

บทที่ 2

การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้านภายใต้ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs Agreement) และมาตรการให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในต่างประเทศ

2.1 ความเป็นมาและวัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์

ความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) หรือ ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) มีความเป็นมาเริ่มมาจากเมื่อย้อนหลังไปในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ประเทศต่างๆ ประสบปัญหาทางด้านเศรษฐกิจทุกประเทศต่างควบคุม จำกัดสินค้านำเข้าและเพื่อเป็นการคุ้มครองอุตสาหกรรมในประเทศ และป้องกันการรั่วไหลของเงินตราออกนอกประเทศ ประเทศต่างๆ จึงได้นำมาตรการกีดกันทางการค้าในลักษณะต่างๆ มาใช้ ซึ่งเรียกว่า “ลัทธิกีดกันทางการค้า” (Protectionism) เช่น การตั้งกำแพงภาษี การลดค่าเงิน การจำกัดปริมาณสินค้านำเข้า ซึ่งมาตรการต่างๆ เหล่านี้มีผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศ และทำให้เศรษฐกิจระหว่างประเทศตกต่ำ เกิดความรู้สึกเป็นศัตรูต่อกันในระหว่างประเทศต่างๆ และเป็นสาเหตุอันหนึ่งของการเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 และเมื่อสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง ประเทศต่างๆ ในโลกประสบปัญหาปัญหาทางเศรษฐกิจ ประเทศที่พัฒนาแล้ว เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา เริ่มตระหนักถึงแนวคิดที่มุ่งเน้นจะให้มีการจัดระเบียบเศรษฐกิจระหว่างประเทศให้เป็นระบบการค้าเสรี¹ ประเทศพันธมิตรได้เห็นความจำเป็นของความร่วมมือระหว่างประเทศทั้งในด้านเศรษฐกิจ การเมือง และความมั่นคง จึงได้มีการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้น เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2484 เพื่อทำหน้าที่รักษาสันติภาพและส่งเสริมการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศภาคีสมาชิก และฟื้นฟูเศรษฐกิจโลก ทั้งนี้ ตามหลักการที่ระบุไว้ในกฎบัตรแอตแลนติก (Atlantic Charter) ระหว่างประธานาธิบดีรูสเวลต์ แห่งประเทศสหรัฐอเมริกา และนายกรัฐมนตรีเชอร์ชิลล์ แห่งประเทศอังกฤษ

¹ John H. Jackson, The World Trading System : law and policy of international economic relations, second edition (1997), pp.13-14.

นอกจากองค์การนี้แล้วประเทศพันธมิตรผู้ชนะสงครามต่างต้องการพยายามที่จะฟื้นฟูเศรษฐกิจ จึงก่อให้เกิดความร่วมมือในทางระหว่างประเทศในรูปแบบต่างๆ ดังเช่น ธนาคารระหว่างประเทศเพื่อบูรณะและการพัฒนา (The International Bank for Reconstruction and Development) หรือธนาคารโลก (The World Bank) การจัดตั้งกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (The International Monetary fund) หรือ IMF รวมถึงความพยายามในการจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ (The International Trade Organization) เพื่อให้เป็นกฎเกณฑ์ทางการค้าระหว่างรัฐและส่งเสริมให้เกิดการค้าอย่างเสรีต่อกัน โดยมีประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นตัวการสำคัญที่ผลักดันในการร่างกฎบัตรขององค์การการค้าระหว่างประเทศ² ธนาคารโลกและกองทุนการเงินระหว่างประเทศ ถูกจัดตั้งขึ้นเมื่อเดือนกรกฎาคม พ.ศ.2487 ภายใต้ความตกลงเบรตตัน วูดส์ (Bretton Woods Agreement) ซึ่งมีการลงนามรับรององค์การการค้าระหว่างประเทศได้ประสบความสำเร็จ ความล้มเหลว เนื่องจากการร่างกฎบัตรองค์การการค้าระหว่างประเทศที่เสนอโดยรัฐบาลสหรัฐ เน้นหลักในการร่างส่วนใหญ่มุ่งที่ตอบสนองต่อความต้องการของธุรกิจอุตสาหกรรมสหรัฐเป็นสำคัญ ทำให้ตัวแทนของประเทศต่างๆ ที่เข้าร่วมประชุมได้ลงมติบอกปิดข้อเสนอหลายข้อในร่างกฎบัตรที่เสนอโดยสหรัฐ และได้มีมติให้กำหนดนโยบายเรื่องอื่นๆ เพิ่มเติมอีกหลายประการซึ่งมติดังกล่าวนั้น ทำให้รัฐบาลสหรัฐ ไม่พอใจ รวมทั้งกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ ในสหรัฐ ได้กดดันและเรียกร้องต่อรัฐบาลสหรัฐ ให้ด่วนไม่ให้สัตยาบันรับรองกฎบัตรที่ได้ร่างขึ้นนั้น แต่อย่างไรก็ตามประเทศต่างๆ รวมทั้งสหรัฐ ก็ได้มีการร่วมกันลงนามรับรองร่างกฎบัตรองค์การการค้าระหว่างประเทศ หรือเรียกว่ากฎบัตรฮาวานา (The Havana Charter) ก็กลับไม่มีผลบังคับใช้ เนื่องจากรัฐบาลสหรัฐ ไม่ยอมเสนอร่างกฎบัตรต่อสภาองเกรสเพื่อให้สัตยาบัน จากการที่ประเทศสหรัฐ ไม่เข้าร่วมในองค์การการค้าระหว่างประเทศ ทั้งๆ ที่ได้ลงนามในร่างกฎบัตรแล้ว ได้นำไปสู่ความล้มเหลวของการจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ เนื่องจากการเจรจาเพื่อจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศนั้น ต้องใช้เวลานาน เนื่องจากมีเรื่องต่างๆ ที่จะต้องพิจารณามาก เพื่อเป็นการเร่งรัดให้มีการลดอุปสรรคต่อการค้าระหว่างประเทศและส่งเสริมให้การค้าระหว่างประเทศเป็นไปโดยเสรีและเป็นธรรมในปี พ.ศ.2490 สหรัฐอเมริกาจึงได้เสนอให้ประเทศต่างๆ ในยุโรปและลาตินอเมริกา มาทำการเจรจาตกลงกำหนดกฎเกณฑ์ในการค้าระหว่างกันที่

² หรือเรียกว่ากฎบัตรฮาวานา (The Havana Charter) กล่าวคือ ประเทศต่างๆ ที่ร่วมก่อตั้งรวมทั้งสหรัฐอเมริกาได้ลงนามเมื่อวันที่ 23 มีนาคม 1948 ในการประชุมที่กรุงฮาวานา ประเทศคิวบา

นครเจนีวา โดยนำหลักการในการเจรจาที่กำหนดไว้ในบทที่ 4 ของร่างกฎบัตรขององค์การการค้าระหว่างประเทศมาเป็นหลักในการเจรจา โดยเจตนารมณ์ของการเจรจาทางการค้านี้ คือ เมื่อจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศเสร็จเรียบร้อยแล้ว ความตกลงจากการเจรจาลดกำแพงภาษีตามบทที่ 4 ของร่างกฎบัตรขององค์การการค้าระหว่างประเทศก็จะรวมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของการเจรจาลดกำแพงภาษีในการค้าระหว่างประเทศขององค์การการค้าระหว่างประเทศ แต่เมื่อในที่สุดแล้วการจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศไม่ประสบความสำเร็จ จึงได้มีการนำเอาความตกลงในบทที่ 4 คือ GATT มาใช้ซึ่งเริ่มมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2491 โดยมีประเทศต่างๆ เข้าร่วมเป็นภาคีจำนวน 23 ประเทศ ซึ่งความตกลง GATT นี้แต่เดิมมิได้มีสถานะเป็นองค์การระหว่างประเทศ เป็นเพียงแต่ความตกลงระหว่างประเทศ ต่อมาเมื่อ GATT มีประเทศสมาชิกเพิ่มมากขึ้น จึงได้มีการจัดตั้งสำนักงานเลขาธิการของ GATT ขึ้น ซึ่งต่อมาเมื่อมีการจัดตั้งองค์การการค้าโลกขึ้น หลังจากการเจรจารอบอุรุกวัย สำนักงานเลขาธิการของ GATT ก็ถูกรวบเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งขององค์การการค้าโลกด้วย โดยวิธีการดำเนินการของ GATT จะมีการประชุมเจรจาแบบพหุภาคีระหว่างประเทศภาคีสมาชิก โดยการกำหนดการเจรจากันเป็นรอบ ซึ่งได้ผ่านไปแล้ว 12 รอบ ซึ่งรอบล่าสุดคือ การเจรจาการค้ารอบอุรุกวัย เป็นรอบที่มีหัวข้อการเจรจาที่ซับซ้อนและมีข้อยุ่งยากมาก เพราะนอกจากจะมีการเจรจาเพื่อลดพิกัดอัตราภาษีศุลกากรตามปกติแล้ว ยังพยายามกำหนดกฎเกณฑ์ของการค้าระหว่างประเทศอีกหลายสาขา และการเจรจาในรอบนี้ยังทำให้มีการจัดตั้ง “องค์การการค้าโลก” (World Trade Organization) หรือ WTO ขึ้นมา โดยถือเป็นกรรมสารสุดท้ายรวบรวมผลการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย “กรรมสารสุดท้ายรวบรวมผลการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย” ประกอบไปด้วยความตกลงพหุภาคีจำนวนหลายฉบับ ที่สำคัญที่สุดได้แก่ “ความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก” ซึ่งถือว่าเป็นกฎบัตรขององค์การการค้าโลก โดยมีความตกลงระหว่างประเทศฉบับอื่นๆ เป็นส่วนประกอบ ซึ่งองค์การการค้าโลก มีสถานะเป็นองค์การการค้าระหว่างประเทศ และได้ผนวกเอาความตกลงพหุภาคีอื่นๆ อีกหลายฉบับเป็นส่วนประกอบรวมอยู่ด้วย โดยเอาจำแนกความตกลงพหุภาคีเป็นส่วนประกอบขององค์การการค้าโลกออกได้เป็นสองประเภทคือ ความตกลงการค้าพหุภาคี (Multilateral Trade Agreements) และความตกลงการค้าหลายฝ่าย (Plurilateral Trade Agreements)

ความตกลงการค้าพหุภาคี มี 6 ลักษณะ ซึ่งลักษณะที่ 3 คือ ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า บัญญัติรวมไว้ในภาคผนวก 1 ซี (Annex 1 C) ของความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก ซึ่งประเด็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานั้นถือว่าเป็นหัวข้อใหม่ของการเจรจาการค้าของ GATT เริ่มมีการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบโตเกียว ระหว่างปี

พ.ศ.2516-2522 ก่อนหน้ารอบอุรุกวัยแต่ไม่ประสบความสำเร็จ จนกระทั่งในการเจรจารอบอุรุกวัย จึงถูกยกขึ้นมาพิจารณาครั้งหลัง ซึ่งการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ เดิมอยู่ภายใต้การดูแลของ WIPO หรือ องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Trade Organization) ซึ่งเป็นทบวงการชำนัญพิเศษขององค์การสหประชาชาติ ประเทศต่างๆ ที่พัฒนาแล้ว เห็นว่า ในทรัพย์สินทางปัญญาไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างเข้มงวดและจริงจัง ดังนั้น จึงมีการผลักดันประเด็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเข้าสู่การเจรจารอบอุรุกวัย (Uruguay Round) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากร และการค้า หรือความตกลงเกตต์ ซึ่งทำให้มีการจัดตั้งองค์การการค้าโลก (WTO) ความตกลงว่าด้วยการค้า บริการ (GATT) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องการค้าหรือความตกลงทริปส์ ซึ่งถือเป็นความสำเร็จของประเทศที่พัฒนาแล้ว เนื่องจากทำให้มีการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศครบถ้วนทุกประเทศ ทั้งสินค้าที่จับต้องได้ และบริการซึ่งจับต้องไม่ได้ รวมทั้งการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ประเทศที่พัฒนาแล้วอยู่ในฐานะเหนือกว่าประเทศที่กำลังพัฒนามาก และประเทศต่างๆ ที่ต้องการเข้าเป็นภาคีของ WTO จะต้องยอมรับพันธกรณีต่างๆ ตาม GATT และ TRIPs ด้วย ประเทศกำลังพัฒนาที่ประสงค์จะมีบทบาทในการค้าระหว่างประเทศต้องยอมรับพันธกรณีเหล่านี้ ข้อผูกพันตาม WTO จึงมีผลให้ประเทศกำลังพัฒนา รวมทั้งประเทศไทยได้คิดหามาตรการทางกฎหมาย

การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นประเด็นที่นำเข้าเจรจาในข้อตกลงเกตต์ (General Agreement on Tariffs and Trade) ครั้งแรกในการประชุมรอบอุรุกวัย³ ก่อนหน้านั้น การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะอยู่ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น อนุสัญญาปารีส อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน และอนุสัญญากรุงโรม เป็นต้น⁴

³ Carlos M. Correa, Intellectual Property Right, the WTO and Developing Countries, (Penang:Third World Network,2000),p.1.

⁴ ก่อนหน้าการเจรจารอบอุรุกวัย การเจรจาจะเน้นการค้าที่เกี่ยวกับสินค้าอุตสาหกรรม ดู Ruth L. Gana,supra note 41,p.3 และดู Ha-Joon Chang,Intellectual Property Rights and Economic Development-Historical Lesson and Emerging Issue,(Penang: Third World Network, 2001), p.24 กล่าวว่ สาเหตุสำคัญสองประการที่ทำให้ประเทศพัฒนาแล้ว โดยเฉพาะประเทศสหรัฐผลักดันให้นำเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาเข้าเจรจาในองค์การการค้าโลก ประการแรกต้องการตอบโต้ประเทศกำลังพัฒนาหรือกลุ่มจี 77 ที่เสนอให้แก้ไขระบบการคุ้มครอง

องค์การทรัพย์สินทางปัญญา WIPO ซึ่งเป็นหน่วยงานขององค์การสหประชาชาติเป็นผู้ดูแล⁵

ความตกลงระหว่างประเทศเหล่านี้ใช้มาตรฐานการคุ้มครอง โดยอาศัยหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ดังนั้นหากประเทศสมาชิกไม่ให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะใดลักษณะหนึ่งแก่คนชาติตนเอง ประเทศนั้นก็มิสิทธิไม่ให้ความคุ้มครองนั้นกับคนของประเทศสมาชิกอื่นได้ และกรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้นประเทศสมาชิกต้องนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) แต่การนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลมักจะมีข้อขัดข้องเนื่องจากผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญานั้นมักเป็นเอกชนมิใช่รัฐ อุปสรรคและข้อขัดข้องต่างๆ ดังกล่าวทำให้ประเทศที่พัฒนาแล้วผลักดันประเด็นทรัพย์สินทางปัญญาเข้าสู่การเจรจารอบอุรุกวัยเพื่อแสวงหามาตรการคุ้มครองที่มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และในวันที่ 1 มกราคม 2538 ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPS) ก็มีผลบังคับใช้ผูกพันประเทศสมาชิกให้ต้องคุ้มครองด้วยระบบสิทธิบัตรแก่ผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีการผลิตในทุกสาขาเทคโนโลยีที่มีความใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ ซึ่งรวมทั้งที่มีที่มาจากวัสดุที่มีชีวิต⁶ และจากคำปรารภของความตกลงทริปส์แสดงให้เห็นว่า ความตกลงนี้ยอมรับว่าทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิของเอกชน (Recognizing that intellectual property rights are private rights)⁷ และด้วย

ทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศที่อยู่ภายใต้การดูแลของ WIPO โดยเฉพาะในประเด็นการถ่ายทอดเทคโนโลยีซึ่งนำไปสู่ปัญหาข้อโต้แย้งในเรื่องการบังคับใช้สิทธิ (Compulsory Licensing) ประการที่สอง ความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบการสหรัฐลดลง เนื่องจากปัญหาการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศกำลังพัฒนาและประเทศสหรัฐรู้ว่าการใช้วิธีตอบโต้ทางการค้าเป็นเครื่องมือสำคัญในการบังคับให้ประเทศคู่ค้าให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแก่ผู้ประกอบการสหรัฐ.

⁵ จักรกฤษณ์ ควพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า, (กรุงเทพมหานคร: ห.จ.ก.พี.เจเพลท โปรเซลเซอร์, 2544), น.26.

⁶ Rebert Ali Brac De La Perriere & Franck Seuret, Brave New Seeds The Threat of Gm Crops to Farmers, (London : Zed Books, 2000), p.92.

⁷ คำปรารภของความตกลงทริปส์ มิได้กล่าวรับรองสิทธิของเอกชนเท่านั้น ในคำปรารภยังได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์อื่นอีกด้วย กล่าวคือ ต้องการลดการบิดเบือนหรือการแทรกแซงในการค้าระหว่างประเทศ รวมทั้งการสนับสนุนนโยบายของประเทศสมาชิกที่มีวัตถุประสงค์ใน

สภาพบังคับของความตกลงทริปส์แสดงทำให้ประเทศกำลังพัฒนาซึ่งเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) ต่างต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของความตกลงทริปส์ ดังเช่นการแก้ไข พ.ร.บ. สิทธิบัตรของไทยเกี่ยวกับอายุการคุ้มครอง การเพิ่มการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ รวมทั้งการบัญญัติกฎหมายใหม่เพื่อให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า แผนผังวงจรรวม เป็นต้น ความตกลงทริปส์จึงนับว่าเป็นความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความสำคัญมากที่สุดในปัจจุบัน เนื่องจากเป็นความตกลงที่อยู่ภายใต้บังคับการการค้าโลกใช้บังคับกับทุกประเทศที่เป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก ซึ่งประเทศอุตสาหกรรมทั้งหมดและประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกองค์การนี้แล้ว

วัตถุประสงค์สำคัญของความตกลงทริปส์ ความตกลงระหว่างประเทศ อันเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการกำหนดกฎเกณฑ์และจัดระเบียบใหม่ตามหลักการพื้นฐานของความตกลงทั่วไปทางภาษีศุลกากรและการค้า หรือ GATT ด้วยการกำหนดมาตรฐานและขอบเขตที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาอันเกี่ยวกับการค้า เพื่อคุ้มครองการค้าทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาในระดับระหว่างประเทศ ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods) หรือ TRIPs ซึ่งในปัจจุบันความตกลงระหว่างประเทศฉบับนี้ได้เริ่มมีอิทธิพลต่อการกำหนดหลักการอันเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่มีผลต่อการค้าทั้งภายในและระหว่างประเทศไว้ความตกลงดังกล่าวนี้ ทั้งนี้ ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีให้ความตกลง เมื่อวันที่ 28 ธันวาคม พ.ศ. 2537⁸ อันเป็นผลให้กรอบแห่งความตกลงนี้ มีอิทธิพลต่อการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไว้ภายใต้กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่างๆ ของประเทศไทย ความตกลงทริปส์มีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ คือเพื่อส่งเสริมให้มีการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพ และต้องไม่ให้มาตรการในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นอุปสรรคต่อ

การปกป้องทรัพย์สินทางปัญญาและพัฒนาเทคโนโลยีของประเทศ และตามข้อ 7 ยังเน้นให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของความนี้ที่ไม่เฉพาะแต่สนับสนุนความรู้ใหม่ๆ ทางเทคโนโลยีเท่านั้นยังต้องการให้มีการถ่ายทอดและเผยแพร่เทคโนโลยีอีกด้วย

⁸ ไซยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 4

การค้าเสรีระหว่างประเทศ โดยกำหนดเงื่อนไขให้ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในรูปแบบต่างๆ ครอบคลุมถึงสิทธิบัตร ลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง เครื่องหมายการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ การออกแบบผังภูมิของวงจรรวม และการควบคุมการปฏิบัติที่เป็นปรักษ์ต่อการแข่งขันทางการค้า โดยได้กำหนดบรรทัดฐานเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการคุ้มครอง สิ่งที่ได้รับ การคุ้มครอง ขอบเขตของสิทธิ การบังคับใช้สิทธิ รวมถึงกลไกการระงับข้อพิพาท ประเทศสมาชิก องค์การการค้าโลกต้องยึดถือปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำของความตกลงฉบับนี้ อย่างไรก็ตาม ประเทศสมาชิกสามารถบัญญัติกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาให้มีระดับการคุ้มครองที่สูงกว่า ความตกลงทริปส์ได้ ตราบเท่าที่ไม่ขัดแย้งต่อหลักการที่บัญญัติไว้ในความตกลงฉบับนี้⁹

ความตกลงทริปส์มิได้มีเจตนาเพียงคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น เพราะแม้ ความตกลงทริปส์ระบุว่าวัตถุประสงค์ของความตกลงนี้เพื่อต้องการลดการบิดเบือนและอุปสรรคที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศ และต้องการที่จะให้เกิดการขยายตัวทางการค้าระหว่างประเทศ ฉะนั้น วัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์นี้จึงต้องการที่จะลดอุปสรรคที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศ ดังปรากฏในอารัมภบท ภาคผนวก 1 ซี ของความตกลงทริปส์ที่กล่าวว่า “Desiring to reduce distortions and impediments to international trade...” และยังยอมรับว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิเอกชน (Private Right) แต่ความตกลงทริปส์ก็ยังยอมรับถึงความสำคัญต่อจุดประสงค์ด้านนโยบายสาธารณะของระบบแห่งชาติต่างๆ ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เราอาจพิจารณาได้จากอารัมภบท (Preamble) ของความตกลงทริปส์ที่ได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ในด้านการพัฒนาและเทคโนโลยี “developmental and technological objectives”¹⁰ และความจำเป็นที่จะให้ประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด (least-developed country) สามารถสร้างพื้นฐานทางเทคโนโลยีที่มั่นคงและเหมาะสมขึ้นมา “to enable them to create a sound and viable technological base;”¹¹ และตามข้อ 7¹² ยังแสดงให้เห็นว่าการถ่ายทอดและ

⁹ TRIPs Agreement Article 1.1 Nature and Scope of Obligations.

¹⁰ TRIPs, Preamble Para.5.

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

¹¹ TRIPs, Preamble, Para.6.

การเผยแพร่เทคโนโลยีเป็นเป้าหมายสุดท้ายของความตกลงทริปส์ มิใช่เพียงการส่งเสริมนวัตกรรมทางเทคโนโลยีเท่านั้น ข้อ 7 นี้ได้ให้สิทธิแก่ประเทศสมาชิกที่จะถ่วงดุลระหว่างการให้ความคุ้มครองกับประโยชน์ที่เกิดขึ้นทั้งด้านสังคมและเศรษฐกิจตามกรอบที่ความตกลงทริปส์กำหนด ประเทศไทยจึงอาจไม่ให้ความคุ้มครองแก่สิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับสิ่งมีชีวิต หากเห็นว่าการให้ความคุ้มครองจะขัดกับนโยบายสาธารณะของตนซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์ ในอารัมภบท (Preamble) ของความตกลงทริปส์นี้ มีการกล่าวถึงวัตถุประสงค์ในเรื่องของนโยบายสาธารณะ (public policy objectives) นอกจากนี้จากการพิจารณาตามข้อ 8 ของความตกลงทริปส์ก็ได้มีการกล่าวถึงกรณีต่างๆ ที่ประเทศสมาชิกสามารถใช้มาตรการที่จำเป็นในการออกหรือแก้กฎหมายเพื่อคุ้มครองในเรื่องของสาธารณสุข โภชนาการและส่งเสริมประโยชน์สาธารณะ โดยจะสามารถกระทำได้ในเรื่องของสาธารณสุข โภชนาการและส่งเสริมประโยชน์สาธารณะโดยจะสามารถกระทำได้ในเงื่อนไขที่ว่ามาตรการดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติภายใต้ความตกลงทริปส์นี้ด้วย¹³

2.2 ขอบเขตการคุ้มครองของความตกลงทริปส์

ความตกลงทริปส์ถือได้ว่าเป็นความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ความตกลงทริปส์จะมีการกำหนดในเรื่องต่างๆ ดังเช่น ขอบเขตการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภท การบังคับการตามกฎหมายเพื่อให้การ

“Recognizing also the special needs of the least-developed country Members in respect of maximum flexibility in the domestic implementation of laws and regulations in order to enable them to create a sound and viable technological base;”

¹² TRIPs, Article 7.

“The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations.”

¹³ TRIPs, Article 8.

คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีประสิทธิภาพ หรือกรณีเกี่ยวกับระยะเวลาของการปฏิบัติตามพันธกรณีตามความตกลงทริปส์ของประเทศสมาชิกแต่ละประเทศ เป็นต้น ความตกลงทริปส์เป็นหนึ่งในความตกลงสำคัญขององค์การการค้าโลกที่มีประเทศอุตสาหกรรมเป็นผู้ผลักดัน ซึ่งครอบคลุมการผูกขาดทรัพย์สินทางปัญญาไว้แทบทุกประเภทที่สำคัญและเกี่ยวข้องกับเกษตรกร คือการผูกขาดทรัพย์สินทางปัญญาโดยกฎหมายสิทธิบัตร และกฎหมายนักปรับปรุงพันธุ์ ซึ่งกฎหมายจะสามารถตอบสนองต่อผลประโยชน์ทางการค้าของประเทศเหล่านี้ได้อย่างเต็มที่ โดยความตกลงทริปส์ได้กำหนดเกี่ยวกับสิ่งที่อาจขอรับสิทธิบัตรไว้โดยให้ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกต้องให้ความคุ้มครอง หรือให้สิทธิบัตร ผลิตภัณฑ์และกรรมวิธีการผลิตในทุกสาขาเทคโนโลยี ภายใต้เงื่อนไข 3 ประการคือ ต้องเป็นผลิตภัณฑ์ใหม่ มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถนำไปใช้ในทางอุตสาหกรรมการค้าได้¹⁴ นั่นหมายถึงการให้สิทธิผูกขาดการครอบครองแก่เจ้าของสิทธิบัตร ที่คิดค้นพันธุ์พืชใหม่หรือ ผลิตภัณฑ์ใหม่ ไปทำการจดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่ ผลิตภัณฑ์ใหม่ หรือความรู้ใหม่นั้นเป็นเวลานานถึง 20 ปี แต่กลับไม่ยอมรับในภูมิปัญญาพื้นบ้าน และมองว่าพันธุ์พืชพื้นบ้านไม่สมควรได้รับการคุ้มครองให้สิทธิบัตร เนื่องจากไม่มีกรรมวิธีในการผลิตที่สูงขึ้นกว่าเดิม พืชพันธุ์พื้นบ้านจึงควรเป็นทรัพย์สินสาธารณะที่ผู้ใดก็สามารถเอาไปใช้ประโยชน์ทางการค้าได้ ระบบสิทธิบัตร จึงไม่ได้ให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชที่ถูกพัฒนา และค้นคิดมานับร้อยนับพันปี โดยนักปรับปรุงพันธุ์พื้นบ้าน แต่ให้ความคุ้มครองกับนักวิทยาศาสตร์ของบริษัทธุรกิจเมล็ดพันธุ์ที่ขโมยพันธุ์พืชพื้นบ้านไปปรับปรุงเป็นพันธุ์พืชใหม่ เช่น พืชจีเอ็มโอ หรือพืชลูกผสมที่เก็บเมล็ดพันธุ์ใช้ปลูกต่อไม่ได้ เมล็ดพันธุ์เหล่านี้ถูกสร้างขึ้นมาให้มีลักษณะที่ตอบสนองต่อผลประโยชน์การค้าของบริษัทเมล็ดพันธุ์เท่านั้น การให้สิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต จะทำให้บริษัทข้ามชาติสามารถถือสิทธิในพันธุกรรม และยืนของชนพื้นเมืองในประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน สิทธิชุมชน และละเมิดอธิปไตยของประเทศโลกที่สาม กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของไทยซึ่งให้การคุ้มครองพันธุ์พืชท้องถิ่นจะต้องถูกส่งกลับมาแก้ไขเนื่องจากขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศฉบับนี้

¹⁴ TRIPs, Article 27 Patentable Subject Matter.

2.3 หลักการพื้นฐานของความตกลงทริปส์

ความตกลงทริปส์เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่สมาชิกขององค์การการค้าโลก World Trade Organization (WTO) ต้องผูกพันอย่างไม่มีเงื่อนไข¹⁵ วัตถุประสงค์ที่สำคัญของความตกลงทริปส์คือ เพื่อส่งเสริมให้มีการคุ้มครองและส่งเสริมในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพ แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องไม่ให้มาตรการในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นอุปสรรคต่อการค้าเสรีระหว่างประเทศ¹⁶ ความตกลงทริปส์กำหนดเงื่อนไขให้ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาหลายประเภท โดยวางบรรทัดฐานเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการคุ้มครอง สิ่งที่ได้รับการคุ้มครอง ของเขตของสิทธิ ตลอดจนการบังคับใช้สิทธิ การทำให้กฎหมายของประเทศสมาชิกมีความสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันนั้น มิได้มีการวัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์ เนื่องจากความตกลงนี้เพิกข้มแต่กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ ของการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น ประเทศสมาชิกจึงสามารถที่จะบัญญัติกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาให้มีระดับการคุ้มครองที่สูงกว่าความตกลงทริปส์ เท่าที่ไม่ขัดแย้งต่อหลักการที่บัญญัติไว้¹⁷

¹⁵ Katzenberger, P, and Kur, A, TRIPS and Intellectual Property, in Friedrich Karl Beier and Gerhard Schricker (Eds), From GATT to TRIPs, IIC Studies, Max Plank Institute for Foreign and international Patent, Copyright and Competition Law, Munich, 1997. p.2.

¹⁶ Blakeney, M, "Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Concise Guide to the TRIPS Agreement", Sweet & Maxwell, London, at 9.

¹⁷ TRIPs, Article. 1 (1).

"Members shall give effect to the provisions of this Agreement. Members may, but shall not be obliged to, implement in their law more extensive protection than is required by this Agreement, provided that such protection does not contravene the provisions of this Agreement. Members shall be free to determine the appropriate method of implementing the provisions of this Agreement within their own legal system and practice."

นอกจากนี้ เพื่อให้การค้าระหว่างประเทศเป็นไปโดยเสรี ขจัดอุปสรรคทางการค้าและก่อให้เกิดการขยายตัวทางการค้าระหว่างประเทศ ได้มีการวางหลักการพื้นฐานของความตกลงทริปส์เพื่อให้เป็นบรรทัดฐานเดียวกัน พอสรุปได้ว่า

2.3.1 มาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard)

กล่าวคือ มาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard) จะเป็นหลักการพื้นฐานที่ประเทศสมาชิกจะต้องมีการอนุวัติการกฎหมายภายในของตนเพื่อให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งนี้ มาตรฐานขั้นต่ำนี้ จะเป็นการวางข้อกำหนดที่ประเทศสมาชิกจะให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาดำกว่าที่ความตกลงทริปส์กำหนดไว้ไม่ได้ แต่สามารถที่จะให้ความคุ้มครองสูงกว่าที่กำหนดไว้ได้ โดยประเทศสมาชิกมีอิสระที่จะกำหนดแนวทางหรือวิธีการที่เหมาะสมในการอนุวัติการในกฎหมายของตนเพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีตามความตกลงทริปส์ได้¹⁸ ตัวอย่างเช่น ความตกลงทริปส์กำหนดระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรเป็นเวลา 20 ปีนับจากวันที่ยื่นสิทธิบัตรประเทศสมาชิกจะกำหนดระยะเวลาการให้ความคุ้มครองน้อยกว่า 20 ปีไม่ได้ แต่อาจกำหนดมากกว่า 20 ปีได้ เป็นต้น

2.3.2 มาตรฐานหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment)

กล่าวคือ มาตรฐานหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ภายใต้ความตกลงทริปส์ได้กำหนดไว้ในข้อ 3 โดยเป็นการปฏิบัติที่ประเทศสมาชิกจะต้องปฏิบัติต่อคนต่างชาติที่เป็นคนชาติของประเทศสมาชิกอื่นอย่างเท่าเทียมกันกับคนชาติของตนเอง¹⁹ การให้สิทธิใดๆ ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศเกี่ยวกับสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้นว่า สิทธิในการได้รับความคุ้มครอง การบังคับใช้สิทธิหรือสิทธิในการโอนสิทธิของตน แก่คนชาติของตนก็จะส่งผลให้คนชาติของประเทศสมาชิกอื่นที่จะได้รับด้วยเช่นเดียวกันกับคนชาติของประเทศสมาชิกนั้น

¹⁸ Ibid., Art. 1 (1).

¹⁹ TRIPs, Article. 3

2.3.3 การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favoured Nation Treatment)

การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favoured Nation Treatment) ภายใต้ความตกลงทริปส์²⁰ ถือได้ว่าเป็นหลักการพื้นฐานของความตกลงแกตต์ GATT ที่ได้กล่าวไว้ด้วยเช่นกัน ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ ความตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ เช่น อนุสัญญากรุงปารีส หรืออนุสัญญาอื่นใดภายใต้การกำกับดูแลขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ก็ไม่มีการกล่าวถึงหลักการพื้นฐาน²⁰ สำหรับหลักการการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง มีลักษณะที่ประเทศสมาชิกใดได้ทำความตกลงในการให้การให้ข้อได้เปรียบ (advantage) ความอนุเคราะห์ (favour) เอกสิทธิ์ (privilege) หรือความคุ้มกัน (immunity) แก่ประเทศอื่นไม่ว่าประเทศนั้นจะเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลกหรือไม่ก็ตามเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาก็จะส่งผลให้ประเทศสมาชิกอื่นๆ ภายใต้องค์การการค้าโลกจะได้รับผลประโยชน์จากความตกลงโดยทันทีหรือไม่มีเงื่อนไข อย่างไรก็ดี สำหรับหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง ความตกลงทริปส์ได้มีการกำหนดถึงข้อยกเว้นในหลักการดังกล่าวที่ประเทศสมาชิกสามารถจะกระทำได้ในเรื่องเกี่ยวกับ ข้อได้เปรียบ ความอนุเคราะห์ เอกสิทธิ์ หรือความคุ้มกันใดๆ โดยไม่ต้องตกอยู่ภายใต้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favoured Nation Treatment)

หลักการที่ไม่อยู่ภายใต้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง กรณีต่อไปนี้คือ²¹

1) เกิดจากความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยความช่วยเหลือทางศาลหรือการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะทั่วไปและมีได้จำกัดอยู่ในเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการเฉพาะ

กล่าวคือ ประเทศสมาชิกสามารถจะมีความตกลงระหว่างประเทศสมาชิกอื่นในเรื่องเกี่ยวกับความช่วยเหลือทางศาลและการบังคับใช้กฎหมายโดยที่จะได้รับการยกเว้นในหลักการ

²⁰ Jorge Peydro-Aznar, The TRIPs Agreement a basis for discussion, Intellectual Property in Asia and The Pacific, WIPO Publication (July 1995), p.77 .

²¹ ดู TRIPS Agreement, Art. 4 และ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้า, น. 47-60.

ปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์หิยนั้น ความตกลงเช่นนั้นจะต้องมีลักษณะทั่วไป โดยไม่ใช่ความตกลงที่เกี่ยวข้องกับคดีทางทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการเฉพาะ เช่น ความตกลงที่จะให้ความร่วมมือช่วยเหลือกันในการจัดส่งพยานหลักฐานเพื่อใช้ในการพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น

2) กรณีให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเบอร์น หรืออนุสัญญากรุงโรม ที่อนุญาตว่าการปฏิบัติที่ให้นี้มิใช่เรื่องการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ แต่เป็นการเรื่องของการปฏิบัติที่ให้ในประเทศอีกประเทศหนึ่ง

กล่าวคือ ประเทศสมาชิกที่เป็นภาคีของอนุสัญญากรุงเบอร์น ค.ศ. 1971 อนุสัญญากรุงโรมมาก่อนที่จะรับเอาพันธกรณีภายใต้ความตกลงทริปส์นี้ ก็สามารถที่จะใช้หลักต่างตอบแทน (Reciprocity)²² เพื่อคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงมาใช้กับประเทศสมาชิกของอนุสัญญาทั้งสองต่อไปได้ และถือว่าประเทศสมาชิกที่เป็นภาคีของอนุสัญญาทั้งสองได้รับยกเว้นในหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์หิย จึงสามารถใช้หลักต่างตอบแทนในการคุ้มครองงานดังกล่าวต่อกันโดยไม่ขัดกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์หิยตามที่มีความตกลงทริปส์กำหนดไว้ ตัวอย่างเช่น ประเทศอังกฤษ ได้มีกฎหมายลิขสิทธิ์ การออกแบบและสิทธิบัตร ค.ศ. 1988 ที่ได้มีการใช้หลักต่างตอบแทนภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์น ค.ศ. 1971 และอนุสัญญากรุงโรม เมื่อประเทศอังกฤษเข้าเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก ดังนี้ ประเทศอังกฤษจึงสามารถที่จะให้การคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ภายใต้หลักการต่างตอบแทนกับประเทศสมาชิกที่เป็นภาคีตามอนุสัญญากรุงเบอร์น โดยไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์หิย เป็นต้น

3) กรณีเกี่ยวกับสิทธิของนักแสดง ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงและองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพ ซึ่งไม่ได้กำหนดไว้ภายใต้ความตกลงนี้

²² หลักต่างตอบแทนนี้ จะมีการกำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเบอร์นและอนุสัญญากรุงโรม โดยเป็นกรณีที่ประเทศหนึ่งจะให้ความคุ้มครองในงานอันมีลิขสิทธิ์ (Copyright) และสิทธิข้างเคียง (Related Rights) แก่คนชาติอื่นหรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับว่า ประเทศของคนชาติอื่นเช่นว่านั้น ได้ให้ความคุ้มครองในงานอันมีลิขสิทธิ์ (Copyright) และสิทธิข้างเคียง (Related Rights) ต่อคนชาติของคู่กรณีดังกล่าวด้วยหรือไม่ ทั้งนี้ หลักต่างตอบแทนจะมีลักษณะที่ประเทศคู่กรณีจะมีการให้สิทธิแก่กันและกันในลักษณะต่างตอบแทน

กล่าวคือ ภายใต้ความตกลงทริปส์ ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับสิทธิข้างเคียง (Related Rights) ซึ่งประกอบด้วย สิทธิข้างเคียง สิทธิของนักแสดง ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงและองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพ มีผลผูกพันต่อประเทศสมาชิกที่จะต้องปฏิบัติตาม หากแต่ในกรณีใดๆ อันเกี่ยวกับสิทธิของสิทธิข้างเคียงในลักษณะอื่นๆ ที่ความตกลงทริปส์มิได้มีการกำหนดไว้ กรณีเช่นนี้ ประเทศสมาชิกก็สามารถกระทำได้เป็นการเฉพาะกับประเทศอื่นๆ โดยไม่ต้องปฏิบัติตามหลักปฏิบัติหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง ตัวอย่างเช่น กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมัน (Copyright Act, latest amended 1995) ที่มีการกล่าวถึงสิทธิของนักแสดงเกี่ยวกับสิทธิในการส่งสัญญาณ (Right of Transmission) หรือสิทธิของผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงเกี่ยวกับสิทธิในการแจกจ่ายสิ่งบันทึกเสียง (Right of Distribution) ซึ่งสิทธิดังกล่าวไม่ได้มีการกำหนดไว้ในความตกลงทริปส์ ดังนั้น หากประเทศเยอรมันนี้ได้ทำความตกลงให้สิทธิแก่นักแสดงเกี่ยวกับสิทธิในการส่งสัญญาณหรือสิทธิของผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงเกี่ยวกับสิทธิในการแจกจ่ายสิ่งบันทึกเสียงกับประเทศอื่นเป็นการเฉพาะ ก็จะกระทำได้โดยไม่ต้องขยายผลของความตกลงนั้นไปถึงประเทศสมาชิกอื่นที่มีได้ทำความตกลงดังกล่าว เพราะจะเป็นการข้อยกเว้นในหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง

4) กรณีที่เกิดจากความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งมีผลใช้บังคับก่อนที่ความตกลงขององค์การการค้าโลกมีผลใช้บังคับ โดยมีเงื่อนไขว่า คณะมนตรีทริปส์ได้รับแจ้งให้ทราบถึงความตกลงดังกล่าวและไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจหรือไม่สมเหตุสมผลต่อคนชาติของสมาชิกอื่นๆ

กล่าวคือ ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกจะต้องมีพันธกรณีในการปฏิบัติตามความตกลงทริปส์ หากแต่ถ้าได้มีพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศอื่นเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งมีผลบังคับใช้ก่อนที่ความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกมีผลใช้บังคับ (ก่อนวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1995) ตัวอย่างเช่น อนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป (European Patent Convention) เป็นต้น ก็สามารถที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีตามความตกลงอื่นนั้นต่อไปได้ แต่ทั้งนี้ ในการปฏิบัติตามความตกลงอื่นดังกล่าวในการที่จะได้รับยกเว้นเกี่ยวกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขคือ จะต้องมีการแจ้งให้ทราบถึงความมีอยู่ของข้อตกลงอื่นเช่นนั้นต่อคณะมนตรีทริปส์ และประเทศสมาชิกในการปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลงอื่นนั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจหรือไม่สมเหตุสมผลต่อคนชาติของสมาชิกอื่น

5) กรณีของความตกลงพหุภาคีในส่วนที่เกี่ยวกับการได้มาหรือการคงไว้ซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

กล่าวคือ ความตกลงพหุภาคี (Multilateral Agreement) ที่ได้จัดทำขึ้นภายใต้การกำกับดูแลขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) เกี่ยวกับการดำเนินการให้ได้มาและการคงไว้ซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะเป็นการยกเว้นตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง ตัวอย่างของความตกลงระหว่างประเทศที่ได้รับการยกเว้นหลักการดังกล่าวก็ เช่น ความตกลงว่าด้วยความร่วมมือทางสิทธิบัตร (Patent Co-operation Treaty: PCT) เป็นต้น

อย่างไรก็ดี หากว่าความตกลงทริปส์ได้มีการกำหนดถึงวิธีการได้มาและคงไว้ซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการเฉพาะ กรณีดังกล่าวก็จะต้องตกอยู่ภายใต้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งด้วย ซึ่งกรณีที่ความตกลงทริปส์ได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะนั้น ได้แก่

ก. กรณีการกำหนดเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์การละเมิดในสิทธิบัตรกรรมวิธีตาม

ข้อ 34

ข. กรณีของวิธีการได้มาหรือคงไว้ซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามที่กำหนดไว้ในภาค 4 ข้อ 62

ดังนั้น หากเป็นสองกรณีเช่นว่านี้ เมื่อตกอยู่ภายใต้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง ก็จะมีผลบังคับต่อคนชาติประเทศอื่นที่เป็นสมาชิกโดยทันทีและปราศจากเงื่อนไข

2.4 พันธกรณีของประเทศไทยภายใต้ความตกลงทริปส์

ความตกลงทริปส์ไม่ได้กำหนดวิธีการในการอนุวัติการไว้ ประเทศสมาชิกจึงมีอิสระที่จะเลือกวิธีการอนุวัติการที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศได้ อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขในการอนุวัติการตามความตกลงทริปส์มิได้ถูกกำหนดอย่างเคร่งครัด เนื่องจากประเทศที่เข้าร่วมการเจรจามีความเห็นวาระการพัฒนาทางเศรษฐกิจของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน ความตกลงทริปส์จึงมีบทบัญญัติที่ผ่อนปรนให้แก่ประเทศสมาชิกบางประเทศ โดยพิจารณาจากระดับสถานะทางเศรษฐกิจของประเทศสมาชิกกล่าวคือ ประเทศกำลังพัฒนา (Developing countries) และประเทศที่เปลี่ยนระบบเศรษฐกิจจากระบบการวางแผนจากส่วนกลางไปสู่ระบบ

เศรษฐกิจแบบตลาด (Country in transition to a market economy) จะได้รับการผ่อนผันให้ดำเนินการอนุวัติการต่อไปอีกเป็นเวลาสี่ปี²³ ส่วนประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด (Least developed countries) จะได้รับการผ่อนผันเป็นระยะเวลาสิบปี²⁴

เมื่อความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกมีผลให้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม 2538 ประเทศไทยซึ่งถูกจัดอยู่ในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา จึงมีพันธกรณีที่ต้องอนุวัติการตามความตกลงทริปส์ให้เสร็จสิ้นไปภายในวันที่ 1 มกราคม 2543 เพื่อให้เกิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีประสิทธิภาพ เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ถือได้ว่าเป็นหลักทั่วไปที่ประเทศสมาชิกจะต้องมีการกำหนดไว้เพื่อนำไปใช้กรอบของความคุ้มครองขั้นต่ำ (minimum protection) ในกฎหมายภายในของตนเกี่ยวกับการบังคับการตามกฎหมายโดยรัฐ เพื่อให้เกิดความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีประสิทธิภาพ เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภท ตลอดจนการปฏิบัติต่อการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญารวมถึงการเยียวยาความเสียหายและยับยั้งการละเมิดด้วย ทั้งนี้ ความตกลงทริปส์ได้มีการกำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องวางหลักเกณฑ์ทั่วไปในกระบวนการปฏิบัติเพื่อบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพ

พันธกรณีที่สำคัญที่สุดประการหนึ่ง ซึ่งจะมีผลกระทบโดยตรงต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นก็คือ เงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา 27 กล่าวคือ ตามบทบัญญัตินี้ ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่การประดิษฐ์ในทุกสาขาเทคโนโลยี โดยมีข้อยกเว้นว่าประเทศสมาชิกอาจไม่คุ้มครองพืชและสัตว์ภายใต้ระบบสิทธิบัตร แต่จะต้องให้ความคุ้มครองแก่พืชพันธุ์ไม่ว่าโดยกฎหมายสิทธิบัตร หรือระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพหรือโดยใช้วิธีการคุ้มครองดังกล่าวร่วมกัน

²³ TRIPs, Article.65.2.,65.3.

²⁴ TRIPs, Article.66.1.

2.5 ความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทริปส์และความตกลงที่เกี่ยวข้องกับ ทรัพย์สินทางปัญญาอื่น

2.5.1 ความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทริปส์และอนุสัญญากรุงเบอร์น

อนุสัญญากรุงเบอร์นถือกำเนิดขึ้นในปี ค.ศ. 1886 และได้รับการแก้ไขในปี ค.ศ. 1896 ที่กรุงปารีส ปี ค.ศ. 1908 ที่กรุงเบอร์ลิน และเสร็จสมบูรณ์เป็นอนุสัญญากรุงเบอร์นในปี 1914 ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์น เมื่อปี พ.ศ. 2474 อนุสัญญากรุงเบอร์นมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ประเทศสมาชิกให้การคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์²⁵ ภายใต้หลักการที่เป็นหนึ่งเดียวกัน โดยให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้แก่ วรรณกรรม และศิลปกรรม รวมทั้งงานในแผนกวรรณคดี วิทยาศาสตร์ และแผนกศิลปะ ไม่ว่าจะแสดงออกมาในรูปแบบใด เช่น หนังสือ คำปาฐกถา ภาพยนตร์ แผนที่ งานสถาปัตยกรรม เป็นต้น หลักการพื้นฐานของอนุสัญญากรุงเบอร์นมี 3 ประการ ได้แก่

1) หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment) คือ งานของผู้สร้างสรรค์ที่เป็นคนชาติของประเทศภาคีตามอนุสัญญานี้ หรืองานที่มีการนำออกแสดงเป็นครั้งแรกในประเทศภาคี อนุสัญญานี้จะได้รับการคุ้มครองในประเทศภาคีอื่นๆ ด้วย

2) หลักการคุ้มครองโดยอัตโนมัติ (automatic protection) งานที่สร้างสรรค์ขึ้นจะได้รับการคุ้มครองโดยทันที โดยไม่ต้องจดทะเบียน

3) หลักความเป็นอิสระของการคุ้มครอง (independence of protection) การคุ้มครองตามอนุสัญญานี้ไม่กระทบต่อการคุ้มครองอื่นใดที่ประเทศแห่งถิ่นกำเนิดของงาน (country of origin) ได้ให้การคุ้มครองไว้แล้ว

ความตกลงทริปส์มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักการสำคัญของอนุสัญญากรุงเบอร์นอยู่สองประการด้วยกัน กล่าวคือ²⁶

²⁵ Berne Convention Article 1

“The countries to which this Convention applies constitutes a Union for the protection of the rights of authors in their literary and artistic works.”

²⁶ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า, (กรุงเทพมหานคร: ห.จ.ก.พี.เจเพลท โปรเซสเซอร์, 2544), น.77.

(ก) การรับรองหลักการทั่วไปของอนุสัญญากรุงเบอร์น์²⁷

บทบัญญัติในข้อ 20 ของอนุสัญญากรุงเบอร์น์ได้ให้อำนาจอประเทศสมาชิกในอันที่จะเข้าร่วมในความตกลงระหว่างประเทศอื่นได้ ภายใต้เงื่อนไขว่าความตกลงระหว่างประเทศที่เข้าร่วมนั้นต้องให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์ในระดับที่สูงกว่าอนุสัญญากรุงเบอร์น์ หรือต้องไม่เป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อหลักการของอนุสัญญากรุงเบอร์น์²⁸

ความตกลงทริปส์ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง ซึ่งได้จัดทำขึ้นภายหลังถือได้ว่าเป็นความตกลงพิเศษ (special agreement) ตามนัยแห่งข้อ 20 ดังกล่าว ดังนั้นประเทศที่เป็นภาคีของอนุสัญญากรุงเบอร์น์จึงสามารถเข้าร่วมในความตกลงทริปส์ได้ ไม่ถือเป็นการฝ่าฝืนต่อพันธกรณีตามอนุสัญญากรุงเบอร์น์

นอกจากนี้ความตกลงทริปส์ข้อ 9(1) ได้บัญญัติว่า “สมาชิกจะปฏิบัติตามข้อ 1 ถึง 21 ของอนุสัญญากรุงเบอร์น์ (ค.ศ.1971) และผนวกแนบท้าย อย่างไรก็ตามสมาชิกจะไม่มีสิทธิหรือข้อผูกพันภายใต้ความตกลงนี้ ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิที่ให้ภายใต้ข้อ 6 ทวิ ของอนุสัญญานั้น หรือเกี่ยวกับสิทธิต่างๆ ที่เกิดจากอนุสัญญานั้น”²⁹

การกำหนดเช่นนี้ แสดงให้เห็นถึงเจตนาของประเทศที่พัฒนาแล้ว ในอันที่จะกำหนดให้มีการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในระดับสูง โดยใช้หลักการคุ้มครองซึ่งได้กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเบอร์น์ฉบับ Paris Act 1971 เป็นเกณฑ์ ทำให้ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกที่ไม่ได้ให้การรับรองอนุสัญญากรุงเบอร์น์จะต้องผูกพันโดยหลักการของอนุสัญญาดังกล่าวโดยปริยาย มีผลให้ประเทศที่พัฒนาแล้วสามารถสร้างกฎเกณฑ์การคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศเพิ่มเติมจากหลักกำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเบอร์น์ได้โดยไม่ต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงบัญญัติของอนุสัญญาดังกล่าว หลักการที่กำหนดไว้ในข้อ 9(1) ของความตกลงทริปส์นี้เรียกกันทั่วไปว่า “เบอร์น์ผนวก” หรือ “Berne-Plus”

²⁷ เพิ่งอ้าง, น.77.

²⁸ Berne Convention, Article 20.

“The governments of the countries of the Union reserve the right to enter into special agreement among themselves, in so far as such agreement grant to authors more extensive right than those granted by the Convention, or contain other provision not contrary to this Convention...”

²⁹ TRIPs, Article 9(1).

(ข) การไม่รับรองสิทธิทางศีลธรรมในอนุสัญญากรุงเบอร์น์³⁰

ข้อ 9 (1) ของความตกลงทริปส์กำหนดให้รัฐภาคีขององค์การการค้าโลกปฏิบัติตามหลักการในข้อ 1 ถึง 21 ของอนุสัญญากรุงเบอร์น์ ฉบับ Paris Act 1971 รวมทั้งบทบัญญัติในภาคผนวกของอนุสัญญาดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ในตอนท้ายของข้อ 9 (1) ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ประการหนึ่ง ดังนี้

“...อย่างไรก็ตาม บรรดาสมาชิกจะไม่มีสิทธิหรือข้อผูกพันภายใต้ความตกลงนี้ ในส่วนที่เกี่ยวกับบรรดาสิทธิที่ให้ภายใต้ข้อ 6 ทวิ ของอนุสัญญานั้น หรือเกี่ยวกับสิทธิที่เกิดจากอนุสัญญานั้น”³¹

สิทธิทางศีลธรรมถือเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้สร้างสรรค์หรือผู้สืบทอดสิทธิของผู้สร้างสรรค์เท่านั้น สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่แตกต่างหากจากสิทธิทางเศรษฐกิจ สิทธิทางศีลธรรมได้รับการรับรองโดยข้อ 6 ทวิ ของอนุสัญญากรุงเบอร์น์ โดยอนุสัญญากรุงเบอร์น์กำหนดให้ผู้สร้างสรรค์มีสิทธิทางศีลธรรมสองประการ ได้แก่

1) สิทธิที่จะให้มีการอ้างอิงชื่อของตนในฐานะเป็นผู้สร้างสรรค์นั้น (rights of paternity)³²

2) สิทธิที่จะป้องกันมิให้มีการบิดเบือนหรือกระทำการอย่างใดๆ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียงของผู้สร้างสรรค์ (rights of respect)³³

สิทธิทั้งสองประการนั้นจะเป็นสิทธิของผู้สร้างสรรค์หรือผู้สืบสิทธิของผู้สร้างสรรค์ตลอดไป ถึงแม้ว่าผู้สร้างสรรค์จะได้โอนงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนให้แก่บุคคลภายนอกไปแล้วก็ตาม

การที่ความตกลงทริปส์ระบุเพียงแต่สิทธิในข้อ 6 ทวิ ของอนุสัญญากรุงเบอร์น์เท่านั้น โดยมีได้กำหนดว่าสิทธิทางศีลธรรมที่รัฐภาคีไม่จำเป็นต้องให้การรับรองนั้นหมายถึงสิทธิทางศีลธรรมประเภทใด กรณีจึงน่าจะต้องตีความว่าหมายถึงสิทธิทางศีลธรรมทั้งสองประเภท นอกจากนี้การที่ความตกลงทริปส์กำหนดในข้อ 9(1) ตอนท้ายว่า ประเทศสมาชิกไม่จำเป็นต้องรับรองสิทธิในข้อ 6 ทวิ กรณีน่าจะหมายความว่าความถึงการรับรองสิทธิทางศีลธรรมที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติข้ออื่นๆด้วย ซึ่ง

³⁰ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26*, น.79.

³¹ TRIPs, Article.9 (1).

³² Berne Convention, Article.6 bis.

³³ Berne Convention, Article.6 bis.

หมายความว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ขององค์การการค้าโลกในเรื่อง “Fair use”³⁴ ก็ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติการในข้อ 10(3) ของอนุสัญญากรุงเบอร์น กล่าวคือ ผู้ที่นำเอางานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้ในการเรียนการสอนไม่จำเป็นต้องอ้างอิงชื่อผู้สร้างสรรค์งานนั้นแต่อย่างใด

2.5.2 ความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทริปส์และอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม

อนุสัญญากรุงปารีส เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่กล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิบัตรที่เก่าแก่ที่สุดก่อตั้งมานานกว่า 100 ปี ซึ่งเกิดจากการที่บรรดาประเทศผู้นำทางอุตสาหกรรมที่มีระบบการคุ้มครองสิทธิบัตรภายในของตนเข้มแข็งแล้วต้องการที่จะขยายอำนาจผูกขาดตามสิทธิบัตร (monopoly) ของตนออกไปในระดับระหว่างประเทศ เนื่องจากระบบการคุ้มครองสิทธิบัตรนั้นมิใช่จารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้นบรรดาผู้นำประเทศที่พัฒนาแล้วจึงต้องจัดทำข้อตกลงระหว่างประเทศขึ้นมา โดยในระยะแรกก็ได้จัดทำเป็นสนธิสัญญาทวิภาคี เพื่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างกันในการยอมรับนับถือในการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแล้วก็ขยายกว้างออกไปจนมีสมาชิกมากขึ้น และได้จัดทำอนุสัญญากรุงปารีสเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมขึ้นบริหารงานโดยสหภาพระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (International Union for the Protection of Industrial Property) ในวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ.1883 ที่กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครอง เครื่องหมายการค้า (marks) สิทธิบัตร (patent) อนุสิทธิบัตร (utility model) และการออกแบบทางอุตสาหกรรม (industrial design) ฯลฯ ระหว่างประเทศประเทศในภาคี³⁵

³⁴ “Fair use” หรือ “Fair dealing” คือกรณีที่บุคคลทั่วไปสามารถนำเอางานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการเรียนการสอนได้ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของงานเสียก่อน (Berne Convention, Art. 10(3)) แต่ทั้งนี้ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่ว่า ผู้ที่นำเอางานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้จะต้องให้ความเคารพต่อสิทธิทางศีลธรรมของผู้สร้างสรรค์ อันเป็นสิทธิทางศีลธรรมประเภท “right of paternity”

³⁵ ราชพงษ์ ทองดีแท้, “การคุ้มครองสิทธิบัตรตามสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือทางด้านสิทธิบัตรขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก” (สารนิพนธ์ มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.62.

อนุสัญญากรุงปารีสฯ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเป็นระยะ รวมจนถึงปัจจุบันมีการเปลี่ยนแปลงรวม 6 ครั้ง 7 ฉบับ มีดังนี้ ที่กรุงบรัสเซลส์ ค.ศ.1900 ที่กรุงวอชิงตัน ค.ศ.1911 ที่กรุงเฮก ค.ศ. 1925 ที่กรุงลอนดอน ค.ศ.1934 กรุงลิสบอน ค.ศ.1958 และที่กรุงสต็อกโฮล์ม ค.ศ.1967 และปี ค.ศ. 1979 ซึ่งการแก้ไขที่กรุงสต็อกโฮล์มนั้นเป็นการแก้ไขโดยการจำแนกคำขอเพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์ในฐานะที่เป็นพื้นฐานของการขอสิทธิในการยื่นคำขอรับสิทธิบัตรครั้งแรกในต่างประเทศ อีกทั้งยังเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ในการจัดการให้มีความทันสมัยมากขึ้น³⁶

ในปัจจุบัน อนุสัญญากรุงปารีสฯ มีรัฐเข้ามาร่วมเป็นภาคีทั้งหมด 168 ประเทศ โดยประเทศไทยยังไม่ได้เข้าเป็นภาคี

ส่วนประเด็นที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทริปส์และอนุสัญญากรุงปารีสฯ มี 2 ประเด็นได้แก่

1) หลักการให้สิทธิที่จะขอรับความคุ้มครองก่อน (Right of Priority)

“หลักการให้สิทธิที่จะขอรับความคุ้มครองก่อน” เป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งของอนุสัญญากรุงปารีสฯ³⁷ ภายใต้หลักนี้เจ้าของทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมที่ได้ขอรับความคุ้มครองไว้ในประเทศภาคีหนึ่งแล้วสามารถที่จะมาขอความคุ้มครองในประเทศภาคีอื่นๆ ได้อีก โดยจะต้องขอรับความคุ้มครองภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยอนุสัญญากรุงปารีสฯ กำหนดให้การยื่นขอต้องกระทำภายใน 12 เดือนนับจากวันที่มีการยื่นคำขอครั้งแรกสำหรับกรณีที่เป็นการคุ้มครองในการออกแบบทางอุตสาหกรรมและเครื่องหมายการค้า³⁸

2) คุณสมบัติของบุคคลที่มีสิทธิขอรับความคุ้มครอง³⁹

อีกประเด็นที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทริปส์กับอนุสัญญากรุงปารีสคือ ประเด็นเรื่อง คุณสมบัติของบุคคลที่มีสิทธิขอรับความคุ้มครอง แม้ว่าความตกลงทริปส์มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้ แต่บทบัญญัติข้อ 2 (1) รัฐภาคีของความตกลงทริปส์จะต้องปฏิบัติตามหลักการเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิขอความคุ้มครองตามที่กำหนดไว้ในข้อ

³⁶ สำนักงานสิทธิบัตรแห่งประเทศไทย, อนุสัญญา สนธิสัญญา และความตกลงระหว่างประเทศ, ศูนย์ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมแห่งภาคพื้นเอเชีย – แปซิฟิก, น.2, อ้างใน ราชพงษ์ทองดีแท้, เพิ่งอ้าง, น.62.

³⁷ Paris Convention, Art.4.

³⁸ จักรกฤษณ์ ครอบงวน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น.40-42.

³⁹ เพิ่งอ้าง, น.41.

2 (2) ของอนุสัญญากรุงปารีส กล่าวคือ รัฐภาคีของความตกลงทริปส์ไม่อาจกำหนดเงื่อนไขบังคับให้ผู้ประสงค์จะขอรับความเข้ามาตั้งภูมิลำเนาหรือเข้ามาประกอบกิจการในประเทศ ในกรณีที่บุคคลผู้ขอรับสิทธินั้นเป็นชนชาติของรัฐภาคีความตกลงทริปส์⁴⁰ ตัวอย่างเช่น กฎหมายไทยจะกำหนดเงื่อนไขว่า ผู้มีสิทธิขอรับสิทธิบัตรหรือมีสิทธิจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ต้องเป็นผู้มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรหรือเป็นผู้ที่ประกอบกิจการในประเทศไทยไม่ได้

นอกจากนี้ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ขอรับความคุ้มครองที่กำหนดไว้ในข้อ 3 ของอนุสัญญากรุงปารีส ต้องนำมาใช้กับความตกลงทริปส์ด้วย กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ขอรับความคุ้มครองมิได้มีสัญชาติของประเทศภาคีขององค์การการค้าโลก หากแต่เป็นผู้มีภูมิลำเนาหรือได้เข้ามาประกอบกิจการในประเทศใดประเทศหนึ่งซึ่งเป็นภาคีขององค์การการค้าโลก บุคคลนั้นจะได้รับประโยชน์จาก “หลักปฏิบัติเยี่ยงชนชาติ” โดยจะต้องได้รับการปฏิบัติเป็นอย่างเดียวกันกับชนชาติของรัฐภาคีแห่งองค์การการค้าโลกทุกประการ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงปารีส ซึ่งถูกกำหนดให้มาใช้กับความตกลงทริปส์โดยบทบัญญัติข้อ 2 (1)⁴¹ ตัวอย่างเช่น A เป็นคนชาติอิหร่าน ประเทศอิหร่านมิได้เป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก หากแต่ A ได้เข้าไปประกอบการหรือมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศสหรัฐฯ ซึ่งเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก ดังนี้ A มีสิทธิที่จะขอรับสิทธิบัตรในประเทศไทยได้ และประเทศไทยต้องการให้การปฏิบัติต่อ A เช่นเดียวกับที่ให้การปฏิบัติต่อคนไทยทุกประการ

2.5.3 ความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทริปส์และสนธิสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิบัตร

สนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือด้านสิทธิบัตร เป็นความตกลงระหว่างประเทศแบบพหุภาคีที่ได้รับการลงนามเมื่อปี ค.ศ. 1970 ที่กรุงวอชิงตัน ประเทศสหรัฐอเมริกาและมีผลบังคับใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1978 เรื่อยมา จนถึงปี ค.ศ. 1993 สนธิสัญญาฉบับนี้มีประเทศต่างๆ เข้าร่วมเป็น

⁴⁰ TRIPs, Article. 2 (1).

“In respect of Parts II, III and IV of this Agreement, Member shall comply with Article 1-12 and 19 the Paris Convention (1967).”

⁴¹ TRIPs, Article, *ibid*, Paris Convention, Art.3

ภาคีทั้งสิ้นจำนวน 59 ประเทศ แต่สำหรับประเทศไทยในปัจจุบัน ยังไม่ได้เข้าร่วมในสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือสิทธิบัตรแต่อย่างใด⁴²

สนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือด้านสิทธิบัตรได้จัดตั้งระบบการรับคำขอรับสิทธิบัตรร่วมกัน ซึ่งการจัดตั้งระบบดังกล่าวจะมีประโยชน์สองประการคือ⁴³

ประการแรก เป็นการช่วยเหลือรัฐภาคีในส่วนที่เกี่ยวกับการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตร โดยสำนักงานกลางที่ได้รับมอบหมายจะทำหน้าที่ให้บริการทางด้านการค้นหงานที่ปรากฏแพร่หลายอยู่แล้ว เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาถึงความใหม่และขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นของการประดิษฐ์ นอกจากนี้ จะมีการตรวจสอบความถูกต้องของคำขอรับสิทธิบัตรโดยสำนักงานกลาง ซึ่งจะช่วยอำนวยความสะดวกให้แก่รัฐภาคี และช่วยลดค่าใช้จ่ายและทำให้ประหยัดเวลาในการตรวจสอบคำขอลง

ประการที่สอง เป็นการให้ความสะดวกแก่ผู้ประดิษฐ์ที่ประสงค์จะขอรับสิทธิบัตรในหลายๆ ประเทศ โดยเปิดโอกาสให้ผู้ประดิษฐ์สามารถยื่นคำขอต่อสำนักงานสิทธิบัตรเพียงแห่งเดียว ซึ่งจะช่วยลดค่าใช้จ่ายในการขอรับสิทธิบัตรในหลายๆ ประเทศลง และผู้ประดิษฐ์ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบคำขอซ้ำซ้อนกันโดยไม่จำเป็น ภายใต้สนธิสัญญานี้ ผู้ประดิษฐ์ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบคำขอซ้ำซ้อนกันโดยไม่จำเป็น ภายใต้สนธิสัญญานี้ ผู้ประดิษฐ์จะเสียค่าธรรมเนียมในการตรวจสอบเพียงครั้งเดียว แทนที่จะต้องเสียค่าธรรมเนียมในทุกประเทศที่ตนต้องการจะขอรับสิทธิบัตร

ส่วนประเด็นที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทริปส์และสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือด้านสิทธิบัตรนั้น กล่าวได้ว่า สนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือด้านสิทธิบัตรมีเนื้อหาเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์ ในขณะที่ขั้นตอนการขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรโดยเฉพาะ ส่วนความตกลงทริปส์จะมีเนื้อหาเกี่ยวกับมาตรฐานขั้นต่ำในการให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์ทั้งขณะขั้นตอนขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรและภายหลังจากที่ได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตรแล้ว ดังนั้นหลักเกณฑ์ในขั้นตอนการรับการขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรของสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือด้านสิทธิบัตรจึงมีความละเอียดกว่าความตกลงทริปส์⁴⁴

⁴² จักรกฤษณ์ ควรพจน์, สิทธิบัตร แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2

(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541), น.248.

⁴³ เฟิงอ้าง, น. 248-249.

⁴⁴ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26, น. 72.

หลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกันระหว่างความตกลงทริปส์และสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือด้านสิทธิบัตร มีดังนี้

1) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้ขอรับสิทธิบัตร (Condition on Applicant)⁴⁵

ตามความตกลงทริปส์มาตรา 29 กำหนดให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรจะต้องเปิดเผย (disclose) เกี่ยวกับสิ่งประดิษฐ์ในลักษณะที่ชัดเจนและสมบูรณ์เพียงพอ (a manner sufficiently clear and complete) ที่จะทำให้นักวิชาการที่มีความเชี่ยวชาญทางเทคนิค (a person skilled in the art) สามารถดำเนินการประดิษฐ์ได้ และอาจกำหนดให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรแสดงวิธีการประดิษฐ์ที่ดีที่สุด (the best mode) ในการประดิษฐ์ที่ผู้ประดิษฐ์ทราบในวันยื่นขอ หรือในวันที่ยื่นขอในกรณีที่มีการอ้างสิทธิก่อน (priority date) รวมถึงต้องเปิดเผยถึงการขอและการได้รับสิทธิบัตรในเรื่องเดียวกันในต่างประเทศด้วย ซึ่งหลักการนี้คล้ายกับวิธีการเขียนรายละเอียดการประดิษฐ์ที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือด้านสิทธิบัตร

2) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิ่งที่จะนำมาขอรับสิทธิบัตร (Patent Subject Matter)

ความตกลงทริปส์มาตรา 27(1) ได้กำหนดไว้ว่าสิ่งที่จะนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ คือการประดิษฐ์ (invention) ในกรรมวิธี (processes) หรือผลิตภัณฑ์ (product) ในทุกสาขาเทคโนโลยี ซึ่งการประดิษฐ์นั้นจะต้องมีความใหม่ (new or novelty) มีขั้นตอนการประดิษฐ์สูงขึ้นหรือไม่ประจักษ์ (involve an inventive step or obvious) และสามารถนำมาประยุกต์ใช้ในทาง

2.6 หลักการคุ้มครองขั้นต่ำภายใต้ความตกลงทริปส์

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) หรือ TRIPs เกิดขึ้นจากประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งนำโดยสหรัฐอเมริกาได้นำประเด็นเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้าเข้าสู่การเจรจาของ GATT สืบเนื่องมาจากการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกิดขึ้นเป็นอย่างมากโดยเฉพาะเกิดจากประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งส่งผลกระทบต่อความเสียหายทางเศรษฐกิจต่อประเทศที่พัฒนาแล้ว ดังนั้น ประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งโดยสหรัฐอเมริกาจึงได้นำประเด็นเกี่ยวกับสิทธิใน

⁴⁵ เฟิงอ๋าง, น. 73.

ทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าเข้าสู่เจรจา เมื่อมีการจัดตั้งองค์การการค้าโลก (WTO) เกิดขึ้น ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า หรือ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPs ได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของความตกลงการค้าพหุภาคีภายใต้องค์การการค้าโลก และมีผลบังคับต่อประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีด้วย

ทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights :TRIPs) โดยความตกลงดังกล่าวได้มีการกำหนดทรัพย์สินทางปัญญาออกเป็น⁴⁶

1. ลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง (Copyright and Related Rights)
2. เครื่องหมายการค้า (Trademarks)
3. สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Indications)
4. การออกแบบอุตสาหกรรม (Industrial Designs)
5. สิทธิบัตร (Patents)
6. การออกแบบบรรจุรวม (Layout-Designs (Topographies) of Integrated Circuits)
7. การคุ้มครองข้อมูลที่ไม่เปิดเผย (Protection of Undisclosed Information)⁴⁷

2.6.1 ลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง (Copyright and Related Rights)

ลิขสิทธิ์ (Copyright)

เป็นสิทธิประเภทหนึ่งของทรัพย์สินทางปัญญาเป็นงานทางด้านสุนทรียภาพ ลิขสิทธิ์จะหมายถึงงานที่มีผู้สร้างสรรค์ขึ้นมาไม่ว่าจะโดยบุคคลใด โดยจะเป็นผลผลิตที่เกิดจากความ

⁴⁶ TRIPs, Article.1 (2).

“ For the purposes of this Agreement, the term “intellectual property” refers to all categories of intellectual property that are the subject of Sections 1 to 7 of Part II .”

⁴⁷ Carlos M Correa, Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries The TRIPS Agreement and Policy Option, second printing. (Malaysia: Zed Book Ltd.,2000) p.2.

พยายามของมนุษย์ ไม่ใช่สิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติและไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงคุณภาพหรือคุณค่าแต่ประการใด ขอเพียงแต่งานนั้นถูกสร้างสรรค์ขึ้นมาภายใต้หลักเกณฑ์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยการที่ต้องกำหนดกฎหมายลิขสิทธิ์ขึ้นเพื่อสนองหน้าที่หลักในการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์จากการกำหนดกฎหมายลิขสิทธิ์ขึ้นเพื่อสนองหน้าที่หลักในการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์จากการหาประโยชน์อันมิชอบโดยบุคคลอื่น ทั้งนี้ เพื่อที่ผู้สร้างสรรค์งานจะได้รับประโยชน์อย่างเต็มที่จากการที่ตนต้องใช้ปัญญา กำลังแรงงาน ทักษะและความอดุสาหะตลอดจนระยะเวลาในการสร้างสรรค์งานในรูปแบบต่างๆ แนวความคิดในการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์นั้น มีที่มาจากหลักการในทางเศรษฐกิจที่ว่าผู้ใดได้ทำการสร้างสรรค์สิ่งใดขึ้นมา ก็สมควรเป็นผู้ที่สามารถหาประโยชน์จากสิ่งของตนเองได้สร้างสรรค์นั้น

อย่างไรก็ตาม แม้แนวความคิดในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ต้องมีขอบเขตจำกัดยิ่งกว่าสิทธิในทรัพย์สินที่เกิดจากการสร้างสรรค์ทางปัญญานั้น ดังจะเห็นได้จากหลักการที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติข้อ 27 แห่งกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ความตกลงทริปส์ได้กำหนดหลักเกณฑ์และมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิก กล่าวคือ สมาชิกใดจะให้การคุ้มครองต่ำกว่าระดับที่บัญญัติไว้ในความตกลงทริปส์ไม่ได้ แต่อาจคุ้มครองในระดับที่สูงกว่าได้ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า การคุ้มครองที่สูงกว่านั้นจะต้องไม่ขัดแย้งกับหลักการและบัญญัติของความตกลงทริปส์ ทั้งนี้ โดยสามารถพิจารณางานที่ได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยอาศัยหลักเกณฑ์ 3 ประการคือ

1) ต้องเป็นงานที่สร้างสรรค์ กล่าวคือ จะเป็นงานสร้างสรรค์โดยบุคคลหนึ่งบุคคลใดได้กระทำหรือก่อกำเนิดขึ้นโดยใช้ความคิดริเริ่ม (originality) ของผู้สร้างสรรค์นั้นด้วยตนเอง ซึ่งเป็นการพิจารณาถึงภายในตัวของผู้สร้างสรรค์เองว่าได้มีการใช้ความคิด และฝีมือของตนในการริเริ่มสร้างงานขึ้นมา ทั้งนี้ แม้ว่าจะงานที่ได้สร้างนั้นจะบังเอิญไปเหมือนงานสร้างสรรค์ของผู้อื่นหรือไม่ก็ตาม⁴⁸

2) ต้องเป็นงานที่มีรูปร่างปรากฏ กล่าวคือ งานที่มีรูปร่างปรากฏหรือต้องมีการแสดงออกมาให้ปรากฏซึ่งงานตามที่ถูกผู้สร้างสรรค์ได้คิดไว้ โดยทั่วไปเรียกลักษณะของการพิจารณาในเรื่องนี้ว่า “การแบ่งแยกระหว่างความคิดและการแสดงออก” (idea-expression dichotomy)⁴⁹ โดยถือเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายลิขสิทธิ์ กำหนดให้มีการคุ้มครองลิขสิทธิ์แต่เฉพาะการ

⁴⁸ แก้วสรร อติโพธิ, ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เจริญศิลป์, 2527), น. 24.

⁴⁹ ไชยยศ เหมะรัชตะ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น.34.

แสดงออกซึ่งความคิดในรูปแบบงานที่ได้มีการสร้างสรรค์ออกมาให้ปรากฏ งานที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องแสดงออกให้ปรากฏตามลักษณะที่เกี่ยวกับงานนั้น เช่น งานวรรณกรรมมีลักษณะเป็นงานอันเกี่ยวกับการประพันธ์ซึ่งเป็นตัวอักษรเป็นส่วนใหญ่ เช่น โคลง ฉันท์ กาพย์ กลอน หรือนิยาย เป็นต้น จะมีให้คุ้มครองในตัวเอง ความคิด ซึ่งความตกลงทริปส์เองก็ได้มีการกำหนดไว้ในภาค 2 ส่วนที่ 1 ข้อ 9 (2) ว่า “การคุ้มครองลิขสิทธิ์จะคลุมถึงการแสดงออก แต่ไม่รวมถึงความคิด กรรมวิธี วิธีปฏิบัติ หรือแนวความคิดทางคณิตศาสตร์”

ภาคข้อ 9 (2) การคุ้มครองลิขสิทธิ์จะมีอยู่เหนือการแสดงออกซึ่งความคิด โดยไม่รวมถึงตัวความคิด นอกจากนี้ กรรมวิธี วิธีในการปฏิบัติงาน หรือแนวคิดทางคณิตศาสตร์ ก็ไม่ถือว่าเป็นการแสดงออกซึ่งความคิด หากแต่เป็นความคิดที่ไม่ได้รับการคุ้มครอง

3) ต้องเป็นงานที่กฎหมายกำหนด⁵⁰ กล่าวคือ องค์ประกอบของงานที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์นี้ นอกจากต้องเป็นงานที่สร้างสรรค์และต้องเป็นงานที่มีรูปร่างปรากฏแล้ว งานสร้างสรรค์นั้นจะต้องเป็นงานที่กฎหมายลิขสิทธิ์ได้กำหนดไว้ว่าจะให้คุ้มครองด้วย วิวัฒนาการของงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น เริ่มต้นมาจากการคุ้มครองงานสร้างสรรค์ในประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ดนตรีกรรม และศิลปกรรม เป็นต้น ดังเช่นที่ในอนุสัญญาเบอร์นได้กำหนดถึงการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์แก่งานวรรณกรรมและศิลปกรรม นอกจากนี้กฎหมายไทยยังกำหนดงานอื่นจะได้การคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในมาตรา 6⁵¹ แต่ทั้งนี้ การคุ้มครองลิขสิทธิ์จะไม่คลุมถึงความคิด หรือขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบ หรือวิธีใช้หรือทำงาน หรือแนวความคิด หลักการ การค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์ หรือคณิตศาสตร์

สิทธิข้างเคียง (Related Rights)

สิทธิข้างเคียงหรือบางท่านอาจเรียกงานในกลุ่มนี้ว่า “งานสืบเนื่อง” (Derivative works) อันหมายถึงงานซึ่งเกิดจากงานสร้างสรรค์ที่มีอยู่แล้วโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เป็นงานเริ่มแรกมาใช้ในการสร้างสรรค์งานประเภทอื่นขึ้นใหม่ จะเป็นกรณีที่มีใช้เป็นผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์โดยตรง แต่จะเป็นผู้ที่ได้ลิขสิทธิ์ในฐานะที่เป็นผู้เกี่ยวข้องกับงานอันมีลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ ความตกลงทริปส์เองได้มีการแบ่งแยกในเรื่องลิขสิทธิ์ (Copyright) กับสิทธิข้างเคียง (Related Rights) โดยการคุ้มครองสิทธิข้างเคียงได้ให้การคุ้มครองแก่

1. สิทธิของนักแสดง (Rights of Performers)

⁵⁰ เพิ่งอ้าง.

⁵¹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6

2. สิทธิของผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง (Rights of Phonograms' Producers)

3. สิทธิขององค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ (Rights of Broadcasting Organizations)

สิทธิข้างเคียงระหว่างประเทศไม่ได้อยู่ในการให้ความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์ลินว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม แต่มีอนุสัญญาระหว่างประเทศอีกฉบับหนึ่งภายใต้การบริหารขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ให้การคุ้มครองต่างหาก ซึ่งประเทศไทยยังมิได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว⁵² จะเห็นได้ว่าความตกลงทริปส์มิได้กำหนดเงื่อนไขดังเช่นกรณีของข้อยกเว้นในการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ได้กำหนดให้นำเอาเงื่อนไขข้อจำกัดข้อยกเว้นและข้อสงวนเท่าที่ได้รับอนุญาตตามอนุสัญญากรุงโรมมาใช้บังคับ ซึ่งถือได้ว่าเป็นข้อกำหนดที่นำมากับกรณีสิทธิข้างเคียงโดยเฉพาะ

จะพบว่าในกรณีของอนุสัญญากรุงโรมนั้น ได้มีการกล่าวถึงข้อจำกัดและข้อยกเว้นดังต่อไปนี้⁵³

- 1) การใช้เป็นการส่วนตัว
- 2) การใช้ด้วยการติดต่อเพื่อรายงานเหตุการณ์ปัจจุบัน
- 3) การบันทึกชั่วคราวโดยองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยใช้เครื่องมือขององค์กรและเพื่อการแพร่เสียงแพร่ภาพขององค์กร
- 4) การใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการเรียนการสอนและการวิจัย
- 5) การกระทำอย่างอื่น ๆ เพื่อป้องกันสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมและศิลปกรรม

ความตกลงทริปส์ได้กำหนดให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยบัญญัติไว้ในข้อ 10 (1) “โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ว่าเป็นภาษาต้นกำเนิดหรือภาษาวัตถุ จะได้รับความคุ้มครองในฐานะงานวรรณกรรม ภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน (ค.ศ. 1971)” ส่วนในเรื่องของลักษณะการให้ความคุ้มครอง โดยบัญญัติข้อ 10 (1) ของความตกลงทริปส์ ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกไม่อาจให้การคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในฐานะที่เป็นงานอย่างอื่น

⁵² สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, รวมคำบรรยาย

(กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2551 ภาคหนึ่ง สมัยที่ 61 เล่มที่ 2), น. 63.

⁵³ Rome Convention, Art. 15.

⁵⁴ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, อ้างแล้ว เจริญรทที่ 26 , น.87.

หากต้องให้ความคุ้มครองในฐานะเป็นงานวรรณกรรมตามกฎหมายลิขสิทธิ์เท่านั้น ดังนั้น ประเทศสมาชิกใดจะคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในฐานะที่เป็นงานอื่น เช่น งานศิลปะประยุกต์ไม่ได้ ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ หรือจะเป็นการให้ความคุ้มครองในลักษณะอื่นๆ เช่น การคุ้มครองในกฎหมายสิทธิบัตร หรือออกกฎหมายเฉพาะ (*sui generis system*) ในการให้การคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม หากได้มีการให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในฐานะวรรณกรรมตามกฎหมายลิขสิทธิ์แล้ว ประเทศสมาชิกสามารถที่จะให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในกฎหมายลักษณะอื่นด้วยก็ได้ สำหรับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ความตกลงทริปส์ให้การคุ้มครอง ได้กำหนดไว้เพียงรหัสโปรแกรมหรือรหัสภาษาเครื่องที่จะต้องได้รับการคุ้มครองในฐานะงานวรรณกรรม แต่ไม่ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ปลีกย่อยอื่นๆ เช่น การคุ้มครองการจัดลำดับขั้นตอนงาน, การทำวิศวกรรมย้อนหลัง (*reverse engineering*) ทำให้เกิดการถกเถียงในประเด็นดังกล่าว ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า ประเทศสมาชิกจึงอาจกำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์อื่นๆ อันมิใช่รหัสโปรแกรมหรือรหัสภาษาเครื่องได้ตามเสรีภายในประเทศของตนได้⁵⁵

ความตกลงทริปส์กำหนดอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ไว้ในลักษณะทั่วไป โดยข้อ 12 กำหนดให้อายุการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ มีกำหนดเวลาไม่น้อยกว่า 50 ปี นับแต่วันสิ้นสุดปีปฏิทินของซึ่งได้มีการเผยแพร่งานโดยได้รับอนุญาต หรือกรณีที่มีได้มีการเผยแพร่งานโดยได้รับอนุญาต ให้มีอายุการคุ้มครอง 50 ปี นับจากวันสิ้นสุดปีปฏิทินของปีที่ได้มีการสร้างสรรค์งานนั้น อายุการคุ้มครองที่กำหนดไว้นี้จะใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ทุกประเภทยกเว้นงานภาพถ่ายและงานศิลปะประยุกต์⁵⁶

2.6.2 หลักการคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า

ความตกลงทริปส์ บัญญัติว่า “เครื่องหมาย หรือการรวมกันของเครื่องหมายใดๆ ซึ่งสามารถจำแนกสินค้า หรือบริการของกิจการหนึ่งออกจากกิจการอื่นๆ จะจดทะเบียนเป็น

⁵⁵ World Intellectual Property Organization. Background Reading Material on Intellectual Property, pp.104-105.

⁵⁶ TRIPs, Article 1.

เครื่องหมายก็ได้...”⁵⁷ เครื่องหมายดังกล่าวรวมถึง คำ ชื่อบุคคล ตัวอักษร ส่วนของภาพ และการรวมกันของสิ่งต่างๆ ตลอดจนการรวมกันใดๆ ของเครื่องหมายดังกล่าว หน้าที่หลักของเครื่องหมายการค้า คือ บอกความแตกต่างของสินค้า หมายถึงบอกว่าสินค้า หรือบริการที่อยู่ภายใต้เครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างจากสินค้า หรือบริการของผู้ผลิตรายอื่น

เครื่องหมายการค้ายังทำหน้าที่ทางเศรษฐกิจ (economic function) อีก 3 ประการ คือ ประการแรกทำหน้าที่บอกแหล่งที่มาของสินค้า (origin function) หมายถึงบอกว่าสินค้าหรือบริการนั้นมีแหล่งผลิต หรือแหล่งกำเนิดกำเนิดจากที่ใด ประการที่สองทำหน้าที่ประกันคุณภาพสินค้า (quality or guarantee function) หมายถึงการแสดงให้เห็นว่าสินค้า หรือบริการที่อยู่ภายใต้เครื่องหมายการค้าเดียวกันจะคุณภาพเหมือนกัน และเป็นไปตามที่ผู้บริโภคคาดหมาย และ ประการสุดท้ายทำหน้าที่โฆษณาสินค้า และเป็นทุน (Investment or advertising function) หมายถึงการใช้เครื่องหมายการค้าในการโฆษณา เพื่อให้ผู้บริโภครู้จักสินค้าหรือบริการได้ในเวลาอันรวดเร็ว และเครื่องหมายการค้ายังเป็นสิ่งที่มีค่าในตัวเอง จึงใช้คุณค่าดังกล่าวเป็นทุนในทางเศรษฐกิจได้⁵⁸

ความตกลงทริปส์กำหนดหลักการวิธีการได้มาซึ่งสิทธิในเครื่องหมายการค้า อาจจำแนกได้ดังต่อไปนี้

ก) การได้มาซึ่งสิทธิในการจดทะเบียน (Registration)

ความตกลงทริปส์กำหนดให้สัญลักษณ์ต่างๆ ตลอดจนการรวมกันของสัญลักษณ์เป็นเครื่องหมายการค้า โดยได้ให้ตัวอย่างของสิ่งที่สามารถนำมาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้ด้วย ได้แก่ คำ ชื่อบุคคล ตัวอักษร ตัวเลข ส่วนประกอบของภาพ การรวมกันของสิ่งต่างๆ และสิ่งต่างๆ ที่กล่าวมานี้อย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่างรวมกัน อย่างไรก็ดี สิ่งอื่นที่แม้จะไม่ได้ระบุไว้ในข้อ 15 (1) ก็อาจจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ หากมีลักษณะที่สามารถจำแนกสินค้าหรือบริการของกิจการหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของกิจการอื่นๆ⁵⁹ ทั้งนี้ ก็จะพิจารณาจากตัวเครื่องหมายการค้านั้นเป็นสำคัญ แต่อย่างไร ยังมีกรณีที่มีการจดทะเบียนเนื่องจากมีการใช้กล่าวคือ จะเป็นกรณีเครื่องหมายการค้าที่ไม่ว่าจะมีลักษณะที่จำแนกสินค้าหรือบริการ หรือไม่

⁵⁷ TRIPs, Article 15 (1).

⁵⁸ Cornish, William R. Intellectual Property: Patents, Copyright, “Trade Marks, and Allied Rights”, 4th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1999), p.612.

⁵⁹ TRIPs, Article 15 (1).

สามารถจำแนกสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องได้ แต่หากว่ามีการใช้เครื่องหมายการค้านั้นในช่วงระยะเวลาหนึ่ง จนกระทั่งเห็นได้ถึงความแตกต่างในเครื่องหมายดังกล่าวว่าแตกต่างจากเครื่องหมายการค้าอื่นได้ การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเนื่องจากการใช้นี้ แม้ว่าจะไม่มีการใช้เครื่องหมายการค้าตามความเป็นจริงก็ตาม ประเทศสมาชิกจะปฏิเสธการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่ยังมิได้มีการใช้นั้นไม่ได้ เว้นแต่ว่า เมื่อพ้นกำหนด 3 ปีนับจากวันที่ยื่นขอจดทะเบียนไปแล้ว ผู้ขอยังไม่ได้ใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวตามที่ขอไว้⁶⁰

ข) การได้มาซึ่งสิทธิโดยการใช้ (Use)

การใช้เครื่องหมายการค้า คือการบุคคลใดนำเครื่องหมายการค้าของตนออกใช้กับสินค้าของตนก่อนบุคคลอื่น อันเป็นผลให้บุคคลผู้ใช้เครื่องหมายก่อนดังกล่าวมีสิทธิดีกว่าบุคคลอื่นผู้ใช้เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายคลึงกันในภายหลังด้วยการห้าม การใช้อันถือเป็นการละเมิดสิทธิของตน⁶¹ นอกจากนี้ เกี่ยวกับการได้มาซึ่งสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า เกิดจากการใช้ ไม่ใช่เกิดการจดทะเบียน ยังปรากฏอยู่ในความตกลงทริปส์ กล่าวคือ นอกจากจะมีการกำหนดในเรื่องการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเนื่องจากการใช้แล้วก็ตาม แต่ยังคงปรากฏในข้อ 16 (1) ที่กำหนดว่า “...สิทธิตามที่กำหนดไว้ข้างต้น จะไม่ทำให้เสื่อมเสียต่อสิทธิใดๆ ที่มีอยู่ก่อนแล้วและจะไม่กระทบต่อการที่บรรดาสมาชิกจะกำหนดให้มีสิทธิต่างๆ ที่เป็นผลมาจากการใช้สิทธิโดยการใช้” กล่าวคือ ความตกลงทริปส์ยังยอมรับการรับรองสิทธิที่มีอยู่ของการใช้เครื่องหมายการค้า แม้ว่าการใช้เครื่องหมายการค้านั้นจะไม่ได้รับการจดทะเบียนก็ตาม ส่งผลให้ผู้ที่ใช้เครื่องหมายการค้าที่มีได้จดทะเบียนนั้นยังคงมีสิทธิที่จะใช้เครื่องหมายการค้าต่อไปได้

เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนจะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive rights) ที่จะป้องกันมิให้บุคคลที่สาม ซึ่งมีได้รับความยินยอมจากเจ้าของเครื่องหมายการค้าใช้เครื่องหมายที่เหมือนกัน หรือคล้ายกันในการการค้ากับสินค้าหรือบริการที่เหมือนกัน หรือคล้ายกันกับสินค้าหรือบริการที่ได้รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าหากการใช้ดังกล่าวจะก่อให้เกิดความสับสนขึ้นได้⁶² และนอกจากนี้ความตกลงทริปส์ได้กำหนดข้อยกเว้นสิทธิในเครื่องหมายการค้า ให้ประเทศสมาชิกสามารถที่จะกำหนดข้อยกเว้นที่จำกัดต่อสิทธิที่เกิดขึ้นจากเครื่องหมายการค้าได้ โดยมี

⁶⁰ TRIPs, Article 15 (3).

⁶¹ ประเทือง ศรีรอดบาง. สิทธิเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม), 2532.น.167.

⁶² TRIPs, Article 16 (1).

เงื่อนไขของข้อยกเว้นที่จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์อันชอบธรรมของเจ้าของเครื่องหมายการค้า และบุคคลที่สาม เช่น การใช้ข้อความบรรยายอย่างเป็นธรรมในคุณสมบัติของสินค้า เป็นต้น⁶³ สำหรับมาตรการบังคับใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าจะเป็นการกระทำของรัฐ ที่จะเข้าไปแทรกแซง โดยจะอนุญาตให้บุคคลอื่นที่มีใช้เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถใช้เครื่องหมายการค้าโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้น แต่อย่างไรก็ดี ในส่วนของความตกลงทริปส์ได้กำหนดเอาไว้โดยอนุญาตให้มีการบังคับใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าไว้⁶⁴ จึงทำให้รัฐไม่อาจเข้าไปแทรกแซงในสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าในการที่จะเอาไปให้บุคคลอื่นนำไปใช้โดยปราศจากความยินยอมของเจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่ได้

ความตกลงทริปส์ให้อำนาจอรัฐภาคีในการปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในกรณีหนึ่งดังนี้ กรณีแรก อาจปฏิเสธจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าโดยอาศัยเหตุผลอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงปารีส และกรณีที่สอง อาจปฏิเสธการจดทะเบียนโดยอาศัยเหตุผลอื่น โดยเหตุนี้จะต้องไม่ขัดต่อหลักการของอนุสัญญากรุงปารีสเช่น ไม่ให้ความคุ้มครองเนื่องจากสิ่งที่ขอจดทะเบียนไม่มีลักษณะที่เป็นเครื่องหมายการค้า หรือเป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะที่บ่งเฉพาะ⁶⁵

2.6.3 หลักการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Indications)

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ หมายถึง สิ่งที่บ่งชี้แสดงสินค้าตามที่กำเนิดในดินแดนของสมาชิกหนึ่ง หรือภูมิภาค หรือท้องถิ่นใดในดินแดนนั้น ซึ่งคุณภาพชื่อเสียง หรือลักษณะอื่นที่มีอยู่ของสินค้านั้นมีส่วนที่สำคัญมาจากแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้านั้น⁶⁶

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ทำหน้าที่บ่งชี้ว่าสินค้านั้นมีแหล่งกำเนิดจากที่ใด มีคุณภาพหรือลักษณะเฉพาะอย่างใด ความตกลงทริปส์ กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องไม่ใช้วิธีการใดๆ ในการนำเสนอ หรือบ่งชี้ว่าสินค้าใดสินค้านั้นมีกำเนิดจากแหล่งกำเนิดหนึ่งนอกเหนือจากแหล่งกำเนิดที่

⁶³ TRIPs, Article 17.

⁶⁴ TRIPs, Article 21.

⁶⁵ จักรกฤษณ์ ครอบงำ, อ้างแล้ว เจริญวรรคที่ 26 ,น.270.

⁶⁶ TRIPs, Article 22.

แท้จริงในลักษณะที่จะทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดในแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้า นั้น⁶⁷

ชื่อทางภูมิศาสตร์แบ่งได้เป็น ชื่อทางภูมิศาสตร์โดยตรง และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยอ้อม ชื่อทางภูมิศาสตร์โดยตรง (Direct Indication of Source) เช่น สก๊อตวิสกี้ ชาการ์ฮาวานา ร่มบ่อสร้าง ไข่เค็มไชยา จะชี้ชัดถึงแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้าได้อย่างชัดเจน ชื่อเหล่านี้ช่วยไม่ให้เกิดการหลงผิดในแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้า ส่วนสินค้าที่ใช้ชื่อที่มีได้บ่งถึงสถานที่ทางภูมิศาสตร์โดยตรง แต่ก็ใช้ชื่อดังกล่าวมาเป็นเวลานาน จนทำให้ผู้บริโภคทราบว่าสินค้าที่ใช้สินค้าที่ใช้ชื่อดังกล่าวมีแหล่งผลิตที่ใด เช่นทุเรียนหมอนทอง ข้าวหอมมะลิของไทย หรือข้าวบาสมาดิของอินเดีย เป็นต้น ชื่อเหล่านี้ถือบ่งชี้ถึงสถานที่ทางภูมิศาสตร์โดยอ้อม

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยอ้อม (Indirect Indication of Source) จะได้รับความคุ้มครองในฐานะเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์หรือไม่ คงต้องพิจารณาถึงสัญลักษณ์ที่แสดงว่าได้อ้างถึงประเทศ ภูมิภาค หรือท้องถิ่นแห่งใดแห่งหนึ่งหรือไม่ และต้องพิจารณาว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างคุณภาพ ชื่อเสียง หรือลักษณะของแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้านั้นหรือไม่⁶⁸ แต่การยอมรับให้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยอ้อมเป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองด้วยนั้นยังเป็นประเด็นที่โต้แย้งกันอยู่ในปัจจุบัน

หลักการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ภายใต้ความตกลงทริปส์กำหนดไว้ใน

ข้อ 22 ซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้

1) การห้ามใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ก่อให้เกิดการสับสนหลงผิดที่เป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม

กล่าวคือ ได้กำหนดบังคับให้ประเทศสมาชิกใช้วิธีการทางกฎหมายในลักษณะใดเพื่อป้องกันการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มิชอบ วิธีการทางกฎหมายที่นี้อาจเป็นบทบัญญัติในกฎหมายเครื่องหมายการค้า กฎหมายแพ่ง หรือกฎหมายอาญา⁶⁹ ประเทศสมาชิกจะต้องให้บุคคลที่มีส่วนได้เสียมีโอกาสห้ามการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม

⁶⁷ TRIPs, Article 22.2 (a).

⁶⁸ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: ห.จ.ก.พี.เจเฟลท โปรเซลเซอร์, 2544), น.321-322.

⁶⁹ TRIPs, Article 22.2.

เป็นการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ตามข้อ 22.2 (b) พิจารณาตามหลักเกณฑ์ในข้อ 10 ทวิ ของอนุสัญญากรุงปารีส ค.ศ. 1967 คือการให้นำหลักการเกี่ยวกับการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ภายใต้อนุสัญญากรุงปารีสมาใช้ มีผลทำให้การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีขอบเขตที่ กว้างขวางมาก เพราะมีผลทำให้การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่แท้จริงโดยไม่มีการหลอกลวง สาธารณชนในเรื่องแหล่งกำเนิดของสินค้าเป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย

ในกรณีของการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมนี้ ความตกลงทริปส์ได้พิจารณาตามหลัก อนุสัญญากรุงปารีสข้อ 10 ทวิ (3) ซึ่งได้กำหนดการกระทำที่เข้าข่ายเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ไว้ 3 กรณี ดังนี้

ก) การกระทำที่ทำให้สาธารณชน เกิดความสับสนเกี่ยวกับคู่แข่งทางการค้า ไม่ว่าจะเป็น ในในเรื่องการดำเนินกิจการ หรือที่เกี่ยวกับสินค้าหรือกิจกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดในทาง อุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรม⁷⁰

ข) การกล่าวอ้างในทางการค้าโดยมิชอบ ซึ่งมีลักษณะเป็นการทำลายความน่าเชื่อถือ ของคู่แข่ง ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการดำเนินกิจการ หรือที่เกี่ยวกับสินค้าหรือกิจกรรมอย่างหนึ่ง หนึ่งอย่างใดในทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรม⁷¹

ค) การระบุหรือกล่าวอ้างในทางการค้า อันทำให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อ สาธารณชน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับลักษณะของสินค้า กระบวนการผลิต และคุณลักษณะ ความเหมาะสมต่อวัตถุประสงค์ หรือปริมาณของสินค้า⁷²

2) การห้ามจดทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นเครื่องหมายการค้าที่ก่อให้เกิดการ สับสนหลงผิด

กล่าวคือ ตามความตกลงทริปส์ ข้อ 22 (3) ประเทศสมาชิกจะต้องไม่รับจดทะเบียนสิ่ง บ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นเครื่องหมายการค้า หรือไม่รับรองจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่มีสิ่งบ่งชี้ ทางภูมิศาสตร์ประกอบอยู่ด้วย และหากประเทศใดได้ทำการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่มี ลักษณะดังกล่าวไปแล้ว ก็จะต้องเพิกถอนการจดทะเบียน หากปรากฏว่า เป็นไปในลักษณะที่ทำให้ สาธารณชนหลงผิดเกี่ยวกับสถานที่อันแท้จริงของแหล่งกำเนิด หากแม้ว่าสาธารณชนมิได้มี ความสับสนเกี่ยวกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เป็นเครื่องหมายการค้า นั้น กล่าวคือ ไม่รู้สึกว่ามีพื้นที่

⁷⁰ Paris Convention, Art.10 bis (3) (1).

⁷¹ Paris Convention, Art.10 bis (3) (2).

⁷² Paris Convention, Art.10 bis (3) (3).

ทางภูมิศาสตร์เกี่ยวข้องกับคุณภาพของสินค้า หรือสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นก่อให้เกิดความหมายได้หลายอย่างและความหมายอื่นมีความสำคัญกว่าพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ เช่นว่านี่ก็ไม่ต้องห้ามในการนำมาขอจดทะเบียนได้

3) การห้ามใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่แม้จะมีข้อความเป็นจริง หากแต่ทำให้ประชาชนเกิดความเข้าใจผิดในแหล่งกำเนิดของสินค้า

กล่าวคือ ตามความตกลงทริปส์ ข้อ 22 (4) ห้ามการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่แม้จะได้ระบุพื้นที่หรือภูมิภาค หรือท้องถิ่นที่สินค้านั้นมีแหล่งกำเนิด อันแท้จริงของสินค้า หากแต่การใช้ อาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดว่าสินค้านั้นมีแหล่งกำเนิดในอีกพื้นที่หนึ่ง จะเป็นกรณีที่แสดงซึ่งสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ข้อความจริง แต่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อสาธารณชนในพื้นที่ภูมิศาสตร์ที่แสดงนั้น ตัวอย่างเช่น คำว่า เคมบริดจ์ (Cambridge) ซึ่งเป็นชื่อเมืองในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา โดยใช้คำดังกล่าวกับสินค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ทั้งนี้ อาจทำให้เกิดสับสนหลงผิดต่อประชาชนผู้บริโภคว่าเป็นสินค้าที่มาจากประเทศอังกฤษได้ หากเป็นการทำให้เกิดความสับสนหลงผิดในแหล่งกำเนิดที่จริงต่อสาธารณชนหรือประชาชนผู้บริโภคนั้นก็ต้องห้ามในการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

นอกจากนี้ความตกลงทริปส์ยังได้กำหนดการคุ้มครองผลิตภัณฑ์ประเภทไวน์และสุราไว้อย่างต่างหาก ซึ่งเป็นการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์แบบเข้มงวดคือ ได้เพิ่มกฎเกณฑ์จากการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์แบบทั่วไป ให้รวมถึงการห้ามมิให้มีการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในคำแปล หรือมีสิ่งแสดงประกอบ เช่น ชนิด ประเภท แบบและการเลียนแบบ กำหนดไว้เป็นการเฉพาะตามข้อ 23 ซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้

1) ห้ามมิให้มีการนำเอาสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในสินค้าประเภทไวน์และสุราไปใช้ในสถานที่ที่มีได้มีแหล่งกำเนิดจากสถานที่ที่ระบุโดยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

กล่าวคือ ถ้ามิได้เป็นสถานที่ที่เป็นแหล่งกำเนิดที่แท้จริงของสินค้า ประเภทไวน์และสุราก็ห้ามมิให้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

2) การปฏิเสธหรือเพิกถอนการจดทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นเครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าประเภทไวน์และสุราที่มีได้มีแหล่งกำเนิดตามที่แสดงไว้

กล่าวคือ หากเป็นสินค้าจำพวกไวน์และสุรา ประเทศสมาชิกจะต้องปฏิเสธการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในสินค้าที่มีได้มีแหล่งกำเนิดจากพื้นที่ภูมิศาสตร์นั้น หากว่ามีการจดทะเบียนในสินค้านั้นแล้ว ก็จะต้องเพิกถอนการจดทะเบียนเช่นนั้น ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าสาธารณชนจะสับสนหรือหลงผิดเกี่ยวกับแหล่งกำเนิดที่แท้จริงหรือไม่

3) การกำหนดเงื่อนไขเพื่อจำแนกความแตกต่างของสินค้าจำพวกไวน์และสุรา

กล่าวคือ ประเทศสมาชิกแต่ละประเทศสามารถที่จะกำหนดเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองสินค้าจำพวกไวน์ที่มีชื่อเสียงคล้ายกันตัวเอง ทั้งนี้ โดยจะต้องคำนึงถึงการให้การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันแก่บรรดาผู้ผลิตที่เกี่ยวข้องและการที่จะไม่ทำให้ผู้บริโภคหรือประชาชนเกิดความสับสนด้วย

2.6.4 หลักการคุ้มครองการออกแบบอุตสาหกรรม (Industrial Design)

การออกแบบอุตสาหกรรมหรือที่ในกฎหมายของหลายประเทศได้เรียนกันว่า “การออกแบบผลิตภัณฑ์” กฎหมายอันเกี่ยวกับการคุ้มครองการออกแบบของต่างประเทศส่วนใหญ่ใช้คำว่า “การออกแบบอุตสาหกรรม” (Industrial Design) ในขณะที่พระราชบัญญัติสิทธิบัตรของประเทศไทยใช้คำว่า “การออกแบบผลิตภัณฑ์” (Product Design) เพื่อให้ครอบคลุมถึงการออกแบบผลิตภัณฑ์ทางวิศวกรรมตามกฎหมายกำหนดไว้ด้วย⁷³

ความตกลงทริปส์ได้ให้การคุ้มครองการออกแบบอุตสาหกรรม สามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ เป็นการคุ้มครองการออกแบบอุตสาหกรรมโดยทั่วไป และการคุ้มครองสิ่งทอ

1) การคุ้มครองการออกแบบอุตสาหกรรมโดยทั่วไป

ให้การคุ้มครองแก่เจ้าของการออกแบบอุตสาหกรรม กล่าวคือมีสิทธิที่จะป้องกันมิให้บุคคลอื่น กระทำการขายหรือการนำเข้าสู่สิ่งของซึ่งมีหรือประกอบเป็นการลอกเลียน หรือโดยส่วนใหญ่เป็นการลอกเลียนแบบซึ่งได้รับการคุ้มครองในกรณีที่มีการกระทำดังกล่าวเป็นไปเพื่อความมุ่งประสงค์ทางการค้า ซึ่งไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของการออกแบบอุตสาหกรรมที่แท้จริง⁷⁴

2) การคุ้มครองสิ่งทอ

ในการคุ้มครองการออกแบบสิ่งทอนั้น จะมีลักษณะพิเศษเป็นการเฉพาะสำหรับการคุ้มครองอันเป็นหลักการพื้นฐานตามความตกลงทริปส์ ได้กำหนดไว้ กล่าวคือ ค่าใช้จ่าย การตรวจสอบ หรือการเผยแพร่ใดๆ จะไม่ทำให้เสียโอกาสอย่างไม่มีเหตุผลในการขอและได้รับการคุ้มครองดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ประเทศสมาชิกเองก็ยังคงมีอิสระสำหรับการปฏิบัติตามพันธกรณีว่าจะ

⁷³ ยรรยง พวงราช, สิทธิบัตร กฎหมายและวิธีปฏิบัติ. (กรุงเทพมหานคร : บริษัท บพิตรการพิมพ์ จำกัด ,2533), น.39.

⁷⁴ TRIPs, Article 26 (1).

ให้การคุ้มครองโดยใช้กฎหมายคุ้มครองการออกแบบอุตสาหกรรม หรือโดยอาศัยกฎหมายลิขสิทธิ์⁷⁵

ความตกลงทริปส์ได้กำหนดเป็นหลักการพื้นฐานในการกำหนดข้อยกเว้นเกี่ยวกับการคุ้มครองการออกแบบอุตสาหกรรมนั้น โดยมีเงื่อนไขคือ⁷⁶ ข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดดังกล่าวต้องไม่ขัดแย้งไม่มีเหตุผลต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของการออกแบบอุตสาหกรรมนั้น และจะต้องไม่ทำให้เสื่อมเสียโดยไม่มีเหตุผลต่อผลประโยชน์อันชอบธรรมของเจ้าของแบบ แต่ทั้งนี้จะต้องมีการคำนึงถึงผลประโยชน์ของบุคคลที่สามด้วย

2.6.5 หลักการคุ้มครองสิทธิบัตร (Patents)

หลักการพื้นฐานอันเป็นสากล ได้กำหนดเป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประดิษฐ์อันมีสิทธิบัตรได้นั้น พิจารณาได้จากหลักการที่ความตกลงทริปส์ ได้บัญญัติไว้ในข้อ 27 (1) ซึ่งกำหนดให้มีสิทธิบัตรสำหรับสิ่งประดิษฐ์ใดๆ ไม่ว่าจะเป็นผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีในทุกสาขาเทคโนโลยี โดยเงื่อนไขว่าสิ่งประดิษฐ์นั้นมีความใหม่ (novelty) เกี่ยวข้องกับขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (inventive step) และสามารถนำไปประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ (capable of industrial application) ภายใต้ข้อ 27 ของความตกลงทริปส์ สิ่งประดิษฐ์ที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้

นอกเหนือไปจากการขอรับสิทธิบัตรโดยพิจารณาถึงสิ่งประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรจะต้องเป็นตามเงื่อนไขสิ่งประดิษฐ์นั้นมีความใหม่ เกี่ยวข้องกับขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถนำไปประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ แล้ว ยังมีเงื่อนไขอีกประการหนึ่งที่เกี่ยวกับผู้ขอรับสิทธิบัตรจะต้องปฏิบัติคือ การเปิดเผยข้อมูลสิทธิบัตร โดยจะเป็นการกระทำที่ผู้ขอรับสิทธิบัตรจะต้องเปิดเผยรายละเอียดของสิ่งประดิษฐ์ที่จะนำไปขอรับสิทธิบัตรนั้นด้วย การเปิดเผยในสิ่งประดิษฐ์นั้นจะต้องมีลักษณะคือ มีความชัดเจนและสมบูรณ์เพียงพอที่จะให้บุคคลผู้มีความรู้เชี่ยวชาญในวิทยาการแขนงนั้นสามารถนำเอาการประดิษฐ์ไปใช้ในงานได้ อีกทั้ง ประเทศสมาชิกอาจกำหนดให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรเปิดเผยในวิธีการในการประดิษฐ์ที่ดีที่สุดสำหรับการใช้งานไว้ในสิทธิบัตรด้วยก็ได้⁷⁷

⁷⁵ TRIPs, Article (2).

⁷⁶ TRIPs, Article 26 (2).

⁷⁷ TRIPs, Article 29.

การให้สิทธิบัตรเกี่ยวกับเทคโนโลยีชีวภาพ ถือได้ว่าเป็นหลักการสำคัญอย่างหนึ่ง ภายใต้ความตกลงทริปส์นอกเหนือไปจากการกล่าวถึงสิทธิบัตรเกี่ยวกับการประดิษฐ์อื่นๆ โดยทั่วไปที่ไม่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิต ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะพบว่าสิทธิบัตรที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีชีวภาพ นั้นจะเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับสิ่งที่มีชีวิต เช่น การนำสารสกัดจากสิ่งมีชีวิต เพื่อนำมาผลิตหรือนำมาดัดแปลงให้เกิดสิ่งใหม่ๆ อันเป็นผลมาจากการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของสิ่งที่มีชีวิต นั้น

ความตกลงทริปส์⁷⁸ ให้การคุ้มครองเกี่ยวกับสิทธิบัตรการประดิษฐ์โดยทั่วไปที่ไม่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิตไว้แล้ว ยังได้มีการกล่าวถึงในส่วนที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีชีวภาพหรือการเกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิตไว้ด้วย กล่าวคือ ได้มีการคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งประดิษฐ์ 3 ประเภท คือ จุลชีพ (Micro-organisms)⁷⁹ กระบวนการทางเทคโนโลยีชีวภาพซึ่งไม่ใช่กรรมวิธีทางชีววิทยา (Non-biological Processes)⁸⁰ และกรรมวิธีทางเทคโนโลยีชีวภาพซึ่งเป็นกรรมวิธีทางจุลวิทยา (Microbiological Processes)⁸¹

สิทธิบัตรเกี่ยวกับเทคโนโลยีชีวภาพ ได้มีการกำหนดถึงข้อยกเว้นในการคุ้มครองแก่สิทธิบัตรดังกล่าวตามความตกลงทริปส์⁸² ไว้ดังนี้

- 1) วิธีวินิจฉัย อายุรกรรมและศัลยกรรมสำหรับการรักษามนุษย์หรือสัตว์
- 2) พืช
- 3) สัตว์
- 4). กรรมวิธีการชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตและสัตว์

แต่ยังคงต้องตกอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นของสิทธิบัตรในสิ่งประดิษฐ์โดยทั่วไปด้วย

⁷⁸ TRIPs, Article 27 (3) ปี.

⁷⁹ เป็นสิ่งมีชีวิตเซลล์เดียวที่ไม่อาจมองเห็นด้วยตาเปล่า เช่น แบคทีเรีย ไวรัส ฯลฯ

⁸⁰ เป็นกรรมวิธีที่มีการแทรกแซงและควบคุมโดยมนุษย์ในขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง อันเป็นบทบาทต่อผลสุดท้ายที่เกิดขึ้นตามที่มนุษย์ต้องการ เช่น กรรมวิธีทางพันธุวิศวกรรม หรือการปรับเปลี่ยน DNA ให้ผลออกมาตามที่มนุษย์ต้องการ

⁸¹ เป็นกรรมวิธีที่อาศัยจุลชีพในการผลิตผลิตภัณฑ์ หรือการใช้จุลชีพในกรรมวิธีใดๆ เพื่อก่อให้เกิดผลผลิต เช่น เบียร์ หรือแอลกอฮอล์

⁸² TRIPs, Article 27 (3).

กล่าวคือ ข้อยกเว้นทั้งในส่วนขอสสิทธิบัตรในสิ่งประดิษฐ์โดยทั่วไปของสิ่งไม่มีชีวิตและสิทธิบัตรเกี่ยวกับเทคโนโลยีชีวภาพ สามารถที่จะมีให้สิทธิบัตรแก่การประดิษฐ์เหล่านั้นได้โดยอาศัยเงื่อนไขได้กระทำโดยอาศัยเหตุผลอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ⁸³ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมถึงการคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช หรือเพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อม

หากประเทศใดประเทศหนึ่งได้มีการห้ามตามกฎหมายภายในสำหรับการกระทำใดไว้ หากมีการประดิษฐ์ใดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่ต้องห้ามนั้น ประเทศดังกล่าวจะมีให้สิทธิบัตรในการประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่ต้องห้ามนั้นโดยอาศัยเหตุเพราะว่ากฎหมายภายในของตนได้ห้ามการแสวงประโยชน์ไม่ได้ ประเทศสมาชิกจะต้องมีการห้ามใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ในสิ่งประดิษฐ์ที่มีให้สิทธิบัตรนั้นในประเทศตน กล่าวคือ เป็นการห้ามมิให้จำหน่ายหรือแสวงหาประโยชน์อื่นใดในผลิตภัณฑ์ที่ประเทศของตนเองมิได้ให้สิทธิบัตรแก่ผลิตภัณฑ์นั้นภายในประเทศตน

มาตรการบังคับใช้สิทธิของสิทธิบัตร สำหรับกรณีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการบังคับใช้สิทธิในอนุสัญญากรุงปารีสได้มีการกำหนดในเรื่องของมาตรการบังคับใช้สิทธิในสิทธิบัตร กล่าวคือ กำหนดให้ประเทศสมาชิกสามารถใช้มาตรการทางกฎหมายอันได้แก่มาตรการบังคับใช้สิทธิในการป้องกันการกระทำโดยมิชอบซึ่งอาจเป็นผลมาจากการใช้สิทธิเด็ดขาดตามสิทธิบัตร ตัวอย่างเช่น การไม่ใช้งานในสิทธิบัตร⁸⁴

อาจกล่าวได้ว่า มาตรการบังคับใช้สิทธิ (compulsory licensing) ของสิทธิบัตร ถือได้ว่าเป็นมาตรการที่รัฐเข้ามาแทรกแซงในสิทธิเด็ดขาดของผู้ทรงสิทธิบัตรโดยปราศจากความยินยอมของผู้ทรงสิทธิดังกล่าว และในการนี้ มาตรการบังคับใช้สิทธิที่รัฐใช้นี้จะเป็นมาตรการทางกฎหมายที่กำหนดไว้ให้อำนาจอรัฐในการที่จะกระทำการเอาไว้ด้วย

ในส่วนของมาตรการบังคับใช้สิทธิ (compulsory licensing) ของสิทธิบัตรภายใต้ความตกลงทริปส์ อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า

⁸³ TRIPs, Article 27 (2).

⁸⁴ Paris Convention, Art. 5(2).

“Each country of the Union shall have the right to take legislative measures providing for the grant of compulsory licenses to prevent the abuses which might result from the exercise of the exclusive right conferred by the patent, for example, failure to work.

1) สำหรับกรณีของผู้ที่สามารถใช้สิทธิตามมาตราการบังคับใช้สิทธิโดยปราศจากความยินยอมของผู้ทรงสิทธินั้น ความตกลงทริปส์ได้กำหนดไว้คือ รัฐบาลหรือบุคคลที่สามซึ่งได้รับอนุญาตจากรัฐบาล ทั้งนี้ กรณีของบุคคลที่สามซึ่งได้รับอนุญาตจากรัฐบาลนี้ ในการที่จะได้ใช้ในมาตราการบังคับใช้สิทธิของสิทธิบัตรจะต้องมีการเสนอในข้อกำหนด และเงื่อนไขในเชิงพาณิชย์ที่มีเหตุผลต่อผู้ทรงสิทธิ ซึ่งหากความพยายามดังกล่าวนี้ไม่ประสบผลสำเร็จภายในระยะเวลาอันสมควรผู้ขอใช้สิทธิบัตร สามารถขอใช้มาตราการบังคับใช้สิทธิในสิทธิบัตรนั้นเสนอต่อรัฐได้

อย่างไรก็ตาม ประเทศสมาชิกอาจกำหนดให้ผู้ขอใช้เกี่ยวกับมาตราการบังคับใช้สิทธิโดยไม่จำเป็นต้องขอใช้สิทธิต่อผู้ทรงสิทธิบัตรก่อนดังที่กล่าวมาแล้วนั้น ผู้ขอใช้สิทธิก็สามารถขอใช้มาตราการบังคับใช้สิทธิต่อรัฐได้ทันที โดยไม่จำเป็นต้องขออนุญาตต่อผู้ทรงสิทธิบัตรก่อน หากว่ามีกรณีอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้

- กรณีที่เกิดภาวะฉุกเฉินของประเทศ
- กรณีที่เกิดสภาพการณ์เร่งด่วนอย่างที่สุด
- กรณีที่เป็นการใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ที่ไม่ใช่ในเชิงพาณิชย์⁸⁵

2) ได้มีการกล่าวถึงการนำมาตราการบังคับใช้สิทธิมาใช้บังคับตามความตกลงทริปส์เป็นต้นว่า การเกิดภาวะฉุกเฉินของประเทศหรือการเกิดสภาพการณ์เร่งด่วนอย่างที่สุดดังที่กล่าวมาแล้วก็ตาม ยังได้มีการกล่าวถึง การนำมาตราการบังคับใช้สิทธิโดยอาศัย การใช้อื่นๆ หรือนำมาใช้โดยปราศจากความยินยอมของผู้ทรงสิทธิบัตรได้ จึงทำให้ประเทศสมาชิกสามารถจำเป็นกำหนดการใช้มาตราการบังคับใช้สิทธิได้ในทุกกรณี⁸⁶

3) มาตราการใดที่จะนำมาเป็นเหตุแห่งการใช้มาตราการบังคับใช้สิทธิ จะต้องมีการกำหนดไว้ในกฎหมายของประเทศของตนด้วย ทั้งนี้ โดยการพิจารณาจากถ้อยคำของความตกลงทริปส์ในข้อ 31 ที่กล่าวว่า “กรณีที่กฎหมายของประเทศสมาชิกอนุญาตให้มีการใช้อื่นๆ ...” ดังนี้ การจะใช้มาตราการบังคับใช้สิทธิในดินแดนประเทศใด ประเทศนั้น จะต้องมีการออกกฎหมายภายในรองรับเหตุของการใช้นั้นด้วย

4) ในการใช้มาตราการบังคับใช้สิทธิจะต้องเป็นการใช้เพื่อตอบสนองตลาดของประเทศที่ให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรเท่านั้น และจะไม่ใช่การเฉพาะ (Non-Exclusive) กล่าวคือ

⁸⁵ TRIPs, Article 31 (ปี).

⁸⁶ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 26, น.253.

ผู้ทรงสิทธิบัตรยังคงสามารถที่จะแสวงหาผลประโยชน์จากสิทธิบัตรของตนอยู่ได้ แม้ว่าจะมีการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิต่อสิทธิบัตรนั้นแล้วก็ตาม นอกจากนี้ มาตรการบังคับใช้สิทธิจะถูกละเลยได้ หากว่าสถานการณ์ที่นำไปสู่การอนุญาตให้มีการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธินั้นได้ยุติลงและไม่น่าจะเกิดขึ้นอีก แต่ทั้งนี้ ประเทศสมาชิกก็ต้องพิจารณาถึงการให้ความคุ้มครองอย่างเพียงพอต่อผลประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลที่สามที่ได้รับอนุญาตให้ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ ดังกล่าวด้วย⁸⁷

2.6.6 หลักการคุ้มครองการออกแบบวงจรรวม (Layout-Design (Topographies) of Integrated circuit)

ความตกลงทริปส์ได้มีการกำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องให้ความคุ้มครองการออกแบบวงจรรวม โดยปฏิบัติในส่วนของความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาในเรื่องที่เกี่ยวข้องวงจรรวม (Treaty on Intellectual Property in Respect of integrated Circuits : IPIC) ตามข้อ 2 ถึง 7 ข้อ 12 และข้อ 16 วรรค 3 นำมาใช้บังคับแก่ประเทศสมาชิก มีการกล่าวถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการให้คำนิยามศัพท์ ของคำว่า วงจรรวม (Integrated circuit) และการออกแบบวงจรรวม(Layout- Design (Topographies))⁸⁸, พันธกรณีของประเทศสมาชิกในการให้ความคุ้มครองการออกแบบวงจรรวม⁸⁹, การกำหนดรูปแบบของการคุ้มครอง⁹⁰ หรือขอบเขตความคุ้มครอง⁹¹ เป็นต้น กล่าวคือประเทศสมาชิกจะต้องนำเอาข้อกำหนดความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาในเรื่องที่เกี่ยวข้องวงจร (IPIC) ที่ความตกลงทริปส์ได้กำหนดไว้ให้มีการนำมาใช้ในบางส่วนนั้นและปฏิบัติตามข้อ 36-38 ของตกลงทริปส์

1) สิทธิเด็ดขาดของผู้ทรงสิทธิ

ในการออกแบบวงจรรวมนั้น ผู้ทรงสิทธิเด็ดขาดในการนำเข้า การขายและการจำหน่ายเพื่อวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์การทำซ้ำ ทั้งนี้ หากมีการกระทำโดยไม่ได้รับอนุญาตซึ่งการนำเข้า การขาย รวมทั้งการจำหน่ายดังกล่าวในงานออกแบบวงจรรวม (layout design) และ

⁸⁷ TRIPs, Article 31 (จี).

⁸⁸ TRIPs, Article 2.

⁸⁹ TRIPs, Article 3.

⁹⁰ TRIPs, Article 4.

⁹¹ TRIPs, Article 6.

วงจรรวม (integrated circuit) ซึ่งประกอบด้วยการออกแบบที่ได้รับการคุ้มครองอยู่ หรือวัตถุซึ่งประกอบในวงจรดังกล่าวนั้นมีการออกแบบโดยที่ซ้ำขึ้นโดยผิดกฎหมาย ก็ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ต่อผู้ทรงสิทธิ และนอกจากนี้ ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาในเรื่องที่เกี่ยวข้องวงจร ยังมีการกำหนดให้ประเทศสมาชิกสามารถที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ภายในของตนในเรื่องการกระทำที่ผิดกฎหมายที่นอกเหนือไปจากที่กำหนดไว้ใน (IPIC) ได้ด้วย⁹²

2) ข้อยกเว้นที่ไม่ต้องได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิ

สำหรับข้อยกเว้นที่สามารถกระทำได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิ โดยไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย นี้ ความตกลงทริปส์ได้กำหนดไว้คือ

ก) กระทำโดยไม่รู้หรือไม่มีเหตุผลที่จะรู้

กล่าวคือ เป็นการเฉพาะในเรื่องของการทำซ้ำที่ผู้กระทำหรือผู้สั่งกระทำได้กระทำไป โดยไม่รู้และไม่มีเหตุอันควรที่จะรู้ในเรื่องของการทำซ้ำโดยผิดกฎหมายในขณะที่ได้มาซึ่งวงจรรวมว่าวงจรรวมนั้นประกอบด้วยการออกแบบที่ได้รับการคุ้มครองหรือวัตถุที่ประกอบวงจรรวมนั้นได้รับความคุ้มครอง ซึ่งหากมีการกระทำซ้ำดังกล่าวเกิดขึ้นโดยมิได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิ ก็จะไม่ถือว่าการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่ทั้งนี้ ผู้ทำกระทำซ้ำหรือผู้ที่สั่งกระทำซ้ำเช่นว่านั้นภายหลังได้รับแจ้งให้ทราบว่ากระทำซ้ำนั้นเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย บุคคลดังกล่าวอาจกระทำการใดๆ เกี่ยวกับสินค้าที่คงเหลืออยู่ในการดูแลหรือสั่งซื้อก่อนการได้รับแจ้งว่ามีการกระทำซ้ำที่ผิดกฎหมายนั้นได้ แต่จะต้องมีการเจรจากับผู้ทรงสิทธิสำหรับความรับผิดชอบในการจ่ายเงินในจำนวนที่เท่าเทียมกันกับค่าตอบแทนที่มีเหตุผลเท่าที่จะจ่ายให้ได้ต่อผู้ทรงสิทธิในเรื่องของการอนุญาตให้ใช้สิทธิดังกล่าว⁹³

ข) การกระทำตามเงื่อนไขของความตกลงทริปส์ ในข้อ 31 อนุวรรค (เอ) ถึง (เค) จะนำมาใช้เชื่อมโยงกับกรณีของการอนุญาตให้ใช้สิทธิการออกแบบวงจรรวมด้วย กล่าวคือ รัฐสามารถที่จะใช้สิทธิในกรณีดังกล่าวโดยปราศจากความยินยอมของผู้ทรงสิทธิได้⁹⁴

⁹² TRIPs, Article. 6.

⁹³ TRIPs, Article 37 (1).

⁹⁴ TRIPs, Article 37 (2).

2.6.7 หลักการคุ้มครองข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผยเปิดเผย (Protection of Undisclosed Information Integrated circuit)

1) การคุ้มครองข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผย

ก) การคุ้มครองข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผยโดยทั่วไปในการคุ้มครองเจ้าของข้อสนเทศมีสิทธิที่จะป้องกันมิให้ข้อสนเทศถูกเปิดเผย เอาไปหรือนำไปใช้โดยผู้อื่น โดยไม่ได้รับความยินยอมจากตนเองโดยถูกต้องตามกฎหมายในลักษณะที่ขัดต่อแนวปฏิบัติในทางพาณิชย์ที่ต่อเนื่องต่อกัน ซึ่งในการนี้ ได้มีการอธิบายถึงลักษณะดังกล่าวไว้ด้วย เช่น การละเมิดสัญญา การละเมิดความลับและการจงใจให้ละเมิด และรวมถึงการได้ข้อสนเทศที่ไม่พึงเปิดเผยโดยบุคคลที่สามซึ่งรู้ หรือโดยประมาทเลินเล่อไม่รู้ว่ามาได้มาซึ่งข้อสนเทศเกี่ยวข้องกับแนวปฏิบัติเช่นนั้น

ข) การคุ้มครองข้อมูลที่เสนอต่อรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐ ความตกลงทริปส์ได้มีการกล่าวถึงการคุ้มครองข้อมูลที่เสนอต่อรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาหรือเคมีภัณฑ์ทางเกษตร กล่าวคือ ในการอนุญาตให้จัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์ยาหรือเคมีภัณฑ์ทางเกษตร ประเทศสมาชิกสามารถที่จะกำหนดเงื่อนไขให้ความลับไปแจ้งแก่ทางราชการทราบก่อนที่จะมีการจัดจำหน่าย แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศสมาชิกจะต้องให้การคุ้มครองข้อมูลเช่นนั้นจากการถูกเปิดเผยและการนำเอาไปใช้เชิงพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรมด้วย

2) ข้อยกเว้นการคุ้มครองข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผย ความตกลงทริปส์ได้กล่าวถึงการยกเว้นการคุ้มครองข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผยในกรณีของผลิตภัณฑ์ยาและเคมีภัณฑ์ทางเกษตร ดังกล่าวจะถูกเปิดเผยได้ หากว่าเป็นกรณีที่เป็นเพื่อการคุ้มครองสาธารณสุข หรือประเทศสมาชิกได้มีการดำเนินการเพื่อที่ให้นั่นใจว่าข้อมูลนั้นจะได้รับการคุ้มครองจากการนำไปใช้ในเชิงพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรม

2.7 กฎเกณฑ์คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้านตามความตกลงทริปส์

2.7.1 การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้านในฐานะที่เป็นความรู้ที่เป็นสาธารณสมบัติ (Public Domain)

ข้อมูลความรู้ที่เกี่ยวข้องกับการดำรงชีวิตของคนในชุมชน ไม่ว่าจะเป็นในด้านการผลิตอาหารหรือยารักษาโรคจะเป็นสิ่งที่มีคุณค่า แต่การแลกเปลี่ยนความรู้ระหว่างชุมชนกลับเป็นไป

อย่างเสรี โดยไม่มีข้อจำกัดว่าการนำเอาความรู้ของผู้คนในชุมชนอื่นมาใช้เพื่อประโยชน์ในการดำรงชีวิตนั้นจะเป็นสิ่งที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือจริยธรรม ภายใต้หลักเกณฑ์ เช่นนี้ ภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงถือได้ว่าเป็นสมบัติสาธารณะ (Public Domain) ที่บุคคลคนหนึ่งคนใดจะหวงกันไว้เป็นสมบัติส่วนตัวไม่ได้ ในทำนองเดียวกัน ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความสำคัญมากที่สุดในปัจจุบันคือ ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) หรือความตกลงทริปส์ ก็ไม่ได้คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้านไว้โดยตรงเช่นกัน แต่ความตกลงทริปส์กลับมีผลกระทบอย่างมากต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น เพราะความตกลงนี้เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา การบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศสมาชิกจะต้องสอดคล้อง และไม่ขัดแย้งกับความตกลงนี้ด้วย

ความรู้ที่เป็นสาธารณสมบัติ ได้แก่ความรู้ทั่วไปที่ไม่มีคุณสมบัติครบถ้วนจนอาจได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรหรือกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาลักษณะอื่น หรือเป็นความรู้ที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแต่การคุ้มครองได้สิ้นสุดลงแล้ว ความรู้สาธารณะเป็นสิ่งที่ไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของหรืออ้างสิทธิทางกฎหมายได้ บุคคลทั่วไปสามารถเป็นสิ่งที่ไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของหรืออ้างสิทธิทางกฎหมายได้ บุคคลทั่วไปสามารถนำเอาความรู้ดังกล่าวไปใช้ประโยชน์ใดโดยเสรีไม่ว่าจะเป็นการใช้โดยตรง หรือด้วยการนำไปดัดแปลงเปลี่ยนรูป วิเคราะห์ และสังเคราะห์ เพื่อให้เกิดเป็นความรู้ใหม่⁹⁵

แนวความคิดเรื่อง “ความรู้ที่เป็นสาธารณสมบัติ” ได้ถูกนำมาใช้เพื่อประโยชน์ของสังคม ความรู้ใหม่ที่เกิดขึ้นเกือบทั้งหมดเป็นผลมาจากการศึกษาวิจัยและพัฒนาขึ้นจนความรู้เดิมที่มีอยู่ ทั้งนี้เพราะการทำวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีนั้นจำเป็นต้องอาศัยข้อมูลความรู้และความคิดที่มีอยู่แล้วทั้งสิ้น ไม่มีเทคโนโลยีใดได้ถูกพัฒนาขึ้นโดยอาศัยข้อมูลความรู้และความคิดที่มีอยู่แล้ว ไม่มีเทคโนโลยีใดได้ถูกพัฒนาขึ้นโดยอาศัยข้อมูลความรู้ของนักประดิษฐ์รายเดียว หากไม่มีแนวคิดเรื่องความรู้ที่เป็นสาธารณสมบัติ สำหรับข้อยกเว้น ความรู้ที่เป็นสาธารณสมบัติ คือ การ

⁹⁵ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 2 เรื่อง การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและและภูมิปัญญาท้องถิ่น, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม), น.77.

(Inventive Step) และการประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม (Industrial Application)⁹⁶ เป็นแนวทางที่ต้องพิจารณาของสิ่งที่ขอคุ้มครอง (Subject Matter) ก่อนเป็นเบื้องต้นสอดคล้องกับมาตรา 101 ของกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ให้คุ้มครองสิทธิบัตรแก่ผู้ประดิษฐ์และผู้ค้นพบสิ่งใหม่ (New) กรรมวิธีที่มีประโยชน์ (Useful Process) เครื่องจักรกล (Machine) กระบวนการผลิต (Manufacture) หรือการประกอบเข้าด้วยกันของสิ่งสำคัญ (Composition of Matter) หลักย่อยภายใต้เงื่อนไขการคุ้มครอง ตามมาตรา 102 ที่กำหนดเงื่อนไขความใหม่ (Novelty) ขั้นตอนการประดิษฐ์สูงขั้น (Inventive Step) และการประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม (Industrial Application) และการพิจารณาเงื่อนไข “ความใหม่” ตามมาตรา 101 ไม่ต่างจากการพิจารณาความใหม่ ตามมาตรา 102

ศาลได้ใช้หลักผลิตผลของธรรมชาติกับสิทธิตั้งแต่ปี ค.ศ. 1889⁹⁷ ในคดีที่เกี่ยวข้องเส้นใยของพีชสน (Southern Pine) ที่ทำให้อ่อนนุ่มและรีดเป็นเส้นเล็กๆ เพื่อใช้ทอผ้า โดยให้เหตุผลในการปฏิเสธการคุ้มครองว่า เส้นใยที่นำมาขอคุ้มครองไม่มีลักษณะหรือคุณสมบัติที่แตกต่าง ไปจากเส้นพีชชนิดอื่น เส้นใยพีชในกรณีนี้จึงไม่ใช่สิ่งที่อยู่คู่กับเผ่าพันธุ์มนุษย์ เส้นใยนี้แม้จะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากกรรมวิธีใหม่ ก็ไม่ต่างจากข้าวสาลีที่เก็บเกี่ยวด้วยวิธีการที่ต่างกัน แต่ข้าวสาลีไม่ว่าจะได้มาจากวิธีใดก็ยังคงเป็นผลิตผลธรรมชาติ และแม้จะพิจารณาด้านคุณค่าของเส้นใยชนิดนี้ และพบว่า เป็นสิ่งที่มีคุณค่ามากมายเพียงใดก็ตาม เส้นใยนี้ก็ยังคงเป็นผลิตผลของธรรมชาติไม่อาจได้รับการคุ้มครอง คงคุ้มครองได้เฉพาะกรรมวิธีในการผลิตเส้นใยเท่านั้น⁹⁸

กรณีของการค้นพบว่าการทำปฏิกิริยาของเปลือกส้มกับน้ำประสานทอง (Borax) จำนวนเล็กน้อยจะทำให้ส้มมีความทนทานต่อเชื้อรา เบื้องต้นศาลแขวงและศาลอุทธรณ์กล่าวว่า การกล่าวอ้างนี้ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งต่อมาศาลสหรัฐได้กลับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ว่า ผลผลิตดังกล่าวไม่สามารถจำสิทธิบัตรได้เนื่องจากว่า การเพิ่มน้ำประสานทองเข้าไปในเปลือกของผลไม้ตามธรรมชาติ ไม่ได้ทำให้เกิดผลผลิตจากวัตถุดิบหลักที่นำมาใช้ ไม่ได้มาซึ่งรูปแบบใหม่หรือรูปแบบที่แตกต่าง นอกจากนี้ยังไม่มี ความแตกต่างในด้านคุณภาพหรือคุณสมบัติ

⁹⁶ สมชาติ รัตนเชื้อสกุล, "ระบบทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช", (วิทยานิพนธ์ดุสิตวิทยบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.223.

⁹⁷ Ex parte Latimer. 1889 Comm'r Dec. 123 (1889)

⁹⁸ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 96, น.229.

การเพิ่มสารเข้าไปเพียงเพื่อปกป้องความเสื่อมตามธรรมชาติ โดยการยับยั้งการพัฒนาของสปอร์ที่มาจากภายนอกเปลือก ไม่ได้ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงใดๆ⁹⁹

คดีที่เกี่ยวข้องกับสารที่สกัดจากพืชตัดสินในลักษณะเดียวกัน คดีที่ได้มีการยื่นขอสิทธิบัตรในส่วนผสมในรสชาติของสตรอเบอรี่โดยผู้ประดิษฐ์ได้แก่ Kratz และ Strasburger ได้ค้นพบสารที่มีชื่อว่า 2-methyl-2pentanoic acid เป็นสารประกอบที่ให้รส เมื่อสกัดออกมาได้อย่างบริสุทธิ์และใส่เข้าไปที่ผลไม้สดในปริมาณเล็กน้อยจะทำให้ได้รสชาติ เป็นรสสตรอเบอรี่ สำนักงานสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกาได้ปฏิเสธคำขอดังกล่าว เนื่องจากเป็นส่วนประกอบตามธรรมชาติของสตรอเบอรี่ แต่ศาลได้กลับคำวินิจฉัยของสำนักสิทธิบัตร¹⁰⁰ โดยอ้างถึงคดี In re Bergstrom¹⁰¹

2.7.2.1.2 หลักผลิตผลของธรรมชาติในยุคเทคโนโลยีชีวภาพ

คำพิพากษาในคดี Chakrabarty เป็นบรรทัดฐานของการคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพ เป็นการใช้กรรมวิธีทางพันธุกรรม (Genetic Engineering) ตัดยีนของแบคทีเรียทำให้แบคทีเรียชนิดนี้มีคุณสมบัติย่อยสลายน้ำมันดิบได้ คุณสมบัติพิเศษนี้สามารถนำไปใช้ในการกำจัดมลพิษของน้ำมันดิบ และคุณสมบัติพิเศษนี้ไม่ปรากฏในแบคทีเรียที่มีอยู่ตามธรรมชาติ แสดงให้เห็นการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดทางกฎหมายสิทธิบัตร จากเดิมที่ศาลตีความกฎหมายอย่างจำกัดในการคุ้มครองสิทธิบัตร หรือทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ เปลี่ยนเป็นการตีความหมายอย่างกว้างขวาง เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ดังนี้

1) แนวคิดให้สัตว์ที่ไม่รวมถึงมนุษย์ ที่มีได้ขึ้นเองตามธรรมชาติ เป็นสิ่งที่สามารถรับสิทธิบัตรได้ คำวินิจฉัยแสดงให้เห็นถึงเจตนาที่จะปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ได้ตัดสินไว้ในคดี Chakrabarty สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าสหรัฐฯ ได้พิจารณาสิ่งที่ไม่ได้เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ สิ่งที่ไม่ใช่เซลล์ของมนุษย์หรือสิ่งที่มีชีวิตรวมถึงสัตว์ ว่าเป็นสิ่งที่สามารถนำมาจดสิทธิบัตรได้ ภายใต้ขอบเขตของมาตรา 101 การอ้างสิทธิที่เกี่ยวข้องโดยตรงหรืออยู่ภายใต้ขอบเขตของความเป็นมนุษย์จะเป็นสิ่งที่ไม่สามารถจดสิทธิบัตรได้ภายใต้มาตรา

⁹⁹ America Fruit Growers, Inc. v. Brodex, 283 U.S. 1 (1931)

¹⁰⁰ In re Kratz, 592 F.2d 1169, 1174 (C.C.P.A. 1979).

¹⁰¹ In re Bergstrom (427 F.2d 1394, 166 USPQ 256 (CCPA 1970)).

101¹⁰² หลังจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการอุทธรณ์ในคดีนี้ สำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ ได้ประกาศกฎเกณฑ์การตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรในการประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับสัตว์ โดยมีสาระสำคัญดังนี้

“สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าพิจารณาเห็นว่าสิ่งมีชีวิตหลายเซลล์เช่น สัตว์ที่ไม่รวมถึงมนุษย์ มิได้เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ เป็นสิ่งที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ตามบทบัญญัติมาตรา 101 แห่งกฎหมายสิทธิบัตร แต่คำขอรับสิทธิบัตรที่เกี่ยวกับหรือที่รวมถึงมนุษย์ จะไม่ได้รับการพิจารณาว่าเป็นการประดิษฐ์ที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ตามบัญญัติมาตรา 101 แห่งกฎหมายสิทธิบัตร ทั้งนี้เพราะการให้สิทธิเด็ดขาดในทางทรัพย์สินเหนือมนุษย์เป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ”

2) แนวคิดในการอนุญาตให้สิทธิบัตรสิ่งประดิษฐ์เพื่อคุ้มครองพืช ถ้าสามารถผ่านเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร คดี Ex parte Hibbard ,227 USPQ 443 (1985) ในขณะที่คำตัดสินในคดี Chakrabarty ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ประดิษฐ์จุลชีพ คำตัดสินในคดี Ex parte Hibbard ก็ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ที่ต้องการจดสิทธิบัตรพืช โดยในคดีนี้ The Board of patent Appeal and interferences ได้วางกฎว่าข้าวโพดซึ่งมีกรดอะมิโนสูงกว่าปกติเป็นสิ่งที่สามารถจดสิทธิบัตรได้ ซึ่งผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรได้ปฏิเสธคำขอโดยให้เหตุผลว่า การคุ้มครองสิทธิบัตรสิ่งประดิษฐ์ไม่มีอยู่ภายใต้ 35 U.S.C 101 เนื่องจากยังคงมี Plant Patent Act และ Plant Variety Protection Act¹⁰³ คณะกรรมการอุทธรณ์กลับคำตัดสินโดยให้เหตุผลว่า “การมีอยู่ของกฎหมายเพื่อการคุ้มครองหนึ่ง ไม่ได้ระงับการคุ้มครองที่อยู่ในรูปแบบอื่นไปด้วย” ผลจากคดีนี้ สำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ ได้อนุญาตให้สิทธิบัตรสิ่งประดิษฐ์เพื่อคุ้มครองพืช ถ้าสามารถผ่านเกณฑ์เรื่องความใหม่ มีประโยชน์และไม่เป็นที่ประจักษ์โดยง่าย ตัวอย่างเช่น หมายเลข 4,406,089 มอบให้แก่ บริษัท ไฟโอเนีย ไฮบริด อินเตอร์เนชันแนล จำกัด สำหรับการดัดแปลงพันธุกรรมเมล็ดข้าวสาลี

พิจารณาเปรียบเทียบแนวทางการตัดสินแล้วเห็นว่า คดีขอรับสิทธิบัตรในประเทศสหรัฐอเมริกาช่วงก่อนหน้าและหลังมีคำตัดสินคดี Chakrabarty จะเห็นได้ว่าก่อนหน้า

¹⁰² Edmund J. sease, “From microbes, to Corn Seeds, to Oysters, to

Mice: Patentability of New Life Forms, 38 Drake Law Review, 551, 554, 1989.

www.westlaw.com, 10/12/2006, p.7.

¹⁰³ *Ibid.* p.7.

คดีสำนักงานสิทธิบัตรและศาลสหรัฐฯ มักจะใช้หลัก “ผลผลิตของธรรมชาติ” ถือว่าเป็นสิ่งเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติและมีอยู่ตามธรรมชาติ มิใช่การประดิษฐ์ที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ แต่ภายหลังคำตัดสินคดี Chakrabarty แล้ว แนวทางการตัดสินคดีได้เปลี่ยนไปโดยอนุญาตให้มีการขอรับสิทธิบัตรในการประดิษฐ์ที่เป็นสิ่งมีชีวิตได้ โดยวางหลักว่า “กฎหมายสิทธิบัตรไม่ได้แยกความแตกต่างระหว่างการประดิษฐ์ที่ไม่มีชีวิตกับการประดิษฐ์ที่มีชีวิต กฎหมายเพียงแต่กำหนดว่าสิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายต้องเป็นผลงานของมนุษย์ และมีได้เป็นเพียงสิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ” คำตัดสินดังกล่าวได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในแนวความคิดของการคุ้มครองและใช้เป็นแนวทางในการตัดสินคดีในประเทศอื่นๆ ด้วย

2.7.2.2 หลักการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้านโดยระบบกฎหมายสิทธิบัตร

หลักการพื้นฐานอันเป็นสากล ซึ่งกฎหมายสิทธิบัตรของแต่ละประเทศ ได้กำหนดเป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประดิษฐ์อันมีสิทธิบัตรได้นั้น พิจารณาได้จากหลักการที่ความตกลงTRIPs ได้บัญญัติไว้ในข้อ 27 (1) ซึ่งกำหนดให้มีสิทธิบัตรสิ่งประดิษฐ์ใดๆ ไม่ว่าจะเป็นผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีในทุกสาขาเทคโนโลยี โดยมีเงื่อนไขว่าสิ่งประดิษฐ์นั้นมีความใหม่ เกี่ยวข้องกับการประดิษฐ์ และสามารถนำไปประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ ทั้งนี้ การนำหลักเกณฑ์ในการได้มาซึ่งสิทธิบัตรมาใช้ในการพิจารณาให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้าน มีข้อสังเกตดังนี้

2.7.2.2.1 เงื่อนไขเรื่องความใหม่ (Novelty)

หลักเกณฑ์ประการแรกว่าด้วยลักษณะของการประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้ คือจะต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ (Novelty) กล่าวคือ ต้องไม่มีการประดิษฐ์อย่างที่ยอมรับสิทธิบัตรดังกล่าวเผยแพร่ต่อสาธารณชนก่อนวันขอรับสิทธิบัตร¹⁰⁴ เงื่อนไขเรื่องความใหม่ (Novelty) ตามความตกลงทริปส์ หมายความว่า การประดิษฐ์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจะต้องเป็นสิ่งที่ใหม่ ยังไม่เคยมีปรากฏมาก่อน หรือยังไม่มีใครเคยคิดค้นได้มาก่อน การพิจารณาว่าอะไรเป็นสิ่งที่ใหม่นั้น กฎหมายใช้หลักเกณฑ์ว่า การประดิษฐ์ที่นำมาขอรับสิทธิบัตรจะต้องไม่เป็นส่วนหนึ่งของงานที่ปรากฏอยู่แล้ว ถ้าหากการประดิษฐ์นั้นเป็นส่วนหนึ่งของงานที่ปรากฏเผยแพร่ต่อสาธารณชนอยู่แล้วในวันที่มีการยื่นขอสิทธิบัตรก็ถือว่าการประดิษฐ์นั้นขาด

¹⁰⁴ Bainbridge, David. Intellectual Property, (London: Pitman), 1992. p.264.

ความใหม่¹⁰⁵ ทั้งนี้โดยไม่คำนึงว่า การเปิดเผยนั้นได้กระทำด้วยวาจา ด้วยลายลักษณ์อักษร หรือวิธีการอื่นใด¹⁰⁶ นโยบายพื้นฐานของกฎหมายสิทธิบัตรคือต้องการที่จะกระตุ้นให้มีการคิดค้นสิ่งใหม่ๆ ขึ้นมาเพราะฉะนั้นสิ่งที่จะได้รับการคุ้มครองก็จะต้องเป็นสิ่งที่คิดได้ใหม่ เพราะตามกฎหมายต้องการผลสำเร็จว่าต้องคิดสิ่งใหม่ๆ ขึ้นมา

การนำระบบสิทธิบัตรมาคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นสามารถทำได้ ถ้าภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้าน นั้นเข้าเงื่อนไขตามที่ระบบสิทธิบัตรกำหนด โดยที่ระบบสิทธิบัตรนั้นแบ่งการคุ้มครองออกเป็น 2 ประเภทตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ได้แก่

1) สิทธิบัตรการประดิษฐ์ ถ้าภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้านนั้นเป็นการคิดค้นเกี่ยวกับกลไกส่วนประกอบ โดยที่ไม่เคยมีใครคิดค้นมาก่อน มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้ในด้านอื่นๆ ได้อีก

2) สิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ ถ้าภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้านเป็นการออกแบบรูปร่าง ลวดลาย หรือสีสันทึ่มองเห็นได้จากภายนอก ต้องใช้ความชำนาญเป็นพิเศษ และสามารถนำไปใช้ประโยชน์ในทางเกษตรกรรม หรือ หัตถกรรม หรือพาณิชยกรรมได้ ขอคุ้มครองได้ภายใต้ระบบสิทธิบัตร

นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายอนุสิทธิบัตร ซึ่งสามารถนำมาใช้เพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้านได้เช่นกัน โดยต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ที่แตกต่างไปจากเดิม ยังไม่เคยมีการใช้หรือแพร่หลายมาก่อนหรือยังไม่ได้มีการเปิดเผยสาระสำคัญของการประดิษฐ์นั้นก่อนวันยื่นขอทั้งในหรือต่างประเทศและสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมหรือเกษตรกรรมได้ โดยการยื่นขอจดอนุสิทธิบัตรไม่จำเป็นต้องมีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น ทำให้มีการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยอย่างเข้มข้น ไปยื่นคำขอจดอนุสิทธิบัตรได้ ซึ่งในอนาคตอาจจะมีการนำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยไปยื่นขอจดอนุสิทธิบัตรกันมากขึ้น เพราะเงื่อนไขไม่มาก

¹⁰⁵ Paterson.,G.,The European Patent System:The Law and Practice of the European Patent Convention, (London:Sweet & Maxwell,1992),p.375 อ้างใน จักรกฤษณ์ วรรณพจน์,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26,น.224.

¹⁰⁶ Black,T.,Intellectual Property in industry, (London and Edinburgh,1989),Butterworth,p.7.อ้างใน จักรกฤษณ์ วรรณพจน์,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26,น.224.

เท่าการจดสิทธิบัตร ทำให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรของไทยได้ผลมากยิ่งขึ้น

กฎหมายของประเทศต่างๆ ได้กำหนดระดับของเรื่องความใหม่ (Novelty) แตกต่างกันขึ้นอยู่กับนโยบายในการพัฒนาเศรษฐกิจและนโยบายทางอุตสาหกรรมของแต่ละประเทศ ในการต้องการรักษาผลประโยชน์ ซึ่งอาจจำแนกแนวทางในการพิจารณาความใหม่ของนานาประเทศได้เป็นสามแนวทางด้วยกัน แนวทางแรก คือ การพิจารณาความใหม่ในระดับประเทศ (National Novelty) คือ จะพิจารณาถึงการเผยแพร่ของการประดิษฐ์จะถูกจำกัดอยู่เพียงภายในประเทศที่มีการขอรับสิทธิบัตรเท่านั้น แนวทางสอง คือ การพิจารณาความใหม่ในระดับโลก (Worldwide Novelty) กว้างกว่ามาก เพราะคำนึงถึงการเผยแพร่ของการประดิษฐ์ที่มีอยู่ทุกที่ทั้งในและนอกราชอาณาจักร หากการประดิษฐ์นั้นได้ถูกเผยแพร่ต่อสาธารณะชนไม่ว่า ณ ที่ใดในโลก ก็ต้องถือว่าการประดิษฐ์นั้นขาดความใหม่ ส่วนแนวทางสุดท้าย คือ แบบผสม (Hybrid Approach) จะพิจารณาการเผยแพร่ของการประดิษฐ์ประเภทลายลักษณ์อักษรที่ปรากฏอยู่ทั้งภายในและต่างประเทศ แต่จำกัดขอบเขตของการพิจารณาการเผยแพร่ของการประดิษฐ์ประเภทการใช้งาน (Prior Use) เฉพาะแต่สิ่งที่ปรากฏอยู่ภายในประเทศที่มีการขอรับสิทธิบัตรเท่านั้น เพราะเชื่อกันว่าการสืบค้น Prior Use ที่ปรากฏอยู่ในต่างประเทศเป็นสิ่งที่กระทำได้ยาก¹⁰⁷

ระบบกฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐใช้หลักการแบบผสม ทำให้ระบบกฎหมายของสหรัฐ แตกต่างกับระบบสิทธิบัตรของประเทศอื่นในเรื่องความใหม่อย่างสมบูรณ์ (absolute Novelty) โดยกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศในยุโรปมีเงื่อนไข การประดิษฐ์จะต้องมีความใหม่อย่างสมบูรณ์ หมายถึง การประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้จะต้องไม่เคยเปิดเผยรายละเอียดมาก่อนไม่ว่าเปิดเผยโดยวิธีใด ก่อนวันยื่นขอรับสิทธิบัตร กฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐไม่ได้กำหนดในเรื่อง “absolute Novelty” สำหรับการได้มาซึ่งสิทธิบัตร แต่กลับอนุญาตให้มีการจดสิทธิบัตรสิ่งประดิษฐ์ที่เป็นที่รู้จักหรือใช้อยู่ในต่างประเทศได้ ตราบใดที่สิ่งประดิษฐ์ดังกล่าวไม่ได้มีการจดสิทธิบัตรหรือพิมพ์บรรยายลักษณะของสิ่งประดิษฐ์ไม่ว่าในสหรัฐหรือประเทศอื่น จุดมุ่งหมายข้อกำหนดนี้เพื่อที่จะสนับสนุนความสำคัญของเทคโนโลยีในประเทศสหรัฐนั่นเอง ทำให้เกิดความเสียหายกับประเทศกำลังพัฒนาเนื่องจาก ภูมิปัญญาท้องถิ่นเช่น ยาพื้นบ้านของประเทศไทย ส่วนใหญ่นั้นเป็นการถ่ายทอดปากต่อปาก จึงแตกต่างกับการเผยแพร่เป็นลายลักษณ์อักษร ส่งผลให้สามารถนำมาจดสิทธิบัตรในประเทศสหรัฐได้ ทำให้ส่งผลให้เกิดการได้เปรียบกันว่า

¹⁰⁷ จักรกฤษณ์ ครอบงำ, อ้างแล้ว เจริญพรที่ 26 , น 225

กฎหมายสิทธิบัตรในประเทศสหรัฐแท้จริงแล้วเป็นการแสวงหากำไรจากภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศอื่น

ระบบกฎหมายสิทธิบัตรของอังกฤษ ในประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศที่ริเริ่มระบบสิทธิบัตรสมัยใหม่ ได้มีการใช้สิทธิบัตรมาตั้งแต่ปี ค.ศ.1331 โดยกษัตริย์อังกฤษจะออกเอกสาร ที่ให้สิทธิผูกขาดในการจำหน่ายสินค้ามีกำหนดเวลาอันจำกัด แต่ต่อมาได้มีการนำเอาสิทธิบัตรไปใช้ในทางมิชอบ โดยกษัตริย์อังกฤษ รัฐสภาอังกฤษจึงได้ออกกฎหมายว่าด้วยการผูกขาดทางการค้า เมื่อปี ค.ศ.1623¹⁰⁸ กฎหมายดังกล่าวได้ยกเลิกสิทธิผูกขาดทั้งหมด ยกเว้นสิทธิพิเศษสำหรับผู้ประดิษฐ์คิดค้นผลิตภัณฑ์ใหม่ๆ โดยให้ผู้ประดิษฐ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการผลิตหรือใช้สิ่งนั้นๆ ชั่วระยะเวลาหนึ่ง¹⁰⁹

2.7.2.2.2 มีขั้นตอนการประดิษฐ์สูงขึ้น (Inventive Step)

หลักเกณฑ์ประการที่สองว่าด้วยลักษณะของการประดิษฐ์ที่ขอระบบสิทธิบัตรได้ คือการประดิษฐ์นั้นจะต้องเป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (Inventive Step) เป็นเงื่อนไขของการขอรับสิทธิบัตร โดยมีหลักการว่าการประดิษฐ์ที่มีสิทธิได้รับการคุ้มครองต้องเป็นการประดิษฐ์ที่มีส่วนประกอบหรือมีลักษณะที่ก้าวหน้า แตกต่างไปจากเทคโนโลยีที่มีอยู่ โดยจะต้องมีการทดสอบว่า การประดิษฐ์นั้นเป็นสิ่งที่ง่ายเกินไปหรือเป็นสิ่งที่ขัดแย้งสำหรับบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญในวิทยาการแขนงเดียวกันนั้นหรือไม่ (test of non – obviousness)¹¹⁰

นอกจากการประดิษฐ์ทั้งที่เป็นผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีที่จะขอรับสิทธิบัตรนั้น นอกจากจะต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ (New) ต้องไม่เป็นสิ่งที่บุคคลใดได้สร้างสรรค์ขึ้นอันปรากฏอยู่แล้ว การประดิษฐ์ดังกล่าวจะต้องก่อให้เกิดความก้าวหน้าอันแท้จริงโดยเปรียบเทียบกับงานอันเกี่ยวกับการประดิษฐ์ที่ปรากฏอยู่แล้วนั้น มิฉะนั้น จะสามารถขอรับสิทธิบัตรในการ

¹⁰⁸ จักรกฤษณ์ ครอบงวน, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด พี.เจ. เพลท โปรเซสเซอร์, 2538), น.32-33.

¹⁰⁹ ยรรยง พวงราช, คำอธิบายกฎหมายสิทธิบัตร, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2542), น.17.

¹¹⁰ Philip, J. and A. Fith, Introduction to Intellectual Property Law. (London: Butterworths, 1990), p.45. อ้างใน จักรกฤษณ์ ครอบงวน, อ้างแล้ว เซกอร์รกี 26 , น 226.

ประดิษฐ์ทุกอย่างได้ทั้งหมด¹¹¹ ทั้งนี้ การประดิษฐ์ที่จะขอรับสิทธิบัตรได้จะต้องไม่ใช่การประดิษฐ์ที่สามารถทำได้ง่ายจนเกินไป โดยเฉพาะสิ่งที่ทำขึ้นโดยไม่ได้ใช้ความสามารถในเชิงประดิษฐ์คิดทำขึ้น แต่ใช้เพียงทักษะของช่างฝีมือเท่านั้น¹¹² เนื่องจากการประดิษฐ์ต้องเกิดจากกระบวนการทางความคิดสร้างสรรค์ของปัญญามนุษย์ด้วยผลของความคิดสร้างสรรค์ดังกล่าวจึงต้องสามารถแสดงให้เห็นถึงขั้นของการประดิษฐ์อย่างเด่นชัดระหว่างงานที่ปรากฏอยู่แล้วกับการประดิษฐ์ที่นำมาขอรับสิทธิบัตร

พิจารณาว่าการประดิษฐ์ใดมีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้นนี้ จะต้องเป็นการประดิษฐ์ที่ไม่เป็นที่ประจักษ์โดยง่าย อาจกล่าวอย่างง่าย ๆ ได้ว่า การประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์ที่กฎหมายคุ้มครองจะต้องไม่ใช่งานผลิตภัณท์หรือกรรมวิธีสามารถคิดหรือทำได้โดยง่าย (abvious)¹¹³ โดยผู้ที่มีความรู้พื้นฐานเรื่องนั้น บุคคลที่มีความชำนาญในระดับสามัญสำหรับงานประเภทนั้น (person having ordinary skill in the art) ที่กฎหมายกำหนดให้ถือเอาความรู้ความสามารถมาเป็นเครื่องวัดว่า การประดิษฐ์ที่พิจารณามีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น หมายถึงผู้ที่มีความรู้หรือความชำนาญระดับปานกลางหรือระดับเฉลี่ย (average skill) โดยปกติหมายถึงบุคคลที่ทำงานในด้านนั้นๆ อยู่เป็นปกติ (routineer) ซึ่งอาจมีความรู้ความชำนาญแตกต่างกันไปในแต่ละสาขา¹¹⁴ ซึ่งการพิจารณา “ขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น” กฎหมายสิทธิบัตรของนานาประเทศมีความแตกต่างกัน กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศเยอรมันกำหนดเงื่อนไขว่า “ขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น” การประดิษฐ์ที่มีการขอรับสิทธิบัตรต้องเสนอแนวทางใหม่ที่สามารถแก้ไขปัญหาเทคนิคได้ดีกว่าการประดิษฐ์อื่นใดที่มีอยู่ในขณะนั้น¹¹⁵

¹¹¹ Michaels, Stewart. Intellectual Property In Australia. (Sydney : Butterworths, 1991), p.232 อ้างใน ไชยยศ เหมะรัชตะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น 145.

¹¹² ยรรยง พวงราช, สิทธิบัตร: กฎหมายและวิธีการปฏิบัติ, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท บพิตรการพิมพ์ จำกัด, 2533), น.26 อ้างใน ไชยยศ เหมะรัชตะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น 145.

¹¹³ กฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกา เรียกลักษณะดังกล่าวว่า “unobviousness”

¹¹⁴ ยรรยง พวงราช, คำอธิบาย กฎหมายสิทธิบัตร, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2542), น. 39.

¹¹⁵ Ullrich, H., “Standards of Patentability for European Inventions : Should Invention in the Art ?”, Ilc Studies Vol.1. VCH, (Weinheim, 1997) pp.12-35 . อ้างใน จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26 , น 227.

จะเห็นได้ว่า ข้อกำหนดเรื่อง งานที่ไม่เป็นที่ประจักษ์ได้โดยง่ายนี้ (abvious) หลักการดังกล่าวขัดต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเช่น ยาพื้นบ้าน เนื่องจากถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติต่อประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งกรณีการจดสิทธิบัตร Endod Berry สามารถทำได้โดยไม่ขัดกับข้อกำหนดเรื่อง งานที่ไม่เป็นที่ประจักษ์ได้โดยง่าย เป็นพืชชนิดหนึ่งชื่อว่า Endod Berry เป็นยาพื้นบ้านของชุมชนพื้นเมืองในเขตร้อนชาวเอธิโอเปีย ที่ใช้ในการทางการแพทย์เพื่อรักษาโรคพยาธิที่มีความร้ายแรงซึ่งมากับทากที่อาศัยอยู่ในน้ำ¹¹⁶ ซึ่งชาวเอธิโอเปีย ได้ถูกใช้มากกว่า 100 ปีแล้ว ทำให้เห็นได้ชัดเจนถึงความไม่เป็นธรรมสำหรับภูมิปัญญาท้องถิ่นของชาวเอธิโอเปีย

ส่วนกฎหมายของหลายประเทศกลับไม่ได้มีการกำหนดเงื่อนไขดังกล่าว โดยถือว่าการประดิษฐ์จะมีขึ้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นเมื่อสิ่งหนึ่งสิ่งใดที่แตกต่างหรือได้รับการปรับปรุงขึ้นจากเทคโนโลยีอื่นๆ ที่มีอยู่บ้างก็เป็นการเพียงพอ แม้ว่าข้อแตกต่างหรือสิ่งที่ได้รับการปรับปรุงนั้นจะไม่มีคุณสมบัติดีกว่าหรือไม่สามารถให้ผลที่ดีเยี่ยมกว่าสิ่งที่มีอยู่แล้วก็ตาม

2.7.2.2.3 สามารถนำไปประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม (Industrial Application)

หลักเกณฑ์ประการที่สามว่าด้วยลักษณะของการประดิษฐ์ที่ขอระบบสิทธิบัตรได้ คือจะต้องเป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรม นอกจากจะเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ และมีชั้นการประดิษฐ์สูงขึ้นแล้ว ยังต้องสามารถที่นำมาประยุกต์ในทางปฏิบัติเพื่อใช้งาน¹¹⁷ มิใช่เป็นเพียงทางทฤษฎีล้วนๆ อันไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ในการผลิต หากมีวัตถุประสงค์ให้การประดิษฐ์เป็นผลิตภัณฑ์หรือส่วนของผลิตภัณฑ์แล้ว ต้องสามารถผลิตผลิตภัณฑ์ดังกล่าวได้ ต้องสามารถดำเนินการตามกรรมวิธีดังกล่าวได้ด้วย จึงจะถือได้ว่าการประดิษฐ์นั้นสามารถใช้ในทางปฏิบัติได้ กล่าวคือมีความเป็นไปได้ที่จะทำหรือผลิตในทางปฏิบัติ และมีความเป็นไปได้ในการดำเนินการหรือใช้ในทางปฏิบัติ อันเป็นที่มาของการเรียกว่า “สามารถ

¹¹⁶ Naomi Roht-Arriza, “Of Seeds and Shamans : The Appropriation of the Scientific and Technical knowledge of Indigenous and Local Communities”, 17 Mich.J.Int’L,923 (1996).

¹¹⁷ Philip and Firth, Introduction to Intellectual Property Law. (London: Butterworths,1990),p.50.อ้างใน ไชยยศ เหมะรัชตะ,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8,น 147.

ประยุกต์”¹¹⁸ กฎหมายสิทธิบัตรมีเจตนารมณ์สำคัญในอันที่จะส่งเสริมการระดับและพัฒนากระบวนการทางอุตสาหกรรม การประดิษฐ์ที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายจึงต้องเป็นสิ่งที่มีความประโยชน์ และสามารถนำไปประยุกต์ใช้งานทางอุตสาหกรรมได้

กล่าวคือ การประดิษฐ์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจะต้องเป็นการประดิษฐ์ที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้ในทางปฏิบัติ โดยไม่ได้เป็นเพียงความคิด กฎเกณฑ์ หรือทฤษฎีเท่านั้น การประดิษฐ์ที่เป็นสิ่งที่เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ บุคคลหนึ่งบุคคลใดจะต้องสามารถทำการผลิตผลิตภัณฑ์นั้นขึ้นมาได้ คือต้องสามารถนำเอากรรมวิธีต่างๆ ไปทำการผลิต หรือสามารถนำไปใช้ประโยชน์ที่ให้ผลเป็นรูปธรรมได้ เป็นการประดิษฐ์ผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีที่สามารถทำให้เกิดขึ้นได้จริง (reproducibility) และเป็นสิ่งที่สามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างเหมาะสม (practicality) การประดิษฐ์ที่ขาดลักษณะดังกล่าว ไม่ใช่สิ่งที่ขาดรับสิทธิบัตรได้¹¹⁹

ในกรณีที่ภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้านเป็นความรู้ทางเทคนิคที่อาจใช้เพื่อการผลิตทางอุตสาหกรรม เช่น ตำรายาโบราณ กรรมวิธีในการรักษาโรค หากข้อมูลความรู้ดังกล่าวยังไม่ได้ถูกเปิดเผยต่อสาธารณชนรวมทั้งมีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (inventive step) และสามารถนำไปประยุกต์ใช้ทางอุตสาหกรรมได้ (industrial applicability) กรณีเช่นนี้ก็อาจขอรับสิทธิบัตรในความรู้ดังกล่าวได้

2.7.2.2.4 การเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ (Conditions on Patent Applications)

การเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ เป็นเงื่อนไขสำหรับผู้ขอรับสิทธิบัตร ความตกลงทริปส์ ข้อ 29 ได้กำหนดเงื่อนไขเพิ่มขึ้น โดยกำหนดให้ผู้ยื่นขอรับทำการเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ โดยจะต้องแนบรายละเอียดการประดิษฐ์ไปพร้อมกับเอกสารคำขอรับสิทธิบัตรด้วย แบบรายละเอียดประกอบไปด้วย คำอธิบายเกี่ยวกับโครงสร้างลักษณะของการประดิษฐ์ ซึ่งต้องบรรยายเป็นลายลักษณะอักษร โดยอาจมีรูปภาพประกอบไปด้วย¹²⁰

¹¹⁸ ไชยยศ เหมะรัชตะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น.148.

¹¹⁹ ยรรยง พวงราช, *คำอธิบายกฎหมายสิทธิบัตร*, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2542), น. 47.

¹²⁰ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26*, น.230

เงื่อนไขสำหรับผู้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูล รายละเอียดการประดิษฐ์ในคำขอรับสิทธิบัตรให้ชัดเจนมากที่สุดเท่าที่จะทำได้โดยกฎหมาย กำหนดว่าการเปิดเผยนั้นต้องชัดเจนจนถึงขนาดที่ผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในแขนงสาขาวิชานั้น (A person skilled in the ordinary art) ต้องสามารถนำสิ่งที่เปิดเผยนั้นไปใช้งานได้ทันที และ สาธารณชนสามารถที่จะตรวจสอบรายละเอียดการประดิษฐ์ที่เปิดเผยไว้ในคำขอรับสิทธิบัตรได้ กฎหมายบางประเทศยังกำหนดให้ผู้ยื่นคำขอต้องเปิดเผยวิธีการประดิษฐ์ที่ดีที่สุด (Best mode) ไว้ ในคำขอรับสิทธิบัตรด้วย หลักการเช่นนี้มีไว้เพื่อให้สาธารณชนสามารถนำความรู้ไปใช้ได้ ทันทีที่สิทธิบัตรหมดอายุ เพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่ต้องให้สิทธิเด็ดขาดแก่ผู้ทรงสิทธิบัตรการ ประดิษฐ์นั้น¹²¹ อันจะทำให้เกิดการประดิษฐ์คิดค้นใหม่ๆ สืบต่อกันไป ซึ่งจะมีผลโดยตรงต่อการ พัฒนาอุตสาหกรรมและเศรษฐกิจของประเทศ

ข้อควรตระหนักว่า การนำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นไปทำการดัดแปลงเพียง เล็กน้อย ก็อาจเพียงพอต่อการที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ถึงแม้ว่ากฎหมายทรัพย์สินทาง ปัญญาจะได้กำหนดเงื่อนไขเรื่องความใหม่เอาไว้ แต่เงื่อนไขดังกล่าวก็มิได้เป็นเครื่องรับประกันว่า สิ่งที่ได้รับการคุ้มครองจะเป็นสิ่งใหม่เสมอไป กรณีตัวอย่างในเรื่องนี้เช่น บริษัท Grace W.R. ซึ่งเป็นบริษัทเมล็ดพันธุ์และเคมีภัณฑ์ทางการเกษตรที่มีสำนักงานใหญ่ในสหรัฐฯ ได้ขอรับสิทธิบัตรใน กรรมวิธีการกำจัดศัตรูพืชโดยใช้สารสกัดจากต้นสะเดาต่อสำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ ซึ่งได้มีการออก สิทธิบัตรตามคำขอดังกล่าวในเวลาต่อมา การออกสิทธิบัตรได้กระทำทั้งๆ ที่มีการคัดค้านจาก ตัวแทนของรัฐบาลอินเดียว่า กรรมวิธีการกำจัดแมลงและศัตรูพืชโดยใช้สารสกัดจากต้นสะเดาไม่ได้เป็น สิ่งใหม่แต่อย่างใดเนื่องจากเป็นกรรมวิธีที่เกษตรกรในอินเดียได้ใช้และถือปฏิบัติสืบเนื่องกันมาเป็น เวลาหลายชั่วอายุคนแล้ว จะเห็นว่าหลักเกณฑ์การพิจารณาความใหม่ของการประดิษฐ์ภายใต้ กฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐฯ ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า การเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ โดยการใช้อยู่ (Prior use) ซึ่งได้กระทำในต่างประเทศ จะไม่มีผลกระทบต่อความใหม่ของการ ประดิษฐ์นั้นในสหรัฐฯ อันเป็นแนวทางการพิจารณาความใหม่ของการประดิษฐ์แบบผสม (hybrid

¹²¹ นันทน อินทนนท์, ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 2 เรื่อง กฎหมาย คุ้มครองพันธุ์พืช : แนวความคิดและบทวิเคราะห์, (กรุงเทพมหานคร : จัดพิมพ์โดยสำนักอบรม ศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547), น. 774.

approach) ผลก็คือ หลักกฎหมายดังกล่าวได้เปิดโอกาสให้มีการถกขยมนำเอาความรู้ ภูมิปัญญาท้องถิ่นพื้นบ้านที่มีอยู่ในต่างประเทศไปใช้ประโยชน์และขอรับสิทธิบัตรในสหรัฐฯ¹²²

การนำหลักเกณฑ์ในการได้มาซึ่งสิทธิบัตรมาใช้ในการพิจารณาให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้าน อาจนำมาใช้ในการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ 2 กรณี คือ

1) นำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นสูตรยาพื้นบ้านต่างๆ ที่ใช้ในการรักษาดูแลสุขภาพ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของอาหารหรือยารักษาโรค มาปรับปรุง เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมเทคโนโลยีเข้าไป หรือใช้ตำรับยาแผนไทยเป็นตัวตั้งต้นแล้วเพิ่มเติมสูตรเคมีใด ๆ เข้าไปก็จะทำให้ได้การประดิษฐ์ อื่น ๆ ขึ้นมา

2) การประดิษฐ์โดยตัวของมันเอง ซึ่งอาจเกิดได้ในภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ยังไม่แพร่หลาย ทำให้ไม่เป็นที่รู้จัก อาจถูกนำมาจดสิทธิบัตรได้ หรือหากนำไปใช้ในต่างประเทศก็อาจถูกจดสิทธิบัตร หากภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยนั้นยังไม่เป็นที่แพร่หลายในประเทศที่ถูกนำไปยื่นจดสิทธิบัตร

แต่ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่สามารถนำมาจดสิทธิบัตรได้จะต้องเข้าหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้คือ การประดิษฐ์ขึ้นใหม่ นั่นคือ ต้องไม่ใช่งานที่ปรากฏอยู่แล้ว การประดิษฐ์ที่มีขึ้นการประดิษฐ์สูงขึ้น นั่นคือเป็นการประดิษฐ์ที่ไม่เป็นที่ประจักษ์โดยง่ายแก่บุคคลที่มีความชำนาญในระดับสามัญสำหรับงานประเภทนั้น และการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ นั่นคือ เป็นการประดิษฐ์ที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ในการผลิตทางอุตสาหกรรม รวมทั้งหัตถกรรม เกษตรกรรม และพาณิชยกรรม ตัวอย่างเช่น หากบุคคลหรือชุมชนใดพัฒนาผลิตภัณฑ์ยาพื้นบ้าน ตำรายา กรรมวิธีในการปรุง ซึ่งตัวยามีได้จากพืชและสัตว์ ซึ่งมีสรรพคุณในการบำบัดรักษาโรคใดโรคหนึ่งหรือหลายโรค หากข้อมูลดังกล่าวยังมิได้รับถูกเปิดเผยต่อสาธารณชนรวมทั้งมีขึ้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถนำไปประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ บุคคลนั้นก็ย่อมสามารถที่จะยื่นคำร้องขอรับสิทธิบัตรได้ แต่อย่างไรก็ดีแม้ภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร แต่การได้รับความคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพก็เป็นไปได้ยากเนื่องจากเงื่อนไขต่างๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายมีความเข้มงวดไม่เหมาะสมกับลักษณะของ

¹²² จักรกฤษณ์ ควรวจน์, ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 2 เรื่องการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น, (กรุงเทพมหานคร : จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547), น.680-681.

ภูมิปัญญาท้องถิ่น เช่น องค์ความรู้ที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นมักเกิดขึ้นจากการค้นพบ หรือเป็น ความรู้ที่มีการถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่ง จึงขาดลักษณะของการเป็นการประดิษฐ์ขึ้น ใหม่ นอกจากนี้ความรู้ที่จะได้รับความคุ้มครองต้องมีลักษณะที่สามารถประยุกต์ใช้ทาง อุตสาหกรรมได้ ภูมิปัญญาท้องถิ่นมิได้ให้ความ สำคัญกับการผลิตทางอุตสาหกรรม หากแต่ เกี่ยวข้องกับการคงไว้ซึ่งศิลปวัฒนธรรมและจารีตประเพณีท้องถิ่น จึงอาจขาดคุณสมบัติที่จะได้รับ ความคุ้มครอง

ภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นเป็นสิ่งที่สืบทอดกันมาหลายชั่วอายุคนนั้น อาจ ไม่ได้รับความคุ้มครอง โดยหากเป็นถ่ายทอดความรู้ของคนพื้นเมืองด้วยวิธีปากต่อปาก ก็อาจขาด คุณสมบัติในเรื่องของความเป็นใหม่ หรือหากไม่สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ ก็อาจไม่ได้รับ การคุ้มครองหรือหากแม้เข้าเงื่อนไขที่จะได้รับความคุ้มครองตามระบบสิทธิบัตร ก็มีข้อจำกัด เรื่องอายุการคุ้มครองเพียง 20 ปีนับแต่วันยื่นจดสิทธิบัตร จึงไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองภูมิปัญญา ท้องถิ่นที่มีการสืบทอดกันมาต่อเนื่องเป็นเวลานาน หากในกรณีที่ภูมิปัญญาเป็นความรู้ที่ถูกเก็บไว้ เป็นความลับเช่น กรรมวิธีคัดเลือกสมุนไพร ความรู้ดังกล่าวอาจเป็นสิ่งที่ได้รับการคุ้มครอง ความลับทางการค้า (trade secret)

2.7.3 การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้านโดยระบบกฎหมายเฉพาะ

(Sui generis system)

การบัญญัติกฎหมายลักษณะเฉพาะเพื่อเปิดโอกาสให้ปัจเจกชนมีสิทธิเหนือภูมิปัญญา ท้องถิ่น ก็จะก่อให้เกิดการอนุรักษ์และมีการดูแลรักษาทรัพยากร รวมทั้งจะทำให้มีการเปิดเผยข้อมูล ความรู้แก่สาธารณชนด้วย ระบบกฎหมายเฉพาะ (sui generis system) เป็นภาษาละตินแปลว่า “มีลักษณะเฉพาะตัว” (of its own kind or class) แต่ความตกลงทริปส์มิได้ให้ความหมายว่าระบบ กฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ (an effective sui generis system) หมายถึงระบบกฎหมายใด และอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นระบบกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ¹²³

Bhagirath Lal Das เสนอว่าระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ น่าจะหมายถึง ระบบกฎหมายที่ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดรายละเอียด และสาระสำคัญให้เหมาะสมกับ

¹²³ สมชาย รัตนเชื้อสกุล. “กฎหมายเฉพาะ สำหรับการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรม พืช”, วารสารนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 34 ,ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2547) : น.97.

สภาพเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละประเทศ และยังสามารถเสนอความเห็นต่อไปอีกว่า เกณฑ์ที่จะใช้ในการพิจารณาว่าระบบกฎหมายดังกล่าวมีประสิทธิภาพหรือไม่ ควรเป็นเกณฑ์ที่แต่ละประเทศสามารถกำหนดขึ้นเองได้ ไม่ควรใช้เกณฑ์ที่กำหนดขึ้นโดยข้อตกลงระหว่างประเทศ¹²⁴

รูปแบบของกฎหมายเฉพาะที่ประเทศสมาชิกนำมาใช้ หรือเสนอต่อประเทศสมาชิก เพื่อให้เป็นแม่แบบของกฎหมายเฉพาะตามกรอบความตกลงทริปส์นั้น กล่าวได้ว่ามีความหลากหลายแต่มีลักษณะร่วมกันหลายประการ โดยเฉพาะการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้าน การกำหนดกลไกในการเข้าถึง และใช้ประโยชน์จากทรัพยากร การนำหลักการได้รับความยินยอมล่วงหน้า (prior inform consent) มาใช้ร่วมกับการแบ่งปันผลประโยชน์ (benefit sharing) เพียงแต่การให้ความสำคัญแต่ละประเด็นยังอาจมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง¹²⁵

2.7.3.1 การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้านตามข้อ 27.3 (b)¹²⁶ ของความตกลงทริปส์

ความตกลงทริปส์ มีความเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้าน ส่วนของเรื่องสิทธิบัตร (Patent) ตามข้อ 27 กำหนดให้ภาคีสมาชิกให้การคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์ไม่ว่าจะเป็นผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีในเทคโนโลยีทุกด้าน หากว่าสิ่งนั้นเป็นสิ่งที่ใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถนำไปใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ แต่ทั้งนี้ได้กำหนดให้ภาคีสมาชิกยังสามารถงดเว้นการให้การคุ้มครองแก่สิ่งประดิษฐ์ที่ได้ระบุไว้ในข้อ 27.3 (b) ประเทศสมาชิกอาจไม่คุ้มครองพืชและสัตว์ (Plant or Animal) ภายใต้ระบบสิทธิบัตรได้ อย่างไรก็ตาม ประเทศสมาชิกยังคงมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองไม่ว่าโดยกฎหมายสิทธิบัตร หรือระบบกฎหมายเฉพาะ กฎหมายเช่นนี้จะต้องเป็นกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ (An effective sui generis) เนื่องจากระบบกฎหมายเฉพาะ เป็นทางเลือกของประเทศกำลังพัฒนาจะให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ไม่อาจได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เนื่องจากขาดคุณสมบัติตามเงื่อนไขของกฎหมายเหล่านั้น

¹²⁴ Leskien, D. and Flitner, M. "Signposts to sui generic Rights".

www.grain.org/publications/signposts.html (Visited October 2003). อ้างใน สมชาย รัตนเชื้อสกุล, เพิ่งอ้าง, น 98.

¹²⁵ สมชาย รัตนเชื้อสกุล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 123, น.99.

¹²⁶ TRIPs, Article 27 (b).

2.7.3.1.1 หลักการให้ความคุ้มครองตามข้อ 27.3 (b)

ตามบทบัญญัติข้อ 27.3 (b) ของความตกลงทริปส์ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้าน มีใจความดังนี้

ข้อ 27.3 (b) สมาชิกอาจไม่ให้สิทธิบัตรในสิ่งต่อไปนี้เช่นเดียวกัน

(ปี) พืชและสัตว์ รวมถึงจุลชีพ และกรรมวิธีทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชหรือสัตว์ รวมถึงกรรมวิธีซึ่งไม่ใช่กรรมวิธีทางชีววิทยา และกรรมวิธีทางจุลชีววิทยา อย่างไรก็ตาม สมาชิกจะกำหนดให้มีการคุ้มครองพันธุ์พืช ไม่ว่าโดยสิทธิบัตร หรือระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพหรือโดยใช้วิธีการคุ้มครองพันธุ์พืช ไม่ว่าโดยสิทธิบัตร หรือระบบกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพหรือโดยใช้วิธีการคุ้มครองดังกล่าวร่วมกัน บทบัญญัติในวรรคนี้จะได้รับการพิจารณาทบทวนในเวลา 4 ปี หลังจากที่มีความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกมีผลใช้บังคับ

ความตกลงทริปส์ ในข้อ 27.3 (b) ที่ต้องการให้ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่การประดิษฐ์ในทุกสาขาเทคโนโลยี โดยมีอิสระที่จะเลือกระบบกฎหมายที่เห็นว่ามีเหมาะสมเพื่อการคุ้มครอง โดยอาจจะเลือกคุ้มครองโดยกฎหมายสิทธิบัตร หรือกฎหมายเฉพาะที่มีประสิทธิภาพ (sui generis) หรือโดยวิธีการคุ้มครองทั้งสองระบบร่วมกัน การที่เราสามารถใช้สิทธิในอันที่จะยกเว้นการให้ความคุ้มครองแก่พืชและสัตว์ตามข้อ 27.3 (b) ของความตกลงทริปส์นั้นทำให้เราสามารถตัดสินใจเองได้ว่าควรจะเปิดความคุ้มครองให้แก่สิ่งมีชีวิตเหล่านั้นหรือไม่ เนื่องจากว่าผู้ที่มีศักยภาพในการทำวิจัยและพัฒนาเพื่อใช้ประโยชน์จากพืชและสัตว์ ส่วนใหญ่ก็ล้วนแล้วแต่เป็นบริษัทต่างชาติที่มีความชำนาญในด้านเทคโนโลยี ซึ่งความตกลงทริปส์ตามมาตรานี้มีการเชื่อมโยงกับภูมิปัญญาพื้นบ้านในส่วนที่ว่าภูมิปัญญาพื้นบ้าน ซึ่งหมายความว่า พื้นความรู้ความสามารถเกี่ยวกับการแพทย์พื้นบ้าน มีการใช้สมุนไพรหรือสัตว์ในการรักษาโรคต่างๆ และจากนิยามของสมุนไพร หมายความว่า พืช สัตว์ จุลชีพ ธาตุวัตถุ.....ซึ่งจากนิยามดังกล่าว สมุนไพร หมายความว่ารวมถึง พืช สัตว์ จุลชีพด้วย ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ตามข้อ 27.3 (b) ของความตกลงทริปส์ ให้ความคุ้มครองพืช โดยประเทศสมาชิกสามารถออกเป็นกฎหมายเฉพาะได้ จึงมีความเชื่อมโยงกับภูมิปัญญาพื้นบ้าน ในส่วนของสมุนไพรดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่ไม่มีความเกี่ยวพันกันโดยตรง

แม้ว่าความตกลงทริปส์จะอนุญาตให้ประเทศสมาชิกเลือกที่จะใช้ระบบสิทธิบัตร (patent system) หรือกฎหมายเฉพาะ (sui generis system) แต่ยังมีประเด็นถกเถียงเกิดขึ้นว่ามาตรฐานของระบบกฎหมายเฉพาะของแต่ละประเทศอาจมีมาตรฐานที่ไม่เท่าเทียมกัน

การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้ความตกลงทริปส์ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับความตกลงระหว่างประเทศด้วยทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ที่มุ่งจะให้ความคุ้มครองแก่ปัจเจกชนในงานสร้างสรรค์หรือการประดิษฐ์ใหม่และมีคุณค่าในทางอุตสาหกรรมเท่านั้น ความตกลงทริปส์ไม่ได้กล่าวถึงการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นแม้แต่เล็กน้อย แต่ในทางตรงกันข้าม กลับเอื้อประโยชน์ให้มีการแสวงหาประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยมิชอบด้วยการเปิดโอกาสให้มีการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นในประเทศกำลังพัฒนาไปจดทะเบียนได้ ความตกลงทริปส์ทำให้เกิดการปฏิรูปกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศกำลังพัฒนา และทำให้ประเทศกำลังพัฒนาไม่สามารถแสวงหาประโยชน์จากการพัฒนาเกษตรกรรม โดยการอนุญาตให้ประเทศที่พัฒนาแล้วกระทำการที่เป็นโจรสลัดทางชีวภาพ¹²⁷

ยกตัวอย่างเช่น ผลกระทบที่พัฒนามาจากภูมิปัญญาท้องถิ่น ยาพื้นบ้านของชุมชนในประเทศกำลังพัฒนา การยินยอมให้มีการจดสิทธิบัตรพืชมีผลกระทบอย่างมากต่อประเทศกำลังพัฒนา หากนักวิทยาศาสตร์จากประเทศตะวันตกทำการสกัดสารสกัดจากพืชที่มีสรรพคุณในการรักษาโรค โดยวิธีการที่ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ตามธรรมชาติ สิ่งนั้นก็สามารถจดสิทธิบัตรได้ ก่อให้เกิดความเสียหาย เพราะการใช้พืชสมุนไพรเป็นส่วนสำคัญในภูมิปัญญาท้องถิ่น ฉะนั้น การคุ้มครองสิทธิบัตรแก่สิ่งมีชีวิตจำพวกพืช และสัตว์นั้น จะส่งผลกระทบต่อภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยเป็นอย่างมาก สมุนไพรอันได้แก่ พืช สัตว์ และแร่ธาตุยังคงเป็นทรัพยากรที่สำคัญของพื้นบ้านได้ใช้เป็นยารักษาโรคได้ รวมทั้งข้าวหอมมะลิด้วย เนื่องจากเมื่อสหรัฐอเมริกาข้าวพันธุ์ต่างๆ ตลอดจนพืชชนิดต่างๆ ของไทยไปวิจัยต่อยอดและได้พันธุ์ข้าวหอมมะลิชนิดใหม่หรือได้พืชสมุนไพรชนิดใหม่และนำไปจดสิทธิบัตรได้ทั่วโลกรวมทั้งในประเทศไทย ทำให้ประเทศไทยไม่สามารถผลิตข้าวหอมมะลิพันธุ์นั้น หรือนำพืชสมุนไพรนั้นมาผลิตเป็นยารักษาโรคได้อีกต่อไปทั้งๆ ที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทย การที่ความตกลงทริปส์ให้ประเทศสมาชิกเลือกใช้ระบบกฎหมายเฉพาะ (sui generis system) มาคุ้มครองพืชสมุนไพรได้ ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ซึ่งพึ่งพาภาคเกษตรกรรมจึงสามารถบัญญัติกฎหมายที่มาคุ้มครองพืชสมุนไพรที่มีความเหมาะสมสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจสังคมและขีดความสามารถทางด้านเทคโนโลยีของประเทศ การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นได้โดยไม่ขัดกับหลักการของความตกลงนี้

¹²⁷ Vandana Shiva, "Intellectual Property Protection in the North/South

Divide", in Intellectual Property in the Digital Age : Challenges for Asia 133, (Christoph Health&Anselm Kamperman Sanders eds.,2001).

ในการประชุมระดับรัฐมนตรีของ WTO เมื่อวันที่ 9-14 พฤศจิกายน 2001 ที่ กรุงโดฮา ประเทศการ์ตา ได้กำหนดให้การเจรจาพบทอนความตกลงทริปส์มีเนื้อหาครอบคลุมถึง เรื่องการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพกับความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าด้วย¹²⁸ แต่จนถึงขณะนี้ยังไม่สามารถหาข้อยุติในการเจรจาได้ อย่างไรก็ตาม สหรัฐยังคงปฏิเสธไม่ยอมรับ การเพิ่มเติมเงื่อนไขของการขอรับสิทธิบัตรตามข้อเสนอของกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา และประเทศ กำลังพัฒนาที่มีบราซิล และอินเดียเป็นแกนนำก็ปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่พันธุ์พืชตาม กฎหมายสิทธิบัตรที่เท่าเทียมกับกฎหมายภายในของสหรัฐเช่นกัน

2.7.3.1.2 แนวทางในการแก้ไขตามข้อ 27.3 (b)

เนื่องจากการที่ประเทศสมาชิกความตกลงนี้ปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครอง พืชและสัตว์ตามกฎหมายสิทธิบัตร โดยอ้างข้อ 27.3 (b) ตามความตกลงนี้ที่ให้เลือกใช้ระบบ สิทธิบัตร (patent system) หรือกฎหมายเฉพาะ (sui generis system) ในการคุ้มครองได้ ซึ่งถ้ามี การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่สิ่งมีชีวิตจำพวกพืช และสัตว์นั้น จะส่งผลกระทบต่อภูมิปัญญา ท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้านของไทยเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะภูมิปัญญาท้องถิ่นประเภทพืชที่ใช้เป็น สมุนไพรรักษาโรคได้ ทำให้ไม่สามารถนำพืชสมุนไพรนั้นมาผลิตเป็นยารักษาโรคได้อีกต่อไป ทั้งๆ ที่เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทย ปัญหาที่แท้จริงอาจจะไม่ได้อยู่ในระบบสิทธิบัตร แต่ประเทศไทย ยังไม่พร้อมที่จะให้สิทธิเด็ดขาด (Exclusive Right) ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาใน สิ่งมีชีวิตจำพวกพืช และสัตว์ โดยเฉพาะสิทธิบัตรเนื่องจากว่าเป็นการคุ้มครองที่เอื้อต่อระบบ เศรษฐกิจแบบอุตสาหกรรมไม่ใช่ระบบที่ต้องพึ่งพาเกษตรกรรมรายย่อยเป็นหลัก

เนื่องจากความตกลงทริปส์ กำหนดให้มีการทบทวนหลังจากมีผลบังคับ ใช้ 4 ปีนับแต่วันที่ความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกมีผลใช้บังคับ ซึ่งหมายความว่า บทบัญญัติ ตามข้อ 27.3 (b) ของความตกลงทริปส์ต้องได้รับการทบทวนภายในวันที่ 1 มกราคม 2542 แต่ ขอบเขตของการทบทวนไม่ได้มีการกำหนดไว้แน่ชัด และจนถึงขณะนี้ทบทวนก็ยังไม่ประสบ ความสำเร็จอย่างใดก็ดี ความเป็นไปได้ของการทบทวนแก้ไขความตกลงทริปส์อาจมีดังนี้ ไม่ให้มี การจดสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต

¹²⁸ DOHA WTO MINISTERIAL 2001, Ministerial declaration, Adopted on 14

November 2001, Trade-related aspects of intellectual property right paragraph 17-19.

1) ไม่ให้มีการจดสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต โดยความตกลงทริปส์ยินยอมให้มีการยกเว้นจากการคุ้มครองสิทธิบัตร ที่สำคัญได้แก่ ข้อยกเว้นตามบทบัญญัติข้อ 27.3 (บี) ของความตกลงทริปส์ซึ่งอนุญาตให้ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกในการคุ้มครองพืช สัตว์ กรรมวิธีทางชีววิทยาสำหรับการผลิตพืชหรือสัตว์อื่น ลำดับยีน สารสกัดจากพืชหรือสัตว์ การกันสิ่งมีชีวิตออกจากการจดสิทธิบัตรของความตกลงทริปส์ อย่างสิ้นเชิง โดยข้อความในข้อ 27.3 (b) ที่ว่า “อาจไม่ให้สิทธิบัตร” (may exclude) นั้น แปลความหมายได้ว่าประเทศสมาชิกอาจจะอนุญาตให้มีการจดสิทธิบัตรใน พืชและสัตว์นอกเหนือจากจุลชีพ และกรรมวิธีทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชและสัตว์ก็ได้ เนื่องจากการระบุอยู่ในหลักการของกฎหมายสิทธิบัตรว่าสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติและเพียงแต่มีผู้ค้นพบนั้น ไม่สามารถจดสิทธิบัตรได้¹²⁹ เมื่อยึดตามหลักการนี้ พืช, สัตว์, ยีน, เซลล์, สิ่งมีชีวิตทางชีววิทยาอื่นที่พบในธรรมชาติ ควรถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่สามารถจดสิทธิบัตรได้

ดังนั้น ข้อ 27.3 (b) ควรแก้ไขเพื่อห้ามไม่ให้มีการจดสิทธิบัตรในพืชและสัตว์รวมถึงส่วนหนึ่งส่วนใดของพืชและสัตว์ และกระบวนการที่ผลิตหรือที่เกี่ยวข้องกับพืชและสัตว์ หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของพืชและสัตว์ โดยการห้ามจดสิทธิบัตรนี้ต้องรวมถึงยีน เซลล์ เมล็ดพืช และอื่นๆ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของพืชและสัตว์

ผลกระทบต่อการค้าเสรีของภูมิภาคอาเซียนเกี่ยวกับยาพื้นบ้าน หากว่ามีการคุ้มครองสิทธิบัตรในพืชปัญหาที่จะตามมาก็คือ การวิจัยและพัฒนาของคนไทยที่จะทำได้ลำบากยากเย็นขึ้นเนื่องจากลำดับขั้นของพัฒนาการจะต้องใช้เทคโนโลยีที่ค่อนข้างสูงเพื่อพิสูจน์ความใหม่ ซึ่งจะไปเกี่ยวพันกับภูมิภาคอาเซียนเกี่ยวกับยาพื้นบ้าน ในส่วนของการพัฒนาสมุนไพร ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยอาจจะยังไม่ค่อยตื่นตัวกันเท่าใดนักที่จะเริ่มพัฒนาสมุนไพร หากว่าได้มีการเริ่มต้นดำเนินการในรูปแบบนี้ การมีกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในระดับต่ำ ย่อมจะเป็นประโยชน์ต่อความก้าวหน้าของวงการแพทย์แผนไทยมากกว่า หากว่าต้องมีการคุ้มครองในระดับสูงเช่นสิทธิบัตร การพัฒนาของไทยอาจจะไปติดการประดิษฐ์จากต่างประเทศที่เป็นพืชพวกที่ใช้เทคโนโลยีขั้นสูงในการดัดแปลงให้มีคุณสมบัติทางเคมีที่ดีกว่าพืชสมุนไพรทั่วไป ทั้งนี้เนื่องจากการเมื่อการประดิษฐ์เหล่านั้นได้รับการคุ้มครองโดยสิทธิบัตรการทำพืชที่เทคโนโลยีดีออกว่าย่อมไม่ได้รับการคุ้มครอง และยิ่งไปกว่านั้นการนำพืชที่มีสิทธิบัตรคุ้มครองมาใช้ในการต่อยอดต่อไปก็ไม่ได้

¹²⁹ The Third World Network, Article 27.3 (b) of the TRIPs Agreement :

อาจจะทำได้เพราะ การจะดำเนินการวิจัยเพื่อต่อยอดนั้นต้องได้รับการอนุญาตจากเจ้าของสิทธิบัตรเสียก่อน ซึ่งต่างจากการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่คุ้มครองในระดับต่ำที่ยอมให้มีการนำไปต่อยอดสร้างเป็นพันธุ์ใหม่ขึ้นมา

2) ไม่ให้มีการจดสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตแต่ต้องมีการคุ้มครองตามกฎหมายลักษณะเฉพาะ

จะเห็นได้ว่า ตามข้อ 27.3 (b) ของความตกลงทริปส์ ที่ต้องการให้ประเทศสมาชิกมีอิสระที่จะเลือกระบบกฎหมายที่เห็นว่าจะมีความเหมาะสมเพื่อการคุ้มครองให้ความคุ้มครองพืชและสัตว์ โดยประเทศสมาชิกสามารถออกเป็นกฎหมายเฉพาะได้ จึงมีความเชื่อมโยงกับการคุ้มครองภูมิปัญญาพื้นบ้านในส่วนของยาพื้นบ้าน การยกเว้นกฎหมายเฉพาะ (sui generic system) ขึ้นมาคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้าน เป็นแนวทางเบื้องต้น เพราะอย่างน้อยกฎหมายดังกล่าวจะเป็นเกราะป้องกันการฉกฉวย หรือนำเอาภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยไปใช้ประโยชน์โดยประเทศพัฒนา โดยปราศจากการเยียวยาหรือมีค่าตอบแทนในระดับหนึ่ง

2.7.4 มาตรการให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในต่างประเทศ

2.7.4.1 ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน

การแพทย์แผนจีน (Traditional Chinese Medicine) เป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมจีนซึ่งมีส่วนช่วยให้ประเทศจีนมีความเจริญรุ่งเรือง ซึ่งจากการบันทึกประวัติศาสตร์การแพทย์แผนจีนได้เริ่มเมื่อ 1800 ปีก่อนคริสตกาล ในช่วงต้นของราชวงศ์ซาง (Shang dynasty) สมัยราชวงศ์หยิน (Yin dynasty) มีการบันทึกตำราหนังสือจีนเก่าแก่ที่สุดลงบนกระดูกสะบั้นและกระดองเต่าสำหรับใช้ในพิธีกรรมอันศักดิ์สิทธิ์ จากหลักฐานที่ขุดพบจากซากปรักหักพัง พบว่ามีการจารึกบอกชื่อโรคและอธิบายโรคหลายชนิด ระบุวิธีการพื้นฐานในการจำแนกโรค¹³⁰

คู่มือ “The book of Rites” เป็นคู่มือประกอบพิธีกรรมซึ่งเขียนในสมัยราชวงศ์โจว (Zhou dynasty: 1100-800 ปีก่อนคริสตกาล) ได้บันทึกไว้ว่า มีแพทย์เฉพาะทางอยู่ 4 สาขา ได้แก่ อายุรศาสตร์ ศัลยกรรม โภชนาการ และสัตวแพทย์ ส่วนหนังสือทางการแพทย์เล่มสำคัญของจีนเล่มหนึ่ง ชื่อว่า “Internal classic or Yellow Emperor's Internal classic” ซึ่งปรากฏในช่วง 300

¹³⁰ แบนเนอร์ เอช โรเบิร์ต, การแพทย์พื้นบ้านกับการดูแลสุขภาพ, แปลจาก

Traditional Medicine and health care coverage โดย กรรณิการ์ พรหมเสาร์ และสรวิสิริ อันจัน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึก, 2540), น. 95.

ปีก่อนคริสตกาล ได้รวบรวมเนื้อหาไว้ทั้งทฤษฎีทางการแพทย์และวิธีการรักษาซึ่งหนังสือนี้มีทั้งหมด 18 เล่ม เน้นที่ทฤษฎีพื้นฐานของการแพทย์แผนโบราณ และมีความรู้ในเรื่องสุขอนามัย มีการอธิบายอาการและสัญญาณของโรคไว้กว่า 300 ตัวอย่าง มีวิธีการทั้งก่อนและหลังการรักษา สะท้อนถึงภูมิปัญญาและองค์ความรู้ทางการแพทย์จีน หนังสือเล่มนี้เป็นตำราที่สำคัญซึ่งใช้กันอยู่ในโรงเรียนและวิทยาลัยการแพทย์แผนจีนในปัจจุบัน¹³¹

ประเทศจีนเป็นประเทศที่มีหลายเชื้อชาติประกอบกัน ซึ่งมีขนบธรรมเนียมประเพณีที่แตกต่างกัน ทำให้มีประเพณีพื้นบ้านหลากหลายแตกต่างกัน ในอดีตที่ผ่านมา การแพทย์พื้นบ้านจะถูกปกปิดเป็นความลับตลอดมา ตัวอย่างเช่น ตำรับตำราที่เกี่ยวกับการแพทย์พื้นบ้านของจีนถูกปกปิดเป็นความลับ และสามารถสืบทอดไปสู่เฉพาะบุตรชายเท่านั้น¹³² และต่อมารัฐบาลได้นำเอากระบวนการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเข้ามาคุ้มครองการแพทย์พื้นบ้านของจีน ซึ่งการคุ้มครองการแพทย์พื้นบ้านในประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ทำในลักษณะของการให้สิทธิบัตร กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนได้ถูกนำมาใช้ในสมัยประชุมสภาครั้งที่ 4 ของคณะกรรมการสามัญทำหน้าที่ประจำของสภาผู้แทนราษฎร สมัยที่ 6 เมื่อวันที่ 12 มีนาคม ค.ศ. 1984 ซึ่งกฎหมายสิทธิบัตรดังกล่าวมีผลใช้บังคับใช้ในวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1985¹³³

ตามกฎหมายสิทธิบัตรของจีน สิ่งที่ได้รับคุ้มครองตามสิทธิบัตร คือ ผลิตภัณฑ์ (products) วิธีการ (method) และการใช้ (usage) กรณีการแพทย์พื้นบ้านของจีน กฎหมายสิทธิบัตรอนุญาตให้ออกสิทธิบัตรให้ได้แต่เฉพาะวิธีการ (method) ในการจัดทำหรือการผลิยาเท่านั้น ส่วนผลิตภัณฑ์และการใช้ จะไม่ได้รับความคุ้มครองแต่หลังจากที่มีการแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตร ซึ่งจะสอดคล้องกับหลักการของ TRIPS เกณฑ์ที่ที่สามารถจะขอรับสิทธิบัตรได้ตามกฎหมายสิทธิบัตรของจีน

จากการที่รัฐบาลได้เห็นถึงความสำคัญของการแพทย์จีน ซึ่งนอกจากจะมีการปรับปรุงคุณภาพ มาตรฐาน และเพิ่มบุคลากรทางการแพทย์ให้มากขึ้นแล้ว ยังมีการผสมผสานกัน

¹³¹ เฟิงอ๋าง, น.98 – 99.

¹³² Mr.Zhang Weibo “Intellectual Property Protection of Traditional Medicine in China”, in Wipo Inter – regional Meeting on Intellectual Property and Traditional Knowledge, p.4.

¹³³ Brahn, Laurence J. “Intellectual Property and Technology transfer in China”, (2 nd ed : Hong Kong, Longman Asia Limited, 1994) , pp.57-58.

ระหว่างการแพทย์แผนโบราณของจีนกับการแพทย์แผนตะวันตก ทำให้ต่างได้เรียนรู้ซึ่งกันและกัน และมีการนำเอาความรู้ และเทคโนโลยีทางวิทยาศาสตร์ที่ทันสมัยมาปรับใช้ จึงทำให้การแพทย์แผนโบราณของจีนมีการพัฒนาก้าวหน้าไปอย่างรวดเร็วยิ่งขึ้น

2.7.4.2 ประเทศฟิลิปปินส์

ประเทศฟิลิปปินส์ เป็นประเทศหนึ่งที่มีการออกกฎหมาย ในลักษณะของการให้ความคุ้มครองป้องกันทรัพยากรชีวภาพและทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งถือได้ว่าเป็นนโยบายของรัฐในการที่จะป้องกัน รักษา พัฒนา และนำเอาทรัพยากรธรรมชาติไปใช้เพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อประเทศชาติ โดยกฎหมายดังกล่าวได้มีการออกโดยฝ่ายบริหาร ในสมัยของประธานาธิบดีฟิเดล วี รามอส (Fidel V. Ramos) เมื่อวันที่ 18 พฤษภาคม ค.ศ. 1995 เรียกว่า “Executive Order No.247” ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีการกำหนดกฎเกณฑ์ ข้อบังคับเกี่ยวกับการนำเอาทรัพยากรชีวภาพ และทรัพยากร พันธุกรรมไปใช้ประโยชน์ เพื่อวัตถุประสงค์ทางด้านวิทยาศาสตร์ ทางด้านการค้า หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นๆ โดยกฎหมายฉบับนี้ เป็นผลสืบเนื่องมาจากกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศฟิลิปปินส์¹³⁴ ใน Article II, Section 16 และใน Article XII Section 2 กฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศฟิลิปปินส์ มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 2 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1987 โดยรายละเอียดของมาตราที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการออกกฎหมาย “Executive Order No.247”

นอกจากนี้ประเทศฟิลิปปินส์ ที่มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับยาพื้นบ้าน ค.ศ. 1977 (Traditional and Alternative Medicine Act 1977) ซึ่งมีบทบัญญัติให้ผู้ที่ทำตำรายาพื้นบ้านดังกล่าวไปใช้ต้องรับรู้แหล่งที่มาของยา รวมทั้งต้องบันทึกลงประโยชน์จากการปรุงและขายยา ดังกล่าวนั้นต่อท้องถิ่นซึ่งเป็นเจ้าของหรือที่มาของตำรายานั้นๆ ด้วย ในลักษณะของการให้ความคุ้มครองป้องกันทรัพยากรชีวภาพและทรัพยากรพันธุกรรม ประเทศฟิลิปปินส์ต้องการเสนอกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของชุมชน (Community Intellectual Right Protection Act) เหตุผลที่ทำให้มีการเสนอกฎหมายฉบับนี้ก็คือ กฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาต่างๆ ที่มีอยู่ในปัจจุบัน¹³⁵

ประเทศฟิลิปปินส์ ยังได้เข้าร่วมในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ข้อที่ 16 ซึ่งได้กำหนดพันธกรณีขั้นพื้นฐานของแต่ละประเทศ อันเกี่ยวเนื่องกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี

¹³⁴ Executive Order No.247, <http://www.bknet.org/laws/EO-247.html>.

¹³⁵ สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล, การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น, วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์, (ฉบับพิเศษ).ปีที่ 25, น.167, (2548)

ซึ่งเน้นให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีให้กับประเทศกำลังพัฒนา ตลอดจนให้พิจารณาตราที่ใช้ประกอบการถ่ายทอดเทคโนโลยี ซึ่งมีหน่วยงานต่างๆ ของรัฐมีหน้าที่ในการรับผิดชอบเกี่ยวกับเรื่องนี้ ได้แก่¹³⁶

- กระทรวงสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ (The Department of Environment and Natural Resources) เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการอนุรักษ์ การจัดการ การพัฒนา และการนำเอาสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติไปใช้ประโยชน์ได้อย่างเหมาะสม

- กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี (The Department of Science and Technology) เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการส่งเสริม สนับสนุนความสามารถของท้องถิ่น ทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี

- กระทรวงเกษตร (The Department of Agriculture) เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบ เกี่ยวกับการส่งเสริม สนับสนุนทางการเกษตรกรรม และการพัฒนาทรัพยากรทางน้ำ

- กระทรวงสาธารณสุข (The Department of Health) เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบ เกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์ การวางแผน การสนับสนุน และการประสานงานด้าน นโยบายและด้านสุขภาพ รวมถึงการวิจัยและทางการแพทย์

- กระทรวงต่างประเทศ (The Department of Foreign Affairs) เป็นหน่วยงานที่ รับผิดชอบเกี่ยวกับการส่งเสริม และการสนับสนุนความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

ซึ่งหน่วยงานต่างๆ ที่ได้กล่าวมา นอกจากจะมีหน้าที่ในการรับผิดชอบตามที่กำหนดไว้ นั้น ก็ยังต้องมีการประสานงานและร่วมมือกัน เพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อการวิจัย และการนำไปใช้ ประโยชน์ซึ่งทรัพยากร

2.7.4.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา เอ็มเรต

ประเทศสหรัฐอเมริกา เอ็มเรต มิได้ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นยา พื้นบ้านไว้โดยตรง แต่ได้ให้การคุ้มครองแก่ศิลปกรรมวัฒนธรรมพื้นบ้าน โดยบัญญัติไว้ใน Federal Law No. 40 of 1992 on the Protection of Intellectual Works and Copyright (of September 28, 1992) ว่า “ศิลปกรรมวัฒนธรรมพื้นบ้าน” (folklore) หมายถึง งานด้านวรรณกรรม ศิลปกรรม

¹³⁶ Executive Order No.247, อ้างแล้ว เจริญพรที่ 134.

หรือวิทยาศาสตร์ ซึ่งสร้างสรรค์ขึ้นในรัฐ โดยชุมชนหลายแห่งที่มีชนชาติหรือชนมกรรมนิยมเดียวกันในฐานะที่เป็นการแสดงออกซึ่งความเป็นเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมของชุมชนนั้น ตกทอดจากชนรุ่นหนึ่งสู่อีกชนรุ่นหนึ่ง และก่อให้เกิดองค์ประกอบเบื้องต้นของมรดกแห่งชุมชนหนึ่ง โดยบัญญัติไว้ใน Federal Law No. 40 of 1992 on the Protection of Intellectual Works and Copyright (of September 28, 1992)¹³⁷

องค์กรผู้รับผิดชอบและมุ่งหมายที่คุ้มครอง ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 31 ว่า ศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้านแห่งชาติของชุมชนสหภาพอาหรับเอมิเรต ถือว่าเป็นสมบัติสาธารณะของรัฐ โดยกระทรวงผู้ที่มีอำนาจต้องรับผิดชอบในการให้การคุ้มครองโดยวิธีการต่างๆ ทางด้านกฎหมาย และต้องใช้สิทธิพิเศษของงานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับศิลปวัฒนธรรมพื้นบ้านในการขัดขวาง การละเมิด การดัดแปลงหรือการใช้ประโยชน์ทางการค้า

2.7.4.4 ประเทศบราซิล

ประเทศบราซิล¹³⁸ ได้คุ้มครองสิ่งที่เรียกว่า “มรดกตกทอดทางพันธุกรรม” โดยมีพระราชกฤษฎีกา เมื่อมิถุนายน ค.ศ. 2000 ซึ่งการที่รัฐบาลบราซิลได้มีการออกกฎหมายฉบับนี้ก็สืบเนื่องมาจากบริษัทเครื่องสำอางและยาต่างชาติได้เข้าฉกฉวยมาหาประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพของป่าอะเมซอนในประเทศบราซิล และเก็บเกี่ยวผลประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพโดยการนำไปผูกขาดด้วยระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

¹³⁷ Section 1 Definitions

‘For the purposes of this Law, the following terms shall have the meaning attributed to each, unless the context otherwise requires:

...

Work: and original work in the literary, scientific or artistic fields;

...

Folklore : literary, artistic or scientific work created in the state by ethnic communities as an expression of their cultural identity, passed from generation to generation and constituting a basic element of their heritage.’

¹³⁸ Brazil looks for control as companies find riches in Amazon.

URL:<<http://www.biodiversity.biotech.or.th/update/news/oldnews/July/225.html>>

ตัวอย่างกรณีการจดทะเบียนสิทธิบัตรของบริษัทข้ามชาติ โดยใช้ทรัพยากรธรรมชาติ และภูมิปัญญาท้องถิ่น การที่บริษัท Shaman Pharmaceuticals ของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ทำการพัฒนาผลิตภัณฑ์สองชนิด จาก Sangre de Drage หรือ Croton spp. ซึ่งเป็นสมุนไพรที่ใช้กันในชาวอะเมซอน ในการรักษาบาดแผล โรคผิวหนัง ซึ่งทางบริษัท Shaman อ้างว่า การพัฒนาตัวยาตัวใหม่จากทรัพยากรชีวภาพ และความรู้ของชุมชนท้องถิ่นไม่เพียงแต่ให้ประโยชน์ต่อ บริษัท แต่จะช่วยในการอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพ และปรับปรุงคุณภาพชีวิตจากชุมชนท้องถิ่น ตามนโยบายบริษัท Shaman ที่จะตอบแทนให้แก่ชุมชน ซึ่งกรณี Sangre de Drage ได้มีข้อจะเป็นการแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่ชุมชนท้องถิ่น ซึ่งทำให้แสวงหาประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพ ดูเหมือนจะมีความยุติธรรม จากการนำทรัพยากรชีวภาพไปใช้ประโยชน์ เกิดความรู้เพิ่มพูนขึ้น และผลที่ได้รับถูกจดสิทธิบัตร โดยชุมชนท้องถิ่นจะได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์ตอบแทน แต่ในทางปฏิบัติแล้ว มีเพียงประโยชน์เล็กน้อยกลับคืนสู่ชุมชนท้องถิ่น¹³⁹

จะเห็นได้ว่า กรณีที่เป็นความพยายามระหว่างบริษัท หรือโครงการวิจัย และพัฒนาผลิตภัณฑ์จากสมุนไพรและยา โดยเฉพาะในประเทศบราซิลในการสร้างเงื่อนไขและทำสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเท่าเทียมจากการรวบรวมพันธุ์พืชสมุนไพร และมาวิจัยพัฒนาเป็นพัฒนาเป็นผลิตภัณฑ์ยาเพื่อการค้า ซึ่งการตกลงต่างๆ ดังกล่าวได้บรรจุเป็นหลักการ แต่ยังขาดการปฏิบัติ และไม่มีกลไกที่จะบังคับใช้อย่างเป็นจริง¹⁴⁰

2.7.4.5 ประเทศอินเดีย

ประเทศอินเดีย การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้าน ประเทศอินเดียได้เลือกออกกฎหมายว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ¹⁴¹ (The Biological Diversity Act,2002)

¹³⁹ อ้อมบุญ ล้วนรัตน์ กลมทิพย์ คติการ และวนิดา คุตตวัส, บริษัทข้ามชาติและการพัฒนาจากสมุนไพรในประเทศไทยที่สาม, (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิการแพทย์แผนไทยพัฒนา, 2541), น. 32.

¹⁴⁰ ศยามล ไกยูรวงศ์ จารุณี สุรนิวงศ์และดร.นิ พิศาลพาณิชย์กุล, มาตรการทางกฎหมายและนโยบายในการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยและทรัพยากรพันธุกรรม, (กรุงเทพมหานคร : มูลนิธิการแพทย์แผนไทยพัฒนา, 2541), น. 91-92.

¹⁴¹ The Biological Diversity Act, 2002, <http://www.indiaenvironmentportal.org.in/content/the-biological-diversity-act-2002>.

โดยเนื้อหาครอบคลุมถึงการคุ้มครองต่อทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น ด้วยการกำหนดให้การขอรับสิทธิบัตรเกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพหรือภูมิปัญญาท้องถิ่น สำหรับการขอรับสิทธิบัตรเกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพหรือภูมิปัญญาท้องถิ่น จะต้องได้รับการอนุญาตจากคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายก่อน¹⁴² และยังกำหนดให้คณะกรรมการตามกฎหมายมีอำนาจในการพิจารณากำหนดส่วนแบ่งค่าตอบแทนจากสิทธิบัตรดังกล่าวที่จะต้องจัดสรรให้แก่ชุมชนหรือท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นๆ ด้วย¹⁴³ และในประเทศอินเดีย NGOs ได้ร่วมกันจัดตั้งศูนย์ที่รวบรวมและขึ้นทะเบียนภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับหมู่บ้าน¹⁴⁴

เห็นได้ว่า ภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับยาพื้นบ้านของประเทศอินเดียได้ถูกต่างชาติได้เข้าจดขอมาหาประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่น ตัวอย่างเช่น เมื่อปี ค.ศ. 1995 สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าของสหรัฐอเมริกา (United States Patent and Trademark Office) ได้ออกสิทธิบัตรสำหรับการใช้ขมิ้นชันเป็นยาสมานแผล ให้แก่นักวิจัยจากมหาวิทยาลัยมิสซิสซิปปี ประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ต่อมาสภาการวิจัยวิทยาศาสตร์และอุตสาหกรรมแห่งประเทศอินเดีย (The Indian Council of Scientific and Industrial Research) ได้คัดค้านการออกสิทธิบัตรดังกล่าว โดยอ้างว่า ขมิ้นได้ถูกใช้เป็นยาสมานแผลและผดผื่นคันตามผิวหนังในประเทศอินเดียมานานนับพันปีแล้ว โดยมีการบันทึกเป็นหลักฐานทั้งภาษาสันสกฤตและภาษาอังกฤษ และมีการตีพิมพ์ในวารสารของสมาคมการแพทย์แห่งอินเดีย การประดิษฐ์ดังกล่าวจึงขาดความใหม่ อันเป็นเงื่อนไขสำคัญของการขอรับสิทธิบัตร ในที่สุด สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าของสหรัฐก็ได้เพิกถอนสิทธิบัตรตามคำคัดค้าน กรณีนี้เป็นกรณีแรกที่มีการเพิกถอนสิทธิบัตรที่มีรากฐานมาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศกำลังพัฒนา¹⁴⁵

¹⁴² The Biological Diversity Act, 2002 of India, Sections 19 and 20.

¹⁴³ The Biological Diversity Act, 2002 of India, Sections 20.

¹⁴⁴ India Government, "Protection of Biodiversity and Traditional Knowledge- The India Experience," 14 July 2000 (WT/CTE/W/156).

¹⁴⁵ นันทน อินทนนท์, อ้างแล้ว เติงอรรถที่ 121, น. 79.