

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหามาตรการความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการคุ้มครอง มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม

ในบทนี้ ผู้ศึกษาได้วิเคราะห์ถึงปัญหามาตรการความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559” ซึ่งพบว่ายังมีปัญหาและข้อขัดข้องบางประการ จึงเสนอแนวทางแก้ไขต่อไปการคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม เป็นเรื่องสำคัญในระดับชาติ ซึ่งนานาประเทศต่างให้ความร่วมมือในการคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรม จะเห็นว่า องค์การยูเนสโก (UNESCO) หรือชื่อเต็มว่า องค์การการศึกษา วิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ ซึ่งมีประเทศสมาชิกทั้งสิ้น 193 ประเทศ และประเทศไทยได้เข้าเป็นรัฐสมาชิกขององค์การยูเนสโก เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1949 ประเทศไทยเป็นสมาชิกลำดับที่ 49 ขององค์การยูเนสโกซึ่งมีการกิจที่ส่งเสริมการสร้างสรรคทางวัฒนธรรมและการอนุรักษ์มรดกโลก มีการสร้างมาตรการคุ้มครองสิทธิทางวัฒนธรรม (Cultural Rights) และร่างต้นแบบกฎหมายเพื่อคุ้มครองการแสดงออกทางวัฒนธรรม โดยความร่วมมือนี้เริ่มตั้งแต่ปี ค.ศ. 1984 จนถึงปัจจุบัน เพื่อรัฐภาคีสมาชิกสามารถนำไปใช้และบัญญัติกฎหมายภายในของตน ทำให้ความคุ้มครองการแสดงออกทางวัฒนธรรมแบบประเพณีเป็นบรรทัดฐานเดียวกันและสอดคล้องกับความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง รวมถึงจัดทำเครื่องมือที่จะใช้เป็นกฎระหว่างประเทศสำหรับสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งควรมีวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้

- (1) ให้มีการอนุรักษ์การสร้างสรรคของมนุษย์ที่อาจสูญหายไปตลอดกาล
- (2) การเสนอให้มีการสร้างความตระหนักถึงความสำคัญของมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในระดับประเทศ
- (3) ส่งเสริมความเป็นตัวตนของชุมชนหรือเจ้ามรดกของวัฒนธรรม
- (4) ไม่มีการสร้างเครือข่ายความร่วมมือระหว่างกลุ่มเพื่อช่วยในการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้
- (5) เพื่อส่งเสริมให้มีการสร้างสรรค์ให้เกิดความหลากหลายทางวัฒนธรรมของมนุษยชาติ

(6) เพื่อให้ส่งเสริมให้มีการสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกในการเข้าถึงแก่นแท้ของมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้

หลังจากที่ประชุมใหญ่ยูเนสโก ประจำปี ค.ศ. 2003 ได้มีการประกาศใช้อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ นั้น เป็นผลให้เกิดผลต่อรัฐภาคีในอนุสัญญาฯ จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีเพื่อที่จะสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้เนื่องจากอนุสัญญาฯ ดังกล่าวเป็นความตกลงระหว่างประเทศ รัฐภาคีมีความผูกพันต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในข้อตกลงที่ได้ให้สัตยาบัน อนุสัญญาฯ ได้กำหนดหน้าที่ไปแก่รัฐภาคีให้รัฐภาคีต้องดำเนินการที่จำเป็นเพื่อรับรองการสงวนรักษามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในอาณาเขตของรัฐภาคีแล้วอนุสัญญาฯ ได้เน้นย้ำมาตรการที่จำเป็นสองมาตรการไว้ในข้อที่ 11 (b) ซึ่งมีดังต่อไปนี้

(1) การกำหนดลักษณะ จำแนกประเภท ของมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ในอาณาเขตของรัฐภาคี (Identification and definition)

(2) การจัดทำทะเบียนรายการมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ในรัฐของตน (Inventory จากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศในเรื่องบทบัญญัติของกฎหมายคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม นั้น จะเห็นว่าได้มีการบัญญัติโทษทางอาญา ไว้ เช่น

กฎหมายคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมของประเทศสาธารณรัฐเกาหลี ได้มีการกำหนดโทษปรับและโทษจำคุกสำหรับการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม มีวัตถุประสงค์และขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายจะกำหนดการแสวงหากำไรทางวัฒนธรรมที่มีคุณค่าที่อาจจะสูญเสียหรือสูญหาย รวมถึงการป้องกันและรักษาความปลอดภัยมิให้มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมถูกละเมิด เพื่อส่งต่อไปยังคนรุ่นต่อไป ซึ่งหลักพื้นฐานในการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรม คือ การอนุรักษ์ บริหารจัดการ และการใช้ประโยชน์ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในลักษณะที่เป็นการคงสภาพดั้งเดิมของทรัพย์สินเหล่านั้น (Article 2-2) และในการบริหารจัดการทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในชาตินั้นได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการทรัพย์สินทางวัฒนธรรมภายในสำนักงานบริหารทรัพย์สินทางวัฒนธรรม (Cultural Properties Administration) (Article 3)

นอกจากนั้น ยังมีการกำหนดถึงทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่รัฐ

(1) ห้ามส่งออก (Article 21)

(2) การกำหนดให้ผู้ปกครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ไม่มีรูปร่างดำเนินการฝึกอบรม เพื่อให้มีการอนุรักษ์และสืบทอดทักษะหรือศิลปะให้แก่บุคคลอื่น (Initiation Training) โดยรัฐอาจรับภาระค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการฝึกอบรมดังกล่าว (Article 24)

(3) การให้ผู้อำนวยความสะดวกฯ มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในห้วงศักรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือผู้บริหารจัดการทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่รัฐกำหนด (Article 25)

นอกจากนั้น กฎหมายของประเทศสาธารณรัฐเกาหลี ก็ได้บัญญัติครอบคลุมถึงทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ถูกฝัง (Buried Cultural Properties) เจ้าของผู้ครอบครองหรือผู้บริหารจัดการพื้นที่ที่ค้นพบนั้นจะต้องแจ้งให้ผู้อำนวยการฯ ทราบ (Article 43) และห้ามมิให้ขุดทรัพย์สินทางวัฒนธรรมดังกล่าวขึ้นมา เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากผู้อำนวยการฯ (Article 44) ในกรณีทรัพย์สินทางวัฒนธรรมใดที่ไม่มีเจ้าของจะตกเป็นของแผ่นดิน (Article 48) โดยรัฐจะจ่ายเงินทดแทนให้แก่ผู้ที่ค้นพบทรัพย์สินดังกล่าว

กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของประเทศญี่ปุ่น มีวัตถุประสงค์เพื่อการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินทางวัฒนธรรม เพื่อให้เกิดความก้าวหน้าในสังคมญี่ปุ่นและมีส่วนช่วยในวิวัฒนาการของวัฒนธรรมโลก แต่ในขณะเดียวกันยังสามารถรักษาขนบธรรมเนียมประเพณีปฏิบัติไว้ได้อย่างสมบูรณ์ ซึ่งในการสืบทอดมรดกทางวัฒนธรรม ประเทศญี่ปุ่นมีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมซึ่งใกล้เคียงกับประเทศสาธารณรัฐเกาหลีได้

กฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม โดยบัญญัติไว้ใน “ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม” สองเรื่อง คือ

- (1) ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ไม่มีรูปร่าง (Intangible Cultural Properties)
- (2) ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมพื้นเมือง (Folk Cultural Properties)

กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของประเทศญี่ปุ่น ได้กำหนดมาตรการลงโทษทางอาญาในกรณีที่มีผู้กระทำความผิดกฏมึปัญญาทางวัฒนธรรม โดยมีความมุ่งหมายที่จะให้มาตรการทางอาญาเหล่านี้เป็นการรับประกันว่ามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จะดำรงอยู่ต่อไป ซึ่งมาตรการดังกล่าวจะปรับขึ้นนโยบายทั่วไปที่มุ่งส่งเสริมมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ การกำหนดใช้มาตรการที่เหมาะสมทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม ดังนี้

(1) กำหนดมาตรการทางอาญาลงโทษกรณีที่มีการส่งออกทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่สำคัญ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้อำนวยการฯ ซึ่งตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมของประเทศญี่ปุ่นกำหนดให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมพื้นเมืองที่สำคัญเป็น “ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมพื้นเมืองสำคัญที่มีรูปร่าง” (Important Tangible Folk Cultural Properties) หรือ “ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมพื้นเมืองสำคัญที่ไม่มีรูปร่าง” (Important Intangible Folk Cultural Properties)

ในกรณี ที่มีการส่งออกทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่สำคัญโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้อำนวยการฯ กฎหมายได้กำหนดมาตรการลงโทษทางอาญาให้จำคุกไม่เกิน 5 ปี โดยอาจมีหรือไม่มี การใช้แรงงานหนัก (Hard Labor) หรือปรับไม่เกิน 1,000,000 เยน

หรือ บุคคลที่มีการส่งออกทรัพย์สินทางวัฒนธรรมชิ้นสำคัญ โดยไม่ได้รับอนุญาต จากจากคณะกรรมการของหน่วยงานฝ่ายวัฒนธรรมต้องระวางโทษจำคุกหรือจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับมากกว่า 500,000 เยน

(2) กำหนดมาตรการทางอาญาลงโทษกรณีที่มี การทำให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่สำคัญ เสียหาย

ในกรณี ฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว กฎหมายได้กำหนดมาตรการลงโทษทางอาญาให้จำคุก ไม่เกิน 5 ปี โดยอาจมีหรือไม่มีการใช้แรงงานหนัก หรือปรับไม่เกิน 300,000 เยน ในกรณีที่ผู้กระทำ ผิดเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่สำคัญนั้น จะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี โดยอาจ มีหรือไม่มีการใช้แรงงานหนัก หรือปรับไม่เกิน 200,000 เยน

ในกรณีทำให้เกิดความเสียหายต่อคุณสมบัติทางวัฒนธรรมที่สำคัญรวมถึงการกำจัดหรือ การปกปิดคุณสมบัติทางวัฒนธรรมที่สำคัญ กฎหมายได้กำหนดมาตรการลงโทษทางอาญาให้จำคุก 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 300,000 เยน

ถ้าเป็นการกระทำของบุคคลซึ่งอาจจะเป็นเจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมที่สำคัญกฎหมายได้ กำหนดมาตรการลงโทษทางอาญาให้จำคุก 2 ปี หรือปรับมากกว่า 200,000 เยน

ในกรณีที่มีการกระทำต่อ แหล่งท่องเที่ยวทางประวัติศาสตร์ที่สวยงามจุดอนุสาวรีย์ ธรรมชาติหรือส่งผลกระทบต่อกระทำที่จะบันทึกการสูญเสียนี้และเกิดความเสียหายต่อหรือ คิดต่อกระษัตริย์คนที่จะไปพิณาศและทำลาย กฎหมายได้กำหนดมาตรการลงโทษทางอาญา ระวางโทษ จำคุกไม่เกินห้าปีหรือจำคุกหรือปรับน้อยกว่า 300,000

ในกรณีมีผู้กระทำให้เกิดความเสียหายดังกล่าวเป็นเจ้าของ โบราณสถานจุดชมวิวธรรมชาติ อนุสาวรีย์ กฎหมายได้กำหนดมาตรการลงโทษทางอาญาให้จำคุก 2 ปี หรือจำคุกหรือ ปรับ 100,000 เยน หรือต้องระวางโทษปรับไม่เกินหรือลดโทษ

ในการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ปัจจุบันของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่สำคัญหรือสถานที่ ประวัติศาสตร์ที่สวยงามจุดอนุสาวรีย์ธรรมชาติหรือส่งผลกระทบต่อกระทำที่จะบันทึก หรือคน ที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งที่จะระงับการปัจจุบันของการเปลี่ยนแปลงหรือส่งผลกระทบต่อกระทำที่ จะบันทึก ในการละเมิดบทบัญญัติของการปฏิบัติตามคำสั่งหยุดหรือห้ามดังกล่าวที่มีการ เปลี่ยนแปลงการกระทำสถานะเดิมกับดักของ Katsuta คนที่ตกอยู่ภายใต้การใดๆ ของมาตรา 198 รายการต่อไปนี้ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 100,000 เยน

(3) กำหนดมาตรการทางอาญาลงโทษกรณีที่มีการทำให้สถานที่สำคัญเสียหาย

ในกรณีที่มีการ ฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว กฎหมายได้กำหนดมาตรการลงโทษทางอาญาให้ จำคุกมีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี โดยอาจมีหรือไม่มีการใช้แรงงานหนัก หรือปรับไม่เกิน 300,000 เยน

ในกรณีที่มีผู้กระทำผิดเป็นเจ้าของสถานที่สำคัญนั้น จะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี โดยอาจมีหรือไม่มีการใช้แรงงานหนัก หรือปรับไม่เกิน 200,000 เยน

(4) กำหนดมาตรการทางอาญาลงโทษกรณีที่มีการตัดแปลงทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่สำคัญ หรือสถานที่สำคัญโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือการฝ่าฝืนคำสั่งของผู้อำนวยการเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่สำคัญหรือสถานที่สำคัญดังกล่าว

ในกรณีที่มีการ ฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว กฎหมายได้กำหนดมาตรการลงโทษทางอาญาให้มีโทษปรับไม่เกิน 200,000 เยน

(5) การปฏิเสธหรือขัดขวางการดำเนินงานเพื่อซ่อมแซมหรือป้องกันความเสียหายแก่สมบัติของชาติหรือสถานที่สำคัญหรือการปฏิเสธหรือขัดขวางการสำรวจหาทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่ถูกลักขโมย

ในกรณีที่มีการ ฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว กฎหมายได้กำหนดมาตรการลงโทษทางอาญาให้มีโทษปรับไม่เกิน 10,000 เยน

การคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน

การคุ้มครองแหล่งที่มา การใช้มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม จะต้องให้ความเคารพต่อชุมชนหรือประชาชนผู้เป็นเจ้าของ และการใช้งานของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมทางเสื่อมเสียหรือบิดเบือนเป็นสิ่งต้องห้าม โดยรัฐบาลและหน่วยงานทุกระดับจะร่วมกันป้องกันและอนุรักษ์มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ รวมถึงการป้องกันและการรักษาเงินทุนเข้ามาในชุมชน งบประมาณทางการเงิน เพราะบางครั้งการรับการลงทุนทางการเงินผู้สนับสนุนก็มุ่งหวังแต่ประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ บางครั้งทำให้ละเลยการคุ้มครองรักษามรดกทางวัฒนธรรมไป รัฐบาลจีนจึงสนับสนุนการทำงานเกี่ยวกับการป้องกันและการรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม มรดกทางวัฒนธรรมในภูมิภาคชาติพันธุ์พื้นที่ห่างไกลและภูมิภาคที่ยากจน

กรณีที่มีการละเมิดต่อมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม กฎหมายได้กำหนดบทลงโทษ บุคคลที่ละเมิดบทบัญญัติของกฎหมาย และความเสียหายทางกายภาพและวัตถุสถานที่ที่มีส่วนประกอบส่วนหนึ่งของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมถือว่าความรับผิดชอบทางแพ่ง ตามกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำละเมิดในการบริหารงานรักษาความปลอดภัยของประชาชนโทษสำหรับความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารงานรักษาความปลอดภัยสาธารณะ และหากมีการละเมิดโดย องค์การต่างประเทศที่ละเมิดบทบัญญัติของมาตรา 15 ที่กำหนดให้ องค์การในต่างประเทศหรือบุคคลที่ดำเนินการตรวจสอบของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมในดินแดนของสาธารณรัฐประชาชนจีนจะต้องรายงานไปยังหน่วยงานในความดูแลของวัฒนธรรมของรัฐบาลของ

ประชาชนจังหวัดพื้นที่อิสระและเทศบาลโดยตรงภายใต้รัฐบาลกลางเพื่อขออนุมัติ หากมีการฝ่าฝืนไม่ขออนุญาตตามกฎหมายนี้จะต้องได้รับคำสั่งให้ทำสตัยบ้านออกคำเตือนและมีโทษตามกฎหมายและวัตถุทางกายภาพและข้อมูลที่ได้รับในการสืบสวนยึดโดยฝ่ายอยู่ในความดูแลของวัฒนธรรมภายใต้กรณีที่น่าร้ายแรงจะต้องถูกปรับไม่น้อยกว่า 100,000 หยวน แต่ไม่เกิน 500,000 หยวน และหากการกระทำของบุคคลที่ละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายนี้ หากการกระทำดังกล่าวอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายก็ถือว่าเป็นความผิดทางอาญาคด้วย

ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษากฎหมายคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของประเทศไทย จะเห็นว่าประเทศไทยเรานั้น ยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองต่อการกระทำหรือการดำเนินกิจกรรมในลักษณะใดเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายหรือบิดเบือนต่อมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมโดยตรง แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยได้มีการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ พ.ศ...ซึ่งร่างพระราชบัญญัติฯ ฉบับนี้ ก็ผลักดันให้ออกมาเป็นกฎหมายอยู่หลายปีก็ไม่สำเร็จ จนกระทั่งมีการยึดอำนาจรัฐประหารเมื่อปี พ.ศ. 2557 สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) จึงได้นำร่างฉบับดังกล่าวมาพิจารณาอีกครั้ง และออกมาเป็นกฎหมายสำเร็จเมื่อปี พ.ศ. 2559 โดยใช้ชื่อว่า “พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559” แต่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวก็ไม่มีการบัญญัติบทกำหนดโทษทางอาญาไว้ในกรณีที่มีการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมที่ขึ้นทะเบียนไว้แล้ว หรือฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม

จากการศึกษาพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 ผู้ศึกษาจึงทราบว่า พระราชบัญญัตินี้มีความแตกต่างกับร่างพระราชบัญญัติฉบับเดิมอยู่มาก โดยเฉพาะมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการแก้ไขและจัดการกับผู้ทำลายหรือบิดเบือนมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ การดัดแปลงทรัพย์สินทางวัฒนธรรมที่สำคัญ หรือสถานที่สำคัญ ซึ่งร่างพระราชบัญญัติเดิมที่เคยกร่างไว้ กำหนดให้มีมาตรการและสภาพบังคับเป็นรูปธรรมอย่างชัดเจน จากการเทียบเคียงกับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น ประเทศเกาหลีใต้ และประเทศจีน ซึ่งทั้งสามประเทศได้บัญญัติบทลงโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามและบทกำหนดโทษทางอาญาในกรณีที่มีการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมในกรณีดังกล่าวอาจเป็นเพราะด้วยเหตุผลที่เร่งรีบออกกฎหมายเพื่อสมัครเข้าเป็นสมาชิกกับยูเนสโกที่เพียงขอให้มีการบัญญัติกฎหมายรองรับสอดคล้องตามเจตนารมณ์ก็เพียงพอ

พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559” มีหลักการเพื่อจะส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมตรงตามชื่อ โดยคณะผู้ร่างฯ กล่าวว่า ภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมต่างๆ ของไทยนั้นได้รับการสร้างสรรค์ ตั้งสม ปลูกฝัง และสืบทอดกันมา

หลายยุคสมัย แต่ในปัจจุบันกลับได้รับผลกระทบจากความเปลี่ยนแปลงของสังคม มีการนำมรดกทางวัฒนธรรมไปใช้อย่างบิดเบือน ทำให้สูญเสียคุณค่า จึงจำเป็นจะต้องมี พ.ร.บ. ฉบับนี้ไว้เพื่อส่งเสริมดูแลมรดกทางวัฒนธรรมให้อยู่ยั่งยืนในประเทศไทยต่อไป แต่ในร่าง พ.ร.บ. ฉบับนี้ก็ได้บอกไว้ว่า “มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม” แม้จะเป็นการสืบทอดจากคนรุ่นหนึ่งมายังคนอีกรุ่นหนึ่ง แต่ก็อาจจะปรับเปลี่ยนเพื่อให้เข้ากับสภาพแวดล้อมของตน นอกจากนั้นใน มาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมที่ได้รับการส่งเสริมตาม พ.ร.บ. ฉบับนี้ ต้องมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

- (1) วรรณกรรมพื้นบ้านและภาษา
- (2) ศิลปะการแสดง
- (3) แนวปฏิบัติทางสังคม พิธีกรรมประเพณี และเทศกาล
- (4) ความรู้และการปฏิบัติเกี่ยวกับธรรมชาติและจักรวาล
- (5) งานช่างฝีมือดั้งเดิม
- (6) การเล่นพื้นบ้าน กีฬาพื้นบ้าน และศิลปะการต่อสู้ป้องกันตัว
- (7) ลักษณะอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

และมีการเพิ่มลักษณะจากเดิม 5 ข้อ เป็น 7 ข้อ โดยเพิ่มข้อ (4) ความรู้และการปฏิบัติเกี่ยวกับธรรมชาติและจักรวาล และข้อ (6) การเล่นพื้นบ้าน กีฬาพื้นบ้าน และศิลปะการต่อสู้ป้องกันตัวเข้ามา และจัดให้มีคณะกรรมการส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม โดยมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม เป็นประธานกรรมการ มีกรรมการโดยตำแหน่ง จำนวน 11 คน และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งจากผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางมรดกวัฒนธรรม ด้านต่างๆ จำนวน 8 คน หน้าที่ของคณะกรรมการฯ ชุดนี้จะมีลักษณะคล้ายเดิมคือ แต่จะเพิ่มเติมในส่วนของการสอดส่อง ดูแล ค้ำครอง ป้องกันมิให้มีการกระทำอันจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อมรดกทางวัฒนธรรมดังกล่าว นอกจากนั้นแล้วยังมีหน้าที่ในการประกาศเกียรติคุณเพื่อยกย่องบุคคลหรือหน่วยงานที่ทำคุณประโยชน์ในการช่วยส่งเสริมมรดกทางวัฒนธรรมอีกด้วย

เมื่อนำ “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ พ.ศ...” กับ “พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559” มาเปรียบเทียบกัน ทำให้ทราบถึงปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางอาญาในการคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม เพื่อนำมาเป็นแนวทางแก้ไขกฎหมายคุ้มครองต่อการกระทำหรือการดำเนินกิจกรรมในลักษณะใดที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือบิดเบือนต่อมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายทั้งสองฉบับแล้ว จะเห็นว่าใน “พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559” มีปัญหาเกี่ยวกับมาตรการบังคับแบบเข้มและมาตรการลงโทษทางอาญา

โดย “พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559” มีเจตนารมณ์ต้องการคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมในเชิงส่งเสริมและรักษาเท่านั้น ซึ่งมีได้มุ่งเน้นมาตรการบังคับทางอาญาในเชิงการลงโทษไว้ด้วย จะเห็นว่ามีเพียงแต่กำหนดหน้าที่ของคณะกรรมการฯ ในการขึ้นทะเบียนหรือเพิกถอนเปลี่ยนแปลงบัญชีมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมไว้เท่านั้น อีกทั้งมีเพียงการให้อำนาจคณะกรรมการฯ เสนอต่อรัฐมนตรีเพื่อมีคำสั่งระงับการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย เว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนหรือเป็นกรณีที่ต้องก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกคำสั่งระงับการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายได้เท่านั้น

จะเห็นได้ว่า “พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559” ได้ตัดหมวดบทลงโทษทั้งหมดที่เคยมีอยู่ในร่างฯ ฉบับ พ.ศ. 2556 ออกไป และระบุไว้เพียงว่าหากมีการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมที่ขึ้นทะเบียนไว้แล้ว ให้คณะกรรมการฯ เสนอต่อรัฐมนตรีเพื่อระงับการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าว แต่หากมีความจำเป็นเร่งด่วน ก็ให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกคำสั่งเพื่อระงับการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นๆ ได้ ซึ่งเท่ากับว่า หากมีผู้ทำการละเมิดต่อมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมต่างๆ ก็จะไม่มีความผิดทางอาญาต่อความผิดการละเมิดนั้นโดยตรง แต่จะเป็นการลงโทษหากได้รับคำสั่งให้ระงับการกระทำนั้นๆ แล้วไม่ปฏิบัติตาม ซึ่งถือเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งของผู้มีอำนาจแทน แต่ไม่ได้กำหนดโทษทางอาญาเอาไว้สำหรับผู้กระทำการก่อให้เกิดความเสียหายต่อมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม ซึ่งในอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองมรดกโลกทางวัฒนธรรมและธรรมชาติของยูเนสโกได้กำหนดบทกำหนดโทษเอาไว้ในมาตรา 6 (Section 6. Offences) กำหนดโทษความผิดตามกฎหมายแม่แบบไว้ 4 ประการ ได้แก่

1. การไม่อ้างอิงแหล่งที่มาของวัฒนธรรมดั้งเดิมตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5
2. การนำวัฒนธรรมดั้งเดิมไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 3
3. การหลอกลวงเพื่อให้บุคคลอื่นหลงเชื่อว่า วัตถุหรือการแสดงออกใดเป็นวัฒนธรรมดั้งเดิมของชุมชนใด
4. การใช้การแสดงออกทางวัฒนธรรมดั้งเดิมโดยจงใจที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ทางวัฒนธรรมของชุมชน

ทั้งนี้กฎหมายแม่แบบมิได้ระบุอัตราโทษไว้ โดยปล่อยให้เรื่องดังกล่าวเป็นไปตามที่รัฐแต่ละแห่งสามารถกำหนดเองได้ตามความเหมาะสม อีกทั้งยังมีมาตรการตาม Section 7 กำหนดให้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการยึดสิ่งของที่ทำขึ้น โดยฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายแม่แบบนี้ รวมทั้งรายได้ใดๆ ที่เกิดจากการกระทำดังกล่าว และ Section 8 กำหนดว่าการกำหนดโทษทางอาญา

หรือมาตรการอื่นๆ ในมาตรา 6 และมาตรา 7 ไม่กระทบสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายทางแพ่ง ซึ่งมาตรการดังกล่าวนี้ ในต่างประเทศมีการกำหนดมาตรการบังคับและการลงโทษทั้งทางแพ่งและทางอาญาที่ชัดเจน เช่น ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ได้กำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา ประเทศสาธารณรัฐเกาหลีและประเทศญี่ปุ่น ได้บัญญัติบทกำหนดโทษทางอาญาไว้ในหมวด 7 ซึ่งมีโทษทั้งจำคุก และโทษปรับมาเป็นมาตรการบังคับที่ชัดเจน

ดังนั้น การนำมาตรการบังคับทางกฎหมายแบบเข้มข้น ย่อมมีความจำเป็นต่อการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลต่อการคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมและควร มีมาตรการลงโทษทางอาญามาใช้สำหรับผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในการกระทำความผิด เมื่อได้ศึกษาพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ.2559 จึงพบว่ามีปัญหาในเรื่องมาตรการความรับผิดชอบทางอาญาในกรณีที่มีการกระทำให้เกิด ความเสียหายต่อมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม หรือฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย คุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม ผู้ศึกษาจึงทำการศึกษาถึงปัญหา ดังนี้

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมในลักษณะใดที่เป็นการก่อให้เกิดความเสียหาย หรือการบิดเบือนต่อวัฒนธรรม

กรณีที่มีการกระทำหรือการดำเนินกิจกรรมในลักษณะใดที่เป็นการก่อให้เกิดความเสียหาย หรือการบิดเบือนต่อวัฒนธรรมในเรื่องต่างๆ เช่น ภาษา พื้นเมือง ประเพณีท้องถิ่น พิธีกรรม พิธีกรรมทางสังคม วัฒนธรรมสาขาการแสดง เป็นต้น ทำให้มีการนำวัฒนธรรมไปใช้ในลักษณะ ที่เป็นการก่อให้เกิดความเสียหายหรือเป็นการบิดเบือนต่อวัฒนธรรมบ่อยครั้ง ดังตัวอย่าง การบิดเบือนทางวัฒนธรรม น่าน สำนักศิลปากร ที่ 7 พร้อมด้วยวัฒนธรรมจังหวัด เร่งรวบรวม หลักฐานเตรียมดำเนินคดีร้านอาหารกรณี นำภาพ “ปู้มาน ย่ามาน” จิตรกรรมฝาผนังในอุโบสถวัด ภูมินทร์ โบราณสถานสำคัญของคนเมืองน่าน ที่มีอายุกว่า 100 ปี ดัดแปลงให้ ปู้มานถือแก้วไวน์ –ปิด ตาย่ามาน เพื่อการโฆษณาไม่เหมาะสม ทำให้เสื่อมค่าทางด้านวัฒนธรรม สร้างความไม่พอใจต่อ ความรู้สึกของคนทั้งจังหวัดน่าน ซึ่งภาพเขียนปู้มาน ย่ามาน เป็นเสมือนสัญลักษณ์ทางวัฒนธรรม ของคนจังหวัดน่าน โดยวัดภูมินทร์ตั้งอยู่ในเขตพื้นที่เมืองเก่าน่าน จึงไม่ใช่เป็นแค่สมบัติของ คนน่าน แต่เป็นสมบัติของชาติ เมื่อถูกละเมิดก่อให้เกิดความเสื่อมค่าทางด้านวัฒนธรรม ต้องดำเนินการตามกฎหมายเพื่อสร้างมาตรฐานการใช้ภาพเสมือนสัญลักษณ์ทางวัฒนธรรม ไม่ให้ ถูกนำไปใช้ในเชิงพาณิชย์และเกิดความเสื่อมค่าทางด้านวัฒนธรรมต่อไป

ความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับขอบเขตของการนำเอาองค์ความรู้ทางวัฒนธรรมหรือวัฒนธรรมไปใช้ในลักษณะที่ก่อความเสียหายหรือเป็นการบิดเบือนต่อวัฒนธรรมว่าการกระทำในลักษณะใดเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือเป็นการบิดเบือนวัฒนธรรม กรณีดังกล่าวนี้ ยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้เช่นกัน แต่เมื่อได้ศึกษาเกี่ยวกับการกฎหมายการคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของประเทศ สาธารณรัฐประชาชนจีน การใช้มรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมจะต้องให้ความเคารพต่อชุมชนหรือประชาชนผู้เป็นเจ้าของ และการใช้งานของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมทางเสื่อมเสียหรือบิดเบือนเป็นสิ่งต้องห้าม โดยรัฐบาลและหน่วยงานทุกระดับจะร่วมกันป้องกันและอนุรักษ์มรดก ภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ รวมถึงการป้องกันและการรักษาเงินทุนเข้ามาในชุมชน งบประมาณทางการเงิน เพราะบางครั้งการรับการลงทุนทางการเงินผู้สนับสนุนก็มุ่งหวังแต่ประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ บางครั้งทำให้ละเลยการคุ้มครองรักษามรดกทางวัฒนธรรมไป รัฐบาลจีนจึงสนับสนุนการทำงานเกี่ยวกับการป้องกันและการรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม มรดกทางวัฒนธรรมในภูมิภาคชาติพันธุ์พื้นที่ห่างไกลและภูมิภาคที่ยากจนอย่างจริงจัง ในประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน หน่วยงานที่รับผิดชอบคือ หน่วยงานในความดูแลของวัฒนธรรมภายใต้สภาแห่งรัฐจะต้องรับผิดชอบ อีกทั้งกฎหมายยังกำหนดให้ สภาแห่งรัฐต้องจัดทำบัญชีของรายการที่เป็นตัวแทนของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมในระดับชาติและรวมถึงรายการของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมที่สะท้อนถึงวัฒนธรรมประเพณีที่โดดเด่นของประเทศจีนและมีคุณค่าทางประวัติศาสตร์วรรณกรรมศิลปะหรือวิทยาศาสตร์ที่สำคัญในบัญชีสำหรับการป้องกัน รัฐบาลของประชาชนในจังหวัดพื้นที่อิสระและเทศบาล โดยตรงภายใต้รัฐบาลกลางต้องจัดทำบัญชีของรายการที่เป็นตัวแทนของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมท้องถิ่นและรวมถึงรายการของมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมภายในภูมิภาคในการบริหารของตนเองที่สะท้อนถึงวัฒนธรรมประเพณีที่แตกต่างของภาษาจีน ประเทศชาติและมีคุณค่าทางประวัติศาสตร์วรรณกรรมศิลปะหรือวิทยาศาสตร์ ในบัญชีสำหรับการป้องกัน กรณีที่มีการละเมิดต่อมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม กฎหมายได้กำหนดบทลงโทษบุคคลที่ละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายนี้

ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พ.ศ. 2559 (มาตรา 10) ซึ่งเป็นกฎหมายที่คุ้มครองมรดกภูมิปัญญาของไทย กำหนดให้มีการกำกับ ติดตาม ประเมินผล สอดส่อง ดูแล คุ้มครอง ป้องกันมิให้มีการกระทำอันอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมที่ขึ้นบัญชีไว้ และให้ข้อมูล คำแนะนำแก่ผู้ที่นำมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมไปใช้ ตลอดจน ประกาศเกียรติคุณเพื่อยกย่องเชิดชูเกียรติบุคคล กลุ่มบุคคล องค์กร หรือหน่วยงานที่ทำคุณประโยชน์ รวมถึงให้คำแนะนำหรือคำปรึกษาแก่รัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวง จะเห็นว่า

ในกรณีนี้ถ้ามีการกระทำให้เกิดความเสียหายต่อมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม หรือฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม และเกิดความเสียหายต่อมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม กฎหมายไม่ได้กำหนดมาตรการลงโทษไว้

แต่เมื่อพิจารณา “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ พ.ศ...” มีบทบัญญัติกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดนำมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ขึ้นทะเบียนแล้วไปเผยแพร่เพื่อวัตถุประสงค์อันมีลักษณะเป็นการหมิ่นสถาบันพระมหากษัตริย์ กระทบกระเทือนต่อศาสนา กระทบต่อความมั่นคงของประเทศ หรือไปในทางที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือทำให้เกิดความเสื่อมเสียแก่มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ มีบทกำหนดโทษ หากผู้ใดฝ่าฝืนข้อห้ามของกฎหมายนำมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ที่ขึ้นทะเบียนแล้วไปเผยแพร่เพื่ออันมีลักษณะเป็นการกระทบกระเทือนต่อศาสนา กระทบต่อความมั่นคงของประเทศ หรือไปในทางที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือทำให้เกิดความเสื่อมเสียแก่มรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองการแสดงออกทางวัฒนธรรมดั้งเดิมเพื่อต่อต้านการแสวงหาประโยชน์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและการกระทำอื่นๆ ที่ก่อความเสียหาย

ในปัจจุบันมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมถูกนำไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์โดยไม่ได้รับอนุญาต องค์การระหว่างประเทศจึงได้มีความพยายามในการจัดตั้งระบบความคุ้มครองทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อคุ้มครองและดูแลรักษาวัฒนธรรมประเพณีดั้งเดิมไว้การกำหนดความชัดเจนในเรื่องแนวคิดในการให้ความเคารพในการสืบทอดมรดกทางความคิดและความเป็นเจ้าของวัฒนธรรมและการแบ่งปันผลประโยชน์ในการนำองค์ความรู้ทางวัฒนธรรมไปใช้ ทำให้มีการนำเอาองค์ความรู้ทางวัฒนธรรมไปใช้ประโยชน์เป็นข้อมูลหรือพื้นฐานทางความคิดในการพัฒนาและต่อยอดเป็นผลผลิตทางอุตสาหกรรม เพื่อการค้าและการสร้างรายได้ให้เกิดความสำคัญในเชิงเศรษฐกิจ โดย World Intellectual Property Organization หรือ WIPO ได้มีความพยายามในการจัดตั้งระบบความคุ้มครองทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อคุ้มครองและดูแลรักษาวัฒนธรรมประเพณีดั้งเดิมของแต่ละชุมชนไว้ และให้ความสำคัญกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge) ที่เป็นเนื้อหาของความรู้ซึ่งเป็นผลของกิจกรรมเชิงปัญญาและการเข้าใจในบริบทดั้งเดิม รวมทั้งวิธีการปฏิบัติ ทักษะการประดิษฐ์คิดค้นสิ่งใหม่ การปฏิบัติและการเรียนรู้ซึ่งประกอบเป็นระบบภูมิปัญญาและความรู้ที่อยู่ในชีวิตดั้งเดิมของคนหรือชุมชน หรือเป็นระบบความรู้ที่ถูกถ่ายทอดตีความจากรุ่นหนึ่งไปสู่ชนอีกรุ่นหนึ่ง

จากการศึกษากฎหมายของประเทศไทย สำหรับแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองมรดก ภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมยังไม่กฎหมายที่กำหนดบทบาทบัญญัติการนำเอาองค์ความรู้ทางวัฒนธรรม หรือภูมิปัญญาของชุมชนหรือท้องถิ่นไปใช้ประโยชน์เพื่อการค้าและสร้างรายได้ให้เกิดความสำคัญ ในเชิงเศรษฐกิจ มีเพียงพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ที่เป็นการคุ้มครองประโยชน์แก่ผู้สร้างสรรค์ผลงานการประดิษฐ์คิดค้นหรือออกแบบผลิตภัณฑ์ของ บุคคลซึ่งยังไม่มีมาตรการในการคุ้มครององค์ความรู้หรือภูมิปัญญาของชุมชนหรือท้องถิ่นหรือของ ชาติ ดังนั้น สภาพปัญหาของกฎหมายจึงยังขาดมาตรการที่จะควบคุมมิให้บุคคลใดแสวงหาหรือ ได้มาซึ่งองค์ความรู้ที่เป็นภูมิปัญญาของชุมชนหรือท้องถิ่นโดยมิชอบ เช่น การขโมย การบังคับ บัญชี การล่อลวง การชักนำให้หลงผิด การละเมิด หรือโดยวิธีการอื่นที่ไม่เป็นธรรม

จะเห็นว่าอนุสัญญาฯ กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องกำหนดมาตรการที่เหมาะสมด้านกฎหมาย ด้านเทคนิค ด้านการบริหารปกครอง และด้านการเงิน การกำหนดมาตรการข้างต้นหมายถึงการ กำหนดมาตรการที่เหมาะสมด้านกฎหมาย ด้านเทคนิค ด้านการ และด้านการเงิน ขึ้นมาใหม่ โดยมีความมุ่งหมายที่จะให้มาตรการเหล่านี้เป็นการรับประกันว่ามรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้จะดำรง อยู่ต่อไป ซึ่งมาตรการข้างต้นจะกำหนดเพื่อ

(1) สร้างการสนับสนุนและสร้างความเข้มแข็งของสถาบันต่างๆ ในการจัดฝึกอบรม เรื่อง มรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ และจัดการถ่ายทอดมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ผ่านเวทีและ พื้นที่ต่างๆ ที่จัดไว้เพื่อการแสดงออกของผลงาน

(2) รับรองการเข้าถึงมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ ในขณะที่เดียวกันก็ต้องเคารพ ในหลัก จารีตประเพณีในการเข้าถึงมรดกวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ด้วย ซึ่งในเรื่องนี้เป็นกรนำเรื่อง ทรัพย์สินทางปัญญามาเกี่ยวข้องเพื่อเคารพถึงความศักดิ์สิทธิ์และความลับทางด้านการค้าของมรดก วัฒนธรรมที่จับไม่ได้ด้วย

แต่ตาม พ.ร.บ. (มาตรา 18) บัญญัติเพียงกำหนดให้กรมส่งเสริมวัฒนธรรมทำหน้าที่เป็น สำนักงานเลขานุการของคณะกรรมการรับผิดชอบในงานธุรการและงานวิชาการของคณะกรรมการ มีอำนาจหน้าที่สำคัญๆ ได้แก่

(1) เสนอนโยบายและแผนการส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของ ประเทศต่อคณะกรรมการ รวมถึงแผนงานและโครงการส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทาง วัฒนธรรมด้านต่างๆ ต่อคณะกรรมการ เช่น ด้านเงินอุดหนุน ด้านวิชาการ ด้านการฝึกอบรม ด้านการเผยแพร่และแลกเปลี่ยนองค์ความรู้ด้านการอนุรักษ์และสืบทอด หรือด้านอื่นที่เป็น ประโยชน์ต่อการส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม

(2) เสนอมาตรการส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม และแนวทางการร่วมมือระหว่างชุมชนที่มีมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมต่อคณะกรรมการ

(3) รวบรวมและจัดทำรายการเบื้องต้นมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมของประเทศ รวมถึงประกาศขึ้นบัญชีมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการ

(4) ส่งเสริมและสนับสนุนให้มีเครือข่ายความร่วมมือระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนที่เกี่ยวข้องเพื่อการส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมทั้งในประเทศและต่างประเทศ ให้มีการเผยแพร่

จึงทำให้เห็นได้ว่า สำหรับประเทศไทยแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม ยังไม่มีกฎหมายกำหนดบทลงโทษสำหรับการคุ้มครององค์ความรู้ทางวัฒนธรรมหรือภูมิปัญญาของชุมชนหรือท้องถิ่น ในกรณีที่มีการนำองค์ความรู้ทางวัฒนธรรมหรือภูมิปัญญาของชุมชนหรือท้องถิ่นไปใช้ประโยชน์เพื่อการค้าและสร้างรายได้ให้เกิดความสำคัญในเชิงเศรษฐกิจ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการกระทำอื่นๆ ที่ก่อความเสียหาย