มติชน

วันอังคารที่ 3 เมษายน พุทธศักราช 2550 ปีที่ 30 ฉบับที่ 10615 หน้า 10

ก 8184

JTEPA ปมปัญหาสิทธิบัตรจุลชีพ (1)

เมื่อต้นปีที่ผ่านมา เพื่อนของผู้เขียนคนหนึ่งได้นำความตกลงหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น หรือ JTEPA มาหารือกับผู้เขียนว่า ภายใต้ความตกลงนี้ประเทศไทยผูกพันจะต้องออกสิทธิบัตรจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติให้แก่ผู้ขอรับสิทธิบัตรหรือไม่ ผู้เขียนตอบโดยไม่ลังเลว่า **"ไม่"** คำตอบนี้ทำให้เพื่อนของผู้เขียนต้องจากไปด้วยท่าทีอย่างงุนงง

ช่วงเวลาที่ผ่านมา มีข้อถกเถียงระหว่างคณะผู้แทนการเจรจากับนักวิชาการและกลุ่มองค์กรเอกชนเกี่ยวกับปัญหาสิทธิบัตรจุลชีพภายใต้ความตกลงนี้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามีความจำเป็นต้องทำให้เกิดความกระจ่างตามความรู้ความเข้าใจของผู้เขียนด้วยความหวังว่าจะทำให้เกิดความเข้าใจที่ตรงกันต่อไป

หลักการสำคัญประการหนึ่งของกฎหมายสิทธิบัตร **"เกือบ"** ทั้งโลกก็คือสิ่งประดิษฐ์ที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ต้องเป็น **"การประดิษฐ์"** (Invention) เท่านั้น กฎหมายสิทธิบัตรไม่ให้ความคุ้มครองแก่ **"การค้นพบ"** (Discovery) สิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ กฎหมายสิทธิบัตรจึงกำหนดเงื่อนไขของการขอรับสิทธิบัตรว่าสิ่งประดิษฐ์นั้นต้องมี **"ความใหม่"** (Novelty) เสมอ

ในอดีต การแยกแยะความแตกต่างระหว่างการค้นพบกับการประดิษฐ์ (discovery/invention dichotomy) ไม่ยากนัก แต่วิทยาการด้านเทคโนโลยีชีวภาพกลับทำให้เส้นแบ่งระหว่างการค้นพบกับการประดิษฐ์มีความคลุมเครือมากขึ้น นักวิทยาศาสตร์สามารถสกัดยีน ดีเอ็นเอ หรือสารพันธุกรรมอื่นออกจากสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติได้โดยที่สารสกัดเหล่านั้นยังคงมีลักษณะทางพันธุกรรมเหมือนกับต้นแบบที่มีอยู่ตามธรรมชาติทุกประการ เราจึงเห็นการโคลนยีน ดีเอ็นเอ ตัวอ่อน หรือแม้กระทั่งการโคลนสิ่งมีชีวิตชั้นต่ำอย่างจุลชีพและสิ่งมีชีวิตชั้นสูง เช่น สัตว์หรือพืชอยู่มากมาย

ปัญหาก็คือ สารสกัดหรือสิ่งมีชีวิตที่มีลักษณะทางพันธุกรรมเหมือนกับต้นแบบเช่นนี้จะถือเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ตามความหมายของกฎหมายสิทธิบัตรหรือไม่

ภายใต้ความตกลงทริปส์ ซึ่งเป็นความตกลงแนบท้ายความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่จุลชีพ กฎหมายสิทธิบัตรของไทยเขียนหลักการเช่นนี้ไว้ แต่โดยวิธีการที่แตกต่างกันคือ มาตรา 9 ของ พ.ร.บ.สิทธิบัตรฯ กำหนดว่า จุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ เป็นสิ่งที่ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ ซึ่งนำไปสู่ปัญหาที่ต้องตีความว่า จุลชีพใดเป็นจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติซึ่งไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้

ความตกลง JTEPTA ได้นำเอาปัญหาเกี่ยวกับการขอรับสิทธิบัตรจุลชีพมากำหนดไว้โดยไม่มีผู้ใดนอกจากผู้แทนคณะเจรจาทราบล่วงหน้ามาก่อน ข้อ 130 (3) ของ JTEPA ได้บัญญัติไว้อย่างคลุมเครือว่า **"ภาคีแต่ละฝ่ายจะต้องให้ความมั่นใจว่าการขอรับสิทธิบัตรใดๆ จะไม่ถูกปฏิเสธด้วยเหตุผลอย่างเดียวว่าสาระที่ขอถือสิทธิในคำขอนั้นเกี่ยวข้องกับจุลชีพที่เกิดตามธรรมชาติ"** การบัญญัติหลักการเช่นนี้จึงก่อให้เกิดปัญหาสาธารณะว่า ประเทศไทยมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรจุลชีพภายใต้ขอบเขตเพียงใด

ในความเห็นของผู้เขียน สิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับจุลชีพมีด้วยกันอย่างน้อย 4 ประเภทคือ 1) จุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติซึ่งมนุษย์ไม่ได้สร้างขึ้น 2) จุลชีพที่ถูกสกัดออกมาแต่มีลักษณะทางพันธุกรรมเหมือนกับจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติทุกประการ 3) จุลชีพที่ถูกสร้างขึ้นด้วยกรรมวิธีทางชีววิทยาใดก็แล้วแต่ เช่น กรรมวิธีทางพันธุวิศวกรรม โดยจุลชีพนี้จะมีลักษณะทางพันธุกรรมต่างจากจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ และ 4) ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นมาจากจุลชีพต่างๆข้างต้น

ปัญหาของการโต้เถียงกันในขณะนี้ก็คือ ทั้งฝ่ายที่คัดค้านและผู้แทนคณะเจรจาต่างเถียง **"คนละเรื่องเดียวกัน"** ฝ่ายแรกดูเหมือนจะมุ่งไปยังจุลชีพประเภทแรกด้วยความกังวลว่าจะมีการออกสิทธิบัตรให้แก่จุลชีพที่มีตามธรรมชาติ ขณะที่ฝ่ายหลังก็พยายามตอบว่าจุลชีพประเภทแรกไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ มีแต่เฉพาะจุลชีพประเภทที่สามและที่สี่เท่านั้นที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ แต่ไม่มีฝ่ายใดกล่าวถึงจุลชีพประเภทที่สองเลย

เราเชื่อได้อย่างแน่นอนว่า ร่างข้อ 130 (3) มาจากข้อเสนอของฝ่ายญี่ปุ่น แต่ผู้เขียนไม่เชื่อว่าฝ่ายญี่ปุ่นต้องการขอรับสิทธิบัตรในจุลชีพประเภทแรกอย่างที่ฝ่ายคัดค้านวิตกกังวล ผู้เขียนไม่เชื่อว่าเจ้าหน้าที่ตรวจสอบสิทธิบัตรจะตกอยู่ในวังวนแห่งอวิชชาจนถึงขนาดจะออกสิทธิบัตรจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติโดยเหตุของข้อ 130 (3) นี้ แต่ขณะที่คำตอบของฝ่ายรัฐที่พยายามชี้นำว่า หลักการตามข้อ 130 (3) เป็นเพียงแค่ขั้นตรวจรับคำขอ และเฉพาะสิทธิบัตรในประเภทที่สามและที่สี่เท่านั้นที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ ก็เป็นการเบี่ยงเบนประเด็นอย่างขาดความรับผิดชอบ

ผู้เขียนเชื่อว่า ประเทศที่พัฒนาแล้วทั้งหลายรวมทั้ง

ญี่ปุ่น กำลังมุ่งความสนใจมายังกฎหมายสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับจุลชีพประเภทที่สอง เนื่องจากกฎหมายของประเทศเหล่านี้ล้วนแต่อนุญาตให้มีการจดสิทธิบัตรในมวลสารทางชีวภาพ (Biological Substance) ที่มีการสกัดหรือทำให้บริสุทธิ์จากสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติได้ แต่ฝ่ายผู้แทนคณะเจรจากลับไม่เคยตอบเลยว่า ตามความตกลง JTEPA จะทำให้การออกสิทธิบัตรจุลชีพประเภทที่สองนี้เปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ในทิศทางใด

ในทางกฎหมาย ประเทศไทยสามารถตีความว่าจุลชีพในประเภทที่สอง ซึ่งเป็นจุลชีพที่ถูกสกัดออกมาจากสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาตินั้น ไม่เข้าเงื่อนไข **"ความใหม่"** ที่จะขอรับสิทธิบัตรได้ การตีความเช่นนี้ย่อมไม่เป็นการขัดแย้งกับความตกลงพหุภาคีเกี่ยวกับสิทธิบัตรใดๆ ทั้งสิ้น แต่ถ้าเราตระหนักว่า สิทธิบัตรเป็นเพียงเครื่องมือที่นำไปสู่เป้าหมาย (เช่น ความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจหรือความผาสุกของสาธารณชน) เท่านั้น เราจะทราบว่ากฎหมายเป็นเพียงตัวจักรเล็กๆ เท่านั้น การคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตนั้นมีมิติอื่นที่ต้องทำการศึกษาอย่างลึกซึ้ง ซึ่งจะเป็นคำตอบในตัวเองว่าเหตุใดสาธารณชนจึงรับไม่ได้กับวิธีการในการเจรจาการค้าระหว่างประเทศของรัฐบาลเช่นนี้

ในบทความต่อไป ผู้เขียนจะวิเคราะห์ถึงผลกระทบของการที่รัฐเข้าเจรจาการค้าทวิภาคีโดยไม่หารือกับภาคประชาสังคม และที่พลาดไม่ได้คือรายงานการวิจัยของสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศ ที่คนของรัฐให้ความเชื่อถืออย่างนักหนาอย่าพลาดนะครับ

นันทน อินทนนท์
มหาวิทยาลัยสตอกโฮล์ม

มติชน
วันพุธที่ 4 เมษายน พุทธศักราช 2550 ปีที่ 30 ฉบับที่ 10616 หน้า 10

JTEPAสิทธิบัตรจุลชีพ กับม้าโทรจัน(2)

ตอนที่แล้วได้ชี้เห็นว่า จุลชีพที่น่าจะก่อให้เกิดปัญหาในการตีความว่าเข้าเงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตรหรือไม่ ไม่ใช่จุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ หรือจุลชีพที่มีการพัฒนามาจากจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ เช่น จุลชีพที่มีการตัดแต่งพันธุกรรม (Genetically modified microorganism)

ปัญหาสำคัญอยู่ที่ว่า จุลชีพที่ถูกสร้างขึ้นโดยมนุษย์ แต่มีลักษณะทางพันธุกรรมเหมือนจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติทุกประการนั้น จะถือเป็นผลิตภัณฑ์ของธรรมชาติ (product of nature) ที่ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้หรือไม่

จุลชีพแบบนี้สามารถนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ เริ่มจากสหรัฐอเมริกา ที่สำนักงานสิทธิบัตรถือตามหลักที่ศาลสูงของสหรัฐ วางไว้มาโดยตลอดว่า สิ่งใดก็ตามที่มนุษย์สร้างขึ้นสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ทั้งสิ้น (anything under the sun that is made by man is patentable) กฎหมายสหรัฐ จึงไม่ถือว่าจุลชีพเช่นนี้เป็นผลิตภัณฑ์ของธรรมชาติ แต่เป็นผลิตภัณฑ์ที่ได้จากธรรมชาติ (product derived from nature)

การยอมรับให้มีการขอรับสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ที่ได้จากธรรมชาติของสหรัฐ ทำให้ประเทศในยุโรปถูกอุตสาหกรรมเทคโนโลยีชีวภาพกดดันให้มีการแก้ไขกฎหมาย โดยยอมรับให้มีการขอรับสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตมากขึ้น

ในปี ค.ศ.1998 สหภาพยุโรปได้ออกกฎหมายฉบับหนึ่ง เรียกว่า Biotech Directive กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องออกกฎหมายภายในยอมรับสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิตที่กว้างขวางยิ่งขึ้น หลักการสำคัญคือกฎหมายของประเทศสมาชิกต้องยอมรับให้มีการออกสิทธิบัตรในสารพันธุกรรม แม้ว่าจะมีลักษณะทางพันธุกรรมเหมือนกับสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติก็ตาม และหลักการเช่นนี้ก็ถูกนำไปใช้ในกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศญี่ปุ่นด้วย

ปัจจุบัน ไม่มีความตกลงระหว่างประเทศใดๆ ที่กำหนดให้ประเทศไทยต้องแก้ไขกฎหมายไปในทิศทางเดียวกับประเทศเหล่านั้น การตีความกฎหมายสิทธิบัตรของไทยเพื่อปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตรในจุลชีพที่มีลักษณะทางพันธุกรรมเช่นเดียวกับที่มีอยู่ตามธรรมชาติสามารถทำได้โดยการปฏิเสธว่า จุลชีพเหล่านี้ไม่มีความใหม่ตามเงื่อนไขของการขอรับสิทธิบัตร ด้วยเหตุว่าจุลชีพเหล่านี้มีลักษณะทางพันธุกรรมเหมือนกับสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติหรือเป็นงานที่ปรากฏอยู่แล้ว (state of the art) นั่นเอง

ร่างความตกลง JTEPA ก่อให้เกิดความไม่ไว้วางใจว่าประเทศไทยจะมีสิทธิปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตรจุลชีพด้วยเหตุผลดังกล่าวหรือไม่ เนื่องจากตามข้อ 130 (3) ของความตกลงนี้กำหนดว่า **"ภาคีแต่ละฝ่ายจะต้องให้ความมั่นใจว่าการขอรับสิทธิบัตรใดๆ จะไม่ถูกปฏิเสธด้วยเหตุผลอย่างเดียวว่า สาระที่ขอถือสิทธิในคำขอนั้นเกี่ยวข้องกับจุลชีพที่เกิดตามธรรมชาติ"**

ฝ่ายคณะผู้แทนเจรจาได้พยายามเสนอว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นเพียงพันธกรณีที่คู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายตกลงว่าจะไม่มีการปฏิเสธไม่รับ "คำขอ" เท่านั้น ส่วนการออกสิทธิบัตรหรือไม่ ยังอยู่ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรของแต่ละประเทศ และอ้างต่อไปว่า ข้อตกลงเช่นนี้มิได้เกินเลยไปจากข้อตกลงทริปส์

จริงอยู่ว่า ในการตรวจคำขอรับสิทธิบัตร มีกระบวนพิจารณา 2 ชั้น คือชั้นตรวจสอบคำขอ (formality examination) ในชั้นนี้ ผู้ตรวจสอบเพียงตรวจสอบว่าคำขอนั้นมีรายการครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่เท่านั้น ต่อมาจึงตรวจสอบสาระสำคัญของการประดิษฐ์ว่าเข้าเงื่อนไขที่จะขอรับสิทธิบัตรหรือไม่ (substantive examination) แต่ตามข้อ 130 (3) ของ JTEPA เป็นการห้ามมิให้มีการปฏิเสธคำขอในชั้นของการตรวจสอบเนื้อหาของการประดิษฐ์อย่างไม่ต้องสงสัย เพราะเป็นการตรวจสอบข้อถือสิทธิ (claim) ว่าเกี่ยวข้องกับจุลชีพที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติหรือไม่ ไม่ใช่การตรวจสอบว่ามีการระบุรายการข้อถือสิทธิไว้ในคำขอหรือไม่ การชี้แจงของคณะผู้แทนการเจรจาประเด็นนี้จึงคลาดเคลื่อนอย่างจงใจ

ผู้แทนคณะเจรจาอ้างว่า ความตกลงในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญามีบทบัญญัติที่ไม่เกินเลยไปจากข้อตกลงทริปส์ โดยอ้างว่าสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทยได้ศึกษาแล้ว ขณะที่ข้อตกลง JTEPA มีบทบัญญัติเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาถึง 23 ข้อ แต่ละข้อมีนัยสำคัญทั้งสิ้น และหลายข้อเกินเลยไปกว่าความตกลงทริปส์ เช่น การคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานที่เผยแพร่ทางอินเตอร์เน็ต หรือการคุ้มครองมาตรการป้องกันการหลีกเลี่ยงเทคโนโลยี ฯลฯ แต่รายงานการวิจัยนี้ มีเนื้อหาเพียง 6 หน้าเท่านั้น และไม่ได้กล่าวถึงสิทธิบัตรจุลชีพแม้แต่น้อย

ผลกระทบที่ตามมาก็คือ อำนาจในการตีความจะไม่ตกอยู่กับภาครัฐหรือศาลไทยต่อไป ทรัพย์สินทางปัญญาถูกเชื่อมโยงเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน นักลงทุนสามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐไทยได้โดยตรง การระงับข้อพิพาทจะต้องดำเนินการภายใต้อนุสัญญา ICSID หรืออนุสัญญาของ UNCITRAL ซึ่งไม่อาจอุทธรณ์ต่อศาลในประเทศได้อีก ประเด็นเช่นนี้ไม่ปรากฏในรายงานดังกล่าว และคณะเจรจาก็ไม่เคยเสนอข้อมูลต่อสาธารณะ

และเชื่อได้ว่า ยังมี "ม้าโทรจัน" อีกหลายตัวกำลังจะบุกดินแดนแห่งสุวรรณภูมิ!

นันทน อินทนนท์
มหาวิทยาลัยสตอกโฮล์ม