

วิเคราะห์ปัญหาการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521

4.1 พันธกรณีตามสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยและสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2509

ก. ปัญหาการให้ความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติต่อสนธิสัญญา

ในท่ามกลางการวิพากษ์วิจารณ์ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์ระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกานั้น ได้มีผู้หยิบยกประเด็นกฎหมายรัฐธรรมนูญขึ้นมากล่าวอ้างว่าสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ ระหว่างราชอาณาจักรไทยและสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2509 นี้ ไม่น่าจะมีผลผูกพันประเทศไทย เนื่องจากไม่เคยผ่านการให้ความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ เป็นการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอน Constitution Ratification หากแต่เป็นการให้สัตยาบันโดยฝ่ายบริหารในสมัยนั้นแต่ฝ่ายเดียว * จึงเป็นการทำสนธิสัญญาที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ¹ กล่าวคือ เมื่อกระทรวงการต่างประเทศได้ดำเนินการลงนามในสนธิสัญญาทางไมตรีฯ แล้ว ได้เสนอต่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบเพื่อแลกเปลี่ยนสัตยาบันสารกันต่อไป โดยได้เสนอไปด้วยว่าควรให้สภาร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งทำหน้าที่เป็นรัฐสภาได้พิจารณาให้ความ

* นอกจากนั้น ได้มีการประกาศใช้สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม 2511 ในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 85 ตอนที่ 64 วันที่ 16 กรกฎาคม 2511.

1. ชัชชัย ศุภผลศิริ, "วิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายในการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 : เจาะการตีความสัมพันธ์กับสหรัฐอเมริกา", วารสารกฎหมาย 12 (กรกฎาคม 2531), หน้า 29.

เห็นชอบ แต่คณะรัฐมนตรีได้ตอบว่าให้ดำเนินการให้สัตยาบันไปได้เลย จึงไม่มีการเสนอขอความเห็นชอบจากรัฐสภาแต่อย่างใด²

จากประเด็นปัญหาดังกล่าว เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญาแล้วจะเห็นได้ว่า

1. ตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบบประชาธิปไตย อำนาจในการทำหนังสือสัญญา* หรือความตกลงระหว่างประเทศเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารแต่การทำหนังสือสัญญาหรือความตกลงบางประเภทนั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ คือ

ก. หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของประเทศไทย หรือเขตอธิปไตยแห่งชาติ

ข. หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา

ค. สนธิสัญญาพันธมิตรทางทหาร³

ซึ่งสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยและสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2509 นี้ เป็นหนังสือสัญญาประเภทที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้

2. เรื่องเดียวกัน, หน้า 29. เป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากการสอบถามจากกองสนธิสัญญา กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ

* ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยใช้คำว่า "หนังสือสัญญา" (Compact) ซึ่งกินความถึงความตกลงระหว่างประเทศทุกรูปแบบ อาทิ สนธิสัญญา (Treaty) อนุสัญญา (Convention) ความตกลง (Agreement) ข้อตกลง (Arrangement) หนังสือแลกเปลี่ยน (Exchange of Note) พิธีสาร (Protocal) บันทึกความเข้าใจ (Memorandum of Understanding) ความตกลงชั่วคราว (Modus Vivendi) ฯลฯ

3. วิษณุ เครืองาม, การใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของไทย (รายงานวิจัยทุนรัชดาภิเษกสมโภช, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพมหานคร, 2521), หน้า 129.

การเป็นตามสัญญา⁴ เนื่องจากเป็นสนธิสัญญาที่มีความสำคัญมาก และกระทบต่อประชาชนส่วนใหญ่ โดยทั่วไปนานาประเทศถือหลักสำคัญว่า หนังสือสัญญาใดที่เกี่ยวกับฝ่ายนิติบัญญัติ⁵ เช่น สนธิสัญญาทางไมตรีฯ มักจะมีบทบัญญัติที่เปลี่ยนแปลงหรือยกเว้นบทบัญญัติของกฎหมายภายในที่มีอยู่แล้ว จึงจำเป็นจะต้องออกกฎหมาย เพื่อให้การเป็นไปตามสนธิสัญญานั้น เป็นต้น จึงควรจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนและเป็นฝ่ายที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการตรากฎหมายเพื่อรองรับหรืออนุวัติการสนธิสัญญาได้พิจารณาหนังสือสัญญาดังกล่าว

2. เมื่อสนธิสัญญาทางไมตรีฯ ฉบับดังกล่าวเป็นสนธิสัญญาประเภทที่ต้องออกพระราชบัญญัติ เพื่อให้การเป็นตามสัญญา และได้มีการลงนามเมื่อวันที่ 29 พฤษภาคม 2509 และได้มีการแลกเปลี่ยนสัตยาบันสารกันเมื่อวันที่ 8 พฤษภาคม 2511 ในการพิจารณาประเด็นปัญหาการให้ความเห็นชอบของรัฐสภาตามกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้น จึงต้องพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของประเทศไทยที่ใช้บังคับในช่วงเวลานั้น (ในช่วงระหว่าง พ.ศ. 2509 ถึง พ.ศ. 2511) ว่ามีอยู่อย่างไร ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ก็คือ "ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2502" การที่รัฐธรรมนูญดังกล่าวมีความประสงค์เพียงเพื่อให้ใช้ไปพลางก่อน จนกว่าจะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญที่สภาร่างรัฐธรรมนูญจะได้จัดร่างขึ้น ทำให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีบทบัญญัติเพียง 20 มาตราเท่านั้น จึงไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้สนธิสัญญาดังกล่าวจะต้อง

4. เรื่องเดียวกัน, หน้า 132. โดยดูรายละเอียดเพิ่มเติมในบันทึกการประชุมร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 มาตรา 54 วรรคสาม เกี่ยวกับหนังสือสัญญา ซึ่งจะต้องออกพระราชบัญญัติ เพื่อให้การเป็นตามสัญญา
5. เรื่องเดียวกัน, หน้า 132.

ได้รับความเห็นชอบจากสภาว่างรัฐธรรมนูญที่มีฐานะเป็นรัฐสภาทำหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติในขณะนั้น *
ไว้โดยตรงแต่ในมาตรา 20 แห่งธรรมนูญการปกครองดังกล่าว บัญญัติว่า

"ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญบังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตาม
ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย

ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวแก่การวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคก่อนเกิดขึ้นในงาน
ของสภา หรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภาวินิจฉัย ให้สภาวินิจฉัยชี้ขาด"

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของมาตรา 20 แห่งธรรมนูญการปกครองฯ ดังกล่าวกำหนดให้
ใช้ "ประเพณีการปกครองของประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย" เป็นหลักในการพิจารณา
ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติในธรรมนูญการปกครองบังคับใช้กรณีใด ๆ ซึ่งหมายความรวมถึง
หลักเกณฑ์ในการให้ความวินิจฉัยในการให้ความเห็นชอบดังกล่าวด้วย ดังนั้น จึงต้องศึกษา
ย้อนหลังไปดูว่าประเพณีการปกครองในเรื่องนี้มีอยู่อย่างไร โดยสามารถศึกษาได้จากบทบัญญัติ
ในรัฐธรรมนูญที่มีบังคับใช้อยู่ก่อนที่จะมีธรรมนูญการปกครองดังกล่าวว่า มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการ
ให้ความเห็นชอบแก่หนังสือสัญญาที่ทำกับรัฐต่างประเทศอย่างไร เป็นลำดับดังต่อไปนี้

ก. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 มาตรา 54 วรรคสาม
บัญญัติว่า

"หนังสือสัญญาใด ๆ มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตสยาม หรือจะต้องออกพระราช
บัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาไซ้ร้ ท่านว่าต้องได้รับความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร "

* บทบัญญัติตามมาตรา 6 และมาตรา 9 แห่งธรรมนูญการแห่งการปกครองราช
อาณาจักรไทย พ.ศ. 2502

มาตรา 6 " ให้มีสภาว่างรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญและให้มีฐานะเป็น
รัฐสภา ทำหน้าที่นิติบัญญัติด้วย"

มาตรา 9 " ภายใต้อำนาจมาตรา 10 และมาตรา 11 สภาว่างรัฐธรรมนูญมี
อำนาจตราข้อบังคับการประชุมปรึกษาของสภาเกี่ยวกับการเสนอร่างพระราชบัญญัติการประชุม
การเสนอญัตติ การปรึกษา และกิจการอื่น เพื่อดำเนินการตามอำนาจหน้าที่"

ข. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 มาตรา 76 วรรคสอง
บัญญัติว่า

"หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อ
ให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา"

ค. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2490 เมื่อพิจารณามาตรา 84
ประกอบกับมาตรา 70 (6)

มาตรา 84 บัญญัติว่า

"พระมหากษัตริย์ทรงพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสงบศึก และ
ทำหนังสือสัญญาอื่น ๆ กับนานาประเทศ"

มาตรา 70 (6) บัญญัติว่า.

" ในกรณีต่อไปนี้ ให้รัฐสภาประชุมร่วมกัน

.....

(6) การให้ความเห็นชอบแก่หนังสือสัญญาตามความในมาตรา 84"

ง. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 มาตรา 154 วรรคสอง
บทบัญญัติว่า

" หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติ
เพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา "

จ. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495
มาตรา 92 วรรคสอง บัญญัติว่า

" หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติ
เพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา "

นอกจากนี้ ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับของประเทศไทยตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน จะมีบทบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้ความเห็นชอบแก่หนังสือสัญญาโดยรัฐสภาดังกล่าวทุกฉบับ

อนึ่ง ในช่วงการจัดทำสนธิสัญญาทางไมตรี พาณิชย์ และการเดินเรือ ระหว่างประเทศไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2480 นั้น เมื่อวันที่ 29 มกราคม 2480 คณะรัฐมนตรีได้ส่งร่างสนธิสัญญาทางไมตรี พาณิชย์ และการเดินเรือที่ทำกับนานาประเทศจำนวน 11 ฉบับให้สภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบ^๖ ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 มาตรา 54 วรรคสาม ก่อนที่จะมีการลงนามและสัตยาบันแก่สนธิสัญญาดังกล่าวเหล่านั้น^๗ ซึ่งรวมทั้งสนธิสัญญาทางไมตรี พาณิชย์ และการเดินเรือ ระหว่างสยามกับสหปาลีรัฐอเมริกา พร้อมทั้งโปรโตคอลสุดท้าย และหนังสือแลกเปลี่ยน ที่ระบุอยู่ในลำดับที่ 5 ของหนังสือของสำนักนายกรัฐมนตรีที่มีถึงประธานสภาผู้แทนราษฎร และสภาผู้แทนราษฎรได้มีมติให้ความเห็นชอบต่อสนธิสัญญาดังกล่าว เมื่อวันที่ 4 มีนาคม 2480^๘

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าตามประเพณีการปกครองตามรัฐธรรมนูญไทยที่ต่อเนื่องกันมาตลอดนั้น รัฐบาลจะต้องเสนอสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ ระหว่างราชอาณาจักรไทยและสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2509 ให้สภาวางรัฐธรรมนูญให้ความเห็นชอบด้วยการลงมติด้วยเสียงข้างมากธรรมดา (Relative majority)^๙

6. สำนักนายกรัฐมนตรี, "หนังสือ ที่ ส. 7523/2480," 29 มกราคม 2480. เรื่อง ขอรับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรในเรื่องหนังสือสัญญาระหว่างสยามกับนานาประเทศ, 2 ก.ต. เพิ่ม 2 (กรุงเทพมหานคร : หอจดหมายเหตุแห่งชาติ)

7. สนธิสัญญาทางไมตรี พาณิชย์ และการเดินเรือระหว่างสยามกับสหปาลีรัฐอเมริกา ลงนามเมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน 2480 และได้ให้สัตยาบันแลกเปลี่ยนกัน เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2481

8. กระทรวงการต่างประเทศ, "หนังสือ ที่ น. 8104/2481," 30 กันยายน 2481. เรื่อง แลกเปลี่ยนสัตยาบันสนธิสัญญาระหว่างสยามกับสหปาลีรัฐอเมริกาจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ถึง นายกรัฐมนตรี, 2 ก.ต. เพิ่ม 2 (กรุงเทพมหานคร : หอจดหมายเหตุแห่งชาติ)

9. หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์กรุงสยามการพิมพ์, 2511), หน้า 984.

3. ปัญหาต่อไปที่จะต้องพิจารณาคือ เมื่อสนธิสัญญาทางไมตรีฉบับนี้ได้มีการเสนอให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบตามที่บัญญัติรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศแล้วจะมีผลอย่างไร

ในแง่ของผลต่อพันธกรณีระหว่างประเทศนั้น จะต้องพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ เมื่อรัฐบาลไทยได้ทำลงนามและแลกเปลี่ยนสัตยาบันสารกับสหรัฐอเมริกาแล้ว สนธิสัญญาทางไมตรีฉบับดังกล่าวย่อมมีผลผูกพันประเทศคู่สัญญา และประเทศคู่สัญญาต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาโดยสุจริต (good faith) ตามหลัก Pacta Sunt Servada * เมื่อสนธิสัญญามีผลตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969) ข้อ 27 ** กำหนดว่าคู่สัญญาของสนธิสัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง จะยกเอาบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายใน (internal law) มาเป็นข้ออ้างในการไม่ถือปฏิบัติ (failure to perform) ตามสนธิสัญญาไม่ได้ เพราะมิฉะนั้นอาจทำให้มีการบอกเลิกสนธิสัญญากันได้โดยง่าย ทำให้พันธกรณีระหว่างประเทศอาจไม่มีหลักประกันใด ๆ เลย เนื่องจากคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่อยู่ในฐานะที่จะต้องทราบเงื่อนไขกฎหมายภายในของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ทั้งนี้เว้นแต่ ในกรณีที่สนธิสัญญานั้นเป็นการละเมิดอย่างชัดแจ้ง (manifest) ต่อข้อกำหนดตามกฎหมายภายในเกี่ยวกับการยอมรับที่จะผูกพันตามสนธิสัญญา (consent to bound) และข้อกำหนดนี้เป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานที่สำคัญของประเทศ (rule of its internal law of fundamental

* ตามข้อ 26 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties) ค.ศ. 1969 กำหนดว่า "Article 26 Pacta Sunt Servanda

Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith"

** Article 27 Internal law and observance of treaties

"A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to Article 46"

importance) ตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 46 (1) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 * ซึ่งอยู่ในส่วนที่ 5 (Part V) มาตรา 2 (section 2) การไม่มีผลบังคับของสนธิสัญญา (invalidity of treaties)

จะเห็นได้ว่า แม้ว่าประเทศไทยจะไม่ได้เข้าไปเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ก็ตาม แต่ในอนุสัญญาดังกล่าวนี้ เนื้อหาส่วนใหญ่ของอนุสัญญานี้เป็นการนำเอาจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาประมวลไว้ จึงผูกพันประเทศไทยในฐานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้¹⁰ และประเทศไทยก็ได้นำเอาหลักเกณฑ์ตามอนุสัญญาฉบับนี้มาใช้ในการทำสนธิสัญญากับนานาประเทศด้วย¹¹

ดังนั้น เมื่อพิจารณาประเด็นปัญหาดังกล่าวข้างต้นกับหลักเกณฑ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวข้างต้นแล้ว จะพบว่า

(1) ถ้าพิจารณาตามหลักในมาตรา 27 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาแล้ว ประเทศไทยจะหยิบยกเอาเหตุที่ไม่มีการเสนอสนธิสัญญาทางไมตรีฉบับดังกล่าวให้แก่รัฐสภาให้ความเห็น

* Article 46 Provision of internal law regarding competence to conclude treaties

" 1. A state may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision on its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance.

2."

10. ชานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ชวนพิมพ์. 2523), หน้า 602.

11. สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร, "กฎหมายสนธิสัญญาไทย", วารสารสารานุกรม 31(10 กุมภาพันธ์ 2524), หน้า 142.

ชอบตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายภายในชั้นมากกว่าอ้างในการที่ปฏิเสธไม่ผูกพันตามพันธกรณีของสนธิสัญญาทางไมตรีฯ ไม่ได้ และ

(2) เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของข้อยกเว้นของข้อ 27 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ในข้อ (1) ข้างต้น คือ ข้อ 46 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ซึ่งยอมให้ประเทศคู่สัญญาแห่งสนธิสัญญาสามารถยกบทบัญญัติของกฎหมายภายในชั้นมากกว่าอ้างที่จะไม่ผูกพันตามสนธิสัญญาได้ คือ ให้ถือว่าสนธิสัญญานั้นไม่มีผลใช้บังคับ (invalid) โดยมีเงื่อนไขที่สำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก จะต้องเป็นกรณีที่สนธิสัญญานั้นละเมิดกฎหมายภายในอย่างชัดเจน (manifest) ซึ่งคำว่า "เป็นการละเมิดอย่างชัดเจน" นี้ ข้อ 46 (2) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ได้ให้คำนิยามเอาไว้ว่า กฎหมายภายในดังกล่าวจะต้องเป็นกรณีที่ปรากฏหลักฐานของรัฐคู่สัญญาฝ่ายที่กล่าวอ้างนั้นว่าเป็นสิ่งที่ได้ปฏิบัติอยู่เป็นปกติ (normal practice) และโดยสุจริต (in good faith) * และประการที่สอง จะต้องเป็นการละเมิดต่อข้อกำหนดตามกฎหมายภายในเกี่ยวกับการยอมรับที่จะผูกพันตามสนธิสัญญา (consent to bound by a treaty) และข้อกำหนดจะต้องเป็นหลักการสำคัญพื้นฐานที่สำคัญของประเทศ (rule of its internal law of fundamental importance) ซึ่งหมายถึง ข้อจำกัดทางรัฐธรรมนูญ (Constitution Limitation) ซึ่งเป็นกฎหมายภายในที่กำหนดว่า สนธิสัญญาจะไม่มีผลใช้บังคับจนกว่าจะได้รับความเห็นชอบ (approval) หรือให้สัตยาบัน (ratification) ของรัฐสภา¹² เช่น ในรัฐธรรมนูญของเม็กซิโก อาร์เจนตินา สวิตเซอร์แลนด์ ไนโรบี¹³

* Article 46(2)

" 2. A violation is manifest if it would be objectively evident to any state conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith"

12. T.O. Elias, The Modern Law of Treaties (New York : Oceana Publication, Inc., 1974), p. 143.

13. วิษณุ เครืองาม, การใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของไทย, หน้า 58-59.

สาธารณรัฐเยอรมัน¹⁴ และในสหรัฐอเมริกา¹⁵ เป็นต้น

ปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นกรณีที่เป็นการละเมิดต่อข้อกำหนดที่เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของประเทศ กล่าวคือ เป็นการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญซึ่งย่อมเป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญประเทศอย่างแน่นอน แต่ประเด็นปัญหานี้ไม่ใช่การละเมิดต่อข้อกำหนดตามกฎหมายภายในเกี่ยวกับการยอมรับที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาแต่อย่างใด เนื่องจากรัฐธรรมนูญของประเทศไทยไม่ได้กำหนดว่าในการทำสนธิสัญญานั้น จะต้องมีการเสนอให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบก่อนที่จะมีการลงนามหรือการสัตยาบันต่อสนธิสัญญา อันจะทำให้สนธิสัญญามีผลผูกพันคู่สัญญา และผลการไม่ให้ความเห็นชอบนั้น และรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้บัญญัติว่าจะมีผลทำให้สนธิสัญญานั้นไม่มีผลใช้บังคับแต่อย่างใด ซึ่งรัฐธรรมนูญของไทยคงไม่ได้คาดหวังให้มีผลเช่นนั้น เป็นที่น่าสังเกตว่าข้อยกเว้นดังกล่าวนี้มักจะเกิดขึ้นในกรณีที่ประเทศคู่สัญญานั้น ถือหลักตามทฤษฎีเอกนิยม (Monistic Doctrine) คือ สนธิสัญญาสามารถมีผลใช้บังคับได้ทันทีตั้งเป็นกฎหมายภายใน จึงต้องบัญญัติข้อจำกัดทางรัฐธรรมนูญเพื่อให้รัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบก่อน เพื่อความมั่นใจ แต่ประเทศไทยนั้นถือหลักตามทฤษฎีทวินิยม (Dualistic Doctrine) ที่สนธิสัญญาจะไม่มีผลบังคับเป็นกฎหมายภายในทันที แต่จะมีผลเป็นกฎหมายภายในต่อเมื่อมีการออกกฎหมายภายในมารองรับสนธิสัญญานั้น หรือมีกฎหมายภายในรองรับอยู่แล้ว นอกจากนี้ ข้อเท็จจริงของปัญหาดังกล่าวนั้นคงจะถือว่าเป็นการละเมิดกฎหมายภายในอย่างชัดเจนไม่ได้ เนื่องจากในขณะที่ทำสนธิสัญญานั้นธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2502 นั้น ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการให้ความเห็นชอบโดยชัดเจน ซึ่งประเด็นที่สำคัญที่สุดก็คือ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทยนั้น ไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า การไม่ปฏิบัติตามกระบวนการให้ความเห็นชอบของรัฐสภานั้น

14. สมปอง สุจริตกุล, "สัตยาบันและผลบังคับของสนธิสัญญา", บทบันทึก 20 (2505), หน้า 583.

15. Myres S. McDougal and W. Michael Reisman, International Law in Contemporary Perspective (New York : The Foundation Press, 1981), pp. 1123-1124. and Noyes E. Leech, Covey T. Oliver and Joseph Modeste Sweeney, Cases and Materials on International Legal System (New York : The Foundation Press, 1973), pp. 995-1031.

จะทำสนธิสัญญา ไม่มีผลใช้บังคับแต่อย่างใด และประเทศไทยไม่เคยมีแนวทางที่ถือว่าเป็นการปฏิบัติอยู่เป็นปกติ (normal practice) ที่จะถือว่าสนธิสัญญาจะ ไม่มีผลใช้บังคับ (effect) ถ้าไม่ได้รับการให้ความเห็นชอบจากรัฐสภาอันจะถือว่าเป็นการละเมิดโดยชัดแจ้ง (manifest) ตามความหมายของข้อ 46(2) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ดังนั้น ประเทศไทยจึงไม่สามารถหยิบยกข้อยกเว้นตามข้อ 46 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาขึ้นมากล่าวอ้างว่าพันธกรณีตามสนธิสัญญาทางไมตรีฯ ไม่มีผลใช้บังคับหรือเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายภายในได้

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงเห็นว่าประเทศไทยจะอ้างเอาเหตุแห่งการไม่มีการเสนอสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยและสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2509 ให้สภาร่างรัฐธรรมนูญให้ความเห็นชอบนั้นว่า ไม่มีพันธกรณีตามสนธิสัญญาดังกล่าวนั้นไม่ได้ กล่าวคือ พันธกรณีระหว่างประเทศนั้นได้เกิดขึ้นแล้วเมื่อมีการลงนามและมีการแลกเปลี่ยนสัตยาบันสาร ซึ่งเป็นการยอมรับ (consent) ขึ้นสุดท้ายที่เป็นการแสดงเจตนาอย่างเป็นทางการของประเทศไทย ที่จะยอมรับและปฏิบัติตามพันธกรณีที่มิอยู่ในสนธิสัญญาแล้ว ส่วนการไม่ปฏิบัติตามกระบวนการของรัฐธรรมนูญนี้ จะมีผลเพียงแต่รัฐสภาอาจจะไม่ให้ความเห็นชอบต่อสนธิสัญญาดังกล่าว และไม่ยอมรับที่จะออกกฎหมายภายในมารองรับสนธิสัญญา ทำให้สนธิสัญญานั้นไม่อาจใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในและในศาลของประเทศไทยได้ นอกจากนี้ การไม่ปฏิบัติตามกระบวนการของรัฐธรรมนูญนี้ ถือเป็น การละเมิดรัฐธรรมนูญที่ฝ่ายบริหารจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเท่านั้น

ข. ปัญหาพันธกรณีการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยและสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2509

เมื่อประเทศไทยมีพันธกรณีต่อสหรัฐอเมริกาตามสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยและสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2509 ดังที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 4.1 ก. ข้างต้น ปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปก็คือ ขอบเขตของพันธกรณีการให้ความคุ้มครองในเรื่องลิขสิทธิ์ตามข้อ 5(2) ของสนธิสัญญาทางไมตรีฯ มีอยู่มากน้อยเพียงใด และข้อเรียกร้องในการขอความคุ้มครองในเรื่องลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา นั้น เป็นไปตามพันธกรณีที่ประเทศไทยมีอยู่หรือไม่ อย่างไร โดยสามารถแบ่งหัวข้อการพิจารณาได้ดังนี้ คือ

(1) ขอบเขตของพันธกรณีการให้ความคุ้มครองในเรื่องลิขสิทธิ์ตามสนธิสัญญาทางไมตรีฯ มีอยู่มากน้อยเพียงใด

(1.1) เจตนารมณ์ของข้อ 5(2) แห่งสนธิสัญญาทางไมตรีฯ

เจตนารมณ์ที่แท้จริงของการให้ความคุ้มครองในเรื่องลิขสิทธิ์ รวมทั้งสิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า ชื่อการค้า และแบบแผนตามข้อ 5(2) ของสนธิสัญญาทางไมตรีฯ บัญญัติกล่าวนี้ มุ่งประสงค์เพียงเพื่อไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติ (discrimination) ต่อคนชาติและบริษัทของประเทศคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เมื่ออยู่ในอาณาเขตของประเทศคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น คือเมื่อคนชาติหรือบริษัทของประเทศคู่ภาคีฝ่ายหนึ่งได้เข้ามาอยู่ในอาณาเขตของประเทศคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง ประเทศคู่ภาคีผู้เป็นเจ้าของอาณาเขตจะต้องให้สิทธิหรือให้ความคุ้มครองแก่คนชาติและบริษัทของประเทศคู่ภาคี เช่นเดียวกับที่ได้ให้กับคนชาติและบริษัทของตน ทั้งนี้โดยที่พันธกรณีดังกล่าวมิได้มุ่งที่จะก่อให้เกิดระบบลิขสิทธิ์ ระหว่างประเทศหรือการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศแต่อย่างใด กล่าวคือไม่ได้มุ่งให้ประเทศคู่ภาคีฝ่ายหนึ่งให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของคนชาติและบริษัทของประเทศคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งไม่ว่าจะไปสร้างสรรคงานที่ใดในโลกก็ตาม ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1. โดยปกติพันธกรณีเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองในเรื่องลิขสิทธิ์ รวมทั้งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ ที่ปรากฏในสนธิสัญญาทางไมตรีฯ นั้น เป็นไปตามแบบแผนของสนธิสัญญาของนานาประเทศ ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่ในสมัยก่อนประเทศต่าง ๆ มักจะดำเนินนโยบายไปในลักษณะปกป้องตนเอง (Protectionism) กล่าวคือ ไม่ให้ความคุ้มครองแก่คนต่างชาติ หรือให้ความคุ้มครองแก่ต่างชาติน้อยกว่าคนชาติของตนเอง ซึ่งรวมถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาด้วย ดังนั้น ประเทศต่าง ๆ จึงต้องการให้คนชาติหรือบริษัทของตนเมื่ออยู่ในอีกประเทศหนึ่งจะได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวหรือเท่าเทียมกับคนชาติหรือบริษัทของประเทศนั้น แต่สำหรับกรณีของสนธิสัญญาทางไมตรีฯ ระหว่างประเทศไทยกับสหรัฐอเมริกา มีเหตุผลเฉพาะที่แตกต่างออกไป กล่าวคือ ในขณะที่มีการจัดทำสนธิสัญญาที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ในสนธิสัญญาทางไมตรีฯ ระหว่างประเทศไทยกับสหรัฐอเมริกาเป็นครั้งแรก เมื่อปี พ.ศ. 2463 หรือ ค.ศ. 1920 นั้น อยู่ในระหว่างช่วงเวลาประเทศไทยสูญเสียสิทธิภายนอกอาณาเขตให้แก่ชาติตะวันตก รวมทั้งสหรัฐอเมริกาด้วย ซึ่งอาจจะกล่าวได้ว่า ในสมัยนั้นคนชาติและคนในบังคับ

ของชาติตะวันตกเหล่านั้นมีสิทธิหรือได้รับความคุ้มครองที่แตกต่างไปจากคนไทย คือ ไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายไทยและไม่ต้องขึ้นศาลไทย สนธิสัญญาทางไมตรีฯ ฉบับปี พ.ศ. 2463 นี้จึงมีวัตถุประสงค์ที่ยกเลิกอำนาจศาลกงสุลของชาติตะวันตก รวมทั้งข้อจำกัดด้านภาษีอากรตามที่ประเทศไทยได้ทำสนธิสัญญาผูกมัดเอาไว้ กล่าวคือ ผู้ร่างสนธิสัญญาทางไมตรีฯ มุ่งประสงค์ที่จะดำเนินการทำความตกลงที่กำหนดให้คนอเมริกันและคนในบังคับในประเทศไทยยอมรับปฏิบัติตามกฎหมายไทย ยอมขึ้นศาลไทย รวมทั้งกำหนดให้คนอเมริกันและคนในบังคับอเมริกันมีสิทธิเช่นเดียวกับคนไทย ดังปรากฏในหนังสือลงวันที่ 30 เมษายน 2455 (April 30, 1912) ของพระยาภิบาลฯ ณ ไมตรี (นายเจมส์ เวสเตนการ์ด) ซึ่งเป็นผู้ร่างสนธิสัญญาดังกล่าว ถึงกรมพระยาเทววงษ์วิโรภากร เสนาบดีกระทรวงต่างประเทศเกี่ยวกับร่างหนังสือสัญญาทางพระราชไมตรีฯ ฉบับปี พ.ศ. 2463 ตอนหนึ่งความว่า

"... Let me repeat that this draft covered only the surrender of jurisdiction, on the one hand, and on the other hand the placing of American citizens in Siam on the same footing as Siam subjects. ..." ¹⁶

นอกจากนั้น ในหนังสือฉบับเดียวกัน พระยาภิบาลฯ ณ ไมตรี ได้กล่าวถึงการดำเนินความพยายามเพื่อให้คนอเมริกันในประเทศไทยมีสิทธิเช่นเดียวกับคนในบังคับสยามหรือ

16. หนังสือของพระยาภิบาลฯ ณ ไมตรี ถึง กรมพระยาเทววงษ์วิโรภากร ลงวันที่ 30 เมษายน 2455 (April 30, 1912) แนบหนังสือกระทรวงการต่างประเทศ ที่ 2/967 ลงวันที่ 1 พฤษภาคม ร.ศ. 131 จากกรมพระยาเทววงษ์วิโรภากรราบทูลพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว, แน้ม สร 0201.28.2 (กรุงเทพมหานคร : หอจดหมายเหตุแห่งชาติ), หน้า 1.

คนในบังคับของชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งจากสยาม * และให้คนสยามในสหรัฐอเมริกา มีสิทธิเช่นเดียวกับคนในบังคับอเมริกัน หรือคนในบังคับของชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งจากสหรัฐอเมริกา ดังนี้

"There is one point, chiefly theoretical, to which I should like to draw your attention. By the old treaties with the United States **, Americans were given many rights in Siam ; but Siamese subjects were given few if any rights in the United States. By the American proposal, the inequality is removed ; these rights are put upon the bases of reciprocity ; that is to say, if in regard to a certain matter, Americans in Siam are given the same rights as the subjects of the most favored nation or as Siamese subjects, so Siamese in America are there given also the rights of the subjects of the most favored nation or as native Americans. I call this a theoretical point because in fact the Siamese so seldom go abroad to

* ในสนธิสัญญาระหว่างกรุงสยามกับสหพันธรัฐอเมริกา ค.ศ. 1920 (พ.ศ. 2463) ให้ใช้หลักชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favored Nation : MFN) รวมทั้งในข้อ 12 เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาต่าง ๆ ด้วย แต่ต่อมาเมื่อมีการจัดทำสนธิสัญญาทางไมตรีฉบับใหม่ ในปี พ.ศ. 2480 ก็ได้ยกเลิกหลัก MFN นี้ (ดูรายละเอียดเพิ่มเติมในหัวข้อ 2.3 ค.)

** "Old treaties with the United States." นั้นหมายความถึง สนธิสัญญาทางไมตรีฯ 2 ฉบับที่ประเทศไทยทำกับสหรัฐอเมริกา คือ

- (1) หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรี ประเทศอเมริกันและประเทศสยาม คฤษัตศักราช 1833 (พ.ศ. 2376) และ
- (2) หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรีประเทศอเมริกันและประเทศสยาม ค.ศ. 1856 (พ.ศ. 2399)

make their living. It is not without interest, however." ¹⁷

ซึ่งเจตนารมณ์ที่จะให้คนอเมริกันในประเทศไทยมีสิทธิเช่นเดียวกับคนไทยหรือได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับคนไทยนี้ ได้ถูกนำมาบรรจุไว้ในแนวความคิดในการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามสนธิสัญญาทางไมตรีฯ นี้ด้วย ดังจะเห็นได้จากในหนังสือของพระยาภักขยา ณ ไมตรี ฉบับดังกล่าว พระยาภักขยา ณ ไมตรีเสนอให้รัฐบาลสยาม โดยกรมพระยาเทววงศ์วโรปการให้ออกหนังสือรับรอง (letter of assurance) เพื่อเป็นประกันต่อรัฐบาลสหรัฐอเมริกาว่า ประเทศไทยจะให้ความคุ้มครองคนอเมริกันเท่ากับคนไทยหรือคนในบังคับ หรือคนชาติหรือคนในบังคับของชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งในเรื่องเกี่ยวกับข้อตกลงเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อให้สหรัฐอเมริกายอมรับที่จะให้คนอเมริกันในประเทศไทยยอมรับและปฏิบัติตามกฎหมายไทย ซึ่งร่างหนังสือดังกล่าวมีข้อความในส่วนที่เกี่ยวกับลิขสิทธิ์ ดังนี้

"Referring to Article XIV * of the treaty signed by us this date, guaranteeing equality of protection with the citizens of subjects of with the citizens or subject of the most favored nation, in regard to patents, trade-marks, trade-names, designs and copyrights, I have the honor to inform you that the proposed Siamese Code will :-

17. หนังสือของพระยาภักขยา ณ ไมตรี ถึง กรมพระยาเทววงศ์วโรปการ ลงวันที่ 30 เมษายน 2455 แนบหนังสือกระทรวงการต่างประเทศ ที่ 2/967 ลงวันที่ 1 พฤษภาคม ร.ศ. 131 ของกรมพระยาเทววงศ์วโรปการ กราบทูลพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว, แฟ้ม สร 0201.28.2 (กรุงเทพมหานคร : หอจดหมายเหตุแห่งชาติ), หน้า 13-14.

* ในร่างสนธิสัญญาทางพระราชไมตรีฯ พ.ศ. 2463 นั้น ข้อตกลงเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอยู่ในข้อ 16 แต่เมื่อมีการแก้ไขร่างสนธิสัญญาดังกล่าว ได้มีการจัดลำดับของข้อตกลงดังกล่าวใหม่ โดยถูกกำหนดไว้ในข้อ 12 แทน

.....

3. Provide Laws and facilities for the registration for a fixed term of years of any lawful book, map, print or engraving, with civil and criminal remedies appropriate to the case.

.....

I venture to call your attention, however, to the fact that so long as consular jurisdiction continues to exist in Siam, my Government cannot undertake to afford protection to American citizens in this regard in so far as concerns foreign subjects under consular jurisdiction. If an American proprietor suffers injury from such a source, he must seek protection, if any, in the law administered by the appropriate consular court."

อนึ่ง เป็นที่น่าสังเกตว่า ร่างหนังสือฉบับดังกล่าวเป็นการกล่าวอธิบายถึงการดำเนินการของฝ่ายไทยต่อข้อตกลงเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามสนธิสัญญา ซึ่งก็ไม่มีผลแสดงให้เห็นถึงว่าประเทศไทยจะให้ความคุ้มครองตามข้อตกลงดังกล่าวในลักษณะเป็นการก่อตั้งระบบลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศขึ้นมาดังที่กล่าวอ้างกัน

2. ในหนังสือคำอธิบายเรื่อง "สัญญาทางพระราชไมตรีระหว่างสยามกับต่างประเทศ" ของหลวงสิทธิสยามการ ในส่วนที่เกี่ยวกับหัวข้อ เครื่องหมายการค้า เปเตนต์ ลิขสิทธิ์ ฯลฯ ตอนหนึ่ง ความว่า

"...อนึ่งพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 ของเรา ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองในเรื่องลิขสิทธิ์นั้น ก็ให้ความคุ้มครองในกรุงสยามเท่าเทียมกันหมด โดยไม่เลือกว่าเป็นคนในบังคับสยามหรือคนต่างด้าว..."¹⁸

18. หลวงสิทธิสยามการ, สัญญาทางพระราชไมตรีระหว่างสยามกับต่างประเทศ (พระนคร : โรงพิมพ์พระจันทร์, 2506), หน้า 223.

ซึ่งคำอธิบายดังกล่าวนี้ ได้แสดงให้เห็นเจตนารมณ์ของสนธิสัญญาทางไมตรีฯ เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทางด้านทรัพย์สินทางปัญญา โดยอธิบายให้เห็นว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองในเรื่องลิขสิทธิ์ในขณะนั้น ได้ตอบสนองหรือรองรับพันธกรณีตามสนธิสัญญาทางไมตรีฯ ที่ไม่ต้องการให้มีการเลือกปฏิบัติต่อคนชาติของตนในประเทศคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียบร้อยแล้ว โดยให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับเรื่องลิขสิทธิ์ในประเทศไทยเท่าเทียมกัน ไม่เลือกที่จะเป็นคนไทยหรือคนต่างชาติ

3. นอกจากนี้ แนวความคิดตามเจตนารมณ์ของสนธิสัญญาทางไมตรีฯ ที่ไม่ต้องการให้มีการเลือกปฏิบัตินี้ยังได้ปรากฏอยู่อย่างชัดเจนในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องการให้ความคุ้มครองในร่างกายและทรัพย์สินของประเทศคู่สัญญาเมื่ออยู่ในประเทศคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในสนธิสัญญาทางไมตรีฯ ระหว่างประเทศไทยกับสหรัฐอเมริกา ทั้ง 3 ฉบับ เช่นเดียวกับบทบัญญัติในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ดังนี้

(1) ในหนังสือสัญญาทางพระราชไมตรี การค้าขาย และการเดินเรือ ระหว่างกรุงสยามกับสหปาลีรัฐอเมริกา พ.ศ. 2463 ข้อ 1 วรรค 3 ความว่า

" พลเมืองทุกคนในบังคับของประเทศที่ทำสัญญาใหญ่นี้ ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเมื่ออยู่ในอาณาเขตของประเทศอีกฝ่ายหนึ่งนั้น จะต้องได้รับความคุ้มครองป้องกันเป็นนิจอย่างซึ่งสำหรับกายตัวและทรัพย์สินสมบัติและในส่วนนี้จะต้องมีสิทธิและประโยชน์ เช่นเดียวกับที่ได้ให้แก่ชาวเมืองทุกคนในบังคับของประเทศนั้น เมื่อได้ยอมตัวอยู่ใต้ลักษณะต่าง ๆ ซึ่งมีบังคับไว้สำหรับชาวเมืองทุกคนในบังคับของประเทศนั้น"

" The Subjects or citizens of each of the High Contracting Parties shall receive, in the territories of the other, the most constant protection and security for their persons and property, and shall enjoy in this respect the same rights and privileges as are or may be granted to native subjects or citizen on their submitting themselves to the conditions imposed upon the native subject or

citizens" ¹⁹

(2) ในสนธิสัญญาทางไมตรี พาณิชย์ และการเดินเรือ ระหว่างประเทศไทยกับ สหปาลีรัฐอเมริกา พ.ศ. 2480 ข้อ 1 วรรค 3 ความว่า

" คนชาติแห่งอัครภาคีผู้ทำสัญญาแต่ละฝ่ายจะได้รับความคุ้มครองและความมั่นคง เป็นเนื่องนิจ เมื่ออยู่ในอาณาเขตร์ของอีกฝ่ายหนึ่ง สำหรับตัวตนและทรัพย์สินของตน และใน การนี้จะ ได้อุปโภคสิทธิและเอกสิทธิอย่างเดียวกันกับที่ให้หรือจะ ได้ให้แก่คนชาติแห่งรัฐถิ่นที่อยู่ ทั้งนี้ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขซึ่งตั้งบังคับแก่ชาติแห่งรัฐถิ่นที่อยู่ อนึ่งในการนี้จะ ได้อุปโภคความ คุ้มครองและความมั่นคงในขีดที่กฎหมายระหว่างชาติบังคับไว้ ส่วนทรัพย์สินนั้น ไม่ถูกเอาไปโดย ไม่ดำเนินการให้ถูกต้องตามกฎหมายหรือโดย ไม่ใช่เงินค่าทดแทนให้ตามยุติธรรม"

" The nationals of each of the High Contracting Parties shall receive, in the territories of the other, the most constant protection and security for their persons and property, and shall enjoy in this respect the same rights and privileges as are or may be granted to nationals of the State of residence on imposed upon nationals of the State of residence. They shall also enjoy in this respect that degree of protection and security that is requires by international law. Their property shall not be taken without due process of law or without payment of just compensation." ²⁰

19. กระทรวงการต่างประเทศ, กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, สนธิสัญญาและความ ตกลงทวิภาคี ระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ เล่ม 3 พ.ศ. 2463 - 2469 (พระนคร : โรงพิมพ์พระจันทร์, 2513), หน้า 4.

20. กระทรวงการต่างประเทศ, กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, สนธิสัญญาและความ ตกลงทวิภาคี ระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ เล่ม 5 พ.ศ. 2480 - 2484 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์พระจันทร์, 2518), หน้า 2.

(3) ในสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ ระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2509 ข้อ 2 ความว่า

" คนชาติของภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ภายในอาณาเขตของภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง จะได้รับความคุ้มครองและความมั่นคงเป็นเบื้องต้น..." ²¹

" Nationals of either Party within the territories of the other Party shall receive the most constant protection and security ... " ²²

ซึ่งบทบัญญัติในเรื่องการให้ความคุ้มครองชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินตามสนธิสัญญาทางไมตรีฯ นี้ หลวงสิทธิสยามการ ได้อธิบายเจตนารมณ์ของการให้ความคุ้มครองไว้ เช่นเดียวกับที่ได้อธิบายในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญา ดังนี้

" ทั้งนี้ หมายความว่าความคุ้มครองป้องกันเพื่อความปลอดภัยและความมั่นคงแห่งชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของคนในบังคับประเทศคู่สัญญานั้นเอง อันความปลอดภัยแห่งชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของบุคคลนั้น เป็นสาระสำคัญของความสงบเรียบร้อยของประชาชน ฉะนั้น เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของประชาชนในอาณาเขตของตน รัฐบาลที่เกี่ยวข้อง จะต้องให้ความคุ้มครองป้องกันอย่างเต็มที่แก่คนที่อยู่ในอาณาเขต โดยไม่เลือกกว่าเป็นคนพื้นเมืองหรือคนต่างด้าว

.....

ศูนย์วิทยุทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

21. กระทรวงการต่างประเทศ, กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย, สนธิสัญญาและความตกลงทวิภาคี ระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ เล่ม 9 พ.ศ. 2509 - 2512 (กรุงเทพมหานคร : ศรีเดชา, 2529), หน้า 32.

22. เรื่องเดียวกัน, หน้า 25.

อันแท้จริงในกรุงสยาม กฎหมายไทยก็ให้ความคุ้มครองอย่างเดียวกันทั้งนี้ โดยไม่เลือกว่าเป็นคนต่างด้าวหรือคนพื้นเมือง..."²³

4. ปัจจัยสำคัญอีกประการหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของข้อ 5 (2) แห่งสนธิสัญญาทางไมตรีฯ ฉบับ พ.ศ. 2509 ก็คือเหตุการณ์ตราพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 ที่มีเจตนารมณ์เพื่อเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณี (Obligation) ที่ประเทศไทยมีต่อประเทศคู่กันตามหนังสือรับรอง (letter of assurance) เกี่ยวกับการลงนามในสนธิสัญญาทางพระราชไมตรี พาณิชย์ และการเดินเรือ เมื่อ พ.ศ. 2466 และความตกลงที่ประเทศไทยได้ทำกับประเทศฝรั่งเศสในข้อ 24 วรรคสอง ของหนังสือสัญญาทางพระราชไมตรี การค้าขาย และการเดินเรือ ระหว่างสยามกับฝรั่งเศส พ.ศ. 2467 ที่กำหนดให้ประเทศไทยจะต้องให้ความคุ้มครองวรรณคดีและศิลปกรรม โดยจะต้องตรากฎหมายให้อนุรูปกลมเกลียวกับหลักอนุสัญญากรุงเบอร์นวาด้วย การคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมที่ทำ ณ กรุงเบอร์น ค.ศ. 1886 ที่ได้แก้ไข ณ กรุงเบอร์ลิน ค.ศ. 1908 และเสริมสมบูรณ์ด้วยโปรโตคอลเพิ่มเติม ณ กรุงเบอร์น ค.ศ. 1914²⁴ แต่ในขณะเดียวกันนั้น ในหนังสือสัญญาทางพระราชไมตรี การค้าขาย และการเดินเรือระหว่างกรุงสยามกับ

ศูนย์วิทยพัชการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

23. หลวงสิทธิสยามการ, สัญญาทางพระราชไมตรีระหว่างสยามกับต่างประเทศ, หน้า 156-157.

24. กระทรวงการต่างประเทศ, "หนังสือ ที่ ก 6/597," 10 เมษายน 2471.

ญี่ปุ่น พ.ศ. 2466 ข้อ 16 * และหนังสือสัญญาทางไมตรี การค้าขาย และการเดินเรือระหว่างกรุงสยามกับฝรั่งเศส พ.ศ. 2467 ข้อ 24 วรรคสาม ** ก็มีบทบัญญัติที่การกำหนดให้ประเทศคู่สัญญาจะต้องให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเช่นเดียวกับข้อ 5(2) ของสนธิสัญญาทางไมตรีระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกาพ.ศ. 2509 เช่นกัน ดังนั้น หากจะตีความว่าข้อ 5(2) แห่งสนธิสัญญาทางไมตรีฉบับดังกล่าวเป็นการสร้างระบบลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศนั้นคงไม่ถูกต้อง ทั้งนี้เพราะหากการที่ญี่ปุ่นและฝรั่งเศสได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ตามหนังสือสัญญาทางพระราชไมตรี ข้อ 16 และข้อ 24 วรรคสามดังกล่าว นั้น ถือว่าเป็นการได้รับความคุ้มครองตามระบบลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองที่มากกว่าการให้ความคุ้มครองตามในระบบภาคีสัญญากรุงเบอร์ลิน เสียอีกอยู่แล้ว เหตุใดญี่ปุ่นและฝรั่งเศสจึงต้องเรียกร้องให้ประเทศไทยจะต้องให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของญี่ปุ่นและฝรั่งเศส โดย

* Treaty between Siam and Japan, signed at Bangkok, 10th March 1924 and ratification exchange at Bankok, 22nd December 1924.

" Article XVI

The subjects of the High Contracting Parties shall enjoy in the territories and possessions of the other, upon fulfilment of the formalities prescribed by law, the same protection as native subjects, or the subjects or citizens of the nation most favoured in these respect, in regard to patents, trade-marks, designs and copyrights."

** หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรี การค้าขาย และการเดินเรือระหว่างสยามกับฝรั่งเศส พ.ศ. 2467 ข้อ 24 วรรคสาม

"อนึ่ง คงเป็นที่เข้าใจกันว่าในกรณีใด ๆ ก็ดี ในแผนกการเหล่านี้ (ในข้อ 24 วรรคสอง ได้กล่าวถึง การคุ้มครองอุตสาหกรรมสมบัติ เครื่องหมายหัตถกรรม เครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ และการปราบปรามมิให้มีการแสดงเท็จซึ่งกำเนิดที่มาของสินค้า) คนสังกัดชาติของอัครภาคีสัญญานี้ แต่ละฝ่ายจะต้องได้รับผลคุ้มครองในอาณาเขตของอีกฝ่ายหนึ่งอย่างเดียวกันกับคนพื้นเมืองภาคคนสังกัดของชาติที่โปรดให้ได้ประโยชน์อย่างยิ่ง"

ผ่านอนุสัญญากรุงเบอร์นที่ทั้งสองประเทศเป็นสมาชิกอยู่อีก * โดยเฉพาะในกรณีของฝรั่งเศส จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ในข้อ 24 วรรคสอง เป็นเรื่องของการกำหนดให้ประเทศไทยเข้า เป็นภาคีสมาชิกระบบลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ ส่วนในข้อ 24 วรรคสาม เป็นเรื่องของการ กำหนดให้มีการคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่คนชาติและคนในบังคับในอาณาเขตของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ทำ เทียบกับคนชาติของประเทศคู่สัญญาต้น

อนึ่ง เมื่อการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 เป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีที่ประเทศไทยมีต่อกับฝรั่งเศสแล้ว และหากประเทศไทย มีพันธกรณีที่จะต้องให้ความคุ้มครองแก่ลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาในระบบลิขสิทธิ์ระหว่าง ประเทศตามที่สหรัฐอเมริกาเรียกร้องจริง แล้วเหตุใดผู้ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรม และศิลปกรรมพ.ศ. 2474 จึงไม่ได้บัญญัติข้อตกลงในการให้คุ้มครองแก่คนชาติและบริษัทของ ประเทศเหล่านั้นตามสนธิสัญญาดังกล่าวในพระราชบัญญัติฉบับนี้ ทั้ง ๆ ที่รู้ว่าประเทศไทย มีพันธกรณีอยู่กับต่างประเทศ ดังจะเห็นได้จากเจตนารมณ์ของการร่างพระราชบัญญัตินี้ ดังที่ ได้ปรากฏในตอนหนึ่งของรายงานประชุมกรรมการพิจารณาการออกกฎหมายคุ้มครองวรรณกรรม และศิลปกรรม ครั้งที่ 1 วันที่ 31 พฤษภาคม พ.ศ. 2471 อีกด้วย ความว่า

" พระยานิติศาสตร์ฯ เสนอว่า บทกฎหมายเท่าที่มีอยู่ในพระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ หนังสือที่ใช้อยู่ในเวลานี้ เช่น เคยมีปัญหาในเรื่องจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ รูปภาพ รูปถ่าย เป็นต้น นอกจากนั้น ยังมีข้อตกลงในสัญญาทางพระราชไมตรีที่บังคับให้เราจำเป็นต้องชวยความคุ้มครอง กรรมสิทธิ์หนังสือและศิลปกรรมที่ได้ทำหรือพิมพ์ขึ้นในต่างประเทศ ซึ่งกฎหมาย ณ บัดนี้คุ้มครอง เพียงการทำและพิมพ์ขึ้นในราชอาณาจักรเท่านั้น" **

* ฝรั่งเศสเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญากรุงเบอร์น ตั้งแต่วันที่ 5 ธันวาคม ค.ศ. 1887 และญี่ปุ่นเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญากรุงเบอร์น ตั้งแต่วันที่ 15 กรกฎาคม ค.ศ. 1899.

** กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยในขณะนั้น คือ พระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือ ร.ศ. 120 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขพระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือ พ.ศ. 2457



หรือแม้กระทั่งในการร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 เองก็ตาม ผู้ร่างก็มีได้บัญญัติให้ความคุ้มครองพันธกรณีตามสนธิสัญญาทางไมตรีไว้แต่อย่างใด นอกจากนี้ ในขณะที่มีการร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 นี้ คณะกรรมการพิจารณาแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 ได้มีการพิจารณาว่า ควรขยายความคุ้มครองไปยังประเทศอื่นที่ไม่ได้เป็นภาคีสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยเป็นสมาชิกอยู่ด้วยหรือไม่ เช่น สหรัฐอเมริกา ตามหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติหรือไม่ ซึ่งที่ประชุมคณะกรรมการฯ ได้ลงมติไม่ควรรให้ประเทศต่าง ๆ ดังกล่าวได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์²⁵ โดยไม่ได้กล่าวถึงกรณีในประเทศไทยมีพันธกรณีตามสนธิสัญญาทางไมตรีไว้แต่อย่างใด

นอกจากนี้ แม้กระทั่งกระทรวงศึกษาธิการที่เป็นหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบเกี่ยวกับเรื่องลิขสิทธิ์เองก็ได้ให้ความเห็นเอาไว้ว่า พันธกรณีตามข้อ 5(2) แห่งสนธิสัญญาทางไมตรี ระหว่างราชอาณาจักรไทยและสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2509 นั้น ไม่ได้เป็นการก่อตั้งระบบลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศแต่อย่างใด²⁶

จากข้อเท็จจริงที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้แสดงให้เห็นว่า ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา ฝ่ายไทยมีความเข้าใจกันมาอย่างต่อเนื่องโดยตลอดว่า แม้ว่าในมาตรา 5(2) จะกำหนดให้ใช้หลักปฏิบัติที่มีผลอย่างคนชาติ (National Treatment) ก็ตาม แต่หลักดังกล่าวนั้นแตกต่างจากหลัก National Treatment ทั่วไป กล่าวคือ หลักดังกล่าวถูกจำกัดขอบเขตอยู่ภายในอาณาเขตของประเทศคู่สัญญาเท่านั้น (National Treatment in Territory) คือ ข้อ 5(2) มีจุดประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองคนชาติและบริษัทของแต่ละฝ่ายเมื่อมาอยู่ในอาณาเขตของประเทศคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ให้ได้รับความคุ้มครองเท่ากับคนชาติหรือบริษัทเจ้าของ

25. กรมศิลปากร, "รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474, ครั้งที่ 7/2519," 30 พฤศจิกายน 2519. วาระที่ 3 เรื่องหมวด 6 ลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ

26. เหตุผลประกอบการแก้ไขแนบท้ายหนังสือกระทรวงศึกษาธิการ ที่ ศษ 0706/11425 ลงวันที่ 29 เมษายน 2530 เรื่องการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521

อาณาเขต²⁷ ซึ่งเมื่อเทียบหลักดังกล่าวนี้กับหลัก National Treatment ตามมาตรา 3 ของข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT) แล้วจะเห็นได้ว่าเป็นไปในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ มาตรา 3 ของ GATT ซึ่งก็พัฒนาหลัก National Treatment มาจากโบราณคดีนั้นก็กำหนดให้รัฐเจ้าของสัญชาติบังคับใช้กฎหมายในเรื่องที่อยู่ในอาณาเขตต่อคนชาติของตนและคนต่างชาติดังกล่าวอย่างเท่าเทียมกัน เช่น ถ้ารัฐ ก. เก็บภาษีภายในประเทศจากสินค้าที่คนชาติของตนเองผลิตในอาณาเขตของตนเองอย่างไร ก็จะต้องเก็บภาษีจากสินค้าของคนต่างชาตินั้นที่ผลิตในอาณาเขตของตนเช่นเดียวกัน โดยไม่ผูกพันไปถึงการที่รัฐบาลของประเทศเจ้าของสัญชาติของผู้นั้นจะเก็บภาษีต่อสินค้าที่ผลิตโดยคนชาติของรัฐ ก. เท่ากันหรือไม่²⁸ นอกจากนี้แม้ว่าจะผูกพันต่อการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในอาณาเขตของประเทศก็ตามก็ยังมิใช่ว่าแต่ละประเทศจะกำหนดหลักเกณฑ์เป็นพิเศษตามกฎหมายภายในในแต่ละเรื่องได้อีกด้วย²⁹ ซึ่งก็มีลักษณะเช่นเดียวกับเงื่อนไขของการให้ความคุ้มครองตามข้อ 5(2) แห่งสนธิสัญญาทางไมตรีฯ ที่ได้ กำหนดไว้ในข้อความตอนหนึ่งที่ว่า "เมื่อได้ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับที่ใช้อยู่ ถ้าหากมี" (upon compliance with the applicable laws and regulations, if any) กล่าวคือ ข้อ 5(2) นี้กำหนดว่า คนชาติหรือบริษัทของประเทศคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดที่จะได้รับความคุ้มครองจากประเทศคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ก็ต่อเมื่อคนชาติหรือบริษัทนั้นได้ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของประเทศคู่สัญญาฝ่ายนั้นที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่คนชาติและบริษัทได้ก่อให้เกิดสิทธิดังกล่าวขึ้นเสียก่อน ถ้าหากมีกฎหมายและข้อบังคับที่จะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งหมายถึงว่า เป็นการเปิดโอกาสให้ประเทศคู่ภาคีที่จะให้ความคุ้มครอง สามารถวางเงื่อนไขต่าง ๆ ไว้ในกฎหมายหรือข้อบังคับต่าง ๆ ได้ ซึ่งประเทศไทยก็ได้วางเงื่อนไขในการที่จะได้รับความคุ้มครองเอาไว้ก็คือเงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลป

27. สूरเกียรติ์ เสถียรไทย, "ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์ไทย-สหรัฐอเมริกา : ข้อคิดสำหรับประเทศไทย", วารสารกฎหมาย 11(กรกฎาคม - กันยายน 2530), หน้า 152.

28. เรื่องเดียวกัน และ สूरเกียรติ์ เสถียรไทย, กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ : การควบคุมการค้าระหว่างประเทศโดยรัฐ (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 53 - 58.

29. มาตรา 3(8) ของ GATT

กรม พ.ศ. 2474 คือ ผู้สร้างสรรค่ออเมริกันจะต้องโฆษณางานครั้งแรกในประเทศไทย หรือเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย และในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 กล่าวคือ ถ้างานนั้นยังไม่ได้โฆษณา ผู้สร้างสรรค่ออเมริกันจะต้องอยู่ในประเทศไทยตลอดระยะเวลาหรือเป็นส่วนใหญ่ในการสร้างสรรค่งานนั้น หรือโฆษณาครั้งแรกในประเทศไทย คือ เมื่ออยู่ในประเทศไทยและปฏิบัติตามเงื่อนไขตามที่กฎหมายดังกล่าวแล้วจึงจะได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับคนไทยและบริษัทไทย

ดังนั้น ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นนี้ จะเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ที่แท้จริงของข้อ 5 (2) แห่งสนธิสัญญาทางไมตรีฯ ระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2509 นี้ คือ เพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติต่อคนชาติและบริษัทที่อยู่ในอาณาเขตของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น ประกอบกับหลักการตีความสนธิสัญญาในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ในมาตรา 31(1) นั้นกำหนดให้ตีความตามเจตนารมณ์ โดยถือว่าการตีความตามเจตนารมณ์เป็นสำคัญกว่าการตีความตามตัวอักษร จึงแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า โดยแท้จริง แล้วคำว่า "within the territories of the other Party" ในข้อ 5(2) นั้นเป็นการขยายความคำว่า "nationals and companies" มิได้ขยายคำว่า "shall have...the same right" แต่อย่างใด นอกจากนี้สิ่งที่ต้องคำนึงถึงในการวิเคราะห์ความหมายของวลีดังกล่าวก็คือ เงื่อนไขการให้ความคุ้มครองท้ายข้อ 5(2) "เมื่อได้ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับที่ใช้อยู่ ถ้าหากมี" (upon compliance with the applicable laws and regulations, if any) ซึ่งหมายความว่า การที่จะได้สิทธิในอาณาเขตนั้นจะต้องเป็นไปตามกฎหมายและข้อบังคับที่ใช้อยู่ด้วย เมื่อเงื่อนไข คือ จะต้องอยู่ในประเทศไทยตลอดระยะเวลาหรือเป็นส่วนใหญ่ในการสร้างสรรค่งานนั้น หรือโฆษณาครั้งแรกในประเทศไทยแล้ว * ความหมายของ "shall have within the territories of the other Party the same right..." ก็จะต้องตีความตามนี้ดังกล่าวด้วย ดังนั้น หากจะแปลข้อความดังกล่าวของข้อ 5(2) แห่งสนธิสัญญาทางไมตรีฯ พ.ศ. 2509 นี้เป็นภาษาไทยแล้ว ควรจะแปลดังนี้เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของพันธกรณีดังกล่าว

* ดูรายละเอียดเพิ่มเติมในหน้า 224 - 228.

" 2. คนชาติและบริษัทของภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเมื่ออยู่ภายในอาณาเขตของภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง จะได้รับสิทธิอย่างเดียวกันกับคนชาติและบริษัทของภาคีอีกฝ่ายหนึ่งนั้น ในเรื่องสิทธิบัตรสำหรับการประดิษฐ์ เครื่องหมายการค้า ชื่อการค้า แบบแผน และลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมและศิลปกรรม เมื่อได้ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับที่ใช้อยู่ ถ้าหากมี"

(1.2) หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไข

บทบัญญัติข้อ 5(2) แห่งสนธิสัญญาทางไมตรีฯ นี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองสิทธิของประเทศคู่สัญญาในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาต่าง ๆ ไว้ดังนี้

(ก) ผู้ที่ได้รับความคุ้มครอง

ผู้ที่ได้รับความคุ้มครองตามข้อ 5(2) แห่งสนธิสัญญาทางไมตรีฯ นั้น ได้แก่

(ก.1) คนชาติ (Nationals) ของประเทศคู่สัญญา ซึ่งหมายถึงบุคคลธรรมดาผู้มีสัญชาติอเมริกันหรือมีสัญชาติไทยนั่นเอง

(ก.2) บริษัท (Companies) ของประเทศคู่สัญญา หมายถึง บริษัทที่ตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายและข้อบังคับที่ใช้ของภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ซึ่งให้ถือว่าสัญชาติของภาคีนั้น กล่าวคือ เมื่อกล่าวถึงบริษัทไทยจะได้แก่ นิติบุคคล (Juristic Persons) ภายใต้กฎหมายไทย ไม่ว่าจะนิติบุคคลนั้นจะจำกัดความรับผิดหรือไม่ และไม่ว่าจะดำเนินกิจการเพื่อแสวงหาผลกำไรเป็นเงินหรือไม่ และในกรณีที่เกิดกล่าวถึงบริษัทอเมริกันจะได้แก่ บริษัท (Corporations) ห้างหุ้นส่วน (Partnerships) บริษัท (Companies) และการรวมกลุ่มประเภทอื่น ๆ (Other associations) ไม่ว่าจะจำกัดความรับผิดหรือไม่ และไม่ว่าจะดำเนินกิจการเพื่อผลกำไรเป็นเงินหรือไม่

ทั้งนี้คำนิยามของคำว่า "Companies" หรือ "บริษัท" ดังกล่าว ได้กำหนดไว้ในข้อ

2(1) แห่งสัญญาทางไมตรีฯ ระหว่างราชอาณาจักรไทยและสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2509 *

(ข) วิธีการให้ความคุ้มครอง

ข้อ 5(2) แห่งสนธิสัญญาทางไมตรีฯ นี้ได้กำหนดวิธีการให้ความคุ้มครองสิทธิในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาเอาไว้ โดยประเทศคู่สัญญาจะต้องให้ความคุ้มครองแก่ประเทศคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยยึดหลักปฏิบัติที่มีผลอย่างคนชาติ (National Treatment) ** กล่าวคือ กำหนดให้ประเทศคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องให้ความคุ้มครองแก่คนชาติและบริษัทของประเทศคู่สัญญา

* ข้อ 2(1) แห่งสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยและสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2509 บัญญัติว่า

" 1. Companies constituted under the applicable laws and regulations of either Party shall be deemed to have the nationality of that Party and shall have their juridical status recognized within the territories of the other Party. As used in the present treaty. "companies" means :

(a) with reference to Thai companies : juristic persons under Thai laws, whether or not with limited liability and whether or not for pecuniary profit;

(b) with reference to United States companies : corporation, partnerships, companies, and other associations whether or not with limited liability and whether or not for pecuniary profit."

** ข้อ 5(2) แห่งสนธิสัญญาทางไมตรีฯ กำหนดว่า

" คนชาติและบริษัทของภาคีอีกฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด เมื่ออยู่ภายในอาณาเขตของภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง จะมีสิทธิอย่างเดียวกันกับคนชาติและบริษัทของภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง..."

" 2. Nations and companies of either Party shall have within the territories of the other Party the same rights as nations and companies of the other Party..."

อีกฝ่ายหนึ่ง โดยให้มีสิทธิเช่นเดียวกับที่ตนได้ให้แก่คนชาติและบริษัทของตน เช่น ในเรื่องอายุการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ หากกำหนดให้การคุ้มครองแก่คนไทยเป็นระยะเวลาตลอดชีวิตของเจ้าของลิขสิทธิ์และอีก 50 ปี นับตั้งแต่เสียชีวิต ก็จะต้องให้ความคุ้มครองแก่คนอเมริกันเช่นเดียวกัน จะกำหนดให้น้อยกว่า เช่น 25 ปีนับแต่โฆษณางานครั้งแรกนั้นไม่ได้ เป็นต้น

ซึ่งการที่ประเทศคู่สัญญาจะต้องให้สิทธิเช่นเดียวกับคนชาติและบริษัทนั้น สิทธินั้นจะเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายใด ในกรณีนี้จะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะเดียวกับสิทธินั้น ได้เกิดขึ้น ไม่ใช่กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่เกิดกรณีพิพาทหรือข้อโต้แย้งใดใด หรือข้อพิพาทนั้นได้ยุติลง คือ เป็นไปตามหลัก Inter - Temporal Law ซึ่งคำนิยามหรือความหมายของหลัก Inter - temporal Law นี้สามารถเห็นได้จากถ้อยคำของผู้พิพากษา Max Huber ในคดี Island of Palmas ที่ว่า

" ...a juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not of the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or falls to be settled."
และ

" As regard the question which of different legal systems prevailing at successive period is to be applied in a particular case (the so-called inter-temporal law), a distinction must be made between the creation of rights. The same principle which subjects the act creative of the right to the law in force at the time the right arises, demands that the existence of the right, in other words, its continued manifestation, shall follow the condition required by the evolution of law." ³⁰

30. Taslim O. Elias , The International Court of Justice and Some Contemporary Problems. Essay on international law. (Netherlands : Martimes Nijhoff Publishers, 1983), p.120.

ดังนั้น สำหรับกรณีเรื่องลิขสิทธิ์นั้น สิทธิตามข้อ 5(2) ของสนธิสัญญาทางไมตรีฯ จะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนี้ สนธิสัญญาดังกล่าวนั้นได้เกิดขึ้นคือ รัฐบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1909 (Copyright Act, 1909) สำหรับกรณีของสหรัฐอเมริกาที่จะต้องให้สิทธิแก่คนชาติและบริษัทไทย และพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 สำหรับกรณีที่ประเทศไทยจะต้องให้สิทธิแก่คนชาติและบริษัทอเมริกัน มิใช่สิทธิตามรัฐบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 หรือพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

(ค) ทรัพย์สินทางปัญญาที่จะได้รับความคุ้มครอง

ทรัพย์สินทางปัญญาที่ข้อ 5(2) แห่งสนธิสัญญาทางไมตรีฯ พ.ศ. 2509 นี้ได้กำหนดให้ประเทศคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องให้ความคุ้มครองแก่คนชาติและบริษัทของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ก็คือ

1. สิทธิบัตรสำหรับการประดิษฐ์ (patent for invention)
2. เครื่องหมายการค้า (trade marks)
3. ชื่อการค้า (trade names)
4. แบบแผน (designs)
5. ลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมและศิลปกรรม (copyright in literary and artistic works)

จะเห็นได้ว่าในส่วนที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองในเรื่องลิขสิทธิ์นั้น สนธิสัญญาทางไมตรีฯ ได้กำหนดความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมและศิลปกรรมเท่านั้น ซึ่งความหมายของคำว่า "ลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมและศิลปกรรม" (Copyright in literary and artistic work) นี้ เป็นประเด็นปัญหาที่มีการถกเถียงวิพากษ์วิจารณ์ว่า จะมีความหมายเพียงใด ขอบเขตเพียงใด ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า หมายถึงเฉพาะงานวรรณกรรมและศิลปกรรมเท่านั้น ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า หมายถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ไม่จำกัดเฉพาะงานวรรณกรรมและศิลปกรรมเท่านั้น

ซึ่งประเด็นปัญหาดังกล่าวนั้น มีข้อพิจารณาที่น่าสังเกตดังนี้

1. หากพิจารณาหรือตีความถ้อยคำดังกล่าวตามตัวอักษรแล้วจะเห็นได้ว่า คำว่า " ลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมและศิลปกรรม " นั้นควรจะหมายถึง กรณีที่ประเทศคู่ภาคีทั้งสองจะ

ต้องให้ความคุ้มครองเฉพาะงานวรรณกรรมและศิลปกรรมเท่านั้น ซึ่งจะเป็นไปตามความเห็นที่ 1

2. หากพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของคู่ภาคีทั้งสองประเทศต่อกัยคำดังกล่าวแล้ว จะเห็นว่า แต่เดิมในสนธิสัญญาทางไมตรีระหว่างราชอาณาจักรสยามกับสหพันธรัฐอเมริกา พ.ศ. 2463 รวมทั้งสนธิสัญญาทางไมตรี ระหว่างสยามกับประเทศต่าง ๆ อีกหลายฉบับ เช่น กับเนเชอแรลด์ สเปน โปรตุเกส เดนมาร์ก เมื่อปี พ.ศ. 2468 กับเยอรมัน เมื่อปี พ.ศ. 2471 หรือกับสวีตเซอร์แลนด์ เมื่อปี พ.ศ. 2474 ก็ตามนั้น ใช้ถ้อยคำว่า "Copyright" หรือ "ลิขสิทธิ์" เท่านั้น แต่ต่อมาเมื่อประเทศไทยได้ขอแก้ไขสนธิสัญญาทางไมตรี กับนานาประเทศ รวมทั้งสหรัฐอเมริกาด้วย ในปี พ.ศ. 2480 นั้น ได้มีการเปลี่ยนมาใช้ถ้อยคำว่า "ลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมและศิลปกรรม" แทน กล่าวคือ ในสนธิสัญญาทางไมตรี ระหว่างไทยกับเนเชอแรลด์ สวีตเซอร์แลนด์ เดนมาร์ก สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส เยอรมัน อิตาลี นอร์เว อังกฤษ ในปี พ.ศ. 2480 รวมทั้งสนธิสัญญาทางไมตรี ฉบับล่าสุดคือระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2509 นั้น สนธิสัญญาดังกล่าวทุกฉบับจะใช้ถ้อยคำว่า "ลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมและศิลปกรรม" ดังนั้น เมื่อพิจารณาการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำในสนธิสัญญา ดังกล่าวจาก "ลิขสิทธิ์" มาเป็น "ลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมและศิลปกรรม" นั้น ทั้งนี้ โดยเอาต้นแบบมาจากหนังสือสัญญาทางพระราชไมตรี การค้าขาย และการเดินเรือ ระหว่างกรุงสยามและอังกฤษ ลงนาม ณ กรุงลอนดอน เมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม พ.ศ. 2468 (1925) ข้อ 30 ดังนั้น จึงต้องพิจารณาตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างสนธิสัญญาว่าประสงค์ที่ให้ความคุ้มครองเพียงใด ซึ่งผู้ร่างถ้อยคำดังกล่าวในสนธิสัญญาทางไมตรี ก็คือ ฝ่ายไทยเอง³¹ จะเห็นได้ว่า ตั้งแต่สนธิสัญญาทางไมตรี พ.ศ. 2480 มาจนกระทั่งสนธิสัญญาทางไมตรี ฉบับล่าสุดในปี พ.ศ. 2509 นั้น อยู่ในช่วงที่พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 ใช้บังคับอยู่ (ตั้งแต่ พ.ศ. 2474-2521) คำว่า "วรรณกรรมและศิลปกรรม" ได้บัญญัติไว้รวมกันและมีความหมายครอบคลุมกว้างกว่าที่ได้บัญญัติแยกกันตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์

31. หนังสือของนาย Cardell Hull ลงวันที่ 14 กันยายน พ.ศ. 2480 (1937) ถึงพระอภิบาลราชไมตรี อัครราชทูตไทย ณ กรุงวอชิงตัน แนม กต 2 (กรุงเทพมหานคร : หอจดหมายเหตุแห่งชาติ)

พ.ศ. 2521³² กล่าวคือ ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม^{**} นั้น นอกจากจะให้ความคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมแล้ว ยังให้ความคุ้มครองแก่นงาน นาฏกรรม ดนตรีกรรม และนาฏ-ดนตรีกรรม และในมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติฯ ได้ให้ความคุ้มครองแก่นงานภาพยนตร์ เสมือนหนึ่งเป็นงานวรรณกรรมและศิลปกรรมด้วย ซึ่งความเข้าใจในสมัยนั้น คำว่า "วรรณกรรมและศิลปกรรม" นี้หมายถึงงานที่จะได้รับความคุ้มครอง^{**} และ "ลิขสิทธิ์" นั้น หมายถึง สิทธิตามกฎหมายที่ผู้ประพันธ์มีอยู่^{***} ดังนั้น คำว่า "วรรณกรรม

32. ชัชชัย ศุภผลศิริ, "วิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายในการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 : เจเนาะการกับความสัมพันธ์กับสหรัฐอเมริกา", วารสารกฎหมาย, หน้า 33.

* มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 บัญญัติว่า " วรรณกรรมและศิลปกรรม หมายความว่า ความรวมถึงการทำขึ้นทุกชนิดในแผนการความคิด แผนทฤษฎีศาสตร์ และแผนศิลปะ จะแสดงออกมาโดยวิธีหรือรูปร่างอย่างใดก็ตาม เช่น สมุด สมุดเล็ก และหนังสืออื่น ปาฐกถา ถากอื่น เทศนาหรือวรรณกรรมอื่น ๆ อันมีลักษณะเดียวกัน หรือนาฏกรรมหรือนาฏกรรมดนตรีกรรม หรือแบบเพื่อนรำ และการเล่นแสดงให้คนดูโดยวิธีใด ซึ่งแบบการแสดงนั้น ๆ ได้กำหนดไว้เป็นหนังสือหรืออย่างอื่น เพลงดนตรีมีคำร้องหรือไม่มี การวาดเขียน การเขียน ระบายสี สถาปัตยกรรม ภาพหุ่น การแกะ และการพิมพ์หิน รูปประกอบเรื่อง แผนที่ภูมิประเทศ สถาปัตยกรรมหรือวิทยาศาสตร์ รูปถ่ายและรูปที่ทำขึ้นโดยวิธีคล้ายคลึงกับการถ่ายรูป"

** หมายความว่า คำว่า "วรรณกรรมและศิลปกรรม" ในมาตรา 4 พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474

*** คำนิยามคำว่า "ลิขสิทธิ์" ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 บัญญัติว่า

" ลิขสิทธิ์ หมายความว่า สิทธิ อันมีแต่ผู้เดียวที่จะทำขึ้นหรือทำซ้ำซึ่งวรรณกรรมหรือศิลปกรรมหรือส่วนสำคัญแห่งวรรณกรรมหรือศิลปกรรมนั้น ๆ ไม่ว่าจะทำเป็นรูปร่างอย่างไร และทั้งหมายความถึงสิทธิในการนำแสดงออก เล่นแสดงต่อประชาชนด้วย ถ้าเป็นปาฐกถา หมายความว่า สิทธิในการนำออกกล่าวแสดง หรือถ้าวรรณกรรมหรือศิลปกรรมนั้น ยังมีได้โฆษณาไว้ ศัพท์หมายถึงสิทธินำออกโฆษณาด้วย"

และศิลปกรรม" ในขณะนั้นย่อมหมายถึงคำว่า "งานอันมีลิขสิทธิ์" ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันนั่นเอง และในระดับสากลก็ใช้คำว่า "literary and Artistic Works" นี้ ก็หมายถึงงานตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั่นเอง สามารถเห็นตัวอย่างได้จากชื่ออนุสัญญากรุงเบอร์นนั้น ใช้ถ้อยคำว่า "Berne Convention for the Protection of literary and Artistic Works" และบทบัญญัติของพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมส่วนใหญ่ก็เหมือนกับบทบัญญัติในอนุสัญญากรุงเบอร์นฉบับแก้ไข ณ กรุงเบอร์ลิน ค.ศ. 1908 (Berlin Act, 1908)

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าความเข้าใจหรือเจตนารมณ์ของผู้ร่างสนธิสัญญานั้น มิได้ต้องการจำกัดให้มีการคุ้มครองเฉพาะในงานวรรณกรรมและศิลปกรรมเท่านั้น ซึ่งในหลักการตีความในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969) ในมาตรา 31(1) นั้น กำหนดให้ตีความตามเจตนารมณ์ โดยถือว่าการตีความตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์นั้น สำคัญว่าการตีความตามตัวอักษร ดังนั้น จึงต้องตีความถ้อยคำดังกล่าวตามเจตนารมณ์ของสนธิสัญญาที่ประสงค์จะให้คุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายทั้งหมด ไม่จำกัดเฉพาะงานวรรณกรรมและศิลปกรรมเท่านั้น

สำหรับพันธกรณีที่ประเทศไทยจะต้องให้ความคุ้มครองแก่คนชาติและบริษัทของสหรัฐอเมริกาอย่างไรนั้นจะต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะที่ทำสนธิสัญญาทางไมตรีฯ กล่าวคือ งานที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากคำนิยามของคำว่า "วรรณกรรมและศิลปกรรม" ในมาตรา 4 รวมทั้งงานภาพยนตร์ที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 10 ด้วย

ส่วนพันธกรณีสำหรับสหรัฐอเมริกาจะต้องให้ความคุ้มครองแก่คนชาติและบริษัทของประเทศไทยนั้นอย่างไรบ้าง จะต้องพิจารณาตามรัฐบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1909 (The Copyright Act, 1909) ที่ใช้บังคับขณะนั้นมีการทำสนธิสัญญาทางไมตรีฯ ระหว่างกัน

กล่าวคือ จะต้องเป็นงานที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว เช่น งานที่มาตรา 5 * (Section 5) กำหนดเอาไว้

- 1) หนังสือ (Books) รวมทั้งส่วนประกอบ (Composite) และงานสารานุกรม (Cyclopedic works) นามสงเคราะห์ (directories) อังชราอนุกรมภูมิศาสตร์ (gazetteers) และพจนานุกรมอื่น ๆ (other compilations) ³³
- 2) วารสาร (Periodicals) รวมทั้งหนังสือพิมพ์ (newspapers) ³⁴
- 3) ปาฐกถา (lectures) เทศนา (Sermons) คำปราศรัย (addresses) ซึ่งเตรียมไว้สำหรับการถ่ายทอดด้วยวาจา (oral delivery) ³⁵
- 4) งานแต่งนาฏกรรม (dramatic) หรือนาฏดนตรีกรรม (dramatico-musical) ³⁶
- 5) งานแต่งเพลง (music composition) ³⁷
- 6) แผนที่ (maps) ³⁸
- 7) งานศิลปะ แบบจำลองหรือการออกแบบสำหรับงานศิลปะ ³⁹
- 8) การทำช่างงานศิลปะ ⁴⁰
- 9) งานวาดเขียน (drawings) หรืองานพลาสติก (plastic works) ของลักษณะทางวิทยาศาสตร์และเทคนิค ⁴¹

* มาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญสิทธิ ค.ศ. 1909 นี้เป็นบทบัญญัติที่กำหนดประเภทงานที่จะสามารถนำมาจดทะเบียนเพื่อให้สามารถเรียกร้องค่าเสียหาย(Claim) ตามกฎหมายได้

33. Section 5(a) of Copyright Act, 1909

34. Section 5(b) of Copyright Act, 1909

35. Section 5(c) of Copyright Act, 1909

36. Section 5(d) of Copyright Act, 1909

37. Section 5(e) of Copyright Act, 1909

38. Section 5(f) of Copyright Act, 1909

39. Section 5(g) of Copyright Act, 1909

40. Section 5(h) of Copyright Act, 1909

41. Section 5(i) of Copyright Act, 1909

- 10) ภาพถ่าย ⁴²
- 11) สิ่งพิมพ์และภาพประกอบการอธิบาย รวมทั้งสิ่งพิมพ์หรือป้ายใช้สำหรับข้อความของสินค้า ⁴³
- 12) ภาพถ่ายจากภาพยนตร์ ⁴⁴ (Motion-picture photoplays)
- 13) ภาพยนตร์อย่างอื่นนอกจากที่ได้ถ่ายเป็นภาพ ⁴⁵
(Motion-pictures other than the photoplays)

นอกจากนี้ จะรวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (computer programs) ที่สำนักงานลิขสิทธิ์ (The Copyright Office) ของสหรัฐอเมริกายอมรับให้มีการจดทะเบียน (registration) เช่นเดียวกับหนังสือในปี พ.ศ. 2507 (ค.ศ. 1964) ⁴⁶

(ง) เงื่อนไขการให้ความคุ้มครอง

เงื่อนไขของการให้ความคุ้มครองตามข้อ 5(2) แห่งสนธิสัญญาทางไมตรีฯ นี้ได้กำหนดไว้ในข้อความตอนหนึ่งที่ว่า "เมื่อได้ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับที่ใช้อยู่ ถ้าหากมี" (upon compliance with the applicable laws and regulations, if any) กล่าวคือ ข้อ 5(2) นี้กำหนดว่า คนชาติหรือบริษัทของประเทศคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดที่จะรับความคุ้มครองจากประเทศคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ก็ต่อเมื่อคนชาติหรือบริษัทนั้นได้ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของประเทศคู่สัญญาฝ่ายนั้นที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่คนชาติและบริษัทได้ก่อให้เกิดสิทธิดังกล่าวขึ้นเสียก่อน ถ้าหากมีกฎหมายและข้อบังคับที่จะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งหมายถึงว่า เป็นการเปิดโอกาสให้ประเทศคู่ภาคีที่จะให้ความคุ้มครอง สามารถวางเงื่อนไขต่าง ๆ ไว้ในกฎหมายหรือข้อบังคับต่าง ๆ ได้ เช่น การวางมาตรการสิ่งพิมพ์ (Manufacturing clause) ใน

42. Section 5(j) of Copyright Act, 1909

43. Section 5(k) of Copyright Act, 1909

44. Section 5(l) of Copyright Act, 1909

45. Section 5(m) of Copyright Act, 1909

46. Michael D. Scott, Computer Law (New York : Wiley Law Publications, 1985), p. 3 - 6.

กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า คำว่า "กฎหมายและข้อบังคับ" นี้ หมายถึง กฎหมายภายในของ ประเทศคู่สัญญาที่จะให้สิทธิหรือให้การคุ้มครองตนเอง ดังจะเห็นได้จากบันทึกหลายพระหัตถ์ของ หม่อมเจ้าไตรรงค์ประพันธ์ ปลัดทูลฉลองกระทรวงการต่างประเทศ (ปลัดกระทรวงการต่างประเทศ) เมื่อวันที่ 2 พฤษภาคม พ.ศ. 2464 เกี่ยวกับการปรึกษาหารือเรื่องการแลกเปลี่ยน สัตยาบันหนังสือสัญญาระหว่างกรุงสยามกับสหปาลีรัฐอเมริกัน ค.ศ. 1920 (พ.ศ. 2463) กับ ฝ่ายสหรัฐอเมริกา ตอนหนึ่งความว่า

"...อนึ่ง ม.วิลเลียมส์ * ได้พูดถึงเรื่อง Copyright ว่ามีพวกพ่อค้าอเมริกัน มารบกวนทางสูลออเมริกันอยู่มาก อยากจะทำระเบียบเพื่อป้องกันสิทธิของเขาตามสัญญาให้ เรียบร้อย ** ถ้ามว่า จะไปจัดระเบียบไว้ที่กระทรวงพาณิชย์แต่เดี๋ยวนี้อาจได้หรือไม่ เพราะ สัญญาก็ได้ให้สัตยาบันแล้ว ได้ตอบว่า เรื่องนี้จะต้องนำความขึ้นกราบทูลก่อน เห็นว่าเอาไว้พูด กันเมื่อแลกเปลี่ยนสัตยาบันแล้วจะดีกว่า" ⁴⁷

อนึ่ง เป็นที่น่าสังเกตว่า แต่เดิมในสนธิสัญญาทางไมตรีฯ ฉบับแรกที่ประเทศไทย ทำกับสหรัฐอเมริกา เมื่อ พ.ศ. 2463 และ พ.ศ. 2480 นั้น ได้วางเงื่อนไขในการให้ความ คุ้มครองไว้ว่า " เมื่อปฏิบัติตามแบบพิธีที่บัญญัติไว้โดยกฎหมาย " (fulfilment of formalities prescribed by law) แต่ในสนธิสัญญาทางไมตรีฯ ฉบับ พ.ศ. 2509 นี้

* ม.วิลเลียมส์ ในที่นี้หมายถึง Mr. Curitss William มีตำแหน่งเป็น Charge d'Affairs ad interim legation of the U.S.A. ในสมัยนั้น

** ในขณะนั้นประเทศไทยให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่ง หนังสือ ร.ศ. 120 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมด้วยพระราชบัญญัติแก้ไขพระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือ พ.ศ. 2475 ซึ่งกำหนดเงื่อนไขว่า การจะได้รับความคุ้มครองจะต้องนำไปจดทะเบียนต่อ กระทรวงพาณิชย์ ตามความในมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

47. กระทรวงการต่างประเทศ, " บันทึก ฉบับทั่วไป ที่ 6/1488," 2 พฤษภาคม 2464. เรื่องสัญญาอเมริกัน, 2 กต. เพิ่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : หอจดหมายเหตุแห่งชาติ)

ได้มีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน ทั้งนี้คงเป็นผลจากกรณีที่ประเทศไทยได้ยกเลิกแบบพิธี (formality) ในกฎหมายลิขสิทธิ์ คือ ได้ยกเลิกวิธีการจดทะเบียนลิขสิทธิ์ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือ ร.ศ. 120 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2457) โดยการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 ขึ้นใช้บังคับแทน ในขณะเดียวกัน สหรัฐอเมริกายังคงมีบทบัญญัติที่กำหนดแบบพิธีอยู่ จึงจำเป็นจะต้องใช้ถ้อยคำ "เมื่อได้ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับที่ใช้อยู่ถ้าหากมี" ในสนธิสัญญาแทน เพื่อให้ครอบคลุมกว้างขวางกว่าการปฏิบัติตามแบบพิธีเท่านั้น คือ ใช้ถ้อยคำให้หมายความรวมถึงการปฏิบัติตามแบบพิธีด้วย เพราะในกฎหมายของสหรัฐอเมริกายังกำหนดแบบพิธีอยู่

ดังนั้น ถ้าคนชาติหรือบริษัทของไทยจะได้รับความคุ้มครองตามสนธิสัญญาทางไมตรีฯ ดังกล่าวในสหรัฐอเมริกา คนชาติและบริษัทของไทยจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขในกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ หากสิทธิเกิดขึ้นก่อนวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1978 ซึ่งเป็นวันเริ่มบังคับใช้รัฐธรรมนูญลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 แล้ว จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขและข้อบังคับของรัฐธรรมนูญลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1909 และถ้าหลังจากนั้นจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขและข้อบังคับของรัฐธรรมนูญลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 เช่น การแสดงสงวนสิทธิ์ตามมาตรา 405 การจดทะเบียนตามมาตรา 408 การฝากสำเนาตามมาตรา 407 เช่นเดียวกับคนอเมริกันตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 เป็นต้น

ในขณะเดียวกัน ถ้าคนชาติหรือบริษัทของสหรัฐอเมริกาก็จะได้รับความคุ้มครองตามสนธิสัญญาทางไมตรีฯ ในเรื่องลิขสิทธิ์ก็จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขในกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย เสียก่อน ซึ่งเงื่อนไขตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยในขณะที่สนธิสัญญาทางไมตรีฯ ฉบับ พ.ศ. 2509 มีผลใช้บังคับอยู่มี 2 ช่วง คือ ในช่วงแรก คือ ก่อนวันที่ 19 ธันวาคม 2521 คนชาติและบริษัทอเมริกันจะต้องปฏิบัติตาม ก็คือเงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ตามมาตรา 5 แห่ง

ศูนย์วิจัยทรัพย์สินทางปัญญา
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 * คือ ผู้สร้างสรรค์อเมริกันจะ
ต้องโฆษณางานครั้งแรกในประเทศไทย หรือเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย และช่วงที่ 2 ตั้งแต่
วันที่ 19 ธันวาคม 2521 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบันนี้คือ เงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ตามมาตรา
6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ** นั่นเอง กล่าวคือ ถ้างานนั้นยังไม่ได้โฆษณา
ผู้สร้างสรรค์อเมริกันจะต้องอยู่ในประเทศไทยตลอดระยะเวลาหรือเป็นส่วนใหญ่ในการสร้าง
สรรค์งานนั้น หรือโฆษณาครั้งแรกในประเทศไทย

* พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 มาตรา 5 บัญญัติว่า
" ภายในข้อบังคับแห่งพระราชบัญญัตินี้ ผู้ประพันธ์วรรณกรรมและศิลปกรรมมีสิทธิ
ที่จะ ได้ลิขสิทธิ์

ก. ถ้าวรรณกรรมและศิลปกรรมนั้นโฆษณายู่แล้ว ได้โฆษณาในพระราชอาณาจักร
เป็นครั้งแรก และ

ข. ถ้าวรรณกรรมและศิลปกรรมนั้นยังไม่ได้โฆษณาในวันที่ก่อให้เกิดวรรณกรรม
และศิลปกรรมนั้นขึ้น ผู้ประพันธ์เป็นคนในบังคับสยามหรือมีถิ่นที่อยู่ในพระราชอาณาจักร "

** พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 6 บัญญัติว่า

" ให้ผู้สร้างสรรค์เป็นผู้มีลิขสิทธิ์ ในงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้นภายใต้เงื่อนไข
ดังต่อไปนี้

ก) ในกรณีที่ยังไม่ได้มีการโฆษณางาน ผู้สร้างสรรค์ต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทย หรือ
อยู่ในราชอาณาจักรตลอดระยะเวลา หรือเป็นส่วนใหญ่ในการสร้างสรรค์งานนั้น

ข) ในกรณีที่ได้มีการโฆษณางานแล้ว การโฆษณางานนั้นในครั้งแรกได้กระทำขึ้น
ในราชอาณาจักร หรือผู้สร้างสรรค์เป็นผู้มีลักษณะตามที่กำหนดไว้ใน ก) ในขณะที่โฆษณางาน
ครั้งแรก

....."

6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 * นั้นเอง กล่าวคือ ถ้างานนั้นยังไม่ได้โฆษณา ผู้สร้างสรรค์อเมริกันจะต้องอยู่ในประเทศไทยตลอดระยะเวลาหรือเป็นส่วนใหญ่ในการสร้างสรรค์งานนั้น หรือโฆษณาครั้งแรกในประเทศไทย

(2) ขอบเขตของพันธกรณีในเรื่องลิขสิทธิ์ตามข้อ 5(2) ของสนธิสัญญาทางไมตรีฯ กับข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกา

(2.1) ลิขสิทธิ์ทั่วไป

(ก) ช่วงก่อนที่สหรัฐอเมริกาเข้าเป็นภาคีสัญญากรุงเบอร์ลิน

ในการเจรจาการค้าระดับทวิภาคีระหว่างประเทศไทยกับสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2529 นั้น สหรัฐอเมริกาได้เรียกร้องให้ประเทศไทยแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ให้ครอบคลุมถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาด้วย เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามข้อ 5 (2) แห่งสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยและสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2509 โดยกล่าวอ้างว่า ประเทศไทยยังมิได้ปฏิบัติตามพันธกรณื่อดังกล่าว ดังนั้น เมื่อเจตนารมณ์ที่แท้จริงของข้อ 5(2) แห่งสนธิสัญญาทางไมตรีฯ นั้น เพียงประสงค์ไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติ (discrimination) ต่อคนชาติและ

* พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 6 บัญญัติว่า

" ให้ผู้สร้างสรรค์เป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้นภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้

ก) ในกรณีที่ยังไม่ได้มีการโฆษณางาน ผู้สร้างสรรค์ต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทย หรืออยู่ในราชอาณาจักรตลอดระยะเวลา หรือเป็นส่วนใหญ่ในการสร้างสรรค์งานนั้น

ข) ในกรณีที่ได้มีการโฆษณางานแล้ว การโฆษณางานนั้นในครั้งแรกได้กระทำขึ้นในราชอาณาจักร หรือผู้สร้างสรรค์เป็นผู้มีลักษณะตามที่กำหนดไว้ใน ก) . ในขณะที่โฆษณางานครั้งแรก

....."

บริษัทของประเทศคู่ภาคีฝ่ายหนึ่ง เมื่ออยู่ในอาณาเขตของประเทศคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้นตามที่
ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จึงจะต้องพิจารณาว่าประเทศไทยมีการกระทำที่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ
ต่อคนชาติและบริษัทอเมริกันที่อยู่ในประเทศไทยหรือไม่ หากประเทศไทยมีการกระทำที่เป็น
การเลือกปฏิบัติหรือไม่ให้สิทธิ เช่นเดียวกับคนชาติและบริษัทไทยแล้ว ก็จะเป็นไปตามข้อกล่าว
อ้างของสหรัฐอเมริกา แต่ถ้าประเทศไทยไม่มีการกระทำเช่นนั้นจะถือว่าประเทศไทยไม่ปฏิบัติ
ตามพันธกรณีหรือละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญาทางไมตรีฯ ไม่ได้ ซึ่งประเด็นปัญหานี้สามารถ
พิจารณาในรายละเอียดได้ดังนี้

จะเห็นได้ว่า ตลอดระยะเวลาที่สนธิสัญญาทางไมตรีฯ ฉบับปี พ.ศ.
2509 มีผลผูกพันประเทศไทยอยู่นั้น ประเทศไทยมีกฎหมายลิขสิทธิ์ 2 ฉบับ ที่ใช้บังคับอยู่ คือ
พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.
2521 ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับนี้ก็ได้ให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในประเทศไทยอย่างเท่าเทียมกัน
หมด ไม่ว่าจะเป็นคนไทยหรือคนต่างประเทศ รวมทั้งสหรัฐอเมริกาด้วย กล่าวคือ ทั้งคนชาติ
และบริษัทอเมริกัน เมื่ออยู่ในประเทศไทยก็ได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับที่คนไทยได้รับ
โดยคนชาติและบริษัทอเมริกันดังกล่าวจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ตามมาตรา
5 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 หรือมาตรา 6 แห่ง
พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 คือ เมื่อโฆษณางานเป็นครั้งแรกในประเทศไทย หรืออยู่
ในราชอาณาจักรตลอดระยะเวลาหรือเป็นส่วนใหญ่ในสร้างสรรคงานนั้น ซึ่งเป็นไปตามพันธกรณี
ในข้อ 5(2) แห่งสนธิสัญญาทางไมตรีฯ ที่ยอมให้ประเทศคู่ภาคีสามารถวางเงื่อนไขของการให้
ความคุ้มครองโดยการกำหนดเงื่อนไขให้คนชาติหรือบริษัทประเทศคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตาม
ภายใต้กฎหมายหรือข้อบังคับใดก็ได้ ซึ่งสหรัฐอเมริกาเองก็ได้วางเงื่อนไขเอาไว้เช่นกัน
เช่น มาตรการสิ่งพิมพ์ (Manufacturing Clause) ที่กำหนดมาตั้งแต่ ค.ศ. 1891
จนถึง ค.ศ. 1986 เป็นต้น

แต่ประเด็นปัญหาที่สำคัญที่มีการถกเถียงวิพากษ์วิจารณ์กันมากก็คือ บท
บัญญัติในมาตรา 5(ข) ของพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมฯ และมาตรา 6
(1) ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ นั้น ตอนหนึ่งกำหนดว่าถ้าผู้สร้างสรรค์ เป็นผู้มีสัญชาติไทยแล้ว
ไม่ว่าจะไปสร้างสรรคงานที่ใดหรือโฆษณาครั้งแรกที่ใด ก็จะได้รับ ความคุ้มครองตาม
กฎหมาย ดั้งนั้น ถ้าใช้หลัก National Treatment ตามข้อ 5(2) ของสนธิสัญญาทางไมตรีฯ
แล้ว คนชาติและบริษัทอเมริกันควรจะได้รับสิทธิ เช่นเดียวกับคนสัญชาติไทยดังกล่าวด้วยหรือไม่

จากประเด็นปัญหาดังกล่าวข้างต้นเมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของพันธกรณีตามข้อ 5(2) ของสนธิสัญญาทางไมตรีฯ แล้ว จะถือว่าคนชาติและบริษัทอเมริกันได้รับการคุ้มครองในประเทศไทยไม่ว่าจะไปสร้างสร้งงานที่ใดหรือโหมงานครั้งแรกที่ใดในโลกก็ คงจะไม่ได้ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1. ในมาตรา 5(ข) และมาตรา 6(1) ของพระราชบัญญัติทั้งสองนั้น ในส่วนที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่ผู้มีสัญชาติไทยประกอบด้วย 2 ส่วน⁴⁸ คือ ส่วนแรก เป็นกรณีที่มีสัญชาติไทยสร้างสร้งงานในประเทศไทย หรือโหมงานครั้งแรกในประเทศไทย ส่วนที่สอง เป็นกรณีที่มีสัญชาติไทยสร้างสร้งงาน หรือโหมงานครั้งแรกนอกราชอาณาจักรไทย เมื่อพันธกรณีตามข้อ 5(2) ของสนธิสัญญาทางไมตรีฯ พกพันประเทศไทยที่จะต้องให้ความคุ้มครองเฉพาะคนชาติและบริษัทอเมริกันที่อยู่ในประเทศไทยเท่านั้น ดังนั้น ในส่วนแรก ของมาตรา 5(ข) และมาตรา 6(1) ของพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับดังกล่าวนี้ ได้รองรับหรือตอบสนองพันธกรณีตามข้อ 5(2) ของสนธิสัญญาทางไมตรีฯ อยู่แล้ว กล่าวคือ เมื่อคนอเมริกันหรือบริษัทอเมริกันเข้ามาอยู่ในประเทศไทยแล้ว ได้สร้างสร้งงานหรือโหมงานครั้งแรกในประเทศไทย ก็จะได้รับคุ้มครองตามพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับ เช่นเดียวกับคนไทยและบริษัทไทย สำหรับในส่วนที่สอง ซึ่งเป็นกรณีของคนไทยไปสร้างสร้งงานหรือโหมงานครั้งแรกในต่างประเทศนั้นอยู่นอกเหนือขอบเขตของพันธกรณีตามข้อ 5(2) ของสนธิสัญญาทางไมตรีฯ⁴⁹

2. หากจะตีความว่า เมื่อคนไทยหรือบริษัทไทยไปสร้างสร้งงานหรือโหมงานครั้งแรกไม่ว่าที่ใดในโลกแล้ว พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมฯ และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ก็ให้ความคุ้มครอง ดังนั้น ถ้าคนอเมริกันหรือบริษัทอเมริกันไปสร้างสร้งงานที่ใดในโลก (นอกจากในประเทศไทย) แล้ว พระราชบัญญัติทั้งสองฉบับจะต้องให้ความคุ้มครองด้วย การตีความเช่นนี้จะเป็นการตีความตามหลัก National Treatment

48. สุรเกียรติ์ เสถียรไทย, "ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์ไทย-สหรัฐอเมริกา : ข้อคิดสำหรับประเทศไทย", หน้า 153.

49. เรื่องเดียวกัน, หน้า 154.

ในความหมายทั่วไป และเป็นการตีความที่มีผลเป็นการสร้างระบบสิทธิระหว่างประเทศขึ้นมา⁵⁰ จะไม่เป็นไปตามพันธกรณีและเจตนารมณ์ของข้อ 5(2) ของสนธิสัญญาทางไมตรีฯ ที่มุ่งประสงค์เพียงเพื่อไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ต่อคนชาติและบริษัทของประเทศคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่ออยู่ในอาณาเขตของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น ซึ่งไม่เป็นการก่อตั้งระบบสิทธิระหว่างประเทศแต่อย่างใด นอกจากนี้ หลักการตีความกฎหมายระหว่างประเทศนั้น แม้ว่าการตีความตามตัวอักษรเป็นสิ่งสำคัญ แต่จะขัดต่อวัตถุประสงค์ (object) และเจตนารมณ์ (purpose) ของสนธิสัญญาไม่ได้ (Ut Res Magis Valeat Quam Pereat)⁵¹ หลักนี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 31(1) ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties) *

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าประเทศไทยได้ปฏิบัติตามพันธกรณีในข้อ 5(2) แห่งสนธิสัญญาทางไมตรีฯ เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยได้ให้ความคุ้มครองคนชาติและบริษัทอเมริกันที่อยู่ในประเทศไทยเช่นเดียวกับคนชาติและบริษัทไทย โดยผ่านมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 และมาตรา 6 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 แล้ว จึงไม่เป็นการละเมิดพันธกรณีตามข้อ 5(2) ของสนธิสัญญาทางไมตรีฯ ดังที่สหรัฐอเมริกาอ้างแต่อย่างใด ดังนั้น ประเทศไทยไม่มีพันธกรณีที่จะต้องแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ตามที่สหรัฐอเมริกาเรียกร้องแต่ประการใด

อนึ่ง ได้มีการหยิบยกข้อพิจารณาว่าประเทศไทยควรจะให้ความคุ้มครองแก่สหรัฐอเมริกา ตามหลักต่างตอบแทนหรือถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่อกัน (reciprocity) เนื่องจาก

50. เรื่องเดียวกัน

51. เรื่องเดียวกัน

* ใน Section 3 Interpretation of Treaties, Article 31 General rule of interpretation บัญญัติว่า

" 1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose."

สหรัฐอเมริกา ได้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้มีสัญชาติหรือมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศคู่สัญญาในสนธิสัญญาเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ (Copyright Treaty) กับสหรัฐอเมริกา * ซึ่งรวมถึงประเทศไทยด้วย กล่าวคือ สำหรับงานที่ยังไม่ได้โฆษณา (Unpublished Work) จะได้รับความคุ้มครองไม่ว่าผู้สร้างสรรค์จะเป็นคนสัญชาติใด หรือมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศใด ส่วนงานที่โฆษณาแล้ว (Published Work) นั้น หากในเวลาที่โฆษณารั้งแรก ผู้สร้างสรรค์เป็นผู้มีสัญชาติหรือมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศคู่สัญญาในสนธิสัญญาเกี่ยวกับลิขสิทธิ์กับสหรัฐอเมริกา งานนั้นจะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา เหมือนกับกรณีที่ผู้สร้างสรรค์เป็นคนอเมริกันหรือมีภูมิลำเนาในสหรัฐอเมริกา ⁵² จากข้อพิจารณาดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าทั้งในเนื้อหาและเจตนารมณ์ของข้อ 5(2) แห่งสนธิสัญญาไมตรีฯ ไม่ได้กำหนดหลักต่างตอบแทน (reciprocity) เอาไว้ในลักษณะที่ประเทศคู่สัญญาจะต้องให้ความคุ้มครองในระดับหรือในรูปแบบเดียวกัน กล่าวคือ ตามพันธกรณีข้อ 5(2) นั้น หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขของการให้ความคุ้มครองให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของประเทศคู่ภาคี เจ้าของอาณาเขตแต่ละประเทศ เพียงแต่จะต้องให้ความคุ้มครองแก่คนชาติและบริษัทของประเทศคู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งที่อยู่ในอาณาเขตของตนเช่นเดียวกับคนชาติและบริษัทของตนเท่านั้น ดังจะเห็นตัวอย่างได้จาก ในข้อ 5(2) ยอมรับให้ประเทศคู่สัญญาสามารถกำหนดเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองได้ คือ กำหนดว่า คนชาติและบริษัทจะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามกฎหมายและระเบียบข้อบังคับของประเทศภาคีเจ้าของอาณาเขตแล้ว เป็นต้น ดังนั้น ข้อกล่าวอ้างข้างต้นเช่นนี้จะไม่ถูกต้องตรงตามเจตนารมณ์และพันธกรณีในข้อ 5(2) ของสนธิสัญญาทางไมตรีฯ

(ข) ช่วงหลังที่สหรัฐอเมริกาเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน

* อนุมาตรา 104 (a) และ (b) (1) ของรัฐบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 และมีข้อสังเกต คือ อย่างไรก็ตามในกฎหมายสหรัฐอเมริกาก็มีเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองด้วย เช่น แบบพิธีต่าง ๆ อาทิ การจดทะเบียน (Registration) การแสดงสงวนสิทธิ์ (Notice) การฝากสำเนา (Deposit)

52. ชัชชัย ศุภผลศิริ, "วิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายในการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 : เฉพาะกรณีความสัมพันธ์กับสหรัฐอเมริกา", วารสารกฎหมาย, หน้า 23.

ตั้งแต่สหรัฐอเมริกาได้เตรียมการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน (ในการเจรจาการค้าเมื่อวันที่ 3-4 พฤศจิกายน 2531 ที่ไฮโนลลู ฮาวาย) และหลังจากที่สหรัฐอเมริกาเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์ลินแล้ว * (ในการเจรจาการค้าเมื่อวันที่ 28 - 29 พฤศจิกายน 2531 ที่วอชิงตัน) จนกระทั่งปัจจุบัน ท่าทีของสหรัฐอเมริกาต่อปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์ระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกาในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องลิขสิทธิ์ทั่วไปได้เปลี่ยนไป กล่าวคือ สหรัฐอเมริกาได้แสดงท่าทีว่า เมื่องานอันมีลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาได้รับความคุ้มครองในประเทศไทยเมื่อสหรัฐอเมริกาเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์ลินแล้ว สหรัฐอเมริกาก็จะพอใจและไม่เรียกร้องให้รัฐบาลไทยดำเนินการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ต่อไปอีก และถือว่าประเทศไทยได้ปฏิบัติตามพันธกรณีตามสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยและสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2509 แล้ว แต่ถ้าหากมีการตีความของศาลไทยจำกัดขอบเขตการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาน้อยกว่าการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ของคนไทย คือ ไม่ปฏิบัติตามหลักอย่างคนชาติ (National Treatment) ต่อสหรัฐอเมริกา ยกเว้น ข้อจำกัดสิทธิในระยะเวลาการคุ้มครองลิขสิทธิ์ และสิทธิในการแปลตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 แห่งพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ พ.ศ. 2526 และไม่ให้ความคุ้มครองครอบคลุมถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาที่ยังไม่ตกเป็นสาธารณสมบัติ (Public Domain) ในประเทศที่งานนั้นถูกสร้างสรรค์ขึ้น ฝ่ายสหรัฐอเมริกา ก็จะขอให้รัฐบาลไทยดำเนินมาตรการทางบริหาร เพื่อให้งานอันมีลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาได้รับความคุ้มครองดังกล่าวด้วย

จะเห็นได้ว่า สหรัฐอเมริกาได้ผ่อนคลายนโยบายเรียกร้องจากขอบเขตการขอความคุ้มครองในการเจรจาการค้าเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2529 เพียงเล็กน้อยเท่านั้น กล่าวคือ สหรัฐอเมริกาได้พยายามนำเอาพันธกรณีตามอนุสัญญากรุงเบอร์ลินมาเกี่ยวข้องกับข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกาตามสนธิทางไมตรีฯ คือ เมื่อสหรัฐอเมริกาได้เข้าเป็นสมาชิกอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ก็จะได้รับ ความคุ้มครองในประเทศไทยเช่นเดียวกับประเทศภาคีสมาชิกอนุสัญญากรุงเบอร์ลินอื่น ๆ อยู่แล้ว แต่สหรัฐอเมริกายังคงเรียกร้องให้ประเทศไทยให้

* สหรัฐอเมริกาสมัครเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน เมื่อวันที่ 16 พฤศจิกายน 2531 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มีนาคม 2532

ความคุ้มครองแก่สหรัฐอเมริกาในระดับที่มากกว่าภาคีสัญญากรุงเบอร์นอีก โดยสหรัฐอเมริกาต้องการให้ประเทศไทยให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาเท่าเทียมกับที่ให้แก่คนไทย ตามหลัก National Treatment ในกรณีที่ศาลไทยตีความจำกัดขอบเขตการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาน้อยกว่าการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ของคนไทย ยกเว้นในข้อสงวน 2 ข้อที่ประเทศไทยได้วางไว้ต่ออนุสัญญากรุงเบอร์น ซึ่งได้กำหนดไว้ในมาตรา 5 วรรคแรก และวรรค 2 ของพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ พ.ศ. 2526 คือ เรื่องอายุการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์และสิทธิในการแปล โดยสหรัฐอเมริกาจะดำเนินการเจรจากดดันรัฐบาลไทยให้ใช้มาตรการทางบริหาร เพื่อให้ความคุ้มครองแก่สหรัฐอเมริกา ซึ่งมาตรการทางบริหารกินความรวมไปถึงการให้ฝ่ายบริหารเสนอพระราชบัญญัติการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 หรือการแก้ไขเพิ่มเติมหรือตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่สหรัฐอเมริกาด้วย ทั้งนี้โดยอาศัยข้อกล่าวอ้างเดิมว่าประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องให้ความคุ้มครองแก่สหรัฐอเมริกาตามข้อ 5(2) สนธิสัญญาทางไมตรีฯ นั้นเอง ดังนั้น เมื่อประเทศไทยได้ปฏิบัติตามพันธกรณีในข้อ 5(2) ของสนธิสัญญาทางไมตรีฯ โดยผ่านมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 และมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 แล้ว ประเทศไทยจึงไม่มีพันธกรณีตามที่สหรัฐอเมริกา เรียกร้องดังกล่าว โดยงานอันมีลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกานั้นจะได้รับความคุ้มครองเพียงเท่าที่ประเทศไทยมีพันธกรณีอยู่ต่ออนุสัญญากรุงเบอร์นเท่านั้น เช่น สหรัฐอเมริกาจะต้องยอมรับพันธกรณีตามข้อสงวน 6 ข้อที่ประเทศไทยได้วางไว้ โดยไม่สามารถที่จะเลือกที่จะยอมรับข้อสงวนบางข้อแต่ไม่ยอมรับบางข้อได้ เป็นต้น

นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกายังได้เรียกร้องให้ประเทศไทยให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ที่เกิดขึ้นก่อนที่สหรัฐอเมริกา เข้าเป็นภาคีสัญญากรุงเบอร์น และงานดังกล่าวก็ยังไม่ตกเป็นสาธารณสมบัติ (Public Domain) ในประเทศที่งานนั้นถูกสร้างสรรค์ขึ้น กล่าวคือ งานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหลายของสหรัฐอเมริกาที่มีขึ้นก่อนที่สหรัฐอเมริกานี้จะเข้าเป็นภาคีสัญญากรุงเบอร์น และงานนั้นไม่ได้รับการคุ้มครองในประเทศไทย ถือว่างานนั้นเป็นสาธารณสมบัติ (Public Domain) ในประเทศไทย เมื่อสหรัฐอเมริกาเข้าเป็นภาคีสัญญากรุงเบอร์นแล้วต้องการให้ประเทศไทยให้ความคุ้มครองงานดังกล่าว หากงานดังกล่าวยังไม่ตกเป็นสาธารณสมบัติในประเทศที่งานนั้นถูกสร้างสรรค์ขึ้น

จากประเด็นข้อเรียกร้องนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 6) ได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวแล้วได้ให้ความเห็นไว้ดังนี้

"....."

2. สำหรับปัญหาประการที่สอง เห็นว่ามาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 บัญญัติว่า "งานอันมิใช่ลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย.....ย่อมได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ ภายใต้ง่อนไขที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา" ฉะนั้น งานอันมิใช่ลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่สร้างสรรค์หลังสหรัฐอเมริกา เข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์ลินย่อมได้รับความคุ้มครอง คงมีปัญหายุ่งยากย้อนหลัง ไปใช้บังคับกับงานอันมิใช่ลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาที่สร้างสรรค์ไว้ก่อนแล้ว และยังไม่ตกเป็นสาธารณสมบัติ ณ วันที่สหรัฐอเมริกา เข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน เพราะเหตุว่าทั้งมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ พ.ศ. 2526 ก็มีได้บรรยายละเอียดชัดแจ้งว่าการคุ้มครองจะมีผลย้อนหลังหรือไม่เพียงใด ซึ่งเป็นไปในแนวเดียวกับเมื่อครั้งที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน โดยในครั้งนั้น พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 ก็มีได้มีการกำหนดรายละเอียดในเรื่องนี้ เช่นเดียวกัน ตามข้อสงวนข้อ 6 ฉะนั้น จึงต้องตีความมาตรา 42 นี้ โดยคำนึงถึง "กฎในเรื่องการคุ้มครองย้อนหลัง (the Rule of Retroactivity) ซึ่งเป็นหลักสากลที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเบอร์ลินตั้งแต่ฉบับแรกจนถึงฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส ค.ศ. 1971 สำหรับอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ฉบับแก้ไข ณ กรุงเบอร์ลิน ค.ศ. 1908 ซึ่งเกี่ยวกับประเทศไทยโดยตรง

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทบัญญัติดังกล่าวได้แก่มาตรา 18 * ซึ่งให้ความคุ้มครองแก่บรรดางานของประเทศภาคีใหม่ที่
 สร้างสรรค์ไว้แล้ว และในขณะที่เข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์ลินยังมิได้ตกเป็นสาธารณสมบัติ
 (Public Domain) ในประเทศที่เกิดแห่งงานโดยการสิ้นสุดของอายุแห่งการคุ้มครอง
 (expiry of the term of protection) อย่างไรก็ดี การใช้กฎการคุ้มครองย้อนหลังนี้

* Berlin Act, 1908

" Article 18 The present Convention shall apply to all works which at the moment of its coming into force have not yet fallen into the public domain in the country of origin through the expiration of the term of protection.

If, however, through the expiration of their term of protection which was previously granted, a work has fallen into the public domain of the country where protection is claimed, that work shall not be protected anew in that country.

The application of this principle shall take effect according to the stipulations contained in special Conventions existing, or to be concluded, to that effect between countries or the Union. In the absence of such stipulations, the respective countries shall regulate, each in so far as it is concerned, the manner in which the said principle is to be applied.

The above provisions shall apply equally in case of new accessions to the Union, and also in the event of the term of protection being extended by the application of Article."

มาตรา 18 วรรคสาม ของอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ฉบับแก้ไข ณ กรุงเบอร์ลิน ค.ศ. 1908 ได้เปิดโอกาสให้ประเทศภาคีทำความตกลงกัน (bilateral agreement) เพื่อกำหนดขอบเขตการย้อนหลังได้ตามความเหมาะสมและถ้าไม่มีความตกลงเช่นนั้น แต่ละประเทศก็ยังสามารถวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้หลักข้อนี้ได้ สำหรับประเทศไทยยังไม่เคยใช้สิทธิ์ตามมาตรา 18 วรรคสามแต่อย่างใด

ฉะนั้น สำหรับปัญหาประการที่สองนี้ เมื่อประเทศไทยยังไม่ได้มีการกำหนดเงื่อนไขจำกัดการใช้ "กฎการคุ้มครองย้อนหลัง" นี้ไว้และประเทศไทยเคยได้รับประโยชน์จาก "กฎการคุ้มครองย้อนหลัง" ซึ่งเป็นหลักทั่วไปมาแล้วเมื่อครั้งเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ฉบับแก้ไข ณ กรุงเบอร์ลิน ค.ศ. 1908 ก็ต้องตีความโดยอ้างกฎข้อนี้ว่า มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ให้ความคุ้มครองครอบคลุมไปถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่สร้างสรรค์ไว้แล้ว และยังไม่ตกเป็นสาธารณสมบัติในประเทศที่เกิดแห่งงาน (country of origin) โดยการสิ้นสุดของอายุแห่งการคุ้มครอง ณ วันที่สหรัฐอเมริกาเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส ค.ศ. 1971"⁵³

จะเห็นได้ว่าความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกานั้น มีความคลาดเคลื่อนอยู่ กล่าวคือ การที่คณะกรรมการกฤษฎีกาอ้างหลัก "กฎในเรื่องการคุ้มครองย้อนหลัง" (the Rule of Retroactivity) ตามบทบัญญัติมาตรา 18 แห่งอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ฉบับแก้ไข ณ กรุงเบอร์ลิน (Berlin Act, 1908) นั้น แต่ความเป็นจริงแล้วประเทศไทยได้ทำข้อสงวนที่จะไม่ผูกพันบทบัญญัติมาตรา 18 ดังกล่าว ที่กำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองแก่งานที่ยังไม่ตกเป็นสาธารณสมบัติ (Public Domain) ตามกฎหมายของประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดของงานในขณะก่อนสัญญาจะมีผลใช้บังคับ หรือในขณะประเทศนั้นสมัครเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์ลินนี้ แต่จะผูกพันตามมาตรา 14 แห่งอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ค.ศ. 1886 และข้อ 4 แห่งพิธีสารสุดท้าย (Final Protocol) ของอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ค.ศ. 1886 ซึ่ง

53. คณะกรรมการกฤษฎีกา, "บันทึก เรื่อง การคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาในประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 กรณีสหรัฐอเมริกาจะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส ค.ศ. 1971," หน้า 14-16.

ได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 2 ข้อ II แห่งอนุสัญญากรุงเบอร์น ฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส ค.ศ. 1896 (Paris Additional Act, 1896) ซึ่งวางข้อจำกัดการให้ความคุ้มครองแก่งานที่ยังไม่ตกเป็นสาธารณสมบัติ (Public Domain) ดังกล่าวไว้ว่า จะต้องเป็นไปตามข้อตกลงแห่งอนุสัญญาพิเศษ (Special Convention) ที่ได้ทำขึ้นแล้วหรือที่จะทำกันต่อไป และในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงกัน แต่มีกฎหมายภายในกำหนดรูปแบบและวิธีการ (Manner) ที่จะให้ความคุ้มครองนั้นขึ้นเอง⁵⁴ ดังนั้น ตราบใดที่ประเทศไทยยังไม่ได้มีการทำข้อตกลงเป็นพิเศษกับประเทศเจ้าของงาน หรือมีกฎหมายภายในที่วางบทบัญญัติเกี่ยวกับรูปแบบและวิธีการให้ความคุ้มครองงานที่ยังไม่ตกเป็นสาธารณสมบัติดังกล่าวแล้ว งานดังกล่าวก็ย่อมจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองในประเทศไทย ซึ่งจนกระทั่งปัจจุบันนี้ประเทศไทยไม่เคยทำความตกลงพิเศษกับประเทศใดเลย หรือมีกฎหมายภายในเช่นนั้น⁵⁵ เมื่อสหรัฐอเมริกาเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์น ก็ต้องผูกพันตามข้อสงวนที่ประเทศไทยได้วางไว้ดังกล่าวด้วย ดังนั้น ประเทศไทยจึงไม่มีพันธกรณีที่จะต้องให้ความคุ้มครองแก่สหรัฐอเมริกาที่ตั้งสหรัฐอเมริกาเรียกร้อง นอกจากนี้เมื่อพิจารณาพันธกรณีในข้อ 5(2) ของสนธิสัญญาทางไมตรีฯ แล้วจะเห็นได้ว่า เมื่อพันธกรณีในข้อ 5(2) มีเพียงแค่จะต้องให้ความคุ้มครองแก่คนอเมริกันและบริษัทอเมริกันในประเทศไทย เช่นเดียวกับคนไทยและบริษัทไทยเท่านั้น และประเทศไทยได้ปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวแล้ว ประเทศไทยจึงไม่มีพันธกรณีที่จะต้องให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาที่ยังไม่ตกเป็นสาธารณสมบัติ (Public Domain) ตามที่สหรัฐอเมริกาเรียกร้องแต่อย่างใดอีก เพียงแต่จะต้องให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาในฐานะภาคีสมาชิกอนุสัญญากรุงเบอร์น นับตั้งแต่วันที่สหรัฐอเมริกาเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์น เป็นต้นไป (นับตั้งแต่ 1 มีนาคม 2532) โดยไม่จำเป็นต้องให้ความคุ้มครองย้อนหลังแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ก่อนที่สหรัฐอเมริกาเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์น

เป็นที่น่าสังเกตว่าแม้แต่ใน United State Berne Convention

54. จรัญ ภักดีธนากุล, "พันธกรณีตามกฎหมายที่ประเทศไทยมีต่อระบบลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ", ใน กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (กรุงเทพมหานคร : ชูติมาการนิพนธ์, 2532), หน้า 324-325.

55. เรื่องเดียวกัน, หน้า 325

Implementation Act, 1988 ซึ่งเป็นกฎหมายอนุวัติการการภาคยานุวัติเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์นของสหรัฐอเมริกาเองก็ตาม ในมาตรา 12 (Section 12) ได้บัญญัติไว้ว่า

" Section 12 Title 17 of the United States Code does not provide copyright protection for any work that is in the public domain in the United States"

ซึ่งเป็นกรณีพิเศษไม่ยอมรับที่จะใช้หลักการคุ้มครองย้อนหลัง (Rule of Retroactivity) กล่าวคือ ไม่ให้ความคุ้มครองแก่งานที่เป็นสาธารณสมบัติ (Public Domain) ในสหรัฐอเมริกาอยู่แล้วก่อนวันที่ Implementation Act ดังกล่าวมีผลใช้บังคับ คือ งานของผู้สร้างสรรค์ชาวต่างชาติที่ภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์น แต่ไม่ได้จดทะเบียนในสหรัฐอเมริกา ก่อนวันที่สหรัฐอเมริกาจะใช้บังคับ Implementation Act⁵⁶ ซึ่งถือว่างานดังกล่าวเป็นสาธารณสมบัติ เมื่อสหรัฐอเมริกาเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา งานดังกล่าวก็จะไม่ได้รับความคุ้มครอง ดังนั้น ประเทศไทยจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องให้ความคุ้มครองแก่งานของสหรัฐอเมริกาเช่นกัน ซึ่งในเรื่องหลักการคุ้มครองย้อนหลังใน Implementation Act นี้มีการถกเถียงกันในสหรัฐอเมริกา โดยที่ฝ่ายไม่เห็นด้วยกับบทบัญญัติมาตรา 12 ดังกล่าวได้ให้เหตุผลว่า เพื่อประโยชน์ของสหรัฐอเมริกาเอง เนื่องจากสหรัฐอเมริกาได้ทำการเจรจาประเทศต่าง ๆ (รวมทั้งประเทศไทย) ที่จะขอให้ประเทศเหล่านั้นใช้หลักการคุ้มครองย้อนหลังนี้กับงานงานอันมีลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา หากยอมรับกฎนี้ก็ทำให้ความเป็นไปที่จะประสบความสำเร็จในการเจรจากับประเทศต่าง ๆ⁵⁷ นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถึงผลกระทบของการที่จะให้ความคุ้มครองย้อนหลังตามกฎหมายดังกล่าวต่อประเทศไทยแล้ว ไม่ว่าจะเป็ภาคีรัฐหรือเอกชนจะได้รับผลกระทบอย่างมาก โดยเฉพาะผลกระทบทางเศรษฐกิจ เพราะในขณะที่ยังดำรงกล่าวเป็นสาธารณสมบัติอยู่นั้น ผู้ประกอบธุรกิจชาวไทยได้จัดตั้งและดำเนินธุรกิจโดยใช้งานดังกล่าวไปแล้ว ถ้าหากประเทศไทยให้ความคุ้มครองแก่งานนั้น ธุรกิจต่าง ๆ ดังกล่าวอาจจะ

56. James L. Bikoff and Belinda J. Scrimenti, "United States Adherence to Berne Convention and Impact upon Foreign and United State Copyright Holders." (Washington D.C. : Baker & Hostetler Counsellars at Law, 1989) , p.9.

57. Ibid.



ต้องเลิกล้มกิจการไป หรือมีความสามารถในการแข่งขันลดลง เนื่องจากจะต้องขออนุญาตใช้ สิทธิ (licensing) งานดังกล่าวจากเจ้าของงานนั้น ซึ่งเจ้าของงานสามารถเรียกค่าสิทธิ (Royalty fee) ในอัตราที่สูงเพียงใดก็ได้ตามใจชอบ ซึ่งเป็นภาระเพิ่มเติมแก่การผลิตให้แก่ ผู้ประกอบการ และอาจรวมไปถึงการที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะบังคับให้ธุรกิจนั้นต้องผูกขาดซื้อ วัตถุดิบหรือสินค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในราคาสูงอีกด้วย ทั้งนี้เพราะการให้ความคุ้มครอง ลิขสิทธิ์นั้นเป็นการให้สิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ (Exclusive Rights) ซึ่งเป็นภาระให้การผูกขาด (monopoly) อย่างหนึ่ง และเป็นการให้ความคุ้มครองโดยอัตโนมัติ โดยไม่ต้องเปิดเผยข้อมูลใด ๆ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของไทยไม่มีมาตรการใดที่จะ ช่วยบรรเทาผลกระทบดังกล่าวได้ เช่น การอนุญาตใช้สิทธิโดยบังคับ (Compulsory licensing) เป็นต้น นอกจากนี้ ยังอาจจะก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติที่ตามมาอีกมาก เช่น จะดำเนินการอย่างไรกับสินค้าที่ผลิตมาแล้ว จะถือว่าผู้ที่ใช้งานดังกล่าวนั้นเป็นผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ หรือไม่ และเจ้าของงานสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายได้หรือไม่ เป็นต้น

(2.2) คอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์

สำหรับประเด็นปัญหาคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์นั้น ในการเจรจาการค้าระหว่าง ประเทศไทยกับสหรัฐอเมริกา สหรัฐอเมริกาได้เรียกร้องให้ประเทศไทยแก้ไขพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ให้ครอบคลุมถึงระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์หรือ ที่เรียกว่า "คอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์" (computer software) ด้วย ต่อมาเมื่อประเทศไทย ได้แสดงท่าทีว่า เรื่องคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์นี้เป็นเรื่องแยกต่างหากลิขสิทธิ์ทั่วไป และ ประเทศไทยไม่เคยตกลงว่าจะให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์และไม่มีพันธกรณีในเรื่อง นี้ตามสนธิสัญญาทางไมตรีฯ แต่อย่างไร สหรัฐอเมริกาจึงได้ขอม้วนคลายท่าทีลงโดยยอมรับฟัง คำวินิจฉัยจากศาลไทยว่า คอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ได้รับความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์หรือไม่ แต่หากศาลวินิจฉัยว่าไม่ได้รับความคุ้มครอง ฝ่ายสหรัฐอเมริกาก็จะขอให้รัฐบาล ไทยดำเนินการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 เพื่อขยายให้ความคุ้มครองถึง คอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ ซึ่งจนกระทั่งปัจจุบันศาลไทยยังไม่ตัดสินว่า คอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ จะได้รับความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์หรือไม่ นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกาได้ขอให้ รัฐบาลไทยรับรองว่า จะไม่เสนอร่างกฎหมายพิเศษ (Sui generis law) เพื่อคุ้มครองคอม พิวเตอร์ซอฟต์แวร์ และหากมีผู้เสนอร่างกฎหมายพิเศษดังกล่าวก็ขอให้รัฐบาลไทยคัดค้าน

ซึ่งฝ่ายไทยได้ชี้แจงให้สหรัฐอเมริกาทราบว่า รัฐบาลไทยไม่อยู่ในวิสัยที่จะตกลงเช่นนั้นได้ เพราะเรื่องการออกกฎหมายเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ

เป็นที่น่าสังเกตว่า ในเรื่องประเด็นเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์นี้ประเทศไทยยืนยันว่า ประเทศไทยไม่มีพันธกรณีต่อสหรัฐอเมริกาตามสนธิทางไมตรีฯ ที่จะต้องให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์แก่สหรัฐอเมริกา และสหรัฐอเมริกาเองก็ยอมรับว่า เรื่องคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์เป็นเรื่องแยกต่างหากจากพันธกรณีตามสนธิสัญญาทางไมตรีฯ กล่าวคือถือว่าประเด็นการให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์เป็นเรื่องการเจรจาต่อรองทางการค้าระหว่างกันเท่านั้น

อนึ่ง จะเห็นได้ว่าเหตุที่ประเทศไทยยืนยันว่า ในเรื่องคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์นั้นประเทศไทยไม่มีพันธกรณีตามข้อ 5(2) แห่งสนธิสัญญาทางไมตรีฯ แต่อย่างใด แม้ว่าประเทศไทยก็รู้จักคอมพิวเตอร์มาก่อนที่จะทำสนธิสัญญาทางไมตรีฯ พ.ศ. 2509 เสียอีก กล่าวคือ ได้มีการนำเอาเครื่องคอมพิวเตอร์เข้ามาติดตั้งในประเทศไทยตั้งแต่ พ.ศ. 2506 แล้วก็ตาม ทั้งนี้เพราะคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์นั้นไม่มีลักษณะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายไทย ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1. เจตนารมณ์หรือหลักกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น ไม่มุ่งเพียงที่จะสร้างแรงจูงใจ (incentive) หรือตอบแทนแก่ผู้สร้างสรรค์งาน โดยให้สิทธิผูกขาดแต่เพียงผู้เดียว แต่เหตุผลหรือเจตนารมณ์ที่แท้จริงนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ต้องการให้มีการนำเอาความคิดนั้นมาเปิดเผยต่อสาธารณชน เพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่ผู้สร้างสรรค์จะได้รับสิทธิผูกขาดในระดับหนึ่งเพื่อคุ้มครองงานสร้างสรรค์ของตน ดังนั้น จึงจำเป็นจะต้องมีการแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea) เพื่อให้ผู้อื่นสามารถรับรู้ได้ด้วยวิธีต่าง ๆ เช่น การเขียน การมองเห็น หรือการได้ยิน เป็นต้น นอกจากนี้ ยังจะต้องมีคุณสมบัติของความสวยงาม (non-functional aesthetic quality) การให้ข้อมูลข่าวสาร (Information quality) และให้ความบันเทิง (entertaining quality)⁵⁸ ด้วย ซึ่งคุณสมบัติต่าง ๆ ดังกล่าวนั้นไม่มีใน

58. นิพนธ์ ยี่งพัฒนา, การคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ตามกฎหมายไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), หน้า 80-81.

คอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ * ดังจะเห็นได้จากคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ที่อยู่ในรูปของ object code นั้นไม่สามารถแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea) หรือมีลักษณะของการแสดงออกแต่อย่างใดที่มนุษย์ทั่วไปจะสามารถรับรู้หรือสามารถสื่อสารกับมนุษย์ได้^{๕๐} นอกจากนี้ เมื่อ Source Code ได้ถูกเปลี่ยนเป็น Object Code แล้ว Object Code นั้นจะไม่สามารถแปลกลับมาอ่านได้อีก (ไม่เหมือนกับตัวเลข หรืออักษรเบล (Brial) ที่สามารถแปลกลับไปได้) และ Object Code และระบบปฏิบัติการ (Operating System) ใน Object Code นี้ทำหน้าที่สำหรับการใช้สอยประโยชน์ (Utilitarian in function) สำหรับเครื่องคอมพิวเตอร์ กล่าวคือ เป็นการสั่งให้เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานนั่นเอง ** ไม่มีลักษณะที่เป็นการให้คุณค่าแก่จิตใจหรือให้สุนทรียภาพแก่ผู้บริโภค และไม่ได้ให้ความบันเทิงใด ๆ ทั้งสิ้น *** ดังนั้น เมื่อคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์เป็นเพียงระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของ

* แต่ส่วนประกอบของคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์อื่น ๆ คือ Source Code หรือคำอธิบายโปรแกรม (คู่มือ) หรือแผนผังงาน (flow chart) โดยลำพังอาจจะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ ถ้ามีการพิมพ์หรือเขียนในลักษณะที่คนทั่วไปสามารถรับรู้ได้ และการละเมิดคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์นั้น ไม่ว่าจะเป็นการลอกเลียน ดัดแปลง หรือทำซ้ำกันส่วนใหญ่จะไม่ได้ทำแก่ Source Code หรือ Flow Chart หรือคำอธิบายโปรแกรม แต่เป็นการกระทำต่อตัวคอมพิวเตอร์โปรแกรมโดยตรง ซึ่งได้แก่ Object Code นั้นเอง

59. Christopher J. Millard, Legal Protection of Computer Programs and Data (London : Sweet & Maxwell, 1985) , pp. 17 - 18. และดูตัวอย่างจากคดี Reiss VS. National Quotation Bureau Inc., U.S.

** ดูคดี Data Cash System Inc. VS. JS&A Group, Inc. 480 F. Supp. 2Q64 (N.D.I.11,1979) และ Palema Samuelson, "CONTU Revisited : The Case Against Copyright Protection for Computer Program in Machine Readable Form", Duke Law Journal 4(1984), pp. 732-739.

*** ดูคดี Apple Computer Inc. V. Computer Edge Pty. Ltd. ใน Adam Liberman, "The Apple Case : A Comparison of the American and Australian Cases", The University of New South Wales Law Journal 7 (1984), pp. 143-160.

เครื่องคอมพิวเตอร์เท่านั้น และไม่มีคุณสมบัติหรือลักษณะที่สำคัญของงานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวข้างต้นแล้ว จึงถือไม่ได้ว่าคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์

2. เมื่อพิจารณาจากวิวัฒนาการของกฎหมายลิขสิทธิ์แล้วจะเห็นได้ว่า การคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้น เริ่มมาจากการให้ความคุ้มครองแก่ผู้แต่งหนังสือหรืองานวรรณกรรมก่อน ในช่วงระยะเวลาต่อมาได้มีการนำเอาศิลปกรรมมาบัญญัติรวมไว้ เพราะเห็นว่า งานทั้งสองประเภทนั้น มีลักษณะที่สามารถให้ความคุ้มครองได้เหมือนกัน และการให้ความคุ้มครองนั้น ค่อนข้าง ๆ มีวิวัฒนาการในการให้ความคุ้มครองแก่งานใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้นใหม่อย่างต่อเนื่อง ซึ่งงานเหล่านั้นล้วนสืบเนื่องมาจากวรรณกรรมและศิลปกรรมทั้งสิ้น * อาทิเช่น มีการนำเอางานวรรณกรรมมาผสมผสานกับศิลปการแสดงเข้าด้วยกัน กลายมาเป็นละคร ซึ่งจัดอยู่ในประเภทงานนาฏกรรม ต่อมาได้มีการค้นคิดวิธีที่จะบันทึกการแสดงละครเหล่านั้นไว้ จึงกลายมาเป็นงานภาพยนตร์ ต่อจากงานภาพยนตร์ที่ฉายตามโรงภาพยนตร์ก็วิวัฒนาการมาเป็นวีดีโอเทป ซึ่งเป็นงานโสตทัศนวัสดุ (เป็นที่น่าสังเกตว่าเป็นการให้ความคุ้มครองแก่งานที่ได้แสดงออกมาให้คนสามารถรับรู้เป็นหรือจับต้องได้ มิได้ให้ความคุ้มครองแก่ตัววีดีโอเทป กระบวนการทำงานของเครื่อง หรือกระบวนการบันทึก เป็นต้น) แต่โดยสภาพของกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นเป็น positive law ทำให้งานใดจะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้จะต้องมีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน เช่น แต่เดิมงานโสตทัศนวัสดุ งานแพร่เสียงแพร่ภาพ ไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 ทั้งที่สามารถตีความได้ว่าเป็นงานในแผนกวรรณคดี วิทยาศาสตร์ หรือศิลปะ แต่ก็ไม่มีกฏการตีความเช่นนั้น จนมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 จึงได้รับความคุ้มครอง เป็นต้น นอกจากนี้ศาลไทยไม่เคยตีความขยายประเภทงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ระบุอย่างชัดเจน ดังจะเห็นได้จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1504/2526 ที่ตัดสินว่าสิทธิในแบบรูปเล่ม การเรียงตัวอักษรและภาพหนังสือ ไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์ ทั้งๆ ที่อาจจะถือได้ว่าเป็นงานในแผนกศิลป์ ดังนั้น เมื่อไม่มีการกำหนดว่า

* ดู Lyman Ray Patterson, Copyright in Historical Perspective (Nashville : Heritage Printer, Inc., 1968) และ S.M. Stewart, International Copyright and Neighbouring Rights (London : Butterworths & Co (Publishers) Ltd., 1983) pp. 13-27.

คอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์โดยชัดแจ้งแล้ว จะถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ไม่ได้

3. เมื่อพิจารณาถึงพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 ที่เป็นบทกฎหมายที่ใช้บังคับต่อพันธกรณีตามสนธิสัญญาทางไมตรีฯ นั้น คอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์นั้นย่อมไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ เนื่องจากในขณะที่มีการตราพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวในปี พ.ศ. 2474 (ค.ศ. 1921) นั้น ยังไม่มีเครื่องคอมพิวเตอร์ใช้กันเลย (ซึ่งเครื่องคอมพิวเตอร์ เริ่มมีใช้ประมาณทศวรรษ ค.ศ. 1950) และการที่พระราชบัญญัตินี้บทบัญญัติส่วนใหญ่จะเหมือนกับอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ฉบับแก้ไข ณ กรุงเบอร์ลิน ค.ศ. 1908 (Bernlin Act, 1908) โดยเฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับงานที่จะได้รับความคุ้มครอง เนื่องจากเป็นพระราชบัญญัตินี้ตราขึ้นเพื่ออนุวัติการอนุสัญญาดังกล่าว เมื่อ Brelin Act, 1908 ไม่ได้ให้ความคุ้มครองแก่คอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ ฉะนั้น จะถือว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมนี้มีเจตนาให้ความคุ้มครองแก่คอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ด้วย ย่อมเป็นไปได้เป็นอย่างดีแน่นอน

นอกจากนี้ แม้แต่ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 เองก็ตาม จะถือว่าคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์คงไม่ได้ เนื่องจากในมาตรา 9(5) ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2522 * ไม่ให้ความคุ้มครองแก่ระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ ที่เป็นโปรแกรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้กับคอมพิวเตอร์ในการทำงานตามปกติของเครื่องคอมพิวเตอร์เท่านั้น (computer programs per se) ⁶⁰ (ไม่รวมถึงส่วนประกอบของผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีที่ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อความคุม

* มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2522 บัญญัติว่า

" การประดิษฐ์ดังต่อไปนี้ ขอรับสิทธิบัตรไม่ได้

.....

(5) ระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์

....."

60. ชรรยง พวงราช, สิทธิบัตร : กฎหมายและวิธีปฏิบัติ (กรุงเทพมหานคร : บริษัทการพิมพ์ จำกัด, 2533), หน้า 38.

การทำงาน) ทั้งนี้เพราะถือว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ใช่การประดิษฐ์ เนื่องจากไม่ใช่ความคิดเกี่ยวกับการผลิตผลิตภัณฑ์โดยตรง หากแต่มีลักษณะเป็นการใช้ผลิตภัณฑ์ (ฮาร์ดแวร์คอมพิวเตอร์) ให้ทำงานตามคำสั่งของผู้ใช้เท่านั้น ซึ่งวิธีการใช้ผลิตภัณฑ์ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์⁶¹ ดังนั้น เมื่อมีบทบัญญัติอย่างชัดเจนในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2522 ซึ่งประกาศใช้ในเวลาใกล้เคียงกับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 และพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับนั้นเป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาด้วยกัน ประกอบกับในขณะที่ตราพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ในปี 2521 นั้นก็มีคอมพิวเตอร์ใช้ในประเทศไทยแล้ว เหตุใดจึงมีการกล่าวถึงคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์เท่านั้น ย่อมแสดงให้เห็นเจตนารมณ์ของผู้ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ว่า ไม่ต้องการให้มีการคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ มิฉะนั้น ก็ควรบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง * นอกจากนี้ในขณะที่มีการประชุมร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ก็ไม่ได้มีการกล่าวถึงการให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ประการใดเลย **

4.2 ประเด็นทางศีลธรรม

ประเด็นปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่มีการหยิบยกขึ้นมากลยในเวทีปัญหาลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศไทยกับสหรัฐอเมริกา ก็คือประเด็นปัญหาทางศีลธรรม ซึ่งฝ่ายสหรัฐอเมริกาและฝ่ายที่เห็นด้วยกับข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกา ได้กล่าวอ้างเป็นเหตุผลหลักที่สำคัญ

61. เรื่องเดียวกัน, หน้า 37-38.

* Federal Court ของออสเตรเลียได้ให้เหตุผลในลักษณะเช่นนี้ในคดี Apple Computer, Inc. V.S. Computer Edge Pty, Ltd. "...การที่ผู้บัญญัติกฎหมายมิได้กำหนดรวมเอาคอมพิวเตอร์โปรแกรมเข้าไว้ชัดแจ้งในกฎหมาย ทั้ง ๆ ที่ในขณะที่ร่างกฎหมายนี้ก็มีการใช้คอมพิวเตอร์แพร่หลายอยู่แล้ว ย่อมเป็นการแสดงเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าไม่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองแก่คอมพิวเตอร์โปรแกรม"

** ดู รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474

ประการหนึ่งเพื่อสนับสนุนข้อเรียกร้องให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 เพื่อให้ ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา รวมทั้งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ ด้วย เช่น การให้ความคุ้มครองด้านสิทธิบัตรแก่ผลิตภัณฑ์ยา เทคโนโลยีชีวภาพ และเครื่องจักรกล การเกษตร เป็นต้น กล่าวคือ ได้ยกเหตุผลว่าการไม่ให้ความคุ้มครองแก่ลิขสิทธิ์หรือสิทธิใน ทรัพย์สินทางปัญญาต่าง ๆ เหล่านั้น เป็นช่องทางหรือลู่ทางที่จะนำไปสู่การ "ขโมย" หรือการ กระทำที่เรียกว่าเป็น "โจรสลัด" (piracy) ต่อทรัพย์สินทางปัญญาของสหรัฐอเมริกา ซึ่งถือ ว่าเป็นการล่วงละเมิดต่อทรัพย์สินของผู้อื่น หรือเป็นการลักทรัพย์ของผู้อื่นที่เป็นการกระทำที่ผิดต่อ ศีลธรรม จะเห็นได้ว่าข้ออ้างดังกล่าวฟังดูมีน้ำหนักและมีเหตุผลส่งผลต่อความรู้สึกของคนไทย อย่างมาก ทั้งนี้เนื่องจากคนไทยเป็นผู้ที่มีจิตสำนึกถึงศีลธรรมเป็นพื้นฐานอยู่แล้ว จึงมีผู้เห็นด้วย คล้อยตามข้อกล่าวอ้างดังกล่าวเป็นจำนวนมาก

ประเด็นปัญหาทางศีลธรรมนี้ได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาได้ก็เพราะ ใน ระยะเริ่มแรกของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้น นักกฎหมายหรือทรัพย์สินทางปัญญาได้นำหลัก ทรัพย์สิน (Jus in rem) มาปรับใช้อย่างเต็มที่⁶² กับการแสดงออก (Expression) ของมนุษย์ เช่น การเขียนวรรณกรรม เป็นต้น กล่าวคือ ถือว่าการแสดงออกนั้นสามารถ หวงกันเอาไว้ในลักษณะสิ่งของอย่างหนึ่ง โดยมีได้คุ้มครองความคิดที่แสดงออกมาโดยตรง แต่ คุ้มครองทรัพย์สินที่เป็นผลของการแสดงออก โดยกำหนดให้ผู้สร้างสรรค์ต้องแปลงความคิดออก มาเป็นทรัพย์สินสิ่งของ ทั้งนี้ เนื่องจากประสงค์จะใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเครื่องมือใน การกระจายทรัพยากรที่มีอยู่จำกัดนั้นออกไป ซึ่งแนวความคิดเช่นนี้เป็นการตอบสนองกับระดับ การพัฒนา และเทคโนโลยี ในยุคสมัยนั้น ที่มีการเริ่มผลิตหนังสือ และการทำซ้ำ (Copy)⁶³

62. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "ถอดเทปคำบรรยาย เรื่อง ปัญหาและผลกระทบในการ คุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์" (กรุงเทพมหานคร : คณะวิทยาศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิท ยา ลัย, 2531), หน้า 2. (อัคราเนา)

63. สุรเกียรติ์ เสถียรไทย และสุธรรม อัญญาธรรม, "การถ่ายทอดเทคโนโลยี กับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา" (เอกสารในการประชุมวิชาการประจำปีของจุฬาลงกรณ์ มหาวิท ยาลัย เรื่อง มหาวิทยาลัยบนเส้นทางไปสู่ความเป็นนิคส์ เสนอที่ ห้องประชุมสวารนิเทศ หอประชุมจุฬาลงกรณ์มหาวิท ยาลัย 17 มกราคม 2532), หน้า 10-11.

จึงทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาถูกอ้างอิงอยู่กับหลักศีลธรรม (Moral Basis) ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายเรื่องทรัพย์สินนั่นเอง

แต่อย่างไรก็ตาม ประเด็นทางศีลธรรมนี้เป็นที่ถกเถียงกันในระดับระหว่างประเทศ และระดับภายในประเทศมาเป็นระยะเวลานานนับศตวรรษ จนกระทั่งปัจจุบันนี้ ก็ยังหาข้อสรุปไม่ได้ ขึ้นอยู่กับทัศนในการมองประเด็นปัญหาดังกล่าวว่ามีรากฐานจากทางใด สำหรับฝ่ายที่มีทัศนะที่ต้องการให้มีการคุ้มครองผู้สร้างสรรค์นั้น ก็จะมีแนวความคิดไปในแนวทางของทฤษฎีสสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights Theory) ซึ่งเป็นทฤษฎีที่สำคัญทฤษฎีหนึ่งเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา กล่าวคือ ทฤษฎีสสิทธิตามธรรมชาตินี้มุ่งเน้นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์ โดยถือว่าผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์งานมาด้วยสติปัญญาของตนเอง ต้องลงทุนลงแรง ไปในการสร้างสรรค์งานเพื่อที่จะใช้ประโยชน์จากผลงาน หรือต้องการผลตอบแทนจากงานสร้างสรรค์นั้น ดังนั้น ผู้สร้างสรรค์จึงไม่ถูกผูกมัดที่จะต้องเปิดเผยงานสร้างสรรค์นั้น และมีสิทธิที่จะได้รับการชดเชย คือ ได้รับการคุ้มครองสิทธิของตนในการที่จะเปิดเผยงานนั้น หรือได้รับค่าตอบแทนจากการที่ผู้อื่นใช้งานสร้างสรรค์ดังกล่าว⁶⁴ หมายความว่าผู้สร้างสรรค์ควรเป็นผู้ที่มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือใช้ประโยชน์จากงานของตน นอกจากนี้ยังถือว่าการละเมิดสิทธิของผู้สร้างสรรค์เป็นการเอาเปรียบบุคคลอื่นหรือเป็นการลักขโมยของบุคคลอื่น ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักศีลธรรม (Moral Basis) และได้นำเอาหลักทรัพย์สิน (Jus in rem) มาปรับใช้กับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาด้วย เพื่อเพิ่มน้ำหนักและก่อให้เกิดความเป็นรูปธรรมแก่หลักศีลธรรมมากขึ้น กล่าวคือ เมื่อถือว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งแล้ว การละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นการลักทรัพย์หรือลักขโมยซึ่งเป็นการขัดต่อหลักศีลธรรมหรือสามัญสำนึกของคนทั่วไป แม้แต่ชื่อที่ใช้เรียกชานก็ยิ่งพยายามใช้คำว่า "ทรัพย์สิน" หรือ "Property" เพื่อให้เกิดความรู้สึกว่าสิทธิต่าง ๆ เหล่านี้เป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง

64. Arthur R. Miller and Michael H. Davis, Intellectual Property : Patent, Trademarks and Copyright in a Nutshell (Minnisota : West Publishing Co., 1983), pp. 14-15.

สำหรับอีกฝ่ายหนึ่งที่มีทัศนคติแนวความคิดในการให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคม จะมีแนวความคิดในทางตรงกันข้ามกับผู้ที่มีแนวความคิดในการคุ้มครองผู้สร้างสรรค์ โดยยึดหลักตามแนวความคิดของทฤษฎีการต่อรองหรือทฤษฎีสัญญา (Bergain or Contract Theory) เป็นหลัก กล่าวคือ ทฤษฎีดังกล่าวมุ่งเน้นผลประโยชน์ของสังคมเป็นหลัก ผู้สร้างสรรค์จะได้รับ ความคุ้มครองจากรัฐก็ต่อเมื่องานสร้างสรรค์นั้น เป็นประโยชน์ต่อสังคม และสังคมจะได้รับผลประโยชน์อย่างคุ้มค่ากับการให้ความคุ้มครองที่ได้ให้แก่ผู้สร้างสรรค์⁶⁵ ทำให้ระดับการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในแต่ละประเทศมีขอบเขตและเงื่อนไขแตกต่างกันไปตามสภาพเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละประเทศ⁶⁶ นอกจากนี้ยังมีแนวความคิดในแนวทางนี้ที่ยึดถือทฤษฎีเสรีนิยม⁶⁷ ที่มีแนวคิดว่าความนึกคิดของมนุษย์นับได้ว่าเป็นสิ่งที่มีค่าสูงสุดควรแก่การยอมรับนับถือของสาธารณชน การใช้ประโยชน์จากสติปัญญาของมนุษย์ จึงสมควรปล่อยให้ เป็นของสาธารณชนอย่างเสรี คือ งานสร้างสรรค์นั้นย่อมตกเป็นสาธารณสมบัติ (Public Domain) ไม่ใช่เป็นของผู้สร้างสรรค์แต่อย่างใด เมื่องานสร้างสรรค์เป็นสาธารณสมบัติแล้วทุกคนย่อมมีสิทธิในการบริโภคหรือใช้งานสร้างสรรค์นั้นโดยไม่ถือว่าเป็นการล่วงละเมิดต่อสิทธิของบุคคลอื่น จึงไม่เป็นการขัดต่อหลักศีลธรรม (Moral Basis) แต่อย่างใด

ส่วนแนวความคิดในปัจจุบันของสหรัฐอเมริกา ที่ประสงค์จะให้มีการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาให้กว้างขวางและมีระดับที่สูงขึ้น โดยเฉพาะในเรื่องเทคโนโลยี เช่น คอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ เป็นต้น มีสาเหตุสำคัญมาจากปัจจัยทางเศรษฐกิจ ไม่ใช่เหตุผลทางศีลธรรม ทั้งนี้เพราะสหรัฐอเมริกาเล็งเห็นว่า การที่ประเทศอื่นสามารถลอกเลียนหรือนำเอาสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไปปรับใช้จนสามารถผลิตสินค้าออกมาขายแข่งขันกับสหรัฐอเมริกาได้ด้วยต้นทุนที่ต่ำกว่าอย่างมาก เนื่องจากไม่ต้องลงทุนในการศึกษาวิจัยใด ๆ จึงเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้สหรัฐอเมริกาเสื่อมประสิทธิภาพในการแข่งขันในด้านการค้าระหว่างประเทศ

65. Ibid, pp. 15 - 16.

66. จรัญ ภักดีชนากุล และวัชรียา โตสงวน, "กฎหมายสิทธิบัตร", ใน กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (กรุงเทพมหานคร : ชูติมาการพิมพ์, 2533), หน้า 518-519.

67. ไชยยศ เหมะรัชตะ, ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์ (รายงานผลการวิจัย ทูรชดากิเชกสม โปซ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528), หน้า 26-27.

แม้แต่การค้าภายในของสหรัฐอเมริกาเองก็ประสบปัญหาเช่นเดียวกัน ซึ่งในที่สุดก็นำไปสู่การขาดดุลการค้าอย่างมหาศาล ในขณะที่เดียวกันในแง่มุมของฝ่ายประเทศคู่ค้าต่าง ๆ ของสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะประเทศผู้ซื้อเทคโนโลยีนั้นกลับมองว่า การให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเต็มที่ตามที่สหรัฐอเมริกาต้องการ จะเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ วิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และการพัฒนาประเทศ จะเห็นได้ว่าเหตุผลที่แท้จริงในการเรียกร้องให้มีการให้ความคุ้มครองในเรื่องลิขสิทธิ์ รวมทั้งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญารูปอื่น ๆ นั้น เป็นเหตุผลทางเศรษฐกิจ มิใช่เหตุผลทางศีลธรรมแต่อย่างใด เหตุผลหรือหลักทางศีลธรรมที่ถูกหยิบยกขึ้นมา นั้น เป็นเพียงเครื่องช่วยในการสนับสนุนเหตุผลและความต้องการของสหรัฐอเมริกาเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเองแล้ว จะเห็นว่าทรัพย์สินทางปัญญานั้น ไม่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินอย่างที่กล่าวอ้างกัน ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

(1) จะเห็นได้ว่าการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับสมดุลงของความเหมาะสมในการให้อำนาจผูกขาดกับประโยชน์ที่ประเทศนั้นจะได้รับจากงานนั้นในลักษณะต่าง ๆ ไม่ได้เกิดขึ้นด้วยความเห็นพ้องต้องกันของทุกประเทศ ดังจะเห็นได้จากการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานั้น เกิดขึ้นจากกฎหมายภายในประเทศก่อน และต่อมาประเทศเจ้าของงานสร้างสรรค์เหล่านั้นมอบอุปสรรคว่าอำนาจผูกขาดที่สร้างขึ้นมาจากกฎหมายภายในประเทศนั้น มีขอบเขตจำกัดอยู่ภายในเขตอำนาจศาล (Jurisdiction) ของประเทศดังกล่าวเท่านั้น⁶⁸ กล่าวคือ อำนาจการผูกขาดที่รัฐได้ให้แก่เจ้าของงานนั้น ไม่อาจนำไปใช้บังคับผู้อื่นในต่างประเทศได้ ซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างกับทรัพย์สินที่เจ้าของทรัพย์สินสามารถอ้างสิทธิความเป็นเจ้าของ หรือกรรมสิทธิ์ได้ในทุกหนทุกแห่งในโลก ไม่จำกัดเฉพาะภายในประเทศของตน ด้วยความเห็นพ้องต้องกันของทุกประเทศ

68. จริญญา ภักดีธนากุล, "พันธกรณีตามกฎหมายที่ประเทศไทยมีต่อระบบลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ", ใน กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (กรุงเทพมหานคร : ชุดีมาการนิมพ์, 2532), หน้า 325.

(2) เมื่อประเทศผู้ผลิตงานสร้างสรรค์พบกับอุปสรรคดังกล่าว จึงได้ดำเนินความพยายามในการขยายการให้ความคุ้มครองแก่อำนาจการผูกขาดเหล่านั้นออกไปในประเทศต่างๆ โดยเฉพาะประเทศที่เป็นตลาดใหญ่ที่สำคัญ เช่น สหรัฐอเมริกา ซึ่งแต่เดิมนั้นสหรัฐอเมริกาได้ลอกเลียนลิขสิทธิ์ของอังกฤษและฝรั่งเศสอย่างมาก เป็นต้น ประเทศผู้ผลิตงานสร้างสรรค์จึงได้จัดตั้งระบบทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศขึ้น ในรูปของอนุสัญญาต่าง ๆ เพื่อให้สามารถขยายการได้รับความคุ้มครองไปในระดับระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญากรุงเบอร์นวาด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม อนุสัญญากรุงโรมว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิข้างเคียง เป็นต้น ซึ่งหากทรัพย์สินทางปัญญามีลักษณะเป็นทรัพย์สินดังกล่าวอ้าง ก็ไม่มีความจำเป็นจะต้องมีการดำเนินความพยายามให้มีการคุ้มครองในระดับระหว่างประเทศ ทรัพย์สินทางปัญญาก็สามารถได้รับความคุ้มครองในลักษณะกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) ได้ แต่จนกระทั่งปัจจุบันนี้ยังไม่มีการยอมรับในระดับระหว่างประเทศว่าทรัพย์สินทางปัญญานั้นเป็นทรัพย์สิน หากล่วงละเมิดแล้วจะเป็นการผิดต่อศีลธรรม

(3) การที่ประเทศผู้ผลิตงานสร้างสรรค์ได้หยิบยกเอาประเด็นทางศีลธรรมขึ้นมาเพื่อ Re-enforce โดยใช้คำว่า "ทรัพย์สิน" (property) บ้าง กล่าวหาว่าการล่วงละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการกระทำที่เป็นโจรสลัด (piracy) บ้าง จะเท่ากับว่าการล่วงละเมิดต่อทรัพย์สินทางปัญญานั้นเป็น Mala in Se คือ การกระทำที่เป็นความผิดโดยตัวของมันเอง แม้บุคคลที่ไม่ทราบกฎหมายก็ย่อมทราบได้ว่า การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญา เช่น การฆ่าคน การลักทรัพย์ เป็นต้น แต่ในทางความเป็นจริงแล้ว การล่วงละเมิดทรัพย์สินทางปัญญานั้น เป็นความผิดประเภทที่กฎหมายห้ามมิให้กระทำ หรือเป็น Mala Prohibita เท่านั้น

(4) นอกจากนี้หากสังเกตจากวิธีการขยายการให้ความคุ้มครองของอนุสัญญากรุงเบอร์นให้มากขึ้นโดยการจัดทำอนุสัญญาฉบับแก้ไขเพิ่มเติมนั้น จะเห็นได้ว่าแม้ว่าอนุสัญญากรุงเบอร์นฉบับแรก (Berne Convention, 1886) ให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ โดย

กำหนดคำนิยามว่า "วรรณกรรมและศิลปกรรม" * เอาไว้อย่างกว้างขวางก็ตาม โดยเฉพาะ การกำหนดให้หมายความรวมถึงงานใด ๆ ในแผนกวรรณกรรม วิทยาศาสตร์ หรือศิลปะ (literary, scientific, or artistic domain) ด้วย แต่จะเห็นได้ว่าข้อความเหล่านี้ ไม่สามารถได้รับการยอมรับจากประเทศชาติต่าง ๆ ในการที่จะตีความให้คำนิยามดังกล่าว ครอบคลุมถึงงานสร้างสรรค์ในลักษณะใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้นได้ ดังนั้น เมื่อเกิดงานในลักษณะใหม่ หรือเกิดวิทยาการหรือเทคโนโลยีตัวใหม่ ๆ จึงไม่มีครั้งใดเลยที่จะมีการตีความว่า งาน วิทยาการ หรือเทคโนโลยีนั้น เป็นงานในแผนกวรรณกรรม วิทยาศาสตร์ หรือศิลปะ แต่จะมีการ ประชุมตกลงจัดทำอนุสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมทุกครั้ง ประเทศที่พอใจจะให้ความคุ้มครองแก่งาน ดังกล่าวนั้น ก็เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ส่วนประเทศที่ไม่ต้องการให้ความ คุ้มครองแก่งานดังกล่าวก็ไม่เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาที่แก้ไขเพิ่มเติมนั้น เช่น งานภาพถ่ายใน อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ค.ศ. 1886 นั้น งานภาพถ่ายไม่ได้รับความคุ้มครอง แต่ต่อมาเมื่อ อุตสาหกรรมการถ่ายรูปรูปร่างตัวมากขึ้น และได้รับการยอมรับในวงการศิลปะมากขึ้น ประเทศ ในภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน จึงยอมรับกำหนดให้งานภาพถ่ายเป็นงานที่ได้รับความคุ้มครองใน อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ฉบับแก้ไข ณ กรุงเบอร์ลิน ค.ศ. 1908 (Berlin Act, 1908) เป็นอีก

* Berne Convention, 1886 , Article 4

"The Expression "Literary and Artistic Work" shall include books, pamphlets, and all other writings; dramatic or dramatico - musical works, music composition with or without words; work of drawing, painting, sculpture and engraving; lithographs, illustrations, geographical charts; plans, sketches, and plastic works relative to geography, topography, architecture, or science in general; in fact, every production whatsoever in the literary, scientific, or artistic domain which can be published by any mode of impression or reproduction.

มาตราหนึ่งต่างหากจากคำนิยามของคำว่า "วรรณกรรมและศิลปกรรม" * หรืองานภาพยนตร์ ได้รับการคุ้มครองครั้งแรกในอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ฉบับแก้ไข ณ กรุงเบอร์ลิน ค.ศ. 1908 (Berlin Act, 1908) โดยเป็นการคุ้มครองโดยมีเงื่อนไข ** แต่ต่อมาเมื่ออุตสาหกรรมภาพยนตร์ขยายตัวและมีมูลค่ามากขึ้นเรื่อย ๆ จึงมีการกำหนดให้ความคุ้มครองใหม่โดยไม่มีเงื่อนไขในอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ฉบับแก้ไข ณ กรุงโรม ค.ศ. 1928 (Rome Act, 1928) ^{๑๑} เป็นต้น ดังนั้น หากถือว่างานเหล่านี้เป็นทรัพย์สินแล้วก็ควรจะต้องได้รับการคุ้มครองที่เหมือนกัน และควรได้รับการยอมรับเช่นเดียวกันหรือพร้อมกัน แต่ด้วยลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญาของ เป็นเพียงอำนาจของการผูกขาดที่รัฐแต่ละให้ให้ความคุ้มครอง หรือเกิดขึ้นจากการตกลงร่วมกันของรัฐต่าง ๆ ในการให้ความคุ้มครองเท่านั้น

(5) นอกจากนี้เป็นที่น่าสังเกตว่าการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานั้นมีลักษณะการให้ความคุ้มครองโดยมีข้อจำกัดได้ ซึ่งการให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินไม่มีข้อจำกัดในลักษณะนี้

* Berlin Act, 1908 ,Article 3.

"The present Convention shall apply to photographic works and to works produced by a process analogous to photography The contracting countries shall be bound to make provision for their protection."

** Berlin Act, 1908 ,Article 14.

"Authors of literary, scientific and artistic works shall have the exclusive right of authorizing to reproduction and public representation of their work by cinematography

Cinematograph production shall be protected as literary are artistic works, if, by arrangement of the acting form or the combinations of the incidents represented, the author has given the work a personal and original character.

..... "

69. Rome Act, 1928, Article 2

เช่น มีการอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยบังคับ (Compulsory Licensing) มีการกำหนดอายุการคุ้มครองที่แน่นอน มีข้อยกเว้นการละเมิด เป็นต้น ตัวอย่างที่สามารถแสดงให้เห็นได้ชัดที่สุดคือ การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภทจะถูกจำกัดระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองเมื่อหมดระยะเวลาดังกล่าวงานนั้นก็ตกเป็นสาธารณสมบัติ (Public Domain) แต่กรณีของทรัพย์สินนั้นเจ้าของมีกรรมสิทธิ์โดยไม่มีระยะเวลาจำกัดในการที่จะได้รับความคุ้มครอง

ด้วยเหตุผลต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาต่าง ๆ ไม่มีลักษณะเป็นทรัพย์สิน แต่เป็นเพียงอำนาจผูกขาดที่เจ้าของงานได้รับเท่านั้น เมื่อทรัพย์สินทางปัญญาไม่ใช่ทรัพย์สิน การล่วงละเมิดจึงไม่ใช่การลักทรัพย์ อันมีลักษณะเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักศีลธรรม ดังที่สหรัฐอเมริกากล่าวอ้างกันแต่อย่างใด

4.3 ปัญหาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ

ก. การระงับสิทธิพิเศษทางภาษีสกุลกากร

ปัญหาการเจรจาการค้าระหว่างประเทศไทยกับสหรัฐอเมริกาเพื่อแลกเปลี่ยนระหว่างการให้สิทธิพิเศษทางภาษีสกุลกากรที่สหรัฐอเมริกาให้แก่ประเทศไทย กับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของสหรัฐอเมริกา ตลอดจนการเปิดตลาดให้แก่สินค้าและบริการของสหรัฐอเมริกา นั้นเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์กันมากกว่า หากประเทศไทยไม่ยอมปฏิบัติตามที่สหรัฐอเมริกาเรียกร้องแล้ว สหรัฐอเมริกาก็จะระงับการให้สิทธิพิเศษทางภาษีสกุลกากรที่ให้แก่ประเทศไทยทั้งหมด ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศไทยเป็นจำนวนมหาศาล เพราะจะทำให้สินค้าจากประเทศไทยไม่สามารถแข่งขันในตลาดสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นตลาดที่มีความสำคัญเป็นอันดับสองของประเทศไทยรองจากประเทศญี่ปุ่นและเป็นตลาดที่มีกำลังซื้อสูงได้ แต่ในขณะเดียวกันก็มีฝ่ายที่คัดค้านต่อข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกา เพราะเล็งเห็นว่าการให้สิทธิพิเศษทางภาษีสกุลกากรนั้นมีความสำคัญน้อยเมื่อเทียบกับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และการเปิดตลาดที่สหรัฐอเมริกาเรียกร้อง ดังนั้นจึงเป็นสิ่งสำคัญที่จะต้องพิจารณาว่า การระงับสิทธิพิเศษทางภาษีสกุลกากรนั้นจะมีผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศไทยหรือไม่เพียงใด และคุ้มค่ากับการที่ประเทศไทยจะให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 หรือไม่

เมื่อพิจารณาวิเคราะห์ระบบการให้สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรของสหรัฐอเมริกาและผลประโยชน์ที่ประเทศไทยได้รับจากสิทธิพิเศษดังกล่าว เมื่อเทียบกับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา นั้น สามารถสรุปได้ดังนี้

(1) ปัญหาการเบี่ยงเบนของวัตถุประสงค์ในการให้สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรของสหรัฐอเมริกา

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการให้สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรของสหรัฐอเมริกาในโครงการระยะที่สอง ที่บัญญัติไว้ในหมวดที่ 5 (TITLE V) ของรัฐบัญญัติการค้าและภาษีศุลกากร ค.ศ.1984 (Trade and Tariff Act of 1984) นั้น ได้ก่อให้เกิดเสียงวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าหลักเกณฑ์และเงื่อนไขต่าง ๆ เหล่านี้ เป็นการเบี่ยงเบนไปจากเจตนารมณ์ที่แท้จริงของการก่อตั้งระบบสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรขึ้นมา ทั้งนี้ เนื่องจากระบบสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรนี้เป็นระบบที่สะท้อนความพยายามในการสร้างแนวความคิดว่าด้วย "ระบบเศรษฐกิจระหว่างประเทศแบบใหม่" (New International Economic Order)⁷⁰ ซึ่งเกิดจากความพยายามในการรักษาส่วนการแข่งขันทางการค้าของโลกในระยะยาวไว้คงอยู่ไว้ด้วยการที่ประเทศที่พัฒนาแล้วยอมยกเว้น หรือลดการเก็บภาษีศุลกากรจากการนำเข้าสินค้าจากประเทศกำลังพัฒนาหรือประเทศพัฒนาน้อยที่สุด เพื่อเปิดโอกาสให้กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาลดการพึ่งพิงการส่งออกสินค้าขั้นปฐม (primary product)⁷¹ ซึ่งจะช่วยแก้ไขปัญหาการไร้เสถียรภาพทางด้านราคาลงได้บ้าง เป็นการเพิ่มสัดส่วนของการส่งออกสินค้าประเภทอุตสาหกรรม อันจะส่งผลให้เกิดขยายตัวในภาคอุตสาหกรรม การจ้างงาน

70. จิตตภัทร เครือวรรณ และสุธรรม อยู่ในธรรม, "ข้อคิดเรื่องการค้าไทย-สหรัฐ : นโยบายการค้าโดยจีเอสพี", (เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง ยุทธศาสตร์ประเทศไทยต่อกรณีกฎหมายการค้าสหรัฐอเมริกา, เสนอที่ ห้องประชุมตึกอเนกประสงค์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 12 มิถุนายน 2532), หน้า 1.

71. สุรเกียรติ์ เสถียรไทย และคณะ, "สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา" (รายงานวิจัยโครงการศึกษาวิจัยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา, ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532), หน้า 394.

และการขยายตัวทางด้านเศรษฐกิจของประเทศดังกล่าวด้วย รวมทั้งเป็นการช่วยลดช่องว่างของการขาดดุลการค้าระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนาได้บ้าง เพราะการให้สิทธิพิเศษดังกล่าวจะทำให้สินค้าอุตสาหกรรม และกิ่งอุตสาหกรรมของประเทศกำลังพัฒนาสามารถแข่งขันกับสินค้าของประเทศที่พัฒนาแล้วได้ดีขึ้นในทางการค้าระหว่างประเทศ โดยมีลักษณะเป็นการให้ผลประโยชน์ระยะสั้นในระบบทวิภาคี⁷² กล่าวคือ เป็นการเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ผลิตที่ยังไม่มีความสามารถทัดเทียมในช่วงแรก เพื่อให้สามารถทำการค้าระหว่างประเทศได้ และขั้วไว้ซึ่งระบบการค้าเสรีระหว่างประเทศ โดยประเทศกำลังพัฒนาไม่จำเป็นต้องปฏิบัติต่างตอบแทน (non-reciprocity) ให้แก่ประเทศที่พัฒนาแล้วผู้ให้สิทธิพิเศษแต่อย่างใด

ผลของการของการแก้ไขกฎหมายการค้าของสหรัฐอเมริกาฉบับต่างๆ เพื่อที่จะทำให้สหรัฐอเมริกามีอำนาจต่อรองในทางการค้าระดับทวิภาคีมากขึ้น โดยเห็นการใช้มาตรการแต่ฝ่ายเดียว (Unilateral Action) ประกอบกับการเพิ่มการเปลี่ยนรูปของประเด็นทางกฎหมายอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศโดยตรงให้มามีบทบาทเป็นเครื่องต่อรอง (leverage) ในทางการค้ามากขึ้น เช่น การนำเข้าประเด็นเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา หรือการคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้แรงงาน มาเป็นเงื่อนไขสำคัญในการพิจารณาการให้สิทธิพิเศษด้วย เป็นต้น และการที่รัฐบัญญัติการค้าและพาณิชย์สากล ค.ศ. 1984 ในหมวดที่ 5 นี้ ไม่ได้บัญญัติหลักการไม่ต่างตอบแทน (non-reciprocity) และหลักการเจรจาการค้าหลายฝ่าย (Multilateral Trade Negotiation) ไว้ตามแนวทางของ UNCTAD และ GATT *

72. จิตนัทธ ตรีธรรม และสุธรรม อยู่ในธรรม, "ข้อคิดเรื่องการค้าไทย-สหรัฐ : นโยบายการค้าโดยจีเอสพี", หน้า 1.

* ในบทบัญญัติ เรื่อง Special & Differential หรือ S&D ของ GATT นั้น ที่อนุญาตให้ประเทศผู้ให้สิทธิพิเศษและประเทศผู้รับสิทธิพิเศษได้รับยกเว้นจากหลักต่างตอบแทน (reciprocity) และหลักไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) จนกว่าประเทศผู้รับสิทธิพิเศษจะมีความสามารถในการแข่งขันทางการค้ากับประเทศคู่ค้าอื่น ๆ ใน GATT ได้ โดยไม่ได้ยกเว้นหลักเจรจาพหุภาคี (MTN) ซึ่งทำให้ประเทศกำลังพัฒนาผู้รับประโยชน์ยังสามารถเข้าร่วมเจรจาในระดับพหุภาคีใน GATT ได้ โดยไม่ปฏิบัติต่างตอบแทน กล่าวคือ หากใช้หลักต่างตอบแทน โดยไม่ใช้หลักการเจรจาพหุภาคี ประเทศกำลังพัฒนาที่ไม่สามารถเข้าร่วมเจรจาได้

แต่ให้เป็นหน้าที่ของสำนักผู้แทนการค้า (USTR) และประธานาธิบดี ที่จะทำการเจรจาการค้ากับประเทศคู่ค้าอื่น ๆ ได้ ประกอบกับการเพิ่มแนวความคิดเรื่องการปฏิบัติทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ทำให้ระบบการให้สิทธิพิเศษกลายเป็นประเด็นทางการเมืองมากกว่าประเด็นทางกฎหมายที่ผูกอยู่กับความสัมพันธ์ทางการค้าอีกต่อไป ดังนั้นสหรัฐอเมริกาจึงใช้สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรนี้เป็นเครื่องมือในการเจรจาต่อรองกับประเทศคู่ค้านอกกรอบของ GATT ได้ โดยประสงค์ให้ประเทศคู่ค้าปฏิบัติต่างตอบแทน เช่น ต้องให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น ด้วยปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้จึงทำให้วัตถุประสงค์หลักของการให้สิทธิพิเศษที่จะให้ผลประโยชน์ในระยะสั้นแก่ประเทศกำลังพัฒนา จึงถูกทำลายไป กลายเป็นมาตรการที่จะขัดแย้งประโยชน์ในระยะยาวแก่ผู้ผลิตภายในสหรัฐอเมริกาที่ต้องการจะรักษาความได้เปรียบสัมพัทธ์ (Comparative Advantage) เอาไว้ให้ได้⁷³ เพื่อนำไปสู่การแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจภายในประเทศของสหรัฐอเมริกาเอง โดยเฉพาะปัญหาการขาดดุลการค้า เนื่องจากการเสื่อมความสามารถในการแข่งขันในทางการค้าระหว่างประเทศ เพราะสิ่งที่เป็นเงื่อนไขในการแลกเปลี่ยนกับสิทธิพิเศษนั้น เป็นสิ่งที่ประเทศกำลังพัฒนามีความได้เปรียบในการแข่งขันทางการค้า เช่น มีค่าจ้างแรงงานที่ต่ำกว่าสหรัฐอเมริกา เป็นต้น หรือเป็นสิ่งที่สหรัฐอเมริกามีความได้เปรียบในการแข่งขัน เช่น เทคโนโลยีต่าง ๆ ซึ่งเมื่อประเทศกำลังพัฒนาได้ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาให้แก่สหรัฐอย่างเพียงพอในระดับและในรูปแบบที่สหรัฐต้องการแล้ว อาทิเช่น การเรียกร้องให้คุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นระบบการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เข้มงวดและมีระยะเวลายาวนานที่สุด ย่อมทำให้สหรัฐสามารถผูกขาดในทางเทคโนโลยีเหล่านั้น ส่งผลให้ประเทศกำลังพัฒนาไม่สามารถแข่งขันทางการค้ากับสหรัฐในสินค้าที่จะต้องใช้เทคโนโลยีเหล่านั้นได้ เป็นต้น ดังนั้น ดังนั้น ระบบการให้สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรของสหรัฐอเมริกาก็เปรียบเสมือนการที่สหรัฐอเมริกายุติการแก้ไขปัญหาค่าของสหรัฐอเมริกามาให้ประเทศกำลังพัฒนาแทนที่จะแก้ไขปัญหภายในประเทศ เช่น การแก้ไขปัญหาค่าขาดดุลการค้าและปัญหาเศรษฐกิจตกต่ำ เป็นต้น ด้วยการปรับ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

73. จิตตภัทร เครือวรรณ และสุธรรม อยู่ไพธรรม, "ข้อคิดเรื่องการค้าไทย-สหรัฐ : นโยบายการค้าโดยจีเอสพี", หน้า 2.

เปลี่ยนแปลงไปตามพลวัตของการเปลี่ยนแปลงของโลก⁷⁴

(2) ความไม่แน่นอนของการให้สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรของสหรัฐอเมริกา

เป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปว่าระบบสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากร หรือ G.S.P. เป็นการให้สิทธิพิเศษในการยกเว้นหรือลดการเก็บภาษีนำเข้าสินค้า โดยที่แต่ละประเทศสามารถกำหนดเอาเองว่าจะให้สิทธิพิเศษแก่ประเทศใดบ้าง สินค้าใดบ้าง เนื่องจากได้รับยกเว้นจากหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (non-discrimination) ดังนั้น จึงขึ้นอยู่กับความสมัครใจโดยปราศจากสภาพผูกพันทางกฎหมาย กล่าวคือ ไม่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ใด ๆ ขึ้นเลย เป็นเพียงแนบนโยบายทางการค้า การให้สิทธิพิเศษจึงมีลักษณะเป็น "ของแถม" (ex gratia)⁷⁵ ไม่มีผู้ใดบังคับเรียกร้องได้ และเมื่อให้สิทธิพิเศษนี้ไปแล้วก็ตาม ก็อาจจะเพิกถอนสิทธิพิเศษนี้เสียทั้งหมดหรือแต่บางส่วนเมื่อใดก็ได้ จึงเป็นลักษณะของการกระทำแต่ฝ่ายเดียวตามอำเภอใจ (Arbitrary Unilateral Action) ของประเทศผู้ให้สิทธิพิเศษ ดังนั้น โดยสภาพของระบบสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรจึงไม่มีความแน่นอนอยู่แล้ว ประกอบกับการที่ระบบการให้สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรของสหรัฐอเมริกามีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขจำนวนมากที่จะสามารถทำการเพิกถอนประเทศใดออกจากรายชื่อประเทศกำลังพัฒนาผู้รับประโยชน์ หรือเพิกถอนสิทธิพิเศษที่ให้แก่สินค้าใดก็ได้โดยง่าย โดยเฉพาะเงื่อนไขความสามารถในการแข่งขันในตลาดของสหรัฐอเมริกาซึ่งไม่มีหลักเกณฑ์การคำนวณที่แน่นอน ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของสำนักผู้แทนการค้าและประธานาธิบดี * นอกจากนี้ในเรื่องข้อกำหนดในเรื่องส่วนแบ่งตลาดสหรัฐอเมริกา ได้เพิ่มความเข้มงวดขึ้นด้วยการลดเพดานปริมาณการนำเข้าสินค้าจากร้อยละ 50 เป็นร้อยละ 25 และมีการกำหนดมูลค่าขั้นต่ำ (de minimis) เข้ามาเป็นตัวลั่นกรงอีกชั้นหนึ่ง นอกจากนี้ได้ลดมูลค่าขั้นสูง (Ceiling) ลงเหลือเพียง 25 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งสินค้าของประเทศไทยได้ถูกเพิกถอนการให้สิทธิพิเศษเนื่องจากเงื่อนไขดังกล่าวทุก ๆ ปี เช่น ในปี 2532

74. เรื่องเดียวกัน

75. สุธรรม อยู่ในธรรม, "ลิขสิทธิ์แลจีสเอล์ฟ เอากุ้งมังกรไปตกปลา", มติชน (28 เมษายน 2531), หน้า 3

* ดู Trade and Tariff Act, 1984, Section 502 (c)

สินค้าที่ถูกเลิกถอนการให้สิทธิพิเศษ ได้แก่ เฟอร์นิเจอร์ไม้บางชนิด กระเบื้องปูพื้นเซรามิก ดอกไม้ประดิษฐ์ เครื่องประดับอัญมณีบางชนิด อุปกรณ์เชื่อมโยงโทรศัพท์ และโทรเลขบางชนิด นอกจากนี้ได้ยกเลิกการยกเว้นชั่วคราว (waiver) จากเงื่อนไขการแข่งขัน ที่เคยให้แก่ สินค้าถั่วเขียว แป้งข้าวเจ้า อุปกรณ์เชื่อมวงจร และรูปพรรณทำด้วยโลหะเงิน ตอนที่ประเทศไทยรับปากว่าจะแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ให้สหรัฐเมื่อปี 2529 เป็นต้น และระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจของประเทศ เป็นปัจจัยสำคัญอีกประการหนึ่งที่มีจะทำให้ประเทศกำลังพัฒนาผู้รับประโยชน์ถูกเลิกถอนการให้สิทธิพิเศษ เช่น กลุ่มประเทศอุตสาหกรรมใหม่ (NICs) 4 ประเทศ หรือที่เรียกว่า "4 เสือแห่งเอเชีย" ได้แก่ ไต้หวัน สาธารณรัฐเกาหลี ฮองกง และ สิงคโปร์ เมื่อมกราคม 2532 ที่ผ่านมานี้ เป็นต้น ซึ่งเป็นเรื่องชี้ให้เห็นอนาคตของการได้รับสิทธิพิเศษของประเทศไทยเช่นกัน เนื่องจากในขณะนี้ประเทศไทยกำลังมีการขยายตัวทางเศรษฐกิจอย่างมาก เช่น ในปี 2532 มีอัตราการขยายตัวทางเศรษฐกิจถึง 11 %⁷⁰ เป็นต้น อันจะทำให้ประเทศไทยถูกเลิกถอนจากรายชื่อประเทศกำลังพัฒนาผู้รับประโยชน์ได้ และการที่สหรัฐอเมริกาเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนสามารถยื่นข้อร้องเรียนต่อสำนักผู้แทนการค้าให้เลิกถอนสิทธิพิเศษต่อประเทศใดประเทศหนึ่งได้ เป็นสิ่งอันตรายอีกประการหนึ่ง เพราะเป็นการเพิ่มอัตราการเสี่ยงของการถูกเลิกถอนสิทธิพิเศษมากขึ้น และเป็นการเพิ่มแรงกดดันให้แก่รัฐบาลสหรัฐและประเทศกำลังพัฒนาผู้รับประโยชน์ให้มีการเผชิญหน้ากันมากขึ้นด้วย เช่น การที่สมาคมผลิตยาของสหรัฐอเมริกา (P.M.A.) ยื่นคำร้องเรียนต่อสำนักผู้แทนการค้าให้เลิกถอนสิทธิพิเศษที่ให้แก่ประเทศไทย เพราะประเทศไทยไม่ให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเพียงพอและประสิทธิภาพ รวมทั้ง AFL - CIO ซึ่งเป็นองค์กรนิทกัษ์ผลประโยชน์กรรมกร ได้ยื่นคำร้องเรียนเช่นเดียวกันว่าประเทศไทยไม่ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของผู้ใช้แรงงานที่เป็นที่ยอมรับระหว่างประเทศ เป็นต้น สิ่งเหล่านี้ได้แสดงให้เห็นถึงแนวโน้มของสหรัฐอเมริกาที่พยายามจะปิดประตูการค้าต่อประเทศกำลังพัฒนาให้แคบลงเรื่อย ๆ เพื่อลดความสามารถในการแข่งขันทางการค้าของประเทศเหล่านี้ลง

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าในขณะนี้ประเทศไทยยังคงสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรอยู่ได้ แต่เมื่อถึงวันที่ 4 กรกฎาคม 2536 คือ สิ้นสุดโครงการระยะที่ 2 แล้ว ประเทศกำลังพัฒนา

76. ข้อมูลจากสำนักงานพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

ผู้รับประโยชน์ทั้งหมด ซึ่งรวมถึงประเทศไทยก็จะถูกเพิกถอนสิทธิพิเศษทั้งหมดโดยอัตโนมัติ และสหรัฐอเมริกาเองก็มีแนวโน้มที่จะไม่ทำการต่ออายุสิทธิพิเศษนี้อีกต่อไป⁷⁷ เนื่องจากสหรัฐอเมริกาไม่ต้องการให้สินค้าจากต่างประเทศเข้ามาครองตลาดภายในประเทศมากเกินไปที่จะเป็นการเพิ่มภาระในการขาดดุลการค้าของสหรัฐอเมริกาให้มากขึ้นอีก ซึ่งแนวโน้มนี้เคยปรากฏมาครั้งหนึ่งแล้วเมื่อก่อนจะมีการต่ออายุโครงการระยะที่ 2 อันเป็นผลมาจากแรงกดดันของอุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกาตนเอง

นอกจากนี้สิ่งสำคัญอีกประการหนึ่ง การที่สำนักข่าวสารออเมริกัน (United States Information Service : USIS) ได้ออกแถลงการณ์ เมื่อวันที่ 18 พฤษภาคม 2530⁷⁸ ตอนหนึ่งความว่า "เรื่องการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศเป็นประเด็นเอกเทศ โดยแยกต่างหากอย่างเด็ดขาดจากประเด็นเรื่องผลประโยชน์จากสิทธิพิเศษทางการค้า (จีเอสพี) อย่างไรก็ตาม ... ข้อกำหนดเรื่องการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์นี้เป็นข้อหนึ่งในข้อกำหนดหลาย ๆ ข้อที่เป็นหลักในการพิจารณาให้สิทธิพิเศษทางการค้าการยินยอมให้ความคุ้มครองด้านลิขสิทธิ์มิได้เป็นหลักประกันว่าจะได้รับสิทธิพิเศษทางการค้าอย่างแน่นอน และการที่สหรัฐจะยกเลิกสิทธิพิเศษทางการค้าจะไม่ทำให้ความวิตกกังวลเรื่องลิขสิทธิ์ที่สหรัฐมีอยู่หมดไป สิทธิพิเศษทางการค้าย่อมมิใช่ข้อแลกเปลี่ยนการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์อย่างแน่นอน" จากแถลงการณ์ดังกล่าวจะเห็นได้ว่าสหรัฐอเมริกาได้แสดงท่าทีว่า ถึงแม้ว่าประเทศไทยจะให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามที่สหรัฐเรียกร้องก็ตาม แต่เรื่องการให้สิทธิพิเศษนั้นเป็นคนละประเด็น สหรัฐอเมริกาสามารถจะเพิกถอนสิทธิพิเศษนั้นได้ แต่ถ้าประเทศไทยไม่ให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามที่สหรัฐเรียกร้อง ประเทศไทยก็จะถูกเพิกถอนสิทธิพิเศษ ตามบทบัญญัติมาตรา 502 (C) ของรัฐบัญญัติการค้าและพาณิชย์ศุลกากร ค.ศ. 1984 อยู่ดี และในประเด็นนี้สหรัฐอเมริกาได้ดำเนินการแล้วกับสาธารณรัฐเกาหลี ไต้หวัน และสิงคโปร์ ซึ่งยินยอมแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะการนำเอาการ

77. ชวนชัย อัจฉรินทร์, "GSP. มีประโยชน์กับประเทศไทยจริงหรือไม่", ประชาชาติธุรกิจ (1 ตุลาคม 2531), หน้า 12.

78. สำนักข่าวสารออเมริกัน, "ภูมิหลังสถานะของสหรัฐในเรื่องการคุ้มครองลิขสิทธิ์", ข้อมูลประกอบข่าว (18 พฤษภาคม 2530), หน้า 3.

คุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์มาบัญญัติอยู่ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ ตามที่สหรัฐอเมริกาเรียกร้อง แต่สหรัฐอเมริกาก็ยังได้เพิกถอนประเทศต่าง ๆ ดังกล่าวออกจากรายชื่อประเทศกำลังพัฒนา ผู้รับประโยชน์ โดยได้ประกาศเพิกถอนเมื่อวันที่ 29 มกราคม 2531 และมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 2 มกราคม 2532 เป็นต้นไป จึงเป็นตัวอย่างที่ดีที่ทำให้ประเทศไทยเห็นความไม่แน่นอนของการให้สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรของสหรัฐอเมริกา

(3) ผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการที่ประเทศไทยถูกระงับสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรที่ได้รับจากสหรัฐอเมริกา

มีการกล่าวอ้างกันอยู่เสมอว่า หากประเทศไทยไม่ยินยอมแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 และดำเนินการตามข้อเรียกร้องอื่น ๆ ของสหรัฐอเมริกา ประเทศไทยจะถูกระงับการให้สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรทั้งหมด จะทำให้ประเทศไทยได้รับความเสียหายเป็นมูลค่ามหาศาลเท่ากับมูลค่าการส่งออกสินค้าของประเทศไทยภายใต้ระบบสิทธิพิเศษของสหรัฐอเมริกา เช่น ในปี 2529 ภาคเอกชนจะได้รับความเสียหายเป็นมูลค่าถึง 351.12 ล้านบาท หรือประมาณ 9 พันล้านบาท เป็นต้น แต่เมื่อวิเคราะห์ถึงสภาพของระบบของสิทธิพิเศษ ระบบการค้า ตลอดจนข้อมูล ตัวเลขต่าง ๆ แล้วจะพบว่าความเสียหายที่ประเทศไทยจะได้รับจากการระงับสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรจะไม่มากดังที่เข้าใจกัน ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

(3.1) การระงับสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรของสหรัฐอเมริกานั้น ไม่ได้หมายความว่าประเทศไทยจะส่งสินค้าที่ถูกกระงับสิทธิพิเศษนั้น เข้าไปขายในตลาดนี้อีกไม่ได้เลย เพียงแต่สินค้านั้นจะต้องเสียภาษีนำเข้าในอัตราปกติเหมือนประเทศอื่น ๆ เท่านั้น กล่าวคือ การให้สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรของสหรัฐอเมริกาเป็นยกเว้นภาษีนำเข้า เข้าสินค้าจากประเทศกำลังพัฒนาผู้รับประโยชน์ ดังนั้น ความเสียหายที่ประเทศไทยได้รับจากการถูกสหรัฐอเมริกากระงับการให้สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรนั้นจะต้องคำนวณจากมูลค่าของภาษีขาเข้าที่จะต้องเสียเมื่อไม่ได้รับสิทธิพิเศษ มิใช่คำนวณจากมูลค่าการนำเข้าสินค้าภายใต้ระบบสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรทั้งหมด ซึ่งจากการวิจัยของฝ่ายวิจัยเศรษฐกิจทั่วไป ฝ่ายวิชาการ ธนาคารกสิกรไทยพบว่า ในปี 2529 อัตราส่วนของมูลค่าของการส่งออกสินค้าของประเทศไทยภายใต้ระบบสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรของสหรัฐอเมริกามีเพียงร้อยละ 22.24 ของมูลค่าการส่งออกไปยังสหรัฐอเมริกาทั้งหมด และถ้าส่งสินค้าไปยังสหรัฐอเมริกาโดยไม่ใช้สิทธิพิเศษ

ทางภาษีศุลกากรในปี 2529 เลข จะต้องเสียภาษีขาเข้าเพิ่มขึ้น อย่างมากที่สุด * 41.33 ล้านเหรียญสหรัฐอเมริกา หรือประมาณ 1,084 ล้านบาท หรือเท่ากับร้อยละ 2.6 ของมูลค่า การส่งออกสินค้าของประเทศไทยไปยังสหรัฐอเมริกาเท่านั้น ⁷⁹ (ดูตารางที่ 9) นอกจากนั้น สำนักวิจัย ธนาคารกรุงเทพ จำกัด ได้คำนวณผลประโยชน์ทางภาษีที่ประเทศไทยได้รับภายใต้ ระบบสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรของสหรัฐอเมริกาในปี 2530 นั้น ประมาณ 37.95 ล้าน เหรียญสหรัฐ หรือ 978.6 ล้านบาท หรือประมาณร้อยละ 1.71 ของมูลค่าการส่งออกสินค้า จากประเทศไทยไปยังสหรัฐ และคาดการณ์ว่าผลประโยชน์ทางภาษีในปี 2531 จะประมาณ 49.7 ล้านเหรียญสหรัฐ หรือ 1,259.60 ล้านเหรียญสหรัฐเท่านั้น ⁸⁰ ซึ่งนับเป็นจำนวนน้อย มากเมื่อเทียบกับจำนวนมูลค่าการค้าระหว่างทั้งสองประเทศ

(3.2) ผลประโยชน์ของการให้สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรนั้นมีได้ตกอยู่กับผู้ผลิต ผู้ส่งออกสินค้าจากประเทศไทยแต่เพียงผู้เดียว แต่ผลประโยชน์ยังคงอยู่กับผู้บริโภควออเมริกัน เองด้วย ที่จะสามารถบริโภคสินค้าได้ในราคาที่ถูกลงและผู้ที่ได้รับประโยชน์มากที่สุดก็คือ ผู้นำเข้าสินค้าของสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะต้องเป็นผู้เสียภาษีขาเข้าในสินค้าจากประเทศไทย จะได้รับการยกเว้นไม่ต้องเสียภาษี และการยกเว้นภาษีนั้นเท่ากับเป็นการเพิ่มส่วนเหลือม กำไรให้แก่ผู้นำเข้า เพราะการตั้งราคาสินค้าในประเทศไทยมักจะทำในรูปแบบของราคา F.O.B. เมื่อสินค้าเดินทางไปถึงสหรัฐอเมริกาจะเข้าไปในรูปของราคา C.I.F. แล้วจึง ประเมินกัตศุลกากร และผู้นำเข้าจะจำหน่ายปลีกสินค้าในราคาประมาณ 3 เท่าของราคา C.I.F. ขึ้นไป ดังนั้น เมื่อมีการระงับสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรที่ให้แก่ประเทศไทย ผลของ ความเสียหายในทางเศรษฐกิจ เรื่องภาระภาษีย่อมไม่ตกแก่ผู้ผลิตและผู้ส่งออกของไทย แต่กลับ ตกอยู่กับผู้นำเข้าสินค้าซึ่งเป็นผู้เสียภาษี และผู้บริโภคภายในสหรัฐอเมริกาที่ผู้นำเข้าจะผลัก

* ตัวเลขนี้คำนวณจากอัตรารายนำเข้าสูงสุดในแต่ละหมวดสินค้าที่สหรัฐอเมริกา เรียกเก็บ

79. สมยศ แซ่มช้อย, "ลิขสิทธิ์ - จีเอสพี : เรื่องที่จะไม่ยุติลงง่าย ๆ" มองเศรษฐกิจ 1 (มิถุนายน 2530) , หน้า 12.

80. ศิริพรรณ กิติประวัติ, "GSP สหรัฐอเมริกาและไทย : บทบาทที่ควรประเมิน", วารสารเศรษฐกิจ 21 (มกราคม 2532) , หน้า 8.

ตารางที่ 9
มูลค่าภาระภาษีที่ต้องเสียในการนำเข้า GSP สหรัฐอเมริกา
ปี 2529

หน่วย : ล้านดอลลาร์

หมวดสินค้า	มูลค่าสินค้าส่งออก โดยใช้ GSP	อัตรารภาษีนำเข้า ปกติของสหรัฐฯ	ภาษีที่ต้องเสียถ้า ไม่ใช่ G.S.P. *
1	136.41	0.01% - 7.00%	9.54
2	189.01	7.01% - 15.00%	23.85
3	6.99	15.01% - 20.00%	1.39
4	18.71	20.01% - 35.00%	6.55
รวม	351.12	0.01% - 35.00%	41.33

หมายเหตุ * : คิดคำนวณจากอัตรารภาษีนำเข้าสูงสุดในแต่ละหมวดสินค้าที่สหรัฐ
อเมริกาเรียกเก็บ

ที่มา : ส่วนวิจัยเศรษฐกิจทั่วไป ฝ่ายวิชาการ ธนาคารกสิกรไทย

ศูนย์วิทยทรัพยากร
 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาวะภาษีเหล่านี้ไปให้

(3.3) ปัญหาต่อไปคือเมื่อมีการระงับการให้สิทธิพิเศษแล้ว จะทำให้ความสามารถในการแข่งขันของสินค้าของไทย โดยเฉพาะด้านราคาลดลงหรือไม่ จากการวิจัยของคณะเศรษฐศาสตร์ ธรรมศาสตร์ พบว่าถ้าราคาสินค้าส่งออกของประเทศไทยสูงขึ้นไม่เกินร้อยละ 7 จะไม่ส่งผลกระทบต่อระดับราคาในตลาดของสหรัฐอเมริกา เนื่องจากราคาขายปลีกในสหรัฐอเมริกาจะตั้งไว้ประมาณ 3-4 เท่าของราคา C.I.F. ผู้นำเข้าสามารถนำเอาส่วนเหลือมกำไรของตนมารับเอาภาวะภาษีดังกล่าวได้⁸¹ เพราะผู้นำเข้าคงจะไม่ต้องการสูญเสียส่วนแบ่งตลาดในสหรัฐอเมริกา จากการวิจัยของสำนักวิจัย ธนาคารกรุงเทพ จำกัด พบว่าในปี 2530 มีสินค้าภายใต้ระบบสิทธิพิเศษของสหรัฐอเมริกาที่มีมูลค่าที่มูลค่าการส่งออกเกินกว่า 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ที่ได้รับการยกเว้นอัตราภาษีขาเข้าไม่เกินร้อยละ 7 จำนวนทั้งสิ้น 46 รายการ จากจำนวน 69 รายการ ซึ่งมีมูลค่าการส่งออกถึง 352.9 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือเท่ากับร้อยละ 78.02 ของมูลค่าการส่งออกสินค้าภายใต้สิทธิพิเศษเกินกว่า 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐทั้งหมด (452.3 ล้านดอลลาร์สหรัฐ) หรือเท่ากับร้อยละ 63.98 ของมูลค่าการส่งออกสินค้าภายใต้สิทธิพิเศษของสหรัฐทั้งหมด (551.6 ล้านดอลลาร์สหรัฐ) อย่างไรก็ตามผลกระทบจากการระงับสิทธิพิเศษนั้นจะมีผลต่อสินค้าที่จะต้องถูกเก็บภาษีอัตราไม่เกินร้อยละ 7 ที่เป็นของผู้ส่งออกรายย่อย หรือรายใหม่ รวมทั้งสินค้าที่ยังมีคุณภาพไม่สูงนักส่วนสินค้าที่อยู่ภายใต้ระบบสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรที่มีมูลค่าการส่งออกเกินกว่า 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ที่ได้รับการยกเว้นภาษีขาเข้าเกินกว่าร้อยละ 7 มีจำนวนทั้งสิ้น 23 รายการ จากจำนวน 69 รายการ มีมูลค่าการส่งออก 99.4 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือเท่ากับร้อยละ 22.98 ของมูลค่าการส่งออกภายใต้สิทธิพิเศษเกินกว่า 1 ล้านดอลลาร์ทั้งหมด หรือเท่ากับร้อยละ 18.06 ของมูลค่าการส่งออกสินค้าภายใต้สิทธิพิเศษของสหรัฐทั้งหมด ซึ่งกลุ่มสินค้าที่มีอัตราภาษีเกินกว่าร้อยละ 7 หากไม่ได้รับสิทธิพิเศษอาจทำราคาสินค้าส่งออกของไทยในสายตาของผู้นำเข้าสหรัฐอเมริกาสูงขึ้น และมีผลต่อปริมาณการส่งออกบ้าง แต่ผลกระทบนั้นมีเพียงเล็กน้อย โดยจะเห็นได้จากมูลค่าของสินค้าที่จะต้องเสียภาษีเกินกว่าร้อยละ 7 ในกรณีไม่ได้ใช้สิทธิพิเศษมีจำนวนเพียงเล็กน้อย เมื่อเทียบกับมูลค่าที่ต้องเสียภาษีในอัตราไม่เกินร้อยละ 7 นอกจากนี้

81. เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

ขึ้นอยู่กับความสามารถในการผลักราคาของผู้นำเข้า ตลอดจนขึ้นอยู่กับความยืดหยุ่นของความต้องการต่อราคา (price elasticity of demand)⁸² รวมทั้งสินค้าที่จะมาทดแทนด้วย ซึ่งผู้นำเข้าของสหรัฐย่อมจะไม่ยอมสูญเสียส่วนแบ่งในตลาดสหรัฐ และการหาแหล่งซื้อใหม่ไม่ได้ทำได้โดยง่าย ในขณะที่ยังหาแหล่งซื้อใหม่ไม่ได้ อย่างน้อยผู้นำเข้าสหรัฐก็ยังคงจะต้องซื้อสินค้าจากประเทศไทยต่อไปอีกสักระยะหนึ่ง ส่งผลให้อุตสาหกรรมยังมีเวลาในการปรับตัวได้ จะไม่มีกรณีที่เป็นการงดการสั่งซื้อสินค้าในทันทีกันโดยที่เข้าใจกัน นอกจากนี้ ข้อมูลของสำนักวิจัย ธนาคารกรุงเทพ จำกัด ดังกล่าวข้างต้นนั้น แสดงให้เห็นว่าสินค้าของประเทศไทยที่มีมูลค่าการส่งออกอยู่ในระดับสูงส่วนใหญ่จะเป็นสินค้าที่ได้รับการยกเว้นภาษีในระดับต่ำ อันเป็นผลให้อัตราส่วนของผลกระทบจากการระงับสิทธิพิเศษนั้นน้อยกว่าที่มีการกล่าวอ้างข้างต้น

ดังนั้น พอจะสรุปได้ว่าการระงับสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรนั้น มีผลกระทบต่อความสามารถในการแข่งขันของสินค้าไทยโดยเฉพาะในด้านราคาบ้าง แต่การแข่งขันในตลาดภายในสหรัฐอเมริกานั้นแท้จริงแล้วขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการไม่ใช่เรื่องราคาแต่อย่างใด เช่น คุณภาพ ราคาที่สัมพันธ์กับสินค้าอื่น โครงสร้างของตลาด และที่สำคัญที่สุด คือ ความสามารถของผู้นำเข้าในการโอนราคา (transfer pricing) ของสินค้านั้นด้วย⁸³ ซึ่งประเทศไทยเองก็มีความได้เปรียบเชิงสัมพันธ์ในหลายปัจจัย โดยเฉพาะประเทศไทยยังมีค่าแรงงานต่ำ และคุณภาพของสินค้าประเภทที่จะต้องใช้ฝีมือแรงงานด้วย ทำให้ราคาสินค้าต่ำกว่าประเทศคู่ค้าอื่น ดังจะเห็นตัวอย่างได้จากสินค้าที่ประเทศไทยไม่ได้รับสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากร แต่สามารถจำหน่ายได้ดีในตลาดของสหรัฐอเมริกา เช่น สิ่งทอ เสื้อผ้าสำเร็จรูป ปลาหมึกกระป๋อง เป็นต้น หรือแม้แต่สินค้าบางรายการที่ถูกเพิกถอนสิทธิพิเศษ แต่มูลค่าการส่งออกก็ยังเพิ่มขึ้นอีก เช่น ผลไม้ที่รักษาไว้มีเสียถูกเพิกถอนเมื่อปี 2527 มีมูลค่าการนำเข้า 1,474,717 เหรียญสหรัฐ เพิ่มขึ้นเป็น 2,056,273 เหรียญสหรัฐ ในปี 2528 และเพิ่ม

82. ธนาคารกรุงเทพ จำกัด, สำนักวิจัย, "สหรัฐตัด GSP : ผลกระทบต่อการส่งออกของไทย", วารสารเศรษฐกิจ 21 (เมษายน 2532), หน้า 194.

83. สุธรรม อยู่ในธรรม, "ลิขสิทธิ์แลกจีเอสพี เอาkung มังกรไปตกปลา", มติชน, หน้า 3.

เป็น 3,883,199 เหรียญสหรัฐ ในปี 2529⁸⁴ หรือสินค้าหมวดเครื่องรูปพรรณทำด้วยโลหะ
สามัญ (TSUS 740.14) ถูกกระทบสิทธิพิเศษเมื่อปี 2530 เนื่องจากในปี 2529 มีมูลค่าการ
ส่งออกภายใต้สิทธิพิเศษ ประมาณ 72.21 ล้านเหรียญสหรัฐ เกินกว่ามูลค่าขั้นสูง แต่ในปี
2530 เองกลับมีมูลค่าส่งออกสูงถึง 95.78 ล้าน⁸⁵ เป็นต้น

(4) นอกจากนี้หากจะพิจารณาถึงผลประโยชน์ที่แท้จริงที่ประเทศไทยได้รับจาก
การส่งออกสินค้าแล้ว จะต้องพิจารณาคำนวณจากมูลค่าที่เพิ่มขึ้น (value added) ของสินค้า
ในแต่ละรายการจากต้นทุนการผลิตที่ต้องนำเข้าจากต่างประเทศ กล่าวคือ มูลค่าที่เพิ่มขึ้นนั้น
คือผลประโยชน์ที่ประเทศไทยได้รับจริง ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นค่าจ้างแรงงานที่คนงานไทยได้รับ
ดังนั้น ผลประโยชน์ที่แท้จริงที่ประเทศไทยจะได้รับจากสินค้าภายใต้ระบบสิทธิพิเศษทางภาษี
ศุลกากรของสหรัฐนั้น จะต้องคำนวณจากมูลค่าที่เพิ่มขึ้นของสินค้า ดังกล่าวจากต้นทุนการผลิตที่
ต้องนำเข้าจากต่างประเทศ ซึ่งในสินค้าบางรายการที่ได้รับสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรของ
สหรัฐอเมริกานั้น มีต้นทุนการผลิตโดยเฉพาะค่าวัตถุดิบที่ต้องนำเข้าจากต่างประเทศอยู่ใน
อัตราที่สูง เช่น สินค้าดอกไม้ประดิษฐ์มีโครงสร้างต้นทุนการผลิตประมาณร้อยละ 40 ของต้นทุน
การผลิตรวมเป็นค่าวัตถุดิบ ซึ่งปรากฏว่า กว่าร้อยละ 80 ของต้นทุนค่าวัตถุดิบยังต้องนำเข้า
จากต่างประเทศ โดยเฉพาะจากฮ่องกงและไต้หวันซึ่งเป็นคู่แข่งในสินค้านี้ของประเทศไทย⁸⁶
เป็นต้น และยังเมื่อพิจารณาถึงการลงทุนผลิตสินค้าของชาวต่างประเทศในประเทศไทย
และมาอาศัยสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรที่สหรัฐอเมริกาให้แก่ประเทศไทยส่งสินค้าออกไปยัง
สหรัฐอเมริกาด้วยแล้ว จะเห็นได้ว่าผลประโยชน์ที่ประเทศไทยได้รับจากการบริโภครสิทธิพิเศษ
ของสหรัฐอเมริกานั้นยังมีมูลค่าน้อยลงไปอีก

ในปัญหาการระงับสิทธิพิเศษนี้ เหตุที่ทำให้รู้สึกว่ามีผลกระทบมากก็เนื่องจากการ
ที่ภาคเอกชนยังมุ่งหวังความช่วยเหลือจากต่างประเทศ จริยอยู่ที่สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรมีส่วน

84. ข้อมูลกรมเศรษฐกิจการพาณิชย์

85. ศิริพรรณ กิตติประวัติ, "GSP สหรัฐอเมริกาและไทย : บทบาทที่ควรประเมิน",
วารสารเศรษฐกิจ, หน้า 11.

86. เรื่องเดียวกัน

ช่วยให้สินค้าของประเทศไทยสามารถแข่งขันในตลาดโลกได้ง่ายขึ้น แต่ไม่ควรให้เกิดความ
 เจือจางในการพัฒนาสินค้าส่งออกของประเทศไทยในทุก ๆ ด้าน ในทางตรงกันข้ามควรใช้
 ความได้เปรียบดังกล่าวสร้างความยอมรับให้เกิดขึ้นในสินค้านั้น เพื่อให้ปัจจัยด้านราคามีบทบาท
 น้อยลงในการกำหนดการตัดสินใจของผู้บริโภค ดังที่ปรากฏในตัวอย่างกรณีสินค้าเครื่องประดับ
 อัญมณีที่กล่าวถึงข้างต้น ซึ่งในการสร้างการยอมรับให้เกิดขึ้นในสินค้าของประเทศไทย
 นอกจากจะมุ่งเน้นด้านการพัฒนาคุณภาพสินค้า การลดต้นทุนการผลิตและการจัดการแล้ว
 การกระจายสินค้าไปยังตลาดต่าง ๆ โดยไม่พึ่งพียงตลาดสินค้าใดเพียงตลาดเดียวอย่างเช่น
 ตลาดสหรัฐอเมริกา ก็จะช่วยลดความเสี่ยงในการส่งออกด้วยการแสวงหาตลาดใหม่ เช่น
 ตลาดอินโดจีนหรือกลุ่มยุโรปตะวันออก เป็นต้น ซึ่งจะช่วยในการพัฒนาการส่งออกให้มีความ
 ก้าวหน้ามากขึ้นด้วย นอกจากนี้ ควรจะมีการศึกษาข้อมูลความต้องการ (demand) ของตลาด
 ต่าง ๆ ที่มีความแตกต่างกันให้มากขึ้น

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การระงับสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรที่สหรัฐอเมริกา
 ให้แก่ประเทศไทยนั้น มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศไทยบ้าง แต่เมื่อเทียบกับการ
 แลกเปลี่ยนการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นการปกป้องผลประโยชน์ระยะยาว
 (long term benefit) กับสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรที่เป็นการให้ผลประโยชน์ระยะสั้น
 มีความไม่แน่นอน และมีผลประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยเพียงเล็กน้อยนั้น ย่อม
 ไม่คุ้มค่าอย่างแน่นอน

ข. ความเป็นไปได้ในการตอบโต้ทางการค้าและผลกระทบจากการตอบโต้ทางการค้า
 ตามมาตรา 301 แห่งรัฐบัญญัติการค้าของสหรัฐอเมริกา

สถานการณ์ที่เป็นอยู่ในปัจจุบันของประเทศไทยเกี่ยวกับการดำเนินมาตรการกีดกัน
 ทางเศรษฐกิจของสหรัฐอเมริกาต่อประเทศไทย ด้วยการนำเอามาตรา 301 แห่งรัฐบัญญัติ
 การค้าของสหรัฐอเมริกามาเป็นข้อต่อรองให้ประเทศไทยดำเนินการให้ความคุ้มครองสิทธิใน
 ทรัพย์สินทางปัญญาของสหรัฐอเมริกาอย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพนั้น เป็นผลสืบเนื่องมาจาก
 การประกาศผลการตัดสินใจของสำนักผู้แทนทางการค้า (USTR) เกี่ยวกับมาตรา 301 รัฐ
 บัญญัติ Omnibus Trade and Competitiveness ค.ศ. 1988 เมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม
 2532 ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญานั้น ประเทศไทยได้ถูกระบุเป็นหนึ่งในประเทศที่

อยู่ในบัญชีรายชื่อการเฝ้ามองอย่างใกล้ชิด (Priority Watch List) ตามมาตรา 301 พิเศษ ร่วมกับอีก 7 ประเทศ คือ บราซิล จีน อินเดีย เกาหลีใต้ เม็กซิโก สาอุดีอาระเบีย และไต้หวัน โดยประเทศที่อยู่ในรายชื่อการเฝ้ามองอย่างใกล้ชิดนี้จะถูกสำนักผู้แทนทางการค้า ได้กำหนดประเด็นที่จะต้องทำการเจรจาโดยเร่งด่วนกับแต่ละประเทศ และดำเนินการปรึกษาหารือกับประเทศเหล่านี้โดยเร็ว โดยสำนักผู้แทนทางการค้าจะทำการประเมินผลความคืบหน้าของการเจรจาและตัดสินใจอีกครั้งก่อนวันที่ 1 พฤศจิกายน 2533 ว่าจะระบุว่าเป็นประเทศที่มีความสำคัญเร่งด่วน (Priority Countries) ที่จะต้องทำการไต่สวนตาม มาตรา 301 พิเศษ หรือระบุรายชื่อเพิ่มเติม หรือเพิกถอนชื่อประเทศใดจากบัญชีรายชื่อดังกล่าว สำหรับกรณีของประเทศไทย สำนักผู้แทนทางการค้าได้กำหนดเรื่องเร่งด่วนที่จะต้องทำการเจรจากับประเทศไทยไว้ 4 ประการ คือ

1. ปรับปรุงและให้การคุ้มครองสิทธิบัตรอย่างเพียงพอสำหรับสิ่งประดิษฐ์ทุกประเภทของสหรัฐอเมริกา (Improved and adequate patent protection for all classes of invention) ซึ่งเป่าหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองด้านสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกาก็คือ ผลิตภัณฑ์ยา เทคโนโลยีชีวภาพ และเครื่องจักรกลการเกษตร ที่ประเทศไทยกำหนด ยกเว้นไม่ให้ความคุ้มครองไว้ในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร
2. ให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์สำหรับงานอันมีลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาอย่างมีประสิทธิภาพ รวมทั้งคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ด้วย (Effective copyright protection for U.S. works, including software)
3. ปรับปรุงพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (Improved protection in Thailand for foreign trademark) ซึ่งเป่าหมายของสหรัฐอเมริกาในเรื่องเครื่องหมายการค้านี้ ต้องการที่จะให้ประเทศปรับปรุงพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474 ให้ครอบคลุมถึง เครื่องหมายบริการ (service mark) และชื่อทางการค้า (Trade name) รวมทั้งให้เพิ่มโทษสำหรับการละเมิดเครื่องหมายการค้าให้มากขึ้นด้วย
4. มีบทบาทสร้างสรรค์ในการเจรจการค้าหลายฝ่ายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา (Constructive participation in multilateral intellectual property negotiation) ในการเจรจการค้าหลายฝ่ายรอบอุรุกวัย ภายในกรอบของ

GATT กล่าวคือ สหรัฐอเมริกาประสงค์ที่จะให้ประเทศไทยสนับสนุนหรือคล้ายตามข้อเสนอเกี่ยวกับการเจรจาการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา (Trips) ของสหรัฐหรือประเทศที่พัฒนาแล้วอื่น ๆ ในการเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบอุรุกวัย⁸⁷

แต่อย่างไรก็ตาม แม้จนกระทั่งปัจจุบันจะล่วงเลยกำหนดระยะเวลาการตัดสินใจภายใต้มาตรา 301 (1) พฤศจิกายน 2532) มานานแล้วก็ตาม สหรัฐอเมริกายังไม่ได้ดำเนินการตอบโต้ทางการค้ากับประเทศไทยเลย ดังนั้น เมื่อสถานการณ์เป็นเช่นนี้จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการตอบโต้ทางการค้าของสหรัฐอเมริกา รวมทั้งผลกระทบที่จะเกิดขึ้นแก่ประเทศไทยจากการตอบโต้ทางการค้าตามมาตรา 301 เพื่อประกอบในการพิจารณาตัดสินใจเกี่ยวกับปัญหาสิทธิระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกา รวมทั้งทรัพย์สินทางปัญญาอีกด้วย

(1) ความเป็นไปได้ในการตอบโต้ทางการค้า ตามมาตรา 301 แห่งรัฐธรรมนูญการค้าของสหรัฐอเมริกา

แม้ว่าสภาคองเกรสของสหรัฐอเมริกาก็ได้แก้ไขปรับปรุงมาตรา 301 ให้เป็นมาตรการตอบโต้ทางการค้าที่มีความเข้มงวดมากขึ้น ลดความยืดหยุ่นลงและมีลักษณะเป็นการดำเนินการแต่ฝ่ายเดียวตามอำเภอใจ (Unilateral Retaliatory Action) ซึ่งเป็นการดำเนินการตอบโต้โดยมิได้คำนึงถึงกฎเกณฑ์หรือข้อตกลงระหว่างประเทศมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดการดำเนินการที่ต้องกระทำ (Mandatory Action) การโอนอำนาจในการตัดสินใจตามมาตรา 301 จากประธานาธิบดีมาให้ สำนักผู้แทนการค้าของสหรัฐอเมริกา

87. Office of the United States Trade Representative, "Accelerated Action Plans for Countries on the Priority Watch List under Special 301", Fact Sheet "Special 301" on Intellectual Property (Washington D.C. : office of USTR, 1989), p.8. และสำนักข่าวสารอเมริกัน, "มาตรา 301 พิเศษกับประเทศไทย", ข้อมูลประกอบข่าว (26 พฤษภาคม 2532), หน้า 2.

(USTR) เพราะเห็นว่าประธานาธิบดีมักจะประสบปัญหาในการดำเนินการตอบโต้เนื่องจากปัจจัยทางเศรษฐกิจและการเมือง ซึ่งเท่ากับเพิ่มความเป็นไปได้ในการดำเนินการตอบโต้ทางการค้าตามมาตรา 301 ให้มากขึ้น ตลอดจนการเพิ่มบทบัญญัติ "Super 301" และ "Special 301" เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและความเข้มงวด รวมทั้งขยายขอบเขตในการดำเนินการตอบโต้ตามมาตรา 301 ธรรมดา (Regular 301) ต่อประเทศคู่ค้ามากขึ้นก็ตาม แต่ตามความเป็นจริงบทบัญญัติและการดำเนินการต่าง ๆ ของมาตรา 301 นี้ ไม่ได้เปลี่ยนจุดประสงค์หลักไปจากเดิมที่ต้องการใช้มาตรา 301 เป็นมาตรการในการขู่ (Threat) เพื่อให้ประเทศต่าง ๆ เข้ามาเจรจากับสหรัฐอเมริกา มากกว่าจะดำเนินการตอบโต้จริง ๆ เพราะการดำเนินการตอบโต้ทางการค้านั้นจะกระทบกระเทือนต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศทั้งทางด้านเศรษฐกิจและการเมือง ดังจะเห็นตัวอย่างได้จากการที่ประเทศบราซิลถูกตอบโต้ทางการค้าตามมาตรา 301 เพราะไม่ยอมเจรจากับสหรัฐอเมริกาในเรื่องปัญหาสิทธิบัตรยา ประกอบกับการกระทำดังกล่าวของบราซิลถือว่าเป็นการละเมิดข้อตกลงทางการค้าที่มีอยู่ต่อสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ แม้ว่าการไม่ให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรยาถือว่าการกระทำที่ไม่สมเหตุสมผล (unreasonable practice) เท่านั้น แต่เมื่อเป็นการละเมิดข้อตกลงทางการค้า จึงถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรม (unjustifiable practice) จึงเข้าข่ายเป็นการดำเนินการที่ต้องกระทำ (mandatory action) แม้ว่าประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาจะเห็นควรว่า จะต้องยกเว้นการดำเนินการให้แก่บราซิลด้วยเหตุผลด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถทำได้⁸⁸ เป็นต้น ดังนั้น หากประเทศต่าง ๆ ยอมเข้าเจรจาทันทีกับสหรัฐอเมริกาอย่างสุจริต (good faith negotiation) นั้น ความเป็นไปได้ในการตอบโต้ก็จะลดลงไปด้วย

นอกจากนี้แม้ว่าแนวโน้มในการดำเนินถึงบรรทัดฐานและกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศของบทบัญญัติมาตรา 301 จะลดลงไปก็ตาม แต่ในทางความเป็นจริงสหรัฐอเมริกายังคงจะต้องดำเนินบรรทัดฐานและกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศอยู่ด้วย ทั้งนี้เนื่องจากการดำเนินมาตรการ

88. Julia Christine Bliss, "The Amendments to Section 301 : An Overview and Suggested Strategies for Foreign Response.", Law and Policy in International Business 20 (November, 1989), pp. 516 - 517.

ตอบได้ตามมาตรา 301 นี้ขัดทั้งตัวบท (letter) และทั้งเจตนาจำนงค์ (Spirit) ของ ข้อตกลงว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า หรือ GATT กล่าวคือ ในกรณีที่สหรัฐอเมริกาจะ ดำเนินการตอบโต้ทางการค้าโดยการขึ้นภาษีการนำเข้านั้น การขึ้นภาษีดังกล่าวจะต้องอยู่ ภายในกรอบหรือเป็นไปตามบทบัญญัติเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงอัตราภาษีศุลกากรตามมาตรา 28 ของ GATT รวมทั้งบทบัญญัติอื่น ๆ เช่น มาตรการป้องกัน (safeguard measure) ในกรณี จุกเงินตามมาตรา 19 หรือความจำเป็น (necessary) ตามมาตรา 10 ด้วย เป็นต้น ดังจะเห็นตัวอย่างได้จาก Certain Aramid Fiber Case ในปี ค.ศ. 1989 ที่ GATT panel ได้ตัดสินข้อร้องเรียนของ EEC เมื่อวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1989 ในกรณีที่สหรัฐ อเมริกาทำการตอบโต้ทางการค้าต่อบริษัท AKZO N.V. ของประเทศเนเธอร์แลนด์ ตาม มาตรา 377 ของรัฐบัญญัติภาษีศุลกากร ค.ศ. 1930 (Tariff Act, 1930) (หรือที่รู้จัก กันในนามของมาตรา 301 พิเศษ ของ Omnibus Trade and Competativeness Act, 1988 ซึ่งแก้ไขมาตรา 337 ดังกล่าว) เนื่องจากสหรัฐอเมริกาเห็นว่าบริษัท AKZO นั้น ละเมิดสิทธิบัตรของบริษัท E.I. du Pont de Nemours and Company ของสหรัฐอเมริกา⁸⁹ โดย EEC ได้ร้องเรียนว่ามาตรา 337 ดังกล่าวนั้นละเมิดต่อบทบัญญัติของ GATT ในเรื่องหลัก

89. Jeffery S. Neeley and Hideto Ishida, "Section 377 and National Treatment under GATT : A Proposal for Legislative Reform.", Fordham International Law Journal 13 (1989-1990), p.282. and Ronald A. Brand, "Private Parties and GATT Disputes Resolution : Implication of the Panel Report on Section 337 of the US. Tariff Act of 1930.", Journal of World Trade 24 (June 1990), pp.16-19.

ปฏิบัติอย่างคนชาติ (National Treatment) ในมาตรา 3(4) * ของข้อตกลง GATT ต่อหลักในการเลือกศาลในการพิจารณาตัดสินด้วย (Choice of Forum) ตามมาตรา 3 ของข้อตกลง GATT ** และ GATT panel ก็ตัดสินให้ EEC ชนะในคดีนี้ แม้ว่าสหรัฐอเมริกาจะพยายามอ้างหลักความจำเป็น (necessary) ใน มาตรา 10 และ อ้างคำตัดสินของ

* The General Agreement on Tariffs and Trade, Article III
"National Treatment on Internal Taxation and Regulation"

"4. the products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulation and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use. The provisions of this paragraph shall not prevent the application of differential internal transportation charges which are based exclusively on the economic operation of the means of transport and not on the nationality of their product."

** ดูรายละเอียดของ 1988 GATT Panel Report ดังกล่าวใน Jeffery S. Neeley and Hideto Ishida, "Section 337 and National Treatment under GATT : A Proposal for legislative Reform.", Fordham International Law Journal ,pp.282-296. and Ronald A. Brand, "Private Parties and GATT Dispute Resolution : Implications of the Panel Report on Section 337 of the US Tariff Act of 1930.", Journal of World Trade 24 (June 1990), pp.19-21.

GATT Panel ในคดี Spring Assemblies Case เมื่อมี ค.ศ. 1983 ก็ตาม * ดังนั้น เมื่อแนวโน้มในเวทีการค้าระหว่างประเทศปฏิเสธหรือไม่เห็นด้วยกับการดำเนินการตามมาตรา 301 ของสหรัฐอเมริกาอย่างชัดเจนมากขึ้น ก็จะส่งผลให้สหรัฐอเมริกาจะต้องดำเนินการตามมาตรการดังกล่าวด้วยความระมัดระวังมากขึ้น นอกจากนี้ในเวทีการค้าระหว่างประเทศภายในกรอบของ GATT ประเทศต่าง ๆ ได้ผูกพันตนเองว่าจะดำเนินการเจรจาทางการค้าในระดับพหุภาคี (Multilateral Trade Negotiation) การที่สหรัฐอเมริกาจะหันมาใช้มาตรา 301 ที่เป็นการดำเนินการตอบโต้ทางการค้าแต่ฝ่ายเดียว จะทำให้ประเทศต่าง ๆ รู้สึกว่าสหรัฐอเมริกาไม่มีความจริงจังในการเจรจาพหุภาคี แค้ไหน เพียงใด และการตอบโต้ตามมาตรา 301 นี้จะเป็นการขัดต่อแนวโน้มและ Commitment ของสหรัฐอเมริกา ในสิ่งที่สหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญอย่างมากเอง เพราะการดำเนินการตอบโต้ตามมาตรา 301 นั้น เท่ากับว่าสหรัฐอเมริกาไม่ให้ความเคารพต่อการเจรจาพหุภาคี ดังนั้น ด้วยเหตุผลต่าง ๆ ดังกล่าวความเป็นไปได้ในการตอบโต้ตาม มาตรา 301 นั้น จึงไม่ได้รุนแรงอย่างที่ปรากฏอยู่ในตัวบทกฎหมาย

สำหรับกรณีของประเทศไทยจะเห็นได้ว่า แม้ว่าประเทศไทยจะอยู่ในรายชื่อของประเทศที่ต้องถูกเฝ้ามองอย่างใกล้ชิด (Priority Watch List) ก็ตาม แต่ไม่ได้หมายความว่าประเทศไทยจะต้องถูกตอบโต้ตามมาตรา 301 อย่างแน่นอน ระยะเวลาที่ผ่านมาก็เป็นเรื่องพิสดารประการหนึ่งว่า แม้จะล่วงเลยเวลาในการตัดสินใจในการดำเนินการตามมาตรา 301 มาแล้ว แต่ประเทศไทยก็ไม่ถูกดำเนินการใดส่วนหรือตอบโต้แต่อย่างใด ทั้งนี้ เป็นผลเนื่องมาจากการที่ประเทศไทยได้ให้ร่วมมือในการเจรจากับสหรัฐอเมริกามาอย่างต่อเนื่อง และการดำเนินการของประเทศไทยก็เป็นไปในลักษณะที่สหรัฐอเมริกาพอใจ

* ในคดี Spring Assemblies Case นั้น GATT Panel ตัดสินให้สหรัฐอเมริกาชนะ โดยให้เหตุผลว่าการกระทำของสหรัฐอเมริกาตามมาตรา 337 นั้น เป็นความจำเป็นตามมาตรา 10(d) ของข้อตกลง GATT และโปรดดูรายละเอียดคดี ดังกล่าวใน Jeffery S. Necley and Hideto Ishida, "Section 337 and National Treatment under GATT : A Proposal for legislative Reform.", Fordham International Law Journal , pp. 279-282.

ดังจะเห็นได้จากผลการพิจารณาเกี่ยวกับมาตรา 301 ของสำนักผู้แทนทางการค้าของสหรัฐอเมริกา ที่ประกาศเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม 2532 USTR ยอมรับว่าประเทศไทยกำลังดำเนินการความพยายามปรับปรุงการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอยู่ ประเทศไทยกำลังมีบทบาทในเชิงสร้างสรรค์ในการเจรจาอนุสัญญาระหว่างประเทศไทยกำลังร่วมทำงานกับสหรัฐอเมริกาทั้งในระดับทวิภาคีและระดับพหุภาคีเกี่ยวกับปัญหาเรื่องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และได้มีความคืบหน้าไปมากแล้ว⁹⁰ ประเทศไทยจึงไม่ถูกระบุชื่อเป็นประเทศที่มีความสำคัญเร่งด่วน (Priority Countries) ตามมาตรา 301 พิเศษ ที่ต้องถูกทำการไต่สวนตามกระบวนการตามมาตรา 301 กล่าวคือ ในการดำเนินการเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเรื่องต่าง ๆ นั้นประเทศไทยได้มีความก้าวหน้า ดังนี้

1. ในประเด็นปัญหาเรื่องลิขสิทธิ์นั้น เมื่อสหรัฐอเมริกาเข้าเป็นภาคีสัญญากรุงเบอร์ลินแล้ว สหรัฐอเมริกาถือว่าประเทศไทยได้ปฏิบัติตามพันธกรณีตามสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยและสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2509 แล้ว โดยสหรัฐอเมริกาพอใจที่จะไม่เรียกร้องให้ประเทศไทยดำเนินการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ต่อไปอีก ดังนั้นอาจจะกล่าวได้ว่าแรงกดดันตามมาตรา 301 จากกรณีของการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์นั้น แทบจะหมดไปโดยสิ้นเชิง เพราะหากประเทศไทยไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่า ประเทศไทยไม่ได้ละเมิดหรือไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีตามข้อ 5(2) ของสนธิสัญญาทางไมตรีฯ ตามที่สหรัฐอเมริกากล่าวอ้างได้ และไม่ดำเนินการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ตามที่สหรัฐอเมริกาเรียกร้อง ก็จะต้องถือว่าประเทศไทยละเมิดสิทธิของสหรัฐอเมริกาตามข้อตกลงทางการค้า ซึ่งประเทศไทยจะต้องถูกตอบโต้ตามมาตรา 301 อย่างแน่นอน เพราะถือว่าเป็นการดำเนินการที่ต้องกระทำ (Mandatory Action)

ส่วนประเด็นปัญหาเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์นั้น การที่สหรัฐอเมริกามีท่าทีที่ยอมรับรอฟังคำตัดสินของศาลไทยว่าคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์อยู่ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่ ถือว่าเรื่องนี้เป็นเรื่องไม่มีประเด็น (non-issue) กล่าวคือ ทั้งสองฝ่ายปล่อยให้เรื่องคลี่คลาย

90. สำนักข่าวสารอเมริกัน, "มาตรา 301 พิเศษ กับประเทศไทย", ข้อมูลประกอบข่าว (26 พฤษภาคม 2532), หน้า 2.

ไปเอง (Run its natural course)⁹¹

2. สำหรับเรื่องสิทธิบัตร ในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 นั้น มาตรฐานในการคุ้มครองก็อยู่ในระดับสูง คือ เป็นไปตาม Model ของ WIPO เพียงแต่มีข้อยกเว้นไม่ให้การคุ้มครองแก่สิ่งประดิษฐ์บางประเภทเท่านั้น ซึ่งในขณะนี้ประเทศไทยก็ให้ความร่วมมือกับสหรัฐอเมริกาในการเตรียมการร่างกฎหมาย เพื่อให้การคุ้มครองการประดิษฐ์ต่าง ๆ ที่สหรัฐอเมริกาต้องการอยู่ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องผลิตภัณฑ์ยา เทคโนโลยีชีวภาพ และเครื่องจักรกลการเกษตร

3. ในเรื่องเครื่องหมายการค้า รัฐบาลได้เสนอร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฉบับใหม่ให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาแล้ว และให้สภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณารับหลักการร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว ขณะนี้อยู่ในระหว่างการพิจารณาของคณะกรรมการวิสามัญเพื่อเสนอให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาในวาระที่ 2 และวาระที่ 3 ต่อไป

4. ส่วนในเรื่องการเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบอุรุกวัย ในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญานั้น ประเทศไทยก็เป็นประเทศหนึ่งที่บทบาทในเชิงสร้างสรรค์ และมีท่าทีในการเจรจาเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา (TRIPS) ไปในแนวทางที่สอดคล้องกับของเสนอของสหรัฐอเมริกาและของประเทศที่พัฒนาแล้วอื่น

นอกจากนี้การแสดงออกของผู้บริหารของสหรัฐอเมริกา ได้แสดงให้เห็นถึงความพอใจของสหรัฐอเมริกาต่อท่าทีของประเทศไทย กล่าวคือ เมื่อ นายกรัฐมนตรี พลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ ได้พบกับประธานาธิบดีจอร์จ บุช ที่กรุงโตเกียว เมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2532 นั้น ประธานาธิบดีบุช ยังได้มีการหยิบยกเอาประเด็นทางทรัพย์สิน

91. การุณ กิติสถาพร, ก.ม.การค้าสำหรับรัฐ : สถานภาพและผลกระทบต่อประเทศไทย (เอกสารในการสัมมนา เรื่อง ยุทธศาสตร์ของประเทศไทยต่อกรณีกฎหมายการค้าของสหรัฐอเมริกา เสนอที่ ห้องประชุมตึกอเนกประสงค์ ชั้น 4 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 12 มิถุนายน 2532), หน้า 13.

ทางปัญญามาเป็นประเด็นในการเจรจาอยู่ แต่ต่อมาในระหว่างการเจรจาระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกา ณ กรุงวอชิงตัน ดีซี ในระหว่างวันที่ 15-19 มิถุนายน 2533 นั้น ไม่ว่าจะเป็นการหารือในระดับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ กับผู้แทนการค้าของสหรัฐอเมริกา นางคาร์ลล่า ฮิลล์ หรือในการเจรจาระดับ Four eyes ระหว่าง ฯพณฯ นายกรัฐมนตรี พลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ กับประธานาธิบดีบุช หรือการประชุมเต็มคณะของทั้งสองฝ่าย หรือแม้กระทั่งใน Departure Statement ของประธานาธิบดีบุช ก็ไม่ได้มีการหยิบยกหรือกล่าวถึงประเด็นทางทรัพย์สินทางปัญญาเลย

ดังนั้น จากท่าทีของประเทศไทยและของสหรัฐอเมริกาดังกล่าวข้างต้นนั้น อาจกล่าวได้ว่าความเป็นไปได้ในการที่สหรัฐอเมริกาคงได้ทางการค้าตามมาตรา 301 ของรัฐบัญญัติทางการค้าของสหรัฐอเมริกาคือประเทศไทยในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญานั้น มีโอกาสน้อยกว่าที่มีผู้หวังเกรงกันโดยทั่ว ๆ ไป แต่ยังคงต้องคำนึงอยู่เสมอว่า เรื่องมาตรา 301 นี้ ไม่ใช่เรื่องทรัพย์สินทางปัญญาแต่อย่างใด แต่มีประเด็นปัญหาการค้าต่าง ๆ เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เช่น เรื่องการเปิดตลาดให้แก่สินค้าของสหรัฐอเมริกา เป็นต้น แม้ว่าประเด็นปัญหาทางทรัพย์สินทางปัญญาจะเสร็จสิ้นไปแล้วก็ตาม สหรัฐอเมริกาอาจจะหยิบยกประเด็นปัญหาอื่นมาเรียกร้องกับประเทศไทยได้อีก

(2) ผลกระทบต่อประเทศไทยในกรณีที่ถูกดำเนินมาตรการตอบโต้ทางการค้าตามมาตรา 301 แห่งรัฐบัญญัติการค้า

ในการพิจารณาผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อประเทศไทยอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่สหรัฐอเมริกาดำเนินการตอบโต้ทางการค้ากับประเทศไทย ภายใต้บทบัญญัติหรือกระบวนการตามมาตรา 301 แห่งรัฐบัญญัติการค้าของสหรัฐอเมริกา ความรุนแรงของผลกระทบนั้นจะขึ้นอยู่กับปัจจัยที่สำคัญสามประการ คือ

ประการแรก การดำเนินการตอบโต้เป็นมาตรการตอบโต้ตามมาตรา 301 ธรรมดา (Regular 301) มาตรา 301 ซุปเปอร์ (Super 301) หรือ มาตรา 301 พิเศษ (Special 301) ซึ่งการที่จะถูกตอบโต้ตามมาตราใดนั้น ขึ้นอยู่กับข้อร้องเรียนและพฤติกรรมของประเทศไทย ส่วนสินค้าที่จะถูกตอบโต้ตามมาตรา 301 พิเศษนั้น จะกระทำต่อสินค้าที่ละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น แต่สำหรับการตอบโต้ตามมาตรา 301 ธรรมดา และมาตรา

301 ซุปเปอร์ นั้น จะกระทำต่อสินค้าใดก็ได้ ตามที่สำนักผู้แทนการค้า (USTR) เห็นสมควร ซึ่งผลกระทบจากมาตรา 301 ธรรมดา และมาตรา 301 ซุปเปอร์ นี้อย่อมจะขยายไปในวงกว้างมากกว่ามาตรา 301 พิเศษ เป็นต้น

ประการที่สอง คือ การคำนวณความเสียหายของธุรกิจของสหรัฐอเมริกาเพื่อกำหนดค่าทดแทนหรืออัตราภาษีที่เพิ่มขึ้นซึ่งมักจะเกิดจากการประมาณการ หรือการคาดการณ์ผลกระทบที่มีต่อตลาดเนื่องจากการกระทำของประเทศไทย เช่น ส่วนแบ่งตลาดและความสามารถในการแข่งขัน เป็นต้น ซึ่งมักจะเป็นการประมาณการที่เกินความจริงอยู่เสมอ โดยเฉพาะการคำนวณความเสียหายโดยภาคเอกชนของสหรัฐอเมริกา เนื่องจากไม่มีวิธีการคำนวณที่แน่นอนและต้องการแสดงให้เห็นว่าการกระทำของประเทศไทยนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่สหรัฐอเมริกาอย่างมาก อาทิ การประเมินความเสียหายของบรรษัททุหรีของสหรัฐอเมริกาที่ประเมินความสามารถในการมีส่วนแบ่งตลาดทุหรีในประเทศไทยประมาณร้อยละ 25 หรือเท่ากับมูลค่า 166 ล้านดอลลาร์ต่อปี ซึ่งทางกรมสรรพสามิตของไทยยืนยันว่าไม่เป็นความจริง⁹² เป็นต้น ดังนั้น หากมีการตอบโต้ทางการค้าตามการคำนวณความเสียหายมากขึ้นเท่าใด ผลกระทบต่อประเทศไทยก็จะมีมากขึ้นเท่านั้น

ประการที่สาม ก็คือ สินค้าใดที่จะถูกดำเนินการตอบโต้ กล่าวคือ หากสินค้าที่ถูกตอบโต้ นั้น เป็นสินค้าที่มีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจหรือการพัฒนาการส่งออกของประเทศไทยอย่างมาก หรือเป็นสินค้าที่ยังมีปัญหาเกี่ยวกับความในการแข่งขันตลาดสหรัฐอเมริกา อยู่ผลกระทบอาจจะเกิดขึ้นมากตามไปด้วย เช่น สินค้าเสื้อผ้าสำเร็จรูป ปลาทุ่นากระป่อง อัญมณี หรือสินค้าเกษตร เป็นต้น ส่วนผลกระทบจะมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับลักษณะของอุตสาหกรรมนั้นด้วย เช่น อุตสาหกรรมที่มีการจ้างแรงงานมาก (Labour Intensive) ถ้าถูกตอบโต้จะส่งผลกระทบมากกว่าอุตสาหกรรมที่ใช้ทุนมาก (Capital Intensive) เป็นต้น

92. ประกิต วาที่สาธกกิจ, "สำนักผู้แทนการค้าสหรัฐฯและมาตรา 301" (เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง บุหรื่นอกและมาตรา 301 กับทางออกของไทย เสนอที่ ห้องประชุม จงจินต์ โรงพยาบาลรามามาธิบดี 10 สิงหาคม 2531), หน้า 5.

ผลกระทบของการดำเนินการตอบโต้ทางการค้าตามมาตรา 301 นั้น สามารถแบ่งพิจารณาได้เป็น 2 ขั้นตอน ดังนี้

(2.1) ถูกดำเนินการขบวนการก่อนการตอบโต้

ในความเป็นจริงแล้ว แม้ว่าสหรัฐอเมริกาจะยังไม่ลงมือทำการตอบโต้ทางการค้ากับประเทศไทยเลยก็ตาม เพียงแต่แค่การดำเนินการตามกระบวนการของมาตรา 301 เท่านั้น ก็เกิดผลต่อประเทศไทยแล้ว กล่าวคือ การที่ประเทศไทยถูกจัดอยู่ในรายชื่อตามมาตรา 301 (301 List) แม้แต่ในบัญชีรายชื่อใดรายชื่อหนึ่งก็ตาม เช่น Priority Watch List หรือ Watch List เป็นต้น หรืออยู่ในระหว่างการไต่สวน หรือแม้กระทั่งเพียงขั้นในการปรึกษาหารือ (Consultation) ก็ตาม ซึ่งยังไม่ทราบว่สหรัฐอเมริกาจะใช้มาตรการตอบโต้ต่อสินค้าของไทยหรือไม่ และหากจะดำเนินการตอบโต้แล้ว สินค้าใดจะถูกดำเนินการตอบโต้ก็สามารถส่งผลในทางจิตวิทยาต่อผู้นำเข้าและผู้ส่งออกสินค้าไทยที่ไม่เข้าใจปัญหาและลักษณะ (nature) ของมาตรา 301 อย่างแท้จริง โดยจะทำให้เกิดความลังเลไม่แน่ใจหรือความปั่นป่วนขึ้น ฝ่ายผู้นำเข้าหรือผู้ซื้ออาจจะเกิดความลังเลไม่แน่ใจในการสั่งซื้อสินค้าจากประเทศไทย เพราะเกรงว่าจะเสียต้องภาษีนำเข้าที่สูงขึ้น ทำให้อาจจะหันไปนำเข้าสินค้าประเภทหรือชนิดเดียวกัน หรือที่ทดแทนกันได้จากแหล่งอื่น หรืออาจจะสั่งซื้อสินค้าจากไทยน้อยลง รวมทั้งอาจจะกดราคาสินค้าไทยด้วย ทำให้ส่วนแบ่งตลาดที่สินค้านี้ดังกล่าวยึดครองอยู่นั้นต้องสูญเสียไปหรือลดน้อยลงไป หรือได้รับผลกระทบในรูปของการลดลงของผลตอบแทนจากการส่งออก ทำให้ผู้ส่งออกหรือผู้ผลิตของไทยจะต้องลดกำลังการผลิตหรือเลิกสัมกิจการไป หากไม่สามารถแสวงหาตลาดใหม่ทดแทนได้ ในขณะเดียวกันถ้ามองในแง่ผู้ผลิตหรือผู้ส่งออกของไทยแล้วจะเห็นได้ว่าการดำเนินการขบวนการดังกล่าวต่าง ๆ นั้น จะทำให้เกิดความลังเลหรือความไม่แน่ใจในการส่งสินค้าออกไปสหรัฐอเมริกาเช่นเดียวกัน ซึ่งอาจจะทำระงับหรือชะลอการลงทุนใหม่ ลดกำลังการผลิต หรือพยายามแสวงหาตลาดใหม่ ทำให้สูญเสียโอกาสในการเข้าไปมีส่วนแบ่งตลาด หรือมีส่วนแบ่งตลาดมากขึ้นไปทั้งที่มีโอกาส ส่งผลให้การพัฒนาทางเศรษฐกิจของไทย ซึ่งกำลังรุดหน้าไปด้วยก็ต้องชะลอตกลง รวมทั้งจะมีผลต่อการจ้างแรงงานในประเทศด้วย และจะส่งผลข้างเคียงตามมาอีกหลายประการ เช่น ปัญหาทางสังคมอันเกิดจากผู้ว่างงาน เป็นต้น

(2.2) ถูกดำเนินการตอบโต้



ในกรณีที่การเจรจาปัญหาทางการค้าระหว่างประเทศไทยกับสหรัฐอเมริกาไม่ประสบความสำเร็จ และสหรัฐอเมริกาดำเนินมาตรการตอบโต้ต่อประเทศไทย ซึ่งโดยปกติทั่วไปวิธีการตอบโต้ทางการค้านั้น ปกติสหรัฐอเมริกาจะคำนวณความเสียหายและจะพิจารณาว่าสินค้าใดจะถูกตอบโต้ โดยพิจารณาว่าสินค้านั้นมีมูลค่าการนำเข้าสหรัฐอเมริกาเพียงใด แล้วจะดำเนินการตอบโต้กับสินค้าทั้งหลายเหล่านั้นให้เท่ากับมูลค่าความเสียหายที่สหรัฐอเมริกาประเมินว่าได้รับจากการกระทำของฝ่ายไทย ซึ่งการตอบโต้ตามมาตรา 301 นั้นมีหลายวิธี แต่ในมาตรา 1301 (c) (5) ของรัฐบัญญัติ Omnibus Trade and Competitiveness, 1988 ได้ให้แนวทางในการตอบโต้ว่าประสงค์จะให้สำนักผู้แทนการค้าใช้มาตรการเพิ่มภาษีนำเข้าหรือการเพิกถอนสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากร (G.S.P) มากกว่ามาตรการอื่น ดังนั้นเมื่อสินค้านั้นถูกขึ้นภาษีหรือถูกเพิกถอน G.S.P. แล้ว ความสามารถในการแข่งขันของสินค้านั้นในตลาดของสหรัฐอเมริกาย่อมลดลง และอาจจะถึงขั้นไม่สามารถแข่งขันในตลาดสหรัฐฯได้อีกต่อไป ผลกระทบอย่างเป็นลูกโซ่ต่อระบบเศรษฐกิจภายในประเทศ รวมทั้งการลงทุนและการจ้างงานภายในประเทศด้วย

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าตราบดเคี้ยวนี้ยังไม่มีมาตรการตอบโต้ทางการค้าตามมาตรา 301 แล้ว จะไม่มีทางทราบถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นอย่างแน่นอนจากการตอบโต้ดังกล่าวได้เลย

ค. ผลของการคุ้มครองระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ภายใต้ระบบลิขสิทธิ์

การให้ความคุ้มครองระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์นี้ เป็นประเด็นหลักที่สำคัญประการหนึ่งที่สหรัฐอเมริกาเรียกร้องให้ประเทศไทยให้ความคุ้มครองภายใต้ระบบลิขสิทธิ์ กล่าวคือ ต้องการให้คอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ในขณะที่ในปัจจุบันคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์เริ่มมีความจำเป็นและมีความสำคัญเพิ่มขึ้นมากขึ้นอย่างรวดเร็ว จึงจำเป็นต้องพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากกรณีประเทศไทยให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ภายใต้ระบบลิขสิทธิ์ ทั้งนี้เพราะหากไม่พิจารณาถึงผลกระทบให้แน่ชัดเสียก่อนแล้ว อาจจะทำให้มีการกำหนดรูปแบบในการให้ความคุ้มครองอย่างไม่เหมาะสมหรือไม่ถูกต้อง ซึ่งจะก่อให้เกิดความเสียหายในด้านต่าง ๆ โดยเฉพาะผลเสียต่อการพัฒนา

ประเทศอย่างแน่นอน

ปัญหาของการให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์นี้มีการถกเถียงกันมาก ไม่ใช่เฉพาะในประเทศไทยเท่านั้น แต่เป็นที่ถกเถียงกันทั่วโลกทั้งในระดับระหว่างประเทศ เช่น ภายในองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก หรือ WIPO ได้มีการดำเนินการความพยายามร่างต้นแบบ (model) กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ให้มีความเหมาะสม และในการเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบอุรุกวัยภายใต้กรอบของ GATT ประเทศต่าง ๆ ได้พยายามเสนอรูปแบบของการให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์อย่างหลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายพิเศษ (Sui generis law) ระบบลิขสิทธิ์ (Copyright system) ระบบสิทธิบัตร (Patent system) ความลับทางการค้า (Trade secret) หรือการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (unfair competition) เป็นต้น และทั้งในระดับภายในประเทศ แม้กระทั่งในประเทศที่ยอมรับให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ภายใต้ระบบลิขสิทธิ์ เช่น สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น เป็นต้น ก็ยอมรับปัญหาของการให้ความคุ้มครองดังกล่าวว่า ระบบลิขสิทธิ์มีความบกพร่องหรือมีความไม่เหมาะสมกับการให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ จนกระทั่งบางประเทศต้องออกเป็นกฎหมายพิเศษ (Sui generis law) ขึ้นมา เช่น กฎหมายซอฟต์แวร์ของประเทศบราซิล เป็นต้น หรือมีการแก้ไขปรับปรุงระดับ ตลอดจนเงื่อนไขต่าง ๆ ของการให้ความคุ้มครองให้เหมาะสม เช่น ในประเทศญี่ปุ่นมีการถกเถียงว่า โดยทั่วไปนั้นวงจรชีวิต (life cycle) ของคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์นั้นมีอายุสั้น ทำให้อายุการคุ้มครองที่ยาวตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นไม่เหมาะสม⁹³ จึงได้กำหนดให้มีอายุการคุ้มครองซอฟต์แวร์เพียง 15 ปีเท่านั้น * หรือแม้แต่ในสหรัฐอเมริกาเองก็มีการวิพากษ์วิจารณ์กันมากกว่า อายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์และบทบัญญัติอื่นๆ ที่ไม่เหมาะสมนี้ จะส่งผลกระทบต่อการพัฒนาเทคโนโลยีของสหรัฐอเมริกาเอง

93. Tohru Nakajima, "Legal Protection of Computer Programs in Japan : The Conflict Between Economic and Artistic Goals.", Columbia Journal of Transnation Law 27 (1988), pp.144 , 149.

* ดู Japan Copyright Law, Articles 51-55.

ด้วย⁹⁴ เป็นต้น ทั้งนี้เพราะระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ ไม่ได้ออกแบบมาสำหรับการคุ้มครองเทคโนโลยีขั้นสูงสำหรับอุตสาหกรรมอย่างคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ เนื่องจากระบบลิขสิทธิ์นั้นถูกก่อตั้งขึ้นมาเพื่อรองรับการให้ความคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม รวมทั้งงานที่เกี่ยวข้องหรือสืบเนื่องกับวรรณกรรมและศิลปกรรม แม้จะมีพัฒนาการในระบบการคุ้มครองมากขึ้นแล้วก็ตาม แต่ก็ยังคงต้องผูกติดอยู่กับพื้นฐานของการความคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีขั้นสูงสำหรับอุตสาหกรรมแต่อย่างใดโดยนัยเอง

สำหรับกรณีของประเทศไทยนั้น เมื่อพิจารณาถึงสภาพโครงสร้างของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 แล้ว จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติดังกล่าว ไม่ได้ถูกจัดเตรียมไว้เพื่อรองรับการคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ ดังจะเห็นได้จากในการประชุมคณะกรรมการพิจารณาแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 นั้น ไม่ได้มีการกล่าวถึงการให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ที่จะจัดทำขึ้นใหม่เลย ทำให้พระราชบัญญัติดังกล่าวมีระบบ กลไก หรือบทบัญญัติหลายประการที่ไม่เอื้ออำนวยต่อการให้คุ้มครองสิทธิในคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ได้อย่างเหมาะสม เพราะขัดต่อสภาพทั่วไปตลอดจนธุรกิจการค้าของคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ กล่าวคือ หากมีการคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ภายใต้พระราชบัญญัตินี้ จะไม่สามารถรักษาความสัมพันธ์ระหว่างผลประโยชน์ของเจ้าของซอฟต์แวร์กับผลประโยชน์ของผู้บริโภคหรือประโยชน์ของสังคมเอาไว้ได้ ซึ่งตามหลักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานั้น การคุ้มครองที่เหมาะสมนั้นควรจะสามารถรักษาความสัมพันธ์ระหว่างผลประโยชน์ของเจ้าของงานกับผลประโยชน์ที่สังคมจะได้รับเอาไว้ได้ คือสามารถผสมผสานได้อย่างเหมาะสมระหว่างทฤษฎีธรรมชาติ (Natural Theory) ที่มุ่งคุ้มครองผู้สร้างสรรค์ กับทฤษฎีสัญญา (Contract Theory) ที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์ของ

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

94. Thomas J. Smedinghoff, The Legal Guide to Developing, Protection, and Marketing Software. (New York : John Wiley & Sons, Inc., 1986.), p. 15. and John C. Dvorak, "The Death of Code" PC Magazine 9 (November 13, 1990), p. 81.

สังคม * ซึ่งความไม่เหมาะสมของสภาพโครงสร้างของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์นั้น มีตัวอย่าง ดังนี้ เช่น บทบัญญัติเรื่องอายุการคุ้มครองในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์มีระยะเวลาที่ยาวนาน อาทิ ในมาตรา 16 วรรคแรก ให้มีอายุการคุ้มครองตลอดชีวิตของผู้สร้างสรรค์และอีก 50 ปี นับแต่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย แต่โดยสภาพของคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ในแต่ละรุ่น (Version) มีอายุในเชิงพาณิชย์ (product life cycles) ระหว่าง 2 ถึง 4 ปีเท่านั้น^{๑๕} ก็มีการพัฒนาโปรแกรมดังกล่าวให้ดีขึ้นอย่างรวดเร็วแล้ว ส่วนอายุการคุ้มครองที่จะให้เกิดความเป็นธรรมต่อ ผู้สร้างคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์และผู้บริโภคนั้นมีนักวิชาการคอมพิวเตอร์ กล่าวว่าประมาณ 10-15 ปี ** ซึ่งในกฎหมายของประเทศต่าง ๆ มักจะกำหนดอายุคุ้มครองไว้ ประมาณ 15-25 ปี เป็นส่วนใหญ่ เป็นต้น นอกจากนี้ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ยังขาดบทบัญญัติ ที่ให้ความกระจ่างหรือครอบคลุมปัญหาใหม่ ๆ ที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ เช่น การ กำหนดกรรมวิธีทำผังงาน (Flow-Chart) การเขียนโปรแกรมด้วยภาษาเครื่อง (Machine Language) ซึ่งอาจจะได้รับความคุ้มครองที่แตกต่างกัน เช่น ส่วนที่เป็นลายลักษณ์อักษรอาจจะ ถือว่าเป็นงานวรรณกรรม แต่ Flow-Chart ซึ่งมีลักษณะเป็นลายเส้น จะถือว่าเป็นงาน จิตรกรรม หรือ Object Code ที่อยู่ในรูปของประจุไฟฟ้านั้นจะถือว่าได้รับความคุ้มครอง หรือไม่ หรือโปรแกรมที่ดูและรู้สึก (look and feels) ว่าเหมือนกัน หรือหุ่นจำลอง (clone) นั้นจะได้รับการคุ้มครองด้วยหรือไม่ เพราะไม่ใช่โปรแกรมที่ทำซ้ำกันมา แต่เป็น

* ดูรายละเอียดของทฤษฎีทั้งธรรมชาติและทฤษฎีสัญญา ในบทที่ 4 หัวข้อ 4.2 ปัญหาทางศีลธรรม

95. Ashok Bhojwani, "Copyright Laws and the Nature of Computer Software" Intellectual Property in Asia and the Pacific 26 (July - December, 1989), p. 63.

** ดร.จารุมাত্র ปิ่นทอง ได้กล่าวไว้ในการสัมมนา เรื่อง ผลกระทบกรณีที่ ประเทศไทยให้ความคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ รวมทั้งรูปแบบและสาระของกฎหมายที่เหมาะสมในการให้ความคุ้มครอง" จัดโดยศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา ณ ห้องราชดำเนิน โรงแรมปรี๊นเซส วันที่ 7 กันยายน 2533

การทำหน้าที่อย่างเดียวกันหรือเป็นโปรแกรมที่มีความคล้ายคลึงเท่านั้น เป็นต้น⁹⁶

โครงสร้างที่ไม่เหมาะสมของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ดังกล่าวข้างต้นมีผลกระทบต่อประเทศไทย โดยเฉพาะการพัฒนาประเทศ ดังต่อไปนี้

(1) ผลกระทบต่อการบริหาร

การคุ้มครองในระบบลิขสิทธิ์นั้นเป็นการให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive rights) แก่ผู้เป็นเจ้าของซอฟต์แวร์ ทำให้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกโฆษณา ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์ของผู้อื่น หรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิในการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือนำออกโฆษณาได้⁹⁷ ซึ่งเป็นการให้สิทธิผูกขาด (Monopoly) อย่างหนึ่ง ประกอบกับในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ไม่มีมาตรการหรือกลไกในการป้องกันการใช้อิทธิพลที่ไม่สุจริตหรือกลไกในการควบคุมค่าสิทธิได้ เช่น การอนุญาตใช้สิทธิโดยบังคับ (Compulsory licensing) เป็นต้น ทำให้ผู้เป็นเจ้าของซอฟต์แวร์สามารถกำหนดราคาซอฟต์แวร์ได้ตามอำเภอใจเพราะเป็นผู้ผูกขาดเทคโนโลยีเหล่านั้นไว้ ทำให้ประเทศไทยตกเป็น

96. สุรเกียรติ์ เสถียรไทย, "การคุ้มครองสิทธิในคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์", สู่อานาคตด้วยพันธวิศกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพ โลหะและวัสดุ อิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์ (กรุงเทพมหานคร : กระทรวงวิทยาศาสตร์, 2531), หน้า 37-40., เลอสรร ธนสุกาญจน์, "กรรมสิทธิ์คอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ : สถานการณ์และแนวทางวิเคราะห์", คอมพิวเตอร์สาร 14 (กันยายน 2530), หน้า 20-23., ปริญญา ตีผดุง, "ลิขสิทธิ์กับคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์" ใน กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (กรุงเทพมหานคร : ชูติมาการพิมพ์, 2532), หน้า 454 - 471., พิเศษ เสตเสถียร, "ปัญหาเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ของซอฟต์แวร์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์", วารสารกฎหมาย 10 (สิงหาคม 2528), หน้า 222-232. และ Michael D. Scott, Computer Law (New York : John Wiley & Sons, Inc., 1985), pp.3-27 - 3-37.

97. มาตรา 13 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521

ผู้ซื้อโดยเด็ดขาด (net buyer)⁹⁸ หรือผู้นำเข้าเด็ดขาด (net importer)⁹⁹ ซึ่งสินค้าที่ถูกผลิตจากเทคโนโลยีนั้น โดยไม่มีโอกาสที่นำเอาซอฟต์แวร์นั้นมาปรับปรุงหรือพัฒนาที่จะทำให้เกิดต้นทุนการผลิตถูกลง เพื่อประโยชน์ต่อการบริโภคอุปโภคของประชาชนซึ่งมีอำนาจในการซื้อ (Purchasing Power) ต่ำได้ เพราะการปรับปรุงและพัฒนาถือว่าเป็นการตัดแปลง เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ รวมทั้งทำให้ประเทศไทยไม่สามารถซื้อสินค้าปลายสุดของเทคโนโลยีได้ แม้ว่าจะมีราคาถูกกว่าก็ตาม¹⁰⁰ เช่น ไม่สามารถซื้อซอฟต์แวร์จากประเทศได้วันได้ เป็นต้น เพราะถ้าสินค้าในประเทศอื่นละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว การนำเข้าสินค้านั้นจะถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เช่นกัน ทำให้ผู้บริโภคของประเทศไทยไม่สามารถบริโภคคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ได้ในราคาที่สมควร และราคาของซอฟต์แวร์ภายในประเทศย่อมสูงขึ้นอย่างแน่นอน ความหลากหลายของซอฟต์แวร์ที่มีจำหน่ายในตลาดก็จะลดลงตามไปด้วย¹⁰¹ เพราะผู้จำหน่ายหรือผู้นำเข้าจะนำเข้าเฉพาะซอฟต์แวร์ที่คาดว่าจะขายได้ดีเท่านั้น จำนวนร้านจำหน่ายซอฟต์แวร์ตลอดจนโรงเรียนเอกชนด้านคอมพิวเตอร์อาจจะลดลงตามไปด้วย ในลักษณะเช่นเดียวกับที่ร้านวีดีโอเทปประสบปัญหา ส่วนราคาซอฟต์แวร์จะสูงขึ้นเท่าใดนั้น พอกึ่งจะประมาณการได้จากราคาของซอฟต์แวร์ในประเทศผู้ผลิตซอฟต์แวร์ เช่น ราคาใน US. List หรือ US. Discount แล้วแต่กรณี เป็นต้น เนื่องจากเมื่อคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์แล้วก็ต้องนำเข้าซอฟต์แวร์เหล่านั้นจากประเทศผู้ผลิตซอฟต์แวร์เป็นส่วนใหญ่ เช่น โปรแกรม D Base IV ตามราคา US. List นั้นจะมีราคา 499 US\$ หรือ ประมาณ 12,974 บาท เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม อาจจะมิ

98. สรุเกียรติ์ เสถียรไทย และสุธรรม อยู่ไธธรรม, "การถ่ายทอดเทคโนโลยีกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา, หน้า 6.

99. จรัญ ภัคดีธนากุล, "ความเห็นในเรื่องกฎหมายคุ้มครองสิทธิในระบบข้อมูลคอมพิวเตอร์" (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมาธิการกิจการรัฐสภาและคณะกรรมาธิการการต่างประเทศ สภาผู้แทนราษฎร, 2530)

100. สรุเกียรติ์ เสถียรไทย, "การคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ทางออกที่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจของไทย", จุฬาลงกรณ์วารสาร 1 (ตุลาคม-ธันวาคม 2531), หน้า 74.

101. Christopher J. Millard, Legal Protection of Computer Programmes and Data (London : Sweet & Maxwell, 1985), p.5.

ปัจจัยอื่นที่ทำให้ราคาซอฟต์แวร์สูงขึ้นนั้นก็ได้อีก ดังจะเห็นตัวอย่างได้จากประเทศมาเลเซีย ซึ่งได้ให้ความคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ตามข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกาแล้ว กลับทำให้ราคาซอฟต์แวร์สูงขึ้นกว่าราคาในประเทศผู้ผลิตเสียอีก เช่น โปรแกรม Wordstar Professional Release 5.0 มีราคาตั้งขายในมาเลเซีย ราคาปกติ 15,345 บาท ราคาลด 10,184 บาท ในขณะที่ราคาซอฟต์แวร์ดังกล่าวในสหรัฐอเมริกาจะราคาเพียง 6,500 บาท เท่านั้น¹⁰² เป็นต้น

นอกจากนี้ เมื่อซอฟต์แวร์มีราคาสูงขึ้นแล้ว ย่อมส่งผลจำนวนเงินที่จะต้องจ่ายเป็นค่าซอฟต์แวร์นั้นจะต้องเพิ่มขึ้นอย่างมหาศาล โดยมีผู้ประมาณการค่าใช้จ่ายในการซื้อซอฟต์แวร์ไว้ดังนี้

1. กระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และการพลังงาน ได้ประมาณค่าใช้จ่ายในการซื้อซอฟต์แวร์เฉพาะในไมโครคอมพิวเตอร์ ในปี พ.ศ. 2532 จำนวน 5,090 ล้านบาท ในปี 2533 จำนวน 8,970 ล้านบาท และในปี พ.ศ. 2534 จำนวน 16,500 ล้านบาท¹⁰³ (ดูตารางที่ 10)

2. นักวิจัยกระทรวงพาณิชย์ได้ประเมินค่าใช้จ่ายในการซื้อซอฟต์แวร์ไว้ว่า 600 ล้านบาทต่อปี และเพิ่มขึ้นปีละ 200 ล้านบาท แต่มีการส่งเสริมให้มีการใช้ซอฟต์แวร์มากขึ้นค่า

102. จิตตภัทร เครือวรรณ และสุธรรม อยู่ในธรรม, "ข้อคิดเรื่องการค้าไทย-สหรัฐอเมริกา : นโยบายการค้าไทย จีเอสพี" (เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง ยุทธศาสตร์ประเทศไทยต่อกรณีกฎหมายการค้าสหรัฐอเมริกา เสนอที่ ห้องประชุมตึกอเนกประสงค์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 12 มิถุนายน 2532), หน้า 20.

103. ปกิต ธีระวานิชและไพรัช ชัยชนงษ์, "บทบาทของศูนย์เทคโนโลยีและคอมพิวเตอร์แห่งชาติ ในการพัฒนาอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์" (เอกสารในการสัมมนา เรื่องการวิจัยและพัฒนาอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์ เสนอที่ สำนักงานกรรมการพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี 25 - 27 กันยายน 2530), หน้า 8.

ตารางที่ 10

ผลการคาดคะเนจำนวนเครื่องชนิดไมโครคอมพิวเตอร์ และซอฟต์แวร์
ที่ใช้ในไมโครคอมพิวเตอร์ ของกระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี

พ.ศ.	จำนวนเครื่อง	มูลค่าของซอฟต์แวร์ (ล้านบาท)
2528	18,000	473
2529	35,432	885
2530	64,374	1,610
2531	115,026	2,880
2532	203,657	5,090
2533	385,822	8,970
2534	660,201	16,500

ที่มา : ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ
กระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และพลังงาน (14 กันยายน 2530)

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ซอฟต์แวร์อาจจะเพิ่มขึ้นถึงปีละ 1,000 ล้านบาท¹⁰⁴

3. ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ประเมินค่าใช้จ่ายสำหรับคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ในระหว่างปี พ.ศ. 2520 - 2529 ไว้ว่า 290.7 ล้านบาท ในปี 2520 และ 12,454.56 ล้านบาท ในปี พ.ศ. 2529 (ดูตารางที่ 11)¹⁰⁵

และจากวิจัยครั้งล่าสุดของศูนย์วิจัยฯ ในปี พ.ศ. 2533 นี้¹⁰⁷ ได้พบว่า ถ้าคำนวณ โดยไม่รวมผลของปีก่อน (ไม่ cumulative) หากระดับการคุ้มครองเป็นคอมพิวเตอร์ ซอฟต์แวร์ยังเป็นอยู่เช่นเดียวกันในขณะนี้ คือ ยังไม่มีการคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ มูลค่าการใช้ซอฟต์แวร์จะไม่สูงขึ้น กล่าวคือ ประมาณ 193 ล้านบาทในปี 2533 และเพิ่มขึ้น เป็น 788 ล้านบาท ในปี 2540 ในขณะที่เดียวกันถ้ามีการคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ภายใต้ ระบบลิขสิทธิ์แล้ว ค่าใช้จ่ายเพื่อการซื้อซอฟต์แวร์ก็ย่อมจะต้องสูงขึ้น กล่าวคือ ถ้าการคุ้มครอง เป็นระบบเช่นเดียวกับระบบลิขสิทธิ์ในสหรัฐอเมริกา และราคาซอฟต์แวร์ในประเทศสูงเท่ากับ ราคา List ในสหรัฐอเมริกาแล้ว ค่าใช้จ่ายสำหรับการซื้อซอฟต์แวร์จะเป็น 2,265 ล้านบาท ในปี 2533 คือเพิ่มขึ้น จากเดิม 2,072 ล้านบาท หรือประมาณ 12 เท่า และเพิ่มเป็น 9,179 ล้านบาท เพิ่มขึ้นจากเดิม 8,391 ล้านบาท หรือประมาณ 12 เท่า ในปี 2540 แต่

104. ปราการ อาภาศิลป์, สุธรรม อยู่ในธรรม และจิตตภัทร เครือวรรณ, "กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ และผลกระทบต่อเศรษฐกิจไทย", หน้า 7-53.

105. สุรเกียรติ์ เสถียรไทย และคณะ, "สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา", หน้า 57.

106. ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, "ผลกระทบการที่ประเทศไทยให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ รวมทั้งรูปแบบและสาระ ของกฎหมายที่เหมาะสมในการให้ความคุ้มครอง", หน้า 105.

ตารางที่ 11

คาดคะเนจำนวนเครื่องชนิดไมโครคอมพิวเตอร์ และมูลค่าการนำเข้าซอฟต์แวร์
ที่ใช้ในไมโครคอมพิวเตอร์

พ.ศ.	จำนวนเครื่อง ¹	มูลค่าของซอฟต์แวร์ ²	จำนวนเครื่อง ¹	มูลค่าของซอฟต์แวร์ ²
2520	8,044	250.00	11,628	290.70
2521	9,028	225.72	14,568	364.20
2522	10,013	250.34	17,833	445.84
2523	10,998	274.98	21,425	535.63
2524	11,983	299.58	25,343	633.57
2525	12,968	324.20	29,586	379.63
2526	13,953	348.82	34,155	853.88
2527	14,937	373.44	39,050	976.26
2528	15,922	398.06	44,271	11,067.88
2529	16,907	422.68	40,818	12,454.56

หมายเหตุ : 1. คำนวณจากสมการ linear equation
2. คำนวณจากสมการ non - linear equation

ที่มา : ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
(กุมภาพันธ์ 2532)

ถ้าการคุ้มครองซอฟต์แวร์เป็นไปในรูปแบบที่เสนอในการวิจัย * คาดว่ามูลค่าการใช้จ่ายสำหรับซอฟต์แวร์จะเพิ่มเป็น 961 ล้านบาท ในปี 2533 ซึ่งเพิ่มจากเดิม 768 ล้านบาทหรือประมาณ 5 เท่า และ 4,001 ล้านบาทในปี 2540 เพิ่มจากเดิม 3,213 ล้านบาทหรือประมาณ 5 เท่า แต่ถ้าพิจารณาค่าใช้จ่ายรวม (รวมผลของปีก่อน ๆ ด้วย (มีcumulative)) ผลการวิจัยได้แสดงให้เห็นความแตกต่างกันว่า ภายใต้การคุ้มครองในปัจจุบัน ค่าใช้จ่ายรวมจนถึงปี 2540 จะเท่ากับ 4,374 ล้านบาท แต่ถ้ามีการคุ้มครองภายใต้ระบบลิขสิทธิ์ในปีเดียวกันจะมีค่าใช้จ่ายรวม 51,050 ล้านบาทเพิ่มขึ้น 46,676 ล้านบาทหรือประมาณ 12 เท่า และถ้าเป็นไปตามรูปแบบที่เสนอในการวิจัยจะประมาณ 22,141 ล้านบาท เพิ่มขึ้น 17,767 ล้านบาท หรือประมาณ 5 เท่า (ดูตาราง 12)

จะเห็นได้ว่าจากตัวเลขการประมาณดังกล่าวข้างต้น ได้แสดงให้เห็นว่าประเทศไทยจะต้องเสียค่าใช้จ่ายจำนวนเพิ่มขึ้นอย่างมหาศาลในการซื้อซอฟต์แวร์ ถ้ามีการคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ภายใต้ระบบลิขสิทธิ์ และภายใต้ภาวะการณ์ราคาซอฟต์แวร์ที่สูงขึ้นเช่นนี้ย่อมเป็นอุปสรรคต่อผู้บริโภคในทุกระดับไม่ว่าจะเป็นผู้บริโภคที่เป็นเยาวชน นักศึกษาหรือผู้ทำงานแล้ว ที่จะใช้คอมพิวเตอร์ในการเพิ่มพูนความรู้และสมรรถภาพของตนเอง หรือแม้กระทั่งผู้บริโภคที่เป็นนิติบุคคล ไม่ว่าจะเป็นภาครัฐหรือเอกชนเป็นจำนวนมากที่ใช้ซอฟต์แวร์สำหรับสำนักงานและการจัดการ (Office Automatic and Management Packages) เช่น Quality Control, information management หรือ inventory control เป็นต้น เป็นเครื่องมือช่วยในการทำงานต่าง ๆ ซึ่งเป็นการเพิ่ม productivity ในการทำงาน เมื่อต้นทุนการใช้จ่ายสำหรับค่าซอฟต์แวร์มากขึ้นย่อมส่งผลกระทบต่อค่าบริการบริโภคซอฟต์แวร์ลดลงหรือจำเป็นต้องบริโภคในราคาเพิ่มสูงขึ้นอย่างมาก ส่งผลเป็นการชะลอ หรือลด Productivity ขององค์กรนั้น กล่าวคือ ในระยะแรก ภาครัฐ รวมทั้งองค์กรของภาคเอกชนที่มีทุนน้อยหรือมี

* การคุ้มครองตามรูปแบบที่เหมาะสมนั้น เช่น การไม่ให้ความคุ้มครองแก่ Look and feels มีระยะเวลาการคุ้มครองที่เหมาะสม คือไม่เกิน 15 ปี เป็นต้น รายละเอียดโปรดดูใน รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง "ผลกระทบกรณีที่ประเทศไทยให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ รวมทั้งรูปแบบและสาระของกฎหมายที่เหมาะสมในการให้ความคุ้มครอง. เรื่องเดียวกัน, หน้า 65-69.

ตารางที่ 12
มูลค่าการใช้ซอฟต์แวร์โดยรวม

VALUE OF SOFTWARE
US List

Thousand Bahts

Year	OPERATING SYSTEM	WORD PROCESSOR	SPREAD SHEET	DATABASE	GRAPHICS	GAMES	COMPILERS	TOTAL
up to 2532	836,000	1,290,070	967,887	1,477,632	300,298	160,609	54,477	5,086,973
2533	341,000	526,213	460,713	715,202	146,385	53,320	22,221	2,265,054
2534	528,000	814,781	856,668	1,351,951	278,609	56,055	34,406	3,920,469
2535	609,785	940,987	985,768	1,555,229	320,461	65,403	39,736	4,517,367
2536	704,277	1,086,801	1,134,329	1,789,072	368,600	76,312	45,893	5,205,285
2537	813,456	1,255,281	1,305,294	2,058,088	423,971	89,046	53,008	5,998,144
2538	939,614	1,449,961	1,502,042	2,367,567	487,662	103,908	61,229	6,911,983
2539	1,085,399	1,674,929	1,728,464	2,723,598	560,923	121,255	70,729	7,965,297
2540	1,253,875	1,934,912	1,989,039	3,133,186	645,192	141,504	81,707	9,179,416
TOTAL	7,111,406	10,973,935	10,930,204	17,171,524	3,532,101	867,412	463,405	51,049,988

VALUE OF SOFTWARE
Proposed Protection Scheme

Thousand Bahts

Year	OPERATING SYSTEM	WORD PROCESSOR	SPREAD SHEET	DATABASE	GRAPHICS	GAMES	COMPILERS	TOTAL
up to 2532	532,000	54,263	649,230	617,132	177,733	32,122	38,000	2,100,480
2533	217,000	23,678	309,033	298,704	86,639	10,664	15,500	961,217
2534	336,000	40,020	574,627	564,641	164,896	11,211	24,000	1,715,396
2535	388,045	46,134	661,224	649,540	189,667	13,081	27,718	1,975,408
2536	448,176	53,185	760,874	747,205	218,158	15,262	32,013	2,274,874
2537	517,654	61,316	875,552	859,559	250,930	17,809	36,975	2,619,795
2538	597,936	70,692	1,007,525	988,813	288,626	20,782	42,710	3,017,083
2539	690,709	81,505	1,159,402	1,137,509	331,986	24,251	49,336	3,474,697
2540	797,921	93,975	1,334,188	1,308,573	381,861	28,301	56,994	4,001,813
TOTAL	4,525,440	524,767	7,331,655	7,171,676	2,090,495	173,483	323,246	22,140,763

VALUE OF SOFTWARE
Existing Protection Scheme

Thousand Bahts

Year	OPERATING SYSTEM	WORD PROCESSOR	SPREAD SHEET	DATABASE	GRAPHICS	GAMES	COMPILERS	TOTAL
up to 2532	152,000	17,364	68,742	143,755	30,807	9,637	6,080	428,385
2533	62,000	7,577	32,721	69,580	15,017	3,199	2,480	192,575
2534	96,000	12,806	60,843	131,528	28,582	3,363	3,840	336,963
2535	110,870	14,763	70,012	151,305	32,876	3,924	4,435	388,184
2536	128,050	17,019	80,563	174,055	37,814	4,579	5,122	447,202
2537	147,901	19,621	92,706	200,227	43,495	5,343	5,916	515,208
2538	170,839	22,621	106,679	230,335	50,028	6,234	6,834	593,571
2539	197,345	26,081	122,760	264,973	57,544	7,275	7,894	683,873
2540	227,977	30,072	141,267	304,821	66,189	8,490	9,119	787,935
TOTAL	1,292,983	167,925	776,293	1,670,578	362,352	52,045	51,719	4,373,896

ที่มา : ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ความสามารถปรับได้ไม่ดีพอ อาจจะได้รับผลกระทบมากกว่าภาคเอกชนอื่น เพราะมีการปรับตัวที่ช้ากว่า จะเกิดปัญหาในการรักษา Productivity ไว้ และจะมีผลในระยะที่สอง (second effect) ต่อองค์กรที่จะเกิดขึ้นใหม่ในอนาคตหรือการขยายองค์กรเดิมออกไป ที่จะต้องซื้อซอฟต์แวร์ในราคาสูง ซึ่งเป็นการเพิ่มต้นทุนและลดอำนาจในการแข่งขันและต่อรองลง อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การคุ้มครองซอฟต์แวร์ภายใต้ระบบลิขสิทธิ์นั้นจะเป็นการจำกัดการบริโภคลงอย่างมาก ส่งผลกระทบต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและกำลังคนของประเทศ รวมทั้งวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีด้วย

(2) ผลกระทบด้านการค้าและดุลการค้า

การคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ภายใต้ระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ จะมีผลทำให้การแข่งขันในตลาดต่างประเทศหรือแม้แต่ภายในประเทศเองลดลงอย่างมาก กล่าวคือนอกจากประเทศไทยจะต้องกลายเป็นประเทศผู้ซื้อโดยเด็ดขาด (net buyer) หรือผู้นำเข้าเด็ดขาด (net importer) ซึ่งสินค้าที่ผลิตโดยใช้เทคโนโลยีของประเทศผู้ผลิตแล้ว ยังทำให้ต้นทุนการผลิต (cost of production) สูงขึ้น การถ่ายทอดเทคโนโลยีจะทำได้ยากขึ้น เพราะถูกผูกขาดเทคโนโลยี ส่งผลทำให้ความสามารถในการส่งออกลดลงไปด้วยอย่างต่อเนื่อง เนื่องจากวงจรชีวิตของสินค้า (product life cycle) ของประเทศไทยในปัจจุบัน การผลิตของประเทศไทยอยู่ในขั้นที่เพิ่งเริ่มจะมีความสามารถในการส่งออก และเริ่มตัดดวงผลกำไรเพื่อมาชดเชยกับทุนที่เศรษฐกิจโดยรวมต้องจ่ายไปในระยะอื่น เช่น ค่าเทคโนโลยี (Technical fee) หรือค่าสิทธิอื่น (Royalty fees) ที่ต้องเสียไป สืบเนื่องมาจากการที่ค่าใช้จ่ายทางเทคโนโลยีต่างๆ เริ่มกลายมาเป็นต้นทุนคงที่ (fixed cost) ที่มีต้นทุนต่ำลงเรื่อยๆ ¹⁰⁷ คือ ประเทศไทยเพิ่งเริ่มได้เปรียบในเชิงสัมพัทธ์ (comparative advantages) มากขึ้นในระบบการค้าระหว่างประเทศ หากประเทศไทยจะต้องรับภาระค่าเทคโนโลยีที่สูงขึ้นอีก ประกอบการคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์นั้นทำให้มีการลดลงของ Productivity ของการทำงานด้วย ก็จะทำให้ความได้เปรียบในเชิงการค้าเหล่านั้นลดลง

107. สุรเกียรติ์ เสถียรไทย และสุธรรม อยู่ไธธรรม, "การถ่ายทอดเทคโนโลยีกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา", หน้า 22.

ไปอีก เพราะต้องจ่ายเป็นต้นทุนการผลิตที่เพิ่มขึ้น และความสามารถในการผลิตก็ลดลง เมื่อความสามารถในการแข่งขันในตลาดระหว่างประเทศลดลง และต้องจ่ายค่าสิทธิเพิ่มขึ้นอย่างมหาศาล รวมทั้งต้องนำเข้าสินค้าที่เป็นผลผลิตจากเทคโนโลยีของซอฟต์แวร์ดังกล่าวด้วยแล้ว ย่อมจะต้องมีผลต่อดุลการค้าของประเทศไทยอย่างแน่นอน และผลต่อดุลการค้านี้ ไม่ใช่จะเกิดกับสหรัฐอเมริกาเพียงประเทศเดียว แต่จะเกิดกับประเทศผู้ผลิตซอฟต์แวร์อื่น ๆ ด้วย เช่น ญี่ปุ่น ซึ่งประเทศไทยขาดดุลการค้าเป็นอันดับ 1 อยู่แล้วในขณะนี้ เป็นต้น

(3) ผลกระทบต่อการพัฒนาเทคโนโลยี

เนื่องจากการคุ้มครองตามระบบของกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น เป็นการคุ้มครองที่มีลักษณะที่เป็นความลับ คือ เป็นการคุ้มครองที่ไม่จำเป็นต้องเปิดเผยข้อมูลใด ๆ เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์นั้นเลย เพียงแต่สร้างสรรค์ซอฟต์แวร์นั้นขึ้นมาให้มีการแสดงออกซึ่งความคิด (express of idea) ก็จะได้รับ ความคุ้มครองโดยอัตโนมัติ (automatic protection) ซึ่งเป็นผลดีต่อผู้สร้างสรรค์ชาวต่างประเทศอย่างมาก คือ ไม่จำเป็นต้องเปิดเผยข้อมูลของซอฟต์แวร์นั้น และไม่จำเป็นต้องมาสร้างงานหรือลงทุนใด ๆ ในประเทศไทยเลย ก็จะได้รับ ความคุ้มครองตามกฎหมายไทยแล้ว ส่งผลกระทบต่อการพัฒนาเทคโนโลยีของประเทศไทยอย่างมาก เพราะไม่มีการเปิดเผยข้อมูลให้คนไทยสามารถรับรู้หรือได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีใด ๆ ที่จะสามารถนำมาพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ ๆ ได้ ก่อให้เกิดการผูกขาดทางเทคโนโลยีขึ้น โดยเจ้าของซอฟต์แวร์ชาวต่างประเทศ และยังทำให้ประเทศไทยตกเป็นตลาดรองรับสินค้าที่ผลิตจากเทคโนโลยีของต่างประเทศเหล่านี้ด้วย

นอกจากนี้ การคุ้มครองในระบบลิขสิทธิ์นั้นเป็นการให้สิทธิเด็ดขาดแก่ผู้เป็นเจ้าของซอฟต์แวร์นั้น ทำให้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive rights) ในการ ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกโฆษณา ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น หรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิในการทำซ้ำ ดัดแปลงหรือนำออกโฆษณาได้¹⁰⁸ ซึ่งสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิผูกขาด (Monopoly)

108. มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521

อย่างหนึ่งอันก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการคิดสร้างสรรค์ของคนไทยในการที่จะดัดแปลงซอฟต์แวร์ให้เหมาะสมกับสภาพการใช้งานในประเทศไทยได้ โดยส่วนใหญ่เป็นการดัดแปลงซอฟต์แวร์ที่ได้รับความนิยมที่ผลิตในต่างประเทศ เช่น word processor ภาษาไทย อาทิ โปรแกรมราชวิถี โปรแกรมจุฬาฯ โปรแกรมเบญจรงค์ โปรแกรมมอดิต เป็นต้น โดยการดัดแปลงหรือเพิ่มเติมภาษาไทยเข้าไป บางกรณีก็แก้ไขเพิ่มเติมเข้าไปในโปรแกรมควบคุมระบบเครื่อง (operating system) หรือบางกรณีก็เพิ่มเติมเข้าไปในโปรแกรมใช้งาน (application program) ซึ่งเข้าข่ายเป็นการทำอนุพันธ์ (derivative) ซึ่งการทำอนุพันธ์นี้เป็นวิธีการพัฒนาซอฟต์แวร์เกือบทั้งหมดเท่าที่เกิดขึ้นในประเทศไทยในปัจจุบันนี้ มีเพียงส่วนน้อยเท่านั้นที่ทำการพัฒนาซอฟต์แวร์ของตนเองใหม่ และมักจะเป็นการรับจ้างเขียนซอฟต์แวร์ที่ใช้งานโดยเฉพาะ เช่น ซอฟต์แวร์เกี่ยวกับระบบงาน หรือระบบบัญชี เป็นต้น การทำอนุพันธ์นี้จะช่วยในการพัฒนาวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีของประเทศไทยให้สามารถเจริญก้าวหน้าได้อย่างรวดเร็ว แต่ถ้าคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ภายใต้ระบบลิขสิทธิ์ก็จะกลายเป็นว่าผู้ต้นเป็นผู้ดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ไป จะมีผลเป็นการหยุดยั้งหรือชะลอการพัฒนาทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีของประเทศไทย

อนึ่ง การที่ซอฟต์แวร์มีราคาสูงขึ้นมาก และความหลากหลายของซอฟต์แวร์ในตลาดลดลง เนื่องจากการคุ้มครองภายใต้ระบบลิขสิทธิ์ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ทำให้การลงทุนเพื่อการพัฒนาซอฟต์แวร์มีความยากลำบากหรือต้องลงทุนสูงมากขึ้น ซึ่งในสภาวะของประเทศไทยที่ขาดแคลนเงินทุน และมีตลาดสำหรับรองรับซอฟต์แวร์ราคาแพงขนาดเล็กมาก¹⁰⁹ ย่อมทำให้การพัฒนาซอฟต์แวร์เพื่อแข่งขันกับซอฟต์แวร์จากต่างประเทศหรือแม้แต่พัฒนาเพื่อใช้เองก็ตามนั้น คงจะทำได้ยากลำบาก นอกจากนั้นเมื่อซอฟต์แวร์มีราคาแพงย่อมมีผลกระทบต่อการศึกษาคอมพิวเตอร์ เนื่องจากมีค่าใช้จ่ายในการศึกษาสูงขึ้น ทำให้บุคลากรทางด้านคอมพิวเตอร์ของประเทศไทยลดลง และโอกาสในการพัฒนาซอฟต์แวร์หรือเทคโนโลยีย่อมลดน้อยลงตามไปด้วยอย่างต่อเนื่องและคงอยู่ตลอดไปจนกว่าจะมีมาตรการเสริมเข้ามาแก้ไขปัญหาดังกล่าว

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

109. จิตตภัทร เครือวรรณ และ สุธรรม อยู่ไธธรรม, "ข้อคิดเรื่องการค้าไทยสำหรับอเมริกา : นโยบายการค้าโดย จีเอสพี", หน้า 22.

(4) ผลกระทบต่อการพัฒนาการศึกษา

ในปัจจุบันเมื่อมีการนำซอฟต์แวร์มาดัดแปลง (modify) หรือทำอนุพันธ์ (derivative) ให้สามารถใช้ได้กับภาษาไทยแล้ว ประกอบกับสถานะที่ซอฟต์แวร์ยังมีราคาถูกลง ทำให้คอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ถ้าเข้ามามีบทบาทในการศึกษาทั้งในระดับมัธยมศึกษา อุดมศึกษา อาชีวศึกษา และการศึกษานอกโรงเรียน (informal education and learning) มากขึ้นทุกขณะ กล่าวคือ ทำให้มีการศึกษาความรู้เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์กันอย่างแพร่หลาย ซึ่งเป็นการช่วยพัฒนากำลังคนของประเทศได้เป็นอย่างดี ส่งผลให้มีการขยายตัวของโรงเรียนคอมพิวเตอร์และการเปิดอบรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในอัตราที่สูงขึ้นอย่างรวดเร็ว คนไทยทุกเพศ ทุกวัย ทุกสาขาอาชีพจำนวนมากไม่น้อยได้มีโอกาสเรียนคอมพิวเตอร์จากโรงเรียนคอมพิวเตอร์ เอกชนหรือเข้าอบรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ตลอดจนเรียนรู้ศึกษาด้วยตนเอง ส่งผลให้มีการพัฒนาฝีมือแรงงาน จากแรงงานที่ไม่มีทักษะฝีมือ (unskill labour) มาเป็นแรงงานที่มีทักษะฝีมือ (skill labour) เป็นการยกระดับคุณภาพของประชากรในประเทศ แต่ถ้าหากมีการคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ในระบบลิขสิทธิ์แล้ว ซอฟต์แวร์มีราคาสูงขึ้น ความสามารถในการซื้อโปรแกรมมาฝึกฝนด้วยตนเอง ย่อมต้องลดลงหรือค่าเล่าเรียน ค่าอบรมในการเรียนหรืออบรมคอมพิวเตอร์มีราคาสูงขึ้น อันเป็นการปิดกั้นโอกาสสำหรับผู้ที่มิได้จบการศึกษาชั้นอุดมศึกษา หรือปิดกั้นโอกาสอันดีของผู้ที่จบการศึกษาชั้นอุดมศึกษาแล้ว ในการมีงานทำหรือในการเลื่อนระดับการทำงาน ดังนั้น การคุ้มครองซอฟต์แวร์ภายใต้ระบบลิขสิทธิ์ย่อมเป็นอุปสรรคอย่างมากในการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ในประเทศไทย ¹¹⁰

นอกจากผลกระทบทั้ง 4 ประการดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีผลกระทบอื่น ๆ อีกที่ตามมาอีกมากมาย เช่น ผลกระทบต่อการลงทุน เนื่องมาจากการคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ภายใต้ระบบลิขสิทธิ์นั้นไม่มีความเหมาะสม และมีความคลุมเครือในบางประเด็น ทำให้

110. สุรเกียรติ์ เสถียรไทย, "การคุ้มครอง "สิทธิ" ในคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์", ใน สู่นาคตด้วยพันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพ โลหะและวัสดุ อิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์, หน้า 40.

ผลกระทบต่อการตัดสินใจของนักอุตสาหกรรมและนักลงทุนเป็นอย่างมาก เพราะไม่มีความมั่นใจในบทบัญญัติของกฎหมาย เป็นต้น ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากผลกระทบดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่าการคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ระบบลิขสิทธิ์ที่สหรัฐอเมริกาเรียกร้องนั้น จะก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อประเทศไทยอย่างมาก จึงไม่ควรที่จะคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 หากประเทศไทยประสงค์ที่จะคุ้มครองคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์แล้ว ก็ควรแสวงหารูปแบบและสาระของกฎหมายในการให้ความคุ้มครองที่เหมาะสม เพื่อแก้ไขปัญหาที่จะเกิดจากผลกระทบต่างๆ ที่จะเกิดขึ้นมา เพราะการคุ้มครองดังกล่าวให้น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้



ศูนย์วิทยพัชยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย