



ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิบัตรยา:

กรณีศึกษาการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

THE LEGAL ISSUES OF PHARMACEUTICAL PATENT:

CASE STUDY ON LICENSING AGREEMENT

ว่าที่ร้อยตรีสมพร รุจิภิตติอังศุธร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

2553

©ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิบัตรยา:
กรณีศึกษาการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ
THE LEGAL ISSUES OF PHARMACEUTICAL PATENT:
CASE STUDY ON LICENSING AGREEMENT

ว่าที่ร้อยตรีสมพร รุจิจิตติอังสุธร

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

2553

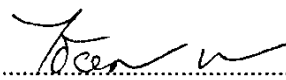
©ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิบัตรยา:
กรณีศึกษาการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ
THE LEGAL ISSUES OF PHARMACEUTICAL PATENT:
CASE STUDY ON LICENSING AGREEMENT

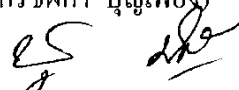
ว่าที่ร้อยตรี สมพร รุจิภักดีอังสุธร

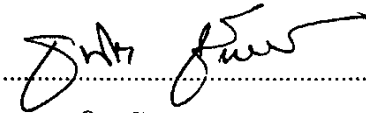
วิทยานิพนธ์นี้ได้รับการพิจารณาอนุมัติให้นับเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
2553

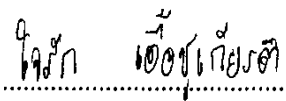
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์


.....ประธาน
(ศาสตราจารย์ ไชยยศ หเมธรัตน์)


.....กรรมการ
(ดร. กริชผกา บุญเฟื่อง)


.....กรรมการ
(ดร. ชูเกียรติ น้อยลิม)


.....กรรมการ
(ดร. ธนิต ชังถาวร)


.....กรรมการ
(ดร. ใจรัก เอื้อเกียรติ)

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้อย่างสมบูรณ์ ก็โดยได้รับความกรุณาและช่วยเหลือจาก อาจารย์ ดร.กริชพกา บุญเฟื่อง และ อาจารย์ ดร.ชูเกียรติ น้อยฉิม ที่ได้เสียสละเวลาอันมีค่าในการรับ เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ทั้งคอยรับฟังและแนะนำข้อคิดเห็นต่าง ๆ ในทางวิชาการให้แก่ ผู้เขียนได้เป็นอย่างดี ทั้งยังได้ตรวจทานแก้ไขเนื้อหาในวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ต้นจนสำเร็จอีกด้วย ซึ่ง ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงไว้ ณ โอกาสนี้

ขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ไชยยศ เหมะรัชตะ อาจารย์ ดร.ชนิต ชังถาวร และ อาจารย์ ดร.โจรึก เอื้อชูเกียรติ เป็นอย่างสูง ที่ได้เสียสละเวลาอันมีค่าให้เกียรติเป็นประธานและ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนได้ให้คำแนะนำต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์ เพื่อที่จะให้ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้นอีกด้วย

ขอกราบขอบพระคุณ อาจารย์ ธนัทเทพ เชียรประสิทธิ์ อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ที่ได้ให้คำแนะนำข้อมูลทางด้านวิชาการ ตรวจทานเนื้อหาและภาษาใน เบื้องต้นให้เหมาะสม ขอขอบคุณ นายวรรณัฐ บุญเจริญ มิตรที่ได้ช่วยเหลือทางด้านภาษาต่างประเทศ และขอขอบพระคุณเจ้าหน้าที่ส่วนประสานงานบัณฑิตศึกษา และส่วนอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ที่ได้อำนวยความสะดวกทางต่าง ๆ เพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ขอขอบพระคุณ บิดา มารดา และคนรัก ที่ได้คอยให้กำลังใจอันยิ่งใหญ่ คอยให้ความ ช่วยเหลือทางด้านต่าง ๆ ด้วยดีตลอดมา และครู อาจารย์ ที่ได้คอยประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้และ ปลุกฝังคุณธรรม ความดีงามต่าง ๆ ให้แก่ผู้เขียนด้วยดีเสมอมา

ท้ายที่สุดนี้ ถ้าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีประโยชน์แก่ผู้ที่สนใจประการใด ผู้เขียนขอมอบความรู้ และผลงานความดีนี้แก่มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง บิดา มารดา และบูรพาจารย์ทั้งหลาย แต่ถ้า วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องตรงส่วนใด ผู้เขียนขออภัยในความบกพร่องนั้นไว้แต่เพียงผู้เดียว และต้องขออภัยมา ณ ที่นี้ด้วย

ว่าที่ร้อยตรีสมพร รุจิกิจดิษฐ์

ชื่อเรื่องวิทยานิพนธ์	ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิบัตรยา: กรณีศึกษาการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ
ชื่อผู้เขียน	ว่าที่ร้อยตรีสมพร รุจิภักดีอังศุธร
หลักสูตร	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
อาจารย์ที่ปรึกษา	ดร. กริชพกา บุญเฟื่อง ดร. ชูเกียรติ น้อยนิม

บทคัดย่อ

ในการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรยา ผู้ทรงสิทธิหรือผู้อนุญาต (licensor) จะตกลงกำหนดเงื่อนไขให้ผู้รับอนุญาต (licensee) ต้องปฏิบัติตามไว้ในสัญญานั้นอย่างน้อยเพียงไรก็ได้ ขึ้นอยู่กับความตกลงของผู้อนุญาตกับผู้รับอนุญาต แต่ข้อสัญญาหรือเงื่อนไขดังกล่าวนั้นต้องไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 (แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 3 พ.ศ. 2542) กฎกระทรวงฉบับที่ 25 (พ.ศ. 2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มิเช่นนั้นแล้วอาจทำให้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรยาที่ฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว ห้างกับใช้ได้ไม่ ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาถึงผลกระทบด้านการถ่ายทอดเทคโนโลยีต่อผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรยา รูปแบบในการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรยา และข้อสัญญาที่มีเงื่อนไขเป็นการเอาเปรียบผู้ได้รับอนุญาตและฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว โดยทำการศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน อินเดีย และบราซิล

จากการศึกษาพบว่าการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรยามีอยู่ด้วยกัน 3 รูปแบบ คือ การทำสัญญาอนุญาตแบบเด็ดขาด การทำสัญญาอนุญาตแบบไม่เด็ดขาด และการทำสัญญาอนุญาตแบบกึ่งเด็ดขาด

จากสัญญาทั้ง 3 รูปแบบดังกล่าว ยังพบอีกว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้มีการกำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิของผู้ได้รับอนุญาตอีกด้วย เช่น ข้อสัญญาถ่ายทอดกลับ ข้อสัญญาจำกัดการส่งออก ข้อสัญญากำหนดราคาสินค้า และข้อสัญญาห้ามโต้เถียง เป็นต้น ซึ่งข้อสัญญาดังกล่าวนั้นเป็นข้อสัญญาที่ขัดต่อพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 (แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 3 พ.ศ. 2542) กฎกระทรวงฉบับที่ 25 (พ.ศ. 2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติการการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยที่พระราชบัญญัติสิทธิบัตรแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 3 นี้ ได้ทำการยกเลิกคณะกรรมการสิทธิบัตรภายใน พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 (แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ. 2535) ทำให้ขาดผู้ที่ทำหน้าที่ในการติดตามและควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรยาเป็นการเฉพาะ นอกจากนั้น กฎกระทรวงฉบับดังกล่าวยังได้ให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเข้ามามีส่วนร่วมในการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ขัดต่อกฎกระทรวงได้ แต่กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากลับมิได้มีบทบัญญัติให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าวินิจฉัยข้อสัญญาที่เกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขันทางการค้าแต่อย่างใด

ดังนั้นผู้ศึกษาวิจัยเห็นว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ของประเทศไทยสมควรที่จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้เป็นไปตามหลักสากล โดยเห็นสมควรให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจวินิจฉัยข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าอันเกิดจากสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น เยอรมัน อินเดีย และบราซิล พร้อมทั้งสมควรให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 โดยเห็นสมควรให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิบัตรยา ทำหน้าที่ในการดำเนินการเกี่ยวกับสิทธิบัตรยา ดังเช่น พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 นอกจากนั้นยังเห็นสมควรให้มีการเพิ่มเติมเรื่องการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรแยกไว้อีกหมวดหนึ่ง ทั้งยังเห็นสมควรให้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี เพื่อเป็นการส่งเสริมการถ่ายทอดเทคโนโลยีให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

คำสำคัญ: สิทธิบัตรยา / สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ / ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ

Thesis Title	The legal issues of pharmaceutical patent: Case study on licensing agreement
Author	Acting second Lieutenant Somporn Rujikittioangsuthon
Degree	Master of Law
Supervisory Committee	Dr. Krithpaka Boonfueng Dr. Chukeat Niochim

ABSTRACT

In the process of pharmaceutical patent licensing, the licensor can freely stipulate any terms of licensing agreement that may cause the heavy burden for licensee. The strictness of these terms is depended on the agreement between licensor and licensee. However, the license terms shall not violate with the Thailand's patent law act of B.E. 2522 (3rd amendment B.E. 2542), Ministerial regulation No.25 (B.E. 2542) under the patent law B.E. 2522 and antitrust law act of B.E. 2542. Otherwise, the licensing agreements will be voided. Therefore, the purpose of this thesis is to study on the effect of the agreements with exploited law infringement terms by comparing to the cases that occur in USA, Japan, German, India, and Brazil.

The study finds three kinds in pharmaceutical patent licensing, which are the exclusive, non-exclusive and sole licensing agreement.

Moreover, in the licensing agreement, the licensor can specify the terms for the licensee, such as no-challenge clause, grant back, export restriction and price clause terms. These terms violate Thailand's patent law act of B.E. 2522 (3rd amendment B.E. 2542), Ministerial regulation No.25 (B.E. 2542) under the patent law B.E. 2522 and antitrust law act of B.E. 2542. The 3rd amendment patent law cancelled the pharmaceutical committee patent which was presented in the

previous bills and caused the absent in the ability to control and tracking illicit case. Moreover, this new ministerial regulation allows antitrust committees to participate in deciding over the law infringement contracts. However, it does not give committees an authority to make decision over the antitrust patent license.

Therefore, the author considers that Thailand's antitrust law act of 2542 should be amended in the more cosmopolitan means by giving antitrust authority to the antitrust committees to judge on the trade licensing. This amendment follows the trade law commitment of USA, Japan, Brazil, German, and India. Moreover, the 3rd amendment patent law (B.E. 2542) should be reconsidered by allowing pharmaceutical committee to judge and control pharmaceutical patent licensing as same as the 2nd amendment patent law (B.E. 2535). In addition, the separation of patenting procedure into another category of law should be considered and the technology transfer law should promote and support the efficiency of technology transfer.

Keywords: Pharmaceutical Patent / Licensing agreement / Licensee

สารบัญ

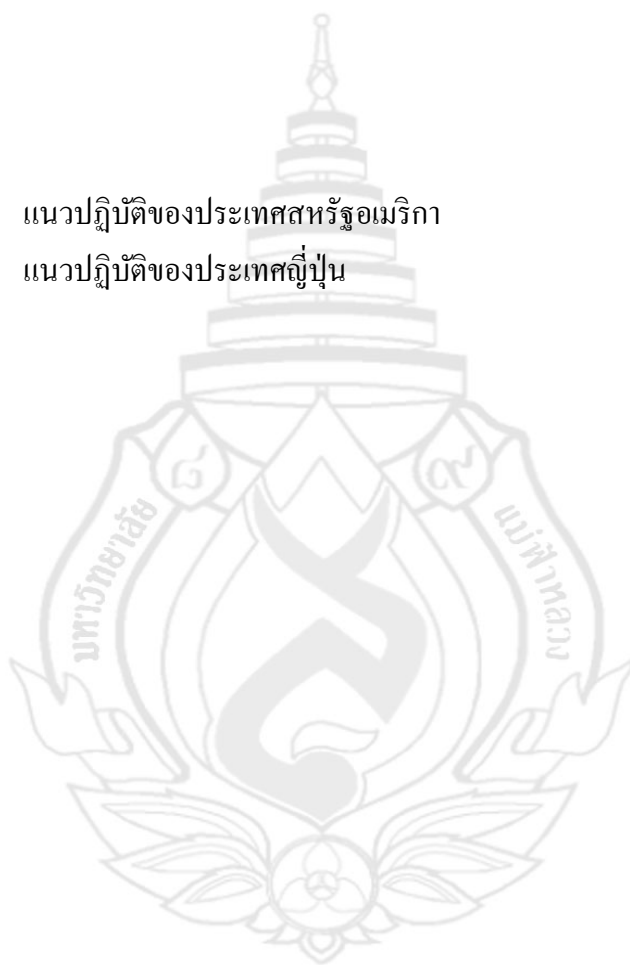
	หน้า
กิตติกรรมประกาศ	(3)
บทคัดย่อภาษาไทย	(4)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(6)
สารบัญตาราง	(11)
สารบัญภาพ	(12)
บทที่	
1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 สมมติฐาน	3
1.3 วัตถุประสงค์	3
1.4 ขอบเขตของการวิจัย	4
1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	4
2 แนวคิด ทฤษฎี หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องและความสำคัญของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา	5
2.1 แนวความคิดอันเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา	5
2.2 ความมุ่งหมายของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา	11
2.3. สิทธิบัตร	21
3 ความเกี่ยวพันของกฎหมายสิทธิบัตรกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี	25
3.1 ความสำคัญของเทคโนโลยีและการถ่ายทอดเทคโนโลยี	25
3.2 บทบาทของกฎหมายสิทธิบัตรต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยี	45

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่	
3.3 ข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี	58
3.4 การควบคุมการใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบ	62
3.5 ผลกระทบจากการใช้สิทธิบัตร โดยมิชอบ	67
4 ศึกษาการควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ	
ต่อผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิของต่างประเทศ	72
4.1 ความนำ	72
4.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา	73
4.3 ประเทศญี่ปุ่น	76
4.4 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน	79
4.5 ประเทศอินเดีย	81
4.6 ประเทศบราซิล	84
5 ศึกษาวิเคราะห์สภาพปัญหาการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ	
ต่อผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิของประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ	90
5.1 วิเคราะห์สภาพปัญหาการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ที่มีต่อผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิของประเทศไทย	91
5.2 ลักษณะของข้อสัญญาที่มีเงื่อนไขในการอนุญาตให้ใช้สิทธิ	99
5.3 สรุปบทสัมภาษณ์	115
6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	119
6.1 บทสรุป	119
6.2 ข้อเสนอแนะ	124

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่	
รายการอ้างอิง	129
ภาคผนวก	139
ภาคผนวก ก แนวปฏิบัติของประเทศสหรัฐอเมริกา	140
ภาคผนวก ข แนวปฏิบัติของประเทศญี่ปุ่น	151
ประวัติผู้เขียน	184



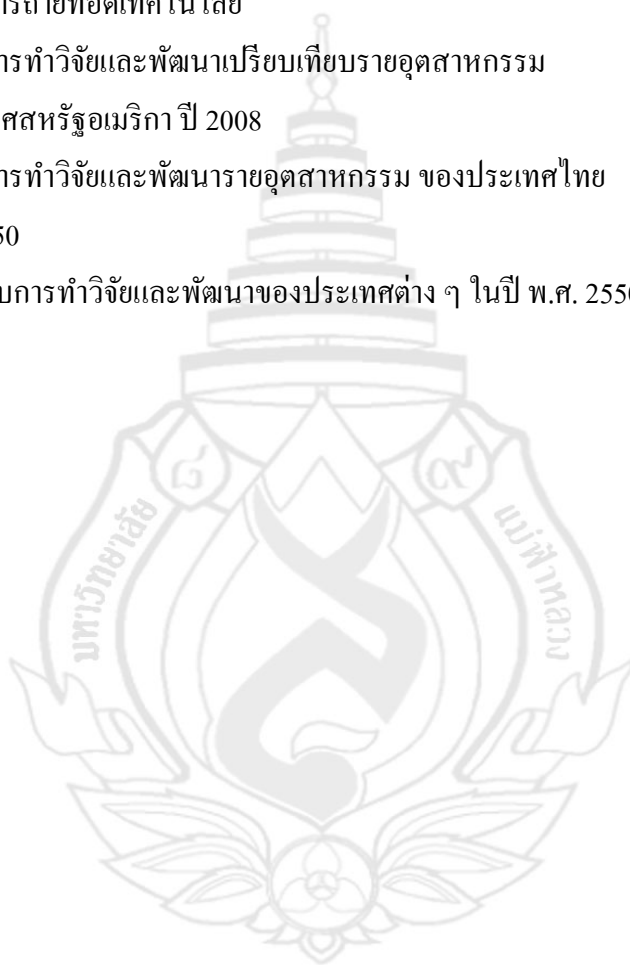
สารบัญตาราง

ตาราง	หน้า
3.1 สถิติการขอรับและการออกสิทธิบัตรในประเทศไทย ระหว่างปี พ.ศ. 2548-2552	50
3.2 สถิติการออกสิทธิบัตรในประเทศไทย จำแนกตามประเภท ระหว่างปี พ.ศ. 2548-2552	51
3.3 อันดับความสามารถในการแข่งขันของประเทศไทย ปี 2548-2552	52
5.1 เปรียบเทียบการควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ของประเทศไทยและต่างประเทศ	112



สารบัญภาพ

ภาพ	หน้า
3.1 กระบวนการถ่ายทอดเทคโนโลยี	38
3.2 ค่าใช้จ่ายการทำวิจัยและพัฒนาเปรียบเทียบรายอุตสาหกรรม ของสหรัฐอเมริกา ปี 2008	47
3.3 ค่าใช้จ่ายการทำวิจัยและพัฒนารายอุตสาหกรรม ของประเทศไทย ปี พ.ศ. 2550	48
3.4 เปรียบเทียบการทำวิจัยและพัฒนาของประเทศต่าง ๆ ในปี พ.ศ. 2550	49



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สังคมโลกยุคโลกาภิวัตน์ เทคโนโลยีได้แพร่กระจายไปอย่างกว้างขวาง จากประเทศที่พัฒนาแล้วสู่ประเทศที่กำลังพัฒนาและด้อยพัฒนา ทำให้เทคโนโลยีมีความสำคัญต่อการเจริญเติบโตทางด้านเศรษฐกิจของเกือบทุกประเทศ ประเทศที่พัฒนาแล้วมักจะใช้เทคโนโลยีเป็นเครื่องมือต่อการในการเจรจาการค้ากับประเทศที่กำลังพัฒนาต่าง ๆ เพื่อแลกเปลี่ยนกับการถ่ายทอดเทคโนโลยีของประเทศที่พัฒนาแล้วผ่านระบบกฎหมายต่าง ๆ ทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ ทำให้ประเทศที่กำลังพัฒนาต่างก็คาดหวังว่า เพื่อความก้าวหน้าของการมีเทคโนโลยีที่ทันสมัยภายในประเทศ อันจะเป็นเครื่องชี้วัดถึงการเจริญเติบโตทางด้านเศรษฐกิจ และสังคมในอนาคต จึงเป็นเหตุให้ประเทศกำลังพัฒนาต่าง ๆ ไม่อาจหลีกเลี่ยงข้อเสนอของประเทศที่พัฒนาแล้วเสนอให้ได้

ระบบกฎหมายต่าง ๆ ที่มีความสำคัญต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยีมีอยู่หลายฉบับ เช่น กฎหมายส่งเสริมการลงทุน กฎหมายป้องกันการผูกขาด เป็นต้น แต่ที่สำคัญและนิยมใช้กันอยู่ในปัจจุบันคือ กฎหมายสิทธิบัตร กล่าวคือ กฎหมายสิทธิบัตรมีหลักเกณฑ์ที่ว่า ต้องเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับรายการที่ขอจดทะเบียนต่อสาธารณชน เพื่อให้เกิดแรงจูงใจในการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากเจ้าของสิทธิบัตร เป็นการแลกเปลี่ยนที่ผู้ทรงสิทธิบัตรจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรของภายในประเทศนั้น ๆ เป็นการตอบแทน อันจะทำให้ประเทศที่ให้การคุ้มครองนั้นได้รับเทคโนโลยีจากเจ้าของสิทธิบัตรอีกด้วย

ในการนี้ การที่ประเทศต่าง ๆ จะได้มาซึ่งเทคโนโลยีนั้นมีอยู่ด้วยกัน 2 วิธีใหญ่ๆ¹ กล่าวคือ

1. การพัฒนาขึ้นเองภายในประเทศโดยการทำวิจัยและพัฒนา (Research and development)
2. การรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากต่างประเทศ (Transfer of technology)

เป็นที่แน่นอนว่า การได้มาซึ่งเทคโนโลยีด้วยวิธีการที่มีการพัฒนาขึ้นเองภายในประเทศโดยการทำวิจัยและพัฒนาขึ้น ต้องใช้ระยะเวลา และงบประมาณเป็นอย่างมาก ประกอบกับบุคคลที่ทำ

¹ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 382.

การวิจัยและพัฒนานั้นต้องมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และความสามารถที่สูง เพื่อให้ผลวิจัยที่ได้ออกมา มีคุณภาพและเป็นที่น่าเชื่อถือและเหมาะสม แต่เมื่อเปรียบเทียบกับที่ได้มาซึ่งเทคโนโลยีโดยการ รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากต่างประเทศนั้น จะเห็นได้ว่า การรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีจาก ต่างประเทศ มีระยะเวลาที่สั้นกว่าที่จริง แต่กลับต้องสูญเสียเงินตราระหว่างประเทศเป็นจำนวนมาก เพื่อที่จะต้องนำเข้าเทคโนโลยีจากประเทศที่เป็นผู้ให้การถ่ายทอดสู่ประเทศผู้รับการถ่ายทอด ประกอบกับค่าบำรุงรักษาเครื่องจักรต่าง ๆ และค่านำเข้าผู้เชี่ยวชาญจากต่างประเทศเพื่อฝึกและอบรม เป็นต้น ประกอบกับประเทศที่รับการถ่ายทอดนั้นมักจะไม่ได้ความรู้ของเทคโนโลยีนั้น ๆ อย่าง แท้จริงและเทคโนโลยีที่ได้รับมานั้นก็มักจะเป็นเทคโนโลยีที่ไม่นิยมใช้กันแล้ว ดังนั้น การได้มาซึ่ง เทคโนโลยีอย่างแท้จริงก็คือ การพัฒนาขึ้นเองภายในประเทศโดยการทำวิจัยและพัฒนานั่นเอง

เหนือสิ่งอื่นใดของการถ่ายทอดเทคโนโลยีผ่านระบบกฎหมายสิทธิบัตร ก็คือการที่ประเทศ ไทยได้ให้สิ่งประดิษฐ์เกี่ยวกับยารักษาโรคเป็นหนึ่งในทรัพย์สินทางปัญญาที่ต้องให้ความคุ้มครอง ภายใต้อกฎหมายสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 และถึงแม้ว่าโดยหลักเกณฑ์ของกฎหมายสิทธิบัตรที่จะต้อง เปิดเผยรายละเอียดอันเกี่ยวกับยารักษาโรค เพื่อให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีการผลิตยาต่อ อุตสาหกรรมยาภายในประเทศไทยก็ตาม แต่ในปัจจุบันประเทศไทยก็ยังมีปัญหาและอุปสรรคที่ เกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยีผ่านระบบสิทธิบัตร ที่มีต่ออุตสาหกรรมยาอยู่ไม่น้อย ไม่ว่าจะเป็น เพราะการมีเทคโนโลยีที่ไม่ทันสมัยพอหรือบุคลากรมีความรู้ไม่เพียงพอหรือเพราะเหตุของความไม่ สมบูรณ์ในการเปิดเผยรายละเอียดก็ตาม ดังนั้น ลักษณะการถ่ายทอดเทคโนโลยีในปัจจุบันจึงมีเพียง รายละเอียดการประดิษฐ์ที่ระบุถึงสูตรของยาเท่านั้น ซึ่งมีข้อจำกัดอยู่หลายประการ ได้แก่ การไม่ สมบูรณ์ของเอกสารสิทธิ คือ การที่ทราบอยู่แล้วว่าข้อมูลการประดิษฐ์ของตนจะต้องเป็นที่เปิดเผยต่อ สาธารณชนเมื่อจดสิทธิบัตร เพื่อให้ตนเองเป็นผู้ผูกขาดในสิทธิบัตรนั้น และสามารถได้รับประโยชน์ จากสิ่งประดิษฐ์นั้นแม้ว่าสิทธิบัตรจะหมดอายุการคุ้มครองแล้วก็ตาม ผู้ประดิษฐ์จึงพยายามปกปิด ข้อมูลของตนให้มากที่สุด แต่บางครั้งผู้ประดิษฐ์ก็ไม่มีเจตนาที่จะปกปิดข้อมูล แต่โดยธรรมชาติของ เทคโนโลยีซึ่งมีความลับซับซ้อนเป็นอย่างมาก² จึงทำให้การเปิดเผยข้อมูลการประดิษฐ์อย่าง ครบถ้วนสมบูรณ์ และเกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยี เป็นสิ่งที่เป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติ

การไม่เกิดกระบวนการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่แท้จริงจากสิทธิบัตรยา ทำให้ผู้ได้รับอนุญาต ให้ใช้สิทธิในประเทศไทยไม่สามารถที่จะทำการผลิตผลิตภัณฑ์ยาอย่างมีคุณภาพได้ และประเทศซึ่ง เป็นที่ตั้งของผู้ได้รับอนุญาตดังกล่าวก็มีได้รับประโยชน์จากสัญญาอนุญาตนั้นแต่อย่างใด

² นุศราพร เกษสมบูรณ์, รัชวร ใจสะอาด, วราวุธ เสริมสินศิริ, กรแก้ว จันทภาษา และทิพาพร กาญจนราช.

ข้อตกลง TRIPs: สิทธิบัตรยาและผลกระทบทางสุขภาพ, (กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข, 2545), 49.

จากเจตนารมณ์อีกข้อหนึ่งของกฎหมายสิทธิบัตรคือ เพื่อให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยี ซึ่งวิธีการถ่ายทอดเทคโนโลยีดังกล่าวมี 2 ลักษณะ ได้แก่

1. การศึกษาข้อมูลจากเอกสารสิทธิ และ
2. การถ่ายทอดข้อมูลตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแก่ผู้ได้รับอนุญาต

ทั้ง 2 ลักษณะมีข้อดีที่ประเทศของผู้รับการถ่ายทอดจะได้นำเทคโนโลยีมาใช้โดยไม่ต้องเสียเวลาและต้นทุนค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมากในการวิจัยและพัฒนา รวมทั้งตัดปัญหาการประดิษฐ์ที่ซ้ำซ้อนกัน³

1.2 สมมติฐาน

ข้อกำหนดหรือเงื่อนไขต่าง ๆ ตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 25 (พ.ศ. 2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 (แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 3 พ.ศ. 2542) ไม่เอื้ออำนวยต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยีในรูปแบบการอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรยาในประเทศไทย จึงทำให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในประเทศไทยมิได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีอย่างครบถ้วน ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาและอุปสรรคดังกล่าว จึงได้มีการศึกษาหามาตรการทางกฎหมายเพื่อส่งเสริมการถ่ายทอดเทคโนโลยีต่ออุตสาหกรรมยาในประเทศไทยอย่างมีประสิทธิภาพ

1.3 วัตถุประสงค์

1.3.1 เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับกฎหมายสิทธิบัตรและการถ่ายทอดเทคโนโลยี

1.3.2 เพื่อศึกษาถึงสภาพปัญหาและอุปสรรคของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการถ่ายทอดเทคโนโลยีผ่านระบบกฎหมายสิทธิบัตร ที่มีต่ออุตสาหกรรมยาของประเทศไทย

1.3.3 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศ ที่เกี่ยวกับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการถ่ายทอดเทคโนโลยีผ่านระบบกฎหมายสิทธิบัตร

1.3.4 เพื่อศึกษาหามาตรการทางกฎหมายสิทธิบัตร ให้มีความเหมาะสม ชัดเจน และสนับสนุนต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่อุตสาหกรรมยาของประเทศไทยมากยิ่งขึ้น

³ นุศราพร เกษสมบุรณ์ และคณะ, ข้อตกลง TRIPS: สิทธิบัตรยาและผลกระทบทางสุขภาพ, (กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข, 2545), 48.

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

วิจัยเล่มนี้ศึกษาเฉพาะกรณีการอนุญาตให้ใช้สิทธิ และการถ่ายทอดเทคโนโลยีผ่านระบบกฎหมายสิทธิบัตร ปัญหาและอุปสรรคของการถ่ายทอดเทคโนโลยี ทั้งของผู้ให้และผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ที่มีต่ออุตสาหกรรมยาในประเทศไทย เพื่อสรุปเป็นข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรให้มีความเหมาะสมต่อไป

1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย

การทำวิทยานิพนธ์ในเรื่องนี้ จะใช้วิธีการวิจัยเอกสาร (documents research) และการสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญที่เกี่ยวข้อง โดยทำการศึกษาวิเคราะห์จากหนังสือ บทความ เอกสาร และวารสารต่าง ๆ ที่ได้รับการตีพิมพ์และเป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลาย รวมตลอดถึงข่าวที่ได้รับการตีพิมพ์เผยแพร่เพื่อให้ความรู้แก่ประชาชนทั่วไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ได้ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับกฎหมายสิทธิบัตรและการถ่ายทอดเทคโนโลยี

1.6.2 ได้ทราบถึงสภาพปัญหาและอุปสรรคของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการถ่ายทอดเทคโนโลยีผ่านระบบกฎหมายสิทธิบัตร ที่มีต่ออุตสาหกรรมยาของประเทศไทย

1.6.3 ได้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศ ที่เกี่ยวกับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการถ่ายทอดเทคโนโลยีผ่านระบบกฎหมายสิทธิบัตร

1.6.4 ได้ทราบถึงความเหมาะสมของมาตรการทางกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมชัดเจนและสนับสนุนการถ่ายทอดเทคโนโลยีมากยิ่งขึ้น

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และความสำคัญของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

ความเจริญเติบโตทางด้านเศรษฐกิจและการค้าในปัจจุบัน ทำให้สิ่งของอุปโภคบริโภคต่าง ๆ มีราคาที่สูงขึ้น อันเนื่องมาจากค่าวัตถุดิบที่เพิ่มขึ้น ค่าแรงงานที่เพิ่มขึ้น หรือแม้กระทั่งค่าเทคโนโลยีที่ใช้ในกระบวนการผลิตสินค้านั้น ๆ ด้วยก็ตาม แต่เหนือสิ่งอื่นใด คือการที่ผู้ซื้อสินค้าต้องจ่ายค่าทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เป็นต้น ให้แก่เจ้าของสินค้านั้นด้วย โดยมีการคำนวณรวมกับราคาของสินค้า ทำให้ราคาของสินค้านั้นเพิ่มมากขึ้น ย่อมทำให้ประเทศที่มีกำลังทางด้านเศรษฐกิจต่ำ ไม่สามารถทำการซื้อหาสินค้าที่มีความจำเป็นต่อการดำรงชีวิตได้ เช่น สินค้าประเภท “ยารักษาโรค” ซึ่งไม่สามารถที่จะหาสินค้าอื่นใดมาทดแทนได้ ย่อมทำให้เกิดปัญหาการขาดแคลนยาภายในประเทศ และปัญหาสังคมอื่น ๆ ตามมาอีกมากมาย อีกทั้งประเทศดังกล่าวก็ไม่มีกำลังความสามารถที่เพียงพอที่จะทำการวิจัยและพัฒนาขึ้นมาใช้เอง ช่องทางหนึ่งที่ประเทศดังกล่าวจะได้มาซึ่งเทคโนโลยีการผลิต คือการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากเจ้าของผลิตภัณฑ์ผ่านทางต่าง ๆ เช่น ผ่านระบบกฎหมายสิทธิบัตร บุคลากร เอกสาร และ/หรือตัวผลิตภัณฑ์เอง เป็นต้น ซึ่งในบทนี้จะได้กล่าวถึง แนวความคิดอันเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ความมุ่งหมายของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ความเป็นมาของการคุ้มครองสิทธิบัตรทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ ตลอดจนความหมายของสิทธิบัตรและสิทธิบัตรยา โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.1 แนวความคิดอันเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

โดยทั่วไปแล้ว สิ่งสำคัญที่สุดเกี่ยวกับทรัพย์สินคือ การที่ผู้ที่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นสามารถที่จะใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของตนได้ตามแต่ที่ปรารถนา และไม่มีผู้ใดที่จะนำทรัพย์สินนั้นมาหาประโยชน์โดยปราศจากความยินยอมของผู้ที่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น แต่กระนั้น ยังมีข้อจำกัดบางประการตามแต่ที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือข้อกำหนดของฝ่ายปกครองในการจำกัดการใช้สิทธิของผู้ที่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตน เช่น ผู้ที่มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินไม่มีอิสระเสมอไปในการ

การที่จะปลูกสร้างอาคารในรูปทรง ขนาด หรือความสูงต่าง ๆ ตามที่ตนต้องการในที่ดินของตน โดยต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับที่ถูกตราขึ้นโดยฝ่ายปกครองในที่ดินซึ่งที่ดินนั้นตั้งอยู่ ซึ่งทรัพย์สินทางปัญญาก็เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งจึงต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าวเช่นกัน

ทรัพย์สินทางปัญญา (intellectual property) อันได้แก่ สิ่งที่เกิดขึ้นจากการสร้างสรรค์จากจิตใจและปัญญาของมนุษย์ กล่าวได้ว่า ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับข้อมูลหรือนำมาประกอบในการสร้างวัตถุที่มีรูปร่างโดยไม่จำกัดจำนวน โดยทรัพย์สินอันมีที่มาจากวัตถุเหล่านั้นไม่ได้อยู่ในวัตถุที่สร้างขึ้น แต่อยู่ที่ข้อมูลหรือความคิดที่ก่อให้เกิดการสร้างสรรค์ขึ้นมา อย่างไรก็ตาม ขอบเขตแห่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีลักษณะเช่นเดียวกับสิทธิในสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งย่อมต้องมีข้อจำกัดบางประการในการใช้ประโยชน์ตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ เช่น ระยะเวลาในการคุ้มครองสิทธิอันถูกจำกัดโดยกฎหมายในกรณีลิขสิทธิ์และสิทธิบัตร เป็นต้น

ด้วยเหตุที่ทรัพย์สินทางปัญญามีบ่อเกิดมาจากความคิดสร้างสรรค์และปัญญาของมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็นงานวรรณกรรม ศิลปกรรม นาฏกรรม และดนตรีกรรมอันเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ การประดิษฐ์ และการออกแบบผลิตภัณฑ์เพื่อการอุตสาหกรรมอันเกี่ยวกับการได้รับสิทธิบัตร การใช้เครื่องหมายการค้าและบริการเพื่อป้องกันการลอกเลียนแบบอ้างทางการพาณิชย์ เป็นต้น โดยกว่าที่จะได้มีการสร้างสรรค์งานออกมาให้ปรากฏแก่มนุษยชาติเพื่อใช้ประโยชน์ทั้งทางด้านการส่งเสริมอารยธรรม และวิทยาการ ผู้สร้างสรรค์หรือผู้คิดค้นจะต้องใช้ความคิด ความพยายามอุตสาหะ ทักษะ ตลอดจนทรัพยากรต่าง ๆ ซึ่งบางครั้งการดำเนินการใด ๆ เพื่อความสำเร็จของการสร้างสรรค์หรือคิดค้นนั้น อาจจะต้องใช้การลงทุนที่สูงทั้งทางปัญญาและทางการเงิน เช่น การคิดค้นยารักษาโรคเอดส์ เป็นต้น ดังนั้น ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทจึงประสงค์จะใช้ประโยชน์และได้รับค่าตอบแทนให้คุ้มค่ามากที่สุด อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่ปรากฏแก่ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา คือ มักจะมีบุคคลที่เห็นแก่ได้ทำการลอกเลียนงานสร้างสรรค์ สิ่งประดิษฐ์หรือเครื่องหมาย สัญลักษณ์ทางการค้า ตลอดจนสิ่งสร้างสรรค์ทางปัญญาอื่น ๆ เพื่อหาประโยชน์ทางการพาณิชย์ โดยมีได้รับอนุญาตหรือตอบแทนแก่ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญานั้น ๆ อันทำความเสียหายไม่ว่าจะเป็นทางเศรษฐกิจหรือชื่อเสียงคุณค่าทางการค้าของเจ้าของ และเมื่อมีการปฏิวัติอุตสาหกรรมขึ้น ความสำคัญของการกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหายเช่นนั้นแก่ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาก็ยิ่งเพิ่มมากขึ้น จึงเกิดแนวความคิดและข้อเรียกร้องเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยการใช้มาตรการทางกฎหมายขึ้นมา ทั้งนี้ด้วยเหตุผลพื้นฐานที่ว่าทรัพย์สินทางปัญญาก็ถือว่าเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งเช่นเดียวกัน

วิธีดั้งเดิมในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่การเก็บสิ่งที่ตนสร้างสรรค์หรือคิดค้นขึ้นมาไว้ในสมองของผู้สร้างสรรค์หรือผู้คิดค้นเอง อันเป็นผลให้บุคคลนั้นจะไม่เสี่ยงต่อการที่ตน

อื่นจะมาเห็นหรือค้นหาสิ่งดังกล่าวจนพบ ทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าวจะยังคงได้รับการเก็บรักษาไว้ในความเป็นเจ้าของตราบเท่าที่เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญานั้นจะตัดสินใจเปิดเผยการสร้างสรรค์หรือการคิดค้นนั้น หากว่าการคิดค้นเกี่ยวกับกระบวนการหรือวิธีการผลิตสิ่งใด การคิดค้นดังกล่าวย่อมยังคงเป็นความลับของเจ้าของ ถ้าเจ้าของนั้นดำเนินการผลิตหรือใช้วิธีการที่คิดค้นขึ้นโดยไม่มีบุคคลใดมาเห็น เช่น วิธีการผสมอาหารให้มีความอร่อยแตกต่างไปจากผู้อื่นจนเป็นที่นิยมแก่ลูกค้าหรือดำเนินการกระบวนการผสมน้ำอัดลมตามสูตรเฉพาะตนเพื่อทำการผลิตออกจำหน่าย เป็นต้น อย่างไรก็ตาม วิธีการคุ้มครองเช่นนี้มีข้อเสียอยู่ที่เมื่อเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาผู้นั้นถึงแก่กรรมลงก็หมายถึงว่าความลับแห่งการคิดค้นนั้นจะดับสูญไปด้วย ตลอดจนวิธีการเช่นนี้จะประสบผลได้แต่เฉพาะการคิดค้นอันเกี่ยวกับกรรมวิธีหรือกระบวนการอันก่อให้เกิดการผลิตเท่านั้น เนื่องจากหากเป็นการคิดค้นอันเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์แล้ว เมื่อใดที่ผู้เป็นเจ้าของการคิดค้นได้นำผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากการคิดค้นนั้นออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนแล้ว ผู้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์ดังกล่าวย่อมสามารถค้นพบรายละเอียดของการคิดค้นได้จากการวิเคราะห์ตัวผลิตภัณฑ์ หรือที่เรียกกันทางวิชาการว่า “Reverse engineering” เช่น การคิดค้นเกียร์แบบใหม่สำหรับใช้กับจักรยาน เมื่อบุคคลใดซื้อจักรยานที่ใช้ระบบเกียร์ดังกล่าวย่อมทำการวิเคราะห์ได้ เป็นต้น⁴ นอกจากนี้วิธีการที่คล้ายกันคือ การเก็บสิ่งที่คิดค้นนั้นไว้ในที่มืดชิด เช่น เก็บข้อมูลที่เกิดค้นไว้ในตู้โทรศัพท์ เป็นต้น แต่วิธีนี้มีข้อเสียอันสำคัญที่ว่าทรัพย์สินทางปัญญานั้นจะมีโอกาสน้อยมากที่จะนำมาใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ เนื่องจากการเก็บสิ่งนั้นไว้นานไม่ได้นำมาเปิดเผยต่อสาธารณชน ยิ่งไปกว่านั้น ผู้เป็นเจ้าของความคิดจะไม่อาจทำการโต้แย้งใด ๆ ได้เลย ในกรณีที่บุคคลอื่นได้คิดค้นสิ่งหนึ่งสิ่งใดอันมีลักษณะเดียวกันโดยเอกเทศ และบุคคลนั้นได้นำสิ่งที่ตนคิดค้นออกเผยแพร่ต่อสาธารณชน ทั้งนี้ เนื่องจากอาจมีการคิดค้นสิ่งใดสิ่งหนึ่งเกิดขึ้นในลักษณะเหมือนกันหรือคล้ายกันจากต่างบุคคลกันก็เป็นได้ เพราะบุคคลแต่ละคนย่อมมีอิสระในการคิดค้นสิ่งใดโดยเอกเทศ

นอกจากนี้ยังมีทรัพย์สินทางปัญญาบางลักษณะที่ไม่อาจใช้วิธีการเก็บไว้เป็นความลับส่วนตัวโดยเฉพาะของผู้เป็นเจ้าของ เนื่องจากมีลักษณะทางรูปร่างแสดงออกซึ่งความคิดนั้น เช่น ในรูปของหนังสือซึ่งสามารถทำการคัดลอกได้โดยง่ายด้วยวิธีการต่าง ๆ หรือเทปเพลงและเทปวีดีโอซึ่งสามารถทำการอัดลงในเทปม้วนอื่นด้วยเครื่องบันทึกเสียงและหรือภาพ หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งอาจทำการลอกเลียนได้ เป็นต้น จึงเห็นได้ว่าทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านี้มีการแสดงออกเป็นรูปร่างอันเป็นการยากจะป้องกันการนำงานออกใช้โดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของงาน แม้ในปัจจุบัน

⁴ Bainbridge, D. I., **Intellectual property**, (London: Pitman, 1992), pp. 242-243, อ้างถึงใน ไชยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2548), 10.

⁵ ไชยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2548), 8-11.

วิทยาศาสตร์จะเจริญก้าวหน้า แต่ยังไม่มีการคิดค้นวิธีการใด ๆ ทางเทคนิคโดยเครื่องมือหรือกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ที่จะป้องกันการลอกเลียนงานสร้างสรรค์ ด้วยเหตุนี้ โดยทั่วไปจึงต่างเห็นว่า วิธีการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เหมาะสมที่สุด คือ มาตรการทางกฎหมาย อันได้แก่การที่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตแห่งสิทธิเพื่อการคุ้มครองไว้ โดยกฎหมายอันเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านั้นอาจเกิดจากการบัญญัติตามกระบวนการหรือเกิดจากหลักเกณฑ์ที่สร้างขึ้นโดยศาลตามแต่แนวทางของระบบกฎหมายในแต่ละประเทศ ดังจะเห็นได้จากประเทศที่พัฒนาแล้ว อย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ ต่างก็มีกฎหมายให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในชาติของตน

อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยการมอบสิทธิแต่ผู้เดียว (exclusive right) ให้แก่ผู้สร้างสรรค์หรือคิดค้นประดิษฐ์หรือเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาย่อมก่อให้เกิดผลกระทบทางเศรษฐกิจอย่างไม้อาจหลีกเลี่ยงได้ เพราะก่อให้เกิดอำนาจผูกขาด (monopoly power) แก่บุคคลเหล่านั้น แต่การที่ไม่ให้อำนาจผูกขาดนี้จะก่อให้เกิดผลในทางที่ว่า ประการแรก จะเป็นผลให้บุคคลนั้นขาดแรงจูงใจในการสร้างสรรค์คิดค้นสิ่งใด ๆ เนื่องจากเมื่อใช้ความพยายาม อุตสาหะ ความคิด กำลังกายและกำลังเงินในการสร้างสรรค์คิดค้นสิ่งใดแล้ว กลับถูกบุคคลอื่นนำผลงานไปใช้หรือหาประโยชน์โดยไม่ได้รับค่าตอบแทนใด ๆ เลย ประการต่อมา คือ แม้บุคคลใดสร้างสรรค์คิดค้นสิ่งใดขึ้นมา ก็จะไม่อยากลงทุนผลิตเพื่อนำงานของตนออกสู่สาธารณชนซึ่งจะทำให้ไม่มีโอกาสได้ใช้ประโยชน์จากผลงานนั้น ส่วนทางแง่ของการใช้อำนาจผูกขาดโดยไม่ชอบธรรม ได้แก่ การกำหนดมาตรการทางกฎหมายป้องกันการกระทำอันไม่ชอบธรรมซึ่งกระทบต่อประโยชน์ของประชาชน เช่น การใช้อำนาจกำหนดควบคุมราคาสินค้า ในกรณี que เจ้าของสิทธิผูกขาดได้ทำการขึ้นราคาสินค้าอันมีที่มาจากทรัพย์สินทางปัญญาโดยไม่มีเหตุอันควร ตลอดจนการบังคับให้เจ้าของสิทธิผูกขาดยินยอมอนุญาตให้บุคคลอื่นได้ใช้สิทธิ (compulsory licensing) ในกรณีที่เจ้าของไม่ยอมให้บุคคลอื่นได้มีโอกาใช้ประโยชน์ในสิ่งที่ตนคิดค้น เป็นต้น รวมทั้งการกำหนดให้มีบทบัญญัติอันเกี่ยวกับการแข่งขันโดยธรรม หรือการป้องกันการผูกขาดภายใต้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศ เป็นต้น

นอกจากนี้แต่ละประเทศซึ่งเล็งเห็นถึงความสำคัญของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและแม้จะได้มีกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาต่าง ๆ ออกมาใช้บังคับภายในแต่ละประเทศดังเช่นที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นก็ตาม แต่เมื่อการติดต่อกันระหว่างประเทศไม่ว่าทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองได้เกิดขึ้น และเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ จนอาจจะกล่าวได้ว่า แต่ละประเทศในโลกแทบจะเชื่อมโยงเป็นส่วนเดียวกัน อันเนื่องมาจากระบบโทรคมนาคม ซึ่งได้รับการพัฒนาอย่างไม่หยุดยั้ง อันเป็นผลให้การแพร่กระจายของสิ่งที่เกิดจากการคิดค้นสร้างสรรค์ทางปัญญานั้นเป็นไปได้โดยสะดวกรวดเร็วและ

เพิ่มมากขึ้นตามไปด้วย สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของเจ้าของจากสิ่งที่เกิดขึ้นสร้างสรรค์ย่อมกระทบกระเทือนด้วยเช่นกัน จึงได้เกิดแนวความคิดที่ว่า แต่ละประเทศควรให้ความเคารพในความคิดสร้างสรรค์กันไว้ของกันและกัน ตลอดจนควรมีการแลกเปลี่ยนทางวิชาการโดยไม่กระทบถึงประโยชน์ของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละคนที่ควรได้รับ การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในระดับระหว่างประเทศจึงทวีความสำคัญมากขึ้น ดังจะเห็นได้จากการที่ประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ยกเอาปัญหาเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศเป็นหัวข้อสำคัญหัวข้อหนึ่งในการเจรจาเกี่ยวกับความตกลงทั่วไปทางภาษีศุลกากรและการค้า (The General Agreement on Tariffs and Trade) หรือที่เรียกกันว่า การเจรจาแกตต์รอบอุรุกวัย (The Uruguay Round negotiations) ซึ่งได้สิ้นสุดไปแล้วเมื่อเดือนเมษายน พ.ศ. 2537 โดยการมุ่งเน้นถึงปัญหาในเรื่องการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ รวมทั้งการกำหนดมาตรฐานของการคุ้มครองและการบังคับใช้ตามมาตรฐานนั้นให้เพียงพอ ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้ประเทศที่พัฒนาแล้วมักนำเรื่องการยกมาตรฐานของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศอื่น ๆ มาเป็นเครื่องต่อรองในเวทีการเจรจาการค้าโลก โดยการกดดันด้วยการขู่ที่จะถอนความช่วยเหลือทางเศรษฐกิจหรือตัดสิทธิพิเศษทางการค้าบางประการ หากไม่ได้รับความร่วมมือจากรัฐบาลของประเทศที่มีการละเมิดเช่นนั้น

ภายหลังจากที่ได้มีการจัดระเบียบและกฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศ ด้วยการจัดตั้งองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ตามผลของความตกลงทั่วไปทางภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade: GATT) ในปี พ.ศ. 2537 จึงได้มีการเจรจาประเด็นทางการค้า อันเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าและสินค้าปลอมแปลง จนกระทั่งได้มีการตกลงกันระหว่างประเทศ อันก่อให้เกิด “ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า” (Agreement on Trade – Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs) เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์และระเบียบใหม่ที่เกี่ยวข้องกับการใช้หลักการพื้นฐานของ GATT ปี ค.ศ. 1994 มาตรฐานและหลักการเกี่ยวกับการได้มา ขอบเขต และการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้าการกำหนดวิธีที่มีประสิทธิภาพและเหมาะสม สำหรับการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า รวมทั้งการกำหนดวิธีดำเนินการที่มีประสิทธิภาพ เพื่อป้องกันและระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐบาลในกรอบพหุภาคี

นอกจากนี้ ยังได้มีการจัดทำแนวบรรทัดฐานของแบบอย่างแห่งกฎหมายที่จะให้ความคุ้มครองในขอบเขตที่ใกล้เคียงกัน จึงได้เกิดมีสนธิสัญญาระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญารขึ้น โดยกระทำในรูปแบบของสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองระหว่างกันและกันหรือในรูปแบบของอนุสัญญาระหว่างหลายประเทศร่วมกันเป็นภาคีในอนุสัญญานั้น แต่ที่ปรากฏความสำคัญอย่างเด่นชัดในระดับระหว่างประเทศ ได้แก่ การตกลง

ในรูปแบบของอนุสัญญา เช่น อนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ค.ศ. 1883 (Paris Convention for The Protection of Industrial Property) โดยอนุสัญญานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดแนวมาตรฐานทางกฎหมายอันเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ดังเช่น สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า การออกแบบผลิตภัณฑ์ และการป้องกันการกระทำอันไม่เป็นธรรม ตลอดจนการตกลงเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมระหว่างประเทศอีกด้วย อนุสัญญาอีกฉบับที่มีความสำคัญต่อประเทศไทยมากที่สุด เพราะเป็นอนุสัญญาอันเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาฉบับเดียวซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกอยู่จนถึงปัจจุบัน ได้แก่ อนุสัญญาเบอร์น์ว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม ค.ศ. 1886 (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) หรืออาจกล่าวได้ว่า เป็นอนุสัญญาอันเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ ตลอดจนกำหนดมาตรฐานของกฎหมายลิขสิทธิ์ในเหล่าประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกในอนุสัญญานี้

อย่างไรก็ตาม ยังมีอนุสัญญาอีกฉบับหนึ่งซึ่งไม่เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยตรง แต่เป็นอนุสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแก่ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกโดยผ่านทางความร่วมมือระหว่างรัฐ และร่วมมือกับองค์กรระหว่างประเทศอื่น ๆ ตลอดจนเพื่อยืนยันความร่วมมือทางด้านการบริหารผ่านทางสหภาพทรัพย์สินทางปัญญาอันก่อตั้งขึ้นโดยอนุสัญญานี้ ซึ่งประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกอยู่ด้วย โดยอนุสัญญานี้เรียกว่า “อนุสัญญาว่าด้วยการก่อตั้งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (Convention Establishing the World Intellectual Property Organization)” โดยองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization: WIPO) มีฐานะเป็นหนึ่งในหน่วยงานพิเศษขององค์การสหประชาชาติ และในปัจจุบันมีบทบาทอันสำคัญในการเป็นศูนย์กลางของความร่วมมือระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

นอกจากนี้ ยังมีความตกลงระหว่างประเทศ อันเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการกำหนดกฎเกณฑ์และจัดระเบียบใหม่ตามหลักการพื้นฐานของความตกลงทั่วไปทางภาษีศุลกากรและการค้า หรือ GATT ด้วยการกำหนดมาตรฐานและขอบเขตที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาอันเกี่ยวกับการค้า เพื่อคุ้มครองการค้าทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาในระดับระหว่างประเทศ อันได้แก่ “ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าหรือ TRIPS” ซึ่งในปัจจุบันความตกลงระหว่างประเทศฉบับนี้ได้เริ่มมีอิทธิพลต่อการกำหนดหลักการอันเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่มีผลต่อการค้าทั้งภายในและระหว่างประเทศไว้ในกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่าง ๆ ของนานาประเทศ ซึ่งเป็นภาคีในความตกลงดังกล่าวนี้ ทั้งนี้ ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีให้ความตกลงนี้ เมื่อวันที่ 28 ธันวาคม

พ.ศ. 2537 อันเป็นผลให้กรอบแห่งความตกลงนี้มีอิทธิพลต่อการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไว้ ภายใต้กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่าง ๆ ของประเทศไทยจนถึงปัจจุบันนี้⁶

2.2 ความมุ่งหมายของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

2.2.1 เจตนารมณ์ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยรัฐนั้นมีเหตุผลทางด้านเศรษฐกิจเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม ทรัพย์สินทางปัญญานั้นมีอยู่ด้วยกันหลายลักษณะ และกฎหมายแต่ละลักษณะก็มีเจตนารมณ์ที่แตกต่างกันไป โดยอาจจำแนกเจตนารมณ์ของกฎหมายในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาออกได้ 5 เจตนารมณ์ ดังต่อไปนี้

1. เพื่อรับรองสิทธิตามธรรมชาติของปัจเจกชน
2. เพื่อให้รางวัลแก่ผู้ประดิษฐ์หรือผู้สร้างสรรค์ผลงานทางปัญญา
3. เพื่อจูงใจให้เกิดการสร้างสรรค์ผลงานทางปัญญาที่มีประโยชน์
4. เพื่อส่งเสริมให้มีการเปิดเผยข้อมูลความรู้ต่อสังคม
5. เพื่อป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมและให้การคุ้มครองผู้บริโภค

จากเจตนารมณ์ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่กล่าวมาข้างต้น อาจแยกพิจารณาได้เป็น 3 หัวข้อ คือ ทรัพย์สินทางปัญญากับการผูกขาดทางการค้า ทรัพย์สินทางปัญญากับการรับรองสิทธิตามธรรมชาติของปัจเจกบุคคล และทรัพย์สินทางปัญญากับการเป็นเครื่องมือในการพัฒนาเศรษฐกิจ⁷

2.2.1.1 ทรัพย์สินทางปัญญากับการผูกขาดทางการค้า

โดยทั่วไป การผูกขาดทางการค้า (monopoly) ที่เกิดขึ้นจากปัจจัยต่าง ๆ ทางเศรษฐกิจ มักจะไม่มีที่ยืนยืนเท่าใดนัก เนื่องจากผลกำไรที่เกิดจากการผูกขาดจะเป็นเครื่องล่อใจนักลงทุนรายอื่นให้เข้ามามีส่วนร่วมในธุรกิจประเภทนั้น ก่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้า ซึ่งจะทำลายอำนาจการผูกขาดลงในที่สุด อย่างไรก็ตาม ถ้าการผูกขาดนั้นไม่ได้เกิดจากปัจจัยทางเศรษฐกิจ หากแต่เกิดจากปัจจัยภายนอกอย่างอื่น เช่น โดยการแทรกแซงของรัฐ หรือจากอิทธิพลทางการเมือง การผูกขาดทางการค้านั้นจำเป็นต้องมีความแข็งแกร่งและทรงพลังเป็นอย่างมาก เช่น การที่รัฐให้สัมปทาน (concession) หรือให้เอกสิทธิ์ (privileges) ในการประกอบการอย่างหนึ่งอย่างใดแก่เอกชน ผู้ได้รับ

⁶ ไชยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2548), 11-16.

⁷ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, สิทธิบัตร : แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 23.

ลัมปทานหรือผู้ได้รับเอกสิทธิ์นั้นย่อมกลายเป็นผู้มีอำนาจผูกขาด ในการจัดจำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้นแต่เพียงผู้เดียว หรือสามารถครอบงำตลาดสินค้าหรือบริการทั้งหมดหรือโดยส่วนใหญ่ ซึ่งนักวิชาการเรียกลักษณะของการผูกขาดนี้ว่า “การผูกขาดโดยสมบูรณ์ (perfect monopoly)”⁸ ซึ่งการผูกขาดที่เกิดจากปัจจัยเหล่านี้ จะเป็นอำนาจผูกขาดที่ค่อนข้างแข็งแกร่ง แตกต่างจากการผูกขาดที่เกิดจากปัจจัยทางเศรษฐกิจอื่น ๆ เช่น จากการรวมตัวกันในลักษณะของการรวมตัวทางธุรกิจ (cartel) หรือจากการเป็นผู้ถือครองความลับทางเทคโนโลยีการผลิต

การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีลักษณะของการที่รัฐเข้าแทรกแซงระบบเศรษฐกิจด้วยการให้สิทธิเด็ดขาดแก่ปัจเจกชน ในอันที่จะกีดกันผู้อื่นโดยการใช้สอยหรือแสวงหาประโยชน์จากผลิตภัณฑ์ที่อยู่ภายใต้สิทธิบัตร ซึ่งการเข้าแทรกแซงนี้อาจทำให้เกิดการจำกัดทางการค้า และอาจทำให้ผู้ประกอบการรายหนึ่งรายใดครอบงำการผลิตและจำหน่ายผลิตภัณฑ์นั้น เช่น สิทธิตามกฎหมายสิทธิบัตรจะให้อำนาจทางเศรษฐกิจแก่ผู้ทรงสิทธิเป็นอย่างมาก รวมทั้งอาจทำให้ผู้ทรงสิทธิกลายเป็นผู้มีอำนาจผูกขาดในการจำหน่ายสินค้าแต่เพียงผู้เดียว เช่น การที่ ก เป็นผู้ทรงสิทธิบัตรในเครื่องโทรสาร อาจจะมีผลให้ ก ครอบงำตลาดสินค้าประเภทนั้นแต่เพียงผู้เดียว โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้า ก เป็นผู้ทรงสิทธิบัตรในอุปกรณ์ที่เป็นส่วนประกอบสำคัญของเครื่องโทรสารด้วย ซึ่งกรณีเช่นนี้ ก สามารถกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นไม่ให้ผลิตเครื่องโทรสารประเภทเดียวกันนั้น หรือไม่ให้ผลิตผลิตภัณฑ์อื่นที่มีคุณสมบัติอย่างเดียวกันกับเครื่องโทรสาร ถ้าการผลิตผลิตภัณฑ์อย่างอื่นนั้นจำเป็นต้องใช้วัสดุอุปกรณ์ชนิดเดียวกับอุปกรณ์ที่ใช้ในเครื่องโทรสาร ซึ่งเป็นอุปกรณ์ที่ ก เป็นผู้ทรงสิทธิบัตรอยู่ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ถึงแม้กฎหมายสิทธิบัตรจะให้ความคุ้มครองแก่สิ่งใหม่เท่านั้น และการประดิษฐ์และเทคโนโลยีใหม่ที่ได้รับสิทธิบัตร โดยเฉพาะผลิตภัณฑ์ยาใหม่นั้น โดยทั่วไปมักจะเป็นสิ่งที่ไม่อาจจะใช้ผลิตภัณฑ์อื่นที่มีอยู่แล้วทดแทนได้ เช่น หากมีบุคคลใดสามารถคิดค้นยาที่สามารถใช้รักษาโรคมะเร็งหรือโรคเอดส์อย่างได้ผล และได้รับสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ยานั้น กรณีย่อมไม่มีข้อสงสัยเลยว่าบุคคลนั้นจะกลายเป็นผู้มีอำนาจผูกขาดในการผลิตและจำหน่ายผลิตภัณฑ์ยานั้นแต่เพียงผู้เดียวโดยปราศจากผู้แข่งขัน ดังนั้น การที่สิทธิบัตรใดจะก่อให้เกิดการผูกขาดทางการค้าหรือไม่นั้น ควรจะพิจารณาว่าผลิตภัณฑ์ภายใต้สิทธิบัตรนั้นเป็นสิ่งที่สามารถจะใช้ผลิตภัณฑ์หรือสินค้าจากแหล่งผลิตอื่นทดแทนได้หรือไม่ ถ้าประชาชนผู้บริโภคหรือผู้ประกอบการรายอื่นสามารถที่จะใช้ผลิตภัณฑ์หรือสินค้าอื่นทดแทนได้ สิทธิบัตรนั้นก็มิได้สร้างอำนาจผูกขาดให้แก่ผู้ทรงสิทธิ⁹

⁸ Goyder, D. G., *EC competition law*, (Oxford: Clarendon Press., 1993), pp. 8-10, อ้างถึงใน จักรกฤษณ์ วรรณพจน์, *สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม. 2544), 24.

⁹ จักรกฤษณ์ วรรณพจน์, *สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม. 2544), 23-26.

2.2.1.2 ทฤษฎีสันทางปัญญากับการรับรองสิทธิตามธรรมชาติของปัจเจกบุคคล

แนวความคิดแรกเกี่ยวกับทฤษฎีสันทางปัญญาคือการให้ความสำคัญกับสิทธิประโยชน์ของบุคคลที่ได้ประดิษฐ์หรือสร้างสรรค์ผลงานทางปัญญาขึ้น ซึ่งแนวความคิดนี้มีทฤษฎีรองรับอยู่ 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีสันทางตามธรรมชาติ และทฤษฎีการให้รางวัล

1. ทฤษฎีสันทางตามธรรมชาติ (natural right theory)

เหตุผลประการหนึ่งที่รัฐคุ้มครองทฤษฎีสันทางปัญญาคือ เพื่อให้การรับรองสิทธิตามธรรมชาติของเจ้าของผลงานทางปัญญา ทฤษฎีสันทางตามธรรมชาติเป็นแนวคิดที่รับอิทธิพลมาจากการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส และในทุกวันนี้ก็ยังคงได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในบรรดานักกฎหมายในประเทศภาคพื้นยุโรปซึ่งยึดมั่นต่อการเคารพสิทธิมนุษยชน ดังจะเห็นได้จากที่มีการรับรองธรรมชาติ (moral right)¹⁰ ในลิขสิทธิ์ และสิทธิบัตร เป็นต้น

ภายใต้ทฤษฎีนี้ การคุ้มครองทฤษฎีสันทางปัญญาเกิดขึ้นจากความเชื่อพื้นฐานที่ว่า การให้ความคุ้มครองโดยรัฐเป็นการรับรู้ถึงสิทธิทางศีลธรรมที่เจ้าของงานมีอยู่เหนือผลงานทางปัญญาของตน เมื่อบุคคลใดได้สร้างสรรค์งานหรือทำการประดิษฐ์คิดค้นสิ่งใหม่ขึ้นมา ผลผลิตทางความคิดดังกล่าวก็ควรจะต้องตกเป็นทรัพย์สินของบุคคลนั้น ด้วยเหตุนี้ การที่บุคคลใดนำเอาความคิดของผู้ประดิษฐ์ไปแสวงหาประโยชน์โดยไม่มีอำนาจจึงถือว่าเป็นการกระทำละเมิดอย่างร้ายแรง เทียบได้กับการลักทรัพย์ของผู้อื่น นักวิชาการบางกลุ่มและบุคคลที่ส่งเสริมการคุ้มครองทฤษฎีสันทางปัญญามักจะเรียกขานการกระทำละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาว่าเป็น “การขโมย” (stealing) หรือ “การละเมิดลิขสิทธิ์” (piracy) และเช่นเดียวกัน ประเทศที่พัฒนาแล้วก็ได้ใช้ถ้อยคำดังกล่าวเรียกขานประเทศกำลังพัฒนาที่ไม่ได้จัดให้มีการคุ้มครองทฤษฎีสันทางปัญญาในระดับสูงด้วย¹¹

2. ทฤษฎีการให้รางวัล (reward theory)

นอกจากการคุ้มครองทฤษฎีสันทางปัญญาจะเป็นการรับรองสิทธิตามธรรมชาติของปัจเจกบุคคลแล้ว สิทธิทางกฎหมายยังเปรียบเสมือนรางวัลที่รัฐได้ให้แก่ผู้ประดิษฐ์หรือผู้สร้างสรรค์ผลงานทางปัญญาเพื่อตอบแทนในการที่บุคคลดังกล่าวได้คิดค้นผลงานทางปัญญาที่มีคุณค่าอีกด้วย เป็นที่ยอมรับกันว่า การให้รางวัลตอบแทนการสร้างสรรค์ผลงานนั้นมีความจำเป็น

¹⁰ ธรรมชาติเป็นสิทธิประเภทหนึ่งที่ผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์มี ซึ่งถือเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้สร้างสรรค์เท่านั้น โดยเป็นสิทธิที่แตกต่างหากจากสิทธิในทางเศรษฐกิจ ธรรมชาติที่ได้รับการรับรองโดยข้อ 6 ทวิ ของอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน มีอยู่ด้วยกัน 2 ลักษณะ คือ สิทธิที่จะให้มีการอ้างอิงชื่อของตนในฐานะเป็นผู้สร้างสรรค์งาน (Right of Paternity) และสิทธิที่จะป้องกันการกระทำที่เป็นการบิดเบือนหรือทำให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของผู้สร้างสรรค์ (Right of Integrity)

¹¹ จักรกฤษณ์ วรรณพจน์, สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544),

และรางวัลตอบแทนที่น่าจะมีความเหมาะสมมากที่สุดก็คือ การให้สิทธิเด็ดขาดในการแสวงหาประโยชน์จากผลงานทางปัญญานั้น¹²

2.2.1.3 ทฤษฎีสันทางปัญญากับการเป็นเครื่องมือในการพัฒนาเศรษฐกิจ

แนวความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีสันทางปัญญาที่เป็นเครื่องมือในการพัฒนาเศรษฐกิจนั้น มีทฤษฎีรองรับอยู่ 3 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีการเป็นเครื่องจูงใจ ทฤษฎีการเปิดเผยข้อมูลความรู้ต่อสังคม และทฤษฎีว่าด้วยการป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมและการคุ้มครองผู้บริโภค

1. ทฤษฎีการเป็นเครื่องจูงใจ (incentive to invent theory)

ทฤษฎีนี้เชื่อว่ารัฐให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาลักษณะต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ การคุ้มครองพันธุ์พืช หรือการออกแบบผังภูมิวงจรรวม ก็เพื่อส่งเสริมให้เกิดการคิดค้นและพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ ๆ และก่อให้เกิดการสร้างสรรคผลงานที่มีคุณค่าขึ้น ว่ากันว่ามาตรการทางกฎหมายที่ให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการนำเอาผลงานทางปัญญาไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์นั้น มีความสำคัญต่อกระบวนการวิจัยและพัฒนาเป็นอย่างมาก เนื่องจากการวิจัยและพัฒนาและการสร้างสรรคผลงานทางปัญญาส่วนใหญ่ก็ต้องอาศัยการลงทุนจำนวนมาก การให้ความคุ้มครองอย่างเหมาะสมจะทำให้เจ้าของผลงานเกิดความเชื่อมั่นว่า ค่าใช้จ่ายและระยะเวลาที่สูญเสียไปเพื่อการดังกล่าว จะได้รับการชดเชยกลับคืนมาในรูปของสิทธิผูกขาดตามกฎหมาย อันจะเป็นเครื่องจูงใจให้บุคคลต่าง ๆ ลงทุนลงแรงทำการวิจัยและพัฒนาหรือสร้างสรรคสิ่งใหม่ที่เป็นประโยชน์ต่อสังคม หากปราศจากการคุ้มครองที่เหมาะสม ก็คงจะไม่มีผู้ใดทำการคิดค้นหรือสร้างสรรคผลงานใด ๆ ซึ่งจะมีผลกระทบต่อการก้าวหน้าทางวิทยาการเป็นอย่างมาก ทฤษฎีนี้ให้ความสำคัญต่อบทบาทของทรัพย์สินทางปัญญาในทางเศรษฐกิจ โดยไม่ถือว่าผลงานทางปัญญาเป็นทรัพย์สินของผู้ประดิษฐ์หรือผู้สร้างสรรคดังเช่นทฤษฎีสันทางปัญญาตามธรรมชาติ¹³

2. ทฤษฎีการเปิดเผยข้อมูลความรู้ต่อสังคม (disclosure of information theory)

ทฤษฎีนี้เชื่อว่า หากปราศจากการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ผู้ที่เป็นเจ้าของผลงานทางปัญญาจะเก็บข้อมูลความรู้ที่ตนได้คิดค้นหรือพัฒนาขึ้นไว้เป็นความลับ ซึ่งการกระทำดังกล่าวจะไม่เป็นประโยชน์แก่ผู้ใดทั้งสิ้น ดังนั้น การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามแนวความคิดนี้จึงมีลักษณะเป็นการแลกเปลี่ยนกัน (quid pro quo) ระหว่างเจ้าของผลงานทางปัญญา กับสังคม ซึ่งระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เดินตามแนวความคิดนี้มากที่สุดก็คือ ระบบสิทธิบัตร โดยกฎหมายสิทธิบัตรกำหนดให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรทำการเปิดเผยรายละเอียดข้อมูลการ

¹² จักรกฤษณ์ ควรวจน์, สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 29-30.

¹³ เรื่องเดียวกัน, 31.

ประดิษฐ์ต่อสาธารณชน เพื่อแลกเปลี่ยนกับสิทธิเด็ดขาดที่รัฐจะยอมให้ เชื่อกันว่าด้วยวิธีการเช่นนี้ จะทำให้สังคมได้รับประโยชน์จากวิทยาการความรู้ที่ผู้ประดิษฐ์ได้คิดค้นขึ้น

กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาบางลักษณะ อันได้แก่ กฎหมายสิทธิบัตร มีบทบาทสำคัญในการส่งเสริมให้มีการเปิดเผยรายละเอียดข้อมูลต่อสาธารณชน อีกทั้งยังมีบทบาทสำคัญในการสร้างแหล่งข้อมูลความรู้ให้แก่สังคม เพราะกฎหมายดังกล่าวมีบทบังคับให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรทำการเปิดเผยรายละเอียดและข้อมูลของการประดิษฐ์ให้มากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ หากปราศจากการคุ้มครองตามสิทธิบัตร ผู้ประดิษฐ์ก็จะเก็บข้อมูลความรู้ที่ตนคิดค้นได้ไว้เป็นความลับ ซึ่งการกระทำดังกล่าวจะไม่ใช่ประโยชน์แก่ผู้ใดทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม การบรรลุนวัตกรรมประเสริฐจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อการเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ได้กระทำอย่างชัดเจนและสมบูรณ์ อีกทั้งรัฐจะต้องมีระบบการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรที่มีประสิทธิภาพด้วย¹⁴

3. ทฤษฎีการป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมและการคุ้มครองผู้บริโภค (prevention of unfair competition and consumer protection)

กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาบางลักษณะมีเจตนารมณ์ที่แตกต่างไปจากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่น โดยไม่ได้เกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิตามธรรมชาติของผู้สร้างสรรค์ผลงานทางปัญญา หากแต่มีความมุ่งหมายสองประการ คือ ประการแรก เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค เพื่อให้ทราบถึงแหล่งที่มาของสินค้า และประการที่สอง เพื่อปกป้องผู้ประกอบการมิให้ถูกลอกเลียนเครื่องหมายการค้าโดยไม่เป็นธรรม

กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความมุ่งหมายในการคุ้มครองผู้บริโภค ได้แก่ กฎหมายเครื่องหมายการค้า และกฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ กฎหมายทั้ง 2 ลักษณะนี้มีเจตนารมณ์ที่คล้ายคลึงกันประการหนึ่ง คือ เพื่อที่จะให้ผู้บริโภคทราบถึงแหล่งที่มาของสินค้า ซึ่งอาจเป็นการให้ทราบถึงตัวบุคคลที่ผลิตสินค้าหรือให้ทราบว่าสินค้านั้นมีแหล่งกำเนิดจากพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ใด ถ้าหากปราศจากการคุ้มครองดังกล่าวแล้ว ก็จะมีผลให้ประชาชนเกิดความสับสนหลงผิดในแหล่งกำเนิดที่แท้จริงของสินค้าได้

กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาส่วนใหญ่ยังมีความมุ่งหมายในการป้องกันการกระทำที่เป็นการเอารัดเอาเปรียบกันทางธุรกิจ แนวความคิดนี้เชื่อว่า การที่บุคคลใดลงทุนลงแรงในการประดิษฐ์คิดค้นหรือพัฒนาผลงานทางปัญญาขึ้น บุคคลนั้นย่อมคาดหวังว่าตนจะได้ใช้ประโยชน์จากสิ่งที่ดีตนได้คิดค้นหรือพัฒนาขึ้นนั้น หากบุคคลอื่นสามารถนำเอาผลงานของผู้ประดิษฐ์หรือผู้สร้างสรรค์ไปใช้ได้โดยเสรี ก็จะเป็นการไม่เป็นธรรมกับเจ้าของผลงานทางปัญญา

¹⁴ จักรกฤษณ์ ควรรพจน์, สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544),

คุณค่าของทรัพย์สินทางปัญญาบางประเภท เช่น เครื่องหมายการค้า จะขึ้นอยู่กับชื่อเสียงความนิยมในตัวสินค้า (goodwill) ภายใต้อเครื่องหมายการค้านั้นเป็นสิ่งสำคัญ ซึ่งชื่อเสียงและความนิยมในตัวสินค้านี้มักเกิดขึ้นจากปัจจัยสองประการคือ คุณภาพของสินค้า และการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้า ผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าจำเป็นต้องลงทุนและใช้ความวิริยะอุตสาหะเป็นอย่างมากในการสร้างชื่อเสียงความนิยมในสินค้าและเครื่องหมายการค้าของตน ดังนั้นการนำเอาเครื่องหมายการค้าของผู้ประกอบการดังกล่าวไปใช้จึงเป็นการฉกฉวยเอาชื่อเสียงความนิยมดังกล่าวไปใช้อย่างไม่เป็นธรรม¹⁵

2.2.2 ความเป็นมาของการคุ้มครองสิทธิบัตร

การประดิษฐ์เป็นผลผลิตจากภูมิปัญญาของมนุษย์ นับแต่ยุคดึกดำบรรพ์มานุษย์เริ่มทำการประดิษฐ์เพื่อวัตถุประสงค์หลักในการพัฒนาชีวิตและความเป็นอยู่ของตนให้สะดวกสบายขึ้น เช่น การคิดประดิษฐ์ล้อสำหรับเกวียนเพื่อใช้ขนส่งสิ่งของ และการประดิษฐ์อาวุธง่าย ๆ จำพวกมีด ดาบ และธนูเพื่อใช้ในการล่าสัตว์หรือป้องกันตัว เป็นต้น จนกระทั่งเมื่อเข้าสู่ยุคอารยธรรมโบราณ มนุษย์ทำการประดิษฐ์ด้วยเหตุผลอีกประการหนึ่งเพื่อสนองความคิดของผู้ทรงปัญญาในการพัฒนาทางวิชาการ เมื่อสังคมมนุษย์เริ่มเข้าสู่ยุคปฏิวัติอุตสาหกรรมก็ได้มีการให้ความสำคัญต่อการผลิตเพื่อความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ แนวความคิดในการประดิษฐ์ได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นความต้องการรางวัลทางการเงินซึ่งยกฐานะทางสังคมตามแนวทางลัทธิทุนนิยม อันก่อให้เกิดแรงจูงใจในการคิดค้นประดิษฐ์เพื่อการผลิต จำนวนสิ่งประดิษฐ์จึงเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ตามกาลเวลา แต่การลอกเลียนการประดิษฐ์เพื่อแย่งตลาดผู้บริโภคก็เพิ่มมากขึ้นเช่นกัน ด้วยเหตุนี้จึงเริ่มมีแนวความคิดอันเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของการประดิษฐ์ขึ้น¹⁶

2.2.2.1 ต้นกำเนิดของการคุ้มครองสิทธิบัตร

ในสมัยยุคกลางของยุโรปนั้น เอกสิทธิในการควบคุมการพาณิชย์เป็นของราชสำนักของประเทศต่าง ๆ โดยการมอบอำนาจในการผลิตหรือผูกขาดการค้าแต่ละประเภทแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อค่าตอบแทนจากผลกำไรในกิจการนั้น ซึ่งรวมถึงการที่ราชสำนักได้ทำการออกเอกสารให้อภิสิทธิ์แก่ชาวต่างประเทศผู้นำทักษะทางวิทยาการใหม่ ๆ เข้ามาในการผลิตสินค้าด้วย อันเป็นที่มาของการให้ออกสารสิทธิบัตรสำหรับการประดิษฐ์ (letter patent) นั่นเอง ดังเช่น การที่

¹⁵ จักรกฤษณ์ ทวรพจน์, สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 34-36.

¹⁶ ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2548), 152.

ราชสำนักของประเทศอังกฤษได้ออกสิทธิบัตรการประดิษฐ์ในวิธีแบบใหม่ของการทำกระจกสี (stained glass) ให้แก่ John of Utyman ในปี ค.ศ. 1449¹⁷

ต่อมา ภายหลังจากในช่วงปฏิวัติอุตสาหกรรมมาถึงในยุคที่มีการติดต่อระหว่างประเทศมากขึ้น นับตั้งแต่กลางคริสต์ศตวรรษที่ 19 ในหลายประเทศต่างใช้ระบบสิทธิบัตรเพื่อเป็นสิ่งจูงใจให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากต่างประเทศ โดยการเปิดเสรีเพื่ออนุญาตให้ชาวต่างประเทศมาทำการขอจดทะเบียนสิทธิบัตรในประเทศเหล่านั้น อย่างไรก็ตาม เนื่องจากความแตกต่างทางกฎหมายสิทธิบัตรของแต่ละประเทศจึงเป็นการยากที่จะกำหนดมาตรฐานของการคุ้มครองสิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมแขนงต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงสิทธิบัตรการประดิษฐ์ด้วย ยิ่งไปกว่านั้น การขอรับสิทธิบัตรต้องกระทำในประเทศต่าง ๆ พร้อมกัน ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงการนำงานออกเผยแพร่ในประเทศหนึ่งอันจะเป็นการทำให้ขาดเงื่อนไขที่เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ (novelty) เนื่องจากถือว่าเป็นงานที่ปรากฏอยู่แล้ว ซึ่งจะไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรในประเทศอื่น ๆ ได้อีกเลย ดังนั้น จึงมีแนวความคิดในการพยายามที่จะแก้ปัญหาดังกล่าวจากประเทศต่าง ๆ ตลอดจนการที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ของการคุ้มครองการประดิษฐ์ตามกฎหมายให้มีแนวทางอย่างเดียวกันซึ่งจะเอื้ออำนวยต่อการพัฒนาการค้าระหว่างประเทศ

ในปี ค.ศ. 1878 จึงได้มีการประชุมระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ณ กรุงปารีส จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1880 ได้มีการเสนอร่างจัดตั้ง “สหภาพระหว่างประเทศเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (International Union for the Protection of Industrial Property)” และหลังจากการประชุมนี้ ที่ประชุมได้มีการยอมรับร่างดังกล่าว โดยต่อมาได้มีการเรียกอนุสัญญาอันมีที่มาจากการประชุมครั้งนั้นว่า “อนุสัญญากรุงปารีส (Paris Convention)” ต่อมาในการจัดประชุม ณ กรุงปารีส ในปี ค.ศ. 1883 ได้มีการลงนามรับรองร่างอนุสัญญาดังกล่าวโดยผู้แทนของสิบเอ็ดประเทศ เมื่อวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1883 อันเป็นผลให้มีอนุสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเกี่ยวกับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเกิดขึ้น โดยเรียกว่า “อนุสัญญาเพื่อความคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (The Paris Convention for the Protection of Industrial Property)” หรือเรียกสั้น ๆ ว่า “อนุสัญญากรุงปารีส (Paris Convention)” นั่นเอง สาระสำคัญพื้นฐานของอนุสัญญานี้ซึ่งเกี่ยวกับการคุ้มครองการประดิษฐ์ ได้แก่ การกำหนดให้ความคุ้มครองสิทธิในการประดิษฐ์ของคนของชาติภาคีในอนุสัญญาเช่นเดียวกับที่ให้ความคุ้มครองคนในชาติของตนซึ่งเรียกว่า “National treatment” หรือ “Assimilation” และคนในชาติภาคีสามารถขอรับสิทธิบัตรในประเทศภาคีอีกประเทศหนึ่งได้ภายในกำหนดระยะเวลา 12 เดือนหลังจากวันที่ขอรับสิทธิบัตรในประเทศภาคีประเทศหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า

¹⁷ Bainbridge, D. I., **Intellectual property**, (London: Pitman, 1992), p. 244, อ้างถึงใน ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2548), 152.

“Right of priority” ตลอดจนการกำหนดหลักการอันเกี่ยวกับการบังคับใช้สิทธิบัตรในบางกรณีเพื่อป้องกันการใช้สิทธิบัตรโดยไม่ชอบธรรม ซึ่งเรียกว่า “Compulsory license”

นอกจากนี้ อนุสัญญาปารีสยังเป็นที่มาให้เกิดสนธิสัญญาอันเกี่ยวกับความร่วมมือว่าด้วยสิทธิบัตร ซึ่งเรียกว่า “The Patent Cooperation Treaty: PCT” เป็นสนธิสัญญาในแบบพหุภาคี (Multilateral treaty) ซึ่งก่อตั้งขึ้น ณ กรุงวอชิงตัน เมื่อวันที่ 19 มิถุนายน ค.ศ. 1970 เป็นข้อตกลงพิเศษภายใต้อนุสัญญาปารีส โดยสนธิสัญญานี้มีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งระบบการคุ้มครองสิทธิบัตรระหว่างประเทศ ได้แก่ การขอรับสิทธิบัตรระหว่างประเทศซึ่งเรียกว่า “International search” กล่าวคือ การยื่นขอรับสิทธิบัตรเพียงฉบับเดียวในประเทศหนึ่งที่เป็นภาคีสัญญาดังกล่าว ย่อมมีผลเช่นเดียวกับการยื่นขอรับสิทธิบัตรแก่สำนักงานสิทธิในแต่ละประเทศที่ร่วมเป็นภาคีสัญญานั้นด้วย ซึ่งกระทรวงการต่างประเทศได้ออกภยานุวัติสารการเข้าเป็นสมาชิก PCT ของประเทศไทย และได้ยื่นต่อองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ส่งผลให้ประเทศไทยเป็นสมาชิกลำดับที่ 142 ของ PCT เมื่อวันที่ 24 กันยายน พ.ศ. 2552 ซึ่งตามข้อกำหนดของ PCT กรมทรัพย์สินทางปัญญาจะสามารถรับคำขอจดทะเบียนระหว่างประเทศได้ ในวันที่ 24 ธันวาคม 2552 หลังจากที่ประเทศไทยได้ยื่นภยานุวัติสารแสดงความจำนงเข้าเป็นสมาชิก PCT ต่อองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกแล้ว 3 เดือน¹⁸

ในปี ค.ศ. 1994 ได้มีการจัดระเบียบและกฎเกณฑ์ทางการค้าขึ้น ด้วยการจัดตั้งองค์การการค้าโลก หรือ WTO ตามผลของความตกลงทั่วไปทางภาษีศุลกากรและการค้า (GATT) อันนำไปสู่การทำความตกลงเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า และการป้องกันไม่ให้เกิดการปลอมแปลงสินค้า อันมีที่มาจากทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่าง ๆ ในระดับระหว่างประเทศ ได้แก่ “ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs)” ซึ่งได้วางกรอบพื้นฐานของหลักการอันเกี่ยวกับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ไว้ในบทบัญญัติบางส่วนของความตกลงดังกล่าวนี้ด้วย เช่นเดียวกับทรัพย์สินทางปัญญาประเภทลิขสิทธิ์¹⁹

2.2.2.2 ความเป็นมาของการคุ้มครองสิทธิบัตรของประเทศไทย

สำหรับความเป็นมาของการคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์ในประเทศไทยนั้น นับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน พ.ศ. 2522 หาได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกี่ยวกับการคุ้มครองการ

¹⁸ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, กรมทรัพย์สินทางปัญญาเปิดสำนักงานรับคำขอจดทะเบียนสิทธิบัตรระหว่างประเทศอย่างเป็นทางการ หนูนักประดิษฐ์ไทย ยื่นจดสิทธิบัตรได้ ไม่ต้องไปไกลถึงต่างประเทศ, (กรุงเทพฯ: กรมฯ, 2552), สืบค้นเมื่อ 17 มีนาคม 2553, จาก <http://www.ryt9.com/s/prg/676193>

¹⁹ ไชยยศ หเมธวัชระ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2548), 152-155.

ประดิษฐ์หรือการนิมิตในประเทศไทยไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากมีความเห็นกันว่ากฎหมายคุ้มครองการประดิษฐ์ซึ่งมอบสิทธิผูกขาดในการประดิษฐ์แก่ผู้ทรงสิทธิบัตรจะเป็นผลดีแก่ชาวต่างชาติมากกว่าชาวไทย เพราะการที่ชาวต่างชาติมาขอจดทะเบียนรับสิทธิบัตรคุ้มครองการประดิษฐ์ภายในประเทศไทย อาจเป็นการกีดกันไม่ให้คนไทยสามารถก่อตั้งอุตสาหกรรมหรือใช้เทคโนโลยีใหม่ ๆ ในการผลิต อันเป็นอุปสรรคแก่การพัฒนาประเทศ²⁰ โดยแม้ว่าจะได้มีความพยายามในการออกกฎหมายสิทธิบัตรมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2456 ด้วยการร่างกฎหมายสิทธิบัตรเป็นภาษาอังกฤษชื่อว่า “Law on Patents” ประกอบด้วยบทบัญญัติจำนวน 36 มาตราก็ตาม แต่ไม่ได้รับการพิจารณาแต่ประการใด²¹

ต่อมา ในปี พ.ศ. 2468 สมัยที่พระยาโกมารกุลมนตรีเป็นอธิบดีกรมทะเบียนการค้า ได้มีการร่างกฎหมายสิทธิบัตร แต่ปรากฏว่าก็ไม่ได้มีการดำเนินการอย่างไร จนในปี พ.ศ. 2472 พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชการที่ 7 ได้ทรงมีพระราชดำริให้มีการตรากฎหมายสิทธิบัตร และแต่งตั้งคณะกรรมการร่างกฎหมายโดยยึดแนวทางตามแบบของกฎหมายสิทธิบัตรอังกฤษ แต่หลังจากที่ได้เสนอร่างกฎหมายดังกล่าวให้แก่คณะกรรมการกฤษฎีกา ก็ไม่ได้มีการดำเนินการต่อร่างกฎหมายฉบับนั้นเช่นเดิม แม้ในช่วงปี พ.ศ. 2481 – 2487 สมัยรัฐบาลของ จอมพล ป. พิบูลสงคราม ยังมีการดำเนินการร่างกฎหมายสิทธิบัตรอีกครั้ง แต่ต้องถูกระงับไปเพราะเกิดสงครามมหาเอเชียบูรพา ต่อมาเมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน พ.ศ. 2493 ได้มีมติของคณะรัฐมนตรีรับหลักการให้มีการจดทะเบียนสิทธิบัตร และมอบให้กระทรวงเศรษฐกิจดำเนินการจัดเตรียมหน่วยงานและบุคลากรทางด้านการรับจดทะเบียนสิทธิบัตร ตลอดจนทำการร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตรขึ้นใหม่ เรียกว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยการนิมิตและแบบแผน” แต่ในสมัยรัฐบาลจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 13 กันยายน พ.ศ. 2503 ให้รอการพิจารณาร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวไว้ก่อน ด้วยเหตุผลที่ว่าบุคลากรทางด้านนี้ยังไม่พร้อม และการประกาศใช้กฎหมายสิทธิบัตรอาจทำให้คนไทยเสียเปรียบในการผลิต เพราะไม่อาจนำการประดิษฐ์ของต่างประเทศมาใช้ในการผลิตทางอุตสาหกรรมได้ ในระยะเวลาต่อมา แม้จะมีการเสนอร่างกฎหมายสิทธิบัตรโดยรัฐบาลจอมพลถนอม กิตติขจร เข้าสู่การพิจารณาของสภาร่างรัฐธรรมนูญในเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2508 แต่ก็ได้รับการคัดค้าน จากสมาชิกสภา ด้วยเหตุผลด้านบุคลากรและอุปสรรคต่อการพัฒนาอุตสาหกรรมเช่นเดิม²²

²⁰ มานะ ทิพยาภรณ์, คำอธิบายพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม กฎหมายสิทธิบัตร และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2518), 4.

²¹ ชรรยง พวงราช, สิทธิบัตร : กฎหมายและวิธีปฏิบัติ, (กรุงเทพฯ: บพิธการพิมพ์, 2533), 7.

²² ชัยยนต์ อนุภาพพันธ์, ประวัติความเป็นมาของกฎหมายสิทธิบัตรในประเทศไทย, จุลสารกรมทรัพย์สินทางปัญญา, 1(1), 2536, 2-3.

จนในที่สุด ความพยายามในการให้มีการคุ้มครองการประดิษฐ์มาประสบความสำเร็จในปี พ.ศ. 2522 เมื่อกระทรวงพาณิชย์ได้เสนอร่างกฎหมายสิทธิบัตรให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาในปี พ.ศ. 2521 คณะรัฐมนตรีได้มีมติให้เสนอร่างกฎหมายฉบับนั้นสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ภายหลังจากการพิจารณาของสภาอย่างหนัก จึงได้มีการรับหลักการร่างกฎหมายดังกล่าว และได้มีการประกาศใช้กฎหมายเพื่อการคุ้มครองการประดิษฐ์และการออกแบบผลิตภัณฑ์ ซึ่งเรียกว่า “พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522” โดยให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 12 กันยายน พ.ศ. 2522 เป็นต้นไป²³ ส่วนหลักการในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 นี้มีสาระสำคัญเช่นเดียวกับบทบัญญัติในอนุสัญญาปารีส แม้ว่าประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคีสมาชิกในอนุสัญญาดังกล่าวก็ตาม ได้แก่ การให้สิทธิบัตรแก่ชาวต่างชาติโดยใช้หลัก “National treatment” การให้ระยะเวลา 12 เดือนในการขอรับสิทธิบัตรภายหลังจากที่มีการขอรับสิทธิบัตรในต่างประเทศแล้ว รวมทั้งหลักเกณฑ์อันเกี่ยวกับระบบการบังคับใช้สิทธิบัตร (compulsory license)²⁴

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการพัฒนาทางเทคโนโลยีระหว่างประเทศตามยุคโลกาภิวัตน์ที่เป็นไปอย่างรวดเร็ว ตลอดจนการถ่ายทอดเทคโนโลยีและผลผลิตทางวิทยาการดำเนินไปอย่างรวดเร็ว ประเทศที่มีการพัฒนาทางอุตสาหกรรมแล้วจึงเรียกร้องให้มีการเคารพสิทธิอันชอบธรรมอันมีที่มาจากทรัพย์สินทางปัญญาในระดับระหว่างประเทศ ประเทศไทยเป็นประเทศกำลังพัฒนาประเทศหนึ่งที่ได้รับแรงกดดันจากประเทศที่พัฒนาแล้ว ในการเพิ่มระดับมาตรฐานของการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแขนงต่าง ๆ รวมถึงการคุ้มครองการประดิษฐ์ด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การที่ประเทศสหรัฐอเมริกาต้องการให้ประเทศไทยแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรยาโรค ซึ่งส่วนใหญ่เกิดจากการคิดค้นของบริษัทผลิตยาของสหรัฐอเมริกา หากประเทศไทยไม่ดำเนินการตามที่ประเทศสหรัฐอเมริกาต้องการ ก็จะต้องถูกกีดกันทางการค้า อันเป็นผลกระทบกระเทือนต่อการส่งออกสินค้าของคนไทยอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ด้วยเหตุนี้ ในปี พ.ศ. 2535 จึงได้มีการประกาศใช้ “พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535” เพื่อเปลี่ยนแปลงแก้ไขบทบัญญัติบางมาตราในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ดังเช่น การยกเลิกบทบัญญัติที่กำหนดไม่ให้ความคุ้มครองการคิดค้นยา และการแก้ไขระยะเวลาคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์จากเดิมที่กำหนดไว้เพียงสิบห้าปีเป็นยี่สิบปี²⁵

²³ มานะ ทิพยาภรณ์, คำอธิบายพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม กฎหมายสิทธิบัตร และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2518), 7-8.

²⁴ วรริยา โดสงวน และจรัญ ภักดีธนากุล, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม, 2532), 533.

²⁵ ชรรชง พวงราช, สิทธิบัตร : กฎหมายและวิธีปฏิบัติ, (กรุงเทพฯ: บพิธการพิมพ์, 2533), 2-3.

ต่อมาในปี พ.ศ. 2542 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ด้วยเหตุผลของการที่ประเทศไทย ซึ่งเป็นภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลก และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า มีพันธกรณีที่จะต้องออกกฎหมายอนุวัติการ ให้สอดคล้องกับความตกลงดังกล่าว เพื่อให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาดังเช่นการประดิษฐ์ให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ อันจะทำให้การประดิษฐ์ได้รับผลตอบแทนความมานะอุตสาหะอย่างเหมาะสม อันจะทำให้การประดิษฐ์มีกำลังใจที่จะประดิษฐ์คิดค้น เพื่อความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีต่อไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้มีบทบัญญัติว่าด้วยอนุสิทธิบัตร ซึ่งให้การคุ้มครองการประดิษฐ์ที่มีเทคโนโลยีไม่ถึงขนาดที่จะได้รับสิทธิบัตรนั้น จะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีให้สูงขึ้น และแพร่หลายยิ่งขึ้น (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116 ตอนที่ 22 ก. วันที่ 31 มีนาคม พ.ศ. 2542 หน้า 58)²⁶

2.3 สิทธิบัตร

2.3.1 ความหมายของสิทธิบัตรและสิทธิบัตรยา

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 (แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิบัตร” ไว้ในมาตรา 3 ว่า “สิทธิบัตร หมายความว่า หนังสือสำคัญที่ออกให้เพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ ตามที่กำหนดในหมวด 2 และหมวด 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้”

จากความหมายดังกล่าว สามารถให้ความหมายของสิทธิบัตรยาได้ดังนี้ สิทธิบัตรยาหมายความว่า เอกสารสิทธิที่รัฐได้ออกให้เพื่อคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์เกี่ยวกับยารักษาโรคที่ต้องตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด โดยต้องมีการแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับสิ่งประดิษฐ์ยารักษาโรคต่อเจ้าหน้าที่ พร้อมทั้งให้สิทธิแก่ผู้ทรงสิทธิบัตรยารักษาโรคในอันที่จะใช้ จำหน่าย และ/หรือผลิต ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้และเมื่อระยะเวลาดังกล่าวได้สิ้นสุดลง สิทธิบัตรยานั้นตกเป็นสาธารณสมบัติ ผู้หนึ่งผู้ใดในสังคมย่อมสามารถทำการผลิตผลิตภัณฑ์ยาได้ตามรายละเอียดที่ระบุไว้ในเอกสารสิทธิบัตรยารักษาโรค

²⁶ ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2548), 155-157.

2.3.2 สิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตร

ผู้ทรงสิทธิบัตรแต่ผู้เดียวเท่านั้นที่มีสิทธิในอันที่จะหวงไว้ซึ่งการใช้ ขาย ผลิต เสนอขาย หรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรนั้น²⁷ และผู้ทรงสิทธิบัตรยังสามารถทำหนังสืออนุญาตให้สิทธิแก่ผู้หนึ่งผู้ใดใช้สิทธิในสิทธิบัตรของตน ได้โดยกำหนดเงื่อนไขเท่าที่ไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าและชอบที่จะได้รับค่าตอบแทน²⁸

2.3.3 การอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิตามสิทธิบัตร

การอนุญาตให้ใช้สิทธิ หมายถึง การอนุญาตให้คนอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง คืออนุญาตให้คนอื่นกระทำการในสิทธิที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นสิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของสิทธิบัตรตามมาตรา 36 และการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรนั้น กฎกระทรวงฉบับที่ 25 พ.ศ. 2542 ยังได้ให้ความหมายเอาไว้ว่า “สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตร” หมายความว่า ความตกลงที่ผู้ทรงสิทธิบัตรอนุญาตตามมาตรา 38 หรือมาตรา 65 ประกอบด้วยมาตรา 38 ให้ผู้รับอนุญาตใช้สิทธิตามมาตรา 36 และมาตรา 37 หรือมาตรา 65 ประกอบด้วยมาตรา 37 แล้วแต่กรณี โดยมีกำหนดเวลา ทั้งนี้ ไม่ว่าจะมียกข้อโต้แย้งหรือข้อตกลงในเรื่องอื่นใดด้วยหรือไม่ก็ตาม

จะเห็นได้ว่า การอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรนั้นเป็นการอนุญาตโดยผู้ทรงสิทธิบัตรยินยอมให้ผู้รับอนุญาตหรือบุคคลอื่นได้ใช้สิทธิในการผลิต ใช้ จำหน่าย และนำเข้า ฯลฯ โดยที่ผู้ให้อนุญาตยังเป็นเจ้าของสิทธิบัตรนั้นอยู่ การอนุญาตให้ใช้สิทธินี้จะทำให้ผู้ได้รับอนุญาตได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่ดีทางหนึ่งและผู้ทรงสิทธิบัตรมักจะได้รับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่ดีทางหนึ่งเช่นเดียวกัน

ในการนี้ยังมีการอนุญาตให้ใช้สิทธิอีกประเภทหนึ่ง คือ การอนุญาตโดยกฎหมายบังคับ หรือที่เรียกว่า การบังคับใช้สิทธิ (compulsory licensing) คือ เป็นการให้สิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรโดยที่ผู้ทรงสิทธิบัตรมิได้ยินยอม ภายใต้เหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ย่อมทำให้รัฐหรือเอกชนสามารถที่จะใช้ประโยชน์จากสิทธิบัตรนั้นได้ โดยมีต้องขอความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิบัตรแต่อย่างใด ซึ่งเหตุการณ์ที่จะบังคับใช้สิทธิได้มีดังต่อไปนี้

กรณีแรก การบังคับใช้สิทธิ ในมาตรา 46 เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจเอกชนที่จะขอใช้สิทธิเช่นเดียวกับผู้ทรงสิทธิบัตร ในกรณีที่ไม่มีการใช้งานสิทธิบัตรใน 2 กรณี ได้แก่

²⁷ พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ. สิทธิบัตร (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542, มาตรา 36. (ซึ่งต่อไปในที่นี้จะเรียกว่า “พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522”)

²⁸ พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 38 และมาตรา 39.

1. ไม่มีการผลิตผลิตภัณฑ์หรือไม่มีการใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตรภายในราชอาณาจักร โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือ

2. ไม่มีการขายผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรหรือผลิตภัณฑ์ที่ใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตร หรือ มีการขายผลิตภัณฑ์ดังกล่าวในราคาสูงเกินควรหรือไม่พอสันองต่อความต้องการของประชาชน ภายในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

ซึ่งบุคคลใด ๆ อาจจะยื่นคำขอใช้สิทธิตามสิทธิบัตรนั้นต่ออธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญา เมื่อพ้นกำหนดสามปีนับแต่วันออกสิทธิบัตรหรือสี่ปีนับแต่วันยื่นขอรับสิทธิบัตร แล้วแต่ระยะเวลาใดจะสิ้นสุดลงทีหลัง และหากเห็นว่าไม่มีการใช้งานสิทธิบัตรในประเทศจริง อธิบดีก็อาจอนุญาตให้บุคคลที่ขออนุญาตใช้สิทธิดังกล่าวทำการผลิตหรือนำเข้าผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรได้

กรณีที่สอง ตามมาตรา 47 เรียกว่า กรณีที่มีความจำเป็น เพราะว่าจำเป็นที่จะต้องให้สิทธิบัตรให้เกิดประโยชน์ นั่นคือถ้าสิทธิบัตรใดมีความเกี่ยวพันกัน ผู้ทรงสิทธิบัตรรายหนึ่งมีสิทธิที่จะขอใช้สิทธิบัตรของผู้ทรงสิทธิบัตรรายอื่นได้ถ้าต้องพึ่งพากัน แต่มีหลักการว่า เจ้าของสิทธิบัตรที่จะไปใช้สิทธิบัตรคนอื่น ต้องเป็นสิทธิบัตรที่มีความสำคัญกว่าของคนที่เราจะไปใช้²⁹

กรณีที่สาม การใช้โดยรัฐถูกกำหนดไว้ในมาตรา 51 และมาตรา 52 ที่จะขอใช้สิทธิ เช่นเดียวกับผู้ทรงสิทธิบัตร เพื่อตอบสนองความต้องการของสาธารณชนเพื่อประโยชน์สาธารณะ จะต้องเป็นการใช้โดยคำสั่งของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยอาจมอบให้หน่วยงานรัฐหรือเอกชน ดำเนินการก็ได้ มาตรา 51 วรรคแรกของ พ.ร.บ. สิทธิบัตรฯ บัญญัติไว้สอดคล้องกับข้อ 31(b) ของความตกลงทริปส์ โดยอนุญาตให้กระทรวง ทบวง กรม ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรเพื่อสาธารณประโยชน์ อย่างหนึ่งอย่างใด รวมทั้งได้ยกเว้นหน้าที่ในการเจรจากับผู้ทรงสิทธิก่อนมีการใช้มาตรการดังกล่าว³⁰

อย่างไรก็ตาม รัฐมีเหตุผลที่ทำให้ไม่ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตร เหตุผลดังกล่าวพอสรุปได้³¹ ดังนี้

1. การใช้มาตรการดังกล่าวจำเป็นต้องมีระบบการจัดการที่ดี เช่น การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับค่าทดแทนที่จะใช้ให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตร ซึ่งประเทศกำลังพัฒนาไม่มีระบบจัดการที่ดีดังกล่าว
2. การขาดเจตจำนงทางการเมือง เนื่องจากเกรงจะถูกลดข้อได้ทางการค้าจากประเทศที่พัฒนาแล้ว และเพื่อหลีกเลี่ยงการเป็นปฏิปักษ์กับบริษัทข้ามชาติ

²⁹ ชรรยง พวงราช, การบรรยายครั้งที่ 12 วิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543), 43-136.

³⁰ จักรกฤษณ์ วรรณ, มาตรการบังคับใช้สิทธิกับปัญหาการเข้าถึงยา: ข้อพิจารณาด้านกฎหมายและความตกลงระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), 26.

³¹ เรื่องเดียวกัน, 38.

3. ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ขาดศักยภาพที่จะใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีตามสิทธิบัตร เนื่องจากการประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรนั้นมีลักษณะที่ซับซ้อน การจะนำไปใช้ประโยชน์จำเป็นต้องมีความรู้ความเข้าใจในเทคโนโลยีการประดิษฐ์ และที่สำคัญคือ การขาดเทคนิคหรือองค์ความรู้ (know-how) ที่ไม่ปรากฏอยู่บนเอกสารขอรับสิทธิบัตร

4. การใช้โดยบุคคลอื่นที่ไม่ใช่เจ้าของสิทธินั้น (other use without authorization of the right holder) ไม่ว่ากรณีใด ๆ การใช้สิทธิดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขหรือข้อจำกัดอย่างเข้มงวดเพื่อผลิตสินค้าเหล่านั้นออกจำหน่ายให้เพียงพอต่อความต้องการของตลาดภายในประเทศสมาชิกเท่านั้น (TRIPs agreement article 31 (f))



บทที่ 3

ความเกี่ยวพันของกฎหมายสิทธิบัตรกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี

เมื่อสิทธิบัตรเป็นส่วนสำคัญของการถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่ประเทศที่ให้การคุ้มครองสิทธิบัตร ย่อมทำให้สิทธิบัตรและการถ่ายทอดเทคโนโลยีนั้นมีความเกี่ยวพันซึ่งกันและกันมากพอสมควร กล่าวคือ ในการขอรับสิทธิบัตรผู้ขอรับต้องเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับสิ่งประดิษฐ์นั้นๆ เพื่อให้ผู้หนึ่งผู้ใดในประเทศที่ให้การคุ้มครองนั้นสามารถที่จะทำการประดิษฐ์ตามรายละเอียดที่ปรากฏอยู่บนสิทธิบัตรได้ เมื่อสิทธิบัตรหมดอายุการคุ้มครอง (20 ปี) สิทธิบัตรนั้นก็จะเป็นของแผ่นดินหรือของสาธารณะ จึงเป็นการถ่ายทอดเทคโนโลยีผ่านเอกสารให้แก่ประเทศดังกล่าวอีกช่องทางหนึ่ง ซึ่งในบทนี้จะได้กล่าวถึง ความสำคัญของเทคโนโลยีและการถ่ายทอดเทคโนโลยี บทบาทของกฎหมายสิทธิบัตรต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยี การถ่ายทอดเทคโนโลยีกับข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตร รวมถึงตลอดถึงการควบคุมการใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบ และผลกระทบจากการใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบ โดยมีรายละเอียดดังนี้

3.1 ความสำคัญของเทคโนโลยีและการถ่ายทอดเทคโนโลยี

ในโลกยุคเศรษฐกิจปัจจุบัน เทคโนโลยีเป็นส่วนหนึ่งของการผลิตสินค้าออกจำหน่ายในตลาด โดยที่เทคโนโลยีเหล่านั้นมีความสะดวก รวดเร็ว และมีความแม่นยำสูง ช่วยให้อุตสาหกรรมต่างๆ สามารถลดแรงงานคนลงไปได้เป็นอันมาก ทำให้ผู้บริโภคได้รับสินค้าในเวลาอันรวดเร็วและมีคุณภาพ อีกทั้งการมีเทคโนโลยีที่ทันสมัย จะช่วยให้เกิดการลงทุนจากต่างประเทศมากยิ่งขึ้น เป็นผลดีต่อสภาพเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ แต่เหนือสิ่งอื่นใดการที่บริษัทต่างๆ มีเทคโนโลยีที่ทันสมัยแต่กลับไม่มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีเหล่านั้นให้แก่ผู้อื่น เป็นการไม่เปิดโอกาสให้ผู้อื่นได้ผลิตสินค้าออกจำหน่ายบ้าง จึงเปรียบเสมือนได้ว่าบริษัทเหล่านั้นเป็นผู้ผูกขาดในเทคโนโลยี และในการผลิตสินค้าเหล่านั้นๆ ออกจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว เมื่อปราศจากคู่แข่งแล้ว ย่อมจะทำให้สินค้ามีราคาที่สูง และส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคไปด้วย ดังนั้นแม้ว่าเทคโนโลยีจะมีความสำคัญในทางการค้าและเศรษฐกิจ แต่การถ่ายทอดเทคโนโลยีก็มีความสำคัญไม่น้อยไปกว่ากันเลย

3.1.1 แนวคิดอันเกี่ยวกับเทคโนโลยีและการถ่ายทอดเทคโนโลยี

3.1.1.1 แนวคิดอันเกี่ยวกับเทคโนโลยี

ก่อนอื่นเราต้องทำความเข้าใจคำนิยามของเทคโนโลยีก่อน โดยการแบ่งคำนิยามออกเป็น 4 คำ ได้แก่

คำนิยามที่ 1 เทคโนโลยี (technology)

คำว่า “เทคโนโลยี” (technology) ได้มีผู้ให้ความหมายไว้อย่างมากมาย เช่น

“เทคโนโลยี” (technology) หมายความว่า สิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้น ซึ่งอาจอยู่ในรูปของวัตถุ และไม่ใช่วัตถุ เทคโนโลยีจะประกอบไปด้วยอุปกรณ์ต่าง ๆ (equipment) และเทคนิควิธี (techniques) ในการเพิ่มความสามารถของมนุษย์ในการผลิตและประกอบกิจกรรมต่าง ๆ เพื่อช่วยให้มนุษย์มีชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น³²

“เทคโนโลยี” (technology) หมายความว่า เทคโนโลยีเป็นการนำความรู้เกี่ยวกับธรรมชาติไปใช้ประโยชน์ในการปฏิบัติ (สามารถวัดและจับต้องได้) และเทคโนโลยีก็ยังถูกกำหนดให้เป็นสินค้าที่มีการซื้อ – ขาย มีการแลกเปลี่ยน เปลี่ยนแปลง เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ และความต้องการการใช้เทคโนโลยีอยู่ตลอดเวลา³³ และ

“เทคโนโลยี” (technology) หมายความว่า วิทยาการที่นำเอาความรู้ทางวิทยาศาสตร์มาใช้ให้เกิดประโยชน์ในทางปฏิบัติและอุตสาหกรรม³⁴

โดยในที่นี้ขออธิบายได้ว่า คำว่า “เทคโนโลยี” มาจากภาษากรีก 2 คำ คือ TECHNE + LOGOS กล่าวคือ TECHNE หมายถึง ทักษะหรืองานฝีมือที่จำเป็นในการสร้างหรือผลิตบางสิ่งบางอย่าง และ LOGOS หมายถึง การวิจารณ์ การพิจารณา (หรือความรู้) ในบางสิ่งบางอย่าง

ดังนั้น “เทคโนโลยี” (technology) หมายถึง ความรู้ในการสร้างหรือผลิตบางสิ่งบางอย่าง³⁵ นั่นเอง

บางครั้งอาจเกิดความสับสนเนื่องจากคนใช้คำว่าเทคโนโลยี (ซึ่งหมายถึงความรู้) เพื่ออธิบายผลิตภัณฑ์ของเทคโนโลยี (ซึ่งเป็นสิ่งของ) เช่น โรงงานผลิตกระดาษของ ก ทำข้อตกลงกับ โรงงานผลิตกระดาษเช็ดหน้าของ ข โดยที่ ข ได้ติดตั้งเครื่องจักรรุ่นล่าสุดให้กับโรงงานกระดาษ ก

³² ณรงค์ เส่งประชา, เทคโนโลยีที่เหมาะสมกับการดำรงชีวิตในท้องถิ่น, (กรุงเทพฯ: โอเดียนสโตร์, 2539), 3.

³³ คณะอนุกรรมการการจัดทำเอกสารวิชาการ, การพัฒนาและการถ่ายทอดเทคโนโลยี, (กรุงเทพฯ: กระทรวงวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีและการพลังงาน, 2534), 2.

³⁴ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542, (กรุงเทพฯ: นามมีบุ๊คส์พับลิเคชั่นส์, 2546), 538.

³⁵ วีระศักดิ์ เลิศทัศนีย์, บรรณาธิการ, การถ่ายทอดเทคโนโลยี: แนวคิดพื้นฐาน, (กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งประเทศไทย (วท.), 2544), 2.

เครื่องจักรทำงานอัตโนมัติเต็มรูปแบบ การทำงานในแต่ละวันก็เพียงแค่กดสวิตช์เปิด-ปิด เท่านั้น โรงงาน ข ตกลงจะซ่อมและดูแลรักษาเครื่องจักรในอีก 10 ปีข้างหน้า เจ้าของโรงงานกระดาษ ก อาจจะพูดด้วยความภาคภูมิใจในเทคโนโลยีของเขา แต่เขามีเทคโนโลยีหรือไม่ เขามีความรอบรู้ในวิธีการทำกระดาษเช็ดหน้าหรือเปล่า ซึ่งแน่นอนคำตอบก็คือ “ไม่”³⁶

คำนิยามที่ 2 เทคนิค (technique)

เทคนิค คือ ทักษะที่จำเป็นในการดำเนินงานเฉพาะด้าน เราสามารถเรียนรู้เกี่ยวกับเทคนิคได้ ซึ่งเราสามารถเป็นผู้เชี่ยวชาญได้โดยการฝึกหัดเท่านั้น ซึ่งบางทีอาจใช้เวลาเป็นปีในการฝึกหัด เช่น ช่างเชื่อมโลหะที่ผ่านการฝึกหัดเป็นอย่างดี นักพยากรณ์การเงินที่มีประสบการณ์ และบรรณาธิการตำรา ทั้งสามตัวอย่างนี้ ได้แสดงถึงความเชี่ยวชาญที่จำเป็นในการผลิต การเงิน และการบริหาร

อะไรคือความแตกต่างระหว่าง เทคนิคและเทคโนโลยี เทคนิค คือ ทักษะ มักจะเป็นทักษะทางกายภาพ เช่น ช่างเชื่อมโลหะ รู้วิธีการใช้โลหะ การทำโลหะให้ร้อน การทดสอบการเชื่อมโลหะ เขาเป็นผู้เชี่ยวชาญในเทคนิคการเชื่อมโลหะ แต่เทคโนโลยีนั้นเป็นการรวบรวมข้อมูลและความชำนาญรอบรู้ที่จำเป็นในการผลิตผลิตภัณฑ์ หรือการปฏิบัติงานในหน้าที่ เช่น เทคนิคระดับสูงในเทคโนโลยีการเชื่อมโลหะจะรวมถึงรายละเอียดความรู้ทางวิทยาศาสตร์ด้านโลหะที่อุณหภูมิสูง แก๊ส และประกายไฟฟ้า การตรวจสอบรอยร้าวเล็ก ๆ ขนาดเท่าเส้นผมโดยการใช้เอกซเรย์ รวมทั้งความรู้ด้านเทคนิคทางกายภาพของการเชื่อมโลหะ การถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างสองบริษัทนั้นเป็นการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่แท้จริง ไม่ใช่เพียงแค่การถ่ายทอดเทคนิคเท่านั้น³⁷

คำนิยามที่ 3 ความชำนาญรอบรู้ (know-how)

คำว่า “ความชำนาญรอบรู้” (know-how) มี 2 ส่วน ซึ่งมีความหมายคร่าว ๆ เหมือนเทคโนโลยี (technology) แต่เป็นที่น่าเสียดายว่ามีการให้ความหมายของคำไม่เหมือนกันหรือความหมายไปในแนวทางเดียวกัน โดยทั่วไปความแตกต่างระหว่างความชำนาญรอบรู้ และเทคโนโลยี ดูเหมือนจะเป็นดังนี้ ความชำนาญรอบรู้คือความรู้ที่จำเป็นในการปฏิบัติงาน ในขณะที่เทคโนโลยีจะมีความหมายแคบกว่า กล่าวคือ เป็นความรู้ที่จำเป็นในการผลิตงานที่ใช้ฝีมือ หรือสร้างบางสิ่งบางอย่าง ถ้าเราสามารถวิเคราะห์ไวยากรณ์ของประโยคได้ ก็หมายความว่ามีความชำนาญรอบรู้ตามหลักไวยากรณ์ ซึ่งไม่สามารถใช้คำว่าเทคโนโลยีได้ แต่ถ้าเรามีความชำนาญรอบรู้ในการสร้างบันไดเลื่อน ดังนั้น “ความรู้ก็คือความชำนาญรอบรู้ในการผลิต” หรือ เทคโนโลยี

³⁶ วีระศักดิ์ เลิศทัศน์ย์, บรรณาธิการ, การถ่ายทอดเทคโนโลยี: แนวคิดพื้นฐาน, (กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งประเทศไทย (วท.), 2544), 2.

³⁷ เรื่องเดียวกัน, 3.

นั่นเอง ถ้าเราสามารถออกแบบและสร้างอาคารสูง ๆ ได้ ดังนั้นความรู้ก็คือ “ความชำนาญรอบรู้ในการก่อสร้าง” ซึ่งก็คือเทคโนโลยี³⁸

คำนิยามที่ 4 การถ่ายทอด-การเผยแพร่-การได้มาซึ่ง (transfer-diffusion-acquisition)

การถ่ายทอด-การเผยแพร่ (transfer-diffusion) เมื่อประเทศที่พัฒนาแล้วส่งออกเทคโนโลยีไปยังประเทศกำลังพัฒนาจะต้องมีการถ่ายทอดเทคโนโลยี การถ่ายทอดเทคโนโลยีมีความจำเป็น เนื่องจากเป็นเทคโนโลยีข้ามชาติ ดังนั้นเมื่อได้มีการนำเข้าเทคโนโลยีจากต่างประเทศแล้ว ต้องมีการเผยแพร่เทคโนโลยีไปยังบริษัทต่าง ๆ ด้วย เพื่อให้เป็นที่แพร่หลายในประเทศ ถือได้ว่าเป็นการถ่ายทอดเทคโนโลยีสู่องค์กรหรือบริษัทต่าง ๆ ภายในประเทศอีกด้วย เพื่อให้องค์กรหรือบริษัทสามารถนำเทคโนโลยีที่ได้รับนั้น ไปใช้ในภาคการผลิตอีกทอดหนึ่งได้ เป็นต้น

การถ่ายทอด-การได้มาซึ่งเทคโนโลยี (transfer-acquisition) การถ่ายทอดเทคโนโลยีส่วนมากเป็นการค้า ประเทศที่พัฒนาแล้วขายเทคโนโลยีและประเทศที่กำลังพัฒนาซื้อเทคโนโลยี ทำไมจึงต้องกล่าวถึง “การถ่ายทอด” ไม่ใช่ “การซื้อ”

การซื้อเทคโนโลยีไม่เหมือนกับการซื้อสินค้าทั่วไป เทคโนโลยีเป็นความรู้ เช่น ถ้า นาย ก ขายความรู้ให้แก่ นาย ข นาย ก ก็ไม่ได้เสียความรู้นั้นไป และนาย ข ก็ได้มาซึ่งความรู้นั้น ในที่สุดทั้งคู่ก็มีความรู้ ถ้า นาย ข ไม่จ่ายเงินให้แก่ นาย ก นาย ก ก็ไม่สามารถนำความรู้กลับคืนมาได้ ด้วยเหตุนี้การพูดถึงการตกลงกันเกี่ยวกับเทคโนโลยี จึงเลี่ยงการใช้คำศัพท์ซื้อ/ขายในตลาด ซึ่งบางครั้งถือเป็นความโชคร้าย

ที่กล่าวว่าโชคร้ายเพราะเทคโนโลยีมีราคาแพง ซึ่งมักพบเห็นได้อยู่เสมอ ๆ และมักจะดำเนินการได้ไม่ด้นัก ประเทศกำลังพัฒนาจ่ายค่าเทคโนโลยีแต่ไม่เคยได้รับมาเลย โดยทั่วไปถ้าถูกค้าจ่ายเงินแล้วแต่ไม่ได้รับสินค้า ผู้ขายมักเป็นผู้เดือดร้อน แต่ถ้าถูกค้าจ่ายค่าเทคโนโลยีแล้วแต่ไม่ได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีนั้น ผู้ขายจะหาทางออกโดยด่าหนิลูกค้าและผู้รับเงิน เพื่อสนับสนุนสถานภาพด้านจิตวิทยาของผู้ซื้อ คำว่า “ได้มาซึ่ง” เป็นคำที่มีน้ำหนักมีความหมายเหมือนคำว่า “ซื้อ”³⁹

3.1.1.2 คุณลักษณะของเทคโนโลยี

ในปัจจุบัน คำว่า “เทคโนโลยี” (technology) เป็นคำที่มีการกล่าวถึงเป็นประจำ ทั้งในด้านวิชาการและการพัฒนาประเทศ ไม่ว่าจะเป็นระดับธุรกิจเล็ก ๆ ไปจนถึงขั้นอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ ๆ จนทำให้เทคโนโลยีกลายเป็นตัวแปรสำคัญที่ทำให้โลกเกิดการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลาไม่หยุดนิ่ง หรือที่เรียกว่า พลวัต (dynamic) โดยที่ทุกวงการจะต้องเกี่ยวข้องกับคำว่า “เทคโนโลยี”

³⁸ วีระศักดิ์ เลิศทัศนีย์, บรรณาธิการ, การถ่ายทอดเทคโนโลยี: แนวคิดพื้นฐาน, (กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งประเทศไทย (วท.), 2544), 3-4.

³⁹ เรื่องเดียวกัน, 5-6.

ซึ่งเทคโนโลยีจะเป็นตัวที่ทำให้เกิดการพัฒนาก่อนประโยชน์ในปัจจุบันและอนาคตที่ดีกว่า โดยที่วิทยาศาสตร์สำหรับปัจจุบันนี้จะเป็นเทคโนโลยีในอนาคตข้างหน้า โดยทั่วไปมักเข้าใจว่าเทคโนโลยี หมายถึง ผลผลิตที่เป็นวัตถุ ดังนั้นจึงสามารถแบ่งเทคโนโลยีออกได้เป็น 4 ส่วน⁴⁰ ได้แก่

1. ส่วนที่ฝังอยู่ในตัวคน ซึ่งได้แก่ ความรู้ ความสามารถ ที่จะรู้ว่าเหตุใดจึงเป็นเช่นนั้นเช่นนั้น ได้แก่ ประสบการณ์ ความชำนาญ ความสามารถ เป็นต้น
2. ส่วนที่ฝังอยู่ในข้อมูล ซึ่งได้แก่ ตัวเลข ข้อมูลที่บันทึกเอาไว้ว่าทำอะไร เช่น กระบวนการ วิธีการ เอกสาร หรือสิ่งพิมพ์ เป็นต้น
3. ส่วนที่ฝังอยู่ในวัตถุเครื่องมือ ซึ่งเป็นผลลัพธ์หรือผลผลิตของเทคโนโลยี เช่น เครื่องยนต์ โทรศัพท์ เป็นต้น
4. ส่วนที่ฝังอยู่ในองค์กรหรือสถาบันที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นพลังผลักดันที่สำคัญเพื่อให้เทคโนโลยีนั้น ๆ ประสานกับสภาพอื่น ๆ ได้ เป็นส่วนของการจัดการที่จำเป็น สำหรับการเกิดของเทคโนโลยี เช่น ห้องปฏิบัติการ สถาบันวิจัย บริษัทที่ปรึกษาหรือออกแบบ เป็นต้น

ซึ่งมีความสอดคล้องกับแนวคิดขององค์ประกอบของเทคโนโลยีที่สามารถแสดงเป็นรูปธรรม⁴¹ ประกอบด้วย

1. ตัวบุคคล (personal capability) เป็นความรู้ที่สะสมในตัวบุคคล สามารถวัดออกมาในเชิงปริมาณและคุณภาพ
2. เอกสารข้อมูล (information) เป็นความรู้ที่สะสมอยู่ในลักษณะของเอกสารข้อมูล ที่มีการซื้อ-ขาย
3. เครื่องมือ / เครื่องจักร (technology) เป็นรูปธรรมที่เด่นชัด อันเป็นผลผลิตทางเทคโนโลยี
4. องค์กร (organization) เป็นความรู้ที่สะสมอยู่ในองค์กร ซึ่งสามารถแสดงสถานการณ์ของเทคโนโลยีของประเทสนั้น ๆ ได้

เทคโนโลยีมีบทบาทสำคัญมากขึ้นในระบบเศรษฐกิจโลกปัจจุบันที่มีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น เพราะเทคโนโลยีสามารถเป็นเครื่องมือที่จะแก้หรือบรรเทาปัญหาทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นได้ ดังเห็นได้จากการศึกษาเกี่ยวกับความสำคัญของเทคโนโลยีกับการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ

⁴⁰ สันตัก โรจนสุนทร, บทบาทและความสำคัญของฐานกำลังด้านเทคโนโลยี-เศรษฐกิจในทศวรรษหน้าของการพัฒนาประเทศ, (กรุงเทพฯ: วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2532), 6.

⁴¹ คณะอนุกรรมการการจัดทำเอกสารวิชาการ, การพัฒนาและการถ่ายทอดเทคโนโลยี, (กรุงเทพฯ: กระทรวงวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีและการพลังงาน, 2534), 2.

ชี้ให้เห็นว่า 30-50 % ของความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ เกิดจากนวัตกรรมทางเทคโนโลยี และบทบาทของเทคโนโลยีที่ก่อให้เกิดความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจนั้น มีผลกระทบโดยตรง⁴² คือ

1. เทคโนโลยี จะช่วยในการเพิ่มผลผลิต หรือเพิ่มประสิทธิภาพ (productivity) ของปัจจัยการผลิต การเพิ่มประสิทธิภาพนี้จะทำให้การผลิตมีต้นทุนที่ต่ำลง หรือทำให้อัตราส่วนระหว่างประโยชน์ (benefit) และต้นทุน (cost) สูงขึ้น ซึ่งเป็นตัวกระตุ้นให้เกิดการพัฒนาทางเศรษฐกิจ

2. เทคโนโลยี นำไปสู่การผลิตสินค้าใหม่ ๆ กระบวนการผลิตแบบใหม่หรือก่อให้เกิดอุตสาหกรรมใหม่ ๆ ขึ้น เช่น คอมพิวเตอร์ โทรศัพท์มือถือ เป็นต้น

ในการก้าวไปสู่การเป็นประเทศอุตสาหกรรมใหม่ของประเทศไทยนั้น เทคโนโลยีจึงนับได้ว่าเป็นสิ่งสำคัญยิ่งในการพัฒนาเศรษฐกิจและอุตสาหกรรม ดังเช่น ประเทศไต้หวัน เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ ที่ประสบความสำเร็จในการเป็นประเทศอุตสาหกรรมใหม่นั้น ล้วนแต่มีองค์ประกอบที่สำคัญ โดยมีทั้งเทคโนโลยีที่ก้าวหน้า จึงถูกนำมาใช้เป็นนโยบายในการพัฒนาอุตสาหกรรม โดยประเทศเหล่านั้นสามารถที่จะควบคุมเทคโนโลยีอุตสาหกรรมที่ได้รับมาจากต่างประเทศในช่วงเวลาที่สั้น และสามารถนำเทคโนโลยีให้บรรลุถึงความสามารถในการแข่งขันด้านคุณภาพและราคาในตลาดโลก ที่มีการขยายตัวอย่างรวดเร็วมากได้อย่างสำเร็จ⁴³

3.1.1.3 การถ่ายทอดเทคโนโลยี

คำว่า “การถ่ายทอดเทคโนโลยี” (technology transfer) ได้มีผู้ให้ความหมายไว้อย่างมากมาย เช่น

“การถ่ายทอดเทคโนโลยี” (technology transfer) หมายความว่า ขบวนการซึ่งความรู้หรือเทคโนโลยี ซึ่งเกิดขึ้นหรือถูกคิดค้นในที่หนึ่งถูกนำไปใช้อีกที่หนึ่ง โดยที่ขบวนการนี้จะเกิดขึ้นได้จะต้องเกิดจากการวางแผนและดำเนินงานร่วมกันระหว่างผู้ให้และผู้รับเทคโนโลยี โดยนัยแห่งการถ่ายทอดเทคโนโลยีแล้วจะหมายถึงการที่ผู้รับเทคโนโลยีสามารถที่จะนำเทคโนโลยีดังกล่าวไปใช้หรือประยุกต์ใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁴⁴

⁴² สันทัด โรจนสุนทร, บทบาทและความสำคัญของฐานกำลังด้านเทคโนโลยี-เศรษฐกิจในทศวรรษหน้าของการพัฒนาประเทศ, (กรุงเทพฯ: วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2532), 21.

⁴³ สมบัติ กุสุมาวดี, บทบาทของบรรษัทข้ามชาติกับการพัฒนาขีดความสามารถทางเทคโนโลยีของวิสาหกิจไทย ศึกษาเฉพาะกรณีอุตสาหกรรมอิเล็กทรอนิกส์, วิทยานิพนธ์ปริญญาพัฒนบริหารศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์, (กรุงเทพฯ: สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2537), 40.

⁴⁴ เอกชัย นาคะผดุงรัตน์, การถ่ายทอดเทคโนโลยี กรณีศึกษาในอุตสาหกรรมคอมพิวเตอร์, ภาคนิพนธ์คณะพัฒนาการเศรษฐกิจ, (กรุงเทพฯ: สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2530), 14.

“การถ่ายทอดเทคโนโลยี” (technology transfer) หมายความว่า กระบวนการที่เทคโนโลยีที่เป็นกายภาพ ข่าวดสาร และที่อยู่ในตัวคน ถูกถ่ายทอดหรือเผยแพร่จากประเทศหนึ่งสู่ประเทศหนึ่ง หรือจากบริษัทหนึ่งไปสู่อีกบริษัทหนึ่ง หรือจากคนหนึ่งไปสู่อีกคนหนึ่งหรือหลาย ๆ คน⁴⁵

“การถ่ายทอดเทคโนโลยี” (technology transfer) เป็นกระบวนการที่สำคัญในการพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ทั้งนี้เพราะงานทางด้านวิจัยและพัฒนาทางเทคโนโลยี หากไม่ถ่ายทอดต่อไปแล้วก็จะไม่มีประโยชน์ใด ๆ ต่อเศรษฐกิจ สังคมและการพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีเอง การถ่ายทอดเทคโนโลยีจึงก่อให้เกิดการพัฒนาทางวิชาการขึ้นโดยการเคลื่อนย้ายของวิชาการจากแหล่งหนึ่งไปยังอีกแหล่งหนึ่ง⁴⁶

ความหมายของการถ่ายทอดเทคโนโลยี สามารถแยกออกได้เป็น 4 ระดับ⁴⁷ คือ

1. การถ่ายทอดเทคโนโลยีเกิดขึ้นเมื่อเทคโนโลยีนั้นได้ถูกนำไปใช้อย่างมีประสิทธิภาพในสถานที่แห่งใหม่หรือสิ่งแวดล้อมใหม่
2. การถ่ายทอดเทคโนโลยีเกิดขึ้นเมื่อคนในประเทศผู้รับการถ่ายทอดสามารถควบคุมจัดการกับเทคโนโลยีที่นำเข้ามาและดำเนินการผลิตได้อย่างมีประสิทธิภาพ
3. การถ่ายทอดเทคโนโลยี เกิดขึ้นเมื่อเทคโนโลยีที่รับเข้ามานั้นแผ่กระจายไปยังหน่วยงานผลิตอื่น ๆ ของประเทศผู้รับ
4. การถ่ายทอดเทคโนโลยี เกิดขึ้นเมื่อคนในประเทศผู้รับเข้าใจและจัดการเทคโนโลยีที่นำเข้ามาไว้อย่างถ่องแท้ และเริ่มดัดแปลงเทคโนโลยีนั้นให้เหมาะสมกับสภาพของท้องถิ่นหรือดัดแปลงไปใช้ในกิจกรรมอื่นที่แตกต่างออกไป

รูปแบบและวิธีการถ่ายทอดเทคโนโลยีนั้น มี 2 วิธี คือ การถ่ายทอดเทคโนโลยีทางตรง และการถ่ายทอดเทคโนโลยีทางอ้อม⁴⁸ กล่าวคือ

1. การถ่ายทอดเทคโนโลยีทางตรง ได้แก่
 - 1) การดำเนินกิจการในรูปของบริษัทข้ามชาติ
 - 2) การทำข้อตกลงอนุญาตให้ใช้สิทธิทางเทคโนโลยี

⁴⁵ สุวินัย ภรณวลัย, *ทฤษฎีบริษัทข้ามชาติกับการพัฒนาเศรษฐกิจไทย*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), 306.

⁴⁶ คณะอนุกรรมการการจัดทำเอกสารวิชาการ, *การพัฒนาและการถ่ายทอดเทคโนโลยี*, (กรุงเทพฯ: กระทรวงวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีและการพลังงาน, 2534), 21.

⁴⁷ วิทย์ สัตยรักษ์วิทย์, *ผลของการถ่ายทอดเทคโนโลยีในอุตสาหกรรมรถยนต์ในประเทศไทย*, (กรุงเทพฯ: คณะพัฒนาการเศรษฐกิจ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2526), 17-18.

⁴⁸ คณะอนุกรรมการการจัดทำเอกสารวิชาการ, *การพัฒนาและการถ่ายทอดเทคโนโลยี*, (กรุงเทพฯ: กระทรวงวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีและการพลังงาน, 2534), 71-72.

- 3) การจ้างผู้เชี่ยวชาญ และผู้รับเหมาจากต่างประเทศ
- 4) การฝึกอบรมบุคลากรในประเทศและต่างประเทศ
2. การถ่ายทอดเทคโนโลยีทางอ้อม ได้แก่
 - 1) การซื้อเครื่องมือ เครื่องจักร และชิ้นส่วน
 - 2) การแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารในระหว่างการประชุมนานาชาติ
 - 3) การถ่ายทอดผ่านหนังสือ เอกสาร นิตยสาร วารสารและสิ่งตีพิมพ์อื่น ๆ
 - 4) การจัดนิทรรศการและงานแสดงสินค้า

ซึ่งสามารถแบ่งรูปแบบการถ่ายทอดเทคโนโลยีตามลักษณะของการเป็นเจ้าของและมีอิสระในการจัดการได้ 2 แนวทาง⁴⁹ ได้แก่

1. การถ่ายทอดเทคโนโลยีในรูปแบบที่เจ้าของเทคโนโลยีจะไม่มีส่วนเป็นเจ้าของหรือมีส่วนร่วมในการควบคุมกิจการที่รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีนั้น ๆ ซึ่งวิธีการของการถ่ายทอดในรูปแบบนี้ มีหลายวิธีด้วยกัน คือ

1) การทำสัญญาซื้อขายกับผู้ขายเทคโนโลยีโดยตรง โดยอาจทำสัญญาซื้อขายเทคโนโลยีการผลิตทั้งขบวนการ จากเจ้าของเทคโนโลยีเพื่อนำมาใช้ผลิตภายในประเทศ โดยที่จะต้องเสียค่าสิทธิบัตรหรือค่าเทคโนโลยี (royalty fee) และอาจมีข้อจำกัดทางด้านเทคนิคหรือด้านการตลาด หรืออาจจะเป็นการทำสัญญาเพื่อขอใช้เครื่องหมายการค้าจากบริษัทในต่างประเทศด้วยกันได้ ทั้งนี้เป็นการทำสัญญากับผู้ขายเทคโนโลยีที่อยู่ในอุตสาหกรรมผลิตเดียวกันเท่านั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่า ผู้ขายเทคโนโลยีไม่ได้มีบทบาทในการบริหารหรือควบคุมการจัดการด้วยเลย

2) การทำสัญญาเป็นชุด (package) เป็นการทำสัญญากับผู้ขายเทคโนโลยี โดยให้บริษัทเจ้าของเทคโนโลยีนั้นทำการออกแบบและก่อสร้างโรงงาน ตลอดจนการติดตั้งเครื่องจักรต่างๆ ภายในโรงงานและรวมทั้งผู้เชี่ยวชาญในการผลิตด้วย

3) การทำสัญญากับบริษัทที่ให้คำปรึกษา ใช้สำหรับในกรณีเมื่อมีเทคนิคพิเศษหรือปัญหาในการจัดการและบริษัทที่ให้คำปรึกษานั้นมักจะใช้เวลาในการให้คำแนะนำสั้นมากและมีได้เป็นผู้ขายเทคโนโลยี เป็นเพียงผู้ให้คำปรึกษาในด้านเทคนิควิทยาการหรือปัญหาบางประการที่มีในการบริหารเท่านั้น

4) การว่าจ้างผู้ให้คำปรึกษาโดยตรง เป็นการว่าจ้างบุคคลหรือบริษัทต่างชาติเข้ามาบริหารกิจการให้โดยตรง เช่น ในกิจการโรงแรม วิธีการนี้คนงานหรือผู้บริหารงานในประเทศจะสามารถเรียนรู้เทคโนโลยีการจัดการจากบริษัทหรือบุคคลที่รับเข้ามาบริหารงานได้

⁴⁹ วรรณญา ภัทรสุข, เศรษฐศาสตร์การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), 115.

5) การได้มาซึ่งเทคโนโลยีโดยผ่านสินค้าประเภททุน โดยการซื้อเครื่องจักร เครื่องมือต่าง ๆ เข้ามาใช้ในกิจการ

6) การถ่ายทอดเทคโนโลยีโดยการช่วยเหลือของ Suppliers หลังจากที่ได้อุปกรณ์ เครื่องจักร เครื่องมือต่าง ๆ ให้เรียบร้อยแล้ว หรือหลังจากได้ก่อสร้างโรงงานให้แล้ว ก็มักจะมีการส่งคนไปรับการฝึกอบรมระยะสั้นจากบริษัท Suppliers ในต่างประเทศ หรือ Suppliers อาจส่งคนมาช่วยฝึกอบรมให้แก่เจ้าหน้าที่ในโรงงาน

7) การให้การศึกษาอย่างเป็นระบบ โดยการให้ทุนจากเจ้าของกิจการ เพื่อให้ได้รับเทคโนโลยีใหม่ ๆ มาใช้ในกิจการของตน

2. การถ่ายทอดเทคโนโลยีซึ่งผู้ถ่ายทอดมีส่วนร่วมในการควบคุมกิจการ หมายถึง การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ ซึ่งสามารถถ่ายทอดเทคโนโลยีได้ 2 ประการ คือ

1) การถ่ายทอดภายในบริษัทหรือภายในองค์กร จะเกิดขึ้นเมื่อมีการไหลของ ความรู้ความชำนาญจากผู้ลงทุนและผู้เชี่ยวชาญจากต่างประเทศมาสู่ผู้ลงทุนและคนงานในประเทศ

2) การถ่ายทอดไปสู่ภายนอกองค์กร หมายถึง

ก. การถ่ายทอดเทคโนโลยีต่าง ๆ จากบริษัทที่ลงทุนจากต่างประเทศหรือ บริษัทลงทุนร่วมไปสู่บริษัทท้องถิ่นอื่น ทั้งในสาขาการผลิตเดียวกันหรือต่างสาขากันก็ได้ ซึ่งการ ถ่ายทอดสู่ภายนอกนี้จะเกิดขึ้นได้เมื่อคนงานหรือพนักงานที่ได้รับการฝึกอบรมมาแล้วจากบริษัท ต่างประเทศ ได้ลาออกจากบริษัทนั้น และไปทำงานยังบริษัทอื่นในอุตสาหกรรมเดียวกัน หรือ

ข. ผู้ร่วมลงทุนท้องถิ่นเดียวกันอาจหันมาลงทุนด้วยตัวเองก็เป็นได้ ซึ่ง อาจจะเปลี่ยนมาลงทุนในอุตสาหกรรมอื่น ๆ ก็ได้

ค. การถ่ายทอดเทคโนโลยีโดยผ่านการลอกเลียนแบบ โดยการรับเอา เทคโนโลยีจากต่างประเทศ แล้วพยายามลอกเลียนแบบเทคโนโลยีที่ใช้นั้น

ซึ่งสามารถแบ่งช่องทางหรือวิธีการถ่ายทอดเทคโนโลยีออกเป็น 3 ลักษณะ⁵⁰ คือ

1. พิจารณาลักษณะของวิธีการนำเทคโนโลยีเข้ามาใช้ ว่าเป็นวิธีการนำมาจาก เจ้าของเทคโนโลยีโดยตรงหรือนำเทคโนโลยีมาจากตัวกลาง ซึ่งวิธีการถ่ายทอดเทคโนโลยีในลักษณะ เช่นนี้แบ่งเป็น 2 วิธีคือ การถ่ายทอดเทคโนโลยีโดยตรง (direct transfer) และการถ่ายทอดเทคโนโลยี โดยทางอ้อม (indirect transfer)

2. พิจารณาลักษณะของระดับโครงสร้างในการถ่ายทอดเทคโนโลยี ว่าการ ถ่ายทอดระหว่างผู้ให้และผู้รับที่มีความแตกต่างกันในระดับของเทคโนโลยีและความสามารถที่จะ

⁵⁰ เอกชัย นาคะผดุงรัตน์, การถ่ายทอดเทคโนโลยี กรณีศึกษาในอุตสาหกรรมคอมพิวเตอร์, ภาคนิพนธ์คณะ พัฒนาการเศรษฐกิจ, (กรุงเทพฯ: สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2530), 18-19.

ได้มาซึ่งเทคโนโลยีด้วยการคิดค้นขึ้นมาเอง โดยแบ่งวิธีการถ่ายทอดได้ 2 วิธีคือ การถ่ายทอดในแนวตั้ง (vertical transfer) ซึ่งเป็นลักษณะการถ่ายทอดที่เกิดจากการทำวิจัยและพัฒนาในการคิดค้นและประดิษฐ์เพื่อให้ได้เทคโนโลยีใหม่ ๆ และในที่สุดก็จะเป็นเจ้าของเทคโนโลยีได้ และการถ่ายทอดในแนวนอน (horizontal transfer) ซึ่งเป็นลักษณะการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากผู้เป็นเจ้าของเทคโนโลยี ซึ่งผู้รับการถ่ายทอดจะมีลักษณะที่ต้องพึ่งพาทางเทคโนโลยี

3. พิจารณาตามลักษณะการพึ่งพาทางเทคโนโลยี โดยการพิจารณาถึงความสามารถในการใช้เทคโนโลยีของผู้รับการถ่ายทอด รวมถึงลักษณะพิเศษเฉพาะของเทคโนโลยี ซึ่งส่งผลให้ผู้เป็นเจ้าของเทคโนโลยีมีบทบาทในลักษณะของการผูกขาด ตลอดจนการควบคุมความลับของเทคโนโลยีหลักของผู้เป็นเจ้าของ ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 วิธี คือ การถ่ายทอดแบบเบ็ดเสร็จ และการถ่ายทอดแบบแยกส่วน สามารถอธิบายได้⁵¹ ดังนี้

1) การถ่ายทอดแบบเบ็ดเสร็จ (packaged transfer) เป็นการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่รวมมาทั้งปัจจัยการผลิตอื่นๆ ด้วย เช่น เครื่องจักร และการจัดการ โดยมีได้มีผู้ถ่ายทอดเข้ามาลงทุนโดยตรงในกิจการของผู้รับการถ่ายทอด

2) การถ่ายทอดแบบแยกส่วน (unpacked transfer) เป็นการถ่ายทอดเทคโนโลยีแยกต่างหากจากการควบคุมของเจ้าของเทคโนโลยี ซึ่งกล่าวอีกอย่างหนึ่งคือ เจ้าของเทคโนโลยีไม่ได้เข้ามาเป็นเจ้าของกิจการที่รับการถ่ายทอด

การที่จะใช้วิธีการหรือช่องทางในการถ่ายทอดเทคโนโลยีลักษณะใดขึ้นอยู่กับสภาพการณ์ ระดับความก้าวหน้า ความซับซ้อนของเทคโนโลยี เวลาที่ใช้ในการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่แตกต่างกันออกไป และนอกจากนี้ยังขึ้นอยู่กับระดับความพร้อมของกำลังคนของประเทศผู้รับด้วย ระดับการศึกษา การฝึกอบรมเกี่ยวกับเทคนิค สภาพแวดล้อมที่เอื้อต่อการรับเทคโนโลยี รวมถึงระดับการครองชีพและระดับของเทคโนโลยีที่มีอยู่เดิม

ส่วนวิธีการที่สำคัญที่จะช่วยให้การถ่ายทอดเทคโนโลยีประสบความสำเร็จได้แก่ การให้การฝึกอบรมบุคลากรที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีการผลิตนั้น การฝึกอบรมบุคลากรของผู้ซื้อเทคโนโลยีในโรงงานหรือในห้องปฏิบัติการของผู้ขายเทคโนโลยี นอกจากจะเป็นการเสริมสร้างประสิทธิภาพในการผลิตแล้ว ยังเป็นการเตรียมความพร้อมที่จะก้าวไปสู่การสร้างเทคโนโลยีให้เป็นอย่างของตัวเองอีกด้วย⁵²

⁵¹ วิทย์ สัตยรักษ์วิทย์, ผลของการถ่ายทอดเทคโนโลยีในอุตสาหกรรมรถยนต์ในประเทศไทย, (กรุงเทพฯ: คณะพัฒนาการเศรษฐกิจ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2526), 28-29.

⁵² คณะอนุกรรมการการจัดทำเอกสารวิชาการ, การพัฒนาและการถ่ายทอดเทคโนโลยี, (กรุงเทพฯ: กระทรวงวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีและการพลังงาน, 2534), 72.

สิ่งสำคัญในกระบวนการถ่ายทอดเทคโนโลยีของผู้ซื้อเทคโนโลยีก็คือ ความสำเร็จในการเรียนรู้เทคโนโลยีจากผู้ขาย เพื่อให้มั่นใจว่าตนเองจะได้รับการถ่ายทอดอย่างแท้จริงและรวดเร็ว เพื่อให้สามารถผลิตสินค้าออกสู่ท้องตลาดและสามารถสร้างชื่อเสียงให้กับตนเองในการเรียนรู้และพัฒนาเทคโนโลยีได้อย่างรวดเร็ว ดังนั้นจึงต้องมีหลักเกณฑ์ในการวัดความสำเร็จของการถ่ายทอดเทคโนโลยี ซึ่งได้ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันในการวัดความสำเร็จของการถ่ายทอดเทคโนโลยี โดยแบ่งความสำเร็จออกเป็น 7 ชั้น ด้วยกัน⁵³ คือ

ความสำเร็จขั้นที่ 1 สามารถเดินเครื่องจักร และบำรุงรักษาเครื่องจักรที่รับมาได้

ความสำเร็จขั้นที่ 2 สามารถใช้อะไหล่บางอย่างที่ทำขึ้นภายในประเทศ ไปเปลี่ยนชิ้นส่วนเดิมที่ติดมากับเครื่องจักรได้

ความสำเร็จขั้นที่ 3 สามารถควบคุมคุณภาพของผลิตภัณฑ์ที่ผลิตโดยเทคโนโลยีใหม่ให้มีคุณภาพได้ตามข้อกำหนด แสดงว่าผู้รับเทคโนโลยีได้รับความรู้ทางการผลิตดีพอสมควร ซึ่งต้องมีความรู้ด้านวัตถุดิบ การแปรรูป การบรรจุ การเก็บรักษา เป็นต้น

ความสำเร็จขั้นที่ 4 สามารถออกแบบผลิตภัณฑ์ได้เอง ความพยายามทางเทคโนโลยีที่เกิดขึ้นในขั้นที่ 4 อาจถือได้ว่าผู้รับมีความสามารถรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีได้ถึง 50-60% แล้ว การออกแบบผลิตภัณฑ์ต้องใช้ความรู้หลาย ๆ ด้านประกอบกัน ได้แก่ ข้อมูลทางด้านวัตถุดิบ ขบวนการผลิต การเก็บรักษา การขนส่ง ความนิยมของตลาด รวมทั้งการลดต้นทุนและเพิ่มคุณภาพสินค้าเพื่อเอาชนะคู่แข่งอื่น

ความสำเร็จขั้นที่ 5 สามารถขยายกำลังการผลิต ความรู้ในการเพิ่มขีดความสามารถทางการผลิต ซึ่งเป็นความรู้เกือบเทียบเท่าการออกแบบและการก่อสร้างโรงงาน จะแตกต่างกันก็เพียงการขยายกำลังการผลิต ไม่จำเป็นต้องออกแบบทุกขั้นตอน บางส่วนอาจนำระบบเก่าที่มีอยู่แล้วมาสนับสนุนการเพิ่มกำลังการผลิตได้ เช่น การกำจัดงานน้ำเสีย

ความสำเร็จขั้นที่ 6 สามารถย่อและขยายส่วนการผลิตได้ เป็นความรู้ที่นำมาจากความรู้การสร้างโรงงานเดิมมาดัดแปลงให้เกิดโรงงานใหม่ที่มีสัดส่วนเปลี่ยนไป แต่สามารถทำงานได้ดีเท่ากับโรงงานแรกที่ได้รับมา

ความสำเร็จขั้นที่ 7 สามารถพัฒนาเทคโนโลยีได้ด้วยตนเอง ให้ดีกว่าเทคโนโลยีที่ตนรับเข้ามา

ส่วนการประเมินผลระดับการถ่ายทอดเทคโนโลยีมีอยู่ 4 ระดับด้วยกัน⁵⁴ คือ

⁵³ คณะอนุกรรมการการจัดทำเอกสารวิชาการ, การพัฒนาและการถ่ายทอดเทคโนโลยี, (กรุงเทพฯ: กระทรวงวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีและการพลังงาน, 2534), 75-76.

⁵⁴ วรัญญา ภัทรสุข, เศรษฐศาสตร์การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), 114.

ระดับที่ 1 การถ่ายทอดเทคโนโลยี เป็นการโยกย้ายทางภูมิศาสตร์ของเทคโนโลยี คือ การย้ายโรงงานและเครื่องจักรจากภูมิภาคหนึ่งไปสู่อีกภูมิภาคหนึ่ง

ระดับที่ 2 เทคโนโลยีจะได้รับการถ่ายทอดก็ต่อเมื่อ เจ้าหน้าที่ของผู้รับสามารถ ดำเนินการผลิต บำรุงรักษา และเปลี่ยนแผนการผลิต โดยมีต้องอาศัยผู้ให้อีกต่อไป

ระดับที่ 3 จะถือว่ามี การถ่ายทอดเทคโนโลยีแล้วก็ต่อเมื่อได้มีการส่งผ่านหรือ กระจาย (diffuse) ความรู้ดังกล่าวภายในสังคม ไม่ว่าการกระจายนี้จะ เป็นไปโดยเจตนาของทั้งผู้ให้ และผู้รับหรือไม่ก็ตาม

ระดับที่ 4 เทคโนโลยีจะมีการถ่ายทอดโดยสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อผู้รับเทคโนโลยีทั้ง ทางตรงและทางอ้อม สามารถสร้างเทคโนโลยีชนิดนั้นขึ้นมาใหม่ โดยไม่ต้องอาศัยผู้ถ่ายทอด เทคโนโลยีรวมทั้งการคัดแปลงแก้ไขเทคโนโลยีต่างประเทศให้มีประสิทธิภาพและเหมาะสมกับ สภาพแวดล้อมมากขึ้น

การที่การถ่ายทอดเทคโนโลยีจะบรรลุตามวัตถุประสงค์ได้นั้น ผู้รับเทคโนโลยีต้องใช้ ความสามารถและความพยายามเป็นอย่างมาก ต้องมีการวางแผนเป็นขั้นตอนตั้งแต่เริ่มต้น ต้อง เตรียมบุคลากรและงบประมาณไว้อย่างเพียงพอ ประกอบกับรัฐและภาคเอกชนควรจะต้องร่วมมือ กันพัฒนาเทคโนโลยีขึ้นมาให้ก้าวหน้ากว่าประเทศที่ตนซื้อเทคโนโลยีเข้ามา แต่การถ่ายทอด เทคโนโลยีเองก็มีข้อจำกัดที่เป็นอุปสรรคที่ส่งผลต่อความสำเร็จของการถ่ายทอดเทคโนโลยี และ ข้อจำกัดของการถ่ายทอดเทคโนโลยีสามารถจำแนกเป็น

1. ในด้านของรัฐบาลของประเทศผู้ขาย มีอุปสรรคที่เกิดขึ้นเนื่องจากนโยบายการ บริหารเทคโนโลยีของประเทศผู้ขายเทคโนโลยี ซึ่งเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทั้งทางการค้า ความ มั่นคงทางทหาร และการเมือง เนื่องจากเทคโนโลยีเป็นทรัพย์สินที่มีค่าต่อเศรษฐกิจและความมั่นคง ของประเทศ ดังนั้นประเทศผู้เป็นเจ้าของเทคโนโลยีจึงไม่ปรารถนาให้ประเทศอื่นที่เป็นคู่แข่งได้ ล่วงรู้ถึงเทคโนโลยีที่หวงแหนของตน

2. ในด้านของผู้ขายเทคโนโลยี เป็นปัญหาอุปสรรคที่สำคัญอีกอย่างหนึ่ง นั่นคือ ผู้ขายเทคโนโลยีมีความหวงแหนเทคโนโลยีของตน โดยไม่ยอมถ่ายทอดให้หมดกระบวนการ เพราะมีความกลัวว่าจะเป็นการเพิ่มคู่แข่งทางการค้าของตนนั่นเอง ดังนั้นผู้ขายเทคโนโลยีจึงสร้าง ข้อจำกัดทางธุรกิจไว้ในสัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยี

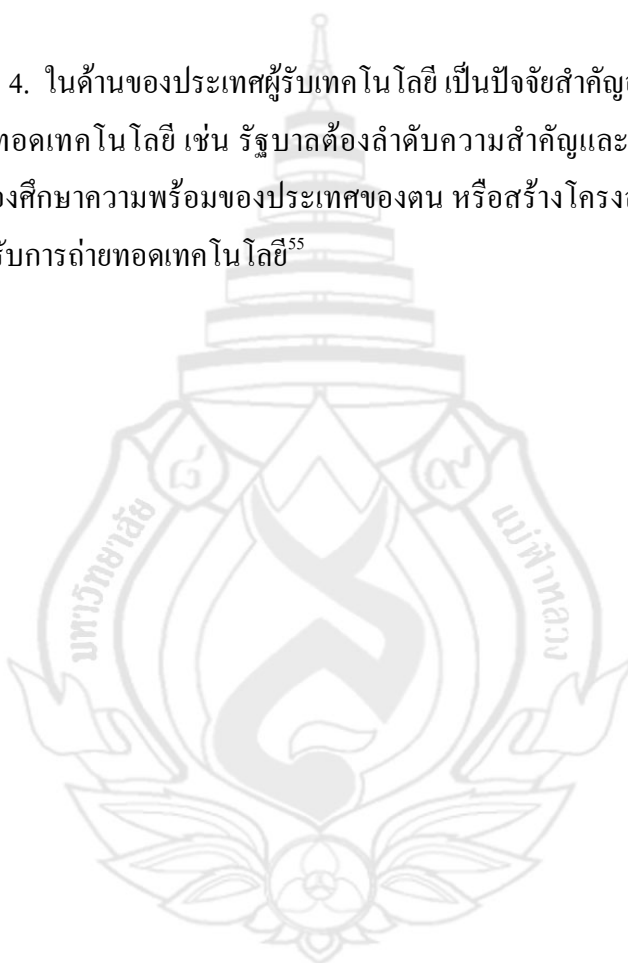
3. ในด้านของผู้รับเทคโนโลยี มีข้อจำกัดที่ผู้รับเทคโนโลยีเป็นผู้ก่อขึ้น ได้แก่

- 1) การให้ความสำคัญต่อการพัฒนาเทคโนโลยีน้อยเกินไป เมื่อรับการ ถ่ายทอดเทคโนโลยีจากต่างประเทศแล้ว ไม่ทำการพัฒนาเทคโนโลยีต่อ ทำให้ขาดความก้าวหน้าใน การพัฒนา อีกทั้งไม่เป็นการสร้างความชำนาญทางเทคโนโลยีอีกด้วย

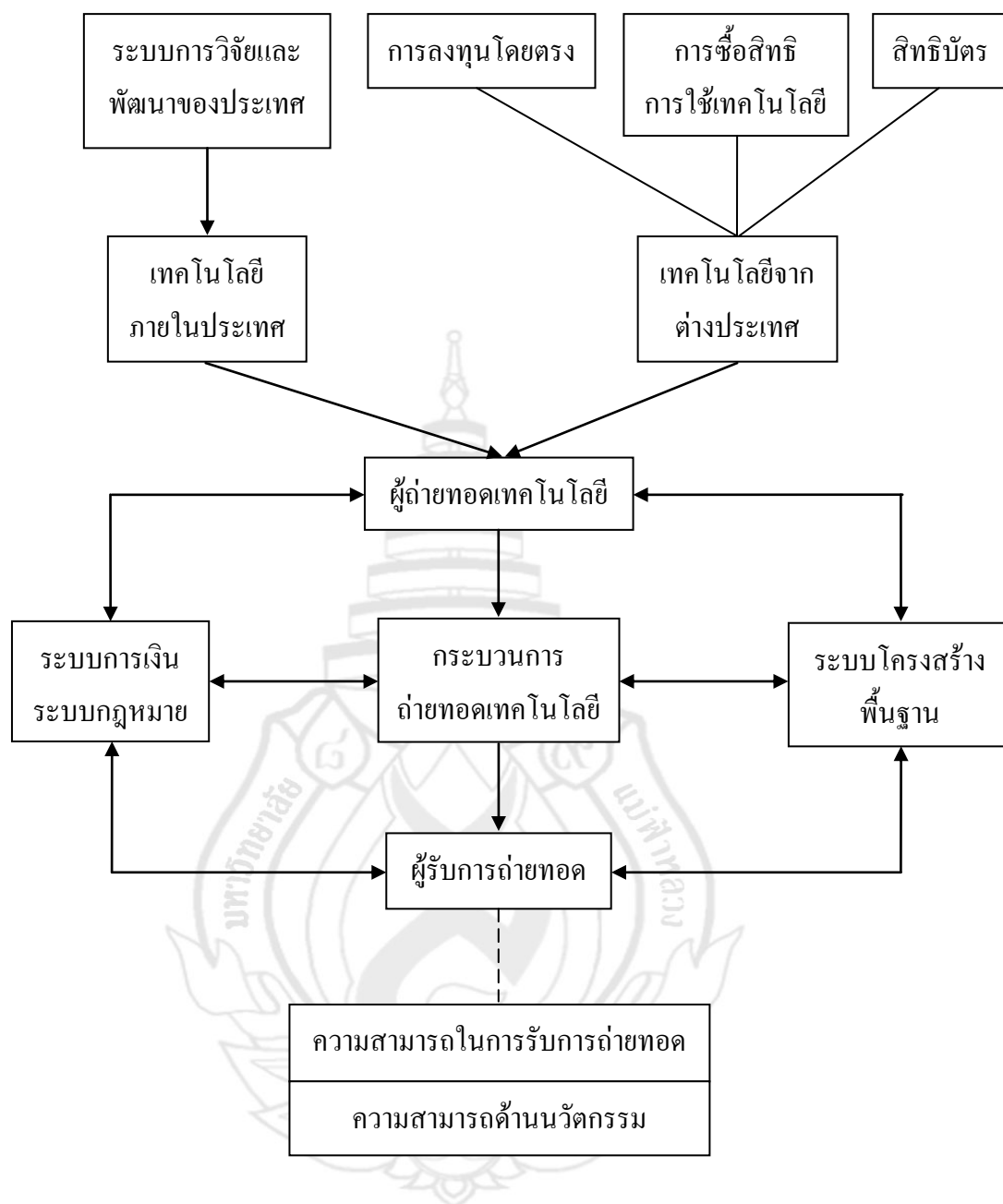
2) ระบบการจ้างงาน ในลักษณะที่ไม่สร้างความผูกพันระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง ทำให้ลูกจ้างเสาะแสวงหานายจ้างที่ให้ค่าตอบแทนสูงกว่าตลอดเวลา และในทางกลับกัน นายจ้างจะจ้างแรงงานโดยกำหนดอัตราจ้างสูงสุดไว้ หากค่าจ้างสูงเกินไปก็อาจทำการเลิกจ้าง ซึ่งการจ้างงานในลักษณะนี้เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาและการถ่ายทอดเทคโนโลยี

3) ผู้รับเทคโนโลยีมักขาดการศึกษาเทคโนโลยีที่รับเข้ามาอย่างจริงจัง จึงทำให้ไม่สามารถพัฒนาเทคโนโลยีต่อไปได้ ขาดการเตรียมเงินและเตรียมบุคลากรอย่างมีประสิทธิภาพ

4. ในด้านของประเทศผู้รับเทคโนโลยี เป็นปัจจัยสำคัญอย่างยิ่งต่อความสำเร็จของการรับการถ่ายทอดเทคโนโลยี เช่น รัฐบาลต้องลำดับความสำคัญและรู้จักเลือกเทคโนโลยีที่จะนำเข้ามา โดยต้องศึกษาความพร้อมของประเทศของตน หรือสร้างโครงสร้างทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี เพื่อรับการถ่ายทอดเทคโนโลยี⁵⁵



⁵⁵ อุดิรัตน์ ศรีเลิศ, การถ่ายทอดเทคโนโลยีของบริษัทข้ามชาติ ให้แก่วิศวกรไทยในโรงงานอุตสาหกรรมปิโตรเคมี และเคมี ในนิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุด จังหวัดระยอง, วิทยานิพนธ์ปริญญาการศึกษามหาบัณฑิต สาขาวิชาเทคโนโลยีทางการศึกษา, (ชลบุรี: มหาวิทยาลัยบูรพา, 2544), 19-28.



ภาพที่ 3.1 กระบวนการถ่ายทอดเทคโนโลยี⁵⁶

⁵⁶ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, ยุทธศาสตร์การพัฒนามหาวิทยาลัยและเทคโนโลยี, (กรุงเทพฯ: สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, 2543), 37.

3.1.1.4 ปัญหาและอุปสรรคในการถ่ายทอดเทคโนโลยี

ปัญหาและอุปสรรคในการถ่ายทอดเทคโนโลยีซึ่งประเทศต่าง ๆ รวมถึงประเทศไทยได้ประสบอยู่นั้น พอสรุปได้ดังนี้⁵⁷

1. ประเทศเจ้าของเทคโนโลยีไม่เต็มใจในการถ่ายทอดเทคโนโลยี

แม้ประเทศโลกที่สามจะพยายามผลักดันให้องค์การสหประชาชาติเข้ามามีบทบาทในการกำกับการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากประเทศอุตสาหกรรม เพื่อมิให้เกิดการเอารัดเอาเปรียบ และเพื่อให้เกิดการพัฒนาเทคโนโลยีของประเทศโลกที่สามได้อย่างแท้จริง แต่ประเทศอุตสาหกรรมก็ปฏิเสธการเข้ามามีบทบาทขององค์การสหประชาชาติ โดยเฉพาะการใช้กฎระเบียบหรือข้อบังคับเพื่อกำกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี และเห็นว่าควรปล่อยให้การถ่ายทอดเทคโนโลยีเป็นเรื่องของกลุ่มที่จะเจรจาต่อรองกันเอง โดยภาครัฐไม่ควรเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้อง หรือเข้าไปเกี่ยวข้องน้อยที่สุด ประเทศอุตสาหกรรมยังเพิกเฉยต่อข้อเรียกร้องให้ภาครัฐเข้าไปกำกับการใช้สิทธิตามสิทธิบัตรของภาคเอกชนของตนในต่างประเทศ รวมทั้งการปรับเปลี่ยนระบบสิทธิบัตรระหว่างประเทศเพื่อให้มีความยืดหยุ่นและเป็นประโยชน์ต่อประเทศโลกที่สามมากขึ้น

2. ประเทศผู้รับการถ่ายทอดขาดโครงสร้างพื้นฐานที่เหมาะสมหรือมีตลาดขนาดเล็กเกินไป

การถ่ายทอดเทคโนโลยีนั้นต้องการความพร้อมของทั้งทางด้านผู้ถ่ายทอด และผู้รับการถ่ายทอด ปัญหาสำคัญประการหนึ่งของประเทศโลกที่สามในการรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีคือ สักยภาพหรือโครงสร้างพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีนั้นยังมีไม่เพียงพอ เช่น บุคลากรขาดสักยภาพหรือขาดความรู้ที่เพียงพอหรือขาดสถานที่ หรือเครื่องมือในการค้นคว้าวิจัย เป็นต้น การขาดปัจจัยสนับสนุนเหล่านี้ทำให้ผู้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีไม่สามารถดูดซับเทคโนโลยีได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้ไม่อาจนำเทคโนโลยีไปพัฒนาต่อยอดเพื่อให้เป็นของตนเอง ทำให้ประเทศโลกที่สามต้องพึ่งพิงด้านเทคโนโลยีจากผู้อื่นตลอดไป

3. เทคโนโลยีที่ถ่ายทอดขาดความเหมาะสม

ปัญหาสำคัญประการหนึ่งในการถ่ายทอดเทคโนโลยี คือ เทคโนโลยีที่ถ่ายทอดให้ นั้นไม่เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมในประเทศผู้รับการถ่ายทอด หรือไม่สอดคล้องกับความต้องการของประเทศผู้รับการถ่ายทอด อย่างไรก็ดีต้องยอมรับว่าเทคโนโลยีนั้นถูกสร้างและพัฒนาขึ้นเพื่อใช้ใน ประเทศอุตสาหกรรม ดังนั้นการถ่ายทอดเทคโนโลยีจึงจำเป็นต้องปรับเปลี่ยนเทคโนโลยีเพื่อให้

⁵⁷ สมชาย รัตนชื้อสกุล และทิพย์สุรางค์ วาทิตต์พัทธ์, (ร่าง) รายงานฉบับสมบูรณ์, โครงการปัญหาการถ่ายทอดเทคโนโลยีภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ, (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2551), 9-14.

สอดคล้องกับสภาพแวดล้อมและความต้องการของผู้รับการถ่ายทอด แต่ปัญหาสำคัญประการหนึ่งคือ ขนาดตลาดในประเทศโลกที่สาม ตลอดจนโอกาสในการสร้างผลกำไรจากเทคโนโลยียังไม่มากพอที่จะจูงใจให้เกิดการลงทุน หรือปรับเปลี่ยนเทคโนโลยีเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว เจ้าของเทคโนโลยีจึงมักเสนอเทคโนโลยีในรูปแบบที่ใช้อยู่ในประเทศของตนเอง

ปัญหายังอาจเกิดจากด้านผู้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีเองที่ไม่รู้ชัดเจนถึงความต้องการของตนเองว่าต้องการเทคโนโลยีประเภทใด และในระดับใด หรือไม่รู้ว่าเทคโนโลยีแบบใดที่จะเหมาะสมกับสภาพแวดล้อมของประเทศตน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ประเทศผู้รับการถ่ายทอดขาดข้อมูลเกี่ยวกับเทคโนโลยี จึงไม่อาจเลือกสรรเทคโนโลยีที่เหมาะสมกับประเทศของตนเองได้ (information paradox)

4. การบังคับพ่วงถ่ายทอดเทคโนโลยี

รูปแบบที่แพร่หลายอย่างหนึ่งในการถ่ายทอดเทคโนโลยีคือ “เทคโนโลยีพ่วง” (technology package) กล่าวคือ ในกระบวนการถ่ายทอดเทคโนโลยีจะไม่ได้จำกัดเฉพาะตัวเทคโนโลยีเท่านั้น แต่จะบังคับถ่ายทอดรวมไปถึงเทคโนโลยีในการบริหารจัดการหรือการแผนงาน หรือขั้นตอนต่าง ๆ อีกด้วย ประเทศผู้รับการถ่ายทอดจะไม่อยู่ในสถานะที่จะปฏิเสธการบังคับถ่ายทอดเทคโนโลยีพ่วงเหล่านี้ได้ ซึ่งอาจเกิดจากสถานะต่อรองที่ด้อยกว่า หรืออาจเกิดจากการขาดความรู้เกี่ยวกับเทคโนโลยีนั้นอย่างชัดเจน (information paradox) ดังได้กล่าวแล้วข้างต้น ปัญหาที่อาจทำให้ประเทศผู้รับการถ่ายทอดต้องเผชิญกับเทคโนโลยีที่ล้าสมัย หรือที่มีข้อบกพร่อง รวมถึงเทคโนโลยีที่ไม่เกี่ยวข้องกับสิ่งที่ต้องการแต่ประการใด

5. การขาดความสามารถในการพัฒนาเทคโนโลยีของตนเอง

ความพยายามเร่งพัฒนาระดับเทคโนโลยีเพื่อให้ทัดเทียมกับประเทศอุตสาหกรรม ทำให้ประเทศกำลังพัฒนาบางประเทศใช้กลยุทธ์เร่งนำเข้าเทคโนโลยี โดยขาดความรอบคอบ (technology at any cost strategy) พยายามแสวงหาเทคโนโลยีในระดับสูงสุดหรือทันสมัยที่สุด โดยไม่ได้พิจารณาถึงขีดความสามารถหรือศักยภาพของบุคลากรหรือปัจจัยพื้นฐานที่จะทำให้ใช้เทคโนโลยีนั้นให้เกิดประโยชน์สูงสุดได้ ทำให้เกิดปัญหาไม่สามารถใช้เทคโนโลยีนั้นอย่างเต็มประสิทธิภาพ สภาพการณ์ที่ระดับของเทคโนโลยีที่นำเข้า และระดับเทคโนโลยีภายในประเทศแตกต่างกันมากเช่นนี้ จะเป็นการปิดโอกาสให้บุคลากรภายในประเทศสามารถที่จะพัฒนาศักยภาพด้านเทคโนโลยีของตนเอง ปัญหาที่ตามมาคือ ประเทศผู้รับการถ่ายทอดจะไม่มีเทคโนโลยีที่เกิดจากการพัฒนาโดยบุคลากรของตนเอง ทำให้ประเทศนั้นต้องพึ่งพาเทคโนโลยีจากต่างประเทศตลอดไป

6. การขาดอำนาจต่อรองของผู้รับการถ่ายทอด การผูกขาดวัตถุดิบที่จำเป็นสำหรับเทคโนโลยีที่ถ่ายทอดและเทคโนโลยีที่ล้ำสมัย

การที่บริษัทข้ามชาติเป็นผู้ครอบครองเทคโนโลยีส่วนใหญ่ ทำให้ประเทศโลกที่สามขาดอำนาจต่อรองในการเลือกสรรหรือคัดกรองเทคโนโลยีที่จะถ่ายทอดให้ ทำให้บางครั้งบริษัทข้ามชาติเลือกเทคโนโลยีที่ล้ำสมัย หรือใช้ได้เฉพาะในวัตถุประสงค์ที่จำกัดเท่านั้น ปัญหาการขาดศักยภาพในการเจรจาต่อรอง หรือการบริหารจัดการเทคโนโลยีเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ประเทศโลกที่สามไม่สามารถต่อรองกับบริษัทข้ามชาติได้อย่างมีประสิทธิภาพ ประกอบกับการที่ไม่มีกฎหมายที่บังคับบริษัทข้ามชาติในการถ่ายทอดเทคโนโลยีแก่ประเทศโลกที่สามอย่างชัดเจน ทำให้บางบริษัทเน้นความสำคัญกับตลาดในประเทศอุตสาหกรรมเท่านั้น และไม่ได้ให้ความสนใจกับตลาดในประเทศโลกที่สามอย่างแท้จริง ส่งผลให้ประเทศโลกที่สามไม่มีโอกาสเลือก และต้องอยู่ในสภาพจำยอมที่จะต้องรับเทคโนโลยีตามที่บริษัทข้ามชาติเหล่านี้จัดหาให้ และภายใต้เงื่อนไขที่ถูกกำหนดจากบริษัทข้ามชาติแต่เพียงฝ่ายเดียว

ในกรณีของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศโดยบริษัทข้ามชาติจึงมักนำเทคโนโลยีที่ล้ำสมัยแล้วมาใช้ในประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งอาจเกิดจากความเห็นว่า การนำเทคโนโลยีที่ทันสมัยมาใช้ในบางกรณีอาจทำให้ประเทศผู้รับการถ่ายทอด (ที่มีศักยภาพ) พัฒนาเทคโนโลยีนั้นจนกลายเป็นผู้ประกอบการแข่งขัน และบริษัทข้ามชาติต้องสูญเสียส่วนแบ่งตลาดในท้ายที่สุด

7. การขาดแผนการพัฒนาเทคโนโลยีที่เหมาะสมของประเทศผู้รับการถ่ายทอด

ปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้การถ่ายทอดเทคโนโลยีไม่ประสบความสำเร็จคือ ประเทศผู้รับการถ่ายทอดมักจะไม่มีการวางแผนที่ชัดเจนในการกำหนดประเภทของเทคโนโลยีที่ต้องการ วิธีการหรือรูปแบบในการรับการถ่ายทอด แผนการปรับเปลี่ยนเทคโนโลยีเพื่อให้สอดคล้องและเหมาะสมกับสภาพแวดล้อมในประเทศ แผนการพัฒนาเทคโนโลยีที่ได้รับการถ่ายทอดเพื่อสร้างเทคโนโลยีของตนเอง แม้บางประเทศจะมีการจัดทำแผนดังกล่าว แต่ก็ยังเป็นเพียงแผนระยะสั้น ทำให้การพัฒนาเทคโนโลยีของตนเองไม่เกิดความต่อเนื่อง เป็นต้น

โดยที่ปัญหาและอุปสรรคในการถ่ายทอดเทคโนโลยีด้านอุตสาหกรรมยาในประเทศไทยสรุปได้ดังนี้

1. ปัญหาด้านมาตรการทางกฎหมาย กล่าวคือ ประเทศที่พัฒนาแล้วมักมีการใช้มาตรการทางกฎหมายสิทธิบัตรในการผลักดันให้มีการยืดอายุการคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์ต่าง ๆ รวมทั้ง

สิ่งประดิษฐ์อันเกี่ยวกับยาโรคด้วย⁵⁸ เช่น กรณีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาพยายามผลักดันผ่านข้อตกลงเขตการค้าเสรี ไทย-สหรัฐอเมริกา (Free Trade Area: FTA ไทย-สหรัฐอเมริกา) ให้ประเทศไทยขยายอายุการคุ้มครองสิทธิบัตรยา โดยเสนอให้มีการคุ้มครองการทดสอบข้อมูล (test data) เป็นระยะเวลาอีก 5 ปี⁵⁹ เป็นต้น นอกจากนั้น กลุ่มผลประโยชน์ในอุตสาหกรรมยายังมีการผลักดันให้มีการออกกฎหมายเพื่อยืดอายุสิทธิบัตรยา ในกรณีที่มีการทดสอบความปลอดภัยของยาเพื่อวางตลาดล่าช้า และการกีดกันไม่ให้ผู้ผลิตยาชื่อสามัญเข้าถึงข้อมูลการทดสอบความปลอดภัยของยาของตน⁶⁰ เป็นต้น

ซึ่งการขยายอายุการคุ้มครองดังกล่าวนี้ จะทำให้เกิดอุปสรรคต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยีเป็นอย่างมาก ทั้งยังจะทำให้บริษัทผู้ทรงสิทธิบัตรยาสามารถผูกขาดตลาดยาและจำหน่ายยาในราคาแพงได้มากยิ่งขึ้น และทำให้อุตสาหกรรมยาชื่อสามัญเข้าสู่ตลาดยาได้ยากยิ่งขึ้นเช่นกัน

2. ปัญหาด้านตลาดยาภายในประเทศไทยมีขนาดเล็ก กล่าวคือ ในการลงทุนทำการวิจัยและพัฒนาใหม่หรือสารตั้งต้นในการประกอบตัวยาใหม่ หรือการผลิตเพื่อขายให้ได้ในราคาที่ยุติธรรมนั้น จำเป็นต้องใช้ตลาดที่ใหญ่ เพื่อมารองรับการผลิตยาในจำนวนที่มากได้ ดังนั้น บริษัทยาต่างชาติจึงไม่นิยมลงทุนทำการวิจัยและพัฒนาดังกล่าวในประเทศที่มีตลาดขนาดเล็กหรือประเทศที่ไม่สามารถทำกำไรได้มากนัก ดังนั้นบริษัทต่างชาติจึงทำเพียงการตั้งโรงงานสำเร็จรูปเพื่อนำเข้าสารตั้งต้นในการประกอบตัวยาจากบริษัทแม่ แล้วทำการผสมหรือประกอบเป็นยาสำเร็จรูปหรือนำเข้ายาสำเร็จรูปมาจำหน่ายแต่เพียงอย่างเดียว ซึ่งการตั้งเพียงโรงงานสำเร็จรูปดังกล่าว ทำให้ไม่ก่อให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีต่ออุตสาหกรรมยาเลย เนื่องจากไม่มีการวิจัยและพัฒนาหรือผลิตภายในประเทศ จึงทำให้ไม่ก่อให้เกิดการจ้างงานในระดับและสาขาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง อันจะทำให้บุคลากรภายในประเทศได้รับความรู้และประสบการณ์ด้านการวิจัยและพัฒนา จะเห็นได้ว่าขนาดของตลาดยาของประเทศไทยเองก็เป็นอุปสรรคสำคัญสำหรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีต่ออุตสาหกรรมยาอยู่ไม่น้อยทีเดียว

3. ปัญหาด้านการขาดวัตถุดิบจำเป็นสำหรับอุตสาหกรรมยา กล่าวคือ บริษัทยาต่างชาติขนาดใหญ่ต่างๆ ที่มีฐานการผลิตหรือบริษัทแม่อยู่ในประเทศที่พัฒนาแล้ว ต่างก็มีการทำการวิจัยและพัฒนาสารตั้งต้นหรือวัตถุดิบในการประกอบตัวยาต่าง ๆ ในประเทศที่พัฒนาแล้ว เนื่องจากประเทศที่พัฒนาแล้วนั้นมีความพร้อมทางด้านเทคโนโลยีและกำลังคน ประกอบกับการวิจัยและ

⁵⁸ Greater pharma, Executive talk, เกษักรดีเด่น สาขาอุตสาหกรรม, สืบค้นเมื่อ 21 มกราคม 2554, จาก

http://www.greaterpharma.com/page_bx.php?cid=17&cname=Executive%20Talk&cono=14&dname=%E0%C0%CA%D1%AA%A1%C3%B4%D5%E0%B4%E8%B9%20%CA%D2%A2%D2%CD%D8%B5%CA%D2%CB%A1%C3%C3%C1

⁵⁹ กริชพกา บุญเฟื่อง, ข้อตกลงเขตการค้าเสรีของไทยกับผลกระทบด้านทรัพย์สินทางปัญญา (ตอนที่ 1), *Thai IP Corner*, 1(1), (มกราคม-เมษายน, 2548), 5-6.

⁶⁰ สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ (บรรยาย), อิศร์กุล อุณหฤศ (เรียบเรียง), *FTA ไทย-สหรัฐอเมริกา: ผลได้ ผลเสีย และข้อเสนอแนะ*, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), 16.

พัฒนาดังกล่าวก็เป็นการวิจัยและพัฒนาภายใต้เทคโนโลยีของบริษัทเอง ซึ่งบริษัทนั้นก็ไม่ต้องการให้ความลับหรือข้อมูลในการวิจัยและพัฒนารั่วไหลออกไปยังบริษัทลูกมากนัก ทำให้บริษัทฯ ต่าง ๆ สามารถผูกขาดตลาดวัตถุดิบสำหรับการประกอบหรือผลิตยาต่าง ๆ ได้แต่เพียงผู้เดียว ทำให้ประเทศกำลังพัฒนาอย่างไทยต้องนำเข้าวัตถุดิบหรือสารตั้งต้นสำหรับประกอบตัวยาจากต่างประเทศเป็นจำนวนมาก ดังจะเห็นได้จากมูลค่าการนำเข้าวัตถุดิบในการประกอบตัวยาหรือเคมีภัณฑ์ในปี 2550 มีมูลค่าสูงถึง 348,878.97 ล้านบาท ปี 2551 มีมูลค่าสูงถึง 420,135.28 ล้านบาท และปี 2553 มีมูลค่าสูงถึง 298,221.62 ล้านบาท⁶¹ ตามลำดับ ซึ่งปัญหาการขาดวัตถุดิบจำเป็นสำหรับอุตสาหกรรมยาก็เป็นอุปสรรคสำหรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีด้านอุตสาหกรรมยาเช่นเดียวกัน

จากปัญหาทั้ง 3 ด้านดังกล่าว จะเห็นได้ว่า บริษัทฯ ต่างชาติพยายามทำทุกวิถีทางเพื่อต้องการครองตลาดยานั้น ๆ ให้อยาวนาน เพื่อที่จะได้ผลกำไรกลับคืนให้มากที่สุด ไม่ว่าจะเป็นการผลักดันให้มีการออกกฎหมายเพื่อขยายอายุการคุ้มครองสิทธิบัตรยาที่ดี การไม่ลงทุนทำวิจัยและพัฒนาสารตั้งต้นใหม่และยาใหม่ในประเทศที่มีตลาดขนาดเล็กก็ดี และการตั้งเพียงโรงงานสำเร็จรูปเพื่อนำเข้ายาสำเร็จรูปมาจำหน่ายก็ดี ล้วนแล้วแต่เป็นกลวิธีต่าง ๆ ที่ไม่ต้องการให้ความลับเกี่ยวกับตัวยานั้นๆ ถูกเผยแพร่ออกไป อันจะทำให้เกิดการเพิ่มคู่แข่งขึ้นในตลาดยาได้ ดังนั้นปัญหาดังกล่าวจึงเป็นอุปสรรคที่สำคัญในการถ่ายทอดเทคโนโลยีด้านอุตสาหกรรมยาให้กับประเทศไทยทั้งสิ้น

3.1.2 สรุปข้อดีและข้อเสียของการถ่ายทอดเทคโนโลยี

3.1.2.1 ข้อดีของการถ่ายทอดเทคโนโลยี

มีดังต่อไปนี้⁶²

1. ก่อให้เกิดความก้าวหน้าทางอุตสาหกรรม โดยเกิดจากการถ่ายทอดเทคโนโลยี อุตสาหกรรมที่ประเทศกำลังพัฒนา ต้องการนำเข้ามาพัฒนาประเทศ เพื่อพัฒนาขีดความสามารถทางเทคโนโลยีของประเทศ

2. ก่อให้เกิดการพัฒนาทางเทคโนโลยี และเพิ่มขีดความสามารถทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ซึ่งเครื่องจักรที่ใช้ในการผลิตที่นำเข้าเพื่อประกอบงานอุตสาหกรรมพื้นฐาน ก่อให้เกิดการเรียนรู้และพัฒนาเทคโนโลยีในประเทศ เป็นการเพิ่มขีดความสามารถทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีในงานอุตสาหกรรม

⁶¹ กระทรวงพาณิชย์, ระบบรายงานข้อมูลการค้าระหว่างประเทศของไทย, สถิติการค้าระหว่างประเทศของไทย, สืบค้นเมื่อ 23 มกราคม 2554, จาก http://www2.ops3.moc.go.th/import/recode_import_rank/report.asp

⁶² คณะอนุกรรมการการจัดทำเอกสารวิชาการ, การพัฒนาและการถ่ายทอดเทคโนโลยี, (กรุงเทพฯ: กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีและการพลังงาน, 2534), 63.

3. ลดการพึ่งพาทางเทคโนโลยี เนื่องจากประเทศที่มีการนำเข้าเทคโนโลยีจะเกิดแรงกระตุ้นให้สร้างความพร้อมในการรับการถ่ายทอด เกิดความจำเป็นที่จะจัดให้มีการศึกษา เรียนรู้ และมีการเตรียมการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีให้มีขีดความสามารถในงานอุตสาหกรรมที่ได้รับ และเรียนรู้ให้เหมาะสมกับสภาพความต้องการในท้องถิ่น

4. สร้างงานและความชำนาญทางเทคโนโลยีในการประกอบธุรกิจ ในอุตสาหกรรม ตามความต้องการของตลาด

5. สร้างความเป็นอยู่ที่ดีของคนในชาติ เนื่องจากสินค้าและบริการในระบบเศรษฐกิจมากขึ้น

6. เป็นการสร้างอำนาจในการต่อรองทางเศรษฐกิจ การเมือง ตลอดจนการทหาร ให้แก่ประเทศผู้รับที่มีความสามารถ และมีประสิทธิภาพในการรับการถ่ายทอดสูงขึ้น

3.1.2.2 ข้อเสียของการถ่ายทอดเทคโนโลยี

มีดังต่อไปนี้⁶³

1. เกิดการสูญเสียเงินตราต่างประเทศ เพื่อจัดหาเทคโนโลยีที่ต้องการในการพัฒนาประเทศและพัฒนาอุตสาหกรรมการผลิตให้ทันกับความต้องการในการแข่งขันของตลาด

2. สูญเสียอำนาจในการแข่งขันทางตลาด อันเนื่องมาจากความไม่พร้อมในการรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีนั้น มีผลกระทบจากการทำสัญญาที่มีการผูกมัดด้านการตลาดหรือจากการปิดบังข้อมูลจากผู้ให้การถ่ายทอดเทคโนโลยี

3. เสียอำนาจในการต่อรองทางเศรษฐกิจ การเมือง และการทหาร ซึ่งเป็นผลกระทบจากความจำเป็นในการที่ต้องพึ่งพาเทคโนโลยีเหล่านั้น

4. มีผลกระทบต่อการพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ซึ่งมักจะพบในสัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่ผู้รับจำต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในเรื่องการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีที่รับมาตามที่มีบ่งไว้ในสัญญา

5. ความริบเร่ในการรับเทคโนโลยีเนื่องจากการแข่งขันในเชิงพาณิชย์ ทำให้เกิดปัญหาขาดความชำนาญในการคัดเลือก การรับ และการพัฒนาเทคโนโลยีที่นำเข้าจึงเป็นเทคโนโลยีที่ไม่เหมาะสมกับความต้องการในการพัฒนาประเทศ

6. ความไม่พร้อมในการรับการถ่ายทอดเทคโนโลยี ทั้งความรู้ทางวิชาการ บุคลากร แต่อยู่ในภาวะจำยอม จึงมักเป็นปัญหาในการรับการถ่ายทอดความชำนาญทางเทคโนโลยี หรือจำต้องรับและมักจะได้เทคโนโลยีล้าสมัยที่เขาไม่ใช้แล้วมาดำเนินงาน

⁶³ คณะอนุกรรมการการจัดทำเอกสารวิชาการ, การพัฒนาและการถ่ายทอดเทคโนโลยี, (กรุงเทพฯ: กระทรวงวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีและการพลังงาน, 2534), 64.

7. เทคโนโลยีที่ซื้อมาจากต่างประเทศนั้น ในบางกรณีอาจก่อให้เกิดความแตกต่างในด้านความเป็นอยู่ในสังคมชนบท และมีผลกระทบทำให้เกิดการละเลยเทคโนโลยีพื้นบ้าน

8. ส่วนใหญ่ผู้รับเทคโนโลยีจะรับการถ่ายทอดจากตัวแทนผู้ค้าเทคโนโลยี มีบางรายเท่านั้นที่เป็นเจ้าของเทคโนโลยี จึงไม่มีความสามารถในการแก้ไขปัญหาให้กับผู้รับที่ประสบปัญหาได้ทั้งหมด

3.2 บทบาทของกฎหมายสิทธิบัตรต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยี

เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า เทคโนโลยีสมัยใหม่นั้นนอกจากจะเป็นองค์ประกอบสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของนานาประเทศแล้ว เทคโนโลยียังมีบทบาทสำคัญต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์ในโลกยุคปัจจุบันอีกด้วย โดยจะช่วยให้มีการนำทรัพยากรธรรมชาติมาใช้ประโยชน์อย่างเต็มที่ และยังสามารถใช้เป็นเครื่องมือในการแสวงหาสิ่งทดแทนทรัพยากรที่ขาดแคลนในทางเศรษฐกิจ เทคโนโลยีจะมีส่วนช่วยในการปรับเปลี่ยนระบบการผลิต จากการผลิตทางการเกษตรกรรมไปสู่การผลิตทางอุตสาหกรรม ช่วยเพิ่มสมรรถนะทางการผลิตและเพิ่มมูลค่าของผลผลิต ทำให้อุตสาหกรรมในประเทศเติบโตอย่างมีประสิทธิภาพและสามารถแข่งขันในตลาดโลกได้ จากประสบการณ์ของหลายประเทศ (ทั้งที่พัฒนาแล้วและกำลังพัฒนาที่ได้กลายเป็นประเทศอุตสาหกรรมใหม่) ได้แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์อันแนบแน่นระหว่างเทคโนโลยีกับการขยายตัวทางเศรษฐกิจ และยังบ่งบอกถึงความสำคัญของเทคโนโลยีที่มีต่อกระบวนการแก้ไขปัญหาความยากจนของประเทศเหล่านั้นได้เป็นอย่างดี⁶⁴

จากความหมายของเทคโนโลยี สามารถแบ่งเทคโนโลยีได้ 2 ประเภทใหญ่ ๆ กล่าวคือ เทคโนโลยีประเภท Hardware และ Software เทคโนโลยีประเภทแรกนั้นเป็นความรู้ที่ประกอบอยู่ในสิ่งที่มีรูปร่าง เช่น ในเอกสารข้อมูล เครื่องจักร อุปกรณ์ ผัง หรือแผนแบบต่าง ๆ ส่วนเทคโนโลยีประเภทที่สองนั้น หมายถึง ความรู้ที่ไม่สามารถแสดงออกเป็นรูปธรรมได้ เช่น ความรู้ที่ประกอบอยู่กับองค์กรหรือบุคลากร ในลักษณะของความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์หรือระบบการบริหาร เป็นต้น อย่างไรก็ตามการแบ่งแยกประเภทของเทคโนโลยีมักจะมีอยู่เฉพาะแต่ในทางทฤษฎีเท่านั้น เนื่องจากการนำความรู้ไปใช้งานอย่างมีประสิทธิภาพในทางปฏิบัตินั้น ผู้ใช้จำเป็นต้องมีเทคโนโลยี

⁶⁴ จักรกฤษณ์ วรรณพงษ์, สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม. 2544),

ทั้งสองประเภทดังกล่าวและจำเป็นต้องรู้จักผสมผสานเทคโนโลยีทั้งประเภท Hardware และ Software เข้าด้วยกันอย่างถูกต้องและเหมาะสม⁶⁵

เป็นที่ทราบกันดีว่า ประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายต่างมีความต้องการที่จะพัฒนาเศรษฐกิจของตนให้เจริญก้าวหน้า เพื่อที่จะยกระดับสังคมและพัฒนาความเป็นอยู่และคุณภาพชีวิตของประชาชนในประเทศ สำหรับวิธีการที่ประเทศต่าง ๆ จะได้มาซึ่งเทคโนโลยีนั้น มีอยู่ด้วยกันสองวิธีใหญ่ ๆ คือ ด้วยการพัฒนาขึ้นเองในประเทศจากการทำการวิจัยและพัฒนา และด้วยการรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากต่างประเทศ

อุตสาหกรรมยาเป็นอุตสาหกรรมประเภทหนึ่งที่พึ่งพิงระบบกฎหมายสิทธิบัตรเป็นหลัก เพื่อให้ผู้คิดค้นหรือผู้ทรงสิทธิบัตรได้รับผลตอบแทนจากการแสวงหาประโยชน์ในสิทธิบัตรยาที่ได้คิดค้นนั้น เป็นแรงจูงใจชนิดหนึ่งที่จะทำให้ผู้คิดค้นหรือผู้ทรงสิทธิบัตรยาได้มีการพัฒนาให้มีประสิทธิภาพสูงขึ้นหรือผลิตยาตัวใหม่ ๆ ออกสู่สังคมมากยิ่งขึ้น อันจะทำให้เกิดผลดีต่อสุขภาพของประชาชนภายในประเทศและเป็นผลดีต่อการลงทุนในเศรษฐกิจโดยรวมด้วย นอกจากนี้ กฎหมายสิทธิบัตรยังเป็นกลไกอีกลักษณะหนึ่งที่ประเทศกำลังพัฒนาจำนวนมากได้นำมาใช้เพื่อสร้างความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีของประเทศ วัตถุประสงค์หลักของการใช้กฎหมายสิทธิบัตรในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศในโลกที่สามนั้น อาจจะจำแนกออกได้เป็น 3 ประการใหญ่ ๆ ด้วยกัน⁶⁶ คือ

1. เพื่อเป็นเครื่องจูงใจให้เกิดการประดิษฐ์คิดค้นขึ้นภายในประเทศ
2. เพื่อเป็นเครื่องมือก่อให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากต่างประเทศ และ
3. เพื่อกระตุ้นให้เกิดการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ

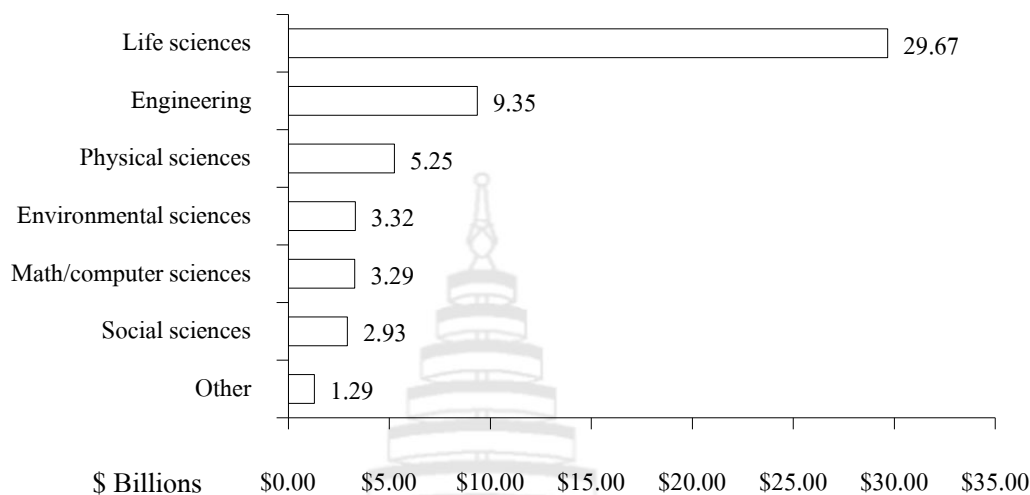
3.2.1 กฎหมายสิทธิบัตรกับการประดิษฐ์คิดค้นภายในประเทศ

ในทุกวันนี้เทคโนโลยีสมัยใหม่จะถูกคิดค้นขึ้นเฉพาะแต่ในประเทศที่มีการพัฒนาในระดับสูงเท่านั้น โดยบริษัทข้ามชาติที่มีสำนักงานใหญ่อยู่ในประเทศเหล่านั้น เป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการทำวิจัยและพัฒนา องค์กรธุรกิจเหล่านี้ต่างลงทุนเพื่อแสวงหาเทคโนโลยีใหม่ ๆ ที่จะ

⁶⁵ TDRI, *The barriers to and strategies for technology acquisition*, (Bangkok: Thailand Development Research Institute, 1991), 2.

⁶⁶ จักรกฤษณ์ วรรณพจน์, *สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม. 2544), 382-384.

ทำให้บริษัทได้เปรียบในการแข่งขันทางการค้า⁶⁷ ดังจะเห็นได้จากค่าใช้จ่ายในการวิจัยและพัฒนาในสาขาต่าง ๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกา (รายละเอียดภาพที่ 3.2)



จาก National Science Board⁶⁸

ภาพที่ 3.2 ค่าใช้จ่ายการวิจัยและพัฒนาเปรียบเทียบรายอุตสาหกรรม ของประเทศสหรัฐอเมริกา ปี 2008

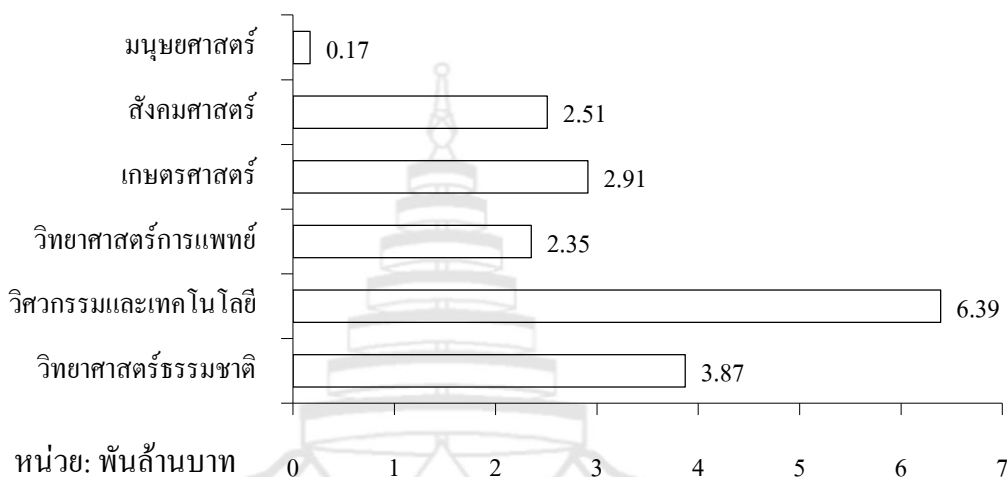
เป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปว่า การประดิษฐ์คิดค้นทางด้านวิทยาศาสตร์สุขภาพ (life sciences) นั้นย่อมมีความเกี่ยวข้องกับเรื่องของยาโรคซึ่งเป็นหนึ่งในผลิตภัณฑ์ของวิทยาศาสตร์สุขภาพ และยาโรคก็เป็นสิ่งประดิษฐ์ชนิดหนึ่งที่ต้องพึ่งพิงการคุ้มครองตามระบบกฎหมายสิทธิบัตรเป็นหลัก การที่ค่าใช้จ่ายในการลงทุนทำวิจัยและพัฒนาทางด้านวิทยาศาสตร์สุขภาพของสหรัฐอเมริกา สูงถึง 29.67 พันล้านเหรียญฯ แสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญคุ้มครองทางด้านสิทธิบัตรที่เข้มงวด อันจะทำให้บริษัทยากล้าลงทุนในการทำวิจัยและพัฒนาใหม่ ๆ ออกสู่สังคมมากยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ตามประเทศกำลังพัฒนาอย่างประเทศไทยนั้น รัฐบาลได้ตระหนักถึงความสำคัญของเทคโนโลยี และมีนโยบายส่งเสริมให้มีการพัฒนาเทคโนโลยีขึ้นภายในประเทศ รวมทั้งส่งเสริม

⁶⁷ ยงยุทธ ยุทธวงศ์, การสนับสนุนการวิจัยและพัฒนาในภาคเอกชนด้วยสิ่งจูงใจทางภาษีและมาตรการอื่น ๆ, วารสารสุโขทัยธรรมาธิราช, 5(3), (2535), 90-91.

⁶⁸ National Science Board, **Key science and engineering indicators 2010 digest**, National Science Foundation, Retrieved May 14, 2010, from <http://www.nsf.gov/statistics/digest10/index.cfm>

ให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการให้เงินอุดหนุนการวิจัยแก่องค์กรธุรกิจเอกชน และให้สิทธิพิเศษทางภาษีอากรแก่เอกชนที่ทำการวิจัยและพัฒนา นอกจากนี้ รัฐบาลยังได้ออกกฎหมายสิทธิบัตรในปี พ.ศ. 2522 โดยมีเจตนารมณ์ที่จะกระตุ้นให้เกิดการคิดค้นเทคโนโลยีใหม่ ๆ ขึ้นในประเทศ⁶⁹ (รายละเอียดภาพที่ 3.3 และ 3.4)



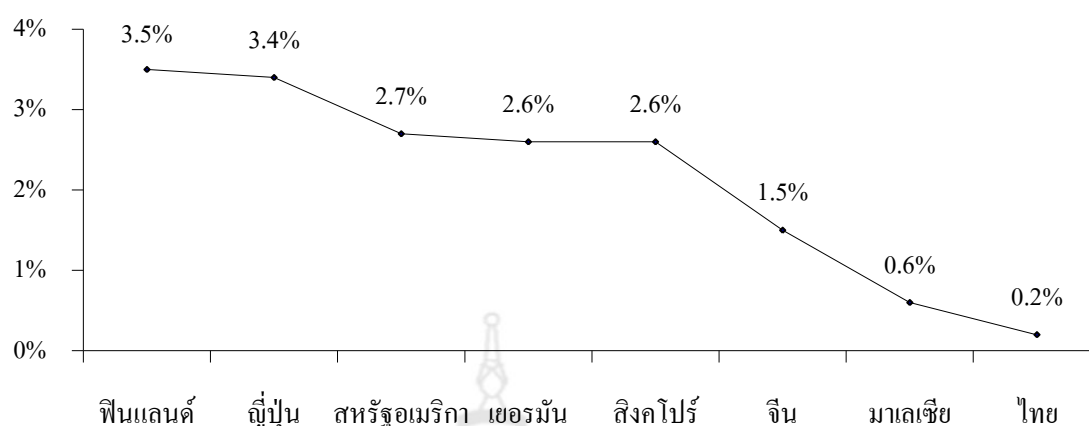
จาก สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ⁷⁰

ภาพที่ 3.3 ค่าใช้จ่ายการทำวิจัยและพัฒนารายอุตสาหกรรม ของประเทศไทย ปี พ.ศ. 2550

⁶⁹ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 385-387.

⁷⁰ สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, การสำรวจค่าใช้จ่ายและบุคลากรทางการวิจัยและพัฒนาของประเทศไทย ประจำปี 2552, (กรุงเทพฯ: สำนักงานฯ, 2552), 95.

(เปอร์เซ็นต์ต่อผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศ (GDP))



จาก The World Bank⁷¹

ภาพที่ 3.4 เปรียบเทียบการทำวิจัยและพัฒนาของประเทศต่าง ๆ ในปี พ.ศ. 2550

จากภาพที่ 3.4 จะเห็นได้ว่า ค่าใช้จ่ายในการทำวิจัยและพัฒนาในปี พ.ศ. 2550 ของประเทศที่พัฒนาแล้ว อย่างเช่น ฟินแลนด์ และญี่ปุ่น มีอัตราที่มากกว่าร้อยละ 3% ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมัน สิงคโปร์ มีอัตราที่มากกว่าร้อยละ 2% ตามลำดับ และประเทศกำลังพัฒนา อย่าง จีน มีอัตราอยู่ที่ 1.5% มาเลเซีย มีอัตราอยู่ที่ 0.6% และไทยนั้น มีอัตราอยู่ที่ 0.2% ตามลำดับ ในปีเดียวกัน

ถึงแม้ว่าการคุ้มครองสิทธิบัตรที่เข้มงวด จะก่อให้เกิดการคิดค้นเทคโนโลยีจริงดังที่มีการกล่าวอ้าง แต่สมมติฐานเกี่ยวกับประโยชน์ของกฎหมายสิทธิบัตรในการเสริมสร้างกิจกรรมการประดิษฐ์คิดค้น ก็อาจจะไม่สามารถนำมาใช้ได้กับกรณีของประเทศกำลังพัฒนาอย่างไทย ที่โดยส่วนใหญ่ยังคงล้าหลังทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ซึ่งจะเห็นได้จากจำนวนการขอรับและออกสิทธิบัตรให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตรภายในประเทศ (รายละเอียดตารางที่ 3.1)

⁷¹ The World Bank, **Research and development expenditure (% of GDP)**, Retrieved September 19, 2010, form <http://data.worldbank.org/indicator/GB.XPD.RSDV.GD.ZS>

ตารางที่ 3.1 สถิติการขอรับและการออกสิทธิบัตรในประเทศไทย ระหว่างปี พ.ศ. 2548-2552

ปี	คำขอรับสิทธิบัตร	สิทธิบัตรที่ออก	ผู้ทรงสิทธิบัตร	
			คนไทย	คนต่างชาติ
2548	10,885	1,322	505	817
2549	9,821	1,878	568	1,310
2550	10,339	1,824	663	1,161
2551	10,561	2,185	781	1,404
2552	9,730	2,010	768	1,242
รวม	51,336	9,219	3,285	5,934
เปอร์เซ็นต์		100	35.6	64.4

จาก กรมทรัพย์สินทางปัญญา⁷²

จากตารางที่ 3.1 แสดงให้เห็นว่าการออกสิทธิบัตรส่วนใหญ่จะเป็นการออกให้แก่ผู้ขอที่เป็นชาวต่างชาติ โดยมีจำนวนทั้งสิ้น 5,934 ฉบับ จากจำนวนสิทธิบัตรที่ออกให้ทั้งสิ้น 9,219 ฉบับ หรือคิดเป็นสัดส่วน 64.4 % และออกให้แก่คนไทยทั้งสิ้น 3,285 ฉบับ หรือคิดเป็นสัดส่วน 35.6 % อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าสิทธิบัตรที่ออกให้มียุทธศาสตร์ที่เพิ่มมากขึ้นตามลำดับ แสดงให้เห็นว่า ผู้ทรงสิทธิบัตรทั้งคนไทยและชาวต่างชาติต่างก็มีความมั่นใจกับมาตรการให้การคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรของไทย และต้องการให้เกิดแรงจูงใจในการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับรายการที่ขอจดสิทธิบัตร เพื่อให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีภายในประเทศมากยิ่งขึ้น

เนื่องจากประเทศไทยให้ความสำคัญคุ้มครองทั้งการประดิษฐ์และการออกแบบผลิตภัณฑ์ภายใต้กฎหมายฉบับเดียวกัน สถิติตัวเลขข้างต้นจึงหมายรวมทั้งสิทธิบัตรที่ออกให้แก่การประดิษฐ์และสิทธิบัตรในการออกแบบผลิตภัณฑ์ หากมีการแบ่งแยกสิทธิบัตรออกตามประเภทแล้วจะเห็นได้ว่าสิทธิบัตรที่ออกให้แก่การประดิษฐ์ ที่เป็นการให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีที่ซับซ้อนมีจำนวนที่น้อยกว่าสิทธิบัตรในการออกแบบผลิตภัณฑ์มาก⁷³ (รายละเอียดตารางที่ 3.2)

⁷² กรมทรัพย์สินทางปัญญา, รายงานประจำปี 2552, (กรุงเทพฯ: กระทรวงพาณิชย์), 99-100.

⁷³ จักรกฤษณ์ ควณิก, สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 392.

ตารางที่ 3.2 สถิติการออกสิทธิบัตรในประเทศไทยจำแนกตามประเภท ระหว่างปี พ.ศ. 2548 - 2552

ปี	สิทธิบัตรการประดิษฐ์			สิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์		
	คนไทย	คนต่างชาติ	รวม	คนไทย	คนต่างชาติ	รวม
2548	62	491	553	443	326	769
2549	118	1,003	1,121	450	307	757
2550	118	830	948	544	332	876
2551	62	904	966	719	455	1,219
2552	59	787	846	709	500	1,164
รวม	419	4,015	4,434	2,865	1,920	4,785
เปอร์เซ็นต์	9.5	90.5	100	59.9	40.1	100

จาก กรมทรัพย์สินทางปัญญา⁷⁴

จากตารางที่ 3.2 จำนวนสิทธิบัตรที่ออกให้ทั้งสิ้น 9,219 ฉบับ สามารถจำแนกออกเป็น สิทธิบัตรการประดิษฐ์ 4,434 ฉบับ และที่เหลืออีก 4,785 ฉบับ เป็นสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงสัดส่วนของสิทธิบัตรในการประดิษฐ์แต่เพียงอย่างเดียวจะเห็นได้ว่า สิทธิบัตรที่ออกให้แก่การประดิษฐ์ที่มีชาวต่างชาติเป็นผู้ทรงสิทธิบัตรนั้น มีจำนวนทั้งสิ้น 4,015 ฉบับ หรือคิดเป็นสัดส่วน 90.5 % ของสิทธิบัตรที่ออกให้แก่คนไทย ที่มีจำนวนทั้งสิ้นเพียง 419 ฉบับ หรือคิดเป็นสัดส่วน 9.5 % เท่านั้น

สถิติที่ยกมานี้ได้บอกให้ทราบถึงความล่าช้าในการพัฒนาทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีของประเทศไทย การที่สิทธิบัตรที่ถือครองโดยนักประดิษฐ์ไทยมีจำนวนที่ค่อนข้างน้อยดังกล่าว ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงความด้อยสมรรถภาพของวงการวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีไทย โดยเฉพาะการไร้ความสามารถที่จะทำการคิดค้นพัฒนาเทคโนโลยีการประดิษฐ์ใหม่ ๆ ที่มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถนำไปประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ ความล่าช้าของประเทศไทยในเรื่องนี้อาจจะเกิดขึ้นจากสาเหตุหลายประการ รวมทั้งขาดแคลนบุคลากรในสายวิทยาศาสตร์ การขาดแคลนอุปกรณ์ต่าง ๆ ที่เป็นปัจจัยพื้นฐานในการทำวิจัยและพัฒนาและการขาดการสนับสนุนอย่างจริงจังจากภาครัฐ ทั้งนี้อาจเห็นได้จากดัชนีชี้วัดความสามารถในการแข่งขันระดับนานาชาติ โดยวัดจากปัจจัย

⁷⁴ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, รายงานประจำปี 2552, (กรุงเทพฯ: กระทรวงพาณิชย์), 99-100.

ต่าง ๆ รวมทั้งระบบรัฐ ระบบการเงินและการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น ซึ่งในช่วงหลายปีที่ผ่านมาดัชนีชี้วัดความสามารถในการแข่งขันระดับนานาชาติของประเทศไทยมีแนวโน้มที่ลดลงตลอดมา แสดงให้เห็นว่าประเทศไทยยังด้อยมากในด้านต่าง ๆ และยังไม่ค่อยดีนักในด้านคนและการจัดการ ซึ่งจำเป็นจะต้องมีการสร้างความสามารถทางด้านดังกล่าวและด้านอื่น ๆ ต่อไป⁷⁵

ตารางที่ 3.3 อันดับความสามารถในการแข่งขันของประเทศไทย ปี 2548-2552

รายการ	ปี พ.ศ.				
	2548	2549	2550	2551	2552
จำนวนประเทศที่จัดอันดับ	51	53	55	55	57
อันดับรวมของประเทศไทย	25	29	33	27	26
กลุ่มปัจจัยการแข่งขัน					
ศักยภาพทางเศรษฐกิจ	7	19	15	12	14
ประสิทธิภาพของภาครัฐ	14	20	27	22	17
ประสิทธิภาพของภาคเอกชน	25	25	34	25	25
โครงสร้างพื้นฐาน	39	42	48	39	42

จาก สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ และสำนักงานคณะกรรมการนโยบายวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและนวัตกรรมแห่งชาติ⁷⁶

ปัจจัยพื้นฐานต่าง ๆ ที่จำเป็นต่อกิจกรรมวิจัยและพัฒนา มีความสำคัญต่อการพัฒนาเทคโนโลยีของประเทศ ยิ่งกว่าการบังคับใช้กฎหมายสิทธิบัตร เพราะการปราศจากปัจจัยพื้นฐานดังกล่าวแล้ว กฎหมายสิทธิบัตรที่เข้มงวดก็จะกลายเป็นสิ่งที่ไม่มีความหมายแต่ประการใด จาก

⁷⁵ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี จากอดีตสู่อนาคต, (กรุงเทพฯ: สำนักงานฯ, 2543), 40.

⁷⁶ สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, การสำรวจค่าใช้จ่ายและบุคลากรทางการวิจัยและพัฒนาของประเทศไทย ประจำปี 2552, (กรุงเทพฯ: สำนักงานฯ, 2552), 105; สำนักงานคณะกรรมการนโยบายวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและนวัตกรรมแห่งชาติ, การจัดอันดับความสามารถในการแข่งขันของประเทศไทย ปี 2552 โดย International Institute for Management Development: IMD, สืบค้นเมื่อ 19 กันยายน 2553, จาก http://www.sti.or.th/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=10&Itemid=21

ประสบการณ์ของประเทศไทยได้แสดงให้เห็นว่า ถึงแม้กฎหมายสิทธิบัตรไทยจะมีเจตนารมณ์ที่จะส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี แต่ความสำเร็จและการบรรลุในเจตนารมณ์ดังกล่าวก็ยังเป็นสิ่งที่ยากไกล เท่าที่ผ่านมากฎหมายสิทธิบัตรไทยไม่ได้มีบทบาทในการส่งเสริมกิจกรรมการประดิษฐ์คิดค้นภายในประเทศ หากแต่กลับถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือให้ความคุ้มครองแก่นักประดิษฐ์ต่างชาติ การประดิษฐ์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไทย โดยส่วนใหญ่จะมีใช้การประดิษฐ์ที่ถูกพัฒนาขึ้นเพราะผู้ประดิษฐ์ได้รับการจูงใจจากกฎหมายสิทธิบัตร หากแต่เป็นเทคโนโลยีที่ถูกพัฒนาขึ้นในต่างประเทศโดยนักประดิษฐ์ต่างชาติ และเป็นผลมาจากการที่ผู้ประดิษฐ์ได้รับแรงจูงใจจากสิ่งอื่น เช่น แรงจูงใจจากผลกำไรหรือผลประโยชน์และ/หรือความรู้ความชอบส่วนบุคคล ฯลฯ มากกว่าแรงจูงใจจากกฎหมายสิทธิบัตรเพียงอย่างเดียวดังกล่าว⁷⁷

3.2.2 กฎหมายสิทธิบัตรกับการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากต่างประเทศ

การถ่ายทอดเทคโนโลยีจากต่างประเทศ (international transfer of technology) หมายถึง การถ่ายทอดความรู้ทางด้านเทคนิค เช่น กรรมวิธีการผลิต วิธีการจัดการ ฯลฯ โดยบริษัทอุตสาหกรรมซึ่งตั้งอยู่ในประเทศหนึ่ง ให้แก่บริษัทอุตสาหกรรมในอีกประเทศหนึ่ง การถ่ายทอดเทคโนโลยีแบบเป็นชุด โดยผ่านการลงทุนโดยตรงจากต่างชาติ หรือด้วยการที่บริษัทในประเทศได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีในลักษณะแยกส่วน ไม่ว่าจะด้วยการซื้อหา หรือโดยวิธีการอื่นใด เช่น ด้วยการนำเข้าเครื่องมือหรือเครื่องจักรกล การได้รับตำราหรือคู่มือการใช้งานจากต่างประเทศ การส่งบุคลากรไปฝึกอบรมในต่างประเทศ การจ้างผู้เชี่ยวชาญมาอบรมและให้ความรู้แก่บุคลากรในประเทศ การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ เป็นต้น

นอกจากบทบาทในการเป็นเครื่องจูงใจให้มีการพัฒนาเทคโนโลยีขึ้นภายในประเทศแล้ว กฎหมายสิทธิบัตรยังถูกคาดหวังว่า จะมีบทบาทสำคัญในอันที่จะทำให้ประเทศกำลังพัฒนาได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากต่างประเทศ โดยเชื่อกันว่า กฎหมายสิทธิบัตรจะช่วยให้ประเทศกำลังพัฒนาได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีใน 2 ลักษณะด้วยกัน⁷⁸ คือ

1. การถ่ายทอดเทคโนโลยีผ่านข้อมูลสิทธิบัตร
2. การถ่ายทอดเทคโนโลยีด้วยการทำสัญญา

⁷⁷ จักรกฤษณ์ ทวรพจน์, สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 392-394.

⁷⁸ เรื่องเดียวกัน, 394-400.

3.2.2.1 การถ่ายทอดเทคโนโลยีผ่านข้อมูลสิทธิบัตร

กฎหมายสิทธิบัตรมีบทบาทสำคัญในการสร้างแหล่งข้อมูลความรู้ให้แก่สังคม เพราะกฎหมายดังกล่าวมีบทบังคับให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรทำการเปิดเผยรายละเอียดและข้อมูลของการประดิษฐ์ของตนให้มากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ การรวบรวมคำขอรับสิทธิบัตรต่าง ๆ จะทำให้เกิดเป็นแหล่งข้อมูลเทคโนโลยีที่กว้างขวางครอบคลุมวิทยาการทุกสาขา โดยแหล่งข้อมูลนี้ให้ความรู้เกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ปรากฏแพร่หลายอยู่ และให้รายละเอียดของการประดิษฐ์ที่กระชับและชัดเจน

ข้อมูลสิทธิบัตรนี้เป็นประโยชน์ต่อหน่วยงานของรัฐ สถาบันวิจัย นักวิจัย และบริษัทอุตสาหกรรมในประเทศกำลังพัฒนา ในอันที่จะทำการพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีในแขนงต่าง ๆ ให้ก้าวหน้ายิ่งขึ้น สำหรับหน่วยงานของรัฐ ข้อมูลสิทธิบัตรจะเป็นประโยชน์ต่อการกำหนดแนวนโยบายที่เป็นรูปธรรมเกี่ยวกับการพัฒนาเทคโนโลยีที่รัฐจะให้การส่งเสริม สำหรับสถาบันวิจัยและนักวิจัยของประเทศกำลังพัฒนานั้น จะได้รับประโยชน์หลายประการจากรายละเอียดข้อมูลที่มีการระบุไว้ในเอกสารสิทธิบัตร ไม่ว่าจะเป็นประโยชน์ในด้านการสืบค้นงานทางวิชาการที่เกี่ยวข้อง หรือเพื่อให้ทราบถึงงานวิจัยที่ได้มีการทำไว้ก่อนหน้านี้แล้วหรือที่กำลังทำอยู่ในขณะนั้น อันจะช่วยหลีกเลี่ยงปัญหาการทำวิจัยซ้ำซ้อน และท้ายที่สุดข้อมูลสิทธิบัตรยังเป็นประโยชน์ต่อบริษัทอุตสาหกรรมในประเทศกำลังพัฒนา ทั้งในการพัฒนาเทคโนโลยีขึ้นใช้เอง ในการปรับปรุงเทคโนโลยีและในการซื้อหาเทคโนโลยีจากต่างประเทศ เนื่องจากเอกสารสิทธิบัตรจะให้อข้อมูลที่สมบูรณ์และทันสมัยเกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ต้องการซื้อ นอกจากนี้ ข้อมูลสิทธิบัตรยังจะช่วยให้อุตสาหกรรมสามารถกำหนดแผนการตลาดได้อย่างถูกต้องเหมาะสม อีกทั้งยังทำให้บริษัทสามารถหลีกเลี่ยงการละเมิดสิทธิบัตรของผู้อื่นได้

3.2.2.2 การถ่ายทอดเทคโนโลยีด้วยการทำสัญญา

การถ่ายทอดเทคโนโลยีด้วยการทำสัญญา หมายถึง การที่บุคคลในประเทศผู้รับการถ่ายทอดทำสัญญาเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางเทคโนโลยีกับบุคคลต่างชาติ โดยชาวต่างชาติผู้เป็นเจ้าของเทคโนโลยีตกลงที่จะถ่ายทอดความรู้เกี่ยวกับเทคโนโลยีของตนให้แก่ผู้รับการถ่ายทอด การทำสัญญาดังกล่าวมีได้หลายรูปแบบด้วยกัน ได้แก่

1. สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensing agreement)
2. สัญญาให้ความช่วยเหลือทางด้านเทคนิค (technical assistance contracts)
3. สัญญาการจัดการ (management contracts)
4. สัญญาจ้างเหมาเปิดเสร็จ (turnkey contracts)

(ซึ่งในที่นี้จะได้กล่าวถึงสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยละเอียดต่อไป) เชื่อกันว่า การถ่ายทอดเทคโนโลยีด้วยการทำสัญญา เป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพมากที่สุด โดยวิธีนี้ประเทศกำลังพัฒนามีโอกาสที่จะเลือกสรรเทคโนโลยีตามที่ตนต้องการในลักษณะเดียวกับการเลือกซื้อสินค้า

3.2.3 กฎหมายสิทธิบัตรกับการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ

ในระบบเศรษฐกิจปัจจุบัน นานาประเทศต่างดำเนินนโยบายเศรษฐกิจแบบเปิดประเทศ โดยเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามามีส่วนในการพัฒนาประเทศ ยินยอมให้ต่างชาติเข้ามามีส่วนร่วมในระบบเศรษฐกิจมากขึ้น ประเทศทั้งหลายต่างยอมรับกันโดยทั่วไปว่า การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศจะกระตุ้นให้ระบบเศรษฐกิจของประเทศมีการขยายตัว ก่อให้เกิดการพัฒนาทั้งในระบบการผลิตและการจัดการ ด้วยเหตุนี้ประเทศต่าง ๆ (โดยเฉพาะบรรดาประเทศกำลังพัฒนาที่ต้องการจะยกระดับเศรษฐกิจของตน) จึงมักจะกำหนดนโยบายส่งเสริมการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ ด้วยการประกาศใช้มาตรการให้สิทธิพิเศษนานาประการแก่นักลงทุน นอกจากนั้นหลายประเทศยังได้ประกาศใช้กฎหมายสิทธิบัตร โดยมีจุดประสงค์ที่จะให้สิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายเป็นผลประโยชน์ทางการเงิน ที่จูงใจให้นักลงทุนต่างชาติให้เข้ามาลงทุน การที่นานาประเทศนำกฎหมายสิทธิบัตรมาใช้สร้างบรรยากาศจูงใจให้เกิดการลงทุนนี้ ก็เป็นไปตามความเชื่อพื้นฐานที่ว่า การที่ผู้ประกอบการต่างประเทศจะตัดสินใจเข้าไปลงทุนในประเทศใด ผู้ประกอบการเหล่านั้นจะต้องมีความมั่นใจในผลตอบแทนทางเศรษฐกิจที่จะได้รับกลับคืนมาจากการลงทุนนั้น โดยที่สิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายสิทธิบัตรถือได้ว่าเป็นเครื่องรับประกันในผลกำไรอย่างหนึ่งเช่นกัน ที่จะมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจเข้ามาลงทุนของผู้ประกอบการต่างชาติ ยิ่งกว่านั้น มีนักวิชาการบางท่านให้ความเห็นว่า การที่ประเทศใดไม่ได้บังคับใช้กฎหมายสิทธิบัตร หรือบังคับใช้กฎหมายสิทธิบัตรที่ไม่เข้มงวดรัดกุม จะมีผลให้นักลงทุนต่างชาติย้ายการลงทุนออกจากประเทศดังกล่าว เพื่อไปลงทุนในประเทศที่มีกฎหมายสิทธิบัตรที่เข้มงวดกว่า⁷⁹

จากการกล่าวมา การขยายความคุ้มครองสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ยาจะทำให้ต่างชาติ เข้ามาลงทุนในอุตสาหกรรมยาในประเทศไทยมากขึ้น และก่อให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีขึ้นนั้น เมื่อพิจารณาถึงประเภทของการลงทุนในอุตสาหกรรมยาของสหรัฐอเมริกาในประเทศไทย จะพบว่ามี 3 รูปแบบคือ

1. การลงทุนด้านผลิตวัตถุดิบทางยา (intermediate) การลงทุนประเภทนี้ต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูง ตลอดจนต้องมีความเป็นไปได้ทางด้านตลาดรองรับ
2. การลงทุนด้านผลิตยาสำเร็จรูป (formulation) การลงทุนของบริษัทต่างชาติในประเทศกำลังพัฒนา มักจะเป็นการลงทุนในรูปแบบนี้ ซึ่งการลงทุนในลักษณะเช่นนี้ทางบริษัทแม่

⁷⁹ จักรกฤษณ์ วรรณพงษ์, สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 403-404.

จะได้รับผลประโยชน์สูงจากราคาโอนในการส่งวัตถุดิบจากบริษัทแม่ ทั้งยังเป็นการรักษาเทคโนโลยีด้านการผลิตยาชั้นสูงของบริษัทแม่ไม่ให้รั่วไหลไปยังบริษัทลูก

3. การลงทุนด้านการนำเข้า (importer) จะเห็นได้ว่าการลงทุนในรูปแบบที่ 1 และ 2 นั้น ไม่น่ามีความเป็นไปได้เนื่องจากการลงทุนในการผลิตวัตถุดิบทางยานั้นต้องใช้ต้นทุนสูง (ค่าใช้จ่ายทั้งหมดในการวิจัยและพัฒนายาใหม่ 1 ชนิดนั้นสูงถึง 1,300 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ และใช้เวลาประมาณ 10-15 ปี)⁸⁰ และต้องมีตลาดที่ใหญ่พอที่จะรองรับยาใหม่ ซึ่งในขณะนี้ตลาดยาภายในประเทศไทยก็ยังไม่กว้างพอที่จะรองรับยาใหม่ที่มีการลงทุนสูงมากได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาจากสัดส่วนของตัวยาใหม่ที่จะประสบความสำเร็จ (มีความปลอดภัย มีประสิทธิภาพดี และมีการปรับปริมาณการใช้อย่างถูกต้อง) มีเพียง 5-10 % ของยาใหม่ ที่คิดค้นขึ้นมาทั้งหมด ดังนั้น ถ้านำต้นทุนการค้นคว้าของยาใหม่ทั้งหมดมาเฉลี่ยกับยาใหม่ที่ประสบผลสำเร็จในสัดส่วนเพียงร้อยละ 5-10 แล้ว จะเห็นได้ว่าการที่จะผลิตเพื่อขายให้ได้ในราคายุติธรรมนั้น จำเป็นต้องใช้ตลาดที่ใหญ่เพื่อรองรับปริมาณการผลิตยาในจำนวนที่มากได้ ดังนั้นในปัจจุบันบริษัทยาข้ามชาติของสหรัฐอเมริกา จึงได้เข้าไปลงทุนในประเทศอินโดนีเซีย เพื่อผลิตสารยาตั้งต้นเพราะตลาดใหญ่พอ ประกอบกับอินโดนีเซียมีนโยบายด้านการผลิตยาที่ชัดเจนกว่าประเทศสมาชิกอื่น ๆ ของอาเซียน

โดยที่การลงทุนในรูปแบบที่ 3 (importer) ซึ่งเป็นเพียงการลงทุนตั้งโรงงานผลิตยาชั้นสุดท้ายเท่านั้น จึงมีความเป็นไปได้สูง เนื่องจากการผลิตเป็นจำนวนมากในต่างประเทศทำให้ต้นทุนลดลง ในลักษณะเช่นนี้ เมื่อต้นทุนที่ต่ำ และเสียภาษีต่ำกว่าการผลิตภายในประเทศ บริษัทยาข้ามชาติของสหรัฐอเมริกา จึงมักลงทุนเพียงตั้งโรงงานผลิตยาชั้นสุดท้ายหรือลงทุนด้านการนำเข้าเหมือนเช่นปัจจุบัน ซึ่งการลงทุนในรูปแบบนี้จะทำให้ไม่ก่อให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีแต่ประการใด

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงเทคโนโลยีของบริษัทสหรัฐอเมริกา จะพบว่าเป็นเทคโนโลยีที่สร้างขึ้นภายในของบริษัท (internally generated technologies) และการนำมาใช้ก็มีการคุ้มครองภายใน การถ่ายทอดเทคโนโลยีของบริษัทเหล่านี้มีเพียงทางด้านการตลาดและการจัดการเท่านั้น แต่เทคโนโลยีการผลิต (production technology) นั้นมักจะไม่มีถ่ายทอด ดังนั้นแม้จะมีสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ยา ก็อาจไม่มีผลมากนัก เพราะเทคโนโลยีเหล่านี้ได้รับการคุ้มครองจากนโยบายของบริษัทอยู่แล้ว⁸¹

⁸⁰ สมาคมผู้วิจัยและผลิตเภสัชภัณฑ์ (PREMA), PREMA handbook 2553/2554, (กรุงเทพฯ: ก.การพิมพ์เทียนทอง, 2553).

⁸¹ วาทีณี ชมภูเพชร, ปัญหาทางการค้าระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกา : กรณีศึกษา ปัญหาสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ยา, วิทยานิพนธ์ปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชารัฐศาสตร์, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2537), 142-144.

นอกจากนี้ จากรายงานการศึกษาขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งว่าประมาณร้อยละ 95 ของสิทธิบัตรที่มีการจดทะเบียนในประเทศกำลังพัฒนานั้น กลับเป็นประโยชน์ต่อบริษัทข้ามชาติในการควบคุมเทคโนโลยีเพราะไม่ได้ถูกนำมาใช้ในกระบวนการผลิต แต่กีดกันไม่ให้เกิดการเลียนแบบผลิตภัณฑ์ และมีเป้าหมายที่จะผูกขาดการนำเข้าผลิตภัณฑ์และเทคโนโลยีสู่ประเทศที่รับจดทะเบียนสิทธิบัตร จึงไม่ได้เป็นการส่งเสริมการพัฒนาเทคโนโลยีและการผลิตในประเทศกำลังพัฒนาแต่อย่างใด ดังจะเห็นได้จาก

1. องค์การว่าด้วยการค้าและพัฒนาของสหประชาชาติ (United Nations Conference Trade and Development: UNCTAD) และองค์การพัฒนาอุตสาหกรรมแห่งสหประชาชาติ (The United Nations Industrial Developments Organization: UNIDO) ได้ประชุมคณะผู้เชี่ยวชาญ 3 ครั้ง ในปี ค.ศ. 1975, 1977 และ 1982 ในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิบัตรและสรุปว่า ระบบสิทธิบัตรในปัจจุบันได้ส่งผลด้านลบต่อการพัฒนาเทคโนโลยีและการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศกำลังพัฒนา ทั้งนี้เพราะว่า

1.1 สิทธิบัตรที่มีอยู่นั้นเปิดเผยข้อมูลแก่ผู้ขอใช้สิทธิไม่เพียงพอ มีเพียงร้อยละ 20-30 เท่านั้นที่ปฏิบัติตามกฎหมายคือเปิดเผยข้อมูลอย่างครบถ้วน ถูกต้องและเป็นประโยชน์ต่อผู้ขออนุญาตให้สิทธิตามสิทธิบัตรที่จดทะเบียนไว้

1.2 สัญญาในการอนุญาตใช้สิทธิบัตรมีลักษณะกีดกันผู้ใช้อย่างมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งการมีเงื่อนไขผูกมัดด้านการตลาด การซื้อเครื่องจักรและวัสดุการผลิต นอกจากนี้ผู้ขอใช้สิทธิบัตรยังต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่ม เช่น การจ้างผู้เชี่ยวชาญเป็นระยะ ๆ หรือกำหนดให้ใช้เครื่องหมายการค้าของเจ้าของสิทธิบัตรแล้วคิดค่าใช้จ่ายเครื่องหมายการค้าอีกด้วย

1.3 เทคโนโลยีเหล่านี้พัฒนาขึ้นบนพื้นฐานของโครงสร้างและเงื่อนไขของประเทศพัฒนาแล้ว จึงไม่สามารถนำมาใช้ได้กับประเทศกำลังพัฒนา หากประเทศกำลังพัฒนาจะนำไปใช้ จำเป็นต้องลงทุนเพื่อพัฒนาเทคโนโลยีที่เหมาะสมกับโครงสร้าง และเงื่อนไขของประเทศกำลังพัฒนาอีกมาก

1.4 นอกจากนี้ สิทธิบัตรที่มีอยู่ในปัจจุบันก็ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของบริษัทข้ามชาติที่มีพลังทางเศรษฐกิจและทรัพยากรที่เหนือกว่า ซึ่งสามารถดูดซับเทคโนโลยีของนักประดิษฐ์ และ/หรือนักวิชาการต่าง ๆ รวมทั้งการวิจัยพื้นฐานในประเทศกำลังพัฒนามาเป็นของตน โดยไม่ต้องจ่ายค่าสิทธิบัตร เช่น กรณีการนำข้อมูลเบื้องต้นของสมุนไพรจากประเทศไทยไปคัดค้นต่อเป็นยารักษาโรค เมื่อได้รับสิทธิบัตรแล้ว จึงนำกลับมาขายคนไทย เป็นต้น

2. การวิจัยของคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมสำหรับเอเชียและแปซิฟิกแห่งสหประชาชาติ (United Nations Economic and Social Commission for Asia and Pacific: ESCAP) พบว่า การใช้สิทธิบัตรทำให้เกิดการผูกขาดและไม่สามารถทำให้เกิดการพัฒนาเทคโนโลยี และมี

หลายประเทศที่ได้ยกเลิกการยอมรับสิทธิบัตร จึงทำให้เกิดการพัฒนาเทคโนโลยีในการผลิตยาได้ในเวลาต่อมา เช่น ประเทศอิตาลี ประเทศอินเดีย เป็นต้น อินเดียเป็นประเทศหนึ่งซึ่งได้รับการยอมรับจากองค์การ UNIDO ให้เป็นผู้ถ่ายทอดเทคโนโลยีในการผลิตเคมีภัณฑ์ให้แก่ประเทศโลกที่สาม สาเหตุจากรัฐบาลอินเดียที่มีนโยบายอย่างชัดเจนในการสนับสนุนการผลิตยา ทำให้อุตสาหกรรมเคมีซึ่งรวมถึงยา มีการพัฒนาอย่างรวดเร็วด้วยต้นทุนต่ำ และอีกประการหนึ่งตลาดในประเทศอินเดียมีประชากรมาก ซึ่งทำให้มีการบริโภคยาในประเทศสูง จากเหตุผลดังกล่าว อินเดียจึงได้กลายเป็นประเทศที่มีเทคโนโลยีสูงในด้านอุตสาหกรรมเคมี โดยไม่ต้องพึ่งพาบริษัทข้ามชาติแต่อย่างใด⁸²

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า⁸³ การที่อุตสาหกรรมยาของไทยมิได้มีความเจริญก้าวหน้าไปไกลกว่าอดีตที่ผ่านมา ส่วนหนึ่งเนื่องมาจาก การพัฒนาทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ตลอดจนทั้งการดูดซับเทคโนโลยีทางด้านสาขาต่าง ๆ ในปัจจุบันยังไม่เพียงพอต่อความต้องการ ความสามารถในการทำนวัตกรรมต่อยอดยังมีอยู่อย่างจำกัด และไทยเป็นประเทศขนาดเล็กที่บริษัทยาทำกำไรได้ในระดับต่ำ บริษัทยาจึงไม่สามารถทำการวิจัยค้นคว้ายาในประเทศด้วยตนเองมากนัก จึงทำให้อุตสาหกรรมยาในภาพรวมไม่เจริญก้าวหน้าเท่าที่ควร

ในการนี้การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศมีบทบาทสำคัญต่อความเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศ ไม่มีประเทศใดในโลกที่สามารถแยกตัวอยู่อย่างโดดเดี่ยว โดยไม่พึ่งพาการลงทุนจากต่างประเทศ ในการดึงดูดนักลงทุนต่างชาตินั้น ประเทศต่าง ๆ จำเป็นต้องสร้าง “บรรยากาศการลงทุน” (investment climate) ที่เหมาะสมให้เกิดขึ้นภายในประเทศ แต่อย่างไรก็ตามบรรยากาศการลงทุนนั้นหาได้เกิดขึ้นจากการที่ประเทศนั้น มีนโยบายและกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนที่เหมาะสมเท่านั้นไม่ หากแต่จะต้องประกอบไปด้วยปัจจัยที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ อีกหลายประการ รวมทั้งปัจจัยทางด้านเศรษฐกิจ การเมือง และสังคมของประเทศนั้น ๆ ด้วย⁸⁴

3.3 ข้อตกลงเกี่ยวกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี

3.3.1 การอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตร

หมายความว่า ความตกลงที่ผู้ทรงสิทธิบัตรอนุญาตตามมาตรา 38 ให้ผู้รับอนุญาตใช้สิทธิตามมาตรา 36 และมาตรา 37 โดยมีกำหนดระยะเวลา ทั้งนี้ไม่ว่าจะมีค่าตอบแทนหรือข้อตกลงใน

⁸² จักรกฤษณ์ ควรวพจน์, สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม. 2544), 144-145.

⁸³ เป็นความเห็นของผู้จัดทำวิทยานิพนธ์

⁸⁴ จักรกฤษณ์ ควรวพจน์, สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม. 2544), 404.

เรื่องอื่นใดด้วยหรือไม่ก็ตาม ดังนั้น สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรจึงเป็นสัญญาอนุญาตให้สิทธิแก่ผู้รับอนุญาตใช้การประดิษฐ์ (invention) หรือแบบผลิตภัณฑ์ (product design) ที่ได้จดทะเบียนสิทธิบัตรไว้แล้วในการผลิต ใช้และ/หรือจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร ซึ่งประเทศไทยได้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทรงสิทธิบัตร ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดย พ.ร.บ.สิทธิบัตร (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 ไว้ดังนี้

สิทธิบัตรการประดิษฐ์⁸⁵ ผู้ทรงสิทธิบัตรเท่านั้นมีสิทธิดังต่อไปนี้

“1. ในกรณีสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ สิทธิในการผลิต ใช้ ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขายหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตร

2. ในกรณีสิทธิบัตรกรรมวิธี สิทธิในการใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตร ผลิต ใช้ ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขายหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งผลิตภัณฑ์ที่ผลิตโดยใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตร”

สำหรับสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์⁸⁶ ผู้ทรงสิทธิบัตรเท่านั้นมีสิทธิใช้แบบผลิตภัณฑ์กับผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตร เพื่อขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย หรือนำเข้ามาในราชอาณาจักร ซึ่งผลิตภัณฑ์ที่ใช้แบบผลิตภัณฑ์ ดังกล่าว

แต่อย่างไรก็ตาม การอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรไม่ว่าผู้ทรงสิทธิบัตรจะเป็นชาวไทยหรือชาวต่างชาติ การทำสัญญาอนุญาตนั้นต้องอยู่ภายใต้การคุ้มครองของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 ทั้งสิ้น เนื่องจากประเทศไทยได้เข้าไปสมาชิกสนธิสัญญาอันเกี่ยวกับความร่วมมือว่าด้วยสิทธิบัตร (The Patent Cooperation Treaty: PCT) ซึ่งการยื่นขอสิทธิบัตรเพียงครั้งเดียวในประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกสัญญา PCT ย่อมทำให้สิทธิบัตรนั้นได้รับความคุ้มครองจากประเทศภาคีสมาชิกอื่นๆ ด้วยเช่นกัน ดังนี้ผู้ทรงสิทธิบัตรที่เป็นชาวต่างชาติที่ได้เข้ามาทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรในประเทศไทยจึงต้องตกอยู่ภายใต้การดูแลตามกฎหมายสิทธิบัตรของไทย โดยการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่⁸⁷ ซึ่งถือว่าเป็นแบบของสัญญา หากไม่ปฏิบัติตามจะตกเป็นโมฆะ⁸⁸ แต่ถ้าเป็นสิทธิบัตรตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรเป็นสิทธิบัตรต่างประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคีสมาชิกสัญญา PCT การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรในประเทศไทยนั้นก็ได้รับความคุ้มครองตาม

⁸⁵ พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 36.

⁸⁶ พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 63.

⁸⁷ พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 41 และ มาตรา 65.

⁸⁸ อรรถสิทธิ ชื่นสงวน, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-6, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: อักษราพิพัฒน์, 2547), 68, มาตรา 152.

กฎหมายไทย โดยที่สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรนั้นก็ไม่จำเป็นต้องไปจดทะเบียน แต่คงผูกพันและได้รับความคุ้มครองกันได้ตามสัญญาอนุญาตเฉพาะระหว่างผู้ให้อนุญาตและผู้รับอนุญาตเท่านั้น⁸⁹

3.3.2 ความตกลงเกี่ยวกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตร

การทำความเข้าใจเกี่ยวกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรนั้น สามารถจำแนกได้เป็น 2 วิธีใหญ่ๆ คือ การทำความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิบัตรในแนวนอน (horizontal arrangements) และการทำความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิบัตรในแนวตั้ง (vertical arrangements)

3.3.2.1 การทำความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิบัตรในแนวนอน

การทำความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิบัตรในแนวนอนนั้น หมายถึง การทำความเข้าใจระหว่างผู้ทรงสิทธิบัตรสองรายหรือกว่านั้นขึ้นไป โดยผู้ทรงสิทธิบัตรเหล่านั้นอาจจะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจในธุรกิจแขนงเดียวกันหรือต่างแขนงกันได้ ภายใต้ความตกลงนั้น ผู้ทรงสิทธิบัตรทั้งหมดยินยอมที่จะให้ผู้ทรงสิทธิรายอื่นมีสิทธิใช้ประโยชน์ในการประดิษฐ์ที่ตนมีสิทธิบัตรอยู่ โดยแลกเปลี่ยนกับการที่ตนจะมีสิทธิใช้สิทธิบัตรของผู้ทรงสิทธิบัตรรายนั้นในทำนองถ้อยที่ถ้อยอาศัยกัน ความตกลงเช่นนี้รู้จักกันโดยทั่วไปในนาม “สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิไขว้กัน (cross licensing)” ซึ่งในกรณีของสิทธิบัตรจะเรียกว่า “การใช้สิทธิบัตรร่วมกัน (patent pooling)”⁹⁰

3.3.2.2 การทำความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิบัตรในแนวตั้ง

แม้ว่าผู้ทรงสิทธิบัตรจะมีสิทธิเด็ดขาดเหนือการประดิษฐ์ ผู้ทรงสิทธิอาจจะเลือกที่จะไม่ทำการใช้ประโยชน์โดยตนเอง แต่อาจทำสัญญาอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้ประโยชน์จากการประดิษฐ์นั้นแทน โดยผู้ทรงสิทธิจะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการใช้สิทธิ (royalty) เป็นการตอบแทน

การที่ผู้ทรงสิทธิบัตรไม่ประสงค์จะนำเอาการประดิษฐ์ไปใช้ประโยชน์โดยตนเองนั้น อาจเกิดขึ้นจากสาเหตุหลายประการ กรณีอาจเป็นเพราะผู้ทรงสิทธิบัตรขาดแคลนทุนทรัพย์ที่จะทำการผลิตสินค้า หรือเนื่องจากผู้ทรงสิทธิบัตรต้องการจะทำการผลิตสินค้าออกจำหน่ายในเพียงบางพื้นที่เท่านั้น เช่น ก. เป็นผู้ทรงสิทธิบัตรในการประดิษฐ์อันหนึ่งในประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และไทย ก. ต้องการจะผลิตสินค้าภายใต้สิทธิบัตรออกจำหน่ายเฉพาะในประเทศอังกฤษและสหรัฐฯ เท่านั้น แต่ไม่ต้องการจะลงทุนผลิตสินค้าในประเทศไทย ดังนั้นหาก ก. ไม่ต้องการจะให้สิทธิบัตรในประเทศไทยของตนต้องสูญเสียไปโดยเปล่าประโยชน์ ก. ก็อาจจะทำสัญญาอนุญาตให้ผู้ประกอบการรายอื่นทำการผลิตสินค้านั้นออกจำหน่ายในประเทศไทยแทนตน ซึ่งการทำความเข้าใจ

⁸⁹ สุนทร ลือศิริรัตนกุล, ปัญหาการบังคับใช้สิทธิตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2540), 14-16.

⁹⁰ จักรกฤษณ์ วรรณ, สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 349.

ตกลงเกี่ยวกับสิทธิบัตรในลักษณะนี้ ถือว่าเป็นการทำความตกลงในแนวตั้ง เนื่องจากไม่ได้เป็นการทำความตกลงในระหว่างผู้ทรงสิทธิบัตรด้วยกันดังเช่นที่กล่าวมาในตอนต้น⁹¹

3.3.3 ประเภทของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตาม สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า ตลอดจนสิทธิที่มีลักษณะอย่างเดียวกัน จะประกอบด้วยข้อกำหนดและเงื่อนไขสำคัญ ๆ ในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตามหลักนิติกรรมสัญญา ซึ่งขึ้นอยู่กับความตกลงหรือเจตนาของคู่สัญญาตามหลักเสรีภาพแห่งการทำสัญญา (liberalism) อันถือเจตนาหรือข้อตกลงของคู่สัญญาเป็นเสมือนกฎหมายบังคับ ถ้าหากข้อตกลงนั้นไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน⁹² แม้ว่าในทางปฏิบัติฝ่ายที่ถูกวางข้อกำหนดและเงื่อนไขต่าง ๆ ให้ต้องปฏิบัติตามก็จะเป็นฝ่ายผู้รับสัญญาซึ่งขึ้นอยู่กับอำนาจต่อรองของคู่สัญญาประกอบตลอดจนความเข้มงวดของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิอาจจะแบ่งประเภทตามลักษณะและขอบเขตแห่งสัญญาว่ามีแค่ไหนเพียงใด ลักษณะและขอบเขตโดยทั่วไปของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิอาจแยกได้ดังนี้⁹³

3.3.3.1 สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบเด็ดขาด (exclusive license)

เป็นสัญญาที่ผู้ทรงสิทธิหรือผู้อนุญาต (licensor) อนุญาตให้ผู้รับใช้สิทธิ (licensee) มีสิทธิที่จะใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิตามสัญญาได้แต่เพียงผู้เดียว ในอันที่จะแสวงหาประโยชน์จากสิทธิที่ตนได้รับอย่างเต็มที่ ผู้ทรงสิทธิจะไม่อนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธินั้นอีก หรือแม้แต่ตัวผู้ทรงสิทธิเองก็ไม่มีสิทธิที่จะแสวงหาประโยชน์จากสิทธิที่ตนได้อนุญาตให้ผู้รับใช้สิทธิไปแล้ว เสมือนหนึ่งได้อนสิทธิให้แก่ผู้รับใช้สิทธิหรือผู้รับอนุญาตชั่วระยะเวลาที่ได้ตกลงไว้ในสัญญา เพียงแต่ผู้ทรงสิทธิยังคงเป็นเจ้าของสิทธินั้น ๆ อยู่เท่านั้น ซึ่งการอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยเด็ดขาดนี้ อาจเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยเด็ดขาดในทุกสิทธิของผู้อนุญาตหรือเด็ดขาดแต่เพียงบางสิทธิ เช่น เด็ดขาดเฉพาะสิทธิในการทำซ้ำ เพียงสิทธิเดียวก็ได้ หากเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิทุกสิทธิอันประกอบขึ้นเป็นสิทธิบัตรและให้ตลอดอายุการคุ้มครองสิทธิบัตร ย่อมมีผลในทางกฎหมายหรือในทางปฏิบัติ ไม่แตกต่างจากการโอนสิทธิบัตร แต่อย่างใด

⁹¹ Whish, R., **Competition law**, (London: Butterworth's, 1993), p. 625, อ้างถึงใน จักรกฤษณ์ วรรพจน์, **สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์**, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 353.

⁹² อรรถสิทธิ์ ชื่นสงวน, **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-6**, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: อักษราพัฒนา, 2547), 68, มาตรา 150.

⁹³ สุนทร ล้อศิริตันกุล, **ปัญหาการบังคับใช้สิทธิตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า**, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทศาสตรมหาบัณฑิต, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2540), 16-18.

3.3.3.2 สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบไม่เด็ดขาด (non-exclusive license)

เป็นสัญญาที่ไม่จำกัดสิทธิของผู้ทรงสิทธิที่จะอนุญาตให้บุคคลอื่น นอกจากตัวผู้ใช้สิทธิที่จะแสวงหาประโยชน์จากสิทธิตามสัญญานั้น และตัวผู้ทรงสิทธิก็ยังคงมีสิทธิที่จะแสวงหาประโยชน์จากสิทธินั้นได้ ซึ่งโดยทั่ว ๆ ไป สัญญาอนุญาตมักจะทำในลักษณะแบบไม่เด็ดขาด เพราะสัญญาประเภทนี้ผู้ทรงสิทธิยังคงมีอำนาจที่จะอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธินั้นได้ ดังนั้นผู้ทรงสิทธิจึงนิยมทำสัญญาประเภทนี้ เพราะสิทธิของตนที่มีอยู่มิได้ถูกตัดขาดออกไปโดยสิ้นเชิง แต่ในทางกลับกัน ผู้ใช้สิทธิเองกลับไม่นิยมที่จะทำสัญญาประเภทนี้ เพราะการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบไม่เด็ดขาด อาจมีการอนุญาตให้ผู้มีสิทธิหลายราย ซึ่งก่อให้เกิดการแข่งขันกันสูงมาก ทั้งคุณภาพและราคา ย่อมเป็นอุปสรรคในทางการค้าของคนที่จะใช้ประโยชน์จากสิทธิที่ได้รับอนุญาตมา ดังนั้นผู้ขออนุญาตใช้สิทธิจึงมักจะเสนอค่าตอบแทนในการใช้สิทธิในอัตราที่สูงมาก เพื่อดึงใจให้ผู้ทรงสิทธิยินยอมทำสัญญาอนุญาตแบบเด็ดขาด และสามารถผูกขาดการใช้สิทธินั้นแต่เพียงผู้เดียว เพราะสามารถควบคุมราคาและปริมาณได้

3.3.3.3 สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกึ่งเด็ดขาด (sole license)

เป็นสัญญาที่นำเอาลักษณะของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบเด็ดขาด และแบบไม่เด็ดขาดเข้ามาผสมกันคือ เป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ผู้ทรงสิทธิอนุญาตให้ผู้รับอนุญาตเพียงรายเดียวใช้สิทธิ โดยจะไม่อนุญาตให้บุคคลอื่นอีก แต่ผู้ทรงสิทธิยังคงสงวนสิทธิ์ไว้เฉพาะตัวผู้ทรงสิทธิที่มีอำนาจที่จะใช้สิทธิดังกล่าวด้วยตนเองได้อีกด้วย

3.4 การควบคุมการใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบ

3.4.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบ

สิทธิของรัฐบาลอันที่จะเข้าแทรกแซงควบคุมการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้น ได้รับการยอมรับจากความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ข้อ 5 เอ ของอนุสัญญากรุงปารีส ได้ให้อำนาจรัฐบาลในการใช้มาตรการบังคับให้มีการนำสิทธิบัตรไปใช้งาน หรือในการเพิกถอนสิทธิบัตรที่ไม่มีการใช้งาน นอกจากนี้ ภายใต้ความตกลงทริปส์ กฎหมายภายในของรัฐบาลขององค์การการค้าโลก สามารถที่จะกำหนดมาตรการบังคับใช้สิทธิได้ แต่จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนด⁹⁴ นอกจากนี้ ความตกลงทริปส์ก็ยังได้ยอมรับสิทธิอัน

⁹⁴ TRIPs Agreement, Arts. 7, 8, 30 and 31.

ขอบธรรมของรัฐบาลในอันที่จะใช้มาตรการที่เหมาะสม เพื่อควบคุมและป้องกันไม่ให้มีการกำหนดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ที่ก่อให้เกิดการจำกัดทางธุรกิจการค้า⁹⁵

3.4.1.1 กฎหมายสิทธิบัตร

โดยที่กฎหมายสิทธิบัตรได้กำหนดมาตรการในการควบคุมการใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบไว้ 3 กรณี⁹⁶ คือ

กรณีแรก คือ ตามมาตรา 46 เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจเอกชนที่จะขอใช้สิทธิเช่นเดียวกับผู้ทรงสิทธิบัตร

กรณีที่สอง คือ ตามมาตรา 47 เรียกว่า กรณีที่มีความจำเป็นที่จำต้องใช้สิทธิบัตรให้เกิดประโยชน์

กรณีที่สาม คือ ตามมาตรา 51 และ 52 ที่รัฐจะขอใช้สิทธิเช่นเดียวกับผู้ทรงสิทธิบัตร

นอกจากมาตรการที่กำหนดไว้ในกฎหมายสิทธิบัตร บางประเทศได้ใช้มาตรการทั้งในทางตรงและทางอ้อม ทำการควบคุมการใช้สิทธิบัตร มาตรการทางอ้อมที่มีการใช้กันก็คือ การควบคุมการส่งออกค่าธรรมเนียมการใช้สิทธิไปยังผู้ทรงสิทธิในต่างประเทศ ส่วนมาตรการทางตรง ได้แก่ การบังคับใช้กฎหมายพิเศษเพื่อควบคุมการทำนิติกรรมเกี่ยวกับสิทธิบัตร โดยกฎหมายที่ใช้กันอย่างแพร่หลายในประเทศที่พัฒนาแล้วก็คือ กฎหมายป้องกันการผูกขาด ส่วนมาตรการที่ประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศใช้ ได้แก่ กฎหมายเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี ซึ่งรายละเอียดของกฎหมายทั้งสองลักษณะมีดังนี้⁹⁷

3.4.1.2 กฎหมายป้องกันการผูกขาด

การบัญญัติกฎหมายป้องกันการผูกขาดนั้นเป็นไปตามแนวคิดที่ว่า ภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม การแข่งขันทางการค้าก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ประกอบการธุรกิจและผู้บริโภค เพราะการแข่งขันทางการค้าจะนำมาซึ่งการผลิตและการจัดจำหน่ายสินค้าที่มีประสิทธิภาพ ก่อให้เกิดความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ กฎหมายป้องกันการผูกขาดทำหน้าที่ส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันในตลาดการค้า และช่วยกำจัดการผูกขาดตัดตอนให้หมดสิ้นไป⁹⁸

⁹⁵ TRIPs Agreement, Arts. 41.

⁹⁶ รายละเอียดทั้ง 3 กรณี ได้อธิบายไว้แล้ว หน้า 22-23.

⁹⁷ จักรกฤษณ์ วรรณ, สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 363.

⁹⁸ เรื่องเดียวกัน, 364.

สาระสำคัญของกฎหมายป้องกันการผูกขาดอันเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และการจำกัดทางธุรกิจการค้า มีดังนี้⁹⁹

1. กฎหมายป้องกันการผูกขาดมีเจตนารมณ์ที่จะส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า โดยกฎหมายจะควบคุมการกระทำที่เป็นการจำกัดทางธุรกิจการค้าทุกประเภท ไม่ว่าผู้ที่กระทำการดังกล่าวจะมีสัญชาติใด หรือมีที่พำนัก ที่ประกอบกรณ ณ ที่ใด กฎหมายป้องกันการผูกขาดไม่ได้ให้ความสำคัญในเรื่องอำนาจต่อรองของคู่กรณี และไม่มีเป้าหมายที่จะเพิ่มอำนาจต่อรองให้แก่ผู้รับอนุญาตด้วย

2. กฎหมายป้องกันการผูกขาดมีเป้าหมายที่จะป้องกันไม่ให้ผู้ทรงสิทธิขยายสิทธิเด็ดขาดของตนเกินเลยออกไปจากที่กฎหมายให้อำนาจไว้ หรือที่เรียกว่า การทำสัญญาผูกมัด อันจะเป็นการบิดเบือนระบบการค้าเสรี และเจตนารมณ์ของกฎหมายป้องกันการผูกขาด

3. กฎหมายป้องกันการผูกขาดจะไม่มีระบบการพิจารณาตรวจสอบเป็นรายกรณี (ยกเว้นกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป) แต่จะใช้วิธีการให้เอกชนทำการกล่าวหาตนเอง รวมทั้งใช้วิธีการสืบสวนโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย ซึ่งการสืบสวนจะให้ความสำคัญกับเนื้อหาสาระและข้อความในสัญญาและคุณสมบัติของเทคโนโลยีที่จะมีการถ่ายทอดให้แก่กันมากที่สุด

4. กฎหมายป้องกันการผูกขาดอาจถูกนำไปใช้สนับสนุนนโยบายอย่างอื่นของรัฐ เช่น เพื่อแก้ปัญหาการว่างงาน ปัญหาเงินเฟ้อ เป็นต้น หรือการที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดมีบทบัญญัติควบคุมกิจการ (merger control) ก็สามารถที่จะป้องกันไม่ให้บริษัทต่างชาติเข้าครอบงำกิจการขององค์กรธุรกิจในประเทศได้ นอกจากนี้ ในกรณีของสหภาพยุโรป กฎหมายป้องกันการผูกขาด หรือที่เรียกว่ากฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า นอกจากจะมีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกันกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศอื่น ๆ แล้ว กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า ยังทำหน้าที่ควบคุมและป้องกันการกระทำใด ๆ ที่จะทำให้เกิดการแบ่งปันตลาดการค้าในตลาดร่วม

3.4.1.3 กฎหมายเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี

กฎหมายเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี เป็นกฎหมายที่ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อใช้ควบคุมกิจกรรมการถ่ายทอดเทคโนโลยี ซึ่งทำกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในประเทศกับคู่สัญญาที่เป็นต่างชาติ ภายใต้กฎหมายลักษณะนี้ การถ่ายทอดเทคโนโลยีจะถูกควบคุมอย่างเข้มงวดโดยองค์กรของรัฐที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย องค์กรดังกล่าวจะทำหน้าที่พิจารณาตรวจสอบสัญญาเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี ให้นำเสนอตัวอย่างสัญญาแก่องค์กรของรัฐเพื่อทำการพิจารณาตรวจสอบ และสัญญาเช่นนี้จะต้องได้รับการอนุมัติจากองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมเสียก่อน จึงจะมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมาย

⁹⁹ จักรกฤษณ์ วรรณพงษ์, สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 374-377.

กฎหมายเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยีจะควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกือบทุกประเภท เช่น สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ และความลับทางการค้า รวมทั้งการทำสัญญาถ่ายทอดเทคโนโลยีในรูปแบบอื่น เช่น การทำสัญญาให้ความช่วยเหลือทางด้านเทคนิค (technical assistance agreement) หรือสัญญาให้บริการ (service contract) เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การถ่ายทอดเทคโนโลยีบางประเภท โดยเฉพาะกิจกรรมที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีที่มีรูปร่าง (hardware technology) เช่น การนำเข้าเครื่องจักร การนำเข้าผู้เชี่ยวชาญต่างชาติเข้ามาติดตั้งเครื่องจักร หรือการนำเข้าสิ่งตีพิมพ์ทางวิชาการ จะได้รับการยกเว้นไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี¹⁰⁰

สาระสำคัญของกฎหมายเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี ในส่วนที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และการกระทำที่เป็นการจำกัดทางธุรกิจ มีดังต่อไปนี้¹⁰¹

1. กฎหมายเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี มีเจตนารมณ์ที่จะใช้บังคับการดำเนินการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างผู้ทรงสิทธิต่างชาติ กับผู้ประกอบการธุรกิจในประเทศ โดยกฎหมายต้องการที่จะขยายอำนาจต่อรองของผู้ประกอบการธุรกิจในประเทศให้เพิ่มมากขึ้น เมื่อเข้าทำสัญญากับคนต่างชาติ (ซึ่งโดยปกติจะเป็นผู้ที่มีอำนาจต่อรองที่สูงกว่า) การที่คนต่างชาติผู้เป็นเจ้าของเทคโนโลยีมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้ประกอบการของประเทศกำลังพัฒนา ก็เนื่องมาจากว่าตลาดเทคโนโลยีนั้นมีลักษณะกึ่งผูกขาด (quasi-monopoly) ที่ปราศจากการแข่งขันทางด้านราคาในระหว่างบรรดาเจ้าของเทคโนโลยี

2. กฎหมายเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองปัจเจกชนที่เป็นผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว การรักษาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของประเทศ ก็เป็นเป้าหมายที่สำคัญอีกประการของกฎหมายลักษณะนี้ กฎหมายจะกำหนดให้องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมให้พิจารณาถึงคุณลักษณะของเทคโนโลยีที่จะถ่ายทอดในทุก ๆ ด้าน เช่น พิจารณาว่าเทคโนโลยีดังกล่าวเป็นสิ่งที่อยู่แล้วภายในประเทศหรือไม่ หรือเป็นเทคโนโลยีที่ทันสมัยเพียงพอหรือไม่ ซึ่งหากเทคโนโลยีนั้นเป็นสิ่งที่อาจซื้อหาได้จากแหล่งภายในประเทศ หรือเป็นเทคโนโลยีที่ล้าสมัยไม่เหมาะสมต่อการใช้งาน รัฐก็ไม่ควรสูญเสียเงินตราไปกับการนำเข้าเทคโนโลยีนั้น

3. กฎหมายเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยีมักจะถูกประเทศกำลังพัฒนาใช้เป็นเครื่องมือในการพัฒนาอุตสาหกรรมของประเทศ ด้วยการส่งเสริมให้มีการวิจัยและพัฒนากฎหมาย โดยกฎหมายกำหนดให้องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมปฏิเสธที่จะรับจดทะเบียนสัญญา หากพบว่าสัญญา

¹⁰⁰ จักรกฤษณ์ ควรวณ, สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 371-373.

¹⁰¹ เรื่องเดียวกัน, 374-377.

ดังกล่าวมีความตกลงที่เป็นการขัดขวางหรือยับยั้งการวิจัยและพัฒนา เช่น ความตกลงถ่ายทอดกลับ หรือความตกลงห้ามไม่ให้ผู้รับอนุญาตทำการปรับปรุงเทคโนโลยีที่รับถ่ายทอดมา เป็นต้น

4. กฎหมายเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี จะควบคุมการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ และต่อเศรษฐกิจของประเทศในระยะเริ่มต้นเท่านั้น โดยองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมเพียงแต่พิจารณาถ่วงน้ำหนักของเนื้อหาของสัญญาที่ยื่นขอจดทะเบียนต่อองค์กรดังกล่าว จะไม่ติดตามตรวจสอบการกระทำของคู่กรณีภายหลังจากที่ได้มีการจดทะเบียนแล้ว และจะไม่ทำการตรวจสอบการกระทำอย่างอื่นของคู่กรณี แม้ว่าการกระทำนั้นอาจจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศ หรือต่อการแข่งขันในตลาดการค้าก็ตาม

5. การที่กฎหมายเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยีไม่ได้คำนึงถึงสภาพการแข่งขันในตลาดการค้า หากแต่มีเป้าหมายที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้รับอนุญาตเป็นสำคัญ จึงทำให้กฎหมายลักษณะนี้มีแนวโน้มที่จะส่งเสริมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบเด็ดขาด (exclusive licensing) ถึงแม้ว่าสัญญาดังกล่าวอาจจะมีผลเป็นการลดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการก็จริงก็ตาม ทั้งนี้เพราะสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในลักษณะนี้ จะให้อำนาจเด็ดขาดแก่ผู้รับอนุญาตในอันที่จะแสวงหาประโยชน์จากเทคโนโลยีที่ได้รับถ่ายทอดมา ภายในอาณาเขตพื้นที่ที่กำหนดกันไว้ โดยบุคคลอื่นซึ่งแม้แต่ผู้ทรงสิทธิเอง จะไม่สามารถนำเอาเทคโนโลยีมาใช้ประโยชน์อันเป็นการแข่งขันกับผู้รับอนุญาตได้ สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบเด็ดขาดที่เปิดโอกาสให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแสวงหาผลกำไรจากเทคโนโลยีอย่างเต็มที่ จึงเอื้ออำนวยประโยชน์ต่อผู้รับอนุญาตเป็นอย่างมาก

3.4.1.4 ความเกี่ยวพันของการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่มีต่อกฎหมายสิทธิบัตรของไทย

ข้อแตกต่างระหว่างกฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี ที่จะนำมาใช้เป็นเครื่องมือควบคุมการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา สำหรับระบบควบคุมและตรวจสอบภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยีนั้น มิได้เป็นการป้องกันและแก้ไขปัญหาลักษณะเรื่องแบบแยกส่วนดังเช่นกฎหมายป้องกันการผูกขาด กฎหมายเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยีมีเจตนารมณ์และขอบข่ายที่กว้างขวางกว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดมาก และเป็นกลไกที่ใช้แก้ไขปัญหาลักษณะภาพรวม ซึ่งเมื่อมองดูอย่างผิวเผินแล้วน่าจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพเพียงพอ

อย่างไรก็ตาม การจะควบคุมและตรวจสอบกิจกรรมการถ่ายทอดเทคโนโลยีโดยใช้กฎหมายลักษณะนี้ อาจจะก่อปัญหาและข้อขัดข้องในทางปฏิบัติหลายประการ สำหรับประเทศไทย ปัญหาที่เห็นได้ชัดประการหนึ่งก็คือ ในการพิจารณาตรวจสอบสัญญาถ่ายทอดเทคโนโลยีนั้น จำเป็นต้องอาศัยผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในวิทยาการหลายด้าน ทั้งในด้านกฎหมาย และวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทุกแขนง นอกจากนี้ องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมยังจะต้องมีระบบการสืบค้นและการ

จัดเก็บข้อมูลที่มีประสิทธิภาพ เพื่อทำการรวบรวมข้อมูลรายละเอียดเกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ทันสมัยให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ อันจะทำให้การประเมินคุณค่าของเทคโนโลยีที่จะมีการถ่ายทอดเป็นไปอย่างถูกต้อง ซึ่งปัจจัยสำคัญทั้งสองประการดังกล่าว เป็นสิ่งที่ยังคงขาดแคลนในประเทศไทย¹⁰²

3.5 ผลกระทบจากการใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบ

สิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายสิทธิบัตรนั้น อาจก่อให้เกิดอำนาจผูกขาดทางการค้า และผู้ทรงสิทธิอาจจะใช้สิทธิตามสิทธิบัตรไปในทางที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน และระบบเศรษฐกิจได้ เช่น ใช้สิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายเป็นเครื่องมือแบ่งปันตลาด หรือทำการจำกัดปริมาณสินค้า หรือกำหนดราคาของสินค้าตามอำเภอใจ ซึ่งจะก่อความเดือดร้อนแก่ประชาชนเป็นอย่างมาก ภายใต้ระบบเศรษฐกิจปัจจุบันธุรกิจเอกชนรายย่อยได้ถูกลดบทบาทและความสำคัญลง และได้ถูกแทนที่โดยองค์กรธุรกิจขนาดใหญ่ อันได้แก่ บริษัทข้ามชาติ การครอบงำทางธุรกิจของบริษัทข้ามชาตินั้น รวมถึงการดำเนินกิจกรรมวิจัยและพัฒนาเพื่อค้นหาเทคโนโลยีใหม่ ๆ ที่เป็นปัจจัยสำคัญต่อการผลิตทางอุตสาหกรรม จากแนวโน้มที่เปลี่ยนไปเช่นนี้ จึงทำให้เจตนารมณ์ดั้งเดิมของระบบสิทธิบัตร ที่ต้องการจะให้ความคุ้มครองแก่นักประดิษฐ์รายย่อย ต้องเปลี่ยนเป็นการให้ความคุ้มครองแก่องค์กรธุรกิจขนาดใหญ่ ซึ่งมีอำนาจต่อช่องทางเศรษฐกิจสูง และสิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายสิทธิบัตรซึ่งอาจจะมีส่วนช่วยขยายอำนาจทางเศรษฐกิจของบริษัทข้ามชาติให้เพิ่มมากขึ้น

การใช้สิทธิตามสิทธิบัตรโดยมิชอบ จะเกิดขึ้นในกรณีที่ผู้ทรงสิทธิไม่ได้ใช้สิทธิบัตรให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของระบบสิทธิบัตร กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ผู้ทรงสิทธิบัตรได้ใช้สิทธิของตนในลักษณะที่ก้าวล่วงต่อเจตนารมณ์ของระบบสิทธิบัตร ที่ต้องการจะยกระดับวิทยาการความรู้และพัฒนาอุตสาหกรรมให้ก้าวหน้ายิ่งขึ้น ด้วยการใช้สิทธิเกินเลยขอบเขต (scope) และระดับ (level) ของสิทธิที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ซึ่งอาจจะจำแนกการใช้สิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายสิทธิบัตรโดยมิชอบ ออกเป็น 3 ลักษณะ คือ

1. เมื่อผู้ทรงสิทธิไม่ได้เปิดเผยข้อมูลของการประดิษฐ์อย่างสมบูรณ์และชัดเจน
2. เมื่อผู้ทรงสิทธิไม่ใช้ประโยชน์ในการประดิษฐ์ที่ได้รับสิทธิบัตรภายในประเทศหรือใช้ในลักษณะที่ไม่เหมาะสม เช่น ผลิตไม่เพียงพอต่อความต้องการหรือจำหน่ายในราคาสูง เป็นต้น
3. เมื่อผู้ทรงสิทธิได้กระทำการเพิ่มอำนาจผูกขาดของตน โดยการใช้ความตกลงทางนิติกรรมสัญญา

¹⁰² จักรกฤษณ์ ภารพจน์, สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 379.

ปัญหาการใช้สิทธิบัตรโดยมิชอบ ด้วยการเพิ่มอำนาจผูกขาดโดยใช้ความตกลงทางนิติกรรมสัญญา นับเป็นปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่ง และในการใช้ประโยชน์จากสิทธิบัตรโดยทางนิติกรรมสัญญานั้น ผู้ทรงสิทธิอาจจะใช้สิทธิของตนในลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนหรือต่อระบบเศรษฐกิจ หรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดการค้า อันถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิตามสิทธิบัตรโดยมิชอบ¹⁰³ ย่อมจะทำให้เกิดผลกระทบทางด้านต่างๆ ดังต่อไปนี้

3.5.1 ผลกระทบต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยี

จากเจตนารมณ์อีกข้อหนึ่งของกฎหมายสิทธิบัตรคือ เพื่อให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยี ซึ่งลักษณะการถ่ายทอดเทคโนโลยีในปัจจุบันมีเพียงรายละเอียดการประดิษฐ์ที่ระบุถึงสูตรของยาซึ่งมีข้อจำกัดหลายประการ ได้แก่ ความไม่สมบูรณ์ของเอกสารสิทธิ คือ การที่ผู้ประดิษฐ์ทราบอยู่แล้วว่าข้อมูลการประดิษฐ์ของตนจะต้องเป็นที่เปิดเผยต่อสาธารณชนเมื่อจดสิทธิบัตร เพื่อให้ตนเองเป็นผู้ผูกขาดสิทธิบัตรนั้น และสามารถได้รับผลประโยชน์จากสิ่งประดิษฐ์นั้นแม้ว่าสิทธิบัตรจะหมดอายุการคุ้มครองแล้วก็ตาม ผู้ประดิษฐ์จึงพยายามปกปิดข้อมูลของตนเองให้มากที่สุด แต่บางครั้งผู้ประดิษฐ์อาจไม่มีเจตนาในการปกปิดข้อมูล แต่โดยธรรมชาติของเทคโนโลยีซึ่งมีความลับซับซ้อน ดังนั้นการที่จะถ่ายทอดออกมาจึงเป็นเรื่องยากพอสมควร และนอกจากนี้เจ้าหน้าที่ผู้ตรวจสอบเอกสารสิทธิก็ต้องมีความเชี่ยวชาญในเรื่องการประดิษฐ์นั้นด้วยจึงจะสามารถทำให้สาธารณชนนำรายละเอียดในเอกสารสิทธิไปใช้ประโยชน์ได้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย¹⁰⁴

หากพิจารณาถึงระดับของการพัฒนาอุตสาหกรรมและระดับของความเจริญทางเศรษฐกิจของประเทศในสภาพการณ์ปัจจุบันนี้อย่างละเอียด จะเห็นได้ว่า ยังไม่สามารถเอื้ออำนวยให้อุตสาหกรรมยาสามารถพัฒนาไปในทิศทางที่ต้องการได้ มีปัจจัยหลายอย่างที่สามารถใช้เป็นดัชนีชี้วัดศักยภาพของความเป็นไปได้ เช่น ความพร้อมของบุคลากรทางด้านวิทยาศาสตร์ วิศวกรรมและเภสัชศาสตร์ อุตสาหกรรมพื้นฐานทางด้านเคมี อุตสาหกรรมปิโตรเคมี ขนาดของตลาดที่ต้องใหญ่พอเพื่อให้การผลิตสามารถได้รับผลประโยชน์จากการประหยัดจากขนาด (Economies of scale) และที่สำคัญคือ การทำวิจัยค้นคว้าในอุตสาหกรรมยาเป็นการทำวิจัยทางวิทยาศาสตร์ที่ใช้เงินลงทุนสูงมากและมีความเสี่ยงที่สูงอีกด้วย¹⁰⁵

¹⁰³ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 347-349.

¹⁰⁴ นุศราพร เกษสมบูรณ์ และคณะ, ข้อตกลง TRIPS: สิทธิบัตรยาและผลกระทบทางสุขภาพ, (กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข, 2545), 48-49.

¹⁰⁵ วาทีณี ชมภูเพชร, ปัญหาทางการค้าระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกา : กรณีศึกษา ปัญหาสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ยา, วิทยานิพนธ์ปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชารัฐศาสตร์, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2537), 136.

3.5.2 ผลกระทบต่อการวิจัยและพัฒนา

ดังได้กล่าวแล้วว่า ระบบสิทธิบัตรช่วยส่งเสริมให้มีการวิจัยและพัฒนา เนื่องจากการวิจัยและพัฒนาในอุตสาหกรรมยามีต้นทุนที่สูง ขณะเดียวกันการผลิตยาสามัญกลับมีต้นทุนการผลิตที่ต่ำกว่า อย่างไรก็ตาม การวิจัยและพัฒนาจะเกิดขึ้นได้โดยพิจารณาเพียงแต่การคุ้มครองสิทธิบัตรเท่านั้นหาได้ไม่ หากแต่ยังต้องพิจารณาปัจจัยอื่นประกอบอีกด้วย

แม้ว่าสิทธิบัตรจะมีส่วนทำให้มีการวิจัยและพัฒนาของภาคอุตสาหกรรมยาในประเทศพัฒนาเพิ่มมากขึ้น แต่สำหรับประเทศกำลังพัฒนาแล้ว การคุ้มครองสิทธิบัตรมิได้เป็นการส่งเสริมให้ประเทศกำลังพัฒนามีการวิจัยและพัฒนาเพิ่มขึ้นแต่อย่างใด เนื่องจากการวิจัยและพัฒนานั้นมิได้ขึ้นอยู่กับเพียงว่ามี การให้การคุ้มครองสิทธิบัตรหรือไม่ หากแต่ยังขึ้นอยู่กับปัจจัยอื่น ๆ อีกด้วย เช่น งบประมาณในการลงทุนวิจัยและพัฒนา และความพร้อมทางด้านบุคลากร ดังนั้น แม้ว่าประเทศกำลังพัฒนาจะให้การคุ้มครองสิทธิบัตรยา แต่อุตสาหกรรมยาในประเทศกำลังพัฒนามิได้มีระดับการพัฒนาในระดับสูงขึ้นแต่อย่างใด อุตสาหกรรมยาในประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่มีระดับการพัฒนาเพียงระดับการผลิตยาสำเร็จรูปเท่านั้น¹⁰⁶

3.5.3 ผลกระทบต่อการลงทุนจากต่างประเทศ

สิทธิบัตรเกี่ยวข้องกับการถ่ายทอดเทคโนโลยีโดยตรง ผ่านทางการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศและการซื้อเทคโนโลยี และการถ่ายทอดเทคโนโลยีโดยอ้อม ผ่านทางการเปิดเผยข้อมูลตามกฎหมาย การเผยแพร่รายละเอียดของสิทธิบัตรช่วยให้ข้อมูลพื้นฐานที่จำเป็นสำหรับประเทศกำลังพัฒนาในการพัฒนาสิ่งประดิษฐ์ใหม่ อย่างไรก็ตาม การให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีผลต่อการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศและการถ่ายทอดเทคโนโลยีนั้น มิได้มีความแตกต่างกันระหว่างภาคการผลิต ประเภทกิจการทางด้านเศรษฐกิจ และประเภทสินค้าอีกด้วย¹⁰⁷

การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศในประเทศไทยนั้นไม่เพิ่มขึ้น แต่มีแนวโน้มลดลงนั้นไม่ใช่เนื่องมาจากการที่ประเทศผู้รับการลงทุนมีกฎหมายสิทธิบัตรที่เข้มงวด¹⁰⁸ และการลงทุนจากประเทศพัฒนาในประเทศกำลังพัฒนามิได้มีแนวโน้มกระจุกตัวอยู่เพียงบางประเทศเท่านั้น ซึ่งนักลงทุนข้ามชาติส่วนใหญ่ไม่ได้ให้ความสำคัญต่อการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมของประเทศเจ้าบ้านเท่าใดนัก โดยบริษัทข้ามชาติเหล่านั้นได้จัดลำดับความสำคัญของ

¹⁰⁶ สิทธิกร นิพลยะ, สิทธิบัตรกับการเข้าถึงยา, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), 107-109.

¹⁰⁷ เรื่องเดียวกัน, 110-111.

¹⁰⁸ นุสรพร เกษสมบุรณ์ และคณะ, ข้อตกลง TRIPS: สิทธิบัตรยาและผลกระทบทางสุขภาพ, (กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข, 2545), 56.

กฎหมายดังกล่าวไว้ในลำดับท้าย ๆ¹⁰⁹ และให้ความสำคัญกับนโยบายเกี่ยวกับนโยบายส่งเสริมการลงทุนจากภาครัฐและเรื่องของการจัดเก็บภาษีเสียมากกว่า ที่บริษัทต่างชาติจะนำมาพิจารณาเป็นลำดับต้น ๆ ในการเข้ามาลงทุนในประเทศไทย

3.5.4 ผลกระทบต่อเศรษฐกิจ

นับตั้งแต่ประเทศไทยได้ให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรยา ปรากฏว่ากลุ่มอุตสาหกรรมยาในประเทศไทยส่วนใหญ่เป็นเพียงอุตสาหกรรมยาแผนโบราณและอุตสาหกรรมยาในชั้นปลายหรือขั้นที่ 3 (ขั้นที่ 1 คั่นควายาใหม่ ขั้นที่ 2 ผลิตภัณฑ์ ขั้นที่ 3 ผลิตภัณฑ์สำเร็จรูป) โดยนำเข้าวัตถุดิบทางยาประมาณร้อยละ 80-90 มาผสมตำรับ (formulation) เป็นยาสำเร็จรูปเพื่อนำไปใช้ เช่น ยาเม็ด ยาน้ำ ยาครีม ยาแคปซูล เป็นต้น¹¹⁰ ซึ่งยังไม่สามารถทำการวิจัยและพัฒนายาได้เหมือนต่างชาติ เพราะยังขาดเงินทุน บุคลากร ระบบสาธารณูปโภค และเทคโนโลยีที่ทันสมัย จึงมีผลกระทบต่ออุตสาหกรรมยาภายในประเทศ คนไทยไม่สามารถพัฒนาได้ ทำให้บริษัทต่างชาติมีอำนาจเหนือตลาดยา และประเทศไทยยังไม่มีวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตยาแผนปัจจุบัน ต้องนำเข้าจากต่างประเทศเป็นส่วนใหญ่ ทำให้เสียดุลการค้าเพิ่มมากขึ้น

ผลจากการให้สิทธิผูกขาดแก่สิทธิบัตรยาทำให้ยามีราคาแพง ประชาชนที่มีรายได้น้อยและยากจนไม่สามารถเข้าถึงยาได้ รัฐต้องเพิ่มงบประมาณในด้านสุขภาพเพื่อดูแลประชาชนให้มีคุณภาพและสุขภาพที่ดีขึ้น เช่น โครงการ 30 บาท รักษาทุกโรค หรือโครงการหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้า เป็นต้น ทำให้รัฐต้องรับภาระค่าใช้จ่ายด้านรายจ่ายเพิ่มมากขึ้น และยาส่วนใหญ่ก็เป็นยาที่ดัดสิทธิบัตรยาของชาวต่างชาติ ในภาวะที่ประเทศกำลังประสบกับปัญหาเศรษฐกิจถดถอย เมื่อรัฐจำเป็นต้องแบบภาระค่ายาที่ต้องนำเข้าจากต่างประเทศ เพื่อมาดูแลคุณภาพชีวิตของประชาชน ทำให้งบประมาณที่จะนำมาใช้ในการฟื้นฟูเศรษฐกิจของประเทศขาดสภาพคล่อง¹¹¹

ดังนั้น จากที่ได้กล่าวมา ผู้เขียนเห็นว่า จากการที่ประเทศไทยได้ออกกฎหมายสิทธิบัตร เพื่อคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์ประเภทต่าง ๆ รวมถึงยาโรคภัย อันจะเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งที่ทำให้ต่างชาติเกิดความมั่นใจในการเข้ามาลงทุนทำการวิจัยและพัฒนาใหม่ ๆ แต่เมื่อได้พิจารณาแล้ว

¹⁰⁹ Bangs, R. B, Use of industrial property in foreign countries: A further report, *IDEA-the journal of law and technology*, (1969-70), 13, 557. อ้างถึงใน จักรกฤษณ์ วรรณพจน์, *สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 405.

¹¹⁰ สถาบันเทคโนโลยีพระจอมเกล้าพระนครเหนือ, *โครงการศึกษาการพัฒนาเทคโนโลยีและกำลังคนเพื่อเข้าสู่อุตสาหกรรมฐานความรู้*, รายงานฉบับสมบูรณ์, (กรุงเทพฯ: สำนักงานเศรษฐกิจและอุตสาหกรรม, 2549), 4-138.

¹¹¹ นิตยา นิยมไธ, *มาตรการป้องกันผลกระทบต่อสิทธิบัตรยา*, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545), 102-103.

จะพบว่ากฎหมายสิทธิบัตรมิได้เป็นเหตุผลหลักที่บริษัทต่างชาติจะพิจารณาเข้ามาลงทุนวิจัยและพัฒนาในประเทศไทย แต่กลับให้ความสำคัญกับนโยบายส่งเสริมการลงทุนและเรื่องของสิทธิทางภาษีที่บริษัทต่างชาติต้องเสียให้แก่ประเทศไทย และจากสถิติต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมา ก็ได้หมายความว่าผู้ทรงสิทธิบัตรที่เป็นชาวต่างชาติจะได้รับหลักประกันที่มั่นคงเกี่ยวกับสิ่งประดิษฐ์นั้นมากกว่าผู้ทรงสิทธิบัตรชาวไทยแต่อย่างไร หากเพียงแต่ว่าการออกสิทธิบัตรให้ชาวต่างชาติที่มีปริมาณมากกว่าชาวนาไทยนั้นจะเป็นผลดีต่อประเทศไทยในการได้รับเทคโนโลยีที่มีความทันสมัยและหลากหลายมากยิ่งขึ้นอันจะเป็นผลดีต่อประเทศไทยในอนาคตต่อไป



บทที่ 4

ศึกษาการควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิต่อผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ของต่างประเทศ

ในบทนี้จะได้กล่าวถึง การศึกษาการควบคุมการทำสัญญาถ่ายทอดเทคโนโลยีต่อผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิของต่างประเทศ โดยทำการเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น เยอรมัน อินเดีย และบราซิล โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.1 ความนำ

เป็นที่ทราบกันดีว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น เยอรมัน อินเดีย และบราซิล ต่างก็ได้เข้าเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) จึงต้องจัดให้มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPS) ซึ่งเป็นความตกลงที่ประเทศภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกได้สมัครสร้างขึ้น จึงเป็นที่แน่นอนว่า ความตกลงทริปส์ ได้พยายามรังสรรค์ความสมดุล 3 ประการขึ้น เพื่อมุ่งใจให้ประเทศสมาชิกออกกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาภายในประเทศของตน ความสมดุล 3 ประการ¹¹¹ นั้นประกอบด้วย

1. การก่อให้เกิดนวัตกรรมใหม่ ๆ จักเป็นการเพิ่มอรรถประโยชน์ให้แก่สังคมและกิจการทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะช่วยให้ผู้ลงทุนคิดค้นพัฒนานวัตกรรมเหล่านั้นมั่นใจได้ว่า ตนจะสามารถเก็บเกี่ยวดอกผลจากการลงทุนของตนได้ ความข้อนี้จึงทำให้ผู้มีความรู้ ความสามารถกล้าลงทุนผลิต คิดค้น วิจัยความรู้ใหม่ ๆ เพื่อนำมาซึ่งประโยชน์ต่อตนเองและสังคมในที่สุด

2. การให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านี้ ยังช่วยให้เกิดการต่อยอดความรู้ใหม่ ๆ ทั้งนี้เนื่องด้วย เมื่อผู้ผลิตนวัตกรรมใหม่แต่ละรายขายขึ้นของจดสิทธิบัตร ก็จำเป็นต้องมีการเปิดเผย

¹¹¹ รังสรรค์ ชนะพรพันธุ์ และสมบุญ ศิริประชัย, บรรณาธิการ, กฎกติกา WTO เล่มที่ห้า: ทรัพย์สินทางปัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), 88-89.

รายละเอียดเกี่ยวกับสิ่งประดิษฐ์เหล่านั้น จึงเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้อื่นสามารถนำความรู้เหล่านี้ไปศึกษาต่อได้ ซึ่งช่วยให้การพัฒนาความรู้ทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีมีความก้าวหน้าขึ้นเป็นลำดับ โดยหลังจากที่อายุการคุ้มครองสิทธิบัตรเหล่านี้สิ้นสุดลง นวัตกรรมต่าง ๆ เหล่านี้ก็จะกลายเป็นสินค้าสาธารณะ ให้ทุกคนสามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย จึงอาจกล่าวได้ว่า การคุ้มครองสิทธิบัตรช่วยให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยี และยังช่วยให้การคิดค้น พัฒนาความรู้มีความก้าวหน้า มีอย่างต่อเนื่อง (re-inventing the wheel)

3. นอกจากนี้ข้อตกลงทริปส์ ยังเป็นเครื่องมือช่วยให้รัฐบาลนำสังคมบรรลุไปสู่เป้าหมายอรรถประโยชน์สูงสุด เนื่องจากทริปส์นอกจากจะช่วยให้เกิดการพัฒนาด้านเทคโนโลยี และนำเทคโนโลยีนั้นมาผลิตสินค้าหรือบริการตอบสนองความพอใจของผู้บริโภคแล้ว ในอีกทางหนึ่ง ทริปส์ยังเป็นเครื่องมือช่วยให้รัฐบาลใช้ในการพิทักษ์ ปกป้องผลประโยชน์ของสังคมอีกด้วย เช่น ในยามสังคมตกอยู่ในภาวะฉุกเฉิน หรือกลไกของตลาดทำงานไม่สมบูรณ์ หรือมีการผูกขาดในตลาดสินค้าหรือบริการ รัฐบาลสามารถใช้ข้อตกลงทริปส์เป็นเครื่องมือในการแก้ปัญหาเหล่านั้นได้อีกด้วย

จากความสมดุลทั้ง 3 ประการนั้น ทำให้ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) จัดให้มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยหวังเป็นอย่างยิ่งว่าจะได้รับประโยชน์จากความสมดุลดังกล่าว ซึ่งในที่นี้จะได้วิเคราะห์การถ่ายทอดเทคโนโลยีต่อผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิของทั้ง 5 ประเทศต่อไป

4.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

โดยพื้นฐานของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว และมีเทคโนโลยีที่ทันสมัยในเกือบทุกสาขา มีสิ่งประดิษฐ์มากมายที่ได้รับการจดทะเบียนสิทธิบัตร ดังจะเห็นได้จากจำนวนสิทธิบัตรที่สำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าสหรัฐอเมริกา (U.S. Patent and Trademark Office: USPTO) ได้ออกให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตรในปี 2006 มีจำนวน 425,967 ฉบับ ในปี 2007 มีจำนวน 456,154 ฉบับ และในปี 2008 มีจำนวน 456,321 ฉบับ¹¹² จำนวนสิทธิบัตรที่เพิ่มขึ้นในแต่ละปีนั้นยังเป็นการตอกย้ำถึงความก้าวหน้าของเทคโนโลยีที่ทันสมัยและความเข้มงวดของการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรได้เป็นอย่างดี

¹¹² Patent Technology Monitoring Team (PTMT), U.S. patent statistics chart calendar years 1963–2009, (U.S.A.: U.S. PATENT AND TRADEMARK OFFICE: USPTO), Retrieved June 28, 2010, from http://www.uspto.gov/web/offices/ac/ido/oeip/taf/us_stat.htm

4.2.1 การควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

กฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกา กำหนดให้สิทธิแก่ผู้ทรงสิทธิบัตรไว้ในข้อ 261¹¹³ ให้ผู้ทรงสิทธิบัตรสามารถจะอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้บุคคลใดใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรก็ได้ ทั้งนี้หากผู้ทรงสิทธิบัตรอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิ ก็สามารถทำความตกลงต่าง ๆ ในสิทธิได้ โดยข้อตกลงระหว่างผู้ทรงสิทธิบัตรกับผู้รับอนุญาตนั้นเป็นลักษณะสัญญาต่างตอบแทน ซึ่งหากมีข้อตกลงในลักษณะเป็นสัญญาถ่ายทอดกลับกรณีเมื่อผู้รับอนุญาตได้มีการพัฒนาทางเทคโนโลยีได้ก้าวหน้าขึ้น ผู้ทรงสิทธิบัตรก็ต้องมีค่าตอบแทนกลับไปให้แก่ผู้รับอนุญาตนั้น ข้อกำหนดสิทธิถ่ายทอดกลับนี้ประเทศสหรัฐอเมริกาดูว่าคู่กรณีทำการแลกเปลี่ยนเทคโนโลยีซึ่งกันและกัน อันมีผลทำให้มีการพัฒนาทางเทคโนโลยีมากยิ่งขึ้น แต่ในการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการผูกขาดทางการค้าตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้า (the sherman) รวมทั้งห้ามกระทำการทุกชนิดที่ก่อให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม และจำกัดการแข่งขันทางการค้า (US Code: Title 15 Commerce and Trade)¹¹⁴

โดยที่กฎหมาย US Code: Title 15 Commerce and Trade ของสหรัฐอเมริกา ได้มีรายละเอียดดังนี้

ห้าม มิให้มีการทำสัญญาใด ๆ การรวมตัวกันในรูปแบบใด ๆ หรือการคบคิดกันเพื่อจำกัดการค้าของผู้ประกอบการในประเทศหรือผู้ประกอบการต่างชาติ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร และเพื่อจำกัดการค้าในพื้นที่ใด ๆ (มาตรา 1 และมาตรา 3) โดยลักษณะที่เป็นการละเมิดกฎหมาย เช่น การกำหนดราคา (price fixing) การกำหนดราคาขายปลีก และการแบ่งตลาด (horizontal market division) เป็นต้น

ห้าม มิให้มีการทำสัญญาหรือการทำการค้าขายกับผู้ประกอบการรายใด ๆ ที่มีการบังคับมิให้ทำการค้ากับคู่แข่ง ทำให้เกิดการลดการแข่งขันทางการค้าลงอย่างมากหรืออาจทำให้เกิดการผูกขาดทางการค้าในระดับใด ๆ ภายในประเทศ (มาตรา 14) โดยมีลักษณะที่เป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย เช่น การบังคับซื้อสินค้าเป็นชุด (package transaction) เป็นต้น

นอกจากนั้นคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (The Fair Trade Commission: FTC) ยังได้ออกแนวปฏิบัติ (guidelines) ชื่อว่า “Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property”¹¹⁵ สำหรับทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อให้ความชัดเจนแก่ผู้เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการเฉพาะด้วย

¹¹³ Title 35 United States Code (T.35 USC.), §261.

¹¹⁴ นิติยา นิยมไร่, มาตรการป้องกันผลกระทบต่อสิทธิบัตรยา, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทศึกษาศาสตร์มหาบัณฑิต, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545), 65-66.

¹¹⁵ รายละเอียด ภาคผนวก ก หน้า 140.

จะเห็นได้ว่ากฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกา แม้จะให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรไว้อย่างเต็มที่ แต่ก็ต้องไม่เป็นการใช้สิทธิที่ขัดกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายจำกัดการแข่งขันทางการค้าด้วย

นอกเหนือจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าและการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมแล้ว ยังมีกฎหมาย The Bayh-Dole Act 1980 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดให้สถาบันการศึกษามีความใกล้ชิดกับภาคอุตสาหกรรมมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ กฎหมายดังกล่าวมอบอำนาจให้สถาบันการศึกษาที่ได้รับเงินอุดหนุนการวิจัยจากภาครัฐได้สิทธิในการเลือกถือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเด็ดขาด พร้อมทั้งกำหนดให้สถาบันการศึกษาถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่ภาคอุตสาหกรรมด้วย เพื่อต้องการให้ภาคอุตสาหกรรมนำเทคโนโลยีนั้นไปใช้ให้เกิดประโยชน์ต่อสังคม อีกทั้งกฎหมายดังกล่าวยังได้ส่งเสริมให้มีการก่อตั้งสำนักงานอนุญาตให้ใช้สิทธิในเทคโนโลยีในมหาวิทยาลัยขึ้นอีกด้วย เพื่อเป็นการเพิ่มมูลค่าให้แก่เทคโนโลยีและทรัพย์สินทางปัญญา อันจะนำมาซึ่งรายได้ให้แก่มหาวิทยาลัยในการเป็นเงินทุนเพื่อทำวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ๆ ต่อไป

กลไกที่สำคัญภายใต้กฎหมาย Bayh-Dole Act คือ การโอนความเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาในสิ่งประดิษฐ์ที่เป็นผลจากการสนับสนุนของรัฐให้กับมหาวิทยาลัย เพื่อกระตุ้นหรือส่งเสริมให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากภาครัฐไปยังภาคมหาวิทยาลัยและภาคเอกชนมากขึ้น อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้กำหนดให้มหาวิทยาลัยและภาคเอกชนมีภาระหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามเพื่อที่จะได้รับมาซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้น รวมทั้งรัฐได้มีความกังวลในเรื่องของการผูกขาดสิทธิในผลงานวิจัยและพัฒนาอันเป็นผลมาจากการที่มหาวิทยาลัย และภาคเอกชนเป็นผู้ถือสิทธิในงานนั้นแต่เพียงผู้เดียว โดยที่รัฐไม่มีส่วนร่วมด้วย เพื่อเป็นการถ่วงดุลสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวที่รัฐให้ กฎหมาย Bayh-Dole Act จึงกำหนดไว้ว่า ภายใต้พฤติกรรมบางพฤติกรรม เช่น เมื่อสิ่งประดิษฐ์ไม่ได้นำไปใช้จริงภายในระยะเวลาที่เหมาะสม หรือในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับสุขภาพหรือความปลอดภัยเกิดขึ้น หรือเมื่อการใช้สิ่งประดิษฐ์ทำให้เกิดอันตรายต่อส่วนรวม รัฐบาลสามารถบังคับให้มหาวิทยาลัยหรือภาคเอกชนอนุญาตให้บุคคลที่สามมีสิทธิใช้ผลงานประดิษฐ์นั้น หรือรัฐบาลสามารถเข้าถือสิทธิในงานนั้นและเป็นผู้มีสิทธิใช้งานนั่นเอง (หลักการนี้เรียกว่า “March-in rights”)¹¹⁶

จะเห็นได้ว่า มหาวิทยาลัยในฐานะหน่วยงานของรัฐหน่วยงานหนึ่งซึ่งกฎหมายอนุญาตให้มีสิทธิเด็ดขาดในเทคโนโลยีที่ได้คิดค้นขึ้นในทรัพย์สินทางปัญญาสาขาใดสาขาหนึ่ง และกำหนดให้มีการอนุญาตให้ภาคอุตสาหกรรมนำไปใช้ได้นั้น ทำให้เป็นการเพิ่มมูลค่าให้แก่ทรัพย์สินทางปัญญาและนำเทคโนโลยีไปใช้ให้เกิดประโยชน์แก่สังคม ทำให้ประเทศเจริญก้าวหน้าดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

¹¹⁶ กริชพกา บุญเฟื่อง, นโยบายและกลยุทธ์ของรัฐในการบริหารจัดการทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อเสริมสร้างขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ (1), *Thai IP Corner*, 2(1), (มกราคม-เมษายน, 2549) 3-4.

4.3 ประเทศญี่ปุ่น

เดิมกฎหมายสิทธิบัตรของญี่ปุ่นมิได้ให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรยาแต่อย่างใด ต่อมาได้ขยายความคุ้มครองสิทธิบัตรรวมถึงผลิตภัณฑ์ทางเคมี อาหาร และผลิตภัณฑ์ยา โดยที่กฎหมายสิทธิบัตรของญี่ปุ่นนั้นได้มีการแก้ไขหลายครั้ง ซึ่งในปัจจุบันได้ใช้กฎหมายฉบับที่ 121 (กฎหมายสิทธิบัตร) ในปี พ.ศ. 2459 แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 75 ในปี พ.ศ. 2548 (Patent Law (Law No. 121 of 1959) (Amendment Law No. 75 of 2005))¹¹⁷

ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรยา ญี่ปุ่นได้มีการผลิตเคมีภัณฑ์ตามความต้องการของประเทศมากขึ้น ทำให้ลดการนำเข้าเคมีภัณฑ์จากต่างประเทศได้เป็นอันมาก อุตสาหกรรมยาของประเทศญี่ปุ่นภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรยานั้นได้ให้ความสำคัญกับการทำตลาดยาภายในประเทศ มากกว่าที่จะส่งออกไปขายยังตลาดโลก ดังจะเห็นได้จากสินค้าอื่น ๆ เกือบทั้งหมดที่มีการผลิตด้วยเทคโนโลยีขั้นสูงจะถูกส่งออกไปขายในตลาดโลก โดยมีกระทรวงการค้าและอุตสาหกรรมระหว่างประเทศ (Ministry of International Trade and Industry: MITI) เป็นผู้ช่วยในการวางแผนเพื่อให้สินค้าของญี่ปุ่นสามารถแข่งขันในตลาดโลกได้ กลับกันสินค้าประเภทยาโรครักษาโรคกลับอยู่ในความดูแลของกระทรวงสาธารณสุขและสวัสดิการ (Ministry of Health and Welfare: MWH) ที่เป็นตัวกำหนดราคายาและนโยบายสาธารณสุขเพื่อให้เป็นไปตามความต้องการของชาติมากกว่าที่จะกำหนดราคายาเพื่อที่จะนำออกไปขายยังตลาดโลก แต่ในปัจจุบันนี้ญี่ปุ่นได้มีการปรับเปลี่ยนรูปแบบการผลิตเคมีภัณฑ์โดยการร่วมทุนกับต่างประเทศในการดำเนินการวิจัยและพัฒนาในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพให้มีคุณภาพมากยิ่งขึ้น เพื่อต้องการส่งออกยาไปขายยังตลาดโลก¹¹⁸

4.3.1 การควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

ประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยผู้ทรงสิทธิบัตรไว้ 2 ลักษณะ¹¹⁹ คือ 1) การอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบเด็ดขาด (Exclusive licenses) และ 2) การอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบไม่เด็ดขาด (Non-exclusive licenses)¹²⁰

¹¹⁷ World Intellectual Property Organization (WIPO), **Japan Patent Act (Act No. 121 of April 13, 1959, as last amended by Act No. 75 of June 29, 2005)**, Retrieved June 25, 2010, from <http://www.wipo.int/clea/en/details.jsp?id=5077>

¹¹⁸ วิฑูรย์ ภูริปัญญานิช, การพัฒนาเทคโนโลยี, ยานำรู้, 2546, 52(3), 27.

¹¹⁹ Patent Law (Law No. 121 of 1959) (Amendment Law No. 75 of 2005) Section 77, 78.

¹²⁰ Wilson, D., Ed., **International patent litigation: Developing an effective strategy**, (London: Globe Business, 2009), 162.

ญี่ปุ่นเป็นประเทศที่มีความเจริญทางด้านอุตสาหกรรมค่อนข้างสูง ในการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้เทคโนโลยีนั้นมีการพิจารณาคู่สัญญาอย่างเข้มงวด ซึ่งหลักเกณฑ์ใหญ่ ๆ ที่จะใช้พิจารณามีดังนี้¹²¹

1. ในการออกสัญญาถ่ายทอดเทคโนโลยีนั้น จะคำนึงถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นสำคัญ โดยสิ่งเหล่านั้นอาจเป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาสิทธิใดสิทธิหนึ่งหรือสิทธิอื่น ๆ ที่ไม่ได้เป็นสาธารณะสมบัติ แต่ถ้าหากเป็นเทคโนโลยีที่เป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายแล้ว ข้อตกลงดังกล่าวอาจจะเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับการนำเข้า ขายหรือแจกจ่ายผลิตภัณฑ์นั้น จึงไม่ใช่สัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยี

2. ญี่ปุ่นจะเน้นในเรื่องของความเชื่อใจและระยะเวลาในการทำธุรกิจระหว่างประเทศ หากการติดต่อเจรจาในครั้งแรกใช้เวลาที่นานหรือนานมาก ก็อาจจะไม่ใช่เรื่องแปลกอะไร เพราะญี่ปุ่นต้องการทดสอบความ “ตั้งใจจริง” ของคู่สัญญาต่างชาติ โดยได้มีการเน้นย้ำในรายละเอียดและคุณภาพ จนเกินพอดี ระยะที่ยาวนานดังกล่าวนี้จะเป็นหลักการเลี่ยงความเสี่ยงของบริษัทญี่ปุ่นด้วย

3. การฟ้องร้องดำเนินคดีเรื่องข้อตกลงการถ่ายทอดเทคโนโลยีอาจจะยุติความร่วมมือทางด้านธุรกิจได้อย่างทันทีในประเทศญี่ปุ่น เพราะญี่ปุ่นเป็นประเทศที่ให้ความสำคัญกับความศรัทธาและความเชื่อใจอย่างมาก ทำให้อนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่สำคัญในการยุติปัญหาในประเทศญี่ปุ่น ดังนั้น การฟ้องร้องดำเนินคดีจึงควรเป็นทางออกสุดท้าย เนื่องจากการที่บริษัทถูกฟ้องร้องดำเนินคดีโดยคู่ค้าต่างชาติ จะทำให้การหาคู่ค้าใหม่ ๆ ในประเทศญี่ปุ่นเป็นเรื่องยากมากหรือไม่ก็หาคู่ค้าไม่ได้เลย

4. บริษัทญี่ปุ่นนั้นพิจารณาในเรื่องของความเท่าเทียมในด้านเทคโนโลยีเป็นสำคัญ บริษัทคู่ค้าต้องมีเทคโนโลยีในระดับที่เป็นประโยชน์และสามารถแลกเปลี่ยนกันได้ การแสดงออกซึ่งศักยภาพของเทคโนโลยีเพื่อให้คู่ค้าเชื่อถือจึงเป็นเรื่องที่สำคัญเช่นกัน

5. ค่าสิทธิในญี่ปุ่นนั้นไม่มีหลักเกณฑ์ตายตัว ส่วนมากจะอยู่ระหว่าง 3-5% ในกำไร 10%

กฎหมายญี่ปุ่นได้มีการแบ่งประเภทของสัญญาอนุญาตออกเป็น 2 ประเภท คือ สัญญาตามแบบที่กฎหมาย (legal license) กำหนด และสัญญาอนุญาตแบบสัญญา (contractual license) สัญญาอนุญาตเป็นได้ทั้งแบบ สัญญาอนุญาตเด็ดขาด (exclusive license) หรือสัญญาอนุญาตไม่เด็ดขาด (non-exclusive license) ก็ได้ ถ้าเป็นสัญญาอนุญาตแบบที่กฎหมายกำหนดต้องเป็นสัญญาอนุญาตแบบไม่เด็ดขาดเท่านั้น และญี่ปุ่นก็ไม่ได้มีกฎหมายที่กล่าวถึง สัญญาอุปกรณ์และสัญญาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องไว้แต่อย่างใด แต่ มาตรา 77 (4) กล่าวว่า ผู้ได้รับอนุญาตตามสัญญาอนุญาตแบบเด็ดขาด จะออกสัญญาอนุญาตแบบไม่เด็ดขาดให้ผู้อื่น (บุคคลที่สาม) ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้อนุญาตเท่านั้น จะเห็นได้ว่าการออกสัญญาอื่นใดนอกจากสัญญาประธานนั้นต้องได้รับความยินยอมจากผู้อนุญาตเท่านั้น¹²²

¹²¹ Heath, C. & Liu, Kung-Chung, Ed., **Legal rules of technology transfer in ASIA**, (United Kingdom: Kluwer Law International, 2002), 105-106.

¹²² Ibid, 105-106.

การที่กฎหมายสิทธิบัตรของญี่ปุ่นได้กำหนดหลักเกณฑ์การอนุญาตให้ใช้สิทธิไว้ 2 ลักษณะดังกล่าว ก็เพื่อต้องการให้ความเป็นธรรมแก่ทั้งผู้อนุญาตและผู้ได้รับอนุญาต มิให้เกิดการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แต่ถึงกระนั้นก็ตามผู้อนุญาตและผู้ได้รับอนุญาตก็ยังมีเสรีภาพในการทำสัญญาที่จะกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในข้อสัญญาได้อย่างกว้างขวาง แต่ข้อสัญญาดังกล่าวก็จะต้องไม่เป็นการขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้า (Antimonopoly Act Concerning Prohibition of Private Monopoly and Maintenance of Fair Trade) ของญี่ปุ่นด้วย

โดยที่รายละเอียดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้า ในส่วนที่เกี่ยวข้องพอสรุปได้ดังนี้¹²³

การจำกัดการแข่งขันโดยไม่มีเหตุอันสมควร หมายถึง พฤติกรรมใด ๆ ไม่ว่าจะด้วยการทำสัญญา ข้อตกลง หรือวิธีการอื่น ๆ ในการร่วมกันจำกัดพฤติกรรมเพื่อที่จะกำหนดราคา รักษาหรือขึ้นราคาสินค้า จำกัดการผลิต การถ่ายทอดเทคโนโลยี และปัจจัยการผลิตหรือลูกค้าอันเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาด (มาตรา 2(6))

ผู้ประกอบการทุกรายจะต้องไม่ใช้กลยุทธ์ทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (มาตรา 19) และกลยุทธ์ทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้นได้แก่ (มาตรา 2(9))

1. การเลือกปฏิบัติสำหรับผู้ประกอบการรายอื่น (unjustly discriminating against other entrepreneurs)
2. การกำหนดราคาซื้อหรือขายที่ไม่เป็นธรรม (dealing at unjust prices)
3. การชักจูงหรือกดดันให้ลูกค้าของคู่แข่งประกอบธุรกรรมกับตน (unjustly inducing or coercing customers of a competitor to deal with oneself)
4. การกำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกรรมที่เป็นการจำกัดทางเลือกในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่น (dealing with another party on such terms as will restrict unjustly the business activities of the said party)
5. การใช้อำนาจต่อรองในการประกอบธุรกิจอื่น โดยไม่เป็นธรรม (dealing with another party by unjust use of one's bargaining position)

¹²³ เดือนเด่น นิคมบริรักษ์, เสวตลักษณ์ ชิวสิทธิยานนท์ และมาเรียม กริมี่, โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่าง ๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์, (กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2544), ผ1-23-ผ1-24.

6. แทรกแซงธุรกิจอื่นเพื่อที่จะให้ผู้ถือหุ้นหรือพนักงานกระทำการในลักษณะที่ขัดต่อผลประโยชน์ของบริษัทนั้น ๆ (unjustly interfering with a transaction between an entrepreneur who competes in Japan with oneself or the company of which oneself is a stockholder or an officer and another transacting party)

นอกจากนั้นคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังได้ออกแนวปฏิบัติ (guidelines) สำหรับการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด เช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกา เรียกว่า “Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act, 2007”¹²⁴ เพื่อแสดงความชัดเจนเกี่ยวกับการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิว่าข้อสัญญาใดจะมีลักษณะขัดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าหรือไม่ ทำให้ในปัจจุบันการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิของญี่ปุ่นมีความเข้มงวดและชัดเจนมากยิ่งขึ้น¹²⁵

นอกเหนือจากกฎหมายดังกล่าวแล้ว ญี่ปุ่นยังได้ออกกฎหมายที่มีลักษณะใกล้เคียงกับกฎหมาย The Bayh-Dole Act 1980 ของสหรัฐอเมริกาอีก ชื่อว่า “The Law Promoting Technology Transfer from University to Industry, Law No. 52, May 6, 1998: TLO Law” เพื่อให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากมหาวิทยาลัยไปสู่ภาคอุตสาหกรรม โดยการอนุญาตให้ภาคอุตสาหกรรมได้ใช้สิทธิในเทคโนโลยี ทำให้ภาคอุตสาหกรรมสามารถพัฒนาต่อยอดเทคโนโลยีและก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมโดยรวมเช่นเดียวกัน ซึ่งกฎหมายดังกล่าวของญี่ปุ่นได้รับการตอบรับเป็นอย่างดีจากภาครัฐ โดยภาครัฐได้ออกกฎหมายต่าง ๆ มารองรับและส่งเสริมให้เกิดความร่วมมือระหว่างมหาวิทยาลัยและภาคอุตสาหกรรมมากยิ่งขึ้น จึงนับว่าประสบความสำเร็จในการประยุกต์ใช้กฎหมายของประเทศอื่นในการบริหารจัดการทรัพย์สินทางปัญญาในระยะยาวเป็นอย่างมาก¹²⁶

4.4 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

ประเทศเยอรมันได้ให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรภายใต้กฎหมายสิทธิบัตร ค.ศ. 1980 (German Patent Act 1980 (Patentgesetz) Amendment Act 2009) เยอรมันจะออกสิทธิบัตรให้ก็

¹²⁴ รายละเอียด ภาคผนวก ข หน้า 152.

¹²⁵ ศักดา ธนิตกุล, ความตกลง TRIPS กับการบังคับใช้สิทธิเหนือทรัพย์สินทางปัญญาของไทย, วารสารกฎหมาย, 27(1), (2551), 74-75.

¹²⁶ กริชพกา บุญเฟื่อง, นโยบายและกลยุทธ์ของรัฐในการบริหารจัดการทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อเสริมสร้างขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ (2), Thai IP Corner, 2(2), (พฤษภาคม-สิงหาคม, 2549), 3-4.

ต่อเมื่อได้มีการยื่นคำขอ โดยคำขอนั้นต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่ได้กำหนดไว้เกี่ยวกับการได้รับสิทธิบัตร เมื่อได้รับสิทธิบัตรแล้วก็จะมีการออกเอกสารสิทธิบัตรให้¹²⁷

4.4.1 การควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

กฎหมายสิทธิบัตรของเยอรมัน ค.ศ. 1979 ได้บัญญัติว่า ในการโอนหรือการใช้สิทธิบัตรจะต้องไม่มีข้อจำกัดใช้สิทธิ ซึ่งเจตนารมณ์ของบทบัญญัติข้อนี้ก็ได้ปรากฏอยู่ใน มาตรา 5 แห่งกฎหมายแพ่งของเยอรมันด้วย ดังนั้นในการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรจึงต้องตั้งอยู่บนหลักการเช่นเดียวกับกฎหมายแพ่งคือ หลักการความซื่อสัตย์สุจริตและไว้วางใจ (treu und glauben) ในการทำสัญญาดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายป้องกันการผูกขาด (The Act Against Restraint of Competition 1957) และกฎหมายของสหภาพยุโรป คือ Commission Regulation (EC) No. 772/2004 ออกโดยคณะกรรมการยุโรป (ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป) ตามบทบัญญัติของ Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements อีกด้วย¹²⁸

โดยที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดของเยอรมันมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันของสหภาพยุโรป (EU) เป็นอย่างยิ่ง ในส่วนของมาตรการในการควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นได้ถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 20 คือ ข้อตกลงใดที่เกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์จากสิทธิบัตร การออกแบบผลิตภัณฑ์ที่ได้จดทะเบียนแล้วหรือการคุ้มครองสิทธิบัตรพันธุ์พืช จะตกเป็นโมฆะ ถ้าหากได้กำหนดในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิอย่างมีข้อจำกัดนอกเหนือขอบเขตแห่งการใช้สิทธิ เว้นแต่ข้อจำกัดนั้นจะเกี่ยวกับรูปแบบ จำนวน ปริมาณ ขอบเขตหรือกำหนดระยะเวลา จะไม่ถือว่าอยู่นอกขอบเขตแห่งการใช้สิทธิดังกล่าว ในการนี้ มาตรา 20 (1) ยังได้กำหนดบทยกเว้นไว้คือ หากเป็นข้อจำกัดสิทธิที่เกี่ยวกับการกำหนดหน้าที่ของผู้รับอนุญาตอันเกี่ยวกับเทคโนโลยีเพื่อประโยชน์ของผู้อนุญาต ข้อจำกัดสิทธิที่กำหนดหน้าที่ให้ผู้รับอนุญาตต้องให้ค่าตอบแทนที่ดี ถ้ายทอดกลับที่ดี ต้องไม่ได้แย้งความสมบูรณ์แห่งสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรที่ดี และข้อจำกัดสิทธิที่กำหนดหน้าที่ให้ผู้รับอนุญาตต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบใด ๆ จากการใช้สิทธิบัตรหรือสิ่งประดิษฐ์เพื่อการแข่งขันนอกพื้นที่ ซึ่งกฎหมายป้องกันการผูกขาดจะกำหนดไว้ ข้อจำกัดสิทธิเหล่านี้มีผลใช้บังคับได้

¹²⁷ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของต่างประเทศ, สืบค้นเมื่อ 13 มิถุนายน 2553, จาก http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=685&Itemid=600

¹²⁸ ศักดา ธนิตกุล, ความตกลง TRIPS กับการบังคับใช้สิทธิเหนือยารักษาโรคของไทย, วารสารกฎหมาย, 27(1), (2551), 75.

ตราบเท่าที่ยังอยู่ในระยะเวลาการคุ้มครองของสิทธิบัตร ส่วนข้อยกเว้นอื่นที่ต้องห้ามตามมาตรา 20 (1) ยังสามารถร้องขอต่อองค์กร Cartel office¹²⁹ เพื่ออ้างเหตุผลในทางเศรษฐศาสตร์ได้¹³⁰

4.5 ประเทศอินเดีย

โดยที่ประเทศอินเดียได้มีการประกาศใช้กฎหมายสิทธิบัตรในปี พ.ศ. 2513 (The Patent Act 1970) ซึ่งในกฎหมายฉบับนี้ได้ช่วยให้อุตสาหกรรมยาของอินเดียเกิดการพัฒนาและเจริญก้าวหน้าเป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตามอินเดียมีข้อผูกมัดที่จะต้องแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรภายในประเทศเพื่อให้มีความสอดคล้องกับความตกลงทริปส์ ล่าสุดเมื่อวันที่ 5 เมษายน พ.ศ. 2548 อินเดียได้ทำการแก้ไขและประกาศใช้กฎหมายสิทธิบัตรใหม่ เรียกว่า “พระราชบัญญัติสิทธิบัตรฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2548 (The Patent (Amendment) Act 2005)”¹³¹ โดยที่กฎหมายฉบับใหม่นี้ได้มีสาระสำคัญที่แตกต่างไปจากกฎหมายฉบับเก่าเป็นอันมาก¹³² พอสรุปได้ดังนี้

กฎหมายสิทธิบัตรฉบับใหม่ให้ความคุ้มครองถึงผลิตภัณฑ์ยา ซึ่งเป็น “ตัวผลิตภัณฑ์ยา (final product)” นอกเหนือจากที่เคยให้ความคุ้มครองเฉพาะกรรมวิธีในการผลิตยาตามกฎหมายฉบับเดิม ทั้งนี้ ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรฉบับใหม่นี้ รัฐบาลอินเดียจะให้ความคุ้มครองและให้มีการขึ้นทะเบียนสิทธิบัตร (mailbox system) ผลิตภัณฑ์ยาทุกรายการย้อนหลังไปจนถึงปี 2538 ด้วย โดยผลิตภัณฑ์ยาทุกรายการจะมีอายุความคุ้มครองตามสิทธิบัตรเป็นเวลา 20 ปี ซึ่งส่งผลให้นับจากนี้บริษัทยาในอินเดียจะไม่สามารถผลิตยาชื่อสามัญเพื่อลอกเลียนแบบยาที่มีการจดสิทธิบัตรตั้งแต่ปี 2538 ได้อีกต่อไป

¹²⁹ Cartel Office คือ เป็นสำนักงานของการรวมตัวทางธุรกิจเพื่อเพิ่มอำนาจการผูกขาดในการกำหนดราคาสินค้าและบริการ เพื่อแสวงหากำไรให้ได้มากที่สุด แทนที่จะมีการแข่งขันตัดราคากัน ตัวอย่างของประเทศที่มีการรวมตัวทางธุรกิจ เช่น เยอรมัน ญี่ปุ่น และไทย เป็นต้น ซึ่งได้สร้างอำนาจผูกขาดทางการค้า และในบางครั้งยังมีอิทธิพลเหนือการเมืองด้วย; เรวดี ช้างบุญชู, การรวมตัวทางธุรกิจ (Cartel), โครงการจัดทำองค์ความรู้ งวดที่ 1: นิยามธุรกิจ: เศรษฐศาสตร์, 1, สืบค้นเมื่อ 25 มิถุนายน 2553, จาก <http://www.ismed.or.th/SME2/src/bin/controller.php?view=knowledgeInsite.knowledgesNew&right=21&sid=35&left=20&p=&lv=3&lv1=3&nid=>

¹³⁰ ประสงค์ แก้วสุทธิรวัดน์, สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรกับปัญหาการผูกขาดทางการค้า, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทศึกษาศาสตร์มหาบัณฑิต, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), 65-66.

¹³¹ Controller General of Patents Design and Trademark, **Patent (Amendment) Act 2005**, Retrieved June 25, 2010, from <http://www.patentoffice.nic.in/ipr/patent/patents.htm>

¹³² ส่วนเศรษฐกิจต่างประเทศ ฝ่ายวิชาการ, อุตสาหกรรมยาของอินเดีย...ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรฉบับใหม่, **Foreign Weekly Movement**: 23 มิถุนายน 2548, สืบค้นเมื่อ 3 มกราคม 2553, จาก http://www.exim.go.th/doc/research/foreign_weekly_movement/India%20Drug%20Patent.pdf

ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายฉบับเก่า คือ กฎหมายสิทธิบัตรฉบับเก่าได้ให้ความสำคัญคุ้มครองเฉพาะกรรมวิธีในการผลิตยา (process) แต่ไม่ได้ให้ความสำคัญคุ้มครองครอบคลุมไปถึงตัวผลิตภัณฑ์ยา (Final product) ส่งผลให้บริษัทยาในอินเดียสามารถใช้กรรมวิธีในการผลิตยาที่แตกต่างออกไปเพื่อผลิตยาชื่อสามัญขึ้น โดยลอกเลียนแบบยาของบริษัทอื่น ๆ ที่ได้จดสิทธิบัตร (ส่วนใหญ่เป็นบริษัทยาขนาดใหญ่ของอินเดียหรือบริษัทยาจากต่างชาติ) โดยไม่ผิดกฎหมาย

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า แม้ถึงว่ากฎหมายสิทธิบัตรฉบับใหม่ของอินเดียได้ออกมามีผลบังคับใช้ให้คุ้มครองตัวผลิตภัณฑ์ยา และทำให้อุตสาหกรรมยาสามัญของอินเดียได้รับผลกระทบในการผลิตยาสามัญ จนทำให้การผลิตยาสามัญลดน้อยลงก็ตาม แต่อุตสาหกรรมยาของอินเดียก็ได้มีการเจริญก้าวหน้ามากขึ้นตามลำดับของการพัฒนาการทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีเป็นสำคัญ โดยจะเห็นได้จาก 25 บริษัทายักษ์ใหญ่ของอินเดียได้ทำการเพิ่มงบประมาณทางด้านการวิจัยและพัฒนา (R&D) อย่างมหาศาลในช่วงหลายปีที่ผ่านมา เพื่อให้ก้าวทันเทคโนโลยีที่ทันสมัยมากยิ่งขึ้น ประกอบกับบริษัทยาดังกล่าวยังได้สร้างกระบวนการผลิตด้วยระบบ Hi-tech เพื่อรองรับหลักเกณฑ์วิธีการที่ดีในการผลิต (Good Manufacturing Practice: GMP) ในระดับมาตรฐานโลก เพื่อจะได้ก้าวเข้าสู่การทำสัญญารับจ้างการผลิตยานวัตกรรมให้กับบริษัทวิจัยและพัฒนาายักษ์ใหญ่ของยุโรปและสหรัฐอเมริกาได้ ซึ่งในขณะนี้บริษัทนวัตกรรมยาระดับโลกหลายบริษัทตั้งโรงงานผลิตยาในประเทศอินเดีย เช่น Pfizer, Merck, Novartis, Abbott และรวมทั้งบริษัทค้นคว้าวิจัยอีกหลายบริษัทที่ได้เข้ามาสร้างฐานการผลิตและวิจัยในอินเดียเพิ่มมากขึ้น¹³³ จะเห็นได้ว่า ยังมีบริษัทผลิตยาเพิ่มมากขึ้นเท่าใด อินเดียก็ยังได้ผลประโยชน์ในการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีใหม่มากขึ้นเท่านั้น และอินเดียเองก็มีความสามารถในการทำการพัฒนาต่อยอดหรือวิศวกรรมย้อนกลับ (reverse engineering) เทคโนโลยีดังกล่าวได้อีกด้วย ภายใต้การปรับปรุงกฎหมายสิทธิบัตรยาใหม่นี้ เมื่อยาตัวใดหมดอายุการคุ้มครองลง บริษัทยาสามัญของอินเดียก็สามารถทำการผลิตยาใหม่ ๆ ที่บริษัทยาต่างชาติได้ยื่นขอสิทธิบัตรไว้ได้อย่างมากมาย ทั้งยังช่วยลดต้นทุนในการทำวิจัยและพัฒนาของอินเดียลงได้มากที่สุดทีเดียว

ด้วยกลไกภายใต้กฎหมายสิทธิบัตร อินเดียได้ให้ความสำคัญกับการปกป้องอุตสาหกรรมยาของตัวเองอย่างมาก เพราะรัฐบาลมักไม่รับจดสิทธิบัตรยาให้โดยง่าย ทำให้บริษัทยาสามัญของอินเดียสามารถที่จะผลิตยาได้อย่างมีอิสระปราศจากสิทธิบัตร ทำให้นวัตกรรมและเทคโนโลยียาถูกพัฒนาออกมาอย่างมากมาย ด้วยต้นทุนการผลิตที่ต่ำและตลาดภายในประเทศที่มีมูลค่ามหาศาลยังเป็นตัวกระตุ้นให้อุตสาหกรรมยาสามัญของอินเดียเจริญเติบโตได้เป็นอย่างดี ที่สำคัญอีก

¹³³ วีระ ฤกษานโรดม, อินเดีย ยักษ์ใหม่ ในอุตสาหกรรมยา ตอนที่ 2, สืบค้นเมื่อ 24 กุมภาพันธ์ 2553, จาก <http://www.brandage.com/Modules/DesktopModules/Article/ArticleDetail.aspx?tabID=2&ArticleID=1522&ModuleID=21&GroupID=615>

ประการหนึ่งของอินเดียคือ อินเดียได้มีการประกาศใช้ระเบียบ Post opposition สำหรับสิทธิบัตรยา กล่าวคือถึงแม้ว่าจะได้มีการออกสิทธิบัตรให้แล้วก็ตาม บริษัทยาสามัญก็มีสิทธิที่จะยื่นเรื่องคัดค้าน สิทธิบัตรนั้นได้ตามกฎหมาย และในปัจจุบันก็เกิดปัญหาการใช้สิทธิตามสิทธิบัตรที่ซับซ้อนกัน แต่นั่นก็ทำให้อุตสาหกรรมยาสามัญของอินเดียได้ก้าวต่อไปข้างหน้าได้อีก¹³⁴

4.5.1 การควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

กฎหมายสิทธิบัตรของอินเดียได้กำหนดมาตรการควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยได้กำหนดคำนิยามเกี่ยวกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิไว้ดังนี้

“การอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบเด็ดขาด (exclusive license)” หมายความว่า ผู้ทรงสิทธิบัตร อนุญาตให้ผู้รับอนุญาตหรือมอบอำนาจให้บุคคลหนึ่งได้ใช้สิทธิ แสดงให้บุคคลอื่น (รวมทั้งผู้ทรง สิทธิบัตร) ได้เคารพสิทธิใด ๆ ของสิทธิบัตรการประดิษฐ์ และควรที่จะตีความให้สอดคล้องกับ “การอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบเด็ดขาด”¹³⁵

โดยที่กฎหมายสิทธิบัตรของอินเดียได้กำหนดเฉพาะความหมายของการอนุญาตให้ใช้สิทธิ ในสิทธิบัตรไว้ ส่วนมาตรการในการควบคุมการทำสัญญาอนุญาตเพื่อมิให้เกิดการผูกขาดทางการค้า และจำกัดการแข่งขันทางการค้านั้น คงต้องพิจารณาตามข้อสัญญาที่ผู้ทรงสิทธิบัตรได้ตกลงทำขึ้นกับ ผู้ได้รับอนุญาตเป็นรายกรณีไป ซึ่งข้อสัญญาดังต่อไปนี้เทียบได้กับกฎกระทรวงฉบับที่ 25 พ.ศ. 2542 ของไทย และถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ผิดกฎหมายของประเทศอินเดีย ข้อสัญญาดังกล่าวมีดังนี้¹³⁶

1. ข้อสัญญากำหนดให้ผู้รับอนุญาตจัดหาวัสดุ เพื่อใช้ในการผลิตจากผู้ทรงสิทธิบัตร หรือจากผู้นำเข้าที่ผู้ทรงสิทธิบัตรกำหนดหรืออนุญาต
2. ข้อสัญญาจำกัดปริมาณการส่งออกของผู้ได้รับอนุญาต
3. ข้อสัญญาจำกัดปริมาณการผลิต การขายหรือการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ของผู้ได้รับ อนุญาต
4. ข้อสัญญาจำกัดสิทธิของผู้ได้รับอนุญาตเกี่ยวกับการศึกษา ค้นคว้า ทดลอง วิจัย หรือการพัฒนาการประดิษฐ์
5. ข้อสัญญาจำกัดสิทธิของผู้ได้รับอนุญาตในการใช้การประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ ของบุคคลอื่น

¹³⁴ ปรีดา ยังสุขสถาพร, การสร้างนวัตกรรมยาของอินเดีย (2), สำนักงานนวัตกรรมแห่งชาติ, สืบค้นเมื่อ 3 มกราคม 2553, จาก <http://www.nia.or.th/innolinks/page.php?issue=200907§ion=5>

¹³⁵ The Patent Act 1970 (Amendment Act 2005), Section 2 (f).

¹³⁶ นิตยา นิยมไร่, มาตรการป้องกันผลกระทบต่อสิทธิบัตรยา, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545), 66.

6. ข้อสัญญาห้ามผู้ได้รับอนุญาตกำหนดราคาขายสินค้า
7. ข้อสัญญาห้ามมิให้ผู้ได้รับอนุญาตกล่าวอ้างหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ว่าสิทธิบัตรของผู้ทรงสิทธิบัตรนั้นไม่สมบูรณ์หรือไม่ถูกต้อง
8. ข้อสัญญาห้ามกำหนดให้การประดิษฐ์ซึ่งผู้ได้รับอนุญาตได้ปรับปรุงให้ดีขึ้น ตกเป็นของผู้อนุญาตโดยไม่ได้รับค่าตอบแทน

จะเห็นว่า กฎหมายสิทธิบัตรของอินเดียนอกจากจะให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรแล้ว ยังได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ได้รับอนุญาตอีกด้วย ดังจะเห็นได้จากข้อสัญญาดังกล่าว ซึ่งหากในสัญญาข้อสัญญาเหล่านี้ปรากฏอยู่ ย่อมทำให้ข้อสัญญาที่ผิดกฎหมายเหล่านั้นหาอาจบังคับได้ไม่

4.6 ประเทศบราซิล

ประเทศบราซิลเป็นประเทศที่ได้ขึ้นชื่อว่าประสบความสำเร็จในด้านการผลิตยาตัวไวรัส ดังเห็นได้จากในปัจจุบันบราซิลสามารถผลิตยาได้เอง 8 ตัว จากที่ใช้อยู่ประมาณ 17-18 ตัว และยังมีศักยภาพที่จะผลิตเพิ่มขึ้นอีก 2-3 ตัว เพียงแต่ยังติดปัญหาเรื่องสิทธิบัตร¹³⁷ ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรฉบับใหม่ที่ประกาศใช้เมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2540 หรือที่เรียกว่า “Industrial Property Law of 1997” ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีภายใต้ความตกลงทริปส์ และเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการตอบโต้ทางการค้าภายใต้บทบัญญัติ “Special 301” ของสหรัฐอเมริกา¹³⁸

ภายใต้กฎหมายฉบับใหม่ ผู้ทรงสิทธิตามสิทธิบัตรยาจะมีสิทธิผูกขาดโดยสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อทำการผลิตผลิตภัณฑ์ภายใต้สิทธิบัตรในประเทศ กล่าวอีกนัยหนึ่ง กฎหมายบราซิลกำหนดให้มีการใช้งานสิทธิบัตรในประเทศอย่างเข้มงวด โดยผู้ทรงสิทธิจะต้อง “ผลิต” สินค้าในประเทศ การ “นำเข้า” สินค้าสำเร็จรูปไม่ถือเป็นการใช้งานสิทธิบัตร หากผู้ทรงสิทธิไม่ปฏิบัติหน้าที่การใช้นี้ หรือหากรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องการผลิตภัณฑ์ภายใต้สิทธิบัตรโดยเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐสามารถออกมาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อให้องค์การของรัฐหรือให้เอกชนทำการผลิตหรือนำเข้าผลิตภัณฑ์ภายใต้สิทธิบัตรนั้นได้¹³⁹

¹³⁷ มุกิตา เชื้อซ่ง, สิทธิ (ชีวิต) เหนือสิทธิบัตรยา: ซีแอลของคนไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: ภาพพิมพ์, 2551), 109.

¹³⁸ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, มาตรการบังคับใช้สิทธิกับปัญหาการเข้าถึงยา: ข้อพิจารณาตามกฎหมายและความตกลงระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), 24.

¹³⁹ เรื่องเดียวกัน, 24-25.

สาเหตุที่บราซิลสามารถผลิตยาที่มีชื่อสามัญเดียวกันใหม่ ๆ ขึ้นได้นั้น เนื่องจากการผลิตยาที่มีชื่อสามัญเดียวกันที่มีตัวยาเดียวกันกับยาต้นแบบที่มีสิทธิบัตรนั้นยังถูกต้องตามกฎหมายของบราซิล และจากการนำเข้าวัตถุดิบจากอินเดียที่ยังไม่ได้มีการแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรยาเช่นเดียวกัน ทั้งสองประเทศนี้ได้ใช้ประโยชน์จากการขยายระยะเวลาการเริ่มคุ้มครองสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ในปี 2005 ที่บัญญัติไว้ในข้อตกลงทริปส์ แต่ก็น่าเป็นห่วงที่เมื่อถึงปี 2005 ทุกประเทศต้องคุ้มครองสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ (อินเดียก็เช่นเดียวกัน) และเมื่อกฎหมายสิทธิบัตรในอินเดียเริ่มมีผลบังคับใช้แหล่งวัตถุดิบในราคาถูกของประเทศกำลังพัฒนาก็มีราคาแพงขึ้นถึงสามเท่า ดังนั้นแหล่งวัตถุดิบในอนาคตจะต้องพิจารณาจากประเทศที่ยังไม่เป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก หรือมีการรวมตัวกันในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาและค่อยพัฒนาเพื่อสร้างอำนาจต่อรองราคา หรือจัดตั้งองค์กรร่วมระหว่างประเทศเพื่อทำหน้าที่จัดหาแหล่งวัตถุดิบที่มีราคาถูก และมีคุณภาพดี

ดังนั้น บราซิลจึงกลายเป็นผู้นำในด้านการเข้าถึงยาอย่างทั่วถึงโดยเฉพาะยาต้านไวรัส และบราซิลได้ประกาศไว้ว่า ยินดีที่จะสนับสนุนประเทศยากจนในการให้คำแนะนำ รวมทั้งเทคโนโลยีและโปรแกรมในการจัดการกับโรคเอดส์ ตัวอย่างที่สำคัญของบราซิลคือ เป็นผู้นำให้กับประเทศยากจนทำการเคลื่อนไหวเพื่อให้เกิดการเข้าถึงยานั้นได้แก่ ในปี 1999 ในที่ประชุมสมัชชาขององค์การอนามัยโลก (World Health Assembly) บราซิลได้ผลักดันให้องค์การอนามัยโลกเริ่มการควบคุมกำกับราคายาที่จำหน่ายในโลกและประเมินผลกระทบจากสิทธิบัตรที่เกิดจากนโยบายองค์การการค้าโลก และปี 2001 ในกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ (United Nations Commission on Human Rights: UNCHR) บราซิลได้เสนอเรื่องของสิทธิในการเข้าถึงยาต้านไวรัสที่กำลังระบาดอยู่ในปัจจุบัน และขณะนี้ก็มีประเทศกำลังพัฒนาสามารถผลิตและนำเข้ายาที่มีชื่อสามัญเดียวกันที่รักษาโรคเอดส์และยาที่รักษาโรคติดเชื้อได้แล้ว¹⁴⁰ ตลอดจนทั้งในการประชุมสมัชชาสามัญเป็นการทั่วไปครั้งที่ 31 เมื่อวันที่ 27 กันยายน – 5 ตุลาคม ปี 2004 ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ก็ได้มีการปราศรัยประเด็นของการถ่ายทอดเทคโนโลยีเป็นการเฉพาะ และประเทศกำลังพัฒนาอื่น ๆ ก็ได้ให้การสนับสนุนประเทศบราซิลและอาเจนตินา เป็นผู้นำในการถ่ายทอดเทคโนโลยีแก่ประเทศที่มีความต้องการด้วย¹⁴¹

ผู้เขียนเห็นว่า การที่กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศบราซิลได้บังคับให้ผู้ทรงสิทธิบัตรทำการผลิตสินค้าที่มีสิทธิบัตรภายในประเทศเป็นสำคัญ เพื่อให้เป็นไปตามข้อมูลหรือรายละเอียดที่ปรากฏ

¹⁴⁰ นุศราพร เกษสมบุรณ์ และคณะ, ข้อตกลง TRIPS: สิทธิบัตรยาและผลกระทบทางสุขภาพ, (กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข, 2545), 60-61.

¹⁴¹ Correa, C. M., *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, (London: Oxford University Press, 2007), P. 98.

อยู่บนสิทธิบัตร ถือได้ว่าเป็นการตรวจสอบความมีอยู่จริงของเทคโนโลยีหรือความเป็นไปได้ในสิ่งประดิษฐ์ที่นำมาขอรับสิทธิบัตร อันจะเป็นการถ่ายทอดเทคโนโลยีช่องทางหนึ่ง (ที่สำคัญ) ให้แก่อุตสาหกรรมยาของประเทศบราซิล ดังจะเห็นตัวอย่าง¹⁴²ได้จาก ในช่วงปี 2543 ถึง 2544 รัฐบาลบราซิลได้ประกาศจะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิกับยาที่ยังไวรัสเอดส์ โดยอ้างเหตุผลการใช้ในกรณีเหตุฉุกเฉินแห่งชาติ (national emergency) ดังที่ระบุไว้ในข้อ 31 ของความตกลงทริปส์ อันเป็นเหตุให้ในเดือนกุมภาพันธ์ 2544 สหรัฐฯได้ฟ้องร้องบราซิลต่อองค์การการค้าโลก โดยกล่าวหาว่า บราซิลละเมิดต่อบทบัญญัติข้อ 27.1 ของความตกลงทริปส์ โดยกระทำการกีดกันอย่างไม่เป็นธรรมต่อเจ้าของสิทธิบัตร โดยไม่ยอมรับการใช้สิทธิตามสิทธิบัตร ด้วยการนำเข้าสินค้าจากต่างประเทศ อย่างไรก็ดี ภายใต้กระแสกดดันจากนานาชาติ และเนื่องจากถูกประณามจากประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก สหรัฐอเมริกาได้ตัดสินใจถอนคดีดังกล่าวจากกระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก ภายหลังจากที่ทั้งสองประเทศได้เข้าสู่กระบวนการปรึกษาหารือกัน (consultation)

จากตัวอย่างดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า การที่กฎหมายของประเทศบราซิลได้บัญญัติไว้เช่นนั้นก็เพื่อต้องการให้ทราบว่า การนำเข้าสินค้าสำเร็จรูปจากต่างประเทศนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ประเทศน้อยกว่าการที่มีการผลิตสินค้าขึ้นภายในประเทศ เนื่องจากการผลิตผลิตภัณฑ์โดยใช้การประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรภายในประเทศจะก่อให้เกิดการระดมทุนและเกิดการจ้างงาน ทั้งยังจะทำให้บุคลากรในประเทศได้เรียนรู้และได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่ทันสมัย¹⁴³ และผู้เขียนเห็นว่า เพื่อเป็นการปกป้องผลประโยชน์ของประเทศโดยการให้สิทธิบัตรที่ขอรับเกิดประโยชน์ภายในประเทศ โดยการ “ผลิต” เป็นสำคัญ และเพื่อเป็นการปกป้องสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในการเข้าถึงยารักษาโรค มากกว่าผลประโยชน์ทางธุรกิจเพียงเล็กน้อย ทั้งเมื่อมีการจดสิทธิบัตรแล้วแต่มิได้ทำการผลิตภายในประเทศนั้น ยังถือได้อีกว่า เป็นการจดสิทธิบัตรเพียงเพื่อกีดกันมิให้บุคคลอื่นทำการผลิตผลิตภัณฑ์เช่นเดียวกับตนออกจำหน่ายภายในประเทศ ซึ่งทำให้ผู้ทรงสิทธิบัตรที่มีได้ใช้งานตามสิทธิบัตรนั้นมีสิทธิผูกขาดตลาดสินค้ายาได้ตลอดอายุการคุ้มครองของสิทธิบัตร ผลที่ตามมาคือประเทศที่รับจดสิทธิบัตรมิได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีแต่อย่างใด จึงทำให้ประเทศบราซิลต้องมีการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยาอยู่เสมอ เพื่อให้บริษัทฯ สามัญของคนที่สามารถทำการผลิตยาจำเป็นออกจำหน่ายให้แก่ประชาชนภายในประเทศในราคาที่ถูกลง และเพื่อเป็นการถ่ายทอดเทคโนโลยีอีกทางหนึ่งด้วย

¹⁴² สิทธิกร นิพยะ, สิทธิบัตรกับการเข้าถึงยา, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), 25.

¹⁴³ เรื่องเดียวกัน, 15.

4.6.1 มาตรการในการควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

ประเทศบราซิลได้มีการจัดตั้งหน่วยงานที่คอยทำหน้าที่ในการควบคุมดูแลเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการเฉพาะ ชื่อว่า “The National Institute of Industrial Property: INPI” ทำหน้าที่ในการควบคุมดูแลการทำข้อตกลงที่เกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในเทคโนโลยีทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาทั้งหมด และยังรวมถึงให้ INPI เป็นผู้คิดค่าตอบแทนให้กับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิด้วย ซึ่งจะพิจารณาจากรูปแบบของการผลิต ขนาดของธุรกิจ และความสำคัญของสินค้า เป็นต้น โดยบางครั้ง INPI ก็ใช้ตัวเลขจากกระทรวงการคลังมาเป็นฐานในการคิดค่าตอบแทนให้กับผู้อนุญาต เป็นต้น

นอกจากหน่วยงานดังกล่าวแล้ว บราซิลยังได้จัดตั้งหน่วยงานอีกหน่วยงานหนึ่ง ชื่อว่า “Administration Economic Defence Council: CADE” ขึ้น ทำหน้าที่ในการบริหารงานป้องกันการผูกขาดทางการค้า และควบคุมพฤติการณ์การใช้อำนาจทางเศรษฐกิจที่มีอยู่ในทางที่มีขอบ ในส่วนของสิทธิบัตรนั้น CADE มีอำนาจที่จะเพิกถอนสิทธิบัตรที่ออกให้จากสำนักงานสิทธิบัตรภายในประเทศได้ หากพิจารณาแล้วพบว่า ในการออกสิทธิบัตรให้ขึ้นนั้นเป็นการก่อให้เกิดการละเมิดกฎหมาย และการทำข้อตกลงที่มีลักษณะของการก่อให้เกิดความเสียหายทางการค้าตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของบราซิล และในการทำสัญญาที่เกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยีนั้นยังต้องเป็นไปตามข้อบังคับภายใต้สนธิสัญญากฎหมายสิทธิบัตร (Regulations under the Patent Law Treaty) ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อ วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2549¹⁴⁴ อีกด้วย

โดยที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศบราซิลได้กำหนดการกระทำดังต่อไปนี้เป็นการกระทำที่มีขอบ

1. ทำให้ฐานะในตลาดภายในประเทศเปลี่ยนแปลงทั้งหมดหรือบางส่วน โดยการจำกัดการแข่งขันด้วยวิธีดังต่อไปนี้

1.1 ทำข้อตกลงร่วมกันระหว่างบริษัทหรือระหว่างผู้ประกอบการที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับบริษัทหรือมีส่วนได้เสียในธุรกิจนั้น

1.2 ทำการให้ได้มาซึ่งหุ้น ทุนหรือทรัพย์สินของธุรกิจอื่น

1.3 ทำการรวมตัวของสมาคมหรือการรวมกิจการของสองบริษัท

1.4 ทำการรวมหุ้น หลักประกันหรือสิทธิของบริษัทหรือของผู้ประกอบการมากกว่าหนึ่งราย

1.5 ทำการให้ได้มาซึ่งอำนาจควบคุมบริษัทมากกว่าหนึ่งแห่ง

¹⁴⁴ Regulations under the Patent Law Treaty (as in force from January 1, 2006). Retrieved December 24, 2010, from http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/text.jsp?doc_id=141056&file_id=189968

1.6 ทำการยับยั้งการดำเนินกิจการด้วยการกระทำของตนเองหรืออาศัยบุคคลภายนอก

1.7 ทำการกีดขวางหรือสร้างอุปสรรคให้กับธุรกิจอื่น

2. ทำการเพิ่มราคาโดยอาศัยอำนาจการผูกขาดที่มีอยู่ด้วยวัตถุประสงค์ที่จะแสวงหากำไรโดยมิได้เพิ่มปริมาณการผลิต

3. กระตุ้นให้เกิดสภาพการผูกขาดด้วยการแสวงหากำไรโดยมิชอบ เพื่อที่จะทำให้เกิดการเพิ่มราคาชั่วคราวโดย

3.1 ทำลายผลิตภัณฑ์หรือสินค้า จากการกระทำของบริษัทหรือจากบุคคลที่สาม

3.2 ทำการรวมตลาดสินค้าหรือวัตถุดิบ

3.3 ทำการผูกขาดในผลผลิตหรือสินค้า เพื่อที่จะทำให้เกิดสภาวะสินค้าขาดตลาด

3.4 ทำการกระตุ้นให้ระดับราคาสินค้าแปรปรวน เพื่อที่จะทำให้ธุรกิจคู่แข่งหรือผู้ขายวัตถุดิบเสียหาย

4. รูปแบบการควบกิจการเพื่อที่จะทำลายทางเลือกที่อิสระของผู้ซื้อหรือผู้ขาย โดยวิธีดังต่อไปนี้

4.1 ทำการกำหนดราคาให้แตกต่างกัน ในระหว่างผู้ซื้อหรือผู้ขาย

4.2 ทำการตกลงร่วมกันเพื่อขายสินค้าที่บังคับให้ผู้ซื้อต้องซื้อสินค้าเพิ่มอีกชนิดหนึ่งหรือให้ใช้บริการเป็นการเฉพาะ หรือทำการตกลงร่วมกันในการให้บริการที่จะต้องซื้อสินค้าเป็นการเฉพาะ

5. การทำสัญญาที่สร้างผลในการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม โดยวิธีดังต่อไปนี้

5.1 ทำการเรียกร้อยสิทธิพิเศษอื่นใดในการโฆษณา

5.2 ทำข้อตกลงเกี่ยวกับราคาหรือทำความตกลงกำหนดราคาล่วงหน้าและยินยอมให้ใช้ราคาที่ได้กำหนดไว้นั้น

ในส่วนของการควบคุมการทำสัญญาอนุญาตตามกฎหมายสิทธิบัตรนั้น กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศบราซิลมีเพียงแต่กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการขอรับสิทธิบัตรแต่เพียงอย่างเดียว โดยที่มิได้มีการกำหนดมาตรการควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิไว้ ดังนั้น มาตรการในการควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิจึงต้องพิจารณาตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดเป็นสำคัญ¹⁴⁵

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรของประเทศ บราซิล จำเป็นต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายป้องกันการ

¹⁴⁵ ประสงค์ แจ่มสุทธีรวรรณ, สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรกับปัญหาการผูกขาดทางการค้า, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทศาสตรมหาบัณฑิต, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), 67-69.

ผูกขาดการค้า และแนวปฏิบัติต่าง ๆ ที่ได้ออกมามีผลบังคับใช้ ซึ่งเป็นกฎหมายและมาตรการที่
คอยควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรนั้นอยู่ในกรอบของกฎหมาย มิเช่นนั้น
แล้วอาจจะทำให้สัญญาหรือข้อสัญญาที่ได้ทำกันนั้นขัดต่อกฎหมายและบังคับใช้ไม่ได้



บทที่ 5

ศึกษาวิเคราะห์สภาพปัญหาการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิต่อผู้ได้รับอนุญาต ให้ใช้สิทธิของประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

ประเทศไทยมีกฎหมายสิทธิบัตรฉบับแรกในปี พ.ศ. 2522 เรียกว่า “พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พุทธศักราช 2522” ซึ่งกฎหมายสิทธิบัตรฉบับดังกล่าวมิได้มีบทบัญญัติในการให้ความคุ้มครองผลิตภัณฑ์ยา มีเพียงแต่ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองเฉพาะกรรมวิธีในกระบวนการผลิตยาเท่านั้น และได้กำหนดอายุการคุ้มครองเพียง 15 ปี นับแต่วันยื่นคำขอรับสิทธิบัตร ต่อมาในปี พ.ศ. 2528 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เรียกร้องให้ไทยคุ้มครองสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ยาและขยายอายุการคุ้มครองจาก 15 ปี เป็น 20 ปี เพื่อแลกเปลี่ยนกับการได้สิทธิพิเศษทางด้านภาษีศุลกากรเป็นการทั่วไป (Generalized System of Preference: GSP) เป็นการตอบแทน ซึ่งประเทศไทยเองก็ได้ยอมรับข้อตกลงดังกล่าว จึงเป็นเหตุให้ต้องมีการแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรในปี พ.ศ. 2534 และได้มีการประกาศใช้กฎหมายสิทธิบัตรอีกครั้ง เรียกว่า “พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2535” ซึ่งได้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติอันเกี่ยวกับมาตรการสำหรับสิทธิบัตรยา ตั้งแต่มาตรา 55 วรรค 1 มาตรา 55 วรรค 2 โดยให้มีคณะกรรมการสิทธิบัตรยาคอยทำหน้าที่ควบคุมและติดตามการใช้สิทธิบัตรยาและติดตามเปรียบเทียบกับราคายาต้นแบบกับยาสามัญ เป็นต้น หลังจากนั้นองค์การการค้าโลก (WTO) ก็ได้มีการคำนึงถึงมาตรฐานของการให้ความคุ้มครองทางด้านทรัพย์สินทางปัญญา จึงได้มีการร่างข้อตกลงทริปส์ (TRIPS) ขึ้น เพื่อให้เป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการให้ประเทศสมาชิกออกกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาภายในประเทศของตน เป็นเหตุให้ประเทศไทยต้องแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรอีกครั้งหนึ่งในปี พ.ศ. 2542 เพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลง ทริปส์ดังกล่าว จึงได้มีการประกาศใช้ “พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 3) พุทธศักราช 2542”¹⁴⁶ โดยที่พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 นี้ ได้มีการยกเลิก ส่วนที่ 7 มาตรการสำหรับสิทธิบัตรยาของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 จึงทำให้คณะกรรมการสิทธิบัตรยาทำหน้าที่ในการติดตามตรวจสอบสิทธิบัตรยาและราคายาต้องยุติบทบาทลงโดยปริยาย

¹⁴⁶ สิทธิกร นิพนธ์, สิทธิบัตรกับการเข้าถึงยา, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), 131-132.

5.1 วิเคราะห์สภาพปัญหาการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่มีต่อผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิของประเทศไทย

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยได้ให้ความคุ้มครองครอบคลุมถึงตัวผลิตภัณฑ์ยา (final product) เจตนารมณ์ก็เพื่อต้องการให้เกิดแรงจูงใจในการวิจัยและพัฒนายาใหม่ ๆ ออกสู่สังคม และเป็นการพัฒนาความก้าวหน้าของอุตสาหกรรมยาโดยรวมด้วย แต่ผู้เขียนเห็นว่า จากการที่ประเทศไทยได้ให้สิ่งประดิษฐ์เกี่ยวกับยารักษาโรคได้รับความคุ้มครองตาม พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 (จัดตั้งคณะกรรมการสิทธิบัตรยา) และ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 (ยกเลิกคณะกรรมการสิทธิบัตรยา) จนถึงปัจจุบัน ประมาณ 19 ปี อุตสาหกรรมยาของไทยก็ยังมิได้พัฒนาไปไกลกว่าอดีตที่ผ่านมา โดยจะเห็นได้จากปัจจุบันอุตสาหกรรมยาในประเทศไทยนั้นมีเทคโนโลยีในการผลิตที่ไม่ซับซ้อนมากนัก โดยเป็นการผลิตยาสำเร็จรูปที่หมดอายุการคุ้มครองตามสิทธิบัตรแล้วหรือเป็นการผลิตโดยได้รับใบอนุญาตจากเจ้าของผู้คิดค้น ซึ่งโรงงานผลิตในไทยส่วนใหญ่มีความสามารถผลิตเฉพาะในกระบวนการผลิตยาขั้นปลายที่เป็นเพียงการพัฒนาและคิดค้นสูตรตำรับยา โดยการนำเข้าวัตถุดิบทางยา (ประมาณ 80-90% ของมูลค่าวัตถุดิบที่ต้องการใช้ทั้งหมด) มาทำการผสมหรือเปลี่ยนแปลง (formulation) เป็นยาสามัญสำเร็จรูปหรือที่เรียกกันว่า “Generic drugs” โดยจะมีการผลิตอยู่ในรูปของยาเม็ด ยาน้ำ แคปซูล จีเฟ็ง ผงและครีม เป็นต้น ทำให้ผลิตภัณฑ์ยาที่ไทยผลิตได้ส่วนใหญ่มูลค่าต่อหน่วยต่ำและมีอัตราการทำกำไรต่ำ แม้ถึงว่าจะมีผู้ประกอบการในไทยบางรายสามารถทำการผลิตวัตถุดิบที่เป็นตัวยาสำคัญได้ในปัจจุบันก็ตาม¹⁴⁷

จากการที่กฎหมายสิทธิบัตรของไทยได้ให้ความคุ้มครองถึงตัวผลิตภัณฑ์ยา (final product) ซึ่งเป็นการดีต่อบริษัทผลิตยาในฐานะผู้ทรงสิทธิบัตรที่จะได้รับสิทธิตามมาตรา 36 วรรค 1 ในการแสวงหาประโยชน์จากยาที่ได้รับสิทธิบัตรนั้นตลอดอายุ 20 ปี ของการคุ้มครอง ช่วยให้เกิดการวิจัยและพัฒนายาใหม่ ๆ ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของการเข้าถึงยา การคุ้มครองสิทธิบัตรเป็นการสร้างบรรยากาศที่ดีสำหรับการคิดค้นยาใหม่ ๆ ทำให้เกิดการต่อยอดและถ่ายทอดเทคโนโลยี ซึ่งช่วยให้สามารถพัฒนาอุตสาหกรรมในประเทศ และเป็นการกระตุ้นให้เกิดการค้าระหว่างประเทศ¹⁴⁸ ก็ตาม แต่ผู้เขียน¹⁴⁹ กลับเห็นว่า จากการที่กฎหมายสิทธิบัตรฉบับปัจจุบันของไทยให้ความคุ้มครองตัวผลิตภัณฑ์ยามากกว่าให้ความคุ้มครองกรรมวิธีในการผลิตยานั้น ทำให้อุตสาหกรรมยาของไทยไม่

¹⁴⁷ สถาบันเทคโนโลยีพระจอมเกล้าพระนครเหนือ, รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาการพัฒนาเทคโนโลยีและกำลังคนเพื่อเข้าสู่อุตสาหกรรมฐานความรู้, (กรุงเทพฯ: สำนักงานเศรษฐกิจและอุตสาหกรรม, 2549), 4-138.

¹⁴⁸ เกษะจิตสถานการณ์, 7 ยุทธศาสตร์ ทางรอดวิกฤตระบบยา, วงการยา, (กรกฎาคม 2552), 19.

¹⁴⁹ เป็นความเห็นของผู้จัดทำวิทยานิพนธ์

สามารถที่จะทำการผลิตยาลอกเลียนแบบยาที่ดัดสิทธิบัตรได้ กล่าวคือ เมื่อมีบุคคลใดทำการผลิตยาลอกเลียนแบบของยาต้นแบบ และได้เกิดเป็นผลิตภัณฑ์ยาที่ใกล้เคียงกับยาต้นแบบ ไม่ว่าจะมีการประกอบตัวยาเดียวกันหรือมีการออกฤทธิ์ของยาในลักษณะที่คล้ายกัน โดยไม่คำนึงถึงว่ากระบวนการหรือกรรมวิธีการผลิตจะเหมือนกันหรือแตกต่างกันหรือไม่ก็ตาม ย่อมถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิบัตรยาทั้งสิ้น¹⁵⁰ ดังนั้นย่อมทำให้อุตสาหกรรมยาของไทยไม่สามารถทำการผลิตยาลอกเลียนแบบใด ๆ ได้เลย จนกว่าอายุการคุ้มครองยาต้นแบบนั้นจะหมดอายุการคุ้มครองลง ด้วยเหตุนี้จึงทำให้อุตสาหกรรมยาสามัญของไทยต้องหยุดชะงักและไม่สามารถที่จะเดินต่อไปได้ ถึงกับว่าอาจจะมียุทธยานาถเล็กบางบริษัทของไทยต้องปิดดำเนินการลงไปโดยปริยาย

โดยที่การผูกขาดตลาดยาของผู้ทรงสิทธิบัตรยา คือการจำหน่ายหรือเพิ่มราคาขายในอัตราที่สูงโดยไม่มีเหตุอันสมควร โดยไม่คำนึงถึงการเข้าถึงยาของประชาชนภายในประเทศ ถึงแม้ว่าในปัจจุบันจะมีสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาคอยทำหน้าที่ในการควบคุมราคาขายที่จะจำหน่ายภายในประเทศก็ตาม แต่ก็หาได้ทำให้ยามีราคาที่ถูกลงไม่ มาตรการหนึ่งที่ได้เคยถูกกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 คือ มาตรการสำหรับสิทธิบัตรยา เริ่มตั้งแต่มาตรา 55 ทวิ-มาตรา 55 สัตต ด้วยการจัดให้มีคณะกรรมการสิทธิบัตรยาทำหน้าที่ในการติดตามและเปรียบเทียบราคาขายต้นแบบกับยาสามัญ ติดตามและตรวจสอบยาที่มีราคาสูงเกินควรหรือขึ้นราคาสูงกว่าอัตราค่าเพิ่มของดัชนีราคาผู้บริโภคโดยไม่มีเหตุอันสมควร และยังคงทำหน้าที่ในการติดตามการใช้สิทธิบัตรยาให้เกิดประโยชน์ภายในประเทศด้วย¹⁵¹ กล่าวคือ หากผู้ทรงสิทธิบัตรยาไม่

¹⁵⁰ ประชาชนธรรม, การเข้าถึงยาของคนไทย...ทำไมใช้ยาแพง, 7 มิ.ย. 2552, สืบค้นเมื่อ 21 มิ.ย. 2552, จาก <http://www.arayachon.org/article/20090607/1347>

¹⁵¹ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 มาตรา 55 จัตวา “คณะกรรมการสิทธิบัตรยามีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) ติดตามและเปรียบเทียบราคาขายที่ได้รับความคุ้มครองตามสิทธิบัตรกับราคาขายที่อยู่ในกลุ่มของการบำบัดรักษาเดียวกันซึ่งไม่ได้รับความคุ้มครองตามสิทธิบัตร

(2) ดำเนินการตามมาตรา 55 เบญจในกรณีที่ไม่มีการขายผลิตภัณฑ์ยาที่ได้รับความคุ้มครองตามสิทธิบัตรดังกล่าว หรือมีการขายผลิตภัณฑ์ยาดังกล่าวในราคาสูงเกินสมควรหรือขึ้นราคาผลิตภัณฑ์ยาดังกล่าวสูงกว่าอัตราค่าเพิ่มของดัชนีราคาผู้บริโภคโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือผลิตภัณฑ์ยาดังกล่าวมีไม่พอสองความต้องการของประชาชนภายในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

(3) เสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับนโยบายด้านสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ยาหรือกรรมวิธีเกี่ยวกับยาหรือสิ่งผสมของยารวมทั้งนโยบายและมาตรการในการส่งเสริมการวิจัยและพัฒนาผลิตภัณฑ์ยาหรือกรรมวิธีเกี่ยวกับยาหรือสิ่งผสมของยา”

ใช้สิทธิบัตรยานั้นให้เกิดประโยชน์ภายในราชอาณาจักรโดยไม่เหตุอันสมควร คณะกรรมการสิทธิบัตรยาที่มีสิทธิแจ้งให้อธิบดีดำเนินการเพิกถอนสิทธิบัตรได้¹⁵²

จะเห็นได้ว่า มาตรการสำหรับสิทธิบัตรยาใน พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 เป็นมาตรการที่จะทำให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีได้อย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ คณะกรรมการสิทธิบัตรยาจักคอยเป็นตัวกระตุ้นให้ผู้ทรงสิทธิบัตรยาต้องทำการใช้สิทธิบัตรยาที่ได้รับการจดทะเบียนนั้นให้เกิดประโยชน์ภายในราชอาณาจักร ย่อมทำให้เกิดการจ้างงานในสายงานการผลิตและการวิจัยและพัฒนาเพิ่มขึ้น ทำให้บุคลากรภายในประเทศได้รับความรู้และประสบการณ์เกี่ยวกับการผลิตยามากยิ่งขึ้น และด้วยมาตรการดังกล่าวยังจะทำให้ราคายาต้นแบบถูกลงอีกด้วย

ถึงกระนั้นก็ตาม ยาต้นแบบบางตัวอาจจะเป็นยาที่ติดตลาด และมีผู้คนนิยมใช้กันเป็นจำนวนมากแล้ว เมื่อสิทธิบัตรยาดังกล่าวใกล้หมดอายุการคุ้มครอง บริษัทยาผู้ทรงสิทธิบัตรของยาต้นแบบนั้นก็จะดำเนินการวิจัยต่อยอดเพื่อพัฒนายาต้นแบบให้มีคุณสมบัติดีขึ้น แล้วนำตัวยาที่ได้พัฒนาขึ้นใหม่นี้มาขอจดทะเบียนสิทธิบัตรยาใหม่ หรือที่เราเรียกว่า “ยาต่อท้าย (me-too drugs) การที่บริษัทยาต้องดำเนินการดังกล่าว ก็เนื่องจากว่า เมื่อสิทธิบัตรหมดอายุลงเมื่อใด บริษัทยาจะต้องเผชิญกับการแข่งขันจากคู่แข่งที่เป็นผู้ผลิตยาสามัญ และขอขายจะต้องตกลงอย่างแน่นอน อนาคตของยาต่อท้าย และการฟ้องร้องบริษัทยาสามัญที่มีศักยภาพในการแข่งขัน จึงเป็นกลยุทธ์ของบริษัทยาที่ใช้กันอย่างแพร่หลาย เพื่อที่ความต้องการจะผูกขาดตลาดยาดังกล่าวต่อไปอีก ตลอดอายุของการคุ้มครองสิทธิบัตรยาดังใหม่นั้น ไม่ว่ายาดังกล่าวจะมีราคาแพงเพียงใด แต่หากเป็นยาที่มีผู้คนจำนวนมากจำเป็นต้องใช้ ผู้คนเหล่านั้นก็ต้องดิ้นรนเพื่อให้ได้มาซึ่งยาดังกล่าว ทั้ง ๆ ที่คุณสมบัติของยาต่อท้ายนั้นเมื่อเทียบกับคุณสมบัติของยาต้นแบบแล้วแทบจะไม่แตกต่างกันเลย¹⁵³ เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วเหตุใดยาต่อท้ายจึงยังคงได้รับสิทธิบัตร ซึ่งจะได้อธิบายดังนี้

¹⁵² พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 มาตรา 55 เบญจ “ในกรณีที่คณะกรรมการสิทธิบัตรยาเห็นว่า ไม่มีการขายผลิตภัณฑ์ยาที่ได้รับคามคุ้มครองตามสิทธิบัตรหรือมีการขายผลิตภัณฑ์ยาดังกล่าวในราคาสูงเกินสมควร หรือขึ้นราคาผลิตภัณฑ์ยาดังกล่าวสูงกว่าอัตราค่าเพิ่มของดัชนีราคาผู้บริโภคไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือผลิตภัณฑ์ยาดังกล่าวมีไม่พอสนองความต้องการของประชาชนภายในราชอาณาจักรโดยไม่เหตุอันสมควร ให้คณะกรรมการสิทธิบัตรยา มีอำนาจดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) แจ้งให้คณะกรรมการกลางกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดพิจารณาดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด

(2) แจ้งให้อธิบดีพิจารณาดำเนินการตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 46 ทวิ”

¹⁵³ วิชัย โชควิวัฒน์, บรรณาธิการ, *กระซอกหน้ากนกยาธุรกิจข้ามชาติ*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: หมอชาวบ้าน, 2549), 78-79.

ยาต่อท้าย เป็นการพัฒนาขึ้นมาจากพื้นฐานของยาต้นแบบตัวเดิม เพียงแต่มีคุณสมบัติที่ดีกว่ายาต้นแบบ เพื่อให้ต้องตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายสิทธิบัตร คือ เป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น จึงจะสามารถนำมาจดทะเบียนขอรับสิทธิบัตรได้ แต่เมื่อทำการเปรียบเทียบคุณสมบัติของยาต่อท้ายกับยาต้นแบบแล้วจะพบว่า ยาต่อท้ายส่วนใหญ่จะมีคุณสมบัติที่ไม่แตกต่างกับยาต้นแบบตัวเดิมเท่าใดนัก แต่ก็ยังได้รับการจดทะเบียน เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะว่า ในการตรวจสอบการประดิษฐ์หรือว่าการตรวจสอบคุณสมบัติของยาต่อท้ายนั้น บริษัทยาผู้เป็นเจ้าของยาต่อท้ายมักจะดำเนินการลดคุณสมบัติของยาต้นแบบหรือเปลี่ยนแปลงคุณสมบัติของยาต้นแบบให้มีลักษณะที่ด้อยกว่ายาต่อท้าย พร้อมทั้งกล่าวอ้างว่า ยาต่อท้ายมีคุณสมบัติที่ดีกว่ายาต้นแบบเดิมเป็นอย่างมาก เพื่อให้คณะกรรมการผู้ตรวจสอบ ไม่ว่าจะเป็นองค์การเภสัชกรรม สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา (อย.) หรือเจ้าหน้าที่ของกรมทรัพย์สินทางปัญญา หรือเจ้าหน้าที่อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเห็นว่า ยาต่อท้ายมีคุณสมบัติเป็นจริงดังที่บริษัทกล่าวอ้าง และกรรมการผู้ตรวจสอบเหล่านั้นก็จะดำเนินการออกสิทธิบัตรคุ้มครองยาต่อท้ายให้ดังกล่าว

เช่นนี้แล้วก็ยังทำให้อุตสาหกรรมยาของประเทศที่รับจดสิทธิบัตรยาต้นแบบและยาต่อท้ายไม่ได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีในตัวยาดังกล่าวแต่อย่างใด มีเพียงรายละเอียดที่ปรากฏอยู่บนเอกสารสิทธิบัตรเท่านั้น ที่บริษัทกล่าวอ้างว่า รายละเอียดที่ได้ระบุสูตรของยาเอาไว้ดังปรากฏอยู่บนเอกสารสิทธิบัตร ถือว่าบริษัทได้ถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่ประเทศที่ให้ความคุ้มครองแล้ว¹⁵⁴ แต่ในสภาพความเป็นจริงรายละเอียดที่ปรากฏอยู่บนเอกสารสิทธิบัตรนั้นหาเป็นการเพียงพอให้เกิดมีการพัฒนาต่อยอดไปได้ หรือหาได้เพียงพอต่อการผลิตยาตัวดังกล่าวเมื่อสิทธิบัตรหมดอายุการคุ้มครองไม่ ส่วนหนึ่งเนื่องจาก ใน 1 ตัวยาที่ผลิตขึ้นนั้น ต้องมีการใช้ระยะเวลาในห้องปฏิบัติการที่นานหลายปี หลังจากนั้นก็ต้องทำการทดลองในสัตว์และคน เพื่อหาประสิทธิภาพและผลข้างเคียงอีกหลายปี รวมระยะเวลาของ 1 ตัวยาที่ใช้ประมาณ 10-15 ปี¹⁵⁵ แต่การที่จะตรวจสอบให้รู้ถึงความไม่สมบูรณ์ของรายละเอียดที่ปรากฏอยู่บนเอกสารสิทธิบัตรที่บริษัทยาได้เปิดเผยในระยะเวลาอันรวดเร็ว นั้น คงจะเป็นไปได้ค่อนข้างยาก ทำให้กว่าจะรู้ถึงความไม่สมบูรณ์ของรายละเอียดบนเอกสารสิทธิบัตรและทำการเพิกถอน ก็แทบจะหมดอายุการคุ้มครองสิทธิบัตรยาตัวดังกล่าวแล้ว และบริษัทยาเองก็ได้ใช้ประโยชน์จากสิทธิบัตรดังกล่าวจนคุ้มค่าแล้ว

¹⁵⁴ นุศราพร เกษสมบูรณ์ และคณะ, ข้อตกลง TRIPS: สิทธิบัตรยาและผลกระทบทางสุขภาพ, (กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข, 2545), 49.

¹⁵⁵ ขาวลือและความจริงของอุตสาหกรรมยา ตอนที่ 4: สิทธิบัตรและการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตร, สืบค้นเมื่อ 9 พ.ค. 2553, จาก <http://www.prema.or.th/knowledge.php?CID=1&Id=8>

อย่างไรก็ตาม กฎหมายสิทธิบัตรของไทยก็ยังได้บัญญัติถึงมาตรการต่าง ๆ ไว้เพื่อให้รัฐได้ใช้เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของชาติ และนำพาสังคมส่วนรวมบรรลุเป้าหมายอรรถประโยชน์สูงสุด คือ มาตรการในการบังคับใช้สิทธิ (compulsory licensing)¹⁵⁶ และมาตรการในการนำเข้าซ้อน (parallel importation)

ผู้เขียนเห็นว่า มาตรการในการนำเข้าซ้อนเป็นมาตรการที่ช่วยให้เจ้าของสินค้าลดอำนาจการผูกขาดตลาดสินค้านั้น ๆ ลง ช่วยให้เกิดการแข่งขันทางด้านราคาในตลาดมากยิ่งขึ้น ทำให้ประชาชนได้เลือกซื้อสินค้าได้หลากหลายและราคาถูกมากยิ่งขึ้น หากถ้านั้นเป็นสินค้าที่มีความจำเป็นในการดำรงชีวิตที่ไม่มีสินค้าใดมาทดแทนได้แล้ว อย่างเช่น ยารักษาโรค การนำเข้าซ้อนจะช่วยให้ประชาชนที่ไม่มีกำลังทรัพย์พอที่จะซื้อยานั้นได้เข้าถึงยามากยิ่งขึ้น แต่ในกระบวนการของการถ่ายทอดเทคโนโลยีนั้น การนำเข้าซ้อนอาจจะมิได้ช่วยให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีมากนัก เนื่องจากการนำเข้าสินค้าสำเร็จรูปแล้วนำมาขายภายในประเทศ ซึ่งมีได้มีการผลิตสินค้าที่จะทำให้บุคลากรภายในประเทศได้รับรู้ถึงกระบวนการในการผลิตสินค้า ถึงแม้ว่าตัวสินค้าหรือผลิตภัณฑ์จะเป็นช่องทางหนึ่งของการถ่ายทอดเทคโนโลยีก็ตาม แต่สำหรับอุตสาหกรรมยาแล้ว ตัวสินค้าหรือผลิตภัณฑ์นั้น มีความสำคัญน้อยมากกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี เนื่องจากยาใหม่ต้องใช้ระยะเวลาที่ยาวนานในการปรุงแต่งและทดลองให้ได้ประสิทธิภาพและประสิทธิผลตามที่ต้องการ จึงทำให้มาตรการในการนำเข้าซ้อนนั้นไม่ค่อยมีความสำคัญเท่าใดนัก ในกระบวนการถ่ายทอดเทคโนโลยี ซึ่งต่างกับมาตรการในการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตร เนื่องจากว่า การบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรนั้น รัฐสามารถที่จะออกใบอนุญาตให้ผู้อื่นผู้ใดในประเทศเป็นผู้ผลิตสินค้านั้น ๆ ก็ได้ ตามรายละเอียดที่ปรากฏอยู่บนเอกสารสิทธิบัตร อันจะทำให้บุคลากรของอุตสาหกรรมการผลิตในประเทศได้รับความรู้ และประสบการณ์เพิ่มมากขึ้น อุตสาหกรรมการผลิตได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีอย่างแท้จริงอีกด้วย เป็นต้น ดังเช่น กรณีของประเทศบราซิล ซึ่งอาจเป็นตัวอย่างที่ดีสำหรับประเทศที่กำลังพัฒนาในการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ อาจกล่าวได้ว่ามาตรการต่าง ๆ ดังกล่าว เป็นมาตรการที่คอยคานอำนาจของผู้ทรงสิทธิบัตร มิให้ผู้ทรงสิทธิบัตรใช้อำนาจของตนเกินเลยไปจนกระทบต่อผลประโยชน์ส่วนรวม

นอกจากนี้แล้วอุตสาหกรรมยาไม่เพียงแต่ปกปิดจุดเริ่มต้นอันเป็นที่มาของยาที่เป็นนวัตกรรมของตน แต่ยังปกปิดความจริงที่ว่ายาเหล่านั้นมีคุณค่าเพียงเล็กน้อยเมื่อเทียบกับภาพลักษณ์ที่แสดงออกมาทั้งหมดของบริษัท บริษัทยายักษ์ใหญ่มักจะอ้างว่าตนเป็น “อุตสาหกรรมที่มีงานวิจัยเป็นพื้นฐาน” แต่แทบจะมิได้เป็นเช่นนั้นเลย คำที่เหมาะสมน่าจะเป็น “อุตสาหกรรมขึ้นทะเบียนทางความคิด ตั้งสูตรตำรับยาและผลิตยา ทดลองทางคลินิก จดสิทธิบัตร และการตลาด”

¹⁵⁶ รายละเอียดได้อธิบายไว้แล้วในบทที่ 2 หน้า 22-23.

กระบวนการทั้งหมดต้องลงทุนสูง แต่ผลิตผลส่วนใหญ่คือ ยาที่สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาใช้คำว่า “มีคุณภาพในการรักษาเช่นเดียวกับยาที่มีอยู่ในท้องตลาดหนึ่งชนิดหรือมากกว่าอยู่แล้ว” หรือที่เรียกว่า ยาต่อท้าย (Me - too drugs) วิธีการทำให้ยาต่อท้ายเข้ามามีอิทธิพลในตลาดเป็นหนึ่งในหลายบทที่สะท้อนความไร้เสถียรภาพของเรื่องราวเกี่ยวกับอุตสาหกรรมยาในปัจจุบัน¹⁵⁷

การที่บริษัทขายยาในราคาแพงและต้องการที่จะผูกขาดตลาดยาดังนั้น ๆ ไว้ให้นานที่สุด โดยอ้างเหตุว่าบริษัทลงทุนในการทำวิจัยและพัฒนาที่สูง และโอกาสที่จะประสบความสำเร็จก็มีสูงด้วยนั้น แท้จริงแล้วเมื่อได้พิจารณาอย่างละเอียดจะพบว่างานวิจัยที่บริษัทยาได้พัฒนาขึ้นมานั้น มาจากผลงานวิจัยในมหาวิทยาลัยเกือบแทบทั้งสิ้น บริษัทยาเพียงแต่นำผลงานวิจัยที่ได้จากมหาวิทยาลัยมาทำการวิจัยและพัฒนาต่อจนออกมาเป็นตัวยา ดังจะเห็นได้จากมหาวิทยาลัยที่มีคณะเภสัชศาสตร์ แพทย์ศาสตร์ วิทยาศาสตร์ชีวภาพ และ/หรือวิทยาศาสตร์เคมี อย่างมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด (Harvard University) มหาวิทยาลัยจอห์นส์ฮอปกินส์ (Johns Hopkins University: JHU) และมหาวิทยาลัยเพนซิลเวเนีย (University of Pennsylvania) เป็นต้น ที่มักจะมีสำนักงานย่อยของบริษัทต่าง ๆ อย่าง ไฟเซอร์ (Pfizer) และเมอร์ค (Merck) ตั้งอยู่ข้าง ๆ คอยตรวจสอบและหางานวิจัยที่มีประโยชน์ส่งให้แก่บริษัทแม่ เพื่อทำการพัฒนาต่อไป¹⁵⁸ จะเห็นได้ว่าบริษัทยาได้ลงทุนทำการวิจัยและพัฒนาทุกขั้นตอนด้วยตนเองเสียทั้งหมด การที่บริษัทขายยาในราคาแพงนั้นก็เพื่อต้องการผลกำไรสูงสุดโดยไม่คำนึงถึงความสามารถในการเข้าถึงยาของประชาชน เป็นการละเลยความสำคัญของสิทธิมนุษยชนโดยตั้งใจเลยทีเดียว

อีกทั้งในปัจจุบันนี้บริษัทผู้ผลิตยาลำดับนำในตลาดโลก เช่น Pfizer, Novartis และ Baxter เริ่มปรับการผลิต การพัฒนา การทดสอบ การตลาด และการบรรจุหีบห่อ เพื่อเพิ่มความได้เปรียบในการแข่งขัน โดยไม่ผลิตสินค้าเองทั้งกระบวนการผลิต แต่จะว่าจ้างผู้ผลิตอื่นดำเนินการแทน (outsourcing) การที่ผู้ผลิตยาลำดับนำเหล่านี้ดำเนินการเปลี่ยนแปลง สาเหตุส่วนหนึ่งเนื่องมาจาก ความสามารถในการทำกำไรต่อหน่วยลดลง จึงจำเป็นต้องหาแหล่งผลิตใหม่ ดังที่สามารรถเห็นได้จากการย้ายฐานการผลิตออกไปยังประเทศอื่นในอาเซียน จะเห็นได้จากในปี พ.ศ. 2538 เทียบกับปี พ.ศ. 2545 มีบริษัทข้ามชาติในไทยลดลงจาก 48 บริษัท เหลือเพียง 38 บริษัท ซึ่งมียาที่ขึ้นทะเบียนทั้งสิ้น 25,000 ตำรับ ส่วนมากจะเป็นยาพื้นฐานที่มีการใช้กันมาก และเป็นยาที่ใช้เทคโนโลยีการผลิตที่ไม่ซับซ้อนมากนัก ซึ่งเหมาะสำหรับอุตสาหกรรมยาของไทยในการผลิต แต่อย่างไรก็ตามแม้ผู้ผลิตยาลำดับนำมีแนวโน้มทำความเข้าใจกับผู้ผลิตอื่นทำการผลิตแทนมากขึ้น แต่ผู้ผลิตยาลำดับนำเหล่านี้ก็ยังรักษากำลังการ

¹⁵⁷ วิชัย โชควิวัฒน์, บรรณาธิการ, *กระชากหน้ากาวยารัฐกิจข้ามชาติ*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: หมอชาวบ้าน, 2549), 72.

¹⁵⁸ เรื่องเดียวกัน. 56-57

ผลิตไว้ส่วนหนึ่ง เพื่อทำการผลิตที่สำคัญที่พัฒนาขึ้นใหม่ และยังไม่พร้อมที่จะกระจายออกไปให้ผู้ผลิตอื่นทำการผลิตแทน ซึ่งแสดงให้เห็นว่าความลับทางการค้า (รายละเอียดของสูตรยาที่ปรากฏในเอกสารสิทธิบัตร) ยังคงเป็นหนึ่งในเป้าหมายของการประกอบการ ควบคู่กับการเพิ่มความได้เปรียบด้านการแข่งขันทางด้านราคา¹⁵⁹

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ในการพัฒนาอุตสาหกรรมยาไทยให้มีเทคโนโลยีที่เจริญก้าวหน้าขึ้น มหาวิทยาลัยในฐานะหน่วยงานของรัฐที่นอกเหนือจากการผลิตบัณฑิตในระดับต่าง ๆ แล้ว ยังต้องทำหน้าที่ในการผลิตเทคโนโลยีที่มีคุณภาพอีกด้วย แต่เทคโนโลยีที่ถูกผลิตโดยมหาวิทยาลัยซึ่งเป็นเจ้าของในทรัพย์สินทางปัญญาในสาขาต่าง ๆ กลับมิได้ถูกนำมาใช้สร้างมูลค่าในเชิงพาณิชย์ เพื่อจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมเท่าที่ควร จึงเห็นสมควรให้มีการนำกฎหมายของสหรัฐอเมริกา เช่น กฎหมาย Bayh-Dole Act และ Trademark Clarification Act of 1984 เป็นกฎหมายที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย Bayh-Dole Act, กฎหมาย Stevenson-Wydler Technology Innovation Act 1980 เป็นกฎหมายที่ออกมาพร้อมกับกฎหมาย Bayh-Dole Act¹⁶⁰ ต่อมาได้มีการออกกฎหมายว่าด้วยการถ่ายทอดเทคโนโลยีของรัฐบาลกลาง (Federal Technology Transfer Act of 1986) เพื่อแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย Stevenson-Wydler Technology Innovation Act 1980, กฎหมายแห่งชาติว่าด้วยการแข่งขันด้านการถ่ายทอดเทคโนโลยี (National Competitiveness Technology Transfer Act of 1989) และกฎหมายแห่งชาติว่าด้วยความก้าวหน้าและการถ่ายทอดเทคโนโลยี (National Technology Transfer and Advancement Act of 1995)¹⁶¹ เป็นต้น มาปรับใช้ให้เกิดประโยชน์ในการบริหารจัดการทรัพย์สินทางปัญญาอย่างมีประสิทธิภาพในระยะยาว โดยส่งเสริมให้มีการจัดตั้งสำนักงานอนุญาตให้ใช้สิทธิในเทคโนโลยีในมหาวิทยาลัยขึ้น ทำหน้าที่ในการควบคุมดูแลเรื่องทรัพย์สินทางปัญญา และอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินทางปัญญา อันจะทำให้มหาวิทยาลัยสามารถเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการอนุญาต (royalty) ได้ เป็นการเพิ่มรายได้ให้กับมหาวิทยาลัยและยังสามารถนำรายได้นั้นมาลงทุนในการวิจัยเพื่อให้ได้เทคโนโลยีใหม่ ๆ ต่อไป

โดยที่ปัจจุบันมหาวิทยาลัยหลายแห่งได้มีการจัดตั้งหน่วยงานขึ้นมาทำหน้าที่ในการบริหารจัดการเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว โดยใช้ชื่อเรียกที่แตกต่างกันออกไป แต่ที่นิยมใช้มากที่สุด คือ

¹⁵⁹ สถาบันเทคโนโลยีพระจอมเกล้าพระนครเหนือ, รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาการพัฒนาเทคโนโลยีและกำลังคนเพื่อเข้าสู่อุตสาหกรรมฐานความรู้, (กรุงเทพฯ: สำนักงานเศรษฐกิจและอุตสาหกรรม, 2549), 2-640 - 2-656.

¹⁶⁰ กริชพกา บุญเรือง, นโยบายและกลยุทธ์ของรัฐในการบริหารจัดการทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อเสริมสร้างขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ (1), Thai IP Corner, 2(1), (มกราคม-เมษายน, 2549), 3.

¹⁶¹ สำนักงานเลขาธิการสภาการศึกษา, รายงานการวิจัย การส่งเสริมทรัพย์สินทางปัญญาในสถาบันการศึกษาของสหรัฐอเมริกา, (กรุงเทพฯ: กระทรวงศึกษาธิการ, 2550), 16-23

หน่วยบ่มเพาะวิสาหกิจ (University Business Incubator: UBI) คอยทำหน้าที่ในการบริหารจัดการ และส่งเสริมการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่าง ๆ ให้เกิดประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ เช่น การอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทใดประเภทหนึ่ง การส่งเสริมการถ่ายทอด เทคโนโลยีจากมหาวิทยาลัยสู่ภาคอุตสาหกรรม เป็นต้น กลับกันยังมีมหาวิทยาลัยอีกหลายแห่งที่ มิได้มีการจัดตั้งหน่วยงานที่คอยทำหน้าที่ในการส่งเสริมทรัพย์สินทางปัญญาในมหาวิทยาลัย อาจ เนื่องมาจากปัญหาต่าง ๆ ¹⁶² ดังนี้

1. ปัญหาเชิงนโยบาย
2. ปัญหาในการดำเนินงาน
 - 1) การสร้างความตระหนักและการให้ความรู้
 - 2) การสร้างสรรค์ทรัพย์สินทางปัญญา
 - 3) การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา
 - 4) การใช้ประโยชน์ทรัพย์สินทางปัญญาในเชิงพาณิชย์

ทั้งนี้ถึงแม้ว่าจะได้มีการจัดตั้งหน่วยงานในการส่งเสริมทรัพย์สินทางปัญญาขึ้นแล้ว แต่ หน่วยงานดังกล่าวยังคงมีปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินงานต่าง ๆ ¹⁶³ ดังนี้

1. ขาดงบประมาณ
2. จำนวนบุคลากรไม่เพียงพอ
3. ความรู้ของบุคลากรไม่เพียงพอ
4. ไม่มียุทธศาสตร์การบริหารจัดการที่ชัดเจน
5. ขาดการสนับสนุนจากฝ่ายบริหารอย่างจริงจัง เป็นต้น

ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาและอุปสรรคดังกล่าวสามารถแก้ไขได้หากรัฐและมหาวิทยาลัย ประสานงานและมีนโยบายร่วมกันที่ชัดเจนในการสนับสนุนทั้งงบประมาณและบุคลากรที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญในด้านทรัพย์สินทางปัญญาให้เพียงพอต่อความต้องการ จะทำให้การส่งเสริม ทรัพย์สินทางปัญญาในมหาวิทยาลัยมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นกว่าเดิมที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

ไทยเป็นประเทศแรกของโลกที่สามารถผลิตยาชื่อสามัญของยาต้านไวรัสเอดส์ที่ชื่อ ซิโดวู ดีน (Zidovudine) หรือ เอแซดที (AZT) ได้ในปี พ.ศ. 2538 ส่วนประเทศอินเดียซึ่งผลิตยาต้านไวรัส เอดส์มากที่สุดในโลกเริ่มผลิตเมื่อปี พ.ศ. 2539 และประเทศบราซิลซึ่งให้การรักษาผู้ป่วยเอดส์อย่าง ทัวถึงเริ่มผลิตยาต้านไวรัสเอดส์เมื่อปี พ.ศ. 2540 ระหว่างปี พ.ศ. 2538-2544 องค์การเภสัชกรรม

¹⁶² สำนักงานเลขาธิการสภาการศึกษา, รายงานการวิจัย การส่งเสริมทรัพย์สินทางปัญญาในสถาบันการศึกษาของ ประเทศไทย, (กรุงเทพฯ: กระทรวงศึกษาธิการ, 2550), 197.

¹⁶³ เรื่องเดียวกัน, 211.

ผลิตยาต้านไวรัสเอดส์ออกมาหลายรายการ และที่สำคัญก็คือยาต้านไวรัสเอดส์ที่องค์การเภสัชกรรม ผลิตออกมามีราคาถูก แต่ในระยะแรกกลับไม่เป็นที่ยอมรับของแพทย์ที่ทำการรักษาผู้ป่วย (ทั้ง ภาครัฐและเอกชน) จนได้รับความช่วยเหลือและสนับสนุนด้านประชาสัมพันธ์จากองค์การหมอไร้ พรหมแดน (Medecins Sans Frontieres: MSF) สื่อมวลชนทุกแขนงทั้งในและต่างประเทศ ทำให้ยา ต้านไวรัสเอดส์ที่ผลิตโดยองค์การเภสัชกรรมเป็นที่ยอมรับมากขึ้น¹⁶⁴

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า แพทย์ผู้สั่งจ่ายยาก็เป็นตัวจักรสำคัญของอุตสาหกรรมยาเช่นเดียวกัน การที่แพทย์ไม่ยอมรับยาดังกล่าวไม่ว่าเพราะเหตุผลใด ๆ ก็ตามนั้น มิได้จะทำให้ผู้ป่วยต้อง จ่ายค่ายารักษาโรคแพงแล้ว ยังจะทำให้เทคโนโลยีทางด้านอุตสาหกรรมยาที่ประเทศไทยได้สร้าง ขึ้นเองนั้นหมดความน่าเชื่อถือ หรือหมดความหมายลงไปทันที ผลที่ตามมาคือ ผู้ป่วยต้องจ่ายค่ายา รักษาโรคแพงเกินความจำเป็น และสุดท้ายก็จะทำให้อุตสาหกรรมยาของไทยอยู่ไม่ได้ เพราะผลิตยา ออกมาแล้วกลับไม่มีคนใช้ ในทางกลับกัน หากแพทย์ผู้ทำการรักษาสั่งจ่ายยาสามัญหรือยาที่ สามารถผลิตขึ้นได้เองภายในประเทศที่มีราคาถูก ก็จะเป็นการกระตุ้นหรือสนับสนุนให้ อุตสาหกรรมยาของไทยกล้าลงทุนทำการวิจัยค้นคว้ายาสูตรใหม่ ๆ ต่อไปได้ ทั้งยังจะเป็นการ ส่งเสริมการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีใหม่ ๆ ควบคู่กันไปอีกด้วย

นอกเหนือจากมาตรการการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรอันจะทำให้ได้มาซึ่งเทคโนโลยี ดังกล่าวแล้ว การถ่ายทอดเทคโนโลยีโดยการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิก็เป็นทางหนึ่งที่จะได้มา ซึ่งเทคโนโลยีเช่นเดียวกัน โดยผู้ทรงสิทธิบัตรอาจจะอนุญาตให้บุคคลใดใช้สิทธิของตนได้ด้วยการ ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ¹⁶⁵ จึงเป็นกรณีที่ผู้ทรงสิทธิบัตรสมัครใจยินยอมให้มีการใช้สิทธิของตน ซึ่งมีความแตกต่างจากกรณีของการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตร โดยที่ผู้ทรงสิทธิบัตรไม่จำต้อง ยินยอมเสมอไป

5.2 ลักษณะของข้อสัญญาที่มีเงื่อนไขในการอนุญาตให้ใช้สิทธิ

ผู้ทรงสิทธิบัตรสามารถทำสัญญาอนุญาตให้ผู้รับอนุญาต ใช้สิทธิของผู้ทรงได้ตามที่ได้ กำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในปัจจุบันมีลักษณะที่หลากหลายแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับผู้ทรงสิทธิบัตรและผู้รับอนุญาตจะตกลงทำสัญญาต่อกัน แต่ที่นิยมและเป็นที่ยอมรับกัน โดยทั่วไป คือ¹⁶⁶

¹⁶⁴ คมสันนัท สุขอั้งจะสกุล, ภกญ.ดร.ภญญา ไกรสินธุ์: ชีวิตทุกคนมีค่าเท่ากัน, *หมอชาวบ้าน*, 31(365), (2552), 85.

¹⁶⁵ พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 38.

¹⁶⁶ รายละเอียดได้อธิบายไว้แล้วในบทที่ 3 หน้า 60-61.

1. สัญญานุญาตให้ใช้สิทธิแบบเด็ดขาด (exclusive license)
2. สัญญานุญาตให้ใช้สิทธิแบบไม่เด็ดขาด (on-exclusive license) และ
3. สัญญานุญาตให้ใช้สิทธิแบบกึ่งเด็ดขาด (sole license)

ในสัญญานุญาตให้ใช้สิทธิทั้ง 3 ประเภะนั้น ผู้ทรงสิทธิบัตรจะตกลงกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขไว้เป็นข้อสัญญาให้ผู้รับอนุญาตต้องปฏิบัติตามเพียงไรก็ได้ แต่ข้อสัญญาที่ผู้ทรงสิทธิบัตรและผู้รับอนุญาตได้ทำลงไปนั้น ต้องไม่เป็นข้อตกลงหรือข้อสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ ตลอดจนทั้งมาตรา 40.2 ของความตกลงทริปส์ยังได้บัญญัติถึง การใช้สิทธิโดยไม่ชอบของผู้ทรงสิทธิในการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensing) และการให้ใช้สิทธิส่วนใหญ่จะอยู่ในรูปของสัญญานุญาต ทำให้ผู้ทรงสิทธิใช้สิทธิโดยมิชอบได้โดยง่าย ซึ่งมักเห็นได้จากผู้ทรงสิทธิมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่า และใช้อำนาจต่อรองนั้นใส่ข้อสัญญาหรือเงื่อนไขที่จำกัดสิทธิผู้ขออนุญาตในสัญญาให้มากที่สุดหรือเข้มงวดที่สุด¹⁶⁷ ซึ่งข้อสัญญาที่จะได้กล่าวต่อไปนี้เป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการเอาเปรียบผู้ได้รับอนุญาตเป็นอย่างมาก เช่น

5.2.1 ข้อสัญญาถ่ายทอดกลับ (grant-back clause)

เป็นข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้รับอนุญาตที่ได้ทำการพัฒนาเทคโนโลยีหรือสิ่งประดิษฐ์ขึ้นใหม่ในอนาคต ต้องโอนสิทธิในเทคโนโลยีหรือสิ่งประดิษฐ์ใหม่นั้นให้แก่ผู้อนุญาตโดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทนใด ๆ ทำให้ผู้อนุญาตที่มีได้ลงทุนลงแรงแต่อย่างใดในการพัฒนาได้รับและได้ใช้ประโยชน์ในเทคโนโลยีหรือสิ่งประดิษฐ์ใหม่นั้นด้วย โดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทนใด ๆ เลย เมื่อได้พิจารณาแล้วพบว่า เทคโนโลยีหรือสิ่งประดิษฐ์ที่ผู้อนุญาตได้พัฒนาขึ้นนั้นก็มาจากพื้นฐานของเทคโนโลยีหรือสิ่งประดิษฐ์ที่มีอยู่เดิมโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายใด ๆ เช่นกัน การที่ผู้ได้รับอนุญาตต้องถ่ายทอดกลับนั้นย่อมจะทำให้ผู้ได้รับอนุญาตขาดแรงจูงใจในการพัฒนาเทคโนโลยีหรือสิ่งประดิษฐ์ขึ้นใหม่หรือดัดแปลงให้เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมภายในประเทศ ซึ่งข้อสัญญาถ่ายทอดกลับนี้ถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่เอาเปรียบผู้ได้รับอนุญาตอย่างมาก¹⁶⁸ ซึ่งประเทศเยอรมันถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ขัดต่อกฎหมาย เช่นเดียวกับประเทศไทยที่ได้บัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญาถ่ายทอดกลับไว้ในกฎกระทรวงฉบับที่ 25 (พ.ศ. 2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ข้อ 4 ว่า ในกรณีที่เงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนใดมีลักษณะดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม “(3) กำหนดให้ผู้รับ

¹⁶⁷ ศักดา ธนิตกุล, ความตกลง TRIPS กับการบังคับใช้สิทธิเหนือยารักษาโรคของไทย, วารสารกฎหมาย, 27(1), (2551), 74.

¹⁶⁸ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 355-356.

อนุญาตเปิดเผยการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ ซึ่งผู้รับอนุญาตได้ปรับปรุงให้ดีขึ้น หรือยอมให้ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรหาประโยชน์จากการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ดังกล่าวแต่เพียงผู้เดียว โดยไม่ได้กำหนดค่าตอบแทนที่เหมาะสมในการหาประโยชน์นั้นแก่ผู้รับอนุญาต”

5.2.2 ข้อสัญญาจำกัดการส่งออก (export restrictions)

เป็นข้อสัญญาที่กำหนดห้ามมิให้ผู้ได้รับอนุญาตส่งออกสินค้าไปขายยังต่างประเทศอย่างเด็ดขาดหรือส่งออกสินค้าไปขายยังต่างประเทศได้บ้างตามที่ได้ระบุไว้ในสัญญาอนุญาตเท่านั้น หรือส่งออกจำหน่ายยังต่างประเทศได้ตามที่ผู้ทรงสิทธิบัตรอนุญาตเท่านั้น¹⁶⁹ ข้อสัญญานี้ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่จำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมแก่ผู้ได้รับอนุญาตเป็นอย่างมาก เนื่องจากการจำกัดบริเวณการจำหน่ายสินค้าและจำกัดการผลิตสินค้าไปโดยปริยาย ทำให้ผู้ได้รับอนุญาตมิได้กำไรจากการจำหน่ายสินค้าเท่าที่ควร ซึ่งประเทศญี่ปุ่น และบราซิล ต่างถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายสิทธิบัตรและกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เช่นเดียวกับประเทศไทยที่ได้บัญญัติลักษณะของข้อสัญญาจำกัดการส่งออกไว้ในกฎกระทรวงฉบับที่ 25 (พ.ศ. 2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ข้อ 3 วรรคสองว่า ในกรณีที่ปรากฏว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามอนุสิทธิบัตรมีเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ให้พิจารณาว่าเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนมีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม “(7) กำหนดห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตส่งผลิตภัณฑ์ที่ผลิตได้ออกไปขายหรือจำหน่ายในประเทศอื่น หรือกำหนดให้ผู้รับอนุญาตต้องได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตร แล้วแต่กรณี ก่อนส่งผลิตภัณฑ์ที่ผลิตได้ออกไปขายหรือจำหน่ายในประเทศอื่น เว้นแต่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรจะเป็นผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรในประเทศดังกล่าว และได้อนุญาตให้บุคคลอื่นเป็นผู้มีสิทธิขายหรือจำหน่ายผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรแต่ผู้เดียวในประเทศนั้น ก่อนที่จะได้ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรกับผู้รับอนุญาต”

5.2.3 ข้อสัญญาห้ามโต้เถียง (no-challenge clause)

เป็นข้อสัญญาที่กำหนดมิให้ผู้ได้รับอนุญาตโต้เถียงความไม่สมบูรณ์ของเทคโนโลยีหรือสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรที่ตนได้รับตามสัญญาอนุญาต ข้อสัญญาห้ามโต้เถียงนี้ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่เอาเปรียบผู้ได้รับอนุญาตอย่างมาก เพราะถ้าหากเทคโนโลยีหรือสิ่งประดิษฐ์ที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา ใช้การไม่ได้เพราะเหตุของความไม่สมบูรณ์ของรายละเอียดที่ปรากฏบนเอกสาร

¹⁶⁹ จักรกฤษณ์ วรรณพจน์, สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 357-358.

สิทธิบัตรแล้ว ย่อมจะทำให้ผู้ได้รับอนุญาตไม่สามารถโต้แย้งใด ๆ ได้เลย¹⁷⁰ ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ต้องห้าม เช่นเดียวกับประเทศไทยที่ได้บัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญาห้ามโต้แย้งนี้ไว้ในกฎกระทรวงฉบับที่ 25 (พ.ศ. 2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ข้อ 4 ว่า ในกรณีที่เงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนใดมีลักษณะดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม “(2) กำหนดห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตกล่าวอ้างหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ว่าสิทธิบัตรของผู้ทรงสิทธิบัตรนั้นไม่สมบูรณ์ตามมาตรา 54 หรือมาตรา 64 หรืออนุสิทธิบัตรของผู้ทรงอนุสิทธิบัตรนั้นไม่สมบูรณ์ตามมาตรา 65 นว หรือมาตรา 77 วรรค

5.2.4 ข้อสัญญากำหนดราคาสินค้า (price clause)

เป็นข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตต้องจำหน่ายสินค้าภายใต้ราคาที่สูงกว่าราคาที่เป็นผู้กำหนด ทำให้ผู้ได้รับอนุญาตไม่สามารถขายสินค้าในราคาที่เหมาะสมกับต้นทุนการผลิตและท้องตลาดได้ แต่ข้อดีของการกำหนดราคาสินค้าโดยผู้อนุญาตคือ ป้องกันมิให้มีการแข่งขันทางด้านราคาจากสินค้าของผู้ได้รับอนุญาต¹⁷¹ ซึ่งประเทศเยอรมัน และญี่ปุ่นต่างถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ต้องห้ามตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เช่นเดียวกับประเทศไทยที่ได้บัญญัติลักษณะของข้อสัญญากำหนดราคาสินค้านี้ไว้ในกฎกระทรวงฉบับที่ 25 (พ.ศ. 2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ข้อ 3 วรรคสองว่า ในกรณีที่ปรากฏว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามอนุสิทธิบัตรมีเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ให้พิจารณาว่าเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนมีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม “(10) กำหนดให้ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรมีอำนาจในการกำหนดราคาขายหรือจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่ผลิตนั้น”

5.2.5 ข้อสัญญาการชำระค่าตอบแทน (royalty payment)

เป็นข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้อนุญาต ในระยะเวลาที่ยาวนานเกินไปหรือสูงเกินไปเมื่อเทียบกับเทคโนโลยีหรือสิ่งประดิษฐ์ที่ได้รับมา ในบางครั้งค่าตอบแทนดังกล่าวก็กำหนดไว้จนเกินอายุการคุ้มครองของสิทธิบัตรเลขที่เดียว เป็นการจ่าย

¹⁷⁰ อำนาจ วงศ์บัณฑิต, การถ่ายทอดเทคโนโลยีที่อาเปรียบประเทศกำลังพัฒนา, สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2553, จาก <http://www.lawthai.org/read/archanamart01.doc>

¹⁷¹ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 361-362.

คำตอบแทนหลังจากสิทธิบัตรสิ้นอายุลง¹⁷² ข้อสัญญาการจ่ายคำตอบแทนนี้ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอีกข้อหนึ่ง ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่นต่างถือว่าเป็นสัญญาที่ต้องห้ามตามกฎหมายอีกข้อหนึ่ง เช่นเดียวกับประเทศไทยที่ได้บัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญาการชำระคำตอบแทนไว้ในกฎกระทรวงฉบับที่ 25 (พ.ศ. 2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ข้อ 4 ว่า ในกรณีที่เงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือคำตอบแทนใดมีลักษณะดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือคำตอบแทนในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม “(4) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรชำระคำตอบแทนสำหรับการใช้การประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรหลังจากสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรนั้นสิ้นอายุ”

5.2.6 ข้อสัญญาผูกมัด (tying clause)

เป็นข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตทำการซื้อสินค้าอื่นจากผู้อนุญาตหรือให้ผู้ได้รับอนุญาตซื้อสินค้าที่เป็นวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้าหรือเครื่องจักรต่าง ๆ จากผู้อนุญาตแต่เพียงผู้เดียว ทำให้ผู้อนุญาตสามารถที่จะขายพ่วงสินค้าในราคาที่สูงแก่ผู้ได้รับอนุญาต เพื่อที่จะให้ตนได้กำไรสูงสุดเท่าที่จะทำได้ ทำให้ผู้ได้รับอนุญาตต้องแบกรับค่าใช้จ่ายจากการซื้อสินค้าที่ขายพ่วงมานั้นในราคาที่แพงกว่าท้องตลาด ทั้ง ๆ ที่สามารถหาซื้อสินค้าอย่างเดียวกันในท้องตลาดได้ในราคาที่ต่ำกว่า ข้อสัญญาผูกมัดนี้ถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ผู้อนุญาตแสวงหาประโยชน์จากสิทธิบัตรโดยไม่เป็นธรรม¹⁷³ ซึ่งประเทศญี่ปุ่น เยอรมัน และสหรัฐอเมริกาต่างถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เช่นเดียวกับประเทศไทยที่ได้บัญญัติลักษณะของข้อสัญญาผูกมัดไว้ในกฎกระทรวงฉบับที่ 25 (พ.ศ. 2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ข้อ 3 วรรคสองว่า ในกรณีที่ปรากฏว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามอนุสิทธิบัตรมีเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือคำตอบแทนอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ให้พิจารณาว่าเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือคำตอบแทนมีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม “(1) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตจัดหาวัสดุเพื่อใช้ในการผลิตทั้งหมดหรือบางส่วนจากผู้ทรงสิทธิบัตร ผู้ทรงอนุสิทธิบัตร หรือจากผู้นำเข้าที่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรแล้วแต่กรณี กำหนดหรืออนุญาต ไม่ว่าวัสดุที่ใช้ในการผลิตนั้นจะมีคำตอบแทนหรือไม่ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าจำเป็นต้องกำหนดเช่นนั้นเพื่อให้ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นได้ผลตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร

¹⁷² George Sipa-Adjah Yankey, *International patents and technology transfer to less developed countries; The case of Ghana and Nigeria*, (England: Gower Publishing, 1978), 37.

¹⁷³ อำนาจ วงศ์บัณฑิต, การถ่ายทอดเทคโนโลยีที่อาเปรียบประเทศกำลังพัฒนา, สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2553, จาก <http://www.lawthai.org/read/archanamart01.doc>

หรือเป็นวัสดุที่ไม่สามารถหาได้จากแหล่งอื่นใดในราชอาณาจักร และค่าตอบแทนคำนวณแล้วต้องไม่สูงกว่าราคาวัสดุที่มีคุณภาพเท่าเทียมกันที่สามารถจัดหาจากผู้อื่นได้ และ (2) กำหนดให้ห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตจัดหาวัสดุเพื่อใช้ในการผลิตทั้งหมดหรือบางส่วนจากผู้จำหน่ายที่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตร แล้วแต่กรณี กำหนด เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าถ้าไม่กำหนดเช่นนั้นจะเป็นเหตุให้ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นไม่ได้ผลตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร หรือเป็นวัสดุที่ไม่สามารถหาได้จากแหล่งอื่นใดในราชอาณาจักร”

นอกจากข้อสัญญาดังได้กล่าวมาแล้วยังมีข้อสัญญาที่ต้องห้ามตามกฎหมายอีกมากมาย เช่น ข้อสัญญาควบคุมคุณภาพสินค้า ข้อสัญญาจำกัดการผลิต เป็นต้น

จากข้อสัญญาดังกล่าว ทำให้หน่วยงานของสหรัฐอเมริกาโดยสำนักงานต่อต้านการแข่งขัน (Antitrust Division) และคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (The Fair Trade Commission) ได้ออกแนวปฏิบัติ (guidelines) เพื่อสร้างความชัดเจนแก่ผู้เกี่ยวข้องในสัญญาว่า ข้อสัญญาหรือเงื่อนไขจำกัดสิทธิที่มีลักษณะเช่นใดที่หน่วยงานทั้งสองเห็นว่าเป็นข้อสัญญาหรือเงื่อนไขจำกัดสิทธิที่อาจฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาด ซึ่งแสดงให้เห็นว่า สำนักงานต่อต้านการแข่งขันและคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาต้องการควบคุมการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิอย่างเข้มงวด ส่วนแนวปฏิบัติฉบับปัจจุบัน (1995) ซึ่งเรียกว่า “Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property” แสดงให้เห็นถึงทัศนคติที่เปลี่ยนแปลงไปของสำนักงานต่อต้านการแข่งขันและคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า โดยมีการควบคุมดูแลการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิยืดหยุ่นมากยิ่งขึ้น

ประเทศญี่ปุ่นได้มีการออกแนวปฏิบัติเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของญี่ปุ่น (The Japanese Fair Trade Commission: JFTC) ได้ออกแนวปฏิบัติมาแล้วหลายฉบับ และฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบันมีชื่อเรียกว่า “Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act, 2007” เพื่อแสดงความชัดเจนเกี่ยวกับการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิว่าข้อสัญญาใดจะมีลักษณะขัดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าหรือไม่ ทำให้ปัจจุบันการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิของญี่ปุ่นมีความเข้มงวดและชัดเจนมากยิ่งขึ้น

ประเทศเยอรมันนั้น นอกเหนือจากกฎหมายสิทธิบัตรและกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่มีอยู่ภายในประเทศแล้ว การทำสัญญาอนุญาตยังต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของสหภาพยุโรปด้วย คือ Commission Regulation (EC) No. 772/2004 ออกโดยคณะกรรมการยุโรป (ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ใน

การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป) ตามบทบัญญัติของ Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements¹⁷⁴

ประเทศบราซิล นอกเหนือจากกฎหมายสิทธิบัตรและกฎหมายป้องกันการผูกขาดแล้ว การทำสัญญาหรือข้อตกลงที่เกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยียังต้องเป็นไปตามข้อบังคับภายใต้สนธิสัญญากฎหมายสิทธิบัตร (Regulations under the Patent Law Treaty) อีกด้วย

และประเทศอินเดีย การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในอนุญัตินั้นอยู่ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรและกฎหมายการแข่งขันทางการค้าดังที่ได้กล่าวมา

ประเทศไทยได้มีการออกแนวปฏิบัติอย่างเช่นประเทศที่พัฒนาแล้วดังกล่าว มีเพียงแต่กฎหมายสิทธิบัตร¹⁷⁵ กฎกระทรวงฉบับที่ 25 (พ.ศ. 2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 และกฎหมายการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ยึดเป็นแนวทางหลักในการควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรยา มิให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผูกขาดทางการค้าหรือเอาเปรียบคู่สัญญาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งกฎกระทรวงฉบับดังกล่าวมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

“อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 4 มาตรา 41 วรรคหนึ่ง มาตรา 42 และมาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 และมาตรา 39 (1) วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 และมาตรา 65 ทศ แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ออกกฎกระทรวงไว้ดังต่อไปนี้

ข้อ 1 ให้ยกเลิกกฎกระทรวง ฉบับที่ 15 (พ.ศ. 2535) ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522

ข้อ 2 ในกฎกระทรวงนี้

“สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตร” หมายความว่า ความตกลงที่ผู้ทรงสิทธิบัตรอนุญาตตามมาตรา 38 หรือมาตรา 65 ประกอบด้วยมาตรา 38 ให้ผู้รับอนุญาตใช้สิทธิตามมาตรา 36 และมาตรา 37 หรือมาตรา 65 ประกอบด้วยมาตรา 37 แล้วแต่กรณีโดยมีกำหนดเวลา ทั้งนี้ ไม่ว่าจะมีค่าตอบแทนหรือข้อตกลงในเรื่องอื่นใดด้วยหรือไม่ก็ตาม

¹⁷⁴ ศักดา ธนิตกุล, ความตกลง TRIPS กับการบังคับใช้สิทธิเหนือยารักษาโรคของไทย, วารสารกฎหมาย, 27(1), (2551), 70-74.

¹⁷⁵ พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 39 บัญญัติว่า “...(1) ผู้ทรงสิทธิบัตรจะกำหนดเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมไม่ได้... (2) ผู้ทรงสิทธิบัตรจะกำหนดให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรชำระค่าตอบแทนสำหรับการใช้การประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรหลังจากสิทธิบัตรหมดอายุตามมาตรา 35 ไม่ได้...”

“สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามอนุสิทธิบัตร” หมายความว่า ความตกลงที่ผู้ทรงอนุสิทธิบัตร อนุญาตตามมาตรา 65 ทศ ประกอบด้วยมาตรา 38 ให้ผู้รับอนุญาตใช้สิทธิตามมาตรา 65 ประกอบด้วยมาตรา 36 และมาตรา 37 โดยมีกำหนดเวลา ทั้งนี้ ไม่ว่าจะมีค่าตอบแทนหรือข้อตกลงในเรื่องอื่นใดด้วยหรือไม่ก็ตาม

“ผู้รับอนุญาต” หมายความว่า ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตาม สิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร แล้วแต่กรณี

“กฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขัน” หมายความว่า กฎหมายว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดหรือการ ป้องกันการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมในลักษณะเดียวกัน

ข้อ 3 ในการพิจารณาว่าเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนใดมีลักษณะเป็นการจำกัด การแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม ให้พิจารณาสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรือสัญญาอนุญาต ให้ใช้สิทธิตามอนุสิทธิบัตรเป็นรายกรณี โดยพิจารณาวัตถุประสงค์หรือเจตนาของคู่สัญญาว่ามีเจตนา ที่จะก่อให้เกิดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม รวมทั้งผลที่เกิดหรืออาจเกิดขึ้นจากเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ หรือค่าตอบแทนตามกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขัน ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงคำพิพากษาของศาล คำวินิจฉัยของ คณะกรรมการ และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขัน

ในกรณีที่ปรากฏว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ตามอนุสิทธิบัตรมีเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ให้อธิบดี พิจารณาว่าเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนมีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบ ธรรมตามมาตรา 39 (1) มาตรา 65 ประกอบด้วยมาตรา 39 (1) หรือมาตรา 65 ทศ ประกอบด้วย มาตรา 39 (1) แล้วแต่กรณี หรือไม่ ทั้งนี้ โดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่กำหนดในวรรคหนึ่ง

(1) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตจัดหาวัสดุเพื่อใช้ในการผลิตทั้งหมดหรือบางส่วนจากผู้ทรง สิทธิบัตร ผู้ทรงอนุสิทธิบัตร หรือจากผู้นำเข้าที่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรแล้วแต่ กรณีส กำหนดหรืออนุญาต ไม่ว่าวัสดุที่ใช้ในการผลิตนั้นจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ เว้นแต่จะพิสูจน์ ได้ว่าจำเป็นต้องกำหนดเช่นนั้นเพื่อให้ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นได้ผลตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร หรือเป็นวัสดุที่ไม่สามารถหาได้จากแหล่งอื่นใดในราชอาณาจักร และค่าตอบแทนคำนวณแล้วต้อง ไม่สูงกว่าราคาวัสดุที่มีคุณภาพเท่าเทียมกันที่สามารถจัดหาจากผู้อื่นได้

(2) กำหนดให้ห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตจัดหาวัสดุเพื่อใช้ในการผลิตทั้งหมดหรือบางส่วนจาก ผู้นำเข้าที่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตร แล้วแต่กรณี กำหนด เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าถ้าไม่ กำหนดเช่นนั้นจะเป็นเหตุให้ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นไม่ได้ผลตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร หรือเป็น วัสดุที่ไม่สามารถหาได้จากแหล่งอื่นใดในราชอาณาจักร

(3) กำหนดเงื่อนไขหรือจำกัดสิทธิของผู้รับอนุญาตเกี่ยวกับการว่าจ้างบุคคลเพื่อใช้ในการผลิตโดยใช้การประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ที่อนุญาต เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าจำเป็นต้องกำหนดเช่นนั้นเพื่อให้ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นได้ผลตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร

(4) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตขายหรือจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่ผลิตเกินกว่ากึ่งหนึ่งให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตร ผู้ทรงอนุสิทธิบัตร หรือบุคคลที่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรกำหนด

(5) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตมอบอำนาจในการขายหรือจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่ผลิตได้ทั้งหมดหรือบางส่วน ให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตร ผู้ทรงอนุสิทธิบัตร หรือบุคคลที่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรกำหนด

(6) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตจำกัดปริมาณการผลิต การขาย หรือการจำหน่ายผลิตภัณฑ์

(7) กำหนดห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตส่งผลิตภัณฑ์ที่ผลิตได้ออกไปขายหรือจำหน่ายในประเทศอื่น หรือกำหนดให้ผู้รับอนุญาตต้องได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตร แล้วแต่กรณี ก่อนส่งผลิตภัณฑ์ที่ผลิตได้ออกไปขายหรือจำหน่ายในประเทศอื่น เว้นแต่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรจะเป็นผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรในประเทศดังกล่าว และได้อนุญาตให้บุคคลอื่นเป็นผู้มีสิทธิขายหรือจำหน่ายผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรแต่ผู้เดียวในประเทศนั้น ก่อนที่จะได้ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรกับผู้รับอนุญาต

(8) กำหนดเงื่อนไขหรือจำกัดสิทธิของผู้รับอนุญาตเกี่ยวกับการศึกษา ค้นคว้าทดลอง วิจัย หรือพัฒนาการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์

(9) กำหนดเงื่อนไขหรือจำกัดสิทธิของผู้รับอนุญาตในการใช้ประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ของบุคคลอื่น นอกจากการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ที่อนุญาต

(10) กำหนดให้ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรมีอำนาจในการกำหนดราคาขายหรือจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้น

(11) กำหนดยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตร ในกรณีที่มีการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ที่อนุญาตให้ใช้นั้นมีส่วนบกพร่องอันไม่อาจตรวจสอบได้โดยง่าย ในเวลาทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตร หรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามอนุสิทธิบัตร

(12) กำหนดค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรในอัตราที่สูงเกินสมควรหรือในอัตราที่ไม่เป็นธรรมเมื่อเทียบกับอัตราที่กำหนดให้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามอนุสิทธิบัตรที่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรทำกับผู้รับอนุญาตรายอื่น

(13) กำหนดเงื่อนไขที่ขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขัน

ข้อ 4 ในกรณีที่เงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนใดมีลักษณะดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม โดยไม่ต้องอาศัยหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อ 3

(1) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตใช้การประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์อื่นของผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตร โดยเรียกค่าตอบแทนสำหรับการใช้ดังกล่าว เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าจำเป็นต้องกำหนดเช่นนั้นเพื่อให้ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นได้ผลตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรหรือเป็นการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ที่ไม่สามารถหาได้จากแหล่งอื่นใดในราชอาณาจักรและค่าตอบแทนคำนวณแล้วเหมาะสมแก่ประโยชน์ที่ได้รับจากการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ดังกล่าว

(2) กำหนดห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตกล่าวอ้างหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ว่าสิทธิบัตรของผู้ทรงสิทธิบัตรนั้นไม่สมบูรณ์ตามมาตรา 54 หรือมาตรา 64 หรืออนุสิทธิบัตรของผู้ทรงอนุสิทธิบัตรนั้นไม่สมบูรณ์ตามมาตรา 65 นว หรือมาตรา 77 วรรค

(3) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตเปิดเผยการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ ซึ่งผู้รับอนุญาตได้ปรับปรุงให้ดีขึ้น หรือยอมให้ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรหาประโยชน์จากการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ดังกล่าวแต่เพียงผู้เดียว โดยไม่ได้กำหนดค่าตอบแทนที่เหมาะสมในการหาประโยชน์นั้นแก่ผู้รับอนุญาต

(4) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรชำระค่าตอบแทนสำหรับการใช้การประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรหลังจากสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรนั้นสิ้นอายุ

(5) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตกระทำการในเรื่องที่ศาลได้เคยมีคำพิพากษา หรือคณะกรรมการหรือคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันได้เคยมีคำวินิจฉัยว่าเป็นเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม”

ถึงแม้ว่าหลักเกณฑ์ในการอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตร ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร และกฎกระทรวงดังกล่าวจะมีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่ใช้กันอยู่ในประเทศต่าง ๆ ทั่วไป มิใช่หลักเกณฑ์ที่เข้มงวดและขาดความยืดหยุ่นแต่ประการใด ดังจะเห็นได้ว่าผู้ทรงสิทธิบัตรและผู้รับอนุญาตย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในการทำสัญญากำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนในการใช้สิทธิได้อย่างกว้างขวาง¹⁷⁶ ก็ตาม แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ยังมีความแตกต่างจากต่างประเทศดังนี้¹⁷⁷

¹⁷⁶ ยรรยง พวงราช, คำอธิบายกฎหมายสิทธิบัตร, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543), 100.

¹⁷⁷ สักดา ธนิตกุล, ความตกลง TRIPS กับการบังคับใช้สิทธิเหนือยารักษาโรคของไทย, วารสารกฎหมาย, 27(1), (2551), 75.

1. ไม่ครอบคลุมถึงข้อสัญญาจำกัดสิทธิหรือเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาสาขาอื่น ๆ เช่น ความลับทางการค้า เครื่องหมายการค้า เป็นต้น

2. ผลทางกฎหมายของข้อสัญญาจำกัดสิทธิ เงื่อนไขหรือค่าตอบแทนที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมนั้น ตกเป็น โฆษะ ซึ่งแตกต่างกับข้อสัญญาที่ฝ่าฝืนแนวปฏิบัติของต่างประเทศที่จะพิจารณาว่าเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้า

โดยที่สิทธิบัตรยาในปัจจุบันของไทยเป็นสิทธิบัตรประเภทที่มีการพัฒนาทางวิทยาศาสตร์ในระดับก้าวหน้า และด้วยศักยภาพและความสามารถทางเทคโนโลยีของอุตสาหกรรมยาไทย หาได้มีบริษัทไทย หรือแม้แต่องค์การเภสัชกรรมที่มีศักยภาพและความสามารถในการผลิต ที่จะขออนุญาตใช้สิทธิผลิตยาชื่อสามัญโดยอาศัยแต่เพียงสิทธิบัตรอย่างเดียวดังกล่าวคงเกิดขึ้นได้ยาก

ในขณะที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยเฉพาะมาตรา 25¹⁷⁸ ที่บัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดทำการกีดกันหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยไม่ชอบธรรม แต่มีข้อจำกัดที่ว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะวินิจฉัยประเด็นปัญหาการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่ชอบธรรมนั้นได้หรือไม่ เนื่องจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้ามิได้ให้อำนาจไว้ ซึ่งมีความแตกต่างจากมาตรา 21 ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น ที่มีบทบัญญัติให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและศาลยุติธรรมสามารถปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าเข้ากับพฤติกรรมของการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะไม่ชอบธรรมของผู้ทรงสิทธิได้ และถือว่าพฤติกรรมการใช้สิทธิดังกล่าวฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าด้วย

ความแตกต่างของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยอีกประการหนึ่งคือ บทบัญญัติในมาตรา 51 การฝ่าฝืนมาตรา 25, 26, 27, 28 และมาตรา 29 ถือเป็นการกระทำผิดทางอาญา ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของต่างประเทศ ที่การกระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้านั้นมิใช่เป็นความผิดทางอาญา ดังนั้นเมื่อผู้ทรงสิทธิถูกฟ้องร้อง

¹⁷⁸ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 25 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

- (1) กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม
- (2) กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรมให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นลูกค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อหรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น
- (3) ระวัง ลด หรือจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบ การนำเข้าในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำลายหรือทำให้เสียหายซึ่งสินค้าเพื่อลดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด
- (4) แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุอันสมควร”

ย่อมอ้างหลักทั่วไปของกฎหมายอาญาที่ว่า “การกระทำความผิดที่จะถูกลงโทษทางอาญาได้นั้นต้องมีกฎหมายที่บังคับใช้อยู่กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดและผู้กระทำความผิดต้องรับโทษทางอาญา” ซึ่งมาตรา 25 ก็มีได้มีการกำหนดว่าการฝ่าฝืนการกระทำตามที่ได้บัญญัติไว้เป็นความผิดทางอาญาและต้องรับโทษทางอาญาคด้วย¹⁷⁹

อย่างไรก็ตาม การที่จะบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพนั้น ควรที่จะมีกฎหมายให้น้อยและครอบคลุมมากที่สุด และการที่พระราชบัญญัติสิทธิบัตร ได้ให้อำนาจในการออกกฎกระทรวงฉบับที่ 25 (พ.ศ. 2542) ได้นั้น เป็นการออกรายละเอียดในปลีกย่อยเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ซึ่งในบางครั้งผู้ที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาอาจไม่ทราบได้ว่ามีกฎกระทรวงฉบับดังกล่าวบังคับใช้อยู่ จึงทำให้การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรเป็นไปอย่างไม่ถูกต้องต่อกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าสมควรที่จะให้มีแก้ไขพระราชบัญญัติสิทธิบัตร โดยให้มีการแยกหมวดขึ้นมาใหม่อีกต่างหากที่เกี่ยวกับการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตร แล้วนำข้อความในกฎกระทรวง ฉบับที่ 25 (พ.ศ. 2542) เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตร เช่น ข้อสัญญาที่ดี ลักษณะและเงื่อนไขของข้อสัญญาที่ดี บรรจุเข้าไว้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสิทธิบัตร แล้วให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิบัตรฯ ขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรร่วมกับคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ซึ่งจะทำให้มีการใช้สิทธิบัตรฯ ให้เกิดประโยชน์ภายในประเทศและการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรก็จะไม่เป็นการเอาเปรียบฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งด้วย แต่กระนั้นก็ตาม การนำกฎกระทรวงไปรวมไว้กับกฎหมายต้นฉบับหรือกฎหมายที่ได้ให้อำนาจนั้น มีทั้งข้อดีและข้อเสีย เช่น

ข้อดี คือ ทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น คู่สัญญาหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาทราบถึงข้อกำหนดดังกล่าว เป็นต้น

ข้อเสีย คือ เนื่องจาก “พระราชบัญญัติ” คือการออกกฎหมายโดยรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติ จึงทำให้เมื่อถึงกาลเวลาที่จะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้มีความทันสมัยทำได้ยาก และต้องใช้ระยะเวลาที่ยาวนาน เป็นต้น

ดังที่ได้กล่าวมาในบทต่าง ๆ จะเห็นได้ว่าประเทศไทยมีรากฐานที่ดีอยู่แล้วพอสมควรในวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีหลายสาขา เช่น วิทยาศาสตร์ชั้นพื้นฐานทางด้านการแพทย์ วิศวกรรมศาสตร์ เกษตรกรรม เป็นต้น หากแต่ยังมีข้อจำกัดที่สำคัญคือ รากฐานดังกล่าวเป็นรากฐานที่ยังไม่มีความลึกซึ้งหรือก้าวหน้าทัดเทียมกับประเทศอื่น ๆ ที่พัฒนาแล้ว หรือแม้ประเทศที่มีระดับการพัฒนาใกล้เคียงกับประเทศไทยก็ตามอีกหลายประเทศ เป็นรากฐานที่เพียงพอให้มีการปฏิบัติงานใน

¹⁷⁹ สักดา ธนิคกุล, ความตกลง TRIPS กับการบังคับใช้สิทธิเหนือยารักษาโรคของไทย, วารสารกฎหมาย, 27(1), (2551), 70-75.

ลักษณะงานประจำหรืองานที่ลอกเลียนแบบมาจากต่างประเทศเป็นส่วนใหญ่ แต่ไม่เพียงพอที่จะทำให้เกิดการพัฒนางานใหม่ ๆ ขึ้นมาได้ด้วยตนเอง และไม่เพียงพอที่จะทำให้มีระบบการศึกษาที่มีคุณภาพได้ ข้อจำกัดที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่เกี่ยวข้องกันก็คือ จำนวนบุคลากรในสาขาเหล่านี้มีอยู่น้อยเกินไปและมีการผลิตขึ้นมาน้อยเกินไปอีกด้วย ทำให้ไม่ทันกับความต้องการซึ่งเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วตามการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศ แม้บุคลากรสาขาเกษตรกรรมซึ่งมีอยู่บ้าง แต่ก็ยังมีข้อจำกัดในการเข้าถึงวิทยาการใหม่ ๆ ที่กำลังเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว¹⁸⁰

ดังนั้น ข้อเท็จจริงที่ว่า วัตถุประสงค์ของสิทธิบัตรต่าง ๆ ทางด้านเกษตรกรรมนั้นก็คือ ต้องการที่จะหยุดยั้งคู่แข่งที่ขายสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ที่คล้ายคลึงกันหรืออย่างเดียวกันนั่นเอง ซึ่งมีความสอดคล้องกับข้อเท็จจริงในเรื่องของสิทธิบัตรที่ว่า การคุ้มครองสิทธิบัตรอาจมิใช่เพื่อปกป้องงานวิจัยแต่อย่างใด เพียงแต่ต้องการที่จะสนับสนุนการผูกขาดตลาดของตนแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น¹⁸¹ ซึ่งเห็นได้จากปัจจุบันที่มีแนวโน้มใหม่ในการจดสิทธิบัตรของนักวิทยาศาสตร์ที่นับวันจะมีจิตวิญญาณของผู้ประกอบการมากขึ้นทุกที โดยจดสิทธิบัตร “วิธีการ” ที่อาจมีการประยุกต์ใช้ที่เลื่อนรางในตอนจดก็ตามที แต่การจดแบบกว้างเช่นนี้จะทำให้สามารถครอบคลุมผลิตภัณฑ์อื่น ๆ ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไปด้วยโดยปริยาย¹⁸² เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว คำกล่าวที่ว่า “ประเทศกำลังพัฒนาจะไม่ได้รับประโยชน์มากนักจากการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตร การจัดให้มีการคุ้มครองดังกล่าวก็เป็นการเอื้อประโยชน์และคุ้มครองทรัพย์สินให้กับบริษัทต่างชาติของประเทศที่พัฒนาแล้วมากกว่า” ก็คงจะมีความเป็นจริงมากยิ่งขึ้น ดังจะเห็นได้จาก การประกาศสิทธิเหนือสิทธิบัตรยา ในหลาย ๆ ครั้งที่ผ่านมา ซึ่งเป็นเครื่องชี้วัดได้ว่าประเทศไทยได้ประโยชน์จากการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรมาน้อยเพียงใด และจากเจตนารมณ์ของกฎหมายสิทธิบัตรที่ว่า “การจัดให้มีการคุ้มครองสิทธิบัตรก็เพื่อให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากประเทศที่พัฒนาแล้วสู่ประเทศกำลังพัฒนา” ก็คงเป็นเพียงเจตนารมณ์ของกฎหมายในทางทฤษฎีอยู่เช่นนั้น หากเจตนารมณ์ที่มีความหมายอย่างแท้จริงในทางปฏิบัติไม่

แนวทางที่ควรดำเนินการในอนาคตคือ สร้างความแข็งแกร่งในสาขาที่พอมีรากฐานอยู่บ้างแล้วนี้ให้มากยิ่งขึ้น โดยจัดให้มีการศึกษา ค้นคว้า วิจัย ทั้งในด้านการนำมาใช้และในตัววิทยาการเองที่เป็นรากฐานด้วย ในระดับประกาศนียบัตรวิชาชีพและปริญญาตรีนั้น นอกจากจะเพิ่มการผลิต

¹⁸⁰ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี จากอดีตสู่อนาคต, (กรุงเทพฯ: สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, 2543), 61.

¹⁸¹ สมเกียรติ ตั้งนโม, เรียบเรียง, สิทธิบัตรเกี่ยวกับชีวิต *Patents on life: A corner house briefing*, สืบค้นเมื่อ 9 พฤษภาคม 2553, จาก <http://www.midnightuniv.org/miduniv/newpage28.htm>

¹⁸² วีรกร ศรีเศศ, เบาหวานและปัญหาสิทธิบัตร, *มติชนสุดสัปดาห์*, 24(1240), (21 พ.ค. 2547), สืบค้นเมื่อ 9 พฤษภาคม 2553, จาก <http://www.nidambee11.net/ekonomiz/2004q2/article2004may21p5.htm>

ภายในประเทศแล้ว ยังต้องเพิ่มคุณภาพให้เข้าอยู่ระดับมาตรฐานของโลก พร้อมทั้งมีการส่งคนรุ่นใหม่ออกไปศึกษาต่างประเทศตั้งแต่ระดับต้นด้วย เพื่อเพิ่มความหลากหลายของแนวความรู้และเพื่อนำวิทยาการใหม่ ๆ กลับเข้ามาในประเทศ ในระดับสูงกว่าปริญญาตรีก็จะต้องเร่งให้เกิดความสามารถในการผลิตได้เอง โดยเฉพาะการผลิตบัณฑิตปริญญาเอก และระดับการวิจัยหลังปริญญาเอก ควรจะมีการพัฒนาวิชาชีพของนักวิจัยให้สามารถทำงานและเพิ่มพูนประสบการณ์ได้ตลอดชีวิตของการทำงาน ให้มีผลงานที่ต่อเนื่องสัมพันธ์กันจนอยู่ในขั้นที่เป็นเอกจริง ๆ มิให้ต้องหันไปทำงานด้านบริหารเพื่อความก้าวหน้าของตำแหน่งงาน ดังเช่นส่วนมากในปัจจุบัน¹⁸³

ตารางที่ 5.1 เปรียบเทียบการควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิของประเทศไทยและต่างประเทศ

ประเทศ	การควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ
1. สหรัฐอเมริกา	1. อยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า (US Code: Title 15 Commerce and Trade) และแนวปฏิบัติ (Guidelines) การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินทางปัญญา (Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property) กล่าวคือ 2. ห้าม มิให้มีการทำสัญญาใด ๆ การรวมตัวกันในรูปแบบใด ๆ หรือการคบคิดกันเพื่อจำกัดการค้าของผู้ประกอบการในประเทศหรือผู้ประกอบการต่างชาติ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร และเพื่อจำกัดการค้าในพื้นที่ใด ๆ (มาตรา 1 และมาตรา 3) โดยลักษณะที่เป็นการละเมิดกฎหมาย เช่น การกำหนดราคา (price fixing) การกำหนดราคาขายปลีก และการแบ่งตลาด (horizontal market division) เป็นต้น 3. ห้าม มิให้มีการทำสัญญาหรือการทำการค้าขายกับผู้ประกอบการรายใด ๆ ที่มีการบังคับมิให้ทำการค้ากับคู่แข่ง ทำให้เกิดการลดการแข่งขันทางการค้าลงอย่างมากหรืออาจทำให้เกิดการผูกขาดทางการค้าในระดับใด ๆ ภายในประเทศ (มาตรา 14) โดยมีลักษณะที่เป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย เช่น การบังคับซื้อสินค้าเป็นชุด เป็นต้น
2. ญี่ปุ่น	1. อยู่ภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (Antimonopoly Act Concerning Prohibition of Private Monopoly and Maintenance of Fair Trade) และแนวปฏิบัติ (guidelines) สำหรับการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด (Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act, 2007) กล่าวคือ

¹⁸³ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี จากอดีตสู่อนาคต, (กรุงเทพฯ: สำนักงานฯ, 2543), 361-362.

ตารางที่ 5.1 (ต่อ)

ประเทศ	การควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (ต่อ)
2. ญี่ปุ่น (ต่อ)	2. การจำกัดการแข่งขันโดยไม่มีเหตุอันสมควร หมายถึง พฤติกรรมใดๆ ไม่ว่าจะด้วยการทำสัญญา ข้อตกลง หรือวิธีการอื่นๆ ในการร่วมกันจำกัดพฤติกรรมเพื่อที่จะกำหนดราคา รักษาหรือขึ้นราคาสินค้า จำกัดการผลิต การถ่ายทอดเทคโนโลยี และปัจจัยการผลิตหรือลูกค้าอันเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาด (มาตรา 2(6)) 3. ผู้ประกอบการทุกรายจะต้องไม่ใช้กลยุทธ์ทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (มาตรา 19) และกลยุทธ์ทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้นได้แก่ (มาตรา 2(9)) 1) การเลือกปฏิบัติสำหรับผู้ประกอบการรายอื่น 2) การชักจูงหรือกดดันให้ลูกค้าของกลุ่มผู้ประกอบการรวมกับตน 3) การกำหนดราคาซื้อหรือขายที่ไม่เป็นธรรม 4) การกำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกรรมที่เป็นการจำกัดทางเลือกในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่น 5) การใช้อำนาจต่อรองในการประกอบธุรกิจอื่นโดยไม่เป็นธรรม 6) แทรกแซงธุรกิจอื่นเพื่อที่จะให้ผู้ถือหุ้นหรือพนักงานกระทำการในลักษณะที่ขัดต่อผลประโยชน์ของบริษัทนั้น ๆ
3. เยอรมัน	1. อยู่ภายใต้กฎหมายของสหภาพยุโรป คือ Commission Regulation (EC) No. 772/2004 ตามบทบัญญัติของ Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements และกฎหมายป้องกันการผูกขาด (The Act Against Restraint of Competition 1957) กล่าวคือ 2. ข้อตกลงใดที่เกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์จากสิทธิบัตร การออกแบบผลิตภัณฑ์ที่ได้จดทะเบียนแล้วหรือการคุ้มครองสิทธิบัตรพันธุ์พืช จะตกเป็นโมฆะ ถ้าหากได้กำหนดในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิอย่างมีข้อจำกัดนอกเหนือขอบเขตแห่งการใช้สิทธิ เว้นแต่ข้อจำกัดนั้นจะเกี่ยวกับรูปแบบ จำนวน ปริมาณ ขอบเขตหรือกำหนดระยะเวลา จะไม่ถือว่าอยู่นอกขอบเขตแห่งการใช้สิทธิดังกล่าว (มาตรา 20)
4. อินเดีย	1. อยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า (The Competition Act, 2007) กล่าวคือ 2. ข้อสัญญากำหนดให้ผู้รับอนุญาตจัดหาวัสดุ เพื่อใช้ในการผลิตจากผู้ทรงสิทธิบัตรหรือจากผู้จำหน่ายที่ผู้ทรงสิทธิบัตรกำหนดหรืออนุญาต 3. ข้อสัญญาจำกัดปริมาณการส่งออกของผู้ได้รับอนุญาต 4. ข้อสัญญาจำกัดปริมาณการผลิต การขายหรือการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ของผู้ได้รับอนุญาต 5. ข้อสัญญาจำกัดสิทธิของผู้ได้รับอนุญาตเกี่ยวกับการศึกษา ค้นคว้า ทดลอง วิจัย หรือการพัฒนาการประดิษฐ์

ตารางที่ 5.1 (ต่อ)

ประเทศ	การควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (ต่อ)
4. อินเดีย (ต่อ)	6. ข้อสัญญาจำกัดสิทธิของผู้ได้รับอนุญาตในการใช้การประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ของบุคคลอื่น 7. ข้อสัญญาห้ามผู้ได้รับอนุญาตกำหนดราคาขายสินค้า 8. ข้อสัญญาห้ามมิให้ผู้ได้รับอนุญาตกล่าวอ้างหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ว่าสิทธิบัตรของผู้ทรงสิทธิบัตรนั้นไม่สมบูรณ์หรือไม่ถูกต้อง 9. ข้อสัญญาห้ามกำหนดให้การประดิษฐ์ซึ่งผู้ได้รับอนุญาตได้ปรับปรุงให้ดีขึ้น ตกเป็นของผู้อนุญาตโดยไม่ได้รับค่าตอบแทน
5. บราซิล	1. อยู่ภายใต้ข้อบังคับภายใต้สนธิสัญญากฎหมายสิทธิบัตร (Regulations under the Patent Law Treaty) และกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้า (Brazilian Antitrust Law) กล่าวคือ 2. กระตุ้นให้เกิดสภาพการผูกขาดด้วยการแสวงหากำไรโดยมิชอบ เพื่อที่จะทำให้เกิดการเพิ่มราคาชั่วคราวโดย 1) ทำลายผลิตภัณฑ์หรือสินค้า จากการกระทำของบริษัทหรือจากบุคคลที่สาม 2) ทำการรวมตลาดสินค้าหรือวัตถุดิบ 3) ทำการผูกขาดในผลผลิตหรือสินค้า เพื่อที่จะทำให้เกิดสภาวะสินค้าขาดตลาด 4) ทำการกระตุ้นให้ระดับราคาสินค้าแปรปรวน เพื่อที่จะทำให้ธุรกิจคู่แข่งขึ้นหรือผู้ขายวัตถุดิบเสียหาย 3. รูปแบบการควบกิจการเพื่อที่จะทำลายทางเลือกที่อิสระของผู้ซื้อหรือผู้ขาย โดยวิธีดังต่อไปนี้ 1) ทำการกำหนดราคาให้แตกต่างกัน ในระหว่างผู้ซื้อหรือผู้ขาย 2) ทำการตกลงร่วมกันเพื่อขายสินค้าที่บังคับให้ผู้ซื้อต้องซื้อสินค้าเพิ่มอีกชนิดหนึ่งหรือให้ใช้บริการเป็นการเฉพาะ หรือให้บริการที่จะต้องซื้อสินค้าเป็นการเฉพาะ 4. การทำสัญญาที่สร้างผลในการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม โดยวิธีดังต่อไปนี้ 1) ทำการเรียกร้อยสิทธิพิเศษอื่นใดในการโฆษณา 5. ทำข้อตกลงเกี่ยวกับราคาหรือทำความตกลงกำหนดราคาล่วงหน้าและยินยอมให้ใช้ราคาที่ได้กำหนดไว้นั้น
6. ไทย	1. อยู่ภายใต้ พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2542 กฎกระทรวง ฉบับที่ 25 พ.ศ. 2542 และ พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กล่าวคือ 2. ในการพิจารณาว่าเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนใดมีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม ให้พิจารณาสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตร

ตารางที่ 5.1 (ต่อ)

ประเทศ	การควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (ต่อ)
6. ไทย (ต่อ)	เป็นรายกรณี โดยพิจารณาวัตถุประสงค์หรือเจตนาของคู่สัญญาว่ามีเจตนาที่จะก่อให้เกิดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม รวมทั้งผลที่เกิดหรืออาจเกิดขึ้นจากเงื่อนไขข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนตามกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขัน ทั้งนี้ให้คำนึงถึงคำพิพากษาของศาล คำวินิจฉัยของคณะกรรมการ และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขัน (กฎกระทรวงฯ ข้อ 3) 3. ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้ (พ.ร.บ. การแข่งขันฯ มาตรา 25) 1) กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม 2) แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุอันสมควร 3) กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรมให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นลูกค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อหรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น 4) ระบุ บด หรือจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบ การนำเข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำลายหรือทำให้เสียหายซึ่งสินค้าเพื่อลดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

จากตารางที่ 5.1 จะเห็นได้ว่า ในการควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิของทุกประเทศจะบังคับใช้ตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศนั้น ๆ เป็นหลัก นอกเหนือจากกฎหมายดังกล่าวแล้ว ประเทศสหรัฐอเมริกา และญี่ปุ่น ยังได้มีการออกแนวปฏิบัติสำหรับการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อใช้ควบคุมการทำสัญญาอนุญาตอีกทางหนึ่งด้วย ในส่วนของประเทศไทยนั้น ได้มีการออกกฎกระทรวงเพื่อใช้ในการควบคุมการทำสัญญาอนุญาตอีกทางหนึ่ง ควบคู่กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายสิทธิบัตร

5.3 สรุปบทสัมภาษณ์

การนี้ผู้เขียนได้ทำการสัมภาษณ์หน่วยงานและบริษัทที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ได้ข้อมูลที่ครบถ้วนยิ่งขึ้น โดยได้แบ่งการสัมภาษณ์เป็น 3 กลุ่ม คือ

5.3.1 กลุ่มผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตร

5.3.1.1 บริษัท ไฟเซอร์ (ประเทศไทย) จำกัด

5.3.1.2 สมาคมผู้วิจัยและผลิตเภสัชภัณฑ์ (พรีม่า (PReMA))

5.3.2 กลุ่มผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตร

5.3.2.1 องค์การเภสัชกรรม

5.3.2.2 บริษัท เกร็ทเทอร์ฟาร์มา (Greaterpharma) จำกัด

5.3.3 กลุ่มผู้ดูแลการอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตร

5.3.3.1 กรมทรัพย์สินทางปัญญา

จากการสัมภาษณ์สามารถสรุปได้ดังนี้

กลุ่มผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตร เห็นว่า ในการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรยาหรือการทำสัญญาถ่ายทอดเทคโนโลยีด้านการผลิตนั้น เป็นเรื่องที่ยากลำบาก เนื่องจาก ยาที่มีการผลิตและจำหน่ายภายใต้เครื่องหมายการค้า นั้น จะมีการติดตามและตรวจสอบตั้งแต่ต้นซัพพลายเชนแล้วซ้ำอีกเพื่อให้มั่นใจว่ายาจะไม่ทำให้เกิดอันตรายแก่ผู้บริโภค ประกอบกับยาแต่ละชนิดมีกระบวนการผลิตที่แตกต่างกัน ดังนั้นรายละเอียดในเรื่องศักยภาพและความสามารถของผู้ได้รับอนุญาตจึงเป็นสิ่งที่สำคัญ กล่าวคือ ผู้อนุญาตฯ มักจะเลือกผู้รับอนุญาตฯ ที่มีมาตรฐานสากล หลักเกณฑ์วิธีการที่ดีในการผลิตยา (Good Manufacturing Practice: GMP) เพื่อให้เป็นไปตามกระบวนการผลิตและการตรวจสอบคุณภาพตามที่ผู้อนุญาตฯ กำหนด ทำให้ผู้อนุญาตฯ ต้องมีหลักการในการเลือกกำหนดเงื่อนไขข้อสัญญา เช่น ข้อสัญญาควบคุมการผลิต ข้อสัญญาห้ามโต้เถียง และ/หรือข้อสัญญาควบคุมคุณภาพสินค้า เป็นต้น แก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ต้องปฏิบัติตามดังกล่าว

ดังนั้น ในการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรยาจึงเป็นเรื่องระหว่างผู้อนุญาตฯ กับผู้ได้รับอนุญาตฯ ในการกำหนดข้อตกลงต่าง ๆ เพื่อเข้าผูกพันซึ่งกันและกัน สัญญาบางประเภทที่ดูเหมือนเป็นการเอาเปรียบผู้ได้รับอนุญาตฯ แต่เหตุที่เป็นเช่นนั้นเพราะเจตนารมณ์ของผู้รับอนุญาตฯ ที่ตกลงยินยอมเข้าทำสัญญาผูกพัน ย่อมทำให้สัญญานั้นกลายเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ ถูกต้องและบังคับตามสัญญานั้นได้ การที่จะกล่าวอ้างว่าสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งเอาเปรียบผู้ได้รับอนุญาตฯ หรือไม่ นั้น จึงเป็นเรื่องระหว่างคู่สัญญาที่จะยกขึ้นกล่าวอ้างเป็นการเฉพาะในฐานะผู้มีส่วนได้เสียตามสัญญา

กลุ่มผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตร เห็นว่า สัญญาอนุญาตที่ได้จัดทำขึ้นระหว่างผู้อนุญาตฯ และผู้ได้รับอนุญาตฯ ที่มีข้อสัญญาในลักษณะที่มีเงื่อนไขในการถ่ายทอดเทคโนโลยี เช่น ข้อสัญญาจำกัดการส่งออก ข้อสัญญาถ่ายทอดกลับ และ/หรือสัญญาห้ามโต้เถียง เป็นต้น ซึ่งผู้ได้รับ

อนุญาตฯ จำต้องเข้าผูกพันตามสัญญา เนื่องจากผู้อนุญาตฯ มีอำนาจต่อรองที่สูงกว่าจึงมักมีการบรรจข้อยสัญญาที่มีเงื่อนไขดังกล่าวไว้ในสัญญา เพื่อต้องการคงความผูกขาดในเทคโนโลยีการผลิตยาให้ยาวนานที่สุด จึงทำให้ผู้ได้รับอนุญาตฯ ไม่สามารถใช้สิทธิในสัญญาอนุญาตได้อย่างอิสระมากนัก และสำหรับสิทธิบัตรยานั้น การประดิษฐ์ที่นำมาขอรับสิทธิบัตร มักจะไม่ใช้เทคโนโลยีการผลิตยาสำเร็จรูปที่จะผลิตตามได้ทันที โดยการผลิตยาจะมีขั้นตอนอื่น ๆ ที่มากกว่า ขั้นตอนที่เปิดเผยในเอกสารสิทธิบัตร ซึ่งประโยชน์ที่ผู้อนุญาตฯ หรือผู้ถ่ายทอดเทคโนโลยีจะได้รับ มักมาจากขั้นตอนการผลิตอื่น ๆ ที่ไม่ได้เปิดเผยในเอกสารสิทธิบัตรมากกว่า ดังนั้น ในการทำสัญญา คู่สัญญาควรพิจารณาเหตุผลและความจำเป็นในการผูกพันตามข้อยสัญญา เพราะหากข้อยสัญญาฝ่าฝืนกฎกระทรวงฉบับที่ 25 (พ.ศ. 2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 อาจทำให้ข้อยสัญญานั้นตกเป็นโมฆะ

กลุ่มผู้ดูแลการอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตร เห็นว่า กฎกระทรวงฉบับที่ 25 (พ.ศ. 2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 นั้น เป็นเพียงหลักการพื้นฐานในการกำหนดลักษณะของข้อยสัญญาที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือเอาเปรียบผู้ได้รับอนุญาตฯ เท่านั้น แต่ไม่ได้มีบทบัญญัติห้ามมิให้คู่สัญญากำหนดข้อยสัญญาในลักษณะดังกล่าวลงในสัญญาแต่อย่างใด จึงทำให้ผู้อนุญาตฯ สามารถกำหนดข้อยสัญญาในลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิให้ผู้รับอนุญาตต้องปฏิบัติตามได้ และถ้าจะบัญญัติบทห้ามเด็ดขาดมิให้ผู้อนุญาตฯ ทำความตกลงดังที่ได้ระบุไว้ในกฎกระทรวง ก็ย่อมจะเป็นการขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญในเรื่องหลักสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งบางครั้งผู้รับอนุญาตฯ เองตกลงใจในการเข้าผูกพันตามสัญญาทั้งที่รู้ถึงข้อยสัญญาที่จำกัดสิทธินั้น แต่เพื่อเหตุผลทางธุรกิจการค้าจึงทำให้ผู้รับอนุญาตฯ ต้องแบกรับข้อยสัญญาที่จำกัดสิทธิดังกล่าว กลับกัน กฎกระทรวงฉบับดังกล่าว มักเป็นผลดีต่อผู้อนุญาตฯ ที่เป็นบุคคลธรรมดาที่มีได้มีอำนาจต่อรองทางธุรกิจสูงนัก เพื่อรักษาประโยชน์และสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้อนุญาตไว้ เป็นต้น ทั้งกฎกระทรวงนั้นก็ได้มีความเข้มงวดจนมากนัก ดังจะเห็นได้จาก ในการพิจารณาข้อยสัญญาว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันหรือไม่นั้น ให้พิจารณาตามข้อ 3 ของกฎกระทรวง คือ ให้พิจารณาวัตถุประสงค์หรือเจตนาของคู่สัญญาว่ามีเจตนาที่จะก่อให้เกิดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมหรือไม่ รวมทั้งผลที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นจากเงื่อนไข ข้อยจำกัดสิทธิหรือคำตอบแทนตามกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันหรือไม่

ดังนั้น เพื่อให้การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรไม่เป็นการเอาเปรียบผู้ได้รับอนุญาตฯ มากนัก ผู้เขียนเห็นว่า นอกเหนือจากผู้รับอนุญาตต้องคำนึงถึงเหตุผลและความจำเป็นในการทำสัญญาแล้ว ยังให้มีการแก้ไขกฎกระทรวงโดยการนำข้อยสัญญาในกฎกระทรวงข้อ 3 ในส่วนที่เป็นการจำกัดสิทธิของผู้ได้รับอนุญาตจนมากเกินไป อย่างเช่น ข้อ 3 (4) ข้อยสัญญากำหนดให้ผู้รับอนุญาตขายหรือจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่ผลิตเกินกว่ากึ่งหนึ่งให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตร ผู้ทรงอนุสิทธิบัตร

หรือบุคคลที่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรกำหนด, ข้อ 3 (6) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตจำกัดปริมาณการผลิต การขาย หรือการจำหน่ายผลิตภัณฑ์, ข้อ 3 (8) กำหนดเงื่อนไขหรือจำกัดสิทธิของผู้รับอนุญาตเกี่ยวกับการศึกษา ค้นคว้าทดลอง วิจัย หรือพัฒนาการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ และ/หรือข้อ 3 (11) กำหนดยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรในกรณีที่มีการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ที่อนุญาตให้ใช้นั้นมีส่วนประกอบอื่นไม่อาจตรวจสอบได้โดยง่ายในเวลาทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตร หรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามอนุสิทธิบัตร เป็นต้น ไปไว้ใน ข้อ 4 ของกฎกระทรวงดังกล่าว เนื่องจากกฎกระทรวงในข้อ 3 มีความยืดหยุ่นสูง ซึ่งทำให้ผู้อนุญาตฯ สามารถยกเหตุผลกล่าวอ้างถึงความจำเป็นในการทำสัญญาได้ และกฎกระทรวงข้อ 3 นั้น ยังให้พิจารณาตามเจตนาและวัตถุประสงค์ของคู่สัญญาว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันหรือไม่ ซึ่งเท่ากับว่าเป็นการเปิดโอกาสให้มีการยกเจตนาและวัตถุประสงค์มาอ้างได้กลับกัน ในกฎกระทรวงข้อ 4 หากเงื่อนไข ข้อจำกัด หรือค่าตอบแทนใดมีลักษณะดังที่ได้บัญญัติไว้ให้ถือว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม โดยไม่ต้องอาศัยหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อ 3 กล่าวคือ ไม่ต้องพิจารณาถึงเจตนาและวัตถุประสงค์ของคู่สัญญาแต่อย่างใดเลย ซึ่งการแก้ไขดังกล่าวจะทำให้การทำสัญญาอนุญาตฯ มีประสิทธิภาพและประเทศของผู้รับการอนุญาตฯ ย่อมได้รับเทคโนโลยีได้อย่างครบถ้วนมากยิ่งขึ้นด้วย

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในสภาพเศรษฐกิจและสังคมปัจจุบัน ประเทศที่พัฒนาแล้วและบริษัทต่างชาติของประเทศที่พัฒนาแล้วนั้น ต่างก็ได้ให้ความสำคัญกับการค้นหาและพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ ๆ ให้มีความก้าวหน้ากว่าประเทศคู่แข่งอื่น ๆ เพื่อที่ความต้องการมุ่งแสวงหาประโยชน์ ผลกำไรสูงสุดจากการประกอบธุรกิจการค้า และเพื่อที่จะครองความได้เปรียบทางการค้านั้นให้มากและยาวนานที่สุดเท่าที่¹⁸⁴ ในขณะที่ประเทศด้อยพัฒนาและกำลังพัฒนาดังกล่าวก็ได้ให้ความสำคัญกับการพัฒนาเทคโนโลยีที่มีอยู่เดิมให้มีความก้าวหน้ายิ่งขึ้น ซึ่งมีความต้องการที่จะได้รับการช่วยเหลือโดยการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากประเทศที่พัฒนาแล้ว เพื่อที่จะนำมาประยุกต์ใช้ภายในประเทศของตน อันจะทำให้ประเทศด้อยพัฒนาและกำลังพัฒนาดังกล่าวมีความเจริญก้าวหน้ามากยิ่งขึ้น ซึ่งในบทนี้จะได้กล่าวสรุปเนื้อหาในวิทยานิพนธ์และเสนอแนะแนวทางเพื่อแก้ไขให้เหมาะสมต่อไป

6.1 บทสรุป

ประเทศไทยได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติสิทธิบัตรฉบับแรกในปี พ.ศ. 2522 ซึ่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตรฉบับแรกนี้มีได้ให้ความคุ้มครองครอบคลุมถึงผลิตภัณฑ์ยาแต่อย่างใด มิแต่ให้ความคุ้มครองเฉพาะกรรมวิธีในกระบวนการผลิตยาเท่านั้น และได้กำหนดอายุการคุ้มครองไว้เพียง 15 ปี ต่อมาในปี พ.ศ. 2535 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติสิทธิบัตร โดยได้มีการก่อตั้งคณะกรรมการสิทธิบัตรยา และได้ขยายอายุการคุ้มครองจาก 15 ปี เป็น 20 ปี ตามความเรียกร้องของประเทศสหรัฐอเมริกา และเพื่อแลกเปลี่ยนกับการได้รับสิทธิพิเศษทางด้านภาษีศุลกากรเป็นการทั่วไป (GSP) เป็นการตอบแทน หลังจากนั้นในปี พ.ศ. 2542 ประเทศไทยต้องแก้ไขพระราชบัญญัติสิทธิบัตรอีกครั้ง เพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานขั้นต่ำในการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรตามความตกลงทริปส์ของ

¹⁸⁴ เสน่ห์ จามริก, สิทธิมนุษยชน: เส้นทางสู่สันติประชาธรรม, (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2545), 27.

องค์การการค้าโลก (WTO) โดยที่พระราชบัญญัติสิทธิบัตรที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมเมื่อ ปี พ.ศ. 2542 นี้ ได้มีการยกเลิกคณะกรรมการสิทธิบัตรยา และได้ใช้เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน

หลักเกณฑ์ข้อหนึ่งที่สำคัญของกฎหมายสิทธิบัตรคือ ในการขอรับสิทธิบัตรผู้ขอรับต้องเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับสิ่งประดิษฐ์ เพื่อให้เมื่ออายุการคุ้มครอง (20 ปี) สิ้นสุดลง สิทธิบัตรนั้นก็จะตกเป็นของสาธารณะ และบุคคลหนึ่งบุคคลใดภายในประเทศสามารถผลิตสิ่งประดิษฐ์นั้นได้ตามรายละเอียดที่ปรากฏอยู่บนเอกสารสิทธิบัตร ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นถึงการถ่ายทอดเทคโนโลยีผ่านเอกสารสิทธิบัตร อันจะเป็นผลดีต่อประเทศกำลังพัฒนาอย่างไทยในการออกสิทธิบัตรให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทรงสิทธิบัตรที่เป็นชาวต่างชาติที่มีการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีที่ทันสมัย

จากการที่ประเทศไทยได้ประกาศใช้กฎหมายสิทธิบัตรมาแล้วเป็นเวลายาวนานกว่า 20 ปี เพื่อกระตุ้นให้มีการประดิษฐ์คิดค้นภายในประเทศ และให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากต่างประเทศผ่านการเปิดเผยรายละเอียดในเอกสารสิทธิบัตรนั้น พบว่าประเทศไทยยังมิได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากต่างประเทศเท่าที่ควร ทั้งยังเป็นการคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์ของผู้ทรงสิทธิบัตรต่างชาติมากกว่าผู้ทรงสิทธิบัตรชาวไทย ในการนี้การที่อุตสาหกรรมยาของประเทศไทยจะได้มาซึ่งเทคโนโลยีนั้นมีอยู่ด้วยกัน 2 วิธี คือ

1. การพัฒนาขึ้นเองภายในประเทศโดยการทำวิจัยและพัฒนา
2. การได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากต่างประเทศ

โดยที่อุตสาหกรรมยาเป็นอุตสาหกรรมประเภทหนึ่งที่ต้องการระบบคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตร เพื่อให้เกิดมีการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากต่างประเทศมากที่สุด การที่กฎหมายสิทธิบัตรของไทยได้ขยายความคุ้มครองสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ยาจะทำให้ต่างประเทศ เข้ามาลงทุนในอุตสาหกรรมยาในประเทศไทยมากขึ้น และก่อให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีมากขึ้นนั้น เมื่อพิจารณาถึงประเภทของการลงทุนในอุตสาหกรรมยาของบริษัทต่างชาติในประเทศไทย จะพบว่ามี 3 รูปแบบ คือ

1. การลงทุนด้านผลิตวัตถุดิบทางยา (intermediate) การลงทุนประเภทนี้ต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูง ตลอดจนต้องมีความเป็นไปได้ทางด้านตลาดรองรับ
2. การลงทุนด้านผลิตยาสำเร็จรูป (formulation) การลงทุนของบริษัทต่างชาติในประเทศไทยกำลังพัฒนา มักจะเป็นการลงทุนในรูปแบบนี้ ซึ่งการลงทุนในลักษณะเช่นนี้ทางบริษัทแม่จะได้รับผลประโยชน์สูงจากราคาโอนในการส่งวัตถุดิบจากบริษัทแม่ ทั้งยังเป็นการรักษาเทคโนโลยีด้านการผลิตยาขั้นสูงของบริษัทแม่ไม่ให้รั่วไหลไปยังบริษัทลูก
3. การลงทุนด้านการนำเข้า (importer) จะเห็นได้ว่าการลงทุนในรูปแบบที่ 1 และ 2 นั้น ไม่น่ามีความเป็นไปได้เนื่องจากการลงทุนในการผลิตวัตถุดิบทางยานั้นต้องใช้ต้นทุนสูง และต้องมีตลาดที่ใหญ่พอที่จะรองรับยาใหม่ ซึ่งในขณะนี้ตลาดยาภายในประเทศไทยก็ยังไม่กว้าง

พอที่จะรองรับยาใหม่ที่มีการลงทุนสูงมากได้ ดังนั้นในปัจจุบันบริษัทข้ามชาติของสหรัฐอเมริกา จึงได้เข้าไปลงทุนในประเทศอินโดนีเซีย เพื่อผลิตสารยาตั้งต้นเพราะตลาดใหญ่พอ ประกอบกับ อินโดนีเซียมีนโยบายด้านการผลิตยาที่ชัดเจนกว่าประเทศสมาชิกอื่น ๆ ของอาเซียน

โดยที่การลงทุนในรูปแบบที่ 3 (importer) ซึ่งเป็นเพียงการลงทุนตั้งโรงงานผลิตยาขึ้น สุดท้ายเท่านั้น จึงมีความเป็นไปได้สูง เนื่องจากการผลิตเป็นจำนวนมากในต่างประเทศทำให้ต้นทุน ลดลง ในลักษณะเช่นนี้ เมื่อต้นทุนที่ต่ำ และเสียภาษีต่ำกว่าการผลิตภายในประเทศ บริษัทข้าม ชาติของสหรัฐอเมริกา จึงมักลงทุนเพียงตั้งโรงงานผลิตยาขึ้นสุดท้ายหรือลงทุนด้านการนำเข้าเหมือน เช่นปัจจุบัน ซึ่งการลงทุนในรูปแบบนี้จะทำให้ไม่ก่อให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีแต่ประการใด

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงเทคโนโลยีของบริษัทสหรัฐอเมริกา จะพบว่าเป็นเทคโนโลยีที่สร้าง ขึ้นภายในของบริษัท (internally generated technologies) และการนำมาใช้ก็มีการคุ้มครองจากภายใน การถ่ายทอดเทคโนโลยีของบริษัทเหล่านี้มีเพียงทางด้านการตลาดและการจัดการเท่านั้น แต่เทคโนโลยี การผลิต (production technology) นั้นมักจะไม่มีถ่ายทอด ดังนั้นแม้จะมีสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ยาที่อาจ ไม่มีผลมากนัก เพราะเทคโนโลยีเหล่านี้ได้รับการคุ้มครองจากนโยบายของบริษัทอยู่แล้ว

6.1.1 ลักษณะของสัญญาและข้อสัญญาการอนุญาตให้ใช้สิทธิ

จากการศึกษาพบว่า ในการได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากต่างประเทศนั้น สามารถ กระทำได้ 2 วิธีใหญ่ ๆ คือ

1. การถ่ายทอดเทคโนโลยีด้วยวิธีการเปิดเผยรายละเอียดบนเอกสารสิทธิบัตร
2. การถ่ายทอดเทคโนโลยีด้วยวิธีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

และจากการศึกษา การถ่ายทอดเทคโนโลยีด้วยวิธีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแก่ผู้ ได้รับอนุญาตต่ออุตสาหกรรมยาในประเทศไทย ยังพบอีกว่า ในการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิใน สิทธิบัตรมีอยู่ด้วยกัน 3 ประเภท กล่าวคือ

1. การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบเด็ดขาด (exclusive license)
2. การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบไม่เด็ดขาด (non-exclusive license)
3. การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิทั้งเด็ดขาด (sole license)

โดยที่ผู้ทรงสิทธิบัตรย่อมมีสิทธิที่จะเลือกทำสัญญาประเภทใดกับผู้รับอนุญาตก็ได้ โดยที่ ผู้ทรงสิทธิบัตรกับผู้รับอนุญาตจะกำหนดข้อสัญญาที่มีข้อจำกัด เงื่อนไข และ/หรือหลักเกณฑ์ อย่างใด ๆ ได้อย่างกว้างขวาง ตราบเท่าที่ข้อสัญญานั้นไม่ขัดต่อกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมการทำ สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ เช่น กฎหมายสิทธิบัตร และกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เป็นต้น ซึ่ง ลักษณะของข้อสัญญาที่ฝ่าฝืนกฎหมาย มีดังนี้

1. ข้อสัญญาถ่ายทอดกลับ (grant-back clause)

เป็นข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้รับอนุญาตที่ได้ทำการพัฒนาเทคโนโลยีหรือสิ่งประดิษฐ์ขึ้นใหม่ในอนาคต ต้องโอนสิทธิในเทคโนโลยีหรือสิ่งประดิษฐ์ใหม่นั้นให้แก่ผู้อนุญาตโดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทนใด ๆ ทำให้ผู้อนุญาตที่มีได้ลงทุนลงแรงแต่อย่างใดในการพัฒนาได้รับและได้ใช้ประโยชน์ในเทคโนโลยีหรือสิ่งประดิษฐ์ใหม่นั้นด้วย โดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทนใด ๆ เลย เมื่อได้พิจารณาแล้วพบว่า เทคโนโลยีหรือสิ่งประดิษฐ์ที่ผู้อนุญาตได้พัฒนาขึ้นนั้นก็มาจากพื้นฐานของเทคโนโลยีหรือสิ่งประดิษฐ์ที่มีอยู่เดิมโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายใด ๆ เช่นกัน การที่ผู้ได้รับอนุญาตต้องถ่ายทอดกลับนั้นย่อมจะทำให้ผู้ได้รับอนุญาตขาดแรงจูงใจในการพัฒนาเทคโนโลยีหรือสิ่งประดิษฐ์ขึ้นใหม่หรือดัดแปลงให้เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมภายในประเทศ ซึ่งข้อสัญญาถ่ายทอดกลับนี้ถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่เอาเปรียบผู้ได้รับอนุญาตอย่างมาก

2. ข้อสัญญาจำกัดการส่งออก (export restrictions)

เป็นข้อสัญญาที่กำหนดห้ามมิให้ผู้ได้รับอนุญาตส่งออกสินค้าไปขายยังต่างประเทศอย่างเด็ดขาดหรือส่งออกสินค้าไปขายยังต่างประเทศได้บ้างตามที่ได้ระบุไว้ในสัญญาอนุญาตเท่านั้น หรือส่งออกจำหน่ายยังต่างประเทศได้ตามที่ผู้ทรงสิทธิบัตรอนุญาตเท่านั้น ข้อสัญญานี้ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้ได้รับอนุญาตเป็นอย่างมาก เนื่องจากการจำกัดบริเวณการจำหน่ายสินค้าและจำกัดการผลิตสินค้าไปโดยปริยาย ทำให้ผู้ได้รับอนุญาตมิได้กำไรจากการจำหน่ายสินค้าเท่าที่ควร

3. ข้อสัญญาผูกมัด (tying clause)

เป็นข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตทำการซื้อสินค้าอื่นจากผู้อนุญาตหรือให้ผู้ได้รับอนุญาตซื้อสินค้าที่เป็นวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้าหรือเครื่องจักรต่าง ๆ จากผู้อนุญาตแต่เพียงผู้เดียว ทำให้ผู้อนุญาตสามารถที่จะขายพ่วงสินค้าในราคาที่สูงแก่ผู้ได้รับอนุญาต เพื่อที่จะให้ตนได้กำไรสูงสุดเท่าที่จะทำได้ ทำให้ผู้ได้รับอนุญาตต้องแบกรับค่าใช้จ่ายจากการซื้อสินค้าที่ขายพ่วงมานั้นในราคาที่แพงกว่าท้องตลาด ทั้ง ๆ ที่สามารถหาซื้อสินค้าอย่างเดียวกันในท้องตลาดได้ในราคาที่ต่ำกว่า ข้อสัญญาผูกมัดนี้ถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ผู้อนุญาตแสวงหาประโยชน์จากสิทธิบัตรโดยไม่เป็นธรรม

4. ข้อสัญญากำหนดราคาสินค้า (price clause)

เป็นข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตต้องจำหน่ายสินค้าภายใต้ราคาที่ผู้อนุญาตเป็นผู้กำหนด ทำให้ผู้ได้รับอนุญาตไม่สามารถขายสินค้าในราคาที่เหมาะสมกับต้นทุนการผลิตและท้องตลาดได้ แต่ข้อดีของการกำหนดราคาสินค้าโดยผู้อนุญาตคือ ป้องกันมิให้มีการแข่งขันทางด้านราคาจากสินค้าของผู้ได้รับอนุญาต

5. ข้อสัญญาห้ามโต้เถียง (no-challenge clause)

เป็นข้อสัญญาที่กำหนดมิให้ผู้ได้รับอนุญาตโต้เถียงความไม่สมบูรณ์ของเทคโนโลยีหรือสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรที่ตนได้รับตามสัญญาอนุญาต ข้อสัญญาห้ามโต้เถียงนี้ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่เอาเปรียบผู้ได้รับอนุญาตอย่างมาก เพราะถ้าหากเทคโนโลยีหรือสิ่งประดิษฐ์ที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา ใช้การมิได้เพราะเหตุของความไม่สมบูรณ์ของรายละเอียดที่ปรากฏบนเอกสารสิทธิบัตรแล้ว ย่อมจะทำให้ผู้ได้รับอนุญาตไม่สามารถโต้เถียงใด ๆ ได้เลย

6. ข้อสัญญาการชำระค่าตอบแทน (royalty payment)

เป็นข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้อนุญาต ในระยะเวลาที่ยาวนานเกินไปหรือสูงเกินไปเมื่อเทียบกับเทคโนโลยีหรือสิ่งประดิษฐ์ที่ได้รับมา ในบางครั้งค่าตอบแทนดังกล่าวก็กำหนดไว้จนเกินอายุการคุ้มครองของสิทธิบัตรเลยทีเดียว เป็นการจ่ายค่าตอบแทนหลังจากสิทธิบัตรสิ้นอายุลง ซึ่งข้อสัญญาการจ่ายค่าตอบแทนนี้ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอีกข้อหนึ่งเช่นกัน

นอกจากข้อสัญญาที่ได้กล่าวมา ยังมีข้อสัญญาที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอีกมากมาย เช่น ข้อสัญญาควบคุมคุณภาพสินค้า ข้อสัญญาจำกัดการผลิต เป็นต้น

6.1.2 กฎหมายที่ใช้ในการควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

กฎหมายที่ใช้ในการควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นมีดังนี้

6.1.2.1 กฎหมายสิทธิบัตร

ในการควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นได้บัญญัติอยู่ในมาตรา 39 การอนุญาตให้ใช้สิทธิตามมาตรา 38 นั้น

1. ผู้ทรงสิทธิบัตรจะกำหนดเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิหรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมไม่ได้

เงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ หรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

2. ผู้ทรงสิทธิบัตรจะกำหนดให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรชำระค่าตอบแทนสำหรับการใช้การประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรหลังจากสิทธิบัตรหมดอายุตามมาตรา 35 ไม่ได้

การกำหนดเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ หรือค่าตอบแทนที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งมาตรานี้เป็นโมฆะ

นอกจากนี้ยังได้มีการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 25 (พ.ศ. 2542) เพื่อใช้เป็นแนวทางและคอยควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรอีกด้วย

6.1.2.2 กฎหมายการแข่งขันทางการค้า

กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีเป้าหมายที่จะป้องกันไม่ให้ผู้ทรงสิทธิขยายสิทธิเด็ดขาดของตนเกินเลยออกไปจากที่กฎหมายให้อำนาจไว้ หรือที่เรียกว่า การทำสัญญาผูกมัด อันจะเป็นการบิดเบือนระบบการค้าเสรี และเจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

โดยที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะไม่มีระบบการพิจารณาตรวจสอบเป็นรายกรณี (ยกเว้นกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป) แต่จะใช้วิธีการให้เอกชนทำการกล่าวหาตนเอง รวมทั้งใช้วิธีการสืบสวนโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย ซึ่งการสืบสวนจะให้ความสำคัญกับเนื้อหาสาระและข้อความในสัญญาและคุณสมบัติของเทคโนโลยีที่จะมีการถ่ายทอดให้แก่กันมากที่สุด

6.1.2.3 กฎหมายเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี

กฎหมายเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยีจะควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกือบทุกประเภท เช่น สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ และความลับทางการค้า รวมทั้งการทำสัญญาถ่ายทอดเทคโนโลยีในรูปแบบอื่น เช่น การทำสัญญาให้ความช่วยเหลือทางด้านเทคนิค (technical assistance agreement) หรือสัญญาให้บริการ (service contract) เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การถ่ายทอดเทคโนโลยีบางประเภท โดยเฉพาะกิจกรรมที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีที่มีรูปร่าง (hardware technology) เช่น การนำเข้าเครื่องจักร การนำเข้าผู้เชี่ยวชาญต่างชาติเข้ามาติดตั้งเครื่องจักร หรือการนำเข้าสิ่งตีพิมพ์ทางวิชาการ จะได้รับการยกเว้นไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี

6.2 ข้อเสนอแนะ

6.2.1 การที่จะบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพนั้น ควรที่จะมีกฎหมายให้น้อยและครอบคลุมมากที่สุด และการที่พระราชบัญญัติสิทธิบัตรได้อำนาจในการออกกฎกระทรวงฉบับที่ 25 (พ.ศ. 2542) ได้นั้น เป็นการออกรายละเอียดในปลีกย่อยเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ซึ่งในบางครั้งผู้ที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาอาจไม่ทราบได้ว่ามีกฎกระทรวงฉบับดังกล่าวบังคับใช้อยู่ จึงทำให้การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรเป็นไปอย่างไม่ต้องต่อกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าสมควรที่จะให้มีแก้ไขพระราชบัญญัติสิทธิบัตรโดยให้มีการแยกหมวดขึ้นมาใหม่อีกต่างหากที่เกี่ยวกับการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตร แล้วนำข้อความในกฎกระทรวง ฉบับที่ 25 (พ.ศ. 2542) เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตร เช่น ข้อสัญญาก็ดี ลักษณะและเงื่อนไขของข้อสัญญาก็ดี บรรจุเข้าไว้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสิทธิบัตร แล้วให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิบัตรฯ ขึ้นมาเพื่อทำ

หน้าที่ในการวินิจฉัยข้อสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรยาร่วมกับคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ซึ่งจะทำให้มีการใช้สิทธิบัตรยาให้เกิดประโยชน์ภายในประเทศและการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรก็จะไม่เป็นการเอาเปรียบฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งด้วย แต่กระนั้นก็ตามการนำกฎกระทรวงไปรวมไว้กับกฎหมายต้นฉบับหรือกฎหมายที่ได้ให้อำนาจนั้น มีทั้งข้อดีและข้อเสีย เช่น

ข้อดี คือ ทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น คู่สัญญาหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาทราบถึงข้อกำหนดดังกล่าว เป็นต้น

ข้อเสีย คือ เนื่องจาก “พระราชบัญญัติ” คือการออกกฎหมายโดยรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติ จึงทำให้เมื่อถึงกาลเวลาที่จะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้มีความทันสมัยทำได้ยาก และต้องใช้ระยะเวลาที่ยาวนาน เป็นต้น

6.2.2 ดังนั้นเพื่อให้การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรไม่เป็นการเอาเปรียบผู้ได้รับอนุญาตฯ มากนัก ผู้เขียนเห็นว่า นอกเหนือจากผู้รับอนุญาตต้องคำนึงถึงเหตุผลและความจำเป็นในการทำสัญญาแล้ว ยังให้มีการแก้ไขกฎกระทรวงโดยการนำข้อสัญญาในกฎกระทรวงข้อ 3 ในส่วนที่เป็นการจำกัดสิทธิของผู้ได้รับอนุญาตจนมากเกินไป อย่างเช่น ข้อ 3 (4) ข้อสัญญากำหนดให้ผู้รับอนุญาตขายหรือจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่ผลิตเกินกว่ากึ่งหนึ่งให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตร ผู้ทรงอนุสิทธิบัตรหรือบุคคลที่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรกำหนด, ข้อ 3 (6) กำหนดให้ผู้รับอนุญาตจำกัดปริมาณการผลิต การขาย หรือการจำหน่ายผลิตภัณฑ์, ข้อ 3 (8) กำหนดเงื่อนไขหรือจำกัดสิทธิของผู้รับอนุญาตเกี่ยวกับการศึกษา ค้นคว้าทดลอง วิจัย หรือพัฒนาการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ และ/หรือข้อ 3 (11) กำหนดยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ทรงอนุสิทธิบัตรในกรณีที่มีการประดิษฐ์หรือแบบผลิตภัณฑ์ที่อนุญาตให้ใช้นั้นมีส่วนบกพร่องอันไม่อาจตรวจสอบได้โดยง่ายในเวลาทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตร หรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามอนุสิทธิบัตร เป็นต้น ไปไว้ใน ข้อ 4 ของกฎกระทรวงดังกล่าว เนื่องจากกฎกระทรวงในข้อ 3 มีความยืดหยุ่นสูง ซึ่งทำให้ผู้อนุญาตฯ สามารถยกเหตุผลกล่าวอ้างถึงความจำเป็นในการทำสัญญาได้ และกฎกระทรวงข้อ 3 นั้น ยังให้พิจารณาตามเจตนาและวัตถุประสงค์ของคู่สัญญาว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันหรือไม่ ซึ่งเท่ากับว่าเป็นการเปิดโอกาสให้มีการยกเจตนาและวัตถุประสงค์มาอ้างได้กลับกัน ในกฎกระทรวงข้อ 4 หากเงื่อนไข ข้อจำกัด หรือค่าตอบแทนมีลักษณะดังที่ได้บัญญัติไว้ให้ถือว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรม โดยไม่ต้องอาศัยหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อ 3 กล่าวคือ ไม่ต้องพิจารณาถึงเจตนาและวัตถุประสงค์ของคู่สัญญาแต่อย่างใดเลย ซึ่งการแก้ไขดังกล่าวจะทำให้การทำสัญญาอนุญาตฯ มีประสิทธิภาพและประเทศของผู้รับการอนุญาตฯ ย่อมได้รับเทคโนโลยีได้อย่างครบถ้วนมากยิ่งขึ้นด้วย

6.2.3 เห็นสมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 โดยให้รื้อฟื้นและจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิบัตรยาตาม พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 ว่าด้วยมาตรการสำหรับสิทธิบัตรยา ขึ้นมาใหม่ ให้อำนาจคณะกรรมการสิทธิบัตรยาคอยทำหน้าที่ในการติดตามและเปรียบเทียบราคายาต้นแบบกับยาสามัญ ติดตามและตรวจสอบยาที่มีราคาสูงเกินควรหรือขึ้นราคาสูงกว่าอัตราการเพิ่มของดัชนีราคาผู้บริโภคโดยไม่มีเหตุอันสมควร และยังคงทำหน้าที่ในการติดตามการใช้สิทธิบัตรยาให้เกิดประโยชน์ภายในประเทศด้วย¹⁸⁵ กล่าวคือ หากผู้ทรงสิทธิบัตรยาไม่ใช้สิทธิบัตรยานั้นให้เกิดประโยชน์ภายในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุอันสมควร คณะกรรมการสิทธิบัตรยามีสิทธิแจ้งให้อธิบดีดำเนินการเพิกถอนสิทธิบัตรได้¹⁸⁶

จะเห็นได้ว่า มาตรการสำหรับสิทธิบัตรยาใน พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 เป็นมาตรการที่จะทำให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีได้อย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ คณะกรรมการสิทธิบัตรยাজักคอยเป็นตัวกระตุ้นให้ผู้ทรงสิทธิบัตรยาต้องทำการใช้สิทธิบัตรยาที่ได้รับการจดทะเบียนนั้นให้เกิดประโยชน์ภายในราชอาณาจักร ย่อมทำให้เกิดการจ้างงานในสายงานการผลิตและการวิจัยและพัฒนาเพิ่มขึ้น ทำให้บุคลากรภายในประเทศได้รับความรู้และประสบการณ์เกี่ยวกับการผลิตยามากยิ่งขึ้น และด้วยมาตรการดังกล่าวยังจะทำให้ราคายาต้นแบบถูกลงอีกด้วย

¹⁸⁵ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 มาตรา 55 จัควา “คณะกรรมการสิทธิบัตรยามีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) ติดตามและเปรียบเทียบราคายาที่ได้รับความคุ้มครองตามสิทธิบัตรกับราคายาที่อยู่ในกลุ่มของการบำบัดรักษาเดียวกันซึ่งไม่ได้รับความคุ้มครองตามสิทธิบัตร

(2) ดำเนินการตามมาตรา 55 เบญจในกรณีที่ไม่มีการขายผลิตภัณฑ์ยาที่ได้รับความคุ้มครองตามสิทธิบัตรดังกล่าว หรือมีการขายผลิตภัณฑ์ยาดังกล่าวในราคาสูงเกินสมควรหรือขึ้นราคาผลิตภัณฑ์ยาดังกล่าวสูงกว่าอัตราการเพิ่มของดัชนีราคาผู้บริโภคโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือผลิตภัณฑ์ยาดังกล่าวมีไม่พอสองความต้องการของประชาชนภายในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

(3) เสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับนโยบายด้านสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ยาหรือกรรมวิธีเกี่ยวกับยาหรือสิ่งผสมของยารวมทั้งนโยบายและมาตรการในการส่งเสริมการวิจัยและพัฒนาผลิตภัณฑ์ยาหรือกรรมวิธีเกี่ยวกับยาหรือสิ่งผสมของยา”

¹⁸⁶ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 มาตรา 55 เบญจ “ในกรณีที่คณะกรรมการสิทธิบัตรยาเห็นว่าไม่มีการขายผลิตภัณฑ์ยาที่ได้รับความคุ้มครองตามสิทธิบัตรหรือมีการขายผลิตภัณฑ์ยาดังกล่าวในราคาสูงเกินสมควรหรือขึ้นราคาผลิตภัณฑ์ยาดังกล่าวสูงกว่าอัตราการเพิ่มของดัชนีราคาผู้บริโภคโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือผลิตภัณฑ์ยาดังกล่าวมีไม่พอสองความต้องการของประชาชนภายในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรให้คณะกรรมการสิทธิบัตรยามีอำนาจดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) แจ้งให้คณะกรรมการกลางกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดพิจารณาดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด

(2) แจ้งให้อธิบดีพิจารณาดำเนินการตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 46 ทวิ”

6.2.4 จากการที่ประเทศไทยได้ออกพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เพื่อเป็นมาตรการในการควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรโดยไม่ชอบธรรม โดยเฉพาะ มาตรา 25 ที่บัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดทำการกีดกันหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยไม่ชอบธรรม แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะวินิจฉัยประเด็นปัญหาการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่ชอบธรรมนั้นได้หรือไม่ เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวมิได้ให้อำนาจไว้ ซึ่งมีความแตกต่างจากมาตรา 21 ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น ที่มีบทบัญญัติให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและศาลยุติธรรมสามารถปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าเข้ากับพฤติกรรมของการใช้สิทธิในลักษณะไม่ชอบธรรมของผู้ทรงสิทธิได้ และถือว่าพฤติกรรมการใช้สิทธิดังกล่าวฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดด้วย

ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ของไทยยังไม่เป็นสากลเท่าไรนัก เห็นได้จากมิได้มีบทบัญญัติให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและศาลยุติธรรมในการปรับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าครอบคลุมไปถึงการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแต่อย่างใด มีเพียงแต่กฎกระทรวงฉบับที่ 25 (พ.ศ. 2542) ดังกล่าวที่คอยเป็นแนวทางในการทำสัญญาอนุญาตเท่านั้น และฐานะของกฎกระทรวงก็เป็นเพียงกฎหมายในลำดับล่างที่มีได้ถูกออกโดยรัฐสภา จึงเห็นสมควรให้มีการแก้ไขกฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยบรรจุความของกฎกระทรวงในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้าลงไปด้วยพร้อมทั้งแก้ไขให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและศาลสามารถปรับใช้ครอบคลุมไปถึงเรื่องสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาดังเช่นกฎหมายป้องกันการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น

ความแตกต่างของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยอีกประการหนึ่งคือ บทบัญญัติในมาตรา 51 การฝ่าฝืนมาตรา 25, 26, 27, 28 และมาตรา 29 ถือเป็นการกระทำความผิดทางอาญา¹⁸⁷ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของต่างประเทศ ที่การกระทำความผิดฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้านั้นมิใช่เป็นความผิดทางอาญา ดังนั้นเมื่อผู้ทรงสิทธิถูกฟ้องร้องข่มขู่อย่างหลักทั่วไปของกฎหมายอาญาที่ว่า “การกระทำความผิดที่จะถูกลงโทษทางอาญาได้นั้นต้องมีกฎหมายที่บังคับใช้อยู่กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดและผู้กระทำความผิดต้องรับโทษทางอาญา” ซึ่งมาตรา 25 ก็มีได้มีการกำหนดว่าการฝ่าฝืนการกระทำตามที่ได้บัญญัติไว้เป็นความผิดทางอาญาและต้องรับโทษทางอาญาด้วย

¹⁸⁷ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 51 “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 39 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และในกรณีที่กระทำความผิดซ้ำต้องระวางโทษเป็นทวีคูณ”

บทลงโทษในมาตรา 51 ที่กำหนดให้ผู้ทำการฝ่าฝืนต้องรับโทษจำคุกนั้น ผู้เขียนเห็นว่า โทษจำคุกไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้ในทางธุรกิจหรือการพาณิชย์ เนื่องจากโทษทางอาญาเป็นโทษที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ได้กระทำความผิดทางอาญาตามที่ประมวลกฎหมายอาญากำหนด การที่เจ้าของธุรกิจกระทำความผิดตามกฎหมายแพ่งและ/หรือกฎหมายพาณิชย์แล้วต้องรับโทษทางอาญาโดยการจำคุกนั้น อาจจะทำให้องค์กรธุรกิจขาดผู้บริหารหรือผู้จัดการในการขับเคลื่อนธุรกิจต่อไป ทำให้ธุรกิจขาดสภาพคล่องในการบริหารงานและท้ายที่สุดก็ต้องล้มละลายหายจากวงการ ย่อมจะทำให้เศรษฐกิจโดยรวมได้รับผลกระทบตามไปด้วย และโทษปรับจำนวน 6 ล้านบาท ก็ถือว่าน้อยเกินไปเมื่อเทียบกับการดำเนินธุรกิจที่ส่วนใหญ่จะมีเงินหมุนเวียนในบริษัทที่สูงมาก ทำให้บริษัทไม่เกรงกลัวกฎหมาย เนื่องจากเห็นว่าค่าปรับจำนวนไม่มากเมื่อเทียบกับการได้ประโยชน์จากการทำสัญญาที่ฝ่าฝืนกฎหมายซึ่งมีความคุ้มค่ากว่า จึงกล้าที่จะยอมเสียค่าปรับในอัตราดังกล่าว จึงเห็นสมควรให้มีการเพิ่มโทษปรับโดยให้พิจารณาจากปัจจัยสภาพเศรษฐกิจ เงินทุนหมุนเวียน ขนาดของบริษัท และปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้โทษปรับนั้นมีความเหมาะสมกับสภาพของบริษัทและเศรษฐกิจมากยิ่งขึ้น ตลอดจนทั้งให้ยกเลิกโทษจำคุกทางอาญานั้นเสีย

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนเห็นสมควรให้มีการบัญญัติมาตรการเพิ่มเติมเมื่อได้กระทำการฝ่าฝืนสำเร็จแล้ว กล่าวโดยง่ายคือการลงโทษทางธุรกิจ เช่น ให้บริษัทที่ได้กระทำการฝ่าฝืนนั้นลดราคาสินค้าภายในประเทศลงมาอยู่ในระดับต้นทุนการผลิตเป็นระยะเวลา 6 เดือน ถึง 1 ปี ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า มาตรการหลังนี้จะช่วยให้ลดจำนวนการฝ่าฝืนกฎหมายได้อย่างมาก ทำให้กฎหมายมีความเด็ดขาด ตลอดจนได้รับความเชื่อถือและมีความเป็นสากลมากยิ่งขึ้น



รายการอ้างอิง

รายการอ้างอิง

- กรมทรัพย์สินทางปัญญา. (2552). กรมทรัพย์สินทางปัญญาเปิดสำนักงานรับคำขอจดทะเบียน
สิทธิบัตรระหว่างประเทศอย่างเป็นทางการ หนุนนักประดิษฐ์ไทยยื่นจดสิทธิบัตรได้ไม่
ต้องไปไกลถึงต่างประเทศ. กรุงเทพฯ: กรมฯ. สืบค้นเมื่อ 17 มีนาคม 2553, จาก [http://
www.ryt9.com/s/prg/676193](http://www.ryt9.com/s/prg/676193)
- กรมทรัพย์สินทางปัญญา. (2552). รายงานประจำปี 2552. กรุงเทพฯ: กระทรวงพาณิชย์.
- กรมทรัพย์สินทางปัญญา. (ม.ป.ป.). กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของต่างประเทศ. สืบค้นเมื่อ 13
มิถุนายน 2553, จาก [http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_docman
&Itemid=600](http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_docman&Itemid=600)
- กระทรวงพาณิชย์. (ม.ป.ป.). ระบบรายงานข้อมูลการค้าระหว่างประเทศของไทย. สถิติการค้า
ระหว่างประเทศของไทย. สืบค้นเมื่อ 23 มกราคม 2554, จาก [http://www2.ops3.moc.go.th
/import/recode_import_rank/report.asp](http://www2.ops3.moc.go.th/import/recode_import_rank/report.asp)
- กริชพกา บุญเฟื่อง. (2548, มกราคม-เมษายน). ข้อตกลงเขตการค้าเสรีของไทยกับผลกระทบด้าน
ทรัพย์สินทางปัญญา (ตอนที่ 1). **Thai IP Corner**. 1(1), 5-6.
- กริชพกา บุญเฟื่อง. (2549, มกราคม-เมษายน). นโยบายและกลยุทธ์ของรัฐในการบริหารจัดการ
ทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อเสริมสร้างขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ (1). **Thai
IP Corner**. 2(1), 3-4.
- กริชพกา บุญเฟื่อง. (2549, พฤษภาคม-สิงหาคม). นโยบายและกลยุทธ์ของรัฐในการบริหารจัดการ
ทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อเสริมสร้างขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ (2). **Thai
IP Corner**. 2(2), 3-4.
- เกาะติดสถานการณ์. (2552, กรกฎาคม). 7 ยุทธศาสตร์ ทางรอดวิกฤตระบบยา. วงการยา, หน้า 19.

ข่าวลือและความจริงของอุตสาหกรรมยา ตอนที่ 4: สิทธิบัตรและการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตร.

สืบค้นเมื่อ 9 พฤษภาคม 2553, จาก <http://www.prema.or.th/knowledge.php?CIId=1&Id=8>

คณะอนุกรรมการการจัดทำเอกสารวิชาการ. (2534). การพัฒนาและการถ่ายทอดเทคโนโลยี.

กรุงเทพฯ: กระทรวงวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีและการพลังงาน.

คมส์ธนัท สุขอ้อจะสกุล. (2552). ภกญ.ดร.กฤษณา ไกรสินธุ์: ชีวิตทุกคนมีค่าเท่ากัน. หมอ

ชาวบ้าน, 31(365), 85.

จักรกฤษณ์ ควรพจน์. (2550). มาตรการบังคับใช้สิทธิกับปัญหาการเข้าถึงยา: ข้อพิจารณาด้านกฎหมายและความตกลงระหว่างประเทศ (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

จักรกฤษณ์ ควรพจน์. (2544). สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์ (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

ชัยยนต์ อนุภาพพันธ์. (2536). ประวัติความเป็นมาของกฎหมายสิทธิบัตรในประเทศไทย. จุลสารกรมทรัพย์สินทางปัญญา, 1(1), 2-3.

ไชยยศ เหมรัชตะ. (2548). ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

จิตติรัตน์ ศิริเลิศ. (2544). การถ่ายทอดเทคโนโลยีของบริษัทข้ามชาติให้แก่วิศวกรไทยในโรงงานอุตสาหกรรมปิโตรเคมีและเคมี ในนิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุด จังหวัดระยอง. วิทยานิพนธ์ปริญญาการศึกษามหาบัณฑิต สาขาวิชาเทคโนโลยีทางการศึกษา. มหาวิทยาลัยบูรพา, ชลบุรี.

ณรงค์ เลี้ยงประชา. (2539). เทคโนโลยีที่เหมาะสมกับการดำรงชีวิตในท้องถิ่น. กรุงเทพฯ: โอเคียนสโตร์.

เดือนเด่น นิคมบริรักษ์, เสาวลักษณ์ ชิวสิทธิยานนท์ และมาเรียม กริมิ. (2544). รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่าง ๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก. กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศ.

ธีระ ฤกษณโรดม. (ม.ป.ป.). อินเดียักษ์ใหม่ในอุตสาหกรรมยา ตอนที่ 2. สืบค้นเมื่อ 24 กุมภาพันธ์ 2553, จาก [http://www.brandage.com/Modules/DesktopModules/Article/Article Detail.aspx?tabID=2&ArticleID=1522&ModuleID=21&GroupID=615](http://www.brandage.com/Modules/DesktopModules/Article/Article%20Detail.aspx?tabID=2&ArticleID=1522&ModuleID=21&GroupID=615)

นิตยา นิยมไร่. (2545). **มาตรการป้องกันผลกระทบต่อสิทธิบัตรยา**. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, กรุงเทพฯ.

นุศราพร เกษสมบุรณ์, รักขเวร ใจสะอาด, วราวุธ เสริมสินศิริ, กรแก้ว จันทภาษา และทิพาพร กาญจนราช. (2545). **ข้อตกลง TRIPs: สิทธิบัตรยาและผลกระทบทางสุขภาพ**. กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข.

ประชากรธรรม. (2552, 7 มิถุนายน). **การเข้าถึงยาของคนไทย...ทำไมใช้ยาแพง**. สืบค้นเมื่อ 21 มิถุนายน. 2552, จาก <http://www.arayachon.org/article/20090607/1347>

ประสงค์ แจ่มสุทธีรวัดน์. (2541). **สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรกับปัญหาการผูกขาดทางการค้า**. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.

ปรีดา ยังสุขสถาพร. (ม.ป.ป.). **การสร้างนวัตกรรมยาของอินเดีย (2)**. สำนักงานนวัตกรรมแห่งชาติ. สืบค้นเมื่อ 3 มกราคม 2553, จาก <http://www.nia.or.th/innolinks/page.php?issue=200907§ion=5>

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542. (2546). กรุงเทพฯ: นามมีบุ๊คส์พับลิเคชั่นส์.

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522. (2522, 11 มีนาคม). **ราชกิจจานุเบกษา**, เล่ม 96, ตอนที่ 35, ฉบับพิเศษ หน้า 1. แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535. (2535, 23 มีนาคม). **ราชกิจจานุเบกษา**, เล่ม 109, ตอนที่ 34, หน้า 1.

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522. (2522, 11 มีนาคม). **ราชกิจจานุเบกษา**, เล่ม 96, ตอนที่ 35, ฉบับพิเศษ หน้า 1. แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542. (2542, 22 มีนาคม). **ราชกิจจานุเบกษา**, เล่ม 116, ตอนที่ 22 ก, หน้า 37.

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. (2542, 22 มีนาคม). **ราชกิจจานุเบกษา**, เล่ม 116, ตอนที่ 22 ก, หน้า 7.

- มานะ ทิพย์ภรณ์. (2518). คำอธิบาย พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม, กฎหมาย
สิทธิบัตร และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- มุกดา เชื้อซ่ง. (2551). สิทธิ (ชีวิต) เหนือสิทธิบัตรยา: ชี้อะเลของคนไทย (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ:
ภาพพิมพ์.
- ขงยุทธ ขุทรวงค์. (2535). การสนับสนุนการวิจัยและพัฒนาในภาคเอกชนด้วยสิ่งจูงใจทางภาษีและ
มาตรการอื่น ๆ. วารสารอุโฆษธรรมราช, 5(3), 90-91.
- ขรรยง พวงราช. (2543). การบรรยายครั้งที่ 12 วิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. กรุงเทพฯ: สำนัก
อบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- ขรรยง พวงราช. (2543). คำอธิบายกฎหมายสิทธิบัตร (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญชน.
- ขรรยง พวงราช. (2533). สิทธิบัตร: กฎหมายและวิธีปฏิบัติ. กรุงเทพฯ: บพิธการพิมพ์.
- รังสรรค์ ชนะพรพันธุ์ และสมบุญ ศรีประชัย (บรรณาธิการ). (2552). กฎกติกา WTO เล่มที่ห้า:
ทรัพย์สินทางปัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- เรวดี ช้างบุญชู. (ม.ป.ป.). การรวมตัวทางธุรกิจ (Cartel). สืบค้นเมื่อ 25 มิถุนายน 2553, จาก [http://
www.ismed.or.th/SME2/sre/bin/controller.php?view=knowledgeInsite.knowledgesNew&rig
ht=21&sid=35&left=20&p=&lv=3&lvl=3&nid=](http://www.ismed.or.th/SME2/sre/bin/controller.php?view=knowledgeInsite.knowledgesNew&right=21&sid=35&left=20&p=&lv=3&lvl=3&nid=)
- วรัญญา ภัทรสุข. (2536). เศรษฐศาสตร์การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย.
- วัชรียา โตสงวน และจรัญ ภักดีธนากุล. (2532). กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์
รุ่งเรืองธรรม.
- วาทีนิ ชมพูเพชร. (2537). ปัญหาทางการค้าระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกา: กรณีศึกษา ปัญหาสิทธิบัตร
ผลิตภัณฑ์ยา. วิทยานิพนธ์ปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชารัฐศาสตร์. มหาวิทยาลัย
รามคำแหง, กรุงเทพฯ.
- วิชัย โชควิวัฒน์ (บรรณาธิการ). (2549). กระชากหน้ากาศยาธุรกิจข้ามชาติ (พิมพ์ครั้งที่ 3).
กรุงเทพฯ: หมอชาวบ้าน.

วิฑูรย์ ภูริปัญญวานิช. (2546). การพัฒนาเทคโนโลยี. *ยานำรู้*, 52(3), 27.

วิทย์ สัตยารักษ์วิทย์. (2526). ผลของการถ่ายทอดเทคโนโลยีในอุตสาหกรรมรถยนต์ในประเทศไทย. กรุงเทพฯ: สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์.

วีรกร ตรีเศศ. (2547, 21 พฤษภาคม). เบาหวานและปัญหาสิทธิบัตร. *มติชนสุดสัปดาห์*. สืบค้นเมื่อ 9 พฤษภาคม 2553, จาก <http://www.nidambe11.net/ekonomiz/2004q2/article2004may21p5.htm>

วีระศักดิ์ เลิศทัศนีย์ (บรรณาธิการ). (2544). การถ่ายทอดเทคโนโลยี: แนวคิดพื้นฐาน. กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งประเทศไทย (วท.).

ศักดิ์ ธานีกุล. (2551). ความตกลง TRIPS กับการบังคับใช้สิทธิเหนือทรัพย์สินทางปัญญาของไทย. *วารสารกฎหมาย*. 27(1), 70-75.

สถาบันเทคโนโลยีพระจอมเกล้าพระนครเหนือ. (2549). รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาการพัฒนาเทคโนโลยีและกำลังคนเพื่อเข้าสู่อุตสาหกรรมฐานความรู้. กรุงเทพฯ: สำนักงานเศรษฐกิจและอุตสาหกรรม.

สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ (บรรณาธิการ), อีสรกุล อุณหเกตุ (เรียบเรียง). (2549). FTA ไทย-สหรัฐอเมริกา: ผลได้ ผลเสีย และข้อเสนอแนะ (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สมเกียรติ ตั้งนโม (เรียบเรียง). สิทธิบัตรเกี่ยวกับชีวิต *Patents on life: A corner house briefing*. สืบค้นเมื่อ 9 พฤษภาคม 2553, จาก <http://www.midnightuniv.org/miduniv/newpage28.htm>

สมชาย รัตนเชื้อสกุล และทิพย์สุรางค์ วาติตต์พัมพ์. (2551). (ร่าง) รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการปัญหาการถ่ายทอดเทคโนโลยีภายใต้ข้อสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย.

สมบัติ กุสุมาวลี. (2537). บทบาทของบรรษัทข้ามชาติกับการพัฒนาขีดความสามารถทางเทคโนโลยีของวิศวกรไทย ศึกษาเฉพาะกรณีอุตสาหกรรมอิเล็กทรอนิกส์. วิทยานิพนธ์ปริญญาพัฒนบริหารศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์. สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, กรุงเทพฯ.

สมาคมผู้วิจัยและผลิตเอกสาร (PREMA). (2553). **PREMA Handbook 2553/2554**. กรุงเทพฯ: ก.การพิมพ์เทียนทอง.

สมาคมผู้วิจัยและผลิตเอกสาร (พรีเมา (PREMA)). สืบค้นเมื่อ 15 กันยายน 2553, จาก http://www.prema.or.th/about_history.php?menu=2&type=1

สมาคมผู้วิจัยและผลิตเอกสาร (พรีเมา (PREMA)) และบริษัท ดิลลิเก้แอนด์กิบบิ้นส์ อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด. (2551). **สร้างสรรค์นวัตกรรมด้วยทรัพย์สินทางปัญญา** (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: ก. การพิมพ์เทียนทอง.

สันตัก โรจนสุนทร. (2532). **บทบาทและความสำคัญของฐานกำลังด้านเทคโนโลยีในทศวรรษหน้าของการพัฒนาประเทศ**. กรุงเทพฯ: วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร.

สิทธิกร นิพนธ์. (2548). **สิทธิบัตรกับการเข้าถึงยา** (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สุนทร ล้อศิริรัตนกุล. (2540). **ปัญหาการบังคับใช้สิทธิตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ ลิขสิทธิ์ และเครื่องหมายการค้า**. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, กรุงเทพฯ.

สุวินัย ภรณวลัย. (2535). **ทฤษฎีบรรษัทข้ามชาติกับการพัฒนาเศรษฐกิจไทย** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เสน่ห์ จามริก. (2545). **สิทธิมนุษยชน: เส้นทางสู่สันติประชาธรรม**. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.

สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ. (2552). **การสำรวจค่าใช้จ่ายและบุคลากรทางการวิจัยและพัฒนาของประเทศไทย ประจำปี 2552**. กรุงเทพฯ: สำนักงานฯ.

สำนักงานคณะกรรมการนโยบายวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและนวัตกรรมแห่งชาติ. **การจัดอันดับความสามารถในการแข่งขันของประเทศไทย ปี 2552 โดย International Institute for Management Development: IMD**. สืบค้นเมื่อ 19 กันยายน 2553, จาก http://www.sti.or.th/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=10&Itemid=21

สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ. (2543). **ยุทธศาสตร์การพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี**. กรุงเทพฯ: สำนักงานฯ.

สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ. (2543). **วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี จากอดีตสู่อนาคต**. กรุงเทพฯ: สำนักงานฯ.

สำนักงานเลขาธิการสภาการศึกษา. (2550). **รายงานการวิจัย การส่งเสริมทรัพย์สินทางปัญญาในสถาบันการศึกษาของประเทศไทย**. กรุงเทพฯ: กระทรวงศึกษาธิการ.

สำนักงานเลขาธิการสภาการศึกษา. (2550). **รายงานการวิจัย การส่งเสริมทรัพย์สินทางปัญญาในสถาบันการศึกษาของสหรัฐอเมริกา**. กรุงเทพฯ: กระทรวงศึกษาธิการ.

สำนักงานสถิติแห่งชาติ. **เครื่องชี้ภาวะเศรษฐกิจไทยที่สำคัญ พ.ศ. 2551**. กรุงเทพฯ: สำนักงานฯ.

ส่วนเศรษฐกิจต่างประเทศ ฝ่ายวิชาการ. (2548, 23 มิถุนายน). **อุตสาหกรรมยาของอินเดีย...ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรฉบับใหม่**. **Foreign Weekly Movement**. สืบค้นเมื่อ 3 มกราคม 2553, จาก http://www.exim.go.th/doc/research/foreign_weekly_movement/India%20Drug%20Patent.pdf

อรรถสิทธิ์ ชื่นสงวน. (2547). **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-6 (พิมพ์ครั้งที่ 4)**. กรุงเทพฯ: อักษราพิพัฒน์.

เอกชัย นาคะผดุงรัตน์. (2530). **การถ่ายทอดเทคโนโลยี กรณีศึกษาในอุตสาหกรรมคอมพิวเตอร์**. ภาคนิพนธ์คณะพัฒนาการเศรษฐกิจ. สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, กรุงเทพฯ

อำนาจ วงศ์บัณฑิต. (ม.ป.ป.). **การถ่ายทอดเทคโนโลยีที่เอเปกเปรียบเทียบประเทศกำลังพัฒนา**. สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2553, จาก: <http://www.lawthai.org/read/archanamart01.doc>

Bangs, R. B. (1969-70). Use of industrial property in foreign countries: A further report. **IDEA-the journal of law and technology**, 13, 557. อ้างถึงใน จักรกฤษณ์ ควรวจน์. (2544). **สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

Bainbridge, D. I. (1992). **Intellectual Property**. London: Pitman. อ้างถึงใน ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2548). **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา** (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

Controller General of Patents Design and Trademark. **Patent (Amendment) Act 2005**. Retrieved June 25, 2010, from <http://www.patentoffice.nic.in/ipr/patent/patents.htm>

Correa, C. M. (2007). **Trade related aspects of intellectual property rights**. London: Oxford University Press.

Goyder, D. G. (1993). **EC Competition Law**. Oxford: Clarendon Press. อ้างถึงใน จักรกฤษณ์ วรรณพจน์. (2544). **สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

Greater Pharma. (n.d.). **เภสัชกรดีเด่น สาขาอุตสาหกรรม**. สืบค้นเมื่อ 21 มกราคม 2554, จาก http://www.greaterpharma.com/page_bx.php?cid=17&cname=Executive%20Talk&cno=14&dname=%E0%C0%CA%D1%AA%A1%C3%B4%D5%E0%B4%E8%B9%20%CA%D2%A2%D2%CD%D8%B5%CA%D2%CB%A1%C3%C1

Heath, C. & Liu, Kung-Chung. (Eds.). (2002). **Legal rules of technology transfer in ASIA**. London: Kluwer Law.

National Science Board. (n.d.). **Key science and engineering indicators 2010 digest**. National Science Foundation. Retrieved May 14, 2010, from <http://www.nsf.gov/statistics/digest10/index.cfm>

Patent Technology Monitoring Team (PTMT). **U.S. patent statistics chart calendar years 1963–2009**. U.S.A.: U.S. PATENT AND TRADEMARK OFFICE: USPTO. Retrieved June 28, 2010, from http://www.uspto.gov/web/offices/ac/ido/oeip/taf/us_stat.htm

Regulations under the Patent Law Treaty (as in force from January 1, 2006). Retrieved December 24, 2010, from http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/text.jsp?doc_id=141056&file_id=189968

Sipa, G. & Yankey, A. (1978). **International patents and technology transfer to less developed countries: The case of Ghana and Nigeria**. England: Gower Publishing.

Thailand Development Research Institute (TDRI). (1991). **The barriers to and strategies for technology acquisition**. Bangkok: TDRI.

The World Bank. (n.d.). **Research and development expenditure (% of GDP)**. Retrieved September 19, 2010, from <http://data.worldbank.org/indicator/GB.XPD.RSDV.GD.ZS>

Whish, R. (1993). **Competition law**. London: Butterworth's. อ้างถึงใน จักรกฤษณ์ ควรวจน์. (2544). **สิทธิบัตร: แนวความคิดและบทวิเคราะห์** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

Wilson, D. (Ed.). (2009). **International patent litigation: Developing an effective strategy**. London: Globe Business.

World Intellectual Property Organization (WIPO). (n.d.). **India: The Patent Act 1970 (Amendment Act 2005)**. Retrieved September 17, 2010, from http://www.wipo.int/wipolex/en/results.jsp?countries=IN&cat_id=1

World Intellectual Property Organization (WIPO). (n.d.). **Japan: Patent Law (Law No. 121 of 1959)**. Retrieved September 17, 2010, from http://www.wipo.int/wipolex/en/results.jsp?countries=JP&cat_id=1

World Intellectual Property Organization (WIPO). (n.d.). **United State of America: Title 35 United States Code (T.35 USC.)**. Retrieved September 17, 2010, from http://www.wipo.int/wipolex/en/results.jsp?countries=US&cat_id=1

World Trade Organization. (n.d.). **Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs**. Retrieved September 17, 2010, from http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm



ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

แนวปฏิบัติของประเทศสหรัฐอเมริกา



DEPARTMENT OF JUSTICE

THE 1995 ANTITRUST GUIDELINES FOR THE LICENSING OF INTELLECTUAL PROPERTY:

New Signposts for the Intersection of
Intellectual Property and the Antitrust Laws

Address by

RICHARD J. GILBERT
Deputy Assistant Attorney General
Antitrust Division
U.S. Department of Justice

ABA Section of Antitrust Law
Spring Meeting
Washington, DC

April 6, 1995

The 1995 Guidelines for the Licensing of Intellectual Property

It is with great pleasure that I announce today the release of the 1995 Department of Justice and Federal Trade Commission Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property. Intellectual property is an increasingly important determinant of U.S. economic growth and international competitiveness. In 1992, six knowledge-intensive industries (aerospace, computers, communications equipment, drugs and medicines, scientific instruments, and electrical machinery) accounted for 27 percent of total manufacturing output in the United States, up from 15 percent in 1981. Royalties and fees collected by U.S. firms from trade in intellectual properties approached \$18 billion in 1991, nearly double the amount collected just 5 years earlier.¹

Licensing royalties and fees, although considerable, greatly understate the value of intellectual property to the U.S. economy. Technology licensing and related partnerships are essential in today's economy to remain globally competitive and to market the products that knowledge assets help to create. As the world continues to become a more competitive place, and as firms scattered across the globe develop their own technological advantages, licensing plays an increasingly vital role to ensure that America's industries remain at the technological frontier.

The importance to the U.S. economy of the development, use, and exchange of intellectual property led Assistant Attorney General Anne K. Bingaman to appoint an Antitrust Division task force to examine antitrust enforcement priorities in the licensing of intellectual property. The task force published draft Antitrust Guidelines for the Licensing and Acquisition of Intellectual Property for comment in the Federal Register on August 11, 1994. Shortly thereafter, the Federal Trade Commission joined this effort with the objective of developing the unified antitrust guidelines that we release today.

The new Guidelines share the core principles expressed in the section on technology licensing in the U.S. Department of Justice 1988 Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations. These include the generally procompetitive nature of licensing arrangements, the absence of a presumption that intellectual property necessarily creates market power in the antitrust context, and the validity of applying the same general antitrust approach to

¹ See National Science Board, *Science & Engineering Indicators* (1993), Appendix tables 6-4 and 6-6. These six industries were selected based on their high research and development expenditures as a proportion of total sales.

the analysis of conduct involving intellectual property that the Agencies apply to conduct involving other forms of tangible or intangible property.

These three core principles provide a foundation for the policy statements in the Guidelines. Because licensing often has significant efficiency benefits (for example, by facilitating the integration of the licensed property with complementary factors of production), antitrust concerns that may arise in licensing arrangements normally will be evaluated under the rule of reason. The absence of a presumption that intellectual property necessarily creates market power implies that an antitrust evaluation of licensing restraints such as tying arrangements normally will require investigation of market circumstances to establish anticompetitive effects. The principle that the Agencies will apply the same general antitrust approach to intellectual property does not mean that intellectual property is the same as other forms of property. There are important differences, but the antitrust laws are sufficiently flexible to take these differences into account and should not impose greater or lesser scrutiny for intellectual property than for other forms of property.

Key changes from the 1988 Guidelines

While the new Intellectual Property Guidelines affirm the general approach to antitrust analysis of licensing arrangements described in the 1988 Guidelines for International Operations, there are some differences and refinements. The new Guidelines include a safe harbor for licensing transactions. "Absent extraordinary circumstances, the Agencies will not challenge a restraint in a licensing arrangement if (1) the restraint is not facially anticompetitive and (2) the licensor and its licensees collectively account for no more than twenty percent of each relevant market significantly affected by the restraint." (pp. 22-23) Facially anticompetitive restraints include those that would normally warrant per se treatment under the antitrust laws, such as price fixing and market division, and also agreements not to compete in terms of price or output that the Supreme Court said could be condemned as anticompetitive without an elaborate inquiry into market circumstances.²

The new Intellectual Property Guidelines include a section on analysis of competitive

² When there is an agreement not to compete in terms of price or output, "no elaborate industry analysis is required to demonstrate the anticompetitive character of such an agreement." *NCAA v. Board of Regents of Univ. of Okla.*, 468 U.S. 85, 109 (1984), quoting *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679, 692 (1978).

effects in research and development and on the use of innovation markets to address such effects. Case 6 of the 1988 International Guidelines referred to the analysis of competitive impacts in a "research and development market" in the context of a research and development joint venture. The discussion of innovation markets in the 1995 Intellectual Property Guidelines, thus, is a refinement of a concept already familiar in antitrust analysis.

Using an innovation market to analyze competitive effects is appropriate if the competitive effects of an arrangement cannot be adequately analyzed in conventional product markets. This threshold condition also applies to the use of technology markets. The 1995 Intellectual Property Guidelines state that "[T]he competitive effects of licensing arrangements often can be adequately assessed within the relevant markets for the goods affected by the arrangements. In such instances, the Agencies will delineate and analyze only goods markets. In other cases, however, the analysis may require the delineation of markets for technology or markets for research and development (innovation markets)." (pp. 7-8)

An innovation market can be useful to identify competitive effects that cannot be adequately analyzed in markets for goods and services when the arrangement may affect the quantities, availabilities or prices of products that do not presently exist, as in a research and development joint venture.³ Innovation markets also may be useful when an arrangement has competitive effects from research and development in geographic markets where product market competition is limited or non-existent. That situation occurred in the proposed acquisition of the Allison Division of General Motors by ZF Friedrichshafen.⁴ General Motors and ZF compete in Europe in the supply of automatic transmissions for large trucks and buses and in some but not all relevant product markets in the U.S. The acquisition would have likely affected the development of new transmissions worldwide. In particular, the acquisition would have affected the development of new transmission models for sale in

³ See e.g., *Sensormatic*, FTC Inv. No. 941-0216 (accepted for comment Dec. 28, 1994); *Wright Medical Technology, Inc.*, FTC Inv. No. 951-0015 (accepted for comment Dec 8, 1994); *American Home Products*, FTC Inv. No. 941-0116, 59 Fed. 60,807 (accepted for comment Nov. 28, 1994); *Roche Holdings Ltd.*, FTC Inv. No. 941-0085, 59 Fed. Reg. 46,846 (Sept. 12, 1994); *Roche Holdings, Ltd.*, 113 F.T.C. 1086 (Nov. 28, 1990); *United States v. Automobile Mfrs. Assoc.*, 307 F. Supp. 617 (C.D. Cal. 1969), modified *sub nom. United States v. Motor Vehicles Mfrs. Assoc.*, 1982-83 Trade Cas. (CCH) 65,088 (C.D. Cal. 1982).

⁴ See Complaint, *United States v. General Motors Corp.*, Civ. No. 93-530 (D. Del., filed Nov. 16, 1993).

the U.S. by both General Motors and ZF, even if they are neither actual or likely potential competitors in the relevant product markets. The Department of Justice challenged the acquisition, alleging likely adverse effects on competition in the product markets in which General Motors and ZF compete in the U.S., and also in a worldwide innovation market for the design and development of new and improved heavy-duty transmissions for trucks and buses.

When does a licensing arrangement warrant antitrust scrutiny?

The 1995 Intellectual Property Guidelines differ from the 1988 Guidelines for International Operations in their approach to identifying when a licensing arrangement may warrant antitrust scrutiny. The 1988 Guidelines focused on the scope of the intellectual property right and stated that "[T]he owner of intellectual property is entitled to enjoy whatever market power the property itself may confer." (p. 22) The 1988 Guidelines did not provide clear signposts to distinguish market power that is conferred by the intellectual property from market power that is not. As former Assistant Attorney General William Baxter once said, intellectual property may confer the power to license under the condition that the licensee eliminate the licensor's mother-in-law,⁵ but that does not cause such power to be legal.

In place of the condition that "[T]he owner of intellectual property is entitled to enjoy whatever market power the property itself may confer," the 1995 Intellectual Property Guidelines state the principle that "antitrust concerns may arise when a licensing arrangement harms competition among entities that would have been actual or likely potential competitors in a relevant market in the absence of the license." (p.7) This principle is offered as a way to identify when antitrust concerns may arise in a licensing arrangement. It should not be interpreted as a "baseline" against which to measure the economic effects of a licensing arrangement. Specifically, it does not mean that in assessing the legality of a licensing arrangement, the antitrust authorities will compare the benefits of the licensing arrangement to a hypothetical baseline in which the intellectual property is not licensed at all.

If entities affected by a licensing arrangement would not have been actual or likely potential

⁵ "[A] promise by the licensee to murder the patentee's mother-in-law is as much within the 'patent monopoly' as is the sum of \$50; and it is not the patent laws which tell us that the former agreement is unenforceable and subjects the parties to criminal sanctions." William F. Baxter, Legal Restrictions of the Patent Monopoly: An Economic Analysis, 76 *The Yale Law Journal* 267, 277 (1966).

competitors in a relevant market in the absence of the license, the arrangement generally cannot result in harm to the economy and therefore should not be considered to have an adverse effect on competition. This is so even if an alternative licensing arrangement could have created more competition. The principle of "harm to competition among entities that would have been actual or likely potential competitors in a relevant market in the absence of the license" parallels the Agencies' approach to the evaluation of a joint venture. If the parties to a joint venture would not have been competitors in the absence of the joint venture, it is unlikely that the joint venture could adversely affect competition among those parties, although it is conceivable that collateral restraints could harm competition with others who are horizontal competitors to one of the parties, or in other markets.

As an example, suppose a manufacturer of jet engines and a firm that develops advanced composite materials enter into a joint venture to produce a new type of turbine blade. The joint venture could include a cross-licensing arrangement in which the parties agree to exchange rights to relevant intellectual property with the objective of developing the new product. In this hypothetical, the parties to the joint venture are not competitors in any relevant market. Normally, the antitrust authorities would not scrutinize the specific arrangement between the parties to this joint venture, because it does not harm competition that would have existed in its absence. For example, the antitrust authorities normally would not be concerned about the particular structure of the joint venture, such as the number of jet engine facilities in which the composite materials may be used.

Concerns about possible adverse impacts on competition may arise if the joint venture included restraints that harmed competition with rivals who are not parties to the joint venture or that harmed competition in other markets. A plausible example of such a restraint is a requirement that the suppliers of composite materials to the joint venture refrain from supplying similar materials to competing jet engine manufacturers. The Agencies likely would examine such a restraint to determine whether it is likely to have an anticompetitive effect and, if so, would assess whether it is reasonably necessary to achieve the benefits of the joint venture.

The principle of "harm to competition among entities that would have been actual or likely potential competitors in a relevant market in the absence of the license" is straightforward to apply when a license involves competition in a single relevant market, but what about more complex situations such as vertical restraints in a licensing arrangement? Suppose a particular University

licenses a breakthrough technology to miniaturize electronic circuitry and includes terms in its license that prohibit licensees from dealing with the supplier of any other present or future technology that may compete with the licensed technology. I doubt that the Agencies' would conclude that the University escapes antitrust scrutiny because the University itself is not an actual or likely potential competitor of its licensees. The terms in the University's licensing arrangement may adversely affect competition in the market for electronics technology that would have occurred in the absence of the license. The Agencies would likely investigate whether there are other practicable licensing arrangements that the University could use that would be less harmful to competition in the market for electronics technology, without hindering the University from developing and marketing its technology.

In words that may be more familiar to antitrust practitioners, the 1995 Intellectual Property Guidelines affirm that the Agencies' approach to technology licensing arrangements is, in most cases, a standard application of the rule of reason. Section 3.4 of the Guidelines state that "[T]he Agencies general approach in analyzing a licensing restraint under the rule of reason is to inquire whether the restraint is likely to have anticompetitive effects and, if so, whether the restraint is reasonably necessary to achieve procompetitive benefits that outweigh those anticompetitive effects." (p. 16) In making this assessment, the Agencies will not engage in a search for a theoretically least restrictive alternative that is not realistic in the practical prospective business situation faced by the parties. As in the Agencies' approach to the evaluation of a joint venture, if a proposed licensing arrangement includes restraints that have adverse effects on competition that would have occurred in the absence of the license, the Agencies would evaluate whether those restraints are reasonably necessary to achieve the procompetitive benefits of the arrangement. If not, the Agencies would be likely to challenge such restraints. If they are reasonably necessary, the Agencies would inquire whether the procompetitive benefits of the arrangement outweigh any harm to competition.

The principle that "antitrust concerns may arise when a licensing arrangement harms competition among entities that would have been actual or likely potential competitors in a relevant market in the absence of the license" is a refinement of the principle in the 1988 Guidelines that "[T]he owner of intellectual property is entitled to enjoy whatever market power the property itself may confer." It is a useful clarification to identify those situations in which a licensing arrangement may or may not warrant antitrust scrutiny. It is not intended as a new baseline for antitrust analysis

or as a replacement for the rule of reason.

Changes since the August 11, 1994 draft

The new Intellectual Property Guidelines released today are changed in several respects from the draft U.S. Department of Justice Antitrust Guidelines for the Licensing and Acquisition of Intellectual Property that were published for comment in the Federal Register on August 11, 1994. Most of the changes are expositional, although a few are more substantive. The word "acquisition" has been deleted from the title of the 1995 Intellectual Property Guidelines to clarify that the Agencies' Merger Guidelines are the operative guidelines for antitrust analysis of acquisitions, including transfers of intellectual property rights. The new Guidelines include specific language noting that they apply to know-how arrangements as well as to patents, copyrights, and trade secrets. They also clarify that the Agencies will apply the same general antitrust principles to a licensor's grant of various forms of exclusivity to and among its licensees that they apply to comparable vertical restraints outside the licensing context, such as exclusive territories and exclusive dealing.

The 1995 Intellectual Property Guidelines include a more definitive statement of the likely absence of anticompetitive effects from non-exclusive licensing arrangements. They recognize that non-exclusive licenses of intellectual property that do not contain any restraints on the competitive conduct of the licensor or the licensee generally do not present antitrust concerns even if the parties to the license are in a horizontal arrangement. In such a non-exclusive license, each party to the arrangement is free to compete using the licensed intellectual property and therefore the non-exclusive license normally does not diminish competition that would occur in its absence. Note, however, that agreements to cross-license technology prospectively (even if non-exclusive) may reduce incentives to develop new technology because each party to the agreement can free ride on the accomplishments of others. Moreover, certain types of cross-licensing arrangements, even if non-exclusive, may reduce competition that would occur in the absence of the arrangement, for example by levying royalties that increase rivals' costs or by promoting price coordination.

The Intellectual Property Guidelines recognize that a grantback provision in an intellectual property license may have procompetitive effects by promoting the dissemination of new technology, sharing risks, and rewarding the licensor for making possible further innovation based on or informed by the licensed technology, and may be necessary to ensure that the licensor is not

prevented from effectively competing because it is denied access to improvements developed with the aid of its own technology. Grantback provisions in licensing arrangements may have anticompetitive effects on total industry innovative effort, however, by reducing incentives to engage in research and development. The new Guidelines note that compared with an exclusive grantback, a non-exclusive grantback, which leaves the licensee free to license improvements technology to others, is less likely to have anticompetitive effects.

Earlier policy statements by the Department of Justice on antitrust analysis of intellectual property licensing arrangements were incorporated in the Department's 1977 and 1988 Guidelines on International Operations. This was appropriate given that the geographic scope of intellectual property licensing is often international. The 1995 Department of Justice and Federal Trade Commission Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations focus on the governing principles of antitrust jurisdiction and comity in the global economy and do not address particular commercial practices such as intellectual property licensing arrangements. Recognizing that licensing is often international, the 1995 Intellectual Property Guidelines include a statement that the antitrust principles described in the Guidelines apply equally to domestic and international licensing arrangements, with appropriate consideration for issues such as jurisdiction and comity that may affect enforcement decisions when the arrangement is in an international context, as described in the 1995 Department of Justice and Federal Trade Commission Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations.

The 1995 Intellectual Property Guidelines include more detail on the delineation of technology and innovation markets. As discussed previously, the Agencies will delineate technology or innovation markets only when the competitive effects of a licensing arrangement cannot be adequately addressed within the relevant markets for the goods affected by the arrangement. The Guidelines issued today include an additional example (Example 2) that illustrates a situation in which a technology market permits analysis of competitive effects from a licensing arrangement that cannot be adequately addressed within relevant goods markets.

The new Guidelines state that if the data permit, the Agencies will delineate the relevant technology market following the general approach described in the 1992 Horizontal Merger Guidelines. The Agencies will identify the smallest group of technologies, and goods that may be substitutes for the technologies, over which a hypothetical monopolist of those technologies and

goods likely would exercise market power -- for example, by imposing a small but significant and nontransitory price increase. The new Guidelines also recognize that technologies are often licensed in ways that are not readily quantifiable in monetary terms. For example, technology may be licensed royalty-free in exchange for the right to use other technology, or it may be licensed as part of a package license. In those circumstances, the new Guidelines state that the Agencies will delineate the relevant technology market by identifying the technologies and goods which buyers would substitute at a cost comparable to that of using the licensed technology.

If market share data are unavailable or do not accurately represent competitive significance, a licensing arrangement that may affect competition in a technology market would nonetheless qualify for protection under the safety zone if (1) the restraint is not facially anticompetitive and (2) there are four or more independently controlled technologies in addition to the technologies controlled by the parties to the licensing arrangement that may be substitutable for the licensed technology at a comparable cost to the user.

An innovation market consists of the research and development directed to particular new or improved goods or processes, and the close substitutes for that research and development. The Agencies will delineate an innovation market only when the capabilities to engage in the relevant research and development can be associated with specialized assets or characteristics of specific firms. As in the Agencies's approach to the delineation of goods and technology markets, the Agencies will delineate an innovation market by identifying the smallest collection of research and development efforts, technologies, and goods for which a hypothetical monopolist would have the ability and incentive to exercise market power, for example by retarding the pace of research and development.

Market share data may not be available that accurately reflect the competitive significance of current and likely potential participants in an innovation market. When entities have comparable capabilities and incentives to pursue research and development that is a close substitute for the research and development activities of the parties to a licensing arrangement, the Agencies may assign equal market shares to such entities. The Intellectual Property Guidelines include a new example (Example 4) that illustrates the use of an innovation market in evaluating the competitive effects of a research and development joint venture.

Absent reliable market share data, the market share requirement of the safety zone would

be satisfied for a licensing arrangement that may affect competition in an innovation market if four or more independently controlled entities in addition to the parties to the licensing arrangement possess the specialized assets or characteristics and the incentive to engage in research and development that is a close substitute for the research and development activities of the parties to the licensing arrangement.

A concluding note of appreciation

Many people within the Antitrust Division and the Federal Trade Commission have worked hard to provide the best advice we can offer on this complex subject. Their input has been essential to the development of the 1995 Intellectual Property Guidelines and I cannot express enough gratitude for their expertise and dedication to this effort. Among the many in the Agencies who have devoted their time and energy to this project, I would like to call particular attention to the very important contributions made by Will Tom, Greg Werden, Neil Roberts, Mike Tecklenburg, Steve Sunshine, Becky Dick, and David Seidman of the Antitrust Division and by Susan DeSanti, Mark Whitener, Tim Daniel, and Josh Newberg of the Federal Trade Commission. I would also like to thank the many people from industry, academics, and the bar who commented on the draft Intellectual Property Guidelines published in the Federal Register. We developed these Guidelines by following a process of extensive communication and cooperation with interested parties. This close interaction has made it possible to explore challenging antitrust issues related to the licensing of intellectual property and to develop policies that protect the interests of consumers and the intellectual property community.

ภาคผนวก ข

แนวปฏิบัติของประเทศญี่ปุ่น

この知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針の翻訳は、「法令用語日英標準対訳辞書」（平成20年3月版）に準拠して作成したものです。なお、この法令の翻訳は公定訳ではありません。法的効力を有するのは日本語の法令自体であり、翻訳はあくまでその理解を助けるための参考資料です。この翻訳の利用に伴って発生した問題について、一切の責任を負いかねますので、法律上の問題に関しては、官報に掲載された日本語の法令を参照してください。

This English translation of the Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act has been prepared in compliance with the Standard Bilingual Dictionary (March 2008 edition). This is an unofficial translation. Only the original Japanese texts of laws and regulations have legal effect, and translations are to be used solely as reference material to aid in the understanding of Japanese laws and regulations. The Government of Japan will not be responsible for the accuracy, reliability or currency of the legislative material provided on this Website, or for any consequence resulting from use of the information on this Website. For all purposes of interpreting and applying the law to any legal issue or dispute, users should consult the original Japanese texts published in the Official Gazette.

Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act

(Tentative translation)

Table of Contents

Part 1. Introduction

- (1) Competition Policy and Intellectual Property Systems
- (2) Scope of Application of the Guidelines
- (3) Outline of the Guidelines

Part 2. Basic Principles on Application of the Antimonopoly Act

- (1) The Antimonopoly Act and Intellectual Property Laws
- (2) Principles in identifying a market
- (3) Method of analyzing the effect in reducing competition
- (4) Cases where restrictions may have major impacts on competition
 - (i) Acts between competitors
 - (ii) Influential technologies
- (5) Cases where restrictions are deemed to have a minor effect in reducing competition

Part 3. Viewpoints from Private Monopolization and Unreasonable Restraint of Trade

- (1) Viewpoints from Private Monopolization
 - (i) Inhibiting the use of technology
 - (ii) Limiting the scope of the use of technology
 - (iii) Imposing conditions on the use of technology
- (2) Viewpoints from Unreasonable Restraint of Trade
 - (i) Patent pool
 - (ii) Multiple licensing
 - (iii) Cross-licensing

Part 4. Viewpoints from Unfair Trade Practices

- (1) Basic Viewpoints
- (2) Inhibiting the Use of Technology
- (3) Limiting the Scope of the Use of Technology
 - (i) Licensing rights in part
 - (a) Function-specific licensing
 - (b) Limiting the license period
 - (c) Limiting the field where the technology may be used

- (ii) Restrictions pertaining to manufacturing
 - (a) Limiting the area in which manufacturing is allowed
 - (b) Limiting the quantity of products or the number of times of using the technology in manufacturing
- (iii) Restrictions pertaining to export
- (iv) Sublicensing
- (4) Imposing Restrictions in relation to the Use of Technology
 - (i) Restrictions on raw materials and components
 - (ii) Restrictions on sales
 - (iii) Restrictions on selling and resale prices
 - (iv) Restrictions on manufacturing and sale of competing products or on transactions with competitors
 - (v) Best effort obligations
 - (vi) Obligations to protect confidentiality of knowhow
 - (vii) No-contest obligation
- (5) Imposing Other Restrictions
 - (i) Unilateral termination provisions
 - (ii) Establishment of royalties without relation to the use of technology
 - (iii) Restrictions after extinction of rights
 - (iv) Package licensing
 - (v) Addition of functions to technology
 - (vi) Obligations of the non-assertion of rights
 - (vii) Restrictions on research and development activities
 - (viii) Obligations to assign improved technology or to grant exclusive licenses for improved technology
 - (ix) Obligations to grant non-exclusive licenses for improved technology
 - (x) Obligations to report obtained knowledge and experience

Part 1 Introduction

(1) Competition Policy and Intellectual Property Systems

The legal frameworks to protect intellectual property (Note 1) in relation to technology (hereinafter referred to as “intellectual property systems”) may encourage entrepreneurs to conduct research and development and may serve as a driving force for creating new technologies and products based on the technology. They can be seen as having pro-competitive effects. In addition, technology transactions assist in promoting competition by enabling increased efficiency in the use of technology through combinations of different technologies, the formation of new markets for technologies and their associated products, as well as an increase of competing parties. In a free market economy, intellectual property systems motivate entrepreneurs to actualize their creative efforts and contribute to the development of the national economy. It is important to ensure that their basic purposes are respected and that technologies are traded without impedance.

Under intellectual property systems, however, competition in technologies and products may be diminished if a right-holder does not allow other entrepreneurs to use its technology or grants other entrepreneurs a license to use the technology on the condition that their research and development, production, sales or any other business activities are restricted (“restrictions pertaining to the use of technology”), depending on how such refusal or restrictions are imposed and the specific conduct to which the restrictions apply.

Consequently, when applying the Antimonopoly Act with respect to the restrictions pertaining to the use of technology, it is important for competition policy to insulate competition in technologies and products from any negative effect caused by any restrictions that deviate from the intent of the intellectual property systems, while making every effort to facilitate competition through the intellectual property systems.

Note 1: Under the Intellectual Property Basic Act, intellectual property is defined as “inventions, devices, new varieties of plants, designs, works and other property that is produced through creative activities by human beings(including discovered or solved laws of nature or natural phenomena that are industrially applicable), trademarks, trade names and other marks that are used to indicate goods or services in business activities, and trade secrets and other technical or

business information that is useful for business activities” (in Article 2, paragraph (1)). Generally intellectual property is not confined to that relating to technology. However, the Guidelines deal solely with intellectual property concerned with technology.

(2) Scope of Application of the Guidelines

The Guidelines have application to those intellectual properties that are concerned with technology. They are meant to comprehensively specify the principles by which the Antimonopoly Act is applied to restrictions pertaining to the use of technology.

- (i) As used in the Guidelines, “technology” refers to any technology protected under the Patent Act, the Utility Model Act, the Act Concerning the Circuit Layout of a Semiconductor Integrated Circuit, the Plant Variety Protection and Seed Act, the Copyright Act and the Design Act (Note 2) and to any technology protected as know-how (Note 3).

From the legal point of view, the use of such technology is identical to the use of intellectual property relating thereto. The use of technology is hereinafter used as an expression synonymous with the use of intellectual property.

Note 2: The term “technology” used herein covers technology protected as computer program works under the Copyright Act and as design in the form of an article under the Design Act.

Note 3: Technology protected as know-how in the Guidelines refers to any technical knowledge or experience that is not publicly known or any accumulation thereof the economic value of which is independently protected or controlled by entrepreneurs. It generally corresponds to those trade secrets under the Unfair Competition Prevention Act which are concerned with technology. Given that know-how is not given any monopolistic or exclusive right by any specific act, it is characterized, in comparison to what is protected by patent and other rights, by an unclear scope of technology subject to protection, poor exclusiveness of protection and uncertainty concerning the protection period.

- (ii) The restrictions pertaining to the use of technology subject to the Guidelines by the right-holder to the technology include (i) any conduct of inhibiting any other party from using the technology (ii) any conduct of licensing other parties to use the technology within a limited scope and (iii) any conduct of imposing restrictions on activities conducted by other parties licensed to use the technology (Note 4).

The restrictions pertaining to the use of technology may involve either the right-holder to the technology alone or other entrepreneurs as well. The right-holder may impose restrictions either directly on the parties wishing to use the technology or indirectly through a third party. These restrictions may either be imposed in the form of restrictive provisions in an agreement or be imposed implicitly.

The Guidelines apply to any conduct that substantially imposes restrictions pertaining to the use of technology, irrespective of its manner or form.

Note 4: Hereinafter, the conduct of authorizing other parties to use technology (including the conduct of authorizing the use of computer program works) is referred to as “licensing,” the party that grants a license as the “licensor” and the party to which the license is granted as the “licensee.” The technology that may be used under the license may be referred to as the “licensed technology.” In some cases of licensing, the licensor may grant a licensee the right to sublicense the licensed technology to third parties. Any restrictions imposed by the licensee on such third parties (sub-licensees) are treated in the same manner as restrictions imposed by the licensor on licensees.

- (iii) Whether the business activities by entrepreneurs are conducted inside or outside Japan, the viewpoints specified in the Guidelines apply, provided that the activities affect the Japanese market.

(3) Outline of the Guidelines

Part 2 of the Guidelines explains the basic principles according to which the Antimonopoly Act applies to restrictions pertaining to the use of technology. It is followed by Part 3, where the principles of the Antimonopoly Act are stated from the viewpoint of private monopolization or unreasonable restrictions on trade, and Part 4, where they are stated from the viewpoint of unfair trade practices. The Illustrative Examples given in Parts 3 and 4 herein are sample cases of violations that have been found in past decisions. They are presented for the purpose of building an understanding of the descriptions herein. The Reference Example describes alleged facts of violation in a case in which the Japan Fair Trade Commission (JFTC) issued a warning. It is presented as a reference. With the establishment of these Guidelines, the Guidelines for Patent and Know-how Licensing Agreements under the Antimonopoly Act published on July 30, 1999 are abolished.

Part 2 Basic Principles on Application of the Antimonopoly Act

(1) The Antimonopoly Act and Intellectual Property Acts

Article 21 of the Antimonopoly Act prescribes: “The provisions of this Act shall not apply to such acts recognizable as the exercise of rights under the Copyright Act, the Patent Act, the Utility Model Act, the Design Act, or the Trademark Act” (Note 5). This means that the Antimonopoly Act is applicable to restrictions pertaining to the use of technology that is essentially not considered to be the exercise of rights.

An act by the right-holder to a technology to block other parties from using its technology or to limit the scope of use may seem, on its face, to be an exercise of rights. The provisions of the Antimonopoly Act apply even to this case if it cannot be recognized substantially as an exercise of a right. In other words, any act that may seem to be an exercise of a right cannot be “recognizable as the exercise of the rights” provided for in the aforesaid Article 21, provided that it is found to deviate from or run counter to the intent and objectives of the intellectual property systems, which are, namely, to motivate entrepreneurs to actualize their creative efforts and make use of technology, in view of the intent and manner of the act and its degree of impact on competition. The Antimonopoly Act is applicable to this kind of act (Note 6).

When determining whether or not any specific act is recognizable as an exercise of the right, attention must be paid to the exhaustion of a right. After a party owning the right to technology legally distributed any product based on the technology in the Japanese market at its own discretion, its right is not infringed by any other party trading in the product in the Japanese market. In other words, the patent or other rights have been exhausted. There is no difference, in the principles of application of the Antimonopoly Act, between the cases where the right-holder imposes restrictions on another party that deals in the product that it has distributed at its own will and where a supplier, in general, imposes restrictions on the dealers that deal in its products.

Note 5: It is understood that the provision of Article 21 of the Antimonopoly Act applies to technology the exclusive use of which is authorized by any act other than that listed in the same article. In the case of technology protected as know-how, no act confers exclusive rights and the aforementioned provision does not apply. However, given that technology protected as know-how has the characteristics described in Note 3, it will be treated in the same manner as the technology

covered by Article 21 of the Antimonopoly Act.

Note 6: Article 10 of the Intellectual Property Basic Act prescribes: “In promoting measures for the creation, protection and exploitation of intellectual property, consideration shall be paid to secure the fair exploitation of intellectual property and public interests and to promote fair and free competition.”

(2) Principles in identifying a market

- (i) In evaluating restrictions pertaining to the use of technology in accordance with the Antimonopoly Act, it is considered, as a general rule, which transactions are affected by them. Then the restrictions will be examined to determine whether or not competition is reduced in the market where the transactions take place. Whether there is a reduction in competition is examined both from the viewpoint of substantial restraint of competition and from the viewpoint mentioned in Part 4-1-(2) within unfair trade practices in this section.

Apart from examining the effect in reducing competition, when examining the effect from the viewpoint of unfair trade practices, it is occasionally vital to examine whether or not the restrictions constitute unfair competition or an infringement of the basis for free competition (See Part 4-1-(3)).

- (ii) The conduct of inhibiting the use of technology or licensing with a limited scope of the use of technology has an adverse impact on competition in the market for the technology or of any product (including a service; hereinafter the same shall apply) using it. The conduct of imposing restrictions on the business activities of licensees when licensing a technology affects not only transactions of technology or any product incorporating the technology but transactions of other items as well, such as those of technology and products supplied with the use of the technology or any product incorporating the technology, and those of other technology, components and raw materials, or the requisites to manufacture the product using the technology.

When evaluating any restrictions pertaining to the use of technology according to the Antimonopoly Act, it is imperative to identify the market where the technology is traded, where any product incorporating the technology is traded and where other technology and products are traded, and to examine the impact of the restriction on competition, according to the transactions affected by the restrictions affect.

- (iii) The method of defining the market of a general product or service is also used to defining

the markets where the technology is traded (hereinafter referred to as “technology market”) and where any product incorporating the technology is traded (hereinafter referred to as “product market”). Fundamentally, the market is specified in each case from the viewpoint of substitutability to consumers. Trade in technology is not normally subject to transport constraints. Technology is more likely to be diverted from its current usage to other fields of business. Considering these possibilities, the defined technology market may include some fields where the technology is not actually traded. In other cases, however, the market may be defined the one technology provided that it is used by a large number of entrepreneurs in a specific field of business and that it is extremely difficult for them to develop an alternative technology or to switch to any technical substitute.

Restrictions pertaining to the use of technology can affect competition in developing technologies. No market or trade, however, can be defined for research and development activities by themselves. Therefore the effect on competition in developing technologies should be evaluated by the effect on competition in the trade of future technologies resulting from such activities or products incorporating the technology.

(3) Method of analyzing the effect in reducing competition

Whether or not restrictions pertaining to the use of technology reduces competition in the market is determined by fully considering the nature of the restrictions, how the are imposed, the use of the technology in the business activity and its influence on it, whether or not the parties pertaining to the restrictions are competitors in the market (Note 7), their market positions (such as market share (Note 8) and rank), the overall competitive conditions that prevail in the markets (such as the number of companies competing with the parties concerned, the degree of market concentration, the characteristics and the degree of differentiation of the products involved, distribution channels and difficulty in entering the market), whether or not there are any reasonable grounds for imposing the restrictions, as well as the effects on incentives of research, development and licensing.

In a case in which multiple restrictions are imposed on the use of technology and the restrictions have an influence on the same market, their combined effect on competition in the market is examined. If they have an influence on different markets, it is necessary to examine their effect on competition in each market and then examine the secondary effects

on competition in each market to competition in other markets.

If other entrepreneurs grant licenses for an alternative technology, it should also be examined whether or not they are concurrently practicing similar activities.

Note 7: In evaluating this point, consideration is given to whether (i) the parties are competitors before the license is granted, (ii) the parties become competitors if one party grants another the license, (iii) the parties are not competitors even after the license in question is granted.

Note 8: It is thought that in many cases calculation of the market share in the technology market can be substituted by the market share of the product using the technology in question.

(4) Cases where restrictions may have major impacts on competition

(i) Acts between competitors

If restrictions pertaining to the use of technology are imposed among competitors, they are more likely to result in evasion of competition among them or more likely to be used to exclude other competitors than restrictions imposed among non-competitors. This type of conduct is thought to have a relatively strong influence on competition.

(ii) Influential technologies

Restrictions pertaining to the use of technology are likely to have a greater effect on competition when the technology is influential than when it is not. Generally whether or not particular technology is influential is determined, not by the fact that the technology is deemed to be superior, but through a comprehensive consideration of how the technology is used in the product market, whether or not it is difficult to develop any alternative technology or difficult to switch to any technical substitute and the position of the right-holder to the technology in the technology or product market.

For instance, if any technology becomes a de facto standard in the technology or product market, it is likely to be determined as influential.

(5) Cases where restrictions are deemed to have minor effect in reducing competition

In principle, restrictions pertaining to the use of technology are deemed to have a minor effect in reducing competition when the entrepreneurs using the technology subject to the restrictions in the business activity have a share in the product market (hereinafter referred to as “product share” in this section) of 20% or less in total. This is not applicable however to

conduct of restricting selling prices, sales quantity, market share, sales territories or customers for the product incorporating the technology (Note 9) or to the conduct of restricting research and development activities or obliging entrepreneurs to assign rights or grant exclusive licenses for improved technology.

The impact of a particular restriction on competition in the technology market is also deemed to have minor effect in reducing competition if the product share is in principle 20% or less in total. Where the product share is unavailable or the product share is found to be not appropriate to determine the effect on the technology market, the effect in reducing competition is considered to be minor provided that there are at least four parties holding rights to alternative technologies available with no outstanding detriment to business activities. (The viewpoints given in this section are not applicable, however, when restrictions should be examined from the viewpoint mentioned in Part 4-1-(3) below.)

Note 9: Restrictions imposed by the licensor on licensees on the sales quantity and the sales area of the product incorporating the licensed technology are seen to be an exercise of rights to limit the scope of the use of technology. However, if multiple parties mutually impose such restrictions on each other, the activity is not recognizable as an exercise of rights, as is discussed below in Part 3-2.

Part 3 Viewpoints from Private Monopolization and Unreasonable Restraint of Trade

With respect to restrictions pertaining to the use of technology, a question is raised as to whether Article 3 (prohibition of private monopolization or unreasonable restraint of trade) or Article 19 (prohibition of unfair trade practices) is applicable. An infringement of the provision in Article 3 occurs with any conduct that complies with the behavioral criteria described below and that causes, contrary to public interest, a substantial restraint of competition in any particular field of trade. Trade associations violate the provision in Article 8 if they substantially restrict competition in a particular field of trade. (The viewpoint of Article 19 in the Antimonopoly Act is discussed in Part 4.)

On the basis of the principles on identifying the market described in Part 2-2 the particular field of trade is identified according to the scope of influence of the conduct, in the light of the objects, other parties, areas and modes of trade in the technology or product market.

The method of analyzing the effect on competition is as explained in Part 2-3 above, and hereinafter, “substantially restrict competition” refers to establishing maintaining and strengthening a state of market control (Note 10).

Note 10: With respect to the meaning of “substantially restraining competition in any particular field of trade” as provided for in Article 2, paragraph (5) of the Antimonopoly Act, there are court rulings that defined it as a state in which there actually appears or at least is going to emerge a situation in which a specific entrepreneur or trade association can control the market by controlling the price, quality, quantity or other conditions freely at its own will to a certain degree as a result of reducing competition in a market (Refer to the ruling of the Tokyo High Court on the Toho-Subaru case on September 19, 1951, and the ruling of the Tokyo High Court on the Toho-Shintoho case on December 7, 1953). It is understood that the expression refers to establishing, maintaining and strengthening the state of market control as depicted by these rulings. (JFTC Decision No.2 of 2004 on March 26, 2007)

(1) Viewpoints from Private Monopolization

Restrictions pertaining to the use of technology will be examined from the viewpoint of applying provisions regarding private monopolization if they “exclude or control the business activities of other entrepreneurs” (Article 2, paragraph (5) of the Antimonopoly Act).

Whether a restriction pertaining to the use of technology is classified as “exclusion” or “control” may not be uniformly determined according to the manner of the conduct. It should be judged specifically by examining the intent and effects of the individual conduct.

Hereinafter, by categorizing the restriction into that of inhibiting the use of technology, limiting the scope of use of technology and imposing conditions for the use of technology, the principle of whether or not the restriction constitutes private monopolization is explained.

(i) Inhibiting the use of technology

Restrictions by the right-holder to a technology such as not to grant a license for the use of the technology to an entrepreneur (including cases where the royalties requested are prohibitively expensive and the licensor’s conduct is in effect equivalent to a refusal to license; hereinafter the same shall apply) or to file a lawsuit to seek an injunction against any unlicensed entrepreneur using the technology are seen as an exercise of rights and normally constitutes no problem.

However, if any such restriction is found to deviate from or run counter to the intent and objectives of the intellectual property systems, as mentioned below, it is not recognizable as an exercise of rights. It then constitutes private monopolization if it

substantially restrains competition in a particular field of trade.

- (a) In a case where entrepreneurs participating in a patent pool (See 2-(1) below) refuse to grant a license to any new entrant or any particular existing entrepreneurs without any reasonable grounds, to hinder it from using the technology, the restriction may fall under the exclusion of business activities of other entrepreneurs.

Illustrative Example

○ Company X and nine other companies engaging in the manufacture of *pachinko* game machines, and Association Y held a patent and other rights relating to the manufacture of *pachinko* machines. It was difficult to manufacture any such machines without receiving licenses from them. The ten companies commissioned Association Y to manage these rights and restrained any third party from entering the market by refusing to grant licenses. This was found to be a violation of Article 3 of the Antimonopoly Act. (JFTC Recommendation Decision No. 5 of 1997 on August 6, 1997)

- (b) Where a technology is found to be influential in a particular product market and is actually used by numerous entrepreneurs in their business activities, it may fall under the exclusion of business activities of other entrepreneurs if any one of the entrepreneurs obtains the rights to the technology from the right-holder and refuses to license the technology to others, preventing them from using it. (Interception)
For instance, this could apply to a case in which a number of entrepreneurs participate in a patent pool and accept licenses from the pool administrator to use technologies that are essential to their business activities in a particular product market and some of the entrepreneurs in the pool purchase a pooled technology from the pool administrator without notifying other participants to block other participants in the pool from using the technology in their business activities.
- (c) In a case in which an entrepreneur conducting business activities in a particular technology or product market collects all of the rights to a technology that may be used by its actual or potential competitors but not for its own use and refuses to license them to prevent the competitors from using the technology, this activity may fall under the exclusion of business activities of other entrepreneurs. (Concentration of rights)

An example might be a situation in which technology A and technology B are alternatives in a product market and the right-holder to technology A and the right-

holder to technology B are competing with each other to make their technology the de facto standard, and the right-holder of technology A purchases the rights to a technology that is essential only for the use of technology B but not required for the use of technology A and then refuses to license to any entrepreneur using technology B to conduct its business activities in the product market.

- (d) Under the circumstances in which a product standard has been jointly established by several entrepreneurs, it may fall under the exclusion of the business activities of other entrepreneurs when the right-holder refuses to grant licenses so as to block any development or manufacture of any product compliant with a standard, after pushing for establishment of that standard, which employs a technology of the right-holder, through deceptive means, such as falsification of the licensing conditions applicable in the event the technology is incorporated into the standard, thereby obliging other entrepreneurs to receive a license to use the technology.

This also applies in a case in which an entrepreneur holding rights to a technology refuses to grant licenses so as to prevent other entrepreneurs from participating in the bidding after deceiving a public institution into setting out specifications of the product it will be purchasing through bidding that can be satisfied solely by the use of the technology, thereby creating a situation in which no bidder can manufacture any product meeting the specifications without receiving the license to use the technology.

- (ii) Limiting the scope of the use of technology

When a right-holder to a technology grants other entrepreneurs a license to use the technology within a limited scope, it is seen as an exercise of rights and normally constitutes no problem. However, any acts of specifying and enforcing the scope within which the use of technology is authorized (See Part 4-3 for specific details of such conduct) could be deemed acts of controlling the business activities of licensees. As a result of examination according to the principle stated in Part 2-1, if it is found to deviate from the intent of the intellectual property systems, etc., it is not recognizable as an exercise of rights. It then constitutes private monopolization if it substantially restrains competition in a particular field of trade.

- (iii) Imposing conditions on the use of technology

When the right-holder to a technology sets a condition for granting a license for the technology to other entrepreneurs, it may correspond to an act of controlling the business activities of licensees or of excluding the business activities of other entrepreneurs, depending on the particular circumstances. If it causes a substantial restraint of competition in a particular field of trade, it will be deemed to constitute private monopolization.

- (a) When the right-holder to a technology implements a multiple licensing scheme (see 2-(2) below) for entrepreneurs wishing to conduct business activities using the technology and issues instructions that must be followed by the licensees on selling price, sales quantity, customers and other factors concerning the products supplied with the use of the technology, the holder may be found to have committed an act of controlling the business activities of these entrepreneurs.

Reference Example

○ The production of Product A. To adjust the demand-supply relationship and stabilize the market by controlling the output of the product from the association members, Association X as a means stipulated in the normal licensing agreement with the members that production quantities shall be determined by the local assembly and approved by the board of directors and that the Association may terminate the agreement with any licensee that has produced more than the predetermined quantity. Association X was found to have enforced these provisions, and the activity was recognized as possibly violating the provision in Article 8 of the Antimonopoly Act. (Warning issued on February 17, 1994)

- (b) When the right-holder to a technology concerned with product standards or the technology essential for business activities in the technology or product market (“essential technology”) prohibits the development of any alternative technology when granting a license to other entrepreneurs, it corresponds in principle to the act of controlling the business activities of licensees. Preventing licensees from adopting alternative technology corresponds in principle to the act of excluding business activities of other entrepreneurs (Note 11)

Note 11: This is not limited to any conduct of explicitly preventing licensees from developing or

adopting alternative technology. It also applies to any case of substantially limiting the development of alternative technology or the like, for instance, by establishing extremely advantageous conditions only to those that refrain from developing the alternative technology.

- (c) When the right-holder to essential technology imposes an obligation to obtain a license on any technology other than that concerned or to purchase any product designated by the licensor without reasonable grounds when granting a license to other entrepreneurs, it may constitute an act of controlling the business activities of the licensees or the act of excluding the business activities of other entrepreneurs.

(2) Viewpoints from Unreasonable Restraint of Trade

Restrictions pertaining to the use of technology will be examined from the viewpoint of applying the provision regarding unreasonable restraint of trade if “an entrepreneur in concert with other entrepreneurs, colludes to restrict or engage in their business activities” (Article 2, paragraph (6) of the Antimonopoly Act).

It is necessary to examine this from the viewpoint of unreasonable restraint of trade especially in the situation in which the parties involved in the restrictions pertaining to the use of technology compete. Possible examples include a patent pool and cross licensing among competitors and a multiple licensing scheme under which numerous competitors are licensees of the same technology.

(i) Patent pool

- (a) A patent pool refers to a business activity in which multiple parties holding the rights to a certain technology concentrate their rights individually or the rights to license the technology in a particular corporation or organization so that the body may grant the necessary licenses to the members of the pool or others. The form of corporation or organization varies: it may be set up specifically for the purpose or an existing body may be appointed to fulfill this role. A patent pool can be useful in encouraging the effective use of technologies required for business activities and a patent pool itself does not immediately constitute an unreasonable restraint of trade. (For patent pools formed for standardization, refer to the Guidelines on Standardization and Patent Pool Arrangements published on June 29, 2005.)

- (b) Notwithstanding the above, it is an unreasonable restraint of trade if the parties holding the rights to the substitute technologies in a particular technology market establish a patent pool and jointly set forth licensing conditions (including the scope of use of technologies) for their rights to substitute technologies and substantially restrain competition in the field of trade associated with these technologies.

When these entrepreneurs collude to restrict any improvement to the technology licensed to the pool or restrict the licensees, it is an unreasonable restraint of trade if it substantially restrains competition in the field of trade associated with the technology.

- (c) When entrepreneurs that compete with one another in a particular product market establish a patent pool for the mutually use technologies required to supply their product and obtain licenses for these technologies from it, their conduct to jointly determine the price, quantity or customers of their products using the licensed technology is an unreasonable restraint of trade if the conduct substantially restrains competition in the field of trade of the product in question.
- (d) In a case in which entrepreneurs competing with one another in a particular product market establish a patent pool for technologies required to supply their product as a sole body that can grant licenses to other entrepreneurs, its refusal to grant licenses to new entrants or certain existing entrepreneurs without reasonable grounds constitutes conduct of jointly impeding new entries or hampering the business activities of the existing entrepreneurs. It is an unreasonable restraint of trade if this conduct substantially restrains competition in the field of trade of the product in question.

(ii) Multiple licensing

Multiple licensing refers to a system for granting multiple entrepreneurs licenses to use a technology.

Under the multiple licensing scheme, restrictions on the scope of the use of technology, and selling price, sales quantity, customers or the like with respect to the product manufactured using the technology with the mutual recognition that the licensor and licensees are subject to common restrictions correspond to mutual restraint of the business activities of these entrepreneurs. It is an unreasonable restraint of trade if it substantially restricts competition in the field of trade associated with the product. In addition, by applying the same principle,

imposing restrictions on licensees with respect to a technology resulting from research for the improvement or application of the technology (hereinafter referred to as “improved technology”) or the adoption of an alternative technology is also an unreasonable restraint of trade if it substantially restrains competition in the field of trade associated with the technology.

Illustrative Example

○ With regard to iron covers for public sewerage systems to be purchased by a local public entity, specifications that incorporate Company X’s utility model were adopted on the condition that the utility model would be licensed to other entrepreneurs. Company X granted the license to six other companies. However, it prescribed that the price estimate for iron covers submitted by the six companies to the local government should be equivalent to or higher than that of Company X, that the price at which the covers are supplied by Company X and the six companies to manufacturers and the margin for the manufacturers should be fixed and that Company X should secure a 20% share of the sales quantity with the remainder divided equally among Company X and the six companies. These and other forms of conduct were found to be in violation of Article 3 of the Antimonopoly Act. (JFTC Decision No. 2 of 1991 on September 10, 1993)

(iii) Cross-licensing

- (a) Cross-licensing refers to a business activity in which multiple parties that own rights to technology mutually license their rights to one another.

Generally cross-licensing involves fewer entrepreneurs compared to the number of the entrepreneurs participating in a patent pool or in multiple licensing.

- (b) Even if the number of entrepreneurs involved is small, cross-licensing may produce similar effects as those caused by the patent pool when it includes joint arrangements on the price, quantity, customers or the like or on not granting the license to others in a situation and where the participating entrepreneurs collectively hold a high share of the market for a particular product. For these reasons, as in (1) above, it constitutes an unreasonable restraint of trade if it substantially restrains competition in the field of trade of the product in question.
- (c) It constitutes an unreasonable restraint of trade to set forth jointly each party’s scope of the use of technology, which is equivalent to a restriction on the scope of the

business activities using the technology, if it substantially restrains competition in the field of trade relating to the technology or product.

Part 4 Viewpoints from Unfair Trade Practices

(1) Basic Viewpoints

- (i) Restrictions pertaining to the use of technology are examined not merely from the perspective of private monopolization and unreasonable restraint of trade, but from that of unfair trade practices as well.

The following discusses whether or not restrictions pertaining to the use of technology constitute an unfair trade practice. For convenience, restrictions pertaining to the use of technology are classified into four different types: (i) inhibiting the use of technology, (ii) limiting the scope of the use of technology, (iii) imposing restrictions in relation to the use of technology, and (iv) imposing other restrictions.

- (ii) From the viewpoint of applying unfair trade practices, restrictions pertaining to the use of technology will be examined to determine if they comply with certain behavioral criteria and tend to impede fair competition (“tendency to impede fair competition”). With respect to the type of tendency to impede fair competition, the Guidelines focus on what can be judged from the following criteria in accordance with the method of analyzing the effect of reducing competition mentioned in Part 2-3. For other types of tendencies to impede fair competition, refer to (3) below.

- (i) Whether or not an entrepreneur (including any entrepreneurs that have a close relationship with it; hereinafter the same shall apply) may deprive its competitors and other parties of trading opportunities or directly impede the ability of the competitors and the others to compete.

- (ii) Whether or not the restriction may reduce competition in pricing, acquiring customers and other means.

In this event, with regard to criterion (i), the impact on competition should be judged by specifically considering factors such as the number of entrepreneurs subject to the restriction and the level of competition between the entrepreneurs. With regard to criterion (ii) the degree of effectiveness of the restrictions should be considered.

When examining criteria (i) and (ii), it is not the case that the restriction meets the criteria only if it causes a tangible effect in reducing competition.

- (iii) Apart from criteria (i) and (ii), whether or not the conduct constitutes unfair competition or an infringement of the basis for free competition must in some cases be examined with regard to the tendency to impede fair competition. In this event, judgment should be made by an overall consideration of the details and degree of influence on the licensees' business activities, the number of other parties engaged in the conduct and the duration or repetitiveness of the conduct, etc.

The viewpoint stated in Part 2-5 is not applicable to the examination from these perspectives.

(a) Whether or not the conduct constitutes unfair competition is questioned in a transaction involving technology in relation to the act of deliberately causing misunderstanding of the function or effect of the technology or the details of the rights to the same, the act of disseminating any defamatory information about the technologies of competitors and the act of interfering with competitors' business activities by filing a vexatious lawsuit for an injunction to prevent an infringement of rights, knowing that the rights are invalid (Paragraphs (8), (9) and (15) of the General Designation).

(b) A question over an infringement of the basis of free competition is studied mainly for the unjustifiable imposition of disadvantageous conditions on licensees when granting them licenses in a situation in which the licensor enjoys a dominant bargaining position with respect to the licensees (Paragraphs (10) and (14) of the General Designation).

With respect to the types of activity discussed in 2 to 5 below, besides examining whether or not it tends to impede fair competition (tendency to reduce competition) mentioned in (2) above, depending on individual cases, whether or not the activity breaches the basis of free competition may be examined.

Whether or not the licensor has a dominant bargaining position over licensees is examined through a comprehensive consideration of the degree of influence of the technology (see Part 2-4-(2) above), the extent to which the licensees' business activities depend on the technology, the positions of the parties in the technology or

product market, the state of the technology or product market and the disparity in the scale of business activities between the parties.

- (iv) The following discussion focuses on whether or not individual restrictions tend to impede fair competition (tendency to reduce competition) as mentioned in (2) above.

Applicable paragraphs of the General Designation of Unfair Trade Practices are noted as supplements in the context of the conduct described below. It is not suggested, however, that the applicable paragraphs are limited to those shown, but that they are presumed to be chiefly applied

(2) Inhibiting the Use of Technology

When the right-holder to a technology refuses to grant a license to use the technology to any other entrepreneur or files a lawsuit for an injunction against any unlicensed entrepreneur using the technology to prevent the infringement of the right, the conduct is normally seen as an exercise of the right. According to the viewpoint explained in Part 2-1 above, however, the following conduct is not recognizable as an exercise of the right but are examined whether or not they constitute unfair trade practices.

- (i) In a case where an entrepreneur acquires the rights to a technology from the right-holder, with the recognition that a competitor uses the licensed technology in its business activities and that it is difficult for the competitor to replace the technology with an alternative, and the entrepreneur refuses to grant a license for it in order to block the competitor from using the technology, this conduct impedes the use of the technology with the intent of interfering with the competitor's business activities. It is found to deviate from or run counter to the intents and objectives of the intellectual property systems. It is therefore considered to constitute an unfair trade practice if it degrades the competitive function of the competitor and tends to impede fair competition. (Paragraphs (2) and (15) of the General Designation)

For example, if any of the licensees of a technology used by several entrepreneurs as a basis for their business activities in the product market obtains the rights from the right-holder to the technology in order to block competitors (other licensees) from using the technology by refusing to license it to them, this conduct may constitute an unfair trade practice.

- (ii) When the right-holder to a technology refuses to grant a license to stop other entrepreneurs from using its technology after urging them to use its technology in their business activities through unjustifiable means, such as falsification of licensing conditions, and making it difficult for them to shift to other technology, the conduct unjustifiably creates the status of an infringement on rights and is found to deviate from or run counter to the intents and objectives of the intellectual property systems. Such conduct constitutes an unfair trade practice if it degrades the competitive function of the other entrepreneurs and tends to impede fair competition. (Paragraphs (2) and (15) of the General Designation)

A sample case that may constitute an unfair trade practice is one in which one of the entrepreneurs engaging in the joint formulation of standards vows to grant a license with extremely advantageous conditions so as to make its technology the basis for a standard and then refuses to grant a license to use the technology to other entrepreneurs after seeing the standard has been established and it has become difficult for the entrepreneurs to shift to another technology.

- (iii) In a case where the technology provides the basis for business activities in a particular product market and a number of entrepreneurs, accepting licenses for the technology from the right-holder, engage in business activities in the product market, the conduct of discriminately refusing to license a particular entrepreneur without reasonable grounds is found to deviate from or run counter to the intent and objectives of the intellectual property systems. If such conduct tends to impede fair competition by degrading the competitive function of the entrepreneur in the product market, it constitutes an unfair trade practice (Note 12). (Paragraph (4) of the General Designation)

Note 12: Restrictive conduct of the kinds mentioned in 3 to 5 below are also examined not only from the perspective of the impacts that they themselves have on competition but also from the perspective of the influence of their discriminatory aspect, if any, on competition.

(3) Limiting the Scope of the Use of Technology

Although an act on the part of the right-holder to the technology of granting other entrepreneurs the license to use a technology within a limited scope, instead of granting a license for unlimited use, may seem, on its face, to be an exercise of rights, in some cases it cannot be recognized

substantially as an exercise of rights, as mentioned in Part 2-1 above. Therefore, it is necessary to examine whether this conduct can be recognized as an exercise of rights in accordance with the principles explained in Part 2-1 above. If they are not recognizable as an exercise of rights, they are examined from the viewpoint of unfair trade practices.

(i) Licensing rights in part

(a) Function-specific licensing

When a licensor limits the business activities of licensees using the licensed technology (for example, in the case of patent, the licensor limits the activities, for example, to produce, use, assign or export the technology), it is generally recognizable as an exercise of rights and in principle it does not constitute an unfair trade practice.

(b) Limiting the license period

In principle, when a licensor limits the period during which licensees can use the licensed technology, it does not constitute an unfair trade practice.

(c) Limiting the field where the technology may be used

In principle, when a licensor limits the field in which licensees may engage in business activities using the licensed technology, for example, by limiting the scope of the license to the manufacturing of a specific product, it does not constitute an unfair trade practice.

(ii) Restrictions pertaining to manufacturing

(a) Limiting the area in which manufacturing is allowed

In principle, as in (1) above, when a licensor limits the area in which licensees may use the technology to manufacture products, it does not constitute an unfair trade practice.

(b) Limiting the quantity of products or the number of times the technology is used in manufacturing.

In principle, when a licensor imposes a limit on the minimum quantity of products that licensees must manufacture using the technology or the minimum number of times the technology is used, it does not constitute an unfair trade practice provided limiting the minimum number does not eliminate the use of any other technology by the licensees. However, establishing a ceiling on the quantity of products or the number of times

within which licensees can use the technology to manufacture products is not recognizable as an exercise of rights if it has the effect of restricting the volume of the products supplied to the overall market. It constitutes an unfair trade practice if it tends to impede fair competition. (Paragraph (13) of the General Designation)

(iii) Restrictions pertaining to export

- (a) In principle, when a licensor prohibits licensees from exporting the product incorporating the licensed technology, it does not constitute an unfair trade practice.
- (b) In principle, limiting areas to which licensees may export products incorporating the licensed technology will not constitute an unfair trade practice.
- (c) The principle discussed in 4-(2)-(a) below applies to judgments made about any limitations on export quantities of the product, if it has the effect of impeding the return of exported products to the domestic market.
- (d) Obligations to export via any entrepreneur designated by the licensor are examined in the same manner as restrictions on sales set out in 4-(2)-(b) below.
- (e) Limits on export prices are examined in the same manner as mentioned in 4-(3) below where they have an impact on competition in the domestic market.

(iv) Sublicensing

In principle, when a licensor limits parties to which licensees may grant a sublicense, it does not constitute an unfair trade practice.

(4) Imposing Restrictions in relation to the Use of Technology

When the right-holder to a technology licenses other entrepreneurs to use the technology, it may occasionally place restrictions in relation to the licensees' use of the technology for the purpose of realizing the functions or effects of the technology, ensuring safety or preventing any know-how or other confidential information from being divulged or used for unintended purposes. Many such restrictions are considered reasonable to some extent in order to promote the effective use of technology or technology transactions. However, since they restrict the business activities of licensees, they tend to reduce competition in some cases. Whether or not they have the tendency to impede fair competition must be examined in the light of the question such as whether or not such restrictions are within the extent necessary to meet the aforesaid purposes.

(i) Restrictions on raw materials and components

A licensor may impose limits on licensees as to the quality or suppliers of raw materials, components and other items needed to supply the product using the licensed technology (including services and other technologies; hereinafter collectively referred to as “raw materials and components”). Such limits could be considered necessary to ensure the functions and effect of the technology, to maintain safety and to prevent the disclosure of confidential information and hence are recognized as reasonable to some extent.

However, because the supply of products that incorporate the licensed technology is part of the business activities conducted by licensees, restrictions on raw materials and components have the effect of constraining the means of competition used by licensees or, in other words, the freedom of choosing the quality of raw materials and components and suppliers of them. They have another effect of depriving the entrepreneurs that supply alternative raw materials and components of trading opportunities. They therefore constitute an unfair trade practice if they exceed the necessary extent from the above viewpoint and may tend to impede fair competition. (Paragraphs (10), (11) and (13) of the General Designation)

(ii) Restrictions on sales

In the case in which a licensor sets a limit on the area or quantity in which licensees may sell products (including copies of computer program works) using the licensed technology that applies to the customers or the trademarks that licensees can use, it may constitute restrictions on the licensee’s business activities. (For restrictions on prices, see the following section.)

(a) The stance on limiting the scope of using technology discussed in the first paragraph of 3 and 3(2) above is basically applicable to limiting the area and quantity in which products using the licensed technology may be sold.

However, such conduct may constitute an unfair trade practice if the rights are recognized as having been exhausted in Japan or in the case where know-how is licensed, and there is a tendency to impede fair competition. (Paragraph (13) of the General Designation)

(b) Unlike the restrictions on the sales area and quantity mentioned in (a) above,

placing limitations on the counterparties of the sale of products who may use a licensed technology is not recognized as imposing a limitation on the scope of use of the technology. It constitutes an unfair trade practice if it tends to impede fair competition. Examples of this conduct includes limiting counterparties (distributors) to those designated by the licensor, limiting counterparties to those assigned to the licensees and prohibiting sale with specific parties (Note 13). (Paragraph (13) of the General Designation)

Note 13: In a case in which licensees engaging in the production of seeds and seedlings for which variety registrations have been made under the Plant Variety Protection and Seed Act are subject to limitations that requires them to sell their seeds and seedlings only to customers licensed to produce crops from such seeds and seedlings, such limitations are considered requisite to protect the rights concerning crop production from infringement.

- (c) When a licensor imposes on licensees an obligation to use a specific trademark, it is in principle not deemed to constitute an unfair trade practice as this obligation is considered not to tend to reduce competition, except in cases where the trademark is a material means of competition and where licensees are prohibited from using other trademarks as well.

(iii) Restrictions on selling and resale prices

In the case in which a licensor places a restriction on licensees on the selling or resale prices of products incorporating licensed technology, this restriction limits the most fundamental means of competition in the business activities of licensees and distributors purchasing such products from them, and it evidently reduces competition. Therefore it is in principle recognized as constituting an unfair trade practice. (Paragraph (13) of the General Designation)

(iv) Restrictions on the manufacture and sale of competing products or on transactions with competitors

If any licensor imposes a restriction on licensees in relation to the manufacture or selling of any product that competes with the licensor's products or the acquisition of a license for a competing technology from a competitor of the licensor, the conduct has the effect of impeding licensees from effectively using technology and obstructing technology

transactions, with the effect of depriving competitors of trading opportunities. Such a restriction therefore constitutes an unfair trade practice if it has the tendency to impede fair competition. (Paragraphs (2), (11) and (13) of the General Designation)

Notwithstanding the above, it is thought that such restrictions to the extent necessary to maintain confidentiality are likely to be recognized as not tending to impede fair competition if the licensed technology is concerned with know-how and there exists no other means of preventing disclosure or unauthorized use of the technology. This applies also to restrictions that remain effective for a short period after the termination of the agreement.

(v) Best-effort obligations

When a licensor imposes on licensees an obligation to make their best possible efforts in the use of licensed technology, this obligation is regarded as having the effect of ensuring that the licensed technology is effectively utilized. As long as it is confined to an obligation to make an effort, the effect of restricting licensee's business activities is limited and it is unlikely to reduce competition. Therefore, it does not constitute an unfair trade practice in principle.

(vi) Obligations to protect the confidentiality of know-how

An obligation imposed by the licensor on licensees to protect the confidentiality of licensed know-how during the period of the agreement and after termination of the agreement does not tend to impede fair competition and in principle does not constitute an unfair trade practice.

(vii) No-contest obligation

Imposing an obligation by a licensor on its licensees not to contest the validity of rights for licensed technology (Note 14) is recognized to have aspects to promote competition by facilitating technology transactions and is unlikely to reduce competition directly.

However, it may constitute an unfair trade practices when it is found to tend to impede fair competition by continuing rights that should be invalidated and by restricting the use of the technology associated with the said rights. (Paragraph (13) of the General Designation)

In principle, stipulating termination right of the agreement for the technology with any licensee that challenges the validity of rights may not constitute unfair trade practices.

Note 14: “Obligation not to contest the validity of rights” refers to, for example, an obligation to agree not to initiate legal action for the invalidation of patents for licensed inventions. It differs from the obligation of non-assertion of rights, detailed in 5-(6) below, which prohibits licensees from exercising any right owned or to be acquired by them against the licensor and other parties.

(5) Imposing Other Restrictions

In addition to those mentioned in 4 above, there are many other restrictions that may be placed on the business activities of licensees on the occasion of granting a license to them.

The following discusses the viewpoints applied to these restrictions. When it is seen as an exercise of rights that a licensor imposes a particular restriction on licensees, this conduct will be examined in accordance with the principles mentioned in Part 2-1.

(i) Unilateral termination provisions

It is an unfair trade practice to set forth termination terms that are unilaterally disadvantageous to licensees in a licensing agreement if the provision is made in combination with any other restrictive activities that infringe the Antimonopoly Act and is used as a means of ensuring the effectiveness of the restrictions. Such terms include, for example, Terms that authorize the licensor to terminate the licensing agreement either in a unilateral manner or immediately without allowing for an appropriate grace period. (Paragraphs (2) and (13) of the General Designation)

(ii) Establishment of royalties without relation to the use of technology

When a licensor establishes royalties based on a standard unrelated to the use of the licensed technology, for example by imposing an obligation to pay royalties according to the quantity of products manufactured or sold without the licensed technology, licensees may be hindered from using any competing product or technology. This conduct therefore constitutes an unfair trade practice if it tends to impede fair competition. (Paragraphs (11) and (13) of the General Designation)

In principle, however, it will not constitute an unfair trade practice if the licensed technology is used in part of the manufacturing process or is associated with any component and is reasonable as a means of calculating royalties. For instance, calculating royalties using the manufactured or sales quantity or the value of the final product using licensed technology or components or the quantity of raw materials and

components used is recognized as reasonable for the convenience of computation.

(iii) Restrictions after the extinction of rights

When a licensor imposes on a licensee a restriction on the use of a technology or an obligation to pay royalties even after the rights to the technology have become extinct, it generally impedes the free use of technology. It will constitute an unfair trade practice if it tends to impede fair competition. (Paragraph (13) of the General Designation)

Notwithstanding the above, the royalty payment obligation is thought not to unjustifiably restrain licensees' business activities if it is within the permissible extent of an installment or the deferred payment of royalties.

(iv) Package licensing

An obligation imposed by a licensor on licensees to obtain a package license covering a technology other than the technology they wish to use (Notes 15 and 16) is examined based on the same viewpoint as that which applies to restrictions on raw materials and components discussed in 4-(1) above, provided, for instance, that it is essential to obtain the effect of the technology sought by licensees or is otherwise recognized as reasonable to some extent.

However, if such an obligation is not essential for ensuring that the licensed technology exerts its effect or if licensees are obliged to obtain a technology license beyond the necessary extent, licensees may be restrained from freely choosing technology and competing technology may be excluded. It therefore constitutes an unfair trade practice if it tends to impede fair competition. (Paragraphs (10) and (13) of the General Designation)

Note 15: The determination on whether or not any such obligation is imposed depends on whether or not it is substantially difficult for licensees to choose any technology other than that designated by the licensor.

Note 16: Package licensing as discussed in this section does not correspond to the case in which licensees are obliged, under a package licensing agreement for multiple patents and other rights, to pay royalties solely for those patent and other rights that they actually use and not for the other items licensed.

Illustrative Example

- Company X imposed on manufacturers and distributors of personal computers (PCs) in trading

relations with the company an obligation to (i) additionally pre-install or bundle word processing software unduly under the license to ship PCs pre-installed or bundled with spreadsheet software and to (ii) pre-install or bundle unjustifiably schedule management software under the license to ship PCs pre-installed or bundled with spreadsheet software and word processing software. Company X was found to be in violation of Article 19 of the Antimonopoly Act (Paragraph (10) of the General Designation). (JFTC Recommendation Decision No. 21 of 1998 on December 14, 1998)

(v) Addition of functions to technology

Granting a license again by a licensor for the use of a technology already licensed but with new functions added is generally identical to a license for improved technology. Therefore this conduct is not immediately recognized as a restriction associated with licensing.

However, let us assume a situation in which a particular technology provides a function whereby other products and services are offered on the basis of the specifications and standards of the technology (“platform function”) and where many different applied technologies have been developed on the basis of the platform function to compete with one another. If the licensor of this technology introduces new licensing that incorporates some of the functions supported by the existing applied technologies into its platform function under the circumstances assumed above, the new licensing has the effect of preventing the licensees from using other applied technologies and of depriving other entrepreneurs of the trading opportunities associated with offering the applied technologies, given that licensees have no alternative but to be granted the new license. It therefore constitutes an unfair trade practice if it has the tendency of impeding fair competition. (Paragraphs (10) and (13) of the General Designation)

(vi) Obligations of the non-assertion of rights

When a licensor imposes on licensees an obligation to refrain from exercising, in whole or in part, the rights owned or to be acquired by them against the licensor or any entrepreneurs designated by the licensor (Note 17), this obligation could result in enhancing the influential position of the licensor in a product or technology market or could impede the licensee’s incentive to engage in research and development, thereby impeding the development of new technologies by restricting the exercise of the licensee’s rights, etc. It therefore is an unfair trade practice if it tends to impede fair

competition. (Paragraph (13) of the General Designation)

However, as with the obligation to grant non-exclusive licenses for improved technology as discussed in (9) below, it does not constitute an unfair trade practice in principle if the licensees are, in effect, merely obliged to grant a non-exclusive license for improved technology developed by them.

Note 17: This obligation includes an obligation to license the licensor or any entrepreneur designated by the licensor to use the patents and other rights owned or to be acquired by licensees in whole or in part.

(vii) Restrictions on research and development activities

Restrictions by the licensor relating to free research and development activities on the part of licensees, such as a provision set forth by the licensor to prohibit licensees from independently or jointly with any third party conducting research and development activities concerning the licensed technology or any technology that competes with it, generally affects research and development competition and ultimately reduces future competition in the technology or product market. Such restrictions are recognized as having the tendency to impede fair competition (Note 18) and are in principle recognized as an unfair trade practice. (Paragraph (13) of the General Designation) On the other hand, when the licensed technology is protected and controlled as knowhow, restricting licensees from jointly performing research and development activities with any third party to the extent necessary of preventing disclosure of the knowhow or its use for unauthorized purposes is generally not recognized as having the tendency of impeding fair competition and does not constitute an unfair trade practice.

Note 18: Generally, a prohibition on modifications to computer program works is seen as an exercise of rights under the Copyright Act. However, licensees are allowed to modify licensed software to use it more effectively under Article 20, paragraph (2), item (iii) and Article 47-2 of the Copyright Act. Restraining such conduct, therefore, is not recognizable as an exercise of rights.

(viii) Obligations to assign improved technology or to grant exclusive licenses for improved technology

(a) If a licensor imposes on licensees an obligation to hand over to the licensor or

any designated entrepreneurs the rights for improved technology developed by them or to grant the licensor an exclusive license for it (Note 19), this conduct enhances the position enjoyed by the licensor in the technology or product market and discourages licensees from working on research and development by obstructing them from using their improved technology. Normally it is not thought that there is any justifiable reason for instituting such restrictions. In principle, it constitutes an unfair trade practice to impose any such obligation (Note 20). (Paragraph (13) of the General Designation)

- (b) An obligation that forces licensees to co-own the rights for improved technology they invent with the licensor restricts the freedom of use or disposition of the results of the licensees' own improvements or applied research, although the degree to which the obligation discourages them from undertaking research and development activities is less than the restrictions stated in (a) above. It may also constitute an unfair trade practice if it has the tendency to impede fair competition. (Paragraph (13) of the General Designation)
- (c) However, in a case in which the improved technology created by a licensee cannot be used without the licensed technology, the obligation imposed on licensees to assign the rights for the improved technology in exchange for fair consideration could be recognized as essential to promote technology transactions. Moreover, it is not recognized as detrimental to the licensees' motivation for research and development. It is generally confirmed to have no tendency to impede fair competition.

Note 19: As used in the Guidelines, an "exclusive license" includes the exclusive license provided for in the Patent Act and a practice in which the right-holder grants a normal license having an exclusive nature and refrains from exercising its rights in the area covered by the license granted. If the right-holder reserves the right to use the licensed technology on its own, the license is treated as non-exclusive.

Note 20: This restriction does not correspond to the imposition of an obligation on licensees to grant the licensor a right to make applications for a patent or for other rights in the countries and areas where the licensees do not wish to make such an application.

(ix) Obligations to grant non-exclusive licenses for improved technology

- (a) When a licensor imposes on licensees an obligation to grant the licensor non-exclusive licenses for improved technology attained by licensees, it may not constitute an unfair trade practice in principle as long as the licensees may still freely use their own improved technology. This obligation has little impact on licensees' business activities and is not recognized as being likely to discourage the licensees from undertaking research and development.
- (b) However, if the obligation accompanies a limit on the parties that can be licensed to use the improved technology, for instance by imposing an obligation to grant no license to any competitor of the licensor or to any other licensee, it may reduce the motivation of licensees to undertake research and development and possibly enhances the position enjoyed by the licensor in the technology or product market. It therefore constitutes an unfair trade practice if it has the tendency to impede fair competition (Note 21). (Paragraph (13) of the General Designation)

Note 21: In a case where the improved technology created by a licensee cannot be used without the technology owned by the licensor, it may in principle not constitute an unfair trade practice to impose an obligation to obtain from the licensor approval for granting a license to any other entrepreneur.

(x) Obligations to report obtained knowledge and experience

Imposing on licensees an obligation to notify the licensor of knowledge or experience they obtain in the process of using the licensed technology will enhance the incentive for the licensor to offer licenses and will not reduce the motivation of licensees to undertake research and development. It does not therefore constitute an unfair trade practice in principle. However, if imposing an obligation to report knowledge or experience owned by licensees effectively means forcing licensees to grant the licensor a license for their acquired knowhow, it will constitute an unfair trade practice if it has the tendency to impede fair competition according to the viewpoints described in (8) and (9) above. (Paragraph (13) of the General Designation)



ประวัติผู้เขียน

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	ว่าที่ร้อยตรีสมพร รุจิศักดิ์อังสุธร
วัน เดือน ปีเกิด	19 พฤศจิกายน 2528
สถานที่อยู่ปัจจุบัน	61 หมู่ 9 ตำบลห้วยม่วง อำเภอกำแพงแสน จังหวัดนครปฐม 73180
ประวัติการศึกษา	
2553	ปริญญาตรีรัฐศาสตรบัณฑิต ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและการเมืองการปกครองเปรียบเทียบ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
2551	ปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

