

การคุ้มครองพันธุ์สัตว์
Protection Animal Varieties



สารนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
พ.ศ. 2550

การคุ้มครองพันธุ์สัตว์

Protection Animal Varieties



สารนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

พ.ศ. 2550

บัณฑิตวิทยาลัย
มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

สารนิพนธ์

โดย

นายพงศธร สุทธาการ

เรื่อง

การคุ้มครองพันธุ์สัตว์

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา

(รองศาสตราจารย์อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์)

อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม

(อาจารย์ตุล เมฆยงค์)

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ

(ดร.กริชผกา บุญเฟื่อง)

ชื่องานวิจัยภาษาไทย : การคุ้มครองพันธุ์สัตว์
ชื่องานวิจัยภาษาอังกฤษ : Protection Animal Varieties
ชื่อผู้วิจัยภาษาไทย : นายพงศธร สุทธากร
ชื่อผู้วิจัยภาษาอังกฤษ : Mr. Pongsathorn Sutthakorn
ชื่อคณะ : คณะนิติศาสตร์
สาขา : กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเทคโนโลยีสารสนเทศ
ชื่อสถาบัน : มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
รายชื่อที่ปรึกษา : รองศาสตราจารย์อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์
ปีการศึกษา : 2550
คำสำคัญ : การคุ้มครอง พันธุ์สัตว์

บทคัดย่อ

สาระนิพนธ์ฉบับนี้มุ่งที่จะศึกษา เพื่อให้ได้ข้อมูลว่าประเทศไทยสมควร ที่จะให้มีการคุ้มครองพันธุ์สัตว์อย่างกฎหมายสิทธิบัตรเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรปหรือไม่ เพราะปัจจุบันประเทศสหรัฐอเมริกา และบางประเทศในแถบทวีปยุโรปก็ได้มีการให้การคุ้มครองแก่การประดิษฐ์คิดค้นพันธุ์สัตว์อย่างกฎหมายสิทธิบัตร เพราะประเทศเหล่านี้มองว่าเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่แล้วจึงสมควรนำกฎหมายสิทธิบัตรมาปรับใช้เพื่อให้การคุ้มครองแก่พันธุ์สัตว์ ซึ่งหากประเทศไทยเห็นสมควรให้การคุ้มครองการปรับปรุงการประดิษฐ์คิดค้นพันธุ์สัตว์ตามกฎหมายสิทธิบัตร กรณีนี้ก็จะต้องทำการศึกษาว่าหลักเกณฑ์การ ให้การคุ้มครองแก่งานสิทธิบัตรตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ของไทยนั้นมีลักษณะประการใด มีความเหมาะสมและสามารถนำมาให้การคุ้มครองแก่การประดิษฐ์พันธุ์สัตว์ได้หรือไม่ ซึ่งกรณีนี้เราควรทำการศึกษาถึงกฎหมายของต่างประเทศที่ให้การคุ้มครองแก่การประดิษฐ์พันธุ์สัตว์ที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ ว่ากฎหมายของต่างประเทศ เช่น กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดถึงการขอรับสิทธิบัตรแก่งานประดิษฐ์ทางเทคโนโลยีชีวภาพอย่างไร

หากเป็นกรณีที่ประเทศไทยเห็นสมควรให้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะ เพื่อให้มีการคุ้มครองแก่พันธุ์สัตว์แตกต่างหากจากกฎหมายสิทธิบัตร เหมือนกับที่ประเทศไทยเคยได้บัญญัติกฎหมายเพื่อให้การคุ้มครองแก่พันธุ์พืชมาแล้ว ประเทศไทยนั้นมีความสมควรที่จะตรากฎหมาย

เพื่อให้การคุ้มครองแก่การประดิษฐ์พันธุ์สัตว์ลักษณะใด เพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจของประเทศไทยที่สุด

Abstract

The objection of this research is studying to gain the information in order to show that “does Thailand should have animal varieties protection like law of Patent in United States or not.” Nowadays, the United States and some countries in Europe have the right to protect the invention of bloodline as Patent. These countries realized that every invention is deserved to have the law to protect it, by adapting the Patent. If Thailand agreed with this right, the result is, we have to study the principle of Patent according to the Patent of Thailand B.E. 2522, which will be discussed about the suitability and adaptability to use in real life. For this case should study the other’s law that provided the protection of the invention. For the example, what is the specification to get the Patent of biotechnology in the U.S.

Moreover, if Thailand sees as appropriate that it should launch as the proper law to separate from the Patent as the protection of vegetation’s seed in order to make it suitable to the country as much as possible.

กิตติกรรมประกาศ

สารนิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอบพระคุณ อาจารย์ตุล เมฆยงค์ เป็นอย่างสูง ที่ได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์และได้สละเวลาในการให้คำปรึกษา ช้ อดคิดเห็น และความรู้ในทางกฎหมาย อันเป็นประโยชน์แก่ผู้เขียนจนทำให้สารนิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วง

ผู้เขียนขอขอบพระคุณผู้ที่ได้กรุณาให้ข้อมูลความรู้เกี่ยวกับกฎหมายสิทธิบัตรกับการคุ้มครองพันธุ์สัตว์ ดังเช่น คุณเชิดศักดิ์ ชีรนนทวณิช , คุณศุภวีร์ รัตนไชย ทนายความประจำสังกัด บริษัท เป็นเอกกฎหมายและธุรกิจ จำกัด ที่ได้ให้ทั้งความรู้และประสบการณ์ ด้านการทำงานกฎหมายทั้งการเป็นทนายความและเป็นที่ปรึกษากฎหมายประจำบริษัทใหญ่ของประเทศ อันทำให้ผู้เขียนได้มีโอกาสนำความรู้ที่ได้จากการทำงานมาใช้ในการทำสารนิพนธ์ฉบับนี้ได้สำเร็จ

ขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุรวิฑูร กิจกุลล อดีตคณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ , ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร .อรรยา สิงห์สงบ คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ , รองศาสตราจารย์อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ ที่ได้จัดหาคณาจารย์ที่มีคุณภาพมาเป็นอาจารย์สอนผู้เขียนให้มีความรู้และนำความรู้ที่ได้จากห้องเรียนมาใช้ประกอบการทำสารนิพนธ์ฉบับนี้

และหากสารนิพนธ์ฉบับนี้มีส่วนดีอยู่บ้าง ผู้เขียนขอมอบบูชาคุณครูบาอาจารย์ที่ได้สั่งสอนมาและบรรดาผู้เขียน หนังสือตลอดจนบทความต่าง ๆ ที่ได้ให้ความรู้แก่ผู้เขียน ส่วนข้อบกพร่องทั้งหลายนี้ผู้ขอกราบอภัยมา ณ ที่นี้และขออ้อมรับแต่ผู้เดียว

คำย่อ

TRIPs : Agreement on Trade-Related Aspects of
Intellectual property Rights

EPO : European Patent Office

EPC : European Patent Convention



สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ก
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	ข
กิตติกรรมประกาศ	ค
คำย่อ	ง
บทที่ 1 บทนำ	
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	2
1.3 สมมติฐานของการศึกษา	3
1.4 ขอบเขตของการศึกษา	4
1.5 วิธีการศึกษา	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	5
บทที่ 2 ความตกลงทริปส์ (TRIPs) กับการคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพ	
2.1 ความเป็นมาของความตกลงทริปส์ (TRIPs)	6
2.2 ความตกลงทริปส์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีชีวภาพ	7
2.3 ขอบเขตของการให้ความคุ้มครอง.....	8
2.4 หลักความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดี	8
2.5 สิ่งประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้.....	9
บทที่ 3 ความเป็นมาของการคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพ	
3.1 ลักษณะและความสำคัญของเทคโนโลยีชีวภาพ	14
บทที่ 4 ปัญหาการคุ้มครองพันธุ์สัตว์	
4.1 แนวคิดของประเทศกำลังพัฒนา.....	19
4.2 แนวคิดของประเทศพัฒนา	20
4.3 แนวคิดเรื่องสิทธิในทรัพย์สินของประเทศกำลังพัฒนาและประเทศพัฒนา.....	21
4.4 การคุ้มครองพันธุ์สัตว์ และ ปัญหาการคุ้มครองพันธุ์สัตว์.....	22
4.5 สรุปปัญหาการใช้กฎหมายสิทธิบัตรต่อการประดิษฐ์สิ่งมีชีวิต.....	28

บทที่ 5 กฎหมายสิทธิบัตรกับการประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิต

5.1 ความหมายการประดิษฐ์ตามกฎหมายของสหภาพยุโรป	29
5.2 ความหมายการประดิษฐ์ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา	29
5.3 ความหมายการประดิษฐ์ตามกฎหมายของประเทศไทย	31
5.4 ความแตกต่างระหว่างการประดิษฐ์และการค้นพบ	32

บทที่ 6 กฎหมายสิทธิบัตรเกี่ยวกับการคุ้มครองพันธุ์สัตว์

6.1 กฎหมายสิทธิบัตรต่างประเทศ	33
6.1.1 กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกา	33
6.1.2 อนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปเกี่ยวกับการคุ้มครองพันธุ์สัตว์	37
6.2 กฎหมายสิทธิบัตรประเทศไทย	41
6.2.1 หลักกฎหมายตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522	41
6.2.2 ประเภทของสิทธิบัตร	41
6.2.3 การประดิษฐ์ที่มีคุณสมบัติขอรับสิทธิบัตรได้	42
6.2.4 การประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรไม่ได้	44
6.2.5 อายุการคุ้มครองสิทธิบัตร	45
6.2.6 อนุสิทธิบัตร	45
6.3 ประโยชน์ที่จะได้รับจากสิทธิบัตร	45
6.4 กฎหมายสิทธิบัตรประเทศไทยเกี่ยวกับการคุ้มครองพันธุ์สัตว์	46

บทที่ 7 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

7.1 บทสรุป	48
7.1.1 ความเหมาะสมของประเทศไทย : กรณีนำกฎหมายสิทธิบัตรมาใช้ คุ้มครองพันธุ์สัตว์	49
7.1.2 ประเทศไทยควรให้การคุ้มครองแก่พันธุ์สัตว์หรือไม่	49
7.1.3 กฎหมายของประเทศไทยที่ใช้อยู่ปัจจุบันเป็นอย่างไร	50
7.1.4 การแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรของไทยหรือเพิ่มการให้ความคุ้มครอง	54
7.2 ข้อเสนอแนะ	51

บรรณานุกรม

เอกสารอื่นๆ

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สารนิพนธ์เล่มนี้จะกล่าวถึงพัฒนาการของกฎหมายสิทธิบัตรกับการให้การคุ้มครองพันธุ์สัตว์ ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีกรอบกฎหมายลักษณะเฉพาะ (sui generis law) เพื่อการคุ้มครองการประดิษฐ์ประเภทนี้

สิทธิบัตรเป็นทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property) อย่างหนึ่ง ซึ่งจัดอยู่ในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอุตสาหกรรม องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ได้ให้คำนิยามของสิทธิบัตร¹ว่า หมายถึง

“สิทธิตามกฎหมายซึ่งออกโดยเจ้าหน้าที่รัฐ ให้แก่บุคคลที่ได้ยื่น คำขอรับสิทธิและที่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด โดยสิทธินี้จะให้อำนาจแก่บุคคลดังกล่าวที่จะกีดกันผู้อื่น มิให้กระทำการบางอย่างเกี่ยวกับการประดิษฐ์ ภายในช่วงเวลาอันจำกัด”

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 3 ได้ให้คำนิยามแก่ “สิทธิบัตร” ว่าหมายความว่า “หนังสือสำคัญที่ออกให้เพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ตามที่กำหนดในหมวด 2 และหมวด 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้”

ตามคำนิยามดังกล่าว สิทธิบัตรคือ รูปแบบของการให้ความคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายในลักษณะที่เป็นเอกสารสิทธิชนิดหนึ่ง ทำนองเดียวกับโฉนดที่ดิน

พระราชบัญญัติสิทธิบัตรแยกสิทธิบัตรออกเป็น 3 ประเภท คือ สิทธิบัตรการประดิษฐ์ สิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ และ อนุสิทธิบัตร

ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีทรัพยากรชีวภาพที่อุดมสมบูรณ์เช่นเดียวกับประเทศกำลังพัฒนาอื่นๆ จึงเป็นเป้าหมายสำคัญของประเทศพัฒนาที่จะแสวงหาทรัพยากรดังกล่าวเพื่อนำกลับไปค้นคว้าวิจัย เพื่อสร้างผลิตภัณฑ์ใหม่ ๆ และส่งกลับมาจำหน่ายในประเทศไทย การให้สิทธิบัตรแก่ความรู้หรือสิ่งประดิษฐ์ในวิทยาการสาขานี้ โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับสิ่งมีชีวิตเป็นประเด็นสำคัญที่

¹อ้างอิงใน UNCTAD 1975 : para.6

ภาครัฐต้องพิจารณาอย่างรอบคอบ เนื่องจากแนวคิดของกฎหมายสิทธิบัตรเป็นแนวคิดที่เกิดขึ้นในประเทศพัฒนาที่มุ่งเน้นคุ้มครองผลประโยชน์ทางทรัพย์สินของเอกชน และประเทศพัฒนาอาจนำประเด็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเงื่อนไขในการต่อรอง หรือแทรกแซงทางการค้ากับประเทศคู่ค้าที่ไม่มีการคุ้มครอง ในระดับที่ประเทศพัฒนาแล้วพึงพอใจได้ การห้าม หรือจำกัดการขอสิทธิบัตรในสิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับสิ่งมีชีวิต หรือจำกัดสิทธิตามสิทธิบัตรในสิ่งประดิษฐ์ประเภทนี้อาจช่วยลดผลกระทบจากการกระทำในลักษณะ “โจรสลัดชีวภาพ” ได้ในระดับหนึ่ง

ด้วยเหตุที่ประเทศไทยมีพันธะตามความตกลงทริปส์ ในบทความนี้ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางตามกรอบความตกลงทริปส์ อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศอื่น เช่น อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention of Biodiversity, CBD) ซึ่งประเทศไทยได้ลงนามแล้วแต่ยังไม่ได้ให้สัตยาบันนั้น ก็น่าจะนำมาพิจารณาประกอบได้ด้วย และประการสำคัญกระบวนการจัดการเกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพในประเทศไทย ทั้งที่อยู่ในสภาพตามธรรมชาติ (in-situ) นอกสภาพธรรมชาติ (ex-situ) และข้อมูลทรัพยากรชีวภาพในลักษณะข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เรียกว่า “ข้อมูลเสมือนจริงของทรัพยากรชีวภาพ” (in-silico) เป็นสิ่งสำคัญที่ต้องได้รับการพัฒนาและปรับปรุง

ความตกลงทริปส์นั้นในหลายประเด็นไม่ได้กำหนดนิยาม หรือความหมายที่ชัดเจน และปัจจุบันยังอยู่ในช่วงที่พัฒนาหลักเกณฑ์ที่แน่นอน และชัดเจนต่อไป ประเทศพัฒนาพยายามเสนอขอบเขตของความคุ้มครองอย่างกว้าง ขวาง เพื่อจะได้คุ้มครองผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของตนเองมากที่สุด แต่เมื่อหลักเกณฑ์ดังกล่าวยังอยู่ระหว่างพัฒนา และหลายประเด็นก็อาจมีการแก้ไข ดังเช่น มาตรา 27.3b ที่กำหนดให้ต้องทบทวนหลักเกณฑ์ข้อนี้เมื่อใช้บังคับไปแล้ว 4 ปี ประเทศกำลังพัฒนาจึงอาจร่วมมือกัน วางหลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกับแนวคิดหรือปรัชญาในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของตน โดยไม่ขัดต่อพันธะตามความตกลงทริปส์ ประเด็นต่างๆจะมีตั้งแต่ระดับที่ห้ามการขอรับสิทธิบัตรในสิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับสิ่งมีชีวิต และระดับที่ยอมรับให้มีสิทธิบัตรได้แต่จำกัดขอบเขตเงื่อนไขตลอดจนคุณสมบัติของสิ่งที่จะขอรับสิทธิบัตรได้ให้จำกัดที่สุด

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

คงไม่อาจมีใครปฏิเสธได้ว่าเทคโนโลยีชีวภาพ เป็นเทคโนโลยีอีกสาขาหนึ่งที่มีความเจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็วและได้เข้ามามีบทบาทสำคัญต่อวิถีชีวิตของผู้คนในสังคม ไม่ว่าจะเป็นทางการแพทย์ สาธารณสุข สิ่งแวดล้อม และการเกษตร ช่วงทศวรรษที่ผ่านมาสังคมไทยได้รับทราบถึงกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีชีวภาพเป็นอย่างมาก จากข่าวสารทั้งทางหนังสือพิมพ์ โทรทัศน์ วิทยุ หรือแม้แต่ทางอินเทอร์เน็ต ที่สื่อแขนงต่างๆนำมารายงานให้ประชาชนคนไทยทราบกันทุกระยะ ถึงการนำเทคนิคด้านพันธุวิศวกรรม (Genetic Engineering) มาใช้ในการตัดแต่งยีนส์ของสัตว์และพืช ซึ่งนำไปสู่การใช้ประโยชน์เชิงพาณิชย์ของสิ่งมีชีวิตแปลงพันธุ์ (Genetically-

Modified Organisms หรือ GMOs) เทคโนโลยีชีวภาพมีคุณค่ากับมวลมนุษย์เป็นอย่างมาก แต่ในทางกลับกันการใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีนี้ก็ได้นำมาให้เกิดปัญหาทั้งด้านกฎหมายและจริยธรรมตามมัตถ์

สำหรับสารนิพนธ์ฉบับนี้มุ่งที่จะศึกษา เพื่อให้ได้ข้อมูลว่าประเทศไทยสมควรที่จะให้มีการคุ้มครองพันธุ์สัตว์อย่างกฎหมายสิทธิบัตรเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรปหรือไม่ เพราะปัจจุบันประเทศสหรัฐอเมริกา และบางประเทศในแถบทวีปยุโรปก็ได้มีการให้การคุ้มครองแก่การประดิษฐ์คิดค้นพันธุ์สัตว์อย่างกฎหมายสิทธิบัตร เพราะประเทศเหล่านี้มองว่าเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่แล้วจึงสมควรนำกฎหมาย สิทธิบัตรมาใช้เพื่อให้การคุ้มครองแก่พันธุ์สัตว์ ซึ่งหากประเทศไทยเห็นสมควรให้การคุ้มครองการปรับปรุงการประดิษฐ์คิดค้นพันธุ์สัตว์ตามกฎหมายสิทธิบัตร กรณีนี้ก็จะต้องทำการศึกษาว่าหลักเกณฑ์การให้การคุ้มครองแก่งานสิทธิบัตรตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ของไทยนั้นมีลักษณะประการใด มีความเหมาะสมและสามารถนำมาให้การคุ้มครองแก่การประดิษฐ์พันธุ์สัตว์ได้หรือไม่ ซึ่งกรณีนี้เราควรทำการศึกษาถึงกฎหมายของต่างประเทศที่ให้การคุ้มครองแก่การประดิษฐ์พันธุ์ สัตว์ที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ ว่ากฎหมายของต่างประเทศ เช่น กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดถึงการขอรับสิทธิบัตรแก่งานประดิษฐ์ทางเทคโนโลยีชีวภาพอย่างไร

หากเป็นกรณีที่ประเทศไทยเห็นสมควรให้ มีการบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะ เพื่อให้มีการคุ้มครองแก่พันธุ์สัตว์ แยกต่างหากจากกฎหมายสิทธิบัตร เหมือนกับที่ประเทศไทยเคยได้บัญญัติกฎหมายเพื่อให้การคุ้มครองแก่พันธุ์พืชมาแล้ว ประเทศไทยนั้นมีความสมควรที่จะตรากฎหมาย เพื่อให้การคุ้มครองแก่การประดิษฐ์พันธุ์สัตว์ลักษณะใด เพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจของประเทศไทยที่สุด

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ในเรื่องการคุ้มครองพันธุ์สัตว์นั้น ผู้เขียนได้ตั้งสมมติฐานเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า ข้อกำหนดทางกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ห้ามมิให้มีการนำจุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตาม ธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช วิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคมนุษย์ หรือสัตว์ การประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดี อนามัยหรือสวัสดิภาพของประชาชน แต่ในขณะเดียวกันกฎหมายของต่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกา กลับยอมรับให้สามารถรับจดทะเบียนสิทธิบัตร การประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับ จุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตาม ธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช วิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคมนุษย์

หรือสัตว์ ได้ แต่ประเทศไทยไม่สามารถทำได้ จึงต้องจัดให้มีการ ตราพระราชบัญญัติ ว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์สัตว์ ขึ้นมา เพื่อให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์อันเกี่ยวกับพันธุ์สัตว์ที่มนุษย์ ได้สกัดคิดค้น หรือค้นพบขึ้นมาได้ โดยให้ความคุ้มครองคล้ายกันกับการคุ้มครองสิทธิบัตร และการคุ้มครองพันธุ์พืชที่ประเทศไทยได้บัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์ดังกล่าวแล้ว

1.4 ขอบเขตการศึกษา

ในสารนิพนธ์เล่มนี้จะแบ่งแยกการศึกษาออกเป็น

1. หลักการสำคัญของกฎหมายสิทธิบัตรว่า กฎหมายสิทธิบัตรตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 นั้น มีหลักการให้การคุ้มครองแก่งานประดิษฐ์ อย่างไร การประดิษฐ์ที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้นั้นจะมีลักษณะใด ประโยชน์ที่จะได้รับจากการคุ้มครองสิทธิบัตรมีว่าอย่างไร จากนั้น จะทำการศึกษาถึงความเป็นมาของการให้การคุ้มครองแก่เทคโนโลยีชีวภาพ ลักษณะและความสำคัญของเทคโนโลยีชีวภาพ ก่อนที่จะกล่าวถึงการให้การคุ้มครองพันธุ์สัตว์ เนื่องจากพันธุ์สัตว์นั้น ถือเป็นส่วนหนึ่งของเทคโนโลยีชีวภาพ และปัญหาการคุ้มครองพันธุ์สัตว์ โดยจะเน้นเพียงแต่การคุ้มครองแก่การประดิษฐ์และหรือการปรับปรุงพันธุ์สัตว์เท่านั้นว่าสมควรจะให้การคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรเหมือนอย่างเช่นประเทศสหรัฐอเมริกาหรือประเทศในแถบยุโรปหรือไม่อย่างไร

2. ศึกษาถึงปัญหาของกฎหมายสิทธิบัตรกับการประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิตหรือเทคโนโลยีชีวภาพ โดยจะศึกษาถึงความหมายของการประดิษฐ์ตามกฎหมายของสหภาพยุโรป ความหมายของการประดิษฐ์ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ความหมายของการประดิษฐ์ตามกฎหมายของประเทศไทยว่าให้ความหมายแก่การประดิษฐ์ไว้ว่าอย่างไร โดยในกรณีนี้จะทำการศึกษาว่าความแตกต่างระหว่างการประดิษฐ์กับการค้นพบด้วยว่าแตกต่างกันอย่างไรและกรณีใดถือเป็นการประดิษฐ์ กรณีใดถือเป็นการค้นพบ ซึ่งจะทำให้เข้าใจได้ว่าการที่มนุษย์ได้ทำการสกัดเซลล์จากสิ่งมีชีวิตได้นั้น จากถือว่าเป็นการประดิษฐ์ที่หมายถึงการก่อให้เกิดขึ้นใหม่ หรือเป็นเพียงการค้นพบเท่านั้น เพราะเซลล์จากสิ่งมีชีวิตถือได้ว่าเป็นสิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติเช่นกัน

1.5 วิธีการศึกษา

วิธีการค้นคว้าและวิจัย โดยเป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary research) โดยค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากบทบัญญัติกฎหมาย คือจากกฎหมายตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 กฎหมายแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับอื่นที่เกี่ยวข้องกับพันธุ์สัตว์ และ ค้นคว้าวิจัย จากกฎหมาย สิทธิบัตร ของต่างประเทศ เช่น กฎหมาย

สิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายสิทธิบัตรของสหภาพยุโรป หลักกฎหมายระหว่างประเทศเช่น อนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป อนุสัญญาสตราสบูร์ก “ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า” (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) หรือความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement)

1.6 วิธีการศึกษา

ในการศึกษาค้นคว้าครั้งนี้ใช้การวิจัยแบบพรรณนาโวหาร (Descriptive research) และการวิเคราะห์ (Analytical research) ควบคู่กันไป กล่าวคือ พรรณนาถึงหลักกฎหมายการวินิจฉัยและความเห็นของนักกฎหมายผู้ทรงคุณวุฒิ ของประเทศไทย และหลักกฎหมายการวินิจฉัยของศาลต่างประเทศ

1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

ในการศึกษาปัญหาต่าง ๆ อันเกี่ยวกับการคุ้มครองพันธุ์สัตว์ตามกฎหมายสิทธิบัตร ผู้ศึกษาหวังว่าการศึกษานี้จะก่อให้เกิดการเสนอแนะได้ว่าประเทศไทยควรจะให้การคุ้มครองแก่พันธุ์สัตว์ตามกฎหมายสิทธิบัตรของไทยหรือไม่ หรือควรจะมีการตราเป็นพระราชบัญญัติการคุ้มครองพันธุ์สัตว์ ในลักษณะกฎหมายเฉพาะ เช่นเดียวกับที่ได้มีการตราพระราชบัญญัติ คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 มาแล้ว เพราะประเทศไทยเป็นประเทศที่กำลังพัฒนาต้องอาศัยเทคโนโลยีที่ทันสมัยจากประเทศที่พัฒนาแล้ว ไม่มีความสามารถหรือทุนทรัพย์พอที่จะทำการวิจัยค้นคว้าและพัฒนาเทคโนโลยีทางชีวภาพให้มีความทัดเทียมกับประเทศที่พัฒนาแล้วได้ ซึ่งหากประเทศไทยมีการยอมรับให้มีการขอรับสิทธิบัตรกับงานประดิษฐ์ทางเทคโนโลยีชีวภาพได้ ก็อาจจะเป็นผลเสียกับชนชั้นเกษตรกรที่มีอยู่เป็นจำนวนมาก ของประเทศไทยได้ เนื่องจากจะทำให้เกษตรกรไม่สามารถเพาะพันธุ์สัตว์ เพื่อประกอบอาชีพของตนเองได้เลย อีกทั้งหากประเทศไทยไม่ทำกา รออกเป็นกฎหมายเฉพาะ เพื่อให้การคุ้มครองแก่พันธุ์สัตว์แล้ว บางทีเราอาจจะต้องสูญเสียพันธุ์สัตว์พื้นเมืองที่บรรพบุรุษได้คิดค้นวิธีการเพาะพันธุ์สืบทอดต่อกันมาจนชั่วลูกชั่วหลาน จนอาจทำให้ประเทศไทยของเราไม่เหลือทรัพยากรธรรมชาติอันเป็นสัญลักษณ์ของชาติที่เป็นของตนเองอีกเลย หรืออาจทำให้ประเทศไทยต้องเผชิญกับปัญหาการขโมยพันธุ์ทางชีวภาพอันเป็นเอกลักษณ์ของชาติ เช่นเดียวกับกรณี พันธุ์ข้าวหอมมะลิไทยที่ถูกประเทศสหรัฐอเมริกาขโมยเอาพันธุ์ข้าวหอมมะลิของไทยไป คิดค้นและจดทะเบียนสิทธิบัตร เพื่ออ้างว่าเป็นของตนเอง ผู้เขียนจึงคาดหวังว่าสารนิพนธ์เล่มนี้จะเป็นส่วนช่วยผลักดันให้เกิดการบัญญัติกฎหมายการคุ้มครองพันธุ์สัตว์ขึ้นมาให้มีความเหมาะสมกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจของประเทศต่อไปในอนาคต

บทที่ 2

ความตกลงทริปส์ (TRIPs)

กับ

การคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพ

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property) หรือความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) ถือเป็น ข้อตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา ที่มีบทบาทมากที่สุดฉบับหนึ่งในปัจจุบัน บทบัญญัติในมาตรา 27.3b ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิก ต้องให้สิทธิบัตรในสิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับจุลชีพ (Microorganism) และการประดิษฐ์ที่ใช้กรรมวิธีทางจุลชีววิทยา (Microbiological Processes)

2.1 ความเป็นมาของความตกลงทริปส์

การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เป็นประเด็นที่ นำเข้าเจรจาในข้อตกลงแกตต์ (General Agreement on Tariffs and Trade) ครั้งแรกในการประชุมรอบ อูรุกวัย ก่อนหน้านั้นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะอยู่ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น อนุสัญญาปารีส (Paris Convention for the Protection of Industrial Property) อนุสัญญากรุงเบอร์น (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) อนุสัญญากรุงโรม (Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organization) เป็นต้น โดยมีองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโล ก (World Intellectual Property Organization – WIPO) ซึ่งเป็นหน่วยงานขององค์การสหประชาชาติเป็นผู้ดูแลข้อตกลงระหว่างประเทศเหล่านี้ใช้มาตรฐานการคุ้มครอง โดยอาศัยหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ดังนั้นหากประเทศสมาชิกไม่ให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะใดลักษณะหนึ่งแก่คนชาติตนเอง ประเทศนั้นก็มิมีสิทธิไม่ให้ความคุ้มครองนั้นกับคนของประเทศสมาชิกอื่นได้ และกรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ประเทศสมาชิกต้องนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) แต่การนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลมักจะมีข้อขัดข้องเนื่องจากผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญานั้นมักเป็นเอกชนมิใช่รัฐ

อุปสรรคและข้อขัด ข้องต่าง ๆ ดังกล่าวทำให้ประเทศที่พัฒนาแล้วผลักดันประเด็นทรัพย์สินทางปัญญาเข้าสู่การเจรจารอบอูรุกวัย เพื่อแสวงหามาตรการคุ้มครองที่มีประสิทธิภาพมาก

ยิ่งขึ้น และในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1995 ความตกลงทริปส์ก็มีผลบังคับใช้ผูกพันประเทศสมาชิกให้ต้องคุ้มครองด้วยระบบสิทธิบัตรแก่ผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีการผลิตในทุกสาขาเทคโนโลยีที่มีความใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ (มาตรา 27.1) ซึ่งรวมทั้งที่มีที่มาจากวัสดุที่มีชีวิต (Living Material) ด้วย (มาตรา 27.3b) และจากคำปรารภของความตกลงทริปส์แสดงให้เห็นว่า ความตกลงนี้ยอมรับว่าทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิของเอกชน (Recognizing that intellectual property rights are private rights) และด้วยสภาพบังคับของความตกลงทริปส์ ทำให้ประเทศกำลังพัฒนาซึ่งเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) ต่างต้องปรับปรุง เปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในของตน ให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของความตกลงทริปส์ ดังเช่นการแก้ไข พ.ร.บ. สิทธิบัตรของไทยเกี่ยวกับอายุการคุ้มครอง การเพิ่มการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Indication) รวมทั้งการบัญญัติกฎหมายใหม่ เพื่อให้ความคุ้มครอง ความลับทางการค้า แผนผังวงจรรวม เป็นต้น

2.2 ความตกลงทริปส์ในส่วนที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีชีวภาพ

ความสำเร็จของความตกลงทริปส์นั้นเป็นที่ยอมรับกันว่า ผู้ประกอบการ อุตสาหกรรมภาคเอกชน ในประเทศพัฒนา โดยเฉพาะในประเทศสหรัฐอเมริกามีส่วนเป็นอย่างมาก ทั้งนี้เพื่อปกป้องทรัพย์สินทางปัญญาของสหรัฐอเมริกาทั่วโลก ซึ่งถือเป็นแรงจูงใจที่อยู่เบื้องหลังความตกลงทริปส์ ตามบทบัญญัติของความตกลงทริปส์ นั้น กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ในทุกสาขาเทคโนโลยี (In all fields of technology) (มาตรา 27.1) และต้องให้ความคุ้มครองแก่ จุลชีพ (Microorganisms) กรรมวิธีซึ่งไม่ใช่กรรมวิธีทางชีวภาพ (Non-biological Processes) และกรรมวิธีทางจุลชีววิทยา (Microbiological Processes) ที่ใช้สำหรับผลิตพืช หรือสัตว์ (มาตรา 23.3b)²

ความตกลงทริปส์นั้นถือว่าเป็นมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standards) ที่ประเทศสมาชิกต้องนำไปบัญญัติในกฎหมายภายใน แต่เมื่อพิจารณาประกอบกับ มาตรา 64 ในส่วนที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement) ที่กำหนดให้ประเทศสมาชิกไม่อาจร้องขอให้ประเทศสมาชิกอื่นให้ความคุ้มครองที่เกินไปกว่าที่ความตกลงกำหนดไว้ แสดงนัยให้เห็นได้ว่าความตกลงทริปส์ กำหนดมาตรฐานขั้นสูง (Maximum Standards) ที่ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตาม

อย่างไรก็ตามประเทศพัฒนาแล้ว ได้พยายามใช้ช่องทางตามความตกลงทริปส์ โนม

² สมชาย รัตนเชื้อสกุล , เรื่องโจรสลัดชีวภาพ (Bio-piracy) : ที่มา-ปัญหาและแนวทางสำหรับประเทศไทยตามกรอบความตกลงทริปส์ , www.biothai.net , 1 มกราคม 2543

นำให้ประเทศสมาชิก โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นแหล่งทรัพยากรชีวภาพ ขยายความคุ้มครองด้วยระบบสิทธิบัตรแก่สิ่งประดิษฐ์ที่มีชีวิต ดังเช่น ในเอกสารที่สหรัฐอเมริกาเสนอต่อ คณะกรรมาธิการของ TRIPS กล่าวว่าคำว่า “จุลชีพ” (Microorganisms) ซึ่งความตกลงทริปส์ไม่ได้ให้นิยามที่แน่นอนไว้นั้น ไม่จำเป็นต้องให้ความหมาย หรือคำจำกัดความพิเศษแต่อย่างใด แต่ให้ใช้ความหมายธรรมดาที่ปรากฏในพจนานุกรม ซึ่ง The Concise Oxford Dictionary of Current English ให้ความหมาย “จุลชีพ” ว่า “สิ่งมีชีวิตใด ๆ ที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเปล่า เช่น แบคทีเรีย หรือไวรัส ” (An organism not visible to the naked eye, e.g. bacteriums or virus) ความหมายดังกล่าวมีขอบเขตที่กว้างมาก และสามารถขยายความไปถึงสิ่งมีชีวิต ที่เป็นส่วนใดส่วนหนึ่งของพืชที่เล็กขนาดมองด้วยตาเปล่าไม่เห็นก็ขอรับความคุ้มครองในฐานะจุลชีพได้ ด้วยสภาพบังคับของความตกลงทริปส์ที่ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกต้องยึดถือปฏิบัติ ประกอบกับแรงผลักดันของประเทศพัฒนา ที่ต้องการขยายความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาให้กว้างที่สุด ให้ครอบคลุมสิ่งประดิษฐ์ในทุกประเภท และในวิทยาศาสตร์ทุกสาขา โดยเฉพาะการประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับสิ่งมีชีวิตในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพ ทำให้ประเทศกำลังพัฒนาเผชิญหน้ากับปัญหาสำคัญที่ขัดแย้งกับแนวคิดพื้นฐานของตนเอง โดยเฉพาะในประเด็นการคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับสิ่งมีชีวิต การแก้ปัญหาใด ๆ ต้องกระทำภายใต้กรอบของความตกลงทริปส์ที่ประเทศตนเป็นสมาชิก

2.3 ขอบเขตของการให้ความคุ้มครอง

ความตกลงทริปส์ มาตรา 8.1 อนุญาตให้ประเทศสมาชิกออก หรือแก้ไขกฎหมายภายในของตนเพื่อคุ้มครองสาธารณสุข และโภชนาการ และเพื่อส่งเสริมประโยชน์สาธารณะในภาคต่าง ๆ ที่สำคัญต่อการพัฒนาด้านเศรษฐกิจสังคม และเทคโนโลยีของตน แสดงให้เห็นว่าความตกลงทริปส์เปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกนำประโยชน์สาธารณะ (Public interest) มาเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาออก หรือแก้ไขกฎหมายภายในของตนได้ และประเทศสมาชิกมีสิทธิตามมาตรา 8.2 ที่จะใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อป้องกันการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยมิชอบโดยผู้ทรงสิทธิ หรือการใช้แนวทางปฏิบัติซึ่งจำกัดการค้าโดยไม่มีเหตุผล หรือเป็นผลเสียหายต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างประเทศ

ดังนั้นประเทศไทยอาจไม่ให้ความคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับสิ่งมีชีวิตได้ หากเห็นว่าขัดต่อประโยชน์สาธารณะ (Public interest) ของตน

2.4 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

ความตกลงทริปส์ มาตรา 27.2 อนุญาตให้ประเทศสมาชิกไม่ให้สิทธิบัตรแก่สิ่งประดิษฐ์ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อ คุ้มครองชีวิต หรือ

สุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช หรือหลีกเลี่ยงความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อม (To protect or are public or morality, including to protect human, animal or plant life or health or to avoid serious prejudice to the environment) แต่ความตกลงทริปส์ไม่ได้ให้นิยาม “ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” เท่ากับเปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิก กำหนดนิยามดังกล่าวให้ สอดคล้องกับจารีตประเพณี หรือวัฒนธรรมของตนได้ ซึ่งขอบเขตที่ปรากฏอาจแตกต่างกันในแต่ละประเทศได้

ดังนั้นประเทศสมาชิกจึงปฏิบัติ เสขไม่ให้สิทธิบัตรแก่สิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับสิ่งมีชีวิตได้ หากเห็นว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในประเทศของตน โดยอาจกำหนดให้รวมถึงสิ่งมีชีวิตที่มีอยู่ตามธรรมชาติ ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน วัสดุทางชีวภาพที่พบในธรรมชาติแม้ว่าจะได้สกัดให้เป็นสารบริสุทธิ์แล้วหรือไม่ก็ตาม ซึ่งจะครอบคลุมถึงมนุษย์ หรือส่วนใดส่วนหนึ่งของมนุษย์

2.5 สิ่งประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้

ความตกลงทริปส์ มาตรา 27.1 กล่าวว่าประเทศสมาชิกต้องให้สิทธิบัตรสำหรับ สิ่งประดิษฐ์ (Invention) แต่ความตกลงทริปส์ไม่ได้ให้ความหมายของคำว่า “การประดิษฐ์” ประเทศพัฒนาต้องการให้ ความหมายของคำนี้มีขอบเขตกว้าง เพื่อให้ครอบคลุมการประดิษฐ์ในทุกสาขาวิชา โดยเฉพาะในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพ แต่เมื่อไม่ปรากฏนิยามที่เป็นที่ยอมรับทั่วไป ประเทศกำลังพัฒนาจึงมีสิทธิกำหนดขอบเขตของคำนี้กว้างหรือแคบก็ได้ การตีความอย่างแคบโดยถือว่าสิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับข้อมูลพันธุกรรม เซลล์ หรือสายพันธุกรรม ไม่ใช่การประดิษฐ์ แต่ถือเป็นเพียงการค้นพบ (Discovery) จะช่วยจำกัดขอบเขตการประดิษฐ์ในสิ่งที่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิตที่ขอรับสิทธิบัตร

แม้ความตกลงทริปส์ มาตรา 27.3b จะกำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองแก่ “จุลชีพ (Microorganisms)” แต่เมื่อยังไม่มีนิยามที่ชัดเจนแน่นอนเนื่องจากทางด้านวิทยาศาสตร์ยังไม่มีข้อยุติในการกำหนด หรือแบ่งประเภทจุลชีพที่ชัดเจน ประเทศสมาชิกก็อาจไม่ยอมรับคำนิยามที่มีขอบเขตกว้างที่เสนอโดยประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ใช้นิยามที่มีขอบเขตชัดเจนและแน่นอนกว่า ดังเช่น Macmillan Dictionary of Biotechnology ที่ให้นิยามว่าหมายถึงสิ่งมีชีวิตในกลุ่ม แบคทีเรีย เชื้อรา สาหร่าย โปรโตซัว และไวรัส และอาจจำกัดเฉพาะจุลชีพที่ตัดแต่งพันธุกรรมเท่านั้น ไม่รวมถึงจุลชีพที่ปรากฏอยู่แล้วตามธรรมชาติ

บทที่ 3

ความเป็นมาของการคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพ

ในยุคเริ่มต้นของกฎหมายสิทธิบัตร การออกสิทธิบัตรโดยส่วนใหญ่จะกระทำเพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์ที่ไม่เกี่ยวกับสิ่งมีชีวิต อันได้แก่การประดิษฐ์ในสาขาเคมีและฟิสิกส์ ถึงแม้ว่าการประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิตจะได้ถูกนำมาใช้ประโยชน์ในทางอุตสาหกรรมมาเป็นเวลาช้านานแล้วก็ตาม เช่น ตั้งแต่ในอดีตได้มีการนำเอายีสต์ในการผลิตยาปฏิชีวนะต่าง ๆ แต่การประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพก็เป็นสิ่งที่ถูกยกเว้นจากการคุ้มครองตามกฎหมาย สิทธิบัตรมาโดยตลอด และถึงแม้ว่าจะได้เคยมีการยื่นขอรับสิทธิบัตรในการประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิตเป็นจำนวนหลายรายก็ตาม แต่ศาลและสำนักงานสิทธิบัตรของประเทศต่าง ๆ ก็มักจะมีคำสั่งให้ยกคำขอรับสิทธิบัตรเหล่านั้นเสีย

จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2512 ศาลสูงของประเทศสหพันธรัฐเยอรมนีได้มีคำพิพากษาในคดี Rote Taube (Red Dove) ว่า “กรรมวิธีขยายพันธุ์สัตว์เป็นการประดิษฐ์ที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้” อย่างไรก็ตาม ศาลในคดีดังกล่าวได้ปฏิเสธที่จะให้สิทธิบัตรแก่การประดิษฐ์นั้น เนื่องจากผู้ยื่นคำขอไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขประการหนึ่งของ การขอรับสิทธิบัตร ที่กำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลการประดิษฐ์อย่างชัดเจน จนถึงขนาดที่ผู้มีความรู้เชี่ยวชาญในวิทยาการแขนงนั้นสามารถนำไปใช้งานได้ แม้ศาลจะมีคำพิพากษาไม่ให้สิทธิบัตรแก่กรรมวิธีดังกล่าว แต่คำพิพากษาในคดีนี้ก็ถือเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ ที่ศาลได้ตัดสินว่าการประดิษฐ์ซึ่งเกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิตเป็นสิ่งที่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของกฎหมายสิทธิบัตร

หลังจากคำพิพากษาของศาลเยอรมันในคดี Red Dove ก็ได้มีคดีลักษณะเดียวกันขึ้นสู่การพิจารณาของศาลใน สหรัฐฯ ซึ่งคำพิพากษาของศาลสหรัฐฯ อเมริกา นี้ได้นำ ไปสู่มิติใหม่ของการคุ้มครองการประดิษฐ์ที่เป็นสิ่งมีชีวิต และได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในแนวความคิดของการคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพในประเทศต่าง ๆ รวมทั้งในประเทศในยุโรป คำพิพากษาดังกล่าวได้ตัดคำพิพากษาของศาลสูงของสหรัฐอเมริกาในคดี Diamond v Chakrabarty ซึ่งตัดสินในปี พ.ศ. 2523

ข้อเท็จจริงและแนวคำพิพากษาของคดี Diamond v Chakrabarty มีอยู่ว่า ได้มีการขอรับสิทธิบัตรในแบคทีเรียชนิดหนึ่งต่อสำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ โดยแบคทีเรียดังกล่าวได้ถูกสร้างขึ้นโดยใช้กรรมวิธีทางจุลชีววิทยา แบคทีเรียที่สร้างขึ้นมีคุณสมบัติที่สามารถกำจัดคราบน้ำมันที่ลอยอยู่บนผิวน้ำ ซึ่งจะเป็นประโยชน์อย่างมากต่อการทำความสะอาดแหล่งน้ำที่ปนเปื้อนคราบน้ำมัน

ประเด็นข้อขัดแย้งในการพิจารณาคำขอรับสิทธิบัตรดังกล่าวคือ การประดิษฐ์ในสิ่งมีชีวิตเป็นสิ่งที่อาจนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ตามกฎหมายหรือไม่ เมื่อ คดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกาสหรัฐ ศาลได้ตัดสินว่าการประดิษฐ์ดังกล่าวเป็นการประดิษฐ์ที่อาจนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ โดยศาลฎีกาให้เหตุผลว่า กฎหมายสิทธิบัตรไม่ได้แยกความแตกต่างระหว่างการประดิษฐ์ที่ไม่มีชีวิตกับการประดิษฐ์ที่มีชีวิต กฎหมายเพียงแต่กำหนดว่าสิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายต้องเป็นผลงานของมนุษย์ มิใช่สิ่งที่เกิดเองตามธรรมชาติ กฎหมายสิทธิบัตรมิได้ปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่สิ่งนั้นเป็นสิ่งที่มีชีวิต ศาลฎีกาสหรัฐยังได้กล่าวสรุปไว้ด้วยว่า กฎหมายสิทธิบัตรสหรัฐ เปิดโอกาสให้มีการคุ้มครอง “สิ่งใด ๆ ก็ตามที่อยู่ภายใต้ดวงอาทิตย์ซึ่งทำขึ้นโดยมนุษย์” (Anything under the sun made by man)

คำพิพากษาของศาลฎีกาสหรัฐ ในคดี Diamond v Chakrabarty นี้ ถือเป็นบรรทัดฐานของการคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพ ที่มีอิทธิพลไม่เฉพาะแต่คำพิพากษาต่อ ๆ มาในสหรัฐ หากแต่ยังถูกนำมาใช้เป็นแนวทางในการตัดสินคดีของศาลในประเทศอื่นด้วย

แนวทางที่เปิดกว้างมากขึ้นต่อการคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพ ได้รับการตอบสนองทั้งในด้านบวกและด้านลบจากสังคม ปฏิกริยาในเชิงบวกโดยส่วนใหญ่จะมาจากบรรดาวิสาหกิจที่ทำธุรกิจเกี่ยวกับเทคโนโลยีชีวภาพ ไม่ว่าจะเป็นอุตสาหกรรมยา อาหาร การเกษตรและอื่น ๆ แต่ในทางตรงกันข้าม การคุ้มครองการประดิษฐ์ในสิ่งมีชีวิต ก็ได้รับการคัดค้านจากองค์กรต่างๆ ในสังคม โดยเฉพาะในด้านที่ก่อให้เกิดผลกระทบทางศีลธรรม และผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อม

ในยุโรป อนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปในข้อ 53 (บี) ได้กำหนดห้ามการคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตบางประเภท โดยข้อห้ามดังกล่าวของอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปนั้นมีที่มาจากบทบัญญัติในความตกลงระหว่างประเทศอีกฉบับหนึ่งที่เรียกว่า “อนุสัญญาตราสบูร์ก” (Strasbourg Convention on the Unification of Certain Points of Substantive Law on Patents for Invention of 1963) ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศ ที่ถูกจัดทำขึ้นในปี พ.ศ. 2506 โดยมีเจตนารมณ์ที่จะทำให้กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศที่เข้าร่วมเป็นไปในทิศทางเดียวกัน อนุสัญญาตราสบูร์กมีประเทศในทวีปยุโรปหลายประเทศเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิก ซึ่งต่อมาเมื่อมีการจัดทำอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปในปี พ.ศ. 2516 หลักการต่าง ๆ ในอนุสัญญาตราสบูร์กก็ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการเกี่ยวกับเงื่อนไขของการขอรับสิทธิบัตร ขอบเขตของการคุ้มครอง และสิ่งที่ไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร

สำหรับในประเด็นการคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพนั้น อนุสัญญาตราสบูร์กและอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปต่างมีบทบัญญัติที่สอดคล้องกัน โดยกำหนดห้ามเด็ดขาดมิให้ประเทศสมาชิก

คุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์สามชนิดคือ พันธุ์พืช พันธุ์สัตว์ และกรรมวิธีชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชหรือสัตว์

อย่างไรก็ดี เนื่องจากทั้งอนุสัญญาตราสบูร์กและอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปมิได้ให้คำนิยามของคำว่า “พันธุ์พืช” “พันธุ์สัตว์” และ “กรรมวิธีทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชหรือสัตว์” เอาไว้ จึงทำให้เกิดปัญหาในการตีความและในการบังคับใช้กฎหมายเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อข้อความที่คล้ายคลึงกันนั้นได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในข้อ 27 (3) (บี) ของความตกลงทริปส์

ความตกลงทริปส์ได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับสิ่งที่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรไว้ในข้อ 27 โดยบทบัญญัติข้อ 27³ มีสาระสำคัญที่แปลความได้ดังนี้

1. ภายใต้บังคับบทบัญญัติของวรรค 2 และ 3 ให้มีสิทธิบัตรสำหรับการประดิษฐ์ใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีในทุกสาขาเทคโนโลยี โดยมีเงื่อนไขว่าการประดิษฐ์นั้นมีความใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถนำไปประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ ภายใต้บังคับแห่งข้อ 65 วรรค 4 ข้อ 70 วรรค 8 และข้อ 27 วรรค 3 การให้มีสิทธิบัตรตลอดจนสิทธิในสิทธิบัตรนั้นจะต้องให้โดยไม่มีทางเลือกปฏิบัติในเรื่องสถานที่ที่ทำการคิดค้นการประดิษฐ์ สาขาของเทคโนโลยี และไม่ว่าผลิตภัณฑ์นั้นจะถูกนำเข้าหรือผลิตขึ้นภายในประเทศ

2. บรรดาสมาชิกอาจไม่ให้สิทธิบัตรในการประดิษฐ์เพื่อป้องกันมิให้มีการแสวงประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ภายในดินแดนของตน อันเป็นความจำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมทั้งการคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพ ภาวะของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช หรือเพื่อ

³ Article 27 Patentable Subject Matter

1. Subject to the provisions of paragraphs 2 and 3, patents shall be available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application. (5) Subject to paragraph 4 of Article 65, paragraph 8 of Article 70 and paragraph 3 of this Article, patents shall be available and patent rights enjoyable without discrimination as to the place of invention, the field of technology and whether products are imported or locally produced.

2. Members may exclude from patentability inventions, the prevention within their territory of the commercial exploitation of which is necessary to protect or are 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.

3. Members may also exclude from patentability:

(a) diagnostic, therapeutic and surgical methods for the treatment of humans or animals;

(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. However, Members shall provide for the protection of plant varieties either by patents or by an effective sui generis system or by any combination thereof. The provisions of this subparagraph shall be reviewed four years after the date of entry into force of the WTO Agreement.

หลีกเลี่ยงความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อม โดยมีเงื่อนไขว่าการไม่ให้สิทธิบัตรดังกล่าวไม่ได้กำหนดขึ้นเพียงเพราะกฎหมายของตนห้ามการใช้ประโยชน์ไว้

3. สมาชิกอาจไม่ให้สิทธิบัตรในสิ่งต่อไปนี้ได้เช่นเดียวกัน

(เอ) วิธีการวินิจฉัย อายุรกรรม และศัลยกรรมสำหรับการรักษามนุษย์หรือสัตว์

(บี) พืช และสัตว์ นอกเหนือจากจุลชีพ และกรรมวิธีทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการ

ผลิตพืชหรือสัตว์นอกเหนือจากกรรมวิธีซึ่งไม่ใช่กรรมวิธีทางชีววิทยาและจุลชีววิทยา อย่างไรก็ตาม สมาชิกจะกำหนดให้มี การคุ้มครองพันธุ์พืชไม่ว่าโดยสิทธิบัตร หรือระบบกฎหมายเฉพาะที่มี ประสิทธิภาพ หรือโดยใช้วิธีการคุ้มครองดังกล่าวร่วมกัน บทบัญญัติในวรรคนี้ จะได้รับการพิจารณา ทบทวนในเวลา 4 ปี หลังจากที่มีความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกมีผลใช้บังคับ

บทบัญญัติข้อ 27 ของความตกลงทริปส์ ถือว่าเป็นหลักการคุ้มครองสิทธิบัตรที่มีความสำคัญที่สุด ซึ่งอาจจำแนกสาระสำคัญของข้อ 27 ออกได้เป็นสองหัวข้อใหญ่ๆ ดังนี้

(1) การประดิษฐ์ที่ได้รับการคุ้มครองสิทธิบัตร และ

(2) การคุ้มครองสิทธิบัตรโดยไม่เลือกปฏิบัติ

โดยพันธกรณีของข้อ 27 ของความตกลงทริปส์ ประเทศที่เข้าร่วมในองค์การการค้าโลกต้องคุ้มครองการประดิษฐ์ในทุกสาขาของเทคโนโลยี ซึ่งพันธกรณีนี้ถือเป็นเงื่อนไขเด็ดขาดที่ไม่มีการยกเว้นแก่ประเทศสมาชิกใด ทั้งนี้โดยไม่คำนึงว่าประเทศสมาชิกจะมีการพัฒนาทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีอยู่ในระดับใด และโดย ไม่คำนึงว่าประเทศนั้นจะมีโครงสร้างพื้นฐานที่จะรองรับ พัฒนาการของเทคโนโลยีในสาขาที่จะคุ้มครองได้หรือไม่

ในอดีตนโยบายด้านสิทธิบัตรของหลายประเทศ ทั้งที่เป็นประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนา มักจะไม่ค่อยเปิดกว้างเท่าใดนัก การประดิษฐ์ที่ถือว่ามีความสำคัญ เช่น อาหาร ยา รักษาโรค เครื่องจักรกลทางการเกษตร เทคโนโลยีนิวเคลียร์ พืช สัตว์ เคมีภัณฑ์ ฯลฯ ได้ถูกกำหนดให้เป็นสิ่งที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและสำหรับประเทศที่มีนโยบายค่อนข้างยืดหยุ่น ก็อาจยินยอมให้มีการขอรับสิทธิบัตรในกรรมวิธีของการประดิษฐ์แห่งนี้ได้ ตัวอย่างเช่น กฎหมายไทยอันได้แก่ พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แต่เดิมไม่ยินยอมให้มีการรับสิทธิบัตรในตัวผลิตภัณฑ์ยา หากเพียงแต่อนุญาตให้มีการขอรับสิทธิบัตรในกรรมวิธีการผลิตหรือในการใช้ประโยชน์ในผลิตภัณฑ์ยาเท่านั้น

เพื่อต้องการยกระดับการคุ้มครองสิทธิบัตรในประเทศต่าง ๆ ความตกลงทริปส์ได้สร้างพันธกรณีให้รัฐภาคีให้การคุ้มครองการประดิษฐ์ทั้งที่เป็นสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ และสิทธิบัตรในกรรมวิธี ประเทศที่เคยให้ความคุ้มครองเฉพาะสิทธิบัตรในกรรมวิธี จะต้องทำการแก้ไขกฎหมายเพื่อเปิดโอกาสให้มีการขอรับสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ด้วย

ข้อ 27 ถือว่าเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิบัตรที่มีความสำคัญมากที่สุดของความตกลงระหว่างประเทศนี้ เนื่องจากปัญหาของการคุ้มครองสิทธิบัตรระหว่างประเทศที่มีมาโดยตลอดนั้น เกิดขึ้นจากสาระสำคัญในกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศต่าง ๆ ที่ไม่ได้ให้การคุ้มครองเทคโนโลยีการประดิษฐ์อย่างเพียงพอ ซึ่งการที่ไม่มีการคุ้มครองสิทธิบัตรอย่างเพียงพอ นั้น เป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้เกิดการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศนี้ขึ้น

ข้อ 27 ของความตกลงทริพส์กำหนดเป็นหลักการว่า รัฐบาลต้องให้สิทธิบัตรเพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์ในทุกสาขา ทั้งที่เป็นสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์และสิทธิบัตรในกรรมวิธีอย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในข้อนี้ได้กำหนดข้อยกเว้นของการคุ้มครองสิทธิบัตรไว้ในบางกรณีโดยรัฐบาลอาจไม่คุ้มครองการประดิษฐ์บางลักษณะได้ การประดิษฐ์ที่ภาคีสมาชิกอาจไม่ให้ความคุ้มครองนั้นอาจจำแนกออกได้เป็นสามประเภทคือ

- (1) การประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพ
- (2) กรรมวิธีทางการแพทย์ และ
- (3) การประดิษฐ์ที่ก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ลบต่อสังคมและสิ่งแวดล้อม

3.1 ลักษณะและความสำคัญของเทคโนโลยีชีวภาพ

เทคโนโลยีชีวภาพ⁴ (Biotechnology) เป็นความรู้ที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิ่งมีชีวิตหรือกระบวนการทางชีวภาพในการเกษตรและอุตสาหกรรม ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะเป็นการใช้สารสกัดจากสิ่งมีชีวิต เช่น เอนไซม์ (Enzyme) หรือเซลล์ (Cell) เพื่อการผลิตผลิตภัณฑ์

โดยทั่วไปกิจกรรมทางเทคโนโลยีชีวภาพจะมีเป้าหมายในการสร้างหรือดัดแปลงสิ่งหนึ่งสิ่งใดต่อไปนี้

- (1) ผลิตภัณฑ์ต่าง ๆ เช่น ผลิตภัณฑ์ยา อาหาร เครื่องดื่ม ฯลฯ
- (2) สัตว์พันธุ์ใหม่
- (3) พืชพันธุ์ใหม่
- (4) จุลชีพนอกจากที่มีอยู่ตามธรรมชาติ

ความแตกต่างที่สำคัญระหว่างเทคโนโลยีชีวภาพกับการประดิษฐ์โดยทั่วไปก็คือ เทคโนโลยีชีวภาพเกี่ยวข้องกับกระบวนการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างที่ซับซ้อนของสิ่งมีชีวิต ส่วนการประดิษฐ์โดยทั่วไปนั้นเป็นการนำเอาสิ่งที่มีอยู่ทั่วไปมาสร้างขึ้นเป็นสิ่งที่มีความสลับซับซ้อน⁵

⁴ จักรกฤษณ์ ควรวพันธ์, "กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วย ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า," พ.ศ. 2541 หน้า

เทคโนโลยีสาขานี้เป็นที่รู้จักและถูกนำมาใช้ประโยชน์เป็นเวลาช้านานแล้ว ในปัจจุบัน เทคโนโลยีชีวภาพได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการพัฒนาทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในอุตสาหกรรมอาหารและยา นับตั้งแต่นักวิทยาศาสตร์สองนายจากมหาวิทยาลัยเคมบริดจ์ อันได้แก่ ดร. ฟรานซิส คริก และ ดร. เจมส์ วัตสัน ได้ค้นพบสารสกัดจากสิ่งมีชีวิตที่เรียกว่า “ดีเอ็นเอ” (Deoxyribonucleic acid – DNA) ในปี พ.ศ. 2596 อันนำไปสู่การคิดค้นพัฒนากรรมวิธีทางชีววิทยา แนวใหม่หลายอย่าง

ปัจจุบันผลิตภัณฑ์ยาจำนวนมากได้ถูกพัฒนาขึ้น จากการใช้เทคโนโลยีชีวภาพ มีการประมาณการณ์ว่าผลิตภัณฑ์ยาจำนวนกว่าร้อยละ 30 ที่จำหน่ายอยู่ทั่วโลก เป็นสินค้าที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีชีวภาพในการผลิต ตัวอย่างของผลิตภัณฑ์ดังกล่าวก็เช่น ยาปฏิชีวนะ สเตอโรยด์ วิตามิน และวัคซีนชนิดต่าง ๆ เหตุผลที่ทำให้เทคโนโลยีชีวภาพได้รับความนิยมในการใช้ผลิตภัณฑ์ยาก็เนื่องจากว่า ยาที่ผลิตขึ้นโดยอาศัยเทคโนโลยีดังกล่าวจะมีประสิทธิภาพในการบำบัดรักษาโรค และก่อให้เกิดผลข้างเคียงน้อยกว่ายาที่ผลิตขึ้นโดยใช้กรรมวิธีทางเคมี

ในอุตสาหกรรมอาหาร เทคโนโลยีชีวภาพก็ได้นำมาใช้อย่างกว้างขวางเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะการใช้กรรมวิธีทางพันธุวิศวกรรมเพื่อสร้างสายพันธุ์พืชหรือสัตว์ที่ให้ผลผลิตทางโภชนาการที่สูงขึ้นหรือมีคุณภาพดีขึ้น หรือที่มีความต้านทานต่อโรคและแมลง ตัวอย่าง เช่น การใช้กรรมวิธีการถ่ายโอนยีน (Gene transfer) ของมะละกอ เพื่อทำให้เกิดมะละกอสายพันธุ์ใหม่ที่มีควมต้านทานต่อโรคพืช การถ่ายโอนยีนส์ของมะเขือเทศเพื่อสร้างพันธุ์ที่ให้ผลที่มีความสดอยู่เป็นเวลาหลายวัน และการใช้กรรมวิธีโคลนนิ่ง (Cloning) เพื่อสร้างสายพันธุ์หมูที่ให้เนื้อซึ่งมีมันน้อยลง เป็นต้น

ภายใต้บทบัญญัติข้อ 27 (3) (บี)⁶ ของความตกลงทริปส์ การประดิษฐ์ที่อาจได้รับการยกเว้นจากการคุ้มครองสิทธิบัตรมีอยู่ 3 ประเภท คือ

- (1) พืช (Plants)
- (2) สัตว์ (Animals) และ

⁵ Kuanpoth, j., Legal Protection of Biotechnological Inventions, Paper Presented at an International Conference on “The Central Intellectual Property and International Trade Court as a Model for IPRs Enforcement of the 21st Century” on 22-23 January 1998, Bangkok, Thailand , p.1

⁶ 3. Members may also exclude from patentability:

- (a) diagnostic, therapeutic and surgical methods for the treatment of humans or animals;
- (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. However, Members shall provide for the protection of plant varieties either by patents or by an effective sui generis system or by any combination thereof. The provisions of this subparagraph shall be reviewed four years after the date of entry into force of the WTO Agreement.

(3) กระบวนการทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชหรือสัตว์ (Essentially biological processes for the production of plants or animals)

ส่วนการประดิษฐ์ที่ประเทศสมาชิกต้องให้การคุ้มครองมีอยู่ด้วยกันสองประเภทได้แก่ จุลชีพ (Microorganisms) และกระบวนการทางจุลชีววิทยา (Microbiological processes) ซึ่งจะได้กล่าวถึง หลักการดังกล่าวโดยละเอียดต่อไป

มีข้อสังเกตว่า ข้อยกเว้นในข้อ 27 (3) (บี) ของความตกลงทริปส์ มีที่มาจากข้อ 53 (บี) ของอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป (European Patent Convention) โดยประเทศที่เข้าร่วมเจรจาจัดทำความตกลงทริปส์ได้ตกลงให้ใช้กฎหมายของประเทศในยุโรปเป็นต้นแบบ แทนที่จะใช้กฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐฯ ซึ่งมีมาตรฐานการคุ้มครองที่เข้มงวดกว่าเป็นเกณฑ์

ในความเป็นจริงกฎหมายสิทธิบัตรยุโรปในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพนั้นนับว่ายังมีความกำหนัดน้อยมาก อีกทั้งยังมีช่องโหว่ที่ขาดความแน่นอนหลายประการ การที่ความตกลงทริปส์นำหลักเกณฑ์ในอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปมาบัญญัติไว้ได้แสดงให้เห็นถึงเจตนาอันแท้จริงของประเทศคู่เจรจา ที่ไม่ได้มีความต้องการจะสร้างกรอบบรรทัดฐานของการคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพที่มีความชัดเจนแน่นอนขึ้นแต่ประการใด หากแต่ได้กระทำเพียงเพื่อลดความขัดแย้งที่สหรัฐฯ และประเทศในกลุ่มประชาคมยุโรปมีต่อกันในประเด็นนี้เท่านั้น อันจะทำให้การเจรจาประเด็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาสำเร็จลงได้

กฎหมายสิทธิบัตรสหรัฐฯ แตกต่างจากอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปตรงที่ กฎหมายสิทธิบัตรสหรัฐฯ คุ้มครองการประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพเกือบทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นสัตว์ พืช ประเภทที่ขยายพันธุ์โดยระบบไร้เพศ (Asexually propagated plants) หรือจุลชีพ โดยการประดิษฐ์ในสาขานี้ที่อาจได้รับสิทธิบัตรในสหรัฐฯ ต้องเป็นผลงานที่เกิดจากการใช้กรรมวิธีการถ่ายโอนยีน (Gene transfer) กรรมวิธีทางพันธุวิศวกรรม (Genetic engineering) กรรมวิธีการโคลนนิ่ง (Cloning) ฯลฯ ซึ่งกรรมวิธีเหล่านี้เป็นกรรมวิธีทางวิทยาศาสตร์ที่สามารถใช้เพื่อการขยายพันธุ์สิ่งมีชีวิต อันถือว่าเป็นผลงานที่เกิดจากสติปัญญาของมนุษย์ มิใช่สิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ

สหรัฐฯ คุ้มครองเทคโนโลยีการปรับปรุงพันธุ์พืชภายใต้กฎหมายหลายฉบับ กล่าวคือ คุ้มครองพันธุ์พืชประเภทที่ขยายพันธุ์โดยระบบไร้เพศ (Asexually propagated plants) ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรที่เรียกว่ากฎหมายสิทธิบัตรพืช ค.ศ. 1970 (Plant Patent Act 1930) และคุ้มครองพันธุ์พืชประเภทที่ขยายพันธุ์โดยใช้เพศ (Sexually propagated plants) โดยกฎหมายเฉพาะอีกฉบับหนึ่ง เรียกว่ากฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช ค.ศ. 1970 (Plant Variety Protection Act of 1970) ด้วยเหตุนี้จึงทำให้กฎหมายของสหรัฐฯ มีความแตกต่างจากกฎหมายประเทศอื่นๆ เนื่องจากสหรัฐฯ คุ้มครองพันธุ์

พืชทั้งโดยกฎหมายสิทธิบัตรและโดยระบบกฎหมายสิทธิบัตรของนักปรับปรุงพันธุ์พืช (Plant Breeders Rights) การที่พันธุ์พืชใดจะได้รับความคุ้มครองภายใต้ระบบกฎหมายได้นั้นย่อมขึ้นอยู่กับชนิดของพืช เป็นสำคัญ

ในทางตรงกันข้ามกับกฎหมายสหรัฐฯ กฎหมายของประเทศใน ยุโรปที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายแม่แบบอันได้แก่ อนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป ยังคงขาดความชัดเจนแน่นอนหลายประการ ทั้งในส่วนที่เป็นองค์ประกอบพื้นฐานของการคุ้มครองและ ในด้านการจัดการสิทธิบัตร เช่น ปัญหาที่ว่า การประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพเป็นการประดิษฐ์ (Invention) ที่เกิดจากการสร้างสรรค์ของมนุษย์ หรือเป็นเพียงสิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ (Products of nature) ประเด็นเรื่องหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความใหม่ (Novelty) ขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (Inventive step) และการประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม (Industrial application) ของการประดิษฐ์ในสาขานี้ ปัญหาเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลรายละเอียดของการประดิษฐ์อย่างชัดเจนตามเงื่อนไขการขอรับสิทธิบัตร (Disclosure requirement) ปัญหาทางด้านจริยธรรมของการคุ้มครองสิ่งมีชีวิต (Ethical problems) รวมทั้งปัญหาการจำแนกความแตกต่างระหว่างสิ่งที่ไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย กับสิ่งที่กฎหมายให้การคุ้มครอง (Patentable subject-matters) เป็นต้น

บทที่ 4

ปัญหาการคุ้มครองพันธุ์สัตว์

การวิจัยค้นคว้าทางเทคโนโลยีชีวภาพนั้น ทรัพยากรชีวภาพ (Biological Resource) เป็นวัตถุดิบที่สำคัญในการวิจัย และจะมีมากในประเทศที่ตั้งอยู่ในป่าเขตร้อน ซึ่งมักจะเป็นพื้นที่ในประเทศกำลังพัฒนา หรือประเทศด้อยพัฒนา ในพื้นที่เหล่านี้ทรัพยากรชีวภาพจะมีความหลากหลายมาก ประเทศไทยก็จัดได้ว่าเป็นประเทศที่มีความสมบูรณ์ทางทรัพยากรชีวภาพ และมีความหลากหลายทางชีวภาพ (Biological Diversity) สูงมากประเทศหนึ่ง ความจำเป็นต้องหาแหล่งทรัพยากรชีวภาพทำให้ผู้วิจัย ซึ่งมักจะมาจากประเทศพัฒนาแล้ว และมีความรู้และเทคโนโลยีในการค้นคว้าวิจัยสูงกว่า ต่างมุ่งแสวงหาทรัพยากรชีวภาพในประเทศกำลังพัฒนา และนำกลับไปค้นคว้าวิจัยโดยไม่ได้รับอนุญาต ไม่ได้จ่ายค่าตอบแทน หรือแบ่งรายได้ให้กับประเทศเจ้าของทรัพยากร จากนั้นทรัพยากรที่ผ่านการค้นคว้าวิจัย หรือปรับปรุงแล้วจะถือว่าเป็นเทคโนโลยีใหม่ เป็นสิ่งประดิษฐ์ใหม่ และถือเป็นผลจากสติปัญญาส่วนตัวของผู้วิจัย และจะได้รับความคุ้มครองด้วยระบบกฎหมายสิทธิบัตร อันเป็นมาตรการคุ้มครองรูปแบบหนึ่งของระบบทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบัน ภายใต้ระบบสิทธิบัตรทรัพยากรชีวภาพ หรือความรู้ในการใช้ทรัพยากรชีวภาพนั้นกลับตกเป็นทรัพย์สินของเอกชน (ผู้ทรงสิทธิบัตร) และก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้คนในประเทศกำลังพัฒนา เพราะทรัพยากรชีวภาพ หรือความรู้ในการใช้ทรัพยากรชีวภาพนั้นเป็นสิ่งที่แพร่หลายทั่วไป เป็นความรู้ที่สั่งสมติดต่อกันแต่บรรพบุรุษ ไม่เคยมีผู้ใดกล่าวอ้างเป็นเจ้าของทรัพยากร หรือความรู้เหล่านั้น ดังเช่น กรณีเกษตรกรอินเดียนได้ใช้เมล็ดต้นสะเดา (Neem, *Azadirachta indica*) เป็นยาฆ่าแมลงมา กว่า 2,000 ปี และถือเป็นความรู้สาธารณะ (Public Domain) แต่สำนักงานสิทธิบัตรของสหรัฐ ได้ให้สิทธิบัตรในสารฆ่าแมลงที่สกัดจากต้นสะเดา หรือกรณีต้น Quinoa ซึ่งเป็นพืชที่ให้โปรตีนสูง และมีการเพาะปลูกและปรับปรุงพันธุ์มาตั้งแต่ยุคชนเผ่าอินคา ในปี ค.ศ.1994 สหรัฐให้สิทธิบัตรแก่พันธุ์พืชนี้ (male sterile plants of the traditional Bolivian Apelawa quinoa variety) ทำให้ประเทศ โบลิเวียต้องหยุดส่งออกพืชชนิดนี้ และสูญเสียตลาดในสหรัฐ และยุโรปซึ่งมีมูลค่ากว่า 1 ล้านเหรียญสหรัฐต่อปีเพราะจะละเมิดสิทธิบัตรของสหรัฐ ลักษณะทำนองเดียวกันนี้ยังเกิดขึ้นกับต้นโซบเบอริ้ออฟริกกัน (African Soapbary) ต้น Swartzia madagascariensis ของประเทศซิมบับเว ส่วนประกอบของต้น Bibiru และ Cunani ของคนอินเดียนเผ่า Wapixana ในประเทศบราซิล หรือส่วนประกอบจากต้น Sambiloto (*Andrographis panicurata*) ของประเทศอินโดนีเซีย หรือต้นเปล้าน้อยของประเทศไทย พฤติกรรมเช่นนี้ในสายตาของประเทศกำลังพัฒนา ถือเป็น การขโมยมรดกทางความรู้โดยผ่านระบบทรัพย์สินทางปัญญา

การนำระบบทรัพย์สินทางปัญญามาใช้กับเทคโนโลยีชีวภาพ ยิ่งก่อให้เกิดข้อโต้แย้งจากประเทศกำลังพัฒนาอีกหลายประการ อาทิ ทำให้สินค้าที่มีความจำเป็น เช่น ยารักษาโรค อาหารมีราคาสูงขึ้น ความสามารถในการแข่งขันของประเทศกำลังพัฒนาลดลง เพราะต้องจ่ายค่าสิทธิแก่เจ้าของสิทธิบัตร ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge) การคุ้มครองนักปรับปรุงพันธุ์พืช (Plant Breeder) การโคลนนิ่งซึ่งเป็นสาขาหนึ่งของเทคโนโลยีชีวภาพ ยังถกเถียงกันว่าจะนำไปสู่ปัญหาการคัดเลือกพันธุ์มนุษย์ (Eugenic) ปัญหาสิทธิมนุษยชน (Human Rights) ฯลฯ เป็นต้น

มนุษย์ได้อาศัยทรัพยากรชีวภาพในการดำรงชีวิต ทั้งในด้านเกษตร การแพทย์ และ อุตสาหกรรม เช่น การปรับปรุงคัดสายพันธุ์พืชที่ใช้เป็นอาหาร อาทิ ข้าว ข้าวโพด มะเขือเทศ การผลิตยาควินินจากต้น Cinchona การนำพืช Qinghaosu (*Artemisia annua*) มาใช้ในการรักษาโรคมาเลเรีย และความหลากหลายทางชีวภาพยังมีประโยชน์ต่อมนุษย์ในทางอ้อม โดยช่วยให้บรรยากาศของโลกสิ่งมีชีวิต (Bio-sphere) มีระบบการทำงานตามสภาวะการณ์สมดุลของธรรมชาติอย่างต่อเนื่อง แต่แนวคิดของประเทศกำลังพัฒนา และประเทศพัฒนาต่อทรัพยากรชีวภาพ และความหลากหลายทางชีวภาพกลับมีความแตกต่างกัน

4.1 แนวคิดของประเทศกำลังพัฒนา

ทรัพยากรชีวภาพสำหรับเกษตรกรในประเทศกำลังพัฒนานั้น มิได้ถือว่าเป็นเพียงอาหารที่ใช้รับประทานเพื่อความอยู่รอด หรือทรัพย์สินสมบัติอย่างหนึ่งเท่านั้น แต่ความหลากหลายของทรัพยากรดังกล่าว เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากการสั่งสมประสบการณ์ของบรรพบุรุษของตน ความหลากหลายทางชีวภาพ จึงแทรกซึม และถือเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมของตนเอง ดังเช่น การแลกเปลี่ยนเมล็ดพันธุ์โดยเสรีในหมู่เกษตรกร ซึ่งเป็นรากฐานของการรักษาความหลากหลายทางชีวภาพ และความมั่นคงด้านอาหาร การแลกเปลี่ยนนี้จะอยู่บนฐานแห่งความร่วมมือ และพึ่งพาอาศัยกัน และมีขอบเขตกว้างกว่าการแลกเปลี่ยนปกติ เพราะเป็นทั้งการแลกเปลี่ยนความคิด และความรู้ วัฒนธรรมและมรดก เป็นการสั่งสมวิถีและความรู้ในการจัดการเมล็ดพันธุ์ โดยเฉพาะข้าว ถือเป็นเมล็ดพันธุ์ที่มีส่วนสำคัญในพิธีกรรมทางศาสนา วรรณกรรมท้องถิ่น และการละเล่นต่าง ๆ และเป็นศูนย์กลางของผู้คนในชุมชน เป็นวิถีแห่งการดำรงชีวิต เป็นเครื่องมือในการผลิต ประชากรที่ยากจนในประเทศกำลังพัฒนาต้องพึ่งพาผลิตผลทางชีวภาพ (Biological products) เพื่อใช้เป็นอาหาร เชื้อเพลิง เครื่องนุ่งห่ม หรือยารักษาโรค และต้องการให้การเก็บรักษาเมล็ดพันธุ์ ตลอดจนความรู้ทางเกษตรกรรมท้องถิ่นยังคงอยู่ต่อไป สิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับเมล็ดพันธุ์ ไม่สอดคล้องกับแนวคิดของประเทศกำลังพัฒนา เพราะวัฒนธรรมของประเทศกำลังพัฒนาถือว่าเมล็ดพันธุ์เป็นสิ่งที่พระเจ้าประทานให้แก่มนุษย์ทุกคน ไม่มีใครสามารถกล่าวอ้างความเป็นเจ้าของ และห้ามผู้อื่นใช้เมล็ดพันธุ์นั้นได้ รวมทั้งไม่อาจอ้างว่าเป็นผู้ประดิษฐ์ในกระบวนการขยายพันธุ์ของพืช ความรู้ที่มีลักษณะ

เป็นทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบันนั้น ในสังคมประเทศกำลังพัฒนาถือเป็นสิ่งที่ต้องแบ่งปัน เพื่อส่งเสริมความอยู่ดีกินดีของชุมชน และเป็นสมบัติร่วมกันของชุมชน การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยอ้างว่าเป็นเรื่องของสิทธิมนุษยชน (Human Rights) ถือเป็นความคิดที่ไม่ถูกต้อง (per se wrong) เพราะแนวคิดเรื่องนี้มีที่มาจากประเทศตะวันตกซึ่งเน้นที่ปัจเจกบุคคล และไม่ถือเป็นแนวคิดสากล (Universal Norm) การที่ประเทศพัฒนาใช้ความก้าวหน้าทางพันธุวิศวกรรมกับสิ่งมีชีวิต และขอรับสิทธิบัตรเพื่อกีดกันผู้อื่น ถือเป็น การรุกราน หรือแสวงหาอาณานิคมทำนองเดียวกับการใช้เรือปืน (Gun boat) แสวงหาอาณานิคมในอดีต เพราะด้วยเทคโนโลยีชีวภาพทำให้สามารถควบคุมสิ่งมีชีวิตได้ ถือว่ารูปแบบสิ่งมีชีวิต (Life Form) เป็นเพียงเครื่องจักร สิทธิในการสืบพันธุ์ของพืช หรือสัตว์ที่มีสิทธิบัตรจะถูกปิดกั้น และเป็นสิ่งคุกคามต่อการดำรงชีวิตของประชากรในประเทศกำลังพัฒนา ทั้งหมดมาจากพื้นฐานความคิดที่ว่า “ชีวิตเป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้นได้ มนุษย์จึงครอบครองสิ่งที่สร้างขึ้นนั้นอย่างเป็นเจ้าของได้”

4.2 แนวคิดของประเทศพัฒนา

การค้นคว้าวิจัยทางวิทยาศาสตร์ เดิมเน้นที่ความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์เท่านั้น การเปิดเผยต่อสาธารณะ และการแลกเปลี่ยนความรู้ซึ่งกันและกันเป็นเอกลักษณ์สำคัญในจารีตประเพณีของงานวิจัยทางวิทยาศาสตร์ แต่เมื่อสามารถนำความรู้ที่ได้ไปเปลี่ยนเป็นผลิตภัณฑ์ หรือบริการที่ตลาดมีความต้องการ ประกอบกับการขยายตัวของแนวคิดคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ทำให้ความรู้กลายเป็นสิ่งที่ต้องหวงกันไว้เฉพาะคนเท่านั้น ในอดีตทรัพยากรชีวภาพมีฐานะเป็นทรัพย์สินไม่มีเจ้าของ ซึ่งมนุษย์ทุกคนสามารถนำไปใช้ได้ ต่อมาได้มีการขยายแนวคิดเกี่ยวกับมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ (Common Heritage of Mankind) ให้ครอบคลุมถึงทรัพยากรชีวภาพด้วย แต่เมื่อมีการจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ (Convention for the Protection of New Varieties of Plants, UPOV) แนวคิดที่รับรองสิทธิในทรัพย์สินเหนือทรัพยากรชีวภาพจึงเริ่มต้นขึ้น

เมื่อมีการปฏิวัติอุตสาหกรรม แนวคิดคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ด้วยระบบกฎหมายสิทธิบัตรได้แพร่หลายไปทั่วโลก ด้วยแนวคิดนี้ทรัพยากรชีวภาพ ตลอดจนความรู้เกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพถือเป็นสิ่งที่มียุแล้วตามธรรมชาติและตกเป็นสมบัติสาธารณะ (Public Domain) ไม่มีคุณสมบัติพอที่จะนำมาขอรับสิทธิบัตร หรือได้รับค่าตอบแทนจากการนำไปใช้ แม้ความรู้ ดังกล่าวจะเกิดจากการสั่งสมของคนหลายชั่วอายุคนก็ตาม ประเทศพัฒนาถือว่าทรัพยากรชีวภาพเป็นสิ่งที่ไม่มีราคา ไม่เป็นทรัพย์สิน แต่ตรงข้ามหากได้นำทรัพยากรชีวภาพมาปรับปรุง หรือคิดค้นแม้จะเป็นเพียงการต่อยอดจากความรู้เดิมเพียงเล็กน้อย แต่สามารถนำไปใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ ความรู้ใหม่นั้นทั้งหมดจะตกเป็นทรัพย์สินที่เอกชนยึดถือครอบครองได้ และหากมีเงื่อนไขครบถ้วนก็ขอรับความ

คุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร และจะส่งผลให้มีสิทธิที่ติดกันผู้อื่นมิให้ใช้ประโยชน์จากความรู้หรือ สิ่งประดิษฐ์นั้นอีกต่อไป

เหตุผลที่ประเทศพัฒนาแล้วยกขึ้นสนับสนุนการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาด้วย ระบบกฎหมายสิทธิบัตรได้แก่

1. ช่วยให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากประเทศพัฒนามายังประเทศกำลังพัฒนา เพราะหากปราศจากการคุ้มครอง ประเทศพัฒนาย่อมไม่ มสนใจที่จะถ่ายทอดเทคโนโลยีใหม่ๆ ให้แก่ ประเทศกำลังพัฒนา
2. ช่วยดึงดูดนักลงทุนจากประเทศพัฒนาให้หันมาลงทุนในประเทศกำลังพัฒนามากขึ้น เนื่องจากไม่ต้องกังวลต่อปัญหาการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา
3. ช่วยจูงใจประเทศพัฒนาให้เร่งค้นคว้าเพื่อสร้างนวัตกรรมใหม่ๆ ที่นำมาใช้ประโยชน์ ในประเทศกำลังพัฒนาโดยตรง เช่น การคิดค้นยารักษาโรคที่เกิดในเขตร้อนชื้น เป็นต้น

4.3 แนวคิดในเรื่องสิทธิในทรัพย์สินของประเทศกำลังพัฒนา และประเทศพัฒนา

การที่ประเทศกำลังพัฒนา และประเทศพัฒนามีแนวคิดที่ต่างกันในทรัพย์สินทางชีวภาพ นั้น เกิดจาก แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สิน (Proprietary Rights) ที่แตกต่างกัน ดังนี้

3.3.1 รูปแบบความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินของประเทศกำลังพัฒนานั้น ไม่ถือว่าเป็น เรื่องของปัจเจกบุคคล แต่เป็นเรื่องของชุมชน หรือสังคม แม้จะมีบุคคลบางกลุ่มบางพวกมีสิทธิพิเศษใน ความรู้บางประเภท เช่น เพลงสวด ทำเดิน หรือสูตรยารักษาโรค และจะอนุญาต หรือถ่ายทอดให้ เฉพาะผู้ที่มีคุณสมบัติพิเศษเท่านั้นได้ใช้ หรือรับรู้ก็ตาม แต่การครอบครองความรู้ที่มีคุณค่าเหล่านี้ มิใช่ การครอบครองในลักษณะการเป็นเจ้าของ (Owner) ดังเช่นแนวคิดของประเทศพัฒนา แต่เป็นการ ครอบครองไว้ในลักษณะของผู้พิทักษ์ (Stewardship) ที่มีหน้าที่คอยปกป้องความรู้นั้นให้ส่งผ่านไปยัง คนรุ่นต่อไป

3.3.2 วัตถุประสงค์ของการให้ความคุ้มครองความรู้เหล่านี้ ในประเทศกำลังพัฒนา เป็นการคุ้มครองเพื่อประโยชน์ของชุมชน สังคม ซึ่งต่างจากประเทศพัฒนาที่เน้นประโยชน์ของปัจเจก บุคคลเป็นหลัก

3.3.3 บ่อเกิดหรือแหล่งที่มาของความรู้⁷ ในประเทศกำลังพัฒนาถือว่าความรู้เหล่านี้ เป็นสิ่งที่พระเจ้า หรือสิ่งศักดิ์สิทธิ์ประทานแก่มนุษย์ ซึ่งต่างจากประเทศพัฒนาที่ถือว่าเป็นสิ่งที่เกิดจาก ความคิดสร้างสรรค์หรือแรงงานของมนุษย์

3.3.4 คุณค่าที่ได้รับจากความรู้⁷ ประเทศกำลังพัฒนาถือว่าเป็นของสมาชิกใน ชุมชนนั้นทุกคนมีใช้ตกได้แก่ใครคนใดคนหนึ่งดังเช่นในประเทศพัฒนา

3.3.5 ในประเทศกำลังพัฒนาไม่ได้มุ่งเน้นที่ปัจเจกบุคคล การพิจารณา หรือการวาง หลักเกณฑ์เพื่อจัดการกับสิ่งใดสิ่งหนึ่งจึงไม่ได้มุ่งที่คนใดคนหนึ่ง แต่มุ่งไปยังหน่วยของสังคมที่ใหญ่กว่า ปัจเจกบุคคล

แม้แนวคิดของประเทศกำลังพัฒนาจะต่างจากแนวคิดของประเทศพัฒนาดังได้กล่าว มาแล้ว แต่ด้วยอิทธิพลของประเทศพัฒนา แนวคิดของประเทศพัฒนาจึงมีบทบาทมากกว่า และถือเป็น พื้นฐานสำคัญต่อการขยายความคุ้มครองด้วยสิทธิบัตรไปยังสิ่งประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับสิ่งมีชีวิต

4.4 การคุ้มครองพันธุ์สัตว์ และ ปัญหาการคุ้มครองพันธุ์สัตว์

การคุ้มครองพันธุ์สัตว์ และ ปัญหาการคุ้มครองพันธุ์สัตว์⁷

การคุ้มครองพันธุ์สัตว์ไม่มีประวัติความเป็นมาที่ยาวนานดังเช่นการคุ้มครองพันธุ์พืช รวมทั้งไม่ได้มีการจัดตั้งระบบกฎหมายลักษณะเฉพาะ (Sui generis law) เพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์ ประเภทนี้ เป็นการเฉพาะ ด้วยเหตุนี้ การที่การประดิษฐ์ที่เป็นสัตว์หรือที่เกี่ยวข้องกับส่วนหนึ่งส่วนใด ของสัตว์ ซึ่งได้พัฒนาขึ้นโดยอาศัยกระบวนการทางชีววิทยา จะเป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตาม กฎหมายหรือไม่นั้น จึงขึ้นอยู่กับการศึกษาความชอบด้วยกฎหมายสิทธิบัตรเป็นสำคัญ โดยเฉพาะ การตีความว่าสัตว์ที่พัฒนาขึ้น นั้น มีลักษณะที่เป็น “พันธุ์สัตว์” (Animal varieties) ซึ่งกฎหมาย สิทธิบัตรไม่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองหรือไม่

⁷จักรกฤษณ์ ควรพจน์, “สิทธิบัตร : แนวความคิดและบทวิเคราะห์”, (มกราคม 2544) : 85 – 157

ประเทศแรกที่ออกกฎหมายรับรองผลงานการปรับปรุงพันธุ์สัตว์ ได้แก่ สหภาพโซเวียต กฎหมายสิทธิบัตรของสหภาพโซเวียตฉบับ ปี 1959⁸ ให้นับัญญัติการคุ้มครองพันธุ์สัตว์ไว้ดังนี้

“การปรับปรุงพันธุ์สัตว์เกษตรและพันธุ์สัตว์ปีก ... จะได้รับประกาศนียบัตรความเป็นนักประพันธ์หรือประกาศนียบัตรชนิดสายพันธุ์ที่ได้รับการปรับปรุง”

แม้กฎหมายของสหภาพโซเวียตจะให้ความคุ้มครองพันธุ์สัตว์ แต่กฎหมายสิทธิบัตรของสหภาพโซเวียตในขณะนั้นก็ไม่ได้เป็นกฎหมายที่จัดตั้งระบบสิทธิบัตรที่มีลักษณะเหมือนกับระบบสิทธิบัตรของประเทศเสรีนิยม หากแต่ใช้ระบบการคุ้มครองที่เรียกว่า “ระบบประกาศนียบัตร” ที่รัฐถือว่าผลงานการสร้างสรรค์ทางปัญญาทุกชนิดตกเป็นของรัฐ โดยรัฐจะออกประกาศนียบัตรนักประดิษฐ์ (inventor's certificate) ให้แก่ผู้ประดิษฐ์ ซึ่งจะทำให้ผู้ประดิษฐ์มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนจากรัฐภายใต้การคุ้มครองนี้สิทธิเด็ดขาดในผลงานจะไม่ใช่ของผู้ประดิษฐ์ที่ทำการคิดค้นหรือพัฒนาการประดิษฐ์ หากแต่เป็นของรัฐ ผู้ประดิษฐ์จะไม่มีสิทธิเด็ดขาดที่จะกีดกันผู้อื่นไม่ให้ผลงานของตนดังเช่นในระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทั่วไป

กฎหมายสิทธิบัตรในแนวทางเสรีนิยมฉบับแรกๆ ที่ให้การคุ้มครองการปรับปรุงพันธุ์สัตว์ก็คือ กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศอังกฤษ กฎหมายสิทธิบัตรอังกฤษฉบับปี 1969 ให้การคุ้มครองพันธุ์สัตว์ที่ได้รับการปรับปรุงขึ้น หากพันธุ์สัตว์นั้นมีความแตกต่างจากพันธุ์อื่น (distinguishable) เป็นพันธุ์ใหม่ (novel) มีความเหมือนกันในลักษณะประจำพันธุ์ (homogenous) และมีความคงตัวในลักษณะประจำพันธุ์ (stable)

นอกจากกฎหมายของสองประเทศนี้แล้ว ก็ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายของประเทศใดที่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนให้การคุ้มครองพันธุ์สัตว์เลย ยิ่งกว่านั้นกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศต่างๆ หลายประเทศกลับมีบทกเว้นห้ามมิให้มีการขอรับสิทธิบัตรในการประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับสัตว์หรือที่เป็นพันธุ์สัตว์

จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2512 ศาลสูงของประเทศสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีคำพิพากษาในคดี Rote Taube (Red Dove) ว่า “กรรมวิธีขยายพันธุ์สัตว์เป็นการประดิษฐ์ที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้” อย่างไรก็ตาม ศาลในคดีดังกล่าวได้ปฏิเสธที่จะให้สิทธิบัตรแก่การประดิษฐ์นั้น เนื่องจากผู้ยื่นคำขอไม่สามารถ ปฏิบัติตามเงื่อนไขประการหนึ่งของการขอรับสิทธิบัตร ที่กำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลการประดิษฐ์อย่างชัดเจน จนถึงขนาดที่ผู้มีความรู้เชี่ยวชาญในวิทยาการแขนงนั้นสามารถนำไปใช้งานได้ แม้ศาลจะมีคำพิพากษาไม่ให้สิทธิบัตรแก่กรรมวิธีดังกล่าว แต่คำพิพากษาใน

⁸ Soviet Patent Law of 1959, Art. 5 บัญญัติว่า “New breeds of agricultural animals and poultry , ... shall be issued certificates of authorship or certificates of improved species.”

คดีนี้ก็ถือว่าเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ ที่ศาลได้ตัดสินว่าการประดิษฐ์ซึ่งเกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิตเป็นสิ่งที่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของกฎหมายสิทธิบัตร

การที่อนุสัญญาสตราบูร์ก ซึ่งเป็นต้นแบบของอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปไม่ให้ความคุ้มครองแก่พันธุ์สัตว์นั้น ในความเป็นจริงก็ได้เกิดจากเหตุผลที่สลับซับซ้อนแต่ประการใด ในขณะที่มีการจัดทำอนุสัญญาสตราบูร์ก (ปี พ.ศ. 2506) วิทยาการในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพยังคงมีความก้าวหน้าไม่มากนัก ประเทศที่เข้าร่วมจัดทำอนุสัญญาดังกล่าวจึงต้องการที่จะหลีกเลี่ยงปัญหาเทคนิคในการจัดการสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต และก็เลือกที่จะหลีกเลี่ยงปัญหาโดยวิธีง่าย ๆ นั่นคือ ด้วยการยกเว้นไม่ให้การคุ้มครองแก่การประดิษฐ์เหล่านั้น

เมื่อมีการจัดทำอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป⁹ ในปี พ.ศ. 2516 บทยกเว้นที่ห้ามมิให้มีการคุ้มครองพันธุ์สัตว์ รวมทั้งกรรมวิธีทางวิทยาที่จำ เป็นสำหรับการประดิษฐ์พืชหรือสัตว์ ก็ได้นำมาบัญญัติไว้ในข้อ 53 (บี)¹⁰ ด้วย ทั้งที่ก่อนหน้านี้ในปี พ.ศ. 2512 ศาลสูงของประเทศเยอรมันนี่ก็ได้มีคำวินิจฉัยในคดี Red Dove แล้วว่า การประดิษฐ์ประเภทกรรมวิธีในการขยายพันธุ์สัตว์เป็นสิ่งที่อาจได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตร ซึ่งหมายความว่า เหตุผลในคำพิพากษาของศาลเยอรมันนี่ในคดีดังกล่าว ไม่ได้มีอิทธิพลและมีน้ำหนักเพียงพอที่จะจูงใจให้ประเทศอื่นๆ ที่ร่วมในการจัดการทำอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปเห็นคล้อยตามได้

ปัญหาการตีความอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปในเรื่องนี้ก็คือ จะต้องพิจารณาว่า ถ้อยคำ ”พันธุ์สัตว์” ที่อนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปใช้นั้นมีความหมายครอบคลุมถึงสัตว์ทุกชนิดทุกประเภท ทุกลักษณะ หรือจะหมายความถึงสัตว์ที่มีลักษณะเฉพาะเท่านั้น

⁹ Act revising the Convention on the Grant of European Patents (**European Patent Convention**), of 5 October 1973, last revised at 17 December 1991, <http://www.fco.gov.uk>

¹⁰ **Article 53** Exceptions to patentability
European patents shall not be granted in respect of:
(a) inventions the commercial exploitation of which would be contrary to “ordre public” or morality, provided that such 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 animals; this provision shall not apply to microbiological processes or the products thereof;
(c) methods for treatment of the human or animal body by surgery or therapy and diagnostic methods practised on the human or animal body; this provision shall not apply to products, in particular substances or compositions, for use in any of these methods.

อนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปในข้อ 53 (บี) ได้กำหนดห้ามการคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตบางประเภท โดยข้อห้ามดังกล่าวของอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปนั้นที่มีมาจากบทบัญญัติในความตกลงระหว่างประเทศอีกฉบับหนึ่งที่เรียกว่า “อนุสัญญาตราสบูร์ก” (Strasbourg Convention on the Unification of Certain Points of Substantive Law on Patents for Invention of 1963) ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่ถูกจัดทำขึ้นในปี พ.ศ. 2506 โดยมีเจตนารมณ์ที่จะทำให้กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศที่เข้าร่วมเป็นไปในทิศทางเดียวกัน อนุสัญญาตราสบูร์กมีประเทศในทวีปยุโรปหลายประเทศเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิก ซึ่งต่อมาเมื่อมีการจัดทำอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป ในปี พ.ศ. 2516 หลักการต่าง ๆ ในอนุสัญญาตราสบูร์กก็ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการเกี่ยวกับเงื่อนไขของการขอรับสิทธิบัตร ขอบเขตของการคุ้มครอง และสิ่งที่ไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร

สำหรับในประเด็นการคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพนั้น อนุสัญญาตราสบูร์กและอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปต่างมีบทบัญญัติที่สอดคล้องกัน โดยกำหนดห้ามเด็ดขาดมิให้ประเทศสมาชิกคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์สามชนิดคือ พันธุ์พืช พันธุ์สัตว์ และกรรมวิธีชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชหรือสัตว์

ตัวอย่างเช่น ในคดีที่ T19/90, Harvard/Onco – mouse คณะกรรมการตรวจสอบคำขอของสำนักงานสิทธิบัตรยุโรป (EPO Examining Division) ได้มีคำชี้ขาดยินยอมให้มีการออกสิทธิบัตรแก่การประดิษฐ์ที่เป็นสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนม โดยการประดิษฐ์ดังกล่าวได้แก่ หนูที่ได้รับ การเปลี่ยนแปลงพันธุกรรมโดยกรรมวิธีถ่ายโอนยีน นักวิทยาศาสตร์ได้สร้างหนูดังกล่าวด้วย การเซลล์มะเร็ง (Once Gene) ใส่เข้าไปในหนู มหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ดในสหรัฐฯ ผู้เป็นเจ้าของการประดิษฐ์ดังกล่าว ได้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรโดยอ้างว่า หนูที่นำมาขอรับสิทธิบัตรนี้ จะเป็นประโยชน์ต่อวงการแพทย์ในการใช้เป็นต้นแบบของการศึกษาวิจัยโรคมะเร็ง การประดิษฐ์นี้ได้มีการขอรับสิทธิบัตรในสหรัฐฯ มาก่อน โดยสำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ ได้ออกสิทธิบัตรในการประดิษฐ์ดังกล่าวในปี พ.ศ. 2531

เมื่อมีการขอรับสิทธิบัตรในการประดิษฐ์นี้ต่อสำนักงานสิทธิบัตรยุโรปในปี พ.ศ. 2532 ในเบื้องต้นคณะกรรมการตรวจสอบคำขอของสำนักงานสิทธิบัตร มีความเห็นให้ยกคำขอดังกล่าวเสีย โดยอาศัยเหตุผลหลายประการอันได้แก่ การประดิษฐ์ตามคำขอเป็นการประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับพันธุ์สัตว์ชนิดใหม่ (A new Animal variety) ซึ่งต้องห้ามมิให้มีการคุ้มครองโดยอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป คณะกรรมการตรวจสอบคำขอยังได้ให้ความเห็นด้วยว่าบทกเว้นในข้อ 53 (บี) ของอนุสัญญามีเจตนารมณ์ที่จะไม่คุ้มครองสัตว์ทุกชนิด

ต่อมาได้มีการยื่นอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว คณะกรรมการอุทธรณ์ฝ่ายเทคนิค (EPO Technical Board of Appeals) ได้มีคำวินิจฉัยกลับคำสั่งของคณะกรรมการตรวจสอบคำขอ โดยให้คณะกรรมการตรวจสอบคำขอทำการพิจารณาวินิจฉัยใหม่ในหลายประเด็น รวมทั้งประเด็นที่เกี่ยวกับความหมายของคำว่า “พันธุ์สัตว์” และประเด็นที่ว่า การประดิษฐ์ในสิ่งมีชีวิตที่มีการขอรับสิทธิบัตรนี้ เป็นการประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี (Public order and morality) หรือไม่

หลังจากพิจารณาทบทวนแล้ว คณะกรรมการตรวจสอบคำขอได้มีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติข้อ 53 (บี) ของอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปเป็นบทยกเว้นที่จำต้องตีความโดยเคร่งครัด บทบัญญัติดังกล่าวได้จำแนกความแตกต่างระหว่าง “สัตว์” (Animal) กับ “พันธุ์สัตว์” (Animal varieties) ไว้อย่างชัดเจน ด้วยเหตุนี้ ข้อห้ามในข้อ 53 (บี) จึงควรนำมาใช้กับพันธุ์สัตว์เท่านั้น โดยไม่รวมถึงสัตว์ทั่วไปด้วย เนื่องจากการประดิษฐ์ตามคำขอดังกล่าวเกี่ยวข้องกับหนูที่ได้รับการเปลี่ยนแปลงพันธุกรรมด้วยการนำยีนจากสัตว์อื่นใส่เข้าไป การประดิษฐ์ดังกล่าวจึงไม่ใช่ “พันธุ์สัตว์” ที่ต้องห้ามมิให้มีการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร

สำหรับในประเด็นเรื่องการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี คณะกรรมการตรวจสอบคำขอมีความเห็นว่า กรณีเช่นนี้จำเป็นต้องพิจารณาโดยการชั่งน้ำหนักเปรียบเทียบระหว่างความทุกข์ทรมานที่สัตว์ได้รับ รวมทั้งความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่อาจเกิดจากการประดิษฐ์นั้น กับผลประโยชน์ที่มนุษยชาติจะได้รับจากการประดิษฐ์ คณะกรรมการตรวจสอบคำขอเห็นว่า สำหรับในกรณีนี้ ประโยชน์ที่มนุษย์จะได้รับจากการคิดค้นวิธีการรักษาโรคมะเร็ง มีน้ำหนักมากกว่าผลกระทบในแง่ลบ ดังนั้นการประดิษฐ์ดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

จะเห็นได้ว่า กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศยุโรป ซึ่งเป็นต้นแบบของข้อ 27 (3)(บี) ของความตกลงทริปส์ มีบทบัญญัติที่ห้ามการคุ้มครองการประดิษฐ์ที่เป็นสัตว์อย่างชัดเจน แต่ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม สำนักงานสิทธิบัตรยุโรปจึงได้ใช้วิธีการตีความถ้อยคำในอนุสัญญา ในลักษณะที่เป็นการเปิดโอกาสให้มีการขอรับสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต

มีข้อสังเกตว่า ข้อ 27 (3)(บี) ของความตกลงทริปส์ใช้ข้อความที่แตกต่างจากข้อ 53 (บี) ของอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป โดยความตกลงทริปส์บัญญัติว่า

“(3) สมาชิกอาจไม่ให้สิทธิบัตรต่อไปนี้เช่นเดียวกัน

.....

(บี)สัตว์.....”¹¹

¹¹ TRIPs Agreement , Art.27 (3)(b).

การที่ความตกลงทริปส์ใช้คำว่า “สัตว์” (Animals) แทนที่จะใช้คำว่า “พันธุ์สัตว์” (Animal varieties) ดังเช่นอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป จึงหมายความว่า ความตกลงทริปส์ได้กำหนด บทยกเว้นของการคุ้มครองสิทธิบัตรที่กว้างกว่าอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป โดยยินยอมให้มีการยกเว้น สัตว์ทุกชนิดจากการคุ้มครองสิทธิบัตร ด้วยเหตุนี้ประเทศต่าง ๆ ที่เป็นภาคีขององค์การการค้าโลกจึง สามารถยกเว้นไม่คุ้มครองสัตว์ได้โดยสิ้นเชิง อันเป็นการแตกต่างจากแนวปฏิบัติของสำนักงาน สิทธิบัตรยุโรป

หลังจากคำพิพากษาของศาลเยอรมันในคดี Red Dove ก็ได้มีคดีลักษณะเดียวกันนี้ขึ้นสู่ การพิจารณาของศาลในสหรัฐฯ ซึ่งคำพิพากษาของศาลสหรัฐฯนี้ได้นำไปสู่มติใหม่ของการคุ้มครองการ ประดิษฐ์ที่เป็นสิ่งมีชีวิต และได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในแนวความคิดของการคุ้มครอง เทคโนโลยีชีวภาพในประเทศต่าง ๆ รวมทั้งในประเทศในยุโรป คำพิพากษาดังกล่าวได้แก่คำพิพากษา ของศาลสูงของสหรัฐฯ ในคดี Diamond v Chakrabarty ซึ่งตัดสินในปี พ.ศ. 2523

ข้อเท็จจริงและแนวคำพิพากษาของคดี Diamond v Chakrabarty มีอยู่ว่า ได้มีการ ขอรับสิทธิบัตรในแบคทีเรียชนิดหนึ่งต่อสำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ โดยแบคทีเรียดังกล่าวได้ถูกสร้าง ขึ้นโดยใช้กรรมวิธีทางจุลชีววิทยา แบคทีเรียที่สร้างขึ้นมีคุณสมบัติที่สามารถกำจัดคราบน้ำมันที่ลอย อยู่บนผิวน้ำ ซึ่งจะเป็ประโยชน์อย่างมากต่อการทำความสะอาดแหล่งน้ำที่ปนเปื้อนคราบน้ำมัน

ประเด็นข้อขัดแย้งในการพิจารณาคำขอรับสิทธิบัตรดังกล่าวคือ การประดิษฐ์ใน สิ่งมีชีวิตเป็นสิ่งที่อาจนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ตามกฎหมายหรือไม่ เมื่อคดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาล ฎีกาสหรัฐฯ ศาลได้ตัดสินว่าการประดิษฐ์ดังกล่าวเป็นการประดิษฐ์ที่อาจนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ โดย ศาลฎีกาให้เหตุผลว่า กฎหมายสิทธิบัตรไม่ได้แยกความแตกต่างระหว่างการประดิษฐ์ที่ไม่มีชีวิตกับการ ประดิษฐ์ที่มีชีวิต กฎหมายเพียงแต่กำหนดว่าสิ่งที่จะได้รับ ความคุ้มครองตามกฎหมายต้องเป็น ผลงานของมนุษย์ มิใช่สิ่งที่เกิดเองตามธรรมชาติ กฎหมายสิทธิบัตรมิได้ปฏิเสธการให้ความคุ้มครอง แก่สิ่งนั้นเป็นสิ่งมีชีวิต ศาลฎีกาสหรัฐฯยังได้กล่าวสรุปไว้ด้วยว่า กฎหมายสิทธิบัตรสหรัฐฯ เปิดโอกาส ให้มีการคุ้มครอง “สิ่งใด ๆ ก็ตามที่อยู่ภายใต้ดวงอาทิตย์ซึ่งทำขึ้นโดยมนุษย์ ” (Anything under the sun made by man)

คำพิพากษาของศาลฎีกาสหรัฐฯ ในคดี Diamond v Chakrabarty นี้ ถือเป็นบรรทัด ฐานของการคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพ พที่มีอิทธิพลไม่เฉพาะแต่คำพิพากษาต่อ ๆ มาในสหรัฐฯ หากแต่ยังถูกนำมาใช้เป็นแนวทางในการตัดสินคดีของศาลในประเทศอื่นด้วย

แนวทางที่เปิดกว้างมากขึ้นต่อการคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพ ได้รับการตอบสนองทั้ง ในด้านบวกและด้านลบจากสังคม ปฏิกริยาในเชิงบวกโดยส่วนใหญ่จะมาจากบรรดาวิสาหกิจที่ทำธุรกิจ

เกี่ยวกับเทคโนโลยีชีวภาพ ไม่ว่าจะเป็นอุตสาหกรรมยา อาหาร การเกษตรและอื่น ๆ แต่ในทางตรงกันข้าม การคุ้มครองการประดิษฐ์ในสิ่งมีชีวิตก็ได้รับการคัดค้านจากองค์กรต่าง ๆ ในสังคม โดยเฉพาะในด้านที่ก่อให้เกิดผลกระทบทางศีลธรรม และผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อม

อย่างไรก็ดี เนื่องจากทั้งอนุสัญญาสตราสบูร์กและอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปมิได้ให้นิยามของคำว่า “พันธุ์พืช” “พันธุ์สัตว์” และ “กรรมวิธีทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชหรือสัตว์” เอาไว้ จึงทำให้เกิดปัญหาในการตีความและในการบังคับใช้กฎหมายเป็นอย่างมากโดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อข้อความที่คล้ายคลึงกันนั้นได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในข้อ 27 (3) (บี) ของความตกลงทริปส์ ในที่นี้จะอธิบายหลักการคุ้มครองการประดิษฐ์ดังกล่าวเป็นประเด็นไป โดยจะอาศัยแนวคำวินิจฉัยและแนวปฏิบัติของสำนักงานสิทธิบัตรยุโรป (European Patent Office) เป็นเกณฑ์

4.5 สรุปปัญหาการใช้กฎหมายสิทธิบัตรต่อการประดิษฐ์สิ่งมีชีวิต มีดังนี้

1. เป็นการยากที่จะเขียนรายละเอียดสิ่งประดิษฐ์สิ่งมีชีวิตให้มีรายละเอียดสมบูรณ์เพื่อไปผลิตใหม่ได้ เพราะสิ่งมีชีวิตมีโครงสร้างที่ซับซ้อนกว่าสิ่งประดิษฐ์ ที่ไม่มีโครงสร้างที่ซับซ้อน
2. การเขียนพรรณนาตัวอักษรไม่อาจเพียงพอต่อรายละเอียดที่จำเป็นแก่การเปิดเผย
3. แม้ว่าจะได้มีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยวิธีการฝากตัวอย่างเซลล์หรือยีนส์หรือเนื้อเยื่อหรือสเปิร์มสัตว์ ก็ยังเป็นเพียงมาตรการเสริมเท่านั้น

บทที่ 5

กฎหมายสิทธิบัตรกับการประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิต (การคุ้มครองพันธุ์สัตว์)

5.1 ความหมายการประดิษฐ์ตามกฎหมายของสหภาพยุโรป

ในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นการประดิษฐ์หรือเป็นเพียงการค้นพบนั้น สำนักงานสิทธิบัตรยุโรป ได้กำหนดแนวปฏิบัติดังนี้

“สิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติเป็นเพียงการค้นพบที่ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ อย่างไรก็ตาม หากสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาตินั้นจำเป็นต้องผ่านการสกัดจากสภาพแวดล้อมที่เป็นอยู่ โดยใช้กรรมวิธีที่ได้รับการพัฒนาขึ้น เช่นนี้กรรมวิธีดังกล่าวเป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรได้ ยิ่งกว่านั้น ถ้าสิ่งดังกล่าวเป็นสิ่งที่สามารถกำหนดรูปลักษณะได้โดยถูกต้อง ไม่ว่าจะโดยโครงสร้างของสิ่งนั้น หรือโดยวิธีการในการทำให้ได้มาซึ่งสิ่งดังกล่าว หรือโดยตัวแปรอย่างอื่น และถ้าสิ่งนั้นเป็น “สิ่งใหม่” อย่างสิ้นเชิง ด้วยการไม่เคยปรากฏมาก่อน เช่นนี้ถือว่าสิ่งนั้นโดยตัวเองเป็นสิ่งที่อาจได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตร ตัวอย่างของกรณีดังกล่าวได้แก่ สิ่งซึ่งถูกค้นพบโดยอาศัยจุลชีพในการผลิต” (Part C, Chapter IV , 21)

จากแนวปฏิบัติที่กำหนดโดยสำนักงานสิทธิบัตรยุโรปดังกล่าว สิ่งที่พบตามธรรมชาติ ถือเป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรได้ ถ้าหากว่าการพบสิ่งนั้นจำเป็นต้องมีการสกัดสิ่งดังกล่าวออกจากสภาพแวดล้อมตามธรรมชาติเสียก่อน ที่ได้จากการสกัดจากสิ่งมีชีวิตตามธรรมชาติโดยอาศัยกรรมวิธีทางวิทยาศาสตร์ เช่น ยีน ดีเอ็นเอ อินซูลิน ฯลฯ รวมทั้งกรรมวิธีในการสกัดสิ่งดังกล่าว ไม่ถือว่าเป็นการค้นพบ หากแต่เป็นการประดิษฐ์ที่อาจได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตร

อย่างไรก็ดี แนวปฏิบัติในลักษณะดังกล่าวมิได้ถูกกำหนดไว้ในความตกลงทริปส์ ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกไม่จำเป็นต้องให้การรับรองแนวปฏิบัติดังกล่าวของสำนักงานสิทธิบัตรยุโรป

5.2 ความหมายการประดิษฐ์ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นการประดิษฐ์หรือไม่นั้น กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ใช้เกณฑ์ดังนี้

“สิ่งใดจะมีอยู่แล้วตามธรรมชาติหรือไม่มิใช่สิ่งสำคัญ ความสำคัญอยู่ที่ว่าได้การใช้กรรมวิธีทางเทคนิค เพื่อผลิตสิ่งดังกล่าวได้หรือไม่ หรือว่า สิ่งดังกล่าวเป็นสิ่งที่อาจนำไปประยุกต์ใช้ในทางเทคนิคหรือในทางอุตสาหกรรมได้หรือไม่”

ซึ่งอาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า สิ่งที่เป็นผลผลิตของธรรมชาติโดยตรงที่อาจบ่งระบุตัวได้ในสภาพตามธรรมชาติ เช่น แร่ธาตุต่างๆ ไม่ถือว่าเป็นสิ่งที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ แต่ สำหรับสิ่งที่แม้จะมีอยู่ในธรรมชาติแต่การกำหนดตัวไม่อาจกระทำได้ ยกเว้นจะต้องทำการสกัดหรือแยกสิ่งดังกล่าวออกมาจากสภาพแวดล้อมตามธรรมชาติด้วยวิธีการทางเทคนิคเสียก่อน เช่น สารอัลคาลอยด์สไนเฟ็กซ์ ถือว่าเป็นการประดิษฐ์ เพราะเป็นสารที่ได้จากการสกัดจากพืชโดยใช้กรรมวิธีทางเทคนิค (Utermann 1978 : 417)

คำพิพากษาของศาลสูงของสหรัฐฯ ในคดี Diamond v Chakrabarty ซึ่งตัดสินในปี ค.ศ. 1980 (206 USP 193 (1980))

ข้อเท็จจริงและแนวคำพิพากษาของคดี Diamond v Chakrabarty มีอยู่ว่า ได้มีการขอรับสิทธิบัตรในแบคทีเรียชนิดหนึ่งต่อสำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ โดยแบคทีเรียดังกล่าวได้ถูกสร้างขึ้นโดยใช้กรรมวิธีทางจุลชีววิทยา แบคทีเรียที่สร้างขึ้นนี้มีคุณสมบัติที่สามารถกำจัดคราบไขมันที่ลอยอยู่บนผิวน้ำ ซึ่งจะเป็นประโยชน์อย่างมากต่อการทำความสะอาดแหล่งน้ำที่ปนเปื้อนคราบไขมัน

ประเด็นข้อขัดแย้งในการพิจารณาคำขอรับสิทธิบัตรดังกล่าวคือ การประดิษฐ์ในสิ่งมีชีวิตเป็นสิ่งที่อาจนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ตามกฎหมายหรือไม่ เมื่อคดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกาสหรัฐฯ ศาลได้ตัดสินว่าการประดิษฐ์ดังกล่าวเป็นการประดิษฐ์ที่อาจนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ โดยศาลฎีกาให้เหตุผลว่า กฎหมายสิทธิบัตรไม่ได้แยกความแตกต่างระหว่างการประดิษฐ์ที่ไม่มีชีวิตกับการประดิษฐ์ที่มีชีวิต กฎหมายเพียงแต่กำหนดว่าสิ่งที่จะได้รับคุ้มครองตามกฎหมายต้องเป็นผลงานของมนุษย์ มิใช่สิ่งที่เกิดเองตามธรรมชาติ กฎหมายสิทธิบัตรมิได้ปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่สิ่งนั้นเป็นสิ่งมีชีวิต ศาลฎีกาสหรัฐฯยังได้กล่าวสรุปไว้ด้วยว่า กฎหมายสิทธิบัตรสหรัฐฯ เปิดโอกาสให้มีการคุ้มครอง “สิ่งใด ๆ ก็ตามที่อยู่ภายใต้ดวงอาทิตย์ซึ่งทำขึ้นโดยมนุษย์” (Anything under the sun made by man)

คำพิพากษาของศาลฎีกาสหรัฐฯ ในคดี Diamond v Chakrabarty นี้ ถือเป็นบรรทัดฐานของการคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพ ที่มีอิทธิพลไม่เฉพาะแต่คำพิพากษาต่อ ๆ มาในสหรัฐฯ หากแต่ยังถูกนำมาใช้เป็นแนวทางในการตัดสินคดีของศาลในประเทศอื่นด้วย

5.3 ความหมายการประดิษฐ์ตามกฎหมายของประเทศไทย

มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 บัญญัติว่า

"การประดิษฐ์" หมายความว่า การคิดค้นหรือคิดทำขึ้น อันเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใดชิ้นใหม่ หรือการกระทำใด ๆ ที่ทำให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธี

จากแนวคำนิยามในมาตรา 3 “การประดิษฐ์” หมายความว่าถึง แนวทางการแก้ไขปัญหาด้านเทคนิคอย่างหนึ่ง ซึ่งแนวทางการแก้ไขปัญหานั้นอาจเกิดจากการนำความรู้ต่างๆที่มีอยู่ไปประยุกต์ให้เกิดเป็นผลอย่างหนึ่งอย่างใดในทางปฏิบัติ การประดิษฐ์นั้นนอกจากเป็นสิ่งที่เกิดจากการพัฒนาความคิดค้นทางปัญญาของบุคคลแล้ว ก็ยังจะต้องมีคุณสมบัติที่อาจนำไปใช้ประโยชน์ในการผลิตทางอุตสาหกรรมได้อีกด้วย

และสำหรับ “กฎเกณฑ์ของธรรมชาติ” นั้น ย่อมไม่อาจจะเป็นการประดิษฐ์ได้ เพราะเป็นสิ่งที่เป็นนามธรรมที่ไม่อาจนำไปใช้ให้เกิดในทางปฏิบัติ ตามมาตรา 9¹² แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 บัญญัติว่า

“การประดิษฐ์ดังต่อไปนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ

- (1) จุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สัตว์พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช
- (2) กฎเกณฑ์และทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์และคณิตศาสตร์
- (3) ระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์
- (4) วิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคมมนุษย์ หรือสัตว์
- (5) การประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีอนามัย หรือ สวัสดิภาพของประชาชน”

จึงสรุปได้ว่ากฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยไม่ ให้การคุ้มครองแก่เทคโนโลยีชีวภาพ (รวมถึงการประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับสัตว์) ไม่ว่าสิ่งนั้นจะเกิดขึ้นตามธรรมชาติหรือเป็นการประดิษฐ์คิดค้นด้วยมนุษย์ก็ตาม

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า

การค้นพบ (Discovery) ถือเป็นสิ่งที่กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศต่าง ๆ ไม่ให้ความคุ้มครอง ทั้งนี้ เพราะการค้นพบมิใช่สิ่งที่เกิดจากการประดิษฐ์คิดค้นของมนุษย์ หากแต่เกิดขึ้นเองตาม

¹² มาตรา 9 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535

ธรรมชาติ บุคคลเพียงแต่ไปค้นพบเท่านั้น สิ่งที่อยู่ว่าเป็นการค้นพบก็เช่น กฎเกณฑ์และทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์ สูตรการคำนวณทางคณิตศาสตร์และเรขาคณิต ฯลฯ ในทางตรงกันข้าม

การประดิษฐ์ (Invention) เป็นงานของการคิดค้นทางปัญญาของมนุษย์ที่สามารถนำไปใช้ในกระบวนการผลิตทางอุตสาหกรรมได้

อย่างไรก็ดี การจำแนกความแตกต่างของการประดิษฐ์และการคิดค้นก็มีใช้สิ่งนี้อาจกระทำได้โดยง่าย โดยเฉพาะในกรณีของการประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพ ทั้งนี้เพราะว่าโดยการใช้กรรมวิธีทางเทคโนโลยีชีวภาพ มนุษย์จะสามารถสร้างและผลิตสิ่งที่มีลักษณะเป็นอย่างเดียวกันกับสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติได้ ดังเช่นในกรณีสถาบันโรสลินในสกอตแลนด์ ได้สร้างแกะตัวหนึ่งขึ้นโดยอาศัยกรรมวิธีการโคลนนิ่ง (Cloning) แกะดังกล่าวได้ถูกสร้างขึ้นจากการเพาะเลี้ยงเนื้อเยื่อจากเซลล์ของแกะตัวเมีย แกะที่เกิดขึ้นจากการสร้างโดยกรรมวิธีทางวิทยาศาสตร์กับแกะที่มีอยู่ตามธรรมชาติมิได้มีลักษณะทางกายภาพที่แตกต่างกัน ในทางตรงกันข้าม แกะที่เกิดจากการโคลนนิ่งกลับมีลักษณะทางพันธุกรรมที่เหมือนกับแกะต้นแบบทุกประการ

5.4 ความแตกต่างระหว่างการประดิษฐ์และการค้นพบ

1. การประดิษฐ์เป็นแนวทางการแก้ไขปัญหทางเทคนิคที่อาจนำไปใช้เพื่อการผลิตในทางอุตสาหกรรม แต่การค้นพบ หมายถึง การอธิบายปรากฏการณ์ธรรมชาติด้วยทฤษฎีหรือกฎเกณฑ์ทางวิทยาศาสตร์หรือคณิตศาสตร์
2. การค้นพบนั้นมีประโยชน์ต่อมนุษย์ในการเพิ่มพูนความรู้ แต่การประดิษฐ์นอกจากจะช่วยในการเพิ่มพูนความรู้แล้วยังอำนวยความสะดวกในการดำรงชีวิตของมนุษย์อีกด้วย

บทที่ 6

กฎหมายสิทธิบัตรเกี่ยวกับการคุ้มครองพันธุ์สัตว์

6.1 กฎหมายต่างประเทศ :

6.1.1 กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกา เกี่ยวกับการคุ้มครองพันธุ์สัตว์

ในสหรัฐอเมริกา ก่อนหน้าคดี *Daimond v Chakrabarty* ที่ศาลฎีกาสหรัฐฯ ตัดสินเป็นบรรทัดฐานนั้น สำนักงานสิทธิบัตรและศาลสหรัฐฯ มักใช้หลัก “ผลผลิตของธรรมชาติ” (product of nature) โดยถือว่าเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเองและมีอยู่ตามธรรมชาติมิใช่การประดิษฐ์ที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้

คำพิพากษาของศาลและคำวินิจฉัยของสำนักงานสิทธิบัตรก็ยึดถือหลักการนี้มาโดยตลอด จนกระทั่งศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาในคดี *Daimond v Chakrabarty* ต่อไปนี้เป็นแนวคำวินิจฉัยของศาลในช่วงก่อนคดี *Daimond v Chakrabarty*

คดี *Ex parte Grayson*, 51 USBQ (BNA) 413 (PTO Bd. App. 1941) ซึ่งเกี่ยวข้องกับคำขอรับสิทธิบัตรที่ได้มีการนำเอาศรีษะและเส้นเลือดดำส่วนหัวออกไป ผู้ขอรับสิทธิบัตรอ้างว่าการประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรนี้แตกต่างจากกึ่งตามธรรมชาติ และเป็นประโยชน์ในการใช้ประกอบอาหาร คณะกรรมการอุทธรณ์ของสำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ พิจารณาแล้วมีความเห็นว่า การขอรับสิทธิบัตรในส่วนหนึ่งส่วนใดของสัตว์เป็นสิ่งที่ไม่อาจกระทำได้ เนื่องจากการประดิษฐ์ดังกล่าวเป็นผลผลิตของธรรมชาติ

คดี *In re Merat*, 519 F.2d 1390 (CCPA 1975) ผู้ประดิษฐ์ในคดีนี้ได้ทำการสกัดยีนชนิดหนึ่งจากไก่ ซึ่งยีนนี้ทำหน้าที่ควบคุมขนาดของไข่ โดยทำให้ไข่มีขนาดที่แคระแกรน การค้นพบนี้สามารถนำไปใช้ประโยชน์ในการผลิตไข่แคระ ซึ่งเมื่อนำไปผสมพันธุ์กับไก่ปกติทั่วไปแล้วจะทำให้ได้ลูกไก่ที่มีเนื้อแน่นเหมาะแก่การเพาะเลี้ยงเป็นไก่เนื้อต่อไป ผู้ประดิษฐ์ได้ขอรับสิทธิบัตรในกรรมวิธีการผลิตไก่โดยใช้ไก่ที่แคระแกรนเป็นพ่อพันธุ์ และผลิตพันธุ์ที่ได้มาจากการใช้กรรมวิธีดังกล่าว อันได้แก่ ไก่ที่เกิดขึ้นจากการผสมพันธุ์ของไก่ที่ แคระแกรนนั้น คณะกรรมการอุทธรณ์ของสำนักงานสิทธิบัตรวินิจฉัยว่า กรรมวิธีที่ขอรับสิทธิบัตรนี้มิใช่การประดิษฐ์ เนื่องจากมิได้เป็นกรรมวิธีทางเทคนิค ด้วยเหตุนี้ ไก่ที่เกิดจากการใช้กรรมวิธีดังกล่าวก็ไม่ได้การประดิษฐ์เช่นเดียวกัน หากแต่เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ

คำวินิจฉัยในสองคดีนี้ได้แสดงว่า คำขอรับสิทธิบัตรที่เกี่ยวกับสิ่งมีชีวิตไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นการประดิษฐ์ที่กฎหมายสิทธิบัตรให้การคุ้มครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการการประดิษฐ์ในคดี *In re Merat* ที่เป็นกรรมวิธีที่อาศัยธรรมชาติเป็นส่วนสำคัญ โดยไม่ปรากฏว่าการแทรกแซงของมนุษย์มีส่วนสำคัญต่อการสร้างผลงานที่เกิดขึ้น

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ในช่วงแรกที่มีการขอรับสิทธิบัตรในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพ สำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ ไม่ถือว่า กรรมวิธีปรับปรุงพันธุ์สัตว์และผลผลิตของกรรมวิธีดังกล่าวเป็นการประดิษฐ์ที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้

คดี *Daimond v Chakrabarty*, 206 USPQ 193 (1980) ซึ่งตัดสินในปี 1980 นับเป็นคดีแรกที่ศาลฎีกาสหรัฐฯ ได้ตัดสินว่าสิ่งมีชีวิตที่เป็นผลงานการพัฒนาของมนุษย์ ซึ่งมีได้เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ เป็นการประดิษฐ์ที่อาจนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ คำพิพากษาของศาลฎีกาในคดี *Daimond v Chakrabarty* นี้ ถือเป็นบรรทัดฐานของคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพ

หลังจากคำพิพากษาศาลฎีกาในคดี *Daimond v Chakrabarty* ต่อมาได้มีคำวินิจฉัยของสำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ อีกหลายคดี โดยสำนักงานสิทธิบัตรได้ มีคำวินิจฉัยที่แตกต่างไปจากแนวทางที่ถือปฏิบัติมาโดยตลอด ด้วยการอนุญาตให้มีการขอรับสิทธิบัตรในการประดิษฐ์ที่เป็นสัตว์หากสิ่งนั้นเกิดขึ้นจากการพัฒนาของมนุษย์ ดังปรากฏในคดีต่อไปนี้

คดี *Ex parte Allen*, 2 USPQ (BNA) 1425 (PTO Bd. App. & Int. 1987) เกี่ยวข้องกับคำขอรับสิทธิบัตรกรรมวิธีการผลิตหอยมุกที่มีโครโมโซมในเซลล์ไซเมติกจำนวนสามชุด ซึ่งมากกว่าหอยมุกทั่วไปที่มีโครโมโซมเพียงสองชุด (polyploidy oysters) รวมทั้งเป็นการขอรับสิทธิบัตรในตัวหอยมุกด้วย ประโยชน์ของหอยมุกชนิดนี้ก็คือ สามารถที่จะเลี้ยงดูและเติบโตได้รวดเร็วกว่าหอยมุกทั่วไป

ในเบื้องต้น เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาคำขอได้มีความเห็นไม่รับคำขอดังกล่าว เนื่องจากหอยมุกเป็นสิ่งมีชีวิตจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของสิ่งที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ในมาตรา 101 ของกฎหมายสิทธิบัตร (35 USC s. 101) ซึ่งบัญญัติว่า

“กรรมวิธีใดๆที่ใหม่และมีประโยชน์ เครื่องจักรกล การผลิต หรือการประกอบเข้าด้วยกันของสิ่งต่างๆ ... รวมทั้งการปรับปรุงให้ดีขึ้นซึ่งสิ่งที่กล่าวมานั้น”

ต่อมาเมื่อคดีได้ขึ้นมาสู่การพิจารณาของคณะกรรมการอุทธรณ์ คณะกรรมการอุทธรณ์ได้มีคำวินิจฉัยให้ออกสิทธิบัตรให้แก่การประดิษฐ์ดังกล่าว โดยอ้างอิงคำพิพากษาศาลฎีกาในคดี *Daimond v Chakrabarty* ดังนี้

“ประเด็นในเรื่องนี้มีอยู่ว่า การประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรเป็นสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรได้ตามมาตรา 101 หรือไม่ กล่าวคือ เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากการคิดค้นและพัฒนาของมนุษย์ หากสิ่งดังกล่าวเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ สิ่งนั้นก็ไม่ใช่สิ่งที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ตามมาตรา 101 ซึ่งในกรณีนี้หอยมุกเป็นผลิตภัณฑ์ที่เกิดขึ้นจากกรรมวิธีทางเทคนิคที่พัฒนาและควบคุมโดยนักประดิษฐ์ จึงมีลักษณะเป็นการผลิต (manufactures) ตามบทบัญญัติมาตรา 101 ของกฎหมายสิทธิบัตร” (2 USPQ (BNA) 1427)

หลังจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการอุทธรณ์ในคดีนี้ ในปี 1987 สำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ ได้ประกาศใช้เกณฑ์การตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรในการประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับสัตว์ โดยมีสาระสำคัญดังนี้

“สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าพิจารณาเห็นว่าสิ่งมีชีวิตหลายเซลล์ เช่น สัตว์ที่ไม่รวมถึงมนุษย์ ที่มีได้เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ เป็นสิ่งที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ตามบทบัญญัติมาตรา 101 แห่งกฎหมายสิทธิบัตร ... แต่คำขอรับสิทธิบัตรที่เกี่ยวกับหรือที่รวมถึงมนุษย์ จะไม่ได้รับการพิจารณาว่าเป็นการประดิษฐ์ที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ตามบทบัญญัติมาตรา 101 แห่งกฎหมายสิทธิบัตร ทั้งนี้เพราะการให้สิทธิเด็ดขาดในทางทรัพย์สินเหนือมนุษย์เป็นสิ่งต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ” (1077 Official Gazette Patent Office 24 (April 7, 1987))

กฎเกณฑ์การตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรนี้ได้แสดงให้เห็นว่านับตั้งแต่ปี 1987 เป็นต้นมา กฎหมายสิทธิบัตรสหรัฐฯ เปิดโอกาสให้มีการขอรับสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตหลายเซลล์เช่นสัตว์ได้ ยกเว้นการประดิษฐ์นั้นจะเป็นมนุษย์หรือเกี่ยวข้องกับมนุษย์ ซึ่งกฎหมายได้รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมที่ 13 ได้กำหนดห้ามการนำคนลงเป็นทาส (slavery) เอาไว้

จากแนวปฏิบัติดังกล่าว สำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ ได้ออกสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตหลายเซลล์เป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ 2 เมษายน ค.ศ. 1988 โดยให้การคุ้มครองสัตว์ วัตต์แปลงพันธุกรรม (transgenic animal) อันได้แก่ หนูที่ได้รับเปลี่ยนแปลงพันธุกรรมโดยกรรมวิธีถ่ายโอนยีนมะเร็ง (Harvard Mouse) นักวิทยาศาสตร์แห่งมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ดได้สร้างหนูดังกล่าวด้วยนำเซลล์มะเร็ง (onco-gene) ใส่เข้าไปในตัวหนู ประโยชน์ของหนูที่มีการกล่าวอ้างก็คือ การใช้ประโยชน์ในทางการแพทย์โดยใช้เป็นต้นแบบของการศึกษาวิจัยโรคมะเร็งในมนุษย์

คดี John Moore เป็นคดีที่น่าสนใจอีกคดีหนึ่ง โดยคดีนี้เกี่ยวกับการขอรับสิทธิบัตรในสารสกัดที่ได้จากร่างกายมนุษย์

ข้อเท็จจริงในคดีมีอยู่ว่า นายจอห์น มัวร์ (John Moore) เป็นชาวแคลิฟอร์เนีย ได้ป่วยเป็นโรคมะเร็งเม็ดเลือดขาวชนิดหนึ่งเรียกว่า “แฮร์ริ-เซลล์-ลิวคีเมีย” นายจอห์น มัวร์ ได้เข้ารับการรักษาที่โรงพยาบาลของมหาวิทยาลัยยูซีแอลเอ ในแคลิฟอร์เนีย แพทย์ได้ผ่าตัดเอา้ามของนายจอห์น มัวร์ที่มีขนาดใหญ่มากออก อันเป็นขั้นตอนหนึ่งของการรักษาพยาบาลนายแพทย์ผู้รักษาได้นำเอ้ามที่ตัดออกไปนั้นไปทำการวิจัย เนื่องจากโรคแฮร์ริ-เซลล์-ลิวคีเมียนี้พบได้น้อยโดยมีอยู่ประมาณร้อยละ 2 ของโรคลิวคีเมียทั้งหมด แพทย์ได้ค้นพบเซลล์ชนิดหนึ่งจากตับของนายจอห์น มัวร์ จึงตั้งชื่อว่า “Mo Cell” และได้ทำการสกัดสารคัดหลั่งชนิดหนึ่งซึ่งเป็นสารโปรตีนที่มีคุณสมบัติช่วยกระตุ้นการเจริญของเซลล์เม็ดเลือดขาวแกรนูโลซัยท์และมาโครฟาจ ซึ่งมีความสำคัญอย่างมากต่อระบบภูมิคุ้มกันของร่างกายมนุษย์ โดยเฉพาะคนไขที่ป่วยเป็นโรคมะเร็งและโรคเอดส์

นายแพทย์และมหาวิทยาลัยได้ขอรับสิทธิบัตรในสารสกัดดังกล่าวในปี 1984 และต่อมาสำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ ก็ได้ออกสิทธิบัตรให้แก่การประดิษฐ์ดังกล่าว และได้ขายสิทธิตามสิทธิบัตรดังกล่าวให้แก่บริษัทยาชื่อ แชนดอซ เป็นจำนวนเงินมหาศาล ต่อมาเมื่อข่าวถูกเปิดเผยแพร่ออกไป นายจอห์น มัวร์ ได้ยื่นฟ้องนายแพทย์ผู้ทำการรักษาพยาบาลตนและโรงพยาบาลยูซีแอลเอ แต่ในที่สุดศาลฎีกาแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียก็ได้พิพากษายกฟ้องของจอห์น มัวร์ โดยตัดสินว่านายมัวร์ไม่มีสิทธิใดๆในสิทธิบัตรดังกล่าว

กล่าวโดยสรุป นับจากคดี Daimond v Chakrabarty เป็นต้นมา สำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ ได้อนุญาตให้มีการขอรับสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตต่างๆ โดยเริ่มต้นจากจุลชีพไปสู่กรรมวิธีการผลิตพืชหรือสัตว์ สารสกัดที่ได้จากพืชหรือสัตว์ ตลอดจนพืชและสัตว์โดยตรง จนในที่สุดสำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ ได้ออกสิทธิบัตรให้แก่สารสกัดจากร่างกายของมนุษย์ ซึ่งนับว่าในปัจจุบันกฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐฯ ได้ให้การคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพอย่างกว้างขวาง ครอบคลุมการประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพเกือบทุกชนิด อาจกล่าวได้ว่าการประดิษฐ์ในสาขาดังกล่าวเพียงชนิดเดียวที่ไม่ได้รับการคุ้มครองในสหรัฐฯ (เนื่องจากยังไม่เคยมีการขอรับสิทธิบัตรต่อสำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ) ก็คือ การประดิษฐ์ในมนุษย์โดยตรงซึ่งก็เป็นที่น่าสนใจว่า หากมีการขอรับสิทธิบัตรในมนุษย์ สำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ จะมีคำวินิจฉัยเป็นประการใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากมนุษย์ที่มีการขอรับสิทธิบัตรนั้นเกิดขึ้นจากผลงานการสร้างสรรค์ทางปัญญาของบุคคล โดยได้เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาในคดี Daimond v Chakrabarty ที่ว่ากฎหมายสิทธิบัตรสหรัฐฯ เปิดโอกาสให้มีการคุ้มครองสิ่งใดๆ ก็ตามที่อยู่ภายใต้ดวงอาทิตย์ซึ่งทำขึ้นโดยมนุษย์ (anything under the sun made by man)

6.1.2 อนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปเกี่ยวกับการคุ้มครองพันธุ์สัตว์

เมื่อประเทศในยุโรปตกลงร่วมกันจัดทำอนุสัญญาสตราบูร์กในปี 1963 อนุสัญญาดังกล่าวได้มีบทบัญญัติให้อำนาจประเทศสมาชิกที่จะเลือกไม่คุ้มครองสิทธิบัตรในพันธุ์สัตว์ก็ได้ (Stasbourg Convention, Art.2 (2))¹³

การที่อนุสัญญาสตราบูร์กซึ่งเป็นต้นแบบของอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปไม่ให้ความคุ้มครองแก่พันธุ์สัตว์นั้น ในความเป็นจริงก็มิได้เกิดจากเหตุผลที่สลับซับซ้อนแต่ประการใด การที่ความตกลงระหว่างประเทศยกเว้นพันธุ์สัตว์ออกจากการคุ้มครองสิทธิบัตรนั้นมิได้เกิดจากเหตุผลทางด้านเศรษฐกิจหรือทางด้านจริยธรรม แต่เป็นเพราะว่าในขณะที่มีการจัดทำอนุสัญญาสตราบูร์ก (ค.ศ. 1963) วิทยาการในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพยังคงมีความก้าวหน้าไม่มากนัก ประเทศที่เข้าร่วมจัดทำอนุสัญญาดังกล่าวจึงต้องการที่จะหลีกเลี่ยงปัญหาเทคนิคในการจัดการสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต และก็เลือกที่จะหลีกเลี่ยงปัญหาโดยวิธีง่าย ๆ นั่นคือ ด้วยการยกเว้นไม่ให้การคุ้มครองแก่การประดิษฐ์เหล่านั้นเสีย

โดยบทบัญญัติในอนุสัญญาสตราบูร์ก ประเทศต่างๆ ในทวีป ยุโรปต่างก็เลือกที่จะไม่ให้ความคุ้มครองพันธุ์สัตว์ (ตลอดจนพันธุ์พืชและกรรมวิธีทางชีววิทยาสำหรับการผลิตพืชหรือสัตว์) ซึ่งการที่กฎหมายของประเทศต่างๆ มีบทบัญญัติห้ามการขอรับสิทธิบัตรไว้เช่นนี้แสดงว่าโดยทางทฤษฎี กรรมวิธีการปรับปรุงพันธุ์สัตว์หรือพันธุ์พืชเป็นสิ่งที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลเยอรมันในคดี Rote Taube (Red Dove), 1 IIC 136 (1970) ที่ตัดสินว่ากรรมวิธีการปรับปรุงพันธุ์สัตว์เป็นการประดิษฐ์ที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ และถึงแม้ว่าศาลเยอรมันจะปฏิเสธการขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ นั้นก็ตาม แต่การไม่ให้ความคุ้มครองก็เนื่องจากปัญหาเทคนิคของกฎหมายสิทธิบัตรในการเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์มิใช่การปรับปรุงพันธุ์สัตว์เป็นสิ่งที่กฎหมายมิได้ให้การคุ้มครอง

เมื่อมีการจัดทำอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปในปี 1973 บทยกเว้นที่ห้ามมิให้มีการคุ้มครองพันธุ์สัตว์ (รวมทั้งพันธุ์พืชและกรรมวิธีทางชีววิทยาที่จำเป็นสำหรับการผลิตพืชหรือสัตว์) ก็ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ข้อ 53 (บี) ของอนุสัญญาสิทธิบัตรของยุโรปด้วย ทั้งๆที่ก่อนหน้านี้ในปี 1969 ศาลสูงของประเทศเยอรมันก็ได้มีคำวินิจฉัยในคดี Red Dove แล้วว่า การประดิษฐ์ประเภทกรรมวิธีในการขยายพันธุ์สัตว์เป็นสิ่งที่อาจได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตร อันแสดงว่าเหตุผลในคำพิพากษาของประเทศเยอรมันในคดีดังกล่าว ไม่ได้มีอิทธิพลและไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะจูงใจให้ประเทศอื่นๆ ที่ร่วมในการจัดทำอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปเห็นคล้อยตามได้

¹³ "The Contracting States shall not be bound to provide for the grant of patents in respect of...

(b) ...animal varieties..."

มีข้อสังเกตว่าอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปนั้นแตกต่างจากอนุสัญญาสตราสบูร์ก กล่าวคือ อนุสัญญาสตราสบูร์กให้อำนาจประเทศสมาชิกใช้ดุลพินิจที่จะคุ้มครองพันธุ์สัตว์หรือไม่ก็ได้ แต่ อนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปได้ห้ามโดยเด็ดขาดมิให้มีการคุ้มครองพันธุ์สัตว์

เนื่องจากอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปห้ามออกสิทธิบัตรการประดิษฐ์ที่เป็นพันธุ์สัตว์ และการที่ในปัจจุบันยังไม่มี การจัดตั้งระบบกฎหมายเพื่อคุ้มครองพันธุ์ สัตว์เป็นการเฉพาะ ผลงานคิดค้น ที่เป็นพันธุ์สัตว์หรือเกี่ยวข้องกับส่วนหนึ่งส่วนใดของสัตว์ที่ได้พัฒนาขึ้นโดยกรรมวิธีทางเทคโนโลยีชีวภาพ จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายหรือไม่นั้น จึงขึ้นอยู่กับ การตีความบทบัญญัติ ในอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปเป็นสำคัญ โดยเฉพาะการตีความว่าสัตว์ที่พัฒนาขึ้นนั้น มีลักษณะที่เป็น “พันธุ์สัตว์” (animal varieties) ซึ่งกฎหมายสิทธิบัตรไม่ประสงค์จะให้มีการคุ้มครองหรือไม่

ปัญหาในเรื่องนี้ก็คือ อนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปมิได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “พันธุ์” (variety) ไว้เลย พจนานุกรม Webster’s ได้อธิบายคำว่า “พันธุ์” ไว้ดังนี้

“กลุ่มของสัตว์หรือพืชที่มีความสัมพันธ์กันทางสายพันธุ์ แต่แตกต่าง ไปจากกลุ่มสัตว์ หรือพืชอื่นที่คล้ายคลึงกันโดยความแตกต่างนั้นเกิดจากรูปร่างลักษณะซึ่งไม่มีความสม่ำเสมอหรือที่ไม่มีความสำคัญเพียงพอที่จะจัดเป็นอีกชนิดพันธุ์หนึ่ง หรือกลุ่มของสัตว์หรือพืชนั้นมีรูปร่างลักษณะที่ ขึ้นอยู่กับ การปรับปรุงพันธุ์ที่มีการควบคุมโดยมนุษย์ โดยมักจะใช้เรียกกลุ่มของสัตว์หรือพืชในระดับ ต่ำกว่าชนิดพันธุ์”

จากคำนิยามข้างต้นอาจสรุปได้ว่า คำว่า “พันธุ์สัตว์” นั้นน่าจะหมายถึงความถึงกลุ่ม ของสัตว์ที่มีความแตกต่างจากสัตว์ทั่วไป แต่ความแตกต่างนั้นก็ เป็นเพียงเล็กน้อยที่ไม่ทำให้สัตว์ใน กลุ่มนั้นมีลักษณะเป็น “ชนิดพันธุ์” (species) นอกจากนี้คำว่า “พันธุ์” ยังอาจใช้เรียกกลุ่มของสัตว์ (หรือพืช) ที่เกิดจากการปรับปรุงพันธุ์ของนักวิทยาศาสตร์อีกด้วย

จากปัญหาสำคัญของการขอรับสิทธิบัตรตามอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปก็คือ การ ตีความถ้อยคำบทบัญญัติในข้อ 53 (บี) ที่ห้ามมิให้มีการคุ้มครองสิทธิบัตรในพันธุ์สัตว์นั้น จะมี ความหมายเป็นอย่างไร กล่าวคือ บทยกเว้นดังกล่าวจะรวมถึงสัตว์โดยทั่วไปหรือไม่ หรือคำว่า “พันธุ์สัตว์” ในบทบัญญัติดังกล่าวจะหมายถึงความถึงสัตว์ที่มีลักษณะเฉพาะเท่านั้น (Moufang 1989: 832-833)

ในคดีที่ T19/90, Harvard/Onco-mouse (OJ EPO (1990), 476) คณะกรรมการ ตรวจสอบคำขอของสำนักงานสิทธิบัตรยุโรป (EPO Examining Division) ได้มีคำชี้ขาดยินยอมให้มีการออกสิทธิบัตรแก่การประดิษฐ์ที่เป็นสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนม โดยการประดิษฐ์ดังกล่าวได้ แก่ หนูที่รับ

การเปลี่ยนแปลงพันธุกรรมโดยกรรมวิธีถ่ายโอนยีน นักวิทยาศาสตร์ได้สร้างหนูดังกล่าวด้วยการนำ เซลล์มะเร็ง (onco gene) ใส่เข้าไปในตัวหนู มหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ดในสหรัฐฯ ผู้เป็นเจ้าของการ ประดิษฐ์ดังกล่าว ได้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรโดยอ้างว่า หนูที่ นำมาขอรับสิทธิบัตรนั้นจะเป็นประโยชน์ ต่อวงการแพทย์ในการใช้เป็นต้นแบบของการศึกษาวิจัยโรคมะเร็ง การประดิษฐ์นี้ได้ยื่นขอรับสิทธิบัตร ในสหรัฐฯ มาก่อน โดยสำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ ได้ออกสิทธิบัตรในการประดิษฐ์ดังกล่าวในปี 1988 กล่าวคือสิทธิบัตรเลขที่ US Patent No. 4,736,866, 1089 OGPO 703 (April 12, 1988) ดังที่กล่าวแล้วในตอนต้น

เมื่อมีการขอรับสิทธิบัตรในการประดิษฐ์นี้ต่อสำนักงานสิทธิบัตรยุโรปในปี 1989 นั้น ในเบื้องต้น คณะกรรมการตรวจสอบคำขอของสำนักงานสิทธิบัตรมีความเห็นให้ยกคำขอดังกล่าวเสีย โดยอาศัยเหตุผลหลายประการ อันได้แก่ การประดิษฐ์ตามคำขอเป็นการประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับพันธุ์สัตว์ ชนิดใหม่ (a new animal variety) ซึ่งต้องห้ามมิให้มีการคุ้มครองโดยอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป คณะกรรมการตรวจสอบคำขอยังได้ให้ความเห็นด้วยว่า บทยกเว้นในข้อ 53 (บี) ของอนุสัญญามี เจตนารมณ์ที่จะไม่คุ้มครองสัตว์ทุกชนิด

ต่อมาได้มีการยื่นอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว คณะกรรมการอุทธรณ์ฝ่ายเทคนิค (EPO Technical Board of Appeals) ได้มีคำวินิจฉัยกลับคำสั่งของคณะกรรมการตรวจสอบคำขอ โดยให้ คณะกรรมการตรวจสอบคำขอทำการพิจารณาวินิจฉัยใหม่ในหลายประเด็น รวมทั้งประเด็นที่เกี่ยวกับ ความหมายของคำว่า “พันธุ์สัตว์” และประเด็นที่ว่า การประดิษฐ์ในสิ่งมีชีวิตที่มีการขอรับสิทธิบัตรนี้ เป็นการประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี (Public order and morality) หรือไม่

หลังจากพิจารณาทบทวนแล้ว คณะกรรมการ ตรวจสอบคำขอได้มีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติข้อ 53 (บี) ของอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปเป็นบทยกเว้นที่จำกัดตีความโดยเคร่งครัด บทบัญญัติดังกล่าวได้จำแนกความแตกต่างระหว่าง “สัตว์” (animals) กับ “พันธุ์สัตว์” (animal varieties) ไว้อย่างชัดเจน ด้วยเหตุนี้ข้อห้ามในข้อ 53 (บี) จึงควรใช้กับพันธุ์สัตว์เท่านั้น โดยไม่รวมถึง สัตว์ทั่วไปด้วย เนื่องจากการประดิษฐ์ตามคำขอดังกล่าวเกี่ยวกับหนูที่ได้รับการเปลี่ยนแปลงพันธุกรรม ด้วยการตัดต่อถ่ายยีนสัตว์อื่นใส่เข้าไปในโครโมโซมของหนู การประดิษฐ์ดังกล่าวจึงไม่ใช่ “พันธุ์สัตว์” ที่ ต้องห้ามมิให้มีการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร

สำหรับในประเด็นเรื่องการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี คณะกรรมการ ตรวจสอบคำขอมองเห็นว่า กรณีเช่นนี้จำเป็นต้องพิจารณาโดยการชั่งน้ำหนักเปรียบเทียบระหว่าง ความทุกข์ทรมานที่สัตว์ได้รับ รวมทั้งความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม ที่อาจเกิดจากการประดิษฐ์นั้น กับ ผลประโยชน์ที่มวลมนุษย์จะได้รับจากการคิดค้นวิธีการรักษาโรคมะเร็งมีน้ำหนักมากกว่าผลกระทบใน แง่ลบ ดังนั้นการประดิษฐ์ดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า อนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปมี บทบัญญัติที่ห้ามการคุ้มครองการประดิษฐ์ที่เป็นสัตว์อย่างชัดเจน แต่ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม (ซึ่งเป็นไปได้ว่า อาจมีปัจจัยทางการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยเฉพาะการลอบบี้ของอุตสาหกรรมเทคโนโลยีชีวภาพ) สำนักงานสิทธิบัตรยุโรปได้ใช้วิธีการตีความถ้อยคำในอนุสัญญาเพื่อเปิดโอกาสให้มีการขอรับสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต (Vossius 1990: 250-254)

เนื่องจากคำวินิจฉัยในคดี Harvard/Onco-mouse ที่ค่อนข้างจะเปิดกว้างต่อการคุ้มครองสัตว์ตัดแต่งพันธุกรรม (transgenic animals) ดังเช่นหนูของมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ดในปัจจุบันได้มีการขอรับสิทธิบัตรในการประดิษฐ์ลักษณะนี้จำนวนมาก การประดิษฐ์ที่อยู่ในระหว่างการขอรับสิทธิบัตรต่อสำนักงานสิทธิบัตรยุโรปก็เช่น

- คำขอรับสิทธิบัตรในแกะชื่อ “เทรซี่” (Tracy) ซึ่งเป็นแกะที่เกิดจากการตัดแต่งพันธุกรรม โดยมีการนำยีนของมนุษย์ใส่เข้าไปในโครโมโซมของแกะ ซึ่งจะทำให้แกะเทรซี่ผลิตโปรตีนของมนุษย์ ซึ่งด้วยวิธีการเช่นนี้จะสามารถผลิตโปรตีนต่างๆ ของมนุษย์ที่เป็นประโยชน์ในทางการแพทย์ เช่น อินซูลิน (human insulin) พลาสมิโนเจน แอคติเวเตอร์ส์ (plasminogen activators) เป็นต้น (Schatz 1998: 3)
- คำขอรับสิทธิบัตรที่เกี่ยวกับสาร สกัดจากร่างกายของมนุษย์ เรียกว่าคำขอ “Relaxin Application” โดยคำขอดังกล่าวเกี่ยวกับยีนของมนุษย์ที่สกัดออกมาเพื่อนำไปใช้ในการผลิตยาริแลคซิน (Relaxin) นั้น เป็นฮอร์โมนที่ร่างกายของสตรีหลั่งออกมาจากรังไข่เพื่อผ่อนคลายกล้ามเนื้อในระหว่างคลอดบุตร เฉพาะแต่ในช่วงเวลาใกล้คลอดเท่านั้นที่ร่างกายของสตรีจึงจะหลั่งฮอร์โมนชนิดนี้ออกมา ผู้ประดิษฐ์ได้สกัดยีนออกจากเซลล์รังไข่ และนำไปไว้ในจีโนมของแบคทีเรียชนิดหนึ่ง ซึ่งเมื่อนำไปเพาะเลี้ยงในห้องทดลอง จะทำให้แบคทีเรียที่มีฮอร์โมนริแลคซินมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น ทำให้สามารถผลิตฮอร์โมนดังกล่าวในระดับอุตสาหกรรม เพื่อนำไปใช้ประโยชน์ในอุตสาหกรรมยาได้

คำขอรับสิทธิบัตรในการประดิษฐ์ทั้งสองนี้ ยังอยู่ในระหว่างการตรวจสอบและพิจารณาของสำนักงานสิทธิบัตรยุโรป ซึ่งยังไม่แน่ว่าสำนักงานสิทธิบัตรยุโรปจะออกสิทธิบัตรให้แก่การประดิษฐ์ดังกล่าวหรือไม่ ทั้งนี้เพราะการประดิษฐ์ดังกล่าวแตกต่างจากการประดิษฐ์ของมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด เนื่องจากเป็นการประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับสารสกัดจากร่างกายของมนุษย์ ในขณะที่หนูของมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ดไม่มีส่วนใดเกี่ยวข้องกับร่างกายมนุษย์เลยทั้งนี้ต้องตระหนักว่า สาธารณชนในสหภาพ ยุโรป ไม่ต้องการให้มีการคุ้มครองสิทธิบัตรในมนุษย์ เพราะเห็นว่าเป็นการขัดต่อศีลธรรม จริยธรรม และความเชื่อทางศาสนาของประชาชนในประเทศเหล่านั้น

6.2 กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทย¹⁴ :

6.2.1 หลักกฎหมายตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ของประเทศไทย

สิทธิบัตรตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 หมายความว่า หนังสือสำคัญที่ได้ออกให้เพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์ หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ อันเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ซึ่งไม่เคยมีใครสามารถประดิษฐ์คิดค้นได้มาก่อน รวมทั้งต้องเป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้นซึ่งไม่เป็นที่ประจักษ์โดยง่ายต่อบุคคลที่มีความชำนาญในระดับสามัญสำหรับการประดิษฐ์นั้นๆ และต้องเป็นการประดิษฐ์ที่สามารถนำมาประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ และให้หมายความรวมถึงสามารถนำไปประยุกต์ใช้ในกิจกรรมและพาณิชย์กรรมด้วย และผู้ทรงสิทธิบัตรมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะใช้คำว่า “สิทธิบัตรไทย” หรืออักษร สบท. หรืออักษรต่างประเทศที่มีความหมายเช่นเดียวกัน ให้ปรากฏที่ผลิตภัณฑ์ ภาชนะบรรจุหรือหีบห่อของผลิตภัณฑ์หรือในการประกาศโฆษณาการประดิษฐ์ตามสิทธิบัตร

6.2.2 ประเภทของสิทธิบัตร

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ได้แบ่งประเภทสิทธิบัตรออกเป็น 2 ประเภท คือ

1) สิทธิบัตรการประดิษฐ์

สิทธิบัตรการประดิษฐ์ หมายถึง การให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์คิดค้นที่เกี่ยวกับ

ก. ผลิตภัณฑ์ องค์ ประกอบ ส่วนประกอบ สารประกอบ ระบบ อุปกรณ์ โครงสร้าง เครื่องมือเครื่องใช้ หรือกลไกของผลิตภัณฑ์

ข. กรรมวิธีในการผลิต หรือ การปรับปรุงคุณภาพของผลิตภัณฑ์ให้ดีขึ้น เช่น กรรมวิธีทำให้เครื่องสูบน้ำได้ดีขึ้น เป็นต้น

ค. การใช้ผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีดังกล่าวข้างต้น

2) สิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์

สิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ หมายถึง การให้ความคุ้มครองความคิดสร้างสรรค์ที่เกี่ยวข้องกับ

¹⁴ สุพิศ ปราณีตพลกรัง , “กฎหมายสิทธิบัตร” , (พ.ศ. 2547) : 13-112

ก. รูปร่างลักษณะภายนอกของผลิตภัณฑ์ คือ ลักษณะหรือรูปร่างของผลิตภัณฑ์ซึ่งเป็นลักษณะ 3 มิติ คือความกว้าง ความยาวและความสูงของ ผลิตภัณฑ์ที่มองเห็นได้จากภายนอก ตัวอย่างเช่นรูปร่างของขวดน้ำหอม ซึ่งตัวขวดมีลักษณะเป็นรูปครึ่งวงกลม นาฬิกาข้อมือซึ่งมีหน้าปัดเป็นรูปสี่เหลี่ยม หรือ รูปร่างภาชนะต่างๆ ที่บรรจุสิ่งต่างๆไว้ข้างใน

ข. ลวดลายหรือสีของผลิตภัณฑ์ คือ ลวดลายหรือสีที่ทำให้เกิดขึ้นบนพื้น ผิวภายนอกของผลิตภัณฑ์ ตัวอย่างเช่น ลวดลายของพรมปูพื้น ลวดลายของ ผ้ามัดหมี่ ลวดลายของแก้วน้ำ เป็นต้น

6.2.3 การประดิษฐ์ที่มีคุณสมบัติขอรับสิทธิบัตรได้(PATENTABLE -INVENTION)

การประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้ต้องประกอบไปด้วยลักษณะ 3 ประการคือ

1. เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่
2. เป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น (Inventive Step)
3. เป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรม (Industrial Applicability)

1.) การประดิษฐ์ขึ้นใหม่ (Novelty)

การประดิษฐ์ไม่ว่าจะเป็นผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีที่ขอรับสิทธิบัตรได้นั้นจะต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ พ.ร.บ. สิทธิบัตรได้ให้ความหมายเกี่ยวกับการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ โดยบัญญัติว่า “การประดิษฐ์ขึ้นใหม่ได้แก่การประดิษฐ์ที่ไม่เป็นงานที่ปรากฏอยู่แล้ว ” โดยคำว่า “งานที่ปรากฏอยู่แล้ว (Prior art)” หมายถึงการประดิษฐ์ที่มีลักษณะดังนี้

ก. การประดิษฐ์ที่มีหรือใช้แพร่หลายอยู่แล้วในราชอาณาจักรก่อนวันขอรับสิทธิบัตร

ข. การประดิษฐ์ที่ได้มีการเปิดเผยสาระสำคัญหรือรายละเอียดในเอกสารหรือ สิ่งพิมพ์ที่ได้แพร่หลายอยู่แล้วไม่ว่าในหรือนอกราชอาณาจักรก่อนวันขอรับสิทธิบัตรและไม่ว่าการเปิดเผยนั้นจะกระทำโดยเอกสารสิ่งพิมพ์การนำออกแสดงหรือการเปิดเผยต่อสาธารณชนด้วยประการใด ๆ ยกเว้นแต่ว่าการเปิดเผยสาระสำคัญหรือรายละเอียดที่เกิดขึ้นเป็นผล มาจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายหรือการเปิดเผยสาระสำคัญหรือรายละเอียดโดยผู้ประดิษฐ์ รวมทั้งการแสดงผลงานของผู้ประดิษฐ์ในงานแสดง สินค้าระหว่างประเทศ หรือในงานแสดงต่อสาธารณชนต่อทางราชการ ให้ถือว่าการเปิดเผยสาระสำคัญและรายละเอียดดังกล่าวได้ภายในสิบสองเดือนก่อนยื่นการขอรับสิทธิบัตร

ค. การประดิษฐ์ที่ได้รับสิทธิบัตรไว้แล้ว ไม่ว่าจะในเรื่องนอกราชอาณาจักรก่อนวันขอรับสิทธิบัตร

ง. การประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรไว้แล้วนอกราชอาณาจักรเป็นเวลาเกินกว่าสิบสองเดือนก่อนวันขอรับสิทธิบัตร แต่ยังมีได้มีการออกสิทธิบัตรให้

จ. การประดิษฐ์ที่มีการขอรับสิทธิบัตรไว้แล้วในราชอาณาจักร และผู้ขอได้ละทิ้งคำขอรับสิทธิบัตร แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของผู้ประดิษฐ์ร่วม และบุคคลอื่นซึ่งมิใช่ผู้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตร

2.) ขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (Inventive Step)

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 บัญญัติว่า “การประดิษฐ์ที่มีขั้นก้าว การประดิษฐ์ที่สูงขึ้น ได้แก่การประดิษฐ์ที่ไม่เป็นที่ประจักษ์ได้โดยง่ายแก่บุคคลที่มีความชำนาญในระดับสามัญสำหรับงานประเภทนั้น” จากคำนิยามดังกล่าวอาจกล่าวอย่างง่าย ๆ ได้ว่า การประดิษฐ์ที่กฎหมายคุ้มครองจะต้องไม่ใช่ผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีที่ง่ายจนเกินไป หรือเป็นสิ่งที่สามารถคิด หรือทำได้โดยง่าย (obvious) ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าการประดิษฐ์ดังกล่าวต้องมีการปรับปรุงให้ดีขึ้นและได้ผลที่ไม่คาดคิด (unexpected) อีกทั้งยังเป็นการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากงานที่ปรากฏอยู่แล้วอีกด้วย

3.) การประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม (Industrial Applicability)

การประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้ต้องเป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ใช้ได้ ในทางอุตสาหกรรมอาจสรุปได้ว่าการประดิษฐ์จะต้องเป็นผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีที่สามารถทำให้เกิดขึ้นได้จริง และเป็นสิ่งที่สามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างเหมาะสม ตัวอย่างเช่น เครื่องจักรกลที่ผู้ประดิษฐ์ระบุสามารถใช้งานได้ตลอดเวลาโดยไม่มีกำหนด ซึ่งเป็นสิ่งที่ขัดกับหลักการทางวิทยาศาสตร์

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ระบุว่า “การประดิษฐ์สามารถประยุกต์ใช้ได้ ในทางอุตสาหกรรม ได้แก่ การประดิษฐ์ที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ทางอุตสาหกรรม รวมทั้ง หัตถกรรม เกษตรกรรม และพาณิชยกรรม ” บทบัญญัติดังกล่าวได้ขยายคำว่า “อุตสาหกรรม” ให้รวมถึงการผลิตในลักษณะอื่นๆ ด้วย กล่าวคือ ในด้านหัตถกรรม เช่น การผลิตทอผ้าโดยใช้หัตถกรรม เครื่องมือทางเกษตรอากิ จอบ เสียม และ เครื่องมือกรีดยาง และสิ่งๆ นำไปใช้ในด้านพาณิชยกรรมอากิ อุปกรณ์สื่อสารเพื่อติดต่อซื้อขายสินค้า เป็นต้น

6.2.4 การประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรไม่ได้ (unpatentable invention)

มาตรา 9 “การประดิษฐ์ดังต่อไปนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ

- (1) จุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตาม ธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช
- (2) กฎเกณฑ์และทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์และคณิตศาสตร์
- (3) ระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์
- (4) วิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคมนุษย์ หรือสัตว์
- (5) การประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดี อณามัยหรือ สวัสดิภาพของประชาชน”

พระราชบัญญัติสิทธิบัตรระบุว่า การประดิษฐ์ดังต่อไปนี้ขอรับสิทธิบัตรไม่ได้ คือ

ก. จุลชีพ และส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์ หรือพืช แต่ในกรณีที่มีการสังเคราะห์ขึ้น แล้วได้จุลชีพชนิดใหม่ขึ้นมา นั้น กรณีนี้ ถือว่าได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรนี้

ข. กฎเกณฑ์และทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์และคณิตศาสตร์ การค้นพบกฎเกณฑ์หรือ หลักการที่มีอยู่ตามธรรมชาติไม่ใช่ การประดิษฐ์ เช่น กฎเกี่ยวกับแรงโน้มถ่วง กฎเกี่ยวกับความถี่ หลักเกี่ยวกับการบวก ลบ คูณ หาร เป็นต้น กฎเกณฑ์และทฤษฎีดังกล่าวเป็นสิ่งที่บุคคลทุกคนมีสิทธิ ใช้ได้โดยเสรี ไม่ควรให้ผู้ใดผู้หนึ่งมีสิทธิขาดแต่เพียงผู้เดียว

ค. ระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ (Software) พ.ร.บ. สิทธิบัตร ไม่คุ้มครอง ระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของคอมพิวเตอร์ หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (computer programs) เพราะโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ใช่ การประดิษฐ์ เนื่องจากไม่ใช่ความคิด เกี่ยวกับการผลิต ผลิตภัณฑ์โดยตรง หากแต่มีลักษณะเป็นเพียงวิธีการ ใช้ผลิตภัณฑ์คือ เครื่องคอมพิวเตอร์ให้ทำงาน ตามคำสั่งของผู้ใช้เท่านั้น เทียบได้กับวิธีการใช้เครื่องจักรกลหรือผลิตภัณฑ์อื่นๆ เช่น วิธีการขับ รถยนต์ เป็นต้น วิธีการใช้ผลิตภัณฑ์ดังกล่าวไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร

ง. วิธีวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคมนุษย์หรือสัตว์ วิธีการวินิจฉัยบำบัดหรือรักษาโรคมนุษย์สัตว์ โดยแพทย์ เช่นการหาสมมติฐานของโรคโดยแพทย์ (มิใช่เครื่องมือ) การตัดสินใจว่าจะใช้ยาอะไร ในปริมาณเท่าไรต่อคนไข้แต่ละคนจะไม่ได้รับความคุ้มครอง ตามกฎหมายสิทธิบัตรนี้

จ. การประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี อณามัยสวัสดิภาพของประชาชนการประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ได้แก่ ซองจดหมายติดระเบิดเมื่อเปิดออก อุปกรณ์

สำหรับขโมยรถยนต์ วัตถุเคมีสงคราม การประดิษฐ์ที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี ได้แก่ เครื่องมือสำเร็จความใคร่ของมนุษย์ การประดิษฐ์ที่ขัดต่ออนามัยสวัสดิภาพของประชาชน ได้แก่ ยาบ้า ยาฆ่า เฮอร์อีน หรือกรรมวิธีในการผลิตสิ่งเหล่านี้

6.2.5 อายุการคุ้มครองสิทธิบัตร

สิทธิบัตรการประดิษฐ์ มีอายุ 20 ปี นับตั้งแต่วันขอรับสิทธิบัตร

สิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ มีอายุ 10 ปี นับตั้งแต่วันขอรับสิทธิบัตร

6.2.6 อนุสิทธิบัตร

อนุสิทธิบัตร หมายความว่า หนังสือสำคัญที่ได้ออกให้เพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์ ที่เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ และสามารถนำมาประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ โดยหมายความรวมถึงสามารถนำไปประยุกต์ใช้ในหัตถกรรม เกษตรกรรมและพาณิชยกรรมเช่นกัน แต่ไม่จำเป็นต้องเป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น

อนุสิทธิบัตรการประดิษฐ์ มีอายุ 6 ปี นับจากวันยื่นคำขอรับอนุสิทธิบัตร สามารถต่ออายุได้ 2 ครั้ง ๆ ละ 2 ปี รวมเป็น 10 ปี

ผู้ประดิษฐ์คิดค้นสามารถที่จะเลือกว่า จะยื่นขอความคุ้มครองสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร อย่างใดอย่างหนึ่ง แต่จะขอความคุ้มครองทั้งสองอย่างพร้อมกันไม่ได้

6.3 ประโยชน์ที่จะได้รับจากสิทธิบัตร

โดยทั่วไป สิ่งของเครื่องใช้ต่าง ๆ ที่มีผลมาจากการประดิษฐ์คิดค้นหรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ ซึ่งก็คือสิทธิบัตรนั่นเอง นอกจากจะก่อให้เกิดผลิตภัณฑ์ เครื่องมือเครื่องใช้ที่อำนวยความสะดวกต่าง ๆ แล้วยังก่อให้เกิดผลิตภัณฑ์ที่ให้ความปลอดภัยแก่ชีวิตมากขึ้นด้วย เช่น ยารักษาโรคต่าง ๆ เป็นต้น ดังจะเห็นได้จาก เครื่องกลเติมอากาศหรือกังหันน้ำชัยพัฒนาที่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงประดิษฐ์คิดค้น เพื่อใช้ในการบำบัดน้ำเสียและใช้เพื่อปรับปรุงคุณภาพของบ่อเลี้ยงสัตว์น้ำ เป็นการปรับปรุงคุณภาพสิ่งแวดล้อม เพื่อสุขภาพและอนามัยของประชาชนให้ดีขึ้น การประดิษฐ์คิดค้นสิ่งใหม่ ๆ จะทำให้ประชาชนได้รับแต่สิ่งที่ดี มีคุณภาพสูงซึ่งมีประสิทธิภาพที่ดีขึ้นและให้ความปลอดภัยแก่ชีวิตมากขึ้นนอกจากนี้สิทธิบัตรยังเป็นแหล่งข้อมูล ที่เป็นความรู้ทางด้านเทคโนโลยีที่มี

ประโยชน์ในการวิจัยและพัฒนาเพื่อปรับปรุงการผลิต ปรับปรุงคุณภาพของสินค้า ลดต้นทุนการผลิตในภาคอุตสาหกรรม ทำให้สินค้ามีมูลค่าเพิ่มสูงขึ้น ซึ่งเป็นการพัฒนาทางเทคโนโลยีให้สูงขึ้นลดการนำเข้าหรือพึ่งพาเทคโนโลยีจากต่างประเทศ ดังนั้น ประโยชน์ที่จะได้รับจากสิทธิบัตรสามารถสรุปได้ดังนี้

6.3.1 ด้านสังคม

ประชาชนมีสิ่งของเครื่องใช้ที่มีประโยชน์มีความสะดวกสบาย มีความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินมากขึ้น

6.3.2 ผู้ประดิษฐ์

ผู้ประดิษฐ์ คิดค้นสิ่งใหม่ๆ จะได้รับผลตอบแทนจากสังคมคือ การได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตร สามารถที่จะนำการประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรนั้นไปผลิต จำหน่าย นำเข้ามาในราชอาณาจักรหรืออนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิตามสิทธิบัตรนั้น โดยได้รับค่าตอบแทนเนื่องจากผู้ประดิษฐ์หรือผู้ออกแบบได้ใช้สติปัญญาและความพยายามของตน รวมทั้งเวลาและค่าใช้จ่าย เพื่อให้ได้มาซึ่งสิ่งที่จะมีประโยชน์แก่มนุษย์ นับเป็นสิทธิตามธรรมชาติของผู้ประดิษฐ์คิดค้น อันเป็นการจูงใจ และกระตุ้นให้นักประดิษฐ์คิดค้นมีกำลังใจและความมั่นใจในการคิดค้นผลิตภัณฑ์ใหม่ๆ นั้น

สามารถนำข้อมูลจากสิทธิบัตรที่กำหนดให้ผู้ประดิษฐ์คิดค้น ต้องเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับการประดิษฐ์คิดค้น ไปใช้ในการศึกษาค้นคว้า วิจัยและพัฒนาต่อไปได้ส่งผลให้มีการพัฒนาเทคโนโลยีให้สูงขึ้น ซึ่งช่วยลดระยะเวลาและค่าใช้จ่ายในการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยี ที่ภาคอุตสาหกรรมสามารถนำไปใช้ในการพัฒนาการผลิตสินค้า ลดต้นทุนการผลิตสินค้า เพิ่มมูลค่าเพิ่ม ปรับปรุงคุณภาพของสินค้าจะเป็นการลดการพึ่งพาหรือการนำเข้าเทคโนโลยีจากต่างประเทศ

ทำให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีและการลงทุนจากต่างประเทศ การจัดระบบให้มีการคุ้มครองด้านสิทธิบัตร ย่อมทำให้เจ้าของเทคโนโลยีจากต่างประเทศมีความมั่นใจในการลงทุนหรือถ่ายทอดเทคโนโลยีแก่ผู้ร่วมลงทุนในประเทศ

ซึ่งก่อนที่จะบรรยายถึงการคุ้มครองพันธุ์สัตว์อย่างการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร จะขอกล่าวถึง การคุ้มครองการประดิษฐ์ทางเทคโนโลยีชีวภาพ ก่อน

6.4 กฎหมายสิทธิบัตรประเทศไทยเกี่ยวกับการคุ้มครองพันธุ์สัตว์

สำหรับประเทศไทยนั้นปัจจุบันยังไม่มีกรอบกฎหมายขึ้นเป็นกฎหมายเฉพาะที่ให้การคุ้มครองแก่พันธุ์สัตว์โดยตรงเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ขณะเดียวกัน

ประเทศไทยจะให้การคุ้มครองแก่พนักซ์สัตว์โดยเอากฎหมายสิทธิบัตรมาปรับใช้นั้นก็ไม่สามารถกระทำ ได้ เนื่องจากติดปัญหาตรงมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ที่บัญญัติว่า “การ ประดิษฐ์ดังต่อไปนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ

- (1) จุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติสัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช
- (2) กฎเกณฑ์และทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์และคณิตศาสตร์
- (3) ระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์
- (4) วิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคมนุษย์ หรือสัตว์
- (5) การประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีอนามัยหรือ สวัสดิภาพของประชาชน”

จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยไม่ให้การคุ้มครองแก่เทคโนโลยีชีวภาพ (รวมถึงการประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับสัตว์) ไม่ว่าสิ่งนั้นจะเกิดขึ้นตามธรรมชาติหรือเป็นการประดิษฐ์คิดค้นด้วย มนุษย์ก็ตาม

แม้ประเทศไทยจะมีการรับเอาบทกฎหมายของ ต่างประเทศหรือแนวคำวินิจฉัยของศาล ต่างประเทศ ที่ให้การคุ้มครองแก่เทคโนโลยีชีวภาพอันหมายความรวมถึง การคิดค้นหรือประดิษฐ์พนักซ์สัตว์ ด้วย ก็คงยังไม่สามารถให้การคุ้มครองกับพนักซ์สัตว์ของประเทศไทยได้อย่างเต็มที่ เพราะการพัฒนาการทาง เทคโนโลยีของประเทศไทยนั้นยังไม่สูงพอที่จะทำการวิจัยพนักซ์สัตว์ขึ้นมาใหม่แข่งขันกับประเทศที่พัฒนาแล้ว อย่างประเทศสหรัฐอเมริกา และ ประเทศในสหภาพยุโรป อันจะทำให้ประเทศไทยมีแต่ความเสียเปรียบ เหมือนกับที่ประเทศไทยได้รับผลกระทบจากการที่ต้องเสียพนักซ์ข้าวหอมมะลิให้แก่ประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งๆ ที่ประเทศไทยนั้นเป็นประเทศที่ผลิตข้าวหอมมะลิมาตั้งแต่รุ่นบรรพบุรุษ (ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นภูมิปัญญา ท้องถิ่นที่สำคัญอย่างหนึ่งของโลกก็ย่อมได้) และเป็นประเทศผู้ส่งออกข้าวหอมมะลิรายใหญ่ที่สุดของโลก

อีกทั้งพนักซ์สัตว์ส่วนใหญ่ที่มีหรือปรากฏอยู่ในบริเวณพื้นที่ประเทศไทยนั้น เป็นพนักซ์พื้นเมืองที่ บรรพบุรุษได้ถ่ายทอดการสืบพันธุ์ของสัตว์มาจนปัจจุบัน เช่นสุนัขพันธุ์บางแก้ว และ สุนัขพันธุ์ไทยหลังอาน ที่ ได้รับความนิยมนจากต่างชาติเป็นอย่างมากด้วยเช่นกัน ซึ่งการได้รับการคุ้มครองพนักซ์สัตว์ของต่างประเทศนั้น ต้องเป็นการประดิษฐ์คิดค้นขึ้นมาด้วยการค้นพบหรือการประดิษฐ์ทางเทคนิคของมนุษย์นั้น แต่ในทางตรงกัน ข้ามสุนัขพันธุ์บางแก้ว และ สุนัขพันธุ์ไทยหลังอาน ของไทยนั้น มีมาช้านานแล้วซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นภูมิ ปัญญาท้องถิ่นอันเป็นทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่งของบรรพบุรุษของเราก็ย่อมได้ กลับไม่ได้รับการคุ้มครอง พนักซ์สัตว์ตามกฎหมายสิทธิบัตรเลย เพราะมันไม่มีการประดิษฐ์คิดค้นขึ้นมาทางเทคนิค หรืออาจกล่าวได้ว่า ไม่มีความใหม่แน่นอน อันทำให้พนักซ์สัตว์ทั้งสอง คือสุนัขพันธุ์บางแก้ว และ สุนัขพันธุ์ไทยหลังอาน ไม่ได้รับ การคุ้มครองพนักซ์สัตว์หรือไม่สามารถนำไปขอรับสิทธิบัตรอันเกี่ยวกับพนักซ์สัตว์ได้

บทที่ 7

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

7.1 บทสรุป

นับจากคดี *Daimond v Chakrabarty* เป็นต้นมา สำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ ได้อนุญาตให้มีการขอรับสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตต่างๆ โดยเริ่มต้นจากจุลชีพไป ปสู่กรรมวิธีการผลิตพืชหรือสัตว์ สารสกัดที่ได้จากพืชหรือสัตว์ ตลอดจนพืชและสัตว์โดยตรง จนในที่สุดสำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ ได้ออกสิทธิบัตรให้แก่สารสกัดจากร่างกายของมนุษย์ ซึ่งนับว่าในปัจจุบันกฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐฯ ได้ให้การคุ้มครองเทคโนโลยีชีวภาพอย่างกว้างขวาง ครอบคลุมการประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพเกือบทุกชนิด อาจกล่าวได้ว่าการประดิษฐ์ในสาขาดังกล่าวเพียงชนิดเดียวที่ไม่ได้รับการคุ้มครองในสหรัฐฯ (เนื่องจากยังไม่เคยมีการขอรับสิทธิบัตรต่อสำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ) ก็คือการประดิษฐ์ในมนุษย์โดยตรงซึ่งก็เป็นที่น่าสนใจว่า หากมีการขอรับสิทธิบัตรในมนุษย์ สำนักงานสิทธิบัตรสหรัฐฯ จะมีคำวินิจฉัยเป็นประการใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากมนุษย์ที่มีการขอรับสิทธิบัตรนั้นเกิดขึ้นจากผลงานการสร้างสรรค์ทางปัญญาของบุคคล โดยได้เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาในคดี *Daimond v Chakrabarty* ที่ว่ากฎหมายสิทธิบัตรสหรัฐฯ เปิดโอกาสให้มีการคุ้มครองสิ่งใดๆ ก็ตามที่อยู่ภายใต้ดวงอาทิตย์ซึ่งทำขึ้นโดยมนุษย์ (anything under the sun made by man)

อนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปได้ห้ามโดยเด็ดขาดมิให้มีการคุ้มครองพันธุ์สัตว์ เนื่องจากอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปห้ามออกสิทธิบัตรการประดิษฐ์ที่เป็นพันธุ์สัตว์ และการที่ในปัจจุบันยังไม่มีการจัดตั้งระบบกฎหมายเพื่อคุ้มครองพันธุ์สัตว์เป็นการเฉพาะ ผลงานคิดค้นที่เป็นพันธุ์สัตว์หรือเกี่ยวข้องกับส่วนหนึ่งส่วนใดของสัตว์ที่ได้พัฒนาขึ้นโดยกรรมวิธีทางเทคโนโลยีชีวภาพ จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายหรือไม่นั้น จึงขึ้นอยู่กับความตีความบทบัญญัติในอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปเป็นสำคัญ โดยเฉพาะการตีความว่าสัตว์ที่พัฒนาขึ้นนั้น มีลักษณะที่เป็น “พันธุ์สัตว์” (animal varieties) ซึ่งกฎหมายสิทธิบัตรไม่ประสงค์จะให้มีการคุ้มครองหรือไม่ ปัญหาในเรื่องนี้ก็คือ อนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปมิได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “พันธุ์” (variety) ไว้เลย ซึ่งพจนานุกรม Webster’s ได้อธิบายคำว่า “พันธุ์” ไว้ดังนี้ “กลุ่มของสัตว์หรือพืชที่มีความสัมพันธ์กันทางสายพันธุ์ แต่แตกต่างกันไปจากกลุ่มสัตว์หรือพืชอื่นที่คล้ายคลึงกัน โดยความแตกต่างนั้นเกิดจากรูปร่างลักษณะ ซึ่งไม่มีความสม่ำเสมอหรือที่ไม่มีความสำคัญเพียงพอที่จะจัดเป็นอีกชนิดพันธุ์หนึ่ง หรือกลุ่มของสัตว์หรือพืชนั้นมีรูปร่างลักษณะที่ขึ้นอยู่กับปรับปรุงพันธุ์ที่มีการควบคุมโดยมนุษย์ โดยมักจะใช้เรียกกลุ่มของสัตว์

หรือพีชในระดับต่ำกว่าชนิดพันธุ์” จึงทำให้ประเทศในแถบทวีปยุโรปเกิดการยอมรับถึงการจดทะเบียนเพื่อคุ้มครองแก่พันธุ์สัตว์ที่มนุษย์เป็นผู้ประดิษฐ์คิดค้นอย่างการขอรับสิทธิบัตรได้

7.1.1 ความเหมาะสมของประเทศไทย : กรณีนำกฎหมายสิทธิบัตรมาใช้คุ้มครองพันธุ์สัตว์

การนำระบบกฎหมายสิทธิบัตรที่มีอยู่มาใช้คุ้มครองพันธุ์สัตว์ก่อให้เกิดข้อโต้แย้งว่าขาดความเหมาะสม จากการศึกษาพบว่าสิทธิบัตรกว่า 90% ที่ออกโดยประเทศกำลังพัฒนาตกอยู่ในความครอบครองของบริษัทเอกชนต่างชาติ ซึ่งประเทศกำลังพัฒนามักจะเป็นผู้นำเข้าเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง ทำให้มีภาระต้องจ่ายค่าสิทธิเป็นจำนวนมาก ซึ่งส่งผลต่อราคาสินค้าและก่อให้เกิดปัญหาการเข้าถึงสินค้าที่สำคัญ และจำเป็นบางอย่าง เช่น ยารักษาโรค หรือเคมีภัณฑ์ทางการเกษตร

ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่มีความหลากหลายทางชีวภาพโดยเฉพาะอย่างยิ่งพันธุ์สัตว์พื้นเมือง รัฐจำเป็นต้องส่งเสริมและอนุรักษ์พันธุ์สัตว์เหล่านี้ให้ดำรงไว้ซึ่งมรดกของชาติสืบไป ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้ใดนำพันธุ์สัตว์พื้นเมืองของไทยไปแสวงหาประโยชน์ในทางการค้าโดยมิได้รับอนุญาต รวมทั้งป้องกันมิให้พันธุ์สัตว์ต่างถิ่นบางชนิดเข้ามาปะปนกับพันธุ์สัตว์พื้นเมืองของไทย อันอาจก่อให้เกิดผลกระทบซึ่งเป็นอันตรายต่อพันธุ์สัตว์พื้นเมือง ตลอดจนสุขภาพและสวัสดิภาพของประชาชนได้ และเพื่อเป็นการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์พื้นเมืองของไทยจึงจำเป็นต้องมี ารตราพระราชบัญญัติเพื่อให้การคุ้มครองแก่พันธุ์สัตว์ขึ้นมาเป็นกฎหมายเฉพาะต่างหากจากกฎหมายสิทธิบัตรตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน

7.1.2 ประเทศไทยควรให้การคุ้มครองแก่พันธุ์สัตว์หรือไม่

จากปัญหากฎหมายสิทธิบัตรตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ที่ไม่สามารถให้การคุ้มครองถึง เทคโนโลยีชีวภาพได้ เพราะเทคโนโลยีชีวภาพ หมายรวมถึงจุลชีพและ ส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตาม ธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช ดังนั้น ประเทศไทยควรจะออกกฎหมายเฉพาะเพื่อ คุ้มครองแก่พันธุ์สัตว์ เช่นเดียวกับที่เคยให้ตรา กฎหมายเพื่อคุ้มครองแก่พันธุ์พืช ซึ่งเป็นการให้การคุ้มครองแบบเดียวกับกฎหมายสิทธิบัตร แต่เป็น กฎหมายที่มีลักษณะให้การคุ้มครองที่ไม่เคร่งครัดมากอย่างกฎหมายสิทธิบัตรตามพระราชบัญญัติ สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 เพราะรายละเอียดโครงสร้างของสัตว์มีลักษณะที่ซับซ้อนมากกว่าสิ่งประดิษฐ์ที่ ไม่มีชีวิต อีกทั้งยังประโยชน์ต่อเกษตรกร ซึ่งเป็นประชาชนจำนวนมากที่สุดในประเทศไทย ที่จะไม่ ต้องถูกนายทุนเอาเปรียบในการใช้พันธุ์สัตว์พื้นเมือง และเป็นประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจ เนื่องจาก หากเกษตรกรของประเทศไทยสามารถพัฒนาหรือเพาะเลี้ยงสัตว์ได้มีคุณภาพและมี คุณลักษณะที่สามารถนำไปขอจดทะเบียนสิทธิได้ ย่อมทำให้เกษตรกรรายนั้นหรือกลุ่มนั้น มีรายได้

เพิ่มขึ้นจากมูลค่าทางทรัพย์สินทางปัญญาที่ตนได้ใช้ความรู้ความสามารถและประสบการณ์ในการเพาะเลี้ยงจนได้พันธุ์สัตว์ที่ดี ที่สำคัญเพื่อไม่ให้นายทุนต่างชาติเข้ามาขโมยเอาพันธุ์สัตว์พื้นเมืองของประเทศไทยอันเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่บรรพบุรุษได้สะสม สร้างมา และสืบทอดพัฒนาต่อกันมาจนชั่วลูกชั่วหลานไป ถือเป็นสิทธิที่เป็นประโยชน์ของตนฝ่ายเดียว เช่นเดียวกับกรณีข้าวหอมมะลิ

7.1.3 กฎหมายของประเทศไทยที่ใช้อยู่ปัจจุบันเป็นอย่างไร

มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 บัญญัติว่า

"การประดิษฐ์" หมายความว่า การคิดค้นหรือคิดทำขึ้น อันเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใดชิ้นใหม่ หรือการกระทำใด ๆ ที่ทำให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธี

จากแนวคำนิยามในมาตรา 3 "การประดิษฐ์" หมายความว่าถึง แนวทางการแก้ไขปัญหาด้านเทคนิคอย่างหนึ่ง ซึ่งแนวทางการแก้ไขปัญหานั้นอาจเกิดจากการนำความรู้ต่างๆที่มีอยู่ไปประยุกต์ให้เกิดเป็นผลอย่างหนึ่งอย่างใดในทางปฏิบัติ การประดิษฐ์ นั้นนอกจากเป็นสิ่งที่เกิดจากการพัฒนาความคิดทางปัญญาของบุคคลแล้ว ก็ยังจะต้องมีคุณสมบัติที่อาจนำไปใช้ประโยชน์ในการผลิตทางอุตสาหกรรมได้อีกด้วย

และ "กฎเกณฑ์ของธรรมชาติ" นั้น ย่อมไม่อาจจะเป็นการประดิษฐ์ได้ เพราะเป็นสิ่งที่ เป็นนามธรรมที่ไม่อาจนำไปใช้ให้ กิดในทางปฏิบัติ ตามมาตรา 9¹⁵ แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 บัญญัติว่า

"การประดิษฐ์ดังต่อไปนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ

- (1) จุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช
- (2) กฎเกณฑ์และทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์และคณิตศาสตร์
- (3) ระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์
- (4) วิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคมมนุษย์ หรือสัตว์
- (5) การประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีงาม หรือ สวัสดิภาพของประชาชน"

อีกทั้งยังเป็นการยากที่จะเขียนรายละเอียดสิ่งประดิษฐ์ที่มีชีวิตให้มีรายละเอียดสมบูรณ์ เพื่อไปผลิตใหม่ได้ เพราะสิ่งมีชีวิตมีโครงสร้างที่ซับซ้อนกว่าสิ่งประดิษฐ์ที่ไม่มีโครงสร้างที่ซับซ้อน

¹⁵ มาตรา 9 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535

และการเขียนพรรณนาตัวอักษรไม่อาจเพียงพอต่อรายละเอียดที่จำเป็นแก่การเปิดเผย แม้ว่าได้มีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยวิธีการฝากตัวอย่างเซลล์หรือยีนหรือเนื้อเยื่อหรือสเปิร์มสัตรี ก็ยังเป็นเพียงมาตรการเสริมเท่านั้น

7.1.4 การแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรของไทยหรือเพิ่มการให้ความคุ้มครอง

หากจะให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 เพื่อให้สามารถคุ้มครองพันธุ์สัตว์ได้นั้น หากให้มีการแก้ไขหรือเพิ่มเติมเข้าอาจจะทำให้เกิดหลักเกณฑ์ แห่งการรับจดสิทธิบัตรได้ เพราะทุกวันนี้ยังคงมีความเห็นสองฝ่ายต่างกันในเรื่องการปรับปรุง ตกแต่ง พันธุ์สัตว์นั้น จะถือเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่หรือเป็นเพียงการค้นพบสิ่งซึ่งมีมาแต่เดิมโดยธรรมชาติ ดิอยู่แล้ว อีกทั้งยังเป็น การขัดต่อมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ด้วย เนื่องจากมาตรา 9 ดังกล่าวไม่ ให้ความคุ้มครองแก่ จุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตาม ธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช

7.2 ข้อเสนอแนะ

ประเทศไทยควรตราพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์สัตว์เป็นกฎหมายเฉพาะแยก ต่างหากจากกฎหมายสิทธิบัตร เพราะแม้ประเทศไทยจะมีการรับเอาบทกฎหมายของต่างประเทศหรือ แนวคำวินิจฉัยของศาลต่างประเทศ ที่ให้การคุ้มครองแก่เทคโนโลยีชีวภาพอันม ายความรวมถึง การ คิดค้นหรือประดิษฐ์พันธุ์สัตว์ด้วย ก็คงยังไม่สามารถให้การคุ้มครองกับพันธุ์สัตว์ของประเทศไทยได้ อย่างเต็มที่ เพราะการพัฒนาการทางเทคโนโลยีของประเทศไทยนั้นยังไม่สูงพอที่จะทำการวิจัยพันธุ์ สัตว์ขึ้นมาใหม่แข่งขันกับประเทศที่พัฒนาแล้วอย่างประเทศสห รััฐอเมริกา และ ประเทศในสหภาพ ยุโรป อันจะทำให้ประเทศไทยมีแต่ความเสียเปรียบเหมือนกับที่ประเทศไทยได้รับผลกระทบจากการที่ ต้องเสียพันธุ์ข้าวหอมมะลิให้แก่ประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งๆที่ประเทศไทยนั้นเป็นประเทศที่ผลิตข้าว หอมมะลิมาตั้งแต่รุ่นบรรพบุรุษ (ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นที่สำคัญอย่างหนึ่งของโลกก็ ย่อมได้) และเป็นประเทศผู้ส่งออกข้าวหอมมะลิรายใหญ่ที่สุดของโลก

อีกทั้งพันธุ์สัตว์ส่วนใหญ่ที่มีหรือปรากฏอยู่ในบริเวณพื้นที่ประเทศไทยนั้น เป็นพันธุ์ พื้นเมืองที่บรรพบุรุษได้ถ่ายทอดการสืบพันธุ์ของสัตว์มา จนปัจจุบัน เช่นสุนัขพันธุ์บางแก้ว และ สุนัข พันธุ์ไทยหลังอาน ที่ได้รับความนิยมจากต่างชาติเป็นอย่างมากด้วยเช่นกัน ซึ่งการได้รับการคุ้มครอง พันธุ์สัตว์ของต่างประเทศนั้นต้องเป็นการประดิษฐ์คิดค้นขึ้นมาด้วยการค้นพบหรือการประดิษฐ์ทาง เทคโนโลยีของมนุษย์นั้น แต่ในทาง ตรงกันข้ามสุนัขพันธุ์บางแก้ว และ สุนัขพันธุ์ไทยหลังอาน ของไทย นั้น มีมาช้านานแล้วซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นอันเป็นทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่งของ บรรพบุรุษของเราที่ย่อมได้ กลับไม่ได้รับการคุ้มครองพันธุ์สัตว์ตามกฎหมายสิทธิบัตรเลย เพราะมัน

ไม่มีการประดิษฐ์คิดค้นขึ้นมาทางเทคนิค หรืออาจกล่าวได้ว่าไม่มีความใหม่แน่นอน อันทำให้พันธบัตรทั้งสอง คือ สุนัขพันธบัตรบางแก้ว และ สุนัขพันธบัตรไทยหลังอาน ไม่ได้รับการคุ้มครองพันธบัตรหรือไม่สามารถนำไปขอรับสิทธิบัตรอันเกี่ยวกับพันธบัตรได้

ทางภาครัฐและเอกชน ควรให้ความสำคัญแก่การคุ้มครองพันธบัตรด้วยการให้ความรู้ และทำความเข้าใจกับประชาชนทุกภาคส่วนถึงการคุ้มครองพันธบัตร ก่อนที่จะมีการ ออกกฎหมายใหม่ ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ ขึ้น เพื่อให้การคุ้มครองแก่พันธบัตร เช่นเดียวกับ การออกกฎหมายคุ้มครอง พันธุ์พืช พ.ศ. 2542 เพื่อให้ประชาชนโดยเฉพาะเกษตรกรมีความรู้ความเข้าใจว่าควรจะมีวิธีการ ปรับปรุงพันธุ์สัตว์ และดูแลพันธุ์สัตว์ ทั้งพันธุ์สัตว์พื้นบ้านและหรือพันธุ์สัตว์พื้นเมืองของพวกเขา อย่างไร และพันธุ์สัตว์ชนิดใดบ้างที่กฎหมายคุ้มครองพันธุ์สัตว์จะให้ความคุ้มครอง พันธุ์สัตว์ที่จะให้ การคุ้มครองควรจะต้องมีลักษณะใด และควรเผยแพร่ถึงข้อดีข้อเสียและผลกระทบของการออก กฎหมายเพื่อคุ้มครองพันธุ์สัตว์ให้แก่เกษตรกรทราบด้วยว่ามืออย่างไรบ้าง ซึ่งหากมีการร่างผู้เขียนขอ ยกตัวอย่างร่างกฎหมายคร่าวๆที่ให้การคุ้มครองแก่พันธบัตร โดยจะขอยกตัวอย่างดังนี้

ข้อ 1. คำนิยาม¹⁶

พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ให้คำนิยาม ดังนี้

1. พันธุ์พืชใหม่ หมายความว่า เป็นพันธุ์พืชที่มีลักษณะคุณสมบัติที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนในพันธุ์นั้น
2. พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น หมายความว่า พันธุ์พืชที่มีอยู่ในชุมชนใดชุมชนหนึ่ง โดยเฉพาะ
3. พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป หมายความว่า พันธุ์พืชที่กำเนิดในประเทศ หรือ มีอยู่ในประเทศและได้มีการใช้ประโยชน์อย่างแพร่หลายเป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป
4. พันธุ์พืชป่า หมายความว่า พันธุ์พืชที่มีหรือเคยมีอยู่ใน ประเทศตามสภาพธรรมชาติและไม่ได้นำมาใช้เพาะปลูกอย่างแพร่หลาย

พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์สัตว์ พ.ศ. ให้คำนิยาม ดังนี้

"สัตว์" หมายความว่า สิ่งมีชีวิตในอาณาจักรสัตว์ แต่ไม่รวมถึงจุลชีพอื่น

"พันธุ์สัตว์" หมายความว่า กลุ่มของสัตว์ที่มีพันธุกรรมและลักษณะทางสัตวศาสตร์ เหมือนหรือคล้ายคลึงกัน มีคุณสมบัติเฉพาะตัวที่สม่ำเสมอ คงตัว และแตกต่างจากกลุ่มอื่นในสัตว์ชนิด

¹⁶ "บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์สัตว์..." , www.dld.go.th

เดียวกัน และให้หมายความรวมถึงตัวสัตว์ที่จะขยายพันธุ์ให้ได้กลุ่มของสัตว์ที่มีคุณสมบัติดังกล่าวข้างต้น

"พันธุ์สัตว์พื้นเมืองเฉพาะถิ่น" หมายความว่า พันธุ์สัตว์ที่มีอยู่เฉพาะในชุมชนใดชุมชนหนึ่งภายในราชอาณาจักรและไม่เคยจดทะเบียนเป็นพันธุ์สัตว์ใหม่ ซึ่งได้จดทะเบียนเป็นพันธุ์สัตว์พื้นเมืองเฉพาะถิ่นตามพระราชบัญญัตินี้

"พันธุ์สัตว์ป่า" หมายความว่า พันธุ์สัตว์ที่มีหรือเคยมีอยู่ในประเทศตามสภาพธรรมชาติ และยังมีได้นำมาใช้เพาะเลี้ยงอย่างแพร่หลาย

"พันธุ์สัตว์พื้นเมืองทั่วไป" หมายความว่า พันธุ์สัตว์ที่มีกำเนิดภายในประเทศหรือมีอยู่ภายในประเทศ ซึ่งได้มีการใช้ประโยชน์อย่างแพร่หลายและให้หมายความรวมถึงพันธุ์สัตว์ที่ไม่ใช่พันธุ์สัตว์ใหม่ พันธุ์สัตว์พื้นเมืองเฉพาะถิ่น หรือพันธุ์สัตว์ป่า

"สารพันธุกรรม" หมายความว่า สารเคมีที่ทำหน้าที่กำหนดลักษณะเฉพาะของสิ่งมีชีวิต โดยสามารถเป็นต้นแบบในการจำลองตนเองและถ่ายทอดไปยังรุ่นต่อไปได้

"การตัดต่อสารพันธุกรรม" หมายความว่า กระบวนการในการนำสารพันธุกรรมที่มีต้นกำเนิดจากสิ่งมีชีวิตทั้งที่เป็นสารพันธุกรรมธรรมชาติ สารพันธุกรรมที่ดัดแปลงจากธรรมชาติ หรือสารพันธุกรรมที่สังเคราะห์ขึ้น ถ่ายเข้าไปรวมหรือร่วมอย่างถาวรกับสารพันธุกรรมเดิมของสัตว์ทำให้มีลักษณะที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนตามธรรมชาติ

"สภาพทางพันธุกรรม" หมายความว่า องค์ประกอบโดยรวมของข้อมูลทางพันธุกรรมที่กำหนดการแสดงออกซึ่งลักษณะต่าง ๆ ของสิ่งมีชีวิตร่วมกับสภาพแวดล้อม

"ส่วนขยายพันธุ์" หมายความว่า สัตว์หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของสัตว์ที่สามารถทำให้เกิดสัตว์ใหม่ได้ โดยวิธีปกติทางปกติสัตว์

"นักปรับปรุงพันธุ์สัตว์" หมายความว่า ผู้ซึ่งทำการปรับปรุงพันธุ์ หรือพัฒนาพันธุ์จนได้พันธุ์สัตว์ใหม่

ข้อ 2. ลักษณะพันธุ์ที่ให้การคุ้มครอง¹⁷

พันธุ์พืชภายใต้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ต้องประกอบด้วยลักษณะดังนี้

1. มีความสม่ำเสมอ (Uniformity) หมายความว่า พันธุ์พืชชนิดนั้น ๆ มีลักษณะของส่วนต่าง ๆ ที่เหมือนกัน เช่น ลักษณะต้น รูปร่างของดอก สีของดอก ลักษณะผล หรือคุณสมบัติเฉพาะอย่างหนึ่งอย่างใดที่เป็นผลจากสภาพทางพันธุกรรม

¹⁷ อ้างแล้วหน้า 52

2. มีความคงตัว (Stability) หมายความว่า พันธุ์พืชนั้นต้องสามารถแสดงลักษณะต่าง ๆ ซึ่งเป็นลักษณะประจำพันธุ์ได้ทุกครั้งที่มีการขยายพันธุ์ หรืออาจจะกล่าวได้ว่า จะต้องแสดงลักษณะประจำพันธุ์ที่เหมือนเดิมทุกครั้งเมื่อนำส่วนขยายพันธุ์ไปปลูก

3. มีลักษณะประจำพันธุ์แตกต่างจากพันธุ์อื่น (Distinctness) หมายความว่า พันธุ์พืชนั้นต้องมีลักษณะที่สามารถมองเห็นได้ว่ามีความแตกต่างจากพันธุ์อื่นอย่างเด่นชัด หรือมีคุณสมบัติอย่างใดเป็นพิเศษที่ทำให้แตกต่างจากพันธุ์อื่นอย่างเด่นชัด เป็นต้น โดยที่ลักษณะต่าง ๆ เหล่านี้ต้องเป็นผลเนื่องมาจากพันธุกรรม มิใช่จากสภาพแวดล้อมหรือปัจจัยอื่น

พันธุ์สัตว์ตามพระราชบัญญัตินี้ต้องประกอบด้วยลักษณะ ดังต่อไปนี้

(1) มีความสม่ำเสมอของลักษณะประจำพันธุ์ทางด้านสัตวศาสตร์วิทยาหรือคุณสมบัติอื่นที่เป็นผลเนื่องจากการแสดงออกของสภาพทางพันธุกรรมที่จำเพาะต่อพันธุ์สัตว์นั้น

(2) มีความคงตัวของลักษณะประจำพันธุ์ที่สามารถแสดงลักษณะประจำพันธุ์ได้ ในทุกครั้งของการผลิตส่วนขยายพันธุ์นั้น เมื่อขยายพันธุ์ด้วยวิธีทั่วไปสำหรับสัตว์นั้น

(3) มีลักษณะประจำพันธุ์แตกต่างจากพันธุ์อื่นอย่างเด่นชัดทางสัตวศาสตร์วิทยาหรือคุณสมบัติอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งเป็นผลเนื่องจากการแสดงออกของสภาพทางพันธุกรรมที่แตกต่างจากพันธุ์สัตว์อื่น

ลักษณะของพันธุ์สัตว์ตาม (1) มิใช่บังคับกับพันธุ์สัตว์ป่า

ข้อ 3. ลักษณะการคุ้มครอง¹⁸

ลักษณะการคุ้มครองพันธุ์พืชตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 กำหนดแนวทางและเงื่อนไขการคุ้มครองพันธุ์พืชได้ดังนี้

1. พันธุ์พืชที่จะต้องจดทะเบียน ได้แก่ พันธุ์พืชใหม่ และพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น กล่าวคือ พันธุ์พืชใหม่และพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น จะได้รับความคุ้มครองก็ต่อเมื่อได้รับการจดทะเบียนตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น

2. พันธุ์พืชที่ไม่ต้องจดทะเบียน (ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย) ได้แก่ พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปและพันธุ์พืชป่า กล่าวคือ ผู้ใดเก็บ จัดหา หรือรวบรวมพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่าหรือส่วนใดส่วนหนึ่งเพื่อปรับปรุงพันธุ์ ศึกษาดทดลอง หรือวิจัยเพื่อประโยชน์ทางการค้า จะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่และทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่รัฐ

¹⁸ อ้างแล้วหน้า 52

มาตรา ... พันธุ์สัตว์ที่จะขอจดทะเบียนพันธุ์สัตว์ใหม่ตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องมีองค์ประกอบ ดังต่อไปนี้

(1) เป็นพันธุ์สัตว์ที่ไม่มีการนำส่วนขยายพันธุ์มาใช้ประโยชน์ไม่ว่าจะเป็นการขายหรือจำหน่ายด้วยประการใด ทั้งในหรือนอกราชอาณาจักร โดยนักปรับปรุงพันธุ์ หรือด้วยความยินยอมของนักปรับปรุงพันธุ์เกินกว่าหนึ่งปีก่อนวันยื่นขอจดทะเบียน

(2) มีความแตกต่างจากพันธุ์สัตว์อื่นที่ปรากฏอยู่ในวันยื่นขอจดทะเบียน โดยความแตกต่างนั้นเกี่ยวข้องกับลักษณะที่เป็นประโยชน์ต่อการเลี้ยง การบริโภค เกษษกรรม การผลิต หรือการแปรรูป และให้หมายความรวมถึงความแตกต่างจากพันธุ์สัตว์ ดังต่อไปนี้ด้วย

(ก) พันธุ์สัตว์ที่ได้รับการจดทะเบียนคุ้มครองไว้แล้ว ไม่ว่าจะในหรือนอกอาณาจักร ก่อนวันยื่นขอจดทะเบียน

(ข) พันธุ์สัตว์ที่มีการยื่นขอจดทะเบียนในราชอาณาจักรไว้แล้ว และได้รับการจดทะเบียนในเวลาต่อมา

ก่อนจะจบสารนิพนธ์เล่มนี้ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่า ประเทศไทยคงไม่เกิดปรากฏการณ์ “โจรสลัดชีวภาพ” ซึ่งเกิดกับกรณีพันธุ์ข้าวหอมมะลิของไทยมาแล้ว และหวังเป็นอย่างยิ่งว่า ประเทศไทยซึ่งมีความอุดมสมบูรณ์ทางทรัพยากรธรรมชาติเป็นอย่างมากจะเป็นประเทศที่เป็นเจ้าของสิทธิบัตรแก่ทรัพยากรธรรมชาติที่มีความหลากหลายต่าง ๆ เหล่านั้น เพื่อผลประโยชน์ส่วนรวมแห่งเศรษฐกิจของประเทศ และหวังเป็นอย่างยิ่งว่าหากมีการออกกฎหมาย เพื่อคุ้มครองแก่พันธุ์สัตว์แล้วจะเป็นกฎหมายที่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่เกษตรกรของไทยที่ถือว่าเป็นพ่อครัวแม่ครัวที่สำคัญรายใหญ่ของโลกต่อไป

บรรณานุกรม

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ , “กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้า” ,
(สิงหาคม 2541) : 143 - 195

“_____” , “สิทธิบัตร : แนวความคิดและบทวิเคราะห์” , (มกราคม 2544) : 85 – 157

ไชยยศ เหมะรัชตะ , “กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป)” , (มิถุนายน 2540) :
117 – 1147

ยรรยง พวงราช , “กฎหมายสิทธิบัตร” , คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เนติ
บัณฑิตยสภา , (พ.ศ. 2546) : 253 – 258

สมชาย รัตน์ชื่อสกุล , “เรื่องโจรสลัดชีวภาพ” (Bio-piracy) : ที่มา-ปัญหาและแนวทางสำหรับประเทศ
ไทยตามกรอบความตกลงทริปส์ , www.biothai.net , (1 มกราคม 2543)

สุพิศ ปราณิตพลกรัง , “กฎหมายสิทธิบัตร” , (พ.ศ. 2547) : 13-112

เอกสารอื่นๆ

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร ฉบับที่ 1 พ.ศ. 2522 , ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2535 , ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2542



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ - สกุล : นายพงศธร สุทธาการ

วัน เดือน ปี : 24 มีนาคม 2525

วุฒิการศึกษา :

ปี 2547 ปริญญาตรีนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

ปี 2547 ประกาศนียบัตรวิชาชีพว่าความ สภานายความแห่งประเทศไทย รุ่นที่21

ประสบการณ์การทำงาน :

ปี 2549 - ปัจจุบัน

- ทนายความและที่ปรึกษากฎหมาย บริษัทเป็นเอกกฎหมายและธุรกิจ จำกัด
- ทนายความว่าความและที่ปรึกษากฎหมายด้านทรัพย์สินทางปัญญา บริษัท ว.พรสิน อินตัสตรี จำกัด
- ทนายความและที่ปรึกษากฎหมายสมาชิกสภากรุงเทพมหานครและสมาชิกสภาเขตพระโขนง
- เจ้าของกิจการบ้านพักเหรียญทองการ์เดนโฮม จังหวัดนครนายก

ปี 2547 - 2548

- ทนายความที่ปรึกษาและผู้ช่วยคุณสุทธิ ปัญญาสกุลวงศ์ ผู้สมัครสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคประชาธิปัตย์