

คู่มือการปฏิรูปกฎหมาย เพื่อเสริมสร้างพัฒนาลังคมด้านสิทธิมนุษยชน (Checklists) ด้านกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และปัญหาการคุ้มครองยาและเมล็ดพันธุ์พืช



รายงานการศึกษาฉบับนี้ เป็นความร่วมมือระหว่าง
สำนักงานโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (UNDP)
และคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย

คู่มือการปฏิรูปกฎหมายเพื่อเสริมสร้างพัฒนาสังคมด้านสิทธิมนุษยชน
(Checklists) ด้านกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและปัญหาการคุ้มครองยาและเมล็ดพันธุ์พืช

พิมพ์ครั้งที่ ๑	: จำนวนที่พิมพ์ ๕ เล่ม
ที่ปรึกษา	: ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร นายสมชาย หอมลออ
บรรณาธิการ	: ดร.ลัดดาวัลย์ ตันติวิทยาพิทักษ์ ,นางสาวศยามล ไกยูรวงศ์
กองบรรณาธิการ	: นางสาวลัคนา ลัษณ์ศิริ ,นายธีรพงศ์ เพ็ชรสุข ,นายอาทิตย์ หนูสิน ,นางสาวพัชรวัลย์ มังคละศิริ
ผู้ศึกษาวิจัย	: รองศาสตราจารย์ ดร.จักรกฤษณ์ ควรพจน์
ผู้จัดพิมพ์	: สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย เลขที่ ๙๙ อาคารซอฟต์แวร์ปาร์ค ชั้น ๑๕ ถนนแจ้งวัฒนะ อ.ปากเกร็ด จ.นนทบุรี ๑๑๑๒๐
โทรศัพท์	: ๐๒ ๕๐๒ ๖๐๐๐ ต่อ ๘๘๘๕
Website	: www.lrct.go.th
Facebook	: สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (คปก.)
Email	: info@lrct.go.th

บทวิเคราะห์และข้อเสนอแนะเชิงนโยบายที่ปรากฏในหนังสือเล่มนี้ มิได้สะท้อนความคิดเห็นของโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ คณะกรรมการบริหารองค์กรต่างๆ หรือประเทศสมาชิกต่างๆ ของสหประชาชาติ ข้อคิดเห็นที่ปรากฏในหนังสือเล่มนี้เป็นข้อคิดเห็นส่วนตัวของผู้เขียนและจัดพิมพ์ขึ้นโดยอิสระภายใต้โครงการความร่วมมือทางวิชาการ: การปฏิรูปกฎหมายเพื่อเสริมสร้างพลังสังคมด้านสิทธิมนุษยชน (Law Reform and Legal Empowerment for Advancement of Human Rights-based Society) โดยความร่วมมือของสำนักงานโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติประจำประเทศไทย และสำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย

สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย เป็นหน่วยงานที่เกิดขึ้นเพื่อสนับสนุนภารกิจของ คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นให้ดำเนินการอย่างเป็นอิสระตามเจตนารมณ์ของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช ๒๕๕๐ โดยมีวิสัยทัศน์ของการเป็นองค์กรความรู้ ภายใต้ หลักการที่มีประชาชนเป็นศูนย์กลางของการปฏิรูปกฎหมาย โดยคำนึงถึงหลักสิทธิมนุษยชน หลักความเป็นสากล หลักนิติธรรม และหลักธรรมาธิปไตย

เพื่อให้บรรลุตามวิสัยทัศน์ดังกล่าว สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายจึงดำเนินงานตาม แนวทางในการเป็นองค์กรความรู้เพื่อปรับปรุงและพัฒนากฎหมายทั้งระบบโดยมุ่งเน้นการมีส่วนร่วมของ ประชาชน และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายได้ให้ ความสำคัญต่อการนำพันธกรณีระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ปรากฏอยู่ในกฎบัตร สหประชาชาติ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติกาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศและในประเทศ ภูมิภาคอาเซียน มาจัดทำเป็นคู่มือ checklist เพื่อใช้เป็นแนวทาง (guideline) ของการปฏิรูปกฎหมาย ทั้งระบบที่มีกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และมุ่งสนับสนุนให้เกิดการปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชน อย่างเป็นธรรม

ในการนี้ สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายได้จัดทำโครงการความร่วมมือระหว่าง สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายและโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (UNDP) โดยมี วัตถุประสงค์เพื่อเสริมสร้างความรู้เกี่ยวกับพันธกรณีระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และเพื่อให้ เกิดการพัฒนากฎหมายให้มีความเหมาะสมรวมทั้งเป็นการรับประกันว่ากฎหมายภายในประเทศของไทย มีเนื้อหาที่สอดคล้องกับหลักการตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

ภายใต้ความร่วมมือของโครงการดังกล่าว สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย และ UNDP ได้ดำเนินการศึกษาเพื่อการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายให้สอดคล้องกับกฎบัตรของสหประชาชาติ อนุสัญญาระหว่างประเทศ กติกาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายนั้นๆ ในมิติทาง เศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม โดยได้จัดทำเป็นคู่มือเพื่อใช้ประโยชน์ในการตรวจสอบเปรียบเทียบให้ สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวจำนวน ๙ เรื่อง ดังนี้

๑. คู่มือการปฏิรูปกฎหมายเพื่อเสริมสร้างพัฒนาสังคมด้านสิทธิมนุษยชน (กฎหมายแรงงาน)
๒. คู่มือการปฏิรูปกฎหมายเพื่อเสริมสร้างพัฒนาสังคมด้านสิทธิมนุษยชน (กฎหมาย สิ่งแวดล้อม)
๓. คู่มือการปฏิรูปกฎหมายเพื่อเสริมสร้างพัฒนาสังคมด้านสิทธิมนุษยชน (สนธิสัญญาการ ลงทุน (Bilateral Investment Treaties: BITs) กรณีต่างประเทศ)

๔. คู่มือการปฏิรูปกฎหมายเพื่อเสริมสร้างพัฒนาสังคมด้านสิทธิมนุษยชน (การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน (Investor -State Dispute Settlement : ISDS)
๕. คู่มือการปฏิรูปกฎหมายเพื่อเสริมสร้างพัฒนาสังคมด้านสิทธิมนุษยชน (ทรัพยากรป่าไม้และสัตว์ป่า)
๖. คู่มือการปฏิรูปกฎหมายเพื่อเสริมสร้างพัฒนาสังคมด้านสิทธิมนุษยชน (กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาด้านยาและผลิตภัณฑ์)
๗. คู่มือการปฏิรูปกฎหมายเพื่อเสริมสร้างพัฒนาสังคมด้านสิทธิมนุษยชน (กฎหมายเกี่ยวกับการเกษตร)
๘. คู่มือการเข้าถึงความช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยเร็ว : คู่มือสำหรับผู้กำหนดนโยบายและผู้ปฏิบัติ
๙. คู่มือแนวปฏิบัติด้านสิทธิมนุษยชนและกฎหมายสำหรับอาสาสมัครสิทธิมนุษยชน

สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย หวังเป็นอย่างยิ่งว่าคู่มือในการปฏิรูปกฎหมายเหล่านี้จะเป็นเครื่องมือที่เป็นประโยชน์และมีคุณค่าต่อผู้ปฏิบัติงาน ผู้กำหนดนโยบายและผู้มีบทบาทในการปรับปรุงและพัฒนากฎหมาย เพื่อใช้ประกอบการพิจารณาอย่างถี่ถ้วนในด้านการค้า การลงทุน การประกอบธุรกิจ การทำการเกษตรกรรม การจ้างงาน การอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์จากที่ดิน ป่าไม้ และสัตว์ป่า ที่ประเทศไทยและประเทศในภูมิภาคอาเซียนต่างได้ประโยชน์อย่างเป็นธรรม และได้รับการปกป้องคุ้มครองในด้านสิทธิมนุษยชนและการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ ประการที่สำคัญคือผู้ด้อยโอกาสในอาเซียนต่างได้เข้าถึงความยุติธรรมอย่างแท้จริง

ดร.ลัดดาวัลย์ ตันติวิทยาพิทักษ์
เลขาธิการคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย

ในโลกยุคปัจจุบันวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีมีความเจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว ในขณะที่กระแสแห่งการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืนกลับทวีความสำคัญมากขึ้นตามลำดับ เนื่องจากได้เล็งเห็นถึงประโยชน์อันมากมายมหาศาลของความหลากหลายทางชีวภาพ จึงมีการแสวงหาวิธีการที่จะใช้ทรัพยากรธรรมชาติให้มากที่สุด แต่ขณะเดียวกันก็ต้องอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติไว้เพื่อสามารถนำทรัพยากรชีวภาพกลับมาใช้ประโยชน์ได้อย่างยั่งยืน ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจะเป็นวิธีการหนึ่งที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อคุ้มครองสิ่งที่มีมนุษย์สร้างสรรค์ขึ้น แต่ในส่วนที่จะนำกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเข้ามาใช้เพื่อคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนและเกิดการแบ่งปันอย่างเป็นธรรม รวมถึงการให้ความเคารพต่อสิทธิชุมชนและในเรื่องภูมิปัญญาท้องถิ่น ยังเป็นสิ่งที่จะต้องพัฒนาระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในการคุ้มครองเรื่องดังกล่าวเพิ่มเติม

ทรัพย์สินทางปัญญา (intellectual property) เป็นสิทธิทางกฎหมายที่มีอยู่เหนือผลงานการสร้างสรรค์ทางปัญญาของบุคคล ผู้ทรงสิทธิมีสิทธิที่จะกีดกันผู้อื่นจากการใช้ผลงานทางปัญญาที่ตนได้สร้างสรรค์หรือพัฒนาขึ้น ซึ่งสิทธิดังกล่าวเรียกกันในทางวิชาการว่า “สิทธิเด็ดขาด” (exclusive rights) มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า การมีสิทธิในผลงานทางปัญญามีได้หมายความถึงการเป็น “เจ้าของ” (own) ผลงานนั้นดังเช่นทรัพย์สินทั่วไป หากแต่เป็นการที่บุคคลผู้มีสิทธิสามารถที่จะควบคุมการผลิต ดัดแปลง จำหน่าย เผยแพร่ หรือใช้ผลงานดังกล่าว

กฎหมายสิทธิบัตรให้การคุ้มครองเทคโนโลยีการประดิษฐ์ แต่กฎหมายของประเทศกำลังพัฒนาบางประเทศรวมทั้งกฎหมายไทยมิได้คุ้มครองเฉพาะการประดิษฐ์เท่านั้น หากแต่คุ้มครองการออกแบบทางอุตสาหกรรม (industrial designs) ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรด้วย ในเรื่องการคุ้มครองพันธุ์พืชได้มีการจัดทำกฎหมายระหว่างประเทศฉบับหนึ่ง ได้แก่ “อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่” (International Convention for the Protection of New Varieties of Plants) หรือที่เรียกกันว่า อนุสัญญาอุโปฟ ซึ่งต่อมาได้มีการแก้ไขอนุสัญญาอุโปฟในปี ค.ศ. ๑๙๗๘ และ ค.ศ. ๑๙๙๑ อนุสัญญานี้ถือเป็นกฎหมายระหว่างประเทศฉบับแรกๆ ที่ให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชที่แตกต่างไปจากระบบสิทธิบัตร หรืออาจเรียกได้ว่าเป็นระบบที่ให้ความคุ้มครอง “สิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์” (Plant breeders’ right)

การคุ้มครองพันธุ์พืชภายใต้อนุสัญญาอุโปฟกระทำด้วยการให้สิทธิเด็ดขาดแก่นักปรับปรุงพันธุ์ โดยมีลักษณะของสิทธิเด็ดขาดที่แตกต่างจากสิทธิตามสิทธิบัตร แต่เดิมอนุสัญญาอุโปฟกำหนดให้ประเทศสมาชิกคุ้มครองพันธุ์พืชเฉพาะในสายพันธุ์ที่ระบุไว้เท่านั้น แต่อนุสัญญานับปี ค.ศ. ๑๙๙๑ กำหนดว่าประเทศสมาชิกต้องคุ้มครองพันธุ์พืชในทุกสายพันธุ์ โดยในการขอขึ้นทะเบียนพันธุ์พืช ผู้ขอความคุ้มครองจะต้องกำหนดชื่อของพันธุ์พืชที่ขอรับการคุ้มครองโดยใช้ชื่อสามัญ (Variety denomination) อนุสัญญาอุโปฟฉบับปี ค.ศ. ๑๙๗๘ กำหนดให้สิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์มีกำหนดเวลาไม่น้อยกว่า ๑๕ ปี ในกรณีที่พืชที่ได้รับการขึ้นทะเบียนเป็นพืชพันธุ์ทั่วไป และไม่น้อยกว่า ๑๘ ปี สำหรับพืชพันธุ์ ฝรั่ง ผลไม้ พืชป่า และพืชประดับ ภายใต้อนุสัญญาอุโปฟฉบับปี ค.ศ. ๑๙๙๑ อายุการคุ้มครองได้ถูกขยายเป็น ๒๐ ปี สำหรับพันธุ์พืชทั่วไป และ ๒๕ ปี สำหรับพันธุ์ฝรั่ง

วัตถุประสงค์ของการใช้กฎหมายสิทธิบัตรและกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช เพื่อส่งเสริมการประดิษฐ์คิดค้นเทคโนโลยีที่เป็นประโยชน์ต่อสังคม แต่กฎหมายจะไม่อาจบรรลุในเจตนารมณ์ดังกล่าวได้ หากเทคโนโลยีภายใต้สิทธิไม่ได้ถูกนำไปใช้ประโยชน์ หรือหากสิทธิผูกขาดได้กีดกันประชาชนไม่ให้ใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีนั้น เช่น เพราะสินค้ามีราคาแพง ดังเช่นกรณีสิทธิบัตรยา ที่ประชุมรัฐมนตรีขององค์การการค้าโลกได้เห็นชอบเมื่อวันที่ ๒๑ พฤศจิกายน ๒๕๔๔ กับร่างปฏิญญาโดฮา ว่าด้วยความตกลงทริพส์และการสาธารณสุข ซึ่งมีสาระสำคัญว่า การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีได้ กีดขวางประเทศสมาชิกในการใช้มาตรการต่างๆ เพื่อปกป้องสาธารณสุขของประเทศ ความตกลงทริพส์ อนุญาตให้ประเทศสมาชิกใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิภายใต้เหตุผลที่ประเทศสมาชิกเป็นผู้กำหนด

ปฏิญญาโดฮาได้เล็งเห็นความจำเป็นในการช่วยเหลือประเทศที่ขาดศักยภาพการผลิตยาและกำหนดให้คณะมนตรีทริพส์ (TRIPS Council) กำหนดแนวทางแก้ปัญหา ซึ่งคณะมนตรีทริพส์เสนอให้มีการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ (compulsory licensing) เพื่อส่งออกผลิตภัณฑ์ยาไปยังประเทศที่ไม่มี ศักยภาพการผลิต ซึ่งทั้งหมดที่กล่าวมานี้ล้วนเป็นความพยายามของนานาชาติในการส่งเสริมการเข้าถึง ยาของประเทศกำลังพัฒนา และชี้ให้เห็นว่ามาตรการบังคับใช้สิทธิเป็นมาตรการที่ถูกต้องชอบธรรมตามกฎหมายและความตกลงระหว่างประเทศ

กฎหมายสิทธิบัตรของทุกประเทศทั่วโลกล้วนแต่มีกลไกในการควบคุมไม่ให้มีการใช้สิทธิบัตร โดยมีขอบ และป้องกันไม่ให้สิทธิบัตรเป็นอุปสรรคในการกีดกันไม่ให้สาธารณสุขเข้าถึงผลิตภัณฑ์ภายใต้ สิทธิบัตรในสถานการณ์ที่จำเป็น รวมทั้งการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ นอกจากนี้ กฎหมายสิทธิบัตร ต้องไม่ปิดกั้นโอกาสของผู้ผลิตรายอื่นในอันที่จะเข้ามาแข่งขันเมื่อสิทธิบัตรหมดอายุ การคุ้มครองลง หรือขยายสิทธิตามสิทธิบัตรออกไปโดยไม่มีเหตุอันสมควร (patent evergreening) ดังนั้น สำหรับผลิตภัณฑ์บางประเภทที่ต้องมีการขึ้นทะเบียนก่อนการวางจำหน่ายเช่นผลิตภัณฑ์ยา กฎหมายสิทธิบัตรจึงมักจะมีข้อยกเว้นอนุญาตให้มีการทดลองผลิตภัณฑ์นั้นเพื่อประโยชน์ในการ ขึ้นทะเบียนได้โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิบัตร หลักการนี้เรียกกันว่า “ข้อยกเว้นบทยัญญิติ โบลาร์” (Bolar Exception)

กฎหมายสิทธิบัตรของไทยเปิดโอกาสให้มีการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิอย่างกว้างขวาง ทั้งที่เป็นมาตรการบังคับใช้สิทธิโดยเอกชนและการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยรัฐ (Government Use) โดยการใช้สิทธิโดยเอกชนจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ทรงสิทธิบัตรไม่ผลิตหรือขายผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรนั้น หรือ เมื่อมีการขายผลิตภัณฑ์นั้นในราคาที่สูงเกินสมควรหรือไม่เพียงพอต่อความต้องการของประชาชน ส่วน การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยรัฐอาจเกิดขึ้นได้ในหลายกรณี เช่น เพื่อป้องกันหรือบรรเทาการขาดแคลนอาหาร ยา หรือสิ่งอุปโภคบริโภคอย่างรุนแรง หรือเพื่อประโยชน์สาธารณสุขอย่างอื่น เป็นต้น

ในการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิดังกล่าวข้างต้นเอกชนหรือรัฐต่างต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้ทรงสิทธิด้วย แต่การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหล่านี้มีอุปสรรคที่สำคัญ ๒ ประการ คือ อุปสรรคทางการเมืองและทางกฎหมาย สำหรับอุปสรรคทางการเมืองคือ ประเทศที่เป็นมหาอำนาจทางเศรษฐกิจ มักจะกีดกันไม่ให้ประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ เพราะจะเป็นการ กระทบกระเทือนต่อผลประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิบัตรซึ่งมักจะเป็นผู้ประกอบการในประเทศมหาอำนาจ เหล่านั้น โดยประเทศมหาอำนาจมักจะขู่ว่าจะใช้มาตรการตอบโต้ทางการค้าหากประเทศกำลังพัฒนาใช้ มาตรการบังคับใช้สิทธิ ด้วยเหตุนี้เองจึงทำให้ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ไม่สามารถใช้มาตรการบังคับ ใช้สิทธิได้

ส่วนอุปสรรคทางกฎหมายนั้นเกิดขึ้นจากการที่ความตกลงทริปส์ ข้อ ๓๑ (f) ได้กำหนดไว้ว่า ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นตามมาตราการบังคับใช้สิทธินั้นสามารถนำไปจำหน่ายได้ในประเทศที่ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเท่านั้น การกำหนดหลักการเช่นนี้ทำให้ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ที่ไม่มีศักยภาพในด้านเทคโนโลยีเพียงพอในการผลิตยาไม่สามารถอนุญาตให้บริษัทผลิตยาสามัญในต่างประเทศทำการผลิตผลิตภัณฑ์ยานั้น แล้วนำผลิตภัณฑ์ยานั้นเข้ามาจำหน่ายในประเทศไทย เนื่องจากการผลิตผลิตภัณฑ์ยานั้น อาจเป็นการละเมิดสิทธิบัตรของผู้ทรงสิทธิบัตรนั้นในต่างประเทศ นอกจากนั้น แม้รัฐหรือเอกชนในประเทศกำลังพัฒนาจะมีศักยภาพเพียงพอในการผลิตผลิตภัณฑ์ยา แต่การกำหนดห้ามมิให้นำผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นตามมาตราการบังคับใช้สิทธินั้นออกจำหน่ายในต่างประเทศ ทำให้ต้นทุนในการผลิตผลิตภัณฑ์นั้นสูงขึ้นและไม่คุ้มค่าแก่การลงทุน ซึ่งนับว่าเป็นอุปสรรคอย่างยิ่งต่อการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิในประเทศกำลังพัฒนา

ในการประชุมคณะมนตรีองค์การการค้าโลกที่กรุงโดฮาเมื่อเดือนพฤศจิกายน ๒๐๐๑ ประเด็นเกี่ยวกับอุปสรรคของประเทศกำลังพัฒนาในการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิดังกล่าวข้างต้นได้ถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาอย่างจริงจัง และในที่สุดปฏิญญาโดฮาว่าด้วยความตกลงทริปส์และสุขภาพ (Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health) ได้ตระหนักถึงปัญหาเหล่านี้ และได้กำหนดให้คณะมนตรีของทริปส์ (TRIPS Council) ไปดำเนินการหาวิธีการในการแก้ไขอุปสรรคทางกฎหมายเช่นนี้ต่อไป

กฎหมายไทยนั้นมีสาระสำคัญและหลักการที่สอดคล้องกับความตกลงระหว่างประเทศทุกประการ โดยมีบทบัญญัติและมาตรการที่เหมาะสมที่อาจแก้ปัญหาการเข้าถึงยาได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ประเทศไทยมีปัญหาสำคัญจากการขาดเจตจำนงทางการเมือง (Political will) ที่จะบังคับใช้มาตรการในกฎหมาย อาทิ มักจะปฏิเสธไม่ยอมใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิปล่อยให้บริษัทข้ามชาติใช้สิทธิบัตรเป็นเครื่องมือผูกขาดตลาดกำหนดราคาขายได้ตามอำเภอใจ ประเทศไทยนั้นมีศักยภาพด้านยาเนื่องจากมีองค์การเภสัชกรรมของรัฐที่มีศักยภาพ สามารถทำวิศวกรรมย้อนกลับ และสามารถผลิตยาที่มีสิทธิบัตร การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิจะทำให้กระทรวงสาธารณสุขมีทางเลือกที่หลากหลายในการส่งเสริมการเข้าถึงยาที่จำเป็น ไม่ว่าจะด้วยการนำเข้ายาชื่อสามัญที่มีราคาถูกจากต่างประเทศหรือสามารถดึงบริษัทข้ามชาติมานั่งโต๊ะเจรจา เพื่อให้บริษัทลดราคายาลงจากที่จำหน่ายในตลาด ซึ่งหากไม่มีการลดราคารัฐบาลสามารถบังคับใช้สิทธิเพื่อให้มีการผลิตหรือนำเข้ายาออกจำหน่ายในราคาถูกลงต่อไป

ประเทศไทยควรปรับปรุงระบบการจัดการสิทธิบัตร อาทิ ระบบการตรวจสอบและออกสิทธิบัตรให้มีประสิทธิภาพ เพื่อป้องกันผู้ทรงสิทธิขยายสิทธิผูกขาดเกินเลยกำหนดเวลาการคุ้มครองตามกฎหมาย (patent evergreening) รวมทั้งควรมีกฎไถ่ถอนข้อพิพาทและมีแนวทางกำหนดค่าชดเชยที่เหมาะสมให้กับผู้ทรงสิทธิบัตร อันจะทำให้การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิตามกฎหมายของไทยมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ในเรื่องความหลากหลายทางชีวภาพ ในปัจจุบันปัญหาการลดลงของความหลากหลายทางชีวภาพเป็นสิ่งที่ได้รับการกล่าวถึงมากทั้งในประเทศและในระดับโลก ปัจจัยที่ส่งผลกระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพนั้นมีอยู่ด้วยกันหลายประการ ทั้งกิจกรรมต่างๆ ของมนุษย์ วิธีการพัฒนาที่ไม่ยั่งยืน การใช้เทคโนโลยีหรือกรรมวิธีการปรับปรุงพันธุ์และการเกษตรแผนใหม่ ซึ่งมีผลกระทบต่อเกษตรแบบดั้งเดิม ล้วนแต่เป็นตัวการที่ก่อให้เกิดการลดลงซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพทั้งสิ้น

นอกจากนี้ ปัจจัยอื่น อาทิ การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่จำกัดสิทธิของเกษตรกรในการเก็บรักษา แลกเปลี่ยน หรือใช้เมล็ดพันธุ์ในการเพาะปลูก ยังมีผลให้เกิดการลดลงของความหลากหลายทางชีวภาพด้วย

การเจรจาเพื่อหาแนวทางแก้ปัญหาเกี่ยวกับการฉกฉวยทรัพยากรชีวภาพยังคงดำเนินไปอย่างล่าช้าและมีความก้าวหน้าไม่มากนัก ปัญหาการพิสูจน์ถึงที่มาและความเป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมพืชจะเป็นปัญหาสำคัญในการอ้างสิทธิอธิปไตยแห่งรัฐเหนือทรัพยากร เนื่องจากประเทศในเขตร้อนมักจะมีทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกัน การพิสูจน์ความเป็นเจ้าของโดยอาศัยกรรมวิธี “DNA fingerprinting” แม้จะอยู่ในวิสัยที่จะทำได้แต่ยังขาดความแน่นอนและมีปัญหาหลายประการ นอกจากนี้ การพิสูจน์ความเป็นเจ้าของจะกระทำได้อย่างยิ่งยวดขึ้นหากเป็นการพิสูจน์เกี่ยวกับพืชดัดแปลงพันธุกรรม (genetically modified organisms) ที่มีการผสมผสานยีนของสิ่งมีชีวิตต่างสายพันธุ์หรือพืชต่างชนิดกัน มีข้อสังเกตว่ายีนของสิ่งมีชีวิตนั้นมีความสำคัญต่อการปรับปรุงพันธุ์พืชในปัจจุบัน โดยเฉพาะการใช้กรรมวิธีทางพันธุวิศวกรรมหรือการดัดแปลงพันธุกรรม ปัญหาทางกฎหมายอยู่ที่การพิสูจน์ว่ายีนที่ใช้ในการปรับปรุงพันธุ์นั้นได้มาจากทรัพยากรพันธุกรรมพืชของประเทศใด ทั้งนี้ การพิสูจน์ที่มาของยีนจะกระทำได้อีกเมื่อมีการศึกษาลำดับยีน (Gene sequence) ของพืชชนิดนั้น และแม้จะมีการศึกษาลำดับยีน ลำดับยีนของพืชที่ทำการศึกษาไว้อาจจะเปลี่ยนแปลงได้โดยง่าย โดยที่ไม่แสดงการเปลี่ยนแปลงในการแสดงออกของยีน ซึ่งปัญหานี้จะทำให้การพิสูจน์ที่มาและความเป็นเจ้าของยีนอย่างถูกต้องไม่อาจกระทำได้อย่างง่าย การพิสูจน์ความเป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมพืชจะกระทำได้ง่ายกว่าในกรณีที่พืชนั้นเป็นพันธุ์พืชเฉพาะถิ่นที่มีอยู่ในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งเพียงแห่งเดียว แต่กรณีเช่นนี้มักจะไม่มีเกิดขึ้นบ่อยนัก

สำหรับประเทศไทยในปัจจุบันการรับรองสิทธิของเกษตรกรยังคงมีอยู่ในขอบเขตที่จำกัด เช่น พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้รับรองสิทธิของเกษตรกรเฉพาะในบางเรื่องเท่านั้น ดังเช่นในมาตรา ๓๓ (๔) ที่แม้จะรับรองสิทธิของเกษตรกรที่จะใช้ส่วนขยายพันธุ์พืชที่ตนเองเป็นผู้ผลิตเพื่อการเพาะปลูกหรือขยายพันธุ์ แต่บทบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจอรัฐที่จะจำกัดปริมาณเมล็ดพันธุ์ที่จะใช้ไม่เกินสามเท่า ในกรณีที่รัฐเห็นสมควรที่จะส่งเสริมการปรับปรุงพันธุ์พืชดังกล่าว นอกจากนี้ กฎหมายไทยยังไม่ถือว่าการแลกเปลี่ยนและการขายเมล็ดพันธุ์พืชโดยเกษตรกรเป็นสิทธิที่เกษตรกรมี ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติในสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชฯ นอกจากนี้ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ ยังรับรองสิทธิเกษตรกรในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยให้เกษตรกรในนามของชุมชนท้องถิ่นขอรับความคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่และพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นได้ อีกทั้งเกษตรกรยังมีสิทธิที่จะได้รับประโยชน์จากกองทุนคุ้มครองพันธุ์พืช รวมทั้งมีสิทธิที่จะมีตัวแทนในคณะกรรมการคุ้มครองพันธุ์พืช แต่สิทธิของเกษตรกรตามบทบัญญัติสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตรมีความหมายที่กว้างกว่าสิทธิในกฎหมายไทย โดยรวมถึงสิทธิในด้านการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช สิทธิในการร่วมแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช และสิทธิในการร่วมตัดสินใจเรื่องการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ซึ่งทรัพยากรพันธุกรรมพืชในระดับชาติ

ในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญา เช่นเดียวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาสาขาอื่นๆ การคุ้มครองพันธุ์พืชจำเป็นต้องมีการคำนึงถึงผลทางเศรษฐกิจสังคมของประเทศในระยะยาว ไม่ว่าจะเป็นผลที่จะมีต่อการผูกขาดข้อมูลความรู้ ผลต่อการวิจัยและพัฒนา ผลต่อการพัฒนาปรับปรุงพันธุ์พืช

ให้สอดคล้องเหมาะสมกับความต้องการของภาคการเกษตรของประเทศ รวมทั้งต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อเกษตรกร ทั้งในด้านราคาเมล็ดพันธุ์ ต้นทุนการผลิต และโอกาสที่เกษตรกรของประเทศจะเข้าถึงเมล็ดพันธุ์พืชใหม่ที่ปรับปรุงขึ้น

ทรัพย์สินทางปัญญา (intellectual property) เป็นสิทธิทางกฎหมายที่มีอยู่เหนือผลงานการสร้างสรรค์ทางปัญญาของบุคคล ผู้ทรงสิทธิมีสิทธิที่จะกีดกันผู้อื่นจากการใช้ผลงานทางปัญญาที่ตนได้สร้างสรรค์หรือพัฒนาขึ้น ซึ่งสิทธิดังกล่าวเรียกกันทางวิชาการว่า “สิทธิเด็ดขาด” (exclusive rights) การมีสิทธิในผลงานทางปัญญามีได้หมายความถึงการเป็น “เจ้าของ” (own) ผลงานนั้นดังเช่นทรัพย์สินทั่วไป หากแต่เป็นการที่บุคคลผู้มีสิทธิสามารถที่จะควบคุมการผลิต ดัดแปลง จำหน่าย เผยแพร่ หรือใช้ผลงานดังกล่าว วัตถุประสงค์ของการใช้กฎหมายสิทธิบัตรและกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช เพื่อส่งเสริมการประดิษฐ์คิดค้นเทคโนโลยีที่เป็นประโยชน์ต่อสังคม แต่กฎหมายจะไม่อาจบรรลุในเจตนารมณ์ดังกล่าวได้ หากเทคโนโลยีภายใต้สิทธิไม่ได้ถูกนำไปใช้ประโยชน์ หรือหากสิทธิผูกขาดได้กีดกันประชาชนไม่ให้ใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีนั้น เช่น เพราะสินค้ามีราคาแพง

โครงการนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาวิเคราะห์หลักการพื้นฐานและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาและทรัพยากรชีวภาพ เพื่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนและเกิดการแบ่งปันอย่างเป็นธรรม รวมถึงการให้ความเคารพต่อสิทธิชุมชนและในเรื่องภูมิปัญญาท้องถิ่น ศึกษาวิเคราะห์ปัญหาการผูกขาด และการเข้าถึงผลิตภัณฑ์ยา และผลิตภัณฑ์ทางการเกษตร โดยศึกษาถึงพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าไปผูกพัน และผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการเข้าไปผูกพันในพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าว นอกจากนี้ ยังมีความประสงค์ที่จะจัดทำ Check Lists หรือแผนภูมิหลักการพื้นฐานของความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีพันธกรณีหรือกำลังจะเข้าไปมีพันธกรณี เช่น The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), Convention on Biological Diversity (CBD) เป็นต้น และกฎหมายภายในประเทศที่จะต้องอนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณี ตลอดจนกฎหมายภายในประเทศที่จะต้องปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม

Intellectual property rights (IPRs) are legal rights granted by State for the protection of human intellectual creation. The right holder has the so-called exclusive rights to exclude others from using the subject-matters protected by the intellectual property rights. The rights provided by IPRs does not include the right to own in the general sense, but the right to control the ways the protected articles are manufactured, adapted, sold, distributed or used. The main objective of intellectual property laws such as laws on patents and plant variety protection is to encourage inventive activities which lead to creation and invention of useful technologies. However, such an objective cannot be fulfilled if the protected technologies are not being used for social benefit, or being monopolized, thus, preventing public access to the socially-desired products.

The project aims to explore legal principles and public policies relating to the protection of IPRs in relation to pharmaceutical products and biological resources in order to achieve the sustainable goals, as well as to establish the systems of benefit-sharing and to recognize community rights in the resources and traditional knowledge. It studies legal principles and obligations under international agreements that Thailand has adhered. It also examines the monopolistic effects and problems of accessibility to essential medicines in Thailand and other developing countries. The ultimate aim of the project is to draw check lists of the related issues under both domestic and international laws that affect Thailand, including the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), Convention on Biological Diversity (CBD), etc.

บทที่ ๑

บทนำ

๑. หลักการและเหตุผล

โครงการการปฏิรูปกฎหมายเพื่อเสริมสร้างพลังสังคมด้านสิทธิมนุษยชน เป็นโครงการที่ตั้งขึ้นจากถ้อยแถลงเกี่ยวกับวิสัยทัศน์และพันธกิจของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย และความร่วมมือระหว่าง UN Partnership Framework กับรัฐบาลไทย สำนักงานโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (United Nations Development Program) และคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย จึงได้จัดทำโครงการการปฏิรูปกฎหมายเพื่อเสริมสร้างพลังสังคมด้านสิทธิมนุษยชนขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะพัฒนาศักยภาพของเจ้าหน้าที่และองค์กร เสริมสร้างขีดความสามารถและศักยภาพของภาคประชาชน ในการเรียกร้องและได้รับการเยียวยาอย่างเป็นธรรม และสนับสนุนการพัฒนาสู่สังคมด้านสิทธิมนุษยชน

ผลที่คาดหวังประการหนึ่งจากโครงการนี้คือ เพื่อให้สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายสามารถสนับสนุนการปฏิบัติงานของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายให้ตรงตามเจตนารมณ์ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ โดยเฉพาะการจัดทำโครงการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายในการพัฒนาเครื่องมือสำหรับใช้พิจารณาทบทวนกฎหมาย ระเบียบ และนโยบายด้านกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ว่ามีความสอดคล้องกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และสนธิสัญญาอนุสัญญา ข้อตกลง และพิธีสารระหว่างประเทศอย่างไร เพื่อเป็นแนวทางประกอบการพิจารณาแก้ไขปรับปรุง พัฒนามาตรฐานกฎหมายให้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น

ในโลกยุคปัจจุบันวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีมีความเจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว ในขณะที่กระแสแห่งการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืนกลับทวีความสำคัญมากขึ้นตามลำดับ เนื่องจากได้เล็งเห็นถึงประโยชน์อันมากมายมหาศาลของความหลากหลายทางชีวภาพ จึงมีการแสวงหาวิธีการที่จะใช้ทรัพยากรธรรมชาติให้มากที่สุด แต่ขณะเดียวกันก็ต้องอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติไว้ เพื่อสามารถนำทรัพยากรชีวภาพกลับมาใช้ประโยชน์ได้อย่างยั่งยืน

ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจะเป็นวิธีการหนึ่งที่ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อคุ้มครองสิ่งที่มนุษย์สร้างสรรค์ขึ้น แต่ในส่วนที่จะนำกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเข้ามาใช้เพื่อคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนและเกิดการแบ่งปันอย่างเป็นธรรม รวมถึงการให้ความเคารพต่อสิทธิชุมชน และในเรื่องภูมิปัญญาท้องถิ่น ยังเป็นสิ่งที่จะต้องพัฒนาระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในการคุ้มครองเรื่องดังกล่าวเพิ่มเติม

ประเทศไทยถือว่ามิถุนาศาสตร์ที่เป็นแหล่งทรัพยากรชีวภาพที่ค่อนข้างหลากหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับพันธุ์พืช โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงเวลาที่ผ่านมาหลายร้อยปี กลุ่มคนที่อาศัยรวมกันเป็นชุมชนไม่ว่าจะเป็นชุมชนดั้งเดิม ชุมชนท้องถิ่น ได้มีการสะสมองค์ความรู้ที่เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเพื่อการผลิตอาหารและยารักษาโรค ความรู้ในลักษณะเช่นนี้ได้มีการถ่ายทอดกันมาเป็นระยะเวลาหลายชั่วคน และมีการแลกเปลี่ยนความรู้จากชุมชนหนึ่งไปยังอีกชุมชนหนึ่งอยู่เสมอ โดยไม่มีการหวงกันความรู้นั้นไว้เพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ องค์ความรู้

ในลักษณะเช่นนี้อาจเรียกได้ว่าเป็น “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” (Traditional Knowledge) และมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช (Plant Genetic Resources) อย่างมาก แต่ในการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศไทยกลับมีลักษณะเป็นวิถีชีวิตของคนในชุมชน น้อยมากที่จะมีการบันทึกความรู้ดังกล่าวให้มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษร จะมีก็แต่การบันทึกตำรายาแผนโบราณไว้บ้าง แต่ส่วนใหญ่เป็นการสืบทอดภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยการบอกเล่าเป็นส่วนใหญ่

ในปัจจุบันมีผลิตภัณฑ์ยาและผลิตภัณฑ์ทางการเกษตรจำนวนมากที่ได้รับการวิจัยและพัฒนามาจากภูมิปัญญาท้องถิ่น บรรษัทที่ทำการวิจัยมักจะนำผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาขึ้นมาไปขอรับสิทธิบัตรเพื่อป้องกันมิให้ผู้อื่นใช้ผลิตภัณฑ์นั้น ในบางครั้งอาจเรียกว่า “โจรสลัดทางชีวภาพ” (Bio-piracy) ทำให้เกิดปัญหาการผูกขาดและการเข้าถึงยาและเมล็ดพันธุ์พืช ซึ่งแม้ประเทศไทยจะทราบถึงปัญหาดังกล่าว แต่ประเทศไทยกลับยังขาดบทบัญญัติกฎหมายที่จะช่วยในการปกป้องหรือเพื่อคุ้มครองสิทธิที่ชุมชนควรจะได้รับ เช่น ในเรื่องของการจ่ายค่าตอบแทนหรือการแบ่งปันผลประโยชน์แก่ชุมชน ผู้ทำการอนุรักษ์และพัฒนาภูมิปัญญาดังกล่าวโดยตรง

มีความพยายามที่จะให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศมากที่สุด ภายใต้กรอบอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity: CBD) โดยเฉพาะในมาตรา ๘ (j) ของอนุสัญญาดังกล่าว กำหนดให้ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ต้อง “เคารพ ปกป้อง และรักษาไว้ซึ่งความรู้ นวัตกรรม และประเพณีปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่น ซึ่งประกอบกันเป็นวิถีชีวิตดั้งเดิมที่มีความเกี่ยวพันกับการอนุรักษ์ และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพ และส่งเสริมให้มีการนำความรู้ นวัตกรรม และประเพณีปฏิบัติเหล่านี้ไปใช้ประโยชน์ให้กว้างขวางยิ่งขึ้น โดยได้รับอนุมัติจากผู้ถือครองความรู้เหล่านี้กับทั้งจะต้องส่งเสริมให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ อันเกิดขึ้นจากการใช้ประโยชน์จากความรู้ นวัตกรรม และประเพณีปฏิบัตินั้นอย่างเป็นธรรม” แต่หลักการดังกล่าวเป็นเพียงหลักการกว้างๆ ที่ให้ประเทศสมาชิกนำไปปฏิบัติเท่านั้น ซึ่งให้ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของประเทศสมาชิกแต่ละประเทศ ในอันที่จะสร้างกลไกทางกฎหมายเพื่อให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นมีผลในทางปฏิบัติอย่างจริงจัง

แม้ว่าประเทศไทยจะได้ตระหนักถึงความสำคัญในการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพ และภูมิปัญญาท้องถิ่น และเกิดกระแสนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ และภูมิปัญญาท้องถิ่นเพิ่มมากขึ้น แต่ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่จะคุ้มครองสิ่งต่างๆ ที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ยังมีไม่เพียงพอ ไม่ว่าจะเป็นความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพ หรือแม้แต่กฎหมายภายในประเทศที่เกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ความลับทางการค้า และสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช เป็นต้น

ในส่วนที่เกี่ยวกับยาและการสาธารณสุข ความตกลงทริปส์ได้ทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศต่างๆ เป็นไปในแนวทางเดียวกัน (Harmonisation of law) แต่ในการปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลงทริปส์ ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกอาจใช้มาตรการที่ยืดหยุ่นต่างๆ (Flexibilities) เช่น อาจบัญญัติกฎหมายภายในให้สมดุลระหว่างสิทธิและหน้าที่ของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา รวมทั้งกำหนดมาตรการที่ส่งเสริมให้เกิดสวัสดิภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ เช่น กำหนดบทบัญญัติคุ้มครองการสาธารณสุข โภชนาการ และประโยชน์สาธารณะในสาขาที่มีความสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และเทคโนโลยีของประเทศ ประเทศสมาชิกยังอาจกำหนดมาตรการเพื่อ

ป้องกันการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไปในทางมิชอบหรือป้องกันการกระทำที่ขัดขวางการถ่ายทอดเทคโนโลยีได้ (TRIPS Agreement, Articles 8 and 40)

ปัญหาการเข้าถึงยาอันเนื่องจากสิทธิบัตรได้เกิดขึ้นกับประเทศไทยและประเทศกำลังพัฒนามาโดยตลอดนับแต่ความตกลงทริปส์มีผลใช้บังคับ และการแก้ไขปัญหาการเข้าถึงยาอันเนื่องจากสิทธิบัตรนั้นหาได้จำกัดอยู่แต่เพียงปัญหาข้อกฎหมายและเจตจำนงทางการเมืองเท่านั้นไม่ หากแต่ยังรวมถึงประเด็นเกี่ยวกับศักยภาพทางเทคโนโลยีด้านยาอีกด้วย เมื่อมีการหยิบยกประเด็นดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของที่ประชุมรัฐมนตรีขององค์การการค้าโลก ซึ่งนำไปสู่การจัดทำปฏิญญาโดฮาว่าด้วยความตกลงทริปส์และสาธารณสุข (Doha Declaration on The TRIPS Agreement and Public Health) เมื่อวันที่ ๒๑ พฤศจิกายน ๒๕๔๔ โดยปฏิญญาโดฮามีสาระสำคัญว่า ความตกลงทริปส์มิได้กีดขวางประเทศสมาชิกที่จะใช้มาตรการต่างๆ เพื่อปกป้องการสาธารณสุขของประเทศ ปฏิญญายังระบุว่าความตกลงทริปส์ยินยอมให้ประเทศสมาชิกใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ นอกจากนี้ ประเทศสมาชิกยังอาจใช้วิธีการนำเข้าซ้อน (parallel import) เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของตลาดในประเทศ

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นในการทำคู่มือ (Checklists) เพื่อศึกษากฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาและปัญหาการคุ้มครองยาและเมล็ดพันธุ์พืช เพื่อใช้ประกอบในการทำความเข้าใจกฎหมายในการพัฒนาร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการคุ้มครองเมล็ดพันธุ์พืชและผลิตภัณฑ์ยาต่อไป

๒. วัตถุประสงค์ของโครงการ

โครงการนี้มีวัตถุประสงค์ดังนี้

๑) เพื่อศึกษาวิเคราะห์หลักการพื้นฐานและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพ เพื่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนและเกิดการแบ่งปันอย่างเป็นธรรม รวมถึงการให้ความเคารพต่อสิทธิชุมชนและในเรื่องภูมิปัญญาท้องถิ่น

๒) เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาการผูกขาดและการเข้าถึงผลิตภัณฑ์ยาและผลิตภัณฑ์ทางการแพทย์ โดยศึกษาถึงพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าไปผูกพันและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการเข้าไปผูกพันในพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าว

๓) เพื่อจัดทำ Checklists หรือแผนภูมิหลักการพื้นฐานของความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีพันธกรณีหรือกำลังจะเข้าไปมีพันธกรณี เช่น The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), Convention on Biological Diversity (CBD) เป็นต้น และกฎหมายภายในประเทศที่จะต้องอนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณี ตลอดจนกฎหมายภายในประเทศที่จะต้องปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม เช่น พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. ๒๕๔๖ และพระราชบัญญัติยา พ.ศ. ๒๕๑๐ เป็นต้น

๓. ขอบเขตการดำเนินงาน

๑) ศึกษาวิเคราะห์หลักการพื้นฐานและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพ เพื่อส่งเสริมการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรอย่างยั่งยืน และมีการ

แบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรม เคารพต่อสิทธิชุมชน และอนุรักษ์ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศึกษาความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่

- ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพ
- อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ Convention on Biological Diversity (CBD) และพิธีสารนาโงยาว่าด้วยการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและการแบ่งปันผลประโยชน์
- อนุสัญญาอุพูฟ (UPOV) ว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ ความตกลงด้านสิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์และความลับทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพ และสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช
- สถานภาพเกี่ยวกับการวิจัยด้านยาและการปรับปรุงพันธุ์พืช
- ปัญหาการผูกขาดเมล็ดพันธุ์
- ปัญหาการผูกขาดทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น

๒) ศึกษาวิเคราะห์ปัญหาการผูกขาดและการเข้าถึงผลิตภัณฑ์ยา โดยศึกษาถึงพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าไปผูกพัน และผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการเข้าไปผูกพัน ได้แก่

- ความตกลงทริปส์ (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPS) และปฏิญญาโดฮาว่าด้วยความตกลงทริปส์และการสาธารณสุข (Doha Declaration on The TRIPS Agreement and Public Health)
- อนุสัญญากรุงปารีสและอนุสัญญาความร่วมมือด้านสิทธิบัตร

๓) จัดทำคู่มือ Checklists เปรียบเทียบหลักการพื้นฐานของความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีพันธกรณีหรือกำลังจะเข้าไปมีพันธกรณี ตามข้อ ๑) และ ๒) ข้างต้น กับกฎหมายภายในประเทศที่จะต้องอนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณี ตลอดถึงกฎหมายภายในประเทศที่จะต้องปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม ในประเด็นด้านยาดังนี้

- ยาและการสาธารณสุข
- การคุ้มครองผลิตภัณฑ์ยา
- การคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์
- การคุ้มครองแบรนด์และชื่อสามัญทางยา
- การคุ้มครองข้อมูลทางยา
- เงื่อนไขการขอรับสิทธิบัตรและการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตร
- การเพิกถอนสิทธิบัตร
- มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยรัฐ
- มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยเอกชน
- มาตรการนำเข้าซ้อน
- มาตรการควบคุมราคาสินค้าและกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ในประเด็นด้านเกษตรกรรม ดังนี้

- การคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่

- การคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพ: การเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์
- การคุ้มครองพันธุ์พืชดั้งเดิมและภูมิปัญญาท้องถิ่น
- มาตรการป้องกันการผูกขาดเมล็ดพันธุ์
- การคุ้มครองข้อมูลเกี่ยวกับเคมีภัณฑ์ทางการเกษตร

และประเด็นในกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง เช่น พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ พ.ร.บ. คุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. ๒๕๔๖ พ.ร.บ. ยา พ.ศ. ๒๕๑๐ เป็นต้น

๔. วิธีการดำเนินการวิจัย

๑) การวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษารวบรวมและวิเคราะห์ข้อมูลในรูปเอกสาร

๒) การประชุม Focus group กับผู้ทรงคุณวุฒิที่เกี่ยวข้อง ๑ ครั้ง

๕. ระยะเวลาศึกษา

๒๑๐ วัน นับแต่วันลงนามในสัญญาจ้าง

หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

บทนี้จะว่าด้วยหลักการพื้นฐานของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องปัญหาสำคัญสองเรื่อง ซึ่งเป็นประเด็นหลักของการศึกษาในโครงการนี้ ได้แก่ ปัญหาการเข้าถึงยาและประเด็นการฉกฉวยทรัพยากรพันธุกรรมที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ในส่วนแรกจะกล่าวถึงหลักการพื้นฐานของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่างๆ เช่น สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ความลับทางการค้า และสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์ เป็นต้น ในส่วนที่สอง จะกล่าวถึงความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่ ความตกลงทริปส์ อนุสัญญากรุงปารีส อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ และสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร

๑. ลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญา

ทรัพย์สินทางปัญญา (intellectual property) เป็นสิทธิทางกฎหมายที่มีอยู่เหนือผลงานการสร้างสรรค์ทางปัญญาของบุคคล รวมทั้งการประดิษฐ์ (invention) การออกแบบ (designs) เครื่องหมายการค้าและบริการ (trade and service marks) สิ่งบ่งชี้แหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ (geographical indications) และการแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea) เป็นต้น ผลงานการสร้างสรรค์ทางปัญญาหลายประเภทเป็นสิ่งที่กฎหมายให้การคุ้มครอง รวมทั้งบรรดาสิ่งที่เกี่ยวข้องกับข้อมูล ความรู้ อุปกรณ์ และเครื่องมือต่างๆ ซึ่งสามารถนำไปใช้ประโยชน์ในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิทางกฎหมายเช่นเดียวกับทรัพย์สินโดยทั่วไป โดยเป็นสิทธิทางกฎหมายที่มีอยู่เหนือสิ่งที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ทางปัญญาของมนุษย์ ผู้ทรงสิทธิมีสิทธิที่จะกีดกันผู้อื่นจากการใช้ผลงานทางปัญญาที่ตนได้สร้างสรรค์หรือพัฒนาขึ้น ซึ่งสิทธิดังกล่าวเรียกกันในทางวิชาการว่า “สิทธิเด็ดขาด” (exclusive rights) มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า การมีสิทธิในผลงานทางปัญญามีได้หมายความถึงการเป็น “เจ้าของ” (own) ผลงานนั้นดังเช่นทรัพย์สินทั่วไป หากแต่เป็นการที่บุคคลผู้มีสิทธิสามารถที่จะควบคุมการผลิต ดัดแปลง จำหน่าย เผยแพร่ หรือใช้ผลงานดังกล่าว

การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไม่จำเป็นต้องกระทำในลักษณะของการให้สิทธิเด็ดขาดเสมอไป กฎหมายอาจให้ความคุ้มครองด้วยการกำหนดห้ามบุคคล มิให้กระทำการบางอย่างที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นก็ได้ ตัวอย่างเช่น กฎหมายความลับทางการค้าไม่ได้มีลักษณะเป็นการให้สิทธิเด็ดขาดแก่ปัจเจกชน หากแต่เป็นกฎหมายที่ห้ามการปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ไม่ซื่อตรง (acts contrary to honest commercial practices)^๑ หรือกฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้แหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ก็ได้เป็นกฎหมายที่ให้สิทธิเด็ดขาดเช่นเดียวกัน หากแต่ห้ามการใช้สิ่งบ่งชี้แหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้าอย่างไม่ถูกต้อง หรือโดยทำให้ประชาชนสับสนหลงผิดเกี่ยวกับแหล่งกำเนิดของสินค้า (use in a manner which misleads the public as to the geographical origin of the good)^๒

^๑ TRIPS Agreement, Art. 39.

^๒ *Ibid.*, Arts. 22 and 23.

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สิน (jus in rem) จึงสามารถจำหน่ายจ่ายโอนหรือก่อให้เกิดภาระติดพันใดๆ ได้ ยกเว้นสิทธิบางประเภทที่กฎหมายห้ามโอน เช่น ธรรมสิทธิ (moral rights) ในกฎหมายลิขสิทธิ์ และยกเว้นสิทธิบางประเภทที่อาจทำการโอนได้แต่ต้องโอนภายใต้เงื่อนไขบางประการ เช่น การโอนเครื่องหมายการค้าจะกระทำได้อต่อเมื่อมีการโอนกิจการที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นไปด้วย เป็นต้น^๓ และโดยสถานภาพที่เป็นทรัพย์สิน จึงทำให้ผลงานทางปัญญาเป็นสิ่งที่มีความค่าในทางเศรษฐกิจ ซึ่งผู้ทรงสิทธิอาจนำออกแสวงหาประโยชน์ได้ การใช้ประโยชน์จากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้น อาจกระทำได้สองวิธี คือ ด้วยการที่ผู้ทรงสิทธินำเอาการประดิษฐ์หรือเทคโนโลยีนั้นไปผลิตผลิตภัณฑ์ออกจำหน่ายด้วยตนเอง หรือถ้าผู้ทรงสิทธิไม่ประสงค์ที่จะทำการผลิตสินค้าออกจำหน่าย อาจจะทำสัญญาอนุญาตให้ผู้อื่นที่สนใจจะใช้ประโยชน์จากผลงานทางปัญญานั้น ให้ทำการผลิตผลิตภัณฑ์ออกจำหน่ายแทนได้ โดยผู้ทรงสิทธิเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการใช้สิทธิจากบุคคลดังกล่าวเป็นการตอบแทน

ทรัพย์สินทางปัญญาต้องเป็นผลงานทางปัญญาของบุคคล สิ่งที่ไม่ได้เกิดจากการสร้างสรรค์ทางปัญญาหากแต่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติย่อมไม่ใช่ทรัพย์สินทางปัญญา นอกจากนี้ สิ่งที่มีได้เกิดขึ้นจากสติปัญญาของมนุษย์หากแต่เป็นผลงานของเครื่องจักรกล เช่น ผลการคำนวณของเครื่องคิดเลข หรือผลการพยากรณ์อากาศของเครื่องคอมพิวเตอร์ เป็นต้น ย่อมไม่อาจถือว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญา^๔ อย่างไรก็ตาม สิ่งที่เกิดจากการสร้างสรรค์ทางปัญญาของบุคคล หากได้มีสถานภาพเป็นทรัพย์สินทางปัญญาไปทั้งหมดไม่ เฉพาะแต่ผลงานทางปัญญาที่เข้าเกณฑ์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่านั้น จึงจะมีสถานภาพเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่ตกเป็นสิทธิของผู้สร้างสรรค์หรือผู้ประดิษฐ์คิดค้น ผลงานทางปัญญาที่ไม่เข้าเกณฑ์ของกฎหมายจะไม่ตกเป็นสิทธิของผู้สร้างสรรค์หรือผู้ประดิษฐ์ หากแต่มีฐานะเป็นทรัพย์สินสาธารณะ (public domain) ที่บุคคลใดๆ อาจนำไปใช้ได้โดยเสรี โดยไม่ถือว่าเป็นการผิดกฎหมายหรือเป็นการผิดต่อศีลธรรมแต่ประการใด ตัวอย่างเช่น คำศัพท์ต่างๆ ล้วนแต่เป็นผลงานทางปัญญาของบุคคลทั้งสิ้น แต่เนื่องจากคำศัพท์ไม่มีลักษณะเข้าเกณฑ์ที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย จึงไม่อาจได้รับการคุ้มครองในฐานะทรัพย์สินทางปัญญา ในประเด็นนี้ศาลฎีกาเคยมีคำวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ ๘๓๗/๒๕๐๗ ว่า “สิทธิในเปเตนตีไม่ใช่สิทธิตามกฎหมายไทย จึงไม่อาจมีการทำละเมิด” ซึ่งคำพิพากษานี้ได้วินิจฉัยไว้ก่อนที่ประเทศไทยจะบังคับใช้กฎหมายสิทธิบัตร ได้แก่ พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ ผลงานทางปัญญาที่อายุการคุ้มครองตามกฎหมายได้สิ้นสุดลงจะไม่มีสถานภาพเป็นทรัพย์สินทางปัญญาอีกต่อไป แต่จะกลายเป็นทรัพย์สินสาธารณะ

กล่าวโดยสรุป การที่สิ่งใดจะเป็นทรัพย์สินทางปัญญาหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับเงื่อนไขต่อไปนี้

- ๑) สิ่งดังกล่าวเป็นสิ่งที่กฎหมายและนโยบายของรัฐรับรองว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาหรือไม่
- ๒) สิ่งดังกล่าวมีคุณสมบัติครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ และ

^๓ กฎหมายเครื่องหมายการค้าของบางประเทศกำหนดว่า การโอนสิทธิในเครื่องหมายการค้าจะทำได้ต่อเมื่อได้โอนพร้อมกับธุรกิจกิจการที่จดทะเบียนเครื่องหมายการค้า นั้น กฎหมายไทยฉบับก่อนก็ได้ใช้หลักการเดียวกันนี้ อย่างไรก็ตาม พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงหลักการในเรื่องนี้ โดยอนุญาตให้ทำการโอนสิทธิในเครื่องหมายการค้ากันได้โดยไม่ต้องโอนกิจการที่เกี่ยวข้องกับสินค้าที่จดทะเบียนไปพร้อมกันด้วย (พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ มาตรา ๔๙)

^๔ อย่างไรก็ตาม กรณีที่บุคคลคนหนึ่งได้ทำการสร้างสรรค์ทางปัญญา โดยใช้เครื่องจักรกลเป็นเครื่องมือ เช่น ทำการออกแบบก่อสร้างโดยใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ ผลงานการออกแบบที่เกิดขึ้นนี้อาจมีฐานะเป็นทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิของบุคคลนั้นได้

๓) สิ่งดังกล่าวเป็นสิ่งที่ได้รับการคุ้มครองโดยอยู่ในระหว่างอายุการคุ้มครองหรือไม่

๒. ประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาและการผูกขาดทางการค้า

การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีลักษณะของการที่รัฐเข้าแทรกแซงระบบเศรษฐกิจด้วยการให้สิทธิเด็ดขาดแก่ปัจเจกชน ในอันที่จะกีดกันผู้อื่นจากการใช้สอยหรือแสวงหาประโยชน์จากผลิตภัณฑ์ที่อยู่ภายใต้สิทธิบัตร ซึ่งการเข้าแทรกแซงนี้อาจทำให้เกิดการจำกัดทางการค้า และอาจทำให้การจำหน่ายสินค้าประเภทนั้นถูกรองรับโดยผู้ประกอบการรายหนึ่งรายใดแต่เพียงผู้เดียว มีข้อสังเกตว่า เนื่องจากการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทมีความแตกต่างกัน การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภท จึงก่อให้เกิดการผูกขาดในสภาพที่แตกต่างกันด้วย

เนื่องจากโครงการนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่มีผลกระทบต่อผลิตภัณฑ์ยาและเมล็ดพันธุ์พืช ในที่นี้จะขอแบ่งประเภททรัพย์สินทางปัญญาตามลำดับความสำคัญของการคุ้มครองผลิตภัณฑ์ดังกล่าว ดังนี้ *ประเภทแรก* ทรัพย์สินทางปัญญาที่คุ้มครองเทคโนโลยีผลิตภัณฑ์ยาและการปรับปรุงพันธุ์พืช ได้แก่ สิทธิบัตร สิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช และความลับทางการค้า *ประเภทที่สอง* ทรัพย์สินทางปัญญาที่คุ้มครองชื่อเสียงและกิตติคุณของสินค้า ได้แก่ เครื่องหมายการค้า และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และ *ประเภทที่สาม* ทรัพย์สินทางปัญญาที่คุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม กล่าวคือ ลิขสิทธิ์ ดังรายละเอียดต่อไปนี้

๒.๑ ทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อการคุ้มครองเทคโนโลยี

๒.๑.๑ สิทธิบัตร

ประเทศไทยเริ่มให้การคุ้มครองสิทธิบัตรเป็นครั้งแรก ในปี พ.ศ. ๒๕๒๒ ภายใต้ พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ เท่าที่ผ่านมาได้มีการแก้ไขกฎหมายทั้งสิ้น ๒ ครั้ง คือ ในปี พ.ศ. ๒๕๓๕ และ พ.ศ. ๒๕๔๒

โดยทั่วไปกฎหมายสิทธิบัตรให้การคุ้มครองเทคโนโลยีการประดิษฐ์ แต่กฎหมายของประเทศกำลังพัฒนาบางประเทศรวมทั้งกฎหมายไทย มิได้คุ้มครองเฉพาะการประดิษฐ์เท่านั้น หากแต่คุ้มครองการออกแบบทางอุตสาหกรรม (industrial designs) ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรด้วย ซึ่งการคุ้มครองในลักษณะนี้แตกต่างกับกฎหมายของบรรดาประเทศอุตสาหกรรมที่ได้แยกการคุ้มครองการออกแบบทางอุตสาหกรรมไปไว้ภายใต้กฎหมายอีกระบบหนึ่ง

การประดิษฐ์ (invention) หมายความว่า “การคิดค้นหรือคิดทำขึ้น อันเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใดชิ้นใหม่ หรือกระทำการใดๆ ที่ทำให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธี”^๕ การประดิษฐ์เป็นความคิดใหม่ซึ่งสามารถนำไปใช้แก้ปัญหาทางเทคนิคที่มีอยู่ได้ เช่น ความคิดเกี่ยวกับเครื่องมือที่ใช้ในการเก็บเกี่ยวผลผลิตทางการเกษตร ซึ่งสามารถช่วยร่นระยะเวลาเก็บเกี่ยวพืชผล และช่วยลดปริมาณแรงงานซึ่งต้องใช้เพื่อการนั้น เป็นต้น

ตามกฎหมายสิทธิบัตรและจากแนวคำวินิจฉัยของศาล การประดิษฐ์แตกต่างจากการค้นพบ (discovery) ซึ่งเป็นการอธิบายปรากฏการณ์ธรรมชาติในทางทฤษฎี หรือโดยใช้กฎเกณฑ์ทางวิทยาศาสตร์หรือคณิตศาสตร์ในการอธิบาย ตัวอย่างเช่น การพบว่าน้ำเดือดในอุณหภูมิ ๑๐๐ องศา

^๕ พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๓

เซลเซียสเป็นการค้นพบ แต่การนำเอาหลักการที่ได้จากการค้นพบดังกล่าวไปพัฒนาขึ้นเป็นเครื่องจักรไอน้ำถือว่าเป็นการประดิษฐ์ที่กฎหมายสิทธิบัตรให้การคุ้มครอง

การประดิษฐ์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรจะต้องมีคุณสมบัติ ๓ ประการ คือ เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ (novelty) มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (inventive step) และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ (industrial applicability)^๖ ถ้าการประดิษฐ์ใดขาดคุณสมบัติอย่างหนึ่งอย่างใดดังกล่าว เช่น เป็นการประดิษฐ์ที่ขาดความใหม่เนื่องจากการเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ต่อสาธารณชนแล้ว การประดิษฐ์นั้นย่อมไม่ใช่สิ่งอาจขอรับสิทธิบัตรได้ เป็นต้น

การออกแบบทางอุตสาหกรรม หมายความว่า ลักษณะภายนอกของผลิตภัณฑ์ ได้แก่ รูปร่าง ลวดลาย หรือสี ที่อาจใช้เป็นแบบสำหรับผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมและหัตถกรรมได้ การออกแบบทางอุตสาหกรรมจะไม่เกี่ยวข้องกับหน้าที่การทำงานของวัตถุ หากแต่เกี่ยวกับรูปร่างลักษณะของสิ่งดังกล่าว แบบทางอุตสาหกรรมที่อาจได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายต้องเป็นการออกแบบขึ้นใหม่ (novelty) เท่านั้น

บุคคลที่ประสงค์จะได้รับสิทธิบัตรต้องขอรับการคุ้มครองจากรัฐ โดยยื่นคำขอต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐตามแบบและพิธีการที่กฎหมายกำหนด เมื่อได้รับคำขอเจ้าหน้าที่จะดำเนินการตรวจสอบคุณสมบัติของสิ่งที่นำมาขอรับการคุ้มครองนั้น รวมทั้งทำการประกาศคำขอเพื่อให้บุคคลทั่วไปได้คัดค้านการขอรับสิทธิบัตร แต่ถ้าไม่มีผู้คัดค้านและเจ้าหน้าที่เห็นว่าการประดิษฐ์หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์นั้นมีคุณสมบัติถูกต้องครบถ้วนตามกฎหมาย เจ้าหน้าที่ก็จะออกสิทธิบัตรให้ อันมีผลทำให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรกลายเป็นผู้ทรงสิทธิ มีสิทธิต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ทุกประการ

สิทธิบัตรที่ออกโดยรัฐจะให้อำนาจผู้ทรงสิทธิในอันที่จะกีดกันบุคคลอื่นมิให้ใช้ประโยชน์จากการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตร ซึ่งเท่ากับว่าผู้ทรงสิทธิเป็นผู้มีสิทธิเด็ดขาด (exclusive rights) มีอำนาจที่จะใช้ประโยชน์จากการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์นั้นแต่เพียงผู้เดียว หากบุคคลใดนำเอาการประดิษฐ์ภายใต้สิทธิบัตรไปใช้ในทางหนึ่งทางใดโดยมิได้รับความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิ ถือว่าบุคคลดังกล่าวกระทำความผิด ต้องรับผิดชอบทั้งในทางแพ่งและทางอาญา อย่างไรก็ตาม การกระทำบางอย่างก็ได้รับการยกเว้นจากการละเมิด เช่น การใช้การประดิษฐ์หรือการออกแบบเพื่อประโยชน์ในการศึกษา ค้นคว้า ทดลอง หรือวิจัย เป็นต้น^๗

สิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายสิทธิบัตรมีลักษณะเป็นสิทธิผูกขาดโดยสมบูรณ์ (absolute monopoly right) ที่ปกป้องผู้ทรงสิทธิจากการแข่งขันของบุคคลอื่น ทั้งนี้ โดยไม่คำนึงว่าผู้กระทำความผิดมีเจตนาที่จะลอกเลียนการประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรหรือไม่ ตัวอย่างเช่น นาย ก. ได้ขอรับสิทธิบัตรในการประดิษฐ์อันหนึ่งไว้ ต่อมา นาย ข. ได้คิดค้นการประดิษฐ์แบบเดียวกันได้ โดยนาย ข. ได้คิดค้นการประดิษฐ์นั้นด้วยตนเอง เช่นนี้ นาย ข. อาจถูกนาย ก. ซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิบัตรห้ามมิให้ใช้ประโยชน์จากการประดิษฐ์ของตนได้ ถึงแม้ว่านาย ข. จะไม่ได้ลอกเลียนการประดิษฐ์ของนาย ก. ก็ตาม

ถึงแม้ว่าสิทธิบัตรจะให้สิทธิผูกขาดโดยสมบูรณ์ แต่สิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายมีผลใช้บังคับเพียงในช่วงระยะเวลาอันจำกัดเท่านั้น ซึ่งกำหนดระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิบัตรตามกฎหมายไทย มีกำหนดระยะเวลา ๒๐ ปีสำหรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ และ ๑๐ ปีสำหรับสิทธิบัตรการออกแบบ

^๖ จักรกฤษณ์ ควรพจน์ *กฎหมายสิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์* สำนักพิมพ์นิติธรรม ๒๕๓๘ หน้า ๙๐-๑๑๔

^๗ พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๓๖ วรรคสอง (๑) และ ๖๓

ผลิตภัณฑ์ เมื่อพ้นกำหนดเวลาคู่ครองการประดิษฐ์หรือการออกแบบตามสิทธิบัตรจะตกเป็นทรัพย์สินสาธารณะ (public domain) ซึ่งสมาชิกคนหนึ่งคนใดของสังคมอาจนำไปใช้ประโยชน์ ไม่ว่าจะเป็นการใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ หรือใช้เพื่อการพัฒนาเทคโนโลยีนั้นให้ก้าวหน้ายิ่งขึ้น

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศต่างๆ ส่วนใหญ่ กำหนดให้ผู้ทรงสิทธิบัตรนำเอาเทคโนโลยีการประดิษฐ์ที่ได้รับความคุ้มครองไปใช้งานให้เกิดประโยชน์ภายในประเทศ หากผู้ทรงสิทธิบัตรเลยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของตน สิทธิบัตรนั้นก็อาจจะถูกรัฐบังคับให้บุคคลอื่นนำไปใช้ประโยชน์เสียก็ได้ ซึ่งมาตรการดังกล่าวนี้เรียกว่า “มาตรการบังคับใช้สิทธิ” (compulsory licensing) หรือรัฐอาจทำการริบเอาสิทธิบัตรที่ไม่มีการใช้งานนั้นกลับคืนมาเป็นของรัฐเสียก็ได้ ซึ่งเรียกว่า “การริบคืนสิทธิบัตร” (forfeiture)^๔

สำหรับผู้ประดิษฐ์หรือผู้ที่ได้พัฒนาเทคโนโลยีใหม่ขึ้น การได้รับสิทธิบัตรจะเปิดโอกาสให้บุคคลดังกล่าวทำการผูกขาดเทคโนโลยีนั้น และถ้าผู้ทรงสิทธิมีเงินทุนเพียงพอก็อาจจะดำเนินการขอรับความคุ้มครองในหลายประเทศ การได้รับสิทธิผูกขาดในหลายประเทศในเวลาเดียวกันจะทำให้ผู้ทรงสิทธิมีช่องทางที่จะแสวงหาประโยชน์จากเทคโนโลยีของตนได้หลายประการ รวมทั้งเข้าไปทำการผลิตสินค้าจำหน่ายในประเทศที่ตนมีสิทธิบัตร ส่งสินค้าสำเร็จรูปเข้าไปจำหน่าย โอนสิทธิบัตรให้แก่บุคคลอื่น หรือทำสัญญาอนุญาตให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดในประเทศนั้นใช้เทคโนโลยีตามสิทธิบัตรของตน โดยเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการใช้สิทธิเป็นการตอบแทน

แม้สิทธิบัตรจะให้ประโยชน์เชิงพาณิชย์แก่ผู้ทรงสิทธิ แต่การคุ้มครองสิทธิบัตรก็มีข้อจำกัดหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการที่ต้องเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมากเพื่อขอรับสิทธิบัตร การเสียค่าธรรมเนียมรายปีเพื่อต่ออายุการคุ้มครอง^๕ และค่าใช้จ่ายในการบังคับสิทธิ เป็นต้น และข้อจำกัดที่สำคัญอีกประการก็คือ สิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายนั้นหาได้เป็นสิทธิที่มีความแน่นอนแต่อย่างใดไม่ เนื่องจากในระหว่างอายุสิทธิบัตร บุคคลทั่วไปอาจกล่าวอ้างและพิสูจน์ได้ตลอดเวลาว่า การออกสิทธิบัตรดังกล่าวได้กระทำไปโดยไม่ถูกต้อง หรืออ้างว่าสิทธิบัตรนั้นไม่สมบูรณ์ด้วยเหตุอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น เป็นการประดิษฐ์ที่ขาดคุณสมบัติตามกฎหมาย หรืออ้างว่าผู้ทรงสิทธิไม่ใช่บุคคลที่มีสิทธิที่จะขอรับสิทธิบัตร และหากข้อเท็จจริงเป็นเช่นที่กล่าวอ้าง สิทธิบัตรนั้นก็ไม่ใช่สิทธิบัตรที่สมบูรณ์ และอาจถูกเพิกถอนเสียได้ เป็นต้น

ข้อจำกัดอีกสองประการของการคุ้มครองสิทธิบัตร คือ ผู้ทรงสิทธิต้องทำการเปิดเผยรายละเอียดข้อมูลของการประดิษฐ์ต่อสาธารณชน และกฎหมายให้การคุ้มครองเพียงในช่วงระยะเวลาอันจำกัดเท่านั้น และด้วยข้อจำกัดเหล่านี้จึงทำให้ผู้เป็นเจ้าของเทคโนโลยีไม่อาจทำการผูกขาดเทคโนโลยีของตนได้ตลอดไป

๒.๑.๒ การคุ้มครองพันธุ์พืชหรือสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช

การพัฒนาปรับปรุงพันธุ์พืชเป็นกิจกรรมที่เคียงคู่กับมนุษย์มาตั้งแต่ยุคอดีตกาล อาจกล่าวได้ว่าเมื่อมนุษย์รู้จักการนำพืชมาใช้ประโยชน์ก็ได้เริ่มมีการพัฒนาปรับปรุงพันธุ์พืชนับแต่นั้นเป็นต้นมา แต่เดิมการปรับปรุงพันธุ์พืชเป็นไปด้วยวิธีการที่ไม่สลับซับซ้อนมากนัก อาทิ ด้วยการนำเอาพันธุ์พืช

^๔ จักรกฤษณ์ ควพจน์ กฎหมายสิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์ หน้า ๔๔-๕๐

^๕ กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศต่างๆ มักจะกำหนดให้ผู้ทรงสิทธิทำการชำระค่าธรรมเนียมรายปี ถ้าผู้ทรงสิทธิไม่ชำระค่าธรรมเนียมในปีใด สิทธิตามสิทธิบัตรนั้นก็จะมีอันจบล้างไป

ในสายพันธุ์ที่ใกล้เคียงกันมาผสมข้ามสายพันธุ์ (Cross breeding) โดยมุ่งหมายว่าจะได้มาซึ่งสายพันธุ์ใหม่ที่มีคุณสมบัติดีขึ้นกว่าเดิม แต่การปรับปรุงพันธุ์พืชด้วยวิธีการเช่นนี้ ต้องใช้เวลานานในการควบคุมคุณสมบัติของพันธุ์พืชให้เป็นไปตามที่ต้องการ ซึ่งนับเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาปรับปรุงพันธุ์พืช

นับตั้งแต่ปลายคริสต์ศตวรรษที่ ๑๙ เป็นต้นมา ความรู้และความเข้าใจในการทำงานของยีน (Gene) ซึ่งเป็นหน่วยทางพันธุกรรมของสิ่งมีชีวิตแทบทุกชนิดเริ่มมีมากยิ่งขึ้น การพัฒนาปรับปรุงสายพันธุ์ของพืชจึงไม่ได้จำกัดอยู่เพียงการปรับปรุงพันธุ์แบบดั้งเดิม (Conventional breeding) เท่านั้น นักปรับปรุงพันธุ์ได้นำความรู้ด้านพันธุศาสตร์สมัยใหม่มาใช้ในการปรับปรุงพันธุ์พืช ซึ่งทำให้การพัฒนาปรับปรุงพันธุ์พืชเป็นไปอย่างมีระบบมากยิ่งขึ้น แต่กระนั้นก็ตาม การปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ยังคงต้องใช้ระยะเวลาที่ยาวนานและต้องอาศัยเงินลงทุนจำนวนมาก มีการประมาณการว่า การพัฒนาปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ชนิดหนึ่งต้องใช้ระยะเวลาประมาณ ๑๐ ถึง ๑๕ ปี^{๑๐} การปรับปรุงพันธุ์พืชให้มีคุณสมบัติดีขึ้นได้ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มนุษยชาติอย่างมหาศาล เพราะเมื่อพืชมีคุณสมบัติขึ้นก็จะช่วยให้เกษตรกรสามารถเพิ่มผลผลิตที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์ได้ และหากการปรับปรุงพันธุ์พืชนั้นเป็นการพัฒนาพันธุ์พืชใหม่ที่มีความสวยงามมากยิ่งขึ้น จะทำให้พันธุ์พืชนั้นมีคุณค่าในทางสุนทรียภาพ^{๑๑} แต่พืชเป็นสิ่งมีชีวิตที่สามารถนำมาขยายพันธุ์ได้เป็นจำนวนมาก ดังนั้นเมื่อมีการจำหน่ายส่วนขยายพันธุ์พืชไปแล้ว ผู้ซื้อสามารถนำเอาส่วนขยายพันธุ์เหล่านั้น ไปขยายพันธุ์ต่อไปอีกได้โดยไม่จำกัด จึงเกิดกระแสการเรียกร้องให้มีการคุ้มครองพันธุ์พืชที่เพียงพอ เพื่อให้การลงทุนพัฒนาปรับปรุงพันธุ์พืชดำรงคงอยู่ต่อไป

ประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าในด้านการปรับปรุงพันธุ์พืชในยุโรป ต้องการที่จะสร้างระบบกฎหมายเฉพาะ (sui generis) ขึ้น ในปี ค.ศ. ๑๙๕๓ ประเทศเยอรมนีได้ออกกฎหมายว่าด้วยเมล็ดพันธุ์ (Seed Law 1953) และในปี ค.ศ. ๑๙๔๑ ประเทศเนเธอร์แลนด์ได้ออกกฎหมายว่าด้วยนักปรับปรุงพันธุ์^{๑๒} (Breeders Ordinance 1941 แต่กฎหมายเหล่านี้ก็ยังมีข้อจำกัดที่ไม่สามารถให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชอย่างเต็มที่ จนกระทั่งเมื่อปี ค.ศ. ๑๙๕๘ ในการประชุมคณะทูตเพื่อปรับปรุงอนุสัญญากรุงปารีสสำหรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมที่กรุงลิสบอน (Lisbon Diplomatic Conference on the Revision of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property) จึงได้มีการเสนอให้จัดทำกฎหมายพิเศษขึ้นเพื่อคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่โดยเฉพาะ จนกระทั่งในปี ค.ศ. ๑๙๖๑ ประเทศดังกล่าวจึงได้ร่วมกันจัดทำกฎหมายระหว่างประเทศฉบับหนึ่งที่กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส คือ “อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่” (International Convention for the Protection of New Varieties of Plants) หรือที่เรียกกันว่าอนุสัญญายูโปพ^{๑๓} ซึ่งต่อมามีการแก้ไขอนุสัญญายูโปพในปี ค.ศ. ๑๙๗๘ และ ค.ศ. ๑๙๙๑ อนุสัญญานี้ถือเป็นกฎหมายระหว่างประเทศฉบับแรกที่ทำให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชที่แตกต่างต่างไปจากระบบสิทธิบัตร หรืออาจเรียกได้ว่าเป็นระบบที่ให้ความคุ้มครอง “สิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์” (Plant breeders’ right)

^{๑๐} UPOV “The Need for Legal Protection for New Plant Varieties”, 2001 (available at <http://www.upov.org>)

^{๑๑} Phillips, Jeremy and Alison Firth (1990) “Introduction to Intellectual Property Law” Butterworths, London, p. 296.

^{๑๒} Heitz, Andre “Intellectual Property in New Plant Varieties and Biotechnological Inventions” European Intellectual Property Review 10(10), 297, 1988, p. 297.

^{๑๓} คำว่า UPOV มาจากชื่ออนุสัญญานี้ในภาษาฝรั่งเศสว่า Union Internationale pour la Protection des Obtentions Vegetales

การคุ้มครองพันธุ์พืชภายใต้อนุสัญญาอุโปฟ กระทำด้วยการให้สิทธิเด็ดขาดแก่ผู้ปรับปรุงพันธุ์ โดยมีลักษณะของสิทธิเด็ดขาดที่แตกต่างจากสิทธิตามสิทธิบัตร แต่เดิมอนุสัญญาอุโปฟกำหนดให้ประเทศสมาชิกคุ้มครองพันธุ์พืชเฉพาะในสายพันธุ์ที่ระบุไว้เท่านั้น^{๑๔} แต่อนุสัญญาฉบับปี ค.ศ. ๑๙๙๑ กำหนดว่าประเทศสมาชิกต้องคุ้มครองพันธุ์พืชในทุกสายพันธุ์^{๑๕} โดยในการขอขึ้นทะเบียนพันธุ์พืช ผู้ขอความคุ้มครองจะต้องกำหนดชื่อของพันธุ์พืชที่ขอรับการคุ้มครองโดยใช้ชื่อสามัญ (Variety denomination)^{๑๖} อนุสัญญาอุโปฟฉบับปี ค.ศ. ๑๙๗๘ กำหนดให้สิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์มีกำหนดเวลาไม่น้อยกว่า ๑๕ ปี ในกรณีที่พืชที่ได้รับการขึ้นทะเบียนเป็นพืชพันธุ์ทั่วไป และไม่น้อยกว่า ๑๘ ปี สำหรับพืชพันธุ์ ฝรั่ง กล้วย กล้วยไม้ พืชป่า และพืชประดับ^{๑๗} ภายใต้อนุสัญญาอุโปฟฉบับปี ค.ศ. ๑๙๙๑ อายุการคุ้มครองได้ถูกขยายเป็น ๒๐ ปี สำหรับพันธุ์พืชทั่วไป และ ๒๕ ปี สำหรับพันธุ์ฝรั่ง^{๑๘}

การเป็นพันธุ์พืชใหม่ตามอนุสัญญาอุโปฟแตกต่างจากความใหม่ (novelty) ในกฎหมายสิทธิบัตรตามกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช พันธุ์พืชที่สูญเสียความใหม่จนไม่อาจได้รับความคุ้มครอง ได้แก่ พันธุ์พืชที่ได้มีการนำส่วนขยายพันธุ์หรือผลผลิตที่ได้จากการเก็บเกี่ยว (propagating or harvested material) ไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ก่อนวันที่มีการขอขึ้นทะเบียนพันธุ์พืช^{๑๙} ซึ่งเงื่อนไขเรื่องความใหม่ตามกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช แตกต่างจากความใหม่ตามกฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายสิทธิบัตรถือว่าการเปิดเผยการประดิษฐ์ต่อสาธารณชนในลักษณะใดๆ ก่อนวันยื่นคำขอรับสิทธิบัตร จะทำให้การประดิษฐ์นั้นขาดความใหม่^{๒๐}

สำหรับเงื่อนไขที่ว่าพันธุ์พืชต้องมีลักษณะประจำพันธุ์แตกต่างจากพันธุ์อื่น (distinctiveness) หมายความว่า พันธุ์พืชนั้นมีความแตกต่างจากพืชในพันธุ์อื่นอย่างเด่นชัด ไม่ว่าในด้านสัณฐานวิทยา สรีระวิทยา เช่น มีใบ ดอก กิ่ง ก้าน ฯลฯ ที่แตกต่างจากพันธุ์พืชอื่น หรือมีคุณสมบัติอย่างหนึ่งอย่างใดที่แตกต่างจากพันธุ์อื่น เช่น มีความแตกต่างในการต้านทานต่อโรคพืช หรือในการต้านทานต่อความแห้งแล้ง เป็นต้น^{๒๑}

เงื่อนไขเรื่องความสม่ำเสมอของลักษณะประจำพันธุ์ (uniformity) หมายความว่า พืชทั้งหมดที่อยู่ในพันธุ์ที่มีการขอขึ้นทะเบียน ต้องมีลักษณะที่เหมือนกันอย่างสม่ำเสมอ เช่น ต้องมีสีรีด ใบ ดอก สี ฯลฯ และมีคุณสมบัติอย่างหนึ่งอย่างใดเหมือนกัน อันถือว่าเป็นลักษณะประจำพันธุ์ของพันธุ์พืชนั้น^{๒๒}

เงื่อนไขประการสุดท้าย ได้แก่ ความคงตัวของลักษณะประจำพันธุ์ (stability) นั้นหมายความว่า พันธุ์พืชนั้นมีลักษณะของการที่สามารถคงไว้ซึ่งลักษณะประจำพันธุ์ได้ในทุกครั้งที่มีการขยายพันธุ์ โดยแม้จะมีการขยายพันธุ์พืชต่อไปไม่ว่าจะกี่รุ่น พันธุ์พืชนั้นก็ยังคงไว้ซึ่งลักษณะประจำพันธุ์ของตน^{๒๓}

^{๑๔} UPOV Convention 1978, Art. 4.

^{๑๕} UPOV Convention 1991, Art. 3.

^{๑๖} Ibid., Art. 20.

^{๑๗} UPOV Convention 1978, Art. 8.

^{๑๘} UPOV Convention 1991, Art. 19.

^{๑๙} Elizabeth of Glamis-Rose, FSR (1966), 265.

^{๒๐} Phillips, J. and A. Firth, Introduction to Intellectual Property Law, Butterworths, London, 1995, pp. 356-357.

^{๒๑} Maris Druid Spring Barley, FSR (1969), 559.

^{๒๒} Zephyr Spring Barley, FSR (1967), 576.

^{๒๓} Ibid.

สิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์ตามกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชจะมีขอบเขตที่ไม่กว้างขวางเท่ากับสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตร กฎหมายกำหนดให้นักปรับปรุงพันธุ์มีสิทธิเหนือพืชโดยตรง นักปรับปรุงพันธุ์จะมีสิทธิเด็ดขาดเหนือส่วนที่ใช้ในการขยายพันธุ์ (propagating materials) ของพันธุ์พืชที่ได้รับการคุ้มครอง โดยสามารถกีดกันผู้อื่นมิให้นำเอาส่วนที่ใช้ในการขยายพันธุ์ของพืชที่ได้รับการคุ้มครองไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ส่วนที่ใช้ในการขยายพันธุ์พืชในที่นี้รวมถึงเมล็ดพันธุ์ หัว กิ่ง หน่อ ส่วนหนึ่งส่วนใดของพืชที่สามารถใช้ขยายพันธุ์ได้ และต้นพืช แต่ไม่รวมถึงผลไม้และดอกของพืช^{๒๔} ภายใต้อนุสัญญาฉบับปี ค.ศ. ๑๙๗๘ การกระทำต่อไปนี้ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์ กล่าวคือ การผลิตเพื่อขายหรือการขายส่วนที่ใช้ในการปรับปรุงพันธุ์โดยมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการขยายพันธุ์พืชนั้น^{๒๕} ตัวอย่างเช่น การผลิตหรือจำหน่ายผลิตผลของพืชเพื่อใช้ในการบริโภคหรือเพื่อการแปรรูป เช่น ขายข้าวเปลือกให้แก่โรงสีหรือขายผลไม้เพื่อแปรรูปเป็นอาหารกระป๋อง เป็นต้น สิทธิเด็ดขาดของนักปรับปรุงพันธุ์จะครอบคลุมถึงสิทธิในการใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืช โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการขยายพันธุ์พืชนั้นเท่านั้น^{๒๖} ผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชไม่มีสิทธิที่จะห้ามบุคคลอื่นไม่ให้ใช้หรือจำหน่ายผลิตผลของพืช เพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่นที่มีได้เป็นวัตถุประสงค์เพื่อการขยายพันธุ์

จะเห็นได้ว่ากฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชมีข้อแตกต่างจากระบบสิทธิบัตรเป็นอย่างมาก ในขณะที่กฎหมายสิทธิบัตรให้สิทธิผูกขาดที่สมบูรณ์ เพื่อเป็นเครื่องจูงใจให้เกิดการพัฒนาเทคโนโลยีที่มีประโยชน์ต่อสังคม กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชเพียงแต่ให้สิทธิในการควบคุมการขยายพันธุ์พืชแก่ผู้ทรงสิทธิ โดยผู้ทรงสิทธิไม่มีอำนาจใดๆ ในการควบคุมการจำหน่ายผลิตผลทางการเกษตรที่ได้จากพันธุ์พืชของตน

แต่อย่างไรก็ดี อนุสัญญาอุปอพฉบับปี ค.ศ. ๑๙๙๑ ได้ขยายสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์ให้กว้างขวางขึ้นกว่าสิทธิที่กำหนดไว้แต่เดิม โดยนักปรับปรุงพันธุ์จะมีสิทธิในการผลิตหรือขยายพันธุ์ กำหนดเงื่อนไขของการขยายพันธุ์ เสนอขาย ขายหรือจำหน่ายโดยวิธีอื่น ส่งออก นำเข้า มีไว้เพื่อกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ซึ่งส่วนขยายพันธุ์ของพืช^{๒๗} นอกจากนี้ สิทธิเด็ดขาดยังคลุมไปถึงบรรดาผลผลิตของพืชที่ได้จากการเพาะปลูก หากมีการใช้ประโยชน์จากผลผลิตของพืชโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิ^{๒๘} และหากมีการนำเอาผลผลิตดังกล่าวไปผลิตเป็นสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ใดๆ สิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์ก็จะขยายไปถึงสินค้าหรือผลิตภัณฑ์นั้นด้วย^{๒๙}

ภายใต้อนุสัญญาฉบับปี ค.ศ. ๑๙๙๑ การกระทำใดๆ เกี่ยวกับส่วนขยายพันธุ์ของพันธุ์พืชที่ได้รับการคุ้มครอง และสิ่งที่ได้มาโดยตรงจากการใช้ส่วนขยายพันธุ์นั้น ถือเป็นการละเมิดสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์แทบทั้งสิ้น อาจกล่าวได้ว่าระดับการคุ้มครองตามอนุสัญญาอุปอพฉบับปี ค.ศ. ๑๙๙๑ นี้ เกือบจะเป็นอย่างเดียวกันกับกฎหมายสิทธิบัตร ซึ่งมีข้อที่ควรตระหนักในประเด็นนี้ว่า การแก้ไขอนุสัญญาในปี ค.ศ. ๑๙๙๑ นั้น เป็นผลมาจากกระแสกดดันและการล็อบบี้ของบริษัทเมล็ดพันธุ์ข้ามชาติที่ต้องการเพิ่มระดับความคุ้มครองสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์ให้สูงขึ้น และเพราะเหตุที่มีการยกระดับการ

^{๒๔} Cornish, W.R., Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, Sweet & Maxwell, London, 1989, p. 148.

^{๒๕} UPOV Convention 1978, Art. 5.

^{๒๖} Phillips and Firth, op.cit., at pp. 358-359.

^{๒๗} UPOV Convention 1991, Art. 14 (1) (a).

^{๒๘} Ibid., Art. 14 (2).

^{๒๙} Ibid., Art. 14 (3).

คุ้มครองและขยายขอบเขตสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์นี้ ประเทศต่างๆ จึงไม่มีความมั่นใจที่จะให้สัตยาบัน แก่อนุสัญญาอุยพพฉบับปี ค.ศ. ๑๙๙๑ ด้วยเกรงผลกระทบที่อาจเกิดตามมา

ส่วนข้อยกเว้นสิทธิตามอนุสัญญาอุยพพนั้น โดยส่วนใหญ่จะคล้ายกับข้อยกเว้นตามกฎหมาย สิทธิบัตร โดยมีข้อแตกต่างที่สำคัญประการหนึ่งคือ อนุสัญญาอุยพพได้กำหนดกำหนดสิทธิพิเศษสำหรับ เกษตรกร (Farmers privileges) กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชได้รับรู้สิทธิของเกษตรกร โดยอนุญาตให้ เกษตรกรเก็บผลผลิตที่ได้จากการเพาะปลูกในแปลงของตนไว้ทำการเพาะปลูกในฤดูกาลถัดไปได้ โดยไม่ ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์ และโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจาก ผู้ทรงสิทธิเสียก่อน เจตนารมณ์ของข้อยกเว้นนี้คือ เพื่อลดระดับการผูกขาดและให้การคุ้มครองประโยชน์ ของเกษตรกรและสาธารณชน มิได้ให้รับผลกระทบจากการให้สิทธิเด็ดขาดเหนือผลผลิตผลทางการเกษตร

วัตถุประสงค์หลักของอนุสัญญาฉบับนี้คือ ให้ประเทศสมาชิกคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ด้วยการให้ สิทธิเด็ดขาดแก่นักปรับปรุงพันธุ์ และถึงแม้ว่าเหตุผลของการให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ จะเป็นไป เพื่อการส่งเสริมให้มีการประดิษฐ์คิดค้นพันธุ์พืชที่มีประโยชน์ต่อภาคการเกษตรและอุตสาหกรรม แต่ก็มีข้อโต้แย้งว่า การให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ตามระบบของอนุสัญญาอุยพพจะส่งเสริมให้มีการ ปลูกพืชเชิงเดี่ยว ซึ่งเป็นการบั่นทอนความหลากหลายทางชีวภาพ^{๓๐} และจะส่งผลกระทบต่อระบบ นิเวศน์ในระยะยาว การให้ความคุ้มครองเช่นนี้ยังอาจเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาทางเศรษฐกิจของ ประเทศกำลังพัฒนา เพราะว่าประเทศเหล่านี้ล้วนแต่ต้องพึ่งพาผลผลิตทางการเกษตร เพื่อสร้างรายได้ ให้แก่ประเทศ แต่กลับมีระดับการพัฒนาเทคโนโลยีทางการเกษตรที่ต่ำเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศที่ พัฒนาแล้ว การให้สิทธิผูกขาดในพันธุ์พืชจึงดูเหมือนเป็นการเอื้อประโยชน์แก่บริษัทข้ามชาติที่มีความ พร้อมทั้งในแง่ของทุนและเทคโนโลยีมากกว่าที่จะส่งเสริมให้เกษตรกรในประเทศกำลังพัฒนานุรักษ์ และปรับปรุงพันธุ์ และหากการให้สิทธิผูกขาดเช่นนี้เป็นไปโดยปราศจากกลไกในการควบคุมที่เหมาะสม จะทำให้วิถีชีวิตของผู้คนในภาคการเกษตรเปลี่ยนไป อันจะมีผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงระบบ เกษตรกรรมในประเทศกำลังพัฒนา และอาจส่งผลเสียต่อการพัฒนาเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศได้

๒.๑.๓ ความลับทางการค้า

กฎหมายความลับทางการค้าให้การปกป้องการฉกฉวยเอาข้อมูลความลับของผู้อื่นไปใช้ ประโยชน์โดยมิชอบ การคุ้มครองความลับทางการค้าเป็นระบบกฎหมายที่สืบเนื่องใกล้เคียงกับระบบ สิทธิบัตร โดยให้ทางเลือกในรูปแบบการคุ้มครองแก่เจ้าของผลงานทางปัญญา กฎหมายความลับทาง การค้าเปิดโอกาสให้เจ้าของข้อมูลที่ไม่สามารถได้รับการคุ้มครองในระบบกฎหมายอื่น (อาทิ เพราะ ข้อมูลนั้นไม่มีคุณสมบัติที่อาจขอรับสิทธิบัตร) ให้ได้รับการคุ้มครองในลักษณะที่เป็นความลับทางการค้า นอกจากนี้ กฎหมายความลับทางการค้ายังเป็นมาตรการป้องกันการกระทำที่ไม่ชอบด้วยจริยธรรมทาง ธุรกิจการค้า เช่น ด้วยการเปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้าของผู้อื่นโดยไม่มีอำนาจ หรือใช้วิธีการที่มี ขอบเพื่อให้ได้ไปซึ่งความลับทางการค้าของผู้อื่น เป็นต้น

ความลับทางการค้า หมายความว่า ข้อมูลใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการผลิตหรือจำหน่ายสินค้าหรือ บริการ รวมทั้งข้อมูลทางเทคนิคซึ่งมีคุณสมบัติที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ เช่น แบบแผน เครื่องมือ อุปกรณ์

^{๓๐} Alker, Daniel and Franz Heidhues (2001) "Farmers' Rights and Intellectual Property Rights – Reconciling conflicting concepts" A Paper prepared for the conference on "Biotechnology, Science and Modern Agriculture: A New Industry at the Dawn of the Century" Ravello, Italy, p. 10.

สูตรหรือกรรมวิธีการผลิต กรรมวิธีการใช้ ฯลฯ และข้อมูลที่ขาดคุณสมบัติในการขอรับสิทธิบัตร เนื่องจากเป็นข้อมูลที่ขาดความใหม่ หรือเป็นข้อมูลที่ไม่สามารถนำไปประยุกต์ใช้เพื่อการผลิตทางอุตสาหกรรม เช่น เทคนิควิธีการปฏิบัติหรือโนว์ฮาว (know-how)^{๓๑} เป็นต้น

นอกจากนี้ ความลับทางการค้ายังรวมถึงข้อมูลอื่นๆ ที่มีใช้ข้อมูลทางเทคนิค เช่น ข้อมูลการตลาด รายชื่อลูกค้า ฯลฯ ซึ่งหากมีการนำเอาข้อมูลไปใช้ในทางธุรกิจอย่างหนึ่งอย่างใดแล้วจะทำให้เจ้าของธุรกิจนั้นมีความได้เปรียบเหนือคู่แข่งอื่นๆ^{๓๒} อาจกล่าวได้ว่า ข้อมูลทุกประเภทที่ถูกเก็บไว้เป็นความลับอาจมีฐานะเป็นความลับทางการค้าได้ทั้งสิ้น

แต่เดิมข้อมูลความรู้ที่ถูกเก็บไว้เป็นความลับนั้นมิได้ถูกถือว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญา ดังจะเห็นได้ว่า อนุสัญญากรุงปารีสไม่ได้บัญญัติรวมความลับทางการค้าไว้ในคำจำกัดความของคำว่า “ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม” ด้วย^{๓๓} อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองความลับทางการค้าได้ถูกผนวกไว้ในความตกลงทริปส์ โดยเรียกว่าการคุ้มครองข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผย (protection of undisclosed information) จึงอาจกล่าวได้ว่า ในปัจจุบันการคุ้มครองความลับทางการค้ามีฐานะเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง^{๓๔}

การคุ้มครองความลับทางการค้าของประเทศต่างๆ มีวิธีการที่แตกต่างกันไป โดยบางประเทศคุ้มครองภายใต้กฎหมายลักษณะอาญาและกฎหมายลักษณะละเมิด บางประเทศคุ้มครองภายใต้กฎหมายสัญญา และบางประเทศคุ้มครองภายใต้กฎหมายทั้งหมดที่กล่าวมานี้ร่วมกัน และในบางประเทศการคุ้มครองความลับทางการค้าได้กระทำภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

โดยทั่วไปเงื่อนไขสำคัญของการคุ้มครองความลับการค้า คือ ข้อมูลที่คุ้มครองนั้นต้องเป็นข้อมูลที่เป็นความลับ ลอร์ด กรีน (Lord Green MR) ผู้พิพากษาศาลของประเทศอังกฤษ ได้วางหลักการในประเด็นนี้ไว้ในคดี Saltman Engineering Co. Ltd v Campbell Engineering Co. Ltd.^{๓๕} ว่า “ข้อมูลที่เป็นความลับ หมายถึง ข้อมูลที่มีได้เป็นสาธารณสมบัติหรือเป็นความรู้ที่เป็นที่ทราบกันอยู่โดยทั่วไป”

ข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าต้องเป็นข้อมูลที่ถูกเก็บไว้อย่างปกปิด บุคคลทั่วไปไม่อาจเข้าไปศึกษาหรือรับรู้รายละเอียดของข้อมูลนั้นได้ (inaccessibility) นอกจากนี้ ข้อมูลนั้นต้องไม่ใช่ข้อมูลที่เป็นความรู้ทั่วไป (common knowledge) มีข้อสังเกตว่า การเป็นข้อมูลลับนั้นหาได้หมายความว่าข้อมูลนั้นต้องยังมิได้เป็นที่ล่วงรู้ต่อบุคคลภายนอกอย่างสิ้นเชิงไม่ ถึงแม้ว่าจะมีบุคคลอื่นนอกจากผู้เป็นเจ้าของข้อมูลได้ล่วงรู้ถึงรายละเอียดของข้อมูลนั้นแล้วก็ตาม ข้อมูลนั้นก็ยังอาจมีฐานะเป็นความลับทางการค้าได้ ภายใต้เงื่อนไขว่าผู้ที่ล่วงรู้ข้อมูลนั้นมีจำนวนไม่มากนัก และบุคคลเหล่านั้นมีความผูกพันหรือมีหน้าที่ที่จะต้องเก็บรักษาข้อมูลนั้นไว้เป็นความลับ

^{๓๑} โนว์ฮาว หมายความว่า ความรู้ทางเทคนิคหรือเคล็ดลับที่ช่วยเพิ่มประสิทธิภาพการผลิตทางอุตสาหกรรม เช่น ความชำนาญ ประสบการณ์ และข้อมูลต่างๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อการผลิต เป็นต้น

^{๓๒} Correa, C.M. “Legal Nature and Contractual Conditions in Know-how Transactions”, *Georgia Journal of International & Comparative Law*, Vol. 11 No. 3, 1981, pp. 457-463.

^{๓๓} Paris Convention, Art. 1(2).

^{๓๔} TRIPs Agreement, Art. 1.2.

^{๓๕} (1948) 65 RPC 203.

การคุ้มครองความลับทางการค้ามีขั้นตอนและวิธีการที่เรียบง่าย ไม่ซับซ้อน และไม่สิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย ดังเช่นวิธีการคุ้มครองสิทธิบัตร หากเป็นการคุ้มครองความลับทางการค้าด้วยการทำสัญญาการคุ้มครองอาจจะทำได้ด้วยการเก็บรักษาข้อมูลไว้เป็นความลับ และหากมีความจำเป็นต้องเปิดเผยข้อมูลนั้นแก่ผู้ใด เจ้าของข้อมูลต้องทำข้อตกลงผูกพันกับบุคคลนั้น โดยมีข้อกำหนดห้ามมิให้บุคคลดังกล่าวเปิดเผยข้อมูลนั้นต่อไปยังบุคคลที่สาม ซึ่งหากบุคคลดังกล่าวฝ่าฝืน เจ้าของความลับทางการค้าก็อาจฟ้องร้องบังคับคดีได้ตามสัญญาที่ทำไว้ต่อกัน

สำหรับกฎหมายลักษณะละเมิด กฎหมายจะคุ้มครองเจ้าของความลับทางการค้าให้ปลอดภัยจากการกระทำเพื่อให้ได้ไปซึ่งข้อมูลความลับ เช่น โดยใช้วิธีการดักฟัง การลอบเจาะเข้าไปในเครือข่ายคอมพิวเตอร์ ฯลฯ ซึ่งหากมีการกระทำความผิด ผู้กระทำก็จะมีผลความรับผิดในทางละเมิด

การคุ้มครองความลับทางการค้าเป็นประโยชน์ต่อเจ้าของข้อมูล เนื่องจากเป็นการคุ้มครองที่ไม่มีกำหนดเวลาสิ้นสุด ดังเช่นการคุ้มครองสิทธิบัตรและลิขสิทธิ์ และเจ้าของข้อมูลไม่จำเป็นต้องต่ออายุการคุ้มครองทุกๆ ระยะดังเช่นกรณีของเครื่องหมายการค้า

อย่างไรก็ดี การคุ้มครองความลับทางการค้าก็มีข้อบกพร่องหลายประการ รวมทั้งเป็นการคุ้มครองที่ขาดความแน่นอน ดังที่กล่าวแล้วว่า องค์ประกอบสำคัญของการคุ้มครองความลับทางการค้า คือ “การที่ข้อมูลนั้นได้ถูกเก็บรักษาไว้เป็นความลับ” เมื่อใดก็ตามที่ข้อมูลความลับนั้นได้ถูกเปิดเผยไปสู่บุคคลภายนอก ก็จะมีผลให้ข้อมูลนั้นสิ้นสุดการเป็นความลับทางการค้าอีกต่อไป ซึ่งผู้เป็นเจ้าของไม่มีสิทธิห้ามปรามบุคคลอื่นมิให้นำเอาข้อมูลที่ถูกเปิดเผยต่อสาธารณชนนั้นไปใช้ประโยชน์ เจ้าของข้อมูลมีสิทธิแต่เพียงที่จะว่ากล่าวเอาากับผู้ที่ทำหน้าที่ในการรักษาความลับของข้อมูลนั้นเท่านั้น

ความลับทางการค้าได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายไทยหลายฉบับขึ้นอยู่กับชนิดของข้อมูลและสถานภาพของผู้กระทำเป็นสำคัญ การคุ้มครองมีอยู่ในประมวลกฎหมายหมายอาญา มาตรา ๓๒๒ ถึงมาตรา ๓๒๕ และในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะสัญญาและละเมิด ซึ่งการคุ้มครองอย่างกระจัดกระจายในกฎหมายหลายฉบับเช่นนี้ ได้ทำให้ระบบการคุ้มครองความลับทางการค้าของไทยขาดความแน่นอน ในฐานะที่เป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลกที่มีพันธกรณีตามความตกลงทริปส์ ประเทศไทยจำเป็นต้องให้การคุ้มครองข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผยหรือความลับทางการค้าอย่างเพียงพอตามหลักการในความตกลงดังกล่าว ประเทศไทยได้เลือกจะคุ้มครองโดยกฎหมายลักษณะเฉพาะ โดยมีการตรา พ.ร.บ. ความลับทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๕

เนื่องจากกฎหมายความลับทางการค้ามิได้ให้สิทธิเด็ดขาดในความคิดดังเช่นกฎหมายสิทธิบัตร การก่อให้เกิดอำนาจผูกขาดจึงอาจมีไม่มากนัก แต่ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าคู่แข่งทางการค้าจะสามารถศึกษาผลิตข้อมูลการค้าจากผลิตภัณฑ์ที่จำหน่ายในท้องตลาด (reverse engineering) ได้เพียงใด นอกจากนี้กฎหมายความลับทางการค้ายังไม่ห้ามการศึกษาโดยอิสระ (independent discovery/research) ซึ่งแตกต่างไปจากกฎหมายสิทธิบัตร หากบุคคลหนึ่งบุคคลใดสามารถคิดค้นการประดิษฐ์ที่มีแนวคิดเป็นอย่างเดียวกันกับข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้านั้นได้ ผู้เป็นเจ้าของข้อมูลจะไม่อาจหวังกันมิให้บุคคลนั้นใช้ประโยชน์จากสิ่งที่เขาคิดค้นขึ้นโดยความคิดของเขาเองได้

สำหรับการคุ้มครองความลับทางการค้า แม้ว่าในหลักการจะไม่มีให้สิทธิเด็ดขาดโดยกฎหมาย เพียงแต่ป้องกันมิให้มีการนำข้อมูลความลับไปใช้ประโยชน์ด้วยวิธีการอันมิชอบ เช่น ด้วยการละเมิดต่อข้อตกลงระหว่างคู่กรณี หรือด้วยการฝ่าฝืนความไว้วางใจที่มีต่อกัน ฯลฯ อย่างไรก็ดี การ

คุ้มครองความลับทางการค้าอาจจะสร้างอำนาจการครอบงำตลาดให้แก่ผู้เป็นเจ้าของข้อมูลความลับนั้นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าความลับทางการค้านั้นเป็น “ความรู้วิธีการ” (Know-how) ซึ่งเป็นเทคนิควิธีการปฏิบัติ อันมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการผลิตสินค้า

๒.๒ ทฤษฎีสิทธิทางปัญญาที่คุ้มครองชื่อเสียงและกิตติวิสัย

๒.๒.๑ เครื่องหมายการค้า

เครื่องหมายการค้า ได้แก่ เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ในลักษณะต่างๆ เช่น ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประติมากรรม ตรา ชื่อ ฯลฯ ที่ใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายนั้นแตกต่างไปจากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น^{๓๖} ตัวอย่างของเครื่องหมายการค้า เช่น คำว่า “Puma” “Coca-Cola” “Ford” “Arrow” หรือสัญลักษณ์รูปสิงห์ที่ใช้กับเครื่องดื่ม เป็นต้น

เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ดังกล่าว หากนำไปใช้กับสินค้าจะเรียกว่า “เครื่องหมายการค้า” แต่ถ้าเป็นเครื่องหมายที่ใช้กับธุรกิจบริการ เช่น สัญลักษณ์ของธนาคารกสิกรไทยหรือสัญลักษณ์ของบริษัทการบินไทย ฯลฯ กฎหมายไทยไม่เรียกว่าเครื่องหมายการค้า หากแต่ใช้คำว่า “เครื่องหมายบริการ”

การคุ้มครองเครื่องหมายการค้า มีเจตนารมณ์ในการปกป้องชื่อเสียงในทางพาณิชย์ของเจ้าของสินค้าหรือบริการ มิให้มีการแอบอ้างนำเอาเครื่องหมายการค้าไปใช้กับสินค้าหรือบริการของผู้อื่น โดยมิได้รับความยินยอมจากเจ้าของ นอกจากนี้ เครื่องหมายการค้ายังเป็นสิ่งที่แสดงถึงแหล่งกำเนิดของสินค้า เพื่อให้ผู้บริโภคสามารถจำแนกความแตกต่างระหว่างสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้า นั้นกับสินค้าชนิดและประเภทเดียวกันซึ่งเป็นของผู้ประกอบการรายอื่น อันเป็นการป้องกันมิให้ประชาชนผู้บริโภคเกิดความสับสนในแหล่งกำเนิดของสินค้า เพราะสินค้าที่มีแหล่งกำเนิดต่างกันย่อมจะมีความแตกต่างกันไปในด้านคุณภาพของสินค้า

เครื่องหมายการค้าแสดงถึงความนิยมในตัวสินค้า (goodwill) เครื่องหมายการค้ามีส่วนทำให้ประชาชน ตัดสินใจเลือกซื้อสินค้านั้น ตัวอย่างเช่น การที่ประชาชนเลือกซื้อเครื่องดื่มที่มีสัญลักษณ์ “Coca-Cola” เพราะทราบว่าเครื่องดื่มที่มีสัญลักษณ์ดังกล่าวเป็นสินค้าที่มีคุณภาพและมีรสชาติตามที่ตนต้องการ ความนิยม (goodwill) ของผู้บริโภคที่มีต่อสินค้า มักจะเกิดจากการโฆษณาประชาสัมพันธ์ ผู้ประกอบการส่วนใหญ่จึงให้ความสำคัญกับการโฆษณาสินค้า ประมาณการณ์ว่า บริษัทขนาดใหญ่ใช้ค่าใช้จ่ายจำนวนมากไปกับการโฆษณาประชาสัมพันธ์ โดยอยู่ระหว่างร้อยละ ๑๒-๑๕ ของรายได้ในรอบปีของบริษัท^{๓๗}

กฎหมายเครื่องหมายการค้าจะให้สิทธิเด็ดขาดแก่เจ้าของเครื่องหมาย ในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้า นั้นกับสินค้าหรือบริการของตนแต่เพียงผู้เดียว แต่สิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อผู้เป็นเจ้าของได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของตนโดยชอบ ตามระเบียบและวิธีการในกฎหมาย

^{๓๖} พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ มาตรา ๔

^{๓๗} UNCTC, Transnational Corporations in the Pharmaceutical Industry of Developing Countries, UN Publication Sale No.E.84.II.A.10, 1984.

เครื่องหมายการค้าที่จะขอจดทะเบียนได้จะต้องมีคุณสมบัติตามกฎหมาย พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ มาตรา ๖ ได้กำหนดคุณสมบัติของเครื่องหมายการค้าที่จะพึงรับจดทะเบียนได้ไว้ ๓ ประการ คือ

- ๑) เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ
- ๒) เป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย และ
- ๓) ไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นได้จดทะเบียนไว้แล้ว

คุณสมบัติที่สำคัญที่สุดของเครื่องหมายการค้า คือ เครื่องหมายการค้านั้นต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ (distinctiveness) การที่เครื่องหมายการค้าใดจะมีลักษณะบ่งเฉพาะนั้นมีได้หมายความว่าเครื่องหมายการค้านั้นต้องเป็นเครื่องหมายการค้าใหม่ที่ยังไม่เคยปรากฏต่อสาธารณชนมาก่อน หากแต่หมายความว่า “เครื่องหมายการค้าอันมีลักษณะที่ทำให้ประชาชนหรือผู้ใช้สินค้านั้นทราบและเข้าใจว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างไปจากสินค้าอื่น”^{๓๘} ตัวอย่างเช่น คำว่า “โก้กะ” ที่นำมาใช้กับสินค้าชนิดหนึ่งนั้น หาได้เป็นถ้อยคำประดิษฐ์ขึ้นใหม่ไม่ แต่ก็อาจเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะได้ ซึ่งเงื่อนไขการมีลักษณะบ่งเฉพาะได้ถูกกำหนดขึ้น เพื่อให้เป็นไปตามหลักการพื้นฐานของกฎหมายเครื่องหมายการค้า ในอันที่จะป้องกันมิให้ประชาชนผู้บริโภคเกิดความสับสนหลงผิดในแหล่งกำเนิดของสินค้า^{๓๙}

การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าจะต้องกระทำด้วยการจดทะเบียน เมื่อได้จดทะเบียนแล้วผู้ซึ่งได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าก็จะเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้านั้นกับสินค้าหรือบริการที่ได้จดทะเบียนไว้ สำหรับผู้ใช้เครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน แม้จะไม่มีฐานะเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า แต่ก็มีสิทธิบางประการ รวมทั้งสิทธิที่จะขอให้ศาลสั่งให้ตนมีสิทธิในเครื่องหมายการค้าดีกว่าผู้อื่น สิทธิที่จะคัดค้านมิให้ผู้อื่นนำเครื่องหมายการค้าที่ตนได้ใช้อยู่ไปทำการจดทะเบียน หรือหากบุคคลอื่นได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าอาจขอให้ศาลเพิกถอนการจดทะเบียนนั้นได้ เป็นต้น^{๔๐}

อายุการคุ้มครองเครื่องหมายการค้ามีลักษณะพิเศษ เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดเวลาสิ้นสุดเอาไว้ สิทธิในเครื่องหมายการค้าจึงอาจมีอยู่ตลอดไป ภายใต้เงื่อนไขว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ทำการต่ออายุการจดทะเบียนทุกๆ ๑๐ ปี

อายุการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าแตกต่างจากการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาลักษณะอื่นโดยเหตุที่ว่า เครื่องหมายการค้าเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการในทางธุรกิจพาณิชย์เท่านั้น กฎหมายเครื่องหมายการค้ามิได้ให้สิทธิเด็ดขาดเหนือเทคโนโลยี การประดิษฐ์ การออกแบบ ข้อมูลความรู้ หรือการสร้างสรรคงานอย่างหนึ่งอย่างใด ดังเช่นกรณีของกฎหมายสิทธิบัตรและลิขสิทธิ์ ซึ่งหากมิได้มีการกำหนดเวลาสิ้นสุดของสิทธิดังกล่าวเอาไว้ จะทำให้เกิดการผูกขาดอย่างถาวรในข้อมูลความรู้ เป็นภาระแก่สังคม และปิดกั้นความก้าวหน้าทางวิทยาการในทางตรงกันข้ามกับสิทธิบัตรและ

^{๓๘} พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ มาตรา ๗

^{๓๙} รัชชัย ศุภผลศิริ คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า สำนักพิมพ์นิติธรรม พ.ศ. ๒๕๓๖ หน้า ๑๙-๕๕

^{๔๐} เรื่องเดียวกัน หน้า ๑๐๔-๑๐๖

ลิขสิทธิ์ กฎหมายเครื่องหมายทางการค้าไม่ได้ให้สิทธิเด็ดขาดแก่ผู้ทรงสิทธิ เพื่อให้ทำการผลิตและจำหน่ายสินค้าประเภทหนึ่งประเภทใดแต่เพียงผู้เดียว ผู้ทรงสิทธิมีสิทธิแต่เพียงที่จะใช้เครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนไว้กับสินค้าของตนเท่านั้น อย่างไรก็ตาม การใช้เครื่องหมายการค้าบวกกับการโฆษณาประชาสัมพันธ์ของผู้ทรงสิทธิ อาจจะส่งผลให้ประชาชนผู้บริโภคติดยึดกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า (brand loyalty) อันจะทำให้เกิดการผูกขาดโดยพฤตินัยขึ้นได้

๒.๒.๒ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

โดยทั่วไปแล้วการที่สินค้าชนิดหนึ่งชนิดใดจะมีคุณภาพดีหรือไม่ขึ้นอยู่กับวัตถุดิบ ฝีมือ และเทคโนโลยีที่ใช้ในการผลิตสินค้านั้นเป็นสำคัญ แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่าแหล่งพื้นที่การผลิตสินค้าบางชนิดอาจมีผลต่อเนื่องเชื่อมโยงกับคุณภาพของสินค้าได้ สินค้าที่ผลิตขึ้นจากบางพื้นที่อาจมีคุณภาพเฉพาะอันแตกต่างออกไปจากสินค้าที่ผลิตมาจากแหล่งผลิตอื่น ไม่ว่าจะเป็นด้วยสาเหตุจากคุณสมบัติของวัตถุดิบหรือความรู้ความเชี่ยวชาญของผู้ผลิตในพื้นที่นั้น การใช้เครื่องหมายหรือข้อความใดๆ ที่แสดงให้เห็นถึงแหล่งที่มาของสินค้าที่มีชื่อเสียงด้านคุณภาพ จึงมีผลโดยตรงต่อปริมาณการจำหน่ายสินค้านั้น ตัวอย่างของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เช่น ไข่เค็มไชยา ร่มบ่อสร้าง ข้าวหอมมะลิ เงาะโรงเรียน ทุเรียนหมอนทอง ฯลฯ

การที่มีผู้ประกอบการจำนวนมากพยายามที่จะอาศัยความมีชื่อเสียงของแหล่งกำเนิดสินค้าด้วยการใช้เครื่องหมายหรือข้อความใดๆ ที่แสดงว่าสินค้ามีที่มาจากแหล่งกำเนิดหนึ่ง ทั้งที่ตามความเป็นจริงแล้วสินค้านั้นมีแหล่งกำเนิดจากแหล่งกำเนิดอื่น หลายประเทศจึงต้องมีกฎหมายคุ้มครองไม่ให้มีการใช้เครื่องหมายหรือข้อความใดๆ ที่แสดงถึงแหล่งที่มาของสินค้าอันเป็นเท็จ ซึ่งกฎหมายเหล่านี้มักมีความแตกต่างกันออกไป อาทิ บางประเทศให้ความคุ้มครองภายใต้ระบบเครื่องหมายการค้า แต่บางประเทศคุ้มครองโดยกฎหมายป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม หรือโดยการออกเป็นกฎหมายลักษณะเฉพาะ เพื่อคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นการเฉพาะ^{๔๑} เช่น พ.ร.บ. คุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. ๒๕๔๖ เป็นต้น

กฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีเจตนารมณ์ที่สำคัญคือ เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้ทราบถึงแหล่งกำเนิดที่แท้จริงของสินค้า และเป็นการป้องกันไม่ให้มีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมด้วย นอกจากนี้ กฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ยังมีบทบาทที่สำคัญต่อการอนุรักษ์และพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่นด้วย เนื่องจากการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะเปรียบเสมือนเป็นการยอมรับความมีอยู่ของภูมิปัญญาท้องถิ่นที่โดยทั่วไปแล้ว มักจะเกี่ยวข้องกับการสินค้าเกษตร อาหาร และสินค้าหัตถกรรมเสมอ กฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะช่วยป้องกันมิให้มีการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้โดยมิชอบหรือปราศจากการจ่ายค่าตอบแทน นอกจากนั้น กฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะช่วยส่งเสริมให้ชุมชนรวมตัวกัน เพื่อต่อรองและรักษาผลประโยชน์ของตน อันเป็นกระบวนการที่จะช่วยให้ชุมชนมีความเข้มแข็งมากยิ่งขึ้น

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีความเกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศในหลายแง่มุมด้วยกัน ทั้งนี้เนื่องมาจากว่าประเทศที่มีสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับความนิยมในหมู่ผู้บริโภค ต่างก็ต้องการที่จะห้ามมิให้ผู้ประกอบการในประเทศอื่นใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของตนเองในการจำหน่ายสินค้า ขณะที่

^{๔๑} Conrad, A. "The Protection of Geographical Indications in the TRIPS Agreement" The Trademark Reporter, 86, 14, 1996, p. 14.

ประเทศที่มีการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของประเทศอื่น มักจะไม่ให้ความสำคัญแก่การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มากนัก และโดยส่วนใหญ่จะถือว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นชื่อสามัญ (Generic name) สำหรับสินค้าชนิดนั้น ประเทศเหล่านี้จึงเห็นว่าการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคให้สามารถเลือกซื้อสินค้าได้ถูกต้อง โดยไม่สับสนหลงผิดในแหล่งกำเนิดสินค้าสามารถทำได้โดยระบบกฎหมายเครื่องหมายการค้าอยู่แล้ว

ความตกลงทริปส์ให้ความหมายของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ว่า “...สิ่งบ่งชี้ที่บ่งระบุว่าสินค้ามีแหล่งกำเนิดในดินแดนของประเทศสมาชิกหนึ่ง หรือในภูมิภาคหรือท้องถิ่นในดินแดนนั้น อันเป็นดินแดนซึ่งคุณภาพ ชื่อเสียง หรือลักษณะอื่นใดของสินค้านั้นมีความเกี่ยวข้องอย่างสำคัญกับแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้านั้น”^{๔๒}

แม้ความหมายของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ข้างต้นจะมีที่มาจากนิยามศัพท์ของคำว่า “เครื่องหมายแหล่งกำเนิด” ที่กำหนดไว้ในมาตรา ๒ ของความตกลงลิสบอน แต่ความหมายของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ดังกล่าวนี้ มีขอบเขตที่กว้างขวางกว่า เพราะตามความตกลงทริปส์ สินค้าที่เพียงแต่ชื่อเสียง (Reputation) คุณภาพ (Quality) หรือลักษณะของสินค้า (Characteristics) ของสินค้าอย่างใดอย่างหนึ่งมีความเกี่ยวเนื่องกับพื้นที่อันเป็นที่มานั้นก็ได้รับความคุ้มครองแล้ว แต่ตามความตกลงลิสบอนได้กำหนดไว้ว่าสินค้าที่จะได้รับความคุ้มครองนั้น จะมีต้องทั้งคุณภาพ (Quality) และลักษณะของสินค้า (Characteristics) ที่เป็นผลมาจากสภาพแวดล้อมทางภูมิศาสตร์ด้วย^{๔๓}

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามความตกลงทริปส์จะต้องเป็นสิ่งบ่งชี้ที่ระบุที่มาของสินค้า (Goods) เท่านั้น ทั้งนี้ โดยไม่คำนึงถึงว่าสินค้านั้นจะมาจากภาคการผลิตใดหรือใช้กรรมวิธีใดในการผลิตสินค้านอกจากนั้น สิ่งบ่งชี้ดังกล่าวนี้ไม่จำเป็นจะต้องเป็นชื่อทางภูมิศาสตร์ (geographical name) เท่านั้น ดังนั้น เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ใดๆ ที่สามารถแสดงแหล่งที่มาของสินค้านั้นย่อมอาจเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ทั้งสิ้น ตัวอย่างเช่น การใช้เครื่องหมายห่อไอเฟล หรืออนุสาวรีย์เทพีเสรีภาพ เพื่อแสดงว่าสินค้านั้นมีที่มาจากประเทศฝรั่งเศสหรือประเทศสหรัฐอเมริกา อันเป็นการกระทำที่ทำให้สาธารณชนสับสนย่อมเป็นสิ่งต้องห้ามตาม อย่างไรก็ตาม ความตกลงทริปส์ไม่ให้ความคุ้มครองแก่สิ่งบ่งชี้ที่ระบุที่มาของบริการ (services) ดังนั้น แม้การบริการใดจะมีชื่อเสียง คุณภาพ หรือคุณลักษณะอันเป็นผลมาจากแหล่งพื้นที่ที่ให้บริภณนั้นก็ไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามความตกลงทริปส์ได้

ความตกลงทริปส์ยังได้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับเครื่องหมายการค้าไว้ด้วย โดยมาตรา ๒๒.๓ ห้ามมิให้ประเทศสมาชิกรับจดทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นเครื่องหมายการค้า รวมทั้งเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเช่นว่านี้ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นเครื่องหมายการค้าเช่นนี้ จะทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิด ว่าสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้านี้มีแหล่งที่มาของพื้นที่อันเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ดังกล่าว

^{๔๒} TRIPS Agreement, Art. 22(1).

^{๔๓} Blakeney, Michael (2001) “Geographical Indication and TRIPS” The Quaker United Nation Office, Geneva; Escudero, Sergio (2001) “International Protection of Geographical Indications and Developing Countries” South Centre, Working Paper No. 10, p. 27.

หลักการสำคัญอีกประการเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามความตกลงทริปส์คือ ประเทศสมาชิกไม่มีหน้าที่ต้องคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ไม่ได้รับความคุ้มครองในประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิด หรือการคุ้มครองนั้นได้ระงับหรือสิ้นสุดไปแล้วในประเทศแหล่งกำเนิดนั้น เช่น สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ใดได้กลายเป็นชื่อสามัญสำหรับสินค้าชนิดหนึ่ง ซึ่งทำให้กฎหมายของประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดนั้นไม่ให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ดังกล่าว หรือไม่ให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ขึ้นต่อไป ประเทศสมาชิกอื่นย่อมไม่มีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น หลักการเช่นนี้จึงเป็นการกำหนดให้การได้รับความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในต่างประเทศจะต้องขึ้นอยู่กับ การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นในประเทศด้วย

สำหรับสินค้าไวน์และสุรานั้น ความตกลงทริปส์มีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่สินค้าเหล่านี้เป็นพิเศษคือ ห้ามมิให้มีการใช้ถ้อยคำทำนองว่าสินค้านั้นมีคุณภาพ หรือลักษณะคล้ายคลึงกับสินค้าที่ผลิตขึ้นในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง อาทิ การใช้คำว่า “ชนิด” “แบบ” หรือ “การเลียนแบบ”^{๔๔} และห้ามมิให้มีการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า สำหรับสินค้าไวน์หรือสุราที่มีหรือประกอบด้วยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ระบุถึงไวน์หรือสุรา หากปรากฏว่าสินค้าไวน์หรือสุรานั้น ไม่ได้มีแหล่งกำเนิดดังที่เครื่องหมายการค้า นั้นแสดงไว้ โดยไม่คำนึงถึงว่าสาธารณชนจะสับสนหลงผิดในแหล่งกำเนิดของสินค้านั้นหรือไม่ก็ตาม^{๔๕}

บทบัญญัติข้างต้นให้ความคุ้มครองแก่สินค้าไวน์และสุราเป็นพิเศษ ทำให้สินค้าจำพวกนี้ได้รับความคุ้มครองกว้างขวางและเข้มงวดกว่าสินค้าอื่นมาก ทำให้บางประเทศเห็นว่าเป็นการคุ้มครองที่เลือกปฏิบัติระหว่างชนิดของสินค้า เพราะสินค้าอื่นจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองในลักษณะเช่นเดียวกัน ประเทศที่ไม่มีสินค้าไวน์และสุราเป็นสินค้าส่งออกบางประเทศ จึงเรียกร้องให้มีการขยายความคุ้มครองในลักษณะเดียวกันนี้ไปยังสินค้าอื่นให้เท่าเทียมกันด้วย

๒.๓ ทฤษฎีสิทธิทางปัญญาเพื่อการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม

๒.๓.๑ ลิขสิทธิ์

ลิขสิทธิ์แตกต่างจากสิทธิบัตรหลายประการ กฎหมายสิทธิบัตรคุ้มครองความคิด (idea) ที่อยู่ภายใต้การประดิษฐ์หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ กฎหมายลิขสิทธิ์ให้การคุ้มครองสำหรับการแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea) โดยมิได้คุ้มครองตัวความคิดโดยตรง ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิทางกฎหมายที่รัฐให้แก่บุคคลผู้สร้างสรรค์งานอันมีคุณค่าลักษณะต่างๆ ขึ้น ได้แก่ งานวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ โปรแกรมคอมพิวเตอร์

เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นผู้มีสิทธิเด็ดขาดที่จะหวงกั้นห้ามปรามมิให้บุคคลอื่นทำการลอกเลียนงานของตน ซึ่งเท่ากับว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะทำซ้ำและเผยแพร่งานนั้นแต่เพียงผู้เดียว โดยทั่วไปเจ้าของลิขสิทธิ์คือบุคคลที่ได้สร้างสรรค์งานขึ้นด้วยความรู้ความสามารถของตน แต่ในบางกรณีบุคคลที่ไม่ใช่ผู้สร้างสรรค์ก็อาจเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ เช่น ผู้ที่จ้างบุคคลอื่นให้สร้างสรรค์งานเป็นเจ้าของ

^{๔๔} TRIPS Agreement, Art. 23.1.

^{๔๕} TRIPS Agreement, Art. 23.2.

ลิขสิทธิ์ในงานนั้น หรืองานที่สร้างสรรค์ขึ้นโดยการจ้างหรือตามคำสั่งหรือในความควบคุมของกระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานของรัฐหรือของท้องถิ่นเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานนั้น เป็นต้น^{๔๖}

แม้ลิขสิทธิ์จะเป็นสิทธิเด็ดขาดเช่นเดียวกับสิทธิบัตร แต่สิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายทั้งสอง ลักษณะก็มีความแตกต่างกัน ข้อแตกต่างที่สำคัญคือ กฎหมายสิทธิบัตรจะให้สิทธิเด็ดขาด ในลักษณะที่เป็นสิทธิผูกขาด (monopoly right) ผู้ทรงสิทธิบัตรสามารถที่จะกีดกันบุคคลอื่น มิให้ทำการแสวงหาประโยชน์จากการประดิษฐ์ หรือแบบผลิตภัณฑ์ภายใต้สิทธิบัตรนั้นอย่างสิ้นเชิง แม้ว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้ที่คิดค้นการประดิษฐ์ หรือทำการออกแบบผลิตภัณฑ์นั้นได้ในภายหลังด้วยตัวของเขาเองก็ตาม สิทธิตามกฎหมายสิทธิบัตรจะให้อำนาจทางเศรษฐกิจแก่ผู้ทรงสิทธิเป็นอย่างมาก รวมทั้งอาจทำให้ ผู้ทรงสิทธิกลายเป็นผู้มีอำนาจผูกขาดในการจำหน่ายสินค้าแต่เพียงผู้เดียว ตัวอย่างเช่น การที่ ก. เป็นผู้ทรงสิทธิบัตรในเครื่องโทรสาร อาจจะมีผลให้ ก. สามารถครอบงำตลาดสินค้าประเภทนั้นแต่เพียงผู้เดียว โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้า ก. เป็นผู้ทรงสิทธิบัตรในอุปกรณ์ที่เป็นส่วนประกอบสำคัญของเครื่องโทรสารด้วย ซึ่งกรณีเช่นนี้ ก. จะสามารถกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นมิให้ทำการผลิตเครื่องโทรสารประเภทเดียวกัน นั้น หรือมิให้ผลิตสิ่งประดิษฐ์อย่างอื่นที่มีคุณสมบัติอย่างเดียวกันกับเครื่องโทรสาร ถ้าการผลิต ผลิตภัณฑ์อย่างอื่นนั้นจำเป็นต้องใช้วัสดุอุปกรณ์ชนิดเดียวกับอุปกรณ์ที่ใช้ในเครื่องโทรสาร ซึ่งเป็น อุปกรณ์ที่ ก. เป็นผู้ทรงสิทธิบัตรอยู่

ในทางตรงกันข้าม เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะหวงกันมิให้บุคคลอื่นทำการลอกเลียนงานของตน เท่านั้น ถ้าบุคคลใดได้สร้างสรรค์งานขึ้นมาจากความคิดสร้างสรรค์ของเขา (originality) โดยมีได้ลอกเลียนงานของผู้อื่น เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้นจะไปห้ามปรามมิให้บุคคลนั้นใช้ประโยชน์จากงานที่เขาสร้างสรรค์ขึ้นไม่ได้ ยิ่งกว่านั้นผู้ที่ได้สร้างสรรค์งานโดยอิสระนั้นจะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้นด้วย อาจกล่าวได้ว่าลิขสิทธิ์จะให้อำนาจผูกขาดแก่ผู้ทรงสิทธิในระดับที่ไม่สูงมากนัก เพราะเจ้าของลิขสิทธิ์เกือบจะไม่มีอำนาจผูกขาดเหนือธุรกิจประเภทหนึ่งประเภทใดเลย เจ้าของลิขสิทธิ์ มีสิทธิในการที่จะป้องกันการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน และมีสิทธิเด็ดขาดในอันที่จะนำเอางานที่ตนมีลิขสิทธิ์ออกเผยแพร่สู่สาธารณชนเท่านั้น ในตลาดของงานอันมีลิขสิทธิ์การแข่งขันทางการค้ายังคงมีอยู่เกือบจะสมบูรณ์ทุกประการ แต่กระนั้นก็ตามเจ้าของลิขสิทธิ์อาจใช้สิทธิทางกฎหมายที่ตนมีเพื่อครอบงำ และผูกขาดทางการค้าได้ เช่น ด้วยการมอบหมายให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งทำหน้าที่ถือสิทธิแทน และให้องค์กรนั้นทำการผูกขาดการใช้ลิขสิทธิ์นั้นในตลาดการค้า เป็นต้น

ผู้สร้างสรรค์งานประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้จะได้ไปซึ่งลิขสิทธิ์ในงานนั้นโดยทันที โดยผู้สร้างสรรค์ไม่จำเป็นต้องนำงานไปจดทะเบียนหรือขอรับความคุ้มครองจากรัฐ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักการของอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) ที่ห้ามการกำหนดเงื่อนไขของการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบใดๆ^{๔๗} เช่น ประเทศสมาชิกสหภาพเบอร์นจะกำหนดเงื่อนไขว่าการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ต้องกระทำด้วยการจดทะเบียน หรือจะกำหนดให้ใช้เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ใดๆ เพื่อแสดงถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ย่อมไม่อาจกระทำได้ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้วิธีการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์จึงแตกต่างไปจากการได้มาซึ่งสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าที่ต้องมีการจดทะเบียน และมีการตรวจสอบคุณสมบัติของสิ่ง ที่นำไปขอรับความคุ้มครองเสียก่อน

^{๔๖} พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ มาตรา ๑๐ และ ๑๔

^{๔๗} Berne Convention, Art. 5(2).

ระบบลิขสิทธิ์ซึ่งใช้กันอยู่ในบรรดาประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีหรือคอมมอนลอว์นั้น มุ่งเน้นในการป้องกันการลอกเลียนงานโดยมิชอบ และส่งเสริมให้เกิดการสร้างสรรคงานที่มีคุณค่าต่อสังคม ระบบนี้จึงให้ความคุ้มครองทั้งแก่บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล^{๔๘} ในทางตรงกันข้าม การคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธิของนักประพันธ์ของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ได้ให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลที่เป็นผู้สร้างสรรคงาน^{๔๙} บุคคลที่มีได้เป็นผู้สร้างสรรคแต่มีส่วนเกี่ยวข้องกับงานนั้น อาทิ นักแสดง ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง หรือองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพ จะไม่ได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นผู้สร้างสรรค หากแต่ได้รับการคุ้มครองในฐานะที่มีสิทธิข้างเคียง (neighbouring rights) ซึ่งการจำแนกความแตกต่างระหว่างผู้สร้างสรรคกับผู้ที่มีสิทธิข้างเคียงนั้น มีเฉพาะในกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบการคุ้มครองแบบสิทธิของนักประพันธ์เท่านั้น ส่วนประเทศที่ใช้ระบบการคุ้มครองลิขสิทธิ์ มิได้จำแนกความแตกต่างในลักษณะเช่นนี้^{๕๐}

ตัวอย่างของสิทธิข้างเคียง เช่น ผู้บันทึกเสียงเพลงที่บรรเลงโดยวงดนตรีจะได้รับความคุ้มครองในฐานะผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง (producer of phonograms) ซึ่งจะได้สิทธิตามกฎหมายแยกต่างหากจากผู้ประพันธ์เพลงดังกล่าว โดยผู้ประพันธ์เพลงได้รับการคุ้มครองในฐานะผู้สร้างสรรคงานลิขสิทธิ์ประเภทดนตรีกรรม และถึงแม้ว่างานที่มีการบันทึกเสียงนั้นจะไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์ เช่น การบันทึกเสียงเสียงคลื่นกระทบชายฝั่ง ผู้ที่ทำการบันทึกเสียงก็จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ในฐานะผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงภายใต้ระบบสิทธิข้างเคียง^{๕๑} เป็นต้น

เหตุผลของการให้สิทธิแก่นักแสดง ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง และองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพคือ บุคคลเหล่านี้เป็นผู้ที่นำงานออกเผยแพร่ต่อสาธารณชน ซึ่งการเผยแพร่งานนั้นจำเป็นต้องอาศัยการลงทุนและต้องใช้ความรู้ในเชิงธุรกิจ ซึ่งจำเป็นต้องได้รับการตอบแทนในรูปของสิทธิที่จะแสวงหาผลกำไร อันจะทำให้เกิดการเผยแพร่อย่างกว้างขวางยิ่งขึ้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การคุ้มครองสิทธิข้างเคียงไม่ได้ให้ความสำคัญแก่ผู้สร้างสรรคดังเช่นระบบลิขสิทธิ์ หากแต่เป็นการคุ้มครองการลงทุนในการเผยแพร่งานสู่สาธารณชน^{๕๒}

^{๔๘} Cornish, W.R., *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Sweet & Maxwell, London, 1996, pp.297-306.

^{๔๙} Schricker, G. "Copyright and Publishing Law", in Beier, F.K. et al (eds.), *German Industrial Property, Copyright and Antitrust Laws*, VCH, Weinheim, 1996, pp.II/1-II/3.

^{๕๐} กฎหมายไทยมิได้แยกความแตกต่างในลักษณะนี้อย่างสิ้นเชิง พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ คุ้มครองผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง และองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพ ในฐานะเป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่ให้สิทธิแก่นักแสดงในลักษณะของสิทธิข้างเคียง (พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ หมวด ๒)

^{๕๑} WIPO, *Basic Notions of Neighbouring Rights - International Conventions in the Field of Neighbouring Rights*, WIPO Doc. WIPO/CR/GE/92/3, 1992, p.2.

^{๕๒} Stewart, S. M., *International Copyright and Neighbouring Rights*, Butterworths, London, 1989.

การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ

ในกฎหมายสาขาทรัพย์สินทางปัญญานั้นมีหลักกฎหมายอันหนึ่งซึ่งถือกันว่ามีความสำคัญ ได้แก่ “หลักดินแดน” ซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา^{๕๓} ภายใต้ “หลักดินแดน” สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะเกิดขึ้นจากการรับรองโดยกฎหมายภายในของรัฐ^{๕๔} สิทธิตามกฎหมายจะเกิดขึ้นภายหลังจากที่มีการยื่นคำขอและมีการรับจดทะเบียนโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว (ข้อยกเว้นสำหรับเรื่องนี้คือ กรณีการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ผู้สร้างสรรค์งานจะได้รับความคุ้มครองในทันทีโดยไม่ต้องปฏิบัติตามแบบใดๆ) การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา จะถูกกำหนดโดยกฎหมายภายในของประเทศที่ให้ความคุ้มครอง กฎหมายภายในของแต่ละประเทศจะเป็นตัวกำหนดสาระสำคัญของการคุ้มครอง ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องเงื่อนไขการคุ้มครอง ขอบเขตของสิทธิการใช้สิทธิ ฯลฯ^{๕๕}

การบังคับใช้สิทธิก็อยู่ภายใต้หลักดินแดนเช่นเดียวกัน สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยทั่วไปจะสามารถใช้บังคับเฉพาะแต่ภายในเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐที่ให้การคุ้มครองเท่านั้น ผู้ทรงสิทธิไม่สามารถบังคับสิทธิของตนต่อการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศไม่อาจถูกละเมิดโดยการกระทำที่เกิดขึ้นนอกประเทศ และในทำนองเดียวกัน การกระทำที่เกิดขึ้นภายในประเทศจะไม่ละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ในต่างประเทศ ซึ่งหลักดินแดนและแนวคิดเรื่องความเป็นอิสระของสิทธินี้ถือเป็นหัวใจสำคัญของระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

สิทธิที่ออกโดยประเทศใดประเทศหนึ่งเพื่อคุ้มครองผลงานทางปัญญาจะมีความสมบูรณ์แตกต่างหากจากสิทธิที่มีอยู่ในเหนือผลงานทางปัญญาอันเดียวกันที่มีอยู่ในต่างประเทศ การที่ผู้ทรงสิทธิไม่ได้รับความคุ้มครองในต่างประเทศหรือการที่ความคุ้มครองในประเทศหนึ่งมีข้อบกพร่องอย่างหนึ่งอย่างใด จะไม่ส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสิทธิในอีกประเทศหนึ่งด้วย^{๕๖} สถานะของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ในแต่ละประเทศจะเป็นอิสระจากกัน และจะไม่มีอิทธิพลต่อการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ในต่างประเทศ ตัวอย่างเช่น การที่สิทธิบัตรในประเทศไทยได้ถูกเพิกถอนเนื่องจากข้อเท็จจริงปรากฏในภายหลังที่มีการออกสิทธิบัตรว่า เคยมีการเปิดเผยข้อมูลการประดิษฐ์นั้นในประเทศสหรัฐฯ ก่อนที่จะมีการนำเอาการประดิษฐ์นั้นมาขอรับสิทธิบัตรในประเทศไทย อันทำให้การประดิษฐ์นั้นขาดความใหม่ตามกฎหมายไทย^{๕๗} เช่นนี้การเพิกถอนดังกล่าวจะไม่มีผลถึงความสมบูรณ์ของสิทธิบัตรในการประดิษฐ์เดียวกันที่ได้รับความคุ้มครองในประเทศอื่นด้วย

^{๕๓} Beier, F.K. “Territoriality of Trademark Law and International Trade”, 1 IIC 48 (1970).

^{๕๔} Ladas, S.P., *Patents, Trademarks and Related Rights: National and International Protection*, Harvard University Press, Massachusetts, 1975, Ch. 2.

^{๕๕} Stauder, D. “Patent Infringement in Export Trade - The Vulnerable Combination Patent” 3 IIC 491 (1972).

^{๕๖} โปรดดู Paris Convention, Art. 4 bis.

^{๕๗} โปรดดู พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๕, ๖ และ ๕๔

อีกตัวอย่างหนึ่ง เช่น กรณีการเพิกถอนเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีการใช้ (unused trademarks) โดยเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้ถูกนำไปใช้อาจถูกเพิกถอนการจดทะเบียนได้^{๕๘} การเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของแต่ละประเทศจะเป็นอิสระต่อกัน เป็นต้น

ในส่วนต่อไปนี้จะกล่าวถึงความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความสำคัญ ได้แก่ ความตกลงทริปส์ อนุสัญญากรุงปารีส อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน อนุสัญญาบูดาเปสต์ว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ สนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร

๑. ความตกลงทริปส์และปฏิญญาโดฮา

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) หรือความตกลงทริปส์ (TRIPS Agreement) เป็นความตกลงพหุภาคีที่กำหนดหลักการขั้นต่ำของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ประเทศภาคีสมาชิกโดยองค์การการค้าโลกจะต้องรับไปปฏิบัติ

แม้ความตกลงทริปส์จะกำหนดหลักการสำคัญของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ให้มีการคุ้มครองสิทธิบัตรยา ลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ คุ้มครองข้อมูลการทดลองทางยาในฐานะที่เป็นความลับทางการค้า คุ้มครองพันธุ์พืชและสิ่งมีชีวิตบางชนิด ฯลฯ แต่ความตกลงทริปส์มีลักษณะที่ค่อนข้างยืดหยุ่น เช่น เปิดโอกาสให้ประเทศภาคียกเว้นไม่ให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์บางประเภทได้ เช่น การประดิษฐ์สาขาเทคโนโลยีชีวภาพ เช่น ยีน ลำดับยีน พืช หรือสัตว์^{๕๙} การประดิษฐ์ที่เป็นกรรมวิธีในการวินิจฉัยและบำบัดรักษาโรค และการประดิษฐ์ที่มีผลกระทบต่อนโยบายสาธารณะ ศีลธรรมอันดี หรือเพื่อปกป้องชีวิตหรืออนามัยของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช รวมทั้งเพื่อป้องกันผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม นอกจากนี้ ความตกลงทริปส์ยังผ่อนปรนให้ประเทศกำลังพัฒนาในเรื่องการบังคับใช้กฎหมาย ด้วยการกำหนดบทเฉพาะกาลที่มีระยะเวลาค่อนข้างยาวนานสำหรับประเทศกำลังพัฒนา อีกทั้งความตกลงทริปส์ยังได้เปิดโอกาสให้ประเทศภาคีทำการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิ เพื่อสนองตอบนโยบายของรัฐได้ในบางกรณี ซึ่งเรียกกันว่า “มาตรการบังคับใช้สิทธิ” (compulsory licensing) ซึ่งต่อมาในปี ค.ศ. ๒๐๐๑ ได้มีการออกปฏิญญาโดฮาว่าด้วยความตกลงทริปส์และการสาธารณสุข รับรองสิทธิของประเทศสมาชิกในการใช้มาตรการต่างๆ รวมทั้งมาตรการบังคับใช้สิทธิ เพื่อส่งเสริมการเข้าถึงยาและผลิตภัณฑ์ที่จำเป็นในด้านสาธารณสุข นอกจากนี้ ความตกลงทริปส์ยังให้อำนาจประเทศสมาชิกที่จะกำหนดมาตรการทางกฎหมาย เพื่อควบคุมการกระทำของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีลักษณะเป็นการจำกัดทางการค้า

โดยสรุป ความตกลงทริปส์ได้เชื่อมโยงประเด็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเข้ากับการค้าระหว่างประเทศ ทำให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่มีบังคับในทางกฎหมาย และมีมาตรการระงับข้อพิพาทเชิงบังคับเอาแก่ประเทศสมาชิกที่ไม่ปฏิบัติตาม

^{๕๘} พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ มาตรา ๖๓

^{๕๙} โปรดสังเกตว่า “พืช” “สัตว์” นั้นมีความหมายที่แตกต่างจาก “พันธุ์พืช” “พันธุ์สัตว์” ความตกลงทริปส์เพียงแต่กำหนดพันธกรณีสำหรับการคุ้มครองพันธุ์พืชเท่านั้น ประเทศสมาชิกอาจไม่คุ้มครอง “พืช” “สัตว์” “พันธุ์สัตว์” ได้ โปรดดู จักรกฤษณ์ ควรพจน์ สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์ อ้างแล้ว

พันธกรณี^{๖๐} ความตกลงทริปส์จึงส่งผลให้รัฐภาคีขององค์การการค้าโลก ทำการปรับปรุงระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศของตนให้มีความเข้มงวดและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ความตกลงทริปส์กำหนดมาตรฐานการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทุกลักษณะ โดยครอบคลุม สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง เครื่องหมายการค้า ความลับทางการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ การออกแบบแพตเติร์นจรรวม และการควบคุมการปฏิบัติที่ต่อต้านการแข่งขันทางการค้า ความตกลงระหว่างประเทศนี้ กำหนด**หลักเกณฑ์และมาตรฐานขั้นต่ำ** ของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่างๆ เพื่อให้รัฐภาคนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายภายใน

มาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum standards) หมายความว่า รัฐภาคีใดจะให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในระดับที่ต่ำกว่าบทบัญญัติในความตกลงทริปส์ไม่ได้ แต่อาจให้ความคุ้มครองในระดับที่สูงกว่าได้ ภายใต้เงื่อนไขว่าการคุ้มครองในระดับที่สูงกว่านั้นจะต้องไม่ขัดแย้งกับหลักการและบทบัญญัติของความตกลงทริปส์^{๖๑}

ความตกลงทริปส์มิได้กำหนดหลักเกณฑ์เฉพาะแต่ในเรื่องมาตรฐานการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น หากแต่ยังได้วางบรรทัดฐานเรื่องขอบเขตของสิทธิแต่ละประเภท การบังคับใช้กฎหมาย รวมทั้งการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีไว้ด้วย^{๖๒} ซึ่งทั้งหมดนี้ถือว่าเป็นพันธกรณีที่รัฐภาคีต่างๆ จะต้องนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายภายใน เพื่อนำมาตรการให้เป็นไปตามความตกลงระหว่างประเทศฉบับนี้

ความตกลงทริปส์ได้ผสมผสานหลักการพื้นฐานของเกดต์ ไม่ว่าจะเป็นหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-favoured-nation treatment principle) หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National treatment principle) หลักการตอบแทน (Reciprocity principle) กลไกระงับข้อพิพาท (Dispute settlement mechanism) ฯลฯ เข้ากับหลักการสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่างๆ ที่มีอยู่ เช่น หลักการสำคัญในอนุสัญญากรุงปารีส อนุสัญญากรุงเบอร์น ฯลฯ โดยได้รวบรวมและกำหนดหลักเกณฑ์และบรรทัดฐานของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทไว้ในความตกลงระหว่างประเทศฉบับเดียวกัน

เมื่อวันที่ ๒๑ พฤศจิกายน ๒๕๔๔ ที่ประชุมรัฐมนตรีขององค์การการค้าโลกได้เห็นชอบกับร่างปฏิญญาโดฮาว่าด้วยความตกลงทริปส์และการสาธารณสุข (Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health)^{๖๓} ซึ่งมีสาระสำคัญโดยสรุปคือ ที่ประชุมเห็นสมควรที่จะทำให้เกิดความชัดเจนว่า ความตกลงทริปส์มิได้กีดขวางประเทศสมาชิกที่จะใช้มาตรการต่างๆ เพื่อปกป้องการสาธารณสุขของประเทศ ที่ประชุมยังเห็นว่าความตกลงทริปส์ยินยอมให้ประเทศสมาชิกให้มาตรการบังคับใช้สิทธิภายใต้เหตุผลที่กำหนดโดยประเทศสมาชิก ประเทศสมาชิกอาจใช้วิธีการนำเข้าซ้อน (parallel import) เพื่อตอบสนอง

^{๖๐} Ricketson, S. "The Future of the Traditional Intellectual Property Conventions in the Brave New World of Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights", 6 IIC 881, 883 (1995).

^{๖๑} Ibid., Art. 1 (1).

^{๖๒} ความตกลงทริปส์แตกต่างจากความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาดั้งเดิม เช่น อนุสัญญากรุงปารีส ในประการสำคัญตรงที่ความตกลงทริปส์กำหนดมาตรฐานของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไว้ในประเด็นสำคัญเกือบทุกประเด็น แต่อนุสัญญากรุงปารีสหาได้มีบทบังคับใดๆ เกี่ยวกับหลักเกณฑ์การคุ้มครองไม่ ไม่ว่าจะเป็นหลักเกณฑ์ในเรื่องสิ่งที่จะได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตของสิทธิ อายุสิทธิ การได้มาซึ่งสิทธิ ฯลฯ

^{๖๓} World Trade Organization Ministerial Conference (2001) 4th Session, Doha, 9-14 November 2001, WT/MIN(01)/December/2, 20 November.

ต่อความต้องการของตลาดในประเทศ และที่สำคัญที่สุด ปฏิญญาโดฮาได้เล็งเห็นความจำเป็นในการช่วยเหลือประเทศที่ขาดศักยภาพการผลิตยา ในอันที่จะใช้ประโยชน์จากมาตรการบังคับใช้สิทธิ และกำหนดให้คณะมนตรีทริปส์ (Council for TRIPS) หาแนวทางแก้ปัญหาดังกล่าวให้เสร็จสิ้นไป ภายในปี พ.ศ. ๒๕๔๕ ปฏิญญาโดฮายังขยายกำหนดเวลาตามบทเฉพาะกาลสำหรับประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด ในอันที่จะคุ้มครองผลิตภัณฑ์ยาและข้อมูลการทดสอบยาไปจนถึงปี พ.ศ. ๒๕๕๙

แม้ว่าจะมีประเทศกำลังพัฒนาบางประเทศที่สามารถผลิตสารออกฤทธิ์ที่สามารถใช้เป็นตัวยาคได้ แต่ภายหลังปี พ.ศ. ๒๕๔๘ ประเทศที่เป็นแหล่งผลิตวัตถุดิบทางยาสำหรับประเทศกำลังพัฒนา เช่น ประเทศอินเดีย ฯลฯ อาจจะไม่อยู่ในฐานะที่จะทำอย่างนั้นได้อีกต่อไป เนื่องจากหลังจากปีดังกล่าว กำหนดเวลาตามบทเฉพาะกาลของความตกลงทริปส์จะสิ้นสุดลง ทุกประเทศจะต้องคุ้มครองยาโดยไม่มีข้อยกเว้น และเมื่อประเทศอย่างอินเดียและบราซิล ซึ่งมีศักยภาพในการผลิตวัตถุดิบทางยาได้ให้การคุ้มครองสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ยาที่เป็นที่คาดหวังได้ว่าจะต้องมีบริษัทข้ามชาติจำนวนมากเข้าไปขอรับสิทธิบัตรในประเทศดังกล่าว การทำวิจัยและพัฒนาตามสิทธิบัตรและการผลิตเพื่อขายทั้งในและต่างประเทศจะเป็นสิ่งที่ไม่อาจกระทำได้อีกต่อไป และหากเป็นเช่นนั้นแหล่งวัตถุดิบและตัวยาเพียงแห่งเดียวที่ประเทศกำลังพัฒนาจะสามารถพึ่งพาได้คือ บริษัทข้ามชาติผู้ถือครองสิทธิบัตรยา

บทบัญญัติในความตกลงทริปส์มีความไม่ชัดเจนหลายประการ โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิบัตรยา บทบัญญัติที่เป็นปัญหา ได้แก่ ข้อ ๒๘ เกี่ยวกับขอบเขตสิทธิตามสิทธิบัตร ข้อ ๓๐ ข้อยกเว้นสิทธิ และข้อ ๓๑ (f) เกี่ยวกับปัญหาการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บทบัญญัติข้อ ๓๑ (f) ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญในการพิจารณาจัดทำปฏิญญาโดฮา

ข้อ ๓๑(f) ถูกกำหนดอยู่หัวข้อ “การใช้โดยปราศจากการอนุญาตของผู้ทรงสิทธิ” (Other Use Without Authorization of the Right Holder) โดยข้อ ๓๑ (f) บัญญัติว่า “การใช้ (มาตรการบังคับใช้สิทธิ) จะต้องเป็นไปโดยส่วนใหญ่เพื่อตอบสนองต่อตลาดภายในประเทศของประเทศที่ใช้มาตรการดังกล่าว”^{๖๔}

ในปัจจุบันประเทศต่างๆ สามารถใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยอนุญาตให้นำเข้าผลิตภัณฑ์ยาจากประเทศอื่นที่ไม่มีการขอรับสิทธิบัตรสำหรับยานั้น ซึ่งอินเดีย (ที่ในอดีตไม่คุ้มครองสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ยา) เป็นแหล่งวัตถุดิบสำคัญสำหรับประเทศกำลังพัฒนา แต่ภายหลังปี พ.ศ. ๒๕๔๘ อินเดียต้องคุ้มครองสิทธิบัตรยาแล้วเนื่องจากบทเฉพาะกาลตามความตกลงทริปส์ได้สิ้นสุดลง บริษัทยาซึ่งสามัญของอินเดียจะไม่สามารถผลิตรายการค้าเพื่อป้อนตลาดในประเทศ และป้อนตลาดประเทศกำลังพัฒนาได้อีกต่อไป ยกเว้นจะมีการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิในอินเดีย และแม้จะมีการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ แต่การผลิตภายใต้การอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยรัฐดังกล่าวจะสามารถกระทำได้เพียงเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของตลาดในประเทศเท่านั้น ผู้ผลิตภายใต้มาตรการดังกล่าวไม่อาจส่งสินค้าที่ได้ผลิตขึ้นไปขายในต่างประเทศ ตามนัยของข้อ ๓๑ (f) ของความตกลงทริปส์

^{๖๔} TRIPS Agreement, Article 31 (f):

“Where the law of a Member allows for other use of the subject matter of a patent without the authorization of the right holder, including use by the government or third parties authorized by the government, the following provisions shall be respected:
... (f) any such use shall be authorized predominantly for the supply of the domestic market of the Member authorizing such use;”

บทบัญญัตินี้ได้ทำให้การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อช่วยประเทศที่ขาดศักยภาพการผลิตยาเป็นอันไร้ประโยชน์ไป

ปฏิญญาโดฮาได้แก้ปัญหาค่าความความตกลงทริปส์ เช่น ในวรรค ๕(b) ของปฏิญญาฯ ประเทศสมาชิกมีความเป็นอิสระที่จะกำหนดเหตุผลของการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้เองและในวรรค ๕(c) ซึ่งมีสิทธิที่จะกำหนด “เหตุฉุกเฉินของชาติหรือสถานการณ์อื่นที่เป็นความเร่งด่วนอย่างยิ่ง” (the right to determine what constitutes a national emergency or other circumstances of extreme urgency) ในอันที่จะใช้มาตรการบังคับใช้ นอกจากนี้ ในวรรค ๖ ของปฏิญญาโดฮายังได้กล่าวถึงสิทธิของประเทศสมาชิกที่จะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อแก้ปัญหาสาธารณสุข ซึ่งเป็นผลมาจากการแพร่ระบาดและการเกิดของโรคภัยร้ายแรง ได้แก่ เอชไอวี วัณโรค มาลาเรีย และโรคระบาดอื่นๆ ปฏิญญาโดฮามีได้จำกัดสถานการณ์ฉุกเฉินหรือชนิดของโรคที่อาจใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้ ประเทศสมาชิกจึงอาจกำหนดเงื่อนไขเหล่านี้ได้ด้วยตนเอง

การเจรจาโดฮาได้นำไปสู่การกำหนดแนวทางแก้ปัญหาการเข้าถึงยา และผลกระทบจากสิทธิบัตรต่อการเข้าถึงยาของประเทศกำลังพัฒนา โดยผลของมติของที่ประชุมคณะมนตรีใหญ่ขององค์การการค้าโลก เมื่อเดือนธันวาคม ๒๕๔๘^{๖๕} ที่ให้มีการแก้ไขข้อ ๓๑ ของความตกลงทริปส์ โดยให้ยกเลิกบทบัญญัติข้อ ๓๑(f) ของทริปส์ เพื่อเปิดโอกาสให้มีการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อช่วยเหลือประเทศกำลังพัฒนาได้อย่างทั่วถึง อย่างไรก็ตาม การแก้ไขบทบัญญัติของความตกลงทริปส์เป็นสิ่งที่ไม่ง่าย กระทำได้โดยง่าย ต้องใช้เวลา และมีการแทรกแซงทางการเมืองสูง เนื่องจากต้องได้รับความยินยอมจากประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกทั้งหมด มีข้อสังเกตว่าประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกส่วนใหญ่ไม่ประสงค์จะให้มีการแก้ไขบทบัญญัติของทริปส์ เพราะการเจรจาทบทวนความตกลงในประเด็นใดประเด็นหนึ่ง อาจเปิดโอกาสให้มีการผนวกข้อเสนอแก้ไขทบทวนการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในประเด็นอื่นด้วย

ในการช่วยให้ประเทศสมาชิกทุกประเทศรอดพ้นจากวิกฤติการณ์การเข้าถึงยาร่วมกัน การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิจะต้องกระทำในลักษณะที่มองโลกเป็นหนึ่งเดียวกัน โดยไม่แยกแยะเป็นรายประเทศ ประเทศที่มีศักยภาพทางการผลิตยาจะต้องพร้อมที่จะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ โดยเฉพาะเพื่อแก้ไขวิกฤติการณ์ในประเทศตนเท่านั้น หากแต่ต้องกระทำเพื่อช่วยเหลือประเทศกำลังพัฒนาอื่นด้วย โดยเฉพาะประเทศที่ขาดศักยภาพการผลิตยา หากมีการขอรับสิทธิบัตรนั้นในประเทศที่มีศักยภาพการผลิตยา และในประเทศที่ขาดศักยภาพการผลิตยาด้วยตนเองในเวลาเดียวกัน ในกรณีเช่นนี้การแก้ไขปัญหาค่าความความตกลงทริปส์จำเป็นต้องอาศัยการออกมาตรการบังคับใช้สิทธิทั้งในประเทศที่ผลิตและในประเทศที่เป็นผู้นำเข้า เพื่อมิให้บริษัทยาอาศัยสิทธิตามสิทธิบัตรทำการฟ้องร้องเพื่อยับยั้งการผลิตและการนำเข้าในประเทศหนึ่งประเทศใดได้ และสำหรับประเทศผู้ผลิตที่จะส่งออกไปช่วยประเทศอื่น เมื่อมีการแก้ไขข้อ ๓๑(f) ของทริปส์ การส่งออกสินค้าที่ผลิตโดยใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิจึงเป็นสิ่งที่อาจกระทำได้

^{๖๕} World Trade Organization General Council Decision (2005) Amendment of the TRIPS Agreement, General Council, Decision of 6 December 2005, WT/L/641.

๒. อนุสัญญากรุงปารีส

อนุสัญญากรุงปารีสเริ่มมีผลใช้บังคับมาตั้งแต่ ค.ศ. ๑๘๘๔ และใช้บังคับเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน อนุสัญญากรุงปารีสมีความสำคัญต่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมเป็นอย่างมาก เนื่องจากได้กำหนดหลักการพื้นฐานบางประการเอาไว้ อนุสัญญากรุงปารีสมีบทบัญญัติรวมทั้งสิ้น ๓๐ ข้อ ครอบคลุมการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมทุกประเภท ได้แก่ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า ชื่อการค้า การออกแบบทางอุตสาหกรรม สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

นับตั้งแต่อนุสัญญากรุงปารีสมีผลบังคับใช้ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติของอนุสัญญาทั้งสิ้นรวม ๖ ครั้ง หลักการที่เป็นส่วนสำคัญของอนุสัญญากรุงปารีสมีอยู่ด้วยกันทั้งสิ้น ๔ หลัก ได้แก่

- หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment)
- หลักการให้สิทธิที่จะขอรับความคุ้มครองก่อน (Right of Priority)
- หลักความเป็นอิสระของสิทธิ (Independence of Rights)
- หลักการบังคับให้มีการนำสิทธิบัตรไปใช้งานภายในประเทศ (Local Working of Patents)

“หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ” หมายความว่า บุคคลที่มีสัญชาติของรัฐภาคีแห่งอนุสัญญากรุงปารีสจะได้รับการปฏิบัติและได้รับความคุ้มครองทางด้านทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมจากรัฐภาคีอื่นอย่างเท่าเทียมกัน เสมอกันกับความคุ้มครองที่คนชาติของรัฐภาคีนั้นได้รับ รัฐภาคีของอนุสัญญากรุงปารีสมีพันธกรณีที่จะต้องให้สิทธิและความคุ้มครองแก่บุคคลที่มีสัญชาติของประเทศภาคีอื่นเช่นเดียวกันกับที่ตนให้สิทธิและความคุ้มครองแก่คนชาติของตนเอง โดยจะมีการให้สิทธิพิเศษแก่คนชาติของตนเหนือกว่าคนชาติของรัฐภาคีอื่นมิได้

“หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ” ถูกนำมาใช้เพื่อป้องกันมิให้มีการกีดกันคนต่างชาติ กฎหมายภายในของรัฐภาคีแห่งอนุสัญญากรุงปารีสจะมีบทบัญญัติที่กีดกันสิทธิของคนที่มีสัญชาติของรัฐภาคีอื่นมิได้ เช่น กฎหมายสิทธิบัตรของรัฐภาคีใดจะกำหนดให้สิทธิบัตรที่ถือครองโดยคนชาติของตนมีอายุการคุ้มครองที่ยาวนานกว่าสิทธิบัตรที่ถือครองโดยคนชาติของรัฐภาคีอื่นมิได้ หรือจะกำหนดค่าธรรมเนียมการขอรับสิทธิบัตรในอัตราที่แตกต่างกันมิได้ หรือไม่อาจจะกำหนดเงื่อนไขของการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ หรือในการรับคืนสิทธิบัตรที่แตกต่างกัน เป็นต้น

“หลักการให้สิทธิที่จะขอรับความคุ้มครองก่อน” หมายความว่า ผู้ที่มีสิทธิขอรับความคุ้มครองสำหรับทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมที่ได้ขอรับสิทธิไว้ในรัฐภาคีแห่งใดแห่งหนึ่งแล้ว สามารถที่จะมาขอรับสิทธิในทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมเดียวกันนั้นในประเทศภาคีอื่นๆ ได้อีก แต่จะต้องทำการยื่นคำขอภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยให้ยื่นคำขอภายใน ๑๒ เดือน ในกรณีของสิทธิบัตรและแบบผลิตภัณฑ์อรรถประโยชน์ (utility model) และภายใน ๖ เดือน สำหรับคำขอรับการคุ้มครองสำหรับการออกแบบทางอุตสาหกรรมและเครื่องหมายการค้า

หลักการให้สิทธิที่จะขอรับความคุ้มครองก่อนเป็นความพยายามในการสร้างระบบการคุ้มครองสิทธิบัตรระหว่างประเทศ ด้วยการยินยอมให้มีการขอรับความคุ้มครองในหลายประเทศ หลักการนี้มีความสำคัญต่อผู้ที่ทรงสิทธิจะได้รับความคุ้มครองในประเทศต่างๆ ในเวลาเดียวกัน เนื่องจากกฎหมายสิทธิบัตรของนานาประเทศมักจะกำหนดว่า การประดิษฐ์ที่สามารถนำมาขอรับสิทธิบัตรได้

จะต้องเป็นสิ่งใหม่ที่ไม่เคยถูกเปิดเผย ณ ที่ใดมาก่อน หากมีการเปิดเผยข้อมูลการประดิษฐ์นั้นแล้ว (ไม่ว่าในหรือนอกประเทศ) ผู้ใดจะนำเอาการประดิษฐ์นั้นมาขอรับสิทธิบัตรไม่ได้ ดังนั้น หากไม่มีหลักการนี้ ผู้ประดิษฐ์ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรในหลายประเทศได้ เพราะเมื่อได้มีการยื่นขอรับสิทธิบัตรในประเทศหนึ่งแล้ว การประดิษฐ์นั้นก็ขาดความใหม่ ตามกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศอื่นทันที เนื่องจากข้อมูลของการประดิษฐ์นั้นได้ถูกเปิดเผยเพราะได้ขอรับสิทธิบัตรแล้ว หลักการให้สิทธิที่จะยื่นคำขอรับสิทธิบัตรก่อนจึงได้ถูกนำมาใช้เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว

“หลักความเป็นอิสระของสิทธิ” หมายความว่า สิทธิในทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมที่ออกโดยรัฐภาคีแต่ละรัฐจะมีความเป็นอิสระจากกัน ถึงแม้ว่าสิทธินั้นจะออกเพื่อคุ้มครองสิ่งเดียวกันก็ตาม อันเป็นการรับรองอำนาจอธิปไตยของประเทศต่างๆ ในอันที่จะทำการพิจารณาตรวจสอบและดำเนินการออกสิทธิบัตรในประเทศของตนเอง

หลักการบังคับให้มีการนำสิทธิบัตรไปใช้งานภายในประเทศ เน้นที่การแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ซึ่งกันและกันระหว่างรัฐกับผู้ทรงสิทธิ ผู้ทรงสิทธิจะต้องนำเอาการประดิษฐ์ไปใช้งานภายในประเทศ เพื่อให้เกิดประโยชน์สังคมด้วย และเพื่อป้องกันมิให้ผู้ทรงสิทธิบิดพลิ้วไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของตน มาตรการทางกฎหมายที่อาจใช้เพื่อให้มีการใช้งานในสิทธิบัตร คือ มาตรการบังคับใช้สิทธิ (compulsory licensing) และมาตรการริบคืนสิทธิบัตร (forfeiture)

๓. อนุสัญญากรุงเบอร์น

แม้ในช่วงปลายของคริสต์ศตวรรษที่ ๑๙ ประเทศต่างๆ ส่วนใหญ่จะได้บังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ภายในประเทศของตน แต่กฎหมายที่มีอยู่ในแต่ละประเทศมีหลักการบางประการที่แตกต่างกัน ทำให้เกิดปัญหาในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ นานาประเทศได้ตระหนักถึงความสำคัญของการมีความตกลงระหว่างประเทศพหุภาคีที่มีมาตรฐานการคุ้มครองลิขสิทธิ์แบบเดียวกัน จึงได้มีการจัดทำอนุสัญญากรุงเบอร์นเพื่อการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) ขึ้นเมื่อปี ค.ศ. ๑๘๘๖ โดยมีประเทศร่วมก่อตั้ง ๑๐ ประเทศ ที่กรุงเบอร์น ประเทศสวิตเซอร์แลนด์

อนุสัญญากรุงเบอร์นได้ก่อตั้งสหภาพเบอร์น (Berne Union) ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ประเทศสมาชิกให้การคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ภายใต้หลักการที่เป็นหนึ่งเดียวกัน^{๖๖} อนุสัญญากรุงเบอร์นยังได้กำหนดมาตรฐานการคุ้มครองลิขสิทธิ์ เพื่อเป็นบรรทัดฐานสำหรับรัฐภาคีที่จะรับไปบัญญัติไว้ในกฎหมายภายใน^{๖๗} มาตรฐานการคุ้มครองนี้รวมถึงหลักการพื้นฐานของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ อันได้แก่ หลักดินแดนของการคุ้มครอง หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ขอบเขตของสิทธิที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีตามกฎหมาย ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ การกำหนดสิทธิขั้นต่ำอายุการคุ้มครอง ฯลฯ

อนุสัญญากรุงเบอร์นมีความเป็นมาที่ยาวนานกว่าร้อยปีเช่นเดียวกับอนุสัญญากรุงปารีส หลังจากมีผลใช้บังคับ อนุสัญญากรุงเบอร์นได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสิ้นรวม ๗ ครั้ง ได้แก่^{๖๘}

^{๖๖} Berne Convention, Art. 1.

^{๖๗} Stewart, S.M., International Copyright and Neighbouring Rights, Butterworths, London, 1989.

^{๖๘} Ulmer, E. “One Hundred Years of the Berne Convention”, 6 IIC 707-715 (1986).

- การแก้ไขในการประชุมที่กรุงปารีส เมื่อปี ค.ศ. ๑๘๙๖ โดยเรียกอนุสัญญาฉบับแก้ไขนี้ว่า “Paris Additional Act and Interpretative Declaration”
- การแก้ไขในการประชุมที่กรุงเบอร์ลินในปี ค.ศ. ๑๙๐๘ เรียกว่า “Berlin Act”
- การแก้ไขในการประชุมที่กรุงเบอร์ลินในปี ค.ศ. ๑๙๑๔ เรียกว่า “Berne Additional Protocol”
- การแก้ไขในการประชุมที่กรุงโรมในปี ค.ศ. ๑๙๒๘ เรียกว่า “Rome Act”
- การแก้ไขในการประชุมที่กรุงบรัสเซลส์ ในปี ค.ศ. ๑๙๔๘ เรียกว่า “Brussels Act”
- การแก้ไขในการประชุมที่กรุงสต็อกโฮล์ม ในปี ค.ศ. ๑๙๖๗ เรียกว่า “Stockholm Act”
- การแก้ไขครั้งสุดท้ายได้กระทำขึ้นที่กรุงปารีส เมื่อปี ค.ศ. ๑๙๗๑ เรียกว่า “Paris Act”

แม้ว่าจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลายครั้ง แต่หลักการสำคัญของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินก็ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่เช่นเดิม^{๖๙} การแก้ไขบทบัญญัติของอนุสัญญา ได้กระทำเพื่อให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์มีความเหมาะสมสอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปในแต่ละยุคสมัย หลักการของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง เช่น การยกเลิกเงื่อนไขการจดทะเบียนเพื่อให้ได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ การเปลี่ยนแปลงอายุการคุ้มครอง การขยายการคุ้มครองไปสู่งานประเภทใหม่ๆ การยินยอมให้ประเทศสมาชิกนำเอามาตรการบังคับใช้สิทธิ (compulsory licensing) มาใช้ และการให้การรับรองสิทธิทางศีลธรรม (moral rights) ของผู้สร้างสรรค์ เป็นต้น

ต่อมาในปี ค.ศ. ๑๙๕๒ ได้มีการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์อีกฉบับหนึ่งเรียกว่า “อนุสัญญาลิขสิทธิ์สากล” (Universal Copyright Convention) ภายใต้ความอุปถัมภ์ขององค์การยูเนสโก (UNESCO) โดยกำหนดมาตรฐานการคุ้มครองลิขสิทธิ์ขึ้นแยกต่างหากจากอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน

มีข้อสังเกตว่า มาตรฐานการคุ้มครองภายใต้อนุสัญญาลิขสิทธิ์สากลมีระดับที่ต่ำกว่ามาตรฐานของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินมาก โดยเฉพาะในแง่ของลักษณะและประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ รวมทั้งการให้เสรีภาพในการกำหนดระดับการคุ้มครอง ตามที่ประเทศที่เข้าร่วมจะเห็นสมควร ตัวอย่างเช่น ในข้อ 1 ของอนุสัญญาลิขสิทธิ์สากล ได้บัญญัติว่า “รัฐภาคีต้องให้การคุ้มครองสิทธิของผู้ประพันธ์อย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพ” ซึ่งบทบัญญัติในลักษณะนี้กำหนดพันธกรณีที่มีความยืดหยุ่นกว่าอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน โดยรัฐภาคีของอนุสัญญาลิขสิทธิ์สากลต่างมีอิสระที่จะกำหนดประเภทของงานที่จะได้รับความคุ้มครอง รวมทั้งกำหนดขอบเขตของสิทธิที่เจ้าของงานมีตามกฎหมาย^{๗๐}

กล่าวโดยทั่วไป อนุสัญญาลิขสิทธิ์สากลได้กำหนดหลักเกณฑ์และบรรทัดฐานของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ไว้ในลักษณะเดียวกับอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน (แต่มีระดับการคุ้มครองที่ต่ำกว่าอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน) กล่าวคือ กำหนดหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ มาตรฐานขั้นต่ำของการคุ้มครอง ขอบเขตของสิทธิตามลิขสิทธิ์ ระยะเวลาการคุ้มครอง ฯลฯ เจตนารมณ์ของอนุสัญญาลิขสิทธิ์สากลคือ เพื่อเปิดโอกาส

^{๖๙} Vaver, D. “The National Treatment Requirements of the Berne and Universal Copyright Conventions (Part One)”, 5 IIC 578 (1986).

^{๗๐} Sanctis, D. “The International Copyright Convention”, *Copyright*, 1978, pp. 256-257.

ให้ประเทศที่ไม่ต้องการเข้าร่วมในอนุสัญญากรุงเบอร์น (เนื่องจากไม่ต้องการผูกพันตามพันธกรณีที่เข้มงวด) ได้เข้าร่วมในอนุสัญญานี้ ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีหลักการซึ่งมีความยืดหยุ่นมากกว่าแทน^{๗๑}

งานที่มีได้เกิดขึ้นจากการสร้างสรรค์ทางปัญญาโดยตรง หากแต่มีที่มาจากงานอันมีลิขสิทธิ์ เช่น สิทธิของนักแสดง (performers' rights) สิทธิของผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง (producers of phonograms) และองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพ (broadcasting organizations) ประเทศในภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายจะไม่ได้คุ้มครองงานเหล่านี้ในฐานะงานลิขสิทธิ์ หากแต่ถือว่าเป็นสิทธิข้างเคียง (neighbouring rights)

ในปี ค.ศ. ๑๙๖๑ ได้มีการจัดทำอนุสัญญากรุงโรมว่าด้วยการคุ้มครองนักแสดง ผู้ผลิต สิ่งบันทึกเสียง และองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพ (Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations) เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่กำหนดหลักเกณฑ์การคุ้มครองสิทธิข้างเคียง

ในขณะที่มีการจัดทำอนุสัญญากรุงโรมนั้นนานาประเทศต่างไม่มีความสนใจที่จะเข้าร่วมเป็นสมาชิกเท่าใดนัก ทั้งนี้ เนื่องจากเทคโนโลยีการบันทึกเสียงและการแพร่เสียงแพร่ภาพ ซึ่งอนุสัญญากรุงโรมประสงค์จะให้ความคุ้มครองยังไม่ได้รับการพัฒนาเท่าใดนักในช่วงเวลาดังกล่าว แต่ต่อมาสภาพการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปในทางตรงกันข้าม ประเทศต่างๆ ได้หันมาให้ความสนใจต่อการเข้าร่วมเป็นสมาชิกของความตกลงฉบับนี้มากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ เป็นผลสืบเนื่องมาจากการเติบโตอย่างรวดเร็วของเทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และโทรคมนาคม ส่งผลให้ประเทศที่เข้าร่วมในอนุสัญญานี้มีจำนวนที่เพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ^{๗๒}

ต่อมาเมื่อมีการจัดทำความตกลงทริปส์ในปี ค.ศ. ๑๙๙๔ ความตกลงทริปส์ได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ไว้ ซึ่งแม้จะจัดทำขึ้นในภายหลังแต่ความตกลงทริปส์ก็ได้หักล้างหลักการของความตกลงระหว่างประเทศอื่น โดยความตกลงทริปส์นอกจากจะให้การรับรองพันธกรณีที่ประเทศสมาชิกมีต่อกันภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์น ยังได้ผนวกเอาหลักการและสาระสำคัญของอนุสัญญากรุงเบอร์นเข้าเป็นส่วนหนึ่งของความตกลงทริปส์ด้วย^{๗๓}

การที่ความตกลงทริปส์กำหนดให้สมาชิกขององค์การการค้าโลกปฏิบัติตามหลักการของอนุสัญญากรุงเบอร์น เป็นผลมาจากการใช้กลยุทธ์ของประเทศที่พัฒนาแล้ว ด้วยการกำหนดให้ความตกลงทริปส์เป็นมาตรการเสริมของอนุสัญญากรุงเบอร์น อันทำให้ประเทศที่พัฒนาแล้วสามารถสร้างกฎเกณฑ์การคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ เพิ่มเติมจากหลักการที่กำหนดไว้่อนอนุสัญญากรุงเบอร์นได้ โดยไม่ต้องทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของอนุสัญญาดังกล่าว ทั้งนี้ เพราะในทางปฏิบัติการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอนุสัญญากรุงเบอร์นนับเป็นสิ่งที่กระทำได้ค่อนข้างยาก เนื่องจากต้องอาศัยมติเอกฉันท์ของประเทศสมาชิกสหภาพเบอร์นทั้งหมด หลักการที่กำหนดไว้ในข้อ ๙ (๑) ของความตกลงทริปส์นี้เรียกกันทั่วไปว่า “เบอร์นผนวก” หรือ “Berne-plus”

^{๗๑} Vaver, D. “The National Treatment Requirements of the Berne and Universal Copyright Conventions (Part Two)”, 6 IIC 720 (1986).

^{๗๒} Katzenberger, *op.cit.*, at p. 62.

^{๗๓} TRIPs Agreement, Art. 9 (1).

จากความเป็นมาของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่กล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์เป็นกฎหมายที่มีพัฒนาการที่สูงมากจากเจตนารมณ์ดั้งเดิมของกฎหมายลิขสิทธิ์ ในการให้คุ้มครองงานวรรณกรรมและงานพิมพ์ อันเป็นงานสร้างสรรค์ขึ้นเพื่อให้ความรู้และความบันเทิงเป็นสำคัญ กฎหมายลิขสิทธิ์ในอดีต ไม่ได้มีความสำคัญต่อการคุ้มครองเทคโนโลยีที่สามารถประยุกต์ใช้ในงานอุตสาหกรรมเท่าใดนัก แต่จากการที่เทคโนโลยีในสาขาต่างๆ มีพัฒนาการที่ก้าวหน้ามากยิ่งขึ้น ในปัจจุบันขอบเขตของกฎหมายสาขานี้ได้ถูกขยายออกไปสู่งานประเภทอื่น เช่น งานดนตรี งานภาพยนตร์ สิทธิของนักแสดง โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ฐานข้อมูล ทางด่วนข้อมูล ฯลฯ ซึ่งงานใหม่ๆ เหล่านี้บางประเภทมิได้เป็นงานที่เน้นในการให้ความรู้และความบันเทิง ดังเช่นงานวรรณกรรมและงานดนตรีกรรม หากแต่เป็นงานที่มีความสำคัญอยู่ที่หน้าที่ปฏิบัติการ

๔. อนุสัญญาอุปพอว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่

กิจกรรมปรับปรุงพันธุ์พืช (plant breeding) ได้เริ่มเป็นที่แพร่หลายอย่างมากในช่วงต้นของคริสต์ศตวรรษที่ ๒๐ บรรดานักปรับปรุงพันธุ์พืชได้เรียกร้องให้ประเทศต่างๆ จัดให้มีการคุ้มครองพันธุ์พืช เพื่อคุ้มครองและรับรองสิทธิในผลงานการสร้างสรรค์ทางปัญญาของตน ด้วยการให้สิทธิเด็ดขาด (exclusive rights) ในทำนองเดียวกับสิทธิตามสิทธิบัตร

ด้วยตระหนักถึงความสำคัญของการคุ้มครองอย่างเป็นธรรม สำหรับผลงานการปรับปรุงพันธุ์พืช ในปี ค.ศ. ๑๙๓๐ ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายฉบับหนึ่งเรียกว่า “กฎหมายสิทธิบัตรพืช” หรือ Plant Patent Act of 1930 โดยกฎหมายฉบับนี้ให้ความคุ้มครองแก่พืชประเภทที่ขยายพันธุ์แบบไร้เพศ (asexually propagated plants) ได้แก่ การขยายพันธุ์ด้วยวิธีอื่นที่ไม่ใช่เป็นการใช้เมล็ดพันธุ์ เช่น ด้วยการเพาะชำ ทาบกิ่ง ตอน ฯลฯ ต่อมาจวบจนปี ค.ศ. ๑๙๗๐ สหรัฐฯ จึงได้ออกกฎหมายอีกฉบับเพื่อคุ้มครองการปรับปรุงพันธุ์พืชที่ขยายพันธุ์โดยอาศัยเพศ (sexually propagated plant) ด้วยการใชเมล็ดพันธุ์ (seeds) เรียกว่า กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช หรือ Plant Variety Protection Act of 1970 โดยกฎหมายฉบับนี้จัดทำขึ้นโดยใช้หลักการในอนุสัญญาอุปพอเป็นต้นแบบ

ในทวีปยุโรปหลายประเทศได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองพันธุ์พืชขึ้นในช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ ๒๐ เช่นเดียวกันประเทศเนเธอร์แลนด์ได้ออกกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชในปี ค.ศ. ๑๙๔๒ ตามด้วยประเทศเยอรมนีในปี ค.ศ. ๑๙๕๓

การคุ้มครองพันธุ์พืชในประเทศต่างๆ มักจะก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างบุคคลสองกลุ่มอยู่เสมอ กลุ่มหนึ่งคือ ผู้ส่งเสริมการพัฒนาทางอุตสาหกรรม ส่วนอีกกลุ่มหนึ่ง ได้แก่ บุคคลที่ต้องการปกป้องเกษตรกรม อย่างไรก็ดี แม้จะมีเสียงเรียกร้องให้มีการคุ้มครองพันธุ์พืชตามกฎหมายสิทธิบัตร บรรดาประเทศที่มีฐานการเกษตรที่กว้างขวางไม่ต้องการให้มีการคุ้มครองสิทธิบัตรพันธุ์พืช เนื่องจากเกรงปัญหาและผลกระทบต่างๆ ที่จะเกิดขึ้นตามมา

จากประสบการณ์ของสำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ เกี่ยวกับการออกสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต ได้ทำให้นานาประเทศตระหนักถึงความยุ่งยากและปัญหาของการจัดการสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตเป็นอย่างดี โดยเฉพาะปัญหาเกี่ยวกับการตรวจสอบคุณสมบัติการประดิษฐ์ การเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ การนำเอาสิ่งมีชีวิตไปใช้ประโยชน์ทางอุตสาหกรรม รวมทั้งปัญหาเกี่ยวกับการระงับสิ้นไปของสิทธิ เมื่อมีการใช้การประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรนั้นแล้ว นอกจากนี้ นานาประเทศต่างวิตกว่าสิทธิบัตรพันธุ์พืชจะ

ก่อให้เกิดผลกระทบทางด้านเศรษฐกิจสังคมอย่างมากมาย เนื่องจากความสำคัญของพืชที่มีต่อเกษตรกรรม ดังนั้น จึงไม่มีประเทศใดประสงค์ที่จะคุ้มครองพันธุ์พืชภายใต้ระบบกฎหมายที่ให้สิทธิผูกขาดโดยสมบูรณ์เช่นกฎหมายสิทธิบัตร

สาเหตุที่นานาประเทศไม่ต้องการคุ้มครองพันธุ์พืชภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรมีอยู่สองประการ ดังนี้ **ประการแรก** มีความเชื่อกันในขณะนั้นว่าระบบสิทธิบัตรไม่มีความเหมาะสมต่อการคุ้มครองพันธุ์พืช ทั้งนี้ เพราะเงื่อนไขของการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร (ไม่ว่าจะเป็นเงื่อนไขเรื่องความใหม่ ขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น ความสามารถในการประยุกต์ใช้ทางอุตสาหกรรม และการเปิดเผยข้อมูลโดยละเอียดและชัดเจน) มีความเข้มงวดเกินไปสำหรับการประดิษฐ์ประเภทพันธุ์พืช ^{๗๔} **ประการที่สอง** เป็นที่ยอมรับกันว่าพืชเป็นสิ่งที่มีความสำคัญต่อเกษตรกรรมและในการเป็นแหล่งผลิตอาหารเพื่อประโยชน์ของมนุษยชาติ เชื่อกันว่าหากมีการคุ้มครองพันธุ์พืชภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรแล้วจะก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี โดยเฉพาะผลเสียที่เกิดจากการใช้สิทธิผูกขาดตามสิทธิบัตรโดยปัจเจกชน ซึ่งอาจจะทำให้เกิดการขาดแคลนพืชพันธุ์ธัญญาหารที่จำเป็นสำหรับมวลมนุษยชาติ ^{๗๕}

โดยเหตุผลข้างต้น ระบบกฎหมายสำหรับการคุ้มครองพันธุ์พืชจึงได้ถูกจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. ๑๙๖๑ โดยอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ (International Convention for the Protection of New Varieties of Plants) หรือที่เรียกกันโดยย่อว่า “อนุสัญญาอุโปฟ” (UPOV Convention) โดยต่อมาได้มีการแก้ไขอนุสัญญาในปี ค.ศ. ๑๙๗๒ ค.ศ. ๑๙๗๘ และ ค.ศ. ๑๙๙๑ ตามลำดับ

ความตกลงระหว่างประเทศนี้ได้สร้างระบบกฎหมายลักษณะเฉพาะ (sui generis) เพื่อการคุ้มครองพันธุ์พืช โดยเป็นระบบกฎหมายพิเศษแยกต่างหากจากกฎหมายสิทธิบัตร เรียกว่า **ระบบกฎหมายสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช** (Plant Breeders' Rights) ^{๗๖}

เจตนารมณ์ของการจัดทำอนุสัญญาอุโปฟในปี ค.ศ. ๑๙๖๑ คือ เพื่อคุ้มครองพันธุ์พืชอันเป็นการจูงใจให้นักปรับปรุงพันธุ์ พัฒนาและปรับปรุงพืชพันธุ์ใหม่ๆ ขึ้น อันจะทำให้เกิดความก้าวหน้าและการพัฒนาทางเกษตรกรรม ระบบกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชมีเจตนารมณ์ในการให้การคุ้มครองผลงานการปรับปรุงพันธุ์ และเป็นเครื่องจูงใจให้เกิดการปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ๆ ขึ้น อันเป็นความมุ่งหมายในลักษณะเดียวกันกับระบบสิทธิบัตร อย่างไรก็ตาม เนื่องจากพืชเป็นสิ่งมีชีวิตที่สามารถขยายพันธุ์ได้ด้วยตัวเอง ซึ่งอาจมีการขยายพันธุ์เกิดลูกหลานและสามารถสร้างผลผลิตที่อาจใช้ในการบริโภค อันเป็นสิ่งที่มีความสำคัญต่อมนุษย์ ระบบกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชจึงได้จำกัดขอบเขตของการคุ้มครองไว้แต่เพียงให้สิทธิในการควบคุมการขยายพันธุ์พืชเท่านั้น

การที่อนุสัญญาอุโปฟห้ามการคุ้มครองซ้ำซ้อนเช่นนี้ มีผลทำให้กฎหมายสิทธิบัตรของหลายประเทศ เช่น อนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป (มีประเทศสมาชิกของอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปหลายประเทศ ที่เป็นภาคีของอนุสัญญาอุโปฟอยู่ด้วย) มีบทบัญญัติห้ามไม่ให้มีการออกสิทธิบัตรแก่พันธุ์พืช (plant

^{๗๔} Beier, F.K. et al, *Biotechnology and Patent Protection*, OECD, Paris, 1985, p.27.

^{๗๕} Bent, S.A. et al, *Intellectual Property Rights in Biotechnology Worldwide*, Stockton Press, New York, 1987, p.80.

^{๗๖} แม้สิทธิที่กำหนดโดยอนุสัญญานี้จะเป็นที่รู้จักกันทั่วไปในชื่อ “สิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช” (Plant breeders' rights) แต่ในความเป็นจริง กฎหมายมิได้ให้ความคุ้มครองแก่นักปรับปรุงพันธุ์ในทุกกรณี เพราะหากการปรับปรุงพันธุ์ได้กระทำในขอบแห่งสัญญาจ้าง สิทธิในการได้รับการคุ้มครองจะตกเป็นของนายจ้างโดยทันที ด้วยเหตุนี้ กฎหมายของบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา จึงไม่ได้เรียกสิทธิดังกล่าวว่าสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์ หากแต่เรียกว่า ประกาศนียบัตรคุ้มครองพันธุ์พืช (Plant Variety Protection Certificate)

varieties) ไว้อย่างชัดเจน^{๗๗} นอกจากนี้ บทกำหนดห้ามการคุ้มครองซ้ำซ้อนในอนุสัญญาบูปอฟยังมีอิทธิพลต่อกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศอื่นอีกหลายประเทศ ถึงแม้ว่าประเทศเหล่านั้นจะมีได้เป็นสมาชิกของอนุสัญญาบูปอฟก็ตาม จากรายงานขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ในปี ค.ศ. ๑๙๘๘ ปรากฏว่า กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศต่างๆ รวม ๔๔ ประเทศ ได้กำหนดยกเว้นไม่ให้การคุ้มครองแก่พันธุ์พืช^{๗๘}

หลังจากมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. ๑๙๖๑ อนุสัญญาบูปอฟได้รับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงทั้งสิ้นรวม ๓ ครั้ง ในปี ค.ศ. ๑๙๗๒, ๑๙๗๘ และ ๑๙๙๑ โดยการแก้ไขครั้งสุดท้ายได้มีการขยายสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์ให้กว้างขวางขึ้นกว่าเดิม จนมีลักษณะที่เกือบจะคล้ายคลึงกับสิทธิตามสิทธิบัตร

ประเทศสมาชิกของอนุสัญญาบูปอฟส่วนใหญ่เป็นประเทศอุตสาหกรรมที่พัฒนาแล้ว ประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศที่มีเกษตรกรรมเป็นฐานทางเศรษฐกิจไม่ได้เข้าร่วมในความตกลงระหว่างประเทศนี้ อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยได้ตรากฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชขึ้นเมื่อวันที่ ๒๖ พฤศจิกายน ๒๕๔๒ ทั้งนี้เป็นไปตามพันธกรณีของความตกลงทริปส์ที่ให้ประเทศสมาชิกคุ้มครองพันธุ์พืชโดยกฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายลักษณะเฉพาะหรือทั้งสองระบบร่วมกัน

กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของไทยไม่ได้คุ้มครองแต่เฉพาะพันธุ์พืชใหม่ตามแนวทางของอนุสัญญาบูปอฟเท่านั้น เพราะหากเป็นเช่นนั้นจะเป็นการปกป้องผลประโยชน์ของอุตสาหกรรม และของเจ้าของเทคโนโลยีแต่เพียงฝ่ายเดียว กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชได้คำนึงถึงสิทธิของประชาชน ผู้ยากไร้ในประเทศ โดยรับรองสิทธิของชุมชนและเกษตรกรในอันที่จะได้รับค่าตอบแทน และส่วนแบ่งรายได้จากบุคคลที่นำเอาพืชหรือสารพันธุกรรมพืชที่ตนดูแลรักษาอยู่ไปใช้ประโยชน์เพื่อการปรับปรุงพันธุ์

๕. อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ

บรรดาลสิ่งมีชีวิตต่างๆ ที่รวมกันเป็นความหลากหลายทางชีวภาพได้สูญหายและถูกทำลายไปอย่างรวดเร็วในช่วง ๓ ทศวรรษที่ผ่านมา ความหลากหลายทางชีวภาพโดยส่วนใหญ่จะมีมากในป่าเขตร้อน การทำลายป่าเขตร้อนในอัตราที่รวดเร็วจึงเป็นตัวอย่างที่สำคัญที่ทำให้ความหลากหลายทางชีวภาพลดน้อยลง^{๗๙} ด้วยวิกฤติด้านความหลากหลายทางชีวภาพที่โลกกำลังเผชิญอยู่ ได้ทำให้ปัญหาการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและความหลากหลายทางชีวภาพ กลายเป็นประเด็นที่ได้รับความสนใจและถูกกล่าวถึงในทุกระดับ องค์การระหว่างประเทศ รัฐบาล นักวิชาการองค์กรพัฒนาเอกชน และประชาชนทั่วไป ต่างตระหนักถึงคุณค่าของทรัพยากรชีวภาพและสารพันธุกรรมที่มีต่อสิ่งแวดล้อมและความเป็นอยู่ของมนุษย์ รวมทั้งคุณค่าในด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม อุตสาหกรรมต่างๆ ได้เรียกร้องให้การอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ ดำเนินควบคู่ไปกับการส่งเสริมการนำเอาทรัพยากรที่มีคุณค่าดังกล่าวไปใช้ประโยชน์ ไม่ว่าจะเป็นในด้านการผลิตอาหาร ยารักษาโรค และในการพัฒนาปรับปรุงพันธุ์พืช

^{๗๗} European Patent Convention, Art. 53(b).

^{๗๘} WIPO Doc. HL/CE/IV/INS/1 Rev.1, 1988, pp.96-97.

^{๗๙} Wilson, E.O., The Current State of Biological Diversity, Biodiversity, National Academy Press, 1988.

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity) ถูกจัดทำขึ้นในการประชุม Earth Summit ที่กรุงริโอเดอจาเนโร ประเทศบราซิล เมื่อเดือนมิถุนายน ๒๕๓๕ โดยมีวัตถุประสงค์จะแก้ปัญหาความหลากหลายทางชีวภาพ^{๘๐}

วัตถุประสงค์หลัก ๓ ประการของการจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ คือ

๑. เพื่อส่งเสริมการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพของโลกเพื่อประโยชน์ของชนรุ่นต่อไป
๒. เพื่อการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืน
๓. เพื่อให้มีการแบ่งปันอย่างเป็นธรรมซึ่งผลประโยชน์อันเกิดจากทรัพยากรชีวภาพ

การจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพนับเป็นความพยายามร่วมกันของประชาคมโลก ในอันที่จะกำหนดกรอบและนโยบายเกี่ยวกับการจัดการความหลากหลายทางชีวภาพ โดยส่งเสริมให้ประเทศสมาชิกกำหนดแนวทางการอนุรักษ์ และการจัดการทรัพยากรชีวภาพในเขตดินแดนของตน^{๘๑} พร้อมทั้งเปิดโอกาสให้มีการนำเอาทรัพยากรชีวภาพไปใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน และเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ข้างต้น อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพได้กำหนดหลักการที่สำคัญ ดังนี้

๕.๑ รับรองสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรชีวภาพ

จากเดิมที่ทรัพยากรชีวภาพถูกกำหนดให้เป็นมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันทางกฎหมายฉบับแรกที่รับรองว่ารัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพ อันเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการเกี่ยวกับสถานภาพทางกฎหมายของทรัพยากรชีวภาพ จากเดิมที่ถือกันว่าทรัพยากรชีวภาพและทรัพยากรพันธุกรรมเป็นมรดกทั่วไปของมนุษยชาติมาเป็นทรัพย์สินของรัฐ

ข้อ ๑๕.๑ ของอนุสัญญาฯ กำหนดให้รัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือ “ทรัพยากรธรรมชาติ” (Natural resources) ซึ่งถ้อยคำที่ใช้นี้ทำให้ชวนเข้าใจได้ว่าอนุสัญญาฯ ต้องการรับสิทธิของรัฐเหนือทรัพยากรชีวภาพและทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่ในสภาพธรรมชาติ^{๘๒} โดยไม่รวมถึงทรัพยากรที่ได้ถูกรวบรวมไปก่อนหน้าที่จะมีการจัดทำอนุสัญญา ซึ่งตั้งแต่อดีตกาลสารพันธุกรรมจำนวนมากได้ถูกรวบรวมและเก็บรักษาไว้ในธนาคารเชื้อพันธุ์ (Gene bank) โดยบรรดาธนาคารเชื้อพันธุ์ส่วนใหญ่อยู่ภายใต้ความควบคุมของประเทศที่พัฒนาแล้วแทบทั้งสิ้น

อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพกำหนดให้รัฐมีสิทธิเหนือทรัพยากรที่อยู่ตามธรรมชาติเท่านั้น ซึ่งหมายความว่าหากมีการนำเอาทรัพยากรชีวภาพไปดัดแปลงหรือพัฒนาจนกลายเป็นผลิตภัณฑ์ใหม่หรือเทคโนโลยีสมัยใหม่ สิ่งที่ได้จะไม่อยู่ภายใต้สิทธิอธิปไตยของรัฐ หากแต่อาจถูกถือครองเป็นสิทธิของปัจเจกชนได้ เช่น เป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของนักวิจัย เป็นต้น

^{๘๐} Raustiala, K. and D.G. Victor, Biodiversity Since Rio: The Future Of The Convention On Biological Diversity, Env't, Vol. 38, No. 4, 1996.

^{๘๑} CBD, Arts.1, 5-11.

^{๘๒} Ibid., Arts. 2 and 15.

อนุสัญญาฯ เพียงแต่กำหนดให้รัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพ แต่ไม่ได้กำหนดรายละเอียดว่ารัฐจะกระจายหรือมอบอำนาจบริหารจัดการทรัพยากรให้แก่ผู้ใด ซึ่งเท่ากับเปิดโอกาสให้รัฐต่างๆ กำหนดตัวบุคคลที่จะดูแลหรือจัดการทรัพยากรได้โดยเสรี โดยรัฐอาจให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ชุมชนท้องถิ่น ปังเจกชน หรือสถาบันที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงความเกี่ยวข้องและความมีส่วนได้เสียโดยตรงจากการเข้าถึงหรือการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรแล้ว รัฐควรกระจายอำนาจการบริหารจัดการให้แก่เกษตรกรและชุมชนท้องถิ่น เว้นแต่ว่าทรัพยากรพันธุกรรมนั้นเป็นสาธารณสมบัติที่ไม่มีบุคคลใดอ้างสิทธิเป็นเจ้าของได้ จึงจะเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะเข้ามากำกับดูแล

๕.๒ ส่งเสริมการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

อนุสัญญาฯ เรียกร้องให้ประเทศสมาชิกให้ความเคารพ ส่งเสริม อนุรักษ์ และรักษาไว้ซึ่งความรู้ นวัตกรรม และแนววิถีปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่น โดยเฉพาะความรู้และภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์ และการใช้อย่างยั่งยืนซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพ^{๘๓} มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า อนุสัญญาฯ ไม่ได้กำหนดวิธีการหรือมาตรการในการส่งเสริมคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเอาไว้ อีกทั้งไม่ได้กำหนดให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นและความรู้พื้นบ้านในลักษณะต่างๆ เป็นสิ่งที่อยู่ภายใต้สิทธิอธิปไตยแห่งรัฐ ซึ่งแตกต่างจากกรณีของทรัพยากรชีวภาพ ดังนั้น จึงอาจทำให้เกิดข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสถานภาพทางกฎหมาย ตลอดจนวิธีการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นได้^{๘๔}

๕.๓ ส่งเสริมการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพ

อนุสัญญาฯ สนับสนุนให้มีการเข้าถึงและใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนซึ่งทรัพยากรชีวภาพ โดยการเข้าถึงนั้นจะต้องเป็นไปภายใต้หลักการ “ความยินยอมที่มีการแจ้งให้ทราบล่วงหน้า” (prior informed consent) “การแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรม” (benefit sharing)

อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพได้สร้างดุลยภาพทางผลประโยชน์ของผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ด้วยการกำหนดให้รัฐมีสิทธิอธิปไตยที่จะควบคุมการเข้าถึงและการใช้ประโยชน์ทรัพยากรธรรมชาติในเขตแดนของตน แต่ก็เปิดโอกาสให้มีการเข้าถึงทรัพยากรเหล่านั้น เพื่อนำไปใช้ในการวิจัยและใช้ประโยชน์ในทางอุตสาหกรรม ไม่ว่าจะเป็นใช้ในการผลิตอาหาร ยารักษาโรค และการปรับปรุงพันธุ์พืช อนุสัญญาฯ กำหนดว่าการเข้าถึงและการใช้ประโยชน์จากองค์ประกอบของความหลากหลายทางชีวภาพจะต้องเป็นไปอย่างยั่งยืน^{๘๕} และเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่รัฐเจ้าของทรัพยากร อนุสัญญาฯ ด้ด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ จึงได้กำหนดหลักการอีกประการหนึ่งว่า ต้องมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรชีวภาพ ในระหว่างคู่กรณีอย่างยุติธรรมและเท่าเทียมกัน^{๘๖} อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาฯ มิได้กำหนดหลักการและกลไกในเรื่องเหล่านี้เอาไว้ ซึ่งเท่ากับประเทศสมาชิกมีสิทธิที่จะกำหนดมาตรการที่เหมาะสมในการแบ่งปันผลประโยชน์ ตามหลักการของอนุสัญญาได้ตามที่เห็นสมควร

^{๘๓} Ibid., Art.8 (j).

^{๘๔} Bowman, M. and C. Redgwell, International Law and the Conservation of Biological Diversity, Kluwer Law, London, 1996, p.65.

^{๘๕} CBD, Arts. 1, 3 and 15.

^{๘๖} Ibid., Arts. 1 and 15.

อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพต้องการให้การเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพเป็นไปด้วยความสมัครใจ และให้มีการเจรจาต่อรองกันระหว่างคู่กรณี คู่กรณีในที่นี้หมายความว่ารัฐที่เป็นเจ้าของทรัพยากร (หรือชุมชนที่ได้มอบอำนาจจากรัฐ) และผู้ที่ต้องการจะเข้าถึงทรัพยากรดังกล่าว ซึ่งอาจเป็นได้ทั้งบุคคล บริษัท สถาบัน ชุมชน หรือรัฐอื่น ซึ่งผลของการเจรจาต่อรองจะนำไปสู่การทำสัญญาเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ต่อไป^{๘๗}

๕.๔ ส่งเสริมการเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยี

อนุสัญญาฯ เรียกร้องประเทศที่พัฒนาแล้วให้ทำการถ่ายทอดเทคโนโลยีสำหรับการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพให้แก่ประเทศกำลังพัฒนา^{๘๘} เพื่อให้ประเทศกำลังพัฒนาอยู่ในฐานะที่จะพึ่งพาตนเอง และสามารถใช้อำนาจจากความรู้ความหลากหลายทางชีวภาพได้ด้วยตนเอง

ประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนามีเป้าหมายในการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพแตกต่างกัน ประเทศที่พัฒนาแล้วต้องการส่งเสริมการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ โดยมุ่งหวังที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพยากรที่มีค่าเหล่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำไปใช้ประโยชน์ในด้านอาหารและยา ดังนั้น ประเทศที่พัฒนาแล้วจึงเรียกร้องให้มีการเข้าถึงทรัพยากรดังกล่าว แม้ว่าจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขความยินยอมที่ต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้า หรือมีการทำความตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ก็ตาม ส่วนประเทศกำลังพัฒนาต้องการให้มีการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ เพื่อส่งเสริมความร่วมมือในระดับระหว่างประเทศ ประเทศกำลังพัฒนาเห็นว่าการรับรองสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพจะนำมาซึ่งความช่วยเหลือด้านเทคโนโลยีและการเงินจากประเทศที่พัฒนาแล้ว และยังจะทำให้ตนได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพที่ตนไม่มีศักยภาพที่จะนำไปใช้ได้ด้วยตนเอง ซึ่งอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพมีความมุ่งหมายที่จะสร้างดุลยภาพแห่งผลประโยชน์ในเรื่องเหล่านี้

ประเทศกำลังพัฒนาไม่ควรมองผลประโยชน์ที่จะได้จากการใช้ทรัพยากรชีวภาพ ในรูปของตัวเงินเท่านั้น หากแต่ควรคำนึงถึงผลประโยชน์ที่จะได้ในลักษณะของการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีด้วย ซึ่งการได้มาซึ่งเทคโนโลยีจำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือและความช่วยเหลือด้านกฎหมาย และข้อแนะนำด้านเทคนิคจากรัฐบาลต่างชาติหรือองค์กรระหว่างประเทศ เพื่อให้การอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพเป็นไปอย่างยั่งยืน ประเทศกำลังพัฒนาจะต้องมีนโยบายที่จะถ่ายทอดความรู้และข้อมูลเหล่านี้ไปยังชุมชนท้องถิ่น และสร้างศักยภาพในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพให้แก่วิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่มีเกี่ยวพันเชื่อมโยงกับชุมชนท้องถิ่น

๕.๕ การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพกำหนดว่า การเข้าถึงและการถ่ายทอดเทคโนโลยี ต้องสอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเพียงพอ และมีประสิทธิภาพ^{๘๙} อนุสัญญาฯ ยังเห็นว่าสิทธิบัตรและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาต่างๆ อาจมีผลกระทบต่อการดำเนินการตาม

^{๘๗} Glowka, L. et al, A Guide to the Convention on Biological Diversity, Environmental Policy and Law Paper No. 30, IUCN, 1994, p.80.

^{๘๘} CBD, Art.16.

^{๘๙} Ibid., Art. 16.2.

อนุสัญญาฯ จึงกำหนดให้บรรดาประเทศสมาชิกให้ความร่วมมือภายใต้กรอบของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อเป็นการประกันว่าสิทธิดังกล่าวมีลักษณะที่สนับสนุนและไม่ขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ^{๓๐} โดยกำหนดให้ประเทศสมาชิกคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ยกเว้นในกรณีที่ปรากฏว่าการคุ้มครองสิทธินั้นไม่เป็นการสนับสนุนหรือขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ

อนุสัญญาฯ ด้วยความหลากหลายทางชีวภาพและความตกลงทริปส์ มีบทบัญญัติและหลักการบางประการที่แตกต่างกันจนอาจเป็นการขัดแย้งกันได้ เช่น อนุสัญญาฯ รับรองสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรชีวภาพ ส่งเสริมการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น รับรองสิทธิของประเทศสมาชิกที่จะกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการเข้าถึงทรัพยากรในเขตแดนของตน รวมทั้งมีสิทธิที่จะได้รับการชดเชยและได้ค่าตอบแทนที่เป็นธรรมจากการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพ ถึงแม้ความตกลงทริปส์จะมีเป้าหมายที่จะส่งเสริมการคุ้มครองเทคโนโลยีและนวัตกรรม แต่ความตกลงทริปส์ไม่ถือว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นความรู้ที่จะต้องได้รับการคุ้มครอง ซึ่งนับเป็นช่องว่างและจุดอ่อนที่สำคัญของความตกลงระหว่างประเทศฉบับนี้ โจทย์สำคัญสำหรับประเทศกำลังพัฒนาจึงอยู่ที่การสร้างระบบการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เหมาะสม และมีประสิทธิภาพสอดคล้องกับหลักการของอนุสัญญาฯ และประเทศกำลังพัฒนาต้องหาหนทางผลักดันระบบการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นดังกล่าวเข้าสู่การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้ความตกลงทริปส์ด้วย อันจะทำให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นไปอย่างกว้างขวางและมีประสิทธิภาพ

โดยสรุป อนุสัญญาฯ ด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นความพยายามร่วมกันของนานาประเทศ ในอันที่จะวางระเบียบการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน ซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพ อนุสัญญาฯ ได้กำหนดหลักการหลายประการที่มีลักษณะที่สร้างสรรค์ ไม่ว่าจะเป็นการส่งเสริมและอนุรักษ์ภูมิปัญญาท้องถิ่น การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ภายใต้เงื่อนไขของการให้ความยินยอมที่มีการแจ้งให้ทราบล่วงหน้า การแบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นธรรมและเท่าเทียมกัน การถ่ายโอนเทคโนโลยี และการสนับสนุนเงินทุน ในการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ หลักการที่กล่าวมาเป็นหลักการที่ดีและเป็นประโยชน์ แต่การที่ประเทศกำลังพัฒนาจะได้รับประโยชน์อย่างเต็มที่ จากการเข้าร่วมในอนุสัญญาฯ จำเป็นที่จะต้องมีการสร้างกลไกที่มีประสิทธิภาพมารองรับ เนื่องจากอนุสัญญาฯ เพียงแต่กำหนดหลักการที่เป็นกรอบความสัมพันธ์ระหว่างรัฐภาคีเท่านั้น เพื่อให้หลักการที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ มีผลใช้บังคับได้อย่างจริงจังในทางปฏิบัติ รัฐต้องดำเนินการอนุรักษ์การให้เป็นไปตามหลักการเหล่านั้นในระดับภายในรัฐด้วย หลักการที่รัฐสมาชิกควรจะนำมากำหนดเป็นกฎหมายภายในเพื่อสร้างเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรม เช่น กฎหมายจัดระเบียบการเข้าถึง และการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรพันธุกรรม ระเบียบการแบ่งปันผลประโยชน์ กฎหมายที่เอื้ออำนวยให้เกิดการถ่ายโอนเทคโนโลยีจากต่างประเทศ และมาตรการการคุ้มครองสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น เป็นต้น

๖. สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร

สนธิสัญญาฉบับนี้ ประกอบด้วย บทบัญญัติทั้งหมด ๓๕ ข้อ และภาคผนวกที่เป็นรายชื่อพืชที่จะอยู่ภายใต้สนธิสัญญาและภาคผนวกเรื่องการระบุข้อพิพาท สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร ได้ขยายขอบเขตวัตถุประสงค์เพิ่มเติมที่ชัดเจน

^{๓๐} Ibid., Art. 16.5.

เกี่ยวกับเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์หลักข้อหนึ่งของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ โดยระบุว่าสนธิสัญญานี้มีวัตถุประสงค์

“เพื่อการอนุรักษ์ และใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชอย่างยั่งยืน เพื่ออาหารและการเกษตร และเพื่อให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกัน จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่อการเกษตรแบบยั่งยืนและความมั่นคงทางอาหาร ทั้งนี้โดยสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ”^{๙๑}

สนธิสัญญาฯ มีขอบเขตที่จำกัดเฉพาะเรื่อง “ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร” เท่านั้น แตกต่างจากอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพที่มีขอบเขตครอบคลุมความหลากหลายทางชีวภาพทั้งหมดทุกประเภท แต่ไม่ได้มีบทบัญญัติครอบคลุมเกี่ยวกับเรื่องทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่นอกถิ่นกำเนิด (ex situ collection) และเรื่องสิทธิเกษตรกร ข้อจำกัดในเรื่องนี้เป็นที่ตระหนักของประเทศต่างๆ ที่ได้เข้าร่วมประชุมรับรองอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ณ กรุงไนโรบี จึงมีการระบุไว้ใน Resolution ข้อที่ ๓ ของ Nairobi Final Act ว่าจะต้องมีการหาทางจัดการปัญหาดังกล่าวโดยองค์กรและกลไกของเอฟเอโอ^{๙๒}

เช่นเดียวกับอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ สนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชฯ ได้ให้การรับรอง “สิทธิอธิปไตยของรัฐ” (sovereign rights) เหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร^{๙๓} ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงไปจากหลักการเดิมที่ได้กำหนดไว้ใน IUPGR ว่า ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็น “มรดกร่วมกันของมนุษยชาติ” ที่บุคคลใดจะหวงกันเป็นเจ้าของไม่ได้

หลักการและท่าทีในเรื่องนี้ของเอฟเอโอมีการเปลี่ยนครั้งสำคัญตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๙๑ จากมติของที่ประชุมใหญ่ที่ ๓/๙๑ ซึ่งได้กลายเป็นภาคผนวกที่ ๓ ของ IUPGR^{๙๔} ทั้งนี้ มีข้อน่าสังเกตว่าในภาคผนวกของ IUPGR นั้นได้ใช้คำว่า “อำนาจอธิปไตย” (sovereignty) แต่ในสนธิสัญญาฯ ได้เปลี่ยนมาใช้คำว่า “สิทธิอธิปไตย”^{๙๕} ซึ่งอาจเป็นเพราะต้องการให้มีความสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

การเปลี่ยนแปลงหลักการดังกล่าว ส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากข้อกังวลของประเทศที่เป็นแหล่งความหลากหลายทางชีวภาพเกี่ยวกับการขยายความคุ้มครองให้สิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต ดังนั้น การที่ให้แต่ละประเทศมีอำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์เองจะช่วยให้การควบคุมดูแลทรัพยากรพันธุกรรมดีขึ้น และมีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมมากขึ้น^{๙๖}

^{๙๑} ITPGR 2001, Art. 1.1.

^{๙๒} FAO, Report on Progress in the Revision of the IUPGR, Rome, 1999, p.2 และ Nairobi Final Act, 1992, Resolution 2.

^{๙๓} ITPGR 2001, Preamble and Art. 10.

^{๙๔} IUPRG 1983, Annex III.

^{๙๕} คำว่า “สิทธิอธิปไตย” เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นครั้งแรกโดยบทบัญญัติของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล (UN Law of the Sea, 1982) ในภาค ๕ ว่าด้วยเรื่องเขตเศรษฐกิจจำเพาะ (exclusive economic zone) ซึ่งมีสาระสำคัญว่าในเขตเศรษฐกิจจำเพาะซึ่งหมายถึงบริเวณที่อยู่เลยไปจากทะเลอาณาเขต แต่ไม่เกิน ๒๐๐ ไมล์ทะเล รัฐชายฝั่งมีสิทธิที่จะแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติได้ สิทธิดังกล่าวจึงเป็น “สิทธิในฐานะที่เป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติไม่ใช่สิทธิในฐานะที่เป็นเจ้าของดินแดนนั้น”

^{๙๖} GRAIN, 2000, Seedling, Vol. 17. No. 2.

ในการประชุม CGRFA ครั้งที่ ๘ ในปี ค.ศ. ๑๙๙๙ เพื่อเจรจาปรับปรุง IUPGR ประเทศสมาชิกได้มีมติร่วมกันว่าให้ IUPGR มีสถานะผูกพันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีทางเลือก ๓ แนวทาง คือ เป็นความตกลงภายใต้องค์กรเอฟเอโอ หรือเป็นเครื่องมือจัดการทรัพยากรพันธุกรรมภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ หรือเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่ไม่อยู่ภายใต้องค์กรใดๆ ในที่สุดได้มีข้อสรุปว่าสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชฯ จะมีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศโดยมีองค์กรบริหาร (Governing body) ซึ่งประกอบด้วยประเทศภาคีสมาชิกสนธิสัญญาทั้งหมด ทำหน้าที่กำกับบริหารการบังคับใช้สนธิสัญญาฯ และกิจกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น การบริหารงบประมาณ การจัดตั้งกองทุน (Trust Account)^{๙๗} ฯลฯ

“สิทธิเกษตรกร” (Farmers’ Rights) ได้รับการรับรองบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในข้อ ๙ ของสนธิสัญญาฯ โดยเน้นย้ำถึงความสำคัญและบทบาทของชุมชนพื้นเมือง ชุมชนท้องถิ่น และเกษตรกร ในการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืช

สนธิสัญญาบัญญัติให้ประเทศสมาชิกดำเนินมาตรการตามที่เหมาะสม และขึ้นอยู่กฎหมายของแต่ละประเทศในการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิเกษตรกรในด้านต่างๆ ต่อไปนี้

- การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช
- สิทธิในการร่วมแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช
- สิทธิในการร่วมตัดสินใจเรื่องการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชในระดับชาติ

อีกทั้งยังระบุว่าจะไม่มีการตีความของบทบัญญัตินี้ในลักษณะที่จะไปจำกัดสิทธิของเกษตรกรในการเก็บ ใช้ประโยชน์ แลกเปลี่ยน และขายเมล็ดพันธุ์หรือส่วนขยายพันธุ์ที่ได้จากการทำการเกษตร ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับกฎหมายของประเทศสมาชิกและตามความเหมาะสม^{๙๘}

ขอบเขตของสิทธิเกษตรกรที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชนี้ แตกต่างจากสิทธิพิเศษของเกษตรกร (Farmers’ Privileges) ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ (หรืออนุสัญญายูโปพ) เพราะในอนุสัญญายูโปพได้กำหนดแต่เพียงเป็นข้อยกเว้นให้เกษตรกรสามารถใช้พันธุ์พืชที่ได้จากการเพาะปลูกในแปลงของตน เพื่อการขยายพันธุ์ในฤดูกาลถัดไปได้เท่านั้น^{๙๙} อย่างไรก็ตาม ไม่อาจถือได้ว่าสิทธิเกษตรกรตามที่กำหนดไว้ในข้อ ๙ ของสนธิสัญญาฯ เป็นข้อกำหนดขั้นต่ำที่ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติ เพราะสนธิสัญญาฯ เพียงแต่ระบุว่าประเทศสมาชิกควรทำอย่างไรต่อการคุ้มครองสิทธิเกษตรกรเท่านั้น และยังกำหนดให้ขึ้นอยู่กฏหมายของแต่ละประเทศ ซึ่งในกรณีของประเทศไทย ตาม พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ เกษตรกรมีสิทธิพิเศษในการสงวนส่วนขยายพันธุ์ของพืชไว้เพื่อการเพาะปลูกในปีต่อไป (มาตรา ๓๓) ซึ่งเป็นสิทธิข้อหนึ่งที่สอดคล้องกับสิทธิเกษตรกรที่ระบุในสนธิสัญญาฯ

เกษตรกรเป็นผู้ที่ส่งเสริมพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่น เพื่อการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืช การที่สนธิสัญญาฯ ให้การรับรองสิทธิของเกษตรกรได้แสดงให้เห็นถึงการตระหนักและ

^{๙๗} ITPGR 2001, Preamble and Art. 19.

^{๙๘} IUPGR 2001, Art. 9.

^{๙๙} UPOV Convention 1991, Art. 15(2).

ยอมรับถึงความสำคัญของภูมิปัญญาและบทบาทของเกษตรกรในเรื่องดังกล่าว แม้ว่าสนธิสัญญาฯ จะไม่ได้บัญญัติคุ้มครอง “ภูมิปัญญาของเกษตรกร” โดยตรงก็ตาม

จากพื้นฐานแนวคิดที่ว่า การเข้าถึงแหล่งพันธุกรรมพืชเพื่อการพัฒนาและปรับปรุงพันธุ์พืช เป็นปัจจัยสำคัญที่มีผลต่อการพัฒนาและก่อให้เกิดความยั่งยืนของภาคเกษตรกรรม สนธิสัญญาฯ จึงได้กำหนดให้มีการจัดตั้ง “ระบบพหุภาคีเพื่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชและการแบ่งปันผลประโยชน์” (Multilateral System of Access and Benefit-sharing) ที่เกิดขึ้นจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช โดยจะครอบคลุมพันธุกรรมพืช ๒ แหล่ง คือ

๑. ทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่ประเทศสมาชิกเห็นชอบร่วมกันตามรายชื่อที่ระบุไว้ในภาคผนวกที่ ๑ ของสนธิสัญญาฯ ซึ่งในปัจจุบันประกอบด้วยพืชอาหาร (Crop) จำนวน ๓๕ รายการ (36 Genus) โดยส่วนใหญ่เป็นพืชเศรษฐกิจที่สำคัญ เช่น ข้าว ข้าวบาร์เลย์ ข้าวสาลี มะเขือเทศ ข้าวโพด ฯลฯ และพืชอาหารสัตว์ (Forage) จำนวน ๒๙ รายการ^{๑๐๐}
๒. ทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่นอกถิ่นที่อยู่อาศัย (ex situ collections) เช่น ที่ถูกเก็บรวบรวมอยู่ในธนาคารพันธุกรรมต่างๆ ทั้งที่อยู่ในการกำกับดูแลโดย Consultative Group on International Agriculture Research (CGIAR) และโดยสถาบันอื่นๆ^{๑๐๑}

สนธิสัญญาฯ ได้กำหนดความหมายของ “ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร” ว่าเป็นสารพันธุกรรมใดๆ ของพืช (any genetic material of plant) ที่มีคุณค่าหรือมีแนวโน้มที่จะมีคุณค่าด้านอาหารและการเกษตร^{๑๐๒} ซึ่งเป็นความหมายที่เปลี่ยนไปจากเดิมอย่างมาก เนื่องจากแต่เดิมใน IUPGR ได้กำหนดนิยามของ “ทรัพยากรพันธุกรรมพืช” ว่า หมายถึง ส่วนที่ใช้ในการขยายพันธุ์ของพืชเท่านั้น โดยครอบคลุมพืชทุกชนิด ทั้งพืชป่า พืชดั้งเดิม พืชที่มีอยู่ตามธรรมชาติ และพืชที่เกิดจากการพัฒนาปรับปรุงพันธุ์โดยอาศัยเทคโนโลยีสมัยใหม่^{๑๐๓}

ทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่ระบุในภาคผนวกที่ ๑ หมายถึงเฉพาะทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่ในการควบคุมจัดการของรัฐและเป็นสาธารณสมบัติ (public domain) สนธิสัญญาฯ ไม่ได้มีผลบังคับต่อทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่เป็นสมบัติของปัจเจกบุคคล แต่จะใช้วิธีการเชิญชวนและใช้มาตรการต่างๆ ที่เหมาะสมซึ่งกำหนดขึ้นโดยประเทศสมาชิก เพื่อกระตุ้นให้บุคคลหรือนิติบุคคลที่เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่ในรายการพืชภาคผนวกที่ ๑ เข้าร่วมในระบบพหุภาคี^{๑๐๔} ซึ่งสิ่งนี้อาจจะเป็นแรงจูงใจให้บุคคลหรือบริษัทเอกชนที่เป็นเจ้าของพันธุ์พืชนำพันธุ์พืชเข้ามาร่วมในระบบพหุภาคี และยอมปฏิบัติตามข้อกำหนดในสนธิสัญญาฯ คือ จะมีโอกาสร่วมใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่ในระบบพหุภาคีด้วย

แม้สนธิสัญญาฯ จะกำหนดให้รัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชของตน แต่ภายใต้ระบบพหุภาคีเพื่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชฯ ประเทศภาคีสมาชิกของสนธิสัญญาฯ

^{๑๐๐} ในการเจรจา ประเทศที่เป็นแหล่งของทรัพยากรพันธุกรรมพืชจะพยายามไม่รวมพืชของตนไว้ในภาคผนวกที่ ๑ เนื่องจากยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าการดำเนินงานตามสนธิสัญญาฯ จะมีประสิทธิภาพและเป็นธรรมหรือไม่ - รายงานของผู้แทนไทยในการประชุมคณะกรรมการทรัพยากรพันธุกรรมพืชฯ สมัยพิเศษที่ ๖ มิถุนายน พ.ศ. ๒๕๔๔

^{๑๐๑} ITPGR 2001, Art. 10 and 11.

^{๑๐๒} Ibid., Art. 2.

^{๑๐๓} IUPGR 1983, Art. 2.

^{๑๐๔} ITPGR 2001, Art. 11.2 and 11.3.

จะต้องเอื้ออำนวยความสะดวก (facilitate) ในการเข้าถึง ทั้งนี้ โดยสอดคล้องกับบทบัญญัติของสนธิสัญญาฯ มาตรการทางกฎหมาย และข้อกำหนดต่างๆ เกี่ยวกับการเข้าถึงนี้จะใช้บังคับกับทั้งรัฐบุคคล และนิติบุคคล ที่ต้องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืช ข้อกำหนดในเรื่องการเอื้ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึงนี้เป็นหลักการอีกข้อหนึ่งที่สอดคล้องกับหลักการในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ อย่างไรก็ตาม ในสนธิสัญญาฯ ไม่ได้กำหนดอย่างชัดเจนว่าในการเข้าถึงนั้นจะต้องตั้งอยู่บนหลักการ “การให้ความเห็นชอบที่ได้มีการแจ้งให้ทราบล่วงหน้า” (Prior Informed Consent) ดังที่ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

เงื่อนไขสำคัญเกี่ยวกับการเข้าถึงที่สนธิสัญญาฯ กำหนดไว้^{๑๐๕} เช่น

- การเข้าถึงตามสนธิสัญญานี้จะต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้ประโยชน์และอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืช เพื่อการศึกษาวิจัย ปรับปรุงพันธุ์ และการฝึกอบรมเรียนรู้ในด้านอาหารและการเกษตรเท่านั้น โดยจะไม่รวมไปถึงวัตถุประสงค์ด้านธุรกิจเคมีภัณฑ์ ยา และ/หรือธุรกิจอื่นๆ ที่ไม่ใช่ด้านอุตสาหกรรมอาหารหรืออาหารสัตว์^{๑๐๖}
- ต้องกำหนดอัตราค่าใช้จ่ายในการเข้าถึงต่ำที่สุด
- ผู้ได้รับอนุญาตให้เข้าถึง จะต้องไม่ขอรับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาหรือสิทธิใดๆ ที่จะเป็นการจำกัดการเอื้ออำนวยต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชหรือสารพันธุกรรม (genetic parts) หรือองค์ประกอบของพืช (their components) ในรูปแบบที่ได้มาจากระบบพหุภาคีเพื่อการเข้าถึงฯ (in the form received from the Multilateral System)
- การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่ได้รับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาหรือสิทธิใดๆ จะต้องปฏิบัติตามความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องของแต่ละประเทศ

และเพื่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติ องค์กรบริหารของสนธิสัญญาฯ หรือ Governing Body จะจัดทำ “แบบมาตรฐานของความตกลงถ่ายโอนพันธุกรรม” (Standardised Material Transfer Agreement) หรือเอ็มทีเอ (MTA) ขึ้น ซึ่งประกอบด้วยเงื่อนไขที่จำเป็นต่างๆ เพื่อการเข้าถึง รวมทั้งข้อกำหนดเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์และบทบัญญัติอื่นๆ ที่สอดคล้องตามสนธิสัญญาฯ และเมื่อมีการส่งมอบทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่ได้ให้แก่บุคคลหรือองค์กรอื่นๆ ต่อผู้ที่ได้รับทรัพยากรพันธุกรรมพืชจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขใน MTA ด้วย^{๑๐๗}

ประเด็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นประเด็นที่มีความขัดแย้งอย่างมากในช่วงของการเจรจา เนื่องจากจุดยืนที่แตกต่างกันระหว่างกลุ่มประเทศอุตสาหกรรมและประเทศกำลังพัฒนา ภายใต้เงื่อนไขในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืช มีบทบัญญัติสำคัญที่เกี่ยวกับเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญากำหนดไว้คือ ห้ามมิให้นำเอาทรัพยากรพันธุกรรมพืชหรือสารพันธุกรรม (genetic parts) หรือองค์ประกอบของพืช (their components) ในรูปแบบที่ได้มาจากระบบพหุภาคี ไปขอรับการ

^{๑๐๕} Ibid., Art. 12.3.

^{๑๐๖} การใช้ประโยชน์เพื่อวัตถุประสงค์ด้านธุรกิจเคมีภัณฑ์ ยา หรือธุรกิจอื่นๆ จะอยู่ภายใต้กรอบกติกาของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

^{๑๐๗} ITPGR 2001, Art. 12.4.

คุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาหรือสิทธิใด จำกัดการเอื้ออำนวยให้เกิดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืช (ข้อ ๑๒.๓ ข้อ (d))

แม้ว่าสนธิสัญญา นี้จะได้ส่งเสริมให้มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืช แต่ได้มีข้อจำกัดสำคัญบางประการที่จะมีผลกระทบอย่างมากในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เนื่องจากตามกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกาและยุโรป นักประดิษฐ์สามารถที่จะนำสารพันธุกรรม หรือสิ่งที่เป็นองค์ประกอบที่มีอยู่ตามธรรมชาติของพืชที่แยกหรือสกัดออกมาจากสภาพตามธรรมชาติ ไปขอรับสิทธิบัตรได้ เช่น ลำดับยีน โครงสร้างของยีน พลาสมิด^{๑๐๘} ฯลฯ

ความหมายและการตีความบทบัญญัติข้อนี้ยังมีข้อถกเถียงกันอยู่มาก องค์การพัฒนาเอกชนหลายองค์กรได้ตีความว่าไปถึงขั้นที่ว่าสนธิสัญญา นี้ได้ห้ามการคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต อย่างไรก็ตาม เหตุผลของการที่ประเทศสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่นงดออกเสียงรับรองสนธิสัญญา เนื่องมาจากบทบัญญัติในข้อ ๑๒.๓ ข้อ (d) นี้^{๑๐๙}

จากข้อ ๑๒.๓ ข้อ (d) สนธิสัญญา ไม่ได้ห้ามการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาสำหรับ “พันธุ์พืชที่ได้พัฒนาปรับปรุงขึ้นใหม่” แต่ได้กำหนดให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมจากพันธุ์พืชใหม่ที่น่าไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

สนธิสัญญากำหนดรูปแบบของการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชไว้หลายประการ ทั้งในลักษณะการแลกเปลี่ยนข้อมูล การเข้าถึงและถ่ายทอดเทคโนโลยี การเสริมสร้างขีดความสามารถ และการแบ่งปันผลประโยชน์ทางการเงินและจากการค้า โดยมีความมุ่งหมายที่จะสร้างให้เกิดความเป็นธรรมและเท่าเทียมกันในการแบ่งปันผลประโยชน์^{๑๑๐}

เนื้อหาสาระที่สำคัญเกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์ตามบทบัญญัติในสนธิสัญญา คือ ใน MTA ที่จะจัดทำขึ้นโดยภาคีสมาชิกของสนธิสัญญานั้น จะมีข้อกำหนดให้ผู้นำเอาทรัพยากรพันธุกรรมพืชจากระบบพหุภาคีเพื่อการเข้าถึงฯ ไปสร้างผลิตภัณฑ์ที่สามารถใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ จะต้องจ่ายค่าตอบแทนอย่างเท่าเทียมตามระบบกลไกทางการเงิน ที่จัดตั้งขึ้นภายใต้สนธิสัญญา (เช่น ให้กับกองทุน หรือ Trust Account เป็นต้น) ยกเว้นในกรณีที่ผลิตภัณฑ์นั้นไม่มีเงื่อนไขจำกัดสำหรับการที่ผู้อื่นจะนำไปศึกษาวิจัยและปรับปรุงพันธุ์ต่อ และอาจมีข้อยกเว้นสำหรับเกษตรกรรายย่อยในประเทศกำลังพัฒนา และประเทศที่อยู่ในระยะการเปลี่ยนระบบเศรษฐกิจด้วย รายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์ยังไม่ได้ระบุไว้ โดยจะมีการกำหนดขึ้นในการประชุมครั้งแรกของ Governing Body และมีการทบทวนภายใน ๕ ปี ภายหลังจากที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับ^{๑๑๑}

ผลประโยชน์ที่ได้จากการแบ่งปันผลประโยชน์ในระบบพหุภาคีฯ จะถูกจัดสรรไปสู่เกษตรกรในทุกประเทศ โดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนาและประเทศที่อยู่ในระยะการเปลี่ยนระบบเศรษฐกิจที่ได้ทำการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชอย่างยั่งยืน^{๑๑๒} ข้อกำหนดในเรื่องนี้อาจทำให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติตามบทบัญญัติของ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ ของประเทศไทย

^{๑๐๘} Correa, C.M., Access to Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, 1999.

^{๑๐๙} Meldolesi, A., CGIAR Under Pressure to Support Seed Treaty, 2002.

^{๑๑๐} ITPGR 2001, Art. 13.

^{๑๑๑} Ibid., Art. 13.2 (d).

^{๑๑๒} Ibid., Art. 13.3.

เนื่องจากตามข้อ ๕๒ ในกฎหมายนี้ ได้กำหนดให้นำเงินรายได้ตามความตกลงแบ่งปันผลประโยชน์อันเกิดขึ้นจากการใช้ประโยชน์ “พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป” หรือ “พันธุ์พืชป่า” ส่งเข้ากองทุนคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทย

โดยสรุป สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร ได้กำหนดหลักการและข้อบัญญัติหลายประการที่มีลักษณะที่สร้างสรรค์ มุ่งหวังที่จะสร้างการถ่วงดุล และความเป็นธรรมระหว่างประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนา เช่น การรับรองและคุ้มครองสิทธิเกษตรกร การแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ฯลฯ ซึ่งจะเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ช่วยถ่วงดุลกับความตกลงด้านทรัพย์สินทางปัญญาที่อยู่ภายใต้องค์การการค้าโลกได้ นอกจากนี้ สนธิสัญญาฯ ฉบับนี้ยังได้สร้างความชัดเจนเพิ่มขึ้นเกี่ยวกับแนวทางในการจัดการทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่นอกถิ่นกำเนิด ซึ่งอยู่นอกขอบเขตเนื้อหาของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

บทที่ ๔

ปัญหาการเข้าถึงยา

ในบทที่ ๔ และบทที่ ๕ จะกล่าวถึงปัญหาสำคัญสองเรื่องที่เกิดขึ้นจากการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่ ปัญหาการเข้าถึงยาและปัญหาเกี่ยวกับการฉกฉวยเอาทรัพยากรพันธุกรรมไปหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ และการอ้างความเป็นเจ้าของในทรัพยากรดังกล่าว โดยอาศัยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

ประเด็นทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับความสนใจมากที่สุดในรอบ ๑๐ ปีที่ผ่านมา ได้แก่ ปัญหาผลกระทบของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาต่อการสาธารณสุข อันเป็นผลมาจากการระบาดของโรคเอดส์และโรคร้ายแรงอื่นๆ ความแตกต่างทางความคิดระหว่างกลุ่มโลกเหนือและกลุ่มโลกใต้เกี่ยวกับปัญหาทรัพย์สินทางปัญญาและการสาธารณสุข ก่อให้เกิดข้อขัดแย้งและนำไปสู่การเจรจาระหว่างประเทศในองค์การการค้าโลก (World Trade Organisation) และองค์การอื่นๆ เช่น องค์การอนามัยโลก (World Health Organisation) องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organisation) ฯลฯ ประเทศที่พัฒนาแล้วมองว่าการไม่มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพจะส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของบรรษัทข้ามชาติ อันจะมีผลโดยตรงต่อการลงทุนวิจัยและพัฒนาเพื่อคิดค้นยาใหม่ๆ แต่ประเทศกำลังพัฒนาเห็นว่าการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาควรนำไปสู่การยกระดับการสาธารณสุขของประเทศ และส่งเสริมให้เกิดการวิจัยและพัฒนาที่เป็นประโยชน์อย่างเท่าเทียมกันทั้งต่อประเทศที่พัฒนาแล้วและต่อประเทศยากจน

๑. การคุ้มครองสิทธิบัตรยาภายใต้ความตกลงทริปส์

ความตกลงทริปส์ (TRIPS Agreement) ซึ่งเป็นความตกลงพหุภาคีภายใต้องค์การการค้าโลก กำหนดมาตรฐานและหลักเกณฑ์การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อเป็นมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับกฎหมายภายในของประเทศสมาชิก โดยกำหนดมาตรฐานการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาหลายลักษณะในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเทคโนโลยีผลิตภัณฑ์ยา ความตกลงทริปส์กำหนดหลักการที่เกี่ยวข้องไว้ดังนี้

- ให้มีการคุ้มครองการประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับยาและสิ่งมีชีวิต (โดยมีข้อยกเว้นบางประการ) ทั้งการประดิษฐ์ที่เป็นผลิตภัณฑ์และกรรมวิธี
- ห้ามการปฏิบัติที่แตกต่างในเรื่องสิทธิตามสิทธิบัตร ทั้งที่เกี่ยวกับสาขาของเทคโนโลยี และสถานที่ที่ทำการประดิษฐ์
- ให้มีการคุ้มครองสิทธิตามสิทธิบัตรเป็นกำหนดเวลา ๒๐ ปี
- จำกัดขอบเขตข้อยกเว้นสิทธิ
- กำหนดเงื่อนไขการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ
- กำหนดให้มีการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างมีประสิทธิภาพ

ความตกลงทริปส์มิได้มีเจตนารมณ์ที่จะทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศต่างๆ เป็นไปในแนวทางเดียวกัน (harmonisation of law) หากแต่เพียงกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของการคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้การที่ประเทศสมาชิกกำหนดบทบัญญัติในกฎหมายภายในของตนแตกต่างไปจากบทกฎหมายที่มีอยู่ในประเทศที่พัฒนาแล้ว หรือแตกต่างไปจากกฎหมายแม่แบบขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Model Law) ย่อมไม่ถือว่าเป็นการละเมิดต่อพันธกรณีของความตกลงทริปส์ หากบทบัญญัติที่แตกต่างนั้นมิได้ทำให้กฎหมายภายในของประเทศสมาชิกมีมาตรฐานที่แตกต่างไปจากมาตรฐานขั้นต่ำของความตกลงทริปส์

นอกจากนี้ ในการปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลงทริปส์ ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก อาจกำหนดบทบัญญัติในกฎหมายภายในที่ก่อให้เกิดความสมดุลระหว่างสิทธิและหน้าที่ของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา รวมทั้งกำหนดมาตรการที่ส่งเสริมให้เกิดสวัสดิภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ^{๑๑๓} เช่น กำหนดบทบัญญัติที่คุ้มครองการสาธารณสุข โภชนาการ และประโยชน์สาธารณะในสาขาที่มีความสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และเทคโนโลยีของประเทศ ยิ่งกว่านั้นประเทศสมาชิกอาจกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไปในทางมิชอบ หรือป้องกันการกระทำที่ขัดขวางการถ่ายทอดเทคโนโลยีได้^{๑๑๔} เป็นต้น

ในเรื่องยาและการสาธารณสุข กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศต่างๆ มีความแตกต่างกันมาโดยตลอด นโยบายสาธารณะและประโยชน์ของสาธารณชนได้ถูกใช้เป็นปัจจัยเพื่อบัญญัติกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศต่างๆ จวบจนกระทั่งเมื่อความตกลงทริปส์มีผลใช้บังคับ หลักการใหญ่ในกฎหมายของนานาประเทศจึงมีความสอดคล้องกลมกลืนกันมากขึ้น แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่ากฎหมายของประเทศต่างๆ จะมีหลักการที่เหมือนกันไปทั้งหมด กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะกฎหมายสิทธิบัตรด้านยา ยังคงมีความแตกต่างกัน ทั้งในเรื่องเงื่อนไขของการคุ้มครองขอบเขตของสิทธิ ข้อยกเว้นสิทธิ และการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ

ประเทศที่พัฒนาแล้วส่วนใหญ่จะบัญญัติกฎหมายที่ให้การคุ้มครองสิทธิในระดับสูง ทั้งนี้ เพื่อส่งเสริมการประดิษฐ์คิดค้นและปกป้องผลประโยชน์ของบรรษัทข้ามชาติของตน แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่านโยบายส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศที่พัฒนาแล้ว จะไม่ได้ถูกคัดค้านหรือได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากสังคมของตน อาทิ กฎหมายสิทธิบัตรสหรัฐได้ถูกวิจารณ์อย่างมากว่าเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือปกป้องผลประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิ แต่เพียงด้านเดียว โดยไม่คำนึงถึงผลกระทบต่อสังคม ไม่ว่าจะเป็นผลที่เกิดจากการแลกเปลี่ยนและขัดขวางการถ่ายทอดข้อมูลความรู้ในแวดวงวิชาการ หรือทำให้สินค้าจำเป็นมีราคาที่สูงเกินสมควร ก่อความเดือดร้อนต่อผู้บริโภค^{๑๑๕} และล่าสุดข้อวิพากษ์ต่อระบบสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกา มุ่งไปที่ความไม่มีประสิทธิภาพของระบบสืบค้นและการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตร ทำให้มีการออกสิทธิแก่การประดิษฐ์ด้อยคุณภาพจำนวนมาก ซึ่งการประดิษฐ์เหล่านั้นขาดคุณสมบัติที่จะขอรับการคุ้มครอง^{๑๑๖}

^{๑๑๓} TRIPS Agreement, Article 7.

^{๑๑๔} Ibid., Articles 8 and 40.

^{๑๑๕} Thurow, L. (1997) "Needed: A New System of intellectual Property Rights", Harvard Business Review, 95-103.

^{๑๑๖} Gleick, J. (2000) "Patently Absurd", The New York Times Magazine, March 12.

ประเทศกำลังพัฒนาซึ่งขาดแคลนศักยภาพด้านเทคโนโลยีมองไม่เห็นความจำเป็นที่จะคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในระดับสูง โดยมองว่าการคุ้มครองในระดับสูงจะไม่เป็นประโยชน์ต่อระดับการพัฒนาเศรษฐกิจสังคมของตน แต่กลับจะส่งเสริมให้เกิดการผูกขาดตลาด กีดขวางการวิจัย และก่อให้เกิดปัญหาสังคมหลายประการ ประเทศยากจนจึงต้องการให้มีการตีความบทบัญญัติของความตกลงทริปส์ อย่างยืดหยุ่น ให้การคุ้มครองสิทธิอย่างจำกัด กำหนดข้อยกเว้นสิทธิอย่างกว้าง และนำมาตราการควบคุมการใช้สิทธิที่มีประสิทธิภาพมาใช้ เช่น มาตรการบังคับใช้สิทธิ กฎหมายแข่งขันทางการค้าหรือกฎหมายป้องกันการผูกขาด (competition or anti-trust law) และกลไกควบคุมราคาสินค้า (price control mechanisms) เป็นต้น

นักวิชาการฝ่ายประเทศกำลังพัฒนาจำนวนมากแนะนำว่า ประเทศกำลังพัฒนาไม่ควรถือว่าการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเป้าหมายสุดท้าย แต่ควรมองกฎหมายลักษณะนี้ว่าเป็นเครื่องมือเพื่อนำไปสู่การพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และอุตสาหกรรมของประเทศ (a means to an end, rather than an end in itself) โดยจะต้องมองการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาให้เชื่อมโยงกับมิติด้านเศรษฐกิจสังคมอื่นๆ เช่น การสาธารณสุข การแข่งขันทางการค้า การส่งเสริมการเกษตร การอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม การพัฒนาอุตสาหกรรม การถ่ายทอดเทคโนโลยี ปัญหาความยากจน การคุ้มครองผู้บริโภค และการส่งเสริมอุตสาหกรรมขนาดกลางและขนาดย่อม^{๑๑๗} เป็นต้น

ในแง่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจึงไม่ควรถูกบัญญัติและบังคับใช้อย่างเป็นเอกเทศ หากแต่จะต้องเป็นไปโดยสอดคล้องในทิศทางเดียวกับกฎหมายและนโยบายอื่นๆ ของรัฐ รวมทั้งกฎหมายแข่งขันทางการค้า กฎหมายคุ้มครองและถ่ายทอดเทคโนโลยี กฎหมายยาและการสาธารณสุข กฎหมายด้านการเกษตร กฎหมายทรัพยากร กฎหมายอุตสาหกรรม

๒. บทบาทของสิทธิบัตรเพื่อส่งเสริมการวิจัยด้านสาธารณสุข

งานศึกษาจำนวนมากได้สรุปในทำนองเดียวกันว่าอุตสาหกรรมยาเป็นอุตสาหกรรมที่พึ่งพาระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามากที่สุด เนื่องจากเป็นอุตสาหกรรมที่อาศัยการวิจัยและพัฒนา (research-based industry) สิทธิผูกขาดตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจะเปิดโอกาสให้บรรษัทหาประโยชน์เพื่อทดแทนค่าใช้จ่ายการวิจัย ผลกำไรที่ได้จะสามารถนำไปใช้เพื่อการวิจัยและพัฒนาในอนาคต^{๑๑๘}

การแพร่ระบาดของโรคเอดส์ได้ก่อให้เกิดข้อโต้เถียงเกี่ยวกับผลกระทบของทรัพย์สินทางปัญญาต่อสังคม โดยเฉพาะต่อการเข้าถึงยาของประเทศยากจน อย่างไรก็ตาม ปัญหาเรื่องการสาธารณสุขของประเทศกำลังพัฒนานั้นเกี่ยวข้องกับประเด็นที่กว้างกว่าปัญหาการระบาดของโรคเอดส์ และกว้างกว่าปัญหาเรื่องการเข้าถึงยาด้านไวรัส เพราะในความเป็นจริงแม้ว่าโรคเอดส์จะเป็นสาเหตุสำคัญของการ

^{๑๑๗} Reichman, J. (1997) "From Free Riders to Fair Followers: Global Competition under the TRIPS Agreement" New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 29; Correa, C. (1999) "Review of the TRIPS Agreement: Fostering the Transfer of Technology to Developing Countries" Journal of World Intellectual Property, Vol. 2, No. 6.

^{๑๑๘} Scherer, F.M. (2001) "The Patent System and Innovation in Pharmaceuticals", Revue Internationale de Droit Economique, Special Edition, pp.109-112.

ตายในประเทศกำลังพัฒนา แต่โรคร้ายแรงอื่นที่มีผลกระทบต่อสุขภาพของประชาชนในประเทศเหล่านั้นก็ยังมีอยู่ ไม่ว่าจะเป็นโรควัณโรค มาลาเรีย ไข้เลือดออก หรือโรคหัด

ปัญหาด้านสาธารณสุขที่เกิดจากโรคแต่ละชนิดมีความแตกต่างกัน นโยบายด้านการสาธารณสุขในแต่ละโรคจึงควรแตกต่างกันไปด้วย สำหรับโรคที่เป็นปัญหาร่วมกันของประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนา การวิจัยและพัฒนาที่ได้รับการส่งเสริมด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา อาจเป็นประโยชน์ต่อประเทศทั้งสองกลุ่ม แต่สำหรับโรคที่เป็นปัญหาเฉพาะของประเทศกำลังพัฒนา เช่น มาลาเรีย ไทฟอยด์ และโรคเอดส์บางสายพันธุ์ ฯลฯ การส่งเสริมการวิจัยและพัฒนาในประเทศที่พัฒนาแล้วจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประเทศกำลังพัฒนา หากพิจารณาโรคเอดส์เป็นตัวอย่าง โรคเอดส์ที่ระบาดในประเทศกำลังพัฒนานั้น เกิดจากเชื้อไวรัสเอชไอวีที่เป็นคนละชนิดพันธุ์กับเชื้อเอชไอวีที่พบในประเทศที่พัฒนาแล้ว ซึ่งวัคซีนหรือยายับยั้งไวรัสสำหรับเชื้อเอชไอวีทั้งสองกลุ่มย่อมแตกต่างกันด้วย การวิจัยและพัฒนาโรคเอดส์ส่วนใหญ่มุ่งไปสู่การคิดค้นยาเพื่อยับยั้งการระบาดของโรคเอดส์ในประเทศตะวันตก ซึ่งการวิจัยดังกล่าวอาจไม่เป็นประโยชน์ต่อประเทศกำลังพัฒนาเท่าใดนัก

คำนวณว่างบประมาณวิจัยด้านสาธารณสุขเกี่ยวกับโรคเขตร้อนที่พบในประเทศกำลังพัฒนานั้นมีอยู่เพียงร้อยละ ๕ ของงบประมาณการวิจัยสาธารณสุขทั้งหมด^{๑๑๙} การวิจัยยาของบริษัทเอกชนมักจะถูกกำหนดโดยโอกาสทางการตลาดและด้วยการตัดสินใจเชิงธุรกิจมากกว่าจะพิจารณาถึงปัจจัยด้านสังคมหรือถึงปัญหาร้ายแรงที่ประชากรโลกเผชิญ โรคซึ่งมีตลาดที่ไม่น่าดึงดูดใจเนื่องจากขาดกำลังซื้อ เช่น โรคมาลาเรีย ไข้เลือดออก และวัณโรค ฯลฯ มักจะไม่ได้รับความสนใจจากภาคเอกชนที่จะทำการวิจัยและพัฒนา จากจำนวนยาที่ผลิตในรอบ ๒๕ ปีที่ผ่านมาทั้งสิ้น ๑,๓๔๓ ตัวยา มีเพียง ๑๓ ตัวยาเท่านั้นที่ผลิตขึ้นเพื่อใช้รักษาโรคที่พบในภูมิภาคเขตร้อน^{๑๒๐} แต่สำหรับโรคที่เป็นปัญหาของประเทศที่พัฒนาแล้ว เช่น โรคความดันโลหิต ไขมันในเส้นเลือด เบาหวาน โรคเสื่อมสมรรถภาพทางเพศ ฯลฯ หรือโรคที่เป็นปัญหาร่วมกันของประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนา สถานการณ์กลับเป็นตรงกันข้าม ปัจจุบันทุนที่ใช้เพื่อการวิจัยโรคเอดส์นั้นมีจำนวนที่สูงมาก (โดยส่วนใหญ่เป็นทุนสำหรับวิจัยเชื้อไวรัสสายพันธุ์ที่พบในประเทศตะวันตก) ทุนวิจัยโรคเอดส์นั้นสูงกว่าทุนวิจัยโรคมาลาเรียและวัณโรค ส่วนโรคที่ไม่พบในประเทศที่พัฒนาแล้วเลย อาทิ โรคโหลตายหรือโรคเรื้อรังนั้น ไม่ปรากฏว่ามีการทำการวิจัยโรคดังกล่าวโดยบรรษัทยาหรือโดยสถาบันวิจัยของประเทศที่พัฒนาแล้วแต่อย่างใด

แม้ผู้สนับสนุนระบบทรัพย์สินทางปัญญาจะได้ยืนยันถึงประโยชน์ของการคุ้มครองสิทธิที่มีต่อการส่งเสริมการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ๆ ที่มีประโยชน์ ข้อเท็จจริงกลับแสดงให้เห็นว่า นับตั้งแต่สิทธิบัตรยามีผลใช้บังคับทั่วโลกอันเนื่องมาจากความตกลงทริปส์ ความก้าวหน้าทางนวัตกรรมในสาขานี้กลับมีอัตราที่ลดลง โปรดพิจารณาตัวอย่างต่อไปนี้ ในปี พ.ศ. ๒๕๒๘ มีสารเคมีใหม่ที่มีคุณสมบัติออกฤทธิ์ทางยาจำนวน ๖๐ ตัวยา ได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการอาหารและยาของสหรัฐ (US Food and Drug Administration) แต่ในปี พ.ศ. ๒๕๔๓ สารเคมีใหม่ที่ได้รับอนุมัติกลับมีจำนวนลดลงเหลือเพียง ๒๗ ตัวยา ตัวยาใหม่ที่ถูกคิดค้นขึ้นมีตัวเลขที่พหุคูณกับจำนวนสิทธิบัตรยาที่ออกในสหรัฐอเมริกา โดยในปี พ.ศ. ๒๕๔๓ สิทธิบัตรในหมวดยาที่ออกโดยสำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐ มีจำนวนที่สูงถึง ๖,๗๓๐

^{๑๑๙} Commission on Intellectual Property Rights (2002), Integrating Intellectual Property Rights and development Policy, London, Ch.2. Available at <http://www.iprcommission.org>

^{๑๒๐} Trouiller, P. et al (2002) "Drug Development for Neglected Diseases: a Deficient Market and a Public Health Policy Failure" The Lancet, vol. 359, p.2188.

ฉบับ^{๑๒๑} อันแสดงว่าสิทธิบัตรส่วนใหญ่ไม่ได้ออกให้เพื่อคุ้มครองยาใหม่ หากแต่ออกให้เพื่อคุ้มครองกรรมวิธีการผลิตที่มีการปรับเปลี่ยนไปใช้สูตรผสมใหม่ของตัวยามีอยู่แล้ว (new formulations of existing drugs) และเพื่อคุ้มครองการใช้ใหม่ของยาที่มีอยู่แล้ว (new uses of known compounds) มีรายงานว่าในช่วงปี พ.ศ. ๒๕๓๒ – ๒๕๔๓ จากจำนวน ๑,๐๓๕ ตัวยาที่ได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการอาหารและยาสหรัฐ ปรากฏว่ามีเพียง ๑๕๓ ตัวยาที่เป็นยาที่มีสารเคมีใหม่ที่มีผลสำคัญในทางเวชกรรมที่เหลืล้นแต่เป็นตัวยาที่มีการปรับเปลี่ยนสูตรและส่วนผสมที่ไม่ทำให้เกิดผลสำคัญทางการแพทย์แต่ประการใด^{๑๒๒}

ในการวิจัยพัฒนาวัคซีนเอดส์ เป้าหมายหลัก คือ การพัฒนาวัคซีนเพื่อต่อสู้เชื้อไวรัสสายพันธุ์ B ซึ่งเป็นชนิดพันธุ์ที่ระบาดในประเทศที่พัฒนาแล้ว แต่วัคซีนเพียงไม่กี่ชนิดที่ถูกพัฒนาขึ้นเพื่อยับยั้งไวรัสเอชไอวีสายพันธุ์ A และ C ที่พบในประเทศกำลังพัฒนา^{๑๒๓} หรือในกรณีโรคประเมินว่าปัจจุบันทั่วโลกมีผู้ป่วยจากโรคนี้นับจำนวน ๘ ล้านคน ซึ่งเกือบทั้งหมดเป็นประชากรของประเทศกำลังพัฒนา แม้การระบาดของโรคได้เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วในรอบสิบปีที่ผ่านมา แต่ไม่ปรากฏว่ามีการพัฒนาวัคซีนยารักษาโรคขึ้นใหม่เลยในรอบ ๓๐ ปี^{๑๒๔}

สำหรับการวิจัยโดยภาครัฐ ค่าใช้จ่ายการวิจัยภาครัฐของประเทศที่พัฒนาแล้วแตกต่างกับประเทศกำลังพัฒนาเป็นอย่างมาก จากจำนวนค่าใช้จ่ายเพื่อการวิจัยและพัฒนาทั้งหมดในปี พ.ศ. ๒๕๔๑ ซึ่งคิดเป็นจำนวนเงิน ๓๗,๐๐๐ ล้านดอลลาร์นั้น ค่าใช้จ่ายด้านการวิจัยสาธารณสุขที่ใช้จ่ายโดยภาครัฐของประเทศกำลังพัฒนาคิดเป็นสัดส่วนที่น้อย เป็นจำนวนเงินเพียง ๒๒,๕๐๐ ล้านดอลลาร์เท่านั้น เฉพาะแต่สถาบันสาธารณสุขแห่งชาติของสหรัฐอเมริกา (US National Institute of Health) เพียงแห่งเดียวก็ใช้เงินเพื่อการวิจัยและพัฒนาเป็นจำนวนถึง ๒๐,๐๐๐ ล้านดอลลาร์^{๑๒๕}

ข้อมูลข้างต้นได้แสดงถึงความไม่เท่าเทียมกันของศักยภาพด้านการผลิตยา และแสดงถึงประโยชน์ที่แตกต่างกันอย่างมาของการวิจัยและพัฒนา และถึงแม้ว่าจะมีการคิดค้นยาหรือกรรมวิธีการรักษาโรคที่เป็นประโยชน์ต่อคนทุกคน การเข้าถึงและประโยชน์จากเทคโนโลยีเวชกรรมและอายุรกรรมหาได้ตกเป็นประโยชน์แก่คนทุกคนอย่างเท่าเทียมกันไม่ เพราะการเข้าถึงเทคโนโลยียังคงขึ้นอยู่กับกำลังซื้อของประชาชน และขึ้นอยู่กับปัจจัยพื้นฐานด้านสาธารณสุขของแต่ละประเทศ ในแง่นี้ ราคายาและค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลเป็นองค์ประกอบสำคัญต่อความสามารถของประชาชนในการเข้าถึงยาและการรักษาพยาบาล ในประเทศอุตสาหกรรมการสาธารณสุขจะได้รับการจัดสรรให้แก่ประชาชนอย่างทั่วถึงโดยผ่านระบบรัฐสวัสดิการและการประกันสุขภาพ แต่ในประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่การสาธารณสุขของประเทศยังขึ้นอยู่กับความสามารถในการซื้อของประชาชน ประชาชนที่ยากจนจำนวนมากต้องถูกตัดโอกาสในการเข้าถึงบริการสาธารณสุข เนื่องจากขาดแคลนปัจจัยทางเศรษฐกิจ

^{๑๒๑} NIHCM (2002) “Changing Patterns of Pharmaceutical Innovation”, [National Institute for Health Care Management Foundation](#), Washington DC.

^{๑๒๒} Ibid.

^{๑๒๓} UNAIDS (2002) “Report on the Global HIV/AIDS Epidemic 2002”, UNAIDS, Geneva, p.105.

^{๑๒๔} The Global Alliance for TB Drug Development (2001) “The Economics of TB Drug Development”, The Global Alliance for TB Drug Development, New York.

^{๑๒๕} MSF (2001) “Fatal Imbalance: The Crisis in Research and Development for Drugs for Neglected Diseases”, Médecins sans Frontière, Brussels. Available at: <http://www.msf.org/source/access/2001/fatal/fatal.pdf>

ตัวอย่างที่ดีที่สุดในเรื่องนี้ ได้แก่ ค่าใช้จ่ายเพื่อป้องกันการระบาดของโรคเอดส์ ประเทศกำลังพัฒนามีค่าใช้จ่ายโดยเฉลี่ยสำหรับการสาธารณสุขที่ ๒๓ ดอลลาร์ต่อคนต่อปี แต่ค่าใช้จ่ายสำหรับยาต้านไวรัสเอชไอวีที่เป็นยาซื้อสามัญที่มีราคาถูกที่สุดในตลาดโลกนั้นสูงกว่า ๒๐๐ ดอลลาร์ต่อคนต่อปี^{๑๒๖} องค์การอนามัยโลกประเมินว่า มีผู้ติดเชื้อเอดส์เพียงร้อยละ ๕ ของจำนวนผู้ติดเชื้อทั่วโลกที่มีโอกาสเข้าถึงยาต้านไวรัส และครึ่งหนึ่งของผู้ที่มีโอกาสเข้าถึงยาเป็นผู้ติดเชื้อในประเทศบราซิล^{๑๒๗} ซึ่งประสบความสำเร็จอย่างสูงในการผสมผสานมาตรการต่างๆ เพื่อส่งเสริมการเข้าถึงยาของประชาชน ดังจะกล่าวถึงต่อไป

สถิติตัวเลขข้างต้นนำไปสู่คำถามว่า ระบบทรัพย์สินทางปัญญามีบทบาทอย่างไรในการส่งเสริมการวิจัยเพื่อแก้ปัญหาสาธารณสุขของประเทศกำลังพัฒนา ยกเว้นเฉพาะแต่โรคที่เป็นปัญหาร่วมของประเทศที่พัฒนาแล้วด้วยเท่านั้นที่ประเทศกำลังพัฒนาอาจได้รับประโยชน์จากการวิจัย (แต่ทั้งนี้ยังคงขึ้นอยู่กับความสามารถในการจ่ายของประเทศเหล่านั้นด้วย) อาจกล่าวได้ว่าระบบทรัพย์สินทางปัญญามีประโยชน์น้อยมากต่อการสาธารณสุขของประเทศยากจน

๓. สิทธิบัตรกับปัญหาการเข้าถึงยา

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะสิทธิตามสิทธิบัตรเป็นสิทธิผูกขาด การที่ผู้ทรงสิทธิมีอำนาจผูกขาดตลาดย่อมทำให้ผู้ทรงสิทธิมีแนวโน้มจะแสวงหากำไรในอัตราสูง ซึ่งหมายถึงการจำหน่ายสินค้าในราคาที่สูงสุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ข้อควรพิจารณาประการแรกคือ สิทธิบัตรปิดกั้นโอกาสของประเทศยากจนที่จะเข้าถึงยาจริงหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศกำลังพัฒนาที่มีขนาดเล็ก ด้วยเหตุที่สิทธิบัตรอยู่ภายใต้หลักดินแดนที่ผู้ประดิษฐ์จะต้องขอรับความคุ้มครองในทุกประเทศที่ต้องการผูกขาดตลาด จึงมีความเป็นไปได้น้อยมากที่บรรษัทข้ามชาติจะเข้าไปขอรับสิทธิบัตรในประเทศขนาดเล็กที่ไม่มีความสำคัญในทางการตลาด การไม่มีสิทธิบัตรย่อมหมายความว่าประเทศเล็กๆ เหล่านี้สามารถใช้ประโยชน์จากการประดิษฐ์ยาได้โดยไม่มีข้อจำกัด จากการสำรวจสิทธิบัตรในประเทศแอฟริกา ๕๖ ประเทศพบว่า มีการขอรับสิทธิบัตรยาต้านไวรัสเอชไอวีในประเทศเหล่านั้นเพียงร้อยละ ๒๑.๖ ของยาทั้งหมด และมีจำนวนถึง ๑๓ ประเทศที่ไม่มีการขอรับสิทธิบัตรในยาต้านไวรัสเอดส์เลย^{๑๒๘} ดังนั้น จึงมีการตั้งข้อสงสัยต่อข้อกล่าวอ้างที่ว่าสิทธิบัตรเป็นตัวการสำคัญที่ปิดกั้นประเทศยากจนไม่ให้เข้าถึงยาจำเป็น

อาจเป็นความจริงที่ประเทศขนาดเล็กไม่ใช่ตลาดสำคัญและไม่มีความเสี่ยงเรื่องการทำละเมิดสิทธิบัตร อันมีผลให้บรรษัทข้ามชาติไม่เข้าไปขอรับสิทธิบัตรในประเทศเหล่านั้น แต่ต้องไม่ลืมว่าประเทศขนาดเล็กโดยเฉพาะประเทศที่อยู่ในทวีปแอฟริกล้วนแต่ไม่อยู่ในฐานะที่จะพึ่งตัวเองในด้านยาได้เลย หากแต่จะต้องพึ่งพาประเทศที่พัฒนาแล้วหรือประเทศกำลังพัฒนาขนาดใหญ่ อาทิ บราซิลหรืออินเดีย ด้วยการนำเขายาจากประเทศเหล่านั้น ซึ่งเมื่อมีการขอรับสิทธิบัตรยาในประเทศที่เป็นแหล่ง

^{๑๒๖} MSF and HAI, Improving Access to Essential Medicines in East Africa: Patents and Prices in a Global Economy, Report on the East African Access to Essential Medicines Conference Organised by Médecins Sans Frontières (MSF) and Health Action International (HAI), Nairobi, 15-16 June 2000.

^{๑๒๗} WHO Press Release No.28, 22 April 2002.

^{๑๒๘} Attaran, A. and Gillespie-White, L. (2001) "Do Patents for Antiretroviral Drugs Constrain Access to AIDS Treatment In Africa", JAMA, Vol. 286, p.15.

ผลิตยาจะทำให้ประเทศที่ยากจนหมดโอกาสเข้าถึงยาไปด้วย เนื่องจากแหล่งผลิตยาถูกจำกัดด้วยสิทธิตามสิทธิบัตรและการผลิตได้ถูกผูกขาดโดยบริษัทยาข้ามชาติ บริษัทยาข้ามชาติมักจะเข้าไปขอรับสิทธิบัตรไว้เพื่อผูกขาดตลาดและผูกขาดการผลิตในประเทศที่เป็นตลาดสำคัญ หรือที่มีศักยภาพการผลิตยาชื่อสามัญ ตัวอย่างเช่น ในประเทศแอฟริกาใต้ที่มีประชาชนติดเชื้อเอชไอวีเป็นจำนวนมากกว่า ๔ ล้านคน และเป็นประเทศที่มีบริษัทยาชื่อสามัญจำนวนมากนั้น บริษัทยาข้ามชาติได้ขอรับสิทธิบัตรยาต้านไวรัสเป็นจำนวน ๑๓ ตัวยา จากจำนวนทั้งหมด ๑๕ ตัวยา^{๑๒๙}

ปัจจัยสำคัญที่เป็นตัวกำหนดราคายา คือ “ระดับการแข่งขันในตลาด” ราคายาจะลดลงอย่างมากหลังจากที่สิทธิบัตรหมดอายุการคุ้มครอง เนื่องจากการเข้าสู่ตลาดของยาชื่อสามัญจะทำให้เกิดการแข่งขัน บริษัทยาที่เป็นผู้ทรงสิทธิตามสิทธิบัตรจึงมักใช้วิธีการต่างๆ เพื่อชะลอการเข้าสู่ตลาดของยาชื่อสามัญ ดังนั้น หากประเทศกำลังพัฒนาต้องการให้ราคายาในตลาดมีราคาไม่แพงเกินสมควร ประเทศเหล่านั้นจะต้องส่งเสริมศักยภาพการแข่งขันของบริษัทยาชื่อสามัญ แต่ปัญหาของประเทศกำลังพัฒนาโดยเฉพาะประเทศยากจนขนาดเล็กคือ ประเทศดังกล่าวมักจะไม่มียาที่ท้องถิ่นที่จะผลิตยาชื่อสามัญเพื่อแข่งขันกับบริษัทยาข้ามชาติ อีกทั้งการดึงดูดบริษัทยาชื่อสามัญต่างชาติให้เข้ามาแข่งขันในประเทศมิใช่เรื่องที่สามารถทำได้โดยง่าย เนื่องจากประเทศเหล่านั้นมักมีตลาดขนาดเล็กที่ไม่เป็นที่ดึงดูดใจสำหรับบริษัทต่างชาติ

๔. เหตุแห่งการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ

มาตรการบังคับใช้สิทธิเป็นกลไกสำคัญต่อการส่งเสริมการเข้าถึงยา โดยเฉพาะภายใต้บริบทที่การคุ้มครองสิทธิบัตรยาเป็นพันธกรณีในองค์การการค้าโลก การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิจะส่งผลกระทบต่ออำนาจตลาดและผลกำไรของบริษัทยาข้ามชาติ บริษัทยาเหล่านั้นมองว่ามาตรการบังคับใช้สิทธิเป็นกลไกที่ขัดต่อการค้าเสรี และเป็นอุปสรรคที่บั่นทอนการลงทุนในการวิจัยและพัฒนา^{๑๓๐} ในความเป็นจริงมาตรการบังคับใช้สิทธิเป็นกลไกหลักในระบบสิทธิบัตรที่มีการใช้กันอย่างกว้างขวางในประเทศที่พัฒนาแล้ว กฎหมายของประเทศที่พัฒนาแล้วทุกประเทศล้วนแต่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการนี้ทั้งสิ้น^{๑๓๑}

ศาสตราจารย์คาร์ลอส คอร์เรีย แนะนำให้ประเทศกำลังพัฒนากำหนดมาตรการดังกล่าวไว้ในกฎหมายภายใน และประเทศกำลังพัฒนาควรมีนโยบายที่จะใช้มาตรการดังกล่าวอย่างจริงจัง เพื่อส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันและทำให้ยามีราคาถูกลง แต่นักนิติศาสตร์ด้านทรัพย์สินทางปัญญาจากประเทศกำลังพัฒนานี้กล่าวเตือนไว้ว่า ปัญหาของระบบสิทธิบัตรและการสาธารณสุขมิได้อยู่เฉพาะเนื่องจากยามีราคาแพงเท่านั้น หากแต่ยังมีปัญหาอื่นๆ ที่เป็นปัญหาต่อการส่งเสริมการเข้าถึงยาอีกด้วย เช่น การออกสิทธิบัตรที่ไม่สมบูรณ์ หรือการขอรับสิทธิบัตรสำหรับการประดิษฐ์ที่ขาดคุณสมบัติ (patent evergreening) ฯลฯ ซึ่งมาตรการบังคับใช้สิทธิจะไม่สามารถแก้ปัญหาในเรื่องนี้ได้ทั้งหมด

^{๑๒๙} UNAIDS (2002) “Report on the Global HIV/AIDS Epidemic 2002”, UNAIDS, pp.189-201.

^{๑๓๐} Lee, K.W. (2003) “Note, Permitted Use of Patented Inventions in the United States: Why Prescription Drugs Do Not Merit Compulsory Licensing, 36 Ind. L. Rev. 175, at 195 และโปรดดู Yosick, J.A. (2001) “Note, Compulsory Patent Licensing For Efficient Use of Inventions”, U. Ill. L. Rev. 1275, 1300-01.

^{๑๓๑} Correa, C. (1999) Intellectual Property Rights and the Use of Compulsory Licences: Options for Developing Countries, Working Paper No. 5, South Centre, Geneva, 1999.

ประเทศกำลังพัฒนาจะต้องใช้มาตรการหลายประการควบคู่กันไป รวมทั้งการสร้างศักยภาพที่จะทำการสืบค้นและตรวจสอบคำขอของสำนักงานสิทธิบัตร กำหนดกระบวนการเพิกถอนสิทธิบัตรที่สามารถกระทำได้อย่างง่าย และมีค่าใช้จ่ายไม่มากนัก^{๑๓๒} อันจะเป็นการรับประกันต่อสังคมว่าการประดิษฐ์ที่ได้รับสิทธิบัตรจะเป็นการประดิษฐ์ที่มีคุณค่า มีคุณสมบัติสอดคล้องกับเงื่อนไขของการขอรับสิทธิบัตร ตลอดจนการนำมาตรการต่างๆ มาใช้ เพื่อทำให้ผลิตภัณฑ์ภายใต้สิทธิบัตรที่จำหน่ายในประเทศมีราคาพอสมควร

การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิของประเทศต่างๆ มีเหตุผลที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ จนถึงขณะนี้ไม่ปรากฏว่ามีความตกลงระหว่างประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศใดที่กำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับเหตุผลของการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเอาไว้ ความตกลงทริปส์และอนุสัญญากรุงปารีส (Paris Convention for the Protection of Industrial Property) เพียงแต่กำหนดเงื่อนไขในการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ แต่ไม่ได้ระบุกรณีที่ประเทศสมาชิกอาจบังคับใช้มาตรการดังกล่าว^{๑๓๓} นอกจากนี้ ในกรณีที่เป็นการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยเหตุผลด้านการสาธารณสุข ปฏิญญาโดฮาว่าด้วยความตกลงทริปส์และการสาธารณสุข (Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health) ได้รับรองสิทธิของประเทศสมาชิกในอันที่จะตีความอย่างยืดหยุ่น และใช้เหตุผลที่เหมาะสมในการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ

หากประมวลสรุปจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายและแนวปฏิบัติของประเทศต่างๆ แล้ว มาตรการบังคับใช้สิทธิอาจถูกนำมาใช้ในกรณีต่อไปนี้^{๑๓๔}

๔.๑ การไม่ใช้งานสิทธิบัตร

หลักการดั้งเดิมของมาตรการบังคับใช้สิทธิเกี่ยวกับการแก้ปัญหาการไม่มีการใช้งานสิทธิบัตร หรือมีการใช้งานอย่างไม่เพียงพอ (non-working or inadequate working of patents) เนื่องจากระบบสิทธิบัตรเป็นเรื่องการแลกเปลี่ยนระหว่างรัฐและผู้ทรงสิทธิ ผู้ทรงสิทธิมิได้มีหน้าที่แต่เพียงจะต้องเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ต่อสาธารณชนเท่านั้น หากแต่จะต้องนำเอาการประดิษฐ์ภายใต้สิทธิบัตรไปใช้งานให้เกิดประโยชน์ในประเทศอีกด้วย

อย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการนำเอาการประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรไปใช้งานในประเทศ (working of patents) นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับนโยบายของแต่ละประเทศเป็นสำคัญ อาทิ สำหรับประเทศที่มีนโยบายการใช้งานอย่างเข้มงวด อาจถือว่าการณีที่จะเป็นการใช้ประโยชน์ในสิทธิบัตรก็ต่อเมื่อมีการนำเอาการประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรไปทำการผลิตเป็นผลิตภัณฑ์ขึ้นในประเทศ แต่สำหรับประเทศที่ไม่มีความเข้มงวดในเรื่องดังกล่าว อาจถือว่าการนำเข้าผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรที่ผลิตขึ้นในต่างประเทศเป็นการใช้ประโยชน์ในสิทธิบัตรแล้ว

^{๑๓๒} Correa C. (2000) Integrating public health concerns into patent legislation in developing countries, South Centre, Geneva, p. 92 และโปรดดู Kuanpoth, J. (2006) "Patents and Access to Medicines in Thailand: The ddl case and beyond", Intellectual Property Quarterly, Issue 2, pp.149-159.

^{๑๓๓} TRIPS Agreement, Art. 31 และ Paris Convention, Art. 5.

^{๑๓๔} Kuanpoth, J. (2004 "Intellectual Property and Access to Essential Medicines: Options for Developing Countries", Journal of Generic Medicines, Vol.2 Issue 1, p.53.

มีข้อควรพิจารณาว่าการนำเข้าสินค้าสำเร็จรูปจากต่างประเทศนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อประเทศน้อยกว่าการที่มีการผลิตสินค้าขึ้นในประเทศ เนื่องจากการผลิตผลิตภัณฑ์โดยใช้การประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรภายในประเทศจะก่อให้เกิดการระดมทุนและเกิดการสร้างงาน อีกทั้งยังจะทำให้บุคลากรในชาติได้เรียนรู้และได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่ทันสมัย

ปัญหาสำคัญอยู่ที่ว่า “การใช้งาน” (working) สิทธิบัตรมีความหมายอย่างไร คำว่าการทำงานนั้นมีที่มาจากข้อ ๕ ของอนุสัญญากรุงปารีส แต่อนุสัญญากรุงปารีสก็ได้ให้คำอธิบายว่าถ้อยคำดังกล่าวมีขอบเขตอย่างไร แต่เดิมประเทศต่างๆ ถือว่า กรณีจะถือว่ามีการใช้งานสิทธิบัตรก็ต่อเมื่อผู้ทรงสิทธิได้ใช้การประดิษฐ์ตามสิทธิบัตร เพื่อทำการผลิตสินค้าในประเทศที่ออกสิทธิบัตร^{๑๓๕} ภายใต้ข้อ ๕ (A) (๑) ของอนุสัญญากรุงปารีส ในกรณีที่ผู้ทรงสิทธิไม่ทำการผลิตผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรภายในประเทศ หากแต่นำเข้าสินค้าสำเร็จรูปมาจากต่างประเทศ รัฐอาจใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้^{๑๓๖} อย่างไรก็ตาม อนุสัญญากรุงปารีสห้ามมิให้รัฐภาคีทำการริบคืนสิทธิบัตร (forfeiture of patents) ในกรณีที่ผู้ทรงสิทธินำเข้าสินค้ามาจากต่างประเทศโดยไม่ทำการผลิตภายในประเทศ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ในกรณีที่ไม่มีการใช้งานสิทธิบัตร ประเทศผู้ออกสิทธิบัตรสามารถที่จะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้ แต่จะทำการริบคืนสิทธิบัตรโดยเหตุที่ไม่มีการใช้งานไม่ได้ (แต่ถ้าเป็นกรณีที่ไม่มีการนำเข้าสินค้าและไม่ทำการผลิตภายในประเทศ ประเทศที่ออกสิทธิบัตรสามารถใช้มาตรการได้ทั้งสองลักษณะ)^{๑๓๗}

แต่โดยข้อ ๒๗.๑ ของความตกลงทริปส์ นักวิชาการฝ่ายสนับสนุนสิทธิบัตรส่วนใหญ่ รวมทั้งบริษัทข้ามชาติต่างมีความเห็นว่า ความตกลงทริปส์ได้ห้ามการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ เพื่อบีบให้มีการผลิตในประเทศ โดยข้อ ๒๗.๑ บัญญัติว่า

“ภายใต้บังคับบทบัญญัติของวรรค ๒ และ ๓ ให้มีสิทธิบัตรสำหรับการประดิษฐ์ใดๆ ไม่ว่าจะ เป็นผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีในทุกสาขาเทคโนโลยี [...] การให้มีสิทธิบัตรตลอดจนสิทธิในสิทธิบัตรนั้น จะต้องให้โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ ในเรื่องสถานที่ที่ทำการคิดค้นการประดิษฐ์ สาขาของเทคโนโลยี และไม่ว่าผลิตภัณฑ์นั้นจะถูกนำเข้าหรือผลิตขึ้นภายในประเทศ”^{๑๓๘}

ผู้ที่มีความเห็นดังกล่าวเห็นว่า ตอนท้ายของบทบัญญัติข้อ ๒๗.๑ กำหนดให้ถือว่าการนำเข้าผลิตภัณฑ์ภายใต้สิทธิบัตรจากต่างประเทศมีผลเป็นการใช้งานสิทธิบัตรแล้ว แต่มีข้อสังเกตว่า กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศต่างๆ รวมทั้งกฎหมายของประเทศที่พัฒนาแล้ว เช่น ประเทศอังกฤษยังคงบทบัญญัติที่ให้มีการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเอาไว้ หากผู้ทรงสิทธิไม่ทำการผลิตผลิตภัณฑ์ภายในประเทศ^{๑๓๙} เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศไทย^{๑๔๐} และอีกหลายๆ ประเทศ^{๑๔๑} เป็นต้น

^{๑๓๕} Penrose, E.T. (1951) The Economics of the International Patent System, John Hopkins Press, Baltimore.

^{๑๓๖} Paris Convention, Art. 5 (A)(1).

^{๑๓๗} Ibid.

^{๑๓๘} TRIPS Agreement, Art. 27.1

“1. Subject to the provisions of paragraphs 2 and 3, patents shall be available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application. Subject to paragraph 4 of Article 65, paragraph 8 of Article 70 and paragraph 3 of this Article, patents shall be available and patent rights enjoyable without discrimination as to the place of invention, the field of technology and whether products are imported or locally produced.”

^{๑๓๙} UK Patents Act 1977, s. 46(1).

^{๑๔๐} พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๔๖

ในความเป็นจริงความตกลงทริปส์มิได้ห้ามการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิในกรณีไม่มีการใช้งานสิทธิบัตร ด้วยเหตุผลสองประการ

ประการแรก บทบัญญัติข้อ ๒๗.๑ เป็นบททั่วไป (general provision) จึงอยู่ในบังคับของข้อ ๒๘.๑ ของความตกลงทริปส์ ซึ่งเป็นบทเฉพาะ (specific provision) โดยข้อ ๒๘.๑ บัญญัติว่า

“๑. สิทธิบัตรจะทำให้ผู้เป็นเจ้าของมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว ดังต่อไปนี้

(เอ) ในกรณีที่วัตถุแห่งสิทธิตามสิทธิบัตรเป็นผลิตภัณฑ์ สิทธิที่จะป้องกันมิให้บุคคลที่สามซึ่งไม่ได้รับความยินยอมจากผู้เป็นเจ้าของกระทำการต่างๆ ดังนี้ การทำขึ้น การใช้ การเสนอขาย การขาย หรือการนำเข้าผลิตภัณฑ์โดยมีวัตถุประสงค์เหล่านี้”^{๑๔๒}

ซึ่งเมื่ออ่านบทบัญญัติข้อ ๒๗.๑ และข้อ ๒๘.๑ ประกอบกันก็อาจแปลความได้ว่า พันธกรณีที่ประเทศสมาชิกจะต้องจัดให้มีและคุ้มครองสิทธิตามสิทธิบัตรโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าผลิตภัณฑ์นั้นจะถูกนำเข้าหรือผลิตขึ้นภายในประเทศนั้น หมายถึงเฉพาะกรณีที่เป็นการนำเข้าผลิตภัณฑ์ที่ละเมิดสิทธิตามสิทธิบัตร (infringed products) ตามข้อ ๒๘.๑ เท่านั้น ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวกับสินค้าละเมิดสิทธิประเทศผู้ออกสิทธิบัตรจะกระทำการเลือกปฏิบัติมิได้ แต่หากเป็นสินค้าที่ไม่ละเมิดสิทธิตามสิทธิบัตรแล้ว เช่น หากสินค้านำเข้าเป็นสินค้าที่แท้จริงที่วางจำหน่ายโดยผู้ทรงสิทธิเอง หรือเป็นสินค้าที่นำออกจำหน่ายในต่างประเทศด้วยความยินยอมของเจ้าของสิทธิบัตร (เช่น โดยผ่านผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ) ดังนี้ จะไม่อยู่ในบังคับของข้อ ๒๗.๑ เรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติ^{๑๔๓} ดังนั้น การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิในกรณีที่ไม่มีการใช้งาน (หากแต่มีการนำเข้าสินค้าสำเร็จรูปที่แท้จริงมาจากต่างประเทศ) จึงไม่เป็นการฝ่าฝืนข้อ ๒๗.๑ ของความตกลงทริปส์เรื่องการเลือกปฏิบัติระหว่างสินค้านำเข้าและสินค้าที่ผลิตในประเทศ

ประการที่สอง ข้อ ๒๗.๑ ซึ่งเป็นบททั่วไป ย่อมอยู่ในบังคับของข้อ ๓๑ ของความตกลงทริปส์ และอยู่ในบังคับข้อ ๕ ของอนุสัญญากรุงปารีส ประกอบข้อ ๒.๑ ของความตกลงทริปส์

ข้อ ๓๑ ซึ่งเป็นบทกำหนดเงื่อนไขการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิมิได้มีข้อห้ามและมิได้กำหนดเงื่อนไขใดๆ เกี่ยวกับการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิในกรณีที่ไม่มีการใช้งานสิทธิบัตรในประเทศ ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อ ๒.๑ ที่ให้นำบทบัญญัติต่างๆ ในอนุสัญญากรุงปารีสมาใช้ ย่อมทำให้เข้าใจได้ว่า ความตกลงทริปส์ประสงค์ให้นำเงื่อนไขการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิกรณีไม่มีการใช้งาน ตามที่บัญญัติไว้ในข้อ ๕ ของอนุสัญญากรุงปารีสมาใช้บังคับ

^{๑๔๑} Julian-Arnold, G. (1993) “International Compulsory Licensing: The Rationales and the Reality”, 33 IDEA 349, 388; Correa, C.M. (2005) “Can the TRIPS Agreement Foster Technology Transfer to Developing Countries?”, in Maskus, K.E. and J.H. Reichman, International Public Goods and Transfer of Technology: Under a Globalized Intellectual Property Regime, Cambridge University Press, Cambridge, p.240.

^{๑๔๒} TRIPS Agreement, Art. 28.1:

1. A patent shall confer on its owner the following exclusive rights:

(a) where the subject matter of a patent is a product, to prevent third parties not having the owner's consent from the acts of: making, using, offering for sale, selling, or importing for these purposes that product;”

^{๑๔๓} Correa, “Can the TRIPS Agreement Foster Technology Transfer to Developing Countries?”, op.cit. note 29.

ภายใต้ข้อ ๕ (A) (๑) ของอนุสัญญากรุงปารีส ในกรณีที่ผู้ทรงสิทธิไม่ทำการผลิตผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรภายในประเทศ หากแต่นำเข้าสินค้าสำเร็จรูปเข้ามาจากต่างประเทศ รัฐอาจใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิด้วยการอนุญาตให้บุคคลที่สาม นำเอาไปการประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรนั้นไปใช้งานโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิ^{๑๔๔}

อนุสัญญากรุงปารีสมีบทบัญญัติที่ชัดเจน รับรองสิทธิของประเทศสมาชิกที่จะบังคับใช้งานสิทธิบัตร หากความตกลงทริปส์จะยกเลิกบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงปารีส ควรที่จะบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในการเจรจาอนุสัญญาเพื่อพิจารณาถึงความตกลงทริปส์ ประเทศที่พัฒนาแล้วบางประเทศ อาทิ สหรัฐและญี่ปุ่น ได้แสดงความคิดเห็นคัดค้านหลัก “การบังคับใช้งานสิทธิบัตร” และต้องการให้ความตกลงทริปส์มีบทบัญญัติห้ามใช้หลักการดังกล่าวไว้ แต่ข้อเสนอดังกล่าวตกไปเพราะถูกคัดค้านจากประเทศสมาชิกหลายประเทศ รวมทั้งประเทศที่พัฒนาแล้วอย่างสหภาพยุโรป

การที่ข้อ ๒.๑ ของความตกลงทริปส์ให้ข้อ 5 ของอนุสัญญากรุงปารีสมาใช้ ย่อมหมายความว่าประเทศสมาชิกสามารถใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิในกรณีที่ไม่มีการใช้งานได้ และการ “ไม่ใช้งานสิทธิบัตร” (non-working) มิได้หมายถึงการไม่มีผลิตภัณฑ์ขายในประเทศที่ออกสิทธิบัตรเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการที่ผู้ทรงสิทธิจำหน่ายผลิตภัณฑ์ในราคาแพง หรือในปริมาณที่ไม่เพียงพอแก่ความต้องการในตลาดด้วย กล่าวคือ หากความต้องการในประเทศต่อผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรได้รับการตอบสนองจากผู้ทรงสิทธิ ย่อมถือได้ว่าผู้ทรงสิทธิมิได้ปฏิบัติหน้าที่ของตนในการนำเอาสิทธิบัตรไปใช้งานให้เกิดประโยชน์ในประเทศ ซึ่งรัฐที่ออกสิทธิบัตรสามารถใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้

๔.๒ การใช้เพื่อสาธารณประโยชน์

การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากเหตุฉุกเฉินแห่งชาติหรือในสถานการณ์เร่งด่วนอย่างยิ่งยวด (Authorisation for uses for public interests due to national emergency or circumstances of extreme urgency) กรณีที่เกิดเหตุฉุกเฉิน เช่น เกิดการแพร่ระบาดของโรคเอดส์ ซาร์ส ไข้หวัดนก มาเลเรีย ฯลฯ และจำเป็นต้องใช้ยาเพื่อป้องกันสาธารณสุขของประเทศ รัฐบาลอาจประกาศภาวะฉุกเฉิน และใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว โดยข้อกำหนดและเงื่อนไขของการใช้มาตรการบังคับใช้ให้อยู่ในดุลยพินิจของรัฐ ส่วนในกรณีสถานการณ์เร่งด่วนอย่างยิ่งยวด เช่น เกิดสงคราม น้ำท่วม ภัยแล้ง หรือภัยพิบัติทางธรรมชาติอย่างอื่น เป็นต้น รัฐอาจใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยไม่จำเป็นต้องประกาศภาวะฉุกเฉินก่อน

๔.๓ การใช้สาธารณะที่มีได้มีวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์

ประเทศที่ออกสิทธิบัตรอาจใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิในกรณีที่เป็นการใช้สาธารณะที่มีได้มีวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์ (Compulsory licensing in cases of public non-commercial use) ความตกลงทริปส์บัญญัติรับรองสิทธิของประเทศสมาชิกที่จะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อตอบสนองต่อความต้องการสาธารณะ หากเป็นการใช้ที่มีได้มีวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์ มาตรการบังคับใช้สิทธิในกรณีนี้ ซึ่งเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า “การใช้โดยรัฐบาล” (government use) ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายสิทธิบัตรของทุกประเทศ^{๑๔๕} การใช้สาธารณะนี้อาจหมายถึงการใช้โดยหน่วยงานรัฐหรือเอกชน

^{๑๔๔} Paris Convention, Art. 5(A).

^{๑๔๕} โปรดดู พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๕๑ และ ๕๒

แต่จะต้องเป็นการใช้โดยคำสั่งของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ ที่สำคัญคือการใช้นั้นจะต้องมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร ซึ่งก็ได้หมายความว่าต้องเป็นการใช้โดยมิได้มีค่าตอบแทน เช่น หากรัฐบาลไทยออกคำสั่งให้องค์การเภสัชกรรมผลิตยาภายใต้สิทธิบัตรเพื่อจำหน่ายแก่ประชาชน โดยเป็นการจำหน่ายในราคาต้นทุน (a no-profit-and-no-loss basis) กรณีเช่นนี้ถือว่าเป็นการใช้สาธารณะโดยมิได้มีวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์แล้ว ข้อ ๓๑(b) ของความตกลงทริปส์อนุญาตให้ประเทศสมาชิกใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิที่เป็นการใช้สาธารณะที่มีวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์ โดยไม่จำเป็นต้องเจรจากับผู้ทรงสิทธิก่อน

๔.๔ การไม่ยินยอมให้ใช้สิทธิโดยสมัครใจ

รัฐอาจใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิในกรณีที่ผู้ทรงสิทธิตามสิทธิบัตรปฏิเสธที่จะอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยสมัครใจ (Compulsory licensing for refusal to issue a voluntary licence) รัฐอาจใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิหากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ทรงสิทธิปฏิเสธที่จะให้ผู้อื่นใช้สิทธิของตนโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ทั้งนี้ต้องกระทำภายหลังจากที่ผู้อื่นนั้นได้ใช้ความพยายามในการขออนุญาตใช้สิทธิจากเจ้าของสิทธิบัตร การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยเหตุผลนี้จะเป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมในประเทศ

๔.๕ เพื่อเยียวยาการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน

มาตรการบังคับใช้สิทธิอาจถูกใช้เพื่อเยียวยาการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน (Authorisation to remedy anti-competitive practices) สิทธิผูกขาดและอำนาจตลาดที่ได้จากสิทธิบัตรจะเปิดโอกาสให้ผู้ทรงสิทธิกระทำการที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันทางการค้า เช่น กำหนดราคาซื้อหรือราคาขายสินค้าที่สูงหรือต่ำเกินสมควร ยึดกันกำหนดราคา หรือกีดกันการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายอื่น ฯลฯ ในกรณีนี้รัฐอาจใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อรักษาสภาพการแข่งขันในตลาด ซึ่งความตกลงทริปส์ได้ยกเว้นเงื่อนไข ในเรื่องการเจรจากับผู้ทรงสิทธิตามสิทธิบัตร หากเป็นการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อเยียวยาการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน

๔.๖ กรณีที่มีสิทธิบัตรสองฉบับเกี่ยวข้องกัน

ในกรณีที่สิทธิบัตรสองฉบับเกี่ยวข้องกัน (parallel patents) อันเนื่องจากการประดิษฐ์ภายใต้สิทธิบัตรทั้งสองนั้นมีความสัมพันธ์กัน และการใช้สิทธิตามสิทธิบัตรฉบับหนึ่ง ไม่อาจกระทำได้เพราะจะไปละเมิดสิทธิตามสิทธิบัตรอีกฉบับหนึ่ง เช่น บริษัท ก. เป็นผู้ทรงสิทธิตามสิทธิบัตรสารเคมี X ที่มีคุณสมบัติยับยั้งไวรัสเอชไอวี บริษัท ข. พัฒนาสารเคมี X เป็นสูตรยา Y ที่ง่ายต่อการบริโภค และสามารถดูดซับเข้าสู่กระแสเลือดได้เร็วกว่า เช่นนี้ บริษัท ข. จะไม่สามารถผลิตยา Y ของตนออกจำหน่ายได้ เพราะจะไปละเมิดสิทธิบัตรสารเคมี X ของ ก. กรณีนี้รัฐที่ออกสิทธิบัตรอาจใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิอนุญาตให้บริษัท ข. ผลิตยา Y ได้โดยไม่ถือว่าละเมิดสิทธิบัตรของบริษัท ก. ฯลฯ

การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิกรณีนี้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข ๒ ประการคือ (๑) การประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรฉบับหลัง (หมายถึงสิทธิบัตรของบริษัท ข.) จะต้องมีความก้าวหน้าทางเทคนิคอย่างสำคัญ จนมีความสำคัญทางเศรษฐกิจเหนือการประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรฉบับแรก (หมายถึงสิทธิบัตรของบริษัท ก.) และ (๒) ผู้ทรงสิทธิตามสิทธิบัตรฉบับหลังจะต้องยินยอมให้เจ้าของสิทธิบัตรฉบับแรกใช้การประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรของตน (cross-licensing) เป็นการตอบแทนด้วย

๕. มาตรการบังคับใช้สิทธิภายใต้กฎหมายของประเทศต่างๆ

๕.๑ กฎหมายสหรัฐ

สหรัฐอเมริกาได้แสดงท่าทีต่อต้านการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยประเทศอื่น ทั้งๆ ที่สหรัฐมีมาตรการบังคับใช้สิทธิที่เข้มงวดมากที่สุด และทั้งๆ ที่รัฐบาลสหรัฐมีนโยบายบังคับใช้มาตรการดังกล่าวอย่างเข้มงวดและจริงจังมาโดยตลอด^{๑๔๖} มาตรการบังคับใช้สิทธิมิได้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐ หากแต่ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะต่างๆ หลายฉบับ ดังเช่นในกฎหมายต่อไปนี้ US Clean Air Act 1988 (42 USC S. 2183) และกฎหมายต่อต้านการผูกขาด (Sherman Act) เป็นต้น

มาตรการบังคับใช้สิทธิได้ถูกใช้โดยรัฐบาลสหรัฐในหลายกรณี แต่เหตุผลของการใช้ที่พบเห็นบ่อยที่สุดคือ เพื่อเยียวยาการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน และการใช้โดยรัฐบาลเพื่อประโยชน์สาธารณะ อาทิ การใช้เพื่อประโยชน์ด้านความมั่นคงในช่วง ๑๐๐ ปีที่ผ่านมา รัฐบาลสหรัฐได้ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิมากกว่า ๑๐๐ กรณี^{๑๔๗} กรณีล่าสุดคือการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิต่อสิทธิบัตรยา “CIPRO” ซึ่งเป็นยารักษาโรคแอนแทรกซ์ ภายหลังเหตุการณ์โจมตีตึกเวิลด์เทรดในสหรัฐเมื่อ ๑๑ กันยายน ๒๕๔๔

มาตรการบังคับใช้สิทธิของสหรัฐมีขอบเขตการใช้ที่กว้างขวางมาก ซึ่งโดยส่วนใหญ่ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรจะถูกกำหนดให้จ่ายค่าธรรมเนียมการใช้สิทธิให้แก่เจ้าของสิทธิบัตร แต่ในบางกรณี (โดยเฉพาะในกรณีที่เป็นการเยียวยาการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน) มาตรการบังคับใช้สิทธิได้ถูกนำมาใช้โดยมิได้มีการกำหนดค่าตอบแทนใดๆ ให้แก่ผู้ทรงสิทธิ ดังเช่น คดี FTC v Xerox Corporation ที่คณะกรรมการการค้า (Federal Trade Commission) มีคำสั่งให้ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิกับสิทธิบัตรของบริษัทซีร็อกซ์ โดยไม่จ่ายค่าธรรมเนียมให้แก่เจ้าของสิทธิบัตร^{๑๔๘} นอกจากนี้ มาตรการบังคับใช้สิทธิของสหรัฐมิได้ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิบัตรเท่านั้น หากแต่ยังกำหนดสภาพบังคับอย่างอื่นไว้ด้วย เช่น กำหนดให้ผู้ทรงสิทธิตามสิทธิบัตรเปิดเผยผลการวิจัยต่อรัฐหรือต่อผู้ประกอบการรายอื่น หรืออาจบังคับให้ผู้ทรงสิทธิเปิดเผยโนวฮาว หรือเทคนิคการผลิตที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีตามสิทธิบัตรก็ได้ เป็นต้น

นอกจากกรณีสิทธิบัตรยา “CIPRO” ที่กล่าวข้างต้น มาตรการบังคับใช้สิทธิยังได้ถูกใช้กับสิทธิบัตรยาในหลายกรณี ในช่วงทศวรรษที่ ๖๐ และ ๗๐ รัฐบาลสหรัฐได้ออกคำสั่งให้ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิกับยาปฏิชีวนะ “Tetracycline” และยา “Meprobamate” เพื่อประโยชน์ด้านการทหารโดยมิได้ขออนุญาตบรรษัทเจ้าของสิทธิบัตร และยังมีอีกหลายกรณีที่มาตรการบังคับใช้สิทธิได้ถูกใช้กับสิทธิบัตรของบริษัทไฟเซอร์ (Pfizer) อเมริกันไซนิมิด (American Cyanimid) และผู้ผลิตยารายอื่น

^{๑๔๖} Lee, op.cit. note 18 at p.195.

^{๑๔๗} Weissman, R. (1996) “A Long, Strange TRIPS: The Pharmaceutical Industry Drive to Harmonize Global Intellectual Property Rules, and the Remaining WTO Legal Alternatives Available to Third World Countries”, 17 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 1069, 1122-23.

^{๑๔๘} Goldstein, S. (1977) “A study of Compulsory Licensing” LES, pp. 122-125.

โดยเฉพาะในกรณีที่บริษัทเหล่านี้ได้กระทำการที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันทางการค้า เช่น ทำการฮั้วกัน กำหนดราคาที่ไม่เป็นธรรม และทำความตกลงแบ่งตลาดกัน เป็นต้น^{๑๔๙}

๕.๒ กฎหมายแคนาดา

แคนาดาเป็นประเทศที่มีประสบการณ์เกี่ยวกับการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิมากที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่งระหว่างปี พ.ศ. ๒๕๖๖-๒๕๓๖ กฎหมายสิทธิบัตรของแคนาดาที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นได้ให้อำนาจรัฐใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ โดยกำหนดเหตุผลของการใช้ไว้อย่างกว้างขวาง ตั้งแต่เหตุผลด้านไม่มีการใช้งานสิทธิบัตร การใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ การใช้โดยรัฐบาล การใช้เพื่อเยียวยาการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน ฯลฯ นอกจากนี้ ยังปรากฏว่ารัฐบาลแคนาดาได้ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อส่งเสริมอุตสาหกรรมยาชื่อสามัญ (generic industry) จนประสบความสำเร็จ ประเมินกันในช่วงเวลาดังกล่าว รัฐบาลแคนาดาได้อนุญาตให้ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยเฉลี่ย ๒๐ คำขอต่อปี^{๑๕๐}

แคนาดาถูกกดดันอย่างหนักจากสหรัฐเกี่ยวกับการใช้มาตรการดังกล่าว และตัดสินใจยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการบังคับใช้สิทธิและสิทธิบัตรยา ในปี พ.ศ. ๒๕๓๖ ภายหลังจากที่แคนาดาได้ทำความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) กับสหรัฐและเม็กซิโก

๕.๓ กฎหมายบราซิล

ประเทศบราซิลได้ออกกฎหมายสิทธิบัตรฉบับใหม่ในวันที่ ๑๕ พฤษภาคม ๒๕๔๐ เรียกว่า “Industrial Property Law of 1997” ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีภายใต้ความตกลงทริปส์ และเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการตอบโต้ทางการค้าภายใต้บทบัญญัติ “Special 301” ของสหรัฐ

ภายใต้กฎหมายฉบับใหม่ผู้ทรงสิทธิตามสิทธิบัตรยาจะมีสิทธิผูกขาดโดยสมบูรณ์ต่อเมื่อทำการผลิตผลิตภัณฑ์ภายใต้สิทธิบัตรในประเทศ กล่าวอีกนัยหนึ่ง กฎหมายบราซิลกำหนดให้มีการใช้งานสิทธิบัตรในประเทศอย่างเข้มงวด โดยผู้ทรงสิทธิจะต้อง “ผลิต” สินค้าในประเทศ การ “นำเข้า” สินค้าสำเร็จรูปไม่ถือเป็นการใช้งานสิทธิบัตร หากผู้ทรงสิทธิไม่ปฏิบัติหน้าที่การใช้งานนี้ หรือหากรัฐมีความจำเป็นต้องการผลิตภายใต้สิทธิบัตรโดยเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐสามารถออกมาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อให้องค์การของรัฐหรือให้เอกชนทำการผลิตหรือนำเข้าผลิตภัณฑ์ภายใต้สิทธิบัตร

โดยบทบัญญัติดังกล่าว และโดยที่รัฐบาลบราซิลมีนโยบายใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิอย่างจริงจัง อุตสาหกรรมยาในประเทศของบราซิลจึงสามารถผลิตยาชื่อสามัญของยาต้านไวรัสเอชไอวีได้ถึง ๘ ตำรับจากจำนวน ๑๒ ตำรับที่มีจำหน่ายอยู่ในประเทศ และยาต้านไวรัสชื่อสามัญก็มีราคาที่ต่ำกว่ายาที่ผลิตโดยบริษัทข้ามชาติถึงร้อยละ ๗๐

ในช่วงปี พ.ศ. ๒๕๔๓-๒๕๔๔ รัฐบาลบราซิลได้ประกาศจะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิกับยาขับยั้งไวรัสเอดส์ โดยอ้างเหตุผลการใช้ในกรณีเหตุฉุกเฉินแห่งชาติ (national emergency) ดังที่ระบุไว้ในข้อ ๓๑ ของความตกลงทริปส์ อันเป็นเหตุให้ในเดือนกุมภาพันธ์ ๒๕๔๔ สหรัฐได้ฟ้องร้องบราซิลต่อองค์การ

^{๑๔๙} Chien, C. (๒๐๐๓) “Cheap Drugs at What Price to Innovations: Does the Compulsory Licensing of Pharmaceuticals Hurt Innovation?”, ๑๘ Berkeley Technology Law Journal ๘๕๓.

^{๑๕๐} Ibid.

การค้าโลก โดยกล่าวหาว่าบราซิลละเมิดต่อบทบัญญัติข้อ ๒๗.๑ ของความตกลงทริปส์ โดยกระทำการกีดกันอย่างไม่เป็นธรรมต่อเจ้าของสิทธิบัตร โดยไม่ยอมรับการใช้สิทธิตามสิทธิบัตรด้วยการนำเข้าสินค้าจากต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ภายใต้กระแสกดดันจากนานาชาติและเนื่องจากถูกประณามจากประเทศต่างๆ ทั่วโลก สหรัฐได้ตัดสินใจถอนคดีดังกล่าวจากกระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก ภายหลังจากที่ทั้งสองประเทศได้เข้าสู่กระบวนการปรึกษาหารือกัน (consultation)^{๑๕๑}

๕.๔ กฎหมายไทย

กฎหมายไทยกำหนดให้ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิในสองลักษณะ ได้แก่ การใช้โดยเอกชน และ การใช้โดยรัฐ

มาตรา ๔๖ ของ พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้โดยเอกชน ในกรณีที่ไม่มีการใช้งานสิทธิบัตรในสองกรณี ได้แก่ (๑) ไม่มีการผลิตผลิตภัณฑ์หรือไม่มีการใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตรภายในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือ (๒) ไม่มีการขายผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรหรือผลิตภัณฑ์ที่ใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตร หรือมีการขายผลิตภัณฑ์ดังกล่าวในราคาสูงเกินควร หรือไม่พอสอดความต้องการของประชาชนภายในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งบุคคลใดๆ อาจจะยื่นคำขอใช้สิทธิตามสิทธิบัตรนั้นต่ออธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญา เมื่อพ้นกำหนดสามปีนับแต่วันออกสิทธิบัตร หรือสี่ปีนับแต่วันยื่นขอรับสิทธิบัตร แล้วแต่ระยะเวลาใดจะสิ้นสุดลงทีหลัง และหากเห็นว่าไม่มีการใช้งานสิทธิบัตรในประเทศ อธิบดีอาจอนุญาตให้บุคคลที่ขออนุญาตใช้สิทธิทำการผลิตหรือนำเข้าผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรได้

การใช้โดยรัฐถูกกำหนดไว้ในมาตรา ๕๑ และมาตรา ๕๒ ของความตกลงทริปส์ โดยเป็นมาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อตอบสนองความต้องการของสาธารณชนเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งจะต้องเป็นการใช้โดยคำสั่งของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยอาจมอบให้หน่วยงานรัฐหรือเอกชนดำเนินการก็ได้ มาตรา ๕๑ วรรคแรกของ พ.ร.บ. สิทธิบัตรฯ บัญญัติไว้สอดคล้องกับข้อ ๓๐(b) ความตกลงทริปส์ โดยอนุญาตให้กระทรวง ทบวง กรม ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรเพื่อสาธารณประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใด รวมทั้งได้ยกเว้นหน้าที่ที่จะต้องทำการเจรจากับผู้ทรงสิทธิก่อนมีการใช้มาตรการดังกล่าว

กระทรวงสาธารณสุขได้ประกาศใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ (compulsory licensing) กับยามีสิทธิบัตร ๓ ตัว ได้แก่ ยาต้านไวรัสเอดส์ “เอฟฟาไวเรนซ์” (Effavirenz) ยา “คาเลตตรา” (Kaletra) และยา “พลาวิคซ์” (Plavix) ซึ่งเหตุผลด้านราคาเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้รัฐบาลใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิตามสิทธิบัตรดังกล่าว ซึ่งยาเอฟฟาไวเรนซ์และคาเลตตรานั้นเป็นยาต้านไวรัสเอชไอวีกลุ่มที่สองที่ใช้กับผู้ป่วยโรคเอดส์ตัวยาด้านไวรัสสูตรแรก ส่วนยาพลาวิคซ์เป็นยาสลายลิ่มเลือดผู้ป่วยโรคหัวใจ ซึ่งทั้งหมดเป็นยาที่มีผู้ใช้เป็นจำนวนมากแต่มีราคาแพง เนื่องจากบริษัทข้ามชาติผู้จำหน่ายมีสิทธิบัตรผูกขาดยาดังกล่าวอยู่

การใช้มาตรการดังกล่าวของรัฐบาลไทย อาศัยอำนาจตามมาตรา ๕๑ แห่ง พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ อันเป็นการใช้สิทธิโดยรัฐบาล (government use) ซึ่งแตกต่างจากการใช้สิทธิโดยเอกชนตามมาตรา ๔๖ มาตรา ๔๗ และมาตรา ๔๗ ทวิ มาตรา ๕๑ เป็นการใช้สิทธิโดยรัฐเพื่อสาธารณประโยชน์

^{๑๕๑} Bass, N.A. (2002) “Implications of the TRIPS Agreement for Developing Countries: Pharmaceutical Patent Laws in Brazil and South Africa in the 21st Century”, 34 George Washington International Law Review 191.

ที่มีได้มีวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์ (public non-commercial use) และสอดคล้องกับความตกลงทริปส์ ขององค์การการค้าโลก ข้อ ๓๑(b)

ความตกลงทริปส์รับรองสิทธิของประเทศสมาชิกที่จะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อตอบสนอง ความต้องการของสาธารณชน ซึ่งมาตรการลักษณะนี้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศ (กฎหมายไทยในมาตรา ๕๑ และ ๕๒ ของ พ.ร.บ. สิทธิบัตรฯ) โดยการใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ดังกล่าว จะต้องเป็นการใช้โดยคำสั่งของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ (โดยอาจให้หน่วยงานรัฐหรือเอกชน ดำเนินการก็ได้) ความตกลงทริปส์อนุญาตให้รัฐสมาชิกบังคับใช้สิทธิลักษณะนี้ โดยไม่จำเป็นต้องเจรจา หรือพยายามที่จะได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิบัตรก่อน เพียงแต่จะต้องให้คำตอบแทนแก่ผู้ทรงสิทธิบัตร (โปรดดู TRIPS Agreement, Article 31(b))

มาตรา ๕๑ วรรคแรกของ พ.ร.บ. สิทธิบัตรฯ บัญญัติไว้สอดคล้องกับความตกลงทริปส์ โดย อนุญาตให้กระทรวง ทบวง กรม ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรเพื่อสาธารณประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใด โดยให้ คำตอบแทนแก่ผู้ทรงสิทธิบัตรและจะต้องแจ้งให้ผู้ทรงสิทธิทราบเป็นหนังสือโดยไม่ชักช้า มาตรา ๕๑ ไม่ได้กำหนดให้รัฐต้องเจรจากับผู้ทรงสิทธิก่อนที่จะทำการบังคับใช้สิทธิ มาตรา ๕๑ วรรคสองเป็น บทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดคำตอบแทนกับเงื่อนไขการใช้สิทธิ

ในการกำหนดคำตอบแทนและกำหนดเงื่อนไขการใช้สิทธิ มาตรา ๕๑ วรรคสองให้นำมาตรา ๕๐ มาใช้บังคับโดยอนุโลม ซึ่งทั้งผู้ขอใช้สิทธิและผู้ทรงสิทธิบัตรจะต้องตกลงกันในเรื่องคำตอบแทนและ เงื่อนไขการใช้ หากตกลงกันไม่ได้ มาตรา ๕๐ วรรคสองและสามให้อธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาเป็นผู้ กำหนด คู่กรณีที่ไม่พอใจคำวินิจฉัยของอธิบดีอาจอุทธรณ์คำสั่งต่อคณะกรรมการสิทธิบัตรต่อไปได้

เฉพาะแต่เรื่องคำตอบแทนและเงื่อนไขการใช้สิทธิเท่านั้นที่กฎหมายให้นำมาตรา ๕๐ มาใช้ บังคับโดยอนุโลม คำว่า “โดยอนุโลม” นั้นหมายความว่า การใช้บังคับจะต้องไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ของ มาตรา ๕๑ ด้วย ซึ่งเจตนารมณ์ของมาตราดังกล่าวปรากฏชัดเจนอยู่แล้วในความตอนท้ายของมาตรา ๕๑ วรรคแรก ที่บัญญัติว่า “ทั้งนี้โดยไม่อยู่ภายใต้บังคับเงื่อนไขในมาตรา ๔๖ มาตรา ๔๗ และมาตรา ๔๗ ทวิ” ซึ่งมาตรา ๔๖ มาตรา ๔๗ และมาตรา ๔๗ ทวินั้น เป็นเรื่องเกี่ยวกับการบังคับใช้สิทธิโดย เอกชน ซึ่งทั้งสามบทมาตรากำหนดเงื่อนไขการใช้สิทธิไว้เหมือนกันอยู่ประการหนึ่ง คือ “ผู้ขอใช้สิทธิ จะต้องแสดงว่าผู้ขอได้พยายามขออนุญาตใช้สิทธิตามสิทธิบัตรจากผู้ทรงสิทธิ โดยได้เสนอเงื่อนไขและ คำตอบแทนที่เพียงพอตามพฤติการณ์แห่งกรณีแล้ว แต่ไม่สามารถตกลงกันได้ภายในเวลาอันสมควร”

การที่มาตรา ๕๑ วรรคแรกตอนท้าย บัญญัติให้นำเงื่อนไขในมาตรา ๔๖ มาตรา ๔๗ และ มาตรา ๔๗ ทวิ มาใช้ ย่อมหมายความว่าถึงเงื่อนไขทั้งหมดในบทมาตรานี้เหล่านั้น รวมทั้งเงื่อนไขที่ให้ พยายามขออนุญาตจากผู้ทรงสิทธิก่อนด้วย ซึ่งเมื่ออ่านประกอบกับข้อความในมาตรา ๕๑ ที่กำหนดให้ผู้ ขอใช้สิทธิ “แจ้งให้ผู้ทรงสิทธิบัตรทราบเป็นหนังสือโดยไม่ชักช้า” แล้วจะเข้าใจได้ว่า มาตรา ๕๑ กำหนด หลักเกณฑ์การบังคับใช้สิทธิไว้แตกต่างกับมาตรา ๔๖ มาตรา ๔๗ และมาตรา ๔๗ ทวิ โดยหน่วยงานรัฐ ผู้ขอใช้สิทธิไม่จำเป็นต้องเจรจากับผู้ทรงสิทธิก่อน เพียงแต่ต้องแจ้ง ให้ผู้ทรงสิทธิทราบโดยไม่ชักช้า ซึ่งบทบัญญัติในกฎหมายไทยที่กล่าวมานี้สอดคล้องกับพันธกรณีในความ ตกลงทริปส์

เหตุที่ความตกลงทริปส์ยกเว้นให้รัฐไม่ต้องเจรจากับผู้ทรงสิทธิบัตรก่อน เพราะต้องการให้ ผู้ขอใช้สิทธิเข้าสู่กระบวนการเจรจาขอใช้สิทธิโดยสมัครใจเสียก่อน ซึ่งการเจรจามีผลกระทบต่อ

ความสำเร็จของการบังคับใช้สิทธิเป็นอย่างมากหากต้องใช้เวลาาน ย่อมทำให้ความต้องการของรัฐบาลที่จะใช้สิทธิเพื่อสาธารณประโยชน์ไม่ได้รับการตอบสนองในเวลาอันสมควร ทั้งนี้ เพราะการเจรจาขอใช้สิทธิโดยสมัครใจนั้น อาจครอบคลุมรายละเอียดการอนุญาตให้ใช้สิทธิมากมายหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องค่าตอบแทนการใช้สิทธิ ระยะเวลาการใช้สิทธิ การใช้เทคโนโลยีอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น โนวฮาว การถ่ายทอดเทคโนโลยีย้อนกลับ (grant-back) การพ่วงขายผลิตภัณฑ์หรือเทคโนโลยีอื่น (tying) จำนวนสินค้าที่จะทำการผลิต ข้อห้ามส่งออกสินค้า ฯลฯ ซึ่งทั้งหมดนี้ย่อมเป็นการยากที่รัฐบาลจะสามารถเจรจากับผู้ทรงสิทธิบัตรได้อย่างประสบความสำเร็จในช่วงเวลาอันจำกัด

เมื่อผู้ทรงสิทธิสามารถใช้สิทธิบัตรเป็นเครื่องมือหาประโยชน์และผลกำไร ย่อมหมายความว่าผู้ทรงสิทธิจะไม่สนใจและไม่ยินยอมให้รัฐบาลใช้สิทธิของตน จากประสบการณ์การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิของต่างประเทศ ผู้ทรงสิทธิบัตรมักจะใช้กลวิธีเจรจาถ่วงเวลาออกไป เช่น ด้วยการตั้งข้อเสนองและเงื่อนไขซึ่งผู้ขอใช้สิทธิไม่อาจยอมรับได้ จนการบังคับใช้สิทธิไม่อาจกระทำได้ในที่สุด และนี่คือเจตนารมณ์ของความตกลงทริปส์ที่ยกเว้นว่าการใช้สิทธิบัตรเพื่อสาธารณประโยชน์โดยรัฐไม่อยู่ในเงื่อนไขที่จะต้องมีการเจรจาหรือพยายามที่จะได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิบัตรก่อน เพียงแต่รัฐที่ใช้สิทธิมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งให้ผู้ทรงสิทธิบัตรทราบโดยไม่ชักช้าเกี่ยวกับการตัดสินใจบังคับใช้สิทธิ และต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้ทรงสิทธิเท่านั้น

ข้อ ๓๑ (h) ของความตกลงทริปส์ กำหนดว่าผู้ทรงสิทธิจะได้รับค่าตอบแทนที่เพียงพอตามสภาพการณ์ของแต่ละกรณี โดยให้คำนึงถึงมูลค่าทางเศรษฐกิจของการอนุญาตให้ใช้สิทธิ มาตรา ๕๑ วรรคสองของกฎหมายไทยบัญญัติไว้สอดคล้องกับความตกลงทริปส์ โดยให้มีการตกลงกันระหว่างคู่กรณีเกี่ยวกับอัตราค่าตอบแทน ซึ่งหากไม่สามารถตกลงกันได้ให้อธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาเป็นผู้ชี้ขาดการให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ทรงสิทธิเป็นหัวใจสำคัญของมาตรการบังคับใช้สิทธิ อันแสดงว่า กฎหมายมิได้ให้อำนาจรัฐที่จะริบคืนสิทธิบัตรโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งก่อนหน้านี้จะมีความตกลงทริปส์รัฐไม่มีพันธกรณีในเรื่องนี้ ความตกลงทริปส์กำหนดให้มีการให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ทรงสิทธิบัตรในทุกกรณี ไม่ว่าจะเป็นการใช้สิทธิโดยเอกชนหรือโดยรัฐ

ในเรื่องอัตราค่าตอบแทน ความตกลงทริปส์เพียงแต่ให้มีค่าตอบแทนที่เพียงพอ (adequate remuneration) โดยให้พิจารณาจากสถานการณ์ในแต่ละกรณี โดยให้คำนึงถึงมูลค่าทางเศรษฐกิจของการอนุญาตให้ใช้สิทธินั้น เช่น หากผู้ขอใช้สิทธิผลิตสินค้าออกจำหน่ายและได้กำไรเป็นจำนวนมาก ค่าตอบแทนการใช้สิทธิก็ควรมีอัตราสูง แต่ในกรณีที่ใช้สิทธิมิได้เป็นไปเพื่อหากำไร ดังเช่นกรณีที่องค์การเภสัชกรรมผลิตยาเพื่อแก้ปัญหาสาธารณสุขของประเทศ ค่าตอบแทนก็ควรมีอัตราที่ต่ำ เป็นต้น

ประเทศกำลังพัฒนาจำนวนมากมักจะขาดเจตจำนงทางการเมือง (Political will) ที่จะบังคับใช้สิทธิ โดยปล่อยให้บรรษัทข้ามชาติใช้สิทธิบัตรเป็นเครื่องมือผูกขาดตลาด กำหนดราคายาได้ตามอำเภอใจ รัฐบาลไทยในอดีตก็เคยปฏิเสธการบังคับใช้สิทธิทั้งที่มีกระแสเรียกร้องให้บังคับใช้สิทธิบัตรยาดีไอโอ (Didanosine) ซึ่งเป็นยาต้านไวรัสเอดส์ที่มีราคาแพง

เหตุผลที่ประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายจะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ (ทั้งๆ ที่สามารถกระทำได้โดยชอบตามกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ) เนื่องจากเหตุผลดังนี้

- ๑) การใช้มาตรการดังกล่าวจำเป็นต้องมีระบบการจัดการสิทธิบัตรที่ดี เช่น มีกลไกระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการชดเชยให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตร ซึ่งประเทศกำลังพัฒนามักจะขาดระบบ

การจัดการดังกล่าว ในกรณีสิทธิบัตรยาดีอีเอ บริษัทข้ามชาติได้ใช้วิธีการยื้อเรื่องด้วยการเจรจาอัตราค่าชดเชยจากรัฐบาลไทยถดถอยไปในที่สุด

- ๒) การขาดเจตจำนงทางการเมือง เนื่องจากเกรงจะถูกตอบโต้ทางการค้าจากประเทศที่พัฒนาแล้ว ซึ่งในครั้งก่อนสถานทูตสหรัฐก็ส่งสัญญาณแห่งความไม่พอใจถึงรัฐบาลไทยทันที ภายหลังจากที่มีข่าวถึงการเรียกร้องให้ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิบัตรยาดีอีเอ
- ๓) ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ขาดศักยภาพที่จะใช้เทคโนโลยีตามสิทธิบัตร เนื่องจากการประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรมักมีลักษณะที่ซับซ้อน ผู้ใช้จำเป็นต้องมีความรู้ความเข้าใจในเทคโนโลยีการประดิษฐ์เป็นอย่างดี และที่สำคัญคือการขาดโนว์ฮาว (know-how) ซึ่งหมายถึงข้อมูลเทคนิคการผลิตที่ไม่ปรากฏอยู่ในคำขอรับสิทธิบัตร

ประเทศไทยนั้นมีศักยภาพด้านยา เนื่องจากมีองค์การเภสัชกรรมของรัฐที่มีศักยภาพ สามารถทำวิศวกรรมย้อนกลับและสามารถผลิตยาที่บริษัทข้ามชาติมีสิทธิบัตร การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิจะทำให้กระทรวงสาธารณสุขมีทางเลือกที่หลากหลายในการส่งเสริมการเข้าถึงยาที่จำเป็น ไม่ว่าจะเป็นด้วยการนำเข้ายาชื่อสามัญ (Generic drugs) ที่มีราคาถูกจากอินเดียหรือบราซิล หรือสามารถตั้งบริษัทข้ามชาติมาขึ้นโต๊ะเจรจาและขอร้องให้บริษัทลดราคายาจากที่จำหน่ายในตลาด ซึ่งหากไม่มีการลดราคารัฐบาลสามารถบังคับใช้สิทธิเพื่อให้องค์การเภสัชกรรมผลิตยาออกจำหน่ายในราคาถูก ซึ่งในปี พ.ศ. ๒๕๔๔ รัฐบาลบราซิลได้ใช้วิธีการนี้กับบริษัทโรช (Roche) และบริษัทเมอร์ค (Merck) ทำให้บริษัททั้งสองยอมลดราคายาต้านไวรัส “Nelfinavir” และ “Efavirenz” ลงถึง ๔๐ ถึง ๗๐ เปอร์เซ็นต์

จากที่กล่าวข้างต้นได้แสดงให้เห็นถึงประโยชน์ของการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ เพื่อผลักดันนโยบายการเข้าถึงยาและนโยบายประกันสุขภาพแห่งชาติ มาตรการบังคับใช้สิทธิมิได้ส่งผลโดยตรงให้เกิดการแข่งขันด้านราคาเท่านั้น หากแต่ยังช่วยกดดันให้ผู้ทรงสิทธิบัตรใช้สิทธิของตนโดยชอบด้วยการลดราคาสินค้าภายใต้สิทธิบัตรลงให้อยู่ในระดับอัตราที่เหมาะสม อย่างไรก็ตาม การบรรลุในนโยบายสาธารณสุขแห่งชาติไม่อาจกระทำโดยอาศัยมาตรการบังคับใช้สิทธิแต่เพียงอย่างเดียว มาตรการบังคับใช้สิทธิจะต้องถูกใช้ควบคู่กับการสร้างศักยภาพการวิจัยและการผลิตให้กับอุตสาหกรรมในประเทศ รวมทั้งรัฐจะต้องมีนโยบายจัดซื้อจัดจ้างและนโยบายกระจายยาที่เหมาะสมด้วย

๖. เงื่อนไขของการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิภายใต้ความตกลงทริปส์

ข้อ ๓๑ ของความตกลงทริปส์ กำหนดเงื่อนไขของการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิไว้หลายประการดังต่อไปนี้

๖.๑ พิจารณาคุณค่าของสิทธิบัตรเป็นรายกรณี

ข้อ ๓๑(a) กำหนดว่า ในการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ รัฐบาลของประเทศสมาชิกจะต้องพิจารณาเหตุผลของการใช้โดยดูจากคุณค่าของการประดิษฐ์ภายใต้สิทธิบัตรนั้น (individual merits) รัฐไม่อาจออกคำสั่งให้ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยดูจากสาขาของเทคโนโลยี หรือดูว่าใครเป็นผู้ทรงสิทธิตามสิทธิบัตรนั้น เช่น รัฐไม่อาจใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเกี่ยวกับสิทธิบัตรยาต้านไวรัสเอชไอวีทั้งหมด หากแต่จะต้องพิจารณาถึงความเหมาะสม และความจำเป็นเป็นรายๆ ไป อย่างไรก็ตาม รัฐอาจกำหนดเป็นข้อสันนิษฐานได้ว่า เหตุผลของการนำไปสู่การออกมาตรการบังคับใช้สิทธินั้นมีอยู่ และกำหนดให้ผู้ทรง

สิทธิมีหน้าที่นำพิสูจน์หักล้าง เช่น หากเกิดเหตุการณ์ยาขาดแคลนหรือมีราคาแพง รัฐอาจสันนิษฐานได้ว่าผู้ทรงสิทธิมิได้ใช้งานสิทธิบัตรภายในประเทศ อันเป็นเหตุผลที่จะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้ ซึ่งกรณีเช่นนี้ผู้ทรงสิทธิตามสิทธิบัตรมีหน้าที่ต้องพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าวเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงมาตรการบังคับใช้สิทธิ เช่น ด้วยการพิสูจน์ว่าสินค้ามิได้ขาดตลาด หรือมิได้มีราคาแพงเกินสมควร เป็นต้น

๖.๒ ต้องเจรจากับผู้ทรงสิทธิก่อน

ข้อ ๓๑(b) ของความตกลงทริปส์ กำหนดให้ผู้ที่จะประสงค์จะขอใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิต้องเจรจากับเจ้าของสิทธิบัตรเสียก่อน เพื่อขอใช้สิทธิตามสิทธิบัตรดังกล่าวโดยสมัครใจ ภายใต้ข้อกำหนดและเงื่อนไขที่เป็นเหตุเป็นผล และมาตรการบังคับใช้สิทธิจะใช้ได้ต่อการเจรจาดังกล่าวไม่ประสบความสำเร็จภายในเวลาอันสมควร

การกำหนดให้ผู้ต้องการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ ต้องเข้าสู่กระบวนการเจรจาโดยสมัครใจนั้น นับว่ามีความสำคัญต่อความสำเร็จ และประสิทธิภาพของมาตรการบังคับใช้สิทธิมาก เพราะหากการเจรจาใช้เวลานาน ย่อมทำให้ความต้องการของสาธารณชนต่อผลิตภัณฑ์ภายใต้สิทธิบัตร ไม่ได้รับการตอบสนองในเวลาอันสมควร การเจรจาขออนุญาตให้ใช้สิทธิโดยสมัครใจภายใต้ข้อกำหนด และเงื่อนไขที่เป็นเหตุเป็นผลนั้น อาจครอบคลุมสาระสำคัญและรายละเอียดของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในหลายประการ รวมทั้งค่าธรรมเนียมการใช้สิทธิ ระยะเวลาการใช้สิทธิ การใช้เทคโนโลยีอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น โนว์ฮาว การถ่ายทอดเทคโนโลยีย้อนกลับ (grant-back) การพ่วงขายผลิตภัณฑ์หรือเทคโนโลยีอื่น (tying) จำนวนสินค้าที่จะทำการผลิต ข้อห้ามส่งออกสินค้า ฯลฯ ซึ่งทั้งหมดนี้หากไม่สามารถตกลงกันได้ภายในเวลาอันสมควร รัฐจึงจะสามารถอนุญาตให้ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้ ซึ่งเวลาอันสมควรจะเป็นเช่นไรนั้นย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ในแต่ละกรณี

หากผู้ทรงสิทธิสามารถใช้สิทธิบัตรเป็นเครื่องมือหาประโยชน์และแสวงหาผลกำไรสูงสุดได้แล้ว เป็นที่แน่นอนว่าผู้ทรงสิทธิจะไม่สมัครใจและยินยอมที่จะอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิของตน แต่ผู้ทรงสิทธิคงไม่ต้องการให้รัฐใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิของตนด้วยเช่นกัน ในทางปฏิบัติผู้ทรงสิทธิมักจะใช้กลวิธีเจรจาหน่วงเหนี่ยวถ่วงเวลาออกไป เช่น ด้วยการตั้งข้อเสนอและเงื่อนไขซึ่งผู้ขออนุญาตใช้สิทธิไม่อาจยอมรับได้ ฯลฯ ดังนั้น ผู้ขอใช้สิทธิจึงจำเป็นต้องกำหนดเป้าหมายการเจรจาของตนไว้อย่างชัดเจน และควรจะสรุปการเจรจาโดยเร็วที่สุดไม่ว่าการเจรจาโดยสมัครใจจะสามารถตกลงกันได้หรือไม่ก็ตาม

ความตกลงทริปส์กำหนดข้อยกเว้นเงื่อนไขการเจรจากับผู้ทรงสิทธิเอาไว้ โดยรัฐอาจใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยไม่ต้องรอให้ผู้ขอใช้สิทธิเจรจากับผู้ทรงสิทธิก่อนในกรณีต่อไปนี้

- กรณีมีเหตุฉุกเฉินแห่งชาติหรือในสถานการณ์เร่งด่วนอย่างยิ่งยวด
- กรณีการใช้สาธารณะที่มีได้มีวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์
- กรณีเยียวยาการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน

การยกเว้นเงื่อนไขเรื่องการเจรจานั้นว่าเป็นประโยชน์ต่อประเทศกำลังพัฒนา และทำให้การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิสามารถกระทำได้อย่างง่ายขึ้น ดังได้กล่าวในเบื้องต้นแล้วว่า การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิกรณีแรกจำเป็นต้องมีการประกาศภาวะฉุกเฉิน ซึ่งนับเป็นเรื่องใหญ่ที่รัฐบาลส่วนใหญ่ไม่ต้องการจะทำ เพราะจะมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของประเทศ เช่น ทำลายบรรยากาศการลงทุน และการท่องเที่ยว ฯลฯ แต่ในกรณีอื่นๆ เช่น การใช้สาธารณะที่มีได้มีวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์ การใช้

มาตรการบังคับใช้สิทธิอาจกระทำได้ง่ายกว่า ฯลฯ ซึ่งประเทศกำลังพัฒนาควรจะมีบัญญัติการให้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหล่านี้ (พร้อมทั้งยกเว้นข้อกำหนดเรื่องการเจรจาขอใช้สิทธิโดยสมัครใจกับผู้ทรงสิทธิ) ไว้ในกฎหมายภายในของตน

ในการให้มาตรการบังคับใช้สิทธิในกรณีภาวะฉุกเฉินหรือกรณีสถานการณ์เร่งด่วนอย่างอื่น แม้ข้อกำหนดเรื่องการเจรจากับผู้ทรงสิทธิจะได้รับการยกเว้น แต่รัฐที่ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งให้ผู้ทรงสิทธิทราบโดยไม่ชักช้าเกี่ยวกับการตัดสินใจใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ

๖.๓ ขอบเขตและระยะเวลา

ข้อ ๓๑(c) กำหนดว่า การใช้สิทธิภายใต้มาตรการบังคับใช้สิทธิจะต้องถูกจำกัดอยู่เฉพาะตามวัตถุประสงค์ที่นำไปสู่การอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นเท่านั้น เช่น หากมีการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิต่อสิทธิบัตรยาต้านไวรัสเอชไอวี เพื่อทำการผลิตและแจกจ่ายยาแก่คนไข้ที่อยู่ในความดูแลในสถานพยาบาลรัฐ เช่นนี้ยาที่ผลิตภายใต้มาตรการบังคับใช้สิทธิดังกล่าวย่อมไม่อาจนำไปจำหน่าย หรือใช้ในโรงพยาบาลเอกชนได้ เป็นต้น

เช่นเดียวกัน ระยะเวลาการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิจะต้องถูกจำกัดอยู่ตามวัตถุประสงค์ของการใช้เท่านั้น เช่น เมื่อเหตุการณ์ที่นำไปสู่การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้สิ้นสุดลงแล้ว การใช้มาตรการดังกล่าวก็ต้องระงับไปด้วย เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในการกำหนดระยะเวลาการใช้จำเป็นต้องคำนึงถึงการลงทุนของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิประกอบด้วย เพราะหากระยะเวลาการใช้สั้นเกินไปผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิอาจได้รับความเสียหายได้

๖.๔ จะต้องไม่ใช่เป็นการใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว

ข้อ ๓๑(d) ของความตกลงทริปส์ กำหนดว่า การใช้ดังกล่าวจะต้องไม่ใช่เป็นการใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (non-exclusive) ซึ่งหมายความว่า การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยคำสั่งของรัฐ จะต้องไม่ตัดสิทธิของเจ้าของสิทธิบัตรที่จะใช้สิทธิของตน และไม่ตัดสิทธิผู้ทรงสิทธิที่จะอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตามสิทธิบัตรนั้น ข้อกำหนดนี้นับว่ามีผลกระทบต่อประโยชน์ของผู้รับอนุญาตตามมาตราการบังคับใช้สิทธิมาก เพราะผู้ทรงสิทธิตามสิทธิบัตรสามารถใช้อำนาจตลาดที่มีอยู่ผลิตสินค้า เพื่อตัดราคาผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ทำให้ผู้รับอนุญาตไม่อาจทำตลาดสินค้าที่ตนผลิตหรือที่นำเข้าภายใต้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้ อันจะส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพของการใช้มาตรการนี้ เนื่องจากจะไม่มีผู้ใดขอใช้สิทธิตามมาตราการบังคับใช้สิทธิ หากไม่สามารถทำตลาดได้อย่างที่ต้องการ

ทางออกประการหนึ่งคือ รัฐบาลจะต้องทำสัญญารับประกันที่จะซื้อผลิตภัณฑ์จากผู้รับอนุญาต อันจะทำให้ผู้รับอนุญาตจากมาตรการให้ใช้สิทธิมั่นใจว่า เมื่อผลิตหรือนำเข้าสินค้าแล้วสินค้านั้นจะมีตลาดและผู้ซื้อตามที่คาดหวังไว้

๖.๕ สิทธิที่ได้รับอนุญาตเป็นสิทธิประเภทที่โอนมิได้

ข้อ ๓๑(e) กำหนดห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตโอนสิทธิในการใช้สิทธิบัตรให้แก่ผู้อื่น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะต้องใช้สิทธิที่ได้รับตามมาตราการบังคับใช้สิทธิโดยตนเอง การโอนสิทธิดังกล่าวจะกระทำได้อีกต่อเมื่อ ได้มีการโอนหรือขายธุรกิจที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นไปด้วย เช่น บริษัท ก. ได้รับอนุญาตจากรัฐให้ใช้สิทธิบัตรของบริษัท ข. ภายใต้มาตรการบังคับใช้สิทธิ เช่นนี้ บริษัท ก. จะ

โอนสิทธิการใช้นั้นให้แก่ผู้อื่นมิได้ แต่หากผู้ถือหุ้นของบริษัท ก. ได้ขายหุ้นขายกิจการแก่ผู้อื่นไป ผู้รับโอนกิจการดังกล่าวจะสามารถใช้สิทธิที่ได้รับอนุญาตมาต่อไปได้ โดยเป็นการใช้ในนามของบริษัท ก. เป็นต้น

๖.๖ ต้องใช้เพื่อจำหน่ายในตลาดในประเทศเป็นส่วนใหญ่

ภายใต้ข้อ ๓๑(f) ของความตกลงทริปส์ การใช้สิทธิภายใต้มาตรการบังคับใช้สิทธิจะต้องกระทำเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของตลาดภายในประเทศเป็นส่วนใหญ่ คำว่า “โดยส่วนใหญ่” (predominantly) หมายความว่า “ส่วนมาก” หรือ “มากกว่าครึ่ง” ของสินค้าที่ทำการผลิตหรือนำเข้าในแง่นี้ผู้รับอนุญาตยังอาจส่งออกสินค้าส่วนน้อยไปยังประเทศอื่นได้ หากการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเป็นไปเพื่อเยียวยาการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน เงื่อนไขในเรื่องการผลิตหรือนำเข้าเพื่อตอบสนองต่อตลาดในประเทศเป็นส่วนใหญ่นี้จะได้รับการยกเว้น ทั้งนี้เป็นไปตามข้อ ๓๑(k) ของความตกลงทริปส์

บทบัญญัตินี้นำไปสู่ปัญหาและนำไปสู่การเจรจกันระหว่างประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก ตามวรรค ๖ ของปฏิญญากรุงโดฮาว่าด้วยความตกลงทริปส์และการสาธารณสุขที่จะต้องมีแนวทางช่วยเหลือประเทศที่ไม่มีหรือมีไม่เพียงพอซึ่งศักยภาพการผลิตยา ซึ่งมติของที่ประชุมคณะมนตรีใหญ่ (General Council) ขององค์การการค้าโลกเมื่อเดือนธันวาคม ๒๕๔๘ ได้เห็นชอบให้ยกเลิกบทบัญญัติข้อ ๓๑(f) เสีย

๖.๗ การสิ้นสุดของการใช้สิทธิ

ข้อ ๓๑(g) กำหนดให้การใช้ตามมาตรการบังคับใช้สิทธิ สิ้นสุดลงเมื่อสถานการณ์ที่นำไปสู่การใช้มาตรการดังกล่าวได้หมดสิ้นไปและไม่น่าจะกลับมาอีก โดยเจ้าพนักงานมีอำนาจที่จะทบทวนการสิ้นสุดของสถานการณ์ที่นำไปสู่การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ

ในทางปฏิบัติผู้รับอนุญาตตามมาตรการบังคับใช้สิทธิมีความเสี่ยงเช่นเดียวกับการลงทุนอื่นๆ การกำหนดให้ทำการใช้สิทธิในระยะเวลาที่สั้นเกินสมควร หรือให้การใช้สิทธิสิ้นสุดลงก่อนที่ผู้รับอนุญาตจะมีรายได้เพียงพอกับการลงทุนที่เสียไป ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ และส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพของมาตรการบังคับใช้สิทธิด้วย หากระบบมาตรการบังคับใช้สิทธิจะเป็นผลสำเร็จสมดังเจตนารมณ์ รัฐจะต้องให้สิ่งจูงใจเพียงพอที่จะทำให้มีผู้มาขอใช้สิทธิตามสิทธิบัตร ซึ่งช่วงเวลาของการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิน่าจะแบ่งออกเป็น ๒ ช่วง ในช่วงแรก กำหนดให้มีความเหมาะสมต่อการที่ผู้รับอนุญาตจะหาประโยชน์ด้วยการจำหน่ายสินค้าจนคุ้มทุนที่ลงไป ซึ่งในช่วงนี้สิทธิในการใช้จะไม่สิ้นสุดลงถึงแม้ว่าสถานการณ์ที่นำไปสู่การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิจะหมดสิ้นไปแล้วก็ตาม ในช่วงที่สอง เป็นช่วงเวลาของรัฐอาจสั่งให้การใช้สิทธิสิ้นสุดลงได้ตลอดเวลา หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าสถานการณ์ดังกล่าวได้สิ้นสุดลงแล้ว

ในการทบทวนการสิ้นสุดหรือความมีอยู่ของสถานการณ์ที่นำไปสู่การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ นั้น รัฐควรจะกำหนดกลไกที่ผู้ทรงสิทธิสามารถร้องขอให้มีการประเมินสถานการณ์ดังกล่าวได้ โดยอาจกำหนดวิธีการนำเสนอพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังกล่าวไว้ด้วย

๖.๘ การให้ค่าชดเชยอย่างเพียงพอ

ข้อ ๓๑(h) ของความตกลงทริปส์กำหนดว่า ผู้ทรงสิทธิจะต้องได้รับค่าชดเชยอย่างเพียงพอ โดยให้คำนึงถึงมูลค่าทางเศรษฐกิจของการอนุญาตให้ใช้สิทธิ การให้ค่าชดเชยแก่ผู้ทรงสิทธินี้ถือเป็นหัวใจสำคัญของมาตรการบังคับใช้สิทธิ อันแสดงให้เห็นว่าระบบนี้มีได้ให้อำนาจอรัฐที่จะริบคืนสิทธิบัตรจากผู้ทรงสิทธิมาโดยไม่เป็นธรรม แต่มีข้อสังเกตว่าก่อนหน้านี้ที่มีความตกลงทริปส์รัฐไม่มีพันธกรณีในเรื่องนี้ การให้ค่าชดเชยอย่างเป็นธรรมแก่เจ้าของสิทธิบัตรไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงปารีส ความตกลงทริปส์ได้ทำให้ระบบการบังคับใช้สิทธิมีความสมดุลมากขึ้น โดยกำหนดให้มีการให้ค่าชดเชยแก่ผู้ทรงสิทธิในทุกกรณีทั้งที่เป็นการใช้สิทธิโดยเอกชนและโดยรัฐ

ในเรื่องอัตราค่าชดเชย ความตกลงทริปส์กำหนดเพียงให้มีการให้ค่าชดเชยอย่างเพียงพอ (adequate remuneration) โดยให้พิจารณาจากสถานการณ์ในแต่ละกรณี โดยให้คำนึงถึงมูลค่าทางเศรษฐกิจของการอนุญาตให้ใช้สิทธินั้น เช่น หากผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิผลิตผลิตภัณฑ์ภายใต้สิทธิบัตรออกจำหน่ายและได้กำไรอย่างมาก ค่าธรรมเนียมการใช้สิทธิก็ควรมีอัตราสูง แต่ในกรณีที่การใช้สิทธิมิได้เป็นไปเพื่อหากำไร เช่น องค์การเภสัชกรรมผลิตยาเพื่อใช้แก้ปัญหาระบาดของโรคของประเทศ เช่นนี้ ค่าชดเชยก็ควรมีอัตราที่ต่ำ เป็นต้น

ในกรณีที่มาตรการบังคับใช้สิทธิได้ถูกใช้เพื่อเยียวยาการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน อัตราค่าชดเชยอาจถูกกำหนดโดยนำความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยมิชอบของผู้ทรงสิทธิมาพิจารณาประกอบด้วย รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการส่งเสริมให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าสู่ตลาด ทั้งนี้ ในการกำหนดค่าชดเชยแก่ผู้ทรงสิทธินั้น ข้อ ๓๑(k) ของความตกลงทริปส์ กำหนดให้พิจารณาถึงความจำเป็นในการแก้ไขเยียวยาการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันประกอบด้วย

๖.๙ การให้มีการทบทวนคำสั่งโดยศาลหรือโดยองค์กรปกครองระดับสูง

ข้อ ๓๑(i) และข้อ ๓๑(j) ของความตกลงทริปส์กำหนดว่า คำสั่งที่อนุญาตให้ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิและคำสั่งกำหนดค่าชดเชยจะต้องเป็นคำสั่งที่อาจทบทวนได้โดยศาลหรือโดยองค์กรปกครองระดับสูง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ประเทศสมาชิกจะต้องเปิดโอกาสให้เจ้าของสิทธิบัตรอุทธรณ์คำสั่งเกี่ยวกับมาตรการบังคับใช้สิทธิ โดยจะต้องให้อุทธรณ์หรือองค์กรปกครองระดับสูงก็ได้

กระบวนการวิธีการอุทธรณ์คำสั่งมีความสำคัญต่อประสิทธิภาพของมาตรการบังคับใช้สิทธิ หากกระบวนการพิจารณาในเรื่องนี้ถูกกำหนดไว้อย่างซับซ้อนและยาวนาน เจ้าของสิทธิบัตรก็จะใช้กลวิธีต่อสู้คดีเพื่อถ่วงเวลาการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ หรือในกรณีที่ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นเอกชน การที่ผู้ทรงสิทธิสามารถฟ้องร้องอุทธรณ์คำสั่งอย่างยาวนาน จะทำให้เอกชนไม่ประสงค์จะขอใช้สิทธิ สำหรับประเทศกำลังพัฒนาการกำหนดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งโดยองค์กรปกครองระดับสูง เช่น คณะกรรมการสิทธิบัตร รัฐมนตรี หรือศาลปกครอง ฯลฯ จะทำให้กระบวนการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่ง ยุติได้โดยเร็วกว่าการให้ศาลเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ ซึ่งความตกลงทริปส์ให้อยู่ในดุลยพินิจของประเทศสมาชิกว่าจะให้มีการอุทธรณ์ไปสู่องค์กรใด ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขว่าการทบทวนคำสั่งอนุญาตให้ใช้สิทธิจะต้องเป็นการทบทวนโดยอิสระ (independent review) ซึ่งปลอดจากการควบคุมของหน่วยงานที่มีอำนาจออกคำสั่งอนุญาตให้ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ

๗. ปัญหาเรื่องสิทธิบัตรยาและการสาธารณสุขในองค์การการค้าโลก

๗.๑ คดีพิพาทเกี่ยวกับมาตรการบังคับใช้สิทธิในองค์การการค้าโลก

จนถึงปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่ามีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการระงับข้อพิพาท หรือองค์กรอุทธรณ์ขององค์การการค้าโลก เกี่ยวกับข้อ ๓๐ ของความตกลงทริปส์ ในคำวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างประชาคมยุโรปและแคนาดา ในปี ค.ศ. ๒๐๐๐ คณะกรรมการชี้ขาดข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกได้วินิจฉัยคดีว่าด้วยสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ยา (Canada - Patent Protection Of Pharmaceutical Products) ซึ่งเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อ ๓๐ ของความตกลงทริปส์ ที่ประชาคมยุโรปได้ฟ้องร้องแคนาดาตามกลไกระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับบทบัญญัติ “Bolar provision” ซึ่งเป็นบทบัญญัติภายใต้มาตรา ๕๕(๒)(๒) ของกฎหมายสิทธิบัตรแคนาดาฉบับปี ค.ศ. ๑๙๘๓ ที่อนุญาตให้บริษัทผลิตยาชื่อสามัญ (Generic drug) สามารถทำการศึกษาคือสมมูล (Bioequivalence) เพื่อเตรียมการขึ้นทะเบียนตำรับยาในช่วงอายุสิทธิบัตรได้ เพื่อเปิดโอกาสให้สามารถนำยาออกขายได้ทันทีเมื่อสิทธิบัตรสิ้นอายุ โดยคณะกรรมการชี้ขาดข้อพิพาทได้ตัดสินว่า บทบัญญัติ Bolar เป็นข้อยกเว้นการละเมิดสิทธิตามสิทธิบัตรที่ชอบด้วยความตกลงทริปส์ ซึ่งบทบัญญัติ Bolar (โปรดดู พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๓๖(๔)) มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการส่งเสริมการแข่งขันของบริษัทยาชื่อสามัญ เพื่อรับประกันว่ายาราคาถูกจากบริษัทยาชื่อสามัญจะสามารถจำหน่ายในตลาดได้เร็วที่สุด หลังจากที่สิทธิบัตรได้สิ้นอายุการคุ้มครองลง

คดีที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับข้อ ๓๑ ได้แก่ ข้อพิพาทระหว่างสหรัฐกับบราซิล (US-Brazil Case) ซึ่งเป็นคดีที่สหรัฐฟ้องร้องบราซิลเกี่ยวกับเงื่อนไขในเรื่อง “การใช้งานภายในประเทศ” (local working) ตามที่บัญญัติในกฎหมายทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมฉบับปี ค.ศ. ๑๙๙๖ โดยกำหนดเงื่อนไขการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิไว้ประการหนึ่งว่า ผู้ทรงสิทธิจะต้องใช้งานสิทธิบัตรภายในประเทศ โดยต้องเป็นการใช้การประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรเพื่อการผลิตในประเทศ กฎหมายบราซิลไม่ถือว่าการนำเข้าผลิตภัณฑ์สำเร็จรูปเป็นการใช้งาน ซึ่งสหรัฐเห็นว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวฝ่าฝืนข้อ ๒๗.๑ ของความตกลงทริปส์^{๑๕๒}

ประเทศบราซิลได้ออกกฎหมายสิทธิบัตรฉบับใหม่ในวันที่ ๑๕ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๙๗ เรียกว่า “Industrial Property Law of 1997” ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีภายใต้ข้อตกลงทริปส์ และเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการตอบโต้ทางการค้าภายใต้บทบัญญัติ “Special 301” ของสหรัฐ ภายใต้กฎหมายฉบับใหม่ ผู้ทรงสิทธิบัตรยาจะมีสิทธิผูกขาดโดยสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อทำการผลิตผลิตภัณฑ์ภายใต้สิทธิบัตรในประเทศ กล่าวอีกนัยหนึ่ง กฎหมายบราซิลกำหนดให้มีการใช้งานสิทธิบัตรในประเทศอย่างเข้มงวด โดยผู้ทรงสิทธิจะต้อง “ผลิต” สินค้าในประเทศ การ “นำเข้า” สินค้าสำเร็จรูปไม่ถือเป็นการใช้งานสิทธิบัตร หากผู้ทรงสิทธิบัตรไม่ปฏิบัติตามหน้าที่นี้หรือหากรัฐมีความจำเป็นต้องการผลิตภายใต้สิทธิบัตรโดยเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐสามารถออกมาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อให้องค์การของรัฐหรือเอกชนทำการผลิตหรือนำเข้าผลิตภัณฑ์ภายใต้สิทธิบัตร โดยบทบัญญัตินี้ดังกล่าว และโดยที่รัฐบาลบราซิลมีนโยบายใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิอย่างจริงจัง อุตสาหกรรมยาในประเทศของบราซิลสามารถผลิตยาชื่อสามัญของยาด้านไวรัสเอชไอวีได้ถึง ๘ ตำรับจากจำนวน ๑๒ ตำรับที่มีจำหน่ายอยู่ในประเทศ และยาด้านไวรัสชื่อสามัญมีราคาต่ำกว่ายาที่ผลิตโดยบริษัทข้ามชาติถึง ๗๐ เปอร์เซ็นต์ รัฐบาลบราซิลได้

^{๑๕๒} WTO, Request for the Establishment of a Panel by the United States, Brazil – Measures Affecting Patent Protection, WT/DS/199/39, January 2001.

โต้แย้งข้อกล่าวหาของบรรษัทข้ามชาติ โดยอ้างเหตุผลการใช้ในกรณีเหตุฉุกเฉินแห่งชาติ (national emergency) ดังที่ระบุไว้ในข้อ ๓๑ ของข้อตกลงทริปส์

ในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๐๑ รัฐบาลสหรัฐได้ฟ้องร้องรัฐบาลบราซิลต่อองค์การการค้าโลก โดยกล่าวหาว่า บราซิลละเมิดต่อบทบัญญัติข้อ ๒๗ ของข้อตกลงทริปส์ โดยกระทำการกีดกันอย่างไม่เป็นธรรมต่อผู้ทรงสิทธิบัตร โดยไม่ยอมรับการใช้สิทธิตามสิทธิบัตรด้านการนำเข้าสินค้าจากต่างประเทศ แต่สหรัฐมิได้กล่าวอ้างว่ามาตรการบังคับใช้สิทธิของบราซิลเป็นการละเมิดต่อข้อตกลงระหว่างประเทศแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ภายใต้กระแสกดดันจากนานาชาติและการถูกประณามจากประเทศต่างๆ ทั่วโลก สหรัฐตัดสินใจถอนคดีดังกล่าวจากกระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก ภายหลังจากที่ทั้งสองประเทศได้เข้าสู่กระบวนการปรึกษาหารือกัน (consultation)^{๑๕๓}

แม้สหรัฐจะได้ขอเพิกถอนคำฟ้องดังกล่าวในเวลาต่อมา แต่ก็แสดงว่าบทบัญญัติเรื่อง “การใช้งาน” อาจถูกกล่าวอ้างว่าละเมิดต่อพันธกรณีที่ประเทศสมาชิกมีตามความตกลงทริปส์ได้ เป็นที่น่าเสียดายที่คดีนี้ได้ยุติเสียก่อนที่จะมีการวินิจฉัยชี้ขาด เพราะในทางข้อกฎหมายและในข้อเท็จจริงแล้ว ยังมีข้อที่น่าสงสัยว่า ข้อ ๒๗.๑ ของความตกลงทริปส์ห้ามการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิในกรณีที่ไม่มีการใช้งานในประเทศหรือไม่ เพราะบทบัญญัติดังกล่าวมิได้ห้ามไว้เช่นนั้นโดยตรง เพียงแต่บัญญัติว่าสิทธิตามสิทธิบัตรจะต้องถูกใช้ได้โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ (non-discrimination) เพราะเหตุว่าสินค้านั้นผลิตขึ้นในประเทศหรือถูกนำเข้าจากต่างประเทศ

๗.๒ ปัญหาในทางปฏิบัติของการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ

ถึงแม้ความตกลงทริปส์จะอนุญาตให้มีการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ (ภายใต้เงื่อนไขต่างๆ ที่กำหนดไว้ในข้อ ๓๑) แต่ก็มีประเทศกำลังพัฒนาจำนวนไม่มากนักที่ใช้มาตรการนี้ ในทางตรงกันข้าม ประเทศที่พัฒนาแล้วกลับเป็นประเทศที่ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิมากที่สุด โดยมีเหตุผลในการใช้แตกต่างกันไป รวมทั้งเหตุผลด้านการสาธารณสุข ดังเช่นการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยรัฐบาลสหรัฐอเมริกาเพื่อรับมือกับการระบาดของเชื้อแอนแทรกซ์ภายหลังเหตุการณ์ ๑๑ กันยายน ๒๕๔๔ โดยบังคับใช้สิทธิตามสิทธิบัตรยา “CIPRO” สำหรับรักษาโรคแอนแทรกซ์ สหรัฐอเมริกาได้ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยไม่ต้องเจรจาบริษัทไบเออร์เจ้าของสิทธิบัตรยาดังกล่าว นอกจากนี้ สหรัฐยังใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อป้องกันการแข่งขัน ดังเช่นที่คดีไมโครซอฟต์ถูกกล่าวหาว่ากระทำการผูกขาดทางการค้า เป็นต้น ประเทศแคนาดาเป็นอีกประเทศหนึ่งที่ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิมากที่สุด โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีการประดิษฐ์ยา ทำให้แคนาดาเป็นประเทศที่มีราคาขายถูกที่สุดในกลุ่มประเทศอุตสาหกรรม^{๑๕๔} ประเทศอังกฤษก็ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิหลายครั้ง ที่มีชื่อเสียงคือการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยรัฐ โดย National Health Service ได้ขอรัฐผลิตยา “LIBRIUM” และ “VALIUM” เพื่อแจกจ่ายให้แก่สถานพยาบาลของรัฐโดยไม่ต้องอนุญาตจากเจ้าของสิทธิบัตร

^{๑๕๓} Bass, N.A. “Implications of the TRIPS Agreement for Developing Countries: Pharmaceutical Patent Laws in Brazil and South Africa in the 21st Century”, 34 George Washington International Law Review 191 (2002).

^{๑๕๔} Scherer, F. M. and Watal, J. (2001) “Post-TRIPS Options for Access to Patented Medicines in Developing Countries”, Commission on Macroeconomics and Health Background Paper, Vancouver, p.45.

เหตุผลที่ประเทศกำลังพัฒนาไม่ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิมีอยู่หลายประการ กล่าวคือ

- การใช้มาตรการดังกล่าวจำเป็นต้องมีระบบการจัดการสิทธิบัตรที่ดี เช่น การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับค่าทดแทนที่จะใช้ให้แก่ผู้ทรงสิทธิตามสิทธิบัตร ซึ่งประเทศกำลังพัฒนาไม่มีระบบจัดการที่ดีดังกล่าว เป็นต้น
- การขาดเจตจำนงทางการเมือง เนื่องจากเกรงจะถูกตอบโต้ทางการค้าจากประเทศที่พัฒนาแล้วและเพื่อหลีกเลี่ยงการเป็นปฏิปักษ์กับบริษัทข้ามชาติ
- ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่มีขาดศักยภาพที่จะใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีตามสิทธิบัตร เนื่องจากการประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรนั้นมีลักษณะที่ซับซ้อน การจะนำไปใช้ประโยชน์จำเป็นต้องมีความรู้ความเข้าใจในเทคโนโลยีการประดิษฐ์ และที่สำคัญคือการขาดโน้วฮาวหรือเทคนิคการผลิตที่ไม่ปรากฏอยู่ในคำขอรับสิทธิบัตร

อย่างไรก็ดี กรณีของบราซิลอาจเป็นตัวอย่างที่ดีสำหรับประเทศกำลังพัฒนาในการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ^{๑๕๕} ประเทศบราซิลได้จัดตั้งโปรแกรม NSAP (Brazilian National STD/AIDS Programme) ขึ้นในช่วงต้นของทศวรรษที่ ๙๐ วัตถุประสงค์คือ เพื่อให้ยาต้านและรักษาโรคเอดส์ มีราคาถูก และสามารถแจกจ่ายแก่ประชาชนได้อย่างทั่วถึงโดยผ่านระบบสาธารณสุขของชาติ ปัจจุบันโปรแกรม NSAP สามารถแจกจ่ายยาต้านไวรัสเอชไอวีให้แก่ผู้ติดเชื้อจำนวนกว่า ๖๐๐,๐๐๐ คน ซึ่งนับว่าประสบความสำเร็จอย่างสูงเมื่อเทียบกับกรณีของประเทศกำลังพัฒนาอื่น ความสำเร็จในการแจกจ่ายยาต้านไวรัสได้ช่วยลดอัตราการตายของผู้ป่วยเอดส์ลงถึงครึ่งหนึ่งของจำนวนที่คาดการณ์ไว้เมื่อช่วงเริ่มต้นของการระบาดของโรคเอดส์ นอกจากนี้ จำนวนผู้ป่วยที่ต้องเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาลยังลดลงกว่าร้อยละ ๘๐^{๑๕๖}

ปัจจัยสำคัญที่ทำให้โปรแกรม NSAP ของบราซิลประสบความสำเร็จคือ การที่รัฐบาลสามารถทำให้ราคายาต้านไวรัสถูกลง ยุทธศาสตร์ในการควบคุมราคายาต้านไวรัสของรัฐบาลบราซิล คือ การผสมผสานกลวิธีต่างๆ เข้าด้วยกันอย่างเหมาะสม ไม่ว่าจะเป็นการส่งเสริมการผลิตยาต้านไวรัสในประเทศ การก่อตั้งศูนย์ปฏิบัติการแห่งชาติเพื่อศึกษาวิจัยโรคเอดส์ และที่สำคัญคือการเจรจาต่อรองกับบริษัทยาข้ามชาติเพื่อให้ลดราคาลง เนื่องจากบราซิลมีหน่วยงานเภสัชกรรมของรัฐที่มีศักยภาพด้านเทคโนโลยี สามารถทำวิศวกรรมย้อนกลับและสามารถผลิตยาต้านไวรัสที่บริษัทต่างชาติได้ขอรับสิทธิบัตร กระทรวงสาธารณสุขของบราซิลสามารถเจรจากับบริษัทยาข้ามชาติให้ลดราคายา โดยขู่ว่าหากไม่มีการลดราคา รัฐบาลจะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อให้องค์การเภสัชกรรมของรัฐทำการผลิตยาออกจำหน่าย ในปี พ.ศ. ๒๕๔๔ รัฐบาลบราซิลได้ใช้ยุทธวิธีนี้กับบริษัทโรช (Roche) และบริษัทเมอร์ค (Merck) มีผลให้บริษัททั้งสองยอมลดราคายา “Nelfinavir” และ “Efavirenz” ลงร้อยละ ๔๐ ถึงร้อยละ ๗๐ ของราคายาในท้องตลาด^{๑๕๗}

^{๑๕๕} UNAIDS (2002) “Report on the Global HIV/AIDS Epidemic 2002”, UNAIDS, p.145.

^{๑๕๖} Ibid.

^{๑๕๗} Ibid.

กรณีของบราซิลได้แสดงให้เห็นถึงประโยชน์ของการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ เพื่อผลักดันนโยบายเข้าถึงยาของรัฐ มาตรการบังคับใช้สิทธิมิได้เพียงแค่ส่งผลโดยตรงให้เกิดการแข่งขันด้านยาเท่านั้น หากแต่ยังช่วยกดดันให้เจ้าของสิทธิบัตรใช้สิทธิของตนโดยชอบ เช่น ด้วยการกำหนดลดราคาสินค้าอย่างเป็นธรรม เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การบรรลุเป้าหมายด้านสาธารณสุขแห่งชาติไม่อาจกระทำโดยอาศัยมาตรการบังคับใช้สิทธิแต่เพียงอย่างเดียว

มาตรการบังคับใช้สิทธิจะต้องถูกใช้ควบคู่กับการสร้างศักยภาพการวิจัยและการผลิตให้แก่อุตสาหกรรมในประเทศ รวมทั้งรัฐจะต้องมีนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและนโยบายกระจายยาที่เหมาะสมด้วย

๗.๓ การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิของประเทศไทย

ปัญหามีราคาแพงเนื่องจากถูกผูกขาดโดยสิทธิบัตรเริ่มจะปรากฏชัดเจนขึ้น^{๑๕๘} ตัวอย่างเช่น ในช่วงต้นเดือนพฤศจิกายน ๒๕๔๒ องค์การเภสัชกรรมได้พยายามขออนุญาตใช้สิทธิตามมาตรา ๕๑ ของ พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ ต่ออธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อที่จะผลิตยาดีไดโอ (Didanosine) ซึ่งเป็นยาต้านไวรัสเอชไอวีออกจำหน่าย เนื่องจากยาดังกล่าวเป็นยาที่มีสิทธิบัตรจึงทำให้มีราคาที่แพงมากจนผู้ติดเชื้อจำนวนมากไม่อาจเข้าถึงได้^{๑๕๙}

ต่อมาในเดือนพฤศจิกายน ๒๕๔๙ และเดือนมกราคม ๒๕๕๐ รัฐบาลไทยได้ตัดสินใจบังคับใช้สิทธิตามสิทธิบัตรตามมาตรา ๕๑ ของ พ.ร.บ. สิทธิบัตรฯ กับยา ๓ ตัว ได้แก่ “ยาเอฟฟาไวเรนซ์” (Effavirenz) “ยาเคเลตตรา” (Kaletra) และ “ยาพลาวิกซ์” (Plavix) โดยรัฐบาลอาศัยเหตุผลด้านราคา ในการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิตามสิทธิบัตรดังกล่าว ซึ่งเอฟฟาไวเรนซ์และเคเลตตรานั้นเป็นยาต้านไวรัสเอชไอวีกลุ่มที่สองที่ใช้กับผู้ป่วยโรคเอดส์ดื้อยาด้านไวรัสสูตรแรก ส่วนยาพลาวิกซ์เป็นยาละลายลิ่มเลือดผู้ป่วยโรคหัวใจ ซึ่งทั้งหมดเป็นยาที่มีผู้ต้องการใช้เป็นจำนวนมากแต่มีราคาแพง เนื่องจากบริษัทข้ามชาติผู้จำหน่ายมีสิทธิบัตรผูกขาดยาดังกล่าวอยู่ ซึ่งการตัดสินใจใช้มาตรการดังกล่าวได้ก่อให้เกิดปฏิกิริยาในวงกว้างทั้งจากบริษัทยาข้ามชาติและจากประเทศคู่ค้าของไทย^{๑๖๐}

ปัญหาการเข้าถึงยาอันเนื่องจากสิทธิบัตรได้เกิดขึ้นกับประเทศกำลังพัฒนาจำนวนมาก ซึ่งในอนาคตปัญหาการเข้าถึงยาจะมีความรุนแรงขึ้นเป็นลำดับ เพราะปัญหาการเข้าถึงยาอันเนื่องจากสิทธิบัตรนั้นหาได้จำกัดอยู่แต่เพียงปัญหาข้อกฎหมายและเจตจำนงทางการเมืองเท่านั้นไม่ หากแต่ยัง

^{๑๕๘} Sweeney, R. (2000) “The US Push for Worldwide Patent Protection for Drugs Meets the AIDS Crisis in Thailand: A Devastating Collision”, 9 Pacific Rim Law & Policy Journal 445.

^{๑๕๙} ยาดีไดโอมีคุณสมบัติในการยับยั้งการรุกรานของเชื้อไวรัส แต่หากจะให้ได้ผลคนไข้ต้องรับประทานวันละ ๔ เม็ดไปโดยตลอด และต้องรับประทานยาด้านเชื้อชนิดอื่นอีก ๒ ชนิดควบคู่กันไปด้วย ราคาของยาดีไดโอที่จำหน่ายโดยเจ้าของสิทธิบัตรในขณะนั้นมีราคาจำหน่ายในท้องตลาดเม็ดละ ๕๐ บาท ซึ่งหากต้องรับประทานวันละ ๔ เม็ดก็จะเป็นค่าใช้จ่ายเดือนละ ๖,๐๐๐ บาท ซึ่งยังไม่รวมค่ายาอย่างอื่นที่ต้องรับประทานควบคู่กันไปด้วย กล่าวกันว่า หากจะยับยั้งไวรัสเอดส์อย่างได้ผลผู้ติดเชื้อต้องเสียค่ายาประมาณ ๒๕,๐๐๐-๓๐,๐๐๐ บาทต่อเดือน

^{๑๖๐} Business Week “Thailand to break two drug patents”, 29 January, 2007; Statement from the President of the Pharmaceutical Research and Manufacturers’ Association of Thailand (PReMA), Press Release, Bangkok, 14 February 2007; Ministry of Public Health and National Health Security Office (2007) Facts and Evidences on the 10 Burning Issues Related to the Government Use of Patents on Three Patented Essential Drugs in Thailand, Document to Support Strengthening of Social Wisdom on The Issue of Drug Patent, Bangkok. Available at www.moph.go.th/hot/White%20Paper%20CL-EN.pdf

รวมถึงประเด็นเกี่ยวกับศักยภาพทางเทคโนโลยีด้านยาอีกด้วย ถึงแม้ว่าขณะนี้จะมีประเทศกำลังพัฒนาบางประเทศสามารถผลิตสารออกฤทธิ์ที่สามารถใช้เป็นตัวยา (active ingredients) ได้แต่ภายหลังปี พ.ศ. ๒๕๔๘ ประเทศที่เป็นแหล่งผลิตวัตถุดิบทางยาสำหรับประเทศกำลังพัฒนาจะไม่อยู่ในฐานะที่จะทำอย่างนั้นได้อีกต่อไป เนื่องจากหลังจากปีดังกล่าวกำหนดเวลาตามบทเฉพาะกาลของความตกลงทริปส์จะสิ้นสุดลง ทุกประเทศจะต้องคุ้มครองยาโดยไม่มีข้อยกเว้น และเมื่อประเทศอย่างอินเดียซึ่งมีศักยภาพในการผลิตวัตถุดิบทางยาได้ให้การคุ้มครองสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ยาอย่างสมบูรณ์แล้ว เป็นที่คาดหมายได้ว่าจะต้องมีบริษัทข้ามชาติจำนวนมากเข้าไปขอรับสิทธิบัตรในประเทศอินเดีย เมื่อเป็นเช่นนั้นการที่บริษัทซื้อสามัญของอินเดียจะทำวิจัยและพัฒนา และผลิตยาตามสิทธิบัตรเพื่อขายทั้งในและต่างประเทศจะเป็นสิ่งที่ทำได้ยากขึ้น และประเทศกำลังพัฒนาเช่นไทยก็จะต้องพึ่งพาซื้อยาจากบริษัทข้ามชาติที่เป็นผู้ถือครองสิทธิบัตรยาแต่เพียงแหล่งเดียว^{๑๖๑}

ด้วยเหตุนี้ จึงได้มีการหยิบยกประเด็นดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของที่ประชุมรัฐมนตรีขององค์การการค้าโลก ซึ่งนำไปสู่การจัดทำปฏิญญาโดฮาว่าด้วยความตกลงทริปส์และการสาธารณสุข (Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health)^{๑๖๒} เมื่อวันที่ ๒๑ พฤศจิกายน ๒๕๔๔

๗.๔ ปฏิญญาโดฮาว่าด้วยความตกลงทริปส์และการสาธารณสุข

ที่ประชุมรัฐมนตรีขององค์การการค้าโลกได้เห็นชอบ เมื่อวันที่ ๒๑ พฤศจิกายน ๒๕๔๔ กับร่างปฏิญญาโดฮาว่าด้วยความตกลงทริปส์และการสาธารณสุข (Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health)^{๑๖๓} ซึ่งมีสาระสำคัญโดยสรุปคือ ที่ประชุมเห็นสมควรที่จะทำให้ชัดเจนว่า ความตกลงทริปส์มิได้กีดขวางประเทศสมาชิกที่จะใช้มาตรการต่างๆ เพื่อปกป้องการสาธารณสุขของประเทศ ที่ประชุมยังเห็นว่าความตกลงทริปส์ยินยอมให้ประเทศสมาชิกให้มาตรการบังคับใช้สิทธิภายใต้เหตุผลที่กำหนดโดยประเทศสมาชิก ประเทศสมาชิกอาจใช้วิธีการนำเข้าซ้อน (parallel import) เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของตลาดในประเทศ และที่สำคัญที่สุดปฏิญญาโดฮาได้เล็งเห็นความจำเป็นในการช่วยเหลือประเทศที่ขาดศักยภาพการผลิตยา ในอันที่จะใช้ประโยชน์จากมาตรการบังคับใช้สิทธิ และกำหนดให้คณะมนตรีทริปส์ (Council for TRIPS) หาแนวทางแก้ปัญหาดังกล่าวให้เสร็จสิ้นไปภายในปี พ.ศ. ๒๕๔๕ ปฏิญญาโหายังขยายกำหนดเวลาตามบทเฉพาะกาลสำหรับประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดในอันที่จะคุ้มครองผลิตภัณฑ์ยาและข้อมูลการทดสอบยาไปจนถึงปี พ.ศ. ๒๕๕๙

แม้ว่าในขณะนี้จะมีประเทศกำลังพัฒนาบางประเทศที่สามารถผลิตสารออกฤทธิ์ที่สามารถใช้เป็นตัวยาได้ แต่ภายหลังปี พ.ศ. ๒๕๔๘ ประเทศที่เป็นแหล่งผลิตวัตถุดิบทางยาสำหรับประเทศกำลังพัฒนาอาจจะไม่อยู่ในฐานะที่จะทำอย่างนั้นได้อีกต่อไป เนื่องจากหลังจากปีดังกล่าวกำหนดเวลาตามบทเฉพาะกาลของความตกลงทริปส์จะสิ้นสุดลง ทุกประเทศจะต้องคุ้มครองยาโดยไม่มีข้อยกเว้น และเมื่อ

^{๑๖๑} Dhar, B. and C. Rao (2002) Transfer of Technology for Successful Integration in the Global Economy: A Case Study of Pharmaceutical Industry in India, UNCTAD Investment Policy and Capacity-Building Branch, UNCTAD/ITE/IPRC/Misc.22.

^{๑๖๒} World Trade Organization Ministerial Conference (2001) 4th Session, Doha, 9-14 November 2001, WT/MIN(01)/December/2, 20 November.

^{๑๖๓} World Trade Organization Ministerial Conference (2001) 4th Session, Doha, 9-14 November 2001, WT/MIN(01)/December/2, 20 November.

ประเทศอย่างอินเดียและบราซิลซึ่งมีศักยภาพในการผลิตวัตถุดิบทางยาได้ให้การคุ้มครองสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ยา เป็นที่คาดหมายได้ว่าจะต้องมีบริษัทข้ามชาติจำนวนมากเข้าไปขอรับสิทธิบัตรในประเทศดังกล่าว การทำวิจัยและพัฒนาตามสิทธิบัตรและการผลิตเพื่อขายทั้งในและต่างประเทศจะเป็นสิ่งที่ไม่อาจกระทำได้อีกต่อไป และหากเป็นเช่นนั้นแหล่งวัตถุดิบและตัวยาเพียงแห่งเดียวที่ประเทศกำลังพัฒนาจะสามารถพึ่งพาได้ก็คือ บริษัทข้ามชาติผู้ถือครองสิทธิบัตรยา

บทบัญญัติในความตกลงทริปส์มีความไม่ชัดเจนหลายประการ โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิบัตรยา บทบัญญัติที่เป็นปัญหา ได้แก่ ข้อ ๒๘ เกี่ยวกับขอบเขตสิทธิตามสิทธิบัตร ข้อ ๓๐ ข้อยกเว้นสิทธิ และข้อ ๓๑ (f) เกี่ยวกับปัญหาการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บทบัญญัติข้อ ๓๑(f) ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญในการพิจารณาจัดทำปฏิญญาโดฮา

ข้อ ๓๑(f) ถูกกำหนดอยู่หัวข้อ “การใช้โดยปราศจากการอนุญาตของผู้ทรงสิทธิ” (Other Use Without Authorization of the Right Holder) โดยข้อ ๓๑(f) บัญญัติว่า “การใช้ (มาตรการบังคับใช้สิทธิ) จะต้องเป็นไปโดยส่วนใหญ่เพื่อตอบสนองต่อตลาดภายในประเทศของประเทศที่ใช้มาตรการดังกล่าว”^{๑๖๔}

ในปัจจุบันประเทศต่างๆ สามารถใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยอนุญาตให้นำเข้าผลิตภัณฑ์ยาจากประเทศอื่นที่ไม่มีการขอรับสิทธิบัตรสำหรับยานั้น ซึ่งอินเดีย (ที่ในอดีตไม่คุ้มครองสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ยา) เป็นแหล่งวัตถุดิบสำคัญสำหรับประเทศกำลังพัฒนา แต่ภายหลังปี พ.ศ. ๒๕๔๘ อินเดียต้องคุ้มครองสิทธิบัตรยาแล้วเนื่องจากบทเฉพาะกาลตามความตกลงทริปส์ได้สิ้นสุดลง บริษัทยาชื่อสามัญของอินเดียจะไม่สามารถผลิตยาราคาถูกเพื่อป้อนตลาดในประเทศและตลาดประเทศกำลังพัฒนาได้อีกต่อไป ยกเว้นจะมีใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิในอินเดีย และแม้จะมีการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ แต่การผลิตภายใต้การอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยรัฐดังกล่าวก็จะสามารถกระทำได้เพียงพอเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของตลาดในประเทศเท่านั้น ผู้ผลิตภายใต้มาตรการดังกล่าวไม่อาจส่งสินค้าที่ได้ผลิตขึ้นไปขายในต่างประเทศ ตามนัยของข้อ ๓๑(f) ของความตกลงทริปส์ บทบัญญัตินี้ได้ทำให้การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อช่วยประเทศที่ขาดศักยภาพการผลิตยาเป็นอันไร้ประโยชน์ไป

ปฏิญญาโดฮาได้แก้ปัญหาคติความความตกลงทริปส์ เช่น ในวรรค ๕(b) ของปฏิญญาฯ ประเทศสมาชิกมีความเป็นอิสระที่จะกำหนดเหตุผลของการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้เอง และในวรรค ๕(c) ซี มีสิทธิที่จะกำหนด “เหตุฉุกเฉินของชาติหรือสถานการณ์อื่นที่เป็นความเร่งด่วนอย่างยิ่ง” (the right to determine what constitutes a national emergency or other circumstances of extreme urgency) ในอันที่จะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ นอกจากนี้ ในวรรค ๖ ของปฏิญญาโดฮา ยังได้กล่าวถึงสิทธิของประเทศสมาชิกที่จะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อแก้ปัญหาสาธารณสุข ซึ่งเป็นผลมาจากการแพร่ระบาดและการเกิดของโรคภัยร้ายแรง ได้แก่ เอชไอวี วัณโรค มาลาเรีย และโรคระบาดอื่นๆ

^{๑๖๔} TRIPS Agreement, Article 31 (f):

“Where the law of a Member allows for other use of the subject matter of a patent without the authorization of the right holder, including use by the government or third parties authorized by the government, the following provisions shall be respected:
... (f) any such use shall be authorized predominantly for the supply of the domestic market of the Member authorizing such use;”

ปัญญาโดฮามีได้จำกัดสถานการณ์ฉุกเฉินหรือชนิดของโรคที่อาจใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้ ประเทศสมาชิกจึงอาจกำหนดเงื่อนไขเหล่านี้ได้ด้วยตนเอง

การเจรจารอบโดฮานำไปสู่การกำหนดแนวทางแก้ปัญหาการเข้าถึงยาและผลกระทบจากสิทธิบัตรต่อการเข้าถึงยาของประเทศกำลังพัฒนา โดยผลของมติที่ประชุมคณะมนตรีใหญ่ขององค์การการค้าโลก เมื่อเดือนธันวาคม ๒๕๔๘^{๑๖๕} ที่ให้มีการแก้ไขข้อ ๓๑ ของความตกลงทริปส์ โดยให้ยกเลิกบทบัญญัติข้อ ๓๑(f) ของทริปส์ เพื่อเปิดโอกาสให้มีการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อช่วยเหลือประเทศกำลังพัฒนาได้อย่างทั่วถึง อย่างไรก็ตาม การแก้ไขบทบัญญัติของความตกลงทริปส์เป็นสิ่งที่ไม่อาจกระทำได้ง่าย ต้องใช้เวลา และมีการแทรกแซงทางการเมืองสูง เนื่องจากต้องได้รับความยินยอมจากประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกทั้งหมด มีข้อสังเกตว่าประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกส่วนใหญ่ไม่ประสงค์จะให้มีการแก้ไขบทบัญญัติของทริปส์ เพราะการเจรจาบทวนความตกลงในประเด็นใดประเด็นหนึ่ง อาจเปิดโอกาสให้มีการผนวกข้อเสนอแก้ไขบทวนการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในประเด็นอื่นด้วย

ในการช่วยให้ประเทศสมาชิกทุกประเทศรอดพ้นจากวิกฤติการณ์การเข้าถึงยาร่วมกัน การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิจะต้องกระทำในลักษณะที่มองโลกเป็นหนึ่งเดียวกัน โดยไม่แยกแยะเป็นรายประเทศ ประเทศที่มีศักยภาพทางการผลิตยาจะต้องพร้อมที่จะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ โดยเฉพาะเพื่อแก้ไขวิกฤติการณ์ในประเทศตนเท่านั้น หากแต่ต้องกระทำเพื่อช่วยเหลือประเทศกำลังพัฒนาอื่นด้วย โดยเฉพาะประเทศที่ขาดศักยภาพการผลิตยา หากมีการขอรับสิทธิบัตรนั้นในประเทศที่มีศักยภาพการผลิตยา และในประเทศที่ขาดศักยภาพการผลิตยาด้วยตนเองในเวลาเดียวกัน ในกรณีเช่นนี้การแก้ไขปัญหาการเข้าถึงยาจำเป็นต้องอาศัยการออกมาตรการบังคับใช้สิทธิ ทั้งในประเทศที่ผลิตและในประเทศที่เป็นผู้นำเข้า เพื่อมิให้บริษัทยาอาศัยสิทธิตามสิทธิบัตรทำการฟ้องร้องเพื่อยับยั้งการผลิตและการนำเข้าในประเทศหนึ่งประเทศใดได้ และสำหรับประเทศผู้ผลิตที่จะส่งออกไปช่วยประเทศอื่น เมื่อมีการแก้ไขข้อ ๓๑(f) ของทริปส์ การส่งออกสินค้าที่ผลิตโดยใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิจึงเป็นสิ่งที่อาจทำได้

๗.๕ ปัญญาโดฮากับมาตรการบังคับใช้สิทธิ

วรรคที่ ๕ ของปัญญาโดฮาวาด้วยความตกลงทริปส์และการสาธารณสุขบัญญัติว่า

“โดยปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีตามความตกลงทริปส์ รับรองถึงการใช้อย่างยืดหยุ่น รวมถึง: [...]

(ปี) ประเทศสมาชิกแต่ละประเทศ มีสิทธิที่จะออกมาตรการบังคับใช้สิทธิ และมีเสรีภาพที่จะกำหนดเหตุผลเพื่อการออกมาตรการดังกล่าว

(ซี) ประเทศสมาชิกแต่ละประเทศ มีสิทธิที่จะกำหนดว่าอะไรประกอบขึ้นเป็นภาวะฉุกเฉินแห่งชาติหรือสถานการณ์เร่งด่วนอย่างยิ่งยวด ...”^{๑๖๖}

^{๑๖๕} World Trade Organization General Council Decision (2005) Amendment of the TRIPS Agreement, General Council, Decision of 6 December 2005, WT/L/641.

^{๑๖๖} Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, Paragraph 5:

“Accordingly and in the light of paragraph 4 above, while maintaining our commitments in the TRIPS Agreement, we recognize that these flexibilities include: [...]

ข้อความในปฏิญญาโดฮาดังกล่าว มิได้มีผลเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในความตกลงทริปส์ เพียงแต่กล่าวซ้ำและขยายความบทบัญญัติที่ไม่ชัดเจนของความตกลงทริปส์เท่านั้น วรรค ๕ (b) เกี่ยวกับการใช้ดุลยพินิจของประเทศสมาชิก และเกี่ยวกับเหตุผลของการออกมาตรการบังคับใช้สิทธิ ส่วนวรรค ๕(c) อ้างถึงบทบัญญัติของ ๓๑(b) ในความตกลงทริปส์ โดยขยายความบทบัญญัตินี้ว่า ข้อความ “ภาวะฉุกเฉินแห่งชาติ” และ “สถานการณ์เร่งด่วนอย่างยิ่งยวด” จะมีความหมายอย่างไรนั้น ให้ขึ้นอยู่กับกรณีวินิจฉัยของสมาชิกแต่ละประเทศ จึงเท่ากับว่าปฏิญญาโดฮาเปิดช่องให้ประเทศสมาชิก ดำเนินการใดๆ เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามนโยบายสาธารณะ โดยเฉพาะในด้านการสาธารณสุข

วรรค ๖ ของปฏิญญาโดฮา บัญญัติว่า

“ด้วยตระหนักว่าบรรดาประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก ซึ่งมีไม่เพียงพอหรือขาดแคลน ศักยภาพการผลิตในสาขายา จะประสบความยากลำบากในการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิอย่างมีประสิทธิภาพภายใต้ความตกลงทริปส์ เราจึงมีคำสั่งให้คณะมนตรีทริปส์หาทางออกที่เป็นไปได้ต่อ ปัญหานี้ และรายงานต่อคณะมนตรีใหญ่ก่อนสิ้นสุดปี พ.ศ. ๒๕๔๕”^{๑๖๗}

ประเด็นที่จะต้องมีการถกเถียงหารือกัน คณะมนตรีทริปส์และในคณะมนตรีใหญ่คือ ในสถานการณ์ใดที่รัฐสามารถใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อแก้ปัญหาของประเทศสมาชิกที่ไม่มีศักยภาพ การผลิตทางอุตสาหกรรมยาได้ โดยเฉพาะการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อนำเข้าผลิตภัณฑ์ยาจาก ประเทศสมาชิกอื่น ซึ่งมีการออกสิทธิบัตรเพื่อคุ้มครองยานั้น และเจ้าของสิทธิบัตรไม่ยินยอมให้มีการ ผลิตและส่งออกผลิตภัณฑ์ยาไปยังประเทศสมาชิกที่ขาดแคลนศักยภาพดังกล่าว

ปฏิญญาโดฮาใช้ถ้อยคำที่กว้างว่า “ประเทศสมาชิกซึ่งมีไม่เพียงพอหรือขาดแคลนศักยภาพ การผลิตในสาขายา” (Members with insufficient or no manufacturing capacities in the pharmaceutical sector) ซึ่งมีได้มีความหมายเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาหรือประเทศที่พัฒนาน้อย ที่สุดเท่านั้น ในความเป็นจริงประเทศที่มีศักยภาพในการผลิตยาและสามารถพึ่งพาตัวเองในด้านยาได้ อย่างแท้จริงนั้นมีจำนวนน้อยมาก โดยเฉพาะหากเกิดภาวะฉุกเฉินหรือสถานการณ์เร่งด่วน เช่น โรค ระบาด หรือภัยสงคราม ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกทั้งที่เป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว กำลัง พัฒนาหรือที่พัฒนาน้อยที่สุด ฯลฯ ล้วนแต่จำเป็นต้องพึ่งพาการนำเข้ายาจากต่างประเทศทั้งสิ้น ซึ่งหากยาดังกล่าวเป็นยาที่มีสิทธิบัตรและผู้ทรงสิทธิไม่อนุญาตให้ทำการผลิตและส่งออกยาไปยังประเทศ ที่มีความต้องการยาดังกล่าวก็จะเกิดปัญหาด้านสาธารณสุขอย่างร้ายแรง ซึ่งกรณีเช่นนี้ คณะมนตรีทริปส์จำเป็นต้องหาทางแก้ไข

ข้อเสนอของประเทศสมาชิกต่อคณะมนตรีทริปส์ในปัญหาดังกล่าว มีอยู่ด้วยกันทั้งสิ้น ๓ แนวทางคือ

(b) Each Member has the right to grant compulsory licences and the freedom to determine the grounds upon which such licences are granted.

(c) Each Member has the right to determine what constitutes a national emergency or other circumstances of extreme urgency [...]

^{๑๖๗} Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, Paragraph 6: “We recognize that WTO Members with insufficient or no manufacturing capacities in the pharmaceutical sector could face difficulties in making effective use of compulsory licensing under the TRIPS Agreement. We instruct the Council for TRIPS to find an expeditious solution to this problem and to report to the General Council before the end of 2002.”

แนวทางแรก ให้การยกเว้น (waiver) พันธกรณีของทริปส์บางประการ เช่น ยกเว้นพันธกรณีตามข้อ ๓๑(f) ที่ว่าการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิจะต้องกระทำตอบสนองต่อความต้องการภายในประเทศ หรือมีเช่นนั้นก็ให้มีตรึงชั่วคราว (moratorium) ซึ่งการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทเพื่อกล่าวหาว่ามีการละเมิดต่อพันธกรณีดังกล่าว

แนวทางที่สอง ออกปณิญาตีความบทบัญญัติข้อ ๓๐ ของความตกลงทริปส์ (บทยกเว้นการละเมิดสิทธิตามสิทธิบัตร) ยินยอมให้มีการส่งออกผลิตภัณฑ์ไปยังประเทศที่ต้องการยา โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิตามสิทธิบัตรในประเทศผู้ส่งออก

แนวทางที่สาม ทำการแก้ไขบทบัญญัติข้อ ๓๑(f) ของความตกลงทริปส์ เพื่อยกเว้นอย่างถาวรให้มีการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อส่งออกสินค้าไปยังประเทศอื่นได้ แทนที่จะจำกัดการใช้มาตรการดังกล่าวไว้เพียงเพื่อตอบสนองต่อความต้องการภายในประเทศ^{๑๖๘}

๗.๖ มติของที่ประชุมคณะมนตรีใหญ่เกี่ยวกับวรรคที่ ๖ ของปณิญาโตฮา

คณะมนตรีทริปส์ได้ทำการเจรจาเพื่อหาทางแก้ปัญหาตามวรรคที่ ๖ ปณิญาโตฮา แต่เนื่องจากความแตกต่างในความเห็นของประเทศสมาชิก โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับที่มีความเห็นคัดค้านข้อเสนอใดๆ ที่จะเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ โดยต้องการให้แนวทางแก้ปัญหาเป็นเพียงการระงับเพียงชั่วคราวของการฟ้องร้องตามกลไกระงับข้อพิพาท นอกจากนี้ สหรัฐยืนยันที่จะไม่ให้แนวทางแก้ปัญหาใดๆ ที่จะมีขึ้นครอบคลุมผลิตภัณฑ์ยาทุกชนิด โดยต้องการให้จำกัดอยู่เฉพาะยาที่ใช้รักษาโรคร้ายแรง เช่น เอชไอวี มาเลเรีย วัณโรค ฯลฯ เท่านั้น การเจรจาในคณะมนตรีทริปส์ยืดเยื้อยาวนานจนเกินกำหนดเวลาที่กำหนดไว้ในปณิญาโตฮา (ได้แก่ วันที่ ๓๑ ธันวาคม ๒๕๔๕)

แต่ในที่สุดคณะมนตรีทริปส์ได้ขอยุติโดยสหรัฐยอมประนีประนอมผ่อนผัน ไม่จำกัดแนวทางการแก้ปัญหาเพียงมาตรการระงับการฟ้องร้องเป็นการชั่วคราว และไม่จำกัดผลิตภัณฑ์ยาไว้เฉพาะยารักษาโรคร้ายเท่านั้น แนวทางแก้ปัญหาได้ถูกนำเสนอต่อที่ประชุมคณะมนตรีใหญ่และที่ประชุมได้ลงมติเห็นชอบกับแนวทางที่เสนอเมื่อวันที่ ๓๐ สิงหาคม ๒๕๔๖^{๑๖๙}

รายละเอียด สำคัญ และแนวทางการปฏิบัติตามมติดังกล่าวมีดังนี้

(๑) สถานภาพทางกฎหมายของมติและความจำเป็นต่อการแก้ไขกฎหมายภายใน

มติของที่ประชุมคณะมนตรีใหญ่มีสถานะเป็นการยกเว้นชั่วคราว (interim waivers) ซึ่งเป็นพันธกรณีตามข้อ ๓๑(f) และ ๓๑(h) ของความตกลงทริปส์ คณะมนตรีทริปส์มีหน้าที่ทบทวนความก้าวหน้าของการปฏิบัติตามมติดังกล่าวทุกรอบปี และให้รายงานผลให้คณะมนตรีใหญ่ทราบ การยกเว้นจากพันธกรณีดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับเรื่อยไป จนกว่าจะมีการแก้ไขบทบัญญัติความตกลง ทริปส์ที่เกี่ยวข้อง คณะมนตรีทริปส์มีหน้าที่ต้องเริ่มการเตรียมการก่อนสิ้นปี พ.ศ. ๒๕๔๖ เพื่อทำการแก้ไข

^{๑๖๘} Abbott, F. (2002) Compulsory Licensing for Public Health Needs: The TRIPS Agenda at the WTO after the Doha Declaration on Public Health, Quaker UN Office, Geneva.

^{๑๖๙} World Trade Organization General Council Decision (2003) Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, Decision of the General Council of 30 August 2003, WT/L/540.

บทบัญญัติความตกลงทริปส์ โดยจะต้องมีการแก้ไขให้เสร็จสิ้นไปโดยเร็ว (ซึ่งในที่สุดคณะมนตรีใหญ่ได้มีมติเมื่อเดือนธันวาคม ๒๕๔๘ ให้แก้ไขอย่างถาวรซึ่งข้อ ๓๐(f))

วรรค ๙ ของมติฯ ได้กล่าวถึงความเกี่ยวพันระหว่างมติของคณะมนตรีใหญ่นี้กับปฏิญญาโดฮาไว้ว่า มติฯ นี้จะไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่ และการยืดหยุ่นในการตีความ และบังคับใช้บทบัญญัติของความตกลงทริปส์ดังที่ได้รับการรับรองโดยปฏิญญาโดฮา กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ มติของคณะมนตรีใหญ่ลงวันที่ ๓๐ สิงหาคม ๒๕๔๖ นี้ มิได้ตัดสิทธิประเทศสมาชิกในอนาคตจะใช้ประโยชน์จากบทบัญญัติอื่นๆ ของปฏิญญาโดฮาและความตกลงทริปส์ ประเทศสมาชิกจึงอาจใช้แนวทางอื่นเพื่อแก้ปัญหาการเข้าถึงยา นอกเหนือจากแนวทางที่ระบุไว้ในมตินี้ได้ เช่น อาจถือว่าการส่งออกยาไปยังประเทศที่ไม่มีศักยภาพการผลิตเป็นการกระทำที่ได้รับการยกเว้นจากการละเมิดสิทธิบัตร ตามข้อ ๓๐ ของความตกลงทริปส์ได้ เป็นต้น

การยกเว้นชั่วคราวซึ่งพันธกรณีของความตกลงทริปส์นี้สอดคล้องกับหลักการ ภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties)^{๑๗๐} โดยจะไม่ก่อให้เกิดผลเปลี่ยนแปลงอย่างถาวรต่อพันธกรณีที่ประเทศมีอยู่ตามความตกลงระหว่างประเทศ การยกเว้นชั่วคราวจะทำให้ประเทศสมาชิกไม่อาจร้องเรียนประเทศสมาชิกอื่นว่ากระทำละเมิดพันธกรณีในเรื่องนั้นๆ

อย่างไรก็ดี การยกเว้นชั่วคราวนี้เป็นการยกเว้นพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งจะไม่ส่งผลโดยตรงให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสถานภาพตามกฎหมายภายใน การที่มติของคณะมนตรีใหญ่ดังกล่าวจะมีผลต่อการกระทำภายในประเทศเพียงใดขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ เช่น ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ “Dualist system” การที่กฎหมายระหว่างประเทศจะมีผลบังคับภายในประเทศจะต้องมีการออกกฎหมายเพื่อให้การรับรองอีกทีหนึ่ง ซึ่งในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบนี้ มติของคณะมนตรีใหญ่จะไม่มีผลใช้บังคับโดยอัตโนมัติ แต่สำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ “Monist system” ซึ่งพันธกรณีระหว่างประเทศจะมีผลผูกพันโดยทันที^{๑๗๑} ศาลสามารถบังคับการให้เป็นไปตามมติของคณะมนตรีใหญ่ดังกล่าวได้โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายในการรองรับ เป็นต้น

สำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Dualist ดังเช่นประเทศไทย จำเป็นต้องทำการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้มติดังกล่าวมีผลใช้บังคับ เมื่อยังไม่มีการแก้ไขกฎหมายสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องจะต้องเป็นไปตามกฎหมายภายในที่เป็นอยู่ เช่น การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อผลิตผลิตภัณฑ์ยาเพื่อส่งออกไปยังประเทศอื่นที่ต้องการยานั้นย่อมไม่อาจทำได้ หรือผู้ทรงสิทธิตามสิทธิบัตรอาจใช้สิทธิฟ้องร้องผู้ผลิตและส่งออกผลิตภัณฑ์ภายใต้สิทธิบัตรของตนได้ เป็นต้น ดังนั้น เพื่อใช้ประโยชน์จากปฏิญญาโดฮา และมติที่ ๓๐ สิงหาคม ๒๐๐๓ ของที่ประชุมคณะมนตรีใหญ่ประเทศกำลังพัฒนา จำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับมติดังกล่าว

ในการแก้ไขกฎหมายภายในประเทศกำลังพัฒนาจะต้องทำให้มั่นใจว่า การปฏิบัติตามมติฯ เป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ในทางปฏิบัติ โดยจะต้องไม่พิจารณาแต่เพียงแนวทางและเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมติฯ แต่เพียงอย่างเดียว หากควรต้องพิจารณาปัญหาและอุปสรรคอื่นประกอบด้วย เช่น มติของคณะ

^{๑๗๐} Vienna Convention, Art. 57.

^{๑๗๑} โปรตดู Brownlie, I. (1998) Principles of Public International Law, 5th ed., p. 32.

มนตรีใหญ่มีได้ยกเว้นพันธกรณีตามข้อ ๓๑(b) ของความตกลงทริปส์ ซึ่งหมายความว่าในการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิจะต้องมีการเจรจากับผู้ทรงสิทธิเสมอ อันอาจทำให้มาตรการบังคับใช้สิทธิต้องล่าช้าออกไปประเทศกำลังพัฒนาจึงควรยกเว้นเงื่อนไขในการแก้ไขกฎหมายภายใน โดยอาศัยข้อยกเว้นจากข้อ ๓๑(b) นั้นเอง กล่าวคือ ในกรณีที่ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้กระทำในกรณีภาวะฉุกเฉินแห่งชาติหรือในสถานการณ์เร่งด่วนอย่างยั้งยวด หรือในกรณีการใช้สาธารณะที่มีได้มีวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์

กฎหมายของประเทศกำลังพัฒนาโดยส่วนใหญ่ในปัจจุบันมิได้มีบทบัญญัติให้ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อส่งออก หากมีคำสั่งซื้อยามาจากประเทศที่ไม่มีศักยภาพการผลิต และผู้ผลิตในประเทศกำลังพัฒนาดังกล่าวประสงค์จะขอใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อส่งออกไปยังประเทศนั้น การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อส่งออกยังคงไม่อาจทำได้ (ถึงแม้จะมีมติของคณะมนตรีใหญ่แล้วก็ตาม) เว้นแต่จะมีการแก้ไขกฎหมายภายในเพื่อให้มีการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อส่งออกเสียก่อน

(๒) สิทธิตามสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้อง

มติของคณะมนตรีใหญ่จะใช้บังคับเฉพาะในกรณีที่มีการออกสิทธิบัตรสำหรับผลิตภัณฑ์ยานั้นในประเทศผู้ส่งออก (หรืออาจจะมีสิทธิบัตรในประเทศผู้นำเข้าด้วยก็ได้) การมีสิทธิบัตรสำหรับผลิตภัณฑ์ยานี้หมายถึง สิทธิบัตรเหนือตัวยา (active ingredients) และรวมถึงสิทธิบัตรเหนือสูตร ตำรับสารประกอบ กรรมวิธีการผลิต การใช้ ฯลฯ ด้วย ทั้งนี้ เพราะในทางปฏิบัติประเทศกำลังพัฒนาจำนวนมากมิได้คุ้มครองแต่เพียงสารออกฤทธิ์ทางยาเท่านั้น แต่ยังคุ้มครองการประดิษฐ์อื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับตัวยาดด้วย ดังนั้น การที่ตัวยาที่ใช้ในการผลิตผลิตภัณฑ์ยาจะเป็นตัวยาเก่าที่มีอยู่ในท้องตลาดเป็นเวลานานแล้ว มิได้หมายความว่าผลิตภัณฑ์ยานั้นจะสามารถผลิตและส่งออกไปยังประเทศที่ต้องการได้ ทั้งนี้ เพราะอาจมีสิทธิบัตรเหนือสูตร ตำรับ กรรมวิธี หรือการใช้ยานั้นด้วย

ทางออกก็คือ ประเทศกำลังพัฒนาจะต้องแก้ไขกฎหมายให้มีการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อส่งออก โดยเป็นการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิกับสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับตัวยา (ที่ต้องการส่งออก) นั้นทั้งหมด โดยจะต้องไม่จำกัดการใช้ไว้เฉพาะกับสิทธิบัตรฉบับหนึ่งฉบับใดเป็นการเฉพาะเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิจะต้องกระทำโดยมีตัวผลิตภัณฑ์ยาเป็นเป้าหมาย มิใช่โดยมีสิทธิบัตรฉบับหนึ่งฉบับใดเป็นเป้าหมาย

(๓) ความหมายของผลิตภัณฑ์ยาภายใต้สิทธิบัตร

เนื่องจากมติของคณะมนตรีใหญ่เป็นมติที่ออกตามข้อ ๖ ของปฏิญญาโดฮาว่าด้วยความตกลงทริปส์และการสาธารณสุข มติดังกล่าวจึงใช้กับผลิตภัณฑ์ยาที่มีการคุ้มครองสิทธิบัตรเท่านั้น และที่สำคัญคือผลิตภัณฑ์นั้นต้องอยู่ภายใต้สิทธิบัตรในประเทศผู้ส่งออก ส่วนจะมีสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ยาดังกล่าวในประเทศผู้นำเข้า (ประเทศที่ไม่มีศักยภาพการผลิตตัวยา) หรือไม่ มิใช่สาระสำคัญ หากในประเทศผู้นำเข้าไม่มีสิทธิบัตรการนำเข้าผลิตภัณฑ์ยาสามารถกระทำได้โดยทันที แต่ถ้าในประเทศดังกล่าวมีการออกสิทธิบัตรสำหรับผลิตภัณฑ์ยานั้น กรณีมีความจำเป็นต้องมีการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ เพื่ออนุญาตให้มีการนำเข้ายานั้นด้วย

มติของคณะมนตรีใหญ่จะไม่ใช้บังคับในกรณีต่อไปนี้

- กรณีที่ไม่มีการคุ้มครองสิทธิบัตรสำหรับผลิตภัณฑ์ยานั้นในประเทศผู้ส่งออกหรือสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ยานั้นหมดอายุลงแล้ว

- กรณีที่ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้กระทำเพื่อตอบสนองต่อตลาดภายในประเทศ ผู้ส่งออกเป็นส่วนใหญ่ (proportionately for the supply of the domestic market) ผลิตภัณฑ์บางส่วนน้อยอาจถูกส่งออกไปยังต่างประเทศได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามข้อ ๓๑(f) ของความตกลงทริปส์
- กรณีที่ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้กระทำเพื่อเยียวยาการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันในประเทศผู้ส่งออก เช่นนี้ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นตามมาตรการบังคับใช้สิทธินั้น อาจถูกส่งออกไปยังต่างประเทศได้ตามข้อ ๓๑(k) ของความตกลงทริปส์

มติของคณะมนตรีใหญ่นี้จะใช้กับผลิตภัณฑ์ที่ใช้กับโรคทุกชนิด โดยมีได้จำกัดอยู่เฉพาะโรคบางชนิด เช่น เอชไอวี โรค และมาเลเรีย ฯลฯ ดังที่สหรัฐเสนอในตอนต้น นอกจากนี้ โรคที่ยานั้นใช้เพื่อการรักษาไม่จำเป็นต้องเป็นโรคที่ร้ายแรงเท่านั้น แต่จะต้องเป็นโรคที่ก่อให้เกิดปัญหาสาธารณสุข (public health problems) ของประเทศ ซึ่งหมายความว่ายาที่ใช้กับโรคที่ไม่น่าจะก่อให้เกิดปัญหาสาธารณสุข เช่น ยารักษาโรคเสื่อมสมรรถภาพทางเพศ ยารักษาโรคผมร่วง ศีรษะล้าน ฯลฯ จะไม่อยู่ภายใต้มติของคณะมนตรีใหญ่นี้

(๔) ประเทศที่อาจใช้ประโยชน์จากมติของคณะมนตรีใหญ่

มติของคณะมนตรีใหญ่นี้กำหนดว่า “ประเทศนำเข้าที่สามารถใช้ประโยชน์” (Eligible Importing Members) หมายความว่าประเทศ ๒ กลุ่มต่อไปนี้

- ประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด โดยประเทศนั้นจะต้องเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก
- ประเทศที่ได้แสดงความจำนงต่อคณะมนตรีทริปส์ถึงความตั้งใจที่จะใช้ประโยชน์จากมติของคณะมนตรีใหญ่ในฐานะประเทศผู้นำเข้า

ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกทุกประเทศสามารถใช้ประโยชน์จากมติของคณะมนตรีใหญ่ได้ทั้งสิ้น ไม่ว่าประเทศนั้นจะเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว ประเทศกำลังพัฒนา หรือประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด ประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดจะมีสิทธิใช้ประโยชน์จากมตินี้ได้โดยทันที ส่วนประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนาจะใช้ประโยชน์ได้ต่อเมื่อได้แสดงความจำนงไปยังคณะมนตรีทริปส์ ให้ทราบว่าตนประสงค์จะเป็นประเทศผู้นำเข้าที่สามารถใช้ประโยชน์จากมติดังกล่าว

ประเทศที่พัฒนาแล้วทั้งหมด ได้แก่ ออสเตรเลีย แคนาดา ไอร์แลนด์ ญี่ปุ่น นิวซีแลนด์ นอร์เวย์ สวิตเซอร์แลนด์ สหรัฐอเมริกา และประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปทั้งหมด (รวมทั้งประเทศสมาชิกใหม่ของสหภาพยุโรป ได้แก่ สาธารณรัฐเชค โปแลนด์ เอสโตเนีย ฮังการี ลิทัวเนีย มอลต้า โปแลนด์ สาธารณรัฐสโลวัก และสโลวาเกีย) ได้แสดงเจตจำนงต่อคณะมนตรีทริปส์ที่จะไม่ใช้สิทธิในฐานะประเทศผู้นำเข้าที่สามารถใช้ประโยชน์ตามมติของคณะมนตรีใหญ่

ส่วนบางประเทศได้แสดงความจำนงต่อคณะมนตรีทริปส์แล้วว่าตนจะใช้ประโยชน์จากมติของคณะมนตรีใหญ่ในฐานะประเทศผู้นำเข้า เฉพาะในกรณีที่มีภาวะฉุกเฉินแห่งชาติหรือสถานการณ์ฉุกเฉินอย่างยิ่งยวด ได้แก่ ฮองกง อิสราเอล เกาหลี คูเวต มาเก๊า เม็กซิโก กาตาร์ สิงคโปร์ ไต้หวัน ตุรกี และสาธารณรัฐอาหรับเอมิเรตส์

(๕) วัตถุประสงค์ของการใช้ประโยชน์จากมติของคณะมนตรีใหญ่

สำหรับประเทศผู้นำเข้าการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อนำเข้าผลิตภัณฑ์ยาจากประเทศที่มีศักยภาพการผลิตสูงกว่า อาจกระทำโดยเหตุผลต่างๆ หากประเทศนั้นเป็นประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อนำเข้าผลิตภัณฑ์ยาอาจถูกใช้โดยเหตุผลนานาประการ (แต่จะต้องเป็นเหตุผลที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายใน) รวมทั้งเหตุผลที่ไม่ใช้งานสิทธิบัตร การใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อเยียวยาการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน สถานการณ์ฉุกเฉิน ฯลฯ แต่สำหรับประเทศสมาชิกที่เป็นประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนาเหตุผลของการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อนำเข้าผลิตภัณฑ์ อาจกระทำโดยอาศัยเหตุผลอย่างเดียวกัน ยกเว้นประเทศนั้นได้แสดงความจำนงว่าจะใช้ประโยชน์จากมติของคณะมนตรีใหญ่นี้เพื่อวัตถุประสงค์ใดเป็นการเฉพาะ เช่น ในกรณีที่มีภาวะฉุกเฉินแห่งชาติหรือกรณีสถานการณ์ฉุกเฉินอย่างยิ่ง ฯลฯ ซึ่งที่ผ่านมามีบางประเทศได้แสดงความจำนงดังกล่าวแล้วดังที่ได้กล่าวข้างต้น

(๖) การแสดงความจำนงโดยประเทศผู้นำเข้า

การแสดงความจำนงต่อคณะมนตรีทริปส์ ตามมติของคณะมนตรีใหญ่นี้มีอยู่ด้วยกัน ๒ ลักษณะคือ *ลักษณะแรก* เป็นการแสดงความจำนงโดยทั่วไปถึงความต้องการจะเป็นประเทศผู้นำเข้าที่สามารถใช้ประโยชน์ *ลักษณะที่สอง* เป็นการแสดงความจำนงเป็นการเฉพาะเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ จำนวนของผลิตภัณฑ์ที่จะนำเข้า ฯลฯ เหตุผลที่มติของคณะมนตรีใหญ่กำหนดให้มีการแสดงความจำนงนั้นเพื่อแสดงความโปร่งใสและให้ข้อมูลที่ถูกต้องชัดเจนเท่านั้น หากใช้เพื่อขออนุญาตจากผู้ทรงสิทธิหรือจากองค์การการค้าโลกไม่ ประเทศสมาชิกสามารถใช้ประโยชน์จากมติของคณะมนตรีใหญ่นี้ได้โดยทันทีโดยไม่ต้องขออนุญาตจากผู้ใด^{๑๗๒}

เชิงอรรถ ๒ ของมติของคณะมนตรีใหญ่อธิบายว่า การแสดงความจำนงนี้ไม่จำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์การการค้าโลกในอันที่จะใช้ประโยชน์ตามมตินี้ ซึ่งหมายความว่าคณะมนตรีทริปส์หรือหน่วยงานใดขององค์การการค้าโลกไม่มีอำนาจที่จะทบทวน แก้ไข หรือปฏิเสธ ความจำนงที่แสดงโดยประเทศสมาชิก

(๗) การพิสูจน์ความไม่เพียงพอหรือการไม่มีศักยภาพการผลิต

เฉพาะประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนาเท่านั้นที่ต้องพิสูจน์ความไม่เพียงพอ หรือการไม่มีศักยภาพการผลิตด้านยา ประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นประเทศที่ขาดแคลนศักยภาพดังกล่าว

ภาคผนวกของมติของคณะมนตรีใหญ่ได้กำหนดแนวทางการพิสูจน์เรื่องนี้ไว้ ๒ แนวทางคือ

- ประเทศสมาชิกต้องพิสูจน์ว่าตนไม่มีศักยภาพการผลิตในด้านยาเลย หรือ
- ประเทศสมาชิกพิสูจน์ว่าตนมีศักยภาพการผลิตยาอยู่บ้าง แต่ศักยภาพที่มีอยู่ไม่เพียงพอ ต่อการตอบสนองความต้องการด้านสาธารณสุขของตน

แม้มติของคณะมนตรีใหญ่จะกำหนดแนวทางการพิสูจน์ในเรื่องนี้เอาไว้ แต่ก็ไม่ได้กำหนดเกณฑ์การพิจารณาว่าความไม่เพียงพอหรือไม่มีศักยภาพการผลิตนั้นเป็นอย่างไร ในระบบเศรษฐกิจแบบตลาด

^{๑๗๒} Vandorem, P. and J.C. van Eckhaute (2003) "The WTO Decision on Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health", Journal of World Intellectual Property, Vol. 6 No. 6, p. 789.

“ศักยภาพการผลิตทางอุตสาหกรรม” (industrially manufacturing capacity) มีอยู่ด้วยกัน ๒ มิติ คือ (๑) ศักยภาพด้วยเทคนิค (Technical capacity) ซึ่งรวมถึงการมีเทคโนโลยีการผลิต การมีบุคลากรที่มีความชำนาญ มีวัตถุดิบ ฯลฯ และ (๒) ความไปได้ทางเศรษฐกิจของการผลิต (economic feasibility of production) เช่น การมีตลาด การผลิตด้วยต้นทุนที่ต่ำ ฯลฯ

มีผู้ให้ความเห็นว่า การมีศักยภาพด้านเทคนิคแต่ขาดความเป็นไปได้ทางเศรษฐกิจถือว่าขาดศักยภาพการผลิตทางอุตสาหกรรม ซึ่งสามารถใช้ประโยชน์จากมติของคณะมนตรีใหญ่ได้แล้ว^{๑๗๓} หากเป็นไปตามความเห็นนี้ ความหมายของการขาดศักยภาพการผลิตจะกว้างมาก และอาจเกินเลยจากเจตนารมณ์ของวรรค ๖ ของปฏิญญาโดฮา และของมติของคณะมนตรีใหญ่ได้ เช่น หากประเทศ ก. มีศักยภาพด้านเทคนิคอย่างเพียงพอ ทั้งเทคโนโลยี บุคลากร และวัตถุดิบ แต่ไม่สามารถทำการผลิตโดยประหยัดได้ (economics of scale) เนื่องจากมีต้นทุนด้านแรงงานหรือด้านวัตถุดิบสูง โดยเฉพาะเมื่อเปรียบเทียบกับ การนำเข้าแล้วจะมีค่าใช้จ่ายที่สูงกว่า เช่นนี้ หากเป็นไปตามความเห็นข้างต้น ประเทศ ก. อาจอ้างว่าประเทศของตนขาดศักยภาพการผลิตด้านยาได้ ซึ่งไม่น่าจะเป็นเจตนารมณ์ของปฏิญญาโดฮาและมติของคณะมนตรีใหญ่

เนื่องจากการผลิตด้านยานี้มีหลายขั้นตอน ตั้งแต่การผลิตสารเคมีที่เป็นวัตถุดิบด้านยา การผสมและประกอบยา และการบรรจุผลิตภัณฑ์ยา ก่อให้เกิดปัญหาว่าการขาดศักยภาพการผลิตระดับใดจึงจะถือว่าเป็นประเทศที่ขาดศักยภาพการผลิตด้านยา มติของคณะมนตรีใหญ่ไม่ได้กำหนดเกณฑ์การพิจารณาเรื่องนี้เอาไว้ หากแต่ให้ขึ้นกับการประเมินตนเองของสมาชิกแต่ละประเทศ^{๑๗๔} ดังนั้น การขาดศักยภาพการผลิตในระดับใดถือว่าเป็นประเทศนั้นเป็นประเทศที่จะใช้ประโยชน์จากมติของคณะมนตรีใหญ่ได้แล้ว เช่น ประเทศ ก. มีศักยภาพการผลิตยาขั้นปลายคือ มีความสามารถในการผสมและประกอบตัวยา พร้อมทั้งบรรจุและทำเป็นสินค้าสำเร็จรูป แต่ไม่มีศักยภาพในการผลิตสารเคมีที่เป็นวัตถุดิบออกฤทธิ์ทางยา เช่นนี้ก็ถือได้ว่า ประเทศ ก. เป็นประเทศที่ขาดศักยภาพด้านการผลิตยาแล้ว

(๘) การแสดงความจำนงยืนยันว่าจะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ

ประเทศที่ขาดศักยภาพด้านยาที่จะใช้ประโยชน์จากมติของคณะมนตรีใหญ่จะต้องแจ้งไปยังคณะมนตรีทริปส์ว่าประเทศตนต้องการจะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ การแจ้งนี้อาจกระทำก่อนหรือหลังการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิหรือในระหว่างการใช้มาตรการดังกล่าวก็ได้ เงื่อนไขเพียงประการเดียวในเรื่องนี้คือ การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิจะต้องสอดคล้องกับเงื่อนไขต่าง ๆ ในข้อ ๓๑ ของความตกลงทริปส์

เนื่องจากข้อ ๓๑ และมติของคณะมนตรีใหญ่ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขเรื่องปริมาณหรือจำนวนของผลิตภัณฑ์ที่จะทำการผลิตหรือนำเข้าเอาไว้ ประเทศนั้นจึงอาจใช้อำนาจในการนำเข้าผลิตภัณฑ์เป็นจำนวนเท่าใดก็ได้โดยไม่มีข้อจำกัด แต่การใช้มาตรการดังกล่าวอาจสิ้นสุดหรือถูกระงับลง เมื่อสถานการณ์ที่เป็นเหตุใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้ยุติลงแล้ว ทั้งนี้ โดยจะต้องมีการปกป้องผลประโยชน์ของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิอย่างเพียงพอด้วย^{๑๗๕}

^{๑๗๓} Ibid, p.785.

^{๑๗๔} Ibid.

^{๑๗๕} TRIPS Agreement, Art. 31(g).

การแสดงความจำนงว่าจะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิจะถูกนำออกเผยแพร่ต่อสาธารณชน มติของคณะมนตรีใหญ่กำหนดให้เลขาธิการขององค์การการค้าโลก (WTO Secretariat) จัดทำเว็บไซต์ เพื่อเผยแพร่การแสดงความจำนงของประเทศสมาชิก การแสดงความจำนงและการเผยแพร่ ให้กระทำเพียงครั้งเดียวเท่านั้น เช่น หากประเทศ ก. แสดงความจำนงว่าจะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ ก่อนที่จะเริ่มขั้นตอนการใช้มาตรการดังกล่าวก็ไม่จำเป็นต้องแสดงความจำนงใดๆ ไปยังองค์การการค้าโลกอีกภายหลังจากนั้น

(๙) เงื่อนไขการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิในประเทศผู้ส่งออก

มติของคณะมนตรีใหญ่กำหนดให้มีการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิในประเทศผู้ส่งออก โดยการใช้อนุญาตใช้สิทธิโดยสมัครใจจากเจ้าของสิทธิบัตร ซึ่งเงื่อนไขต่างๆ ในข้อ ๓๑ มิได้รับการยกเว้นโดยมติของคณะมนตรีใหญ่ ดังนั้น ประเทศผู้ส่งออกจึงต้องกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องนี้อย่างชัดเจนและมีขั้นตอนที่ไม่ซับซ้อนยุ่งยาก เพื่อป้องกันมิให้ขั้นตอนการขอใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเป็นอุปสรรคต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ของปฏิญญาโดฮาและมติของคณะมนตรีใหญ่

มติของคณะมนตรีใหญ่ได้กำหนดเงื่อนไขในการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อส่งออกเพิ่มเติมอีก ๒ ประการ คือ จำนวนผลิตภัณฑ์จะทำการผลิตและส่งออกและการบ่งระบุตัวผลิตภัณฑ์

ในเรื่องจำนวนของผลิตภัณฑ์ มติของคณะมนตรีใหญ่กำหนดว่ามาตรการบังคับใช้สิทธิต้องออกเพื่อให้มีการผลิตและส่งออกผลิตภัณฑ์เป็นจำนวนที่เพียงพอ และจำเป็นต่อการตอบสนองความต้องการของประเทศผู้นำเข้า ซึ่งจำนวนที่แน่นอนจะเป็นเท่าใดนั้นขึ้นอยู่กับความจำเป็นของประเทศผู้นำเข้า ประเทศผู้ส่งออกสามารถจะทำการผลิตผลิตภัณฑ์และส่งออกผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นทั้งหมดนั้นไปยังประเทศผู้นำเข้า โดยไม่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อ ๓๑(f) ของความตกลงทริปส์ ที่ต้องการเพื่อตอบสนองความต้องการในประเทศตนด้วย

สำหรับการบ่งระบุตัวผลิตภัณฑ์ มติของคณะมนตรีใหญ่กำหนดให้ผู้ผลิตบ่งระบุอย่างชัดเจนบนตัวผลิตภัณฑ์นั้นว่าผลิตภัณฑ์ดังกล่าวผลิตขึ้นเพื่อการใด ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้มีการส่งผลิตภัณฑ์ไปจำหน่ายในประเทศอื่นหรือเพื่อใช้เพื่อการอื่น การบ่งระบุนี้ให้กระทำโดยการใช้ตราหรือเครื่องหมาย หรือด้วยการแสดงข้อความอย่างชัดเจนไว้บนฉลากผลิตภัณฑ์ เช่น ด้วยการระบุว่า “Product made for Country X under the WTO General Council Decision IPIC/W/405 of August ๓๐, ๒๐๐๓” เป็นต้น

มติของคณะมนตรีใหญ่อยังกำหนดให้ผู้ผลิตแสดงให้เห็นว่าผลิตภัณฑ์ที่ผลิตนั้นเป็นผลิตภัณฑ์ที่แตกต่างจากผลิตภัณฑ์อื่น (distinguishable) ซึ่งอาจกระทำโดยใช้บรรจุภัณฑ์ สี หรือรูปร่างที่มีลักษณะเฉพาะ แตกต่างจากผลิตภัณฑ์อื่นที่จำหน่ายอยู่ในท้องตลาด มีข้อสังเกตว่าวัตถุประสงค์ของการทำให้ผลิตภัณฑ์นี้มีลักษณะบ่งเฉพาะแตกต่างจากผลิตภัณฑ์อื่น เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของผู้ผลิตที่เป็นเจ้าของสิทธิบัตรมิใช่เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค (ดังเช่นในกรณีเครื่องหมายการค้าทั่วไป) ดังนั้น การทำให้สินค้ามีความแตกต่างจึงหมายถึงการทำให้บริษัทผู้เป็นเจ้าของสิทธิบัตรและเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่ตรวจตราสินค้า เช่น เจ้าหน้าที่ศุลกากร สามารถจำแนกแยกแยะผลิตภัณฑ์ดังกล่าวกับผลิตภัณฑ์ทั่วไป โดยเฉพาะผลิตภัณฑ์ที่ผลิตและจำหน่ายโดยผู้ทรงสิทธิตามสิทธิบัตรได้

การกำหนดเงื่อนไขขึ้นเพื่อให้ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตภายใต้มาตรการบังคับใช้สิทธินี้ได้ถูกส่งออกไปยังประเทศที่ขาดแคลนศักยภาพในการผลิตยา เพื่อแก้ปัญหาสาธารณสุขที่ประเทศนั้นประสบ ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นไม่ควรจะถูกส่งไปจำหน่ายในประเทศอื่น อย่างไรก็ตาม การบ่งระบุตัวผลิตภัณฑ์จะกระทำได้อย่างง่าย ในกรณีที่ผลิตภัณฑ์นั้นเป็นผลิตภัณฑ์สำเร็จรูป (finished products) แต่การบ่งระบุตัวผลิตภัณฑ์จะกระทำได้อย่างยากในกรณีที่ผลิตภัณฑ์นั้นเป็นวัตถุดิบ (raw materials) เช่น ตัวยา สารเคมี หรือน้ำยา ฯลฯ ซึ่งการใช้บรรจุภัณฑ์ สี หรือรูปร่างที่มีลักษณะเฉพาะกับวัตถุดิบด้านยาเป็นสิ่งที่กระทำได้อย่างยากในทางปฏิบัติ

มติของคณะมนตรีใหญ่ยังกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในประเทศผู้ส่งออกที่จะต้องแสดงข้อมูลรายละเอียดเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์บนเว็บไซต์ก่อนที่จะมีการส่งออกผลิตภัณฑ์ ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิอาจใช้เว็บไซต์ของตนเอง หรือเว็บไซต์ของเลขาธิการขององค์การการค้าโลกที่จะจัดทำขึ้นโดยเฉพาะเพื่อการนี้ก็ได้ โดยข้อมูลที่จะต้องระบุในเว็บไซต์ดังกล่าว ได้แก่ จำนวนของสินค้าที่จะส่งไปแต่ละครั้ง และลักษณะเฉพาะที่มีความแตกต่างของสินค้าดังที่กล่าวข้างต้น

นอกจากนี้ มาตรการบังคับใช้สิทธิจะมีผลให้ผู้ผลิตสามารถทำการผลิต และส่งออกผลิตภัณฑ์โดยไม่เป็นการละเมิดสิทธิบัตรเท่านั้น แต่การผลิตและส่งออกผลิตภัณฑ์จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายของประเทศผู้ส่งออกด้วย ซึ่งโดยทั่วไปกฎหมายด้านยามักกำหนดให้ผู้ผลิตและส่งออกขออนุญาตดำเนินการดังกล่าวต่อหน่วยงานด้านอาหารและยาของประเทศ เพื่อตรวจสอบประสิทธิภาพและความปลอดภัยของผลิตภัณฑ์ยา ซึ่งประเทศที่จะใช้ประโยชน์จากมติของคณะมนตรีใหญ่เพื่อการส่งออกผลิตภัณฑ์ยา ควรจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎระเบียบข้อบังคับด้านยา เพื่อให้การขออนุญาตผลิตและส่งออกผลิตภัณฑ์ยากระทำได้อย่างง่าย

(๑๐) การแสดงความจำนงโดยประเทศผู้ส่งออก

ประเทศผู้ส่งออกมีหน้าที่ต้องแจ้งความจำนงไปยังคณะมนตรีทริปส์ถึงการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ และเช่นเดียวกับการแสดงความจำนงโดยประเทศผู้นำเข้า การแสดงความจำนงนี้มีใช้การขออนุญาตและไม่จำเป็นต้องได้รับอนุมัติจากองค์การการค้าโลก มติของคณะมนตรีใหญ่กำหนดให้เลขาธิการขององค์การการค้าโลกเผยแพร่การแสดงความจำนงของประเทศผู้ส่งออกบนเว็บไซต์ โดยการแสดงความจำนงต้องมีข้อความและรายละเอียดดังนี้

- ชื่อและที่อยู่ของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ
- ผลิตภัณฑ์ที่ได้รับอนุญาตให้ทำการผลิตและส่งออก
- จำนวนของผลิตภัณฑ์
- ประเทศที่จะส่งผลิตภัณฑ์ไปจำหน่าย
- ระยะเวลาของการอนุญาตให้ใช้สิทธิ
- ที่อยู่ของเว็บไซต์ที่ทำการเผยแพร่ข้อมูล

การผลิตและส่งออกจะต้องกระทำในจำนวนที่จำเป็นเพื่อตอบสนองความต้องการของประเทศผู้นำเข้าเท่านั้น มีปัญหาว่าการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อส่งออกไปยังประเทศต่างๆ หลายประเทศในครั้งเดียวจะกระทำได้อย่างไร เนื่องจากมติของคณะมนตรีใหญ่มิได้มีการห้ามการกระทำดังกล่าว จึงมีความเป็นไปได้ว่าประเทศที่ขาดแคลนศักยภาพด้านยาหลายประเทศ อาจรวมกันสั่งซื้อยาจากประเทศที่มีศักยภาพในคราวเดียวกันเพื่อให้ได้ราคาถูกกว่าการแยกกันสั่งซื้อ เช่นนี้ประเทศผู้ส่งออกอาจ

ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิครั้งเดียว เพื่อผลิตผลิตภัณฑ์ให้เพียงพอกับความต้องการประเทศดังกล่าวทั้งหมดในครั้งเดียวก็ได้

(๑๑) มาตรการป้องกันการใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่น

มติของคณะมนตรีใหญ่กำหนดให้ประเทศผู้นำเข้าใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อป้องกันการนำเข้าผลิตภัณฑ์ที่นำเข้า ไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่น เช่น ด้วยการส่งออกผลิตภัณฑ์ดังกล่าวไปจำหน่ายในประเทศอื่น ซึ่งการกระทำดังกล่าวคือสิ่งที่ประเทศที่พัฒนาแล้วและบริษัทข้ามชาติมีความวิตกกังวลเป็นอย่างยิ่ง ด้วยเกรงว่าผลิตภัณฑ์ยาราคาถูกที่ผลิตขึ้นภายใต้มาตรการบังคับใช้สิทธิจะถูกส่งไปขายในประเทศต่างๆ โดยเฉพาะในประเทศที่บริษัทกำหนดราคาสินค้าไว้ในอัตราที่สูง อันจะทำให้ทำลายโครงสร้างการตลาดของบริษัทข้ามชาติในที่สุด

(๑๒) ค่าชดเชยให้แก่ผู้ทรงสิทธิตามสิทธิบัตร

ดังได้กล่าวแล้วว่ามติของคณะมนตรีใหญ่มิได้ยกเว้นเงื่อนไขการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิตามข้อ ๓๑ ของความตกลงทริปส์ ซึ่งรวมทั้งเงื่อนไขว่าด้วยการให้ค่าชดเชยแก่เจ้าของสิทธิบัตรตามข้อ ๓๑(h) แต่มีปัญหว่าใครมีหน้าที่จ่ายค่าชดเชยดังกล่าว ระหว่างประเทศผู้นำเข้าและประเทศผู้ส่งออกผู้ใดมีหน้าที่จ่ายค่าชดเชย มติของคณะมนตรีใหญ่ได้ยกเว้นหน้าที่ในเรื่องดังกล่าวให้กับประเทศผู้นำเข้า ซึ่งหมายความว่าประเทศผู้ขออนุญาตใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อผลิตและส่งออก เป็นผู้ที่มีหน้าที่ต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่ผู้ทรงสิทธิตามสิทธิบัตร

โดยสรุป ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่มีความล้าหลังด้านเทคโนโลยี เนื่องจากขาดศักยภาพด้านการวิจัยและพัฒนา การที่ตลาดเทคโนโลยีถูกครอบงำโดยบริษัทข้ามชาติ ทำให้ประเทศกำลังพัฒนาต้องพึ่งพาริสาหกิจเหล่านั้นในการถ่ายทอดเทคโนโลยีและวิทยาการสมัยใหม่ให้แก่ตน แต่ในความเป็นจริงบริษัทข้ามชาติล้วนแต่ดำเนินกิจการบนหลักการธุรกิจเป็นสำคัญ การใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีและสิทธิบัตรของบริษัทจึงกระทำโดยคำนึงถึงประโยชน์และผลกำไรสูงสุด และผลประโยชน์ของบริษัทที่เป็นเจ้าของสิทธิบัตรก็มักขัดแย้งไม่สอดคล้องกับผลประโยชน์ของประเทศกำลังพัฒนา ด้วยเหตุนี้มาตรการบังคับใช้สิทธิจึงเป็นกลไกที่เป็นประโยชน์ ในอันที่จะปกป้องประโยชน์ของประเทศ โดยเฉพาะภายใต้สถานการณ์ปัจจุบันที่นโยบายและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาถูกกำหนดโดยความตกลงทริปส์ที่ทำให้เกิดการผูกขาดสินค้าที่มีความสำคัญ ดังเช่น ผลิตภัณฑ์ยา

มาตรการบังคับใช้สิทธิถือเป็นหัวใจของระบบสิทธิบัตรมาตั้งแต่เริ่มต้น มาตรการดังกล่าวจะช่วยรับประกันต่อสังคมว่า การออกและการคุ้มครองสิทธิบัตรจะเป็นไปอย่างมีคุณภาพ สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย ตำราเศรษฐศาสตร์ที่มีชื่อเสียงของศาสตราจารย์เอดิธ เพ็นโรส (Edith Penrose) เรื่อง “The Economics of the International Patent System” ได้กล่าวถึงประโยชน์ของมาตรการบังคับใช้สิทธิไว้ว่า

“วิธีการที่สำคัญในการลดต้นทุนการผูกขาดสิทธิบัตรคือ การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ มาตรการนี้ถือว่าเป็นมาตรการที่ยืดหยุ่นและมีประสิทธิภาพมากที่สุด ทำให้รัฐสามารถป้องกันการใช้สิทธิบัตรเพื่อขัดขวางการพัฒนาอุตสาหกรรมของตน มาตรการนี้ยังเป็นกลไกสำคัญในการจัดการใช้

อำนาจผูกขาดดังเช่นการกระทำการฮั้วกันโดยบริษัทที่มีอิทธิพลทางเศรษฐกิจ และยังสามารถช่วยให้อุตสาหกรรมในประเทศเข้าถึงเทคโนโลยีการผลิตทางอุตสาหกรรมที่ถูกพัฒนาขึ้นในต่างประเทศได้”^{๑๗๖}

กรณีของบราซิลและอีกหลายประเทศได้แสดงให้เห็นถึงประโยชน์ของการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิในการผลักดันนโยบายการเข้าถึงยาและการสาธารณสุข ประเทศไทยนั้นมียุทธศาสตร์ด้านยา เช่นเดียวกับบราซิล เนื่องจากไทยมีองค์การเภสัชกรรมของรัฐที่มีศักยภาพ สามารถทำวิศวกรรมย้อนกลับและสามารถผลิตยาที่มีสิทธิบัตร การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิจะช่วยทำให้กระทรวงสาธารณสุขมีทางเลือกที่หลากหลายในการส่งเสริมการเข้าถึงยาจำเป็น ไม่ว่าจะด้วยการนำเข้ายาชื่อสามัญที่มีราคาถูกจากประเทศอื่น หรือสามารถบีบให้บริษัทข้ามชาติยอมเจรจาและลดราคายาลงจากราคาตลาด

อย่างไรก็ดี ในการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิประเทศกำลังพัฒนาจะต้องประสบกับแรงกดดันมากมาย ทั้งจากบริษัทข้ามชาติและจากประเทศที่พัฒนาแล้ว นอกจากนี้ เนื่องจากความตกลงระหว่างประเทศได้กำหนดเงื่อนไขการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิที่เข้มงวดและซับซ้อน ประเทศกำลังพัฒนาจำเป็นต้องมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับหลักกฎหมายในเรื่องนี้เป็นอย่างดี เพราะการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในกฎหมายอาจทำให้ประเทศเหล่านั้นถูกฟ้องร้องเป็นข้อพิพาทต่อองค์การการค้าโลกได้ ประเทศกำลังพัฒนาควรใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิอย่างรอบคอบสอดคล้องกับบทบัญญัติของความตกลงระหว่างประเทศดังที่กล่าวแล้วข้างต้น

^{๑๗๖} Penrose, op.cit. note 23.

ปัญหาการถกฉวยทรัพยากรพันธุกรรม

ทรัพยากรพันธุกรรมพืช (plant genetic resources) มีความสำคัญต่อมนุษย์ไม่แต่เพียงในทางเศรษฐกิจ แต่รวมถึงในด้านวัฒนธรรม เป็นแหล่งกำเนิดของอาหาร และยารักษาโรค รวมทั้งเป็นองค์ประกอบสำคัญต่อระบบนิเวศน์ และสิ่งแวดล้อมที่เป็นปัจจัยสำคัญของการดำรงคงอยู่ของสิ่งมีชีวิตทั้งมวล^{๑๗๗}

เท่าที่ผ่านมาเมล็ดพันธุ์พืชเมืองและทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้ถูกนำมาซื้อขายในรูปของสินค้าเกษตร และแม้ทรัพยากรเหล่านั้นจะถูกนำมาใช้เพื่อการวิจัย พัฒนา หรือปรับปรุงพันธุ์ แต่ก็เป็น การนำไปใช้โดยไม่มีการซื้อขาย ซึ่งหมายถึงการใช้เป็นต้นทุนการวิจัยโดยไม่มีต้นทุนใดๆ (นอกจากต้นทุนในการเก็บรวบรวมและขนย้ายเท่านั้น) ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นการยากที่จะคำนวณมูลค่าการตลาดของ ทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้อย่างถูกต้อง

บริษัทเมล็ดพันธุ์และบริษัทเทคโนโลยีชีวภาพที่ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชในทางอุตสาหกรรมนั้น โดยส่วนใหญ่คือบริษัทของประเทศที่พัฒนาแล้ว ประเทศที่พัฒนาแล้วเกือบทั้งหมด ล้วนแต่อยู่ในเขตอบอุ่นซึ่งมีอากาศหนาว ทำให้มีความหลากหลายทางชีวภาพและมีทรัพยากรพันธุกรรมพืชอยู่อย่างจำกัด ในขณะที่ประเทศกำลังพัฒนาจำนวนมากตั้งอยู่ในเขตร้อน จึงอุดมสมบูรณ์ไปด้วย ทรัพยากรพันธุกรรมพืชและสิ่งมีชีวิตมากมาย

มีข้อสังเกตว่าทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้นมีความสำคัญสำหรับอุตสาหกรรม ๒ ประเภท คือ อุตสาหกรรมยาและเมล็ดพันธุ์ โดยเป็นแหล่งสำคัญของเคมีภัณฑ์สำหรับใช้เป็นตัวยา และเป็นเชื้อพันธุ์สำหรับการปรับปรุงพันธุ์พืช อุตสาหกรรมทั้งสองประเภทนี้จำเป็นต้องพึ่งพาประเทศกำลังพัฒนา ในการเข้าถึงและได้มาซึ่งทรัพยากรพันธุกรรมพืชสำหรับการวิจัยและพัฒนา ซึ่งที่ผ่านมาประเทศกำลังพัฒนาได้เริ่มเห็นความสำคัญของการจัดระเบียบเพื่อกำกับการเข้าถึงและใช้ประโยชน์ ซึ่งทรัพยากรพันธุกรรมของตน และต้องการให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรอย่าง เพียงพอและเป็นธรรม

แม้ความตกลงทริปส์ (TRIPS Agreement) จะมีบทบัญญัติที่ค่อนข้างชัดเจนว่า ประเทศสมาชิก ไม่จำเป็นต้องคุ้มครองพืชภายใต้กฎหมายสิทธิบัตร แต่ปัญหาที่ควรพิจารณาคือ หากการประดิษฐ์ที่ ขอรับสิทธิบัตรมิใช่พืชโดยตรง หากแต่เป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของพืช (Parts of plants) ประเทศสมาชิก ขององค์การการค้าโลกจะยกเว้นไม่ให้ความคุ้มครองได้หรือไม่ ประเทศสมาชิกอาจไม่ให้สิทธิบัตรเฉพาะ ในกรณีพืชทั่วไปเท่านั้น แต่จะต้องคุ้มครองส่วนหนึ่งส่วนใดของพืชแล้ว จะมีผลให้บทบัญญัติในเรื่องการ ไม่ให้ความคุ้มครองแก่พืชไม่อาจใช้บังคับได้ในทางปฏิบัติ เนื่องจากจะมีการเลี่ยงบทบัญญัติของกฎหมาย ด้วยการขอรับสิทธิบัตรในส่วนประกอบของพืช เช่น เซลล์ เนื้อเยื่อ ยีน ลำดับยีน ฯลฯ แทนที่จะเป็นการ

^{๑๗๗} Brush, S.B., Providing Farmers' Rights through *in situ* Conservation of Crop Genetic Resources, Background Study Paper No 3, Commission on Plant Genetic Resources, Rome, 7-11 Nov 1994.

ขอรับสิทธิบัตรในตัวพืชโดยตรง อันจะทำให้เจตนารมณ์ของประเทศสมาชิกที่ไม่ต้องการให้มีการขอรับสิทธิบัตรในพืชเป็นอันไร้ผลไป

อนุสัญญาอุปพอพว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ ฉบับปี ค.ศ. ๑๙๙๑ แตกต่างอย่างสำคัญจากอนุสัญญานฉบับปี ค.ศ. ๑๙๗๘ หลายประการ ที่สำคัญคือ การขยายสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์ให้ครอบคลุมทุกส่วนที่เป็นผลผลิตของพันธุ์พืช (harvested material) แทนที่จะจำกัดอยู่เฉพาะส่วนที่ใช้เพื่อการขยายพันธุ์ (propagating material) ตามอนุสัญญาอุปพอพฉบับปี ค.ศ. ๑๙๗๘ นอกจากนี้ นักปรับปรุงพันธุ์ยังมีสิทธิเหนือ “พันธุ์พืชที่ได้มาจากพันธุ์คุ้มครอง” (Essentially derived varieties) อีกด้วย บทบัญญัติในอนุสัญญาอุปพอพฉบับใหม่นี้มิได้เป็นประโยชน์ต่อนักวิจัยรายย่อยและประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งไม่มีศักยภาพที่จะปรับปรุงพันธุ์ต่อยอดพันธุ์พืชของผู้อื่นให้มีความแตกต่างอย่างสำคัญได้ เฉพาะแต่บริษัทเมล็ดพันธุ์ที่สามารถสร้างความแตกต่างอย่างสำคัญในพันธุ์พืชปรับปรุงเท่านั้น ที่จะได้รับประโยชน์จากหลักการ Essentially derived varieties ในอนุสัญญาอุปพอพฉบับปี ค.ศ. ๑๙๙๑

นอกจากนี้ อนุสัญญาอุปพอพฉบับปี ค.ศ. ๑๙๙๑ ยังได้เปลี่ยนหลักการที่เรียกว่า “สิทธิพิเศษของเกษตรกร” (Farmers’ Privileges) โดยอนุสัญญานฉบับเดิมได้กำหนดให้เกษตรกรมีสิทธิที่จะเก็บรักษา แลกเปลี่ยน ขาย และเพาะปลูกพันธุ์พืชคุ้มครองที่เป็นผลผลิตในแปลงของตนเอง สำหรับการเพาะปลูกในฤดูกาลถัดไป โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืช อนุสัญญานฉบับปี ค.ศ. ๑๙๙๑ จำกัดสิทธิดังกล่าวลงให้กลายเป็นข้อยกเว้นสิทธิที่รัฐสมาชิกจะให้การรับรองหรือไม่ก็ได้ (UPOV Convention 1991, Art. 15)

ระบบการคุ้มครองพันธุ์พืชภายใต้อนุสัญญาอุปพอพได้สร้างอำนาจตลาดให้กับบริษัทเมล็ดพันธุ์รายใหญ่ แต่ลดและจำกัดโอกาสของนักปรับปรุงพันธุ์รายย่อยและเกษตรกร ระบบดังกล่าวจึงส่งผลกระทบอย่างสำคัญต่อเกษตรกรรม และการดำรงชีวิตของเกษตรกรในประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งระบบเกษตรกรรมของประเทศเป็นระบบการเกษตรขนาดเล็กที่จัดการโดยเกษตรกรรายย่อยในประเทศเหล่านั้น การเก็บรักษาและเปลี่ยนเมล็ดพันธุ์เป็นสิ่งที่ถือปฏิบัติมาเป็นเวลาช้านาน

อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งมีผลใช้บังคับมาตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๙๓ มีวัตถุประสงค์สำคัญอยู่ ๓ ประการ คือ (๑) เพื่อการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ (๒) เพื่อการใช้ที่ยั่งยืนซึ่งส่วนประกอบของความหลากหลายทางชีวภาพ และ (๓) เพื่อการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมซึ่งเกิดจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม รวมทั้งการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่เหมาะสมให้แก่ประเทศกำลังพัฒนา

หลักการสำคัญของอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพมีอยู่ ๒ ประการสำคัญ ดังนี้ (๑) การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น และ (๒) การเข้าถึงและใช้ประโยชน์ซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพภายใต้ “ความยินยอมที่มีการบอกกล่าวล่วงหน้า” (Prior informed consent) และ “การแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและยุติธรรม” (fair and equitable Sharing of benefits) หลักการสองประการนี้เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นประโยชน์ ทำให้รัฐบาลของประเทศกำลังพัฒนาสามารถออกกฎหมายกำกับควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของตน และโดยบทบัญญัตินี้ประเทศไทยได้ผ่านกฎหมายเพื่อกำกับการเข้าถึงและใช้ประโยชน์ทรัพยากรของตน เช่น พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ พ.ร.บ. คุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒ เป็นต้น

ในปัจจุบันมีความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการความหลากหลายทางชีวภาพ แม้ว่าความตกลงแต่ละฉบับจะมีจุดกำเนิด วัตถุประสงค์ หรือเนื้อหาสาระแตกต่างกันออกไป แต่เมื่อพิจารณาการบริหารจัดการความหลากหลายทางชีวภาพอย่างเป็นระบบแล้ว จะเห็นได้ว่าเนื้อหาสาระของความตกลงเหล่านั้นมีความเกี่ยวโยงสัมพันธ์กันอยู่ ทั้งในลักษณะที่สอดคล้องและขัดแย้งกัน ในบทนี้จะกล่าวถึงปัญหาของการถกฉวยทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น และหลักการภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง เพื่อชี้ให้เห็นถึงปัญหาและความไม่เพียงพอของกฎหมายสำหรับการคุ้มครองทรัพยากรและภูมิปัญญาดังกล่าว

๑. ความสำคัญของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่น

ในช่วงหลายร้อยหลายพันปีที่ผ่านมา กลุ่มคนที่อาศัยรวมกันเป็นชุมชนได้สั่งสมภูมิปัญญาท้องถิ่นที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตมาตลอด โดยเฉพาะอย่างยิ่งความรู้ที่เกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเพื่อการผลิตอาหารและยารักษาโรค ความรู้ในลักษณะเช่นนี้ได้มีการถ่ายทอดกันมาเป็นระยะเวลาหลายชั่วคนและมีการแลกเปลี่ยนความรู้จากชุมชนหนึ่งไปยังอีกชุมชนหนึ่งอยู่เสมอ โดยไม่มีการหวงกันความรู้นั้นไว้เพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

ภูมิปัญญาท้องถิ่นมีความสัมพันธ์อย่างแนบแน่นกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช (Plant Genetic Resources) เพราะความรู้ที่มีอยู่เหนือการเพาะปลูก บำรุงรักษา หรือใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชถือเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างหนึ่ง และเมื่อมีการใช้ประโยชน์ภูมิปัญญาท้องถิ่นทางใดทางหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นเพื่อการผลิตอาหารหรือยารักษาโรคก็จำเป็นต้องอาศัยทรัพยากรพันธุกรรมพืชในฐานะที่เป็นวัตถุดิบนั่นเอง^{๑๗๘}

ภูมิปัญญาท้องถิ่นมักจะไม่ได้อธิบายกันไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แม้ว่าในบางกรณีจะมีการบันทึกภูมิปัญญาท้องถิ่นบางประเภทไว้ก็ตาม เช่น อาจมีการบันทึกภูมิปัญญาการแพทย์ไว้ในตำรายาโบราณ เป็นต้น ภูมิปัญญาท้องถิ่นมักเป็นส่วนหนึ่งของวิถีชีวิตของผู้คนในชุมชน ซึ่งไม่มีการบันทึกไว้ไม่ว่าในรูปแบบใดๆ การถ่ายทอดภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงมักจะทำได้ด้วยการบอกเล่าด้วยวาจาระหว่างผู้คนในชุมชนเดียวกัน หรือระหว่างชุมชนหนึ่งไปสู่อีกชุมชนหนึ่ง และระหว่างคนรุ่นหนึ่งไปสู่อีกคนรุ่นหนึ่ง^{๑๗๙}

ถึงแม้ว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นสิ่งที่ถ่ายทอดกันมา แต่ภูมิปัญญาท้องถิ่นก็หาได้เป็นสิ่งที่ล้าสมัยไม่ บ่อยครั้งที่การค้นพบทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีสมัยใหม่กลับเป็นเพียงข้อมูลที่ยืนยันและพิสูจน์ความถูกต้องของภูมิปัญญาท้องถิ่นเท่านั้น นอกจากนี้ ภูมิปัญญาท้องถิ่นยังมีลักษณะเป็นพลวัต (dynamism) คือ พัฒนาเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา เมื่อสภาพของสังคมเปลี่ยนแปลงไปภูมิปัญญาท้องถิ่นก็จะถูกพัฒนาขึ้นให้สอดคล้องกับความต้องการของผู้คนในชุมชนนั้นด้วย^{๑๘๐}

^{๑๗๘} S. Biber-Klemm “The Protection of Traditional Knowledge on the International Level – Reflections in Connection with World Trade” UNCTAD Expert Meeting on Systems and National Experiences for Protecting Traditional Knowledge, Innovations and Practices, 30 October – 1 November 2000, Geneva, p. 5.

^{๑๗๙} Graham Dutfield “Protecting and Revitalising Traditional Ecological Knowledge: Intellectual Property Rights and Community Knowledge Databases in India” in Michael Blakeney (1999) “Intellectual Property Aspects of Ethnobiology” Sweet & Maxwell, p. 105.

^{๑๘๐} WIPO (2000) “Protection of Traditional Knowledge: A Global Intellectual Property Issue” Doc No. WIPO/ACAD/E/๐๐/13, p. 4

ภูมิปัญญาท้องถิ่นมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการดำรงชีวิตของผู้คนในชุมชน มีการประมาณการว่าประชากรโลกไม่น้อยกว่าสองในสามจะไม่สามารถดำรงชีวิตอยู่ได้โดยปราศจากอาหารที่ได้มาจากการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่น^{๑๘๑} จากการศึกษาขององค์การอนามัยโลกพบว่า ประชากรร้อยละ ๘๐ ที่อาศัยอยู่ในประเทศกำลังพัฒนายังคงต้องพึ่งพาการรักษาโดยวิธีการทางการแพทย์แบบดั้งเดิม^{๑๘๒} ภูมิปัญญาท้องถิ่นยังมีความสำคัญต่อการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและต่อเศรษฐกิจของโลก

การใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้คนในท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่ง หลายสิบปีที่ผ่านมานักวิจัยจำนวนมากทั้งในสถาบันการศึกษาและสถาบันวิจัยได้พยายามศึกษาและนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ประโยชน์ให้กว้างขวางยิ่งขึ้น บรรษัทข้ามชาติตระหนักดีว่าชุมชนพื้นเมืองต่างๆ มีความรู้เป็นอย่างดีในคุณสมบัติทางยาของพืชแต่ละชนิด จึงพยายามรวบรวมพันธุ์พืชต่างๆ ในประเทศกำลังพัฒนาเพื่อนำไปใช้ในการวิจัยเป็นผลิตภัณฑ์ยาสมัยใหม่ การวิจัยและพัฒนาโดยอาศัยฐานความรู้จากภูมิปัญญาของชุมชนเช่นนี้มีประโยชน์ในแง่เศรษฐกิจต่อบรรษัทอย่างมาก เพราะไม่เพียงแต่เป็นการสร้างโอกาสที่จะสามารถพัฒนาผลิตภัณฑ์ยาชนิดใหม่ขึ้นเท่านั้น แต่ยังช่วยประหยัดทั้งเวลาและค่าใช้จ่ายในการวิจัยของบริษัทเหล่านั้นด้วย^{๑๘๓}

ในปัจจุบันมีผลิตภัณฑ์ยาและผลิตภัณฑ์ทางการแพทย์จำนวนมากที่ได้รับการวิจัยและพัฒนาจากภูมิปัญญาท้องถิ่น บริษัทที่ทำการวิจัยมักจะนำผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาขึ้นมานั้นไปขอรับสิทธิบัตรเพื่อป้องกันมิให้ผู้อื่นใช้ผลิตภัณฑ์นั้น ตัวอย่างเช่น เมื่อปี ค.ศ. ๑๙๙๕ สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าของสหรัฐอเมริกา (United States Patent and Trademark Office) ได้ออกสิทธิบัตรสำหรับการใช้หมันชั้นเป็นยาสมานแผลให้แก่กัวิจัยจากมหาวิทยาลัยมิสซิสซิปปี ประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ต่อมาสภาการวิจัยวิทยาศาสตร์และอุตสาหกรรมแห่งประเทศอินเดีย (The Indian Council of Scientific and Industrial Research) ได้คัดค้านการออกสิทธิบัตรดังกล่าว โดยอ้างว่าหมันชั้นได้ถูกใช้เป็นยาสมานแผลและผดผื่นคันตามผิวหนังในประเทศอินเดียมานานนับพันปีแล้ว โดยมีการบันทึกเป็นหลักฐานทั้งภาษาสันสกฤตและภาษาอังกฤษ และมีการตีพิมพ์ในวารสารของสมาคมการแพทย์แห่งอินเดีย การประติษฐานดังกล่าวจึงขาดความใหม่อันเป็นเงื่อนไขสำคัญของการขอรับสิทธิบัตร ในที่สุดสำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าของสหรัฐได้เพิกถอนสิทธิบัตรตามคำคัดค้าน กรณีนี้เป็นกรณีแรกที่มีการเพิกถอนสิทธิบัตรที่มีรากฐานมาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศกำลังพัฒนา

ในปี ค.ศ. ๒๐๐๐ สำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐได้เพิกถอนสิทธิบัตรในกรรมวิธีการควบคุมเชื้อราที่อยู่บนพืช โดยการใช้สารที่สกัดมาจากสะเดา สิทธิบัตรนี้เป็นสิทธิบัตรกรรมวิธีที่ออกให้แก่บริษัท W.R. Grace จำกัดแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา กลุ่มองค์กรพัฒนาเอกชนจากประเทศอินเดียได้คัดค้านสิทธิบัตรโดยเหตุผลว่า ความรู้ในการใช้สะเดาเป็นยารักษาโรค ปุ๋ย ยาฆ่าแมลงและเชื้อรา ที่ทำลายพืชเป็นความรู้ที่รู้กันทั่วไปในอินเดีย กรรมวิธีกำจัดเชื้อราโดยใช้สะเดาจึงไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ สำนักงานสิทธิบัตรยุโรปได้เพิกถอนสิทธิบัตรด้วยเหตุผลว่ากรรมวิธีที่ได้รับสิทธิบัตรนั้นขาดทั้งความใหม่และไม่มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น

^{๑๘๑} Rural Advancement Foundation International (1994) "Conserving Indigenous Knowledge: Integrating Two Systems of Innovation: An Independent Study by Rural Advancement Foundation International" United Nations Development Programme, New York

^{๑๘๒} WHO/IUCN/WWF (1993) "Guideline for the Conservation of Medicinal Plants", Gland, Switzerland

^{๑๘๓} Blakeney, Michael "Bioprospecting and the Protection of Traditional Knowledge of Indigenous Peoples: An Australian Perspective" European Intellectual Property Review 6, 298, 1997, p. 298.

การกระทำที่ถือว่าการฉกฉวยทรัพยากรชีวภาพ อาจเกี่ยวข้องกับการออกสิทธิบัตรทั้งที่ชอบและไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ หากการประดิษฐ์นั้นไม่มีคุณสมบัติที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ เช่น เป็นการนำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นซึ่งเป็นที่ยุติกันอยู่ทั่วไปในชุมชนใดชุมชนหนึ่งมาขอจดทะเบียน ซึ่งตามหลักกฎหมายสิทธิบัตร การประดิษฐ์เช่นนั้นขาดความใหม่หรือไม่ขึ้นกับการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น จึงไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ แต่เนื่องจากเจ้าหน้าที่ที่ตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรไม่ทราบว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นอยู่ หรือไม่อาจเข้าถึงข้อมูลเช่นนั้นได้จึงได้ออกสิทธิบัตรไป กรณีเช่นนี้ถือว่าการออกสิทธิบัตรโดยไม่ชอบ^{๑๘๔} และผู้ที่ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรนั้นก็กระทำการอันเป็นโจรสลัดชีวภาพ

ในกรณีที่เป็นการออกสิทธิบัตรโดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำก็อาจถือเป็นโจรสลัดชีวภาพได้เช่นกัน หากในประเทศที่มีการออกสิทธิบัตรนั้นมีเงื่อนไขการออกสิทธิบัตรในระดับต่ำมาก เช่น คัมครองการค้นพบ (discovery) ที่มนุษย์เข้าแทรกแซงเพียงเล็กน้อย หรือไม่ถือว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีอยู่ในต่างประเทศเป็นงานที่ปรากฏอยู่แล้ว อันเป็นผลให้มีการออกสิทธิบัตรให้แก่การประดิษฐ์ที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศอื่น

การหาประโยชน์ด้วยการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศกำลังพัฒนา มาขอรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ทำให้บริษัทข้ามชาติได้รับผลกำไรมหาศาล แต่บริษัทเหล่านี้กลับไม่มีหน้าที่ทางกฎหมายที่จะต้องจ่ายค่าตอบแทน หรือแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่ชุมชนผู้ทำการอนุรักษ์และพัฒนาภูมิปัญญาดังกล่าว เมื่อมีกระแสเรียกร้องให้เคารพสิทธิของชุมชนในภูมิปัญญาท้องถิ่น บริษัทเหล่านี้มักจะโต้แย้งว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นความรู้สาธารณะที่ไม่ได้รับความคุ้มครอง บุคคลใดๆ อาจนำความรู้นี้ไปใช้ประโยชน์ได้ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอม และไม่ต้องมีการจ่ายค่าตอบแทนแต่อย่างใด

การหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นมิได้เกิดขึ้นเกี่ยวกับพืชเท่านั้น ภูมิปัญญาที่เป็นศิลปะวัฒนธรรมพื้นบ้าน ไม่ว่าจะเป็นคำร้องหรือทำนองเพลง งานหัตถกรรม จิตรกรรม หรือประติมากรรมต่างๆ ล้วนแต่ถูกนำไปแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ทั้งสิ้น ในทำนองเดียวกันการนำเอาศิลปะพื้นบ้านเหล่านี้ไปแสวงหาประโยชน์มักกระทำโดยไม่ได้รับอนุญาต ไม่มีการอ้างอิงถึงแหล่งที่มา ปราศจากการจ่ายค่าตอบแทน และในบางครั้งการใช้ประโยชน์ดังกล่าวยังขัดต่อขนบธรรมเนียมประเพณีที่ติงามของชุมชน อันเป็นแหล่งที่มาของภูมิปัญญานั้นด้วย^{๑๘๕}

๒. ความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

แม้จะเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นมีความสำคัญต่อวิถีชีวิตของผู้คน แต่ความพยายามในการสร้างระบบกฎหมายเพื่อคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาท้องถิ่นเพิ่งเริ่มต้นได้ไม่นานนัก แต่เดิมนั้นแนวคิดในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นจำกัดอยู่เพียงการคุ้มครองการแสดงออกซึ่งศิลปะ

^{๑๘๔} Manuel Ruiz (2002) "The International Debate on Traditional Knowledge as Prior Art in the Patent System: Issues and Options for Developing Countries" South Center, p. 6.

^{๑๘๕} Moran, Lucy "Intellectual Property Law Protection for Traditional and Sacred "Folklife Expressions - Will Remedies Become Available to Cultural Authors and Communities?" The University of Baltimore Intellectual Property Law Journal 6 99, 1998, p. 103-104.

พื้นบ้าน^{๑๘๖} (Expressions of Folklore) ภายใต้กรอบของกฎหมายลิขสิทธิ์ ทั้งนี้เพราะวัตถุประสงค์ดั้งเดิมของกฎหมายลิขสิทธิ์คือการคุ้มครองมิให้มีการนำเอางานสร้างสรรค์ไปใช้ประโยชน์ โดยปราศจากความยินยอมของเจ้าของ เชื่อกันว่ากฎหมายลิขสิทธิ์มีความเหมาะสมต่อการคุ้มครองศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้าน

อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้ระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ดูเหมือนจะไม่ประสบความสำเร็จเท่าใดนัก เพราะขอบเขตของความคุ้มครองจำกัดอยู่เพียงแค่การให้ความคุ้มครองการแสดงออกซึ่งศิลปะพื้นบ้านเท่านั้น แต่ในขณะที่กฎหมายระหว่างประเทศอื่นที่อยู่ภายใต้กรอบขององค์การสหประชาชาติเริ่มที่จะให้ความสำคัญกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นมากขึ้น และขอบเขตของการให้ความคุ้มครองก็มีกว้างขวางกว่าการแสดงออกซึ่งศิลปะพื้นบ้าน เพราะมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาท้องถิ่นทุกประเภทและทรัพยากรพันธุกรรมด้วย

ในปัจจุบันมีความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับที่กำหนดให้มีการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรพันธุกรรม เช่น อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชสำหรับอาหารและการเกษตร เป็นต้น นอกจากนี้การทำงานของคณะกรรมการระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา ทรัพยากรพันธุกรรมภูมิปัญญาท้องถิ่น และศิลปพื้นบ้าน ภายใต้องค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลกก็เป็นเครื่องยืนยันให้เห็นถึงความสำคัญของการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรพันธุกรรมในระดับระหว่างประเทศ โดยเนื้อหาของความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวอาจสรุปได้ดังนี้

๒.๑ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity) เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีเนื้อหาครอบคลุมการจัดการทรัพยากรชีวภาพมากที่สุดฉบับหนึ่ง อนุสัญญานี้ได้รับการรับรองขึ้นเมื่อวันที่ ๒๒ พฤษภาคม ๒๕๓๕ และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๒๙ ธันวาคม ๒๕๓๖ ปัจจุบันมีสมาชิก ๑๘๘ ประเทศ รวมทั้งประเทศไทย

หลักการสำคัญของการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรชีวภาพได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา ๘(j) โดยตามมาตรานี้ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ต้อง “เคารพ ปกป้อง และรักษาไว้ซึ่งความรู้ นวัตกรรม และประเพณีปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่น ซึ่งประกอบกันเป็นวิถีชีวิตดั้งเดิมที่มีความเกี่ยวพันกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพ และส่งเสริมให้มีการนำความรู้ นวัตกรรม และประเพณีปฏิบัติเหล่านี้ไปใช้ประโยชน์ให้กว้างขวางยิ่งขึ้นโดยได้รับอนุมัติจากผู้ถือครองความรู้เหล่านี้ กับทั้งจะต้องส่งเสริมให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์อันเกิดขึ้นจากการใช้ประโยชน์จากความรู้ นวัตกรรม และประเพณีปฏิบัตินั้นอย่างเป็นธรรม”

ภายใต้กรอบมาตรา ๘(j) ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติ ๓ ประการคือ

^{๑๘๖} Michael Blakeney (1999) “What is Traditional Knowledge? Why Should It Be Protected? Who Should Protect It? For Whom?: Understanding the Value Chain” A paper present at Roundtable on Intellectual Property and Traditional Knowledge, WIPO/IPTK/99/3, p. 2.

- (๑) ประเทศสมาชิกต้องเคารพ ปกป้อง และรักษาภูมิปัญญาท้องถิ่น เพื่อให้การใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพเป็นไปอย่างยั่งยืน
- (๒) ประเทศสมาชิกต้องส่งเสริมให้มีการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น โดยมีเงื่อนไขว่า การใช้ประโยชน์เช่นนี้จะต้องได้รับอนุญาตจากผู้ที่ถือครองภูมิปัญญาท้องถิ่นก่อน
- (๓) ประเทศสมาชิกต้องส่งเสริมให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างเป็นธรรม ระหว่างผู้ใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นกับผู้ถือครองภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้น

หลักการดังกล่าวเป็นเพียงหลักการกว้างๆ ที่ให้ประเทศสมาชิกรับไปปฏิบัติเท่านั้น มาตรา ๘ ไม่ได้บัญญัติวิธีการที่จะทำให้กฎหมายภายในของประเทศสมาชิกเป็นไปตามวัตถุประสงค์นั้น การอนุวัติการตามหลักการนี้จึงเป็นดุลยพินิจของประเทศสมาชิกแต่ละประเทศ ในอันที่จะสร้างกลไกทางกฎหมายเพื่อให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นมีผลในทางปฏิบัติอย่างจริงจังและเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น

๒.๒ สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร

องค์การอาหารและการเกษตรแห่งสหประชาชาติ (Food and Agriculture Organization) หรือ เอฟเอโอ ได้จัดทำข้อถือปฏิบัตินานาชาติว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรม (International Undertaking on Plant Genetic Resources) ขึ้น โดยมีหลักการให้คุ้มครองสิทธิของเกษตรกร (Farmers' Rights) ซึ่งถือว่าเป็นส่วนสนับสนุนให้มีการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรพันธุกรรมพืช แต่เนื่องจากข้อถือปฏิบัตินี้ไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย จึงไม่สามารถทำให้การคุ้มครองสิทธิของเกษตรกรเป็นผลอย่างจริงจัง

ต่อมาเอฟเอโอได้ดำเนินการร่างสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลบังคับตามกฎหมาย โดยพยายามทำให้สอดคล้องกับหลักการของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ^{๑๘๗} การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นหัวข้อที่ถูกหยิบยกขึ้นมาภายใต้กรอบของสิทธิของเกษตรกรด้วย ซึ่งในที่สุดเมื่อวันที่ ๓ พฤศจิกายน ๒๕๔๔ เอฟเอโอประสบความสำเร็จในการร่างสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชสำหรับอาหารและการเกษตร (International Treaty on on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture) ซึ่งต่อมาเมื่อวันที่ ๒๙ มิถุนายน ๒๕๔๗ สนธิสัญญานี้ก็มีผลใช้บังคับตามกฎหมาย โดยมีภาคีสมาชิกจำนวน ๕๕ ประเทศ สำหรับประเทศไทยได้ร่วมลงนามรับรองสนธิสัญญาแล้ว และอยู่ระหว่างกระบวนการในการพิจารณาให้สัตยาบันเพื่อเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิก^{๑๘๘}

วัตถุประสงค์สำคัญของสนธิสัญญานี้คือ เพื่อให้การอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตรเป็นไปอย่างยั่งยืน และเพื่อให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่อการเกษตรเป็นไปอย่างเป็นธรรมด้วย โดยเนื้อหาของสนธิสัญญานี้ได้ให้การรับรองสิทธิของเกษตรกรไว้อย่างชัดเจน นอกจากนั้นมาตรา ๙.๒ (a) ของสนธิสัญญานี้ ได้กำหนดให้

^{๑๘๗} Daniel Alker, and Franz Heidhues (2001) "Farmers' Rights and Intellectual Property Rights - Reconciling conflicting concepts" A Paper prepared for the conference on "Biotechnology, Science and Modern Agriculture: A New Industry at the Dawn of the Century" June 15 - 18, 2001, Ravello, Italy, p. 13.

^{๑๘๘} บัณฑูร เศรษฐศิโรตม์ และเจษฎ์ โทณะวณิก "การคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยในสถานการณ์สากลและผลกระทบจากความตกลงการค้าเสรีไทย - สหรัฐ" เอกสารประกอบการประชุมเรื่อง "การจัดทำเขตการค้าเสรีและผลกระทบด้านสุขภาพ: กรณีภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พันธุ์พืช และสมุนไพร" ๑๘ สิงหาคม ๒๕๔๗, หน้า ๑๓

ประเทศสมาชิกต้องมีมาตรการในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชสำหรับอาหารและการเกษตร ซึ่งรวมถึงสิทธิในการร่วมแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช และสิทธิในการร่วมการตัดสินใจในการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชอีกด้วย

สนธิสัญญานี้เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลในทางกฎหมายฉบับแรก ซึ่งไม่เพียงแต่กล่าวถึงการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรพันธุกรรมไว้โดยตรงเท่านั้น หากแต่ยังกำหนดให้ประเทศสมาชิกมีมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรพันธุกรรมด้วย อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้สนธิสัญญานี้มีขอบเขตที่แคบกว่าบทบัญญัติมาตรา ๘ (j) ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ เนื่องจากกำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชสำหรับอาหารและการเกษตรเท่านั้น ขอบเขตของความคุ้มครองจึงจำกัดอยู่เพียงความรู้ซึ่งประกอบอยู่ในพันธุ์พืชพื้นเมืองและความรู้ที่เกี่ยวข้อง เช่น วิธีการปลูกหรือบำรุงรักษาพันธุ์พืช ฯลฯ ส่วนภูมิปัญญาท้องถิ่นอื่น เช่น ความรู้เกี่ยวกับการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชในการบำบัดรักษาโรคหรือในทางอุตสาหกรรม ไม่อยู่ในกรอบของสนธิสัญญาของเอฟเอโอ^{๑๘๔}

นอกเหนือไปจากอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพและสนธิสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวข้างต้นแล้ว องค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลก (World Intellectual Property Organization) เป็นองค์กรระหว่างประเทศอีกองค์การหนึ่งที่ทำให้ความสนใจในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและทรัพยากรพันธุกรรม โดยในช่วงหลายสิบปีที่ผ่านมาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลกได้ร่วมกับองค์การยูเนสโกพยายามสร้างระบบกฎหมายเพื่อคุ้มครองศิลปะพื้นบ้านมาโดยตลอด และในปี ค.ศ. ๒๐๐๐ ที่ประชุมขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลกได้เสนอให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการจัดการประจำชั้นชุดหนึ่ง เพื่ออำนวยความสะดวกในการคุ้มครองศิลปะพื้นบ้านและภูมิปัญญาท้องถิ่นเรียกว่า คณะกรรมการว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาและทรัพยากรพันธุกรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่นและศิลปะพื้นบ้าน (WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore) การจัดตั้งคณะกรรมการชุดนี้เป็นความพยายามอย่างเป็นทางการครั้งแรกขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลก ที่พยายามศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างทรัพย์สินทางปัญญากับการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นทุกประเภท

๒.๓ ความตกลงทริปส์กับการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่น

ความตกลงทริปส์ไม่ได้กล่าวถึงการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาไว้โดยตรง กระนั้นก็ตาม เงื่อนไขตามข้อ ๒๗ ของความตกลงทริปส์ซึ่งกำหนดให้ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่การประดิษฐ์ในทุกสาขาเทคโนโลยี ได้ก่อให้เกิดปัญหาว่า การตีความว่าทรัพยากรพันธุกรรมจะถือเป็นการประดิษฐ์ที่ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรเพียงใด

^{๑๘๔} Carlos Correa (2001) "Traditional Knowledge and Intellectual Property: Issues and Options surrounding the Protection of Traditional Knowledge" The Quaker United Nations Office, Geneva

ในประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีชีวภาพส่วนใหญ่ การประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิตถือเป็นการประดิษฐ์ที่อาจนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ ดังนั้น ในประเทศเหล่านี้จึงอาจมีการนำเอาพืช สัตว์ หรือสารพันธุกรรมมายื่นคำขอรับสิทธิบัตรได้ ซึ่งโดยส่วนใหญ่การประดิษฐ์เหล่านั้นมักจะมีวัตถุดิบหรือแหล่งที่มาจากทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศกำลังพัฒนา

ภายใต้ความตกลงทริปส์การนำเอาทรัพยากรพันธุกรรมจากประเทศกำลังพัฒนามาศึกษาวิจัยเพื่อขอรับสิทธิบัตรต่อไปนั้น ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากประเทศหรือชุมชนที่เป็นเจ้าของหรือผู้ดูแลรักษาทรัพยากรพันธุกรรมนั้นก่อน การที่ความตกลงทริปส์ไม่มีบทบัญญัติเช่นนี้ จึงดูเหมือนว่าหลักการในความตกลงทริปส์จะขัดแย้งกับอนุสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับที่ให้ความคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

การศึกษาลักษณะของความตกลงทริปส์ที่มีต่อทรัพยากรชีวภาพ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงหลักการต่างๆ ที่กำหนดไว้ในความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ดังนั้น การศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทริปส์กับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพจะช่วยทำให้การกำหนดนโยบายที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพเป็นไปอย่างมีความเหมาะสมยิ่งขึ้น

๒.๔ ความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทริปส์กับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

ประเด็นปัญหาว่าหลักการในความตกลงทริปส์ขัดแย้งกับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพหรือไม่นั้น มีความเห็นที่แตกต่างกัน ประเทศที่พัฒนาแล้วเห็นว่าหลักการพื้นฐานของความตกลงทริปส์คือการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ความตกลงนี้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพ หรือส่งเสริมให้มีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืน ดังนั้น เมื่อวัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์แตกต่างไปจากอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ จึงไม่อาจถือได้ว่าความตกลงระหว่างประเทศทั้งสองนี้ขัดแย้งกัน

ข้ออ้างดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการตีความความตกลงทริปส์ที่แคบเกินไป เนื่องจากความตกลงฉบับนี้มีวัตถุประสงค์จำกัดเฉพาะแต่เพียงการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น หากแต่มีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองสุขภาพและสุขอนามัยของสาธารณชน โดยการอนุญาตให้ประเทศใช้มาตรการที่เหมาะสมในการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวด้วย (TRIPS Agreement, Articles 7 and 8) ด้วยเหตุนี้ หากการอนุวัติการตามความตกลงทริปส์มีผลกระทบต่อการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและภูมิปัญญาท้องถิ่นแล้วก็มีความจำเป็นต้องแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงหลักการในความตกลงทริปส์ด้วย

จะเห็นได้ว่าทั้งความตกลงทริปส์และอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพต่างมีความเกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม กล่าวคือ ในขณะที่อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพกำหนดให้ทรัพยากรพันธุกรรมอยู่ภายใต้สิทธิอธิปไตยของรัฐ ความตกลงทริปส์กลับอนุญาตให้มีการนำทรัพยากรพันธุกรรมไปจดทะเบียนทรัพย์สินทางปัญญา โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมล่วงหน้าหรือ

แบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่รัฐหรือชุมชนในรัฐนั้น หลักการในความตกลงทริปส์จึงนับว่ามีความขัดแย้งกับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพอย่างชัดเจน^{๑๙๐}

ประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทริปส์กับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ได้ถูกนำมาสู่การพิจารณาในองค์การการค้าโลกเช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นในคณะกรรมการการค้าและสิ่งแวดล้อม (Committee on Trade and Environment, CTE) หรือในคณะมนตรีของความตกลงทริปส์ (TRIPS Council) รวมทั้งในการประชุมระดับรัฐมนตรีขององค์การการค้าโลกที่กรุงโดฮา โดยในการประชุมครั้งนั้นคณะมนตรีของที่ประชุมองค์การการค้าโลกได้ประกาศปฏิญญาโดฮา (Doha Ministerial Declaration) กำหนดให้ประเทศสมาชิกเสนอแนะประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทริปส์และอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ^{๑๙๑}

โดยผลจากปฏิญญาโดฮา ประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศ^{๑๙๒} รวมทั้งประเทศไทยได้เสนอว่าเมื่อความตกลงทริปส์ไม่มีบทบัญญัติใดที่ห้ามมิให้ประเทศสมาชิกใช้มาตรการที่เหมาะสมในการอนุรักษ์ตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกจึงสามารถออกกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพได้ ซึ่งรวมถึงการออกกฎหมายเฉพาะเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยไม่ถือว่าเป็นการขัดหรือแย้งกับหลักการที่กำหนดไว้ในความตกลงทริปส์

ตัวอย่างที่สำคัญในการนำหลักการต่างๆ ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพมาบัญญัติไว้ในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเห็นได้ชัดในระหว่างการร่าง European Directive on the Legal Protection of Biotechnological Inventions ของสหภาพยุโรป โดยในการร่างกฎหมายนี้ได้มีการผลักดันให้กำหนดเงื่อนไขการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมไว้ในคำขอรับสิทธิบัตร แม้ว่าเงื่อนไขเช่นนี้ไม่ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการยุโรป เพราะเกรงว่าเงื่อนไขนี้จะขัดแย้งกับความตกลงทริปส์^{๑๙๓} ในที่สุดหลักการนี้ก็ได้รับบัญญัติไว้ในส่วนนำ (Recital) ข้อ ๒๗ โดยมีหลักการว่าการขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ที่ได้รับการพัฒนามาจากสารพันธุกรรมพืชหรือสัตว์ ควรที่จะเปิดเผยแหล่งที่มาของสารพันธุกรรมในคำขอรับสิทธิบัตรด้วย อย่างไรก็ตาม หลักการนี้มิได้เป็นบทบังคับแต่อย่างใด ถึงแม้ว่าผู้ขอรับสิทธิบัตรจะมีได้เปิดเผยแหล่งที่มาของข้อมูลพันธุกรรมก็ไม่ทำให้กระบวนการในการขอรับสิทธิบัตรต้องเสียไปและไม่กระทบถึงความสมบูรณ์ของสิทธิบัตร^{๑๙๔}

^{๑๙๐} Mathew Stilwell (2001) "Review of Article 27.3 (B), Center for International Environmental Law" A paper prepared under the CIEL/South Centre joint project, pp. 5-6.

^{๑๙๑} The Doha Ministerial Declaration, paras. 12 and 19

^{๑๙๒} กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาเหล่านี้ ได้แก่ บราซิล จีน คิวบา โดมินิกัน เอกวาดอร์ อินเดีย ปากีสถาน เวเนซุเอลา แซมเบีย และซิมบับเว

^{๑๙๓} Richard Gold and Alain Gallochat (2001) "The European Directive on the Legal Protection of Biotechnological Inventions: History, Implementation, and Lessons for Canada" A Research Paper prepared for the Canadian Biotechnology Advisory Committee Project Steering Committee on Intellectual Property and the Patenting of Higher Life Forms, Ottawa, p. 7.

^{๑๙๔} Recital 27 of The European Directive on the Legal Protection of Biotechnological Inventions บัญญัติว่า "Whereas if the invention is based on biological material of plant or animal origin or if it uses such material, the patent application should, where appropriate, include information on the geographical origin of such material, if known; whereas this is without prejudice to the processing of patent applications or the validity of rights arising from the granted patents."

แม้ว่าเงื่อนไขดังกล่าวข้างต้นจะไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย แต่บางประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรปกลับต้องการนำหลักการเช่นนี้มาบัญญัติไว้ในกฎหมายภายใน ในปี ค.ศ. ๒๐๐๐ รัฐบาลเบลเยียมได้เสนอให้มีการแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรโดยรับหลักการที่บัญญัติไว้ใน Recital ๒๗ มาบัญญัติไว้ตามข้อเสนอที่ให้มีการแก้ไขกฎหมายนี้ การประดิษฐ์ที่ถูกพัฒนาขึ้นจากทรัพยากรพันธุกรรมที่นำเข้ามาโดยฝ่าฝืนกฎหมายของประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดจะไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ โดยถือว่าเป็นการประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน^{๑๙๕}

ข้อเสนอของรัฐบาลเบลเยียมในการแก้กฎหมายดังกล่าวได้รับการโต้แย้งว่าจะไม่สอดคล้องกับความตกลงทริปส์ เนื่องจากความตกลงทริปส์ได้กำหนดเงื่อนไขของการได้รับสิทธิบัตร (Patentability) ไว้โดยชัดแจ้ง การกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมแตกต่างจากที่บัญญัติไว้จึงเป็นการขัดแย้งกับความตกลงทริปส์ นอกจากนี้ ความตกลงทริปส์ได้กำหนดหลักการห้ามเลือกปฏิบัติไว้ ดังนั้น การกำหนดให้มีการเปิดเผยแหล่งกำเนิดหรือแสดงหลักฐานเกี่ยวกับความยินยอมในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม จึงเป็นการเลือกปฏิบัติในระหว่างการประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพกับการประดิษฐ์ในสาขาอื่น^{๑๙๖}

นอกจากเหตุผลทางกฎหมายข้างต้น ข้อเสนอให้เปิดเผยแหล่งข้อมูลพันธุกรรมในคำขอรับสิทธิบัตรยังถูกโต้แย้งว่าไม่สามารถป้องกันการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพโดยไม่ชอบ หากไม่มีการนำการประดิษฐ์มาขอรับสิทธิบัตร นอกจากนั้น การกำหนดให้เปิดเผยข้อมูลเช่นนี้เป็นสิ่งที่กระทำได้ยากในทางปฏิบัติ เพราะเป็นการยากที่จะทราบแหล่งต้นกำเนิดของทรัพยากรชีวภาพที่แท้จริง โดยเฉพาะหากเป็นการนำเอาทรัพยากรชีวภาพนั้นมาจากธนาคารพันธุกรรม (Gene Bank) หรือสถานที่เก็บสารพันธุกรรมที่ไม่ได้อยู่ในแหล่งพันธุกรรมดั้งเดิม^{๑๙๗}

ข้อโต้เถียงข้างต้นดูเหมือนจะมีเหตุผลแต่เพียงบางส่วนเท่านั้น แต่ในความเป็นจริงในการศึกษาวิจัยการประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพ ผู้ศึกษามักต้องการได้รับข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติของสารพันธุกรรมมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องเข้าถึงความรู้พื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพนั้นด้วย โดยการศึกษาถึงวิธีการที่ชุมชนซึ่งเป็นแหล่งกำเนิดทรัพยากรใช้ทรัพยากรนั้น กรณีเช่นนี้ย่อมจะต้องทราบถึงแหล่งกำเนิดดั้งเดิมของทรัพยากรชีวภาพนั้นอย่างแน่นอน และโดยเฉพาะอย่างยิ่งหากการเก็บรวบรวมทรัพยากรพันธุกรรมเกิดขึ้นหลังจากที่อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพมีผลใช้บังคับจะต้องมีการบันทึกแหล่งกำเนิดดั้งเดิมไว้เพื่อเป็นข้อมูลสำหรับการแบ่งปันผลประโยชน์ ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาดังกล่าว^{๑๙๘}

^{๑๙๕} Van Overwalle, Geertrui “Belgium Goes Its Own Way on Biodiversity and Patents” European Intellectual Property Review 24(5) 233, 2002, p. 2.

^{๑๙๖} Gold, Richard, and Gallochat, Alain “The European Biotech Directive: Pastas Prologue” European Law Journal 7(3) 331, 2001, p. 331.

^{๑๙๗} ICC Policy statement (2002) “Should patent applicants disclose the origin of biological materials on which they file patents? Should they demonstrate Prior Informed Consent (PIC) for their use?” (Document No. 450/941 Rev. 10). (available at http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/statements/2002/should%20patent%20applicants.asp)

^{๑๙๘} Commission on Intellectual Property Rights, *op cit*, p. 96.

๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

๓.๑ การเปลี่ยนแปลงหลักการเรื่องสิทธิในทรัพยากร

ในอดีตหลักการที่ยึดถือร่วมกันในเรื่องสิทธิในทรัพยากร คือ ทรัพยากรพันธุกรรม “เป็นสมบัติร่วมกันของมนุษยชาติ” ซึ่งมีผลดีหลายประการ เช่น ทำให้มีการแลกเปลี่ยนพันธุ์พืชกันโดยเสรี ไม่มีการหวงกันในการเข้าถึง ทำให้เกิดการพัฒนาสายพันธุ์ เสริมสร้างความหลากหลายทางชีวภาพ และเป็นส่วนสนับสนุนให้เกิดความมั่นคงทางอาหาร เป็นต้น ทั้งนี้ ในอดีตปัญหาเรื่องการแย่งชิงฉกฉวยทรัพยากรชีวภาพยังไม่มี ความรุนแรงและซับซ้อนเหมือนในปัจจุบัน เนื่องจากยังไม่มี การขยายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในสิ่งมีชีวิต และยังขาดความก้าวหน้าด้านเทคโนโลยีชีวภาพสมัยใหม่

การเปลี่ยนแปลงหลักการจากการยึดถือว่าพันธุกรรมพืชเป็นสมบัติร่วมกันของมนุษยชาติ มาเป็นการยอมรับ “สิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรพันธุกรรม” เป็นผลส่วนหนึ่งมาจากความกังวลต่อ ปัญหาผลกระทบจากการขยายคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาความไม่เป็นธรรมต่อ ประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นแหล่งของความหลากหลายทางชีวภาพ ดังนั้น จึงมีความเชื่อว่าการให้ แต่ละประเทศได้กำหนดกฎเกณฑ์ในการกำกับดูแลการเข้าถึงและใช้ประโยชน์พันธุกรรมจะเป็นระบบที่มีประสิทธิภาพดีกว่าเดิม

การเปลี่ยนแปลงหลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ในความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับ นับตั้งแต่ การจัดตั้ง “อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่” (UPOV) ในปี ค.ศ. ๑๙๖๑ โดย ให้รับรองสิทธิในทรัพย์สินเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นครั้งแรก ต่อมาในปี ค.ศ. ๑๙๗๔ มติของ สมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติที่ ๓๐๒๑ ได้ให้การรับรองอำนาจอธิปไตยอันถาวรของรัฐเหนือ ทรัพยากรธรรมชาติที่พบในดินแดนของตน ความตกลงระหว่างประเทศในภายหลังที่ให้การรับรอง “สิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรพันธุกรรม” คือ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. ๑๙๙๒ และสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร ค.ศ. ๒๐๐๑

เมื่อกติกาโลกได้เปลี่ยนแปลงมาสู่การยอมรับสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรพันธุกรรม ประเทศที่เป็นแหล่งทรัพยากรพันธุกรรมจะได้ประโยชน์หรือไม่ขึ้นอยู่กับ การที่แต่ละประเทศจะต้องสร้าง ระบบกฎหมายและกลไกของตนเองที่มีประสิทธิภาพ เพื่อการกำกับดูแล การเข้าถึง การใช้ประโยชน์ ทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่ในดินแดนของรัฐ รวมทั้งเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์ ที่สำคัญคือ จะต้อง กำหนดระบบสิทธิในทรัพยากรพันธุกรรมที่ชัดเจนว่าเป็น “สมบัติสาธารณะ” (Public Domain) หรือมี การรับรองสิทธิในทรัพย์สิน ซึ่งอาจมีได้หลายระบบ คือ เป็นสิทธิส่วนบุคคล (private property regime) เป็นสิทธิโดยรัฐ (state property regime) หรือเป็นสิทธิโดยส่วนรวม (common property regime) ในขณะเดียวกันจะต้องสร้างระบบกฎหมายและกลไกต่างๆ เพื่อการรับรองและคุ้มครอง “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” ที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมด้วย เนื่องจากความ สมบูรณ์ของความหลากหลายทางชีวภาพและการดำรงอยู่ของภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นเป็นพื้นฐานสำคัญ ของการพัฒนาที่ยั่งยืน^{๑๙๙}

^{๑๙๙} ยศ สันตสมบัติ ความหลากหลายทางชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ ๒๕๔๒

ในความเป็นจริงประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ตามการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นไม่ทัน ขาดการพัฒนาาระบบกฎหมายภายในประเทศเพื่อให้เท่าทันกับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว จึงทำให้เกิดปัญหาการฉกฉวยเอาทรัพยากรพันธุกรรมจากประเทศกำลังพัฒนาไปใช้โดยขาดกลไกทางกฎหมายในการปกป้องคุ้มครองสิทธิประโยชน์อย่างเป็นธรรม ในปัจจุบันมีเพียงไม่กี่ประเทศที่มีกฎหมายเพื่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือได้เริ่มยกร่างจัดทำกฎหมายขึ้น เช่น กัวเตมาลา ปานามา เปรู และมีเพียง ๒๗ ประเทศที่มีกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช^{๒๐๐} ในขณะเดียวกันมีแรงกดดันที่เกิดขึ้นจากองค์การการค้าโลก ภายใต้ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า โดยประเทศอุตสาหกรรมที่มีความก้าวหน้าด้านเทคโนโลยีชีวภาพต้องการขยายการคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตทุกประเภท นั่นคือต้องการให้คุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล (private property regime) เนื่อทรัพยากรพันธุกรรม

รัฐธรรมนูญไทยตั้งแต่ฉบับปี พ.ศ. ๒๕๔๐ เป็นต้นมา ตลอดจนกฎหมายที่ออกมาในช่วงหลังจากมีรัฐธรรมนูญดังกล่าว ได้มีการบัญญัติรับรอง “สิทธิชุมชน” ในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและหลากหลายทางชีวภาพไว้ นอกเหนือจากการให้สิทธิแก่รัฐในการจัดการทรัพยากรแต่เพียงฝ่ายเดียวเหมือนเช่นในอดีต

นอกจากนี้ ใน พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ ยังได้ให้การรับรอง “สิทธิชุมชน” เนื่อทรัพยากรพันธุกรรมพืชในประเภท “พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น” โดยชุมชนผู้ขอขึ้นทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นจะมีสิทธิเด็ดขาดในการที่จะนำเอาส่วนขยายพันธุ์พืชนั้นไปแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ (มาตรา ๕๐)

โดยสรุป การเปลี่ยนหลักการจากการยึดถือว่า “พันธุกรรมเป็นสมบัติร่วมกันของมนุษยชาติ” มาเป็นการยอมรับ “สิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรพันธุกรรม” จะมีข้อดีที่เห็นได้ชัด คือ ให้สิทธิประเทศแหล่งกำเนิดทรัพยากรชีวภาพ กำหนดระเบียบกฎหมายในการบริหารทรัพยากรของตน แต่ถ้าประเทศที่เป็นแหล่งทรัพยากรชีวภาพตามไม่ทันกับการเปลี่ยนแปลง ขาดการพัฒนาาระบบกฎหมายและกลไกที่มีประสิทธิภาพเพื่อการกำกับดูแล จะทำให้ปัญหาการแย่งชิงฉกฉวยทรัพยากรพันธุกรรมไปพัฒนาต่อยอดและนำไปครอบครองเป็นเจ้าของภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญาทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น

สำหรับประเทศไทยได้มีระบบกฎหมายเพื่อการคุ้มครองในส่วนทรัพยากรพันธุกรรมพืชและสิทธิชุมชนต่อพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นไว้แล้ว **แต่สำหรับทรัพยากรชีวภาพประเภทอื่นๆ คือ สัตว์ จุลินทรีย์ ยังขาดกฎหมายและกลไกในการดูแลคุ้มครองอยู่อีกมาก**

๓.๒ ระเบียบว่าด้วยการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์

หลักการสำคัญในความตกลงระหว่างประเทศระบบพหุภาคีที่เกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพในขณะนี้ คือ การเปลี่ยนแปลงหลักการจากการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพโดยเสรี (free access) มาสู่ระบบการเข้าถึงที่ต้องมีการแบ่งปัน (shared access) บนพื้นฐานการเอื้ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึง หลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ทั้งในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ และสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร

^{๒๐๐} World Intellectual Property Organization, Survey of Existing Forms of Intellectual Property Protection for Traditional Knowledge - Preliminary Analysis and Conclusions, 2001.

การกำหนดหลักการให้เอื้ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึงนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีการนำเอาทรัพยากรพันธุกรรมมาพัฒนาใช้ประโยชน์เพื่อส่วนรวมได้ต่อไป ไม่ต้องการให้เกิดอุปสรรคในการเข้าถึง อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพจึงกำหนดหลักการกว้างๆ โดยไม่ได้จำกัดขอบเขตวัตถุประสงค์ของการเข้าถึงเอาไว้ แต่สำหรับสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชฯ ได้จำกัดวัตถุประสงค์ไว้ว่า จะต้องเป็นการเข้าถึงเพื่อการศึกษาวิจัย การปรับปรุงพันธุ์ และการฝึกอบรมเท่านั้น

ทั้งอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพและสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชฯ ต่างรับรองว่ารัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งหมายความว่าแม้รัฐจะต้องเอื้ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึง แต่รัฐมีสิทธิที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ ระเบียบ เงื่อนไขให้ผู้ที่ต้องการเข้าถึงต้องปฏิบัติตาม หลักการสำคัญเกี่ยวกับการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่กำหนดไว้ในความตกลงระหว่างประเทศทั้งสองฉบับนี้คือ จะต้องมีการจัดทำข้อกำหนดการเข้าถึงที่เห็นชอบร่วมกัน นอกจากนี้ อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพยังมีเงื่อนไขระบุด้วยว่า จะต้องมีการให้ความเห็นชอบที่มีการแจ้งให้ทราบล่วงหน้า (prior informed consent)

หลักการเกี่ยวกับการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพถือเป็นหลักการขั้นต่ำที่เป็นพันธกรณีของประเทศภาคีสมาชิกที่จะต้องปฏิบัติ และเป็นเงื่อนไขที่จะก่อให้เกิดความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้นในเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรชีวภาพ อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่าความตกลงทริปส์ไม่ได้กำหนดหลักการดังกล่าวไว้ ในช่วงของการเจรจาบทวนความตกลงทริปส์ที่เริ่มมาตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๙๔ ประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศ เช่น อินเดีย เคนยา อียิปต์ มาเลเซีย ศรีลังกา ไทย ฯลฯ ได้มีข้อเสนอให้ปรับปรุงข้อกำหนดในความตกลงทริปส์ ให้มีความสอดคล้องกับหลักการในอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมมากขึ้น^{๒๐๑}

เนื่องจากความตกลงทริปส์กำหนดให้มีการออกสิทธิบัตรสำหรับการประดิษฐ์ในสิ่งมีชีวิตบางประเภท จึงอาจสร้างความขัดแย้งกับหลักการเรื่องการเอื้ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึงได้ เพราะแม้ว่าในทางทฤษฎีระบบสิทธิบัตรจะเป็นส่วนช่วยสนับสนุนให้มีวัสดุหรือสิ่งประดิษฐ์สำหรับใช้เพื่อการวิจัยและพัฒนาต่อไปได้ แต่ในทางปฏิบัติผู้ทรงสิทธิบัตรมีวิธีการมากมายที่จะขัดขวางการเข้าถึง และเผยแพร่สิ่งที่ได้รับการคุ้มครอง รวมทั้งจำกัดการนำไปใช้ประโยชน์^{๒๐๒}

การเปลี่ยนแปลงจากที่ถือว่าทรัพยากรพันธุกรรมเป็นสมบัติร่วมกันของมนุษยชาติมาเป็นการยอมรับ “สิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรพันธุกรรม” นั้น มีผลกระทบต่อประเทศที่พัฒนาแล้วที่ต้องการเข้าถึงแหล่งทรัพยากรโดยเสรีเหมือนเช่นในอดีต หลักการที่ให้เอื้ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึงจึงเป็นสิ่งที่ประเทศพัฒนาแล้วต้องการ เพื่อสร้างความมั่นใจได้ว่าจะสามารถเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ต่อไป เงื่อนไขข้อกำหนดต่างๆ ในเรื่องการเข้าถึง เช่น การจัดทำข้อกำหนดที่เห็นชอบร่วมกัน การแจ้งขอความเห็นชอบที่ต้องมีการบอกกล่าวล่วงหน้า ฯลฯ เป็นเงื่อนไขที่มุ่งหวังจะสร้างให้เกิด

^{๒๐๑} Carlos M. Correa, Traditional Knowledge and Intellectual Property: Issues and Options Surrounding the Protection of Traditional Knowledge, 2001.

^{๒๐๒} Day Peter, The Impact of Patents on Plant Breeding Using Biotechnology, NABA Report 8. Agriculture Biotechnology: Novel Products and New Partnerships, 1995 และ Crop Science Society of America, Intellectual Property Rights: Protections of Plant Material, Special Publication No.21, 1993 อ้างโดย Carlos M. Correa, Access to Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, 1999.

ความเป็นธรรม ระหว่างผู้ต้องการเข้าถึงทรัพยากรกับประเทศแหล่งกำเนิดทรัพยากร แต่ปัญหาในทางปฏิบัติคือ เงื่อนไขของการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์จะเป็นอย่างไรนั้น ขึ้นอยู่กับการเจรจาต่อรองระหว่างผู้ที่ต้องการเข้าถึงทรัพยากรกับประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วผู้ที่ต้องการเข้าถึงทรัพยากรมักจะเป็นฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่า เนื่องจากเป็นผู้ที่ครอบครองเทคโนโลยีชีวภาพและทราบข้อมูลเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมที่ต้องการใช้เป็นอย่างดี

ปัญหาที่จะเกิดจากการเอื้ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึงจะมีมาน้อยเพียงใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับการเตรียมความพร้อมของประเทศที่เป็นแหล่งทรัพยากรชีวภาพเป็นสำคัญ รวมทั้งขึ้นอยู่กับการเตรียมความพร้อมทั้งด้านองค์กร ด้านกฎหมาย และด้านกลไกต่างๆ เพื่อรองรับ ทั้งนี้ มีข้อที่ควรตระหนักด้วยว่า การเร่งรัดผูกพันกับการปฏิบัติตามพันธกรณีในการเอื้ออำนวยในการเข้าถึง โดยไม่มีการเตรียมความพร้อมในการรองรับอย่างเพียงพอจะก่อให้เกิดปัญหาผลกระทบได้มาก

๓.๓ การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

ในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศฉบับใดที่ให้การรับรองและคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้อย่างชัดเจน อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (ข้อ ๘ (j)) ได้กำหนดเป็นหลักการไว้ให้มีการเคารพต่อภูมิปัญญา ประดิษฐ์กรรม และการปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ และใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน

อย่างไรก็ดี อนุสัญญาฯ มิได้กำหนดพันธกรณีว่าประเทศต่างๆ จะต้องมีการดำเนินการที่ให้การคุ้มครองแก่ภูมิปัญญาท้องถิ่น และจากรายงานของการประชุมสมัชชาภาคีอนุสัญญาฯ ครั้งที่ ๖ ในปี ค.ศ. ๒๐๐๒ ยังไม่ปรากฏว่าได้มีการพัฒนามาตรการหรือแนวทางเพื่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นออกมาอย่างเป็นรูปธรรมแต่อย่างใด ประเด็นการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงเป็นประเด็นที่ยังคงอยู่ระหว่างการศึกษา จัดทำ หรือเจรจากันอยู่โดยองค์การระหว่างประเทศต่างๆ เช่น องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก องค์การอนามัยโลก องค์การอาหารและเกษตรกรรม และองค์การการค้าโลก เป็นต้น

สนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชมิได้ให้การรับรองภูมิปัญญาท้องถิ่นเอาไว้โดยตรง เพียงแต่ให้การยอมรับถึงบทบาทความสำคัญของเกษตรกร และการใช้องค์ความรู้และภูมิปัญญาท้องถิ่นในการอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืช จึงกำหนดรับรองและคุ้มครองสิทธิเกษตรกร และมีการให้สิทธิพิเศษบางประการแก่เกษตรกรไว้

ความเคลื่อนไหวเกี่ยวกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับระหว่างประเทศ ที่น่าสนใจคือการจัดตั้งคณะกรรมการระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา ทรัพยากรพันธุกรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่น และชนบทรรมนิยม (Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore) ภายใต้องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก คณะกรรมการดังกล่าวจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. ๒๐๐๐ เพื่อเป็นเวทีสนับสนุนให้เกิดการศึกษา ระหว่างสมาชิกขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ในเรื่องการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและการแบ่งปันผลประโยชน์ รวมถึงการคุ้มครองชนบทรรมนิยม ในปี ค.ศ. ๒๐๐๑ คณะกรรมการฯ ได้เริ่มดำเนินการสำรวจศึกษารูปแบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศสมาชิก เพื่อเป็นข้อมูลในการกำหนดแนวทาง การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เหมาะสมต่อไป

ภายใต้ความตกลงทริปส์ในส่วนของการคุ้มครองพันธุ์พืช ซึ่งให้ประเทศสมาชิกเลือกใช้ระบบกฎหมายเฉพาะ (sui generis) เพื่อการคุ้มครองพันธุ์พืชได้นั้น เป็นช่องทางที่เปิดโอกาสให้ประเทศกำลังพัฒนาสามารถจัดทำกฎหมายภายในประเทศ เพื่อการรับรองและคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชได้ การคุ้มครองภูมิปัญญาของชุมชนที่ได้พัฒนาปรับปรุง “พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น” ตาม พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืชฯ ของไทย เป็นกรณีตัวอย่างหนึ่งของการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ทำได้โดยไม่ขัดแย้งกับความตกลงทริปส์

๓.๔ การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

เรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในทรัพยากรชีวภาพเป็นประเด็นที่มีความขัดแย้งกันมากในการเจรจาของความตกลงทุกฉบับ ในท้ายที่สุดถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในแต่ละความตกลงยังไม่เป็นที่ชัดเจน ต้องมีการตีความหาข้อสรุปในทางปฏิบัติที่ชัดเจนอีกต่อไป

อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ มีข้อกำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ยกเว้นในกรณีที่ปรากฏว่าการคุ้มครองสิทธินั้นไม่เป็นการสนับสนุนหรือขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ ซึ่งอาจตีความได้ว่าในกรณีที่การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ เช่น ไม่มีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ฯลฯ ประเทศกำลังพัฒนาอาจปฏิเสธที่จะให้การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้

ข้อบัญญัติของอนุสัญญาฯ เกี่ยวกับประเด็นนี้ยังไม่เป็นที่ชัดเจนในทางปฏิบัติและอาจก่อให้เกิดปัญหาความขัดแย้งกับความตกลงทริปส์ได้ โดยเฉพาะในกรณีการให้สิทธิบัตรสำหรับจุลินทรีย์ ซึ่งเป็นข้อบังคับเป็นพันธกรณีในความตกลงทริปส์ ซึ่งกำหนดให้ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกต้องให้คุ้มครองสิทธิบัตรจุลินทรีย์

สำหรับในสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชฯ มีข้อบัญญัติที่มีปัญหาในการตีความเช่นเดียวกัน โดยในข้อ ๑๒.๓(d) ได้กำหนดห้ามมิให้นําเอาทรัพยากรพันธุกรรมพืช หรือสารพันธุกรรมหรือองค์ประกอบของพืช ในรูปแบบที่ได้มาจากระบบพฤกษศาสตร์เพื่อการเข้าถึง ไปขอรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาหรือสิทธิใดๆ ที่จะก่อให้เกิดการจำกัดการเอื้ออำนวยต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืช

ขณะนี้ในความตกลงทริปส์มีข้อบัญญัติชัดเจนให้ประเทศสมาชิกต้องให้สิทธิบัตรสำหรับจุลินทรีย์และกรรมวิธีทางเทคโนโลยีชีวภาพ ซึ่งไม่ใช่กรรมวิธีทางชีววิทยาและกรรมวิธีทางจุลชีววิทยา แต่สำหรับกรณี พืช พันธุ์พืช สัตว์ และกรรมวิธีทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชหรือสัตว์ ความตกลงทริปส์ได้เปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกมีอิสระที่จะให้สิทธิบัตรหรือไม่ให้ก็ได้ ประเด็นสำคัญในเรื่องนี้คือ บทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวกำลังอยู่ในระหว่างการเจรจาเปลี่ยนแปลง ซึ่งประเทศอุตสาหกรรมโดยเฉพาะสหรัฐอเมริกาต้องการที่จะขยายความคุ้มครองสิทธิบัตรไปยังสิ่งมีชีวิตทุกประเภท ถ้าการแก้ไขเป็นไปในลักษณะดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อ การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ และในสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชฯ รวมทั้งประเด็นเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม เนื่องจากในความตกลงทริปส์ไม่ได้มีข้อกำหนดใดๆ เกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ให้เป็นไปตามหลักปฏิบัติทั่วไปของการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตร

นอกจากนี้ ข้อกำหนดในความตกลงทริปส์เกี่ยวกับการคุ้มครองพันธุ์พืช อาจเป็นปัญหาขัดแย้งต่อการคุ้มครองสิทธิเกษตรกรตามที่ระบุไว้ในสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชฯ โดยเฉพาะใน

กรณีที่มีการคุ้มครองพันธุ์พืชภายใต้ระบบสิทธิบัตร เนื่องจากสนธิสัญญาฯ ได้กำหนดรับรองสิทธิของเกษตรกรไว้ค่อนข้างกว้าง ทั้งในเรื่องการเก็บ ใช้ประโยชน์ แลกเปลี่ยน และขายเมล็ดพันธุ์หรือส่วนขยายพันธุ์ที่ได้จากการทำการเกษตร ในขณะที่ภายใต้ระบบสิทธิบัตรพันธุ์พืชผู้ทรงสิทธิมีสิทธิเด็ดขาดต่อพันธุ์พืชที่ได้รับการคุ้มครอง

๔. กฎหมายไทยว่าด้วยทรัพยากรชีวภาพและข้อเสนอแนะเพื่อการปรับปรุง

บทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพของไทยมีอยู่ด้วยกันหลายฉบับ แต่ละฉบับมีเจตนารมณ์ที่แตกต่างกัน ทั้งที่เป็นเจตนารมณ์ด้านความหลากหลายทางชีวภาพโดยตรง และที่มีความมุ่งหมายเป็นอย่างอื่น อย่างไรก็ตาม กฎหมายทั้งหมดล้วนแต่มีขอบเขตที่จำกัด โดยควบคุมการทำกิจกรรมบางประเภทเท่านั้น อีกทั้งยังไม่มีมาตรการควบคุมกิจกรรมการใช้ประโยชน์ และแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพที่สอดคล้องเหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบัน

กฎหมายล้วนแต่มีวัตถุประสงค์มุ่งปกป้องคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพแต่ละชนิด โดยใช้มาตรการในลักษณะเป็นการห้ามการกระทำใดๆ ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายหรือความเสื่อมโทรมขึ้น มาตรการเหล่านั้นจึงเป็นการจำกัดการเข้าถึงและการใช้ประโยชน์จากกิจกรรมเกือบทุกประเภท แม้กระนั้นก็ตามกฎหมายยังคงให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในการใช้ดุลยพินิจพิจารณาอนุญาตเป็นรายกรณี เช่น อนุญาตให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเข้าไปดำเนินกิจการเพื่อหาผลประโยชน์ในเขตที่ห้ามการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพต่างๆ แต่กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติไว้ว่ากิจการเพื่อหาผลประโยชน์ในเขตที่มีการห้ามการเข้าถึงนั้นหมายถึงกิจกรรมประเภทใดบ้าง ก่อให้เกิดปัญหาการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรอย่างขาดความยั่งยืน เป็นต้น นอกจากนี้ กฎหมายหลายฉบับ เช่น พ.ร.บ. ป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๗ และ พ.ร.บ. อุทยานแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๔ ฯลฯ ยังได้ยกเว้นให้พนักงานเจ้าหน้าที่เข้าไปทำการศึกษา และวิจัยทางวิชาการในเขตที่มีการห้ามการเข้าถึงนั้น โดยปฏิบัติตามระเบียบที่อธิบดีกำหนดโดยการอนุมัติของรัฐมนตรี อันเป็นช่องทางให้มีการเลี่ยงกฎหมายได้

กฎหมายบางฉบับยังมีวัตถุประสงค์ที่จะกำกับดูแลการเข้าถึงและการใช้ประโยชน์ทรัพยากรชีวภาพเอาไว้เป็นรายชนิด ดังเช่นทรัพยากรพืชบางชนิด เช่น พ.ร.บ. พันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๑๘ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๓๕ แบ่งชนิดพืชเป็น พืชสงวน พืชอนุรักษ์ พืชต้องห้าม รวมทั้งเมล็ดพันธุ์ควบคุม เพื่อไม่ให้มีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพืชอย่างปราศจากการควบคุม ซึ่งอาจส่งผลให้ทรัพยากรพืชบางชนิด เช่น พืชอนุรักษ์สูญพันธุ์จากการนำมาใช้ประโยชน์ในจำนวนมากเกินไป หรือส่งผลให้ทรัพยากรพืชของประเทศถูกศัตรูพืชจากต่างประเทศซึ่งติดมากับพืชบางชนิด เช่น พืชต้องห้าม ทำลายอย่างกว้างขวาง เป็นต้น

แม้ว่า พ.ร.บ. พันธุ์พืชฯ จะได้บัญญัติควบคุมการเข้าถึงและการใช้ประโยชน์ทรัพยากรชีวภาพ แต่กฎหมายก็ยังไม่ครอบคลุมถึงพืชทุกชนิด เนื่องจากเพราะต้องการคุ้มครองพืชเพียงบางชนิดเท่านั้น อย่างไรก็ตาม พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้ออกมาอุดช่องว่างตรงนี้ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ส่วนหนึ่งในการกำกับดูแลการเข้าถึง เพื่อพัฒนาการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพืช ซึ่งรวมถึงเห็ดและสาหร่าย โดยให้มีการขออนุญาตเก็บ จัดหา รวบรวมพันธุ์พืชเพื่อการศึกษา วิจัย หรือทดลอง เพื่อแสวงหาผลประโยชน์ในทางการค้า และกำหนดให้มีการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์เพื่อนำส่วนแบ่งผลประโยชน์นั้นเข้ากองทุนคุ้มครองพันธุ์พืช ซึ่งจะนำไปสนับสนุนชุมชนให้อนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพืชต่อไป

ในส่วนของการแบ่งปันผลประโยชน์นั้น กฎหมายที่ออกมาแต่เดิมมีข้อกำหนดเฉพาะ ในเรื่องการเสียค่าภาคหลวงสำหรับการทำไม้หวงห้ามและเก็บของป่าหวงห้ามเท่านั้น ดังเช่นที่ปรากฏใน พ.ร.บ. ป่าไม้ พ.ศ. ๒๔๘๔ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๓๒ จะเห็นได้ว่า ลักษณะการเก็บค่าภาคหลวงนั้น มีอาจถือว่าเป็นการแบ่งปันผลประโยชน์ได้ เนื่องจากไม่มีการกระจายผลประโยชน์ที่ได้รับกลับคืนสู่ชุมชน หรือนำไปจัดสรรเพื่อให้เกิดมีการอนุรักษ์ และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนซึ่งทรัพยากรชีวภาพ ทั้งยังไม่สอดคล้องกับรูปแบบที่กำหนดไว้ในความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพทั้งหลายนั้นจะมีก็แต่เพียง พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ เท่านั้น ที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์ไว้อย่างชัดเจนคือ ให้มีการขออนุญาตในการเก็บ จัดหา และรวบรวม พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่าจากทางราชการ และพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นจากชุมชนผู้ดูแลรักษาอนุรักษ์พืชดังกล่าวไว้ เพื่อนำผลประโยชน์ที่ได้นั้นเข้าสู่กองทุนคุ้มครองพันธุ์พืชหรือนำเข้าสู่ชุมชนเพื่อการอนุรักษ์พันธุ์พืชต่างๆ ต่อไป

โดยสรุป สถานะปัจจุบันของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพนั้นยังไม่เพียงพอต่อการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนจากทรัพยากรชีวภาพ การผสมผสานยุทธศาสตร์การอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนจากทรัพยากรชีวภาพเข้าสู่ยุทธศาสตร์และ/หรือแผนพัฒนาของชาติ รวมถึงการใช้วิธีการที่เหมาะสมเพื่อการแบ่งปันอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกัน ระหว่างเจ้าของทรัพยากรกับผู้ใช้ประโยชน์จากทรัพยากร ซึ่งผลประโยชน์ที่เกิดจากงานวิจัยและพัฒนา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพและทรัพยากรพันธุกรรม รวมทั้งเทคโนโลยีชีวภาพ ตามกฎหมายปัจจุบันจะเห็นได้ว่า มีเพียง พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ เพียงฉบับเดียวเท่านั้นที่มีหลักการดังกล่าว แต่กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชก็เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพที่เป็นพืชเท่านั้น ส่วนทรัพยากรชีวภาพที่เป็นจุลินทรีย์และสัตว์นั้นยังไม่มีกฎหมายในลักษณะเดียวกัน

มีข้อสังเกตว่า มาตรการด้านการเข้าถึงและการใช้ประโยชน์ในกฎหมายไทยในปัจจุบันจะมีลักษณะเป็นการห้ามเข้าถึง และการใช้ประโยชน์จากตัวทรัพยากรชีวภาพเอง หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของทรัพยากรโดยตรง แต่ไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิตหรือทรัพยากรในระดับยีนหรือระดับโมเลกุล (หากไม่ถือเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของทรัพยากร) ซึ่งเป็นวัตถุดิบในการใช้เทคโนโลยีชีวภาพและเทคโนโลยีการดัดแปลงพันธุกรรมกันอย่างกว้างขวาง

ในการอนุญาตให้เข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากร กฎหมายกำหนดว่าจะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายเช่นนี้เป็นการโอนอำนาจและดุลยพินิจสิทธิขาดในการอนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรให้แก่หน่วยงานราชการ หรืออีกนัยหนึ่งคือ เป็นการให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่โดยขาดการมีส่วนร่วมของชุมชน หรือของผู้ที่ได้ทำการอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพต่างๆ เช่นนี้การจะเข้าถึงทรัพยากรจะมองได้ในสองนัยคือ สามารถเข้าถึงได้เสมอหากว่าเจ้าหน้าที่เป็นผู้ที่ไม่เข้มงวดกวดขันนัก กับในทางตรงกันข้ามคือ จะก่อปัญหาการฉกฉวยขโมยทรัพยากร เนื่องจากเจ้าหน้าที่ไม่เคยอนุญาตให้ใครเข้าไปใช้ประโยชน์ในทรัพยากรชีวภาพเลย ขณะที่ไม่สามารถป้องกันการขโมยทรัพยากรได้อย่างสมบูรณ์

หลักการ “ห้ามโดยเด็ดขาด แต่โอนอำนาจการอนุญาตไปไว้ที่พนักงานเจ้าหน้าที่” หากมองเผินๆ เหมือนกับเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับเข้มงวด แต่หากมองที่ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ในอันที่จะอนุญาตให้มีการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพจะเห็นได้ว่า เจ้าหน้าที่เพียงคนเดียวสามารถอนุญาตให้บุคคลใด

บุคคลหนึ่งเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพที่มีคุณค่าได้ นอกจากนี้ กฎหมายก็ไม่กำหนดเรื่องการเข้าถึง หรือการใช้ประโยชน์ทรัพยากรชีวภาพ ซึ่งยังจะทำให้เกิดปัญหา เนื่องจากเมื่อไม่มีวิธีบริหารจัดการที่แน่นอน หรืออาจกล่าวได้ว่าหากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ย่อมไม่อาจถือว่าการกระทำใดๆ เป็นความผิด ดังนั้น หากมีการฉกฉวยทรัพยากรชีวภาพที่ได้มีการกำหนดไว้แน่นอนว่าห้ามการเข้าถึง หรือการใช้ประโยชน์ กฎหมายย่อมไม่อาจยื่นมือไปถึงได้ ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นการห้ามเด็ดขาดหรือการไม่กำหนดถึงบทบัญญัติในเรื่องการเข้าถึงและการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรชีวภาพเลย ล้วนแต่เป็นการบริหารจัดการที่ไม่มีความเหมาะสมทั้งสิ้น

นอกจากนี้ กฎหมายทุกฉบับยกเว้น พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ ยังไม่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากร ซึ่งถือเป็นหลักสำคัญของการมีส่วนร่วมในการอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพเพื่อการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน ไม่เพียงแต่ในระดับประเทศเท่านั้น แต่รวมถึงหลักการที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ และสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร

ดังนั้น จึงควรมีการจัดทำกฎหมายใหม่เพื่ออุดช่องว่างในการกำกับดูแลการเข้าถึงการใช้ประโยชน์ และการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรสัตว์และจุลินทรีย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กำหนดให้มีส่วนร่วมของชุมชน ทั้งนี้กฎหมายที่จะจัดทำขึ้นจะต้องเป็นเครื่องมือที่จะทำให้แผนยุทธศาสตร์ของชาติในด้านการใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพ จึงต้องจัดทำขึ้นก่อนให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด

๑. ทรัพย์สินทางปัญญา: กรณีการเข้าถึงยา^{๒๐๓}

วัตถุประสงค์ของการใช้กฎหมายสิทธิบัตรนั้นเพื่อส่งเสริมการประดิษฐ์คิดค้นเทคโนโลยีที่เป็นประโยชน์ต่อสังคม แต่กฎหมายจะไม่อาจบรรลุในเจตนารมณ์ดังกล่าวได้ หากเทคโนโลยีภายใต้สิทธิบัตรไม่ได้ถูกนำไปใช้ประโยชน์ หรือหากสิทธิผูกขาดได้กีดกันประชาชนไม่ให้ใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีนั้น เช่น เพราะสินค้ามีราคาแพง ดังเช่นกรณีสิทธิบัตรยาทั้งสามชนิดที่กล่าวมา ที่ประชุมรัฐมนตรีขององค์การการค้าโลก ได้เห็นชอบเมื่อวันที่ ๒๑ พฤศจิกายน ๒๕๔๔ กับร่างปฏิญญาโดฮา ว่าด้วยความตกลงทริปส์และการสาธารณสุข ซึ่งมีสาระสำคัญว่า การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีได้ กีดขวางประเทศสมาชิกในการใช้มาตรการต่างๆ เพื่อปกป้องสาธารณสุขของประเทศ ความตกลงทริปส์อนุญาตให้ประเทศสมาชิกใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ ภายใต้เหตุผลที่ประเทศสมาชิกเป็นผู้กำหนด ปฏิญญาโดฮายังได้เล็งเห็นความจำเป็นในการช่วยเหลือประเทศที่ขาดศักยภาพการผลิตยา และกำหนดให้คณะมนตรีทริปส์ (TRIPS Council) กำหนดแนวทางแก้ปัญหา ซึ่งคณะมนตรีทริปส์เสนอให้มีการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อส่งออกผลิตภัณฑ์ยาไปยังประเทศที่ไม่มีศักยภาพการผลิต ซึ่งทั้งหมดที่กล่าวมานี้ล้วนเป็นความพยายามของนานาชาติในการส่งเสริมการเข้าถึงยาของประเทศกำลังพัฒนา และชี้ให้เห็นว่ามาตรการบังคับใช้สิทธิเป็นมาตรการที่ถูกต้องชอบธรรมตามกฎหมายและความตกลงระหว่างประเทศ

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศทั่วโลกล้วนแต่มีกลไกในการควบคุมไม่ให้มีการใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบ และป้องกันไม่ให้สิทธิบัตรเป็นอุปสรรคในการกีดกันไม่ให้สาธารณสุขเข้าถึงผลิตภัณฑ์ภายใต้สิทธิบัตรในสถานการณ์ที่จำเป็น รวมทั้งการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ (Compulsory Licensing) นอกจากนี้ กฎหมายสิทธิบัตรต้องไม่ปิดกั้นโอกาสของผู้ผลิตรายอื่นในอันที่จะเข้ามาแข่งขันเมื่อสิทธิบัตรหมดอายุการคุ้มครองลง หรือขยายสิทธิตามสิทธิบัตรออกไปโดยไม่มีเหตุอันสมควร (patent evergreening) ดังนั้น สำหรับผลิตภัณฑ์บางประเภทที่ต้องมีการขึ้นทะเบียนก่อนการวางจำหน่ายเช่น ผลิตภัณฑ์ยา กฎหมายสิทธิบัตรจึงมักจะมีข้อยกเว้นอนุญาตให้มีการทดลองผลิตภัณฑ์นั้นเพื่อประโยชน์ในการขึ้นทะเบียนได้โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิบัตร หลักการนี้เรียกกันว่า “ข้อยกเว้นบทบัญญัติโบลาร์” (Bolar Exception)

^{๒๐๓} ประเด็นต่างๆ ของกฎหมายสิทธิบัตรที่แสดงไว้ในตารางนี้ ไม่อาจอธิบายสาระสำคัญโดยละเอียดได้ทั้งหมด ผู้สนใจโปรดดู จักรกฤษณ์ ควรพจน์ “กฎหมายสิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์ (พิมพ์ครั้งที่สาม)” กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติธรรม พ.ศ. ๒๕๕๖

มาตรการส่งเสริมการเข้าถึงยา อาจสรุปได้ดังนี้

๑.๑ การใช้โดยรัฐบาล (government use)

มาตรา ๕๑ แห่งกฎหมายสิทธิบัตรให้อำนาจกระทรวง ทบวง กรม ที่จะขอใช้สิทธิตามสิทธิบัตร โดยการขอใช้สิทธิจะต้องเป็นไปเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะ เช่น ป้องกันหรือบรรเทาการขาดแคลนของอาหาร ยา หรือสิ่งอุปโภคบริโภคอย่างอื่นอย่างรุนแรง เป็นต้น

เมื่อมีการขออนุญาตใช้สิทธิแล้วกระทรวง ทบวง หรือผู้ขอใช้สิทธิ มีอำนาจที่จะกระทำการต่างๆ ได้เช่นเดียวกับผู้ทรงสิทธิบัตร เช่น ทำการผลิต จำหน่าย นำเข้า และใช้ผลิตภัณฑ์ภายใต้สิทธินั้น เป็นต้น แต่กระทรวง ทบวง กรม ผู้ขอใช้สิทธิจะต้องเสียค่าตอบแทนให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตร ซึ่งหากทั้งสองฝ่ายไม่อาจตกลงกันได้ในเรื่องค่าตอบแทน กฎหมายให้อธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาเป็นผู้กำหนดอัตราค่าตอบแทนตามที่พิจารณาเห็นสมควร

มาตรการนี้เป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพมาก เพราะเมื่อมีกรณีที่มีความจำเป็นหน่วยงานของรัฐสามารถที่จะขอใช้สิทธิได้ทันทีโดยไม่มีข้อจำกัดด้านเวลา และผู้ขอก็ไม่มีภาระการพิสูจน์ใดๆ นอกจากนี้ อธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาไม่มีอำนาจใช้ดุลยพินิจสั่งไม่อนุญาต คงมีแต่อำนาจในการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมที่เป็นธรรมเท่านั้น

ปัญหาของการใช้มาตรการนี้คือ รัฐบาลอาจจะต้องถูกกดดันอย่างหนักจากประเทศคู่ค้าของไทย โดยรัฐอาจถูกกล่าวหาว่ากระทำการลิดรอนสิทธิของบริษัทเอกชน ซึ่งในประเด็นนี้รัฐบาลไทยควรทำความเข้าใจกับประเทศดังกล่าวว่า การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยรัฐเป็นสิทธิอันชอบธรรมภายใต้กฎหมาย โดยบทบัญญัติในเรื่องมีเจตนารมณ์ในการดูแลรักษาประโยชน์ของสาธารณชน ไม่ให้ได้รับความเดือดร้อนจากการใช้สิทธิผูกขาดตามสิทธิบัตรไปในทางมิชอบ ซึ่งในกฎหมายของประเทศที่พัฒนาเองก็กำหนดมาตรการดังกล่าวไว้เช่นกัน เช่น กฎหมายสหรัฐฯ ภายใต้รัฐบัญญัติ 28 USC Sec 1498^(๓๑) เป็นต้น

๑.๒ มาตรการบังคับใช้สิทธิ (compulsory licensing)

มาตรา ๔๖ ของพระราชบัญญัติสิทธิบัตรฯ อนุญาตให้เอกชนขอใช้สิทธิตามสิทธิบัตร ในกรณีที่มีพฤติการณ์แสดงให้เห็นว่า ผู้ทรงสิทธิบัตรได้ใช้สิทธิของตนโดยไม่ชอบด้วยการไม่ผลิตผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรภายในประเทศ หรือไม่ขายผลิตภัณฑ์ภายในประเทศ หรือขายผลิตภัณฑ์ดังกล่าวในราคาสูงเกินสมควรหรือไม่พอความต้องการของประชาชน

อย่างไรก็ดี กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขของการขอใช้สิทธิไว้หลายประการ กล่าวคือ เอกชนผู้ขอใช้สิทธิมีภาระที่จะต้องพิสูจน์ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ให้เห็นถึงพฤติการณ์ดังกล่าว นอกจากนี้ การอนุญาตให้ใช้สิทธิจะกระทำได้อีกต่อเมื่อเวลาได้ผ่านพ้นไปชั่วระยะเวลาหนึ่งแล้ว นั่นคือ พ้นกำหนดสามปีนับแต่วันออกสิทธิบัตรหรือสี่ปีนับแต่วันยื่นขอรับสิทธิบัตร สุดแต่ว่าระยะเวลาใดจะสิ้นสุดลงในภายหลัง และเมื่อได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิผู้ขอใช้สิทธิจะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตรด้วย

ในความเป็นจริงมาตรการนี้มีได้เป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพในการควบคุมการผูกขาดของผู้ทรงสิทธิ เพราะนอกจากผู้ขอจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่เข้มงวดในกฎหมายแล้ว ผู้ขอจะต้องเป็นผู้ที่มีศักยภาพทางเทคโนโลยีในระดับสูงพอสมควร โดยต้องสามารถผลิตผลิตภัณฑ์ภายใต้สิทธิบัตร

ได้โดยตนเอง นอกจากนี้ ระยะเวลาที่กำหนดไว้ในกฎหมายยังเป็นอุปสรรคต่อการที่บุคคลภายนอกจะขอใช้สิทธิ โดยบุคคลไม่อาจขอใช้สิทธิได้ในทันที ถึงแม้ว่าจะเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนก็ตาม

๑.๓ มาตรการนำเข้าซ้อน (parallel import)

ภายใต้มาตรา ๓๖ วรรคสอง (๗) ในกฎหมายสิทธิบัตรปัจจุบัน บุคคลใดๆ อาจนำเข้าซ้อนผลิตภัณฑ์ภายใต้สิทธิบัตรจากต่างประเทศเพื่อนำมาจำหน่ายในประเทศไทยได้ โดยไม่ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตร ทั้งนี้ สินค้าที่มีการนำเข้าซ้อนนั้นต้องเป็นสินค้าผู้ทรงสิทธิบัตรในประเทศไทยเป็นผู้จำหน่ายหรือยินยอมให้มีการจำหน่ายในต่างประเทศ

การใช้มาตรการนี้นับว่ามีความเป็นไปได้สูงมาก เนื่องจากบรรษัทข้ามชาติมักจะจำหน่ายผลิตภัณฑ์ชนิดเดียวกันในแต่ละประเทศในราคาที่ต่างกัน โดยขึ้นอยู่กับสภาพการแข่งขันในตลาด กำลังซื้อของผู้บริโภค และมาตรการควบคุมราคาสินค้าของแต่ละประเทศเป็นสำคัญ

การที่กฎหมายสิทธิบัตรของไทยอนุญาตให้มีการนำเข้าซ้อนย่อมหมายความว่า หากผู้ทรงสิทธิบัตรได้จำหน่ายสินค้าในต่างประเทศในราคาต่ำกว่าราคาสินค้าที่บริษัทนั้นจำหน่ายในประเทศไทย บุคคลทั่วไปก็อาจไปกว้านซื้อผลิตภัณฑ์ในต่างประเทศ และนำเข้ามาจำหน่ายตัดราคาสินค้าในประเทศได้

การนำเข้าซ้อนมีข้อดีในการก่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้า แต่ปัญหาของการใช้มาตรการนี้คือ ปัญหาเกี่ยวกับการตรวจสอบราคาในประเทศต่างๆ ซึ่งเป็นการยากที่ภาคเอกชนจะสืบเสาะหาแหล่งสินค้านำเข้าได้โดยตนเอง รัฐควรอำนวยความสะดวกในเรื่องนี้ด้วยการจัดทำดัชนีราคาสินค้าที่มีความสำคัญ เช่น ราคายา เป็นต้น โดยเปรียบเทียบราคายาที่จำหน่ายในประเทศและในต่างประเทศ โดยอาจขอความช่วยเหลือทางด้านข้อมูลจากองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง เช่น องค์การอนามัยโลก (World Health Organization) เป็นต้น

๑.๔ กฎหมายการแข่งขันทางการค้า (competition law)

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๒๕ ห้ามมิให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด กระทำการในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า และมีพฤติกรรมที่เป็นการเอารัดเอาเปรียบคู่แข่งหรือผู้บริโภค กรณีที่ผู้ทรงสิทธิบัตรยาที่มีสิทธิในการผลิตและจำหน่ายสินค้าแต่เพียงผู้เดียว กระทำการกำหนดราคาสินค้าอย่างไม่เป็นธรรม ถือว่าเข้าข่ายเป็นความผิดตามกฎหมายนี้

ผู้ที่พบเห็นการกระทำที่เข้าข่ายเป็นการผิดกฎหมาย อาจทำการร้องเรียนต่อสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า สังกัดกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ เพื่อทำการสอบสวนดำเนินคดีเอากับผู้ประกอบการ หากผลการสอบสวนปรากฏว่ามีการกระทำตามที่กล่าวหา คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำการระงับการกระทำดังกล่าวได้ และนอกจากนี้ ผู้กระทำความผิดยังต้องรับผิดชอบในทางแพ่งและอาญา

กฎหมายนี้เป็นกฎหมายลักษณะเดียวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาด (Anti-trust law) ของสหรัฐฯ ที่กระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ ใช้ควบคุมการผูกขาดอย่างได้ผล ซึ่งกฎหมายลักษณะนี้มีใช้ในประเทศอุตสาหกรรมเกือบทุกประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะทำให้การดำเนินธุรกิจเป็นไปอย่างเสรี

และมีความเป็นธรรม ซึ่งหากมีการบังคับใช้อย่างเข้มงวดและจริงจังแล้วก็อาจเป็นเครื่องมือป้องกันการผูกขาดทางการค้าในประเทศไทยได้เช่นเดียวกัน

๑.๕ มาตรการควบคุมราคา (price control mechanism)

ประเทศไทยมีได้มีกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมราคาสินค้าชนิดหนึ่งชนิดใดเป็นการเฉพาะ คงมีแต่กฎหมายที่ใช้ในการควบคุมราคาสินค้าทั่วไป ซึ่งในปัจจุบันคือ พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. ๒๕๔๒ ที่อยู่ภายใต้การดูแลของกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์

มาตรา ๒๔ และ ๒๕ ของกฎหมายดังกล่าวให้อำนาจคณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ ที่จะประกาศให้สินค้าหรือบริการใดเป็นสินค้าหรือบริการควบคุม ซึ่งเมื่อประกาศเป็นสินค้าหรือบริการควบคุมแล้ว คณะกรรมการสามารถควบคุมราคาของสินค้าหรือบริการดังกล่าวได้ หรืออาจกำหนดอัตรากำไรสูงสุดต่อหน่วยของสินค้าหรือบริการนั้น หรืออาจกำหนดเงื่อนไขอื่น ๆ เกี่ยวกับการผลิตหรือจำหน่ายสินค้าหรือบริการดังกล่าว

โดยสรุป กฎหมายไทยมีมาตรการที่เพียงพอต่อการควบคุมราคาสินค้าที่เพียงพอ โดยเฉพาะต่อการควบคุมราคายา เพื่อส่งเสริมเสริมการเข้าถึงยาที่จำเป็น กฎหมายสิทธิบัตรของไทยเปิดโอกาสให้มีการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิอย่างกว้างขวาง ทั้งที่เป็นมาตรการบังคับใช้สิทธิโดยเอกชน และการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยรัฐบาล (Government Use) โดยการใช้สิทธิโดยเอกชนจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ทรงสิทธิบัตรไม่ผลิตหรือขายผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรนั้น หรือเมื่อมีการขายผลิตภัณฑ์นั้นในราคาที่สูงเกินสมควรหรือไม่เพียงพอต่อความต้องการของประชาชน ส่วนการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยรัฐอาจเกิดขึ้นได้ในหลายกรณี เช่น เพื่อป้องกันหรือบรรเทาการขาดแคลนอาหาร ยาหรือสิ่งอุปโภคบริโภคอย่างรุนแรง หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น เป็นต้น

ในการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิดังกล่าวข้างต้น เอกชนหรือรัฐต่างต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้ทรงสิทธิด้วย แต่การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหล่านี้มีอุปสรรคที่สำคัญ ๒ ประการคือ อุปสรรคทางการเมืองและทางกฎหมาย สำหรับอุปสรรคทางการเมืองคือ ประเทศที่เป็นมหาอำนาจทางเศรษฐกิจมักจะกดดันไม่ให้ประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพราะจะเป็นการกระทบกระเทือนต่อผลประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิบัตรซึ่งมักจะเป็นผู้ประกอบการในประเทศคู่ค้า โดยประเทศคู่ค้าของไทยมักข่มขู่ว่าจะใช้มาตรการตอบโต้ทางการค้าหากประเทศไทยใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ ด้วยเหตุนี้เองจึงทำให้ประเทศไทยและประเทศกำลังพัฒนาอื่นไม่สามารถใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้

ส่วนอุปสรรคทางกฎหมายนั้นเกิดขึ้นจากการที่ความตกลงทริปส์มาตรา ๓๑(f) ได้กำหนดไว้ว่าผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นตามมาตรการบังคับใช้สิทธินั้นสามารถนำไปจำหน่ายได้ในประเทศที่ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเท่านั้น การกำหนดหลักการเช่นนี้ทำให้ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ที่ไม่มีศักยภาพในด้านเทคโนโลยีเพียงพอในการผลิตยาไม่สามารถอนุญาตให้บริษัทผลิตยาสามัญในต่างประเทศผลิตผลิตภัณฑ์ยานั้น แล้วนำผลิตภัณฑ์ยานั้นเข้ามาจำหน่ายในประเทศไทย เนื่องจากการผลิตผลิตภัณฑ์ยานั้นอาจเป็นการละเมิดสิทธิบัตรของผู้ทรงสิทธิบัตรนั้นในต่างประเทศ นอกจากนั้น แม้รัฐหรือเอกชนในประเทศกำลังพัฒนาจะมีศักยภาพเพียงพอในการผลิตผลิตภัณฑ์ยา แต่การกำหนดห้ามมิให้นำผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นตามมาตรการบังคับใช้สิทธินั้นออกจำหน่ายในต่างประเทศจะทำให้ต้นทุนในการผลิต

ผลิตภัณฑ์นั้นสูงขึ้นและไม่คุ้มค่าแก่การลงทุน ซึ่งนับว่าเป็นอุปสรรคอย่างยิ่งต่อการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิในประเทศกำลังพัฒนา

ในการประชุมคณะมนตรีองค์การการค้าโลกที่กรุงโดฮาเมื่อเดือนพฤศจิกายน ๒๐๐๑ ประเด็นเกี่ยวกับอุปสรรคของประเทศกำลังพัฒนาในการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิดังกล่าวข้างต้นได้ถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาอย่างจริงจัง และในที่สุดที่ปฏิญญาโดฮาว่าด้วยความตกลงทริปส์และสุขภาพ (Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health) ได้ตระหนักถึงปัญหาเหล่านี้และได้กำหนดให้คณะมนตรีของทริปส์ (TRIPS Council) ไปดำเนินการหาวิธีการในการแก้ไขอุปสรรคทางกฎหมายเช่นนี้ต่อไป

กฎหมายไทยนั้นมีความสำคัญและหลักการที่สอดคล้องกับความตกลงระหว่างประเทศทุกประการ โดยมีบทบัญญัติและมาตรการที่เหมาะสมที่อาจแก้ปัญหาการเข้าถึงยาได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ประเทศไทยมีปัญหาสำคัญจากการขาดเจตจำนงทางการเมือง (Political will) ที่จะบังคับใช้มาตรการในกฎหมาย อาทิ มักจะปฏิเสธไม่ยอมใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ ปลอมให้บริษัทข้ามชาติใช้สิทธิบัตรเป็นเครื่องมือผูกขาดตลาด กำหนดราคาขายได้ตามอำเภอใจ

ประเทศไทยนั้นมีศักยภาพด้านยา เนื่องจากมีองค์การเภสัชกรรมของรัฐที่มีศักยภาพ สามารถทำวิศวกรรมย้อนกลับ และสามารถผลิตยาที่มีสิทธิบัตร การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิจะทำให้กระทรวงสาธารณสุขมีทางเลือกที่หลากหลายในการส่งเสริมการเข้าถึงยาที่จำเป็น ไม่ว่าจะด้วยการนำเข้ายาชื่อสามัญที่มีราคาถูกจากต่างประเทศ หรือสามารถดึงบริษัทข้ามชาติมานั่งโต๊ะเจรจา เพื่อให้บริษัทลดราคายาลงจากที่จำหน่ายในตลาด ซึ่งหากไม่มีการลดราคารัฐบาลสามารถบังคับใช้สิทธิเพื่อให้มีการผลิตหรือนำเข้ายาออกจำหน่ายในราคาถูกลงต่อไป

อย่างไรก็ดี ประเทศไทยควรปรับปรุงระบบการจัดการสิทธิบัตร อาทิ ระบบการตรวจสอบและออกสิทธิบัตรให้มีประสิทธิภาพ เพื่อป้องกันผู้ทรงสิทธิขยายสิทธิผูกขาดเกินเลยกำหนดเวลาการคุ้มครองตามกฎหมาย (patent evergreening) รวมทั้งควรมีกองกรังข้อพิพาท และมีแนวทางกำหนดค่าชดเชยที่เหมาะสมให้กับผู้ทรงสิทธิบัตร อันจะทำให้การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิตามกฎหมายของไทยมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ประเด็น	ความตกลงระหว่างประเทศ	กฎหมายไทย	ความเห็นและข้อเสนอแนะ
คุ้มครองผลิตภัณฑ์ยา	TRIPS Agreement, Article 27.1 ความตกลงทริปส์กำหนดให้มีการคุ้มครองเทคโนโลยีในทุกสาขาของเทคโนโลยี รวมทั้งจะต้องคุ้มครองผลิตภัณฑ์ยา อย่างไรก็ตาม ความตกลงทริปส์ไม่ได้กำหนดรายละเอียดว่า จะต้องคุ้มครองผลิตภัณฑ์ยาในลักษณะใดบ้าง เช่น ไม่ได้กำหนดบังคับให้คุ้มครองยาที่ไม่ใช่ผลิตภัณฑ์โดยตรง แต่เป็นการประดิษฐ์	พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๓, ๕, ๖, ๗ และ ๘ กำหนดให้มีการคุ้มครองยาที่เป็นผลิตภัณฑ์ และกรรมวิธีเท่านั้น โดยไม่คุ้มครองยาที่ไม่ใช่ผลิตภัณฑ์โดยตรง	กฎหมายไทยปัจจุบันคุ้มครองยาทั้งที่เป็นผลิตภัณฑ์และกรรมวิธี พ.ร.บ. สิทธิบัตรฯ ไม่ได้บัญญัติว่า การประดิษฐ์ประเภท “New uses”, “New formulations”, “New methods, modifications or variations” เป็นสิ่งขอรับสิทธิบัตรได้หรือไม่ กรณีจึงขึ้นอยู่กับแนวปฏิบัติ

ประเด็น	ความตกลงระหว่างประเทศ	กฎหมายไทย	ความเห็นและข้อเสนอแนะ
	ที่เกี่ยวกับยา เช่น “การใช้ยาใหม่” (new uses) “สูตรตำรับยาใหม่” (new formulations) “กรรมวิธีการผลิตยาใหม่” (new methods) ฯลฯ ซึ่งบางประเทศอนุญาตให้สิทธิบัตรในการประดิษฐ์ด้านยาดังกล่าว บางประเทศก็ปฏิเสธไม่ให้		ของกรมทรัพย์สินทางปัญญาว่า จะถือว่าการประดิษฐ์ดังกล่าวเป็นการประดิษฐ์ที่มีคุณสมบัติในการขอรับสิทธิบัตรหรือไม่ ตามมาตรา ๓, ๕, ๖, ๗ และ ๙ ผู้วิจัยมีความเห็นว่าประเทศไทยควรจำกัดการคุ้มครองไว้เฉพาะที่เป็นการประดิษฐ์ผลิตภัณฑ์และกรรมวิธีเท่านั้น โดยไม่ควรคุ้มครองเทคโนโลยีที่ไม่ใช่ผลิตภัณฑ์โดยตรง
คุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ ประเภทการวินิจฉัยโรค (diagnostic) ประเภทอายุรกรรม (therapeutic) และ ศัลยกรรม (surgical)	TRIPS Agreement, Article 27.1, และ 27.3(a) ความตกลงทริปส์อนุญาตให้ประเทศสมาชิกยกเว้นไม่คุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ ทั้งที่เป็นการวินิจฉัยโรค (diagnostic) อายุรกรรม (therapeutic) และศัลยกรรม (surgical)	พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๓, ๘ และ ๙ (๔), (๕) สอดคล้องกับความตกลงทริปส์ โดยไม่คุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์ประเภทการวินิจฉัยโรค (diagnostic) อายุรกรรม (therapeutic) และศัลยกรรม (surgical)	- พ.ร.บ. สิทธิบัตรฯ มาตรา ๙ บัญญัติว่า การประดิษฐ์ประเภท วิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคนุญช์ หรือสัตว์ เป็นสิ่งที่ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ - มาตรา ๘ ยังห้ามมิให้ขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ที่ไม่อาจประยุกต์ใช้ทางอุตสาหกรรมได้ - ประเทศไทยควรคงกฎหมายตามที่เป็นอยู่ โดยไม่ควรมุ่งให้การคุ้มครองการประดิษฐ์ประเภทการวินิจฉัยโรค (diagnostic) อายุรกรรม (therapeutic) และศัลยกรรม (surgical)
การขยายอายุสิทธิบัตรสำหรับเวลาที่เสียไปจากการขึ้นทะเบียนตำรับยา	- ปรากฏอยู่ใน US FTAs, EU FTAs, and TPP - ความตกลงระหว่างประเทศกำหนดให้ขยายอายุสิทธิบัตรการประดิษฐ์ออกไป ที่เสียเวลาจำหน่ายในท้องตลาดไป เนื่องจากการขึ้นทะเบียนตำรับยา	- ไม่ปรากฏ - กฎหมายไทยไม่อนุญาตให้มีการขยายอายุสิทธิบัตร ไม่ว่าในกรณีใด	- ความตกลงเอฟทีเอต่างๆ ให้ขยายอายุสิทธิบัตรเกิน ๒๐ ปี สำหรับผลิตภัณฑ์ยาใหม่ที่มีการขึ้นทะเบียนตำรับยาต้องเน้นซ้ำออกไป “ขึ้นทะเบียนเน้นซ้ำ” หมายความว่า

ประเด็น	ความตกลงระหว่างประเทศ	กฎหมายไทย	ความเห็นและข้อเสนอแนะ
			๔ ปี นับจากวันขอรับสิทธิบัตร - กำหนดให้ขยายอายุสิทธิบัตรออกไปไม่เกิน ๕ ปี - ประเทศไทยควรปฏิเสธหลักการนี้ เพราะจะทำให้มีการผูกขาดผลิตภัณฑ์ยาวนานขึ้น
การคัดค้านและการเพิกถอนสิทธิบัตร	- Paris Convention - TRIPS Agreement - อนุสัญญากรุงปารีส และความตกลงทริปส์ กำหนดให้ประเทศสมาชิกจัดให้มีระบบการคัดค้านและการเพิกถอนสิทธิบัตรได้	พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๓๑ พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๕๔ และ ๕๕ กฎหมายสอดคล้องกับความตกลงระหว่างประเทศไทยที่ไทยเป็นสมาชิกอยู่	- มาตรา ๓๑ อนุญาตให้มีการคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตรได้ ภายใน ๙๐ วัน นับแต่วันประกาศโฆษณาคำขอ - มาตรา ๕๔ และ ๕๕ กำหนดให้ศาลและอธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาเพิกถอนสิทธิบัตรได้ - กฎหมายไทยมีความเหมาะสมดีแล้ว การคัดค้านและการเพิกถอนสิทธิบัตรจะทำให้รัฐและสาธารณชนป้องกันการคุ้มครองการประดิษฐ์ที่ไม่มีคุณสมบัติที่จะขอรับสิทธิบัตร
การเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์	- TRIPS Agreement, Art. 29 - Budapest Treaty on the International Recognition of the Deposit of Microorganisms for the Purposes of Patent Procedure - ปรากฏอยู่ใน US FTAs, EU FTAs, and TPP กำหนดให้มีการฝากตัวอย่างจุลชีพ ตามสนธิสัญญาบูดาเปสต์	พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๑๗ (๓) การเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ต่อกระทำเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น กฎหมายไทยไม่อนุญาตให้มีการฝากตัวอย่างจุลชีพ ตามสนธิสัญญาบูดาเปสต์	- พ.ร.บ. สิทธิบัตรฯ กำหนดให้มีการเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์อย่างชัดเจน - กฎหมายกำหนดให้เปิดเผยวิธีการในการประดิษฐ์ที่ดีที่สุด (best mode) - ประเทศไทยไม่เป็นภาคีสันธิสัญญาบูดาเปสต์ และไม่มีข้อกำหนดเรื่องการฝากตัวอย่างจุลชีพ - ไทยอาจพิจารณาเข้าเป็นภาคีสันธิสัญญาบูดาเปสต์ เพื่อให้การขอรับ

ประเด็น	ความตกลงระหว่างประเทศ	กฎหมายไทย	ความเห็นและข้อเสนอแนะ
การให้สิทธิเด็ดขาดสำหรับข้อมูลยา (data exclusivity)	• TRIPS Agreement, Art. 39 • US FTAs, EU FTAs, and TPP • ความตกลงระหว่างประเทศประเภททวิภาคี ภูมิภาคนิยม เช่น ความตกลงเอฟทีเอต่างๆ กำหนดหลักการทริป์สพลัส (TRIPS-Plus) ที่ให้ขยายความคุ้มครองไปยังข้อมูลการทดลองยา (clinical test data) ด้วย โดยเป็นการคุ้มครองในลักษณะการให้สิทธิเด็ดขาดในข้อมูลเป็นกำหนดเวลา ๕-๑๐ ปี	• พระราชบัญญัติยา พ.ศ. ๒๕๑๐ • กฎหมายไทยไม่ให้สิทธิเด็ดขาดเหนือข้อมูลด้านยา เพียงแต่ห้ามการนำข้อมูลไปใช้ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูล	สิทธิบัตรจุลชีพกระทำได้ง่ายขึ้น • พ.ร.บ. ยาฯ ให้เจ้าหน้าที่รัฐเก็บรักษาข้อมูลที่ใช้ในการขึ้นทะเบียนตำรับยาไว้เป็นความลับ • ทั้งกฎหมายไทยและความตกลงทริป์สไม่ได้กำหนดให้รัฐให้สิทธิเด็ดขาดสำหรับข้อมูลยา (data exclusivity) แก่เจ้าของยาต้นฉบับ ดังที่มีการเรียกร้องกันในความตกลงเอฟทีเอต่างๆ ซึ่งจะมีผลเป็นการห้ามใช้ข้อมูลการทดลองยา (clinical trial data) ของบริษัทต้นตำรับ เพื่อขอขึ้นทะเบียนยาชื่อสามัญ • ประเทศไทยควรปฏิเสธหลักการนี้ เพราะจะทำให้มีการผูกขาดผลิตภัณฑ์ยายาวนานขึ้น
เชื่อมโยงการขอรับสิทธิบัตรกับการขึ้นทะเบียนตำรับยา (Patent/Registration Linkage)	• US FTAs, EU FTAs, and TPP • ความตกลงระหว่างประเทศประเภททวิภาคี ภูมิภาคนิยม เช่น ความตกลงเอฟทีเอต่างๆ กำหนดหลักการทริป์สพลัส (TRIPS-Plus) ที่ให้เจ้าหน้าที่ผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรและเจ้าหน้าที่ผู้รับขึ้นทะเบียนตำรับยาแจ้งให้ข้อมูลแก่กันและกัน หากตรวจพบการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิบัตร	ไม่ปรากฏ	• ห้ามรับขึ้นทะเบียนตำรับยา สำหรับผลิตภัณฑ์ยา หากยานั้นได้รับการคุ้มครองสิทธิบัตรที่มีผู้อื่นเป็นผู้ทรงสิทธิ • ทำให้สำนักงานอาหารและยา กลายเป็นเจ้าหน้าที่บังคับสิทธิบัตร • ผู้ทรงสิทธิสามารถบังคับสิทธิตามสิทธิบัตร โดยไม่ต้องใช้สิทธิทางศาล
การใช้สิทธิโดยรัฐบาล (government use) และมาตรการบังคับใช้	• TRIPS Agreement, Art. 31 • Doha Declaration on	• พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๔๖, ๔๗, ๕๑ และ ๕๒	• มาตรา ๔๖ ว่าด้วยมาตรการบังคับใช้สิทธิโดยเอกชน เนื่องจากไม่มี

ประเด็น	ความตกลงระหว่างประเทศ	กฎหมายไทย	ความเห็นและข้อเสนอแนะ
สิทธิ (compulsory licensing)	TRIPS and Public Health การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อแก้ปัญหาขาดแคลนยา หรือขาดแคลนยา เป็นสิ่งที่รัฐสามารถกระทำภายใต้ความตกลงทริปส์ และปฏิญญาโดฮา	กฎหมายไทยมีบทบัญญัติที่สอดคล้องกับความตกลง ทริปส์ และปฏิญญาโดฮา โดยอาจแยกมาตรการบังคับใช้สิทธิตามกฎหมายไทยออกได้เป็นมาตรการบังคับใช้สิทธิโดยเอกชน และโดยรัฐ	การใช้งานสิทธิบัตร (non-working) - มาตรา ๔๗ ว่าด้วย มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยเอกชน เนื่องจากสิทธิบัตรสองฉบับเกี่ยวข้องกัน - มาตรา ๕๑ ว่าด้วย มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยรัฐ ใช้เพื่อประโยชน์ในการประกอบกิจการอันเป็นสาธารณะ - มาตรา ๕๒ ว่าด้วย มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยรัฐ ใช้ในกรณีจำเป็นและในภาวะฉุกเฉิน - กฎหมายไทยในปัจจุบันถูกต้องและสอดคล้องกับความตกลงทริปส์และปฏิญญาโดฮา ยกเว้นยังขาดมาตรการบังคับใช้ในกรณีต่อไปนี้ - มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อส่งออก เพื่อแก้ปัญหาการเข้าถึงยาตามความตกลง ทริปส์ ข้อ ๓๑(f) และ Decisions of the WTO General Council, ๒๐๐๓ and ๒๐๐๕ - มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อเยียวยาการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน
การนำเข้าซ้อน (parallel import)	- TRIPS Agreement, Art. 6 - Doha Declaration on TRIPS and Public Health	พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๓๖ (๗)	การนำเข้ายาที่จำหน่ายในต่างประเทศโดยผู้ทรงสิทธิบัตรหรือด้วยความยินยอมของผู้ทรงสิทธิบัตร ไม่เป็นการละเมิดสิทธิตามกฎหมายไทย
กฎหมายการแข่งขันทางการค้า (competition)	• ไม่มี	พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.	• ห้ามมิให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด

ประเด็น	ความตกลงระหว่างประเทศ	กฎหมายไทย	ความเห็นและข้อเสนอแนะ
law)		๒๕๔๒ มาตรา ๒๕	กระทำการในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า และมีพฤติกรรมที่เป็นการเอารัดเอาเปรียบคู่แข่งหรือผู้บริโภค • กรณีที่ผู้ทรงสิทธิบัตรยาที่มีสิทธิในการผลิตและจำหน่ายสินค้าแต่เพียงผู้เดียว กระทำการกำหนดราคาสินค้าอย่างไม่เป็นธรรม ถือว่าเข้าข่ายเป็นความผิดตามกฎหมายนี้
มาตรการควบคุมราคา (price control)	• ไม่มี	พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๒๔ และ ๒๕	• คณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ อาจประกาศให้สินค้าหรือบริการใดเป็นสินค้าหรือบริการควบคุมซึ่งเมื่อประกาศเป็นสินค้าหรือบริการควบคุมแล้ว คณะกรรมการสามารถควบคุมราคาของสินค้าหรือบริการดังกล่าวได้ หรืออาจกำหนดอัตรากำไรสูงสุดต่อหน่วยของสินค้าหรือบริการนั้น หรืออาจกำหนดเงื่อนไขอื่นๆ เกี่ยวกับการผลิตหรือจำหน่ายสินค้าหรือบริการดังกล่าว

๒. ทรัพย์สินทางปัญญา: กรณีการฉกฉวยทรัพย์สินทางปัญญา^{๒๐๔}

ในปัจจุบันปัญหาการลดลงของความหลากหลายทางชีวภาพเป็นสิ่งที่ได้รับการกล่าวถึงมากทั้งในประเทศและในระดับโลก ปัจจัยที่ส่งผลกระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพนั้นมีอยู่ด้วยกันหลายประการ ทั้งกิจกรรมต่างๆ ของมนุษย์ วิธีการพัฒนาที่ยั่งยืน การใช้เทคโนโลยีหรือกรรมวิธีการปรับปรุงพันธุ์ และการเกษตรแผนใหม่ ซึ่งมีผลกระทบต่อเกษตรแบบดั้งเดิม ล้วนแต่เป็นตัวการที่ก่อให้เกิดการลดลงของความหลากหลายทางชีวภาพทั้งสิ้น นอกจากนี้ ปัจจัยอื่น อาทิ การคุ้มครองสิทธิ

^{๒๐๔} ประเด็นต่างๆ ของกฎหมายสิทธิบัตรที่แสดงไว้ในตารางนี้ ไม่อาจอธิบายสาระสำคัญโดยละเอียดได้ทั้งหมด ผู้สนใจโปรดดู จักรกฤษณ์ ครอบงวน “กฎหมายสิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์ (พิมพ์ครั้งที่สาม)” กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติธรรม พ.ศ. ๒๕๕๖

ในทรัพย์สินทางปัญญาที่จำกัดสิทธิของเกษตรกรในการเก็บรักษา แลกเปลี่ยน หรือใช้เมล็ดพันธุ์ในการเพาะปลูก ยังมีส่วนให้เกิดการลดลงของความหลากหลายทางชีวภาพด้วย

การเจรจาเพื่อหาแนวทางแก้ปัญหาเกี่ยวกับการถกฉวยทรัพยากรชีวภาพยังคงดำเนินไปอย่างล่าช้า และมีความก้าวหน้าไม่มากนัก ปัญหาการพิสูจน์ถึงที่มาและความเป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมพืช จะเป็นปัญหาสำคัญในการอ้างสิทธิอธิปไตยแห่งรัฐเหนือทรัพยากร เนื่องจากประเทศในเขตร้อนมักจะมีทรัพยากรพันธุกรรมพืชชนิดเดียวกัน การพิสูจน์ความเป็นเจ้าของโดยอาศัยกรรมวิธี “DNA fingerprinting” แม้จะอยู่ในวิสัยที่จะทำได้ แต่ยังคงขาดความแน่นอนและมีปัญหาหลายประการ นอกจากนี้ การพิสูจน์ความเป็นเจ้าของจะกระทำได้อย่างยิ่งยั้ง หากเป็นการพิสูจน์เกี่ยวกับพืชดัดแปลงพันธุกรรม (genetically modified organisms) ที่มีการผสมผสานยีนของสิ่งมีชีวิตต่างสายพันธุ์หรือพืชต่างชนิดกัน มีข้อสังเกตว่ายีนของสิ่งมีชีวิตนั้นมีความสำคัญต่อการปรับปรุงพันธุ์พืชในปัจจุบัน โดยเฉพาะการใช้กรรมวิธีทางพันธุวิศวกรรมหรือการดัดแปลงพันธุกรรม ปัญหาทางกฎหมายอยู่ที่การพิสูจน์ว่า ยีนที่ใช้ในการปรับปรุงพันธุ์นั้นได้มาจากทรัพยากรพันธุกรรมพืชของประเทศใด ทั้งนี้ การพิสูจน์ที่มาของยีนจะกระทำต่อเมื่อมีการศึกษาลำดับยีน (Gene sequence) ของพืชชนิดนั้น และแม้จะมีการศึกษาลำดับยีน ลำดับยีนของพืชที่ทำการศึกษาไว้อาจจะเปลี่ยนแปลงได้โดยง่าย โดยที่ไม่แสดงการเปลี่ยนแปลงในการแสดงออกของยีน ซึ่งปัญหานี้จะทำให้การพิสูจน์ที่มาและความเป็นเจ้าของยีนอย่างถูกต้องไม่อาจกระทำได้อย่างง่าย การพิสูจน์ความเป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมพืช จะกระทำได้ง่ายกว่า ในกรณีที่พืชนั้นเป็นพันธุ์พืชเฉพาะถิ่นที่มีอยู่ในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งเพียงแห่งเดียว แต่กรณีเช่นนี้มักจะไม่มีเกิดขึ้นบ่อยนัก

ด้วยความยุ่งยากในการพิสูจน์ถึงความเป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมพืช สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร จึงได้นำระบบกองทุน (Mandatory fund) มาใช้ แทนที่จะใช้วิธีการพิสูจน์แหล่งที่มาหรือพิสูจน์ความเป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมพืชโดยตรง โดยระบบกองทุนดังกล่าวจะไม่จัดสรรผลประโยชน์โดยอาศัยหลักความเป็นเจ้าของ หากแต่เป็นการจัดสรรเพื่อผลประโยชน์ร่วมกันของภาคีสมาชิก และเพื่อใช้ในการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนซึ่งทรัพยากรพันธุกรรมพืช ทั้งนี้ โดยไม่คำนึงถึงแหล่งกำเนิดหรือความเป็นเจ้าของในทรัพยากร

ในเรื่องสิทธิของเกษตรกรเป็นเรื่องสำคัญอีกเรื่องหนึ่ง สนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชฯ ขององค์การเอฟเอโอ เป็นความตกลงระหว่างประเทศเพียงฉบับเดียวที่รับรองสิทธิเกษตรกรมาตรา ๙.๒ ของสนธิสัญญาบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า ในเรื่องการรับรองสิทธิของเกษตรกรนั้น ให้เป็นไปตามดุลยพินิจของภาคีสมาชิกว่าจะให้การรับรองสิทธิของเกษตรกรอย่างไร โดยมีได้กำหนดเป็นพันธกรณีบังคับให้ภาคีสมาชิกต้องออกกฎหมายมารับรอง “สิทธิของเกษตรกร” อย่างจริงจังซึ่งแตกต่างไปจากการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่กำหนดให้เป็นไปตามความตกลงระหว่างประเทศที่มีอยู่ ซึ่งก็คือภายใต้ความตกลงทริปส์ขององค์การการค้าโลกที่ให้การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในระดับสูง เมื่อสิทธิเกษตรกรมิได้ถูกรับรองในเชิงบังคับ เชื่อได้ว่าการรับรองสิทธิดังกล่าวในกฎหมายภายในคงจะมีแต่ประเทศกำลังพัฒนาเท่านั้น ส่วนประเทศที่พัฒนาแล้วส่วนใหญ่ ซึ่งได้แสดงท่าทีมาโดยตลอดว่าไม่ได้ให้ความสำคัญต่อสิทธิประเภทนี้คงจะไม่ให้การคุ้มครองสิทธิดังกล่าวภายใต้กฎหมายภายในของตน

กล่าวโดยสรุป “สิทธิของเกษตรกร” ในสนธิสัญญานี้ถูกกำหนดเป็นเพียงหลักการที่เป็นนามธรรมเท่านั้น โดยสนธิสัญญามีได้สร้างกลไกเพื่อรับรองสิทธิดังกล่าวให้เกิดผลจริงจังในทางปฏิบัติ

โดยปล่อยให้เป็นไปตามดุลยพินิจของภาคีสมาชิก อีกทั้งยังไม่มีมาตรการระหว่างประเทศที่จะบังคับให้มีการรับรองสิทธินี้อย่างจริงจังแต่อย่างใด

สำหรับประเทศไทยในปัจจุบันการรับรองสิทธิของเกษตรกรยังคงมีอยู่ในขอบเขตที่จำกัด เช่น พ.ร.บ. คຸ້ມครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้รับรองสิทธิของเกษตรกรเฉพาะในบางเรื่องเท่านั้น ดังเช่นใน มาตรา ๓๓ (๔) ที่แม้จะรับรองสิทธิของเกษตรกรที่จะใช้ส่วนขยายพันธุ์พืชที่ตนเองเป็นผู้ผลิตเพื่อการเพาะปลูกหรือขยายพันธุ์ แต่บทบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจอรัฐที่จะจำกัดปริมาณเมล็ดพันธุ์ที่จะใช้ไม่เกินสามเท่า ในกรณีที่รัฐเห็นสมควรที่จะส่งเสริมการปรับปรุงพันธุ์พืชดังกล่าว^{๒๐๕} นอกจากนี้ กฎหมายไทยยังไม่ถือว่าการแลกเปลี่ยนและการขายเมล็ดพันธุ์พืชโดยเกษตรกรเป็นสิทธิที่เกษตรกรมี ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติในสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชฯ

นอกจากนี้ พ.ร.บ. คຸ້ມครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ ยังรับรองสิทธิเกษตรกรในการคຸ້ມครองภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยให้เกษตรกรในนามของชุมชนท้องถิ่นขอรับความคຸ້ມครองพันธุ์พืชใหม่และพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นได้ อีกทั้งเกษตรกรยังมีสิทธิที่จะได้รับประโยชน์จากกองทุนคຸ້ມครองพันธุ์พืช รวมทั้งมีสิทธิที่จะมีตัวแทนในคณะกรรมการคຸ້ມครองพันธุ์พืช แต่สิทธิของเกษตรกรตามบทบัญญัติสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร มีความหมายที่กว้างกว่าสิทธิในกฎหมายไทย โดยรวมถึงสิทธิในด้านการคຸ້ມครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช สิทธิในการร่วมแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช และสิทธิในการร่วมตัดสินใจเรื่องการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ซึ่งทรัพยากรพันธุกรรมพืชในระดับชาติ

ในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญา เช่นเดียวกับการคຸ້ມครองทรัพย์สินทางปัญญาสาขาอื่นๆ การคຸ້ມครองพันธุ์พืชจำเป็นต้องมีการคำนึงถึงผลทางเศรษฐกิจสังคมของประเทศในระยะยาว ไม่ว่าจะเป็นผลที่จะมีต่อการผูกขาดข้อมูลความรู้ ผลต่อการวิจัยและพัฒนา ผลต่อการพัฒนาปรับปรุงพันธุ์พืชให้สอดคล้องเหมาะสมกับความต้องการของภาคการเกษตรของประเทศ รวมทั้งต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อเกษตรกร ทั้งในด้านราคาเมล็ดพันธุ์ ต้นทุนการผลิต และโอกาสที่เกษตรกรของประเทศจะเข้าถึงเมล็ดพันธุ์พืชใหม่ที่ปรับปรุงขึ้น

ระบบกฎหมายเพื่อการคຸ້ມครองพันธุ์พืชได้ถูกพัฒนาขึ้นภายใต้สภาพเศรษฐกิจสังคมเกษตรกรรมแบบตะวันตก ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะเป็นระบบเกษตรเชิงพาณิชย์ขนาดใหญ่ โดยมีเป้าหมายส่งเสริมการดำเนินการเกษตรโดยบริษัทขนาดใหญ่ บริษัทเมล็ดพันธุ์ และนักปรับปรุงพันธุ์เอกชน ซึ่งบุคคลเหล่านี้ต่างเรียกร้องให้มีการคຸ້ມครองผลงานทางปัญญา เพื่อชดเชยค่าใช้จ่ายที่สูญเสียไปกับการพัฒนาปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่

แต่นั้นคือความคิดเห็นและข้อเรียกร้องของธุรกิจเอกชน ที่เพิ่งรุกคืบเข้าสู่ภาคการเกษตรเมื่อไม่นานมานี้ ตั้งแต่อดีตกาลเกษตรกรรมทั้งในประเทศที่พัฒนาแล้วและกำลังพัฒนาล้วนแต่มีจารีตประเพณีในการเก็บรักษา แลกเปลี่ยน ขาย และนำกลับมาปลูกซ้ำอีกซึ่งเมล็ดพันธุ์ที่ได้จากผลผลิตในแปลงเพาะปลูกของเกษตรกร ซึ่งจารีตเช่นนี้ได้ส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของบริษัทเมล็ดพันธุ์ เนื่องจากการใช้เมล็ดพันธุ์ที่เกิดจากแปลงเพาะปลูก (Farm-saved seeds) ของเกษตรกร จะช่วยให้เกษตรกรไม่ต้องซื้อเมล็ดพันธุ์จากบริษัทในทุกฤดูกาล วิสาหกิจต่างๆ เหล่านี้จึงได้ผลักดันระบบกฎหมายที่จะห้ามมิให้เกษตรกรเก็บรักษาเมล็ดพันธุ์เพื่อใช้ในการผลิตในฤดูกาลถัดไป

^{๒๐๕} พ.ร.บ. คຸ້ມครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๓๓ (๔)

ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตร (รวมทั้งกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชตามอนุสัญญาอุปอพลบปี ค.ศ. ๑๙๙๑) เกษตรกรไม่อาจขายหรือแลกเปลี่ยนเมล็ดพันธุ์ระหว่างกัน อีกทั้งยังไม่อาจเก็บเมล็ดพันธุ์สำหรับการเพาะปลูกในแปลงของตนเองในฤดูกาลถัดไป ซึ่งข้อห้ามเหล่านี้ได้ช่วยส่งเสริมการขายและเพิ่มอำนาจตลาดให้กับบริษัทเมล็ดพันธุ์ แต่ขณะเดียวกันก็ได้ทำลายจารีตประเพณีการเกษตรที่ได้ถือปฏิบัติติดต่อกันมาเป็นเวลายาวนานให้หมดสิ้นไป

ประเด็น	ความตกลงระหว่างประเทศ	กฎหมายไทย	ความเห็นและข้อเสนอแนะ
คุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ (new plant varieties)	• TRIPS Agreement, Article 27.1, 27.2 และ 27.3 (b) • ความตกลงทริปส์กำหนดให้มีการคุ้มครองพันธุ์พืชโดยกฎหมายสิทธิบัตร หรือกฎหมายลักษณะเฉพาะ โดยมีข้อยกเว้นบางประการ	• พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๙ (๑) • พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๒๒ • ประเทศไทยมีกฎหมายลักษณะเฉพาะเพื่อการคุ้มครองพันธุ์พืช โดยไม่คุ้มครองสิทธิบัตรพันธุ์พืช กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของไทยคือ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๒๒	• การยกเว้นไม่คุ้มครองพันธุ์พืชโดยกฎหมายสิทธิบัตร หากแต่คุ้มครองโดยกฎหมายลักษณะเฉพาะมีความเหมาะสมดีแล้ว เพื่อป้องกันการให้สิทธิเด็ดขาดโดยสมบูรณ์ โดยกฎหมายสิทธิบัตร ซึ่งจะก่อให้เกิดผลกระทบหลายประการ
คุ้มครองพันธุ์สัตว์ (animal varieties)	• TRIPS Agreement, Article 27.1, 27.2 และ 27.3 (b) • ความตกลงทริปส์ให้สิทธิประเทศสมาชิกที่จะเลือกไม่คุ้มครองพันธุ์สัตว์	• ไม่ปรากฏ • กฎหมายไทยไม่คุ้มครองพันธุ์สัตว์	• ประเทศไม่คุ้มครองพันธุ์สัตว์ด้วยกฎหมายใดทั้งสิ้น อันสอดคล้องตามความตกลงทริปส์ ที่ไม่มีพันธกรณีให้คุ้มครองพันธุ์สัตว์ ซึ่งมีความเหมาะสมดี เพื่อป้องกันผลกระทบในทางเศรษฐกิจ สังคม และจริยธรรม ที่อาจเกิดขึ้นจากการคุ้มครองพันธุ์สัตว์
คุ้มครองจุลชีพ (microorganisms)	• TRIPS Agreement, Article 27.1, 27.2 และ 27.3 (b) • ความตกลงทริปส์กำหนดว่าประเทศสมาชิกจะต้องคุ้มครองจุลชีพ	• พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๙ (๑) • กฎหมายไทยอนุญาตให้รับจดทะเบียนสิทธิบัตรสำหรับการประดิษฐ์ที่เป็นจุลชีพได้	• ประเทศคุ้มครองสิทธิบัตรจุลชีพ หากจุลชีพนั้นไม่ได้เกิดมีอยู่ตามธรรมชาติ • บทบัญญัติในกฎหมายไทยมีความเหมาะสมดีแล้ว
คุ้มครองยีน (genes) และลำดับยีน (gene sequences)	• TRIPS Agreement, Article 27.1, 27.2 และ 27.3 (b) • ความตกลงทริปส์ไม่ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกคุ้มครองยีนและลำดับยีน	• พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๓, ๕, ๖, ๗ และ ๙ • กฎหมายไทยไม่คุ้มครองยีนและลำดับยีน	• พ.ร.บ. สิทธิบัตรฯ มาตรา ๙ บัญญัติว่า การประดิษฐ์ประเภทสัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช เป็นสิ่งที่ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ • ยีนและลำดับยีน อาจไม่ใช่

ประเด็น	ความตกลงระหว่างประเทศ	กฎหมายไทย	ความเห็นและข้อเสนอแนะ
			การประดิษฐ์ขึ้นใหม่ เพราะเป็นสิ่งที่มิได้อยู่ตามธรรมชาติ (product of nature) หรืออาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี • การที่กฎหมายไทยไม่คุ้มครองยีนหรือลำดับยีน นับว่ามีความเหมาะสมดีแล้ว
คัมครองจุลชีววิทยา (microbiological processes) แต่อาจยกเว้นไม้มค้มครองกรรมวิธีทางชีววิทยาเพื่อการผลิตพืชหรือสัตว์ (essentially biological processes)	• TRIPS Agreement, Article 27.1, 27.2 และ 27.3 (b) • ความตกลงทริปส์กำหนดคัมครองจุลชีววิทยา แต่ไม่ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกคัมครองกรรมวิธีทางชีววิทยาเพื่อการผลิตพืชหรือสัตว์	• พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๓, ๕, ๖, ๗ และ ๙ กฎหมายไทยคัมครองกรรมวิธีทางจุลชีววิทยา • กรรมวิธีทางชีววิทยาเพื่อการผลิตพืชหรือสัตว์ ไม่อาจขอรับความคุ้มครองได้ เพราะมิใช่การประดิษฐ์ ตามคำนิยามในมาตรา ๓ แห่ง พ.ร.บ. สิทธิบัตรฯ	• กฎหมายไทยในเรื่องนี้มี ความเหมาะสมดีแล้ว
คัมครองภูมิปัญญาท้องถิ่น	• CBD, Art. 8(j) • อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ ส่งเสริมให้มีการคัมครองภูมิปัญญาท้องถิ่น	• พ.ร.บ. คัมครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๒๒ หมวด ๔ • พ.ร.บ. คัมครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒ • ไทยมีกฎหมาย ๒ ฉบับที่คัมครองภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยคัมครองพันธุ์พืชพื้นเมืองดั้งเดิมและภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เช่น สูตรหรือตำรับยา เป็นต้น	• ไม่มีความตกลงระหว่างประเทศกำหนดพันธกรณีให้คัมครองภูมิปัญญาดั้งเดิมและภูมิปัญญาท้องถิ่น • อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ ข้อ ๘ (เจ) สนับสนุนให้ประเทศสมาชิกคัมครองภูมิปัญญาท้องถิ่น • กฎหมายไทยคัมครองภูมิปัญญาดั้งเดิมสองลักษณะได้แก่ พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นและพันธุ์พืชพื้นเมืองดั้งเดิมและภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ภายใต้กฎหมายสองฉบับ • ไทยอาจขยายความ

ประเด็น	ความตกลงระหว่างประเทศ	กฎหมายไทย	ความเห็นและข้อเสนอแนะ
			คุ้มครอง ไปยังภูมิปัญญาท้องถิ่น ลักษณะอื่นด้วย
รับรองสิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights)	• UPOV Convention • ITPGRFA • ความตกลงระหว่างประเทศสองฉบับกำหนดให้มีการรับรองสิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights)	• พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๓๓ (๔) • มีกฎหมายไทยเพียงฉบับเดียวที่ให้การรับรองสิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights)	• ไทยไม่ได้รับรองสิทธิของเกษตรกรแบบสมบูรณ์ตามสนธิสัญญาว่าด้วยการทรัพยากรพันธุกรรมพืชฯ ของเอฟเอโอ • กฎหมายรับรองสิทธิของเกษตรกรเพียงประการเดียว ได้แก่ สิทธิของเกษตรกรที่จะเก็บส่วนขยายพันธุ์ที่ตนเองเป็นผู้ผลิตไว้เพื่อการเพาะปลูกในฤดูกาลถัดไป (farm-saved seeds) ตามกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช • ไทยอาจขยายความคุ้มครองและให้การรับรองสิทธิเกษตรกร ให้เป็นไปตามความตกลงระหว่างประเทศ
คุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช	• CBD, Art.15 • ITPGRFA • ความตกลงระหว่างประเทศสองฉบับกำหนดให้มีการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช	• พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๒๒ • พ.ร.บ. คุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒ • พ.ร.บ. ต่างๆ ที่ห้ามการเข้าถึงหรือใช้ประโยชน์จากทรัพยากรในเขตพื้นที่หวงห้าม เช่น พ.ร.บ. ป่าไม้ฯ พ.ร.บ. อุทยานแห่งชาติฯ พ.ร.บ. ป่าสงวนแห่งชาติฯ เป็นต้น	• ไม่มีความตกลงระหว่างประเทศกำหนดพันธกรณีให้คุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช • อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ ข้อ ๑๕ สนับสนุนให้ประเทศสมาชิกกำหนดกฎเกณฑ์การเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ (พืช) ได้แก่ หลัก Prior Informed Consent และ หลักการ Access and Benefit Sharing • กฎหมายไทยคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช ได้แก่ พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น และพันธุ์พืชพื้นเมืองดั้งเดิมในกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช และคุ้มครองสมุนไพรภายใต้กฎหมาย

ประเด็น	ความตกลงระหว่างประเทศ	กฎหมายไทย	ความเห็นและข้อเสนอแนะ
			ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย • กฎหมายไทยหลายฉบับได้ห้ามการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ (พืช) โดยจำแนกตามลักษณะพื้นที่ • ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่จะปฏิบัติตามสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชฯ ที่ให้กำหนดเกณฑ์การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชในธนาคารเชื้อพันธุ์ต่างๆ (Gene banks)
คุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมสัตว์	• CBD, Art.15 • มีความตกลงระหว่างประเทศเพียงฉบับเดียวกำหนดให้มีการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมสัตว์	• พ.ร.บ. ต่างๆ ที่ห้ามการเข้าถึงหรือใช้ประโยชน์จากทรัพยากรในเขตพื้นที่หวงห้าม เช่น พ.ร.บ. ป่าไม้ฯ พ.ร.บ. อุทยานแห่งชาติฯ พ.ร.บ. ป่าสงวนแห่งชาติฯ เป็นต้น	• ไม่มีความตกลงระหว่างประเทศกำหนดพันธกรณีให้คุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมสัตว์ • อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ ข้อ ๑๕ สนับสนุนให้ประเทศสมาชิกกำหนดกฎเกณฑ์การเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ (สัตว์) ได้แก่ หลัก Prior Informed Consent และ หลักการ Access and Benefit Sharing • กฎหมายไทยไม่มีกฎหมายลักษณะเฉพาะเพื่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมสัตว์ • กฎหมายไทยหลายฉบับได้ห้ามการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ (สัตว์) โดยจำแนกตามลักษณะพื้นที่
คุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมจุลชีพ	• CBD, Art.15 • มีความตกลงระหว่างประเทศเพียงฉบับเดียวกำหนดให้มีการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมจุลชีพ	• พ.ร.บ. ต่างๆ ที่ห้ามการเข้าถึงหรือใช้ประโยชน์จากทรัพยากรในเขตพื้นที่หวงห้าม เช่น พ.ร.บ. ป่าไม้ฯ พ.ร.บ. อุทยานแห่งชาติฯ พ.ร.บ. ป่า	• ไม่มีความตกลงระหว่างประเทศกำหนดพันธกรณีให้คุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมจุลชีพ • อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ ข้อ ๑๕ สนับสนุนให้ประเทศ

ประเด็น	ความตกลงระหว่างประเทศ	กฎหมายไทย	ความเห็นและข้อเสนอแนะ
		สงวนแห่งชาติฯ เป็นต้น	สมาชิกกำหนดกฎเกณฑ์การเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ (จุลชีพ) ได้แก่ หลัก Prior Informed Consent และหลักการ Access and Benefit Sharing • กฎหมายไทยไม่มีกฎหมายลักษณะเฉพาะเพื่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมจุลชีพ • กฎหมายไทยหลายฉบับได้ห้ามการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ (จุลชีพ) โดยจำแนกตามลักษณะพื้นที่
การเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์	• CBD • ITPGR • Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits • ความตกลงระหว่างประเทศได้กำหนดหลักการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์	• พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๒๒	• ความตกลงระหว่างประเทศกำหนดหลักการและให้มีการจัดทำกฎเกณฑ์ว่าด้วยการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพ • ไทยมีกฎหมายเพียงฉบับเดียวที่กำหนดให้มีจัดทำหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช แต่จนถึงปัจจุบันยังไม่มีการจัดทำเกณฑ์ในเชิงรายละเอียด • ไทยไม่มีเกณฑ์การเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์เกี่ยวกับทรัพยากรอื่นนอกจากทรัพยากรพืช

- จักรกฤษณ์ ควรพจน์ “ทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้เอฟทีเอ ไทย-สหรัฐฯ: ผลกระทบต่อการเกษตรไทย” เอกสารหมายเลข ๙ ของโครงการจัดกระแสดวงการค้าโลก
- จักรกฤษณ์ ควรพจน์, ศิริพร สัจจานนท์, บัณฑูร เศรษฐศิโรตม์, สมชาย รัตนเชื้อสกุล, นันทน อินทนนท์, ความตกลงพหุภาคีขององค์การค้าโลกกับผลกระทบต่อฐานทรัพยากร (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, ๒๕๔๘)
- จักรกฤษณ์ ควรพจน์ กฎหมายสิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์ (พิมพ์ครั้งที่สาม) กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติธรรม พ.ศ. ๒๕๕๖
- บัณฑูร เศรษฐศิโรตม์ และเจษฎ์ โทณะวณิก “การคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยในสถานการณ์สากลและผลกระทบจากความตกลงการค้าเสรีไทย - สหรัฐ” เอกสารประกอบการประชุมเรื่อง “การจัดทำเขตการค้าเสรีและผลกระทบด้านสุขภาพ: กรณี ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พันธุ์พืช และสมุนไพร” ๑๘ สิงหาคม ๒๕๔๗, หน้า ๑๓
- Abbott, F.M. (2002) ‘The Doha Declaration on The TRIPS Agreement and Public Health: Lighting a Dark Corner at the WTO’, *Journal of International Economic Law*, 5(2), 469-505.
- Abbott, F.M. and J.H. Reichman (2007) ‘The Doha Round’s Public Health Legacy: Strategies for the Production and Diffusion of Patented Medicines under the Amended TRIPS Provisions’, *Journal of International Economic Law*, 10, 921-987.
- Blakeney, Michael “Bioprospecting and the Protection of Traditional Knowledge of Indigenous Peoples: An Australian Perspective” *European Intellectual Property Review* 6, 298, 1997, p. 298.
- Carlos Correa (2001) “Traditional Knowledge and Intellectual Property: Issues and Options surrounding the Protection of Traditional Knowledge” The Quaker United Nations Office, Geneva
- Commission on Intellectual Property Rights, op cit, p. 96.
- Cornish, W. and D. Llewellyn (2007), *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights* 6th (ed.), London: Sweet & Maxwell.
- Crucible Group (1994) “People, Plants and Patents: The Impact of Intellectual Property on Biodiversity, Conservation, Trade and Rural Society”, International Development Research Centre, Ottawa.

- Daniel Alker, and Franz Heidhues (2001) “Farmers’ Rights and Intellectual Property Rights - Reconciling conflicting concepts” A Paper prepared for the conference on “Biotechnology, Science and Modern Agriculture: A New Industry at the Dawn of the Century” June 15 - 18, 2001, Ravello, Italy, p. 13.
- Danzon, M. and A. Towse (2005) ‘Theory and Implementation of Differential Pricing for Pharmaceuticals, in Maskus, K.E. and Reichman, J.H. (eds.), International Public Goods and Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime, Cambridge: Cambridge University Press, 425-456.
- Downes, D.R. (2000) “How Intellectual Property Could Be a Tool to Protect TK”, Columbia Journal of Environmental Law 25: 253.
- Gold, Richard, and Gallochat, Alain “The European Biotech Directive: Pastas Prologue” European Law Journal 7(3) 331, 2001, p. 331.
- Graham Dutfield “Protecting and Revitalising Traditional Ecological Knowledge: Intellectual Property Rights and Community Knowledge Databases in India” in Michael Blakeney (1999) “Intellectual Property Aspects of Ethnobiology” Sweet & Maxwell, p. 105.
- ICC Policy statement (2002) “Should patent applicants disclose the origin of biological materials on which they file patents? Should they demonstrate Prior Informed Consent (PIC) for their use?”(Document No. 450/941 Rev. 10). (available at http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/statements/2002/should%20patent%20applicants.asp)
- Khan, B.Z. (2002) ‘Intellectual Property and Economic Development: Lessons from American and European History’, Study Paper 1a, Commission on Intellectual Property Rights, London.
- Kuanpoth, J. (2002) ‘Technology Transfer in Thailand’ in Heath, C and K. Liu (eds.), Legal Rules of Technology Transfer in Asia, The Hague, London and New York: Kluwer Publisher International, 171-192.
- Kuanpoth, J. (2005) “Closing in on Biopiracy: Legal Dilemmas and Opportunities”, in Meléndez-Ortiz, R. and V. Sánchez (eds.), Trading in Genes: Development Perspectives on Biotechnology, Trade and Sustainability, Earthscan, London, pp.139-152.
- Kuanpoth, J. (2006) ‘Harmonisation of TRIPS-Plus IPR Policies and Potential Impacts on Technological Capability: A Case Study of the Pharmaceutical Industry in Thailand’, ICTSD Regional Research Agenda, Geneva

<http://www.iprsonline.org/unctadictsd/docs/Jakkrit-edited%20final%20draft%2001%20Nov%2006-.pdf>

- Kuanpoth, J. (2006) 'Patents and Access to Medicines in Thailand – The ddl case and beyond', *Intellectual Property Quarterly*, 2, 149-159.
- Kuanpoth, J. (2006) 'TRIPS-Plus Intellectual Property Rules: Impact on Thailand's Public Health', *Journal of World Intellectual Property*, 9(5), 573–591.
- Manuel Ruiz (2002) "The International Debate on Traditional Knowledge as Prior Art in the Patent System: Issues and Options for Developing Countries" South Center, p. 6.
- Mathew Stilwell (2001) "Review of Article 27.3 (B), Center for International Environmental Law" A paper prepared under the CIEL/South Centre joint project, pp. 5-6.
- Michael Blakeney (1999) "What is Traditional Knowledge? Why Should It Be Protected? Who Should Protect It? For Whom?: Understanding the Value Chain" A paper present at Roundtable on Intellectual Property and Traditional Knowledge, WIPO/IPTK/99/3, p. 2.
- Moran, Lucy "Intellectual Property Law Protection for Traditional and Sacred "Folklife Expressions - Will Remedies Become Available to Cultural Authors and Communities?" *The University of Baltimore Intellectual Property Law Journal* 6 99, 1998, p. 103-104.
- Richard Gold and Alain Gallochat (2001) "The European Directive on the Legal Protection of Biotechnological Inventions: History, Implementation, and Lessons for Canada" A Research Paper prepared for the Canadian Biotechnology Advisory Committee Project Steering Committee on Intellectual Property and the Patenting of Higher Life Forms, Ottawa, p. 7.
- Roht-Arriaza, N. (1996) "Of Seeds and Shamans: The Appropriation of the Scientific and Technical Knowledge of Indigenous and Local Communities", *Michigan Journal of International Law* 17: 919.
- Rural Advancement Foundation International (ରାଫାଆଇ) "Conserving Indigenous Knowledge: Integrating Two Systems of Innovation: An Independent Study by Rural Advancement Foundation International" United Nations Development Programme, New York
- S. Biber-Klemm "The Protection of Traditional Knowledge on the International Level – Reflections in Connection with World Trade" UNCTAD Expert Meeting on

- Systems and National Experiences for Protecting Traditional Knowledge, Innovations and Practices, 30 October – 1 November 2000, Geneva, p. 5.
- Secretariat of the Convention on Biological Diversity (2000) “Report of the Sixth Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity”, UNEP/CBD/COP/6/20.
- Stevenson, G.R. (2000) “Trade Secrets: The Secret to Protecting Indigenous Ethnobiological (Medicinal) Knowledge” New York University International Journal of Law & Policy 32: 1119.
- UNDP (1999) “Human Development Report”, New York.
- Urbanski, A. (1995) “Chemical Prospecting, Biodiversity Conservation, and the Importance of International Protection of Intellectual Property Rights in Biological Materials”, Buffalo Journal of International Law 2: 131.
- Van Overwalle, Geertrui “Belgium Goes Its Own Way on Biodiversity and Patents” European Intellectual Property Review 24(5) 233, 2002, p. 2.
- WHO/IUCN/WWF (1993) “Guideline for the Conservation of Medicinal Plants”, Gland, Switzerland
- WIPO (2000) “Protection of Traditional Knowledge: A Global Intellectual Property Issue” Doc No. WIPO/ACAD/E/୦୦/13, p. 4
- World Trade Organization General Council Decision (2005) Amendment of the TRIPS Agreement, General Council, Decision of 6 December 2005, WT/L/641.
- World Trade Organization Ministerial Conference (2001) 4th Session, Doha, 9-14 November 2001, WT/MIN(01)/December/2, 20 November.
- WTO General Council (1999) “Preparations for the 1999 Ministerial Conference”, 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”, WT/GC/W/362, Geneva.
- Yamin, F and D.A. Posey (1993) “Indigenous Peoples, Biotechnology and Intellectual Property Rights”, Review of European Community & International Environmental Law 2: 143.
- Yano, L.I (1993) “Protection of the Ethnobiological Knowledge of Indigenous Peoples”, UCLA Law Review 41: 443.

NAME: รศ. ดร. จักรกฤษณ์ ควรรพจน์

Assoc Prof Dr. Jakkrit Kuanpoth

OFFICE: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย
๕๖๕ ซอยรามคำแหง ๓๙ (เทพลีลา ๑) ถนนรามคำแหง
แขวงวังทองหลาง เขตวังทองหลาง กรุงเทพฯ ๑๐๓๑๐
โทรศัพท์ ๐๒ ๗๑๘ ๕๔๖๐

CURRENT POSITION:

- ผู้อำนวยการวิจัยด้านกฎหมายเศรษฐกิจ
สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (พ.ศ. ๒๕๕๘ – ปัจจุบัน)

PREVIOUS POSITIONS

- Associate Professor, Faculty of Law, University of Wollongong
(พ.ศ. ๒๕๔๘-๒๕๕๓)
- อาจารย์, ผู้ช่วยศาสตราจารย์, รองศาสตราจารย์ สาขาวิชานิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช (พ.ศ. ๒๕๓๐-๒๕๔๘)

QUALIFICATIONS:

- นิติศาสตร์บัณฑิต (เกียรตินิยม) มหาวิทยาลัยรามคำแหง (พ.ศ. ๒๕๒๕)
- เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา (พ.ศ. ๒๕๒๖)
- ปริญญาโททางกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยวอร์ริค ประเทศอังกฤษ
(LL.M. in International Economic Law, University of Warwick, England) (พ.ศ. ๒๕๓๕)
- ปริญญาเอกทางกฎหมาย มหาวิทยาลัยอาเบอร์ดีน สกอตแลนด์
(Ph.D., University of Aberdeen, Scotland) (พ.ศ. ๒๕๓๗)

TEACHING ACHIEVEMENT

- อาจารย์พิเศษสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
- UOW Vice-Chancellor's Award for Outstanding Contribution to Teaching and Learning (OCTAL), 2010
- Tutor, World Intellectual Property Organization (WIPO) Distance Learning on Intellectual Property Law, Geneva, Switzerland, 2004 – 2006

- Speaker in seminars and conferences held by several agencies, including World Intellectual Property Organization (WIPO), World Health Organization (WHO), UNDP, World Bank, International Centre on Trade and Sustainable Development (ICTSD)
- Developing and delivering teaching materials based on the long-distance learning system, including on-line learning materials

RESEARCH EXPERIENCE:

- Principal investigator and/or researcher of the research grants/projects funded by national and international agencies, including University of Wollongong URC Small Grant, NSW Legal Scholarship Support Scheme, Thailand Research Fund (TRF), Thai Health Foundation, ICTSD-UNCTAD Project on IPRs and Sustainable Development, The Ford Foundation, WHO, etc.
- Visiting Senior Fellow, Centre for Asia Pacific Social Transformation Studies (CAPSTRANS), University of Wollongong, Australia, May-November 2004
- Visiting Research Fellow, Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, Munich, Germany, 1996

GRANTS

- Principal Investigator: “Assessing the Legal and Socio-economic Dimensions of Geographical Indications”, URC Small Grant, University of Wollongong, 2006
- Principal Investigator: “Intellectual Property Rights and TRIPS-Plus Standards: Implications for R&D and Innovation in Singapore and Thailand”, NSW Government Public Fund for Legal Scholarship Support Scheme, 2006
- Principal Investigator: “Implications of the Multilateral Agreements of the World Trade Organization for the Natural Resources of Thailand”, The Thailand Research Fund, 2004-5
- Principal Investigator: “International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture: Its Implications to Thailand”, The National Bureau of Agricultural Commodity and Food Standards, 2003-4
- Principal Investigator: “Biotechnology and Human Rights”, The Thailand Research Fund, 1999-2001

CONSULTANCIES

- Short-term consultant “Informal Inter-country Consultation on Public Health and Intellectual Property Rights for Selected Pacific Island Countries” The World Health Organization (Western Pacific Regional Office), Nadi, Fiji, March 2009.
- Chief Investigator and Coordinator: “A Joint Research Agenda of Intellectual Property and Sustainable Development for Asia”, ICTSD-UNCTAD Project on IPRs and Sustainable Development, 2004-2006.
- Consultant: “Implications of the WTO TRIPS Agreement and the US FTA on Access to Medicines”, Oxfam International, 2006.
- Chief Investigator: “Legal and Trade Issues Related to Access to Affordable Anti-retroviral Drugs for People Living with HIV/AIDS in Vietnam”, The Ford Foundation, Hanoi, Vietnam, 2004.
- Chief Investigator: “Devising New Kinds of International and National Systems for the Protection of Traditional Medicines”, The World Health Organization (South East Asian Regional Office), 2003.
- Short-term consultant: “Trade and Access to Medicines in Mongolia”, The World Health Organization (Western Pacific Regional Office), Ulaan Bataar, Mongolia, December 2004.
- Consultant: “Access to Medicines in ASEAN Countries”, ASEAN Secretariat and the Rockefeller Foundation, Jakarta, Indonesia, 2004.
- Short-term consultant: “The TRIPS Agreement and Access to Essential Medicines in Western Pacific Countries”, The World Health Organization (Western Pacific Regional Office), Manila, The Philippines, ๒๐๐๓.
- Short-term consultant: “Combating Counterfeit Drugs”, The World Health Organization (Western Pacific Regional Office), Hanoi, Phnom Penh, and Bangkok, 2003.
- Short-term consultant: “TRIPS and Public Health in Myanmar”, The World Health Organization (South East Asian Regional Office), Rangoon, Myanmar, 2003.

COMMUNITY AND PROFESSIONAL SERVICE:

- อนุกรรมการร่างกฎหมาย “พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้าฯ และ พ.ร.บ. สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ฯ” กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์

- Intellectual property law; International economic law; law and technology

Books and Monographs

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และบัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์: ทรัพย์สินทางปัญญาและ
สิทธิชุมชน กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติธรรม พ.ศ. ๒๕๕๖

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ “คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า (พิมพ์ครั้งที่ห้า)” กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติธรรม พ.ศ. ๒๕๕๖

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ “กฎหมายสิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์ (พิมพ์ครั้งที่สาม)”
กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติธรรม พ.ศ. ๒๕๕๖

Book Chapters

- Kuanpoth, J. (2015) “Compulsory Licences: Law and Practice in Thailand”, in K. Liu & R. M. Hilty (ed), *Compulsory Licensing: Practical Experiences and Ways Forward*, Springer-Verlag, Berlin, 61-77.
- Kuanpoth, J. (2013) “Patents and the Emerging Markets of Asia: ASEAN and Thailand”, in F. M. Abbott, C. M. Correa and P. Drahos (eds.), *Emerging Markets and the World Patent Order*, Edward Elgar, Cheltenham, 305-326.
- Kuanpoth, J. (2013) “The Most Favoured Nation Treatment Principle” in I. Carr, S. Alam & M. Bhuiyan (ed), *International Trade Law and the WTO*, Federation Press, Sydney, 101-116.
- Kuanpoth, J. (2011) “Biotechnological Patents and Morality: A Critical View from a Developing Country” in S. Hongladarom (ed.), *Genomics and Bioethics: Interdisciplinary Perspectives, Technologies and Advancements*, IGI-Global Hershey, PA, 141-151.
- Kuanpoth, J. (2009) “TRIPS-Plus Policies and the Pharmaceutical Industry in Thailand”, in Meléndez-Ortiz, R. and P. Roffe (eds.), *Intellectual Property and Sustainable Development: Development Agendas in a Changing World*, Edward Elgar, 140-174.
- Kuanpoth, J. (2009) “Problemas do patenteamento farmaceutico em um pais em desenvolvimento” in M. H.C.. Oliveira (ed), *III Seminario Internacional Patentes, Inovacao E Desenvolvimento SIPID 2008*, Rio de Janeiro, pp.169-192
- Kuanpoth, J. (2009) “Pushing against Globalization: The Response from Civil Society Groups in Thailand” in Gillespie, J. and R. Peerenboom (eds.), *Regulation in Asia: Pushing Back on Globalization*, Routledge, London, pp.156-175.
- Kuanpoth, J. (2008) “Intellectual Property Protection after TRIPS: An Asian Experience” in Malbon, J. and C. Lawson (eds.), *Interpreting and Implementing The TRIPS Agreement: Is it Fair?*, Edward Elgar, Cheltenham, pp.71-96.
- Kuanpoth, J. (2007) “TRIPS-Plus Rules under Free Trade Agreements: An Asian Perspective”, in Heath, C. and A.K. Sanders (eds.), *Intellectual Property and Free Trade Agreements*, Hart Publishing, Oxford, pp.27-45.
- Kuanpoth, J. (2007) “Étude du développement juridique et économique en Thaïlande” in Gibson, J. and du Marais, B. (eds.), *Réformes du droit économique et développement en Asie: Enseignements de la Chine, de l'Indonésie et de la Thaïlande*, La Documentation Française, Paris, pp.141-161.

- Kuanpoth, J. (2005) “Closing in on Biopiracy: Legal Dilemmas and Opportunities”, in Meléndez-Ortiz, R. and V. Sánchez, Trading in Genes: Development Perspectives on Biotechnology, Trade and Sustainability, Earthscan, London, pp.139-152.
- Kuanpoth, J. (2003) “Political Economy of the TRIPS Agreement”, in Meléndez-Ortiz, R. and G. Dutfield (eds.), Trading in Knowledge: Development Perspectives on TRIPS, Trade and Sustainability, Earthscan, London, pp.45-56.
- Kuanpoth, J. (2002) “Thailand” in Heath, C. (ed.), Intellectual Property Protection in Asia, Kluwer Publisher International, The Hague, London and New York, pp.337-362.
- Kuanpoth, J. (2002) “Technology Transfer in Thailand” in Heath, C and K. Liu (eds.), Legal Rules of Technology Transfer in Asia, Kluwer Publisher International, The Hague, London and New York, pp.171-192.

Refereed Journal Articles

- Kuanpoth, J. (2015) “Intellectual Property and Transparency in Trade Negotiations: The Experience of Thailand” Journal of Intellectual Property Rights, Vol.20, March 2015, pp. 112-121.
- Kuanpoth, J. and D. Robinson (2009) “Protection of Geographical Indications: The Case of Jasmine Rice and Thailand” Intellectual Property Quarterly, No.3, pp. 288-310.
- Robinson, D and J. Kuanpoth (2008) “The Traditional Medicines Predicament: A Case Study of Thailand”, Journal of World Intellectual Property Vol. 11 Issue 5-6, pp. 375-403.
- Kuanpoth, J. (2008) “Give the Poor Patients a Chance: Enhancing Access to Essential Medicines through Compulsory Licensing” Journal of Generic Medicines, Volume 6, Number 1, pp. 15-28.
- Kuanpoth, J. (2008) “Appropriate Patent Rules in Developing Countries - Some Deliberations Based on Thai Legislation”, Journal of Intellectual Property Rights, Vol. 13, September 2008, pp. 447-455.
- Kuanpoth, J. (2007) “Patents and Access to Antiretroviral Medicines in Vietnam after WTO Accession”, Journal of World Intellectual Property, Vol. 10, Nos. 3/4, pp.201-224.
- Kuanpoth, J. (2007) “Legal Protection of Traditional Knowledge: A Thai Perspective”, Asia Pacific Tech Monitor, Vol.24 No.2, pp.34-41.

- Kuanpoth, J. (2007) “Intellectual Property Rights and Pharmaceuticals: A Thai Perspective on Prices and Technological Capability”, *Intellectual Property Quarterly*, No.2, pp.185-214.
- Kuanpoth, J. (2006) “TRIPS-Plus Intellectual Property Rules: Impact on Thailand’s Public Health”, *Journal of World Intellectual Property*, Vol.9, No.5, pp.573–591.
- Kuanpoth, J. (2006) “Patents and Access to Medicines in Thailand – The ddl case and beyond”, *Intellectual Property Quarterly*, No.2, pp.149-159.
- Kuanpoth, J. (2004) “Intellectual Property and Access to Essential Medicines: Options for Developing Countries”, *Journal of Generic Medicines*, Vol.2 Issue 1, pp.53-62.
- Kuanpoth, J. (2004) “Comments: Why FTAs are bad for the poor?”, *Managing Intellectual Property*, Issue 140, June.
- Indananda, N. and J. Kuanpoth (2002) “Human Cloning: Legal and Ethical Implications”, *Thai Bar Law Journal*, Vol.57 No.1, pp.66-85 (in Thai)
- Kuanpoth, J. (2000) “Protection and Management of Plant Genetic Resources and Traditional Knowledge in Developing Countries” *Thai Bar Law Journal*, Vol. 56 No. 3 September, pp. 26-68 (in Thai).
- Kuanpoth, J. (1998) “Legal Protection of Biotechnological Inventions”, *Intellectual Property and International Trade Law Forum: Special Issue*
- Kuanpoth, J. (1994) “Patent Harmonization”, Book Review, *Journal of Media Law and Practice*, Vol.15 No.1.
- Kuanpoth, J. (1992) “Reconsidering the Multi-fibre Arrangement: A Case of Thailand’s Textile Export”, *Thai Bar Law Journal*, Vol.48 No.3.

Commissioned and research papers

- Kuanpoth, J. (2006), *Harmonisation of TRIPS-Plus IPR Policies and Potential Impacts on Technological Capability: A Case Study of the Pharmaceutical Industry in Thailand*, ICTSD-UNCTAD Project on IPRs and Sustainable Development, Geneva, 64p. Available at http://www.iprsonline.org/unctadictsd/regional_research.htm
- Kuanpoth, J., G. Kripke and S. Weinberg (2006) “Public Health at Risk: A US Free Trade Agreement could threaten access to medicines in Thailand”, *Oxfam Briefing Paper No.86* (written in English, translated into five languages), 29p. Available at http://www.oxfam.org/en/policy/briefingpapers/bp86_thailand_publichealth

Kuanpoth, J. and L.H. Duong (2004), Legal and Trade Issues Related to Access to Affordable Anti-retroviral Drugs for People Living with HIV/AIDS in Vietnam, Ford Foundation, Hanoi (written in English, translated into Vietnamese)

Kuanpoth, J., G. Dutfeld and O. Luanratana (2003), Devising New Kinds of International and National Systems for the Protection of Traditional Medicine, World Health Organisation (South East Asian Regional Office), New Delhi, 109p.

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ “การศึกษาผลกระทบต่อสาธารณสุขจากข้อเสนอว่าด้วยการลงทุนในความตกลงการค้าเสรีไทย-สหภาพยุโรป และความตกลงหุ้นส่วนภาคพื้นแปซิฟิก”
ทุนสนับสนุนโดยแผนงานการพัฒนาศักยภาพด้านการค้าระหว่างประเทศและสุขภาพ
พ.ศ. ๒๕๕๗

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ “การศึกษาผลกระทบด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของประเทศไทยจากการทำความตกลงหุ้นส่วนภาคพื้นแปซิฟิก” ทุนสนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) พ.ศ. ๒๕๕๗

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ “กฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เพื่อการส่งเสริมการส่งออกและการสร้างความเข้มแข็งของชุมชนท้องถิ่น” ทุนสนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) พ.ศ. ๒๕๕๐

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ “การคุ้มครองลิขสิทธิ์งานที่เผยแพร่ผ่านระบบดิจิทัล: ปัญหาการเรียนการสอนผ่านอินเทอร์เน็ตและปัญหาการเข้าถึงและการใช้ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต” ทุนสนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) พ.ศ. ๒๕๔๙

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ “การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน” ทุนสนับสนุนโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๔๘

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ “โครงการศึกษาผลกระทบการเข้าเป็นภาคีสันติสัญญาว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร” สำนักงานมาตรฐานสินค้าเกษตรและอาหารแห่งชาติ กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ พ.ศ. ๒๕๔๗

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ “ผลกระทบของข้อตกลงพหุภาคีขององค์การการค้าโลกต่อฐานทรัพยากรของประเทศไทย” ทุนสนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) พ.ศ. ๒๕๔๗

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ “สิทธิมนุษยชนกับเทคโนโลยีชีวภาพ” ในชุดโครงการสิทธิมนุษยชนไทยในสถานการณ์สากล ทุนสนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) พ.ศ. ๒๕๔๔

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และอาจอง ประทัดสุนทรสาร “การศึกษาประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพในประเทศไทย” ทุนสนับสนุนโดยสถาบันวิจัยและพัฒนามหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช พ.ศ. ๒๕๔๒

จักรกฤษณ์ ควรวจน์ “โครงการศึกษาวิจัยมาตรการทางกฎหมายและนโยบายระหว่างประเทศ
ในการบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรม และการคุ้มครองส่งเสริมภูมิปัญญาท้องถิ่น”
ทุนสนับสนุนโดยมูลนิธิสถาบันการแพทย์แผนไทย กระทรวงสาธารณสุข พ.ศ. ๒๕๔๑

Conferences

- Kuanpoth, J (2014) “International investment agreements: an overview” Tobacco and Trade Workshop, World Health Organization, Bangkok, 24-26 November
- Kuanpoth, J. (2014) “Intellectual Property and 3D Printing” The Medical Manufacturing Asia Conference 2014, Singapore, 9-10 September.
- Kuanpoth, J. (2012) “Compulsory Law and Practice in Thailand”, Conference on Compulsory Licensing, Taipei, 3-5 December.
- Kuanpoth, J. (2009) “Patent Enforcement in Thailand”, 2009 Intellectual Property Protection Global Forum, Seoul, 17 November.
- Kuanpoth, J. (2009) “Patent Reform in India: The Battle over Making Medicines Affordable”, University Technology of Sydney, Sydney, 21 October.
- Kuanpoth, J. (2008) “Pharmaceutical Patent Issues in South East Asia” International Seminar on Patents, Innovation and Development, Rio de Janeiro, 19-20 June.
- Kuanpoth, J. (2007) “Patents the Problem or the Solution: A Developmental Perspective”, The 8th IEEM Intellectual Property Seminar, Macau, 25-25 June.
- Kuanpoth, J. (2007) “The Thai Government Decision on Compulsory Licensing”, The Bangkok Challenge: From Conflict to Cooperation and Beyond, Lowy Institute for International Policy, Sydney, 15 May.
- Kuanpoth, J. (2007) “Biotechnology, Patents and Morality: A Thai Perspective”, Asia-Europe Workshop on Technology and Culture: Genetics and its Ethical and Social Implications in Asia and Europe, Bangkok, 17-18 March.
- Kuanpoth, J. (2007) “Free Trade Agreements, Impacts on Human Rights – A Global Perspective”, National Seminar on Thailand-US Free Trade Agreement: Impact on Human Rights, United Nations Development Programme (UNDP), Bangkok, 17-18 January.
- Kuanpoth, J. (2007) “Copyrights in the Digital Age”, Special Lecture at Faculty of Economics, Thammasat University, Bangkok, 8 January 2007 (in Thai)
- Kuanpoth, J. (2006) “The National Human Rights Commission and independent Institutions with Responsibilities in Economic and Finance Areas” Thailand Update

Conference 2006, Australian National University, Canberra,
29 September.

Kuanpoth, J. (2006) “IPRs and Vaccine Development” IFPMA Asian Regional Conference on Intellectual Property, Innovation and Health: Creating a Culture of Innovation for Pharmaceuticals and Biotechnology in Asia, International Federation of Pharmaceutical Manufacturers and Associations, Singapore 23-24 August.

Kuanpoth, J. (2006) “How Far and How Should the Law Protect Innovation in the Pharmaceutical/Biotech Industry?”, Global Forum on Intellectual Property, IP Academy, National University of Singapore, Singapore, 22 August

Kuanpoth, J. (2005) “Intellectual Property-Related Technical Assistance: The Thai Experience”, International Conference for IP Policy in Developing Countries, ICTSD-UNCTAD Project on IPRs and Sustainable Development, Geneva, July 11st-12nd. Available at <http://www.iprsonline.org/resources/iprs.htm>

Kuanpoth, J. (2005) “Emerging Needs for Inclusion of IP Education and Research in University Curricula”, International Symposium on Intellectual Property (IP) Education and Research, The World Intellectual Property Organization (WIPO), Geneva, 30 June – 1 July. Available at http://www.wipo.org/academy/en/meetings/iped_sym_05/papers/pdf/kuanpoth_paper

Kuanpoth, J. (2005) “Free Trade Agreements versus WTO and TRIPS: an Asian Perspective”, International Conference on Intellectual Property and Free Trade Agreements: Multilateralism versus Bilateralism, IEEM - Academy of International Trade Law, Macau, 28-29 June.

Kuanpoth, J. (2004) “Current Developments and Trends in the Field of Intellectual Property Rights: Harmonisation through Free Trade Agreements”, ICTSD-UNCTAD Regional Dialogue on Intellectual Property, Innovation and Sustainable Development, University of Hong Kong, 10-11 November.

Kuanpoth, J. (2004) “US Negotiations toward a Free Trade Area: What’s Wrong with TRIPS-plus?”, International Conference on Sovereignty Diminished and US-Thailand Free Trade Agreement, Chulalongkorn University, Bangkok, 9-10 February.

Kuanpoth, J. (2003) “TRIPS Agreement and Its Impact on Health: The IP law of Myanmar”, WHO National Workshop on TRIPS and Public Health in Myanmar, Yangon, Myanmar, 13-15 October.

- Kuanpoth, J. (2003) "Options for Developing Countries for Improving Access to Essential medicines", WHO Consultation Meeting on Improving Access and Affordability of Essential Medicines in the Western Pacific Region, Penang, 25-27 March.
- Kuanpoth, J. (2003) "Political Economy of the TRIPS Agreement", Multi-stakeholder Dialogue on Trade, Intellectual Property and Biological Resources in Asia, ICTSD, Bangladesh, 19-20 April.
- Kuanpoth, J. (2001) "Legal Protection of Traditional Knowledge: The Case of Thai Traditional Medicine", ASEAN Workshop on the TRIPS Agreement and Traditional Medicines, Jakarta, 15 February.
- Kuanpoth, J. (1998) "Intellectual Property Claims and APEC: The Basmati/Jasmati Rice Patents Controversy", International Conference on the Engagement of Civil Society in the APEC Process, Penang, Malaysia, 5-7 October.



Empowered lives.
Resilient nations.



คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย
Law Reform Commission of Thailand

โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (UNDP)
อาคารสหประชาชาติชั้น ๑๒ ถนนราชดำเนินนอก
แขวงบางขุนพรหม เขตพระนคร
กรุงเทพมหานคร ๑๐๒๐๐
โทร : +๖๖ ๒ ๓๐๔ ๙๑๐๐
โทรสาร : +๖๖ ๒ ๒๘๐ ๐๕๕๖
อีเมล : registry.th@undp.org
เว็บไซต์ : www.undp.or.th

สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย
เลขที่ ๙๙ หมู่ ๔ อาคารซอฟต์แวร์ ปาร์ค
ถนนแจ้งวัฒนะ ตำบลคลองเกลือ
อำเภอปากเกร็ด จังหวัดนนทบุรี ๑๑๑๒๐
โทร : +๖๖ ๒ ๕๐๒ ๖๐๐๐ ต่อ ๘๓๘๑
โทรสาร : +๖๖ ๒ ๕๐๒ ๖๐๐๐ ต่อ ๘๒๗๔
อีเมล : info@lrct.go.th
เว็บไซต์ : www.lrct.go.th