

บทที่ 4
วิเคราะห์แนวทางการให้ความคุ้มครอง
แก่วิธีการดำเนินการทางธุรกิจ
ภายใต้กฎหมายไทย

ในบทที่แล้ว ผู้วิจัยได้กล่าวถึงการให้ความคุ้มครองแก่วิธีการดำเนินการทางธุรกิจ (business methods) ภายใต้กฎหมายต่างประเทศ ซึ่งได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และสหราชอาณาจักรไปแล้ว ดังนั้น ในบทที่ 4 นี้ ผู้วิจัยก็จะขอวิเคราะห์แนวทางการให้ความคุ้มครองแก่วิธีการดำเนินการทางธุรกิจภายใต้กฎหมายไทย โดยจะทำการพิจารณาเฉพาะกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องอันได้แก่ กฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายความลับทางการค้า และกฎหมายแบบผังภูมิของวงจรรวม ซึ่งผู้วิจัยจะทำการพิจารณาเป็นลำดับดังต่อไปนี้

1. การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์
2. การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร
3. การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายความลับทางการค้า
4. การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายแบบผังภูมิของวงจรรวม

และจากที่ได้กล่าวในบทที่ 2 แล้วว่า วิธีการดำเนินการทางธุรกิจสามารถเป็นได้ทั้งกรรมวิธีและโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ดังนั้น การวิเคราะห์ในบทนี้ ผู้วิจัยจึงแยกประเด็นในการวิเคราะห์ออกเป็นสองประเด็นด้วยกันคือ

1. การคุ้มครองวิธีการดำเนินการทางธุรกิจในลักษณะที่เป็นกรรมวิธี
2. การคุ้มครองวิธีการดำเนินการทางธุรกิจในลักษณะที่เป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์

1. การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

ลิขสิทธิ์ หมายถึง สิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะกระทำการใด ๆ เกี่ยวกับงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้นโดยการแสดงออกตามประเภทของงานลิขสิทธิ์ต่าง ๆ ลิขสิทธิ์เป็นผลงานที่เกิดจากการใช้สติปัญญา ความรู้ ความสามารถ และความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์งานให้เกิดขึ้น ซึ่งถือเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจที่ผู้สร้างสรรค์ควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย¹

กฎหมายลิขสิทธิ์มุ่งคุ้มครองงานสร้างสรรค์ (work) ซึ่งเป็นการแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea) โดยทั่วไปแล้ว ผู้ริเริ่มสร้างสรรค์งานด้านลิขสิทธิ์ขึ้นด้วยตนเอง จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ทันทีที่ได้สร้างสรรค์งานนั้นขึ้น โดยจะได้รับความคุ้มครองนับตั้งแต่ได้มีการสร้างสรรค์งานนั้นขึ้นไปตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์และอีก 50 ปีหลังจากผู้สร้างสรรค์ตาย

องค์ประกอบของงานลิขสิทธิ์ที่เป็นสากลและเป็นที่ยอมรับในกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย คือ

- 1.1 เป็นการแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea)
- 1.2 เป็นการแสดงออกโดยชนิดของงานที่กฎหมายยอมรับ (type of work)
- 1.3 เป็นการสร้างสรรค์โดยตนเอง (originality)
- 1.4 เป็นงานที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย (non-illegal work)

1.1 เป็นการแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea)

สิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นต้องเป็นการแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea) ในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง ไม่ใช่เป็นเพียงแค่ว่าความคิด (idea) เท่านั้น ทั้งนี้ เพราะหลักกฎหมายทั่วไปถือว่า ทรัพย์สินของมนุษย์นั้นไม่ว่าจะอยู่ในรูปความรู้ สัจธรรม แนวคิด หรือความคิด เมื่อได้สื่อความหมายต่อผู้อื่นไปแล้ว ย่อมเป็นอิสระแก่ผู้อื่นนั้นที่จะใช้สอยความรู้ ความคิดเหล่านั้นได้ จะมีข้อจำกัดอยู่ที่แต่ เมื่อสังคมนั้นเห็นเป็นการสมควรที่ผลผลิตทางปัญญา

¹ วิศิษฐ์ ศรีพิบูลย์, รวมคำอธิบายพร้อมด้วยบท : กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พ.ศ. 2544 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), หน้า 9.

เหล่านั้นจะดำรงค่าแห่งสิทธิประโยชน์แก่ผู้ผลิตเมื่ออยู่ในรูปของการสร้างสรรค์ (creation) การประดิษฐ์ (invention) และการค้นพบ (discovery) ของเขา เช่น การคุ้มครองด้านสิทธิบัตร

ดังนั้น ระบบกฎหมายลิขสิทธิ์จึงไม่ได้คุ้มครองสิ่งที่เป็นเพียงแค่ว่าความคิด (idea) แนวคิด (concept) หรือแนวเรื่อง (plot, theme)²

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการไม่ให้ความคุ้มครองแก่ตัวความคิด (idea) ไว้อย่างชัดเจนใน มาตรา 6 วรรคท้ายว่า “การคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึงความคิด หรือขั้นตอน กรรมวิธี หรือระบบ หรือวิธีใช้หรือทำงาน หรือแนวความคิด หลักการค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์หรือคณิตศาสตร์”

โดยหลักเกณฑ์นี้มีที่มาจากความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) ข้อ 9 (2) ที่กำหนดว่า “การคุ้มครองลิขสิทธิ์จะคลุมถึงการแสดงออก แต่ไม่รวมถึงความคิด กรรมวิธี วิธีปฏิบัติ หรือแนวความคิดทางคณิตศาสตร์”³

จากหลักเกณฑ์นี้ จะเห็นว่า บุคคลสามารถเป็นผู้สร้างสรรค์และเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ แม้ว่าเขาจะใช้ความคิดหรือแนวความคิดจากแหล่งอื่นในการสร้างสรรค์งานนั้น ดังนั้น งานสร้างสรรค์ที่เกิดจากแนวคิดเดียวกัน จึงอาจมีส่วนของงานที่เหมือนหรือคล้ายกันได้บางส่วน ซึ่งในกรณีนี้อาจไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์⁴

1.2 เป็นการแสดงออกโดยชนิดของงานที่กฎหมายยอมรับ (type of work)

นอกจากงานลิขสิทธิ์จะต้องเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดดังกล่าวข้างต้น การแสดงออกซึ่งความคิดนั้น (expression of idea) ต้องอยู่ในชนิดของงานที่กฎหมายยอมรับด้วย โดยจะดูได้จากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่กำหนดให้ประเภทของงานลิขสิทธิ์ ได้แก่ วรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม ทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ

² รัชชัย ศุภผลศิริ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539), หน้า 87.

³ โปรดดู TRIPs Agreement, Article 9 (2).

⁴ รัชชัย ศุภผลศิริ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 2, หน้า 90.

หรืองานอื่นใดอันเป็นงานในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะของผู้สร้างสรรค์ ไม่ว่าจะงานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างไรก็ตาม การเป็นงานลิขสิทธิ์จึงต้องอยู่ในประเภทของงานประเภทใดประเภทหนึ่งที่กล่าวมา⁵

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 ได้นิยามความหมายตามประเภทของงานลิขสิทธิ์ดังนี้

“วรรณกรรม” หมายความว่า งานนิพนธ์ที่สร้างขึ้นทุกชนิด เช่น หนังสือ จุลสาร สิ่งเขียน สิ่งพิมพ์ ปาฐกถา เทศนา คำปราศรัยสุนทรพจน์ และให้หมายความรวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย

“โปรแกรมคอมพิวเตอร์” หมายความว่า คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดที่นำไปใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ เพื่อให้เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานหรือเพื่อให้ได้ผลอย่างหนึ่งอย่างใด ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นภาษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในลักษณะใด

“นาฏกรรม” หมายความว่า งานเกี่ยวกับการรำ การเต้น การทำท่า หรือการแสดงที่ประกอบขึ้นเป็นเรื่องราว และให้หมายความรวมถึงการแสดงโดยวิธีใดด้วย

“ศิลปกรรม” หมายความว่า งานอันมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่างดังต่อไปนี้

นี้

- (1) งานจิตรกรรม ได้แก่ งานสร้างสรรค์รูปทรงที่ประกอบด้วยเส้น แสง สี หรือสิ่งอื่นอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน ลงบนวัสดุอย่างเดี่ยวหรือหลายอย่าง
- (2) งานประติมากรรม ได้แก่ งานสร้างสรรค์รูปทรงที่เกี่ยวกับปริมาตรที่สัมผัสและจับต้องได้
- (3) งานภาพพิมพ์ ได้แก่ งานสร้างสรรค์ภาพด้วยกรรมวิธีทางการพิมพ์ และหมายความรวมถึงแม่พิมพ์หรือแบบพิมพ์ที่ใช้ในการพิมพ์ด้วย

⁵ โปรดดู มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

- (4) งานสถาปัตยกรรม ได้แก่ งานออกแบบอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง งานออกแบบตกแต่งภายในหรือภายนอก ตลอดจนบริเวณของอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง หรือการสร้างสรรค์หุ่นจำลองของอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง
- (5) งานภาพถ่าย ได้แก่ งานสร้างสรรค์ภาพที่เกิดจากการใช้เครื่องมือบันทึกภาพ โดยให้ผ่านเลนส์ไปยังฟิล์มหรือกระจกและล้างด้วยน้ำยาซึ่งมีสูตรเฉพาะ หรือด้วยวิธีการอื่นใด ๆ อันทำให้เกิดภาพขึ้น หรือการบันทึกภาพโดยเครื่องมือหรือวิธีการอย่างอื่น
- (6) งานภาพประกอบ แผนที่ โครงสร้าง ภาพร่าง หรืองานสร้างสรรค์รูปทรงสามมิติอันเกี่ยวกับภูมิศาสตร์ ภูมิประเทศ หรือวิทยาศาสตร์
- (7) งานศิลปะประยุกต์ ได้แก่ งานที่นำเอางานตาม (1) ถึง (6) อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกันไปใช้ประโยชน์อย่างอื่น นอกเหนือจากการชื่นชมในคุณค่าของตัวงานดังกล่าวนั้น เช่น นำไปใช้สอย นำไปตกแต่งวัสดุหรือสิ่งของอันเป็นเครื่องใช้หรือนำไปใช้เพื่อประโยชน์ทางการค้า

ทั้งนี้ ไม่ว่าจะงานตาม (1) ถึง (7) จะมีคุณค่าทางศิลปะหรือไม่ และให้หมายความรวมถึงภาพถ่ายและแผนผังของงานดังกล่าวด้วย

“ดนตรีกรรม” หมายความว่า งานเกี่ยวกับเพลงที่แต่งขึ้น เพื่อบรรเลงหรือขับร้องไม่ว่าจะมีทำนองและคำร้องหรือมีทำนองอย่างเดียว และให้หมายความรวมถึงโน้ตเพลงหรือแผนภูมิเพลงที่ได้แยกและเรียบเรียงเสียงประสานแล้ว

“โสตทัศนวัสดุ” หมายความว่า งานอันประกอบด้วยลำดับของภาพโดยบันทึกลงในวัสดุไม่ว่าจะมีลักษณะอย่างไร อันสามารถที่จะนำมาเล่นซ้ำได้อีก โดยใช้เครื่องมือที่จำเป็นสำหรับการใช้วัสดุนั้น และให้หมายความรวมถึงเสียงประกอบงานนั้นด้วย ถ้ามี

“ภาพยนตร์” หมายความว่า โสตทัศนวัสดุอันประกอบด้วยลำดับของภาพซึ่งสามารถนำออกฉายต่อเนื่องได้อย่างภาพยนตร์หรือสามารถบันทึกลงวัสดุอื่น เพื่อนำออกฉายต่อเนื่องได้อย่างภาพยนตร์ และให้หมายความรวมถึงเสียงประกอบภาพยนตร์นั้นด้วย ถ้ามี

“สิ่งบันทึกเสียง” หมายความว่า งานอันประกอบด้วยลำดับของเสียงดนตรี เสียงการแสดง หรือเสียงอื่นใด โดยบันทึกลงในวัสดุไม่ว่าจะมีลักษณะใด ๆ อันสามารถที่จะนำมาเล่นซ้ำได้อีก โดยใช้เครื่องมือที่จำเป็นสำหรับการใช้วัสดุนั้น แต่ทั้งนี้มิให้หมายความรวมถึงเสียงประกอบภาพยนตร์หรือเสียงประกอบโสตทัศนวัสดุอย่างอื่น

“นักแสดง” หมายความว่า ผู้แสดง นักดนตรี นักร้อง นักเต้น นักกีฬา และผู้ซึ่งแสดงท่าทาง ร้อง กล่าว พากย์ แสดงตามบทหรือในลักษณะอื่นใด

“งานแพร่เสียงแพร่ภาพ” หมายความว่า งานที่นำออกสู่สาธารณชนโดยการแพร่เสียง ทางวิทยุกระจายเสียง การแพร่เสียงและหรือภาพทางวิทยุโทรทัศน์ หรือโดยวิธีอย่างอื่นอัน คล้ายคลึงกัน

1.3 เป็นการสร้างสรรค์โดยตนเอง (originality)

สิ่งที่จะมีลิขสิทธิ์นั้น จะต้องเป็นสิ่งที่สร้างสรรค์ขึ้นโดยตัวผู้สร้างสรรค์เอง ด้วยการใช้ความรู้ความสามารถของตนพอสมควรแก่สภาพของการสร้างสรรค์งานนั้น และมีได้ลอกเลียนมาจากที่อื่น

สาระสำคัญของหลักการสร้างสรรค์ด้วยตนเอง (originality) ได้แก่

1) การสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์จากงานอันเป็นสาธารณะ งานลิขสิทธิ์ที่หมดอายุไปแล้วย่อมตกเป็นงานอันเป็นสาธารณะที่ใคร ๆ ก็สามารถใช้ได้ และไม่มีผู้ใดเป็นผู้ที่มีสิทธิแต่ผู้เดียวอีกต่อไป หากผู้ใดทำซ้ำงานอันเป็นสาธารณะไปแล้ว ผลการทำซ้ำนั้นย่อมไม่ใช่งานลิขสิทธิ์ แต่หากมิได้นำงานอันเป็นสาธารณะนั้นมาใช้ทั้งหมด โดยได้สร้างส่วนของงานนั้นขึ้นมาด้วยตัวเอง ด้วยในลักษณะที่ว่ามีส่วนของการสร้างสรรค์โดยตนเอง (originality) แล้วผู้นั้นก็ย่อมได้ลิขสิทธิ์ในงานส่วนที่ตนสร้างขึ้นประกอบนั้น แต่ก็ได้มีลิขสิทธิ์คลุมไปถึงงานอันเป็นสาธารณะนั้นด้วย

2) คุณภาพ (Quality) ของงานไม่ใช่สาระสำคัญของการมีลิขสิทธิ์ งานที่จะมีลิขสิทธิ์นั้นไม่จำเป็นต้องเป็นงานที่มีคุณภาพทางศิลปะหรือสุนทรียภาพจนเป็นที่ชื่นชมของคนทั่วไป ดังนั้น หากงานใดมี originality แล้ว งานดังกล่าวย่อมมีลิขสิทธิ์โดยไม่ต้องพิจารณาถึงประเด็นคุณภาพของงาน อย่างไรก็ตาม งานบางอย่างที่สร้างขึ้นอย่างฉาบฉวย หรือไม่ใส่ใจ ก็อาจจะไม่ได้ลิขสิทธิ์ด้วยเหตุที่ขาดมาตรฐานทาง originality ในแง่ที่ผู้สร้างสรรค์มิได้ทุ่มเทความรู้ ฝีมือทักษะ ฯลฯ ลงไปอย่างเพียงพอ หาใช่เพราะขาดคุณภาพไม่

3) ความใหม่ (novelty) ของงานไม่ใช่สาระสำคัญของงานลิขสิทธิ์ ความใหม่ไม่ได้เป็นสาระสำคัญของลิขสิทธิ์ ดังนั้น แม้งานใดจะไม่มี ความใหม่อยู่ในตัวแล้ว งานนั้นก็อาจได้รับลิขสิทธิ์ได้ ซึ่งหลักเกณฑ์นี้แตกต่างจากสิทธิบัตรอย่างเห็นได้ชัด

1.4 เป็นงานที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย (non-illegal work)

กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยมีหลักเกณฑ์อยู่ว่า งานที่ขัดต่อกฎหมายนั้นไม่ถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ สิ่งใดที่แม้จะมีสภาพเป็นประเภทของงานลิขสิทธิ์ในตัว แต่หากเป็นสิ่งที่ทำขึ้นหรือมีไว้เป็นผิดกฎหมาย สิ่งนั้นก็ไม่ใช่เป็นงานลิขสิทธิ์ไปได้

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่า แนวทางการให้ความคุ้มครองแก่วิธีการดำเนินการทางธุรกิจ (business methods) ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ไทยเป็นดังนี้

ลักษณะที่ 1 การคุ้มครองวิธีการดำเนินการทางธุรกิจในลักษณะที่เป็นกรรมวิธี (process)

หลักการพื้นฐานของกฎหมายลิขสิทธิ์ก็คือ กฎหมายจะให้ความคุ้มครองแก่การแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea) โดยไม่คุ้มครองตัวความคิด (idea) โดยตรง ความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) ได้บัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวไว้ในข้อ 9 (2) ว่า “การคุ้มครองลิขสิทธิ์จะคลุมถึงการแสดงออก แต่ไม่รวมถึงความคิด กรรมวิธี วิธีปฏิบัติ หรือแนวความคิดทางคณิตศาสตร์”

มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของไทยก็ได้บัญญัติไว้เป็นแนวเดียวกับความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) โดยบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์จะมีอยู่เหนือการแสดงออกซึ่งความคิดเท่านั้น โดยไม่รวมถึงตัวความคิด นอกจากนี้ กรรมวิธี วิธีในการปฏิบัติงาน หรือแนวความคิดทางคณิตศาสตร์ ก็ไม่ถือว่าเป็นการแสดงออกซึ่งความคิด ดังนี้ จึงไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์

จากที่กล่าวมาแล้ว จะเห็นว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า กรรมวิธีและวิธีการในการปฏิบัติงานเป็นสิ่งที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ดังนั้นวิธีการดำเนินการทางธุรกิจ (business methods) ที่อยู่ในลักษณะของกรรมวิธี เช่น วิธีการซื้อสินค้าด้วยการคลิกครั้ง

เดียว (One-click buying) วิธีการประมูลย้อนกลับ (Reverse Auction) วิธีการขายแผ่นซีดีแบบใหม่ เป็นต้น จึงถือเป็นสิ่งที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เนื่องจาก ไม่ได้มีการแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea) แต่เป็นเพียงแค่ตัวความคิด (idea) ที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ให้ความคุ้มครอง

ลักษณะที่ 2 การคุ้มครองวิธีการดำเนินการทางธุรกิจในลักษณะที่เป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (computer program)

มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ได้ให้ความหมายของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้ว่า "โปรแกรมคอมพิวเตอร์ หมายความว่า คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดที่นำไปใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ เพื่อให้เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานหรือเพื่อให้ได้รับผลอย่างหนึ่งอย่างใด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะ เป็นภาษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในลักษณะใด"

ภายใต้คำนิยามในมาตรา 4 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยดังกล่าว โปรแกรมคอมพิวเตอร์ครอบคลุมถึงคำสั่งและชุดคำสั่งทุกชนิดที่ใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นคำสั่งที่ใช้ภาษาคอมพิวเตอร์ในลักษณะใด ซึ่งคำนิยามที่ให้ไว้ในกฎหมายไทยนี้มีสาระสำคัญที่สอดคล้องกับหลักการในข้อ 10 (1) ของความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement)

นอกจากนี้ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ยังกำหนดให้ โปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ในฐานะที่เป็นงานวรรณกรรม⁶ ดังนั้น วิธีการดำเนินการทางธุรกิจที่ใช้คอมพิวเตอร์ในการดำเนินการ (computerized business methods) จึงเป็นสิ่งที่อาจได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ หากวิธีการดังกล่าวมีลักษณะครบตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ ต้องเป็นการแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea) เป็นการแสดงออกโดยชนิดของงานที่กฎหมายยอมรับ (type of work) ซึ่งในที่นี้หมายถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ และเป็นการสร้างสรรค์ด้วยตนเอง (originality) ทั้งต้องเป็นงานที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย (non-illegal work) แต่หากเป็นวิธีการดำเนินการทางธุรกิจที่ไม่ใช้คอมพิวเตอร์ในการดำเนินการ (non-computerized business methods) ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เพราะวิธีการดังกล่าวไม่ใช่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ จึงไม่ถือเป็นงานตามที่กฎหมายกำหนด

⁶ โปรดดูมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

อย่างไรก็ดี การได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ อาจไม่ทำให้ผู้ประกอบการมีความพึงพอใจ เนื่องจาก กฎหมายลิขสิทธิ์จะให้ความคุ้มครองเฉพาะการแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea) เท่านั้น ซึ่งในกรณีของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ การแสดงออกซึ่งความคิด หมายความว่า รหัสภาษาที่ใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ ทั้งที่คุณค่าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีได้ขึ้นอยู่กับภาษาที่ใช้กับเครื่อง หากแต่ขึ้นอยู่กับลักษณะและหน้าที่การทำงานของโปรแกรมนั้น ๆ เป็นสำคัญ

การคุ้มครองโดยกฎหมายลิขสิทธิ์ จะไม่ทำให้ผู้สร้างสรรค์ได้รับสิทธิผูกขาดเหนือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ บุคคลทั่วไปยังคงสามารถพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีแนวคิดและการทำงานอย่างเดียวกันกับโปรแกรมนั้นได้⁷ ถ้าหากการพัฒนานั้นมิได้กระทำโดยการลอกเลียนรหัสโปรแกรม หรือรหัสภาษาเครื่องของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีอยู่ก่อน ดังนั้น ผู้ประกอบการซึ่งเป็นเจ้าของวิธีการดำเนินการทางธุรกิจที่ใช้คอมพิวเตอร์ในการดำเนินการที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ จึงไม่ได้รับสิทธิผูกขาดเหนือวิธีการดังกล่าว และผู้ประกอบการรายอื่นสามารถใช้วิธีการดำเนินการทางธุรกิจที่เหมือนกันกับวิธีการดำเนินการที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้

สรุปคือ วิธีการดำเนินการทางธุรกิจที่ใช้คอมพิวเตอร์ในการดำเนินการ (computerized business methods) อาจเป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เนื่องจาก การใช้คอมพิวเตอร์ในการดำเนินการนั้นจำเป็นต้องมีการใช้ชุดคำสั่งเพื่อให้เครื่องคอมพิวเตอร์สามารถทำงานได้ ซึ่งชุดคำสั่งดังกล่าวก็คือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (computer program) นั้นเอง และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ก็เป็นสิ่งที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของไทยให้ความคุ้มครอง ส่วนวิธีการดำเนินการทางธุรกิจที่ไม่ใช้คอมพิวเตอร์ในการดำเนินการนั้น (non-computerized business methods) ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เนื่องจาก กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ให้ความคุ้มครองแก่ตัวความคิด (ideas) หรือกรรมวิธี (process) ต่าง ๆ

⁷ อาวีพรรณ จงประกิจพงศ์, ทรัพย์สินทางปัญญา (เล่ม 1), พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2537), หน้า 40.

2. การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร

กฎหมายสิทธิบัตรมุ่งคุ้มครองผลงานสร้างสรรค์เกี่ยวกับการผลิตผลิตภัณฑ์ โดยผู้ประสงค์จะได้รับความคุ้มครองจะต้องยื่นคำขอรับสิทธิบัตรโดยเปิดเผยสาระสำคัญของสิ่งที้นำมาขอรับสิทธิบัตร เพื่อให้พนักงานเจ้าหน้าที่ได้ทำการตรวจสอบว่า สิ่งที้นำมาขอรับสิทธิบัตรนั้นมีความสมบูรณ์ครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ หากสิ่งที้นำมาขอรับสิทธิบัตรมีความสมบูรณ์ครบตามที่กฎหมายกำหนด ก็ย่อมได้รับความคุ้มครอง โดยสิทธิบัตรการประดิษฐ์จะมีระยะเวลาคุ้มครอง 20 ปี และอนุสิทธิบัตรมีระยะเวลาคุ้มครองประมาณ 10 ปี

2.1 ความหมายของการประดิษฐ์

มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 บัญญัติว่า

"การประดิษฐ์ หมายความว่า การคิดค้นหรือคิดทำขึ้น อันเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใดชิ้นใหม่ หรือกระทำการใด ๆ ที่ทำให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธี"

นอกจากนี้ ยังได้บัญญัติความหมายของ "กรรมวิธี" ไว้ดังนี้

"กรรมวิธี หมายความว่า วิธีการ กระบวนการ หรือกรรมวิธีในการผลิต หรือการเก็บรักษา ให้คงสภาพ หรือให้มีคุณภาพดีขึ้น หรือการปรับปรุงสภาพให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์ และรวมถึงการใช้กรรมวิธีนั้น ๆ ด้วย"

จากคำนิยามดังกล่าว จะเห็นว่า กฎหมายไทยได้ให้ความหมายของการประดิษฐ์ไว้อย่างกว้าง ๆ ว่า การประดิษฐ์คือความคิดสร้างสรรค์เกี่ยวกับการผลิตผลิตภัณฑ์⁸ กล่าวคือ เป็นกระบวนการคิดค้น คิดทำขึ้น หรือการทำการปรับปรุงซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธี ซึ่งกระบวนการดังกล่าวจะเกี่ยวข้องกับสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติหรือเป็นสิ่งที่สร้างขึ้นทั้งหมดก็ได้ ดังนั้น ผลผลิตของธรรมชาติ รวมทั้งผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีที่เป็นหรือที่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิต ก็อาจเป็นการ

⁸ ยรรยง พวงราช, คำอธิบายกฎหมายสิทธิบัตร, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2543), หน้า 24.

ประดิษฐ์ได้ตามกฎหมายไทย หากสิ่งดังกล่าวเป็นผลงานที่เกิดขึ้นจากการคิดค้น หรือคิดทำขึ้น
ของบุคคล หรือเป็นผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีที่บุคคลได้ทำการปรับปรุงให้ดีขึ้น

แต่สำหรับกฎเกณฑ์ของธรรมชาติ (law of nature) นั้น ย่อมไม่อาจจะเป็นการประดิษฐ์ได้
เพราะเป็นสิ่งที่ป็นนามธรรมซึ่งไม่อาจนำไปใช้ให้เกิดผลในทางปฏิบัติ⁹

อย่างไรก็ดี จะเห็นว่า กฎหมายสิทธิบัตรของไทยได้กำหนดความหมายของการประดิษฐ์
ไว้ชัดเจนกว่า กฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกาซึ่งกำหนดไว้แต่เพียงประเภทของการประดิษฐ์
อันสามารถรับสิทธิบัตรไว้ในบทบัญญัติมาตรา 101 ของ The Patent Act 1953¹⁰ เท่านั้น
และกฎหมายของสหราชอาณาจักรก็หาได้นิยามความหมายของการประดิษฐ์ไว้แต่อย่างใดไม่
โดยนักกฎหมายอังกฤษให้เหตุผลว่า เป็นการยากที่จะกำหนดความหมายอันแน่นอน และทำให้
ขาดความยืดหยุ่นต่อการระบุว่า สิ่งใดที่จะเกิดจากการคิดค้นของมนุษย์ในอนาคตเป็นการ
ประดิษฐ์หรือไม่ ดังนั้นการให้คำนิยามแก่การประดิษฐ์จึงไม่เกิดประโยชน์ใด ๆ¹¹

แต่การกำหนดนิยามของคำว่า “การประดิษฐ์” ไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติ
สิทธิบัตรของไทยนั้น ถือว่าเป็นเหตุผลอันสมควรตามระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็น
ระบบกฎหมายของประเทศไทย ซึ่งหากพิจารณาตามคำนิยามของ “การประดิษฐ์” ซึ่งบัญญัติไว้
ในมาตรา 3 แล้ว จะสามารถกำหนดหลักเกณฑ์เบื้องต้นอันตรงกับหลักสากลของการที่จะถือว่า
การคิดค้นหรือคิดทำใด ๆ เป็นการประดิษฐ์ตามกฎหมาย อันได้แก่¹²

2.1.1 ต้องเป็นความคิดสร้างสรรค์ในการผลิต

การประดิษฐ์ (inventions) อันเป็นที่มาแห่งทรัพย์สินทางปัญญาก็คือความคิด (ideas)
ในการคิดค้นหรือคิดทำขึ้นอันปรากฏออกมาเป็นผลผลิต หาใช่หมายถึงตัววัตถุที่เกิดจากการคิด

⁹ จักรกฤษณ์ ควพจน์, กฎหมายสิทธิบัตร : แนวความคิดและบทวิเคราะห์, หน้า 97.

¹⁰ โปรดดู มาตรา 101 ใน The Patent Act 1953 ของสหรัฐอเมริกา

¹¹ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป), พิมพ์ครั้งที่ 2
(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2540), หน้า 132.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 132-133.

ค้นหรือคิดทำขึ้นไม่ เพราะตัววัตถุที่เกิดจากการคิดค้นหรือคิดทำขึ้นนั้นควรเรียกว่า “สิ่งประดิษฐ์”

13

ด้วยเหตุนี้ การประดิษฐ์ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรได้แก่ ความคิดสร้างสรรค์อันก่อให้เกิดการผลิต ไม่ว่าจะเป็ความคิดอันเกี่ยวกับวิธีการใหม่ ๆ ในการทำบางสิ่งหรือความคิดอันเกี่ยวกับวิธีการผลิตสิ่งใหม่ ๆ โดยต้องแยกต่างหากจากสิ่งที่เป็นผลิตผลจากความคิดสร้างสรรค์ เช่น ในการผลิตกล้องถ่ายภาพแบบโพลาลอยด์ (Polaroid) สิ่งที่น่ามาขอรับสิทธิบัตรอันจะได้รับความคุ้มครองสิทธิตามกฎหมาย คือความคิดสร้างสรรค์ในการคิดทำกล้องถ่ายภาพแบบดังกล่าว มิใช่ตัวกล้องถ่ายภาพอันเป็นผลิตผลจากความคิดสร้างสรรค์นั้น เป็นต้น ซึ่งสิทธิบัตรสามารถคุ้มครองการหาประโยชน์โดยบุคคลอื่นในความคิดสร้างสรรค์อันปรากฏอยู่ในผลิตผลที่เกิดจากการคิดค้น หรือคิดทำขึ้น

“การคิดค้นหรือคิดทำขึ้น” ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติสิทธิบัตรนี้ มีลักษณะเป็นการใช้สมองหรือสติปัญญาในการคิดค้นเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีจนประสบผลสำเร็จ ซึ่งอาจเรียกอีกอย่างหนึ่งได้ว่า “การคิดค้นจนสำเร็จ” (conception) ซึ่งหมายความว่า สิ่งที่ได้คิดค้นนั้นสามารถนำไปทำให้เกิดผลในทางปฏิบัติได้ (reduction into practice)

2.1.2 ต้องเกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์

หลักเกณฑ์นี้เป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานที่กำหนดไว้เช่นเดียวกับทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ซึ่งกำหนดให้ต้องเป็นการสร้างสรรค์จากภูมิปัญญาของมนุษย์เท่านั้น มิใช่เกิดจากการกระทำของธรรมชาติ ในเรื่องของการประดิษฐ์นี้ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า การประดิษฐ์ต้องเกิดจากการคิดค้นหรือคิดทำขึ้นอันต้องเกิดจากการที่มนุษย์สร้างขึ้น (human-made) ดังนั้น จึงเป็นข้อยกเว้นทางกฎหมายโดยทั่วไปว่า การค้นพบ (discovery) สิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติไม่อาจขอรับความคุ้มครองด้านสิทธิบัตรได้แต่อย่างใด เพราะไม่ถือเป็นการสร้างสรรค์จากความคิดของมนุษย์ เช่น การค้นพบสูตร $E = mc^2$ ซึ่งเป็นทฤษฎีที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ โดยมี Albert Einstein เป็นผู้ค้นพบ ดังนี้ การค้นพบสูตรดังกล่าวจึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร เป็นต้น

¹³ ยรรยง พวงราช, คำอธิบายกฎหมายสิทธิบัตร, หน้า 24.

ข้อแตกต่างระหว่าง “การประดิษฐ์” และ “การค้นพบ” คือ

- การประดิษฐ์ (inventions) เป็นแนวทางแก้ไขปัญหาทางเทคนิคที่อาจนำไปใช้เพื่อการผลิตในทางอุตสาหกรรม แต่การค้นพบ (discovery) หมายถึง การอธิบายปรากฏการณ์ธรรมชาติด้วยทฤษฎีหรือกฎเกณฑ์ทางวิทยาศาสตร์หรือคณิตศาสตร์
- การค้นพบ (discovery) มีประโยชน์ต่อมนุษย์ในการเพิ่มพูนความรู้ แต่การประดิษฐ์ (inventions) นอกจากจะช่วยให้เพิ่มพูนความรู้แล้ว ยังช่วยอำนวยความสะดวกในการดำรงชีวิตของมนุษย์อีกด้วย เนื่องจากว่าการประดิษฐ์เป็นสิ่งที่มีความลักษณะทางเทคนิค (technical feature) การประดิษฐ์จึงมักถูกเรียกในอีกชื่อหนึ่งว่า “เทคโนโลยี” (technology) ซึ่งหมายความถึง ความรู้ที่อาจนำไปใช้ในการผลิตหรือในการดำรงชีวิตของมนุษย์

ตัวอย่างความแตกต่างระหว่างการประดิษฐ์กับการค้นพบก็เช่น การพบโครงสร้างของ “ดีเอ็นเอ” (DNA) ถือเป็นการค้นพบ (discovery) แต่การพัฒนากรรมวิธีการทำให้ดีเอ็นเอ (DNA) ขยายตัวเพิ่มจำนวนขึ้น ถือเป็นการประดิษฐ์ (inventions) หรือ การพบว่าน้ำเดือดในอุณหภูมิ 100 องศาเซลเซียสนั้นเป็นเพียงการค้นพบ (discovery) แต่การนำหลักการดังกล่าวไปพัฒนาขึ้นเป็นเครื่องจักรไอน้ำถือเป็นการประดิษฐ์ (inventions) ที่กฎหมายสิทธิบัตรให้ความคุ้มครองเป็นต้น¹⁴

การค้นพบ (discovery) นำไปสู่การอธิบายความหมายของกฎเกณฑ์ธรรมชาติ (law of nature) ซึ่งถือเป็นนามธรรม ทฤษฎี ความคิดหรือแนวความคิดที่ปราศจากตัวตนที่ไม่อาจนำไปใช้ให้เกิดผลในทางปฏิบัติ ซึ่งแตกต่างจากสิ่งที่เป็นผลที่เกิดจากการนำเอาความคิดนั้นไปปรับใช้ในทางเทคนิค หรือในทางอุตสาหกรรม

¹⁴ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, กฎหมายสิทธิบัตร : แนวความคิดและบทวิเคราะห์, หน้า 87.

2.1.3 ต้องเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตผลตามที่กฎหมายกำหนดไว้

การประดิษฐ์ (inventions) อันได้แก่ความคิดสร้างสรรค์โดยการคิดค้นหรือคิดทำขึ้นนี้ จะต้องเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตผลตามที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย โดยเมื่อพิจารณาจากคำนิยามของ "การประดิษฐ์" (inventions) ในบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตรแล้ว จะเห็นได้ว่า การคิดค้นหรือคิดทำขึ้นอันถือว่าเป็นการประดิษฐ์นั้น ต้องเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใดขั้นใหม่ หรือการกระทำใด ๆ ที่ทำให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธี ดังนั้น ผลิตภัณฑ์อันเกิดจากการประดิษฐ์ตามที่กฎหมายสิทธิบัตรกำหนดไว้จึงได้แก่

- (1) ผลิตภัณฑ์ (products)
- (2) กรรมวิธี (processes)
- (3) การกระทำใด ๆ ที่ทำให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธี (any improvements of products and processes)

กฎหมายสิทธิบัตรของแต่ละประเทศต่างก็กำหนดถึงสิ่งที่เป็นผลิตผลจากการประดิษฐ์ไว้อย่างเดียวกัน เนื่องจากเป็นหลักสากลของการคุ้มครองการประดิษฐ์ ดังเช่นที่กฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกา มาตรา 101 บัญญัติให้สิทธิบัตรแก่การคิดทำหรือคิดค้นในกรรมวิธี (process) เครื่องจักรกล (machine) ผลิตผล (manufacture) หรือส่วนประกอบของวัตถุ (composition of matter) ใด ๆ ซึ่งใหม่และเป็นประโยชน์ (new and useful) หรือการกระทำใด ๆ ในสิ่งต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นให้ดีขึ้นซึ่งใหม่และเป็นประโยชน์ (any new and useful improvement thereof)

หากความคิดสร้างสรรค์ใด มีวัตถุประสงค์เป็นอย่างอื่นที่ไม่เกี่ยวกับการผลิตผลิตภัณฑ์ เช่น ความคิดในการแต่งเพลงหรือแต่งหนังสือ (ถือเป็นเรื่องลิขสิทธิ์) ความคิดสร้างสรรค์เกี่ยวกับการแก้ไขปัญหาทางเศรษฐกิจ หรือความคิดสร้างสรรค์เกี่ยวกับแก้ไขปัญหาจราจร เป็นต้น สิ่งเหล่านี้ย่อมไม่ใช่การประดิษฐ์ จึงไม่ใช่สิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร

ด้วยเหตุนี้ จึงสามารถพิจารณาถึงผลอันเกิดขึ้นจากความคิดสร้างสรรค์ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตรได้ดังนี้

1.3.1 ผลิตภัณฑ์ (products) พระราชบัญญัติสิทธิบัตรไม่ได้ให้คำนิยามคำว่า "ผลิตภัณฑ์" ไว้ ดังนั้น ในทางปฏิบัติ ผลิตภัณฑ์จึงมีความหมายตามที่เข้าใจกันโดยทั่วไป ซึ่งมีความ

หมายอย่างกว้าง คือ หมายถึงสิ่งที่มีรูปร่าง หรือมีคุณสมบัติทางกายภาพทั้งหมด¹⁵ เมื่อพิจารณา กฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกา จะเห็นว่า ผลิตภัณฑ์ (product) ได้แก่ เครื่องจักรกล (machine) ผลิตผล (manufacture) ส่วนประกอบของวัตถุ (composition of matter)

1.3.2 *กรรมวิธี (processes)* หมายถึง ขั้นตอนหรือขบวนการแห่งการกระทำต่อวัตถุ อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง เพื่อให้ได้รับผลอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ต้องการ ซึ่งตามความ เข้าใจดังกล่าว ทำให้ความหมายของ “กรรมวิธี” มีความหมายกว้างมาก จนอาจกินถึงการกระทำ แทบทุกอย่างของมนุษย์ที่กระทำต่อวัตถุ เช่น การซักเสื้อผ้า และการชักรถยนต์ เป็นต้น ดังนั้น พระราชบัญญัติสิทธิบัตรจึงได้กำหนดขอบเขตของการประดิษฐ์ประเภทที่เป็นกรรมวิธีไว้ใน มาตรา 3¹⁶ ว่า “กรรมวิธี หมายความว่า วิธีการ กระบวนการ หรือกรรมวิธีในการผลิต หรือการเก็บ รักษาให้คงสภาพหรือให้มีคุณภาพดีขึ้นหรือการปรับปรุงสภาพให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์ และรวมถึงการใช้ กรรมวิธีนั้น ๆ ด้วย” ซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้ คือ

- (1) กรรมวิธีการผลิตผลิตภัณฑ์ คือ กรรมวิธี กระบวนการ หรือวิธีการในการ ผลิต เช่น กรรมวิธีผลิตไวน์ กรรมวิธีการหลอมโลหะ กรรมวิธีในการผลิต ยาฆ่าแมลง เป็นต้น
- (2) กรรมวิธีการเก็บรักษาผลิตภัณฑ์ให้คงสภาพหรือให้มีคุณภาพดีขึ้น คือ กรรมวิธี กระบวนการ หรือวิธีการในการเก็บรักษาให้คงสภาพหรือให้มี คุณภาพดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์ เช่น กรรมวิธีการถนอมอาหารโดยการหมัก การดอง การฉายรังสี และกรรมวิธีในการบรรจุยาฆ่าเชื้อหรือยาฆ่า แมลงไว้ในกระป๋อง เป็นต้น
- (3) การใช้กรรมวิธีนั้น ๆ น่าจะหมายถึง การนำเอากรรมวิธีที่มีอยู่แล้วไปใช้ เพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่นที่แตกต่างไปจากเดิม (new use of known processes) เช่น การใช้กรรมวิธีการผลิตน้ำแข็งไปผลิตหิมะเทียม และ การนำสารประกอบที่มีผู้ประดิษฐ์ขึ้นเพื่อใช้ในการลบสีทาบ้าน มาใช้ใน

¹⁵ ยรรยง พวงราช. คำอธิบายกฎหมายสิทธิบัตร. หน้า 26.

¹⁶ โปรดดู มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522.

การฆ่าแมลง เป็นต้น โดยการขอรับสิทธิบัตรลักษณะนี้ จะมีขอบเขตเฉพาะในการใช้กรรมวิธีเท่านั้น (use of a process) มิได้รวมไปถึงสิ่งที่นำมาใช้เป็นกรรมวิธีนั้นแต่อย่างใด¹⁷

ในทางปฏิบัติ การขอรับสิทธิบัตรสำหรับการประดิษฐ์ที่เป็นกรรมวิธี (processes) นอกจากจะระบุถึงกรรมวิธี (processes) โดยตรงแล้ว ยังอาจระบุถึงกรรมวิธี (processes) ในลักษณะอื่นได้ เช่น ขั้นตอน (steps) วิธีทาง (means) วิธีการ (methods) การเตรียมสาร (preparation) การทำให้บริสุทธิ์ (purification) และการสกัด (extraction)

1.3.3 การทำให้ผลิตภัณฑ์ หรือ กรรมวิธีดีขึ้น (improvements of known products or processes) หมายถึง ความคิดสร้างสรรค์หรือการกระทำใด ๆ อันเป็นการแก้ไข ปรับปรุง หรือพัฒนาผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีที่มีอยู่แล้วให้ดีขึ้น เช่น การประดิษฐ์ดินสอซึ่งมีการใช้สออยู่แล้วตามวัตถุประสงค์ของการใช้งาน (คือ การใช้เขียน) โดยมีการคิดทำขึ้นใหม่ด้วยการนำยางลบมาติดไว้ที่ตอนท้ายของแท่งดินสอ ไล่ปากกาถูกลิ้นที่บรรจุหมึกได้มากกว่าเดิม กรรมวิธีการผลิตปุ๋ยที่ลดขั้นตอนการผลิตบางขั้นตอนลง เป็นต้น ซึ่งการประดิษฐ์ในประเภทนี้ ความจริงก็คือ ผลิตภัณฑ์ (products) หรือกรรมวิธี (processes) นั้นเอง

การประดิษฐ์ (inventions) ส่วนใหญ่ไม่ใช่ผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใหม่ทั้งหมดทีเดียว หากแต่เป็นการปรับปรุงสิ่งที่มีอยู่แล้วให้ดีขึ้นแทบทั้งสิ้น แม้แต่การประดิษฐ์ที่มีชื่อเสียงไปทั่วโลก เช่น เครื่องโทรศัพท์ของเบลล์ หรือหีบเพลงของเอ็ดสัน ก็เป็นการประดิษฐ์ประเภทนี้

การแบ่งการประดิษฐ์เป็นผลิตภัณฑ์ (products) และกรรมวิธี (processes) มิใช่เป็นเพียงการแสดงถึงลักษณะที่แตกต่างกันของผลที่ได้รับจากความคิดสร้างสรรค์ของผู้ประดิษฐ์เท่านั้น แต่ยังมี ความเกี่ยวข้องถึงความคุ้มครองที่ได้รับที่แตกต่างกันของผลิตภัณฑ์ (products) และกรรมวิธี (processes) อีกด้วย กล่าวคือ ความคุ้มครองสำหรับผลิตภัณฑ์ (products) จะสูงกว่ากรรมวิธี (processes) เพราะในกรณีที่ได้รับสิทธิบัตรสำหรับผลิตภัณฑ์ ผู้ทรงสิทธิบัตรจะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการผลิตและจำหน่ายผลิตภัณฑ์ (products) นั้น ไม่ว่าจะผลิตโดยใช้กรรมวิธีใด ๆ ก็ตาม แต่ในกรณีที่เป็นสิทธิบัตรสำหรับกรรมวิธี ผู้ทรงสิทธิบัตรจะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวเฉพาะใน

¹⁷ ยรรยง พวงราช. คำอธิบายกฎหมายสิทธิบัตร. หน้า 27.

กรรมวิธี (processes) ที่ได้รับสิทธิบัตรนั้นเท่านั้น ซึ่งบุคคลอื่นมีสิทธิที่จะผลิตผลิตภัณฑ์ (products) อย่างเดียวกันนั้นได้ โดยใช้กรรมวิธี (processes) อื่นนอกจากกรรมวิธีที่ได้รับสิทธิบัตร สิทธิบัตรที่ออกให้สำหรับผลิตภัณฑ์เรียกว่า “สิทธิบัตรผลิตภัณฑ์” (product patents) และเรียกสิทธิบัตรที่ออกให้สำหรับกรรมวิธีว่า “สิทธิบัตรกรรมวิธี” (process patents) เพื่อแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างของความคุ้มครองตามกฎหมาย จะเห็นว่า มาตรา 36 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร ได้บัญญัติถึงสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ (product patents) และสิทธิบัตรกรรมวิธี (process patents) โดยแยกสิทธิบัตรทั้งสองประเภทออกจากกัน เนื่องจากการคุ้มครองสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์และสิทธิบัตรกรรมวิธีมีลักษณะแตกต่างกัน โดยสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ (product patents) จะได้รับความคุ้มครองมากหรือสูงกว่าสิทธิบัตรกรรมวิธี (process patents) กล่าวคือ เจ้าของสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ (product patents) จะมีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะผลิตผลิตภัณฑ์นั้น บุคคลอื่นไม่มีสิทธิที่จะผลิตผลิตภัณฑ์ดังกล่าวไม่ว่าจะใช้กรรมวิธีใด ๆ ก็ตาม แต่ผู้ทรงสิทธิบัตรกรรมวิธี (process patents) จะมีสิทธิแต่ผู้เดียวเฉพาะในกรรมวิธีที่ได้รับสิทธิบัตรเท่านั้น¹⁸

อนึ่ง การแบ่งประเภทของการประดิษฐ์เป็นสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ (product patents) และสิทธิบัตรกรรมวิธี (process patents) ตามมาตรา 36 นี้ มีความสอดคล้องกับบทบัญญัติในข้อ 28 ของความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement)¹⁹ ซึ่งบัญญัติว่า

“สิทธิบัตรจะทำให้ผู้เป็นเจ้าของมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวดังต่อไปนี้

(เอ) ในกรณีที่วัตถุแห่งสิทธิตามสิทธิบัตรเป็นผลิตภัณฑ์ สิทธิที่จะป้องกันไม่ให้บุคคลที่สามซึ่งไม่ได้รับความยินยอมจากผู้เป็นเจ้าของกระทำการต่าง ๆ ดังนี้ การทำขึ้น การใช้ การเสนอขาย การขาย หรือการนำเข้าผลิตภัณฑ์โดยมีวัตถุประสงค์เหล่านี้

(บี) ในกรณีที่วัตถุแห่งสิทธิตามสิทธิบัตรเป็นกรรมวิธี สิทธิที่จะป้องกันไม่ให้บุคคลที่สามซึ่งไม่ได้รับความยินยอมจากผู้เป็นเจ้าของกระทำการที่เป็นการใช้กรรมวิธี และมีให้กระทำการต่าง ๆ ดังนี้ การใช้ การเสนอขาย การขาย หรือการนำเข้าผลิตภัณฑ์ซึ่งได้มาจากกรรมวิธีนั้นโดยตรง โดยมีวัตถุประสงค์เหล่านี้เป็นอย่างน้อย”²⁰

¹⁸ ยรรยง พวงราช, คำอธิบายกฎหมายสิทธิบัตร, หน้า 27-28.

¹⁹ โปรดดู TRIPs Agreement, Article 28.

²⁰ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วย ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541), หน้า 239.

จะเห็นว่า ความตกลงทริปส์ก็ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรผลิตภัณฑ์มากกว่าสิทธิบัตรกรรมวิธีเช่นเดียวกับมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร ดังกล่าวข้างต้น โดยจะเห็นว่า เจ้าของสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์จะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์ที่ได้รับสิทธิบัตร ซึ่งบุคคลอื่นไม่มีสิทธิที่จะทำขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์ดังกล่าว ไม่ว่าจะใช้กรรมวิธีอื่นที่แตกต่างออกไป แต่ในกรณีของผู้ทรงสิทธิบัตรกรรมวิธี ผู้ทรงสิทธิบัตรจะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวเฉพาะในกรรมวิธีที่ได้รับสิทธิบัตร ดังนั้นบุคคลอื่นจึงสามารถทำขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์ที่มีลักษณะเหมือนกับผลิตภัณฑ์ที่ทำขึ้นจากกรรมวิธีที่ได้รับสิทธิบัตรได้ หากการทำขึ้นนั้นเป็นการทำขึ้นโดยใช้กรรมวิธีอย่างอื่น

กล่าวโดยสรุป ในประเทศไทย กฎหมายสิทธิบัตรถือว่า สิ่งที่เป็นผลงานที่มนุษย์คิดค้นคิดทำ หรือปรับปรุงขึ้น ย่อมเป็นการประดิษฐ์ (inventions) โดยไม่จำกัดว่าผลงานดังกล่าวนั้นจะเกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีสาขาใด ดังนั้น ผลผลิตของธรรมชาติก็อาจเป็นการประดิษฐ์ได้ตามกฎหมายสิทธิบัตรไทย แต่การจะขอรับสิทธิบัตรในสิ่งดังกล่าวได้หรือไม่เป็นอีกเรื่องหนึ่ง ซึ่งจะต้องพิจารณาบทบัญญัติอื่นประกอบด้วย โดยเฉพาะมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร²¹

ผลผลิตของธรรมชาติ (product of nature) คือสิ่งที่มีรูปร่างซึ่งเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ เช่น แร่ธาตุ สำหรับผลผลิตของธรรมชาตินี้ รศ. ดร. จักรกฤษณ์ ควรวจน์ มีความเห็นว่า กฎหมายไม่ควรถือว่าผลผลิตของธรรมชาติเป็นการประดิษฐ์ไปทั้งหมด โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับการประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับกรรมวิธีทางเทคนิคในการสกัดหรือแยกสิ่งมีชีวิตที่มีอยู่ในธรรมชาติออกจากร่างกายของสิ่งมีชีวิต เช่น ดีเอ็นเอ (DNA) อินซูลิน โปรตีน ฯลฯ เพราะถึงแม้ว่าจะมีการใช้กรรมวิธีทางเทคนิคในการสกัดหรือแยกสิ่งดังกล่าวออกจากสภาพแวดล้อมที่เป็นอยู่เดิมก็ตาม แต่ก็มิได้หมายความว่า การใช้กรรมวิธีดังกล่าวได้ทำให้สิ่งที่ถูกสกัดออกมานั้นแปรสภาพจากสิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ กลายเป็นสิ่งที่มีลักษณะทางเทคนิค (technical feature) ไปด้วย

นอกจากนี้ สิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติย่อมไม่อาจกลายเป็นการประดิษฐ์ (inventions) ไปได้ เนื่องจากขาดลักษณะทางเทคนิค (technical feature) โดยจะเป็นได้ก็แต่เพียงการค้นพบ (discovery) เท่านั้น และตามหลักกฎหมายสิทธิบัตร การค้นพบ (discovery) ไม่ใช่สิ่งที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง ซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับกรณีของแร่ธาตุหรือทรัพยากรธรรมชาติต่าง ๆ ตัวอย่างเช่น น้ำมันดิบที่อยู่ใต้พื้นดินเป็นสิ่งที่มีอยู่ในธรรมชาติ หากบุคคลคิดค้นกรรมวิธีทางเทคนิคที่

²¹ โปรดดู มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522.

สามารถขุดเจาะนำน้ำมันดิบขึ้นมาได้ เช่นนี้กรรมวิธีและเครื่องมือที่ใช้ในการขุดเจาะนำน้ำมัน ซึ่งเป็นสิ่งที่มีลักษณะทางเทคนิค (technical feature) ย่อมเป็นการประดิษฐ์ (inventions) แต่น้ำมันดิบที่ขุดเจาะขึ้นมาได้โดยใช้กรรมวิธีดังกล่าว ไม่ควรจะถูกถือว่าการประดิษฐ์ไปด้วย โดยท่านเห็นว่ากรณีเช่นนี้จำเป็นต้องแยกแยะกรรมวิธีที่ใช้ในการสกัดสิ่งที่มีอยู่ในธรรมชาติ และสิ่งที่ได้จากการสกัดออกจากกัน เพราะแม้กรรมวิธีที่ใช้ในการสกัดจะเป็นผลงานการประดิษฐ์ (inventions) ของบุคคล แต่ผลิตภัณฑ์ที่มีอยู่ตามธรรมชาติ ไม่ว่าจะเป็แร่ธาตุ น้ำมัน ยีน เซลล์ หรือส่วนประกอบของร่างกายที่ถูกสกัดออกมาโดยอาศัยกรรมวิธีทางเทคนิค ย่อมไม่ใช่ว่าการประดิษฐ์ตามคำนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร²²

2.2 ลักษณะของการประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศต่าง ๆ มักมีรายละเอียดและสาระสำคัญที่แตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับนโยบายของแต่ละประเทศ ตัวอย่างเช่น ในหลายประเทศ รวมทั้งประเทศไทย กฎหมายจะให้ความสำคัญคุ้มครองแก่ผู้ประดิษฐ์ที่ได้ยื่นคำขอเป็นรายแรก (first-to-file system) ส่วนในบางประเทศ เช่น ในสหรัฐอเมริกา กฎหมายจะให้ความสำคัญคุ้มครองแก่ผู้ที่ได้คิดค้นการประดิษฐ์ขึ้นก่อน (first-to-invent system) นอกจากนี้ กฎหมายสิทธิบัตรของนานาประเทศก็ยังมี ความแตกต่างกันอีกในเรื่องอื่น ๆ เช่น ความแตกต่างในเรื่องของกระบวนการตรวจสอบคำขอ ความแตกต่างในเรื่องของการแก้ไขคำขอรับสิทธิบัตร ความแตกต่างในเรื่องสิทธิของลูกจ้างผู้ทำการคิดค้นการประดิษฐ์ ความแตกต่างในเรื่องค่าธรรมเนียมรายปี ความแตกต่างในเรื่องของหลักเกณฑ์การวินิจฉัยการกระทำละเมิดสิทธิบัตร หรือความแตกต่างในเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ ฯลฯ²³

แม้จะมีความแตกต่างกันดังกล่าว แต่กฎหมายสิทธิบัตรของนานาประเทศก็มักจะกำหนดเงื่อนไขของการขอรับสิทธิบัตรไว้ใกล้เคียงกัน โดยการประดิษฐ์ที่สามารถนำมาขอรับสิทธิบัตรตามกฎหมายของประเทศต่าง ๆ มักมีอยู่ 3 ประการด้วยกัน คือ ต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ (new or novelty) มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (inventive step) สามารถนำไปประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรมได้ (industrial applicability) ดังที่ได้กล่าวถึงแล้วในบทก่อน

²² จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายสิทธิบัตร : แนวความคิดและบทวิเคราะห์, หน้า 99-100.

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 39.

ความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) ก็ได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับคุณสมบัติของการประดิษฐ์ที่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไว้ในบทบัญญัติข้อ 27 โดยมีสาระสำคัญคือ การกำหนดให้รัฐภาคีขององค์การการค้าโลก (WTO) ให้การคุ้มครองสิทธิบัตรแก่การประดิษฐ์ในทุกสาขาเทคโนโลยี โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ และจะต้องให้ความคุ้มครองทั้งที่เป็นสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ (product patents) และสิทธิบัตรกรรมวิธี (process patents) โดยมีเงื่อนไขว่า การประดิษฐ์ที่อาจได้รับสิทธิบัตรนั้นต้องเป็นสิ่งใหม่ (new or novelty) มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (inventive step) และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ (industrial applicability) อย่างไรก็ตาม รัฐภาคีอาจกำหนดเงื่อนไขของการขอรับสิทธิบัตรโดยใช้ข้อความว่า "ไม่เป็นที่ประจักษ์ได้โดยง่าย" (non-obvious) แทน "มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น" (inventive step) และใช้ถ้อยคำ "เป็นประโยชน์" (useful) แทน "สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม" (industrial applicability) ก็ได้²⁴

ซึ่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร มาตรา 5 ก็ได้บัญญัติไว้ในแนวเดียวกันว่า "ภายใต้บังคับมาตรา 9 การประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้ต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่
- (2) เป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และ
- (3) เป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม"

ความคิดสร้างสรรค์ใด เมื่อมีลักษณะเข้าตามความหมายอันถือว่าเป็นการประดิษฐ์ (inventions) ตามมาตรา 4 และไม่ถือเป็นการประดิษฐ์ที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 9 แล้ว ย่อมจะต้องมีลักษณะเข้าตามหลักเกณฑ์ที่มาตรา 5 บัญญัติไว้ จึงจะสามารถขอรับสิทธิบัตรตามกฎหมายได้

2.2.1 การประดิษฐ์ขึ้นใหม่ (New or Novelty)

สิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายสิทธิบัตร (exclusive right) มีลักษณะเป็นการแลกเปลี่ยนกับการให้สังคมได้มาซึ่งรายละเอียดของข้อมูลการประดิษฐ์ ดังนั้น ผู้ที่จะได้มาซึ่งสิทธิเด็ดขาดก็ควร

²⁴ โปรดดู TRIPs Agreement, Article 27 (1).

นำเสนอแต่สิ่งใหม่ต่อสาธารณชน เพื่อให้เหมาะสมกับการที่สังคมต้องแบกรับภาระในการให้สิทธิ เด็ดขาดแก่ผู้ทรงสิทธิบัตร²⁵

ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตร การประดิษฐ์ขึ้นใหม่ (new or novelty) หมายถึง สิ่งใหม่ที่ยังไม่เคยมีปรากฏต่อสาธารณชนมาก่อน ซึ่ง "ความใหม่" (new or novelty) ของการประดิษฐ์นั้นถือได้ว่าเป็นเงื่อนไขประการแรกที่กฎหมายสิทธิบัตรของทุกประเทศกำหนดไว้ วัตถุประสงค์สำคัญของการกำหนดเงื่อนไขนี้มีอยู่สองประการ คือ

สรุปคือ หลักเกณฑ์เรื่อง "ความใหม่" (new or novelty) ของการประดิษฐ์จะทำหน้าที่เป็นเครื่องรับประกันต่อสังคมว่า สิ่งที่สังคมจะได้รับเพื่อเป็นการตอบแทนจากผู้ทรงสิทธิบัตรนั้น เป็นสิ่งที่ยังไม่เคยปรากฏแพร่หลายมาก่อน

ในการพิจารณาความใหม่นั้น พระราชบัญญัติสิทธิบัตร มาตรา 6 วรรคหนึ่ง ได้ให้ความหมายเกี่ยวกับการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ โดยบัญญัติว่า "การประดิษฐ์ขึ้นใหม่ ได้แก่ การประดิษฐ์ที่ไม่เป็นงานที่ปรากฏอยู่แล้ว"

และในมาตรา 6 วรรค 2 ก็ได้บัญญัติถึงสิ่งที่ถือว่าเป็นงานที่ปรากฏอยู่แล้วว่า "งานที่ปรากฏอยู่แล้ว ให้หมายความถึงการประดิษฐ์ ดังต่อไปนี้ด้วย

- (1) การประดิษฐ์ที่มีหรือใช้แพร่หลายอยู่แล้วในราชอาณาจักรก่อนวันขอรับสิทธิบัตร
- (2) การประดิษฐ์ที่ได้มีการเปิดเผยสาระสำคัญหรือรายละเอียดในเอกสาร หรือสิ่งพิมพ์ที่ได้เผยแพร่อยู่แล้วไม่ว่าในหรือนอกราชอาณาจักรก่อนวันขอรับสิทธิบัตร และไม่ว่าการเปิดเผยนั้นจะกระทำโดยเอกสาร สิ่งพิมพ์ การนำออกแสดง หรือการเปิดเผยต่อสาธารณชนด้วยประการใด ๆ
- (3) การประดิษฐ์ที่ได้รับสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรแล้วไม่ว่าในหรือนอกราชอาณาจักรก่อนวันขอรับสิทธิบัตร

²⁵ เรียบเรียงจาก Phillips, J. and A. Firth, Introduction to intellectual property law (London : Butterworths, 1990).

- (4) การประดิษฐ์ที่มีผู้ขอรับสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรไว้แล้วนอกราชอาณาจักรเป็นเวลาเกินสิบแปดเดือนก่อนวันขอรับสิทธิบัตรแต่ยังมีได้มีการออกสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรให้
- (5) การประดิษฐ์ที่มีผู้ขอรับสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรไว้แล้ว ไม่ว่าจะในหรือนอกราชอาณาจักร และได้ประกาศโฆษณาแล้วก่อนวันขอรับสิทธิบัตรในราชอาณาจักร”

นอกจากนี้ มาตรา 6 วรรค 3 ก็ยังบัญญัติเกี่ยวกับงานที่ปรากฏอยู่แล้วว่า “การเปิดเผยสาระสำคัญหรือรายละเอียดที่เกิดขึ้นหรือเป็นผลมาจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย หรือการเปิดเผยสาระสำคัญหรือรายละเอียดโดยผู้ประดิษฐ์ รวมทั้งการแสดงผลงานของผู้ประดิษฐ์ในงานแสดงสินค้าระหว่างประเทศหรือในงานแสดงต่อสาธารณชนของทางราชการ และการเปิดเผยสาระสำคัญหรือรายละเอียดดังกล่าวได้กระทำภายในสิบสองเดือนก่อนที่จะมีการขอรับสิทธิบัตร มิให้ถือว่าเป็นการเปิดเผยสาระสำคัญหรือรายละเอียดตาม (2)”

จากที่กล่าวมาแล้วจะเห็นว่า “งานที่ปรากฏอยู่แล้ว” (prior art or state of the art) มีความหมายครอบคลุมทั้งสิ่งที่เป็นรูปธรรมและสิ่งที่เป็นนามธรรม โดยสิ่งนั้นจะต้องแสดงสาระสำคัญและรายละเอียดเกี่ยวกับการประดิษฐ์ที่นำมาขอรับสิทธิบัตร ไม่ว่าจะเป็นการแสดงด้วยข้อความหรือรูปภาพ หรือทั้งข้อความและรูปภาพ หรือเป็นการกระทำด้วยวาจา ดังจะเห็นได้จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการฝ่ายเทคนิค (The Technical Board of Appeal) ของสำนักงานสิทธิบัตรยุโรป (EPO) ที่ T303/86, CPC/Flavour concentrates, EPOR (1989) ที่วินิจฉัยให้การประดิษฐ์ที่นำมาขอรับสิทธิบัตรนั้นสูญเสีย “ความใหม่” ไป เนื่องจากได้มีการตีพิมพ์รายละเอียดกรรมวิธีการผลิตของการประดิษฐ์ดังกล่าวลงในวารสารก่อนวันยื่นขอรับสิทธิบัตรแล้ว²⁶

การที่ข้อมูลการประดิษฐ์ได้ถูกเปิดเผยต่อสาธารณชนแล้ว ย่อมมีผลทำให้การประดิษฐ์นั้น ขาดคุณสมบัติที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร โดยที่การเปิดเผยข้อมูลรายละเอียดนั้นอาจเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้ประดิษฐ์เอง หรืออาจเกิดจากบุคคลอื่นก็ได้²⁷

²⁶ เြียบเรียงจาก Paterson, G., The European patent system : The law and practice of the European Patent Convention (London : Sweet & Maxwell, 1992).

²⁷ เြียบเรียงจาก Black, T., Intellectual property in industry (London and Edinburgh : Butterworths, 1989).

การเปิดเผยข้อมูลการประดิษฐ์ต่อสาธารณชนนี้ จะต้องเป็นการทำในลักษณะที่เปิดเผยที่ทำให้ประชาชนทั่วไปสามารถรับรู้หรือรับทราบข้อมูลนั้นได้ ซึ่งคำว่า “ประชาชน” นี้ ไม่จำเป็นจะต้องเป็นกลุ่มคนจำนวนมากเท่านั้น การเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ต่อบุคคลเพียงบุคคลเดียว ก็เพียงพอที่จะทำให้การประดิษฐ์นั้นกลายเป็น “งานที่ปรากฏอยู่แล้ว” ได้ เช่น คำวินิจฉัยของคณะกรรมการฝ่ายเทคนิค (The Technical Board of Appeal) ของสำนักงานสิทธิบัตรยุโรป (EPO) ที่ T381/87, Research Corporation/Publication, OJ EPO (1990) ที่วินิจฉัยให้การประดิษฐ์ที่มีการตีพิมพ์รายละเอียดลงในหนังสือ และมีการนำหนังสือนั้นไปวางไว้ในห้องสมุดเป็นการประดิษฐ์ที่ขาดความใหม่ แม้จะมีการตั้งแสดงหนังสือดังกล่าวไว้เพียงวันเดียวก็ตาม ทั้งนี้ ถือว่าเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนได้เข้าไปตรวจสอบและรับทราบหรือรับรู้ข้อมูลนั้นแล้ว หรือกรณีที่มีการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่ประดิษฐ์จากการประดิษฐ์นั้น แม้จะเป็นการจำหน่ายผลิตภัณฑ์เพียงชิ้นเดียว และจำหน่ายให้แก่บุคคลเพียงบุคคลเดียว ก็มีผลเท่ากับเป็นการเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ต่อสาธารณชนแล้วปรากฏตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการฝ่ายเทคนิค (The Technical Board of Appeal) ของสำนักงานสิทธิบัตรยุโรป (EPO) ที่ T482/89, Telemecanique/Electrical supply, December 11, 1990²⁸

สรุปคือ การเปิดเผยการประดิษฐ์ที่จะทำให้การประดิษฐ์นั้นกลายเป็นงานที่ปรากฏอยู่แล้ว (prior art or state of the art) อาจทำได้หลายวิธีด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นการบรรยายด้วยวาจา การเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น การเปิดเผยในงานเขียนและสิ่งตีพิมพ์ทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นบทความ หรือคำขอรับสิทธิบัตรที่ยื่นไว้ก่อนแล้ว ทั้งนี้รวมถึงรูปภาพ หรือรูปถ่ายต่าง ๆ หรือแม้แต่การตูนที่พิมพ์ลงในหนังสือนิยายวิทยาศาสตร์ เป็นต้น นอกจากนี้ การจำหน่ายหรือการนำข้อมูลรายละเอียดของการประดิษฐ์ไปใช้ประโยชน์ในที่สาธารณะ ก็ถือเป็นการเปิดเผยสาระสำคัญของการประดิษฐ์อันทำให้การประดิษฐ์นั้นกลายเป็นงานที่ปรากฏอยู่แล้ว (prior art or state of the art) ได้

การเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ที่ทำให้การประดิษฐ์กลายเป็นงานที่ปรากฏอยู่แล้ว (prior art or state of the art) นั้นไม่จำกัดว่าจะต้องกระทำเป็นภาษาใด²⁹ และข้อมูลการ

²⁸ เြียบเรียงจาก Paterson, G., The European patent system : The law and practice of the European Patent Convention.

²⁹ เြียบเรียงจาก Black, T., Intellectual property in industry.

ประดิษฐ์ดังกล่าวอาจจะเป็นเอกสารที่มีเนื้อหาทางเทคนิค ซึ่งคนทั่วไปไม่สามารถทำความเข้าใจได้ก็ได้

2.2.2 ขั้นตอนการประดิษฐ์สูงขึ้น (inventive step)

การประดิษฐ์ทั้งที่เป็นผลิตภัณฑ์ (products) และกรรมวิธี (processes) ที่จะสามารถขอรับสิทธิบัตรได้นั้น นอกจากจะต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ (new or novelty) แล้ว ยังจะต้องมีขั้นตอนการประดิษฐ์สูงขึ้น (inventive step) อีกด้วย

กฎหมายไทยได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณา "ขั้นตอนการประดิษฐ์สูงขึ้น" (inventive step) ไว้ในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตรว่า "การประดิษฐ์ที่มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น ได้แก่ การประดิษฐ์ที่ไม่เป็นที่ประจักษ์โดยง่ายแก่บุคคลที่มีความชำนาญในระดับสามัญสำหรับงานประเภทนั้น"

จากคำนิยามดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่า การประดิษฐ์ที่กฎหมายคุ้มครองจะต้องเป็นการประดิษฐ์ที่ไม่สามารถคิดค้นหรือทำขึ้นได้โดยง่าย (non-obvious) โดยผู้ที่มีความรู้พื้นฐานทั่วไปในเรื่องนั้น หากการประดิษฐ์ที่ทำขึ้นไม่ได้ใช้ความสามารถในเชิงประดิษฐ์คิดทำขึ้น แต่ใช้เพียงทักษะของช่างฝีมือเท่านั้น สิ่งนั้นก็ไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย การที่กฎหมายกำหนดให้การประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้ จำเป็นต้องมีขั้นตอนการประดิษฐ์สูงขึ้น (inventive step) ก็เพื่อก่อให้เกิดความก้าวหน้าอันแท้จริง มิฉะนั้น การประดิษฐ์ทุกอย่างก็จะสามารถนำมาขอรับสิทธิบัตรได้หมด เนื่องจาก การประดิษฐ์ต้องเกิดจากกระบวนการทางความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ ผลของความสร้างสรรค์ดังกล่าวจึงต้องสามารถแสดงให้เห็นถึงขั้นสูงของการประดิษฐ์ได้อย่างเด่นชัด กล่าวคือ การทำบางสิ่งจากที่ไม่เคยมีอยู่เลยหรือการทำบางสิ่งโดยใช้สิ่งที่มีอยู่แล้ว และในขณะที่ดำเนินการตามความคิดนั้น ก็ต้องไม่อาจคาดถึงผลของการคิดทำหรือคิดค้นได้จนกว่าจะทำการคิดทำสำเร็จ หากทราบว่าเกิดผลเช่นไรแล้ว ย่อมไม่ถือเป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นตอนการประดิษฐ์สูงขึ้น เนื่องจากเป็นสิ่งที่บุคคลทั่วไปซึ่งมีความชำนาญในงานประเภทนั้นสามารถเห็นได้อย่างชัดแจ้ง (obvious) ดังที่กฎหมายสิทธิบัตรของหลายประเทศอธิบายไว้ว่า การประดิษฐ์ที่มีขั้นตอนการประดิษฐ์สูงขึ้น (inventive step) ต้องเป็นผลจากความแตกต่างระหว่างการประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิ

บัตรกับงานที่ปรากฏอยู่แล้วอันไม่เป็นที่ประจักษ์ (non-obvious) นั่นคือไม่เป็นสิ่งที่สามารถคาดคิดได้ทันทีที่เห็น³⁰

ลักษณะของการประดิษฐ์ที่เรียกว่า “ขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น” นี้ พระราชบัญญัติ มาตรา 7 กำหนดให้ถือเอาความรู้ความสามารถของบุคคลที่มีความชำนาญในระดับสามัญสำหรับงานในประเภทที่เกี่ยวกับการประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรนั้น กล่าวคือ บุคคลที่จะพิจารณาปัญหาว่า การประดิษฐ์ใดเป็นการประดิษฐ์ขั้นสูงหรือไม่ คือบุคคลผู้มีความชำนาญในระดับสามัญในสาขาของการประดิษฐ์ดังกล่าว (person having ordinary skill in the pertinent art) การตัดสินใจในปัญหานี้ จึงขึ้นอยู่กับความคิดของบุคคลที่มีความชำนาญเพียง “ในระดับสามัญ” (ordinary) เท่านั้น โดยเมื่อบุคคลที่มีความชำนาญเช่นนั้นได้พิจารณาการประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรแล้ว ได้มีความเห็นของตนเองไม่เคยคิดว่าจะเกิดผลลัพธ์เช่นนั้นเลย ย่อมถือว่าการประดิษฐ์ดังกล่าวไม่เป็นที่ประจักษ์ โดยง่ายในสายตาของบุคคลที่มีความชำนาญในระดับสามัญ ดังนี้ จึงถือได้ว่ามีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น (inventive step) แต่ถ้าสิ่งนั้นอาจคิดหรือทำได้โดยง่ายโดยบุคคลดังกล่าว ก็ย่อมถือว่าไม่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น

บุคคลที่มีความรู้ความชำนาญในระดับสามัญสำหรับงานประเภทนั้น (person having ordinary skill in the pertinent art) หมายถึง ผู้ที่มีความรู้หรือความชำนาญระดับปานกลางหรือระดับเฉลี่ย (average skill) โดยทั่วไป หมายถึงบุคคลที่ทำงานในด้านนั้น ๆ อยู่เป็นปกติ (routineer) ซึ่งอาจมีความรู้ความชำนาญแตกต่างกันไปในแต่ละสาขา เช่น ในด้านการตัดเย็บเสื้อผ้าอาจไม่ใช้ความรู้สูงมากนัก แต่ในด้านการผลิตนาฬิกากระดับความรู้ความชำนาญจะสูงกว่า เป็นต้น ข้อที่น่าสังเกตคือ กฎหมายสิทธิบัตรไม่ได้กำหนดให้ถือเอาความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ (expert) ในด้านนั้น ๆ เป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัย เพราะบุคคลผู้มีความชำนาญในระดับผู้เชี่ยวชาญ (expert) นี้ ย่อมสามารถพิจารณาว่าการประดิษฐ์ส่วนใหญ่เป็นการประดิษฐ์ที่ประจักษ์โดยง่าย (obvious) และกฎหมายสิทธิบัตรก็ไม่ได้มุ่งที่จะคุ้มครองผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในระดับสูงหรืออัจฉริยะบุคคลเท่านั้น แต่กฎหมายสิทธิบัตรมีเจตนารมณ์ที่จะส่งเสริมและสนับสนุนให้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถระดับสามัญทั่วไป (ordinary) ได้ใช้ความพยายามในการคิดค้นและพัฒนาผลิตภัณฑ์ (products) หรือกรรมวิธี (processes) ใหม่ ๆ เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมมากที่สุด

³⁰ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป), หน้า 145.

กรณีที่จะต้องพิจารณาเรื่องขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น (inventive step) ได้แก่ กรณีที่ปรากฏว่าการประดิษฐ์ที่พิจารณานั้นมีลักษณะเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ (new or novelty) คือลักษณะบางประการที่แตกต่างไปจากงานที่ปรากฏอยู่แล้วเท่านั้น ส่วนการประดิษฐ์ที่ไม่ใช่การประดิษฐ์ขึ้นใหม่นั้น ย่อมขาดคุณสมบัติที่กฎหมายกำหนดในเรื่องของ “ความใหม่” (new or novelty) อยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ามีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้นหรือไม่

2.2.3 ความสามารถในการประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม (industrial applicability)

การประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้ นอกจากจะเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ (new or novelty) และมีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้นแล้ว (inventive step) ยังต้องเป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม (industrial applicability) ด้วย ซึ่งเงื่อนไขประการที่สามของการขอรับสิทธิบัตรในข้อนี้หมายความว่า การประดิษฐ์ที่จะได้รับสิทธิบัตร จะต้องเป็นสิ่งที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ในการผลิตทางอุตสาหกรรมได้ เพราะกฎหมายสิทธิบัตรมีเจตนารมณ์สำคัญที่ต้องการส่งเสริมและพัฒนากระบวนการทางอุตสาหกรรม กฎหมายจึงกำหนดให้การประดิษฐ์ที่ขอรับการคุ้มครองต้องเป็นสิ่งที่มีความหมายและสามารถนำไปประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ (industrial applicability)³¹

การประดิษฐ์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายภายใต้เงื่อนไขข้อนี้จะต้องเป็นการประดิษฐ์ที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้ในทางปฏิบัติ โดยไม่ได้เป็นแต่เพียงแนวคิด กฎเกณฑ์ หรือทฤษฎีอันไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ในการผลิต กล่าวคือ ถ้าการประดิษฐ์เป็นสิ่งที่เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ (products) บุคคลหนึ่งบุคคลใดจะต้องสามารถทำการผลิตผลิตภัณฑ์นั้นขึ้นมาได้ หรือถ้าการประดิษฐ์นั้นเป็นสิ่งที่เกี่ยวกับกรรมวิธี (processes) กรรมวิธีดังกล่าวก็จะต้องสามารถนำไปใช้ในการผลิตผลิตภัณฑ์อย่างหนึ่งอย่างใดขึ้นมาได้ หรือสามารถนำเอากรรมวิธีนั้นไปใช้ประโยชน์ที่ให้เกิดเป็นรูปธรรมได้

กล่าวโดยสรุปคือ การประดิษฐ์ที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้จะต้องเป็นผลิตภัณฑ์ (products) หรือกรรมวิธี (processes) ที่สามารถทำให้เกิดขึ้นได้จริง (reproducibility) และเป็นสิ่งที่สามารถ

³¹ เြียบเรียงจาก Phillips, J. and A. Firth, *Introduction to intellectual property law*.

ใช้ประโยชน์ได้อย่างเหมาะสม (practicality) การประดิษฐ์ที่ขาดลักษณะดังกล่าว ย่อมไม่ใช่สิ่งที่จะขอรับสิทธิบัตรได้

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยได้อธิบายลักษณะของการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรมไว้อย่างชัดเจน โดยมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร ซึ่งกำหนดว่า “การประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม ได้แก่ การประดิษฐ์ที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ในการผลิตทางอุตสาหกรรม รวมทั้งหัตถกรรม เกษตรกรรม และพาณิชย์กรรม”

บทบัญญัติดังกล่าวได้ขยายความหมายของคำว่า “อุตสาหกรรม” ให้รวมถึงการผลิตในลักษณะอื่น ๆ ด้วย ซึ่งการใช้ถ้อยคำดังกล่าวในความหมายอย่างกว้างนับว่าเป็นประโยชน์ต่อการคุ้มครองการประดิษฐ์ในสาขาต่าง ๆ มาก และทำให้การประดิษฐ์ที่มีคุณสมบัติที่อาจนำไปใช้ในทางอุตสาหกรรม หัตถกรรม เกษตรกรรม และพาณิชย์กรรม เป็นสิ่งที่มีความสามารถในการประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมตามบทบัญญัติมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตรนี้ ซึ่งแม้จะมีความหมายไม่กว้างเท่ากับกฎหมายสิทธิบัตรสหรัฐอเมริกา แต่ก็ได้ถูกจำกัดไว้เฉพาะแต่ความสามารถในการใช้เพื่อการผลิตทางอุตสาหกรรมเท่านั้น

2.3 ลักษณะของการประดิษฐ์ที่ขอรับอนุสิทธิบัตรได้

มาตรา 65 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร บัญญัติว่า “การประดิษฐ์ที่ขอรับอนุสิทธิบัตรได้ต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่
- (2) เป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรม”

จากบทบัญญัตินี้จะเห็นว่า การประดิษฐ์ที่ขอรับอนุสิทธิบัตร (petty patents) ได้จะต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ (new or novelty) และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ (industrial applicability) แต่ไม่จำเป็นต้องมีขั้นการประดิษฐ์สูงชัน (inventive step) อย่างไรก็ตาม การประดิษฐ์ที่มีลักษณะครบถ้วนที่จะขอรับสิทธิบัตรธรรมดาได้ กล่าวคือ มีขั้นการประดิษฐ์สูงชัน (inventive step) ก็อาจขอรับอนุสิทธิบัตรได้เช่นกัน ดังนั้น อนุสิทธิบัตร (petty patents) จึงเป็น

ทางเลือกสำหรับนักประดิษฐ์ที่ต้องการได้รับความคุ้มครองอย่างรวดเร็ว เสียค่าใช้จ่ายน้อยและมีโอกาสได้รับความคุ้มครองมากกว่าสิทธิบัตรธรรมดา³²

อนึ่ง การยกเว้นเงื่อนไขเรื่อง “ขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น” (inventive step) อาจเป็นการช่วยสนับสนุนให้มีการคิดค้นและพัฒนาการประดิษฐ์ในประเทศ โดยจะช่วยให้ นักประดิษฐ์ชาวไทยมีโอกาสแข่งขันกับต่างชาติมากขึ้น ทั้งยังเป็นการส่งเสริมให้คนต่างชาติเข้ามาทำการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีในประเทศไทยด้วย

เจตนารมณ์ของการนำบทบัญญัติเรื่องอนุสิทธิบัตร (petty patents) มาใช้ คือเพื่อให้ ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ที่มีเทคโนโลยีไม่สูงนัก อันเป็นประโยชน์สำหรับนักประดิษฐ์ในประเทศ ซึ่งการเลือกใช้ระบบการคุ้มครองอนุสิทธิบัตรนี้ ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อพันธกรณีที่ประเทศไทยมีอยู่ตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ในความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement)³³ ทั้งนี้เพราะการให้สิทธิพิเศษนี้ เป็นการให้สิทธิแก่การประดิษฐ์ที่ได้รับการคิดค้นและพัฒนาขึ้นภายในประเทศไทย มิใช่เป็นการให้สิทธิเฉพาะแก่บุคคลที่มีสัญชาติไทย เป็นพิเศษเหนือกว่าคนชาติของรัฐบาลอื่น อันจะเป็นการต้องห้ามตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

34

2.4 การประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตรไม่ได้

กฎหมายสิทธิบัตรของนานาประเทศได้กำหนดเงื่อนไขของการขอรับสิทธิบัตรที่สำคัญอีกประการคือ การประดิษฐ์นั้นจะต้องไม่เป็นสิ่งที่กฎหมายกำหนดห้ามมิให้นำมาขอรับสิทธิบัตร

ไม่มีกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศใดที่จะคุ้มครองการประดิษฐ์โดยไม่มีขีดจำกัด โดยกฎหมายของทุกประเทศจะมีการบัญญัติบทยกเว้นที่ไม่ให้ความคุ้มครองแก่บางสิ่งบางอย่าง สิ่งซึ่งมักจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรของนานาประเทศคือ การค้นพบ (discovery) กฎเกณฑ์และทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์และคณิตศาสตร์ (scientific theory and mathematical method) โปรแกรมคอมพิวเตอร์ (computer program) และสิ่งซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือ

³² ยรรยง พวงราช, คำอธิบายกฎหมายสิทธิบัตร, หน้า 47.

³³ โปรดดู TRIPs Agreement, Article 3.

³⁴ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, กฎหมายสิทธิบัตร : แนวความคิดและบทวิเคราะห์, หน้า 80.

ศีลธรรมอันดีของประชาชน (invention contrary to public order or morality) นอกจากสิ่งดังกล่าวมาแล้ว กฎหมายสิทธิบัตรของบางประเทศก็ได้กำหนดยกเว้น ผลิตภัณฑ์ยา อาหาร กรรมวิธีทางชีววิทยาสำหรับการผลิตสัตว์หรือพืช และกรรมวิธีในการวินิจฉัยหรือบำบัดรักษาโรค เป็นต้น ทั้งนี้ ความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) ก็ถือเป็นส่วนสำคัญในการกำหนดข้อยกเว้นสำหรับการขอรับสิทธิบัตรของหลาย ๆ ประเทศ เนื่องจากประเทศสมาชิกของความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) ต่างก็มีหน้าที่ที่จะต้องบัญญัติกฎหมายภายในประเทศให้มีความสอดคล้องและไม่ขัดต่อบทบัญญัติของความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement)

บทบัญญัติข้อ 27 ของความตกลงทริปส์ถือว่าเป็นหลักการคุ้มครองสิทธิบัตรที่มีความสำคัญที่สุด โดยบทบัญญัติข้อ 27 นี้ได้กำหนดเป็นหลักการว่า รัฐภาคีต้องให้สิทธิบัตรเพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์ในทุกสาขา ทั้งที่เป็นสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ (product patents) และสิทธิบัตรในกรรมวิธี (process patents) อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในข้อนี้ก็ได้กำหนดข้อยกเว้นของการคุ้มครองสิทธิบัตรไว้บางกรณี โดยรัฐภาคีอาจเลือกไม่ให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์บางลักษณะก็ได้ การประดิษฐ์ที่รัฐภาคีอาจไม่ให้ความคุ้มครองนั้น อาจจำแนกได้เป็น 3 ประเภท คือ

- (1) การประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพ
- (2) กรรมวิธีทางการแพทย์
- (3) การประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ลบต่อสิ่งแวดล้อม³⁵

กฎหมายสิทธิบัตรไทยได้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับการประดิษฐ์ที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไว้ในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร โดยบัญญัติว่า "การประดิษฐ์ดังต่อไปนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ

- (1) จุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช
- (2) กฎเกณฑ์และทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์และคณิตศาสตร์
- (3) ระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์
- (4) วิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคมนุษย์หรือสัตว์

³⁵ โปรดดู TRIPs Agreement, Article 27.

(5) การประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี อนามัย หรือสวัสดิภาพของประชาชน"

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร มาตรา 65 ทศ ก็บัญญัติให้นำมาตรา 9 ไปใช้บังคับโดยอนุโลม³⁶ ดังนั้น การประดิษฐ์ที่ระบุในมาตรา 9 จึงเป็นสิ่งที่ไม่สามารถขอรับอนุสิทธิบัตร (petty patents) ได้เช่นกัน

ในที่นี้ ผู้วิจัยจะขอกล่าวถึงสิ่งที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไทย โดยแบ่งออกเป็น 5 ข้อ ดังต่อไปนี้

(1) จุลชีพ สัตว์ และพืช

มาตรา 9 (1) แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร บัญญัติห้ามมิให้มีการคุ้มครองจุลชีพและส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช ทั้งนี้เพราะสิ่งเหล่านี้เป็นสิ่งที่ชีวิตอันมีอยู่แล้วตามธรรมชาติ จึงไม่ถือว่าเป็นสิ่งที่เกิดจากการสร้างสรรค์ของมนุษย์³⁷

อย่างไรก็ดี หากเป็นการคิดค้นเกี่ยวกับกรรมวิธีในการผลิตพืช หรือกรรมวิธีในการปรับปรุงคุณภาพของพืช เช่น กรรมวิธีการผสมพันธุ์ข้าว เป็นต้น ก็ย่อมที่จะขอรับสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรสำหรับการประดิษฐ์ดังกล่าวได้ ส่วนกรรมวิธีในการสกัดสารจากสัตว์หรือพืช นำที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรไทย

(2) กฎเกณฑ์และทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์และคณิตศาสตร์

กฎเกณฑ์และทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์และคณิตศาสตร์ไม่ใช่การประดิษฐ์ เพราะเป็นหลักการที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ และมีบุคคลค้นพบหลักเกณฑ์หรือหลักการที่มีอยู่ตามธรรมชาติเท่านั้น เช่น กฎเกี่ยวกับแรงโน้มถ่วง สูตรคูณทางคณิตศาสตร์ เป็นต้น กฎเกณฑ์และทฤษฎีดังกล่าว

³⁶ โปรดดู มาตรา 65 ทศ แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522.

³⁷ ไชยยศ เหมะรัชตะ. กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป). หน้า 137-138.

เป็นสมบัติแห่งมนุษยชาติ ทุกคนควรมีสิทธิได้ใช้โดยเสรี ไม่ควรให้ผู้ใดผู้หนึ่งมีสิทธิผูกขาดแต่เพียงผู้เดียว

อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นตามมาตรา 9 (2) นี้ ก็ไม่รวมถึงการใช้กฎเกณฑ์และทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์และคณิตศาสตร์มาใช้เป็นหลักเพื่อการประดิษฐ์ผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น เช่น การคิดเครื่องมือวัดพลังงานปรมาณู และเตาปฏิกรณ์ปรมาณู ซึ่งใช้หลักการตามสูตร $E = mc^2$ ของ Albert Einstein เป็นต้น ย่อมขอรับสิทธิบัตรสำหรับการประดิษฐ์ดังกล่าวได้

(3) ระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายสิทธิบัตรจะเห็นได้ว่า แม้ตัวเครื่องคอมพิวเตอร์อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในฐานะที่เป็นการประดิษฐ์ แต่พระราชบัญญัติสิทธิบัตรไม่ให้ความคุ้มครองแก่ระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือที่เรียกว่า "โปรแกรมคอมพิวเตอร์" (computer programs) อันหมายถึง คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดที่นำไปใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ เพื่อให้เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานหรือเพื่อให้ได้รับผลอย่างหนึ่งอย่างใด

โปรแกรมคอมพิวเตอร์ (computer programs) ไม่ถือเป็นการประดิษฐ์ เนื่องจากไม่ใช่ความคิดเกี่ยวกับการผลิตผลิตภัณฑ์โดยตรง หากแต่เป็นเพียงวิธีการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ให้ทำงานตามคำสั่งของผู้ใช้เท่านั้น ฉะนั้น โปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงเทียบได้กับสมองของมนุษย์ในการใช้งานเครื่องจักรหรือผลิตภัณฑ์อื่น ๆ มากกว่าที่จะเป็นกรรมวิธีในการผลิตอันอยู่ในความหมายของการประดิษฐ์

นอกจากนี้ การที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ (computer programs) ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรก็เนื่องจากว่า โปรแกรมคอมพิวเตอร์ (computer programs) ถูกสร้างขึ้นจากอัลกอริทึม (algorithms) ซึ่งเป็นลำดับขั้นตอนในการแก้ปัญหาจากสูตรทางคณิตศาสตร์ (mathematical formula) ที่เป็นเพียงทฤษฎีและกฎเกณฑ์เท่านั้น ดังจะเห็นได้จากข้อเสนอแนะของคณะกรรมการของประเทศอังกฤษที่เรียกว่า "The Banks Committee" ซึ่งมีหน้าที่ศึกษาและจัดทำข้อเสนอแนะเพื่อปรับปรุงกฎหมายสิทธิบัตรอังกฤษได้สรุปไว้ว่า "โปรแกรมคอมพิวเตอร์

เป็นเพียงวิธีการในการคำนวณทางคณิตศาสตร์ หรือเป็นเพียงชุดคำสั่งที่ใช้ในการคำนวณทางคณิตศาสตร์เท่านั้น โปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงมิใช่สิ่งที้อาจขอรับสิทธิบัตรได้”³⁸

ขณะนี้ นานาประเทศต่างยอมรับหลักการในการให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (computer programs) ไว้ภายใต้ความหมายของงานสร้างสรรค์ประเภทงานวรรณกรรม (Literary Works) ในกฎหมายลิขสิทธิ์ รวมทั้งประเทศไทย

โปรแกรมคอมพิวเตอร์ (computer programs) ที่กฎหมายสิทธิบัตรไม่คุ้มครอง ได้แก่ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้กับคอมพิวเตอร์ในการทำงานตามปกติของเครื่องคอมพิวเตอร์ (computer programs per se) เท่านั้น อย่างไรก็ดี หากเป็นการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อเป็นขั้นตอนหนึ่งในกรรมวิธี โดยยังมีขั้นตอนสำคัญอื่น ๆ ในกรรมวิธีดังกล่าว ก็ย่อมสามารถขอรับสิทธิบัตรในกรรมวิธีการผลิตได้ (Diamond v. Diehr, 450 U.S. 175, 1981)³⁹

และแม้กฎหมายจะบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า ตัวโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (computer programs) ไม่ใช่สิ่งที้อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร แต่ถ้าสิ่งที้อรับสิทธิบัตรนั้น ไม่ใช่ตัวโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยตรง หากแต่เป็นการประดิษฐ์อย่างหนึ่งอย่างใดที่เกี่ยวข้องกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรือส่วนประกอบของผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีที่ใช้คอมพิวเตอร์เพื่อควบคุมการทำงาน หรือที่เรียกว่า “การประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์” (computer-related invention) เช่น การประดิษฐ์ที่ประกอบด้วยโปรแกรมคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์ฮาร์ดแวร์อย่างอื่น เป็นต้น กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยก็ถือว่า สิ่งดังกล่าวเป็นการประดิษฐ์ที้อาจนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ ซึ่งกฎหมายสิทธิบัตรของสหราชอาณาจักรก็มีแนวทางเป็นเช่นเดียวกัน⁴⁰

(4) วิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคมนุษย์หรือสัตว์

วิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคทุกวิธีทั้งของมนุษย์และของสัตว์ ไม่ว่าจะ เป็นวิธีการวินิจฉัยโดยวิธีการใด ๆ ก็ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรได้ เพราะถ้าให้บุคคลใดบุคคล

³⁸ จักรกฤษณ์ ควพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วย ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า. หน้า 107.

³⁹ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป). หน้า 139.

⁴⁰ เรียบเรียงจาก Michael D. Scott, Computer Law (United States : John Wiley & Sons, 1984).

หนึ่งมีอำนาจผูกขาดในวิธีการดังกล่าวแต่เพียงผู้เดียว ย่อมส่งผลกระทบต่อชีวิต สุขภาพและ อนามัยของประชาชนทั่วไปเป็นอันมาก จึงเป็นการไม่เหมาะสมทางด้านศีลธรรมที่จะให้ความคุ้มครองแก่วิธีการเหล่านี้ นอกจากนี้ วิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคส่วนใหญ่ก็ไม่มีลักษณะ เป็นการประดิษฐ์ กล่าวคือ วิธีการดังกล่าวไม่ได้เป็นการคิดค้นหรือคิดทำขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์หรือ กรรมวิธีในการผลิตผลิตภัณฑ์ และไม่สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้

บทบัญญัติข้อ 27 ของความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) ได้กำหนดให้ประเทศ สมาชิกสามารถยกเว้นไม่คุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ได้⁴¹ ดังนั้น การที่ประเทศไทยไม่ให้ความคุ้มครองแก่วิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคนี้ จึงเป็นสิ่งที่ไม่ขัดต่อความตกลงดังกล่าว อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติมาตรา 9 (4) แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตรของไทยก็มีได้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับผลิตภัณฑ์หรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรค ซึ่งการรักษาโรคนั้นมีความหมายรวมถึงการป้องกันโรคด้วย นอกจากนี้ ยังรวมถึงยารักษาโรคต่าง ๆ ดังนั้น การประดิษฐ์เหล่านี้จึงขอรับสิทธิบัตรได้หากมีลักษณะครบตามที่กฎหมายกำหนด ตัวอย่างเช่น เครื่องฟอกโลหิต และยาแก้ไข้แก้ปวด เป็นต้น

(5) การประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบสุขของประชาชน

บทบัญญัติมาตรา 9 (5) แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตรได้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับการประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี อนามัยหรือสวัสดิภาพของประชาชนก็เพื่อความปลอดภัยและเป็นระเบียบในสังคม และเพื่อส่งเสริมให้ประชาชนมีการคิดค้นหรือคิดทำแต่ในสิ่งที่ดีและเป็นประโยชน์แก่สังคมด้วยประการหนึ่ง สำหรับการประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่น เครื่องมีที่ใช้ในการทรมานมนุษย์ การประดิษฐ์ที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น เครื่องมือสำหรับการทำแท้ง เครื่องมือสำหรับการพนัน เป็นต้น การประดิษฐ์ที่ขัดต่ออนามัยหรือสวัสดิภาพของประชาชน เช่น ยาเสพติด

อย่างไรก็ตาม การประดิษฐ์ใดจะเป็นการขัดต่อความสงบสุขและความปลอดภัยของสังคมหรือไม่ ก็ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของการใช้งาน เช่น เครื่องวิทยุรับส่งที่ใช้ในการทำงานของตำรวจ จะสามารถใช้ได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากทางราชการ แต่หากมีผู้นำไปใช้ในการดักฟังหรือ

⁴¹ โปรดดู TRIPs Agreement, Article 27.3 (a).

รบกวนสัญญาฉบับส่งของตำรวจ หรือนำไปใช้งานโดยไม่ได้รับอนุญาต ดังนี้ ย่อมไม่ถือว่า เครื่องวิทุรับส่งดังกล่าวเป็นการประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอันทำให้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรแต่อย่างใด⁴²

นอกจากสหรัฐอเมริกาแล้ว ประเทศสมาชิกของความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) ต่างก็มีบทบัญญัติห้ามคุ้มครองการประดิษฐ์ที่ก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ลบต่อสังคมทุกประเทศ

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่า แนวทางการให้ความคุ้มครองแก่วิธีการดำเนินการทางธุรกิจ (business methods) ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรไทยเป็นดังนี้

ลักษณะที่ 1 การคุ้มครองวิธีการดำเนินการทางธุรกิจในลักษณะที่เป็นกรรมวิธี (process)

จากที่กล่าวแล้วในบทที่ 3 จะเห็นว่า สหรัฐอเมริกาได้ให้ความคุ้มครองแก่วิธีการดำเนินการทางธุรกิจภายใต้กฎหมายสิทธิบัตร เนื่องจาก สหรัฐอเมริกาเห็นว่า การจะพิจารณาเรื่องวิธีการดำเนินการทางธุรกิจนี้ ไม่ควรจะพิจารณาเหมือนวิธีการดังกล่าวเป็นสิ่งพิเศษ เพียงเพราะวิธีการนั้นมีการนำเทคโนโลยีมาใช้ แต่ควรพิจารณาวิธีการดำเนินการทางธุรกิจ (business methods) เช่นเดียวกับการพิจารณากรรมวิธี (process) โดยทั่วไป ทั้งนี้เพราะกฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกามีได้มีการกำหนดความหมายของ “กรรมวิธี” ดังเช่นที่กฎหมายสิทธิบัตรไทยกำหนด โดยสหรัฐอเมริกาได้กำหนดความหมายของ “กรรมวิธี” อย่างกว้าง กล่าวคือ กรรมวิธีตามความหมายของสหรัฐอเมริกา ไม่จำเป็นจะต้องเป็นกรรมวิธีที่ใช้ในการผลิตผลิตภัณฑ์ หรือเป็นกรรมวิธีที่ใช้ในการเก็บรักษาผลิตภัณฑ์นั้น ๆ ดังนั้น “กรรมวิธี” ตามความหมายของกฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกานี้ จึงหมายถึงวิธีการหรือกรรมวิธีใด ๆ ที่กระทำต่อวัตถุอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อให้ได้มาซึ่งผลลัพธ์ที่ต้องการ

เมื่อพิจารณาแล้ว จะเห็นว่า วิธีการดำเนินการทางธุรกิจ (business methods) ก็ถือเป็นกรรมวิธีอย่างหนึ่งที่ใช้กระทำต่อวัตถุอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อให้ได้มาซึ่งผลลัพธ์ตามที่ต้องการ ดังนั้น วิธีการดำเนินการทางธุรกิจ จึงอาจเป็นกรรมวิธีตามที่กฎหมายสิทธิบัตรสหรัฐอเมริกาคำหนด

⁴² ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป), พิมพ์ครั้งที่ 2, หน้า 140.

อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติสิทธิบัตรของไทยได้กำหนดความหมายของ “กรรมวิธี” ไว้ใน มาตรา 3 ดังที่ได้กล่าวถึงในข้างต้น จะเห็นว่า กรรมวิธีที่ถือเป็นการประดิษฐ์ตามกฎหมายสิทธิ บัตรไทยนี้ จะต้องเป็นกรรมวิธีในการผลิตผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีการเก็บรักษาผลิตภัณฑ์ให้คง สภาพหรือให้มีคุณภาพดีขึ้น หรือการนำเอากรรมวิธีที่มีอยู่ดังกล่าวไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่น

ในขณะที่วิธีการดำเนินการทางธุรกิจ เป็นวิธีการที่ใช้กระทำต่อวัตถุเพื่อให้ได้มาซึ่งผลลัพธ์ ที่ต้องการ โดยมีได้มีเจตนาที่จะทำให้เกิดผลิตภัณฑ์ใด ๆ ขึ้น เช่น วิธีการสั่งซื้อสินค้าด้วยการคลิก ครั้งเดียว (One-click buying) ซึ่งเป็นวิธีการที่ใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการสั่งซื้อสินค้า โดยที่วิธีการ ดังกล่าวไม่ได้เป็นการผลิตขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์ หรือเป็นกรรมวิธีที่ใช้ในการเก็บรักษาผลิตภัณฑ์ให้คง สภาพแต่อย่างใด จะเห็นว่า วิธีการดังกล่าวเป็นเพียงวิธีการที่มีลักษณะเป็นคำสั่งในการดำเนิน การ เพื่อให้เกิดผลตามที่ผู้ซื้อต้องการ คือ การซื้อสินค้านั่นเอง

ดังนั้น จะเห็นว่า วิธีการดำเนินการทางธุรกิจ (business methods) เป็นสิ่งที่ไม่อยู่ใน ขอบเขตการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรไทย เนื่องจาก วิธีการดำเนินการทางธุรกิจ เป็นวิธีการ (method) หรือกรรมวิธี (process) ที่ไม่ก่อให้เกิดผลผลิตใด ๆ และไม่ได้ใช้ในการเก็บ รักษาผลิตภัณฑ์ใด ๆ ด้วย

แม้วิธีการดำเนินการทางธุรกิจที่นำมาขอรับสิทธิบัตร จะมีคุณสมบัติครบตามที่กฎหมาย สิทธิบัตรกำหนด กล่าวคือ เป็นวิธีที่เกิดขึ้นใหม่ (new) มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น (inventive step) สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม (industrial applicability) วิธีการดำเนินการทางธุรกิจ ดังกล่าวก็เป็นสิ่งที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร โดยไม่คำนึงว่าวิธีการดังกล่าวจะ มีลักษณะทางเทคนิคหรือไม่ (technical feature) เพราะวิธีการดำเนินการทางธุรกิจไม่ถือเป็นการ ประดิษฐ์ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

อนึ่ง เมื่อวิธีการดำเนินการทางธุรกิจไม่ถือเป็นการประดิษฐ์ตามความหมายของกฎหมาย สิทธิบัตรไทยแล้ว วิธีการดำเนินการทางธุรกิจดังกล่าว (business methods) ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่ สามารถนำมาขอรับอนุสิทธิบัตร (petty patents) ได้เช่นกัน เพราะสิ่งสำคัญประการแรกที่ใช้ใน การพิจารณาว่าสิ่งนั้นนำมาขอรับสิทธิบัตรจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหรือไม่ คือ การ พิจารณาว่าสิ่งนั้นถือเป็นการประดิษฐ์ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ หากสิ่งดังกล่าวไม่ถือเป็น การประดิษฐ์ตามกฎหมาย ก็ย่อมไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาคุณสมบัติในเรื่องอื่นอีก

ลักษณะที่ 2 การคุ้มครองวิธีการดำเนินการทางธุรกิจในลักษณะที่เป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (computer program)

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายสิทธิบัตร จะเห็นว่า แม้เครื่องคอมพิวเตอร์จะเป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในฐานะที่เป็นการประดิษฐ์ (ต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม) แต่ตัวโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ ไม่ถือว่าเป็นสิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร มาตรา 9 (3) ได้มีบทบัญญัติที่ชัดเจนยกเว้นไม่ให้ถือว่า “ระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์” (โปรแกรมคอมพิวเตอร์) เป็นการประดิษฐ์ที่อาจนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ ส่วนเหตุผลที่กฎหมายไม่ให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ (computer program) เป็นสิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองนั้น ก็เนื่องจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ได้เป็นความคิดที่เกี่ยวกับการผลิตผลิตภัณฑ์โดยตรงนั่นเอง ดังที่ได้กล่าวถึงแล้วในข้างต้น

อย่างไรก็ดี แม้กฎหมายจะกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ตัวโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ใช่สิ่งที่จะอาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร แต่ถ้าสิ่งที่ขอรับสิทธิบัตรนั้นไม่ใช่ตัวโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยตรง หากแต่เป็นการประดิษฐ์อย่างหนึ่งอย่างใดที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์ ที่เรียกว่า “การประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์” (computer-related invention) ย่อมถือว่าสิ่งดังกล่าวเป็นการประดิษฐ์ที่อาจนำมาขอรับสิทธิบัตรได้

ดังนั้น หากผู้ประดิษฐ์ต้องการนำวิธีการดำเนินการทางธุรกิจมาขอรับสิทธิบัตรภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรไทย ก็ต้องบรรยายข้อถือสิทธิ (claims) ในลักษณะที่เป็นการประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (computer-related invention) จึงจะทำให้วิธีการดำเนินการทางธุรกิจดังกล่าวสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ ทั้งนี้ การประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ที่นำมาขอรับสิทธิบัตร อาจอยู่ในลักษณะของผลิตภัณฑ์ (product) หรือกรรมวิธี (process) ก็ได้ เช่น การเขียนบรรยายถึงวิธีการดำเนินการทางธุรกิจในลักษณะที่ใช้คอมพิวเตอร์ (computer) เป็นอุปกรณ์ (device) ในการควบคุมการทำงานของเครื่องจักร เป็นต้น ดังนี้ วิธีการดำเนินการทางธุรกิจก็อาจขอรับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรไทยได้

กล่าวโดยสรุปคือ วิธีการดำเนินการทางธุรกิจ (business methods or methods of doing business) ไม่ถือเป็นการประดิษฐ์ตามที่กฎหมายสิทธิบัตรไทยบัญญัติไว้ ดังนั้น ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่สามารถนำมาขอรับสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรตามกฎหมายไทยได้ ทั้งนี้ ไม่ว่าวิธีการดำเนินการทางธุรกิจดังกล่าวจะอยู่ในลักษณะของกรรมวิธี (process) หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (computer program) อย่างไรก็ดี อาจมีข้อยกเว้นสำหรับวิธีการดำเนินการทางธุรกิจ ที่เขียนบรรยายข้อถือสิทธิ (claims) ในลักษณะที่เป็นการประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (computer-related invention)

3. การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายความลับทางการค้า

การคุ้มครองสิทธิในข้อมูลการค้าในรูปแบบต่าง ๆ ทำให้ผู้ครอบครองหรือเจ้าของความลับทางการค้าได้รับประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เหนือคู่แข่ง ตราบเท่าที่ข้อมูลนั้นยังคงสภาพเป็นความลับของผู้ครอบครองหรือเจ้าของนั้น ๆ

3.1 ความหมายของความลับทางการค้า

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า มาตรา 3 ได้ให้คำนิยามของคำว่า “ความลับทางการค้า” (trade secrets) ว่าหมายถึง “ข้อมูลการค้าซึ่งยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว โดยเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ เนื่องจากการเป็นความลับ และเป็นข้อมูลที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นว่า ลักษณะของความลับทางการค้าจะต้องมีองค์ประกอบสำคัญของการเป็นความลับ ด้วยการใช้ผู้ครอบครองหรือเจ้าของอันเป็นผู้ทรงสิทธิในข้อมูล ได้ดำเนินการต่าง ๆ ในอันที่จะรักษาข้อมูลดังกล่าวไว้เป็นความลับ โดยข้อมูลดังกล่าวต้องสามารถนำไปใช้หาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ได้

นอกจากนี้ มาตรา 3 พระราชบัญญัติความลับทางการค้ายังได้ให้ความหมายแก่ “ข้อมูลการค้า” ว่าหมายความถึง “สิ่งที่สื่อความหมายให้รู้ข้อความ เรื่องราว ข้อเท็จจริง หรือสิ่งใด ไม่ว่าการสื่อความหมายนั้นจะผ่านวิธีการใด ๆ และไม่ว่าจะจัดทำไว้ในรูปใด ๆ และให้หมายความรวมถึงสูตร รูปแบบ งานที่ได้รวบรวมหรือประกอบขึ้น โปรแกรม วิธีการ เทคนิค หรือกรรมวิธีด้วย”

จากคำนิยามดังกล่าว จะเห็นว่า ลักษณะของสิ่งที่เป็นข้อมูลการค้า อันจะได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้านี้ มีขอบเขตค่อนข้างกว้าง กล่าวคือ สิ่งใดที่สื่อความหมายให้รู้เรื่องราวหรือข้อเท็จจริงได้ หากอยู่ในลักษณะที่เป็นความลับแล้ว แม้ไม่มีคุณสมบัติเพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับอื่น ก็อาจจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายความลับทางการค้า ไม่ว่าข้อมูลนั้นจะเป็นสูตรหรือทฤษฎีที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ ไปจนถึงสิ่งที่เกิดจากการคิดค้นด้วยสติปัญญาของมนุษย์ ซึ่งได้แก่ งานที่ไดรวบรวมหรือประกอบขึ้น โปรแกรม วิธีการ เทคนิค หรือกรรมวิธี ทั้งนี้จะต้องไม่มีการดำเนินการตามขั้นตอนของการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น ยังไม่มีการนำเอากรรมวิธีการผลิตนั้นไปขอรับสิทธิบัตร เป็นต้น ซึ่งข้อมูลการค้าที่ถือว่าเป็นความลับทางการค้านี้ อาจเป็นสิ่งที่ยังไม่มีคุณสมบัติเพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับอื่นก็ได้ เช่น วิธีการทำขนม วิธีการจัดทำบัญชีสินค้า เป็นต้น

ลักษณะของความลับทางการค้าตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติความลับทางการค้านี้ เป็นบทบัญญัติที่เป็นไปตามหลักการซึ่งบัญญัติไว้ในความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) โดยบทบัญญัติข้อ 39 (2) กำหนดว่า บุคคลใด ไม่ว่าจะเป็นผู้ผลิตหรือนิติบุคคลจะมีสิทธิป้องกันมิให้ข้อมูลซึ่งอยู่ในความควบคุมของตนโดยถูกต้องตามกฎหมาย จากการถูกเปิดเผยเอาไป หรือนำไปใช้โดยผู้อื่น โดยไม่ได้รับความยินยอมจากตน ในลักษณะที่ขัดต่อแนวปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่ซื้อตรงต่อกันตราบเท่าที่ข้อมูลดังกล่าวมีคุณสมบัติดังนี้

(เอ) เป็นความลับในความหมายที่ว่า ยังไม่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไป หรือเข้าถึงแล้วในหมู่บุคคลในวงการซึ่งโดยปกติเกี่ยวข้องกับประเภทของข้อมูลดังกล่าวนั้น เนื่องจากเป็นหน่วยหนึ่งหรืออยู่ในรูปลักษณะ และการรวมกันที่ชัดเจนขององค์ประกอบของข้อมูล

(บี) มีคุณค่าในเชิงพาณิชย์ เนื่องจากเป็นความลับ

(ซี) อยู่ในขั้นที่มีเหตุผลภายใต้สภาพการณ์ซึ่งบุคคลที่ควบคุมข้อมูลเหล่านั้น โดยถูกต้องตามกฎหมายจะรักษาไว้เป็นความลับ⁴³

จากบทบัญญัติข้างต้น อาจสรุปได้ว่า สิ่งใดที่ถือว่าเป็นความลับทางการค้าตามความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) ระบุไว้คือ ข้อมูลการค้าที่อยู่ในสภาพของการเป็นความลับ

⁴³ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป), พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 385.

โดยข้อมูลดังกล่าวจะต้องมีคุณค่าในเชิงพาณิชย์ และบุคคลผู้ควบคุมที่มีสิทธิตามกฎหมายยังสามารถรักษาข้อมูลนั้นไว้เป็นความลับ

3.2 ความลับทางการค้าอันสามารถได้รับความคุ้มครอง

เมื่อพิจารณาคำนิยามข้างต้นแล้ว จะเห็นว่า ลักษณะของความลับทางการค้าตามกฎหมายไทยนี้เป็นไปในแนวทางเดียวกับหลักการที่กำหนดไว้ในความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) โดยสามารถแยกองค์ประกอบของความลับทางการค้าอันสามารถได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า ได้ดังนี้

3.2.1 ข้อมูลทางการค้า

สิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองในฐานะความลับทางการค้าตามกฎหมาย จะต้องเป็นข้อมูลทางการค้า อันได้แก่ สิ่งที่สามารถสื่อความหมายให้รู้ข้อความ เรื่องราว ข้อเท็จจริง หรือสิ่งใด เช่น งานเขียน สมุดบันทึกสูตรอาหาร รายงานข่าวคราว เป็นต้น โดยไม่คำนึงว่าการสื่อความหมายนั้นจะทำโดยผ่านวิธีการใด ๆ เช่น การบอกกล่าว การส่งจดหมาย เป็นต้น และไม่ว่าข้อมูลนั้นจะจัดทำไว้ในรูปแบบใด เช่น การจดบันทึกลงในสมุด การบันทึกข้อมูลลงเครื่องคอมพิวเตอร์ เป็นต้น

นอกจากนี้ ข้อมูลทางการค้ายังรวมถึงสิ่งใด ๆ ที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ ไม่ว่าจะอยู่ในลักษณะของสูตร รูปแบบ งานที่ได้รวบรวมหรือประกอบขึ้น โปรแกรม วิธีการ เทคนิค หรือกรรมวิธี เช่น กรรมวิธีการผลิตสินค้า ฐานข้อมูลรายชื่อลูกค้า เป็นต้น

3.2.2 สถานะเป็นความลับ

ข้อมูลการค้าที่ถือเป็นความลับทางการค้านั้น จะต้องยังคงอยู่ในสถานะของการเป็นความลับ กล่าวคือ ข้อมูลนั้นจะต้องไม่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป หรือหมุ่บุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าวยังเข้าถึงข้อมูลนั้นไม่ได้ เช่น วิธีการทำขนมที่มีคนรู้เพียงสองคน คือ เจ้าของร้านและผู้ช่วย เป็นต้น

3.2.3 มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

ข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้า จะต้องมีความสำคัญต่อการใช้ในทางการค้าของผู้เป็นเจ้าของข้อมูล โดยข้อมูลดังกล่าวสามารถสร้างความได้เปรียบในทางการค้า หรือสร้างผลประโยชน์ทางการค้าให้แก่เจ้าของความลับตรงเท่าที่ข้อมูลนั้นยังคงสภาพเป็นความลับอยู่ เช่น วิธีการทำขนมเค้กของเจ้าของร้านขนมที่ทำให้เค้กของตนมีความนุ่มและรสชาติดีกว่าเค้กของร้านใกล้เคียง จึงทำให้เค้กของเจ้าของร้านนี้ขายดีกว่าร้านอื่น แต่หากเจ้าของร้านเผลอบอกสูตรแก่ผู้อื่น จนทำให้ผู้รับทราบข้อมูลนั้นสามารถทำเค้กที่มีความนุ่มและรสชาติอย่างเดียวกันได้ ดังนั้น ความได้เปรียบที่นำมาซึ่งผลประโยชน์ทางการค้าของเจ้าของร้านขนมนั้นจึงหมดสิ้นไป เนื่องจากข้อมูลดังกล่าวไม่เป็นความลับอีกต่อไป

3.2.4 ข้อมูลที่จัดให้มีการควบคุมอันเหมาะสม

ข้อมูลการค้าที่ถือเป็นความลับทางการค้าได้ จะต้องมีการจัดให้มีการคุ้มครองอันเหมาะสมเพื่อรักษาข้อมูลการค้านั้นไว้เป็นความลับ อันเป็นการแสดงให้เห็นว่าได้มีการดำเนินการเพื่อหวงแหนข้อมูลนั้นให้เป็นข้อมูลที่มีค่าเฉพาะตนเท่านั้น

ผู้ที่จะเป็นผู้จัดมาตรการเพื่อการรักษาข้อมูลไว้เป็นความลับก็คือ เจ้าของความลับทางการค้า เช่น ผู้คิดค้นสูตรในการปรุงน้ำหอม และประธานของบริษัทผลิตน้ำหอม เป็นต้น นอกจากนี้ ให้หมายความรวมถึงผู้ครอบครอง ควบคุม หรือดูแลรักษาความลับทางการค้าด้วย เช่น ผู้จัดการของบริษัทผู้ผลิตน้ำหอม และหัวหน้าฝ่ายการผลิตหรือฝ่ายรักษาความปลอดภัยของบริษัท เป็นต้น

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่า แนวทางการให้ความคุ้มครองแก่วิธีการดำเนินการทางธุรกิจ (business methods) ภายใต้กฎหมายความลับทางการค้าไทยเป็นดังนี้

ลักษณะที่ 1 การคุ้มครองวิธีการดำเนินการทางธุรกิจในลักษณะที่เป็นกรรมวิธี (process)

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 แล้วจะเห็นว่าพระราชบัญญัตินี้ได้ให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีหรือวิธีการที่เป็นความลับ ซึ่งถูกนำมาใช้ในเชิง

พาณิชย์ โดยไม่คำนึงว่าวิธีการดังกล่าวมีคุณสมบัติพอที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับอื่นหรือไม่ เช่น เทคนิคการขายสินค้า โดยเทคนิคดังกล่าวอาจไม่ได้เป็นเทคนิคที่เกิดขึ้นใหม่ตามที่กฎหมายสิทธิบัตรกำหนด แต่หากเทคนิคนั้นถูกเก็บไว้เป็นความลับเพื่อทำให้เจ้าของเทคนิคดังกล่าวมีความได้เปรียบในทางการค้า ย่อมถือว่าเทคนิคการขายนี้เป็นสิ่งที่จะอาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายความลับทางการค้า

อย่างไรก็ดี หากเจ้าของข้อมูลทางการค้าได้นำข้อมูลนั้นไปขอรับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่น เช่น การขอรับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร เป็นต้น ย่อมทำให้ข้อมูลดังกล่าวสูญเสียสถานภาพของการเป็นความลับ

จากที่กล่าวข้างต้น จะเห็นว่า วิธีการดำเนินการทางธุรกิจที่อยู่ในลักษณะของกรรมวิธีนี้น่าจะเป็นข้อมูลทางการค้าอย่างหนึ่ง เพราะเป็นวิธีการหรือกรรมวิธีตามที่กฎหมายกำหนด แต่การจะพิจารณาว่าวิธีการดำเนินการทางธุรกิจ (business methods) ดังกล่าว ถือเป็นข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาว่า วิธีการดำเนินการทางธุรกิจนั้นได้ถูกใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ สำหรับกรณีนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า ธรรมชาติของวิธีการดำเนินการทางธุรกิจก็คือการทำให้เจ้าของวิธีการได้รับความได้เปรียบในทางการค้า ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่า วิธีการดำเนินการทางธุรกิจอาจเป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายความลับทางการค้า หากผู้เป็นเจ้าของได้เก็บข้อมูลของวิธีการดำเนินการทางธุรกิจนั้นไว้เป็นความลับ และจัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมในการรักษาข้อมูลความลับนั้น

อนึ่ง ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การที่วิธีการดำเนินการทางธุรกิจที่อยู่ในลักษณะของกรรมวิธีอาจเป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายความลับทางการค้า แม้ว่าวิธีการนั้นจะไม่มีคุณสมบัติพอที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร แต่การคุ้มครองโดยกฎหมายความลับทางการค้านี้อาจไม่เพียงพอกับความต้องการของผู้คิดค้นหรือเจ้าของวิธีการดำเนินการทางธุรกิจ เนื่องจาก วิธีการดำเนินการทางธุรกิจ เมื่อมีการนำไปใช้แล้ว ย่อมสามารถทำความเข้าใจได้ง่าย แม้บุคคลอื่นจะไม่ได้ใช้ข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าของเจ้าของความลับทางการค้าในการดำเนินการ แต่ก็อาจหาวิธีที่ทำให้ได้มาซึ่งวิธีการที่เหมือนกันกับวิธีการดำเนินการทางธุรกิจที่เป็นความลับทางการค้าดังกล่าว เช่น การทำวิศวกรรมย้อนกลับ (reverse engineering) โดยไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของความลับทางการค้านั้น

ตัวอย่างเช่น วิธีการประมูลย้อนกลับ (Reverse Auction) ของบริษัท Priceline.com ซึ่งเป็นวิธีการที่ทำให้ลูกค้าสามารถกำหนดราคาสินค้าที่ต้องการซื้อได้เอง โดยผู้ขายไม่ได้เป็นผู้กำหนดราคาขายอย่างเช่นปกติ วิธีการดังกล่าวเมื่อมีการนำมาใช้บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet) บุคคลทั่วไปก็สามารถทำความเข้าใจได้ง่าย โดยไม่จำเป็นต้องล่วงรู้ถึงข้อมูลของบริษัท Priceline.com ใช้ ดังจะเห็นได้จากการที่บริษัท Expedia.com ที่ให้บริการแก่ลูกค้า โดยใช้วิธีการให้ลูกค้ากำหนดราคาตั๋วเครื่องบินที่ต้องการซื้อเอง ซึ่งบริษัท Expedia.com อาจมิได้มีการนำเอาข้อมูลของบริษัท Priceline.com มาใช้แต่อย่างใด ซึ่งหาก บริษัท Priceline.com เลือกที่จะให้วิธีการดำเนินการทางธุรกิจของตน (Reverse Auction) ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายความลับทางการค้า ดังนั้น บริษัท Priceline.com จะต้องทำการพิสูจน์ให้ได้ว่า วิธีการที่ บริษัท Expedia.com ใช้นั้นเป็นการใช้ข้อมูลที่ได้มาจาก บริษัท Priceline.com ด้วยวิธีการอันมิชอบด้วยกฎหมาย มิฉะนั้น บริษัท Priceline.com จะไม่สามารถเรียกร้องอะไรได้เลย

จากที่กล่าวข้างต้น จะเห็นว่า ถึงแม้เจ้าของข้อมูลการค้าจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายความลับทางการค้า แต่เจ้าของความลับนั้นก็อาจไม่มีความได้เปรียบกว่าคู่แข่ง เนื่องจาก กฎหมายความลับทางการค้าไม่สามารถให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางปัญญาได้มากเท่ากับกฎหมายสิทธิบัตร ดังนั้น หากวิธีการดำเนินการทางธุรกิจใด สามารถที่จะขอรับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรได้ เจ้าของวิธีการดังกล่าว ควรจะเลือกความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรมากกว่า เพราะโดยสภาพของวิธีการดำเนินการทางธุรกิจส่วนใหญ่ มักไม่อำนวยความสะดวกเก็บให้อยู่ในสถานภาพของการเป็นความลับ เพราะมีการใช้กันอย่างกว้างขวาง

ลักษณะที่ 2 การคุ้มครองวิธีการดำเนินการทางธุรกิจในลักษณะที่เป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (computer program)

หากพิจารณาความหมายของข้อมูลทางการค้าแล้วจะเห็นว่า โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ไม่ถือเป็นข้อมูลทางการค้า เพราะโปรแกรมคอมพิวเตอร์ถือเป็นการแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea) ในขณะที่กฎหมายความลับทางการค้าไม่ให้ความคุ้มครองแก่การแสดงออกซึ่งความคิดแต่จะให้ความคุ้มครองเฉพาะตัวความคิด (idea) ดังนั้น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ จึงไม่มีลักษณะเป็นข้อมูลการค้าตามที่กฎหมายความลับทางการค้ากำหนด

ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า วิธีการดำเนินการทางธุรกิจที่อยู่ในลักษณะของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นี้ไม่ได้เป็นข้อมูลการค้าตามที่กฎหมายกำหนด และเมื่อไม่ได้เป็นข้อมูลการ

ค้าแล้ว ย่อมไม่อาจเป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายความลับทางการค้าด้วย เนื่องจากไม่มีคุณลักษณะตามที่กฎหมายกำหนด

4. การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายแบบผังภูมิของวงจรรวม

การออกแบบผังภูมิของวงจรรวม เป็นการออกแบบทางอุตสาหกรรมลักษณะหนึ่ง อันนำไปสู่การก่อให้เกิดผลผลิตในทางอุตสาหกรรมประเภทต่าง ๆ อันเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ที่ใช้เทคโนโลยีเป็นส่วนประกอบเพื่อให้ผลิตภัณฑ์นั้นสามารถใช้งานได้ ตามวัตถุประสงค์หลักของผลิตภัณฑ์ อุปกรณ์ไฟฟ้า ไม่ว่าจะเป็นผลิตภัณฑ์เครื่องใช้ไฟฟ้าที่ใช้ในครัวเรือน ไปจนถึงยานอวกาศ การออกแบบผังภูมิของวงจรรวมมีลักษณะพิเศษเฉพาะ กล่าวคือ เป็นการผสมผสานระหว่างรูปแบบของงานสร้างสรรค์ประเภทศิลปกรรม อันได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ และเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์อันได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร

บทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแบบผังภูมิของวงจรรวมของไทย⁴⁴ ให้ความหมายของคำว่า “วงจรรวม” และคำว่า “แบบผังภูมิ” ไว้เป็นอย่างดีเกี่ยวกับบทบัญญัติในสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาในเรื่องที่เกี่ยวกับวงจรรวม (the Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits : IPICT Treaty) ข้อ 2 (1) และข้อ 2 (2) ซึ่งได้นิยามความหมายของ “วงจรรวม” (Integrated Circuits) หรือแผงเซมิคอนดักเตอร์ ให้ความหมายถึงผลิตภัณฑ์สำเร็จรูป หรือกึ่งสำเร็จรูปที่ทำหน้าที่ทางอิเล็กทรอนิกส์โดยลำพัง หรือโดยร่วมกับผลิตภัณฑ์อื่น อันประกอบด้วยชิ้นส่วนที่สามารถกระตุ้นให้เกิดการปฏิบัติการทางอิเล็กทรอนิกส์รวมอยู่ด้วย และส่วนเชื่อมต่อที่เชื่อมชิ้นส่วนเหล่านั้นทั้งหมดหรือบางส่วนเข้าด้วยกัน ซึ่งได้จัดวางเป็นชั้นในลักษณะที่ผสมผสานรวมกันอยู่บนหรือในวัตถุกึ่งตัวนำขึ้นเดียวกัน นอกจากนี้ ในส่วนนิยามของ “แบบผังภูมิ” (Layout-Designs or Topographies) ให้ความหมายว่า แบบ แผนผัง หรือภาพที่สร้างขึ้นไม่ว่าจะปรากฏในรูปแบบใด เพื่อให้เห็นถึงการจัดวางเป็นวงจรรวมในลักษณะสามมิติ

ด้วยเหตุนี้ การออกแบบแผนภูมิของวงจรรวม (Layout-Designs of Integrated Circuits) จึงหมายความว่า การออกแบบ แผนผัง หรือภาพ ไม่ว่าในรูปแบบใด ๆ เพื่อให้เห็นลักษณะของการจัดวางผลิตภัณฑ์ที่ทำหน้าที่ทางอิเล็กทรอนิกส์ อันประกอบด้วยชิ้นส่วนที่สามารถกระตุ้นให้

⁴⁴ โปรดดู มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแบบผังภูมิของวงจรรวม พ.ศ. 2543.

เกิดปฏิบัติการทางอิเล็กทรอนิกส์รวมอยู่ด้วย และส่วนเชื่อมต่อที่เชื่อมชิ้นส่วนต่าง ๆ เข้าด้วยกัน โดยมีการจัดวางเป็นชั้น ๆ ในลักษณะสามมิติที่ผสมกันอยู่บนหรือในวัตถุกึ่งตัวนำชิ้นเดียวกัน

การออกแบบผังภูมิของวงจรรวม หรือการออกแบบแผนผังเซมิคอนดักเตอร์นี้ จึงเป็นการออกแบบสัณฐานรูปร่างของวงจรถือทำหน้าที่เป็นสื่อไฟฟ้า โดยวงจรถูกกล่าวเป็นชิ้นส่วนขนาดเล็กอันทำขึ้นจากสารกึ่งตัวนำบางชนิด เช่น ซิลิคอน (silicon) เป็นต้น ซึ่งได้รับการออกแบบด้วยการจัดให้เป็นแบบแผนที่มีรูปร่างลักษณะสูงต่ำเป็นชั้น ๆ ภายในวงจรถูกออกแบบที่รับการออกแบบนี้ เป็นการทำให้กระแสไฟฟ้าเคลื่อนที่ผ่านเข้ามาในวงจรมากน้อยแตกต่างกันไปตามลักษณะของแบบแผนซึ่งทำให้กระแสไฟฟ้านั้นผ่านไป ด้วยเหตุนี้ สิ่งที่เป็นสาระสำคัญของแบบผังภูมิจึงได้แก่ แบบแผนของแผ่นชิป อันเป็นชุดของภาพซึ่งได้รับการออกแบบไว้ให้มีลักษณะสามมิติ หรือที่เรียกกันว่า "mask works" โดยแบบแผนจากการออกแบบดังกล่าวนี้ ควรได้รับความคุ้มครองสิทธิในการออกแบบดังเช่นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ๆ

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่า แนวทางการให้ความคุ้มครองแก่วิธีการดำเนินการทางธุรกิจ (business methods) ภายใต้กฎหมายแบบผังภูมิของวงจรรวมของไทยเป็นดังนี้

ลักษณะที่ 1 การคุ้มครองวิธีการดำเนินการทางธุรกิจในลักษณะที่เป็นกรรมวิธี (process)

เมื่อพิจารณามาตรา 3 พระราชบัญญัติคุ้มครองแบบผังภูมิของวงจรรวมของไทย จะเห็นว่า กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองแก่แบบผังภูมิของวงจรรวม ซึ่งมีลักษณะเป็นแบบของผลิตภัณฑ์ที่ทำหน้าที่ทางอิเล็กทรอนิกส์ อันประกอบด้วยชิ้นส่วนที่สามารถกระตุ้นให้เกิดการปฏิบัติการทางอิเล็กทรอนิกส์

จากความหมายข้างต้น จะเห็นว่า วิธีการดำเนินการทางธุรกิจที่เป็นกรรมวิธีนี้มีลักษณะเป็นแนวความคิด (idea) ซึ่งไม่เข้าตามลักษณะของแบบผังภูมิของวงจรรวม ซึ่งมีลักษณะเป็นผลิตภัณฑ์ที่เป็นองค์ประกอบสำคัญของผลิตภัณฑ์อุปกรณ์ไฟฟ้า ดังนั้น วิธีการดำเนินการทางธุรกิจที่เป็นกรรมวิธี จึงเป็นสิ่งที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแบบผังภูมิของวงจรรวมของไทย

ลักษณะที่ 2 การคุ้มครองวิธีการดำเนินการทางธุรกิจในลักษณะที่เป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (computer program)

เมื่อพิจารณาความหมายของแบบผังภูมิของวงจรรวมตาม มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติแบบผังภูมิของวงจรรวมแล้วจะเห็นว่า วงจรรวมถือเป็นอุปกรณ์ฮาร์ดแวร์ (hardware) ซึ่งเป็นส่วนประกอบสำคัญที่อยู่ในเครื่องคอมพิวเตอร์ แต่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ (computer program) เป็นเพียงซอฟต์แวร์ (software) ที่ใช้เป็นคำสั่งในการทำให้เครื่องคอมพิวเตอร์สามารถทำงานได้ แม้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ จะมีความเกี่ยวข้องกับเครื่องคอมพิวเตอร์ แต่วิธีการดำเนินการทางธุรกิจที่เป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ก็ไม่มีลักษณะเป็นการลอกแบบผังภูมิของวงจรรวมตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น วิธีการดำเนินการทางธุรกิจที่เป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จึงเป็นสิ่งที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแบบผังภูมิของวงจรรวม