

## หลักเกณฑ์มาตรการบังคับใช้สิทธิตามสิทธิบัตร

ตามที่บริษัทยาข้ามชาติได้ออกข่าวและร้องเรียนต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญา ว่าการขอใช้สิทธิตามสิทธิบัตรยา 3 ตัว อันประกอบไปด้วยยาเอฟาไวเรนซ์ (Effavirenz) โคลพิโดเกรล (Clopidogrel) และยาสูตรผสมระหว่างโลพินาเวียร์แเรโทนาเวียร์ (Lopinavir & Ritonavir) โดยอ้างว่ากระทรวงสาธารณสุขไม่ได้ทำตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมายสิทธิบัตร เพราะไม่ได้เจรจากับบริษัทผู้ทรงสิทธิให้ถึงที่สุดก่อน หากแต่ได้ใช้มาตรการดังกล่าวไปโดยลำพัง โดยขณะนี้บริษัทยากำลังล๊อบบี้ขอให้กรมทรัพย์สินทางปัญญาส่งเรื่องให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาชี้ขาด โดยอ้างว่าการใช้สิทธิตามสิทธิบัตรดังกล่าวไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

กระทรวงสาธารณสุขได้ประกาศใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ (compulsory licensing) โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 51 แห่ง พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 อันเป็นการใช้สิทธิโดยรัฐบาล (government use) ซึ่งแตกต่างจากการใช้สิทธิโดยเอกชนตามมาตรา 46 มาตรา 47 และมาตรา 47 ทวิ มาตรา 51 เป็นการใช้สิทธิโดยรัฐเพื่อสาธารณประโยชน์ที่มีได้มีวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์ (public non-commercial use) และสอดคล้องกับความตกลงทริพส์ขององค์การการค้าโลก มาตรา 31 (b)

ความตกลงทริพส์รับรองสิทธิของประเทศสมาชิก ที่จะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อตอบสนองของความต้องการของสาธารณชน ซึ่งมาตรการลักษณะนี้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายสิทธิบัตรของทุกประเทศ (กฎหมายไทยในมาตรา 51 และ 52 ของ พ.ร.บ. สิทธิบัตรฯ) โดยการใช้เพื่อสาธารณประโยชน์นี้ จะต้องเป็นการใช้โดยคำสั่งของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ (โดยอาจมอบให้หน่วยงานรัฐหรือเอกชนดำเนินการก็ได้) ความตกลงทริพส์อนุญาตให้รัฐสมาชิกบังคับใช้สิทธิเช่นนี้โดยไม่จำเป็นต้องเจรจาหรือพยายามที่จะได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิบัตรก่อน เพียงแต่จะต้องให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ทรงสิทธิบัตร (โปรดดู TRIPS Agreement, Article 31(b))

มาตรา 51 วรรคแรกของ พ.ร.บ. สิทธิบัตรฯ บัญญัติไว้สอดคล้องกับความตกลงทริพส์ โดยอนุญาตให้กระทรวง ทบวง กรม ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรเพื่อสาธารณประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใด โดยให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ทรงสิทธิบัตร และจะต้องแจ้งให้ผู้ทรงสิทธิทราบเป็นหนังสือโดยไม่ชักช้า **ไม่มีที่ใดในมาตรา 51 ที่กำหนดให้รัฐต้องเจรจากับผู้ทรงสิทธิเสียก่อนที่จะทำการบังคับใช้สิทธิ ส่วนตอนท้ายของมาตรา 51 วรรคสอง ที่กำหนดให้นำมาตรา 50 มาใช้บังคับโดยอนุโลมนั้น ก็หาได้มีนัยดังที่บริษัทยกกล่าวอ้างไม่**

มาตรา 51 วรรคสองเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดค่าตอบแทนกับเงื่อนไขการใช้สิทธิ มีใช้บทที่ให้อำนาจรัฐบังคับใช้สิทธิ ซึ่งได้บัญญัติเอาไว้แล้วในมาตรา 51 วรรคแรก

ในการกำหนดค่าตอบแทนและกำหนดเงื่อนไขการใช้สิทธิ มาตรา 51 วรรคสองให้นำ มาตรา 50 มาใช้บังคับโดยอนุโลม ซึ่งทั้งผู้ขอใช้สิทธิและผู้ทรงสิทธิบัตรจะต้องตกลงกันในเรื่อง ค่าตอบแทนและเงื่อนไขการใช้ หากตกลงกันไม่ได้ มาตรา 50 วรรคสองและสามให้อธิบดีกรม ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นผู้กำหนด คู่กรณีที่ไม่พอใจคำวินิจฉัยของอธิบดี อาจอุทธรณ์คำสั่งต่อ คณะกรรมการสิทธิบัตรต่อไปได้

**เฉพาะแต่เรื่องค่าตอบแทนและเงื่อนไขการใช้สิทธิเท่านั้น ที่กฎหมายให้นำมาตรา 50 มาใช้บังคับโดยอนุโลม คำว่า “โดยอนุโลม” นั้นหมายความว่า การใช้บังคับจะต้องไม่ ขัดต่อเจตนารมณ์ของมาตรา 51 ด้วย** ซึ่งเจตนารมณ์ของมาตราดังกล่าวก็ปรากฏชัดเจนอยู่ แล้วในความตอนท้ายของมาตรา 51 วรรคแรก ที่บัญญัติว่า “ทั้งนี้โดยไม่อยู่ภายใต้บังคับเงื่อนไข ในมาตรา 46 มาตรา 47 และมาตรา 47 ทวิ” ซึ่งมาตรา 46 มาตรา 47 และมาตรา 47 ทวินั้น เป็น เรื่องเกี่ยวกับการบังคับใช้สิทธิโดยเอกชน ซึ่งทั้งสามบทมาตรากำหนดเงื่อนไขการใช้สิทธิไว้ เหมือนกันอยู่ประการหนึ่ง คือ “ผู้ขอใช้สิทธิจะต้องแสดงว่าผู้ขอได้พยายามขออนุญาตใช้สิทธิตาม สิทธิบัตรจากผู้ทรงสิทธิ โดยได้เสนอเงื่อนไขและค่าตอบแทนที่เพียงพอตามพฤติการณ์แห่งกรณี แล้ว แต่ไม่สามารถตกลงกันได้ภายในเวลาอันสมควร”

การที่มาตรา 51 วรรคแรกตอนท้าย บัญญัติให้นำเงื่อนไขในมาตรา 46 มาตรา 47 และ มาตรา 47 ทวิ มาใช้ ย่อมหมายความว่าถึงเงื่อนไขทั้งหมดในบทมาตรานี้เหล่านั้น รวมทั้งเงื่อนไขที่ ให้ พยายามขออนุญาตจากผู้ทรงสิทธิก่อนด้วย ซึ่งเมื่ออ่านประกอบกับข้อความในมาตรา 51 ที่ กำหนดให้ผู้ขอใช้สิทธิ “แจ้งให้ผู้ทรงสิทธิทราบเป็นหนังสือโดยไม่ชักช้า” แล้ว ก็จะเข้าใจได้ว่า มาตรา 51 กำหนดหลักเกณฑ์การบังคับใช้สิทธิไว้แตกต่างกับมาตรา 46 มาตรา 47 และมาตรา 47 ทวิ โดยหน่วยงานรัฐผู้ขอใช้สิทธิไม่จำเป็นต้องเจรจาหรือพยายามที่จะได้รับอนุญาตจากผู้ทรง สิทธิบัตรก่อน เพียงแต่ต้องแจ้งให้ผู้ทรงสิทธิทราบโดยไม่ชักช้า ซึ่งบทบัญญัติในกฎหมายไทยที่ กล่าวมานี้ สอดคล้องกับพันธกรณีในความตกลงทริปส์ทุกประการ

เหตุที่ความตกลงทริปส์ยกเว้นให้รัฐไม่ต้องเจรจากับผู้ทรงสิทธิบัตรก่อน ก็เพราะการ กำหนดให้ผู้ขอใช้สิทธิเข้าสู่กระบวนการเจรจาขอใช้สิทธิโดยสมัครใจเสียก่อน จะมีผลกระทบต่อ ความสำเร็จของการบังคับใช้สิทธิเป็นอย่างมาก หากการเจรจาใช้เวลานาน ย่อมทำให้ความ ต้องการของรัฐบาลที่จะใช้สิทธิเพื่อสาธารณประโยชน์ ไม่ได้รับการตอบสนองในเวลาอันสมควร ทั้งนี้เพราะการเจรจาขอใช้สิทธิโดยสมัครใจนั้น อาจครอบคลุมรายละเอียดการอนุญาตให้ใช้สิทธิ มากมายหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องค่าตอบแทนการใช้สิทธิ ระยะเวลาการใช้สิทธิ การใช้ เทคโนโลยีอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น โนว์ฮาว การถ่ายทอดเทคโนโลยีย้อนกลับ (grant-back) การพ่วงขาย ผลิตภัณฑ์หรือเทคโนโลยีอื่น (tying) จำนวนสินค้าที่จะทำการผลิต ข้อห้ามส่งออกสินค้า ฯลฯ ซึ่ง

ทั้งหมดนี้ย่อมเป็นการยากที่รัฐบาลจะสามารถเจรจากับผู้ทรงสิทธิบัตรได้อย่างประสบความสำเร็จ ในช่วงเวลาอันจำกัด

เมื่อผู้ทรงสิทธิสามารถใช้สิทธิบัตรเป็นเครื่องมือหาประโยชน์และผลกำไร ก็ย่อมคาดหมายได้ว่าผู้ทรงสิทธิจะไม่สมัครใจและไม่ยินยอมให้รัฐบาลใช้สิทธิของตน เพราะนั่นหมายถึงการพังทลายของอำนาจผูกขาดตลาดที่ผู้ทรงสิทธิบัตรมีอยู่ จากประสบการณ์การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิของต่างประเทศ ผู้ทรงสิทธิบัตรมักจะใช้กลวิธีเจรจาถ่วงเวลาออกไป เช่น ด้วยการตั้งข้อเสนอละเอินไขว่คว้าซึ่งผู้ขอใช้สิทธิไม่อาจยอมรับได้ จนการบังคับใช้สิทธิไม่อาจกระทำได้ในที่สุด และนี่ก็คือความมุ่งหมายของความตกลงทริปส์ ที่ยกเว้นว่าการใช้สิทธิบัตรเพื่อสาธารณประโยชน์โดยรัฐไม่อยู่ในเงื่อนไขที่จะต้องมีการเจรจา หรือพยายามที่จะได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิบัตรก่อน เพียงแต่รัฐที่ใช้สิทธิมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งให้ผู้ทรงสิทธิบัตรทราบโดยไม่ชักช้า เกี่ยวกับการตัดสินใจบังคับใช้สิทธิ และต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้ทรงสิทธิเท่านั้น

มาตรา 31 (h) ของความตกลงทริปส์ กำหนดว่า ผู้ทรงสิทธิจะได้รับค่าตอบแทนที่เพียงพอตามสภาพการณ์ของแต่ละกรณี โดยให้คำนึงถึงมูลค่าทางเศรษฐกิจของการอนุญาตให้ใช้สิทธิ

มาตรา 51 วรรคสองของกฎหมายไทย บัญญัติไว้สอดคล้องกับความตกลงทริปส์ โดยให้การตกลงกันระหว่างคู่กรณีเกี่ยวกับอัตราค่าตอบแทน ซึ่งหากไม่สามารถตกลงกันได้ ก็ให้อธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาเป็นผู้ชี้ขาด

การให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ทรงสิทธิเป็นหัวใจสำคัญของมาตรการบังคับใช้สิทธิ อันแสดงว่ากฎหมายมิได้ให้อำนาจรัฐที่จะริบคืนสิทธิบัตรโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งก่อนหน้าที่จะมีความตกลงทริปส์ รัฐไม่มีพันธกรณีในเรื่องนี้ ความตกลงทริปส์กำหนดให้มีการให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ทรงสิทธิบัตรในทุกกรณี ไม่ว่าจะเป็นการใช้สิทธิโดยเอกชนหรือโดยรัฐ

ในเรื่องอัตราค่าตอบแทน ความตกลงทริปส์เพียงแต่ให้มีค่าตอบแทนที่เพียงพอ (adequate remuneration) โดยให้พิจารณาจากสถานการณ์ในแต่ละกรณี โดยให้คำนึงถึงมูลค่าทางเศรษฐกิจของการอนุญาตให้ใช้สิทธินั้น เช่น หากผู้ขอใช้สิทธิผลิตสินค้าออกจำหน่าย และได้กำไรเป็นจำนวนมาก ค่าตอบแทนการใช้สิทธิก็ควรมีอัตราสูง แต่ในกรณีที่การใช้สิทธิมิได้เป็นไปเพื่อหากำไร ดังเช่นกรณีที่องค์การเภสัชกรรมผลิตยาเพื่อแก้ปัญหาสาธารณสุขของประเทศ ค่าตอบแทนก็ควรมีอัตราที่ต่ำ

ในข้อเท็จจริง กระทรวงสาธารณสุขได้เสนอค่าตอบแทนให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตรยาทั้ง 3 ตัว เป็นจำนวนร้อยละ 0.5 ของมูลค่าการจำหน่ายยาชื่อสามัญโดยองค์การเภสัชกรรม ซึ่งหากบริษัทผู้ทรงสิทธิเห็นว่าค่าตอบแทนดังกล่าวต่ำเกินไป ก็อาจดำเนินการตามมาตรา 51 วรรคสอง ประกอบมาตรา 50 โดยขอให้อธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญากำหนดค่าตอบแทนที่เหมาะสม และอาจอุทธรณ์คำสั่งของอธิบดีต่อไปได้

โดยสรุป ข้อกล่าวอ้างของบริษัทฯ ผู้ทรงสิทธิบัตรที่ถูกบังคับใช้สิทธินั้นไม่น่าจะถูกต้อง ไม่  
ว่าจะพิจารณาตามตัวบทกฎหมาย หรือจากเจตนารมณ์ของ พ.ร.บ. สิทธิบัตรฯ และความตก  
ลงทริปส์ เพราะเป็นการนำประเด็นเรื่อง “อำนาจ” การบังคับใช้สิทธิโดยรัฐ มาตีความปนเปกับ  
ประเด็น “การกำหนดเงื่อนไขการใช้สิทธิ” และ “การกำหนดค่าตอบแทน” ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น

รศ.ดร. จักรกฤษณ์ ควรพจน์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย Wollongong

ออสเตรเลีย

14 กุมภาพันธ์ 2550