

บทที่ 4

วิเคราะห์

4.1 ความทั่วไป

ความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยและญี่ปุ่นสำหรับความเป็นหุ้นส่วนเศรษฐกิจ (ความตกลงเจทีเปา) แม้จะมีได้มีชื่อเรียกว่า “สนธิสัญญา” (treaty) ตามถ้อยคำที่ระบุไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969) แต่ก็เห็นได้ว่าความตกลงดังกล่าวมีองค์ประกอบครบถ้วนตามที่กฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวกำหนดไว้¹ กล่าวคือ เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่พินิจระหว่างรัฐเป็นลายลักษณ์อักษร และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะรวมอยู่ในตราสารฉบับเดียวหรือตราสารที่เกี่ยวข้องสองฉบับหรือมากกว่านั้น และไม่ว่าจะเรียกชื่อเฉพาะว่าอย่างไรก็ตาม

เนื้อหาของความตกลงเจทีเปาประกอบด้วยข้อบทเกี่ยวกับการเปิดเสรีสินค้าและบริการระหว่างสองประเทศ โดยมีการกำหนดชนิดและประเภทของสินค้าที่ต่างฝ่ายตกลงลดอัตราภาษีให้แก่กัน รวมทั้งมีความตกลงร่วมมือทางเศรษฐกิจด้านต่างๆ ได้แก่ การค้าสินค้า กฎว่าด้วยแหล่งกำเนิดสินค้า พิธีศุลกากร การค้าไร้กระดาษ การยอมรับร่วมกัน การค้าบริการ การลงทุน การเคลื่อนย้ายของบุคคลธรรมดา ทวิพินินทางปัญญา การจัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐ การแข่งขันทางการค้า ความร่วมมือ และการระงับข้อพิพาทรวมอยู่ด้วย แต่การพิจารณาว่าความตกลงจัดตั้งเขตการค้าเสรีจะต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ขึ้นอยู่กับสาระของความตกลง

¹ Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 Article 2- Use of terms

1.For the purpose of the present Convention :

(a) “treaty” means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whether its particular designation ;

ลงแต่ละฉบับด้วย หากมีข้อบทที่ยังไม่มีกฎหมายรองรับก็ต้องขอความเห็นชอบเสียก่อน² ดังนั้น หากความตกลงดังกล่าวยังไม่มีกฎหมายภายในของประเทศไทยรองรับไว้อย่างครบถ้วน และมีความจำเป็นต้องออกกฎหมายภายในเพื่อให้ศาลไทยสามารถบังคับให้เป็นไปตามความตกลงดังกล่าวนั้นก็อาจถือได้ว่าความตกลง เจเทปาเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาเสียก่อน

ประเทศไทยนั้นใช้ทฤษฎีทวินิยม (Dualism) ในด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยยึดมั่นในหลักการของรัฐสมัยใหม่ที่แยกการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐเป็นส่วนๆ คือ อำนาจอทธานิติบัญญัติ อำนาจทางบริหาร และอำนาจทางตุลาการ โดยอำนาจแต่ละส่วนมีความเป็นอิสระแก่กันและไม่ก้าวร้าวกัน ดังนั้น การทำสนธิสัญญากับต่างประเทศโดยฝ่ายบริหารจึงไม่มีผลผูกพันองค์กรฝ่ายอื่นโดยทันที และกฎหมายระหว่างประเทศก็ไม่อาจเข้าไปเกี่ยวข้องกับระบบกฎหมายภายในประเทศไทยได้หากยังไม่ผ่านกระบวนการบางประการอันเป็นการแสดงถึงเจตจำนง (will) ของรัฐว่าต้องการให้กฎหมายระหว่างประเทศมีผลใช้บังคับเช่นเดียวกับกฎหมายภายในประเทศ โดยการแปลง (Transformation) หรือการยอมรับ (adoption) กฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายใน เช่น การออกกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการสนธิสัญญา เป็นต้น ภายหลังจากกฎหมายระหว่างประเทศได้แปลงหรือยอมรับเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยแล้ว ฝ่ายตุลาการคือศาลไทยจึงสามารถนำกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวมาปรับใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีได้³

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่มีผลใช้บังคับในขณะเริ่มต้นเจรจาทำความตกลงเจเทปา จนถึงวันที่ความตกลงเจเทปามีผลใช้บังคับมีอยู่รวม 3 ฉบับคือฉบับปี พ.ศ.2540, ปี พ.ศ. 2549 และปี พ.ศ.2550 ซึ่งแต่ละฉบับมีบทบัญญัติเกี่ยวกับขั้นตอนในการทำสนธิสัญญากับต่างประเทศไว้แตกต่างกัน แต่การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของประเทศไทยได้แลกเปลี่ยนหนังสือทางการทูตกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของประเทศญี่ปุ่นโดย

² จาตุรนต์ ธิระวัฒน์, โครงการวิจัยเรื่องปัญหาหลักของเขตการค้าเสรีทั้งในภูมิภาคและทวีปาศิที่ประเทศไทยร่วมเป็นรัฐสมาชิก, เอกสารโรเนียว, 2550 , น. 13.

³ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2547), น. 118.

ยืนยันตามข้อ 172 ของความตกลงเจเทปาว่า ประเทศไทยได้ปฏิบัติตามกระบวนการทางกฎหมายภายในที่จำเป็นของประเทศไทยเพื่อการมีผลใช้บังคับของความตกลงเจเทปาเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ประเทศไทยจึงไม่สามารถยกความบกพร่องในการปฏิบัติตามกฎหมายภายในของประเทศไทยมาเป็นข้ออ้างในการไม่ปฏิบัติตามความตกลงเจเทปาได้อีก⁴ และหากมีข้อบทใดในความตกลงเจเทปาไม่อาจใช้บังคับได้และทำให้ประเทศญี่ปุ่นได้รับความเสียหาย ประเทศไทยก็อาจต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศต่อประเทศญี่ปุ่น ดังนั้น จึงต้องถือว่าในขณะนี้ความตกลงเจเทปามีผลผูกพันสามารถใช้บังคับได้อย่างสมบูรณ์และมีผลทำให้ประเทศไทยและประเทศญี่ปุ่นจะต้องได้รับการปฏิบัติตามความตกลงดังกล่าวอย่างสุจริต⁵

แต่ถ้อยคำตามข้อ 130 วรรคสามของความตกลงเจเทปาที่ว่า “ภาคีแต่ละฝ่ายต้องให้ความมั่นใจว่าคำขอรับสิทธิบัตรใดๆ จะไม่ถูกปฏิเสธด้วยเหตุผลเพียงอย่างเดียวว่าสาระที่ขอถือสิทธิในคำขอนั้นเกี่ยวข้องกับจุลชีพที่เกิดตามธรรมชาติ” นั้นอาจทำให้ประชาชนไทยเกิดความกังวลว่าจะทำให้ประเทศไทยต้องออกสิทธิบัตรสำหรับจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติให้แก่บุคคลสัญชาติญี่ปุ่น รวมทั้งจะเปิดช่องให้ประเทศอื่นๆ เข้ามาขอรับสิทธิบัตรจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติในประเทศไทยได้

4.2 ที่มาของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 มาตรา 9 (1)

ถ้อยคำในหนังสือยืนยันความเข้าใจร่วมกันของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของทั้งสองฝ่ายว่า “ภาคีแต่ละฝ่ายของเจเทปากงไว้ซึ่งสิทธิของตนที่จะตัดสินใจว่าจะออกสิทธิบัตรให้หรือไม่สำหรับสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรสิ่งนั้นๆ ตามกฎหมายและข้อบังคับของตน **ในลักษณะที่สอดคล้องกับความตกลงทริปส์**” (ส่วนที่ขีดเส้นใต้เน้นโดยผู้เขียน) นั้น มีปัญหาให้พิจารณาว่าถ้อยคำตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 มาตรา 9 (1) นั้นสอดคล้องกับความตกลงทริปส์ข้อ 27.3 (บี) หรือไม่เพียงใด

⁴ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 ข้อ 27

⁵ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 ข้อ 26

หากพิจารณาถ้อยคำตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 แก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2535 มาตรา 9 ที่ว่า “การประดิษฐ์ดังต่อไปนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ

(1) จุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์และพืช”

อาจก่อให้เกิดความสงสัยขึ้นได้ว่าบทบัญญัติของดังกล่าวไม่สอดคล้องกับความตกลงทริปส์ ข้อ 27.3 (บี) ซึ่งระบุว่า

“Article 27

3. Member may also exclude from patentability :

(a) ...

(b) plants and animals other than microorganisms, and essentially biological processes for the production of plants or animals other than non-biological and microbiological processes...”

ซึ่งแปลเป็นภาษาไทยได้ว่า

“ ข้อ 27.3 สมาชิกอาจไม่ให้สิทธิบัตรในสิ่งต่อไปนี้ได้เช่นกัน

(เอ) ...

(บี) พืชและสัตว์ นอกจากจุลชีพ และกรรมวิธีทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชหรือสัตว์ นอกจากกรรมวิธีซึ่งไม่ใช่กรรมวิธีทางชีววิทยาและจุลชีววิทยา...”

ถ้อยคำตามมาตรา 9 (1) อาจทำให้เข้าใจว่ากฎหมายสิทธิบัตรของไทยไม่ให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับจุลชีพและส่วนประกอบของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติในทุกกรณี ในขณะที่ความตกลงทริปส์ข้อ 27.3 (บี) มีเจตนารมณ์ให้ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลก ให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์จุลชีพและกรรมวิธีการผลิตพืชและสัตว์โดยใช้เทคโนโลยีชีวภาพที่มนุษย์คิดค้นขึ้นทุกกรณี

ในการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายจำต้องศึกษาถึงที่มาของบทกฎหมายมาตรานั้นๆ ด้วย ซึ่งจะพบว่าเดิมพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ไม่ได้กล่าวถึงจุลชีพไว้ มาตรา 9 (เดิม) บัญญัติไว้เพียงว่าการประดิษฐ์ดังต่อไปนี้ขอรับสิทธิบัตรไม่ได้

(3) สัตว์ พืช หรือกรรมวิธีทางชีววิทยาในการผลิตสัตว์หรือพืชขึ้น

หลังจากศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกามีคำตัดสินในคดี Diamond V. Chakrabarty (1980)⁶ เมื่อปีพ.ศ.2523ซึ่งเป็นจุดเริ่มการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรสำหรับการประดิษฐ์เกี่ยวกับจุลชีพที่เกิดจากกระบวนการทางเทคโนโลยีชีวภาพในระดับสากลประเทศต่างๆ โดยเฉพาะประเทศที่พัฒนาแล้วก็ได้ปรับเปลี่ยนแนวความคิดในการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรแก่อสิ่งมีชีวิตแตกต่างไปจากเดิม โดยยอมรับว่าจุลชีพรวมทั้งกรรมวิธีทางพันธุวิศวกรรมที่ทำให้จุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติมีคุณสมบัติเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมเป็นการประดิษฐ์ที่สามารถขอรับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรได้ จุลชีพจึงเริ่มเป็นสิ่งที่มีความหมายตามกฎหมายสิทธิบัตร แต่การที่ประเทศไทยแก้ไขปรับปรุงกฎหมายสิทธิบัตรเมื่อปี พ.ศ.2535 นั้นไม่ได้เกิดจากพัฒนาการของแนวความคิดทางกฎหมายสิทธิบัตรดังกล่าวโดยตรง แต่เกิดจากแรงกดดันของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ต้องการให้ประเทศไทยให้ความคุ้มครองเพิ่มเติม แก่สินค้าที่สำคัญของตนบางชนิด เช่น ยา โปรแกรมนคอมพิวเตอร์ และภาพยนตร์ เป็นต้น โดยเมื่อปี พ.ศ.2529 คณะกรรมาธิการการค้าระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา (US International Trade Commission-USITC) ได้ทำการประเมินว่าทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ถือสัญชาติอเมริกาโดยเฉพาะสิทธิบัตรยา ลิขสิทธิ์ดนตรี ภาพยนตร์ และโปรแกรมนคอมพิวเตอร์ ได้ถูกละเมิดในต่างแดนก่อให้เกิดความสูญเสียแก่เอกชนอเมริกันเป็นเงินประมาณ 43 ถึง 61 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ⁷ ทำให้ภาคเอกชนอเมริกันผลักดันให้รัฐบาลของตนออกมาตรการต่างๆ เพื่อต่อต้านประเทศต่าง ๆ ที่ไม่ให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างเพียงพอ ซึ่งรัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ใช้มาตรการทางกฎหมายการค้าที่สำคัญ 2 ประการเป็นเครื่องมือต่อรองบีบบังคับให้ประเทศคู่ค้าของตนปรับปรุงกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาให้มีความเข้มงวดและสอดคล้องกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกามากยิ่งขึ้น ได้แก่

1. การเพิกถอนสิทธิประโยชน์ทางการค้าภายใต้ระบบ GSP (Generalised System of Preferences) สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิพิเศษที่ประเทศพัฒนาแล้วให้แก่ประเทศกำลังพัฒนาโดยการเรียกเก็บภาษีศุลกากรจากสินค้าของประเทศกำลังพัฒนาในอัตราต่ำ หรือไม่เรียก

⁶ 447 U.S. 303, 100 S.Ct.2204, 65L.Ed2d144 (1980)

⁷ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติธรรม), 2541, น. 25.

เก็บเลยเพื่อให้สินค้าของประเทศกำลังพัฒนามีโอกาสแข่งขันสูงขึ้นในตลาดของประเทศพัฒนาแล้ว แต่เนื่องจากระบบ GSP ถูกกำหนดขึ้นภายใต้หลักไม่ต่างตอบแทน (Non-Reciprocity) จึงทำให้การให้ GSP ไม่ใช่การบังคับ และประเทศผู้ให้ก็ไม่มีความผูกพันโดยจะเลิกหรือเพิกถอนเสียเมื่อใดก็ได้ รัฐบาลประเทศสหรัฐอเมริกาจึงบัญญัติเป็นเงื่อนไขไว้ในกฎหมายการค้าและพาณิชย์ศุลกากร (Trade and Tariff Act 1984) ว่าประเทศที่จะได้รับ GSP จะต้องมีการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพด้วย

2. การใช้มาตรการตอบโต้ภายใต้มาตรา 301 ของกฎหมายการค้า (Trade Act 1974) แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐบัญญัติว่าด้วยการค้าและการแข่งขัน (Omnibus Trade and Competitiveness Act 1988) ซึ่งมาตรการดังกล่าวประเทศสหรัฐอเมริกาใช้สำหรับตอบโต้การปฏิบัติการทางการค้าที่ตนเห็นว่าไม่เป็นธรรมและทำให้ประเทศตนประสบปัญหาขาดดุลการค้า เช่น การปิดตลาด การใช้มาตรการกีดกันทางการค้าในรูปแบบต่าง ๆ รวมทั้งการไม่ให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างเข้มงวดและจริงจัง โดยรัฐสภาของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มอบหมายให้ผู้แทนการค้าสหรัฐ (USTR) เป็นผู้พิจารณาและออกประกาศรายชื่อประเทศที่ต้องถูกดำเนินการตอบโต้เป็นลำดับแรก (Priority Foreign Countries-PFC) ได้

ประเทศไทยได้ถูกประเทศสหรัฐอเมริกาจับตามองว่าระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของไทยภายใต้พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ยังขาดความเข้มงวดอยู่หลายประการ และไม่ให้ความคุ้มครองสินค้าที่มีความสำคัญของประเทศสหรัฐอเมริกาหลายชนิด เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ เครื่องมือทางการเกษตร อาหาร ผลิตภัณฑ์เคมี และยา รวมทั้งกระบวนการบังคับใช้กฎหมาย และการปราบปรามการกระทำความผิดก็ไม่ได้มีการดำเนินการอย่างจริงจัง⁸ ดังนั้น เมื่อปีพ.ศ.2532 ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงเพิกถอน GSP ออกจากสินค้าของประเทศไทยบางรายการ และต่อมาผู้แทนการค้าสหรัฐก็ได้ใช้อำนาจตามมาตรา 301 (พิเศษ) ขึ้นบัญชีประเทศไทยเป็นประเทศที่ต้องจับตามองอย่างใกล้ชิด (Priority Watch List) ร่วมกับประเทศอื่นอีก 7 ประเทศ คือ สาธารณรัฐประชาชนจีน บราซิล อินเดีย เกาหลีใต้ เม็กซิโก ราชอาณาจักรบาห์เรน และไต้หวัน และต่อมาในปี พ.ศ.2534 USTR ก็ได้ประกาศให้ประเทศไทยอยู่ใน

⁸ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, “ทรัพย์สินทางปัญญาในความเกี่ยวพันกับการค้าระหว่างประเทศ:กรณีประเทศไทยกับสหรัฐฯ”, วารสารนิติศาสตร์ปีที่ 22 ฉบับที่ 4, น. 533.

บัญชีรายชื่อประเทศที่ต้องถูกดำเนินการตอบโต้เป็นลำดับแรก (PFC) ร่วมกับสาธารณรัฐประชาชนจีนและอินเดีย ส่งผลให้เอกชนอเมริกันไม่กล้าสั่งซื้อสินค้าจากประเทศไทยเพราะเกรงว่าจะเกิดปัญหาด้านต้นทุนเพราะสินค้าไทยอาจถูกเรียกเก็บภาษีศุลกากรสูงขึ้น หรืออาจถูกสั่งห้ามนำเข้าประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อใดก็ได้ การถูกขึ้นบัญชีดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อ การส่งออกสินค้าของประเทศไทยเนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นคู่ค้าที่สำคัญของประเทศไทย ทำให้ประเทศไทยต้องเร่งแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาหลายฉบับเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยเมื่อวันที่ 7 มิถุนายน พ.ศ.2534 คณะรัฐมนตรีของนายอานันท์ ปันยารชุน ได้เสนอขอออกพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฉบับใหม่ คือ ฉบับปีพ.ศ.2534 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่เดือนมกราคม พ.ศ.2535 และเมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน พ.ศ.2534 คณะรัฐมนตรีก็ได้เสนอขอแก้ไขพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 โดยมีบันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติที่นำเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติว่า “โดยที่พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ได้ใช้บังคับมาจนถึงบัดนี้เป็นเวลากว่าสิบปีแล้ว สถานการณ์ทั้งภายในและนอกประเทศได้เปลี่ยนแปลงไปมาก โดยเฉพาะการพัฒนาและขยายตัวทางเศรษฐกิจ การค้า และอุตสาหกรรมของประเทศสมควรที่จะได้มีการปรับปรุงมาตรฐานการคุ้มครองด้านสิทธิบัตรให้เพียงพอและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นเพื่อรองรับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว และเพื่อให้การคุ้มครองด้านสิทธิบัตรเอื้ออำนวยให้เศรษฐกิจการค้าและอุตสาหกรรมของประเทศสามารถขยายตัวอย่างมั่นคงและต่อเนื่อง”

นายอมเรศ ศิลาอ่อน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ ได้แถลงถึงหลักการและเหตุผลในการแก้ไขกฎหมายต่อที่ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติครั้งที่ 35/2534⁹ วันศุกร์ ที่ 8 พฤศจิกายน พ.ศ.2534 ว่า “... พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ได้บังคับใช้ตั้งแต่กันยายน พ.ศ.2522 โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะส่งเสริมให้มีการค้นคว้าวิจัยและประดิษฐ์ผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีขึ้นใหม่ และการออกแบบผลิตภัณฑ์ใหม่ๆ ที่จะประโยชน์และก้าวหน้าทางเทคนิค ทั้งด้านเกษตรกรรม อุตสาหกรรม และพาณิชยกรรมในประเทศ และเพื่อให้ผู้ประดิษฐ์และผู้ออกแบบผลิตภัณฑ์ได้รับความคุ้มครองในการประดิษฐ์หรือในการออกแบบผลิตภัณฑ์โดยห้ามมิให้บุคคลอื่นลอกหรือเลียนการประดิษฐ์ หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์นี้โดยมิให้ค่าตอบแทน

⁹ รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 34 ถึงครั้งที่ 37 เล่ม 12 พ.ศ.2534

ในช่วงกลางปี พ.ศ.2528 ประเทศคู่ค้าที่สำคัญของไทยโดยเฉพาะอย่างยิ่งสหรัฐอเมริกา ประเทศยุโรป และญี่ปุ่นได้เรียกร้องให้ไทยดำเนินการปรับปรุงแก้ไขการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา 3 ประเภท คือ สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้าซึ่งได้มีการเริ่มเจรจาปัญหาดังกล่าว ในขณะเดียวกันในทางด้านระดับทวิภาคีคือระหว่างประเทศต่อประเทศ ไทยในขณะนั้นก็ได้แสดงท่าทีเกี่ยวกับประเด็นการเสนอร่างกฎหมายแก้ไข พ.ร.บ.สิทธิบัตร โดยมีท่าทีที่แสดงความยืดหยุ่นมาโดยตลอด ถ้าสุธรรมมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ในขณะนั้นเมื่อเดือนตุลาคม พ.ศ. 2532 ได้มีหนังสือถึงผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกาว่าจะเสนอร่างกฎหมายสิทธิบัตรต่อสภาภายในปี พ.ศ.2534 ต่อมาเมื่อวันที่ 31 ตุลาคม พ.ศ.2532 คณะรัฐมนตรีได้แต่งตั้งคณะกรรมการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายและพัฒนาระบบทรัพย์สินทางปัญญาทั้งหมดตามที่กระทรวงพาณิชย์ได้เสนอขึ้นไป โดยมีปลัดกระทรวงพาณิชย์เป็นประธาน... เพื่อทำหน้าที่ในการพิจารณาแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาทุกเรื่องโดยยึดหลักการของผลประโยชน์ต่อประเทศชาติ และความเหมาะสมของสภาวะเศรษฐกิจและสังคมของประเทศเป็นสำคัญ รวมทั้งความสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของนานาชาติ...

สำหรับเหตุผลและความจำเป็นในการปรับปรุงพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522... เหตุผลแรกคือเพื่อให้สอดคล้องกับภาวะเศรษฐกิจของประเทศที่เปลี่ยนแปลงไป จะเห็นได้ว่าเศรษฐกิจของไทยในขณะนี้ได้เติบโตขึ้นอย่างรวดเร็ว โดยเฉพาะในเรื่องของภาคอุตสาหกรรม โดยเฉพาะภาคอุตสาหกรรมส่งออกเมื่อปี พ.ศ.2533 คือปีที่แล้วประเทศไทยได้ส่งสินค้าอุตสาหกรรมออกสูงถึง 70 เปอร์เซ็นต์ของการส่งออกทั้งหมด ในขณะที่สัดส่วนของสินค้าด้านการเกษตรลดต่ำลง เพราะฉะนั้นการที่มีระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับอุตสาหกรรมที่ดีก็จะเพิ่มขีดความสามารถที่อุตสาหกรรมไทยจะนำเทคโนโลยีที่ทันสมัยมาใช้ในการเพิ่มผลผลิต และให้สามารถแข่งขันกับต่างประเทศได้ดีขึ้น

นอกจากนั้นก็มีเหตุผลที่ว่าเพื่อจะทำให้การคุ้มครองสิทธิบัตรของเราเป็นไปตามแนวปฏิบัติของนานาชาติประเทศ ซึ่งในขณะนี้ก็ได้มีการเอาเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาเข้าไปอยู่ในการเจรจาการค้าหลายฝ่ายที่แกตต์ (GATT) รอบอุรุกวัย ซึ่งมีการพิจารณากำหนดมาตรฐานคุ้มครองด้านทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อให้ประเทศสมาชิกต่างๆ ปฏิบัติตามเพื่อมิให้มีการเสียเปรียบได้เปรียบกันในเรื่องดังกล่าวระหว่างประเทศ การเจรจารอบอุรุกวัยนี้คาดว่าจะแล้วเสร็จในปลายปี พ.ศ.2534 นี้หรือต้นปี พ.ศ.2535

นอกจากนั้นเราต้องการที่จะบรรเทาผลกระทบจากประเทศคู่ค้าสำคัญของประเทศไทย เช่น สหรัฐอเมริกา ยุโรป และญี่ปุ่น ซึ่งได้มีการนำเอาปัญหาการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

โดยเฉพาะด้านสิทธิบัตรเครื่องหมายการค้า และเรื่องลิขสิทธิ์มาเป็นเครื่องมือต่อรองในการเจรจา ระดับทวิภาคี โดยมีการพิจารณาว่าจะใช้มาตรการตอบโต้ หรือมีการกีดกันการส่งสินค้าออกของไทย ถ้าเผื่อไม่มีการแก้ไขสิทธิบัตรให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของเขาในระดับที่พอสมควร ถ้าเผื่อมีการกีดกันหรือตอบโต้ทางด้านการค้าก็จะทำความเสียหายให้กับอุตสาหกรรมส่งออกของไทยอย่างมากเพราะประเทศ 3 ประเทศดังกล่าว นั่น คือ สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และ ยุโรป เป็นตลาดส่งออกที่สำคัญของไทยรวมกันแล้วคิดเป็นประมาณ 59 เปอร์เซ็นต์ของมูลค่าส่งออกของไทยในปี พ.ศ.2533...

สำหรับหลักการสำคัญเกี่ยวกับร่าง พ.ร.บ.สิทธิบัตร (ฉบับที่...) พ.ศ. ... ชั้นแรกจะมีการแก้ไขขอบเขตการคุ้มครอง โดยขยายขอบเขตการคุ้มครองการประดิษฐ์อย่างที่ถูกกฎหมายปัจจุบันได้ ยกเว้นไว้ เช่น อาหาร เครื่องดื่ม ยา เครื่องจักรกลการเกษตร เป็นต้น อันนี้เพื่อจะส่งเสริมให้มีการพัฒนาการประดิษฐ์ดังกล่าวในอุตสาหกรรมเหล่านั้นให้มากยิ่งขึ้นซึ่งจะเป็นการรองรับการขยายตัวทางเศรษฐกิจของประเทศทั้งในปัจจุบันและในอนาคต ในขณะเดียวกันก็ได้ระบุไว้ว่าจะยกเว้นไม่ให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์บางอย่างที่ถูกกฎหมายปัจจุบันไม่ได้ระบุไว้ เช่น สิ่งประดิษฐ์ที่ปรากฏอยู่แล้วตามธรรมชาติ ได้แก่ จุลชีพที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือ สารสกัดจากสัตว์ หรือพืช หรือกรรมวิธีการวินิจฉัยบำบัดหรือรักษาโรคมนุษย์หรือสัตว์..."

ร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่...) พ.ศ. ... ที่เสนอต่อที่ประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ มาตรา 4 ระบุว่า ให้ยกเลิกความในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 แล้วให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

"มาตรา 9 การประดิษฐ์ดังต่อไปนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ

- (1) จุลชีพที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช
- (2) กฎเกณฑ์และทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์และคณิตศาสตร์
- (3) ระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์
- (4) วิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคมนุษย์ หรือสัตว์
- (5) การประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดี อนามัยหรือสวัสดิภาพของประชาชน"

ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้รับการยอมรับในหลักการในที่ประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติในการประชุมครั้งที่ 36/2534 เมื่อวันที่ ๑๕ พฤศจิกายน พ.ศ.2534 และมีการแต่งตั้งคณะกรรมการวิสามัญจำนวน 10 คน ขึ้นทำหน้าที่แปรญัตติภายใน 15 วัน โดยมีประเด็นที่ได้รับ

การวิพากษ์วิจารณ์มากที่สุดคือสิทธิบัตรยา หลังจากนั้นร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านการแปรญัตติแล้วได้ถูกนำเสนอต่อที่ประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติในการประชุมครั้งที่ 13/2535 เมื่อวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2535¹⁰ โดยมีรายงานของคณะกรรมการการวิสามัญที่เสนอมาพร้อมกับร่างพระราชบัญญัตินี้กล่าวว่า “... การพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินี้คณะกรรมาธิการได้ดำเนินการอย่างรอบคอบและเป็นกลางอย่างที่สุดโดยคำนึงถึงการพัฒนาระบบทรัพย์สินทางปัญญาในกรอบของนโยบายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศ การส่งเสริมและการพัฒนา การอุตสาหกรรม การเศรษฐกิจ การศึกษาวิจัย มาตรฐานการปฏิบัติสากลของประชาคมโลก ตลอดจนผลกระทบที่จะเกิดขึ้น รวมทั้งหลักศีลธรรมจรรยาบรรณควบคู่ไปด้วย และได้รับฟังความคิดเห็นจากสื่อมวลชนทุกประเภทและผู้สนใจทุกฝ่ายที่ได้แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้แก่ สมาชิกสมานิติบัญญัติแห่งชาติ ผู้แทนนักวิชาการจากโครงการศึกษาระบบทรัพย์สินทางปัญญา สถาบันวิจัยสังคม จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ชมรมแพทย์ชนบท กลุ่มวิชาชีพสาธารณสุขจังหวัดต่างๆ ชมรมนักศึกษาแพทย์แห่งประเทศไทย สโมสรนักศึกษามหาวิทยาลัยมหิดล และสมาคมไทยอุตสาหกรรมผลิตยาแผนปัจจุบัน เป็นต้น

วิธีการดำเนินการพิจารณานั้นคณะกรรมาธิการได้พิจารณาภาพทั่วไปและรูปแบบสากลในต่างประเทศ ตลอดจนข้อตกลงระหว่างประเทศประกอบเป็นเบื้องต้นแล้วพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินี้ตามลำดับ...”

คณะกรรมการได้แก้ไขปรับปรุงความในมาตรา 4 เสียใหม่ ดังนี้

มาตรา 4 ให้ยกเลิกความในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 9 การประดิษฐ์ดังต่อไปนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ

(1) จุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่เกิดขึ้นมีอยู่ตามธรรมชาติ สัตว์พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช

(2) ... ”

¹⁰ รายงานการประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ (ทำหน้าที่รัฐสภา) ครั้งที่ 13 เล่ม 6 พ.ศ. 2535 น.101-102.

ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้รับความเห็นชอบเป็นกฎหมายให้ประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 3 เมษายน พ.ศ.2535 โดยมีผลบังคับใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 30 กันยายน พ.ศ.2535 เป็นต้นมา

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ในการแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตร เมื่อปี พ.ศ.2535 นั้นส่วนใหญ่เป็นไปตามแรงกดดันของประเทศคู่ค้าสำคัญของประเทศไทยได้แก่ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และประเทศญี่ปุ่นที่ต้องการให้ประเทศไทยให้ความคุ้มครองผลิตภัณฑ์ แต่ที่ได้มีการระบุถึงจุลชีพและส่วนประกอบของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ และสารสกัดจากสัตว์และพืชเพิ่มเติมไว้ด้วยนั้น ปรากฏตามถ้อยคำของรัฐมนตรีก่อนที่การกระทรวงพาณิชย์ว่าเป็นกรณีของสิ่งที่ไม่ใช่ “การประดิษฐ์” นอกจากนี้อีกเหตุผลหนึ่งน่าจะเป็นความประสงค์ของนักวิชาการและส่วนราชการไทยที่ต้องการให้ความคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพของประเทศไว้จากการถูกต่างชาตินำไปแสวงหาประโยชน์เนื่องจากประเทศไทยมีความหลากหลายของทรัพยากรชีวภาพรวมทั้งจุลชีพเป็นอย่างมาก และในช่วงเวลาดังกล่าวการใช้ประโยชน์จากจุลชีพสามารถรับสิทธิบัตรในประเทศไทยได้แล้ว แต่เทคโนโลยีของประเทศไทยยังเป็นรองต่างประเทศอยู่มาก หากไม่จำกัดการให้ความคุ้มครองก็จะมีเพียงชาวต่างประเทศเท่านั้นที่สามารถเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพของประเทศไทยได้ ประกอบกับในขณะนั้นบรรดาประเทศกำลังพัฒนาอยู่ระหว่างการพัฒนาหลักการเคารพต่อสิทธิอธิปไตยของรัฐที่มีอยู่เหนือทรัพยากรชีวภาพ หลักการอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพ และหลักการเข้าถึงและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพซึ่งต่อมาได้กลายเป็นหลักการสำคัญ 3 ประการของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ พ.ศ.2535 (Convention on Biological Diversity 1992) ที่ได้รับการรับรองจากที่ประชุมองค์การสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (UNEP) ในการประชุมที่เมืองริโอเดอจาเนโร ประเทศบราซิล เมื่อเดือนมิถุนายน พ.ศ.2535 โดยมีประเทศต่างๆ จำนวน 157 ประเทศรวมทั้งประเทศไทยเข้าร่วมลงนามในอนุสัญญาดังกล่าว¹¹ ดังนั้น แนวความคิดในการสงวนและรักษาทรัพยากรชีวภาพของไทยไว้จึงน่าจะมีผลต่อการแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรของไทยบ้างไม่มากนัก

¹¹ สำนักนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อม กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อม, อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ-คิดในระดับโลกและทำในระดับประเทศ (กรุงเทพมหานคร,2539), น. 3.

4.3 ที่มาของความตกลงทริปส์ข้อ 27.3 (บี)

สำหรับความตกลงทริปส์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับจุลชีพนั้นมีความเป็นมาโดยในระหว่างการประชุมของรัฐมนตรีประเทศภาคีความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (ความตกลงเกตต์) รอบอุรุกวัย ระหว่างปี พ.ศ.2529 จนถึงปี พ.ศ.2536 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เสนอให้คณะกรรมการเตรียมการประชุมบรรจุหัวข้อเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทุกชนิดไว้ในวาระการประชุมนอกจากเรื่องเครื่องหมายการค้า เพราะเห็นว่านอกเหนือจากการใช้มาตรการทางการค้าที่สำคัญ 2 ประการคือ การเพิกถอนสิทธิประโยชน์ทางการค้าภายใต้ระบบ GSP และการใช้มาตรการตอบโต้ภายใต้มาตรา 301 และมาตรา 301 พิเศษของกฎหมายการค้า (Trade Act 1974) แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐบัญญัติว่าด้วยการค้าและการแข่งขัน (Omnibus Trade and Competitiveness Act 1988) ในการปกป้องทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศตน ประเทศสหรัฐอเมริกายังต้องการให้มีความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอย่างกว้างขวางไปทั่วโลกโดยผ่านกลไกการต่อรองในระดับพหุภาคีโดยเห็นว่าที่ประชุมเกตต์เป็นเวทีระดับโลกที่สามารถดำเนินการเช่นนั้นได้ ซึ่งประเทศญี่ปุ่นในฐานะที่เป็นประเทศที่มีระดับการพัฒนาทางอุตสาหกรรมสูงเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกาก็มีความเห็นเช่นนั้น และได้สนับสนุนข้อเสนอของประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างแข็งขัน¹²

คณะกรรมการเตรียมการประชุมได้เปิดโอกาสให้ประเทศภาคีเกตต์เสนอหัวข้อการประชุม และประเทศสหรัฐอเมริกาได้เสนอหัวข้อการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทุกชนิด ซึ่งรวมถึงสิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์และความลับทางการค้า โดยให้เหตุผลว่า “การให้ความคุ้มครองที่ดีขึ้นจะส่งเสริมนวัตกรรมใหม่ๆ สนับสนุนให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีใหม่ล่าสุด และเพิ่มรายได้จากการแลกเปลี่ยนระหว่างต่างประเทศโดยผ่านการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งจะเป็นประโยชน์แก่ทั้งประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศที่กำลังพัฒนา”¹³

ประเทศที่พัฒนาแล้วต่างมีความเห็นว่าการที่ประเทศกำลังพัฒนาไม่ให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และไม่แยกประเภทของสิทธิให้เป็นไปตามมาตรฐานสากล มีระยะเวลาการ

¹² The Gatt Uruguay Round : A Negotiation History (1986-1992), Kluwer law and Taxation Publishers, (Deventor-Boston), p. 2263.

¹³ *Ibid*, p. 2263.

คุ้มครองที่สิ้นเกินไป มีการบังคับใช้สิทธิตามสิทธิบัตร รวมทั้งความยุ่งยากและขั้นตอนในการขอรับสิทธิบัตร ตลอดจนความเสี่ยงที่อาจเกิดการเปิดเผยข้อมูลในประเทศด้อยพัฒนาเป็นสิ่งสำคัญจะต้องแก้ไข ประเทศที่พัฒนาแล้วจึงเรียกร้องให้มีการแก้ไขกฎหมายทั้งในระดับประเทศ และระหว่างประเทศให้ทันสมัยรองรับความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีใหม่ๆ โดยในส่วนที่เกี่ยวข้อง สิทธิบัตรมีข้อเรียกร้อง¹⁴ ดังนี้

1. ขอให้ประเทศกำลังพัฒนาออกกฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิบัตร
2. ในประเทศที่มีกฎหมายสิทธิบัตรอยู่แล้วให้ยกเลิกบทกฎหมายที่กีดกันอุตสาหกรรมเคมี อุตสาหกรรมยา และอุตสาหกรรมอาหารจากความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร โดยขอให้อุตสาหกรรมเหล่านั้นสามารถขอรับความคุ้มครองได้ด้วย
3. ขอให้ประเทศที่คุ้มครองเฉพาะสิทธิบัตรกรรมวิธีให้ความคุ้มครองแก่ตัวผลิตภัณฑ์ด้วย
4. ขอให้ให้ความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรแก่ผลิตภัณฑ์เสริมสวย เครื่องมือกลทางการเกษตร ปุ๋ย การถลุงโลหะ พลังงานปรมาณู รวมทั้งวิธีการรักษามนุษย์และสัตว์
5. ขอให้ให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์ทางเทคโนโลยีชีวภาพ (biotechnological inventions) รวมทั้งสิทธิของนักผสมพันธุ์พืช ให้สามารถจดทะเบียนสิทธิบัตรได้
6. ขอให้ขยายระยะเวลาการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร โดยเฉพาะในอุตสาหกรรมยาและอุตสาหกรรมเคมีออกไปเป็น 15-20 ปี โดยเริ่มต้นตั้งแต่วันที่ได้รับคืนการลงทุน (recovery of investment)
7. ขอให้แก้ไขระเบียบวิธีการในการยื่นคำขอรับสิทธิบัตรให้รัดกุมและรวดเร็วยิ่งขึ้น โดยขอให้คุ้มครองการประดิษฐ์ในระหว่างนั้นด้วย
8. ให้ยกเลิกการบังคับใช้สิทธิตามสิทธิบัตร (compulsory license) รวมทั้งการสละสิทธิบัตรสำหรับการประดิษฐ์บางประการ มิฉะนั้นขอให้แก้ไขโดยใช้การนำเข้าเป็นหลักการพิจารณาประกอบ ในกรณีที่ไม่มีการผลิตภายในประเทศก็ให้ใช้การนำเข้ามาทดแทนกันได้

¹⁴ ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, รายงานการศึกษาขั้นต้นฉบับสมบูรณ์ เรื่อง สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับการเจรจาการค้าหลายฝ่ายของ GATT (กรุงเทพมหานคร, 2531), น. 143-145.

9. ขอให้ปฏิบัติตามพันธกรณีตามอนุสัญญากรุงปารีสอย่างเคร่งครัด และยกเลิกกฎหมายห้ามนำเข้าผลิตภัณฑ์ที่ได้รับสิทธิบัตร และมาตรการกีดกันทางการค้าอื่นๆ และการลงทุนที่มีผลเป็นการห้ามการนำเข้าสินค้าที่ได้รับสิทธิบัตรด้วย ให้ยกเลิกกฎหมายที่บังคับใช้สิทธิตามสิทธิบัตรยาแก่บุคคลอื่นหากเจ้าของสิทธิบัตรยังไม่ได้คืนการลงทุน และยกเลิกการบังคับใช้สิทธิตามสิทธิบัตรนอกเหนือจากการไม่ผลิตผลิตภัณฑ์ เช่น กรณีที่เป็นสวัสดิการ (welfare) หรืออนามัยสาธารณะ (public health)

10. ขอให้มีความโปร่งใสในการบังคับใช้กฎหมายสิทธิบัตรมากขึ้นกว่าเดิม

11. ขอให้ปรับค่าธรรมเนียมการบังคับใช้สิทธิตามสิทธิบัตรให้สูงขึ้นกว่าเดิม และให้สามารถเจรจาให้เพิ่มขึ้นได้

12. ขอให้การบังคับใช้สิทธิตามสิทธิบัตรมีได้ภายใน 6 ปีหลังจากยื่นคำขอรับสิทธิบัตร หรือภายใน 5 ปีหลังจากออกสิทธิบัตรแล้วแต่กรณี

เมื่อวันที่ 20 กันยายน พ.ศ.2529 รัฐมนตรี閣僚ได้ประกาศกำหนดหัวข้อการประชุม แกตต์รอบอุรุกวัย โดยรวมถึงหัวข้อการค้าที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาไว้ด้วย หลังจากนั้นได้มีการจัดตั้งกลุ่มเจรจาเพื่อยกร่างความตกลงร่วมกันเพื่อเสนอที่ประชุมรัฐมนตรีแกตต์พิจารณาต่อไป ในขั้นแรกประเทศไทยและกลุ่มประเทศอาเซียนได้เสนอข้อเรียกร้องและกำหนดท่าทีต่อการเจรจาความตกลงแกตต์ว่าให้จำกัดการเจรจาของกลุ่มอยู่ภายใต้ขอบเขตของปฏิญญารัฐมนตรี ณ เมืองปุนต้าเดลเอสเต (Punta del Este Ministerial Declaration) ประเทศอุรุกวัยเท่านั้น กล่าวคือ เลิกเจรจาเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับการค้าเท่านั้น ส่วนเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาให้อยู่ภายใต้ระบบขององค์กรที่มีความรู้ความสามารถโดยตรง คือ องค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลก (WIPO) ซึ่งยังมีความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องอยู่ระหว่างขั้นตอนการดำเนินการหลายฉบับ เช่น Draft Patent Law Harmonization Treaty, Patent Cooperation Treaty, WIPO Model Law, Lisbon (1958) Act และ Stockholm (1967) Act of the Paris Convention รวมทั้งมีการศึกษาอย่างจริงจังของผู้เชี่ยวชาญทางทรัพย์สินทางปัญญาของ WIPO ในส่วนที่เกี่ยวกับคุ้มครองคอมพิวเตอร်ซอฟต์แวร์ การริบร้อนใส่เรื่องเหล่านี้ลงไปในภาคผนวกของแกตต์จึงอาจเร็วเกินไป และก้าวล่วงงานขององค์กรเหล่านั้น ผู้แทนไทยได้ตั้งคำถามในแกตต์ว่ากลุ่มเจรจาโดยทั่วไปและแกตต์โดยเฉพาะจะจะมีอำนาจในการเจรจาเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาหรือไม่ การสร้างหลักกฎหมายระหว่างประเทศต้องอาศัยองค์กรอื่นที่ไม่ใช่แกตต์ และเห็นว่ากลุ่มเจรจามีอำนาจเพียงเท่าที่ประเด็นทางการค้าไปพาดพิงถึงทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น และมีเพียงกรณีเดียวที่พาดพิงถึงประเด็นดังกล่าว คือ การบังคับใช้กฎหมาย ณ จุดส่งสินค้า เข้า-ออก (at border

enforcement) ส่วนการบังคับใช้กฎหมายภายในประเทศ (internal enforcement) ไม่ใช่เรื่องการค้าที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา¹⁵ ดังนั้น จึงแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยไม่เห็นด้วยกับการนำความตกลงเรื่องทรัพย์สินทางปัญญามาใส่ไว้ในการเจรจาเขตการค้าตั้งแต่แรก

การเจรจาร่างความตกลงทริปส์ใช้เวลาดำเนินการระหว่างปีพ.ศ. 2530 จนถึงปี พ.ศ. 2533 โดยใช้ร่างที่มาจาก 5 กลุ่มประเทศ คือ (1) สหรัฐอเมริกา (2) สหภาพยุโรป (3) ญี่ปุ่น (4) สวิตเซอร์แลนด์ และ (5) กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาซึ่งประกอบอาร์เจนตินา บราซิล ชิลี จีน ไคล์มเบีย คิวบา อียิปต์ ไนจีเรีย เปรู แทนซาเนีย และอุรุกวัย ทั้งนี้ประเทศพัฒนาแล้วล้วนสนับสนุนการเจรจาอย่างครอบคลุมกว้างขวาง แต่ประเทศกำลังพัฒนาเห็นว่าทรัพย์สินทางปัญญาไม่ใช่สิทธิในทรัพย์สิน แต่เป็นเครื่องมือทางนโยบายสาธารณะ (public policy) ของแต่ละประเทศที่อาจมีความแตกต่างกันได้ โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับความคุ้มครองสิทธิบัตรร่างความตกลงของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้เสนอให้มีข้อยกเว้นใดๆ สำหรับสิ่งที่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ แต่ร่างของสหภาพยุโรปและประเทศกำลังพัฒนามีข้อกำหนดให้ยกเว้นการให้สิทธิบัตรแก่การประดิษฐ์ที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะและสุขอนามัย พันธุ์พืชและพันธุ์สัตว์ และกรรมวิธีทางชีววิทยาสำหรับการผลิตสิ่งเหล่านั้น นอกจากนี้ร่างของประเทศกำลังพัฒนายังมีข้อยกเว้นสำหรับการค้นพบ (discoveries) วัตถุหรือสารที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ (materials or substances already existing in nature) วิธีการทางแพทย์สำหรับรักษาโรคมนุษย์หรือสัตว์ และวัตถุนิวเคลียร์¹⁶

ร่างความตกลงร่วมกันฉบับแรก (Brussels Draft) เกิดจากการนำข้อเสนอของทั้ง 5 กลุ่มประเทศมาสรุปรวมกัน โดยในส่วนที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรแก่จุลชีพถูกกำหนดไว้เป็นข้อที่ 27.3 โดยส่วนที่ยังตกลงกันไม่ได้จะอยู่ในวงเล็บปีกกา โดยข้อความนี้เป็นข้อเสนอของประเทศพัฒนาแล้ว ส่วนข้อความที่เป็นข้อเสนอของประเทศกำลังพัฒนาโดยมีใจความดังนี้¹⁷

¹⁵ เฟิงอ่าว, น. 149-150.

¹⁶ The Gatt Uruguay Round : A Negotiation History (1986-1992), p. 2273.

¹⁷ Daniel Gervais, The Trips Agreement: Drafting History and Analysis (London: Sweet & Maxwell, 1998), p.145.

“ 3. **PARTIES** may also exclude from patentability:

.....

[(b)A Animal Varieties [and other animal inventions] and essentially biological processes for the production of animals, other than microbiological processes or the products thereof. **PARTIES** shall provide for the protection of plant varieties either by patents or by an effective *suigeneris* system or by any combination thereof. This provision shall be reviewed [...] years after the entry into force of this Agreement.]

[(b)B Plants and animals, including microorganisms, and parts thereof and processes for their production. As regards biotechnological inventions. Further limitations should be allowed under national law.]”

คำแปล

“ 3. คู่สัญญาอาจไม่ให้สิทธิบัตรแก่

.....

[(ป)เอ พันธุ์สัตว์ [และการประดิษฐ์สัตว์อื่นๆ] และกรรมวิธีทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตสัตว์ นอกเหนือจากกรรมวิธีทางจุลชีววิทยาหรือผลผลิตของสิ่งนั้น ภาควิชาจะต้องจัดหาความคุ้มครองสำหรับพันธุ์พืช ไม่ว่าโดยสิทธิบัตรหรือโดยระบบกฎหมายเฉพาะที่มีผลหรือโดยสิ่งเหล่านั้นรวมกัน บทบัญญัตินี้จะต้องถูกทบทวน [...] ปี หลังจากการมีผลใช้บังคับของความตกลงฉบับนี้]

[(ป)บี สัตว์และพืช รวมทั้งจุลชีพ และส่วนประกอบของสิ่งเหล่านั้น รวมทั้งกรรมวิธีสำหรับการผลิตสิ่งเหล่านั้น ในส่วนที่เกี่ยวกับการประดิษฐ์จากเทคโนโลยีชีวภาพข้อจำกัดเพิ่มเติมจะถูกอนุญาตภายใต้กฎหมายภายในประเทศ]”

เมื่อเดือนกรกฎาคม พ.ศ.2533 ประธานกลุ่มเจรจาได้ยกร่างความตกลงทริปส์ (Draft of July 23, 1990 (w/76)) ขึ้น โดยแยกส่วนที่ยังตกลงกันไม่ได้ไว้ในวงเล็บปีกกาดังนี้¹⁸

“ 4. The following [shall] [may] be excluded from patentability:

.....

¹⁸ *Ibid*, p.146.

4.4 [Any] plant or animal [including micro-organisms] [varieties] or [essentially biological] processes for the production of plants or animals; [this does not apply to microbiological processes or the products thereof]. [As regards biotechnological inventions, further limitations should be allowed under national law].”

คำแปล

“4. สิ่งต่อไปนี้ [จะต้อง] [อาจจะ] ไม่ได้รับสิทธิบัตร

.....

4.4 พืชหรือสัตว์ [ใดๆ] [รวมทั้งจุลชีพ] [พันธุ์] หรือ [ทางชีววิทยาที่จำเป็น] กรรมวิธีสำหรับการผลิตพืชหรือสัตว์ [แต่ไม่นำไปใช้กับกรรมวิธีทางจุลชีววิทยาหรือผลิตภัณฑ์จากสิ่งนั้น] [ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการประดิษฐ์จากเทคโนโลยีชีวภาพข้อจำกัดเพิ่มเติมจะถูกอนุญาตภายใต้กฎหมายภายในประเทศ]”

ดังนั้น จึงแสดงว่าประเทศภาคีความตกลงแกตต์มีความเห็นตรงกันว่าจุลชีพควรเป็นสิ่งที่แยกออกมาจากพืชและสัตว์ แต่ยังมีความเห็นแตกต่างกันว่าจุลชีพควรเป็นสิ่งที่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจุลชีพที่เกิดจากกรรมวิธีทางเทคโนโลยีชีวภาพ

มีข้อสังเกตว่าในช่วงเวลาเดียวกันนั้นโครงการสิ่งแวดล้อมแห่งสหประชาชาติได้มอบหมายให้คณะทำงานเฉพาะกิจซึ่งประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญทางวิชาการและกฎหมายกร่างอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity 1992) ที่มีขอบเขตการให้ความคุ้มครองครอบคลุมไปถึงทรัพยากรชีวภาพ ซึ่งรวมถึงสารพันธุกรรมของพืช สัตว์ จุลชีพ และแหล่งกำเนิดอื่นๆ ซึ่งบรรจุน่วยที่ทำหน้าที่สืบทอดพันธุกรรม โดยมีขอบทของอนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องโดยมีนัยสำคัญต่อการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพของประเทศกำลังพัฒนาทั้งหมด โดยกำหนดให้การเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพของประเทศอื่นจะต้องขึ้นอยู่กับพื้นฐานของการทำความตกลงโดยมีการแจ้งให้ทราบล่วงหน้าและมีการแบ่งปันผลประโยชน์ อีกทั้งยังต้องถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรชีวภาพด้วย หลักการดังกล่าวในระยะแรกไม่ได้รับการยอมรับจากประเทศพัฒนาแล้วทั้งหลาย โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาที่เข้าถึงและแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพของประเทศอื่นอย่างอิสระมาโดยตลอด

ร่างความตกลงทริปส์ได้ถูกนำเข้าสู่การพิจารณาของรัฐมนตรีประเทศภาคีแกตต์เป็นครั้งแรกเมื่อเดือนธันวาคม พ.ศ.2533 ซึ่งข้อตกลงส่วนใหญ่ได้รับความเห็นชอบ แต่มีบางส่วนเช่นการให้ความคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ยังไม่ได้ได้รับความเห็นชอบจึงมีการแก้ไขปรับปรุงร่างความตกลง

ดังกล่าวอีกครั้ง ในที่สุดสามารถได้ร่างฉบับสุดท้ายซึ่งประกาศออกมาโดยนายอาร์เธอร์ ดันเคิล (Mr. Arther Dunkel) เลขาธิการของแกตต์ เมื่อวันที่ 20 ธันวาคม พ.ศ.2534¹⁹ โดยมีข้อ 27(3) ระบุว่า

“Article 27.3 Members may also exclude from patentability:

(a)

(b) plants and animals other than micro-organisms, and essentially biological processes for the production of plants or animals other than non-biological and microbiological processes....”

คำแปล

“ ข้อ 27.3 สมาชิกอาจไม่ให้สิทธิบัตรแก่

(เอ)

(บี) พืชและสัตว์นอกจากจุลชีพ และกรรมวิธีทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชหรือสัตว์ นอกเหนือจากกรรมวิธีซึ่งไม่ใช่กรรมวิธีทางชีววิทยาและกรรมวิธีทางจุลชีววิทยา...”

ดังนั้น ร่างความตกลงทริปส์ ข้อ 27.3 (บี) โดยส่วนใหญ่จึงเป็นไปตามข้อเสนอของประเทศพัฒนาแล้วและเป็นชัยชนะของประเทศพัฒนาแล้วต่อประเทศกำลังพัฒนา โดยไม่มีการระบุถึงข้อยกเว้นต่างๆ ตามที่ประเทศกำลังพัฒนาเสนอเช่นวัตถุดิบหรือสารที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ ส่วนประกอบของสัตว์และพืชรวมทั้งจุลชีพ และข้อจำกัดเพิ่มเติมเกี่ยวกับการประดิษฐ์จากเทคโนโลยีชีวภาพแต่อย่างใด

ต่อมาร่างความตกลงทริปส์ดังกล่าวได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมรัฐมนตรีประเทศความ ตกลงแกตต์ 124 ประเทศ เมื่อวันที่ 15 เมษายน พ.ศ. 2537 โดยเป็นภาคผนวก 1 ซี แแนบท้ายความ ตกลงก่อตั้งองค์การการค้าโลก

กล่าวโดยสรุป ในการเจรจาเพื่อหาความตกลงร่วมกันในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในเวทีความตกลงแกตต์ระหว่างปี พ.ศ. 2529 จนถึงปี พ.ศ. 2536 นั้น ประเทศพัฒนาแล้วส่วนใหญ่ต้องการให้ประเทศกำลังพัฒนาปรับปรุงการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามากขึ้นกว่าเดิม ในขณะที่ประเทศกำลังพัฒนาต้องการจำกัด ขอบเขตการเจรจาให้มากที่สุด โดยประเทศสหรัฐอเมริกามีความเห็นสอดคล้องกับประเทศญี่ปุ่น แต่สหภาพยุโรปมีความเห็นในบาง

¹⁹ The GATT Uruguay Round : A Negotiation History (1986-1992), p. 2313.

เรื่องแตกต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกา สำหรับเนื้อหาของความตกลงทริปส์ ข้อ 27.3 (บี) โดยส่วนใหญ่มีที่มาจากข้อ 53 (บี) ของอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป ค.ศ.1973²⁰ ซึ่งระบุว่า

“ข้อ 53 สิทธิบัตรยุโรปจะไม่ออกให้สำหรับ

(เอ)

(บี) พันธุ์พืชหรือพันธุ์สัตว์ หรือกรรมวิธีทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชหรือสัตว์ ข้อกำหนดนี้จะไม่นำมาใช้กับกรรมวิธีทางจุลชีววิทยาหรือผลิตภัณฑ์จากสิ่งนั้น”

แต่มีความแตกต่างกันตรงที่อนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปใช้คำว่า “พันธุ์” พืชและ “พันธุ์” สัตว์ ส่วนความตกลงทริปส์ใช้ข้อความว่า “พืชและสัตว์” จึงมีความหมายกว้างกว่า และทำให้ประเทศภาคีความตกลงทริปส์สามารถมีบทกเว้นการให้คุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรได้กว้างกว่าอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป โดยสามารถกำหนดให้ยกเว้นสัตว์ทุกชนิดจากการให้ความคุ้มครอง ดังนั้น ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกจึงสามารถยกเว้นการให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์เกี่ยวกับสัตว์ได้โดยสิ้นเชิงอันแตกต่างจากแนวปฏิบัติของสำนักงานสิทธิบัตรยุโรป²¹ แต่การคุ้มครองพืชนั้นประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลก สามารถเลือกให้ความคุ้มครองด้วยกฎหมายสิทธิบัตรหรือโดยระบบกฎหมายเฉพาะก็ได้

เกี่ยวกับจุลชีพและการประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับจุลชีพนั้น ความตกลงทริปส์กำหนดว่ากฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสมาชิกจะต้องเปิดโอกาสให้มีการคุ้มครองการประดิษฐ์เกี่ยวกับจุลชีพไม่ว่าเป็นการประดิษฐ์ตัวจุลชีพโดยตรง หรือเป็นการประดิษฐ์ที่เกิดจากการใช้ประโยชน์จากจุลชีพ เช่น ใช้ในการผลิตอาหารหรือยาปฏิชีวนะ เป็นต้น นอกจากนี้ความตกลงทริปส์ยังกำหนดให้ประเทศสมาชิกให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางจุลชีววิทยาซึ่งไม่ใช่กรรมวิธีทางชีววิทยาโดยทั่วไป อันหมายถึงกรรมวิธีทางเทคโนโลยีทางชีวภาพซึ่งเป็นผลงานอันเกิดจากสติปัญญาของ

²⁰ European Patent Convention 1973

“ Article 53 European patents shall not be granted in respect of:

(a)

(b) plant or animal varieties or essentially biological processes for the production of plants or animal; this provision does not apply to microbiological processes or the products thereof.”

²¹ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้า, น. 157.

มนุษย์อีกด้วย อย่างไรก็ตาม ความตกลงทริปส์ไม่ได้ให้ความหมายของคำว่า “จุลชีพ” ไว้ ดังนั้น ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกแต่ละประเทศจึงอาจมีบทบัญญัติของกฎหมายภายในของตนให้ความหมายของคำว่า “จุลชีพ” แตกต่างกันได้

มีผู้เห็นว่า ²² เนื่องจากเทคโนโลยีชีวภาพได้กลายเป็นเทคโนโลยีที่มีความสำคัญโดยเหตุที่กฎหมายสิทธิบัตรถูกกำหนดขึ้นเพื่อส่งเสริมเทคโนโลยีโดยผ่านการประดิษฐ์ใหม่ๆ และเพื่อป้องกันการเก็บการประดิษฐ์ไว้เป็นความลับ ความตกลงทริปส์จึงทำให้ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกไม่อาจปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตรเกี่ยวกับเทคโนโลยีชีวภาพด้วยเหตุผลง่ายๆ เพียงว่าเป็นสิ่งที่ไม่สอดคล้องกับนโยบายของประเทศ เหตุผลเดียวที่จะยกเว้นการให้ความคุ้มครองได้ คือ สิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรเป็นเพียงการค้นพบไม่ใช่การประดิษฐ์โดยคำว่า “การค้นพบ” นั้น ตามกฎหมายสิทธิบัตรหมายถึงทุกสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติโดยปราศจากการแทรกแซงของมนุษย์ ส่วนคำว่า “การประดิษฐ์” นั้นหมายถึงผลของการใช้สติปัญญาของมนุษย์

นอกจากนี้ยังมีข้อยกเว้นอื่นที่ทำให้การประดิษฐ์เดียวกันไม่สามารถได้รับความคุ้มครองในประเทศต่างๆ กล่าวคือ

4.3.1 หลักความเป็นอิสระต่อกันของทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับในประเทศต่าง ๆ ความตกลงทริปส์มีหลักการสำคัญประการหนึ่งที่สืบเนื่องมาจากอนุสัญญากรุงปารีส (ค.ศ.1967) ข้อ 4 ทวิ ²³ กล่าวคือ สิทธิบัตรที่ได้รับในประเทศต่าง ๆ จะเป็นอิสระจากสิทธิบัตรสำหรับการประดิษฐ์เดียวกันที่ได้รับในต่างประเทศ ซึ่งหลักการนี้สามารถนำมาใช้กับทรัพย์สินทางปัญญาทุกชนิดที่บัญญัติไว้ในความตกลงทริปส์ภาค 2 ทั้งหมด ²⁴ สาระสำคัญของหลักนี้คือ อำนาจอธิปไตยของประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกจะไม่ถูกแทรกแซงโดยกฎหมายภายในของประเทศอื่น โดยแต่ละประเทศย่อมมีสิทธิโดยชอบในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

²² จักรกฤษณ์ วรรณพจน์, “Legal Protection of Biotechnology Invention”, บทบัญญัติ เล่ม 54 ตอน 1 (มีนาคม 2541) , น. 142-154.

²³ Paris Convention for the Protection of Industrial Property 1967, Article 4 bis
(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 member of the Union or not.

²⁴ ความตกลงทริปส์ ข้อ 2

ภายในดินแดนของตน เป็นที่เข้าใจกันว่ากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอยู่ภายใต้ “หลักดินแดน” ดังนั้น สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะเกิดขึ้นได้โดยการรับรองโดยกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ และเกิดขึ้นหลังจากมีการยื่นคำขอและได้รับการจดทะเบียนโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว โดยกฎหมายภายในของแต่ละประเทศจะเป็นตัวกำหนดสาระสำคัญของการคุ้มครองไม่ว่าจะเป็น สาระสำคัญในเรื่องเงื่อนไขการให้ความคุ้มครอง ขอบเขตของสิทธิ และการให้สิทธิ²⁵ เป็นต้น

ในระยะแรกแต่ละประเทศได้นำระบบกฎหมายสิทธิบัตรมาใช้เพื่อเป็นสิ่งจูงใจให้นักประดิษฐ์ภายในประเทศของตนคิดค้นและวิจัยเพื่อให้มีเทคโนโลยีและสิ่งประดิษฐ์ใหม่ๆ เกิดขึ้น ดังนั้น ความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรจึงมีผลใช้บังคับอยู่ภายในอาณาเขตของแต่ละประเทศเท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามหลักอธิปไตยของรัฐที่ว่ากฎหมายของรัฐโดยอ้อมมีผลใช้บังคับเหนือตัวบุคคลและดินแดนของรัฐนั้นเท่านั้น หลักดังกล่าวได้ก่อให้เกิดปัญหาในกรณีของการขายสินค้าข้ามแดนว่าความคุ้มครองที่รัฐหนึ่งให้แก่ผู้ประดิษฐ์จะไม่สามารถขยายไปให้ความคุ้มครองถึงตลาดการค้าในต่างประเทศได้ ซึ่งวิธีการขยายความคุ้มครองทางกฎหมายสิทธิบัตรไปยังเขตแดนของประเทศอื่นอาจทำได้หลายวิธี เช่น การสนับสนุนหรือกดดันให้ประเทศอื่นโดยเฉพาะประเทศที่เป็นตลาดสำคัญของสินค้านั้นกำหนดกฏระเบียบที่สอดคล้องกับกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศผู้ผลิตสินค้าให้มากที่สุด หรือเจรจาทำสนธิสัญญาเพื่อให้เกิดเป็นพันธกรณีของระหว่างประเทศขึ้นว่าภาคีแต่ละประเทศจะยอมรับนับถือและให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรของกันและกันอย่างดีที่สุด หรือหลายประเทศอาจร่วมกันก่อตั้งอนุสัญญาระหว่างประเทศขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรของประเทศซึ่งเป็นภาคีอนุสัญญานั้นทั้งหมด ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในระบบที่กว้างขวางมากที่สุด²⁶ ซึ่งความตกลงทริปส์ก็ถูกจัดทำขึ้นด้วยวัตถุประสงค์ดังกล่าว

แม้ว่าความตกลงทริปส์จะได้กำหนดกรอบและแนวทางเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแก่สมาชิกองค์การการค้าโลกนำไปปฏิบัติก็ตาม แต่ความตกลงดังกล่าวคงเป็นเพียงมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standards) ที่ประเทศสมาชิกจะให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาดำเนินไปจากที่กำหนดไว้ไม่ได้ แต่อาจให้ความคุ้มครองสูงกว่าได้ โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไข

²⁵ จักรกฤษณ์ วรรณพจน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 21*, น. 42-43.

²⁶ วชิรียา ไตสงวน และจรัญ ภักดีธนากุล, “กฎหมายสิทธิบัตร”, *บทบัญญัติ* เล่มที่ 45 (มีนาคม 2532), น. 34.

ทั่วไปว่า ²⁷ การให้ความคุ้มครองสูงกว่านั้นจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักการและบทบัญญัติทั้งหลายแห่งความตกลงทริปส์ และประเทศสมาชิกมีอิสระที่จะกำหนดวิธีการที่เหมาะสมในการปฏิบัติตามความตกลงทริปส์ภายใต้ระบบและแนวปฏิบัติของกฎหมายแต่ละประเทศ ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าความตกลงทริปส์ได้ทำให้กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศต่าง ๆ เปลี่ยนแปลงมาคล้ายกันมากขึ้นแต่ไม่ใช่เหมือนกันทั้งหมด เพราะขึ้นอยู่กับอำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐในการกำหนดหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในรวมทั้งวิธีปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ของรัฐในแต่ละประเทศด้วย

กรณีที่น่าสนใจเป็นตัวอย่าง คือ การประดิษฐ์ Harvard Oncomouse ซึ่งได้รับสิทธิบัตรจากสำนักงานสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อปี พ.ศ.2531 แต่การประดิษฐ์เดียวกันกลับไม่ได้รับสิทธิบัตรในประเทศแคนาดาโดยศาลฎีกาของประเทศแคนาดาตัดสินว่ากฎหมายสิทธิบัตรของประเทศแคนาดาไม่ให้ความคุ้มครองแก่สิ่งมีชีวิตชั้นสูงเช่นหนู และคำขอรับสิทธิบัตรที่ยื่นต่อสำนักงานสิทธิบัตรยุโรปเมื่อปี พ.ศ.2528 ต้องใช้ระยะเวลายาวนานถึง 19 ปีจึงได้รับสิทธิบัตร เพราะสำนักงานสิทธิบัตรยุโรปใช้เวลาพิจารณาข้อคัดค้านที่มีเป็นอันมาก เช่น คำขอรับสิทธิบัตรดังกล่าวเป็นการขอรับความคุ้มครองในพันธุ์สัตว์อันเป็นการต้องห้ามตามอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป ข้อ 53 (บี) หรือไม่ การออกสิทธิบัตรสำหรับหนูจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปข้อ 52 (เอ) หรือไม่ ตลอดจนเป็นการประดิษฐ์ที่ทำให้สัตว์ได้รับความทุกข์ทรมานเกินสมควรอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิของสัตว์หรือไม่ ในที่สุดคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ได้มีคำตัดสินเมื่อเดือนกรกฎาคม พ.ศ.2547 ²⁸ ว่าคำขอรับสิทธิบัตรดังกล่าวไม่ต้องห้ามตามบทบัญญัติของอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปทั้ง 2 ข้อดังกล่าว สำหรับประเด็นเรื่องการละเมิดต่อสิทธิของสัตว์นั้นเห็นว่าเมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างความทุกข์ทรมานที่สัตว์จะได้รับ และความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อมเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่จะเกิดแก่มนุษย์ชาติจากการที่มีหนูทดลองเพื่อการค้นคว้ารักษาโรคมะเร็งแล้วเห็นว่าประโยชน์ที่จะเกิดแก่มนุษย์ชาติมีน้ำหนักมากกว่า ดังนั้น จึงสามารถออกสิทธิบัตรในตัวหนูดังกล่าว

นายวีระศักดิ์ ไหม้วัฒนา ²⁹ นักวิชาการตรวจสอบสิทธิบัตรชำนาญการพิเศษกลุ่มงานพิทักษ์ สำนักงานสิทธิบัตร กรมทรัพย์สินทางปัญญา ได้ให้ข้อมูลว่า กฎหมายสิทธิบัตรต้นแบบขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลก (WIPO PATENT MODEL LAW) อนุญาตให้ประเทศ

²⁷ ความตกลงทริปส์ ข้อ 1.1

²⁸ T19/90 (OJ 1990,476), HARVARD/Transgenic Mouse

²⁹ สัมภาษณ์วีระศักดิ์ ไหม้วัฒนา, 19 มกราคม พ.ศ.2552.

สมาชิกมีบทบัญญัติของกฎหมายในแตกต่างกันได้โดยให้ขึ้นอยู่กับปัจจัยภายในของแต่ละประเทศ และได้ให้ตัวอย่างว่า เดิมพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 มาตรา 9 (2) ห้ามขอรับสิทธิบัตรในเครื่องจักรกลที่ใช้ในการเกษตรกรรมโดยตรงเพื่อป้องกันมิให้คนต่างชาติมาขอรับความคุ้มครองสำหรับสิ่งประดิษฐ์ดังกล่าวซึ่งจะส่งผลกระทบต่อการประกอบอาชีพของเกษตรกรชาวไทยเป็นอันมาก แต่ปรากฏว่ามีคนไทยมายื่นคำขอรับสิทธิบัตรสำหรับเครื่องจักรกลที่ใช้ในการเกษตรกรรม 2-3 ราย โดยที่กรมทรัพย์สินทางปัญญาไม่สามารถออกสิทธิบัตรให้ได้เพราะเป็นการขัดต่อมาตรา 9 (2) ในคราวที่มีการแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรเมื่อปี พ.ศ.2535 กรมทรัพย์สินทางปัญญาจึงเสนอให้ตัดข้อห้ามนี้ออกเสียเพื่อให้ความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรตกได้แก่นักประดิษฐ์ชาวไทย

4.3.2 การทำความเข้าใจข้อตกลงก่อตั้งเขตการค้าเสรี

ในการเจรจาทำความเข้าใจข้อตกลงเขตการค้าเสรีโดยทั่วไปแล้วประเทศพัฒนาแล้วมักเสนอให้ประเทศกำลังพัฒนาขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญารวมทั้งสิทธิบัตรเพิ่มมากขึ้นในระดับที่สูงเกินไปกว่าความตกลงทริปส์ภายใต้หลักการที่เรียกว่า “ทริปส์พลัส” (TRIPS-PLUS) เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เสนอให้ประเทศไทยให้ความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรสำหรับการประดิษฐ์พืชและสัตว์ วิธีการวิเคราะห์โรค วิธีการบำบัด วิธีการทางศัลยกรรมสำหรับการรักษามนุษย์หรือสัตว์ ตลอดจนวิธีการใช้ใหม่โดยการใช้ผลิตภัณฑ์ที่รู้จักกันเป็นอย่างดีอยู่แล้ว³⁰

³⁰ IPR text proposed by US to Thailand (2006) จากเว็บไซต์

<http://www.bilaterals.org/article>

“Patents

1....

2.Each Party shall make patents available for the following inventions :

(a) Plant and animals, and

สำหรับการเจรจาสร้างความตกลงเจตป่านันดร.วิลาวรรณ มังคละธนะกุล³¹ เจ้าหน้าที่การทูตกระทรวงการต่างประเทศของประเทศไทยซึ่งร่วมอยู่ในคณะผู้แทนเจรจาฝ่ายไทย ให้ข้อมูลว่าในช่วงแรกผู้แทนของประเทศญี่ปุ่น ได้เสนอให้ประเทศไทยให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเต็มที่เช่นเดียวกันความตกลงทริปส์พลัส (TRIPS-PLUS) ของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ผู้แทนเจรจาฝ่ายไทยได้ยืนยันว่าประเทศไทยจะไม่ให้ความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรแก่ประเทศญี่ปุ่นเกินไปกว่าที่กฎหมายไทยบัญญัติไว้ จึงทำให้ประเทศไทยไม่จำเป็นต้องแก้ไขพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 เพื่อรองรับความตกลงเจตป่านันดร.

4.3.3 การตีความกฎหมายสิทธิบัตรโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร

ในทางปฏิบัติของสำนักงานสิทธิบัตรประเทศต่างๆ เช่น สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา (USPTO) สำนักงานสิทธิบัตรของสหภาพยุโรป (EPO) สำนักงานสิทธิบัตรของประเทศญี่ปุ่น (JPO) รวมทั้งสำนักงานสิทธิบัตรของกรมทรัพย์สินทางปัญญาประเทศไทยได้จัดทำคู่มือการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรเพื่อใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาคำขอรับสิทธิบัตรของผู้ตรวจสอบให้มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน ถูกต้องทันสมัย และเป็นไปในแนวทางเดียวกัน นอกจากนั้นยังมีวัตถุประสงค์ให้ผู้ขอรับสิทธิบัตร ตัวแทนสิทธิบัตรและบุคคลที่เกี่ยวข้องได้ทราบถึงหลักเกณฑ์และแนวทางในการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตร³² โดยคู่มือดังกล่าวจะมีการอธิบายความหมาย ตีความกฎหมายสิทธิบัตร พร้อมทั้งยกตัวอย่างของสิ่งที่สามารถขอรับสิทธิบัตรตามกฎหมายประเทศนั้นๆ ประกอบไว้ด้วย

(b) Diagnostic, therapeutic, and surgical procedures for the treatment of humans or animals. In addition, the Parties confirm that patents shall be available for any new uses or methods of using a known product. ”

³¹ สัมภาษณ์ วิลาวรรณ มังคละธนะกุล, 26 กันยายน พ.ศ. 2551.

³² คำนำของคู่มือการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตรของกรมทรัพย์สินทางปัญญาฉบับปี พ.ศ.2542

หลังจากการทำความเข้าใจบทบาท สำนักสิทธิบัตรของกรมทรัพย์สินทางปัญญา ประเทศไทยได้ทำการแก้ไขคู่มือตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตรฉบับปรับปรุงใหม่ปี พ.ศ.2549 หน้า 29-30 ในส่วนของคำขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ (การตรวจสอบเบื้องต้น) มาตรา 9 (1) และสำนักสิทธิบัตร กรมทรัพย์สินทางปัญญาได้ใช้แนวทางการตีความพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 9 (1) ตามคู่มือดังกล่าวเป็นแนวทางในการพิจารณาคำขอรับสิทธิบัตรที่เกี่ยวกับจุลชีพเรื่อยมาจนถึงปัจจุบันนี้

4.4 การให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์เกี่ยวกับจุลชีพตามกฎหมายสิทธิบัตรไทย

ประเทศไทยมีความจำเป็นต้องเสนอร่างกฎหมายสิทธิบัตรฉบับแก้ไขต่อรัฐสภาภายในปี พ.ศ.2534 ตามที่ได้ให้คำรับรองไว้ต่อผู้แทนการค้าประเทศสหรัฐอเมริกา โดยคณะรัฐมนตรีได้นำร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) เข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติเมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน พ.ศ.2534 ในขณะที่ร่างความตกลงทริปส์ฉบับสุดท้ายยังไม่ถูกประกาศโดยนายอาร์เธอร์ ดันเคล เลขาธิการแอดต์ แต่หลังจากที่ประชุมรัฐมนตรีประเทศภาคีแอดต์ได้ให้ความเห็นชอบกับร่างความตกลงเมื่อเดือนเมษายน พ.ศ.2537 และมีการจัดตั้งองค์การการค้าโลกเมื่อต้นปี พ.ศ. 2538 โดยความตกลงทริปส์มีผลใช้บังคับแล้ว ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกทุกประเทศรวมทั้งประเทศไทยย่อมมีพันธกรณีจะต้องแก้ไขกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับความตกลงทริปส์ แต่จนถึงปัจจุบันนี้ประเทศไทยก็ไม่ได้แก้ไขบทบัญญัติมาตรา 9(1) ของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ให้มีถ้อยคำเช่นเดียวกับความตกลงทริปส์ ข้อ 27.3 (บี) โดยส่วนราชการไทยมีความเห็นว่าเนื้อความที่ระบุไว้ในพระราชบัญญัติสิทธิบัตรพ.ศ.2522 สามารถตีความให้สอดคล้องกับความตกลงทริปส์ ข้อ 27.3 (บี) ได้อยู่แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรของไทยอีก ประกอบกับที่ผ่านมา กรมทรัพย์สินทางปัญญาได้ออกสิทธิบัตรสำหรับการประดิษฐ์จุลชีพที่ถูกดัดแปลงพันธุกรรมและกรรมวิธีการใช้ประโยชน์จากจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติโดยอาศัยบทบัญญัติของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 มาตรา 5 มาโดยตลอด จึงไม่ทำให้สิทธิของผู้ขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์เกี่ยวกับจุลชีพในประเทศไทยน้อยไปกว่าที่ความตกลงทริปส์กำหนดไว้แต่อย่างใด

จะเห็นได้ว่าการที่พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 มาตรา 3 นิยามความหมายของคำว่า “การประดิษฐ์” ว่าหมายถึงการคิดค้นหรือคิดทำขึ้นอันเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใดสิ่งใหม่ หรือการกระทำใดๆ ที่ทำให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีนั้น ย่อมแสดงให้เห็น

ว่ากฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยได้คำนึงถึงผลงานอันเกิดจากสติปัญญาของมนุษย์เป็นสำคัญอยู่แล้ว

นักกฎหมายไทยท่านหนึ่งอธิบายว่าคำว่า “การประดิษฐ์” (Invention) ตามกฎหมายสิทธิบัตรไทยว่ามีความหมายถึงความคิดสร้างสรรค์ (ideas) ที่มีผลเกิดขึ้นเป็นผลิตภัณฑ์ หรือเป็นความคิดสร้างสรรค์เกี่ยวกับการเก็บรักษา หรือปรับปรุงคุณภาพของผลิตภัณฑ์โดยการประดิษฐ์นั้นจะต้องเกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ (human made) ไม่ใช่เกิดจากการกระทำของธรรมชาติ หรือการค้นพบทางวิทยาศาสตร์ (scientific discoveries) ถ้าเป็นความคิดสร้างสรรค์ที่ไม่มีผลหรือเกี่ยวข้องกับการผลิต รักษา หรือปรับปรุงคุณภาพของผลิตภัณฑ์โดยตรงก็ไม่ใช่การประดิษฐ์ แต่การนำการค้นพบมาประยุกต์ใช้ทำให้เกิดผลิตภัณฑ์ใหม่นั้นถือเป็นการประดิษฐ์เช่นกัน ทั้งนี้ผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์อาจเป็นสิ่งที่อยู่เองตามธรรมชาติ เช่น จุลชีพ แต่มนุษย์ได้ทำการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างหรือคุณสมบัติบางประการของสิ่งนั้นด้วยวิธีการทางเทคโนโลยีชีวภาพ (biotechnology) หรือพันธุวิศวกรรมศาสตร์ (genetic engineering) ทำให้เกิดเป็นจุลชีพที่มีคุณสมบัติพิเศษแตกต่างไปจากสายพันธุ์ที่มีเกิดขึ้นตามธรรมชาติก็นับเป็นการประดิษฐ์ได้เช่นกัน³³

อย่างไรก็ตามกฎหมายของประเทศที่มีความเจริญทางเทคโนโลยีได้ให้ความหมายของคำว่า “การประดิษฐ์” แตกต่างไปจากมาตรา 3 ของกฎหมายสิทธิบัตรไทย เช่น

ประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นต้นแบบของกฎหมายสิทธิบัตรไม่ได้ให้ความหมายของการประดิษฐ์ไว้ โดยนักกฎหมายอังกฤษให้เหตุผลว่าเป็นการยากที่จะกำหนดความหมายอันแน่นอน และทำให้ขาดความยืดหยุ่นต่อการระบุว่าสิ่งใดที่จะเกิดจากการคิดค้นของมนุษย์ในอนาคตเป็นการประดิษฐ์หรือไม่ ดังนั้น การให้นิยามของการประดิษฐ์จึงไม่เกิดประโยชน์ใด ๆ³⁴

³³ ยรรยง พวงราช, คำอธิบายกฎหมายสิทธิบัตร (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2543), น. 24-25.

³⁴ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป) (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540, น. 132.

อนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป ไม่ได้ให้ความหมายของการประดิษฐ์ไว้ ข้อ 52³⁵ ของอนุสัญญาดังกล่าวระบุไว้เพียงว่า สิทธิบัตรยุโรปจะออกให้สำหรับการประดิษฐ์ใด ๆ ซึ่งสามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้ในทางอุตสาหกรรมซึ่งมีความใหม่และมีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 100³⁶ ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “การประดิษฐ์” ไว้ว่า เว้นแต่บริบทในหัวข้อนี้จะแสดงให้เห็นเป็นอย่างอื่น

(เอ) ข้อความว่า “การประดิษฐ์” หมายถึง การประดิษฐ์หรือการค้นพบ

(บี) ข้อความว่า “กรรมวิธี” หมายถึง กรรมวิธี ศิลปหรือวิธีการ และรวมถึงการใช้ใหม่ของกรรมวิธีที่รู้จักกันอยู่แล้ว เครื่องจักร ผลิตผล การประกอบกันของวัตถุหรือสิ่งของ

และมาตรา 101³⁷ ได้ให้ตัวอย่างของการประดิษฐ์หรือการค้นพบตามมาตรา 100 ไว้ว่า ได้แก่ กรรมวิธี เครื่องจักร ผลิตผล หรือ การประกอบกันของวัตถุ ซึ่งใหม่และเป็นประโยชน์หรือการกระทำใด ๆ ให้ดีขึ้น ซึ่งใหม่และเป็นประโยชน์ในสิ่งต่าง ๆ เหล่านั้น

³⁵ European Patent Convention 1973 Article 52 Patentable inventions

(1) European patent shall be granted to any inventions which are susceptible of industrial application which are new and which involve an inventive step.

³⁶ 35 U.S.C.100 Definitions

When used in this title unless the context otherwise indicates-

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

(b) The term “process” means process, art, or method, and includes a new use of a known process, machine, manufacture, composition of matter, or material.

³⁷ 35 U.S.C.101 Inventions Patentable

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศญี่ปุ่น มาตรา 2³⁸ ได้ให้ความหมายของการประดิษฐ์ไว้ว่า การประดิษฐ์ในกฎหมายนี้หมายถึงการสร้างความคิดเป็นอย่างสูงของความคิดทางเทคนิคซึ่งกฎของธรรมชาติได้ถูกใช้ให้เป็นประโยชน์

นายสุรเดช อัครวินทรวงูร นักวิชาการตรวจสอบสิทธิบัตรของกรมทรัพย์สินทางปัญญา เสนอความเห็นไว้ว่า “กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยจะต้องคำนึงถึงความก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีควบคู่ไปกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อการดำรงชีวิตของคนไทยด้วย เพราะประเทศไทยเป็นเพียงผู้ซื้อเทคโนโลยี สิ่งใดที่คนไทยยังผลิตเองไม่ได้ก็ไม่ควรให้สิทธิผูกขาด เช่นการไม่ให้สิทธิบัตรพืช เป็นเรื่องนโยบายเพราะประเทศไทยเป็นประเทศเกษตรกรรม หากให้สิทธิบัตรพืชแต่คนไทยปลูกพืชเพียงชนิดเดียว (mono crop) แล้วเกิดโรคระบาดขึ้นมาคนไทยจะไม่มีพืชสำหรับปลูกทดแทน สำหรับสิทธิบัตรยาคนไทยยังผลิตเองไม่ได้หากให้ไปคนไทยก็ต้องซื้อยาแพง แต่เรื่องใดที่คนไทยสามารถทำได้เอง เช่น การเพาะเลี้ยงเนื้อเยื่อกล้วยไม้จะต้องให้ความคุ้มครองมิฉะนั้นคนไทยจะแสวงหาประโยชน์ไม่ได้ ประเทศไทยมีทรัพยากรชีวภาพมากแต่ยังไม่มีฐานข้อมูลเกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพที่ครบถ้วนทำให้ไม่สามารถบอกได้ชัดเจนว่าสิ่งใดเป็นทรัพยากรชีวภาพของไทยบ้าง ที่ผ่านมามีต่างชาติได้เข้ามาแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและภูมิปัญญาท้องถิ่นของคนไทยไปมากแล้ว ดังนั้น ในทางปฏิบัติกรมทรัพย์สินทางปัญญาจึงคำนึงถึงผลประโยชน์ของคนไทยเป็นสำคัญ และสามารถยกเว้นการให้ความคุ้มครองได้ในบางกรณี”

โดยทั่วไปแล้วกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไม่ได้ให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์โดยไม่มีขอบเขตจำกัด สิ่งที่มีจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร ก็คือ การค้นพบ (Discovery) กฎเกณฑ์และทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์และคณิตศาสตร์ (Scientific theory and

“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 thereof, subject to the conditions and requirements of this title. ”

³⁸ Japanese Laws Relating to Industrial Property 2005

Section 2 Definitions

(1) “Invention” in this Law means the highly advanced creation of technical ideas by which a law of nature is utilized

mathematical method)โปรแกรมคอมพิวเตอร์ (Computer Program) หรือสิ่งที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public order) เป็นต้น ซึ่งแต่ละประเทศจะมีเหตุผลในการไม่ให้ความคุ้มครองแตกต่างกันออกไป เช่น พระราชบัญญัติ พ.ศ.2522 ไม่คุ้มครองสัตว์และพืชเพื่อป้องกันผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นแก่เกษตรกรชาวไทยซึ่งเป็นประชากรส่วนใหญ่ของประเทศ³⁹ ในขณะที่ประเทศในทวีปยุโรปไม่ให้ความคุ้มครองแก่พันธุ์พืชหรือพันธุ์สัตว์และกรรมวิธีทางชีววิทยาเพราะการให้ความคุ้มครองแก่การผลิตพืชหรือสัตว์จะเกิดปัญหาทางเทคนิคในด้านการจัดการสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต⁴⁰ การไม่ให้ความคุ้มครองแก่กฎเกณฑ์และทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์และคณิตศาสตร์เพราะเป็นความคิดที่เป็นนามธรรมไม่ได้ทำให้เกิดผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใดๆ จึงเป็นสิ่งที่ทุกคนควรมีสิทธิใช้ได้โดยเสรี สำหรับโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอยู่แล้ว คือ กฎหมายลิขสิทธิ์ เพราะมีลักษณะเป็นเพียงวิธีการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ให้ทำงานตามคำสั่งของผู้ใช้งานเท่านั้น แต่การไม่ให้ความคุ้มครองแก่การวินิจฉัยบำบัดหรือรักษาโรคมนุษย์หรือสัตว์นั้น ประเทศส่วนใหญ่ในโลกเห็นตรงกันว่า การให้บุคคลใดมีสิทธิผูกขาดแต่เพียงผู้เดียวในการบำบัดหรือรักษาโรคนั้นจะส่งผลกระทบต่อชีวิตและสุขภาพอนามัยของประชาชนเป็นอย่างมาก แต่สิ่งที่ถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีอนามัยหรือสวัสดิภาพของประชาชนนั้นจะมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ

ความตกลงทริปส์ ข้อ 27.2⁴¹ กำหนดว่า

³⁹ ยรรยง พวงราช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22* , น. 47-48.

⁴⁰ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายสิทธิบัตร (แนวความคิดและบทวิเคราะห์) (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), น. 21-22.

⁴¹ TRIPS Agreement Article 27

“2. Members may exclude from patentability inventions, the prevention within their territory of the commercial of which is necessary to protect ordre public or morality, including to protect human, animal or plant life or health or to avoid serious prejudice to the environment, provided that such exclusion is not made merely because the exploitation is prohibited by their law. ”

“2. สมาชิกอาจไม่ให้สิทธิบัตรในการประดิษฐ์เพื่อป้องกันมิให้มีการแสวงประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ภายในดินแดนของตน อันเป็นความจำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมทั้งการคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช หรือเพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อม โดยมีเงื่อนไขว่าการไม่ให้สิทธิบัตรดังกล่าวไม่ได้กำหนดขึ้นเพียงเพราะกฎหมายของตนห้ามการใช้ประโยชน์ไว้”

ข้อยกเว้นดังกล่าวมีบัญญัติไว้ในกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศต่างๆ เช่นกัน

อนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป ข้อ 53⁴² กำหนดว่า สิทธิบัตรยุโรปจะไม่ออกให้สำหรับ

(เอ) การประดิษฐ์ซึ่งการเผยแพร่หรือการใช้ประโยชน์จะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยมีเงื่อนไขว่าการใช้ประโยชน์จะไม่ถูกถือว่าขัดเพียงเพราะเป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมาย หรือข้อบังคับของรัฐคู่สัญญาทั้งหมดหรือแค่บางส่วน

(บี) พันธุ์พืชหรือพันธุ์สัตว์ หรือกรรมวิธีทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชหรือสัตว์ ข้อ กำหนดนี้จะไม่นำมาใช้กับกรรมวิธีทางจุลชีววิทยา หรือผลิตภัณฑ์จากสิ่งนั้น

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศญี่ปุ่น บัญญัติไว้ใน มาตรา 32⁴³ ว่า “การประดิษฐ์ที่อาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรืออนามยของสาธารณะจะไม่ได้รับสิทธิบัตร แม้จะมีมาตรา 29 อยู่ก็ตาม”

⁴² European Patent Convention 1973

Article 53 Exceptions to patentability

“European patents shall not be granted in respect of:

(a) inventions the publication or exploitation of which would be contrary to “ordre public” or morality, provided that the exploitation shall not be deemed to be so contrary merely because it is prohibited by law or regulation in some or all of the Contracting States;

(b) plant or animal varieties or essentially biological processes for the production of plants or animal; this provision does not apply to microbiological processes or the products thereof.”

บทบัญญัติมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 เป็นบทกฎหมายที่ระบุถึงสิ่งที่ไม่อาจขอรับความคุ้มครองได้ตามกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทย แต่ในขณะที่ยกวางนั้นยังไม่มีความตกลงทริปส์ ดังนั้น ผู้ร่างจึงไม่อาจคำนึงถึงความตกลงทริปส์ได้ และในขณะที่มีการแก้ไขเมื่อปี พ.ศ.2535 โดยกำหนดให้มาตรา 9(1) ห้ามการขอรับความคุ้มครองในจุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาตินั้น ในขณะนั้นก็ยังไม่มีความตกลงทริปส์เช่นกัน ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขกฎหมายเมื่อปี พ.ศ.2542 ในขณะนั้นมีความตกลงทริปส์ ข้อ 27.3 (ปี) แล้ว แต่ผู้ร่างก็ไม่ได้ทำการแก้ไขปรับปรุงถ้อยคำในมาตรา 9(1) แต่ประการใด ฉะนั้น จึงพออนุมานได้ว่าผู้ร่างมีความเห็นว่ามาตรา 9(1) ของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มีความสอดคล้องกับความตกลงทริปส์ ข้อ 27.3 (ปี) คืออยู่แล้ว

กรณีตามปัญหาว่าการทำความตกลงเจตปายจะมีผลให้ประเทศไทยต้องแก้ไขถ้อยคำตามมาตรา 9 (1) ของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ให้เป็นเช่นเดียวกับความตกลงทริปส์ ข้อ 27.3 (ปี) หรือไม่นั้น

หากพิจารณาจากถ้อยคำของดร.วิลาวรรณ มังคละธนะกุล รวมทั้งนายวีระศักดิ์ ไม้วัฒนา ที่ร่วมอยู่ในการเจรจาความตกลงเจตปายยืนยันตรงกันว่า ในระหว่างการเจรจาผู้แทนฝ่ายไทยได้แจ้งต่อผู้แทนฝ่ายญี่ปุ่นว่าการเจรจาเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาจะอยู่ภายใต้กรอบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ รวมทั้งความตกลงระหว่างประเทศที่แต่ละฝ่ายเป็นภาคีทำให้เข้าใจได้ว่าภาคีทั้งสองฝ่ายไม่ได้มีความประสงค์ให้ทั้งสองประเทศแก้ไขถ้อยคำในกฎหมายสิทธิบัตรของตนให้มีถ้อยคำเช่นเดียวกับความตกลงทริปส์ ข้อ 27.3 (ปี) ความมั่นใจที่แต่ละฝ่ายเรียกร้องน่าจะเป็นทางปฏิบัติของผู้ตรวจสอบยิ่งกว่าการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมาย

นอกจากนี้เนื้อความของความตกลงเจตปาย ข้อ 130 วรรคสามก็ไม่ได้บังคับให้ประเทศไทยจะต้องดำเนินการแก้ไขมาตรา 9 (1) ของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ให้มีถ้อยคำเช่นเดียวกับความตกลงทริปส์ ข้อ 27.3 (ปี) ด้วย สำหรับหนังสือยืนยันความเข้าใจร่วมกันระหว่างรัฐบาลทั้งสองฝ่ายก็ระบุไว้แต่เพียงว่า ภาคีแต่ละฝ่ายมีสิทธิตัดสินใจว่าจะออกสิทธิบัตรให้หรือไม่ตามกฎหมายและข้อบังคับของตนในลักษณะที่สอดคล้องกับความตกลงทริปส์นั้น ความตก

⁴³ Japan Laws Relating to Industrial Property 2005

ลงทริปส์ก็ไม่ได้บังคับว่าประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกจะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายภายในให้มีถ้อยคำเช่นเดียวกับความตกลงทริปส์ข้อ 27.3 (ปี) เพราะความตกลงทริปส์เป็นเพียงมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standards) ที่เป็นกรอบหรือแนวทางให้ประเทศสมาชิกรับไปปฏิบัติเท่านั้น ถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ในความตกลงทริปส์ไม่ใช่ตัวบทกฎหมายที่สามารถนำไปบังคับใช้ได้ทันที ดังจะเห็นได้ว่าบรรดาประเทศสำคัญ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ก็ไม่ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายสิทธิบัตรที่มีถ้อยคำเช่นเดียวกับความตกลงทริปส์ข้อ 27.3 (ปี) แต่อย่างใด

ความตกลงทริปส์เรียกร้องเพียงว่าบรรดาประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกอาจให้ความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรแก่จุลชีพ ซึ่งประเทศไทยก็สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าแม้ว่ามาตรา 9 (1) ของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 จะมีถ้อยคำแตกต่างจากความตกลงทริปส์ข้อ 27.3 (ปี) แต่ที่ผ่านมานั้นประเทศไทยก็ได้ให้ความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรสำหรับการประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับจุลชีพทั้งที่เป็นกรรมวิธีการผลิตผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีการใช้จุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ ผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากการใช้จุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ กรรมวิธีการผลิตผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีการใช้โดยการใช้ จุลชีพที่ถูกดัดแปลงพันธุกรรม และตัวจุลชีพที่ถูกดัดแปลงพันธุกรรม เช่นเดียวกับประเทศพัฒนาแล้ว ดังปรากฏตามตัวอย่างคำขอรับสิทธิบัตรของบุคคลสัญชาติญี่ปุ่น ในผนวก ง. ถึงผนวก ข. ในภาคผนวก และตัวอย่างสิทธิบัตรเกี่ยวกับจุลชีพที่ออกให้แก่บุคคลสัญชาติญี่ปุ่น ในผนวก ก. ถึงผนวก ค. ในภาคผนวก

การที่ความตกลงทริปส์ไม่ได้ให้ความหมายของ “จุลชีพ” ไว้ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกทุกประเทศย่อมมีอิสระที่จะให้ความหมายของคำดังกล่าวแตกต่างกันได้ การที่ประเทศไทยมีขอบเขตการให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับจุลชีพที่แคบกว่ากฎหมายสิทธิบัตรของประเทศที่พัฒนาแล้วจึงมิได้หมายความว่ากฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยไม่สอดคล้องกับความตกลงทริปส์ ข้อ 27.3 (ปี)

อีกประการหนึ่งความตกลงทริปส์ ข้อ 27.3 (ปี) จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของข้อ 27.1 ด้วย ดังนั้น การที่กรมทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยกำหนดว่าจุลชีพที่สามารถนำมาขอรับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรไทยจะต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ ไม่ใช่จุลชีพที่เกิดขึ้นและ/หรือที่มีอยู่ตามธรรมชาติ และการที่พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 9 (1) ไม่ให้ความคุ้มครองแก่จุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติซึ่งไม่ใช่การประดิษฐ์ของมนุษย์ จึงไม่ใช่กฎหมายสิทธิบัตรที่ไม่สอดคล้องกับความตกลงทริปส์ข้อ 27.3 (ปี) เช่นกัน

แม้ว่ากฎหมายสิทธิบัตรของประเทศญี่ปุ่นให้ความคุ้มครองแก่จุลชีพซึ่งถูกแยกออกจากธรรมชาติโดยถือว่าเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นไม่ใช่การค้นพบ แต่การให้ความคุ้มครองในระดับที่สูงกว่าของประเทศญี่ปุ่นอันเกิดจากการให้ความหมายของคำว่า “การประดิษฐ์” แตกต่างไปจากกฎหมายสิทธิบัตรไทยนั้น ย่อมไม่มีผลผูกพันให้ประเทศไทยจะต้องให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์เกี่ยวกับจุลชีพในระดับเดียวกับประเทศญี่ปุ่นด้วยเพราะหนังสือยืนยันความเข้าใจร่วมกันระหว่างรัฐบาลของทั้งสองประเทศระบุไว้ชัดเจนว่าภาคีแต่ละฝ่ายของเจเนปามีสิทธิที่จะตัดสินใจว่าจะออกสิทธิบัตรให้หรือไม่ตามกฎหมายและข้อบังคับของตน

เนื่องจากกรมทรัพย์สินทางปัญญาได้ทำการแก้ไขคู่มือตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตรฉบับปี พ.ศ.2549 ในส่วนที่เกี่ยวกับการประดิษฐ์เกี่ยวกับจุลชีพและส่วนประกอบของจุลชีพตามมาตรา 9 (1) ของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 หลังจากประเทศไทยได้ทำความตกลงเจเนปากับประเทศญี่ปุ่นแล้ว ดังนั้น จึงมีปัญหาคือต้องพิจารณาว่าการแก้ไขคู่มือตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรโดยกรมทรัพย์สินทางปัญญาเมื่อกลางปี พ.ศ.2550 เป็นการกระทำที่สอดคล้องกับพันธกรณีที่ประเทศไทยมีอยู่ตามความตกลงเจเนปา ข้อ 130 วรรคสามหรือไม่เพียงใดด้วย

ปัญหาดังกล่าวอาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 ส่วน ดังนี้

1.) ตามที่คู่มือดังกล่าวระบุว่า สิ่งประดิษฐ์ที่มนุษย์มิได้มีส่วนร่วมในสาระสำคัญ หรือเป็นการค้นพบจะมีได้รับความคุ้มครอง โดยมีการยกตัวอย่างว่าอินซูลินที่เตรียมขึ้นโดยวิธีใหม่จะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองเพราะอินซูลินเป็นที่รู้จักกันมาก่อนแล้ว แต่กรรมวิธีใหม่ในการเตรียมอินซูลินหรือกรรมวิธีใหม่ในการสร้างสายพันธุ์ใหม่ของแบคทีเรีย รวมทั้งตัวแบคทีเรียสายพันธุ์ใหม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้

ในส่วนนี้จะเห็นได้ว่าคู่มือของกรมทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าวสอดคล้องกับหลักทั่วไปของกฎหมายสิทธิบัตรที่ว่าสิทธิบัตรออกให้เพื่อตอบแทนความสามารถในการใช้สติปัญญาของมนุษย์ ดังนั้น การประดิษฐ์ที่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้จะต้องแสดงให้เห็นว่ามนุษย์ได้มีส่วนร่วมกับการประดิษฐ์นั้นในสาระสำคัญ และเป็นผู้ทำให้สิ่งประดิษฐ์นั้นเกิดขึ้นมาจึงมีสิทธิได้รับความคุ้มครองสำหรับกรรมวิธีและสิ่งที่ประดิษฐ์ขึ้นมา แม้เป็นสิ่งที่มีชีวิตก็อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายสิทธิบัตรด้วยเช่นกัน แต่การค้นพบนั้นมนุษย์ไม่ได้เข้าไปแทรกแซงใดๆ ในสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติ โดยภายหลังการค้นพบสิ่งนั้นยังคงดำเนินไปตามกฎของธรรมชาติ การค้นพบจึงไม่ได้ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงใดๆ ขึ้นแก่สิ่งที่ค้นพบ การค้นพบจึงไม่อาจถือได้เป็นการประดิษฐ์ของมนุษย์ และสิ่งที่ค้นพบย่อมไม่ใช่ผลงานของมนุษย์จึงไม่สามารถนำมาขอรับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรได้ อินซูลินและแบคทีเรียสายพันธุ์ดั้งเดิมนั้นเป็นสิ่งที่อยู่ตามธรรมชาติแม้ถูก

เตรียมหรือสร้างขึ้นโดยวิธีใหม่ก็ยังเป็นสิ่งที่พบเห็นกันโดยทั่วไปไม่ใช่สิ่งแปลกใหม่ที่จะนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ ดังนั้น คู่มือของกรมทรัพย์สินทางปัญญาในส่วนนี้จึงสอดคล้องกับความตกลงทริปส์ ข้อ 27.1 และไม่ขัดต่อพันธกรณีของประเทศไทยตามความตกลงเจเนวา ข้อ 130 วรรคสาม

2.) ตามที่คู่มือดังกล่าวระบุว่า คำขอรับสิทธิบัตรต่อไปนี้ขอรับสิทธิบัตรไม่ได้ตามมาตรา 9 (1) เพราะเป็นจุลชีพหรือส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติได้แก่

กรณีที่ 1

จุลชีพที่เกิดขึ้นเองและมีอยู่ตามธรรมชาติหรือที่มนุษย์สร้างขึ้นให้มีคุณลักษณะและ/หรือคุณสมบัติเหมือนหรือเหมือนในนัยสำคัญกับสิ่งดังกล่าวที่เกิดขึ้นเองและมีอยู่ตามธรรมชาติ

กรณีที่ 2

จุลชีพหรือส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่แล้ว หรือสิ่งดังกล่าวที่มนุษย์สร้างขึ้นโดยให้มีคุณลักษณะและ/หรือคุณสมบัติเหมือนหรือเหมือนในนัยสำคัญกับสิ่งที่มีอยู่แล้วในธรรมชาติ

กรณีที่ 3

กรณีตาม 1 และ 2 รวมกัน

ทั้ง 3 กรณีข้างต้นเป็นการตีความที่สอดคล้องกับความตกลงทริปส์หรือไม่

จุลชีพหรือส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่เกิดขึ้นเองและมีอยู่ตามธรรมชาติโดยที่มนุษย์ไม่ได้สร้างขึ้นหรือมีส่วนร่วมในสาระสำคัญนั้น ย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นการประดิษฐ์ตามความหมายของความตกลงทริปส์ ข้อ 27.1 ดังนั้น กรณีที่ 1-3 ข้างต้น ในส่วนที่เกี่ยวกับจุลชีพหรือส่วนประกอบของจุลชีพที่เกิดขึ้นเองและมีอยู่ตามธรรมชาติจึงไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้เช่นเดียวกับกรณีตามข้อ 1. ข้างต้น

แต่กรณีที่ 1-3 ข้างต้น ในส่วนที่เกี่ยวกับจุลชีพหรือส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มนุษย์สร้างขึ้นนั้นแตกต่างจากกรณีตามข้อ 1. เนื่องจากมีการกระทำต่อสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติโดย เป็นจุลชีพที่ถูกสร้างขึ้นมาแต่ไม่ใช่สายพันธุ์ใหม่ ซึ่งโดยทั่วไปสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้นหากมีความใหม่มีขั้นตอนการประดิษฐ์สูงขึ้น และสามารถนำไปประยุกต์ในทางอุตสาหกรรมย่อมสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ แต่ในกรณีนี้สิ่งที่ถูกสร้างขึ้นนั้นยังคงมีคุณลักษณะและ/หรือคุณสมบัติเหมือนหรือเหมือนในนัยสำคัญกับสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติ ในเบื้องต้นจึงต้องตีความว่าคู่มือดังกล่าวหมายความว่าหากสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นมามีคุณลักษณะและ/หรือคุณสมบัติแตกต่างกันในนัยสำคัญกับสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติก็สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ นอกจากนี้กรรมวิธีในการสร้างจุล

ชีพขึ้นหากมีความยุ่งยากและใช้เทคนิคที่ไม่เคยมีบุคคลใดเคยใช้มาก่อนอันแสดงถึงความสามารถในการใช้สติปัญญาของมนุษย์ก็ย่อมขอรับสิทธิบัตรกรรมวิธีได้ แต่ตัวจุลชีพหรือส่วนประกอบของจุลชีพที่ถูกสร้างรวมทั้งสารจุลชีพที่ถูกสกัดออกมานั้นมีแนวทางพิจารณาที่แตกต่างกันออกไปเป็น 2 แนวทาง คือ

ฝ่ายแรก เห็นว่าสิ่งที่ถูกสกัดออกมาหรือถูกสร้างขึ้นมาไม่มีอยู่ในสภาพเช่นนั้นตามธรรมชาติ การที่มีสิ่งนั้นเกิดขึ้นจึงเป็นผลงานจากการใช้สติปัญญาของมนุษย์ในการคิดค้นหาวิธีสกัดออกมาหรือสร้างขึ้นโดยใช้วิธีการทางเทคนิค ดังนั้น สิ่งนั้นจึงเป็นผลงานจาก “การประดิษฐ์” ของมนุษย์ไม่ใช่ผลิตผลของธรรมชาติจึงสามารถขอรับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรได้ ประเทศที่มีความเห็นเช่นนี้ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป โดยอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป ข้อ 53 (ปี) ได้ระบุว่าข้อยกเว้นในการออกสิทธิบัตรจะไม่นำมาใช้กับกรรมวิธีทางจุลชีววิทยาหรือผลิตภัณฑ์จากการนั้น (the products thereof) รวมทั้งยังมีข้อบังคับเกี่ยวกับความคุ้มครองทางกฎหมายสำหรับการประดิษฐ์ที่เกิดจากเทคโนโลยีชีวภาพ (Directive 98/44/EC) ข้อ 5.2 เกี่ยวกับส่วนประกอบที่แยกออกมาจากร่างกายมนุษย์หรือถูกผลิตขึ้นด้วยวิธีการของกรรมวิธีทางเทคนิคอีกด้วย

ฝ่ายหลัง เห็นแตกต่างออกไปว่าสิ่งที่แยกออกมาหรือสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นนั้นความจริงคือสิ่งที่เกิดขึ้นเองหรือมีอยู่ตามธรรมชาติและเป็นผลิตผลของธรรมชาติอยู่แล้ว การสกัดออกมาหรือการสร้างขึ้นนั้นเป็นเพียงรูปแบบหนึ่งของการค้นพบสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติเท่านั้นจึงไม่ใช่ “การประดิษฐ์” ประเทศที่มีความคิดเห็นเช่นนี้จึงไม่ให้ความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรแก่สิ่งที่ถูกสกัดออกมาหรือถูกสร้างขึ้น หากสิ่งที่ถูกสกัดออกมาหรือถูกสร้างขึ้นยังคงมีคุณลักษณะและ/หรือคุณสมบัติเหมือนกับสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติเพราะสิ่งนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์ใหม่ขึ้นแก่สังคมซึ่งเห็นได้ว่ากรรมทรัพย์สินทางปัญญาได้จัดทำคู่มือตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตร (ฉบับแก้ไข) ด้วยความคิดเห็นเช่นนี้

สำหรับจุลชีพที่ถูกสกัดออกมาหรือถูกสร้างขึ้นโดยยังมีคุณลักษณะและ/หรือคุณสมบัติเหมือนกับสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาตินี้ความตกลงทริปส์ข้อ 27.3 (ปี) ไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกจะต้องให้ความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรแก่สิ่งที่ถูกสกัดออกมาหรือถูกสร้างขึ้นนั้นหรือไม่ ความตกลงทริปส์กำหนดไว้เพียงว่าสมาชิกอาจให้ความคุ้มครองสำหรับ (1) จุลชีพ (2) กรรมวิธีซึ่งไม่ใช่กรรมวิธีทางชีววิทยา (3) กรรมวิธีทางจุลชีววิทยา แต่ไม่ได้ระบุถึงผลิตภัณฑ์จากการนั้น (the product thereof) เช่นเดียวกับอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป ข้อ 53 (ปี) อีกทั้งความตกลงทริปส์ก็ไม่ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “จุลชีพ” ไว้ดังกล่าวแล้ว

ดังนั้น ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกจึงมีอิสระที่จะให้ความหมายของคำว่าจุลชีพเพื่อกำหนดขอบเขตการให้ความคุ้มครองภายใต้ระบบกฎหมายภายในของตนได้ตามแต่จะเห็นสมควร โดยขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจที่เหมาะสม ซึ่งประเทศญี่ปุ่นก็ยอมรับว่าประเทศไทยมีสิทธิที่จะตัดสินใจว่าจะออกสิทธิบัตรให้หรือไม่สำหรับสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรนั้นตามกฎหมายและข้อบังคับประเทศไทย แต่การให้ความหมายของคำว่า “จุลชีพ” ตามความตกลงเจเนพานั้นประเทศไทยจะต้องอยู่ภายใต้หลักการปฏิบัติตามความผูกพันในความ ตกลงระหว่างประเทศด้วยความสุจริตใจต่อกันตามข้อ 26 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969⁴⁴ ด้วย

การที่กรมทรัพย์สินทางปัญญาให้ความหมายของคำว่า “จุลชีพ” ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 มาตรา 9 (1) ภายหลังจากการทำความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายถึงเซลล์ต่างๆ และเซลล์จากการเพาะเลี้ยง แบคทีเรีย เชื้อรา ซึ่งรวมถึงยีสต์ อัลจี โปรโตซัว เซลล์สัตว์ เซลล์พืชในหลอดทดลอง ไวรัส เฟสจ์ พลาสมิด ชิ้นส่วนที่เป็นเซลล์ย่อยๆ เช่น ยีนส์ โคโมโซม เอ็นไซม์ เป็นต้น นั้นเป็นการให้ความหมายของคำว่า “จุลชีพ” เกินไปกว่าความหมายที่รู้จักกันโดยทั่วไปตามที่มีปรากฏในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 ที่ว่าจุลชีพ, จุลชีวัน, จุลินทรีย์ หมายถึงสิ่งมีชีวิตที่มีขนาดเล็กมาก มองด้วยตาเปล่าไม่เห็น ต้องมองด้วยกล้องจุลทรรศน์ ส่วนมากมีเซลล์เดียว และเกินไปกว่าพจนานุกรม Macmillan Dictionary of Biotechnology ที่ว่าหมายถึงสมาชิกของกลุ่มหนึ่งดังต่อไปนี้ คือ แบคทีเรีย เชื้อรา สาหร่าย โปรโตซัว หรือไวรัส เพราะคู่มือการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรของกรมทรัพย์สินทางปัญญาได้หมายรวมจุลชีพไปถึงเซลล์สัตว์ เซลล์พืช และส่วนประกอบย่อยๆ ของเซลล์สัตว์ และเซลล์พืชด้วยจึงอาจถูกมองว่าเป็นการตีความเกินเลยไปกว่าที่พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 มาตรา 9(1) และความตกลงทริปส์ ข้อ 27.3 (บี)

⁴⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties 1969

Article 26 PACTA SUNT SERVANDA

“ Every Treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.”

กำหนดไว้และส่งผลเป็นการให้สิทธิเด็ดขาดในส่วนใดส่วนหนึ่งของสัตว์และพืชหรือสารสกัดของสัตว์และพืชไปด้วย อย่างไรก็ตามการตีความเช่นนี้ได้แสดงให้เห็นว่ากรมทรัพย์สินทางปัญญาให้ความสำคัญต่อความก้าวหน้าทางจุลชีววิทยา (Microbiology) เทคโนโลยีชีวภาพ (Biotechnology) และพันธุวิศวกรรม (Genetic engineering) เช่นเดียวกับประเทศที่พัฒนาแล้ว และไม่ได้มองว่าเซลล์ของสัตว์และพืชเป็นสิ่งที่มีความสำคัญในทางกฎหมายและในทางวิทยาศาสตร์ แตกต่างไปจากเซลล์ของสัตว์เซลล์เดียวที่มีองค์ประกอบเหมือนกัน การตีความของกรมทรัพย์สินทางปัญญาเช่นนี้จึงถือได้ว่าเป็นการให้ความคุ้มครองสำหรับการประดิษฐ์เกี่ยวกับจุลชีพตามที่กำหนดในความตกลงทริปส์ข้อ 27.3 (บี) ในระดับที่สูงมากพอสมควรอยู่แล้ว แต่การตีความคำว่า จุลชีพที่ใกล้เคียงกับประเทศที่พัฒนาแล้วย่อมไม่ทำให้ประเทศไทยมีความผูกพันจะต้องให้ความคุ้มครองแก่สิ่งที่เป็นจุลชีพในระดับเดียวกันกับประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งมีระดับการพัฒนาด้านเทคโนโลยีสูงกว่าประเทศไทยไปด้วย

สำหรับประเทศไทยนั้นหากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายสิทธิบัตร คือ การจูงใจให้มีการประดิษฐ์คิดค้นสิ่งใหม่ๆ ขึ้นภายในประเทศ การให้ความคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์ที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีขั้นสูงที่คนไทยยังไม่มีสามารถผลิตขึ้นได้นั้นอาจไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชนโดยรวม เพราะการให้ความคุ้มครองด้วยระบบกฎหมายสิทธิบัตร คือ การให้สิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวในการผลิต ใช้ ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขายหรือนำเข้ามาภายในราชอาณาจักรซึ่งผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรเป็นระยะเวลา 20 ปี นับแต่วันที่ขอรับสิทธิบัตร บุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ทรงสิทธิบัตรย่อมไม่สามารถกระทำการเช่นนั้นได้ตลอดระยะเวลาดังกล่าว หากฝ่าฝืนจะมีความผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญา การให้สิทธิบัตรแก่สิ่งที่มีเทคโนโลยีสูงอาจไม่เป็นการส่งเสริมให้นักประดิษฐ์ชาวไทยคิดค้นเพราะนอกจากไม่สามารถได้รับความคุ้มครองสำหรับการประดิษฐ์เดียวกันนักประดิษฐ์ชาวไทยยังอาจมีความผิดฐานกระทำความละเมิดสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรซึ่งเป็นชาวต่างประเทศได้ด้วย นอกจากนี้ผู้บริโภคชาวไทยอาจได้รับความเดือดร้อนเพราะต้องเสียค่าใช้จ่ายในการบริโภคเทคโนโลยีของต่างประเทศที่มีสิทธิบัตรคุ้มครองด้วยค่าใช้จ่ายสูง ฉะนั้นโดยภาพรวมการให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีที่มีความจำเป็นแต่มีเพียงชาวต่างชาติเท่านั้นสามารถผลิตได้ก็อาจไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรมแก่ประชาชนไทย

ดังนั้น การที่คู่มือตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรของกรมทรัพย์สินทางปัญญาระบุว่า จุลชีพหรือส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มนุษย์สร้างขึ้นหากมีคุณลักษณะ/หรือคุณสมบัติเหมือนหรือเหมือนในนัยสำคัญกับสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติจึงไม่ขัดกับความตกลงทริปส์ ข้อ 27.3 (บี) แต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุป พันธกรณีของประเทศไทยตามความตกลงเจโทรา ข้อ 130 วรรคสาม นับได้ว่ามีอยู่เพียงประการเดียว คือ ผู้ตรวจสอบของไทยจะต้องไม่ปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตรที่เกี่ยวกับจุลชีพของบุคคลสัญชาติญี่ปุ่นด้วยเหตุผลเพียงอย่างเดียวว่าสาระที่ขอถือสิทธิในคำขอนั้นเกี่ยวข้องกับจุลชีพที่เกิดตามธรรมชาติ ในการนี้ประเทศไทยโดยกรมทรัพย์สินทางปัญญามีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามความตกลงดังกล่าวโดยเคร่งครัด โดยนับตั้งแต่วันที่ 1 พฤศจิกายน พ.ศ.2550 ซึ่งความตกลงดังกล่าวมีผลใช้บังคับเป็นต้นไป กรมทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องให้เหตุผลอื่นสำหรับการปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตรเกี่ยวกับจุลชีพของบุคคลสัญชาติญี่ปุ่น เช่น สิ่งขอรับความคุ้มครองไม่ใช่ “การประดิษฐ์” ตามกฎหมายไทย หรือเป็นกรณีที่ขาดความใหม่หรือไม่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น นอกจากนี้จะต้องให้เวลาผู้ขอในการแก้ไขคำขอรับสิทธิบัตรให้ถูกต้องไม่ใช่ปฏิเสธคำขอโดยทันที ซึ่งน่าจะทำให้เอกชนชาวญี่ปุ่นมีความเข้าใจต่อการออกคำสั่งของผู้ตรวจสอบไทยดียิ่งขึ้นเพราะลำพังการให้เหตุผลว่า “เป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับจุลชีพที่เกิดตามธรรมชาติ” นั้นดูจะเป็นเหตุผลที่กว้างเกินไปและขาดความชัดเจน จึงยากที่ยอมรับหากผู้ยื่นคำขอต้องการรับฟังเหตุผลที่ชัดเจนและตรงไปตรงมามิฉะนั้นอาจเข้าใจผิดว่ากรมทรัพย์สินทางปัญญาไม่ได้ใช้เหตุผลตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในทางปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตรได้

ยังมีข้อน่าพิจารณาต่อไปว่า พันธกรณีดังกล่าวข้างต้นจะก่อให้เกิดสิทธิแก่ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกประเทศอื่นๆ ในอันที่จะเรียกร้องให้ประเทศไทย จะต้องปฏิบัติเช่นเดียวกันกับคำขอรับสิทธิบัตรของบุคคลสัญชาติอื่นหรือไม่ ทั้งนี้โดยอาศัยเหตุผลที่ว่าข้อยกเว้นจากหลักการปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) นั้นความตกลงทริปส์ ข้อ 4 (ดี) ระบุว่า ความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลยกเว้นหลักดังกล่าวจะต้องเป็นความตกลงที่ทำขึ้นก่อนความตกลงทริปส์มีผลใช้บังคับ (คือวันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2538) แต่ความตกลงเจโทราทำขึ้นเมื่อวันที่ 3 เมษายน พ.ศ.2550 ภายหลังความตกลงทริปส์มีผลใช้บังคับแล้ว ประเทศไทยจึงไม่สามารถกล่าวอ้างข้อยกเว้นดังกล่าวได้

ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่าเนื้อหาของความตกลงเจโทรา ข้อ 130 วรรคสามไม่อาจถือว่าเป็นการให้ประโยชน์ การอนุเคราะห์ เอกสิทธิ หรือความคุ้มกันแก่สินค้าของประเทศสัญญาแต่อย่างใด แต่มีลักษณะเป็นการทำความตกลงเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่แล้ว จึงมีผลเฉพาะกับประเทศคู่สัญญาความตกลงเขตการค้าเสรี คือ ประเทศญี่ปุ่นกับประเทศไทยเท่านั้น อย่างไรก็ตามที่ กรมทรัพย์สินทางปัญญาทำการแก้ไขคู่มือตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรเมื่อกลางปี พ.ศ.2550 คู่มือฉบับแก้ไขดังกล่าวย่อมมีผลใช้บังคับกับคำขอรับสิทธิบัตรของบุคคลทุกสัญชาติที่เป็นสมาชิกองค์การ การค้าโลกโดยไม่จำกัดเฉพาะบุคคลสัญชาติญี่ปุ่นเท่านั้น