

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

ด้วยความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีที่เป็นไปอย่างรวดเร็ว อันเป็นผลมาจากความสามารถทางปัญญาของมนุษย์ทำให้มีการส่งเสริมการค้นคว้า ทดลอง และเกิดวิทยาการใหม่ๆ อย่างต่อเนื่อง ทำให้เกิดการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างผลงานในลักษณะการให้ “สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา” อันเป็นสิทธิที่ได้กำหนดขึ้นเกี่ยวกับผลิตผลทางปัญญาของมนุษย์ ซึ่งเคยมีความหมายถึงเฉพาะการแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Ideas) เช่น งานวรรณกรรม งานจิตรกรรม ต่อมาครอบคลุมถึงการประดิษฐ์ (Inventions) การออกแบบ (Designs) เครื่องหมายที่ใช้กับสินค้าและบริการ (Trade and Service Marks) ทรัพย์สินทางปัญญานี้จึงถูกจำแนกเป็นสองประเภทใหญ่ๆ คือ¹ สิทธิในทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (Industrial Property Rights) และลิขสิทธิ์ (Copyrights) แต่ในปัจจุบันทรัพย์สินทางปัญญาได้ขยายออกไปครอบคลุมถึงสิทธิรูปแบบใหม่ๆ ที่พัฒนาขึ้นมา³ เช่น การออกแบบแพทเทิร์นการพิมพ์ การคุ้มครองพันธุ์พืช การพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ Domain name เป็นต้น

โดยทั่วไปทรัพย์สินทางปัญญาจะถูกนิยามและจำแนกเป็นประเภทต่างๆ ตามผลผลิตทางปัญญา กฎหมายทางประวัติศาสตร์ นโยบายของรัฐ ประโยชน์ในทางสังคมและเศรษฐกิจ ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่แตกต่างกันไป ทั้งนี้ นโยบายของรัฐเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา และการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทถูกบัญญัติไว้ภายใต้กฎหมาย ไม่ว่าจะเป็น

¹ ไซยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พื้นความรู้ทั่วไป : ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า ความลับทางการค้า เซมิคอนดักเตอร์ชิป พันธุ์พืชใหม่ พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม), หน้า 4.

² World Intellectual Property Organization (WIPO), “What is Intellectual Property?” [Online]. Available: <http://www.wipo.int/about-ip/en/>

³ จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, “หลักเหตุผลของการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา”, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552, หน้า 13.

กฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร หรือกฎหมายจารีตประเพณีตามแต่ละระบบกฎหมายของประเทศนั้นๆ⁴

เนื่องจากในโลกปัจจุบันเชื่อมโยงใกล้ชิดมากขึ้น ดังนั้น เพื่อกำหนดให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของคนชาติในประเทศต่างๆ เป็นไปอย่างเท่าเทียมกัน⁵ จึงได้มีการร่วมกันสร้างกฎเกณฑ์เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาในรูปแบบความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาขึ้น เช่น การคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรมที่อยู่ภายใต้หลักการของอนุสัญญากรุงปารีส (Paris Convention for the Protection of Industrial Property) ที่เกิดขึ้นในปี 1883 การคุ้มครองลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์ลินปี 1886 (Bern Convention for the Protection literary and Artistic Works) และอนุสัญญากรุงโรม ปี 1961 (Rome Convention for the Protection of Performers, Producers, of Phonograms and Broadcasting Organization) เป็นต้น ซึ่งการบริหารจัดการและส่งเสริมการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านี้อยู่ภายใต้การดูแลขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization : WIPO)⁶ ที่กระทำโดยอาศัยบรรทัดฐานตามความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในแต่ละประเภทย่อยๆ แต่การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้ความตกลงเหล่านั้นยังมิได้มีการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของการคุ้มครอง (Minimum Standards) เอาไว้ ทั้งยังมิได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับตามสิทธิ (Enforcement of rights) และมาตรการระงับข้อพิพาท (Dispute settlement mechanisms) ไว้ด้วย⁷ จึงยังไม่เพียงพอต่อการที่จะทำให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้รับการคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพ

นอกจากนี้ วัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่ได้หยุดนิ่งและจำกัดอยู่เพียงเพื่อส่งเสริมให้มีการพัฒนาผลงานทางปัญญาเท่านั้น แต่มีความเกี่ยวพันกันระหว่างการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและประโยชน์ทางเศรษฐกิจของประเทศ เนื่องจากการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่เพียงพอส่งผลกระทบต่อการปกป้องประโยชน์ของผู้เป็นเจ้าของผลงาน

⁴ กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ [ระบบออนไลน์]. แหล่งที่มา <http://www.ipthailand.com>

⁵ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วย ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม), หน้า 42.

⁶ World Intellectual Property Organization (WIPO), “What is WIPO”. [Online]. Available: <http://www.wip.int/portal/index.html.en>

⁷ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วย ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า, หน้า 27.

ทางปัญญาและส่งผลต่อประโยชน์ทางการค้า ประกอบกับข้อจำกัดทางด้านดินแดนที่เป็นอุปสรรคในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาสำหรับกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วซึ่งเป็นผู้ผลิตผลงานทางปัญญา จึงมีกลไกหลักในการแก้ปัญหาดังกล่าวคือ การทำความตกลงทวิภาคี และพหุภาคีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

กลุ่มประเทศพัฒนาแล้วจึงได้ผลักดันประเด็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเข้าสู่การเจรจาทางการค้าและเศรษฐกิจ จนกระทั่งข้อตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPS) ได้เกิดขึ้นจากผลการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัยของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าและภาษีศุลกากร (General Agreement on Tariffs and Trade : GATT) ทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาถูกนำมาเป็นเครื่องมือทางการค้ามากกว่าการคุ้มครองนวัตกรรม⁸ จนถึงได้ว่าในปัจจุบันการที่รัฐให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาก็โดยมีเหตุผลทางด้านเศรษฐกิจเป็นสำคัญ⁹

ข้อตกลง TRIPS เป็นเครื่องมือระหว่างประเทศในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าที่เน้นความสำคัญของการมีกฎเกณฑ์แนวใหม่เกี่ยวกับการกำหนดมาตรฐานและหลักการที่เพียงพอต่อการได้มาและใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า¹⁰ ทำให้ประเทศภาคีสมาชิกองค์การการค้าโลก (World Trade Organization : WTO) ซึ่งขณะนี้มีทั้งสิ้น 153 ประเทศทั่วโลก¹¹ มีพันธกรณีร่วมกันที่ต้องเปลี่ยนกฎหมายและนโยบายภายในประเทศในให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไม่น้อยไปกว่าที่มาตรฐานของข้อตกลง TRIPS กำหนดไว้

ในการผลักดันประเด็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเข้าสู่การเจรจารอบอุรุกวัยนั้น ประเทศกำลังพัฒนาและประเทศพัฒนาแล้วได้มีความเห็นและแนวคิดที่แตกต่างกันในประเด็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยเรื่องสิทธิบัตรเป็นประเด็นหนึ่งที่ประเทศต่างๆ มีความเห็น

⁸ ลาวันซ์ ฌักคิลปะกุล, “ปัญหากฎหมายสิทธิบัตรกับผลกระทบต่อสิทธิความเป็นมนุษย์และการพัฒนา”, วารสารความปลอดภัยและสุขภาพ ปีที่ 1 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม – กันยายน 2550, หน้า 58.

⁹ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, “แนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา”, วารสารสุโขทัยธรรมมาธิราช ปีที่ 3 ฉบับที่ 1 (มกราคม- เมษายน 2543), หน้า 105.

¹⁰ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วย ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า, หน้า 34.

¹¹ WTO, “The WTO”, [Online]. Available:

http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm

ขัดแย้งกันมาก แต่ท้ายที่สุดแล้วข้อตกลง TRIPS ก็กำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกให้ความคุ้มครองโดยการออกสิทธิบัตรแก่การประดิษฐ์ในทุกสาขาเทคโนโลยี

สิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรที่ถูกกำหนดไว้ในข้อตกลง TRIPS เป็นสิทธิในการห้ามมิให้ผู้อื่นใช้ประโยชน์จากสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรนั้น โดยผู้ทรงสิทธิบัตรได้รับสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการผลิต ใช้ ขาย เสนอขาย และนำเข้าซึ่งการประดิษฐ์อันมีสิทธิบัตร¹² การได้รับสิทธิแต่เพียงผู้เดียวทำให้ผู้ได้รับสิทธิบัตรสามารถแสวงหากำไรกลับมาเป็นแรงจูงใจเพื่อให้มีผู้ลงทุนในการวิจัยสร้างนวัตกรรมใหม่ๆ อย่างไรก็ตาม การที่ให้ผู้ทรงสิทธิบัตรมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวทำให้นักคนอื่นที่ไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิบัตรไม่สามารถกระทำการใดๆ เกี่ยวกับการประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรนั้นได้เลย จึงทำให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวนี้เหมือนเป็นสิทธิที่มีขอบเขตกว้างขวางราวกับว่าเป็นสิทธิที่ไร้ขอบเขต อีกทั้งผู้ทรงสิทธิเองยังคงรักษาและปกป้องสิทธิมิให้ผู้อื่นละเมิดสิทธิของตนจึงอาจนำไปสู่การผูกขาดและสามารถก่อให้เกิดผลกระทบรุนแรงต่อสังคมได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในผลิตภัณฑ์ที่มีความจำเป็นต่อชีวิตและไม่มีผลิตภัณฑ์ใดที่จะสามารถทดแทนได้

ปัญหาสำคัญประการหนึ่งจากการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรที่ให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวนี้อีกคือ ภาวะการขาดและการเข้าถึงยารักษาโรคของประชาชน¹³ ซึ่งถือว่าเป็นปัญหาด้านการสาธารณสุขในหลายๆ ประเทศ โดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนา ด้วยเหตุที่ผู้ทรงสิทธิบัตรมีอำนาจเหนือตลาดสามารถตั้งราคาขายที่จำหน่ายในแต่ละประเทศให้แตกต่างกันได้เพื่อประโยชน์ในการแสวงหากำไรสูงสุด¹⁴

นอกจากนี้ การที่รัฐบาลประเทศภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกต้องกำหนดมาตรฐานการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาให้เป็นไปตามข้อตกลง TRIPS ถือว่าเป็นมาตรฐานการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่อยู่ในระดับสูงสำหรับประเทศกำลังพัฒนาและยังส่งผลให้ต้องสูญเสียอิสระในการดำเนินนโยบายบางส่วนที่สำคัญอย่างด้านการสาธารณสุขไป จึงนำไปสู่ปัญหาการเข้าถึงยารักษาโรคของประชาชน โดยเฉพาะกับผู้ป่วยในประเทศกำลังพัฒนาซึ่งมีรายได้ต่ำมีโอกาสเข้าถึงยาลดลง ทั้งนี้ พบว่าประเทศกำลังพัฒนามีค่าใช้จ่ายโดยเฉลี่ยสำหรับการสาธารณสุขที่ 23 ดอลลาร์ต่อคนต่อปี แต่เฉพาะค่าใช้จ่ายสำหรับยาต้านไวรัสเอชไอวี/เอดส์ที่เป็นยาชื่อสามัญที่มีราคาถูกที่สุดในตลาดโลกนั้นสูงกว่า 200 ดอลลาร์ต่อคนต่อปี นอกจากนี้ องค์การอนามัยโลกได้ประเมินว่ามีผู้ติด

¹² TRIPS Agreement, Art. 28

¹³ สิทธิกร นิพลยะ, *สิทธิบัตรกับการเข้าถึงยา* (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 116.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 116-117.

เชื้อเอชไอวีเพียงร้อยละ 5 ของจำนวนผู้ติดเชื้อทั่วโลกที่มีโอกาสเข้าถึงยาต้านไวรัส¹⁵ และในประเทศยากจนอย่างประเทศแอฟริกาใต้ ที่แต่ละวันมีประชาชนอย่างน้อยราว 600 คนเสียชีวิตด้วยโรคเอดส์ โดยมากกว่าครึ่งหนึ่งของการเสียชีวิตของคนเหล่านั้นสามารถหลีกเลี่ยงได้หากได้รับยา¹⁶

ดังนั้น เพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบรุนแรงต่อสังคมจากการใช้อำนาจผูกขาดของเจ้าของสิทธิบัตร การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรจึงไม่ได้ให้การคุ้มครองอย่างสุดโต่งตามหลักพื้นฐานของระบบสิทธิบัตรที่ต้องอยู่ภายใต้การสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ของปัจเจกชนผู้ประดิษฐ์และสาธารณะ¹⁷ และตามหลักต่างตอบแทนที่ให้ผู้ทรงสิทธิบัตรมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์ พร้อมกันนั้นก็มีความจำเป็นต้องเปิดเผยข้อมูลรายละเอียดของการประดิษฐ์ให้แก่สาธารณชน เพื่อให้การประดิษฐ์ได้กระจายสู่สาธารณชนไม่จำกัดประโยชน์ให้แก่เฉพาะผู้ทรงสิทธิแต่ฝ่ายเดียว จึงได้มีการกำหนดข้อจำกัดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวและข้อยืดหยุ่นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา อันเป็นการลดความเข้มข้นของสิทธิแต่ผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิบัตรให้เป็นไปโดยชอบธรรม และแก้ปัญหาการผูกขาดที่อาจส่งผลให้ราคาสินค้าอันมีสิทธิบัตรเพิ่มสูงขึ้นจนเป็นอุปสรรคต่อการใช้ประโยชน์ของสาธารณชน

ตามที่อารัมภบทของข้อตกลง TRIPS ได้กำหนดหลักการที่ให้ความสำคัญกับวัตถุประสงค์ทางนโยบายสาธารณะของชาติในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และรวมถึงวัตถุประสงค์ด้านการพัฒนาและด้านเทคโนโลยี¹⁸ และได้กล่าวย้ำวัตถุประสงค์และหลักการอีกครั้งในบทบัญญัติของข้อตกลงว่า การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาควรจะสนับสนุนการส่งเสริมวัฒนธรรม และการแพร่ขยายเทคโนโลยีเพื่อประโยชน์ร่วมกันของผู้ใช้และผู้ผลิตเพื่อความสะดวกของสิทธิทั้งสองฝ่าย และเอื้อต่อสวัสดิการทางสังคมและเศรษฐกิจ¹⁹ อีกทั้งในการออกกฎหมายภายในของตน บรรดา

¹⁵ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, *มาตรการบังคับใช้สิทธิกับปัญหาการเข้าถึงยา : ข้อพิจารณาด้านกฎหมายและความตกลงระหว่างประเทศ* (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2550), หน้า 10.

¹⁶ สิทธิพล วิบูลย์ชนากุล, *การเจรจาการค้าพหุภาคีรอบโดฮา* (กรุงเทพฯ : คณะบุคคลเพื่อฟ้า, 2547), หน้า 91

¹⁷ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, *กฎหมายสิทธิบัตร แนวความคิด และบทวิเคราะห์*, (พิมพ์ครั้งที่ 2), กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, หน้า 10

¹⁸ TRIPS Agreement, Preamble para. 5 “Recognizing the underlying public policy objectives of national systems for the protection of intellectual property, including development and technological objectives;”

¹⁹ *Ibid.*, Art. 7

ประเทศภาคีอาจใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองสาธารณสุขและโภชนาการ และเพื่อส่งเสริมประโยชน์สาธารณะด้านต่างๆ²⁰

นอกจากนี้ ข้อตกลง TRIPS ยังได้ยอมรับถึงความจำเป็นพิเศษของประเทศภาคีที่เป็นประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด (Least Developed Countries) ที่ต้องได้รับการปฏิบัติที่ยืดหยุ่นมากที่สุดใน การดำเนินการปรับกฎหมายภายในให้เป็นไปตามข้อตกลง TRIPS เพื่อให้ประเทศเหล่านี้สามารถสร้างพื้นฐานเทคโนโลยีที่เหมาะสมขึ้นมาได้²¹ รวมถึงได้กำหนดมาตรการยืดหยุ่น (TRIPS Flexibilities) เพื่อให้ประเทศกำลังพัฒนาและประเทศพัฒนาน้อยที่สุดปฏิบัติตามข้อตกลงโดยยังสามารถดำเนินนโยบายสาธารณะ การเข้าถึงยารักษาโรค การปกป้องความหลากหลายทางชีวภาพ และนโยบายอื่นๆ ของตนภายใต้เงื่อนไขเพื่อการสนับสนุนการพัฒนาทางเศรษฐกิจได้²² เช่น การกำหนดขอบเขตของการให้สิทธิบัตร (Exemptions from Patentability) การใช้ข้อยกเว้นในสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตร (Exceptions to Patent Right)²³ การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ (Compulsory Licensing)²⁴ และการระงับสิ้นไปของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Exhaustion of Intellectual property Rights)²⁵ เพื่อการนำเข้าซ้อน (Parallel Import)

ประกอบกับปฏิญญาโดฮาว่าด้วยความตกลง TRIPS กับสาธารณสุข (Doha Declaration on TRIPS and Public Health) ได้กำหนดว่าการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องไม่กีดขวางประเทศสมาชิกในการใช้มาตรการต่างๆ เพื่อปกป้องสาธารณสุขของประเทศ โดยให้ถือว่าวิกฤติการณ์ทางสาธารณสุขต่างๆ รวมทั้งที่เกี่ยวกับโรคเอดส์ มาลาเรีย วัณโรคและโรคระบาดอื่นๆ เป็นสถานการณ์ฉุกเฉินของชาติหรือกรณีเร่งด่วนอย่างยิ่งที่จะสามารถใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้²⁶ นอกจากนี้ ยังเปิดโอกาสให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถตัดสินใจได้เองว่าจะกำหนดให้มูลเหตุ

²⁰ TRIPS, *Ibid.*, Art. 8

²¹ *Ibid.*, Preamble para. 6 “Recognizing also the special needs of the least-developed country Members in respect of maximum flexibility in the domestic implementation of laws and regulations in order to enable them to create a sound and viable technological base ;”

²² WIPO, *Advice on flexibilities under the TRIPS agreement*. [Online]. Available: http://www.wipo.int/ip-development/en/legislative_assistance/advice_trips.html

²³ TRIPS Agreement, Art. 30.

²⁴ *Ibid.*, Art. 31.

²⁵ *Ibid.*, Art. 6

²⁶ Declaration on the TRIPS and Public Health, para. 5c and 5d

ได้เป็นมูลเหตุอันเหมาะสมในการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้²⁷ และประเทศภาคีสมาชิกยังมีอิสระที่จะตัดสินใจที่จะเลือกใช้รูปแบบการระงับสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา²⁸ เพื่อการนำเข้าซ้อนได้มากที่สุดอีกด้วย

จะเห็นได้ว่าการกำหนดมาตรการยืดหยุ่นภายใต้ข้อตกลง TRIPS ดังกล่าวเป็นการช่วยผ่อนคลายความเข้มงวดในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญารวมถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตร ดังนั้น ประเทศกำลังพัฒนาและประเทศพัฒนาน้อยที่สุดจึงสามารถนำมาตราการยืดหยุ่นภายใต้ข้อตกลง TRIPS มาใช้ประโยชน์ในการดำเนินนโยบายและออกกฎหมายภายในของตนเพื่อให้เกิดความชอบธรรมในการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับประโยชน์สาธารณะ รวมถึงการใช้มาตรการยืดหยุ่นเพื่อเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถเข้าถึงยารักษาโรคได้มากขึ้น²⁹

อย่างไรก็ดี แม้ว่ามาตรการยืดหยุ่นต่างๆ ภายใต้ข้อตกลง TRIPS ที่จะช่วยลดอุปสรรคและให้ความชอบธรรมในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาให้มีความเหมาะสมกับความสามารถของประเทศกำลังพัฒนาแล้วก็ตาม แต่ก็มิข้อโต้แย้งถึงความมีประสิทธิภาพของมาตรการยืดหยุ่นในทางปฏิบัติว่ามาตรการดังกล่าวไม่เคยได้รับการพิสูจน์ว่าใช้ได้ผลจริง³⁰ และกลับพบว่าประเทศกำลังพัฒนาจำนวนไม่มากนักที่ใช้มาตรการดังกล่าว แต่ในทางตรงกันข้ามประเทศพัฒนาแล้วกลับเป็นประเทศที่ใช้มาตรการยืดหยุ่นอย่างมาตรการบังคับใช้สิทธิมากที่สุด³¹

อีกทั้งประเทศสหรัฐอเมริกายังเคยอนุญาตให้รัฐบาลสามารถผลิตยาด้วยเหตุผลทางสาธารณสุขหลายครั้งด้วยกันโดยไม่ต้องขออนุญาตจากเจ้าของสิทธิบัตรเช่น การบังคับใช้สิทธิกับสิทธิบัตรยา Ciprofloxacin (ยาปฏิชีวนะ) เพื่อป้องกันโรคแอนแทรกซ์ ภายหลังเหตุการณ์ก่อการร้าย

²⁷ Declaration on the TRIPS and Public Health, para 5b

²⁸ *Ibid.*, para. 5d

²⁹ Sisule F. Musungu and others, Utilizing TRIPS Flexibilities for Public Health Protection through South-South Regional Frameworks (Geneva : South Centre, 2004). p.11.

³⁰ นิชมาน หัสรังค์, “การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรกับการเข้าถึงยารักษาโรคของประเทศไทยในกรอบของข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์”, หน้า 28

³¹ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, มาตรการบังคับใช้สิทธิกับปัญหาการเข้าถึงยา : ข้อพิจารณาด้านกฎหมายและความตกลงระหว่างประเทศ, หน้า 37

วันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2001 ซึ่งมีผลให้ราคายาลดลงถึง 50 เปอร์เซ็นต์³² และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการผูกขาดในสหรัฐอเมริกายังเป็นหน่วยงานที่มีการใช้กลไกมาตรการยืดหยุ่นอย่างการบังคับใช้สิทธิมากที่สุดหน่วยงานหนึ่ง โดยใช้ในกรณีที่มีการใช้อำนาจผูกขาดตามสิทธิบัตร ที่มีผลให้ราคาสินค้าสูงเกินไป หรือมีพฤติกรรมในการกีดกันการแข่งขัน ทั้งในกรณีของผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องยา และผลิตภัณฑ์อื่นๆ³³

ในขณะที่เหล่าประเทศกำลังพัฒนากลับไม่ใช้มาตรการยืดหยุ่นที่มีอยู่ในการแก้ปัญหาการเข้าถึงยารักษาโรคเท่าที่ควร โดยสาเหตุสำคัญสาเหตุหนึ่งก็เนื่องมาจากความกลัวและวิตกกังวลจากแรงกดดันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา³⁴ รวมถึงเกรงจะถูกตอบโต้ทางการค้าจากประเทศที่พัฒนาแล้วอื่นๆ และเพื่อหลีกเลี่ยงการเป็นปฏิปักษ์กับบรรษัทข้ามชาติ³⁵ แต่เมื่อปัญหาการเข้าถึงยาและด้านสาธารณสุขของประเทศกำลังพัฒนาถึงจุดสูงสุดจึงเริ่มหันมาให้ความสนใจและใช้มาตรการยืดหยุ่นตามช่องทางของข้อตกลง TRIPS

ในภูมิภาคอาเซียนเริ่มจากประเทศมาเลเซียที่ประสบปัญหาในการจัดหาให้ผู้ติดเชื้อเอชไอวี กระทรวงสาธารณสุขมาเลเซียจึงต่อรองราคากับบริษัทยามาตั้งแต่ ค.ศ. 2001 ซึ่งแม้จะมีการลดราคายาลงบ้างแต่ก็ยังถือว่ามีราคาสูงและผู้ป่วยยังไม่สามารถเข้าถึงยาได้ จนเมื่อเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 2003 กระทรวงสาธารณสุขมาเลเซียจึงเสนอคณะรัฐมนตรีให้มีการบังคับใช้สิทธิโดยรัฐ และคณะรัฐมนตรีประกาศใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรและได้นำเข้ายาต้านไวรัส 3 ตัวเป็นเวลา 2 ปีนับตั้งแต่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 2003 โดยยาเหล่านี้จะถูกส่งไปให้โรงพยาบาลของรัฐเท่านั้น และกระทรวงสาธารณสุขจะเป็นผู้กำหนดปริมาณการนำเข้าและมีการจ่ายค่าชดเชยกับบริษัทอย่าง

³² จักรกฤษณ์ ควพจน์, *จับตาโลกาภิวัตน์*. [ระบบออนไลน์]. แหล่งที่มา :

<http://www.drugsystem.org/paper/10>

³³ นวลน้อย ศรีรัตน์, *ดุลอำนาจของสิทธิบัตรและการใช้สิทธิตามสิทธิบัตร*. [ระบบออนไลน์]. แหล่งที่มา

<http://toodcheefha.exteen.com/20070613/entry-4>

³⁴ จิราพร ลิ้มปานานนท์, *การค้าชีวิตผู้ป่วยของธุรกิจข้ามชาติ*. [ระบบออนไลน์]. แหล่งที่มา

http://www.pakchong1.com/index.php?option=com_content&task=view&id=33&Itemid=43

³⁵ จักรกฤษณ์ ควพจน์, *มาตรการบังคับใช้สิทธิกับปัญหาการเข้าถึงยา : ข้อพิจารณาด้านกฎหมายและความตกลงระหว่างประเทศ*, หน้า 38.

เป็นธรรม แต่บริษัทกลับปฏิเสธรับค่าชดเชย ทั้งยังฟ้องรัฐบาล และขู่ว่าจะถอนการลงทุนในประเทศ เพื่อไม่ต้องการให้ประเทศอื่นทำตามมาเลเซีย³⁶

เช่นเดียวกันกับประเทศแอฟริกาใต้ซึ่งเผชิญวิกฤตด้านสาธารณสุขจากเอดส์และผู้ติดเชื้อเอชไอวีมากที่สุดในโลก เคยออกกฎหมายเพื่อบังคับใช้สิทธิและถูกบริษัทยาข้ามชาติ 39 บริษัทร่วมกันฟ้องว่าขัดรัฐธรรมนูญ โดยในรัฐธรรมนูญก็มีการประกันสิทธิของคนแอฟริกาใต้ในการเข้าถึงการรักษาแต่บริษัทเหล่านั้นก็ไม่ได้สนใจ และแม้ว่าบริษัทยาจะถอนฟ้องแต่กฎหมายนี้ก็ยังไม่ได้นำมาปฏิบัติ เพราะถูกผูกมัดด้วยเงินบริจาคจากประเทศพัฒนาแล้ว³⁷

นอกจากนี้ ในประเทศอินเดียที่ถือว่าเป็นประเทศที่ผลิตยาราคาถูกแหล่งใหญ่ที่สุดในโลก โดยการผลิตยาชื่อสามัญราคาถูกในอินเดียกว่า 67 เปอร์เซ็นต์ ถูกส่งไปใช้ในประเทศกำลังพัฒนาต่างๆ ซึ่งต้องต่อสู้คดีทางศาลกับบริษัทที่ถูกรัฐบาลปฏิเสธการยื่นขอสิทธิบัตรยา³⁸

แม้กระทั่ง ในประเทศไทยเองก็ได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการยืดหยุ่นเช่นเดียวกัน เพราะภายหลังจากรัฐบาลไทยได้ประกาศบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยากับการรักษาโรคเอดส์และโรคหัวใจรวม 3 ชนิด และแม้ว่าการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยาดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิตามข้อตกลง TRIPS ข้อ 31 และ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 51 จะได้บัญญัติรองรับอยู่ก็ตาม³⁹ แต่บริษัทยาตลอดจนหน่วยงานด้านการค้าระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา กลับมีท่าทีไม่พอใจซึ่งมีแนวโน้มว่ารัฐบาลไทยอาจถูกตอบโต้ทางการค้าอย่างรุนแรงโดยผู้แทนการค้าสหรัฐฯ

³⁶ มุกตา เชื้อซัง, ความปั่นป่วนหลัง บังคับใช้สิทธิ : เขาหาว่าไทยเป็นหัวขโมย. [ระบบออนไลน์].

แหล่งที่มา <http://www.prachatai.com/journal/2007/05/12587>

³⁷ เรื่องเดียวกัน

³⁸ สิริลักษณ์ ศรีประสิทธิ์, สิทธิบัตรยา : คำกล่าว หรือ คำชีวิตคน. [ระบบออนไลน์]. แหล่งที่มา

<http://www.ftawatch.org/node/10566>

³⁹ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 51 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 มาตรา 21 บัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์ในการประกอบกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคหรือการอันจำเป็นในการป้องกันประเทศ หรือการสงวนรักษาหรือการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม หรือป้องกันหรือบรรเทาการขาดแคลนอาหาร ยา หรือสิ่งอุปโภคบริโภคอย่างอื่นอย่างรุนแรง หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น กระทรวง ทบวง กรม อาจใช้สิทธิตามสิทธิบัตรอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 36 โดยกระทำการดังกล่าวเองหรือให้บุคคลอื่นกระทำแทน ในการใช้สิทธิดังกล่าว กระทรวง ทบวง กรม จะต้องเสียค่าตอบแทนแก่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรตามมาตรา 48 วรรคสอง และจะต้องแจ้งให้ผู้ทรงสิทธิบัตรทราบเป็นหนังสือโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ โดยไม่อยู่ภายบังคับเงื่อนไขมาตรา 46 มาตรา 47 และมาตรา 47 ทวิ...”

(The United States Trade Representative : USTR) ประกาศเลื่อนสถานะคู่ค้าของไทย จากกลุ่มประเทศที่ถูกจับตามอง (WL: Watch List) สู่ประเทศที่ถูกจับตามองเป็นพิเศษ (PWL: Priority Watch List) เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ. 2007 อีกทั้ง กลุ่มบริษัทยาข้ามชาติที่ได้รับความกระทบกระเทือนจากการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยาที่ชู้ดอนทุนจากไทยด้วยในขณะเดียวกัน⁴⁰

เหตุการณ์ดังกล่าวข้างต้นทำให้เห็นถึงอุปสรรคและปัญหาในการบังคับใช้มาตรการยืดหยุ่นภายใต้ข้อตกลง TRIPS ในทางปฏิบัติ เพราะนอกจากประเทศกำลังพัฒนาจะล้มเหลวและวิตกกังวลจนไม่กล้าใช้มาตรการดังกล่าวแล้ว บางประเทศที่ตัดสินใจใช้มาตรการยืดหยุ่นกลับต้องเผชิญอุปสรรคและแรงกดดันต่างๆ ตามมา ทั้งนี้ในปัจจุบันยังไม่มีการศึกษาถึงผลของการบังคับใช้มาตรการยืดหยุ่นภายใต้ข้อตกลง TRIPS ว่าในทางปฏิบัติประเทศต่างๆ จะสามารถใช้ประโยชน์จากมาตรการยืดหยุ่นดังกล่าวได้อย่างแท้จริงหรือไม่ และประเทศกำลังพัฒนาสามารถใช้มาตรการยืดหยุ่นแก้ปัญหาการเข้าถึงยาได้ตามเจตนารมณ์ของข้อตกลง TRIPS หรือไม่เพียงใด รวมถึงจะมีอุปสรรคจากการกดดันและตอบโต้จากประเทศอื่นๆ อย่างไรบ้างหากตัดสินใจใช้มาตรการดังกล่าว ซึ่งการศึกษาถึงผลของการบังคับใช้กฎหมายนั้นเป็นสิ่งจำเป็น เพราะหากตัวกฎหมายมีเนื้อหาที่ดีเพียงใด แต่หากไม่สามารถนำมาบังคับใช้ได้จริงและเป็นธรรมแล้ว ผลที่คาดว่าจะเกิดภายหลังจากการบัญญัติกฎหมายนั้นก็จะไม่อาจมีขึ้นได้อย่างแน่นอน

งานวิจัยฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาถึงปัญหาการดำเนินการใช้มาตรการยืดหยุ่นของข้อตกลง TRIPS เพื่อการเข้าถึงยารักษาโรค โดยศึกษาจากปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นจากการใช้มาตรการยืดหยุ่นเพื่อการเข้าถึงยารักษาโรคของประเทศกำลังพัฒนาว่าสามารถนำมาใช้ได้ตามเจตนารมณ์ของข้อตกลง TRIPS หรือไม่ ซึ่งงานวิจัยนี้จะนำมาใช้เป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายให้มีความเหมาะสม เพื่อให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายได้อย่างแท้จริงและเป็นแนวทางในการดำเนินการตามมาตรการยืดหยุ่นที่ถูกต้องเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรและประชาชนต่อไป

1.2 กรอบแนวคิด ทฤษฎีที่ใช้ในการวิจัย

ก่อนที่จะพิจารณาการบังคับใช้มาตรการยืดหยุ่นภายใต้ข้อตกลง TRIPS ในทางปฏิบัติเพื่อการเข้าถึงยา จำเป็นจะต้องศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตร ประกอบกับหลักการและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน

⁴⁰ รัชชม อรรถภิญญ์, ไทยกับการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา: ทางสองแพร่งระหว่างผลประโยชน์ทางการค้าระหว่างประเทศกับสุขภาพของประชาชน. [ระบบออนไลน์]. แหล่งที่มา

โดยในการวิจัยนี้ผู้วิจัยได้นำแนวคิด Third World Approaches to International Law หรือ TWAIL ที่เป็นการมองกฎหมายระหว่างประเทศจากกลุ่มประเทศโลกที่สามที่เห็นว่ามีความไม่เท่าเทียมกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ และมีอำนาจครอบงำในความสัมพันธ์เชิงเอารัดเอาเปรียบโดยจะใช้ในการวิเคราะห์ข้อมูลที่ได้จากการศึกษาเอกสารต่างๆ จากปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นของประเทศกำลังพัฒนาที่เกี่ยวกับการบังคับใช้มาตรการยืดหยุ่นภายใต้ข้อตกลง TRIPS เพื่อการเข้าถึงยารักษาโรค

1.3 คำถามการวิจัย

มาตรการยืดหยุ่นของข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้า (TRIPS Flexibilities) ที่มีเพื่อส่งเสริมการเข้าถึงยาของประชาชนในทางปฏิบัติไม่ได้มีความยืดหยุ่นที่ประเทศกำลังพัฒนาจะสามารถนำมาใช้ประโยชน์ได้อย่างแท้จริง และยังได้รับการกดดันและตอบโต้จากกรอบข้อตกลง TRIPS จากการใช้มาตรการยืดหยุ่นดังกล่าวจากประเทศพัฒนาแล้ว

1.4 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.4.1 เพื่อศึกษาความเป็นมา หลักการ สาระสำคัญของการให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิมนุษยชน

1.4.2 เพื่อศึกษากฎเกณฑ์และวิธีปฏิบัติของมาตรการยืดหยุ่นตามข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้าที่ส่งเสริมการเข้าถึงยารักษาโรค และกระบวนการระงับข้อพิพาทเมื่อเกิดความขัดแย้งภายใต้ข้อตกลงดังกล่าว

1.4.3 เพื่อศึกษาถึงปัญหาและอุปสรรคที่เกิดจากการใช้มาตรการยืดหยุ่นของข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้าที่ส่งเสริมการเข้าถึงยารักษาโรคในประเทศพัฒนาแล้ว

1.4.4 เพื่อนำเสนอทางออกเพื่อจะได้กำหนดยุทธศาสตร์การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามน เวทีระหว่างประเทศให้ประเทศกำลังพัฒนาได้รับประโยชน์อย่างเท่าเทียม และสามารถนำมาเป็นแนวทางและวิธีดำเนินนโยบายสาธารณสุขได้อย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด

1.5 ประโยชน์ที่จะได้รับการวิจัย

1.5.1 ทำให้ทราบและเข้าใจที่มา วัตถุประสงค์ หลักการ การให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิมนุษยชน

1.5.2 ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ วิธีการการปฏิบัติของมาตรการยืดหยุ่นที่ส่งเสริมการเข้าถึงยา รักษาโรคภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า

1.5.3 ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์และกระบวนการระงับข้อพิพาทหากมีการละเมิดข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า

1.5.4 ทำให้ทราบถึงปัญหาการบังคับใช้มาตรการยืดหยุ่นในทางปฏิบัติภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้าของประเทศกำลังพัฒนารวมถึงประเทศไทยเพื่อนำเสนอเป็นแนวทางและกำหนดข้อเสนอแนะเชิงนโยบายในด้านทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศให้ได้รับประโยชน์อย่างเท่าเทียมระหว่างประเทศสมาชิก

1.5.5 สามารถนำผลการศึกษาวิจัยไปใช้ในแนวทางปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องหรือกำหนดมาตรการที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นในประเทศไทยให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงของประเทศ และเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้มาตรการยืดหยุ่นของกฎหมายสิทธิบัตรมากยิ่งขึ้น

1.6 ขอบเขตการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาผลของการบังคับใช้มาตรการยืดหยุ่นภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (TRIPS flexibilities) ว่าประเทศกำลังพัฒนาจะได้รับผลหรือการตอบโต้หลังจากการใช้มาตรการยืดหยุ่นอย่างไรบ้าง เพียงใด ในส่วนที่ว่าด้วยเรื่องสิทธิบัตรเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองยารักษาโรค อันได้แก่ ขอบเขต รายละเอียด และเงื่อนไขของการจดสิทธิบัตร (Article 27 และ 29) ข้อยกเว้นสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตร (Article 30) การนำเข้าซ้อนและการระงับสิ้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Article 6) และการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ (Article 31) การขยายระยะเวลา (Article 66) รวมทั้งปฏิญญาโดฮาว่าด้วยข้อตกลง TRIPS กับการสาธารณสุข และมติของคณะมนตรีทั่วไปในการแก้ไขเพิ่มเติมข้อตกลง TRIPS ในเรื่องมาตรการบังคับใช้สิทธิ

1.7 ระเบียบวิธีวิจัย

การวิจัยนี้มุ่งศึกษาถึงผลการบังคับใช้มาตรการยืดหยุ่นภายใต้ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้า (TRIPS Flexibilities) ในการส่งเสริมและสนับสนุนเพื่อให้ประชาชนเข้าถึงยารักษาโรค การศึกษาวิจัยนี้จะใช้วิธีดำเนินการวิจัยนี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยใช้รูปแบบการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) เช่น ตำราทางวิชาการ หนังสือ รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ ตลอดจนเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องจากฐานข้อมูลออนไลน์ โดยการรวบรวมข้อมูลทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาอังกฤษในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการศึกษา