

## บทที่ 2

### แนวคิด ทฤษฎีและเอกสารงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

ในบทนี้จะเป็นการอธิบายแนวคิดการมองกฎหมายระหว่างประเทศจากประเทศโลกที่สาม (Third World Approaches to International Law: TWAIL) ซึ่งผู้วิจัยจะใช้แนวคิดดังกล่าวในการวิเคราะห์ข้อตกลง TRIPS ตลอดจนมาตรการขีดยุ่่นของข้อตกลง TRIPS ที่เกี่ยวกับการเข้าถึงยา รักษาโรค ผ่านประสบการณ์ของประเทศกำลังพัฒนาที่ใช้มาตรการขีดยุ่่น โดยได้แบ่งเนื้อหาเป็นสองส่วนใหญ่ๆ ด้วยกันคือ

1. ที่มาและหลักการทั่วไปของแนวคิด TWAIL
2. แนวคิด TWAIL ต่อข้อตกลง TRIPS เกี่ยวกับการเข้าถึงยา รักษาโรค

#### 2.1 แนวคิดการมองกฎหมายระหว่างประเทศจากประเทศโลกที่สามหรือแนวคิด TWAIL

##### 2.1.1 ที่มาและหลักการทั่วไปของแนวคิด TWAIL

การมองกฎหมายระหว่างประเทศจากประเทศโลกที่สาม (Third World Approaches to International Law) หรือ TWAIL ถือเป็นแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศในมุมมองของประเทศโลกที่สาม กล่าวคือเป็นวิธีการ (Method) ที่มองผ่านประสบการณ์และข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นของประเทศโลกที่สามที่อยู่ภายใต้ความไม่เท่าเทียมกันของกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นระเบียบวิธีศึกษาที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (International Relations) หรือกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law) รวมถึงเป็นการกำหนดเครื่องมือที่ใช้วิเคราะห์กฎหมายระหว่างประเทศว่าควรเป็นอย่างไร<sup>1</sup> ซึ่งนักคิดภายใต้ TWAIL ไม่จำเป็นต้องมีอุดมการณ์หรือความเชื่ออันเป็นรากฐานของสังคม เศรษฐกิจ หรือการเมืองที่เหมือนกัน แต่หลักสำคัญที่เป็นหนึ่งเดียวของ TWAIL ก็คือต่อต้านกฎเกณฑ์ของโลกที่ไม่มีความยุติธรรม<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Antony Anghie and B.S.Chimni, “Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts”, *American Journal of International Law*, Symposium on Method in International Law, (1999), p. 77.

<sup>2</sup> David P. Fidler, “Revolt Against or from within the West? Twail, the Developing World, and the Future Direction of International Law”, *Chinese Journal of International Law*, p. 30.

แนวคิด TWAIL มีวัตถุประสงค์พื้นฐานสามประการคือ<sup>3</sup> ประการแรก จากความไม่เข้าใจและไม่ต้องการใช้ประโยชน์กฎหมายระหว่างประเทศในฐานะสื่อกลางสำหรับการสร้างและการดำรงอยู่ของการแบ่งเชื้อชาติตามบรรทัดฐานระหว่างประเทศที่ประเทศนอกทวีปยุโรปจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจประเทศในทวีปยุโรป ประการที่สอง TWAIL พยายามค้นหาเพื่อเสนอบรรทัดฐานทางกฎหมายที่เป็นทางเลือกสำหรับการปกครองระหว่างประเทศ และประการสุดท้าย TWAIL พยายามค้นหาวิธีเพื่อขจัดปัจจัยของการด้อยพัฒนาในประเทศโลกที่สามผ่านทางความคิด นโยบาย และการเมือง

ทั้งนี้ กฎหมายระหว่างประเทศในความคิดของ TWAIL สามารถเข้าใจได้จากบริบททางประวัติศาสตร์ที่มีชีวิตของประชาชนในโลกที่สาม ทำให้เป็นทิวทัศน์ที่มีลักษณะสำคัญของแนวคิด TWAIL สองประการ คือ<sup>4</sup>

ประการแรก ประชาชนในประเทศโลกที่สามมีความอ่อนไหวต่อเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในเชิงอำนาจเพราะประสบการณ์จากการล่าอาณานิคม (Colonialism) และลัทธิอาณานิคมใหม่ (Neo-Colonialism) และยังมีความอ่อนไหวต่อผลกระทบที่เกิดจากการเสนอกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศหรือการเสนอตั้งองค์กรระหว่างประเทศซึ่งมีผลต่อการจัดสรรอำนาจระหว่างรัฐกับประชาชนในประเทศ

ประการที่สอง ด้วยประสบการณ์ที่เกิดขึ้นจริงกับประชาชนในโลกที่สามเองไม่เพียงมาจากประสบการณ์ของรัฐจากการที่รัฐเป็นตัวแทนของประชาชนในเวทีโลกเท่านั้น เพราะรัฐบาลประเทศโลกที่สามมักกระทำการในลักษณะที่ขัดกับผลประโยชน์ของประชาชนในประเทศ ประสบการณ์จากประชาชนจึงเป็นการสะท้อนกฎหมายระหว่างประเทศอย่างแท้จริง ดังนั้น การยอมรับหรือคัดค้านกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อวิถีชีวิตของประชาชนในโลกที่สามจึงเท่ากับเป็นหลักฐานแสดงให้เห็นถึงความยุติธรรมหรืออติธรรมของกฎเกณฑ์เหล่านั้นผ่านประสบการณ์ของประชาชนในประเทศโลกที่สามที่พยายามปฏิรูปกฎหมายระหว่างประเทศจากที่ถูกกดขี่กลายเป็นการปลดปล่อย และสะท้อนความปรารถนาของประชาชนในโลกที่สามอันจะส่งผลให้เกิดความยุติธรรมของโลกอย่างแท้จริง

<sup>3</sup> Makau Mutua, "What is TWAIL?", *The American Society of International Law : Proceedings of the 94<sup>th</sup> Annual Meeting*, (2000), p. 31.

<sup>4</sup> Antony Anghie and B.S.Chimni, "Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts", p. 80.

ในการนี้ แนวคิด TWAIL อาจแยกออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มแนวคิด TWAIL I ซึ่งเป็นกลุ่มแนวคิดที่เกิดขึ้นในยุคแรกๆ ของนักกฎหมายระหว่างประเทศหลังยุคอาณานิคม (Post-Colonial) และกลุ่ม TWAIL II ที่เกิดขึ้นภายหลังและได้ขยายความจากแนวคิด TWAIL I แต่มีมุมมองที่แตกต่างออกไป<sup>5</sup> โดยแนวคิด TWAIL I มีลักษณะสำคัญที่มีอิทธิพลต่อแนวคิด TWAIL ในยุคต่อมา ดังนี้

ประการแรก TWAIL I ตำนานกฎหมายอาณานิคมระหว่างประเทศ (Colonial International Law) ว่าเป็นกฎหมายที่สร้างความชอบธรรมให้กับวิธีการบังคับและกดขี่ประชาชนในประเทศโลกที่สาม ยกตัวอย่างกฎหมายระหว่างประเทศในศตวรรษที่ 19 ที่ไม่ยอมรับประเทศนอกทวีปยุโรปเป็นดินแดนที่มีอำนาจอธิปไตย หรือการยอมรับข้อตกลงที่ไม่มีความเท่าเทียมกันระหว่างอำนาจของกลุ่มประเทศยุโรปกับกลุ่มประเทศนอกทวีปยุโรปว่าเป็นสิ่งชอบธรรม และตัดสินว่าการเข้าปกครองกลุ่มประเทศนอกทวีปยุโรปโดยการเข้ายึดครองดินแดนถือเป็นเรื่องที่ชอบด้วยกฎหมาย

ประการที่สอง TWAIL I ย้ำว่ากลุ่มประเทศโลกที่สามในช่วงก่อนยุคอาณานิคมนั้นคุ้นเคยกับกฎหมายระหว่างประเทศมาก่อนแล้ว TWAIL I จึงได้พยายามสร้างกฎหมายระหว่างประเทศที่แท้จริงอันเป็นสังคมระหว่างประเทศที่เท่าเทียมและเป็นอย่างเดียวกันทั้งหมดด้วยการมุ่งเน้นไปที่สิ่งที่มีความคล้ายกัน (Commonalities) ระหว่างสังคมที่แตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด ด้วยการชี้ให้เห็นถึงทฤษฎีและหลักการอันมีค่าที่พบอยู่ในระบบกฎหมายและวัฒนธรรมของโลกที่สาม และน่าจะได้นำมาใช้เพื่อประโยชน์ของประชาคมโลกทั้งมวล (International Community)

ประการที่สาม TWAIL I ไม่มีท่าทีปฏิเสธต่อกฎหมายระหว่างประเทศสมัยใหม่ และเชื่อว่าเนื้อหาของกฎหมายระหว่างประเทศสามารถเปลี่ยนแปลงได้โดยการพิจารณาถึงความต้องการของประชาชนของประเทศที่เพิ่งได้เอกราชโดยสนับสนุนให้ประเทศโลกที่สามที่เพิ่งได้รับเอกราชได้มีการเคลื่อนไหวทางการเมืองเพื่อแก้ปัญหา ความคิดนี้ได้รับการยอมรับในหลักการตามระบบของสหประชาชาติ และมั่นใจว่าองค์การสหประชาชาติจะทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงที่นำมาซึ่งระเบียบโลกที่มีความยุติธรรมและพยายามทำให้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศเป็นประชาธิปไตยและมีการมีส่วนร่วม

ประการที่สี่ TWAIL I ย้ำในเรื่องหลักความเสมอภาคในอธิปไตยของประเทศและหลักการไม่แทรกแซง ซึ่งโดยพื้นฐานแล้วเป็นประเด็นสำคัญสำหรับประเทศที่เพิ่งได้รับเอกราช ดังนั้น

<sup>5</sup> Anglie and others, “Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts”, p. 80-86.

ประเทศโลกที่สามจึงได้ผลักดันบทบัญญัติต่างๆ ในองค์การสหประชาชาติเพื่อเป็นการผลักดันหลักการเหล่านี้ที่ว่าด้วยเรื่องของความเสมอภาคทางอาชีพโดยและหลักการไม่แทรกแซง

ประการสุดท้าย TWAIL I เข้าใจได้ว่าเฉพาะการมีเอกราชไม่เพียงพอที่จะประสบความสำเร็จถึงการปลดปล่อย ในขณะที่โครงสร้างอำนาจทางเศรษฐกิจซึ่งสัมพันธ์กันระหว่างกลุ่มประเทศโลกที่หนึ่งและประเทศโลกที่สามไว้ด้วยกันยังคงดำเนินไปในทางที่ทำให้กลุ่มประเทศที่กำลังพัฒนา (the South) เสี่ยงเปรียบ ดังนั้น TWAIL I จึงพยายามที่จะริเริ่มระเบียบเศรษฐกิจระหว่างประเทศแบบใหม่ (New International Economic Order) และเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางเศรษฐกิจที่เชื่อว่าเป็นการเอาเปรียบประเทศที่กำลังพัฒนา โดยเฉพาะระบบเศรษฐกิจที่ประเทศพัฒนาแล้วมีอำนาจควบคุมทรัพยากรธรรมชาติของประเทศที่กำลังพัฒนา อีกทั้งพยายามที่จะใช้สิทธิควบคุมนักลงทุนต่างชาติอย่างมีประสิทธิภาพ

ในทศวรรษที่ผ่านมาได้มีการพัฒนาความคิดจาก TWAIL I และพัฒนาเครื่องมือที่จำเป็นในการวิเคราะห์ความเป็นจริงในสภาพแวดล้อมระหว่างประเทศที่เปลี่ยนแปลงอยู่ต่อเนื่องจนเป็นแนวคิดที่อาจเรียกได้ว่าเป็น TWAIL II ซึ่งได้ใช้วิธีพิจารณาจากข้อบกพร่องในหลักการสำคัญหลายอย่างของ TWAIL I เช่น ในยุคหลังอาณานิคม (Critiquing the Post-Colonial State) ที่ TWAIL I สนใจในความเป็นรัฐและอำนาจอาชีพโดยของประเทศโลกที่สาม จึงมองข้ามปัญหาและความขัดแย้งไม่ว่าจะเป็นเรื่องชนชั้น เชื้อชาติ และเพศ ที่มีในภายในประเทศของตน ในขณะที่ TWAIL II มุ่งสนใจเรื่องของ การให้ยอมรับและให้สิทธิของประชาชนในประเทศโลกที่สาม เช่น ผู้หญิง เกษตรกร แรงงาน ชนกลุ่มน้อย ซึ่งปกติแล้ว TWAIL I ไม่ได้ให้ความสนใจกับคนกลุ่มนี้ และ TWAIL II ยังสนใจว่ากฎหมายระหว่างประเทศที่จะเป็นตัวช่วยสนับสนุนการสร้างชาติหรือการพัฒนาประเทศนั้นได้ส่งผลกระทบต่อประชาชนในประเทศโลกที่สามเหล่านี้อย่างไรบ้าง รวมถึงวิพากษ์ความเป็นไปได้ในการใช้กฎหมายระหว่างประเทศเพื่อประโยชน์ของประชาชนในประเทศโลกที่สาม

นอกจากนี้ TWAIL II ยังได้นำประเด็นในเรื่องของปัจจัยด้านโครงสร้างซึ่งเป็นปัญหาที่ทำให้เกิดความไม่เสมอภาคระหว่างประเทศในโลกที่หนึ่งกับประเทศในโลกที่สามมาวิเคราะห์เพิ่มเติมต่อจากที่ TWAIL I ได้ทำไว้ โดยเริ่มทำการศึกษายอย่างจริงจังว่าความสัมพันธ์กับลัทธิอาณานิคม (Colonial Relations) นั้นมีผลต่อการกำหนดหลักการพื้นฐาน (Fundamentals of Discipline) มากน้อยขนาดไหน และสนใจกับความเชื่อที่ว่าลัทธิอาณานิคม (Colonialism) เป็นศูนย์กลางในการกำหนดกฎหมายระหว่างประเทศ และเพื่อหาคำตอบในเรื่องนี้จึงได้มีการศึกษาหลักการเฉพาะของกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างเช่น หลักสิทธิมนุษยชน รวมทั้งการศึกษาเชิงวิพากษ์ใน

ประวัติศาสตร์ของกฎหมายระหว่างประเทศในความสัมพันธ์กับประเทศนอกทวีปยุโรป (Non-European World)

โดยส่วนใหญ่แล้วกฎหมายระหว่างประเทศนั้นได้รับลักษณะเฉพาะมาจากการขยายตัวของลัทธิอาณานิคมซึ่งลักษณะเฉพาะที่เด่นชัดอันหนึ่งก็คือ ความเป็นสากล (Universality) และหลักการที่ถูกใช้เพื่อให้ประเทศโลกที่สามเข้าสู่ความเป็นสากลก็เป็นหลักการที่กำหนดขึ้นจากความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจกับการตกเป็นรอง (Power and Subordination) ซึ่งเป็นสิ่งที่มีอยู่ในความสัมพันธ์แบบอาณานิคม ดังนั้น ประเทศในโลกที่สามที่พยายามใช้หลักการพื้นฐานซึ่งเป็นหลักการเดียวกันกับหลักสากลเพื่อการก้าวไปสู่เป้าหมายของตนเองจึงอาจจะต้องเผชิญกับการต่อต้านและอุปสรรคต่างๆ

จากที่กล่าวมาข้างต้นว่ากฎหมายระหว่างประเทศให้การยอมรับการกจัดประชาชนประเทศโลกที่สามเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย TWAIL II จึงพยายามทำความเข้าใจว่าระบบกฎหมายระหว่างประเทศที่กจัดหรือเอารัดเอาเปรียบประเทศโลกที่สามเกิดขึ้นมาได้อย่างไร

ในแง่หนึ่งเกิดจากการกำหนดให้ผู้ที่ไม่ใช่ชาวยุโรปเป็นคนอื่นทำให้ประเทศโลกที่สามเป็นพวกป่าเถื่อน ล้าหลัง สมควรได้รับการพัฒนาให้เจริญขึ้น จึงเป็นภารกิจของคนผิวขาวในการทำให้คนเหล่านี้มีอารยธรรม และความคิดเรื่องความล้าหลังและป่าเถื่อนนี้ก็ได้แฝงอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

จากแนวคิดแผนการสร้างควมศิวิไลซ์ (Civilizing Mission) ทำให้เชื้อชาติได้กลายเป็นบทบาทสำคัญที่ก่อให้เกิดการแบ่งแยกขึ้น โดยการแบ่งแยกว่าเป็นคนอื่นและถูกระบุว่าเป็นต้นเหตุของความรุนแรงและปัญหาทั้งหมดที่เกิดขึ้น ดังนั้น คนเหล่านี้จึงต้องถูกควบคุมและสามารถเข้าแทรกแซงในกิจการต่างๆ ของสังคมประเทศโลกที่สาม รวมถึงสร้างธรรมเนียมพื้นฐานทางเศรษฐกิจในการแสวงหาประโยชน์ของประเทศโลกที่สาม

ในช่วงเวลาปัจจุบัน แผนการสร้างควมเจริญได้เริ่มต้นขึ้นในรูปแบบร่วมสมัย เช่น ในเรื่องของการพัฒนา ความเป็นประชาธิปไตย สิทธิมนุษยชน และการปกครองประเทศที่ดี ซึ่งได้จัดวางให้ประเทศโลกที่สามขาดแคลนสิ่งเหล่านี้เป็นเหตุให้ต้องได้รับการพัฒนา ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการเข้าแทรกแซงระหว่างประเทศโดยการแทรกแซงจะเป็นการเสนอให้ในรูปแบบให้การช่วยเหลือหรือแสดงถึงความหวังดีต่อประเทศโลกที่สาม

### 2.1.2 แนวคิด TWAIL ต่อข้อตกลง TRIPS เกี่ยวกับการเข้าถึงยาโรค

ตามที่แนวคิด TWAIL เชื่อว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นหลักการของกลุ่มประเทศในทวีปยุโรปจากประวัติศาสตร์ของการแบ่งแยกความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่นำไปสู่การจัดระบบตามระดับของชนชั้นทางเชื้อชาติซึ่งได้กลายเป็นแนวทาง (Footprint) อย่างถาวรของกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน

ยกตัวอย่างปัญหาการแพร่ระบาดของโรคเอดส์ที่คร่าชีวิตผู้คนเป็นจำนวนมากในแอฟริกาเนื่องจากแอฟริกาเป็นประเทศที่ไม่ได้รับความสำคัญเมื่อพิจารณาถึงความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจโลกทำให้ในแง่หนึ่งการแพร่ระบาดของโรคเอดส์เป็นบริบทที่แสดงถึงความยากจน ถึงแม้ว่าปัญหาโรคเอดส์เป็นปัญหาที่องค์กรหรือสถาบันต่างๆ ของโลกให้ความสนใจมาโดยตลอด เช่น องค์กรอนามัยโลก และองค์กรเอดส์แห่งสหประชาชาติ (United Nations Program on HIV/AIDS: UNAIDS) และปัญหาโรคเอดส์เป็นปัญหาที่จัดการและให้การรักษาได้ (Treatable) จึงเกิดคำถามว่าเหตุใดแอฟริกาซึ่งเป็นประเทศที่มีผู้ติดเชื้อเอดส์อาศัยอยู่มากที่สุดไม่ได้รับการรักษา และผู้ป่วยไม่สามารถเข้าถึงยาต้านไวรัสเอดส์ได้ ซึ่งคำถามนี้ไม่อาจพิจารณาเพียงจากความเป็นประเทศล้าหลัง (Savage) ของแอฟริกาเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาถึงกลไกในการจัดการปัญหาโรคเอดส์ของโลกด้วย ซึ่งในปัจจุบันประเทศต่างๆ ก็คงยังร่วมมือกันแก้ปัญหาเรื่องนี้ในวาระการประชุมตามข้อตกลงระหว่างประเทศต่างๆ ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากมุมมองของประเทศโลกที่สาม (TWAIL) ในโลกที่มีความยุติธรรมภายใต้กฎหมาย การแพร่ระบาดอย่างหนักของโรคเอดส์ในแอฟริกาถือเป็นความลำเอียงที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศและโครงสร้างการจัดการด้านสุขภาพของโลก ซึ่งมีการแบ่งแยกระหว่างประชาชนประเทศศิวิไลซ์กับประชาชนของประเทศล้าหลัง<sup>6</sup>

เมื่อการค้าได้กลายเป็นเป็นตัวขับเคลื่อนของยุคโลกาภิวัตน์ทำให้กฎเกณฑ์เพื่อการค้าที่สร้างขึ้นละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้<sup>7</sup> เกิดเป็นประเด็นความขัดแย้งระหว่างการรักษาสิทธิมนุษยชนในข้อตกลงระหว่างประเทศกับบทบาทบัญญัติของข้อตกลงเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ ที่ดูเหมือนว่าองค์กรการค้าโลกที่สนับสนุนการค้าเสรีและทรัพย์สินทางปัญญาจะเป็นตัวขัดขวางนโยบายขององค์กรอนามัยโลกด้านสาธารณสุขในการส่งเสริมการเข้าถึงยาโรคเอดส์ที่จำเป็นตามที่กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนโดยเฉพาะกติการะหว่างประเทศ

<sup>6</sup> Obijiofor Aginam, International Law, HIV/AIDS, and Human Rights in Africa: a Post – Colonial Discourse, American Society of International Law Proceedings, march 29-April 1, 2006, p. 350-352.

<sup>7</sup> Ibid.,p. 353.

ว่าด้วยเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ได้กำหนดหน้าที่แก่รัฐให้คุ้มครองและส่งเสริมสิทธิทางสุขภาพ

จากความพยายามของเหล่าประเทศพัฒนาแล้วที่พยายามเชื่อมโยงระหว่างมาตรฐานการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หรือกฎหมายตามที่ตนกำหนด กับประโยชน์ทางการค้าไว้ภายใต้ข้อตกลงขององค์การการค้าโลก ซึ่งเบื้องหลังของการเชื่อมโยงนี้ก็เพื่อใช้ประโยชน์ของการเข้าถึงตลาดเป็นเครื่องมือเพื่อบีบบังคับประเทศโลกที่สามให้เพิ่มระดับกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายตามมาตรฐานระหว่างประเทศ<sup>8</sup> แต่เดิมที่ประเทศกำลังพัฒนายังปฏิเสธการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรยารักษาโรคก็เพื่อให้แน่ใจว่าประเทศโลกที่สามจะสามารถเข้าถึงและจัดหาการรักษาโรคที่จำเป็นได้ แต่หลังจากเข้าร่วมองค์การการค้าโลก และเป็นผลจากการสนับสนุนของประเทศตะวันตกทำให้ข้อตกลง TRIPS ภายใต้องค์การการค้าโลกกำหนดให้ประเทศสมาชิกคุ้มครองสิทธิบัตรกับยารักษาโรค

นอกจากนี้ ประเทศพัฒนาแล้วยังพยายามทำให้บทบัญญัติกฎหมายเข้มงวดขึ้นและขาดความยืดหยุ่น<sup>9</sup> เช่น กรณีที่สหรัฐอเมริกาโดยการสนับสนุนของสหภาพยุโรปและบริษัทยาข้ามชาติพยายามขัดขวางประเทศกำลังพัฒนาที่ต้องการเพิ่มประสิทธิภาพการเข้าถึงยารักษาโรคเพื่อแก้ปัญหาด้านการสาธารณสุขจากการใช้ประโยชน์จากมาตรการบังคับใช้สิทธิ และการนำเข้าซ้อน เช่น กรณีประเทศสหรัฐอเมริกาต่อต้านการปัญหาการแพร่ระบาดของโรคเอดส์ในประเทศแอฟริกาและไทย

การมองกฎหมายระหว่างประเทศจากมุมมองประเทศโลกที่สามตามแนวคิด TWAIL ที่สะท้อนจากประสบการณ์ของประชาชนในประเทศโลกที่สามทำให้เห็นว่าการปกครองโดยกฎหมายระหว่างประเทศที่กลุ่มประเทศตะวันตกซึ่งอยู่เหนือประเทศโลกที่สามสร้างขึ้นอาจเป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม และแม้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะมีความเป็นสากลและมีความมีเสถียรภาพ แต่สำหรับประเทศโลกที่สามแล้วทั้งสองสิ่งไม่สามารถทำให้กฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีความยุติธรรม เท่าเทียม หรือมีความชอบธรรมขึ้นมาได้ แต่คงเป็นเพียงการขยายความมีอำนาจที่เหนือกว่าต่อสังคมและประชาชนของประเทศโลกที่สาม ทำให้กลุ่มประเทศโลกที่สามมองกฎหมายระหว่างประเทศว่าเป็นเพียงเรื่องการปกครองของผู้มีอำนาจเหนือกว่าและการอยู่ใต้อำนาจซึ่งขาดความมีเสถียรภาพ

<sup>8</sup> David P. Fidler, "Revolt Against or from within the West? Twail, the Developing World, and the Future Direction of International Law", *Chinese Journal of International Law*, p. 58.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 59.

นอกจากนี้ TWAIL ยังไม่ยอมรับความเป็นสากลบนบรรทัดฐานและแนวปฏิบัติที่ประเทศตะวันตกเป็นผู้เริ่มต้นสร้างขึ้น โดยเฉพาะบรรทัดฐานกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดให้มีการลงโทษได้ และทำให้กลายเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับประเทศโลกที่สามนำไปสู่ปัญหาขัดแย้งระหว่างคุณค่าทางสิทธิมนุษยชนและคุณค่าทางเศรษฐกิจ เช่น การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาผ่านทางข้อตกลง TRIPS เพราะฉะนั้น TWAIL จึงไม่เชื่อในหลักการค้าเสรี สิทธิในทรัพย์สินของเอกชน หรือคุณค่าทางการค้าที่อยู่เหนือคุณค่าความเป็นมนุษย์อื่นๆ<sup>10</sup> และมุ่งที่จะให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายระหว่างประเทศจากที่เป็นการกดขี่ไปสู่การมีอิสระเพื่อมีความยุติธรรมทั่วโลกอย่างแท้จริง

ในการนี้ ผู้วิจัยจึงได้นำแนวคิด TWAIL มาเป็นแนวคิดในการศึกษาและอธิบายความไม่เท่าเทียมกันของกฎหมายระหว่างประเทศและลักษณะการครอบงำของประเทศพัฒนาแล้วและบริษัทเจ้าของสิทธิบัตรว่ามีอิทธิพลเหนือประเทศกำลังพัฒนาในการดำเนินนโยบายทางสาธารณสุขมากน้อยเพียงใด และการใช้มาตรการยืดหยุ่นภายใต้ข้อตกลง TRIPS ดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบอย่างไรกับประเทศกำลังพัฒนาที่ตัดสินใจใช้มาตรการเหล่านั้นบ้าง และแท้ที่จริงแล้วมาตรการยืดหยุ่นภายใต้ข้อตกลง TRIPS ในทางปฏิบัติสำหรับประเทศกำลังพัฒนาสามารถนำมาใช้ประโยชน์ได้จริงหรือไม่

## 2.2 เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

จากการศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลเอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาวิจัยเรื่องการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้ข้อตกลง TRIPS มีทั้งการศึกษาในภาพรวมและเฉพาะประเภท โดยแบ่งออกเป็น 2 กลุ่มด้วยกัน คือ เอกสารและงานวิจัยเกี่ยวกับบทบัญญัติของข้อตกลง TRIPS และงานวิจัยเกี่ยวกับการบังคับใช้ข้อตกลง TRIPS

กลุ่มแรกเป็นวิจัยเกี่ยวกับบทบัญญัติของข้อตกลง TRIPS มีทั้ง การศึกษาแนวคิด หลักการ และเนื้อหาข้อกฎหมาย เนื่องจากข้อตกลง TRIPS เป็นความตกลงที่ประเทศไทยเข้าผูกพันและมีความสำคัญต่อการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศไทยเป็นอย่างมาก จึงมีผู้ศึกษาถึงบทบัญญัติของข้อตกลง TRIPS รวมถึงศึกษากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยกับข้อตกลง TRIPS ในส่วนที่ขัดแย้ง/สอดคล้องกัน ประกอบกับศึกษาแนวทางต่างๆ เพื่อให้สอดคล้องกับข้อตกลงดังกล่าว

<sup>10</sup> Makau Mutua, “What is TWAIL?”, p. 37-38.

ขวัญเรือน เพชรขุนทด<sup>11</sup> ศึกษาข้อตกลง TRIPS ในภาพรวม กล่าวถึงหลักการพื้นฐาน ความเป็นมาแนวคิด และขอบเขตทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่างๆ ที่มีทั้งหมดภายใต้ข้อตกลง TRIPS โดยพิจารณาว่ากฎเกณฑ์หรือกฎหมายของไทยที่มีอยู่สอดคล้อง/ขัดแย้งกับพันธกรณีของข้อตกลง TRIPS อย่างไรบ้าง จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยได้ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่เดิมให้สอดคล้องกับข้อตกลง TRIPS แล้วตลอดจนได้ตั้งหน่วยงานรัฐในการจัดการให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา แต่พบว่ามีปัญหาบางประการที่ไทยยังขาดความเชี่ยวชาญและการพัฒนาทำให้ผลประโยชน์ตกอยู่กับประเทศพัฒนาแล้ว เช่น การให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์ในส่วนสาขาเทคโนโลยีชีวภาพ

ผู้เขียนจึงเสนอว่าภายใต้ข้อตกลง TRIPS แม้ว่าจะมีพื้นฐานจากกฎหมายของประเทศพัฒนาแล้วก็ตามแต่ก็มีบางกรณีที่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์ต่อประเทศไทยได้ เช่นการมิให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์โดยอาศัยเหตุตามข้อตกลง TRIPS เช่น เพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพมนุษย์ สัตว์และพืช และยังเสนอแนะสำหรับการเจรจาสร้างกฎเกณฑ์ภายใต้ข้อตกลง TRIPS ว่าควรคงไว้ซึ่งการกำหนดกฎเกณฑ์ที่ส่งผลให้สามารถใช้ดุลยพินิจในการออกกฎหมายภายในของตนได้ ประเทศไทยจึงต้องร่วมมือกับประเทศที่กำลังพัฒนาทั้งหลายในการสร้างอำนาจในการต่อรองเช่นว่านี้ เพื่อรักษาผลประโยชน์ของประเทศของตนร่วมกันเพื่อใช้ในการเจรจาท่อรองกับประเทศพัฒนาแล้วด้วย

ณิษณาน หัสรังค์<sup>12</sup> ศึกษาเนื้อหาของบทบัญญัติข้อตกลง TRIPS ในส่วนที่ว่าด้วยเรื่องสิทธิบัตรเฉพาะในประเด็นที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองยารักษาโรค รวมทั้งปฏิญญาโดฮาว่าด้วยข้อตกลง TRIPS กับ การสาธารณสุข และมติของคณะมนตรีทั่วไปในการแก้ไขเพิ่มเติมข้อตกลง TRIPS รวมทั้งได้ศึกษาพระราชบัญญัติสิทธิบัตรในส่วนมีเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรยารักษาโรค นอกจากนี้ ยังได้นำบทบัญญัติพระราชบัญญัติสิทธิบัตรของไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน มาวิเคราะห์ถึงความยืดหยุ่นในการเข้าถึงยารักษาโรคที่มีอยู่ในพระราชบัญญัติฉบับนั้นๆ โดยเฉพาะพระราชบัญญัติฉบับปัจจุบันถึงแนวทางที่จะการแก้ไขเพิ่มเติมและตีความบทบัญญัติต่างๆ ให้ช่วยส่งเสริมการเข้าถึงยารักษาโรคแก่ประชาชนได้มากยิ่งขึ้น และไม่ขัดต่อข้อตกลง TRIPS

<sup>11</sup> ขวัญเรือน เพชรขุนทด, “ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า”, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2545.

<sup>12</sup> ณิษณาน หัสรังค์, “การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรกับการเข้าถึงยารักษาโรคของประเทศไทยในกรอบของข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า”, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551.

ทั้งนี้ ได้แบ่งมาตรการในการส่งเสริมการเข้าถึงยาในเชิงรับซึ่งเป็นมาตรการที่มีผลทันทีโดยอัตโนมัติ โดยไม่ต้องมีการร้องขอหรืออนุญาตต่อหน่วยงานของรัฐหรือจากผู้ทรงสิทธิบัตรและเมื่อได้มีการกำหนดเรื่องนี้ลงในกฎหมายภายในแล้วก็จะทำให้มาตรการเหล่านี้มีผลเป็นการทั่วไป ได้แก่ การกำหนดขอบเขตของการใช้สิทธิ และการกำหนดข้อยกเว้นในสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตร และมาตรการในการส่งเสริมการเข้าถึงยาในเชิงรุกซึ่งเป็นมาตรการที่ใช้ในการจัดการกับปัญหาเป็นกรณีไปตามความจำเป็น การใช้มาตรการเชิงรุกนี้สามารถช่วยแก้ปัญหาได้ตรงเป้าหมายและเห็นผลชัดเจน ได้แก่ มาตรการบังคับใช้สิทธิ การนำเข้าซ้อน

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังมีความเห็นว่า แม้ประเทศไทยในฐานะที่เป็นประเทศภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกประเทศหนึ่งย่อมจะต้องมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามพันธกรณีต่างๆ รวมทั้งพันธกรณีตามข้อตกลง TRIPS ซึ่งกำหนดหลักการสำคัญของการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเอาไว้ แต่ในขณะเดียวกันประเทศไทยก็มีสิทธิในการบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติม บังคับใช้ และตีความกฎหมายภายในได้เองภายในกรอบพันธกรณีต่างๆ รวมทั้งกรอบของข้อตกลง TRIPS ที่เพียงกำหนดหลักการกว้างๆ ไว้ ดังนั้น ประเทศไทยจึงสามารถที่จะนำความยืดหยุ่นทั้งหลายมีภายใต้หลักการเหล่านั้น โดยอาศัยการตีความ และแนวปฏิบัติที่เคยมีมาแล้ว ประกอบมติต่างๆ ขององค์การการค้าโลกที่เกี่ยวข้อง เพื่อที่จะนำมาส่งเสริมและแก้ไขปัญหาในการเข้าถึงยาของโรคของผู้ป่วยในประเทศไทยโดยไม่เป็นการขัดหรือแย้งต่อพันธกรณีภายใต้ข้อตกลง TRIPS

จักรกฤษณ์ ควรพจน์<sup>13</sup> ศึกษาเฉพาะกรณีมาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา ในการส่งเสริมการเข้าถึงยาของประเทศกำลังพัฒนา โดยส่วนใหญ่เน้นอธิบายถึงบทบาท ความสำคัญ หลักกฎหมาย และเหตุแห่งการใช้มาตรการดังกล่าวภายใต้ข้อตกลง TRIPS และการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิภายใต้กฎหมายของประเทศต่างๆ ได้แก่ กฎหมายสหรัฐอเมริกา กฎหมายแคนาดา กฎหมายบราซิล และกฎหมายไทย รวมถึงศึกษาปัญหาในทางปฏิบัติของการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิและแนวทางของประเทศกำลังพัฒนา ทั้งนี้ ได้กล่าวถึงเหตุผลที่ประเทศกำลังพัฒนาไม่ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิที่มีอยู่สามประการ กล่าวคือ

ประการแรก การใช้มาตรการดังกล่าวจำเป็นต้องมีระบบการจัดการสิทธิบัตรที่ดี เช่น การระบุข้อพิพาทเกี่ยวกับค่าทดแทนที่จะใช้ให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตรซึ่งประเทศกำลังพัฒนาไม่มีระบบจัดการที่ดีดังกล่าว

<sup>13</sup> จักรกฤษณ์ ควรพจน์, มาตรการบังคับใช้สิทธิกับปัญหาการเข้าถึงยา : ข้อพิจารณาด้านกฎหมายและความตกลงระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2550)

ประการที่สอง การขาดเจตจำนงทางการเมือง เนื่องจากเกรงจะถูกลดข้อได้ทางการค้าจากประเทศที่พัฒนาแล้ว และเพื่อหลีกเลี่ยงการเป็นปฏิปักษ์กับบรรษัทข้ามชาติ

ประการที่สาม ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ขาดศักยภาพที่จะใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีตามสิทธิบัตร เนื่องจากการประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรนั้นมีลักษณะที่ซับซ้อน การจะนำไปใช้ประโยชน์จำเป็นต้องมีความรู้ความเข้าใจในเทคโนโลยีการประดิษฐ์ และที่สำคัญคือการขาดเทคนิคการผลิตที่ไม่ปรากฏอยู่ในคำขอรับสิทธิบัตรใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ

สำหรับกลุ่มงานวิจัยเกี่ยวกับการบังคับใช้ข้อตกลง TRIPS ได้มีการศึกษาผลกระทบจากการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและการศึกษาปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้ข้อตกลง TRIPS ที่มีต่อประเทศต่างๆ และประเทศไทย มีการศึกษาการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในภาพรวมกับศึกษาเฉพาะเรื่องสิทธิบัตร ดังนี้

ประเทือง ช่างสลัก<sup>14</sup> ศึกษาผลกระทบในภาพรวมจากการเข้าเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก ซึ่งต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของข้อตกลง TRIPS ว่าจะมีผลกระทบต่อประเทศไทยอย่างไร และศึกษาประโยชน์ที่ประเทศไทยจะได้รับจากการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา รวมทั้งศึกษาความเปลี่ยนแปลงสภาพแวดล้อมโลกที่เกิดขึ้นในการจัดระเบียบการค้าใหม่ที่เน้นการค้าเสรี จากการศึกษางานวิจัยชี้ให้เห็นว่าประเทศไทยไม่ได้รับประโยชน์โดยตรงจากการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเคร่งครัด แต่จะได้รับผลกระทบจากข้อตกลงอย่างมาก ทั้งการถูกผูกขาดทางการค้าทรัพย์สินอุตสาหกรรม ผลกระทบต่อกฎหมายภายใน ผลกระทบจากการถูกตอบโต้โดยใช้มาตรการฝ่ายเดียวจากการไม่บังคับใช้กฎหมายในการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น และผู้เขียนยังเห็นว่าทรัพย์สินทางปัญญาเป็นผลประโยชน์ของมหาอำนาจทางเศรษฐกิจที่เป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาต่างๆ ข้อตกลง TRIPS จึงเป็นเครื่องมือสำคัญในการจัดการทรัพยากรโลกและในการรักษาผลประโยชน์ของชาติมหาอำนาจที่จะผูกขาดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจากการบังคับใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเข้มงวด จึงเสมือนเป็นการกำหนดทิศทางการพัฒนาอุตสาหกรรมของประเทศโลกที่สาม และทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างโลกที่หนึ่งกับโลกที่สามเป็นระบบการพึ่งพาที่อานานิคมยิ่งขึ้น

<sup>14</sup> ประเทือง ช่างสลัก, “การจัดระเบียบทางเศรษฐกิจใหม่/การจัดระเบียบการค้าใหม่ของโลก ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้า: ผลกระทบต่อประเทศไทย”, วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต (รัฐศาสตร์) มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2545.

ฉัตรชัย เริ่มกุล<sup>15</sup> ศึกษาผลกระทบทางเศรษฐกิจของการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยาต่อ ยาด้านไวรัสเอดส์ในประเทศไทยโดยวิเคราะห์เปรียบเทียบค่าใช้จ่ายของผู้ป่วยโรคเอดส์ จากการ บังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยากับระบบที่ไม่มีการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา พบว่าผู้ป่วยโรค เอดส์ที่ได้รับยาด้านไวรัสเอดส์ต้นแบบจะมีค่าใช้จ่ายประมาณปีละ 182,500 บาทต่อคนต่อปี ในขณะที่ถ้ามีการประกาศใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรในกลุ่มยาด้านไวรัสเอดส์แล้ว จะทำให้ค่าใช้จ่ายของผู้ป่วยลดลงมาเหลือประมาณ 14,400 บาทต่อคนต่อปี นอกจากนั้นยังส่งผลให้ รัฐบาลประหยัดงบประมาณในการจัดซื้อยาถึงปีละประมาณ 20,000 ล้านบาท (ปี 2551) เป็นผลด้าน บวก ส่วนผลด้านลบนั้นเกิดกับบริษัทยาต้นแบบซึ่งส่วนใหญ่เป็นของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ รายได้หายไปนับหมื่นล้านบาท จึงส่งผลให้รัฐบาลประเทศสหรัฐอเมริกาใช้เหตุผลนี้ในการต่อรอง ในการทำข้อตกลงเขตการค้าเสรี

นอกจากนี้ผู้เขียนได้แสดงข้อมูลให้เห็นอีกว่า การที่ไทยทำมาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือ สิทธิบัตรยาด้านไวรัสเอดส์ซึ่งเป็นเวชภัณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นการละเมิดทรัพย์สินทาง ปัญญาและจะระงับการให้สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากร (GSP) แล้วนั้นพบว่า GDP ที่ไทยจะถูกระงับ มีมูลค่าประมาณ 1,100 ล้านบาท แต่การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตร ทำให้รัฐบาล ประหยัดงบประมาณในการจัดซื้อยาถึงปีละ 20,000 ล้านบาท ด้วยเหตุผลนี้ก็น่าจะเป็นข้อมูลให้ รัฐบาลชั่งน้ำหนักความคุ้มค่าระหว่างการตัดสินใจใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยากับ การที่ไทยจะถูกตัดสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากร

แต่การถูกตอบโต้ทางการค้าอาจเกิดผลเสียในระยะยาวทำให้สินค้าส่งออกมีราคาสูงขึ้น แรงงานภาคเกษตรกรรมอาจต้องตกงาน และสหรัฐอเมริกาอาจใช้มาตรการตอบโต้ทางเศรษฐกิจที่ ไม่ใช่มาตรการทางด้านภาษี เช่น การจำกัดสิทธินอกอาณาเขตของคนไทยในประเทศสหรัฐอเมริกา รวมทั้งการไม่สนับสนุนให้นักลงทุนเข้ามาลงทุนในประเทศไทย ผู้เขียนจึงเสนอแนะว่าให้ควรวา ตลาดรองรับสินค้าส่งออก ไม่ยึดติดกับตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกาเพราะหากออกมาตรการที่ ส่งผลต่อสินค้าหรือบริการของไทย ไทยก็ยังสามารถส่งสินค้าไปยังประเทศคู่ค้ารายอื่นได้โดยไม่ ส่งผลกระทบต่อการค้าส่งออกของไทย

<sup>15</sup> ฉัตรชัย เริ่มกุล, “ผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรต่อยาด้านไวรัสเอดส์ใน ประเทศไทย”, วิทยานิพนธ์บริหารธุรกิจมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยขอนแก่น 2551.

นุศราพร เกษสมบุรณ์และคณะ<sup>16</sup> ได้แสดงให้เห็นผลกระทบของข้อตกลง TRIPS ต่อระบบสิทธิบัตรยาที่เกิดขึ้นว่าประการแรกทำให้ยามีราคาแพง และผู้ป่วยไม่สามารถเข้าถึงยา

ประการที่สองเป็นอุปสรรคการวิจัยและพัฒนาภายในประเทศ รวมถึงการวิจัยและพัฒนา ยาเพราะการที่บริษัทยานำยาแต่ละตัวที่เคยจดสิทธิบัตรแล้วหรือยังไม่เคยจดสิทธิบัตรมาผสมกัน หรือเติมส่วนผสมทางยาเข้าไปแล้วนำมาขอจดสิทธิบัตรต่อเนื่องไป ระยะเวลาการผูกขาดก็ยาว ออกไปทำให้ยาในกลุ่มนี้ไม่มีโอกาสพัฒนาได้ในประเทศเนื่องจากติดสิทธิบัตร จากผลกระทบที่เกิดขึ้นส่งผลให้การวิจัยและพัฒนาภายในของประเทศไทยยังไม่ก้าวหน้าซึ่งไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายสิทธิบัตร

ประการที่สามไม่ก่อให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีอย่างแท้จริง ลักษณะการถ่ายทอดเทคโนโลยีมีเพียงรายละเอียดการประดิษฐ์ที่ระบุถึงสูตรยาซึ่งมีข้อจำกัดหลายประการคือ การที่ผู้ประดิษฐ์พยายามปกปิดข้อมูลของตนเองให้มากที่สุดเพื่อให้ตนเองเป็นผู้ผูกขาดสิทธิบัตรนั้น แต่บางครั้งอาจเป็นเพราะโดยธรรมชาติของเทคโนโลยีซึ่งมีความสลับซับซ้อน ดังนั้นการที่จะถ่ายทอดจึงเป็นเรื่องยาก และนอกจากนี้เจ้าหน้าที่ผู้ตรวจสอบเอกสารสิทธิก็ต้องมีความเชี่ยวชาญจึงจะสามารถทำให้สาธารณชนนำประโยชน์จากรายละเอียดในเอกสารสิทธิไปใช้ประโยชน์ได้

สิทธิกร นิภพยะ<sup>17</sup> ได้ศึกษาผลกระทบของสิทธิบัตรต่อการเข้าถึงยาในประเทศพัฒนาแล้ว และประเทศกำลังพัฒนา ภายใต้อาณัติขององค์การอนามัยโลกและองค์การการค้าโลก รวมถึงข้อตกลง TRIPS โดยพบว่า ผลกระทบของสิทธิบัตรต่อการเข้าถึงยามีผลกระทบได้ 2 ด้าน ในด้านแรก สิทธิบัตรเป็นปัจจัยส่งเสริมให้วิจัยและพัฒนาชนิดใหม่ ยาชนิดใหม่เพิ่มโอกาสให้ผู้ป่วยเข้าถึงยาได้มากขึ้น โดยในประเทศพัฒนาแล้วระดับการคุ้มครองสิทธิที่เข้มงวดมีความสัมพันธ์เชิงบวกกับค่าใช้จ่ายในการลงทุนวิจัย ส่วนผลกระทบอีกด้านหนึ่งคือ การให้สิทธิเด็ดขาดแก่ผู้ทรงสิทธิทำให้ผู้ทรงสิทธิบัตรมีอำนาจเหนือตลาดในการกำหนดราคาขายทำให้ราคาขายสูงขึ้นและผู้ป่วยมีโอกาสเข้าถึงยาลดลง

อีกทั้งยังพบว่าต้นทุนการผลิตยาที่อ้างอิง มีมูลค่าสูงเกินจริงทั้งยังได้รับการสนับสนุนเงินอุดหนุนวิจัยจากภาครัฐ อีกทั้งเงินที่ใช้ลงทุนวิจัยและพัฒนาเป็นสัดส่วนรายจ่ายที่น้อยกว่ารายจ่ายทางการตลาดและส่งเสริมการขาย และการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแต่เพียงอย่างเดียวมิได้เป็นแรงจูงใจให้มีการลงทุนในการวิจัยโรคเขตร้อนหรือโรคของประเทศกำลังพัฒนา ประกอบกับ

<sup>16</sup> นุศราพร เกษสมบุรณ์และคณะ, *ข้อตกลง TRIPS : สิทธิบัตรยาและผลกระทบทางสุขภาพ*, รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข 2545.

<sup>17</sup> สิทธิกร นิภพยะ, *สิทธิบัตรกับการเข้าถึงยา*, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548),

หน่วยงานภาครัฐของประเทศพัฒนาเองก็ไม่ได้ทุ่มเทงบประมาณสำหรับการวิจัยพัฒนาการรักษาโรคเขตร้อนมากนักเพราะไม่ใช่โรคที่เกิดขึ้นกับประชากรในกลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว และจากการให้สิทธิแต่ผู้เดียวทำให้เกิดอำนาจผูกขาดในทางการค้า ผู้ทรงสิทธิบัตรสามารถกำหนดราคาขายได้ตามใจชอบเพื่อการแสวงหากำไรสูงสุด

นิตยา นิยมไร่<sup>18</sup> ศึกษากฎหมายสิทธิบัตรยาว่ามีผลกระทบต่อประเทศไทยอย่างไร เพื่อหามาตรการป้องกันผลกระทบจากการคุ้มครองสิทธิบัตรยา จากการศึกษาวิจัยพบว่า การแก้ไขกฎหมายภายในของไทยไม่สามารถให้ความคุ้มครองประโยชน์สาธารณะได้ แต่กลับเอื้อประโยชน์แก่ผู้ทรงสิทธิบัตรต่างชาติมากกว่า อีกทั้งรัฐไม่สามารถแก้ไขปัญหาลักษณะผลกระทบจากกฎหมายสิทธิบัตรยาที่เกิดขึ้นได้จึงควรให้มีมาตรการป้องกันผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิบัตรยาใน 3 ด้านหลัก คือ มาตรการในด้านกฎหมาย มาตรการในด้านภาครัฐ มาตรการระหว่างประเทศ

มาตรการด้านกฎหมาย ได้แก่ การแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น เห็นควรให้ขยายข้อยกเว้นการศึกษาวิจัยขององค์กรธุรกิจ ตามมาตรา 36 วรรคสอง (1) พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ที่ห้ามมิให้บุคคลทั่วไปนำเอาการประดิษฐ์ไปใช้ในกิจกรรมการศึกษาและวิจัยที่จะนำผลไปใช้ในทางธุรกิจ หรือเสนอให้มีการบัญญัติควบคุมการใช้ผลิตภัณฑ์ยาใหม่ในเรื่องจำนวนการผลิตและราคา เป็นต้น

มาตรการในด้านภาครัฐ จะเป็นเรื่องนโยบายและการสนับสนุนให้สอดคล้องกับมาตรการอื่นๆ เช่น การติดตามควบคุมราคายา มาตรการใช้ยาที่เหมาะสมมุ่งป้องกันมากกว่ารักษาโรค เป็นต้น

มาตรการระหว่างประเทศ รัฐควรใช้สิทธิการเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลกขอความร่วมมือจากประเทศต่างๆ โดยเสนอผลของข้อตกลงTRIPS ที่ก่อให้เกิดปัญหาต่างๆ เพื่อให้องค์การการค้าโลกผ่อนผันการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อขอแก้ไขประเด็นแก้ไขที่เกี่ยวกับยา เช่น ควรแยกข้อตกลงTRIPS และการเข้าถึงยาออกมาเป็นเรื่องเฉพาะ

ทั้งนี้ ได้สรุปและมีข้อเสนอเพิ่มเติมว่าผลกระทบต่างๆ อันเกิดจากการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรยา มาจากปัญหาของกฎหมายที่นำมาบังคับใช้และปัญหาในทางปฏิบัติ อันเกิดจากความไม่พร้อมภายในองค์กรของรัฐเพราะแม้จะไม่มีปัญหาในข้อกฎหมายแต่ก็ไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้นในการหาแนวทางแก้ไขผลกระทบจากสิทธิบัตรยานั้น นอกจากที่ตัว

<sup>18</sup> นิตยา นิยมไร่, “มาตรการป้องกันผลกระทบต่อสิทธิบัตรยา”, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2545.

กฎหมายแล้วต้องหามาตรการอื่นๆ ที่มาส่งเสริมปรับปรุงด้านองค์กรของรัฐ ตลอดจนภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อการพึ่งพาตนเองของประเทศไทยนำมาพิจารณาร่วมด้วย

ัชชม อรรถกัญญ์<sup>19</sup> ศึกษาข้อกเว้นในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในรูปแบบของการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยาภายใต้ข้อตกลง TRIPS ในเรื่องการดำเนินการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรของประเทศไทยและผลกระทบจากการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา และได้วิเคราะห์สถานการณ์ของประเทศไทยว่าควรยกเลิกหรือควรบังคับใช้มาตรการดังกล่าวต่อไป ทั้งนี้ ผู้เขียนได้เสนอข้อควรพิจารณาไว้สองประเด็นคือ ส่วนได้เสียของประเทศไทยในภาพรวม โดยเสนอแนะให้รัฐบาลตั้งคณะทำงานเพื่อหาผลได้ผลเสียจากการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา เทียบระหว่างจำนวนเงินที่ต้องเสียจากการซื้อยารักษาผู้ป่วยและผลประโยชน์จากการส่งออกสินค้า และประเด็นเรื่องความจริงใจในการประกาศบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา โดยเสนอให้รัฐบาลแสดงความโปร่งใสให้การสนับสนุน

จากที่กล่าวมาทั้งหมด จะเห็นได้ว่า งานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้ข้อตกลง TRIPS เป็นการศึกษาหลักการ แนวคิดพื้นฐาน และเนื้อหากฎหมายเป็นส่วนใหญ่ ส่วนการบังคับใช้ ก็เป็นการศึกษาผลกระทบในด้านต่างๆ ที่มีต่อประเทศไทยและประเทศอื่นๆ หลังจากให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามข้อตกลง TRIPS ทั้งนี้ แม้จะพบว่ามีการศึกษามาตรการยืดหยุ่นของข้อตกลง TRIPS แต่ก็เป็นการศึกษาเนื้อหากฎหมายเป็นหลักเพื่อหาช่องทางในการใช้ประโยชน์จากทบทวนคดีที่มีอยู่ ส่วนงานวิจัยที่ศึกษาปัญหาการบังคับใช้มาตรการยืดหยุ่นในทางปฏิบัติเพื่อการเข้าถึงยา พบว่าการศึกษาที่มีอยู่ เป็นเพียงการอภิปรายเป็นบทความสั้นๆ และมีการกล่าวถึงเฉพาะมาตรการบังคับใช้สิทธิซึ่งเป็นมาตรการยืดหยุ่นภายใต้ข้อตกลง TRIPS แบบหนึ่งเท่านั้น รวมถึงการศึกษาทั้งหมดนำเสนอเพียงแง่มุมที่แสดงให้เห็นถึงวิธีการและประโยชน์จากการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา แต่ไม่มีศึกษาปัญหาและอุปสรรคจากการใช้มาตรการยืดหยุ่นภายใต้ข้อตกลง TRIPS ที่มีอยู่ทั้งหมดอย่างแท้จริง จึงยังไม่สามารถให้คำตอบได้ว่า มาตรการยืดหยุ่นที่มีอยู่ดังกล่าวในทางปฏิบัตินั้นสามารถใช้ประโยชน์ในการส่งเสริมการเข้าถึงยาได้อย่างมีประสิทธิภาพจริงหรือไม่

<sup>19</sup> ัชชม อรรถกัญญ์, ไทยกับการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา : ทางสองแพร่งระหว่างผลประโยชน์ทางการค้าระหว่างประเทศกับสุขภาพของคนในชาติ, [ระบบออนไลน์], แหล่งที่มา <http://www.thaindc.org/files/51028.pdf>