

ข้อพิจารณาในการให้ความคุ้มครองสิทธิในเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ในประเทศไทย

จากการวิเคราะห์ในบทที่ 3 พบว่า หลักการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เหมาะสมจะต้องมีการแบ่งปันผลประโยชน์ระหว่างผู้คิดค้นกับสังคม โดยสังคมจะให้ความคุ้มครองเท่ากับประโยชน์ที่สังคมได้รับ เป็นหลักที่มีขึ้นเนื่องจากทรัพย์สินทางปัญญามีได้เป็นกลไกเสริมการคิดค้นพัฒนาแต่เพียงอย่างเดียว แต่อาจเป็นอุปสรรคต่อการคิดค้นพัฒนาด้วย ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องมีขอบเขตของการให้ความคุ้มครองด้วย หลักการให้ความคุ้มครองที่ Social Cost ต้องเท่ากับ Social Benefit จึงเป็นตัวกำหนดของขอบเขตของการให้ความคุ้มครองเพื่อทำให้เกิดการคุ้มครองที่เหมาะสม ไม่เป็นอุปสรรคต่อการคิดค้นพัฒนา อนึ่งหากการให้คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาให้ผลดีต่อสังคมอย่างเดี๋ยวกคงไม่ต้องมีขีดจำกัดการให้ความคุ้มครอง หรือการสร้างหลักการให้ความคุ้มครองที่เหมาะสม ในความเป็นจริงการให้ความคุ้มครองเข้มงวดมากเท่าใดสังคมก็ต้องแบกภาระมากขึ้นเท่านั้น

การให้ความคุ้มครองจึงต้องคำนึงถึงหลักการแบ่งปันผลประโยชน์ระหว่างผู้คิดค้นกับผู้ใช้อยู่ตลอดเวลา เพื่อมิให้การคุ้มครองเกินขอบเขต แต่อย่างไรก็ดี ดังที่กล่าวในบทที่ 4 คือ การกล่าวถึงหลักนี้อย่างลอย ๆ ไม่อาจทำให้เห็น Social Cost และ Social Benefit ที่จะเกิดขึ้นอย่างเด่นชัดนัก ในเรื่องนี้เห็นว่าการนำทฤษฎีเบญจมิติ มาพิจารณาประกอบกับทฤษฎีดังกล่าวจะช่วยให้เห็น Social Cost และ Social Benefit ที่จะเกิดขึ้นหากให้ความคุ้มครองในระบบต่าง ๆ เด่นชัดขึ้น อันจะเป็นกรอบหรือแนวทางในการเลือกระบบกฎหมายที่ทำให้เกิด Social Benefit ไม่น้อยไปกว่า Social Cost และสาเหตุที่นำทฤษฎีเบญจมิติมาพิจารณาในเรื่องของการคุ้มครองคอมพิวเตอร์เนื่องจาก

การคุ้มครองคอมพิวเตอร์เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนา เศรษฐกิจ กฎหมาย การเมือง เป็นอย่างมาก จากบทที่ 3 จะพบว่า ปฏิสัมพันธ์ของปัจจัยทั้ง 5 เป็น เหตุสำคัญที่ทำให้มีกฎหมายคุ้มครองคอมพิวเตอร์ และหากมีกฎหมาย กฎหมาย ที่สร้างขึ้นจะส่งผลกระทบต่อปัจจัยดังกล่าวนี้

ด้วยเหตุนี้ การพิจารณาข้อพิจารณาต่าง ๆ อันได้แก่ ข้อพิจารณาใน ทางเศรษฐกิจ การพัฒนา กฎหมาย การเมือง เพื่อสำรวจถึง ภาวะที่สังคมจะต้อง แบกรับและประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากการคุ้มครอง คอมพิวเตอร์ ในระบบ การคุ้มครองต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่มีอยู่ หรือกฎหมายที่จะมีขึ้นในอนาคต อันจะเป็นประโยชน์ในการเลือกระบบกฎหมายโดยดูจกภาวะ (Cost) และ ผลประโยชน์ (Benefit) ที่จะเกิดขึ้น การพิจารณาข้อพิจารณาเหล่านี้ จึงเป็น กรอบแนวคิด อันจะนำไปสู่การเลือกระบบที่เหมาะสมกับสังคมได้ สหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศผู้นำทางเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์และเป็นผู้ดำเนินการออกกฎหมายคุ้มครองคอมพิวเตอร์ก็ได้ใช้กรอบแนวคิดกล่าวในการค้นหารูปแบบการคุ้มครองที่ เหมาะสมเช่นเดียวกัน ในการพิจารณาถึงผลกระทบของข้อพิจารณาต่าง ๆ ดังที่ กล่าวในบทที่ 4 อันเป็นข้อพิสูจน์ถึงการใช้ทฤษฎีเบญจมิติอย่างเห็นได้ชัด

เพราะฉะนั้นในกรณีประเทศไทย การพิจารณาในแนวนี้อาจเป็นแนว ทางที่ช่วยให้พบกับรูปแบบกฎหมายที่เหมาะสมได้ แต่อย่างไรก็ดีเนื่องจากบริบท สังคมเศรษฐกิจของประเทศไทยนั้นต่างจากสหรัฐโดยสิ้นเชิง ด้วยเหตุนี้ทำให้ข้อ พิจารณาในการให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์ในประเทศไทยมีรายละเอียดที่แตก ต่างออกไปจากสหรัฐ โดยจะกล่าวดังต่อไปนี้ คือ

5.1 ข้อพิจารณาในทางเศรษฐกิจและการค้าระหว่างประเทศ

5.1.1 ผลประโยชน์ที่ได้รับจาก GSP หากคุ้มครองในระดับที่สหรัฐต้องการ และผลประโยชน์ที่ต้องเสียหากไทยไม่คุ้มครอง หรือคุ้มครองคอมพิวเตอร์ในระดับ

ที่สหรัฐไม่พอใจ¹ อย่างไรก็ตามก็ดี จะเห็นว่าข้อพิพาทนี้ไม่อาจประเมินผลประโยชน์ที่จะได้รับอย่างแน่นอนชัดเจนได้ เนื่องจากการให้ OSP ไม่มีหลักเกณฑ์ตายตัวขึ้นอยู่กับความพอใจ ของสหรัฐจึงไม่อาจคำนวณหาผลประโยชน์ที่แน่ชัดได้ หรือแม้จะคำนวณได้ก็เป็นผลประโยชน์ในระยะสั้นเท่านั้น เราไม่อาจคาดเดาผลประโยชน์ในระยะยาวได้เลย²

5.1.2 ผลประโยชน์ต่อตลาดและการแข่งขัน (หากมีการคุ้มครองในระบบต่าง ๆ)

5.1.2.1 ผลกระทบต่อตลาดภายใน และการแข่งขันภายในประเทศ พิจารณาว่าการให้ความคุ้มครองอาจมีผลเป็นการทำลายการแข่งขันภายใน หรือปิดตลาดคอมพิวเตอร์ในประเทศ เพราะถ้าขาดการแข่งขันภายในย่อมส่งผลกระทบต่อผู้บริโภค และการพัฒนาคอมพิวเตอร์ หากไม่มีตลาดภายในเหลืออยู่ ก็เท่ากับขาดในด้านเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ถูกผูกขาดโดยตลาดต่างประเทศอันจะมีผลกระทบต่อดุลย์การค้า และดุลย์การชำระเงิน

5.1.2.2 ผลกระทบต่อตลาดโลก ต้องพิจารณาว่าการคุ้มครองเป็นการส่งเสริมให้มีการผูกขาดในตลาดโลกหรือสนับสนุนให้เป็นตลาดที่มีผู้แข่งขันน้อยรายหรือไม่ เพราะหากเป็นเช่นนี้ ผู้ขายย่อมมีอำนาจต่อรอง และมีอำนาจในการกำหนดราคา ซึ่งจะเป็นผลเสียต่อประเทศไทยเพราะเราอยู่ในฐานะผู้บริโภค

¹ Surakiart Sathirathai, Thailand and International Trade Law ; ประการ อากาศิลป์, สุธรรม อยู่ในธรรม กฎหมายการค้าระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534

² Surakiart Sathirathai, *ibid*

- โครงสร้างตลาดคอมพิวเตอร์และตลาดของสินค้าที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งปัญหาว่าการคุ้มครองในรูปแบบต่าง ๆ จะมีผลทำให้โครงสร้างตลาดเปลี่ยนไปหรือไม่ ? นอกจากนี้แล้วเราควรค้นหากฎหมายที่เอื้ออำนวยต่อการปรับเปลี่ยนโครงสร้างตลาดของเราจากผู้ซื้อไปเป็นผู้ผลิตเองบ้าง⁴

- อำนาจต่อรองในการจัดหาเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์

พิจารณาว่าการให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์มีผลทำให้อำนาจการต่อรองลดลงหรือไม่ เพราะในบางกรณีการให้ความคุ้มครองที่ไม่เข้มงวดกลับทำให้ผู้ซื้อเทคโนโลยีมีข้อต่อรองมากกว่าสังคมที่ให้ความคุ้มครองที่เข้มงวด เพราะในสังคมที่ให้ความคุ้มครองผู้ขายอย่างเข้มงวด ผู้ขายจะไม่เห็นความจำเป็นในการปกป้องตลาด เพราะสังคมผู้ซื้อที่ให้ความคุ้มครองเข้มงวด ตลาดย่อมถูกผูกขาดโดยผู้ขายอยู่แล้วจึงไม่หวั่นเกรงว่าจะต้องเสียตลาดให้กับคู่แข่งชั้นที่ผลิตสินค้าโดยอาศัยการลอกเลียน

5.1.3 ผลกระทบต่อดุลย์การค้าและดุลย์การชำระเงิน หากถูกตัด GSP และถูกตอบโต้ของภาณี เช่น มาตรา (301) ถ้าไม่มีกฎหมายในระดับที่สหรัฐต้องการ และผลกระทบต่อดุลย์การค้าและดุลย์การชำระเงิน หากมีการคุ้มครองในระดับที่สหรัฐต้องการอันมีผลทำให้ราคาซอฟต์แวร์จากสหรัฐสูงขึ้น⁵

เปรียบเทียบดุลย์การค้าระหว่างประโยชน์ที่ได้จาก GSP กับดุลย์การค้าที่ต้องเสียให้แก่ผู้ขายเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์หากมีการคุ้มครองเต็มที่ กับ การคุ้มครองในระดับหนึ่งหรือไม่คุ้มครองเลย⁶

⁴ รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง ผลกระทบกรณีประเทศไทยให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ รวมทั้งเสนอแนะเกี่ยวกับรูปแบบและสาระของกฎหมายที่เหมาะสม, ศูนย์วิจัยกฎหมาย และการพัฒนา, 2533

⁵ Ibid

⁶ Ibid

5.1.4 การค้าระหว่างประเทศ

เรื่องนี้ได้กลายเป็นข้อพิจารณาในบริบทของประเทศไทยปัจจุบัน เนื่องจากสหรัฐได้นำประเด็นการค้าระหว่างประเทศไทยกับสหรัฐ มาบีบบังคับให้ไทยคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบัน โดยนำ GSP เป็นข้อต่อรองและนำ ซึ่งหากไทยยินยอมตามนั้นจะส่งผลให้คอมพิวเตอร์ของสหรัฐได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามกฎหมายไทย เนื่องจากไทยและสหรัฐต่างก็เป็นภาคีสัญญากรุงเบอร์ลิน เพราะฉะนั้นหากไทยให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ สหรัฐก็จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไทย ด้วยเช่นกันตามหลักปฏิบัติอย่างชนในชาติ (National Treatment) อันเป็นหลักในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศของอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ซึ่งจะทำให้คอมพิวเตอร์สหรัฐได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไทยในทันทีและด้วยเหตุที่สหรัฐเป็นประเทศผู้ผลิตซอฟต์แวร์รายใหญ่ที่สุดในโลก การได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ซอฟต์แวร์ยิ่งจะทำให้สหรัฐได้รับผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจอย่างเต็มที่ เพราะการให้ความคุ้มครองเท่ากับว่าประเทศไทยยอมผูกพันว่าจะไม่ลอกเลียนคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ของสหรัฐ และเท่ากับว่าสังคมไทยยอมรับภาระของสังคมสหรัฐ⁷ เพราะการให้ความคุ้มครองทำให้ต้องเสียประโยชน์ในเรื่องของตลาดและการแข่งขัน⁸

⁷สุรเกียรติ์ เสถียรไทย, สุธรรม อยู่ในธรรม, การถ่ายทอดเทคโนโลยีและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ; สุธรรม อยู่ในธรรม, ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมาย, เศรษฐกิจและการเมือง หน้า 31.

⁸สุธรรม อยู่ในธรรม, Ibid

ด้วยเหตุดังกล่าวสหรัฐจึงได้เรียกร้องให้ประเทศไทยคุ้มครองซอฟต์แวร์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ และนำประเด็นทางการค้าระหว่างประเทศมาบีบบังคับประเทศไทย โดยสหรัฐกล่าวว่า จะทำการตัด GSP (สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากร) หากประเทศไทยไม่ให้ความคุ้มครองในระดับที่สหรัฐต้องการ⁹ และประเทศไทยจะถูกจัดเป็นประเทศที่ทำการค้าไม่เป็นธรรม ตามรัฐบัญญัติการค้าสหรัฐ Omnibus Trade Act ในมาตรา 301 ซึ่งจะถูเก็บภาษีตอบโต้สินค้าที่นำเข้าสหรัฐจากประเทศไทย 100% ซึ่งการกระทำดังกล่าวทำให้กลุ่มที่เคยได้รับประโยชน์จาก GSP และกลุ่มที่จะถูกภาษีตอบโต้ได้เรียกร้องให้มีการคุ้มครองซอฟต์แวร์ในประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นการตัด GSP หรือ มาตรา 301

แต่อย่างไรก็ดี ข้อพิจารณาในเรื่องมาตรการการค้าระหว่างประเทศที่สหรัฐชูว่าจะนำมาใช้กับประเทศไทย หากประเทศไทยไม่คุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบัน หรือหากประเทศไทยทำการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์นี้ หากนำมาพิจารณาอย่างรอบคอบจะพบว่าประการแรก สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรหรือที่เรียกว่า GSP เป็นสิทธิพิเศษที่ขึ้นอยู่กับความพอใจของสหรัฐ สหรัฐจะถอนเสียเมื่อใดก็ได้ เนื่องจากการได้รับ GSP ไม่มีหลักเกณฑ์การได้รับที่ตายตัว¹⁰ GSP จึงเป็นผลประโยชน์ในทางการค้าที่ไม่แน่นอน เพราะ

⁹ สุรเกียรติ์ เสถียรไทย, สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญากับ GATT, วารสารธรรมศาสตร์

15 (2530) 49-68.

¹⁰ Ibid

การให้ GSP นั้นสหรัฐเห็นว่าไม่ใช่หน้าที่ และสหรัฐก็มีได้นำ GSP มาใช้กับเรื่อง การคุ้มครองคอมพิวเตอร์เท่านั้น หากแต่สหรัฐได้นำ GSP ไปใช้กับเรื่องอื่น ๆ เช่น นำ GSP มาโยงกับเรื่องการนำเข้าบุหรี และด้วยสาเหตุที่การให้ GSP เป็นเรื่องที่ไม่แน่นอน GSP จึงเป็นข้อพิจารณาที่เราไม่อาจประเมินผลหาผล ประโยชน์ที่จะได้รับได้ แม้จะคำนวณออกมาได้ก็เป็นผลประโยชน์ในระยะสั้นเท่านั้น¹¹

เราไม่อาจคาดเดาผลประโยชน์ระยะยาวได้เลย ประการที่สอง ประมาผลการผลประโยชน์ที่ได้รับจาก GSP พบว่า สหรัฐให้ GSP แก่สินค้ามากมายหลายประเภทก็จริง แต่ประเทศไทยได้รับประโยชน์จาก GSP น้อยมาก เพราะมีเพียงสินค้าไม่กี่ประเภทเท่านั้นที่ไทยได้รับ GSP เพราะประเภทสินค้า ส่วนใหญ่เป็นสินค้าที่ประเทศไทยไม่ได้ทำการส่งออก เพราะฉะนั้นหากไทยถูกตัด GSP ผลกระทบก็คงจะมีไม่มากนัก

และด้วยความไม่แน่นอนของการได้รับ GSP ทำให้เห็นว่าแม้ประเทศไทยจะให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์เท่าที่สหรัฐต้องการแล้วก็ตาม ก็ไม่ได้มีหลักประกันว่าอะไรว่าสหรัฐจะให้ GSP กับไทยตลอดไป ทั้งนี้เพราะการได้รับ GSP ขึ้นอยู่กับสหรัฐว่าจะให้หรือจะถอนเมื่อใดก็ได้ ซึ่งหากพิจารณาเรื่องของการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินของปัญญาจะพบว่า GSP เป็น Social Benefit ที่ไม่มีความแน่นอน ไม่ถาวร ในขณะที่การให้ความคุ้มครองของซอฟต์แวร์เป็น Social cost ที่สังคมต้องแบกรับเป็นการถาวรตลอดไป

¹¹ ธนาคารกรุงเทพ จำกัด, ระบบการให้สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรเป็นการทั่วไป,



5.1.4.1 การถูกตอบโต้ทางภาษีมาตรา 301

ในเรื่องนี้จะเห็นว่า การถูกจัดอยู่ในบัญชีมาตรา 301 นี้ก็ขึ้นอยู่กับ USTR ของสหรัฐ ทั้งนี้เพราะสหรัฐอนุญาตให้เอกชนผู้ผลิตสามารถเรียกร้องต่อ USTR ว่าประเทศใดทำการค้าที่ไม่เป็นธรรมต่อสหรัฐ และหลังจากนั้นกระบวนการในการสืบสวนและตัดสินก็กระทำโดยสหรัฐทั้งสิ้น¹² นอกจากนี้คำว่า "ประเทศที่ดำเนินการค้าที่ไม่เป็นธรรม" ซึ่งจะถูมาตรา 301 ตอบโต้มีความหมายกว้างขวางมาก จึงไม่มีหลักเกณฑ์ของการกระทำที่ถือว่าเป็นการค้าที่ไม่เป็นธรรม เพราะสหรัฐไม่เคยให้คำนิยามว่าประเทศที่ดำเนินการค้าไม่เป็นธรรมหมายถึงกรณีใดบ้าง¹³ เอกชนผู้ผลิตสหรัฐจึงสามารถร้องต่อ USTR ได้ทุกกรณี และการไม่ให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในระดับสหรัฐต้องการ ถือเป็นการค้าที่ไม่เป็นธรรมต่อสหรัฐกรณีหนึ่ง¹⁴ ซึ่งในกรณีเห็นว่าการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาต้องอยู่กับบริษัทสังคมนิคมเศรษฐกิจและการพัฒนาของสังคมนั้น การบังคับให้ประเทศอื่นคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในระดับที่สหรัฐต้องการ สังคมที่ถูกบังคับอาจได้รับผลกระทบในทางลบ จากมาตรฐานการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่สหรัฐสร้างขึ้น

¹² ปราการ อาภาศิลป์, สุธรรม อยู่ในธรรม, กฎหมายการค้าระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534 ;

Surakiart Sathirathai, Thailand and International Trade Law, 1989.

¹³ Ibid.

¹⁴ จิตตภัทร เครือวรรณ, สุธรรม อยู่ในธรรม, นโยบายการค้าระหว่างประเทศโดยรัฐ, มาตรา 301 และ GSP, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

ที่ไทยมีอำนาจต่อรองกับสหรัฐมากกว่าแบบทวิภาคี เนื่องจากเป็นการเจรจาแบบเป็นกลุ่ม แต่อย่างไรก็ดีแม้ในการเจรจาแบบทวิภาคีไทยจะมีอำนาจการต่อรองน้อยก็ตามแต่ก็เป็นสิ่งจำเป็นเพื่อลดแรงกดดันทางการค้าระหว่างประเทศก่อนที่ความขัดแย้งทางการค้าระหว่างประเทศจะลุกลามไปจนควบคุมไม่ได้¹⁵

5.2 ข้อพิจารณาในทางการเมือง

การเรียกร้องจากกลุ่มผู้ส่งออกของไทยที่ได้รับประโยชน์จาก GSP กลุ่มผู้ส่งออกที่ได้รับประโยชน์จาก GSP ได้ผลักดันให้ประเทศไทยคุ้มครองซอฟต์แวร์ภายใต้ลิขสิทธิ์ ทั้งนี้เพราะสหรัฐได้กล่าวว่าจะถอน GSP หากประเทศไทยไม่ให้ความคุ้มครองซอฟต์แวร์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ปัจจุบัน กลุ่มผู้ส่งออกที่ได้รับประโยชน์จาก GSP จึงได้ทำการเคลื่อนไหวเพื่อให้มีการคุ้มครองซอฟต์แวร์ภายใต้ลิขสิทธิ์เพื่อที่จะได้รับประโยชน์จาก GSP ต่อไป และในที่สุดประเทศก็ได้ถูกตัด GSP ในเดือนธันวาคม 2531 และถูกจัดอยู่ในบัญชีรายชื่อประเทศที่ดำเนินการค้าที่ไม่เป็นธรรมต่อสหรัฐ ตามมาตรา 301 แต่อย่างไรก็ดีในเรื่องของ GSP หากได้พิจารณาถึงผลกระทบจะพบว่า การที่ไทยถูกถอน GSP มิได้ทำให้ผลกระทบต่อการส่งออกมากนัก เพราะผลประโยชน์ที่ไทยได้รับจาก GSP มิใช่ผลประโยชน์ทางศุลกากรที่สหรัฐได้ให้แก่ประเทศผู้ส่งออก¹⁶

¹⁵Ibid. สุธรรม อยู่ในธรรม, ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมาย, เศรษฐศาสตร์ และการเมือง, วัชรียา โตสงวน, ibid.

¹⁶วัชรียา โตสงวน, ibid.

นอกจากนี้หากพิจารณาหลักการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะพบว่า ไม่มีมาตรการบังคับให้สังคมแต่ละสังคมให้ความคุ้มครองเท่าเทียมกันในระบบทรัพย์สินทางปัญญา เพราะมีฉะนั้นคงไม่ต้องอาศัยหลัก National treatment เป็นสื่อการเชื่อมโยงให้เกิดการคุ้มครองระหว่างประเทศ

ดังนั้นในหัวข้อนี้ ควรพิจารณาศึกษาถึงผลประโยชน์ที่จะได้รับจาก GSP หากคุ้มครองซอฟต์แวร์ในระดับที่สหรัฐต้องการ อันเป็นผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นหากให้ความคุ้มครองเต็มรูปแบบกับราคาซอฟต์แวร์ที่จะเพิ่มสูงขึ้น หากมีการคุ้มครองอันเป็นภาระที่สังคมต้องแบกรับ (cost) และควรพิจารณาผลประโยชน์ในเรื่องของ GSP ที่ไทยต้องเสียไปและการถูกตอบโต้ทางภาษี (301) หากไทยไม่ให้ความคุ้มครองหรือให้ความคุ้มครองในระดับที่สหรัฐไม่พอใจ กับราคาซอฟต์แวร์ที่ไม่เพิ่มสูงขึ้น หรือสูงขึ้นเพียงเล็กน้อย¹⁷

แต่อย่างไรก็ดี แม้ในเรื่องของการผูกถนน GSP ทำให้เกิดผลกระทบไม่มากก็ตามแต่ในเรื่องของมาตรา 301 ย่อมมีผลกระทบต่อประเทศไทยในทางเศรษฐกิจพอสมควร เนื่องจากอเมริกาเป็นตลาดรับซื้อใหญ่ เพื่อลดแรงกดดันทางการค้าระหว่างประเทศ จึงจำเป็นที่จะต้องทำการเจรจาทางการค้าทั้งในแบบบทวิภาคีและการเจรจาหลายฝ่ายใน GATT ซึ่งการเจรจาหลายฝ่ายอาจให้ประโยชน์กับไทยมากกว่าแบบทวิภาคี เพราะการเจรจาหลายฝ่ายเป็นการเจรจา

¹⁷รายงานการวิจัยเรื่อง การเจรจาทรัพย์สินทางปัญญา ใน GATT, ศูนย์วิจัย

กฎหมายและการพัฒนา 2532. (ดร.วีชรีา โตสงวน) ; และดู Ibid.

อย่างไรก็ดีจะเห็นว่า การเรียกร้องหรือผลักดันของกลุ่มผู้ส่งออกที่ได้ประโยชน์จาก GSP และกลุ่มที่จะถูกภาษีตอบโต้มาตรา 301 ให้มีการคุ้มครองซอฟต์แวร์ภายใต้ลิขสิทธิ์ปัจจุบัน จริงแล้วมิได้เป็นผู้ได้ประโยชน์จากการคุ้มครองโดยตรงคือมิใช่ผู้คิดค้น เพราะว่ากฎหมายให้ความคุ้มครองซอฟต์แวร์เป็นการให้ความคุ้มครองผู้คิดค้นมิใช่ให้ความคุ้มครองผู้ส่งออก อย่างไรก็ดีหากพิจารณาการเรียกร้องในประเทศไทยจะพบว่า แรงกดดันทางการเมืองภายในประเทศเกิดขึ้นเนื่องจากสหรัฐใช้การค้าระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือบีบบังคับผู้ส่งออกไทย เพื่อให้เกิดการเคลื่อนไหวทางการเมืองโดยผู้ส่งออกเรียกร้องต่อรัฐบาลให้คุ้มครองซอฟต์แวร์ภายใต้ลิขสิทธิ์ตามที่สหรัฐต้องการ¹⁸ (ดูรายละเอียดในข้อพิจารณาการค้าระหว่างประเทศ)

เพื่อลดแรงกดดันทางการเมืองที่เกิดจากการค้าระหว่างประเทศ ไทยจึงจำเป็นต้องเจรจาทางการค้ากับสหรัฐ¹⁹ เพื่อให้แรงกดดันทางการค้าที่ผู้ส่งออกไทยได้รับลดลง ซึ่งจะส่งผลให้แรงกดดันทางการเมืองที่เกิดจากผู้ส่งออกลดลง

ในหัวข้อนี้จึงควรพิจารณาว่าการให้ความคุ้มครองซอฟต์แวร์ภายใต้ลิขสิทธิ์สามารถลดแรงกดดันทางการเมืองอันมีสาเหตุมาจากมาตรการทางการค้าระหว่างประเทศของสหรัฐได้จริงหรือไม่?

¹⁸จิตภัทร เครือวรรณ, สุธรรม อยู่ในธรรม, นโยบายการค้าระหว่างประเทศ

โดยรัฐ, มาตรา 301 และ GSP, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

¹⁹Surahiart Sathirathai, Thailand and International Trade Law และ Ibid p.24.

5.3 ข้อพิจารณาในเรื่องของการพัฒนาเทคโนโลยี

ทิศทางการพิจารณา จะเห็นจากบทที่ 2 ว่าคอมพิวเตอร์เป็นสิ่งจำเป็นต่อสังคมไทย และไทยยังต้องการรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีชนิดนี้จากต่างประเทศ การถ่ายทอดเทคโนโลยีที่ดีวิธีหนึ่งคือ การลอกเลียน หรือ reverse engineering การคุ้มครองคอมพิวเตอร์จึงเท่ากับ ตัดหนทางในการถ่ายทอดเทคโนโลยีวิธีหนึ่งที่สำคัญออกไป คงเหลือแต่การถ่ายทอดเทคโนโลยีโดยอาศัยการทำ licensing ซึ่งเป็นวิธีการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่มีค่าใช้จ่ายสูงต่างจากการลอกเลียน และ reverse engineering ซึ่งเป็นการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่ไม่มีค่าใช้จ่าย ซึ่งย่อมให้ผลต่างกันในเรื่องของ ดุลย์การชำระเงิน แต่อย่างไรก็ดีแม้ทิศทางการพัฒนาของประเทศไทยจะสวนทางกับการห้ามลอกเลียน²⁰ ซึ่งเป็นสาระสำคัญของการคุ้มครอง IP ก็ตาม แต่มีผู้ให้ความเห็นว่าการคุ้มครอง IP เป็นการป้องกันการถูกตัดเทคโนโลยีแต่ต้นทาง โดยการให้ประกัน (ให้ความมั่นใจ) กับผู้คิดค้นเทคโนโลยี²¹ แต่อย่างไรก็ดี จะแน่ใจได้อย่างไรว่าวิธีนี้จะไม่ทำให้การถ่ายทอดเทคโนโลยีช้าลงเมื่อเปรียบเทียบกับការไม่คุ้มครอง หรือให้ความคุ้มครองไม่เข้มงวด²²

5.3.1 ประโยชน์ที่ได้จากการคุ้มครองคอมพิวเตอร์ในด้านการพัฒนาเทคโนโลยี

5.3.1.1 การคุ้มครองคอมพิวเตอร์ทำให้ไม่ถูกตัดเทคโนโลยีตั้งแต่ต้นทางจริงหรือไม่ ? (ดูปัจจัยที่จะได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีในบทที่ 3)

²⁰ สุรเกียรติ์ เสถียรไทย, สุธรรม อยู่ในธรรม, การถ่ายทอดเทคโนโลยีกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532

²¹ แนวความคิดเช่นนี้ใช้มาก ในประเทศสหรัฐอเมริกาและใน GATT.

²² สุรเกียรติ์ เสถียรไทย, สุธรรม อยู่ในธรรม, การถ่ายทอดเทคโนโลยีกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532

การคุ้มครองทำให้เกิดการถ่ายทอดและเทคโนโลยีจริงหรือไม่
(บทที่ 3)

5.3.1.2 ประโยชน์ที่ได้จาก FDI การลงทุนทางตรงจากต่างประเทศ
ในแง่การถ่ายทอดเทคโนโลยี ในเรื่องนี้มีผู้ให้ความเห็นว่า การคุ้มครองเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์จะช่วยส่งเสริมให้เกิดการลงทุนทางตรง ซึ่งจะ เป็นประโยชน์ใน
ด้านการถ่ายทอดเทคโนโลยี เช่น กรณีโรงงานผลิตชิปในประเทศไทย ซึ่งเป็น
โรงงานชิป ที่มีการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศในด้านคอมพิวเตอร์ แต่จาก
การศึกษาพบว่าประเทศไทยไม่ได้รับประโยชน์ในแง่การถ่ายทอดเทคโนโลยี²³
เพราะขั้นตอนที่โรงงานชิปในประเทศไทยทำคือ ต่อหาชิปและบรรจุใส่ package²⁴

แต่การทำ IC บนแผ่นซิลิคอน ซึ่งเป็นขั้นตอนที่ต้องใช้เทคโนโลยีระดับสูงจะ
ทำมาจากสหรัฐอเมริกาตั้งโรงงานชิปในประเทศไทย ไทยไม่ได้รับการถ่ายทอดเทค
โนโลยีในระดับสูงเลย เพราะฉะนั้นจึงควรพิจารณาว่าการลงทุนทางตรงจากต่าง
ประเทศทำให้ไทยได้รับประโยชน์ในแง่การถ่ายทอดเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์จาก
ต่างประเทศจริงหรือ²⁵

5.3.2 ขีดความสามารถในทางเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์

ความสามารถของผู้คิดค้นคนไทยอยู่ในระดับปรับเปลี่ยน
กล่าวคือ โปรแกรมที่คิดค้นขึ้นในประเทศไทยเกือบทั้งหมดเป็นการดัดแปลงมาจาก

²³ Surakiart Sathirathai, Sudharma Yooraidharma, Foreign
Investment in Thailand, Singapore National University,

²⁴ บวร ปภัสราทร, คำบรรยายเรื่องผลกระทบกรณีประเทศไทยให้ความคุ้มครอง
ออกแบบวงจรรวม , ณ โรงแรมปรี๊นเชล (มีนาคม 2534)

²⁵ จิตตภัทร เจริญวรรณ, คำบรรยายในวิชากฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ
, (23 สิงหาคม 2532)

โปรแกรมที่มาจากต่างประเทศ เช่น การตัดแปลงเป็นภาษาไทยได้แก่ RW CU Writer , ไทยdbase หรือการตัดแปลงโปรแกรมหลาย ๆ โปรแกรมเข้ามาไว้เป็นโปรแกรมเดียวกัน เช่นโปรแกรมเบญจรงค์ เพราะฉะนั้นการให้ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ปัจจุบันอาจทำให้เกิดผลกระทบต่อผู้คิดค้นคนไทยทำให้ไม่สามารถทำการพัฒนาต่อยอดความคิดโปรแกรมอื่นโดยอาศัยการปรับเปลี่ยน เพราะอาจเข้าข่ายการดัดแปลงงาน(derivative work) อันเป็นสิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายลิขสิทธิ์ปัจจุบัน หรือในกรณีการให้ความคุ้มครองในรูปแบบอื่นก็ดี หากเป็นการให้ความคุ้มครองไปถึงการสร้างโปรแกรม Look & Feel ก็จะทำให้ไม่สามารถสร้างโปรแกรมโดยการปรับเปลี่ยนได้เช่นกัน เช่น โปรแกรม RW และ CU Writer²⁶ ซึ่งระดับการพัฒนาเทคโนโลยีของคนไทยปัจจุบัน เป็นการพัฒนาในระดับการปรับเปลี่ยนเท่านั้น เรายังไม่มีความสามารถที่จะสร้างขึ้นเองทั้งหมด ดังนั้นการคุ้มครองอย่างเข้มงวดไปถึง look & feel จะทำให้เกิดผลกระทบต่อการพัฒนาเทคโนโลยีในแง่เป็นการปิดกั้นโอกาสในการสร้างโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของคนไทย และทำให้เกิดผลกระทบต่อตลาดและการแข่งขันอีกด้วย เพราะหากโปรแกรมเมอร์คนไทยไม่อาจสร้างโปรแกรมที่เป็นการตัดแปลงได้ ก็เท่ากับว่าเราไม่มีตลาดภายในต่อไป เพราะความสามารถของโปรแกรมเมอร์คนไทยอยู่ในขั้นการดัดแปลงเท่านั้น การบังคับให้โปรแกรมเมอร์ต้องสร้างเองทั้งหมดในขณะที่ยังไม่มีความพร้อมในด้านเทคโนโลยี ทำให้การแข่งขันภายในลดลงอย่างมากหรืออาจไม่มีการแข่งขันเลยก็ได้ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นเท่ากับ ผู้บริโภคต้องพึ่งการนำเข้าหรือถูกผูกขาดโดยตลาดต่างประเทศ ซึ่งหากตลาดไม่มีการแข่งขันหรือการแข่งขันลดลงย่อมส่งผลกระทบร้ายแรงในทางเศรษฐกิจโดยเฉพาะผู้บริโภค

²⁶ รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง ผลกระทบกรณีที่ประเทศค้าขายให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์รวมทั้งรูปแบบและสาระของกฎหมายที่เหมาะสม, ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา, 2533

และการพัฒนาเทคโนโลยีทั้งนี้เพราะ การแข่งขันเป็นสิ่งที่ทำให้สินค้ามีราคาลดลง คุณภาพดีและเป็นกลไกให้เกิดการคิดค้นและพัฒนาเทคโนโลยี²⁷

นอกจากนี้การใช้โปรแกรมที่สร้างขึ้นเป็นภาษาไทยเป็นความต้องการของผู้บริโภคเพื่อให้สอดคล้องกับสังคม เพราะฉะนั้นจึงควรพิจารณาว่าการให้ความคุ้มครองไปถึงเรื่อง โปรแกรมคุณและรู้สึก ผู้คิดค้นหรือผู้ใช้ในสังคมได้รับจากการคุ้มครองในรูปแบบดังกล่าวบ้างหรือไม่

5.3.3 ผลกระทบต่อการเข้าถึงเทคโนโลยี หากมีการคุ้มครองในระบบต่าง ๆ ควรพิจารณาว่าการให้ความคุ้มครองมีผลกระทบต่อ การเข้าถึงเทคโนโลยีอย่างไรบ้าง ซึ่งรวมไปถึงผลกระทบต่อโอกาสในการศึกษาเรียนรู้ทั้งภายในโรงเรียนและนอกโรงเรียน ซึ่งจะมีผลกระทบไปถึงการจ้างงานทั้งนี้เพราะ การเรียนรู้คอมพิวเตอร์สามารถช่วยพัฒนาบุคคลากรจาก unskill labour เปลี่ยนแปลงเป็น skill labour ซึ่งมีผลต่อการจ้างงานและรายได้ เพราะฉะนั้นการโอกาสในการเข้าถึงเทคโนโลยีหากมีการคุ้มครองจึงเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญ เพราะมีผลต่อการพัฒนาบุคคลากรอันมีผลต่อรายได้ จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่าการให้ความคุ้มครองในระบบต่าง ๆ จะทำให้การเข้าถึงเทคโนโลยีแตกต่างกันอย่างไร เพราะจะเป็นปัจจัยอันหนึ่งที่ทำให้ทราบถึงประโยชน์ของงานที่มีต่อสังคม ทั้งนี้เพราะการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีหลักว่าควรให้ความคุ้มครอง เท่ากับความพยายามที่เขาได้ลงไปโดยวัดจากประโยชน์ของงานที่มีต่อสังคม

²⁷ Hirshleifer, The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity, Am. Econ. Rev. 61 (1971) P.561

- การวัดและประเมินผลความเหมาะสมของเทคโนโลยี

ประเทศสหรัฐฯ มีหน่วยงานที่ทำหน้าที่วัดและประเมินผลการเข้าถึงเทคโนโลยีเสนอต่อคองเกรสเรียกย่อ ๆ ว่า OTA (Office of Technology Assessment) OTA ได้ทำการวัดและประเมินผลการเข้าถึงซอฟต์แวร์เมื่อการคุ้มครองภายใต้ลิขสิทธิ์และได้สรุปในรายงานปี 1986 ว่า ลิขสิทธิ์ไม่สามารถเข้ากันได้กับการให้ความคุ้มครองเทคโนโลยีซอฟต์แวร์ นอกจากนี้สหรัฐยังมีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ประเมินผลกระทบในด้านต่าง ๆ เสนอต่อฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น Public Interest Economic Center (Pie-c) ซึ่งจะทำหน้าที่ประเมินผลกระทบต่อผู้บริโภค หากมีกฎหมายให้ความคุ้มครองเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ ในเรื่องนี้เห็นว่าประเทศไทยควรมีการทำวัดและประเมินผล เพื่อรู้ถึงความเหมาะสมของกฎหมายกับเทคโนโลยีภายใต้บริบทเศรษฐกิจสังคมนั้น และเพื่อป้องกันมิให้เกิดผลกระทบในทางกฎหมาย เศรษฐกิจ การเมือง และการพัฒนา การวัดและประเมินผลความเหมาะสมของเทคโนโลยีกับกฎหมาย จึงเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อเป็นการประเมินผลกระทบที่จะเกิดขึ้น อันจะเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาเลือกกระบวนการกฎหมายคุ้มครองเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ที่เหมาะสมกับประเทศไทย

5.4 ข้อพิจารณาในเรื่องของกฎหมายภายใน

พิจารณาหลักในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา กล่าวคือ กฎหมายที่จะนำมาใช้ให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์นั้นเป็นกฎหมายที่มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่สมดุลงระหว่างผู้คิดค้นกับสังคมหรือไม่ ทั้งนี้เพราะจากการศึกษาในบทที่ 3 พบว่าการให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์มิได้ให้ผลในทางส่งเสริมให้เกิดการคิดค้นพัฒนาคอมพิวเตอร์แต่เพียงอย่างเดียว ในทางตรงกันข้ามอาจให้ผลเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาคอมพิวเตอร์ก็ได้หากการให้ความคุ้มครองไม่สอดคล้องเหมาะสมกับบริบทเศรษฐกิจสังคม หลักการแบ่งปันผลประโยชน์ที่สมดุลง

กันระหว่างสังคมกับผู้คิดค้นคอมพิวเตอร์จึงเกิดขึ้นเป็นขอบเขตของการให้ความคุ้มครอง เพื่อให้สังคมได้เข้าใช้ประโยชน์จากการคิดค้นอย่างเต็มที่และผู้คิดค้นได้รับรางวัลตอบแทนการคิดค้นโดยมีสัดส่วนสัมพันธ์กับประโยชน์ที่สังคมได้รับ ซึ่งจะเป็นแรงจูงใจในทางเศรษฐกิจส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาคอมพิวเตอร์ อันเป็นวัตถุประสงค์ของระบบทรัพย์สินทางปัญญา

พิจารณาขอบเขตและองค์ประกอบของระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ในปัจจุบันที่ประสงค์จะนำมาให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์จากการศึกษาในบทที่ 1 พบว่าขอบเขตของลิขสิทธิ์คือ ลิขสิทธิ์คุ้มครองการแสดงออกซึ่งความคิด (expression) ที่มีความคิดริเริ่มของผู้แต่ง แต่ไม่คุ้มครองถึงความคิด (idea) จึงต้องพิจารณาว่าการให้ความคุ้มครองซอฟต์แวร์และซิปเป็นการให้ความคุ้มครองความคิดหรือไม่ และองค์ประกอบของสิทธิบัตร คือ สิทธิบัตรให้ความคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์หรือขั้นตอนการประดิษฐ์ที่มีความใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงกว่าเดิม และสามารถนำมาประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรม แต่สิทธิบัตรไม่คุ้มครองถึงกฎธรรมชาติ และกระบวนการทางคณิตศาสตร์ จึงต้องพิจารณาว่าซอฟต์แวร์และซิปมีคุณสมบัติดังที่สิทธิบัตรกำหนดหรือไม่ และอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นของการได้รับสิทธิบัตรหรือไม่ ดังนี้ เป็นต้น นอกจากนี้แล้วที่สำคัญที่สุดคือควรพิจารณาว่าระบบกฎหมายที่จะนำมาใช้กับคอมพิวเตอร์นั้นทำให้ผู้พัฒนาคอมพิวเตอร์ในสังคมได้รับรางวัลตอบแทนการคิดค้นสมดุลงกับประโยชน์ที่สังคมได้รับจากคอมพิวเตอร์ภายหลังจากที่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองหรือไม่

5.5 ข้อพิจารณาในเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ
และกฎหมายต่างประเทศ

5.5.1 กฎหมายคุ้มครองเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ในต่างประเทศ

จากการพิจารณาการให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์

ซอฟต์แวร์ในต่างประเทศโดยส่วนใหญ่ มักให้ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ ทั้งนี้เพราะประเทศผู้ผลิตต้องการรักษาผลประโยชน์ ในทางเศรษฐกิจไว้ให้มากที่สุด ประเทศผู้ผลิตจึงเลือกลิขสิทธิ์ ส่วนในกลุ่มประเทศผู้ใช้นั้น มีสาเหตุของการเลือกระบบลิขสิทธิ์ เนื่องจากต้องการรักษาผลประโยชน์ในด้านการค้าระหว่างประเทศ ที่มีต่อประเทศผู้ผลิตจึงยอมที่จะให้คล้ายตามกลุ่มประเทศผู้ผลิตโดยการให้ความคุ้มครองซอฟต์แวร์ภายใต้ลิขสิทธิ์

แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายลิขสิทธิ์ที่ต่างประเทศนำมาใช้กับซอฟต์แวร์ แตกต่างกับ พรบ. ลิขสิทธิ์ของไทยมาก แม้แต่กฎหมายคุ้มครองซอฟต์แวร์ของสหรัฐ ซึ่งเป็นแม่แบบของการให้ความคุ้มครองซอฟต์แวร์ภายใต้ลิขสิทธิ์ ยังมีความเข้มงวดน้อยกว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยปัจจุบัน และมีการแก้ไขให้สอดคล้องกับเทคโนโลยี เช่น ในมาตรา 117 สิทธิในการทำ BACK UP หรือ ข้อยกเว้นของสิทธิเด็ดขาดในเรื่องของ fair use ม. 107 กฎหมายคุ้มครองซอฟต์แวร์ในต่างประเทศจึงแตกต่างไปจากกฎหมายลิขสิทธิ์ตามแบบแผนที่มีอยู่เดิม แม้จะเรียกว่ากฎหมายคุ้มครองลิขสิทธิ์ซอฟต์แวร์ก็ตาม ตัวอย่างเช่น กฎหมายสหรัฐอนุญาตให้ทำการลอกเลียนได้เพื่อการศึกษา นอกจากนี้หากพบว่ามีกรกระทำที่เป็น การครองตลาดซึ่งเป็นหนทางที่นำไปสู่การผูกขาดตลาด กระทรวงยุติธรรมสหรัฐสามารถนำกฎหมายป้องกันการผูกขาดมาถ่วงดุลย์ แม้แต่ในเรื่องของลิขสิทธิ์ ซึ่ง จะเห็นว่าใน พรบ. ลิขสิทธิ์ของไทย ไม่มีบทบัญญัติเช่นนี้ เพราะฉะนั้นประเด็นที่สหรัฐได้เรียกร้องให้ประเทศไทยคุ้มครองซอฟต์แวร์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ปัจจุบัน โดยมีให้ทำการแก้ไข จึงเป็นที่น่าสงสัยว่าหากประเทศไทยทำตามที่สหรัฐเรียกร้อง กฎหมายคุ้มครองซอฟต์แวร์ของไทย จะแข็งแกร่งยิ่งกว่ากฎหมายสหรัฐทั้งที่ขีดความสามารถของไทยในเทคโนโลยีชนิดนี้มีอาจเทียบกันได้เลย นอกจากนี้หากมองในแง่แบ่งปันผลประโยชน์ระหว่างสังคมกับผู้คิดค้น พบว่าสหรัฐได้ประโยชน์จากการให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์เพราะสหรัฐเป็นผู้ผลิต การคุ้มครองเข้มงวดยอมทำให้เกิดประโยชน์เต็มที่กับผู้ผลิต ในขณะที่เดียวกันกฎหมายแบบเดียวกัน

ยอมทำให้เกิดผลเสียต่อผู้ซื้อ เพราะฉะนั้น การแบกภาระของสังคมสหรัฐจึงคุ้มกับประโยชน์ที่สหรัฐได้รับ ซึ่งหากพิจารณาในบริบทของประเทศไทย ควรพิจารณาว่า หากเราให้ความคุ้มครองภายใต้ลิขสิทธิ์ปัจจุบันซึ่งเป็นกฎหมายที่เข้มงวดมากกว่ากฎหมายคุ้มครองซอฟต์แวร์ของสหรัฐ ควรพิจารณาว่าการแบกภาระที่มากกว่าสหรัฐ เราได้ประโยชน์อะไรบ้างและได้ประโยชน์มากกว่าที่สหรัฐได้รับจากการให้ความคุ้มครองหรือไม่

นอกจากนี้ระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองซอฟต์แวร์ในหลาย ๆ ประเทศ ได้แก่ คานาดา บราซิล ฝรั่งเศส ต่างก็มีระยะเวลาการคุ้มครองที่สั้นกว่าที่กำหนดในระบบลิขสิทธิ์ตามแบบแผน

5.5.2 การพิจารณาให้ความคุ้มครองซอฟต์แวร์ในเวทีระหว่างประเทศ

5.5.2.1 ร่างกฎหมายคุ้มครองซอฟต์แวร์ของ WIPO

ในเรื่องของการคุ้มครองซอฟต์แวร์ระหว่างประเทศพบว่า แม้แต่ร่างกฎหมายของ WIPO ก็ได้กำหนดอายุการคุ้มครองอย่างสูงไม่เกิน 25 ปี นับแต่วันที่ได้สร้างโปรแกรม และมีได้กำหนดว่าการคุ้มครองซอฟต์แวร์ จะต้องอยู่ภายใต้ ระบบลิขสิทธิ์หรือระบบพิเศษ เพียงแต่เป็นการวางหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองซอฟต์แวร์ไว้อย่างกว้าง ๆ เท่านั้น²⁸ เพราะฉะนั้นหากมีการคุ้มครองซอฟต์แวร์ในประเทศไทยภายใต้ลิขสิทธิ์ปัจจุบันสิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยเกินมาตรฐานที่กำหนดในร่างกฎหมายคุ้มครองซอฟต์แวร์ของ WIPO ไปมาก

²⁸ ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา, "รายงานการศึกษาเรื่องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา" (2532) หน้า 69 .

ในเรื่องของการคุ้มครองวงจรรวมนั้น WIPO ได้ยกร่างกฎหมายคุ้มครองวงจรรวมแต่ร่างกฎหมายดังกล่าวไม่ได้รับความเห็นชอบจากกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา เนื่องจากประเทศกำลังพัฒนาเห็นว่าร่างกฎหมายนี้ไม่ได้สร้างจากมุมมองของประเทศกำลังพัฒนา ร่างอนุสัญญานี้มีมาตรฐานที่ใกล้เคียงกับกฎหมาย SCPA ของสหรัฐมาก

5.5.2.2 ข้อเสนอของประเทศต่าง ๆ ในการให้ความคุ้มครองซอฟต์แวร์ใน GATT

ในการเจรจาใน GATT ซึ่งเจรจาทันทีเรื่องของสินค้าปลอมแปลงใน มาตรา 20 d หรือที่เรียกว่า Trade-Related Aspect of Intellectual Property Right (TRIPS) จริง ๆ แล้ว GATT ไม่ได้เป็นองค์กรที่มีหน้าที่ในการเสนอกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาดังเช่น WIPO แต่อย่างไรก็ดีสหรัฐประสบความสำเร็จในการผลักดันให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเข้าไปเป็นหัวข้อการเจรจาใน GATT ทั้งนี้เพราะมาตรา 20 d ของ GATT ได้กล่าวถึงเรื่องสินค้าปลอมแปลงเอาไว้ จึงทำให้เกิดการเจรจาเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาใน GATT ซึ่งแต่ละประเทศก็ได้เสนอแนวการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ใกล้เคียงกับกฎหมายภายในของตน แนวทางที่ประเทศต่าง ๆ เสนอเกี่ยวกับการคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์จึงแตกต่างกัน ประเทศผู้ผลิตซอฟต์แวร์โดยส่วนใหญ่ต้องการให้มีความคุ้มครองสูงสุดโดยให้นำระบบลิขสิทธิ์แบบเต็มรูปแบบมาใช้กับคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์²⁹ ในขณะที่ประเทศผู้ซื้อซอฟต์แวร์ซึ่งโดยส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลังพัฒนาต้องการให้ความคุ้มครองเป็นไปตามความเหมาะสม

²⁹ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา, "รายงานการศึกษาเรื่องผลกระทบที่ประเทศไทยให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์" หน้า 38

สมกับสภาพทางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละประเทศ³⁰ ในปัจจุบันความเห็นต่าง ๆ เหล่านี้ยังไม่เป็นที่ยุติ ส่วนในเรื่องของชิบนั้นในปัจจุบันการคุ้มครองชิบได้เป็นส่วนหนึ่งของการเจรจาใน GATT และหากแนวทางการคุ้มครองที่สหรัฐเสนอเป็นที่ยอมรับมาตรฐานการคุ้มครองชิบใน GATT ก็จะคล้ายคลึงกับมาตรฐานที่กำหนดใน SCPA

³⁰ เรื่องเดียวกัน

เปรียบเทียบกรอบแนวคิดของการคุ้มครองคอมพิวเตอร์ในต่างประเทศ
และ (กลุ่มผู้ชาย)

เปรียบเทียบกรอบแนวคิดของการคุ้มครองคอมพิวเตอร์ในประเทศ
และ (กลุ่มผู้หญิง)

- ที่มาของการพิจารณาให้ความคุ้มครอง (สาเหตุของปัญหา)

การพิจารณาคู่ครองคอมพิวเตอร์ในประเทศผู้ซื้อไม่ได้เกิดขึ้น
จากปัจจัยในประเทศเป็นสาเหตุ หากแต่เกิดจากการบีบบังคับหรือการผลักดันให้
ประเทศผู้ซื้อออกกฎหมายคุ้มครองคอมพิวเตอร์ในระดับที่ประเทศผู้ขายต้องการ
ทั้งนี้โดยอาศัยการค้าระหว่างประเทศและมาตรการทางการค้าต่าง ๆ เป็นเครื่องมือ
ในการบังคับ ดังนั้นสาเหตุของการให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์ในกลุ่มประเทศ
ผู้ขายจึงแตกต่างจากกลุ่มประเทศผู้ขายที่การพิจารณาประเด็นการคุ้มครองคอมพิวเตอร์
เกิดจากรีกร้องของกลุ่มผู้ผลิตภายในประเทศ แต่การพิจารณาประเด็น
การคุ้มครองของกลุ่มประเทศผู้ซื้อเกิดจากการผลักดันของกลุ่มประเทศผู้ขาย
เพราะฉะนั้นส่วนหนึ่งของการพิจารณาให้ความคุ้มครองในประเทศผู้ซื้อจึงเกิดจาก
ต้องการลดแรงผลักดันทางการเมืองระหว่างประเทศ และการค้าระหว่างประ
เทศจากประเทศผู้ขาย จึงมีการพิจารณาถึงประเด็นการคุ้มครองคอมพิวเตอร์
เพื่อสนองตอบความต้องการของประเทศผู้ขาย ในขณะที่การพิจารณาให้ความคุ้มครอง
คอมพิวเตอร์ในประเทศผู้ขายเป็นการสนองตอบผลประโยชน์ของประเทศตน

- เป้าหมายของการให้ความคุ้มครอง (วัตถุประสงค์ของการให้ความ
คุ้มครองของประเทศผู้ซื้อ และประเทศผู้ขาย)

อย่างไรก็ดีแม้ว่า การพิจารณาในความคุ้มครองคอมพิวเตอร์ใน
ประเทศผู้ซื้อ จะเกิดขึ้นเพื่อสนองตอบความต้องการของประเทศผู้ขาย ทั้งนี้เพื่อลด
แรงกดดันทางการเมืองและการค้าระหว่างประเทศก็ตาม แต่ความสำคัญของ
เทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ในประเทศผู้ซื้อ ประกอบกับ ประเทศผู้ซื้อไม่อาจผลิต

เทคโนโลยีชนิดนี้ได้เองและไม่มีความสามารถที่จะซื้อ การพัฒนาเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์จึงเป็นเป้าหมายทางเลือกอีกอันหนึ่งที่ประเทศผู้ซื้อต้องการ โดยอาศัยการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากกลุ่มประเทศผู้ขาย ซึ่งประเทศผู้ซื้อต้องการป้องกันการถูกตัดเทคโนโลยีตั้งแต่ต้นทาง โดยการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแก่เจ้าของเทคโนโลยี ดังนั้นวัตถุประสงค์ที่สำคัญอีกอันหนึ่งในการพิจารณาการให้ความคุ้มครองก็คือ การเพิ่มประสิทธิภาพ การถ่ายทอดเทคโนโลยี ซึ่งเป้าหมายดังกล่าวนี้สวนทางกับเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของการให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์ในประเทศผู้ขายอย่างสิ้นเชิง เนื่องจากเป้าหมายของการให้ความคุ้มครองในประเทศผู้ขายคือการป้องกันการแพร่กระจายเทคโนโลยีไปสู่ต่างชาติ เห็นได้จาก การผลักดันให้ประเทศผู้ซื้อคุ้มครองงานของประเทศตน มากกว่าการถ่ายทอด หรือปลูกฝัง transplant, เทคโนโลยี³¹

- ขีดความสามารถหรือสถานะภาพในทางเศรษฐกิจและการพัฒนาเทคโนโลยีในประเทศผู้ซื้อและผู้ขาย³²

เปรียบเทียบสถานะภาพที่เป็นอยู่ในปัจจุบันระหว่างประเทศผู้ซื้อและผู้ขาย จะพบว่าแตกต่างกันโดยสิ้นเชิงทั้งทางด้านเศรษฐกิจและการพัฒนาเทคโนโลยี หรือแม้แต่เปรียบเทียบในขณะประเทศเริ่มให้ความคุ้มครองกับประเทศผู้ซื้อในปัจจุบัน จะพบว่าประเทศผู้ซื้อก็ยังไม่สามารถเทียบได้กับประเทศผู้ขายได้อยู่ดี

³¹ สุรเกียรติ์ เสถียรไทย, คำบรรยายกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ II, 2532.

³² Ibid

ดังนั้น จะเห็นว่าข้อพิจารณาที่เกิดขึ้นในบริบทของผู้ซื้อเทคโนโลยีนั้น แตกต่างกับข้อพิจารณาที่เกิดขึ้นในประเทศผู้ขายโดยสิ้นเชิง จากการพิจารณา รอบหรือข้อพิจารณาในบริบทของผู้ซื้อ การให้ความคุ้มครองแบบเดียวกับประเทศผู้ขาย ไม่ใช่กฎหมายที่สอดคล้องกับสภาพบริบทสังคม เศรษฐกิจ และการพัฒนา เทคโนโลยีของประเทศผู้ซื้อ ในทางตรงข้าม กฎหมายลักษณะดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลกระทบสูงสุดก็ได้ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่เกิดจากวัตถุประสงค์ในทางบ่อนการถ่ายทอดเทคโนโลยี ในขณะที่ประเทศผู้ซื้อมีวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการถ่ายทอดเทคโนโลยี ในเรื่องการคุ้มครองคอมพิวเตอร์หากคำนึงถึงความสอดคล้องกับบริบทสังคม เศรษฐกิจ และการพัฒนาเป็นหลักแล้ว กฎหมายที่เกิดจากกรอบแนวคิด การให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์ในประเทศผู้ขายจึงไม่อาจนำมาใช้กับประเทศผู้ซื้อเสมอไป เนื่องจากการให้ความคุ้มครองที่สอดคล้องกับบริบทสังคม เศรษฐกิจและเทคโนโลยีนั้น ต้องเป็นการพิจารณาปัญหาปัญหาและปัจจัยที่เกิดขึ้นในสังคมนั้นเอง เช่น ปัจจัยในทางเศรษฐกิจ, เทคโนโลยี, การเมือง, การค้าระหว่างประเทศ และผลกระทบต่อปัจจัยดังกล่าวที่อาจเกิดขึ้นหากมีการคุ้มครอง ประกอบกันขึ้นเป็นข้อพิจารณาในการให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์ (ตามหลักทฤษฎีเบญจมิติ) กฎหมายที่ให้ผลกระทบต่อปัจจัยต่างๆ หรือข้อพิจารณาต่าง ๆ น้อยที่สุด จะเป็นกฎหมายที่สอดคล้องสังคม และให้ประโยชน์สูงสุด^{๓๓}

เพราะผลกระทบที่เกิดขึ้นในทุก ๆ ด้านที่เกิดขึ้นกับสังคมนั้น ผู้ใช้หรือผู้คิดค้นก็ต่างก็เป็นกลุ่มผลประโยชน์ในสังคมที่จะเป็นผู้ได้ประโยชน์และเสียประโยชน์จากการให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์ เพราะฉะนั้นการคุ้มครองที่ทำให้

^{๓๓} สุรเกียรติ์ เสถียรไทย, คำตอบข้อซักถามเรื่อง ผลประโยชน์ของชาติในการสัมมนา เรื่อง การคุ้มครองการออกแบบ วงจรรวม, โรงแรม Princess, 2534

เกิดผลกระทบต่อสังคมในทุก ๆ ด้านน้อยที่น้อยที่สุดย่อมแสดงให้เห็นว่าการคุ้มครองไม่ทำให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ประโยชน์เหลือมล้ำอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นผลกระทบ (ในทางลบ) ในทุก ๆ ด้านน้อยลงเท่าใด ก็ให้เห็นว่าประโยชน์ของผู้คิดค้นกับสังคม (ผู้ใช้) สมดุลย์กันมากยิ่งขึ้น อันเป็นขอบเขตของการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อป้องกันมิให้ผู้คิดค้นมีอำนาจผูกขาดมากเกินไป ซึ่งทำให้สังคมไม่สามารถเข้าใช้ประโยชน์จากงาน และป้องกันมิให้ผู้คิดค้นได้รับสิทธิหวงกันน้อยเกินไปอันจะส่งผลให้แรงจูงใจในการคิดค้นสร้างสรรค์ลงซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อ การคิดค้นพัฒนาเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ได้