสร้างองค์ความรู้ที่ถูกสร้างโดยกลุ่มประชาชน องค์ความรู้นี้ได้ถูกส่งต่อมาหลายชั่วอายุคน และองค์ความรู้นี้มีบริบทที่เกี่ยวข้องกับธรรมชาติ รวมทั้ง องค์ความรู้ได้ถูกจัดเป็นระบบ โดยทั่วไปองค์ความรู้เหล่านี้มีที่มาจากประสบการณ์การสังเกต

⁸ ธนิต ชังถาวร, รายงานการศึกษากรอบความคิดการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย, (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, 2550), น.29-30.

⁹ Daphne Zogafos , The Public Interest in the Globally Sustainable Information Society : the traditional knowledge debate, E-Learning, Volume 3, Number 3, 2006, pp.489.

สิ่งแวดล้อมในท้องถิ่นโดยกลุ่มประชาชน และกลุ่มประชาชนใช้ระบบบริหารจัดการของตนเองเกี่ยวกับทรัพยากรที่ใช้¹⁰

จากการให้คำนิยามศัพท์ภูมิปัญญาท้องถิ่นข้างต้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า คำว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” มีเนื้อหาสาระครอบคลุมถึงองค์ความรู้ในกิจกรรมต่างๆ ของมนุษย์ทุกแขนง ไม่ว่าจะเป็นด้านปัจจัยสี่ คืออาหาร ที่อยู่อาศัย ยารักษาโรค และเครื่องนุ่งห่ม แต่รวมถึงกิจกรรมที่เกี่ยวข้อง พิธีกรรม ความเชื่อ ศาสนา ขนบธรรมเนียมประเพณีต่างๆ แต่ด้วยมนุษย์มีกิจกรรมที่หลากหลาย และข้อจำกัดในการใช้ภาษาของมนุษย์แต่ละชนชาติ ผลลัพธ์คือ ไม่มีนักวิชาการท่านใดให้คำจำกัดความศัพท์ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่สมบูรณ์ ซึ่งความเห็นของผู้วิจัยนี้สอดคล้องกับความเห็นของ Daphne Zografos นักวิชาการสถาบัน Queen Mary Intellectual Property Research Institute ประเทศสหรัฐอเมริกาที่ระบุว่า ปัจจุบันไม่มีนักวิชาการท่านใดให้คำจำกัดความภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้ได้อย่างสมบูรณ์¹¹

คำที่สอง คำว่า “คติชน” และคำที่สามคำว่า “การแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณี” ซึ่งนักวิชาการได้ใช้ปะปนกับศัพท์ภูมิปัญญาท้องถิ่น จากการสืบค้นของผู้วิจัยพบว่า ศัพท์ทั้งสองมีผู้ให้คำนิยามไว้ดังนี้

คำแรก “คติชน” (folklore) คำๆ นี้มีที่มาจากคำสองคำ คือคำว่า “folk” ซึ่งหมายถึงชาวบ้านที่มีขนบธรรมเนียม ประเพณีสืบทอดร่วมกันมา และคำว่า “lore” อันหมายถึง กฎ แนวทางปฏิบัติ เมื่อสนธิคำทั้งสอง คำว่า “folklore” จึงหมายถึงแนวทางปฏิบัติ กฎเกณฑ์ ศาสตร์ ความรู้ การสั่งสอนของกลุ่มชน เผ่าพันธุ์ กลุ่มชาติพันธุ์ ชนชาติ ทั้งที่อยู่ในสังคมระดับชั้น บุพกาลหรือในสังคมอารยะ สิ่งเหล่านี้ถือเป็นองค์รวมของวัฒนธรรมดั้งเดิมหรือแบบแผนความคิด และการแสดงออกของมนุษย์ที่สืบทอดกันมาตามประเพณี ซึ่งสิ่งเหล่านี้อาจสร้างขึ้นเฉพาะกลุ่ม¹²

คำที่สอง “การแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณี” (traditional cultural expressions - TCEs) เป็นศัพท์เฉพาะ ซึ่งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกได้บัญญัติขึ้น โดยนักวิชาการรู้จักในชื่อ “expressions of folklore” และได้ให้คำนิยามศัพท์ไว้อย่างหลากหลาย ดังนี้

1) องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกให้นิยามศัพท์คำว่า “การแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณี” ว่า

“การแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณี” หมายถึง การแสดงออกกิจกรรมของมนุษย์ที่เกี่ยวข้องดนตรี การเต้นรำ ศิลปะ การออกแบบ ชื่อ เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ การ

¹⁰ *Ibid*, pp.489.

¹¹ *Ibid*, pp.489.

¹² Monika Dommann, Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment, (Massachusetts USA. : Edward Elgar Publishing Limited, 2008), pp.5-6.

แสดง พิธีกรรม หัตถกรรม รูปแบบสถาปัตยกรรม หัตถกรรม และเรื่องเล่า หรือการแสดงออกทางศิลปะหรือวัฒนธรรมอื่นๆ¹³

2) Leena Desai ให้คำจำกัดความศัพท์คำว่า “การแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณี” ไว้ว่า¹⁴

“การแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณี” หมายถึง ผลงานของประชาชนในท้องถิ่นและประเพณีของชุมชนทั้งหลาย สิ่งเหล่านี้เป็นภาพสะท้อนวัฒนธรรมชุมชนและพื้นฐานทางสังคม ผลงานและประเพณีของชุมชนเหล่านี้จึงเป็นประกอบขึ้นจากอัตลักษณ์อันมาจากมรดกทางวัฒนธรรมของชุมชนท้องถิ่น โดยทั่วไปผลงานของประชาชนตามท้องถิ่นและประเพณีของชุมชนจึงไม่อาจระบุได้ว่า ผู้ใดคือผู้สร้างสรรค์ และไม่มีผู้ใดสามารถชี้ชัดว่า ผลงานเหล่านี้เกิดขึ้น ณ ใดเวลาใดที่สร้างสรรค์ แต่ผลงานและประเพณีของชุมชนถือเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของชุมชนสมาชิกในชุมชนจึงเป็นผู้ทรงสิทธิ และเป็นผู้สืบทอด โดยการสืบทอดเป็นการสร้างสรรค์ขึ้นใหม่ที่เลียนแบบผลงานของบรรพบุรุษ ภายใต้วัตถุประสงค์การตอบสนองความต้องการของชุมชน การแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณีจึงค่อยๆ เกิดขึ้นและพัฒนาไปพร้อมๆ กับชุมชน และบุคคลภายนอกชุมชนสามารถผลิต ใช้ประเพณีของชุมชน ก็ต่อเมื่อผู้นั้นได้รับอนุญาตจากชุมชนเท่านั้น รวมทั้งผลงานที่เกิดขึ้นยังต้องสอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีและระเบียบปฏิบัติของชุมชน¹⁵

3) Sharon B. Le Gall การแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณี หมายถึง แนวคิดที่เป็นประโยชน์ต่อการปกป้องวัฒนธรรมชุมชน โดยคำๆ นี้มีขอบเขตการใช้งานเกี่ยวกับวัฒนธรรมระดับชาติ ซึ่งในระดับชาติการแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณีคือคติชนของชาติ คติชนดังกล่าวเป็นของประชาชนทุกส่วนในประเทศ อีกด้านหนึ่งการแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณีหมายถึงชุมชนท้องถิ่นและรัฐขนาดเล็ก คำๆ นี้ย่อมหมายถึงความเป็นเจ้าของหรือผู้สืบทอดภูมิปัญญาท้องถิ่น¹⁶

¹³ WIPO, Traditional Cultural Expressions, Retrieved 1 February 2020
<https://www.wipo.int/tk/en/folklore/>.

¹⁴ Leena Desai เป็นนักวิชาการกฎหมายสำนักงานกฎหมาย Singh & Associates ประเทศอินเดีย

¹⁵ Leena Desai, Traditional Cultural Expressions, LEXOLOGY, Retrieved 30 November 2012), <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a806fd78-711e-4811-a881-ed269533b635>

¹⁶ Sharon B. Le Gall, “ Defining Traditional Knowledge” , Dec 2012, Vol. 58 Issue 4 Caribbean Quarterly, pp.66.

เมื่อผู้วิจัยวิเคราะห์ศัพท์ทั้งสามคำ คือ ภูมิปัญญาท้องถิ่น คติชน และการแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณี เพื่อใช้กับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้วัตถุแห่งการวิจัย

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า คำว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” มีความสอดคล้องกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้วัตถุมากกว่าคำว่า “คติชน” และคำว่า “การแสดงทางวัฒนธรรมแบบประเพณี” เพราะชุมชนผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยการ ใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งชุมชนได้รับถ่ายทอดจากบรรพบุรุษ ร่วมกับการบ่มเพาะทักษะในการปรุงอาหาร ซึ่งสมาชิกในชุมชนได้ผ่านการบ่มเพาะการผลิตจากการปฏิบัติ และค่อยๆ เรียนรู้้อย่างค่อยเป็นค่อยไป ศัพท์ภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงมีความเหมาะสมต่องานวิจัยฉบับนี้

ขณะที่ศัพท์คติชนและการแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณีไม่มีความเหมาะสมในงานวิจัยฉบับนี้ ภายใต้เหตุผลต่อไปนี้

กรณีแรก ศัพท์คติชนไม่เหมาะสมกับการใช้ปกป้องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพราะศัพท์คำนี้ใช้เฉพาะองค์ความรู้ของกลุ่มชน เผ่าพันธุ์ กลุ่มชาติพันธุ์ ชนชาติ ทั้งที่อยู่ในสังคมระดับชั้นบุพกาลหรือในสังคมอารยะ และศัพท์คติชนถูกใช้เพื่อสนับสนุนแนวคิดชาตินิยมของประเทศต่างในยุโรป ซึ่งแนวคิดนี้เกิดขึ้นตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 ผลลัพธ์คือศัพท์คติชนไม่ให้ความสำคัญต่อการเป็นมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ ซึ่งสนธิสัญญาระหว่างประเทศขององค์การยูเนสโกในศตวรรษที่ 20 ให้ความสำคัญ

นอกจากนี้ การใช้ศัพท์คติชนก็ไม่เกิดขึ้น เพื่อการปกป้องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ สภาพเช่นนี้สะท้อนให้เห็นจากพัฒนาการ การเกิดขึ้นและใช้ศัพท์คติชนตั้งแต่ในปี ค.ศ.1846 ดังปรากฏว่า นักวิชาการท่านแรกที่ใช้ศัพท์คติชนนี้ คือ William Thomas ได้ใช้ศัพท์นี้ เพื่อบ่งบอกถึงการแสดงภูมิปัญญาของประชาชน ต่อมาใน ค.ศ.1878 สมาคมคติชนพื้นบ้านได้ก่อตั้งขึ้นในกรุงลอนดอน ประเทศสหราชอาณาจักร โดยสมาคมแห่งนี้ใช้ศัพท์คติชนในการปฏิบัติงาน ภายใต้การปฏิบัติงานตามเป้าหมายการให้การศึกษา รวบรวม และจัดพิมพ์คติชนท้องถิ่นและคติชนต่างประเทศ¹⁷

อีกมุมหนึ่ง ศัพท์คติชนถูกใช้ศึกษาคติชนพื้นบ้าน และการศึกษาที่มีขอบเขตเฉพาะกลุ่มประเทศที่ติดต่อสื่อสารด้วยภาษาเยอรมันเท่านั้น ดังที่ปรากฏว่า นักวิชาการสังคมศาสตร์ชาวเยอรมัน Jakob Grimm พี่ชาย William Thomas ใช้ศัพท์คติชนพื้นบ้าน ซึ่งภาษาเยอรมันคือคำว่า "volkskunde" และ Jakob Grimm ใช้ศัพท์คติชนในการรวบรวม การบันทึก การจด

¹⁷ Monika Dommann, *supra* note 12, pp.5-6.

บันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรและนิยายเกี่ยวกับเทพิตานางฟ้า การแต่งกาย ดนตรี การเต้นรำ งาน ศิลปะ และหัตถกรรมต่างๆ เพราะงานเหล่านี้¹⁸

กรณีที่สอง ศัพท์การแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณีไม่เหมาะสมต่อการ ปกป้องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพราะศัพท์คำนี้ถูก บัญญัติขึ้นโดยองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ในฐานะศัพท์ดังกล่าวเป็นศัพท์ทางเทคนิค ซึ่งไม่ ปรากฏเอกสารใดๆ ว่า องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกใช้ศัพท์คำนี้ ต่อไปนี้¹⁹

(1) การแสดงด้วยถ้อยคำ เช่น เรื่องเล่า โคร่ง ตำนาน กลอน คำปริศนา และการเล่าเรื่องแบบอื่นๆ โดยการเล่าเรื่องนี้เป็นคำ เครื่องหมาย ชื่อ และสัญลักษณ์

(2) การแสดงออกทางดนตรี เช่น เพลง และเครื่องดนตรี

(3) การแสดงออกทางการแสดง เช่น การเต้นรำ การละเล่น การเฉลิมฉลอง พิธีกรรม และการแสดงอื่นๆ

(4) ไม่ว่าการแสดงข้างต้นเป็นการปรับเปลี่ยนวัตถุดิบหรือไม่ก็ตาม และ

(5) การแสดงด้วยวัตถุที่จับต้องได้ เช่น ผลิตภัณฑ์ทางศิลปะทั้งหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากการวาด การออกแบบ การพิมพ์ (รวมทั้งการสักผิวหนัง) การแกะ การสลัก เครื่องปั้นดินเผา เครื่องปั้นดินเผาสีน้ำตาลแดง โมเสก งานไม้ งานโลหะ เครื่องประดับ กระจก ภาชนะเย็บปักถักร้อย สิ่งทอ เครื่องแก้ว พรม เครื่องแต่งกาย งาน หัตถกรรม เครื่องดนตรี และรูปแบบสถาปัตยกรรมต่างๆ เช่น

(1) ผลิตภัณฑ์ที่สร้างขึ้นจากกิจกรรมทางสติปัญญา รวมทั้งการสร้างขึ้นโดย ปัจเจกชนหรือชุมชน

(2) เอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของชุมชนและเอกลักษณ์ทางสังคมและมรดก ทางวัฒนธรรม และ

(3) การจัดการ การใช้ หรือพัฒนาโดยชุมชนต่าง ๆ หรือโดยปัจเจกชนที่มี สิทธิหรือมีความรับผิดชอบกับการผลิตการแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณี (TCEs) เพื่อให้ งานดังกล่าวสอดคล้องกับกฎหมายจารีตประเพณีและปฏิบัติของชุมชน

จากคำนิยามข้างต้นการแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณีจึงมุ่งใช้กับ ผลผลิตใดๆ ที่เกิดจากกระบวนการสร้างสรรค์ของชุมชนและสังคมที่ปรับเปลี่ยนไม่หยุดนิ่งและ

¹⁸ *Ibid*, pp.5-6.

¹⁹ Daphne Zografos, *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*, (UK : Edward Elgar Publishing Limited, 2010), pp.60-61.

ถ่ายทอดจากคนรุ่นสู่รุ่นโดยสะท้อนและบ่งชี้ถึงประวัติศาสตร์ อัตลักษณ์ทางสังคม ตลอดจนวัฒนธรรม และค่านิยมของชุมชนนั้นๆ

ฉะนั้นการวิจัยครั้งนี้จึงเลือกใช้ศัพท์คำว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” เนื่องด้วยคำดังกล่าวเป็นศัพท์ที่สอดคล้องกับนิยามศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และนักกฎหมายได้ใช้คำๆ นี้อย่างแพร่หลาย รวมทั้งศัพท์คำนี้ยังสามารถอธิบายความเป็นงานสาธารณะ และการเป็นทรัพย์สินสาธารณะ เพื่อสาธารณชนใช้ประโยชน์ได้อย่างอิสระ และการไม่ได้การปกป้องตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

3.1.3 คำนียามศัพท์คำว่า “งานสาธารณะ”

สำหรับศัพท์งานสาธารณะ (public domain) เป็นศัพท์เฉพาะ ซึ่งนักนิติศาสตร์ใช้ในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ศัพท์คำดังกล่าวถูกสร้างขึ้นในศตวรรษที่ 19 พร้อมกับกับการเกิดขึ้นของแนวคิดกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อแสดงสิทธิในความคิดสติปัญญาของมนุษย์ และสิทธิดังกล่าวได้แยกจากกรรมสิทธิ์ในตัววัตถุที่บรรจุผลงานทางความคิด โดยสรุปพัฒนาการศัพท์งานสาธารณะได้ ดังนี้

นักกฎหมายเริ่มรู้จักศัพท์งานสาธารณะ ก็คือค.ศ.1981 โดย David Lange เป็นบุคคลแรกที่ใช้ศัพท์งานสาธารณะและนำเสนอในรายงานการสัมมนาเรื่อง "การยอมรับงานสาธารณะ" (Recognizing the Public Domain) พร้อมกันนี้ David ได้เผยแพร่ผลการวิจัยงานสาธารณะต่างๆ และ David อธิบายว่า การยอมรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาควรปฏิบัติควบคู่อย่างเท่าเทียมกันกับการยอมรับสิทธิของปัจเจกชนในงานสาธารณะ ภายหลังจากในเดือนมกราคม ค.ศ.2008 Dr.Severine Dusollier นักนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนามูร์ ประเทศเบลเยียมได้สนับสนุนการใช้ศัพท์งานสาธารณะ โดย Severine นำเสนอครั้งแรกในงานสัมมนาเรื่อง Communia Workshop ในหัวข้อ คำนียามงานสาธารณะที่เป็นไปได้ ว่า²⁰

“สำหรับระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา งานสาธารณะมีความหมายในทางลบ เพราะวัตถุแห่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาสูญหายไป ด้วยสิทธิต่างๆ ในระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาตกเป็นงานสาธารณะ วัตถุแห่งสิทธิดังกล่าวไม่ได้รับการปกป้อง”

ด้วยศัพท์งานสาธารณะที่เป็นศัพท์ใหม่ ซึ่งนักนิติศาสตร์เริ่มใช้ในค.ศ.1981 ข้างต้น นักนิติศาสตร์จึงยังไม่มีข้อสรุปคำนียามศัพท์งานสาธารณะที่ชัดเจน นักนิติศาสตร์จึงพยายามให้คำนียามงานสาธารณะที่แตกต่างกัน ดังนี้

²⁰ Melanie Dulong De Rosnay, Juan Carlos De Martin, The Digital Public Domain: Foundations for an Open Culture, (United Kingdom : OpenBook Publishers, 2012, pp.4-5.

Melanie Dulong De Rosnay และ Juan Carlos De Martin ให้นิยามศัพท์งานสาธารณณะไว้ว่า²¹

งานสาธารณณะ เป็นศัพท์ทางนิติศาสตร์ที่มีความหมายในทางลบ เพราะวัตถุแห่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอ่อนสูญเสียดังกล่าวไม่ได้รับการปกป้องตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาตกเป็นงานสาธารณณะ วัตถุแห่งสิทธิดังกล่าวไม่ได้รับการปกป้องตามกฎหมายเพราะงานสาธารณณะเป็นแนวคิด เพื่อการแบ่งปันองค์ความรู้ วัฒนธรรม และทรัพยากรที่ถูกใช้โดยปราศจากข้อจำกัดตามกฎหมายลิขสิทธิ์ หรือกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับอื่นๆ และหากพิจารณาโครงสร้างงานสาธารณณะ งานสาธารณณะมีส่วนประกอบสำคัญ 2 ประการ

ประการแรก งานที่สิ้นสุดความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ลิขสิทธิ์มีความคุ้มครองในระยะเวลายันจำกัด ความคุ้มครองจึงมีช่วงระยะเวลาหนึ่งและสิ้นสุดลง เมื่อข้อจำกัดสิ้นสุดลง แต่ผู้สร้างสรรค์ยังคงมีกรรมสิทธิ์

ประการที่สอง สิ่งสามัญที่ไม่ได้รับการปกป้องตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เพราะสิ่งสามัญย่อมไม่มีการริเริ่มสร้างสรรค์ หรือสิ้นสุดความคุ้มครอง เช่น ข้อมูล ข้อเท็จจริง แนวคิด กระบวนการ ระบบ วิธีการปฏิบัติ การค้นพบ เป็นต้น

Lucie Guiboult นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสได้ให้นิยามศัพท์งานสาธารณณะว่า

งานสาธารณณะ หมายถึงวัตถุที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เพราะงานสาธารณณะดังกล่าวมีอยู่ 2 กลุ่ม คือ²²

กลุ่มแรก สิ่งสามัญ (category of commons) สิ่งนี้เป็นทรัพย์สินที่ไม่มีใครเป็นเจ้าของและมีไว้เพื่อการใช้ประโยชน์ร่วมกันของสาธารณชน สาธารณชนสามารถใช้ประโยชน์ได้ และวัตถุดิบเหล่านี้ไม่มีการผูกขาดสิทธิโดยบุคคลใด เช่น ตัวอักษร สี แนวคิด สูตรทางคณิตศาสตร์ วิทยาศาสตร์ เป็นต้น และ

กลุ่มที่สอง งานที่เคยได้รับความคุ้มครองสิ้นสุดความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แต่ปัจจุบันงานดังกล่าวหมดอายุความคุ้มครองลง และงานดังกล่าวกลายเป็นงานสาธารณณะ

²¹ *Ibid*, pp. xxi.

²² Lucie Guiboult, *The Future of the Public Domain*, (USA : Kluwer Law International, 2006), pp.13.

นักนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยแสตมฟอร์ด ได้ให้คำนิยามศัพท์งานสาธารณะไว้ว่า²³

งานสาธารณะ หมายถึงวัตถุประสงค์แห่งการสร้างสรรค์ที่ไม่ได้รับการปกป้องตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เช่น กฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายเครื่องหมายการค้า หรือกฎหมายสิทธิบัตร สาธารณชนจึงเป็นเจ้าของงานสาธารณะ ผู้สร้างสรรค์หรือศิลปินไม่อาจเป็นเจ้าของงานสาธารณะ บุคคลใดๆ ย่อมใช้งานสาธารณะโดยไม่ต้องขออนุญาต แต่ไม่มีบุคคลใดอ้างสิทธิความเป็นเจ้าของ และงานสาธารณะอาจกลับมาเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือทรัพย์สินทางปัญญาได้ โดยการเป็นงานรวบรวม เช่น บุคคลหนึ่งได้รวบรวมภาพที่เป็นงานสาธารณะ งานที่เกิดขึ้นคืองานรวบรวมและได้รับการปกป้องตามกฎหมายลิขสิทธิ์ หรือบุคคลใดรวบรวมภาพอันเป็นงานสาธารณะจากหนังสือหรือเว็บไซต์ต่างๆ งานชิ้นนี้เป็นงานรวบรวมและได้รับการปกป้องตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ในฐานะที่ภาพเหล่านี้เกิดจากความอิสระและรวบรวมของเอกชน เป็นต้น

เช่นนี้สาธารณชนจึงมีอิสระในการทำซ้ำหรือใช้งานสาธารณะ แต่สาธารณชนไม่อาจทำซ้ำหรือเผยแพร่งานรวบรวมอันมีลิขสิทธิ์ และในแง่โครงสร้างงานสาธารณะ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า งานสาธารณะสามารถจำแนกได้ 4 ประเภท

- 1) งานอันสิ้นสุดความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา
- 2) เจ้าของลิขสิทธิ์หรือเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาไม่ต่ออายุความคุ้มครองตามกฎหมาย
- 3) เจ้าของลิขสิทธิ์หรือเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาแสดงเจตนาให้งานของตนเป็นงานสาธารณะ หรือที่คนทั่วไปรู้จักในชื่อ การอุทิศแก่สาธารณะ
- 4) กฎหมายลิขสิทธิ์หรือกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไม่ปกป้องงานสร้างสรรค์หรือนวัตกรรม

สำหรับงานวิจัยฉบับนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า คำนิยามศัพท์ของนักนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยแสตมฟอร์ดมีเนื้อหาสอดคล้องกับงานวิจัยฉบับนี้ แต่การจำแนกประเภทงานวิจัยควรมีเพียง 3 ประเภท คือสิ่งสามัญ งานที่เคยได้รับความคุ้มครองสิ้นสุดความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และงานสร้างสรรค์หรือนวัตกรรมที่เจ้าของอุทิศแก่สาธารณชน ส่วนการไม่ต่ออายุความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา งานดังกล่าวคืองานที่สิ้นสุดความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

ฉะนั้นงานสาธารณะจึงเป็นวัตถุประสงค์ที่ไม่ได้รับการปกป้องตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ไม่มีสาธารณชนหรือบุคคลใดเป็นเจ้าของ สาธารณชนสามารถเข้าถึงและใช้งานสาธารณะ

²³ Stanford University Libraries, “Welcome to the Public Domain”, Retrieved 8 Feb, 2020 <https://fairuse.stanford.edu/overview/public-domain/welcome/>.

เพื่อการสร้างสรรค์ผลผลิตทางความคิดสติปัญญา ผลงานที่เกิดขึ้นจึงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ แม้ว่าผลงานดังกล่าวเกิดขึ้นจากการรวบรวมงานสาธารณะต่างๆ เข้าด้วยกัน

3.2 ความสัมพันธ์ภูมิปัญญาท้องถิ่นกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายวัฒนธรรม

สืบเนื่องจากนักนิติศาสตร์ใช้ศัพท์เฉพาะที่แตกต่างกัน และสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นระหว่างองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกและองค์การยูเนสโกก็ใช้ศัพท์ที่แตกต่างกัน ทั้งๆ ที่มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้และภูมิปัญญาท้องถิ่นล้วนเกี่ยวกันอย่างไม่อาจแบ่งแยกได้ ซึ่งผู้วิจัยเปรียบเทียบได้กับเหรียญ 1 เหรียญที่มีสองด้าน ด้านหนึ่งคือภูมิปัญญาท้องถิ่น และอีกด้านหนึ่งคือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่เหรียญก็ยังคงเป็นเหรียญเดียวกัน การใช้ศัพท์ที่แตกต่างกันจึงมีผลทางกฎหมายต่อไปนี้

3.2.1 ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้งานสาธารณะตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

ดังที่นำเสนอหัวข้อ 2.2 และหัวข้อ 3.1.2 ที่ผ่านมามีว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นความรู้ที่เกี่ยวกับสภาพแวดล้อมตามธรรมชาติของชุมชน ไม่ว่าจะการเพาะปลูก การปศุสัตว์ การปรุงอาหาร ซึ่งชุมชนได้บ่มเพาะประสบการณ์ และใช้อาหารในวิถีชีวิตของชุมชน รวมทั้งบรรพบุรุษได้ส่งต่อองค์ความรู้เหล่านี้แก่ทายาทรุ่นต่อไป ทำให้ชุมชนยังคงผลิตสินค้าอาหารมรดกภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยการเลียนแบบบรรพบุรุษ พร้อมๆ กับการสร้างสรรค์ขึ้นใหม่ เพื่อรองรับสภาพแวดล้อมและความต้องการของชุมชนตามหลักการวัฒนธรรมมีชีวิต

อย่างไรก็ดี ด้วยวัตถุประสงค์กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา คือการปกป้องผลผลิตทางความคิด นวัตกรรมของมนุษย์ ซึ่งมนุษย์ได้สร้างขึ้นใหม่ และกรณีนี้เป็นไปตามพันธกรณีความตกลงทริปส์ขององค์การการค้าโลก ดังที่ปรากฏในอารัมภบทความตกลงทริปส์ที่ว่า การตระหนักถึงนโยบายสาธารณะของระบบระดับชาติ เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา รวมถึงวัตถุประสงค์ด้านการพัฒนาและเทคโนโลยี²⁴ ส่งผลให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกิดขึ้นก่อนระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงเป็นงานสาธารณะ และไม่ใช่วัตถุแห่งความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

²⁴ อารัมภบทความตกลงทริปส์

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

ประเด็นข้อกฎหมายที่ต้องพิจารณา คือชุมชนสามารถใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมหรือไม่

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ชุมชนสามารถใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ได้ ในฐานะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสินค้าในระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แต่ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ผลิตสินค้าอาหารไม่ได้รับการปกป้องตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

อย่างไรก็ดี กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาบางฉบับก็มีประโยชน์ทางอ้อมเพื่อการปกป้องสินค้าต่างๆ รวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แม้กฎหมายดังกล่าวไม่คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น แต่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาบางฉบับ ได้แก่กฎหมายเครื่องหมายการค้า กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เพราะกฎหมายเหล่านี้ไม่มีองค์ประกอบความใหม่ (novelty) ส่งผลให้สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ปราศจากความใหม่ สินค้าเหล่านี้ได้รับประโยชน์จากกฎหมายทั้งสอง แม้ชุมชนผลิตสินค้าเลียนแบบบรรพบุรุษ

ความเห็นของผู้วิจัยข้างต้นสอดคล้องกับ Daphne Zogafos นักวิชาการสถาบัน Queen Mary Intellectual Property Research Institute ประเทศสหรัฐอเมริกา และเจ้าหน้าที่อาวุโสองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ซึ่ง Daphne นำเสนอไว้ในรายงานต่อองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่ได้รับการปกป้องตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในหลายปัจจัย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการไม่อาจระบุตัวผู้สร้างสรรค์ และเพราะภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าต่างๆ ก็เกิดขึ้นก่อนระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ทำให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสิ่งต่างๆ ภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แม้ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นชุมชน โดยผู้ถือครองเป็นผู้ใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่น และภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นอัตลักษณ์ชุมชนและเป็นส่วนหนึ่งต่อการพัฒนาชุมชน²⁵

เมื่อภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นงานสาธารณะ ภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงเป็นทรัพยากรของสาธารณชน สาธารณชนสามารถใช้พัฒนาต่อยอดและใช้สร้างสรรค์และผลิตนวัตกรรมตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงเป็นทรัพยากรพื้นฐานในการพัฒนาต่อยอดงานสร้างสรรค์และนวัตกรรม กรณีนี้สอดคล้องกับความเห็นของ Dr.Melanie Dulong De Rosnay และ Juan Carlos De Martin²⁶ ที่อธิบายว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นทุกประเภทรวมถึงที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นวัตถุ

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Dr. Melanie Dulong de Rosnay เป็นรองศาสตราจารย์ด้านการวิจัยศูนย์ French National Center for Scientific Research และ Juan Carlos De Martin เป็นรองศาสตราจารย์วิทยาลัย Berkman Klein

ทางวัฒนธรรมและงานสาธารณะ วัตถุประสงค์ทางวัฒนธรรมเหล่านี้จึงไม่อาจได้รับการปกป้องตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เพราะข้อจำกัดวัตถุประสงค์ทางวัฒนธรรม โดยเฉพาะข้อจำกัดด้านโครงสร้างและปัจจัยอันเป็นส่วนประกอบวัตถุประสงค์ทางวัฒนธรรม วัตถุประสงค์ทางวัฒนธรรมจึงเป็นงานสร้างสรรค์ที่สิ้นสุดความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และวัตถุประสงค์ทางวัฒนธรรมเหล่านี้ไม่ถูกปกป้องด้วยกฎหมายสาธารณสุขจึงสามารถแบ่งปันภูมิปัญญาท้องถิ่นทุกประเภทรวมถึงที่เกี่ยวกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ กลับกันถ้าผู้ใดรวบรวมงานสาธารณสุขเข้าด้วยกัน ผู้นั้นได้รับสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แต่ผู้นั้นย่อมถูกจำกัดสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้หลัก "fair use" หรือ fair dealing²⁷

ประเด็นที่สอง กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาทุกฉบับมีประโยชน์ต่อการป้องกันการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมของเอกชนหรือไม่

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า เฉพาะกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเกิดขึ้นตั้งแต่พ.ศ.2540 ภายใต้พันธกรณีความตกลงทริปส์ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านี้มีประโยชน์ทางอ้อม เพื่อการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพราะกฎหมายดังกล่าวตั้งอยู่บนแนวคิดสิทธิชุมชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และกฎหมายบางฉบับยังปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่น เช่น การปกป้องภูมิปัญญาแพทย์แผนไทยตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 เป็นต้น

ส่วนการปกป้องประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 นั้น แม้กฎหมายฉบับนี้ไม่ต้องอยู่บนหลักการสิทธิชุมชนแต่เป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของปัจเจกชน แต่ด้วยกฎหมายเครื่องหมายการค้าไม่มีองค์ประกอบความใหม่ กฎหมายเครื่องหมายการค้าจึงมีประโยชน์ต่อการปกป้องตราสัญลักษณ์ที่เกี่ยวข้องกับชุมชนและภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชนได้

อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยพบข้อจำกัดสำคัญในการใช้กฎหมายเครื่องหมายการค้าเพื่อปกป้องการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยเฉพาะการใช้หลักกฎหมาย prior authorization คือผู้จดทะเบียนก่อนย่อมมีสิทธิดีกว่าผู้อื่น ซึ่งเท่ากับว่า ชุมชนผู้มีส่วนเสียอาจไม่มีโอกาสหวงกันหรือขัดขวางผู้ใด หากผู้นั้นได้ใช้และจดทะเบียนสัญลักษณ์เกี่ยวกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไว้ก่อนแล้ว ก่อนที่ชุมชนได้จดทะเบียนเครื่องหมาย สัญลักษณ์ดังกล่าวตามกฎหมาย ทำให้ชุมชนผู้มีส่วนเสียได้เสียเสียไปซึ่งโอกาสป้องกันการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

²⁷ Melanie Dulong De Rosnay, Juan Carlos De Martin, *supra* note 20, pp.5.

ฉะนั้นแม้ว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นงานสาธารณะตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แต่ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียก็ยังสามารถใช้ประโยชน์จากพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 และพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546 เพื่อปกป้องการใช้ตรา สัญลักษณ์ และชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของชุมชน ซึ่งการปกป้องนี้เป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รวมทั้งช่วยให้สาธารณชนจำแนกแยกแยะสินค้าในท้องตลาดได้

3.2.2 ภูมิปัญญาท้องถิ่นในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสมบัติของมวลมนุษยชาติตามกฎหมายวัฒนธรรม

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างภูมิปัญญาท้องถิ่นในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามกฎหมายวัฒนธรรม ผู้วิจัยพบว่า นักนิติศาสตร์สาขากฎหมายวัฒนธรรมมีทัศนคติต่อความสัมพันธ์ระหว่างภูมิปัญญาท้องถิ่นอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้กับกฎหมายใน 2 แนวคิด ดังนี้²⁸

แนวคิดแรก มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสิ่งที่สร้างความเจริญอกงามให้แก่ชุมชน มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงเป็นสมบัติร่วมกันของมนุษยชาติ มีคุณค่า และมีประโยชน์ต่อคนหมู่มาก ไม่มีใครเป็นเจ้าของมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และสาธารณชนควรให้ความเคารพซึ่งกันและกัน รวมทั้งควรสร้างความชื่นชมร่วมกันในความหลากหลายทางวัฒนธรรม (Cultural Diversity) แนวคิดนี้เป็นของ Warren ซึ่ง Warren กล่าวว่า มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสมบัติร่วมกันและไม่ใช่ของประเทศใดประเทศหนึ่ง ไม่มีใครเป็นเจ้าของแต่เพียงผู้เดียว และ Fechner นักนิติศาสตร์ที่สนับสนุนแนวคิดของ Warren ว่า มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสมบัติส่วนรวม ไม่มีใครเป็นเจ้าของเด็ดขาดในตัวมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และมรดกทางวัฒนธรรมทั้งที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้จึงเป็นอิสระ ไม่มีประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นเจ้าของ มรดกทางวัฒนธรรมเหล่านี้เป็นสมบัติร่วมกันของมนุษยชาติ ภายใต้แนวคิด Warren ดังกล่าว Warren ได้มุ่งให้เกิดการส่งเสริม รักษา มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของมนุษยชาติ เพื่อดำรงอยู่และคงไว้ซึ่งความหลากหลาย และผู้ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียยังคงประพฤติปฏิบัติ สืบทอดภูมิปัญญาท้องถิ่น ทักษะแก่สมาชิกชุมชนรุ่นต่อไป

แนวคิดที่สอง มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสินค้าที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจ วัฒนธรรมจึงมีสถานะเป็นสินค้าที่มีมูลค่า ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียเป็นเจ้าของ เพื่อการปกป้องการแสวงหาประโยชน์จากสินค้ามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แนวคิดนี้เป็นทัศนคติของ

²⁸ เทียมสุรย์ สิริศรีศักดิ์, “อนุสัญญาเพื่อการปกป้องคุ้มครองมรดกวัฒนธรรมที่ไม่ใช่กายภาพ”, วารสารเมืองโบราณ ปีที่ 38 ฉบับที่ 2, น.120 (2555).

นักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แต่มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ยังเป็นงานสถานะ และเป็นเสมือนทรัพยากร ซึ่งสาธารณชนสามารถนำมาใช้และต่อยอดผลิตสินค้า สินค้าที่เกิดขึ้นจึงมีมูลค่าทางเศรษฐกิจ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจึงถูกนำมาใช้ เพื่อปกป้องประโยชน์ทางค่า

เช่นนี้ในเบื้องต้นนักนิติศาสตร์จึงมีมุมมองในภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ใน 2 ด้าน ด้านแรกภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสมบัติของมวลมนุษยชาติ ด้านที่สองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นงานสาธารณะ ซึ่งสาธารณชนใช้พัฒนาต่อยอดได้อย่างอิสระ

สำหรับงานวิจัยฉบับนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า แนวคิดทั้งสองข้างต้นไม่ขัดแย้งกัน ตรงกันข้ามแนวคิดทั้งสองก็เอื้อกัน ไม่เช่นนั้นนักกฎหมายจะไม่สามารถอธิบายความสัมพันธ์ของภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ได้อย่างสมบูรณ์ เพราะสินค้าอาหารดังกล่าวมีบทบาทต่อวิถีชีวิตชุมชนในหลายมิติ ตรงกันข้ามถ้านักกฎหมายใช้แนวคิดข้างต้นเพียงแนวคิดเดียวแล้ว นักกฎหมายย่อมไม่เข้าใจในธรรมชาติสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อย่างแท้จริง กรณีนี้เช่นนี้เปรียบเสมือนเหรียญที่มีสองด้าน แนวคิดทั้งสองคือแต่ละด้านของเหรียญเดียวกัน แต่แนวคิดทั้งสองอยู่ในเหรียญเดียวกัน

อนึ่ง ความเห็นของผู้วิจัยข้างต้นไม่หมายความว่า ความเห็นนี้ขัดแย้งกับแนวคิดที่ว่ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นของสมบัติของมวลมนุษยชาติ เพราะแท้จริงแล้ว คำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นของมวลมนุษยชาติ” ไม่หมายความว่า มนุษยชาติทั้งปวงได้ไปซึ่งสิทธิในความเป็นเจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่ศัพท์คำนี้ต้องการแสดงถึงภาระหน้าที่ร่วมกันของมนุษย์ที่ต้องเคารพความแตกต่างทางวัฒนธรรม ไม่ว่าจะวัฒนธรรมชนพื้นเมืองหรือวัฒนธรรมคนเมือง และไม่เลือกปฏิบัติโดยอาศัยความแตกต่างกันทางวัฒนธรรม ซึ่งทั้งหมดนี้เป็นไปตามแนวคิดสิทธิมนุษยชนหลักการเบื้องต้นหลักกฎหมายวัฒนธรรมตามข้อ 2.1 ตอนท้ายอนุสัญญาปกป้องดูแลมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ที่บัญญัติว่า²⁹ “อนุสัญญาฉบับนี้ จะมีการพิจารณาเฉพาะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เท่าที่สอดคล้องกับบทบัญญัติที่มีอยู่ด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเท่านั้น รวมทั้งข้อกำหนดให้มีการเคารพซึ่งกันและกันระหว่างชุมชนทั้งหลาย กลุ่มชน และปัจเจกชน และต่อการพัฒนาที่ยั่งยืน”

²⁹ Article 2.1 Convention for the Safeguarding of the Intangible cultural Heritage 2003

The “intangible cultural heritage” means the practices,.. thus promoting respect for cultural diversity and human creativity. For the purposes of this Convention, consideration will be given solely to such intangible cultural heritage as is compatible with existing international...

ทั้งนี้ ผู้วิจัยมีเหตุผลสนับสนุนความเห็นข้างต้น ดังนี้

ประการแรก งานสาธารณะนั้นไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องเป็นไม่ได้ และการที่สาธารณชนสามารถเข้าถึงและใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นหรืออาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องเป็นไม่ได้ กรณีนี้ไม่หมายความสาธารณชนเป็นเจ้าของงานสาธารณะ งานสาธารณะจึงเป็นสมบัติของมนุษยชาติทุกคน เพื่อการเข้าถึงและต่อยอดรวมถึงการสร้างสรรค่นวัตกรรมที่มีประโยชน์ต่อสังคม

ประการที่สอง แนวคิดที่ว่า มรดกทางวัฒนธรรมทั้งที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้เป็นสมบัติร่วมของมนุษยชาติ การเป็นสมบัติของมวลมนุษยชาติก็ไม่ใช่ว่า มนุษยชาติเป็นเจ้าของในมรดกทางวัฒนธรรมทั้งที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้ กลับกันการเป็นสมบัติของมวลมนุษยชาติ คือการสร้างความปลอดภัยมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของชุมชน กลุ่มชน และปัจเจกชนที่เกี่ยวข้องและเพิ่มความตระหนักในระดับท้องถิ่น ระดับชาติ และระดับนานาชาติ ถึงความสำคัญของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และให้เกิดความชื่นชมร่วมกันตามข้อ 1 (b) และ (c) อนุสัญญาปกป้องดูแลมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003³⁰

ประการที่สาม กฎหมายวัฒนธรรมอันมีที่มาจากอนุสัญญาปกป้องดูแลมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ยอมรับว่า ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียสามารถได้ไปซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิทางวัฒนธรรมจึงไม่ขัดหรือแย้งต่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ดังเช่นที่ปรากฏในข้อ 3 (b) อนุสัญญาปกป้องดูแลมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003³¹

ด้วยเหตุนี้ความสัมพันธ์ระหว่างภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ คือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสมบัติของมวลมนุษยชาติ โดยมนุษยชาติดังกล่าว ได้แก่สาธารณชนในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แต่ในทัศนคติกฎหมาย

³⁰ Article 1 Convention for the Safeguarding of the Intangible cultural Heritage 2003

The purposes of this Convention are:...

(b) to ensure respect for the intangible cultural heritage of the communities, groups and individuals concerned.

(c) to raise awareness at the local, national and international levels of the importance of the intangible cultural heritage, and of ensuring mutual appreciation thereof...

³¹ Article 3 Convention for the Safeguarding of the Intangible cultural Heritage 2003

Nothing in this Convention may be interpreted as:

(b) affecting the rights and obligations of States Parties deriving from any international instrument relating to intellectual property rights or to the use of biological and ecological resources to which they are parties.

วัฒนธรรม สาธารณชนมีหน้าที่ต้องเคารพและตระหนักถึงคุณค่าทางวัฒนธรรม ขณะที่สาธารณชนก็มีสิทธิใช้มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพื่อการต่อยอดองค์ความรู้หรือผลิตสินค้า และได้ไปซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยสาธารณชนอาจเป็นชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย หรือบุคคลภายนอกก็ได้ แต่ทุกคนล้วนพึงเคารพต่อวัฒนธรรมนั้นและไม่ประพฤติปฏิบัติที่เป็นการลบหลู่

3.3 แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ด้วยสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นวัตถุแห่งความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายวัฒนธรรม แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องจึงเป็นแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายทั้งสองสาขา ซึ่งแนวคิดทฤษฎีเหล่านี้มีที่มาจากชาติตะวันตกและเป็นรากฐานสำคัญในสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องต่อไปนี้

3.3.1 แนวคิดสิทธิมนุษยชน

สำหรับสิทธิมนุษยชนอันเป็นแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งมนุษย์ทุกคนพึงได้รับอย่างเสมอภาคและเป็นธรรมในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ สิทธิมนุษยชนจึงเกี่ยวพันกับชีวิตร่างกาย และวิถีการดำเนินชีวิตของมนุษย์ สิทธิมนุษยชนจึงประกอบด้วยสิทธิต่างๆ ไม่ว่าจะสิทธิพลเมือง สิทธิทางเศรษฐกิจ สิทธิทางการเมือง สิทธิทางสังคม หรือสิทธิทางวัฒนธรรม ประกอบกับอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ให้รายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิทางวัฒนธรรม แนวคิดสิทธิมนุษยชนจึงเป็นแนวคิดพื้นฐานของสิทธิทางวัฒนธรรม

3.3.1.1 แนวคิดสิทธิมนุษยชนหลักการพื้นฐานสิทธิวัฒนธรรมของชุมชน

ด้วยแนวคิดสิทธิมนุษยชนเป็นแนวคิดของนักปรัชญาชาวตะวันตก ซึ่งพัฒนาจากแนวคิดเบื้องหลังกฎหมายมาสู่หลักการพื้นฐานในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ โดยจุดเริ่มต้น คือการปกป้องสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของปัจเจกชน ไม่ว่าจะสิทธิชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ต่อมาภายหลังแนวคิดสิทธิมนุษยชนจึงค่อยๆ พัฒนาการมาสู่การปกป้องสิทธิของกลุ่มบุคคล ดังเช่นสิทธิทางวัฒนธรรมในงานวิจัยฉบับนี้ ซึ่งสิทธิมนุษยชนเป็นหลักการพื้นฐานในสนธิสัญญาระหว่างประเทศต่างๆ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ.1966 (International Covenant on Economic Social and Cultural Rights, 1966 – ICESCR) และอนุสัญญาปกป้องดูแลมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 เป็นต้น

จนถึงปัจจุบันองค์การสหประชาชาติจึงรับรองว่า แนวคิดสิทธิมนุษยชนเป็นหลักการพื้นฐานในสิทธิทางวัฒนธรรมของชุมชน สิทธิทางวัฒนธรรมจึงมีสภาพบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังที่ปรากฏในข้อ 1.1 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ.1966 ว่า ประชาชนทั้งปวงย่อมมีสิทธิกำหนดเจตจำนงของตนเอง โดย

การกำหนดสถานะทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมโดยเสรี³² เพื่อความเข้าใจว่าแนวคิดสิทธิมนุษยชนเป็นแนวคิดพื้นฐานในสิทธิทางวัฒนธรรมของชุมชนเช่นใด เนื้อหาส่วนนี้จึงแยกการอธิบายตามลำดับต่อไป

ส่วนแรก คำนิยามศัพท์แนวคิดสิทธิมนุษยชน แม้ว่านักกฎหมายใช้ศัพท์สิทธิมนุษยชนอย่างแพร่หลาย เริ่มตั้งแต่ ค.ศ. 1945 ซึ่งองค์การสหประชาชาติได้ก่อตั้งขึ้น และศัพท์สิทธิมนุษยชนยังถูกรับรู้ไว้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศทั้งในระดับภูมิภาคและระดับนานาชาติหลายฉบับ เช่น กฎบัตรสหประชาชาติ กฎบัตรอาเซียน (Asean Charter) ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Human Rights Declaration-AHRD) เป็นต้น แต่ไม่ปรากฏว่า สนธิสัญญาระหว่างประเทศฉบับใดๆ ให้คำนิยามศัพท์แนวคิดสิทธิมนุษยชนไว้ ทำให้นักนิติศาสตร์หลายๆ ท่านให้คำนิยามศัพท์แนวคิดสิทธิมนุษยชน ดังนี้

James Nickel³³ ศาสตราจารย์สาขานิติศาสตร์และปรัชญาได้นำเสนอว่า แนวคิดสิทธิมนุษยชน หมายถึงแนวคิดที่มีลักษณะพิเศษ 3 ประการ คือ³⁴

1) แนวคิดสิทธิมนุษยชนเป็นบรรทัดฐานเกี่ยวกับสิทธิทางการเมือง เพื่อการบริหารจัดการของรัฐ รัฐจึงสามารถจัดการกับภัยคุกคามที่เกิดขึ้นกับประชาชน การดำเนินการรัฐในส่วนนี้จึงเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกับบรรทัดฐานทางศีลธรรม เพราะบรรทัดฐานทางศีลธรรมเป็นเรื่องเกี่ยวกับความประพฤติระหว่างบุคคล ตัวอย่างเช่น สิทธิต่อต้านการใช้แรงงานเยี่ยงทาส เป็นต้น สิทธิมนุษยชนด้านการเมืองจึงเกี่ยวข้องกับนโยบายทางการเมือง นโยบายทางการเมืองนี้เป็นหลักกฎหมาย เพื่อมนุษย์ไม่ได้รับการปฏิบัติหรือคุกคาม ในฐานะมนุษย์เป็นทรัพย์สิน ดังนี้สิทธิมนุษยชนเป็นบรรทัดฐานการจัดการของรัฐไม่ใช่บรรทัดฐานทางศีลธรรม

2) แนวคิดสิทธิมนุษยชนอาจปรากฏตัวในหลายรูปแบบ เช่น การเป็นส่วนหนึ่งของบรรทัดฐานทางศีลธรรมของมนุษย์ หรือความชอบด้วยบรรทัดฐานทางศีลธรรม เป็นต้น

³² Article 1 of The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966

1. All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.

³³ James W. Nickel เป็นศาสตราจารย์ด้านกฎหมายและปรัชญา มหาวิทยาลัยไมอามี (University of Miami) โดย Nickel เป็นผู้สอนและนำเสนองานเขียนด้านสิทธิมนุษยชนและทฤษฎี ระบบกฎหมาย และปรัชญาการเมือง รวมทั้งได้ประพันธ์หนังสือ Making Sense of Human Rights ขึ้น หนังสือเล่มนี้ได้รับความนิยมอย่างมากและตีพิมพ์ครั้งที่ 2 ในปี ค.ศ.2007 ประกอบกับ Nickel ยังนำเสนอบทความเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนจำนวนมาก

³⁴ Elizabeth Burns Coleman. Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment, (Massachusetts USA. : Edward Elgar Publishing, Inc.2008), pp.54-56.

และแนวคิดสิทธิมนุษยชนยังสนับสนุนการใช้กฎหมายบ้านเมือง ไม่ว่าจะกฎหมายแพ่ง กฎหมาย รัฐธรรมนูญ กฎหมายระหว่างประเทศ

ในฐานะที่สิทธิทางวัฒนธรรมเป็นสิทธิมนุษยชน ซึ่งกฎหมายบ้านเมือง (legal positivism) ของประเทศต่างๆ ให้การยอมรับและบัญญัติไว้ เพื่อชุมชนที่ครอบครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้และมรดกทางวัฒนธรรมจับต้องไม่ได้ ชุมชนจึงมีความชอบธรรมตามกฎหมายบ้านเมือง ในอันที่ชุมชนสามารถประพฤติปฏิบัติตามประเพณีวัฒนธรรม ความเชื่อ ศาสนา แห่งตน โดยไม่เป็นความผิดตามกฎหมายบ้านเมือง ดังเช่นที่ H.L.A. Hart อธิบายไว้ว่า เหตุผลทางศีลธรรมในสิทธิมนุษยชนจึงเป็นปัจจัยสนับสนุนความชอบด้วยกฎหมายของบ้านเมือง ทำให้กฎหมายบ้านเมืองสามารถปกป้องสิทธิทางวัฒนธรรมของคนท้องถิ่นในรูปแบบต่างๆ ได้

3) แนวคิดสิทธิมนุษยชนเป็นบรรทัดฐานสิทธิพิเศษชั้นสูง (high-priority norms) ตามแนวคิดของ Nickel ซึ่ง Nickel อธิบายว่า เพื่อที่ได้รับสิทธิพิเศษชั้นสูง เราจำเป็นต้องสามารถแสดงเหตุผลที่เชื่อมโยงกับพื้นฐานผลประโยชน์ของมนุษย์ (fundamental human interest) หรืออำนาจตามกฎหมายเกณฑ์ที่ถูกต้องขึ้น โดย Nickel เน้นว่า สิทธิมนุษยชนเป็นเงื่อนไขความแข็งแกร่งของความชอบด้วยกฎหมาย สิทธิมนุษยชนจึงสามารถปรับใช้ในทุกสถานที่และเวลา โดยถ้าปราศจากสิทธิมนุษยชนแล้ว ประเทศต่างๆ ก็ไม่สามารถดำรงความหลากหลายทางวัฒนธรรม และคงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยของรัฐ สิทธิมนุษยชนนี้จึงเป็นสิทธิสากล (universal rights) เช่น ถ้าผู้ใดฆ่าบุคคลอื่น การฆ่าคนย่อมเป็นความผิดในทางศีลธรรมมากกว่าความผิดตามกฎหมายบ้านเมือง การฆ่าคนจึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชน เพราะการฆ่าคนอื่นเป็นความผิดขั้นร้ายแรงตามแนวคิดสิทธิมนุษยชน เป็นต้น

Micheling R. Ishay อธิบายไว้ว่า แนวคิดสิทธิมนุษยชน หมายถึงแนวคิดที่เกี่ยวกับสิทธิพื้นฐานของปัจเจกชน ซึ่งปัจเจกชนทุกคนล้วนมีสิทธิพื้นฐานเหล่านี้อย่างเท่าเทียมกัน (rights shared equally) ไม่ว่าจะมนุษย์นั้นจะมีความแตกต่างด้านเพศชาติพันธุ์ สัญชาติ หรือฐานะทางเศรษฐกิจ มนุษย์ทุกคนย่อมได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน³⁵

อดัมสคัตต์ สินธิพงษ์ อธิบายไว้ว่า แนวคิดสิทธิมนุษยชน หมายถึงแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิของความเป็นมนุษย์ซึ่งในอดีตยังไม่เป็นที่แพร่หลาย จนภายหลังที่ได้มีการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติแล้ว คำว่า “สิทธิมนุษยชน” จึงถูกนำมาใช้อย่างกว้างขวางทั้งในระดับภูมิภาคและระดับนานาชาติ³⁶

³⁵ Micheling R. Ishay, *The History of Human Rights*, (London UK : University of California Press, 2004), pp.3.

³⁶ อดัมสคัตต์ สินธิพงษ์, *สิทธิมนุษยชน*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น.5.

ธนรัตน์ ทั้งทอง อธิบายไว้ว่า แนวคิดสิทธิมนุษยชน หมายถึงแนวคิดเรื่องสิทธิความเป็นมนุษย์หรือสิทธิในความเป็นคน สิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ทุกคนที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิด สิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิทธิที่ไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ และไม่มีบุคคลองค์กรหรือแม้แต่รัฐที่พราก หรือล่วงละเมิดสิทธิความเป็นมนุษย์ คนทุกคนย่อมมีสิทธิในความเป็นมนุษย์เท่าเทียมกัน ไม่เลือกว่าคนผู้นั้นจะมีเชื้อชาติ ศาสนา แหล่งกำเนิด เพศ อายุ สีผิวเช่นใด หรือคนผู้นั้นจะมีความแตกต่างกันในด้านสุขภาพ ความคิดเห็นทางการเมือง หรือความเชื่อทางศาสนา หรือฐานะทางเศรษฐกิจสังคม สิทธิมนุษยชนนั้นเป็นสิทธิไร้พรมแดน³⁷

กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ได้อธิบายว่า แนวคิดสิทธิมนุษยชน หมายถึงแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นมนุษย์ สิทธิดังกล่าวเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับคนทุกคนที่ต้องได้รับในฐานะที่เป็นคน เพื่อที่คนๆ นั้นมีชีวิตอยู่รอดได้และมีการพัฒนา³⁸

สำหรับงานวิจัยฉบับนี้ แนวคิดสิทธิมนุษยชน หมายถึงแนวคิดที่สนับสนุนความชอบธรรมแก่กฎหมายบ้านเมือง และเป็นหลักการในกฎหมายบ้านเมือง โดยแนวคิดสิทธิมนุษยชนนี้มีที่มาจากพันธกรณีสนธิสัญญาระหว่างประเทศหลายๆ ฉบับ แต่ละฉบับได้ต่อเติมสิทธิมนุษยชนประเภทสิทธิทางวัฒนธรรมเข้าด้วยกัน ทำให้แนวคิดสิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มาพร้อมความเป็นมนุษย์ และมุ่งเน้นถึงความเสมอภาคของมนุษย์บนพื้นฐานความเป็นปัจเจกชน การไม่เลือกปฏิบัติระหว่างมนุษย์ และการเป็นสิทธิเฉพาะตัวที่มีอาจโอนหรือส่งมอบแก่ผู้ใด สิทธิมนุษยชนจึงเกิดพร้อมความเป็นมนุษย์ และสิ้นสุดลงพร้อมความเป็นมนุษย์

ส่วนที่สอง พัฒนาการแนวคิดสิทธิมนุษยชนจากสิทธิของปัจเจกชนมาสู่กลุ่มบุคคลและชุมชน เพื่อกลุ่มบุคคลและชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรม

ผู้วิจัยพบว่า แม้จุดเริ่มต้นของแนวคิดสิทธิมนุษยชน คือแนวคิดเบื้องหลังกฎหมายบ้านเมือง เพื่อสนับสนุนความชอบธรรมของกฎหมายบ้านเมือง แต่หลังศตวรรษที่ 18 สนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนจึงเริ่มพัฒนาไปสู่การปกป้องสิทธิมนุษยชนของชุมชน และแนวคิดสิทธิมนุษยชนเริ่มมีสภาพบังคับทางกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งผู้วิจัยขอสรุปดังนี้

ช่วงแรก ก่อนศตวรรษที่ 18 แนวคิดสิทธิมนุษยชนที่ไม่มีสภาพบังคับตามกฎหมายและเป็นเพียงแนวคิดสนับสนุนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน เพราะจุดเริ่มต้นของแนวคิด

³⁷ ธนรัตน์ ทั้งทอง, “สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรม,” สืบค้นเมื่อวันที่ 29 มีนาคม 2563, จาก http://www.thethaibar.or.th:90/thaibarweb/fileadmin/DAM/2555/PDF/Lecture/LectureTerm2/09_t_hon_rat_thang_thong/2_thanarat_1-2-2-63.pdf.

³⁸ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, แนวทางการขับเคลื่อนแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 2 ไปสู่การปฏิบัติในระดับจังหวัด, (กรุงเทพฯ :กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ, 2555), น.5.

สิทธิมนุษยชน คือการปะทะทางความคิดของนักปรัชญาฝ่ายสนับสนุนประชาชนกับฝ่ายที่สนับสนุนกษัตริย์ เพื่อปฏิเสธการผูกขาดและใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครอง ซึ่งผู้ปกครองผูกขาดสิทธิในทรัพย์สิน ศาสนา ความเชื่อ และใช้อำนาจเหนือชีวิต ร่างกายประชาชน จนประชาชนไม่อาจทนต่อการกดขี่ ขณะที่ชนชั้นกลางที่เป็นพ่อค้าก็ต้องการอิสรภาพในทางทรัพย์สิน ประชาชนเหล่านี้จึงมีการรวมตัวกันเรียกร้อง ต่อสู้ซึ่งสิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาค แนวคิดสิทธิมนุษยชนและลัทธิปัจเจกชนนิยมจึงเกิดขึ้น ในที่สุดแนวคิดสิทธิมนุษยชนและลัทธิปัจเจกชนนิยมเหล่านี้ได้กลายเป็นศูนย์รวมในการต่อสู้กับผู้ปกครอง และเรียกร้องสิทธิต่างๆ ที่ราษฎร หรือผู้ถูกปกครองจะพึงมีพึงได้ และนำไปสู่การร่างบทบัญญัติ หรือกฎหมาย เพื่อประกันสิทธิเหล่านั้น³⁹

ขั้นต้นเนื้อหาแห่งแนวคิดสิทธิมนุษยชนจึงมุ่งปกป้องสิทธิเสรีภาพด้านต่างๆ ของปัจเจกชน โดยเน้นหนักเกี่ยวกับสิทธิในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ศาสนา ความเชื่อ หรือเรียกได้ว่า แนวคิดสิทธิมนุษยชนได้รับอิทธิพลจากลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ทำให้เบื้องต้นแนวคิดสิทธิมนุษยชนจึงมุ่งเน้นการเป็นสิทธิของปัจเจกชน เพื่อมนุษย์ทุกคนพึงมีสิทธิเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน ในฐานะที่มนุษย์ทุกคนเกิดมาเสมอภาคเท่าเทียมกัน และปฏิเสธฐานันดร หรือสถานะภาพชนชั้นทางสังคม ซึ่งมนุษย์ต้องทนรับและติดตัวมาแต่กำเนิด การเปลี่ยนแปลงชนชั้นหรือสถานะทางสังคมไม่อาจกระทำได้ เช่น กฎบัตรแมกนาคาร์ตา (Magna Carta) ของประเทศสหราชอาณาจักรที่ปกป้องสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชน เพราะพระเจ้าจอห์นปกครองใช้อำนาจเก็บภาษีตามอำเภอใจ เพื่อใช้ทรัพย์สินทำสงครามกับประเทศเพื่อนบ้าน โดยประชาชนไม่เห็นชอบและได้รับความเดือดร้อน กฎบัตรฉบับนี้จึงก่อให้เกิดหลักกฎหมายมหาชนที่สำคัญว่า “ไม่มีการเก็บภาษี หากไม่มีผู้แทน” (No Taxation Without Representation) และเกิดแนวคิดสิทธิมนุษยชนว่า ทรัพย์สินเป็นความมั่งคั่งของปัจเจกชน ปัจเจกชนหรือประชาชนผู้ใดมั่นคงในทรัพย์สิน ผู้นั้นก็สามารถใช้สิทธิเสรีภาพด้านอื่นๆ ได้ กลับกันหากประชาชนปราศจากสิทธิในทรัพย์สิน การใช้สิทธิเสรีภาพอื่นๆ ก็ย่อมไม่อาจเกิดขึ้น

ช่วงที่สอง หลังศตวรรษที่ 18 ถึงปัจจุบัน แนวคิดสิทธิมนุษยชนได้พัฒนามาสู่สิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคล เพื่อชุมชนมีสิทธิทางวัฒนธรรม ประเพณี ศาสนา ความเชื่อ และสิทธิมนุษยชนได้กลายเป็นหลักการพื้นฐานและมีสภาพบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ

1) หลังศตวรรษที่ 18 ถึง ค.ศ.1864 แนวคิดสิทธิมนุษยชนยังคงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ภายใต้สถานการณ์ผลกระทบจากภัยพิบัติ

³⁹ โครงการสารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน โดยพระราชประสงค์ในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว, “เรื่องที่ 4 สิทธิมนุษยชน ความหมายและแนวความคิด”, สืบค้นเมื่อวันที่ 2 มีนาคม 2562, จาก <http://kanchanapisek.or.th/kp6/New/sub/book/book.php?book=32&chap=4&page=t32-4-infodetail01.html>

ต่างๆ ทำให้ประชาชนต้องสูญเสียชีวิต ทรัพย์สินจำนวนมาก และทุกประเทศล้วนได้รับผลลัพธ์ที่เลวร้ายปัญหาภัยพิบัติสาธารณะดังกล่าว ทุกประเทศจึงเข้าร่วมมือกัน แก้ปัญหาภัยพิบัติในระดับนานาชาติ เช่น โรคระบาด การก่อการร้ายข้ามชาติ เป็นต้น

ทั้งนี้ ในด้านภาพพัฒนาการแนวคิดสิทธิมนุษยชน เพื่อการปกป้องสิทธิของปัจเจกชนตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้น ผู้วิจัยพบว่า กรณีนี้เริ่มต้นเกิดขึ้นใน ค.ศ. 1864 เมื่อทุกประเทศเล็งเห็นถึงความจำเป็น และต้องการสร้างความร่วมมือกันด้านสาธารณสุข ขบวนการสิทธิมนุษยชนสากลจึงเกิดขึ้น ขณะเดียวกันทุกประเทศตระหนักว่า ทุกประเทศจำเป็นต้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับนานาชาติ ประเทศเหล่านี้จึงร่วมมือกันยกย่องบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โลกจึงเกิดสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนขึ้น สนธิสัญญาเหล่านี้จึงมีเนื้อหาเกี่ยวกับเสรีภาพในการนับถือศาสนา การเลิกทาส และการปกป้องสิทธิมนุษยชนในยามสงคราม และในปีเดียวกันนี้สภาาชาดสากล (International Committee of the Red Cross) ได้กำเนิดขึ้น เพื่อการร่วมมือกันระหว่างประเทศต่างๆ ในด้านสาธารณสุข⁴⁰

จนเมื่อ ค.ศ. 1918 ซึ่งสงครามโลกครั้งที่ 1 สิ้นสุดลง ทุกประเทศได้ตระหนักว่า ลำพังรัฐบาลของแต่ละประเทศไม่สามารถปกป้องสิทธิมนุษยชน ทุกประเทศจึงจำเป็นต้องพึ่งพลังของนานาชาติ องค์การสันนิบาตชาติ (The League of Nations) จึงถูกจัดตั้งขึ้น ในฐานะที่สันนิบาตชาติเป็นองค์การสากลระหว่างรัฐบาลแห่งแรกของโลก เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายใต้ความร่วมมือระหว่างประเทศ แต่ภารกิจของสันนิบาตชาติในเรื่องนี้จำกัดอยู่เพียงการคุ้มครองชนกลุ่มน้อยในบางประเทศเท่านั้น⁴¹

2) ตั้งแต่ค.ศ.1919 ถึงปัจจุบัน แนวคิดสิทธิมนุษยชนของชุมชนได้เกิดขึ้นและมีสภาพบังคับตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เพื่อชุมชนสามารถกำหนดชะตากรรมด้วยตนเองทางวัฒนธรรม ประเพณี ศาสนา โดยการปกป้องสิทธิมนุษยชนของชุมชนไม่แยกต่างหากจากสิทธิมนุษยชนของปัจเจกชน กลับกันสนธิสัญญาระหว่างประเทศฉบับหนึ่งๆ อาจมีสาระสำคัญปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนและชุมชนไปพร้อมๆ กัน และสนธิสัญญาระหว่างประเทศฉบับใดเน้นหนักในการปกป้องสิทธิมนุษยชนด้านใด กรณีนี้ขึ้นอยู่กับภาระหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศประกอบด้วย

ตัวอย่าง ในค.ศ. 1919 โลกเริ่มใช้สนธิสัญญาระหว่างประเทศขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization - ILO) ที่มุ่งปกป้องสิทธิมนุษยชนของกลุ่มผู้ใช้แรงงาน และก่อตั้งองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) หลังจากนั้น

⁴⁰ เฟ็งอ้วง.

⁴¹ เฟ็งอ้วง.

องค์การแรงงานระหว่างประเทศได้ประกาศใช้สนธิสัญญาระหว่างประเทศหลายๆ ฉบับ เพื่อรองรับสิทธิเสรีภาพของกลุ่มผู้ใช้แรงงานตามหลักสิทธิมนุษยชน และปกป้องสิทธิเสรีภาพของผู้ใช้แรงงานระดับปัจเจกชน หรืออนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทาส ค.ศ.1926 (International Slavery Convention, 1926) ซึ่งทุกประเทศร่วมลงนามที่นครเจนีวา ที่ผลลัพธ์ให้นับแต่ค.ศ. 1926 ระบบทาสจึงสิ้นสุดลง หรืออนุสัญญาระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองผู้ลี้ภัย ค.ศ.1933 (Convention for the Protection of Refugees, 1933) เพื่อการแก้ไขปัญหาและคุ้มครองผู้ลี้ภัย โดยรัฐภาคีสมาชิกมีหน้าที่ด้านมนุษยธรรมต่อการช่วยเหลือผู้ลี้ภัย เป็นต้น

ส่วนสาเหตุแห่งการขยายสิทธิมนุษยชนจากระดับปัจเจกชนไปสู่ชุมชน กรณีนี้เป็นผลจากปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นรุนแรงในยุคสงครามโลกครั้งที่ 1 และครั้งที่ 2 ไม่ว่าจะเป็นการใช้อาวุธเคมีที่ทำลายล้างชีวิต และสร้างความทุกข์ทรมานแก่มนุษย์ หรือการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวในค.ศ. 1920 ของระบอบการปกครองแบบเผด็จการนาซี ประเทศเยอรมนี โดยการอ้างเหตุแห่งเชื้อชาติและศาสนา จนทุกประเทศจึงตระหนักว่า โลกจำเป็นต้องมีบทบัญญัติระดับนานาชาติ เพื่อเป็นเครื่องมือคุ้มครองสิทธิมนุษยชนระดับปัจเจกชนและกลุ่มบุคคล เพราะหลักการสิทธิมนุษยชนเป็นหนทางสำคัญที่จะนำไปสู่สันติภาพ และความสงบสุขของโลก

นอกจากนี้ การที่แนวคิดสิทธิมนุษยชนเริ่มมีสภาพบังคับใช้ตามกฎหมาย กรณีนี้เกิดขึ้นพร้อมกับการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติโดยผู้นำของประเทศสมาชิก ซึ่ง 50 ประเทศเข้าเป็นรัฐภาคีสมาชิก และเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1945 ประเทศเหล่านี้ได้ลงนามในกฎบัตรสหประชาชาติ (The Charter of the United Nations) สนธิสัญญาขององค์การสหประชาชาติจึงได้บรรจุหลักสิทธิมนุษยชนระดับปัจเจกชนและกลุ่มบุคคลเข้าไว้ เพื่อการปกป้องคนรุ่นต่อไปจากภัยพิบัติของสงคราม และยืนยันความศรัทธาในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ไม่ว่าจะศักดิ์ศรีและคุณค่าของมนุษย์ และในสิทธิอันเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรี ดังปรากฏในมาตรา 1 ของกฎบัตรสหประชาชาติระบุว่า จุดมุ่งหมายประการหนึ่งของสหประชาชาติ คือเพื่อบรรลุความร่วมมือระหว่างชาติ ในการส่งเสริม และสนับสนุนให้มีการเคารพสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานสำหรับมนุษย์ทุกคน โดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา⁴²

ตัวอย่าง สนธิสัญญาระหว่างประเทศเพื่อปกป้องสิทธิมนุษยชนระดับบุคคลและชุมชน คือกฎบัตรสหประชาชาติ แม้ว่ากฎบัตรสหประชาชาติมิได้มีรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนโดยตรง หรือการมีกลไกช่วยให้ประเทศสมาชิกปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน แต่ด้วยใน ค.ศ. 1945 องค์การสหประชาชาติได้จัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (UNHCR) ขึ้นเพื่อร่างกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับเรื่องสิทธิมนุษยชน ทำให้เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ.1949

⁴² เฟ็งอ้าง.

องค์การสหประชาชาติจึงสามารถใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights, 1949- UDHR)⁴³ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจึงกลายเป็นมาตรฐานในการปฏิบัติต่อกันของนานาชาติ แม้ว่าปฏิญญาสากลไม่มีผลบังคับทางกฎหมายเหมือนอย่างสนธิสัญญาระหว่างประเทศ แต่ปฏิญญาสากลก็มีพลังทางศีลธรรม จริยธรรม และมีอิทธิพลทางการเมืองทั่วโลก รวมทั้งเป็นแนวคิดในการร่างรัฐธรรมนูญของบรรดาประเทศที่มีการร่างรัฐธรรมนูญในเวลาต่อมา

ด้วยเหตุนี้แนวคิดสิทธิมนุษยชนจึงเป็นหลักการพื้นฐาน เพื่อการปกป้องสิทธิเสรีภาพทั้งในระดับปัจเจกชนและชุมชน โดยแนวคิดสิทธิมนุษยชนมีเนื้อหาครอบคลุมกิจกรรมต่างๆ ของมนุษย์อย่างกว้างขวาง ไม่ว่าจะเป็นเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย อนามัย สิทธิทางการเมืองสิทธิทางวัฒนธรรม สิทธิทางเศรษฐกิจ โดยรัฐได้บัญญัติกฎหมายภายในต่างๆ เพื่อรองรับสิทธิเหล่านี้และประกันสิทธิเสรีภาพตามแนวคิดสิทธิมนุษยชนไว้ในรัฐธรรมนูญ

3.3.1.2 เนื้อหาสิทธิทางวัฒนธรรมในบริบทแนวคิดสิทธิมนุษยชน

ในฐานะที่สิทธิทางวัฒนธรรมเป็นหนึ่งในสิทธิมนุษยชนตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966 - ICESCR) หรืออนุสัญญาปกป้องดูแลมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 (Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, 2003) แต่หากจำกัดเฉพาะอนุสัญญาปกป้องดูแลมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโกแล้ว องค์การยูเนสโกได้อธิบายเนื้อหาแห่งสิทธิทางวัฒนธรรม ว่า สิทธิทางวัฒนธรรมประกอบด้วย 3 สิทธิ คือ⁴⁴

1) สิทธิทางวัฒนธรรม (Cultural Rights) เพื่อชุมชนมีความเสมอภาคในการประพฤติปฏิบัติทางวัฒนธรรม และกำหนดใจตนเอง (self determination) ในการประพฤติปฏิบัติทางวัฒนธรรมของชุมชนหรือเข้าร่วมกับวัฒนธรรมอื่นๆ ตามที่แต่ละบุคคลต้องการ ขณะที่รัฐต้องเคารพสิทธิดังกล่าว และด้วยสิทธิทางวัฒนธรรมเป็นส่วนหนึ่งของวิถีการดำเนินชีวิตของชุมชนซึ่งชุมชนได้ประพฤติปฏิบัติ แสดงออก และสืบทอดกันมาเป็นรุ่นต่อรุ่น ดังที่ปรากฏรายละเอียดในข้อ 27 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งองค์การสหประชาชาติ ค.ศ.1948 (The Universal Declaration of Human Rights, 1948 - UDHR)

2) สิทธิในการศึกษา (Educational Rights) ดังที่ปรากฏในอารัมภบทและข้อ 14 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 รัฐภาคี

⁴³ เฟิ่งอ๋าง.

⁴⁴ ณัฐชัย ณ ลำปาง, การคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ พ.ศ.2546 : ศึกษากรณีของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคี, (กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558), น.44-47.

สมาชิกมีหน้าที่สนับสนุนการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ไม่ว่าจะด้านแผนงานด้านการศึกษา การปลูกฝังความตระหนักรู้ การให้ข้อมูลข่าวสารไปสู่ประชาชนทั่วไป และเยาวชน หรือแผนงานด้านการศึกษา การฝึกอบรมเฉพาะเรื่องภายในชุมชนและกลุ่มคนที่เกี่ยวข้องเพื่อการสืบทอดและส่งต่อมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้แก่เยาวชนรุ่นหลัง และรัฐภาคีสมาชิกจะดำรงไว้ซึ่งความหลากหลายทางวัฒนธรรมต่อไป

3) สิทธิมีส่วนร่วมของชุมชน กลุ่มบุคคล และปัจเจกชน (Participatory Rights of Communities, Group and Individuals) ซึ่งหน่วยงานภายในรัฐภาคีสมาชิกต้องเปิดโอกาสให้ชุมชน กลุ่มบุคคลและปัจเจกชน เพื่อที่บุคคลเหล่านี้มีส่วนร่วม รับรู้ ทราบ พิจารณา และร่วมตัดสินใจในการจัดการ ส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพราะชุมชนคือผู้มีส่วนได้เสีย (Stake-holders) และครอบครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ชุมชนจึงเป็นผู้ที่ตระหนักถึงคุณค่าในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของตนเองมากที่สุด เช่นนี้หากชุมชนไม่มีส่วนร่วมในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ การคงไว้ซึ่งความหลากหลายทางวัฒนธรรม การสืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้แก่เยาวชนรุ่นต่อไปก็ย่อมสิ้นสุดลง⁴⁵

อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ในฐานะที่สิทธิทางวัฒนธรรมตั้งอยู่บนหลักการสิทธิมนุษยชนตามอารัมภบทและข้อ 1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 เนื้อหาแห่งสิทธิทางวัฒนธรรมยังควรประกอบด้วย 2 สิทธิ คือ

1) สิทธิกำหนดใจตนเอง (self determination rights) ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียจึงสามารถกำหนดชะตากรรมของตนเองโดยอิสระ หรือเข้าร่วมสืบทอดประเพณี วัฒนธรรมใดๆ อย่างอิสระ โดยปราศจากการครอบงำจากรัฐและผู้ใด ประการสำคัญหากชุมชนผู้มีส่วนได้เสียปราศจากสิทธิกำหนดใจตนเองเสียแล้ว การใช้สิทธิทางวัฒนธรรมย่อมไม่อาจเกิดขึ้น และการใช้สิทธิในการศึกษา สิทธิในการมีส่วนร่วมของชุมชน กลุ่มบุคคล และปัจเจกชนก็ไม่มีผลในทางปฏิบัติ ซึ่งความเห็นดังกล่าวสอดคล้องกับข้อ 1 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม ค.ศ.1966 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966 - ICESCR) ที่บัญญัติว่า “กลุ่มชนทั้งปวงมีสิทธิในการกำหนดใจตนเอง โดยอาศัยสิทธิที่พวกเขาสามารถกำหนดสถานะทางการเมืองของตนอย่างมีเสรี รวมทั้งแสวงหาอย่างอิสระเสรีซึ่งการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม”

เช่นนี้สิทธิในการกำหนดใจตนเอง หรือที่นักวิชาการบางท่านเรียกว่า สิทธิกำหนดชะตากรรมของตนเอง หรืออนาคตตนเองจึงมีเนื้อหาแห่งสิทธิ คือชุมชนมีอิสระในการ

⁴⁵ ขำนาญ จันทรเรือง, สิทธิในการกำหนดอนาคตตนเอง (Self-Determination Right), สืบค้นเมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2563 จาก <https://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/641360>.

ตัดสินใจพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของตนเองได้อย่างเสรี เพราะสาระสำคัญของสิทธิทางวัฒนธรรมอยู่ที่ความเป็นอิสระทางวัฒนธรรม (Cultural Autonomy)⁴⁶ ชุมชนจึงมีสิทธิเรียกร้องในการดำรงอยู่ทางวัฒนธรรม จารีตปฏิบัติ ความคิดและความเชื่อแบบของตัวเอง การเรียนการสอน การพูดในเรื่องราวของตัวเอง ซึ่งสิ่งเหล่านี้ไม่ใช่หลักสูตรที่จัดทำโดยรัฐบาลกลางแต่ฝ่ายเดียว⁴⁷

2) สิทธิทางวัฒนธรรมไม่ใช่สิทธิในความเป็นเจ้าของ (ownership) แต่สิทธิทางวัฒนธรรมเป็นสิทธิเพียงการประพฤติปฏิบัติ การเข้าร่วมกับวัฒนธรรมต่างๆ การสืบทอดการศึกษาในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ตามที่แต่ละบุคคลต้องการ และการมีส่วนร่วมกับรัฐในการบริหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียจึงไม่อาจอ้างความเป็นเจ้าของในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และไม่สิทธิผูกขาดหรือหวงกั้นการใช้ประโยชน์จากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เนื้อหาแห่งสิทธิทางวัฒนธรรมจึงมีความแตกต่างจากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญามีสิทธิในสิทธิและสิทธิทางเศรษฐกิจ ทำให้เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญามีสิทธิความเป็นเจ้าของ และปกป้องสิทธิของตนในชั้นศาลได้

แม้สิทธิทางวัฒนธรรมไม่ใช่สิทธิในความเป็นเจ้าของตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า ผู้ถือครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา กลับกันชุมชนอาจได้รับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา หากชุมชนมีนวัตกรรมหรืองานสร้างสรรค์ที่มีคุณสมบัติ ตามที่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาบัญญัติไว้ ดังที่ปรากฏตามข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ที่บัญญัติว่า “ไม่มีข้อความใดในอนุสัญญานี้ที่จะตีความไปได้ว่า กระทบกระเทือนต่อสิทธิและหน้าที่ของรัฐภาคีอันเกิดจากสิ่งที่เป็นตราสารระหว่างประเทศในเรื่องสิทธิของทรัพย์สินทางปัญญาหรือการใช้ทรัพยากรทางชีวภาพและสิ่งแวดล้อมซึ่งประเทศเหล่านั้นเป็นภาคี”⁴⁸

ผลจากข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ร่วมกับการที่มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสมบัติของมวลมนุษยชาติ

⁴⁶ ณัฐชัย ญ ลำปาง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 44*, น.44-47.

⁴⁷ ณัฐกฤษตา เมฆา, หลักการกำหนดใจตนเอง The Principle of Self-Determination, (กรุงเทพฯ : บริษัท สแควร์ ปริ้นซ์ 93 จำกัด, 2556), น.2.

⁴⁸ Article 3 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, 2003
Nothing in this Convention may be interpreted as:
(b) affecting the rights and obligations of States Parties deriving from any international instrument relating to intellectual property rights or to the use of biological and ecological resources to which they are parties.

ไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของหรือผูกขาดสิทธิแต่เพียงผู้เดียว ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียและสาธารณชนจึงสามารถเข้าถึงต่อยอดและใช้มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และผู้นั้นก็อาจได้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ถ้างานสร้างสรรค์หรือนวัตกรรมมีคุณสมบัติตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

ทั้งนี้ การได้ไปซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาข้างต้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการนี้ เป็นเพราะเหตุผล 2 ประการ คือ

ประการแรก ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียได้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ว่าจะการใช้เครื่องหมายการค้า หรือชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เพื่อปกป้องสิทธิประโยชน์ทางพาณิชย์ในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ อย่างยาวนาน ก่อนที่ประเทศต่างๆ เริ่มปกป้องมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโก ซึ่งในจุลสารทรัพย์สินทางปัญญาและการแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณี/คติชน ฉบับที่ 1 ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ระบุว่า กระบวนการริเริ่มปกป้องมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หรือที่นักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเรียกว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่น กรณีนี้เริ่มต้นตั้งแต่ ค.ศ.1967 โดยการแก้ไขอนุสัญญาเบิร์นว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม ค.ศ.1886 ก่อให้เกิดกลไกการคุ้มครองระดับนานาชาติ สำหรับงานที่ยังมิได้ตีพิมพ์รวมถึงผลงานที่ไม่ปรากฏชื่อผู้แต่ง ซึ่งในทัศนะของผู้ร่างข้อแก้ไข ดังปรากฏในมาตรา 15.4 ของอนุสัญญาฉบับดังกล่าว และภายหลังความพยายามดังกล่าวได้พัฒนาไปสู่ต้นแบบกฎหมาย Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit Exploitation and other Prejudicial Actions., 1982 เพื่อรัฐภาคีสมาชิกนำไปใช้เป็นต้นแบบกฎหมายภายในในการปกป้องสิทธิในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้⁴⁹

ประการที่สอง กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเป็นกฎหมายฉบับเดียวที่ใช้ปกป้องผลผลิตทางความคิดของมนุษย์ และตั้งแต่ ค.ศ.1967 โลกได้เริ่มใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับแรกปกป้องงานสร้างสรรค์ นวัตกรรมของมนุษย์⁵⁰ แม้ว่ากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไม่คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น และมีองค์ประกอบที่เป็นอุปสรรคต่อการปกป้องสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นความคิดริเริ่ม (originality) ความอยู่ตัวไม่เปลี่ยนแปลง (fixation) ความเป็นเจ้าของผลงาน (authorship) เงื่อนไขในการปกป้อง (term of protection) ข้อจำกัดในการใช้งาน (fair use constrains) และการเผยแพร่สู่สาธารณะ (public domain provisions) แต่

⁴⁹ World Intellectual Property Organization - WIPO, Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions/Folklore, (Geneva : World Intellectual Property Organization, 2005), pp.3.

⁵⁰*ibid*, pp.3.

กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาก็ยังเป็นประโยชน์ทางอ้อมต่อการปกป้องสิทธิประโยชน์ทางการค้า ซึ่งชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียได้ใช้มาอย่างยาวนาน⁵¹

ด้วยเหตุผลทั้งหมดนี้ ประเทศไทยและรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และความตกลงทริปส์จึงใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาร่วมกับกฎหมายวัฒนธรรม เพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ควบคู่กับการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และสินค้าอื่นๆ ที่เป็นผลผลิตจากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้สาขาอื่นๆ

ดังนั้นสิทธิทางวัฒนธรรมจึงเป็นสิทธิมนุษยชน และสิทธิขั้นพื้นฐานของชุมชน ชุมชนทุกแห่งจึงเสมอภาคกัน ไม่ว่าจะชุมชนคนเมือง ชนพื้นเมือง หรือชุมชนอื่นๆ ชุมชนเหล่านี้มีสิทธิทางวัฒนธรรม เพื่อการประเพณี ปฏิบัติ การแสดง สืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่ชุมชนไม่ใช่เจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ กลับกันชุมชนผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิเพียงสิทธิทางวัฒนธรรม สิทธิในการศึกษา สิทธิในการมีส่วนร่วมเพื่อการบริหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพราะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสมบัติของมนุษยชาติ

3.3.2 ทฤษฎีการกำหนดใจด้วยตนเอง (self-determination theory) เพื่อการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ดังที่เกริ่นนำเกี่ยวกับสิทธิในการกำหนดในตนเอง หัวข้อ 3.3.1.2 ว่า สิทธิทางวัฒนธรรมเกิดขึ้นจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศ สิทธิทางวัฒนธรรมจึงประกอบด้วยสิทธิต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิทางวัฒนธรรม สิทธิในการศึกษา สิทธิในการมีส่วนร่วมของชุมชน กลุ่มบุคคล และปัจเจกชน สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และสิทธิในการกำหนดใจตนเอง ซึ่งสิทธิในการกำหนดใจตนเองนี้มีที่มาจากทฤษฎีการกำหนดใจด้วยตนเอง ทฤษฎีดังกล่าวถูกนำมาใช้กับสิทธิทางวัฒนธรรม เพื่อยืนยันว่าชุมชนผู้มีส่วนได้เสียมีความชอบธรรมในการกำหนดชะตากรรมทางวัฒนธรรม เศรษฐกิจของตนเอง ซึ่งรายละเอียดมีดังต่อไปนี้

3.3.2.1 ลักษณะทฤษฎีการกำหนดใจด้วยตนเองในบริบทสิทธิทางวัฒนธรรม

สืบเนื่องจากทฤษฎีการกำหนดใจด้วยตนเองเป็นทฤษฎีที่ได้รับความนิยมจากนักวิชาการในสาขาวิชาชีพต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นนิเวศศาสตร์ จิตวิทยา พยาบาลศาสตร์ ทฤษฎีนี้จึงมีชื่อเรียกหลากหลาย เช่น ทฤษฎีกำหนดชะตากรรมตนเอง ทฤษฎีอัตลิติต เป็นต้น แต่แม้ว่าทฤษฎีดังกล่าวมีชื่อเรียกแตกต่างกันเช่นใด ทั้งหมดก็คือทฤษฎีกำหนดใจตนเองในการวิจัยฉบับนี้ เพราะเนื้อหาทฤษฎีกำหนดใจตนเองแสดงให้เห็นว่า มนุษย์จะกระทำใดๆ ก็ด้วยมนุษย์ได้ประเมินสมรรถภาพของตน (competency) หลังจากนั้นมนุษย์จึงลิติตตนเอง (self determination) และ

⁵¹ สุตแดน วิสุทธิลักษณ์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 6, น.81.

สร้างความสัมพันธ์ที่ดีกับคนรอบข้าง (relatedness) ทฤษฎีนี้จึงสามารถใช้อธิบายการเชื่อมโยงระหว่างความรู้สึกภายในกับพฤติกรรมภายนอกของมนุษย์ และอธิบายถึงความมุ่งมั่นไปสู่ผลสำเร็จหรือเป้าหมายในการกระทำของมนุษย์แต่ละคน รวมถึงการประพฤติปฏิบัติตามประเพณีวัฒนธรรมของมนุษย์⁵²

ในแง่การใช้ทฤษฎีกำหนดใจตนเองในสาขานิติศาสตร์ เพื่อการอธิบายว่า ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิกำหนดใจตนเองทางวัฒนธรรมนั้น

ผู้วิจัยพบว่า กรณีข้างต้นเกิดขึ้นในค.ศ.1966 และเป็นไปผลจากพันธกรณีสนธิสัญญาระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ.1966 ขององค์การสหประชาชาติ เพราะสนธิสัญญาดังกล่าวถือเป็นการรับรองสิทธิทางวัฒนธรรมอย่างเป็นทางการและมีผลทางกฎหมาย ทำให้ในภายหลังองค์การระหว่างประเทศอื่นๆ จึงประกาศใช้สนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิทางวัฒนธรรมเพิ่มเติมอีกหลายฉบับ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโก เป็นต้น

ทั้งนี้ นักนิติศาสตร์ได้เริ่มใช้ทฤษฎีกำหนดใจตนเองในสาขากฎหมายระหว่างประเทศ ตั้งแต่ยุคสงครามโลกครั้งที่ 1 ซึ่งประเทศต่างๆ ทำสงคราม และนักนิติศาสตร์ชาวตะวันตก 2 กลุ่มต่างมีทัศนวิสัยด้านการเมืองการปกครองที่ขัดแย้งกัน คือ⁵³

กลุ่มแรก นักนิติศาสตร์ในยุโรปตะวันตกที่ศรัทธาในการปกครองแบบเสรีนิยม และอธิบายการเกิดขึ้นของรัฐ อำนาจอธิปไตย และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนผ่านทฤษฎีสัญญาประชาคมว่า อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจอสูงสุดของประชาชน โดยความคิดดังกล่าวได้รับอิทธิพลจากลัทธิปัจเจกชนนิยม

กลุ่มที่สอง นักนิติศาสตร์ที่เชื่อในลัทธิชาตินิยม (Nationalism) และกลุ่มที่ต้องการยืนยันสิทธิในการกำหนดใจตนเองของชนกลุ่มน้อย โดยนักปรัชญาที่สำคัญกลุ่มนี้คือ เลนิน และวิลสัน แนวคิดกลุ่มหลังนี้ได้รับความนิยมในยุโรปกลางและยุโรปตะวันออก

ภายหลังที่สงครามโลกครั้งที่ 2 ยุติลง และองค์การสหประชาชาติถูกจัดตั้งขึ้น แนวคิดนักนิติศาสตร์กลุ่มที่สองก็ได้รับความนิยมสูงขึ้น ทำให้ทฤษฎีการกำหนดใจตนเองถูกใช้ยืนยันสิทธิกำหนดใจตนเองของชนพื้นเมือง ชนกลุ่มน้อยในประเทศต่างๆ ในอันที่ชนกลุ่มน้อยเหล่านี้มีสิทธิกำหนดใจตนเองทางการเมือง เศรษฐกิจ วัฒนธรรม เพียงเท่าที่การใช้สิทธิกำหนดใจ

⁵² ชมชื่น สมประเสริฐ, “แปรเปลี่ยนพลังภายใน ต่อยอดสู่การทำงานอย่างสร้างสรรค์”, วารสารสภากรพยาบาล ฉบับที่ 3, ปีที่ 24, น.5-6 (กรกฎาคม-กันยายน 2552).

⁵³ Thomas D. Musgrave, Self-Determination and National Minority, (Oxford: Clarendon Press, 1997), pp.2.

ตนเองไม่ใช้การแบ่งแยกดินแดนหรือก่อตั้งรัฐอิสระ เพื่อการคงอยู่ของอำนาจอธิปไตยประเทศเกิดใหม่และการปกป้องสิทธิมนุษยชนของคนพื้นเมืองในดินแดนประเทศต่างๆ ไปพร้อมกัน

กรณีข้างต้นได้ปรากฏในมติสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติที่ 1514 XV เรื่อง “การให้เอกราชแก่ดินแดนอาณานิคม” (General Assembly Resolution 1514(XV) on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples) เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ.1960 ว่า ประชาชนในประเทศเกิดใหม่ทุกประเทศมีสิทธิกำหนดใจด้วยตนเอง (self-determination rights) เพื่อการมีส่วนร่วมในการเมือง การปกครอง วัฒนธรรมของตนเอง ได้ ตราบเท่าที่ใช้สิทธินั้นไม่ใช้การแบ่งแยกดินแดนหรือก่อตั้งรัฐใหม่ขึ้น⁵⁴

รายละเอียดทฤษฎีการกำหนดใจด้วยตนเอง (self-determination theory) ทฤษฎีนี้ได้ถูกพัฒนาจาก 3 ทฤษฎี คือ⁵⁵

ทฤษฎีแรก ทฤษฎีทางศีลธรรม ทฤษฎีทางศีลธรรมเป็นการอธิบายการกำหนดใจตนเองของมนุษย์ตามธรรมชาติ โดยทฤษฎีทางศีลธรรมได้นำเอาหลักปรัชญาของคานต์ (Kantian philosophy) มาใช้อ้างอิง ภายใต้แนวคิดที่ว่า มนุษย์สามารถคิดอย่างมีเหตุผลและสามารถมีอิสระในการปกครองตนเอง

ทฤษฎีที่สอง ทฤษฎีทางการเมือง คือการนำเอาแนวคิดเสรีเรื่องสิทธิในการกำหนดใจตนเองมาต่อยอดไปสู่แนวคิดที่ว่า รัฐบาลที่ถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้นมีสิทธิใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญของประชาชน ภายใต้ทฤษฎีทางการเมืองนี้ การกำหนดใจตนเองของประชาชนจึงถูกนำไปเชื่อมโยงกับแนวคิดการมีส่วนร่วมและอำนาจสูงสุดของปวงชน ทำให้ทฤษฎีการกำหนดใจด้วยตนเองเป็นส่วนหนึ่งของทฤษฎีทางการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ประชาชนมีส่วนร่วมในอำนาจอธิปไตยตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ตามคำกล่าวที่ว่า “อำนาจสูงสุดเป็นของปวงชน”

ปัจจุบันสิทธิในการกำหนดใจด้วยตนเองได้ถูกนำไปใช้มากขึ้น โดยรัฐต่างๆ มีแนวปฏิบัติยอมรับสิทธิของกลุ่มและสิทธิของคนพื้นเมืองดั้งเดิม ทำให้คนพื้นเมืองดั้งเดิมหรือกลุ่มหรือชุมชนมีสิทธิกำหนดใจด้วยตนเองในทางวัฒนธรรมของตน โดยสิทธินี้ไม่ใช่เป็นการเรียกร้องอิสระภาพของกลุ่ม หรือคนพื้นเมืองไปก่อตั้งรัฐใหม่ หรือการต่อสู้แย่งชิงอำนาจรัฐ แต่รัฐต่างๆ ได้ยอมรับสิทธิในการกำหนดใจตนเอง เพื่ออิสระในปกครองตนเองของคนท้องถิ่นภายใต้บริบทของสิทธิมนุษยชน ทำให้คนพื้นเมืองหรือคนท้องถิ่นหรือชุมชนสามารถคงไว้ซึ่งอัตลักษณ์ของตนและได้รับสิทธิต่างๆ จากรัฐ ซึ่งกลุ่มคนดังกล่าวได้อาศัยอยู่

⁵⁴ Tony Simpson, *Indigenous Heritage and Self-Determination*, (Denmark : Centraltrykkeriet Skive A/S, 1997), pp.20.

⁵⁵ ญัฐกฤษตา เมฆา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 47*, น.2-8.

ทฤษฎีที่สาม ทฤษฎีทางกฎหมาย ซึ่งสิทธิในการกำหนดใจตนเองเป็นหลักการขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งในกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองเป็นทั้งสิทธิส่วนบุคคลและสิทธิร่วมกัน เพื่อที่บุคคลดังกล่าวมีสิทธิ “กำหนดอย่างอิสระ” (freely determine) ในเรื่องการเมือง และดำเนินการอย่างเสรีในการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

อย่างไรก็ดี ระหว่างทฤษฎีทั้งสามข้างต้น ทฤษฎีทางกฎหมายถือเป็นทฤษฎีสำคัญต่อการประกันสิทธิทางวัฒนธรรมแก่ปัจเจกชน กลุ่มบุคคล และชุมชนในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ โดยองค์การสหประชาชาติได้นำทฤษฎีนี้มาใช้และรับรองว่า ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียเป็นผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรม และมีสิทธิกำหนดใจตนเองทางวัฒนธรรม ไม่ว่าจะการเลือกประเพณีปฏิบัติ การแสดง หรือการสืบทอดประเพณีวัฒนธรรมใดๆ อย่างอิสระ และโดยปราศจากการครอบงำจากรัฐ ทฤษฎีกำหนดใจตนเองจึงเป็นทฤษฎีพื้นฐาน ทำให้สิทธิทางวัฒนธรรมตั้งอยู่บนหลักการสิทธิมนุษยชน ซึ่งสนธิสัญญาระหว่างประเทศให้การรับรอง ดังเช่นปรากฏในอารัมภบทของอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโก เป็นต้น รวมทั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (The International Court of Justice) ว่า สิทธิในการกำหนดใจตนเองเป็นสิทธิของประชาชน และมีขึ้นเพื่อประโยชน์ประชาชนมากกว่าประโยชน์ของรัฐต่างๆ⁵⁶

สำหรับลักษณะแห่งทฤษฎีการกำหนดใจด้วยตนเอง ทฤษฎีนี้อธิบายบนพื้นฐานความเชื่อว่า มนุษย์มีความต้องการใน 3 สิ่ง คือ⁵⁷

1) บุคคลต้องการมีความสามารถ (competence needs) มนุษย์จึงต้องมีการเรียนรู้ฝึกฝนทักษะ เพื่อการพัฒนาตนและไปสู่เป้าหมายของตน

2) มนุษย์ต้องการมีความสัมพันธ์กับบุคคลอื่นๆ (relationship needs) สืบเนื่องจากมนุษย์เป็นสัตว์สังคม การดำรงชีวิตของมนุษย์จึงต้องพึ่งพิงผู้อื่น เพื่อการสร้าง ความมั่นคงปลอดภัยในการปฏิบัติงาน การสร้างมิตรภาพที่ดีกับบุคคลอื่นๆ ที่ตนเกี่ยวข้อง

3) มนุษย์ต้องการความเป็นอิสระ (autonomy needs) แม้มนุษย์เป็นสัตว์สังคม แต่มนุษย์ก็มีแดนอิสระเฉพาะตน ซึ่งความต้องการอิสระนี้อธิบายสอดคล้องกับความเห็นของศาสตราจารย์ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้นำเสนอไว้ในหนังสือนิติปรัชญาว่า มนุษย์และสัตว์ล้วนตั้งอยู่บนหลักบังคับทางดินแดน (Territorial Imperative) มนุษย์จึงมีความหวงแหนสิ่งที่ตนรู้สึกว่าเป็นเจ้าของในดินแดนของตน สิ่งเหล่านี้อาจเป็นร่างกาย ชีวิต ทรัพย์สิน เพื่อมนุษย์รู้สึกว่าเป็น

⁵⁶ เฟิ่งอ๋าง, น.2-8.

⁵⁷ เฟิ่งอ๋าง, น.2-8.

ตนมีความมั่นคงในชีวิต และความมั่นคงนี้ดำรงอยู่ได้ ก็ต่อเมื่อมนุษย์ต้องมีอิสระ และบุคคลอื่นต้องไม่ ถ่วงลำแดนแห่งอิสระ⁵⁸

เมื่อประมวลความต้องการพื้นฐานของมนุษย์ทั้ง 3 ด้านข้างต้นเข้ากับสิทธิทางวัฒนธรรม ในฐานะที่สิทธิทางวัฒนธรรมจึงตั้งอยู่บนหลักการสิทธิมนุษยชน และสิทธิทางวัฒนธรรมจึงเป็นผลผลิตของมนุษย์ ไม่ว่าจะระดับปัจเจกชน กลุ่มบุคคล และชุมชน บุคคลเหล่านี้ล้วนแสดงออกทางวัฒนธรรมประเพณีจากความต้องการพื้นฐาน 3 ด้านข้างต้น โดยมีจุดยึดโยงร่วมกันระหว่างความต้องการพื้นฐาน 3 ด้าน คือการเป็นอัตลักษณ์ร่วมกันของชุมชน ซึ่งชุมชนมีบทบาทสำคัญต่อการดำรงอยู่ของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ภายใต้พื้นฐานความต้องการยอมรับจากสมาชิกในชุมชน รวมทั้งชุมชนยังมีอิสระกำหนดใจตนเอง เพื่อการสืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ไม่ว่าจะด้วยการแสดงออกในวิธีการใดๆ เช่น การแสดง การร้อง การประกอบอาหาร การรำ เป็นต้น การกำหนดใจตนเองเช่นนี้จึงมีความหมายครอบคลุมถึงการทำให้ปรับเปลี่ยนแบบบรรพบุรุษ แต่การทำให้ปรับเปลี่ยนแบบบรรพบุรุษก็ไม่หมายความว่า ชุมชนต้องปฏิบัติหรือแสดงออกทางประเพณีวัฒนธรรมเหมือนเช่นบรรพบุรุษทุกประการ แท้จริงชุมชนมีอิสระในการพัฒนาต่อยอด หรือดัดแปลงภูมิปัญญาท้องถิ่นของบรรพบุรุษ ธรรมชาติของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงมีการปรับเปลี่ยนเสมอ เพื่อรองรับความต้องการของชุมชนและสภาพแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไป

นอกจากนี้ การใช้ทฤษฎีกำหนดใจตนเองข้างต้นยังสามารถอธิบายถึงพัฒนาการอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในการวิจัยฉบับนี้ เช่น ข้าวหมูแดงนครปฐมหนึ่งในตัวอย่างมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งปรากฏในภาพพัฒนาการข้าวหมูแดงนครปฐมว่า ข้าวหมูแดงนครปฐมเป็นผลผลิตจากการต่อยอดจากภูมิปัญญาท้องถิ่นของบรรพบุรุษ โดยจุดเริ่มต้นสูตรคือการสนองตอบความต้องการของชุมชนชาวจีนในจังหวัดนครปฐม แต่เมื่อข้าวหมูแดงนครปฐมได้กลายเป็นสินค้า ชุมชนชาวนครปฐมที่ค้าขายข้าวหมูแดงจึงกำหนดใจตนเองทางวัฒนธรรม โดยการเปลี่ยนข้าวหมูแดงต้นแบบของบรรพบุรุษมาเป็นข้าวหมูแดงดังเช่นปัจจุบัน คือข้าวหมูแดงนครปฐมมีทั้งข้าว หมูแดง หมูกรอบ กุนเชียงย่าง ไช้พะไล ราดด้วยซอสรสเค็มหวานโดยเกี่ยวข้องกับน้ำอย่างหมู เต้าหู้ยี้ เต้าเจี้ยว งามบด เต็มสีแดงพอให้มีสี ใส่แป้งคนให้เป็นน้ำซอสข้นขลุกขลิกใช้ราดข้าวหมูแดงบางเจ้ากรอกใส่ขวดสุราแม่โขง ซึ่งสภาพเช่นนี้ไม่เคยปรากฏในครั้งบรรพบุรุษ⁵⁹

ด้วยเหตุนี้ทฤษฎีการกำหนดใจตนเองจึงเป็นทฤษฎีสามารถอธิบายถึงพัฒนาการการเปลี่ยนแปลงของอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เริ่มต้นจากอาหารมรดก

⁵⁸ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น.301-302.

⁵⁹ สุทัศน์ ศุภรัตน์ เมธี, "ตุ๋กกับข้าว", สืบค้นเมื่อวันที่ 5 ธันวาคม 2562 จาก <https://www.naewna.com/columnonline/38576>.

ทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มาสู่การเป็นสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และสามารถอธิบายได้ว่า สิทธิกำหนดใจตนเองทางวัฒนธรรมเป็นเนื้อหาส่วนหนึ่งในสิทธิทางวัฒนธรรม โดยสิทธิดังกล่าวตั้งอยู่บนแนวคิดสิทธิมนุษยชน ซึ่งชุมชนผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธินี้ก่อนการก่อตั้งสิทธิทางวัฒนธรรมตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ สนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นจึงทำหน้าที่เพียงการรับรองสิทธิกำหนดใจตนเอง สิทธิทางวัฒนธรรมของชุมชนผู้มีส่วนได้เสียเท่านั้น

3.3.2.2 การใช้ทฤษฎีกำหนดใจด้วยตนเองเพื่อรองรับสิทธิทางวัฒนธรรมและเป็นไปตามหลักการวัฒนธรรมมีชีวิต

สิทธิกำหนดใจตนเองเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นจากทฤษฎีการกำหนดใจตนเอง และเป็นสิทธิสำคัญของชุมชนในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ในฐานะที่สิทธิกำหนดใจตนเองเป็นสิทธิมนุษยชน ชุมชนจึงสามารถกำหนดใจตนเองทางวัฒนธรรม เพื่อการประพฤติปฏิบัติ และสืบทอดสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และเป็นไปตามหลักวัฒนธรรมมีชีวิต ซึ่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR) และอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 ได้ประกันสิทธิทางวัฒนธรรมไว้ ดังนี้

1) สิทธิกำหนดใจตนเองเป็นสิทธิในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ โดยกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ.1966 เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ประกันสิทธิทางวัฒนธรรมแก่ชุมชน ขณะที่สนธิสัญญาระหว่างประเทศฉบับอื่นๆที่เกิดขึ้นภายหลัง โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 ได้ให้รายละเอียดสิทธิทางวัฒนธรรมของชุมชน การจัดการมรดกทางวัฒนธรรมตามหลักวัฒนธรรมมีชีวิตไว้

2) ชุมชนสามารถกำหนดใจตนเองทางเศรษฐกิจและวัฒนธรรมได้อย่างเสรีตามข้อ 1.1 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ.1966 ที่บัญญัติว่า “ประชาชาติทั้งปวงมีสิทธิกำหนดเจตจำนงของตนเอง โดยสิทธินั้น ประชาชาติเหล่านั้นจะกำหนดสถานะทางการเมืองของตนโดยเสรี และพัฒนาเศรษฐกิจสังคม และวัฒนธรรมของตนอย่างเสรี”⁶⁰

3) ชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิและใช้สิทธิกำหนดใจตนเองทางวัฒนธรรมตามพันธกรณีข้อ 15.1 (a) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ.

⁶⁰ Article 1 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966

1 All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development...

1966⁶¹ และรัฐต้องร่วมกับชุมชนในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามข้อ 11 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 หลักการมีส่วนร่วมของชุมชน กลุ่มบุคคล และปัจเจกชน

4) นอกจากสิทธิกำหนดใจตนเองทางวัฒนธรรม ชุมชนยังมีสิทธิทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องกับสินค้าทางวัฒนธรรมต่างๆ รวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รัฐจึงมีหน้าที่ต้องปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ทั้งทางวัตถุและศีลธรรมในสินค้าทางวัฒนธรรมตามข้อ 15.1 (c) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ.1966⁶²

5) ชุมชนและผู้มีส่วนได้เป็นผู้ครอบครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และมีส่วนสำคัญในการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามอารัมภบทอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ที่บัญญัติว่า ชุมชนทั้งหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิม กลุ่มชน และในบางกรณี ปัจเจกบุคคล มีบทบาทสำคัญในการผลิต สงวน รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

เช่นนี้ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียจึงสามารถกำหนดใจตนเองทางวัฒนธรรมได้อย่างอิสระ และกำหนดใจตนเองทางวัฒนธรรมตามหลักการวัฒนธรรมมีชีวิต (Living Heritage) เพราะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งในวิถีชีวิตของชุมชน ไม่ว่าจะด้านค่านิยม ความเชื่อ และวิถีชีวิต ซึ่งชุมชนได้สืบทอดมาจากบรรพบุรุษรุ่นก่อน และชุมชนยังคงใช้มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพื่อการตอบสนองความต้องการในปัจจุบันของชุมชน รวมทั้งชุมชนยังคงกำหนดใจตนเองในอนาคตของชุมชน⁶³

ทั้งนี้ การที่ชุมชนได้กำหนดใจตนเองทางวัฒนธรรมตามหลักวัฒนธรรมมีชีวิตข้างต้น กรณีนี้เป็นไปเจตนากรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 ที่ปรากฏในอารัมภบทว่า อนุสัญญานี้ให้ความสำคัญกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของความหลากหลายทางวัฒนธรรม และเป็นประกันการพัฒนาที่

⁶¹ Article 15 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966

1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone:
(a) To take part in cultural life...

⁶² Article 15 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966

1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone:
(c) To benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.

⁶³ Heritage Saskatchewan, “ What is Living Heritage” , Retrieved 5 December, 2020 <https://heritagesask.ca/what-is-living-heritage>.

ยั่งยืน ซึ่งองค์การยูเนสโกว่าด้วยการสงวนรักษาวัฒนธรรมแนวประเพณีนิยมและคติชน ค.ศ.1987 ได้ให้ข้อเสนอแนะ และเป็นไปตามปฏิญญาสากลขององค์การยูเนสโกว่าด้วยความหลากหลายทางวัฒนธรรม ค.ศ.2001 และปฏิญญาอิสตันบูล ค.ศ.2002 ที่มีมติรับรอง ณ การประชุมโต๊ะกลมรัฐมนตรีวัฒนธรรม ครั้งที่ 3

นอกจากนี้ การที่ชุมชนมีสิทธิกำหนดใจตนเองและประเพณี ปฏิบัติทางวัฒนธรรมตามหลักวัฒนธรรมมีชีวิต กรณีนี้สอดคล้องกับความเห็นของนักวิชาการ นักประพันธ์ และนักวิจารณ์ทางวัฒนธรรม เรย์มอนด์ เฮนรี วิลเลียมส์ (Raymond Williams) ซึ่ง Raymond ได้นำเสนอไว้ในหนังสือ *Border Country* ใน ค.ศ.1960 ว่า⁶⁴

“ไม่มีผู้ใดสามารถผูกโยงวัฒนธรรมไว้กับผลผลิตที่เป็นวัตถุของมัน เพราะวัฒนธรรมมีชีวิตและวิวัฒนาการไปอย่างต่อเนื่อง”

เรย์มอนด์ เฮนรี วิลเลียมส์จึงเป็นผู้ริเริ่มหลักวัฒนธรรมมีชีวิตขึ้น ต่อมาหลักวัฒนธรรมมีชีวิตได้กลายเป็นแนวคิดพื้นฐานที่สำคัญ เพื่อการร่างอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 ซึ่ง Federico Lenzerini หนึ่งในกรรมการร่างอนุสัญญาระดับดังกล่าวระบุว่า หลักการวัฒนธรรมมีชีวิตมีส่วนสำคัญต่อการอ้างไว้ซึ่งความหลากหลายในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้อง เพราะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไม่เป็นเพียงตัววัตถุที่จับต้องได้ แต่มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ยังรวมถึงคุณสมบัติสำคัญ ซึ่งชุมชนใช้แสดงออกให้เห็นว่า วัฒนธรรมเป็นส่วนที่มีชีวิตของชุมชนและสัมพันธ์กับวิวัฒนาการของชุมชนนั้นๆ และพัฒนาไปอย่างต่อเนื่อง

อีกทั้ง Federico ยังอธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับปัจจัยที่ก่อเกิดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในบทความเรื่อง *Intangible Cultural Heritage: The Living Culture of Peoples* ว่า ปัจจัยที่ก่อเกิดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามหลักวัฒนธรรมมีชีวิตมี 5 ปัจจัย⁶⁵

1) ชุมชนต้องยอมรับว่า มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้นั้นเป็นส่วนหนึ่งของมรดกวัฒนธรรมของตนเอง

2) ชุมชนต้องได้สร้างสรรค์มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ขึ้นใหม่อย่างต่อเนื่อง ในฐานะมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่เป็นปฏิริยาต่อวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของชุมชนและกลุ่มชนที่เกี่ยวข้อง

⁶⁴ Raymond Williams, *Border Country*, (Harmondsworth : Penguin Books, 1964), pp.11.

⁶⁵ Federico Lenzerini, “ Intangible Cultural Heritage : The Living Culture of Peoples ” , *European Journal of International Law*, Volume 22, Issue 1, February 2011, pp 108.

3) มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นความเกี่ยวพันอันลึกซึ้งระหว่าง การเป็นมรดกกับอัตลักษณ์ที่มีความจำเพาะในแง่ของผู้สร้างและชุมชนผู้มีส่วนได้เสีย

4) มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไม่มีเงื่อนไขของ “ความแท้” ในฐานะ ที่เป็นคุณสมบัติจำเป็นตามนัยของมรดกวัฒนธรรมนั้น และ

5) มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นความสัมพันธ์ระหว่างมรดก วัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้กับสิทธิมนุษยชน

แม้ว่า Federico กรรมการร่างอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดก ทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 ไม่อธิบายเกี่ยวกับความสัมพันธ์สิทธิในการกำหนดใจตนเอง กับหลักการวัฒนธรรมมีชีวิตอย่างชัดเจน แต่ภายใต้ปัจจัยที่ 2 การสร้างสรรค์มรดกวัฒนธรรมใหม่ อย่างต่อเนื่อง ในฐานะที่มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นปฏิกิริยาต่อวิวัฒนาการทาง ประวัติศาสตร์ของชุมชนและกลุ่มคนที่เกี่ยวข้อง ปัจจัยข้อนี้แสดงให้เห็นถึงการใช้สิทธิกำหนดใจ ตนเองที่เป็นไปตามหลักการวัฒนธรรมมีชีวิต เพราะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีพัฒนาไป พร้อมกับชุมชน ชุมชนจึงสามารถเลือกพัฒนา ต่อยอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพื่อให้ มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตอบสนองความต้องการและเป็นส่วนหนึ่งในวิถีชีวิตของชุมชน

นอกจากนี้ ผู้วิจัยยังมีความเห็นว่า ชุมชนได้ใช้สิทธิกำหนดใจด้วยตนเอง ทางวัฒนธรรมและเป็นไปตามหลักการวัฒนธรรมมีชีวิต ก็เพราะมรดกทางวัฒนธรรมที่มีจับต้องไม่ได้ มีส่วนพัฒนาคุณภาพชีวิต ความเป็นอยู่ พื้นที่ทางวัฒนธรรม และอัตลักษณ์ของชุมชนใน 3 ด้าน

ด้านแรก คุณธรรม หลักการ หรือแนวคิดอื่นๆ ซึ่งชุมชนได้เลือกกำหนด ชะตากรรมและสร้างคุณค่าทางวัฒนธรรม สังคม สิ่งแวดล้อมและเศรษฐกิจของชุมชน

ด้านที่สอง ความเชื่อ ได้แก่อคติทัศน จิตวิญญาณ สัมพันธ์กับธรรมชาติ และพื้นที่ทางวัฒนธรรมของชุมชน

ด้านที่สาม วิถีชีวิต ได้แก่กิจวัตรประจำวัน อุปนิสัย ขนบธรรมเนียม ประเพณี ทักษะของชุมชน

การพัฒนาชุมชนทั้งสามด้านข้างต้นจึงเกิดขึ้น โดยชุมชนสามารถกำหนดใจ ตนเองและพัฒนาตนเองได้ ก็ต่อเมื่อชุมชนมีสิทธิกำหนดใจตนเองและเลือกกำหนดชะตากรรมของ ตน และเมื่อมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งในวิถีชีวิตชุมชน มรดกทางวัฒนธรรมที่ จับต้องไม่ได้จึงเป็นเสมือนสิ่งมีชีวิตที่มีพัฒนาการไม่หยุดนิ่ง ณ ที่ใดมีชุมชนและมรดกทางวัฒนธรรม ที่จับต้องไม่ได้ ทรานนั้นชุมชนย่อมพัฒนามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามเจตจำนงค์ของ ชุมชนและตามหลักวัฒนธรรมมีชีวิตตลอดไป

ฉะนั้นแม้ว่าชุมชนสามารถกำหนดใจตนเองโดยอิสระ แต่แท้จริงการ พัฒนามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นไปตามหลักวัฒนธรรมมีชีวิต ด้วยมรดกทางวัฒนธรรมที่

จับต้องไม่ได้เป็นผลผลิตของชุมชน การพัฒนาต่างๆ ที่เกิดขึ้นกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ จึงเป็นไปตามความต้องการชุมชน ไม่ว่าจะด้านคุณธรรม หลักการ หรือแนวคิดที่สร้างคุณค่าทาง วัฒนธรรม สังคม สิ่งแวดล้อมและเศรษฐกิจของชุมชน หรือความเชื่อ ได้แก่โลกทัศน์ จิตวิญญาณ สัมพันธ์กับธรรมชาติและพื้นที่ทางวัฒนธรรมของชุมชน หรือวิถีชีวิตด้านต่างๆ ของชุมชน

3.3.3 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาส่วนเสริมสิทธิทาง วัฒนธรรมตามกฎหมายวัฒนธรรม

ดังที่นำเสนอไว้ในหัวข้อ 3.3.2 ว่า สิทธิทางวัฒนธรรมประกอบด้วยสิทธิอื่นๆ เช่น สิทธิในการศึกษา สิทธิในการมีส่วนร่วมของผู้ถือครอง ไม่ว่าจะปัจเจกชน กลุ่มบุคคล ชุมชน และสิทธิ ในการกำหนดใจตนเอง แต่ด้วยปัจจุบันสถานะอาหารหนึ่งในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่เป็น สินค้า และยังเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 บัญญัติว่า การเข้าเป็นรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญาฉบับนี้ ไม่กระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญาฉบับนี้ได้เป็นสมาชิก เอกชนที่เป็นชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย เอกชนดังกล่าวจึงได้รับสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิทาง วัฒนธรรม เพื่อใช้ปกป้องผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้อง ไม่ได้ โดยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตั้งอยู่บนแนวคิดทฤษฎีต่อไปนี้

3.3.3.1 ทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนของล๊อค (Locke's labour theory of property)

ทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนของล๊อคเป็นผลงานทางความคิด ของนักปรัชญาชาวตะวันตก คือ John Locke นักปรัชญาชาวอังกฤษ โดย John Locke ได้แย้ง การผูกขาดสิทธิในทรัพย์สินของกษัตริย์ ล๊อคจึงเสนอความเห็นที่ โดยธรรมชาติทรัพยากรไม่มีผู้ใด อ้างเป็นเจ้าของได้ จนเมื่อมนุษย์คนใดใช้แรงงานแห่งตนกับทรัพยากรดังกล่าว ผลผลิตที่เกิดขึ้นจาก การใช้แรงงานปัจเจกชนจึงเป็นทรัพย์สินของปัจเจกชนผู้นั้น ปัจเจกชนผู้ใช้แรงงานจึงได้ไปซึ่งสิทธิใน ทรัพย์สิน สิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนจึงเป็นสิทธิพื้นฐาน เพื่อมนุษย์ทุกๆ คนมีความมั่นคงในชีวิต และมนุษย์ผู้นั้นจึงสามารถใช้สิทธิเสรีภาพอื่นๆ ได้ สิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนจึงเป็นสิทธิที่สำคัญ ส่งผลให้ทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนจึงมีอิทธิพลต่อคำประกาศอิสรภาพของประเทศ สหรัฐอเมริกา และมีอิทธิพลต่อผู้ร่างรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาหลาย ๆ ท่าน เช่น Thomas Jefferson และ John Madison เป็นต้น⁶⁶

⁶⁶ Graham Dutfield, Uma Suthersanen. Global intellectual property law, (UK : Edward Elgar Publishing Limited. 2008), pp.54-55.

ด้านที่มาทฤษฎีสติธิในทรัพย์สินของปัจเจกชน ทฤษฎีสติธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนพัฒนาขึ้นจากทฤษฎีสติธิธรรมชาติเกี่ยวกับทรัพย์สิน (natural rights theory of property) เพราะล๊อคเป็นนักปรัชญาที่สำคัญคนหนึ่งในสำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติ (natural law) ล๊อคจึงพัฒนาทฤษฎีสติธิธรรมชาติเกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยล๊อคนำหลักเหตุผลตามธรรมชาติมาใช้ และแสดงไว้ในหนังสือเรื่อง “Two Treatises of Government” เล่มที่ 2 บทที่ 5 ชื่อ Chap. V. of Property ภายใต้แนวคิดที่ว่า สติธิในทรัพย์สินเป็นสติธิตามธรรมชาติ มนุษย์ทุกคนย่อมมีสติธินี้ อย่างเท่าเทียมกัน ภายหลังกฎหมายได้ใช้และอ้างอิงทฤษฎีสติธิในทรัพย์สินของปัจเจกชน เพื่อการอธิบายหลักเหตุผลของการคุ้มครองสติธิผูกขาดในทรัพย์สินทางปัญญา ขอบเขตแห่งสติธิ และระยะเวลาแห่งความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา⁶⁷

นอกจากนี้ ทฤษฎีสติธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนยังเป็นทฤษฎีที่ต่อต้านแนวคิดที่สนับสนุนอำนาจกษัตริย์ ซึ่งในยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาการ นักปรัชญามีทั้งกลุ่มที่สนับสนุนกษัตริย์กับฝ่ายต่อต้านอำนาจกษัตริย์ แต่ทฤษฎีนี้คัดค้านว่า กษัตริย์มีอำนาจสูงสุดและผูกขาดสติธิในทรัพย์สิน กลับกันปัจเจกชนมีสติธิในทรัพย์สินได้ด้วยตนเอง กษัตริย์ไม่ต้องประทานทรัพย์สิน โดยปรากฏแนวคิดทฤษฎีที่สนับสนุนอำนาจกษัตริย์ 2 ทฤษฎี คือ

1) ทฤษฎีว่าด้วยดาบสองเล่ม (doctrine of the two swords) ทฤษฎีนี้ได้รับอิทธิพลจากศาสนาคริสต์ ภายใต้ความเชื่อว่า พระเจ้าทรงประทานอำนาจผ่านสัญลักษณ์ดาบนี้ มีสองเล่ม เล่มหนึ่งมอบแก่ฝ่ายอาณาจักร อีกเล่มมอบแก่ศาสนจักรนิกายโรมันคาทอลิก ทั้งสองฝ่ายจึงมีอำนาจอย่างเท่าเทียมกัน ศาสนจักรจึงไม่อาจครอบงำฝ่ายอาณาจักร เพราะทั้งสองฝ่ายล้วนได้รับมอบอำนาจหน้าที่มาจากพระเจ้า ตามที่คัมภีร์ไบเบิลได้กำหนดไว้ ดังปรากฏข้อความบางส่วนที่ว่า “องค์จักรพรรดิไม่ผูกพันด้วยกฎหมาย (lex) ใดๆ” กษัตริย์จึงมีอำนาจสูงสุดในการปกครองและทรัพย์สิน ปัจเจกชนได้รับทรัพย์สิน เพียงเท่าที่กษัตริย์ประทานให้⁶⁸

2) แนวคิดกษัตริย์มีอำนาจสูงสุดของ Sir Robert Filmer โดย Sir Robert Filmer ได้แสดงความเห็นนี้ผ่านหนังสือชื่อ “Patriarcha” หรือ “(Filmer) The Natural Power of King” ในปี ค.ศ.1680 ว่า กษัตริย์คือผู้เดียวที่มีอำนาจ และทรงใช้อำนาจนั้นกับฝ่ายอาณาจักร⁶⁹

อย่างไรก็ดี ล๊อคได้สังเกตเห็นถึงความไม่เป็นธรรมในทรัพย์สิน ประกอบกับยุคนั้นชนชั้นกลางเริ่มมีอำนาจทางเศรษฐกิจที่สูงขึ้น ล๊อคจึงเป็นนักปรัชญาที่สนับสนุนชนชั้นกลาง

⁶⁷ *Ibid*, pp.54-55.

⁶⁸ ปรีดี เกษมทรัพย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 58, น.161.

⁶⁹ จุมพต ภิณโณสินวัฒน์, “หลักเหตุผลของการคุ้มครองสติธิในทรัพย์สินทางปัญญา”, (ดุขฎิบัญญัติบัณฑิตวิทยาลัยสาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น.77-78.

เพราะทรัพย์สินของปัจเจกชนเป็นสิ่งสำคัญในการดำรงชีพของมนุษย์ ล็อคจึงสนับสนุนนักปรัชญา กลุ่มเสรีนิยม ภายใต้พื้นฐานความเชื่อว่า มนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกัน และมนุษย์ทุกคนล้วนมีศักดิ์ศรีแห่งตน มนุษย์ที่เป็นชนชั้นกลางที่ขยันทำมาหากิน มนุษย์เหล่านี้ควรได้รับการยกย่องและควรมีสติในทรัพย์สิน ตามที่มนุษย์ได้ใช้แรงงานของตนประกอบสัมมาอาชีพ และล็อคมีทัศนคติที่รังเกียจระบอบอภิสิทธิ์ เพราะกลุ่มผู้ปกครองเป็นคนกลุ่มเล็กๆ ในสังคม และใช้อำนาจเพื่อประโยชน์ส่วนตัว การบังคับใช้แรงงานของชนชั้นปกครองจึงถูกรังเกียจ ด้วยล็อคและนักปรัชญาในกลุ่มเสรีนิยมเชื่อในหลักการใช้เหตุผลโน้มน้าวใจ และรังเกียจการใช้อำนาจข่มขู่หรือใช้กำลังบังคับ⁷⁰ ทฤษฎีการใช้แรงงานของ Locke จึงเป็นส่วนหนึ่งของนักปรัชญาในกลุ่มเสรีนิยม เพื่อส่งเสริมสิทธิของปัจเจกชนในทรัพย์สินอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าผู้นั้นอยู่ในสถานะใด เมื่อประชาชนได้ใช้แรงงานกับทรัพยากรแล้ว ประชาชนคนดังกล่าวย่อมมีสิทธิได้รับทรัพย์สินอย่างเท่าเทียมกันทุกคน กษัตริย์จึงไม่มีอำนาจสูงสุด แต่อำนาจที่แท้จริงมีพื้นฐานมาจากอำนาจตามธรรมชาติ ซึ่งอำนาจตามธรรมชาตินี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานผลประโยชน์ของประชาชนไม่ใช่ของกษัตริย์ ประชาชนแต่ละคนจึงมีความชอบธรรมในทรัพย์สิน กษัตริย์ไม่ใช่เพียงกลุ่มคนกลุ่มเดียวที่มีความชอบธรรมในทรัพย์สิน ดังนี้เมื่อมนุษย์หรือประชาชนใช้แรงงานของตนกับทรัพยากรแล้ว มนุษย์หรือประชาชนแต่ละคนย่อมได้ไปซึ่งสิทธิในทรัพย์สิน ซึ่งมนุษย์หรือประชาชนได้ใช้แรงงานด้วยตนเอง⁷¹

ภายใต้แนวคิดที่ว่า ปัจเจกชนเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในทรัพย์สินไม่เกิดขึ้นจากการประทานหรือมอบให้จากผู้ใด และสิทธิในทรัพย์สินจึงเป็นสิทธิตามธรรมชาติของปัจเจกชน ซึ่งแนวคิดนี้ปรากฏอยู่ในหนังสือเรื่อง “Two Treaties of Government” ของล็อค สิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนจึงเป็นสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติ ปัจเจกชนสามารถมีทรัพย์สินหรือมีสิทธิในทรัพย์สินได้ด้วยตนเอง⁷²

อีกมุมหนึ่ง ทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชน หรือที่นักวิชาการรู้จักในชื่อ ทฤษฎีแรงงาน (labour theory of property) สามารถอธิบายว่า มนุษย์รวมตัวเป็นสังคมได้ เพราะความเห็นประโยชน์ส่วนตัวของมนุษย์แต่ละคน ซึ่งกรณีนี้เป็นไปตามกฎหมายธรรมชาติ ด้วยมนุษย์ทุกคนเห็นแก่ประโยชน์ส่วนบุคคล แต่มนุษย์มารวมตัวกันเป็นสังคมได้ สืบเนื่องจากแรงดึงดูดในการแสวงหาประโยชน์ส่วนตน และความพยายามแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวเช่นนี้จึงมีผลดีต่อการ

⁷⁰ ปรีดี เกษมทรัพย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 58*, น.174.

⁷¹ *เพ็ญอ้าง*, น.72.

⁷² จุมพต ภิญาโณสินวัฒน์, *“อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 69*, น.71.

เกิดสังคม ทำให้มนุษย์พยายามรวมตัวกันเป็นสังคม สภาพการรวมตัวมนุษย์ดังกล่าวจึงเป็นไปตามกฎแรงดึงดูดในระบบสุริยะของเซอร์ไอแซค นิวตัน (Issac Newton)⁷³

ด้านสาระสำคัญของทฤษฎีสติธิในทรัพย์สินของปัจเจกชน ซึ่งถือคต้องการยืนยันสติธิในทรัพย์สินของปัจเจกชน ถือคจึงอธิบายว่า

“พระเจ้าเป็นผู้สร้างทุกสรรพสิ่ง ทรัพย์สินทั้งหลายที่พระเจ้าประทานให้เป็นของสาธารณะ ส่งผลต่อความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ทรัพย์สินเหล่านี้จึงมีเจ้าของมากกว่าหนึ่งคน อย่างไรก็ตามพระเจ้ก็ได้มอบสติธิในการใช้ทรัพย์สินนี้แก่เอกชนทุกคน ณ สถานที่ใดก็ตามเมื่อบุคคลหนึ่งได้ประกอบการงานเกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยบุคคลนั้นได้ใช้แรงงานของตนประกอบเข้าด้วย ผลก็คือผลิตภัณฑ์ใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการใช้แรงงานนั้น ผลิตภัณฑ์นั้นจะกลายเป็นทรัพย์สินส่วนบุคคล”⁷⁴

แม้ปัจเจกชนเป็นเจ้าของทรัพย์สินได้ เพราะปัจเจกชนได้ใช้แรงงานของตนกับทรัพย์สินธรรมชาติ ปัจเจกชนจึงได้ไปซึ่งสติธิในทรัพย์สิน สติธิในทรัพย์สินจึงเป็นแดนแห่งกรรมสิทธิ์และเป็นสติธิเด็ดขาดของมนุษย์ แต่สติธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนอยู่ภายใต้ข้อจำกัด 2 ประการ คือ⁷⁵

1) ปัจเจกชนมีสติธิในทรัพย์สินอย่างจำกัด เพียงเท่าที่ปัจเจกชนได้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สิน ก่อนที่ทรัพย์สินจะเน่าหรือสูญหายไป สติธิในทรัพย์สินจึงอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า ปัจเจกชนผู้ได้ใช้แรงงานแห่งตนกับทรัพย์สินเพียงเท่าใด ปัจเจกชนผู้นั้นเป็นเจ้าของทรัพย์สินได้ เพียงเท่าที่ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นสิ่งของขึ้น กลับกันสิ่งของใดๆ เกินกว่าส่วนที่ผู้นั้นจะอ้างเอาได้สิ่งของเหล่านั้นต้องตกเป็นของผู้อื่นในสังคม กรณีนี้เป็นไปตาม Chap. V. OI Property, Sect 31. ซึ่งปรากฏเนื้อหา ดังนี้ “To enjoy. As much as anyone can make use of to any advantage of life before it spoils, so much he may be his labour fix a property in whatever is beyond this, is more than his share and belongs to others.” โดยข้อจำกัดดังกล่าวได้รับอิทธิพลจากความเชื่อในศาสนาคริสต์ว่า เมื่อพระเจ้าสร้างทรัพย์สินแก่มนุษย์ ก็เพื่อที่มนุษย์นำไปใช้ประโยชน์เท่านั้น และมนุษย์ไม่ควรปล่อยให้ทรัพย์สินเหล่านี้เน่าเสียหรือสูญหายไปนั่นเอง

2) แม้ปัจเจกชนอ้างสติธิในทรัพย์สิน แต่ทรัพย์สินย่อมมีเหลืออยู่ เพื่อปัจเจกชนผู้อื่นใช้แรงงานแห่งตนด้วย โดยธรรมชาติทรัพย์สินจึงมีเหลือเพียงสำหรับบุคคลอื่นๆ ในสังคม ซึ่งตามบทความ Chap. V. OI Property, Sect 27 ได้อธิบายภายใต้ประโยคว่า “where

⁷³ Crawford Brough Macpherson, *Property : Maintream and Critical Position*, (Toronto Canada : University of Toronto Press, 1987), pp.13.

⁷⁴ Graham Dutfield and Uma Suthersanen, *supra note* 66, pp.53.

⁷⁵ จุมพต ภิญโญสินวัฒน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 69, น.77.

there is enough, and as good, left in common for others” ทรัพย์สินจึงมีขึ้นเพื่อประโยชน์ส่วนรวม และมีเพียงพอต่อปัจเจกชน

ทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนจึงเกิดขึ้น เพื่อรับรองสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชน พร้อมๆ กับการปกป้องประโยชน์สาธารณะ ภายใต้แนวคิดที่ว่า แม้พระเจ้าประทานทรัพย์สินแก่มนุษย์ทุกคน แต่ก็ไม่หมายความว่า มนุษย์จะได้สิทธิในทรัพย์สินทันที แท้จริงมนุษย์จำเป็นต้องใช้แรงงานของตนกับทรัพย์สิน ทรัพย์สินนั้นจึงกลายเป็นทรัพย์สินของปัจเจกชน ทรัพย์สินที่เกิดขึ้นจึงเป็นผลผลิตระหว่างแรงงานกับทรัพย์สินสาธารณะ สิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนจึงมีข้อจำกัด ปัจเจกชนจึงไม่อาจอ้างสิทธิในทรัพย์สินเกินกว่าส่วนที่ตนใช้แรงงานกับทรัพย์สิน และการอ้างสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนต้องมีทรัพย์สินเหลืออยู่เสมอ ในอันที่เป็นประโยชน์ต่อบุคคลอื่นๆ ในสังคม⁷⁶

ประเด็นการนำทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนไปใช้กับทรัพย์สินทางปัญญานั้น ผู้วิจัยพบว่า ล็อคไม่ใช่นักทฤษฎีนี้ไปใช้กับทรัพย์สินทางปัญญา แต่กรณีนี้เป็นเพราะความแพร่หลายของทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชน นักกฎหมายรุ่นหลังจึงใช้ทฤษฎีนี้กับทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อสร้างความชอบธรรมแก่ความเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา ด้วยวิธีการเทียบเคียงการใช้แรงงานกับการใช้สติปัญญา เพื่อการสร้างนวัตกรรมต่างๆ ของมนุษย์ว่า เพราะการใช้สติปัญญาของมนุษย์มีลักษณะเช่นเดียวกับการใช้แรงงานของมนุษย์ตามทฤษฎีของ Locke นวัตกรรมจึงต้องตกเป็นทรัพย์สินของผู้สร้าง⁷⁷

ตัวอย่างเช่น ในค.ศ.1725 สมาคมผู้พิมพ์หรือจำหน่ายหนังสือกรุงปารีสได้ร่วมกันตีพิมพ์ผลการศึกษารื่องทฤษฎีแรงงานเกี่ยวกับทรัพย์สินครอบคลุมถึงงานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม เนื้อหาสาระงานพิมพ์นี้คือ วรรณกรรมต่างๆ เป็นผลผลิตจากการใช้แรงงานตามทฤษฎีของ Locke ภายใต้คำว่า “fruit of a labour” งานวรรณกรรมจึงเป็นสิทธิเด็ดขาดของผู้สร้างสรรค์ ผู้สร้างสรรค์จึงสามารถใช้ประโยชน์อย่างไม่มีขอบเขตจำกัดและไม่มีข้อจำกัดด้านระยะเวลา เป็นต้น⁷⁸

สำหรับการใช้ทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ผู้วิจัยพบว่า กรณีนี้เป็นผลจากข้อ 3 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 ที่บัญญัติว่า

⁷⁶ Graham Dutfield and Uma Suthersanen, *supra note* 66, pp.53-55.

⁷⁷ David Hurbut, “Fixing the Biodiversity Convention : Toward a Special Protocol for Related intellectual Property.” 37 *Natural Resources Journal*. pp.383-385 (1994).

⁷⁸ จุมพต ภิญโญสินวัฒน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 69, น.74.

“ไม่มีข้อความใดในอนุสัญญานี้จะตีความไปได้ว่า กระทบกระเทือนต่อสิทธิและหน้าที่ของรัฐภาคีอันเกิดจากสิ่งที่เป็นตรรกะระหว่างประเทศในเรื่องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาหรือการใช้ทรัพยากรทางชีวภาพและสิ่งแวดล้อมซึ่งประเทศเหล่านั้นเป็นภาคี”

ประกอบกับชุมชนผู้มีส่วนได้เสียได้ใช้ปกป้องการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์อย่างยาวนาน ก่อนองค์การยูเนสโกประกาศใช้อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 ไม่ว่าในรูปเครื่องหมายการค้า หรือชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ข้อ 3 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 จึงไม่ปฏิเสธสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของปัจเจกชนตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียยังคงได้รับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิดังกล่าวจึงตั้งอยู่บนแนวคิดสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนของล๊อค

ฉะนั้นในฐานะที่ทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนเป็นทฤษฎีพื้นฐานในสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียใช้ปกป้องการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับสินค้าต่างๆ ที่เกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ อย่างยาวนาน ไม่ว่าจะเป็นงานหัตถกรรม การแสดง สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนจึงถูกบรรจุไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 เพื่อที่ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียและสมาชิกในชุมชนยังคงมีสิทธิตามกฎหมายในการปกป้องสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

3.3.3.2 ทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของเฮเกิล (Hegel's property rights theory)

ทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของเฮเกิลเป็นทฤษฎีที่สำคัญในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ทฤษฎีนี้เป็นผลงานของ Georg Wilhelm Friedrich Hegel นักประวัติศาสตร์และนักรัฐศาสตร์ที่สำคัญแห่งประเทศเยอรมัน โดยเฮเกิลได้เสนอผลงาน 2 เรื่อง เรื่องแรก The Lectures In History ที่บรรยายถึงเหตุผลในประวัติศาสตร์ และเรื่องที่สอง The Lectures on The Philosophy of History ที่เป็นคำบรรยายด้านปรัชญาในวิชาประวัติศาสตร์ และภายหลังเฮเกิลจึงเสนอทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สิน ซึ่งทฤษฎีนี้ได้ผนวกภาพรวมประวัติศาสตร์เข้ากับอิทธิพลทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชน สืบเนื่องจากเฮเกิลเป็นนักปรัชญาร่วมสมัยกับล๊อค ส่งผลให้ทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของเฮเกิลจึงอธิบายสิทธิในทรัพย์สินของมนุษย์โดยอาศัยเหตุผลอัตลักษณ์เฉพาะบุคคลที่ปรากฏในทรัพย์สิน ขณะที่ทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนพิจารณาสิทธิในตัวกายภาพของทรัพย์สิน

ส่วนเนื้อหาของทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของเฮเกิล เฮเกิลเสนอความเห็นว่ามีมนุษย์ได้สร้างทรัพย์สินขึ้น ทรัพย์สินที่เกิดขึ้นจึงประกอบด้วยเอกลักษณ์ของเจ้าของทรัพย์สิน

ทรัพย์สินจึงมีสององค์ประกอบ คือตัววัตถุทางกายภาพแห่งทรัพย์สิน และสิ่งที่ไม่มีวัตถุทางกายภาพ ซึ่งสิ่งนี้คือเจตนา (will) ของผู้สร้างสรรค์ ทรัพย์สินที่เกิดขึ้นจึงมีอัตลักษณะเฉพาะตัว ซึ่งอัตลักษณะดังกล่าวได้เชื่อมโยงกับผู้สร้างสรรค์ ผู้สร้างสรรค์จึงควรมีสิทธิในอัตลักษณะดังกล่าว ซึ่งภายหลังและนักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเรียกอัตลักษณะเฉพาะตัวที่เชื่อมโยงกับผู้สร้างสรรค์ว่า “สิทธิทางศีลธรรม” (moral rights) ผลลัพธ์คือเมื่อผู้ใดได้ซื้อผลิตภัณฑ์ ผู้นั้นได้รับเพียงสิทธิในตัวทรัพย์สินที่ใช้กับวัตถุทางกายภาพของผลิตภัณฑ์ แต่ผู้ซื้อไม่อาจได้ไปซึ่งสิทธิทางศีลธรรม หรือสิทธิในความคิดของผู้ผลิตสิ่งของ⁷⁹

จากเนื้อหาแห่งสิทธิในทรัพย์สินของเฮเกลข้างต้น เฮเกลได้นำเสนอผ่านแนวคิดเจตนาเสรี (concept of free will) ว่า ปัจเจกชนย่อมมีอิสระในการแสดงเจตนาเสรี ซึ่งสังคมให้การยอมรับการแสดงเจตนาเสรี โดยเฮเกลอธิบายว่า ปัจเจกชนย่อมแสดงเจตนาเสรีที่มีลักษณะเฉพาะของตนเอง แต่ด้วยมนุษย์เป็นสัตว์สังคม การแสดงเจตนาเสรีจึงไม่เกิดจากเจตจำนงของปัจเจกชนเท่านั้น แต่เจตนาเสรีนั้นจะประกอบขึ้นจากอิทธิพลทางศีลธรรม จริยธรรม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ปัจเจกชนแต่ละคนย่อมมีอิสระต่อการแสดงเจตนาเสรี แต่ด้วยอิทธิพลจากศีลธรรม จริยธรรม เจตนาเสรีของปัจเจกชนแต่ละคนจึงมีลักษณะร่วมกัน ลักษณะร่วมกันนี้ทำให้เริ่มต้นจากระดับครอบครัว และพัฒนามาสู่ระดับสังคม สังคมจึงมีอัตลักษณะร่วมกันของสมาชิก และท้ายที่สุดหลายๆ สังคมที่มีอัตลักษณะร่วมกันนำไปสู่การเป็นอัตลักษณะร่วมของประเทศ⁸⁰

ส่วนการแสดงเจตนาเสรีของปัจเจกชนตามทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของเฮเกล เฮเกลอธิบายว่า เจตนา (will) เป็นนามธรรม และปัจเจกชนได้ผลักดันเจตนาของตนออกมาสู่ภายนอก เริ่มต้นจากการเจตนาที่ไม่เป็นรูปธรรม ต่อมาเจตนาที่นั้นจึงค่อยพัฒนามาเป็นรูปธรรมในรูปความคิด (idea) จนเมื่อปัจเจกชนได้ผลักดันเจตนาแห่งตนออกสู่ภายนอก เจตนาดังกล่าวจึงรวมเข้ากับแนวความคิดของลักษณะเฉพาะส่วนปัจเจกชนของแต่ละคน ทั้งหมดนี้เป็นไปตามคำอธิบายของเฮเกล ว่า

“ลักษณะเฉพาะส่วนบุคคลมีสภาพเป็นแรงผลักดันให้เกิดความต้องการต่อสู้ เพื่อการยกระดับลักษณะเฉพาะส่วนบุคคลของตนเองขึ้นมา จนลักษณะเฉพาะออกมาเหนือข้อจำกัดที่ขวางอยู่ ทำให้มนุษย์สามารถแสดงคุณค่าที่แท้จริงออกมา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การผลักดันให้สามารถแสดงตัวตนกับสังคมหรือโลกภายนอกนั่นเอง”⁸¹

⁷⁹ Graham Dutfield and Uma Suthersanen, *supra note* 66, pp.59-60.

⁸⁰ *Ibid*, pp.83.

⁸¹ *Ibid*, pp.84

คำอธิบายของเฮเกลข้างต้นได้ปรากฏในหนังสือชื่อ Elements of the Philosophy of Rights หรือชื่อที่คนทั่วไปเรียกกันว่า Philosophy of Rights ซึ่งตีพิมพ์ในค.ศ. 1820 ในหนังสือเล่มนี้ เฮเกลได้วิเคราะห์สิทธิในทรัพย์สินจากภาพรวมระบบสังคมทั้งระบบ และศึกษาวิวัฒนาการของทรัพย์สิน และเฮเกลใช้ทฤษฎีนี้เพื่ออธิบายภาพรวมการปรับเปลี่ยนระบบสังคมและสิทธิในทรัพย์สินเป็นส่วนย่อยส่วนหนึ่งของพัฒนาการการเปลี่ยนแปลงระบบสังคม⁸²

ด้านการใช้ทฤษฎีสติธิในทรัพย์สินของเฮเกลกับทรัพย์สินทางปัญญานั้น นักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้นำทฤษฎีดังกล่าวมาใช้ เพื่อการปกป้องสิทธิทางศีลธรรมในทรัพย์สินทางปัญญา เพราะทฤษฎีสติธิในทรัพย์สินของเฮเกลสามารถอธิบายว่า ทรัพย์สินประกอบด้วยวัตถุทางกายภาพ และส่วนที่ไม่วัตถุทางกายภาพ ประกอบกับทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินที่มีคุณสมบัติตรงกับทฤษฎีสติธิในทรัพย์สินของเฮเกล ปัจจุบันสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงมีสองส่วนคือสิทธิทางเศรษฐกิจที่ตั้งบนทฤษฎีสติธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนของล๊อค และสิทธิทางศีลธรรมตามทฤษฎีสติธิในทรัพย์สินของเฮเกล ในภายหลังสิทธิทางศีลธรรมหรือธรรมสิทธิได้กลายเป็นหนึ่งในสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์และในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ⁸³

ส่วนความหมายของสิทธิทางศีลธรรมหรือธรรมสิทธิ เฮเกลอธิบายว่า สิทธิทางศีลธรรมหรือในชื่อธรรมสิทธิ หมายถึงการมอบประโยชน์แก่ทางวิทยาศาสตร์และศิลปะเพื่อการรับประกันแก่นักวิทยาศาสตร์และศิลปินทั้งหลายต่อการถูกขโมย และนักวิทยาศาสตร์และศิลปินสามารถได้รับประโยชน์จากความคุ้มครองทรัพย์สินของตน โดยสิทธิทางศีลธรรมเป็นสิทธิขั้นแรกที่สำคัญมากที่สุด และสิทธิทางศีลธรรมของนักวิทยาศาสตร์และศิลปินมีประโยชน์ทางการค้าและอุตสาหกรรม เพราะนักวิทยาศาสตร์และศิลปินอ้างสิทธิดังกล่าวต่อการดำเนินคดีตามกฎหมายหากผลงานตามความคิดของตนถูกขโมยจากบุคคลใดๆ⁸⁴

ดังนี้ เบื้องต้นสิทธิทางศีลธรรมหรือธรรมสิทธิในทฤษฎีสติธิในทรัพย์สินของเฮเกลมีเนื้อหา 2 ประการ ดังนี้⁸⁵

1) สิทธิในการระบุหรืออ้างอิงถึงความเป็นเจ้าของผลงาน ซึ่งการระบุหรืออ้างอิงดังกล่าวเป็นการตอบสนองความต้องการของผู้สร้างสรรค์ เพื่อผู้สร้างสรรค์ต้องการได้รับการยอมรับจากสังคม

⁸² จุมพต ภิญโญสินวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 69, น.82.

⁸³ Graham Dutfield and Uma Suthersanen, *supra mote* 66, pp.59-60.

⁸⁴ *Ibid*, pp.59.

⁸⁵ *Ibid*, p.59-60.

2) สิทธิห้ามการดัดแปลง แก้ไขเปลี่ยนแปลงผลงานสร้างสรรค์ของตน ทั้งนี้เฮเกลให้เหตุผลว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงผลงานสร้างสรรค์ เพราะการกระทำดังกล่าวคือการเปลี่ยนแปลงอัตลักษณ์เฉพาะตัวของผู้สร้างสรรค์ ผู้สร้างสรรค์จึงมีสิทธิห้ามการแก้ไขผลงานของตน

อนึ่ง ทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของเฮเกลยังอธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับสิทธิทางศีลธรรมว่า สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิเฉพาะตัวผู้สร้างสรรค์ สิทธินี้จึงไม่โอนไปพร้อมงานสร้างสรรค์หรือนวัตกรรม สิทธินี้ยังอยู่กับตัวผู้สร้างสรรค์ ด้วยเหตุที่สิทธิทางศีลธรรมยึดโยงกับอัตลักษณ์ของตัวผู้สร้างสรรค์

นอกจากนี้ ทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของเฮเกลได้ก่อให้เกิดแนวคิดเกี่ยวกับงานสาธารณะ ด้วยเฮเกลยอมรับว่า วัตถุบางชนิดไม่อาจเป็นทรัพย์สินและทรัพย์สินทางปัญญา วัตถุนั้นคืองานสาธารณะ (public domain) และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาคควมมีอยู่เพียงระยะเวลาอันจำกัด⁸⁶ รวมทั้งการใช้งานทรัพย์สินทางปัญญาต้องอยู่ภายใต้ข้อยกเว้น เพื่อประโยชน์ส่วนรวม ดังนี้⁸⁷

1) งานสาธารณะ เฮเกลอธิบายว่า คือวัตถุที่ไม่ได้รับความคุ้มครอง วัตถุนี้ได้แก่แนวคิด (ideas) ของผู้สร้างสรรค์ สาธารณชนจึงใช้แนวคิดของผู้สร้างสรรค์หรือนักประดิษฐ์ได้ เพราะแนวคิดเป็นเพียงรูปแบบการแสดงออกทางความคิด และแนวคิดยังไม่มีสาระสำคัญถึงขั้นแสดงออกในอัตลักษณ์ของผู้สร้างสรรค์ แนวคิดจึงไม่ได้รับการปกป้องตามกฎหมายและสาธารณชนสามารถใช้แนวคิดดังกล่าว เพื่อการผลิตงานสร้างสรรค์และนวัตกรรมที่มีคุณค่าสูงขึ้น ผู้ใดก็ย่อมมีสิทธิเรียนรู้แนวคิดและพัฒนาผลิตภัณฑ์จากแนวคิดดังกล่าว เพื่อให้งานสร้างสรรค์หรือนวัตกรรมที่เกิดขึ้นได้รับการปกป้องตามกฎหมาย เช่น ผู้สร้างสรรค์หนังสือยอมเป็นเจ้าของหนังสือ โดยหนังสือเล่มนี้เกิดขึ้นจากการเรียนรู้ต่อยอดความคิดจากหนังสือเล่มอื่น จนผู้สร้างสรรค์หนังสือเล่มใหม่สามารถเป็นเจ้าของผลงานทางความคิดในหนังสือเล่มใหม่นี้ได้ เป็นต้น

2) ข้อยกเว้นสิทธิในทรัพย์สิน เฮเกลได้อธิบายเกี่ยวกับข้อยกเว้นการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาว่า โดยทั่วไปสิทธิทางศีลธรรมหรือธรรมสิทธิย่อมปกป้องผลประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์ ผู้ใดจึงไม่อาจดัดแปลงแก้ไขงานสร้างสรรค์หรือนวัตกรรมดังกล่าว แต่ด้วยทรัพย์สินมีขึ้นเพื่อการพัฒนาสังคมมนุษย์หรือประโยชน์ส่วนรวม เฮเกลจึงเสนอว่า การศึกษา การสอนที่ใช้ผลผลิตทางความคิดของปัจเจกชนเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม การศึกษา การสอนที่เป็นการใช้ทรัพย์สินของปัจเจกชนนี้เป็นข้อยกเว้นสิทธิในทรัพย์สิน เพราะการแก้ไข ดัดแปลง ทำซ้ำ เผยแพร่ หรือการใช้งานสร้างสรรค์เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ผู้ใดย่อมแก้ไขดัดแปลงได้ด้วยเหตุดังกล่าวได้

⁸⁶ *Ibid*, pp.59-60.

⁸⁷ *Ibid*, pp.60.

รวมถึงการนำทรัพย์สินทางปัญญาไปใช้ในงานสอน ซึ่งเฮเกลเรียกว่า การใช้ประโยชน์ในรูปการเผยแพร่การบรรยายหรือการสอนเป็นการกระทำให้เกิดสิ่งที่ดี การเผยแพร่งานดังกล่าวย่อมกระทำได้ เพราะการกระทำเช่นนี้มีผลให้สังคมเจริญรุ่งเรือง⁸⁸

สำหรับการนำทฤษฎีสติธิในทรัพย์สินของเฮเกลไปใช้กับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ผู้วิจัยพบว่า กรณีนี้เป็นไปเพราะพันธกรณีในข้อ 3 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 ร่วมกับธรรมชาติของสินค้าที่เกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพราะสินค้านี้มีลักษณะบางประเภทมี 2 องค์ประกอบเช่นเดียวกับทรัพย์สินในทฤษฎีสติธิในทรัพย์สินของเฮเกล สินค้าเหล่านี้ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียจึงควรได้รับการปกป้องทั้งสิทธิทางเศรษฐกิจและสิทธิทางศิลปกรรม เช่น ผ้าไหม ชุมชนได้ผลิตขึ้นและใช้ทางประเพณีวัฒนธรรม ชุมชนจึงควรได้ไปซึ่งสิทธิทางเศรษฐกิจและสิทธิทางศิลปกรรม เป็นต้น

ดังนั้นทฤษฎีสติธิในทรัพย์สินของเฮเกลจึงเป็นทฤษฎีพื้นฐานตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียสามารถนำมาใช้ประโยชน์ในการปกป้องการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสินค้าต่างๆ ของเอกชน โดยสิทธินี้เป็นไปตามพันธกรณีข้อ 3 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 แม้ว่าอนุสัญญาฉบับดังกล่าวไม่มอบสิทธิทางเศรษฐกิจและสิทธิทางศิลปกรรมแก่ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียไม่มีสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและสนธิสัญญาระหว่างประเทศอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของปัจเจกชน

3.4 สนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ด้วยกฎหมายวัฒนธรรมของประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะประเทศกลุ่ม CLMV ประเทศมาเลเซียที่เป็นเพื่อนบ้านของประเทศไทย กฎหมายวัฒนธรรมประเทศเหล่านี้ล้วนเกิดขึ้นจากการปฏิบัติพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโก ประกอบกับข้อ 3 (b) อนุสัญญาฉบับดังกล่าวได้รับรองว่า การปฏิบัติตามพันธกรณีอนุสัญญาฉบับนี้ไม่กระทบต่อพันธกรณีสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านทรัพย์สินทางปัญญา ส่งผลให้สนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องจึงมีเนื้อหาต่อไปนี้

⁸⁸ *Ibid*, pp.60.

3.4.1 ความตกลงทริปส์ขององค์การการค้าโลกที่ปกป้องการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ของเอกชนในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ความตกลงทริปส์ หรือชื่อทางการความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs) เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านทรัพย์สินทางปัญญาที่สำคัญ เพราะความตกลงทริปส์ได้ผนวกสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านทรัพย์สินทางปัญญาฉบับอื่นๆ และด้วยความตกลงทริปส์เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านทรัพย์สินทางปัญญาที่มีผลบังคับต่อมาตรการทางการค้าระหว่างประเทศ ความตกลงทริปส์จึงมีผลต่อการปกป้องสินค้าและบริการที่เกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้และนวัตกรรมต่างๆ

3.4.1.1 ความเป็นมาและวัตถุประสงค์

ความตกลงทริปส์เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization - WTO) ที่มีความสำคัญทั้งด้านการค้าระหว่างประเทศและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของปัจเจกชน เพราะความตกลงทริปส์ได้เกิดขึ้นจากการพัฒนาต่อยอดความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade - GATT) ซึ่งความตกลงดังกล่าวเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่มุ่งส่งเสริมประโยชน์ทางการค้าและเศรษฐกิจภายใต้เจตนารมณ์คือโลกอยู่ในระบบการค้าเสรี ซึ่งรัฐภาคีสมาชิกต้องลดอุปสรรคทางอัตราภาษีศุลกากร และด้วยองค์การการค้าโลกต้องการแก้ไขปัญหาความล้มเหลวความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ทำให้วันที่ 1 มกราคม 2538 องค์การการค้าโลกจึงถูกก่อตั้งขึ้น โดยผลจากความตกลงมาร์ราเกซ ในการเจรจาการค้า พหุภาคีรอบอุรุกวัย และ 76 ประเทศทั่วโลกได้เข้าเป็นรัฐภาคีสมาชิกองค์การการค้าโลก ต่อมาความตกลงทริปส์ได้ถูกประกาศใช้ เพื่อทดแทนความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า⁸⁹

อีกสาเหตุแห่งการเกิดความตกลงทริปส์ ก็คือความขัดแย้งทางการค้าระหว่างประเทศในสินค้าประเภททรัพย์สินทางปัญญาของโลกตะวันตก ปัญหาสินค้าลอกเลียนแบบจากประเทศกำลังพัฒนา ปัญหาการฉกฉวยภูมิปัญญาท้องถิ่น มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้และมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้จากประเทศโลกตะวันออก เพราะชาวตะวันตกอาศัยความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีวิทยาศาสตร์ เพื่อการผลิตสินค้าสมัยใหม่ และต่อยอดภูมิปัญญาท้องถิ่นและมรดกทางวัฒนธรรมทั้งที่จับต้องได้และมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของโลกตะวันออก โลกจึง

⁸⁹ คณะผู้แทนถาวรไทยประจำองค์การการค้าโลกและองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก, “องค์การการค้าโลก (WTO) ตั้งขึ้นมาอย่างไร”, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 เมษายน 2563 จาก <https://www.pmtw.moc.go.th/wto>.

พยายามสร้างกลไกกฎหมายระหว่างประเทศในการผูกขาดเชิงพาณิชย์ และแก้ไขความล้มเหลวของระบบการค้าเสรีตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า⁹⁰

ส่วนการแก้ไขปัญหาไร้สภาพบังคับของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้านั้นเกิดขึ้น เมื่อวันที่ 20 ธันวาคม ค.ศ.1991 ซึ่งนานาชาติได้ร่วมประชุมในการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย (Draft Final Act Embodying the Result of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiation) หรือ Dunkel Draft และที่ประชุมได้ร่วมลงนามรับรองกรมสารสุดท้ายในวันที่ 15 เมษายน ค.ศ.1996 เพื่อจัดตั้งองค์การการค้าโลก พร้อมกับการประกาศใช้ความตกลงทริปส์ นับแต่นั้นความตกลงฉบับนี้ได้ผนวกเอาสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านทรัพย์สินทางปัญญาเข้าไว้ ดังที่ปรากฏในภาคผนวก 1C ของข้อตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกดังกล่าว (Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization) ส่งผลให้ปัญหาการไร้สภาพบังคับทางกฎหมายตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านทรัพย์สินทางปัญญาดุลลงและโลกเกิดระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่มีประสิทธิภาพ เพื่อสร้างแรงจูงใจให้ภาคเอกชนลงทุนด้านวิจัยและพัฒนา การสร้างสรรค์ผลงานและนวัตกรรมใหม่ๆ⁹¹

วัตถุประสงค์ความตกลงทริปส์ ซึ่งปรากฏตามอารัมภบทความตกลงทริปส์ว่า ความตกลงทริปส์เกิดขึ้นด้วยวัตถุประสงค์สำคัญใหญ่ๆ 2 ประการ คือ

ประการแรก การสร้างมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยที่ความตกลงทริปส์ไม่ใช่ข้อบังคับที่เข้มงวด ความตกลงทริปส์จึงมิได้กำหนดกฎเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไว้ตายตัว แต่ความตกลงทริปส์เป็นมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard) เพื่อที่รัฐภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกต้องให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางปัญญาไม่น้อยไปกว่าที่ปรากฏในความตกลงทริปส์ แต่รัฐภาคีสมาชิกอาจให้ความคุ้มครองสูงกว่ามาตรฐานของความตกลงทริปส์ก็ได้ ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไข คือความคุ้มครองนั้นๆ ต้องไม่ขัดต่อหลักการและข้อกำหนดในความตกลงทริปส์ และด้วยความตกลงทริปส์มิได้กำหนดว่า รัฐภาคีสมาชิกจะต้องใช้วิธีการใดในการปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำดังกล่าว รัฐภาคีสมาชิกจึงมีอิสระในการที่จะตัดสินใจว่าจะใช้วิธีการใดในการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ความตกลงทริปส์⁹²

⁹⁰ รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์, กฎกติกา WTO เล่มที่ห้า: ทรัพย์สินทางปัญญา, (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัด สามลดา, 2552), น.4.

⁹¹ ศูนย์ข้อมูลและข่าวสืบสวนเพื่อสิทธิพลเมือง, "TRIPsจากอุรุกวัยสู่ไทยแลนด์", สืบค้นเมื่อวันที่ 17 เมษายน 2563 จาก <https://www.tcijthai.com/news/2012/12/watch/1626>.

⁹² คณะผู้แทนถาวรไทยประจำองค์การการค้าโลกและองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก, อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 89.

นอกจากนี้ ข้อ 2 ของความตกลงทริปส์ได้ผนวกเอาอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินด้านอุตสาหกรรม ค.ศ.1883 (Paris Convention for the Protection of Industrial Property 1883) และอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองผลงานด้านวรรณกรรมและศิลปะ ค.ศ.1886 (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Work 1886) เข้าไว้ ความตกลงทริปส์จึงเป็นมาตรการเสริมในความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยรัฐภาคีสมาชิกความตกลงทริปส์ไม่มีผลกระทบต่อการปฏิบัติพันธกรณีประเทศภาคีสมาชิกมีต่อกันอยู่แล้ว ภายใต้อนุสัญญากรุงปารีส อนุสัญญากรุงเบอร์น และอนุสัญญากรุงโรม⁹³

ประการที่สอง สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิของปัจเจกชน ซึ่งปรากฏในอารัมภบทความตกลงทริปส์ที่ว่า การตระหนักว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิของปัจเจกชน⁹⁴ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นสิทธิในความเป็นเจ้าของ โดยปัจเจกชนหรือเอกชนเป็นผู้ทรงสิทธิ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงได้รับอิทธิพลโดยตรงจากลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) และกลุ่มบุคคลหรือชุมชนก็อาจเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ ในฐานะที่กลุ่มบุคคลชุมชนดังกล่าวเป็นสิทธิร่วมของปัจเจกชน ในฐานะที่สิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนเกิดขึ้นจากอิทธิพลแนวคิดสิทธิมนุษยชน ซึ่งแนวคิดสิทธิมนุษยชนถือว่า สิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนเป็นสิทธิพื้นฐาน เพื่อการประกันการใช้สิทธิเสรีภาพอื่นๆ การดำรงไว้ซึ่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามแนวคิดสิทธิมนุษยชน ปัจเจกชนจะสามารถพัฒนาตนทั้งกาย จิตใจ และกำหนดใจตนเองได้อย่างอิสระ ปราศจากการครอบงำของผู้ปกครองและบุคคลใดๆ ก็ต่อเมื่อปัจเจกชนมีความมั่นคงในทรัพย์สิน ส่งผลให้ความตกลงทริปส์จึงมุ่งสร้างการตระหนักแก่รัฐภาคีสมาชิกว่า สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิของปัจเจกชน

อนึ่ง ผู้วิจัยพบว่า ปัจจุบันความตกลงทริปส์ได้รับรองสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชน และสิทธิชุมชน ปัจเจกชนหรือเอกชนและชุมชนจึงเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ดังนี้

1) ความตกลงทริปส์มีทั้งบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของปัจเจกชน และสิทธิชุมชน เช่น หมวด 1 เรื่องลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงในความตกลงทริปส์ที่มอบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแก่ผู้สร้างสรรค์ และผู้สร้างสรรค์ร่วม ผู้สร้างสรรค์จึงเป็นผู้ทรงสิทธิ

⁹³ เพิ่งอ้าง.

⁹⁴ Prologue of The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Recognizing that intellectual property rights are private rights.

ในทรัพย์สินของปัจเจกชนหรือเอกชน แต่ในข้อ 22 ความตกลงทริปส์เรื่องการปกป้องสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ซึ่งสิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นสิทธิชุมชน ชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิไม่ใช่เอกชน เป็นต้น

2) ไม่ว่าสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนหรือเอกชน หรือสิทธิชุมชนล้วนได้รับอิทธิพลจากแนวคิดสิทธิมนุษยชนทั้งสิ้น ทำให้แม้ความตกลงทริปส์ไม่มีข้อความใดบัญญัติว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิชุมชน แต่แท้จริงทั้งแนวคิดสิทธิปัจเจกชนและสิทธิชุมชนล้วนมีจุดยึดโยงเดียวกัน คือปัจเจกชนหรือชุมชนดำรงอยู่และใช้สิทธิเสรีภาพต่างๆ ได้ เมื่อปัจเจกชนหรือชุมชนมีสิทธิในทรัพย์สิน ความมั่นคงของสิทธิในทรัพย์สินจึงมีความสำคัญ หากปัจเจกชนหรือชุมชนไม่มีสิทธิในทรัพย์สินแล้ว ปัจเจกชนหรือชุมชนย่อมไม่อาจกำหนดใจตนเองได้อย่างอิสระ การพัฒนาตนทั้งกายและจิตใจย่อมไม่อาจเกิดขึ้น

ด้วยเหตุนี้ปัจเจกชนหรือเอกชน และชุมชนจะดำรงรักษาไว้ซึ่งศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรมอาจจะปรากฏตัวให้เห็นในอย่างเป็นทางการได้ ก็ต่อเมื่อปัจเจกชนหรือเอกชนและชุมชนสามารถกำหนดวิถีชีวิตของคนได้ด้วยตนเองอย่างอิสระ และปัจเจกชนหรือเอกชน และชุมชนต้องมีสิทธิในทรัพย์สินรวมถึงทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากทรัพย์สินทางปัญญาของเอกชน ในฐานะที่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิทางเศรษฐกิจ (Economic rights)

ประการสุดท้าย วัตถุประสงค์ความตกลงทริปส์ คือความจำเป็นในการรักษาสมดุล (need to balance) ระหว่างประโยชน์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะ ซึ่งการรักษาสมดุลดังกล่าวปรากฏใน 2 รูปแบบใหญ่ๆ ในความตกลงทริปส์

1) สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีระยะเวลาอันจำกัด เพราะไม่ว่าเอกชนที่เป็นผู้สร้างสรรค์ นักประดิษฐ์ เอกชนได้รับสิทธิผูกขาดการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ก็ตาม แต่ผู้รับประโยชน์แท้จริง ก็คือสาธารณชนที่ได้รับประโยชน์จากสิ่งอำนวยความสะดวก การใช้ชีวิตที่มีคุณภาพจากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี แต่สิทธิผูกขาดประโยชน์เชิงพาณิชย์ของเอกชนมีเพียงระยะเวลาอันจำกัด และเมื่อล่วงพ้นเวลาดังกล่าว นวัตกรรมและงานสร้างสรรค์ตกเป็นงานสาธารณะ ซึ่งสาธารณชนสามารถใช้ประโยชน์ได้โดยปราศจากค่าตอบแทนแก่ผู้สร้างสรรค์

2) เอกชนผู้ทรงสิทธิไม่อาจใช้สิทธิในทุกกรณี แต่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นต่างๆ⁹⁵ เพื่อสาธารณชนสามารถเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากนวัตกรรมงานสร้างสรรค์ดังกล่าวได้ แม้ระยะเวลาการผูกขาดสิทธิในเชิงพาณิชย์ยังคงอยู่ ซึ่งกรณีเช่นนี้ปรากฏใน

⁹⁵ Article 17 The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

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

บทบัญญัติกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาต่างๆ เช่น หลัก Fair Use 9k, ข้อ 17 ความตกลงทริปส์เรื่อง เครื่องหมายการค้า เป็นต้น

ดังนั้นความตกลงทริปส์ขององค์การการค้าโลกจึงเป็นสนธิสัญญา ระหว่างประเทศที่สำคัญด้านทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งข้อ 3 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทาง วัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ได้บัญญัติรับรองไว้ ทำให้ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียได้รับทั้งสิทธิทาง วัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อผูกขาดการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์กับสินค้า อาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

3.4.1.2 ลักษณะและประเภทของทรัพย์สินทางปัญญา

เมื่อทรัพย์สินทางปัญญาเป็นผลผลิตจากความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงมีอยู่เหนือสิ่งที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ทางปัญญาของมนุษย์⁹⁶ และ ด้วยผลผลิตทางความคิดของมนุษย์แปรผันตามเทคโนโลยีที่ก้าวหน้าของโลก นักวิชาการจึงให้คำ จำกัดความถึงลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญาในหลากหลายรูปแบบ ดังนี้

องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกได้อธิบายไว้ว่า ทรัพย์สินทางปัญญามี ลักษณะเป็นการสร้างสรรค์ทางความคิด นวัตกรรม วรรณกรรม งานศิลปะ และสัญลักษณ์ ชื่อและ ภาพที่ถูกใช้ทางการค้า⁹⁷

นักนิติศาสตร์ สถาบันข้อมูลกฎหมาย มหาวิทยาลัยคอนเนล (Cornell Law School) อธิบายถึงลักษณะทรัพย์สินทางปัญญาไว้ว่า ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นผลผลิตทาง ความคิดของมนุษย์ ซึ่งกฎหมายให้ความคุ้มครองจากการใช้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทรัพย์สินทาง ปัญญาจึงเป็นสิทธิในความเป็นเจ้าของตามกฎหมายที่ระยะเวลาอันจำกัด สิทธินี้เป็นสิทธิผูกขาดเพียง ผู้เดียว เพื่อการปกป้องทรัพย์สิน⁹⁸

Joanna T. Brouger เจ้าของและผู้บริหารระดับสูงสำนักงานกฎหมาย BioPharma Law Group, PLLC อธิบายลักษณะทรัพย์สินทางปัญญาไว้ว่า ทรัพย์สินทางปัญญาเป็น ทรัพย์สินรูปแบบหนึ่ง โดยผู้สร้างสรรค์มีสิทธิในความเป็นเจ้าของในช่วงระยะเวลาอันจำกัด สิทธิ ดังกล่าวยังสามารถโอนแก่บุคคลอื่น แต่ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินที่ไม่อาจสัมผัสหรือจับต้อง

⁹⁶ สมหมาย ตามประวัติ, “ทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual property)”, สืบค้นเมื่อวันที่ 25 เมษายน 2563 จาก <https://www.nstda.or.th/th/nstda-knowledge/2862-intellectual-property>.

⁹⁷ WIPO, What is Intellectual Property?, (Geneva : World Intellectual Property Organization, 2020), pp.2.

⁹⁸ Legal Information Institute of Cornell Law School, “Intellectual property”, Retrieved 22 April 2020 https://www.law.cornell.edu/wex/intellectual_property.

ได้ เพราะแท้จริงแล้วทรัพย์สินทางปัญญาเป็นผลจากการสร้างสรรค์ของปัจเจกชน ลักษณะทั่วไปของทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นความคิดของปัจเจกชน⁹⁹

จากลักษณะทรัพย์สินทางปัญญาข้างต้น นักวิชาการล้วนมีความเห็นสอดคล้องกันว่า ลักษณะทรัพย์สินทางปัญญา คือการเป็นทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ ทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นสิทธิที่ปกป้องผลผลิตทางความคิดของมนุษย์ สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิในความเป็นเจ้าของความคิด และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิผูกขาดในการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชน ไม่ว่าจะเอกชนเป็นปัจเจกชนหรือชุมชน รวมทั้งผู้วิจัยมีข้อสังเกตถึงลักษณะทรัพย์สินทางปัญญาเพิ่มเติม 5 ประการ คือ

1) แม้ว่าทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ แต่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกิดขึ้นได้ ก็ต่อเมื่อผู้สร้างสรรค์หรือนักประดิษฐ์ได้แสดงออกทางความคิดเท่านั้น ระบบทรัพย์สินทางปัญญาจึงไม่ปกป้องความคิดในใจของผู้ใด

2) ทรัพย์สินทางปัญญาไม่มีวัตถุทางกายภาพที่จับต้องได้ ทรัพย์สินทางปัญญาจึงลักษณะทางกายภาพเหมือนกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งทั้งสองล้วนไม่อาจสัมผัสหรือจับต้องได้ หรือเรียกว่ากายภาพ

3) แม้ทรัพย์สินทางปัญญาไม่อาจจับต้องได้ แต่ไม่หมายความว่าทรัพย์สินทางปัญญาอยู่ได้เพียงลำพัง ทรัพย์สินทางปัญญาอาจจำเป็นต้องอาศัยวัตถุทางกายภาพบางประการ เพื่อการบันทึกหรือแสดงออกทางความคิดสร้างสรรค์ เช่น งานจิตรกรรมเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่งานจิตรกรรมจำเป็นต้องอาศัยผืนผ้าใบ หรือวัตถุใดๆ ที่มีตัวตนทางกายภาพ เพื่อการแสดงออกทางความคิดของผู้สร้างสรรค์ เป็นต้น

4) โดยทั่วไปทรัพย์สินทางปัญญามุ่งปกป้องผลผลิตทางความคิดที่มีความใหม่ หรือไม่ลอกเลียนแบบ หรือทำซ้ำผู้ใด แต่ทรัพย์สินทางปัญญาบางประเภทก็ไม่ได้อยู่ภายใต้จุดมุ่งหมายนี้ เช่น กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในข้อ 22 ความตกลงทริปส์ เพราะสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์วัตถุแห่งความคุ้มครองเป็นชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ซึ่งชุมชนใช้กันมาอย่างยาวนาน ก่อนการเกิดข้อ 22 ความตกลงทริปส์ ข้อ 22 ความตกลงทริปส์จึงเป็นเพียงการรับรองสิทธิทางกฎหมายแก่ชุมชน เพื่อชุมชนมีสิทธิผูกขาดการใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ โดยชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไม่สัมพันธ์กับเงื่อนไขความใหม่ (novelty) หรือความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ (originality)

⁹⁹ Joanna T. Brougher, *Intellectual Property and Health Technologies: Balancing Innovation and the Public's Health*, (New York : Springer, 2014), pp.1.

5) ลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญาตั้งอยู่บนหลักการสำคัญ 3 ประการ หลักการผูกขาดสิทธิ (monopoly rights) หลักสิทธิทางเศรษฐกิจ (economic rights) และหลักความจำเป็นในการรักษาสมดุล (need to balance) ทำให้แม้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิในความเป็นเจ้าของของเอกชน แต่สาธารณชนคือผู้ได้รับประโยชน์แท้จริงจากงานสร้างสรรค์ นวัตกรรม เช่นนี้ลักษณะทั่วไปของทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้ความตกลงทริปส์ คือการเป็นสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนหรือเอกชน และชุมชน โดยทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงไม่ใช่กรรมสิทธิ์ในวัตถุที่บันทึกหรือแสดงออกทางความคิดของผู้สร้างสรรค์ ทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นสิทธิทางกฎหมายในผลผลิตทางความคิดของมนุษย์ ภายใต้หลักกฎหมาย 3 หลักการ คือหลักการผูกขาดสิทธิ (monopoly rights) หลักสิทธิทางเศรษฐกิจ (economic rights) และหลักความจำเป็นในการรักษาสมดุล (need to balance)

ส่วนประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลงทริปส์ ปรากฏว่าความตกลงทริปส์คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาหลายประเภท แต่ความคุ้มครองดังกล่าวจำแนกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ¹⁰⁰

1) ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (industrial property) ได้แก่ความคุ้มครองผลผลิตที่เกี่ยวข้องกับสินค้าทางอุตสาหกรรมต่างๆ โดยผลผลิตนี้เป็นความคิดในการประดิษฐ์คิดค้น หรือกระบวนการหรือเทคนิคในการผลิต ซึ่งนักประดิษฐ์ได้ปรับปรุงหรือประดิษฐ์ขึ้นใหม่ หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ทางอุตสาหกรรมที่เป็นองค์ประกอบและรูปร่างของตัวผลิตภัณฑ์ เครื่องหมายการค้า หรือยี่ห้อ ชื่อและถิ่นที่อยู่ทางการค้า แหล่งกำเนิดและการป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม และด้วยทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมมีความหลากหลาย โดยความหลากหลายนี้เป็นพัฒนาการที่สัมพันธ์กับความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี รัฐภาคีสมาชิกความตกลงทริปส์จึงตรากฎหมายภายในหลายฉบับ เพื่อการปกป้องทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมและปฏิบัติตามพันธกรณีความตกลงทริปส์ เช่น ประเทศไทยมีกฎหมายหลายฉบับที่ปกป้องทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546 เป็นต้น

2) ลิขสิทธิ์ (copyright) ได้แก่ความคุ้มครองที่เกี่ยวกับงานวรรณกรรม เช่น นวนิยาย บทกวี หรือการละเล่น เป็นต้น ภาพยนตร์ ดนตรี งานศิลปกรรม การออกแบบสถาปัตยกรรม รวมถึงสิทธิของนักแสดง ภายถ่าย งานบันทึกเสียง การแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านวิทยุ หรือโทรทัศน์

¹⁰⁰ WIPO, *supra* note 49.

อย่างไรก็ดี แม้ว่าทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมมีหลายประเภท แต่ผู้วิจัยพบว่า ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมแบ่งแยกย่อยได้อีก 2 ประเภทตามลักษณะแห่งสิทธิ คือ

1) ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมที่ตั้งอยู่บนแนวคิดสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนหรือเอกชน ซึ่งทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมประเภทนี้เกิดขึ้นก่อนค.ศ.1997 ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมประเภทนี้ได้รับอิทธิพลจากสิทธิปัจเจกชนนิยม และลัทธิดังกล่าวเป็นรากฐานของกฎหมายตะวันตก ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายมหาชน กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายธุรกิจ หรือกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมตามความตกลงทริปส์จึงประกอบด้วยเครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร ผังภูมิวงจรรวม การออกแบบผลิตภัณฑ์ ความลับทางการค้า

2) ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมที่ตั้งอยู่บนแนวคิดสิทธิชุมชน ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมประเภทนี้เริ่มเกิดขึ้นตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 19 พร้อมๆ กับการรับอิทธิพลลัทธิชุมชนนิยม (collectivism) หรืออาจเรียกว่า หรือลัทธิประชาคมนิยม (civil Societiesm) หรือชุมชนนิยม (Communitarianism) ซึ่งลัทธินี้มีนักปรัชญาที่สำคัญหลายคน เช่น Ferdinand Tönnies ที่บัญญัติศัพท์คำว่า “ชุมชน” (community หรือในภาษาเยอรมัน Gemeinschaft) ไว้ว่า ชุมชนเป็นศัพท์แสดงถึงเอกลักษณ์ของชุมชนเล็กๆ ชนบท หมู่บ้าน ชุมชนเหล่านี้มีความพิเศษและแตกต่างจากชุมชนคนเมือง หรือ Max Weber ที่อธิบายความแตกต่างระหว่างชุมชนกับปัจเจกชนในทางศาสนา ความเชื่อ เป็นต้น

ด้วยลัทธิชุมชนนิยมที่เชื่อว่า ประโยชน์ของชุมชนย่อมมีความแตกต่างจากประโยชน์ของปัจเจกชน สาเหตุจากชุมชนเป็นกลุ่มบุคคลที่รวมตัวขึ้น และชุมชนมีการดำรงอยู่อย่างต่อเนื่อง การเกิดขึ้นของชุมชนจึงเป็นไปเพื่อการปฏิบัติหน้าที่บางประการ ซึ่งปัจเจกชนแต่ละคนไม่อาจปฏิบัติเพียงลำพังตนเอง เช่น การประกอบพิธีกรรมทางศาสนา การผลิตหัตถกรรมชุมชน เป็นต้น ประโยชน์ของชุมชนจึงเป็นประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์สาธารณะจึงแยกตัวจากประโยชน์ของปัจเจกชน ส่งผลให้ข้อ 22 ความตกลงทริปส์จึงรองรับสิทธิชุมชน ชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และสิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จึงเป็นสิทธิชุมชนไม่ใช่ปัจเจกชนหรือเอกชน สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จึงเป็นทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมที่มอบสิทธิแก่ชุมชน

ฉะนั้นทรัพย์สินทางปัญญาจึงมีลักษณะเป็นผลผลิตทางความคิดของมนุษย์ ซึ่งมนุษย์ได้แสดงออกทางความคิดในรูปแบบวิธีการต่างๆ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นกฎหมายที่ปกป้องผลผลิตทางความคิดของมนุษย์ ไม่ว่าจะผลผลิตทางความคิดดังกล่าวจะเป็นลิขสิทธิ์ หรือทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม แต่ด้วยมนุษย์มีผลผลิตทางความคิดที่แปรผันตามเทคโนโลยี ประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาจึงไม่หยุดนิ่ง ในอนาคตโลกย่อมมีทรัพย์สินทางปัญญาประเภทใหม่ เพื่อรองรับความต้องการของมนุษย์และการปกป้องสิทธิตามกฎหมาย

3.4.1.3 การคุ้มครองการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสินค้าอาหาร มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

สำหรับการคุ้มครองการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามความตกลงทริปส์ ในฐานะที่ความตกลงทริปส์ให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแก่ปัจเจกชนหรือเอกชนและชุมชน ผู้ทรงสิทธิจึงได้รับสิทธิทางเศรษฐกิจ (economic rights) เพื่อการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ หรือที่นักวิชาการเรียกว่าสิทธิทางเศรษฐกิจ แต่สิทธินี้ก็อยู่ภายใต้ข้อจำกัดต่างๆ ไม่ว่าจะระยะเวลาความคุ้มครองอันจำกัด หรือการมีข้อยกเว้นการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา¹⁰¹

แม้ว่าชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียได้รับสิทธิแต่เพียงผู้เดียวตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อผูกขาดการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ข้างต้น แต่ด้วยความตกลงทริปส์ตั้งอยู่บนหลักมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standards) รัฐภาคีสมาชิกทุกประเทศ ไม่ว่าจะประเทศกลุ่ม CLMV ประเทศมาเลเซีย และประเทศไทยจึงใช้กฎหมายภายในตามบริบทของประเทศตน กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในแต่ละประเทศจึงมีรายละเอียดปลีกย่อยบางประการที่แตกต่างกัน โดยเนื้อหาสาระสำคัญในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาต้องเป็นไปตามหลักมาตรฐานขั้นต่ำต่อไปนี้¹⁰²

1) องค์ประกอบของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาต้องเป็นไปตามความตกลงทริปส์ ทำให้ไม่ว่าลิขสิทธิ์ หรือทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านี้ล้วนถูกกำหนดองค์ประกอบต่างๆ ไว้ รัฐภาคีสมาชิกพึงบัญญัติกฎหมายภายในที่มีเนื้อสอดคล้องกับความตกลงทริปส์ เช่น ลิขสิทธิ์ต้องมียุทธศาสตร์ประกอบความคิดริเริ่ม (originality) และผู้สร้างสรรค์ต้องมีการแสดงออกทางความคิด เป็นต้น

2) สิทธิที่ได้รับต้องเป็นไปตามความตกลงทริปส์ ตามที่ความตกลงทริปส์บัญญัติไว้เท่านั้น ผลลัพธ์คือชุมชนผู้มีส่วนได้เสียย่อมได้รับสิทธิต่างๆ ซึ่งกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้บัญญัติไว้ แต่สิทธิดังกล่าวอาจไม่สอดคล้องกับความต้องการของชุมชนผู้มีส่วนได้เสีย เช่น กฎหมายลิขสิทธิ์มอบสิทธิในความเป็นเจ้าของและธรรมสิทธิ (moral rights) หรือกฎหมายเครื่องหมายการค้า ผู้ทรงสิทธิได้รับสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายการค้าของตน เป็นต้น

3) ข้อยกเว้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งแม้รัฐภาคีสมาชิกต้องบัญญัติกฎหมายภายในตามความตกลงทริปส์ แต่เพื่อประโยชน์สาธารณะตามหลักการรักษาสมดุล

¹⁰¹ Richard A. Posner, “ Intellectual Property: The Law and Economics Approach” , *Journal of Economic Perspectives—Volume 19*, pp.57 (Number 2—Spring 2005).

¹⁰² WTO, “Overview: the TRIPS Agreement”, Retrieved 25 April 2020
https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/intel2_e.htm.

ระหว่างประโยชน์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเทศจึงมีข้อยกเว้นที่สอดคล้องกัน เช่น ข้อยกเว้นสิทธิตามหลักความชอบธรรมทางกฎหมาย (Fair Use) ตามข้อ 17 ความตกลงทริปส์¹⁰³

4) ทรัพย์สินทางปัญญามีอยู่เพียงระยะเวลาอันจำกัด และมีระยะเวลาที่สอดคล้องกับความตกลงทริปส์ เช่น ลิขสิทธิ์ ผู้สร้างสรรค์ขอมมีลิขสิทธิ์เพียงตลอดอายุผู้สร้างสรรค์และต่อไปอีก 50 ปี นับแต่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย เป็นต้น

นอกจากนี้ ความตกลงทริปส์ยังตั้งอยู่บน 3 หลักการสำคัญ เพื่อการปกป้องการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ในสินค้าต่างๆ รวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ดังนี้

1) หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment) ได้แก่ หลักปฏิบัติของรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญากรุงเบอร์ลินและอนุสัญญากรุงปารีส ซึ่งรัฐภาคีสมาชิกขอให้ความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแก่เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาทุกสัญชาติ โดยความคุ้มครองตามกฎหมายนี้ต้องมีมาตรฐานระดับเดียวกับคนชาติตนเอง

2) หลักการคุ้มครองโดยอัตโนมัติและปราศจากแบบพิธี ได้แก่ หลักปฏิบัติของรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญากรุงเบอร์ลินที่ว่า ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้โดยอัตโนมัติ หากงานสร้างสรรค์ชิ้นนั้นถูกสร้างขึ้นไม่ว่าในรูปแบบใด โดยเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่จำเป็นต้องไปจดทะเบียนลิขสิทธิ์หรือการนำฝากสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์ต่อหน่วยงานใดของรัฐ รวมทั้งเจ้าของลิขสิทธิ์ขอได้รับลิขสิทธิ์โดยปราศจากเงื่อนไขและปราศจากค่าใช้จ่าย เจ้าของลิขสิทธิ์จึงไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมแก่รัฐ เพื่อการแลกเปลี่ยนความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือเพื่อการจดทะเบียน แต่หลักการคุ้มครองโดยอัตโนมัติและปราศจากแบบพิธีไม่ใช้กับทรัพย์สินทางปัญญาประเภททรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมจึงจำเป็นต้องจดทะเบียนทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมในรัฐภาคีสมาชิกต่างๆ ทั้งนี้ตามแต่ที่ผู้ทรงสิทธิดังกล่าวพึงพิจารณาว่าตนต้องการได้รับสิทธิตามกฎหมายในประเทศใด และผู้ทรงสิทธิยังมีหน้าที่ต้องชำระค่าธรรมเนียมแก่ประเทศนั้นๆ ในอัตราที่กฎหมายกำหนด

3) หลักการคุ้มครองโดยอิสระ (principles of independence of protection) ได้แก่ การที่รัฐภาคีสมาชิกพึงให้ความคุ้มครองแก่รัฐภาคีสมาชิกอื่นๆ โดยการให้ความคุ้มครองนี้ไม่ต้องพิจารณาว่า นวัตกรรมหรืองานสร้างสรรค์ของรัฐภาคีสมาชิกอื่น ๆ จะได้รับความ

¹⁰³ Article 17 The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

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

คุ้มครองโดยสมบูรณ์จากประเทศที่เกิดงานหรือไม่ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า งานอันมีทรัพย์สินทางปัญญาของรัฐภาคีสมาชิกหนึ่งอาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของรัฐภาคีสมาชิกอื่นได้ แม้ว่าผลงานชิ้นดังกล่าวอาจไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศที่เกิดงานมาก่อน

ผลจากความตกลงทริปส์ข้างต้น มาตรการกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจึงตั้งอยู่บนหลักมาตรฐานขั้นต่ำ และหลักกฎหมายทั้งสามข้างต้น ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียจึงสามารถใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระดับต่างๆ เพื่อปกป้องการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์กับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ดังต่อไปนี้

1) สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสินค้าโภคภัณฑ์ในระบบทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียได้จึงผลิตสินค้านั้นๆ ขึ้นครั้งละจำนวนมากๆ สินค้าแต่ละชิ้นล้วนมีคุณภาพและปริมาณที่เหมือนกัน ดังเช่นที่องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกได้อธิบายไว้ในหนังสือเรื่อง *What is Intellectual Property?* ว่า ความตกลงทริปส์มีจุดมุ่งหมายคุ้มครองลิขสิทธิ์และทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ซึ่งผู้ถือครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมได้รับการผูกขาดการแสวงหาผลประโยชน์เพียงผู้เดียวในสินค้าของตน ไม่ว่าจะในรูปแบบที่ผูกขาดการประดิษฐ์ หรือการออกแบบที่ได้สร้างสรรค์อย่างสวยงาม หรือเครื่องหมายการค้าหรือสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ซึ่งผู้ถือครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้สัญลักษณ์หรือชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เพราะสินค้านี้เป็นสินค้าโภคภัณฑ์ที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจ¹⁰⁴

2) ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียได้รับสิทธิแต่เพียงผู้เดียว เพื่อการผูกขาดการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์กับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่ไม่ได้รับความคุ้มครองในรูปธรรมสิทธิ เนื่องด้วยสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมไม่ใช่ลิขสิทธิ์ ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียที่เป็นผู้ถือครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียจึงมีสิทธิเพียงการผูกขาดการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่ชุมชนดังกล่าวไม่ได้รับธรรมสิทธิ สืบเนื่องจากธรรมสิทธิเป็นสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์มุ่งคุ้มครองงานสร้างสรรค์ของมนุษย์ไม่ใช่สินค้า ทำให้ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียไม่ได้รับธรรมสิทธิ เพื่อปกป้องสิทธิในการแสดงตนเป็นเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่อาจใช้ธรรมสิทธิต่อการปกป้องประเพณี วัฒนธรรม และความเชื่อต่างๆ

3) เนื้อหาแห่งสิทธิ ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียได้รับสิทธิแต่เพียงผู้เดียวเพื่อการแสวงหาประโยชน์กับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งสิทธินี้เป็นสิทธิทางเศรษฐกิจ (Economic Rights) แต่สิทธินี้ไม่ใช่ความเป็นเจ้าของหรือผูกขาดในตัวสินค้าอาหารมรดก

¹⁰⁴ WIPO, *supra* note 97.

ทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ สาธารณชนยังคงผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ชนิดเดียวกันได้ และผู้ทรงสิทธิทำได้เพียงการหวงกันวัตถุแห่งความคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่งวัตถุแห่งความคุ้มครองแตกต่างกันไป ตามที่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละฉบับบัญญัติไว้ เช่น การได้รับสิทธิแต่เพียงผู้เดียว เพื่อใช้เครื่องหมายการค้า หรือสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับสินค้าของชุมชน เป็นต้น

4) แม้ว่าความตกลงทริพส์ให้สิทธิในการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ภายในระยะเวลาอันจำกัด แต่สำหรับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้แล้ว ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียสามารถเลือกรับความคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า หรือกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ประกอบกับสิทธิในเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไม่มีระยะเวลาคุ้มครองอันจำกัด ดังเช่นที่กฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับอื่น ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียจึงสามารถใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้อย่างไร้ข้อจำกัดด้านระยะเวลา แต่สิทธิดังกล่าวยังต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขกฎหมายฉบับนั้นๆ ไม่ว่าจะการต่ออายุเครื่องหมายการค้าทุกๆ 10 ปี หรือการรักษาคุณภาพ ชื่อเสียง และคุณลักษณะเฉพาะของสินค้าที่เชื่อมโยงกับชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

5) สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่ปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แม้ว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นส่วนสำคัญในการผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นเพียงงานสาธารณะ (public domain) เพื่อสาธารณชนใช้ประโยชน์และต่อยอดผลิตนวัตกรรม สิ่งประดิษฐ์ได้อย่างอิสระ ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียจึงไม่ได้รับสิทธิแต่เพียงผู้เดียว และไม่อาจหวงกันภูมิปัญญาท้องถิ่น ภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงเป็นทรัพย์สินสาธารณะ ซึ่งสาธารณชนใช้ประโยชน์ โดยไม่ต้องขออนุญาต และไม่ต้องคำนึงถึงประเพณีความเชื่อที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นดังกล่าว

ดังนั้นความตกลงทริพส์ได้ก่อตั้งมาตรการปกป้องการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ที่เรียกว่าสิทธิทางเศรษฐกิจแก่เอกชน โดยรัฐภาคีสมาชิกต้องประกาศใช้กฎหมายภายในประเทศตน สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสินค้าโภคภัณฑ์ในระบบทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียจึงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า หรือกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ โดยสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิทางเศรษฐกิจไม่ใช่ธรรมสิทธิ

3.4.2 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 ขององค์การยูเนสโกเพื่อส่งเสริม รักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 (The Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, 2003 - ICH Convention) ถือเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่สำคัญ เพื่อการส่งเสริมและรักษามรดกทาง

วัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งตามข้อมูลเพียงวันที่ 20 สิงหาคม ค.ศ.2006 อนุสัญญาฉบับนี้มีรัฐภาคีสมาชิกจำนวนทั้งสิ้น 178 ประเทศ ซึ่งประเทศไทย กลุ่มประเทศ CLMV ประเทศมาเลเซียและ 10 ประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ล้วนเป็นสมาชิกอนุสัญญาฉบับนี้¹⁰⁵ หัวข้อนี้จึงนำเสนอเนื้อหาอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 ดังนี้

3.4.2.1 ความเป็นมาและวัตถุประสงค์

ทั้งนี้จุดกำเนิดอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 คือความไม่เหมาะสมของระบบกฎหมายตะวันตกที่เป็นสิทธิในความเป็นเจ้าของ โดยมรดกทางวัฒนธรรมมีสถานเป็นเพียงวัตถุที่ใช้ผลิตสินค้า ซึ่งผู้ประกอบการสามารถฉกฉวยและใช้ประโยชน์จากมรดกทางวัฒนธรรม โดยชุมชนผู้มีส่วนได้เสียไม่อาจโต้แย้งหรือเรียกร้องสิทธิ ขณะที่ประเทศโลกตะวันออกแล้ว มรดกทางวัฒนธรรมเป็นสินทรัพย์ที่สำคัญ ทำให้นับตั้งแต่ ค.ศ.1945 หลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุด ประเทศเหล่านี้จึงเรียกร้องสิทธิทางวัฒนธรรมและปรากฏภาพพัฒนาการความเป็นมา เพื่อการใช้อุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ต่อไปนี้

ช่วงแรก เริ่มตั้งแต่ ค.ศ.1945 ถึง ค.ศ.2000 ช่วงนี้โลกอยู่ในขั้นการเกิดขึ้นของแนวคิดที่เกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพื่อใช้ในอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 โดยปรากฏแนวคิดที่สำคัญ คือ

1) แนวคิดวัฒนธรรมมีชีวิต (Living Heritage) ซึ่งเป็นแนวคิดพื้นฐานในอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

ทั้งนี้ แนวคิดกลุ่มข้างต้นเริ่มปรากฏขึ้นในค.ศ. 1960 ในงานเขียนของนักปรัชญาที่ทรงอิทธิพลท่านหนึ่งในศตวรรษที่ 20 ว่า “เราไม่สามารถที่จะผูกโยงวัฒนธรรมไว้กับผลผลิตที่เป็นวัตถุของมัน เพราะวัฒนธรรมมีชีวิตและวิวัฒนาการไปอย่างต่อเนื่อง” และยังปรากฏในงานเขียนของ Federico Lenzerini ศาสตราจารย์สาขากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมาย EU มหาวิทยาลัยซีนา ประเทศอิตาลี ซึ่ง Federico ได้อธิบายไว้ในบทความเรื่อง Intangible Cultural Heritage : The Living Culture of Peoples ว่า มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ประกอบด้วย การแสดงออกทางวัฒนธรรมทั้งหลายที่ไม่ใช่วัตถุ มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงเป็นตัวแทนอันหลากหลายของมรดกที่มีชีวิตของมนุษยชาติ มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จะถูกแสดงให้เห็น

¹⁰⁵ UNESCO, “States Parties of Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2003”, Retrieved 20 Mar 2020
<http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?language=E&KO=17116>.

ประจักษ์ได้ และสามารถบ่งชี้ความเป็นตัวเองของผู้สร้างและผู้สืบทอด การบ่งชี้ดังกล่าวจึงนับเป็นส่วนประกอบพื้นฐานของอัตลักษณ์ทางวัฒนธรรม ซึ่งชุมชนได้สร้างสรรค์ใหม่เสมอ เพื่อตอบสนองกับวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์และสังคมของชุมชนและกลุ่มคนที่เกี่ยวข้อง ธรรมชาติในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงไม่ยึดโยงความแท้ และมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ยังเป็นความสัมพันธ์ที่แยกกันไม่ออกระหว่างภูมิปัญญาท้องถิ่นกับสิทธิมนุษยชน¹⁰⁶

จากคำอธิบายเกี่ยวกับแนวคิดวัฒนธรรมมีชีวิตข้างต้น สารสำคัญของแนวคิดวัฒนธรรมมีชีวิต คือการอธิบายถึงลักษณะของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เหมือนกับมนุษย์ที่มีชีวิต มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงมีชีวิตและพัฒนาตนได้อย่างต่อเนื่อง การพิจารณาวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบที่ไม่ใช้วัตถุ ซึ่งชุมชนหนึ่งได้ใช้เป็นส่วนสำคัญในอัตลักษณ์ อัตลักษณ์แห่งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้นั้นได้บ่งบอกถึงเอกลักษณ์ชุมชน ซึ่งชุมชนได้ใช้อัตลักษณ์ดังกล่าว เพื่อจำแนกกลุ่มตนเองจากกลุ่มอื่น หรือกล่าวได้ว่า วัฒนธรรมของกลุ่มชนหนึ่ง ๆ ย่อมครอบคลุมองค์ประกอบทั้งหมดที่แสดงให้เห็นหัวใจสำคัญ ทำให้วัฒนธรรมของกลุ่มชนนั้นแตกต่างออกไป¹⁰⁷

ส่วนการนำแนวคิดวัฒนธรรมมีชีวิตบรรจุไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 นั้น ก็เพราะ Federico ศาสตราจารย์สาขากฎหมายระหว่างประเทศได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการร่างอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 Federico จึงนำแนวคิดวัฒนธรรมมีชีวิตบรรจุไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้¹⁰⁸

แม้แนวคิดวัฒนธรรมมีชีวิตเป็นพื้นฐานสำคัญในอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 แต่ผู้วิจัยพบว่า แนวคิดดังกล่าวสอดคล้องกับลักษณะการแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณีขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ซึ่งปรากฏในจุลสารเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาและการแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณี/คติชน ว่ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ก็คือการแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณี/คติชนของมนุษย์ โดยมีลักษณะเฉพาะดังกล่าวมีอยู่ 6 ประการ

1) มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มักถูกส่งต่อจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่งทางมุขปาฐะ หรือโดยการผลิตขึ้นเลียนแบบบรรพบุรุษ

¹⁰⁶ Federico Lenzerini, *supra note* 65, pp.101-102.

¹⁰⁷ สุดแดน วิสุทธิลักษณ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 6, น.30.

¹⁰⁸ Federico Lenzerini, *supra note* 65, pp. 102.

2) บางครั้งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ถูกสร้างขึ้น เพื่อสะท้อนถึงอัตลักษณ์ทางสังคม และวัฒนธรรมของชุมชนเสมอไป

3) มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นอัตลักษณ์เฉพาะตัวของแต่ละชุมชน

4) ผู้สร้างมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ คือผู้สร้างนิรนามและ/หรือโดยชุมชน และ/หรือโดยปัจเจกชน ซึ่งสมาชิกในชุมชนยอมรับว่า ผู้นั้นเป็นผู้มีสิทธิและความรับผิดชอบ และได้รับอนุญาตให้สร้างมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

5) มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไม่ถูกสร้างขึ้น เพื่อวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์เท่านั้น แต่ถูกสร้างขึ้นในการสะท้อนถึงการแสดงออกทางศาสนาและวัฒนธรรม และ

6) มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีวิวัฒนาการ พัฒนา และสร้างสรรค์ใหม่ภายในชุมชนอยู่เสมอ¹⁰⁹

จากลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ข้างต้นย่อมสะท้อนให้ว่ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไม่มีความแท้ แท้จริงมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ถูกพัฒนาเสมอ เพื่อสนองตอบความต้องการของชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย และเมื่อแนวคิดวัฒนธรรมมีชีวิตเป็นแนวคิดสำคัญในอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 แม้ว่ารัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญาดังกล่าวมีหน้าที่ต้องส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้อง แต่การขึ้นทะเบียนก็เป็นเพียงการบันทึกข้อมูลช่วงเวลาหนึ่ง และการบันทึกไม่ใช่แบบแผน ซึ่งชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียต้องปฏิบัติตาม ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียสามารถสร้างสรรค์พัฒนามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ได้เสมอ ไม่ว่าโดยการลอกเลียนแบบและผลิตซ้ำ ร่วมกับการประยุกต์ต่อยอดจากภูมิปัญญาท้องถิ่นของบรรพบุรุษ

2) แนวคิดที่ว่า มรดกทางวัฒนธรรมเป็นสินค้าในระบบทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และได้รับการปกป้องสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

แนวคิดกลุ่มนี้เป็นของนักกฎหมายสาขาทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งปรากฏในจุลสารเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาและการแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณี/คติชนขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่า มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีบทบาทสำคัญทางสังคม จิตวิญญาณ และวัฒนธรรมของชุมชน มรดกทางวัฒนธรรมดังกล่าวยังมีบทบาทในการพัฒนาเศรษฐกิจ เพราะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นต้นกำเนิดของการสร้างสรรค์ และนวัตกรรม ทั้งยังเป็น

¹⁰⁹ กรมส่งเสริมวัฒนธรรม, ทรัพย์สินทางปัญญาและการแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณี/คติชน, (กรุงเทพฯ : กรมส่งเสริมวัฒนธรรม, 2548), น.5.

ประโยชน์ต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของชุมชนแบบประเพณีผ่านการสร้างธุรกิจของชุมชน การสร้างงานในท้องถิ่น และการได้มาซึ่งเงินตราต่างประเทศ ประกอบกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาคุ้มครองปกป้องผลิตผลทางความคิดนวัตกรรมของมนุษย์ กฎหมายดังกล่าวจึงเหมาะสมต่อความคุ้มครองสร้างสรรค์ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของประเพณี¹¹⁰

จากแนวคิดพื้นฐานทั้งสองข้างต้น มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เป็นสิ่งที่มีคุณค่าและความสำคัญ แต่ในทัศนคตินักกฎหมายสาขาทรัพย์สินทางปัญญา มรดกทางวัฒนธรรมเป็นสินค้าที่มีบทบาทต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ ขณะที่นักกฎหมายสาขากฎหมายวัฒนธรรมกลับมีความเห็นว่า มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสินทรัพย์ของมวลมนุษยชาติ ไม่ใช่สินค้าที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจ แต่แนวคิดทั้งสองไม่ขัดแย้งกันเป็นเพียงมุมมองเหรียญคนละด้าน และแนวคิดทั้งสองล้วนเป็นแนวคิดสำคัญในสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านทรัพย์สินทางปัญญาและวัฒนธรรม

ช่วงที่สอง เริ่มต้น ค.ศ.2001 ถึง ค.ศ.2003 องค์การยูเนสโกได้ประกาศใช้อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ที่ตั้งบนแนวคิดวัฒนธรรมมีชีวิต และรับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลงทริพส์ขององค์การการค้าโลกตามข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003

สาเหตุแห่งการประกาศใช้อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 สืบเนื่องจากองค์การยูเนสโกตระหนักว่า อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองมรดกโลกทางวัฒนธรรมและทางธรรมชาติ ค.ศ. 1972 (Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, 1972) ซึ่งเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน ค.ศ. 1972 ที่ประชุมใหญ่องค์การการศึกษา วิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรม แห่งสหประชาชาติสมัยสามัญ (UNESCO) ครั้งที่ 17 ณ กรุงปารีส ได้มีมติให้ประกาศใช้นั้น อนุสัญญานี้ใช้กับแหล่งมรดกทางวัฒนธรรม และทางธรรมชาติ แต่อนุสัญญานี้บ่งกล่าวไม่อาจใช้กับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นการแสดง อาหาร ประเพณี วัฒนธรรม กลอน เพลงพื้นบ้าน และโลกมรดกทางวัฒนธรรมมี 2 ประเภท คือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้และมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ การอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้จึงไม่อาจใช้กับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองมรดกโลกทางวัฒนธรรมและทางธรรมชาติ ค.ศ. 1972 จึงไม่อาจใช้กับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

¹¹⁰ เห่งอ้วง, น.6.

ทั้งนี้ ความเห็นขององค์การยูเนสโกข้างต้นเกิดขึ้น เพราะรายงานของ คณะกรรมการว่าด้วยวัฒนธรรมและการพัฒนาที่ว่า มรดกทางวัฒนธรรมไม่มีเพียงมรดกทาง วัฒนธรรมที่จับต้องได้ แต่โลกยังมีมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ การอนุรักษ์มรดกทาง วัฒนธรรมทุกประเภทตามอนุสัญญามรดกโลก หรือชื่อทางการว่า อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองมรดก โลกทางวัฒนธรรมและทางธรรมชาติ ค.ศ. 1972 จึงไม่อาจใช้กับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และคำนิยามมรดกทางวัฒนธรรมก็ไม่เหมาะสม รวมทั้งไม่สอดคล้องกับบริบทมรดกทางวัฒนธรรมที่ จับต้องไม่ได้¹¹¹

ภายใต้เหตุผลข้างต้น ในค.ศ.2001 องค์การยูเนสโกจึงได้จัดประชุม ผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งผู้เชี่ยวชาญเหล่านี้ล้วนเป็นนักวิชาการ นักกฎหมาย ตัวแทนของประเทศต่างๆ และ องค์กรที่มีใช้ภาครัฐ (NGOs) การประชุมครั้งนี้จัดขึ้น ณ เมืองตูริน ประเทศอิตาลี และการประชุม ครั้งนี้มีวัตถุประสงค์ เพื่อกำหนดนิยามของคำว่า “มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” (Intangible Cultural Heritage) ซึ่งที่ประชุมให้ความเห็นว่า มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้นั้นเป็นสิ่งที่ผ่าน กระบวนการเรียนรู้ของมนุษย์ เป็นทักษะ ความรู้ และการสร้างสรรค์ที่ถูกส่ง ต่อและพัฒนาโดยมนุษย์ เอง กระบวนการดังกล่าวเป็นการแสดงควมมีชีวิตของชุมชน (Living Community) กกับการสร้าง ความรู้สึกเดียวกันนี้ให้มีความต่อเนื่อง เพื่อให้แก่คนในชุมชนรุ่นต่อไป และให้ความสำคัญกับความ เป็นตัวตนมากยิ่งขึ้น และนำไปสู่ความหลากหลายหลายทางวัฒนธรรมและการสร้างสรรค์ของ มนุษยชาติ ส่งผลให้ในค.ศ.2003 องค์การยูเนสโกจึงประกาศใช้อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ที่ตั้งอยู่บนแนวคิดวัฒนธรรมมีชีวิต และปกป้องสิทธิใน ทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้สนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง¹¹²

ประเด็นข้อกฎหมายที่น่าสนใจ คือสาเหตุใดที่ข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่า ด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 รับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ทั้ๆ ที่สิทธิทางวัฒนธรรมนี้ไม่ใช่สิทธิในความเป็นเจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ผู้เขียนพบว่า องค์การยูเนสโกรับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไว้ใน ข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 เพราะ เหตุผล 3 ประการ

1) ชุมชนได้ใช้ประโยชน์จากเครื่องหมายการค้า หรือชื่อสิ่งบ่งชี้ทาง ภูมิศาสตร์มาอย่างยาวนาน ซึ่งชุมชนเริ่มใช้เครื่องหมายในรูปสัญลักษณ์ต่างๆ ภายใต้เหตุผลทาง ศาสนา ความเชื่อ และการค้า เริ่มตั้งแต่ยุคอียิปต์โบราณ สืบต่อเนื่องมาจนถึงยุคโรมัน โดยชาว

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² สุดแดน วิสุทธิลักษณ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.13-15.

โรมันได้สร้างแบบพิธีในสัญญาซื้อขาย และใช้สัญลักษณ์ที่หัวแหวนประจำตระกูลเป็นตราประทับ เพื่อเป็นลงนามในการซื้อขายสินค้า ขณะที่ปศุสัตว์ ชุมชนทั่วโลกล้วนใช้สัญลักษณ์ประทับไว้ที่ตัวสัตว์ เพื่อจำแนกแยกแยะสัตว์ของตนออกจากผู้อื่น¹¹³ การใช้เครื่องหมายเหล่านี้ล้วนเกิดขึ้นก่อนค.ศ. 2003 ซึ่งองค์การยูเนสโกประกาศใช้อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

2) องค์การการค้าโลกได้ประกาศใช้ความตกลงทริปส์ แต่องค์การยูเนสโกเพิ่งประกาศใช้อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

3) องค์การยูเนสโกได้ตระหนักแล้วว่า ทั่วโลกได้ใช้มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสินค้าในระบบธุรกิจทั่วโลก ดังปรากฏข้อพิพาท เรื่องสิทธิในเพลง El Condor Pasa (If I could) ของไซมอนและการ์ฟังก์เกิล (Simon & Garfunkel) โดยเพลงของทั้งสองดัดแปลงมาจากเพลงชนพื้นเมืองแห่งเทือกเขาแอนดีสในอเมริกาใต้ ซึ่งทั้งสองได้ฟังเป็นครั้งแรกจากวง Los Incas ที่มาแสดงในกรุงปารีส กรณีนี้จึงเป็นการละเมิดสิทธิชุมชนชนพื้นเมืองและดัดแปลงมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้โดยมิชอบ¹¹⁴

ภายใต้เหตุผลทั้งสองประการข้างต้น เพื่อไม่ให้เกิดการปฏิบัติตามพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขัดต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีความตกลงทริปส์ ซึ่งเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่สำคัญด้านทรัพย์สินทางปัญญา และขัดต่อประวัติศาสตร์การใช้เครื่องหมายการค้าของชุมชนทั่วโลก ซึ่งชุมชนได้ใช้ตราสัญลักษณ์ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าและกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มาอย่างยาวนาน และมีความเป็นมาที่เก่าแก่เท่ากับประวัติศาสตร์ของมนุษยชาติและศาสนา องค์การยูเนสโกจึงประกาศใช้ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขึ้น ส่งผลให้ชุมชนยังคงได้รับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาควบคู่กับสิทธิทางวัฒนธรรม

ส่วนวัตถุประสงค์ในการร่างอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ อนุสัญญานับดังกล่าวเกิดขึ้นด้วยวัตถุประสงค์ ดังนี้¹¹⁵

(1) ให้มีการส่งเสริม รักษาการสร้างสรรค์ของมนุษย์ที่อาจสูญหายไปตลอดกาล

¹¹³ Shoen Ono, "Overview of Japanese Trademark Law", Retrieved 5 December 2020 <https://www.iip.or.jp/e/translation/pdf/ono/ch2.pdf>.

¹¹⁴ สุดแดน วิสุทธิลักษณ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.13.

¹¹⁵ UNESCO, "International Round Table: "Intangible Cultural Heritage – Working Definitions" Piedmont, Italy, pp.14 -17 (March 2001).

(2) การเสนอให้สร้างความสะดวกถึงความสำคัญของมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ในระดับระหว่างประเทศ

(3) ส่งเสริมความเป็นตัวตนของชุมชนหรือเจ้าของมรดกวัฒนธรรม

(4) ให้มีการสร้างเครือข่ายความร่วมมือระหว่างกลุ่มเพื่อช่วยในการสงวนรักษา มรดก วัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

(5) เพื่อส่งเสริมให้มีการสร้างสรรค์ให้เกิดความหลากหลายทางวัฒนธรรมของมนุษยชาติ

(6) เพื่อให้ส่งเสริมให้มีการสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกในการเข้าใจถึงแก่นแท้ของมรดก วัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

อย่างไรก็ดี ในวันที่ 17 ตุลาคม ค.ศ. 2003 ซึ่งที่ประชุมใหญ่ของยูเนสโกได้ประกาศให้อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 20 เมษายน ค.ศ. 2006 นั้น โดยข้อมูลเพียงค.ศ. 2020 อนุสัญญาฉบับนี้มีสมาชิก 178 ประเทศ ในจำนวนดังกล่าวประกอบด้วยประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ซึ่งประเทศสมาชิกลำดับแรกคือกลุ่มประเทศ CLMV ประเทศมาเลเซีย และประเทศไทย¹¹⁶ องค์การยูเนสโกได้แก้ไขเพิ่มเติมวัตถุประสงค์การให้อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ดังปรากฏในข้อ 1 อนุสัญญาฉบับดังกล่าวต่อไปนี้

ประการแรก เพื่อสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ประการที่สอง เพื่อประกันว่าจะความเคารพมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของชุมชน กลุ่มชน และปัจเจกบุคคลที่เกี่ยวข้อง

ประการที่สาม เพื่อเพิ่มความตระหนักในระดับท้องถิ่น ระดับชาติและระดับนานาชาติถึงความสำคัญของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และให้เกิดความชื่นชมร่วมกัน

ประการสุดท้าย เพื่อให้ความร่วมมือและความช่วยเหลือระหว่างประเทศ

สำหรับผู้วิจัยมีความเห็นว่า แม้ว่าอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 มีวัตถุประสงค์แตกต่างจากความตกลงทริปส์ แต่ตราบเท่าที่ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียยังคงผลิตและจำหน่ายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพื่อกำไรและค้าขายแก่สาธารณชน การผลิตและจำหน่ายสินค้านี้จึงนับเป็นการประพฤติปฏิบัติในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับ

¹¹⁶ สุดแดน วิสุทธิลักษณ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.18.

ต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ทราบว่านั่นชุมชนยังเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการดำรงไว้ซึ่งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และการที่มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ยังดำรงอยู่ เช่นนี้นับเป็นการบรรลุวัตถุประสงค์ตามข้อ 1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ฉะนั้นอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 จึงมีความเป็นมาและวัตถุประสงค์ เพื่อรองรับภาระกิจขององค์การยูเนสโก อนุสัญญาฉบับนี้จึงมุ่งให้เกิดการส่งเสริม รักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสำคัญ และการที่ข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 รับรองพันธกรณีสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นสิทธิที่เสริมแก่ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย เพื่อชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียได้รับประโยชน์สูงสุด

3.4.2.2 ลักษณะและประเภทของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ด้านลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยที่คำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” เป็นศัพท์เฉพาะ ซึ่งองค์การยูเนสโกได้บัญญัติขึ้น การพิจารณาลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงเป็นไปตามข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโก ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หมายถึง การปฏิบัติ การเป็นตัวแทน การแสดงออก ความรู้ ทักษะ ตลอดจน เครื่องมือ วัตถุ สิ่งประดิษฐ์ และพื้นที่ทางวัฒนธรรมอันเป็นผลจากสิ่งเหล่านั้น ซึ่งชุมชน กลุ่มชน และในบางกรณีปัจเจกบุคคลยอมรับว่าเป็นส่วนหนึ่งของมรดกทางวัฒนธรรมของตน

มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้นี้ได้ถูกถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่งไปยังคนอีกรุ่นหนึ่ง มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงเป็นสิ่งที่ชุมชนและกลุ่มชนสร้างขึ้นใหม่อย่างสม่ำเสมอ เพื่อตอบสนองต่อสภาพแวดล้อมของชุมชน และเป็นปฏิสัมพันธ์ต่อธรรมชาติและประวัติศาสตร์ของชุมชน จนชุมชนรู้สึกว่ามีอัตลักษณ์และความต่อเนื่อง สาธารณชนจึงควรให้ความเคารพต่อความหลากหลายทางวัฒนธรรมและการคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ และเพื่อให้เป็นไปตามจุดประสงค์ของอนุสัญญาฉบับนี้ การพิจารณาเฉพาะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงต้องพิจารณาเพียงเท่าที่สอดคล้องกับบทบัญญัติที่มีอยู่ด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ รวมทั้งข้อกำหนดต่างๆ ที่ให้มีการเคารพซึ่งกันและกันระหว่างชุมชนทั้งหลาย กลุ่มชน และปัจเจกชน และต่อการพัฒนาที่ยั่งยืน”

แม้ว่าข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ได้บัญญัติลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ข้างต้น แต่สำหรับนักวิชาการแล้ว นักวิชาการได้อธิบายเกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยการเปรียบเทียบระหว่าง

ลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Cultural Heritage) มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ (Tangible Cultural Heritage) กับมรดกทางธรรมชาติ (Natural Heritage) ดังนี้¹¹⁷

1) มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นผลิตภัณฑ์ทางวัฒนธรรมต่างๆ ซึ่งชุมชนสร้างสรรค์และรวบรวมขึ้นด้วยวิธีการรวบรวมมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยชุมชนริเริ่มสร้างขึ้นบนพื้นฐานประเพณี มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงอาจปรากฏในรูปประเพณีและวัฒนธรรมพื้นบ้านที่ได้รับความนิยม บางครั้งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อาจเป็นผลิตภัณฑ์ ซึ่งชุมชนได้ส่งต่อทั้งวิธีบูชาหรือการแสดง แต่เมื่อเวลาผ่านไป ชุมชนใช้วิธีสนทนา การมีส่วนร่วม (collective recreation) เพื่อสืบทอดและผลิตผลิตภัณฑ์ วิธีการสืบทอดและผลิตผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงอาจถูกเปลี่ยนไปจากเดิม เพราะสมาชิกในชุมชนที่ครอบครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไม่ใช่เพียงวิธีทำซ้ำเลียนแบบบรรพบุรุษ หากแต่บุคคลดังกล่าวได้เพิ่มความคิดริเริ่มของตนผสมผสานเข้าไป จนผลิตภัณฑ์ดังกล่าวเป็นผลผลิตที่มีอัตลักษณ์เฉพาะตัวของชุมชน การเปลี่ยนแปลงในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เช่นนี้ ก็เพื่อสนองต่อสภาพแวดล้อมของชุมชนที่เปลี่ยนไป แต่ละชุมชนจึงมีอาจมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้หลากหลาย มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ประเภทหนึ่งอาจมีอยู่หลายชุมชน แต่มรดกทางวัฒนธรรมดังกล่าวแต่ละชุมชนก็มีคุณลักษณะเฉพาะตัวแตกต่างกัน เช่น ศิลปการปรุงอาหาร และภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ รวมทั้งเครื่องมือในการปรุงอาหาร แต่ละชุมชนย่อมมีเหมือนกัน แต่สิ่งเหล่านี้กลับมีความแตกต่างกัน อาทิ คราวไทยใช้ครกในการทำอาหาร แต่ครัวชาวต่างชาติใช้อุปกรณ์อื่นๆ อาทิ เครื่องปั่น เป็นต้น

2) มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อาจเป็นส่วนหนึ่งในวัตถุที่จับต้องได้ต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นอนุสาวรีย์ สถาปัตยกรรม สถานที่ทางประวัติศาสตร์ โบราณวัตถุ วิทยาศาสตร์ มนุษยวิทยา หรือวัตถุใดๆ ที่ตกทอดมาจากอดีต รวมถึงสมบัติ ซากโบราณ กลุ่มของอาคารประวัติศาสตร์ หรือวัตถุที่แสดงในพิพิธภัณฑ์ เพราะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้มี 2 โครงสร้างคือตัววัตถุที่มีกายภาพ และสิ่งที่ไม่มิตัวตน ไม่อาจมองเห็นได้ด้วยตา สัมผัส เช่น ตำนาน เรื่องเล่า ซึ่งสิ่งเหล่านี้เป็นประสบการณ์ร่วมของชุมชนนับแต่อดีตมาถึงปัจจุบัน

3) มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อาจเป็นส่วนหนึ่งในมรดกทางธรรมชาติ (Natural Heritage) ไม่ว่าจะสถานที่ หรือพื้นที่ต่างๆ ที่มีความพิเศษทางวิทยาศาสตร์ และความงดงามที่โดดเด่น หรือคุณค่าอื่นๆ และมนุษย์ยังไม่เข้าถึง เพราะมรดกทางธรรมชาติประกอบด้วยธรรมชาติ

¹¹⁷ Aisyah Abu Bakar, Mariana Mohamed Osman and Syariah Bachok, "Intangible Cultural Heritage (ICH) : Understanding and Manifestations", International Conference on Universal Design in Built Environment (ICUDE2011) 22 -23 November 2011 Kulliyah of Architecture and Environmental Design International Islamic University Malaysia (IIUM) Kuala Lumpur, Malaysia.

ที่มีคุณลักษณะทางกายภาพทางชีวภาพทางธรณีวิทยาและลักษณะทางสรีรวิทยาที่โดดเด่น และแหล่งที่อยู่อาศัยของพืชหรือสัตว์ที่อาศัยอยู่ในระบบนิเวศธรรมชาติและถูกคุกคามทางธรรมชาติ ระบบชีวภาค แต่ด้วยชุมชนเป็นผู้ใช้หรือเกี่ยวข้องกับมรดกทางธรรมชาติ ตำนาน หรือเรื่องเล่าขานเกี่ยวกับมรดกทางธรรมชาติจึงเกิดขึ้น เช่น ถ้ำนาคา จังหวัดบึงกาฬ เป็นต้น

เมื่อประมวลลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ข้างต้น มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงประกอบด้วยลักษณะสำคัญ 5 ประการ คือ

1) มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นภูมิปัญญาหรือองค์ความรู้ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับประเพณี วัฒนธรรมของชุมชน ลักษณะสำคัญมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ก็คือความไม่มีตัววัตถุทางกายภาพ มนุษย์ไม่อาจจับต้องได้ หรือสัมผัสด้วยประสาทสัมผัสของตน

2) ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียได้ครอบครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้โดยสมาชิกบางคนในชุมชนเป็นผู้มีส่วนได้เสียและสืบทอดการประพฤติปฏิบัติ แต่สมาชิกดังกล่าวไม่ใช่เจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ สมาชิกดังกล่าวจึงมีสิทธิเพียงการประพฤติปฏิบัติ และใช้มรดกทางวัฒนธรรมนั้นๆ ได้ ไม่ว่าจะในการดำรงชีวิตประจำวัน การประกอบอาชีพ การประกอบพิธีกรรม การเฉลิมฉลองตามประเพณี

3) แม้มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไม่ตัวตนทางกายภาพ แต่บางครั้งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อาจก่อให้เกิดผลิตภัณฑ์ที่มีตัวตนทางกายภาพ ผลิตภัณฑ์ดังกล่าวจึงอาจได้รับการปกป้องตามกฎหมายต่างฉบับ เช่น สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีวัตถุที่ตัวตนทางกายภาพ สินค้าดังกล่าวจึงได้รับการปกป้องตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ แต่ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารดังกล่าวเป็นงานสาธารณะตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

4) การผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ใช้วิธีสร้างขึ้นใหม่อย่างสม่ำเสมอ เพื่อตอบสนองต่อสภาพแวดล้อมของชุมชน และการสร้างสรรค์ใหม่นี้เป็นปฏิสัมพันธ์ที่มีต่อธรรมชาติและประวัติศาสตร์ของชุมชน

5) มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีอัตลักษณ์เชื่อมโยงกับชุมชนแต่ละแห่ง เพราะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีพัฒนาไปพร้อมกับประวัติศาสตร์ ประเพณี วัฒนธรรมของชุมชน สิทธิทางวัฒนธรรมในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงตั้งอยู่บนหลักการสิทธิมนุษยชน มนุษย์จำเป็นต้องเคารพต่อมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของชุมชนต่างๆ ไม่ว่าจะระดับชุมชน กลุ่มชน และปัจเจกชน

ด้วยเหตุนี้ลักษณะของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่น ทักษะ การปฏิบัติ การเป็นตัวแทน การแสดงออก ความรู้ ทักษะ ตลอดจน เครื่องมือ วัตถุ สิ่งประดิษฐ์ และพื้นที่ทางวัฒนธรรม ซึ่งชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียเป็นผู้ทรงสิทธิ และสมาชิกบางคน

ในชุมชนครอบครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ สิทธิทางวัฒนธรรมจึงไม่ใช่สิทธิในความเป็นเจ้าของ เนื้อหาแห่งสิทธิจึงเป็นสิทธิประพจน์ ปฏิบัติ สืบทอด โดยมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ มีอัตลักษณ์ที่เชื่อมโยงกับพื้นที่ทางวัฒนธรรมของชุมชน เพราะมรดกทางวัฒนธรรมมีชีวิตพัฒนาการตามประวัติศาสตร์ วัฒนธรรม ประเพณีของชุมชน

สำหรับประเภทมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ องค์การยูเนสโกยังจำแนกประเภทของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไว้ 5 ประเภทตามข้อ 3 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ดังนี้¹¹⁸

1) เรื่องราวข้อมูลความรู้ด้านขนบธรรมเนียมประเพณีวัฒนธรรม หมายถึง มุขปาฐะและการแสดงออกในด้านต่าง ๆ รวมถึงวัฒนธรรมด้านภาษา ในฐานะที่มุขปาฐะและการแสดงเป็นวิธีสืบทอดมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Oral traditions and expressions, including language as a vehicle of the intangible cultural heritage) เช่น สุภาชิตคำปริศนา พังเพย นิทาน เรื่องเล่า เพลงกล่อมเด็ก ตำนาน มหาภาพย์ ร้อยกรอง บทสวด บทเพลง ฯลฯ ซึ่งงานมุขปาฐะและการแสดงออกเหล่านี้ เป็นการถ่ายทอดความรู้ คุณค่า และความทรงจำที่มีร่วมกัน โดยสิ่งเหล่านี้มีบทบาทสำคัญยิ่งในวิถีชีวิต

2) ศิลปะการแสดง (Performing arts) หมายถึง ดนตรี การแสดงละคร และนาฏศิลป์ การเต้นรำ ร่ายรำ และการแสดงออกในพิธีกรรม และเพลงร้องพื้นบ้าน ในบางกรณี ศิลปะการแสดงอาจจะผนวกรวมเข้ากับ หรือเป็นส่วนหนึ่งของมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้สาขาอื่นๆ เช่น พิธีกรรม งานเทศกาล เป็นต้น หรือมุขปาฐะในการสำรวจศิลปะการแสดง ซึ่งเนื้อหาสาระของศิลปะการแสดงมีความหลากหลายอาจเกี่ยวข้องกับศาสนา หรือเกี่ยวข้องกับการทำงาน หรือความบันเทิง การเมือง และเศรษฐกิจ และศิลปะการแสดงยังสามารถใช้แสดงได้อย่างหลากหลายวาระโอกาสด้วย เช่น ศิลปะการแสดงในงานแต่งงาน งานศพ พิธีกรรม เทศกาล หรืองานสังคมอื่นๆ เป็นต้น

3) แนวปฏิบัติทางสังคม พิธีกรรม และงานเทศกาลต่าง ๆ (Social practices, rituals and festive events) หมายถึงกิจกรรมที่มีการปฏิบัติกันเป็นประจำในวิถีการดำรงชีวิตของชุมชน หรือกลุ่มคน โดยแนวปฏิบัติทางสังคมกำหนดชีวิตความเป็นอยู่ของคนในชุมชน ซึ่งการสร้างความเป็นอัตลักษณ์ ความเป็นตัวตน และความต่อเนื่องของวิถีชีวิตความเป็นอยู่ในชุมชน การปฏิบัติในพิธีกรรมต่างๆ ส่วนใหญ่ชุมชนกำหนด และปฏิบัติในช่วงระยะเวลา ณ สถานที่ที่กำหนด

¹¹⁸ ราศี บุรุษรัตน์พันธุ์, “มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้คืออะไรและมีความเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานของกรมศิลปากรอย่างไรบ้าง”, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 มีนาคม 2563 จาก http://www.finearts.go.th/olddata/files/Question-Answer_3.pdf.

ไว้เป็นพิเศษ และบางครั้งชุมชนอาจจำกัดกลุ่มคนที่สามารถเข้าร่วมในแนวปฏิบัติทางสังคมหรือพิธีกรรมนั้นๆ ส่วนงานเทศกาลต่างๆ ส่วนใหญ่จะเปิดต่อสาธารณชน โดยไม่มีการจำกัดผู้ที่เข้าร่วมงาน ตัวอย่างของแนวปฏิบัติทางสังคม พิธีกรรม และงานเทศกาล เช่น ประเพณีสงกรานต์ ประเพณีลอยกระทง ประเพณีบุญซั้งไฟ การละเล่น ฝึดาโชน เป็นต้น

4) ความรู้และวิถีปฏิบัติเกี่ยวกับธรรมชาติและจักรวาล (Knowledge and practices conceding nature and the universe) หมายถึง องค์ความรู้ ความชำนาญ ทักษะ การปฏิบัติ เครื่องหมายแสดงออกที่ชุมชนได้มีการพัฒนา และทำให้อยู่ถาวรที่มีการปฏิสัมพันธ์กับธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อม ซึ่งออกมาในรูปแบบของคุณค่า ความเชื่อ พิธีกรรม พิธีการเยียวยารักษาโรค แนวปฏิบัติทางสังคมหรือสถาบัน และองค์กร ทางสังคม ตัวอย่างของสาขานี้ เช่น ภูมิปัญญาท้องถิ่นเชิงนิเวศวิทยา องค์ความรู้ของชนพื้นเมือง ชาติพันธุ์ ชีวภาพ ชาติพันธุ์พฤกษศาสตร์ ระบบการรักษาโรคแบบดั้งเดิมตำราปรุงยาสมุนไพร พิธีกรรม วิถีการกินอยู่การนอนอาหาร ความเชื่อ ศาสตร์อันลึกลับพิธีการ และการเข้าร่วมพิธีทางศาสนา พยากรณ์ศาสตร์และโหราศาสตร์ จักรวาลวิทยา ความเชื่อเกี่ยวกับหมอผีหรือ คนทรงเจ้า เป็นต้น

5) งานช่างฝีมือดั้งเดิม (Traditional craftsmanship) หมายถึง ทักษะ และองค์ความรู้ที่แสดงออกมาจากงานช่างฝีมืองานศิลปหัตถกรรมและสิ่งประดิษฐ์ของบรรพชน ซึ่งเป็นทักษะที่มีความจำเป็นในการสืบทอดองค์ความรู้ของช่างฝีมือสู่คนรุ่นหลังภายในชุมชน ตัวอย่างงานช่างฝีมือดั้งเดิม เช่น ผ้าและผลิตภัณฑ์จากผ้า เครื่องจักสาน เครื่องรัก เครื่องปั้นดินเผา เครื่องโลหะ เครื่องไม้ อัญมณี เครื่องประดับ งานศิลปกรรมพื้นบ้าน เป็นต้น

แม้ว่าข้อ 3 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 ได้บัญญัติลักษณะและประเภทของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไว้ แต่โดยที่ข้อ 11 (a) อนุสัญญาฉบับเดียวกันนี้ตั้งอยู่บนหลักการว่า อนุสัญญาฉบับนี้ไม่ใช่ข้อบังคับที่เข้มงวด รัฐภาคีสมาชิกสามารถใช้มาตรการใดๆ ไม่ว่าจะกฎหมาย นโยบายแห่งรัฐ ในการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่เหมาะสมต่อรัฐตน และสอดคล้องกับลักษณะตามธรรมชาติของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในรัฐภาคีสมาชิก รัฐภาคีสมาชิกจึงอาจกำหนดลักษณะและประเภทของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่แตกต่าง เพื่อให้สอดคล้องกับธรรมชาติมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในประเทศตน¹¹⁹ เช่น มาตรา 4 (1) พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage 2001

¹¹⁹ Article 11 “Role of States Parties” of The Convention for the Safeguarding of the Intangible cultural Heritage 2003

Each State Party shall:

(a) take the necessary measures to ensure the safeguarding of the intangible cultural heritage present in its territory...

ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ.2003 ของประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามไม่ใช่ถ้อยคำตามความในข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 แต่มาตรา 4 (1) ดังกล่าวกลับบัญญัติว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หมายความรวมถึงส่วนประกอบ ผลิตภัณฑ์ในสินทรัพย์ทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับคุณค่าประวัติศาสตร์ วัฒนธรรม หรือวิทยาศาสตร์ โดยสิ่งเหล่านี้ถูกปกป้องในรูปแบบความทรงจำ การเขียน การส่งต่อดังด้วยวิธีมุขปาฐะ การสอน การแสดง และวิธีการรูปแบบอื่นๆ อาทิ การใช้ภาษา การเขียน บทนิพนธ์ ศิลปะ วิทยาศาสตร์ มุขปาฐะพื้นบ้าน วิถีการใช้ชีวิต การแสดงพื้นบ้าน ความลับของหัตถกรรมพื้นบ้าน ความรู้การแพทย์ตามประเพณี การทำอาหาร การแต่งกาย” เป็นต้น

ดังนั้นลักษณะและประเภทของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 จึงเป็นเพียงกรอบแห่งการบัญญัติกฎหมายวัฒนธรรมของรัฐภาคีสมาชิก เนื่องด้วยอนุสัญญานี้ไม่ใช่ข้อบังคับที่เข้มงวด รัฐภาคีสมาชิกมีอิสระในการตราลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่สอดคล้องกับประเทศตน ทั้งนี้เป็นไปตามข้อ 11 (a) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003

3.4.2.3 มาตรการส่งเสริม รักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ควบคู่กับการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชน

สำหรับมาตรการส่งเสริมรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเกิดขึ้นควบคู่กับการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชน ซึ่งรัฐภาคีสมาชิกมีหน้าที่ปฏิบัติพันธกรณีตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และต้องดำเนินการหลายประการต่อไปนี้

(1) รัฐส่งเสริม รักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้โดยการมีส่วนร่วมของชุมชน

โดยทั่วไปชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียเป็นผู้ครอบครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยชุมชนมีส่วนสำคัญต่อการประพศติปฏิบัติ และสืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ส่งผลให้ข้อ 11 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 บัญญัติว่า รัฐภาคีสมาชิกต้องจำแนกและนิยาม รวมถึงจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในดินแดนของตน โดยการมีส่วนร่วมของชุมชน กลุ่มชน และองค์กรเอกชนที่เกี่ยวข้อง

ทั้งนี้ หลักการมีส่วนร่วมของชุมชนได้ถูกบรรจุไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ก็เพราะผลจากรายงานการระดมความเห็นของผู้เกี่ยวข้อง ค.ศ.2001 ซึ่งผู้เกี่ยวข้องครั้งนั้นประกอบด้วยนักวิชาการ ตัวแทนชุมชน และองค์กรไม่แสวงหาผลกำไร โดยที่ประชุมครั้งนั้นเสนอความเห็นต่อองค์การยูเนสโกว่า รัฐไม่อาจ

ส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เพียงลำพัง แต่รัฐต้องร่วมกับชุมชนและผู้เกี่ยวข้อง เพราะบุคคลเหล่านี้ครอบครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หรือที่นักวิชาการเรียกบุคคลดังกล่าวว่า ผู้มีส่วนได้เสีย (Stake-holders) บุคคลเหล่านี้คือผู้ที่ตระหนักถึงคุณค่าในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของตนเองมากที่สุด หากบุคคลเหล่านี้ไม่มีส่วนร่วมในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ การคงไว้ซึ่งความหลากหลายทางวัฒนธรรม การสืบทอดส่งต่อมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้แก่เยาวชนรุ่นต่อไปก็ต้องสิ้นสุดลง¹²⁰

นอกจากที่ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียมาร่วมกับรัฐ เพื่อการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามข้อ 11 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 แล้ว อนุสัญญานี้ยังนำหลักการมีส่วนร่วมของชุมชนไปใช้ในหลายๆ ข้อ ดังนี้

1) ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียมีส่วนร่วมร่วมกับรัฐ เพื่อการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ดังที่ปรากฏในอารัมภบทของอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ว่า ชุมชน กลุ่มบุคคล หรือบางกรณีปัจเจกชนมีสิทธิส่วนร่วมในการบริหารจัดการและมีส่วนร่วมในการสร้างมาตรการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพราะบุคคลเหล่านี้ครอบครอง ผลิต ส่งเสริมรักษา ธารงไว้ และสร้างสรรค์ขึ้นใหม่ซึ่งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ยังคงไว้ซึ่งความหลากหลายและความมั่งคั่ง¹²¹

2) ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียมีส่วนร่วมจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามข้อ 15 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ว่า รัฐภาคีสมาชิกต้องพยายามดำเนินการต่างๆ เพื่อให้ชุมชน และกลุ่มบุคคล มีส่วนร่วมอย่างกว้างขวาง

¹²⁰ Sabrina Urbinati, The Role for Communities, Groups and Individuals under the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage in Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity New Developments in International Law, (Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2012), pp.203.

¹²¹ Prologue of The Convention for the Safeguarding of the Intangible cultural Heritage 2003

Recognizing that communities, in particular indigenous communities, groups and, in some cases, individuals, play an important role in the production, safeguarding, maintenance and recreation of the intangible cultural heritage, thus helping to enrich cultural diversity and human creativity.

ที่สุด และยังคงเป็นผู้สร้างสรรค์ อนุรักษ์ และถ่ายทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยบุคคลเหล่านั้นควรมีบทบาทในการจัดการอย่างแข็งขัน¹²²

3) การมีส่วนร่วมทำรายการมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Inventory) ตามข้อที่ 12 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ที่บัญญัติว่า ให้ชุมชน กลุ่ม หรือปัจเจกชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรายการมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Inventory)

4) ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียร่วมกับรัฐ เพื่อการจัดการศึกษาอบรมที่เกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามข้อ 14 (2) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ซึ่งข้อดังกล่าวได้ยังบัญญัติถึงหน้าที่รัฐภาคีสมาชิกด้านการศึกษาฝึกอบรมเกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในชุมชนแห่งใดแห่งหนึ่ง โดยแม้ข้อดังกล่าวไม่บัญญัติอย่างชัดเจนเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของชุมชน แต่แผนงานทางด้านการศึกษาและการฝึกอบรมเฉพาะเรื่องภายในชุมชนและกลุ่มบุคคลดังกล่าวจะบรรลุผลสำเร็จได้ ก็ต่อเมื่อบุคคลเหล่านี้มีส่วนร่วมในการบริหารจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของตน หรืออีกนัยหนึ่งคือแผนการศึกษาและการฝึกอบรมตามข้อ 14 อนุสัญญาดังกล่าว รัฐจำเป็นต้องปฏิบัติร่วมกับข้อ 15 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

แม้ว่าชุมชนมีบทบาทสำคัญในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 แต่โดยที่ชุมชนยังขาดความรู้ศาสตร์ต่างๆ เพื่อการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รัฐภาคีสมาชิกจึงจัดตั้งองค์กรที่ปรึกษา (Consultative Body) หรือกลไกในการประสานงาน และอำนวยความสะดวกในการมีส่วนร่วมในการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ชุมชนและผู้เชี่ยวชาญสถาบันการวิจัยสามารถร่วมกันปฏิบัติงานในการจำแนกและนิยามของมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ การจัดทำทะเบียนรายการมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และกำหนดรายละเอียดในการดำเนินงานในโครงการ หรือกิจกรรมต่างๆ เพื่อสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้¹²³

¹²² Article 15 – Participation of communities, groups and individuals of The Convention for the Safeguarding of the Intangible cultural Heritage 2003

Within the framework of its safeguarding activities of the intangible cultural heritage, each State Party shall endeavor to ensure the widest possible participation of communities, groups and, where appropriate, individuals that create, maintain and transmit such heritage, and to involve them actively in its management.

¹²³ ณัฐชัย ณ ลำปาง, *ฮ้างแล้ว เชิงอรไร* ที่ 44. น.73.

ฉะนั้นแม้ว่าตามกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐเท่านั้นเป็นคู่กรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ แต่ด้วยชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียครอบครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รัฐจึงไม่อาจปฏิบัติตามพันธกรณีเพียงลำพัง รัฐต้องร่วมกับชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียตามหลักการมีส่วนร่วม เพื่อประโยชน์สาธารณะในการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ บรรลุผลสำเร็จตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

(2) การปรับใช้นโยบายทั่วไปของรัฐและการก่อตั้งองค์การเพื่อการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

เนื่องด้วยรัฐเป็นคู่กรณีตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 รัฐภาคีสมาชิกจึงมีหน้าที่ที่สำคัญ 2 ประการ เพื่อการปฏิบัติตามพันธกรณีสนธิสัญญาดังกล่าว ดังนี้¹²⁴

1) การปรับใช้นโยบายทั่วไปของรัฐภาคีสมาชิกตามข้อ 13 (a) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 เพื่อการส่งเสริมบทบาทของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในสังคม และการส่งเสริมรักษามรดกที่จับต้องไม่ได้ไว้ในแผนงานของโครงการต่างๆ

ทั้งนี้ รัฐภาคีสมาชิกต้องมีนโยบายทั่วไปที่มุ่งส่งเสริมบทบาทของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในสังคม กรณีนี้เป็นพันธกรณีตามข้อ 13 (a) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 แต่ด้วยข้อ 13 (a) อนุสัญญาดังกล่าวไม่ได้บัญญัติเฉพาะเจาะจงว่า รัฐภาคีสมาชิกพึงใช้วิธีการใด ประกอบกับปัจจุบันทุกประเทศทั่วโลกมีการปกครองบนหลักนิติรัฐ หรือผู้ปกครองเป็นกฎหมาย วิธีการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 13 (a) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ก็คือรัฐต้องประกาศใช้กฎหมาย โดยกฎหมายดังกล่าวได้บรรจุนโยบายส่งเสริมบทบาทของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในสังคมไว้ เพื่อที่หน่วยงานของรัฐปฏิบัติหน้าที่ส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยกฎหมายที่บรรจุนโยบายส่งเสริมบทบาทของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในสังคม กฎหมายดังกล่าวอาจเป็นรัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายลำดับรองใดๆ ก็ได้

¹²⁴ Article 13 Other measures for safeguarding of The Convention for the Safeguarding of the Intangible cultural Heritage 2003

To ensure the safeguarding, development and promotion of the intangible cultural heritage present in its territory, each State Party shall endeavor to:

(a) adopt a general policy aimed at promoting the function of the intangible cultural heritage in society, and at integrating the safeguarding of such heritage into planning programs...

อนึ่ง แม้ข้อ 13 (a) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ไม่ได้บัญญัติเป็นการเฉพาะว่า รัฐภาคีสมาชิกต้องบรรจุนโยบายทั่วไปที่มุ่งส่งเสริมบทบาทของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในสังคม และบรรจุเรื่องส่งเสริมรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไว้ในแผนงานของโครงการต่างๆ แต่ด้วยข้อ 13 (a) อนุสัญญานี้ใช้คำว่า “พยายามที่จะ” (shall endeavor) การบรรจุนโยบายดังกล่าวจึงเป็นพันธกรณี เพียงเพื่อการเกิดหลักประกันว่า รัฐภาคีสมาชิกได้กำหนดกำหนดนโยบายในการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในอาณาเขตของรัฐภาคีแล้ว โดยนโยบายดังกล่าวอาจบรรลุผลสำเร็จหรือไม่บรรลุผลสำเร็จหรือไม่ก็ได้¹²⁵

นอกจากนี้ เมื่อข้อ 13 (a) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ใช้คำว่า “เพื่อมุ่ง” (aimed at) ในการพัฒนาและส่งเสริมบทบาทของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รัฐภาคีสมาชิกจึงอาจกำหนดนโยบายนโยบายทั่วไปที่มุ่งส่งเสริมบทบาทของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในสังคมไว้ในกฎหมาย โดยนโยบายดังกล่าวอาจเป็นนโยบายสาธารณะด้านวัฒนธรรม หรือรัฐภาคีสมาชิกอาจสร้างระบบบริการสาธารณะให้แก่ประชาชน เพื่ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึงมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หรือรัฐภาคีสมาชิกเลือกจัดโครงการพัฒนาศักยภาพในการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บรรจุนโยบายทั่วไปดังกล่าวไว้ในหมวดแนวนโยบายแห่งรัฐ และบัญญัติในมาตรา 70 ว่า รัฐพึงส่งเสริมและให้ความคุ้มครองชาวไทยกลุ่มชาติพันธุ์ต่าง ๆ ให้มีสิทธิดำรงชีวิตในสังคมตามวัฒนธรรม ประเพณี และวิถีชีวิตดั้งเดิมตามความสมัครใจได้อย่างสงบสุข ไม่ถูกรบกวนทั้งนี้ เท่าที่ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ หรือสุขภาพอนามัย”

2) การก่อตั้งองค์การเพื่อการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามข้อ 13 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003¹²⁶ ซึ่งข้อดังกล่าวได้บัญญัติว่า รัฐภาคีสมาชิกต้องพยายามที่จะมอบหมายหรือจัดตั้งองค์การที่มี

¹²⁵ Janet Blake, *Commentary on the 2003 UNESCO Convention on the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*, (Leicester: AnchorPrint, 2006), pp.67.

¹²⁶ Article 13 Other measures for safeguarding of The Convention for the Safeguarding of the Intangible cultural Heritage 2003

To ensure the safeguarding, development and promotion of the intangible cultural heritage present in its territory, each State Party shall endeavour to:

(b) designate or establish one or more competent bodies for the safeguarding of the intangible cultural heritage present in its territory...

ความสามารถหนึ่งองค์กรหรือมากกว่านั้นเพื่อสงวนรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมที่อยู่ในอาณาเขตของตน เพื่อประกันว่ามีการส่งเสริม รักษา พัฒนามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่อยู่ในอาณาเขตของตน

เช่นเดียวกับกรณีนโยบายทั่วไปที่มุ่งส่งเสริมบทบาทของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในสังคม ข้อ 13 (b) อนุสัญญาฉบับนี้ไม่ใช่ข้อบังคับที่เข้มงวด สืบเนื่องจากตอนต้นข้อ 13 อนุสัญญาดังกล่าวใช้คำว่า “พยายามที่จะ” (shall endeavor) ส่งผลให้แม้รัฐภาคีสมาชิกมีพันธกรณีก่อตั้งองค์กร แต่องค์กรดังกล่าวอาจเป็นหน่วยงานของรัฐ องค์กรอิสระ และองค์กรดังกล่าวอาจมีองค์กรเดียวหรือหลายองค์กร รวมทั้งรัฐภาคีสมาชิกมีอิสระใช้วิธีการบริหารงานในองค์กรดังกล่าว เพียงแต่องค์กรที่รัฐจัดตั้งขึ้นนั้นต้องอยู่ในอาณาเขตแห่งรัฐ และต้องทำหน้าที่ส่งเสริมรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ภายในอาณาเขตของรัฐ

อย่างไรก็ดี เมื่อข้อ 13 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ไม่ใช่ข้อบังคับที่เข้มงวดข้างต้น รัฐภาคีสมาชิกจึงอาจไม่ก่อตั้งองค์กรที่หน้าที่ส่งเสริมรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่รัฐภาคีสมาชิกอาจมอบหมายหรือก่อตั้งองค์กรที่มีความสามารถ (competent bodies) อย่างน้อยหนึ่งองค์กร เพื่อทำหน้าที่ส่งเสริมรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ภายในอาณาเขตของรัฐภาคี

นอกจากนี้ รัฐภาคีสมาชิกยังสามารถจัดตั้งองค์กรและคณะกรรมการเพื่อร่วมกันปฏิบัติงานบริการสาธารณะด้านวัฒนธรรม เพื่อการส่งเสริม รักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และรัฐภาคีสมาชิกยังอาจตั้งองค์กรในรูปหน่วยงานของรัฐ และบริหารงานแบบการรวมศูนย์อำนาจ (Centralization) องค์กรดังกล่าวจึงเป็นเพียงหน่วยงานของรัฐ ส่วนราชการในกระทรวงวัฒนธรรม หรือกระทรวงใดๆ ก็ได้

อนึ่ง เมื่อผู้วิจัยได้ตรวจสอบการก่อตั้งองค์กรตามข้อ 13 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ใน 10 ประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (Association of South East Asian Nations - ASEAN) แล้ว พบว่า ประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้จำนวน 2 ประเทศ ยกเว้นประเทศกัมพูชา และประเทศพม่า ประเทศเหล่านี้จัดตั้งหน่วยงาน (Second body) ภายใต้สังกัดกระทรวงวัฒนธรรม หรือกระทรวงอื่นๆ เพื่อส่งเสริม รักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ไม่ว่าการรวบรวมและจัดทำทะเบียนรายการมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ การประสานงานกับหน่วยงานในท้องถิ่นหรือชุมชนผู้มีส่วนได้เสีย เพื่อร่วมกันกำหนดนโยบายในการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และร่วมกันจัดทำรายการทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ การวิจัย และการสร้างความตระหนักรู้และเสริมสร้างขีดความสามารถในการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ตัวอย่าง ประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามหนึ่งในประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ และหนึ่งในประเทศกลุ่ม CLMV ประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามได้เป็นรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003¹²⁷ และได้ตั้งองค์กรตามนัยยะข้อ 13 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทั้งระดับราชการส่วนกลางและท้องถิ่น คือ¹²⁸

1) ราชการส่วนกลาง ประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามได้จัดตั้งกระทรวงวัฒนธรรมและการท่องเที่ยว (Ministry of Culture, Sports and Tourism) เพื่อรองรับงานบริการสาธารณะตามข้อ 13 (b) อนุสัญญาดังกล่าว และกระทรวงวัฒนธรรมและการท่องเที่ยวยังจัดตั้งกรมมรดกวัฒนธรรม (Department of Cultural Heritage (DCH)) เป็นหน่วยงานภายในกระทรวง เพื่อทำหน้าที่ดูแลงานบริการสาธารณะด้านวัฒนธรรม เพื่อการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในอาณาเขตประเทศตน และ

2) ราชการส่วนท้องถิ่น ประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามได้จัดตั้งสำนักวัฒนธรรม กีฬาและการท่องเที่ยวประจำจังหวัด (Provincial Departments of Culture, Sports and Tourism) พิพิธภัณฑ์จังหวัด (Provincial museums) ศูนย์วัฒนธรรมประจำจังหวัด (cultural centers) ในทุกจังหวัด เพื่อทำหน้าที่ส่งเสริม รักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

เช่นเดียวกับประเทศมาเลเซียประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ และเป็นรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003¹²⁹ ประเทศมาเลเซียได้ก่อตั้งองค์กรตามนัยยะข้อ 13 (b) อนุสัญญาฉบับกล่าว โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 แต่องค์กรดังกล่าวมีลักษณะโครงสร้างที่สอดคล้องกับการปกครองในระบบสาธารณรัฐ ดังนี้¹³⁰

¹²⁷ เมื่อวันที่ 20 กันยายน ค.ศ.2005 ประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามให้สัตยาบันเป็นรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

¹²⁸ UNESCO, "PERIODIC REPORT NO. 00792/VIET NAM", Retrieved 20 Mar 2020 <http://www.unesco.org/culture/ich/en/periodic-reporting-00460>.

¹²⁹ วันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ.2013 ประเทศมาเลเซียได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.๒๐๐๓ และเป็นรัฐภาคีสมาชิกลำดับที่ 155

¹³⁰ Nurulhuda Adabiah Mustafa and Nuraisyah Chua Abdullah, "Preservation of Cultural Heritage In Malaysia: An Insight of The National Heritage Act 2005, Proceedings of International Conference on Tourism Development, February, 2017 University Teknologi Mara, Malaysia" , Retrieved 1 April 2020 https://www.researchgate.net/publication/314216260_Preservation_Of_Cultural_Heritage_In_Malaysia_An_Insight_Of_The_National_Heritage_Act_2005.

1) ราชการส่วนกลาง โดยที่พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ได้ก่อตั้งองค์กรตามข้อ 13 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 คือกระทรวงวัฒนธรรม ศิลปะและมรดกแห่งชาติ โดยกระทรวงดังกล่าวต้องปฏิบัติหน้าที่ร่วมกับคณะกรรมการ Commissioner for Heritage และสภามรดกแห่งชาติ (National Heritage Council) ที่ซึ่งก่อตั้งขึ้นตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 เพื่อดำเนินงานบริการสาธารณะด้านวัฒนธรรม และการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

2) ราชการส่วนท้องถิ่น ได้แก่หน่วยงานของรัฐของทั้ง 13 รัฐในประเทศมาเลเซีย หน่วยงานเหล่านี้มีอำนาจหน้าที่ในการส่งเสริม รักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้ในอาณาเขตรัฐนั้นๆ โดยกระทรวงวัฒนธรรม ศิลปะและมรดกแห่งชาติจะดำเนินการใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้ในรัฐดังกล่าวได้ ก็ต่อเมื่อหน่วยงานของรัฐนั้นๆ ให้ความเห็นชอบ

ดังนั้นรัฐภาคีสมาชิกมีพันธกรณีตามข้อ 13 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 เพื่อการก่อตั้งองค์การในการปฏิบัติหน้าที่ส่งเสริมรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่รัฐภาคีสมาชิกมีอิสระที่เลือกก่อตั้งองค์การ โครงสร้าง และวิธีการบริหารองค์การที่สอดคล้องกับรูปแบบการปกครองของรัฐภาคีสมาชิก และเป็นไปตามหลักการมีส่วนร่วมของปัจเจกชน กลุ่มบุคคล ชุมชนตามข้อ 15 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

(3) การสนับสนุนให้เกิดการศึกษาในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

สืบเนื่องจากวัตถุประสงค์ข้อ 1 (a) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003¹³¹ อันได้แก่การส่งเสริม รักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียต้องตระหนักถึงความสำคัญของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และสาธารณชนควรมีส่วนชื่นชมในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับ

¹³¹ Article 1 The Convention for the Safeguarding of the Intangible cultural Heritage 2003

The purposes of this Convention are:

(a) to safeguard the intangible cultural heritage;

(b) to ensure respect for the intangible cultural heritage of the communities, groups and individuals concerned;

(c) to raise awareness at the local, national and international levels of the importance of the intangible cultural heritage, and of ensuring mutual appreciation thereof

ต้องไม่ได้ เพราะความชื่นชมร่วมกันย่อมสร้างแรงบันดาลใจแก่สาธารณชน ทำให้สาธารณชนและชุมชนร่วมมือกันในการสืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ดังวัตถุประสงค์ในตามข้อ 1 (c) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

ทั้งนี้ สาเหตุที่การศึกษาในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นวิธีหนึ่งที่ใช้สืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพราะตามปกติชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียมีกระบวนการสืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อยู่แล้ว และใช้วิธีการดังกล่าวต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน รัฐจึงไม่มีความจำเป็นเร่งด่วน หรือเข้ามาจัดการการศึกษาเพื่อสืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

สำหรับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่อยู่ในสถานะอันตรายและอาจสูญหายในอนาคต ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียประสบปัญหา จนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อาจสูญหาย ไม่ว่าจะด้วยสาเหตุความยากลำบากในการผลิตมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไม่ตอบสนองความต้องการของชุมชน เมื่อการสืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เกิดปัญหาขึ้น ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียจึงไม่อาจทำการสืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้โดยลำพัง และเพื่อประกันความสำเร็จในการสืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่อยู่ในสถานะอันตรายและอาจสูญหายในอนาคต รัฐภาคีสมาชิกมีอำนาจเข้ามาจัดการศึกษาและสืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามข้อ 13 (c) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ไม่ว่าจะการศึกษา วิจัยด้านวิทยาศาสตร์ เทคนิค และศิลปะ และระเบียบวิธีวิจัย เพื่อไม่ให้มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้สูญหายในอนาคต¹³²

ด้วยพันธกรณีของรัฐภาคีสมาชิกในข้อ 13 (c) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 กรณีมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ตกอยู่ในสถานะใกล้สูญหาย รัฐภาคีสมาชิกจึงสามารถสนับสนุนด้านต่างๆ แก่ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย และรัฐยังสามารถจัดตั้งหน่วยงานของรัฐ เพื่อช่วยเหลือในการศึกษาวิจัยทางด้านวิทยาศาสตร์ เทคนิคและศิลปะ รวมทั้งระเบียบวิธีวิจัยเกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่ผู้วิจัยอาจเป็นนักวิชาการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และการวิจัยดังกล่าวจำเป็นต้องเชื่อมโยงกับชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย ในฐานะที่บุคคลเหล่านี้เป็นกลไกสำคัญในการประเพณี ปฏิบัติ การแสดง และการสืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้¹³³

¹³² Article 13 The Convention for the Safeguarding of the Intangible cultural Heritage 2003

To ensure the safeguarding, development and promotion of the intangible cultural heritage present in its territory, each State Party shall endeavor to...

¹³³ Janet Blake, *supra* note 125, pp.68.

อนึ่ง งานวิจัยข้างต้นจำเป็นต้องปฏิบัติอย่างต่อเนื่อง เพื่อการแสวงหาแนวทางแก้ไขปัญหาการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่เมื่อข้อ 13 (c) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 มิได้กำหนดรูปแบบงานวิจัย งานวิจัยที่เกิดขึ้นจึงอาจเป็นงานวิจัยทางสังคมศาสตร์ งานวิจัยสาขามนุษยศาสตร์ หรืองานวิจัยสาขา นิติศาสตร์ ประการสำคัญนักวิจัย ผู้เชี่ยวชาญหรือนักวิชาการต้องสำรวจข้อมูลมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และสร้างความสัมพันธ์และเข้าใจอันดีกับชุมชนผู้มีส่วนได้เสีย รวมทั้งการทำความเข้าใจถึงสภาพปัญหาต่างๆ ที่มีผลให้มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อาจสูญหาย บางครั้งผู้วิจัย ต้องทำวิจัยในโครงการความร่วมมือในระดับภูมิภาค หรืองานวิจัยที่เกิดจากความร่วมมือระหว่างหน่วยงานของรัฐกับสถาบันทางวิทยาศาสตร์ เพราะงานวิจัยที่เกิดขึ้นนี้เป็นส่วนหนึ่งในการจัดทำรายการมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของรัฐ และแผนปฏิบัติการส่งเสริม รักษา มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของรัฐภาคีสมาชิกนั้นๆ เช่น ประเทศไทย กรมส่งเสริมวัฒนธรรม กระทรวงวัฒนธรรม เป็นหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบเกี่ยวกับงานวิจัย การศึกษาที่เกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยการให้ทุนสนับสนุนงานวิจัยในแต่ละปีแก่นักวิชาการ นักวิจัย ผู้เชี่ยวชาญ แต่งานวิจัยเหล่านี้ไม่จำกัดเฉพาะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่อยู่ในสถานะใกล้สูญหาย หรือประเทศฝรั่งเศสได้สนับสนุนงบประมาณ เพื่อการศึกษาวิจัยมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยรัฐเข้ามาควบคุมป้องกันมิให้เกิดการแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์ของกลุ่มคนบางกลุ่ม หรือประเทศสเปนได้จัดสรรเงินในการทำวิจัยเกี่ยวกับมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทั้งภายในประเทศ และระหว่างประเทศ เพื่อแสวงหากรอบความคิดใหม่ๆ ในการพัฒนาการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เป็นต้น¹³⁴

(4) การใช้มาตรการที่เหมาะสมทางกฎหมาย เทคนิค การจัดการ และการเงิน เพื่อส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

กรณีที่รัฐต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมทางกฎหมาย เทคนิค การจัดการ และการเงิน เพื่อส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ก็เพื่อการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 13 (d) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ซึ่งรัฐปฏิบัติได้อย่างสัมพันธ์กับหลักนิติรัฐในรัฐภาคีสมาชิก ทำให้ไม่ว่ารัฐภาคีสมาชิกจะปกครองในระบอบประชาธิปไตย หรือสังคมนิยม หน่วยงานของรัฐภาคีสมาชิกต้องได้รับมอบอำนาจตามกฎหมาย เพื่อ

¹³⁴ Barbara Torggler, Ekaterina Sediakina-Rivière, “ Evaluation of UNESCO’s Standard-Setting Work of the Culture Sector Part I – 2003 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage”, Retrieved 15 Mar, 2020 https://ich.unesco.org/doc/src/IOS-EVS-PI-129_REV.-EN.pdf.

การสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และหน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติหน้าที่ตามหลักกฎหมายมหาชนที่ว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ และไม่กระทำการเกินกว่าที่กฎหมายให้อำนาจ”

หากพิจารณาเนื้อหาสาระในข้อ 13 (d) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ซึ่งรัฐภาคีสมาชิกต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมทางกฎหมาย ทางเทคนิค ทางการบริหาร และทางการเงินตามข้อดังกล่าว และเมื่อข้อ 13 (d) อนุสัญญาฉบับนี้ไม่ใช่ข้อบังคับที่เข้มงวด รัฐภาคีสมาชิกจึงสามารถเลือกใช้มาตรการกฎหมายต่างๆ ที่เหมาะสมกับรัฐตน ซึ่งผู้วิจัยพบว่า ในปี ค.ศ.2020 ประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ที่รวมถึงกลุ่มประเทศ CLMV ประเทศมาเลเซีย และประเทศไทย ประเทศสมาชิกเหล่านี้ได้ใช้มาตรการกฎหมายตามข้อ 13 (d) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ใน 3 รูปแบบ คือ¹³⁵

1) กฎหมายเฉพาะ เพื่อการจัดการ การกำหนดนโยบายและบริหารการเงินที่เกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ของประเทศไทย เป็นต้น

2) กฎหมายวัฒนธรรม ซึ่งกฎหมายดังกล่าวใช้ทั้งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และมรดกทางธรรมชาติ เช่น พระราชบัญญัติ the National Heritage Act ค.ศ.2005 ของประเทศมาเลเซีย หรือพระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 แก้ไขเพิ่ม ค.ศ.2003 ของประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม เป็นต้น

3) กฎหมายวัฒนธรรมที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ และใช้กับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ในฐานะมรดกทางวัฒนธรรมเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของชาติ แต่กฎหมายวัฒนธรรมดังกล่าวจึงยังมีบทบัญญัติบางประการที่ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 เช่น พระราชบัญญัติ The Protection of Cultural Heritage ค.ศ.1996 ของประเทศกัมพูชา เป็นต้น¹³⁶

แม้รัฐภาคีสมาชิกสามารถประกาศใช้กฎหมายวัฒนธรรม โดยกฎหมายวัฒนธรรมที่เกิดขึ้นมีเนื้อหาสอดคล้องกับนโยบายแห่งรัฐในแต่ละประเทศ แต่กฎหมายวัฒนธรรมทุกประเทศต้องมีวัตถุประสงค์ 3 ประการ ตามที่ข้อ 13 (d) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ได้บัญญัติไว้ คือ

¹³⁵ Steven Van Uytsel, “Intangible Cultural Heritage Legislation in Asia In Search for the Spirit of 2003 UNESCO Convention”, Retrieved 5 Mar, 2020 <https://poseidon01.ssm.com>.

¹³⁶ UNESCO, “Regional Collaboration for Safeguarding Intangible Cultural Heritage in South-East Asia”, Retrieved 20 Mar 2020 https://www.unesco-ichcap.org/eng/ek/sub8/pdf_file/04/E04_1_South-East_Asia.pdf.

(1) สนับสนุนการสร้างสรรค์หรือเพิ่มความเข้มแข็งให้แก่สถาบันต่างๆ ในการจัดฝึกอบรมด้านการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และการถ่ายทอดมรดกดังกล่าว ผ่านเวที และพื้นที่ต่างๆ ที่จัดไว้ เพื่อการแสดงผลงานหรือการแสดงออกในเรื่องดังกล่าว

(2) ประกันการเข้าถึงมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และการเคารพ ต่อวิถีธรรมเนียมปฏิบัติตามจารีตที่ใช้บังคับการเข้าถึงมรดกวัฒนธรรมเฉพาะด้านด้วย

(3) จัดตั้งสถาบันเพื่อการบันทึกข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้และให้ความสะดวกในการเข้าถึงสถาบันดังกล่าว

สาเหตุที่ประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้มี กฎหมายวัฒนธรรมที่แตกต่างกัน 3 รูปแบบข้างต้น ก็เพราะข้อ 13 (d) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวน รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ไม่ใช่ข้อบังคับที่เข้มงวด ดังที่ปรากฏคำว่า “รัฐ ภาคีสมาชิกพยายามที่จะ” (State Party shall endeavor...) เพื่อการสงวนรักษา พัฒนา และส่งเสริม มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ภายในอาณาเขตของรัฐภาคีสมาชิก รัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญานี้จึง สามารถใช้มาตรการกฎหมายที่แตกต่างกัน และบางรัฐภาคีสมาชิกยังคงอยู่ในขั้นดำเนินการร่าง กฎหมายภายในตามนัยยะข้อ 13 (d) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้อง ไม่ได้ ค.ศ.2003

ฉะนั้นข้อ 13 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับ ต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ได้ก่อตั้งหน้าที่แก่รัฐภาคีสมาชิกหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการศึกษา การวิจัย การ บัญญัติมาตรการกฎหมายภายในรัฐภาคีสมาชิก แต่เฉพาะกรณีการรับรองสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สิน ทางปัญญาในกฎหมายวัฒนธรรม อนุสัญญานี้ไม่บัญญัติว่าเป็นหน้าที่แก่รัฐภาคีสมาชิก เพียงแต่ รัฐภาคีสมาชิกต้องไม่ขัดขวางการใช้ประโยชน์จากสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านทรัพย์สินทาง ปัญญา

3.4.2.4 การใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาควบคู่กับกฎหมายวัฒนธรรม

ปัจจุบันประเทศต่างๆ มีหน้าที่สนับสนุนการใช้กฎหมายทรัพย์สินทาง ปัญญากับสินค้าต่างๆ ตามที่สนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านทรัพย์สินทางปัญญาที่บัญญัติไว้ ไม่ว่าจะ รัฐภาคีสมาชิกดังกล่าวได้ลงนามไว้ก่อนหรือภายหลังการเกิดอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดก ทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 เพื่อการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการ สงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

ทั้งนี้ แนวคิดข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทาง วัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ซึ่งทำให้รัฐภาคีสมาชิกสนับสนุนการใช้กฎหมายทรัพย์สินทาง

ปัญญา เพื่อปกป้องการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้¹³⁷ โดยที่มาข้อดังกล่าวมาจากนักวิชาการ 2 กลุ่ม

กลุ่มแรก นักวิชาการกฎหมายวัฒนธรรม โดยนักวิชาการที่สำคัญกลุ่มนี้คือ David Warren Saxe ซึ่งในค.ศ.1996 David Warren ได้ให้ความเห็นไว้ในบทความเรื่อง Framing a Theory for Social Studies Foundations ว่า มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสมบัติร่วมกันของมวลมนุษยชาติ เพราะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีคุณค่า และประโยชน์ต่อมนุษย์ทั้งปวง ไม่ว่าผู้ใดก็ไม่อาจเป็นเจ้าของมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และทุกคนพึงให้ความเคารพมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ซึ่งกันและกัน และทุกคนควรชื่นชมร่วมกันในความหลากหลายทางวัฒนธรรม (Cultural Diversity) ในฐานะที่มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้สร้างความเจริญงอกงามให้แก่หมู่คณะ และสังคมมนุษย์ โลกจึงพึงสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของมนุษยชาติให้ดำรงอยู่ต่อไป พร้อมๆ กับต้องรักษาการถ่ายทอดทักษะ องค์ความรู้ ที่เป็นมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ให้สมาชิกในชุมชนรุ่นต่อไป¹³⁸

กลุ่มที่สอง นักวิชาการกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา คือ Daphne Zografos ที่ให้ความเห็นไว้ว่า มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสินค้าที่มีมูลค่า และมีความสำคัญทางเศรษฐกิจ หรือที่นักวิชาการเรียกว่า ทุนทางวัฒนธรรม โดยชุมชนผู้มีส่วนได้เสียใช้วิธีผลิตเลียนแบบบรรพบุรุษร่วมกับการสร้างสรรค์ชิ้นใหม่ สินค้ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงเป็นผลผลิตทางความคิดสติปัญญาของมนุษย์ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจึงมีความเหมาะสมต่อการปกป้องสินค้าดังกล่าว¹³⁹

ภายใต้แนวคิดกลุ่มที่สองข้างต้น คณะกรรมการระดับรัฐบาลว่าด้วยทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่นและการแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบดั้งเดิม

¹³⁷ Article 3 The Convention for the Safeguarding of the Intangible cultural Heritage 2003

Nothing in this Convention may be interpreted as:...

(b) affecting the rights and obligations of States Parties deriving from any international instrument relating to intellectual property rights or to the use of biological and ecological resources to which they are parties.

¹³⁸ David Warren Saxe, “Framing a Theory for Social Studies Foundations”, Retrieved 13 April, 2020 <https://journals.sagepub.com/doi/10.3102/00346543062003259>.

¹³⁹ Daphne Zografos, “IP, TK and TCEs An overview of policy and legal issues from an IP perspective”, 13 April 2020 https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_ip_tk_yfb_19/wipo_ip_tk_yfb_19_presentation_1_ip_tk_and_tces.pdf.

(Intergovernmental Committee on Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore - IGC) ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization: WIPO) จึงได้หารือในการพัฒนากรอบกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อคุ้มครองสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge - TK) และการแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบดั้งเดิม (Traditional Cultural Expressions — TCEs) ในบริบททรัพย์สินทางปัญญา ผลคือปัจจุบันองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกมีต้นแบบกฎหมาย (Model Provision) แก่รัฐภาคีสมาชิก ซึ่งรัฐภาคีสมาชิกสามารถใช้เป็นต้นแบบในการตรากฎหมายภายในประเทศตนได้

อย่างไรก็ดี แม้ว่านักกฎหมายมีทัศนคติที่มีต่อมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้แตกต่างกัน 2 กลุ่ม และทัศนคติทั้งสองกลุ่มดูน่าจะขัดแย้งกัน แต่ Francesco Francioni ประธานการประชุม “International Round Table : Intangible Cultural Heritage – Working Definitions” ณ ประเทศอิตาลี ในค.ศ.2001 ให้ความเห็นว่า กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามุ่งปกป้องตัวสินค้า หรือเรียกว่า การปกป้องผลผลิตสุดท้ายของการสร้างสรรค์มรดกวัฒนธรรมมากกว่าการส่งเสริมรักษากระบวนการสร้างสรรค์ของมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หรือเปรียบเทียบได้กับว่า กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาปกป้องปลายยอดภูเขาน้ำแข็ง ขณะที่กฎหมายวัฒนธรรมมุ่งสงวนรักษากระบวนการสร้างสรรค์ องค์ความรู้ ทักษะการถ่ายทอดที่มีกระบวนการทางสังคม หรือเรียกว่าการปกป้องภูเขาน้ำแข็งทั้งหมด หากพิจารณาโดยผิวเผินแล้ว การปกป้องตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาดูเหมือนต่างจากกฎหมายวัฒนธรรม¹⁴⁰ ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจึงสร้างอุปสรรคต่อการปกป้องมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพราะปัญหาการไม่อาจระบุตัวผู้สร้างสรรค์ ไม่ทราบถึงระยะเวลาที่เกิดขึ้นของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และระยะเวลาความคุ้มครองอันจำกัด

อย่างไรก็ดี Francesco Francioni ก็สรุปว่า การใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาปกป้องมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้สามารถปฏิบัติได้ เพราะกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไม่ได้แช่แข็ง (Freezing) มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ด้วยมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีวิวัฒนาการไม่หยุดนิ่ง การให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแก่ชุมชน กรณีนี้จึงสอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 เพราะการแช่แข็งทางวัฒนธรรมนี้เป็นการเปลี่ยนแปลงสถานภาพหรือลดระดับการคุ้มครองภายใต้

¹⁴⁰ Laurajane Smith and Natsuko Akagawa, “Intangible Heritage”, Retrieved 25 January 2009 <https://www.researchgate.net/publication/299410644>.

อนุสัญญา ค.ศ. 1972 เกี่ยวกับการคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมและทางธรรมชาติของทรัพย์สินอันเป็นมรดกโลก¹⁴¹

เช่นเดียวกับผู้วิจัยที่มีความเห็นว่า การใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไม่ใช่การแช่แข็ง (Freezing) มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพราะเจตนารมณ์กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามุ่งต่อการส่งเสริมพัฒนาทางเทคโนโลยี นวัตกรรมใหม่ๆ และการใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญากับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ กรณีนี้เป็นไปตามหลักการวัฒนธรรมมีชีวิตตามกฎหมายวัฒนธรรม ภายใต้เหตุผล 3 ประการ

1) กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามีจุดมุ่งหมายปกป้องผลผลิตที่มีความใหม่ หรือเกิดจากความคิดริเริ่ม ดังปรากฏในอารัมภบทความตกลงทริปส์ว่า รัฐบาลีสมาชิกต้องให้ความสำคัญต่่อนโยบายสาธารณะที่เป็นพื้นฐานของระบบระดับชาติ เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และวัตถุประสงค์ด้านการพัฒนาและเทคโนโลยี

2) กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเป็นกฎหมายฉบับเดียวที่เกิดขึ้น เพื่อปกป้องผลผลิตทางความคิดของมนุษย์ ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียจึงควรได้รับความคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

3) โลกได้ปกป้องสินค้าหรือบริการตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาก่อนที่สนธิสัญญาระหว่างประเทศขององค์การยูเนสโกเกิดขึ้น ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียได้จึงใช้ประโยชน์จากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอย่างยาวนาน สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงมีประโยชน์ต่อชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย

ความเห็นข้างต้นสอดคล้องกับ Daphne Zografos เจ้าหน้าที่อาวุโส องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกที่นำเสนอไว้รายงาน ชื่อ IP, TK and TCEs An overview of policy and legal issues from an IP perspective ว่า กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามีความเหมาะสมต่อการปกป้องประโยชน์เชิงพาณิชย์ของเอกชนในสินค้าต่างๆ แม้ว่าสินค้ากลุ่มนี้ไม่มีความใหม่หรือความคิดริเริ่ม หรือไม่อาจจะระบุตัวผู้สร้างสรรค์ เพราะกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเป็นกฎหมายพิเศษที่มีมาตรการ หลักการ และให้ความสำคัญกับคุณค่าของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ส่งผลให้ปัจจุบันองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกจึงประกาศใช้สนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องไว้ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ.1992 (Convention on

¹⁴¹ UNESCO, “Proclamation of the Masterpieces of the Oral and Intangible Heritage of Humanity (2001-2005)”, Retrieved 5 Mar 2020 <http://www.unesco.org/culture/ich/en/proclamation-of-masterpieces-00103>.

Biological Diversity, 1992) ที่ปกป้องพืชพันธุ์ การใช้แร่ธาตุต่างๆ ที่ทางการแพทย์พื้นบ้านได้ใช้แพร่หลาย เป็นต้น¹⁴²

ฉะนั้นเมื่อองค์การยูเนสโกได้ประกาศใช้ข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขึ้น ก็เพื่อการสนับสนุนการใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญากับสินค้ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ต่างๆ รวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งกรณีนี้เป็นการรองรับธรรมเนียมการใช้เครื่องหมายการค้า ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ซึ่งชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียใช้มาอย่างยาวนาน และสอดคล้องกับหลักการวัฒนธรรมมีชีวิตตามกฎหมายวัฒนธรรม

3.4.2.5 การบังคับใช้

แม้ว่าอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ไม่มีหมวดการบังคับใช้เป็นการเฉพาะ แต่อนุสัญญานี้ได้ก่อตั้งคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลเพื่อสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ขึ้นตามข้อ 5 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 คณะกรรมการชุดนี้เป็นส่วนหนึ่งขององค์การยูเนสโก โดยคณะกรรมการดังกล่าวประกอบด้วยผู้แทนจากรัฐภาคีสมาชิก 18 ประเทศในเบื้องต้น และปัจจุบันคณะกรรมการดังกล่าวประกอบด้วยผู้แทนจาก 24 รัฐภาคีสมาชิก เพราะอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 มีจำนวนรัฐสมาชิกเพิ่มขึ้นร้อยละ 50 คณะกรรมการดังกล่าวจึงมีบทบาทสำคัญในการเพิ่มประสิทธิภาพและกำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่รัฐภาคีสมาชิก¹⁴³ ซึ่งการเพิ่มประสิทธิภาพและกำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่รัฐภาคีสมาชิกเกิดขึ้น 2 วิธีกร ดังนี้

1) การรายงานผลการปฏิบัติงาน โดยรัฐภาคีสมาชิกมีหน้าที่จัดทำรายงานการปฏิบัติหน้าที่ในข้อ 13 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และเสนอรายงานดังกล่าวต่อคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลเพื่อสงวนรักษามรดกทาง

¹⁴² Daphne Zografos, *supra* note 139.

¹⁴³ Article 5 The Convention for the Safeguarding of the Intangible cultural Heritage 2003

1. An Intergovernmental Committee for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, hereinafter referred to as “the Committee”, is hereby established within UNESCO. It shall be composed of representatives of 18 States Parties, elected by the States Parties meeting in General Assembly, once this Convention enters into force in accordance with Article 34.

2. The number of States Members of the Committee shall be increased to 24 once the number of the States Parties to the Convention reaches 50.

วัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามข้อ 7 (f) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และคณะกรรมการดังกล่าวจะทำการสรุปการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐภาคีสมาชิกทั้งหมด หลังจากนั้นนำเสนอผลสรุปนี้แก่สมัชชาแห่งองค์การยูเนสโกตามข้อ 29 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

ทั้งนี้ คณะกรรมการระหว่างรัฐบาลเพื่อสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ยังมีหน้าที่ตรวจสอบรายงานการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐภาคีสมาชิก ตั้งแต่ที่รัฐภาคีสมาชิกเพิ่งเข้าเป็นสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 เพราะอนุสัญญานี้กำหนดหน้าที่นำส่งรายงานผลการปฏิบัติงาน โดยรัฐภาคีสมาชิกเริ่มนำส่งรายงานดังกล่าว ภายใน 6 ปีแรก หลังจากรัฐภาคีสมาชิกให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และต่อจากนั้นในทุกๆ 6 ปี รัฐภาคีสมาชิกต้องจัดทำรายงานดังกล่าว เพื่อเสนอแก่คณะกรรมการระหว่างรัฐบาลเพื่อสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยรายงานการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวต้องเป็นไปตามรูปแบบ ซึ่งสำนักงานเลขาธิการองค์การยูเนสโกกำหนดไว้¹⁴⁴

ส่วนสำนักงานเลขาธิการองค์การยูเนสโกมีหน้าที่จัดทำรายงานการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐภาคีสมาชิก เพื่อเสนอต่อคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลเพื่อสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวได้พิจารณาตรวจสอบ และสรุปผลการดำเนินงานของรัฐภาคีสมาชิกตามรายงานดังกล่าว และสำนักงานดังกล่าวได้นำเสนอต่อการประชุมสมัชชาใหญ่แห่งองค์การยูเนสโก (General Assembly) ในทุกๆ วาระการประชุม ในฐานะที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งองค์การยูเนสโก คือองค์กรสูงสุดของอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และที่ประชุมดังกล่าวได้พิจารณาและให้ความเห็นต่อการปฏิบัติหน้าที่ในพันธกรณีของรัฐภาคีสมาชิก ไม่ว่าจะมาตการกฎหมาย กิจกรรม การดำเนินการต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งผลการประชุมสมัชชาใหญ่แห่งองค์การยูเนสโกแต่ละครั้งจะถูกเผยแพร่ในวารสาร เอกสาร และสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ เว้นแต่ที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งองค์การยูเนสโกมีมติให้รักษาไว้เป็นความลับ

2) การประเมินผลและการตรวจสอบการเงินภายในโดยสำนักบริการตรวจสอบกำกับดูแลภายใน (Evaluation and Internal Audit by The Office of Internal Oversight Service : OIOS) การดำเนินการส่วนนี้เป็นการกำกับดูแลขององค์การยูเนสโกตามข้อ 30

¹⁴⁴ Article 30 The Convention for the Safeguarding of the Intangible cultural Heritage 2003

Reports by the Committee

1. On the basis of its activities and the reports by States Parties referred to in Article 29, the Committee shall submit a report to the General Assembly at each of its sessions...

อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ในฐานะที่สำนักบริการดังกล่าวเป็นหน่วยงานที่กำกับดูแลการดำเนินกิจการต่างๆ ขององค์การยูเนสโก ซึ่งสำนักบริการดังกล่าวต้องเสนอรายงานการประเมินผลและการตรวจสอบการเงินแก่เลขาธิการองค์การยูเนสโก โดยในรายงานดังกล่าวมีเนื้อหา 3 ประการ

1) การตรวจสอบการเงินภายในองค์การยูเนสโก เพราะรายได้ขององค์การยูเนสโกมาจากเงินบริจาคของรัฐภาคีสมาชิก การใช้จ่ายเงินเหล่านี้จึงต้องมีทั้งประสิทธิภาพ ประสิทธิผลและโปร่งใส รวมทั้งต้องถูกตรวจสอบได้ ทำให้สำนักบริการ ตรวจสอบกำกับดูแลภายในแห่งองค์การยูเนสโกจำเป็นต้องตรวจสอบการใช้จ่ายเงินทั้งหมดขององค์การยูเนสโก โดยการศึกษา ทบทวนเอกสารที่เกี่ยวข้อง เช่น เอกสารเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 รายงานผลการปฏิบัติงานของรัฐภาคี ผลการพิจารณาคำเสนอขึ้นทะเบียนมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ผลการพิจารณาสนับสนุนความช่วยเหลือระหว่างประเทศ เป็นต้น

2) การประเมินผล ซึ่งสำนักบริการ ตรวจสอบกำกับดูแลภายในแห่งองค์การยูเนสโกมีหน้าที่ประเมินผลการใช้จ่ายเงินขององค์การยูเนสโก เพื่อให้เป็นไปตามหลักการคลังโดยเงินทั้งหมดที่ใช้นั้นต้องบรรลุประสิทธิภาพ ประสิทธิผลในอันที่บรรลุวัตถุประสงค์ข้อ 1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ทำให้สำนักบริการดังกล่าวจำเป็นต้องประเมินเอกสารต่างๆ และหลังจากการประเมินแล้ว สำนักบริการดังกล่าวต้องเสนอแนวทางการดำเนินงานที่เหมาะสม เพื่อหน่วยงานต่างๆ ในองค์การยูเนสโกใช้ปฏิบัติงานด้านต่างๆ ตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ต่อไป

3) การสอบสวน เมื่อใดที่สำนักบริการ ตรวจสอบกำกับดูแลภายในแห่งองค์การยูเนสโกพบความผิดปกติในการใช้จ่ายเงินขององค์การยูเนสโก สำนักงานดังกล่าวทำการสอบสวนและรายงานผลแก่เลขาธิการองค์การยูเนสโก เพื่อการดำเนินการแก้ไขข้อผิดพลาดเหล่านี้

ตัวอย่างรายงาน ซึ่งเสนอสำนักบริการ ตรวจสอบกำกับดูแลภายในแห่งองค์การยูเนสโกได้นำเสนอต่อองค์การยูเนสโก เช่น รายงานเรื่อง “Evaluation of UNESCO’s Standard-setting Work of the Culture Sector Part I – 2003 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, FINAL REPORT” เป็นต้น¹⁴⁵

¹⁴⁵ Barbara Torggler, E. S. R. “ Evaluation of UNESCO’s Standard-Setting Work of the Culture Sector Part I – 2003 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2013”, Retrieved 13 April 2020 https://ich.unesco.org/doc/src/IOS-EVS-PI-129_REV.-EN.pdf.

นอกจากนี้ องค์การยูเนสโกยังมีระบบการตรวจสอบการเงินภายใน (Internal Audit) ซึ่งหน้าที่เป็นของฝ่ายการตรวจสอบการเงิน หน่วยงาน ฝ่ายดังกล่าวอยู่บังคับบัญชาสำนักบริการ ตรวจสอบ กำกับดูแลภายในขององค์การยูเนสโก หน่วยงานแห่งนี้ทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้จ่ายต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้จ่ายเงินในกิจกรรมและโครงการต่างๆ ขององค์การยูเนสโกตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และตรวจสอบการใช้จ่ายเงินตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศอื่นๆ ที่เกี่ยวกับวัฒนธรรม เช่น อนุสัญญาว่าด้วยวิธีการในการห้ามและป้องกันการนำเข้า การส่งออกและการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทางวัฒนธรรมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ค.ศ.1970 (The 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property 1970) อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ ค.ศ.2001 (Convention on Protection of the Underwater Cultural Heritage 2001) อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมและธรรมชาติโลก ค.ศ.1972 (Convention Protection of the World Cultural and Natural Heritage 1972) เป็นต้น¹⁴⁶

3.4.2.6 กองทุนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

แม้ว่าอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ไม่มีบทบัญญัติการลงโทษรัฐภาคีสมาชิกเป็นการเฉพาะ โดยเฉพาะกรณีรัฐภาคีสมาชิกไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอนุสัญญานี้ แต่ด้วยการบริหารจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ขององค์การยูเนสโกจำเป็นต้องพึ่งพาเงินบริจาคจากรัฐภาคีสมาชิก ซึ่งหากปราศจากเงินดังกล่าว องค์การยูเนสโกย่อมไม่อาจบรรลุภารกิจงานส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ อนุสัญญานี้จึงให้ความสำคัญต่อหน้าที่การชำระเงินเข้าสู่กองทุนเพื่อการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ตามที่ข้อ 25 อนุสัญญานี้จึงก่อตั้งกองทุนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ขึ้น โดยกองทุนดังกล่าวมีลักษณะสำคัญ ต่อไปนี้

- 1) กองทุนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นกองทุนในรูปแบบทรัสต์ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามข้อกำหนดทางการเงินขององค์การยูเนสโก
- 2) กองทุนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นรายได้ขององค์การยูเนสโก เพื่อการปฏิบัติหน้าที่ตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 โดยที่มาของเงินมาจาก

¹⁴⁶ UNESCO, “Internal Oversight Service Audit Section”, Retrieved 13 April 2020
<https://ich.unesco.org/doc/src/IOS-AUD-2013-06-EN.pdf>.

- (1) เงินค่าบำรุงที่รัฐภาคีทั้งหลายจ่ายมาให้
 - (2) กองทุนที่ได้รับการจัดสรรมาเพื่อความมุ่งประสงค์เฉพาะ โดยที่ประชุมทั่วไปขององค์การยูเนสโกกำหนดไว้
 - (3) เงินค่าบำรุง เงินก้ำนัล หรือเงินที่ยกให้โดยรัฐอื่นๆ หรือองค์การและแผนงานของระบบงานของสหประชาชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งแผนงานเพื่อการพัฒนาของสหประชาชาติ และองค์การระหว่างประเทศอื่นๆ หรือองค์กรของรัฐหรือของเอกชนหรือปัจเจกชน
 - (4) ดอกเบี้ยที่ได้จากทรัพย์สินของกองทุนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้
 - (5) เงินได้จากการระดมทุนที่ได้มาด้วยการรวบรวมและรายได้จากเหตุการณ์ต่างๆ ที่จัดขึ้นเพื่อประโยชน์ของกองทุน
 - (6) ทรัพย์สินอื่นใดที่กฎของกองทุนให้อำนาจไว้โดยคณะกรรมการจะเป็นผู้ตราขึ้น
- 3) การใช้ทรัพย์สินโดยคณะกรรมการจะตัดสินใจให้ใช้ได้โดยยึดหลักแนวทางที่สมาชิกได้วางไว้
- 4) คณะกรรมการอาจยอมรับเงินค่าบำรุงและความช่วยเหลือในรูปแบบอื่นด้วยความมุ่งประสงค์ทั่วไปหรือความมุ่งประสงค์เฉพาะที่เกี่ยวข้องกับโครงการเฉพาะใดๆ หากโครงการเหล่านั้นได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการแล้ว
 - 5) รัฐภาคีสมาชิกที่จ่ายเงินเข้ากองทุนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รัฐดังกล่าวต้องมีเงื่อนไขทางการเมือง เศรษฐกิจ หรือเงื่อนไขอื่นใด ซึ่งไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 มาผูกพันอยู่กับเงินค่าบำรุงที่มอบให้กองทุนดังกล่าว
- เมื่อองค์การยูเนสโกไม่อาจปฏิบัติงานโดยปราศจากเงินจากกองทุนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ทำให้แม้ว่าอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ไม่มีบทลงโทษ หากรัฐภาคีสมาชิกไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในอนุสัญญาฉบับดังกล่าว แต่เฉพาะการไม่ชำระเงินบำรุงแก่กองทุนในข้อ 26 (5) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ซึ่งรัฐภาคีสมาชิกมีหน้าที่ต้องชำระเงินค่าบำรุงที่จำเป็นต้องให้และเงินค่าบำรุงที่ให้โดยสมัครใจในปีปัจจุบัน และปีตามศักราชก่อนหน้าปีปัจจุบัน ถ้ารัฐภาคีสมาชิกใดไม่ปฏิบัติตามข้อ 26 (5) ดังกล่าว รัฐภาคีสมาชิกนั้นๆ จะไม่มีสิทธิเป็นกรรมการในคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลเพื่อสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่ข้อ 26 (5)

อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 จะไม่ใช้กับการเลือกตั้งครั้งแรก¹⁴⁷

อนึ่ง การชำระเงินบำรุงของรัฐภาคีสมาชิก ตามข้อ 26 (1) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ได้บัญญัติว่า รัฐภาคีสมาชิกต้องยินยอมจ่ายเงินค่าบำรุงจำนวนหนึ่งให้แก่กองทุนอย่างน้อยทุกๆ 2 ปี จำนวนเงินบำรุงดังกล่าวคิดเป็นร้อยละที่เท่าเทียมกันในทุกรัฐภาคีสมาชิก และที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งองค์การยูเนสโกจะตัดสินว่าแต่ละรัฐภาคีสมาชิกจะชำระเป็นร้อยละเท่าใด ตามมติเสียงข้างมากของรัฐภาคีสมาชิกที่เข้าประชุมในครั้งนั้น และแต่ละรัฐภาคีสมาชิกมีเสียงเท่ากัน รัฐภาคีสมาชิกร้อยละ 1 เสียงรวมทั้งเงินค่าบำรุงของรัฐภาคีสมาชิกต้องไม่เกินร้อยละหนึ่งของเงินค่าบำรุงที่ให้แก่งบการเงินประจำขององค์การยูเนสโก และการชำระเงินบำรุงดังกล่าวต้องไม่กระทบถึงเงินค่าบำรุงโดยสมัครใจของรัฐภาคีสมาชิก หากรัฐภาคีสมาชิกต้องการชำระเงินบำรุงเพิ่มเติม

ดังนั้นอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 จึงไม่ใช่ข้อบังคับที่เข้มงวด รัฐภาคีสมาชิกจึงมีอิสระในการใช้กฎหมายวัฒนธรรมที่เหมาะสมกับและสอดคล้องกับนโยบายแห่งรัฐในประเทศตน และแม้รัฐภาคีสมาชิกมีหน้าที่หลายประการ ไม่ว่าจะการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หรือภารกิจอื่นใด แต่รัฐภาคีสมาชิกยังมีหน้าที่สำคัญในการสนับสนุนการใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศตน และชำระเงินเข้ากองทุนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

3.5 มาตรการกฎหมายวัฒนธรรมเพื่อรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในกลุ่มประเทศ CLMV และประเทศมาเลเซียประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้

สำหรับมาตรการกฎหมายวัฒนธรรมเพื่อรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่ง

¹⁴⁷ Article 26 The Convention for the Safeguarding of the Intangible cultural Heritage 2003

5. Any State Party to this Convention which is in arrears with the payment of its compulsory or voluntary contribution for the current year and the calendar year immediately preceding it shall not be eligible as a Member of the Committee; this provision shall not apply to the first election. The term of office of any such State which is already a Member of the Committee shall come to an end at the time of the elections provided for in Article 6 of this Convention.

ประเทศกลุ่ม CLMV และประเทศมาเลเซียล้วนเป็นประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (Association of South East Asian Nations - ASEAN) และประเทศเหล่านี้ยังเป็นเพื่อนบ้านของประเทศไทยที่มีวัฒนธรรมอาหารที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งประเทศเหล่านี้ใช้กฎหมายวัฒนธรรมที่แตกต่างกันไปต่อไปนี้

3.5.1 พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ของประเทศมาเลเซีย ซึ่งรัฐรับโอนลิขสิทธิ์และรักษาสมดุระหว่างแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ประเทศมาเลเซียเป็นประเทศที่ปกครองในรูปสหพันธรัฐราชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ โดยสภาพภูมิศาสตร์ประเทศมาเลเซียตั้งอยู่ในบริเวณช่องแคบมะละกา และประเทศมาเลเซียประกอบด้วยรัฐ 13 รัฐ และ 3 สหพันธ์¹⁴⁸ ซึ่งนับแต่อดีตประเทศมาเลเซียเป็นที่พักและแหล่งการค้าทางทะเล ประเทศมาเลเซียจึงเป็นพื้นที่แห่งการแลกเปลี่ยนวัฒนธรรมอาหาร อาหารชาวมาเลเซียจึงมีความหลากหลาย โดยข้อมูลเพียงค.ศ.2005 ประเทศมาเลเซียได้รับรายได้จำนวน 442.2 ล้านริงกิต ในการนี้รัฐบาลมาเลเซียได้ใช้รายได้ดังกล่าวจำนวนร้อยละ 63 เป็นค่าใช้จ่ายในการส่งเสริม รักษาและอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรม¹⁴⁹ และประเทศมาเลเซียยังประกาศใช้พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 เพื่อการปฏิบัติตามพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองมรดกโลกทางวัฒนธรรมและทางธรรมชาติ ค.ศ. 1972 (Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, 1972) และอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003¹⁵⁰ กฎหมายฉบับดังกล่าวจึงใช้กับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้และมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมเป็นไปตามหลักการวัฒนธรรมมีชีวิต (Living Heritage)¹⁵¹ ดังนี้

¹⁴⁸ ประเทศมาเลเซียประกอบด้วย 13 รัฐ และสหพันธ์ 3 ดินแดน คือสหพันธ์แห่งกัวลาลัมเปอร์ สหพันธ์แห่งลาบวน สหพันธ์แห่งปุตراجายา รัฐยะโฮร์ รัฐเกอดะฮ์ (ไทรบุรี) รัฐกลันตัน รัฐมะละกา รัฐเนอเกอรี เซิมบีลัน รัฐปะหัง รัฐเปรัก รัฐปะลิส รัฐปีนัง รัฐซาบะฮ์ รัฐซาราวัก รัฐเซอลาโงร์ และรัฐตรังกานู

¹⁴⁹ Nurulhuda Adabiah Mustafa and Nuraisyah Chua Abdullah, *supra note* 130.

¹⁵⁰ วันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ.2013 ประเทศมาเลเซียได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และเป็นรัฐภาคีสมาชิกลำดับที่ 155 ส่วนประเทศไทยที่ยื่นหนังสือการให้สัตยาบันและดำรงสถานะเป็นรัฐภาคีสมาชิกลำดับที่ 171 ของอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ในวันที่ 10 มิถุนายน พ.ศ. 2559

¹⁵¹ UNESCO, “ States Parties of Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2003”, *supra note* 105.

3.5.1.1 ข้อมูลพื้นฐาน

สำหรับพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 เป็นกฎหมายวัฒนธรรมฉบับปัจจุบัน ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้มอบอำนาจแก่รัฐ เพื่อการบริหารมรดกทางวัฒนธรรม ทั้งที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้โดยรวมศูนย์ ไม่ว่าจะงานบริการสาธารณะในการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทุกสาขารวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และการบริหารสิทธิประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งหมดรัฐเป็นผู้ดำเนินงาน แต่โดยที่ประเทศมาเลเซียใช้กฎหมายวัฒนธรรม ก่อนการเป็นรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ประกอบกับประเทศมาเลเซียปกครองระบบสหพันธรัฐ กฎหมายวัฒนธรรมประเทศมาเลเซียจึงมีภาพพัฒนาการ 2 ช่วง คือ

1) กฎหมายวัฒนธรรมประเทศมาเลเซีย ก่อนประเทศมาเลเซียประกาศใช้พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005

นับแต่ก่อตั้งประเทศมาเลเซีย รัฐบาลมาเลเซียได้ให้ความสำคัญต่อรายได้จากสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ทำให้ก่อนค.ศ.2005 ประเทศมาเลเซียได้ใช้กฎหมายวัฒนธรรมแล้ว พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 จึงไม่ใช่กฎหมายวัฒนธรรมฉบับแรกของประเทศมาเลเซีย เพราะนับตั้งแต่ค.ศ.1957 ประเทศมาเลเซียก็มีกฎหมายวัฒนธรรมมาแล้วถึง 2 ฉบับ คือ

ฉบับแรก พระราชบัญญัติ Treasure Trove Ordinance ค.ศ.1951 และ

ฉบับที่สอง พระราชบัญญัติ Treasure Trove Act ค.ศ.1957 (Act 542)

กฎหมายวัฒนธรรมทั้งสองฉบับข้างต้นเริ่มใช้ นับตั้งแต่ประเทศมาเลเซียได้รับเอกราชจากเจ้าอาณานิคมสหราชอาณาจักร แต่กฎหมายวัฒนธรรมทั้งสองฉบับใช้บังคับเฉพาะมรดกทางวัฒนธรรมทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ ไม่ว่าจะมรดกทางวัฒนธรรมดังกล่าวเป็นสิ่งที่ถูกซ่อนในดิน ใต้น้ำ หรือใต้ทะเลในราชอาณาจักรมาเลเซีย

หลังจากนั้นในค.ศ.1976 ประเทศมาเลเซียจึงได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติ Antiquities Act ค.ศ.1976 (Act 168) เพิ่มขึ้นอีกหนึ่งฉบับ เพื่อรองรับงานบริการสาธารณะด้านการอนุรักษ์โบราณสถาน วัตถุทางประวัติศาสตร์ อนุสรณ์สถาน โบราณสถานทางประวัติศาสตร์ แหล่งโบราณคดี และซากปรักหักพังทางโบราณคดี¹⁵²

¹⁵² Sharafina Zaky Nublan Zaky and Ida Madieha Abdul Ghani Azmi, "Protection for Intangible Cultural Heritage as a viable Tourist Product: Malaysia as a case study", *Malaysian journal of Consumer and Family Economics*, pp.60. (2018).

ผลลัพธ์คือเมื่อประเทศมาเลเซียได้ใช้พระราชบัญญัติ Treasure Trove Ordinance ค.ศ.1951 และพระราชบัญญัติ Treasure Trove Act ค.ศ.1957 (Act 542) อยู่แล้ว ทำให้ทันทีที่ประเทศมาเลเซียเข้าเป็นรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองมรดกโลกทางวัฒนธรรมและทางธรรมชาติ ประเทศมาเลเซียจึงไม่จำเป็นต้องตรากฎหมายภายใน เพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองมรดกโลกทางวัฒนธรรมและทางธรรมชาติ หรือที่เรียกว่า “อนุสัญญาคุ้มครองมรดกโลก”(World Heritage Convention)

อย่างไรก็ดี การที่พระราชบัญญัติ Treasure Trove Ordinance ค.ศ.1951 และพระราชบัญญัติ Treasure Trove Act ค.ศ.1957 (Act 542) ไม่ถูกตราขึ้น เพื่อใช้กับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ประกอบกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไม่มีกายภาพเป็นวัตถุหรือสถานที่ แต่แก่นของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ คือภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชนชาวมาเลเซีย ซึ่งชุมชนได้ใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นในวิถีชีวิต และสืบทอดส่งต่อกันอย่างต่อเนื่องไม่ขาดสาย ส่งผลให้ในวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ.2003 ที่ประเทศมาเลเซียได้เข้าเป็นรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ประเทศมาเลเซียจึงตกอยู่ในสภาวะไร้กฎหมายภายใน เพื่อรองรับพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 จนกระทั่งท่าน YB Dato’ Seri Utama Rais Yatim รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม ศิลปะและมรดกแห่งชาติได้ริเริ่มผลักดันการแก้ไขกฎหมายวัฒนธรรม สุดท้ายในวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ.2005 รัฐสภามาเลเซียจึงมีมติประกาศใช้พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 แทนการใช้กฎหมายวัฒนธรรมฉบับเดิม โดยกฎหมายฉบับนี้เริ่มมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มีนาคม ค.ศ.2006 และกฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายวัฒนธรรมฉบับปัจจุบันของประเทศมาเลเซีย¹⁵³

2) การใช้พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ของประเทศมาเลเซีย เพื่อปฏิบัติอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003และสอดคล้องกับการปกครองสหพันธรัฐราชาธิปไตย

สำหรับพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 เป็นกฎหมายระดับชาติ แต่ด้วยประเทศมาเลเซียปกครองในระบบสหพันธรัฐราชาธิปไตยที่ประกอบด้วย 13 รัฐ บางรัฐจึงใช้กฎหมายวัฒนธรรมในรัฐตน ก่อนรัฐบาลมาเลเซียประกาศใช้พระราชบัญญัติ

¹⁵³ *Ibid*, p.60-61.

The National Heritage Act ค.ศ.2005 รัฐเหล่านี้ได้แก่รัฐยะโฮร์¹⁵⁴ รัฐมะละกา¹⁵⁵ รัฐซาราวัก¹⁵⁶ รัฐซาบาห์¹⁵⁷ และรัฐปีนัง¹⁵⁸ ทำให้เมื่อพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 มีผลบังคับใช้ทั่วประเทศมาเลเซีย รัฐทั้งห้าจึงใช้กฎหมายภายในรัฐของตนร่วมกับพระราชบัญญัติดังกล่าว ขณะที่รัฐอื่นๆ ใช้พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 เพียงฉบับเดียวเพื่อการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมในรัฐตน

ดังนั้นแม้ว่าพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 เป็นกฎหมายวัฒนธรรมของประเทศมาเลเซีย โดยกฎหมายฉบับนี้ถูกใช้แทนที่กฎหมายวัฒนธรรมฉบับเดิมของประเทศ และรองรับพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโก แต่โดยที่ 5 รัฐในประเทศมาเลเซียได้ใช้กฎหมายวัฒนธรรมในรัฐ ก่อนการประกาศใช้กฎหมายฉบับดังกล่าว พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 จึงมีสถานะเป็นกฎหมายของสหพันธ์ (Federal Laws) ซึ่งทุกรัฐต้องนำไปปฏิบัติ แต่ยกเว้นเฉพาะ 5 รัฐ ได้แก่รัฐยะโฮร์ รัฐมะละกา รัฐซาราวัก รัฐซาบาห์ และรัฐปีนัง ซึ่งทั้งห้ารัฐนี้ใช้กฎหมายภายในรัฐตนร่วมกับพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ในฐานะที่กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายของรัฐ (State Laws)

3.5.1.2 สถานะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ประเภทอาหาร

ด้านสถานะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ของประเทศมาเลเซีย มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทุกสาขารวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นมรดกทางวัฒนธรรมตามมาตรา 2 พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ซึ่งมาตราดังกล่าวมรดกทางวัฒนธรรมมีขอบเขตถึงผลผลิตทางวัฒนธรรม 4 ประเภท คือ

¹⁵⁴ กฎหมายวัฒนธรรมในรัฐยะโฮร์ คือพระราชบัญญัติ Yayasan Warisan Negeri Enactment ค.ศ.1988

¹⁵⁵ กฎหมายวัฒนธรรมในรัฐมะละกา คือพระราชบัญญัติ Preservation and Conservation of Cultural Heritage Enactment ค.ศ.1988

¹⁵⁶ กฎหมายวัฒนธรรมในรัฐซาราวัก คือพระราชบัญญัติ Sarawak Cultural Heritage Ordinance ค.ศ.1993

¹⁵⁷ กฎหมายวัฒนธรรมในรัฐซาบาห์ คือพระราชบัญญัติ Cultural Heritage (Conservation) Enactment ค.ศ.1997

¹⁵⁸ กฎหมายวัฒนธรรมในรัฐปีนัง คือพระราชบัญญัติ The State of Penang Heritage Enactment ค.ศ.2011

- 1) มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้
- 2) มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้
- 3) สิ่งก่อสร้างและนวัตกรรม
- 4) มรดกในรูปแบบอื่นๆ

เบื้องต้นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงเป็นมรดกทางวัฒนธรรมตามคำนิยามศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมในมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005¹⁵⁹ มรดกทางวัฒนธรรมจึงมีความหมายเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ และทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ สิ่งก่อสร้างหรือสิ่งประดิษฐ์ และมรดกในรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการแสดง การเต้นรำ เพลง และดนตรี ซึ่งทั้งหมดนี้เป็นส่วนหนึ่งในประวัติศาสตร์ หรือวิถีชีวิตร่วมสมัยของชาวมาเลเซีย หรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ที่อยู่ใต้ดินหรือใต้น้ำ หรืออาจเป็นเพลงในวิถีชีวิตชาวมาเลเซีย หรือสิ่งใดที่อยู่คู่กับแผ่นดินมาเลเซีย สิ่งเหล่านี้ก็เป็นมรดกทางวัฒนธรรมตามมาตรา 2 พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005

ส่วนเจตนารมณ์แห่งพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 นั้น รัฐบาลมาเลเซียต้องการใช้พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีเจตนารมณ์กว้างกว่าอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโก เพราะรัฐบาลมาเลเซียต้องการส่งเสริมอุตสาหกรรมส่งออกสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ การส่งเสริมการท่องเที่ยวเชิงอาหาร และการสร้างฐานข้อมูลมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ กฎหมายฉบับนี้มีเป้าหมายมุ่งอนุรักษ์และส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ ดังเช่นที่อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโกที่บัญญัติไว้

เบื้องต้นสถานะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงเป็นหนึ่งในสี่ประเภทของมรดกทางวัฒนธรรมตามมาตรา 2 พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ซึ่งการเป็นทรัพย์สินการท่องเที่ยวของประเทศมาเลเซีย ก็เพราะรัฐบาลมาเลเซียมุ่งหวังใช้ประโยชน์จากพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 เพื่อการประชาสัมพันธ์แหล่งท่องเที่ยวทางวัฒนธรรมของประเทศ ภายใต้วิธีการยกระดับมรดกทางวัฒนธรรมของประเทศตนเข้าสู่การเป็นมรดกทางวัฒนธรรมโลกขององค์การยูเนสโก ซึ่งรัฐบาลมาเลเซียจะบรรลุความมุ่งหมายดังกล่าวได้ ก็

¹⁵⁹ Article 2 National Heritage Act 2005

“cultural heritage” includes tangible or intangible form of cultural property, structure or artifact and may include a heritage matter, object, item, artifact, formation structure, performance, dance, song, music that is pertinent to the historical or contemporary way of life of Malaysians, on or in land or underwater cultural heritage of tangible form but excluding natural heritage.

ต่อเมื่อรัฐบาลมาเลเซียได้จัดการมรดกทางวัฒนธรรมด้วยตนเอง พร้อมกับการยกระดับมรดกทางวัฒนธรรมของชุมชนมาสู่มรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ ด้วยการใช้กลไกการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติตามมาตรา 67 (1) แห่งพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 และเร่งผลักดันมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติไปสู่การเป็นมรดกโลกขององค์การยูเนสโก ทำให้สาธารณชนยอมรับคุณค่ามรดกทางวัฒนธรรมของประเทศ และเพิ่มจำนวนการส่งออกสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในประเทศมาเลเซีย¹⁶⁰

ส่วนสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่เป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 นั้น กรณีนี้เป็นไปตามนิติวิธี เพื่ออธิบายนิยามศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามมาตรา 2 พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 เพราะแม้มาตรา 2 ดังกล่าวไม่บัญญัติอย่างชัดเจนว่า สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่ด้วยคำนิยามศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่มี 2 องค์ประกอบ คือ¹⁶¹

1) มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นของชาวมาเลเซีย และยึดโยงกับพื้นที่ทางวัฒนธรรม (cultural space) ของชุมชนชาวมาเลเซียในราชอาณาจักรมาเลเซีย แต่ไม่รวมถึงมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ชาวมาเลเซียในต่างประเทศ

2) มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ถูกแสดงให้ปรากฏต่อสาธารณชน

ประกอบกับคำนิยามศัพท์มาตรา 2 พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ที่บัญญัติตัวอย่างมรดกทางวัฒนธรรมไว้ ไม่ว่าจะการใช้ภาษาเขียน ภาษาพูด บทสนทนา ทำนองดนตรี โน้ตเพลง บทกวี การใช้เสียง เพลงพื้นบ้าน มุขปาฐะตามประเพณี บทกลอน การเต้นรำ งานแสดงทางศิลปะ การเล่นมหรสพ (theatrical plays) เสียงประกอบเพลงและดนตรี ศิลปะการต่อสู้ สิ่งเหล่านี้เป็นเพียงตัวอย่างมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และไม่มีข้อห้ามเพิ่มเติมตัวอย่างอื่น รวมทั้งปกติมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีจำนวนมากมาย การจาระไนด้วยลายลักษณ์อักษรมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทั้งหมดในตัวบทมาตรา 2 พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว กรณีนี้ย่อมไม่อาจปฏิบัติได้ ประกอบกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มี 2 องค์ประกอบครบถ้วน คือการเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของชาวมาเลเซียที่ยึดโยงกับพื้นที่ทางวัฒนธรรม (cultural space) ของชุมชนชาวมาเลเซียในราชอาณาจักรมาเลเซีย และมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้สามารถแสดงให้ปรากฏต่อ

¹⁶⁰ Nurulhuda Adabiah Mustafa and Nuraisyah Chua Abdullah, *supra note* 130.

¹⁶¹ *Ibid.*

สาธารณชน สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามนิยามศัพท์มาตรา 2 พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005

นอกจากนี้ ผู้วิจัยยังมีความเห็นเพิ่มเติมว่า สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามมาตรา 2 พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ก็เพราะมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 นั้นเป็นศัพท์ที่เกิดขึ้นจากพันธกรณีข้อ 2 (2) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003¹⁶² เมื่อข้อ 2 (2) อนุสัญญาฉบับดังกล่าวถือว่า สินค้าอาหารดังกล่าวเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้สาขาความรู้และแนวปฏิบัติเกี่ยวกับธรรมชาติและจักรวาล สินค้าอาหารดังกล่าวจึงเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามมาตรา 2 พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005

นอกจากนี้ ผู้วิจัยยังมีความเห็นว่า ลักษณะที่แท้จริงของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ คือผลผลิตทางสติปัญญาหรือภูมิปัญญาท้องถิ่น (traditional knowledge) ซึ่งชุมชนชาวมลายูได้รับการสืบทอดจากบรรพบุรุษ ชุมชนจึงใช้มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในชีวิต และยึดโยงกับพื้นที่ทางวัฒนธรรม (cultural spaces) ในประเทศมาเลเซียตามมาตรา 2 พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามมาตรา 2 พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว เพราะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นกายภาพหรือไร้รูปร่าง และสินค้าอาหารดังกล่าวเป็นผลผลิตจากภูมิปัญญาท้องถิ่นซึ่งบรรพบุรุษชาวมลายู ซึ่งชาวมลายูได้ส่งสมและถ่ายทอดจากรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่ง สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงเป็นเสมือนผืนผ้าใบของศิลปิน เพื่อการแสดงออกทางความคิดสร้างสรรค์สติปัญญา

ดังนั้นสถานะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามมาตรา 2 พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ในฐานะที่อาหารเป็นผลผลิตทางความคิดสติปัญญาของชาวมลายู ซึ่งชาวมลายูได้สืบทอดภูมิปัญญาท้องถิ่นดังกล่าวจากบรรพบุรุษสู่ทายาทรุ่นไป และภูมิปัญญาดังกล่าวยังยึดโยงกับพื้นที่ทาง

¹⁶² Article 2 The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

2. The “intangible cultural heritage”, as defined in paragraph 1 above, is manifested inter alia in the following domains:

(a) oral traditions and expressions, including language as a vehicle of the intangible cultural heritage...

(d) knowledge and practices concerning nature and the universe...

วัฒนธรรมแห่งใดแห่งหนึ่งในประเทศมาเลเซีย สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของชุมชนชาวมาเลเซีย

3.5.1.3 รัฐรับโอนลิขสิทธิ์และรักษาสมมูลประโยชน์เชิงพาณิชย์ควบคู่กับการส่งเสริมรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

สำหรับประเทศมาเลเซียได้ใช้ระบบการรวมศูนย์อำนาจ (Centralization) เพื่อการดำเนินงานส่งเสริม รักษาตามมาตรา 2 พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ. 2005 โดยชุมชนผู้มีส่วนได้เสียมีส่วนร่วม ตามวิธีการที่พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวกำหนดไว้ ซึ่งวิธีการบริหารเช่นนี้แตกต่างกลุ่มประเทศ CLMV โดยปรากฏรายละเอียดต่อไปนี้

(1) รัฐจัดการประโยชน์สาธารณะเพื่อการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามหลักการมีส่วนร่วมของชุมชน กลุ่มบุคคล ปัจเจกบุคคล

ภายใต้พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ประเทศมาเลเซียได้ใช้ระบบศูนย์อำนาจในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรม ส่วนราชการจึงมีหน้าที่จัดกิจกรรมที่ส่งเสริมรักษามรดกทางวัฒนธรรมทุกสาขาทั่วราชอาณาจักร โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ และองค์กรของรัฐต้องปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายฉบับนี้ ดังนี้

1) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม ศิลปะและมรดกแห่งชาติเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐและเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 รัฐมนตรีฯ จึงมีอำนาจออกกฎหรือคำสั่งใดๆ ในการอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ และส่งเสริมรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จะเป็นประเพณี ศิลปะและวัฒนธรรม หรือการแสดงออกทางวัฒนธรรมรูปแบบอื่นๆ เช่น อาหาร เพลง ฟื้นบ้าน การเดินรำพื้นเมือง เป็นต้น

สำหรับมรดกทางวัฒนธรรมใดเป็นมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ ซึ่งรัฐได้ขึ้นทะเบียนไว้แล้วนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม ศิลปะและมรดกแห่งชาติมีอำนาจออกมาตรการที่จำเป็นในการอนุรักษ์หรือส่งเสริมรักษามรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ และใช้มาตรการดังกล่าวกับธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ รวมทั้งรัฐมนตรีฯ ยังมีหน้าที่นำมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติไปขึ้นทะเบียนเป็นมรดกโลกกับองค์การยูเนสโก¹⁶³

อย่างไรก็ดี เมื่อประเทศมาเลเซียระบบสหพันธรัฐราชาธิปไตย ประเทศมาเลเซียจึงมีระบบกฎหมายที่แยกระหว่างกฎหมายของสหพันธ์ (Federal Laws) ซึ่งออกโดยรัฐสภา มาเลเซีย และมีผลใช้บังคับทั่วประเทศ กับกฎหมายของรัฐ (State Laws) ที่ออกโดยรัฐสภาของแต่ละรัฐ และใช้บังคับเฉพาะในรัฐนั้น ประกอบกับรัฐธรรมนูญกำหนดว่า ประเทศมาเลเซียมีระบบ

¹⁶³ Nurulhuda Adabiah Mustafa and Nuraisyah Chua Abdullah, *supra* note 130.

กฎหมายพหุนิยม ได้แก่กฎหมายของฆราวาส (Secular Laws) กับกฎหมายศาสนาอิสลาม (Sharia Laws) เพื่อป้องกันข้อพิพาทระหว่างรัฐบาลกลางกับรัฐต่างๆ¹⁶⁴

ผลลัพธ์คือพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 เป็นกฎหมายของสหพันธ์ กฎหมายฉบับดังกล่าวจึงมีผลบังคับใช้ที่ราชอาณาจักร แต่การบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม ศิลปะและมรดกแห่งชาติออกกฎหมายหรือคำสั่งได้ ก็ต่อเมื่อรัฐต่างๆ ให้ความยินยอมตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005¹⁶⁵

นอกจากนี้ แม้ว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม ศิลปะและมรดกแห่งชาติยังมีอำนาจออกประกาศขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติตามพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 แต่ประกาศดังกล่าวเพิ่งเกิดขึ้นได้ เมื่อรัฐมนตรีฯ ได้รับความเห็นจากคณะกรรมการ Commissioner for Heritage ตามมาตรา 67 (3) แห่งพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 และประกาศฉบับนี้ยังต้องแสดงเหตุผลต่างๆ เช่น มรดกทางวัฒนธรรมในชุมชนมีความสำคัญทางประวัติศาสตร์ชาวมาเลเซีย หรือเกี่ยวข้องกับการศึกษา หรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จะขึ้นทะเบียนแสดงถึงความร่ำรวยทางวัฒนธรรม ความหลากหลาย ความมีอัตลักษณ์เฉพาะตัวของชาติ หรือมรดกทางวัฒนธรรมดังกล่าวอยู่ในสถานะใกล้สูญหาย รวมทั้งในประกาศดังกล่าวต้องระบุว่า มรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาตินั้นๆ เป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ หรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หรือสิ่งก่อสร้างหรือสิ่งประดิษฐ์ หรือมรดกรูปแบบอื่น เป็นต้น¹⁶⁶

2) คณะกรรมการ Commissioner for Heritage ได้แก่องค์กรของรัฐที่ก่อตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 คณะกรรมการชุดนี้มีหน้าที่พิจารณาคำขอขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรม และนำเสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม ศิลปะและมรดกแห่งชาติ ไม่ว่าจะมรดกทางวัฒนธรรมนั้นเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้หรือจับต้องไม่ได้ หรือมรดกทางวัฒนธรรมประเภทอื่นๆ ซึ่งคณะกรรมการชุดนี้ได้เคยเสนอขึ้นทะเบียนพื้นที่ทางวัฒนธรรมในประเทศมาเลเซีย และผลักดันพื้นที่ดังกล่าวเป็นมรดกโลกขององค์การยูเนสโกสำเร็จแล้ว เช่น กรณีหมู่บ้าน Lenggong Valley ที่คณะกรรมการ Commissioner for

¹⁶⁴ สำนักแรงงานประเทศมาเลเซีย, “ระบบกฎหมาย”, สืบค้นเมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม 2563 จาก <https://malaysia.mol.go.th/info/legal-system>.

¹⁶⁵ Nurulhuda Adabiah Mustafa and Nuraisyah Chua Abdullah, *supra note* 130.

¹⁶⁶ *Ibid.*

Heritage ค้นพบว่า ตลอดเวลา 11,000 ปีที่ผ่านมาชาว Perak Man ได้อาศัย ณ สถานที่แห่งนี้ พร้อมการบ่มเพาะ สืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้แก่ทายาทหลายรุ่น เป็นต้น¹⁶⁷

นอกจากนี้ คณะกรรมการ Commissioner for Heritage ยังมีบทบาทต่อการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ 6 ประการ คือ¹⁶⁸

(1) การสร้างระบบการขึ้นทะเบียน การจำแนกประเภทมรดกทางวัฒนธรรม การสร้างฐานข้อมูลบัญชีมรดกทางวัฒนธรรม

(2) การควบคุม กำกับดูแลเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการปฏิบัติงานอนุรักษ์ ส่งเสริม รักษา ฟื้นฟู ส่งเสริม การนำออกแสดง และการอนุญาตสาธารณชนในการเข้าถึงมรดกทางวัฒนธรรม หลังจากมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติได้รับการขึ้นทะเบียน

(3) การจัดทำเอกสารเกี่ยวกับการวิจัย สำรวจ การค้นพบ การสำรวจมรดกทางวัฒนธรรม

(4) การร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น เพื่อการจัดการ การอนุรักษ์ การส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรม เช่น มรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ Lenggong Valley ซึ่งได้รับการขึ้นทะเบียนเป็นมรดกโลกประเภท World Heritage Site ทั้งหมดนี้เกิดขึ้น เพราะกรรมการชุดดังกล่าวร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ของรัฐแผนก Department of National Heritage ในคณะกรรมการ Commissioner for Heritage และเจ้าหน้าที่รัฐเปรัก เป็นต้น

(5) การให้คำแนะนำและร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น สถาท้องถิ่น และองค์กรอื่นๆ ในการอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ และส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อย่างเป็นมาตรฐาน และการปฏิบัติงานให้สอดคล้องกับมรดกทางวัฒนธรรม รวมถึงการส่งเสริมกิจกรรมที่เกี่ยวข้อง เช่น การประชุมเชิงปฏิบัติการ การจัดงานแสดง โครงการ และกิจกรรมต่างๆ ในอันที่ราษฎรชาวมาเลเซียสามารถเข้าปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับมรดกทางวัฒนธรรม เช่น การแสดง Puteri Saadong ในโรงภาพยนตร์ เพื่อกระตุ้นความสนใจในประวัติของ Puteri Saadong แก่เยาวชน เป็นต้น

(6) การปฏิบัติงานอื่นๆ ตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม ศิลปะ และมรดกแห่งชาติมอบหมายตามมาตรา 6 พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ. 2005

3) สภามรดกแห่งชาติ (National Heritage Council) ที่ก่อตั้งขึ้นตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 สภามรดกแห่งชาตินี้

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Ibid.*

ประกอบด้วยสมาชิกไม่เกิน 6 คน คือประธานสภาจำนวน 1 คน และสมาชิกสภามรดกแห่งชาติอีกจำนวน 5 คน ทั้งนี้ประธานสภาเป็นผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม ศิลปะและมรดกแห่งชาติ และประธานสภามรดกแห่งชาติมีหน้าที่เป็นประธานในที่ประชุม รวมทั้งเป็นเลขานุการทั่วไปของรัฐมนตรีกว่าการกระทรวงข้อมูลข่าวสาร การสื่อสาร และวัฒนธรรม ส่วนสมาชิกสภาที่เหลือจำนวน 5 คนนั้นมาจากผู้แทนส่วนราชการของรัฐ คือ the Director General of the Museums and Antiquity Department ตามมาตรา 9 วรรค 2 พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005¹⁶⁹

ด้านอำนาจหน้าที่สภามรดกแห่งชาติตามมาตรา 8 พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ได้บัญญัติไว้ว่า สภามรดกแห่งชาตินี้มีอำนาจหน้าที่ ดังนี้¹⁷⁰

(1) การให้คำแนะนำแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม ศิลปะและมรดกแห่งชาติ และคณะกรรมการ Commissioner for Heritage ในการวินิจฉัยว่า สิ่งใดควรขึ้นทะเบียนเป็นมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ

(2) การให้คำแนะนำแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม ศิลปะและมรดกแห่งชาติ และคณะกรรมการ Commissioner for Heritage ในการบริหาร และบังคับใช้กฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ

(3) การให้คำแนะนำแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม ศิลปะและมรดกแห่งชาติ และคณะกรรมการ Commissioner for Heritage เกี่ยวกับการออกกฎ คำสั่ง ประกาศ หรือมาตรการใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ

ส่วนกระบวนการคัดสรรและขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมระดับชาตินั้น พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ได้มอบหน้าที่นี้แก่คณะกรรมการ Commissioner for Heritage เริ่มต้นจากคณะกรรมการฯ คัดสรรมรดกทางวัฒนธรรมระดับชุมชนที่มีความสำคัญต่อชาติตามมาตรา 49 (1) พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 โดยมรดกทางวัฒนธรรมดังกล่าวต้องมีคุณสมบัติครบถ้วนตามมาตรา 2 พระราชบัญญัติเดียวกัน หลังจากนั้นคณะกรรมการ Commissioner for Heritage จะได้ประกาศโฆษณาผลการคัดสรรในหนังสือราชกิจจานุเบกษาและหนังสือพิมพ์ท้องถิ่น โดยชุมชน หรือผู้ครอบครองมรดกทางวัฒนธรรมไม่ต้องให้ความยินยอม หลังจากโฆษณาดังกล่าวเป็นระยะเวลาพอสมควร คณะกรรมการฯ พึงรับฟังความคิดเห็นของชุมชนและผู้ครอบครองมรดกทางวัฒนธรรม และหารือกับเจ้าหน้าที่รัฐ ไม่ว่าจะเจ้าหน้าที่รัฐในระดับชาติหรือระดับรัฐ เมื่อได้ความเห็นชอบจากทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง คณะกรรมการฯ

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

จึงเสนอความเห็นการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมระดับชุมชนเป็นมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม ศิลปะและมรดกแห่งชาติ¹⁷¹

ด้านการมีส่วนร่วมของชุมชน ในฐานะที่ชุมชนเป็นผู้ครอบครองมรดกทางวัฒนธรรม เพื่อการร่วมบริหารมรดกทางวัฒนธรรมระดับชาติ กรณีนี้พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ได้บัญญัติถึงการมีส่วนร่วมไว้ว่า สมาชิกในชุมชนสามารถมีส่วนร่วม โดยการเสนอมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของตน หรือที่ตนค้นพบต่อรัฐ เพื่อรัฐขึ้นทะเบียนเป็นมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติตามมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว แต่กรณีมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ ชุมชนหรือปัจเจกชนที่ครอบครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ต้องระบุถึงอัตลักษณ์ของวัตถุทางวัฒนธรรม และต้องระบุในคำขอว่า มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้เป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่สำคัญต่อประวัติศาสตร์ หรือพื้นที่แห่งใดในประเทศมาเลเซีย

นอกจากนี้ รัฐยังต้องร่วมกับสาธารณชน เพื่อการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมใน 2 ประการตามพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 คือ¹⁷²

ประการแรก สาธารณชนคือผู้ร่วมส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยสาธารณชนอาจเข้าร่วมเป็นสมาชิกชุมชนทางวัฒนธรรม (cultural communities) หรือร่วมปฏิบัติตามประเพณีวัฒนธรรมที่เกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งวิธีนี้เป็นการใช้สิทธิทางวัฒนธรรม หรือ

ประการที่สอง สาธารณชนอาจเข้าเป็นผู้สืบทอดองค์ความรู้ในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้โดยตรง (tradition knowledge holders) โดยบุคคลกลุ่มหลังนี้เข้ามีส่วนสำคัญต่อการใช้ การสืบทอด การส่งเสริม รักษา การพัฒนา การวิจัยมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เมื่อมรดกทางวัฒนธรรมดังกล่าวเป็นมรดกทางวัฒนธรรมระดับชาติ โดยการปฏิบัติตามที่คณะกรรมการ Commissioner for Heritage และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องแนะนำ

ดังนั้นพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 จึงให้ความสำคัญกับรัฐ เพื่อการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมตามหลักการที่ส่วนร่วมของชุมชน ในฐานะชุมชนเป็นผู้มีส่วนได้เสีย (stakeholders) ในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และสาธารณชนยังสามารถมีส่วนร่วมจัดการมรดกทางวัฒนธรรมด้วย

(2) รัฐรับโอนลิขสิทธิ์และรักษาสมดุลในมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ

สำหรับประเทศมาเลเซียได้ให้ความสำคัญต่อสินค้าทางวัฒนธรรมต่างๆ รวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รัฐบาลมาเลเซียจึงประกาศใช้ The Ninth

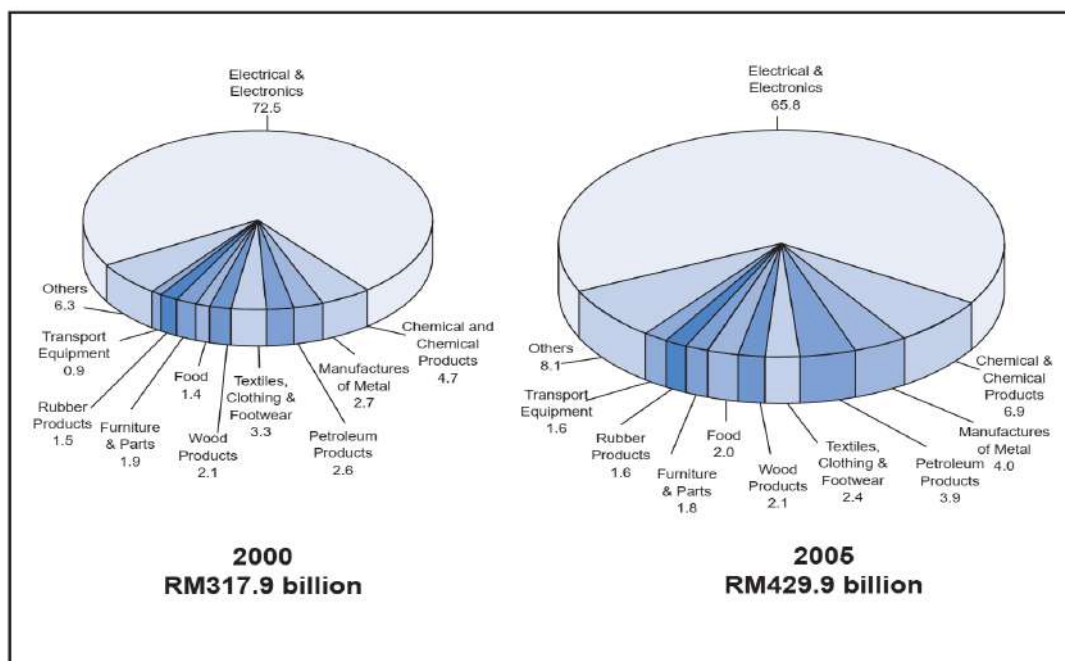
¹⁷¹ Steven Van Uytsel, *supra note* 135.

¹⁷² *Ibid.*

Malaysia Plan 2006-2010 ภายใต้เป้าหมายให้เกิดเศรษฐกิจที่เข้มแข็งภายใน 5 ปี โดยการเพิ่มมูลค่าสินค้าต่างๆ ของชาติ พร้อมกับการให้ความสำคัญกับประเด็นทางสังคมและเศรษฐกิจ และการยกระดับคุณภาพชีวิตสำหรับทุกคน รวมทั้งการริเริ่มการพัฒนาต่างๆ ต้องเป็นไปตามหลักการสากลของศาสนาอิสลาม¹⁷³

ทั้งนี้ การที่รัฐบาลมาเลเซียให้ความสำคัญต่อสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้นั้น ก็เพราะประเทศมาเลเซียมีรายได้จากการส่งออกสินค้าอาหาร ซึ่งสินค้าเหล่านี้เป็นผลผลิตจากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของชาวมาเลเซีย และอาหารฮาลาลตามหลักศาสนาอิสลาม ซึ่งรายได้ดังกล่าวมีอัตราเติบโตสูงมาก ใน ค.ศ. 2000 ประเทศมาเลเซียมีรายได้จากการส่งออกสินค้าอาหารจำนวน 1.4 ล้านริงกิต แต่ในค.ศ.2005 สินค้าอาหารสร้างรายได้มากถึง 2.0 ล้านริงกิต

ภาพที่ 3.1 รายได้การส่งออกสินค้าประเทศมาเลเซีย



ที่มา The Economic Planning Unit, Ninth Malaysia Plan 2006-2010, (Malaysia : The Economic Planning Unit, 2006), pp.60.

จากภาพ 3.1 สินค้าอาหารข้างต้นเป็นสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในวัฒนธรรมอาหารอิสลาม สินค้าอาหารเหล่านี้จึงปราศจากสิ่งเจือปน หรือสิ่งที่เรียกว่า ฮะรอม (Haram) หรือสิ่งต้องห้ามบริโภค ที่สำคัญผู้ผลิตเป็นชุมชนชาวมุสลิม ซึ่งในแต่ละรัฐ

¹⁷³ The Economic Planning Unit, Ninth Malaysia Plan 2006-2010, (Malaysia : The Economic Planning Unit, 2006), pp.1.

มีสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของตนเอง เช่น สินค้า Sarawak Layered Cakes หรือที่ในภาษามาเลเซียเรียกว่า kek lapis Sarawak สินค้า นาซี เลอแมก (Nasi Lemak) เป็นต้น

ด้วยบทบาทความสำคัญของสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ในฐานะสินค้าดังกล่าวเป็นสินค้าโภคภัณฑ์ ประเทศมาเลเซียจึงบัญญัติพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 และรัฐบาลมาเลเซียเลือกใช้วิธีการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้และมรดกทางวัฒนธรรมอื่นๆ โดยการสนับสนุนการขึ้นทะเบียนเป็นมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ และทันทีที่สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติรายการใดเป็นมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติแล้ว รัฐรับโอนลิขสิทธิ์ในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ การโอนลิขสิทธิ์นี้เป็นการโอนโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายตามมาตรา 51 (3) พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 และนับแต่นั้นรัฐมีอำนาจจัดการลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ แม้ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียยังคงเป็นผู้ทรงสิทธิในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับอื่นๆ เช่น กฎหมายเครื่องหมายการค้า กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เป็นต้น

หากพิจารณาประเด็นว่า มาตรา 51 (3) พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ได้มอบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแก่ปัจเจกชน กลุ่มบุคคล ชุมชนหรือไม่ ผู้วิจัยพบว่า มาตรา 51 (3) พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ไม่ได้มอบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาหรือสิทธิในความเป็นเจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้แก่ปัจเจกชน กลุ่มบุคคล ชุมชน ดังเช่นที่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้มอบสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา เพราะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ยังคงเป็นทรัพย์สินของมวลมนุษยชาติ หรือที่นักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเรียกว่า “งานสาธารณณะ” (public domain) ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียจึงไม่มีสิทธิหวงกัน หรือสิทธิในความเป็นเจ้าของ และสาธารณชนยังสามารถเลือกปฏิบัติหรือเข้าร่วมปฏิบัติในประเพณีวัฒนธรรมใดๆ ได้อย่างอิสระ รวมถึงสาธารณชนยังอาจเลือกศึกษา สืบทอดภูมิปัญญาที่เกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ขณะที่ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียได้รับเพียงสิทธิทางวัฒนธรรม สิทธิในการศึกษา สิทธิร่วมกับรัฐในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เท่านั้นตามมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005

แม้ว่าพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ไม่ใช่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แต่มาตราดังกล่าวได้ยอมรับว่า ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียสามารถได้รับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ดังที่ปรากฏข้อความในมาตราดังกล่าวว่า กรณีที่คำขอเกี่ยวข้องกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ซึ่งมีลิขสิทธิ์อยู่ การขึ้นทะเบียนดังกล่าวจะต้องได้รับความยินยอมจาก

เจ้าของลิขสิทธิ์ ก่อนที่คำขอได้รับการอนุมัติ¹⁷⁴ และมาตราดังกล่าวยังเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณี ข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ซึ่งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อาจได้รับการปกป้องตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านทรัพย์สินทางปัญญา” ผลลัพธ์คือแม้ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียไม่ได้รับสิทธิในความเป็นเจ้าของตามพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ปฏิเสธว่า ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียได้รับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งสิทธิดังกล่าวเกิดขึ้นจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านทรัพย์สินทางปัญญา¹⁷⁵

อย่างไรก็ดี รัฐบาลมาเลเซียได้ตระหนักถึงความแตกต่างระหว่างสิทธิทางวัฒนธรรมกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาในการการส่งเสริมรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งรัฐมีหน้าที่จัดการมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ รัฐจึงรับโอนลิขสิทธิ์ในมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาตินั้นๆ โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 51 (3) พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 แต่การโอนลิขสิทธิ์ดังกล่าวไม่ตัดสิทธิชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียยังเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และเป็นผู้รักษาสมดุลในทรัพย์สินทางปัญญา ยกเว้นสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์

สำหรับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่เป็นมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ ซึ่งรัฐรับโอนลิขสิทธิ์จากผู้ทรงสิทธิ รัฐเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์ และรัฐมีอำนาจจัดการสินค้าอาหารดังกล่าว รวมทั้งรัฐยังมีอำนาจออกกฎ คำสั่งใด เพื่อยุติการกระทำใดของเอกชน หากการกระทำนั้นมีผลเสียต่อความเป็นมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ และรัฐยังมีสิทธินำมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติไปขึ้นทะเบียนเป็นมรดกโลกกับองค์การยูเนสโก โดยรัฐไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากชุมชนผู้ถือครอง¹⁷⁶

¹⁷⁴ Article 51 National Heritage Act 2005

(3) Where the application involves intangible cultural heritage in which copyright subsists, the consent of the copyright owner shall be obtained before the application is approved.

¹⁷⁵ Article 3 The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
Nothing in this Convention may be interpreted as...

(b) affecting the rights and obligations of States Parties deriving from any international instrument relating to intellectual property rights or to the use of biological and ecological resources to which they are parties.

¹⁷⁶ Steven Van Uytsel, *supra* note 135.

เช่นนี้ การขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงมีผลเป็นการโอนสิทธิแก่รัฐตามมาตรา 51 (3) พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 แต่การโอนสิทธิไม่ตัดสิทธิชุมชนผู้มีส่วนได้เสีย ชุมชนดังกล่าวยังสามารถประเพณี ปฏิบัติ การแสดง สืบทอดสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รวมทั้งการได้รับสิทธิตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เพียงแต่ชุมชนต้องปฏิบัติตามกฎ คำสั่งของรัฐ ถ้าสินค้าอาหารดังกล่าวเป็นมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงข้อมูลข่าวสาร การสื่อสารและวัฒนธรรมแห่งชาติเป็นผู้ประกาศตามมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005¹⁷⁷

ส่วนการใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา โดยชุมชนผู้มีส่วนได้เสียเป็นผู้ทรงสิทธิ และเป็นไปตามการรับรองว่า ชุมชนสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ตามนัยยะมาตรา 57 (3) พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 นั้น

ในค.ศ.2020 ซึ่งผู้วิจัยผลิตงานวิจัยฉบับนี้ ผู้วิจัยพบว่า พระราชบัญญัติ Laws of Malaysia Act 602 Geographical Indications Act 2000 เป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับเดียวที่รองรับสิทธิชุมชน แม้ว่าชาวมาเลเซียยังใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ค.ศ. 2019 (Trademarks Bill 2019) แต่เพราะกฎหมายเครื่องหมายการค้ามอบสิทธิทางเศรษฐกิจของปัจเจกชนไม่ใช่สิทธิชุมชน ทำให้ประเทศมาเลเซียมีการปกป้องประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชน ดังนี้

ฉบับแรก พระราชบัญญัติ Laws of Malaysia Act 602 Geographical Indications Act 2000 ของประเทศมาเลเซีย กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายเฉพาะ (*sui generis*) โดยชุมชนชาวมาเลเซียเป็นผู้ทรงสิทธิ สิทธิตามกฎหมายฉบับนี้เป็นสิทธิชุมชน โดยวัตถุประสงค์แห่งความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้หาใช่มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่วัตถุประสงค์แห่งความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้ คือสิทธิผูกขาดสิทธิใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ในฐานะที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นชื่อภูมิศาสตร์หรือสัญลักษณ์ที่บ่งบอกถึงชื่อภูมิศาสตร์ ซึ่ง ณ พื้นที่ตามชื่อภูมิศาสตร์เป็นสถานที่ผลิตสินค้าที่มีคุณภาพ ชื่อเสียง หรือคุณลักษณะเฉพาะ สินค้าดังกล่าวจึงมีความเชื่อมโยงระหว่างพื้นที่ภูมิศาสตร์กับคุณภาพ ชื่อเสียง คุณลักษณะเฉพาะของสินค้า

แม้ว่าพระราชบัญญัติ Laws of Malaysia Act 602 Geographical Indications Act 2000 ของประเทศมาเลเซียไม่ปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารดังกล่าว แต่การปกป้องการใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นี้มีประโยชน์ทางอ้อมต่อการปกป้องการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และภูมิปัญญา

¹⁷⁷ *Ibid.*

ท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารดังกล่าวก็ยังคงสืบทอดต่อไป トラบเท่าที่ชุมชนชาวมาเลเซียยังค้าขายสินค้าดังกล่าวภายใต้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ชุมชนดังกล่าวยังต้องรักษาไว้ซึ่งภูมิปัญญาท้องถิ่น คุณภาพ ชื่อเสียง คุณลักษณะเฉพาะ ซึ่งชุมชนใช้ผลิตสินค้าดังกล่าวต่อไป วิธีการเช่นนี้จึงนับเป็นการส่งเสริม รักษา และสืบทอดสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้นั่นเอง

ส่วนผู้ที่ขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามมาตรา 11 พระราชบัญญัติ Laws of Malaysia Act 602 Geographical Indications Act 2000 คือองค์กรภาครัฐ เช่น องค์กร Persatuan Nelayan Kawasan Belawai ที่ขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เลขที่ GI2012-00002 กับสินค้าอาหาร Sarawak Umui เป็นต้น และวิสาหกิจชุมชนผู้ผลิตสินค้าตามสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ขึ้นทะเบียน เช่น วิสาหกิจชุมชน Dayang Salhabinti Awang Weldan หรือวิสาหกิจชุมชน Mariam@Marybt.Aren Gemilang Mariam Sdn. Bhd ซึ่งขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เลขที่ GI2010-00003 กับสินค้าอาหารประเภทขนม Sarawak Layered Cake เป็นต้น¹⁷⁸

นอกจากนี้ ตามกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ชุมชนมีความพิเศษกว่าประเทศอื่นๆ เพราะชุมชนตามกฎหมายเป็นผู้ประกอบการวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (Small and Medium Enterprises - SMEs) ซึ่งผู้ผลิตสินค้านี้ได้รวมตัวกัน ภายใต้วัตถุประสงค์คือการร่วมกันแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ โดยผู้ผลิตสินค้าชุมชนต้องร่วมกันสร้างกฎกติกา มาตรฐานการผลิตสินค้า การแบ่งปันความรู้ ทักษะ ผลประโยชน์ทางการค้า รวมถึงการใช้สิทธิในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และผู้ผลิตเหล่านี้ต้องร่วมกันกำหนดใจตนเองในการรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของชุมชนกับประโยชน์สาธารณะในการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เช่น วิสาหกิจชุมชน Mariam@Marybt.Aren Gemilang Mariam Sdn. Bhd ซึ่งวิสาหกิจแห่งนี้ตั้งอยู่ในรัฐซาราวัก และมีกฎ กติการักษาคุณภาพสินค้า และสืบทอดการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้า เป็นต้น

ฉบับที่สอง พระราชบัญญัติ Trademarks Bill ค.ศ.2017 กฎหมายฉบับนี้แตกต่างกับกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เพราะกฎหมายฉบับนี้มีขอบสิทธิผูกขาดประโยชน์เชิงพาณิชย์แต่เพียงผู้เดียวแก่ปัจเจกชน หรือกลุ่มบุคคล แต่กฎหมายฉบับนี้ก็ไม่คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น วัตถุประสงค์การคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้จึงเป็นสิทธิในการใช้เครื่องหมาย (Sign) ที่

¹⁷⁸ Zainol, Z.A, "Relevancy of Geographical Indications for SMES", *Tech Monitor*, pp.31-33. (2011).

ครอบคลุมถึงเครื่องหมายกลิ่น สี เสียง ภาพสามมิติ และรูปทรงของสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ตามมาตรา 2 (1) พระราชบัญญัติ Trademarks Bill ค.ศ.2017¹⁷⁹

ฉะนั้นในประเทศมาเลเซีย รัฐจึงมีบทบาทสำคัญต่อการจัดการและรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์เชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยเฉพาะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่เป็นมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ ซึ่งชุมชนผู้มีส่วนได้เสียต้องโอนลิขสิทธิ์แก่รัฐโดยผลแห่งมาตรา 51 (3) พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ตรงกันข้ามมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ใดมิได้ขึ้นทะเบียนเป็นมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียก็ยังคงเป็นผู้ทรงสิทธิ และรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์กับประโยชน์สาธารณะในการส่งเสริม รักษา สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

3.5.2 กฎหมายวัฒนธรรมประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ กลุ่มประเทศ CLMV ที่ปกครองในระบอบสังคมนิยมและคอมมิวนิสต์ โดยชุมชนผู้มีส่วนได้เสียเป็นผู้ทรงสิทธิและรักษาสมดุลในทรัพย์สิน

สำหรับประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศ CLMV ที่เป็นเพื่อนบ้านของประเทศไทย ซึ่งกลุ่มประเทศ CLMV นี้ประกอบไปด้วยประเทศกัมพูชา สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ประเทศพม่า และประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ประเทศเหล่านี้ล้วนมีความแตกต่างในระบอบการปกครอง แต่ด้วยทุกประเทศล้วนต้องปฏิบัติตามพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และความตกลงทริปส์ กลุ่มประเทศ CLMV จึงประกาศใช้กฎหมายวัฒนธรรมต่อไปนี้

3.5.2.1 พระราชบัญญัติมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ.2003 ของประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม

ประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม (Socialist Republic of Vietnam หรือภาษาเวียดนาม Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam) ซึ่งคนทั่วไปเรียกกันว่า ประเทศเวียดนาม ประเทศนี้มีสภาพภูมิศาสตร์ที่แคบแต่มีความยาว ประเทศเวียดนามจึงมีสภาพภูมิประเทศ ภูมิอากาศที่แตกต่างกัน และมีความหลากหลายทางชีวภาพ รวมทั้งการมีกลุ่มชาติพันธุ์จำนวนมากถึง 54 กลุ่ม ประเทศเวียดนามจึงมีสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่มีเอกลักษณ์และเป็นสินค้าส่งออกที่สำคัญ ซึ่งในค.ศ.2020 ประเทศเวียดนามมีรายได้จากสินค้าอาหารมูลค่า 20,371 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ โดยตลาดส่งออกสำคัญของประเทศเวียดนาม ได้แก่ ประเทศ

¹⁷⁹ ปยะขวัญ ชมชื่น, “การแก้ไขกฎหมายเครื่องหมายการค้าและการเข้าเป็นภาคีพิธีสารมาดริดของมาเลเซีย”, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม 2563 จาก <https://lawforasean.krisdika.go.th>.

สาธารณรัฐประชาชนจีน จำนวน 3,827 ล้านเหรียญสหรัฐ ประเทศสหรัฐอเมริกามูลค่า 3,044 ล้านเหรียญสหรัฐ ประเทศญี่ปุ่นมีมูลค่า 1,684 ล้านเหรียญสหรัฐ เป็นต้น¹⁸⁰ รัฐบาลเวียดนามจึงให้ความสำคัญต่อสินค้าอาหารดังกล่าว และประกาศใช้พระราชบัญญัติมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ.2003 ของประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม เพื่อส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้และรองรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของชุมชน ดังนี้

(1) ข้อมูลพื้นฐาน

ประเทศเวียดนามได้ให้ความสำคัญแก่มรดกทางวัฒนธรรมต่างๆ ประเทศเวียดนามจึงใช้กฎหมายวัฒนธรรม ก่อนที่ประเทศเวียดนามเป็นประเทศสมาชิกองค์การยูเนสโก ประเทศเวียดนามจึงความเป็นมากฎหมายวัฒนธรรมแบ่งเป็น 2 ช่วงเวลา ต่อไปนี้

1) กฎหมายวัฒนธรรม ก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ.2003 ของประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม เริ่มตั้งแต่ค.ศ.1945 ซึ่งประเทศเวียดนามได้รับเอกราชจากประเทศฝรั่งเศสเจ้าอาณานิคม รัฐบาลเวียดนามได้พยายามร่างกฎหมายวัฒนธรรมแห่งชาติ จนกระทั่งค.ศ.1957 สภาแห่งชาติ (National Assembly หรือภาษาเวียดนาม Quoc Hoi) จึงประกาศใช้กฎหมายวัฒนธรรมฉบับแรกขึ้น คือพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 65 ค.ศ.1945 ต่อมาในค.ศ.1957 สภาแห่งชาติยังประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 517 เพื่อรองรับการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ของประเทศ ไม่ว่าจะโบราณสถาน โบราณวัตถุ และสถาปัตยกรรมของชาติ เพราะสิ่งเหล่านี้ได้รับความเสียหายจากสงคราม พร้อมกันนี้ประเทศเวียดนามยังก่อตั้งคณะกรรมการ Vietnam Commission of Social Sciences โดยอาศัยอำนาจตามพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 517 ซึ่งภายหลังคณะกรรมการชุดดังกล่าวได้กลายเป็นสถาบันวิทยาศาสตร์และสังคมเวียดนาม (Vietnam Institute of Social Sciences)¹⁸¹

อย่างไรก็ดี สถาบันวิทยาศาสตร์และสังคมเวียดนามไม่สามารถปฏิบัติงานในการอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้เพียงลำพัง กลับกันพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 65 ค.ศ.1945 และพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 517 ค.ศ.1957 ได้บัญญัติว่า สถาบันดังกล่าวต้อง

¹⁸⁰ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนและสถาบันเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, “สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม”, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2563 จาก <https://toi.boei.go.th/information/download/245>.

¹⁸¹ Do Lan Phuong, Preservation and promotion of the intangible cultural heritage in Vietnam (Some results and practical experiences), Sub-Regional Experts Meeting in Asia on Intangible Cultural Heritage: Safeguarding and Inventory-Making Methodologies (Bangkok, Thailand, 13-16 December 2005), pp.2.

ปฏิบัติงานร่วมกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข่าวสาร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการรวบรวมและศึกษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ รวมทั้งการประเมินคุณค่าประเพณีวัฒนธรรมโบราณจากสิ่งก่อสร้าง ไม่ว่าสิ่งก่อสร้างนี้ถูกสร้างขึ้นในวิถีชีวิตวัฒนธรรมสมัยใหม่หรือในอดีต และสถาบันวิทยาศาสตร์และสังคมเวียดนามยังมีหน้าที่ค้นคว้าวิจัยในประเพณีวัฒนธรรมโบราณของกลุ่มชาติพันธุ์ วัฒนธรรมพื้นบ้าน งานจิตรศิลป์ และการแสดงพื้นบ้านทั่วประเทศ¹⁸²

แม้ว่าพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 65 ค.ศ.1945 และพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 517 ค.ศ.1957 ไม่ใช่กับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่รายงานการวิจัยของสถาบันวิทยาศาสตร์และสังคมเวียดนามกลับพบว่า ชาวเวียดนามมีมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อีกจำนวนมาก ไม่ว่าจะชุมชนคนเมือง และชุมชนคนพื้นเมืองที่มากถึง 54 ชนเผ่า

ผลลัพธ์คือในวันที่ 29 มิถุนายน ค.ศ.2001 สภาแห่งชาติจึงประกาศใช้พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ขึ้น รัฐจึงมีอำนาจอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ และรัฐต้องส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ดังที่ปรากฏในหมวด 3 เรื่องนโยบายแห่งรัฐ ในมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ว่า รัฐต้องส่งเสริมงานบริการสาธารณะที่เกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ไม่ว่าจะด้วยวิธีการเก็บข้อมูล การรวบรวม การแปล การจัดประเภท และการส่งเสริม รักษา งานวรรณกรรม งานศิลปะ งานวิทยาศาสตร์ ประเพณีที่เกี่ยวกับชุมชนปาฐะ งานคติชนของชุมชนกลุ่มชาติพันธุ์ในประเทศเวียดนาม เพื่อที่ชาวเวียดนามสามารถเผยแพร่วัฒนธรรมของตนในประเทศ รวมถึงแลกเปลี่ยนวัฒนธรรมในต่างประเทศ เพราะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีส่วนสำคัญต่อการพัฒนาชาติ โดยชาวเวียดนามทุกคนมีส่วนสำคัญต่อการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้¹⁸³

ด้วยประเทศเวียดนามรับอิทธิพลในทฤษฎีกฎหมายสังคมนิยม (Communist Legal Theory) และได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายประมวลกฎหมายของฝรั่งเศส (French Civil Law) พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ของประเทศเวียดนามจึงให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข่าวสาร รัฐมนตรีดังกล่าวจึงมีอำนาจประกาศใช้กฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวกับการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรม ส่งผลให้ในวันที่ 11 พฤศจิกายน ค.ศ.2002 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข่าวสารจึงประกาศใช้พระราชกฤษฎีกา Decree on the Detailed Regulations to Implement some Articles of the Law on Cultural Heritage ค.ศ.2002 เพื่อให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ องค์กรของรัฐและเอกชนและ

¹⁸² *Ibid*, pp.2.

¹⁸³ *Ibid*, pp.2-3.

ประชาชนในการปฏิบัติงานเกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ดังที่ปรากฏในหมวด 2 มาตรา 7 พระราชกฤษฎีกา Decree on the Detailed Regulations to Implement some Articles of the Law on Cultural Heritage ค.ศ.2002

ด้านวัตถุแห่งความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ของประเทศเวียดนาม กฎหมายฉบับนี้คุ้มครองทั้งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้ แต่กฎหมายฉบับนี้มีบทบัญญัติหลายประการที่ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโก ประกอบกับรัฐบาลเวียดนามต้องการเข้าเป็นรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญาฉบับดังกล่าว รัฐบาลเวียดนามจึงแก้ไขพระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 หลังจากนั้นในวันที่ 20 ตุลาคม ค.ศ.2005 ประเทศเวียดนามจึงสมัครเป็นรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโก¹⁸⁴ ทำให้ทันทีที่ประเทศเวียดนามเป็นรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญาดังกล่าว ประเทศเวียดนามก็มีกฎหมายวัฒนธรรมที่รองรับพันธกรณีอนุสัญญาดังกล่าวทันที

2) การใช้พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไขค.ศ.2003 เพื่อให้สอดคล้องกับการปกครองระบอบสังคมนิยม และปฏิบัติตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

ภายใต้พันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 แม้ว่าประเทศเวียดนามปกครองในระบอบสังคมนิยมที่ได้รับอิทธิพลจากลัทธิมาคส์ (Marxism) หรือคนทั่วไปเรียกว่า มาร์กซิสต์ กฎหมายประเทศเวียดนามจึงมีรากฐานจากกฎหมายแนวความคิดสังคมนิยม (Communist Legal Theory) และระบบกฎหมายประมวลกฎหมายของฝรั่งเศส (French Civil Law) ร่วมกับการประยุกต์ใช้ตามกฎหมายสากล¹⁸⁵ ประเทศเวียดนามจึงใช้ระบอบสังคมนิยมร่วมกับหลักนิติรัฐ กฎหมายจึงเป็นผู้ปกครองประเทศไม่ใช่มนุษย์ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ.1992 (Viet Nam's Constitution of 1992) จึงเป็นผู้ปกครองและสถาปนาองค์กรรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ รวมทั้งกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐ และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนชาวเวียดนาม

¹⁸⁴ UNESCO, "Member States Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2003", 15 May 2020 <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=17116&language> Retrieved=E&order=alpha.

¹⁸⁵ สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.), ระบบบริหารราชการของสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม, (กรุงเทพฯ : กรรณการพิมพ์, 2558), น.46.

แม้ว่าประเทศเวียดนามปกครองระบอบสังคมนิยม แต่สำหรับ สิทธิในทรัพย์สิน ประเทศเวียดนามกลับไม่ถือว่า ทรัพย์สินทั้งหมดเป็นของรัฐ เอกชนหรือปัจเจกชน เป็นเจ้าของทรัพย์สินและทรัพย์สินทางปัญญาได้ เว้นแต่ทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพยากรธรรมชาติ¹⁸⁶ ดังที่ปรากฏในมาตรา 53 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ.1992 ว่า รัฐเท่านั้น เป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติ ไม่ว่าจะทรัพยากรที่ดิน ทรัพยากรน้ำ แร่ธาตุ ทรัพย์สินที่มีค่าใต้ดิน หรือมาจากทะเล หรืออากาศ โดยรัฐเป็นผู้ดำเนินการลงทุนและบริหาร เพื่อประโยชน์สาธารณะ ภายใต้อันที่หลักการว่า รัฐเป็นผู้บริหารจัดการ แต่สิทธิในทรัพยากรธรรมชาติเป็นของประชาชนร่วมกัน

ส่วนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทุกประเภทรวมถึงสินค้า อาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รัฐคือตัวแทนชาวเวียดนาม เพื่อจัดการส่งเสริม รักษา สืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ในฐานะที่ชาวเวียดนามเป็นเจ้าของมรดกทางวัฒนธรรม ทั้งที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้ร่วมกันตามมาตรา 53 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ.1992¹⁸⁷ และมาตรา 5 พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 รัฐจึงเป็นตัวแทนชาวเวียดนาม และสามารถจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้และที่ จับต้องไม่ได้ได้อย่างครบวงจร

ส่วนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ประเทศเวียดนามยอมรับว่า เอกชนหรือปัจเจกชน กลุ่มบุคคล ชุมชนสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ หากบุคคล ดังกล่าวได้ต่อยอดหรือพัฒนามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ จนสินค้าหรือบริการที่เกิดขึ้นได้รับ สิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว บุคคลเหล่านั้นก็ย่อมได้รับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง และเป็นไปตามมาตรา 5 วรรคสอง พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 ซึ่งหลักการเหล่านี้

¹⁸⁶ Article 53 Viet Nam's Constitution of 1992

The land, water resources, mineral resources, wealth lying underground or coming from the sea and the air, other natural resources, and property invested and managed by the State are public properties, coming under ownership by the entire people represented and uniformly managed by the State.

¹⁸⁷ Article 5 พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003

The State shall ensure unified management of the people's cultural heritage. The state shall recognize and protect collective, community and private ownership of cultural heritage according to the provisions of the law.

Property rights and copyrights regarding cultural heritage shall be regulated according to the provisions of this Law, the Civil Code, and other provisions of related law.

เป็นไปตามนโยบายสาธารณะในมาตรา 62 (2) รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ. 1992 (Viet Nam's Constitution of 1992)¹⁸⁸ เพื่อการสนับสนุนเอกชนในการลงทุน การวิจัยทางวิทยาศาสตร์ การพัฒนา การโอน และการประยุกต์ใช้ความสำเร็จทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี อย่างมีประสิทธิภาพ รวมถึงการรับประกันสิทธิในการผลิตทางวิทยาศาสตร์เทคโนโลยี และการปกป้องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของปัจเจกชน กลุ่มบุคคล ชุมชน

ดังนั้นการที่ประเทศเวียดนามประกาศใช้พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 จึงเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 รัฐจึงเป็นผู้จัดการส่งเสริมรักษา สืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ในฐานะที่รัฐเป็นตัวแทนชาวเวียดนาม แต่สำหรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เอกชนที่อาจเป็นชุมชน กลุ่มบุคคล หรือปัจเจกชนเป็นผู้ทรงสิทธิได้ตาม มาตรา 53 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ.1992

(2) สถานะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ภายใต้พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 ของประเทศเวียดนาม สถานะของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทุกสาขารวมถึง สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ คือมรดกทางวัฒนธรรม (Cultural Heritage) โดยชุมชนชาวเวียดนามเป็นผู้ทรงสิทธิร่วมทางวัฒนธรรม (collective cultural rights) แต่รัฐในฐานะตัวแทนประชาชนเป็นผู้จัดการแทนมรดกทางวัฒนธรรม ไม่ว่าจะมรดกทางวัฒนธรรมนั้นจะเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ หรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ขณะที่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทุกสาขารวมทั้งสาขาที่เกี่ยวกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เอกชนที่อาจเป็นชุมชน กลุ่มบุคคล หรือปัจเจกชนชาวเวียดนาม บุคคลเหล่านี้เป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ แต่รัฐคงเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่จัดบริการงานสาธารณะด้านวัฒนธรรม โดยชุมชนมีสิทธิร่วมบริหารตามมาตรา 5 วรรคสอง พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 และ มาตรา 5 และมาตรา 53 รัฐธรรมนูญแห่งประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ.1992¹⁸⁹

¹⁸⁸ Article 62 Viet Nam's Constitution of 1992

2. The State shall prioritize investment and encouragement of organization and individuals' investment to scientific research, development, transfer, and effective application of scientific and technological achievements; guarantee the right to conduct scientific and technological research; and protect the right to intellectual property.

¹⁸⁹ Andrzej Jakubowski, Cultural Rights as Collective Rights: An International Law Perspective, (Netherland : Brill Nijhoff, 2016), pp.195.

ส่วนรายละเอียดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามพระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เป็นหนึ่งในสามประเภทของมรดกทางวัฒนธรรมตามกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งมรดกทางวัฒนธรรมแบ่ง ออกเป็น 3 ประเภทตามมาตรา 1 พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับ แก้ไข ค.ศ.2003 ที่บัญญัติว่า¹⁹⁰

มรดกทางวัฒนธรรม หมายถึงมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ มรดกทาง วัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ไม่ว่าสิ่งประดิษฐ์ต่างๆ ในพิพิธภัณฑ์ และสถานที่ทางวัฒนธรรม โดย มรดกทางวัฒนธรรมทั้งสามเป็นผลผลิตทางสติปัญญาของชาวเวียดนาม รวมทั้งสิ่งเหล่านี้เป็นวัตถุที่ เกี่ยวข้องกับประวัติศาสตร์ วัฒนธรรม คุณค่าทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งสิ่งเหล่านี้ถูกสืบทอดจากคนรุ่นหนึ่ง มาสู่คนอีกรุ่นหนึ่งในประเทศเวียดนาม

จากคำนิยามและการจำแนกประเภทมรดกทางวัฒนธรรมข้างต้น สินค้า อาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เนื่องจากสินค้า อาหารดังกล่าวเป็นผลิตภัณฑ์ทางสติปัญญาเกี่ยวกับประวัติศาสตร์ วัฒนธรรม หรือคุณค่าทาง วิทยาศาสตร์ ซึ่งสิ่งเหล่านี้ถูกสงวนรักษาไว้ในความทรงจำ หรืองานเขียน และส่งต่อโดยวิธีมุขปาฐะ ตามประเพณี การสอน การแสดง และรูปแบบวิธีการต่างๆ รวมถึงการใช้ภาษา ลายลักษณ์อักษร งานวรรณกรรม ศิลปะ วิทยาศาสตร์ มุขปาฐะทางประเพณี คติชน วิธีการดำเนินชีวิต การประเพณี ความลับของหัตถกรรมทางประเพณี ภูมิปัญญาทางการแพทย์ การประกอบอาหาร เครื่องแต่งกาย ของกลุ่มชาติพันธุ์ และภูมิปัญญารูปแบบอื่นๆ ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003¹⁹¹

¹⁹⁰ มาตรา 1 พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003

Cultural heritage as regulated in this Law includes both intangible and tangible cultural heritage. It comprises intellectual and material products with historical, cultural and scientific value that are passed on from generation to generation in the Socialist Republic of Vietnam.

¹⁹¹ มาตรา 4 พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003

In this Law, the below terms are defined as follows:

1. Intangible cultural heritage consists of intellectual products with historical, cultural or scientific value that have been preserved by memory, writing, passed down through oral tradition, teaching, performance and all other means and forms. It includes language, writing, works of literature, art, science, oral tradition, folklore, ways of life, lifestyles, festivals, secrets of traditional handicrafts, knowledge of traditional medicine, cuisine, ethnic costumes and other forms of traditional knowledge...

ทั้งนี้ การที่ประเทศเวียดนามให้คำนิยามศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 นั้น ก็เพราะรัฐบาลเวียดนามต้องการแก้ไขมาตรา 4 พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 เพื่อรองรับการปฏิบัติตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 แต่การแก้ไขนี้เกิดขึ้น ก่อนที่ประเทศเวียดนามเข้าเป็นรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญาฉบับดังกล่าว ทำให้ในเดือนมิถุนายน ค.ศ.2003 สภาแห่งชาติจึงมีมติให้แก้ไขพระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 มรดกทางวัฒนธรรมจึงมีสามประเภท และมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ได้เป็นหนึ่งในมรดกทางวัฒนธรรมตามมาตรา 1 พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003¹⁹²

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาคำนิยามศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 กับคำนิยามศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 แล้ว

ผู้วิจัยพบว่า คำนิยามศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 มีเนื้อหาแตกต่างจากข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 แต่คำนิยามศัพท์ที่แตกต่างนี้ไม่ถือว่า ประเทศเวียดนามไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 เพราะอนุสัญญาฉบับดังกล่าวไม่ใช่ข้อบังคับที่เข้มงวดตรงกันข้ามอนุสัญญาฉบับนี้ให้อิสระแก่รัฐภาคีสมาชิก เพื่อการบัญญัติกฎหมายภายในรองรับพันธกรณีอนุสัญญาฉบับนี้ โดยกฎหมายภายในดังกล่าวสอดคล้องกับสภาพมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่อยู่ในอาณาเขตของตน¹⁹³ คำนิยามศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 จึงไม่ขัดต่อพันธกรณีข้อ 2 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

นอกจากนี้ การที่ประเทศเวียดนามได้จำแนกประเภทมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งประเทศเวียดนามจำแนกมรดกทางวัฒนธรรมเป็น 3 ประเภท คือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และสถานที่ทางวัฒนธรรม พร้อมกับการ

¹⁹² Andrzej Jakubowski, *supra note* 189, pp.194.

¹⁹³ Article 11 The Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2003

(a) take the necessary measures to ensure the safeguarding of the intangible cultural heritage present in its territory...

ยกตัวอย่างมรดกทางวัฒนธรรมบางประการไว้ตามมาตรา 1 พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 นั้น

กรณีข้างต้นไม่ได้หมายความว่า ตัวอย่างมรดกทางวัฒนธรรมมีเพียงเท่าที่ปรากฏในมาตรา 1 พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 แต่ถ้าประเทศเวียดนามยังมีมรดกทางวัฒนธรรมอื่นๆ และมรดกทางวัฒนธรรมอื่นๆ มีคุณสมบัติรวมทั้งรัฐต้องปกป้องตามกฎหมายฉบับนี้ เพราะประเทศเวียดนามย่อมไม่สามารถบรรจุตัวอย่างมรดกทางวัฒนธรรมทั้งหมดลงในมาตรา 1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 การไม่บัญญัติตัวอย่างดังกล่าวจึงไม่หมายความว่า ประเทศเวียดนามไม่มีมรดกทางวัฒนธรรมอื่นๆ เพิ่มเติม

อีกทั้ง กรณีข้างต้นยังไม่ถือว่า ประเทศเวียดนามไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 2 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโก เช่นกัน เพราะอนุสัญญาฉบับนี้หาใช่ข้อบังคับที่เข้มงวด และในข้อ 11 (a) อนุสัญญาฉบับนี้บัญญัติไว้เพียงว่า รัฐภาคีสมาชิกต้องใช้มาตรการที่จำเป็นในการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของประเทศตน ประเทศเวียดนามรัฐภาคีสมาชิกจึงสามารถจำแนกประเภทมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยการจำแนกประเภทดังกล่าวสอดคล้องกับสภาพมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในประเทศตน และสามารถยกบางตัวอย่างของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

อนึ่ง ความเห็นผู้วิจัยข้างต้นว่า ตัวอย่างมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีจำนวนมากกว่าที่ปรากฏในมาตรา 4 พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 ของประเทศเวียดนามนั้น กรณีนี้ยังสอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาลเวียดนาม ซึ่งรัฐบาลเวียดนามได้ส่งเสริมรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มากกว่าตัวอย่างที่ปรากฏในมาตรา 4 พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 ดังนี้¹⁹⁴

- 1) ภาษา ซึ่งประเทศเวียดนามให้ความสำคัญต่อทุกภาษา เพื่อการพัฒนาและรักษาความบริสุทธิ์แห่งภาษานั้นๆ
- 2) ด้านธรรมเนียม วิธีการดำเนินชีวิตส่วนบุคคล ชุมชน และวิธีการดำเนินชีวิตแห่งชาติ รัฐต้องให้การส่งเสริม
- 3) งานวรรณกรรม ศิลปะ วิทยาศาสตร์ มุขปาฐะทางประเพณี และคติชนของชนกลุ่มน้อยในประเทศ รัฐบาลเวียดนามจะสำรวจ สละสลวย ส่งต่อ รวบรวมและจำแนกประเภทไว้
- 4) ด้านหัตถกรรมตามประเพณี รัฐให้ความสำคัญต่อมาตรการการอนุรักษ์

¹⁹⁴ Van Uytsel, Steven, *supra* note 135.

5) ส่วนภูมิภาคปัญหาและการรักษาโรคตามประเพณี รัฐสนับสนุนส่งเสริม
กิจกรรมการวิจัย

6) อาหารชาวเวียดนาม ซึ่งรัฐต้องใช้มาตรการส่งเสริม รักษา

7) ขนบธรรมเนียมประเพณีของชนกลุ่มน้อย รัฐเน้นความสำคัญต่อกิจกรรม
การส่งเสริม

8) เทศกาลตามประเพณี มาตรการของรัฐคือการส่งเสริมเช่นกัน

ดังนั้นสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงมีสถานะเป็น
มรดกทางวัฒนธรรมตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับ
แก้ไข ค.ศ.2003 และข้อ 6 นโยบายของรัฐบาลเวียดนาม ซึ่งรัฐบาลเวียดนามได้ส่งเสริม รักษา
มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพื่อให้มรดกทางวัฒนธรรมดังกล่าวยังอยู่กับประเทศเวียดนาม

(3) ชุมชนและปัจเจกชนผู้ทรงสิทธิและรักษาสมดุลระหว่างสิทธิทาง วัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

แม้ว่าประเทศเวียดนามปกครองในระบอบสังคมนิยม แต่สำหรับสิทธิทาง
วัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา รัฐไม่ใช่เจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมและทรัพย์สินทาง
ปัญญา แต่ชุมชนและปัจเจกชนที่เป็นชาวเวียดนามเป็นผู้ทรงสิทธิในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้อง
ไม่ได้และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งทั้งหมดนี้เป็นผลจากการประกันสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิ
ในทรัพย์สินทางปัญญาตามมาตรา 53 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ.1992
ดังนี้

ประการแรก สิทธิทางวัฒนธรรม ประเทศเวียดนามได้ประกันสิทธิทาง
วัฒนธรรมไว้ในมาตรา 53 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ.1992 ว่า ประชาชน
เป็นเจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมทั้งที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้ รัฐเป็นเพียงตัวแทนรัฐในการบริหาร
มรดกทางวัฒนธรรมดังกล่าว ประชาชนชาวเวียดนามจึงเป็นผู้ทรงสิทธิร่วมทางวัฒนธรรม ส่วนรัฐ
เป็นตัวแทนประชาชน เพื่อจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามมาตรา 30 และมาตรา 34
แห่งรัฐธรรมนูญประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ.1992 และพระราชบัญญัติ Law on
Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003

ประการที่สอง สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของชุมชนและปัจเจกชน สิทธิ
ดังกล่าวเป็นสิทธิในทรัพย์สิน ซึ่งมาตรา 23 แห่งรัฐธรรมนูญประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม
ค.ศ.1992 ได้ประกันสิทธิไว้ ชุมชนหรือปัจเจกชนจึงเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตาม
กฎหมาย รัฐไม่อาจล่วงละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ไม่อาจยึดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา
เป็นของรัฐ เว้นแต่รัฐมีความจำเป็นด้านความมั่นคงและการป้องกันประเทศ หรือเพื่อผลประโยชน์
ของชาติ กรณีเช่นนี้เท่านั้น รัฐอาจซื้อทรัพย์สินรวมถึงทรัพย์สินทางปัญญาจากเอกชน แต่เอกชนมี

สิทธิได้รับค่าตอบแทนในราคาตลาด ทั้งนี้ขั้นตอนการซื้อหรือใบขอเสนอให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด

เช่นนี้ชุมชนและปัจเจกชนจึงผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรม และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ชุมชนและปัจเจกชนจึงรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ควบคู่ประโยชน์สาธารณะในการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพราะรัฐธรรมนูญประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ.1992 ได้ประกันสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของเอกชน ซึ่งเอกชนนี้ก็คือชุมชนหรือปัจเจกชน หรือกลุ่มบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ.1992 ชุมชนจึงสามารถใช้สิทธิและรักษาสมดุลในสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งผู้วิจัยนำเสนอรายละเอียดต่อไป

ส่วนแรก ชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรมตามมาตรา 53 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ.1992 และพระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 ให้รายละเอียดแห่งการใช้สิทธิไว้ ในฐานะที่พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวเป็นมีลำดับศักดิ์รองจากรัฐธรรมนูญ กฎหมายฉบับนี้จึงรองรับรายละเอียดการใช้สิทธิทางวัฒนธรรม เพื่อที่ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียสามารถใช้สิทธิกำหนดใจด้วยตนเอง ไม่ว่าในการประพฤติปฏิบัติ การสืบทอดทางวัฒนธรรมของชุมชน แต่เฉพาะการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รัฐเป็นตัวแทนประชาชน เพื่อจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทุกสาขารวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยรัฐต้องให้โอกาสชุมชนมีส่วนจัดการตามกฎหมาย

ส่วนการใช้ทางวัฒนธรรม ชุมชนที่อาจเป็นกลุ่มบุคคลในรูปองค์กร หรือปัจเจกชนตามพระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 ชุมชนดังกล่าวสามารถใช้สิทธิทางวัฒนธรรมและมีหน้าที่ 6 ประการ คือ¹⁹⁵

1) การใช้สิทธิใช้ต่างๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 14 พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 เช่น สิทธิในความเป็นเจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมตามกฎหมาย สิทธิตรวจสอบและการวิจัยในมรดกทางวัฒนธรรม สิทธิในการสงวนรักษาและส่งเสริมมรดกทางวัฒนธรรม สิทธิในการรายงานการค้นพบวัตถุโบราณ ทรัพย์สินสมบัติของชาติ

¹⁹⁵ Article 15 Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001

Organizations and individuals who own cultural heritage have the following rights and responsibilities:

1. Implementation of provisions of Article 14 of this Law;
2. Implementation of measures to protect and promote cultural heritage; timely reporting to state authorities in case cultural heritage is under threat of being abused, damaged or lost....

พื้นที่ทางวัฒนธรรม หรือภูมิทัศน์ทางธรรมชาติ สิทธิปกป้องหรือรายงานต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการปกป้องและลงโทษ กรณีที่ชุมชนพบว่า ผู้ใดใช้มรดกทางวัฒนธรรมในทางที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือใช้ในทางมิชอบ เป็นต้น

2) สิทธิในการปกป้องและส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรม ถ้า มรดกทางวัฒนธรรมกำลังเผชิญภัยคุกคาม หรืออาจเกิดความเสียหาย หรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้กำลังจะสูญหาย โดยชุมชนเจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมมีหน้าที่เสนอรายงานต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมาย เพื่อเจ้าหน้าที่มีคำสั่งหรือกระทำการใดๆ ต่อไปตามกฎหมาย

3) กรณีประเทศเวียดนามไม่มีมาตรการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ ให้ชุมชนแจ้งต่อพิพิธภัณฑสถานหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมาย เพื่อดำเนินการตามกฎหมายต่อไป

4) ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียอาจเสียสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิครอบครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ และมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐจึงมีอำนาจตามกฎหมาย และรัฐอาจประกาศใช้ข้อจำกัดสิทธิแก่ชุมชน โดยไม่ต้องมีความยินยอมจากชุมชน เช่น การยอมให้สาธารณะเข้าเยี่ยมชม ท่องเที่ยว หรือวิจัย เป็นต้น

5) สิทธิและหน้าที่ประการอื่นๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้

จากสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายข้างต้น ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียจึงมีสิทธิกำหนดชะตากรรมทางวัฒนธรรมของตน รัฐไม่เข้าแทรกแซงการใช้สิทธิดังกล่าว ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียจึงสามารถเลือกตัดสินใจว่า ชุมชนดังจะพัฒนาต่อยอดภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ต่างๆ รวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หรือชุมชนดังกล่าวอาจเลือกให้ความสำคัญต่อการส่งเสริม รักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นดังกล่าวก็ได้ ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียจึงเป็นผู้รักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ควบคู่กับการส่งเสริมรักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยรัฐมีหน้าที่สนับสนุนชุมชน ไม่ว่าจะเป็นการให้ทุนฝึกอบรม การเตรียมบุคลากรและนักวิจัย ร่วมกับการประยุกต์ใช้ความรู้ทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี เพื่อใช้ส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมตามมาตรา 9 (3) พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003¹⁹⁶

ส่วนที่สอง ชุมชนและปัจเจกชนเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งชุมชนและปัจเจกชนได้รับการประกันสิทธิในทรัพย์สินไว้ในมาตรา 23 แห่งรัฐธรรมนูญประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ.1992 ชุมชนและปัจเจกชนจึงเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และสิทธิดังกล่าวถูกรับรองอีกครั้งในมาตรา 5 วรรค 2 พระราชบัญญัติ Law on Cultural

¹⁹⁶ Steven Van Uytsel, *supra note* 135.

Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 ว่า ชุมชนและปัจเจกชนเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย ลิขสิทธิ์ ประมวลกฎหมายแพ่ง และกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

จากบทบัญญัติมาตรา 5 วรรค 2 พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 ชุมชนและปัจเจกชนจึงเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามมาตรา 5 วรรค 2 พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 และปรากฏการใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา 2 ฉบับ ดังนี้

1) พระราชบัญญัติทรัพย์สินทางปัญญาประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ.2005 (Law on Intellectual Property (No. 50/2005/QH11)) ที่ได้รวมเอา กฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมเข้าไว้

ทั้งนี้ ชุมชนผู้มีส่วนได้เสียได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามมาตรา 5 วรรค 2 พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 ในฐานะที่มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นคติชนพื้นบ้าน (folklore) หรืองานศิลปะพื้นบ้าน (folk art) ตาม มาตรา 23 (1) พระราชบัญญัติทรัพย์สินทางปัญญาประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ. 2005 ซึ่งมาตราดังกล่าวจำแนกคติชนพื้นบ้าน (folklore) ออกเป็น 4 ประเภท คือ

- 1) ตำนานพื้นบ้าน เนื้อเพลงพื้นบ้าน หรือปริศนาอักษร
- 2) เพลงพื้นบ้าน และทำนองเพลง
- 3) การเต้นรำพื้นบ้าน หรือการละเล่นพื้นบ้าน พิธีกรรมและการละเล่น
- 4) ผลิตภัณฑ์ศิลปะพื้นบ้าน (folk art products) รวมถึงกราฟฟิค ภาพ

พิมพ์ การแกะสลัก เครื่องดนตรี รูปแบบงานสถาปัตยกรรม และการแสดงออกทางศิลปะที่อยู่ใน รูปวัสดุอื่น¹⁹⁷

ประกอบกับโดยทั่วไปชาวเวียดนามใช้สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่ จับต้องไม่ได้ เพื่อแสดงถึงคติชนพื้นบ้าน สืบเนื่องจากชุมชนชาวเวียดนามได้รวบรวมวัตถุดิบต่างๆ ขึ้นจากพื้นฐานประเพณีในชุมชนใดชุมชนแห่งใดแห่งหนึ่ง หรือปัจเจกชน สินค้าอาหารดังกล่าวจึง

¹⁹⁷ มาตรา 23 วรรค 2 พระราชบัญญัติทรัพย์สินทางปัญญาประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ.2005

Copyright to folklore or folk art works of folklore...

a Folk tales, lyrics and riddles;

b Folk songs and melodies;

c Folk dances, plays, rites and games;

d Folk art products, including graphics, paintings, sculptures, musical instruments, architectural models, and products of other folk arts expressed in whatever material form.

สะท้อนให้เห็นถึงจิตเจตนาแห่งชุมชน ซึ่งชุมชนได้แสดงออกในรูปแบบที่เหมาะสมทางวัฒนธรรมและเอกลักษณ์ทางสังคม สินค้าเหล่านี้จึงแสดงถึงมาตรฐานและคุณค่าของชุมชน ซึ่งชุมชนได้ส่งต่อผลงานเหล่านี้โดยวิธีการลอกเลียนแบบหรือวิธีการอื่นๆ ส่งผลให้สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงเป็นคติชนตามมาตรา 23 (1) พระราชบัญญัติทรัพย์สินทางปัญญาประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ.2005¹⁹⁸

อนึ่ง ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ชุมชนผู้และมีส่วนได้เสียไม่อาจใช้ประโยชน์จากกฎหมายลิขสิทธิ์ เพื่อการปกป้องประโยชน์เชิงพาณิชย์ เพราะกฎหมายฉบับนี้มีข้อจำกัด คือ

ประการแรก ข้อจำกัดด้านจำนวนประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ตามมาตรา 23 (1) พระราชบัญญัติทรัพย์สินทางปัญญาประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ.2005 เพราะมาตรา 23 พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวให้ความคุ้มครองแก่คติชน 4 ประเภทเท่านั้น คือ ตำนานพื้นบ้าน เพลงพื้นบ้าน การเต้นรำพื้นบ้าน ผลิตภัณฑ์ศิลปะพื้นบ้าน ส่งผลให้ในอนาคตถ้าชุมชนชาวเวียดนามสร้างสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ใหม่ๆ แต่สินค้านี้ดังกล่าวไม่ถึงขั้นงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งผู้สร้างสรรค์เริ่มสร้างขึ้นไม่ลอกเลียนแบบบรรพบุรุษ สินค้าเหล่านี้จึงไม่ได้รับลิขสิทธิ์ และไม่ใช่อคติชนตามความหมายในมาตรา 23 (1) พระราชบัญญัติทรัพย์สินทางปัญญาประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ.2005

ประการที่สอง เอกชนหรือเรียกว่าปัจเจกชน ชุมชนได้รับความคุ้มครองธรรมสิทธิ์ตามมาตรา 23 (2) พระราชบัญญัติทรัพย์สินทางปัญญาประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ.2005 แต่มาตราดังกล่าวไม่ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิทางเศรษฐกิจ และไม่มีกลไกแบ่งปันผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ ถ้าผู้ประกอบการนอกชุมชนได้ใช้ประโยชน์จากสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้¹⁹⁹

ฉะนั้นด้วยข้อจำกัดการใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ข้างต้น กฎหมายลิขสิทธิ์จึงไม่เหมาะสมต่อการปกป้องการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับ

¹⁹⁸ มาตรา 23 พระราชบัญญัติทรัพย์สินทางปัญญาประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ.2005

Copyright to folklore or folk art works of folklore

1. Folklore or folk art works mean collective creations based on traditions of a community or individuals reflecting such community's earnest expectations, of which the expression is appropriate to its cultural and social characteristics, and its standards and values, which have been handed down by imitation or other modes. Folklore and folk art works include...

¹⁹⁹ Daphne Zografos, *supra* note 19, pp.42.

ต้องไม่ได้ และการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินที่แก่สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ความคุ้มครองนี้ยังไม่ตอบสนองความต้องการของชุมชนผู้มีส่วนได้เสีย

2) กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามพระราชบัญญัติทรัพย์สินทางปัญญา เวียดนาม ค.ศ. 2005 (Law on Intellectual Property Vietnam, 2005) และ กฎ Decree No. 103/2006/ND-CP Detailing and Guiding The Implementation of A Number of Articles of the Law on Intellectual Property Regarding Industrial Property, September 22 , 2006

สำหรับกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ตั้งอยู่บนหลักสิทธิชุมชน ชุมชนจึงเป็นผู้ทรงสิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ประกอบกับสินค้าต่างๆ ที่เกิดจากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เป็นสินค้าที่มีชื่อเสียง คุณภาพอย่างยาวนาน และสินค้านี้มีความเชื่อมโยงกับการใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ชุมชนชาวเวียดนามจึงนิยมใช้ประโยชน์จากสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เพื่อปกป้องการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากสินค้าต่างๆ ที่เกิดจากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ส่วนความเป็นเจ้าของตราสัญลักษณ์สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ รัฐเป็นเจ้าของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และรัฐเป็นผู้อนุญาตแก่ประชาชน เพื่อใช้การใช้ตราสัญลักษณ์สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์²⁰⁰ รวมทั้งการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 22 ความตกลงทริปส์ ซึ่งประเทศเวียดนามเข้าเป็นรัฐภาคีสมาชิกองค์การการค้าโลกลำดับที่ 150 ในวันที่ 7 พฤศจิกายน 2549²⁰¹

วัตถุประสงค์แห่งความคุ้มครอง คือการใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ในฐานะที่ชื่อแหล่งภูมิศาสตร์มีความเชื่อมโยงกับคุณภาพ ชื่อเสียงของสินค้าชุมชน และผู้บริโภคให้การยอมรับการใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อย่างยาวนาน ก่อนการใช้กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ชุมชนชาวเวียดนามจึงใช้ประโยชน์จากกฎหมายฉบับนี้ได้ แม้กฎหมายฉบับนี้ไม่คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าก็ตาม²⁰²

องค์ประกอบสินค้าตามกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ สินค้าต่างๆ ที่เกิดจากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ต้องมี 2 องค์ประกอบตามมาตรา 79 พระราชบัญญัติทรัพย์สินทางปัญญาเวียดนาม ค.ศ.2005 คือ

²⁰⁰ *Ibid*, pp.200.

²⁰¹ อาร์วายทีไนน์, “เวียดนามกับการเข้าเป็นสมาชิก WTO,” Retrieved 26 October 2012 <http://www.ryt9.com/s/ryt9/91244>.

²⁰² Tran Viet Hung, Legal Provision of Vietnam on the Protection of Geographical Indications, (Hà Nội Vietnam : Nation Office of Vietnam, 2006), pp.5.

ประการแรก สินค้าตามสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ใช้ชื่อแหล่งผลิตผลิตภัณฑ์ โดยชื่อดังกล่าวอาจเป็นชื่อพื้นที่ ท้องถิ่น ดินแดน หรือประเทศ และ²⁰³

ประการที่สอง สินค้าภายใต้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ต้องมีชื่อเสียง คุณภาพ หรือเอกลักษณ์โดดเด่น โดยคุณลักษณะพิเศษของผลิตภัณฑ์ดังกล่าวเกิดขึ้นด้วยสภาพภูมิศาสตร์ของพื้นที่ ท้องถิ่น ดินแดน หรือประเทศ รวมทั้งคุณลักษณะพิเศษของผลิตภัณฑ์ดังกล่าวเกิดขึ้นด้วยปัจจัยตามธรรมชาติหรือปัจจัยมนุษย์²⁰⁴

นอกจากนี้ ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ยังต้องเป็นพื้นที่ในดินแดนแท้จริงของโลก และ ดินแดนดังกล่าวต้องปรากฏบนแผนที่โลกตามมาตรา 83 พระราชบัญญัติทรัพย์สินทางปัญญาเวียดนาม ค.ศ.2005²⁰⁵ ไม่เช่นนั้นชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไม่อาจขึ้นทะเบียนกับสำนักงาน National Office of Intellectual Property of Vietnam ซึ่งสำนักงานดังกล่าวต้องปฏิบัติหน้าที่ภายใต้การกำกับดูแลของ the office of Department of Intellectual Property – Ministry of Science and Technology²⁰⁶

ส่วนผู้ขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ประเทศเวียดนามได้กำหนดให้บุคคลต่อไปนี้ คือผู้ขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

บุคคลที่ 1 องค์กรหรือเอกชนที่เป็นผู้ผลิตผลิตภัณฑ์และได้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

²⁰³ มาตรา 79 พระราชบัญญัติทรัพย์สินทางปัญญาเวียดนาม ค.ศ.2005

General conditions for geographical indications to be eligible for protection

A geographical indication shall be eligible for protection when it satisfies the following conditions:

1 The product bearing the geographical indication originates from the area, locality, territory or country corresponding to such geographical indication.

2 The product bearing the geographical indication has a reputation, quality or characteristics mainly attributable to geographical conditions of the area, locality, territory or country corresponding to such geographical indication.

²⁰⁴ Mayer Brown, Vietnam Investor's Guide : Business Law, (Hà Nội : Seng Lee Press Pte Ltd. 2008), pp.205.

²⁰⁵ *Ibid*, pp.15.

²⁰⁶ Trong Binh VU, Geographical Indication and Appellation of Origin in Vietnam : Reality Policy and Perspective, (Hanoi : Institute of Policy and Strategy for Agriculture and Rural, 2006), pp.42.

บุคคลที่ 2 กลุ่มบุคคลหรือองค์กรใด ๆ ซึ่งแสดงตนเป็นองค์กรหรือเอกชน ตามประเภทแรก และ

บุคคลที่ 3 พนักงานเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นซึ่งตั้งอยู่ในพื้นที่สิ่งบ่งชี้ทาง ภูมิศาสตร์

เมื่อรัฐได้ขึ้นทะเบียนชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ใด รัฐจะเป็นเพียงผู้เดียวในการพิจารณาอนุญาตให้ใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์แก่องค์กรหรือเอกชน แต่มิใช่ทุกองค์กรหรือเอกชนจะมีสิทธิใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ องค์กรหรือเอกชนที่มีสิทธินั้นจะต้องมีโครงสร้างการจัดการในพื้นที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ก่อนที่องค์กรหรือเอกชนจะขออนุญาตใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และองค์กรหรือเอกชนที่ได้รับสิทธิใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ สิทธิใช้นี้ไม่ใช่สิทธิในความ เป็นเจ้าของตามมาตรา 88 วรรคสอง พระราชบัญญัติทรัพย์สินทางปัญญาเวียดนาม ค.ศ.2005 ผู้ทรง สิทธิใช้นี้จึงไม่มีสิทธิผูกขาดหรือหวงกั้นการใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เพียงผู้เดียว สภาพสิทธิเช่นนี้จึง แตกต่างจากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น เช่น ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร เป็นต้น

วิธีการใช้ชื่อสิ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับสินค้าต่างๆ ที่เกิดจากมรดกทาง วัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ ใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สามารถใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับสินค้า หีบห่อสินค้า เอกสารทาง ธุรกิจที่เกี่ยวข้อง โดยผู้ทรงสิทธิมีเพียงสิทธิใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ แต่สิทธินี้ไม่อาจโอนสิทธิ ดังกล่าวแก่ผู้อื่น²⁰⁷ และส่วนสิทธิใช้ชื่อคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จดทะเบียนไม่มีอายุความสิ้นสุด ตามมาตรา 93 พระราชบัญญัติทรัพย์สินทางปัญญาเวียดนาม ค.ศ.2005²⁰⁸

เมื่อประเทศเวียดนามปกครองในระบอบสังคมนิยม รัฐจึงเป็นตัวแทนชาว เวียดนาม เพื่อการปกป้องประโยชน์สาธารณะ รัฐสามารถมอบสิทธิใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์แก่ หน่วยราชการท้องถิ่น ถ้าหน่วยงานดังกล่าวตั้งอยู่ในแหล่งภูมิศาสตร์ตามชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ หรือรัฐอาจอนุญาตให้ใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์แก่องค์กรใดๆ ถ้าองค์กรดังกล่าวเป็นตัวแทนของ เอกชนหรือองค์กรต่างๆ ภายใต้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ขึ้นทะเบียน เพื่อที่หน่วยงานรัฐท้องถิ่นและ องค์กรนั้นสามารถใช้ จัดการ และควบคุมมาตรฐานผลิตภัณฑ์ตามชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์²⁰⁹

ผลลัพธ์ต่อการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับสินค้าต่างๆ ที่เกิดจากมรดกทาง วัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ผู้วิจัยพบว่า ข้อมูล

²⁰⁷ *Ibid*, pp.17.

²⁰⁸ Mayer Brown, *supra note* 204, pp.205-206.

²⁰⁹ *Ibid*, pp.15.

เพียงเดือนธันวาคม ค.ศ.2014 ประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามได้ขึ้นทะเบียนชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในสินค้าทั้งสิ้น 45 รายการ จำนวนนี้แยกเป็นชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม 42 รายการ และชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของต่างประเทศที่ขึ้นทะเบียนในประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามจำนวน 3 รายการ ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามแบ่งเป็น 9 กลุ่ม กลุ่มดังกล่าวเป็นสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จำนวน 4 รายการ เช่น สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เลขที่ 00010 Phan Thiét สินค้าปลา เป็นต้น²¹⁰

ล่าสุดวันที่ 29 เมษายน ค.ศ.2021 ประเทศเวียดนามได้ขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์หมายเลข 00106 สำหรับผลิตภัณฑ์วุ้นเส้น “บักกาน” โดยภาควิชาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีของจังหวัดบักกานเป็นองค์กรที่จัดการสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เพราะวุ้นเส้น “บักกาน” คืออาหารพื้นเมืองในภาคของเตตและวันสำคัญอื่นๆ ในครอบครัวและชุมชนชาวเวียดนาม โดยวุ้นเส้นสร้างความงามในวัฒนธรรมการทำอาหารของชาวเวียดนาม และวุ้นเส้นบักกานกลายเป็นของขวัญพิเศษ เมื่อลูกชายทุกคนกลับบ้านมาเยี่ยมบ้านเกิดที่ตั้งรกรากอยู่ในพื้นที่ภูเขาทางตอนเหนือของภูเขา โดยสินค้าดังกล่าวมีคุณลักษณะเฉพาะเชื่อมโยงกับพื้นที่บักกาน เนื่องจากพื้นที่มีดินและสภาพอากาศที่เอื้ออำนวย ทำให้ข้าวที่ปลูกในพื้นที่บักกานเติบโตได้ดีและมีคุณภาพดีกว่าที่อื่น²¹¹

ดังนั้นประเทศเวียดนามเป็นประเทศที่เลือกใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อการคุ้มครองประโยชน์เชิงพาณิชย์ของเอกชนในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ชาวเวียดนามจึงนิยมใช้ประโยชน์จากกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มากกว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ ด้วยกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ให้ความคุ้มครองประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ขณะที่

²¹⁰ National Office of Intellectual Property, “Distribution of Products Bearing GIs of Vietnam,” Retrieved 26 October 2012

[http://www.noip.gov.vn/web/noip/home/en?proxyUrl=/NOIP/RESOURCE.NSF/awResourceList/6971920F37F4D59F4725776D002710F3/\\$FILE/index_en.html](http://www.noip.gov.vn/web/noip/home/en?proxyUrl=/NOIP/RESOURCE.NSF/awResourceList/6971920F37F4D59F4725776D002710F3/$FILE/index_en.html)

²¹¹ ศูนย์ตรวจสอบสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์และเครื่องหมายการค้าระหว่างประเทศเวียดนาม, “ปกป้องสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ “บักกาน” สำหรับผลิตภัณฑ์วุ้นเส้น”, สืบค้นเมื่อวันที่ 26 พฤษภาคม พ.ศ.2564 จาก https://ipvietnam.gov.vn/web/guest/cac-bai-viet-ve-chi-dan-ia-ly/-/asset_publisher/fNUbGw2ZxGKy/content/bao-ho-chi-dan-ia-ly-bac-kan-cho-san-pham-mien-dong?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fipvietnam.gov.vn%2Fweb%2Fguest%2Fcac-bai-viet-ve-chi-dan-ia-ly%3Fp_id%3D101_INSTANCE_fNUbGw2ZxGKy%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D1

กฎหมายลิขสิทธิ์มอบเพียงกรรมสิทธิ์แก่ชุมชน ชุมชนจึงไม่อาจใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ปกป้องประโยชน์เชิงพาณิชย์กับสินค้าอาหารของชุมชน

(4) รัฐตัวแทนชุมชนในประโยชน์สาธารณะ เพื่อส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ภายใต้มาตรา 53 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ. 1992²¹² ชาวเวียดนามคือเจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้ แต่ด้วยประเทศเวียดนามปกครองในระบอบสังคมนิยม รัฐจึงเข้ามาเป็นตัวแทนประชาชนชาวเวียดนาม เพื่อการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามพระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 โดยกรณีนี้ถือเป็นหน้าที่ของรัฐตามนโยบายแห่งรัฐตามมาตรา 53 รัฐธรรมนูญแห่งประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ.1992 ซึ่งรัฐเข้ามาจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ก็ต่อเมื่อใดไม่มีประชาชนหรือชุมชนผู้ครอบครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้²¹³

แม้ว่ารัฐมีหน้าที่จัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทุกสาขารวมถึงที่เกี่ยวข้องกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่รัฐก็ไม่ได้จัดการหรือประกาศใช้นโยบายเกี่ยวมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้โดยอิสระ กลับกันรัฐต้องจัดการหรือประกาศใช้นโยบายต่างๆ ที่สอดคล้องพันธกรณีสนธิสัญญาระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ..2003 ขององค์การยูเนสโก และรัฐบาลเวียดนามยังมุ่งจัดการมรดกทางวัฒนธรรมดังกล่าว เพื่อเป็นไปตามหลักการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (Sustainable Development Goals -SDGs) ขององค์การสหประชาชาติ

ผลที่รัฐจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทุกสาขารวมถึงที่เกี่ยวข้องกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ปรากฏว่านับตั้งแต่ ค.ศ. 2016 เป็นต้นมา รัฐบาลเวียดนามได้ประกาศใช้นโยบายงานบริการสาธารณะด้านวัฒนธรรมที่สอดคล้องกับมติของสมัชชารัฐภาคีแห่งอนุสัญญาคุ้มครองมรดกโลก ค.ศ.2015 (General Assembly of States Parties to the World Heritage Convention 2015) ขององค์การยูเนสโก และอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษา

²¹² Article 53 Viet Nam's Constitution of 1992

The land, water resources, mineral resources, wealth lying underground or coming from the sea and the air, other natural resources, and property invested and managed by the State are public properties, coming under ownership by the entire people represented and uniformly managed by the State.

²¹³ ศูนย์ตรวจสอบสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์และเครื่องหมายการค้าระหว่างประเทศเวียดนาม, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 211.

มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 รัฐบาลเวียดนามจึงจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ครอบคลุมใน 4 มิติ ดังนี้²¹⁴

มิติแรก การให้ความสำคัญด้านสิ่งแวดล้อม

มิติที่สอง การพัฒนาสังคม

มิติที่สาม การพัฒนาเศรษฐกิจ และ

มิติที่สี่ ความสงบและความปลอดภัย

นอกจากนี้ ประเทศเวียดนามยังประกาศใช้นโยบายงานบริการสาธารณะด้านวัฒนธรรมที่สอดคล้องกับนโยบายสาธารณะและเป็นไปตามเป้าหมายการพัฒนาแห่งสหัสวรรษ (SDGs) ขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งองค์การสหประชาชาติประกาศใช้ เพื่อให้ภายหลังค.ศ. 2015 รัฐภาคีสมาชิกได้รับการพัฒนาในมาตรฐานเดียวกันและตั้งอยู่บนหลักการพัฒนาด้านสิทธิมนุษยชน และด้วยสถานะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นของประชาชนชาวเวียดนาม รัฐจึงเป็นเพียงผู้ดูแลแทนประชาชนชาวเวียดนามที่เป็นเจ้าของร่วม และรัฐต้องจัดการวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ใน 3 หลักการแห่งการพัฒนา คือหลักการสิทธิมนุษยชน หลักความเสมอภาค หลักความยั่งยืน²¹⁵

วิธีการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทุกสาขารวมถึงที่เกี่ยวข้องกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รัฐต้องจัดการตามหลักการมีส่วนร่วมของชุมชน ในฐานะที่ประชาชนชาวเวียดนามเป็นเจ้าของในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามมาตรา 53 รัฐธรรมนูญแห่งประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ.1992 รัฐต้องพึงรับฟังความคิดเห็น และยอมรับบทบาทชุมชนผู้มีส่วนได้ เพื่อการส่งเสริม รักษา สืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทุกสาขารวมถึงที่เกี่ยวข้องกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

อย่างไรก็ดี เมื่อประเทศเวียดนามปกครองระบอบสังคมนิยม รัฐจึงใช้การบริหารงานตามหลักการรวมอำนาจ (Centralization) เพื่อจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทุกสาขารวมถึงที่เกี่ยวข้องกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รัฐจึงให้อำนาจแก่กระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสาร กระทรวงดังกล่าวเป็นหน่วยงานผู้รับผิดชอบ โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสาร (Ministry of Culture and Information) เป็นผู้บังคับบัญชาและรับผิดชอบงานบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับมรดกทางวัฒนธรรมทั่วประเทศ รวมทั้งบังคับบัญชางานบริการสาธารณะด้านวัฒนธรรมในระดับท้องถิ่น เจ้าหน้าที่ของรัฐในท้องถิ่นจึงมีหน้าที่จัดทำรายเกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในท้องถิ่น รายงานเกี่ยวกับอนุสรณ์สถานทางวัฒนธรรม เพื่อนำเสนอรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสาร และ

²¹⁴ Andrzej Jakubowski, *supra note* 189, pp.195.

²¹⁵ *Ibid*, pp.195.

รัฐมนตรีฯ ดังกล่าวจะได้นำข้อมูลไปพิจารณาในการจัดสรรกำลังคนและงบประมาณในการวิจัย หรือรวบรวม หรือออกคำสั่งใดๆ ที่เป็นมาตรการป้องกันการสูญหายหรือเสื่อมโทรมของมรดกทางวัฒนธรรม²¹⁶

แม้ว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข่าวสารเป็นผู้รับผิดชอบงานต่างๆ เพื่อการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทุกสาขารวมถึงที่เกี่ยวกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่รัฐมนตรีดังกล่าวเป็นเพียงผู้รับผิดชอบขั้นต้นต่อรัฐบาลเท่านั้นตามมาตรา 55 พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003²¹⁷ เพราะรัฐบาลอาจมอบหมายงานวัฒนธรรมแก่รัฐมนตรีคนอื่น หรือผู้บริหารระดับสถาบันหรือคณะกรรมการปฏิบัติงานแทนได้ และรัฐบาลยังมีอำนาจออกกฎเกี่ยวกับความรับผิดชอบกรณีพิเศษแก่รัฐมนตรีคนอื่น ผู้บริหารระดับสถาบัน หรือคณะกรรมการ ทำให้บุคคลเหล่านี้ต้องร่วมปฏิบัติงานกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข่าวสารอย่างมีเอกภาพ ขณะที่ภาคประชาชนก็สามารถมีส่วนร่วมบริหารมรดกทางวัฒนธรรม ไม่ว่าจะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้หรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยผ่านคณะกรรมการประชาชนจังหวัด ซึ่งคณะกรรมการประชาชนก็มีอำนาจตราข้อบังคับ และคณะกรรมการประชาชนยังต้องร่วมกับรัฐในการบริหารมรดกทางวัฒนธรรมภายในท้องถิ่นตน รวมทั้งรัฐบาลอาจมอบอำนาจบริหารมรดกทางวัฒนธรรมพิเศษบางประการแก่คณะกรรมการประชาชนจังหวัด ทั้งนี้ตามที่รัฐบาลเห็นสมควร

นอกจากนี้ ในฐานะที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารเป็นผู้รับผิดชอบงานต่างๆ ที่เกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้และมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ รัฐมนตรีฯ จึงอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 เพื่อการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้และมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ เช่น ใน

²¹⁶ *Ibid*, pp.195.

²¹⁷ Article 55 Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001

1. The Government shall ensure unified state management of cultural heritage.
2. The Ministry of Culture and Information bears the primary responsibility within the Government for implementing state management of cultural heritage.
3. All ministries, ministry-level institutions and committees under the Government have an obligation to manage cultural heritage as assigned by the Government. The Government shall regulate specific responsibilities of ministries, ministry-level institutions and committees under the Government to work in coordination with the Ministry of Culture and Information, in order to ensure unified state management of cultural heritage...

วันที่ 11 พฤศจิกายน ค.ศ.2002 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารจึงประกาศใช้พระราชกฤษฎีกา Decree on the Detailed Regulations to Implement some Articles of the Law on Cultural Heritage ค.ศ.2002 กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายลำดับรองโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 และพระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าวบัญญัติถึงรายละเอียดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของรัฐ และการมีส่วนร่วมของปัจเจกชน กลุ่มบุคคล ชุมชนไว้

อนึ่ง ด้วยพระราชกฤษฎีกา Decree on the Detailed Regulations to Implement some Articles of the Law on Cultural Heritage ค.ศ.2002 เป็นกฎหมายมหาชนสืบเนื่องจากกฎหมายฉบับนี้มีเนื้อหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจของรัฐกับชุมชนผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งชุมชนดังกล่าวได้ครอบครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แม้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารเป็นผู้ออกกฎหมายฉบับนี้ แต่รัฐมนตรีฯ ยังมีอำนาจบังคับบัญชากิจการที่เกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรม ซึ่งรัฐมนตรีดังกล่าวต้องปฏิบัติงานตามหลักกฎหมายมหาชนที่ว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ และไม่กระทำเกินกว่าที่กฎหมายให้อำนาจ” ทำให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารผู้ปฏิบัติงานของรัฐต้องปฏิบัติงาน เพื่อประโยชน์สาธารณะที่เกี่ยวกับการส่งเสริม รักษาคุณค่าของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ตามที่หมวด 2 มาตรา 7 พระราชกฤษฎีกา Decree on the Detailed Regulations to Implement some Articles of the Law on Cultural Heritage ค.ศ.2002 ได้บัญญัติไว้ดังนี้²¹⁸

- 1) ต้องจัดตั้งองค์กรเพื่อการวิจัยระดับชาติ และรวบรวม ประดิษฐ์ รวมทั้งจำแนกประเภทมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้
- 2) สร้างหลักเกณฑ์ที่ใช้รวบรวมเอกสาร สิ่งประดิษฐ์ และจัดประเภทมรดกทางวัฒนธรรม ไม่ว่าจะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้หรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้
- 3) สร้างความตระหนักแก่สาธารณชนต่อคุณค่าของมรดกทางวัฒนธรรม ไม่ว่าจะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้หรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้
- 4) สร้างระบบการศึกษาที่เกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพื่อการส่งต่อทักษะในการสร้างสรรค์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้แก่เยาวชนรุ่นต่อไป และเผยแพร่การประชาสัมพันธ์การแสดงผล ฟื้นฟูมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รวมทั้งลำดับความสำคัญตามความเร่งด่วน ในอันที่รัฐจะได้ดำเนินงานบริการสาธารณะก่อนหรือหลังตามความจำเป็นเร่งด่วน

²¹⁸ Van Uytsel, Steven, *supra* note 135.

5) จัดสรรงบประมาณลงทุนในกิจกรรมสงวนรักษาและส่งเสริมมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่กำลังเผชิญความเสี่ยงต่อการสูญหาย

6) ขยายบทบาทสังคมในการปกป้องและส่งเสริมมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

7) ดำเนินการประเมินมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยไม่มีค่าใช้จ่าย และสร้างคู่มือและสนับสนุนกิจกรรมและการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ตามที่องค์กรและหรือเอกชนร้องขอ

ทั้งหมดนี้จึงเป็นการปฏิบัติงานบริการสาธารณะด้านของรัฐ ภายใต้พระราชกฤษฎีกา Decree on the Detailed Regulations to Implement some Articles of the Law on Cultural Heritage ค.ศ.2002 โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารเป็นผู้รับผิดชอบ

ประกอบกับที่ประชาชนชาวเวียดนามเป็นเจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามมาตรา 53 รัฐธรรมนูญแห่งประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ค.ศ.1992 ประชาชนชาวเวียดนามจึงมีสิทธิร่วมในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้โดยเสมอภาค ไม่ว่าผู้นั้นเป็นสมาชิกในชุมชนเมืองหรือชนกลุ่มน้อย ชุมชนดังกล่าวจึงมีสิทธิร่วมกับรัฐ เพื่อจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามพระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 ซึ่งกรณีนี้เป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 11 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ว่า รัฐภาคีสมาชิกต้องดำเนินการที่จำเป็น โดยการมีส่วนร่วมของชุมชน กลุ่มชน และองค์กรเอกชนที่เกี่ยวข้อง²¹⁹

ส่วนรายละเอียดรัฐร่วมกับชุมชน เพื่อการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในประเทศเวียดนาม เนื่องจากประเทศเวียดนามให้ความสำคัญชุมชนกับสาธารณชน ซึ่งทั้งสองล้วนมีบทบาทสัมพันธ์อย่างแยกจากกันไม่ได้ เพื่อการดำรงอยู่ของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ส่งผลให้รัฐต้องร่วมกับชุมชน และเปิดโอกาสการมีส่วนร่วมของสาธารณชน เพื่อการส่งเสริมรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ดังนี้²²⁰

²¹⁹ Article 11 The Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2003

(b) among the safeguarding measures referred to in Article 2, paragraph 3, identify and define the various elements of the intangible cultural heritage present in its territory, with the participation of communities, groups and relevant nongovernmental organizations.

²²⁰ Van Uytsel, Steven, *supra* note 135.

1) การมีส่วนร่วมของชุมชน ในฐานะที่ชุมชนครอบครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

สำหรับพระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 ได้ให้ความสำคัญต่อหลักการมีส่วนร่วมของชุมชน ไม่ว่าชุมชนดังกล่าวเป็นชุมชนคนเมืองหรือชนกลุ่มน้อยคนใดใน 25 ชนเผ่า เพราะรัฐไม่อาจส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เพียงลำพัง โดยการปราศจากความร่วมมือของชุมชน ชุมชนชาวเวียดนามจึงสามารถมีส่วนร่วมร่วมกับรัฐได้ตามมาตรา 15 พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 บัญญัติ ดังนี้

(1) ชุมชนต้องมีส่วนร่วมกับการทรวางวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารในการกำหนดนโยบายที่เกี่ยวกับการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพื่อที่สาธารณชนยอมรับถึงความเป็นเลิศทางวัฒนธรรมของชุมชน และเกิดความภูมิใจและมั่นใจในการครอบครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยรัฐต้องให้เกียรติชุมชน กลุ่มบุคคล ปัจเจกชน ในฐานะที่บุคคลเหล่านี้ครอบครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

(2) ชุมชนยังต้องสามารถประพฤติ ปฏิบัติ สืบทอด เผยแพร่องค์ความรู้ทักษะ ที่เกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้แก่ทายาทรุ่นต่อไป โดยรัฐมีหน้าที่สนับสนุนกิจกรรมดังกล่าว

(3) ชุมชนต้องยังสามารถประกอบกิจกรรมใด เพื่อมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ดำรงอยู่อย่างยั่งยืนและมีประสิทธิภาพมากที่สุด โดยรัฐเป็นผู้สนับสนุนกิจกรรมดังกล่าว

นอกจากนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารยังต้องให้เกียรติแก่ชุมชน กลุ่มบุคคล หรือปัจเจกชนที่ครอบครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ดังต่อไปนี้²²¹

ประการแรก การประกาศเชิดชู การมอบเหรียญเกียรติคุณ หรือการตั้งสมญานามโดยรัฐ (State Titles) แก่ผู้ถือครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ถึงแก่กรรม ซึ่งกรณีนี้ถือเป็นการมอบเกียรติคุณและยกย่องแก่ช่างฝีมือและศิลปิน ในฐานะที่บุคคลดังกล่าวได้สงวนรักษาและสืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของชาวเวียดนาม

ประการที่สอง การประกาศใช้นโยบายที่อำนวยความสะดวกและช่วยเหลือค่าใช้จ่ายในกิจกรรมการสร้างสรรค์ การแสดง การเผยแพร่ การนำเสนอ และการสร้างผลผลิตของผู้ถือครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

²²¹ *Ibid.*

ประการสุดท้าย การจ่ายเบี้ยเลี้ยงเป็นรายเดือน หรือค่าตอบแทนอื่นๆ แก่ผู้ถือครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เมื่อรัฐได้ยกย่องผู้นั้นเป็นศิลปินแห่งชาติ เพราะบุคคลเหล่านี้มีรายได้น้อย การดำรงชีวิตเป็นไปอย่างยากลำบาก และบุคคลดังกล่าวอาจต้องไปใช้ชีวิตในพื้นที่อื่นๆ ในการปฏิบัติงานตามกฎหมาย

ด้วยเหตุนี้ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียจึงมีส่วนร่วมกับการทรวางวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสาร เพื่อการจัดการวัฒนธรรมของประเทศ ไม่ว่าจะระดับการกำหนดนโยบายร่วมกับรัฐหรือด้านการจัดกิจกรรมต่างๆ โดยชุมชนยังคงสามารถประพฤติ ปฏิบัติ สืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทุกสาขารวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งรัฐต้องให้การสนับสนุน และใช้กลไกการยกย่องผู้ถือครองเป็นศิลปินแห่งชาติ รวมทั้งยกย่องศิลปิน ภายหลังศิลปินถึงแก่กรรม ซึ่งวิธีการนี้มีส่วนสำคัญต่อความภูมิใจและการเป็นผู้ถือครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

2) การมีส่วนร่วมระหว่างสถาบัน องค์กรของรัฐและเอกชนกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสาร เพื่อการออกข้อบังคับและมาตรการในการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ดังนี้²²²

ประการแรก การร่วมกันออกข้อบังคับเป็นไปเพื่อการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรม ไม่ว่าจะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้หรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ประการที่สอง การร่วมกันกำหนดมาตรการ เพื่อป้องกันความเสียหายที่เกิดกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้

ประการที่สาม การร่วมกันออกข้อบังคับและมาตรการ เพื่อการพัฒนา และร่วมออกสร้างกลยุทธ์ แผน โครงการงาน และนโยบายที่ใช้กับกิจกรรมปกป้องและส่งเสริมมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้

นอกจากนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารยังมีอำนาจออกกฎ ข้อบังคับ คำสั่งต่างๆ เพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ตามพระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 ดังนี้

(1) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารมีอำนาจออกคำสั่ง กฎข้อบังคับที่ใช้กับมรดกทางวัฒนธรรม เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์การใช้พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001

²²² *Ibid.*

(2) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารมีอำนาจตั้งองค์กร เพื่อการผลิตคู่มือที่ใช้ในกิจกรรมสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรม การสื่อสาร การเผยแพร่ และเผยแพร่ความรู้และการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมรดกทางวัฒนธรรมแก่สาธารณชน

(3) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารมีอำนาจก่อตั้งองค์กร เพื่อดำเนินงานวิจัย การฝึกอบรม และการเตรียมผู้ปฏิบัติงานพิเศษกับมรดกทางวัฒนธรรม

(4) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารมีอำนาจออกคำสั่ง เพื่อการเคลื่อนย้าย บริหาร และใช้ทรัพยากรของรัฐในการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรม

(5) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารมีอำนาจก่อตั้งองค์กรและตราข้อบังคับ เพื่อการจูงใจและให้รางวัลในกิจกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรม

(6) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารมีอำนาจตั้งองค์กรและบริหารความร่วมมือระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรม

(7) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารต้องตรวจสอบและสอบสวนข้อร้องเรียน การโต้แย้ง การละเมิดบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมรดกทางวัฒนธรรม

เมื่อวัฒนธรรมชาวเวียดนามได้แพร่กระจายทั่วโลก พร้อมๆ กับการอพยพตั้งถิ่นฐานในต่างประเทศของชาวเวียดนาม วัฒนธรรมอาหารชาวเวียดนามจึงแพร่กระจายไปทั่วโลก มรดกทางวัฒนธรรมชาวเวียดนามจึงมีทั้งที่อยู่ในประเทศและนอกประเทศ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารจึงต้องรับฟังความเห็นและร่วมมือกับสถาบันต่างๆ ของรัฐและเอกชน ไม่ว่าจะองค์กรหรือสถาบันดังกล่าวเป็นส่วนราชการทั้งในและนอกประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม เพื่อการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมของชาวเวียดนาม²²³ เช่น ความร่วมมือระหว่างกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารกับแผนก Department of Cultural Heritage หรือความร่วมมือระหว่างกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารกับสถาบัน Institute of Culture and Information หรือความร่วมมือระหว่างกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารกับสถาบัน Research Institute of Musicology หรือความร่วมมือระหว่างกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารกับพิพิธภัณฑ์ Various museums in Vietnam หรือความร่วมมือระหว่างกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารกับแผนก Departments of Culture and Information ที่ตั้งอยู่ใน 64 จังหวัดในประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม เป็นต้น²²⁴

²²³ Từ Thị Loan, “Cultural Heritage in Vietnam With the Requirements of Sustainable Development”, *International Relations and Diplomacy*, Vol. 7, No. 04, pp.173. (April 2019).

²²⁴ Van Uytsel, Steven, *supra note* 135.

นอกจากนี้ ประเทศเวียดนามยังมีความร่วมมือกับสถาบัน หรือองค์กรนอกประเทศเวียดนาม เพื่อการจัดทำเอกสาร งานรวบรวม และการวิจัยมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เช่น ความร่วมมือระหว่างกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารกับสถาบัน Vietnam Institute of Folklore Studies ของ National Centre for Social Science and Humanity หรือความร่วมมือระหว่างกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารกับสถาบัน Han - Nom Research Institute หรือความร่วมมือระหว่างกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารกับสถาบัน Association of Vietnamese Folklorists เป็นต้น

ส่วนบทบาทกับรัฐสภาประชาชน เพื่อการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้กับภาครัฐ ปัจจุบันพระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ. 2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003 ของประเทศเวียดนามไม่มีบทบัญญัติเรื่องนี้เป็นการเฉพาะ แต่ด้วยธรรมชาติการสืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียต้องได้รับการสนับสนุนจากสภาประชาชน ไม่ว่าจะการซื้อสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หรือการเป็นทายาทมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ทำให้แม้พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ. 2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003 ไม่บัญญัติบทบาทสภาประชาชนไว้ แต่สภาประชาชนย่อมมีส่วนร่วมกับชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย เพื่อการประพจน์ ปฏิบัติ สืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้โดยปริยาย²²⁵

ส่วนการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ ชาวเวียดนามไม่มีอำนาจขอขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมเพียงลำพังตนเองตามพระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ. 2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003 แต่คณะกรรมการประชาชนจังหวัดเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่เป็นสู่มรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ โดยคณะกรรมการประชาชนจังหวัดต้องปฏิบัติงานตามหลักเกณฑ์วิธีการใน Circular No. 20/2012/TT-BVHTTDL (28 December 2012) และ Decision No. 4138/QĐ-BVHTTDL (30 October 2012) ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข้อมูลข่าวสารได้ประกาศไว้ และให้ประธานคณะกรรมการระดับจังหวัด (The Chairs of Provincial-Level People's Committees) เป็นผู้นำเสนอรายงานขอขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและข่าวสาร ในฐานะรัฐมนตรีดังกล่าวเป็นผู้รับผิดชอบงานด้านวัฒนธรรมขั้นต้น เพื่อพิจารณาและขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติและรายงานต่อคณะรัฐมนตรีต่อไป แต่รัฐจะไม่เรียกเก็บค่าธรรมเนียมการขึ้น

²²⁵ *Ibid.*

ทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ. 2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003²²⁶

ด้านงบประมาณในการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ ไม่ว่าจะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ หรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รัฐต้องจัดสรรงบประมาณแผ่นดิน เพื่อใช้กับมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ ในฐานะที่มรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ เป็นสมบัติของชาติ (National treasures) และงบประมาณจำนวนนี้ถูกใช้ปกป้องและส่งเสริม รักษา สมบัติของชาติ รวมทั้งดูแลอย่างเป็นพิเศษตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 โดยงบประมาณนี้ใช้กับมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ เท่านั้น แต่ถ้ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้หรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ยังไม่เป็นมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ รัฐช่วยเหลือในด้านการให้ข้อมูล คำแนะนำทางเทคนิค เพื่อส่งเสริม รักษา หรืออนุรักษ์วัตถุสิ่งของเครื่องใช้หรือโบราณวัตถุ และในอนาคตถ้าเอกชนเจ้าของโบราณวัตถุ โอน โบราณวัตถุแก่ผู้ใดภายในประเทศ ผู้รับโอนต้องแจ้งเป็นหนังสือไปยังเจ้าหน้าที่รัฐที่มีอำนาจหน้าที่ เพื่อการแก้ไขชื่อเจ้าของและที่อยู่ของสมบัติแห่งชาติ ภายใน 15 วันนับแต่การเปลี่ยนแปลงเจ้าของ สมบัติแห่งชาติ²²⁷

ฉะนั้นรัฐจึงเป็นตัวแทนชุมชนชาวเวียดนาม เพื่อส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพราะชุมชนชาวเวียดนามเป็นเจ้าของในมรดกทางวัฒนธรรมทาง วัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รัฐจึงต้องร่วมกับชุมชนในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตาม พระราชบัญญัติ Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ Article 42 Law on Cultural Heritage ค.ศ.2001

1. National treasures shall be protected and preserved with special care. The State shall allocate a sufficient budget to purchase national treasures.

2. National treasures must be registered with the state authorities responsible for culture and information. The State shall encourage organizations and individuals to register relics and antiquities in their possession to state authorities responsible for culture and information. Relics, antiquities and national treasures that have been registered shall be appraised by the state free of charge. The State shall also provide guidance on preservation techniques and create...

3.5.2.2 พระราชบัญญัติ Law on National Heritage ค.ศ.2005 ของ ประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

สำหรับประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว หรือที่คนทั่วไปเรียกว่า ประเทศลาว ประเทศแห่งนี้ปกครองในระบอบสังคมนิยม และเป็นรัฐภาคีสมาชิกความตกลงทริปส์ และเมื่อวันที่ 26 พฤศจิกายน ค.ศ. 2009 ประเทศลาวได้ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ประกอบกับประเทศลาวมีความมั่งคั่งในทรัพยากรธรรมชาติ และความหลากหลายชาติพันธุ์ ประเทศลาวจึงประกาศใช้พระราชบัญญัติ Law on National Heritage ค.ศ.2005 หรือในชื่อย่อ LNH ซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 18 พฤศจิกายน ค.ศ.2005 เพื่อการส่งเสริม รักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยกฎหมายฉบับนี้มีรายละเอียดต่อไปนี้

(1) ข้อมูลพื้นฐาน

นับตั้งแต่วันที่ 2 ธันวาคม ค.ศ.1975 ประเทศลาวได้รับเอกราชจากเจ้าอาณานิคมประเทศฝรั่งเศส ประเทศลาวจึงเริ่มจัดตั้งรัฐบาลและพรรคการเมือง ตั้งแต่นั้นมา ประเทศลาวก็ให้ความสำคัญต่อการส่งเสริมมรดกแห่งชาติ รัฐบาลก็เริ่มประกาศใช้นโยบายการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของประเทศอย่างเป็นทางการ จวบจนเมื่อองค์การยูเนสโกได้ประกาศใช้อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 รัฐบาลลาวจึงเริ่มต้นยกร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยมรดกแห่งชาติ ค.ศ... เพื่อเตรียมการเข้าเป็นรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 จนกระทั่ง ค.ศ.2005 ประเทศลาวจึงประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยมรดกแห่งชาติ ค.ศ.2005 และหลังจากนั้นวันที่ 26 พฤศจิกายน ค.ศ. 2009 ประเทศลาวจึงได้ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ส่งผลให้ประเทศลาวมีกฎหมายวัฒนธรรม ก่อนการต้องปฏิบัติตามพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

นอกจากที่ประเทศลาวประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยมรดกแห่งชาติ ค.ศ.2005 รัฐบาลลาวยังได้ประกาศใช้วิสัยทัศน์ 2030 ของประเทศลาว (Lao PDR's Vision 2030) โดยรัฐบาลลาวมุ่งมั่นในการปกป้องอนุรักษ์ ฟื้นฟู และเสริมคุณค่าประเพณีของประเทศ และมรดกทางวัฒนธรรมของชาติ เพื่อเป้าหมายหลัก คือการไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนเป็น และภายใต้การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยมรดกแห่งชาติ ค.ศ.2005 ประชาชนทุกคนเสมอภาคกันทางวัฒนธรรม ไม่ว่าประชาชนผู้นั้นเป็นชาวชนบทที่ไม่ใช่ชาวลาว และประชากรที่อยู่ห่างไกลที่

ด้วยโอกาส พร้อมกับการขจัดปัญหาและปัจจัยต่างๆ เช่น การกีดกันทางสังคม การย้ายถิ่นฐานในหมู่บ้าน ความเหลื่อมล้ำทางเพศและการขาดการเข้าถึงการศึกษา เป็นต้น²²⁸

อีกทั้ง รัฐบาลลาวยังบรรจุแผนการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติไว้ในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 8 (National Socio-Economic Development Plan 8th - NSEDP) ที่ใช้บังคับตั้งแต่ค.ศ.2006 ถึงค.ศ.2020 ว่า รัฐบาลลาวมุ่งส่งเสริมการพัฒนาการท่องเที่ยวในประเทศ การลงทุนในมรดกทางวัฒนธรรมของประเทศ และการค้าสินค้าทางวัฒนธรรมต่างๆ เพราะสิ่งเหล่านี้ได้พิสูจน์แล้วว่า ชาติได้รับการพัฒนาที่มีประสิทธิภาพในการส่งเสริมการพัฒนาที่ยั่งยืน การเจริญเติบโตและการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ ถ้าประเทศมุ่งมั่นที่จะรักษาประเพณีและวัฒนธรรมของ ปกป้องความหลากหลายและเพิ่มมูลค่าทางประวัติศาสตร์ มรดกอันล้ำค่าและวัฒนธรรมที่เป็นเอกลักษณ์²²⁹

ฉะนั้นประเทศลาวจึงเป็นอีกประเทศหนึ่งในกลุ่มประเทศ CLMV ซึ่งรัฐบาลมีการเตรียมการร่างกฎหมายมรดกทางวัฒนธรรม ก่อนการเข้าเป็นรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 เพราะรัฐบาลลาวตระหนักถึงความสำคัญของมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ ไม่ว่าจะเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ หรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพื่อการพัฒนาคุณภาพชีวิตชาวลาว และส่งเสริมการท่องเที่ยว และการค้าขายสินค้าที่เกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

(2) สถานะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

หากจำกัดเฉพาะกฎหมายวัฒนธรรมแล้ว ประเทศลาวประกาศใช้พระราชบัญญัติ Law on National Heritage ค.ศ.2005 หรือในชื่อย่อ LNH ซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 18 พฤศจิกายน ค.ศ.2005 ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นมรดกแห่งชาติ (National Heritage)²³⁰ ประเภทมรดกวัฒนธรรมที่ไม่ใช่วัตถุ เพราะสินค้าอาหารดังกล่าวเป็นสิ่งที่สะท้อนถึงประวัติศาสตร์ของชาติลาว และประชาชนชาว

²²⁸ UNESCO, LAO PDR UNESCO Country Strategy 2020–2021, (France : UNESCO, 2020), pp.1.

²²⁹ *Ibid.*

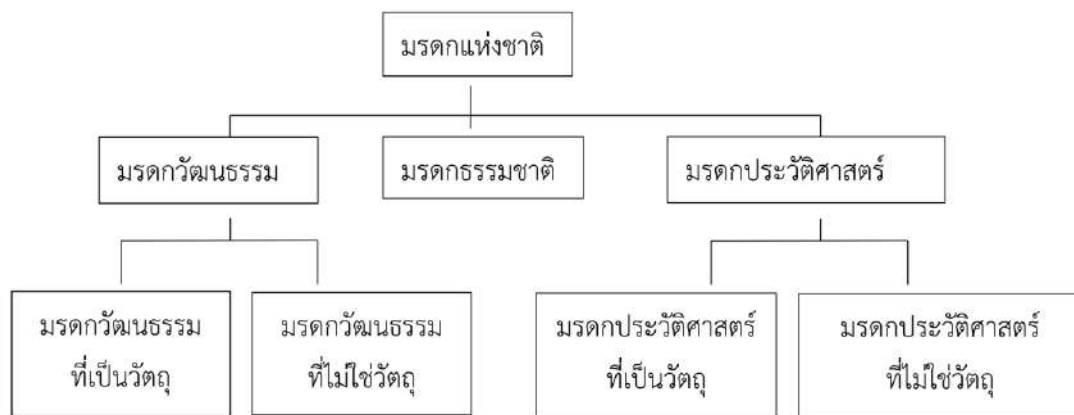
²³⁰ มาตรา 2 พระราชบัญญัติ Law on National Heritage ค.ศ.2005

National Heritage [refers to items] produced by mankind or formed by nature that have outstanding cultural, historical or natural value, thereby becoming precious assets [and] property of the Lao national community, some of which are adopted as regional and world heritage.

ลาวในยุคต่างๆ และเป็นทรัพย์สินอันล้ำค่าของชุมชนแห่งชาติลาว ซึ่งบางส่วนได้รับการยอมรับให้เป็นมรดกในระดับภูมิภาคและระดับโลก

จากคำนิยามศัพท์มรดกแห่งชาติตามมาตรา 2 พระราชบัญญัติ Law on National Heritage ค.ศ.2005 ข้างต้น มรดกแห่งชาติจึงจำแนกได้เป็น 3 ประเภท คือ มรดกวัฒนธรรม มรดกธรรมชาติ และมรดกทางประวัติศาสตร์ โดยเฉพาะมรดกวัฒนธรรมแบ่งออกเป็น 2 ประเภทย่อย คือมรดกวัฒนธรรมที่เป็นวัตถุ และมรดกวัฒนธรรมที่ไม่ใช่วัตถุตามภาพที่ 3.2 ด้านล่าง

ภาพที่ 3.2 โครงสร้างมรดกแห่งชาติตามมาตรา 2
พระราชบัญญัติ Law on National Heritage ค.ศ.2005



ที่มา เกรียงไกร วัฒนาสวัสดิ์, นโยบายสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ : มุมมองเปรียบเทียบระหว่างประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวและประเทศไทย, (มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี, การประชุมวิชาการ “กลุ่มแม่น้ำโขงศึกษา” ครั้งที่ 2 (2012), น.309-328)

สำหรับคำนิยามศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ผู้วิจัยพบว่า ประเทศลาวได้ให้คำนิยามศัพท์คำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” (ภาษาลาว **ມໍລະດົກວັດທະນະທຳທີ່ບໍ່ແມ່ນວັດຖຸ**) ไว้ในมาตรา 9 พระราชบัญญัติ Law on National Heritage ค.ศ.2005 ซึ่งคำดังกล่าวหมายถึงมรดกวัฒนธรรมที่ไม่ใช่วัตถุว่า

“มรดกวัฒนธรรมที่ไม่ใช่วัตถุ หมายถึงมรดกวัฒนธรรมที่ไม่มีตัวตนนับเป็นทรัพย์สินอันล้ำค่าทางด้านวัฒนธรรม เช่น ภูมิปัญญา ความรู้ ปรัชญา ความเชื่อ ประเพณีอันดีงาม สิ่ง que แสดงออกในชีวิตประจำวัน มารยาททางสังคม ภาษา ตัวอักษร ตัวเลข ตำนาน นิทาน สุภาษิต ตำนายาพื้นบ้าน และสิ่งอื่นๆ ที่ได้รับการสืบทอดจากรุ่นสู่รุ่น”

นอกจากนี้ ประเทศลาวยังให้คำอธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับมรดกวัฒนธรรมที่ไม่ใช่วัตถุในมาตรา 12 พระราชบัญญัติ Law on National Heritage ค.ศ.2005 ว่า มรดกวัฒนธรรมที่ไม่ใช่วัตถุเป็นมรดกทางจิตใจที่สัมพันธ์กับประวัติศาสตร์แต่ละยุคแต่ละสมัย เช่น

แนวคิด ทฤษฎี ปัญญาความรู้ ความสามารถ ยุทธศาสตร์ ยุทธวิธี สิ่งซึ่งแสดงถึงความรักชาติ บทเรียนจากการต่อสู้ ประสบการณ์ที่ได้จากการเป็นผู้นำ การบริหาร และพัฒนาประเทศชาติ

เช่นนี้ในเบื้องต้น ประเทศลาวเป็นประเทศหนึ่งที่มีบัญญัติศัพท์คำว่า “Intangible cultural Heritage” ในรูปศัพท์เฉพาะภาษาลาวว่า “มรดกวัฒนธรรมที่ไม่ใช่วัตถุ” และให้คำนิยามศัพท์คำดังกล่าวไว้ในมาตรา 9 พระราชบัญญัติ Law on National Heritage ค.ศ. 2005 โดยคำนิยามศัพท์ดังกล่าวสอดคล้องกับสภาพมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในประเทศตน โดยการบัญญัติคำนิยามศัพท์เช่นนี้ไม่ขัดต่อพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และเป็นการปฏิบัติตามข้อ 11 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

(3) ชุมชนและปัจเจกชนผู้ทรงสิทธิและรักษาสมดุระหว่างสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ค.ศ.1991 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 ที่ประกันสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยรัฐไม่ใช่ผู้ทรงสิทธิ ตรงกันข้ามชุมชนและปัจเจกชนเป็นผู้ทรงสิทธิ และชุมชนและปัจเจกชนจึงมีสิทธิเสรีภาพของตนกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รวมถึงทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อค้นคว้า ต่อยอดทางวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี หรือสร้างนวัตกรรมตามมาตรา 16 และมาตรา 17 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ค.ศ.1991 ซึ่งสิทธิในทรัพย์สิน

ชุมชนและปัจเจกชนจึงเป็นผู้ทรงสิทธิและรักษาสมดุระหว่างสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศลาว แม้ประเทศลาวปกครองในระบอบสังคมนิยม ซึ่งตามปกติชุมชนและปัจเจกชนไม่อาจเป็นเจ้าของทรัพย์สินส่วนตัว แต่เพราะเมื่อวันที่ 26 พฤศจิกายน ค.ศ. 2009 ซึ่งประเทศลาวได้ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโก ตามด้วยวันที่ 7 ธันวาคม ค.ศ.2012 ประเทศลาวก็ให้สัตยาบันเป็นรัฐภาคีสมาชิกความตกลงทริปส์แห่งองค์การการค้าโลก สนธิสัญญาระหว่างประเทศทั้งสองได้ก่อตั้งพันธกรณีแก่ประเทศลาว เพื่อให้ชุมชนและปัจเจกชนเป็นผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรมและทรัพย์สินทางปัญญา ในค.ศ.2003 ประเทศลาวจึงแก้ไขเพิ่มเติมให้เอกชน ไม่ว่าจะชุมชนหรือปัจเจกชนเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ทรัพย์สินทางปัญญา และสินค้าที่เกี่ยวข้องกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ต่างๆ

ผลลัพธ์ คือนับตั้งแต่ค.ศ.2003 เป็นต้นมา และภายใต้มาตรา 16 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ค.ศ.1991 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2003 ชุมชนและปัจเจกชนจึงเป็นผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรมและทรัพย์สินทางปัญญา โดยสิทธิทั้งสองเป็นไปตาม

กฎหมาย ซึ่งกฎหมายดังกล่าวคือพระราชบัญญัติ Law on National Heritage ค.ศ.2005 และกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาหลายฉบับ ดังนี้

(1) สิทธิทางวัฒนธรรมตามพระราชบัญญัติ Law on National Heritage ค.ศ.2005 โดยทั่วไปชุมชนและปัจเจกชนเป็นผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรม และเป็นเจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมของชาติ ไม่ว่าจะมรดกของชาติเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ หรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่กรณีมรดกของชาติใดเป็นมรดกของชาติที่ทรงคุณค่า หรือกำลังอยู่ในภาวะใกล้สูญหาย หรือมรดกของชาติที่เป็นเอกลักษณ์ความเป็นชาติ รัฐเข้ามาเป็นผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรมและเป็นเจ้าของมรดกของชาติดังกล่าว เพื่อการขึ้นทะเบียนมรดกของชาติตามมาตรา 28 พระราชบัญญัติ Law on National Heritage ค.ศ.2005

อย่างไรก็ดี ประเทศลาวอยู่ระหว่างการสำรวจข้อมูลมรดกของชาติ ประเทศลาวจึงยังไม่ขึ้นทะเบียนสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นมรดกของชาติ คงมีแต่แหล่งท่องเที่ยวทางวัฒนธรรม ธรรมชาติ และเครื่องดนตรีแคน (Khene) ที่ขึ้นทะเบียนเป็นมรดกของชาติและมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้โดยองค์การยูเนสโก²³¹

ทั้งนี้ ผู้วิจัยพบว่า พระราชบัญญัติ Law on National Heritage ค.ศ.2005 ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา หรือการรับรองว่า ชุมชนและปัจเจกชนสามารถใช้สิทธิทางวัฒนธรรม พร้อมๆ กับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในสินค้าที่เกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่การปราศจากบทกฎหมายดังกล่าว ไม่หมายความว่าชุมชนและปัจเจกชนไม่มีสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

ส่วนที่สอง สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ประเทศลาวมีกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาหลายฉบับ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านี้ล้วนเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีความตกลงทริปส์ขององค์การการค้าโลก แต่เช่นเดียวกับประเทศกลุ่ม CLMV อื่นๆ กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ได้แก่พระราชกฤษฎีกา the Implementation of Geographical Indications under the Law on Intellectual Property No.1119 ซึ่งเมื่อวันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ. 2016 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีประกาศใช้ กฎหมายฉบับนี้เท่านั้นที่ตั้งอยู่บนสิทธิชุมชน และกฎหมายฉบับนี้เท่านั้นที่ก่อเกิดการรวมตัวผู้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยผู้ผลิตเหล่านี้ต้องร่วมกันสร้างมาตรฐานหรือพัฒนาต่อยอดภูมิปัญญาที่ผลิตสินค้าอาหารดังกล่าว และเช่นเดียวกับมรดกแห่งชาติ ประเทศลาวอยู่ระหว่างการสำรวจข้อมูลสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ประกอบกับสินค้าหลักเป็นพืชผลทางการเกษตร ประเทศลาวจึงยังไม่ขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้

²³¹ บรรณาธิการมติชน, “ยูเนสโกประกาศ! “เสียงแคนลาว” ขึ้นทะเบียนเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้,”. สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มกราคม 2564 จาก https://www.silpa-mag.com/news/article_13615.

ทางภูมิศาสตร์สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่ใน ค.ศ.2020 ประเทศลาวเริ่มประกาศรายการสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จำนวนมาก เช่น ข้าวไก่อ้น้อย จังหวัดหัวพันและจังหวัดเชียงขวาง ชาโกเมน จังหวัดพงษ์สาลี ชาและกาแฟ ปากซอง จังหวัดจำปาสัก และผ้าไหมจากหลวงพระบางและจากจังหวัดหัวพัน เป็นต้น²³²

ฉะนั้นแม้ว่าประเทศลาวปกครองในระบอบสังคมนิยม แต่ชุมชนและปัจเจกชนชาวลาวเป็นผู้ทรงสิทธิและเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา รวมทั้งมรดกแห่งชาติ ไม่ว่าจะมรดกแห่งชาติเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้หรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ สิทธิเหล่านี้เป็นไปตามมาตรา 16 และมาตรา 17 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ค.ศ.1991 ส่งผลให้ชุมชนและปัจเจกชนจึงรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

3.5.2.3 พระราชบัญญัติ Protection and Preservation of Cultural Heritage Regions Law ค.ศ.1998 ของประเทศสาธารณรัฐแห่งสหภาพพม่า

สาธารณรัฐแห่งสหภาพพม่า หรือที่คนทั่วไปเรียกว่า “ประเทศพม่า” เป็นประเทศหนึ่งที่ปกครองในคณาธิปไตย ไม่ใช่สังคมนิยมดังเช่นประเทศกลุ่ม CLMV แต่ด้วยรัฐมีอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ ประชาชนมีสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา อันจำกัดที่คล้ายกับประเทศอื่นๆ ในกลุ่ม CLMV ที่ปกครองในกลุ่มสังคมนิยม และประเทศพม่ายังเป็นรัฐภาคีสมาชิกความตกลงทริปส์และอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ประเทศพม่าจึงประกาศใช้กฎหมายวัฒนธรรม คือพระราชบัญญัติ Protection and Preservation of Cultural Heritage Regions Law ค.ศ.1998 ขึ้น ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวมีรายละเอียดที่น่าสนใจต่อไปนี้

(1) ข้อมูลพื้นฐาน

ประเทศพม่าเป็นประเทศที่มั่งคั่งในมรดกทางวัฒนธรรม ด้วยพื้นฐานของประเทศที่มีประวัติอันยาวนาน ชาวพม่าจึงมีทั้งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โบราณสถาน โบราณวัตถุมากมาย ซึ่งสิ่งเหล่านี้สร้างความภูมิใจแก่ชาวพม่า รัฐบาลพม่าจึงให้ความสำคัญและเข้าเป็นรัฐภาคีสมาชิกสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับมรดกทางวัฒนธรรมกับองค์การยูเนสโก เริ่มต้นจากเมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1956 ประเทศพม่าเป็นสมาชิกอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีความ

²³² Laotian Times,. “Lao Teas, Silks Shine as Geographical Indications Enhance Global Recognition” , Retrieved 20 May 2020 <https://laotiantimes.com/2021/03/22/lao-teas-silks-shine-as-geographical-indications-enhance-global-recognition/>

ขัดแย้งทางอาวุธ ค.ศ.1954 และวันที่ 5 กันยายน ค.ศ. 1993 ประเทศพม่าเป็นสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยวิธีการห้ามและการป้องกันที่ผิดกฎหมาย นำเข้า ส่งออก และโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ค.ศ.1970 ต่อมาวันที่ 29 เมษายน ค.ศ. 1994 อนุสัญญาว่าด้วยมรดกวัฒนธรรมและธรรมชาติของโลก ค.ศ. 1972 สิ้นสุดเมื่อวันที่ 7 พฤษภาคม ค.ศ. 2014 ประเทศพม่าเป็นสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยการปกป้องมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ส่งผลให้ประเทศพม่ามีหน้าที่ต้องปกป้องโบราณคดี มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และวัตถุทางประวัติศาสตร์²³³

เมื่อประเทศพม่าเป็นรัฐภาคีสมาชิกสนธิสัญญาระหว่างประเทศข้างต้น ประเทศพม่าจึงเริ่มแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายใน เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของชาติและปฏิบัติตามพันธกรณีสนธิสัญญาระหว่างประเทศ กฎหมายภายในเหล่านี้เป็นกฎหมายระดับชาติ ซึ่งรัฐบาลพม่ามุ่งใช้กฎหมายภายในกับการจัดการทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ร่วมกับชีวิตร่วมสมัยของชาวพม่า ในการนี้สภาพสันติภาพและการพัฒนาแห่งรัฐจึงประกาศใช้แผนพัฒนาสันติภาพ ความทันสมัย และการพัฒนาชาติ แผนนี้แบ่งเป็นการพัฒนาทางการเมือง สังคม และเศรษฐกิจ โดยแผนการพัฒนาสังคม (Four Social Objectives) มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ใน 4 ด้าน²³⁴

- 1) การปรับปรุงคุณธรรมและศีลธรรมในทุกส่วนของสังคม
- 2) ปรับปรุงศักดิ์ศรีและความรุ่งเรืองแห่งชาติ โดยการรักษามรดกทางวัฒนธรรมและอัตลักษณ์ของชาติ
- 3) ปรับปรุงและเสริมสร้างจิตวิญญาณแห่งความรักชาติ และ
- 4) ปรับปรุงมาตรฐานทางสาธารณสุขและการศึกษาในทุกส่วนของสังคม

ภายใต้แผนการพัฒนาสังคมข้างต้น รัฐบาลพม่าจึงเป็นผู้จัดการมรดกทางวัฒนธรรม ไม่ว่าจะเป็นอนุรักษโบราณสถาน โบราณวัตถุ โดยรัฐบาลพม่ามีวัตถุประสงค์ คือการเพื่อยกระดับเอกลักษณ์ของชาติและการอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรมและลักษณะประจำชาติ

ส่วนการประกาศใช้กฎหมายวัฒนธรรม เพื่อบรรลุเป้าหมายตามแผนการพัฒนาสังคมของสภาพสันติภาพและการพัฒนาแห่งรัฐ รัฐบาลพม่าได้มีการประกาศใช้และแก้ไขกฎหมายวัฒนธรรมหลายฉบับเพื่อประโยชน์ ในการอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรมของประเทศ ภายใต้ลำดับกฎหมายที่ยกเลิกไปแล้ว ได้แก่ พระราชบัญญัติการอนุรักษ์โบราณสถาน ค.ศ. 1904

²³³ Htet Htet Zaw, Legal Protection and Preservation of Cultural Heritage in Myanmar, *Dagon University Research Journal* 2020, Vol. 11, pp.108, (2020).

²³⁴ ลีตีวุฒิ บุญยวงศ์วิวัชร, “พม่ากับอนุภูมิภาคลุ่มน้ำโขงว่าด้วยการพัฒนา อุดมการณ์และความรุนแรงแห่งร่วมสมัย”, *วารสารสังคมศาสตร์* ปีที่ 19 ฉบับที่ 2/2550, น.116 (2550).

(Ancient Monuments Preservation Act, 1904) ซึ่งยกเลิกโดยพระราชบัญญัติโบราณวัตถุ ค.ศ. 1957 (The Antiquities Act, 1957) ซึ่งพระราชบัญญัติโบราณวัตถุ ค.ศ. 1957 ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมใน ค.ศ. 1962 และยกเลิกโดยกฎหมายคุ้มครองและสงวนรักษาโบราณวัตถุ ค.ศ. 2015 (The Protection and Preservation of Antique Objects Law, 2015) และกฎหมายว่าด้วยการอนุรักษ์เขตมรดกวัฒนธรรม พ.ศ. 2541 (Protection and Preservation of Cultural Heritage Regions Law, 1998) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 2009 และยกเลิกโดยกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองพื้นที่มรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ. 2019 (The Protection Preservation of Cultural Heritage Regions Law, 2019)²³⁵

สำหรับกฎหมายวัฒนธรรมฉบับปัจจุบัน คือกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองและอนุรักษ์โบราณสถาน ค.ศ. 2015 (The Protection and Preservation of Ancient Monuments Law ,2015) พระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองและอนุรักษ์วัตถุโบราณ ค.ศ. 2015 (The Protection and Preservation of Antique Objects Law, 2015) พระราชบัญญัติว่าด้วยการอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ. 1998 (The Protection Preservation of Cultural Heritage Regions Law, 1998) ฉบับแก้ไข ค.ศ.2019 และกฎหมายคุ้มครองและรักษาโบราณวัตถุ ค.ศ. 2015 (The Protection and Preservation of Antique Objects Law, 2015) และการดำเนินคดีผู้สร้างความเสียหายแก่โบราณวัตถุตามประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ.1860 (Penal Code, 1860)

ดังนั้นประเทศพม่าจึงเป็นประเทศที่มีการใช้กฎหมายวัฒนธรรมอย่างยาวนาน โดยประเทศพม่ามีส่วนร่วมอย่างแข็งขันในการอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรม แม้ว่ากฎหมายวัฒนธรรมหลายฉบับยังไม่อยู่ระหว่างการแก้ไข โดยเฉพาะกฎหมายวัฒนธรรมที่จำเป็นต้องแก้ไขที่ยังไม่มีการร่างขึ้นจนเสร็จสมบูรณ์

(2) สถานะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ภายใต้พระราชบัญญัติ Protection and Preservation of Cultural Heritage Regions Law ค.ศ.1998 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2019 วัตถุแห่งความคุ้มครอง คือมรดกทางวัฒนธรรม (Cultural Heritage) ได้แก่โบราณสถาน หรือพื้นที่โบราณ ซึ่งรัฐจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองและอนุรักษ์โดยเหตุผลแห่งคุณค่าทางประวัติศาสตร์ วัฒนธรรม ศิลปะ หรือมานุษยวิทยา โดยโบราณสถานต้องเกิดขึ้นก่อน ค.ศ.1886 และโบราณสถานให้หมายความถึงสถานที่ต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นโครงสร้างสถาปัตยกรรม ศาลพระภูมิ เจดีย์ วัด อาราม วัง อาคารที่อยู่อาศัยและการแกะสลัก ภาพและภาพวาดบนสถาปัตยกรรม หรือถ้าตามธรรมชาติหรือที่มนุษย์สร้าง

²³⁵ Htet Htet Zaw, *supra note* 233, pp.109.

ขึ้นซึ่งมนุษย์เคยอาศัยอยู่ หรือศิลาจารึกและบันทึก หรือถนน สะพาน อุโมงค์ ที่ตั้งอุโมงค์ และซากของโครงสร้างที่ขุดค้น หรือบ่อน้ำ กำแพงเมือง กำแพง ประตู คูเมือง บ่อน และซากที่เหลือตาม มาตรา 1 (a) และ (b) พระราชบัญญัติ Protection and Preservation of Cultural Heritage Regions Law ค.ศ.1998 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2019

แม้ว่าคำนิยามศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมข้างต้น ศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมไม่บัญญัติถึงมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีสถานะเป็นมรดกทางวัฒนธรรมตามมาตรา 1 (1) พระราชบัญญัติ Protection and Preservation of Cultural Heritage Regions Law ค.ศ.1998 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2019 เพราะสินค้าอาหารดังกล่าวเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่ไม่รูปร่าง เพื่อแสดงความรู้สึก หรือภาพสะท้อนสิ่งที่มีอยู่จริง เพียงแต่ไม่สามารถอธิบายหรือพิสูจน์ได้อย่างแน่นอน เช่น ประเพณี ขนบธรรมเนียม การปฏิบัติ และแง่มุมอื่นๆ ของกิจกรรมของมนุษย์ เป็นต้น รัฐจึงมีหน้าที่ส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมดังกล่าวด้วยเหตุผลคุณค่าทางประวัติศาสตร์วัฒนธรรม ศิลปะ หรือมานุษยวิทยาตาม มาตรา 3 (f) พระราชบัญญัติ Protection and Preservation of Cultural Heritage Regions Law ค.ศ.1998 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2019 โดยมาตราดังกล่าวไม่มีเนื้อหาที่อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างมรดกทางวัฒนธรรมกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา²³⁶

ส่วนผลการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แม้ว่าประเทศพม่ามีสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จำนวนมาก แต่ปัจจุบันไม่ปรากฏการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่เกี่ยวกับสินค้าอาหารดังกล่าว คงมีแต่เพียงการขึ้นทะเบียนพื้นที่ทางวัฒนธรรมสู่การเป็นมรดกทางวัฒนธรรม เช่น วัดกุโสดอร์ (Kuthodaw Pagoda) เมืองฮาลิน (Halin) เมืองศรีเกศตรา (Sri Kestra) และ เมืองเก่าเบ็กตาโน (Beikthano) เป็นต้น²³⁷

ดังนั้นสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นมรดกทางวัฒนธรรม แม้มาตรา 1 (a) และ (b) พระราชบัญญัติ Protection and Preservation of Cultural Heritage Regions Law ค.ศ.1998 ฉบับแก้ไข ค.ศ.2019 ไม่บัญญัติไว้โดยเฉพาะเจาะจง แต่ด้วยสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสิ่งที่แสดงความรู้สึก หรือภาพสะท้อนสิ่งที่มีอยู่จริง เพียงแต่ไม่สามารถอธิบายหรือพิสูจน์ได้อย่างแน่นอน สินค้าอาหารดังกล่าวจึงมรดกทางวัฒนธรรมตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว

²³⁶ Nyein Nwet Nwet Aung, Nu Ei Chaw and Pa Pa Win, “Protection of Cultural Heritage in Myanmar”, Retrieved 10 April 2020 <https://www.dagonuniversity.edu.mm/wp-content/uploads/2020/05/14.-Htet-Htet-Zaw-1.pdf>.

²³⁷ *Ibid.*

(3) ชุมชนและปัจเจกชนผู้ทรงสิทธิและรักษาสมดุลระหว่างสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

อย่างไรก็ดี ประเทศพม่าไม่ได้เป็นเพียงรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยการปกป้องมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 แต่ประเทศพม่ายังเป็นรัฐภาคีสมาชิกความตกลงทริปส์แห่งองค์การการค้าโลก ซึ่งรัฐบาลพม่าได้ลงนามไว้เมื่อวันที่ 16 ตุลาคม ค.ศ. 2015²³⁸ ประเทศพม่าจึงต้องประกาศใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาขึ้น เพื่อรองรับการปฏิบัติตามพันธกรณีความตกลงทริปส์ และเช่นเดียวกับประเทศอื่นๆ ในกลุ่มประเทศ CLMV กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้รองรับสิทธิชุมชน โดยชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิและปกป้องการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนจากสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้แก้กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เท่านั้นที่ตั้งอยู่บนสิทธิชุมชน และมีประโยชน์ทางอ้อมต่อการส่งเสริม รักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารดังกล่าว

นอกจากนี้ ในฐานะที่ประเทศพม่าเป็นประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ รัฐบาลพม่าต้องการปฏิบัติตามพิมพ์เขียวประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน 2015 (ASEAN Economic Community หรือ AEC Blueprint 2015) เพื่อพัฒนาศักยภาพของผู้ประกอบการในประเทศตน โดยการใช้กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ควบคู่กับการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รัฐบาลพม่าจึงประกาศใช้ Pyidaungsu Hluttaw Law No. 3/2019 เรื่องสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ โดยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นส่วนหนึ่งในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ค.ศ.2019 ซึ่งมีผลบังคับใช้ในวันที่ 30 มกราคม 2019²³⁹ แต่ปัจจุบันประเทศพม่ายังไม่มีการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในสินค้าของประเทศตนเอง

ส่วนรายละเอียดสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามกฎหมาย Pyidaungsu Hluttaw Law No. 3/2019 นั้น สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ หมายถึงสิ่งบ่งชี้ที่ระบุว่าเป็นสินค้ามีแหล่งกำเนิดจากประเทศ ดินแดน หรือภูมิภาคใดภูมิภาคหนึ่ง โดยที่สินค้านั้นมีคุณภาพ ชื่อเสียง หรือลักษณะเฉพาะอื่นๆ ที่บ่งบอกถึงแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ตามมาตรา 2 (o) ตามกฎหมาย Pyidaungsu Hluttaw Law No. 3/2019 โดยรัฐบาลพม่ามีความมุ่งหวังในการใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญารวมถึงกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ว่า ประเทศพม่าสามารถปรับปรุงคุณภาพของ

²³⁸ WTO, "Members and dates of acceptance", Retrieved 6 June 2020
https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/amendment_e.htm.

²³⁹ The Republic of the Union of Myanmar Ministry of Commerce, UNDERSTANDING GEOGRAPHICAL INDICATIONS (GIs). Retrieved 19 Mar 2021
<https://www.ipd.gov.mm/trademark/geographical-indications/understanding-geographical-indications-gis>

ผลิตภัณฑ์ในภูมิภาคของประเทศ และเพื่อส่งเสริมการพัฒนาเศรษฐกิจของผู้คนในภูมิภาคเหล่านี้ โดยการเจาะตลาดโลกผ่านกลไกความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

ทั้งนี้ชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เมื่อประเทศพม่าได้ขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับสินค้าใด ผู้ผลิตสินค้าที่ดำเนินกิจกรรมในแหล่งภูมิศาสตร์ตามคำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ผู้ผลิตสินค้าดังกล่าวเท่านั้นที่มีสิทธิใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ขึ้นทะเบียน เพื่อการค้าสินค้าดังกล่าว แต่สินค้าดังกล่าวต้องมีคุณภาพ ชื่อเสียง หรือคุณลักษณะอื่นๆ ตามหนังสือขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามมาตรา 57 (a) กฎหมาย Pyidaungsu Hluttaw Law No. 3/2019

แม้ว่าประเทศพม่าให้ความสำคัญกับการใช้ประโยชน์จากสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และปฏิบัติตามพันธกรณีสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง แต่ผู้วิจัยไม่พบว่าประเทศพม่าได้บัญญัติว่า ชุมชนและปัจเจกชนมีสิทธิใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาร่วมกับสิทธิทางวัฒนธรรมในพระราชบัญญัติ Protection and Preservation of Cultural Heritage Regions Law ค.ศ.1997

แม้ประเทศพม่าไม่รับรองว่า ชุมชนและปัจเจกชนมีสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไว้ในพระราชบัญญัติ Protection and Preservation of Cultural Heritage Regions Law ค.ศ.1997 กรณีเช่นนี้ก็ได้หมายความว่า ชุมชนและปัจเจกชนไม่มีสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา กลับกันชุมชนและปัจเจกชนเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิทางวัฒนธรรมได้ตามมาตรา 37 (c) รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมา ค.ศ.2008 ซึ่งมาตราดังกล่าวได้บัญญัติว่า สหภาพจะอนุญาตให้พลเมืองมีสิทธิในทรัพย์สินส่วนตัว สิทธิในมรดก สิทธิในการริเริ่มของเอกชน และสิทธิบัตรตามกฎหมาย ส่งผลให้ชุมชนและปัจเจกชนชาวพม่าจึงเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและได้รับการปกป้องตามกฎหมาย โดยที่กฎหมายวัฒนธรรมพระราชบัญญัติ Protection and Preservation of Cultural Heritage Regions Law ค.ศ.1997 ไม่จำเป็นต้องรับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไว้อย่างชัดเจน

ดังนั้นประเทศพม่าจึงเป็นประเทศหนึ่งในกลุ่มประเทศ CLMV ซึ่งไม่มีมาตราใดรับรองและอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับสิทธิทางวัฒนธรรม และไม่ปรากฏการรับรองว่า ชุมชนมีสิทธิใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาร่วมกับสิทธิทางวัฒนธรรมตามพระราชบัญญัติ Protection and Preservation of Cultural Heritage Regions Law ค.ศ.1997 แต่ชุมชนและปัจเจกชนก็ยังเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิทางวัฒนธรรม ตามที่มาตรา 37 (c) รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมา ค.ศ.2008 ได้ประกันสิทธิไว้

3.5.3 พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1966 ของประเทศกัมพูชา สมาชิกกลุ่มประเทศ CLMV ที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย

สำหรับประเทศราชอาณาจักรกัมพูชา หรือที่คนทั่วไปเรียกว่าประเทศกัมพูชา เป็นกลุ่มประเทศ CLMV ที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย และมีกษัตริย์ที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับประเทศไทย ประกอบกับประเทศกัมพูชาเป็นแหล่งอารยธรรมโบราณตั้งแต่ยุคขอม ประเทศกัมพูชาจึงมั่งคั่งทั้งแหล่งโบราณคดี โบราณวัตถุ ธรรมชาติที่สวยงาม และมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จำนวนมากมาย เช่น โขน การรำ ดนตรี เป็นต้น ส่งผลให้ในวันที่ 13 มิถุนายน ค.ศ.2006 ประเทศกัมพูชาจึงเข้าเป็นรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003²⁴⁰ นับแต่นั้นประเทศกัมพูชาจึงใช้พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 ร่วมกับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง ค.ศ.2003 เพื่อการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ควบคู่กับการส่งเสริม รักษาในสินค้าต่างๆ รวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ดังนี้

3.5.3.1 ข้อมูลพื้นฐาน

สืบเนื่องจากประเทศกัมพูชาได้ตกอยู่ในสภาวะสงครามอย่างยาวนาน มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้จำนวนมากจึงถูกทำลาย และถูกลักขโมยไปจำหน่ายในต่างประเทศ ขณะที่มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ก็เผชิญสภาวะใกล้สูญหาย เพราะมรดกทางวัฒนธรรมถูกทำลาย และผู้ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียได้เสียชีวิตจากภัยสงคราม และผู้ครอบครองที่เหลือก็มีจำนวนน้อยและสูงอายุ ทั้งหมดนี้ส่งผลโดยตรงต่อการใช้กฎหมายวัฒนธรรมของประเทศกัมพูชา ซึ่งประเทศกัมพูชาได้มีความเป็นมาในกฎหมายวัฒนธรรมต่อไปนี้

ส่วนแรก ประวัติความเป็นมาของกฎหมายวัฒนธรรมก่อนการใช้พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 (Law on the Protection of Cultural Heritage, 1996)

แม้ว่าประเทศกัมพูชาเป็นรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 แต่ประเทศกัมพูชาก็ยังคงใช้พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 เพื่อปกป้องมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ใช้กับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 จึงเป็นกฎหมายวัฒนธรรมของประเทศกัมพูชา ซึ่งกฎหมายฉบับนี้เป็นการต่อยอดจาก

²⁴⁰ UNESCO, “Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage. Paris, 17 October 2003”, Retrieved 26 May 2020 <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=17116&language=E&order=alpha>.

กฎหมายวัฒนธรรมหลายๆ ฉบับที่ได้รับอิทธิพลกฎหมายฝรั่งเศสอดีตเจ้าอาณานิคม นับแต่ประเทศฝรั่งเศสได้สร้างกฎหมายวัฒนธรรมขึ้น เพื่อใช้ในดินแดนที่เรียกว่าอินโดจีน (Indochina) ดินแดนแห่งนี้ครอบคลุมพื้นที่ประเทศเวียดนาม ประเทศลาว และประเทศกัมพูชา ก่อนค.ศ.1996 ประเทศกัมพูชาจึงมีกฎหมายวัฒนธรรมดังกล่าวที่สำคัญ 4 ฉบับ ดังนี้²⁴¹

ฉบับแรก รัฐบัญญัติ Arrêté ค.ศ.1898 กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายวัฒนธรรมฉบับแรกของประเทศกัมพูชา กฎหมายฉบับนี้ร่างขึ้นเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ.1898 ขณะที่ประเทศกัมพูชาเป็นส่วนหนึ่งของดินแดนอินโดจีน และจุดประสงค์กฎหมายฉบับนี้ คือ ประเทศฝรั่งเศสต้องการปกป้องและศึกษามรดกทางวัฒนธรรมดินแดนกัมพูชา ในฐานะที่มรดกทางวัฒนธรรมดินแดนดังกล่าวเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของประเทศฝรั่งเศส แต่ด้วยประเทศฝรั่งเศสปราศจากข้อมูลด้านมรดกทางวัฒนธรรมในดินแดนแห่งนี้ กฎหมายฉบับนี้จึงก่อตั้ง Permanent Archaeological Mission of Indochina ขึ้น เพื่อทำหน้าที่ต่างๆ คือ

- 1) การสำรวจข้อมูลด้านภาษาและโบราณคดีในดินแดนอินโดจีน
- 2) การส่งเสริมความรู้ทางประวัติศาสตร์ในดินแดนอินโดจีน รวมถึงอนุสรณ์ และการใช้ภาษาพูดต่างๆ
- 3) การร่วมมือในการแบ่งปันผลการศึกษากับสถาบันในท้องถิ่นและอารยธรรมพื้นบ้าน ไม่ว่าจะอารยธรรมอินเดีย จีน และมาเลเซีย

ต่อมาในเดือนมกราคม ค.ศ.1900 Permanent Archaeological Mission of Indochina ได้เปลี่ยนชื่อเป็น Mission as the École Française d'Extrême-Orient - EFEO) หรือที่รู้จักในชื่อ French School of the Far East พร้อมกันนี้ในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 1900 รัฐบาลฝรั่งเศสได้สร้างที่ทำการของ EFEO ซึ่งภายหลังในค.ศ.1902 ที่ทำการดังกล่าวได้ย้ายมาสู่นครฮานอย ประเทศเวียดนามในปัจจุบัน และ EFEO ได้มีผลงานการศึกษาข้อมูลทางประวัติศาสตร์ในดินแดนกัมพูชาหลายแห่ง เช่น นครวัด เมืองเสียมราฐ เป็นต้น

ฉบับที่สอง รัฐบัญญัติ Conservation of Monuments in Indochina of artistic or historic significance ค.ศ.1900 กฎหมายฉบับนี้เริ่มใช้บังคับในวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ.1900 โดย Paul Doumer ผู้อำนวยการฝ่ายกิจการพลเรือน เป็นผู้ลงนาม และกฎหมายฉบับนี้มีเนื้อหาทั้งสิ้น 23 มาตรา มาตราเหล่านี้แบ่งเป็น 4 หมวด ดังนี้²⁴²

²⁴¹ Georgina Lloyd, *The safeguarding of intangible cultural heritage : law and policy*, (Australia : Sydney University, 2009), pp.148-149.

²⁴² *Ibid*, pp.150.

หมวดแรก โครงร่างการอนุรักษ์สิ่งก่อสร้างและอนุสาวรีย์ โดยมาตรา 1 ถึงมาตรา 4 กฎหมายดังกล่าววางหลักการไว้ว่า ให้จำแนกประเภทสิ่งก่อสร้างทางศิลปะ หรือคุณค่าทางประวัติศาสตร์ เพื่อการจัดการไม่ให้โครงสร้างเหล่านี้ถูกทำลายทั้งหมด หรือบางส่วน แม้ว่าสิ่งก่อสร้างนี้ต้องซ่อมแซมอย่างเร่งด่วน ทุกกรณีต้องขออนุญาตจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมาย

หมวดที่สอง โบราณวัตถุ ภายใต้มาตรา 10 รัฐบัญญัติ Conservation of Monuments in Indochina of artistic or historic significance ค.ศ.1990 ที่บัญญัติว่า โบราณวัตถุอาจเป็นรูปปั้น งานศิลปะ หรือสิ่งที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ แต่สถาบัน EFEO ต้องจำแนกประเภทโบราณวัตถุเหล่านี้แล้ว และมาตรา 13 กฎหมายดังกล่าวได้เน้นว่า ประเทศฝรั่งเศสให้ความสนใจในมรดกทางวัฒนธรรมของกัมพูชา ในฐานะที่ประเทศฝรั่งเศสคือเจ้าของ ผลลัพธ์คือกฎหมายมาตรานี้จึงบัญญัติว่า ไม่ว่าผู้คนในท้องถิ่น จังหวัด หรือพื้นที่อื่นใดอาจซ่อมแซม แก้ไข ขยายให้ หรือแลกเปลี่ยนวัตถุทางวัฒนธรรม เว้นแต่ Governor General ได้อนุญาตแล้วเท่านั้น

หมวดที่สาม การขุดค้นและการค้นพบโบราณวัตถุ ภายใต้มาตรา 16 รัฐบัญญัติ Conservation of Monuments in Indochina of artistic or historic significance ค.ศ.1990 ได้บัญญัติว่า การค้นพบอนุสาวรีย์ การทำลาย การจารึกหรือการเขียนบทความ ผู้กระทำต้องรายงานต่อ Chief Administrator เพราะวัตถุที่ค้นพบเหล่านี้เป็นงานสาธารณะ public domain และพื้นที่ที่ค้นพบจะถูกเปลี่ยนเป็นส่วนหนึ่งของการใช้ประโยชน์สาธารณะของประเทศฝรั่งเศส

หมวดสุดท้าย การไม่เคลื่อนย้ายอนุสาวรีย์หรือวัตถุที่ค้นพบ หรือไม่ส่งออก เว้นแต่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ EFEO ได้อนุญาตตามมาตรา 22 รัฐบัญญัติ Conservation of Monuments in Indochina of artistic or historic significance ค.ศ.1990

ฉบับที่สาม รัฐบัญญัติ French law on historical monuments to Indochina ค.ศ.1924 กฎหมายฉบับนี้เกิดขึ้น เพราะมรดกทางวัฒนธรรมในดินแดนอินโดจีน่าได้เกิดความสูญเสีย ทำให้เดือนธันวาคม ค.ศ.1924 ประเทศฝรั่งเศสจึงลงมติให้นำรัฐบัญญัติ French law on historical monuments to Indochina ค.ศ.1913 มาใช้ในดินแดนอินโดจีน่า แต่การบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้จะล่อไว้ จนกระทั่งเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ.1925 กฎหมายฉบับดังกล่าวจึงถูกบังคับใช้ในดินแดนแห่งนี้อย่างเป็นทางการ โดยกฎหมายฉบับนี้มีเนื้อหา 32 มาตรา และกฎหมายฉบับนี้เป็นฉบับแรกที่มีบทลงโทษทางอาญา หากผู้ใดกระทำการขัดต่อกฎหมายฉบับนี้²⁴³

ฉบับที่สี่ พระราชกฤษฎีกา Angkor regulations ค.ศ.1929 ที่ประกาศใช้เมื่อวันที่ 30 กันยายน ค.ศ.1929 โดยกฎหมายฉบับนี้มุ่งต่อการแก้ไขพื้นที่อนุรักษ ซึ่ง

²⁴³ *Ibid*, pp.152.

ประเทศฝรั่งเศสได้จัดตั้งขึ้นในค.ศ.1925 และแก้ไขข้อบังคับที่ถูกสร้างขึ้น ค.ศ.1926 ซึ่งการแก้ไขครั้งนี้รวมไปถึงการเปลี่ยนแปลงค่าธรรมเนียม หากผู้ใดต้องการเข้าไปสถานที่ทางวัฒนธรรม หรือต้องการถ่ายรูปในสถานที่ทางวัฒนธรรม พร้อมกันนี้มาตรา 8 กฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติข้อยกเว้นการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากคนท้องถิ่น หรือชาวเอเชียต่างชาติที่เข้ามาท่องเที่ยวประเทศกัมพูชา ถ้าบุคคลเหล่านี้ต้องการเข้าไปประกอบกิจกรรมทางศาสนา²⁴⁴

กฎหมายวัฒนธรรมทั้งสี่ฉบับข้างต้นจึงเป็นกฎหมายสำคัญของประเทศกัมพูชา โดยกฎหมายวัฒนธรรมเหล่านี้ตั้งอยู่บนแนวคิดที่ว่า มรดกทางวัฒนธรรมเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของเจ้าอาณานิคมประเทศฝรั่งเศส กฎหมายวัฒนธรรมดังกล่าวถูกใช้อย่างต่อเนื่องในดินแดนกัมพูชา แม้ว่าในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง แม้บางช่วงหนึ่งกฎหมายเหล่านี้ถูกระงับใช้ แต่เมื่อสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง กฎหมายวัฒนธรรมเหล่านี้ก็กลับมาใช้ในประเทศกัมพูชา จวบจนกระทั่งค.ศ. 1954 ประเทศกัมพูชาจึงได้รับเอกราช ภายใต้ข้อตกลงในสนธิสัญญาเจนีวาพร้อมกับประเทศลาวและประเทศเวียดนาม ประเทศกัมพูชาจึงกลับมาสู่การปกครองระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข²⁴⁵ กฎหมายวัฒนธรรมที่ตั้งอยู่บนหลักการว่า มรดกทางวัฒนธรรมเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของประเทศฝรั่งเศสจึงยุติลง

ส่วนที่สอง การใช้พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ. 1996 ของประเทศกัมพูชา เพื่อให้สอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ในฐานะที่ประเทศกัมพูชาเป็นรัฐเดี่ยวและตั้งอยู่บนหลักนิติรัฐ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ค.ศ.1993 เป็นกฎหมายสูงสุดที่สถาปนาองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และตุลาการ และตั้งอยู่บนแนวคิดที่ว่า ชุมชนและปัจเจกชนชาวกัมพูชาเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินรวมถึงทรัพย์สินทางปัญญาตามมาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ค.ศ.1993 และมรดกทางวัฒนธรรมเป็นทรัพย์สินของรัฐตามมาตรา 58 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ค.ศ.1993 ทั้งหมดนี้ก่อเกิดระบบผสมผสานสิทธิทางวัฒนธรรมโดยรัฐกับสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินโดยชุมชนและปัจเจกชน ดังนี้

ประการแรก หลักทั่วไป มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ สถานที่ทางวัฒนธรรม มรดกทางธรรมชาติ ไม่ว่า ภูเขา แม่น้ำ ลำคลอง ทะเล แร่ธาตุใต้พื้นดินและใต้ทะเล ทั้งหมดล้วนมีสถานะเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตามมาตรา 58 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ค.ศ.1993 และประชาชนชาวกัมพูชาย่อมมีสิทธิในความเป็น

²⁴⁴ *Ibid*, pp.153.

²⁴⁵ Taweesak Kunyochai, "ประวัติศาสตร์ประเทศกัมพูชา (Cambodia)", สืบค้นเมื่อวันที่ 29 พฤษภาคม 2563 จาก http://www.satit.up.ac.th/BBC07/AboutStudent/Document/Hist_SEA/MSWord/CambodiaHistory.pdf.

เจ้าของทรัพย์สิน หากทรัพย์สินดังกล่าวไม่ใช่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมแห่งชาติตามมาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ค.ศ.1993²⁴⁶

ประการที่สอง รัฐเป็นผู้มีหน้าที่อนุรักษ์และส่งเสริม รักษามรดกทางวัฒนธรรมของชาติตามมาตรา 69 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ค.ศ.1993 แต่ทรัพย์สินของชุมชนและปัจเจกชน รัฐธรรมนูญให้ชุมชนและปัจเจกชนชาวกัมพูชามีสิทธิเสรีภาพ เพื่อความเป็นเจ้าของและดำเนินการต่างเกี่ยวกับทรัพย์สินได้อย่างอิสระ

อย่างไรก็ดี การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ค.ศ.1993 ให้ความสำคัญกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ ขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เฉพาะภาษาชาวกัมพูชา แต่ไม่บัญญัติถึงมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ประเภทอื่นๆ รวมถึงอาหารวัตถุแห่งการวิจัย ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า การที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่ระบุเฉพาะเจาะจงถึงอาหารรวมถึงมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อื่นๆ กรณีเช่นนี้ก็มิได้หมายความว่า รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่คุ้มครองหรือส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ดังกล่าว กลับกันมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่มีได้บัญญัติ รัฐย่อมต้องคุ้มครองหรือสงวนรักษาเช่นกัน เพราะอาหารและมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เหล่านี้ ก็คือทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของชาติตามนัยมาตรา 58 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ค.ศ.1993 ประกอบกับการเจียรไนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทั้งหมดย่อมมีอาจปฏิบัติ และการไม่บัญญัติไว้ชัดแจ้งก็มิได้หมายความว่า มรดกทางวัฒนธรรมไม่ใช่ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของชาติ เช่นนี้สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้รวมถึงมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อื่นๆ จึงเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมแห่งชาติและได้รับการปกป้องตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้เช่นเดียวกัน

ดังนั้นพระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 จึงเป็นกฎหมายวัฒนธรรมตามมาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ค.ศ.1993 และมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เพราะการรับอิทธิพลจากกฎหมายวัฒนธรรมของประเทศฝรั่งเศสอดีตเจ้าอาณานิคม รัฐมีหน้าที่ต้องส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ในฐานะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของชาติ

²⁴⁶ มาตรา 58 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ค.ศ.1993

State property comprises land, underground mineral resources, mountains, sea, undersea, continental shelf, coastline, airspace, islands, rivers, canals, streams, lakes, forests, natural resources, economic and cultural centers, bases for national defense and other buildings determined as State property.

The control, use and management of State properties shall be determined by law.

3.5.3.2 สถานะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ประเภทอาหาร

สำหรับประเทศกัมพูชาคำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” ไม่ใช่ศัพท์เฉพาะตามรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 ของประเทศกัมพูชา แต่ภายใต้มาตรา 1 พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 กลับใช้คำว่า “ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม” (cultural property) และคำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ” (national cultural heritage)²⁴⁷ ซึ่ง ในค.ศ.2011 Tim Curtis หัวหน้าหน่วยวัฒนธรรมแห่งองค์การยูเนสโก Tim Curtis ได้อธิบายเรื่องนี้ไว้ในรายงานเรื่อง Regional Collaboration for Safeguarding Intangible Cultural Heritage in South-East Asia ว่า ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเป็นศัพท์ที่ใช้เรียกในภาพรวมของมรดกทางวัฒนธรรม ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนี้จึงมีความหมายรวมถึงมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ และมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้²⁴⁸ ผู้วิจัยจึงเลือกใช้รายงานฉบับนี้ เพื่อเป็นกรอบพิจารณาถึงสถานะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามพระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 ซึ่งปรากฏผลการวิจัย ดังนี้

ประการแรก สถานะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามพระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 คือทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เพราะทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอาจเป็นผลผลิตจากมนุษย์ รวมถึงปรากฏการณ์ทางธรรมชาติของวิทยาศาสตร์ ประวัติศาสตร์ ศิลปะ หรือปรากฏการณ์ทางศาสนา ซึ่งสิ่งเหล่านี้เป็นพยานหลักฐานถึงการพัฒนาอารยธรรม หรือธรรมชาติโลก และทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้รับการปกป้อง เพื่อประโยชน์สาธารณะตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996

จากคำนิยามศัพท์ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996²⁴⁹ สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงเป็น

²⁴⁷ Article 1 The Protection of Cultural Heritage Law 1996

The purpose of this law is to protect national cultural heritage and cultural property in general against illegal destruction, modification, alteration, excavation, alienation, exportation or importation.

²⁴⁸ Tim Curtis, Regional Collaboration for Safeguarding ICH in the Asia-Pacific Region: Tasks and Prospects, (Paris : ichcap, 2011), pp.89-91.

²⁴⁹ Article 4 The Protection of Cultural Heritage Law 1996

For the purposes of this law, cultural property is considered to be any work produced by human agency and any natural phenomenon of a scientific, historic, artistic or religious nature which bears witness to a certain stage in the development of a civilization or of the natural world and whose protection is in the public interest.

ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เพราะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีองค์ประกอบเช่นเดียวกับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ดังนี้

- 1) สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งในทรัพย์สินทางวัฒนธรรม
- 2) สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อาจเป็นผลผลิตของมนุษย์ หรือปรากฏการณ์ทางธรรมชาติของวิทยาศาสตร์ ประวัติศาสตร์ ศิลปะ หรือปรากฏการณ์ทางศาสนา
- 3) สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นพยานหลักฐานถึงการพัฒนาอารยธรรม หรือธรรมชาติโลก
- 4) สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตั้งอยู่ในดินแดนราชอาณาจักรกัมพูชาตามมาตรา 2 พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996²⁵⁰
- 5) ชุมชนชาวกัมพูชาอาจเป็นเจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และรัฐก็สามารถเป็นเจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ได้เช่นเดียวกันตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996²⁵¹

แม้ว่าสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีสถานะเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยชุมชนซึ่งเป็นการรวมตัวของปัจเจกชนหลายๆ คนอาจเป็นเจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่สิทธิในความเป็นเจ้าของของดังกล่าวย่อมมีความสำคัญน้อยกว่าประโยชน์สาธารณะ (public interest) รัฐจึงมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน เพื่อจัดการบริหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ในฐานะมรดกทางวัฒนธรรมดังกล่าวเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตามนัยยะมาตรา 1 พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996

อนึ่ง ผู้วิจัยมีความเห็นว่า กรณีประเทศกัมพูชาเลือกใช้ศัพท์คำว่า “ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม” แต่ไม่ใช่คำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” ในพระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 นั้น เนื่องจากประเทศกัมพูชารับมรดกกฎหมายและนิติวิธีมาจากประเทศฝรั่งเศสอดีตเจ้าอาณานิคม ซึ่งในตอนต้นผู้วิจัยได้นำเสนอแล้วว่า ประเทศฝรั่งเศสได้เข้ามาสร้างระบบกฎหมายและประกาศใช้กฎหมายวัฒนธรรมเหนือดินแดนกัมพูชา ส่งผลให้แม้ประเทศ

²⁵⁰ Article 2 The Protection of Cultural Heritage Law 1996

The national cultural heritage comprises cultural property created or discovered on national territory.

²⁵¹ Article 3 The Protection of Cultural Heritage Law 1996

This law shall apply to movable and immovable cultural property, whether publicly or privately owned, whose protection is in the public interest.

กัมพูชาได้รับเอกราชจากเจ้าอาณานิคม แต่ด้วยความคุ้นเคยและการซึมซับนิติวิธีตามวัฒนธรรมกฎหมายของชาวฝรั่งเศสอย่างยาวนาน ประเทศกัมพูชาจึงเลือกใช้ศัพท์ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมแทนศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในพระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996

ประการที่สอง การจำแนกประเภทมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามพระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996

ดังที่ผู้วิจัยได้นำเสนอในสถานะของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ว่าพระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 ของประเทศกัมพูชาใช้ศัพท์ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ซึ่งคำๆ นี้มีความหมายครอบคลุมทั้งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้และมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ การจำแนกประเภทมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงเป็นจำแนกตามประเภททรัพย์สินทางวัฒนธรรม ซึ่งตามมาตรา 11 พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้จำแนกประเภทไว้ว่าทรัพย์สินทางวัฒนธรรมจำแนกเป็น 2 ประเภท คือ²⁵²

1) ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของปัจเจกชน (public private cultural property) ซึ่งกรณีนี้เป็นไปตามมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสินค้าที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจชุมชนและปัจเจกชนจึงสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิในความเป็นเจ้าของในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และชุมชนและปัจเจกชนยังสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

2) ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมสาธารณะ (public cultural property) กรณีนี้เป็นไปตามแนวคิดมรดกทางวัฒนธรรมดังกล่าวนับเป็นสมบัติร่วมกันของมนุษยชาติ รัฐจึงมีอำนาจมหาชน เพื่อการขึ้นทะเบียนและบริหารจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพื่อประโยชน์สาธารณะ

การที่มาตรา 11 พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ. 1996 จำแนกประเภททรัพย์สินทางวัฒนธรรมไม่ใช่ข้อยกเว้นเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า วิธีการดังกล่าวไม่ขัดต่อพันธกรณีตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโก และประเทศกัมพูชาสามารถจำแนกประเภททรัพย์สินทางวัฒนธรรมแทนได้ เพราะอนุสัญญาฉบับนี้ไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดว่า รัฐภาคีสมาชิกต้องจำแนกประเภทและบัญญัติลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามข้อ 2 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 แต่อนุสัญญาฉบับนี้ก็ให้อิสระแก่รัฐภาคีสมาชิก รัฐภาคีสมาชิกสามารถใช้มาตรการใดๆ ที่จำเป็น เพื่อการขึ้นทะเบียน

²⁵² Article 11 The Protection of Cultural Heritage Law 1996

Classification is the registration of public or private cultural property which has already been inventoried and whose protection is in the public interest from a scientific, historical, artistic or religious point of view.

มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในอาณาเขตประเทศตน ส่งผลให้การจำแนกประเภททรัพย์สินทางวัฒนธรรมตามมาตรา 11 พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 จึงไม่ขัดต่อพันธกรณีอนุสัญญาดังกล่าว

ฉะนั้นด้วยสถานะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตามมาตรา 4 และมาตรา 1 พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 และประเทศกัมพูชายังสามารถจำแนกประเภททรัพย์สินทางวัฒนธรรม แทนการจำแนกประเภทมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และประเทศกัมพูชาเป็นประเทศหนึ่งที่ใช้กฎหมายวัฒนธรรมแบบองค์รวม เพื่อการอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ พร้อมทั้ง กับการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

3.5.3.3 ปัจเจกชนผู้ทรงสิทธิและรักษาสมดุลในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในการส่งเสริมรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

แม้ว่าพระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 ของประเทศกัมพูชาไม่บัญญัติว่า ชุมชนหรือปัจเจกชนเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เมื่อบุคคลเหล่านี้ได้ผลิตสินค้าขึ้นจากภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือต่อยอดจากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในมาตรา 3 พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996²⁵³ แต่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิในทรัพย์สินของชาวกัมพูชา ซึ่งรัฐธรรมนูญได้ประกันสิทธิดังกล่าวไว้ ชาวกัมพูชาทุกคนย่อมมีสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินได้ และรัฐต้องเคารพและปกป้องสิทธิในทรัพย์สินของชาวกัมพูชาตามมาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ค.ศ.1993²⁵⁴

อย่างไรก็ดี แม้ว่าประเทศกัมพูชามีกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาหลายฉบับ แต่ผู้วิจัยพบว่า ประเทศกัมพูชาใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา 2 ฉบับ เพื่อปกป้องการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนจากสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ฉบับแรก พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง ค.ศ.2003 (Law on Copyright and Related Rights 2003) โดยกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ปกป้องสิทธิของผู้สร้างสรรค์ และสิทธิข้างเคียง โดยวัตถุประสงค์แห่งความคุ้มครองได้แก่งานอันมีลิขสิทธิ์ ลิขสิทธิ์ข้างเคียง

²⁵³ Article 3 The Protection of Cultural Heritage Law 1996

This law shall apply to movable and immovable cultural property, whether publicly or privately owned, whose protection is in the public interest...

²⁵⁴ มาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ค.ศ.1993

All persons, individually or collectively, shall have the rights to own property. Only natural persons or legal entities of Khmer nationality shall have the rights to own land.

Legal private ownership shall be protected by law.

และผลิตภัณฑ์ทางวัฒนธรรม การแสดง ภาพถ่าย และการแพร่เสียงแพร่ภาพขององค์กร เพื่อรักษาความปลอดภัยการแสวงหาผลประโยชน์ที่เป็นธรรมและถูกต้องตามกฎหมายในผลิตภัณฑ์ทางวัฒนธรรมเหล่านั้น และมีส่วนช่วยในการพัฒนาวัฒนธรรมตามมาตรา 1 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง ค.ศ.2003

กรณีข้างต้นสอดคล้องกับผลการสำรวจข้อมูลการใช้กฎหมายวัฒนธรรมขององค์กรยูเนสโก ซึ่งปรากฏในรายงานการสัมมนาเรื่อง Sub-Regional Experts Meeting in Asia on Intangible Cultural Heritage: Safeguarding and Inventory-Making Methodologies ในระหว่างวันที่ 13-16 ธันวาคม ค.ศ.2005 ณ กรุงเทพมหานคร ประเทศไทย ว่า ประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ล้วนใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อการปกป้องสิทธิทางเศรษฐกิจในสินค้ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ พร้อมๆ กับการใช้กฎหมายวัฒนธรรมในการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เช่น ประเทศกัมพูชาที่ได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง ค.ศ.2003 ควบคู่กับการใช้พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 เป็นต้น²⁵⁵

สำหรับผู้วิจัยมีความเห็นว่า การใช้กฎหมายลิขสิทธิ์กับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีปัญหาข้อจำกัด เพราะภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นงานสาธารณะและไม่ได้ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ และเงื่อนไขความคิดริเริ่มอาจเป็นอุปสรรคสำคัญ หากปัจเจกชนและกลุ่มบุคคลต้องการความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และเมื่อชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียยังผลิตสินค้าโดยเลียนแบบบรรพบุรุษ ซึ่งการเลียนแบบนี้ไม่ใช่ความคิดริเริ่มผลลัพธ์คือสินค้าที่เกิดขึ้นย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เพราะขาดความคิดริเริ่ม

ฉบับที่สอง พระราชบัญญัติ Law on Geographical Indications ค.ศ.2014 ซึ่งผู้ทรงสิทธิเป็นชุมชน และกฎหมายฉบับนี้มีผลต่อการรวมตัวของชุมชน ทำให้ชุมชนร่วมกันกำหนดใจระหว่งการพัฒนาต่อยอดหรืออนุรักษ์ภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งชุมชนใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นในการผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ คือการคุ้มครองผู้บริโภค และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ผลิตและผู้ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งส่งเสริม รักษาและเสริมสร้างภูมิปัญญาดั้งเดิมของประเทศที่มีเอกลักษณ์ และการลดความยากจนตามมาตรา 1 พระราชบัญญัติ Law on Geographical Indications ค.ศ.2014

²⁵⁵ UNESCO, “ Sub-Regional Experts Meeting in Asia on Intangible Cultural Heritage: Safeguarding and Inventory-Making Methodologies”, Retrieved 2 Jun 2020 https://www.accu.or.jp/ich/en/pdf/b2005subreg_00_cover-tables.pdf.

ส่วนคำนิยามสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ประเทศกัมพูชาให้คำนิยามศัพท์คำว่า “สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์” ไว้ว่า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ หมายถึงชื่อ สัญลักษณ์ และ/หรือเครื่องหมายอื่นใดที่เป็นชื่อ หรือแสดงถึงแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ และสิ่งเหล่านี้สามารถระบุว่าเป็นสินค้าที่มีแหล่งกำเนิดในพื้นที่ทางภูมิศาสตร์นั้น โดยที่สินค้านั้นมีคุณภาพ ชื่อเสียง หรือลักษณะอื่นใด เนื่องจากสินค้าผลิตขึ้นในแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ดังกล่าว รวมทั้งประเทศกัมพูชายังอธิบายเพิ่มเติมว่า วัตถุที่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ก็คือสินค้าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Indication goods) ที่มีขอบเขตครอบคลุมถึงสินค้าเกษตร อาหาร สินค้าหัตถกรรม หรือสินค้าอื่นใดที่ผลิตในเขตภูมิศาสตร์ หรือสินค้าแปรรูปต่างๆ แต่สินค้าเหล่านี้ต้องได้ขึ้นทะเบียนในระบบสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของประเทศกัมพูชาตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติ Law on Geographical Indications ค.ศ.2014

จากคำนิยามศัพท์และขอบเขตการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ข้างต้น สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงนับเป็นสินค้าอาหารตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติ Law on Geographical Indications ค.ศ.2014 เพราะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสินค้าอาหาร ซึ่งชาวกัมพูชาผลิตขึ้นในประเทศกัมพูชา และสินค้านี้มีคุณภาพชื่อเสียงที่เชื่อมโยงกับแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของประเทศ ซึ่งผู้บริโภคให้การยอมรับอย่างยาวนาน ทำให้ชุมชนผู้ผลิตสินค้าอาหารและผู้เกี่ยวข้องได้รับสิทธิผูกขาดในชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ แต่ชุมชนผู้ผลิตดังกล่าวก็มีหน้าที่รักษามาตรฐานสินค้าและรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไปพร้อมๆ กัน

ด้านผลลัพธ์การขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ภายใต้ข้อมูลเพียง ค.ศ.2020 ผู้วิจัยพบว่า ประเทศกัมพูชาได้ขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไว้จำนวน 18 รายการ โดยสินค้านี้มีทั้งกลุ่มผ้าไหม ผลผลิตทางการเกษตร และสินค้าอาหาร ซึ่งปรากฏสินค้าอาหารจำนวน 3 รายการในระบบสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ คือไส้กรอกเสียมเรียบ Siem Reap Sausage จังหวัดเสียมเรียบ น้ำปลาร้าเสียมเรียบ (Prahok Siem Reap) น้ำปลาเสียมเรียบ (Fish Paste Siem Reap) เป็นต้น

ตารางที่ 3.1 รายการสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในประเทศกัมพูชา

ลำดับ ที่	ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ – แหล่งภูมิศาสตร์	ลำดับ ที่	ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ – แหล่งภูมิศาสตร์
1	Kirivong Pepper - Takeo	10	Battambang Nem - Battambang
2	Ratanakiri Coffe - Ratanakiri	11	Neang Am Roce - Kratie
3	Mondulkiri Coffe - Mondulkiri	12	Pomelo Kok Trong - Kratie
4	Siem Reap Sauage - Siem Reap	13	Kralanch Kratie - Kratie
5	Prahok Siem Reap, Fris Paste - Siem Reap	14	Hol Prek Chankran - Kampong Cham
6	Phamoung Koh Dach - Kandal	15	Prawn Takeo - Takeo
7	Phnom Srok Silk - Banteay Meanchey	16	Sre Ronoung Dug Eggs - Takeo
8	Battambang Orange - Battambang	17	Neang Am Roce - Kratie
9	Battambang Rice - Battambang	18	Pomelo Kok Trong - Kratie

ที่มา Filippo Arfini, Maria Cecilia Mancini, Mario Veneziani and Michele Donati, Property Rights for Geographical Indications, (UK : Cambridge Scholars Publishing, 2016), pp.164.

ด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิทางวัฒนธรรมเป็นสิทธิของปัจเจกชน รัฐจึงไม่เข้ามาเป็นเจ้าของสิทธิทางวัฒนธรรมกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ชุมชนและปัจเจกชนยังคงเป็นผู้ทรงสิทธิและรักษาสมดุลในการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยรัฐและเอกชนอื่นๆ ต้องไม่ล่วงละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิทางวัฒนธรรมดังกล่าว

ฉะนั้นชุมชนและปัจเจกชนจึงเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิทางวัฒนธรรม ประเทศกัมพูชาไม่โอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแก่รัฐ ชุมชนและปัจเจกชนรวมถึงกลุ่มบุคคลจึงสามารถเลือกได้ว่า สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ควรได้รับการพัฒนาต่อยอด หรือการส่งเสริม รักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตตามแบบบรรพบุรุษ เพื่อให้ได้รับสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ต่อไป

3.5.3.4 รัฐบาลบริหารงานบริการสาธารณะ เพื่อการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ด้านงานบริการสาธารณะในการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รัฐคือผู้รับผิดชอบงานบริการสาธารณะดังกล่าว ในฐานะที่งานดังกล่าวเป็นหน้าที่ของรัฐ ในด้านระบบเศรษฐกิจสังคมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ค.ศ.1993 รัฐจึงมีหน้าที่ให้

ความสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจควบคู่ไปกับการพัฒนาวัฒนธรรมและสังคม และรัฐยังมีภารกิจส่งเสริมการอนุรักษ์วัฒนธรรมของชาติซึ่งเป็นตัวแทนของประเพณีอันดีงามของประเทศและชาติพันธุ์ รวมทั้งรัฐยังต้องส่งเสริมกิจกรรมทางวัฒนธรรมศิลปะการประดิษฐ์ และการบริหารจัดการ และปกป้องวัฒนธรรมประวัติศาสตร์และธรรมชาติมรดกทางวัฒนธรรม และการเก็บรักษาโบราณวัตถุ และสถานที่ทางประวัติศาสตร์ตามมาตรา 21 และมาตรา 23 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ค.ศ.1993

ส่วนรายละเอียดประโยชน์สาธารณะในการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่ครอบคลุมถึงมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ประเทศกัมพูชาใช้การจัดการมรดกทางวัฒนธรรมตามหลักการรวมอำนาจ (Centralization) ราชการส่วนกลางจึงเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายวัฒนธรรมและบริหารมรดกทางวัฒนธรรมของชาติ โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมและวิจิตรศิลป์ การวางแผนใช้ที่ดิน ผังเมืองและการก่อสร้าง (Minister of State for Culture and Fine Arts, Land Use Planning, Urbanization and Construction) เป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมาย ขณะที่ราชการส่วนภูมิภาคมีหน้าที่เพียงการเก็บข้อมูลและรายงานราชการส่วนกลาง และรอคำสั่งจากราชการส่วนกลาง เพื่อการปฏิบัติงานบริการสาธารณะด้านวัฒนธรรมตามกฎหมายฉบับนี้ต่อไป

เมื่อประเทศกัมพูชาใช้วิธีการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมวิธีเดียวกันกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ตามมาตรา 1 พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 นั้น

ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ประเทศกัมพูชามีการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่วิธีการดังกล่าวไม่สอดคล้องกับพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโก ซึ่งความเห็นดังกล่าวสอดคล้องกับรายงานเรื่อง Regional Collaboration for Safeguarding Intangible Cultural Heritage in South-East Asia ค.ศ.2011 ของ Tim Curtis หัวหน้าหน่วยวัฒนธรรมแห่งองค์การยูเนสโก ว่า ประเทศกัมพูชาใช้วิธีจัดการมรดกทางวัฒนธรรมรูปแบบเดียวกัน ไม่ว่าจะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ หรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามพระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 ประเทศกัมพูชาจึงยังไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโก แต่การใช้ศัพท์คำว่า “ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม” ที่ใช้เรียกภาพรวมของมรดกทางวัฒนธรรม โดยมรดกทางวัฒนธรรมนั้นๆ อาจจะเป็นประเพณี วิถีชีวิต ภาษา อาหาร โบราณวัตถุ สถานที่ทางวัฒนธรรม สิ่งเหล่านี้ล้วนมีลักษณะ

ทางกายภาพที่แตกต่างกัน กรณีเช่นนี้ยังไม่แน่ว่าชัดเจนต่อพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003²⁵⁶

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 ยังมีเนื้อหาใช้กับทรัพย์สินทางวัฒนธรรม โดยทรัพย์สินทางวัฒนธรรมนั้นจำกัดเฉพาะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้เท่านั้น ดังที่ปรากฏในบทลงโทษฐานลักลอบจำหน่ายหรือส่งออกทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตามมาตรา 70 พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในมาตราดังกล่าวจึงเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ เพราะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไม่มีตัวตนทางกายภาพ ความผิดฐานลักลอบขโมยหรือจำหน่ายมาตรา 70 พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 จึงไม่อาจใช้กับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้

เช่นนี้ในเบื้องต้น พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 มุ่งใช้กับทรัพย์สินทางวัฒนธรรมประเภทมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ แต่กฎหมายฉบับนี้ไม่อาจใช้กับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ด้านรัฐที่ต้องจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามหลักการมีส่วนร่วมของชุมชน เพื่อเป็นไปตามพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโก

เมื่อผู้วิจัยพิจารณาบทบัญญัติในพระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 แล้ว พบว่า กฎหมายฉบับนี้ก็ไม่นำหลักการมีส่วนร่วมของชุมชนมาใช้ ซึ่งข้อค้นพบดังกล่าวสอดคล้องกับรายงานเรื่อง Regional Collaboration for Safeguarding Intangible Cultural Heritage in South-East Asia ค.ศ.2011 ของ Tim Curtis หัวหน้าหน่วยวัฒนธรรมแห่งองค์การยูเนสโกว่า พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 ของประเทศกัมพูชาไม่ปฏิบัติตามหลักการมีส่วนร่วมของชุมชน ชุมชนซึ่งบางครั้งเป็นกลุ่มบุคคลหรือปัจเจกชน ชุมชนจึงไม่มีส่วนร่วมกับรัฐในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ดังนั้นพระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 ของประเทศกัมพูชาจึงใช้กับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ แม้ว่าวัตถุประสงค์กฎหมายฉบับนี้มุ่งต่อการอนุรักษ์และส่งเสริมรักษาทรัพย์สินทางวัฒนธรรม และประเทศกัมพูชามุ่งใช้กฎหมายฉบับนี้กับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ด้วย แต่ด้วยกฎหมายฉบับนี้ยังขาดบทบัญญัติที่รองรับพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโก ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียจึงไม่มีสิทธิร่วมกับรัฐในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้

²⁵⁶ Tim Curtis, *supra* note 248, pp.89.

สุดท้ายนี้ประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศ CLMV และประเทศมาเลเซียที่ล้วนเป็นสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ทุกประเทศล้วนใช้กฎหมายวัฒนธรรมควบคู่กับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อรัฐมีอำนาจจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่การกำหนดใจตนเองระหว่างการพัฒนาต่อยอดภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งชุมชนใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ควบคู่กับการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ทุกประเทศล้วนให้อำนาจแก่ชุมชน ยกเว้นประเทศมาเลเซียที่ให้รัฐมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน และรัฐเป็นผู้ปกป้องประโยชน์ในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์แทนเอกชน โดยการโอนลิขสิทธิ์ในมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติแก่รัฐ

ฉะนั้นอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 และความตกลงทริปส์จึงเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่สำคัญและเกี่ยวข้องกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยสนธิสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวมีบทบาทที่แตกต่างกัน โดยความตกลงทริปส์ถูกใช้ปกป้องประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสินค้ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ขณะที่อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 มีบทบาทสำคัญต่อการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่สนธิสัญญาทั้งสองหาได้ขัดแย้งกัน แท้จริงสนธิสัญญาระหว่างประเทศทั้งสองมีความสอดคล้องกัน เพราะการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จะไร้ผล หากผู้บริโภคไม่ซื้อสินค้าหรือบริการจากชุมชน กลไกการปกป้องประโยชน์เชิงพาณิชย์ของเอกชนจากสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามความตกลงทริปส์ กลไกสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงมีความสำคัญต่อการดำรงอยู่ของสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

บทที่ 4

บทวิเคราะห์มาตรการกฎหมายวัฒนธรรมที่เหมาะสม เพื่อรักษาสมดุลระหว่างการ แสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้า อาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

บทนี้เป็นการนำเสนอผลการวิเคราะห์มาตรการกฎหมายวัฒนธรรมที่เหมาะสม เพื่อรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ภายใต้พันธกรณีสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง โดยการเปรียบเทียบมาตรการกฎหมายวัฒนธรรมของประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศ CLMV และประเทศมาเลเซียที่เลือกศึกษา ซึ่งปรากฏผลการวิเคราะห์ต่อไปนี้

4.1 บทบาทความสัมพันธ์ระหว่างแนวคิดทฤษฎีสติธิในทรัพย์สินทางปัญญาและแนวคิดสิทธิทางวัฒนธรรม

สืบเนื่องจากกฎหมายวัฒนธรรมและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาล้วนเกิดขึ้นจากแนวคิดนักปรัชญาชาวตะวันตก ประเทศไทยไม่สร้างแนวคิดทฤษฎีเหล่านี้ขึ้นจากความต้องการของชาติตนเอง ประเทศไทยรวมถึงกลุ่มประเทศ CLMV และประเทศมาเลเซียจึงล้วนรับแนวคิดทฤษฎีดังกล่าวผ่านการปฏิบัติตามพันธกรณีสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ประกอบกับแนวคิดทฤษฎีสติธิในทรัพย์สินทางปัญญาและแนวคิดสิทธิทางวัฒนธรรมมีเนื้อหาที่แตกต่างกัน การใช้แนวคิดทฤษฎีทั้งสองจึงมีประเด็นปัญหาข้อกฎหมาย ดังนี้

4.1.1 หลักการร่วมกันและความสัมพันธ์ของแนวคิดทฤษฎีสติธิในทรัพย์สินทางปัญญากับแนวคิดสิทธิทางวัฒนธรรม

ตามทีผลการวิจัยในบทที่ 3 ซึ่งผู้วิจัยพบว่า แนวคิดทฤษฎีสติธิในทรัพย์สินทางปัญญาและแนวคิดทฤษฎีสติธิทางวัฒนธรรมมีที่มาจากพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศคนละฉบับ โดยแนวคิดทฤษฎีนี้เข้ามาบรรจุไว้ในความตกลงทริปส์ และนักกฎหมายเริ่มพัฒนาการทฤษฎีสติธิในทรัพย์สินทางปัญญาของปัจเจกชนเริ่มตั้งแต่ค.ศ.1866 ดังที่ปรากฏในอารัมภบทความตกลงทริปส์ว่า สติธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิของปัจเจกชน ขณะที่แนวคิดสิทธิทางวัฒนธรรมอยู่ในอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และเพิ่งเริ่มปรากฏการศึกษามากขึ้นในค.ศ.2003 สุดท้ายองค์การยูเนสโกจึงประกาศใช้อนุสัญญาว่าด้วยการ

สงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 โดยอนุสัญญาฉบับนี้ได้ให้นำแนวคิดสิทธิทางวัฒนธรรม และความเป็นสิทธิมนุษยชนมาบรรจุไว้ในอนุสัญญาฉบับดังกล่าว

ด้านเนื้อหาแห่งแนวคิดทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับแนวคิดสิทธิทางวัฒนธรรมก็มีความแตกต่างกัน โดยทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามุ่งต่อการหวงกันและความเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา พร้อมกับปฏิเสธไม่ให้ผู้ใดเข้าใช้ทรัพย์สินทางปัญญาของตน ตรงกันข้ามกับแนวคิดสิทธิทางวัฒนธรรม มรดกทางวัฒนธรรมเป็นสมบัติของมนุษยชาติ ไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของหรือผูกขาดการใช้ประโยชน์เพียงผู้เดียว

อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยก็มีความเห็นเพิ่มเติมว่า แนวคิดทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและแนวคิดสิทธิทางวัฒนธรรมมีจุดยึดโยงร่วมกัน หรือเรียกว่า หลักการร่วมกันระหว่างแนวคิดทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับแนวคิดสิทธิทางวัฒนธรรม ดังนี้

1) แนวคิดทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับแนวคิดสิทธิทางวัฒนธรรมเป็นสิทธิมนุษยชน (human rights) ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 (Universal Declaration of Human Rights, 1948 หรือ UDHR) ซึ่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 เป็นเอกสารหลักด้านสิทธิมนุษยชนฉบับแรกของโลกที่ได้ปรากฏว่า สิทธิมนุษยชนมีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับกิจกรรมในวิถีชีวิตมนุษย์หลายๆ ด้าน ไม่ว่าจะเศรษฐกิจ สังคม การเมือง วัฒนธรรม การศึกษา ทรัพย์สิน ภายใต้จุดมุ่งหมาย คือการให้มนุษย์สามารถมีชีวิตอยู่ได้อย่างเสรี เท่าเทียม และมีศักดิ์ศรี สิทธิมนุษยชนจึงมีขอบเขตเกี่ยวข้องกับวิถีชีวิตมนุษย์อย่างกว้างขวาง ไม่ว่าจะสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน สิทธิทางวัฒนธรรม หรือสิทธิอื่นๆ

ความเห็นของผู้วิจัยข้างต้นสอดคล้องกับผลการศึกษาขององค์การแอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนลที่ว่า ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 มีผลต่อรัฐภาคีสมาชิกทั่วโลก และสิทธิมนุษยชนจึงมีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับสิทธิในทรัพย์สินรวมถึงทรัพย์สินทางปัญญา และสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิอื่นๆ เพราะปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 คุ่มครองสิทธิ 5 ประการ¹

ประการแรก สิทธิพลเมือง (civil rights) ที่รัฐภาคีสมาชิกต้องคุ้มครองสิทธิในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ความมั่นคงในชีวิตของประชาชน

ประการที่สอง สิทธิทางการเมือง (political rights) ซึ่งประชาชนมีสิทธิเลือกวิถีชีวิตของตนเองทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม รวมถึงการจัดการทรัพยากร การแสดงออก การมีส่วนร่วมกับรัฐในการดำเนินกิจกรรมที่เป็นประโยชน์สาธารณะ

¹ แอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนล, “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน”, สืบค้นเมื่อวันที่ 6 กรกฎาคม 2563 จาก <https://www.amnesty.or.th/our-work/hre/udhr/>.

ประการที่สาม สิทธิทางเศรษฐกิจ (economic rights) ที่ประกอบด้วย สิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพย์สินรวมถึงทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิได้รับค่าจ้างที่เป็นธรรม สิทธิเลือกงานอย่างอิสระ

ประการที่สี่ สิทธิทางสังคม (social rights) ได้แก่สิทธิในการได้รับการศึกษา สิทธิได้รับหลักประกันสุขภาพ เสรีภาพการเลือกคู่ครองและสร้างครอบครัว

ประการสุดท้าย สิทธิทางวัฒนธรรม (cultural rights) ได้แก่เสรีภาพในการใช้ภาษา แต่งกายตามวัฒนธรรม การประพุดติ ปฏิบัติ สืบทอดตามวัฒนธรรม ประเพณีท้องถิ่น การปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนา การแสดงศิลปวัฒนธรรมโดยอิสระ

แนวคิดทฤษฎีสื่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับสิทธิทางวัฒนธรรมจึงเป็นผลผลิตของแนวคิดสิทธิมนุษยชน ความเห็นดังกล่าวยังสอดคล้องกับความเห็นของ Francesco Francioni ประธานฝ่ายกฎหมายระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยเซียน่า (University of Siena) ประเทศอิตาลี ซึ่ง Francesco Francioni ให้ความเห็นไว้ในหนังสือ Cultural Human Rights ว่า สิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิมนุษยชน เพราะแม้ว่าสิทธิทั้งสองเกิดขึ้นจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งโลกได้พัฒนาแยกจากกันในช่วงเวลาที่แตกต่างกัน แต่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีขึ้น เพื่อประโยชน์ของปัจเจกชนและภายหลังพัฒนามาเป็นสิทธิของชุมชน และกลุ่มบุคคล²

เบื้องต้นแนวคิดทฤษฎีสื่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับแนวคิดสิทธิทางวัฒนธรรมจึงเป็นสิทธิมนุษยชน เพียงแต่การใช้แนวคิดทฤษฎีทั้งสองที่แยกจากกัน ก็เพื่อการอธิบายรายละเอียดแห่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิทางวัฒนธรรม ซึ่งรัฐภาคีสมาชิกปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 ต้องคุ้มครองสิทธิดังกล่าว

2) แนวคิดทฤษฎีสื่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและแนวคิดทฤษฎีสื่อสิทธิทางวัฒนธรรมตั้งอยู่บนหลักการร่วมกัน คือภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือเรียกว่า มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นงานสาธารณะ หรือทรัพย์สินสาธารณะ เพื่อการใช้ประโยชน์ร่วมกันของมนุษยชาติ หรือที่นักกฎหมายวัฒนธรรมเรียกว่า มรดกทางวัฒนธรรมเป็นสมบัติของมนุษยชาติ แนวคิดนี้สอดคล้องกับแนวคิดนักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เพราะความเป็นงานสาธารณะของภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น ย่อมหมายถึงไม่มีปัจเจกชนคนใดเป็นเจ้าของ สาธารณชนสามารถใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นได้อย่างอิสระ

² Francesco Francioni and Martin Scheinin, Cultural Human Rights, (Boston : Nijhoff, 2008), pp.42.

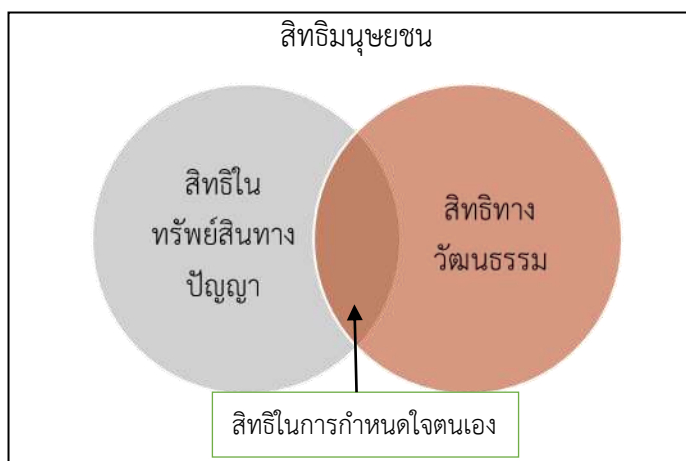
แม้ว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นงาน สาธารณะ หรือสมบัติของมนุษยชาติ ตามที่ผู้วิจัยได้นำเสนอไว้ในบทที่ 3 แต่ในรายละเอียดปลีกย่อย แล้ว ความเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีคุณค่ามากกว่าการเป็นงานสาธารณะ โดยเฉพาะ ด้านคุณค่าทางประเพณี ความเชื่อ ศรัทธาของชุมชน ส่งผลให้องค์การยูเนสโกได้จึงบัญญัติศัพท์ เฉพาะคำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” (Intangible Cultural Heritage) ขึ้นในอนุสัญญา ว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และองค์การยูเนสโกหลีกเลี่ยง ไม่ใช้ศัพท์คำว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” (Traditional Knowledge) เพื่อป้องกันความสับสนและเข้าใจ ผิดในประเด็นว่า สาธารณชนใช้งานสาธารณะเช่นใดก็ได้ โดยไม่คำนึงประเพณี วัฒนธรรม ความเชื่อ ของชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย ทั้งๆ ที่สาธารณชนควรเคารพต่อความเชื่อ ประเพณี วัฒนธรรมของ ชุมชนอื่นๆ ส่งผลให้องค์การยูเนสโกจึงใช้ศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

อนึ่ง ความเห็นเรื่องแนวคิดทฤษฎีสหสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและแนวคิด สิทธิทางวัฒนธรรมมีหลักการร่วมกัน คือไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือมรดกทาง วัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้นั้น ความเห็นดังกล่าวสอดคล้องกับรายงานผลการศึกษาขององค์การ ยูเนสโก เรื่อง International Round Table “Intangible Cultural Heritage” - Working definitions ซึ่งองค์การยูเนสโกได้ศึกษาการใช้ศัพท์ต่างๆ ก่อนที่องค์การยูเนสโกได้บัญญัติศัพท์ เฉพาะคำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” และไม่เลือกใช้ศัพท์คำว่า “งานสาธารณะ” หรือ คำว่า “คติชน” (folklore) คำว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” (traditional knowledge) หรือที่องค์กร African Intellectual Property Organization (AIPO) ที่ใช้คำว่า Patrimoine cultural เพราะ ศัพท์ทั้งหมดไม่ทำให้เกิดการเคารพต่อความเชื่อ ประเพณีวัฒนธรรมของชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย สุดท้ายขององค์การยูเนสโกจึงบัญญัติศัพท์เฉพาะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ขึ้น โดยศัพท์คำนี้ยัง ตั้งอยู่บนแนวคิดที่ว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นทรัพย์สินสาธารณะ เพื่อสาธารณชนใช้และต่อยอดหรือประเพณีปฏิบัติ สืบทอดภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือมรดกทางวัฒนธรรม ที่จับต้องไม่ได้ต่อไป³

นอกจากนี้ ผู้วิจัยยังมีความเห็นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างแนวคิดทฤษฎีสหสิทธิ ในทรัพย์สินทางปัญญากับแนวคิดสิทธิทางวัฒนธรรมว่า ทฤษฎีการกำหนดใจตนเองเป็นทฤษฎีที่ สำคัญที่ก่อตั้งสิทธิในการกำหนดใจตนเองแก่ผู้ทรงสิทธิ เพื่อมนุษย์เป็นผู้ทรงสิทธิและใช้สิทธิทาง วัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ในฐานะที่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิทาง วัฒนธรรมเป็นส่วนหนึ่งในบริบทสิทธิมนุษยชน ซึ่งหากปราศจากสิทธิกำหนดใจตนเองตามทฤษฎี

³ UNESCO, International Round Table "Intangible Cultural Heritage" - Working definitions (Piedmont, Italy, 14 to 17 March 2001), 14 Dec, 2020 <https://ich.unesco.org/doc/src/05305.pdf>.

กำหนดใจตนเอง มนุษย์ผู้ทรงสิทธิไม่อาจใช้สิทธิทั้งสองได้ และแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวกับสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาย่อมไม่บรรลุวัตถุประสงค์ คือการสร้างหลักประกันในชีวิตของมนุษย์ทางเศรษฐกิจและวัฒนธรรม ส่งผลให้ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิทางวัฒนธรรม สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิมนุษยชน และสิทธิในการกำหนดใจตนเองเป็นไปตามภาพด้านล่าง



ภาพที่ 4.1 ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิทางวัฒนธรรม

สิทธิในการกำหนดใจตนเอง และสิทธิมนุษยชน

ตามภาพที่ 4.1 ภายใต้แนวคิดสิทธิมนุษยชนที่มีขอบเขตเกี่ยวกับกิจกรรมในชีวิตมนุษย์ต่างๆ ทำให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิทางวัฒนธรรมเป็นเพียงหนึ่งในบรรดาสิทธิต่างๆ ซึ่งมนุษย์เป็นผู้ทรงสิทธิ โดยแกนกลางของการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับสิทธิทางวัฒนธรรม คือการที่มนุษย์ต้องมีสิทธิกำหนดใจตนเองตามทฤษฎีการกำหนดใจตนเอง มนุษย์ที่อาจเป็นปัจเจกชน หรือที่เรียกว่าเอกชน กลุ่มบุคคล หรือชุมชนจึงมีอิสระกำหนดชะตากรรมของตนในทางวัฒนธรรมและสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และมนุษย์เท่านั้นที่มีสิทธิเลือกว่าตนต้องการเลือกพัฒนาต่อยอดภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หรือตนต้องการปกป้องประโยชน์สาธารณะ ไม่ว่าจะส่งเสริม รักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยบุคคลเหล่านี้ใช้สิทธิอย่างอิสระและปราศจากการครอบงำหรือสั่งการจากรัฐหรือบุคคลใดๆ

ฉะนั้นแนวคิดทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและแนวคิดสิทธิทางวัฒนธรรมจึงมีจุดยึดโยงร่วมกันคือการเป็นสิทธิมนุษยชน โดยภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือในชื่อมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ย่อมไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของ สาธารณชนจึงสามารถใช้และต่อยอดพัฒนา หรือสามารถเลือกส่งเสริม รักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือในชื่อมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ทฤษฎีการกำหนดใจตนเองจึงเป็นทฤษฎีที่สำคัญต่อการใช้แนวคิดทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและแนวคิดสิทธิทางวัฒนธรรม ซึ่งหากผู้ทรงสิทธิปราศจากสิทธิกำหนดใจตนเองแล้ว การใช้แนวคิดทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและแนวคิดสิทธิทางวัฒนธรรมย่อมไม่อาจบรรลุผลสำเร็จได้

4.1.2 ปัญหาข้อจำกัดการใช้แนวคิดทฤษฎีสติทรัพย์สินทางปัญญาของเอกชนในกฎหมายวัฒนธรรมกลุ่มประเทศที่เลือกศึกษา

ภายใต้ผลการวิจัยบทที่ 3 ที่ผ่านมา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตั้งอยู่บนแนวคิด 2 กลุ่ม กลุ่มหนึ่งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสมบัติมวลมนุษยชาติ อีกกลุ่มหนึ่งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสินค้าของชุมชน ส่งผลให้องค์การยูเนสโกจึงบัญญัติข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ว่า พันธกรณีตามอนุสัญญาฉบับนี้ไม่กระทบต่อความผูกพันตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านทรัพย์สินทางปัญญา ผลคือผลิตภัณฑ์ต่างๆ ที่เกิดจากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงเป็นสินค้า และได้รับความคุ้มครองในระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา สภาพเช่นนี้เท่ากับว่า ภูมิภาคีสมาชิกต่างๆ ในสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศ CLMV และประเทศมาเลเซียได้รับเอาทฤษฎีสติทรัพย์สินของปัจเจกชนหรือที่เรียกว่าเอกชนไว้ในกฎหมายวัฒนธรรม

อย่างไรก็ดี เมื่อแนวคิดทฤษฎีสติทรัพย์สินทางปัญญาของปัจเจกชนกับแนวคิดสิทธิทางวัฒนธรรมมีเนื้อหาแห่งสิทธิที่แตกต่างกัน การใช้กฎหมายวัฒนธรรมในประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศ CLMV และประเทศมาเลเซีย ประเทศเหล่านี้จึงเผชิญปัญหาข้อจำกัดในด้านสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในกฎหมายวัฒนธรรมต่อไปนี้

1) ปัญหาข้อจำกัดในการระบุตัวผู้ทรงสิทธิตามทฤษฎีสติทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งประเทศมาเลเซียและประเทศกัมพูชาถือว่า ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิของปัจเจกชนหรือที่เรียกว่าเอกชน ผู้สร้างสรรค์จึงต้องระบุตัวตนได้อย่างชัดเจน แต่สำหรับสินค้าที่เกิดจากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทุกชนิดรวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ไม่มีผู้ใดสามารถระบุตัวผู้สร้างสรรค์ และบางครั้งผู้สร้างสรรค์ก็เป็นผู้สร้างสรรค์นิรนาม หรือผู้สร้างสรรค์ไม่มีถิ่นที่อยู่ชัดเจน การระบุตัวผู้สร้างสรรค์จึงเป็นปัญหาอุปสรรคในการใช้กฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

ยิ่งไปกว่านั้นในประเทศมาเลเซีย ปัญหาข้อจำกัดที่ไม่อาจระบุตัวผู้สร้างสรรค์ได้มีผลร้ายมากขึ้น เมื่อรัฐไม่อาจโอนลิขสิทธิ์จากผู้สร้างสรรค์ตามมาตรา 51 (3) พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 เพราะรัฐไม่ทราบว่าเป็นผู้สร้างสรรค์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รัฐจึงไม่อาจขอความยินยอมจากผู้สร้างสรรค์ ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย เพื่อขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ การโอนลิขสิทธิ์แก่รัฐโดยผลแห่งกฎหมายจึงไม่อาจเกิดขึ้น รัฐ

จึงเผชิญปัญหาการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ และรัฐไม่สามารถปฏิบัติภารกิจ ประโยชน์สาธารณะในการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้⁴

นอกจากนี้ ศาลในประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศ CLMV และประเทศมาเลเซียก็ยังไม่อาจวางแนวคำพิพากษาโดยลำพัง โดยปราศจากข้อพิพาทหรือการฟ้องคดีตามกฎหมาย เพราะศาลเป็นองค์กรเชิงรับ ศาลไม่อาจริเริ่ม พิพากษาคดีใดโดยตนเอง เว้นแต่เมื่อใดคู่กรณีฟ้องคดีต่อศาล ศาลจึงมีอำนาจใช้นิติวิธีใช้ตีความ กฎหมายลิขสิทธิ์ เพื่อแก้ไขข้อจำกัดที่ไม่อาจระบุตัวผู้สร้างสรรค์ตามกฎหมายทรัพย์สินทาง ปัญญา ปัญหาดังกล่าวจึงต้องดำรงอยู่ต่อไป จนกว่าศาลมีคำพิพากษาบรรทัดฐาน สภาพเช่นนี้คล้าย กับปรากฏการณ์ศาลประเทศออสเตรเลีย ซึ่งศาลได้มีคำพิพากษาในคดี *Bulun Bulun v. R & T Textiles (Pty) Ltd (1998) 41 IPR 51338*. ว่า ศิลปินพื้นเมืองแต่ละคนเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย ลิขสิทธิ์ได้ ก็เพราะชุมชนคนพื้นเมืองได้อนุญาตแก่ศิลปินดังกล่าว เพื่อสร้างสรรค์งานศิลปะตาม ข้อกำหนดของกฎหมายจารีตประเพณีและประเพณี ศิลปินจึงมีหน้าที่ได้รับความไว้วางใจจาก ชุมชนคนพื้นเมือง ศิลปินจำเป็นต้องดำเนินการใดๆ ในการรักษาความสมบูรณ์ของวัฒนธรรมชุมชน ภาระหน้าที่ความไว้วางใจดังกล่าวจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างศิลปินกับชุมชนในความไว้วางใจและ ความเชื่อมั่นซึ่งกันและกัน⁵

2) ปัญหาข้อจำกัดด้านเงื่อนไขการได้รับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งประเทศ สมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศ CLMV และประเทศ มาเลเซียล้วนประสบปัญหาข้อจำกัดเดียวกัน โดยเฉพาะเรื่องเงื่อนไขการได้รับความคุ้มครอง ทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ว่าจะกฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายเครื่องหมายการค้า หรือ กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เพราะเงื่อนไขการได้มาซึ่งทรัพย์สินทางปัญญา ชุมชนและผู้มีส่วนได้ เสียไม่ใช่ผู้สร้างเงื่อนไขเหล่านี้ขึ้น แต่เงื่อนไขเหล่านี้เป็นผลจากทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชน ของชาวตะวันตก ผลคือชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียไม่ได้รับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เช่น กฎหมาย ลิขสิทธิ์ เงื่อนไขสำคัญคือผู้สร้างสรรค์ต้องใช้ความคิดริเริ่ม (originality) ของตนเอง แต่สินค้าที่เกิด จากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทุกชนิด รวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ไม่เกิดจากความคิดริเริ่ม เพราะชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียมักใช้การผลิตเลียนแบบบรรพบุรุษ สินค้ากลุ่ม นี้ไม่รับลิขสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น

⁴ Steven Van Uytsel, “Intangible Cultural Heritage Legislation in Asia In Search for the Spirit of 2013 UNESCO Convention”, 25 May, 2018 <https://poseidon01.ssrn.com>.

⁵ Mira Burri, “Cultural Heritage and Intellectual Property”, Retrieved 6 October 2018 https://www.researchgate.net/publication/329417949_Cultural_Heritage_and_Intellectual_Property/link/5c07c13e299bf169ae3371df/download.

3) ปัญหาข้อจำกัดการบันทึก (fixation) ซึ่งผู้สร้างสรรค์หรือนักประดิษฐ์ต้องบันทึกผลงานลงในวัตถุใดๆ ไม่เช่นนั้นผู้สร้างสรรค์หรือนักประดิษฐ์จะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และปัญหาดังกล่าวยังเป็นอุปสรรคมากขึ้น เมื่อชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียมักไม่ใช้วิธีการบันทึกผลงาน ตามที่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระบุไว้ ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียจึงไม่ได้รับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

สำหรับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ตามปกติชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียก็ไม่ใช้วิธีการบันทึกงานตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามกฎหมายลิขสิทธิ์ หรือแม้ชุมชนได้ใช้วิธีการบันทึกผลงานตามกฎหมาย แต่งานที่บันทึกก็มีปัญหาความคงตัว เพราะสินค้าอาหารไม่มีความคงตัวถาวร สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ จึงไม่ได้รับลิขสิทธิ์หรือทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ

ความเห็นข้างต้นสอดคล้องกับ ศาสตราจารย์ ดร. Mira Burri วิทยากรอาวุโส และกรรมการผู้จัดการมหาวิทยาลัยลูเซียน ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ที่นำเสนอว่า การใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามีเงื่อนไขที่เป็นปัญหาอุปสรรค เพื่อการปกป้องสินค้ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เนื่องด้วยชุมชนใช้การแสดงออกทางวาจา การแสดง ไม่ว่าจะเป็นทาน การเต้นรำ หรือเพลง แต่สิ่งเหล่านี้ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เว้นแต่ผลงานเหล่านี้จะได้รับการบันทึกผลงานในวัตถุหรือสื่อบางอย่าง และแม้ชุมชนได้บันทึกงานแล้ว แต่ผลงานที่บันทึกก็มีปัญหาเรื่องความคงตัว เช่น แผ่นกระดาษ แผ่นทราย และแกะสลักทราย เป็นต้น กฎหมายลิขสิทธิ์จึงไม่คุ้มครองผลงานเหล่านี้ และผลร้ายที่สำคัญยิ่งกว่านั้น คือเมื่อนักชาติพันธุ์วิทยา นักคติชนวิทยาและนักวิจัยอื่นๆ ได้บันทึกผลงานชุมชนในงานวิจัยหรือผลงานต่างๆ บุคคลเหล่านี้ก็กลับเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย แทนที่ชุมชนหรือผู้มีส่วนได้เสียได้รับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา⁶

4) ระยะเวลาคุ้มครองอันจำกัด ภายใต้ทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนของ ล็อค ซึ่งความตกลงทริปส์ได้นำมาบรรจุไว้ ปัจเจกชนเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา ครอบครองที่ทรัพยากรยังมีเหลือ เพื่อสาธารณชนสามารถใช้แรงงานของตนในการผลิตทรัพย์สินทางปัญญา เช่นนี้เพื่อการเพิ่มจำนวนทรัพยากรแก่สาธารณชน หรือที่เรียกว่าประโยชน์สาธารณะ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงอยู่ในระยะเวลาอันจำกัด ระยะเวลาคุ้มครองอันจำกัดจึงไม่ตรงกับเจตนารมณ์ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งบุคคลเหล่านี้ต้องการสิทธิทางกฎหมายอย่างไม่มีระยะเวลาอันจำกัด

สำหรับประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศ CLMV และประเทศมาเลเซีย รวมถึงประเทศไทยที่ได้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ก่อนที่ประเทศเหล่านี้ประกาศใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

⁶ Ibid.

ทำให้สินค้าเหล่านี้ย่อมสิ้นสุดความคุ้มครองตามกฎหมาย นับแต่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเกิดขึ้น สินค้าดังกล่าวจึงเป็นงานสาธารณณะตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งนี้ที่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาประกาศใช้

สภาพการณ์ข้างต้นทั้งหมดจึงตรงข้ามกับความต้องการของชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย โดยเฉพาะประเด็นความคุ้มครองที่ไม่มีระยะเวลาอันจำกัด หรือความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ควรมีอยู่ตลอดไป หรือตราบเท่าที่ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียยังคงประพฤติ ปฏิบัติ สืบทอด การผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจึงไม่เป็นประโยชน์กับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

5) ปัญหาข้อยกเว้นการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งเป็นผลจากทฤษฎีสีทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชน ประโยชน์สาธารณะย่อมสำคัญกว่าประโยชน์ของปัจเจกชน หรือที่เรียกว่าประโยชน์เอกชน กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจึงมีข้อยกเว้นการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ว่าจะการใช้โดยชอบธรรม (Fair use) หรือข้อยกเว้นอื่นๆ สาธารณชนจึงสามารถทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ผลผลิตจากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียไม่อาจขัดขวางหรือคัดค้าน แม้ว่าการกระทำเหล่านี้เป็นการบิดเบือนทางวัฒนธรรม หรือสร้างความเสื่อมเสียหรือไม่พอใจต่อชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย

ทั้งหมดนี้จึงเป็นปัญหาข้อจำกัดในการใช้ทฤษฎีสีทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับสินค้าผลผลิตจากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศ CLMV และประเทศมาเลเซีย รวมถึงประเทศไทยล้วนต้องประสบปัญหาข้อจำกัดข้างต้น และปัญหาข้อจำกัดนี้ไม่อาจแก้ไขโดยกลไกตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เพราะปัญหาข้อจำกัดเหล่านี้เป็นไปพันกรณีตามสนธิสัญญาระหว่าง ซึ่งรัฐภาคีสมาชิกไม่อาจปฏิเสธและจำต้องปฏิบัติตาม

4.2 มาตรการกฎหมายวัฒนธรรมที่เหมาะสมกับประเทศไทย เพื่อการรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ด้วยประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศ CLMV ประเทศมาเลเซีย และประเทศไทยล้วนมีมาตรการกฎหมายวัฒนธรรมที่แตกต่างกัน เพื่อการปฏิบัติตามพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 เพราะสนธิสัญญาฉบับดังกล่าวไม่ใช่ข้อบังคับที่เข้มงวด แต่ละประเทศจึงใช้กฎหมายวัฒนธรรมที่มีรายละเอียดแตกต่างกัน หัวข้อนี้จึงเป็นผลการวิเคราะห์เกี่ยวกับมาตรการกฎหมายวัฒนธรรมที่เหมาะสมกับประเทศไทย ดังนี้

4.2.1 มาตรการกฎหมายวัฒนธรรมที่เหมาะสมกับประเทศไทย

แม้ว่ากลุ่มประเทศ CLMV ประเทศมาเลเซียและประเทศไทยเป็นรัฐภาคีสมาชิกสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (Association of South East Asian Nations) หรือที่เรียกว่าอาเซียน (ASEAN) โดยสมาคมดังกล่าวเป็นองค์การทางภูมิรัฐศาสตร์และเศรษฐกิจในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ แต่ไม่ได้หมายความว่ากลุ่มประเทศ CLMV และประเทศมาเลเซียแยกตัวออกจากสังคมโลก ตรงกันข้ามทุกประเทศได้ตระหนักการถึงเข้าเป็นส่วนหนึ่งของสังคมโลก ทุกประเทศจึงเข้าเป็นรัฐภาคีสมาชิกทั้งความตกลงทริปส์และอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และประกาศใช้มาตรการกฎหมายวัฒนธรรม 2 กลุ่มใหญ่ๆ เพื่อการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 11 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ดังนี้

กลุ่มแรก มาตรการกฎหมายวัฒนธรรมที่ใช้กับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ และมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งปรากฏว่า กลุ่มประเทศ CLMV และประเทศมาเลเซียใช้มาตรการกฎหมายกลุ่มนี้ และมาตรการกฎหมายวัฒนธรรมกลุ่มแรกยังจำแนกเป็น 3 ประเภทย่อยตามแต่ที่ประเทศนั้นๆ ได้มีมาตราใดที่รองรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไว้ในกฎหมายวัฒนธรรม

1) มาตรการกฎหมายวัฒนธรรม ซึ่งชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิทางวัฒนธรรม รวมทั้งชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียยังเป็นผู้รักษาสมดุลในการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะ เพื่อการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่ถ้ารัฐได้ขึ้นทะเบียนเป็นมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติแล้ว รัฐจะรับโอนลิขสิทธิ์ในมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ⁷

ประเทศที่ใช้มาตรการกฎหมายวัฒนธรรมข้างต้น คือประเทศมาเลเซียที่ใช้พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ซึ่งรัฐโอนลิขสิทธิ์โดยผลแห่งกฎหมายตามมาตรา 51 (3) พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 เมื่อรัฐต้องการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ และชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย (stakeholders) ได้ให้ความยินยอมขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ ความยินยอมนั้นย่อมมีผลเท่ากับการโอนลิขสิทธิ์แก่รัฐ รัฐจึงมีอำนาจส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รัฐจึงเป็นผู้ตัดสินใจว่า มรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติสมควรต่อยอดพัฒนาหรือจะส่งเสริม รักษาอย่างน้อยเพียงใด⁸

⁷ Steven Van Uytsel, *supra* mote 4

⁸ Article 51 National Heritage Act 2005

(3) Where the application involves intangible cultural heritage in which copyright subsists, the consent of the copyright owner shall be obtained before the application is approved.

2) มาตรการกฎหมายวัฒนธรรม ซึ่งชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิทางวัฒนธรรม แต่ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียยังเป็นผู้รักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ควบคู่กับประโยชน์สาธารณะในการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และรัฐไม่โอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยผลแห่งกฎหมาย

สำหรับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่กำลังใกล้สูญหายหรือกำลังเผชิญอันตราย แม้รัฐมีอำนาจขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมดังกล่าวได้ โดยไม่ต้องมีความยินยอมจากชุมชน เพื่อประโยชน์ร่วมกันของคนทั้งชาติ แต่การขึ้นทะเบียนนี้ไม่ใช่การโอนลิขสิทธิ์หรือทรัพย์สินทางปัญญาแก่รัฐ

ประเทศที่ใช้มาตรการกฎหมายรูปแบบที่สอง ประกอบด้วย 3 ประเทศในกลุ่มประเทศ CLMV ได้แก่ประเทศไทย เวียดนาม ประเทศลาว และประเทศพม่า ทั้งสามประเทศมีลักษณะร่วมกัน คือรัฐมีอำนาจมาก เพราะทั้งสามประเทศปกครองในระบอบสังคมนิยมและอนาธิปไตยตามลำดับ ตามปกติชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียจึงเป็นผู้รักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่รัฐมีอำนาจใช้สิทธิต่างๆ แทนประชาชนได้ หากรัฐจำเป็นต้องปฏิบัติเพื่อประโยชน์สาธารณะ

3) มาตรการกฎหมายวัฒนธรรม ซึ่งชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิทางวัฒนธรรม และเป็นผู้รักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่ไม่ปรากฏเรื่องดังกล่าวในกฎหมายวัฒนธรรม แต่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญากลับบัญญัติว่าผลิตภัณฑ์ทางวัฒนธรรมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

ประเทศที่ใช้มาตรการกฎหมายวัฒนธรรมข้างต้น คือประเทศกัมพูชาที่ใช้พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1966 แต่กฎหมายฉบับนี้กลับไม่มีมาตรารับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา แต่ด้วยสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นผลิตภัณฑ์ทางวัฒนธรรม ซึ่งประเทศกัมพูชาให้ความคุ้มครองไว้ในมาตรา 1 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง ค.ศ.2003 ในฐานะที่สินค้าอาหารดังกล่าวเป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ซึ่งมนุษย์ผลิตขึ้นหรือเพราะสินค้าอาหารดังกล่าวเป็นปรากฏการณ์ทางธรรมชาติของวิทยาศาสตร์ ประวัติศาสตร์ ศิลปะ หรือปรากฏการณ์ทางศาสนา และเป็นพยานหลักฐานถึงการพัฒนาอารยธรรม หรือธรรมชาติ

โลก⁹ และเมื่อสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อยู่ในดินแดนราชอาณาจักรกัมพูชาตาม มาตรา 1 พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1966 สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรม ที่จับต้องไม่ได้จึงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์¹⁰

กลุ่มที่สอง มาตรการกฎหมายเฉพาะ (*sui generis*) ได้แก่กฎหมายที่ใช้บังคับ กับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เท่านั้น ซึ่งประเทศไทยเป็นประเทศเดียวใช้พระราชบัญญัติ ส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 กฎหมายฉบับนี้เกิดขึ้น เพื่อการปฏิบัติ ตามพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 โดย รัฐบาลไทยให้ความสำคัญต่อการส่งเสริม รักษามรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ ภายใต้การใช้โครงสร้าง คณะกรรมการเริ่มตั้งแต่ระดับชาติจนถึงระดับท้องถิ่น แต่กฎหมายฉบับนี้ไม่มีมาตราใดรองรับสิทธิใน ทรัพย์สินทางปัญญา หรือให้รายละเอียดสิทธิทางวัฒนธรรม

จากมาตรการกฎหมายวัฒนธรรมที่แตกต่างกัน 2 กลุ่มข้างต้น ประเด็นปัญหา ข้อกฎหมาย คือมาตรการกฎหมายวัฒนธรรมใดมีความเหมาะสมต่อประเทศไทย เพื่อการรักษา สมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหาร มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า มาตรการกฎหมายเฉพาะ คือพระราชบัญญัติส่งเสริมและ รักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 มีความเหมาะสมกับประเทศไทย ในฐานะที่ กฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นแหล่งที่มาและข้อจำกัดอำนาจรัฐ เพื่อที่กรมส่งเสริมวัฒนธรรม และ คณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติและท้องถิ่นมีอำนาจปฏิบัติงานเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนมรดกทาง วัฒนธรรมแห่งชาติ เนื้อหากฎหมายส่วนนี้จึงเป็นกฎหมายมหาชน แต่ด้วยลักษณะทางกายภาพของ มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้และมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่แตกต่างกัน รัฐจึงต้องใช้ วิธีการส่งเสริม รักษา การแสดง การสืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่แตกต่างจากมรดก ทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ รัฐไม่อาจใช้วิธีการอนุรักษ์ดังเช่นโบราณวัตถุ ประเทศไทยจึงควรใช้ กฎหมายเฉพาะพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ซึ่ง

⁹ Article 4 The Protection of Cultural Heritage Law 1996

For the purposes of this law, cultural property is considered to be any work produced by human agency and any natural phenomenon of a scientific, historic, artistic or religious nature which bears witness to a certain stage in the development of a civilization or of the natural world and whose protection is in the public interest.

¹⁰ Article 2 The Protection of Cultural Heritage Law 1996

The national cultural heritage comprises cultural property created or discovered on national territory.

ความเห็นของผู้วิจัยเช่นนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายมหาชนว่า “ข้อเท็จจริงที่มีสาระสำคัญอย่างเดียวกันย่อมได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน และข้อเท็จจริงที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันย่อมได้รับการปฏิบัติแตกต่างกัน”

อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยพบว่า การที่ประเทศไทยใช้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 นั้น กฎหมายวัฒนธรรมฉบับนี้ยังมีปัญหาข้อจำกัด คือ

ประการแรก การไม่มีมาตราใดในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 เพื่อรองรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของชุมชนตามพันธกรณีข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 แต่แม้การไม่มีมาตราใดรองรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย กรณีนี้ก็ไม่ขัดต่อพันธกรณีข้อ 3 (b) อนุสัญญาฉบับดังกล่าว เพราะชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียได้รับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอยู่แล้ว แต่การไม่มีมาตราใดรับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในกฎหมายวัฒนธรรม กรณีนี้อาจสร้างปัญหาการใช้การตีความแก่นักกฎหมายว่า สินค้าต่างๆ ของชุมชนได้รับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาหรือไม่

ประการที่สอง พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ยังขาดรายละเอียดการใช้สิทธิทางวัฒนธรรม ไม่ว่าจะสิทธิในการประเพณี ปฏิบัติ การแสดง หรือสืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หรือสิทธิในการศึกษา หรือสิทธิในการมีส่วนร่วมกับรัฐในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพราะกฎหมายฉบับนี้มุ่งเน้นความสำคัญในการก่อตั้งคณะกรรมการทางวัฒนธรรม และการให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม เพื่อการควบคุมไม่ให้เกิดการบิดเบือนทางวัฒนธรรม

ประการที่สาม พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ยังขาดรายละเอียดการมีส่วนร่วมของชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียที่ชัดเจน ซึ่งแม้ว่ากฎหมายฉบับนี้ระบุถึงผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนหนึ่งในกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติและท้องถิ่น แต่ในด้านจำนวนผู้ทรงคุณวุฒิ คุณสมบัติ และการคัดเลือกมาเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ สภาพเหล่านี้ล้วนสะท้อนให้เห็นว่า รัฐเป็นผู้มีอำนาจเหนือในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรม ขณะที่ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียไม่มีส่วนร่วมกับรัฐในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ประการที่สี่ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม เพื่อระงับการกระทำที่ก่อความเสียหายต่อมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ขึ้นทะเบียนไว้ ดังที่ปรากฏในมาตรา 24 พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว บทบัญญัติมาตราดังกล่าวจึงขัดต่อหลักการวัฒนธรรมมีชีวิต และไม่สอดคล้องกับธรรมชาติของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งมรดกทางวัฒนธรรมดังกล่าวไม่มีความแท้หรือความดั้งเดิม การที่รัฐใช้คำสั่งระงับการกระทำใดๆ โดยรัฐเห็นว่า การกระทำนั้นๆ น่าจะเสียหายแก่มรดกทาง

วัฒนธรรมที่ขึ้นทะเบียนไว้ สภาพเช่นนี้คือการอนุรักษ์และแช่แข็งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รวมทั้งขัดต่อพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

ฉะนั้นมาตรการกฎหมายเฉพาะคือพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 กฎหมายดังกล่าวเป็นมาตรการกฎหมายวัฒนธรรมที่เหมาะสมกับประเทศไทย เพื่อการส่งเสริม รักษา การแสดง สืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่ด้วยกฎหมายฉบับนี้ไม่มีมาตราใดรองรับพันธกรณีข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และการไม่มีรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิทางวัฒนธรรมรวมทั้งการให้อำนาจรัฐระงับการกระทำใดๆ ซึ่งรัฐเห็นว่าอาจสร้างความเสียหายต่อมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ขึ้นทะเบียนไว้ สภาพเช่นนี้จึงทำให้ชุมชนและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องเผชิญปัญหาข้อจำกัดในการใช้สิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

4.2.2 ลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามกฎหมาย

ด้วยผลการวิจัยที่พบว่า ประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศ CLMV ประเทศมาเลเซีย และประเทศไทยล้วนใช้คำศัพท์ต่างๆ เพื่อรองรับการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ซึ่งประเทศที่เลือกศึกษาใช้ศัพท์คำว่า “intangible cultural heritage” ที่ถูกแปลและแทนที่ด้วยศัพท์เฉพาะในภาษาท้องถิ่น 4 คำด้วยกัน คือ

1) การใช้ศัพท์คำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” (intangible cultural heritage) ซึ่งหลายๆ ประเทศได้ใช้ศัพท์คำนี้ในกฎหมายวัฒนธรรม เช่น พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ของประเทศมาเลเซีย พระราชบัญญัติมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ.2003 ของประเทศเวียดนาม และต้นร่างกฎหมายวัฒนธรรม และเอกสารต่างๆ ที่ใช้ในกรมส่งเสริมวัฒนธรรม กระทรวงวัฒนธรรมของประเทศไทย

2) การใช้ศัพท์คำว่า “มรดกวัฒนธรรมที่ไม่ใช่วัตถุ” (intangible items) ในฐานะที่มรดกวัฒนธรรมที่ไม่ใช่วัตถุเป็นหนึ่งในมรดกแห่งชาติตามมาตรา 2 พระราชบัญญัติ Law on National Heritage ค.ศ.2005 ของประเทศลาว

3) การใช้ศัพท์คำว่า “มรดกทางวัฒนธรรม” (cultural heritage) เพื่อส่งเสริมรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้และมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งประเทศพม่าได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1 พระราชบัญญัติ Protection and Preservation of Cultural Heritage Regions Law ค.ศ.1998 และประเทศกัมพูชาได้บัญญัติไว้ในตามมาตรา 1 (1) พระราชบัญญัติ Protection and Preservation of Cultural Heritage Regions Law ค.ศ.1998 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2019

(4) การใช้คำว่า “มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม” ตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.25559 ของประเทศไทย ซึ่งคำๆ นี้แปลจากภาษาอังกฤษคำว่า “intangible cultural heritage” ตามเอกสารของทางราชการประเทศไทย

ภายใต้ผลการวิจัยข้างต้น ศัพท์คำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” เป็นศัพท์ที่ใช้แพร่หลายมากที่สุด และศัพท์คำดังกล่าวมีความหมายตรงกับคำว่า “intangible cultural heritage” ตามข้อ 1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 รวมทั้งตรงกับหลักการแปลภาษาของนักวิชาการมากที่สุด และการที่ประเทศไทยใช้ศัพท์คำว่า “มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม” ที่แปลจากศัพท์คำว่า “intangible cultural heritage” นั้น

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การแปลศัพท์คำว่า “intangible cultural heritage” เป็นมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมน่าจะคาดเคลื่อนจากหลักการใช้ภาษาอย่างมาก เพราะศัพท์คำว่า “ภูมิปัญญา” มาจากศัพท์ภาษาอังกฤษคำว่า “wisdom” หรือคำว่า “intellectual” คำดังกล่าวไม่ใช่ศัพท์คำว่า “intangible cultural heritage” ตามข้อ 1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 อีกประการศัพท์คำว่า “intangible” ย่อมมีความหมายในตัวเองแล้วว่า คือสิ่งที่จับต้องไม่ได้ หรือกายภาพ หรือไร้ตัวตน เช่นนี้ประเทศไทยจึงควรใช้ศัพท์คำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และสอดคล้องกับนานาประเทศที่ใช้ศัพท์คำนี้เช่นเดียวกัน รวมทั้งการใช้ศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ยังเป็นไปตามแนวทางปฏิบัติของราชการไทย โดยเฉพาะกรมส่งเสริมวัฒนธรรม กระทรวงวัฒนธรรมที่ใช้คำดังกล่าวอย่างยาวนาน ก่อนที่ประเทศไทยใช้ศัพท์มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม ซึ่งเป็นผลจากกระบวนการบัญญัติกฎหมายโดยรัฐสภา ประเทศไทยจึงไม่ควรใช้ศัพท์คำว่า “มรดกทางวัฒนธรรม ด้วยศัพท์คำนี้ไม่ตรงกับรากศัพท์ภาษาอังกฤษคำว่า “intangible cultural heritage”

ทั้งนี้ ความเห็นของผู้วิจัยข้างต้นสอดคล้องกับความเห็นของ ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุดแดน วิสุทธิลักษณ์ อาจารย์ประจำคณะสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และผู้อำนวยการพิพิธภัณฑ์ธรรมศาสตร์เฉลิมพระเกียรติในบทความเรื่อง มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของชาติ : บทเรียนจากเพื่อนบ้าน ว่า การแปลคำว่า “intangible cultural heritage” เป็น “มรดกโลกที่จับต้องไม่ได้” ถือเป็นความสับสนและผิดพลาดอย่างสำคัญที่แสดงถึงความไม่เข้าใจในความแตกต่างกันของอนุสัญญาสองฉบับของยูเนสโก และในประเทศไทยได้มีผู้นิยามศัพท์ “intangible cultural heritage” แล้วอย่างหลากหลาย เช่น มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม มรดกวัฒนธรรมที่เป็นกายภาพ มรดกวัฒนธรรมที่ไม่ใช่กายภาพ มรดก

วัฒนธรรมไร้รูป มรดกวัฒนธรรมเชิงนามธรรม มรดกวัฒนธรรมภูมิปัญญา มรดกวัฒนธรรมภูมิความรู้ และมรดกวัฒนธรรมทางจิตใจ เป็นต้น¹¹

ประเทศไทยจึงควรใช้ชื่อกฎหมายและศัพท์คำว่ามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มากกว่าการใช้ศัพท์มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม แม้ว่าสาระสำคัญของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้คือภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชน เพื่อการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และสอดคล้องกับนานาประเทศที่ใช้ศัพท์คำนี้

ส่วนประเด็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศ CLMV ประเทศมาเลเซีย และประเทศไทยได้บัญญัติถึงลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ต่างกัน ในรายละเอียด เพื่อการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเทศเวียดนามประเทศเดียวที่ให้คำนิยามถึงลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ต่างออกไป และมีเนื้อหาสาระสำคัญไม่ตรงกับข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ซึ่งแม้ความแตกต่างนี้ไม่ขัดต่อพันธกรณีอนุสัญญาระดับดังกล่าว และเป็นการปฏิบัติตามข้อ 11 อนุสัญญาระดับเดียวกัน ภายใต้เหตุผลคือลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้สอดคล้องกับลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในประเทศตน

ผลลัพธ์ ก็คือประเทศเวียดนามจึงบัญญัติลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ว่า มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นส่วนประกอบผลิตภัณฑ์ในสินทรัพย์ทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับคุณค่าประวัติศาสตร์ วัฒนธรรม หรือวิทยาศาสตร์ โดยสิ่งเหล่านี้ถูกปกป้องในรูปแบบความทรงจำ การเขียน การส่งต่อด้วยวิธีมุขปาฐะ การสอน การแสดง และวิธีการรูปแบบอื่นๆ อาทิ การใช้ภาษา การเขียน บทนิพนธ์ ศิลปะ วิทยาศาสตร์ มุขปาฐะพื้นบ้าน วิถีการใช้ชีวิต การแสดงพื้นบ้าน ความลับของหัตถกรรมพื้นบ้าน ความรู้การแพทย์ตามประเพณี การทำอาหาร การแต่งกายตามมาตรา 4 (1) พระราชบัญญัติมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ.2003 ของประเทศเวียดนาม

ประเด็นข้อกฎหมายที่ต้องพิจารณาต่อมา คือลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559

¹¹ สุดแดน วิสุทธิลักษณ์, มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของชาติ : บทเรียนจากเพื่อนบ้าน, (กรุงเทพฯ : ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน), 2560), น.13.

ของประเทศไทย มาตราดังกล่าวสอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ทั้งหมดหรือไม่

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไม่สอดคล้องกับข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 เพราะการไม่รองรับพื้นที่ทางวัฒนธรรม อัตลักษณ์ และความเป็นสิทธิมนุษยชนในคำนิยามลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งแม้เนื้อหาส่วนใหญ่ของลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตาม มาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ถอดแปลความจากข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 แต่เมื่อไม่ปรากฏการรับรองพื้นที่ทางวัฒนธรรม ดังที่ปรากฏในข้อความข้อ 2.1 อนุสัญญาฉบับดังกล่าวว่า “artefacts and cultural spaces associated therewith...” ผลลัพธ์คือลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 จึงไม่สอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

ฉะนั้นชื่อพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 ของประเทศไทย และลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของประเทศไทย ทั้งหมดนี้ ยังไม่รองรับการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ประเทศไทยจึงควรแก้ไขปัญหาข้อกฎหมายเหล่านี้ โดยเฉพาะเรื่องพื้นที่ทางวัฒนธรรม

4.2.3 พื้นที่ทางวัฒนธรรมตามกฎหมายวัฒนธรรม

สืบเนื่องจากผลการวิเคราะห์ในหัวข้อ 4.2.2 ว่า ประเทศไทยไม่รองรับพื้นที่ทางวัฒนธรรมไว้ในมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 การไม่รองรับพื้นที่ทางวัฒนธรรมนี้จึงไม่สอดคล้องกับคำนิยามศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ในข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และคำนิยามศัพท์ดังกล่าวยังแตกต่างจากลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศ CLMV และประเทศมาเลเซีย เพราะทุกประเทศล้วนบัญญัติเกี่ยวกับพื้นที่ทางวัฒนธรรมในประเทศตน

ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ประเทศไทยควรเพิ่มพื้นที่ทางวัฒนธรรมลงในศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 โดยยึดแนวทางลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของประเทศมาเลเซีย และประเทศไทยควรเพิ่มรายละเอียดพื้นที่ทางวัฒนธรรม เพื่อรองรับมรดกทางวัฒนธรรม

ไร้พรมแดน ซึ่งตามปกติมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ประเภทเดียวกันอาจอยู่ในหลายๆ พื้นที่ทางวัฒนธรรม

อนึ่ง แม้ว่าผู้เขียนมีความเห็นข้างต้น แต่ประเทศไทยไม่ควรใช้ลักษณะพื้นที่ทางวัฒนธรรมตามมาตรา 2 พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ของประเทศมาเลเซียเสียทั้งหมด เพราะลักษณะพื้นที่ทางวัฒนธรรมมาตราดังกล่าวยังไม่ถูกต้อง ด้วยมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ประเภทเดียวกันอาจปรากฏในหลายๆ พื้นที่ทั่วประเทศ จนยากจะระบุได้ว่าพื้นที่แห่งใดแห่งหนึ่งเป็นจุดกำเนิดของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เช่น มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ อาหาร นาซี เลอแมก (Nasi Lemak) ซึ่งชุมชนทั่วประเทศมาเลเซียบริโภคและเป็นส่วนหนึ่งในวิถีชีวิต อาหารชนิดนี้จึงเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ยากจะระบุว่า ชุมชนแห่งใดเป็นพื้นที่ทางวัฒนธรรมใด และชุมชนดังกล่าวเป็นผู้ถือครอง เป็นต้น

เช่นนี้ในเบื้องต้น ประเทศไทยจึงควรแก้ไขลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มาตรา 3 พระราชบัญญัติมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 โดยการแก้ไขกลับไปใช้ศัพท์คำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” และควรเพิ่มคำนิยามศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพื่อให้รองรับพื้นที่ทางวัฒนธรรม และประเทศไทยควรบัญญัติว่า มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในประเทศ หรือชุมชนชาวไทย หรือบางกรณีมรดกทางวัฒนธรรมดังกล่าวอาจปรากฏในหลายๆ พื้นที่ในประเทศไทย

ทั้งนี้ การที่ประเทศไทยเพิ่มพื้นที่ทางวัฒนธรรมลงในคำนิยามลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้นั้น กรณีนี้ยังมีผลต่อประโยชน์สาธารณะ ทำให้รัฐสามารถจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในวิธีที่แตกต่างกันได้ เมื่อมรดกทางวัฒนธรรมชนิดเดียวกันได้ปรากฏอยู่ในหลายพื้นที่ทางวัฒนธรรมในประเทศไทย รัฐย่อมมีอำนาจจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในวิธีที่แตกต่างกัน ซึ่งการปฏิบัติเช่นนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายมหาชนที่ว่า “ข้อเท็จจริงที่มีสาระสำคัญอย่างเดียวกันย่อมได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน และข้อเท็จจริงที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันย่อมได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน” และเป็นไปตามข้อ 11 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ซึ่งรัฐภาคีสมาชิกสามารถใช้มาตรการใดๆ ที่เหมาะสมกับสภาพมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของตน มาตรการที่ใช้จึงไม่จำเป็นต้องอยู่ในรูปแบบเดียวกัน รัฐจึงสามารถใช้มาตรการที่แตกต่างกัน เพื่อสอดคล้องกับสภาพมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้แต่ละพื้นที่ทางวัฒนธรรม

อนึ่ง ความเห็นของผู้วิจัยข้างต้นสอดคล้องกับรายงานผลงานวิจัยของ Indera Syahrul Mat Radzuan นักวิชาการแห่งมหาวิทยาลัยมาลาया ประเทศมาเลเซีย เรื่อง Cultural Heritage Incentives for The Conservation of Traditional Settles : The Case of Malaysia, Japan and South Korea ที่ปรากฏผลการวิจัยว่า มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีความสัมพันธ์

กับพื้นที่ตั้งถิ่นฐานกลุ่มชนชาติ แต่ด้วยความแตกต่างทางภูมิศาสตร์ พืชพันธุ์ ระบบนิเวศวิทยา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงมีความแตกต่างกันในแต่ละพื้นที่ บางครั้งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ชนิดเดียวกันอาจปรากฏตัวในหลายพื้นที่ทางวัฒนธรรม การระบุพื้นที่ทางวัฒนธรรม เฉพาะเจาะจงจึงไม่อาจกำหนดได้ เช่น กรณีหมู่บ้าน Morten Village หมู่บ้าน Chitty Village และ หมู่บ้าน Clan Jetty Village ในประเทศมาเลเซียที่มีมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้แตกต่างกัน โดยมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้บางประเภทก็เหมือนกัน เป็นต้น¹²

ฉะนั้นประเทศไทยควรใช้ศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และควรเพิ่ม พื้นที่ทางวัฒนธรรมในคำนิยามศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติ ส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 เพื่อรองรับพันธกรณีข้อ 2.1 อนุสัญญา ว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และเป็นไปในทิศทางเดียวกับรัฐ ภาคีสมาชิกอนุสัญญาฉบับดังกล่าว

4.2.4 การได้รับความคุ้มครองทับซ้อนกับบทบัญญัติกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

ภายใต้ผลการวิจัยในบทที่ 3 ซึ่งในประเทศมาเลเซีย ประเทศเวียดนาม และ ประเทศกัมพูชา ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียเป็นผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรมตามกฎหมายวัฒนธรรม และ กฎหมายวัฒนธรรมของประเทศมาเลเซีย ประเทศเวียดนามยังรับรองว่า ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียมี สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในสินค้าต่างๆ รวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ขณะที่ประเทศกัมพูชา ผู้ทรงสิทธิได้รับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ดังนี้

1) กฎหมายวัฒนธรรมที่รับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียที่เป็นปัจเจกชนเป็นผู้ทรงสิทธิ แต่เมื่อใดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ใดถูกขึ้น ทะเบียนเป็นมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ ความยินยอมของชุมชนในการขึ้นทะเบียนมรดกทาง วัฒนธรรมแห่งชาติ ความยินยอมดังกล่าวมีผลเท่ากับว่า ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียโอนลิขสิทธิ์แก่รัฐ ตามมาตรา 51 (3) พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ของประเทศมาเลเซีย

2) กฎหมายวัฒนธรรมที่รับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียเป็นผู้ทรงสิทธิ แต่การได้มาซึ่งทรัพย์สินทางปัญญาและลิขสิทธิ์เป็นไปตามกฎหมาย ทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายลิขสิทธิ์ และรัฐไม่โอนลิขสิทธิ์หรือทรัพย์สินทางปัญญาจากชุมชน และผู้มีส่วนได้เสียตามมาตรา 5 วรรคแรก และวรรคสอง พระราชบัญญัติมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ. 2001 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ.2003 ของประเทศเวียดนาม

¹² Indera Syahrul Mat Radzuan, *Cultural Heritage Incentives for The Conservation of Traditional Settles : The Case of Malaysia, Japan and South Korea*, (Kualalumpur : University of Malaya, 2016), pp.234-241.

3) กฎหมายวัฒนธรรมไม่มีมาตราได้รับรองว่า ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา แต่กฎหมายลิขสิทธิ์กลับคุ้มครองผลิตภัณฑ์ทางวัฒนธรรมไว้ในมาตรา 1 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง ค.ศ.2003 ของประเทศกัมพูชา และรัฐไมโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจากชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไป คือประเทศไทยควรมีมาตราใดมาตราหนึ่งในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 เพื่อรับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในสินค้าของชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียหรือไม่

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ประเทศไทยควรมีมาตราใดที่รับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในสินค้าของชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียไว้ในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 เพื่อการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีความตกลงทริปส์ รวมทั้งป้องกันความสับสนและการตีความว่า ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียได้รับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในผลผลิตจากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้หรือไม่

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อมา คือรัฐสามารถโอนทรัพย์สินทางปัญญาในสินค้าผลผลิตที่เกิดจากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้หรือไม่

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า รัฐไม่อาจโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ว่าจะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ถูกขึ้นทะเบียนเป็นมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติหรือไม่ ภายใต้เหตุผลสนับสนุนต่อไปนี้

1) สิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาล้วนเป็นสิทธิมนุษยชน มนุษย์เท่านั้นที่เป็นผู้ทรงสิทธิ รัฐหาใช่ผู้ทรงสิทธิ รัฐจึงไม่อาจรับโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจากมนุษย์

2) สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิในความเป็นเจ้าของของปัจเจกชน สิทธินี้เกิดขึ้นจากพันธกรณีความตกลงทริปส์ รัฐภาคีสมาชิกจึงไม่อาจโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของปัจเจกชนหรือชุมชนมาเป็นของรัฐ

3) รัฐภาคีสมาชิกความตกลงทริปส์มีหน้าที่ตระหนักว่า สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิของปัจเจกชนตามอารัมภบทความตกลงทริปส์ รัฐจึงไม่ควรโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจากผู้ทรงสิทธิ

ภายใต้เหตุผลข้างต้น รัฐภาคีสมาชิกและประเทศไทยต้องตระหนักและคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของปัจเจกชน ประเทศไทยจึงไม่ควรโอนสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาแก่รัฐ ดังเช่นที่ปรากฏในมาตรา 51 (3) พระราชบัญญัติ The National

Heritage Act ค.ศ.2005 ของประเทศมาเลเซีย เพราะกรณีนี้เป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งรัฐธรรมนูญของประเทศเสรีประชาธิปไตยได้ประกัน และคุ้มครองสิทธิดังกล่าวแก่ประชาชนไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่า สิทธิในทรัพย์สินรวมถึงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน เพื่อที่ประชาชนหรือปัจเจกชน และชุมชนสามารถใช้สิทธินี้พัฒนาตนเองทั้งทางกายภาพและทางจิตใจ ส่งผลให้แต่ละคนสามารถดำรงชีวิตในสังคมได้อย่างมีเกียรติภูมิหรือสมศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนพึงกระทำได้ เพียงเพื่อการปกป้องประโยชน์สาธารณะ หรือป้องกันการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น รัฐพึงจำกัดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของปัจเจกชนและชุมชนเพียงเท่าที่จำเป็น และรัฐยังต้องปฏิบัติตามหลักความได้สัดส่วน (Principle of proportionality) ที่ประกอบด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผล หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

ภายใต้หลักกฎหมายมหาชนข้างต้น การโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของปัจเจกชนมาเป็นของรัฐตามมาตรา 51 (3) แห่งพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ. 2005 ของประเทศมาเลเซียข้างต้น กรณีนี้จึงเป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนและชุมชน และการใช้มาตรา 51 (3) พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ของประเทศมาเลเซียยังไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน เพราะการโอนลิขสิทธิ์แก่รัฐไม่เป็นไปตามหลักความจำเป็น มาตรการที่โอนลิขสิทธิ์โดยผลแห่งกฎหมายมีผลร้ายเกินความจำเป็นแก่ชุมชน และวิธีการเช่นนี้ยังขัดต่อหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เพราะชุมชนได้รับความเสียหายมากกว่าประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดขึ้น

ยิ่งไปกว่านั้น ถ้าประเทศไทยโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นของรัฐ ดังเช่นประเทศมาเลเซียได้ใช้วิธีการโอนลิขสิทธิ์โดยกฎหมายตามมาตรา 51 (3) แห่งพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 วิธีการดังกล่าวเป็นการปฏิบัติที่ขัดต่อพันธกรณีตามความตกลงทริปส์ขององค์การการค้าโลก¹³ ซึ่งทั้งประเทศมาเลเซียและประเทศไทยเป็นรัฐภาคีสมาชิก และการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าวยังไม่สอดคล้องกับแนวคิดสิทธิสิทธิมนุษยชนในอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 เพราะสิทธิทางวัฒนธรรมตั้งอยู่บนแนวคิดสิทธิมนุษยชน เพื่อมนุษยชนมีความมั่นคงในการดำรงตน และทำให้มนุษย์ใช้สิทธิเสรีภาพอื่นได้ การจำกัดสิทธิในทรัพย์สิน เพียงเพื่อรัฐมีประสิทธิภาพในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ทั้งๆ ที่รัฐอาจใช้มาตรการอื่นๆ ได้ การโอนลิขสิทธิ์หรือทรัพย์สินทางปัญญาเป็นของรัฐ กรณีนี้จึงไม่สอดคล้องกับแนวคิดสิทธิมนุษยชนตามอารัมภบทอนุสัญญาว่าด้วย

¹³ อารัมภบทความตกลงทริปส์

Recognizing that intellectual property rights are private rights.

การสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 การใช้มาตรา 51 (3) พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ของประเทศมาเลเซียจึงไม่ใช่ตัวอย่างที่ดีแก่การแก้ไขกฎหมายวัฒนธรรมของประเทศไทย

ฉะนั้นประเทศไทยจึงควรบัญญัติมาตราหนึ่งในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 เพื่อรับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย แต่ประเทศไทยไม่ควรโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามาเป็นของรัฐ เนื่องด้วยกรณีดังกล่าวขัดต่อพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และความตกลงทริปส์ ซึ่งประเทศไทยเป็นรัฐภาคีสมาชิก

4.3 ชุมชนผู้รักษาสมาคมระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ด้วยธรรมชาติของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่เป็นหนึ่งในวิถีชีวิตชุมชน ไม่ว่าจะในการดำรงชีวิต แหล่งรายได้ ประเพณี ความเชื่อ ศาสนา แต่ด้วยชุมชนไม่ใช้มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เพียงในพื้นที่ชุมชน การประพาสติ ปฏิบัติ สืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงอาจปรากฏในชุมชนและนอกชุมชน และสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ยังเป็นสินค้าโภคภัณฑ์ในระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา หัวข้อนี้จึงเป็นการวิเคราะห์ต่อยอดจากบทที่ 3 เพื่อวิเคราะห์ชุมชนที่เป็นผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาต่อไปนี้

4.3.1 ชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิและรักษาสมาคมสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

ภายใต้ผลการวิเคราะห์เบื้องต้นในบทที่ 2 เกี่ยวกับชุมชนผู้ทรงสิทธิตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ของประเทศไทย ซึ่งผลการวิจัยเบื้องต้นพบว่า ชุมชนตามกฎหมายฉบับนี้มีลักษณะพิเศษ โดยชุมชนนั้นประกอบด้วยสมาชิกที่เป็นปัจเจกชน และกลุ่มบุคคล โดยสมาชิกในชุมชนนั้นแบ่งออกเป็น 2 กลุ่มย่อย เพื่อทำหน้าที่เกี่ยวกับการประพาสติ ปฏิบัติ สืบทอดสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ก็คือผู้สืบทอดภูมิปัญญาโดยตรง (tradition knowledge holders) และผู้สืบทอดทางวัฒนธรรมหรือชุมชนวัฒนธรรม (cultural communities) ซึ่งผู้สืบทอดทางวัฒนธรรมนั้นอาจเป็นสมาชิกในชุมชนหรือบุคคลอื่นๆ ที่สนใจและรักในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ประเด็นที่ต้องพิจารณา ก็คือลักษณะชุมชนตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ที่บัญญัติว่า “ชุมชน หมายความว่า กลุ่มคนกลุ่มเดียวหรือหลายกลุ่ม ที่มีความรู้ มีการประพาสติปฏิบัติ สืบทอด หรือมีส่วนร่วมในมรดก

ภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม” ลักษณะชุมชนดังกล่าวสอดคล้องกับชุมชนตามพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 หรือไม่

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ชุมชนข้างต้นไม่สอดคล้องกับชุมชนตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ทั้งหมด เพราะลักษณะชุมชนตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ไม่ครอบคลุมถึงพื้นที่ทางวัฒนธรรม (cultural spaces) และไม่สะท้อนถึงอัตลักษณ์ รวมทั้งความเป็นสิทธิมนุษยชนตามอารัมภบทและข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ซึ่งข้อ 2.1 อนุสัญญาฉบับดังกล่าว ชุมชนมีลักษณะต่อไปนี้

1) ชุมชนอาจเป็นชุมชนคนเมือง ชุมชนคนพื้นเมืองดั้งเดิม กลุ่มบุคคล บางครั้งรวมถึงปัจเจกชน แต่ชุมชนทั้งหมดนี้ต้องมีบทบาทสำคัญในการผลิต สงวนรักษา ดำรงไว้ และสร้างสรรค์ใหม่ซึ่งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ตามที่ปรากฏในอารัมภบทอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003¹⁴

2) ชุมชน กลุ่มบุคคล และบางกรณีปัจเจกชนต้องยอมรับว่า มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของมรดกทางวัฒนธรรมของตนตามข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

3) ชุมชนต้องเป็นผู้ประพจน์ ปฏิบัติ แสดงออก สืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จากคนรุ่นหนึ่งไปยังคนอีกรุ่นหนึ่ง โดยการสร้างขึ้นใหม่อย่างสม่ำเสมอ เพื่อตอบสนองต่อสภาพแวดล้อมของชุมชนตามข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

4) ชุมชนประพจน์ ปฏิบัติ การแสดง การสืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในพื้นที่ทางวัฒนธรรม (cultural spaces) แห่งใดแห่งหนึ่งตามข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

ทั้งนี้ ความเห็นของผู้วิจัยข้างต้นสอดคล้องกับผู้ช่วยศาสตราจารย์สุดแดน วิสุทธิลักษณ์ อาจารย์ประจำคณะสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และผู้อำนวยการพิพิธภัณฑ์ธรรมศาสตร์เฉลิมพระเกียรติในบทความเรื่อง มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของชาติ : บทเรียนจากเพื่อนบ้าน ว่า การใช้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทาง

¹⁴ prologue Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, 2003

Recognizing that communities, in particular indigenous communities, groups and, in some cases, individuals, play an important role in the production, safeguarding, maintenance and recreation of the intangible cultural heritage, thus helping to enrich cultural diversity and human creativity.

วัฒนธรรม พ.ศ.2559 ได้ละข้อความสำคัญบางประการตามที่ระบุไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 เช่น พื้นที่ทางวัฒนธรรม (cultural space) อัตลักษณ์ (identity) ความหลากหลายทางวัฒนธรรม (cultural diversity) และสิทธิมนุษยชน (human rights)¹⁵

ประเด็นต่อมา ชุมชนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 มีลักษณะเช่นเดียวกับชุมชนตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งชุมชนตามมาตรา 3 และมาตรา 25 พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ชุมชนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546 และชุมชนตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 เป็นชุมชนมีลักษณะร่วมเดียวกัน คือการเป็นพื้นที่ทางวัฒนธรรม ซึ่งชุมชนใช้พื้นที่ดังกล่าวผลิตและจำหน่ายสินค้าในระบบสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ภายใต้เหตุผลต่อไปนี้

1) ชุมชนตามกฎหมายวัฒนธรรมและกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นชุมชนเดียวกัน เพราะชุมชนที่ประพฤติ ปฏิบัติเกี่ยวกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ก็คือชุมชนเดียวกันที่ได้ผลิตและจำหน่ายสินค้าตามกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

2) แหล่งภูมิศาสตร์ อันได้แก่พื้นที่ของประเทศ เขต ภูมิภาคและท้องถิ่น และรวมถึงทะเล ทะเลสาบ แม่น้ำ ลำน้ำ เกาะ ภูเขา และพื้นที่อื่นทำนองเดียวกันตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546 ก็คือพื้นที่ทางวัฒนธรรม ซึ่งชุมชนที่ประพฤติ ปฏิบัติ สืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559

3) การประพฤติ ปฏิบัติ การแสดง หรือการสืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 นั้น ย่อมหมายความรวมถึงการผลิต ขาย จำหน่ายจ่ายแจกสินค้าผลผลิตจากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

อีกทั้ง ความเห็นของผู้วิจัยที่ว่า แหล่งภูมิศาสตร์กับพื้นที่ทางวัฒนธรรมมีเนื้อหาอย่างเดียวกันนั้น กรณีนี้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงในบทที่ 2 ว่า ชุมชนชาวนครปฐมใช้พื้นที่ทางวัฒนธรรม เพื่อผลิตและจำหน่ายสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ไม่ว่าจะข้าวหมูแดง นครปฐม ขนมเป็ยะบางเลน โดยพื้นที่ทางวัฒนธรรมดังกล่าวคือพื้นที่จังหวัดนครปฐม และบางเลน

¹⁵ สุดแดน วิสุทธิลักษณ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 11*, น.10.

จังหวัดนครปฐม พื้นที่ทางวัฒนธรรมจึงเป็นแหล่งภูมิศาสตร์ตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546

นอกจากนี้ ผู้วิจัยยังมีข้อสังเกตว่า พื้นที่ทางวัฒนธรรม (cultural spaces) และแหล่งภูมิศาสตร์ (Geographical Indication) ตามกฎหมายวัฒนธรรมและกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นพื้นที่ในลักษณะเดียวกัน เพราะคำศัพท์พื้นที่ทางวัฒนธรรมและแหล่งภูมิศาสตร์ตั้งอยู่บนแนวคิดนักปรัชญาชาวตะวันตก ศัพท์ทั้งสองจึงใช้องค์ความรู้แผนที่ของชาวตะวันตก พื้นที่ทั้งสองจึงเป็นเส้นเขตแดนที่มีขอบเขตแน่นอนชัดเจน ซึ่งนักภูมิศาสตร์ใช้เส้นนี้ทอดยาวต่อเนื่องกัน (linear) และลากข้ามพื้นที่ต่างๆ ไม่ว่าแม่น้ำ ลำคลอง ภูเขา หรือพื้นที่ที่รกร้างไม่มีผู้อาศัย พื้นที่ทางวัฒนธรรมและแหล่งภูมิศาสตร์จึงเป็นคำอธิบายด้านภูมิศาสตร์

เช่นเดียวกับศาสตราจารย์ภาควิชาประวัติศาสตร์ ธรรมศาสตร์ ธรรมศาสตร์ ธรรมศาสตร์ แห่งมหาวิทยาลัยวิสคอนซิน-แมดิสัน สหรัฐอเมริกาที่มีความเห็นทำนองเดียวกับผู้วิจัยว่า ชุมชนในบริบทชาวตะวันตกเป็นชุมชนจินตกรรม (imagined community) ของ เบน แอนเดอร์สัน นักรัฐศาสตร์ ชุมชนจึงหมายถึงสังคมที่ผู้คนอยู่ในระนาบเดียวกัน เท่าเทียมกัน และจินตนาการว่าเป็นสังคมร่วมกัน¹⁶ โดยชุมชนดังกล่าวก่อตัวขึ้น โดยการใช้อ้างอิงความรู้ทางแผนที่ของชาวตะวันตก ชุมชนจึงเป็นชุมชนที่อยู่อาศัยในพื้นที่ภูมิศาสตร์เดียวกัน พื้นที่ชุมชนจึงเป็นคำอธิบายตามหลักแผนที่ การอธิบายนี้ผ่านคำว่า “เส้นเขตแดน” ที่เป็นเส้นทอดยาวต่อเนื่องกันไป เส้นนี้เป็นเส้นทั้งแนวตั้งและแนวนอน พื้นที่ในขอบเขตเส้นแนวตั้งจึงมีขอบเขตขึ้นไปบนท้องฟ้า และเป็นเส้นแนวราบลากยาวแนวราบผ่านพื้นที่ราบ ชุมชน หมู่บ้าน ภูเขา แม่น้ำ ลำคลอง¹⁷

ประเด็นข้อกฎหมายสุดท้าย คือชุมชนหรือรัฐเป็นผู้รักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ควบคู่กับการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ชุมชนเป็นผู้รักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ควบคู่กับการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ภายใต้อัตนวิสัยต่อไป

1) ชุมชนคือผู้ครอบครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้และภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ชุมชนจึงเป็นผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และชุมชนจึงต้องรักษาสมดุลระหว่างการพัฒนาต่อยอด

¹⁶ ธรรมศาสตร์ ธรรมศาสตร์, “ธรรมศาสตร์ ธรรมศาสตร์ มงทะเลประวัติศาสตร์ “ราชาชาตินิยม” และ “ผี” ในการเมืองไทย”, สืบค้นเมื่อวันที่ 19 สิงหาคม 2563 จาก <https://www.bbc.com/thai/thailand-49231878>.

¹⁷ ธรรมศาสตร์ ธรรมศาสตร์, กำเนิดสยามจากแผนที่, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์อ่าน, 2556), น.104-105.

ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หรือส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้โดยปริยาย

2) ชุมชนเป็นผู้รักษาสมาคมระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ก็เพราะจากพันธกรณีข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ซึ่งการได้รับสิทธิทางวัฒนธรรมไม่กระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของชุมชน ประกอบกับตามข้อ 22 ความตกลงทริปส์ สิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นสิทธิชุมชน ไม่ใช่รัฐ ชุมชนจึงเป็นผู้ทรงสิทธิและรักษาสมาคมระหว่างการแสวงหาประโยชน์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

3) ไม่มีข้อกำหนดใดในอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และความตกลงทริปส์ขององค์การการค้าโลก เพื่อให้รัฐเป็นผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา รัฐจึงไม่ใช่ผู้ทรงสิทธิและไม่มีหน้าที่รักษาสมาคมระหว่างการแสวงหาประโยชน์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ กลับกันรัฐมีหน้าที่ต้องยอมรับว่า ชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ตามข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

เบื้องต้นชุมชนจึงเป็นผู้รักษาสมาคมระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ในฐานะที่การแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนเป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และประโยชน์สาธารณะคือการส่งเสริม รักษา สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสิทธิทางวัฒนธรรม และชุมชนยังเป็นผู้ทรงสิทธิและรักษาสมาคมดังกล่าวตามธรรมชาติ และเป็นไปตามพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และความตกลงทริปส์ขององค์การการค้าโลก

ฉะนั้นชุมชนตามกฎหมายวัฒนธรรมและกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จึงเป็นชุมชนที่ตั้งอยู่บนองค์ความรู้ชาวตะวันตก ชุมชนจึงเป็นผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และชุมชนสามารถกำหนดใจตนเองในการรักษาสมาคมระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะ เพื่อการส่งเสริม รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยชุมชนนั้นต้องตั้งอยู่ในพื้นที่ทางวัฒนธรรมแห่งใดแห่งหนึ่ง และมีอัตลักษณ์ในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รวมทั้งโครงสร้างสมาชิกชุมชนยังแบ่งเป็นสมาชิกที่เป็นผู้สืบทอดภูมิปัญญาโดยตรง (tradition knowledge holders) และผู้สืบทอดทางวัฒนธรรมหรือชุมชนวัฒนธรรม (cultural communities) ซึ่งสมาชิกเหล่านี้ ก็คือผู้มีส่วนได้เสียที่เป็นอาจเป็นกลุ่มบุคคล หรือปัจเจกชนที่ครอบครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

4.3.2 รัฐร่วมกับชุมชนจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ภายใต้พันธกรณีข้อ 15 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 เรื่อง การมีส่วนร่วมของชุมชน กลุ่มบุคคล และปัจเจกชน โดยรัฐภาคีสมาชิกต้องพยายามดำเนินการให้ชุมชนมีส่วนร่วมในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อย่างกว้างขวางที่สุด ทำให้หัวข้อจึงเป็นการวิเคราะห์ว่า การใช้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ของประเทศไทยเป็นไปตามพันธกรณีข้อดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งปรากฏผลการวิเคราะห์ต่อไปนี้

ประเด็นข้อกฎหมายแรก การใช้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ของประเทศไทยเป็นไปตามพันธกรณีข้อ 15 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 เพื่อชุมชน กลุ่มบุคคล และปัจเจกชนร่วมกับรัฐในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้หรือไม่นั้น

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ของประเทศไทยไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 15 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 เพราะประเทศไทยยังไม่จัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามหลักการมีส่วนร่วมของชุมชน กลุ่มบุคคล ปัจเจกชนอย่างแท้จริง ดังที่ปรากฏว่า ประเทศไทยใช้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ของประเทศไทย แต่ไม่ได้ปฏิบัติตามพันธกรณีเรื่อง การมีส่วนร่วมของชุมชน กลุ่มบุคคล และปัจเจกชนตามข้อ 15 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ในหลายๆ ประการต่อไปนี้

1) ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียไม่มีส่วนร่วมกับรัฐ เพื่อการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อย่างกว้างขวางตามพันธกรณีข้อ 15 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

แม้ว่าชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียสามารถเข้าเป็นผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการส่งเสริมรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม และคณะกรรมการส่งเสริมรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมประจำจังหวัด และคณะกรรมการส่งเสริมรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมกรุงเทพมหานครตามมาตรา 5 มาตรา 10 และมาตรา 15 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 แต่ชุมชนก็ไม่ได้มีส่วนร่วมโดยตรง เพราะชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียไม่มีโอกาสขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้โดยตนเอง แต่การขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมต้องผ่านกลไกของรัฐ คือเสนอผ่านคณะกรรมการ เช่นนี้ชุมชนจึงไม่มีส่วนร่วมอย่างกว้างที่สุดตามข้อ 15 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

2) การที่สมาชิกในชุมชนคนใดเข้าเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ กรณีนี้ก็ไม่ใช่ไป ตามหลักการมีส่วนร่วมโดยชุมชน กลุ่มบุคคลและปัจเจกชนตามข้อ 15 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวน รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 เช่นกัน เพราะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ นั้นไม่ได้ ผ่านการคัดเลือกโดยตรงจากชุมชนและผู้มีส่วนเสีย ตรงกันข้ามการที่ผู้ใดเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ในคณะกรรมการส่งเสริมรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมประจำจังหวัด และคณะกรรมการ ส่งเสริมรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมกรุงเทพมหานคร การเป็นผู้ทรงคุณวุฒินี้กลับอยู่ภายใต้ การตัดสินใจจากภาครัฐตามมาตรา 5 มาตรา 10 และมาตรา 15 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษา มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ซึ่งตามปกติภาครัฐย่อมคัดเลือกจากผู้ที่มีความรู้เกี่ยวกับ รัฐ เพื่อปฏิบัติหน้าที่เป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ

3) การปฏิบัติงานของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิอยู่ภายใต้การครอบงำของภาครัฐ ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียจึงไม่มีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และในการคัดเลือกกว่า มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ใดควรขึ้นทะเบียนเป็นมรดกทางวัฒนธรรม แห่งชาติตามมาตรา 5 มาตรา 10 และมาตรา 15 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญา ทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559

4) การที่ประเทศไทยใช้ระบบการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ภายใต้โครงสร้างการบริหารราชการส่วนภูมิภาคและท้องถิ่น ได้แก่เขตจังหวัดและกรุงเทพมหานคร กรณีนี้ขัดต่อธรรมชาติมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพราะประเทศไทยมีมรดกทางวัฒนธรรมที่ จับต้องไม่ได้ข้ามพรมแดน มรดกทางวัฒนธรรมดังกล่าวมีได้อยู่ในจังหวัดใดจังหวัดหนึ่ง ประกอบกับ ชุมชนมักแลกเปลี่ยนเรียนรู้ทางวัฒนธรรมกับชุมชนอื่นๆ มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ชนิด เดียวกันจึงอาจปรากฏอยู่ในหลายๆ จังหวัดได้ การขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ของประเทศไทยจึงไม่น่าถูกต้อง เช่น ต้มยำกุ้งที่เป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้และเป็น สินค้า ซึ่งชาวภาคกลางในประเทศไทยผลิตและสืบทอดมาอย่างยาวนาน ทุกชุมชนในหลายๆ จังหวัดก็ครอบครองภูมิปัญญาที่ผลิตต้มยำกุ้ง จังหวัดใดควรขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมดังกล่าว และถ้าจังหวัดหนึ่งขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ต้มยำกุ้งแล้ว จังหวัดอื่นๆ ขึ้น ทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ต้มยำกุ้งได้หรือไม่ เป็นต้น

ความเห็นข้างต้นสอดคล้องกับความเห็นของอเล็กซานดรา เดอเนส (Alexandra Denes) นักวิชาการสถาบันวิจัยภาษาและวัฒนธรรมเอเชีย มหาวิทยาลัยมหิดล ซึ่ง อเล็กซานดราได้แสดงความเห็นไว้ในงานเสวนาวิชาการ “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับ (แตะ) ต้องไม่ได้”

เมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน พ.ศ.2556 ณ ศูนย์สังคมและวัฒนธรรมร่วมสมัย คณะสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ว่า¹⁸

“ประเทศไทยได้นำเอาอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 มาเป็นต้นแบบ เพื่อการร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 แต่ทำไมกฎหมายฉบับนี้จึงไม่มีมาตราที่ว่าด้วยเรื่องบทบาทของชุมชน การมีส่วนร่วมของชุมชนกับรัฐในการจัดการและขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เรื่องนี้ไม่ปรากฏ และวิธีการขึ้นทะเบียนค่อนข้างจะซับซ้อน โดยเฉพาะการใช้คณะกรรมการระดับจังหวัดเป็นตัวเชื่อมระหว่างชุมชนกับราชการส่วนกลางและกรมส่งเสริมวัฒนธรรม โดยมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ต้องขึ้นทะเบียนกับจังหวัดก่อน ทำให้เกิดคำถามว่า กรณีมรดกทางวัฒนธรรมที่ข้ามพรมแดนของจังหวัด รัฐบาลไทยจะจัดการอย่างไร”

5) การใช้มาตรา 24 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ของประเทศไทยมีผลเท่ากับว่า รัฐกำลังแข่งแข่งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมมีอำนาจออกคำสั่ง เพื่อระงับการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ทั้งๆ ที่การขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นเพียงการบันทึกข้อมูล ณ ช่วงเวลาหนึ่งทางประวัติศาสตร์มรดกทางวัฒนธรรม การบันทึกไม่มีผลต่อการประพุดิ ปฏิบัติ การสืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทุกสาขา รวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ความเห็นผู้วิจัยข้างต้นสอดคล้องกับความเห็นของเคธี โพลีย์ บรรณาธิการของวารสาร Asian Theatre Journal และศาสตราจารย์ด้านศิลปะการละครที่มหาวิทยาลัยแคลิฟอร์เนียซานตาครุซ ซึ่งได้นำเสนอไว้ในบทความเรื่อง “เมื่อไม่มีผลงานชิ้นเอก : ผลกระทบอันแจ่มชัดและมรดกวัฒนธรรมที่ไม่เป็นกายภาพในโลกที่มีพรมแดน” ว่า องค์การยูเนสโกมุ่งหวังที่จะปกป้องรักษาและส่งมอบมรดกวัฒนธรรมให้ชุมชนผู้เป็นเจ้าของวัฒนธรรมต่างมีส่วนเกี่ยวข้องกับพัฒนาการของตัวเอง แต่ไม่ใช่การแข่งแข่งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้¹⁹

นอกจากนี้ เมื่อผู้วิจัยพิจารณาเปรียบเทียบกับการใช้กฎหมายวัฒนธรรมกับประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศ CLMV และประเทศมาเลเซียแล้ว ผู้วิจัยพบว่า ประเทศมาเลเซียมีการใช้กฎหมายวัฒนธรรมที่สอดคล้องกับ

¹⁸ ศูนย์สังคมและวัฒนธรรมร่วมสมัย คณะสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับ (แต่) ต้องไม่ได้”, สืบค้นเมื่อวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2563 จาก <https://prachatai.com/journal/2013/11/49642>.

¹⁹ Kathy Foley, “No More Masterpieces: Tangible Impact and Intangible Cultural Heritage in Bordered Worlds,” *Asian Theatre Journal*, Vol. 31, No. 2, pp. 369-398, (2014).

หลักการมีส่วนร่วมโดยชุมชน กลุ่มบุคคล และปัจเจกชนตามข้อ 15 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 มากที่สุด เพราะไม่เพียงชุมชน กลุ่มบุคคล และปัจเจกชนมีส่วนร่วมกับรัฐ เพื่อการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่สาธารณชนยังมีส่วนร่วมกับรัฐในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อย่างกว้างขวางที่สุด ไม่ว่าจะการเป็นสมาชิกในชุมชนทางวัฒนธรรม (cultural communities) หรือร่วมปฏิบัติตามประเพณีวัฒนธรรมที่เกี่ยวข้องกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หรือการเป็นผู้สืบทอดองค์ความรู้ในมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้โดยตรง (tradition knowledge holders) ตามพระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ของประเทศมาเลเซีย²⁰

ส่วนจุดสมดุลงระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ อยู่ ณ จุดใดนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ไม่มีสูตรตายตัวว่าจุดสมดุลอยู่ ณ จุดใด แต่เงื่อนไขการเปลี่ยนจุดสมดุลนั้น กรณีนี้ขึ้นอยู่กับว่า ชุมชนได้กำหนดใจตนเองเช่นใด เพื่อการใช้สินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ตอบสนองความต้องการของชุมชน ไม่ว่าจะความต้องการรายได้กับประโยชน์สาธารณะในการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งชุมชนยังคงรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ต่อไป トラบเท่าที่ภูมิปัญญาท้องถิ่นดังกล่าวสร้างคุณประโยชน์แก่ชุมชน ชุมชนก็ย่อมส่งเสริม รักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งความเห็นทั้งหมดนี้สอดคล้องกับรายงานสำนักงานวัฒนธรรมจังหวัดนครปฐม กระทรวงวัฒนธรรมในหนังสือคู่มือเส้นทางท่องเที่ยวเชิงวัฒนธรรม : จังหวัดนครปฐม ว่าปัจจุบันชุมชนตลาดบางหลวง ร.ศ.112 กำลังอยู่ระหว่างการหาจุดสมดุลงระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยชุมชนพยายามส่งเสริมและรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไว้ เพื่อรักษาเอกลักษณ์ คุณภาพ ชื่อเสียงสินค้าอาหารดังกล่าวของชุมชน²¹

ฉะนั้นประเทศไทยยังไม่เปิดโอกาสแก่ชุมชน กลุ่มบุคคล และปัจเจกชน เพื่อการร่วมกับรัฐในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้อย่างกว้างขวางที่สุดตามพันธกรณีข้อ 15 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ประเทศไทยจึงควรแก้ไขประเด็นดังกล่าวในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ของประเทศไทย

²⁰ โปรดดูบทที่ 3.

²¹ สำนักงานวัฒนธรรมจังหวัดนครปฐม กระทรวงวัฒนธรรม, คู่มือเส้นทางท่องเที่ยวเชิงวัฒนธรรม : จังหวัดนครปฐม, (นครปฐม : บริษัท เพชรเกษมพรินติ้ง กรุ๊ป จำกัด), น.1.

4.3.3 ความสัมพันธ์สิทธิทางวัฒนธรรมกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

ดังที่นำเสนอไว้ในบทที่ 3 ว่า เนื้อหาแห่งสิทธิทางวัฒนธรรมมีความแตกต่างจากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะประเด็นข้อกฎหมายว่า ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียไม่อาจผูกขาดการใช้ประโยชน์จากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เพียงผู้เดียว ขณะที่ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากลับมีอำนาจผูกขาดการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เพียงผู้เดียว ทั้งหมดนี้จึงเกิดปัญหาข้อกฎหมายว่า การที่ข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ยอมรับว่า รัฐภาคีสมาชิกสามารถคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่ ความตกลงทริปส์ขององค์การการค้าโลก พร้อมๆ กับการปกป้องสิทธิทางวัฒนธรรม เช่นนี้สิทธิทางวัฒนธรรมกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาขัดแย้งกันหรือไม่ และความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิทั้งสองเป็นอย่างไร

ประเด็นแรก สิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาขัดแย้งกันหรือไม่ เมื่อรัฐภาคีสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 ต้องมอบทั้งสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแก่ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับสิทธิทางวัฒนธรรมไม่ขัดแย้งกัน แต่สิทธิทั้งสองเสริมเติมเต็มซึ่งกันและกัน ทำให้ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียได้รับประโยชน์สูงสุดตามกฎหมาย เพื่อการปกป้องการแสวงหาประโยชน์ของเอกชนในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และการที่ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิทางวัฒนธรรม เพื่อประโยชน์สาธารณะในการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ไม่ว่าจะชุมชนใช้สิทธิในการกำหนดใจตนเอง (self determination rights) ในการปฏิบัติหรือเข้าร่วมกับวัฒนธรรมต่างๆ ตามที่แต่ละสมาชิกชุมชนแต่ละคนต้องการ หรือการใช้สิทธิในการศึกษา (Educational Rights) หรือสิทธิในการมีส่วนร่วมของชุมชน กลุ่มบุคคล และปัจเจกชน (Participatory Rights of Communities, Group and Individuals) สิทธิเหล่านี้ก็ไม่ได้ตัดรอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงเกี่ยวคู่กัน เพื่อชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียได้รับประโยชน์สูงสุดตามกฎหมายและเป็นไปตามข้อ 14 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

ทั้งนี้ ความเห็นผู้วิจัยที่ว่า สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับสิทธิทางวัฒนธรรมไม่ขัดแย้งกัน กลับกันสิทธิทั้งสองเสริมเติมเต็มซึ่งกันและกันอยู่ภายใต้เหตุผลต่อไปนี้

1) การมอบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิทางวัฒนธรรมแก่ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย เพื่อรองรับข้อเท็จจริงในประวัติศาสตร์ของชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียได้ประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ว่าจะเครื่องหมายการค้า หรือสิ่งบ่งชี้ทาง

ภูมิศาสตร์ ก่อนที่องค์การยูเนสโกประกาศใช้อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

2) การที่ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียมีทั้งสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เพราะผลวิจัยในโครงการศึกษาวิจัยระหว่างองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกและองค์การยูเนสโก เพื่อแสวงหาคำตอบเกี่ยวกับการปกป้องสิทธิประโยชน์ทางกฎหมาย ซึ่งรัฐเกิดใหม่และประเทศในโลกรุดหน้าออกเรียกร้องการปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่นในระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และปฏิเสธไม่ให้ชาติตะวันตกเข้ามาแสวงหาประโยชน์และฉกฉวยประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นและมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของชาติตะวันตกและประเทศเกิดใหม่

นอกจากนี้ การที่ชุมชนได้รับทั้งสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยสิทธิทั้งสองเป็นส่วนเติมเต็มและเกื้อกูลประโยชน์แก่ชุมชน กรณีนี้สอดคล้องกับข้อมูลในสินค้าข้าวหอมแดง จังหวัดนครปฐมในบทที่ 3 ว่า ชุมชนชาวนครปฐมได้ใช้ประโยชน์จากเครื่องหมายการค้า เพื่อจำหน่ายอาหารจานด่วนข้าวหอมแดง จนปัจจุบันชุมชนชาวนครปฐมได้มีร้านจำหน่ายข้าวหอมแดงในชุมชนต่างๆ โดยเฉพาะเขตอำเภอเมืองจำนวนมากกว่า 100 แห่ง และข้าวหอมแดงนครปฐมได้รับการคัดเลือกให้เป็น ผลิตภัณฑ์อาหารที่เป็นของดีหนึ่งตำบลหนึ่งผลิตภัณฑ์ ชุมชนชาวนครปฐมจึงได้ออกร้านของดีสี่ภาคในงานเทศกาลของดี 4 ภาค และงานเทศกาลสำคัญต่างๆ ของจังหวัด งานตลาดวัฒนธรรม ตลาดน้ำคลองผดุงกรุงเกษม เป็นต้น²²

เช่นนี้การที่ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียได้รับสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิทั้งสองนี้ล้วนมีประโยชน์ต่อชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย โดยสิทธิทั้งสองเกื้อกูลและส่งเสริมซึ่งกันและกัน ทำให้ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียได้รับประโยชน์สูงสุดตามกฎหมาย เพื่อการผูกขาดการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และได้รับสิทธิทางวัฒนธรรมพร้อมๆ กัน

ประเด็นที่สอง ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิทางวัฒนธรรมกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาสอดคล้องหรือย้อนแย้งกันหรือไม่

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า สิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา สอดคล้องกันมิได้ย้อนแย้งกัน แต่การได้รับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียและสาธารณชนก็ได้รับผลกระทบไปพร้อมๆ กันต่อไปนี้

²² กรมส่งเสริมวัฒนธรรม กระทรวงวัฒนธรรม, แบบจัดทำรายการเบื้องต้นมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม แบบ มก. 2, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2563 จาก http://ich.culture.go.th/images/province/19_3_2.pdf.

1) การที่ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียได้รับประโยชน์จากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อการปกป้องประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนจากสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่สาธารณชนกลับต้องเผชิญกับปัญหาการเข้าถึงสินค้าทางวัฒนธรรม ไม่ว่าจะโดยการบริโภค การสืบทอด หรือการแบ่งปันในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพราะเมื่อชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียย่อมควบคุมและป้องกันการเข้าถึงสินค้าทางวัฒนธรรม โดยการใช้เงื่อนไขต่างๆ ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

นอกจากนี้ การได้มาซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญายังมีผลต่อชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย เพราะชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขต่างๆ ในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อการรักษามาตรฐานคุณภาพสินค้าต่างๆ รวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เช่น ในระบบกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ชุมชนผู้ผลิตต้องรักษามาตรฐานคุณภาพ ชื่อเสียง คุณลักษณะเฉพาะของสินค้าที่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์ ซึ่งชุมชนได้ใช้ผลิตสินค้าตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2559 เป็นต้น

เช่นเดียวกับศาสตราจารย์ Molly Beutz Land ที่นำเสนอไว้ในหนังสือเรื่อง Intellectual Property Rights and the Right to Participate in Cultural Life ว่า สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นกลไกทางกฎหมายที่สำคัญ ซึ่งชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียที่ เป็นผู้ทรงสิทธิ นำมาใช้ เพื่อการใช้สิทธิทางเศรษฐกิจ และป้องกันการเข้าถึงสินค้าดังกล่าว ทำให้สาธารณชนมีข้อจำกัดในการเข้าถึงสินค้าทางวัฒนธรรม ไม่ว่าจะด้านการบริโภค การเผยแพร่ หรือดัดแปลงสินค้าดังกล่าว²³

2) สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาก่อเกิดปัญหาอุปสรรคต่อชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย เพื่อการใช้สิทธิในทางวัฒนธรรม และสิทธิในการศึกษาที่เป็นสิทธิย่อยในสิทธิทางวัฒนธรรม แม้ว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีประโยชน์ต่อชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย แต่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาก็มีผลกระทบด้านลบ เมื่อชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียไม่อาจใช้สิทธิทางการศึกษาอย่างอิสระ สมาชิกในชุมชนและสาธารณชนที่ประสงค์เข้าร่วมทางวัฒนธรรม หรือต้องการร่วมสืบทอดทางวัฒนธรรม บุคคลเหล่านี้ต้องเผชิญเงื่อนไขข้อจำกัดสำคัญ คือการต้องได้รับความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย ไม่เช่นนั้นผู้นั้นต้องเผชิญความรับผิดชอบตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

เช่นเดียวกัน ศาสตราจารย์ Molly Beutz Land ได้อธิบายไว้ว่า ด้วยสินค้าทางวัฒนธรรมเป็นสินค้าที่มีความพิเศษ เพราะสินค้านี้ดังกล่าวถูกใช้เพื่อติดต่อกับสมาชิกในชุมชน และ

²³ Molly Beutz Land, *Intellectual Property Rights and the Right to Participate in Cultural Life*, (New York : New York Law School's, 2019), pp.2.

ใช้แลกเปลี่ยนวัฒนธรรมระหว่างชุมชนหนึ่งกับอีกชุมชน หรือใช้สื่อสารระหว่างชุมชนต่อสาธารณชน แต่เมื่อชุมชนได้รับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และสินค้าทางวัฒนธรรมกลายเป็นงานศิลปะตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ผลคือสมาชิกในชุมชนและสาธารณชนถูกจำกัดการเข้าถึงและการสืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมของชุมชน ทั้งๆ ที่การผลิตสิ่งต่างๆ ในทางวัฒนธรรมจึงเป็นปฏิกิริยาตอบสนองชุมชนสิทธิในการที่สาธารณชนมีส่วนร่วมในทางวัฒนธรรมจึงจำเป็น เพื่อการแบ่งปันสินค้าทางวัฒนธรรมกับบุคคลอื่นๆ²⁴

เช่นนี้แม้ว่าสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่ขัดแย้ง และสิทธิทั้งสองส่งเสริมต่อเติมซึ่งกันและกัน ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียได้รับสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายสูงสุด แต่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาก็สร้างผลกระทบหลายๆ ประการ ไม่ว่าจะเป็นการเผยแพร่ หรือการสืบทอด ซึ่งสมาชิกในชุมชนและสาธารณชนต้องขออนุญาตจากผู้ทรงสิทธิ สภาพเช่นนี้จึงขัดต่อการประพณี ปฏิบัติ สืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ทั้งนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า สาเหตุที่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาสร้างผลกระทบต่อชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียข้างต้น ก็เพราะแท้จริงระบบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิทางวัฒนธรรมเป็นสิทธิเชิงเดี่ยว ซึ่งนักกฎหมายชาวตะวันตกได้สร้างขึ้นและบรรจุไว้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ แต่สิทธิของชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียเป็นสิทธิเชิงซ้อนไม่ใช่สิทธิเชิงเดี่ยว ตามปกติสิทธิแต่ประเภทไม่มีเนื้อหาขอบเขตแยกจากกันอย่างชัดเจน สิทธิชุมชนที่เกี่ยวกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงมีเนื้อหาแห่งสิทธิที่เหลื่อมล้ำและทับซ้อน การแบ่งแยกเนื้อหาแห่งสิทธิออกจากกันจึงไม่อาจใช้กับผลผลิตทางวัฒนธรรมต่างๆ

แม้ว่าระบบสิทธิเชิงซ้อนที่เกิดขึ้น และชุมชนได้ใช้อย่างยาวนาน ก่อนประเทศไทย และประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศ CLMV และประเทศมาเลเซียได้รับอิทธิพลกฎหมายชาวตะวันตก และการบัญญัติกฎหมายภายในตามพันธกรณีสนธิสัญญาระหว่างประเทศ แต่เมื่อระบบสิทธิเชิงซ้อนไม่ถูกบรรจุไว้ในกฎหมายบ้านเมือง ผลลัพธ์คือการแยกแยะว่า สิทธิที่เกี่ยวกับสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ สิทธิใดเป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาหรือสิทธิทางวัฒนธรรมจึงไม่อาจทำได้อย่างชัดเจน เพราะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นเสมือนเหรียญๆ หนึ่ง ด้านหนึ่งของเหรียญเป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา อีกด้านเป็นสิทธิทางวัฒนธรรม สิทธิทั้งสองจึงอยู่ในเหรียญเดียวกัน และสิทธิทั้งสองก็คือสิทธิชุมชนในเหรียญเดียวกัน

อนึ่ง ความเห็นข้างต้นสอดคล้องกับความเห็นท่านศาสตราจารย์เสนห์ จามริก ซึ่งท่านได้กล่าวไว้ในงานสัมมนาเรื่องสิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญสีเขียว : ความคาดหวังและทางออก?

²⁴*ibid*, pp.4.

ว่า สิทธิมนุษยชนและสิทธิต่างๆ ในกฎหมายไทยล้วนนำมาจากตำราชาวตะวันตก โดยนักกฎหมายไทยไม่ตระหนักว่า ตำราสิทธิมนุษยชนเป็นตำราที่ทำขึ้นบนพื้นฐานประสบการณ์เฉพาะของชาวตะวันตก และสิทธิในทรัพย์สินเป็นสิทธิมนุษยชน ก็เพราะทรัพย์สินเป็นสิ่งที่มาจากธรรมชาติการดำรงชีวิตชาวตะวันตก สิทธิในทรัพย์สินจึงเป็นสิทธิในชีวิต สิทธิดังกล่าวจึงเป็นแกนกลาง หลังจากนั้นนักกฎหมายชาวตะวันตกจึงแตกย่อยเป็นสิทธิอื่นๆ เพิ่มขึ้น สิทธิเหล่านี้ล้วนเป็นสิทธิเชิงเดี่ยว ขณะที่สังคมไทยมีสภาวะแวดล้อมชุมชนต่างไป ชุมชนไม่หวงกันหรือแยกเป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อหวงกันสมาชิกในชุมชนและสาธารณชน ในบริบทชุมชนจึงมีสิทธิชุมชนที่ไม่ใช่สิทธิในความเป็นเจ้าของหรือการหวงกันผู้อื่น สิทธิในชุมชนไทยจึงเป็นสิทธิเชิงซ้อน สิทธินี้จึงไม่แบ่งแยกหรือหวงกันในทรัพย์สินรวมถึงทรัพย์สินทางปัญญา²⁵

ฉะนั้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิทางวัฒนธรรมจึงเป็นส่วนเสริมต่อเติมสิทธิประโยชน์แก่ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้ เพื่อการปกป้องประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชน และจำกัดผู้เข้าถึงสินค้าที่เกิดจากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ รวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

²⁵ โครงการยุทธศาสตร์นโยบายฐานทรัพยากร คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, สิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญสีเขียว : ความคาดหวังและทางออก?, (กรุงเทพฯ : คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2557), น.5-8.

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

งานวิจัยเรื่อง “การบูรณาการกฎหมายวัฒนธรรม เพื่อรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ประเทศสมาชิกเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ : ศึกษากรณีสินค้าอาหารจังหวัดนครปฐม ประเทศไทย” พบว่า ประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศ CLMV ประเทศมาเลเซีย และประเทศไทยล้วนใช้กฎหมายวัฒนธรรมควบคู่กับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่ไม่คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ในฐานะที่สิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิทางแพ่ง และสิทธิดังกล่าวพัฒนาจากแนวคิดสิทธิของทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างตามกฎหมายโรมัน (*res incorporales*) ขณะที่ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นงานสาธารณะและเป็นสมบัติของมวลมนุษยชาติ หลักการเหล่านี้ได้ถูกบรรจุไว้ทั้งในความตกลงทริพส์และอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 กฎหมายวัฒนธรรมและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของทุกประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้จึงเป็นกฎหมายสากลที่เกิดขึ้นจากพันธกรณีสนธิสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว ซึ่งผู้วิจัยขอเสนอบทสรุปและข้อเสนอแนะต่อไปนี้

5.1 บทสรุป

ปัจจุบันประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศ CLMV และประเทศมาเลเซียได้ใช้กฎหมายวัฒนธรรม เพื่อส่งเสริมและรักษาทั้งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้และมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แต่เฉพาะประเทศไทยที่ใช้กฎหมายเฉพาะ คือพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 กับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เพียงอย่างเดียว และด้วยกฎหมายฉบับดังกล่าวปราศจากรายละเอียดการใช้สิทธิทางวัฒนธรรม และไม่รองรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียตามข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 รวมทั้งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ยังได้นำเอาโครงสร้างการบริหารราชการแผ่นดินมาใช้ในการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เริ่มต้นจากการขึ้นทะเบียนจากคณะกรรมการระดับจังหวัดและมาสู่คณะกรรมการระดับชาติตามมาตรา 5

มาตรา 10 และมาตรา 15 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 กฎหมายวัฒนธรรมฉบับนี้จึงมีเนื้อหาไม่สอดคล้องกับพันธกรณีสนธิสัญญาระหว่างประเทศ และรอการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในอนาคต

ภายใต้ภาพรวมที่ประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศ CLMV ประเทศมาเลเซีย และประเทศไทยได้ใช้กฎหมายวัฒนธรรมที่ต่างกัน แต่หากจำกัดเฉพาะ 3 ประเทศ คือประเทศมาเลเซีย ประเทศเวียดนาม และประเทศกัมพูชา สามประเทศนี้เท่านั้นที่มีมาตราใดมาตราหนึ่ง เพื่อรองรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไว้ในกฎหมายวัฒนธรรม หรือกฎหมายลิขสิทธิ์ และชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียมีบทบาทเป็นผู้รักษาสมดุระหว่าง การแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ กฎหมายวัฒนธรรมที่รองรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงมี 2 กลุ่มใหญ่ๆ

กลุ่มที่ 1 กฎหมายวัฒนธรรมที่รับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียเป็นผู้ทรงสิทธิ ได้แก่พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ของประเทศมาเลเซีย และพระราชบัญญัติมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.2001 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2003 ของประเทศเวียดนาม แต่ประเทศมาเลเซียเท่านั้นที่มีระบบไอแอลลิขสิทธิ์ในกฎหมายวัฒนธรรม ภายใต้เงื่อนไขว่า เมื่อใดรัฐจำเป็นต้องปกป้องประโยชน์สาธารณะ และรัฐได้ขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติแล้ว รัฐรับไอแอลลิขสิทธิ์จากชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย และรัฐเข้ามาจัดการด้านต่างๆ เพื่อมิให้เกิดผลกระทบต่อมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ รวมถึงป้องกันอุปสรรคในการขึ้นทะเบียนสู่มรดกทางวัฒนธรรมโลกกับองค์การยูเนสโก ดังเช่นที่ปรากฏในมาตรา 51 (3) พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ของประเทศมาเลเซีย เป็นต้น

กลุ่มที่ 2 กฎหมายวัฒนธรรมที่ไม่มีมาตราใด เพื่อรองรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา แต่กฎหมายลิขสิทธิ์กลับรับรองว่า ผลิตภัณฑ์ทางวัฒนธรรมได้รับลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย ประเทศที่อยู่ในกลุ่มนี้ คือประเทศกัมพูชา ดังที่ปรากฏว่า พระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1996 ที่ไม่มีมาตราใดรับรองว่า ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียได้รับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา แต่เพราะประเทศกัมพูชาได้ประกันสิทธิในทรัพย์สินและทรัพย์สินทางปัญญาของประชาชนไว้ในมาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ค.ศ.1993 ผลิตภัณฑ์ทางวัฒนธรรมจึงเป็นวัตถุแห่งความคุ้มครองตามมาตรา 1 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง ค.ศ.2003 ของประเทศกัมพูชา

ด้านตัวผู้ทรงสิทธิและรักษาสมดุระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ผู้วิจัยพบว่า รัฐไม่ใช่ผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เพราะสิทธิทั้งสองเป็นสิทธิมนุษยชน มนุษย์เท่านั้นที่เป็นผู้ทรงสิทธิ ไม่ว่าจะมนุษย์จะเป็นชุมชน กลุ่มบุคคล หรือปัจเจกชน และกฎหมาย

วัฒนธรรมและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจะมีจุดยึดโยงร่วมกัน ก็คือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าทางวัฒนธรรมเป็นงานสาธารณะ หรือเป็นสมบัติของมวลมนุษยชาติ ไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หากแต่สิทธิทางวัฒนธรรมมีเนื้อหาแห่งสิทธิที่พิเศษต่างจากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะการเป็นสมบัติของมวลมนุษยชาติไม่ได้หมายความว่า ผู้ใดประพฤติ ปฏิบัติ หรือใช้ประโยชน์จากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามอำเภอใจ ดังเช่นงานสาธารณะตามแนวคิดกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ตรงกันข้ามสาธารณชนมีหน้าที่พึงเคารพต่อประเพณี ความเชื่อ ขนบธรรมเนียมที่เกี่ยวข้องกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

สำหรับประเทศไทยที่ใช้กฎหมายเฉพาะพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 แต่เมื่อกฎหมายฉบับนี้ไม่รองรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และไม่มีบทบัญญัติใดๆ เกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของชุมชน กลุ่มบุคคล ปัจเจกชน เพื่อการจัดการและขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ผู้วิจัยจึงได้ผลการวิจัยในแต่ละประเด็น ดังนี้

ประเด็นการศึกษาที่ 1 แนวคิดทฤษฎีและหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับกฎหมายวัฒนธรรมและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อรักษาสมดุลในการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ผู้วิจัยพบว่า กฎหมายวัฒนธรรมและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยล้วนตั้งอยู่บนแนวคิดสิทธิมนุษยชน และทฤษฎีสิทธิในการกำหนดใจตนเองเป็นทฤษฎีที่สำคัญทั้งในกฎหมายวัฒนธรรมและกฎหมายทรัพย์สินปัญญา เพื่อชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียเป็นผู้ทรงสิทธิ ผู้ทรงสิทธิจึงมีอิสระในการกำหนดใจตนเองว่า ตนต้องการพัฒนาต่อยอดภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หรือตนมุ่งส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งหากผู้ทรงสิทธิปราศจากสิทธิกำหนดใจตนเองเสียแล้ว ผู้ทรงสิทธิย่อมไม่อาจใช้สิทธิของตนตามทฤษฎีสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนของลือคหรือแนวคิดสิทธิทางวัฒนธรรม ผลที่ตามมาคือการรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ก็ย่อมไม่เกิดขึ้น

ทั้งนี้ หลักฐานความเป็นสิทธิมนุษยชนของกฎหมายวัฒนธรรมและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาข้างต้นได้ถูกบรรจุไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และความตกลงทริปส์ ซึ่งแม้สนธิสัญญาระหว่างประเทศทั้งสองไม่บัญญัติสิทธิกำหนดใจตนเองไว้อย่างชัดเจน แต่เมื่อมนุษย์เป็นผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา รัฐมิใช่ผู้ทรงสิทธิ และสิทธิทั้งสองมีขึ้น เพื่อประกันว่า รัฐหรือผู้ปกครองไม่ลิดรอนหรือใช้อำนาจใดๆ รบกวนสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิทั้งสองจึงเกิดมาพร้อมความเป็นมนุษย์ ไม่ใช่เกิดขึ้นจากการมอบให้จากผู้ใด สิทธิทั้งสองจึงเป็นสิทธิมนุษยชน สิทธิในการกำหนดใจ

ตนเองจึงถูกส่งผ่านการเป็นสิทธิมนุษยชน ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียจึงสามารถกำหนดใจตนเองในการรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

นอกจากนี้ ด้านพัฒนาการความตกลงทริปส์และอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 แม้สนธิสัญญาระหว่างประเทศทั้งไม่เกิดขึ้นพร้อมๆ กัน แต่สนธิสัญญาระหว่างประเทศทั้งสองมีพัฒนาการในทิศทางเดียวกัน คือเริ่มต้นสิทธิของปัจเจกชนมาสู่สิทธิชุมชนหรือกลุ่มบุคคล โดยสนธิสัญญาระหว่างประเทศทั้งสองมีจุดยึดโยงร่วมกัน คือไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพราะภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นงานสาธารณะ หรือเรียกว่า มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นสมบัติของมวลมนุษยชาติ และการที่นักวิชาการกฎหมายวัฒนธรรมหลีกเลี่ยงไม่ใช้ศัพท์คำว่า “งานสาธารณะ” (public domain) ดังเช่นนักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เพราะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไม่เป็นเพียงสินค้าโภคภัณฑ์ แต่มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีคุณค่าทางจิตใจ ประเพณีวัฒนธรรม ความเชื่อ ศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงเกิดขึ้นและใช้แทนที่ศัพท์งานสาธารณะ เพื่อที่สาธารณชนพึงให้ความเคารพและให้เกียรติต่อผู้ถือครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ประเด็นการศึกษาที่ 2 ประเทศไทยควรใช้กฎหมายวัฒนธรรมรูปแบบใด เพื่อการรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ผู้วิจัยพบว่า ระหว่างกฎหมายวัฒนธรรมกับกฎหมายเฉพาะ ประเทศไทยก็ยังคงควรใช้กฎหมายเฉพาะ คือพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ต่อไป เพื่อการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เพียงอย่างเดียว และประเทศไทยควรใช้วิธีการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ต่างจากมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องได้ รัฐไม่อาจใช้การอนุรักษ์ความดั้งเดิมดังเช่นโบราณสถานหรือโบราณวัตถุกับมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เพราะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไม่มีตัวตนทางกายภาพหรือไร้ตัวตนทางกายภาพ การจัดการที่เหมาะสมจึงต้องเป็นการส่งเสริมและรักษา โดยชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียที่ครอบครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นผู้ดำเนินการ พร้อมๆ กับรัฐต้องรับฟังความเห็นและยอมรับการมีส่วนร่วมของชุมชน และเป็นไปตามหลักการมีส่วนร่วมตามพันธกรณีข้อ 15 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

ส่วนประเด็นว่า กฎหมายวัฒนธรรมควรมีมาตราใด เพื่อรองรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 หรือไม่ ประเทศไทยควรมีบทบัญญัติมาตราดังกล่าว ซึ่งเป็นไปในทิศทางเดียวกับประเทศมาเลเซีย ประเทศเวียดนามและประเทศกัมพูชา ทั้งสามประเทศมีมาตรา

หนึ่งในกฎหมายวัฒนธรรมหรือกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่บัญญัติว่า ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิทางวัฒนธรรม มาตราที่เกิดขึ้นนี้มีข้อดี คือการป้องกันความสับสนและการปฏิเสธว่า ผลิตภัณฑ์และสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไม่ได้รับการปกป้องตามกฎหมาย

ประเด็นการศึกษาที่ 3 มาตรการกฎหมายวัฒนธรรมที่เหมาะสมกับประเทศไทย เพื่อการรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

แม้ประเทศไทยยังคงใช้กฎหมายเฉพาะพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 แต่กฎหมายฉบับนี้ควรมีการแก้ไข เพิ่มเติมเนื้อหาบางประการเพื่อรองรับพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ต่อไปนี้

1) การแก้ไขชื่อกฎหมายและคำนิยามศัพท์ลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ แม้ว่าอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ไม่ใช่ข้อบังคับที่เข้มงวด รัฐภาคีสมาชิกมีอิสระประกาศใช้กฎหมายวัฒนธรรมที่เหมาะสมกับประเทศตนเอง แต่โดยที่คำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” (intangible cultural heritage) เป็นศัพท์เฉพาะในอนุสัญญาฉบับนี้ ศัพท์คำดังกล่าวไม่หมายถึงภูมิปัญญา (intellectual/wisdom) ประกอบกับในกลุ่มประเทศ CLMV และประเทศมาเลเซียก็ไม่มีประเทศใดใช้ศัพท์คำว่า “มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม” คงมีเพียงประเทศไทยเท่านั้นที่ใช้ชื่อกฎหมายวัฒนธรรมและศัพท์เฉพาะว่า มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม ซึ่งศัพท์ดังกล่าวจึงไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และไม่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติกรมส่งเสริมวัฒนธรรม กระทรวงวัฒนธรรม ซึ่งประเทศไทยได้ใช้ศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ตลอดมา ดังเช่นปรากฏในเอกสารคำแปลอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ซึ่งราชการไทยใช้ศัพท์คำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” ที่แปลจากศัพท์ภาษาอังกฤษคำว่า “intangible cultural heritage”

นอกจากนี้ ลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ยังไม่สอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ซึ่งผู้วิจัยและนักวิชาการหลายๆ ท่านมีความเห็นร่วมกันว่า ศัพท์คำดังกล่าวไม่รองรับพื้นที่ทางวัฒนธรรม (cultural space) อัตลักษณ์ (identity) ความหลากหลายทางวัฒนธรรม (cultural diversity) และสิทธิมนุษยชน (human rights) ส่งผลให้ลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 จึงต่างจากกฎหมาย

วัฒนธรรมในประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศ CLMV และประเทศมาเลเซีย รวมถึงไม่สอดคล้องกับผลการวิจัยในจังหวัดนครปฐมว่า มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีความเชื่อมโยงกับพื้นที่ทางวัฒนธรรม อัตลักษณ์ ความหลากหลายทางวัฒนธรรมของชุมชนใดชุมชนหนึ่ง รวมทั้งการเป็นสิทธิมนุษยชน

2) การแก้ไขคำนิยามศัพท์ชุมชนตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ภายใต้อผลการวิเคราะห์ในหัวข้อ 4.3.1 ที่พบว่า คำนิยามศัพท์ชุมชนมาตราดังกล่าวไม่รองรับพื้นที่ทางวัฒนธรรม และชุมชนที่อาจเป็นชุมชนคนเมือง ชุมชนคนพื้นเมืองดั้งเดิม กลุ่มบุคคล บางครั้งรวมถึงปัจเจกชน ชุมชนทั้งหมดล้วนมีบทบาทสำคัญในการผลิต ส่งเสริม รักษา ดำรงไว้ และสร้างสรรค์ใหม่ซึ่งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ส่งผลให้คำนิยามศัพท์ชุมชนมาตรา 3 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ไม่สอดคล้องกับอารัมภบท และข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003

3) การเพิ่มมาตราใดมาตราหนึ่งในกฎหมายวัฒนธรรม เพื่อรัฐร่วมกับชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียในการจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ดังที่ปรากฏผลการศึกษาในหัวข้อ 4.3.2 ว่า การใช้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมไม่บัญญัติรายละเอียดสิทธิทางวัฒนธรรม และรัฐต้องร่วมกับชุมชน กลุ่มบุคคล และปัจเจกชนในการขึ้นทะเบียนและจัดการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

สภาพข้างต้นจึงเท่ากับว่า ประเทศไทยไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 15 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ทั้งๆ ที่ประเทศมาเลเซีย ประเทศเวียดนามล้วนบัญญัติรายละเอียดสิทธิทางวัฒนธรรม ทำให้รัฐกับชุมชนต้องร่วมมือกันอย่างกว้างขวางที่สุดในการจัดการและขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ประเทศไทยจึงควรแก้ไขเรื่องดังกล่าว และประเทศไทยไม่ควรใช้เพียงโครงสร้างบริหารราชการแผ่นดิน เพื่อการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ เนื่องจากประเทศไทยมีมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไร้พรมแดนจำนวนมาก โดยเฉพาะสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ การจำกัดเพียงมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ของจังหวัดใด เพื่อที่จังหวัดนั้นขึ้นทะเบียน วิธีการนี้จึงไม่ใช่ระบบขึ้นทะเบียนที่มีประสิทธิภาพ

4) การเพิ่มบทบัญญัติที่รองรับสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียเป็นผู้ทรงสิทธิและรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

ภายใต้อผลการวิจัยในหัวข้อ 4.3.3 ที่ว่า ประเทศไทยไม่มีมาตราใดที่รองรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไว้ในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559

ขณะที่ประเทศมาเลเซีย ประเทศเวียดนามมีมาตราหนึ่งในกฎหมายวัฒนธรรม เพื่อชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียเป็นผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ประเทศไทยจึงควรมีมาตราดังกล่าว เพื่อการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโก

อนึ่ง แม้ว่ารัฐเป็นผู้มีหน้าที่จัดบริการสาธารณะด้านวัฒนธรรม แต่รัฐมิใช่ผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ด้วยสิทธิทั้งสองตั้งอยู่เป็นสิทธิมนุษยชน มนุษย์เท่านั้นที่เป็นผู้ทรงสิทธิ ไม่ว่ามนุษย์จะเป็นปัจเจกชน กลุ่มบุคคล ชุมชน บุคคลเหล่านี้ชอบใช้สิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาด้วยตนเอง และบุคคลเหล่านี้เป็นผู้กำหนดชะตากรรมของตนอย่างอิสระ โดยปราศจากการครอบงำของรัฐหรือผู้ปกครอง การต้อยอดหรือส่งเสริมและรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงต้องเริ่มต้นที่มนุษย์ รัฐไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา รัฐไม่ควรโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแก่ตน ดังเช่นที่มาตรา 51 (3) พระราชบัญญัติ The National Heritage Act ค.ศ.2005 ของประเทศมาเลเซียบัญญัติ เพราะวิธีการนี้ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีสนธิสัญญาระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ รัฐไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรมและทรัพย์สินทางปัญญาข้างต้น กรณีนี้สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะแม้รัฐเป็นคู่กรณีกับองค์การยูเนสโก แต่รัฐมิใช่ผู้ทรงสิทธิดังกล่าว กลับกันรัฐมีหน้าที่เพียงส่งเสริมการใช้สิทธิทางวัฒนธรรมของปัจเจกชน กลุ่มบุคคล ชุมชน และดำเนินมาตรการที่จำเป็นต่อการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในอาณาเขตของตนตามข้อ 11 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ. 2003 เท่านั้น

เช่นเดียวกับรัฐที่เป็นคู่กรณีกับองค์การการค้าโลกตามความตกลงทริปส์ รัฐมีหน้าที่เพียงการใช้กฎหมายภายในที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา ในฐานะกฎหมายภายในเป็นกฎเกณฑ์มาตรฐานสากลเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและแก้ปัญหาสินค้าละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาตามอารัมภบทความตกลงทริปส์ รัฐมิใช่ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเช่นกัน

เมื่อสนธิสัญญาระหว่างประเทศไม่มีข้อใดที่บัญญัติว่า รัฐเป็นผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรมหรือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา รัฐจึงไม่อาจโอนสิทธิทางวัฒนธรรมหรือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามาเป็นของรัฐ ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียเท่านั้นที่เป็นผู้ทรงสิทธิทั้งสอง และกำหนดใจตนเองเพื่อการรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะในสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

5) ส่วนการรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ควบคู่กับการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ผลการวิจัยพบว่า ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียควรเป็นผู้กำหนดใจตนเองระหว่างการพัฒนาต่อยอดภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือการส่งเสริม รักษา

ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งจุดสมดุลนี้เปลี่ยนแปลงมากขึ้นเพียงใด กรณีขึ้นกับเงื่อนไขว่า ตราบดสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ยังคงได้รับความนิยมจากผู้บริโภค โดยเฉพาะเอกลักษณ์ที่เกิดจากภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตดังกล่าวแล้ว ตรานั้นชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียก็ยังคงส่งเสริมและรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าและตัวสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ต่อไป

นอกจากนี้ ผู้วิจัยยังได้รับข้อสรุปในประเด็นข้อกฎหมายต่างๆ ซึ่งเป็นการเรียนรู้ประสบการณ์การใช้กฎหมายวัฒนธรรมของประเทศสมาชิกสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศ CLMV และประเทศมาเลเซียต่อไปนี้

1) ความแตกต่างของระบอบการปกครองไม่มีผลต่อโครงสร้างกฎหมายวัฒนธรรมของกลุ่มประเทศ CLMV และประเทศมาเลเซีย และประเทศสมาชิกประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เพราะกฎหมายวัฒนธรรมและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเป็นกฎหมายสากล กฎหมายเหล่านี้เกิดขึ้นจากพันธกรณีสนธิสัญญาระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความตกลงทริพส์ขององค์การการค้าโลกและอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโก กฎหมายเหล่านี้จึงตั้งอยู่บนหลักการมาตรฐานขั้นต่ำ หรืออีกนัยหนึ่งคือกฎหมายดังกล่าวมีมาตรฐานการปกป้องสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาขั้นต่ำเหมือนกัน

2) รายละเอียดโครงสร้างกฎหมายวัฒนธรรม ประเทศไทยและทุกประเทศที่เลือกศึกษาสามารถให้คำนิยามศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่แตกต่างกัน เพราะอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ให้อิสระแก่รัฐภาคีสมาชิก เพื่อการบัญญัตินิยามศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่เหมาะสมกับประเทศตน แต่กฎหมายวัฒนธรรมจำเป็นต้องมีเนื้อหาหลักๆ ที่เหมือนกัน ไม่ว่าจะเป็นการขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมแห่งชาติ หรือรัฐเป็นผู้ส่งเสริมและรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ หรือรัฐต้องร่วมกับชุมชน กลุ่มบุคคล และปัจเจกชนในการจัดทางวัฒนธรรม หรือการใช้สิทธิทางวัฒนธรรม 3 ด้าน คือสิทธิในการศึกษา สิทธิในการมีส่วนร่วมของปัจเจกชน กลุ่มบุคคล ชุมชน และสิทธิวัฒนธรรมในความหมายอย่างแคบ

3) ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียยังคงมีบทบาทสำคัญต่อการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ในฐานะที่สิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามแนวคิดสิทธิมนุษยชน ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียจึงมีสิทธิกำหนดใจตนเองในการรักษาสมดุลระหว่างการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ควบคู่กับการส่งเสริม รักษาสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยจุดสมดุลดังกล่าวอาจปรับเปลี่ยนได้ ภายใต้เงื่อนไขว่า ตรานั้นสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เป็นหนึ่งในวิถีชีวิตและแหล่งรายได้แล้ว ตรานั้นชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียยังคงปกป้องประโยชน์สาธารณะ ไม่ว่าจะส่งเสริม รักษาภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ผลิตสินค้าอาหาร

มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และสืบทอดภูมิปัญญาท้องถิ่นดังกล่าวแก่ทายาทรุ่นต่อไป ฉะนั้น รัฐจึงไม่ควรโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามาเป็นของตน แต่รัฐต้องสนับสนุนการใช้สิทธิของชุมชน และผู้มีส่วนได้เสีย และรัฐสามารถจำกัดการใช้สิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ หากรัฐจำเป็นต้องกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ และรัฐต้องปฏิบัติตามหลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)

4) แม้ข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ไม่บัญญัติว่า รัฐต้องออกกฎหมายวัฒนธรรม เพื่อรับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของชุมชนโดยชัดแจ้ง แต่รัฐภาคีสมาชิกควรมีบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งวิธีการนี้เป็นการรองรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแก่ชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย

5) ประเทศไทยควรยกเลิกหรือแก้ไขมาตรา 24 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 เพราะธรรมชาติมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ไม่มีของแท้ มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีพัฒนาเสมอไม่หยุดนิ่ง มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จึงยังคงเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ความเปลี่ยนแปลงเช่นนี้เป็นมาตั้งแต่อดีต ซึ่งข้อมูลดังกล่าวสัมพันธ์กับผลการวิจัยในบทที่ 2 ว่า ข้าวหมกแดงนครปฐม และขนมเปียะบางเลนคือผลผลิตจากการแลกเปลี่ยนวัฒนธรรมอาหารของชุมชนชาวไทยกับชาวจีน ปัจจุบันสินค้าทั้งสองรายการก็ยังมีพัฒนาต่อยอด เพื่อสนองความต้องการของชุมชนและผู้บริโภคทั่วประเทศ

ประเทศไทยจึงไม่ควรใช้มาตรา 24 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 เพราะมาตรานี้ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม และการคงความดั้งเดิมตามบัญชีขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ วิธีการนี้เท่ากับการแช่แข็งมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้และเป็นการทำลายมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้โดยปริยาย

ฉะนั้นประเทศไทยจึงยังควรใช้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ต่อไป แต่กฎหมายฉบับนี้ควรได้รับการแก้ไข และเพิ่มเติมรายละเอียดแห่งสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย เพื่อการปฏิบัติตามพันธกรณีอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ขององค์การยูเนสโก

5.2 ข้อเสนอแนะ

ภายใต้ผลสรุปการวิจัยในข้อ 7.1 ข้างต้น ผู้วิจัยได้วิเคราะห์และนำมาซึ่งข้อเสนอแนะคือประเทศไทยควรใช้กฎหมายเฉพาะ คือพระราชบัญญัติสงวนและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ต่อไป แต่กฎหมายวัฒนธรรมดังกล่าวควรได้รับการแก้ไขดังนี้

1) ชื่อและนิยามศัพท์มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมในมาตรา 3 พระราชบัญญัติสงวนและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ภายใต้ผลการวิเคราะห์ในบทที่ 2 และบทที่ 3 ที่ผ่านมา กฎหมายฉบับนี้ควรใช้ศัพท์คำว่า “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้” ในฐานะศัพท์ดังกล่าวเป็นศัพท์สากล ซึ่งประเทศที่เลือกศึกษาได้นำมาใช้ และสอดคล้องกับผลวิเคราะห์เบื้องต้นในบทที่ 2 ว่า ศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้มีรากศัพท์ตรงกับศัพท์ “intangible cultural heritage” ตามอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และประเทศไทยไม่ควรใช้ศัพท์ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ดังเช่นประเทศกัมพูชาได้ใช้ในพระราชบัญญัติปกป้องมรดกทางวัฒนธรรม ค.ศ.1966

2) การแก้ไขคำนิยามศัพท์มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และคำนิยามศัพท์ชุมชนตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติสงวนและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม ค.ศ.2003 โดยการเพิ่มพื้นที่ทางวัฒนธรรม อัตลักษณ์ สิทธิมนุษยชนลงไว้ เพื่อคำนิยามศัพท์ทั้งสองสอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 2.1 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และเป็นไปตามผลการวิจัยว่า มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ทุกสาขา รวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ล้วนเชื่อมโยงกับพื้นที่ทางวัฒนธรรมของชุมชน และสอดคล้องกับผลการวิจัยในบทที่ 2 ที่ว่า สาธารณชนรับรู้ว่ามีชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียได้ใช้ชื่อพื้นที่ทางวัฒนธรรม เพื่อการจำแนกแยกแยะสินค้าอาหารข้าวหอมแดงนครปฐม ขนมเปียะบางเลนออกจากสินค้าประเภทเดียวกัน และสอดคล้องกับการปกป้องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีอบสิทธิแก่ชุมชน ชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิในชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

3) พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม ค.ศ.2003 ควรเพิ่มมาตราหนึ่งลงไว้ เพื่อรับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 3 (b) อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 และสอดคล้องกับสิทธิชุมชนตามมาตรา 43 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งประกันสิทธิเอกชน สิทธิชุมชนในประเพณีวัฒนธรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่น

4) บทบัญญัติที่รับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในพระราชบัญญัติสงวนและรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ที่ปรากฏในข้อ 3 ข้างต้น บทบัญญัติดังกล่าวต้องมีโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแก่รัฐ แม้ว่ารัฐมีหน้าที่จัดบริการสาธารณะทางวัฒนธรรม แต่รัฐมิใช่ผู้ทรงสิทธิ เพราะสิทธิทางวัฒนธรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิมนุษยชน มนุษย์เท่านั้นที่ผู้ทรงสิทธิ รัฐจึงควรทำหน้าที่เสมือนแกนของตราซัง ซึ่งด้านหนึ่งของตราซังคือการพัฒนาต่อยอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ อีกด้านเป็นการส่งเสริม รักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยผู้ซึ่งเป็นชุมชนและผู้มีส่วนได้เสีย รัฐเป็นเพียงผู้คอยดูแลบันทึกความเปลี่ยนแปลง

ที่เกิดขึ้น และสนับสนุนกิจกรรมใด ซึ่งชุมชนและผู้มีส่วนได้เสียใช้ประพฤติ ปฏิบัติ สืบทอดมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

5) ประเทศไทยควรเพิ่มมาตราใดมาตราหนึ่งในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 เพื่อรองรับพันธกรณีข้อ 15 อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003 ส่งผลให้ชุมชน กลุ่มบุคคล และปัจเจกชนที่เป็นผู้ทรงสิทธิทางวัฒนธรรม และร่วมกับรัฐในการจัดการและขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้โดยตนเอง ซึ่งวิธีการนี้เป็นการแก้ไขปัญหามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ข้ามพรมแดน

ฉะนั้นประเทศไทยจึงยังควรใช้กฎหมายเฉพาะพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 ต่อไป แต่กฎหมายฉบับนี้ควรได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมบางประการ ไม่ว่าจะเป็นชื่อและคำนิยามศัพท์ การเพิ่มพื้นที่ทางวัฒนธรรม อัตลักษณ์ สิทธิมนุษยชนลงไว้ในคำนิยามศัพท์ลักษณะมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ศัพท์ชุมชน และประเทศไทยยังควรเพิ่มมาตราหนึ่งในกฎหมายฉบับนี้ เพื่อให้ชุมชนมีส่วนร่วมกับรัฐในการจัดการและขึ้นทะเบียนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ โดยชุมชนเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในผลิตภัณฑ์ทางวัฒนธรรม รวมถึงสินค้าอาหารมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

หนังสือ

- กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม. แนวทางการขับเคลื่อนแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 2 ไปสู่การปฏิบัติในระดับจังหวัด. กรุงเทพฯ : กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ. 2555.
- กรมส่งเสริมวัฒนธรรม. ทรัพย์สินทางปัญญาและการแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณี/คติชน. กรุงเทพฯ : กรมส่งเสริมวัฒนธรรม. 2548.
- กองกฎหมายการศึกษาและวัฒนธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. เจตนารมณ์พระราชบัญญัติ ส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญา ทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559. กรุงเทพฯ : สำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกา. 2559.
- กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา. รายงานวิสัยทัศน์การท่องเที่ยวไทย พ.ศ. 2579. กรุงเทพฯ : กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา. 2562.
- กลุ่มงานผลิตเอกสาร สำนักประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. สิทธิชุมชน. กรุงเทพฯ : สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. 2563.
- คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ.. สารสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูป เอกสารประกอบการ สัมมนาการเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจและรับฟังความคิดเห็นของประชาชนต่อร่าง รัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า. 2558.
- โครงการยุทธศาสตร์นโยบายฐานทรัพยากร คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. สิทธิชุมชนใน รัฐธรรมนูญสี่เขียว : ความคาดหวังและทางออก?. กรุงเทพฯ : คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน แห่งชาติ. 2557.
- ณัฐชัย ณ ลำปาง. การคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการสงวน รักษา มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ พ.ศ.2546 : ศึกษากรณีของประเทศไทยในการเข้า เป็นภาคี. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2558.
- ณัฐกฤษตา เมฆา. หลักการกำหนดใจตนเอง The Principle of Self-Determination. กรุงเทพฯ : บริษัท สแควร์ ปริ้นซ์ 93 จำกัด. 2556.
- เทิดชาย ช่วยบำรุง. ภูมิปัญญาเพื่อการพัฒนาท้องถิ่นเชิงสร้างสรรค์. กรุงเทพฯ : บริษัท เอ.พี. กราฟิค ดีไซน์และการพิมพ์ จำกัด. 2554.
- ธงชัย วินิจจะกุล. กำเนิดสยามจากแผนที่. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์อ่าน. 2556.
- ธนิช เลิศชาญฤทธิ. การจัดการทรัพยากรวัฒนธรรม. กรุงเทพฯ : ศูนย์มนุษยวิทยาสิรินธร (องค์การ มหาชน). 2554.

ธนิต ชังถาวร. รายงานการศึกษาการรอบความคิดการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย. กรุงเทพมหานคร : ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ. 2550.

ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

รังสรรค์ ณะพรพันธุ์. กฎกติกา WTO เล่มที่ห้า: ทรัพย์สินทางปัญญา. กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัด สามลดดา. 2552.

วิมาน กฤตพลวิมาน. เอกสารเพื่อประกอบการพิจารณากฎหมายของสมาชิกรัฐสภา เล่มที่ 4 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งปงชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. ... กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า. 2545.

สุดแดน วิสุทธิลักษณ์. มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของชาติ : บทเรียนจากเพื่อนบ้าน. กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์. 2560.

สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.). ระบบบริหารราชการของสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม. กรุงเทพฯ : กรกนการพิมพ์. 2558.

สำนักงานวัฒนธรรมจังหวัดนครปฐม กระทรวงวัฒนธรรม. คู่มือเส้นทางท่องเที่ยวเชิงวัฒนธรรม : จังหวัดนครปฐม. นครปฐม : บริษัท เพชรเกษมพรินติ้ง กรุ๊ป จำกัด.

สำนักงานจังหวัดนครปฐม. บรรยายสรุปจังหวัดนครปฐม ปี 2560. นครปฐม : สำนักงานจังหวัดนครปฐม.

อิสระ ชูศรี. มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของชาติ : บทเรียนจากเพื่อนบ้าน. กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์. 2560.

อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์. สิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2548.

บทความ

ชมชื่น สมประเสริฐ. “แปรเปลี่ยนพลังภายใน ต่อยอดสู่การทำงานอย่างสร้างสรรค์”. วารสารสภาการพยาบาล ฉบับที่ 3. ปีที่ 24. (กรกฎาคม-กันยายน 2552).

เทียมสุรย์ สิริศรีศักดิ์. “อนุสัญญาเพื่อการปกป้องคุ้มครองมรดกวัฒนธรรมที่ไม่ใช่กายภาพ”. วารสารเมืองโบราณ ปีที่ 38 ฉบับที่ 2 (2555).

พนิต มงคลธรรม รัตน์ะ. “กฎหมายส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม: การพัฒนาและอุปสรรคของประเทศไทย”. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 (มกราคม – มิถุนายน 2561).

นิพล เชื้อเมืองพาน และพิมพ์ชนก มุลมิตร. “รูปแบบการท่องเที่ยวในแหล่งท่องเที่ยวเพื่อการพัฒนา
จุดหมายปลายทางการท่องเที่ยวซ้ำในจังหวัดนครปฐมและพื้นที่เชื่อมโยง”. JHSSRRU
Vol.20 Special Issue (September-October) 2018.

ฐิติวุฒิ บุญยวงศ์วิวัชร. “พม่ากับอนุภูมิภาคลุ่มน้ำโขงว่าด้วยการพัฒนา อุดมการณ์และความรุนแรง
แห่งนวมัย”. วารสารสังคมศาสตร์ ปีที่ 19 ฉบับที่ 2/2550. (2550).

สุกัญญา สุขฉายา. “ผู้สืบทอดเป็นผู้ถือครองมิใช่เจ้าของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม”. วารสาร
ไทยศึกษา ปีที่ 8 ฉบับที่ 2 (สิงหาคม 2555 - มกราคม 2556). (2556)

เสนห์ จามริก. “การสร้างภูมิปัญญาเพื่อพัฒนากระบวนการยุติธรรม”. บทบัณฑิตย. 55(1).(2542).

วิทยานิพนธ์

จุมพต ภิญญโณสินวัฒน์. "หลักเหตุผลของการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา".

วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2552.

Books

Andrzej Jakubowski. Cultural Rights as Collective Rights: An International Law
Perspective. Netherland : Brill Nijhoff. 2016.

Crawford Brough Macpherson. Property : Maintream and Critical Position. Toronto
Canada : University of Toronto Press. 1987.

Daphne Zografos. Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions.
Cheltenham UK : Edward Elgar Publishing Limited. 2010.

Elizabeth Burns Coleman. Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions
in a Digital Environment. Massachusetts USA. : Edward Elgar Publishing.
Inc.2008.

Filippo Arfini. Maria Cecilia Mancini. Mario Veneziani and Michele Donati. Property
Rights for Geographical Indications. UK : Cambridge Scholars Publishing. 2016.

Francesco Francioni and Martin Scheinin. Cultural Human Rights. Boston : Nijhoff.
2008.

Graham Dutfield. Uma Suthersanen. Global intellectual property law. UK : Edward
Elgar Publishing Limited. 2008.

Georgina Lloyd. The safeguarding of intangible cultural heritage : law and policy.
Australia : Sydney University. 2009.

- Indera Syahrul Mat Radzuan. Cultural Heritage Incentives for The Conservation of Traditional Settles : The Case of Malaysia. Japan and South Korea. Kuala Lumpur : University of Malaya. 2016.
- Intangible Cultural Heritage Program Heritage Foundation of Newfoundland and Labrador. What Is Intangible Cultural Heritage?. Canada : What Is Intangible Cultural Heritage?. 2008.
- James A.R. Nafziger. Cultural Law. New York : Cambridge University Press. 2010.
- Janet Blake. Commentary on the 2003 UNESCO Convention on the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage. Leicester: AnchorPrint. 2006.
- Joanna T. Brougher. Intellectual Property and Health Technologies : Balancing Innovation and the Public's Health. New York : Springer. 2014.
- Li Serng. T.. Phrompat. T.. Raisooksiri. B. & Noipitak. W. The role of Thai-Chinese People in Developing the Economic of Western Region: A case study of Nakhon Pathom Province. China: Huachiew Chalermprakiet University. (Mimeographed). 1997.
- Lucie Guiboult. The Future of the Public Domain. USA : Kluwer Law International. 2006.
- Martin A. Girsberger. Intellectual property and Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment. Cheltenham. UK : Edward Elgar Publishing Limited. 2008.
- Mayer Brown. Vietnam Investor's Guide : Business Law. Hà Nội : Seng Lee Press Pte Ltd. 2008.
- Melanie Dulong De Rosnay. Juan Carlos De Martin. The Digital Public Domain: Foundations for an Open Culture. United Kingdom : OpenBook Publishers. 2012.
- Micheling R. Ishay. The History of Human Rights. London UK : University of California Press. 2004.
- Molly Beutz Land. Intellectual Property Rights and the Right to Participate in Cultural Life. New York : New York Law School's. 2019.
- Monika Dommann. Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment. Massachusetts USA. : Edward Elgar Publishing Limited. 2008.

- Raymond Williams. *Border Country*. Harmondsworth : Penguin Books. 1964.
- Sabrina Urbinati. *The Role for Communities, Groups and Individuals under the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage” in Cultural Heritage. Cultural Rights. Cultural Diversity New Developments in International Law*. Leiden : Martinus Nijhoff Publishers. 2012.
- Tran Viet Hung. *Legal Provision of Vietnam on the Protection of Geographical Indications*. Hà Nội Vietnam : Nation Office of Vietnam. 2006.
- Trong Binh VU. *Geographical Indicational and Appellation of Origin in Vietnam : Reality Policy and Perspective*. Hanoi : Institute of Policy and Strategy for Agriculture and Rural. 2006.
- The Economic Planning Unit. *Ninth Malaysia Plan 2006-2010*. Malaysia : The Economic Planning Unit. 2006.
- Tim Curtis. *Regional Collaboration for Safeguarding ICH in the Asia-Pacific Region: Tasks and Prospects*. Paris : ichcap. 2011.
- Thomas D. Musgrave. *Self-Determination and National Minority*. Oxford: Clarendon Press. 1997.
- Tony Simpson. *Indigenous Heritage and Self-Determination*. Denmark : Centraltrykkeriet Skive A/S. 1997.
- World Intellectual Property Organization – WIPO. *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions/Folklore*. Geneva : World Intellectual Property Organization. 2005.
- UNESCO. “International Round Table : “Intangible Cultural Heritage – Working Definitions” Piedmont. Italy. (March 2001).
- UNESCO. *LAO PDR UNESCO Country Strategy 2020–2021*. France : UNESCO. 2020.
- WIPO. *What is Intellectual Property?*. Geneva : World Intellectual Property Organization. 2020.
- WIPO. *WIPO Intellectual Property Handbook*. Switzerland : WIPO Publication. 2004.

Article

- Aisyah Abu Bakar. Mariana Mohamed Osman and Syariah Bachok. "Intangible Cultural Heritage (ICH) : Understanding and Manifestations". International Conference on Universal Design in Built Environment (ICUDBE2011) 22 -23 November 2011 Kulliyah of Architecture and Environmental Design International Islamic University Malaysia (IIUM) Kuala Lumpur. Malaysia.
- Daphne Zogafos. The Public Interest in the Globally Sustainable Information Society : the traditional knowledge debate. E-Learning. Volume 3. Number 3. 2006.
- David Hurbut. "Fixing the Biodiversity Convention : Toward a Special Protocol for Related intellectual Property." 37 Natural Resources Journal. (1994).
- Federico Lenzerini. "Intangible Cultural Heritage : The Living Culture of Peoples". European Journal of International Law. Volume 22. Issue 1. February 2011.
- Htet Htet Zaw. Legal Protection and Preservation of Cultural Heritage in Myanmar. Dagon University Research Journal 2020. Vol. 11.(2020).
- Kathy Foley. "No More Masterpieces: Tangible Impact and Intangible Cultural Heritage in Bordered Worlds". Asian Theatre Journal. Vol. 31. No. 2. (2014).
- Richard A. Posner. "Intellectual Property: The Law and Economics Approach". Journal of Economic Perspectives—Volume 19 (Number 2—Spring 2005).
- Sharafina Zaky Nublan Zaky and Ida Madieha Abdul Ghani Azmi. Protection for Intangible Cultural Heritage as a viable Tourist Product: Malaysia as a case study. Malaysian journal of Consumer and Family Economics. (2018)..
- Sharafina Zaky Nublan Zaky and Ida Madieha Abdul Ghani Azmi. "Protection for Intangible Cultural Heritage as a viable Tourist Product: Malaysia as a case study". Malaysian journal of Consumer and Family Economics. (2018).
- Sharon B. Le Gall. "Defining Traditional Knowledge". Dec 2012. Vol. 58 Issue 4 Caribbean Quarterly. (2012).
- Từ Thị Loan. "Cultural Heritage in Vietnam With the Requirements of Sustainable Development". International Relations and Diplomacy. April 2019. Vol. 7. No. 04. (2019).
- Zainol. Z.A. "Relevancy of Geographical Indications for SMES". Tech Monitor. (2011).

Seminar

Do Lan Phuong. Preservation and promotion of the intangible cultural heritage in Vietnam (Some results and practical experiences). Sub-Regional Experts Meeting in Asia on Intangible Cultural Heritage: Safeguarding and Inventory-Making Methodologies (Bangkok, Thailand, 13-16 December 2005).

เว็บไซต์

กฤษฎา ศุภวรรณกุล. “ดร.เจษฎ์ โทณะวณิก ไขข้อข้องใจ สิทธิบัตรของแกงเขียวหวานไก่”.
<https://www.tcijthai.com/news/2012/13/archived/1112>

กระทรวงอุตสาหกรรม. “แนวคิดของอุตสาหกรรมสร้างสรรค์”.

<https://www.facebook.com/industryprmoi/posts/816807855121488/>.

กรมทรัพย์สินทางปัญญา. “ระบบสืบค้นสิทธิบัตรทั่วโลก”. <https://www.ipthailand.go.th/th/e-service/%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B8%9A%E0%B8%9A%E0%B8%AA%E0%B8%B7%E0%B8%9A%E0%B8%84%E0%B9%89%E0%B8%99%E0%B8%AA%E0%B8%B4%E0%B8%97%E0%B8%98%E0%B8%B4%E0%B8%9A%E0%B8%B1%E0%B8%95%E0%B8%A3%E0%B8%97%E0%B8%B1%E0%B9%88%E0%B8%A7%E0%B9%82%E0%B8%A5%E0%B8%81.html>.

กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์. “เนื้อโคขุนโพนยางคำ”.

<http://www.ipthailand.go.th>.

กรมส่งเสริมวัฒนธรรม กระทรวงวัฒนธรรม. แบบจัดทำรายการเบื้องต้นมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม แบบ มก. 2. http://ich.culture.go.th/images/province/19_3_2.pdf.

กรมส่งเสริมวัฒนธรรม กระทรวงวัฒนธรรม. รายการเบื้องต้นมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมระดับจังหวัด ประจำปี พ.ศ. 2560.

<http://ich.culture.go.th/index.php/th/data-collecting-project/755-food>.

กระทรวงวัฒนธรรม. ขึ้นทะเบียนมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของชาติ.

<http://ich.culture.go.th/index.php/th/ich/register>.

ขนมเปี๊ยะบางเลนเจ้าเก่า - เขียวฝ่อง. “ขนมเปี๊ยะบางเลนเจ้าเก่า - เขียวฝ่อง”.

<https://www.facebook.com/kanompiabanglen/photos/a.331744014312518/331744020979184/?type=1&theater>.

คณะผู้แทนถาวรไทยประจำองค์การการค้าโลกและองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก. “องค์การการค้าโลก (WTO) ตั้งขึ้นมาอย่างไร”. <https://www.pmtw.moc.go.th/wto>.

โครงการสารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน โดยพระราชประสงค์ในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว. “เรื่อง
ที่ 4 สิทธิมนุษยชน ความหมายและแนวความคิด”.

<http://kanchanapisek.or.th/kp6/New/sub/book/book.php?book=32&chap=4&page=t32-4-infodetail01.html>

ชำนาญ จันทร์เรือง. สิทธิในการกำหนดอนาคตตนเอง (Self-Determination Right).

<https://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/641360>.

ณัฐรัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน. “การสืบทอดทางวัฒนธรรม (cultural inheritance) ที่ประสบความสำเร็จ”.

<http://nattawats.blogspot.com/2013/04/cultural-inheritance.html>.

ธนรัตน์ ทังทอง. “สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรม”.

http://www.thethaibar.or.th:90/thaibarweb/fileadmin/DAM/2555/PDF/Lecture/LectureTerm2/09_thon_rat_thang_thong/2_thanarat_1-2-2-63.pdf.

ธงชัย วินิจจะกุล. “ธงชัย วินิจจะกุล มองทะลุประวัติศาสตร์ “ราชาชาตินิยม” และ “ผี” ในการเมืองไทย”. <https://www.bbc.com/thai/thailand-49231878>.

บรรณาธิการมติชน. “ยูเนสโกประกาศ! “เสียงแคนลาว” ขึ้นทะเบียนเป็นมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้”. https://www.silpa-mag.com/news/article_13615.

ปิยะขวัญ ชมชื่น. “การแก้ไขกฎหมายเครื่องหมายการค้าและการเข้าเป็นภาคีพิธีสารมาดริดของมาเลเซีย”. <https://lawforasean.krisdika.go.th>.

พรรณี สนวนเพลง. “การท่องเที่ยวเชิงอาหาร”. รายงานภาวะเศรษฐกิจท่องเที่ยว.

https://asean.psu.ac.th/Data/tourism/topic/17/Gastronomy_Tourism_TH2559.pdf.

ร้านข้าวหมูแดงปทุมโกชนา. “ร้านข้าวหมูแดงปทุมโกชนา”.

<https://www.facebook.com/pathompochna>.

ร้านเฮ้งเฮียง ขนมเปี้ยะบางเลน. “เฮ้งเฮียง ขนมเปี้ยะบางเลน”.

<https://www.facebook.com/%E0%B8%A3%E0%B9%89%E0%B8%B2%E0%B8%99%E0%B9%80%E0%B8%AE%E0%B9%88%E0%B8%87%E0%B9%80%E0%B8%AE%E0%B8%B5%E0%B8%A2%E0%B8%87%E0%B8%82%E0%B8%99%E0%B8%A1%E0%B9%80%E0%B8%9B%E0%B8%B5%E0%B9%8A%E0%B8%A2%E0%B8%B0%E0%B8%9A%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B9%80%E0%B8%A5%E0%B8%99-400448623402010/>.

ราศี บุรุษรัตนพันธุ์. “มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้คืออะไรและมีความเกี่ยวข้องกับภารกิจงานของกรมศิลปากรอย่างไรบ้าง”. http://www.finearts.go.th/olddata/files/Question-Answer_3.pdf.

โรงแรม โรสการ์เด็น ริเวอร์ไซด์ สวนสามพราน นครปฐม. “กิจกรรมที่น่าสนใจ”.

<http://sampranriverside.com/th/activites/>.

สถาบันวัฒนธรรมศึกษา กรมส่งเสริมวัฒนธรรม. พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญา

ทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 และอนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้อง

ไม่ได้ ค.ศ.2003. สืบค้นเมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม 2563 จาก <http://ich.culture.go.th>.

สมหมาย ตามประวัติ. “ทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual property)”.

<https://www.nstda.or.th/th/nstda-knowledge/2862-intellectual-property>.

สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนฯ. “ชนิดของอาหารไทย”.

<https://www.saranukromthai.or.th/sub/book/book.php?book=13&chap=8&page=t13-8-infodetail01.html>.

สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนและสถาบันเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ศึกษาฯ

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม.

<https://toi.boi.go.th/information/download/245>.

สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ กรุงเทพมหานคร. “รายงานสถานการณ์ภาพรวมสินค้าอาหารใน

ประเทศเวียดนาม”. [https://www.ditp.go.th/ditp_web61/article_sub_view.php?](https://www.ditp.go.th/ditp_web61/article_sub_view.php?filename=contents_attach/690678/690678.pdf&title=690678&cate=414&d=0)

[filename=contents_attach/690678/690678.pdf&title=690678&cate=414&d=0](https://www.ditp.go.th/ditp_web61/article_sub_view.php?filename=contents_attach/690678/690678.pdf&title=690678&cate=414&d=0)

สำนักแรงงานประเทศมาเลเซีย. “ระบบกฎหมาย”. [https://malaysia.mol.go.th/info/legal-](https://malaysia.mol.go.th/info/legal-system)

[system](https://malaysia.mol.go.th/info/legal-system).

สุทัศน์ ศุภรัตน์เมธี. “ตุ๊กกับข้าว”. <https://www.naewna.com/columnonline/38576>.

ศูนย์ข้อมูล&ข่าวสืบสวนเพื่อสิทธิพลเมือง. “ดร.เจษฎ์ โทณะวณิกไขข้อข้องใจ สิทธิบัตรของ'แกง

เขียวหวานไก่” . [http://www.food4change.in.th/ariticle/news-launcher/good-](http://www.food4change.in.th/ariticle/news-launcher/good-news/586-2012-09-14-02-06-45.html)

[news/586-2012-09-14-02-06-45.html](http://www.food4change.in.th/ariticle/news-launcher/good-news/586-2012-09-14-02-06-45.html).

ศูนย์ข้อมูล และข่าวสืบสวนเพื่อสิทธิพลเมือง. “TRIPs จากอุรุกวัยสู่ไทยแลนด์” .

<https://www.tcijthai.com/news/2012/12/watch/1626>.

ศูนย์ข่าวช่อง 7 HD. “งานชุมชนเกษตรอินทรีย์ทุ่งธรรมนา นครปฐม”.

<https://news.ch7.com/detail/354079>.

ศูนย์วัฒนธรรมอำเภอเมืองนครปฐม. “ชาติพันธุ์ใน จ.นครปฐม”.

https://emis.christian.ac.th/ctc/Ethnic/Chaina/Chaina_Index.html.

ศูนย์ตรวจสอบสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์และเครื่องหมายการค้าระหว่างประเทศเวียดนาม. “ปกป้องสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ “บักกาน” สำหรับผลิตภัณฑ์วุ้นเส้น”.

https://ipvietnam.gov.vn/web/guest/cac-bai-viet-ve-chi-dan-ia-ly/-/asset_publisher/fNUbGw2ZxGKy/content/bao-ho-chi-dan-ia-ly-bac-kan-cho-san-pham-mien-dong?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fipvietnam.gov.vn%2Fweb%2Fguest%2Fcac-bai-viet-ve-chi-dan-ia-ly%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_fNUbGw2ZxGKy%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D1

ศูนย์สังคมและวัฒนธรรมร่วมสมัย คณะสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. “มรดกทางวัฒนธรรมที่จับ (แต่) ต้องไม่ได้”.

<https://prachatai.com/journal/2013/11/49642>.

องค์การบริหารส่วนจังหวัดนครปฐม. “งานเทศกาลอาหารและผลไม้ (Food and fruit Festival)”.

<https://www.nkppao.go.th/content-17-248.html>.

อาร์วายทีไนน์. “เวียดนามกับการเข้าเป็นสมาชิก WTO”. <http://www.ryt9.com/s/ryt9/91244>.

แอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนล. “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน”.

<https://www.amnesty.or.th/our-work/hre/udhr/>.

Webs

Barbara Torggler. E. S. R. “Evaluation of UNESCO’s Standard-Setting Work of the Culture Sector Part I – 2003 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2013”. https://ich.unesco.org/doc/src/IOS-EVS-PI-129_REV.-EN.pdf.

David Warren Saxe. “Framing a Theory for Social Studies Foundations”.

<https://journals.sagepub.com/doi/10.3102/00346543062003259>.

Daphne Zografos. “IP, TK and TCEs An overview of policy and legal issues from an IP perspective”. https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_ip_tk_yfb_19/wipo_ip_tk_yfb_19_presentation_1_ip_tk_and_tces.pdf.

Heritage Saskatchewan. “What is Living Heritage”. <https://heritagesask.ca/what-is-living-heritage>.

- Laotian Times. “Lao Teas. Silks Shine as Geographical Indications Enhance Global Recognition”. <https://laotiantimes.com/2021/03/22/lao-teas-silks-shine-as-geographical-indications-enhance-global-recognition/>
- Laurajane Smith and Natsuko Akagawa. “Intangible Heritage”. <https://www.researchgate.net/publication/299410644>.
- Legal Information Institute of Cornell Law School. “Intellectual property”. https://www.law.cornell.edu/wex/intellectual_property.
- Leena Desai. Traditional Cultural Expressions. LEXOLOGY. <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a806fd78-711e-4811-a881-ed269533b635>
- Mira Burri. “Cultural Heritage and Intellectual Property”. https://www.researchgate.net/publication/329417949_Cultural_Heritage_and_Intellectual_Property/link/5c07c13e299bf169ae3371df/download.
- MGR Online. “รวบรวมเทศกาลที่น่าสนใจ!! ท่องเที่ยวมาเลย เฮ้ได้ทั้งปี”. <https://mgronline.com/travel/detail/9590000012166>
- National Office of Intellectual Property. “Distribution of Products Bearing GIs of Vietnam”. [http://www.noip.gov.vn/web/noip/home/en?proxyUrl=/NOIP/RESOURCE.NSF/vwResourceList/6971920F37F4D59F4725776D002710F3/\\$FILE/index_en.html](http://www.noip.gov.vn/web/noip/home/en?proxyUrl=/NOIP/RESOURCE.NSF/vwResourceList/6971920F37F4D59F4725776D002710F3/$FILE/index_en.html)
- Nurulhuda Adabiah Mustafa and Nuraisyah Chua Abdullah. Preservation of Cultural Heritage In Malaysia: An Insight of The National Heritage Act 2005 . Proceedings of International Conference on Tourism Development. February. 2013 University Teknologi Mara. Malaysia. https://www.researchgate.net/publication/314216260_Preservation_Of_Cultural_Heritage_In_Malaysia_An_Insight_Of_The_National_Heritage_Act_2005
- Nyein Nwet Nwet Aung. Nu Ei Chaw and Pa Pa Win. “Protection of Cultural Heritage in Myanmar”. <https://www.dagonuniversity.edu.mm/wp-content/uploads/2020/05/14.-Htet-Htet-Zaw-1.pdf>.
- Painaidi. “ตั้งฮะเส็ง-ข้าวหมูแดง”. <http://www.painaidii.com/business/132967/tung-ha-seng-73000/lang/th/>.
- Shoen Ono. “Overview of Japanese Trademark Law”. <https://www.iip.or.jp/e/translation/pdf/ono/ch2.pdf>.

- Smit & Van Wyk. Inc.. Novelty. <https://www.svw.co.za/novelty-2/>.
- Stanford University Libraries. “Welcome to the Public Domain”.
<https://fairuse.stanford.edu/overview/public-domain/welcome/>.
- Steven Van Uytsel. “Intangible Cultural Heritage Legislation in Asia In Search for the Spirit of 2003 UNESCO Convention”. <https://poseidon01.ssrn.com>.
- Taweesak Kunyochai. “ประวัติศาสตร์ประเทศไทย (Cambodia)”.
http://www.satit.up.ac.th/BBC07/AboutStudent/Document/Hist_SEA/MSWord/CambodiaHistory.pdf.
- The Republic of the Union of Myanmar Ministry of Commerce. “ UNDERSTANDING GEOGRAPHICAL INDICATIONS (GIs)”. <https://www.ipd.gov.mm/trademark/geographical-indications/understanding-geographical-indications-gis>.
- UNESCO. “Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage”.
<http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=17116&language=E&order=alpha>.
- UNESCO. “Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage. Paris. 17 October 2003”. <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=17116&language=E&order=alpha>.
- UNESCO. “Internal Oversight Service Audit Section”.
<https://ich.unesco.org/doc/src/IOS-AUD-2013-06-EN.pdf>.
- UNESCO. “Member States Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2003. <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=17116&languageRetrieved=E&order=alpha>.
- UNESCO. “ International Round Table "Intangible Cultural Heritage - Working definitions (Piedmont. Italy. 14 to 17 March 2001)”.
<https://ich.unesco.org/doc/src/05305.pdf>.
- UNESCO. “PERIODIC REPORT NO. 00792/VIET NAM”.
<http://www.unesco.org/culture/ich/en/periodic-reporting-00460>.
- UNESCO. “Proclamation of the Masterpieces of the Oral and Intangible Heritage of Humanity (2001-2005)”. <http://www.unesco.org/culture/ich/en/proclamation-of-masterpieces-00103>.

UNESCO. “Regional Collaboration for Safeguarding Intangible Cultural Heritage in South-East Asia”. https://www.unesco-ichcap.org/eng/ek/sub8/pdf_file/04/E04_1_South-East_Asia.pdf.

UNESCO. “The States Parties to the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage (2003)”. <https://ich.unesco.org/en/states-parties-00024>.

UNESCO. “States Parties of Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2003”. <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?language=E&KO=17116>.

UNESCO. “Sub-Regional Experts Meeting in Asia on Intangible Cultural Heritage: Safeguarding and Inventory-Making Methodologies”. https://www.accu.or.jp/ich/en/pdf/b2005subreg_00_cover-tables.pdf.

WIPO. Traditional Cultural Expressions. <https://www.wipo.int/tk/en/folklore/>.

WTO. “Members and dates of acceptance”. https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/amendment_e.htm.

WTO. “Overview: the TRIPS Agreement”. https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/intel2_e.htm.

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ค.ศ.2003



**CONVENTION FOR THE SAFEGUARDING
OF THE INTANGIBLE CULTURAL HERITAGE**

Paris, 17 October 2003

MISC/2003/CLT/CH/14

**CONVENTION FOR THE SAFEGUARDING
OF THE INTANGIBLE CULTURAL HERITAGE**

The General Conference of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization hereinafter referred to as UNESCO, meeting in Paris, from 29 September to 17 October 2003, at its 32nd session,

Referring to existing international human rights instruments, in particular to the Universal Declaration on Human Rights of 1948, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1966, and the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966,

Considering the importance of the intangible cultural heritage as a mainspring of cultural diversity and a guarantee of sustainable development, as underscored in the UNESCO Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore of 1989, in the UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity of 2001, and in the Istanbul Declaration of 2002 adopted by the Third Round Table of Ministers of Culture,

Considering the deep-seated interdependence between the intangible cultural heritage and the tangible cultural and natural heritage,

Recognizing that the processes of globalization and social transformation, alongside the conditions they create for renewed dialogue among communities, also give rise, as does the phenomenon of intolerance, to grave threats of deterioration, disappearance and destruction of the intangible cultural heritage, in particular owing to a lack of resources for safeguarding such heritage,

Being aware of the universal will and the common concern to safeguard the intangible cultural heritage of humanity,

Recognizing that communities, in particular indigenous communities, groups and, in some cases, individuals, play an important role in the production, safeguarding, maintenance and re-creation of the intangible cultural heritage, thus helping to enrich cultural diversity and human creativity,

Noting the far-reaching impact of the activities of UNESCO in establishing normative instruments for the protection of the cultural heritage, in particular the Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage of 1972,

Noting further that no binding multilateral instrument as yet exists for the safeguarding of the intangible cultural heritage,

Considering that existing international agreements, recommendations and resolutions concerning the cultural and natural heritage need to be effectively enriched and supplemented by means of new provisions relating to the intangible cultural heritage,

Considering the need to build greater awareness, especially among the younger generations, of the importance of the intangible cultural heritage and of its safeguarding,

Considering that the international community should contribute, together with the States Parties to this Convention, to the safeguarding of such heritage in a spirit of cooperation and mutual assistance,

- 2 -

Recalling UNESCO's programmes relating to the intangible cultural heritage, in particular the Proclamation of Masterpieces of the Oral and Intangible Heritage of Humanity,

Considering the invaluable role of the intangible cultural heritage as a factor in bringing human beings closer together and ensuring exchange and understanding among them,

Adopts this Convention on this seventeenth day of October 2003.

I. General provisions

Article 1 – Purposes of the Convention

The purposes of this Convention are:

- (a) to safeguard the intangible cultural heritage;
- (b) to ensure respect for the intangible cultural heritage of the communities, groups and individuals concerned;
- (c) to raise awareness at the local, national and international levels of the importance of the intangible cultural heritage, and of ensuring mutual appreciation thereof;
- (d) to provide for international cooperation and assistance.

Article 2 – Definitions

For the purposes of this Convention,

1. The “intangible cultural heritage” means the practices, representations, expressions, knowledge, skills – as well as the instruments, objects, artefacts and cultural spaces associated therewith – that communities, groups and, in some cases, individuals recognize as part of their cultural heritage. This intangible cultural heritage, transmitted from generation to generation, is constantly recreated by communities and groups in response to their environment, their interaction with nature and their history, and provides them with a sense of identity and continuity, thus promoting respect for cultural diversity and human creativity. For the purposes of this Convention, consideration will be given solely to such intangible cultural heritage as is compatible with existing international human rights instruments, as well as with the requirements of mutual respect among communities, groups and individuals, and of sustainable development.

2. The “intangible cultural heritage”, as defined in paragraph 1 above, is manifested *inter alia* in the following domains:

- (a) oral traditions and expressions, including language as a vehicle of the intangible cultural heritage;
- (b) performing arts;
- (c) social practices, rituals and festive events;
- (d) knowledge and practices concerning nature and the universe;
- (e) traditional craftsmanship.

- 3 -

3. "Safeguarding" means measures aimed at ensuring the viability of the intangible cultural heritage, including the identification, documentation, research, preservation, protection, promotion, enhancement, transmission, particularly through formal and non-formal education, as well as the revitalization of the various aspects of such heritage.
4. "States Parties" means States which are bound by this Convention and among which this Convention is in force.
5. This Convention applies *mutatis mutandis* to the territories referred to in Article 33 which become Parties to this Convention in accordance with the conditions set out in that Article. To that extent the expression "States Parties" also refers to such territories.

Article 3 – Relationship to other international instruments

Valentina Vadi, Bruno
de Witte (Eds.),
European Yearbook of
International Economic

Nothing in this Convention may be interpreted as:

- (a) altering the status or diminishing the level of protection under the 1972 Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage of World Heritage properties with which an item of the intangible cultural heritage is directly associated; or
- (b) affecting the rights and obligations of States Parties deriving from any international instrument relating to intellectual property rights or to the use of biological and ecological resources to which they are parties.

(Germany :
Springer International
Publishing, 2019),
p.807

II. Organs of the Convention

Article 4 – General Assembly of the States Parties

1. A General Assembly of the States Parties is hereby established, hereinafter referred to as "the General Assembly". The General Assembly is the sovereign body of this Convention.
2. The General Assembly shall meet in ordinary session every two years. It may meet in extraordinary session if it so decides or at the request either of the Intergovernmental Committee for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage or of at least one-third of the States Parties.
3. The General Assembly shall adopt its own Rules of Procedure.

Article 5 – Intergovernmental Committee for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage

1. An Intergovernmental Committee for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, hereinafter referred to as "the Committee", is hereby established within UNESCO. It shall be composed of representatives of 18 States Parties, elected by the States Parties meeting in General Assembly, once this Convention enters into force in accordance with Article 34.
2. The number of States Members of the Committee shall be increased to 24 once the number of the States Parties to the Convention reaches 50.

- 4 -

Article 6 – Election and terms of office of States Members of the Committee

1. The election of States Members of the Committee shall obey the principles of equitable geographical representation and rotation.
2. States Members of the Committee shall be elected for a term of four years by States Parties to the Convention meeting in General Assembly.
3. However, the term of office of half of the States Members of the Committee elected at the first election is limited to two years. These States shall be chosen by lot at the first election.
4. Every two years, the General Assembly shall renew half of the States Members of the Committee.
5. It shall also elect as many States Members of the Committee as required to fill vacancies.
6. A State Member of the Committee may not be elected for two consecutive terms.
7. States Members of the Committee shall choose as their representatives persons who are qualified in the various fields of the intangible cultural heritage.

Article 7 – Functions of the Committee

Without prejudice to other prerogatives granted to it by this Convention, the functions of the Committee shall be to:

- (a) promote the objectives of the Convention, and to encourage and monitor the implementation thereof;
- (b) provide guidance on best practices and make recommendations on measures for the safeguarding of the intangible cultural heritage;
- (c) prepare and submit to the General Assembly for approval a draft plan for the use of the resources of the Fund, in accordance with Article 25;
- (d) seek means of increasing its resources, and to take the necessary measures to this end, in accordance with Article 25;
- (e) prepare and submit to the General Assembly for approval operational directives for the implementation of this Convention;
- (f) examine, in accordance with Article 29, the reports submitted by States Parties, and to summarize them for the General Assembly;
- (g) examine requests submitted by States Parties, and to decide thereon, in accordance with objective selection criteria to be established by the Committee and approved by the General Assembly for:

- 5 -

- (i) inscription on the lists and proposals mentioned under Articles 16, 17 and 18;
- (ii) the granting of international assistance in accordance with Article 22.

Article 8 – Working methods of the Committee

1. The Committee shall be answerable to the General Assembly. It shall report to it on all its activities and decisions.
2. The Committee shall adopt its own Rules of Procedure by a two-thirds majority of its Members.
3. The Committee may establish, on a temporary basis, whatever ad hoc consultative bodies it deems necessary to carry out its task.
4. The Committee may invite to its meetings any public or private bodies, as well as private persons, with recognized competence in the various fields of the intangible cultural heritage, in order to consult them on specific matters.

Article 9 – Accreditation of advisory organizations

1. The Committee shall propose to the General Assembly the accreditation of non-governmental organizations with recognized competence in the field of the intangible cultural heritage to act in an advisory capacity to the Committee.
2. The Committee shall also propose to the General Assembly the criteria for and modalities of such accreditation.

Article 10 – The Secretariat

1. The Committee shall be assisted by the UNESCO Secretariat.
2. The Secretariat shall prepare the documentation of the General Assembly and of the Committee, as well as the draft agenda of their meetings, and shall ensure the implementation of their decisions.

III. Safeguarding of the intangible cultural heritage at the national level

Article 11 – Role of States Parties

Each State Party shall:

- (a) take the necessary measures to ensure the safeguarding of the intangible cultural heritage present in its territory;
- (b) among the safeguarding measures referred to in Article 2, paragraph 3, identify and define the various elements of the intangible cultural heritage present in its territory, with the participation of communities, groups and relevant non-governmental organizations.

- 6 -

Article 12 – Inventories

1. To ensure identification with a view to safeguarding, each State Party shall draw up, in a manner geared to its own situation, one or more inventories of the intangible cultural heritage present in its territory. These inventories shall be regularly updated.
2. When each State Party periodically submits its report to the Committee, in accordance with Article 29, it shall provide relevant information on such inventories.

Article 13 – Other measures for safeguarding

To ensure the safeguarding, development and promotion of the intangible cultural heritage present in its territory, each State Party shall endeavour to:

- (a) adopt a general policy aimed at promoting the function of the intangible cultural heritage in society, and at integrating the safeguarding of such heritage into planning programmes;
- (b) designate or establish one or more competent bodies for the safeguarding of the intangible cultural heritage present in its territory;
- (c) foster scientific, technical and artistic studies, as well as research methodologies, with a view to effective safeguarding of the intangible cultural heritage, in particular the intangible cultural heritage in danger;
- (d) adopt appropriate legal, technical, administrative and financial measures aimed at:
 - (i) fostering the creation or strengthening of institutions for training in the management of the intangible cultural heritage and the transmission of such heritage through forums and spaces intended for the performance or expression thereof;
 - (ii) ensuring access to the intangible cultural heritage while respecting customary practices governing access to specific aspects of such heritage;
 - (iii) establishing documentation institutions for the intangible cultural heritage and facilitating access to them.

Article 14 – Education, awareness-raising and capacity-building

Each State Party shall endeavour, by all appropriate means, to:

- (a) ensure recognition of, respect for, and enhancement of the intangible cultural heritage in society, in particular through:
 - (i) educational, awareness-raising and information programmes, aimed at the general public, in particular young people;
 - (ii) specific educational and training programmes within the communities and groups concerned;

- 7 -

- (iii) capacity-building activities for the safeguarding of the intangible cultural heritage, in particular management and scientific research; and
- (iv) non-formal means of transmitting knowledge;
- (b) keep the public informed of the dangers threatening such heritage, and of the activities carried out in pursuance of this Convention;
- (c) promote education for the protection of natural spaces and places of memory whose existence is necessary for expressing the intangible cultural heritage.

Article 15 – Participation of communities, groups and individuals

Within the framework of its safeguarding activities of the intangible cultural heritage, each State Party shall endeavour to ensure the widest possible participation of communities, groups and, where appropriate, individuals that create, maintain and transmit such heritage, and to involve them actively in its management.

IV. Safeguarding of the intangible cultural heritage at the international level

Article 16 – Representative List of the Intangible Cultural Heritage of Humanity

1. In order to ensure better visibility of the intangible cultural heritage and awareness of its significance, and to encourage dialogue which respects cultural diversity, the Committee, upon the proposal of the States Parties concerned, shall establish, keep up to date and publish a Representative List of the Intangible Cultural Heritage of Humanity.
2. The Committee shall draw up and submit to the General Assembly for approval the criteria for the establishment, updating and publication of this Representative List.

Article 17 – List of Intangible Cultural Heritage in Need of Urgent Safeguarding

1. With a view to taking appropriate safeguarding measures, the Committee shall establish, keep up to date and publish a List of Intangible Cultural Heritage in Need of Urgent Safeguarding, and shall inscribe such heritage on the List at the request of the State Party concerned.
2. The Committee shall draw up and submit to the General Assembly for approval the criteria for the establishment, updating and publication of this List.
3. In cases of extreme urgency – the objective criteria of which shall be approved by the General Assembly upon the proposal of the Committee – the Committee may inscribe an item of the heritage concerned on the List mentioned in paragraph 1, in consultation with the State Party concerned.

Article 18 – Programmes, projects and activities for the safeguarding of the intangible cultural heritage

1. On the basis of proposals submitted by States Parties, and in accordance with criteria to be defined by the Committee and approved by the General Assembly, the Committee shall periodically select and promote national, subregional and regional programmes, projects and

- 8 -

activities for the safeguarding of the heritage which it considers best reflect the principles and objectives of this Convention, taking into account the special needs of developing countries.

2. To this end, it shall receive, examine and approve requests for international assistance from States Parties for the preparation of such proposals.

3. The Committee shall accompany the implementation of such projects, programmes and activities by disseminating best practices using means to be determined by it.

V. International cooperation and assistance

Article 19 – Cooperation

1. For the purposes of this Convention, international cooperation includes, inter alia, the exchange of information and experience, joint initiatives, and the establishment of a mechanism of assistance to States Parties in their efforts to safeguard the intangible cultural heritage.

2. Without prejudice to the provisions of their national legislation and customary law and practices, the States Parties recognize that the safeguarding of intangible cultural heritage is of general interest to humanity, and to that end undertake to cooperate at the bilateral, subregional, regional and international levels.

Article 20 – Purposes of international assistance

International assistance may be granted for the following purposes:

- (a) the safeguarding of the heritage inscribed on the List of Intangible Cultural Heritage in Need of Urgent Safeguarding;
- (b) the preparation of inventories in the sense of Articles 11 and 12;
- (c) support for programmes, projects and activities carried out at the national, subregional and regional levels aimed at the safeguarding of the intangible cultural heritage;
- (d) any other purpose the Committee may deem necessary.

Article 21 – Forms of international assistance

The assistance granted by the Committee to a State Party shall be governed by the operational directives foreseen in Article 7 and by the agreement referred to in Article 24, and may take the following forms:

- (a) studies concerning various aspects of safeguarding;
- (b) the provision of experts and practitioners;
- (c) the training of all necessary staff;
- (d) the elaboration of standard-setting and other measures;

- 9 -

- (e) the creation and operation of infrastructures;
- (f) the supply of equipment and know-how;
- (g) other forms of financial and technical assistance, including, where appropriate, the granting of low-interest loans and donations.

Article 22 – Conditions governing international assistance

1. The Committee shall establish the procedure for examining requests for international assistance, and shall specify what information shall be included in the requests, such as the measures envisaged and the interventions required, together with an assessment of their cost.
2. In emergencies, requests for assistance shall be examined by the Committee as a matter of priority.
3. In order to reach a decision, the Committee shall undertake such studies and consultations as it deems necessary.

Article 23 – Requests for international assistance

1. Each State Party may submit to the Committee a request for international assistance for the safeguarding of the intangible cultural heritage present in its territory.
2. Such a request may also be jointly submitted by two or more States Parties.
3. The request shall include the information stipulated in Article 22, paragraph 1, together with the necessary documentation.

Article 24 – Role of beneficiary States Parties

1. In conformity with the provisions of this Convention, the international assistance granted shall be regulated by means of an agreement between the beneficiary State Party and the Committee.
2. As a general rule, the beneficiary State Party shall, within the limits of its resources, share the cost of the safeguarding measures for which international assistance is provided.
3. The beneficiary State Party shall submit to the Committee a report on the use made of the assistance provided for the safeguarding of the intangible cultural heritage.

VI. Intangible Cultural Heritage Fund

Article 25 – Nature and resources of the Fund

1. A “Fund for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage”, hereinafter referred to as “the Fund”, is hereby established.
2. The Fund shall consist of funds-in-trust established in accordance with the Financial Regulations of UNESCO.

- 10 -

3. The resources of the Fund shall consist of:
 - (a) contributions made by States Parties;
 - (b) funds appropriated for this purpose by the General Conference of UNESCO;
 - (c) contributions, gifts or bequests which may be made by:
 - (i) other States;
 - (ii) organizations and programmes of the United Nations system, particularly the United Nations Development Programme, as well as other international organizations;
 - (iii) public or private bodies or individuals;
 - (d) any interest due on the resources of the Fund;
 - (e) funds raised through collections, and receipts from events organized for the benefit of the Fund;
 - (f) any other resources authorized by the Fund's regulations, to be drawn up by the Committee.
4. The use of resources by the Committee shall be decided on the basis of guidelines laid down by the General Assembly.
5. The Committee may accept contributions and other forms of assistance for general and specific purposes relating to specific projects, provided that those projects have been approved by the Committee.
6. No political, economic or other conditions which are incompatible with the objectives of this Convention may be attached to contributions made to the Fund.

Article 26 – Contributions of States Parties to the Fund

1. Without prejudice to any supplementary voluntary contribution, the States Parties to this Convention undertake to pay into the Fund, at least every two years, a contribution, the amount of which, in the form of a uniform percentage applicable to all States, shall be determined by the General Assembly. This decision of the General Assembly shall be taken by a majority of the States Parties present and voting which have not made the declaration referred to in paragraph 2 of this Article. In no case shall the contribution of the State Party exceed 1% of its contribution to the regular budget of UNESCO.
2. However, each State referred to in Article 32 or in Article 33 of this Convention may declare, at the time of the deposit of its instruments of ratification, acceptance, approval or accession, that it shall not be bound by the provisions of paragraph 1 of this Article.
3. A State Party to this Convention which has made the declaration referred to in paragraph 2 of this Article shall endeavour to withdraw the said declaration by notifying the Director-General of UNESCO. However, the withdrawal of the declaration shall not take

- 11 -

effect in regard to the contribution due by the State until the date on which the subsequent session of the General Assembly opens.

4. In order to enable the Committee to plan its operations effectively, the contributions of States Parties to this Convention which have made the declaration referred to in paragraph 2 of this Article shall be paid on a regular basis, at least every two years, and should be as close as possible to the contributions they would have owed if they had been bound by the provisions of paragraph 1 of this Article.

5. Any State Party to this Convention which is in arrears with the payment of its compulsory or voluntary contribution for the current year and the calendar year immediately preceding it shall not be eligible as a Member of the Committee; this provision shall not apply to the first election. The term of office of any such State which is already a Member of the Committee shall come to an end at the time of the elections provided for in Article 6 of this Convention.

Article 27 – Voluntary supplementary contributions to the Fund

States Parties wishing to provide voluntary contributions in addition to those foreseen under Article 26 shall inform the Committee, as soon as possible, so as to enable it to plan its operations accordingly.

Article 28 – International fund-raising campaigns

The States Parties shall, insofar as is possible, lend their support to international fund-raising campaigns organized for the benefit of the Fund under the auspices of UNESCO.

VII. Reports

Article 29 – Reports by the States Parties

The States Parties shall submit to the Committee, observing the forms and periodicity to be defined by the Committee, reports on the legislative, regulatory and other measures taken for the implementation of this Convention.

Article 30 – Reports by the Committee

1. On the basis of its activities and the reports by States Parties referred to in Article 29, the Committee shall submit a report to the General Assembly at each of its sessions.
2. The report shall be brought to the attention of the General Conference of UNESCO.

VIII. Transitional clause

Article 31 – Relationship to the Proclamation of Masterpieces of the Oral and Intangible Heritage of Humanity

1. The Committee shall incorporate in the Representative List of the Intangible Cultural Heritage of Humanity the items proclaimed “Masterpieces of the Oral and Intangible Heritage of Humanity” before the entry into force of this Convention.

- 12 -

2. The incorporation of these items in the Representative List of the Intangible Cultural Heritage of Humanity shall in no way prejudice the criteria for future inscriptions decided upon in accordance with Article 16, paragraph 2.

3. No further Proclamation will be made after the entry into force of this Convention.

IX. Final clauses

Article 32 – Ratification, acceptance or approval

1. This Convention shall be subject to ratification, acceptance or approval by States Members of UNESCO in accordance with their respective constitutional procedures.

2. The instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Director-General of UNESCO.

Article 33 – Accession

1. This Convention shall be open to accession by all States not Members of UNESCO that are invited by the General Conference of UNESCO to accede to it.

2. This Convention shall also be open to accession by territories which enjoy full internal self-government recognized as such by the United Nations, but have not attained full independence in accordance with General Assembly resolution 1514 (XV), and which have competence over the matters governed by this Convention, including the competence to enter into treaties in respect of such matters.

3. The instrument of accession shall be deposited with the Director-General of UNESCO.

Article 34 – Entry into force

This Convention shall enter into force three months after the date of the deposit of the thirtieth instrument of ratification, acceptance, approval or accession, but only with respect to those States that have deposited their respective instruments of ratification, acceptance, approval, or accession on or before that date. It shall enter into force with respect to any other State Party three months after the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

Article 35 – Federal or non-unitary constitutional systems

The following provisions shall apply to States Parties which have a federal or non-unitary constitutional system:

- (a) with regard to the provisions of this Convention, the implementation of which comes under the legal jurisdiction of the federal or central legislative power, the obligations of the federal or central government shall be the same as for those States Parties which are not federal States;
- (b) with regard to the provisions of this Convention, the implementation of which comes under the jurisdiction of individual constituent States, countries, provinces or cantons which are not obliged by the constitutional system of the federation to

- 13 -

take legislative measures, the federal government shall inform the competent authorities of such States, countries, provinces or cantons of the said provisions, with its recommendation for their adoption.

Article 36 – Denunciation

1. Each State Party may denounce this Convention.
2. The denunciation shall be notified by an instrument in writing, deposited with the Director-General of UNESCO.
3. The denunciation shall take effect twelve months after the receipt of the instrument of denunciation. It shall in no way affect the financial obligations of the denouncing State Party until the date on which the withdrawal takes effect.

Article 37 – Depositary functions

The Director-General of UNESCO, as the Depositary of this Convention, shall inform the States Members of the Organization, the States not Members of the Organization referred to in Article 33, as well as the United Nations, of the deposit of all the instruments of ratification, acceptance, approval or accession provided for in Articles 32 and 33, and of the denunciations provided for in Article 36.

Article 38 – Amendments

1. A State Party may, by written communication addressed to the Director-General, propose amendments to this Convention. The Director-General shall circulate such communication to all States Parties. If, within six months from the date of the circulation of the communication, not less than one half of the States Parties reply favourably to the request, the Director-General shall present such proposal to the next session of the General Assembly for discussion and possible adoption.
2. Amendments shall be adopted by a two-thirds majority of States Parties present and voting.
3. Once adopted, amendments to this Convention shall be submitted for ratification, acceptance, approval or accession to the States Parties.
4. Amendments shall enter into force, but solely with respect to the States Parties that have ratified, accepted, approved or acceded to them, three months after the deposit of the instruments referred to in paragraph 3 of this Article by two-thirds of the States Parties. Thereafter, for each State Party that ratifies, accepts, approves or accedes to an amendment, the said amendment shall enter into force three months after the date of deposit by that State Party of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession.
5. The procedure set out in paragraphs 3 and 4 shall not apply to amendments to Article 5 concerning the number of States Members of the Committee. These amendments shall enter into force at the time they are adopted.

- 14 -

6. A State which becomes a Party to this Convention after the entry into force of amendments in conformity with paragraph 4 of this Article shall, failing an expression of different intention, be considered:

- (a) as a Party to this Convention as so amended; and
- (b) as a Party to the unamended Convention in relation to any State Party not bound by the amendments.

Article 39 – Authoritative texts

This Convention has been drawn up in Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish, the six texts being equally authoritative.

Article 40 – Registration

In conformity with Article 102 of the Charter of the United Nations, this Convention shall be registered with the Secretariat of the United Nations at the request of the Director-General of UNESCO.

ภาคผนวก ข

AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL
PROPERTY RIGHTS

ANNEX 1C

**AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF
INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS**

PART I GENERAL PROVISIONS AND BASIC PRINCIPLES

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

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

PART III ENFORCEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

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

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

PART V DISPUTE PREVENTION AND SETTLEMENT

PART VI TRANSITIONAL ARRANGEMENTS

PART VII INSTITUTIONAL ARRANGEMENTS; FINAL PROVISIONS

**AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF
INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS**

Members,

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

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

- (a) the applicability of the basic principles of GATT 1994 and of relevant international intellectual property agreements or conventions;
- (b) the provision of adequate standards and principles concerning the availability, scope and use of trade-related intellectual property rights;
- (c) the provision of effective and appropriate means for the enforcement of trade-related intellectual property rights, taking into account differences in national legal systems;
- (d) the provision of effective and expeditious procedures for the multilateral prevention and settlement of disputes between governments; and
- (e) transitional arrangements aiming at the fullest participation in the results of the negotiations;

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

Recognizing that intellectual property rights are private rights;

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

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

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

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

Hereby agree as follows:

PART I

GENERAL PROVISIONS AND BASIC PRINCIPLES

Article 1

Nature and Scope of Obligations

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

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

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

Article 2

Intellectual Property Conventions

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

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

Article 3

National Treatment

1. Each Member shall accord to the nationals of other Members treatment no less favourable than that it accords to its own nationals with regard to the protection³ of intellectual property, subject to the exceptions already provided in, respectively, the Paris Convention (1967), the Berne Convention (1971), the Rome Convention or the Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits. In respect of performers, producers of phonograms and broadcasting organizations, this obligation only applies in respect of the rights provided under this Agreement. Any Member availing itself of the possibilities provided in Article 6 of the Berne Convention (1971) or paragraph 1(b) of Article 16 of the Rome Convention shall make a notification as foreseen in those provisions to the Council for TRIPS.

2. Members may avail themselves of the exceptions permitted under paragraph 1 in relation to judicial and administrative procedures, including the designation of an address for service or the

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

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

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

appointment of an agent within the jurisdiction of a Member, only where such exceptions are necessary to secure compliance with laws and regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement and where such practices are not applied in a manner which would constitute a disguised restriction on trade.

Article 4

Most-Favoured-Nation Treatment

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

- (a) deriving from international agreements on judicial assistance or law enforcement of a general nature and not particularly confined to the protection of intellectual property;
- (b) granted in accordance with the provisions of the Berne Convention (1971) or the Rome Convention authorizing that the treatment accorded be a function not of national treatment but of the treatment accorded in another country;
- (c) in respect of the rights of performers, producers of phonograms and broadcasting organizations not provided under this Agreement;
- (d) deriving from international agreements related to the protection of intellectual property which entered into force prior to the entry into force of the WTO Agreement, provided that such agreements are notified to the Council for TRIPS and do not constitute an arbitrary or unjustifiable discrimination against nationals of other Members.

Article 5

Multilateral Agreements on Acquisition or Maintenance of Protection

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

Article 6

Exhaustion

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

Article 7

Objectives

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

Article 8

Principles

1. Members may, in formulating or amending their laws and regulations, adopt measures necessary to protect public health and nutrition, and to promote the public interest in sectors of vital importance to their socio-economic and technological development, provided that such measures are consistent with the provisions of this Agreement.
2. Appropriate measures, provided that they are consistent with the provisions of this Agreement, may be needed to prevent the abuse of intellectual property rights by right holders or the resort to practices which unreasonably restrain trade or adversely affect the international transfer of technology.

PART II

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

SECTION 1: COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS

Article 9

Relation to the Berne Convention

1. Members shall comply with Articles 1 through 21 of the Berne Convention (1971) and the Appendix thereto. However, Members shall not have rights or obligations under this Agreement in respect of the rights conferred under Article 6bis of that Convention or of the rights derived therefrom.
2. Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.

Article 10

Computer Programs and Compilations of Data

1. Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971).
2. Compilations of data or other material, whether in machine readable or other form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations shall be

protected as such. Such protection, which shall not extend to the data or material itself, shall be without prejudice to any copyright subsisting in the data or material itself.

Article 11

Rental Rights

In respect of at least computer programs and cinematographic works, a Member shall provide authors and their successors in title the right to authorize or to prohibit the commercial rental to the public of originals or copies of their copyright works. A Member shall be excepted from this obligation in respect of cinematographic works unless such rental has led to widespread copying of such works which is materially impairing the exclusive right of reproduction conferred in that Member on authors and their successors in title. In respect of computer programs, this obligation does not apply to rentals where the program itself is not the essential object of the rental.

Article 12

Term of Protection

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

Article 13

Limitations and Exceptions

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

Article 14

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

1. In respect of a fixation of their performance on a phonogram, performers shall have the possibility of preventing the following acts when undertaken without their authorization: the fixation of their unfixed performance and the reproduction of such fixation. Performers shall also have the possibility of preventing the following acts when undertaken without their authorization: the broadcasting by wireless means and the communication to the public of their live performance.
2. Producers of phonograms shall enjoy the right to authorize or prohibit the direct or indirect reproduction of their phonograms.
3. Broadcasting organizations shall have the right to prohibit the following acts when undertaken without their authorization: the fixation, the reproduction of fixations, and the rebroadcasting by wireless means of broadcasts, as well as the communication to the public of

television broadcasts of the same. Where Members do not grant such rights to broadcasting organizations, they shall provide owners of copyright in the subject matter of broadcasts with the possibility of preventing the above acts, subject to the provisions of the Berne Convention (1971).

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

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

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

SECTION 2: TRADEMARKS

Article 15

Protectable Subject Matter

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

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

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

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

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

Article 16

Rights Conferred

1. The owner of a registered trademark shall have the exclusive right to prevent all third parties not having the owner's consent from using in the course of trade identical or similar signs for goods or services which are identical or similar to those in respect of which the trademark is registered where such use would result in a likelihood of confusion. In case of the use of an identical sign for identical goods or services, a likelihood of confusion shall be presumed. The rights described above shall not prejudice any existing prior rights, nor shall they affect the possibility of Members making rights available on the basis of use.
2. Article 6*bis* of the Paris Convention (1967) shall apply, *mutatis mutandis*, to services. In determining whether a trademark is well-known, Members shall take account of the knowledge of the trademark in the relevant sector of the public, including knowledge in the Member concerned which has been obtained as a result of the promotion of the trademark.
3. Article 6*bis* of the Paris Convention (1967) shall apply, *mutatis mutandis*, to goods or services which are not similar to those in respect of which a trademark is registered, provided that use of that trademark in relation to those goods or services would indicate a connection between those goods or services and the owner of the registered trademark and provided that the interests of the owner of the registered trademark are likely to be damaged by such use.

Article 17

Exceptions

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

Article 18

Term of Protection

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

Article 19

Requirement of Use

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

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

Article 20

Other Requirements

The use of a trademark in the course of trade shall not be unjustifiably encumbered by special requirements, such as use with another trademark, use in a special form or use in a manner detrimental to its capability to distinguish the goods or services of one undertaking from those of other undertakings. This will not preclude a requirement prescribing the use of the trademark identifying the undertaking producing the goods or services along with, but without linking it to, the trademark distinguishing the specific goods or services in question of that undertaking.

Article 21

Licensing and Assignment

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

SECTION 3: GEOGRAPHICAL INDICATIONS

Article 22

Protection of Geographical Indications

1. Geographical indications are, for the purposes of this Agreement, indications which identify a good as originating in the territory of a Member, or a region or locality in that territory, where a given quality, reputation or other characteristic of the good is essentially attributable to its geographical origin.
2. In respect of geographical indications, Members shall provide the legal means for interested parties to prevent:
 - (a) the use of any means in the designation or presentation of a good that indicates or suggests that the good in question originates in a geographical area other than the true place of origin in a manner which misleads the public as to the geographical origin of the good;
 - (b) any use which constitutes an act of unfair competition within the meaning of Article 10*bis* of the Paris Convention (1967).
3. A Member shall, *ex officio* if its legislation so permits or at the request of an interested party, refuse or invalidate the registration of a trademark which contains or consists of a geographical indication with respect to goods not originating in the territory indicated, if use of the indication in the trademark for such goods in that Member is of such a nature as to mislead the public as to the true place of origin.

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

Article 23

Additional Protection for Geographical Indications for Wines and Spirits

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

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

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

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

Article 24

International Negotiations; Exceptions

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

2. The Council for TRIPS shall keep under review the application of the provisions of this Section; the first such review shall take place within two years of the entry into force of the WTO Agreement. Any matter affecting the compliance with the obligations under these provisions may be drawn to the attention of the Council, which, at the request of a Member, shall consult with any Member or Members in respect of such matter in respect of which it has not been possible to find a

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

satisfactory solution through bilateral or plurilateral consultations between the Members concerned. The Council shall take such action as may be agreed to facilitate the operation and further the objectives of this Section.

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

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

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

- (a) before the date of application of these provisions in that Member as defined in Part VI; or
- (b) before the geographical indication is protected in its country of origin;

measures adopted to implement this Section shall not prejudice eligibility for or the validity of the registration of a trademark, or the right to use a trademark, on the basis that such a trademark is identical with, or similar to, a geographical indication.

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

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

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

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

SECTION 4: INDUSTRIAL DESIGNS

Article 25

Requirements for Protection

1. Members shall provide for the protection of independently created industrial designs that are new or original. Members may provide that designs are not new or original if they do not significantly differ from known designs or combinations of known design features. Members may provide that such protection shall not extend to designs dictated essentially by technical or functional considerations.
2. Each Member shall ensure that requirements for securing protection for textile designs, in particular in regard to any cost, examination or publication, do not unreasonably impair the opportunity to seek and obtain such protection. Members shall be free to meet this obligation through industrial design law or through copyright law.

Article 26

Protection

1. The owner of a protected industrial design shall have the right to prevent third parties not having the owner's consent from making, selling or importing articles bearing or embodying a design which is a copy, or substantially a copy, of the protected design, when such acts are undertaken for commercial purposes.
2. Members may provide limited exceptions to the protection of industrial designs, provided that such exceptions do not unreasonably conflict with the normal exploitation of protected industrial designs and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the owner of the protected design, taking account of the legitimate interests of third parties.
3. The duration of protection available shall amount to at least 10 years.

SECTION 5: PATENTS

Article 27

Patentable Subject Matter

1. Subject to the provisions of paragraphs 2 and 3, patents shall be available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application.³ Subject to paragraph 4 of Article 65, paragraph 8 of Article 70 and paragraph 3 of this Article, patents shall be available and patent rights enjoyable without discrimination as to the place of invention, the field of technology and whether products are imported or locally produced.
2. Members may exclude from patentability inventions, the prevention within their territory of the commercial exploitation of which is necessary to protect *ordre public* or morality, including to

³ For the purposes of this Article, the terms "inventive step" and "capable of industrial application" may be deemed by a Member to be synonymous with the terms "non-obvious" and "useful" respectively.

protect human, animal or plant life or health or to avoid serious prejudice to the environment, provided that such exclusion is not made merely because the exploitation is prohibited by their law.

3. Members may also exclude from patentability:
 - (a) diagnostic, therapeutic and surgical methods for the treatment of humans or animals;
 - (b) plants and animals other than micro-organisms, and essentially biological processes for the production of plants or animals other than non-biological and microbiological processes. However, Members shall provide for the protection of plant varieties either by patents or by an effective *sui generis* system or by any combination thereof. The provisions of this subparagraph shall be reviewed four years after the date of entry into force of the WTO Agreement.

Article 28

Rights Conferred

1. A patent shall confer on its owner the following exclusive rights:
 - (a) where the subject matter of a patent is a product, to prevent third parties not having the owner's consent from the acts of: making, using, offering for sale, selling, or importing⁶ for these purposes that product;
 - (b) where the subject matter of a patent is a process, to prevent third parties not having the owner's consent from the act of using the process, and from the acts of: using, offering for sale, selling, or importing for these purposes at least the product obtained directly by that process.
2. Patent owners shall also have the right to assign, or transfer by succession, the patent and to conclude licensing contracts.

Article 29

Conditions on Patent Applicants

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

Article 30

Exceptions to Rights Conferred

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

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

Article 31

Other Use Without Authorization of the Right Holder

Where the law of a Member allows for other use⁷ of the subject matter of a patent without the authorization of the right holder, including use by the government or third parties authorized by the government, the following provisions shall be respected:

- (a) authorization of such use shall be considered on its individual merits;
- (b) such use may only be permitted if, prior to such use, the proposed user has made efforts to obtain authorization from the right holder on reasonable commercial terms and conditions and that such efforts have not been successful within a reasonable period of time. This requirement may be waived by a Member in the case of a national emergency or other circumstances of extreme urgency or in cases of public non-commercial use. In situations of national emergency or other circumstances of extreme urgency, the right holder shall, nevertheless, be notified as soon as reasonably practicable. In the case of public non-commercial use, where the government or contractor, without making a patent search, knows or has demonstrable grounds to know that a valid patent is or will be used by or for the government, the right holder shall be informed promptly;
- (c) the scope and duration of such use shall be limited to the purpose for which it was authorized, and in the case of semi-conductor technology shall only be for public non-commercial use or to remedy a practice determined after judicial or administrative process to be anti-competitive;
- (d) such use shall be non-exclusive;
- (e) such use shall be non-assignable, except with that part of the enterprise or goodwill which enjoys such use;
- (f) any such use shall be authorized predominantly for the supply of the domestic market of the Member authorizing such use;
- (g) authorization for such use shall be liable, subject to adequate protection of the legitimate interests of the persons so authorized, to be terminated if and when the circumstances which led to it cease to exist and are unlikely to recur. The competent authority shall have the authority to review, upon motivated request, the continued existence of these circumstances;
- (h) the right holder shall be paid adequate remuneration in the circumstances of each case, taking into account the economic value of the authorization;

⁷ "Other use" refers to use other than that allowed under Article 30.

- (i) the legal validity of any decision relating to the authorization of such use shall be subject to judicial review or other independent review by a distinct higher authority in that Member;
- (j) any decision relating to the remuneration provided in respect of such use shall be subject to judicial review or other independent review by a distinct higher authority in that Member;
- (k) Members are not obliged to apply the conditions set forth in subparagraphs (b) and (f) where such use is permitted to remedy a practice determined after judicial or administrative process to be anti-competitive. The need to correct anti-competitive practices may be taken into account in determining the amount of remuneration in such cases. Competent authorities shall have the authority to refuse termination of authorization if and when the conditions which led to such authorization are likely to recur;
- (l) where such use is authorized to permit the exploitation of a patent ("the second patent") which cannot be exploited without infringing another patent ("the first patent"), the following additional conditions shall apply:
 - (i) the invention claimed in the second patent shall involve an important technical advance of considerable economic significance in relation to the invention claimed in the first patent;
 - (ii) the owner of the first patent shall be entitled to a cross-licence on reasonable terms to use the invention claimed in the second patent; and
 - (iii) the use authorized in respect of the first patent shall be non-assignable except with the assignment of the second patent.

Article 32

Revocation/Forfeiture

An opportunity for judicial review of any decision to revoke or forfeit a patent shall be available.

Article 33

Term of Protection

The term of protection available shall not end before the expiration of a period of twenty years counted from the filing date.⁸

Article 34

Process Patents: Burden of Proof

⁸ It is understood that those Members which do not have a system of original grant may provide that the term of protection shall be computed from the filing date in the system of original grant.

1. For the purposes of civil proceedings in respect of the infringement of the rights of the owner referred to in paragraph 1(b) of Article 28, if the subject matter of a patent is a process for obtaining a product, the judicial authorities shall have the authority to order the defendant to prove that the process to obtain an identical product is different from the patented process. Therefore, Members shall provide, in at least one of the following circumstances, that any identical product when produced without the consent of the patent owner shall, in the absence of proof to the contrary, be deemed to have been obtained by the patented process:

- (a) if the product obtained by the patented process is new;
- (b) if there is a substantial likelihood that the identical product was made by the process and the owner of the patent has been unable through reasonable efforts to determine the process actually used.

2. Any Member shall be free to provide that the burden of proof indicated in paragraph 1 shall be on the alleged infringer only if the condition referred to in subparagraph (a) is fulfilled or only if the condition referred to in subparagraph (b) is fulfilled.

3. In the adduction of proof to the contrary, the legitimate interests of defendants in protecting their manufacturing and business secrets shall be taken into account.

SECTION 6: LAYOUT-DESIGNS (TOPOGRAPHIES) OF INTEGRATED CIRCUITS

Article 35

Relation to the IPIC Treaty

Members agree to provide protection to the layout-designs (topographies) of integrated circuits (referred to in this Agreement as "layout-designs") in accordance with Articles 2 through 7 (other than paragraph 3 of Article 6), Article 12 and paragraph 3 of Article 16 of the Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits and, in addition, to comply with the following provisions.

Article 36

Scope of the Protection

Subject to the provisions of paragraph 1 of Article 37, Members shall consider unlawful the following acts if performed without the authorization of the right holder:⁹ importing, selling, or otherwise distributing for commercial purposes a protected layout-design, an integrated circuit in which a protected layout-design is incorporated, or an article incorporating such an integrated circuit only in so far as it continues to contain an unlawfully reproduced layout-design.

Article 37

Acts Not Requiring the Authorization of the Right Holder

⁹ The term "right holder" in this Section shall be understood as having the same meaning as the term "holder of the right" in the IPIC Treaty.

1. Notwithstanding Article 36, no Member shall consider unlawful the performance of any of the acts referred to in that Article in respect of an integrated circuit incorporating an unlawfully reproduced layout-design or any article incorporating such an integrated circuit where the person performing or ordering such acts did not know and had no reasonable ground to know, when acquiring the integrated circuit or article incorporating such an integrated circuit, that it incorporated an unlawfully reproduced layout-design. Members shall provide that, after the time that such person has received sufficient notice that the layout-design was unlawfully reproduced, that person may perform any of the acts with respect to the stock on hand or ordered before such time, but shall be liable to pay to the right holder a sum equivalent to a reasonable royalty such as would be payable under a freely negotiated licence in respect of such a layout-design.

2. The conditions set out in subparagraphs (a) through (k) of Article 31 shall apply *mutatis mutandis* in the event of any non-voluntary licensing of a layout-design or of its use by or for the government without the authorization of the right holder.

Article 38

Term of Protection

1. In Members requiring registration as a condition of protection, the term of protection of layout-designs shall not end before the expiration of a period of 10 years counted from the date of filing an application for registration or from the first commercial exploitation wherever in the world it occurs.

2. In Members not requiring registration as a condition for protection, layout-designs shall be protected for a term of no less than 10 years from the date of the first commercial exploitation wherever in the world it occurs.

3. Notwithstanding paragraphs 1 and 2, a Member may provide that protection shall lapse 15 years after the creation of the layout-design.

SECTION 7: PROTECTION OF UNDISCLOSED INFORMATION

Article 39

1. In the course of ensuring effective protection against unfair competition as provided in Article 10*bis* of the Paris Convention (1967), Members shall protect undisclosed information in accordance with paragraph 2 and data submitted to governments or governmental agencies in accordance with paragraph 3.

2. Natural and legal persons shall have the possibility of preventing information lawfully within their control from being disclosed to, acquired by, or used by others without their consent in a manner contrary to honest commercial practices¹⁰ so long as such information:

¹⁰ For the purpose of this provision, "a manner contrary to honest commercial practices" shall mean at least practices such as breach of contract, breach of confidence and inducement to breach, and includes the acquisition of undisclosed information by third parties who knew, or were grossly negligent in failing to know, that such practices were involved in the acquisition.

- (a) is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question;
- (b) has commercial value because it is secret; and
- (c) has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret.

3. Members, when requiring, as a condition of approving the marketing of pharmaceutical or of agricultural chemical products which utilize new chemical entities, the submission of undisclosed test or other data, the origination of which involves a considerable effort, shall protect such data against unfair commercial use. In addition, Members shall protect such data against disclosure, except where necessary to protect the public, or unless steps are taken to ensure that the data are protected against unfair commercial use.

SECTION 8: CONTROL OF ANTI-COMPETITIVE PRACTICES IN CONTRACTUAL LICENCES

Article 40

1. Members agree that some licensing practices or conditions pertaining to intellectual property rights which restrain competition may have adverse effects on trade and may impede the transfer and dissemination of technology.

2. Nothing in this Agreement shall prevent Members from specifying in their legislation licensing practices or conditions that may in particular cases constitute an abuse of intellectual property rights having an adverse effect on competition in the relevant market. As provided above, a Member may adopt, consistently with the other provisions of this Agreement, appropriate measures to prevent or control such practices, which may include for example exclusive grantback conditions, conditions preventing challenges to validity and coercive package licensing, in the light of the relevant laws and regulations of that Member.

3. Each Member shall enter, upon request, into consultations with any other Member which has cause to believe that an intellectual property right owner that is a national or domiciliary of the Member to which the request for consultations has been addressed is undertaking practices in violation of the requesting Member's laws and regulations on the subject matter of this Section, and which wishes to secure compliance with such legislation, without prejudice to any action under the law and to the full freedom of an ultimate decision of either Member. The Member addressed shall accord full and sympathetic consideration to, and shall afford adequate opportunity for, consultations with the requesting Member, and shall cooperate through supply of publicly available non-confidential information of relevance to the matter in question and of other information available to the Member, subject to domestic law and to the conclusion of mutually satisfactory agreements concerning the safeguarding of its confidentiality by the requesting Member.

4. A Member whose nationals or domiciliaries are subject to proceedings in another Member concerning alleged violation of that other Member's laws and regulations on the subject matter of this Section shall, upon request, be granted an opportunity for consultations by the other Member under the same conditions as those foreseen in paragraph 3.

PART III

ENFORCEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

SECTION 1: GENERAL OBLIGATIONS

Article 41

1. Members shall ensure that enforcement procedures as specified in this Part are available under their law so as to permit effective action against any act of infringement of intellectual property rights covered by this Agreement, including expeditious remedies to prevent infringements and remedies which constitute a deterrent to further infringements. These procedures shall be applied in such a manner as to avoid the creation of barriers to legitimate trade and to provide for safeguards against their abuse.
2. Procedures concerning the enforcement of intellectual property rights shall be fair and equitable. They shall not be unnecessarily complicated or costly, or entail unreasonable time-limits or unwarranted delays.
3. Decisions on the merits of a case shall preferably be in writing and reasoned. They shall be made available at least to the parties to the proceeding without undue delay. Decisions on the merits of a case shall be based only on evidence in respect of which parties were offered the opportunity to be heard.
4. Parties to a proceeding shall have an opportunity for review by a judicial authority of final administrative decisions and, subject to jurisdictional provisions in a Member's law concerning the importance of a case, of at least the legal aspects of initial judicial decisions on the merits of a case. However, there shall be no obligation to provide an opportunity for review of acquittals in criminal cases.
5. It is understood that this Part does not create any obligation to put in place a judicial system for the enforcement of intellectual property rights distinct from that for the enforcement of law in general, nor does it affect the capacity of Members to enforce their law in general. Nothing in this Part creates any obligation with respect to the distribution of resources as between enforcement of intellectual property rights and the enforcement of law in general.

SECTION 2: CIVIL AND ADMINISTRATIVE PROCEDURES AND REMEDIES

Article 42

Fair and Equitable Procedures

Members shall make available to right holders¹¹ civil judicial procedures concerning the enforcement of any intellectual property right covered by this Agreement. Defendants shall have the right to written notice which is timely and contains sufficient detail, including the basis of the claims. Parties shall be allowed to be represented by independent legal counsel, and procedures shall not impose overly burdensome requirements concerning mandatory personal appearances. All parties to such procedures shall be duly entitled to substantiate their claims and to present all relevant evidence.

¹¹ For the purpose of this Part, the term "right holder" includes federations and associations having legal standing to assert such rights.

The procedure shall provide a means to identify and protect confidential information, unless this would be contrary to existing constitutional requirements.

Article 43

Evidence

1. The judicial authorities shall have the authority, where a party has presented reasonably available evidence sufficient to support its claims and has specified evidence relevant to substantiation of its claims which lies in the control of the opposing party, to order that this evidence be produced by the opposing party, subject in appropriate cases to conditions which ensure the protection of confidential information.

2. In cases in which a party to a proceeding voluntarily and without good reason refuses access to, or otherwise does not provide necessary information within a reasonable period, or significantly impedes a procedure relating to an enforcement action, a Member may accord judicial authorities the authority to make preliminary and final determinations, affirmative or negative, on the basis of the information presented to them, including the complaint or the allegation presented by the party adversely affected by the denial of access to information, subject to providing the parties an opportunity to be heard on the allegations or evidence.

Article 44

Injunctions

1. The judicial authorities shall have the authority to order a party to desist from an infringement, *inter alia* to prevent the entry into the channels of commerce in their jurisdiction of imported goods that involve the infringement of an intellectual property right, immediately after customs clearance of such goods. Members are not obliged to accord such authority in respect of protected subject matter acquired or ordered by a person prior to knowing or having reasonable grounds to know that dealing in such subject matter would entail the infringement of an intellectual property right.

2. Notwithstanding the other provisions of this Part and provided that the provisions of Part II specifically addressing use by governments, or by third parties authorized by a government, without the authorization of the right holder are complied with, Members may limit the remedies available against such use to payment of remuneration in accordance with subparagraph (h) of Article 31. In other cases, the remedies under this Part shall apply or, where these remedies are inconsistent with a Member's law, declaratory judgments and adequate compensation shall be available.

Article 45

Damages

1. The judicial authorities shall have the authority to order the infringer to pay the right holder damages adequate to compensate for the injury the right holder has suffered because of an infringement of that person's intellectual property right by an infringer who knowingly, or with reasonable grounds to know, engaged in infringing activity.

2. The judicial authorities shall also have the authority to order the infringer to pay the right holder expenses, which may include appropriate attorney's fees. In appropriate cases, Members may

authorize the judicial authorities to order recovery of profits and/or payment of pre-established damages even where the infringer did not knowingly, or with reasonable grounds to know, engage in infringing activity.

Article 46

Other Remedies

In order to create an effective deterrent to infringement, the judicial authorities shall have the authority to order that goods that they have found to be infringing be, without compensation of any sort, disposed of outside the channels of commerce in such a manner as to avoid any harm caused to the right holder, or, unless this would be contrary to existing constitutional requirements, destroyed. The judicial authorities shall also have the authority to order that materials and implements the predominant use of which has been in the creation of the infringing goods be, without compensation of any sort, disposed of outside the channels of commerce in such a manner as to minimize the risks of further infringements. In considering such requests, the need for proportionality between the seriousness of the infringement and the remedies ordered as well as the interests of third parties shall be taken into account. In regard to counterfeit trademark goods, the simple removal of the trademark unlawfully affixed shall not be sufficient, other than in exceptional cases, to permit release of the goods into the channels of commerce.

Article 47

Right of Information

Members may provide that the judicial authorities shall have the authority, unless this would be out of proportion to the seriousness of the infringement, to order the infringer to inform the right holder of the identity of third persons involved in the production and distribution of the infringing goods or services and of their channels of distribution.

Article 48

Indemnification of the Defendant

1. The judicial authorities shall have the authority to order a party at whose request measures were taken and who has abused enforcement procedures to provide to a party wrongfully enjoined or restrained adequate compensation for the injury suffered because of such abuse. The judicial authorities shall also have the authority to order the applicant to pay the defendant expenses, which may include appropriate attorney's fees.

2. In respect of the administration of any law pertaining to the protection or enforcement of intellectual property rights, Members shall only exempt both public authorities and officials from liability to appropriate remedial measures where actions are taken or intended in good faith in the course of the administration of that law.

Article 49

Administrative Procedures

To the extent that any civil remedy can be ordered as a result of administrative procedures on the merits of a case, such procedures shall conform to principles equivalent in substance to those set forth in this Section.

SECTION 3: PROVISIONAL MEASURES

Article 50

1. The judicial authorities shall have the authority to order prompt and effective provisional measures:
 - (a) to prevent an infringement of any intellectual property right from occurring, and in particular to prevent the entry into the channels of commerce in their jurisdiction of goods, including imported goods immediately after customs clearance;
 - (b) to preserve relevant evidence in regard to the alleged infringement.
2. The judicial authorities shall have the authority to adopt provisional measures *inaudita altera parte* where appropriate, in particular where any delay is likely to cause irreparable harm to the right holder, or where there is a demonstrable risk of evidence being destroyed.
3. The judicial authorities shall have the authority to require the applicant to provide any reasonably available evidence in order to satisfy themselves with a sufficient degree of certainty that the applicant is the right holder and that the applicant's right is being infringed or that such infringement is imminent, and to order the applicant to provide a security or equivalent assurance sufficient to protect the defendant and to prevent abuse.
4. Where provisional measures have been adopted *inaudita altera parte*, the parties affected shall be given notice, without delay after the execution of the measures at the latest. A review, including a right to be heard, shall take place upon request of the defendant with a view to deciding, within a reasonable period after the notification of the measures, whether these measures shall be modified, revoked or confirmed.
5. The applicant may be required to supply other information necessary for the identification of the goods concerned by the authority that will execute the provisional measures.
6. Without prejudice to paragraph 4, provisional measures taken on the basis of paragraphs 1 and 2 shall, upon request by the defendant, be revoked or otherwise cease to have effect, if proceedings leading to a decision on the merits of the case are not initiated within a reasonable period, to be determined by the judicial authority ordering the measures where a Member's law so permits or, in the absence of such a determination, not to exceed 20 working days or 31 calendar days, whichever is the longer.
7. Where the provisional measures are revoked or where they lapse due to any act or omission by the applicant, or where it is subsequently found that there has been no infringement or threat of infringement of an intellectual property right, the judicial authorities shall have the authority to order the applicant, upon request of the defendant, to provide the defendant appropriate compensation for any injury caused by these measures.
8. To the extent that any provisional measure can be ordered as a result of administrative procedures, such procedures shall conform to principles equivalent in substance to those set forth in this Section.

SECTION 4: SPECIAL REQUIREMENTS RELATED TO BORDER MEASURES¹²*Article 51**Suspension of Release by Customs Authorities*

Members shall, in conformity with the provisions set out below, adopt procedures¹³ to enable a right holder, who has valid grounds for suspecting that the importation of counterfeit trademark or pirated copyright goods¹⁴ may take place, to lodge an application in writing with competent authorities, administrative or judicial, for the suspension by the customs authorities of the release into free circulation of such goods. Members may enable such an application to be made in respect of goods which involve other infringements of intellectual property rights, provided that the requirements of this Section are met. Members may also provide for corresponding procedures concerning the suspension by the customs authorities of the release of infringing goods destined for exportation from their territories.

*Article 52**Application*

Any right holder initiating the procedures under Article 51 shall be required to provide adequate evidence to satisfy the competent authorities that, under the laws of the country of importation, there is *prima facie* an infringement of the right holder's intellectual property right and to supply a sufficiently detailed description of the goods to make them readily recognizable by the customs authorities. The competent authorities shall inform the applicant within a reasonable period whether they have accepted the application and, where determined by the competent authorities, the period for which the customs authorities will take action.

*Article 53**Security or Equivalent Assurance*

1. The competent authorities shall have the authority to require an applicant to provide a security or equivalent assurance sufficient to protect the defendant and the competent authorities and to

¹² Where a Member has dismantled substantially all controls over movement of goods across its border with another Member with which it forms part of a customs union, it shall not be required to apply the provisions of this Section at that border.

¹³ It is understood that there shall be no obligation to apply such procedures to imports of goods put on the market in another country by or with the consent of the right holder, or to goods in transit.

¹⁴ For the purposes of this Agreement:

(a) "counterfeit trademark goods" shall mean any goods, including packaging, bearing without authorization a trademark which is identical to the trademark validly registered in respect of such goods, or which cannot be distinguished in its essential aspects from such a trademark, and which thereby infringes the rights of the owner of the trademark in question under the law of the country of importation;

(b) "pirated copyright goods" shall mean any goods which are copies made without the consent of the right holder or person duly authorized by the right holder in the country of production and which are made directly or indirectly from an article where the making of that copy would have constituted an infringement of a copyright or a related right under the law of the country of importation.

prevent abuse. Such security or equivalent assurance shall not unreasonably deter recourse to these procedures.

2. Where pursuant to an application under this Section the release of goods involving industrial designs, patents, layout-designs or undisclosed information into free circulation has been suspended by customs authorities on the basis of a decision other than by a judicial or other independent authority, and the period provided for in Article 55 has expired without the granting of provisional relief by the duly empowered authority, and provided that all other conditions for importation have been complied with, the owner, importer, or consignee of such goods shall be entitled to their release on the posting of a security in an amount sufficient to protect the right holder for any infringement. Payment of such security shall not prejudice any other remedy available to the right holder, it being understood that the security shall be released if the right holder fails to pursue the right of action within a reasonable period of time.

Article 54

Notice of Suspension

The importer and the applicant shall be promptly notified of the suspension of the release of goods according to Article 51.

Article 55

Duration of Suspension

If, within a period not exceeding 10 working days after the applicant has been served notice of the suspension, the customs authorities have not been informed that proceedings leading to a decision on the merits of the case have been initiated by a party other than the defendant, or that the duly empowered authority has taken provisional measures prolonging the suspension of the release of the goods, the goods shall be released, provided that all other conditions for importation or exportation have been complied with; in appropriate cases, this time-limit may be extended by another 10 working days. If proceedings leading to a decision on the merits of the case have been initiated, a review, including a right to be heard, shall take place upon request of the defendant with a view to deciding, within a reasonable period, whether these measures shall be modified, revoked or confirmed. Notwithstanding the above, where the suspension of the release of goods is carried out or continued in accordance with a provisional judicial measure, the provisions of paragraph 6 of Article 50 shall apply.

Article 56

Indemnification of the Importer and of the Owner of the Goods

Relevant authorities shall have the authority to order the applicant to pay the importer, the consignee and the owner of the goods appropriate compensation for any injury caused to them through the wrongful detention of goods or through the detention of goods released pursuant to Article 55.

Article 57

Right of Inspection and Information

Without prejudice to the protection of confidential information, Members shall provide the competent authorities the authority to give the right holder sufficient opportunity to have any goods detained by the customs authorities inspected in order to substantiate the right holder's claims. The competent authorities shall also have authority to give the importer an equivalent opportunity to have any such goods inspected. Where a positive determination has been made on the merits of a case, Members may provide the competent authorities the authority to inform the right holder of the names and addresses of the consignor, the importer and the consignee and of the quantity of the goods in question.

Article 58

Ex Officio Action

Where Members require competent authorities to act upon their own initiative and to suspend the release of goods in respect of which they have acquired *prima facie* evidence that an intellectual property right is being infringed:

- (a) the competent authorities may at any time seek from the right holder any information that may assist them to exercise these powers;
- (b) the importer and the right holder shall be promptly notified of the suspension. Where the importer has lodged an appeal against the suspension with the competent authorities, the suspension shall be subject to the conditions, *mutatis mutandis*, set out at Article 55;
- (c) Members shall only exempt both public authorities and officials from liability to appropriate remedial measures where actions are taken or intended in good faith.

Article 59

Remedies

Without prejudice to other rights of action open to the right holder and subject to the right of the defendant to seek review by a judicial authority, competent authorities shall have the authority to order the destruction or disposal of infringing goods in accordance with the principles set out in Article 46. In regard to counterfeit trademark goods, the authorities shall not allow the re-exportation of the infringing goods in an unaltered state or subject them to a different customs procedure, other than in exceptional circumstances.

Article 60

De Minimis Imports

Members may exclude from the application of the above provisions small quantities of goods of a non-commercial nature contained in travellers' personal luggage or sent in small consignments.

SECTION 5: CRIMINAL PROCEDURES

Article 61

Members shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of wilful trademark counterfeiting or copyright piracy on a commercial scale. Remedies available shall include imprisonment and/or monetary fines sufficient to provide a deterrent, consistently with the level of penalties applied for crimes of a corresponding gravity. In appropriate cases, remedies available shall also include the seizure, forfeiture and destruction of the infringing goods and of any materials and implements the predominant use of which has been in the commission of the offence. Members may provide for criminal procedures and penalties to be applied in other cases of infringement of intellectual property rights, in particular where they are committed wilfully and on a commercial scale.

PART IV

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

Article 62

1. Members may require, as a condition of the acquisition or maintenance of the intellectual property rights provided for under Sections 2 through 6 of Part II, compliance with reasonable procedures and formalities. Such procedures and formalities shall be consistent with the provisions of this Agreement.
2. Where the acquisition of an intellectual property right is subject to the right being granted or registered, Members shall ensure that the procedures for grant or registration, subject to compliance with the substantive conditions for acquisition of the right, permit the granting or registration of the right within a reasonable period of time so as to avoid unwarranted curtailment of the period of protection.
3. Article 4 of the Paris Convention (1967) shall apply *mutatis mutandis* to service marks.
4. Procedures concerning the acquisition or maintenance of intellectual property rights and, where a Member's law provides for such procedures, administrative revocation and *inter partes* procedures such as opposition, revocation and cancellation, shall be governed by the general principles set out in paragraphs 2 and 3 of Article 41.
5. Final administrative decisions in any of the procedures referred to under paragraph 4 shall be subject to review by a judicial or quasi-judicial authority. However, there shall be no obligation to provide an opportunity for such review of decisions in cases of unsuccessful opposition or administrative revocation, provided that the grounds for such procedures can be the subject of invalidation procedures.

PART V

DISPUTE PREVENTION AND SETTLEMENT

Article 63

Transparency

1. Laws and regulations, and final judicial decisions and administrative rulings of general application, made effective by a Member pertaining to the subject matter of this Agreement (the availability, scope, acquisition, enforcement and prevention of the abuse of intellectual property rights) shall be published, or where such publication is not practicable made publicly available, in a national language, in such a manner as to enable governments and right holders to become acquainted with them. Agreements concerning the subject matter of this Agreement which are in force between the government or a governmental agency of a Member and the government or a governmental agency of another Member shall also be published.
2. Members shall notify the laws and regulations referred to in paragraph 1 to the Council for TRIPS in order to assist that Council in its review of the operation of this Agreement. The Council shall attempt to minimize the burden on Members in carrying out this obligation and may decide to waive the obligation to notify such laws and regulations directly to the Council if consultations with WIPO on the establishment of a common register containing these laws and regulations are successful. The Council shall also consider in this connection any action required regarding notifications pursuant to the obligations under this Agreement stemming from the provisions of Article 6ter of the Paris Convention (1967).
3. Each Member shall be prepared to supply, in response to a written request from another Member, information of the sort referred to in paragraph 1. A Member, having reason to believe that a specific judicial decision or administrative ruling or bilateral agreement in the area of intellectual property rights affects its rights under this Agreement, may also request in writing to be given access to or be informed in sufficient detail of such specific judicial decisions or administrative rulings or bilateral agreements.
4. Nothing in paragraphs 1, 2 and 3 shall require Members to disclose confidential information which would impede law enforcement or otherwise be contrary to the public interest or would prejudice the legitimate commercial interests of particular enterprises, public or private.

*Article 64**Dispute Settlement*

1. The provisions of Articles XXII and XXIII of GATT 1994 as elaborated and applied by the Dispute Settlement Understanding shall apply to consultations and the settlement of disputes under this Agreement except as otherwise specifically provided herein.
2. Subparagraphs 1(b) and 1(c) of Article XXIII of GATT 1994 shall not apply to the settlement of disputes under this Agreement for a period of five years from the date of entry into force of the WTO Agreement.
3. During the time period referred to in paragraph 2, the Council for TRIPS shall examine the scope and modalities for complaints of the type provided for under subparagraphs 1(b) and 1(c) of Article XXIII of GATT 1994 made pursuant to this Agreement, and submit its recommendations to the Ministerial Conference for approval. Any decision of the Ministerial Conference to approve such recommendations or to extend the period in paragraph 2 shall be made only by consensus, and approved recommendations shall be effective for all Members without further formal acceptance process.

PART VI

TRANSITIONAL ARRANGEMENTS

Article 65

Transitional Arrangements

1. Subject to the provisions of paragraphs 2, 3 and 4, no Member shall be obliged to apply the provisions of this Agreement before the expiry of a general period of one year following the date of entry into force of the WTO Agreement.
2. A developing country Member is entitled to delay for a further period of four years the date of application, as defined in paragraph 1, of the provisions of this Agreement other than Articles 3, 4 and 5.
3. Any other Member which is in the process of transformation from a centrally-planned into a market, free-enterprise economy and which is undertaking structural reform of its intellectual property system and facing special problems in the preparation and implementation of intellectual property laws and regulations, may also benefit from a period of delay as foreseen in paragraph 2.
4. To the extent that a developing country Member is obliged by this Agreement to extend product patent protection to areas of technology not so protectable in its territory on the general date of application of this Agreement for that Member, as defined in paragraph 2, it may delay the application of the provisions on product patents of Section 5 of Part II to such areas of technology for an additional period of five years.
5. A Member availing itself of a transitional period under paragraphs 1, 2, 3 or 4 shall ensure that any changes in its laws, regulations and practice made during that period do not result in a lesser degree of consistency with the provisions of this Agreement.

Article 66

Least-Developed Country Members

1. In view of the special needs and requirements of least-developed country Members, their economic, financial and administrative constraints, and their need for flexibility to create a viable technological base, such Members shall not be required to apply the provisions of this Agreement, other than Articles 3, 4 and 5, for a period of 10 years from the date of application as defined under paragraph 1 of Article 65. The Council for TRIPS shall, upon duly motivated request by a least-developed country Member, accord extensions of this period.
2. Developed country Members shall provide incentives to enterprises and institutions in their territories for the purpose of promoting and encouraging technology transfer to least-developed country Members in order to enable them to create a sound and viable technological base.

Article 67

Technical Cooperation

In order to facilitate the implementation of this Agreement, developed country Members shall provide, on request and on mutually agreed terms and conditions, technical and financial cooperation

in favour of developing and least-developed country Members. Such cooperation shall include assistance in the preparation of laws and regulations on the protection and enforcement of intellectual property rights as well as on the prevention of their abuse, and shall include support regarding the establishment or reinforcement of domestic offices and agencies relevant to these matters, including the training of personnel.

PART VII

INSTITUTIONAL ARRANGEMENTS; FINAL PROVISIONS

Article 68

Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

The Council for TRIPS shall monitor the operation of this Agreement and, in particular, Members' compliance with their obligations hereunder, and shall afford Members the opportunity of consulting on matters relating to the trade-related aspects of intellectual property rights. It shall carry out such other responsibilities as assigned to it by the Members, and it shall, in particular, provide any assistance requested by them in the context of dispute settlement procedures. In carrying out its functions, the Council for TRIPS may consult with and seek information from any source it deems appropriate. In consultation with WIPO, the Council shall seek to establish, within one year of its first meeting, appropriate arrangements for cooperation with bodies of that Organization.

Article 69

International Cooperation

Members agree to cooperate with each other with a view to eliminating international trade in goods infringing intellectual property rights. For this purpose, they shall establish and notify contact points in their administrations and be ready to exchange information on trade in infringing goods. They shall, in particular, promote the exchange of information and cooperation between customs authorities with regard to trade in counterfeit trademark goods and pirated copyright goods.

Article 70

Protection of Existing Subject Matter

1. This Agreement does not give rise to obligations in respect of acts which occurred before the date of application of the Agreement for the Member in question.
2. Except as otherwise provided for in this Agreement, this Agreement gives rise to obligations in respect of all subject matter existing at the date of application of this Agreement for the Member in question, and which is protected in that Member on the said date, or which meets or comes subsequently to meet the criteria for protection under the terms of this Agreement. In respect of this paragraph and paragraphs 3 and 4, copyright obligations with respect to existing works shall be solely determined under Article 18 of the Berne Convention (1971), and obligations with respect to the rights of producers of phonograms and performers in existing phonograms shall be determined solely under Article 18 of the Berne Convention (1971) as made applicable under paragraph 6 of Article 14 of this Agreement.

Review and Amendment

1. The Council for TRIPS shall review the implementation of this Agreement after the expiration of the transitional period referred to in paragraph 2 of Article 65. The Council shall, having regard to the experience gained in its implementation, review it two years after that date, and at identical intervals thereafter. The Council may also undertake reviews in the light of any relevant new developments which might warrant modification or amendment of this Agreement.

2. Amendments merely serving the purpose of adjusting to higher levels of protection of intellectual property rights achieved, and in force, in other multilateral agreements and accepted under those agreements by all Members of the WTO may be referred to the Ministerial Conference for action in accordance with paragraph 6 of Article X of the WTO Agreement on the basis of a consensus proposal from the Council for TRIPS.

Article 72

Reservations

Reservations may not be entered in respect of any of the provisions of this Agreement without the consent of the other Members.

Article 73

Security Exceptions

Nothing in this Agreement shall be construed:

- (a) to require a Member to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; or
- (b) to prevent a Member from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests;
 - (i) relating to fissionable materials or the materials from which they are derived;
 - (ii) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment;
 - (iii) taken in time of war or other emergency in international relations; or
- (c) to prevent a Member from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.

ประวัติผู้วิจัย

ชื่อ	รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีพฤทธิ์ ศิริศักดิ์บรรจง
วัน เดือน ปีเกิด	“2 มีนาคม พ.ศ.2511”
สถานที่เกิด	กรุงเทพ
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2556 นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2540 เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ.2547 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2533
การอบรมพิเศษ	หลักสูตร Practical Internet & Web Programming ภาควิชาวิทยาการคอมพิวเตอร์ คณะวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2542 ประกาศนียบัตรการประกันคุณภาพการศึกษา สำนักประกันคุณภาพการศึกษา มหาวิทยาลัยสยาม พ.ศ.2543 ประกาศนียบัตรทรัพย์สินทางปัญญา สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ.2545
สถานที่ทำงาน	บัณฑิตวิทยาลัยสาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสยาม กรุงเทพมหานคร
ตำแหน่ง	คณบดีบัณฑิตวิทยาลัยสาขานิติศาสตร์และคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสยาม
ผลงานวิจัยที่ผ่านมา	ลิขสิทธิ์ในงานผ้าไหม : ศึกษากรณีผ้าไหมจังหวัดสุรินทร์ มาตรการคุ้มครองงานศิลปะการชงกาแฟ : ศึกษากรณีการชงกาแฟลาเต้ อาร์ต มาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระบบทรัพย์สินทางปัญญา : ศึกษากรณีเพลงพื้นบ้านหมอลำในภาคอีสาน กฎหมายน้ำประปาอินเดียเพื่อการบริหารและจัดสรรทรัพยากรน้ำ : บทเรียนสำหรับประเทศไทย มาตรการกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เพื่อปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่นด้านสินค้าอาหารในประชาคมอาเซียน : บทเรียนสำหรับประเทศไทย

ประวัติผู้วิจัย

ชื่อ	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ (พิเศษ) พันตำรวจตรี ดร.ชูชีวรรณ ตมิศานนท์
วัน เดือน ปีเกิด	“30 สิงหาคม พ.ศ.2520”
สถานที่เกิด	นครราชสีมา
ประวัติการศึกษา	Doctor of Philosophy in Law, Department of the Theory and History of Law and State Doctrines, Faculty of Law, Saint-Petersburg State University, RUSSIA. (Russian Government Scholarship) B.C.2015 นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ.2547 เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ.2546 นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ.2542
การอบรมพิเศษ	ประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2560 ประกาศนียบัตรวิชาชีพสืบสวนสอบสวนคดีอาญา สำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2551
สถานที่ทำงาน	สำนักงานอัยการสูงสุด
ตำแหน่ง	อัยการประจำกอง
ผลงานวิจัยที่ผ่านมา	แนวทางป้องกันและแก้ไขปัญหาเจ้าหน้าที่ตำรวจขับขียานพาหนะประสบอุบัติเหตุบนท้องถนน : กรณีศึกษาในเขตพื้นที่ตำรวจภูธรภาค 3 กฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐรัสเซีย : ศึกษากรณีการควบคุมและตรวจสอบอำนาจรัฐและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ลิขสิทธิ์ในงานผ้าไหม : ศึกษากรณีผ้าไหมจังหวัดสุรินทร์ มาตรการคุ้มครองงานศิลปะการชงกาแฟ : ศึกษากรณีการชงกาแฟลาเต้ อาร์ต