

บทที่ 3

การกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ มาตรการทางกฎหมายต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม ปัญหากฎหมาย และผลกระทบในด้านต่างๆ

ภายหลังการเจรจารอบอุรุกวัย ประเทศพัฒนาแล้วได้ผลักดันความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (ทริปส์) ให้กลายเป็นมาตรฐานขั้นต่ำ (minimum standard) ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศต่างๆ ภาวีสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) รวมทั้งประเทศไทยต้องให้การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยมาตรการทางกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรฐานขั้นต่ำ เพื่ออนุวัติตามพันธกรณีที่ได้ลงนามไว้

สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้น ด้วยเหตุที่ลิขสิทธิ์สามารถสร้างรายได้และความมั่งคั่งอย่างมหาศาลให้แก่ประเทศที่พัฒนาแล้ว ทำให้ประเทศที่พัฒนาแล้วพยายามที่จะขยาย “แนวรบ” ด้านการคุ้มครองลิขสิทธิ์ออกไปเรื่อยๆ จนเสมือนว่าพรมแดนของเรื่องดังกล่าวไม่มีที่สิ้นสุด และส่งผลกระทบกับประเทศไทย สำหรับแนวโน้มของการขยายความคุ้มครองด้านลิขสิทธิ์ที่น่าสนใจ ได้แก่¹

(1) การขยายขอบเขตของทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับความคุ้มครอง (protectable subject matter) ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ เช่น การขยายความคุ้มครองในกฎหมายลิขสิทธิ์ให้ครอบคลุมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เป็นต้น จึงเป็นการขยายความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ที่ประเทศส่วนใหญ่มีอยู่แล้ว

(2) การขยายระยะเวลาในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ประเทศที่พัฒนาแล้วได้ใช้กลยุทธ์ในการเพิ่มสิทธิผูกขาดในลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครอง โดยขยายระยะเวลาในการคุ้มครองให้ยาวนานขึ้น เช่น สหรัฐ มีการขยายระยะเวลาการคุ้มครองลิขสิทธิ์จากเดิมโดยงานที่สร้างสรรค์ในวันหรือภายหลังจากวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1978 มีอายุการคุ้มครองตลอดชีวิตผู้สร้างสรรค์งาน บวกด้วย 70 ปี นับแต่วันที่ผู้สร้างสรรค์งานถึงแก่ความตาย เป็นต้น

(3) การเพิ่มความเข้มงวดในการบังคับใช้กฎหมาย การขยายการคุ้มครองลิขสิทธิ์จะไม่มีประสิทธิผลแต่อย่างใด หากปราศจากการบังคับใช้กฎหมายที่เข้มงวดและมีบทลงโทษที่

¹ อานัน ปันยารชุน การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา สถาบันวิจัยเพื่อพัฒนาประเทศไทย 2551

รุนแรง ด้วยเหตุนี้ประเทศที่พัฒนาแล้วจึงให้ความสนใจต่อการบังคับใช้กฎหมายรวมถึงการเพิ่มโทษแก่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ให้มีความรุนแรงยิ่งขึ้น โดยเฉพาะโทษทางอาญา

ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (TRIPs) ถือเป็นจุดเปลี่ยนของการบังคับใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในระดับโลก ทริปส์กำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกมีกระบวนการบังคับใช้กฎหมายที่เป็นธรรมและไม่เลือกปฏิบัติ กระบวนการบังคับใช้กฎหมายจะต้องไม่มีความยุ่งยากซับซ้อนโดยไม่จำเป็นหรือเสียค่าใช้จ่ายสูง หรือล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันควร และที่น่าสนใจอีกประการหนึ่งคือ ทริปส์ได้กำหนดให้กฎหมายของประเทศสมาชิกมีบทลงโทษทางอาญาแก่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์อย่างจงใจด้วย² การกำหนดโทษทางอาญาในการละเมิดลิขสิทธิ์จึงกลายเป็นวิธีการทางกฎหมาย (legal means) ที่ประเทศต่างๆ นำมาใช้ในการป้องปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ในปัจจุบันมากขึ้น ยกตัวอย่าง เช่น

สหรัฐอเมริกา ได้มีการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาในกรณีเกี่ยวกับการทำซ้ำงานลิขสิทธิ์ของผู้อื่นที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า โดยผู้ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือมีโทษปรับด้วย³

เนเธอร์แลนด์ มีกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษทางอาญาไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ.1912 (The Copyright Act 1912.) โดยบุคคลซึ่งละเมิดลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นโดยเจตนาต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือมีโทษปรับ⁴

²TRIPS Agreement Article 61.

³United States Code

506. Criminal offenses

(a) Criminal Infringement.-

(1) In general.- Any person who willfully infringes a copyright shall be punished as provided under section 2319 of title 18, if the infringement was committed-

(A) for purposes of commercial advantage or private financial gain;

2319. Criminal infringement of a copyright

(b) Any person who commits an offense under section 506 (a) (1) (A) of title 17-

(1) shall be imprisoned not more than 5 years, or fined in the amount set forth in this title, or both,

⁴Netherlands, The Copyright Act. (1912)

Article 31. — Any person who intentionally infringes another's copyright shall be punishable by imprisonment not exceeding six months or by a fine not exceeding 25,000 guilders.

เยอรมันนี มีการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาในกรณีที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าหรือเผยแพร่งานอันมีลิขสิทธิ์ต่อสาธารณชนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิ ผู้ที่ละเมิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือมีโทษปรับ⁵

อิตาลี ได้มีการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาแก่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการทำซ้ำงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าหรือนำเข้า จำหน่ายแจก ขาย หรือครอบครองไว้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าหรือการประกอบธุรกิจ ผู้ละเมิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือน ถึง 3 ปี หรือมีโทษปรับ⁶

อินโดนีเซีย การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วยการทำซ้ำงานลิขสิทธิ์เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือมีโทษปรับ⁷

สำหรับประเทศไทย มีการบัญญัติบทกำหนดโทษสำหรับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงอันมีโทษทางอาญาไว้ในหมวด 8 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

อย่างไรก็ดี ประเทศที่พัฒนาแล้วได้พยายามผลักดันให้ประเทศคู่ค้าต้องให้ความสำคัญคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาด้วยมาตรฐานที่สูงกว่ามาตรฐานขั้นต่ำในความตกลงทริปส์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการเจรจาการค้าในระดับทวิภาคีที่ประเทศพัฒนาแล้ว หรือมหาอำนาจทางเศรษฐกิจมีอำนาจการต่อรองที่เหนือกว่า เช่น ในการเจรจา FTA ระหว่างไทยกับสหรัฐ ด้วยข้อเรียกร้องให้ประเทศไทยต้องยกระดับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่สูงขึ้น ภายใต้หลักการที่เรียกว่า “ทริปส์พลัส” (TRIPs-Plus) เป็นต้น

⁵Germany, Copyright Law. (1965)

Article 106 Unauthorized Exploitation of Copyrighted Works

(1) Any person who, other than in a manner allowed by law and without the right holder's consent, reproduces, distributes or publicly communicates a work or an adaptation or transformation of a work shall be liable to imprisonment for up to three years or a fine.

⁶Italy Copyright, Law No.633, (1941)

Article 171bis. (1) Any person who unlawfully duplicates computer programs for profitmaking purposes or who imports, distributes, sells, holds for commercial or business purposes or rents programs embodied in media not bearing the mark of the SIAE shall be liable to a prison term of between six months and three years and to a fine of between 5,000,000 and 30,000,000 lire. ...

⁷Indonesia Copyright Law No.19, (2002)

Article 72 (3) Any person who deliberately and without reproduce the use of a computer program for commercial purposes shall be sentenced to imprisonment of at most 5 (five) years and/or a fine of at most Rp. 500,000,000.- (five hundred million rupiahs).

แม้ว่าในปัจจุบัน ประเทศต่างๆ ได้แสวงหามาตรการเพื่อแก้ไขปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยอาศัยกลไกของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีอยู่มาดำเนินการเพื่อเอาผิดและลงโทษกับบุคคลที่ผลิตและจำหน่ายสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการรายใหญ่หรือรายย่อยแล้วก็ตาม ก็มิได้ทำให้ปัญหาการผลิตและการจำหน่ายสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ลดน้อยลง แต่กลับปรากฏให้เห็นเด่นชัดมากขึ้นในทุกขณะ โดยเหตุผลประการสำคัญที่ทำให้ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ยังคงมีอยู่ เกิดจากความต้องการในการอุปโภคและบริโภคสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นี้ ตลอดจนมีการเอื้ออำนวยในเรื่องสถานที่เพื่อการจัดจำหน่ายสิ่งดังกล่าว จึงทำให้มีการผลิตและการจำหน่ายสิ่งดังกล่าวเพื่อสนองความต้องการของตลาดมาอย่างต่อเนื่อง

ดังนั้น เพื่อให้การแก้ไขปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น จึงเกิดแนวความคิดที่จะบัญญัติความผิดสำหรับพฤติกรรมที่เป็นการสนับสนุนหรือส่งเสริมการผลิตและจำหน่ายสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย เช่น การกำหนดความผิดสำหรับการมีสิ่งที่จะละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในครอบครอง การซื้อ หรือใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ หรือการอนุญาตให้ใช้พื้นที่เพื่อจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น ซึ่งพฤติกรรมเหล่านี้ถูกมองว่าเป็นการสนับสนุนให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์มากขึ้นและควรเป็นความผิดตามกฎหมาย

บุคคลผู้สร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ย่อมมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) ที่จะกระทำการใด ๆ ต่องานดังกล่าวได้ และหากบุคคลอื่นมีพฤติกรรมหรือกระทำการต่องานดังกล่าวโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิ ก็จะมีผลผิดตามกฎหมาย ซึ่งพฤติกรรมที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดนี้ เรียกว่า “การละเมิดลิขสิทธิ์” การละเมิดลิขสิทธิ์สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ

ประเภทแรก คือ พฤติกรรมที่เป็นการกระทำการอันมีลิขสิทธิ์โดยตรง เช่น การผลิตสินค้าโดยการคัดลอกหรือเลียนแบบจากงานต้นแบบซึ่งเป็นงานลิขสิทธิ์ของผู้อื่น ซึ่งหากการคัดลอกหรือเลียนแบบนั้นไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ก็จะทำให้การผลิตสินค้านี้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และสินค้านั้นเป็น “สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์”

ประเภทที่สอง คือ พฤติกรรมที่ไม่ได้เป็นการกระทำการอันมีลิขสิทธิ์โดยตรง แต่มีความเกี่ยวข้องกับสิ่งที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์โดยบุคคลอื่นอยู่ก่อนแล้ว เช่น การจำหน่ายสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ ฯลฯ ซึ่งแม้ว่าผู้จำหน่ายจะไม่ได้ผลิตสิ่งนั้นขึ้นมาเองแต่ก็มีพฤติกรรมเกี่ยวข้องกับสิ่งดังกล่าว กรณีนี้ก็จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม (secondary infringement)

นอกจากนี้ การมีสิ่งที่จะละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ครอบครองเป็นส่วนหนึ่งในชีวิตประจำวัน ไม่จะเป็นการครอบครองในปริมาณเท่าใดหรือครอบครองไว้ในสถานที่แห่งใดก็อาจมีความผิดได้ หากมีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด โดยการครอบครองนี้อาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ⁸

กรณีที่หนึ่ง ผู้ครอบครองเป็นผู้จัดทำสิ่งที่จะละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้นมาด้วยตนเอง ไม่ว่าจะโดยการทำซ้ำ การคัดลอก (copy) หรือเลียนแบบ และมีสิ่งดังกล่าวไว้ครอบครอง เช่น การทำสำเนาซอฟต์แวร์และนำมาบรรจุไว้ในเครื่องคอมพิวเตอร์โดยไม่เป็นไปตามข้อตกลงสำหรับการใช้งานซอฟต์แวร์นั้น ในกรณีนี้ถือว่าผู้ครอบครองมีพฤติกรรมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง

กรณีที่สอง ผู้ครอบครองไม่ได้เป็นผู้จัดทำสิ่งที่จะละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้นมาเอง แต่มีสิ่งดังกล่าวไว้ครอบครองไม่ว่าจะโดยการซื้อ การรับมอบ การรับแจก หรือจะได้มาโดยวิธีอื่นใดก็ตาม เช่น การซื้อสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์มาใช้งาน การรับแจกสิ่งของเครื่องใช้ที่เป็นสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ ฯลฯ กรณีนี้ถือว่าผู้ครอบครองไม่ได้มีพฤติกรรมที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง หากแต่เป็นผู้ที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับสิ่งที่ได้มีการละเมิดลิขสิทธิ์โดยบุคคลอื่นอยู่ก่อนแล้วโดยการครอบครองสิ่งดังกล่าว

ทั้งสองกรณีมีความเกี่ยวข้องกับปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์และก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของสิทธิทั้งโดยตรงและโดยอ้อม ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของหลายประเทศได้บัญญัติให้พฤติกรรมดังกล่าวเป็นความผิดแล้ว แต่ก็ยังมีความแตกต่างกันในหลายๆ ประเด็น เช่น การกำหนดขอบเขตของการบังคับใช้ ลักษณะของการครอบครอง จำนวนหรือปริมาณการครอบครอง เป็นต้น

1. ความหมายของการครอบครอง (possession) และการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession)

1.1 การครอบครอง (possession)

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มิได้นิยามศัพท์คำว่า “การครอบครอง” ไว้โดยชัดแจ้ง ว่าหมายถึงอะไร

อย่างไรก็ดี พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 ได้ให้ความหมายของศัพท์คำว่า ครอบครอง ก. ยึดถือไว้, มีสิทธิปกครอง; (กฎ) ยึดถือทรัพย์สินไว้โดย เจตนาจะยึดถือเพื่อตน อันทำให้บุคคลได้มาซึ่งสิทธิครอบครอง ทั้งนี้ จะยึดถือไว้เองหรือบุคคลอื่นยึดถือไว้ให้ก็ได้.

⁸เอกรินทร์ วิริโย “ลักษณะความผิดกรณีการครอบครองสิ่งที่จะละเมิดลิขสิทธิ์ และการอนุญาตให้ใช้พื้นที่เพื่อจำหน่ายสิ่งที่จะละเมิดลิขสิทธิ์” บทความกฎหมายเผยแพร่ใน www.krisdika.go.th.

Black's Law Dictionary (8th ed. 2004) ได้ให้ความหมายของคำว่า การครอบครอง (possession) ว่าหมายถึง 1. The fact of having or holding property in one's power; the exercise of dominion over property. หรือ การมีอยู่ของทรัพย์สิน หรือการถือครองทรัพย์สินที่มีอยู่ไว้ในอำนาจของตน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 3 ครอบครอง มิได้นิยามความหมายศัพท์คำว่า “ครอบครอง” ว่าหมายถึงอะไร แต่ในมาตรา 1369 บัญญัติว่า “บุคคลใดยึดถือทรัพย์สินไว้ ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า บุคคลนั้นยึดถือเพื่อตน”

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า การครอบครอง (possession) คือ การยึดถือ หรือถือครองทรัพย์สินไว้โดยเจตนาจะยึดถือเพื่อตน ทั้งนี้ จะยึดถือไว้เองหรือบุคคลอื่นยึดถือไว้ให้ก็ได้.

1.2 การครอบครองเกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession)

ศัพท์จากภาษาอังกฤษ คำว่า “mere possession” นั้น ยังมิได้มีการบัญญัติศัพท์ไว้เป็นภาษาไทยแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องมาจากกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยยังมิได้มีการกำหนดความผิดของการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะที่เป็น mere possession อย่างในกฎหมายของต่างประเทศ

เอกรินทร์ วิริโย ได้ศึกษาลักษณะความผิดกรณีการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการครอบครองในลักษณะ mere possession ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ และเผยแพร่ลงในเว็บไซต์ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (www.krisdika.go.th) ในบทความที่มีชื่อว่า “ลักษณะความผิดกรณีการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์และการอนุญาตให้ใช้พื้นที่เพื่อจำหน่ายสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์” โดยใช้คำว่า “การครอบครองโดยลำพัง” แทนศัพท์ภาษาอังกฤษคำว่า “mere possession” ซึ่งได้อธิบายความหมายเกี่ยวกับ “การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์โดยลำพัง (mere possession)” ว่า การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์อาจมีความผิดตามกฎหมายได้โดยไม่จำเป็นว่า การครอบครองนั้นมีวัตถุประสงค์หรือพฤติกรรมในการที่จะแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งบางประเทศตระหนักว่าการครอบครองสิ่งดังกล่าว แม้จะเป็นเพียงการครอบครอง ก็เป็นพฤติกรรมอย่างหนึ่งที่เพียงพอต่อการส่งเสริมหรือสนับสนุนให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว หากการครอบครองนั้นเป็นการครอบครองนอกเหนือจากการใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือประโยชน์ส่วนตัวของผู้ครอบครอง (otherwise than private or domestic use) อย่างไรก็ตาม หากเป็นการครอบครองในสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์อื่นที่มีลักษณะอย่างเดียวกันในจำนวนหรือปริมาณเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด กรณีดังกล่าวจะถือว่าเป็นการครอบครองนอกเหนือจากการใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือประโยชน์ส่วนตัวและอาจมีความผิดได้ เว้นแต่จะมีการพิสูจน์เป็น

อย่างอื่น ทั้งนี้ ในการกระทำความผิดดังกล่าว ผู้ครอบครองจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าสิ่งที่ครอบครองนั้นเป็นสิ่งที่ละเมิดลิขสิทธิ์⁸

แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอใช้ลักษณะของ “จำนวน” สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เป็นเกณฑ์ในการครอบครอง จึงขอใช้ศัพท์คำว่า “การครอบครองเกินจำนวนที่เหมาะสม” แทนศัพท์ภาษาอังกฤษว่า “mere possession” ซึ่งมีความหมายของการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ ในลักษณะเดียวกันกับที่ เอกรินทร์ วิริยะ ได้อธิบายไว้ข้างต้น ซึ่งอาจหมายถึง การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะอย่างเดียวกันไว้จำนวนหนึ่ง โดยมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าหรือประกอบธุรกิจ และการครอบครองในลักษณะดังกล่าวจะถือเป็นความผิดได้ ก็ต่อเมื่อได้ครอบครองเกินกว่าที่กฎหมายได้กำหนด จึงถือเป็นการครอบครองนอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือประโยชน์ส่วนตัวของผู้ครอบครอง (otherwise than private or domestic use) และอาจมีความผิดได้ เว้นแต่จะมีการพิสูจน์เป็นอย่างอื่น ทั้งนี้ ในการกระทำความผิดดังกล่าว ผู้ครอบครองจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าสิ่งที่ครอบครองนั้นเป็นสิ่งที่ละเมิดลิขสิทธิ์

2. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ ตามกฎหมายไทย

การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์อาจมีความผิดได้ ซึ่งกฎหมายไทยและต่างประเทศต่างมีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ โดยมีหลักเกณฑ์ ข้อกำหนด และเงื่อนไขที่มีความแตกต่างกัน สำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทย สามารถแยกออกได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่

2.1 การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้า

การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะนี้ ถือเป็นความผิดตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในการกระทำความผิดดังกล่าว ผู้ครอบครองจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าสิ่งที่ครอบครองนั้นได้ทำขึ้นโดยการละเมิดลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น และผู้ครอบครองมีความประสงค์ที่จะแสวงหาประโยชน์จากสิ่งดังกล่าว หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) ไม่เป็นความผิดตามกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่การครอบครองที่จะมีความผิดนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์หรือพฤติกรรมในการที่จะแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ด้วย กล่าวคือ จะต้องเป็นการครอบครองที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าหรือการประกอบธุรกิจ

⁸ เพิ่งอ้าง.

หรือการครอบครองเพื่อขายหรือจำหน่าย และประการสำคัญผู้ครอบครองจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าสิ่งดังกล่าวได้ทำขึ้นโดยการละเมิดลิขสิทธิ์และมีความประสงค์ที่จะแสวงหาประโยชน์จากสิ่งดังกล่าว

การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้าหรือการประกอบธุรกิจเป็นสิ่งที่กฎหมายในนานาประเทศบัญญัติให้เป็นความผิดและมักจะมีการกำหนดโทษทางอาญาเอาไว้ด้วย ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย ก็ได้ตราบทบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ดังนี้

มาตรา 31 ผู้ใดรู้อยู่แล้วหรือมีเหตุอันควรรู้ว่างานใดได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานนั้นเพื่อหากำไร ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำได้ต่อไป

(1) ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือเสนอให้เช่าซื้อ

ฯลฯ

ซึ่งตามมาตรา 31 (1) บัญญัติความผิดสำหรับการ “มีไว้เพื่อขาย” ถือเป็นความผิดโดยคำว่า “มี” นั้น มีความหมายเช่นเดียวกันกับคำว่า “ครอบครอง” โดยพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 ได้นิยามความหมาย คำว่า “มี” ก. ถือเป็นเจ้าของ, อยู่ในครอบครอง

ดังนั้น การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์โดยมีไว้เพื่อขาย หรือเพื่อการค้าในประเทศไทย จึงมีความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 โดยผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษตาม มาตรา 70 ซึ่งมีบทบัญญัติ ดังนี้

มาตรา 70 ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 31 ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสองปี หรือปรับตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

2.2 การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession)

การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) นั้น โดยปกติแล้วผู้ครอบครองไม่ได้เป็นผู้จัดทำสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้นมา แต่มีสิ่งดังกล่าวไว้ครอบครองไม่ว่าจะโดยการซื้อ การรับมอบ หรือการรับแจก เช่น การซื้อสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์มาสวมใส่ การรับแจกสิ่งของเครื่องใช้ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ การใช้สินค้าหรือสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ กรณีนี้ผู้ครอบครองไม่ได้มีพฤติกรรมที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง หากแต่เป็นผู้ที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับสิ่งที่ได้มีการละเมิดลิขสิทธิ์โดยบุคคลอื่นอยู่ก่อนแล้วโดยการครอบครองสิ่งดังกล่าว

การครอบครองสิ่งที่จะเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม มีความเกี่ยวข้องกับปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์และก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของหลายประเทศได้บัญญัติให้พฤติกรรมดังกล่าวเป็นความผิดแล้ว แต่กฎหมายของประเทศเหล่านี้ยังมีความแตกต่างกันในการกำหนดขอบเขตของการบังคับใช้ เช่น จำนวนหรือปริมาณสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีในการครอบครอง หรือลักษณะของครอบครอง เป็นต้น

สำหรับประเทศไทย ยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อเอาผิดกับผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม หรือยังไม่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์อันมีลักษณะอย่างเดียวกันในจำนวนหรือปริมาณเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดเป็นความผิด ทำให้ประชาชนยังสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้จำนวนหนึ่ง ซึ่งอาจมีไว้เพื่อใช้งานในที่พักอาศัยหรือเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคล และกฎหมายยังไม่มี ความชัดเจนว่าจะสามารถครอบครองไว้ได้เป็นจำนวนหรือปริมาณเท่าใด เช่น ผู้ซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ อาจทำสำเนาไว้เพื่อป้องกันความเสียหายที่เกิดกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามจำนวนที่ต้องการ ซึ่งอาจจะทำสำเนาเก็บไว้ 2 ชุด 3 ชุด 5 ชุด หรือ 7 ชุด ก็ได้ ตามแต่ความพอใจของผู้ซื้อ ทั้งนี้โดยอาศัยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือตามหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) การทำซ้ำงานลิขสิทธิ์ของผู้ซื้อที่ไม่มีกฎเกณฑ์แน่นอน ทำให้ในบางครั้งมีการทำซ้ำงานในปริมาณมาก และถือเป็นการเอาเปรียบผู้ผลิตหรือผู้สร้างสรรค์งานที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์

3. ปัญหาทางกฎหมาย เกี่ยวกับการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession)

หากประเทศไทยมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม โดยมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์อันมีลักษณะอย่างเดียวกันในจำนวน หรือปริมาณเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด เป็นความผิด อาจเกิดปัญหาทางกฎหมายหลายประการ ดังนี้

3.1 ปัญหาเกี่ยวกับลักษณะความผิด

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 66 บัญญัติไว้ว่า “ความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นความผิดอันยอมความได้” กฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มีบทลงโทษทางอาญา ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 96 ได้กำหนดเงื่อนไขในกรณีของความผิดอันยอมความได้ ถ้าผู้เสียหายมิได้ร้องทุกข์ภายในสามเดือนนับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิดเป็นอันขาดอายุความ ดังนั้น ในการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นความผิดอันยอมความได้นั้น ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ภายในสามเดือนนับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิดเจ้าหน้าที่ไม่อาจจับกุมผู้กระทำความผิดได้เองโดยพลการ จึงเป็นปัญหาทางกฎหมายที่หากมีบทบัญญัติให้การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสมเป็นความผิดแล้ว การใช้มาตรการบังคับก็อาจไม่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลเท่าที่ควร ทั้งนี้ เนื่องจากพนักงานเจ้าหน้าที่ที่พบการกระทำความผิดไม่อาจจับกุมได้เอง เว้นแต่จะให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแผ่นดินเท่านั้น

ดังนั้น พฤติกรรมการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) ไม่อาจนับเป็นอาชญากรรมที่แท้จริงได้ เพราะเหตุว่าลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญา คือ มาตรการบังคับ (criminal law is force)¹⁰ การใช้โทษอาญาเป็นการลงโทษที่รุนแรงและกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด เพื่อให้สาสมกับความร้ายแรงของการกระทำ (retribution) เพื่อคั่นนิสัยของผู้กระทำความผิด (reformation) เพื่อป้องปรามมิให้ผู้อื่นเอาเป็นเยี่ยงอย่าง (deterrent) และเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคมเป็นการชั่วคราวหรือถาวร (incapacitation) กฎหมายอาญาจึงมุ่งที่จะคุ้มครองบุคคลจากการกระทำความผิดต่างๆ ที่กระทำโดยเจตนาอันมีลักษณะโหดร้ายทารุณ และเพื่อป้องกันพฤติกรรมบางประเภทอันอาจจะชั่วร้ายให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม ซึ่งมาตรการบังคับที่รุนแรงสมควรจะนำมาใช้บังคับเฉพาะการละเมิดลิขสิทธิ์ขนาดใหญ่ หรือการละเมิดลิขสิทธิ์โดยองค์กรอาชญากรรมทางเศรษฐกิจที่สร้างความเสียหายอย่างมหาศาล แต่การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์โดยไม่มีวัตถุประสงค์ทางการค้าเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดมีความแตกต่างกัน พฤติกรรมของผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จึงมิใช่การก่ออาชญากรรมทางเศรษฐกิจ ซึ่งในกรณีนี้มีนักวิชาการและผู้ปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับปัญหาอาชญากรรมทางเศรษฐกิจต่างเห็นว่า ความผิดเกี่ยวกับการก่ออาชญากรรมทางเศรษฐกิจจะมีลักษณะและธรรมชาติของการกระทำความผิด ดังต่อไปนี้

¹⁰ สกล นิสารัตน์ กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม : แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2545 หน้า 10

- (1) เป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อความสงบสุขและสวัสดิภาพของประชาชน บ่อนทำลายเศรษฐกิจของชาติและเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อการพัฒนาสังคม
- (2) เป็นการกระทำที่เป็นอันตรายมากกว่าความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินธรรมดาทั่วไป
- (3) เป็นการสร้างความเหลื่อมล้ำในสถานะทางเศรษฐกิจในหมู่ประชาชน
- (4) เป็นการสร้างผลกระทบทางลบต่อการพัฒนาสังคมในระยะยาว
- (5) อาชญากรรมทางเศรษฐกิจบางประเภทจะบ่อนทำลายศีลธรรม ค่านิยมทางวัฒนธรรมและประเพณีอันดีงามของประชาชน¹¹

ซึ่งเมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ข้างต้น พฤติกรรมของผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จึงมิใช่การก่ออาชญากรรมทางเศรษฐกิจซึ่งจะส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างรุนแรง ดังนั้น จึงไม่ควรกำหนดให้การกระทำผิดในลักษณะดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแผ่นดินและมีมาตรการบังคับที่รุนแรง แต่ควรให้เป็นความผิดอันยอมความกันได้เช่นเดียวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะอื่นๆ รวมทั้งมาตรการบังคับโทษก็ควรจะเป็นเบาบางกว่า

3.2 ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขต หรือลักษณะของการกระทำความผิด

ในการกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสมนั้น ควรกำหนดขอบเขตการกระทำความผิดให้ชัดเจนว่ามีขอบเขตของการรับผิดเพียงไร มิฉะนั้นขอบเขตความผิดจะกว้างขวางมากและจะส่งผลกระทบต่อประชาชนโดยทั่วไป โดยเฉพาะนิยามความหมายของคำว่า “การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม” ควรจะมีขอบเขตอย่างไร เช่น กรณีผู้ที่ได้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์มาไว้ในครอบครองและมีปริมาณเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด โดยการยืมมาจากห้องสมุดจำนวนมากต้องรับผิดหรือไม่ ยังคงเป็นปัญหาทางกฎหมายที่ผู้ร่างต้องกำหนดขอบเขตการรับผิดของ “การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม” ให้ชัดเจน ซึ่งโดยหลักแล้วถ้อยคำในกฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน ปราศจากการคลุมเครือเพราะการลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่รัฐใช้กับประชาชน รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่จะทำได้ (reasonably definite)¹²

¹¹ ประธาน วัฒนวาณิชย์ อาชญากรรมทางเศรษฐกิจในสังคมที่เปลี่ยนแปลง : ความหมาย ขอบเขต และมาตรการแก้ไข วารสารนิติศาสตร์ 23,3 (กรกฎาคม-กันยายน 2536) หน้า 423

¹² สมฤดี พานิชอัตรา การตีความกฎหมายอาญา : ศึกษาหลักการตีความตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2551 หน้า 85

นอกจากนี้ ควรกำหนดประเภทของงานลิขสิทธิ์ที่จะให้ความคุ้มครองให้ชัดเจนว่าจะคุ้มครองงานใดบ้าง จะให้ความคุ้มครองเฉพาะงานที่ง่ายต่อการละเมิดลิขสิทธิ์และเจ้าของสิทธิสามารถหาประโยชน์ได้ในระยะเวลาไม่ยาวนานนัก เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ งานสิ่งบันทึกเสียง งานโสตทัศนวัสดุ และงานภาพยนตร์ เป็นต้น หรือจะคุ้มครองงานอื่นๆ ด้วย ก็ต้องกำหนดขอบเขตให้ชัดเจน นอกจากนี้ต้องกำหนดจำนวนหรือปริมาณที่เหมาะสมว่าประชาชนสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ในจำนวนหรือปริมาณเท่าใด จึงเพียงพอต่อการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลและไม่กระทบต่อข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) ซึ่งจะช่วยให้ประชาชนทั่วไปยังสามารถเข้าถึงงานลิขสิทธิ์ได้โดยไม่ได้รับผลกระทบจากการบังคับใช้กฎหมาย อีกทั้งยังเป็นการยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้สูงขึ้นโดยใช้มาตรการทางกฎหมายที่มีความผ่อนปรนและไม่มีผลกระทบต่อประชาชนที่ใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนตัวเท่าที่จำเป็นอีกด้วย

4. ผลดีของการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม

ในอนาคต หากประเทศไทยมีความจำเป็นต้องปรับปรุงและเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้สูงขึ้น โดยกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จะบังเกิดผลดีในด้านต่างๆ ซึ่งผู้เขียนได้วิเคราะห์ผลดีและประโยชน์ที่จะได้รับจากการกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสมไว้ ดังนี้

4.1 ยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของไทยให้อยู่ในระดับที่สูงขึ้น

การกำหนดความผิดต่อผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จะเป็นการยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของไทยให้อยู่ในระดับที่สูงขึ้นและล้าหน้ามาตรฐานสากล โดยถือว่าการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในปริมาณที่เกินกว่ากฎหมายกำหนด เป็นพฤติกรรมอย่างหนึ่งที่เพียงพอต่อการส่งเสริมหรือสนับสนุนให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว การคุ้มครองในลักษณะนี้เป็นการคุ้มครองโดยใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อปกป้องสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานในทุกระดับ ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดให้การคุ้มครองอย่างสูงสุด (copyright maximalism) ที่อ้างว่าผู้สร้างสรรค์งานประเภทต่างๆ อาจมีความตั้งใจที่จะสร้างงานในสภาพแวดล้อมที่รู้สึกได้ว่าผลประโยชน์ไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอ แทนที่จะคิดว่ากฎหมายที่มีอยู่สามารถให้การ

คุ้มครองผลประโยชน์ได้เพียงพอแล้ว¹³ จึงต้องมีการบัญญัติกฎหมายที่เข้มงวดในการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์ สอดคล้องอนุสัญญาว่าด้วยการจัดตั้งองค์การการค้าโลก (Convention Establishing the World Intellectual Property Organization 1967) ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่ก่อตั้งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ที่มีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่างๆ ให้มีมาตรฐานสากลที่สอดคล้องกัน ได้กำหนดหน้าที่หลักของ WIPO (Functions) ใน ข้อ 4 (1) “ต้องสนับสนุนการพัฒนามาตรการต่างๆ ที่จะเอื้อต่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอย่างมีประสิทธิภาพทั่วโลก และต้องทำให้กฎหมายภายในของประเทศต่างๆ มีความสอดคล้องกันมากขึ้น”¹⁴

นอกจากนี้ยังสอดคล้องกับการใช้ข้อตกลงที่มีมาตรฐานเข้มงวดขึ้นเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในระดับที่สูงกว่าแนวทางที่องค์การการค้าโลก (WTO) กำหนดไว้ หรือที่เรียกว่า “ทริปส์พลัส” (TRIPs – plus) ที่ชาติมหาอำนาจทางเศรษฐกิจอย่างสหรัฐต้องการขยายขอบเขตของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาให้กว้างขวางมากที่สุด โดยเรียกร้องให้มีการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เข้มงวด กำหนดให้เพิ่มบทลงโทษการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและดำเนินการลงโทษอย่างเด็ดขาด ให้การละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นความผิดอาญาแผ่นดินซึ่งไม่สามารถยอมความได้และเจ้าหน้าที่รัฐต้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด แม้ว่าไม่มีผู้เสียหายหรือการร้องทุกข์กล่าวโทษก็ตาม

4.2 การลงทุนในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทลิขสิทธิ์เพิ่มมากขึ้น

จากแนวคิดให้การคุ้มครองอย่างสูงสุด (copyright maximalism) ผู้สร้างสรรค์งานย่อมมีความมั่นใจที่จะสร้างสรรค์งานเพิ่มมากขึ้น เมื่อมีการปรับปรุงปรับปรุงกฎหมายและเพิ่มระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้สูงขึ้น จนรู้สึกได้ว่าผลประโยชน์ได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอ การลงทุนในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทลิขสิทธิ์ก่อให้เกิดอุตสาหกรรมที่มีศักยภาพในการพัฒนาประเทศ จะเพิ่มความมั่นใจให้กับนักลงทุนในการดำเนินธุรกิจโดยเฉพาะอย่างยิ่งนักลงทุนที่เป็นบรรษัทข้ามชาติอาจสนใจที่จะเข้ามาลงทุนหรือทำตลาดสินค้าลิขสิทธิ์ในประเทศไทยเพิ่มขึ้น ซึ่งสอดคล้องกับแนวโน้มนโยบายด้านวิทยาศาสตร์ ทรัพย์สินทางปัญญาและพลังงาน ตามรัฐธรรมนูญแห่ง

¹³ไพจิตร สวัสดิสาร ลิขสิทธิ์ในโลกไร้พรมแดนของคอมพิวเตอร์ ดุลยพาห 48,1 (มกราคม-เมษายน 2544) หน้า 40

¹⁴4 (1) shall promote the development of measures designed to facilitate the efficient protection of intellectual property throughout the world and to harmonize national legislation in this field;

ราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ดังนี้

มาตรา 86 รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และนวัตกรรมด้านต่าง ๆ ปัญญา และพลังงาน ดังต่อไปนี้

(1) ส่งเสริมให้มีการพัฒนาด้านวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และนวัตกรรมด้านต่าง ๆ โดยจัดให้มีกฎหมายเฉพาะเพื่อการนี้...

(2) ส่งเสริมการประดิษฐ์หรือการคิดค้นเพื่อให้เกิดความรู้ใหม่ รักษาและพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่นและภูมิปัญญาไทย รวมทั้งให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

การละเมิดลิขสิทธิ์ ส่งผลกระทบต่อรายได้ที่คาดว่าจะได้รับและแรงจูงใจในการลงทุนรวมทั้งทางเลือกของการลงทุน¹⁵ พบว่าอุตสาหกรรมภาพยนตร์ของไทยในช่วงปี 2546-2551 การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ส่งผลให้รายได้ที่คาดว่าจะได้รับของผู้ผลิตภาพยนตร์ลดลง การละเมิดลิขสิทธิ์จึงมีผลกระทบต่อการลงทุนของบริษัทผู้ผลิต ส่วนอุตสาหกรรมการผลิตเพลงก็เช่นเดียวกัน การละเมิดลิขสิทธิ์มีผลกระทบต่อการตัดสินใจลงทุนของค่ายเพลงรายใหญ่ โดยผู้ลงทุนจะเปลี่ยนไปลงทุนในผลิตภัณฑ์ที่ยากต่อการละเมิดลิขสิทธิ์แทน¹⁶ ในรายงานประจำปี 2553 ของกลุ่มบริษัทจีเอ็มเอ็มแกรมมี่ (Gmm Grammy) ระบุว่าปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นปัจจัยหนึ่งที่ส่งผลต่ออุตสาหกรรมเพลงและธุรกิจภาพยนตร์ทั่วโลก สำหรับกลุ่มบริษัทในแต่ละปีประสบกับปัญหาจากการถูกลักลอบนำผลงานเพลงไปทำการดัดแปลงเลียนแบบ แล้วนำออกจำหน่ายในราคาถูกเป็นจำนวนมาก และยังมีปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีการพัฒนาไปพร้อมกับเทคโนโลยี เช่นการนำผลงานของบริษัทไปใช้ประโยชน์เพื่อการค้าผ่านอินเทอร์เน็ต ทำให้กลุ่มบริษัทต้องเสียโอกาสจากการดำเนินธุรกิจเป็นจำนวนเงินที่สูงในแต่ละปี¹⁷ ซึ่งปัจจุบันผู้บริโภคซื้อผลิตภัณฑ์ดิจิทัลออนไลน์มากยิ่งขึ้นธุรกิจดิจิทัลหรือการซื้อขายสินค้าเพลงผ่านเครือข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ และ Internet เป็นช่องทางที่เติบโตมากที่สุดของธุรกิจเพลง ในขณะเดียวกันสินค้าเพลงในรูปแบบ physical เช่น CD VCD DVD และ MP 3 ฯลฯ ก็ชะลอตัวลงตามกระแสโลก คือประมาณร้อยละ 10-15 ในทำนองเดียวกันบริษัท อาร์.เอส. โปรโมชัน (RS Promotion) ระบุในรายงานของประจำปี 2553 ว่าปัญหาเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์เพลงเริ่มควบคุมได้ยากขึ้น เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างกว้างขวางผ่านทางระบบออนไลน์หรือระบบดิจิทัล การตรวจสอบและการปราบปรามทำได้ยาก¹⁸ ประกอบกับ

¹⁵สถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลังและมูลนิธิสถาบันคินันแห่งเอเชีย รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษามูลค่าทางเศรษฐกิจจากอุตสาหกรรมเชิงสร้างสรรค์ไทย(บทสรุปผู้บริหาร) 2552 หน้า xii

¹⁶เฟิ่งอ้าง, หน้า xii-xiii

¹⁷บริษัท จีเอ็มเอ็ม แกรมมี่ จำกัด (มหาชน) รายงานประจำปี 2553 หน้า 52

¹⁸บริษัท อาร์เอส จำกัด (มหาชน) รายงานประจำปี 2553 หน้า 41

ปัจจุบันมีเทคโนโลยีที่ทันสมัยทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์ทำได้ง่ายและกระจายเป็นวงกว้างในกลุ่มผู้บริโภค อาทิ MP3, download เพลง หรือ CD ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งจะส่งผลให้ความนิยมของผู้บริโภคเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว ทำให้บริษัทผู้ประกอบธุรกิจผลิตเพลงรายย่อยหรือค่ายเพลงขนาดเล็กประกอบธุรกิจได้ยากมากขึ้น บางครั้งถึงขั้นต้องปิดกิจการไป ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าปัจจุบันผู้ประกอบการได้เปลี่ยนจากการขายสื่อวัสดุไปขายเนื้อหาจิตใจต่อมากขึ้น

นอกจากนี้การที่มีผู้นำเอาหมายเลขอนุกรม (serial number) หรือรหัสผ่าน (password) ของงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีลิขสิทธิ์ใส่ลงในเว็บไซต์ (website) อย่างแพร่หลาย เพื่อให้ผู้ที่ได้ดำเนินการดังกล่าวสามารถใช้งานที่มีลิขสิทธิ์เหล่านั้นได้ ทำให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างมากมาย และทำให้อุตสาหกรรมเทคโนโลยีสารสนเทศได้รับผลกระทบจากการละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์อย่างหนัก ซึ่งจะส่งผลต่อการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreign direct investment) โดยบริษัทซอฟต์แวร์ขนาดใหญ่¹⁹

ดังนั้น การกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จึงเป็นมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผลประโยชน์แก่ผู้สร้างสรรค์งานในระดับที่สูงขึ้นและสามารถสร้างความมั่นใจให้แก่นักลงทุนและผู้สร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ประเภทต่างๆ ให้มีการคิดค้น สร้างสรรค์ และพัฒนางานเพิ่มขึ้น เป็นการเสริมสร้างบรรยากาศการลงทุนอันจะส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจและกระตุ้นการลงทุนและการบริโภคภายในประเทศ

สำหรับผู้เขียนเห็นว่า ปัจจุบันประเทศไทยมีการคิดค้นและสร้างสรรค์งานต่างๆ เพิ่มขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในงานวรรณกรรม ดนตรีกรรม ภาพยนตร์ และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ แต่ผู้ประกอบการก็ยังประสบกับสถานะการขาดทุน สาเหตุหนึ่งมิใช่เกิดจากงานที่คิดค้นและสร้างสรรค์ภายในประเทศไม่มีคุณภาพหรือประชาชนผู้บริโภคไม่นิยมงานที่สร้างสรรค์โดยคนไทย แต่มาจากการที่ประชาชนหรือผู้บริโภคสามารถเลือกซื้อซีดี วีซีดีหรือวัสดุในงานดังกล่าวได้ โดยมีสินค้าบางส่วนที่วางจำหน่ายเป็นสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เมื่อคนไทยที่เป็นผู้สร้างสรรค์งานและมีศักยภาพอย่างเพียงพอที่จะผลิตและพัฒนางานของตนต่อไปต้องพบกับการละเมิดลิขสิทธิ์และการคุ้มครองด้วยมาตรการทางกฎหมายที่ไม่เข้มแข็งก็จะหมดกำลังใจที่จะสร้างงานหรือพัฒนางานให้ดียิ่งขึ้น เพราะนอกจากจะไม่ได้ผลตอบแทนที่เต็มเม็ดเต็มหน่วยแล้ว ผู้สร้างสรรค์ยังไม่ได้รับความเป็นธรรมด้วย เนื่องจากผู้ที่ขโมยงานไปกลับมีรายได้จากงานของผู้อื่นโดยไม่ถูกลงโทษและไม่ต้องเสียภาษีแก่รัฐ ดังนั้นเมื่อไม่มีการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ที่เข้มแข็งแล้วไม่เฉพาะแต่ชาวต่างชาติที่ไม่กล้าที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเท่านั้น แม้แต่คนไทยเองก็ไม่กล้าจะคิด

¹⁹ อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 16

หรือสร้างงานลิขสิทธิ์ต่างๆ ขึ้นมา เพราะเมื่อคิดค้นหรือสร้างสรรค์งานอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นมาแล้ว ก็คงถูกทำซ้ำหรือคัดลอกงาน (copy) เพื่อนำไปใช้ประโยชน์ในทางการค้าอยู่เรื่อยไป ผลตอบแทนที่ได้รับจึงไม่คุ้มค่ากับความคิดและต้นทุนที่ต้องเสียไป ทำให้ไม่มีการคิดค้นหรือมีการพัฒนางานอย่างต่อเนื่อง ซึ่งจะเป็นอันตรายอย่างยิ่งต่อการพัฒนาประเทศ การมีกฎหมายกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จึงเป็นส่วนหนึ่งที่จะสร้างความมั่นใจแก่ผู้สร้างสรรค์งานและนักลงทุนทั้งชาวไทยและต่างชาติ เนื่องจากปริมาณการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ภายในประเทศอาจลดน้อยลง ผู้ประกอบการอาจจำหน่ายงานลิขสิทธิ์ได้มากขึ้น ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนทางเศรษฐกิจอย่างเต็มเม็ดเต็มหน่วย เกิดความมั่นใจในการลงทุนเพื่อสร้างสรรค์และพัฒนางาน ทำให้รัฐมีรายได้ในรูปแบบของภาษีที่จะนำไปพัฒนาประเทศเพิ่มมากขึ้น

4.3 ใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องปรามการกระทำผิด

ปัจจุบัน ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ได้กลายเป็นปัญหาระดับชาติที่ยากแก่การแก้ไข และทุกประเทศต่างประสบกับปัญหาดังกล่าว ปัญหานี้ได้ส่งผลกระทบและสร้างความเสียหายทางเศรษฐกิจแก่เจ้าของสิทธิและผู้ประกอบการเป็นมูลค่ามหาศาล สร้างความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจและทำให้รัฐขาดรายได้ รวมถึงรัฐต้องทุ่มเททรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดทั้งกำลังเจ้าหน้าที่และเงินงบประมาณจำนวนมหาศาลไปกับการจับกุม ปรามปรามและดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิด โดยจากข้อมูลสถิติการจับกุมในคดีการละเมิดลิขสิทธิ์ ของสำนักงานป้องปรามการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ ณ วันที่ 31 ธันวาคม 2554 พบว่า ในระหว่างปี 2548-2554 มีปริมาณการจับกุมในคดีละเมิดลิขสิทธิ์หรือความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 และมีจำนวนของกลาง ดังนี้

ปี 2548	มีการจับกุมและดำเนินคดี	5,647 ราย	ได้ของกลาง	1,388,274 ม้วน/ชิ้น
ปี 2549	มีการจับกุมและดำเนินคดี	6,459 ราย	ได้ของกลาง	1,704,970 ม้วน/ชิ้น
ปี 2550	มีการจับกุมและดำเนินคดี	4,614 ราย	ได้ของกลาง	2,228,348 ม้วน/ชิ้น
ปี 2551	มีการจับกุมและดำเนินคดี	3,215 ราย	ได้ของกลาง	2,465,679 ม้วน/ชิ้น
ปี 2552	มีการจับกุมและดำเนินคดี	3,781 ราย	ได้ของกลาง	3,099,592 ม้วน/ชิ้น
ปี 2553	มีการจับกุมและดำเนินคดี	2,867 ราย	ได้ของกลาง	2,288,702 ม้วน/ชิ้น
ปี 2554	มีการจับกุมและดำเนินคดี	3,147 ราย	ได้ของกลาง	667,721 ม้วน/ชิ้น

จากสถิติข้างต้น แสดงให้เห็นถึงจำนวนสินค้าหรือสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ของกลางที่จับกุมได้ในแต่ละปีมีเป็นจำนวนมาก และมีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้น แสดงให้เห็นว่าตลาดสินค้าหรือสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทยมีการขยายตัวเพิ่มขึ้น การกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม ซึ่งเป็นความผิดเล็กๆ น้อยๆ และให้มีโทษอาญา อาจทำให้

ประชาชนที่ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ลดจำนวนหรือปริมาณสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่อยู่ในครอบครองให้น้อยลง ซึ่งกรณีนี้หากพิจารณาในแง่ทัศนะทางสังคม กฎหมายดังกล่าวจึงมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินของบุคคล²⁰ ให้รอดพ้นจากการถูกลักหรือถูกบุคคลอื่นนำไปใช้ประโยชน์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของ การลงโทษมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการป้องกัน และรักษาระเบียบ ของสังคม แต่เมื่อพิจารณาในแง่ของคุณธรรมทางกฎหมายแล้วพบว่าความผิดเล็กน้อยตามกฎหมายอาญาเกือบทั้งหมดมุ่งประสงค์ที่คุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย คือควบคุมการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมให้มีความสุข และเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม²¹

สำหรับผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดความผิดสำหรับผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม อาจได้ผลในแง่ของการป้องปรามการกระทำความผิด ทำให้คนในสังคมเกิดความเกรงกลัวต่อโทษทัณฑ์ที่จะได้รับ และไม่กล้าที่จะครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดซึ่งถือเป็นการกระทำความผิด รวมทั้งผู้ที่คิดจะกระทำความผิดอาจต้องหยุดคิดทบทวนและมีบางส่วนที่ยับยั้งจิตใจไม่กระทำความผิด ดังนั้น การใช้มาตรการทางกฎหมายอาจได้ผลในการป้องปรามการกระทำความผิด ทำให้ประชาชนลดปริมาณการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ลง ส่งผลให้ปริมาณสินค้า หรือสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ภายในประเทศลดน้อยลงด้วย

4.4 ลดอุปสรรคในการทำมาตการการค้า

ภายหลังการจัดตั้งองค์การการค้าโลก (WTO) ได้เกิดผลกระทบต่อการประกอบธุรกิจการค้า ไม่ว่าจะเป็นการค้าภายในหรือการค้าระหว่างประเทศ ประเทศสมาชิกมีพันธะผูกพันที่จะต้องเปิดประเทศให้ต่างชาติเข้าไปลงทุนและประกอบธุรกิจการค้าได้ ทั้งในด้านการผลิตสินค้าและธุรกิจบริการ การให้คำปรึกษา ตลอดจนการเปิดเสรีทางการเงิน การธนาคารและการประกันภัย นโยบายในการเปิดตลาดในประเทศให้ต่างชาติเข้าไปลงทุนทางตรงได้ (foreign direct investment) ทั้งในด้านการผลิตสินค้าและการให้บริการอย่างเสรีขององค์การการค้าโลกดังกล่าวนี ทำให้เกิด

²⁰ อรรถชัย วงศ์อุดมมงคล การใช้มาตรการอื่นแทน โทษทางอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดบางประเภท วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2548 หน้า 11-12

²¹ สหชน รัตนไพจิตร ความประสงค์ของการลงโทษทางอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2527 หน้า 30-32

กระแสโลกาภิวัตน์ (globalization) ทางธุรกิจอย่างแท้จริง²² ทุกประเทศมีความจำเป็นที่จะต้องเพิ่มขีดความสามารถทางการผลิต (productivity) และความสามารถในการแข่งขัน (competitiveness) เพราะในขณะนี้แต่ละประเทศจะมีตลาดของสินค้าและบริการที่กว้างขึ้น ตลาดภายในประเทศก็ต้องเปิดกว้างให้ผู้อื่นเข้ามาแข่งขันได้²³ ด้วยการใช้มาตรการที่ได้รับการยกเว้นหรือผ่อนผัน อันเป็นการลดอุปสรรคทางการค้า ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยมีความพยายามอย่างต่อเนื่องที่จะลดอุปสรรคทางการค้า ทั้งในรูปแบบของภาษีศุลกากรและอุปสรรคที่ไม่เกี่ยวกับภาษีศุลกากร (non-tariff barrier) เพื่อรองรับข้อผูกพันที่จะเปิดตลาดการค้าภายในประเทศให้กว้างยิ่งขึ้น ตามที่ได้ลงนามในสัญญาเข้าร่วมใน “ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยพิกัดอัตราภาษีศุลกากรและการค้า” (GATT) เมื่อปี 1982 โดยยอมรับการลงทุนจากต่างประเทศ ลดหรือยกเลิกการกีดกันทางการค้า เช่น การเปิดเสรีทางด้านการค้าบริการ การเงิน การประกันภัย การท่องเที่ยว และการบิน เป็นต้น²⁴ ทั้งนี้เพื่อเพิ่มมูลค่าการส่งออกไปยังตลาดโลกและนำเข้าได้เข้าประเทศ ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยมีสินค้าส่งออกที่สำคัญคือ สินค้าทางการเกษตร และตลาดใหญ่ของไทยคือกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปและสหรัฐอเมริกา

สหรัฐฯ เป็นประเทศที่ให้ความสำคัญกับการปกป้องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และเป็นประเทศเจ้าของสิทธิรายใหญ่ จึงมีความพยายามอย่างต่อเนื่องในการผลักดันให้มีการใช้ข้อตกลงที่มีมาตรฐานเข้มงวดขึ้นเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในระดับที่สูงกว่าแนวทางที่ WTO กำหนดไว้ในเจราการการค้ากับกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาผ่านการจัดทำความตกลงการค้าเสรีแบบทวิภาคีกับประเทศต่างๆ เพื่อประโยชน์สูงสุดแก่เศรษฐกิจสหรัฐฯ หากประเทศใดไม่ให้ความสำคัญในการดูแลผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของสหรัฐฯ ก็จะมีมาตรการกดดันต่างๆ เช่น คัดสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากร (Generalized System of Preference : GSP) ส่งผลให้ราคาส่งออกสินค้าที่ได้รับสิทธิ GSP มีราคาสูงขึ้น ฯลฯ ซึ่งที่ผ่านมาสหรัฐฯ ประสบความสำเร็จในการจัดทำความตกลงการค้าเสรีแบบทวิภาคีกับหลายประเทศ เช่น ซิลิ สิงคโปร์ ฯลฯ ซึ่งสหรัฐฯ ก็ได้ยื่นข้อเสนอให้ไทยยอมรับเงื่อนไขข้อตกลงที่เรียกว่า “ทริปส์พลัส” (TRIPs – plus) เช่นเดียวกับประเทศต่างๆ ที่ได้ทำข้อตกลงไปก่อนหน้านี้

²² ภัทร์ เจริญลาภ “การประกอบธุรกิจภายใต้องค์การการค้าโลก” *วารสารนิติศาสตร์* 25,3 (กรกฎาคม-กันยายน 2542) หน้า 457

²³ อรุณ ภาณุพงศ์ “จาก GATT สู่ WTO” *วารสารนิติศาสตร์* 25,3 (กรกฎาคม-กันยายน 2542) หน้า 444

²⁴ สุรศักดิ์ มณีพร “ปัญหาสิทธิของคนต่างด้าวในการทำงานและการประกอบธุรกิจ” *วารสารนิติศาสตร์* 23,4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2540) หน้า 722

สำหรับผู้เขียนเห็นว่า การปรับปรุงกฎหมายให้มีการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่เข้มงวดขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลดอุปสรรคทางการค้าเป็นสิ่งที่รัฐต้องพิจารณาให้รอบคอบ โดยเฉพาะในการเจรจาการค้าแบบทวิภาคีกับประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจที่เรียกร้องให้เพิ่มความเข้มงวดในการป้องกันสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ที่มักจะมีเงื่อนไขหรือข้อเรียกร้องในการทำข้อตกลง “ทริปส์พลัส” (TRIPs – plus) ให้มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่สูงกว่าระดับการคุ้มครองขององค์การการค้าโลก (WTO) ทำให้ประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นคู่ค้ามักจะเป็นฝ่ายเสียเปรียบทางการค้า ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของ Dr. Mohammed El-Said ที่มีความเห็นว่า การเจรจาการค้าแบบทวิภาคีกับประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจในประเด็นเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา จะมีเงื่อนไขหรือข้อเรียกร้องในการทำข้อตกลง “ทริปส์พลัส” (TRIPs – plus) กับประเทศคู่ค้า เพื่อเพิ่มระดับการคุ้มครองงานสร้างสรรค์ของตนมักจะไม่มีความโปร่งใสและไม่เป็นประชาธิปไตย²⁵ และที่ผ่านมา ประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจย่อมจะหามาตรการ กฎเกณฑ์หรือข้อเรียกร้องต่างๆ มากดดันให้ประเทศกำลังพัฒนาซึ่งเป็นคู่ค้าต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ต้องการเมื่อเห็นว่าผลประโยชน์ของตนกำลังได้รับผลกระทบจากการค้าและต้องเป็นฝ่ายเสียเปรียบ การเจรจาการค้าโดยนำประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามาเป็นเงื่อนไขให้มีระดับการคุ้มครองที่เท่าเทียมกัน มักจะเกิดปัญหาในการปฏิบัติ เนื่องจากคู่เจรจาอาจมีความจำเป็นต้องคงระดับการคุ้มครองเท่าเดิมเอาไว้ด้วยเหตุผลและความจำเป็นที่แตกต่างกัน ซึ่งปัญหานี้บัณฑิต หลิมสกุล ได้เคยวิเคราะห์ไว้ว่า แม้แต่ประเทศในสหภาพยุโรปที่มีระดับการพัฒนาทางเทคโนโลยีที่ใกล้เคียงกัน ตลอดจนมีปฏิสัมพันธ์ทางการค้ากันอย่างใกล้ชิด และมีความจำเป็นต้องประสานกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของตลาดร่วม เพื่อให้สามารถแข่งขันทางการค้าโดยเสรี ตาม

²⁵ Mohammed El-Said Editorial : *Free Trade, Intellectual Property and TRIPs-PLUS World* Liverpool Law Review Vol.28 2007 p.8 (<http://www.springerlink.com/content/d535u5734l872t22/>)

หลักการแข่งขันโดยเสรี (free competition) ที่กำหนดไว้ในมาตรา 85 และ 86 ของสนธิสัญญากรุงโรม²⁶ ก็ยังยากที่จะปรับระดับของการคุ้มครองให้เท่าเทียมกัน จึงยังเกิดปัญหาความขัดแย้งอันเนื่องมาจากความแตกต่างของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างสมาชิกด้วยกันเอง²⁷ ดังนั้นจึงไม่อาจมั่นใจได้ว่า หากประเทศไทยมีการปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์รวมทั้งยกระดับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ให้มีระดับการคุ้มครองที่สูงขึ้นแล้วจะไม่ถูกกีดกันทางการค้าหรือได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการตอบโต้ทางเศรษฐกิจในรูปแบบอื่นๆ

4.5 สร้างความเป็นธรรมทางการค้า

การกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ไว้นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองเกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) เป็นการปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์ให้มีระดับการคุ้มครองที่สูงขึ้น สามารถคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์หรือคิดค้นงาน นักลงทุน ตลอดจนผู้ประกอบการในธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการผลิตและจำหน่ายงานลิขสิทธิ์ ให้ได้รับผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจอย่างเต็มเม็ดเต็มหน่วย เป็นการสร้างความเป็นธรรมทางการค้า ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้กำหนด

²⁶Article 85 ได้กำหนดตัวอย่างของการผูกขาดทางการค้าไว้ เช่น การกำหนดราคา การจำกัดการผลิตหรือการตลาด ส่วนแบ่งการตลาด เงื่อนไขการค้าที่ไม่เป็นธรรม ความผูกพันภายในกิจการ

Article 85 (2) กำหนดให้การกระทำดังกล่าวเสียเปล่าและเป็นโมฆะ ถ้ามีลักษณะของข้อตกลงอันเป็นการผูกขาด เว้นแต่จะเข้าเงื่อนไขดังนี้

1. ข้อตกลงนั้นเป็นไปเพื่อปรับปรุงการผลิต การจำหน่ายสินค้า หรือเพื่อส่งเสริมความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีหรือความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ
2. ผู้บริโภคได้รับส่วนแบ่งที่เป็นธรรมของผลประโยชน์ที่จะได้รับจากความตกลงนั้น
3. ข้อจำกัดนั้นเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้จากประโยชน์ที่ได้รับ
4. คู่สัญญาที่ทำความตกลงกันมิได้มีความพยายามที่จะขจัดคู่แข่งในทางการค้าในเชิงการผลิต

Article 86 เป็นการห้ามการบิดเบือนในทางการค้าที่จะทำให้เป็นผู้ครอบครองอาณาจักรในทางการค้า โดยอยู่ในฐานะที่ไม่มีคู่แข่งภายในตลาดร่วมยุโรปหรือในทางการค้าระหว่างรัฐสมาชิก และยกตัวอย่างของการบิดเบือนในทางการค้า เช่น การกำหนดราคาที่ไม่เป็นธรรม หรือการกำหนดเงื่อนไขในทางการค้า การผลิต การตลาด หรือกำหนดเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมอื่นๆ

²⁷บัณฑิต หลิมสกุล “แนวทางของประชาคมยุโรปในการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์: ข้อกำหนดว่าด้วยการอนุญาตให้ทำ reverse engineering” *จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย* 42,3 (กรกฎาคม-กันยายน 2538) หน้า 26-29

แนวนโยบายในการคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพทางเศรษฐกิจไว้ใน มาตรา 84 (1) (5) ดังนี้

“มาตรา 84 รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านเศรษฐกิจ ดังต่อไปนี้

(1) สนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรมโดยอาศัยกลไกตลาด.....

(5) กำกับทำให้การประกอบกิจการมีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม ป้องกันการผูกขาดตัดตอนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม และคุ้มครองผู้บริโภค”

ปัจจุบัน ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ได้กลายเป็นตัวบ่อนทำลายเศรษฐกิจของประเทศทั้งทางตรงและทางอ้อม ทางตรงก็คือรัฐขาดเงินจากการจัดเก็บภาษีสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์เนื่องจากผู้ผลิตและผู้จำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ไม่เสียภาษีมูลค่าเพิ่มและภาษีเงินได้ทำให้รัฐต้องขาดรายได้ในแต่ละปีเป็นมูลค่ามหาศาล สร้างความไม่เป็นธรรมทางการค้าเพราะผู้ละเมิดลิขสิทธิ์เอารัดเอาเปรียบผู้อื่น กล่าวคือผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ไม่มีการลงทุนทางความคิด ไม่ต้องลงทุนในค่าใช้จ่ายพัฒนาหรือสร้างผลิตภัณฑ์ การประกอบการค้าสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการค้านอกระบบที่ทำให้ตลาดขาดความเข้มแข็ง ไม่มีความมั่นคง เพราะผู้ประกอบการไม่อาจคาดการณ์ภาวะทางตลาดได้ และทำให้ผู้ลงทุนขาดความมั่นใจในการลงทุน เพราะอาจต้องประสบกับภาวะขาดทุนหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะขาดทุน ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนคือการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม ภาพยนตร์ และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการจนทำให้เกิดภาวะขาดทุนและไม่อยากลงทุนหรือผู้ประกอบการบางรายต้องปิดกิจการลง ส่วนผลกระทบต่อเศรษฐกิจโดยอ้อม เช่น การเสียสิทธิทางการค้าจากการถูกตอบโต้ทางการค้า ทำให้สินค้าประเภทอื่นๆ ทั้งสินค้าเกษตรกรรมและอุตสาหกรรมต้องได้รับผลกระทบจากราคาจำหน่ายในต่างประเทศที่เพิ่มขึ้น ศักยภาพในการแข่งขันทางการค้าในประชาคมโลกลดลง ทำลายบรรยากาศการลงทุนและเป็นอุปสรรคในการดึงดูดนักลงทุนต่างชาติให้เข้ามาลงทุนในประเทศ เป็นต้น

4.6 เพิ่มความหลากหลายของสินค้าส่งออก

การเพิ่มปริมาณและมูลค่าสินค้าส่งออก ถือเป็นนโยบายหลักที่รัฐบาลในทุกประเทศต้องให้ความสำคัญในระดับต้น เนื่องจากเป็นแหล่งรายได้สำคัญที่จะนำมาซึ่งเงินตราเข้าประเทศ หากประเทศใดส่งออกได้มากและได้เปรียบดุลการค้าจะทำให้เศรษฐกิจโดยรวมของประเทศดีขึ้น เช่น ประชาชนมีรายได้เพิ่มขึ้น มีการลงทุนภายในประเทศเพิ่มมากขึ้น มีการจ้างงานเพิ่มขึ้นและอัตราการว่างงานลดลง ฯลฯ การค้าระหว่างประเทศในโลกนี้มีสินค้าที่สำคัญอยู่ 4 ประเภท ได้แก่ สินค้าเกษตรกรรม สินค้าอุตสาหกรรม สินค้าบริการ และสินค้าทรัพยากร ปัญหา ซึ่งที่ผ่านมามีประเทศไทยมีสินค้าส่งออกที่สำคัญอยู่ 2 ประเภท ได้แก่ สินค้าเกษตรกรรม และสินค้าอุตสาหกรรม เนื่องจากประเทศไทยมีวัตถุดิบจำนวนมากและแรงงานมีราคาถูก โดยใน

ครึ่งปีแรกของปี 2554 ประเทศไทยมีประเภทของสินค้าและมูลค่าการส่งออกสำคัญสูงสุด 10 อันดับแรก ดังนี้

มูลค่า : ล้านบาท

รายการ		2554/2011
1	เครื่องคอมพิวเตอร์ อุปกรณ์และส่วนประกอบ	274,177.4
2	รถยนต์ อุปกรณ์และส่วนประกอบ	263,264.2
3	อัญมณีและเครื่องประดับ	197,477.8
4	ยางพารา	194,396.6
5	เม็ดพลาสติก	134,463.3
6	เคมีภัณฑ์	124,391.0
7	แผงวงจรไฟฟ้า	124,224.5
8	ผลิตภัณฑ์ยาง	120,423.2
9	น้ำมันสำเร็จรูป	117,660.4
10	ข้าว	105,283.3

(ตาราง 3.1) ตารางแสดงประเภทของสินค้าและมูลค่าการส่งออกของไทยสูงสุด 10 อันดับแรก ครึ่งปีแรกของปี 2554 (ที่มา : กรมส่งเสริมการส่งออก www2.ops3.moc.go.th)

ทั้งนี้ โดยมีตลาดส่งออกที่สำคัญ ได้แก่ ญี่ปุ่น จีน สหรัฐฯ ฮองกง มาเลเซีย สิงคโปร์ อินโดนีเซีย ออสเตรเลีย เวียดนาม และสวิตเซอร์แลนด์ ตามลำดับ แต่ในอนาคตความได้เปรียบทั้งในด้านวัตถุดิบและราคาค่าแรงงานซึ่งเป็นจุดเด่นของประเทศไทยเริ่มลดลง เนื่องจากการผลิตในภาคอุตสาหกรรมต้องอาศัยทรัพยากรธรรมชาติที่นับวันจะเริ่มร่อยหรอ ส่วนภาคการเกษตรกรรมต้องพึ่งพาสภาพดินฟ้าอากาศที่เริ่มแปรปรวน ดังนั้นประเทศไทยจึงมีความจำเป็นต้องแสวงหาสินค้าอื่นมาทดแทน และสินค้าทรัพย์สินทางปัญญาก็เป็นอีกทางเลือกหนึ่งของประเทศไทยที่จะต้องเร่งพัฒนาศักยภาพให้สูงขึ้นและมีความเหมาะสมแก่การส่งเป็นสินค้าออก การแข่งขันส่งออกทรัพย์สินทางปัญญาจะเป็นเวทีใหม่สำหรับการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งปัจจุบันประเทศมหาอำนาจทั้งหลายได้มีการพัฒนาสินค้าอย่างหลากหลาย ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจน เช่น การส่งออกงานภาพยนตร์และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของสหรัฐฯ หรือส่งออกเพลงของอังกฤษ เป็นต้น

ผู้เขียนจึงเห็นว่า การกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จะช่วยคุ้มครองงานสร้างสรรค์ที่ได้คิดค้นและพัฒนาโดยคนไทย เป็นกลจักรสำคัญที่ช่วยผลักดันและส่งเสริมให้คนไทยเกิดความคิดสร้างสรรค์ไม่หยุดนิ่ง ทำให้ผู้สร้างสรรค์มี

แรงจูงใจในการสร้างงานและพัฒนาต่อไป หากไม่มีการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่เข้มแข็งแล้วก็คงไม่มีใครกล้าลงทุนหรือคิดสร้างสรรค์งานใหม่ๆ ทำให้การสร้างสรรคงานลิขสิทธิ์เกิดการชะงักงันและไม่มีการพัฒนาในที่สุด สำหรับปัจจุบันงานลิขสิทธิ์สามารถสร้างรายได้และนำเงินตราเข้าประเทศได้เป็นจำนวนมาก ทั้งนี้เนื่องจากผู้สร้างสรรค์งานและผู้ประกอบการมีการพัฒนาศักยภาพในการแข่งขัน เช่น มีการผลิตงานที่มีคุณภาพ มีการตลาดในต่างประเทศ ฯลฯ จนสามารถผลิตงานส่งเป็นสินค้าออกได้ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนคือ งานภาพยนตร์ ที่มีการตลาดในต่างประเทศเพื่อเพิ่มช่องทางการจำหน่ายและส่งเป็นสินค้าออกทำรายได้เข้าประเทศ ดังนั้น การคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยมาตรการทางกฎหมายที่เข้มแข็ง จะช่วยส่งเสริมการคิดค้นและพัฒนางานลิขสิทธิ์ที่จะกลายเป็นสินค้าออกที่สำคัญนำรายได้เข้าประเทศและเป็นการเพิ่มความหลากหลายของสินค้าส่งออกของไทยเพิ่มมากขึ้น

4.7 รัฐมีรายได้จากการจัดเก็บภาษีเพิ่มขึ้น

ดังที่ทราบกันคืออยู่แล้วว่า ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ได้กลายเป็นตัวบ่อนทำลายเศรษฐกิจของประเทศและทำให้รัฐขาดเงินรายได้จากการจัดเก็บภาษี เนื่องจากการค้าสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ไม่มีการเสียภาษีมูลค่าเพิ่มและภาษีเงินได้ ซึ่งโดยปกติบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย รวมถึงบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามของต่างประเทศและประกอบกิจการในประเทศไทยจะต้องเสียภาษีในกำไรสุทธิจากกิจการ หรือเนื่องจากกิจการที่ได้กระทำในประเทศไทยในรอบระยะเวลาบัญชีตามประมวลรัษฎากร มาตรา 66 นอกจากนี้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่จำหน่ายสินค้าอันเป็นงานลิขสิทธิ์ยังต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม (VAT) จากการขายสินค้าหรือการให้บริการโดยผู้ประกอบการ รวมทั้งยังเสียภาษีอันเนื่องจากการนำเข้าสินค้าโดยผู้นำเข้าตามประมวลรัษฎากร มาตรา 77/2 อีกด้วย การกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จะทำให้ปริมาณสินค้าและสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ลดน้อยลงและประชาชนบางส่วนหันไปซื้อแต่สินค้าที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้อง จำนวนผู้จำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์และปริมาณสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ในตลาดลดน้อยลง ผู้ประกอบการสามารถผลิตสินค้าลิขสิทธิ์ในปริมาณที่เพิ่มขึ้นเพื่อให้เพียงพอต่อความต้องการของตลาด ทำให้ปริมาณและยอดการจำหน่ายสินค้าลิขสิทธิ์เพิ่มขึ้น รัฐมีรายได้จากการจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลและภาษีมูลค่าเพิ่ม (VAT) รวมถึงภาษีอันเนื่องจากการนำเข้าสินค้ามากขึ้นด้วย

นอกจากนี้ การที่ผู้ประกอบการมีการผลิตสินค้าภายในประเทศหรือมีการนำเข้าสินค้าลิขสิทธิ์จากต่างประเทศเพิ่มขึ้น และสามารถจำหน่ายสินค้าที่เป็นงานลิขสิทธิ์ได้มากขึ้น นอกจากจะส่งผลให้รัฐมีรายได้จากการจัดเก็บภาษีแล้ว รัฐยังใช้มาตรการทางภาษีเพื่อสนับสนุนผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการผลิตหรือจำหน่ายงานลิขสิทธิ์ เพื่อเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันและ

การพัฒนาสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ด้วย โดยมีการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีสำหรับการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยี เช่น การยกเว้นภาษีเงินได้ สำหรับเงินได้ของบริษัท และห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล เป็นจำนวนร้อยละ 100 ของรายจ่าย ที่ได้จ่ายไปเป็นค่าจ้างเพื่อทำการวิจัยและพัฒนาให้แก่หน่วยงานของรัฐ หรือเอกชนตามที่กำหนด ตามพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 297) พ.ศ. 2539 ซึ่งถือว่าเป็นการให้ความสำคัญกับการเพิ่มความสามารถในการผลิตในระยะยาว²⁸ หรือการให้หักค่าสึกหรอและค่าเสื่อมราคาเบื้องต้นของทรัพย์สินประเภทเครื่องจักรและอุปกรณ์ของเครื่องจักรที่ใช้สำหรับการวิจัยและพัฒนา ตามพระราชกฤษฎีกา ออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการหักค่าสึกหรอและค่าเสื่อมราคาของทรัพย์สิน อันจะส่งผลดีต่อผู้ประกอบการที่เสียภาษี เป็นต้น

4.8 ผลดีต่อระบบการค้าระหว่างประเทศ

สำหรับปัจจุบัน ทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะเทคโนโลยีต่างๆ ได้กลายสภาพมาเป็นปัจจัยพื้นฐานทางอุตสาหกรรม อันนำไปสู่การขยายตัวและการเกิดของการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ดังนั้นความสัมพันธ์ระหว่างทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศจึงเกี่ยวพันกันอย่างใกล้ชิด ในการเจรจาการค้ารอบอุรุกวัย ประเทศที่พัฒนาแล้วมีความเห็นว่า การปรับปรุงแนวทางคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะก่อให้เกิดผลดีต่อระบบการค้าเสรี เพราะจะช่วยลดปริมาณของสินค้าลอกเลียนแบบในตลาดโลกลง²⁹ อันเป็นการป้องกันและรักษาการค้าอันชอบธรรมของรัฐภาคีของ GATT เพราะในความเห็นของประเทศที่พัฒนาแล้ว สินค้าลอกเลียนแบบเหล่านี้เป็นอุปสรรคทางการค้า (trade barriers) และตัวการบิดเบือน (distortion) ระบบการค้าเสรี การคุ้มครองลิขสิทธิ์ด้วยมาตรการทางกฎหมายที่เข้มงวด จะก่อให้เกิดผลดีต่อระบบการค้าระหว่างประเทศ 2 ประการด้วยกัน ได้แก่³⁰

ประการแรก การคุ้มครองลิขสิทธิ์อย่างเข้มงวดและมีประสิทธิภาพ จะก่อให้เกิดการขยายตัวของการค้าระหว่างประเทศ ส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า และเสนอทางเลือกที่มีความหลากหลายต่อผู้บริโภค เนื่องจากบรรดาผู้ประกอบการจะมีความเชื่อมั่นที่จะส่งสินค้าที่เป็นงาน

²⁸ประสพสุข ตั้งบุญมาก “นโยบายการค้าระหว่างประเทศของไทย : ปัจจุบันและอนาคต” ใน รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์ และสมบุญ ศรีประชัย นโยบายการค้าระหว่างประเทศของไทยและการค้ากับสหรัฐอเมริกา โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร 2552 หน้า 13

²⁹จักรกฤษณ์ ควรวจน์ “ทรัพย์สินทางปัญญาในความสัมพันธ์กับการค้าระหว่างประเทศ : กรณีประเทศไทยกับสหรัฐฯ” วารสารนิติศาสตร์ 22,4 (กันยายน-ธันวาคม 2539) หน้า 517

³⁰เพ็งอ้าง

ลิขสิทธิ์ของตนออกไปจำหน่ายในต่างประเทศเพิ่มมากขึ้น เพราะไม่ต้องเสี่ยงต่อการถูกปลอมแปลงหรือลอกเลียนแบบ ดังนั้นการคุ้มครองลิขสิทธิ์แม้จะมีลักษณะเป็นการปกป้องสิทธิของผู้สร้างสรรค์ แต่ก็มีส่วนช่วยในการส่งเสริมทางการค้าระหว่างประเทศ

ประการที่สอง การคุ้มครองลิขสิทธิ์อย่างเข้มงวดและมีประสิทธิภาพ จะเอื้ออำนวยให้เกิดกิจกรรมการถ่ายทอดเทคโนโลยี (transfer of technology) จากประเทศหนึ่งไปสู่อีกประเทศหนึ่ง ไม่ว่าจะโดยผ่านการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (foreign direct investment) หรือโดยผ่านสัญญา (contractual agreement) เนื่องจากประเทศที่พัฒนาแล้วหรือมีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีจะส่งสินค้าไปจำหน่ายในประเทศกำลังพัฒนามากขึ้น

กิจการหลักของการค้าระหว่างประเทศ คือการซื้อขายสินค้าซึ่งปกติจะมีการเคลื่อนย้ายจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง และการชำระราคาข้ามประเทศจากประเทศผู้ซื้อไปยังประเทศผู้ขาย³¹ การประกอบธุรกิจการค้าขายงานลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศก็เช่นเดียวกัน ย่อมจะต้องมีการเคลื่อนย้ายสินค้าจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง และมีการชำระราคาข้ามประเทศจากประเทศผู้ซื้อไปยังประเทศผู้ขาย ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายในเรื่องสัญญาและการซื้อขาย

นอกจากนี้ การซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ จะเกี่ยวข้องกับกิจการอื่นด้วย ที่สำคัญคือ การรับขนสินค้าระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการขนส่ง (carriage of goods) และการประกันภัย (insurance) และอีกกิจการหนึ่งที่เข้ามาเกี่ยวข้องเกือบในทุกกรณีคือ บริการสินเชื่อ (finance) ลักษณะต่างๆ จากสถาบันการเงิน โดยเฉพาะธนาคารพาณิชย์ เช่น การเปิด letter of credit เป็นต้น

ดังนั้น การขยายตัวของการค้างานลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ จึงก่อให้เกิดผลดีต่อระบบการค้าระหว่างประเทศ ทำให้กิจการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องได้รับอานิสงส์จากกิจการที่เกี่ยวข้องกับการจำหน่ายงานลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศด้วย

4.9 ผลดีต่อผู้ประกอบการ

นอกจากประโยชน์ที่จะได้รับดังที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว ผู้ประกอบการยังจะได้รับประโยชน์อีกหลายทาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งประโยชน์ที่เกิดกับการวางแผนการผลิต แผนการตลาด หรือการบริหารองค์กร ทั้งนี้เนื่องจากการประกอบการค้าสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ถือเป็นการค้ำอกระบบที่ทำให้ตลาดขาดความเข้มแข็งและไม่มีความมั่นคง ทำให้ผู้ประกอบการไม่อาจคาดการณ์ภาวะทางตลาดได้ ผู้ประกอบการจึงประสบปัญหาเกี่ยวกับการวางแผนการผลิตและการตลาด ส่งผลให้

³¹ ะเนิง ภาไชย “หลักกฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ” วารสารนิติศาสตร์ 24,2 (เมษายน-มิถุนายน 2541) หน้า 229

ผู้ประกอบการหรือผู้ผลิตงานลิขสิทธิ์ไม่สามารถตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคได้ บางครั้งสินค้าขาดตลาดหรือไม่ครบตามความต้องการ เมื่อมีการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ด้วยการเพิ่มข้อกำหนดที่ให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในระดับสูงขึ้น จะเกิดผลดีต่อผู้ประกอบการและผู้ผลิตงานลิขสิทธิ์ ทำให้สามารถวางแผนการผลิตและการตลาดเพื่อตอบสนองความต้องการของตลาดได้อย่างเหมาะสม อีกทั้งเป็นการเสริมสร้างบรรยากาศการลงทุน และการร่วมลงทุนกับต่างประเทศ การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่เข้มแข็ง ทำให้นักลงทุนเกิดความมั่นใจที่จะเข้ามาลงทุนในธุรกิจเกี่ยวกับการสร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ ซึ่งปัจจุบันผู้ประกอบการของไทยหลายแห่งได้นำบริษัทเข้าจดทะเบียนเป็นบริษัทมหาชนจำกัด เช่น บริษัทอาร์.เอส. จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นผู้ผลิตงานเพลง รายการโทรทัศน์ วิทยุ ภาพยนตร์ สื่อสิ่งพิมพ์ ฯลฯ หรือบริษัท เวิร์คพอยท์ เอ็นเทอร์เทนเมนท์ จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นผู้ผลิตรายการโทรทัศน์ ภาพยนตร์ และสตูดิโอบันทึกเสียง เป็นต้น ทำให้ประชาชนทั่วไปและนักลงทุนต่างชาติสามารถร่วมลงทุนโดยการถือหุ้นในกิจการดังกล่าวได้นอกจากนี้ยังเป็นการสร้างแรงจูงใจแก่ผู้สร้างสรรค์งานให้มีการสร้างงานใหม่ๆ หรือพัฒนางานที่มีอยู่ในดียิ่งขึ้น ผู้ผลิตสามารถผลิตงานลิขสิทธิ์ออกจำหน่ายได้มากขึ้น ทำให้ได้รับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจอันเนื่องมาจากการค้ามากขึ้นและได้รับความเป็นธรรมทางการค้า

นอกจากนี้ การที่นักลงทุนต่างชาติได้เข้ามาลงทุนในประเทศไทยจะเป็นการสร้างพันธมิตรที่เกื้อกูลกันในทางเศรษฐกิจ ซึ่งจะเป็นการเพิ่มบทบาทและอำนาจต่อรองของผู้ประกอบการในประเทศไทยในเวทีโลก รวมถึงสามารถใช้ประเทศไทยเป็นฐานการลงทุนเพื่อเป็นประตูไปภูมิภาคใกล้เคียง เช่น จีน ญี่ปุ่น กลุ่มประเทศอาเซียน หรือเอเชียใต้ เป็นต้น ผู้ประกอบการจะได้รับผลดีจากการกระจายแหล่งส่งสินค้าออกและนำเข้าด้วย

4.10 ผลดีต่อประชาชนผู้บริโภค

การคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่เข้มแข็ง ทำให้งานลิขสิทธิ์จากต่างประเทศหลั่งไหลเข้ามาเป็นจำนวนมาก เพราะผู้ผลิตเกิดความมั่นใจในมาตรการให้ความคุ้มครอง ทำให้ผู้บริโภคได้มีทางเลือกที่หลากหลายและมีโอกาสในการเรียนรู้มากขึ้น การมีผู้จำหน่ายหลายรายทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้าส่งผลให้ราคาสินค้าถูกลง มีการแข่งขันด้านมาตรฐานและคุณภาพของสินค้าและผลิตภัณฑ์ มีการพัฒนารูปแบบของผลิตภัณฑ์ที่หลากหลายให้ผู้บริโภคได้เห็นถึงความแตกต่างที่เหนือกว่าคู่แข่งรายอื่นๆ เช่น มีการใช้วัสดุสำหรับบันทึกงานที่ทำขึ้นเป็นพิเศษ ฯลฯ มีบริการหลังการขาย บริการรับข่าวสารเกี่ยวกับตัวสินค้าผ่าน e-mail หรือ SMS นอกจากนี้ผู้ประกอบการที่มีข้อจำกัดเกี่ยวกับการใช้งานของสินค้าอาจลดหรืองดเงื่อนไขต่างๆ ที่ผู้บริโภคไม่พึงพอใจลง

5. วิเคราะห์ผลกระทบจากการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เกินจำนวนที่เหมาะสม

หากประเทศไทยต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ ด้วยการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสมแล้ว ย่อมส่งผลกระทบในด้านต่างๆ ทั้งด้านบวกและด้านลบ การใช้มาตรการทางกฎหมายที่เข้มงวดจึงมีทั้งข้อดีและข้อเสีย ซึ่งผู้เขียนขอเสนอแนะวิเคราะห์ถึงผลกระทบจากการใช้กฎหมายในลักษณะดังกล่าวในด้านต่างๆ ดังนี้

5.1 ผลกระทบต่อหลักการพื้นฐานในการคุ้มครองลิขสิทธิ์

สถานะทางกฎหมายของไทยในปัจจุบัน ได้ให้ความสำคัญคุ้มครองลิขสิทธิ์เป็นไปตามแนวทางของนานาอารยประเทศ ที่มุ่งเน้นการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ใช้และสิทธิของผู้สร้างสรรค์อันเป็นเงื่อนไขสำคัญของกลไกการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน พ.ศ.2491 (Universal Declaration of Human Rights 1948) ที่ได้ให้การรับรองและประกาศสิทธิของมนุษย์ทุกคนในการเข้าถึงองค์ความรู้และงานสร้างสรรค์ทุกประเภทในข้อ 27 (1) ว่า “ทุกคนมีสิทธิที่จะเข้าร่วมโดยอิสระในชีวิตทางวัฒนธรรมของชุมชนที่จะผลิตเพื่อกับศิลปะและมีส่วนในความรุดหน้าและคุณประโยชน์ทางวิทยาศาสตร์”³² และในข้อ 27 (2) ของปฏิญญาฯ ยังได้ให้การรับรองสิทธิของผู้สร้างสรรค์ไว้ด้วยกัน โดยกล่าวว่า “ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองผลประโยชน์ทางจิตใจและทางวัตถุอันเป็นผลจากประดิษฐกรรมใดทางวิทยาศาสตร์ วรรณกรรมและศิลปกรรมซึ่งตนเป็นผู้สร้าง”³³

และในความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า พ.ศ. 2537 หรือ TRIPs ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่บรรดาประเทศภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) ต้องถือปฏิบัติ ยังได้ให้การรับรองทั้งสิทธิของผู้สร้างสรรค์และสิทธิของส่วนรวมไว้ร่วมกันในวัตถุประสงค์ตาม มาตรา 7 ของความตกลงฉบับนี้ ดังนี้

“มาตรา 7 วัตถุประสงค์ : การคุ้มครองและบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องคำนึงถึงการสนับสนุนและส่งเสริม ให้เกิดนวัตกรรมทางเทคโนโลยี การถ่ายทอดและการ

³² Article 27 (1) Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits.

³³ Article 27 (2) Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.

เผยแพร่เทคโนโลยี เพื่อผลประโยชน์ร่วมกันของผู้ผลิตและผู้ใช้ความรู้ทางเทคโนโลยี และโดยพฤติการณ์อันนำมาซึ่งสวัสดิการ หรือความเป็นอยู่ที่ดีทางเศรษฐกิจและสังคม และเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างสิทธิและพันธกรณี”³⁴

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของความตกลงทั้งสองฉบับดังกล่าว ได้ให้การรับรองถึงสิทธิเบื้องต้นของมนุษย์ทุกคนในการเข้าถึงและใช้องค์ความรู้ในด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นงานสร้างสรรค์หรือวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีโดยมีอิสระและไม่ถูกจำกัด แต่ในขณะเดียวกันต้องเคารพสิทธิของผู้เป็นเจ้าของที่จะต้องได้รับการคุ้มครองในฐานะผู้สร้างสรรค์หรือผู้คิดค้นด้วย ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ได้กำหนดแนวนโยบายด้านวิทยาศาสตร์ ทรัพย์สินทางปัญญาและพลังงาน ในมาตรา 86 (1) ดังนี้

มาตรา 86 รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านวิทยาศาสตร์ ทรัพย์สินทางปัญญา และพลังงาน ดังต่อไปนี้

(1) ส่งเสริมให้มีการพัฒนาด้านวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และนวัตกรรมด้านต่าง ๆ โดยจัดให้มีกฎหมายเฉพาะเพื่อการนี้ จัดงบประมาณสนับสนุนการศึกษา ค้นคว้า วิจัย และให้มีสถาบันการศึกษาและพัฒนา จัดให้มีการใช้ประโยชน์จากผลการศึกษาและพัฒนา การถ่ายทอดเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ และการพัฒนาบุคลากรที่เหมาะสม รวมทั้งเผยแพร่ความรู้ด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีสมัยใหม่ และสนับสนุนให้ประชาชนใช้หลักด้านวิทยาศาสตร์ในการดำรงชีวิต

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย พบว่ามีความสอดคล้องและเป็นไปตามแนวทางข้างต้น โดยให้การคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์หรือผู้คิดค้นในขณะเดียวกันก็สนับสนุนให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีและเผยแพร่ความรู้ในด้านต่างๆ ให้สาธารณชนได้เข้าถึงงานอย่างเหมาะสม ซึ่งหากต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลิขสิทธิ์ให้มีความเข้มงวดสูงขึ้นด้วยการกำหนดความผิดในบางลักษณะ เช่น มีการกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ หรือผู้ใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ ถือเป็นความผิดแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยจะล้ำหน้ากว่าในอีกหลายประเทศ และถือเป็นกฎหมายที่มีความเข้มงวดสูงเกินไป จนทำให้ภาพลักษณ์ในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ถูกมองว่าค้ำึงถึงแต่ประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์เป็นหลักแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยมองข้าม

³⁴TRIPs Agreement Article 7: Objectives

The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations.

สิทธิของผู้ใช้ในฐานะมนุษย์คนหนึ่งที่มีสิทธิในการเข้าถึงองค์ความรู้ในแขนงต่างๆ และผลกระทบจากการบังคับใช้กฎหมายจะส่งผลเป็นวงกว้าง ผู้เขียนเห็นว่าการเปิดโอกาสแก่สาธารณชนในการเข้าถึงงานสร้างสรรค์อย่างถูกต้องตามกฎหมายเป็นสิทธิอันชอบธรรมที่มนุษย์ทุกคนพึงมีพึงได้ การบังคับใช้กฎหมายที่มีความเข้มงวดมากเกินไปจึงขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน ดังนั้นรัฐจึงไม่ควรออกกฎหมายหรือข้อกำหนดใดๆ ที่จะจำกัดหรือขัดขวางต่อการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ และควรเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถเข้าถึงงานได้โดยไม่ต้องเสี่ยงกับการถูกจับกุม การกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จึงเป็นอีกแนวทางหนึ่งในการยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของไทยให้สูงขึ้น แต่มีการผ่อนปรนให้ประชาชนยังสามารถเข้าถึงงานได้ตามความจำเป็น จึงไม่ส่งผลกระทบต่อหลักการพื้นฐานในการคุ้มครองลิขสิทธิ์

5.2 ผลกระทบต่อแนวนโยบายในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพทางเศรษฐกิจ ภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญ

ประเทศไทยได้กำหนดแนวนโยบายการคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพทางเศรษฐกิจไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ มาตรา 83 ซึ่งกำหนดให้รัฐส่งเสริม และสนับสนุนให้มีการดำเนินการตามแนวคิดปรัชญาเศรษฐกิจแบบพอเพียงและ มาตรา 84 (1) สนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรี และเป็นธรรมโดยอาศัยกลไกตลาดและสนับสนุนให้มีการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน โดยต้องยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจซึ่งมีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจและต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวมหรือจัดให้มีสาธารณูปโภค นอกจากนี้ ในมาตรา 84 (5) ได้กำหนดให้รัฐต้อง “กำกับให้การประกอบกิจการมีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม ป้องกันการผูกขาดตัดตอนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม และคุ้มครองผู้บริโภค”

การยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ด้วยการดำเนินมาตรการทางกฎหมายที่มีความเข้มงวดสูงมากจนเกินไป เช่น การกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อหรือผู้ใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ ฯลฯ ย่อมส่งผลกระทบต่อแนวนโยบายในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพทางเศรษฐกิจภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเจ้าของสิทธิจะมีอิทธิพลเหนือตลาดในการกำหนดราคาสำหรับสินค้าลิขสิทธิ์ อันจะส่งผลกระทบต่อสังคมและผู้บริโภคโดยรวม³⁵ ในปัจจุบันปัญหานี้เริ่มปรากฏชัดเจน

³⁵ Michael J. Meurer Associate Professor *Copyright Law and Price Discrimination* forthcoming Cardozo Law Review (2001) pp.2-3 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=274729)

ในอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์ที่ได้รับประโยชน์จากการขยายตัวของตลาดเครื่องคอมพิวเตอร์ (PC) และเทคโนโลยีสารสนเทศ ทำให้การใช้สิทธิทางกฎหมายและกลวิธีต่างๆ ของบริษัทโปรแกรมคอมพิวเตอร์สามารถสร้างอำนาจตลาดของตนได้อย่างมากมาย³⁶

ปัจจุบันการลงทุนเริ่มมีการเคลื่อนย้ายจากทรัพย์สินที่จับต้องได้ (tangible assets) เช่น เครื่องจักร ที่ดิน ฯลฯ ไปเป็นการลงทุนในทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ (intangible assets) เช่น การลงทุนในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่างๆ มากขึ้นทุกปี การลงทุนในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการลงทุนที่ชาญฉลาด เพราะสามารถสร้างความสามารถในการแข่งขันเหนือผู้อื่นได้ (differentiate themselves and become leaders in their sectors)³⁷ กรณีมีข้อกำหนดความผิดที่เข้มงวดมากเกินไปจนทำให้ประชาชนไม่อาจครอบครองหรือใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เลย จะทำให้เจ้าของสิทธิซึ่งส่วนใหญ่เป็นต่างชาติมีอำนาจการต่อรองเพิ่มมากขึ้น และหากผู้ประกอบการในประเทศไทยจะใช้ประโยชน์จากงานลิขสิทธิ์เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าได้ก็ต่อเมื่อได้รับการอนุญาต (licensing) จากผู้ค้า จึงอาจเกิดปัญหาในเรื่องการทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ที่เจ้าของสิทธิจะสามารถกำหนดเงื่อนไขอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้ใช้งานลิขสิทธิ์ เช่น ห้ามการจำกัดการส่งออก (export restriction) การทำข้อสัญญาผูกมัดต่างๆ (tying clause) เช่น บังคับให้รับซื้อวัตถุดิบ หรือเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการผลิตในราคาสูง ฯลฯ หรืออาจตั้งผู้นำเข้าสินค้าเพียงรายเดียวซึ่งจะส่งผลให้ผู้ประกอบการในประเทศไทยเสียเปรียบมากขึ้น การดำเนินงานตามแนวนโยบายของรัฐในการสนับสนุนระบบเศรษฐกิจเสรีและเป็นธรรมจึงทำได้ยาก รัฐไม่อาจป้องกันการผูกขาดคัดตอนทางเศรษฐกิจไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมได้ และจะเกิดผลกระทบในด้านลบต่อประชาชนผู้บริโภค

นอกจากนี้ การเจ้าของสิทธิซึ่งส่วนใหญ่เป็นบริษัทต่างชาติ มักจะตั้งราคาสินค้าของตนในทุกประเทศในราคาเดียวกัน โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างทางเศรษฐกิจและระดับการพัฒนาของแต่ละประเทศ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจน เช่น ในงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ การที่ราคาโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือซอฟต์แวร์ที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้องหรือเป็นของแท้ในท้องตลาดจะมีราคาสูงกว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ค่อนข้างมาก น่าจะเป็นสาเหตุหนึ่งในหลายสาเหตุที่ทำให้ยังคงมีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์กันอย่างกว้างขวาง³⁸ คอมพิวเตอร์และเทคโนโลยีสารสนเทศมีความสำคัญต่อการดำรงชีวิตของผู้คนจนอาจกล่าวได้ว่า ชีวิตคนในทุกวันนี้

³⁶จักรกฤษณ์ ควพจน์ และนันทน อินทนนท์ *ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิทัล มาตรการทางเทคโนโลยีและทางเลือกสำหรับประเทศไทย* โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร 2550 หน้า 22

³⁷พิเศษ จิยาศักดิ์ “การลงทุนในทรัพย์สินทางปัญญา ทางเลือกใหม่ของการลงทุน” *วารสารยุติธรรมปริทัศน์* หน้า 40 (www.library.coj.go.th)

³⁸วศ ดิงสมิตร *คดีไม่โครซอฟท์ V. เอเทค* (<http://elib.coj.go.th/Article/intellectual6.htm>.)

ถูกกำกับโดยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ การปล่อยให้บริษัทสามารถใช้กฎหมายและกลวิธีต่างๆ เพื่อสร้างอำนาจผูกขาดของตนได้โดยเสรีจึงนับเป็นอันตรายอย่างยิ่ง

สำหรับความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า งานลิขสิทธิ์ทุกประเภทต่างเกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจและมีบทบาทสำคัญในระบบเศรษฐกิจ รัฐจึงควรสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรี โดยรัฐควรละเว้นการแทรกแซงและกฏเกณฑ์ต่างๆ ที่ทำให้เกิดการผูกขาด ตัดตอนทางเศรษฐกิจ ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม รวมทั้งต้องป้องกันมิให้มีการเอารัดเอาเปรียบกันทางเศรษฐกิจ รัฐต้องส่งเสริมและสนับสนุนการพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่นและภูมิปัญญาไทย การบัญญัติกฎหมายที่มีความเข้มงวดสูงในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ อาจทำให้เจ้าของสิทธิมีอิทธิพลเหนือตลาดเพิ่มมากขึ้น ทำให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมและสามารถผูกขาด ตัดตอนทางเศรษฐกิจไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมและเกิดการเอารัดเอาเปรียบผู้บริโภค ทั้งนี้ เนื่องจากงานลิขสิทธิ์มีจำนวนมากมายหลายแขนงและมีการสร้างสรรค์งานใหม่เพิ่มขึ้นทุกวัน พบว่าในปี 2554 มีการแจ้งงานสร้างสรรค์ประเภทลิขสิทธิ์ต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญามากถึง 16,849 ราย³⁹ จึงยากที่รัฐจะเข้าไปควบคุมและตรวจสอบดูแลได้ทั่วถึง การคุ้มครองลิขสิทธิ์ด้วยมาตรการทางกฎหมายที่เข้มงวดทำให้การคิดค้นและต่อยอดเพื่อพัฒนาองค์ความรู้แขนงต่างๆ ทำได้ยาก และเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาประเทศ การกำหนดความผิดต่อผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสมจะเป็นการเพิ่มความเข้มงวดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ทำให้เจ้าของสิทธิมีอิทธิพลเหนือตลาดมากยิ่งขึ้น เช่น อาจตั้งราคาสินค้าลิขสิทธิ์ในลักษณะเอารัดเอาเปรียบผู้บริโภคได้ตามอำเภอใจ โดยไม่คำนึงถึงระดับการพัฒนาและสภาพทางเศรษฐกิจของประเทศ แต่การตั้งราคาสูงหรือแพงมากจนเกินไปนั้น ประชาชนก็ยังคงมีช่องทางในเข้าถึงงานโดยใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในจำนวนหรือปริมาณที่เหมาะสมได้ ดังนั้น การกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จึงอาจเกิดผลกระทบด้านลบต่อแนวโน้มนโยบายในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพทางเศรษฐกิจ ภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญ แต่ไม่กระทบต่อสิทธิของสาธารณชนในการเข้าถึงงาน

³⁹กรมทรัพย์สินทางปัญญา. (<http://www.ipthailand.go.th>.)

5.3 ผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรม

การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาต่อผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสมแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมในประเด็นต่างๆ ซึ่งผู้เขียนขอวิเคราะห์ดังนี้

5.3.1 ปัญหาการแบกรับภาระในการดำเนินคดีของรัฐแทนเอกชน

ในประเทศไทย การที่ผู้เสียหายมักร้องทุกข์เป็นคดีอาญาเพราะเหตุว่ารัฐได้เข้าไปมีส่วนในการดำเนินคดีในทุกขั้นตอน ตั้งแต่การจับกุม การสืบสวนสอบสวน การส่งฟ้องหรือการนำคดีเข้าสู่ศาล ฯลฯ ซึ่งในความเป็นจริงแล้วความตกลงทริปส์ ขององค์การการค้าโลก ก็ได้ระบุให้ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิของเอกชน เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นเรื่องของสิทธิระหว่างเอกชนกับเอกชนเกิดขึ้น ก็น่าจะเป็นกระบวนการฟ้องร้องคดีในทางแพ่ง แต่ปัจจุบันรัฐกลับทุ่มเทงบประมาณและระดมสรรพกำลังเพื่อดูแลทรัพย์สินของเอกชนแทนที่จะไปดูแลความทุกข์สุขของประชาชนโดยรวม พบว่าในสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศเจ้าของสิทธิรายใหญ่ แม้จะมีการกำหนดโทษอาญาแก่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ในอัตราค่อนข้างสูง เช่น การละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้ามีการกำหนดโทษจำคุกสูงถึง 5 ปี และมีโทษปรับ แต่จากข้อมูลสถิติของกระทรวงยุติธรรมสหรัฐอเมริกา ปรากฏว่าการดำเนินคดีอาญามีจำนวนน้อยกว่าคดีแพ่งเกือบ 20 เท่า ในปี 2004 ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ Dorian Mazurkevich แห่ง US Patent and Trademark Office ได้กล่าวไว้ว่า การที่จะเลือกดำเนินคดีอาญาหรือคดีแพ่งนั้นจะดูที่⁴⁰

- (1) ภาระการพิสูจน์ของคดีอาญามีมากกว่าคดีแพ่ง
- (2) มีการเกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมหรือไม่
- (3) เกี่ยวข้องกับสุขภาพและความปลอดภัยของประชาชนหรือไม่
- (4) เป็นการกระทำเพื่อการค้าหรือไม่
- (5) จำนวนความเสียหาย

ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงข้อแตกต่างด้านสภาพแวดล้อมระหว่างประเทศไทย และสหรัฐอเมริกา พบว่า ในสหรัฐอเมริกาไม่มีพื้นที่ใดหรือศูนย์การค้าใดที่มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์อย่างโจ่งแจ้ง จึงไม่มีแรงจูงใจที่จำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์⁴¹ เมื่อเป็นดังนี้แล้วสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์จึงหาซื้อได้ยากและประชาชนจึงต้องซื้อแต่สินค้าที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้อง ประกอบกับการ

⁴⁰ธีรพล สุวรรณประทีป และเขาวรัตน์ เตมิศรีสุข “คดีละเมิดลิขสิทธิ์ : ทำไมไม่ต้องคดีอาญา” วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์ (มิถุนายน 2552) หน้า 109-111

⁴¹เพ็ญอ้อ, หน้าเดียวกัน

ตัดสินใจในการเลือกดำเนินคดีแพ่งหรืออาญาของผู้ทรงสิทธิ มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาตามที่กล่าวไว้ข้างต้น ผู้ทรงสิทธิจึงเลือกที่จะดำเนินแพ่งกับการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าและมีมูลค่าความเสียหายจำนวนมาก อันจะทำให้ผู้ทรงสิทธิได้รับการชดเชยที่เต็มเม็ดเต็มหน่วย สถิติการดำเนินคดีแพ่งหรืออาญากับการกระทำผิดเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นคดีเล็กน้อยๆ จึงมีไม่มาก แม้ว่าจะมีการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ก็ตาม

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นว่า กรณีมีข้อพิพาทหรือมีการโต้แย้งสิทธิเกิดขึ้นก็ควรจะเป็นข้อพิพาทในทางแพ่งระหว่างเอกชนกับเอกชน ที่ผู้ทรงสิทธิจะดำเนินการบังคับสิทธิได้ด้วยการฟ้องร้องคดีต่อศาลเพื่อให้บุคคลที่กระทำการบางอย่างอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิของผู้ทรงสิทธิต้องกระทำหรืองดเว้นการกระทำ หรือต้องมีการชดเชยค่าเสียหายในทางแพ่งแก่ผู้ทรงสิทธิ ซึ่งการดำเนินคดีแพ่งนี้มีความเหมาะสมกรณีผู้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นผู้ผลิตหรือผู้ค้ารายใหญ่ที่สร้างความเสียหายทางเศรษฐกิจแก่เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นมูลค่าสูง ส่วนการดำเนินคดีอาญาที่ควรพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่ Dorian Mazurkevich ได้กล่าวไว้ข้างต้น การบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีความเข้มงวดสูงเกินไป จะทำให้ปริมาณคดีอาญาที่เกี่ยวกับลิขสิทธิ์ในประเทศไทยเพิ่มมากขึ้นและส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมโดยรวม ทำให้รัฐต้องแบกรับภาระในการดำเนินคดีแทนเอกชนเพิ่มขึ้นด้วย ผู้เขียนจึงเห็นว่าการผ่อนปรนความเข้มงวดด้วยการยินยอมให้ประชาชนยังสามารถครอบครองหรือใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลในปริมาณที่พอเหมาะ ด้วยการกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จะช่วยให้ประชาชนยังสามารถเข้าถึงงานได้โดยไม่ถูกจับกุม อีกทั้งยังไม่มีผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรม ช่วยลดปัญหาการแบกรับภาระในการดำเนินคดีของรัฐแทนเอกชน โดยรัฐควรมุ่งปราบปรามเฉพาะการกระทำผิดรายใหญ่ที่สร้างความเสียหายต่อเศรษฐกิจโดยรวมเท่านั้น

5.3.2 ปัญหาทัศนคติของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์

จากผลการศึกษาในเรื่องทัศนคติของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในการป้องกันปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ เจ้าหน้าที่ส่วนใหญ่เห็นว่าการสอบสวนไปถึงตัววงการที่ละเมิดลิขสิทธิ์รายใหญ่นั้นกระทำได้ยาก⁴² ทำให้ผู้กระทำผิดไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย หากมีการออกกฎหมายในลักษณะที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการจับกุมผู้กระทำผิดเล็กๆ น้อยๆ เช่น การกำหนดความผิดของผู้ซื้อ หรือผู้ใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น อาจทำให้เจ้าหน้าที่มุ่งไปจับกุมผู้ซื้อ หรือผู้ใช้

⁴² ศาสตราจารย์สุพงษ์ ทัศนคติของเจ้าหน้าที่ตำรวจกองบังคับการสืบสวนสอบสวนคดีเศรษฐกิจในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรม กรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ สารนิพนธ์ปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาการบริหารงานยุติธรรม คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2545 หน้า 66

สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งสามารถทำได้ง่ายกว่า จึงเกรงว่าจะทำให้กำลังเจ้าหน้าที่ส่วนใหญ่มุ่งมาที่ผู้กระทำความผิดเล็กๆ น้อยๆ แทนการจับผู้ร้ายใหญ่

นอกจากนี้ การมีข้อกำหนดในลักษณะดังกล่าวจะเป็นการเปิดช่องให้เกิดการทุจริต โดยในขั้นตอนการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่อาจมีการตั้งจุดสกัดกั้นหรือจุดตรวจค้นในบริเวณพื้นที่เป้าหมายเพื่อจับกุมคดีเล็กๆ น้อยๆ เช่น จับกุมผู้ซื้อ หรือผู้ใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น จะส่งผลเสียต่อเศรษฐกิจและส่งผลกระทบต่อผู้ค้าในบริเวณดังกล่าว ดังนั้น กฎหมายที่เข้มงวดสูงเกินไป จึงเป็นกฎหมายที่อาจเปิดช่องให้เกิดการทุจริตในขั้นตอนการบังคับใช้ ซึ่งกฎหมายถึงแม้จะตราขึ้นให้มีความยุติธรรมสักเพียงใด แต่ถ้าปราศจากการบังคับใช้ที่สุจริต ถูกต้อง เป็นธรรมและมีประสิทธิภาพประกอบอยู่ด้วยแล้ว ประโยชน์สูงสุดที่ประชาชนจะได้รับจากกฎหมายนั้นย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้⁴³ การกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จะช่วยผ่อนปรนให้ประชาชนสามารถเข้าถึงงานได้ โดยเจ้าหน้าที่ไม่อาจจับกุมหรือดำเนินคดีกับประชาชนที่มีสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในครอบครองเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลในปริมาณที่กำหนดได้ จึงไม่เกิดปัญหาในเรื่องทัศนคติของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในการป้องกันปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ กล่าวคือทัศนคติของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานจะไม่แปรเปลี่ยนมาดำเนินคดีเล็กๆ น้อยๆ แต่จะมุ่งจับกุมผู้กระทำความผิดรายใหญ่

5.3.3 ปัญหาเกี่ยวกับบุคลากรหรือเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงาน

ปัญหามูลค่าหรือเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในการป้องกันและปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ ถือเป็นปัญหาใหญ่ที่รัฐต้องให้การสนับสนุนเงินงบประมาณที่มาจากภาษีของประชาชนเป็นจำนวนมหาศาลในแต่ละปี เพื่อจ่ายเป็นเงินเดือน เบี้ยเลี้ยง สวัสดิการ ฯลฯ รวมถึงต้องสูญเสียเงินงบประมาณที่ต้องใช้ในการฝึกอบรมและให้ความรู้เกี่ยวกับการดำเนินคดีลิขสิทธิ์แก่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในพื้นที่ต่างๆ ทั่วประเทศ โดยเฉพาะเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ปฏิบัติงานตามสถานีตำรวจต่างๆ ที่ยังมีความรู้ความเข้าใจในคดีละเมิดลิขสิทธิ์น้อยมาก การบังคับใช้กฎหมายที่มีความเข้มงวดมากเกินไป ด้วยการกำหนดความผิดเล็กๆ น้อยๆ เช่น ความผิดต่อผู้ซื้อ หรือผู้ใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น ทำให้รัฐอาจต้องเพิ่มจำนวนบุคลากรและงบประมาณเพื่อรองรับปริมาณคดีที่จะเพิ่มขึ้น การกำหนดปริมาณขั้นต่ำของสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่ประชาชนสามารถครอบครองได้จะช่วยแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยรัฐไม่ต้องรับภาระเกี่ยวกับการเพิ่มจำนวนบุคลากรและงบประมาณที่จะ

⁴³ วรรณนิติ ดิษฐอำนาจ คำกล่าวปาฐกถาพิเศษ เรื่อง “การใช้กฎหมายกับความยุติธรรมเพื่อประชาชน” ในการประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 3 ณ ศูนย์การประชุมอิมแพ็ค เมืองทองธานี จังหวัดนนทบุรี วันพุธที่ 17 กันยายน 2546.

ใช้ในการป้องกันและปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์เล็กๆ น้อยๆ แทนเอกชน

5.3.4 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายและความผิดพลาดของกระบวนการยุติธรรม

การบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีความเข้มงวดสูงเกินไป เช่น การกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ หรือผู้ใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น จนทำให้ประชาชนทั่วไปไม่สามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เลยนั้น หากผู้ซื้อ หรือผู้ใช้ ที่ได้ซื้อสินค้าโดยสุจริตและไม่รู้ว่าสินค้านั้นได้กระทำการขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น ย่อมได้รับผลกระทบจากการบังคับใช้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งสินค้าประเภท โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ที่ผู้ค้าบางรายอาจลงให้ผู้บริโภคเข้าใจว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผู้ซื้อได้ซื้อไปแล้วนั้นมีลิขสิทธิ์ถูกต้องหรือเป็นของแท้ หรือการที่ผู้ผลิตทำการปลอมแปลงสินค้า (counterfeiting) ทำการผลิต CD และคู่มือปลอมจำหน่าย มีการทำบรรจุภัณฑ์ที่เหมือนกับสินค้าจริงทุกประการเพื่อเป็นการหลอกลวงให้ผู้ซื้อเข้าใจว่าได้สินค้าของแท้ การจะตรวจสอบให้แน่ใจว่าเป็นสินค้าของแท้หรือไม่ค่อนข้างยากลำบาก โดยผู้ซื้อต้องเรียกหาใบรับรองสินค้าของแท้ หรือ COA (Certificate of Authenticity) พร้อมใบอนุญาตการใช้งาน หรือ EULA (End User License Agreement) จากผู้ขาย ซึ่งโดยปกติผู้ซื้อส่วนใหญ่ก็ไม่ได้ให้ความสำคัญกับขั้นตอนของการตรวจสอบดังที่ได้กล่าวมา หากถูกจับกุมผู้ซื้อ ผู้ใช้หรือผู้ครอบครองสิ่งของดังกล่าวย่อมได้รับผลกระทบจากการบังคับใช้กฎหมายที่เข้มงวดและไม่เป็นธรรมสำหรับผู้ซื้อ ผู้ใช้หรือผู้ครอบครองที่ซื้อสินค้ามาโดยสุจริตและไม่ทราบว่าสินค้านั้นเป็นของปลอม นอกจากนี้ในการจำหน่ายเครื่องคอมพิวเตอร์ผู้จำหน่ายส่วนใหญ่จะทำการติดตั้งหรือบรรจุโปรแกรมต่างๆ ไว้บริการลูกค้าเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ก็เป็นเรื่องยากสำหรับผู้ซื้อที่มีได้มีความเชี่ยวชาญหรือมีความชำนาญเป็นพิเศษ ที่จะสามารถแยกแยะได้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่บรรจุอยู่ในเครื่องของตนมีลิขสิทธิ์ถูกต้องหรือไม่ สำหรับสินค้าประเภทสิ่งบันเทิงเสียง โสตทัศนวัสดุ และภาพยนตร์ พบว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์ทางการค้าสามารถแบ่งตามลักษณะได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่

ประเภทแรก การละเมิดลิขสิทธิ์อย่างง่าย โดยที่การบันทึกของต้นฉบับถูก copy หรือกระทำซ้ำเพื่อผลประโยชน์ทางการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาตอย่างถูกต้องจากผู้ผลิตต้นฉบับ หรือทายาท การบรรจุหีบห่อก็จะแตกต่างจากต้นฉบับเดิม สินค้าหรือสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ประเภทนี้ประชาชนผู้บริโภคยังพอจะสามารถแยกแยะได้ว่าเป็นสินค้าที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้องหรือไม่⁴⁴

ประเภทที่สอง เป็นไปในลักษณะของการบันทึกด้วยการปลอมแปลง (counterfeit) ซึ่งการ copy หรือการกระทำซ้ำ และการบรรจุหีบห่อจะพยายามให้เหมือนหรือ

⁴⁴เทียนชัย ปิ่นวิเศษ “การละเมิดลิขสิทธิ์ของการบันทึกเสียง : มาตรการในการต่อต้าน” วารสารนิติศาสตร์ 23,3 (กรกฎาคม-กันยายน 2536) หน้า 513

ใกล้เคียงของจริงให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยปราศจากการได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ มีการเลียนแบบเครื่องหมายการค้าและ logo ของผู้ผลิตงานต้นฉบับเพื่อหลอกลวงสาธารณชนให้หลงเชื่อว่าได้ซื้อสินค้าที่เป็นต้นฉบับของแท้ สินค้าหรือสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในประเภทที่สองนี้ยากแก่การตรวจสอบและแยกแยะโดยประชาชนหรือผู้บริโภคทั่วไปที่ไม่มีความชำนาญ หรือเชี่ยวชาญในสิ่งดังกล่าวเป็นพิเศษ⁴⁵

ประเภทสุดท้าย รู้จักกันดีในนามของ “bootlegging” ประกอบด้วยการบันทึกซึ่งไม่ได้รับอนุญาตให้กระทำการใดๆ ซึ่งจะเกิดกับศิลปินที่ได้รับการเจาะจงเป็นพิเศษ โดยนางานที่บันทึกโดยมิชอบไปผลิตใหม่อีกครั้งในภายหลังและนำไปจำหน่ายโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศิลปิน หรือนักแต่งเพลง โดยบุคคลเหล่านั้นอาจจะไม่ได้อยู่กับบริษัทที่บันทึกเพลงนั้นหรือที่ศิลปินนั้นไปเซ็นสัญญาด้วย⁴⁶

การละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งสามประเภทนี้ ที่พบมากที่สุดโดยทั่วไปในรูปแบบของ cassettes, disc, และ compact disc ด้วย และการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเภทที่สองรูปร่างของสินค้าหรือสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์จะใกล้เคียงของจริงมากที่สุด จึงยากที่ประชาชนหรือผู้บริโภคจะแยกแยะได้ ดังนั้น จึงอาจเกิดผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรม กรณีการค้นหาคำความจริงเพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของผู้ซื้อ หรือผู้ใช้ที่อาจทำได้ยากและอาจเกิดความผิดพลาดขึ้นได้ การอนุญาตให้ประชาชนสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ในปริมาณที่กำหนด จะช่วยลดปริมาณคดีเล็กๆ น้อยๆ โดยเฉพาะคดีที่เกี่ยวกับความผิดของผู้ซื้อ และผู้ใช้ ที่ถูกหลอกลวงให้ซื้อสินค้าปลอม ช่วยยุติปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายและความผิดพลาดของกระบวนการยุติธรรม ที่ผู้บริโภคอาจต้องได้รับโทษลงได้

5.3.5 ประเด็นเกี่ยวกับประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมาย และกลไกของกระบวนการยุติธรรม ในการลดปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์

จากการตรวจสอบของผู้เขียนพบว่า ปัจจุบันยังไม่มีรายงานผลการศึกษาวิจัยฉบับใดที่สามารถชี้ชัดลงไปได้ว่า กรณีที่มีการคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยกฎหมายที่มีความเข้มงวด เช่น มีการกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ หรือผู้ใช้สินค้าหรือสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น จะทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์ภายในประเทศลดน้อยลง

สำหรับความเห็นของผู้เขียน หากจะอธิบายด้วยโมเดลทางเศรษฐศาสตร์ว่าด้วยอุปสงค์ (demand) และอุปทาน (supply) สำหรับอธิบายการเปลี่ยนแปลงของราคาและจำนวน

⁴⁵ เฟิงอ้าง

⁴⁶ เฟิงอ้าง

ของสินค้าในตลาด ตลาดใดที่คนยังมีความต้องการ (demand) สินค้าละเมิดลิขสิทธิ์อยู่ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม ก็ย่อมมีผู้จัดหาสินค้ามาตอบสนองความต้องการ (supply) ยิ่งปริมาณความต้องการซื้อสินค้า หรืออุปสงค์ (quantity demanded) มีมากขึ้นเท่าใด ปริมาณสินค้าที่ต้องการขายหรือปริมาณอุปทาน (quantity supplied) ก็ยิ่งมีมากขึ้นเท่านั้น เพื่อตอบสนองความต้องการสินค้าในตลาด การปราบปรามและการบังคับใช้กฎหมายที่เข้มงวด จนทำให้ผู้ค้าละเมิดลิขสิทธิ์ไม่อาจวางจำหน่ายสินค้าในตลาดเดิมได้อีกต่อไป ก็ต้องมีการพัฒนารูปแบบหรือวิธีการในการจัดจำหน่ายให้แบบลและมีความซับซ้อนขึ้นเพื่อให้ยากต่อการจับกุม เช่น อาจมีการเปลี่ยนสถานที่จำหน่ายจากที่เดิมไปยังสถานที่แห่งใหม่ หรือเดิมที่เคยวางบนแผงจำหน่ายหน้าร้านก็เปลี่ยนไปเป็นการขายโดยผ่านคนกลาง หรือมีบริการส่งสินค้าถึงบ้านเพื่อให้ผู้ซื้อไม่ต้องเสี่ยงต่อการถูกจับกุม เป็นต้น นอกจากนี้ ปัจจุบันขอบเขตของการตลาดในองค์กรธุรกิจหลายแห่งเริ่มขยายไปสู่การตลาดในรูปแบบใหม่ทาง Internet นั่นคือ e-commerce หรือ e-business ซึ่งทำให้กลายเป็นการตลาดไม่มีข้อจำกัดของเขตแดนและเวลา ทำให้มีการซื้อขายสินค้าหรือบริการทำได้สะดวก รวดเร็วและตลอดเวลา 24 ชั่วโมง e-commerce เป็นกลไกที่อาศัยคอมพิวเตอร์ทำให้ธุรกิจที่จำหน่ายสินค้าหรือละเมิดลิขสิทธิ์อาศัยกลไกดังกล่าวเชื่อมโยงระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายโดยไม่จำเป็นต้องพบปะหรือรับสินค้ากันโดยตรง จึงยากที่รัฐจะเข้าไปตรวจสอบและเอาผิดกับผู้ซื้อ หรือผู้ใช้ได้ ซึ่งปัจจุบันประเทศมหาอำนาจซึ่งเป็นเจ้าของสิทธิรายใหญ่ได้มีความพยายามที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวในระดับนานาชาติ ด้วยการจัดทำความตกลงป้องกันและปราบปรามการค้าสิ่งปลอม (Anti-Counterfeiting Trade Agreement) หรือเรียกโดยย่อว่า แอกตา (ACTA) เป็นความตกลงพหุภาคีอันมีวัตถุประสงค์เพื่อสถาปนามาตรฐานสากลสำหรับบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และมุ่งหวังจะสร้างกรอบกฎหมายระหว่างประเทศสำหรับขจัดสินค้าปลอม ยาเทียม และการละเมิดลิขสิทธิ์บนโลกออนไลน์ กับทั้งจะมีผลเป็นการสร้างองค์กรควบคุมองค์กรใหม่นอกเหนือไปจากที่มีอยู่แล้วคือองค์การการค้าโลก องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก และสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2554 ซึ่งมีประเทศออสเตรเลีย แคนาดา ญี่ปุ่น โมร็อกโก นิวซีแลนด์ สิงคโปร์ เกาหลีใต้ และสหรัฐอเมริกาลงนามในความตกลงนี้ และต่อมาในเดือนมกราคม 2555 สหภาพยุโรปและรัฐสมาชิกอีก 22 รายพร้อมใจกันลงนามตามลำดับ ยังผลให้มีผู้ลงนามแล้ว 31 ราย ประเทศทั้งหลายทั้งที่สนับสนุนความตกลงนี้ก็ดี ได้เชิดชูความตกลงว่าเป็น การตอบโต้ “การค้าสิ่งปลอมและการละเมิดงานที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์อันทวีอัตราขึ้นทั่วทุกห้วงแห่ง” ขณะที่เหล่าผู้ต่อต้านว่าสนธิสัญญาดังกล่าวเป็นปฏิปักษ์อย่างร้ายแรงต่อสิทธิพลเมือง อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน

ในเมื่อการมีข้อกำหนดที่เข้มงวดยังไม่มีข้อบ่งชี้ว่าจะสามารถลดปริมาณการละเมิดลิขสิทธิ์ภายในประเทศลงได้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การผ่อนปรนให้ประชาชนครอบครอง

สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เล็กน้อย เพื่อการใช้ประโยชน์ส่วนบุคคล ด้วยการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัยซึ่งมิได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จึงน่าจะได้ผลดีในการลดปริมาณสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่อยู่ในครอบครองของประชาชนให้อยู่ในขอบเขตที่จำกัด มากกว่าการบังคับใช้กฎหมายที่มีความเข้มงวด

5.4 ผลกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัว (Privacy Right)

สิทธิความเป็นส่วนตัวเป็นส่วนต้นเป็นสาระสำคัญแห่งเสรีภาพ ทั้งความเป็นอิสระทางความคิด สิทธิเหนือร่างกายของบุคคล การอยู่อย่างสันโดษภายในบ้านพักส่วนบุคคล การควบคุมข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล เป็นต้น ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มีบทบัญญัติรับรองสิทธิความเป็นส่วนตัวที่มีความสำคัญอยู่หลายประการ การบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีความเข้มงวดสูงเกินไป เช่น มีการกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ หรือผู้ใช้นี้ละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น จนทำให้ประชาชนในประเทศไม่อาจซื้อ ใช้งาน หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เลยนั้น ย่อมกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัว (privacy right) ของประชาชนในด้านต่างๆ ยกตัวอย่างได้ ดังนี้

5.4.1 การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวภายในบ้านพัก

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ได้รับรองในเรื่องเกี่ยวกับความเป็นอยู่ส่วนตัวไว้ในมาตรา 35 ว่า

“มาตรา 35 สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมได้รับความคุ้มครอง...”

ซึ่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ได้มีบทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับสำหรับการใช้งานเพื่อประโยชน์ของตนเอง สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยในมาตรา 32 (2) บัญญัติว่า

“มาตรา 32 การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของ ลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

(2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท”

สำหรับการใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการผลิตและเป็นส่วนตัวภายในบ้านพัก เป็นปรากฏการณ์ทางสังคมที่มีอยู่ในทุกชนชาติ และในปัจจุบันที่มีความสามารถในการ

สื่อสารได้ก้าวหน้าอย่างรวดเร็วและทำได้ง่ายขึ้น ผ่านตัวกลางสื่อรูปแบบต่างๆ ทำให้คนจำนวนมากพึงพอใจที่จะแสวงหาความรู้หรือความบันเทิงทางศิลปวรรณคดีและวิทยาการจากงานสร้างสรรค์ของผู้อื่น ซึ่งโดยปกติแล้วกฎหมายจะมีข้อยกเว้นสำหรับการใช้งานดังกล่าว หากมีการบัญญัติกฎหมายที่เข้มงวดมากเกินไปจนทำให้ประชาชนไม่อาจครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้โดย ย่อมกระทบต่อสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของประชาชน การแสวงหาความเพลิดเพลินเท่าที่จำเป็นภายในบ้านพัก เช่น การใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อแสวงหาความรู้ การฟังบทเพลงจากสิ่งบันทึกเสียง การหาความเพลิดเพลินจากโทรทัศน์วัสดุ หรือการชมภาพยนตร์ที่ได้จากสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ไม่อาจที่จะกระทำได้อีกต่อไป จะส่งผลเสียต่อสภาวะทางจิตใจของคนในสังคม เนื่องจากกิจกรรมดังกล่าวเป็นสิ่งที่ช่วยให้บุคคลและชุมชนได้รับความสุข สนุกสนาน มีความเพลิดเพลิน มีความสุขในชีวิต และเป็นการใช้เวลาว่างให้เกิดประโยชน์

5.4.2 การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในการใช้สติปัญญา

โดยปกติมนุษยย่อมมีความเป็นส่วนตัวในการใช้สติปัญญา (intellectual privacy) มนุษย์มีเสรีภาพและอิสระทางความคิด (idea) มีอิสระในความเชื่อและความศรัทธา (faith) การพูด (speech) การสื่อสาร (communication) รวมถึงการสร้างสรรค์งานต่างๆ ที่เกิดจากการใช้ความคิดและสติปัญญา ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 45 ได้ให้การรับรองสิทธิดังกล่าวข้างต้นไว้ว่า

“มาตรา 45 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน”

การถูกจำกัดความเป็นส่วนตัวในการใช้สติปัญญา (intellectual privacy) โดยข้อกำหนดที่มีความเข้มงวดสูงเกินไป ย่อมจะส่งผลเสียต่อพัฒนาการทางด้านความรู้ ความคิดและการสร้างเสริมอัจฉริยภาพส่วนบุคคลของคนในชาติ ทำให้เกิดปัญหาการพัฒนาคุณภาพชีวิตรวมทั้งการสร้างเสริมสมรรถภาพทางร่างกายและจิตใจ ทำให้คนในชาติขาดความสมดุลของชีวิตซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาองค์ความรู้ใหม่ๆ ที่จะนำมาใช้ในการพัฒนาประเทศต่อไป

5.4.3 การคุ้มครองเสรีภาพในเคสสถาน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 33 มีบทบัญญัติรับรองเกี่ยวกับเสรีภาพในเคสสถานของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง ว่า

“มาตรา 33 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคสสถาน

บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคสสถานโดยปกติสุข

การเข้าไปในเคสสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการตรวจค้นเคสสถานหรือในที่รโหฐาน จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ”

แต่ปัจจุบันบริษัทเจ้าของผลิตภัณฑ์ซอฟต์แวร์ซึ่งมีความสามารถทางเทคโนโลยีระดับสูง ได้รุกรานพื้นที่ความเป็นส่วนตัวของบุคคลเพื่อตรวจสอบการใช้งานของระบบปฏิบัติการหรือซอฟต์แวร์ต่างๆ ซึ่งบรรจุอยู่ในเครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลที่ใช้ภายในบ้านพัก โดยเมื่อผู้บริโภคต่ออินเทอร์เน็ตบริษัทเจ้าของผลิตภัณฑ์สามารถสอดแทรกเข้ามาตรวจสอบได้ว่าเครื่องคอมพิวเตอร์นั้นใช้ระบบปฏิบัติการหรือซอฟต์แวร์ละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ หากพบว่าการละเมิดก็จะติดตาม ชดเชยและควบคุมการใช้ผลิตภัณฑ์⁴⁷ เช่น อาจลงโปรแกรมเล็กๆ ลงไปในคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นผลให้มีความเดือดร้อนอยู่ตลอดเวลา หรือบางครั้งก็มีผลให้เครื่องทำงานช้าลง การรบกวนแทรกแซงความสันโดษหรือกิจกรรมส่วนตัว (intrusion) ของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตถือเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวและสิทธิในเคสสถานของประชาชนหรือผู้บริโภค

สำหรับผู้เขียนเห็นว่า หากมีข้อกำหนดที่เข้มงวด เช่น กำหนดความผิดต่อผู้ซื้อหรือผู้ใช้สินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น จะทำให้การละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวในลักษณะดังกล่าวเพิ่มมากขึ้น และอาจเป็นอันตรายต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน เนื่องจากบริษัทซอฟต์แวร์สามารถเข้าถึงข้อมูลและสารสนเทศที่เก็บรักษาไว้ในระบบคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลภายในบ้านพักโดยผู้กระทำไม่มีอำนาจ (unauthorized access) แม้ว่าจะมิได้ทำให้ข้อมูลหรือสารสนเทศเสียหาย แต่ก็ส่งผลให้คุณค่าของข้อมูลต่างๆ ที่เก็บรักษาไว้ในระบบคอมพิวเตอร์นั้นถูกรบกวน และทำให้ระบบความมั่นคงน่าเชื่อถือของการเก็บรักษาข้อมูลในระบบเทคโนโลยีสารสนเทศเสื่อมเสียไป⁴⁸ ด้วยเหตุนี้กฎหมายของประเทศต่างๆ ที่มีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีสารสนเทศจึงกำหนดให้การใช้

⁴⁷ Sonia K. Katyal Professor *Privacy vs. Piracy* Yale Journal of Law & Technology 2004 p.223 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=722441)

⁴⁸ จันทรลักษณ์ โชติรัตนดิลก “กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีสารสนเทศ Information Technology Law” วารสารนิติศาสตร์ 25,3 หน้า 517

คอมพิวเตอร์เพื่อเข้าถึงและล่วงรู้ข้อมูลของผู้อื่นที่เก็บรักษาไว้ในคอมพิวเตอร์ (hacking) เป็นความผิดอาญา เช่น

สหรัฐฯ มีรัฐบัญญัติการใช้คอมพิวเตอร์โดยมิชอบและฉ้อฉล 1986 (Computer Fraud and Abuse Act 1986) ให้อำนาจเข้าถึงคอมพิวเตอร์ของสถาบันการเงินหรือคอมพิวเตอร์ของส่วนราชการโดยเจตนาเพื่อล่วงรู้ถึงสารนิเทศ หรือเปลี่ยนแปลง แก้ไขเพิ่มเติม เป็นความผิดอาญา

ส่วนในอังกฤษการเข้าถึงและรู้ถึงข้อมูล (hacking) เป็นความผิดอาญา ซึ่งมีต้นกำเนิดมาจากการวินิจฉัยในคดี R.V. Gold (1988) ในคดีนี้ Gold จำเลย สามารถใช้เครื่องคอมพิวเตอร์อีกแห่งติดต่อเข้าถึงระบบเครือข่ายข้อมูล Prestel ของ British Telecom โดย Gold ได้ใช้รหัสเข้าถึงคอมพิวเตอร์ส่วนพระองค์ของ Duke of Edinburg พระสวามีของพระราชินีอังกฤษ และ Gold ได้พิมพ์ข้อความว่า “Good afternoon HRH Duke of Edinburg” ศาลสูงของอังกฤษ (House of Lords) ได้พิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ว่าจำเลยไม่มีความผิด เพราะไม่มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด จึงเป็นที่มาของการตรากฎหมายที่เรียกว่า Computer Misuse Act 1990 โดยบัญญัติให้ hacking เป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 1 แม้ว่าผู้กระทำจะไม่มีเจตนาทุจริตอื่น และการเข้าถึงข้อมูลของผู้อื่นกระทำเพียงเพื่อความสนุกก็ตาม โดยผู้กระทำความผิด จะต้องได้รับโทษปรับหรือจำคุกไม่เกิน 6 เดือน⁴⁹

⁴⁹Section 1. Unauthorised access to computer material.

(1) A person is guilty of an offence if-

- a. he causes a computer to perform any function with intent to secure access to any program or data held in any computer;
- b. the access he intends to secure is unauthorised; and
- c. he knows at the time when he causes the computer to perform the function that that is the case.

(2) The intent a person has to have to commit an offence under this section need not be directed at-

- a. any particular program or data;
- b. a program or data of any particular kind; or
- c. a program or data held in any particular computer.

(3) A person guilty of an offence under this section shall be liable on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding six months or to a fine not exceeding level 5 on the standard scale or to both.

สำหรับประเทศไทย แม้จะมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 ที่มีการกำหนดความผิดสำหรับผู้เข้าถึงโดยมิชอบซึ่งระบบหรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น หรือทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน of ข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น โดยมิชอบเป็นความผิดอาญา แต่การที่ประชาชนโดยทั่วไปซึ่งเป็นเพียงผู้ใช้ (user) จะตรวจสอบเพื่อเอาผิดกับบุคคลภายนอก หรือบริษัทซอฟต์แวร์ที่สอดแทรกเข้ามาตรวจสอบข้อมูลหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในเครื่องส่วนบุคคลเป็นเรื่องยาก เนื่องจากผู้ที่มีความสามารถในการตรวจสอบเพื่อให้ทราบถึงเรื่องดังกล่าวได้ จะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถด้านโปรแกรมคอมพิวเตอร์ระดับสูง จึงจะรับรู้ได้ว่าการสอดแทรกเข้ามาในระบบคอมพิวเตอร์ของตนเอง นอกจากนี้การที่ผู้ใช้ส่วนใหญ่ไม่ให้ความสำคัญกับการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดลักษณะนี้ ทำให้บุคคลภายนอกหรือบริษัทซอฟต์แวร์ซึ่งเป็นผู้ตรวจสอบไม่เกรงกลัวมาตรการทางกฎหมาย และมีการสอดแทรกเข้าตรวจสอบข้อมูลคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลภายในบ้านพัก ซึ่งถือเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวและสิทธิในเคหสถานของประชาชนมากขึ้น การมีข้อกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จะช่วยผ่อนปรนให้ประชาชนสามารถครอบครองและใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในจำนวนที่กำหนดได้โดยไม่ถูกจับกุม จะช่วยลดการสอดแทรกเข้าถึงข้อมูลและสารสนเทศที่เก็บรักษาไว้ในระบบคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลภายในบ้านพักโดยผู้กระทำไม่มีอำนาจ (unauthorized access) เพื่อตรวจสอบการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะแม้จะตรวจพบว่ามีการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ละเมิดลิขสิทธิ์ในบ้านพัก ก็ไม่อาจดำเนินคดีกับผู้ครอบครองหรือผู้ใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายได้ และในขณะเดียวกันผู้ตรวจสอบก็มีความเสี่ยงที่จะถูกฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์อีกด้วย

5.4.4 การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สิน

โดยปกติบุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สิน ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2552 ได้ให้การรับรองสิทธิดังกล่าวไว้ใน มาตรา 41 วรรคแรก ว่า

“มาตรา 41 สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นนี้ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

กรณีบุคคลที่ประกอบสัมมาอาชีพโดยสุจริต มีความมานะพากเพียรและอุตสาหพยายาม ในการซื้อหาสิ่งของต่างๆ ไว้ใช้ประโยชน์และเก็บไว้เป็นทรัพย์สินส่วนบุคคลโดยสุจริต ซึ่งโดยหลักการแล้วสิทธิในทรัพย์สินเหล่านี้ย่อมจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่กรณีที่ผู้ครอบครองไม่ทราบว่าทรัพย์สินที่ตนครอบครองอยู่เป็นสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ผิดกฎหมาย ถ้ามีการบังคับใช้กฎหมายที่เข้มงวดจนประชาชนทั่วไปไม่อาจครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้แล้ว

กรณีที่ถูกจับกุมสิ่งของดังกล่าวย่อมเป็นสิ่งของผิดกฎหมายและจะต้องถูกยึด ส่งผลกระทบต่อประชาชนที่ได้เพียรพยายามในการเสาะหาทรัพย์สินมาโดยไม่ทราบว่าเป็นสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ การผ่อนปรนให้ประชาชนสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลได้ในจำนวนที่กำหนด จะช่วยลดผลกระทบที่จะเกิดกับประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ มิให้ต้องถูกยึดสิ่งของหรือทรัพย์สินที่หามาได้จากน้ำพักน้ำแรงของตน

5.4.5 การคุ้มครองเสรีภาพในทางวิชาการ

ปัจจุบันประชาชนนิยมชม e-book สิ่งตีพิมพ์บน CD-Rom และสื่อดิจิทัลประเภทต่างๆ จากห้องสมุดมาศึกษาที่บ้าน นอกจากนี้ห้องสมุดบางแห่งยังให้บริการ e-book ที่ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้จากการให้บริการบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (internet) อีกทั้งยังสามารถทำการดาวน์โหลด (downloading) สิ่งตีพิมพ์ หรือ e-book ที่อยู่ในรูปของข้อมูลดิจิทัลลงในคอมพิวเตอร์และสามารถทำซ้ำ (copy) ลงในแผ่นซีดี และวัสดุบันทึกข้อมูลอื่นๆ แจกจ่ายให้แก่กันเพื่อการศึกษาค้นคว้าความรู้ส่วนบุคคลได้ ดังนั้นประชาชนที่ครอบครองวัสดุสื่อต่างๆ ที่อยู่ในรูปของ CD-Rom หรือเทปคาสเซต (cassette) ที่ยืมออกจากห้องสมุดหรือทำซ้ำสิ่งตีพิมพ์ หรือ e-book ที่มีอยู่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตของห้องสมุดเพื่อการศึกษาหาความรู้ส่วนตัว จึงอาจได้รับผลกระทบโดยตรงจากการบังคับใช้กฎหมายที่มีความเข้มงวดสูงเกินไป เช่น กรณีการกำหนดความผิดกับผู้ซื้อ ผู้ใช้ หรือผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น ย่อมจะกระทบสิทธิความเป็นส่วนตัวของประชาชนในการเข้าถึงบริการของห้องสมุดและเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ของห้องสมุด นอกจากนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ยังมีบทบัญญัติรับรองให้บุคคลมีเสรีภาพในทางวิชาการไว้ใน มาตรา 50 ว่า

“มาตรา 50 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในทางวิชาการ

การศึกษาอบรม การเรียนการสอน การวิจัย และการเผยแพร่งานวิจัยตามหลักวิชาการย่อมได้รับการคุ้มครอง ทั้งนี้ เท่าที่ไม่ขัดต่อหน้าที่ของพลเมืองหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายที่มีความเข้มงวดสูงจนเกินไป จนทำให้ประชาชนไม่อาจซื้อ ใช้งาน หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการศึกษาหาความรู้ได้เลยนั้น ย่อมส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในทางวิชาการของประชาชนภายในประเทศ การมีข้อกำหนดที่ผ่อนปรนให้ประชาชนยังสามารถครอบครอง หรือใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ในปริมาณหรือจำนวนที่กำหนด ด้วยการมีข้อกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) จะส่งเสริมการศึกษาเรียนรู้ของประชาชน ทำให้ประชาชนยัง

สามารถใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการศึกษาหาความรู้ส่วนตัว และไม่กระทบต่อเสรีภาพในทางวิชาการของประชาชนภายในประเทศ

5.5 ผลกระทบต่อหลักการใช้ที่เป็นธรรม (Fair Use)

หลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) หรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นหลักการพื้นฐานที่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการนำงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ประโยชน์ในระหว่างการคุ้มครองเป็นการใช้ในลักษณะที่มีเหตุผล (reasonable manner) และควบคุมไม่ให้เจ้าของลิขสิทธิ์ใช้อำนาจผูกขาดจนเกินสมควร รวมถึงเพื่อส่งเสริมให้สาธารณชนเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ได้อย่างเต็มที่ โดยปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 27 กำหนดว่า

“(1) ทุกคนมีสิทธิที่จะเข้าร่วมโดยอิสระในชีวิตทางวัฒนธรรมของชุมชนที่จะผลิตเพื่อกับศิลปะและมีส่วนในความรุดหน้าและคุณภาพประโยชน์ทางวิทยาศาสตร์

(2) ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองผลประโยชน์ทางจิตใจและทางวัตถุอันเป็นผลจากประดิษฐกรรมใดทางวิทยาศาสตร์ วรรณกรรมและศิลปกรรมซึ่งตนเป็นผู้สร้าง”

ซึ่งหากจะพิจารณาจากหลักการในปัญญานี้ จะเห็นได้ว่าสิทธิของผู้สร้างสรรค์ได้ถูกกำหนดไว้ในข้อ 27 (2) และได้กำหนดสิทธิของสาธารณชนไว้ในข้อ 27 (1) มิให้มีการจำกัดสิทธิของสาธารณชนหรือผลประโยชน์ของสังคมจากการใช้ประโยชน์จากงานสร้างสรรค์ เพราะผลประโยชน์ของประชาชนย่อมเป็นสิ่งสูงสุด ด้วยเหตุผลนี้สิทธิของสาธารณชนในการใช้ประโยชน์จากงานสร้างสรรค์จึงมีความสำคัญ และปรากฏอยู่ในหลักการพื้นฐานของกฎหมายลิขสิทธิ์⁵⁰ เพื่อให้เกิดสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์กับประโยชน์ของสาธารณชน ซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรมมาตรา 9 (2)⁵¹ และความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPS Agreement) มาตรา 13⁵² ที่

⁵⁰บุญนิศากร เมฆฉาย การใช้ลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมกับงานบริการวิชาการของบรรณารักษ์ห้องสมุด วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2548 หน้า 13

⁵¹Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works.

Article 9 (2) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

⁵²TRIPS Agreement

Article 13 Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder.

กำหนดให้ประเทศสมาชิกสามารถตรากฎหมายเพื่อบัญญัติให้พฤติกรรมบางอย่างได้รับการยกเว้นมิให้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยมีเงื่อนไขว่าการยกเว้นดังกล่าวจะต้องเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง และการใช้งานจะต้องไม่ขัดแย้งกับการใช้ประโยชน์โดยปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ อีกทั้งต้องไม่เป็นการทำให้เสื่อมเสียประโยชน์อันชอบธรรมของเจ้าของสิทธิเกินสมควร ด้วยเหตุนี้กฎหมายในแต่ละประเทศได้บัญญัติให้มีข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้เพื่อให้สิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์และประโยชน์ของสังคมสามารถจะคงอยู่คู่กันไปได้ เป็นการรักษาความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานและประโยชน์ของสังคมที่จะได้รับจากงานที่มนุษย์สร้างสรรค์ขึ้น อันเป็นการลดความเข้มข้นของเจ้าของสิทธิแต่ผู้เดียวลงมาจนอยู่ในระดับที่เจ้าของลิขสิทธิ์และสังคมต่างก็ได้รับประโยชน์จากงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ร่วมกัน และกระตุ้นให้มีการสร้างสรรค์งานต่อไป⁵³

อย่างไรก็ตาม ในกรณีนี้ศาลฎีกาของสหรัฐได้เคยตัดสินในคดี *United States v. Paramount Pictures, Inc* (1954) ว่า ผลประโยชน์ของผู้ประพันธ์ย่อมเป็นรองผลประโยชน์ของสังคมโดยรวม และในคดี *Mazer v. Stein* (1960) ศาลฎีกาสหรัฐก็ได้กล่าวย้ำหลักการดังกล่าวว่า ปรัชญาเศรษฐกิจที่รองรับเหตุผลในการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ก็เพื่อที่จะมุ่งส่งเสริมการสร้างสรรค์งานของปัจเจกบุคคลเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมโดยรวม และนั่นหมายถึงการพิจารณาให้อำนาจผูกขาดทางลิขสิทธิ์ต่อปัจเจกบุคคลต้องวางอยู่บนหลักการที่ไม่ขัดกับผลประโยชน์ของสังคมโดยรวม⁵⁴

สำหรับประเทศไทยได้ให้การยอมรับในหลักการดังกล่าว เพื่อส่งเสริมให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ในระยะเวลาคุ้มครอง โดยไม่ต้องขออนุญาตเจ้าของสิทธิ ซึ่งปรากฏในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32-43 หากมีบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความเข้มงวดจนทำให้ประชาชนในประเทศไม่สามารถครอบครองหรือใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ เช่น มีบทกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ หรือผู้ใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น ย่อมจะส่งผลกระทบต่อหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) หรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนี้

⁵³ วัธ ดิงสมิตร “การศึกษาหรือวิจัยอันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์” *วารสารกฎหมายสุโขทัย* ธรรมาธิราช 13,1 (มิถุนายน 2544) หน้า 82

⁵⁴ บัณฑิต หลิมสกุล “การคุ้มครองลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เอื้อประโยชน์ต่อการพัฒนาเทคโนโลยี : วิเคราะห์คำตัดสินของศาลอุทธรณ์ที่สองของสหรัฐฯ ในคดี *Computer Associates International, Inc v. Altai, Inc*” *วารสารนิติศาสตร์* 23,4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2536) หน้า 678

5.5.1 การคุ้มครองการศึกษาหรือวิจัยงาน

การศึกษาหรือวิจัยงานซึ่งมีจุดประสงค์เพื่อเพิ่มพูนภูมิปัญญาของมนุษย์ โดยไม่ได้แสวงหากำไรอันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) กรณีดังกล่าวกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยได้กำหนดหลักการนี้ไว้ใน มาตรา 32 วรรคแรก และวรรคสอง ว่า

“การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามวรรคหนึ่ง มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำได้ต่อไปนี้

(1) วิจัยหรือศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร

ฯลฯ

นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 32 (6) ยังมีบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับผู้สอนยังสามารถการทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏเพื่อประโยชน์ในการสอนของผู้สอนอันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไรได้

บทบัญญัติตามมาตรา 32 (1) ผู้ศึกษาหรือวิจัยงานสามารถทำซ้ำ หรือกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงได้ด้วย โดยการกระทำนั้นต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร สำหรับนักศึกษาที่ทำสำเนางานก็เพื่อใช้ประกอบการเรียนการสอนในชั้นเรียนอันมิได้มีความมุ่งหมายเพื่อหากำไร หากแต่กระทำเพื่อแสวงหาความรู้ให้แก่ตนเอง กรณีย่อมแตกต่างไปหากการทำสำเนานั้นได้กระทำโดยองค์กรธุรกิจ เช่น การทำสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์โดยบริษัทแห่งหนึ่งเพื่อนำสำเนานั้นไปใช้ประโยชน์สำหรับการวิจัยหรือศึกษาตลาดของสินค้า เป็นต้น อย่างไรก็ตามการกระทำใดจะมีลักษณะเป็นการกระทำเพื่อหากำไรหรือไม่นั้น มิได้ขึ้นอยู่กับว่าใครเป็นผู้ทำการวิจัยหรือศึกษางาน หากแต่ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของการวิจัยหรือศึกษาเป็นสำคัญ ซึ่งตามความเห็นของผู้เขียน การกระทำเพื่อการวิจัยหรือศึกษางานโดยองค์กรธุรกิจ บริษัทเอกชน ฯลฯ ก็อาจเป็นการใช้ที่เป็นธรรมได้ หากการวิจัยหรือศึกษางานนั้นมิได้มีความมุ่งหมายเพื่อหากำไร

สำหรับผู้สอน บทบัญญัติตามมาตรา 32 (6) สามารถกระทำต่องานลิขสิทธิ์โดยตรง เช่น กระทำซ้ำ ดัดแปลงงาน ฯลฯ ยังสามารถนำงานออกแสดงหรือทำให้ปรากฏแก่ผู้เรียนเพื่อประโยชน์ในการเรียนการสอน หรือการถ่ายทอดความรู้ได้ด้วย หากใช้บทกำหนดความผิดที่มี

ความเข้มงวดจนประชาชนไม่อาจใช้หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้แล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) และมีผลกระทบต่อเสรีภาพในทางวิชาการของประชาชนที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 50 บุคคลใดต้องการศึกษาหรือวิจัยก็ต้องศึกษาวิจัยจากงานที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้อง ไม่สามารถซื้อหรือหาสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์มาใช้งานได้ นอกจากนี้ โดยปกติงานลิขสิทธิ์จะมีข้อจำกัดในการใช้งานต่างๆ เช่น งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผู้ซื้อได้ซื้อ CD โปรแกรมคอมพิวเตอร์ลิขสิทธิ์ จำนวน 1 แผ่นหรือ 1 ลิขสิทธิ์ จะสามารถนำไปติดตั้งในเครื่องคอมพิวเตอร์ได้เพียง 1 ครั้ง เป็นต้น งานใดที่มีราคาสูงก็จะทำให้การเข้าถึงงานทำได้ยาก ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมหรือเป็นการทำลายความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และศิลปวิทยาการที่มีประโยชน์ต่อการพัฒนาประเทศ โดยเฉพาะในการสอนของผู้สอนที่ต้องใช้สื่อการสอนอันเป็นงานลิขสิทธิ์ประเภทต่างๆ จะต้องใช้แต่สินค้าที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้อง อาจเกิดปัญหาในการเข้าถึงงานต่างๆ ที่มีราคาแพงมาก โดยเฉพาะการเรียนการสอนในระดับสูงอาจต้องใช้สื่อการสอนอันเป็นงานลิขสิทธิ์ของต่างประเทศที่หาได้ยากหรือไม่มีจำหน่ายในประเทศไทย ซึ่งปัญหาการใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในส่วนของการศึกษาวิจัยนี้ จะมีผลกระทบต่อเนื่องไปถึงระบบการศึกษาของไทยที่เป็นประเทศกำลังพัฒนาต้องการบุคคลผู้มีความรู้ความสามารถเข้ามาพัฒนาประเทศ⁵⁵ การซื้อหรือใช้สื่อการสอนหรือสื่อสำหรับการวิจัยอันเป็นสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพียงหนึ่งหรือสองชิ้น เพื่อใช้ในการสอนของผู้สอนจะยังคุณประโยชน์ต่อวงการศึกษานี้ของประเทศ ทำให้มีการถ่ายทอดและพัฒนาองค์ความรู้ทางศิลป วรรณคดีและวิทยาการ หากมีข้อกำหนดที่เข้มงวด เช่น กำหนดความรับผิดชอบผู้ซื้อ ผู้ใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น จะทำให้การเข้าถึงงานทำได้ยากและหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) แคบลง

5.5.2 การคุ้มครองการใช้งานเพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท

การใช้งานจากสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท นอกจากจะเป็นสิทธิส่วนบุคคล (privacy right) แล้ว กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยยังรับรองหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) ให้การใช้งานในลักษณะดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 32 ดังนี้

“การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่

⁵⁵ อิศเรศ ปัญญาพานิช การใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการศึกษา ค้นคว้า และวิจัย วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ 2546 หน้า 82

ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของเจ้าของ ลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามวรรคหนึ่ง มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำดังต่อไปนี้

(2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท”

นอกจากนี้ ในปัจจุบันที่พัฒนาการด้านเทคโนโลยีมีความก้าวหน้าในระดับสูงทำให้การคัดลอกงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ทำได้ง่าย ประชาชนนิยมคัดลอกงานไว้เพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัวภายในบ้านพัก พบว่าในกฎหมายลิขสิทธิ์ของอังกฤษปี 1988 ได้บัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เรียกว่า การปฏิบัติที่เป็นธรรม (fair dealing) ให้การคัดลอกงานของผู้อื่นในห้วงส่วนตัวในบ้านของตนอาจถือว่าเป็นการปฏิบัติที่เป็นธรรมได้ด้วย⁵⁶

ส่วนในแคนาดา กฎหมายลิขสิทธิ์ของแคนาดา (Canadian Copyright Act) กำหนดให้ประชาชนสามารถทำซ้ำ หรือคัดลอกงานของผู้อื่นได้ 1 สำเนา (single copies) เพื่อประโยชน์ในการค้นคว้าวิจัยและการเรียนรู้ส่วนบุคคล (research and private study)⁵⁷ และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย มาตรา 32 “การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น” จึงมิใช่เฉพาะการใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น แต่ยังรวมถึงการคัดลอกหรือทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ ใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคล และถือเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ด้วย

ดังนั้น หากมีบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความเข้มงวดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์สูงเกินไป หรือการมีข้อกำหนดใดๆ ที่ทำให้ประชาชนไม่อาจครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เลยย่อมส่งผลกระทบต่อหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) ทำให้ประชาชนไม่อาจใช้งาน หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิทได้อีกต่อไป อันจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในสังคมและประชาชนเข้าถึงงานสร้างสรรค์ได้ยากยิ่งขึ้น การกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) ที่ยินยอมให้ประชาชนสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ในปริมาณจำกัด จะช่วยสร้างความเป็นธรรมในสังคม ลดความขัดแย้งระหว่างเจ้าของสิทธิและ

⁵⁶ วัธ ดิงสมิตร อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 53 หน้า 85

⁵⁷ Canadian Copyright Act.

Article 29 Fair dealing for the purpose of research or private study does not infringe copyright.

สาธารณชนในการใช้งานสร้างสรรค์ให้เกิดประโยชน์ได้อย่างเต็มที่

5.5.3 การคุ้มครองผู้ซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีลิขสิทธิ์

โดยปกติบุคคลผู้ซื้องานโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้เพื่อป้องกันการสูญหาย ป้องกันการชำรุดหรือไม่สมบูรณ์ของข้อมูลอันเกิดจากการใช้งาน ซึ่งเป็นสิทธิของผู้บริโภครและเข้าข่ายข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) และกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยได้รับรองหลักการดังกล่าวไว้ใน มาตรา 35 (5) โดยสามารถทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในจำนวนที่สมควรโดยบุคคลผู้ซึ่งได้ซื้อหรือได้รับ โปรแกรมนั้นมาจากบุคคลอื่นโดยถูกต้อง เพื่อเก็บไว้ใช้ประโยชน์ในการบำรุงรักษาหรือป้องกันการสูญหาย แต่ปัจจุบันบรรษัทซอฟต์แวร์ได้พยายามที่จะทำให้หลักการนี้แคบลงโดยการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ (shrink wrap license) กับผู้ซื้อหรือผู้บริโภคร โดยผู้ประกอบการส่วนใหญ่จะกำหนดให้ผู้ซื้อที่มีสิทธิทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้เพียง 1 ชุด เพื่อป้องกันการสูญหายหรือป้องกันการชำรุดอันเกิดจากการใช้งาน นอกจากนี้เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานประเภทอื่นๆ ยังนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้เพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น เจ้าของลิขสิทธิ์ในสิ่งบันทึกเสียงหรืองานภาพยนตร์อาจผลิตซีดีเพลงและภาพยนตร์ออกจำหน่ายโดยใช้เทคโนโลยีป้องกันมิให้มีการทำสำเนางานสิ่งบันทึกเสียงหรือภาพยนตร์นั้น หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์อาจนำงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นบันทึกลงในแผ่นซีดีโดยกำหนดว่าผู้ใช้สามารถทำสำเนาจากซีดีลงในเครื่องคอมพิวเตอร์ได้ไม่เกินจำนวนครั้งที่กำหนดเท่านั้น มาตรการนี้จึงเป็นไปเพื่อห้ามมิให้กระทำการรบกวน แก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีที่นำมาใช้ในการควบคุมการเข้าถึง (access control) หรือการทำซ้ำ (copy control) งานอันมีลิขสิทธิ์ หรือที่เรียกกันว่า “มาตรการในการปกป้องเทคโนโลยี” (technological protection measures) การทำสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้เพื่อป้องกันการสูญหาย ป้องกันการชำรุดหรือไม่สมบูรณ์ของข้อมูลอันเกิดจากการใช้งานตามหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) นี้

การใช้มาตรการทางกฎหมายที่เข้มงวดสูง เช่น ไม่ให้มีการใช้งาน หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น จะส่งผลกระทบต่อหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) หากบุคคลใดทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในจำนวนที่เหมาะสมแล้วถูกจับกุม ย่อมได้รับผลกระทบจากการบังคับใช้กฎหมาย และจะทำให้หลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) แคบลง ซึ่งการใช้สิทธิตามหลักการที่ว่าเป็นหลักสากล ในสหรัฐกฎหมายได้กำหนดองค์ประกอบพื้นฐาน 4 ประการ เพื่อประกอบการวินิจฉัย ได้แก่

1. ลักษณะวัตถุประสงค์ของการใช้สิทธิ (รวมทั้งปัญหาที่ว่า การใช้สิทธิมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางการค้าหรือไม่)

2. ลักษณะของงานลิขสิทธิ์ต้นฉบับ

3. ปริมาณของการทำซ้ำหรือลอกเลียน และ

4. ผลกระทบทางเศรษฐกิจที่เกิดจากการใช้สิทธิต่อเจ้าของลิขสิทธิ์⁵⁸

ซึ่งเมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ข้างต้นพบว่า ผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะวัตถุประสงค์ในการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือใช้ประโยชน์ในครอบครัวเป็นหลักและมีได้แสวงหาผลกำไรทางการค้า ปริมาณสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่ครอบครองมีจำนวนเพียงเล็กน้อย มิได้มีไว้ในครอบครองจำนวนมากอันจะทำให้วัตถุประสงค์เป็นไปเพื่อการค้าหรือแสวงหาผลกำไร อีกทั้งยังมิได้เกิดผลกระทบทางเศรษฐกิจต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ สำหรับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) นั้น มีความแตกต่างกันไปตามสภาพของสังคมและวัฒนธรรม แนวความคิดและวิถีชีวิตของแต่ละประเทศ⁵⁹ ซึ่งในทุกประเทศจะมีข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือหลักการใช้งานที่เป็นธรรม (fair use) ไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะที่จำเป็น เช่น ออสเทรียกำหนดให้ประชาชนสามารถทำซ้ำงานลิขสิทธิ์เพื่อการใช้งานส่วนบุคคลได้ 1 ชิ้น (single copies)⁶⁰ ในอิตาลี วงดนตรีของกองทัพสามารถใช้งานดนตรีกรรมอันมีลิขสิทธิ์และนำออกแสดงต่อสาธารณชนโดยไม่แสวงหาผลกำไรได้⁶¹ หรือในเคนมาร์กการทำซ้ำงานลิขสิทธิ์สำหรับใช้งานในโรงพยาบาลเพื่อประโยชน์ทางการแพทย์ หรือใช้งานในเรือนจำเพื่อประโยชน์ทางสังคมโดยมิได้มีการแสวงหาผลกำไรทางการค้าก็ถือเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เช่นเดียวกัน⁶²

⁵⁸ สราวุธ เบญจกุล “การคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์” *ศุลพาห* 41,1 (กรกฎาคม-กันยายน 2539) หน้า 95-96

⁵⁹ วัศ ดิงสมิตร อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 53 หน้า 82

⁶⁰ Federal Law on Copyright in Works of Literature and Art and on Related Rights.

Article 42 (1) Any person may make single copies of a work for personal use.

⁶¹ Law No. 633 of April 22, 1941 (Copyright Law) Article 71 Bands of the armed forces of the State may perform musical pieces or portions of musical works in public without payment of any fees in respect of copyright, provided the performance is not made for profit

⁶² Consolidated Act on Copyright 2010.

Article 15. Hospitals, nursing homes, prisons and other 24-hour institutions within the social and welfare sector, the prison service, and similar institutions may for the brief use of the inmates and others of the institution make recordings of works broadcast on radio and television if this is not done for commercial purposes. Such recordings may be used only within the institution in question.

สำหรับประเทศไทยยังไม่มีความชัดเจนในบทบัญญัติของกฎหมายว่าประชาชนจะสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เป็นจำนวนเท่าใด เช่น ผู้ซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะทำสำเนาเก็บไว้ 2 ชุด 3 ชุด 5 ชุด หรือ 10 ชุด ก็ทำได้ตามความพอใจ ในขณะที่เจ้าของสิทธิก็มีความพยายามที่จะจำกัดการทำสำเนาให้เหลือน้อยที่สุด อาจจะอนุญาตให้ทำได้เพียง 1 ชุด เป็นต้น จึงมีความจำเป็นต้องมีบทบัญญัติที่มีความชัดเจนในการกำหนดปริมาณสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่ประชาชนสามารถมีไว้ในครอบครองได้ การกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) จึงเป็นทางออกอีกแนวทางหนึ่ง ที่จะกำหนดว่าประชาชนสามารถมีสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในครอบครองได้เป็นจำนวนเท่าใด ซึ่งกรณีนี้ในความเห็นส่วนตัวของผู้เขียนเห็นว่า ประชาชนโดยทั่วไปสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์อย่างเดียวกันได้ไม่เกิน 3 ชุด น่าจะเพียงพอต่อการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือใช้ประโยชน์ในครอบครัวแล้ว

การใช้ประโยชน์จากสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศกำลังพัฒนายังคงมีความจำเป็น ทั้งนี้เพื่อให้ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ง่าย และเป็นการเผยแพร่ความรู้และศิลปวิทยาการต่างๆ ให้กระจายออกไปอย่างกว้างขวาง อันจะเกิดผลดีต่อการพัฒนาประเทศ ในขณะเดียวกันก็ควรจะกำหนดปริมาณสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่ประชาชนสามารถมีไว้ในครอบครองได้ หรือจำกัดปริมาณการครอบครอง เพื่อมิให้เกิดผลกระทบกับสิทธิทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของงานด้วย

5.6 ผลกระทบทางสังคมและวัฒนธรรม

ลิขสิทธิ์ไม่ได้มีมิติด้านการให้ความเป็นธรรมแก่ผู้สร้างสรรค์แต่เพียงด้านเดียว หากแต่ยังเกี่ยวข้องกับปัญหาเศรษฐกิจสังคมหลายประการ จึงก่อให้เกิดความแตกต่างทางความคิด และเกิดความขัดแย้งในผลประโยชน์อย่างมากมาย ความพยายามที่จะยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้มีความเข้มงวดสูงมาจากแนวคิดให้การคุ้มครองอย่างสูงสุด (copyright maximalism) ที่อ้างว่าผู้สร้างสรรค์งานประเภทต่างๆ อาจมีความตั้งใจที่จะสร้างงานในสภาพแวดล้อมที่รู้สึกได้ว่าผลประโยชน์ไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอ แทนที่จะคิดว่ากฎหมายที่มีอยู่สามารถให้การคุ้มครองผลประโยชน์ได้เพียงพอแล้ว⁶³ จึงต้องการความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในระดับที่สูงขึ้นเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์ด้วยการออกกฎหมายมาบังคับเพื่อเอาผิดกับการละเมิดลิขสิทธิ์ในทุกกระดืบ ซึ่งแท้ที่จริงแล้วการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์มีเหตุผลทางด้านสังคมที่เห็นว่า

⁶³ไพจิตร สวัสดิสาร อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 13

การเผยแพร่งานไปสู่สาธารณชนทำให้เกิดการเชื่อมโยงในระหว่างชนชั้น ชนชาติและทำให้สังคมมีความมั่นคงและความก้าวหน้า ซึ่งหากงานสร้างสรรค์ได้เข้าถึงประชาชนโดยทั่วไปจึงถือได้ว่าผู้สร้างสรรค์เป็นผู้ให้บริการแก่สังคม⁶⁴ หากมีบังคับใช้กฎหมายที่มีความเข้มงวดสูง เช่น มีการกำหนดความผิดของผู้ซื้อ ผู้ใช้ หรือผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น จนทำให้ประชาชนไม่อาจครอบครองหรือใช้งานจากสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เลยนั้น ย่อมจะส่งผลกระทบทางสังคม ดังนี้

5.6.1 การเผยแพร่งานสร้างสรรค์ไปสู่สาธารณชนลดน้อยลง

มีงานหลายประเภท ได้แก่ งานสิ่งบันทึกเสียง งานโสตทัศนวัสดุ และงานแพร่ภาพแพร่เสียง งานเหล่านี้ไม่ได้เกิดจากการสร้างสรรค์ของมนุษย์ แต่เป็นสิ่งที่ช่วยให้งานสร้างสรรค์ของมนุษย์เป็นที่รู้จักและแพร่หลายในหมู่ประชาชนทั่วไป เช่น การที่บริษัทผู้ผลิตเทปเพลงได้ขออนุญาตใช้งานดนตรีกรรมจากครูเพลง โดยมีการว่าจ้างนักดนตรีมาบรรเลง มีการจ้างนักร้องมาขับร้อง และทำการบันทึกเสียงดนตรีลงในเทปเพลง หรือแผ่น CD ออกวางจำหน่ายแก่ประชาชนทั่วไป ย่อมเป็นช่องทางให้งานดนตรีกรรมเผยแพร่สู่สาธารณชน ทำให้ประชาชนจำนวนมากสามารถเข้าถึงงานสร้างสรรค์ได้ เป็นต้น

นอกจากนี้การเผยแพร่งานสร้างสรรค์ไปสู่สาธารณชนจะช่วยสร้างความเจริญก้าวหน้าแก่งานวรรณคดี นาฏกรรม ดนตรี และงานอื่นๆ ขยายตลอดรวมไปถึงหนังสือเรียน ตำราเรียน ฯลฯ ของประเทศชาติ อันเป็นการพัฒนาวัฒนธรรมของชาติได้อีกทางหนึ่ง แต่ปัจจุบันพบว่าผู้ผลิตงานลิขสิทธิ์ได้ใช้มาตรการปกป้องเทคโนโลยี เพื่อทำการแบ่งแยกตลาด (geographic market segmentation) ที่วางจำหน่ายสินค้าโดยใช้รหัสของสินค้าแต่ละภูมิภาคให้แตกต่างกัน (region coding) ดังนั้นสินค้าที่วางจำหน่ายในภูมิภาคหนึ่งจะสามารถใช้ได้เฉพาะในพื้นที่ที่กำหนดเท่านั้น แม้ว่าผู้ใช้งานจะซื้อสินค้าที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้องก็ไม่อาจนำไปใช้งานนอกภูมิภาคได้ ทำให้การแพร่กระจายงานสร้างสรรค์ไปสู่ภายนอกลดน้อยลง ซึ่งหากรัฐมีข้อจำกัดที่ทำให้การเข้าถึงงานสร้างสรรค์ประเภทต่างๆ ของประชาชนเป็นไปได้ยากแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อการเผยแพร่งานสร้างสรรค์ไปสู่สาธารณชนและพัฒนาการทางวัฒนธรรมของชาติ ที่อาจเป็นไปได้ช้าหรือไม่พัฒนาไปเท่าที่ควร การกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสมจะทำให้ประชาชนสามารถครอบครองและใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ในปริมาณที่กำหนด ส่งผลให้มีการเผยแพร่งานสร้างสรรค์ต่างๆ ไปสู่สาธารณชนและมีพัฒนาการทางวัฒนธรรมภายในชาติ

⁶⁴Stephen M. Stewart *International Copyright and Neighboring Rights* London: Butterworth

5.6.2 ขาดการสนับสนุนและส่งเสริมคุณค่าทางวัฒนธรรมของสังคม

งานสร้างสรรค์ของประเทศใด ย่อมแสดงถึงปรัชญาหรือคุณลักษณะของคนในชาตินั้น⁶⁵ คุณลักษณะสำคัญของงานสร้างสรรค์ เช่น ภาพยนตร์ เพลง เกมส์ และวรรณกรรม ได้แก่ การสะท้อนและมีส่วนสนับสนุนคุณค่าทางวัฒนธรรมของสังคมนั้นๆ ไม่เพียงแต่ชาวต่างชาติได้รับรู้สิ่งต่างๆ เกี่ยวกับประเทศไทยผ่านภาพยนตร์หรือเพลงไทย งานสร้างสรรค์เหล่านี้ยังช่วยให้ชาวไทยสามารถซึมซับความหลากหลายและแง่มุมที่ซับซ้อนของคุณค่าทางสังคมและวัฒนธรรมไทย⁶⁶ ยกตัวอย่างเช่น เด็กไทยรุ่นใหม่สามารถรับรู้ถึงวัฒนธรรมและรากเหง้าของสังคมไทยในอดีตได้โดยการชมภาพยนตร์ย้อนยุค เป็นต้น ดังนั้นคุณค่าทางสังคมและวัฒนธรรมไทยจึงสามารถเข้าถึงได้ง่ายขึ้นทั้งจากชาวไทยเองและจากชาวต่างชาติ และในทำนองเดียวกันชาวไทยก็สามารถซึมซับวัฒนธรรมของแต่ละภาคและของต่างชาติผ่านสื่อเหล่านี้ได้เช่นกัน ซึ่งล้วนแต่เป็นผลมาจากการเผยแพร่ไปโดยแผ่นซีดีละเมิดลิขสิทธิ์ผิดกฎหมายและการดาวน์โหลด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้อินเทอร์เน็ตอย่างแพร่หลายทำให้การแลกเปลี่ยนวัฒนธรรมและคุณค่าเป็นไปได้ง่ายขึ้น นอกจากนี้กระบวนการดังกล่าว ยังช่วยทำให้คุณค่าทางสังคมและวัฒนธรรมของไทยได้รับการเผยแพร่มากขึ้น การได้รับความหลากหลายของวัฒนธรรมจะช่วยให้ชาวไทยตระหนักถึงคุณค่าที่ตนเองยึดถือ นอกจากนี้ชาวต่างชาติที่สนใจในวัฒนธรรมไทย การเผยแพร่งานสร้างสรรค์ไปสู่สาธารณชนจะเป็นการเผยแพร่ขนบธรรมเนียมประเพณีของชาติให้กระจายและเป็นที่รู้จักไปทั่วโลก หากมีข้อกำหนดที่เข้มงวดสูง เช่น การกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ ผู้ใช้ หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์จะทำให้การเข้าถึงงานสร้างสรรค์ประเภทต่างๆ ของประชาชนเป็นไปได้ยาก มรดกทางวัฒนธรรมย่อมลดน้อยลง และศิลปะวิทยาการแขนงต่างๆ ไม่เจริญก้าวหน้าเท่าที่ควร ต่างชาติไม่รู้จักขนบธรรมเนียมประเพณีและมรดกทางวัฒนธรรมของไทย การมีข้อกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จะเป็นมาตรการที่มีความผ่อนปรนให้ประชาชนยังสามารถครอบครองและใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ในขอบเขตที่เหมาะสม จะช่วยให้งานสร้างสรรค์มีการเผยแพร่ออกสู่สาธารณชน ทำให้คุณค่าทางสังคมและวัฒนธรรมของไทยได้รับการเผยแพร่มากยิ่งขึ้น

⁶⁵ไชยยศ เหมะรัชตะ ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์ รายงานผลการวิจัยทุนวิจัยรัชดาภิเษกสมโภชน์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2527 หน้า 23

⁶⁶อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 15 หน้า xvii

5.6.3 การเสริมสร้างพัฒนาการทางความคิดของเด็กและเยาวชนลดลง

กฎหมายใช้บังคับกับบุคคลทุกคนในสังคม การครอบครองและใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนและมีความเกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันของคนในสังคม หากผู้ครอบครอง หรือใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เป็นเด็กหรือผู้เยาว์ที่ยังขาดความรู้ ความเข้าใจ เกี่ยวกับตัวสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ และไม่อาจแยกแยะได้ว่าสินค้าชิ้นใดเป็นของแท้หรือสินค้าที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้อง หากซื้อ ใช้งาน หรือมีสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีความจำเป็นต่อพัฒนาการตามวัย เช่น ซื้อหรือใช้งานแผ่น CD โปรแกรมเกมสื่อกอมพิวเตอร์ละเมิดลิขสิทธิ์ หรือซื้อแผ่น CD ภาพยนตร์การ์ตูนที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ฯลฯ หากถูกจับกุมย่อมส่งผลกระทบต่อเด็กและเยาวชน ซึ่งกรณีนี้ตามกฎหมายอังกฤษที่เป็นระบบ common law เด็กอายุไม่เกิน 10 ปี ในขณะที่กระทำความผิด ไม่ต้องรับโทษในความผิดที่ได้กระทำนั้น กรณีนี้กฎหมายถือเป็นเด็ดขาดว่าเด็กไม่มีความสามารถในการกระทำความผิดอาญา (incapable of crime) เด็กนั้นจะไม่ถูกดำเนินคดีใดๆ และจะใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยก็ไม่ได้ ส่วนเด็กที่มีอายุเกินกว่า 10 ปี แต่ไม่เกิน 14 ปี กฎหมายสันนิษฐานว่าเด็กนั้นไม่มีความสามารถในการกระทำความผิดอาญาเช่นกัน แต่ข้อสันนิษฐานดังกล่าวไม่เด็ดขาดสามารถนำสืบหักล้างได้ กล่าวคือ ถ้าโดยพฤติการณ์เห็นได้ว่าผู้กระทำความผิดมีอายุกว่า 10 ปี แต่ไม่เกิน 14 ปีนั้น มี incapable of crime คือรู้ถึงความดี ความชั่ว ที่ร้ายแรงหรือรู้ผิดชอบ ก็ถือว่ามีความผิดทางอาญาได้⁶⁷ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 , 74 และ 75 เด็กอายุไม่เกิน 7 ปี กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ เป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดของกฎหมาย เด็กอายุไม่เกิน 7 ปี จะลงโทษไม่ได้ และจะใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยก็ไม่ได้ ต้องปล่อยตัวไป ส่วนเด็กอายุกว่า 7 ปี แต่ไม่เกิน 14 ปี เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ศาลอาจใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยได้โดยอาจส่งไปสถานฝึกอบรม แต่ก็เอาตัวไว้ได้ไม่เกินกว่าที่เด็กนั้นจะอายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์ สำหรับเด็กที่มีอายุกว่า 14 ปี แต่ไม่เกิน 17 ปี ศาลอาจพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นทั้งปวงเกี่ยวกับผู้นั้น ถ้าศาลเห็นว่าสมควรพิพากษาลงโทษก็สามารถใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยได้ หรือถ้าศาลเห็นว่าสมควรลงโทษก็สามารถลดมาตราส่วนโทษ ตามที่กฎหมายกำหนดลงถึงหนึ่ง การคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่มีความเข้มงวดสูงเกินไป เช่น การกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ หรือผู้ใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น จึงอาจส่งผลกระทบต่อเด็กและเยาวชน โดยเฉพาะในกลุ่มอายุ 14-17 ปี ที่เริ่มเข้าสู่วัยรุ่นและมีความต้องการใช้งานลิขสิทธิ์ เช่น CD เกมสื่อกอมพิวเตอร์ งานเพลงหรือภาพยนตร์ ฯลฯ สนองต่อความต้องการส่วนบุคคล หากกระทำความผิดอาจต้องได้รับโทษอาญาหรืออาจถูกครอบครัวดำเนิน ซึ่งจะ

⁶⁷ ทีวีเถรติ มีนะกนิษฐ “จำคุกเด็ก 11 ขวบ 250 ปี” วารสารกฎหมาย 23,4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2536)

ทำให้เด็กเกิดทัศนคติในเชิงลบต่อกระบวนการยุติธรรม ซึ่งอาจจะกลายเป็นปัญหาทางสังคมต่อไป การกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม ทำให้ประชาชนสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ในปริมาณที่กำหนด จะช่วยแก้ไขปัญหาการกระทำความผิดโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ของเด็กของในคดีเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ ทำให้เด็กและเยาวชนสามารถใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อเสริมสร้างพัฒนาการทางความคิด ความรู้ และสติปัญญาของตนได้ อันจะส่งผลดีต่อการพัฒนาทรัพยากรบุคคลของประเทศต่อไป

5.6.4 เกิดความเหลื่อมล้ำในการเข้าถึงงานสร้างสรรค์

บุคคลในสังคมไทยจะมีชั้นของสังคม (social class) ที่มีความแตกต่างกันตามรายได้ อาชีพ การศึกษา ค่านิยม พื้นที่อยู่อาศัย ฯลฯ บุคคลที่อยู่ในชั้นของสังคมแตกต่างกันจะมีพฤติกรรมต่างกัน⁶⁸ ซึ่งโดยทฤษฎีแล้วมนุษย์น่าจะเป็นอย่างเดียวกันไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด แต่ในทางปฏิบัติ ธรรมชาติของมนุษย์ที่เกี่ยวกับสภาพจิตใจและความต้องการ (need) เป็นสิ่งจูงใจให้มนุษย์ทำการใดๆ พฤติกรรมของมนุษย์ย่อมอยู่ภายใต้อิทธิพลของสังคมและวัฒนธรรมด้วย⁶⁹ ถือเป็นปัจจัยทางสังคมและวัฒนธรรมที่มีผลต่อพฤติกรรมผู้บริโภค การที่มีรายได้น้อยจะเข้าถึงงานลิขสิทธิ์ที่มีราคาสูงย่อมเป็นไปได้ยาก สินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีราคาถูกกว่าและหาซื้อได้ง่ายจึงเป็นทางเลือกสำหรับผู้มีรายได้น้อย การกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ ผู้ใช้ หรือผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ จนทำให้ประชาชนไม่อาจซื้อ ใช้งาน หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เลยนั้น จะทำให้เกิดปัญหาความเหลื่อมล้ำทางสังคมในการเข้าถึงงานประเภทต่างๆ ทำให้บุคคลที่ด้อยโอกาสกว่าอาจต้องหมดโอกาสในการเข้าถึงงานสร้างสรรค์ที่มีราคาแพงหรือเข้าถึงงานได้ยากยิ่งขึ้น การผ่อนปรนให้ประชาชนยังสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ในจำนวนหรือปริมาณที่เหมาะสมตามที่กำหนด จะทำให้ผู้มีรายได้น้อยยังสามารถเข้าถึงงานสร้างสรรค์ได้ เป็นการลดช่องว่างของบุคคลในสังคมที่มีฐานะทางการเงินแตกต่างกัน ให้สามารถเข้าถึงงานได้อย่างเท่าเทียมกัน

5.6.5 พัฒนาการทางสังคม และคุณภาพชีวิตของประชาชนลดลง

การใช้ประโยชน์จากงานลิขสิทธิ์ทุกประเภท ช่วยให้ผู้บริโภคและสังคมได้รับความสุข สนุกสนาน มีความสุขในชีวิต และรู้จักการใช้เวลาว่างให้เกิดประโยชน์ เกิดการพัฒนาคุณภาพชีวิตและสมรรถภาพทางกายที่ดี การใช้ประโยชน์จากงานลิขสิทธิ์ภายในบ้านพักเป็นการ

⁶⁸ไพโรนตร ชินพาณิชย์กิจ ทัศนคติและพฤติกรรมผู้บริโภคที่มีต่อแผ่นดีวีดีภาพยนตร์ลิขสิทธิ์และแผ่นดีวีดีภาพยนตร์ละเมิดลิขสิทธิ์ ในเขตกรุงเทพมหานคร สารนิพนธ์บริหารธุรกิจมหาบัณฑิต สาขาวิชาการตลาด มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ 2548 หน้า 19

⁶⁹นพนิต สุริยะ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ : มองจากบริบทของไทย” วารสารนิติศาสตร์ 30,3 (กรกฎาคม-กันยายน 2543) หน้า 509

สร้างสัมพันธภาพระหว่างสมาชิกในครอบครัวในแน่นแฟ้น หากมีการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่มีความเข้มงวดสูง จนทำให้ประชาชนไม่อาจครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์และเข้าถึงงานได้ยากแล้ว ย่อมส่งผลกระทบทางสังคม สุขภาพ สุนกสนาน ของคนในสังคมลดลง การใช้เวลาว่างของคนในสังคมลดลง อันจะทำให้การพัฒนาคุณภาพชีวิตและสมรรถภาพทางกายของคนในสังคมลดลงตามไปด้วย สถาบันครอบครัวซึ่งเป็นหน่วยทางสังคมที่เล็กที่สุดไม่มีความเป็นปึกแผ่น เข้มแข็ง หากมีการกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จะช่วยผ่อนปรนให้ประชาชนสามารถใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ภายในบ้านพักได้ โดยกำหนดปริมาณสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่ประชาชนสามารถครอบครองได้ในจำนวนที่เหมาะสม จะส่งเสริมสัมพันธภาพระหว่างสมาชิกในครอบครัวในแน่นแฟ้น บุคคลในสังคมได้รับความสุข สุนกสนาน มีความสุขในชีวิต และรู้จักใช้เวลาว่างให้เกิดประโยชน์ เกิดการพัฒนาคุณภาพชีวิตและสมรรถภาพทางกายที่ดี

5.6.6 เกิดข้อจำกัดทางการศึกษาของเด็กและเยาวชน

ปัจจุบันงานสร้างสรรค์ประเภทต่างๆ ได้เข้ามามีบทบาทในการพัฒนาพฤติกรรมของเด็กและเยาวชน ถือเป็นสิ่งสำคัญในการเสริมสร้างลักษณะนิสัยที่พึงประสงค์ และเป็นการเตรียมความพร้อมสำหรับทรัพยากรบุคคลที่มีค่าของชาติในอนาคต ข้อกำหนดที่ทำให้การเข้าถึงงานลิขสิทธิ์เป็นไปได้ยาก ย่อมส่งผลกระทบต่อกระบวนการในการพัฒนาพฤติกรรมของเด็กและเยาวชนที่จะเป็นกำลังสำคัญของชาติในอนาคต รัฐควรส่งเสริมการใช้งานสร้างสรรค์เพื่อการศึกษา หากความรู้สามารถทำได้โดยเสรีทั้งที่บ้านและที่โรงเรียน ทั้งนี้ โดยไม่ทำให้เจ้าของสิทธิ์ต้องเสียผลประโยชน์ที่จะได้รับ สำหรับผู้เขียนเห็นว่าการใช้งานลิขสิทธิ์สำหรับเด็กและเยาวชนในโรงเรียนหรือสถานศึกษาของรัฐควรถือเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจากมีส่วนสำคัญต่อการเรียนรู้และพัฒนาการศึกษาของชาติ การใช้งานในลักษณะนี้เป็นการใช้งานเพื่อประโยชน์ของสังคมหรือเพื่อส่วนรวมอย่างแท้จริง และจะเป็นส่วนสำคัญในการกำหนดอนาคตของชาติ การมีข้อกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จะทำให้ประชาชนสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ไม่ว่าจะเป็นการใช้งานที่โรงเรียนหรือที่บ้าน มีส่วนสำคัญในการเสริมสร้างทักษะ พัฒนาพฤติกรรมของเด็กและเยาวชน อันจะเป็นการเตรียมความพร้อมสำหรับทรัพยากรบุคคลที่มีค่าของชาติในอนาคต

5.7 ผลกระทบจากการตรากฎหมายที่ริดรอนเสรีภาพหรือจำกัดสิทธิของประชาชน

การปราบปรามข้อบัญญัติของกฎหมายที่มีโทษทางอาญาและส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องไม่ขัดรัฐธรรมนูญดังบทบัญญัติ มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ที่บัญญัติว่า

“การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหมายหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย โดยอนุโลม”

ข้อความตามบทบัญญัติ มาตรา 29 วรรคแรก ที่ว่า “เท่าที่จำเป็น” ย่อมมีความหมายโดยนัยว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้สถาปนา “หลักแห่งความได้สัดส่วน” (principle of proportionality) มาควบคุมการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่างๆ ของรัฐเช่นเดียวกับรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลาย⁷⁰ ที่ยอมรับกันว่าหลักแห่งความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายสำคัญเพราะมีรากฐานมาจาก “หลักความยุติธรรม” (gerechtigheit) อันเป็นพื้นฐานของหลักกฎหมายทั่วไป และในสังคมที่มีความขัดแย้งระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของเอกชนค่อนข้างสูง การนำหลักเช่นนี้มาใช้ย่อมส่งผลให้รัฐมีเครื่องมือทางกฎหมายมาช่วยแก้ไขปัญหา หรือคลี่คลายการขัดกันในเรื่องของผลประโยชน์ดังกล่าวไปได้โดยสันติเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับทุกฝ่าย

ปัจจุบันหลายประเทศที่พัฒนาแล้ว เช่น ประเทศในกลุ่มประชาคมยุโรป (EU) สหรัฐอเมริกา หรือญี่ปุ่น ฯลฯ ได้ให้ความระมัดระวังในการตรากฎหมายเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้เนื่องจากการตรากฎหมายจะมีผลใช้บังคับให้บุคคลในสังคมต้องปฏิบัติตาม หากผู้ใดฝ่าฝืนจะมีผลทำให้บุคคลดังกล่าวต้องถูกลงโทษ ดังนั้น ยิ่งมีการบัญญัติกฎหมายมากขึ้นเท่าใด บุคคลผู้อยู่ใต้บังคับของกฎหมายก็ย่อมถูกบังคับให้ต้องปฏิบัติ หรือละเว้นการปฏิบัติ อันมีผลเป็นการริดรอนเสรีภาพหรือจำกัดสิทธิมากขึ้นเท่านั้น แต่ละประเทศจึงวางหลักเกณฑ์เพื่อตรวจสอบมิให้มีการตรากฎหมายที่ผู้ร่างกฎหมายและผู้ตรากฎหมายได้พิจารณาข้อสำคัญทุกครั้งที่มีการร่างกฎหมาย หรือตรา

⁷⁰ธีระ สุธีวรารังกูร “การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง” วารสารนิติศาสตร์ 29,4 (ธันวาคม 2542) หน้า 587

กฎหมายเพื่อออกมาใช้บังคับกับประชาชน กฎหมายฉบับดังกล่าวก็ย่อมเป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ และไม่ขัดหรือกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรือหากจะกระทบก็จะเป็นไปในแนวทางหรือภายในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น

สำหรับผู้เขียนเห็นว่า หากมีการยกระดับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่เข้มงวดสูงมากๆ เช่น มีการกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ ผู้ใช้ หรือผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น จนทำให้ประชาชนไม่อาจซื้อ ใช้ หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เลย อาจทำให้สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของประชาชนถูกละเมิดโดยกฎหมายที่ออกโดยวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งก้าวล่วงเข้าไปในความเป็นส่วนตัวของบุคคล การตรากฎหมายเพื่อบังคับใช้ในสังคม ต้องไม่กระทบกับสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน เช่น การดำรงชีวิตอยู่อย่างสงบสุขและปลอดภัยจากภัยอันตรายที่ไม่ชอบ มีการยังชีพและบริโภคที่ถูกต้องน่าย การได้รับการศึกษา และได้รับการเยียวยารักษาเมื่อเจ็บป่วย ฯลฯ กฎหมายใดก็ตามที่บังคับใช้แล้วละเมิดสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวอันเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นกฎหมายที่ไม่สมบูรณ์และมีข้อบกพร่อง การกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) จะผ่อนปรนให้ประชาชนยังสามารถซื้อ ใช้ หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ในจำนวนที่เหมาะสม เพื่อใช้งานส่วนตัวในบ้านพัก จะช่วยผ่อนคลายนมิให้ส่งผลกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวและรบกวนเสรีภาพหรือจำกัดสิทธิของประชาชนมากเกินไป

5.8 ผลกระทบจากการลงทุนของบริษัทข้ามชาติ (Multinational Corporations)

การคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่มีความเข้มงวดจะส่งผลให้มีการลงทุนในธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการผลิตและจำหน่ายงานลิขสิทธิ์เพิ่มมากขึ้น โดยเฉพาะนักลงทุนจากต่างชาติที่มีเงินลงทุนสูงจะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยมากขึ้น

แต่อย่างไรก็ตาม การรับการลงทุนจากต่างชาติ โดยเฉพาะบริษัทข้ามชาติที่มีบทบาทสูงในธุรกิจการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ เช่น การถ่ายทอดเทคโนโลยี การระดมทุน และในกระบวนการพัฒนาอุตสาหกรรมของประเทศผู้รับการลงทุน (host country) การที่ธุรกิจของบริษัทข้ามชาติมีขอบข่ายโยงโยที่กว้างขวางครอบคลุมกิจกรรมหลายประเภท ย่อมจะส่งผลกระทบต่อทั้งด้านบวกและด้านลบต่อประเทศที่บริษัทเหล่านี้เข้าไปลงทุน⁷¹ เช่น เสียบุคลากร ชำระเงินในระยะเวลายาว เนื่องจากประเทศที่ลงทุนจะนำเงินออกจากประเทศผู้รับลงทุนเมื่อการดำเนินงานมีผลกำไร เป็นต้น แสดงให้เห็นว่ากิจกรรมบางอย่างของบริษัทข้ามชาติอาจส่งผล

⁷¹จักรกฤษณ์ ควรพจน์ “กฎหมายและมาตรการควบคุมบริษัทข้ามชาติ” วารสารนิติศาสตร์ 24,4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2541) หน้า 712

กระทบในด้านลบต่อเศรษฐกิจ การเมือง และสังคมภายในประเทศผู้รับการลงทุน นอกจากนี้ ยังอาจก่อให้เกิดการควบกิจการ (merger) ซึ่งเป็นปรากฏการณ์ที่ยอมรับกันทั่วไปว่า อาจเกิดขึ้นได้ในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจในตลาดการค้าและบริการ การควบกิจการอาจก่อให้เกิดผลดีและผลเสียทางเศรษฐกิจ กล่าวคือการควบกิจการอาจทำให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ (economic efficiency) เช่น ก่อให้เกิดการประหยัดต่อขนาด (economy of scale)⁷² สามารถลดต้นทุนการผลิตลงหรือทำให้สภาวะการแข่งขันในตลาดดีขึ้น⁷³ เช่นการที่บรรดาผู้ประกอบการขนาดเล็กมีการควบกิจการเข้าด้วยกันเพื่อเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันกับผู้ประกอบการขนาดใหญ่ในธุรกิจประเภทเดียวกันได้ เป็นต้น แต่ในขณะเดียวกันการควบกิจการก็จะส่งผลกระทบในด้านลบต่อการแข่งขันในตลาด ทั้งนี้จะทำให้การแข่งขันในตลาดลดลงหรือหายไปเนื่องจากจำนวนผู้ประกอบการลดลง เป็นการเปลี่ยนโครงสร้างของตลาด เกิดการกระจุกตัว (concentration) เกิดการผูกขาดในตลาดซึ่งแย้งกับกฎหมายต่อต้านการผูกขาด (anti-trust law) หรืออาจเป็นการกีดขวางการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ (barrier to entry) มีการเลือกปฏิบัติด้านราคา (price discrimination) อย่างไร หลักเกณฑ์ เช่น การให้ส่วนลด (discount) ส่วนยอมให้ (allowance) การคืนกำไร (rebate) ฯลฯ สำหรับผู้ซื้อต่างรายกัน ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันและบางกรณีอาจเกิดความเสียหายแก่คู่แข่งและเป็นการเอารัดเอาเปรียบผู้บริโภคเกินสมควรอีกด้วย⁷⁴ หรือมีการเพิ่มการมีอำนาจ (market power) จนทำให้กลายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด (dominant position) ที่ทำให้สามารถควบคุมราคาและปริมาณของสินค้าในตลาดได้ จากสภาพการณ์เช่นนี้จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจและประชาชนทั่วไปซึ่งเป็นผู้บริโภคสินค้าอันเป็นงานลิขสิทธิ์ หรือ แม้กระทั่งคู่แข่งในในตลาดได้ นอกจากนี้การควบกิจการจนทำให้ธุรกิจมีการเติบโตอย่างเข้มแข็งและก้าวหน้ายังอาจนำไปสู่การสร้างอาณาจักรทางธุรกิจ (business empire) อันเป็นการสร้างอำนาจทางเศรษฐกิจ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อประเทศในด้านอื่นๆ เช่น การเมือง และสังคม ฯลฯ และนำมาซึ่ง

⁷²การประหยัดต่อขนาด (Economy of Scale) เป็นหนึ่งในกลยุทธ์ทางการตลาดที่เรียกว่า กลยุทธ์การเป็นผู้นำด้านต้นทุน (cost leadership) ถ้าผู้ประกอบการสามารถผลิตสินค้าในปริมาณมากๆ ย่อมเป็นการประหยัดต้นทุน ทำให้ต้นทุนสินค้านั้นต่ำลงและสามารถแข่งขันได้ ดังนั้น Economy of Scale จึงหมายถึงการผลิตสินค้าเป็นจำนวนมากเพื่อประหยัดต้นทุน

⁷³สุธีร์ ศุภนิธย์ “การควบคุมการควบกิจการ (merger control)” วารสารนิติศาสตร์ 24,4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2541) หน้า 689

⁷⁴กวี เปรมรัตน์ชัย การเลือกปฏิบัติด้านราคาอันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมทางการค้า วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2541 หน้า 104-106

ปัญหาในระยะยาวต่อไป การกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม ซึ่งยินยอมให้ประชาชนสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในจำนวนที่กำหนด จะช่วยลดผลกระทบอันเกิดจากการลงทุนของบรรษัทข้ามชาติที่อาจส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจ การเมือง และสังคมภายในประเทศ เช่น ลดการเอารัดเอาเปรียบผู้บริโภค เกินสมควร เป็นต้น

5.9 ผลกระทบจากการผูกขาดทางการค้า

การที่ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิแต่ผู้เดียว (exclusive right) ของผู้สร้างสรรค์งานที่จะกระทำการใดๆ อันเกี่ยวกับงานสร้างสรรค์ตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ เช่น สิทธิในการทำซ้ำ สิทธิในการนำงานออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนและอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ประโยชน์จากงานนั้น เป็นต้น เพื่อให้ผู้สร้างสรรค์ได้รับประโยชน์อย่างเต็มที่จากการที่ตนต้องใช้สติปัญญา ต้นทุน แรงงาน ทักษะ ความอุตสาหพยายาม รวมถึงต้องเสียเวลาในการสร้างสรรค์งานในรูปแบบต่างๆ จึงมีการคุ้มครองด้วยกฎหมายให้ผู้สร้างสรรค์ได้รับสิทธิในการควบคุม (right to control) หรือหาประโยชน์จากการสื่อสาร (benefit from the communication) จากงานที่ได้สร้างสรรค์

จากการวิเคราะห์ผลกระทบทั้งในด้านต่างๆ อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การมีบทบัญญัติของกฎหมายที่เข้มงวดเกินไป เช่น การกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ หรือผู้ใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น จนทำให้ประชาชนไม่อาจครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เลยนั้น เป็นสิ่งที่รัฐต้องนำไปพิจารณาหากต้องมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์เพื่อยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้สูงขึ้น โดยต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่มุ่งเน้นการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ใช้และสิทธิของผู้สร้างสรรค์อันเป็นเงื่อนไขสำคัญของกลไกการคุ้มครอง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า กรณีของประเทศไทยที่มีความพยายามในการยกระดับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้สูงขึ้น สาเหตุหนึ่งน่าจะมาจากแรงกดดันจากภายนอกโดยเฉพาะอย่างยิ่งจากกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้วและเป็นเจ้าของสิทธิรายใหญ่ เช่น สหรัฐและกลุ่มสหภาพยุโรป เป็นต้น ที่พยายามผลักดันให้ไทยต้องยกระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาสูงกว่ามาตรฐานขั้นต่ำของความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า พ.ศ. 2537 (TRIPs) ผ่านการเจรจาการค้าแบบทวิภาคี โดยกดดันให้ไทยต้องมีมาตรการทางกฎหมายที่เข้มงวด รวมถึงต้องมีกระบวนการลงโทษทางอาญาต่อผู้ละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาทุกระดับ และหากไทยยังคงเพิกเฉยต่อข้อเรียกร้องดังกล่าวก็จะมีมาตรการกดดันอย่างเป็นรูปธรรม เช่น การตัดสิทธิ GSP เป็นต้น ซึ่งหากไทยตอบรับข้อเรียกร้องด้วยการมีบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความเข้มงวดมากจนเกินไป ผู้เขียนเห็นว่าจะเป็นการใช้กฎหมายอาญาและการลงโทษทางอาญาที่เกินความจำเป็นอันจะส่งผลกระทบในด้านลบต่อประชาชนในวงกว้าง และผลกระทบที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่จะเป็นผลกระทบในด้านลบอันจะส่งผลให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชนภายในประเทศ ซึ่งการดำเนินกระบวนการลงโทษทางอาญาต่อผู้

ละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้น ตามความตกลงทริปส์กำหนดให้บรรดาประเทศสมาชิกต้องกำหนดให้มีกระบวนการทางอาญาและการลงโทษทางอาญาอย่างน้อยที่สุดในกรณีดังต่อไปนี้⁷⁵

- (1) ในคดีปลอมแปลงเครื่องหมายการค้าโดยเจตนา
- (2) การละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีปริมาณเชิงพาณิชย์

อย่างไรก็ตาม การละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ มิได้หมายความว่าไม่ต้องถูกลงโทษทางอาญา เพราะบทบัญญัติตามความตกลงทริปส์เป็นเพียงมาตรฐานขั้นต่ำซึ่งประเทศสมาชิกอาจกำหนดโทษทางอาญาในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นๆ หรืออาจให้ความคุ้มครองงานในระดับที่ความตกลงทริปส์กำหนดไว้หรือสูงกว่าก็ได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยได้ให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์สอดคล้องกับแนวทางของความตกลงทริปส์โดยมุ่งกำจัดต้นตอหรือแหล่งกำเนิดสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ จึงมีการกำหนดโทษแก่ผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้าหรือประกอบธุรกิจ มีมาตรการลงโทษทางอาญาที่รุนแรงสำหรับบุคคลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการจำหน่ายหรือให้เช่าสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ อันเป็นพฤติกรรมที่สร้างความเสียหายทางธุรกิจแก่เจ้าของสิทธิเป็นมูลค่ามหาศาล

ดังนั้น ในการใช้ดุลยพินิจในการออกกฎหมายเพื่อยกระดับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่มีความเข้มงวด มีข้อควรพิจารณาเพื่อมิให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนและการพัฒนาประเทศ รวมทั้งต้องคำนึงถึงความจำเป็นเพื่อปกป้องประโยชน์ทางสาธารณสุขและการโภชนาการ ส่งเสริมการใช้งานเพื่อประโยชน์สาธารณะในส่วนที่มีความจำเป็นต่อระบบเศรษฐกิจและสังคม ส่งเสริมการพัฒนาทางเทคโนโลยี และป้องกันการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่เหมาะสมหรือเกินขอบเขตของเจ้าของสิทธิ ซึ่งกรณีนี้มีตัวอย่างในคดี Canada – Patent Term ซึ่งคณะพิจารณาตัดสิน (Panel) ได้วางแนวทางในการใช้ดุลยพินิจออกข้อกำหนดหรือบทบัญญัติใดๆ เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามบทบัญญัติ ข้อ 8. ของความตกลงทริปส์ โดยเปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกสามารถที่จะเลือกปฏิบัติตามข้อผูกพันข้อใดข้อหนึ่งและไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันอีกข้อหนึ่งได้ การออกหรือแก้ไขกฎหมายระเบียบข้อบังคับต่างๆ บรรดาประเทศสมาชิกจึงมีความยืดหยุ่นและสามารถใช้มาตรการที่จำเป็น⁷⁶ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ

- (1) คุ้มครองสาธารณสุขและโภชนาการ

⁷⁵TRIPs Agreement Article 61

Members shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of wilful trademark counterfeiting or copyright piracy on a commercial scale. ...

⁷⁶รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์ ศ. และคณะ กฎกติกา WTO เล่มที่ห้า : ทรัพย์สินทางปัญญา สามลด กรุงเทพมหานคร 2552 หน้า 13

(2) ส่งเสริมประโยชน์สาธารณะในภาคต่างๆ ที่มีความสำคัญอย่างมากต่อการพัฒนาด้านเศรษฐกิจสังคมและเทคโนโลยี

(3) ป้องกันการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยมิชอบของผู้ทรงสิทธิ

(4) ป้องกันการใช้แนวทางปฏิบัติซึ่งจำกัดการค้าโดยไม่มีเหตุผลหรือเป็นผลเสียต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างประเทศ

ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขว่ามาตรการดังกล่าวสอดคล้องกับบทบัญญัติของความตกลงนี้⁷⁷

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า บทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยเป็นไปตามหลักสากล สอดคล้องกับความตกลงทริปส์ และกฎหมายลิขสิทธิ์ที่นานาอารยประเทศใช้กันแล้ว จึงสามารถออกกฎหมาย หรือระเบียบข้อบังคับต่างๆ เพื่อให้มีความยืดหยุ่นเท่าที่จำเป็นใช้บังคับให้เกิดความเหมาะสมแก่สถานการณ์ภายในประเทศ และยังไม่มีความจำเป็นที่ประเทศไทยจะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์เพื่อบังคับใช้กับประชาชนภายในประเทศ จนทำให้ประชาชนไม่อาจใช้ หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ แต่ในอนาคตหากมีความจำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายเพื่อยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้สูงขึ้นควรใช้ลักษณะของ “การครอบครอง” มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา โดยการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย (otherwise than for his private and domestic use) ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) ในปริมาณเกินกว่าที่กำหนดถือเป็นความผิด จะเป็นการบังคับใช้กฎหมายที่มีความยืดหยุ่นและไม่กระทบต่อประชาชนและหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) รวมถึงหลักการพื้นฐานในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่มุ่งการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิของผู้สร้างสรรค์หรือผู้คิดค้น และสิทธิของสาธารณชนในการเข้าถึงงานได้อย่างเหมาะสม

⁷⁷ เฟ้งอ้าง หน้า 13-14