

บทที่ 2

การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรภายใต้ข้อตกลง TRIPS กับยาโรค

ข้อตกลง TRIPS เริ่มมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2538 โดยได้มีการกำหนดช่วงระยะเวลาปรับเปลี่ยน¹แก่ประเทศต่าง ๆ ให้มีระยะเวลาแตกต่างกันออกไปตามแต่ระดับการพัฒนาของประเทศนั้น ๆ ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 กลุ่ม คือ กลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว กลุ่มประเทศกำลังพัฒนา และกลุ่มประเทศพัฒนาน้อยที่สุด โดยกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วมีพันธกรณีในการปฏิบัติตามข้อตกลง TRIPS ภายในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2539 ส่วนกลุ่มประเทศกำลังพัฒนานั้นมีพันธกรณีในการปฏิบัติตามข้อตกลง TRIPS ภายในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2543 แต่มีข้อยกเว้นให้แก่ประเทศกำลังพัฒนาในการที่จะขยายระยะเวลาในการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ข้อตกลง TRIPS ในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิบัตรออกไปอีก 5 ปี นั่นก็คือ ประเทศกำลังพัฒนาที่ไม่ได้มีการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรในตัวผลิตภัณฑ์ (เช่น ผลิตภัณฑ์ยาโรค) ในสาขาเทคโนโลยีใดอยู่แล้วภายในวันที่ข้อตกลง TRIPS มีผลบังคับใช้ ประเทศดังกล่าวอาจขยายระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรในตัวผลิตภัณฑ์นั้นออกไปอีก 5 ปี เท่ากับว่าประเทศกำลังพัฒนาจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ข้อตกลง TRIPS อย่างเต็มรูปแบบภายในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2548

ระหว่างปี พ.ศ. 2543-2548 ประเทศกำลังพัฒนาบางประเทศได้ใช้ประโยชน์จากช่วงระยะเวลาปรับเปลี่ยนนี้โดยการไม่ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ยาโรค โดยในปี พ.ศ. 2546 ประเทศกำลังพัฒนาจำนวน 6 ประเทศยังคงไม่ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ยาโรค ซึ่งได้แก่ คิวบา อียิปต์ อินเดีย ปากีสถาน กาดาร์ และสหรัฐอาหรับเอมิเรตส์² การใช้สิทธิในการขยายระยะเวลาในการปฏิบัติตามพันธกรณีนี้มีประโยชน์ต่อประเทศกำลังพัฒนาในการที่จะเพิ่มพูนทักษะและพัฒนาขีดความสามารถของตนในการผลิตยาโรค

¹ โปรดดู ผนวก ก ข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า, Art. 65, น. 168.

² Sisule F. Musungu and Cecilia Oh, The Use of Flexibilities in TRIPS by Developing Countries: Can They Promote Access to Medicines? (Geneva: South Centre, 2006), p. 13.

รวมทั้งการผลิตยาชื่อสามัญเพื่อกักตุนไว้ล่วงหน้าก่อนที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของข้อตกลง TRIPS อย่างเต็มรูปแบบในปี พ.ศ. 2548

ณ ปัจจุบัน (พ.ศ. 2551) ประเทศกำลังพัฒนาทุกประเทศไม่อาจใช้ประโยชน์จากช่วงเวลาปรับเปลี่ยนในการไม่ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ยาโรคได้อีกต่อไปแล้ว ดังนั้นประเทศกำลังพัฒนาจะต้องให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรการประดิษฐ์ในทุกสาขาเทคโนโลยีไม่ว่าจะเป็นการประดิษฐ์ในตัวผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีในการผลิต ซึ่งรวมถึงสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ยาโรคและกรรมวิธีในการผลิตยาโรคด้วย ตามข้อตกลง TRIPS Article 27.1

ข้อกำหนดในข้อตกลง TRIPS ที่กล่าวถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรนั้นปรากฏอยู่ในหมวดที่ 5 โดยมีทั้งสิ้น 8 Article ด้วยกัน เริ่มตั้งแต่ Article 27 ในเรื่องของวัตถุประสงค์ สิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตร เงื่อนไขในการขอจดสิทธิบัตร ข้อยกเว้นซึ่งสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตร การใช้โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิบัตร การเพิกถอนสิทธิบัตร ระยะเวลาในการให้ความคุ้มครอง จนกระทั่งถึงเรื่องภาวะการพิสูจน์ใน Article 34

การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรนั้นเดิมเป็นที่ถกเถียงกันว่าเป็นการเหมาะสมหรือไม่ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการประดิษฐ์นั้นเป็นเพียงการนำเอาหน่วยแห่งข้อมูลมาประกอบเข้าด้วยกันจนเกิดเป็นสิ่งประดิษฐ์ใหม่ขึ้นมา ซึ่งโดยแท้แล้วหน่วยแห่งข้อมูลเหล่านั้นก็เป็นทรัพยากรของสังคมอันเป็นสิ่งที่มนุษย์ล้วนเป็นเจ้าของร่วมกัน ดังนั้นจึงไม่ควรมีการกีดกันการใช้สอยประโยชน์ซึ่งสิ่งประดิษฐ์เหล่านั้นให้แก่ผู้ใดผู้หนึ่งโดยเฉพาะ ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าควรจะมีการให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์โดยการมอบสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวให้แก่ผู้ประดิษฐ์ เพราะในการประดิษฐ์นั้นผู้ประดิษฐ์จะต้องลงทุน ลงแรง เสียเวลา ใช้ความคิด ตลอดจนมีความเสี่ยงในการลงทุนเพื่อการประดิษฐ์ ดังนั้นเพื่อเป็นการส่งเสริมและจูงใจให้เกิดการประดิษฐ์คิดค้นจึงควรมีการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรการประดิษฐ์³

2.1 ภาพรวมของการให้สิทธิบัตรแก่ยาโรค

ระบบสิทธิบัตรนั้นอาจกล่าวได้ว่ามีพื้นฐานมาจากการให้รางวัล เอกสิทธิ์ และการผูกขาดในสมัยก่อน ซึ่งผู้มีอำนาจใช้เป็นเครื่องมือในการตอบแทนให้แก่ผู้ได้บังคับบัญชาหรือ

³ ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป) (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548), น. 148.

ประชาชนของตนผู้ทำการประดิษฐ์คิดค้น โดยมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรว่าได้มีการกระทำ เช่นนี้มาตั้งแต่สมัยอียิปต์โบราณเมื่อราวศตวรรษที่ 26 ก่อนปีคริสตกาล (26th Century BC) โดยมี ทั้งการให้รางวัล หรือการให้เอกสิทธิ์เหนือประชาชนทั่วไป เช่น ให้สิทธิในการใช้หรือผลิต สิ่งประดิษฐ์นั้นแต่เพียงผู้เดียว การให้การสนับสนุนในการประดิษฐ์คิดค้น การลดหรือยกเว้นภาษี เป็นต้น⁴

ระบบการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรสมัยใหม่นั้นเริ่มต้นมาจากเมืองเวนิซ ใน ประเทศอิตาลี เมื่อปี พ.ศ. 2017 โดยคนที่มีความรู้ความสามารถในการประดิษฐ์จะมารวมตัวกันที่ เมืองเวนิซเพื่อคิดค้นสร้างสิ่งประดิษฐ์ที่เป็นประโยชน์ต่อรัฐ และผู้ประดิษฐ์จะได้รับสิทธิแต่เพียงผู้ เดียวในการห้ามมิให้ผู้อื่นทำการประดิษฐ์หรือสร้างสิ่งประดิษฐ์อย่างเดียวกันนั้นโดยปราศจาก ความยินยอมหรือการอนุญาตของตนเป็นระยะเวลาสิบปี จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นกฎหมายสิทธิบัตร สมัยใหม่ฉบับแรกของโลก กฎหมายสิทธิบัตรสมัยใหม่ฉบับที่สอง คือ Statute of Monopolies ซึ่ง ออกโดยรัฐสภาของอังกฤษและได้รับความเห็นชอบจากกษัตริย์เจมส์ ที่ 1 (King James I) ในปี พ.ศ. 2166 โดยกฎหมายฉบับนี้ให้ความคุ้มครองแก่สิ่งประดิษฐ์ที่มีความใหม่และยกเลิกการให้ สิทธิผูกขาดที่มีขึ้นโดยคำสั่งของกษัตริย์ หากว่าสิ่งประดิษฐ์นั้นไม่ได้มีความก้าวหน้าทาง เทคโนโลยี⁵

ในปี พ.ศ. 2426 ได้มีการทำอนุสัญญากรุงปารีส (Paris Convention for the Protection of Industrial Property 1883) ขึ้น ณ กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส โดยอนุสัญญาดังกล่าวได้มีความพยายามที่จะทำให้เกิดระบบสิทธิบัตรที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในนานาประเทศ ทั้งนี้เดิมมีความเชื่อกันว่าการให้สิทธิบัตรจะเป็นการชักจูงให้นักประดิษฐ์ต่างชาติย้ายถิ่นฐานเข้ามาทำการประดิษฐ์ในประเทศที่มีการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตร ตัวอย่างเช่น กฎหมายสิทธิบัตร ของสหรัฐอเมริกา (United States Patent Act 1793)⁶ เดิมกำหนดให้มีการให้สิทธิบัตรแก่เฉพาะ คนสัญชาติอเมริกันเท่านั้น แต่ในปี พ.ศ. 2343 ก็ได้มีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวให้คนต่างชาติ สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ด้วย แต่ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขว่าคนต่างชาตินั้นจะต้องมีภูมิลำเนาใน สหรัฐอเมริกาด้วย นอกจากนี้กฎหมายสิทธิบัตรของบางประเทศยังกำหนดให้ต้องมีการใช้

⁴ Nuno Pires de Carvalho, "The Primary Function of Patents," University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy para. 27, 25, para. 37-39 (Spring 2001).

⁵ *Ibid.*, para. 41.

⁶ United States Patent Act of 1793, Ch. 11, 1 Stat. 318-323, § 1.

ประโยชน์ในสิทธิบัตรนั้นภายในประเทศ โดยหากไม่มีการใช้ประโยชน์ดังกล่าวก็จะมีมาตรการในการลงโทษ เช่น มาตรการบังคับใช้สิทธิ การยกเลิกการให้สิทธิบัตร เป็นต้น⁷

ระบบการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรภายใต้ข้อตกลง TRIPS นั้นเพิ่งจะมีขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2538 ซึ่งเป็นปีที่ข้อตกลง TRIPS เริ่มมีผลใช้บังคับ โดยข้อตกลง TRIPS นี้เป็นส่วนหนึ่งของภาคผนวกของข้อตกลงว่าด้วยการจัดตั้งองค์การการค้าโลกที่ได้มีการลงนามจัดตั้งในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2538 ทั้งนี้ข้อตกลง TRIPS เป็นความพยายามอีกก้าวหนึ่งในการทำให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีความเข้มแข็งและเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันมากขึ้นด้วยการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำที่ประเทศภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกจะต้องให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งรวมถึงสิทธิบัตรด้วย โดยประเทศพัฒนาแล้วมีพันธกรณีในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรนับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2539 เป็นต้นไป ส่วนประเทศกำลังพัฒนาและประเทศพัฒนาน้อยที่สุดนั้นได้รับช่วงระยะเวลาในการปรับเปลี่ยน โดยจะยังไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ข้อตกลง TRIPS เป็นระยะเวลาแตกต่างกันไปตามลำดับ

2.1.1 การให้สิทธิบัตรยารักษาโรคก่อนมีข้อตกลง TRIPS

การให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรนั้นเกิดขึ้นมานานแล้วตั้งแต่ก่อนที่จะมีข้อตกลง TRIPS อย่างที่ได้กล่าวมาแล้ว และในส่วนของ การให้สิทธิบัตรแก่ยารักษาโรคนั้นก็ได้มีการปฏิบัติกันมาในประเทศต่าง ๆ ตั้งแต่ก่อนที่จะได้มีการจัดทำข้อตกลง TRIPS ขึ้น โดยในแต่ละประเทศก็จะให้ความคุ้มครองแตกต่างกันไป โดยเฉพาะในเรื่องระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองและสิ่งที่จะได้รับความคุ้มครอง ยกตัวอย่างเช่น ในประเทศพัฒนาแล้วให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรเป็นระยะเวลา 15-17 ปี ส่วนในประเทศกำลังพัฒนาบางประเทศ เช่น อินเดีย ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรในระยะเวลาที่สั้นกว่ามาก คือ 5-7 ปี เป็นต้น⁸

⁷ Nuno Pires de Carvalho, *supra* note 4, para. 42.

⁸ WHO, "Intellectual Property Protection: Impact on Public Health," Vol 19, No.3 WHO Drug Information 236, 238 (2005).

(1) สิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ (product) ยารักษาโรค

ในช่วงระยะเวลาก่อนที่จะได้มีการจัดทำข้อตกลง TRIPS ขึ้นมานั้น ประเทศต่าง ๆ มีการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ยารักษาโรคแตกต่างกันไป แต่ในหลาย ๆ ประเทศมิได้ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ยารักษาโรค หรือแม้กระทั่งมิได้ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรเลย เนื่องจากการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรนี้โดยหลักแล้วเป็นเรื่องของกฎหมายภายในหรือนโยบายของแต่ละประเทศว่าจะยอมรับถึงการมีอยู่ของทรัพย์สินทางปัญญาและจะให้ความคุ้มครองหรือไม่

ในระดับระหว่างประเทศนั้น องค์การที่มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดในเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญามากที่สุดก็คือองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization - WIPO) ซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นในปี พ.ศ. 2510 โดยอนุสัญญาจัดตั้งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Convention) และมีอนุสัญญาอีกอันหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตร คือ อนุสัญญารุงปารีส (Paris Convention) ซึ่งถูกจัดทำขึ้นในปี พ.ศ. 2426 แต่ทั้ง WIPO และอนุสัญญารุงปารีสต่างก็กำหนดเพียงหลักการพื้นฐานกว้าง ๆ และมีผลเฉพาะกับประเทศที่เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกเท่านั้น นอกจากนี้ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT) ก็มีได้มีข้อกำหนดในการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรโดยตรงแต่อย่างใด⁹

(2) สิทธิบัตรในกรรมวิธี (process) ในการผลิตยารักษาโรค

หลายประเทศให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรในกรรมวิธีในการผลิตยารักษาโรคแต่มิได้ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ยารักษาโรค เนื่องจากสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ยารักษาโรคนั้น อย่างที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อก่อน ๆ เป็นการให้สิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวเหนือผลิตภัณฑ์ยารักษาโรคนั้น ๆ ในการผลิต ใช้ ขาย ฯลฯ แก่ผู้ทรงสิทธิบัตร แต่สิทธิบัตรในกรรมวิธีการผลิตยารักษาโรคนั้นให้ความคุ้มครองแต่เพียงกรรมวิธีในการผลิตตามสิทธิบัตรและผลิตภัณฑ์ยารักษาโรคที่ได้จากการผลิตโดยใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตรเท่านั้น ดังนั้น บุคคลอื่นจึงยังสามารถที่จะผลิตยารักษาโรคอย่างเดียวกันนั้นออกจำหน่ายได้โดยมีข้อแม้ว่าในการผลิตยารักษาโรคอย่างเดียวกันนั้นจะต้องใช้กรรมวิธีในการผลิตที่แตกต่างหรือไม่เหมือนกับกรรมวิธีตามสิทธิบัตร

⁹ Germán Velásquez and Pascale Boulet, Globalization and Access to Drugs: Implications of the WTO/TRIPS Agreement (Geneva: World Health Organization, 1999), p. 15.

การที่หลายประเทศให้ความสำคัญคุ้มครองเฉพาะแต่สิทธิบัตรในกรรมวิธีการผลิตยา รักษาโรคส่งผลให้ประเทศดังกล่าวสามารถมีการผลิตยาชื่อสามัญ (generic drug) ออกจำหน่ายแข่งกับยาที่มีสิทธิบัตรได้ โดยการที่นักวิทยาศาสตร์หรือนักเคมีอาจใช้วิธีวิเคราะห์หรือทำวิศวกรรมย้อนกลับ (reverse engineering) ในตัวยามีสิทธิบัตร เพื่อคิดค้นกรรมวิธีการผลิตที่แตกต่างแต่ยังคงให้ผลผลิตเป็นยารักษาโรคที่มีสรรพคุณเหมือนหรือคล้ายกับยาที่มีสิทธิบัตรได้ ซึ่งการผลิตยาชื่อสามัญนี้จะมีต้นทุนที่ถูกกว่าเพราะไม่ต้องทำการวิจัยตั้งแต่ต้นในการคิดค้นตัวยานี้ใหม่อันจะส่งผลให้ประชาชนในประเทศสามารถเข้าถึงยารักษาโรคที่จำเป็นในราคาที่ถูกลงได้ ดังนั้นประเทศต่าง ๆ ซึ่งโดยส่วนใหญ่มักจะเป็นประเทศกำลังพัฒนาจึงใช้ประโยชน์จากการให้ความสำคัญคุ้มครองแก่สิทธิบัตรยารักษาโรคเฉพาะแต่สิทธิบัตรในกรรมวิธีการผลิตนี้

2.1.2 การให้สิทธิบัตรยารักษาโรคภายหลังมีข้อตกลง TRIPS

หลังจากที่ได้มีการจัดทำข้อตกลง TRIPS ขึ้นแล้ว ประเทศภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกทุกประเทศมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในข้อตกลง TRIPS ซึ่งรวมถึงพันธกรณีในการให้ความสำคัญคุ้มครองแก่สิทธิบัตรในทรัพย์สินทางปัญญาทุกชนิด แต่ทั้งนี้ข้อตกลง TRIPS ก็ได้มีการกำหนดช่วงระยะเวลาปรับเปลี่ยน (transitional period) ให้แก่ประเทศภาคีสมาชิกบางประเทศเพื่อให้ประเทศต่าง ๆ ได้มีการเตรียมความพร้อมของตนในการปฏิบัติตามพันธกรณี โดยมีการแบ่งกลุ่มประเทศภาคีสมาชิกออกเป็น 3 กลุ่ม ตามระดับการพัฒนา ได้แก่ กลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว (developed countries) กลุ่มประเทศกำลังพัฒนา (developing countries) และกลุ่มประเทศพัฒนาน้อยที่สุด (least-developed countries) และมีการกำหนดช่วงระยะเวลาในการปฏิบัติตามพันธกรณีบางอย่างแตกต่างกันไปในแต่ละกลุ่มดังกล่าว

(1) ก่อนช่วงระยะเวลาปรับเปลี่ยน

ภายในปี พ.ศ. 2539 ประเทศพัฒนาแล้วมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในข้อตกลง TRIPS ทั้งหมด¹⁰ และภายในปี พ.ศ. 2543 ประเทศกำลังพัฒนามีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในข้อตกลง TRIPS ยกเว้นแต่ในประเทศกำลังพัฒนาที่มีได้มีการให้ความสำคัญคุ้มครองแก่สิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ (product patent) ในบางสาขาเทคโนโลยี (เช่น ยารักษาโรค)

¹⁰ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, Art. 65.1, น. 168.

มาก่อนหน้านี้จะได้รับการขยายเวลาที่จะต้องให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ในสาขาเทคโนโลยีดังกล่าวนั้นออกไปอีก 5 ปี¹¹ นั่นก็คือ ประเทศกำลังพัฒนาจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีทั้งหมดภายใต้ข้อตกลง TRIPS อย่างช้าที่สุดในปี พ.ศ. 2548 ส่วนในประเทศพัฒนาน้อยที่สุดนั้น เดิมมีพันธกรณีในการที่จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในข้อตกลง TRIPS ทั้งหมดภายในปี พ.ศ. 2549¹² แต่ในปี พ.ศ. 2545 ได้มีการขยายระยะเวลาในการปฏิบัติตามบทบัญญัติในเรื่องการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรและข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผยที่เกี่ยวข้องกับยารักษาโรคให้แก่ประเทศพัฒนาน้อยที่สุดออกไปจนถึงปี พ.ศ. 2559¹³

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ประเทศกำลังพัฒนาที่ได้มีการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรยารักษาโรคทั้งสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ (product) และสิทธิบัตรในกรรมวิธี (process) อยู่แล้วในขณะที่ข้อตกลง TRIPS มีผลบังคับใช้ (ข้อตกลง TRIPS มีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2538) ก็มีพันธกรณีที่จะต้องให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรยารักษาโรคต่อไปโดยต้องให้ความคุ้มครองตามมาตรฐานขั้นต่ำของข้อตกลง TRIPS ส่วนประเทศกำลังพัฒนาที่มีได้มีการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรยารักษาโรค หรือมีการให้ความคุ้มครองแต่ให้ความคุ้มครองเฉพาะสิทธิบัตรในกรรมวิธี (process) ผลิตภัณฑ์ยารักษาโรคอยู่ในขณะที่ข้อตกลง TRIPS มีผลบังคับใช้ ประเทศเหล่านี้สามารถยืดระยะเวลาในการที่จะให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ (product) ยารักษาโรคออกไปได้จนถึงปี พ.ศ. 2548

ในช่วงแรกของระยะเวลาปรับเปลี่ยน ประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศ รวมทั้ง อินเดีย อาร์เจนตินา และบราซิลได้ใช้ประโยชน์จากช่วงระยะเวลาปรับเปลี่ยนดังกล่าว แต่ต่อมาประเทศเหล่านี้บางประเทศซึ่งรวมทั้งอาร์เจนตินาและบราซิลก็ได้มีการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ข้อตกลง TRIPS โดยการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ยารักษาโรคก่อนที่จะสิ้นสุดช่วงระยะเวลาปรับเปลี่ยนในปี พ.ศ. 2548 ทั้งนี้อินเดียเป็นประเทศหนึ่งที่ไม่ยอมให้ความคุ้มครอง

¹¹ เฟ็งอ้วง, Art. 65.4, น. 168.

¹² เฟ็งอ้วง, Art. 66, น. 168.

¹³ ไปรอดดู ผนวก ค ปฏิญญาโดยฮว่าข้อตกลง TRIPS กับการสาธารณสุข, วรรค 7, น. 176.

แก้สิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ยารักษาโรคจนกระทั่งสิ้นสุดช่วงระยะเวลาปรับเปลี่ยน¹⁴ โดยอินเดียเป็นผู้ผลิตยารักษาโรคที่มีปริมาณมากเป็นอันดับ 4 ของโลกและเป็นผู้นำในการผลิตยาชื่อสามัญซึ่งในแต่ละปีมียารักษาโรคจำนวนมากถูกส่งออกไปยังประเทศต่าง ๆ โดยร้อยละ 66.7 ของยาเหล่านั้นจะถูกส่งออกไปยังประเทศกำลังพัฒนา นอกจากนี้อินเดียยังผลิตยาต่อต้านเชื้อไวรัส HIV ซึ่งเป็นยาชื่อสามัญและทำให้ค่าใช้จ่ายต่อปีในการใช้ยาเพื่อดูแลผู้ป่วยโรคเอดส์ลดลงถึงร้อยละ 98 คือจากค่าใช้จ่ายปีละประมาณ 10,000 เหรียญสหรัฐลดลงเหลือเพียงประมาณ 140 เหรียญสหรัฐ¹⁵

ประเทศกำลังพัฒนาสามารถใช้ประโยชน์จากช่วงระยะเวลาปรับเปลี่ยนนี้ได้โดยการอนุญาตให้มีการผลิตหรือนำเข้าตัวยาชื่อสามัญในจำนวนมากและราคาถูกมาแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ประชาชนเพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงยารักษาโรคได้อย่างเท่าเทียมและทั่วถึงกัน ดังเช่นที่อินเดียปฏิบัติ

(2) หลังจากช่วงระยะเวลาปรับเปลี่ยน

ภายหลังจากช่วงระยะเวลาปรับเปลี่ยนได้สิ้นสุดลงแล้วนั้น (ในกรณีของประเทศกำลังพัฒนา คือ ตั้งแต่วันที่ 2 มกราคม พ.ศ. 2548 เป็นต้นไป ส่วนประเทศพัฒนาน้อยที่สุดได้รับการขยายช่วงระยะเวลาปรับเปลี่ยนออกไปจนถึงวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2559) ประเทศภาคีสมาชิกจะต้องให้ความคุ้มครองแก้สิทธิบัตรยารักษาโรคอย่างเต็มรูปแบบ คือ ให้ความคุ้มครองแก่ทั้งกระบวนการในการผลิตและผลิตภัณฑ์ยารักษาโรค ซึ่งยารักษาโรคที่จะได้รับผลจากการบังคับใช้ข้อตกลง TRIPS อย่างเต็มรูปแบบมีอยู่ 2 กลุ่มด้วยกัน

กลุ่มแรก คือ ยารักษาโรคที่ถูกคิดค้นและยื่นขอรับสิทธิบัตรหลังจากวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2548 หากยารักษาโรคดังกล่าวเข้าเงื่อนไขที่จะขอรับสิทธิบัตรได้ก็จะได้รับความคุ้มครองทั้งกรรมวิธีในการผลิตและผลิตภัณฑ์ โดยผู้ทรงสิทธิบัตรจะได้สิทธิในการผูกขาดไปอีกอย่างน้อยเป็นระยะเวลา 20 ปี

¹⁴ Médecins Sans Frontières, "The effects of the 2005 TRIPS implementation deadline on access to medicines," <<http://www.accessmed-msf.org/documents/technical%202005.doc>>, August 2006.

¹⁵ Health GAP, "Health GAP Fact Sheet: Changes to India's Patents Act and Access to Affordable Generic Medicines after January 1, 2005," <http://www.healthgap.org/press_releases/04/121404_HGAP_FS_INDIA_patent.pdf>, December 2006.

อีกกลุ่มหนึ่ง คือ ยารักษาโรคที่ได้ยื่นขอรับสิทธิบัตรเอาไว้ในระหว่างปี พ.ศ. 2538-2548 ตามข้อกำหนดในข้อตกลง TRIPS¹⁶ ซึ่งมีใจความสำคัญว่าประเทศภาคีสมาชิกที่ยังมิได้มีการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรยารักษาโรคตาม Article 27 จะต้องเปิดให้มีการยื่นคำขอรับสิทธิบัตรยารักษาโรคได้ (ระบบ mailbox) ข้อกำหนดนี้อนุญาตให้มีการยื่นคำขอรับสิทธิบัตรได้เพื่อประโยชน์ในเรื่องระยะเวลาก่อน-หลังในการยื่นคำขอรับสิทธิบัตร โดยประเทศภาคีสมาชิกยังไม่จำเป็นต้องให้ความคุ้มครองและไม่จำเป็นต้องพิจารณาคำขอรับสิทธิบัตรที่ได้ยื่นเข้ามาเหล่านั้นจนกว่าจะสิ้นสุดช่วงระยะเวลาปรับเปลี่ยน อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศภาคีสมาชิกจะยังไม่จำเป็นต้องให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ยารักษาโรคในระหว่างช่วงระยะเวลาปรับเปลี่ยน แต่ประเทศภาคีสมาชิกก็จะต้องมีการให้สิทธิในการผูกขาดตลาด (Exclusive Marketing Rights – EMRs) แก่ผลิตภัณฑ์ยารักษาโรคที่ได้มีการยื่นขอรับสิทธิบัตรไว้ในระบบ mailbox โดยจะต้องให้สิทธิผูกขาดดังกล่าวเป็นระยะเวลา 5 ปี หรือจนกระทั่งมีการออกสิทธิบัตรหรือปฏิเสธการออกสิทธิบัตรให้ในกรณีที่มีการออกสิทธิบัตรหรือปฏิเสธการออกสิทธิบัตรให้ก่อนจะครบระยะเวลา 5 ปี ตามที่กำหนดไว้ใน Article 70.9

ดังนั้นตั้งแต่ปี พ.ศ. 2548 เป็นต้นไป ประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกทุกประเทศจะต้องให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรยารักษาโรคทั้งผลิตภัณฑ์และกรรมวิธี ซึ่งหมายความว่าประเทศกำลังพัฒนา เช่น อินเดียซึ่งเป็นผู้ผลิตยาชื่อสามัญเป็นจำนวนมากประเทศหนึ่ง ไม่อาจจะกระทำการผลิตยาชื่อสามัญของยารักษาโรคที่ได้รับสิทธิบัตรได้อีกต่อไปไม่ว่าจะใช้กรรมวิธีในการผลิตเดียวกันกับยาที่ได้จดสิทธิบัตรไว้หรือไม่ อันจะส่งผลให้เกิดการผูกขาดในตลาดยาและทำให้ยาบางชนิดมีราคาสูงขึ้น และย่อมเกิดผลกระทบต่อผู้ป่วยที่ยากจนอย่างแน่นอน

2.2 วัตถุแห่งสิทธิ

วัตถุแห่งสิทธิในสิทธิบัตร คือ สิ่งที่จะนำมาขอรับความคุ้มครองภายใต้สิทธิบัตร ซึ่งก็คือการประดิษฐ์ (invention) นั้นเอง โดยหลักแล้วเมื่อพูดถึงการประดิษฐ์เราก็มักจะคิดถึงสิ่งที่เป็นตัววัตถุที่มีรูปร่างและสามารถจับต้องได้ นั่นก็คือตัวผลิตภัณฑ์ (product) แต่ตามข้อตกลง TRIPS

¹⁶ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, Art. 70.8, น. 170.

นั้น สิ่งประดิษฐ์ที่ไม่มีรูปร่างและไม่อาจจับต้องได้ก็สามารถนำมาขอรับสิทธิบัตรได้เช่นเดียวกัน ซึ่งก็คือสิทธิบัตรในกรรมวิธี (process) นั้นเอง

2.2.1 สิ่งที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้

อย่างที่ได้อธิบายมาแล้วว่าสิ่งที่อาจนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ภายใต้ข้อตกลง TRIPS นั้นก็คือการประดิษฐ์ ซึ่ง Article 27¹⁷ ได้กำหนดถึงรูปแบบและขอบเขตของการประดิษฐ์ที่อาจนำมาขอรับสิทธิบัตรได้เอาไว้ ดังนี้

(1) ความหมายของการประดิษฐ์

ข้อตกลง TRIPS ได้กำหนดให้มีการให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ (invention) เอาไว้ใน Article 27.1 อย่างไรก็ตามข้อตกลง TRIPS ก็ได้ให้ความหมายหรือคำนิยามของการประดิษฐ์เอาไว้ ซึ่งการพิจารณาว่าสิ่งใดคือการประดิษฐ์หรือไม่นั้นมีความสำคัญเนื่องจากสิ่งที่จะนำมาขอจดสิทธิบัตรได้ตามข้อตกลง TRIPS นั้นเงื่อนไขอย่างแรกก็คือสิ่งนั้นจะต้องเป็นการประดิษฐ์หรือสิ่งประดิษฐ์ (invention) หากเข้าเงื่อนไขในข้อแรกนี้แล้วจึงค่อยไปพิจารณาถึงเงื่อนไขอื่น ๆ ต่อไป แต่หากสิ่งที่จะนำมาขอจดสิทธิบัตรนั้นไม่ใช่การประดิษฐ์แล้วก็ย่อมไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขอื่น ๆ อีกเลย เพราะสิ่งที่มีใช้การประดิษฐ์ย่อมไม่อาจนำมาขอรับสิทธิบัตรได้

กฎหมายของบางประเทศ เช่น อังกฤษ¹⁸ ไม่ได้มีบทบัญญัติที่ให้คำนิยามหรือความหมายของการประดิษฐ์เอาไว้ โดยถือว่าสิ่งที่มีลักษณะเข้าตามเงื่อนไขสามประการในการขอรับสิทธิบัตรนั้นเป็นสิ่งประดิษฐ์แล้ว แต่กฎหมายของบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา¹⁹ หรือไทย²⁰ ได้มีการให้คำนิยามของการประดิษฐ์เอาไว้ ซึ่งกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ที่ได้ให้คำนิยาม

¹⁷ เฟ็งอ้วง, Art. 27, น. 164.

¹⁸ United Kingdom Patents Act 1977 (as amended 2006), Sec. 1.

¹⁹ United States Code Title 35 - Patents, § 100

“When used in this title unless the context otherwise indicates-

(a) The term “invention” means invention or discovery.”.

²⁰ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 มาตรา 3.

ของการประดิษฐ์เอาไว้ส่วนใหญ่แล้วจะได้รับสิทธิพลมาจากกฎหมายแม่แบบขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Model Law for Developing Countries on Inventions)²¹

ปัญหาประการหนึ่งที่เกิดขึ้นคือ การแยกแยะระหว่างการประดิษฐ์ (invention) และการค้นพบ (discovery) เนื่องจากการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรภายใต้ข้อตกลง TRIPS นั้น กำหนดว่าประเทศภาคีสมาชิกจะต้องให้ความคุ้มครองเฉพาะการประดิษฐ์ (invention) เท่านั้น มิได้กำหนดว่าจะต้องให้ความคุ้มครองถึงการค้นพบ (discovery) ด้วย ซึ่งสิ่งที่นำมาขอจดสิทธิบัตรบางอย่างนั้นก็เป็นกรยากที่จะชี้ชัดลงไปว่าเป็นการประดิษฐ์หรือการค้นพบ เช่น ในเรื่องของเทคโนโลยีชีวภาพ แต่ทั้งนี้ข้อแตกต่างใหญ่ ๆ ระหว่างการประดิษฐ์กับการค้นพบ คือ การประดิษฐ์นั้นเป็นการแก้ไขปัญหาทางเทคนิคที่อาจนำไปประยุกต์ใช้เพื่อการผลิตในทางอุตสาหกรรมได้ แต่การค้นพบนั้นเป็นเพียงการอธิบายปรากฏการณ์ธรรมชาติหรือสิ่งต่าง ๆ ด้วยทฤษฎีหรือกฎเกณฑ์ทางวิทยาศาสตร์หรือคณิตศาสตร์ และการประดิษฐ์นั้นเป็นการเพิ่มพูนความรู้และอำนวยความสะดวกในการดำเนินชีวิตประจำวันให้แก่มนุษย์ ในขณะที่การค้นพบนั้นเป็นการเพิ่มพูนความรู้เพียงอย่างเดียวเท่านั้น²²

ในเรื่องของยารักษาโรคนั้น การประดิษฐ์ที่จะนำมาขอรับสิทธิบัตรได้คือตัวผลิตภัณฑ์ยารักษาโรค นั่นก็คือตัวยาที่เราเห็นกันอยู่ทั่ว ๆ ไป เช่น ยาเม็ด ยาแคปซูล ยาน้ำ ยาผง ฯลฯ เป็นต้น และกรรมวิธีในการผลิตยารักษาโรคซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่มีรูปร่าง เช่น กรรมวิธีในการผลิตยาชนิดหนึ่ง ๆ ที่อาจจะต้องมีการสังเคราะห์หรือสกัดสารเคมีหลาย ๆ ชนิดแล้วนำมาทำการผสมเข้าด้วยกันในปริมาณและสัดส่วนที่ถูกต้อง แล้วจากนั้นอาจจะต้องนำมาผ่านกระบวนการต่าง ๆ อีกหลายกระบวนการ เช่น นำไปกลั่น หรือนำไปผ่านความดัน แล้วจึงนำมาบดเป็นผงหรืออัดเป็นเม็ดจนออกมาเป็นตัวผลิตภัณฑ์ยาที่เราเห็นกันอยู่ เป็นต้น

(2) รูปแบบและขอบเขตของการประดิษฐ์

Article 27.1 ของข้อตกลง TRIPS บัญญัติไว้ว่า “Subject to the provision of paragraphs 2 and 3, patents shall be available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology...” ซึ่งมีความหมายว่าประเทศภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกจะต้องให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่การประดิษฐ์ไม่ว่าการประดิษฐ์นั้นจะอยู่ในรูปแบบ

²¹ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, กฎหมายสิทธิบัตร : แนวความคิดและบทวิเคราะห์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), น. 86.

²² เฟิงอ้าง, น. 87.

ของผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีก็ตาม ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อก่อนหน้านี้ โดยกำหนดว่าการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรนี้มีขอบเขตครอบคลุมถึงการประดิษฐ์ในทุกสาขาเทคโนโลยี

การที่ข้อตกลง TRIPS กำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกจะต้องมีการให้ความคุ้มครองแก่ทุกสาขาเทคโนโลยีนี้ ย่อมหมายความว่าประเทศภาคีสมาชิกจะมีการบัญญัติกฎหมายภายในของตนในการยกเว้นไม่ให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีสาขาใดสาขาหนึ่งมิได้ เว้นแต่เป็นกรณีข้อยกเว้นตาม Article 27.2 และ 27.3 ซึ่งตาม Article ดังกล่าวก็มีได้กล่าวถึงยารักษาโรคเอาไว้

2.2.2 ข้อยกเว้น

ข้อตกลง TRIPS กำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถยกเว้นไม่ให้ความคุ้มครองแก่สิ่งประดิษฐ์หรือการประดิษฐ์บางอย่างได้ ดังที่กำหนดไว้ใน Article 27.2 และ 27.3 ซึ่งส่วนใหญ่แล้วข้อยกเว้นเหล่านี้จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของสังคม ชีวิตของมนุษย์ และการประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพ โดยข้อยกเว้นเหล่านี้ได้แก่

(1) การประดิษฐ์ที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อย ศีลธรรม สุขภาพหรือชีวิตของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช หรือสิ่งแวดล้อม

Article 27.2 กำหนดข้อยกเว้นสำหรับการประดิษฐ์ที่ประเทศภาคีสมาชิกอาจยกเว้นไม่ให้ความคุ้มครองเอาไว้ เพื่อเหตุผลในการปกป้องคุ้มครองและรักษาความสงบเรียบร้อย ศีลธรรม รวมทั้งเพื่อการคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช หรือเพื่อการป้องกันความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ก็ได้หมายความว่าประเทศภาคีสมาชิกจะกำหนดข้อยกเว้นโดยอ้างเหตุผลเหล่านี้ได้ตามใจชอบ แต่การกำหนดข้อยกเว้นตาม Article นี้จะต้องผ่านเงื่อนไข 2 ประการ²³ ประการแรก คือ ในการกำหนดข้อยกเว้นตาม Article 27.2 นี้จะต้องเป็นการยกเว้นไม่ให้ความคุ้มครองเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้ประโยชน์ในทางการค้า (commercial exploitation) ซึ่งการประดิษฐ์ดังกล่าว โดยมีเหตุผลในการปกป้องคุ้มครองความสงบเรียบร้อย ศีลธรรม สุขภาพ หรือชีวิตของมนุษย์ สัตว์ พืช หรือสิ่งแวดล้อม นั้นหมายความว่า เมื่อประเทศภาคีสมาชิกประเทศใดกำหนดข้อยกเว้นมิให้การประดิษฐ์ใดตาม Article 27.2 นี้สามารถนำมาขอรับสิทธิบัตรได้แล้ว

²³ Nuno Pires de Carvalho, The TRIPS Regime of Patent Rights (Hague: Kluwer Law International, 2005), p. 209.

ประเทศภาคีสมาชิกนั้นก็ต้องป้องกันมิให้มีการนำการประดิษฐ์นั้นมาใช้ประโยชน์ในทางการค้า เช่น การวางจำหน่าย ด้วย²⁴ เนื่องจากการยกเว้นไม่ให้ความคุ้มครองแก่สิ่งประดิษฐ์นั้นมิได้หมายความว่าสิ่งประดิษฐ์จะไม่ถูกนำออกมาจำหน่ายหรือเผยแพร่สู่สังคม เมื่อสิ่งประดิษฐ์นั้นถูกอ้างว่าเป็นภัยต่อศีลธรรมหรือความสงบเรียบร้อย หากจะไม่ให้ความคุ้มครองแก่สิ่งประดิษฐ์ดังกล่าวแล้วก็ต้องป้องกันมิให้สิ่งประดิษฐ์นั้นปรากฏสู่สังคมด้วย และประการที่สอง คือ ในการกำหนดข้อยกเว้นตาม Article นี้ ประเทศภาคีจะกระทำด้วยเหตุผลเพียงเพราะว่าการใช้ประโยชน์ (exploitation) ในสิ่งประดิษฐ์นั้นต้องห้ามตามกฎหมายภายในของตนมิได้

(2) กรรมวิธีทางการแพทย์

ประเทศภาคีสมาชิกอาจยกเว้นไม่ให้ความคุ้มครองแก่วิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคของมนุษย์หรือสัตว์ก็ได้ตาม Article 27.3(a) ซึ่งส่วนใหญ่แล้วประเทศต่าง ๆ ก็มักจะกำหนดข้อยกเว้นข้อนี้เอาไว้เนื่องจากเหตุผลในทางศีลธรรม และในทางปฏิบัติแล้วสิทธิบัตรในเรื่องเหล่านี้ก็เป็นการยากที่จะให้ความคุ้มครองและบังคับใช้ นอกจากนี้กรรมวิธีทางการแพทย์ที่กระทำต่อมนุษย์หรือสัตว์นี้ก็ยังคงอาจจะถือว่าไม่เข้าเงื่อนไขที่จะนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ เพราะขาดคุณสมบัติที่จะสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้²⁵

(3) การประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพ

การประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพที่ข้อตกลง TRIPS อนุญาตให้ประเทศภาคีสมาชิกอาจยกเว้นไม่ให้การคุ้มครองตาม Article 27.3(b) นี้ได้แก่ พืชและสัตว์ กรรมวิธีทางชีววิทยาในการผลิตพืชหรือสัตว์ ยกเว้นจุลชีพและกรรมวิธีทางชีววิทยาและไม่ใช้ทางชีววิทยาในการผลิตจุลชีพ อย่างไรก็ตาม ประเทศภาคีสมาชิกมีพันธกรณีที่จะต้องให้ความคุ้มครองแก่พันธุ์พืชโดยสิทธิบัตรหรือโดยกฎหมายเฉพาะ (sui generis) หรือทั้งสองวิธีประกอบกัน

²⁴ Carlos M. Correa and Abdulqawi A. Yusuf, Intellectual Property and International Trade: The TRIPs Agreement (London: Kluwer Law International Ltd., 1998), p. 193.

²⁵ Carlos Correa, Integrating Public Health Concerns into Patent Legislation in Developing Countries (Geneva: South Centre, 2000), p. 26.

2.3 เงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตร

ในการยื่นขอจดสิทธิบัตรนั้นมีเงื่อนไขหลักที่ผู้ยื่นขอจะต้องพิสูจน์ให้ได้อยู่ 3 เงื่อนไขด้วยกัน คือ จะต้องมีความใหม่ (novelty) มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (inventive step) และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ (industrial applicable) ซึ่งเงื่อนไขเหล่านี้เป็นเงื่อนไขที่สำคัญในการที่จะสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของปัจเจกชนกับประโยชน์ของสาธารณชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องสิทธิบัตรยารักษาโรคซึ่งเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสุขภาพอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของคนทุกคน หากเงื่อนไขในการจดสิทธิบัตรมีความกว้างมากเกินไปย่อมจะส่งผลให้มีการออกสิทธิบัตรให้แก่ยารักษาโรคเป็นจำนวนมากและจะส่งผลให้เกิดการผูกขาดได้ นอกจากนี้ยังมีเงื่อนไขอีกอันหนึ่ง หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นหน้าที่ของผู้ขอรับสิทธิบัตรที่จะต้องกระทำตาม นั่นก็คือการเปิดเผยรายละเอียดในการประดิษฐ์ ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตร และเพื่อก่อให้เกิดการพัฒนาและต่อยอดการประดิษฐ์ต่อไป

2.3.1 มีความใหม่ (novelty)

เงื่อนไขในข้อนี้มีความหมายว่าสิ่งประดิษฐ์ที่จะนำมาขอจดสิทธิบัตรนั้นจะต้องไม่เคยปรากฏหรือเป็นที่รับรู้ของสาธารณชนมาก่อนจนถึงวันที่นำมาขอจดสิทธิบัตร เหตุผลเพราะว่าหากสิ่งที่จะนำมาขอจดสิทธิบัตรนั้นเป็นสิ่งที่เคยปรากฏหรือเป็นที่รับรู้กันอยู่ก่อนแล้ว เท่ากับว่าผู้ที่นำสิ่งนั้นมาขอจดสิทธิบัตรไม่ได้นำสิ่งประดิษฐ์ที่มีความใหม่มาเปิดเผยต่อสาธารณชน เมื่อไม่ได้สร้างสรรค์สิ่งใหม่ ๆ ขึ้นก็ไม่สมควรที่จะได้รับความคุ้มครองหรือเอกสิทธิ์ในการผูกขาดแต่อย่างใด

วัตถุประสงค์ที่สำคัญในการกำหนดเงื่อนไขของสิ่งที่จะนำมาจดสิทธิบัตรว่าจะต้องมีความใหม่ คือ เพื่อให้เป็นไปตามหลักการแลกเปลี่ยน นั่นก็คือ เมื่อจะมีการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ขอจดสิทธิบัตรโดยให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวแล้ว ผู้ขอจดสิทธิบัตรก็ต้องให้สิ่งตอบแทนหรือแลกเปลี่ยนแก่สังคมโดยการนำเสนอสิ่งใหม่ ๆ ที่ไม่เคยมีปรากฏมาก่อน และเพื่อเป็นหลักประกันว่ารัฐจะไม่ยอมให้ผู้ใดผู้หนึ่งได้รับสิทธิแต่เพียงผู้เดียวเหนือสิ่งที่เป็นของสาธารณะ นั่นก็คือ หากว่าสิ่งที่จะนำมาขอจดสิทธิบัตรนั้นเป็นสิ่งที่ปรากฏหรือเป็นที่รับรู้กันของสาธารณชนอยู่แล้วก็ไม่ควรที่จะมีผู้ใดได้สิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวเหนือสิ่งนั้น

การพิจารณาว่าสิ่งประดิษฐ์ใดเคยปรากฏหรือเป็นที่รับรู้ของสาธารณชนอยู่ก่อนแล้วหรือไม่ นั้นแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ บางประเทศถือว่าการที่สิ่งประดิษฐ์นั้นเคยปรากฏหรือเป็นที่รับรู้กันในต่างประเทศแต่ไม่เคยปรากฏหรือเป็นที่รับรู้กันภายในประเทศไม่ถือว่าสิ่งประดิษฐ์นั้นขาดความใหม่ บางประเทศก็กำหนดว่าการปรากฏหรือเป็นที่รับรู้ก่อนแล้วนั้นจะต้องอยู่ในรูปของลายลักษณ์อักษร เช่น กฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกา²⁶ เป็นต้น แต่โดยส่วนใหญ่แล้วการพิจารณาว่าสิ่งใดมีความใหม่หรือไม่ในกฎหมายสิทธิบัตรในยุคปัจจุบันมักจะใช้หลักการในการเทียบสิ่งประดิษฐ์นั้นกับสิ่งที่ปรากฏอยู่ก่อนแล้วไม่ว่า ณ ที่ใดในโลก²⁷

2.3.2 มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (inventive step)

นอกจากสิ่งที่น่าสนใจของจดสิทธิบัตรจะต้องมีความใหม่แล้ว สิ่งนั้นจะต้องมีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นด้วย โดยในกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศในยุโรปและประเทศอื่น ๆ กำหนดเงื่อนไขในข้อนี้โดยเรียกว่า “ขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น” (inventive step) แต่ในสหรัฐอเมริกา²⁸ เรียกเงื่อนไขในข้อนี้ว่า “ความไม่ประจักษ์ชัด” (non-obviousness)²⁹

เงื่อนไขในเรื่องขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นนี้เป็นเงื่อนไขเพื่อประเมินถึงคุณค่าของการประดิษฐ์ที่จะนำมาขอจดสิทธิบัตรว่าสิ่งประดิษฐ์นั้นได้รับการพัฒนาหรือปรับปรุงให้ดีขึ้นหรือไม่อย่างไร เพื่อที่จะเป็นหลักประกันว่าสาธารณชนจะได้รับสิ่งประดิษฐ์ที่มีความก้าวหน้าตอบแทนการมอบสิทธิแต่เพียงผู้เดียวให้แก่ผู้ขอจดสิทธิบัตร³⁰

²⁶ United States Code Title 35 - Patents, § 102

“A person shall be entitled to a patent unless -

(a) the invention was known or used by others in this country, or patented or described in a printed publication in this or a foreign country, before the invention thereof by the applicant for patent...”.

²⁷ Carlos Correa, *supra* note 25, p. 40.

²⁸ United States Code Title 35 - Patents, § 103.

²⁹ UNCTAD-ICTSD, *Resource book on TRIPS and development* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), p. 360.

³⁰ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 21*, น. 68.

หลักเกณฑ์ปกติที่ใช้ในการพิจารณาว่าสิ่งประดิษฐ์ที่นำมาขอจดสิทธิบัตรนั้นมีชั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นหรือไม่คือการประเมินว่าผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านนั้นสามารถจะคาดเห็นและทำการประดิษฐ์สิ่งประดิษฐ์แบบเดียวกันนั้นได้หรือไม่ ถ้าผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านดังกล่าวสามารถคาดเห็นหรือทำการประดิษฐ์สิ่งประดิษฐ์แบบเดียวกันนั้นได้ก็จะถือว่าสิ่งประดิษฐ์นั้นไม่ได้มีชั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นและไม่สามารถนำมาจดสิทธิบัตรได้³¹

2.3.3 สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ (industrial applicable)

ความสามารถในการประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมนี้เป็นเงื่อนไขสุดท้ายในการนำสิ่งประดิษฐ์มาขอจดสิทธิบัตร โดยประเทศต่าง ๆ มีความหมายของความสามารถในการประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้แตกต่างกันไป³² ยกตัวอย่างเช่น สหรัฐอเมริกาใช้หลักของควมมีประโยชน์ (usefulness)³³ ในการพิจารณาว่าจะรับจดสิทธิบัตรหรือไม่ ซึ่งหลักนี้มีความหมายกว้างกว่าความสามารถในการประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมที่ใช้กันในกฎหมายสิทธิบัตรของยุโรปและประเทศอื่น ๆ กล่าวคือ ตามกฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกา สิ่งประดิษฐ์นั้นเพียงแค่ว่าสามารถใช้งานได้ทางปฏิบัติและเป็นประโยชน์ (useful) ต่อมนุษย์แม้เพียงด้านใดด้านหนึ่งถึงแม้จะไม่สามารถนำมาผลิตหรือประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ก็ตาม ก็เพียงพอแล้วที่จะนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ ตัวอย่างเช่น สิทธิบัตรในวิธีการดำเนินการทางธุรกิจ ซึ่งมีการจดสิทธิบัตรเป็นจำนวนมากในสหรัฐอเมริกา³⁴ เป็นต้น

แม้กฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกาจะใช้หลักความมีประโยชน์ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าความสามารถในการประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม แต่กฎหมายสิทธิบัตรของ

³¹ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศ ว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), น. 226.

³² จักรกฤษณ์ ควรพจน์, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 21, น. 81.

³³ United States Code Title 35 - Patents, § 101

“Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefore...”.

³⁴ Carlos Correa, *supra note 25*, p. 48.

สหรัฐอเมริกาที่มีได้ขัดต่อข้อตกลง TRIPS แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในเชิงอรรถของ Article 27.1 ของข้อตกลง TRIPS กำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถใช้คำว่า “มีประโยชน์ (useful)” แทนคำว่า “ความสามารถในการประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม (capable of industrial application)” ได้³⁵ การที่ข้อตกลง TRIPS ได้กำหนดเชิงอรรถเช่นนี้ไว้ก็เพื่อให้สอดคล้องกับถ้อยคำในกฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกานั้นเอง³⁶

การที่ข้อตกลง TRIPS กำหนดเงื่อนไขข้อนี้ไว้เป็นเจตนารมณ์ที่ต้องการให้เกิดการใช้ประโยชน์ในสิ่งประดิษฐ์ที่นำมาขอรับสิทธิบัตรอย่างแท้จริง มิใช่ นำสิ่งที่เป็นเพียงแนวคิด กฎเกณฑ์ หรือทฤษฎีมาขอจดสิทธิบัตรโดยไม่สามารถนำมาใช้งานในทางปฏิบัติได้ และเพื่อให้เกิดความเจริญก้าวหน้าและการพัฒนาในเชิงอุตสาหกรรมจึงได้กำหนดให้สิ่งประดิษฐ์นั้นจะต้องสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ ทั้งนี้ไม่รวมถึงกฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกาดังที่ได้กล่าวมาแล้ว หรือของประเทศอื่น ๆ ที่อาจเลือกใช้ความหมายเช่นเดียวกันกับสหรัฐอเมริกา

2.3.4 ต้องเปิดเผยรายละเอียดในการประดิษฐ์ (disclosure)

นอกจากสิ่งประดิษฐ์ที่นำมาขอจดสิทธิบัตรจะต้องมีคุณสมบัติครบถ้วนตามเงื่อนไขสามประการข้างต้นแล้ว เงื่อนไขอีกข้อหนึ่งซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้ขอจดสิทธิบัตรที่จะต้องกระทำตามที่ข้อตกลง TRIPS ได้กำหนดเอาไว้ คือ การเปิดเผยรายละเอียดในการประดิษฐ์ โดยเจตนารมณ์ของการบังคับให้ผู้ขอจดสิทธิบัตรจะต้องทำการเปิดเผยข้อมูลและรายละเอียดในการประดิษฐ์นี้ก็เนื่องมาจากแนวคิดในการให้ความคุ้มครองแก่สิ่งประดิษฐ์โดยการออกสิทธิบัตรให้เพื่อส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาและเกิดความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี ผู้ทรงสิทธิบัตรจะได้รับสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวแตกต่างกับการที่จะต้องเปิดเผยรายละเอียดขั้นตอนของสิ่งประดิษฐ์ที่ตนได้คิดค้นขึ้นมาให้สาธารณชนได้รับทราบ เพื่อให้ผู้อื่นสามารถศึกษาทำความเข้าใจและปรับปรุงพัฒนาสิ่งประดิษฐ์

³⁵ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, เชิงอรรถของ Art. 27.1, น. 164.

“For the purposes of this Article, the terms “inventive step” and “capable of industrial application” may be deemed by a Member to be synonymous with the terms “non-obvious” and “useful” respectively.”

³⁶ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31, น. 223.

ดังกล่าวนี้ให้ดีขึ้นหรือเป็นแนวทางในการประดิษฐ์คิดค้นสิ่งประดิษฐ์อื่น ๆ อันจะส่งผลให้เกิดความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาการและเป็นประโยชน์ต่อสังคมส่วนรวม

(1) ข้อกำหนดในการเปิดเผยรายละเอียดในการประดิษฐ์

Article 29.1³⁷ ของข้อตกลง TRIPS กำหนดว่า ประเทศภาคีสมาชิกจะต้องกำหนดให้ผู้ออกจดสิทธิบัตรต้องเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับสิ่งประดิษฐ์ในลักษณะที่ชัดเจนและสมบูรณ์พอที่ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านนั้นจะสามารถทำและปฏิบัติตามรายละเอียดในการประดิษฐ์สิ่งประดิษฐ์นั้นได้ การเปิดเผยรายละเอียดนี้ไม่จำเป็นที่จะต้องให้รายละเอียดทั้งหมดที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องในการประดิษฐ์สิ่งประดิษฐ์นั้น ผู้ออกจดสิทธิบัตรมีหน้าที่ที่จะต้องให้รายละเอียดเกี่ยวกับข้อมูลที่เป็นโดยตรงในการประดิษฐ์เท่านั้น

การเปิดเผยรายละเอียดในการประดิษฐ์ผลิตภัณฑ์ (product) นั้นอาจไม่ค่อยมีข้อยุ่งยากนัก เนื่องจากเป็นการเปิดเผยรายละเอียดของส่วนประกอบต่าง ๆ เป็นส่วนใหญ่ แต่การเปิดเผยรายละเอียดในกรรมวิธี (process) นั้นอาจมีความยุ่งยากซับซ้อนกว่ามาก เนื่องจากกรรมวิธีที่นำมาขอจดสิทธิบัตรนั้นมักจะเป็นเพียงส่วนหนึ่งของกระบวนการเบื้องหลังอื่น ๆ อีกมากมายและการที่จะเข้าใจในกรรมวิธีดังกล่าวได้จะต้องอาศัยความรู้เกี่ยวกับกระบวนการเบื้องหลังเหล่านั้น ดังนั้น จึงเป็นที่ยอมรับกันว่าผู้ออกจดสิทธิบัตรมีหน้าที่เพียงเปิดเผยรายละเอียดเท่าที่จะทำให้ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านนั้นสามารถเข้าใจได้ภายใต้สภาวะการปฏิบัติ³⁸

การเปิดเผยรายละเอียดในการประดิษฐ์นั้นไม่เพียงแต่จะต้องทำให้ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านนั้นสามารถเข้าใจในรายละเอียดของการประดิษฐ์นั้นได้ แต่จะต้องเพียงพอที่จะทำให้ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญดังกล่าวสามารถทำตามรายละเอียดในการประดิษฐ์นั้นได้โดยอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญที่มีอยู่ของตนบวกกับรายละเอียดที่ถูกเปิดเผยของสิ่งประดิษฐ์นั้น ทั้งนี้โดยไม่จำเป็นที่จะต้องทำวิศวกรรมย้อนกลับ (reverse engineering) หรือกระทำการทดลองอื่น ๆ เพิ่มเติมเกินความจำเป็น (undue experiment)³⁹

นอกจากนี้ข้อตกลง TRIPS ยังกำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถที่จะกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ออกจดสิทธิบัตร (applicant) จะต้องเปิดเผยวิธีการที่ดีที่สุดในการประดิษฐ์ (best

³⁷ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, เจริญธรรมของ Art. 29.1, น. 165.

³⁸ Nuno Pires de Carvalho, *supra note* 23, p. 255.

³⁹ *Ibid.*, p. 256.

mode) ซึ่งผู้ประดิษฐ์ (inventor) ทราบอยู่แล้ว ณ วันที่ทำการยื่นขอจดสิทธิบัตรได้ ทั้งนี้ตาม Article 29.1⁴⁰ ได้เจาะจงที่จะใช้คำว่า “ผู้ขอจดสิทธิบัตร” (applicant) กับ “ผู้ประดิษฐ์” (inventor) โดยกำหนดให้ผู้ขอจดสิทธิบัตรมีหน้าที่ในการเปิดเผยสิ่งที่ผู้ประดิษฐ์ เนื่องจากในความเป็นจริงแล้วผู้ที่ยื่นขอจดสิทธิบัตรนั้นมักจะเป็นคนละคนกับผู้ทำการประดิษฐ์คิดค้นจริง ๆ เช่น ผู้ประดิษฐ์ อาจเป็นลูกจ้างของผู้ขอจดสิทธิบัตรซึ่งเป็นนายจ้าง และผู้ที่จะทราบถึงรายละเอียดและวิธีการในการประดิษฐ์ที่ดีที่สุดนั้นก็ย่อมต้องเป็นผู้ทำการประดิษฐ์อย่างแน่นอน ดังนั้น ผู้ที่ยื่นขอจดสิทธิบัตรจึงถูกกำหนดให้ต้องมีหน้าที่ในการแจ้งข้อมูลดังกล่าวในขณะที่ยื่นขอจดสิทธิบัตรด้วย⁴¹

อย่างไรก็ดี ข้อกำหนดในการเปิดเผยวิธีการที่ดีที่สุดในการประดิษฐ์นี้เป็นเพียงข้อกำหนดที่ข้อตกลง TRIPS กำหนดว่าประเทศภาคีสมาชิกอาจจัดให้มีขึ้นในกฎหมายภายในของตนหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้เพราะทุกประเทศถูกกำหนดให้ทำตามมาตรฐานขั้นต่ำในการออกกฎหมายบังคับให้ผู้ยื่นขอจดสิทธิบัตรจะต้องเปิดเผยรายละเอียดในการประดิษฐ์อยู่แล้ว และหน้าที่ในการเปิดเผยวิธีการที่ดีที่สุดในการประดิษฐ์นี้ครอบคลุมถึงเพียงสิ่งที่ผู้ประดิษฐ์รู้จนถึงวันที่มีการยื่นขอจดสิทธิบัตรเท่านั้น แม้ในภายหลังผู้ประดิษฐ์จะได้คิดค้นวิธีการประดิษฐ์ที่มีประสิทธิภาพหรือดีกว่าขึ้นมาผู้ประดิษฐ์หรือผู้ยื่นขอจดสิทธิบัตร หรือผู้ทรงสิทธิบัตรในกรณีที่มีการออกสิทธิบัตรให้แล้ว ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องเปิดเผยวิธีการเหล่านั้นที่คิดค้นขึ้นในภายหลังแต่อย่างใด

(2) การเปิดเผยข้อมูลการขอรับสิทธิบัตรในต่างประเทศ

ข้อตกลง TRIPS Article 29.2 กำหนดว่า ประเทศภาคีสมาชิกอาจกำหนดให้ผู้ขอจดสิทธิบัตรจะต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับการขอรับสิทธิบัตรและสิทธิบัตรที่ได้รับในต่างประเทศของสิ่งประดิษฐ์ที่ตนประสงค์จะขอรับสิทธิบัตรก็ได้ ทั้งนี้ข้อกำหนดนี้เป็นไปตามหลักความเป็นอิสระของสิทธิบัตรใน Article 4bis(1)⁴² ของอนุสัญญากรุงปารีส ซึ่งกำหนดว่าสิทธิบัตรที่ออกในแต่ละ

⁴⁰ อ่างแล้ว เชนเจอร์นัลที่ 1, Art. 29.1, น. 165.

“...may require the *applicant* to indicate the best mode for carrying out the invention known to the *inventor*...” (emphasis added).

⁴¹ Nuno Pires de Carvalho, *supra* note 23, p. 258.

⁴² Paris Convention, Art. 4bis(1)

“(1) Patents applied for in the various countries of the Union by nationals of countries of the Union shall be independent of patents obtained for the same invention in other countries, whether members of the Union or not.”.

ประเทศย่อมเป็นอิสระแยกต่างหากจากกัน ความสมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ของสิทธิบัตรในประเทศต่าง ๆ ย่อมไม่ส่งผลกระทบต่อถึงกัน

ข้อกำหนดในข้อนี้เป็นการสนองตอบต่อแนวปฏิบัติของกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาที่มีความร่วมมือกันในการค้นหาและตรวจสอบสิทธิบัตรระหว่างกัน ซึ่งจะช่วยให้ประเทศที่มีระบบตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรซึ่งยังไม่ค่อยก้าวหน้านักสามารถที่จะใช้หรืออ้างอิงข้อมูลและรายละเอียดต่าง ๆ จากประเทศที่มีระบบการตรวจสอบที่ดีกว่าได้⁴³

2.4 การไม่เลือกปฏิบัติ

ข้อห้ามในการเลือกปฏิบัตินั้นถูกกำหนดไว้ใน Article 27.1 ตอนท้าย โดยกำหนดว่าการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรนั้นจะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติต่อสถานที่ที่ทำการประดิษฐ์ สาขาเทคโนโลยี และสถานที่ที่ทำการผลิตสิ่งประดิษฐ์นั้น โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.4.1 การไม่เลือกปฏิบัติต่อสถานที่ที่ทำการประดิษฐ์

ข้อตกลง TRIPS กำหนดห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติต่อสถานที่ที่ทำการประดิษฐ์ นั่นก็คือ ไม่ว่าสิ่งประดิษฐ์ที่นำมาขอจดสิทธิบัตรนั้นจะถูกคิดค้นหรือประดิษฐ์ขึ้นในประเทศหรือต่างประเทศก็ตาม ประเทศภาคีสมาชิกก็จะต้องให้ความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ประเทศภาคีสมาชิกให้สิทธิพิเศษแก่นักประดิษฐ์ที่ทำการประดิษฐ์ขึ้นภายในประเทศของตน ยกตัวอย่างเช่น ประเทศภาคีสมาชิกจะกำหนดเงื่อนไขว่าสิ่งประดิษฐ์ที่ทำการประดิษฐ์ภายนอกประเทศหากจะนำมาจดสิทธิบัตรในประเทศจะต้องผ่านการตรวจสอบเป็นพิเศษก่อนในขณะที่สิ่งประดิษฐ์ที่ทำขึ้นภายในประเทศไม่ต้องผ่านกระบวนการตรวจสอบดังกล่าว เช่นนี้ก็จะถือว่าการขัดต่อข้อตกลง TRIPS

การที่ข้อตกลง TRIPS ต้องกำหนดเช่นนี้ก็เพราะการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อสถานที่ที่ทำการประดิษฐ์นั้นไม่เป็นการขัดต่อหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) เนื่องจากหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินั้นห้ามการเลือกปฏิบัติโดยอ้างความแตกต่างของสัญชาติของ

⁴³ Nuno Pires de Carvalho, *supra note* 23, p. 258.

บุคคล แต่การเลือกปฏิบัติในข้อนี้เป็นการเลือกปฏิบัติต่อสถานที่ที่ทำการประดิษฐ์โดยไม่เกี่ยวข้องกับ
กับสัญชาติของผู้ที่ทำการประดิษฐ์

2.4.2 การไม่เลือกปฏิบัติต่อสาขาเทคโนโลยี

การห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติในเรื่องของสาขาเทคโนโลยีนี้หมายความว่า ประเทศ
ภาคีสมาชิกจะกำหนดเงื่อนไขที่แตกต่างกันในการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรในแต่ละสาขา
เทคโนโลยีหรือในบางสาขาเทคโนโลยีไม่ได้ ยกตัวอย่างเช่น จะกำหนดยกเว้นไม่ให้ความคุ้มครอง
แก่สิทธิบัตรยารักษาโรคเป็นการเฉพาะไม่ได้ หรือจะกำหนดให้การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตร
เกี่ยวกับยารักษาโรคมีระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองเพียง 10 ปี ในขณะที่การให้ความ
คุ้มครองสิทธิบัตรในสาขาอื่น ๆ มีระยะเวลา 20 ปี หรือกำหนดให้ผู้ทรงสิทธิบัตรในสาขาเทคโนโลยี
เกี่ยวกับอาวุธห้ามทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ เช่นนี้ไม่สามารถกระทำได้ เป็นต้น

2.4.3 การไม่เลือกปฏิบัติต่อสถานที่ผลิต

หน้าที่ประการหนึ่งของผู้ทรงสิทธิบัตรคือการใช้ประโยชน์ในสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตร
ของตนโดยการผลิตและจำหน่ายสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรนั้นภายในประเทศที่ตนได้รับสิทธิบัตร
จุดมุ่งหมายก็เพื่อให้ผู้ทรงสิทธิบัตรได้ทำการลงทุนภายในประเทศที่ตนไปขอจดสิทธิบัตรไว้⁴⁴ และ
เพื่อป้องกันการนำสิทธิบัตรไปเป็นเครื่องมือในการกีดกันคู่แข่งทางการค้า ในการที่จะทำให้น้ำที่
ดังกล่าวมีสภาพบังคับหลายประเทศจึงมีการใช้มาตรการบางอย่าง เช่น มาตรการบังคับใช้สิทธิ
รวมถึงการเพิกถอนหรือริบคืนสิทธิบัตร

ประเทศต่าง ๆ มีหลักการในการพิจารณาว่าอย่างไรจึงจะเป็นการใช้ประโยชน์ใน
สิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรภายในประเทศแตกต่างกันออกไป บางประเทศกำหนดว่าจะต้องมีการ
ผลิตสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรนั้นภายในประเทศจึงจะถือว่าเป็นการใช้ประโยชน์แล้ว แต่บาง
ประเทศก็กำหนดเพียงว่าการนำเข้าสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรนั้นจากต่างประเทศเข้ามาจำหน่าย
ในประเทศก็เพียงพอแล้ว ในทางปฏิบัตินั้น หากจะให้ผู้ทรงสิทธิบัตรจะต้องทำการผลิตในทุก
ประเทศที่ตนไปขอจดสิทธิบัตรไว้ก็จะเป็นภาระที่หนักสำหรับผู้ทรงสิทธิบัตรมาก เพราะการเข้าไป

⁴⁴ *Ibid.*, p. 195.

ทำการผลิตนั้นหมายความว่าผู้ทรงสิทธิบัตรจะต้องทำการลงทุนตั้งโรงงาน หรือลงทุนจ้างให้ผู้อื่นผลิตให้ การที่ผู้ทรงสิทธิสามารถผลิตสิ่งประดิษฐ์ของตนในประเทศใดประเทศหนึ่งแล้วส่งออกไปขายยังประเทศอื่น ๆ ที่ตนไปขอจดสิทธิบัตรไว้ดูจะเป็นสิ่งที่สมเหตุสมผลมากกว่า

การห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติต่อสถานที่ที่ทำการผลิตตามข้อตกลง TRIPS นี้มีความหมายถึงการห้ามมิให้ประเทศภาคีสมาชิกกำหนดหน้าที่ซึ่งบังคับให้ผู้ทรงสิทธิบัตรจะต้องกระทำการผลิตสิ่งประดิษฐ์ของตนภายในประเทศเพื่อจะถือว่าเป็นการได้ใช้ประโยชน์ในสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรแล้ว โดยยอมให้ผู้ทรงสิทธิบัตรสามารถนำเข้าสิ่งประดิษฐ์ของตนซึ่งผลิตจากประเทศอื่นแทนการผลิตภายในประเทศและให้ถือว่าเป็นการได้ใช้ประโยชน์ในสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรภายในประเทศแล้ว ซึ่งหลักการนี้ก็คล้ายกับหลักการใน Article III.4⁴⁵ ของ GATT นั้นเอง⁴⁶

2.5 สิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตร

สิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรถูกกำหนดไว้ใน Article 28⁴⁷ ของข้อตกลง TRIPS โดยสิทธิดังกล่าวนี้มีใช้การให้สิทธิในการใช้ประโยชน์จากสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตร เพราะสิทธิในการใช้ประโยชน์จากสิ่งต่าง ๆ ในทางแพ่งนั้นย่อมเป็นสิทธิที่บุคคลทุกคนมีอยู่แล้ว แต่เป็นสิทธิในการที่จะห้ามมิให้บุคคลอื่นใช้ประโยชน์จากสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรนั้น ซึ่งใน Article 28.1 ได้แยกสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรออกตามรูปแบบของการประดิษฐ์ นั่นคือ

⁴⁵ GATT 1947, Art. III.4

“4. The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use. The provisions of this paragraph shall not prevent the application of differential internal transportation charges which are based exclusively on the economic operation of the means of transport and not on the nationality of the product.”.

⁴⁶ Nuno Pires de Carvalho, *supra note* 23, p. 196.

⁴⁷ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, Art. 28, น. 164.

2.5.1 สิทธิในผลิตภัณฑ์ (product)

สิทธิในผลิตภัณฑ์ เป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทรงสิทธิบัตรที่ได้ทำการจดสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ (product patent) ของตนเองไว้ โดยข้อตกลง TRIPS ได้กำหนดสิทธิในผลิตภัณฑ์ของผู้ทรงสิทธิบัตรเอาไว้หลายประการด้วยกัน คือ

(1) สิทธิในการผลิต (making)

สิทธิในการผลิตนี้คือสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิบัตรที่จะทำการผลิตสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรของตนขึ้นมา บุคคลอื่นที่ไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิบัตรไม่สามารถที่จะกระทำการผลิตสิ่งประดิษฐ์เดียวกันนั้นได้ การห้ามทำการผลิตสิ่งประดิษฐ์แบบเดียวกับสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรนี้มีความมุ่งหมายถึงตัวสิ่งประดิษฐ์หรือผลิตภัณฑ์ที่ทำขึ้นมา ดังนั้น แม้บุคคลอื่นจะทำการผลิตสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรโดยใช้วิธีในการผลิตคนละวิธีกัน แต่หากผลลัพธ์สุดท้ายที่ได้ออกมาคือสิ่งประดิษฐ์แบบเดียวกับสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรแล้วก็ย่อมเป็นการทำละเมิดต่อสิทธิบัตรนั้น

(2) สิทธิในการใช้ (using)

ผู้ทรงสิทธิบัตรเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้ประโยชน์จากสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรของตน การใช้มีความหมายถึงการนำสิ่งประดิษฐ์นั้นไปใช้ประโยชน์ในทางใดทางหนึ่งอันเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการประดิษฐ์นั้น⁴⁸ ไม่ว่าจะเป็นการใช้ส่วนตัวหรือใช้ในเชิงพาณิชย์ก็ตาม

อย่างไรก็ดี การที่บุคคลใดซื้อสิ่งประดิษฐ์หรือสินค้าที่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ที่ได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิบัตรได้ทำการจำหน่ายมาอย่างถูกต้อง บุคคลนั้นก็ย่อมมีสิทธิในการใช้สอยสิ่งดังกล่าวที่ตนได้ซื้อมาโดยไม่เป็นการละเมิดสิทธิบัตรและผู้ทรงสิทธิบัตรก็มีอาจอ้างสิทธิของตนในการหวงห้ามมิให้ผู้ซื้อกระทำการอย่างใด ๆ ต่อสิ่งประดิษฐ์นั้นได้ ทั้งนี้เพราะสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิบัตรเหนือสิ่งประดิษฐ์ชิ้นนั้น ๆ ได้หมดสิ้นไปแล้วเมื่อผู้ทรงสิทธิทำการจำหน่ายสิ่งประดิษฐ์ชิ้นนั้น ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการระงับสิ้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (exhaustion of intellectual property rights) ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไปในบทที่ 3

⁴⁸ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21, น. 293.

(3) สิทธิในการเสนอขาย (offering for sale)

การเสนอขาย คือ การเสนอหรือชักชวนให้ผู้อื่นซื้อสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ของตน เช่น การโฆษณา การเสนอแคตตาล็อกสินค้า เป็นต้น ภายใต้ข้อตกลง TRIPS ผู้ทรงสิทธิบัตรมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการที่จะเสนอขายผลิตภัณฑ์หรือสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรของตน ซึ่งเป็นการป้องกันการทำเลเมิดสิทธิบัตรเสียตั้งแต่ก่อนจะมีการขายเกิดขึ้น

(4) สิทธิในการขาย (selling)

สิทธิในการขายเป็นเรื่องหลักที่ผู้ทรงสิทธิบัตรให้ความสนใจมากที่สุด เนื่องจากการขายเป็นการแสวงหาประโยชน์หรือผลตอบแทนจากสิ่งประดิษฐ์ที่สำคัญที่สุดของผู้ทรงสิทธิบัตร ข้อตกลง TRIPS ได้กำหนดให้ผู้ทรงสิทธิบัตรมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการขายสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรของตน บุคคลอื่นไม่มีสิทธิในการนำผลิตภัณฑ์หรือสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรของผู้ทรงสิทธิบัตรออกขาย แต่ทั้งนี้ภายใต้หลักการระดับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

(5) สิทธิในการนำเข้า (importing)

นอกเหนือจากสิทธิต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น เพื่อให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิบัตรที่มีอยู่เหนือสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรของตนเป็นไปอย่างสมบูรณ์ ข้อตกลง TRIPS จึงได้กำหนดให้ผู้ทรงสิทธิบัตรเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการนำเข้าสิ่งประดิษฐ์หรือผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรของตน

การนำเข้านี้ก็คือการนำผลิตภัณฑ์หรือสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรจากต่างประเทศเข้ามาขายภายในประเทศโดยไม่ว่าผลิตภัณฑ์นั้นจะผลิตและจำหน่ายโดยได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิหรือไม่ก็ตาม แต่ทั้งนี้ก็ต้องอยู่ภายใต้หลักการระดับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาด้วย ซึ่งจะได้กล่าวถึงอย่างละเอียดต่อไป

2.5.2 สิทธิในกรรมวิธี (process)

นอกจากสิทธิแต่เพียงผู้เดียวเหนือตัวผลิตภัณฑ์หรือสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรของผู้ทรงสิทธิบัตรแล้ว สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิบัตรอีกอย่างหนึ่งซึ่งข้อตกลง TRIPS ให้ความสำคัญคุ้มครองก็คือสิทธิในกรรมวิธี (process) โดยสิทธิแต่เพียงผู้เดียวนี้นอกจากจะให้ความสำคัญคุ้มครองในเรื่องสิทธิในกรรมวิธีตามสิทธิบัตรแล้ว ยังครอบคลุมถึงสิทธิในผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นด้วยกรรมวิธีตามสิทธิบัตรด้วย ดังนี้

(1) สิทธิในกรรมวิธีตามสิทธิบัตร

สิทธิในกรรมวิธีนั้นเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทรงสิทธิบัตรซึ่งได้จดสิทธิบัตรในกรรมวิธี (process patent) เอาไว้ โดยการห้ามมิให้บุคคลอื่นที่ไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิบัตรใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตรดังกล่าวในการผลิตสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรนั้น แต่ทั้งนี้หากบุคคลอื่นได้ทำการผลิตสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรนั้นโดยการใช้กรรมวิธีอื่นนอกเหนือไปจากกรรมวิธีที่ผู้ทรงสิทธิบัตรได้จดสิทธิบัตรเอาไว้แล้วก็สามารถทำได้ เพราะสิทธิบัตรในกรรมวิธีนี้ห้ามเฉพาะการใช้กรรมวิธีอย่างเดียวกันตามสิทธิบัตรเท่านั้น

(2) สิทธิในผลิตภัณฑ์ที่ผลิตด้วยกรรมวิธีตามสิทธิบัตร

ผู้ทรงสิทธิบัตรในกรรมวิธีนอกจากจะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตรของตนในการผลิตสิ่งประดิษฐ์หรือผลิตภัณฑ์แล้ว ยังมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวเหนือผลิตภัณฑ์ที่ถูกผลิตขึ้นโดยใช้กรรมวิธีการผลิตตามกรรมวิธีในสิทธิบัตรของตนอีกด้วย ซึ่งสิทธิในผลิตภัณฑ์ที่ถูกผลิตขึ้นโดยใช้กรรมวิธีการผลิตตามกรรมวิธีในสิทธิบัตรนี้มีลักษณะเช่นเดียวกับสิทธิในผลิตภัณฑ์ของผู้ทรงสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ (product patent) ยกเว้นแต่เพียงว่า หากผลิตภัณฑ์นั้นถูกผลิตขึ้นมาโดยการใช้กรรมวิธีอื่นนอกเหนือจากกรรมวิธีตามสิทธิบัตรแล้ว แม้ผลิตภัณฑ์จะได้ออกมาเป็นผลิตภัณฑ์อย่างเดียวกัน แต่ผู้ทรงสิทธิบัตรในกรรมวิธี (process patent) ก็มิได้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวเหนือผลิตภัณฑ์ดังกล่าวแต่อย่างใด

เดิมก่อนที่ข้อตกลง TRIPS จะกำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองแก่ผลิตภัณฑ์ยารักษาโรคนั้น บางประเทศที่มีความสามารถในการผลิตยารักษาโรค เช่น อินเดีย ได้มีการทำวิศวกรรมย้อนกลับ (reverse engineering) ในผลิตภัณฑ์ยารักษาโรคที่มีสิทธิบัตร และปรับปรุงหรือเปลี่ยนแปลงกรรมวิธีในการผลิตให้แตกต่างจากกรรมวิธีในการผลิตตามสิทธิบัตรเพื่อทำการผลิตยาชื่อสามัญซึ่งมีสรรพคุณเหมือนหรือใกล้เคียงกันกับยาที่ผลิตด้วยกรรมวิธีตามสิทธิบัตรและนำออกจำหน่ายในราคาถูกลงกว่าหลายเท่าตัว แต่เมื่อข้อตกลง TRIPS ได้กำหนดพันธกรณีให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ยารักษาโรคด้วยนั้น การผลิตยาชื่อสามัญโดยการทำวิศวกรรมย้อนกลับนี้จึงถือว่าเป็นการกระทำละเมิดสิทธิบัตรและต้องห้ามตามข้อตกลง TRIPS

2.5.3 ระยะเวลาในการให้ความคุ้มครอง

Article 33⁴⁹ ของข้อตกลง TRIPS ได้กำหนดระยะเวลาขั้นต่ำที่ประเทศภาคีสมาชิกจะต้องให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรเอาไว้ว่าจะต้องไม่น้อยกว่า 20 ปี นับแต่วันที่มีการยื่นคำขอรับสิทธิบัตร โดยระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองดังกล่าวใช้บังคับกับสิทธิบัตรในทุกสาขาเทคโนโลยี

ระยะเวลา 20 ปี นี้เป็นระยะเวลาที่กำหนดเพื่อให้ผู้ทรงสิทธิบัตรได้ทำการหาประโยชน์จากสิ่งประดิษฐ์ของตน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือเป็นการให้โอกาสแก่ผู้ทรงสิทธิบัตรในการที่จะถอนต้นทุนในการประดิษฐ์คิดค้นและกอบโกยผลกำไรที่ได้จากการผูกขาดในสิ่งประดิษฐ์นั้น ซึ่งในบางกรณีก็อาจจะดูไม่เป็นธรรมเนื่องจากผู้ทรงสิทธิบัตรได้รับความคุ้มครองถึง 20 ปี นอกจากนี้ในการเจรจาวิภาคี เช่น การเจรจาเปิดเขตเสรีทางการค้า (Free Trade Area - FTA) กับสหรัฐอเมริกา ก็มักมีเงื่อนไขในการเจรจาที่กำหนดให้ประเทศคู่เจรจานั้นจะต้องทำการขยายระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรออกไปอีกหรือที่เรียกว่าข้อตกลงทริปส์ผนวก (TRIPS Plus) เป็นต้น โดยอาศัยการกดดันและความเป็นประเทศมหาอำนาจ อันจะเป็นผลดีต่อผู้ทรงสิทธิบัตรอย่างมาก แต่กลับเป็นผลเสียต่อประเทศที่ไม่ได้เป็นผู้คิดค้นสิ่งประดิษฐ์ โดยเฉพาะในประเทศพัฒนาน้อยที่สุดและประเทศกำลังพัฒนาที่ต้องพึ่งพาเทคโนโลยีจากประเทศพัฒนาแล้วเป็นส่วนใหญ่

⁴⁹ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, Art. 33, น. 167.