

บทที่ 1

ความเป็นมาและหลักการพื้นฐาน

1.1 ประวัติความเป็นมาขององค์การการค้าโลก

1.1.1 ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT)

(1) ความเป็นมา

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองทั่วโลกต่างประสบปัญหาภาวะเศรษฐกิจซบเซาจากภาวะสงคราม เกิดยุคข้าวยากหมากแพง ประเทศต่าง ๆ ประสบปัญหาในเรื่องอัตราแลกเปลี่ยนซึ่งเกิดจากการแข่งขันกันลดค่าเงิน ทำให้เกิดภาวะเงินเฟ้อ ประเทศที่เข้าร่วมสงครามต่างเร่งฟื้นฟูประเทศของตน นอกจากนี้แต่ละประเทศยังพยายามทุกวิถีทางในการที่จะทำให้ตนได้เปรียบในการค้าระหว่างประเทศ จึงเกิดการกีดกันทางการค้าทั้งการตั้งกำแพงภาษีและมาตรการอื่น ๆ ที่มีใช้ทางภาษี การกระทำเช่นนี้ยิ่งส่งผลให้เศรษฐกิจของโลกทรุดตัวมากยิ่งขึ้น ดังนั้นจึงเกิดแนวคิดในการจัดระเบียบทางการค้าระหว่างประเทศขึ้นเพื่อกำหนดกรอบของการดำเนินนโยบายทางการค้าร่วมกันและเพื่อแก้ไขปัญหาทางเศรษฐกิจที่กำลังเกิดขึ้น จากแนวคิดดังกล่าวนี้เองทำให้เกิดความต้องการในการจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศขึ้นเพื่อดูแลในเรื่องดังกล่าว โดยในเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2487 ได้มีการจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศที่สำคัญขึ้น 2 องค์การจากความร่วมมือของ 44 ประเทศ คือ กองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund – IMF) และธนาคารโลก (World Bank) ในการประชุมที่เมืองเบรตตันวูดส์ และในปี พ.ศ. 2488 ก็ได้มีการจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศที่สำคัญขึ้นอีกองค์การหนึ่ง คือ องค์การสหประชาชาติ (United Nations – UN)

ในช่วงระยะเวลาดังกล่าวแนวคิดหลักในทางการค้าก็คือการเปิดเสรีทางการค้า ซึ่งภายหลังจากการจัดตั้งกองทุนการเงินระหว่างประเทศและธนาคารโลกขึ้นมาเพื่อปกป้องเศรษฐกิจ

¹ Germán Velásquez and Pascale Boulet, Globalization and Access to Drugs: Implications of the WTO/TRIPS Agreement (Geneva: World Health Organization, 1999), p. 9.

โลก ก็ได้มีแนวคิดในการจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศขึ้นมาอีกองค์การหนึ่งเพื่อควบคุมดูแลและจัดระเบียบทางการค้าระหว่างประเทศให้เกิดการเปิดเสรีทางการค้า โดยในตอนแรกนั้นความมุ่งหมายที่จะจัดทำข้อตกลงแกตต์ก็เพื่อที่จะเจรจาในเรื่องภาษีศุลกากรและจัดทำประมวลการปฏิบัติ (code of conduct) ในการระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจา แต่ในการเจรจาครั้งต่อ ๆ มา ก็ได้มีการพูดคุยกันถึงเรื่องการจัดทำประมวลการปฏิบัติในเรื่องอุปสรรคที่มีไม่กำแพงภาษี (non-tariff barrier) ด้วย² และในเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2489 คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งองค์การสหประชาชาติก็ได้มีมติให้มีการจัดการประชุมเพื่อร่างกฎบัตรในการจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ (International Trade Organization - ITO) ขึ้น

การเจรจาเพื่อร่างกฎบัตรในการจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศนี้ดำเนินไปตั้งแต่เดือนเมษายนถึงเดือนธันวาคม พ.ศ. 2490 ณ เมืองเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ โดยในการเจรจาได้มีการแบ่งหัวข้อออกเป็น 3 หัวข้อใหญ่ ๆ คือ การร่างกฎบัตรเพื่อจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ การลดภาษีศุลกากรในลักษณะต่างตอบแทน และการร่างหลักทั่วไปเกี่ยวกับพันธกรณีทางภาษีศุลกากร ซึ่งในเดือนตุลาคมปีเดียวกันนั้นเองก็ได้มีการร่างข้อตกลงแกตต์ได้เสร็จสิ้นและมีประเทศต่าง ๆ ร่วมลงนามในขั้นแรกจำนวน 23 ประเทศ³

ในขณะนั้นเอง สหรัฐอเมริกามีกฎหมายที่ให้อำนาจแก่รัฐบาลในการเจรจาจัดทำข้อตกลงสองฝ่ายทางด้านภาษีศุลกากรกับประเทศต่าง ๆ คือ Reciprocal Trade Agreements Act of 1934⁴ ซึ่งจะสิ้นสุดในกลางปี พ.ศ. 2491 สหรัฐอเมริกาจึงเร่งรัดให้มีการลงนามรับรองข้อตกลงแกตต์เพื่อให้ทันอายุของกฎหมายดังกล่าว ในเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2491 ได้มีการจัดการประชุมว่าด้วยการค้าและการจ้างงานโดยองค์การสหประชาชาติ ณ เมืองฮาวานา ประเทศคิวบา โดยมีประเทศสมาชิกเข้าร่วมประชุม 50 ประเทศ และได้มีการจัดทำกฎบัตรเพื่อจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า กฎบัตรฮาวานา (Havana Charter) ขึ้น อย่างไรก็ตาม กฎหมาย Reciprocal Trade Agreements Act of 1934 ของสหรัฐอเมริกาก็ได้ให้

² Mariama W. Williams, "A Brief History of GATT and NAFTA,"

<<http://www.greens.org/s-r/06/06-15.html>>, March 2006.

³ ทักษิณ ฤกษ์สุด, แกตต์และองค์การการค้าโลก (WTO) (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 19-23.

⁴ Wikipedia, "Reciprocal Tariff Act,"

<http://en.wikipedia.org/wiki/Reciprocal_Trade_Agreements_Act>, March 2006.

อำนาจแก่รัฐบาลในการเข้าเป็นสมาชิกขององค์การระหว่างประเทศ ดังนั้นในการจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ รัฐบาลสหรัฐอเมริกาจึงขอสัตยาบันจากรัฐสภาในกลางปี พ.ศ. 2491 เพื่อให้รัฐสภารับรองกฎบัตรฮาวานา แต่รัฐสภาก็ไม่ยอมให้สัตยาบันรับรองกฎบัตรดังกล่าว ฉะนั้นในปี พ.ศ. 2494 รัฐบาลสหรัฐอเมริกาจึงได้ประกาศว่าไม่สนใจที่จะขอสัตยาบันจากรัฐสภาให้รับรองกฎบัตรฮาวานาอีกต่อไป ส่งผลให้อังกฤษและประเทศอื่น ๆ ซึ่งรอดูท่าทีของสหรัฐอเมริกาจึงไม่ให้สัตยาบันด้วย ทำให้ความพยายามในการจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศต้องล้มไป⁵ เหลือเพียงแต่ข้อตกลงแกตต์ซึ่งเข้ามามีบทบาทหลักในการจัดระเบียบการค้าระหว่างประเทศ

(2) บทบาทและหน้าที่

ในทางรูปธรรมแล้ว แกตต์มิได้มีสถานะเป็นองค์การระหว่างประเทศแต่อย่างใด เนื่องจากตัวมันเองเป็นเพียงข้อตกลงร่วมกันเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามบทบาทของข้อตกลงแกตต์ก็มีความสำคัญอย่างมากในเวทีการค้าระหว่างประเทศ และข้อตกลงแกตต์ก็ได้กลายมาเป็นกรอบในทางการค้าระหว่างประเทศที่มุ่งสู่การเปิดเสรีทางการค้า โดยวัตถุประสงค์หลักของข้อตกลงแกตต์คือความร่วมมือกันในการที่จะลดภาษีศุลกากรและอุปสรรคที่มีใช้ภาษีอื่น ๆ ในทางการค้า และจัดการเลือกปฏิบัติในการค้าระหว่างประเทศ

บทบาทของข้อตกลงแกตต์อาจสรุปได้ดังนี้⁶

- เป็นตัวกลาง (media) ด้านความสัมพันธ์ทางการค้า
- เป็นกลไก (mechanism) ในการสนับสนุนการจัดอุปสรรคทางการค้า
- เป็นกลไกในการควบคุมประเทศภาคีเพื่อมิให้ดำเนินการกระทำฝ่ายเดียว

(unilateral act)

หน้าที่หลักของข้อตกลงแกตต์⁷ คือ

1. เป็นกฎเกณฑ์ทางการค้าระหว่างประเทศ กล่าวคือ ประเทศซึ่งเป็นภาคีของข้อตกลงแกตต์จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ โดยพันธกรณีหลักก็คือการลดหรือขจัดกำแพงภาษีให้เหลือน้อยที่สุดโดยไม่เลือกปฏิบัติ

2. เป็นเวทีในการเจรจาการค้าพหุภาคี (Multilateral Trade Negotiation – MTN) ซึ่งเป็นหน้าที่ที่สำคัญในการลดอุปสรรคทางการค้าระหว่างประเทศและส่งเสริมระบบการค้าเสรีให้

⁵ ทัชชมัย ฤกษ์ะสุต, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 3, น. 23.

⁶ เฟิงอ้าง, น. 24.

⁷ เฟิงอ้าง, น. 24-26.

แพร่หลายมากขึ้น โดยการเจรจาการค้าพหุภาคีภายใต้ข้อตกลงแกตต์นั้นได้มีการจัดการเจรจาขึ้นมาทั้งสิ้น 8 รอบด้วยกัน คือ Geneva Round (พ.ศ. 2490), Annecy Round (พ.ศ. 2492), Torquay Round (พ.ศ. 2494), Geneva Round (พ.ศ. 2499), Dillon Round (พ.ศ. 2503-2504), Kennedy Round (พ.ศ. 2507-2510), Tokyo Round (พ.ศ. 2516-2522) และ Uruguay Round (พ.ศ. 2529-2537)⁸

3. เป็นเวทีในการระงับข้อพิพาททางการค้า โดยถึงแม้ว่าข้อตกลงแกตต์จะไม่ได้มีบทบัญญัติในเรื่องของการระงับข้อพิพาทเอาไว้โดยตรง แต่ข้อตกลงแกตต์ก็ได้วางข้อกำหนดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศเอาไว้ในบทบัญญัติต่าง ๆ เช่น Article VI:7, XII:4, XXIII เป็นต้น⁹

1.1.2 องค์การการค้าโลก (WTO)

(1) ความเป็นมา

ข้อตกลงแกตต์ได้ทำหน้าที่หลักเป็นกรอบความร่วมมือระหว่างประเทศในทางการค้ามาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2491 ถึงแม้บทบัญญัติในข้อตกลงแกตต์จะมีข้อจำกัดในบางประการ แต่ข้อตกลงแกตต์ก็ประสบความสำเร็จในการลดกำแพงภาษีและส่งเสริมการเปิดเสรีทางการค้า และช่วยให้เกิดการเจริญเติบโตทางการค้าเฉลี่ยร้อยละ 8 ต่อปี ในช่วงปี พ.ศ. 2493-2503¹⁰

อย่างไรก็ดี เมื่อเวลาผ่านไปเศรษฐกิจโลกมีความก้าวหน้าและซับซ้อนขึ้นเรื่อย ๆ ความซับซ้อนนี้มาพร้อมกับปัญหาทางการค้าระหว่างประเทศที่เพิ่มมากขึ้น จากการทำข้อตกลงแกตต์สามารถลดกำแพงภาษีลงได้อย่างมากและปัญหาทางเศรษฐกิจโลกที่ตกต่ำในช่วงปี พ.ศ. 2513 ถึงต้นปี พ.ศ. 2523 ทำให้ประเทศต่าง ๆ พยายามหามาตรการใหม่ ๆ ในการปกป้องเศรษฐกิจภายในประเทศจากการแข่งขันของต่างประเทศ ประเทศในอเมริกาเหนือและยุโรปตะวันตกเริ่มจัดทำข้อตกลงสองฝ่ายเกี่ยวกับการแบ่งปันส่วนแบ่งในตลาดและมีการให้การอุดหนุน

⁸ WTO, "The GATT years: from Havana to Marrakesh,"

<http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact4_e.htm>, September 2006.

⁹ Negotiating Group on Dispute Settlement, "GATT DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM," <<http://www.worldtradelaw.net/history/urdsu/w4.pdf>>, September 2006.

¹⁰ WTO, *supra* note 8.

แก่สินค้าเกษตรของตนเพื่อรักษาส่วนแบ่งในตลาด ซึ่งข้อตกลงแกตต์ไม่สามารถรับมือกับรูปแบบของการค้าเช่นนี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพอีกต่อไป นอกจากนี้ยังมีการค้าบริการ (trade in services) ซึ่งข้อตกลงแกตต์ไม่ครอบคลุมถึง รวมทั้งกลไกการระงับข้อพิพาทภายใต้ข้อตกลงแกตต์นั้นไม่เหมาะสมและไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอในสถานการณ์ปัจจุบันอีกต่อไป

จากสาเหตุหลายประการดังกล่าวข้างต้น ประเทศภาคีของข้อตกลงแกตต์จึงได้มีความพยายามที่จะเจรจาปรับปรุงข้อตกลงแกตต์และนำมาสู่การเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย (Uruguay Round) ในปี พ.ศ. 2529 โดยในเดือนกันยายน พ.ศ. 2529 ได้มีการเปิดการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย ณ เมือง Punta del Este ซึ่งในการเจรจารอบนี้ได้บรรจุเอาหัวข้อในการเจรจาไว้หลายเรื่องรวมทั้งการขยายขอบเขตของข้อตกลงแกตต์เดิมให้ครอบคลุมถึงระบบการค้าใหม่ ๆ เช่น การค้าบริการ ทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีการทบทวนบทบัญญัติต่าง ๆ ในข้อตกลงแกตต์เดิมอีกด้วย และที่สำคัญคือได้มีการเจรจาเพื่อจัดตั้งองค์การการค้าโลก (World Trade Organization – WTO) ขึ้นเพื่อเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ดูแลการค้าระหว่างประเทศ

ในวันที่ 15 เมษายน พ.ศ. 2537 ประเทศภาคีของข้อตกลงแกตต์จำนวน 124 ประเทศ ได้มีมติรับรองร่างกรรมสารสุดท้าย (Final Act) เพื่อจัดตั้งองค์การการค้าโลก โดยในร่างกรรมสารสุดท้ายดังกล่าวได้กำหนดให้มีการจัดตั้งองค์การการค้าโลกขึ้นในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2538¹¹

(2) บทบาทและหน้าที่

แม้องค์การการค้าโลกจะถูกจัดตั้งขึ้นมาภายใต้ระบบการค้าระหว่างประเทศที่มีความซับซ้อนและเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากหลังจากข้อตกลงแกตต์ก็ตาม แต่บทบาทหลักขององค์การการค้าโลกก็ยังคงเหมือนกับข้อตกลงแกตต์¹² นั่นก็คือ เป็นตัวกลางในด้านความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศภาคีสมาชิกจำนวนกว่า 151 ประเทศ (ข้อมูล ณ เดือนมกราคม พ.ศ. 2551)¹³ เป็นกลไกในการขจัดอุปสรรคทางการค้าโดยมีบทบัญญัติต่าง ๆ ทั้งเรื่องเกี่ยวกับการลดภาษีศุลกากรในข้อตกลงแกตต์เดิมและบทบัญญัติอื่น ๆ เพื่อลดอุปสรรคทางการค้า เช่น บทบัญญัติในเรื่องการถ่ายเทเทคโนโลยี การอุดหนุนสินค้าเกษตร เป็นต้น และเป็นกลไกในการ

¹¹ ทักษิณัย ฤกษ์สุต, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 27.

¹² *เพ็ญอ้าง.*

¹³ WTO, "The WTO,"

ควบคุมประเทศภาคีสมาชิกมิให้ปฏิบัติผิดไปจากข้อตกลงร่วมกันโดยมีกลไกในการกดดันและลงโทษประเทศที่ละเมิดข้อตกลง

หน้าที่ขององค์การการค้าโลกนั้นก็ยังมีส่วนที่เหมือนกับข้อตกลงแกตต์ และนอกเหนือไปจากนั้นก็ยังมีส่วนที่เพิ่มขึ้นจากข้อตกลงแกตต์ตามสถานะที่แตกต่างกันระหว่างองค์การการค้าโลกและข้อตกลงแกตต์และตามสภาพของรูปแบบของการค้าระหว่างประเทศที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งหน้าที่หลักขององค์การการค้าโลกนั้น คือ¹⁴

1. กำกับดูแลข้อตกลงเกี่ยวกับการค้าขององค์การการค้าโลก
2. เป็นเวทีในการเจรจาทางการค้า โดยองค์การการค้าโลกได้เข้าทำหน้าที่เป็นเวทีในการเจรจาทางการค้าแทนแกตต์ซึ่งได้มีการเจรจามาแล้วทั้งสิ้น 8 รอบ และภายใต้องค์การการค้าโลกปัจจุบัน (พ.ศ. 2551) กำลังเป็นเวทีในการเจรจาการค้ารอบที่ 9 คือ รอบโดฮา (Doha Round) ซึ่งเริ่มเปิดรอบการเจรจามาตั้งแต่เดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2544 ณ กรุงโดฮา ประเทศกาตาร์ และยังไม่สามารถปิดรอบการเจรจาได้โดยมีการเลื่อนเส้นตายของกำหนดการเจรจาออกมาแล้วหลายครั้ง
3. เป็นเวทีในการระงับข้อพิพาท โดยกลไกในการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกได้รับการแก้ไขปรับปรุงให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นและถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจน มีขั้นตอนและกำหนดเวลาระบุไว้แน่นอน ทำให้สามารถแก้ไขและระงับข้อพิพาทของประเทศสมาชิกได้อย่างมีประสิทธิภาพ
4. ฝ้าติดตามนโยบายทางการค้าของประเทศต่าง ๆ
5. ให้ความช่วยเหลือทางด้านเทคนิคและการฝึกอบรมแก่ประเทศกำลังพัฒนา
6. ร่วมมือกับองค์กรระหว่างประเทศอื่น ๆ เช่น กองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) ธนาคารโลก (World Bank) องค์การอนามัยโลก (WHO) องค์การสหประชาชาติ (UN) องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) เป็นต้น

¹⁴ *Ibid.*

1.2 หลักการพื้นฐานขององค์การการค้าโลก¹⁵

1.2.1 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination)

(1) หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured-Nation Treatment - MFN)

หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งนี้เป็นหลักการพื้นฐานที่มีความสำคัญต่อระบบการค้าเสรีอย่างยิ่ง หลักการนี้จึงได้ถูกบัญญัติไว้ใน Article I ของข้อตกลงแกตต์ 1947 โดยมีหลักการสำคัญคือ ประเทศภาคีจะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นพิเศษ หากมีการให้สิทธิพิเศษแก่ประเทศใดประเทศหนึ่งแล้ว ประเทศภาคีที่เหลือจะต้องได้รับสิทธิพิเศษเช่นเดียวกันนั้นโดยทันทีและโดยปราศจากเงื่อนไข โดยหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งภายใต้ข้อตกลงแกตต์นี้จะใช้บังคับกับสินค้า กล่าวคือ ประเทศภาคีจะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อสินค้าอย่างเดียวกันจากประเทศหนึ่งแตกต่างจากอีกประเทศหนึ่ง

หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งนี้จะเป็เครื่องมือในการรับประกันว่าประเทศภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกทุกประเทศจะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็ประเทศที่พัฒนาแล้ว ประเทศกำลังพัฒนา หรือประเทศพัฒนาน้อยที่สุดก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งนี้ก็ยังมีข้อยกเว้นบางประการที่อนุญาตให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถปฏิบัติเป็นพิเศษหรือแตกต่างต่อประเทศใดประเทศหนึ่งได้ ทั้งนี้ภายใต้สถานการณ์และเงื่อนไขที่กำหนดอย่างเข้มงวด เช่น การทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีขึ้นในกลุ่มประเทศภาคีสมาชิก ซึ่งจะส่งผลให้เกิดการให้สิทธิพิเศษแก่สินค้าจากประเทศที่อยู่ในเขตการค้าเสรีแตกต่างจากสินค้าจากประเทศอื่น ๆ ที่มีได้อยู่ในเขตการค้าเสรี เป็นต้น¹⁶

(2) หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment)

หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินี้ได้รับการบัญญัติไว้ใน Article III ของข้อตกลงแกตต์ โดยในขณะที่หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งมีหลักการคือ ห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติต่อสินค้าที่มาจากประเทศภาคีสมาชิกประเทศใดประเทศหนึ่งแตกต่างกัน แต่หลักปฏิบัติเยี่ยงคน

¹⁵ WTO, "Principles of the trading system,"

<http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm>, October 2006.

¹⁶ *Ibid.*

ชาตินั้นมีหลักการคือ ห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติต่อสินค้าที่ผลิตภายในประเทศกับสินค้าที่ผลิตจากต่างประเทศภายหลังจากที่สินค้านั้นเข้าสู่ตลาดภายในประเทศแล้ว โดยหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินี้จะใช้บังคับต่อเมื่อสินค้านั้นได้เข้าสู่ตลาดภายในประเทศแล้ว กล่าวคือ สินค้านั้นได้ผ่านพิธีการทางศุลกากรแล้ว ดังนั้น การเก็บภาษีศุลกากรสำหรับสินค้านำเข้าจึงไม่ขัดต่อหลักการนี้

1.2.2 หลักการค้าเสรีและเป็นธรรม (Liberalization and Fair Trade)

หลักการค้าเสรีนี้เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่ช่วยให้การค้าระหว่างประเทศมีความเท่าเทียมกันและเปิดกว้างมากขึ้น และเป็นการช่วยส่งเสริมให้เกิดการค้าระหว่างประเทศให้มากขึ้น โดยวิธีการสำคัญในการทำให้เกิดการค้าเสรีก็คือการลดกำแพงหรืออุปสรรคทางการค้า (trade barrier) ให้เหลือน้อยที่สุดหรือไม่มีเลย ทั้งอุปสรรคทางด้านภาษี (tariff) และอุปสรรคที่ไม่มีใช้ภาษี (non-tariff) เช่น การจำกัดปริมาณสินค้า (quota) การห้ามนำเข้า (ban) เป็นต้น ซึ่งหลักการนี้ได้รับการบัญญัติไว้ใน Article XI ของข้อตกลงแกตต์

นอกจากการค้าจะต้องเป็นไปโดยเสรีแล้ว หลักที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือการค้าจะต้องมีความเป็นธรรมด้วย ทั้งนี้การค้าภายใต้องค์การการค้าโลกจะถูกควบคุมดูแลโดยมาตรการต่าง ๆ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมมากที่สุด ตัวอย่างเช่น มาตรการในการป้องกันการทุ่มตลาด (dumping) มาตรการในการห้ามการอุดหนุนสินค้าภายในประเทศ (subsidies) เป็นต้น หากประเทศภาคีสมาชิกประเทศใดกระทำการฝ่าฝืนต่อมาตรการเหล่านี้ก็อาจถูกลงโทษ เช่น อาจถูกคิดภาษีสินค้านำเข้าในอัตราสูงกว่าปกติเพื่อชดเชยความเสียหาย

1.2.3 หลักความโปร่งใสและคาดหมายได้ (Transparency and Predictability)

หลักความโปร่งใสนี้เป็นหลักการที่จะทำให้การวางนโยบายเกี่ยวกับการค้าของประเทศภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกมีความโปร่งใสและสามารถตรวจสอบได้ โดยมีมาตรการในการบังคับให้ประเทศต่าง ๆ เปิดเผยนโยบายของตนให้สาธารณชนรับทราบ นอกจากนี้ยังมีกลไกในการติดตามนโยบายของแต่ละประเทศ (trade policy review) เพื่อตรวจสอบให้เกิดความโปร่งใสทั้งในระดับภายในประเทศและระดับระหว่างประเทศอีกด้วย ตามที่บัญญัติไว้ใน Article X ของข้อตกลงแกตต์

ส่วนหลักความคาดหมายได้นี้เป็นหลักการพื้นฐานที่จะทำให้นักลงทุนหรือภาคธุรกิจมีความเชื่อมั่นหรือมีความมั่นใจในการลงทุนมากขึ้น เนื่องจากเมื่อประเทศภาคีสมาชิกจะต้องผูกพันตามคำมั่นสัญญาในการดำเนินนโยบายเกี่ยวกับการค้าของตนตามที่ได้ประกาศไว้ แต่ละประเทศไม่อาจจะเปลี่ยนแนวนโยบายของตนได้ตามใจชอบเว้นแต่จะได้มีการเจรจากับฝ่ายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเสียก่อน

1.2.4 หลักต่างตอบแทน (Reciprocity)

หลักต่างตอบแทนนี้มีหลักการที่สำคัญคือ เมื่อมีการเจรจาการค้ากันและประเทศหนึ่งมีการให้สิทธิพิเศษต่ออีกประเทศหนึ่ง เช่น ลดอัตราภาษีศุลกากร อีกประเทศหนึ่งก็ต้องให้สิทธิพิเศษเป็นการตอบแทนด้วย คือ ลดอัตราภาษีศุลกากรให้เช่นกัน หลักต่างตอบแทนนี้ไม่ได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในข้อตกลงแกตต์เหมือนหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งและหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ แต่หลักต่างตอบแทนนี้ก็ได้นำมาใช้ควบคู่กับหลักการอื่น ๆ เพื่อให้บรรลุสู่เป้าหมายของการค้าเสรี เช่น เมื่อมีการใช้หลักต่างตอบแทนในการลดภาษีศุลกากรให้แก่กันและกันแล้ว การลดภาษีศุลกากรนั้นก็จะถูกขยายไปยังประเทศภาคีสมาชิกอื่น ๆ ด้วยภายใต้หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง เป็นต้น¹⁷

1.3 ประวัติความเป็นมาของข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ที่เกี่ยวข้องกับการค้า (TRIPS)

1.3.1 ความเป็นมา

ในการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบโตเกียว (Tokyo Round) ในปี พ.ศ. 2516-2522 ประเทศพัฒนาแล้วบางประเทศได้มีความพยายามให้มีการจัดทำประมวลว่าด้วยการต่อต้านสินค้าปลอมแปลง (Anti-Counterfeiting Code) ขึ้น เนื่องจากการปลอมแปลงและลอกเลียนแบบสินค้าในทรัพย์สินทางปัญญาก่อให้เกิดการบิดเบือนและเป็นอุปสรรคต่อการค้าเสรี แต่ความ

¹⁷ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), น. 15.

พยายามดังกล่าวก็ไม่ประสบความสำเร็จ ต่อมาในการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย (Uruguay Round) ในปี พ.ศ. 2529 ประเทศพัฒนาแล้วก็ประสบความสำเร็จในการผลักดันประเด็นในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเข้าสู่การเจรจา

การเจรจาอุรุกวัยในช่วงแรกเป็นไปอย่างยากลำบาก สาเหตุหนึ่งเป็นเพราะการเจรจาในประเด็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานี้เอง เนื่องจากประเทศพัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนามีความเห็นและแนวคิดที่แตกต่างกัน เรื่องสิทธิบัตรเป็นประเด็นหนึ่งที่ประเทศต่าง ๆ มีความเห็นขัดแย้งกันมาก ในขณะที่สหรัฐอเมริกาต้องการให้มีการคุ้มครองการประดิษฐ์ในทุกสาขาเทคโนโลยี แต่กลุ่มประชาคมยุโรปต้องการให้ยกเว้นการประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพ ส่วนประเทศกำลังพัฒนายังคัดค้านในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรยาวิชาโรค

จากความขัดแย้งดังกล่าวส่งผลให้การเจรจาดำเนินไปอย่างล่าช้า จนกระทั่งวันที่ 20 ธันวาคม พ.ศ. 2534 ได้มีการเสนอร่างกรรมสารสุดท้ายรวบรวมผลการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย (Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations) หรือ Dunkel Draft และนำไปสู่ข้อสรุปในการเจรจาอุรุกวัยได้สำเร็จ โดยประเทศภาคีของข้อตกลงแกตต์ได้ร่วมลงนามรับรองกรรมสารสุดท้ายในวันที่ 15 เมษายน พ.ศ. 2537 เพื่อจัดตั้งองค์การการค้าโลก และเพิ่มเติมเรื่องต่าง ๆ ในประเด็นการเจรจาไปในภาคผนวกของข้อตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก ซึ่งข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPS) ก็ได้ถูกเพิ่มเข้าเป็นภาคผนวก 1C ของข้อตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกดังกล่าว

1.3.2 ขอบเขตและวัตถุประสงค์

(1) เป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา¹⁸

ข้อตกลง TRIPS มิได้กำหนดกฎเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไว้ตายตัว แต่ข้อตกลง TRIPS มีลักษณะเป็นมาตรฐานขั้นต่ำ (minimum standard) ซึ่งกำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกจะต้องให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางปัญญาไม่

¹⁸ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, “การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้องค์การการค้าโลก,” ใน ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์, รวบรวมโดย นันทน อินทนนท์, 2 เล่ม (กรุงเทพมหานคร: หจก.จักรวรรดิการพิมพ์, 2547), 1: 21-25.

น้อยไปกว่าที่ได้กำหนดไว้ และแต่ละประเทศอาจจะมีการให้ความคุ้มครองสูงกว่าที่กำหนดไว้ใน ข้อตกลง TRIPS ก็ได้ ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขคือต้องไม่ขัดต่อหลักการและข้อกำหนดในข้อตกลง TRIPS¹⁹ โดยข้อตกลง TRIPS มิได้กำหนดว่าประเทศต่าง ๆ จะต้องใช้วิธีการใดในการปฏิบัติตาม มาตรฐานขั้นต่ำดังกล่าว ดังนั้นประเทศต่าง ๆ จึงมีอิสระในการที่จะตัดสินใจว่าจะใช้วิธีการใดในการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ข้อตกลง TRIPS

นอกจากนี้ข้อตกลง TRIPS ยังมีความสัมพันธ์กับอนุสัญญาระหว่างประเทศอื่น ๆ เช่น อนุสัญญากรุงปารีส อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ในลักษณะที่เป็นมาตรการเสริมเพื่อให้การคุ้มครอง ทรัพย์สินทางปัญญามีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติใน Article 2²⁰ ซึ่ง กำหนดให้มีการนำเอาบทบัญญัติบางส่วนของอนุสัญญากรุงปารีสมาใช้บังคับ และยังกำหนดว่า ข้อตกลง TRIPS จะไม่มีผลต่อพันธกรณีที่ประเทศภาคีสมาชิกมีต่อกันอยู่แล้วภายใต้อนุสัญญากรุง ปารีส อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน และอนุสัญญากรุงโรม เป็นต้น

(2) เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและปัจเจกชน

ข้อตกลง TRIPS มีวัตถุประสงค์หลักในการที่จะสร้างความสมดุลระหว่าง ผลประโยชน์ในระยะยาวของสังคมกับการให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกชนผู้ทำการ ประดิษฐ์คิดค้นสิ่งประดิษฐ์ต่าง ๆ

การสร้างสรรค์และประดิษฐ์คิดค้นก่อให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี หาก ปราศจากการให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์คิดค้นแล้วนักประดิษฐ์คิดค้นก็จะขาดแรงจูงใจใน การสร้างสรรค์สิ่งใหม่ ๆ ดังนั้นข้อตกลง TRIPS จึงสร้างหลักประกันในการให้ความคุ้มครองแก่การ ประดิษฐ์คิดค้นใหม่ ๆ โดยผู้ประดิษฐ์คิดค้นสามารถมั่นใจได้ว่าถ้าตนได้คิดค้นสิ่งประดิษฐ์ขึ้น มาแล้วด้วยการลงทุนลงแรงก็จะได้รับผลตอบแทนที่คุ้มค่าและเหมาะสม เมื่อมีหลักประกันเช่นนี้ แล้วก็จะทำให้เกิดแรงจูงใจให้มีการประดิษฐ์คิดค้นสิ่งต่าง ๆ เพิ่มมากขึ้น และส่งผลให้เกิดการ พัฒนาและเกิดความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีต่อไป

นอกจากการให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์คิดค้นและผลประโยชน์ของปัจเจกชน แล้ว ข้อตกลง TRIPS ยังก่อให้เกิดการเรียนรู้และถ่ายทอดเทคโนโลยีสู่สาธารณะ เนื่องจากเงื่อนไข ในการขอรับความคุ้มครองภายใต้ข้อตกลง TRIPS นี้กำหนดให้ผู้ประดิษฐ์คิดค้นจะต้องมีการ

¹⁹ โปรดดู ผนวก ก ข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า, Art. 1.1, น. 161.

²⁰ เฟิ่งอ้วง, Art. 2, น. 161.

เปิดเผยรายละเอียด วิธีการ กลไกของสิ่งประดิษฐ์และเทคนิคในการประดิษฐ์ ซึ่งบุคคลอื่นสามารถนำไปศึกษาค้นคว้าเพิ่มเติมได้แม้ยังอยู่ในระหว่างอายุการให้ความคุ้มครองแก่สิ่งประดิษฐ์นั้นก็ตาม และเมื่อสิ่งประดิษฐ์นั้นสิ้นอายุในการคุ้มครอง บุคคลใด ๆ ก็สามารถที่จะนำสิ่งประดิษฐ์นั้นไปใช้ประโยชน์ได้โดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทนใด ๆ

นอกจากนี้ข้อตกลง TRIPS ยังมีความยืดหยุ่นในการบังคับใช้และตีความ เพื่อให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถปรับแต่งหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในการที่จะมุ่งเพื่อประโยชน์สูงสุดแก่สังคมได้อีกด้วย

1.3.3 หลักการพื้นฐานของข้อตกลง TRIPS

(1) หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment)

หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติภายใต้ข้อตกลง TRIPS นี้มีบัญญัติไว้ใน Article 3 ซึ่งมีหลักการคล้ายกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในข้อตกลงแกตต์ กล่าวคือ ภายใต้ข้อตกลง TRIPS ประเทศภาคีสมาชิกจะต้องปฏิบัติต่อคนของชาติอื่นเช่นเดียวกับที่ปฏิบัติต่อคนชาติของตน คือต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติระหว่างคนในชาติและคนต่างชาติไม่ว่าประเทศใด ๆ ในประเทศภาคีสมาชิก ซึ่งในทางทรัพย์สินทางปัญญานั้นก็จะต้องมีการให้ความคุ้มครองต่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของคนต่างชาติในประเทศภาคีสมาชิกไม่น้อยไปกว่าที่ให้แก่คนในชาติ²¹ ความแตกต่างระหว่างหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติของข้อตกลง TRIPS และข้อตกลงแกตต์ก็คือ หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติของข้อตกลง TRIPS นั้นมุ่งใช้บังคับกับตัวบุคคลในชาติต่าง ๆ ส่วนหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติของข้อตกลงแกตต์นั้นมุ่งใช้บังคับกับตัวสินค้า

(2) หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured-Nation Treatment - MFN)

หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งนี้ถูกบัญญัติไว้ใน Article 4 ของข้อตกลง TRIPS โดยมีหลักการสำคัญคือ หากประเทศภาคีสมาชิกประเทศใดให้สิทธิพิเศษแก่คนในชาติของประเทศภาคีสมาชิกอื่น คนในชาติของประเทศภาคีสมาชิกประเทศอื่น ๆ ที่เหลือจะถือว่าได้รับสิทธิพิเศษนั้นด้วยโดยทันทีและโดยไม่มีเงื่อนไข²² ซึ่งก็เป็นหลักการที่คล้ายกันกับหลักปฏิบัติ

²¹ เฟ็งอ๋าง, Art. 3.1, น. 162.

²² เฟ็งอ๋าง, Art. 4, น. 162.

เยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งภายใต้ข้อตกลงแกตต์ แตกต่างกันตรงที่หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งภายใต้ข้อตกลง TRIPS นั้นใช้บังคับกับบุคคล ส่วนหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งภายใต้ข้อตกลงแกตต์นั้นใช้บังคับกับสินค้า

1.4 การเจรจาการค้าพหุภาคีรอบโดฮาในประเด็นข้อตกลง TRIPS กับการสาธารณสุข

ก่อนที่จะมีการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบโดฮาในปี พ.ศ. 2544 นั้น ประเด็นในเรื่องการสาธารณสุขมิได้เป็นประเด็นในการเจรจาอย่างเป็นทางการแต่อย่างใด แม้กระนั้น ประเด็นดังกล่าวก็เป็นที่ยอมรับและมีการพูดถึงกันอยู่พอสมควร เนื่องจากในขณะนั้นมีกลุ่มประเทศบางกลุ่มได้ยื่นข้อเสนอให้มีการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเกี่ยวกับยารักษาโรคเฉพาะยารักษาโรคที่อยู่ในบัญชียาจำเป็น (Model List of Essential Drugs) ขององค์การอนามัยโลก (World Health Organization - WHO) ซึ่งข้อเสนอนี้อาจเป็นตัวขัดขวางแทนที่จะเป็นข้อเสนอที่ทำให้เกิดประโยชน์ในการส่งเสริมการเข้าถึงยารักษาโรค และประธานาธิบดีคลินตัน ซึ่งเป็นประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาในสมัยนั้นได้ประกาศนโยบายในการช่วยเหลือและส่งเสริมการสาธารณสุขให้แก่ประเทศที่ยากจน โดยเฉพาะในแอฟริกาใต้

นอกจากนี้ในการประชุมสมัชชาสาธารณสุขโลก (World Health Assembly) ในปี พ.ศ. 2544 ได้มีการเน้นย้ำถึงความจำเป็นในการดำเนินนโยบายเพื่อส่งเสริมการเข้าถึงยารักษาโรค โดยเฉพาะยาชื่อสามัญ และการศึกษาถึงผลกระทบของข้อตกลง TRIPS ต่อการเข้าถึงยารักษาโรค ศักยภาพในการผลิตยารักษาโรคของกลุ่มประเทศต่าง ๆ และการพัฒนายารักษาโรคชนิดใหม่ ๆ ประกอบกับการศึกษาและข้อเสนอแนะของคณะอนุกรรมการเพื่อการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชน (UN Sub-Commission for the Protection and Promotion of Human Rights) รายงานของ United Nations Development Program และนโยบายเกี่ยวกับโรคเอดส์ มาลาเรีย และวัณโรคของสหภาพยุโรป (European Union) ในขณะนั้น รวมทั้งเสียงเรียกร้องจากองค์กรอื่น ๆ เช่น UNAIDS ธนาคารโลก (World Bank) เป็นต้น ซึ่งเรียกร้องให้มีการเจรจาทบทวนข้อตกลง TRIPS ในประเด็นที่

เกี่ยวข้องกับการสาธารณสุข และต้องการให้ประเด็นดังกล่าวนี้เป็นประเด็นหลักประเด็นหนึ่งในการเจรจาการค้าพหุภาคีในรอบโดฮา²³

1.4.1 ปฏิญญาโดฮาว่าด้วยข้อตกลง TRIPS กับการสาธารณสุข

การเจรจาการค้าพหุภาคีนั้นได้ดำเนินการมาแล้วทั้งสิ้น 8 รอบด้วยกันภายใต้ข้อตกลงแกตต์ และในปัจจุบันนี้เป็นการเจรจาในรอบที่ 9 ภายใต้องค์การการค้าโลก คือ การเจรจารอบโดฮา ซึ่งมีประเด็นในการเจรจามากมายหลายประเด็นที่ประเทศภาคีสมาชิกจะต้องหาข้อสรุปร่วมกันให้ได้ หนึ่งในประเด็นเหล่านี้ที่มีความสำคัญและได้รับความสนใจจากประเทศต่าง ๆ ก็คือประเด็นในเรื่องของการสาธารณสุข ทั้งนี้ประเด็นในเรื่องของการสาธารณสุขนี้มีความสำคัญจนต้องมีการออกปฏิญญาแยกออกมาต่างหากจากปฏิญญาเปิดการเจรจารอบโดฮา นั่นก็คือปฏิญญาโดฮาว่าด้วยข้อตกลง TRIPS กับการสาธารณสุข (Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health)

(1) ประวัติของการเจรจา

ในเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2544 คณะมนตรี TRIPS (TRIPS Council) ได้มีการประชุมในประเด็นเกี่ยวกับข้อตกลง TRIPS และการสาธารณสุขขึ้นเป็นครั้งแรก²⁴ โดยกลุ่มประเทศแอฟริกันและประเทศกำลังพัฒนาอื่น ๆ รวมทั้งประเทศไทย ได้ยื่นข้อเสนอให้มีการเจรจาในประเด็นของข้อตกลง TRIPS กับการสาธารณสุข โดยกล่าวว่าประเด็นเรื่องสาธารณสุขนี้เป็นประเด็นที่จะต้องมีการหยิบยกขึ้นมาวินิจฉัยทบทวนเกี่ยวกับการตีความบทบัญญัติต่าง ๆ ในข้อตกลง TRIPS ให้เป็นไปในทางที่จะส่งเสริมเกี่ยวกับเรื่องสาธารณสุข และหากบทบัญญัติใดที่มีความไม่เหมาะสมหรือไม่เพียงพอต่อการส่งเสริมสาธารณสุขก็ควรจะได้รับแก้ไขปรับปรุง ทั้งนี้การตีความบทบัญญัติต่าง ๆ จะต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์และหลักการซึ่งกำหนดไว้ใน Article 7 และ 8 โดยเครื่องมือหลักที่อาจจะใช้เพื่อสาธารณสุขได้ คือ การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิและการนำเข้าซ้อน ซึ่ง

²³ Ellen 't Hoen, "TRIPS, Pharmaceutical Patents, and Access to Essential Medicines: A Long Way From Seattle to Doha," Chicago Journal of International Law 27, Vol. 3, No. 1, 35-39 (Spring 2002).

²⁴ *Ibid.*, p. 39.

ข้อเสนอของกลุ่มประเทศเหล่านี้เห็นว่าเวทีในการเจรจาการค้าพหุภาคีที่จะมีขึ้นในเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2544 ณ กรุงโดฮา ประเทศกาตาร์ เป็นโอกาสอันดีที่สุดที่จะนำเรื่องนี้ขึ้นเจรจาเพื่อปรับปรุงแก้ไข ข้อตกลง TRIPS ต่อไป²⁵

ในการประชุมระดับรัฐมนตรีองค์การการค้าโลก (WTO Ministerial Conference) ณ กรุงโดฮา ประเทศกาตาร์ วันที่ 14 พฤศจิกายน พ.ศ. 2544 ได้มีการประกาศปฏิญญาโดฮาซึ่งเป็นแนวทางและข้อกำหนดในการเจรจาในประเด็นต่าง ๆ ของการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบโดฮา โดยประเด็นหนึ่งที่มีการให้ความสำคัญและถูกหยิบยกขึ้นมาเจรจา คือ ประเด็นเรื่องการสาธารณสุข ซึ่งในวรรค 17 ของปฏิญญาโดฮา ได้กล่าวไว้ว่า

“17. We stress the importance we attach to implementation and interpretation of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement) in a manner supportive of public health, by promoting both access to existing medicines and research and development into new medicines and, in this connection, are adopting a separate declaration.”

ข้อความในวรรค 17 ดังกล่าว แสดงให้เห็นถึงความสำคัญของการบังคับใช้และการตีความข้อตกลง TRIPS ให้เป็นไปในแนวทางที่จะสนับสนุนการสาธารณสุข โดยการส่งเสริมการเข้าถึงยารักษาโรคและการค้นคว้าวิจัยและพัฒนาการรักษาโรค ดังนั้นจึงได้มีการประกาศปฏิญญาโดฮาว่าด้วยข้อตกลง TRIPS กับการสาธารณสุขออกมาต่างหากเป็นอีกฉบับหนึ่ง

(2) สาระสำคัญ

ในปฏิญญาโดฮาว่าด้วยข้อตกลง TRIPS กับการสาธารณสุขได้มีการกล่าวถึงประเด็นต่าง ๆ ที่ประเทศภาคีสมาชิกกำลังมีความกังวลกันอยู่ในเรื่องของความจำเป็นระหว่างการให้ความคุ้มครองแก่ชีวิตมนุษย์กับการให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งนับวันปัญหาทางด้านการสาธารณสุขในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาและกลุ่มประเทศพัฒนาน้อยที่สุด โดยเฉพาะในกลุ่มประเทศพัฒนาน้อยที่สุดจะทวีความรุนแรงมากขึ้น เช่น ปัญหาการแพร่ระบาดของโรคเอดส์ เป็นต้น ดังนั้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนในแนวทางในการปฏิบัติตามข้อตกลง TRIPS พร้อม ๆ กับการส่งเสริมการให้

²⁵ Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, “Submission by the African Group, Barbados, Bolivia, Brazil, Cuba, Dominican Republic, Ecuador, Honduras, India, Indonesia, Jamaica, Pakistan, Paraguay, Philippines, Peru, Sri Lanka, Thailand and Venezuela,” (WTO: 29 June 2001), (IP/C/W/296).

ความคุ้มครองการสาธารณสุขให้แก่ประชาชน ปฏิญญาโดฮาว่าด้วยข้อตกลง TRIPS กับการสาธารณสุข²⁶ จึงได้เน้นย้ำในเรื่องดังกล่าว คือ

ประการแรก ในวรรค 1 ถึงวรรค 3 ของปฏิญญาดังกล่าวได้มีการกล่าวถึงความสำคัญของปัญหาด้านการสาธารณสุขในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาและประเทศพัฒนาน้อยที่สุด โดยเฉพาะปัญหาเรื่องโรคเอดส์ วัณโรค มาลาเรีย และโรคระบาดอื่น ๆ ซึ่งข้อตกลง TRIPS จะต้องเป็นส่วนหนึ่งของการช่วยแก้ไขปัญหาดังกล่าว เหล่านี้ทั้งในระดับประเทศและระดับนานาชาติ ทั้งนี้โดยคำนึงถึงความสำคัญของการให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางปัญญากับการพัฒนารักษาโรค รวมทั้งผลกระทบของทรัพย์สินทางปัญญากับราคายารักษาโรค

ประการที่สอง ในวรรค 4 ของปฏิญญาดังกล่าวได้แสดงให้เห็นถึงจุดยืนในการใช้และตีความข้อตกลง TRIPS โดยกล่าวว่าข้อตกลง TRIPS จะต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการที่ประเทศภาคีสมาชิกจะใช้มาตรการต่าง ๆ ที่จำเป็นในการปกป้องคุ้มครองการสาธารณสุข ในขณะที่ประเทศภาคีสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ข้อตกลง TRIPS แต่ข้อตกลง TRIPS ก็สามารถใช้และตีความไปในแนวทางที่เป็นการสนับสนุนการให้ความคุ้มครองแก่การสาธารณสุขและโดยเฉพาะการส่งเสริมการเข้าถึงยารักษาโรค ข้อความในวรรคนี้แสดงให้เห็นว่าแม้ประเทศภาคีสมาชิกจะมีพันธกรณีในการที่จะต้องปฏิบัติตามข้อตกลง TRIPS เพื่อให้การคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางปัญญาก็ตาม แต่หากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการสาธารณสุข และโดยเฉพาะในการส่งเสริมการเข้าถึงยารักษาโรคให้แก่ประชาชนอย่างทั่วถึงแล้ว ข้อตกลง TRIPS ก็ควรที่จะต้องถูกใช้และตีความไปในทางที่เป็นประโยชน์ต่อการคุ้มครองสุขภาพและชีวิตของมนุษย์มากกว่าการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

ประการที่สาม ในวรรค 5a ของปฏิญญาดังกล่าวได้กล่าวถึงการตีความข้อตกลง TRIPS ตามจารีตประเพณีของกฎหมายระหว่างประเทศ ว่าจะต้องตีความไปตามวัตถุประสงค์และหลักการตามที่ได้กำหนดไว้ในข้อตกลง TRIPS นั่นก็คือ จะต้องตีความตาม Article 7 และ 8 ซึ่งเป็นการวางแนวทางให้แก่ประเทศภาคีสมาชิก รวมไปถึงองค์การต่าง ๆ ขององค์การการค้าโลกเอง เช่น คณะกรรมการระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Body - DSB) ในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องด้วย

ประการที่สี่ ปฏิญญาดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความชัดเจนในการที่ประเทศภาคีสมาชิกจะสามารถใช้ความยืดหยุ่นที่มีในข้อตกลง TRIPS เพื่อส่งเสริมการสาธารณสุข ซึ่งได้กล่าวไว้ในวรรค 5b

²⁶ ไบรด์คู ผนวก ค ปฏิญญาโดฮาว่าด้วยข้อตกลง TRIPS กับการสาธารณสุข, น. 175.

c และ d นั้นก็คือ ในวรรค 5b ได้เน้นย้ำว่าประเทศภาคีสมาชิกทุกประเทศมีสิทธิที่จะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิและมีอิสระในการตัดสินใจใช้มาตรการดังกล่าวได้ตามสภาวะการณ์ ในวรรค 5c ได้กล่าวถึงการตีความของคำว่ากรณีฉุกเฉินของชาติ (national emergency) และกรณีเร่งด่วนอย่างอื่น ๆ (other circumstances of extreme urgency) ว่าประเทศภาคีสมาชิกมีสิทธิในการตัดสินใจว่ากรณีใดจะถือว่าเป็นกรณีฉุกเฉินของชาติหรือกรณีเร่งด่วนอย่างอื่น ๆ โดยเป็นที่เข้าใจกันว่าวิกฤตการณ์ทางการสาธารณสุข ซึ่งรวมถึงวิกฤตการณ์เกี่ยวกับโรคเอดส์ วัณโรค มาลาเรีย และโรคระบาดอื่น ๆ สามารถถือว่าเป็นกรณีฉุกเฉินของชาติหรือกรณีเร่งด่วนอย่างอื่น ๆ ได้ ส่วนในวรรค 5d ได้กล่าวถึงเรื่องการสิ้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (exhaustion of intellectual property rights) โดยกล่าวว่าประเทศภาคีสมาชิกมีอิสระในการตัดสินใจที่จะเลือกใช้รูปแบบของการระงับสิ้นสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured-Nation Treatment) และหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) โดยจะไม่ถูกฟ้องร้อง นั่นหมายความว่าประเทศภาคีสมาชิกอาจเลือกใช้รูปแบบของการระงับสิ้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่จะก่อให้เกิดความเป็นไปได้ในการนำเข้าซื้อได้มากที่สุด ซึ่งจะส่งผลให้เกิดการแข่งขันทางด้านราคาของยารักษาโรคและทำให้ราคาถูกลงในที่สุด

ประการสุดท้าย ในวรรค 6 และ 7 ได้กล่าวถึงปัญหาของประเทศภาคีสมาชิกที่ด้อยศักยภาพทางด้านการผลิตยารักษาโรคหรือไม่มีศักยภาพเลยซึ่งจะส่งผลให้ประเทศเหล่านี้ไม่อาจใช้ประโยชน์จากการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้อย่างเต็มที่ โดยกำหนดให้คณะมนตรี TRIPS ไปทำการศึกษาและหาทางแก้ไขปัญหานี้และรายงานต่อคณะมนตรีทั่วไปภายในปี พ.ศ. 2545 (วรรค 6) และในวรรค 7 ได้กล่าวถึงพันธกรณีของประเทศพัฒนาแล้วในการส่งเสริมและกระตุ้นให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่ประเทศพัฒนาน้อยที่สุดตาม Article 66.2 และได้กำหนดยกเว้นให้ประเทศพัฒนาน้อยที่สุดไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรและข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผยในเรื่องที่เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยารักษาโรคไปจนกระทั่งถึงวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2559 ทั้งนี้โดยไม่กระทบถึงสิทธิของประเทศพัฒนาน้อยที่สุดในการที่จะขอขยายระยะเวลาดังกล่าวภายใต้บทบัญญัติใน Article 66.1

อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นในวรรค 7 ที่ขยายระยะเวลาให้แก่ประเทศพัฒนาน้อยที่สุดนั้นก็ยังคงมีความคลุมเครืออยู่ในเรื่องของความตีความคำว่าผลิตภัณฑ์ยารักษาโรค ซึ่งในปฏิญญาดังกล่าวใช้คำว่า “pharmaceutical products” ที่จะหมายความรวมถึงกรรมวิธีในการผลิตยารักษาโรค (pharmaceutical process) ด้วยหรือไม่

1.4.2 มติของประเทศภาคีสมาชิกในการเจรจา

ในการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบโดฮาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลง TRIPS กับการสาธารณสุขนั้น ประเทศภาคีสมาชิกได้มีข้อสรุปในการเจรจาออกมาหลายอันด้วยกันโดยออกเป็นมติของคณะมนตรี TRIPS รวมทั้งมติของคณะมนตรีทั่วไป ทั้งนี้มติที่สำคัญ ๆ มีอยู่ 4 มติด้วยกัน คือ

(1) มติในการขยายช่วงระยะเวลาปรับเปลี่ยนสำหรับประเทศพัฒนาน้อยที่สุด²⁷

ใน Article 66.1²⁸ ได้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับกลุ่มประเทศพัฒนาน้อยที่สุดเอาไว้ว่า ประเทศพัฒนาน้อยที่สุดไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในข้อตกลง TRIPS ยกเว้นพันธกรณีตาม Article 3, 4 และ 5 เป็นระยะเวลา 10 ปี นับตั้งแต่วันที่ข้อตกลง TRIPS มีผลใช้บังคับ (ข้อตกลง TRIPS มีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลา 1 ปี นับตั้งแต่วันที่ข้อตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกมีผลใช้บังคับ²⁹ ซึ่งก็คือวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2539) ทั้งนี้คณะมนตรี TRIPS อาจขยายกำหนดระยะเวลาดังกล่าวนี้ได้หากมีการร้องขอจากประเทศพัฒนาน้อยที่สุด

จากข้อกำหนดใน Article 66.1 ประเทศพัฒนาน้อยที่สุดจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามข้อตกลง TRIPS ตั้งแต่วันที่ 2 มกราคม พ.ศ. 2549 แต่ในวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2545 คณะมนตรี TRIPS ได้มีมติในการขยายระยะเวลาในการยกเว้นการปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศพัฒนาน้อยที่สุดออกไปอีก โดยมีใจความสำคัญว่า คณะมนตรีได้คำนึงถึงความในวรรค 7 ของปฏิญญาโดฮาว่าด้วยข้อตกลง TRIPS กับการสาธารณสุข ซึ่งเสมือนเป็นการร้องขอจากประเทศพัฒนาน้อยที่สุดในการขยายระยะเวลาตาม Article 66.1 คณะมนตรี TRIPS จึงมีมติให้ขยายระยะเวลาในการปฏิบัติตามพันธกรณีในข้อตกลง TRIPS ในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิบัตรและการให้ความคุ้มครองข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ยารักษาโรคออกไปจนถึงวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2559³⁰

²⁷ ไปรอดดู ผนวก ง มติในการขยายช่วงระยะเวลาปรับเปลี่ยนสำหรับประเทศพัฒนาน้อยที่สุด, น. 177.

²⁸ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 19, Art. 66.1, น. 168.

²⁹ เพิ่งอ่าง, Art. 65.1, น. 168.

³⁰ Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, "Extension of the Transition Period under Article 66.1 of the TRIPS Agreement for Least-

ในวรรค 1 และ 2 ของมติดังกล่าวนี้จะเป็นเพียงการยกเอาข้อความในวรรค 7 ของปฏิญญาโดฮาว่าด้วยข้อตกลง TRIPS กับการสาธารณสุขมากกว่าซ้ำอีกครั้งหนึ่ง และยังมีได้ให้ความชัดเจนในเรื่องของขอบเขตของข้อยกเว้นในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรยาโรค ว่าจะหมายถึงเฉพาะสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ยาโรคหรือรวมถึงสิทธิบัตรในกรรมวิธีในการผลิตยาโรคด้วย อย่างไรก็ตาม สิทธิบัตรในกรรมวิธีตาม Article 28.1(b) นั้นรวมถึงผลิตภัณฑ์ที่ได้มาจากการผลิตโดยใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตรนั้นโดยตรงด้วย ดังนั้นจึงอาจตีความได้ว่าข้อยกเว้นดังกล่าวนี้รวมไปถึงการยกเว้นให้แก่กรรมวิธีในการผลิตยาโรคด้วย³¹ ซึ่งใน Explanatory Note ของ European Commission³² ก็ได้กล่าวไว้ว่า "...all least developed Members benefit from the extension of the transition period from 1.1.2006 to 1.1.2016 (and probably beyond) with regard to *product and process patent protection and its enforcement.*" (ตัวเอนเน้นโดยผู้เขียน)

(2) มติในการขยายระยะเวลาในการปฏิบัติตาม Article 70.9 ให้แก่ประเทศพัฒนาน้อยที่สุด³³

แม้ตามวรรค 7 ของปฏิญญาโดฮาว่าด้วยข้อตกลง TRIPS กับการสาธารณสุขจะกล่าวถึงการยกเว้นในการปฏิบัติตามพันธกรณีตามข้อตกลง TRIPS ให้แก่ประเทศพัฒนาน้อยที่สุด และได้กล่าวเฉพาะเจาะจงถึงพันธกรณีตาม Article 66.1 โดยกำหนดให้คณะมนตรี TRIPS ไปดำเนินการให้ข้อยกเว้นนี้มีผลใช้บังคับในทางปฏิบัติ ซึ่งคณะมนตรี TRIPS ก็ได้มีการออกมติขยายช่วงระยะเวลาปรับเปลี่ยนให้แก่ประเทศพัฒนาน้อยที่สุดในวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2545 แล้วก็ตาม แต่ก็ยังมีข้อโต้แย้งว่าวรรค 7 ดังกล่าว มิได้กล่าวถึงพันธกรณีตาม Article 70.8 และ 70.9 เอาไว้ ซึ่งอาจตีความไปได้ว่าประเทศพัฒนาน้อยที่สุดจะไม่สามารถรับการยกเว้นในการปฏิบัติตามพันธกรณีที่

Developed Country Members for Certain Obligations with Respect to Pharmaceutical Products," (WTO: 27 June 2002), (IP/C/25).

³¹ Carlos M. Correa, Implications of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health (Geneva: World Health Organization, 2002), p. 38.

³² European Commission, "WTO Ministerial Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health - the issues at stake," <<http://ec.europa.eu/trade/issues/global/medecine/wtotrips.htm>>, March 2007.

³³ โปรดดู ผนวก จ มติในการขยายระยะเวลาในการปฏิบัติตาม Article 70.9 ให้แก่ประเทศพัฒนาน้อยที่สุด, น. 178.

กำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกจะต้องจัดให้มีการเสนอคำขอรับสิทธิบัตรยารักษาโรคได้แม้ยังไม่มี การให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรยารักษาโรคในขณะนั้นก็ตาม (ระบบ mailbox) และพันธกรณีในการให้ สิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวในตลาด (Exclusive Marketing Rights - EMRs) ดังเช่นที่ประเทศพัฒนา น้อยที่สุดได้รับการยกเว้นในส่วนของ Article 66.1

ดังนั้นในวันที่ 8 กรกฎาคม พ.ศ. 2545 คณะมนตรีทั่วไป (General Council) ได้มีมติให้ ประเทศพัฒนาน้อยที่สุดยังไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตาม Article 70.9 ของข้อตกลง TRIPS นั่นก็ คือพันธกรณีในการให้สิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวในตลาด (EMRs) ในผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับยารักษา โรคจนถึงวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2559 ทั้งนี้มตินี้จะต้องได้รับการทบทวนโดยที่ประชุมระดับรัฐมนตรี (Ministerial Conference) ภายในระยะเวลา 1 ปีนับแต่ได้มีมตินี้ และทุก ๆ 1 ปี จนกว่ามตินี้จะสิ้นผล บังคับไป³⁴

อย่างไรก็ดี มติดังกล่าวนี้กล่าวถึงแต่เฉพาะการยกเว้นพันธกรณีตาม Article 70.9 แต่ มิได้กล่าวถึงการยกเว้นพันธกรณีตาม Article 70.8 แต่อย่างใด ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าประเทศ พัฒนาน้อยที่สุดนั้นยังคงต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในการจัดให้มีการยื่นคำขอรับสิทธิบัตรไว้ล่วงหน้า ได้ (ระบบ mailbox) ซึ่งอาจก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายอย่างมากแก่ประเทศพัฒนาน้อยที่สุด³⁵

(3) มติในการบังคับใช้วรรค 6 ของปฏิญญาโตฮาวาด้วยข้อตกลง TRIPS กับการ สาธารณสุข³⁶

แม้ในวรรค 5b ของปฏิญญาโตฮาวาด้วยข้อตกลง TRIPS กับการสาธารณสุขจะได้อ กกล่าวถึงสิทธิของประเทศภาคีสมาชิกในการที่จะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยสามารถตัดสินใจได้

³⁴ General Council, “Least-Developed Country Members - Obligations Under Article 70.9 of the TRIPS Agreement with Respect to Pharmaceutical Products,” (WTO: 8 July 2002), (WT/L/478).

³⁵ UNCTAD-ICTSD, “TRIPS and Development: Resource Book (Draft), Part Six: Transitional and Institutional Arrangements, 6.1 Transitional Periods,” (December 2003), (UNCTAD/ICTSD Capacity Building Project on Intellectual Property Rights and Sustainable Development) pp. 19-20, see also UNCTAD-ICTSD, Resource book on TRIPS and development (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), p. 723.

³⁶ โปรตตุ ผนวก ฉ มติในการบังคับใช้วรรค 6 ของปฏิญญาโตฮาวาด้วยข้อตกลง TRIPS กับการสาธารณสุข, น. 180.

อย่างอิสระก็ตาม แต่ไม่ว่าการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธินี้จะสามารถใช้อย่างได้ผลในทางปฏิบัติ เหมือนกันทุกประเทศ โดยในการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิกับสิทธิบัตรยาโรคนั้นคือการที่รัฐ ละเมิดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิบัตร โดยกระทำการผลิตยาโรคนั้นหรือนำเข้ายาโรคนั้น หรืออนุญาตให้บุคคลอื่นกระทำการดังกล่าวโดยปราศจากความยินยอมของผู้ทรงสิทธิบัตร ซึ่งการ กระทำนี้สามารถทำได้ ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ใน Article 31 ของข้อตกลง TRIPS

แต่ในทางปฏิบัติแล้ว ประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศและประเทศพัฒนาน้อยที่สุด นั้นยังมีศักยภาพในการผลิตยาโรคนั้นเองไม่เพียงพอ หรืออาจจะไม่มีศักยภาพในการผลิตเลย ดังนั้นการที่รัฐใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยการผลิตยาโรคนั้นเองตามสิทธิบัตรนั้นเองจึงไม่อาจ บรรลุผลในการที่จะเยียวยาหรือแก้ไขสถานการณ์ทางด้านสาธารณสุขได้ ทางเลือกอีกทางหนึ่งจึงเป็น การนำเข้ายาโรคนั้นจากต่างประเทศ แต่ทั้งนี้ประเทศที่จะเป็นผู้ส่งออกยาโรคนั้นเองจึงไม่อาจ ดังกล่าวให้ นั่น หากจะส่งออกยาโรคนั้นที่ผลิตตามสิทธิบัตรก็คงจะมีราคาสูงอยู่ ครั้นจะใช้ มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อที่จะผลิตยาที่มีราคาถูกลงและส่งออกให้แก่ประเทศผู้นำเข้าก็ยังติดขัดใน เงื่อนไขตาม Article 31(f)³⁷ ของข้อตกลง TRIPS ซึ่งกำหนดว่าการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิในการ ผลิตผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรนั้นจะต้องเป็นไปเพื่อจำหน่ายในตลาดภายในประเทศเป็นส่วนใหญ่ เท่านั้น ดังนั้นประเทศผู้ส่งออกจึงไม่สามารถที่จะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิในการผลิตยาโรคนั้นใน ราคาถูกจำนวนมากเพื่อส่งออกไปยังประเทศผู้นำเข้าซึ่งมีความจำเป็นจะต้องใช้ยาโรคนั้นจำนวนมากอย่างเร่งด่วนได้

ปัญหาดังกล่าวได้ถูกให้ความสำคัญและยกขึ้นมากล่าวไว้ในวรรค 6 ของปฏิญญาโดยหา ว่าด้วยข้อตกลง TRIPS กับสาธารณสุขโดยกำหนดให้คณะมนตรี TRIPS ไปทำการศึกษาและหา ทางออกและรายงานต่อคณะมนตรีทั่วไปภายในสิ้นปี พ.ศ. 2545 โดยในวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ. 2545 นาย Eduardo Pérez Motta ซึ่งเป็นประธานคณะมนตรี TRIPS ในขณะนั้น ได้เสนอร่างแนวทางใน การแก้ไขปัญหา (Chairman's Draft หรือรู้จักกันในชื่อ Motta Text) แต่ร่างดังกล่าวก็ไม่ได้รับการ ยอมรับจากสหรัฐอเมริกา และส่งผลให้การประชุมคณะมนตรี TRIPS ล้มเหลว ต่อมาเมื่อนาย Vanu Gopala Menon ซึ่งเป็นประธานคณะมนตรี TRIPS คนถัดมาได้จัดการประชุมอย่างไม่เป็นทางการ เพื่อหาแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวและได้มีการแก้ไขรายละเอียดในร่างของนาย Motta โดยยังคง สาระสำคัญเดิม และในเดือนสิงหาคม พ.ศ. 2546 คณะมนตรี TRIPS ได้ยอมรับร่างที่แก้ไขแล้ว

³⁷ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19, Art. 31(f), น. 166.

ดังกล่าว ต่อมาในวันที่ 30 สิงหาคม ปีเดียวกันนั้น คณะมนตรีทั่วไปก็ได้มีมติในการบังคับใช้วรรค 6 ของปฏิญญาโดฮาว่าด้วยข้อตกลง TRIPS กับการสาธารณสุขออกมา³⁸

มติในการบังคับใช้วรรค 6 นี้ มีสาระสำคัญเป็นการยกเว้นเงื่อนไขใน Article 31(f) ของข้อตกลง TRIPS ให้แก่ประเทศภาคีสมาชิกที่จะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิไม่ว่าในฐานะของประเทศผู้นำเข้าหรือในฐานะของประเทศผู้ส่งออก ดังนั้นในกรณีที่ประเทศที่ไม่มีศักยภาพในการผลิตยารักษาโรคได้เองเกิดวิกฤตการณ์ทางสาธารณสุข ประเทศดังกล่าวก็สามารถใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อที่จะนำเข้ายารักษาโรคร่วมกับการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิในประเทศผู้ส่งออกเพื่อผลิตยารักษาโรคในราคาถูกลงและส่งออกมายังประเทศผู้นำเข้าซึ่งเกิดวิกฤตการณ์ทางสาธารณสุขภายใต้มติดังกล่าวนี้ได้โดยไม่ถูกจำกัดปริมาณในการส่งออกตาม Article 31(f) แต่ทั้งนี้ประเทศที่จะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิภายใต้มตินี้จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขบางประการ เช่น ต้องมีการแจ้งต่อคณะมนตรี TRIPS จำกัดปริมาณในการผลิตเท่าที่ประเทศผู้นำเข้าจำเป็นต้องใช้ ต้องมีการจ่ายค่าชดเชยแก่ผู้ทรงสิทธิบัตร เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีเงื่อนไขและรายละเอียดต่าง ๆ อีกหลายประการ ทั้งนี้จะได้กล่าวโดยละเอียดในหัวข้อถัดไป

(4) มติในการแก้ไขเพิ่มเติมข้อตกลง TRIPS ในเรื่องมาตรการบังคับใช้สิทธิ³⁹

ในวันที่ 6 ธันวาคม พ.ศ. 2548 คณะมนตรีทั่วไปก็ได้มีมติในการแก้ไขเพิ่มเติมข้อตกลง TRIPS ในประเด็นเกี่ยวกับการยกเว้นเงื่อนไขใน Article 31(f) ของข้อตกลง TRIPS ด้วยการเพิ่มเติม Article 31bis ลงในข้อตกลง TRIPS ซึ่งสาระสำคัญของบทบัญญัติที่เพิ่มเติมลงไปนี้นำมาจากมติในการบังคับใช้วรรค 6 ของปฏิญญาโดฮาว่าด้วยข้อตกลง TRIPS กับการสาธารณสุขที่ประกาศเมื่อวันที่ 30 สิงหาคม พ.ศ. 2546 อันเท่ากับเป็นการทำให้ข้อยกเว้นตามมติดังกล่าวมีผลใช้บังคับเป็นการถาวร

มติในการแก้ไขเพิ่มเติมนี้ประกอบไปด้วยส่วนหลัก ๆ 3 ส่วนด้วยกัน ส่วนแรกเป็นส่วนเนื้อหาของ Article 31bis ที่เพิ่มขึ้นมา โดยมีสาระสำคัญในการยกเว้นพันธกรณีตามเงื่อนไขใน Article 31(f) ของประเทศภาคีสมาชิกที่จะเป็นผู้ส่งออก (exporting member) ยารักษาโรคไปยังประเทศผู้นำเข้าที่มีสิทธิ (eligible importing member) (Article 31bis.1) กำหนดเรื่องการจ่าย

³⁸ สิทธิกร นิพภยะ, สิทธิบัตรกับการเข้าถึงยา (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 74-77.

³⁹ ไบรูดดู ผนวก ช มติในการแก้ไขเพิ่มเติมข้อตกลง TRIPS ในเรื่องมาตรการบังคับใช้สิทธิ, น. 186.

ค่าชดเชยให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตรมิให้เกิดความซ้ำซ้อน โดยหากมีการจ่ายค่าชดเชยให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตรในประเทศผู้ส่งออกแล้วก็ไม่จำเป็นต้องมีการจ่ายค่าชดเชยให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตรในประเทศผู้นำเข้าอีก (Article 31bis.2) และใน Article 31bis.3-5 ยังได้กล่าวถึงเรื่องการยกเว้น Article 31(f) ให้แก่กลุ่มประเทศที่มีการทำข้อตกลงทางการค้าในระดับภูมิภาค การห้ามการฟ้องร้องเกี่ยวกับการใช้มาตรการตามบทบัญญัติใน Article นี้ และกล่าวย้าว่าบทบัญญัตินี้ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิ หน้าที่ และความยืดหยุ่นอื่น ๆ ที่ประเทศภาคีสมาชิกมีภายใต้ข้อตกลง TRIPS รวมทั้งในปฏิญญาโตฮาวาด้วย ข้อตกลง TRIPS กับการสาธารณสุขด้วย

ส่วนที่สองคือส่วนของภาคผนวกของข้อตกลง TRIPS ซึ่งเป็นบทนิยามศัพท์ของคำว่า ผลิตภัณฑ์ยาวิเศษ (pharmaceutical product) ประเทศผู้นำเข้าที่มีสิทธิ (eligible importing member) ประเทศผู้ส่งออก (exporting member) และเงื่อนไขต่าง ๆ ในการมาตรการบังคับใช้สิทธิ ตาม Article นี้ เช่น ประเทศผู้นำเข้าที่มีสิทธิจะต้องแจ้งชื่อและปริมาณของยาวิเศษที่ต้องการต่อ คณะมนตรี TRIPS ต้องยืนยันว่าตนขาดศักยภาพในการผลิตยาวิเศษตามที่ได้กำหนดไว้ในส่วนต่อของภาคผนวกนี้ รวมถึงเงื่อนไขที่ประเทศผู้ส่งออกจะต้องปฏิบัติตาม เป็นต้น นอกจากนี้ยังกล่าวถึงการดำเนินมาตรการในการป้องกันการเบี่ยงเบนของยาวิเศษที่ผลิตขึ้นมิให้มีการส่งออกไปยังประเทศอื่น และกล่าวถึงการถ่ายทอดเทคโนโลยีเพื่อเสริมสร้างศักยภาพให้แก่ประเทศที่ขาดศักยภาพในการผลิตยาวิเศษ

และส่วนที่สามคือส่วนต่อของภาคผนวกซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ในการประเมินถึง ศักยภาพทางด้านการผลิตยาวิเศษของประเทศภาคีสมาชิก โดยให้ถือว่าประเทศพัฒนาน้อยที่สุด นั้นน้อยหรือไม่มีศักยภาพในการผลิตยาวิเศษเลย ส่วนประเทศอื่น ๆ นั้นอาจประกาศว่าตนไม่มี ศักยภาพในการผลิตยาวิเศษหรือได้ตรวจสอบแล้วว่าศักยภาพในการผลิตยาวิเศษของตนนั้น มีไม่เพียงพอต่อความต้องการในขณะนั้นก็ได้

อย่างไรก็ดี แม้คณะมนตรีทั่วไปจะมีมติให้มีการแก้ไขข้อตกลง TRIPS โดยการนำมติในการบังคับใช้วรรค 6 ของปฏิญญาโตฮาวาด้วยข้อตกลง TRIPS กับการสาธารณสุขที่ประกาศเมื่อวันที่ 30 สิงหาคม พ.ศ. 2546 อันเป็นมาตรการชั่วคราว มาบัญญัติลงในข้อตกลง TRIPS เพื่อให้มีผลเป็นการถาวร แต่ก็ยังคงมีข้อโต้แย้งถึงความมีประสิทธิภาพของมาตรการดังกล่าวในทางปฏิบัติ โดยมีการตั้งข้อสังเกตว่ามาตรการดังกล่าวนั้นไม่เคยได้รับการพิสูจน์เลยว่าใช้ได้ผลจริง เพราะตั้งแต่ คณะมนตรี TRIPS ได้มีมติในการบังคับใช้วรรค 6 ของปฏิญญาโตฮาวาด้วยข้อตกลง TRIPS กับการสาธารณสุขเมื่อวันที่ 30 สิงหาคม พ.ศ. 2546 จนกระทั่งคณะมนตรีทั่วไปมีมติให้แก้ไขเพิ่มเติม

ข้อตกลง TRIPS ในวันที่ 6 ธันวาคม พ.ศ. 2548 นั้น มาตรการดังกล่าวไม่เคยถูกนำมาใช้จริงเลยสักครั้ง

องค์การหมอไร้พรมแดน (Médecins Sans Frontières - MSF) ได้แสดงความเป็นห่วงว่าการปรับแก้ไขข้อตกลง TRIPS จะไม่ก่อให้เกิดผลในการส่งเสริมการเข้าถึงยารักษาโรคอย่างแท้จริง โดยได้เสนอให้มีการเลื่อนการแก้ไขเพิ่มเติมข้อตกลง TRIPS ออกไปก่อนเพื่อทดสอบและปรับปรุงแก้ไขมาตรการนี้ให้มีประสิทธิภาพในทางปฏิบัติเสียก่อน และได้เรียกร้องให้องค์การการค้าโลกแสดงหลักฐานหรือข้อพิสูจน์ว่ามาตรการดังกล่าวจะสามารถส่งเสริมการเข้าถึงยารักษาโรคได้จริง⁴⁰

การแก้ไขข้อตกลง TRIPS ดังกล่าวนี้อาจเปิดให้ประเทศภาคีสมาชิกลงนามรับรองไปจนกระทั่งถึงวันที่ 1 ธันวาคม พ.ศ. 2550 โดยระยะเวลานี้อาจขยายได้โดยมติของที่ประชุมระดับรัฐมนตรี และจะมีผลใช้บังคับสมบูรณ์เมื่อประเทศภาคีสมาชิกจำนวนอย่างน้อยสองในสามของประเทศภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกทั้งหมดได้ลงนามรับรองการแก้ไขดังกล่าว โดยจะมีผลเฉพาะต่อประเทศภาคีสมาชิกที่ได้ลงนามรับรองเท่านั้น ดังที่กำหนดไว้ในข้อตกลงในการจัดตั้งองค์การการค้าโลก⁴¹ ซึ่ง ณ เดือนมกราคม พ.ศ. 2551 มีประเทศภาคีสมาชิกที่ได้ลงนามรับรองการแก้ไขดังกล่าวแล้วจำนวน 14 ประเทศด้วยกัน คือ สหรัฐอเมริกา (รับรองเมื่อ 17 ธันวาคม พ.ศ. 2548) สวิตเซอร์แลนด์ (13 กันยายน พ.ศ. 2549) เอลซัลวาดอร์ (19 กันยายน พ.ศ. 2549) สาธารณรัฐเกาหลี (24 มกราคม พ.ศ. 2550) นอร์เวย์ (5 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2550) อินเดีย (26 มีนาคม พ.ศ. 2550) ฟิลิปปินส์ (30 มีนาคม พ.ศ. 2550) อิสราเอล (10 สิงหาคม พ.ศ. 2550) ญี่ปุ่น (31 สิงหาคม พ.ศ. 2550) ออสเตรเลีย (12 กันยายน พ.ศ. 2550) สิงคโปร์ (28 กันยายน พ.ศ. 2550) ฮองกง-จีน (27 พฤศจิกายน พ.ศ. 2550) จีน (28 พฤศจิกายน พ.ศ. 2550) และประชาคมยุโรป (30 พฤศจิกายน พ.ศ. 2550) จากจำนวนทั้งหมด 151 ประเทศ คิดเป็นร้อยละ 9.3 (เป้าหมายจำนวนสองในสามอยู่ที่ร้อยละ

⁴⁰ Médecins Sans Frontières, "Amendment to WTO TRIPS Agreement Makes Access to Affordable Medicines Even More Bleak," <<http://www.accessmed-msf.org/prod/publications.asp?scntid=71220051425522&contenttype=PARA&#top>>, March 2007.

⁴¹ Agreement Establishing the World Trade Organization, Art. X:3.

67)⁴² และในวันที่ 23 ตุลาคม พ.ศ. 2550 คณะมนตรี TRIPS ได้ได้มีมติในการขยายระยะเวลาในการลงนามรับรองการแก้ไขดังกล่าวออกไปจนถึงวันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2552⁴³ ซึ่งคาดว่าคณะมนตรีทั่วไปจะได้มีมติรับรองมติดังกล่าวต่อไป

ในขณะนี้ (เดือนมกราคม พ.ศ. 2551) แม้มติในการแก้ไขเพิ่มเติม Article 31bis ดังกล่าวยังไม่มีผลใช้บังคับ แต่มติในการบังคับใช้วรรค 6 ของปฏิญญาโตฮาว่าด้วยข้อตกลง TRIPS กับการสาธารณสุขที่ประกาศเมื่อวันที่ 30 สิงหาคม พ.ศ. 2546 นั้นยังมีผลใช้บังคับอยู่ในวันที่ 17 กรกฎาคม พ.ศ. 2550 ประเทศแรกที่แสดงความจำนงในการใช้ประโยชน์จากมติดังกล่าวในการนำเข้ายาชื่อสามัญที่ผลิตภายใต้การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ คือ รัวันด้า โดยรัวันด้าได้แจ้งให้องค์การการค้าโลกทราบถึงความจำนงของตนที่จะนำเข้ายาต่อต้านไวรัสเอดส์ ชื่อ TriAvir (เป็นยาสูตรผสมที่ประกอบไปด้วยตัวยา Zidovudine, Lamivudine และ Nevirapine) จำนวน 260,000 ชุต ภายในเวลา 2 ปี จากบริษัท Apotex Inc. ในแคนาดา เนื่องจากตนไม่สามารถผลิตยาดังกล่าวได้เองภายในประเทศ⁴⁴ ซึ่งต่อมาในวันที่ 4 ตุลาคม พ.ศ. 2550 แคนาดาก็ได้แจ้งให้องค์การการค้าโลกทราบถึงความจำนงของตนในการที่จะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อผลิตยาชื่อสามัญของยา TriAvir และส่งออกไปยังรัวันด้าตามที่ประเทศดังกล่าวร้องขอ⁴⁵ ซึ่งนับเป็น

⁴² WTO, "Countries accepting amendment of the TRIPS Agreement," <http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/amendment_e.htm>, March 2007.

⁴³ Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, "Proposal for a Decision on an Extension of the Period for the Acceptance By Members of the Protocol Amending the TRIPS Agreement," (WTO: 29 October 2007), (IP/C/45).

⁴⁴ Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, "NOTIFICATION UNDER PARAGRAPH 2(A) OF THE DECISION OF 30 AUGUST 2003 ON THE IMPLEMENTATION OF PARAGRAPH 6 OF THE DOHA DECLARATION ON THE TRIPS AGREEMENT AND PUBLIC HEALTH," (WTO: 19 July 2007), (IP/N/9/RWA/1).

⁴⁵ Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, "NOTIFICATION UNDER PARAGRAPH 2(C) OF THE DECISION OF 30 AUGUST 2003 ON THE IMPLEMENTATION OF PARAGRAPH 6 OF THE DOHA DECLARATION ON THE TRIPS AGREEMENT AND PUBLIC HEALTH," (WTO: 5 October 2007), (IP/N/10/CAN/1).

กรณีแรกในการใช้ประโยชน์จริงในทางปฏิบัติของมติในการบังคับใช้วรรค 6 ของปฎิญญาโดฮาว่า
ด้วยข้อตกลง TRIPS กับการสาธารณสุขที่ประกาศเมื่อวันที่ 30 สิงหาคม พ.ศ. 2546