

สิทธิบัตรจุลชีพ: หลุมพรางใน JTEPA?

ผศ. สมชาย รัตนเชื้อสกุล

โครงการพัฒนาความรู้และยุทธศาสตร์ด้านความตกลงพหุภาคีระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อม (สกว.)

มรดกจากการทำข้อตกลงเขตการค้าเสรี (FTA) ที่ตกทอดจากยุคทักษิณโณมิกส์มาสู่รัฐบาลชิงแก่ชิ้นหนึ่งซึ่งเริ่มเป็นที่ถกเถียงกันในปัจจุบัน คือ “ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น” (Japan-Thailand Economic Partnership Agreement) หรือที่เรียกกันสั้นๆ ว่า JTEPA

จากเอกสารของกระทรวงการต่างประเทศของไทย การเจรจาเพื่อจัดทำ JTEPA เริ่มต้นอย่างเป็นทางการตั้งแต่ กุมภาพันธ์ 2547 และจัดทำร่างที่เสร็จสมบูรณ์เมื่อมิถุนายน 2549 ที่ผ่านมา ขณะนี้กำลังอยู่ระหว่างการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ

ประเด็นเจรจาในข้อตกลงฉบับนี้มีหลายเรื่อง ตั้งแต่เรื่องใหญ่จนถึงเรื่องเล็ก แต่วันนี้ขอพูดเฉพาะเรื่องเล็กๆ “จุลชีพ” เล็กมากจริงๆ ไซ้ใหม่ครับ เรื่องจุลชีพระบุใน JTEPA มาตรา 130(3) ในหัวข้อ “สิทธิบัตร”

มาตรานี้ระบุว่า “ประเทศคู่สัญญาแต่ละฝ่ายรับรองว่า คำขอสิทธิบัตรจะไม่ถูกปฏิเสธเพียงเพราะเหตุผลที่ว่า สิ่งประดิษฐ์ที่ขอรับความคุ้มครองในคำขอนั้นเกี่ยวข้องกับจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ” (Each party shall ensure that any patent application shall not be rejected solely on the grounds that the subject matter claimed in the application is related to a naturally occurring micro-organism)

กระทรวงต่างประเทศ และกรมทรัพย์สินทางปัญญาอธิบายสรุปว่า มาตรานี้จะไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ของประเทศไทยที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิบัตรในจุลชีพแต่อย่างใด พูดแบบภาษาชาวบ้านคือ ถ้าเดี๋ยวนี้ประเทศไทยไม่คุ้มครองจุลชีพ เช่นสัญญาไปก็ยังไม่คุ้มครองอย่างเดิม

ตั้งการ์ดต่ำแบบนี้ เลยถูกยิงสวนอีกหลายคำถาม

“ถ้าญี่ปุ่นไม่ได้ทำอะไรแล้วเขียนในสัญญาทำไม?”

“ถ้าไม่ได้ทำอะไรเพิ่มเติมตัดออกก็ไม่กระทบสิทธิของญี่ปุ่นไซ้ใหม่ ถ้างั้นตัดออกดีไหม?”

มีคำอธิบายเพิ่มว่า “เราคิดว่าเขาไม่ได้ทำอะไร เขาขอให้เขียนเราก็เลยเขียนให้” ถ้าจะไปตัดออกตอนนี้เดี๋ยวเขาจะเรียกอะไรเราเพิ่มจะได้ไม่คุ้มเสีย.. บางท่านยังโยงไปว่า ไทยต้องคุ้มครองสิทธิบัตรจุลชีพตามที่ทริปส์เขียนไว้อยู่แล้ว..

ประเด็นที่ต้องคิดให้ตก คือ ญี่ปุ่นได้ประโยชน์อะไรจากการขอให้ใส่ข้อความดังกล่าวไว้? ไม่ใช่จะไม่เชื่อที่ทีมเจรจาของไทยบอกนะครับ แต่ไม่แน่ใจว่าสติปัญญาระดับญี่ปุ่นนี้จะขอให้เขียนอะไรให้รุ่งรังโดยเขาไม่ได้ทำอะไรเลยหรือ และถ้าไม่ได้อะไรจริงๆ เราขอให้ตัดออก เขาคงไม่ขออะไรเป็นการแลกเปลี่ยนกระมัง? เขียนอะไรที่ไม่มีประโยชน์นี้ อธิบายคนอื่นยากครับว่าเขียนไปทำไม

กลับมาที่ประเด็นว่าญี่ปุ่นได้ทำอะไร การวิเคราะห์ปัญหานี้ต้องย้อนกลับไปพิจารณาขั้นตอนการคุ้มครองสิทธิบัตร

ถูกต้องครับที่ไทยต้องคุ้มครองสิทธิบัตรจุลชีพ ตามพันธกรณีในทริปส์ มาตรา 27.3(b) แต่ ทริปส์พูดแค่ให้สิทธิบัตรเท่านั้น แต่ไม่ได้ให้รายละเอียดการคุ้มครองไว้ จึงต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายสิทธิบัตร ซึ่งแยกพิจารณาเป็น 2 ส่วนใหญ่ๆ ดังนี้

ส่วนแรก พิจารณาก่อนว่าสิ่งนั้นนำมาขอรับสิทธิบัตรได้หรือไม่ ส่วนนี้เป็นการพิจารณาว่าสิ่งนั้นนำมาขอรับสิทธิบัตรเป็น “การประดิษฐ์” หรือไม่

การประดิษฐ์ คือ การคิดขึ้น ทำขึ้น สร้างขึ้น นั้นหมายความว่า สิ่งที่จะขอรับสิทธิบัตรได้ไม่ว่าจะเป็นอะไรก็ตาม รวมทั้งจุลชีพด้วย ต้องเป็นสิ่งที่มนุษย์ประดิษฐ์ขึ้นเสียก่อน

ทำไมถึงต้องวางหลักให้เป็นการประดิษฐ์เสียก่อน?

คำตอบคือ คนที่ได้สิทธิบัตรจะมีสิทธิพิเศษเหนือกว่าคนอื่นเขา กฎหมายจึงต้องการให้สิทธินี้แก่คนที่ต้องใช้สติปัญญาของตนเองคิดค้นประดิษฐ์ หรือสร้างสิ่งใหม่ๆ ขึ้น เขาไม่ต้องการคุ้มครองสิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ ซึ่งถือเป็นสมบัติของมนุษย์ทุกคน ไม่ควรมีใครอ้างสิทธิเป็นเจ้าของคนเดียวได้ สิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ ใครจะมาถือว่าตนเองเป็นคนประดิษฐ์ไม่ได้ อย่างเก่งก็เป็นได้แค่ผู้ค้นพบ กฎหมายสิทธิบัตรจึงไม่คุ้มครองการค้นพบ (Discovery)

การที่หลักกฎหมายสิทธิบัตรกำหนดว่า จุลชีพที่นำมาขอรับสิทธิบัตรได้ต้องเป็นจุลชีพที่ประดิษฐ์ขึ้นมีความหมายอย่างไร ?

หมายความว่า ถ้ามนุษย์ไม่ได้ประดิษฐ์จุลชีพ แต่นำจุลชีพที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติมาขอรับสิทธิบัตร แม้จะเป็นจุลชีพชนิดใหม่ที่ไม่เคยมีใครรู้จักมาก่อน หรือแม้จะเป็นจุลชีพที่มีคุณประโยชน์มหาศาล แต่ในสายตาของสิทธิบัตร สิ่งเหล่านี้ก็ยังถือเป็นเพียงการค้นพบสิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ เป็นผลผลิตของธรรมชาติ (Product of nature) ไม่ควรที่จะให้สิทธิมนุษยชนใดคนหนึ่งครอบครองอ้างเป็นเจ้าของแต่ผู้เดียวได้

ดังนั้นคำขอสิทธิบัตรในกรณีเหล่านี้จะถูปฏิเสธด้วยเหตุผลว่า “เป็นจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ”

โปรดสังเกตว่า นี่เป็นเพียงขั้นตอนแรกที่พิจารณาว่า สิ่งที่นำมาขอคุ้มครองเป็นสิ่งที่ยอมรับสิทธิบัตรได้หรือไม่ ถ้าฟังว่าไม่ใช่การประดิษฐ์เสียแล้ว ก็ปฏิเสธคำขอนี้ได้ทันที และที่ผ่านมามีทั่วโลก (รวมทั้งไทย) ก็อาศัยเหตุนี้ในการปฏิเสธคำขอมานักต่อนัก

จุดประสงค์ของญี่ปุ่นที่ต้องการให้เขียนข้อความว่า “คำขอสิทธิบัตรจะไม่ถูกปฏิเสธเพียงเพราะเหตุผลที่ว่าสิ่งประดิษฐ์ที่ยอมรับความคุ้มครองในคำขอนั้นเกี่ยวข้องกับจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ” ใน JTEPA ก็เพื่อจับไทยขังกรงไม่ให้ยกเรื่องนี้มาเป็นเหตุปฏิเสธคำขอสิทธิบัตรนั่นเอง

ต่อไปกรมทรัพย์สินทางปัญญาจะถูกอดุดปากอดจุมูก เกียงเขาไม่ได้อีกต่อไป ว่าเป็นสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติ

คำถามที่น่าสนใจต่อไป คือ ถึงกรมทรัพย์สินทางปัญญาจะปฏิเสธคำขอในตอนแรกไม่ได้ แต่ก็ยังต้องมานั่งพิจารณาเงื่อนไขการคุ้มครองในชั้นที่สองอีก ซึ่งเราอาจจะถือว่าไม่ผ่านเงื่อนไขที่สองก็ได้ กังวลมากไปหรือเปล่า..?

ที่พูดมาถูกต้องครับ เมื่อถือเป็นการประดิษฐ์แล้ว ยังให้สิทธิบัตรไม่ได้ แต่ต้องพิจารณาในชั้นที่สองก่อนว่าเป็นไปตามเงื่อนไขการคุ้มครองหรือไม่ ซึ่งต้องดูสามเงื่อนไข คือ ต้องเป็นสิ่งใหม่ (Novelty) ต้องมีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (Inventive step) และต้องประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ (Industrial applicable) ถ้าขาดอย่างใดอย่างหนึ่งก็ปฏิเสธคำขอได้ครับ

เราลองย้อนกลับมาดูเรื่องเล็กๆ ของเรา “จุลชีพ”

สมมุติว่า นายยามาโมโตะตัดดินแถวศรีสะเกษสักซัอนเอาไปส่งกัล้องจุลทรรศน์ เกิดไปเจอจุลชีพชนิดหนึ่งเข้า เปิดดูแล้วไม่เคยมีตำราเล่มไหนในโลกเขียนถึงจุลชีพหน้าตาอย่างที่เราเห็นเลย ถือว่าเป็นจุลชีพใหม่ใช่หรือไม่

แน่นอนว่าทุกคนต้องตอบว่า “ใช่” โดยไม่ต้องใช้ตัวช่วย

“ใช่... ก็ยังไม่เคยมีใครในโลกนี้เห็นมาก่อนเลย จะไม่ใหม่ได้ไง”

เห็นใหม่ครับว่า สิ่งใหม่มีอยู่มากมายที่มนุษย์ไม่รู้จัก แต่ถ้าถามว่านายยามาโมโตะประดิษฐ์สร้างเจ้าจุลชีพที่ว่านี้หรือไม่ คำตอบคือ “ไม่” เพราะนี่เป็นเพียงการค้นพบ

ดังนั้นในระบบสิทธิบัตร จึงต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นเสียก่อน แล้วค่อยมาดูว่าใหม่หรือไม่ เพราะการประดิษฐ์ไม่ได้หมายความว่าใหม่เสมอไปก็ได้ เช่น เขาสร้างเครื่องบินกันมาตั้งนานแล้ว ไทยเพิ่งคิดสร้างขึ้นเองได้เป็นครั้งแรก ถามว่าการสร้างเครื่องบินเป็นการประดิษฐ์หรือไม่ คำตอบคือ “ใช่” แต่ถ้าถามต่อว่าเป็นสิ่งใหม่หรือไม่ คำตอบคือ “ไม่”

สรุป “การประดิษฐ์อาจไม่ใช่สิ่งใหม่ และสิ่งใหม่อาจไม่ใช่การประดิษฐ์”

โปรดดูเงื่อนไขต่อไปครับ จุลชีพของนายยามาโมโตะมีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นหรือไม่

เงื่อนไขนี้เขาจะดูว่า นักวิทยาศาสตร์ในแขนงอะไรที่เกี่ยวข้องกับจุลชีพนี้รู้จักเจ้าจุลชีพนี้หรือไม่ ถ้าตรวจสอบดูแล้วแม้แต่ นักวิทยาศาสตร์ด้วยกันยังไม่รู้จักเลย แสดงว่าความรู้ที่เกิดจากจุลชีพของนายยามาโมโตะเป็นสิ่งที่เพิ่มเติมไปจากความรู้ที่มีอยู่

ที่แม่ภาวิทยาสาสตร์ที่เชี่ยวชาญในวิทยาการแขนงนั้นยังไม่รู้จัก จึงถือว่า “มีชั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น” ตอนนี้จุลชีพของนายยามาโมโตะผ่านสองเงื่อนไขแล้วครับ

มาดูเงื่อนไขที่สาม จุลชีพของนายยามาโมโตะต้องสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้

ถ้านายยามาโมโตะเพาะเจ้าจุลชีพตัวนี้เพื่อสกัดเอนไซม์ที่มันสร้างขึ้นมาใช้ประโยชน์ ไม่ว่าจะ เป็นประโยชน์ทางด้านอุตสาหกรรม หรือเกษตรกรรม ถือว่าเข้าเงื่อนไขข้อนี้แล้วเช่นกัน

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า จุลชีพของนายยามาโมโตะจะได้รับสิทธิบัตรได้แน่นอน

แต่ข้อผิดพลาดของเรื่องนี้มีอยู่ตั้งแต่ตอนต้น คือ “ไม่มีการประดิษฐ์”

เดิมญี่ปุ่นต้องผ่านสองด่านๆ แรกหินที่สุด และถูกปฏิเสธได้ง่ายที่สุด แต่ตอนนี้ด้วยผลของ JTEPA เรากำลังเปิดประตูให้ญี่ปุ่นอ้างสิทธิเป็นเจ้าของจุลชีพในไทยได้โดยการขอรับสิทธิบัตร

ถามว่าถ้าย่างอย่างนี้คนไทยก็ได้ประโยชน์เหมือนกัน จะไปกลัวอะไร คนไทยก็เอาจุลชีพมาขอสิทธิบัตรให้มากๆ ได้เหมือนกัน

พูดง่ายครับ แต่ทำยาก ญี่ปุ่นเป็นประเทศที่ก้าวหน้าในการวิจัยที่เกี่ยวกับจุลชีพมาก มีบริษัทที่ทำธุรกิจเกี่ยวกับจุลชีพโดยเฉพาะ ตอนนี้คนไทยเรายังสู้ไม่ได้หรอกครับ ไม่เชื่อลองดูสถิติการยื่นขอสิทธิบัตรของไทยแท้ที่กรมทรัพย์สินทางปัญญาครับ เทียบกับต่างชาติแล้ว ของเราน้อยกว่าแบบไม่เห็นฝุ่นเลย

ถ้ายังไม่เชื่อลองดูพวกเป็ดน้ำน้อย กวาวเครือที่คนไทยใช้มาตั้งนานสิครับ สุดท้ายก็คนอื่นเอาไปจดสิทธิบัตร คนไทยได้ประโยชน์จริงๆ น้อยมากเมื่อเทียบกับคนที่ได้สิทธิบัตร

การเปิดช่องให้สิทธิบัตรจุลชีพยังเป็นประตูบานใหญ่เป็ดเริ่มไปสู่สิทธิบัตรในยีนของสิ่งมีชีวิตทุกชนิด ทำไม่ถึงเป็นเช่นนั้น จุลชีพจะเกี่ยวข้องกับยีนได้อย่างไร ?

สองอย่างนี้ไปเกี่ยวกันได้ เพราะความหมายของ “จุลชีพ” ไม่ชัดเจน คือมีฝ่ายที่ตีความอย่างกว้างว่าให้จุลชีพหมายถึงสิ่งมีชีวิตที่ไม่อาจมองเห็นด้วยตาเปล่าได้ ถามว่าใครมองเห็นยีนด้วยตาเปล่าได้บ้าง ไม่ได้ใช่ไหมครับ ยีนจึงถูกเหมาให้เป็นจุลชีพด้วย

ข้อกังวลที่น่าหนักอกหนักใจคือ ประเทศไทยเป็นแหล่งพันธุ์พืชที่สำคัญในโลก ญี่ปุ่นอาจไม่ต้องเอาพืชเป็นต้นๆ ไปขอสิทธิบัตร เพราะประเจิดประเจ้อเกินไป แต่ด้วยผลของ JTEPA เขาสามารถเอายีนของพืชที่เขาต้องการมาขอสิทธิบัตรในฐานะเป็นจุลชีพ เมื่อเขาเป็นเจ้าของยีนแล้ว ก็เท่ากับเขาเป็นเจ้าของพืชนั้นทั้งสายพันธุ์ เพราะยีนที่เขาเป็นเจ้าของจะแทรกอยู่ในเซลล์ทุกเซลล์ของพืชนั้น

ประเทศไทยนับว่าโชคดีที่ไม่มีใครบ้าจี้เอายีนสร้างกลิ่นหอมในข้าวหอมมะลิมาขอสิทธิบัตร ถ้าเกิดมีมาขอในฐานะจุลชีพ และกรมทรัพย์สินทางปัญญาต้องให้เพราะพูดไม่ออก ชาวนาไทยจะเป็นอย่างไร ไม่อยากนึกถึง

ประเทศไทยนับว่าเป็นแหล่งที่มีความอุดมสมบูรณ์ของความหลากหลายทางชีวภาพสูงมากประเทศหนึ่งในโลก จึงเป็นเป้าหมายของประเทศอื่นๆ ที่จ้องตาเป็นมันคอยเข้ามาฉกฉวยสิ่งที่มีอยู่ การเปิดช่องให้ญี่ปุ่นได้สิทธิบัตรจุลชีพจะทำให้จุลชีพนั้นตกเป็นทรัพย์สินสมบัติของคนญี่ปุ่นโดยอัตโนมัติ นี่ยังไม่ได้พูดถึงปัญหาว่าถ้าเราให้สิทธิแก่ญี่ปุ่นแล้ว ต่อไปอเมริกา สหภาพยุโรป หรือประเทศอื่นๆ ก็เรียกร้องสิทธิอย่างเดียวกัน ไม่ให้ก็ไม่ได้ เดี่ยวจะถูกหาว่าเราเลือกปฏิบัติ ชัดกับข้อตกลงทริปส์อีก

ญี่ปุ่นเจรจาทำข้อตกลงกับฟิลิปปินส์ เขาก็ไม่มีข้อนี้ครับ ไม่รู้ว่าญี่ปุ่นขอไปแล้วฟิลิปปินส์ไม่ให้ หรือญี่ปุ่นไม่กล้าขอก็ไม่ทราบ แต่ทำไม่ไทยต้องมีก็ไม่เข้าใจเหมือนกัน

ยิ่งบอกว่ามีไปก็ไม่ผล ยิ่งไม่เข้าใจใหญ่ว่าจะมีไปทำไม

ขอฝากทีมเจรจาของกระทรวงต่างประเทศ และกรมทรัพย์สินทางปัญญาว่า “ตัดมาตรา 130(3) ออกไม่ดีกว่าหรือครับ”
