บทที่ 2

ความตกลงเจเทปา

2.1 ความทั่วไป

ประเทศไทยกับประเทศญี่ปุ่นมีความสัมพันธ์ทางการค้าต่อกันมาตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 17 ในสมัยราชอาณาจักรกรุงศรีอยุธยากับราชอาณาจักรริวกิว แต่ยังไม่มีการทำสนธิสัญญาตามแบบประเทศทางตะวันตกต่อกัน จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2430 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้โปรดเกล้าฯ ให้พระเจ้าน้องยาเธอกรมหลวงเทวังศ์วโรปการ เสนาบดีกระทรวงต่างประเทศไปลงพระนามใน "ปฏิญญาทางพระราชไมตรีและการค้าขายระหว่างประเทศญี่ปุ่นกับประเทศสยาม พ.ศ. 2430 (Declaration of Amity and Commerce between Japan and Siam, 26 September 1887) ที่กรุงโตเกียว ประเทศญี่ปุ่น เมื่อวันที่ 26 กันยายน พ.ศ. 2430 โดยมีนายอาโอกิ คูโซ รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงการต่างประเทศของประเทศญี่ปุ่นเป็นผู้มีอำนาจเต็มฝ่ายญี่ปุ่น สนธิสัญญาดังกล่าวเป็นความตกลงระหว่างประเทศฉบับแรกที่ทั้งสองประเทศกระทำต่อกันบนพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ หลังจากนั้นพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้โปรดเกล้าฯ ให้พระยาภาสกรวงศ์ ที่ปรึกษาราชการแผ่นดินเป็นอัครราชทูตไปยังประเทศญี่ปุ่นเพื่อลงนามในหนังสือแลกเปลี่ยนสัตยาบัน (ratification) สำหรับปฏิญญาทางพระราชไมตรีฯ ดังกล่าวเมื่อวันที่ 23 มกราคม พ.ศ. 2431[1] นับแต่นั้นเป็นต้นมาประเทศไทยกับประเทศญี่ปุ่นก็ได้มีการทำความตกลงระหว่างประเทศเพื่อเสริมสร้างความสัมพันธ์และความร่วมมือด้านต่าง ๆ ต่อกันมาโดยตลอด

นอกจากนี้ประเทศญี่ปุ่นและประเทศไทยยังได้เข้าร่วมเป็นภาคีในสนธิสัญญาพหุภาคีหลายฉบับทำให้ประเทศญี่ปุ่นและประเทศไทยมีพันธกรณีจะต้องปฏิบัติต่อกันตามความตกลงระหว่างประเทศเหล่านั้น เช่น อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 1992 (Convention on Biological Diversity, 1992) ความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก ฉบับลงวันที่ 15 เมษายน

---

[1] สุนทรี อาสะไวย์, "มิติประวัติศาสตร์ของความสัมพันธ์ไทย-ญี่ปุ่น", ความสัมพันธ์ไทย-ญี่ปุ่นดูจากสนธิสัญญาและข้อตกลงในรอบ 100 ปี (กรุงเทพมหานคร : Academic Development Services International,2539), น.16-18.

พ.ศ. 2537 รวมทั้งความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (ความตกลงทริปส์) (Agreement on Trade-Related Aspests of Intellectual Property Right (TRIPS Agreement) (1994) เป็นต้น

ในด้านความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจประเทศญี่ปุ่นนับเป็นประเทศคู่ค้าที่สำคัญของประเทศไทยในลำดับต้น ๆ มาโดยตลอด นักลงทุนชาวญี่ปุ่นได้เข้ามาลงทุนในประเทศไทยเป็นอันดับหนึ่งของ นักลงทุนทั่วโลกโดยเฉพาะในด้านอุตสาหกรรม โดยมีการนำการประดิษฐ์ที่คิดค้นได้มาขอรับสิทธิบัตรในประเทศไทยเป็นจำนวนมาก สถิติของกรมทรัพย์สินทางปัญญาระบุว่าระหว่างปี พ.ศ. 2544 จนถึงปี พ.ศ. 2549 [2] มีบุคคลสัญชาติญี่ปุ่นได้รับสิทธิบัตรในประเทศไทย จำนวน 2,240 ฉบับ จากจำนวนสิทธิบัตรทั้งหมด 9,674 ฉบับ (ซึ่งคิดเป็นร้อยละ 23.15) โดยสูงเป็นลำดับที่สองรองจากบุคคลสัญชาติไทยที่ได้รับสิทธิบัตร จำนวน 3,222 ฉบับ และสูงกว่าบุคคลสัญชาติอเมริกันซึ่งได้รับสิทธิบัตร จำนวน 1,818 ฉบับ และสูงกว่าบุคคลสัญชาติของประเทศ ในทวีปยุโรปซึ่งได้รับสิทธิบัตรรวมกัน จำนวน 1,394 ฉบับ หากพิจารณาเข้าไปในรายละเอียดจะพบว่าสิทธิบัตรของบุคคลสัญชาติญี่ปุ่นส่วนใหญ่ จำนวน 1,545 ฉบับ (ร้อยละ 68.97) เป็นสิทธิบัตรการประดิษฐ์ โดยแยกออกเป็นการประดิษฐ์ในสาขาวิศวะ จำนวน 726 ฉบับ (ร้อยละ 46.99) สาขาเคมี จำนวน 540 ฉบับ (ร้อยละ 34.95) และสาขาฟิสิกข์ จำนวน 279 ฉบับ (ร้อยละ 18.05) และเป็นสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ จำนวน 695 ฉบับ (ร้อยละ 31.02)

สำหรับสิทธิบัตรที่เกี่ยวกับจุลชีพนั้นปัจจุบันมีบุคคลสัญชาติญี่ปุ่นได้รับสิทธิบัตรสำหรับการประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับจุลชีพในประเทศไทยเป็นจำนวนมาก[3] ทั้งที่เป็นกรรมวิธีการใช้ประโยชน์จากจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ ผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากการใช้จุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติและที่เป็นตัวจุลชีพใหม่ ดังปรากฏตัวอย่างตามผนวก ก. ถึงผนวก ค. ในภาคผนวก

การได้รับสิทธิบัตรในประเทศไทยทำให้นักลงทุนชาวญี่ปุ่นมีความมั่นใจว่าการประดิษฐ์ที่พวกเขาได้คิดค้นขึ้นมานั้นจะไม่ถูกบุคคลอื่นนำไปแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบด้วยกฎหมายภายในช่วงเวลาที่กฎหมายไทยให้ความคุ้มครอง แต่บทบัญญัติของกฎหมายสิทธิบัตรไทยที่มีความแตกต่างจากกฎหมายสิทธิบัตรญี่ปุ่น และเนื้อหามาตรา 9 (1) ของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ที่ดูเหมือนจะมีมุมมองแตกต่างจากความตกลงทริปส์ ข้อ 27.3 (บี) และต้องอาศัยการ

---

[2] ข้อมูลจากสำนักสิทธิบัตร กรมทรัพย์สินทางปัญญา

[3] ข้อมูลจากเวปไซต์ http://www.ipthailand.org ของกรมทรัพย์สินทางปัญญา

ตีความเพื่อให้การประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับจุลชีพได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไทย ตลอดจนคู่มือตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรของประเทศไทยที่ไม่มีรายละเอียดชัดเจนเช่นเดียวกับคู่มือตรวจคำขอรับสิทธิบัตรของประเทศญี่ปุ่นอาจทำให้นักลงทุนชาวญี่ปุ่นมีความกังวลใจและต้องการรู้ขอบเขตที่แน่นอนสำหรับการขอรับสิทธิบัตรที่เกี่ยวกับจุลชีพในประเทศไทย รวมทั้งไม่ต้องการให้การได้รับสิทธิบัตรขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้ตรวจสอบของไทยว่าจะให้สิทธิบัตรหรือไม่โดยพิจารณาจากเหตุผลเพียงประการเดียวว่าการประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรนั้นเกี่ยวข้องกับจุลชีพที่เกิดตามธรรมชาติหรือไม่ ดังนั้น จึงมีการนำเรื่องการขอรับสิทธิบัตรในจุลชีพมาใส่ไว้ความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศไทยและประเทศญี่ปุ่นฉบับลงวันที่ 3 เมษายน พ.ศ.2550 ซึ่งมีชื่อเรียกว่า “ความตกลงสำหรับความเป็นหุ้นส่วนเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับประเทศญี่ปุ่น” (ความตกลงเจเทปา) (AGREEMENT BETWEEN THE KINGDOM OF THAILAND AND JAPAN FOR AN ECONOMIC PARTNERSHIP-JTEPA)

2.2 ความตกลงเขตการค้าเสรี

หลังจากองค์การการค้าโลกเริ่มทำงานได้ระยะหนึ่งแล้ว ประเทศพัฒนาแล้วทั้งหลายโดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาเกิดความคิดว่าการเจรจาการค้าพหุภาคีภายใต้กรอบขององค์การการค้าโลกยากที่จะเกิดความคืบหน้าและขาดความแน่นอน เนื่องจากประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกได้แตกออกเป็นกลุ่มต่างๆ และมุ่งรักษาผลประโยชน์ของกลุ่มตนเป็นสำคัญจึงเป็นการยากที่จะเจรจาการค้าในประเด็นต่างๆ ให้ได้ข้อยุติ นอกจากนี้ประเด็นต่างๆ ที่กำลังเจรจากันอยู่นั้นบางกรณี เช่น มาตรการบังคับใช้สิทธิในสิทธิบัตรยา การลดการอุดหนุน และการเลิกทุ่มตลาดสินค้าเกษตร หากสามารถตกลงกันได้ก็จะทำให้ประเทศใหญ่อย่างสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นผู้นำด้านอุตสาหกรรมผลิตยา และเป็นประเทศที่ให้เงินอุดหนุนแก่เกษตรกรภายในประเทศเป็นจำนวนมากจะต้องเสียผลประโยชน์ ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงหันมาเจรจาการค้าแบบทวิภาคีและใช้วิธีการทำความตกลงการค้าเสรีกับประเทศในกลุ่มภูมิภาคต่างๆ เช่น อเมริกาเหนือและอเมริกากลาง รวมทั้งประเทศสิงคโปร์ ชิลี และออสเตรเลีย และอยู่ระหว่างการเจรจากับอีกหลายประเทศรวมทั้งประเทศไทยควบคู่ไปกับการเจรจาในองค์การการค้าโลก ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่าการเจรจาการค้าแบบทวิภาคีจะเป็นวิธีการที่สามารถโน้มน้าวให้ประเทศคู่เจรจายินยอมโอนอ่อนผ่อนตามข้อเสนอของตน และปรับเปลี่ยนนโยบายตลอดจนปรับปรุงตัวบทกฎหมายของตนให้เป็นไปตามความประสงค์ของตนได้ง่ายกว่าการเจรจาแบบพหุภาคี ทั้งนี้ประเทศสหรัฐอเมริกา

ได้ใช้ความตกลงเขตการค้าเสรีที่สามารถเจรจาจนบรรลุผลแล้ว เช่น ความตกลงนาฟต้า (NAFTA) ที่ทำกับประเทศแคนาดาและประเทศเม็กซิโก และความตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา-สิงคโปร์ เป็นต้นแบบในการเจรจาการค้าเสรีกับประเทศต่างๆ ต่อไป โดยมีหัวข้อการเจรจาครอบคลุมหลายด้าน เช่น การค้าบริการ กฎเกณฑ์การลงทุน การจัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐ มาตรฐานแรงงานและสิ่งแวดล้อม รวมทั้งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา[4]

คำว่า “เขตการค้าเสรี” มีคำนิยามอยู่ในความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade 1947) หรือ “ความตกลงแกตต์” ว่าเป็น “กลุ่มของดินแดน (อาณาเขต) ทางภาษีศุลกากรสองดินแดนหรือมากกว่าซึ่งภาษีอากรหรือข้อบังคับที่มีผลจำกัดการค้าในดินแดนเหล่านี้ถูกกำจัดในเรื่องการค้าทั้งปวงอย่างมีสาระสำคัญระหว่างดินแดนที่ร่วมกันจัดตั้งขึ้นมาสำหรับผลิตภัณฑ์ที่ถือกำเนิดขึ้นในดินแดนเหล่านั้น” ทั้งนี้เขตการค้าเสรีมีความแตกต่างจากสหภาพศุลกากร (Custom Union) คือ สหภาพศุลกากรมีอัตราภาษีศุลกากรที่กำหนดเป็นเอกภาพสำหรับสินค้าที่นำเข้าจากประเทศภายนอกกลุ่มซึ่งประเทศสมาชิกไม่มีอิสระที่จะกำหนดอัตราภาษีของตนให้แตกต่างออกไปได้ แต่เขตการค้าเสรีเป็นการรวมตัวกันทางเศรษฐกิจในระดับที่ต่ำกว่า โดยประเทศที่อยู่ในเขตการค้าเสรียังคงมีอิสระที่จะกำหนดนโยบายของตนเองในการทำการค้ากับประเทศที่อยู่ภายนอกเขตการค้าเสรีได้อย่างอิสระ[5]

ความตกลงจัดตั้งเขตการค้าเสรีถูกนำมาบัญญัติไว้ในความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก พ.ศ. 2537 ในส่วนของ “ความตกลงแกตต์ 1994” โดยอยู่ในข้อ 24 ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นของหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งตามข้อ 1 วรรคแรก ที่กำหนดว่า “เกี่ยวกับภาษีศุลกากรและค่าธรรมเนียมต่างๆ ที่จัดเก็บบนหรือเกี่ยวกับการนำเข้าหรือส่งออก หรือจัดเก็บบนการชำระเงินโดยการโอนระหว่างประเทศสำหรับการนำเข้าหรือส่งออก และเกี่ยวกับวิธีการจัดเก็บภาษีและค่าธรรมเนียมเหล่านั้น และเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ทั้งหมดและระเบียบพิธีเกี่ยวกับการนำเข้าและส่งออก และเกี่ยวกับทุกอย่างที่อ้างถึงในวรรคสองและวรรคสี่ของข้อ 3 ผลประโยชน์

---

[4] จักรกฤษณ์ ควรพจน์, “ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-ญี่ปุ่น : ปัญหาว่าด้วย “ทริปส์ผนวก” ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัฒน์ เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร : หจก. จิรัชการพิมพ์, 2545),น.71-72.

[5] จาตุรนต์ ถิระวัฒน์, โครงการวิจัยเรื่องปัญหาหลักของเขตการค้าเสรีทั้งในภูมิภาคและทวิภาคีที่ประเทศไทยร่วมเป็นรัฐสมาชิก, (เอกสารโรเนียว), 2550, น. 3-4.

การอนุเคราะห์หรือเอกสิทธิ์ หรือความคุ้มกันที่ให้โดยประเทศคู่สัญญาใดประเทศหนึ่งแก่ผลิตภัณฑ์ใดซึ่งมีแหล่งกำเนิดในประเทศอื่นใดหรือมีจุดหมายไปยังประเทศอื่นใด ต้องให้โดยทันทีและไม่มีเงื่อนไขแก่ผลิตภัณฑ์ที่เหมือนกันซึ่งมีแหล่งกำเนิดในประเทศคู่สัญญาอื่นทั้งหมด หรือมีจุดหมายไปยังอาณาเขตของประเทศคู่สัญญาอื่นทั้งหมด"

เหตุที่ความตกลงแกตต์ตลอดจนความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกนำหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งมาบัญญัติไว้ด้วยเนื่องจากความตกลงทั้งสองฉบับดังกล่าวมีวัตถุประสงค์หลัก คือ การทำให้การค้าของโลกเป็นไปอย่างเสรี โดยทุกประเทศอยู่บนพื้นฐานที่เท่าเทียมกัน และมุ่งลดอุปสรรคและข้อกีดกันทางการค้าเพื่อให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรมซึ่งการจะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวจะต้องไม่ทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) เกิดขึ้น ทั้งนี้หากประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกประเทศหนึ่งปฏิบัติต่ออีกประเทศหนึ่งอย่างใดก็จะต้องปฏิบัติเช่นเดียวกันต่อประเทศอื่นด้วย เพื่อให้ทุกประเทศได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน

หลักการที่นำมาใช้เพื่อไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัตินั้นมีอยู่ 2 หลัก [6] กล่าวคือ

1. <u>หลักการปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง หรือ MFN</u> ซึ่งบัญญัติอยู่ในข้อ 1 ของความตกลงแกตต์ 1994 โดยเป็นหลักที่กำหนดการไม่เลือกปฏิบัติ ณ พรมแดนของประเทศสมาชิก ทั้งนี้สินค้าที่ถูกนำเข้าและส่งออกจากประเทศสมาชิกจะต้องถูกปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันและถูกเรียกเก็บภาษีศุลกากรและค่าธรรมเนียมต่างๆ ภายใต้กฎเกณฑ์และระเบียบพิธีเดียวกัน หากมีการให้ผลประโยชน์ การอนุเคราะห์ เอกสิทธิ์หรือความคุ้มกันแก่สินค้าของประเทศใดจะต้องมีการให้ผลประโยชน์ การอนุเคราะห์ เอกสิทธิ์หรือความคุ้มกันนั้นแก่สินค้าที่เหมือนกันของประเทศอื่นด้วย

2. <u>หลักการปฏิบัติอย่างคนชาติ หรือ NT</u> (National Treatment) ซึ่งมีบัญญัติอยู่ในข้อ 3 ของความตกลงแกตต์ 1994 โดยเป็นหลักที่กำหนดการไม่เลือกปฏิบัติภายในดินแดนของประเทศสมาชิก ทั้งนี้ประเทศสมาชิกจะต้องปฏิบัติต่อสินค้าของประเทศอื่นที่ส่งเข้ามาในดินแดนของตนไม่ว่าจะเป็นการเรียกเก็บภาษีชนิดต่างๆ หรือมีระเบียบกฎเกณฑ์ให้ปฏิบัติ เช่นเดียวกับสินค้าที่ผลิตขึ้นในประเทศตนเองเพื่อมิให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบกันระหว่างสินค้าที่ผลิตขึ้นภายในประเทศกับสินค้าที่นำเข้าจากต่างประเทศ

---

[6] ทัชชมัย ฤกษะสุต, <u>แกตต์และองค์การการค้าโลก WTO</u> (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชนจำกัด, 2547), น. 32.

การที่ความตกลงแกตต์และความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกอนุญาตให้การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจในรูปของเขตการค้าเสรี หรือสหภาพศุลกากร ตลอดจนการทำความตกลงชั่วคราว (Interim Agreement) สามารถยกเว้นการปฏิบัติตามหลักการปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่งได้ขึ้นอยู่บนความเชื่อที่ว่าประเทศที่มีดินแดนติดต่อกันจะมีการค้าระหว่างกันมากที่สุด การที่ประเทศเหล่านั้นสามารถเร่งรัดขจัดอุปสรรคและข้อจำกัดทางการค้าที่มีอยู่ต่อกันได้โดยเร็วจะส่งเสริมให้มีการค้าต่อกันมากขึ้น และการขจัดอุปสรรคและข้อจำกัดทางการค้านั้นจะขยายตัวไปสู่ภูมิภาคอื่นทำให้เกิดการค้าเสรีมากขึ้น และในที่สุดจะเกิดผลดีต่อการค้าเสรีของโลกโดยรวม[7] อีกเหตุผลหนึ่งก็คือประเทศภาคีแกตต์และประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกต่างมีระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน โดยมีทั้งประเทศที่มีระดับการพัฒนาน้อยที่สุดประเทศกำลังพัฒนาไปจนถึงประเทศที่พัฒนาแล้ว จึงทำให้การเปิดการค้าเสรีในระดับสากลทั้งโลกในทันทีเป็นไปได้ยาก ดังนั้น การอนุญาตให้เปิดการค้าเสรีแก่ประเทศในกลุ่มภูมิภาคต่างๆ ที่มีความพร้อมจะเป็นหนทางที่นำไปสู่การเปิดเสรีการค้าของทั้งโลกได้เช่นกัน[8] แต่การยินยอมให้รวมกลุ่มทางเศรษฐกิจขึ้นอยู่บนเงื่อนไขที่ว่าจะต้องไม่สร้างอุปสรรคใหม่แก่ประเทศนอกกลุ่ม และการดำเนินการจัดตั้งเขตการค้าเสรีจะต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์การการค้าโลก และต้องเปิดเสรีการค้าที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ในกรณีของสหภาพศุลกากรอัตราภาษีที่ประเทศในกลุ่มใช้ต่อประเทศนอกกลุ่มจะต้องไม่สูงไปกว่าอัตราที่แต่ละประเทศเรียกเก็บก่อนเข้าเป็นสมาชิกของสหภาพศุลกากร[9]

โดยเหตุที่ความตกลงจัดตั้งเขตการค้าเสรีเป็นข้อยกเว้นของหลักการปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง ประเทศที่พัฒนาแล้วจึงมักกำหนดให้ประเทศคู่สัญญาของตนซึ่งส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลังพัฒนาให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศตนในระดับที่สูงไปกว่าความตกลงทริปส์ เช่น ความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศแคนาดาและประเทศเม็กซิโก (ความตกลงนาฟต้า) ได้กำหนดให้ประเทศคู่สัญญาให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นพิเศษยิ่งกว่าความตกลงทริปส์ภายใต้หลักการที่เรียกว่า “ทริปส์ผนวก” (TRIPS-PLUS) และในเวลาต่อมาหลักการดังกล่าวได้ถูกนำไปบรรจุไว้ในความตกลงเขต

---

[7] *เพิ่งอ้าง* , น. 196.

[8] จาตุรนต์ ถิระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 5, น. 8.

[9] ความตกลงแกตต์ 1994 ข้อ 24.5 (เอ)

การค้าเสรีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศชิลี และกลุ่มประเทศในทวีปอเมริกากลาง ประเทศสิงคโปร์ ประเทศออสเตรเลีย รวมทั้งความตกลงเขตการค้าเสรีกับประเทศไทยด้วย

ตัวอย่างของความตกลงทริปส์ผนวกที่ประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้ประเทศคู่สัญญาจะต้องนำไปปฏิบัติ ได้แก่ [10]

1. ขยายความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรโดยให้ความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรแก่การประดิษฐ์เกี่ยวกับพืช สัตว์ กรรมวิธีทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชและสัตว์ รวมทั้งขยายระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิบัตรเพื่อชดเชยระยะเวลาที่เสียไปจากความล่าช้าที่ไม่สมควรในการออกสิทธิบัตร และระยะเวลาที่เสียไปในกระบวนการอนุมัติเพื่อนำยาออกสู่ตลาด โดยประเทศคู่สัญญาจะต้องเข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือทางสิทธิบัตร (The Patent Cooperation Treaty 1970 : PCT) เพื่ออำนวยความสะดวกในการจดทะเบียนสิทธิบัตรด้วย

2. ให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชด้วยระบบอนุสัญญายูปอฟว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ ฉบับปี พ.ศ. 2534 (UPOV Convention 1991)

3. ให้มีสิทธิเด็ดขาดในข้อมูลผลการทดสอบความปลอดภัยของยาและข้อมูลที่เกี่ยวข้อง โดยจะต้องห้ามมิให้บุคคลอื่นใช้หรืออ้างอิงข้อมูลของผู้ที่ยื่นขอขึ้นทะเบียนตำรับยารายแรกเพื่อขออนุมัตินำผลิตภัณฑ์ยาชนิดเดียวกันออกสู่ตลาด เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากเจ้าของข้อมูลเสียก่อน

4. จำกัดการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ ห้ามเพิกถอนสิทธิบัตร และจำกัดการนำเข้าซ้อน

5. คุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยสายตา เช่น เครื่องหมายการค้าเสียงและกลิ่น

6. คุ้มครองลิขสิทธิ์สำหรับเทคโนโลยีดิจิตอล โดยกำหนดให้ประเทศคู่สัญญานำหลักการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการจดทะเบียนชื่อโดเมนของ ICANN มาใช้ และขยายระยะเวลาการคุ้มครองลิขสิทธิ์ จาก 50 ปีเป็น 70 ปี และกำหนดให้ผู้กระทำการใดๆ ต่อสัญญาณดาวเทียมมีความผิดทางแพ่งและทางอาญา เป็นต้น

7. ให้มีมาตรการเยียวยาการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา โดยในคดีแพ่งจะต้องมีค่าเสียหายขั้นต่ำสำหรับเจ้าของลิขสิทธิ์ สิทธิข้างเคียง และเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ถูกละเมิดสิทธิ โดยให้ศาลมีอำนาจยึดและทำลายสินค้ารวมทั้งเครื่องมือและอุปกรณ์ที่ใช้ในการผลิต

---

[10] จักรกฤษณ์ ควรพจน์,*อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 4, น. 74.

สินค้าที่ละเมิดลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้า และห้ามนำสินค้าดังกล่าวกลับเข้าสู่ตลาดเพื่อการพาณิชย์อีก แม้จะได้นำเครื่องหมายการค้าปลอมออกไปจากสินค้าแล้วก็ตาม ตลอดจนให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดระบุตัวบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับการกระทำละเมิด และข้อมูลช่องทางจัดจำหน่ายสินค้าให้แก่ผู้ทรงสิทธิในคดีอาญาจะต้องลงโทษจำคุกและปรับ ยึดอายัดและทำลายสินค้าตลอดจนเครื่องมือและอุปกรณ์ที่ใช้ในการผลิตสินค้าที่ละเมิดลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้า และให้เจ้าหน้าที่สามารถดำเนินคดีได้เองโดยไม่ต้องมีการร้องทุกข์จากเจ้าของสิทธิ โดยถือเป็นความผิดอันยอมความไม่ได้

2.3 ความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยและญี่ปุ่นสำหรับความเป็นหุ้นส่วนเศรษฐกิจ (ความตกลงเจเทปา)

ประเทศไทยได้มีการจัดทำความตกลงจัดตั้งเขตการค้าเสรีกับหลายประเทศ เช่น ทำความตกลงจัดตั้งเขตการค้าเสรีแห่งสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (อาเซียน) เมื่อปี พ.ศ. 2535 กับประเทศจีนและประเทศอินเดีย เมื่อปี พ.ศ. 2546 กับประเทศออสเตรเลีย เมื่อปี พ.ศ. 2547 กับประเทศนิวซีแลนด์ เมื่อปี พ.ศ. 2548 และกับประเทศญี่ปุ่น เมื่อปี พ.ศ. 2550 และอยู่ระหว่างการเจรจาเพื่อทำความตกลงเขตการค้าเสรีกับประเทศสหรัฐอเมริกา สมาคมเขตการค้าเสรีแห่งยุโรป กลุ่มประเทศในเอเชียใต้ซึ่งประกอบด้วย บังคลาเทศ อินเดีย พม่า ศรีลังกา เนปาลและ ภูฐาน ประเทศ บาร์เรน และเปรู นอกจากนี้ยังมีการร่วมเจรจาเพื่อจัดทำความตกลงจัดตั้งเขตการค้าเสรีในกรอบรวมของกลุ่มประเทศอาเซียนกับประเทศจีน อินเดีย ญี่ปุ่น เกาหลีใต้ ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์ อีกด้วย

การเจรจาเพื่อจัดทำความตกลงจัดตั้งเขตการค้าเสรีไทย – ญี่ปุ่น เกิดขึ้นโดยประเทศไทยเป็นฝ่ายริเริ่มเสนอเจรจาทำความตกลงความร่วมมือหุ้นส่วนเศรษฐกิจที่ใกล้ชิด (Closer Economic Partnership : CEP) ซึ่งรวมการจัดตั้งเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศไทยกับประเทศญี่ปุ่นไว้ด้วย โดยระหว่างพันตำรวจโท ดร.ทักษิณ ชินวัตร นายกรัฐมนตรีของประเทศไทยเดินทางไปเยือนประเทศญี่ปุ่นอย่างเป็นทางการ ระหว่างวันที่ 18 ถึงวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2544 นายกรัฐมนตรีของประเทศไทยได้เสนอต่อนายจุนอิจิโร โคอิซึมิ นายกรัฐมนตรีของประเทศญี่ปุ่นให้มีการจัดทำความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างสองประเทศขึ้น หลังจากนั้นในคราวที่นายกรัฐมนตรีของประเทศญี่ปุ่นเดินทางมาเยือนประเทศไทยระหว่างวันที่ 11 ถึงวันที่ 12 มกราคม พ.ศ. 2545 นายกรัฐมนตรีของประเทศญี่ปุ่นก็ได้ตอบรับว่าจะมีการจัดทำความร่วมมือหุ้นส่วนเศรษฐกิจที่ครอบคลุมไทย-ญี่ปุ่น (Comprehensive Economic Partnership) ต่อจากนั้น

เมื่อวันที่ 12 เมษายน พ.ศ. 2545 นายกรัฐมนตรีของทั้งสองประเทศก็ได้เห็นชอบให้ตั้งคณะทำงานร่วมเพื่อศึกษาการเป็นหุ้นส่วนเศรษฐกิจที่ใกล้ชิดไทย-ญี่ปุ่น เพื่อผลักดันความร่วมมือที่ครอบคลุมทั้งด้านการค้า การลงทุน อุตสาหกรรม และการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ รวมทั้งความตกลงการค้าเสรี (FTA) โดยยึดรูปแบบความตกลงระหว่างประเทศญี่ปุ่นกับประเทศสิงคโปร์สำหรับความเป็นหุ้นส่วนเศรษฐกิจในยุคใหม่ (Japan-Singapore for a New-Age Economic Partnership Agreement : JSEPA) เป็นแนวทาง[11]

คณะทำงานร่วมของทั้งสองประเทศได้ประชุมร่วมกันระหว่างเดือนกันยายน พ.ศ. 2545 ถึง เดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2546 รวม 5 ครั้ง โดยพิจารณาแนวทางความร่วมมือ ทางเศรษฐกิจภายในขอบเขต 21 สาขา ได้แก่การค้าสินค้า กฎว่าด้วยแหล่งกำเนิดสินค้า ระบบศุลกากร การค้าไร้กระดาษ มาตรฐานเพื่อการยอมรับร่วมกัน นโยบายการแข่งขันทางการค้า ทรัพย์สินทางปัญญา การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ การค้าบริการ การลงทุน การเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดา บริการการเงิน เทคโนโลยีสารสนเทศ วิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี พลังงาน และสิ่งแวดล้อม การศึกษาและพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ การท่องเที่ยว อุตสาหกรรมขนาดกลางและขนาดย่อม การส่งเสริมการค้าและการลงทุน ความร่วมมือทางด้านการเกษตร ป่าไม้ และประมง การปรับปรุงบรรยากาศทางธุรกิจ กระบวนการหลีกเลี่ยงข้อพิพาทและระงับข้อพิพาท

เมื่อวันที่ 6 มิถุนายน พ.ศ. 2546 นายกรัฐมนตรีของทั้งสองประเทศได้พบหารือกันที่กรุงโตเกียวประเทศญี่ปุ่น และเห็นชอบให้จัดตั้งคณะเฉพาะกิจเร่งรัดการทำความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA Task Force) ขึ้นโดยคณะทำงานดังกล่าวได้มีการประชุมในปี พ.ศ. 2546 รวม 3 ครั้งๆ สุดท้ายประชุมกันเมื่อเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2546 และได้จัดทำรายงานแนวทางความร่วมมือ Japan-Thailand Economic Partnership Agreement Task Force Report (December 2003) เสนอให้นายกรัฐมนตรีของทั้งสองประเทศพิจารณาเพื่อให้มีการประกาศเริ่มการเจรจาจัดทำความตกลง JTEPA อย่างเป็นทางการต่อไป

ต่อมานายกรัฐมนตรีของทั้งสองประเทศได้หารือกันเมื่อวันที่ 11 ธันวาคม พ.ศ. 2546 ในคราวการประชุม ASEAN- JAPAN Commemorative Summit และเห็นชอบให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเริ่มต้นการเจรจาอย่างเป็นทางการเพื่อการจัดทำความตกลง JTEPA เพื่อให้มีเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศไทยกับประเทศญี่ปุ่นขึ้น โดยมีการประชุมเจรจากันครั้งแรกที่ประเทศไทยเมื่อ

---

[11] ข้อมูลจากเวปไซต์ http://www.mfa.go.th/jtepa/background.html ของกระทรวงการต่างประเทศ

เดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2547 หลังจากนั้นมีการเจรจากันอีกหลายครั้งในที่สุดได้ข้อสรุปเป็นร่างความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจ ไทย-ญี่ปุ่น (Japan-Thailand Economic Partnership Agreement)[12] หรือที่เรียกกัน โดยย่อว่าความตกลง JTEPA เมื่อเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2549

ความตกลงเจเทปามีเนื้อหาประกอบด้วยอารัมภบทและ 15 บทย่อย โดยในส่วนของอารัมภบทได้กล่าวว่า ความตกลงดังกล่าวเกิดขึ้นจากสำนึกถึงความสัมพันธ์อันมีไมตรีต่อกันและสายสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจและการเมือง รวมถึงความเข้าใจร่วมกันในประเด็นต่างๆ ที่มีอยู่ด้วยกันมาโดยตลอด โดยยอมรับว่าความเป็นหุ้นส่วนเศรษฐกิจจะขยายตลาดการค้าและการลงทุนระหว่างกันให้ใหญ่ขึ้น รวมถึงในภูมิภาคด้วย และคำนึงถึงความตกลงระหว่างประเทศที่สองประเทศเป็นภาคีร่วมกันอยู่โดยเฉพาะความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก ตลอดจนข้อ 24 ของความตกลงแกตต์ 1994 และข้อ 5 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ในภาคผนวก 1 เอ และ 1 บีของความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก นอกจากนี้ทั้งสองฝ่ายยังได้จัดทำความตกลงกำหนดรายละเอียดและวิธีการปฏิบัติตามความตกลงเจเทปาขึ้นต่างหากอีก 1 ฉบับ

รายละเอียดของความตกลงเจเทปามีทั้งส่วนที่เป็นความตกลงเพื่อเปิดเสรีสินค้าและบริการระหว่างกันโดย มีการกำหนดชนิดและประเภทของสินค้าที่ตกลงลดอัตราภาษีให้แก่กัน และส่วนที่เป็นข้อตกลงเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งอยู่ในบทที่ 10 ตั้งแต่ข้อ 122 จนถึงข้อ 144 และอยู่ในบทที่ 13 ข้อ 150 โดยมีบทบัญญัติทั่วไปอยู่ในข้อ 122 ซึ่งระบุว่า

---

[12] ข้อมูลจากเว็ปไซต์ http://www.bilaterals.org/article เมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2549 ระบุว่านายสมคิด จาตุศรีพิทักษ์ รองนายกรัฐมนตรีให้เหตุผลว่าเนื่องจากว่าประเทศไทยและประเทศญี่ปุ่นมีความสัมพันธ์ทางด้านเศรษฐกิจ การเมือง และสังคมมาเป็นเวลายาวนาน ดังนั้นความตกลงระหว่างทั้งสองประเทศจึงควรมีชื่อเรียกที่แตกต่างไปจากความตกลงเขตการค้าเสรีที่ประเทศไทยทำกับประเทศอื่น

Article 122

General Provisions

1. The Parties shall grant and ensure adequate, effective and non-discriminatory protection of intellectual property, promote efficiency and transparency in the administration of intellectual property protection system, and provide for measures for the enforcement of intellectual property right against infringement, counterfeiting and piracy, in accordance with the provisions of this Chapter and the international agreements to which both Parties are parties.

2. Intellectual property referred to in this Chapter shall mean all categories of intellectual property:

(a) that are subject of Articles 130 through 137; or

(b) that are under the TRIPS Agreement or the relevant international agreements referred to in the TRIPS Agreement.

3. The Parties recognise the importance of the international agreements which provide the international standards of protection of intellectual property.

4. The Parties reaffirm their commitment to comply with the obligations set out in the following international agreements and the cited provisions thereof:

(a) the TRIPS Agreement;

(b) the Berne Convention; and

(c) Articles 1 through 12, and Article 19 of the Paris Convention.

คำแปล[13] ข้อ 122 บทบัญญัติทั่วไป

1. คู่ภาคีจะต้องให้และให้ความมั่นใจว่ามีการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เพียงพอ มีประสิทธิผล และไม่เลือกประติบัติ ส่งเสริมประสิทธิภาพและความโปร่งใสในการบริหารระบบการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และกำหนดมาตรการสำหรับการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อต่อต้านการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา การปลอมเครื่องหมาย

[13] คำแปลตามที่มีปรากฏอยู่ในเวปไซต์ http://www.mfa.go.th/jtepa

การค้า และการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยเป็นไปตามบทบัญญัติของบทนี้และความตกลงระหว่างประเทศที่ภาคีทั้งสองฝ่ายเป็นภาคี

2. ทรัพย์สินทางปัญญาที่กล่าวถึงในบทนี้จะหมายถึงทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภท

(เอ) ที่เป็นสาระของข้อ 130 ถึงข้อ 137 หรือ

(บี) ที่อยู่ภายใต้ความตกลงทริปส์หรือความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องที่กล่าวถึงในความตกลงทริปส์

3. คู่ภาคีตระหนักถึงความสำคัญของความตกลงระหว่างประเทศซึ่งกำหนดมาตรฐานระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

4. คู่ภาคียืนยันอีกครั้งถึงข้อผูกพันของตนที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีที่ระบุไว้ในความตกลงระหว่างประเทศและบทบัญญัติที่อ้างถึงของความตกลงระหว่างประเทศ ดังต่อไปนี้

(เอ) ความตกลงทริปส์

(บี) อนุสัญญากรุงเบอร์น และ

(ซี) ข้อ 1 ถึงข้อ 12 และข้อ 19 ของอนุสัญญากรุงปารีส

สำหรับข้อตกลงเกี่ยวกับสิทธิบัตรนั้นมีอยู่ในข้อ 130 เพียงข้อเดียวว่า

Article 130

Patents

1. Patents shall be available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application in accordance with Article 27 of the TRIPS Agreement.

2. Each Party shall ensure that a claimed invention shall not be new, if it is publicly know, described in a publication distributed or made available to the public through telecommunication line in either Party or in any non-Party before the filing date of the patent application for the invention or, where priority is claimed, the priority date of the application, in accordance with its laws and regulations.

3. Each Party shall ensure that any patent application shall not be rejected solely on the grounds that the subject matter claimed in the application is related to a naturally occurring micro-organism.

คำแปล [14]

ข้อ 130
สิทธิบัตร

1. สิทธิบัตรจะต้องมีอยู่สำหรับการประดิษฐ์ใดๆ ไม่ว่าจะเป็นผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีในทุกสาขาของเทคโนโลยีโดยมีเงื่อนไขว่าการประดิษฐ์นั้นเป็นของใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรมได้ โดยเป็นไปตามข้อ 27 ของความตกลงทริปส์

2. ภาคีแต่ละฝ่ายจะต้องให้ความมั่นใจว่าการประดิษฐ์ที่ขอรับการให้ความคุ้มครองจะไม่เป็นของใหม่ หากการประดิษฐ์นั้นเป็นที่รู้จักของสาธารณชน ได้ให้รายละเอียดไว้ในประกาศโฆษณาที่ประกาศ หรือทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนผ่านทางสายโทรคมนาคมในภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือในประเทศที่ไม่ใช่คู่ภาคีใดๆ ก่อนวันที่ได้มีการยื่นคำขอรับสิทธิบัตรสำหรับการประดิษฐ์นั้น หรือวันที่ได้ลำดับก่อนของการยื่นคำขอนั้นในกรณีที่มีการอ้างลำดับก่อน โดยเป็นไปตามกฎหมายและข้อบังคับของภาคีฝ่ายนั้น

3. ภาคีแต่ละฝ่ายจะต้องให้ความมั่นใจว่าคำขอรับสิทธิบัตรใดๆ จะไม่ถูกปฏิเสธด้วยเหตุผลเพียงอย่างเดียวว่าสาระที่ขอถือสิทธิในคำขอนั้นเกี่ยวข้องกับจุลชีพที่เกิดตามธรรมชาติ

เมื่อเดือนกันยายน พ.ศ. 2549 รัฐบาลของพันตำรวจโทดร.ทักษิณ ชินวัตร ได้พ้นไปจากหน้าที่เนื่องจากถูกทำรัฐประหาร และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 ได้ถูกยกเลิก มีข้อสงสัยกันว่าการทำความตกลงเจเทปาจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติเสียก่อนหรือไม่ เนื่องจากมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญฉบับเดิมไม่มีผลใช้บังคับอีกต่อไปแล้ว รัฐบาลของพลเอกสุรยุทธ์ จุลานนท์ซึ่งเข้ามาแทนที่ มีความเห็นว่าความตกลงเจเทปาจะมีผลกระทบต่อประชาชนไทยอย่างกว้างขวาง จึงสมควรให้สาธารณชนมีโอกาสได้ทราบรายละเอียดและรู้ถึงข้อดีและข้อเสียของความตกลงดังกล่าวเสียก่อนฝ่ายบริหารไปลงนามใน

---

[14] คำแปลตามที่มีปรากฏอยู่ในเวปไซต์ http://www.mfa.go.th/jtepa

ข้อตกลงนั้น จึงมีมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 19 ธันวาคม พ.ศ. 2549 ให้กระทรวงการต่างประเทศดำเนินการจัดทำประชาพิจารณ์เพื่อสอบถามความเห็นจากประชาชนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548 โดยให้มีกำหนดเวลาดำเนินการไม่น้อยกว่า 3 เดือน ซึ่งกระทรวงการต่างประเทศได้มอบหมายให้ศูนย์วิจัยคณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยดำเนินการจัดทำประชาพิจารณ์ เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม พ.ศ. 2549

ปรากฏว่าได้มีนักวิชาการขององค์กรพัฒนาเอกชน (เอ็นจีโอ) และตัวแทนกลุ่มเกษตรกรไทยหลายรายออกมาคัดค้านการทำความตกลงเจเทปาโดยเห็นว่าความตกลงดังกล่าวจะทำให้ประเทศไทยเสียเปรียบประเทศญี่ปุ่นอย่างรุนแรงในหลายด้าน [15] กล่าวคือ

1. ความตกลงข้อ 130 วรรค 3 ที่ระบุว่า “ภาคีแต่ละฝ่ายจะต้องให้ความมั่นใจว่าคำขอรับสิทธิบัตรใดๆ จะไม่ถูกปฏิเสธด้วยเหตุผลเพียงอย่างเดียวว่าสาระที่ขอถือสิทธิในคำขอนั้นเกี่ยวข้องกับจุลชีพที่เกิดตามธรรมชาติ ” จะเปิดช่องให้ประเทศต่างๆ เข้ามาขอรับสิทธิบัตรจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติในประเทศไทย

2. ข้อบทดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่กรมทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยในการพิจารณาออกสิทธิบัตร

นอกจากนี้ยังมีความเห็นว่าความตกลงเจเทปายังจะก่อให้เกิดผลเสียแก่ประเทศไทยในด้านอื่น เช่น จะทำให้ประเทศญี่ปุ่นและประเทศอุตสาหกรรมเข้ามาผูกขาดพันธุ์พืชของไทย เปิดโอกาสให้มีการนำขยะและของเสียอันตรายจากประเทศญี่ปุ่นเข้ามาในประเทศไทยมากยิ่งขึ้น และนักลงทุนชาวญี่ปุ่นสามารถเรียกร้องค่าชดเชยจากรัฐบาลไทยโดยใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศซึ่งทำให้ศาลไทยไม่มีอำนาจพิจารณาคดีอีกต่อไป

ประเทศไทยนั้นตั้งอยู่ในเขตที่มีความหลากหลายทางชีวภาพสูงที่สุดแห่งหนึ่งของโลก โดยมีการคาดหมายว่าน่าจะมีสิ่งมีชีวิตในกลุ่มต่างๆ ที่สำคัญประมาณร้อยละ 7-10 ของจำนวนสิ่งมีชีวิตในกลุ่มต่างๆ ที่คาดว่าน่าจะมีอยู่จริงในโลกอยู่ในประเทศไทย จุลชีพจำพวกเห็ด รา ที่คาดว่าจะมีทั้งโลกประมาณ 1,500,000 ชนิดนั้นน่าจะมีอยู่ในประเทศไทยประมาณ 100,000-150,000 ชนิด โดยปัจจุบันมีการค้นพบเห็ดรากลุ่มต่างๆ ในประเทศไทยไปแล้วประมาณ 6,000

---

[15] ข้อมูลจากเว็บไซต์ http://www.mfa.go.th/stepa/archives/article.269.html เมื่อวันที่ 24 มกราคม พ.ศ.2550

ชนิด จากจำนวนที่ถูกค้นพบทั่วโลกกว่า 80,000 ชนิด ดังนั้น จึงมีจำนวนเห็ดราในประเทศไทยที่ยังไม่ถูกค้นพบสูงถึงร้อยละ 94[16] ศาสตราจารย์ดร. มรกต ตันติเจริญ ผู้อำนวยการศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ (ไบโอเทค) กล่าวว่า "ไทยเป็นประเทศที่มีความหลากหลายทางชีวภาพสูงและสามารถใช้ประโยชน์จากจุลินทรีย์และพืชในการพัฒนาผลิตภัณฑ์ใหม่ที่เป็นประโยชน์ เช่น การค้นหายาใหม่จากเชื้อราจากโครงสร้างทางเคมีของสารออกฤทธิ์ที่มีศักยภาพใช้ทำยารักษาโรคสำคัญๆ เช่น โรคมะเร็ง มาเลเรีย และวัณโรค เป็นต้น" [17]

ที่ผ่านมาเคยมีเอกชนญี่ปุ่นนำสมุนไพรเปล้าน้อย (Croton sublyratus) และกวาวเครือจากประเทศไทยไปสกัดหาสารออกฤทธิ์ผลิตเป็นยาออกไปจำหน่ายทั่วโลกโดยไม่มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีและแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่ประเทศไทยมาก่อน นอกจากนี้เมื่อต้นปี พ.ศ.2550 ยังมีบุคคลสัญชาติญี่ปุ่น นำชื่อฤษีดัดตนของประเทศไทยไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าในประเทศญี่ปุ่นด้วย[18] พฤติการณ์ของเอกชนญี่ปุ่นย่อมทำให้ประชาชนไทยเกิดความไม่มั่นใจต่อความตกลงเจเทปาขึ้นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อ 130 วรรคสามของเจเทปา ที่ระบุว่า <u>คำขอรับสิทธิบัตรใดๆ จะต้องไม่ถูกปฏิเสธ</u> (ส่วนที่ขีดเส้นใต้เน้นโดยผู้เขียน) ด้วยเหตุผลเพียงอย่างเดียวว่าสาระที่ขอถือสิทธิเกี่ยวข้องกับจุลชีพที่เกิดตามธรรมชาตินั้นประชาชนไทยอาจเข้าใจว่าประเทศญี่ปุ่นต้องการผูกมัดประเทศไทยให้ไม่ สามารถปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับจุลชีพที่เกิดตามธรรมชาติของบุคคลสัญชาติญี่ปุ่น

เกี่ยวกับที่มาของข้อตกลงดังกล่าว นายมาซาฟูมิ อิกูชิ (Mr.Masafumi Iguchi)[19] ประธานบริษัท เอส แอนด์ ไอ อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด สำนักงานกรุงเทพมหานคร ซึ่งเป็นบริษัทตัวแทนสิทธิบัตรของบุคคลสัญชาติญี่ปุ่นและมีประสบการณ์เกี่ยวกับการยื่นคำขอรับสิทธิบัตรให้แก่บุคคลสัญชาติญี่ปุ่นในประเทศไทยมาเป็นเวลานานได้ให้ข้อมูลว่าที่ผ่านมานั้นเคยมีคำขอรับ

---

[16] ข้อมูลจากเวปไซต์ http://www.nstda.or.th เมื่อวันที่ 9 ตุลาคม พ.ศ.2551

[17] ข่าวจากหนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจรายวันฉบับวันที่ 7 พฤษภาคม พ.ศ.2550 หน้ากรุงเทพนวัตกรรม น. 7.

[18] ข่าวจากหนังสือพิมพ์แนวหน้ารายวันฉบับวันที่ 12 มีนาคม พ.ศ.2550 น.12.

[19] สัมภาษณ์ มาซาฟูมิ อิกูชิ, 19 มีนาคม พ.ศ.2552.

สิทธิบัตรเกี่ยวกับจุลชีพที่บริษัทตนเป็นผู้ยื่นจำนวนหลายฉบับถูกกรมทรัพย์สินทางปัญญาปฏิเสธการให้สิทธิบัตรโดยให้เหตุผลว่าเป็นการประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ และไม่ให้เหตุผลอื่นประกอบ รวมทั้งคำขอรับสิทธิบัตรเกี่ยวกับจุลชีพที่เกิดจากเทคโนโลยีชีวภาพที่ยื่นโดยบริษัทของตนจำนวนหลายคำขอก็ถูกพิจารณาอย่างล่าช้า ซึ่งบริษัท เอส แอนด์ ไอ อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด ได้จัดทำสรุปยอดคำขอรับสิทธิบัตรที่ยังไม่ได้รับการพิจารณาแล้วจัดทำเป็นหนังสือสอบถามความคืบหน้าไปถึงกรมทรัพย์สินทางปัญญาอย่างต่อเนื่อง แต่ก็ไม่เคยได้รับคำตอบจึงเป็นสาเหตุให้เอกชนญี่ปุ่นเรียกร้องให้รัฐบาลของประเทศตนใส่ข้อบทเกี่ยวกับการพิจารณาคำขอรับสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับจุลชีพของบุคคลสัญชาติญี่ปุ่นไว้ในความตกลงเจเทปาด้วย

ดร.วิลาวรรณ มังคละธนะกุล [20] เจ้าหน้าที่การฑูตกระทรวงการต่างประเทศซึ่งอยู่ร่วมในคณะผู้แทนเจรจาความตกลงเจเทปาฝ่ายไทยให้ข้อมูลว่าในชั้นแรกผู้แทนของประเทศญี่ปุ่นได้เสนอให้ใช้ข้อความว่า “shall not be rejected” ซึ่งมีความหมายว่า “จะต้องไม่ถูกปฏิเสธ” แต่ผู้แทนฝ่ายไทยได้ขอแก้ไขโดยเพิ่มเติมข้อความว่า “solely on the grounds that” ซึ่งแปลว่า “ด้วยเหตุผลเพียงอย่างเดียว” เข้าไปด้วย ซึ่งฝ่ายญี่ปุ่นได้เห็นชอบด้วย

นายสุรเดช อัศวินทรางกูร [21] นักวิชาการตรวจสอบสิทธิบัตรชำนาญการพิเศษ กลุ่มงานเทคโนโลยีชีวภาพและเภสัชภัณฑ์ สำนักสิทธิบัตร กรมทรัพย์สินทางปัญญา ให้ความเห็นว่าคำว่า “เกี่ยวข้องกับ” (relating to) ตามที่ระบุไว้ในความตกลงเจเทปา ข้อ 130 วรรคสามเป็นคำที่มีความหมายกว้างเพราะอาจเป็นคำขอรับสิทธิบัตรสำหรับกรรมวิธีการใช้จุลชีพผลิตสารหรือเป็นคำขอรับสิทธิบัตรในตัวจุลชีพเองก็ได้ ส่วนถ้อยคำที่ว่า “จะไม่ถูกปฏิเสธด้วยเหตุผลเพียงอย่างเดียวว่า” (shall not be rejected solely on the grounds that) จะมีผลทำให้ผู้ตรวจสอบของกรมทรัพย์สิน ทางปัญญาไม่สามารถใช้มาตรา 9(1) ปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตรด้วยเหตุผลที่ว่าเป็นคำขอที่เกี่ยวข้องกับจุลชีพที่เกิดตามธรรมชาติได้ กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นเปิดช่องให้สามารถนำจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติมาใช้ประโยชน์และสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ แต่ประเทศไทยไม่เคยให้สิทธิบัตรสำหรับ จุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ หรือมีลักษณะเหมือนกับจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติมาก่อน ดังนั้น หากประเทศไทยไปลงนามในความตกลงเจเทปาโดยขาดความชัดเจนก็อาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้

---

[20] สัมภาษณ์ วิลาวรรณ มัลคละธนะกุล, 26 กันยายน พ.ศ.2551.

[21] สัมภาษณ์ สุรเดช อัศวินทรางกูร, 18 กันยายน พ.ศ.2551.

กระทรวงการต่างประเทศของประเทศไทยได้ออกมาชี้แจงว่า พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 9 (1) ห้ามไม่ให้ออกสิทธิบัตรในตัวจุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ เพราะถือเป็นเพียงการค้นพบไม่ใช่การประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้ แต่พระราชบัญญัติดังกล่าวให้ความคุ้มครองแก่ (1) วิธีการทำจุลชีพออกมา (2) การใช้ประโยชน์จุลชีพในการผลิตผลิตภัณฑ์ รวมทั้ง (3) ผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากกรรมวิธีดังกล่าว ทั้งสามกรณีถือได้ว่าเป็นสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ ซึ่งหากเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ มีขั้นตอนการประดิษฐ์สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรมก็สามารถขอรับสิทธิบัตรได้อยู่แล้ว ส่วนถ้อยคำที่ระบุว่าจะไม่ปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตรเพียงเพราะเหตุว่าสิ่งนั้นมีความเกี่ยวข้องกับจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาตินั้น การไม่ปฏิเสธคำขอนั้นไม่ได้จำกัดสิทธิของประเทศไทยในการพิจารณาว่าจะให้สิทธิบัตรแก่คำขอนั้นหรือไม่ การที่ประเทศไทยจะออกสิทธิบัตรหรือไม่จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 เจตนารมณ์ของการระบุไว้เช่นนั้นก็เพื่อให้ความมั่นใจแก่นักประดิษฐ์ชาวญี่ปุ่นว่าการประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาตินั้นมีสิทธิได้รับสิทธิบัตรภายใต้กฎหมายไทยในปัจจุบันอยู่แล้ว ถ้อยคำในข้อ 130 วรรค 3 จึงไม่มีผลบังคับให้ประเทศไทยจะต้องออกสิทธิบัตรจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติแก่คนญี่ปุ่น ซึ่งเป็นความเข้าใจร่วมกันทั้งสองฝ่ายมาโดยตลอดระหว่างการเจรจา ส่วนประเด็นที่ว่าข้อบทดังกล่าวอาจมีผลต่อดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาออกสิทธิบัตรนั้น การที่จะออกสิทธิบัตรหรือไม่ก็ไม่ใช่เรื่องดุลพินิจของเจ้าหน้าที่แต่เป็นเรื่องของกฎหมาย ความตกลงเจเทปาจึงไม่มีผลกระทบต่อหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการพิจารณาของเจ้าหน้าที่แต่อย่างใด[22]

เมื่อวันที่ 15 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2550 รัฐบาลของพลเอกสุรยุทธ์ จุลานนท์ได้นำร่างความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่นเข้าสู่การพิจารณาเพื่อขอรับฟังความคิดเห็นจากสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 12 โดยเป็นการอภิปรายทั่วไปแบบไม่มีการลงมติ เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการจัดทำหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยทำกับต่างประเทศ หลังจากนั้นคณะรัฐมนตรีได้ให้กระทรวงการต่างประเทศแจ้งต่อ

---

[22] ข้อมูลจากเวปไซต์ http://www.mfa.go.th/jtepa/archives/article-270.html เมื่อวันที่ 24 มกราคม พ.ศ.2550

ประเทศญี่ปุ่นว่าประเทศไทยพร้อมจะลงนามในความตกลงดังกล่าว แต่ขอให้ทั้งสองฝ่ายทำความเข้าใจให้ชัดเจนเกี่ยวกับความกังวลที่ว่าประเทศญี่ปุ่นอาจนำของเสียอันตรายมาทิ้งในประเทศไทย รวมถึงประเทศไทยสามารถปฏิเสธการขอจดสิทธิบัตรจุลชีพได้[23]

เมื่อวันที่ 27 มีนาคม พ.ศ. 2550 คณะรัฐมนตรีได้ลงมติเห็นชอบให้พลเอกสุรยุทธ์ จุลานนท์ ดำเนินการลงนามในความตกลงเจเทปาในระหว่างการเดินทางไปเยือนประเทศญี่ปุ่นอย่างเป็นทางการ ระหว่างวันที่ 2 ถึงวันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2550 ได้

ปรากฏว่าองค์กรพัฒนาเอกชนและนักวิชาการซึ่งประกอบด้วยมูลนิธิข้าวขวัญ มูลนิธิเข้าถึงเอดส์ มูลนิธิ ชีววิถี มูลนิธิเพื่อผู้บริโภค และเภสัชกรหญิงสำลี ใจดี ได้ร่วมกันยื่นฟ้องกระทรวงการต่างประเทศที่ 1 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ ที่ 2 รองปลัดกระทรวงการต่างประเทศ (นายพิศาล มาณวพัฒน์) ที่ 3 คณะรัฐมนตรี ที่ 4 นายกรัฐมนตรี ที่ 5 ต่อศาลปกครองกลางเมื่อวันที่ 28 มีนาคม พ.ศ.2550 เป็นคดีหมายเลขดำที่ 628/2550 ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งว่าการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน มติคณะรัฐมนตรี ที่ให้นำเรื่องความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่นเข้าสู่การอภิปรายของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ มติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้ พลเอกสุรยุทธ์ จุลานนท์ รวมทั้งบุคคลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องไปลงนามในความตกลงเจเทปาในวันที่ 2 ถึงวันที่ 4 เมษายน พ.ศ.2550 ล้วนเป็นโมฆะทั้งสิ้น ในการฟ้องคดีผู้ฟ้องคดีทั้งห้าได้ขอให้ศาลปกครองกลางมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา โดยขอให้ศาลมีคำสั่งให้มติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้นายกรัฐมนตรี ผู้แทนการเจรจาและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ที่จะลงนามระหว่างวันที่ 2 ถึงวันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2550 สิ้นผลเป็นการชั่วคราว และมีคำสั่งระงับการใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรี ผู้แทนเจรจา คณะบุคคลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่นไว้เป็นการชั่วคราวจนกว่าการพิจารณาคดีจะเสร็จสิ้น

ศาลปกครองกลางพิจารณาคำฟ้องแล้วมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความเนื่องจากศาลเห็นว่าคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งห้ามีวัตถุประสงค์ให้ศาลเพิกถอนกระบวนการเข้าทำความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ซึ่งเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในทางกิจการระหว่างประเทศของคณะรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายบริหารอันมิใช่การใช้อำนาจทางปกครองที่

---

[23] ข่าวจากหนังสือพิมพ์มติชนรายวันฉบับวันที่ 21 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2550 น. 17.

จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ผู้ฟ้องคดีทั้งห้ายื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดฯ มีคำสั่งเมื่อวันที่ 30 มีนาคม พ.ศ. 2550 ตามคำสั่งที่ 178/2550 ยืนตามคำสั่งของศาลปกครองกลางที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาโดยให้เหตุผลว่า คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งห้ามีความประสงค์อันแท้จริงที่จะให้ศาลปกครองพิจารณาหรือมีคำสั่งว่ามติของคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มีนาคม พ.ศ. 2550 ที่เห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้แทนการเจรจารวมตลอดถึงคณะบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ดำเนินการลงนามระหว่างวันที่ 2 ถึงวันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2550 เป็นโมฆะ และให้ระงับการลงนามความตกลงดังกล่าวเพื่อจะได้เริ่มต้นกระบวนการเกี่ยวกับความตกลงดังกล่าวใหม่เป็นสำคัญ โดยที่การมีมติดังกล่าวเป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ มิใช่กรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดเพื่อให้การดำเนินกิจการทางการปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดบรรลุผล คดีดังกล่าว จึงมิใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่คำฟ้องไว้พิจารณาจึงชอบแล้ว

เนื่องจากความตกลงเจเทปาถูกต่อต้านโดยประชาชนไทย รัฐบาลของพลเอกสุรยุทธ์ จุลานนท์ จึงเร่งทำความเข้าใจกับรัฐบาลของประเทศญี่ปุ่นเกี่ยวกับการจัดการของเสียอันตรายและสิทธิบัตร จุลชีพและขอให้รัฐบาลประเทศญี่ปุ่นให้คำยืนยันที่ชัดเจนว่าประเทศญี่ปุ่นจะไม่นำของเสียอันตรายมาทิ้งในประเทศไทย รวมทั้งประเทศไทยสามารถปฏิเสธการขอจดทะเบียนสิทธิบัตรจุลชีพของต่างประเทศได้ หลังจากนั้นเมื่อวันที่ 3 เมษายน พ.ศ. 2550 พลเอกสุรยุทธ์ จุลานนท์ และนายชินโซ อาเบะ นายกรัฐมนตรีของประเทศญี่ปุ่นได้ร่วมกันลงนามในความตกลงระหว่างประเทศญี่ปุ่นกับราชอาณาจักรไทยเพื่อความเป็นหุ้นส่วนเศรษฐกิจ (เจเทปา) ณ กรุงโตเกียว ประเทศญี่ปุ่น โดยในวันดังกล่าวนายทาโร อาโซ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศของประเทศญี่ปุ่น ได้มีหนังสือยืนยันความเข้าใจร่วมกันของรัฐบาลทั้งสองฝ่าย (Agree Statement) เกี่ยวกับการตีความข้อบทของความตกลงเจเทปาส่งถึงรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของประเทศไทย โดยมีใจความตอนหนึ่งระบุว่า [24]

---

[24] ข้อมูลจากเวปไซต์ http://www.mfa.go.th/jtepa

“ With respect to intellectual property, paragraph 3 of Article 130 of JTEPA does not in any way create an obligation beyond the TRIPS Agreement for the Kingdom of Thailand to grant any patent for a naturally occurring micro-organism and its components. Each party to JTEPA maintains its right to decide whether or not to grant a patent for the subject matter claimed in the application in accordance with its laws and regulations, in a manner consistent with the TRIPS Agreement. ”

(คำแปลอย่างไม่เป็นทางการ)

“เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา วรรค 3 ของข้อ 130 ของเจเทปา ไม่สร้างพันธกรณีเกินกว่าความตกลงทริปส์สำหรับราชอาณาจักรไทยไม่ว่าในทางใดให้ต้องออกสิทธิบัตรใดๆ สำหรับจุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ ภาคีแต่ละฝ่ายของเจเทปาคงไว้ซึ่งสิทธิของตนที่จะตัดสินใจว่าจะออกสิทธิบัตรหรือไม่สำหรับสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรสิ่งนั้นๆ ตามกฎหมายและข้อบังคับของตน ในลักษณะที่สอดคล้องกับความตกลงทริปส์”

(ความจริงข้อความที่ขีดเส้นใต้จะต้องแปลว่า “จุลชีพที่เกิดตามธรรมชาติ” จึงจะถูกต้อง)

ในวันเดียวกันนายนิตย์ พิบูลย์สงคราม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของประเทศไทยก็ได้มีหนังสือตอบยืนยันความเข้าใจในการตีความบทบัญญัติของความตกลงเจเทปาว่ารัฐบาลไทย ก็มีความเข้าใจเช่นนั้นด้วย

การที่พลเอกสุรยุทธ์ จุลานนท์ ไปลงนามในความตกลงเจเทปานั้นได้มีนักกฎหมายท่านหนึ่งออกมาให้ความเห็นว่าความตกลงเจเทปา ข้อ 130 วรรค 3 เปรียบเสมือน “ม้าโทรจัน” เพราะอาจทำให้ประเทศไทยต้องออกสิทธิบัตรในมวลสารทางชีวภาพ (Biological Substance) ที่มีการสกัดหรือทำให้บริสุทธิ์จากสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติให้แก่นักประดิษฐ์ชาวญี่ปุ่นในลักษณะเดียวกับที่มีระบุอยู่ในข้อบังคับเกี่ยวกับความคุ้มครองทางกฎหมายสำหรับการประดิษฐ์ที่เกิดจากเทคโนโลยีชีวภาพของสหภาพยุโรป (The Directive on the Legal Protection of Biotechnology Inventions 1998-Diretive No.98/44) โดยเห็นว่าปัจจุบันการประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับจุลชีพมีอยู่ด้วยกันอย่างน้อย 4 ประเภท คือ

1. จุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติซึ่งมนุษย์ไม่ได้สร้างขึ้น

2. จุลชีพที่ถูกสกัดออกมาแต่มีลักษณะทางพันธุกรรมเหมือนกับจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติทุกประการ

3. จุลชีพที่ถูกสร้างขึ้นด้วยกรรมวิธีทางชีววิทยาใดก็แล้วแต่ เช่น กรรมวิธีทางพันธุวิศวกรรม ซึ่งจุลชีพประเภทนี้จะมีลักษณะทางพันธุกรรมต่างจากจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ

4. ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นมาจากจุลชีพตามข้อ 1 ถึงข้อ 3

สำหรับจุลชีพประเภทแรกไม่สามารถออกสิทธิบัตรได้เพราะกฎหมายสิทธิบัตรไม่ให้ความคุ้มครองแก่ “การค้นพบ” สิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ ส่วนจุลชีพประเภทที่ 3 และประเภทที่ 4 สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ แต่จุลชีพประเภทที่ 2 นั้นประเทศที่พัฒนาแล้วรวมทั้งประเทศญี่ปุ่นกำลังมุ่งความสนใจเพราะความเจริญทางด้านเทคโนโลยีชีวภาพทำให้นักวิทยาศาสตร์สามารถสกัดยีน ดีเอ็นเอ หรือสารพันธุกรรมอื่นออกจากสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติได้โดยที่สารสกัดเหล่านั้นยังคงมีลักษณะทางพันธุกรรมเหมือนกับต้นแบบที่มีอยู่ตามธรรมชาติทุกประการ ซึ่งกฎหมายของประเทศเหล่านั้นล้วนอนุญาตให้มีการขอรับสิทธิบัตรในมวลสารทางชีวภาพที่มีการสกัดหรือทำให้บริสุทธิ์จากสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติได้ แต่กฎหมายไทยสามารถตีความได้ว่าจุลชีพในประเภทที่ 2 เป็นจุลชีพที่ถูกสกัดออกมาจากสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติจึงไม่เข้าเงื่อนไข “ความใหม่” ที่จะขอรับสิทธิบัตรได้ ความตกลงเจเทปาข้อ 130 วรรค 3 ที่ระบุว่า “ภาคีแต่ละฝ่ายจะต้องให้ความมั่นใจว่าคำขอรับสิทธิบัตรใดๆ จะไม่ถูกปฏิเสธด้วยเหตุผลอย่างเดียวว่าสาระที่ขอถือสิทธิในคำขอนั้นเกี่ยวข้องกับจุลชีพที่เกิดตามธรรมชาติ” นั้นอาจทำให้เกิดความไม่มั่นใจว่าประเทศไทยจะมีสิทธิปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตรจุลชีพประเภทที่ 2 ด้วยเหตุผลที่ว่าสิ่งที่ขอถือสิทธินั้นเกี่ยวข้องกับจุลชีพที่เกิดตามธรรมชาติได้หรือไม่ [25]

หลังจากนั้นนางพวงรัตน์ อัศวพิศิษฐ์ อธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาได้ออกมาชี้แจงว่ากรมทรัพย์สินทางปัญญาได้จัดทำแนวทางปฏิบัติในการตรวจสอบและรับจดทะเบียนคุ้มครองสิทธิบัตรจุลชีพภายใต้ พระราชบัญญัติสิทธิบัตรพ.ศ.2522 ซึ่งแนวปฏิบัติจะกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาและตรวจสอบเพื่อให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบมีความชัดเจนว่าไทยจะไม่รับจดสิทธิบัตรจุลชีพในกรณีใดบ้างเพื่อเป็นการรองรับการปฏิบัติตามข้อตกลงด้านทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้

---

[25] นันทน อินทนนท์, ข้อมูลจากเวปไซต์ http://www.ftawatch.org/news/view. เมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน พ.ศ.2550

ข้อตกลงความร่วมมือหุ้นส่วนเศรษฐกิจระหว่างไทยและญี่ปุ่น (JTEPA) หรือเอฟทีเอไทย-ญี่ปุ่นที่ได้ลงนามไปแล้ว [26]

เมื่อกลางปี พ.ศ. 2550 สำนักสิทธิบัตร กรมทรัพย์สินทางปัญญา ได้ยกเลิกรายละเอียดในหัวข้อ "การประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรไม่ได้ " ในคู่มือการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตรฉบับปี พ.ศ. 2549 และปรับปรุงใหม่ โดยกรมทรัพย์สินทางปัญญาได้ให้ความหมายของคำว่า "จุลชีพหรือส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพ" ที่ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 9 (1) โดยยกเป็นตัวอย่างว่าหมายถึงสิ่งมีชีวิตเซลล์เดียวหรือหลายเซลล์ที่ไม่เป็นพืชชั้นสูงและสัตว์ชั้นสูงในอาณาจักรพืชและสัตว์ และรวมถึงเซลล์สัตว์จากการเพาะเลี้ยงและส่วนประกอบของเซลล์ เช่น สายพันธุ์เซลล์ โปรตีน ยีน ดีเอ็นเอ อาร์เอ็นเอ พลาสมิด เวคเตอร์ เป็นต้น ซึ่งกรมทรัพย์สินทางปัญญาได้เน้นย้ำว่าจุลชีพหรือส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพไม่ว่าจะเกิดขึ้นเอง (naturally occuring) และมีอยู่ตามธรรมชาติ (existing in nature) หรือเป็นสิ่งที่มีมนุษย์สร้างขึ้น (man made microorganisms) หากมีคุณลักษณะและ/หรือคุณสมบัติเหมือนหรือเหมือนในนัยสำคัญกับสิ่งดังกล่าวที่เกิดขึ้นเอง และ/หรือมีอยู่ตามธรรมชาติจะไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทย [27]

เมื่อวันที่ 18 กันยายน พ.ศ.2550 รัฐบาลของพลเอกสุรยุทธ์ จุลานนท์ได้ลงมติเห็นชอบให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศแลกเปลี่ยนหนังสือทางการฑูตบอกกล่าวประเทศญี่ปุ่นว่ากระบวนการทางกฎหมายที่จำเป็นสำหรับการมีผลใช้บังคับของความตกลงเจเทปาในส่วนของประเทศไทยได้เสร็จสิ้นแล้ว ซึ่งรัฐบาลคงจะเห็นว่าแม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ.2550 มาตรา 190 วรรคสอง จะบัญญัติว่า "หนังสือสัญญาใด...จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาหรือมีผลกระทบต่อ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา" ก็ตามแต่เนื่องจากพลเอกสุรยุทธ์ จุลานนท์ ในฐานะนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้มีอำนาจเต็มในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในนามของประเทศไทยได้ไปลงนามในความ

---

[26] ข่าวจากหนังสือพิมพ์มติชนรายวันฉบับวันที่ 7 เมษายน พ.ศ. 2550

[27] สรุปมาจากเอกสารของสำนักสิทธิบัตร กรมทรัพย์สินทางปัญญา จำนวน 3 แผ่นที่ออกมาเมื่อกลางปี พ.ศ.2550

ตกลงเจเทปาตั้งแต่วันที่ 3 เมษายน พ.ศ.2550 ก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ดังนั้น ความตกลงเจเทปาจึงเป็นอันใช้ได้ตามบทเฉพาะกาลในมาตรา 305 (5) ซึ่งบัญญัติว่า "การใดที่เกี่ยวกับการจัดทำหรือดำเนินการตามหนังสือสัญญาที่ได้ดำเนินการไปแล้วก่อนวันประกาศรัฐธรรมนูญฉบับนี้ให้เป็นอันใช้ได้..." ส่วนมาตรา 190 วรรคสาม ที่บัญญัติว่า "ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศตามวรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน..." และวรรคสี่ ที่บัญญัติว่า "เมื่อลงนามในหนังสือสัญญาตามวรรคสองแล้วก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น..." อาจถือว่าการที่กระทรวงการต่างประเทศได้จัดทำประชาพิจารณ์สอบถามความคิดเห็นจากประชาชนเมื่อวันที่ 22 ธันวาคม พ.ศ. 2549 เป็นการดำเนินการที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าวแล้วประกอบกับ ในขณะนั้นยังไม่มีการออกกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีจัดทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 วรรคห้า มาใช้บังคับ หากจะรอให้กฎหมายดังกล่าวออกมาเพื่อที่จะดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมายดังกล่าวเสียก่อนอาจจะล่าช้าและก่อให้เกิดความเสียหายต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไทยกับประเทศญี่ปุ่นได้

แม้ประเทศไทยจะยังไม่ได้ดำเนินการตามบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้ครบถ้วนก็ตาม แต่การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของประเทศไทยได้แลกเปลี่ยนหนังสือทางการฑูตกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของประเทศญี่ปุ่นโดยยืนยันตามข้อ 172 ของความตกลงเจเทปาว่า ประเทศไทยได้ปฏิบัติตามกระบวนการทางกฎหมายภายในที่จำเป็นของประเทศไทยเพื่อการมีผลใช้บังคับของความตกลงเจเทปาเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ประเทศไทยจึงไม่สามารถยกความบกพร่องในการปฏิบัติตามกฎหมายภายในของประเทศไทยมาเป็นข้ออ้างในการไม่ปฏิบัติตามความตกลงเจเทปาได้อีก [28] ดังนั้น ความตกลงเจเทปาจึงมีผลผูกพันประเทศไทยโดยสมบูรณ์ตั้งแต่วันที่ 1 พฤศจิกายน พ.ศ.2550 เป็นต้นมา

จึงมีปัญหามาสู่การพิจารณาตามวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ว่าความตกลงเจเทปาข้อ 130 วรรคสาม มีผลผูกพันประเทศไทยเพียงใด

---

[28] อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 ข้อ 27