

บทที่ 3

สิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามแนวความคิดว่าด้วยภูมิปัญญาพื้นบ้าน ภายใต้กรอบความตกลงระหว่างประเทศและกฎหมายของต่างประเทศ

3.1 รูปแบบในการกำหนดขอบเขตของสิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้าน

ประเด็นสำคัญในการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้าน ได้แก่ การป้องกันมิให้ผู้ประกอบการและนักลงทุนจากประเทศอุตสาหกรรมเข้าไปฉกฉวยทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาพื้นบ้านที่มีอยู่ภายในประเทศกำลังพัฒนา การให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านจึงเป็นประเด็นปัญหาในระดับสากล ความพยายามที่จะหามาตรการในการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านจึงเกิดขึ้นทั้งระดับที่เป็นกฎหมายภายในของประเทศที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญานั้นๆเอง และในระดับภูมิภาค ซึ่งได้แก่ องค์การระหว่างประเทศต่างๆ เช่น องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property organization: WIPO) องค์การการศึกษา วิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติหรือยูเนสโก (United Nations Education, Scientific and Cultural Organization: UNESCO) และองค์การอาหารและการเกษตรแห่งสหประชาชาติ (Food and Agriculture Organization) เป็นต้น

เนื่องจาก ขอบเขตของของสิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้นค่อนข้างกว้าง มาตรการทางกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับสิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้าน จึงมีทั้งในส่วนของ "กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (IP law)" เช่น กฎหมายคุ้มครองการออกแบบ (design law) กฎหมายลิขสิทธิ์ (copyright) และสิทธิข้างเคียง เช่น การคุ้มครองสิทธิของนักแสดง (performers' rights) กฎหมายคุ้มครองเครื่องหมายการค้า (trademark law) กฎหมายคุ้มครองความลับหรือข้อมูลที่ไม่เปิดเผย (law of confidentiality or undisclosed information) และ "มาตรการทางกฎหมายอย่างอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (Non-IP law)" เช่น กฎหมายนิติกรรมสัญญา (contract law) กฎหมายสิทธิมนุษยชน (human rights) กฎหมายมรดกทางวัฒนธรรม (cultural heritage law) เป็นต้น¹

¹ WIPO IGC on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, "Traditional Knowledge – Operational Terms and Definitions", the IGC's Third Session, Geneva, June 13 to 21, 2002. WIPO/GRTKF/IC/3/9 <http://www.wipo.int>

ทั้งนี้ จากการศึกษาขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกหรือWIPOเกี่ยวกับ "รูปแบบ" ในการกำหนดขอบเขตของสิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้กฎหมายต่างๆ ทั้งที่เป็นกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศและตราสารรวมถึงเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกัน ประเด็นในการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้น ทางWIPOได้ตั้งข้อสังเกตว่า "การกำหนดขอบเขตของสิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้น มักกระทำโดยรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง หรือใช้ทั้งสองรูปแบบร่วมกัน"² ดังนี้

1) โดยการกำหนด "หลักเกณฑ์(criteria)" หรือ "คุณสมบัติ(attribution)" ที่เป็นเงื่อนไขของสิ่งทีกฎหมายจะให้ความคุ้มครอง กล่าวคือ ในการให้คำจำกัดความของคำว่า "ภูมิปัญญาพื้นบ้าน" นั้น จะมีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือคุณสมบัติของสิ่งทีสมควรที่จะได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านร่วมด้วย ซึ่งมักใช้หลักเกณฑ์หรือคุณสมบัติต่างๆ ดังต่อไปนี้

ก) ใช้ลักษณะของกลุ่มคนหรือชุมชนที่เป็นผู้พัฒนา เก็บรักษา หรือถือครองภูมิปัญญาพื้นบ้านมาเป็นหลักเกณฑ์ เช่น

- ประเทศลาว: พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เกี่ยวข้อง (Lao Law: Decree on Biological Resources and Related Traditional Knowledge) ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า "ภูมิปัญญาพื้นบ้าน (Traditional Knowledge)" โดยให้หมายความถึง "องค์ความรู้ นวัตกรรม และประเพณีทุกอย่างของชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพ ไม่ว่าจะเป็นส่วนตัวหรือของส่วนรวม (all individual and collective knowledge innovation and practices of local communities based on biological resources.)

- ประเทศเปรู: กฎหมายคุ้มครององค์ความรู้ส่วนรวมของกลุ่มชนพื้นเมือง (Proposal of Regime of Protection of the Collective Knowledge of the Indigenous Peoples) ได้ให้ความหมายของคำว่า "องค์ความรู้ส่วนรวม (Collective Knowledge)" โดยให้หมายความถึง "องค์ความรู้ที่เกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพที่ได้รับการพัฒนาขึ้นโดยกลุ่มชนพื้นเมือง (Knowledge relating to the properties of the biological resources developed by indigenous peoples.)

- องค์การความร่วมมือของกลุ่มประเทศแอฟริกา (Organization of African Unity): ร่างกฎหมายต้นแบบของกลุ่มประเทศแอฟริกาสำหรับการคุ้มครองสิทธิของชุมชนท้องถิ่น เกษตรกร และนักปรับปรุงพันธุ์ และเพื่อการออกข้อบังคับเกี่ยวกับการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ

² Ibid.

(Draft African Model Legislation for the Protection of Local Communities, Farmers, Breeders and for the Regulation of Access to Biological Resources) ได้ให้คำจำกัดความ คำว่า “องค์ความรู้ชุมชน” เอาไว้ ดังนี้ “องค์ความรู้ชุมชน หรือภูมิปัญญาชาวบ้าน เป็นองค์ความรู้ ที่ได้รับการสั่งสมเอาไว้ องค์ความรู้ดังกล่าวมีความจำเป็นต่อการอนุรักษ์และบูรณาการของ ทรัพยากรชีวภาพ เป็นองค์ความรู้ที่มีคุณค่าในเชิงสังคมและเศรษฐกิจ และ เป็นองค์ความรู้ที่ได้รับการ พัฒนาเป็นเวลาระยะเวลานานหลายปีภายในชุมชนท้องถิ่นหรือชุมชนพื้นเมือง (Community knowledge or indigenous knowledge is the accumulated knowledge that is vital for conservation and sustainable use of biological resources and/or which is of socio-economic value, and which has been developed over the years in indigenous/local communities.)”

จะพบว่า จากบทบัญญัติของกฎหมายที่ยกตัวอย่างมาข้างต้นนี้ หลักเกณฑ์ หรือ คุณสมบัติ ที่จะทำให้ องค์ความรู้ หนึ่งๆ มีฐานะเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้าน อยู่ที่ “ลักษณะ” ของ กลุ่มคน หรือชุมชน ที่เป็นผู้พัฒนา พักพิเคราะห์ หรือถือครององค์ความรู้นั้นๆ ซึ่งตามตัวอย่างที่ หยิบยกมานี้ ได้แก่ ลักษณะของกลุ่มคนหรือชุมชนที่มี “ความเป็นชุมชนพื้นเมืองหรือมีความเป็น ชุมชนท้องถิ่น”

ข) ใช้ลักษณะเฉพาะบางประการเป็นเกณฑ์ เช่น ลักษณะเฉพาะซึ่งทำให้ภูมิ ปัญญาใดๆมีฐานะเป็น “ภูมิปัญญาพื้นบ้าน” ภายใต้พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยทรัพยากรชีวภาพและ ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เกี่ยวข้อง ของประเทศลาวนั้น ได้แก่ ลักษณะเฉพาะของภูมิปัญญานั้นที่เป็น องค์ความรู้เกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพ(knowledge innovation and practices based on biological resources) หรือ สิ่งที่เป็นลักษณะเฉพาะของ “สิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้าน”(องค์ความ รู้ชุมชนหรือภูมิปัญญาชาวบ้าน) ภายใต้ร่างกฎหมายต้นแบบของกลุ่มประเทศแอฟริกาฯ ได้แก่ ลักษณะเฉพาะของภูมิปัญญานั้นๆ ที่จะต้องเป็นภูมิปัญญาที่เกิดจากการสะสมองค์ความรู้ ซึ่ง ได้รับการพัฒนาขึ้นภายในชุมชนท้องถิ่นเป็นระยะเวลาหลายปี และต้องเป็นองค์ความรู้ที่ มีความจำเป็นต่อการอนุรักษ์และบูรณาการของทรัพยากรชีวภาพ(accumulated knowledge that is vital for conservation and sustainable use of biological resources, and which has been developed over the years in indigenous/local communities) เป็นต้น

ค) ใช้คำว่า “นวัตกรรม(innovation)” “การสร้างสรรค์(creation)” หรือ “มูลค่า เพิ่ม(added value)” ในการกล่าวถึงสิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้าน ซึ่งเป็นกรณีเกิดขึ้นไม่บ่อยนัก เช่น - ข้อเสนอต่อองค์การการค้าโลกว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาพื้นบ้านของชุมชนท้องถิ่นและชุมชนพื้นเมืองซึ่งได้รับจากโบลิเวีย โคลอมเบีย เอกวาดอร์ นิการากัว และเปรู เมื่อวันที่ 12 ตุลาคม ค.ศ.1999 (WTO: Proposal on

Protection of the Intellectual Property Rights Relating to the Traditional Knowledge of Local and Indigenous Communities: Communication from Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua and Peru, 12 October 1999) ได้ใช้คำว่า “นวัตกรรม และการสร้างสรรค์” ในการกล่าวถึงสิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้าน ซึ่งกล่าวไว้ ดังนี้ “ภูมิปัญญาพื้นบ้านประกอบด้วย **นวัตกรรม การสร้างสรรค์** และการแสดงออกทางวัฒนธรรมเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งได้รับการคิดค้นหรือพิทักษ์รักษาไว้โดยผู้ครอบครองคนปัจจุบัน ซึ่งอาจเป็นปัจเจกบุคคลหรือทั้งชุมชนร่วมกันครอบครอง และอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ ผู้ครอบครองคนปัจจุบันถือว่าเป็นผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้น คุณค่าในทางเศรษฐกิจ ในทางพาณิชย์ และในทางวัฒนธรรมที่ภูมิปัญญาพื้นบ้านเหล่านั้นมีต่อผู้ครอบครองเป็นหลักประกันและเหตุผลอันชอบธรรมในสิทธิทางกฎหมายที่ทำให้ภูมิปัญญาดังกล่าวมีฐานะเป็นวัตถุแห่งสิทธิภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (Traditional knowledge consists largely of **innovations, creations and cultural expressions** generated or preserved by its present possessors, who may be defined and identified as individuals or whole communities, natural or legal persons, who are holders of rights. The economics, commercial and cultural value of this traditional knowledge for its possessors warrants and justified a legitimate interest that this knowledge be recognized as subject matter of intellectual property.)

- ในข้อเสนองานของกลุ่มประเทศละตินอเมริกาและประเทศในแถบแคริบเบียน ที่เสนอต่อองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ในการประชุมของคณะกรรมการระหว่างรัฐว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา ทรัพยากรพันธุกรรม ภูมิปัญญาพื้นบ้าน และวัฒนธรรมพื้นบ้าน (Intergovernmental Committee on Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore: IGC) ครั้งที่ 1 ณ กรุงเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ระหว่างวันที่ 30 เมษายน ถึง 3 พฤษภาคม ค.ศ. 2001 ได้มีการนำเรื่อง “มูลค่าเพิ่ม” มารวมอยู่ในขอบเขตความหมายของคำว่า “ภูมิปัญญาพื้นบ้าน” ด้วย โดยกล่าวไว้ดังนี้ “ภูมิปัญญาพื้นบ้าน(ตามความหมายอย่างแคบ): ไม่ได้จำกัดเฉพาะองค์ความรู้และประเพณีปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับ พืชและสัตว์ ยาที่ได้จากธรรมชาติและการรักษาโดยยา องค์ความรู้ในด้านโภชนาการและเครื่องสำอาง องค์ความรู้เกี่ยวกับเครื่องหอม ฯลฯ ซึ่งทำให้เกิด**มูลค่าเพิ่ม**แก่การสร้างสรรค์ทางปัญญา และองค์ความรู้และประเพณีที่เป็นสาระณะสมบัติ”(Traditional Knowledge (in the strict sense): this is a non-limitative reference to knowledge and practices associated with plants and animals, natural medicines and medical treatments, nutritional and cosmetic knowledge, knowledge of perfumery, etc., that embody intellectual **added value** and are in the public domain.”

ทั้งนี้ เมื่อมีการพิจารณาว่าอะไรบ้างที่อยู่ในความหมายของสิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้าน ตามปกติเราจะนำ "องค์ความรู้" มาพิจารณาเป็นอันอันดับดับกันๆ ส่วน "นวัตกรรม และการสร้างสรรค์" นั้น เราจะนำมาพิจารณาร่วมกับ "องค์ความรู้" อีกทีหนึ่ง การกล่าวถึง นวัตกรรม และการสร้างสรรค์โดยปราศจากการนำองค์ความรู้มาพิจารณาร่วมด้วยจึงเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นไม่บ่อยนัก เนื่องจาก การพิจารณาเฉพาะนวัตกรรม และการสร้างสรรค์ โดยไม่มีการอ้างอิงถึงองค์ความรู้ร่วมด้วยนั้น โดยมากแล้วมักเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นๆ เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร หรือเครื่องหมายการค้า มากกว่าเรื่องภูมิปัญญาพื้นบ้าน

นอกจากนี้ เนื่องจากภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้น เป็นการสร้างสรรค์ที่ไม่ได้มุ่งประโยชน์ในทางพาณิชย์เป็นหลัก³ การนำเรื่อง "มูลค่าเพิ่ม" เข้ามาเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตของภูมิปัญญาพื้นบ้านจึงมักไม่ค่อยมีการอ้างถึงเท่าใดนัก แต่เราคงปฏิเสธไม่ได้ถึงมูลค่าของภูมิปัญญาพื้นบ้านในทางพาณิชย์ ซึ่งมีอยู่จริงและเป็นที่ต้องการของประเทศอุตสาหกรรม

ง) ใช้การอ้างถึงสิ่งที่เป็น "สาธารณะสมบัติ(Public Domain)" เป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตของสิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้าน เช่น คำจำกัดความของ "ภูมิปัญญาพื้นบ้าน" ภายใต้อธิบายของกลุ่มประเทศละตินอเมริกาและประเทศในแถบแคริบเบียนฯ ที่ยกมาเป็นตัวอย่างในหัวข้อที่แล้ว ซึ่งกล่าวว่า "ภูมิปัญญาพื้นบ้าน ไม่จำกัดเฉพาะ องค์ความรู้ และประเพณี...และ องค์ความรู้และประเพณีที่เป็นสาธารณะสมบัติ (Traditional Knowledge: this is a non-limitative reference to knowledge and practices... and that are in the public domain."

ภูมิปัญญาพื้นบ้านเป็นองค์ความรู้ที่ส่งผ่านจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง ซึ่งมีการส่งต่อกันมาหลายชั่วคน ทำให้คนส่วนมากมีทัศนคติต่อภูมิปัญญาพื้นบ้านว่า "ภูมิปัญญาพื้นบ้านไม่ใช่ของใหม่" ซึ่งหากพิจารณาตามหลักการทั่วไปของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ภูมิปัญญาพื้นบ้านส่วนใหญ่จึงเป็นองค์ความรู้ที่เป็นสาธารณะสมบัติ ดังนั้น หากจะกล่าวว่าอะไรเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านบ้าง ในบางกรณีจึงอาจมีการอ้างถึงองค์ความรู้ที่เป็นสาธารณะสมบัติรวมอยู่ด้วย

³ World Intellectual Property Organization, Booklet no.1: Intellectual Property and Traditional Cultural Expression/Folklore, <http://www.wipo.int>, pp.5.

2) การแสดง"ตัวอย่าง"ของภูมิปัญญาพื้นบ้านเพื่อเป็นการจำแนกประเภทหรือรูปแบบของภูมิปัญญาพื้นบ้านที่อยู่ในขอบเขตที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง

การแสดงตัวอย่างดังกล่าว อาจกระทำในลักษณะที่เป็นการยกตัวอย่างแบบจำกัด (closed-end) หรือเป็นการยกตัวอย่างในลักษณะที่เป็นแบบเปิดกว้าง (open-end or non-exhaustive) อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งโดยปกติ มักใช้การแสดงตัวอย่างในลักษณะที่เป็นแบบเปิดกว้างซึ่งเปิดโอกาสให้มีการใช้ดุลพินิจได้⁴ ตัวอย่างเช่น

อนุสัญญาว่าด้วยมาตรการในการระงับและป้องกันการนำเข้า การส่งออกและการโอนกรรมสิทธิ์โดยมิชอบด้วยกฎหมายซึ่งทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ปี ค.ศ. 1970 ได้มีการนำสิ่งที่ถือว่าเป็น"ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม(Cultural Property)"ภายใต้อนุสัญญาดังกล่าวมาระบุเอาไว้ในลักษณะที่เป็นแบบเปิดกว้าง โดยได้จำแนกออกเป็นประเภทต่างๆ ดังต่อไปนี้⁵

(a) สารบบหรือตัวอย่างซึ่งเป็นสิ่งที่หาได้ยากของ สัตว์ในท้องถิ่น พันธุ์ดอกไม้ท้องถิ่น แร่ธาตุและซากสัตว์หรือซากศพมนุษย์ และวัตถุอื่นๆ ที่มีคุณค่าในทางโบราณคดี

(b) ทรัพย์สินที่มีความเกี่ยวข้องกับประวัติศาสตร์ ซึ่งรวมถึง ประวัติศาสตร์ในทางวิทยาศาสตร์และวิทยาการ และประวัติศาสตร์ทางการทหารและทางสังคมที่มีความเกี่ยวข้องกับผู้นำของประเทศ นักคิด นักวิทยาศาสตร์ และศิลปิน และประวัติศาสตร์ที่มีความเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์สำคัญของประเทศ

(c) สิ่งต่างๆ ที่ได้จากการขุดค้นทางโบราณคดี (ทั้งการขุดค้นที่กระทำโดยถูกต้องตามกฎหมายและกระทำโดยการลักลอบ) และสิ่งต่างๆ ที่ได้จากการค้นพบทางโบราณคดี

(d) ส่วนหนึ่งส่วนใดของอนุสาวรีย์หรือพื้นที่ทางโบราณคดี ที่มีคุณค่าในทางศิลปกรรมและมีความเกี่ยวข้องกับประวัติศาสตร์ ซึ่งถูกแยกออกจากอนุสาวรีย์หรือพื้นที่ทางโบราณคดีนั้น

(e) วัตถุที่มีอายุเก่าแก่เกินกว่าหนึ่งร้อยปี เช่น หลักจารึก เหยียบยว ตราสัญลักษณ์

(f) วัตถุต่างๆ ที่มีคุณค่าในทางชาติพันธุ์

(g) ทรัพย์สินต่างๆ ที่มีคุณค่าในทางศิลปะ เช่น

⁴ WIPO IGC on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, "Traditional Knowledge – Operational Terms and Definitions," World Intellectual Property Organization WIPO/GRTKF/IC/3/9, 2002. Available from: www.wipo.int.

⁵ Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property of 1970, Article 1, Cited in Ibid.

i. ภาพวาด ภาพระบายสี หรือภาพลายเส้น ซึ่งสร้างสรรค์ขึ้นด้วยมือทั้งหมด ไม่ว่าจะกระทำบนวัสดุใดหรือโดยใช้เครื่องมือใดๆ (ยกเว้น แบบทางอุตสาหกรรม และสินค้าที่ผลิตโดยโรงงานที่มีการตกแต่งด้วยมือ)

ii. งานประติมากรรมที่เป็นงานต้นฉบับซึ่งได้กระทำขึ้นโดยใช้วัสดุใดๆ

iii. งานแกะสลัก งานภาพพิมพ์ และงานที่พิมพ์บนแผ่นหินซึ่งเป็นงานต้นฉบับ

iv. การรวบรวมงานทางศิลปะ และงานภาพมณฑล (ภาพที่เกิดจากการนำภาพหลายๆ ภาพมาวางซ้อนกันให้เห็นเป็นภาพเดียว⁶) ที่ทำขึ้นบนวัสดุใดๆ

(h) เอกสารที่เขียนด้วยมือ หนังสือโบราณ หนังสือเก่า เอกสาร และสิ่งพิมพ์ ที่เป็นของหายาก ซึ่งมีเนื้อหาที่เกี่ยวกับเรื่องราวอย่างหนึ่งอย่างใดโดยเฉพาะ (ประวัติศาสตร์ ศิลปศาสตร์ วิทยาศาสตร์ วรรณกรรม ฯลฯ) ไม่ว่าจะเอกสารหรือหนังสือนั้นจะทำออกมาเดี่ยวๆ หรือเอกสารหรือหนังสือที่ทำออกมาเป็นชุด

(i) ดวงตาไปรษณีย์ ราษฎร และตราประทับ ทั้งที่เป็นขึ้นเดี่ยว และที่เป็นชุด

(j) สิ่งบันทึก ซึ่งรวมถึง สิ่งบันทึกเสียง สิ่งบันทึกภาพ และภาพยนตร์

(k) เครื่องเรือนที่มีความเก่าแก่เกินกว่าหนึ่งร้อยปี และเครื่องดนตรีเก่า

จะพบว่า สิ่งที่เป็น“ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม”ตามอนุสัญญาดังกล่าว ได้แก่ ทรัพย์สินที่อยู่ในประเภทใดประเภทหนึ่งของรายการข้างต้นนี้ ซึ่งกำหนดในลักษณะที่เป็นแบบเปิดกว้าง คือไม่ได้ระบุอย่างชัดเจนไปเลยว่าได้แก่อะไรบ้าง แต่จะเปิดโอกาสให้สามารถนำทรัพย์สินนั้นๆ มาเทียบเคียงกับประเภทของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมตั้งแต่ประเภท (a) ถึง (k) แล้วใช้ดุลพินิจตัดสินว่าทรัพย์สินนั้นๆ เป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรมหรือไม่ โดยอ้างอิงตามประเภทต่างๆ ของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ได้ระบุไว้

จากข้อสังเกตของWIPOในเรื่องรูปแบบของการกำหนดขอบเขตของสิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านแล้วนั้น ผู้เขียนพบว่ากฎหมายที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่สิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านส่วนใหญ่ ทั้งที่เป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และกฎหมายในลักษณะอื่น รวมถึงในตราสารและเอกสารต่างๆ นิยมใช้ทั้ง 2 รูปแบบร่วมกัน คือ มีการให้คำจำกัดความของคำว่าภูมิปัญญาพื้นบ้าน โดยในคำจำกัดความนั้นจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือลักษณะของสิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้กฎหมายนั้นๆ และจะมีการกำหนดประเภทต่างๆ ของภูมิปัญญาพื้นบ้านที่สมควรได้รับการคุ้มครองภายใต้ขอบเขตของสิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านตามกฎหมายนั้นๆ ร่วมด้วย เช่น :

⁶ วิทย์ เทียงบูรณธรรม.พจนานุกรม อังกฤษ- ไทย.2537.

กฎหมายต้นแบบของ UNESCO-WIPO เพื่อการบัญญัติกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองแก่การแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านจากการใช้โดยมิชอบและพฤติการณ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายอื่นๆ ปี ค.ศ.1982 (UNESCO-WIPO Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Action of 1982) ใน ส่วนที่ 2 ได้มีการกำหนดขอบเขตของสิ่งที่เป็นการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้าน (ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของภูมิปัญญาพื้นบ้าน) เอาไว้ โดยใช้ทั้ง 2 รูปแบบร่วมกัน กล่าวคือ

1) มีการให้คำนิยามของ "การแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้าน" ซึ่งในคำนิยามนั้นได้มีการกำหนด "ลักษณะ(หลักเกณฑ์)" ของการแสดงออกทางวัฒนธรรมเอาไว้ ซึ่งได้แก่ "การสร้างสรรค" ที่:

- มีเอกลักษณ์ทางศิลปกรรมที่เป็นมรดกทางวัฒนธรรม
- ได้รับการพัฒนาและดูแลรักษาโดยชุมชนหรือสมาชิกของชุมชนที่แสดงออกซึ่งความภาคภูมิใจทางวัฒนธรรมของชุมชน

2) มีการจำแนกประเภทของการแสดงออกทางวัฒนธรรม ที่สมควรได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายต้นแบบนี้ ซึ่งเป็นการกำหนดแบบเปิดกว้าง สามารถใช้ดุลพินิจในการตัดสินการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านเป็นรายกรณีได้ ประเภทต่างๆ ของการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้าน มีดังนี้

- (1) การแสดงออกทางวาจา เช่น ตำนานหรือนิทานพื้นบ้าน คำกลอน สุภาษิต คำพังเพย ปริศนาคำทาย เป็นต้น
- (2) การแสดงออกโดยผ่านดนตรี เช่น เพลงพื้นบ้าน เป็นต้น
- (3) การแสดงออกผ่านทางร่างกายมนุษย์ เช่น การรำรำ ละครพื้นบ้าน นาฏกรรมพื้นบ้าน เป็นต้น
- (4) การแสดงออกทางวัตถุ ได้แก่ งานศิลปกรรมพื้นบ้าน เครื่องดนตรี และ สถาปัตยกรรม

นอกจากนี้ ในบางกรณีอาจมีการกล่าวถึง "สิ่งที่ไม่ถือว่าเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้าน" เอาไว้ในบทนิยาม ซึ่งเป็นการกำหนดขอบเขตความหมายของคำว่า "ภูมิปัญญาพื้นบ้าน" เอาไว้ด้วย เช่น วัตถุประสงค์ภายใต้กรอบการทำงานของคณะค้นหาความจริงที่จัดตั้งขึ้นโดยคณะเลขาธิการองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกนั้น ได้กำหนดเอาไว้ว่า "สิ่งที่ไม่ได้เกิดจากการสร้างสรรค์โดยการใช้สติปัญญาของมนุษย์" เช่น ซากศพมนุษย์ ภาษาโดยทั่วไป และสิ่งที่มีองค์ประกอบ

ของสิ่งที่เป็นมรดกในความหมายอย่างกว้าง ไม่รวมอยู่ในขอบเขตของภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้กรอบการทำงานดังกล่าว⁷ เป็นต้น

3.2 สิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้กรอบความตกลงระหว่างประเทศ

การจกจวยภูมิปัญญาพื้นบ้านมักเกิดจากการกระทำของชาวต่างชาติหรือบริษัทข้ามชาติเป็นส่วนใหญ่ การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้านในระดับสากลนั้นจึงเป็นสิ่งที่มีความจำเป็น เนื่องจาก กฎหมายภายในของประเทศใดจะมีผลบังคับก็แต่เฉพาะภายในอาณาเขตของประเทศนั้นๆ การมีเพียงกฎหมายภายในที่ให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านเท่านั้นจึงไม่เพียงพอ นอกจากนี้ ความตกลงในระดับสากลยังจะก่อให้เกิดมาตรฐานและความกลมกลืนเป็นอันหนึ่งอันหนึ่งอันเดียวกันในการกำหนดกฎหมายภายในของแต่ละประเทศในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้าน ผ่านการภาคยานุวัติในการเข้าเป็นภาคีสมาชิกภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศ อนุสัญญา หรือสนธิสัญญาใดๆ

ในปัจจุบัน การให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านในระดับสากลเป็นหัวข้อที่อยู่ในความสนใจขององค์การระหว่างประเทศหลายแห่ง ไม่ว่าจะเป็นองค์การการค้าโลก(world Trade Organization: WTO) องค์การทรัพย์สินปัญญาโลก (WIPO) องค์การการศึกษา วิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติหรือยูเนสโก(United Nations Education, Scientific and Cultural Organization: UNESCO) องค์การอาหารและการเกษตรแห่งสหประชาชาติ(Food and Agriculture Organization: FAO) ที่ประชุมแห่งสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา(United Nations Conference on Environmental and Development) เป็นต้น

ประเด็นเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้านในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาในระดับสากลนั้น ผู้เขียนพบว่ามีข้อตกลง ร่างความตกลง และกฎหมาย

⁷ WIPO Secretariat, "Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders: WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999)," World Intellectual Property Organization, 2001, Available from: www.wipo.int., pp25.

ต้นแบบที่มีความเกี่ยวข้อง และจะนำมาพิจารณาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตของสิ่งที่เป็น ภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้กฎหมายในระดับสากล ดังนี้

3.2.1) สิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity: CBD) ได้รับการลงนามรับรองโดยที่ประชุมแห่งสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา(United Nations Conference on Environmental and Development) ในปี 1992⁸ ตามข้อมูลล่าสุดนั้น ได้มีประเทศที่เข้าเป็นภาคี CBD แล้วรวม 188 ประเทศ ซึ่งประเทศไทยได้ลงนามเข้าเป็นภาคีสมาชิกในเดือนมกราคม ปี2004⁹

ผลจากการลงนามรับรอง CBD ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญเกี่ยวกับมุมมองที่นานาประเทศมีต่อทรัพยากรชีวภาพ(Biological Resources) จากเดิมที่ทรัพยากรชีวภาพถูกมองว่าเป็น “มรดกร่วมกันของมนุษยชาติ(common heritage of mankind)” มาเป็นมุมมองใหม่ตามหลักการภายใต้CBD ซึ่งทรัพยากรชีวภาพถือว่าเป็น “ อธิปไตยของรัฐ(National Sovereignty)” ที่ “รัฐ(หรือประเทศ)ที่เป็นเจ้าของทรัพยากรชีวภาพ มีอำนาจในการกำหนดหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขที่เป็นการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพในประเทศของตน” (Article 15.1)¹⁰ ส่งผลให้ นับตั้งแต่ปี1993 ซึ่งเป็นปีที่ CBDมีผลบังคับเป็นต้นมา การนำเอาทรัพยากรชีวภาพ หรือทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศหนึ่งไปใช้ประโยชน์จะต้องมีการแจ้งเพื่อขอความยินยอมล่วงหน้า(Prior informed Consent: PIC)จากประเทศเจ้าของทรัพยากรชีวภาพนั้นเสียก่อน การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพจะต้องเป็นไปตามข้อตกลงที่เห็นพ้องกันทั้งสองฝ่าย(Mutually Agreement) ข้อตกลงดังกล่าวรวมถึงข้อตกลงที่เกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์ (Adequate Benefit Sharing: ABS)ที่เกิดขึ้นจากการนำทรัพยากรชีวภาพไปใช้อย่างยุติธรรม

การลงนามให้สัตยาบันในการเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกของCBDนั้น ถือว่าเป็นการที่ประเทศสมาชิกให้คำมั่นสัญญาว่าจะเคารพอำนาจอธิปไตยของประเทศที่เป็นเจ้าของทรัพยากร

⁸ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม,2544), หน้า177

⁹ บัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์ และ เจษฎา โทณะวณิก, “ร่างรายงานฉบับสมบูรณ์: โครงการสัมมนาเรื่องบทบาท/ท่าทีของไทยต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น,” พฤษภาคม 2548, หน้า 27.

¹⁰ Victoria Tauli-Corpuz, “IPRs series No.5: Biodiversity, Traditional Knowledge and Rights of Indigenous Peoples”, papers presented at the International Workshop on Traditional Knowledge, Panama City, Panama, 21-23 September 2005.

ชีวภาพที่มีอยู่เหนือทรัพยากรชีวภาพในอาณาเขตของประเทศที่เป็นเจ้าของทรัพยากรชีวภาพนั้นๆ และยอมรับว่าการนำเอาทรัพยากรชีวภาพของประเทศอื่นไปใช้ประโยชน์จะต้องขออนุญาตและได้รับความยินยอมจากประเทศที่เป็นเจ้าของนั้นๆ เสียก่อน และจะต้องมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการนำเอาทรัพยากรชีวภาพไปใช้กลับคืนให้แก่ประเทศที่เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าจะเป็นประโยชน์แก่ประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายที่มีความอุดมสมบูรณ์ของความหลากหลายทางชีวภาพอยู่สูง ในการป้องกันและขจัดปัญหาการกระทำที่เป็นโจรสลัดทางชีวภาพและการฉกฉวยภูมิปัญญาพื้นบ้าน ผ่านความร่วมมือระหว่างประเทศต่างๆ ที่ให้สัตยาบันเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกCBD

ในการนี้ ประเทศสมาชิกควรสร้างกลไกทางกฎหมายที่เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ และเงื่อนไขในการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการนำทรัพยากรชีวภาพไปใช้ประโยชน์อย่างยุติธรรม ที่มีความชัดเจน แน่นนอน และมีความสอดคล้องกับหลักการที่กำหนดขึ้นภายใต้ CBD ทั้งนี้ กลไกทางกฎหมายดังกล่าวควรเป็นรูปธรรมที่สามารถนำไปปฏิบัติได้จริง ในขณะเดียวกันก็ไม่ควรเคร่งครัดจนเกินไปจนส่งผลกระทบต่อประชาชนภายในประเทศของตนในการศึกษาวิจัยหรือการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพที่เป็นประโยชน์แก่ประเทศสมาชิกที่เป็นเจ้าของทรัพยากรชีวภาพนั่นเอง นอกจากนี้ ประเทศสมาชิกควรจัดตั้งหน่วยงานที่จะเข้ามาดูแลในการออกกฎเกณฑ์ต่างๆ การให้ความยินยอม ตลอดจนการบริหารจัดการสิทธิและผลประโยชน์ต่างๆ ที่เกี่ยวกับการนำทรัพยากรชีวภาพของประเทศตนไปใช้ประโยชน์¹¹

อนึ่ง วัตถุประสงค์หลักในการให้ความคุ้มครองแก่ทรัพยากรชีวภาพภายใต้CBD นั้นเป็นไปเพื่อ¹²:

- 1) การส่งเสริมให้มีการพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพ
- 2) การใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพชีวภาพอย่างมีบูรณาการ
- 3) สนับสนุนให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมอย่างยุติธรรม

¹¹ ธนิต ชังถาวร และ นุบผา เตชะภัทรพร, "การเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการแบ่งปันผลประโยชน์," วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ปีที่7 ฉบับที่7 (2547): 212.

¹² Victoria Tauli-Corpuz, "IPRs series No.5: Biodiversity, Traditional Knowledge and Rights of Indigenous Peoples".

ทั้งนี้ ความหลากหลายทางชีวภาพ(ซึ่งหมายความถึง ทรัพยากรพันธุกรรม)เป็นสาขาหนึ่งของภูมิปัญญาพื้นบ้าน(ดูหัวข้อ 2.5) ดังนั้น สิ่งที่ได้รับคุ้มครองภายใต้ CBD จึงถือว่าเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านด้วยเช่นกัน ในส่วนของบทบัญญัติภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพที่เป็นการกล่าวถึงภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้น ได้แก่บทบัญญัติในมาตรา 8(j) ซึ่งบัญญัติเอาไว้ ดังนี้:

“มาตรา 8: การอนุรักษ์ภายในแหล่งกำเนิด

ประเทศภาคีสมาชิกอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพจะดำเนินการดังต่อไปนี้ เท่าที่จะสามารถกระทำได้ และตามความเหมาะสม...

(j) ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายภายในของประเทศสมาชิก เคารพ ส่งเสริม และดำรงไว้ซึ่ง องค์ความรู้ นวัตกรรม และประเพณีปฏิบัติ ของชุมชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่น ซึ่งประกอบกันขึ้นเป็นวิถีชีวิตพื้นบ้าน ที่มีความเกี่ยวข้องกับการพิทักษ์รักษาและการใช้อย่างมีบูรณาการซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพ และส่งเสริมให้มีการใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพให้กว้างขวางขึ้น โดยได้รับความยินยอมเห็นชอบ และการมีส่วนร่วมของผู้ถือครององค์ความรู้ นวัตกรรม และประเพณีปฏิบัตินั้นๆ และสนับสนุนให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้องค์ความรู้ นวัตกรรม และประเพณีปฏิบัติดังกล่าวอย่างยุติธรรม”

(Article 8: In-situ Conservation

Each contracting party shall, as far as possible and as appropriate...

(j) Subject to its national legislation, respect, preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity and promote their wider application with the approval and involvement of the holders of such knowledge, innovations and practices and encourage the equitable sharing of the benefits arising from the utilization of innovations and practices;)

บทบัญญัติมาตรา 8(j) เป็นการกล่าวถึง “ภูมิปัญญาพื้นบ้าน” อย่างกว้างๆ คือกล่าวไว้ว่าประเทศภาคีสมาชิกจะต้องเคารพ และรักษาภูมิปัญญาพื้นบ้านเพื่อให้การใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน ต้องส่งเสริมให้มีการใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพ โดยต้องได้รับความยินยอมและการเข้ามีส่วนร่วมของผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาพื้นบ้าน และจะต้องมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาพื้นบ้าน

อย่างยุติธรรม¹³ เท่านั้น ไม่ได้มีการบัญญัติถึง บทนิยาม หรือ ลักษณะของภูมิปัญญาพื้นบ้านว่ามีอะไรบ้าง

ทั้งนี้ จากการที่ผู้เขียนได้พิจารณา บทบัญญัติในมาตรา 8(j) แล้ว พบว่า สิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้ CBD นั้น ได้แก่ องค์ความรู้ นวัตกรรม และประเพณีปฏิบัติ ที่เป็นของชุมชนพื้นเมือง ที่ได้ประกอบกันเข้าเป็นส่วนหนึ่งของ “วิถีชีวิตพื้นบ้าน”

จึงอาจกล่าวได้ว่า ภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้CBD มีลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) เป็นสมบัติของชุมชนพื้นเมือง
- (2) เป็นองค์รวมกับวิถีชีวิตพื้นบ้าน (ประกอบกันขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของวิถีชีวิตพื้นบ้าน)
- (3) เนื่องจากเป็นวิถีชีวิต ดังนั้นจึงอาจมีการถ่ายทอดภูมิปัญญาจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง
- (4) เนื่องจากการที่มีการถ่ายทอดนี้เอง ภูมิปัญญาพื้นบ้านจึงมีวิวัฒนาการอยู่ตลอดเวลา ซึ่งทำให้มีลักษณะที่เป็นพลวัต

ทั้งนี้ ภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้CBDนั้น หมายถึง เฉพาะทรัพยากรพันธุกรรม (Genetic Resources) และภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม (Genetic Resources Related Traditional Knowledge) ซึ่งหมายถึง องค์ความรู้ นวัตกรรม และประเพณีปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการคัดเลือก การใช้ประโยชน์ และการดูแลจัดการความหลากหลายทางชีวภาพ เท่านั้น

ถึงแม้สิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้CBD จะไม่รวมถึงภูมิปัญญาพื้นบ้านในสาขาอื่นๆ ที่นอกเหนือจากทรัพยากรพันธุกรรม และภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม เช่น งานศิลปหัตถกรรมพื้นบ้าน การร่ำรำพื้นบ้าน หรือการประดิษฐ์เครื่องมือเครื่องใช้ในชีวิตประจำวัน ฯลฯ ก็ตามที่ ผู้เขียนพบว่า หลักการภายใต้CBD อันได้แก่ หลักการที่กำหนดให้ภูมิปัญญาพื้นบ้านเป็นอำนาจอธิปไตยของประเทศที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้นๆ ในการกำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นการควบคุมการเข้าถึง การควบคุมลักษณะของการนำภูมิปัญญาพื้นบ้านไปใช้ประโยชน์ และการแบ่งปันผลประโยชน์จากการนำภูมิปัญญาพื้นบ้านไปใช้

¹³ นันทน อินทนนท์, “ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาและผลกระทบต่อภูมิปัญญาท้องถิ่น.” วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ปีที่6 ฉบับที่6 (2546): 157-158.

อย่างยุติธรรม ถือว่าเป็นหลักการที่เป็นประโยชน์และสมควรนำเอาไปใช้ในการให้ความคุ้มครองแก่ ภูมิปัญญาพื้นบ้านในสาขาอื่นๆ ด้วยเช่นกัน กล่าวคือ ในการนำเอาภูมิปัญญาพื้นบ้าน เช่น ลวดลายพื้นบ้าน งานศิลปหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือดนตรีพื้นบ้าน ฯ ของประเทศหนึ่งๆ ไปใช้ประโยชน์ ผู้ที่ประสงค์จะใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้นๆ จะต้องขออนุญาตและได้รับความยินยอมจากประเทศที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้นๆ และในการนำภูมิปัญญาพื้นบ้านไปใช้ประโยชน์ จะต้องมีการทำความตกลงร่วมกัน ซึ่งมีเงื่อนไขที่เป็นการกำหนดลักษณะหรือวิธีการในการใช้ประโยชน์ และรวมถึงหลักเกณฑ์ในการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการนำภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้นๆ ไปใช้อย่างเป็นธรรม

3.2.2) สิ่งที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก

องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก หรือ World Intellectual Property Organization (WIPO) ในฐานะที่เป็นองค์การชำนาญพิเศษขององค์การสหประชาชาติที่มีหน้าที่ในการดูแลประเด็นในเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งหนึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้ได้แก่ การให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านซึ่งเป็นการสร้างสรรค์โดยสติปัญญาของมนุษย์บนพื้นฐานทางวัฒนธรรม(traditional-based creation) ภูมิปัญญาพื้นบ้านจึงเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งที่อยู่ภายใต้กรอบการทำงานของWIPO เช่นกัน

ทั้งนี้ แม้ในปัจจุบันภายใต้การทำงานของ WIPO นั้น จะยังไม่มีอนุสัญญา หรือ ความตกลงระหว่างประเทศในลักษณะใดๆ ที่เป็นการให้ความคุ้มครองในทางทรัพย์สินทางปัญญาแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านในระดับสากลก็ตามที แต่จากความพยายามของWIPOในการหามาตรการในการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านในระดับสากล ก็ส่งผลให้เกิดเป็นกฎหมายต้นแบบในการให้ความคุ้มครองแก่การแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้าน ซึ่งเป็นการทำงานร่วมกันระหว่าง WIPO กับ UNESCO และ ร่างกฎหมายสำหรับการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านซึ่งเป็นผลมาจากการทำงานของคณะกรรมการระหว่างรัฐว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา ทรัพยากรพันธุกรรม ภูมิปัญญาพื้นบ้าน และวัฒนธรรมพื้นบ้านของWIPO (WIPO's Intergovernmental Committee on Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore: IGC) ซึ่งผู้เขียนจะได้นำบทบัญญัติในมาตราที่มีการกำหนดความหมาย ลักษณะ และขอบเขตของสิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้กฎหมายทั้ง 2 ฉบับดังกล่าวขึ้นมาพิจารณา ดังนี้

3.2.2.1) Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions 1982 (the Model Provisions)

The Model Provisions หรือ กฎหมายต้นแบบเพื่อการบัญญัติกฎหมายภายในที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่การแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านจากการใช้โดยมิชอบและพฤติการณ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายอื่นๆ ปี ค.ศ. 1982 เป็นผลงานที่เกิดจากการร่วมมือกันของ WIPO และ UNESCO ที่มีจุดมุ่งหมายในการให้ความคุ้มครองแก่ “การแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้าน (Expressions of Folklore)” ซึ่งเป็นการคุ้มครองในลักษณะที่เป็นกฎหมายลักษณะเฉพาะ ซึ่งในส่วนของ 2 ของ Model Provisions ได้มีการกำหนด ความหมายและลักษณะของการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านที่ได้รับความคุ้มครองเอาไว้ มีความว่า:

“ส่วนที่ 2: การแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านที่ได้รับความคุ้มครอง

เพื่อวัตถุประสงค์ของ(ใส่ชื่อกฎหมาย) “การแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้าน” หมายถึง การสร้างสรรค์ที่ประกอบด้วยองค์ประกอบที่เป็นเอกลักษณ์ของมรดกทางศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้าน ที่ได้รับการพัฒนาและดูแลรักษาโดยชุมชนใดชุมชนหนึ่ง หรือโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งสะท้อนความค่านิยมทางศิลปวัฒนธรรมของชุมชนนั้นๆ ซึ่งได้แก่:

(1) การแสดงออกทางวาจา เช่น ตำนานหรือนิทานพื้นบ้าน คำกลอน สุภาษิต คำพังเพย ปริศนาคำทาย เป็นต้น

(2) การแสดงออกโดยผ่านดนตรี เช่น บทเพลงพื้นบ้าน หรือ เพลงบรรเลงพื้นบ้าน เป็นต้น

(3) การแสดงออกผ่านทางร่างกายของมนุษย์ เช่น การรำรำพื้นบ้าน ละคร พื้นบ้านนาฏกรรมพื้นบ้าน พิธีกรรมพื้นบ้าน

ทั้งนี้ ไม่ว่าจะการสร้างสรรค์ดังกล่าวจะได้กระทำลงในวัสดุใดๆ หรือไม่ และ

(4) การแสดงออกโดยวัตถุ ได้แก่

(ก) งานศิลปกรรมพื้นบ้าน เช่น ภาพวาด งานแกะสลัก ประติมากรรม เครื่องปั้นดินเผา เครื่องปั้นดินเหนียว งานโมเสก(mosaic) งานไม้ งานเครื่องโลหะ เครื่องประดับ เครื่องจักสาน งานเย็บปักถักร้อย สิ่งทอ พรม เครื่องแต่งกาย

(ข) เครื่องดนตรี

[(ค) งานสถาปัตยกรรม]

(Section 2: Protected Expressions of Folklore

For the purpose of this [law], "expressions of folklore" means productions consisting of characteristic elements of the traditional artistic heritage developed and maintained by a community in the country or by individuals reflecting the traditional artistic expectations of such a community, in particular:

- (i) verbal expressions, such as folk tales, folk pottery and riddles;
- (ii) musical expressions, such as folk songs and instrumental music;
- (iii) expressions by action, such as folk dances, plays and artistic forms of rituals,

whether or not reduced to a material form; and

- (iv) tangible expressions, such as;
 - (a) production of folk art, in particular, drawings paintings, carvings, sculptures, pottery, terracotta, mosaic, woodwork, metal ware, jewelry, basket weaving, needlework, textiles, carpets, costumes;
 - (b) musical instruments
 - [(c) architectural forms]]

สิ่งที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้ the Model Provisions นั้น หมายถึงเฉพาะ "ภูมิปัญญาพื้นบ้าน" ในสาขาที่เป็น "การแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้าน(Expressions of Folklore)" เท่านั้น

การแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้าน หมายถึง การสร้างสรรค์ซึ่งแสดงออกโดยวิธีใดวิธีหนึ่งในสี่วิธี ดังต่อไปนี้

- (1) การแสดงออกทางวาจา
- (2) การแสดงออกโดยผ่านดนตรี
- (3) การแสดงออกผ่านทางร่างกายของมนุษย์

ทั้งนี้ การแสดงออกทั้ง 3 ประการดังกล่าว "ไม่จำเป็น" ต้องกระทำลงในหรือกระทำขึ้นโดยใช้วัสดุใดๆ กล่าวคือ นิทานพื้นบ้านไม่จำเป็นที่จะต้องมีการเขียนหรือบันทึกลงในหนังสือหรือกระดาษ เพลงหรือดนตรีพื้นบ้านไม่จำเป็นต้องมีการบันทึกลงในวัสดุใดๆ การแสดงละครหรือการร่ายรำก็ไม่จำเป็นต้องเขียนหรือบันทึกทำทางต่างๆลงในวัสดุใดๆ เป็นต้น ผลงานของการสร้างสรรค์ที่แสดงออกโดยสามวิธีข้างต้นนั้น ไม่จำเป็นที่จะต้องแสดงออกมาในรูปแบบของสิ่งที่ยึดจับได้แต่อย่างใด เช่น นิทานหรือพงศาวดารที่เล่าสืบต่อกันมาปากต่อปากก็เพียงพอที่จะถือ



ว่าเป็นการแสดงออกโดยทางวาจาซึ่งเป็นการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านที่ได้รับความคุ้มครองตาม the Model Provisions แล้ว เป็นต้น

(4) การแสดงออกโดยวัตถุ ซึ่ง "จำเป็น" ที่จะต้องกระทำขึ้นโดยใช้วัสดุต่างๆ เช่น กระดาษ กระเบื้อง หิน ดิน เหล็ก ทอง เงิน อัญมณีต่างๆ เป็นต้น และการสร้างสรรค์จะต้องได้ผลงานที่สามารถจับต้องได้ เช่น งานศิลปกรรมพื้นบ้านประเภทสิ่งทอก็ต้องทอออกมาเป็นผืนผ้าที่จับต้องได้ หรืองานประติมากรรมก็ต้องปั้นออกมาเป็นรูป เป็นต้น

ทั้งนี้ การแสดงออกทั้ง 4 ประการดังกล่าวจะต้องประกอบด้วยลักษณะต่อไปนี้

(1) ต้องเป็นการแสดงออกที่มีองค์ประกอบที่เป็นเอกลักษณ์ของมรดกทางศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้าน กล่าวคือ การสร้างสรรค์ที่เป็นการแสดงออกซึ่งวัฒนธรรมพื้นบ้านนั้นๆ จะต้อง

- เป็นการแสดงออกซึ่งการสร้างสรรค์ทางศิลปะที่อยู่บนพื้นฐานทางวัฒนธรรม คือ เป็นการสร้างสรรค์ที่เกี่ยวข้องกับวิถีชีวิตและความเป็นอยู่ ของคนในท้องถิ่น หรือในชุมชนหนึ่งที่มีลักษณะของการแสดงออกในทางศิลปะ คือเกี่ยวข้องกับเรื่องความสวยงาม ทั้งนี้ บรรทัดฐานที่จะใช้ตัดสินในเรื่องของคุณค่าความสวยงามในเชิงศิลปะนั้นย่อมแตกต่างกันในแต่ละท้องถิ่นหรือชุมชน

- เป็นการแสดงออกในเชิงศิลปะที่แสดงอัตตลักษณ์ของชุมชน หรือท้องถิ่นนั้นๆ ที่แสดงว่าเป็นการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านของชุมชนของตนนั้นมีความแตกต่างอย่างโดดเด่นจากการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านของชุมชน หรือท้องถิ่นอื่นๆ

- เป็น"มรดก"ทางศิลปวัฒนธรรมของชุมชนหรือท้องถิ่น ซึ่งหมายความว่า เป็นการสร้างสรรค์ทางศิลปะอยู่บนพื้นฐานทางวัฒนธรรมที่มีการถ่ายทอดหรือสืบทอดจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง

(2) ต้องเป็นการแสดงออกทางศิลปะวัฒนธรรมที่ได้รับการพัฒนาและดูแลรักษาโดยชุมชนใดชุมชนหนึ่ง หรือโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งสะท้อนความค่านิยมทางศิลปวัฒนธรรมของชุมชนนั้นๆ

ทั้งนี้ ตามความเป็นจริงแล้วเรามักจะพบว่าผู้สร้างสรรค์คนแรกหรือกลุ่มแรกที่เป็นผู้สร้างสรรค์ที่แท้จริงของการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านได้ยากหรือในบางกรณีก็ไม่อาจกระทำได้อีกทั้ง การโยกย้ายถิ่นฐานในระหว่างชุมชนหรือท้องถิ่นของคนที่ย้ายอยู่ในพื้นที่ใกล้เคียงกันเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเป็นประจำ ทำให้การแลกเปลี่ยนทางศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้านระหว่างท้องถิ่นที่อยู่ใกล้เคียงกันเกิดขึ้นอยู่เสมอ ดังนั้น บทบัญญัติในส่วนที่ 2 ของ the Model Provisions จึงไม่กล่าวถึงประเด็นในเรื่องว่า บุคคล(หรือชุมชน)ที่เป็นผู้ครอบ

โครงการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านในปัจจุบันจะต้องเป็นผู้สร้างสรรค์การแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านนั้นๆ แต่กล่าวว่า “ผู้ที่ครอบครองหรือเป็นเจ้าของการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านในปัจจุบันเป็นผู้พัฒนาหรือเป็นผู้รักษาให้การแสดงออกนั้นๆ ยังคงดำรงอยู่ในปัจจุบัน” มากกว่า

ดังนั้น การแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านของชุมชนหนึ่งๆ อาจจะไม่ได้อิทธิพลกำเนิดในชุมชนนั้นๆ แต่เนื่องจาก ตลอดเวลาที่ผ่านมามีชุมชนดังกล่าวเป็นผู้พัฒนาให้การแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านเติบโตขึ้น และเป็นผู้สงวนรักษาไว้ซึ่งการแสดงออกดังกล่าวให้ยังคงดำรงอยู่ และส่งต่อการแสดงออกดังกล่าวให้แก่รุ่นลูก รุ่นหลานต่อไป ชุมชนนั้นๆ จึงมีฐานะเป็นเจ้าของการแสดงออกดังกล่าว

อนึ่ง ในเรื่องของการพัฒนาหรือการรักษาหรือการพิทักษ์รักษาการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านนั้นอาจเป็นกระทำร่วมกันของคนทั้งชุมชนหรืออาจเป็นการกระทำของสมาชิกคนหนึ่งคนใดของชุมชนก็ได้ แต่ทั้งนี้ การพัฒนา หรือ เก็บรักษาการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านในลักษณะดังกล่าวจะต้อง “สะท้อนความค่านิยมทางศิลปะวัฒนธรรมของชุมชน” กล่าวคือ การพัฒนา หรือ เก็บรักษานั้นๆ จะต้องเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับการสร้างสรรค์ในเชิงศิลปะที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของทั้งชุมชน มิใช่เพื่อประโยชน์ของบุคคลคนนั้นแต่เพียงผู้เดียว

จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดนั้น ผู้เขียนขอสรุปถึงสิ่งที่เป็นการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้าน ภายใต้บทบัญญัติในส่วนที่ 2 ของ the Model Provisions

- 1) การแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านเป็นการสร้างสรรค์(เป็นผลของการใช้สติปัญญาของมนุษย์)ในเชิงศิลปะ
- 2) การแสดงออกไม่จำเป็นต้องมีการบันทึก หรือเป็นสิ่งที่จับต้องได้ ยกเว้น การแสดงออกโดยวัตถุ ที่จำเป็นจะต้องมีผลงานที่เกิดจากการสร้างสรรค์เป็นวัตถุใดๆ ที่สามารถจับต้องได้
- 3) เป็นมรดกที่ถือครองร่วมกันของชุมชน หรือ หากเป็นการถือครองโดยสมาชิกบางคนในชุมชน ก็เป็นการถือครองที่มีลักษณะที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของสังคมโดยรวม
- 4) แสดงอัตตลักษณ์ของชุมชน
- 5) มีการสืบทอดการแสดงออกทางวัฒนธรรมจากคนรุ่นหนึ่งไปสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง
- 6) มีลักษณะที่เป็นพลวัต คือ มีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา

3.2.2.2) Draft Provisions for the Protection of Traditional Knowledge (the Draft Provisions)

มติจากที่ประชุมสามัญ (General Assembly) ครั้งที่ 26 ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกหรือ WIPO ที่จัดขึ้นในปี 2000 เป็นที่มาของการจัดตั้ง คณะกรรมาธิการระหว่างรัฐว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา ทรัพยากรพันธุกรรม ภูมิปัญญาพื้นบ้าน และวัฒนธรรมพื้นบ้านของ WIPO (WIPO's Intergovernmental Committee on Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore: IGC)¹⁴ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทำการศึกษ และจัดการประชุมหารือเพื่อหาข้อสรุปในการกำหนดหลักการและวิธีในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้าน โดยตั้งแต่ที่ได้มีการจัดตั้งขึ้น IGC ได้จัดให้มีการจัดการประชุมหารือเป็นประจำทุกปี ซึ่งการประชุมหารือในแต่ละครั้งจะมีการกำหนดวาระการประชุมในหัวข้อต่างๆ กันไป และในการประชุมของ IGC ในครั้งที่ 8 ซึ่งจัดขึ้นในปี 2005 เป็นการเสนอร่างกฎหมายในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้านฉบับแก้ไข (Revised Draft Provisions for the Protection of Traditional Knowledge) ซึ่งเป็นผลมาจากการประชุมหารือของ IGC ในครั้งที่ 6 และครั้งที่ 7 ทั้งนี้ the Draft Provisions เป็นเพียงแนวทางเพื่อเสนอแนวความคิดในการพัฒนามาตรากฎหมายที่จะใช้ในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้านในระดับสากลในลำดับต่อไป¹⁵

สิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้ the Draft Provisions นั้น ได้มีการกล่าวถึงเอาไว้ในมาตรา 3 ซึ่งมีความดังนี้ :

“มาตรา 3: ขอบเขตทั่วไปของวัตถุประสงค์แห่งสิทธิ

1 หลักการต่างๆ ภายใต้กฎหมายนี้ให้จะความสำคัญกับการป้องกันภูมิปัญญาพื้นบ้านจากการถูกขกฉวยและการใช้ที่ผิดไปจากวัตถุประสงค์ในทางวัฒนธรรมของภูมิปัญญาพื้นบ้าน และจะไม่ได้ตีความหลักการเหล่านี้ในทางที่จะเป็นการไปเป็นการจำกัดหรือนำแนวความคิดภายนอกมาใช้ในการอธิบายความหลากหลายและแนวความคิดที่เป็นองค์รวมของความรู้ที่อยู่ในรูปแบบของประเพณีที่มีการสืบทอดกันมา การตีความและการบังคับใช้หลักการเหล่านี้จะคำนึงถึง

¹⁴ WIPO General Assembly, “Matters concerning Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore,” World Intellectual Property Organization WIPO/GA/46/6, 2000. Available from <http://www.wipo.int>.

¹⁵ WIPO IGC on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, “The Protection of Traditional Knowledge: Revised Objective and Principles,” World Intellectual Property Organization WIPO/GRTKF/IC/8/5, 2002. Available from: www.wipo.int.

ลักษณะของภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นพลวัตและเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา และธรรมชาติขององค์ความรู้ในฐานะที่เป็นพื้นฐานของนวัตกรรมอื่นๆ ที่จะตามมา

2 เฉพาะวัตถุประสงค์ของหลักการต่างๆ ภายใต้กฎหมายนี้เท่านั้น คำว่า "ภูมิปัญญาพื้นบ้าน" หมายถึง เนื้อหาสาระของความรู้ที่เป็นผลมาจากการสร้างสรรค์โดยการใช้สติปัญญาของมนุษย์ในบริบททางวัฒนธรรม และรวมถึงความเชี่ยวชาญความชำนาญ ทักษะ นวัตกรรม ประเพณีปฏิบัติ และการเรียนรู้ ซึ่งประกอบกันขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของระบบภูมิปัญญาพื้นบ้าน และองค์ความรู้ที่ประกอบกันขึ้นเป็นวิถีชีวิตพื้นบ้านของชุมชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่น หรือได้รับการรักษาในรูปแบบของระบบความรู้ที่มีการสืบทอดระหว่างคนหลายรุ่น ภูมิปัญญาพื้นบ้านไม่จำกัดอยู่เฉพาะวิทยาการในสาขาใดสาขาหนึ่ง และอาจรวมถึงความรู้เกี่ยวกับเกษตรกรรม ความรู้เกี่ยวกับสภาพแวดล้อม และความรู้เกี่ยวกับเภสัชกรรม และความรู้ที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม

(ARTICLE 3: GENERAL SCOPE OF SUBJECT MATTER

1. These principles concern protection of traditional knowledge about misappropriation and misuse beyond its traditional context, and should not be interpreted as limiting or seeking externally to define the diverse and holistic conceptions of knowledge within the traditional context. These principles should be interpreted and applied in the light of the dynamic and evolving nature of traditional knowledge and the nature of traditional knowledge systems as frameworks of ongoing innovation.

2. For the purpose of these principles only, the terms "traditional knowledge" refers to the content or substance of knowledge resulting from intellectual activity in a traditional context, and include the know-how, skills, innovations, practices and learning that form part of traditional knowledge systems, and knowledge embodying traditional lifestyles of indigenous and local communities, or contained codified knowledge systems passed between generations. It is not limited to any specific technical field, and may include agricultural, environmental and medicinal knowledge, and knowledge associated with genetic resources.)

ภายใต้มาตรา 3 ของ the Draft Provisions เป็นการกล่าวถึง “ภูมิปัญญาพื้นบ้าน” ที่เป็นการระบุลักษณะของภูมิปัญญาพื้นบ้าน และ เป็นการสร้างขอบเขตว่าภูมิปัญญาพื้นบ้านจะหมายถึงความรู้ในด้านใดบ้าง ซึ่งเป็นการกล่าวถึงภูมิปัญญาในลักษณะกว้างๆ เท่านั้น เนื่องจาก ต้องการให้เป็นอำนาจของแต่ละประเทศที่จะตัดสินใจว่า ในการบัญญัติกฎหมายภายในนั้นจะให้คำว่า “ภูมิปัญญาพื้นบ้าน” ภายในประเทศของตนนั้นมีขอบเขตของความหมายแค่ไหน และให้หมายถึงสิ่งใดบ้าง¹⁶

จากการวิเคราะห์ย่อหน้าที่ 2 ของมาตรา 3 ผู้เขียนพบว่า “ภูมิปัญญาพื้นบ้าน” หรือ Traditional Knowledge ภายใต้ the Draft Provisions หมายถึง เฉพาะ “เนื้อหา” ขององค์ความรู้ที่เกิดจากการสร้างสรรค์โดยการใช้สติปัญญาของมนุษย์ ในสาขาต่างๆ ซึ่งตามมาตรา 3 ไม่ได้มีการจำกัดเอาไว้ ดังนั้นการสร้างสรรค์จึงอาจเกี่ยวข้องกับวิทยาการในสาขาใดๆก็ได้ ทั้งนี้ มีการยกตัวอย่างสาขาของวิทยาการที่อาจเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านเอาไว้ เช่น องค์ความรู้ที่เกี่ยวกับการเกษตร องค์ความรู้ที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม องค์ความรู้ที่เกี่ยวกับการเภสัชกรรม เป็นต้น

ทั้งนี้ ภูมิปัญญาดังกล่าวต้องได้รับการสร้างสรรค์ขึ้นภายใต้บริบททางวัฒนธรรม กล่าว คือ เป็นความรู้ที่เกิดจากการปรับตัวของกลุ่มคนหรือชุมชนที่ดำเนินชีวิตอยู่ในสภาพแวดล้อมทางธรรมชาติและสังคมชุดหนึ่ง การปรับตัวดังกล่าวเป็นไปเพื่อตอบสนองการเปลี่ยนแปลงต่างๆ ที่เกิดขึ้นเพื่อให้สามารถใช้ชีวิตที่มีความสอดคล้องกับสภาวะแวดล้อมนั้นๆ ทั้งนี้ ผลจากการปรับตัวดังกล่าวจะออกมาในรูปแบบขององค์ความรู้สะสมที่ตกตะกอนเป็น “ภูมิปัญญาพื้นบ้าน” ในลักษณะต่างๆ เช่น ความรู้ความชำนาญหรือทักษะในการกระทำสิ่งใดสิ่งหนึ่ง เป็นนวัตกรรมที่เกิดจากการประยุกต์ในการนำเอาองค์ความรู้ที่ได้รับการสะสมเอาไว้มาใช้ให้เกิดประโยชน์เป็นประเพณีปฏิบัติของผู้คนในท้องถิ่นนั้นๆ ในเรื่องต่างๆ เป็นต้น

เนื้อหาของสาระของความรู้ดังกล่าวมีความสำคัญในฐานะที่เป็น “ส่วนหนึ่ง” ขององค์ความรู้หรือวิถีชีวิตพื้นบ้านของชุมชนพื้นเมืองหรือชุมชนท้องถิ่น ภูมิปัญญาพื้นบ้านจึงมีลักษณะเป็นองค์รวมกับการดำเนินชีวิต กิจวัตรประจำวัน การประกอบอาชีพ ฯ ของคนในท้องถิ่นหนึ่งๆ ที่มีการสืบทอดกันระหว่างคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง ซึ่งไม่ได้มีการกำหนดว่าการสืบทอดหรือส่งต่อองค์ความรู้ที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านจะต้องกระทำผ่านองค์ความรู้ที่ได้รับการบันทึกไว้ ดังนั้น องค์ความรู้ที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านจึงไม่จำเป็นที่จะต้องได้รับการบันทึกลงในเอกสารหรือลงในวัตถุใดๆ

¹⁶ Ibid.

อย่างไรก็ดี ไม่มีการกล่าวถึงการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านเอาไว้ในขอบเขตของภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้ the Draft Provisions ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า “สิ่งที่^๑เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้ the Draft Provisions นั้น หมายถึงเฉพาะ ภูมิปัญญาพื้นบ้านในสาขาองค์ความรู้ นวัตกรรม และการสร้างสรรค์พื้นบ้าน(Traditional Knowledge Innovation and Creativity) เท่านั้น” ซึ่งในย่อหน้าแรกของมาตรา 3 มีการกล่าวถึงลักษณะต่างๆ ของสิ่งที่^๑เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้าน เอาไว้ ดังนี้

- (1) ภูมิปัญญาพื้นบ้านมีลักษณะขององค์ความรู้ที่เป็นองค์รวม(holistic)
- (2) ภูมิปัญญาพื้นบ้าน เป็นองค์ความรู้ที่มีการถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง(handed down from one generation to another)
- (3) ภูมิปัญญาพื้นบ้านมีความเป็นพลวัต(dynamic) คือมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอไม่ใช่องค์ความรู้ที่หยุดนิ่ง

ทั้งนี้ ภายใต้มาตรา4 ของ the Draft Provisions ได้มีการกำหนด “หลักเกณฑ์” ของภูมิปัญญาพื้นบ้านที่สมควรได้รับการคุ้มครองภายใต้แนวความคิดของ the Draft Provisions ซึ่งกำหนดเอาไว้ ดังนี้

"มาตรา 4: การให้ความคุ้มครองอย่างน้อยที่สุดควรครอบคลุมถึงภูมิปัญญาพื้นบ้านซึ่ง

- (1) ได้รับการสร้างสรรค์ พิทักษ์รักษา และถ่ายทอดภายในบริบททางวัฒนธรรมระหว่างคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง
- (2) มีความเกี่ยวพันอย่างเด่นชัดกับชุมชนหรือกลุ่มคนพื้นเมืองที่พิทักษ์รักษาและสืบทอดภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้นๆ ระหว่างคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง
- (3) เป็นอันหนึ่งอันเดียวกับอัตตาลักษณะทางวัฒนธรรมของกลุ่มคนหรือชุมชนพื้นเมืองที่ได้รับการยอมรับว่าครอบครองภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้น ในฐานะของการเป็นผู้รักษา คุ้มครอง ผู้เป็นเจ้าของในลักษณะของสิทธิของส่วนรวม หรือเป็นความรับผิดชอบในทางวัฒนธรรม ความสัมพันธ์เช่นนี้อาจเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะที่เป็นทางการ หรือไม่ เป็นทางการ ซึ่งกำหนดโดย จารีตหรือประเพณีท้องถิ่น โดยข้อตกลง หรือโดยกฎหมาย

(Article 4: Protection should be extended at least to that traditional knowledge which is:

- (i) generated, preserved and transmitted in a traditional and intergenerational context;

(ii) distinctively associated with a traditional or indigenous community or people which preserves and transmits it between generations; and

(iii) integral to the cultural identity of an indigenous or traditional community or people which is recognized as holding the knowledge through a form of custodianship, guardianship, collective ownership or cultural responsibility. This relationship may be expressed formally or informally by customary or traditional practices, protocols or laws.)

ตามบทบัญญัติในมาตรา 4 ข้างต้นเป็นการกำหนด “ลักษณะขั้นต่ำ” ที่ควรมีอยู่ในภูมิปัญญาพื้นบ้านหนึ่งๆ เพื่อเป็น “หลักเกณฑ์” ในการกำหนดว่าภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้นๆ สมควรที่จะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ เนื่องจาก ภูมิปัญญาพื้นบ้านเป็นเรื่องที่มีความหลากหลายและมีความแตกต่างกันไปในแต่ละท้องถิ่น จึงเป็นผลให้ลักษณะที่เป็นธรรมชาติของภูมิปัญญาพื้นบ้านมีอยู่มากมายหลายประการด้วยกัน จึงมีความจำเป็นที่จะต้องระบุลงไปให้ชัดเจนว่า ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่สมควรที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นต้องประกอบด้วยลักษณะขั้นต่ำอะไรบ้าง เพราะถ้าหากไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว การให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้าน ก็จะเป็นเรื่องที่มีความยุ่งยากอยู่ไม่น้อย

ทั้งนี้ ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่สมควรได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 4 ของ the Draft Provisions ควรประกอบด้วยลักษณะที่เป็นหลักเกณฑ์ขั้นต่ำ ดังต่อไปนี้

(1) เป็นองค์ความรู้ที่เกิดจากการปรับตัวให้สอดคล้องกับสภาพแวดล้อมทางธรรมชาติและสังคม ที่มีการถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่ง ไปสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง

(2) มีความเกี่ยวพันอย่างเด่นชัดกับชุมชนหรือกลุ่มคนพื้นเมืองที่พิทักษ์รักษาและสืบทอดภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้นๆ กล่าวคือ เป็นภูมิปัญญาที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของชุมชนดังกล่าวที่มีความแตกต่างอย่างเด่นชัดจากภูมิปัญญาพื้นบ้านของชุมชนอื่นๆ

(3) ชุมชนที่ครอบครองภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้นๆ โดยชอบธรรม ไม่ว่าจะในฐานะใดๆ และไม่ว่าความชอบธรรมนั้นๆ จะเกิดจากบรรทัดฐานใดๆ มีความรู้สึกที่ตนเองจะต้องรับผิดชอบในการพิทักษ์รักษา และพัฒนาภูมิปัญญานั้นๆ และมีความรู้สึกที่รุนแรงหากภูมิปัญญานั้นๆ ถูกฉกฉวยไป หรือถูกนำไปใช้โดยผิดไปจากวัตถุประสงค์ที่แท้จริง

หลักเกณฑ์ทั้ง 3 ประการข้างต้นนั้น เป็นเพียงมาตรฐานขั้นต่ำในการพิจารณาว่า ภูมิปัญญาพื้นบ้านหนึ่งๆ ที่สมควรได้รับความคุ้มครองควรประกอบด้วยลักษณะใดบ้าง ที่กำหนดขึ้นโดยกฎหมายหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งถ้าหากประเทศใดรับหลักการของ the Draft

Provisions ไปบัญญัติในกฎหมายภายในของประเทศตนแล้ว ประเทศดังกล่าวสามารถเพิ่มหลักเกณฑ์อื่นไปเข้าไปอีกได้

3.3 สิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้กฎหมายลักษณะเฉพาะของประเทศปานามา

3.3.1) ความเป็นมาในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้านในปานามา

"Mola" เป็นงานหัตถกรรมประเภทสิ่งทอของชาว "คูนา ยาลา" (the Native Kuna Yala Community) ซึ่งเป็นชนพื้นเมืองของปานามา ผู้หญิงชาวคูนา ยาลาพื้นเมืองจะประดิษฐ์ Mola โดยใช้องค์ความรู้พื้นบ้าน ซึ่งได้แก่ เทคนิคต่างๆ ในการเย็บปักถักทอ กรรมวิธีในการสร้าง สรรค์ลวดลาย และการเลือกใช้สีสันทันต่างๆ ที่สะท้อนเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของชาวคูนา ยาลา ซึ่งได้รับการถ่ายทอดมาจากคนรุ่นก่อนๆ เทคนิคและลวดลายของMolaเกิดจากการนำผ้ามาปัก ทับซ้อนกันหลายๆ ชั้น จนได้ลวดลายและสีสันทันต่างๆ ที่มีความสวยงาม

เดิมที่ผู้หญิงชาวคูนา ยาลาจะนำMolามาตัดเย็บเป็นเครื่องแต่งกายประจำถิ่น แต่เนื่องจากความสวยงามที่มีเอกลักษณ์เฉพาะของMola ทำให้เป็นที่ต้องการอย่างมากของตลาด ภายนอกชุมชนคูนา ยาลา ซึ่งนอกจากจะนำมาทำเสื้อผ้าเครื่องนุ่งห่มแล้ว ยังอาจมีการนำMolaไป ใช้ประโยชน์อย่างอื่นได้อีก เช่น นำผืนMolaไปประดับตกแต่งอาคาร นำไปทำกระเป๋า หมวก และ เครื่องประดับอื่นๆ ¹⁷ "Mola" จึงเป็นงานหัตถกรรมอันเป็นที่มาของรายได้ที่สำคัญของชุมชนชาวคูนา ยาลา เป็นสินค้าที่สะท้อนอัตตลักษณ์ของชุมชน และเป็นสินค้าพื้นเมืองที่มีชื่อเสียงของ ประเทศปานามา¹⁸

ด้วยมูลค่าทางการตลาดของMolaนี้เอง ส่งผลให้มีสินค้าลอกเลียนแบบ (counterfeit goods or replica) ในลวดลายและสีสันทันของMolaเกิดขึ้นอย่างมากมาย โดยแหล่งผลิตแหล่งใหญ่ ได้แก่ ญี่ปุ่นและไต้หวัน ซึ่งทำการผลิตและส่งออกขายไปทั่วโลกรวมทั้งส่ง

¹⁷ World Intellectual Property Organization, "Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders: WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999)", April 2001, pp.139.

¹⁸ Aresio Valiente Lopez, "Experience with ACT 20, June 26, Year 2000: Panama's Indigenous Intellectual Property Law," Rights & Democracy: International Centre for Human Rights and Democratic Development, 2002. Available from: <http://www.ichrdd.ca/site/publications/index>.

เข้าไปขายในปานามาด้วย จึงส่งผลกระทบต่อชุมชนคานา ยาลา เนื่องจาก Mola ของแท้ที่ประดิษฐ์โดยผู้หญิงชาวคานา ยาลานั้นเป็นงานฝีมือ Mola แต่ละผืนจะมีเอกลักษณ์ในตัวเอง จึงทำให้ผลิตได้ช้าและมีราคาที่สูงเมื่อเทียบกับของปลอมซึ่งผลิตโดยใช้เครื่องจักรซึ่งผลิตได้เร็วกว่าและมีความสามารถในการผลิตมากกว่าและสามารถขายได้ในราคาที่ถูกลง นอกจากนี้ยังมีชาวคานา ยาลาบางส่วนที่เข้าไปตั้งถิ่นฐานในประเทศคอสตา ริกา(Costa Rica) ซึ่งชาวคานา ยาลาในคอสตา ริกาตั้งกล่าวนี้ก็ผลิตMolaเช่นกัน และได้พยายามนำเอาMolaของตนเข้ามาแข่งขันในตลาดกับMolaที่ผลิตโดยชาวคานา ยาลาพื้นเมืองในปานามาทั้งตลาดภายในและตลาดนอกประเทศปานามา¹⁹

ดังนั้น ในเดือนตุลาคมปี ค.ศ.1984 ปานามาได้ประกาศใช้ Act 26 ซึ่งเป็นกฎหมายห้ามการนำเข้าสินค้าที่เป็นการลอกเลียนแบบMola (Act 26 respecting the Prohibition against the Importation of Copies of Molas: Act 26) ซึ่งถือเป็นกฎหมายที่ให้การคุ้มครองแก่งานศิลปะที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านในลักษณะของทรัพย์สินทางฉบับแรกของปานามา โดยบทบัญญัติภายใต้Act 26 นั้น จะให้ความคุ้มครองเฉพาะMolaที่เป็นงานฝีมือของชุมชนคานา ยาลาพื้นเมืองที่ตั้งถิ่นฐานอยู่ในปานามาเท่านั้น และไม่ได้มีบทบัญญัติห้ามกระทำการลอกเลียนแบบMola แต่เป็นเพียงการห้ามนำเข้าสินค้าที่เป็นการลอกเลียนแบบMolaเข้ามาในปานามาเท่านั้น

ต่อมาในปี ค.ศ. 1997 Act 27 ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครอง ส่งเสริม และพัฒนาช่างฝีมือ(Act 27 respecting the Protection, Promotion and Development of Artisanry: Act 27) ก็ได้ถูกประกาศใช้ ซึ่งภายใต้ Act 27 นั้น เป็นการขยายความคุ้มครองไปยังงานศิลปะที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านประเภทอื่นๆ นอกเหนือจากMola เช่น Panamanian Skirt และ Nahua (เครื่องแต่งกายพื้นเมืองของผู้หญิงชาวNgobe-Bugle²⁰) เป็นต้น ทั้งนี้ สิ่งที่อยู่ภายใต้การคุ้มครองก็ยังคงเป็นงานหัตถกรรมประเภทสิ่งทอ และการคุ้มครองก็ยังคงเป็นเพียงการห้ามนำเข้า

¹⁹ World Intellectual Property Organization, "Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders: WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999)", April 2001, pp.139.

²⁰Rights & Democracy, "Indigenous Women and Intellectual Property," Rights & Democracy: International Centre for Human Rights and Democratic Development, 2004, Available from: <http://www.ichrdd.ca/english/commdoc/publications/indigenous/sheetswoman/4en.pdf>

สินค้าลอกเลียนแบบสิ่งของที่กฎหมายให้ความคุ้มครองเข้ามาในปานามาเช่นเดียวกับ Act 26 นั้นเอง²¹

ความตื่นตัวที่ทำให้เกิดกฎหมายลักษณะเฉพาะในการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านในปานามา มีขึ้นเมื่ออุปสงค์ในสินค้าที่เป็นงานหัตถกรรมและงานศิลปะของชุมชนพื้นเมืองมีอัตราเพิ่มสูงมากขึ้น ทำให้มีหลายบริษัททั้งที่เป็นบริษัทของปานามาเองและบริษัทข้ามชาติพยายามแสวงหาช่องทางทำกำไรจากงานหัตถกรรมและงานศิลปะที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้าน โดยมีความพยายามที่จะนำการออกแบบที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านของชุมชนท้องถิ่น มาขึ้นทะเบียนเพื่ออ้างสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในงานศิลปะพื้นบ้านเหล่านั้น ทำให้เกิดความพยายามในการหามาตรการสกัดกั้นการนำงานหัตถกรรมและงานศิลปะพื้นบ้านมาขึ้นทะเบียนอ้างสิทธิโดยผู้ที่ไม่ใช่ชนพื้นเมืองหรือชุมชนท้องถิ่น

ทั้งนี้ ได้มีผู้เสนอให้นำเอาการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ในลักษณะที่เป็นเครื่องหมายร่วม(Collective Trademarks) ภายใต้มาตรา 113 ของกฎหมายทรัพย์สินอุตสาหกรรมปี ค.ศ. 1996(Industrial Property Act 1996) มาใช้ในการให้ความคุ้มครองแก่งานหัตถกรรมและงานศิลปะพื้นบ้าน แต่เนื่องจากมีความเห็นแย้งของคณะกรรมการพิเศษ(Special Commission)ที่จัดตั้งขึ้นโดยสภาท้องถิ่นคูน่า ยาลา(Kuna General Congress) ซึ่งเป็นคณะทำงานในการอ้างสิทธิในทางทรัพย์สินของชุมชนคูน่า ยาลาที่มีอยู่เหนือ Mola และการออกแบบอื่นๆ และการหยุดยั้งการนำงานหัตถกรรมและงานศิลปะพื้นบ้านของคูน่า ยาลามาขึ้นทะเบียนอ้างสิทธิโดยมิชอบ โดยคณะกรรมการพิเศษให้เหตุผลว่า การจดทะเบียนเครื่องหมายร่วมนั้นจะเป็นการให้ความคุ้มครองเฉพาะกลุ่มของชุมชนพื้นเมืองที่นำงานหัตถกรรมและงานศิลปะพื้นบ้านของกลุ่มของพวกเขาจดทะเบียนเท่านั้น ไม่ได้เป็นการให้ความคุ้มครองแก่ชุมชนพื้นเมืองกลุ่มอื่นๆ ที่ไม่ได้นำงานศิลปะหัตถกรรมมาจดทะเบียนร่วมด้วย และมีความเห็นเพิ่มเติมว่ามีเหตุอันควรที่จะสร้างมาตรการพิเศษที่เป็นการประกันถึงสิทธิของชุมชนคูน่า ยาลาที่มีอยู่เหนือ Mola และการออกแบบอื่นๆ ที่เป็นศิลปะพื้นบ้านของชุมชนคูน่า ยาลา²²

จนในที่สุด วันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 2000 จึงได้มีการประกาศใช้ “กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาลักษณะพิเศษว่าด้วยการมีสิทธิร่วมกันของชุมชนพื้นเมือง การให้ความคุ้มครองและปกป้องเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรม และภูมิปัญญาพื้นบ้านของชุมชนพื้นเมือง(Law No. 20 on

²¹ Aresio Valiente Lopez, "Experience with ACT 20, June 26, Year 2000: Panama's Indigenous Intellectual Property Law", <http://www.ichrdd.ca/site/publications/index>

²² Ibid.

the Special Intellectual Property Regime upon Collective Rights of Indigenous Communities, for the Protection and Defense of their Cultural Identities and Traditional Knowledge, and Other Provisions: Law No.20” ซึ่งถือว่าเป็น "กฎหมายลักษณะเฉพาะ (Sui Generis)" ที่ให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านในลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นกฎหมายภายในฉบับแรกของโลก และมีการประกาศใช้ Executive Decree No.12 เมื่อวันที่ 20 มีนาคม ปี ค.ศ. 2000 เพื่อบังคับให้เป็นไปตาม Law No. 20²³

ดังนั้น กฎหมายที่ผู้เขียนจะนำมาพิจารณา ในประเด็นเกี่ยวกับสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้แนวความคิดเรื่อง "ภูมิปัญญาพื้นบ้าน" ของปานามจึง ได้แก่ Law No. 20 on the Special Intellectual Property Regime upon Collective Rights of Indigenous Communities, for the Protection and Defense of their Cultural Identities and Traditional Knowledge, and Other Provisions (Law No.20) และ Executive Decree No.12

3.3.2) สิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตาม LAW No.20 และ Executive Decree No.12

มาตรา 1 ของ Law No. 20 บัญญัติไว้ดังนี้ "กฎหมายนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิร่วมกันของชุมชนพื้นเมืองในทรัพย์สินทางปัญญาและภูมิปัญญาพื้นบ้านของชุมชนพื้นเมือง ที่มีอยู่เหนือการสร้างสรรค์ของชุมชนพื้นเมือง เช่น การประดิษฐ์ งานโครงสร้าง ภาพวาดและการออกแบบ การดัดแปลงงานในรูปแบบของภาพถ่าย รูปปั้น สัญลักษณ์ ภาพประกอบ ในหนังสือ และงานแกะสลักหิน เป็นต้น ในทำนองเดียวกับ รากฐานทางวัฒนธรรมของชุมชนพื้นเมือง ทางด้านประวัติศาสตร์ ดนตรี ศิลปะ และการแสดงออกทางศิลปะวัฒนธรรม ที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ในทางการค้า การให้ความคุ้มครองกระทำโดยการขึ้นทะเบียนสิทธิที่เป็นระบบเฉพาะ มีการส่งเสริมและการสนับสนุนทางการค้าที่เกี่ยวข้องสิทธิของชุมชนพื้นเมือง เพื่อเป็นการยกย่องคุณค่าของวัฒนธรรมพื้นเมือง และเป็นสร้างความยุติธรรมทางสังคม"

(Article 1: The purpose of this law is to protect the collective rights of intellectual property and traditional knowledge of the indigenous communities upon their creation such as inventions, models, drawings and designs, novelties contained in the pictures, figures, symbols, illustrations, old carved stone and others; likewise, the cultural elements their history, music, art and traditional artistic expressions, capable of commercial use, through a special registration system, promotion, commercialization of

²³ Ibid.

their rights in order to stand out the value of the indigenous cultures and to apply social justice.)

มาตรา 1 เป็นการระบุถึงจุดประสงค์และวิธีการในการให้ความคุ้มครองภายใต้ Law No. 20 รวมทั้งเป็นการกำหนดขอบเขตของสิ่งที่จะให้ความคุ้มครอง ซึ่งได้แก่ ทรัพย์สินทางปัญญา และภูมิปัญญาพื้นบ้านซึ่งถือครองและเป็นสิทธิส่วนรวมของชุมชนพื้นเมือง

ทั้งนี้ ในมาตรา 1 ไม่ได้มีการให้คำจำกัดความของคำว่า "ภูมิปัญญาพื้นบ้าน" เอาไว้ แต่มีการกล่าวถึงสิ่งที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาและภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นสิทธิส่วนรวมของชุมชนพื้นเมืองเอาไว้ ซึ่งได้จำแนกออกเป็น 2 แขนง ดังนี้

(1) การสร้างสรรค์ของชุมชนพื้นเมือง เช่น การประดิษฐ์ งานโครงสร้าง ภาพวาด และการออกแบบ การประดิษฐ์ใหม่ที่ถูกทำขึ้นในรูปแบบของภาพถ่าย รูปปั้น สัญลักษณ์ ภาพประกอบในหนังสือ และงานแกะสลักหิน เป็นต้น

(2) รากฐานทางวัฒนธรรมของชุมชนพื้นเมือง ทางด้านประวัติศาสตร์ ดนตรี ศิลปะ และการแสดงออกทางศิลปะวัฒนธรรม ที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ในทางการค้า

ทั้งนี้ ผู้เขียนพบว่า สำหรับภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นการสร้างสรรค์ของชุมชนพื้นเมืองนั้น มักจะอยู่ในรูปแบบของทรัพย์สินที่จับต้องได้ (tangible property) จึงทำให้ภูมิปัญญาพื้นบ้านในแขนงนี้ มีมูลค่าในทางเศรษฐกิจและการค้าในตัวเอง จากการผลิตและนำออกขายเป็นสินค้าพื้นเมือง เช่น Mola หรือ Nahua ซึ่งเป็นสิ่งทอพื้นบ้าน เครื่องจักสานพื้นบ้านจำพวกตะกร้า (Kuas: ตะกร้าที่เป็นงานฝีมือของชุมชนพื้นเมือง) หรือเครื่องประดับ เช่น สร้อยคอ (Wigo: สร้อยคอที่ทำจากลูกบิดหลากสี) ตุ่มหู (Cha: ตุ่มหูที่ทำจากเงิน) เป็นต้น แต่ในส่วนของภูมิปัญญาพื้นบ้านอีกแขนงหนึ่ง คือ ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นรากฐานทางวัฒนธรรมของชุมชนพื้นเมือง เช่น ดนตรีพื้นเมือง การรำยา หรือการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้านที่กระทำโดยทางวาจา เช่น นิทานพื้นบ้าน เป็นต้น นั้นมักเป็นทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ (intangible property) ภูมิปัญญาพื้นบ้านในส่วนนี้จึงต้องมีลักษณะพิเศษ คือ จะต้องสามารถนำไปใช้ประโยชน์ในทางการค้าได้ จึงจะเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านที่มีคุณสมบัติที่สามารถจะนำมาขึ้นทะเบียนสิทธิตาม Law No.20 ได้

แต่ทั้งนี้ ไม่ได้หมายความว่าภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นรากฐานทางวัฒนธรรมของชุมชนพื้นเมืองที่ไม่สามารถใช้ประโยชน์ในทางการค้าได้ จะถูกละเลยไม่ให้ความสำคัญเลยเสียทีเดียว เนื่องจากในมาตรา 2 ของ Law No.20 ได้กำหนดเอาไว้ว่า:

"ขนบธรรมเนียมประเพณี ความเชื่อ แนวความคิดเกี่ยวกับจิตวิญญาณ ความคิด ความเชื่อและความศรัทธาทางลัทธิและศาสนา การแสดงออกทางคติความเชื่อ การแสดงออกทาง

ศิลปกรรม ภูมิปัญญาพื้นบ้าน และการแสดงออกทางวัฒนธรรมอย่างอื่น ๆ ที่ประกอบกันขึ้นเป็นสิ่ง มีคุณค่าทางวัฒนธรรมของชุมชนพื้นเมืองนั้น ไม่สามารถนำมาจดทะเบียนโดยบุคคลที่สามซึ่งไม่มี สิทธิอันชอบธรรมเพื่ออ้างสิทธิแต่เพียงผู้เดียวอย่างหนึ่งอย่างใด ภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ลิขสิทธิ์ แบบทางอุตสาหกรรม เครื่องหมายการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และทรัพย์สินทาง ปัญญาประเภทอื่นๆ ได้ ยกเว้นการยื่นขอจดทะเบียนที่กระทำโดยชุมชนท้องถิ่น ทั้งนี้ ไม่กระทบถึง บรรดาสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับโดยชอบด้วยกฎหมายก่อนหน้าที่กฎหมายฉบับนี้จะมี ผลบังคับใช้”

(Article 2: The customs, traditions, believing, spirituality, religiosity, folkloric expressions, artistic manifestations, traditional knowledge and any other type of traditional expressions of the indigenous communities, constitute part of their cultural assets: consequently, cannot be object of any form of exclusive rights by not authorized third parties under the intellectual property system such as copyrights, industrial models, trademarks, indications of regional origins and others, unless the application is filed by the indigenous community. However, rights previously recognized under the legislation on the matter will be respected and will not be affected)

จากบทบัญญัติในมาตรา 2 ผู้เขียนพบว่า บรรดาภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็น รากฐานทางวัฒนธรรม ซึ่งได้แก่ ขนบธรรมเนียมประเพณี ความเชื่อ แนวความคิดเกี่ยวกับจิต วิญญาณ ความคิดความเชื่อและความศรัทธาทางลัทธิและศาสนา การแสดงออกทางความคิดความเชื่อ การแสดงออกทางศิลปกรรม ภูมิปัญญาพื้นบ้านและการแสดงออกทางวัฒนธรรมอย่างอื่น ๆ นั้น ถึงแม้จะใช้ประโยชน์ในทางการค้าไม่ได้เลยก็ตามที ถ้าหากเป็นสิ่งที่มีความสำคัญทางวัฒนธรรมของ ชุมชนพื้นเมือง ซึ่งหมายความว่า “เป็นสิ่งที่แสดงอัตตลักษณ์ของชุมชนพื้นเมือง”(reflecting distinctive cultural identities of indigenous communities) ภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้นย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้มาตรา 2 นี้ ซึ่งกำหนดห้ามบุคคลที่สามซึ่งไม่มีสิทธิอันชอบธรรม (ซึ่งตาม ความเข้าใจของผู้เขียน หมายความว่า บุคคลภายนอกที่มีไซสมาชิกของชุมชนพื้นเมือง) นำเอา ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นรากฐานทางวัฒนธรรมของชุมชนพื้นเมืองไปจดทะเบียนเพื่อให้ได้มาซึ่ง สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ว่าจะเป็ทรัพย์สินทางปัญญาในประเภทใดก็ตาม (เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า “และทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นๆ” ซึ่งเป็นการบัญญัติที่เปิด กว้างให้หมายถึงกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ในปัจจุบัน และกฎหมายทรัพย์สินทาง ปัญญาประเภทใหม่ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต) โดยไม่ได้รับอนุญาตจากชุมชนพื้นเมือง

โดยสรุปแล้ว ภายใต้บทบัญญัติในมาตรา 1 และ 2 ของ Law No. 20 นั้น เป็นเพียงการกล่าวถึง “ภูมิปัญญาพื้นบ้าน” ในลักษณะกว้างๆ ไม่ได้มีการจำเพาะเจาะจงอะไรมากมายนัก ซึ่งรวมถึงไม่ได้บอกว่าภูมิปัญญาพื้นบ้านคืออะไร และมีลักษณะอย่างไร เป็นเพียงการบอกว่า กฎหมายนี้จะคุ้มครองอะไรบ้าง คุ้มครองอย่างไร และคุ้มครองเพื่ออะไร และมีการยกตัวอย่างของสิ่งที่จะให้ความคุ้มครอง

ทั้งนี้ จากการพิจารณาสาขาของภูมิปัญญาพื้นบ้านที่ระบุไว้ในมาตรา 1 และ 2 ดังกล่าว เปรียบเทียบกับสาขาของภูมิปัญญาพื้นบ้านที่กำหนดโดย WIPO ที่ผู้เขียนได้กล่าวเอาไว้ในหัวข้อ 2.5 ของบทที่ 2 จะพบว่า ภายใต้ มาตรา 1 และ 2 ของ Law No. 20 นั้น ไม่ได้กล่าวถึง (Genetic Resources) เอาไว้ ดังนั้น การให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้ Law No. 20 นั้น จึงไม่รวมถึง “ทรัพยากรพันธุกรรม” แต่ได้มีการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านใน 2 สาขา คือ องค์ความรู้ นวัตกรรม และการสร้างสรรค์พื้นบ้าน (Traditional Knowledge Innovation and Creativity) และการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้าน (Expressions of Folklore)

นอกจากนี้ ยังมีการให้ความคุ้มครองแก่องค์ประกอบภายในของภูมิปัญญาพื้นบ้าน (โปรดดูหัวข้อ 2.3 ในบทที่ 2) ซึ่งได้แก่ รากฐานทางวัฒนธรรมของชุมชนพื้นเมือง ขนบธรรมเนียมประเพณี ความเชื่อ แนวความคิดเกี่ยวกับจิตวิญญาณ ความคิดความเชื่อและความศรัทธาทางลัทธิและศาสนา ซึ่งเป็นพื้นฐานทางวัฒนธรรม (Traditional-based) ของภูมิปัญญาพื้นบ้านที่แสดงอัตตาลักษณ์ของชุมชนพื้นเมืองรวมอยู่ด้วย

สำหรับคำจำกัดความของคำว่า “ภูมิปัญญาพื้นบ้าน” นั้น ได้มีการกล่าวถึงไว้ในมาตรา 2 (3) ของ Executive Decree No. 12 (2001) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกตามความในมาตรา 26 ของ Law No. 20 ทั้งนี้ Executive Decree No. 12 เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยกระทรวงพาณิชย์และการอุตสาหกรรม²⁴ (Ministry of Commerce and Industries) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อขยายความใน Law No. 20 เช่น กระบวนการในการจดทะเบียนสิทธิร่วมกันของชุมชนพื้นเมือง วิธีในการส่งเสริมและสนับสนุนในทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาพื้นบ้านและทรัพย์สินทางปัญญาของชุมชนพื้นเมือง และรวมถึงบทนิยามความหมายของคำต่างๆ ด้วย²⁵

²⁴ Executive Decree No. 12, 20 March 2001, Considering

²⁵ Aresio Valiente Lopez, “Experience with ACT 20, June 26, Year 2000: Panama's Indigenous Intellectual Property Law”, <http://www.ichrdd.ca/site/publications/index>

ทั้งนี้ ตามความในมาตรา 2 (3) "ภูมิปัญญาพื้นบ้าน" หมายความว่า องค์ความรู้ของชนพื้นเมืองคนใดคนหนึ่งที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของขนบธรรมเนียม จารีตประเพณี และความเชื่อที่ได้รับการสืบทอดมาหลายร้อย หรือ อาจเป็นพันปี ซึ่งแสดงออกมาทั้งในรูปแบบของสิ่งที่จับต้องได้ และสิ่งที่จับต้องไม่ได้ ที่ประกอบกันเข้าเป็นส่วนหนึ่งของวิทยาศาสตร์ วิทยาการ และการแสดงออกทางวัฒนธรรมของชุมชนท้องถิ่น รวมถึง ทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่ในท้องถิ่น ยาและเมล็ดพืชในท้องถิ่น องค์ความรู้ของชุมชนท้องถิ่นเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากสัตว์และรูกษชาติในท้องถิ่น ประเพณีท้องถิ่นที่สืบทอดกันโดยการบอกเล่า การออกแบบลวดลายและการใช้สีสันทันงานศิลปะ และงานศิลปกรรมต่างๆ"

(Article 2: For the purposes of this Decree, the following definitions apply:

(iii) "Traditional Knowledge" means the collective knowledge of an indigenous people based on the traditions of centuries, and indeed millennia, which are at once tangible and intangible expression encompassing their science, technology and cultural manifestations, including their genetic resources, medicines and seeds, their knowledge of the properties of fauna and flora, oral traditions, designs and visual and representatives arts.)

นอกจากคำว่า "ภูมิปัญญาพื้นบ้าน" แล้ว ยังมีคำอีกคำหนึ่งที่มีความสำคัญที่จะทำให้เกิดความเข้าใจที่ดีเกี่ยวกับขอบเขตและลักษณะของภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้ Law No.20 คือ คำว่า "สิทธิร่วมกันของชุมชนพื้นเมือง (Collective Indigenous Rights)" ซึ่งกำหนดไว้ใน มาตรา 2 (5) มีความว่า "สิทธิร่วมกันของชุมชนพื้นเมือง หมายถึง สิทธิในทางวัฒนธรรมพื้นเมือง และทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับ ศิลปะ ดนตรี งานวรรณกรรม องค์ความรู้ที่เกี่ยวกับธรรมชาติ องค์ความรู้ทางการแพทย์ และองค์ความรู้เกี่ยวกับระบบนิเวศน์วิทยา และวัตถุแห่งสิทธิและการแสดงออกอื่นๆ ที่ไม่สามารถระบุตัวผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของที่แท้จริง รวมถึงไม่สามารถทราบวันที่การสร้างสรรค์เกิดขึ้น และสิ่งเหล่านั้นเป็นมรดกกรรมร่วมกันของกลุ่มชนพื้นเมืองทั้งหมด"

(Article 2 (v): "Collective indigenous rights" means the indigenous cultural and intellectual property rights relating to art, music, literature, biological, medical and ecological knowledge and other subject matter and manifestations that have no known author or owner and no date of origin and constitute the heritage of an entire indigenous people.)

จากบทนิยามที่ถูกกำหนดขึ้นภายใต้มาตรา 2(3) และ 2(5) สามารถสรุป ได้ดังนี้

สิ่งที่เป็น “ภูมิปัญญาพื้นบ้าน” ได้แก่ องค์ความรู้และการแสดงออกซึ่งองค์ความรู้ของชนพื้นเมือง ซึ่งสามารถจำแนกได้เป็น 3 สาขา ดังต่อไปนี้

- (1) องค์ความรู้ นวัตกรรม และการสร้างสรรค์พื้นบ้าน(Traditional Knowledge Innovations and Creativity)*
- (2) ทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เกี่ยวข้อง (Genetic Resources and Associated Traditional Knowledge)*
- (3) การแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้าน (Expressions of Folklore)*

(* โปรดดูหัวข้อ 2.5)

ทั้งนี้ สิ่งที่จะถือว่าเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านได้นั้นจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของขนบธรรมเนียม จารีตประเพณี และความเชื่อท้องถิ่น ที่ได้รับการพัฒนาและถ่ายทอดกันมาจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่งเป็นร้อยละ พันๆ ปี การที่ภูมิปัญญาพื้นบ้านได้รับการถ่ายทอดและสืบทอดต่อกันมาจากรุ่นสู่รุ่น เป็นสาเหตุที่ทำให้ภูมิปัญญาพื้นบ้านเป็นองค์ความรู้ที่ยังคงพัฒนาอยู่ตลอดเวลา ภูมิปัญญาพื้นบ้านจึงมีลักษณะเป็นพลวัต และถือว่าเป็นมรดกร่วมกันของคนทั้งชุมชน หรือกล่าวได้อีกนัยหนึ่ง “ภูมิปัญญานั้นๆ ต้องมีองค์ประกอบของพื้นฐานทางวัฒนธรรม(traditional-based) จึงจะถือว่าเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้าน”

อนึ่ง ภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้น หมายความถึงทั้งสิ่งที่จับต้องได้ เช่น เครื่องมือเครื่องใช้ เสื้อผ้าเครื่องนุ่งห่ม งานฝีมือ เช่น สิ่งทอ เครื่องจักสาน ฯ และสิ่งที่จับต้องไม่ได้ เช่น ความรู้ทางการแพทย์ ความรู้เกี่ยวกับพืชและสัตว์ในท้องถิ่น พิธีกรรม การแสดง การรำยา ฯ

ลักษณะของภูมิปัญญาพื้นบ้าน ภายใต้กฎหมายลักษณะเฉพาะของปานามา มีดังนี้

- (1) เป็นการสร้างสรรค์โดยใช้สติปัญญาซึ่งทำให้ภูมิปัญญาพื้นบ้านมีฐานะเป็นทรัพย์สินทางปัญญา
- (2) มีการถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง
- (3) การถ่ายทอดภูมิปัญญาจากรุ่นสู่รุ่นทำให้ภูมิปัญญาพื้นบ้านได้รับการพัฒนาอยู่ตลอดเวลาเพื่อให้สามารถตอบสนองได้กับความเปลี่ยนแปลงของสภาพแวดล้อมทางธรรมชาติและสังคม จึงทำให้ภูมิปัญญาพื้นบ้านมีลักษณะเป็น“พลวัต”
- (4) เป็นความรู้ที่มีลักษณะเป็นองค์รวม ซึ่งประกอบกันเข้าเป็นส่วนหนึ่งของวิทยาศาสตร์ วิทยาการ และการแสดงออกทางวัฒนธรรมของชุมชนท้องถิ่น

- (5) เป็นสิ่งที่แสดงออกซึ่งความมีเอกลักษณ์ที่โดดเด่นทางวัฒนธรรมและสังคม ซึ่งถือว่าเป็นสมบัติและมรดกร่วมกันที่ถือครองโดยชุมชนพื้นเมือง
- (6) ไม่จำเป็นต้องมีการบันทึกภูมิปัญญาพื้นบ้านลงในเอกสาร หรือวัตถุใดๆ
- (7) ภูมิปัญญาพื้นบ้านบางอย่างอาจไม่สามารถระบุตัวผู้สร้างสรรค์ หรือผู้เป็นเจ้าของที่แท้จริง รวมถึงวันที่ภูมิปัญญานั้นๆถูกสร้างสรรค์ขึ้นได้

นอกจากนี้ ภายใต้ มาตรา 3 ของ Executive Decree No.12 ได้มีการกำหนดให้เป็นอำนาจของอธิบดีกรมทะเบียนทรัพย์สินอุตสาหกรรม(The Directorate General of the Industry Property Registry)ของกระทรวงพาณิชย์และการอุตสาหกรรม(Ministry of Commerce and Industry) ในการกำหนดของประเภทของภูมิปัญญาพื้นบ้านที่จะนำมาขึ้นทะเบียนเป็นลิขสิทธิ์ ส่วนรวมของชุมชนพื้นเมือง โดยกำหนดให้มีความสอดคล้องกับข้อกำหนดแห่งการใช้สิทธิร่วมกันของชุมชนพื้นเมือง โดยภูมิปัญญาพื้นบ้านดังกล่าวได้แก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านตาม มาตรา3 มาตรา 4 และมาตรา 5 ของ Law No. 20 (ภูมิปัญญาพื้นบ้านตามมาตรา 3 ได้แก่สิ่งทอและเครื่องแต่งกายพื้นเมือง เช่น Dule Mor, Jio, Nahua ภูมิปัญญาพื้นบ้านตามมาตรา 4 คือดนตรีและเครื่องดนตรีพื้นบ้าน การแสดงและการร่ายรำ การแสดงออกโดยวาจาและตัวหนังสือ และภูมิปัญญาพื้นบ้านตามมาตรา 5 ได้แก่งานหัตถกรรมและศิลปกรรมพื้นเมือง ซึ่งรวมถึงเครื่องมือ กรรมวิธี และองค์ความรู้ที่ใช้ในการสร้างสรรค์ด้วย) และจากบัญชีสิ่งที่เป็นภูมิปัญญาทั้งหมด 77 อย่าง ซึ่งสามารถจำแนกออกได้เป็น 29 ประเภท และจัดเข้าเป็นหมวดหมู่ได้ 9 หมวด²⁶ ดังนี้

- (1) งานหัตถกรรม(Crafts) ได้แก่ เครื่องปั้นดินเผา (pottery) เครื่องกระเบื้องเคลือบ(ceramics) สิ่งทอ(textile weaving) เช่น สิ่งทอที่ใช้วิธีการถักด้วยด้าย(crochet) สิ่งทอที่ทำจากฟาง(straw loom weaving) ผ้าลูกไม้(lace) การตัดเย็บเสื้อผ้าเครื่องแต่งกายซึ่งรวมถึงกระเป๋า(dress making, sewing, costumes and bags) งานแกะสลักที่ทำจากไม้และหินรวมถึงงานแกะสลักที่ทำจากต้นปาล์มน้ำมัน ผลไม้เต้าและที่ทำจากหนัง(carvings: wood, stone, palm tree ivory, gourds and leather) การปักและประดับตกแต่งเครื่องแต่งกาย(embroidery) งานเย็บผ้าปะต่อ (applique) งานเครื่องหนัง (leather works) เครื่องจักสาน เช่น หมวก ตะกร้า เสื่อ(fiber weavings: hats, baskets and mats) งานไม้ (wood works) เครื่องเรือน(furniture) ของเล่นเด็ก ตุ๊กตา และหุ่นกระบอก(toys, dolls and puppets) เครื่องประดับที่ทำจากอัญมณี ทอง เงิน ทองแดง และโลหะต่างๆ(jewelry, gold, silver, bronze and other metals) งานโลหะ(metal works) ผลิตภัณฑ์ที่ทำจากยาง

²⁶ Ibid.

(rubber works) การผลิตรองเท้าพื้นเมือง (shoemaking) ลูกบิด (beads) งานที่ทำจากขี้ผึ้ง (wax works)

(2) วัฒนธรรมพื้นบ้าน (Folklore) ที่แสดงออกโดยวิธีต่างๆ ได้แก่ แสดงออกทางวาจา แสดงออกโดยใช้อักษร การแสดงออกผ่านขนบธรรมเนียมประเพณี การแสดงออกโดยใช้เสียงดนตรี เช่น เพลงและดนตรีพื้นบ้าน เครื่องดนตรีพื้นบ้าน (musical instruments) การแสดงออกผ่านงานศิลปะ เช่น ภาพวาด ภาพวาดพื้นเมือง (Native painting) การประดับตกแต่งผมและศีรษะ (hair ornaments) งาน "เปเปอร์-มาเช่" ที่ทำขึ้นเพื่อใช้ในการแสดงประกอบในพิธีกรรมทางศาสนา ใช้ประกอบในพิธีกรรมทางเวทย์มนต์ คาถา และในงานคาร์นิวัล (papier-mâché theatre props used in religious ceremonies, acts of magic and carnivals) การแสดงออกผ่านทางร่างกาย เช่น การรำยี่ง่า

(3) ภูมิปัญญาพื้นบ้านเกี่ยวกับการเพาะปลูก (Traditional Farming)

(4) ภูมิปัญญาพื้นบ้านเกี่ยวกับการสร้างที่พักอาศัย (Traditional Housing) ได้แก่ การสร้างบ้านที่ทำด้วยหิน (stonemasonry) กรอบประตูหน้าต่างที่ทำจากดินปั้นที่เข้ากับบ้านที่สร้างด้วยไม้และโคลน (adobe frames for homes built with wood and mud)

(5) ภูมิปัญญาพื้นบ้านเกี่ยวกับยาและสุนทรศาสตร์ (Traditional Medicines and Aromatic Substance) เช่น ยาพื้นบ้าน (traditional medicines) ยาขี้ผึ้ง (ointments)

(6) พิธีกรรมทางศาสนา (Rituals)

(7) วิทยาการพื้นบ้าน (Traditional Technology) เช่น การทำพลุ ประทัด และดอกไม้ไฟ (fireworks) การย้อมผ้าและสีย้อมผ้า (dyes) การปั่นด้าย (spinning) วงล้อปั่นด้าย (spinning-wheel) การทำกรงที่ทำจากเส้นใยของต้นอ้อย (cage made with a fiber from sugarcane) การทำเหล็กกล้า (blacksmithing)

(8) ภูมิปัญญาที่เกี่ยวกับอาหาร (Gastronomy) ได้แก่ เครื่องดื่ม (drinks) ลูกกวาด (candies) ขนมหวาน (sweets) ขนมอบ (baked products) อาหารพื้นบ้าน (traditional food) และเนยแข็ง (cheese)

(9) ภูมิปัญญาพื้นบ้านอื่นๆ (Others)

ดังนั้น ภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้กฎหมายลักษณะเฉพาะของปานามา จึงหมายถึง องค์ความรู้ และการแสดงออกซึ่งองค์ความรู้ของชุมชนพื้นเมือง ซึ่งครอบคลุมการสร้างสรรค์ของชุมชนพื้นเมืองที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านในสามสาขา คือ องค์ความรู้ นวัตกรรม และการสร้างสรรค์ของชุมชนพื้นเมือง (Traditional Knowledge Innovations and Creativity) การแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้าน (Expressions of Folklore) และภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องของทรัพยากรพันธุกรรม

(Genetic resources associated Knowledge) ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานทางวัฒนธรรม (traditional-Based)

ในประเด็นของภูมิปัญญาพื้นบ้านที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้ Law No. 20 นั้น ตามความที่กำหนดเอาไว้ใน มาตรา 1 และมาตรา 2 ได้มีการใช้หลักเกณฑ์ ดังนี้

1) ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่มีคุณค่าในทางวัฒนธรรม (Cultural Assets) หมายถึง ภูมิปัญญาพื้นบ้านทุกอย่าง ไม่ว่าจะเป็น วิถีคิด ความเชื่อ ตลอดจนการแสดงออกซึ่งความคิด ความเชื่อ ศิลปวัฒนธรรม และวิทยาการของชุมชนพื้นเมือง เช่น ขนบธรรมเนียมประเพณี งานฝีมือและการประดิษฐ์ต่างๆ ที่เป็นสิ่งซึ่ง “แสดงอัตตลักษณ์ของชุมชนพื้นเมือง (Cultural Identification of Indigenous Communities)” เช่น เครื่องแต่งกายประจำท้องถิ่น ทัศนคติทางศาสนา นิทานหรือตำนานพื้นบ้าน ฯ ที่ถึงแม้จะไม่อาจใช้ประโยชน์ในทางการค้าได้เลยก็ตาม แต่ก็ยังได้รับความคุ้มครอง โดยตามความในมาตรา 2 ของ Law No. 20 กำหนด “ห้าม” บุคคลภายนอกที่มีโชสมาชิกของชุมชนพื้นเมือง นำภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นสิ่งซึ่งแสดงอัตตลักษณ์ของชุมชนพื้นเมืองมาขอจดทะเบียน เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิแต่เพียงผู้เดียวตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในทุกประเภท

2) ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ในทางการค้า (Capable of Commercial Use) ซึ่งมักเป็นเป้าหมายในการถูกบุคคลภายนอกชิงไปใช้เพื่อผลประโยชน์ในทางการค้า ดังเช่นในกรณี ของ Mola ที่ถูกเลียนแบบโดยผู้ผลิตในญี่ปุ่น เกาหลี และในคออสตา ริกา และส่งออกขายไปทั่วโลก รวมทั้งในประเทศปานามาเองด้วย ซึ่งส่งผลกระทบต่อชุมชนคุณา ยาลา และประเทศปานามาซึ่งเป็นเจ้าของภูมิปัญญาพื้นบ้านชนิดนี้ เนื่องจาก Mola เป็นสิ่งทอพื้นบ้านที่เป็นเอกลักษณ์ของปานามา และเป็นงานฝีมือที่สร้างรายได้สำคัญให้แก่ชาวคุณา ยาลา พื้นเมืองในปานามา²⁷ เป็นต้น ซึ่งตามมาตรา 1 ของ Law No. 20 กำหนดให้ เป็นสิทธิของชุมชนพื้นเมืองที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาพื้นบ้านที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ในทางการค้าได้ ในการนำภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้นๆ มาขึ้นทะเบียนเพื่อขอรับ “สิทธิร่วมกันของชุมชนพื้นเมือง (Collective Rights of Indigenous Communities)” ในภูมิปัญญาพื้นบ้านดังกล่าวได้ ซึ่งจะทำให้ภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้นๆ ได้รับความคุ้มครองและส่งเสริมต่างๆ เช่น ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 20 ที่กำหนดว่าการลอกเลียนแบบในการผลิตเชิงอุตสาหกรรมซึ่งภูมิปัญญาพื้นบ้านที่ได้จดทะเบียนเป็นสิทธิร่วมกันของชุมชนท้องถิ่นนั้น “เป็นสิ่งต้องห้าม” ไม่ว่าจะเป็นการลอกเลียนทั้งหมดหรือลอกเลียนเพียงบางส่วน ยกเว้นได้รับอนุญาตจากกระทรวงพาณิชย์และอุตสาหกรรม ประกอบกับ

²⁷ Ibid.

ได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งจากชุมชนพื้นเมืองเสียก่อน หรือการให้ความส่งเสริมตามมาตรา 10 ที่กำหนดให้ชุมชนพื้นเมืองสามารถร้องขอให้มีการออกหนังสือรับรอง หรือให้มีการทำสัญลักษณ์ลงบนสินค้าที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านเพื่อแสดงว่าสินค้านั้นๆ ผลิตโดยฝีมือของชนพื้นเมืองหรือผลิตโดยกรรมวิธีพื้นบ้าน ทั้งนี้ ในการออกหนังสือรับรองและการทำสัญลักษณ์ดังกล่าวนั้น ชุมชนพื้นเมืองจะไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายใด ๆ²⁸ หรือตามมาตรา 24 ที่กำหนดว่า ช่างฝีมือที่ไม่ใช่ชนพื้นเมืองซึ่งได้ขึ้นทะเบียนกับ the General directorate of national Artisanship ในการกระทำการผลิตลอกเลียน หรือขายสินค้าลอกเลียนภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นสิทธิร่วมกันของชุมชนพื้นเมืองอยู่ก่อนที่ Law No. 20 จะมีการบังคับใช้ จะยังคงกระทำการดังกล่าวต่อไปได้ ก็ต่อเมื่อ ได้รับอนุญาตจากชุมชนพื้นเมืองแล้ว และจะต้องทำสัญลักษณ์บนสินค้านั้นๆ ว่าเป็นสินค้าที่เลียนแบบภูมิปัญญาพื้นบ้านและจะต้องแสดงแหล่งผลิตที่แท้จริง²⁹ เป็นต้น

3.4 สิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้กฎหมายลักษณะเฉพาะของประเทศเปรู

3.4.1) ความเป็นมาในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้านในเปรู

Hercampuri, Camu Camu, Yacon, Caigua, Sacha, Inchi, Maca และ Chanca Piedra ชื่อที่แปลกประหลาดเหล่านี้ เป็นชื่อของพันธุ์พืชที่มีถิ่นกำเนิดในประเทศเปรู ซึ่งได้รับการพิทักษ์รักษา และมีการใช้ทั้งเพื่อเป็นยาในการบำบัดอาการเจ็บป่วย และใช้เป็นอาหาร โดยชุมชนพื้นเมืองในประเทศเปรูมาเป็นเวลาช้านาน ดังนั้น องค์ความรู้ที่เกี่ยวกับ สรรพคุณ คุณลักษณะและการใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืชดังกล่าวจึงถือเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านของชุมชนพื้นเมืองนั้นๆ³⁰

ประเด็นในการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านในประเทศเปรูเกิดขึ้น เนื่องจากความที่พันธุ์พืชดังกล่าวมีมูลค่าในทางพาณิชย์ จึงทำให้มีนักลงทุนต่างชาติ เช่น อเมริกา ประเทศต่างๆ ในยุโรป และญี่ปุ่นจกจวดยเอาองค์ความรู้เกี่ยวกับพันธุ์พืชนั้นๆ ไปพัฒนาต่อยอดและ

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

³⁰ Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, "Article 27.3(B), Relationship Between the TRIPs Agreement and the CBD and Protection of Traditional Knowledge and Folklore," World Trade Organization (IP/C/W/447), 8 June 2005.

นำไปจดสิทธิบัตรเพื่ออ้างสิทธิแต่เพียงผู้เดียวจากสิ่งประดิษฐ์ที่เกิดจากการใช้ประโยชน์จากองค์ความรู้ดังกล่าว ซึ่งในปัจจุบันมีการจดสิทธิบัตรในการประดิษฐ์ที่เกิดจากองค์ความรู้เกี่ยวกับพันธุ์พืชที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านของชุมชนพื้นเมืองในประเทศเปรูในต่างประเทศอย่างมากมาย³¹

เพื่อเป็นการป้องกันการฉกฉวยซึ่งภูมิปัญญาดังกล่าว ในเดือนสิงหาคม ปี2002 ประเทศเปรูจึงได้มีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะเฉพาะในการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้าน กฎหมายฉบับดังกล่าว ได้แก่ กฎหมายคุ้มครององค์ความรู้ส่วนรวมของกลุ่มชนพื้นเมืองที่เกิดจากองค์ความรู้ทางชีววิทยา (Law Introducing a Protection Regime for the Collective Knowledge of Indigenous Peoples Derived from Biological Knowledge) หรือ Law N. 27811 ซึ่งเป็นกฎหมายลักษณะพิเศษ (Special Protection Regime) ที่ให้ความคุ้มครองแก่“องค์ความรู้ส่วนรวมของกลุ่มคนพื้นเมือง(Collective Knowledge of Indigenous Peoples)” ซึ่งถือว่าเป็น “ภูมิปัญญาพื้นบ้าน” ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของประเทศเปรู

3.4.2) สิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตาม Law N. 27811

ตามความในมาตรา 2(b) นั้น “องค์ความรู้ส่วนรวม หมายถึง องค์ความรู้สะสมที่มีการถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง และได้รับการพัฒนาโดยกลุ่มคนหรือชุมชนพื้นเมืองเป็นองค์ความรู้ที่เกี่ยวกับสรรพคุณ การใช้ประโยชน์ และคุณลักษณะของความหลากหลายทางพันธุกรรม” (2(b): “Collective Knowledge” means the accumulated, transgenerational knowledge evolved by indigenous peoples and communities concerning the properties, uses and characteristics of biological diversity.)

ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้ Law N. 27811 จำกัดเฉพาะภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เป็นองค์ความรู้ส่วนรวมของกลุ่มคนพื้นเมืองที่เกี่ยวกับความทรัพยากรชีวภาพเท่านั้น(มาตรา 3) ทั้งนี้ ในมาตรา 2(e) ได้มีการให้คำจำกัดความของคำว่า ทรัพยากรชีวภาพเอาไว้ดังนี้ “ทรัพยากรชีวภาพ หมายความว่า ทรัพยากรพันธุกรรม สิ่งมีชีวิต(พืชหรือสัตว์) หรือส่วนของสิ่งมีชีวิต กลุ่มของพืชหรือสัตว์หรือสิ่งมีชีวิตอื่นใดในระบบนิเวศน์ ที่มีหรืออาจมีคุณค่าหรือคุณประโยชน์ต่อมนุษยชาติ” (2(e): Biological resources means genetic resources, organisms or parts thereof, populations or any other kinds of biotic component of ecosystems that are of real or potential value or use to mankind.)

³¹ Ibid.

ดังนั้น ภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้กฎหมาย N. 27811 นั้น จึงคุ้มครองแต่เฉพาะองค์ความรู้ที่เกี่ยวกับ สรรพคุณ การใช้ประโยชน์ และคุณลักษณะสิ่งมีชีวิตทั้งหลาย อันได้แก่พืชหรือสัตว์ ซึ่งรวมถึง จุลชีพ และส่วนของสิ่งมีชีวิตที่อาจนำมาใช้ในการขยายพันธุ์ต่อไปได้ ซึ่งถือเป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านในสาขาภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม (Genetic Resources Associated Traditional Knowledge) (โปรดดูหัวข้อ 2.5.1)

การให้ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายดังกล่าวจึงเป็นไปในลักษณะของการควบคุมการเข้าถึงซึ่งองค์ความรู้ดังกล่าว โดยการกำหนดให้การนำเอาองค์ความรู้ส่วนรวมของกลุ่มคนหรือชุมชนพื้นเมืองไปใช้ประโยชน์ในทางการค้าจะต้องได้รับความยินยอมจากชุมชนเจ้าขององค์ความรู้ดังกล่าว (Prior Informed Consent) และจะต้องมีการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการนำองค์ความรู้นั้นๆ ไปใช้ (Benefit Sharing Agreement) (มาตรา6และมาตรา7)

ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้ Law N. 27811 มีลักษณะ³² ดังนี้

- (1) เป็นสมบัติส่วนรวมของกลุ่มคนหรือชุมชนพื้นเมือง ซึ่งตามมาตรา 2(a) หมายถึง กลุ่มคนดั้งเดิมที่มีอยู่ก่อนการเกิดขึ้นของรัฐเปรู ซึ่งมีการยึดถือวัฒนธรรมที่เป็นของตนเอง มีความเป็นเจ้าของในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งที่แน่นอน และแสดงตนว่าเป็นคนพื้นเมืองที่มีลักษณะดังกล่าว และให้รวมถึง กลุ่มคนที่ปลีกตัวออกไปอยู่อย่างโดดเดี่ยวโดยสมัครใจหรือ กลุ่มคนที่อยู่ในพื้นที่ห่างไกลที่การติดต่อสื่อสารยังไม่ถึง และรวมถึง ชุมชนที่อยู่ในชนบทและชุมชนพื้นเมือง
- (2(a): "Indigenous Peoples" means aboriginal peoples holding rights that existed prior to the formation of the Peruvian State, maintaining a culture of their own, occupying a specific territorial area and recognizing themselves as such. These include peoples in voluntary isolation or with which contact has not been made, and also rural and native communities.)
- (2) เป็นองค์ความรู้ที่เกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพ
- (3) เป็นองค์ความรู้สะสมที่มีการส่งต่อกันจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง
- (4) เป็นองค์ความรู้ที่ได้รับการพิทักษ์รักษาและพัฒนาขึ้นโดยกลุ่มคนหรือชุมชนพื้นเมือง ซึ่งไปในลักษณะที่เป็นการกระทำร่วมกันของคนในชุมชนพื้นเมืองนั้นๆ

³² WIPO IGC on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, "Comparative Summary of Existing National Sui Generis Measures and Laws for the Protection of Traditional Knowledge," World Intellectual Property Organization WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4, 2003. Available from: www.wipo.int

(5) มิใช่องค์ความรู้ที่เป็นสาธารณะสมบัติ(มาตรา42) ทั้งนี้ กฎหมายกำหนดเอาไว้ว่าองค์ความรู้ส่วนรวมจะกลายเป็นสาธารณะสมบัติเมื่อมีการเผยแพร่องค์ความรู้ดังกล่าวผ่านสื่อสารมวลชนต่างๆ เช่น การโฆษณาหรือการตีพิมพ์เผยแพร่ หรือเมื่อความรู้เกี่ยวกับสรรพคุณการใช้ประโยชน์ และคุณลักษณะของทรัพยากรชีวภาพนั้นเป็นที่รับรู้อย่างแพร่หลายนอกขอบเขตของกลุ่มคนหรือชุมชนพื้นเมืองแล้ว(มาตรา 13)

ทั้งนี้ ผู้เขียนพบว่า สิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้ Law N. 27811 หมายถึงเฉพาะ "องค์ความรู้" ที่เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากสิ่งมีชีวิตเท่านั้น ไม่รวมถึงการประดิษฐ์ หรือนวัตกรรมที่เกิดจากองค์ความรู้ดังกล่าว

3.5 สิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้กฎหมายของประเทศอินเดีย

กรณีการยกย่องภูมิปัญญาพื้นบ้านของอินเดียไปจดสิทธิบัตรโดยนักวิจัยชาวต่างชาติ นั้นถือว่าเป็นบทเรียนสำคัญที่ทำให้ประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายเกิดความตื่นตัว ในการหามาตรการทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านในประเทศของประเทศตน กรณีการยกย่องภูมิปัญญาพื้นบ้านดังกล่าว ได้แก่ กรณีการนำเอาองค์ความรู้ในการใช้หมันชันเป็นยาสมานแผลไปจดสิทธิบัตรโดยนักวิจัยชาวอเมริกัน และกรณีการนำองค์ความรู้ในการใช้น้ำมันที่สกัดจากสะเดาเป็นสารกำจัดเชื้อราในพืชไปจดสิทธิบัตรต่อสำนักงานสิทธิบัตรยุโรป ซึ่งในท้ายที่สุด แม้ว่าทางอินเดียจะสามารถเรียกร้องให้มีการเพิกถอนสิทธิบัตรดังกล่าวนี้ได้ แต่การเรียกร้องดังกล่าวเป็นเหตุให้ทางอินเดียต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงในการดำเนินการเช่นนั้น³³

ทั้งนี้ กฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านของประเทศอินเดีย ได้แก่ พระราชบัญญัติความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ.2000 (The Biological Diversity Bill 2000) และร่างพระราชบัญญัติสิทธิในทางปัญญาของชุมชนเกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพ (The Biodiversity Related Community Intellectual Rights Act)

³³ บัณฑูร เศรษฐศิโรตม์ และ เจษฎา โทณะวณิก, "ร่างรายงานฉบับสมบูรณ์: โครงการสัมมนาเรื่องบทบาท/ท่าทีของไทยต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น," พฤษภาคม 2548, หน้า 40.

3.5.1) สิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความหลากหลายทางชีวภาพ

พระราชบัญญัติความหลากหลายทางชีวภาพ มิใช่กฎหมายที่มุ่งให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านเป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตาม ในพระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติในบางมาตราที่เป็นการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านร่วมไปกับการให้ความคุ้มครองแก่ความหลากหลายทางชีวภาพ

บทบัญญัติที่เป็นการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้พระราชบัญญัติความหลากหลายทางชีวภาพ ได้แก่ บทบัญญัติในมาตรา 36(5) ซึ่งกำหนดไว้ ดังนี้

“มาตรา 36(5) ...เคารพและให้ความคุ้มครองแก่องค์ความรู้ของกลุ่มคนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางชีวภาพ ...ซึ่งรวมถึงการขึ้นทะเบียนองค์ความรู้ดังกล่าว ทั้งในระดับท้องถิ่น ระดับมลรัฐ และระดับประเทศ และมาตรการเพื่อการให้ความคุ้มครองในลักษณะอื่นๆ ซึ่งรวมถึงระบบกฎหมายลักษณะเฉพาะ” (36.(5) ...to respect and protect the knowledge of local people relating to biological diversity, ..., which may include registration of such knowledge at the local, State or national levels, and other measures for protection, including *Sui Generis* system.)

สิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้พระราชบัญญัติความหลากหลายทางชีวภาพ หมายถึงเฉพาะ“องค์ความรู้ที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางชีวภาพ ที่ถือครองโดยกลุ่มคนท้องถิ่น” เท่านั้น ทั้งนี้ ในพระราชบัญญัติความหลากหลายทางชีวภาพได้มีการให้ความหมายของ“ความหลากหลายทางชีวภาพ” เอาไว้ดังนี้

“มาตรา 2(b) “ความหลากหลายทางชีวภาพ” หมายถึง ความแตกต่างระหว่างสิ่งมีชีวิตจากทุกแหล่ง และความซับซ้อนทางนิเวศวิทยาที่สิ่งมีชีวิตเหล่านั้นเป็นส่วนร่วม และรวมถึงความหลากหลายของสิ่งมีชีวิตในสายพันธุ์เดียวกัน และต่างสายพันธุ์ และความหลากหลายของระบบนิเวศน์” (2.(b) “biological diversity” means the variability among living organisms from all sources and the ecological complexes of which they are part and includes diversity within species or between species and of ecosystems.)

ดังนั้น ภูมิปัญญาพื้นบ้านที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติความหลากหลายทางชีวภาพ จึงได้แก่ ภูมิปัญญาพื้นบ้านในสาขาภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม(genetic Resources Associated Traditional Knowledge) ซึ่งในพระราช

บัญญัติดังกล่าวได้มีการกำหนดถึงลักษณะของภูมิปัญญาพื้นบ้านเอาไว้ เพียงแต่ว่า "เป็นองค์ความรู้ที่ถือครองโดยกลุ่มคนท้องถิ่น" เท่านั้น

อนึ่ง มาตรการในการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้พระราชบัญญัติความหลากหลายทางชีวภาพนั้น กฎหมายกำหนดให้เป็นไปตามคำแนะนำของสำนักงานความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติ(National Biodiversity Authority: NBA) ซึ่งในที่นี้ รวมถึงการขึ้นทะเบียน และการให้ความคุ้มครองโดยกฎหมายลักษณะเฉพาะ อย่างไรก็ตาม กฎหมายไม่ได้กำหนดให้การจดทะเบียนเป็นเงื่อนไขในการได้รับความคุ้มครอง

3.5.2) สิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามร่างพระราชบัญญัติสิทธิในทางปัญญาของชุมชนเกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพ

ในส่วนของกฎหมายลักษณะเฉพาะในการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้น ประเทศอินเดียได้มีการจัดทำร่างพระราชบัญญัติสิทธิในทางปัญญาของชุมชนเกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งใน มาตรา 5 ได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว เอาไว้ ดังนี้ " มาตรา 5: วัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้ เป็นการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิต่างๆ ของชุมชนที่เป็นถือครององค์ความรู้ในความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งได้มีการดำรงความหลากหลายทางชีวภาพผ่านนวัตกรรม และได้มีการใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพ โดยมีเจตจำนงเพื่อการพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งความหลากหลาย และมีการรับรู้ถึงคุณค่าที่อาจเกิดขึ้นจากความหลากหลายทางชีวภาพนั้น" (The objective of this Act shall be to protect the rights of communities that have knowledge of biodiversity, have maintained the biodiversity through innovation and have utilized the biodiversity, with the ultimate aim of conservation of biodiversity while realizing the full potential of its benefits)

สิ่งที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้ร่างพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่

(1) ทรัพยากรชีวภาพหรือความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งตามมาตรา6(i) หมายถึง สิ่งมีชีวิตในทุกรูปแบบ ทั้ง พืช สัตว์ และจุลชีพ ที่พบในระบบนิเวศน์ของประเทศอินเดีย ไม่ว่าจะเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติหรือเกิดจากการปรับปรุงในลักษณะต่างๆ เช่น การปรับปรุงทางพันธุกรรม ไม่ว่าจะเป็นสิ่งมีชีวิตที่อยู่ในป่า อยู่ในระบบการเกษตร หรืออยู่ในครัวเรือน ซึ่งรวมถึง ผลิตภัณฑ์และส่วนต่างๆ ของสิ่งมีชีวิตไม่ว่าจะเป็น เซลล์ สารพันธุกรรม คุณสมบัติ และลักษณะ ซึ่งในอนาคตอาจได้รับการจัดประเภท เป็น ความหลากหลายทางพันธุกรรมที่เกี่ยวกับการเกษตร ความหลากหลายทางพันธุกรรมที่เกี่ยวกับพืชสมุนไพร และความหลากหลายทางพันธุกรรมอย่างอื่นๆ

(Biodiversity: This refers to all life forms, including plants, animals and microorganisms found in all the ecozones within the boundaries of the nation – whether naturally occurring or modified in any manner including genetically modified, whether wild or cultivated or domesticated – its parts, products, cell lines, genetic material, properties, and characteristics. Biodiversity is further classified into agricultural biodiversity, medicinal plant biodiversity, and other biodiversity.)

ทั้งนี้กล่าวโดยสรุป ได้ว่า ทรัพยากรชีวภาพหรือความหลากหลายทางชีวภาพภายใต้ร่างพระราชบัญญัตินี้ หมายถึง สิ่งมีชีวิตและส่วนของสิ่งมีชีวิตทุกประเภทและทุกลักษณะที่อยู่ในอาณาเขตของประเทศอินเดียนั่นเอง

(2) องค์ความรู้เกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งตามมาตรา6(iii) หมายถึง ความรู้ทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งเกิดขึ้นจากทุกระบบ ซึ่งรวมถึงระบบภูมิปัญญาพื้นบ้าน ในทุกรูปแบบ ทั้งการบันทึก การพูด การบรรยาย เกร็ดเล็กเกร็ดน้อย องค์ความรู้เกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพที่เกิดจากระบบภูมิปัญญาพื้นบ้านนี้เป็นผลของการสร้างสรรค์ร่วมกัน ...ซึ่งเป็นสิทธิส่วนรวมของทั้งชุมชนไม่ใช่สิทธิเด็ดขาดของคนใดคนหนึ่ง(Biodiversity-Related Knowledge: This refers to all knowledge related to biodiversity and derived through any system including indigenous non western knowledge systems and can be in any form – written, spoken, narrative, anecdotal. This knowledge of a biological resource is the result of collective innovation and all other knowledge of the resource is derived knowledge. This knowledge is collective in nature and is not exclusive to any one community.)

(3) นวัตกรรม ตามมาตรา6(iv) หมายถึง นวัตกรรมทุกประเภทที่เป็นการสร้างสรรค์และสิทธิร่วมกันของชุมชน ที่เกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งรวมถึง นวัตกรรมทางเทคโนโลยี นวัตกรรมที่เกี่ยวกับการเกษตรกรรม และวัฒนธรรมและนวัตกรรมอื่นๆ ทั้งนี้ นวัตกรรมยังหมายความรวมถึง กรรมวิธี ที่เกี่ยวกับนวัตกรรมและผลิตภัณฑ์ที่ใช้กรรมวิธีเช่นนั้น

กล่าวโดยสรุป ภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้ร่างพระราชบัญญัติสิทธิในทางปัญญาของชุมชนเกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพนั้น ได้แก่ ภูมิปัญญาพื้นบ้านในสาขาทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เกี่ยวข้อง ซึ่งหมายความถึง ทรัพยากรพันธุกรรม องค์ความรู้ที่เกี่ยวข้องกับการทรัพยากรพันธุกรรมนั้น และนวัตกรรมที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งหมายความรวมถึง กรรมวิธีที่ใช้ในการผลิตนวัตกรรม และผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมด้วย (Innovation: This refers to all collective innovation related to biodiversity, including

agricultural innovation, pharmaceutical innovation, and other cultural or other innovation. This further includes processes involved in the innovation and products derived from it.)

ทั้งนี้ ภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะ ดังนี้

- (1) เป็นการสร้างสรรค์ร่วมกันของทั้งชุมชน
- (2) เป็นสิทธิส่วนรวมของชุมชนที่ได้ทำการพิทักษ์รักษาและใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้น

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นต่อขอบเขตของสิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้กรอบความตกลงระหว่างประเทศ และภายใต้กฎหมายของประเทศปานามา เปรู และอินเดีย ดังนี้

1) สิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้กรอบความตกลงระหว่างประเทศแต่ละฉบับนั้น จะมุ่งเน้นเฉพาะภูมิปัญญาในสาขาใดสาขาหนึ่ง กล่าวคือ

- สิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้ CBD จะหมายถึง เฉพาะภูมิปัญญาพื้นบ้านในสาขาที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม(Genetic Resources Associated Traditional Knowledge) เท่านั้น

- สิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้ The UNESCO-WIPO Model Provisions จะหมายถึง เฉพาะการแสดงออกทางวัฒนธรรมพื้นบ้าน(Expressions of Folklore) เท่านั้น

- สิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้ The Draft Provisions จะหมายถึง เฉพาะภูมิปัญญาพื้นบ้านสาขาภูมิปัญญาพื้นบ้านในสาขาองค์ความรู้ นวัตกรรม และการสร้างสรรค์พื้นบ้าน(Traditional Knowledge Innovation and Creativity) เท่านั้น

ในส่วนของขอบเขตของภูมิปัญญาพื้นบ้านในกรอบความตกลงระหว่างประเทศแต่ละฉบับนั้น มักจะกำหนดในลักษณะที่เป็นหลักการกว้างๆ โดยให้เป็นอำนาจของประเทศที่เป็นเจ้าของภูมิปัญญาพื้นบ้านนั้นเองที่จะกำหนดขอบเขตว่าภายใต้กฎหมายของตนนั้น จะกำหนดให้ภูมิปัญญาพื้นบ้านหมายถึงอะไรบ้าง โดยการนำหลักการภายใต้กรอบความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศนั้นๆ เป็นภาคีสมาชิกในความตกลงดังกล่าวมาใช้เป็นแนวทาง ทั้งนี้ เพื่อให้การให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านในแต่ละประเทศมีความสอดคล้องกัน

ผู้เขียนมีความเห็นคล้ายคลึงตามกับแนวทางในการกำหนดขอบเขตของภูมิปัญญาพื้นบ้านในระดับสากลในลักษณะที่เบ็ดเสร็จๆ เช่นนี้ เนื่องจาก ความที่ภูมิปัญญาพื้นบ้านมีความเฉพาะตัวสูง ทำให้ภูมิปัญญาพื้นบ้านในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน ซึ่งแต่ละประเทศอาจมี

ความเห็นที่แตกต่างกันในแนวคิดที่ว่าควรจะมีคุ้มครองอะไร และไม่ควรมีคุ้มครองอะไร การกำหนดขอบเขตของภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้กรอบความตกลงระหว่างประเทศที่ลงรายละเอียดมากเกินไป อาจเป็นการไปจำกัดขอบเขตของภูมิปัญญาพื้นบ้านได้

2) ขอบเขตของสิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้กฎหมายของปานามา นั้น มีการกำหนดขอบเขตที่ค่อนข้างละเอียด และมีความครอบคลุมภูมิปัญญาพื้นบ้านในทั้ง 3 สาขา อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่า กฎหมายของปานามา นั้นจะค่อนข้างเน้นไปที่การให้ความคุ้มครองแก่งานหัตถกรรมพื้นบ้านเป็นหลัก ทั้งนี้ อาจเนื่องด้วยต้นเหตุของความตื่นตัวในการให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาพื้นบ้านในปานามา นั้น มาจากการที่งานหัตถกรรมพื้นบ้านของปานามา (ส่วนใหญ่เป็นสิ่งทอ) มักถูกเลียนแบบโดยการผลิตในภาคอุตสาหกรรมของต่างชาติ

3) สิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้กฎหมายของเปรู นั้น มีขอบเขตที่ค่อนข้างแคบ กล่าวคือ หมายถึงแต่เฉพาะ “องค์ความรู้ที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมที่เป็นสมบัติส่วนรวมของชุมชนพื้นเมือง” เท่านั้น ซึ่งไม่รวมถึงการประดิษฐ์ และนวัตกรรมที่เป็นผลมาจากการใช้องค์ความรู้ดังกล่าว ที่เป็นเช่นนี้อาจเนื่องจาก กฎหมายเปรูต้องการป้องกันมิให้ชาวต่างชาติฉกฉวยเอาองค์ความรู้ที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมของชนพื้นเมืองในเปรูไปจดสิทธิบัตร นั่นเอง

4) สิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้านภายใต้กฎหมายของอินเดีย ในส่วนที่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความหลากหลายทางชีวภาพนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า มีขอบเขตที่แคบเช่นเดียวกับกฎหมายของเปรูคือ หมายถึงเฉพาะ “องค์ความรู้ของกลุ่มคนท้องถิ่นที่เกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพ” เท่านั้น ส่วนภูมิปัญญาพื้นบ้านตามร่างพระราชบัญญัติสิทธิในทางปัญญาของชุมชนเกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพนั้น มีขอบเขตของสิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองที่กว้างกว่าพระราชบัญญัติความหลากหลายทางชีวภาพ กล่าวคือ ให้ความคุ้มครองทั้งกับทรัพยากรพันธุกรรมทุกประเภท องค์ความรู้ทุกอย่างที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม และ นวัตกรรมทุกชนิดที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม ที่เป็นการสร้างสรรค์และถือครองร่วมกันของชุมชน ซึ่งผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่า การบัญญัติขอบเขตของสิ่งที่จะให้ความคุ้มครองที่มีลักษณะเปิดกว้างเช่นนี้ คงเนื่องจากการศึกษาเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาพื้นบ้านที่เกี่ยวข้องของอินเดีย นั้น คงยังมีไม่มากนัก อีกทั้งความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่ค่อนข้างยาวนานของอินเดียทำให้อินเดียอุดมไปด้วยทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาพื้นบ้านอย่างมากมายซึ่งคงไม่อาจทราบจำนวนที่แท้จริงได้ การบัญญัติที่เปิดกว้างเช่นนี้จึงไม่เป็นการไปจำกัดขอบเขตของภูมิปัญญาพื้นบ้าน

ตารางเปรียบเทียบสิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้าน ภายใต้กรอบความตกลงระหว่างประเทศ

ชื่อกฎหมาย	Convention on Biological Diversity (CBD)	UNESCO-WIPO Model Provisions	The Draft Provisions
สาขาของภูมิปัญญาพื้นบ้าน ที่ได้รับความคุ้มครอง	- GRs and Related Traditional Knowledge	- Expressions of Folklore	-Traditional Knowledge Innovation and Creativity
ลักษณะของภูมิปัญญาพื้นบ้าน ตามที่กฎหมายกำหนด	<ol style="list-style-type: none"> 1) เป็นของชุมชนพื้นเมือง 2) เป็นส่วนหนึ่งของวิถีชีวิตพื้นบ้าน 	<ol style="list-style-type: none"> 1) เป็นมรดกที่ถือครองร่วมกันของชุมชน 2) มีการสืบทอดจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง 3) มีลักษณะเป็นพลวัต 4) เป็นการสร้างสรรค์ในเชิงศิลปะ 5) ในการสร้างสรรค์ไม่จำเป็นต้องมีการบันทึก หรือ แสดงออกมาเป็นสิ่งที่จับต้องได้ ยกเว้นการแสดงออกโดยทางวัตถุ 6) แสดงอัตตลักษณ์ของชุมชน 	<ol style="list-style-type: none"> 1) มีการสืบทอดจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง 2) มีลักษณะเป็นพลวัต 3) มีฐานความคิดแบบองค์รวม

ตารางเปรียบเทียบสิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้าน ภายใต้กฎหมายของต่างประเทศ

ประเทศ	Panama	Peru	India	
ชื่อกฎหมาย	Law No. 20 and Executive Decree No. 12	Law N.27811	The Biological Diversity Bill 2000	The Model Biodiversity Related Community Intellectual Rights Act
สาขาของภูมิปัญญาพื้นบ้าน ที่ได้รับความคุ้มครอง	- GRs and Related Traditional Knowledge - Traditional Knowledge Innovation and Creativity - Expressions of Folklore	- GRs related Traditional Knowledge (Innovation and Creativity Excluded)	- GRs and Related Traditional Knowledge	- GRs and Related Traditional Knowledge and Innovations
ลักษณะของภูมิปัญญาพื้นบ้าน ตามที่กฎหมายกำหนด	1) มีการสืบทอดจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่น หนึ่ง 2) มีลักษณะเป็นพลวัต 3) มีฐานความคิดแบบองค์รวม 4) แสดงอัตตลักษณ์ของชุมชน 5) เป็นมรดกร่วมกันของชุมชน 6) ไม่จำเป็นต้องมีการบันทึก 7) ในบางกรณีอาจไม่สามารถระบุตัวผู้สร้าง สรรค์ที่แท้จริงได้	1) มีการสืบทอดจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีก รุ่นหนึ่ง 2) เป็นมรดกร่วมกันของกลุ่มคนหรือชุมชน พื้นเมือง(Indigenous Peoples) 3) เป็นองค์ความรู้ที่เกี่ยวข้องกับความ หลากหลายทางชีวภาพ 4) ได้รับการพัฒนาและรักษาโดยชุมชน พื้นเมืองในลักษณะของการสร้าง สรรค์ร่วมกันของชุมชน 5) ไม่เป็นสาธารณะสมบัติ	เป็นสมบัติร่วมกันของคน ทั้งชุมชน	1) เป็นมรดกร่วมกัน ของคนทั้งชุมชน 2) เป็นการสร้างสรรค์ ร่วมกันของชุมชน

ตารางเปรียบเทียบสิ่งที่เป็นภูมิปัญญาพื้นบ้าน ภายใต้กฎหมายของต่างประเทศ (ต่อ)

ประเทศ	Panama	Peru	India	
ชื่อกฎหมาย	Law No. 20 and Executive Decree No. 12	Law N.27811	The Biological Diversity Bill 2000	The Model Biodiversity Related Community Intellectual Rights Act
สาขาของภูมิปัญญาพื้นบ้าน ที่ไม่ได้รับความคุ้มครอง	ไม่มี	<ul style="list-style-type: none"> - Genetic Resources - GRs related Traditional Innovation and Creativity - Traditional Knowledge Innovation and Creativity ที่ไม่เกี่ยวกับ GRs related Traditional Knowledge - Expressions of Folklore 	<ul style="list-style-type: none"> - GRs Related Traditional Innovation and Creativity - Traditional Knowledge Innovation and Creativity ที่ไม่เกี่ยวกับ GRs related Traditional Knowledge - Expressions of Folklore 	<ul style="list-style-type: none"> - Traditional Knowledge Innovation and Creativity ที่ไม่เกี่ยวกับ GRs related Traditional Knowledge - Expressions of Folklore