



ความสอดคล้องของมาตรการกีดกันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา
เพื่อคุ้มครองเทคโนโลยีสารสนเทศตามความตกลง GATT

โดย

นางสาวกัญจน์รวี ศรีจิรภัทร

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ความสอดคล้องของมาตรการกีดกันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา
เพื่อคุ้มครองเทคโนโลยีสารสนเทศตามความตกลง GATT

โดย

นางสาวกัญจน์รวี ศรีจิระภัทร



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



THE CONSISTENCY OF THE UNITED STATES TRADE BARRIERS
MEASURES FOR PROTECT INFORMATION TECHNOLOGY UNDER GATT

BY

MISS KANJARAWEE SRIJIRAPAT



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS

FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

INTERNATIONAL TRADE REGULATION

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2015

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นางสาวกัญจน์รวี ศรีจิรัฎฐ์

เรื่อง

ความสอดคล้องของมาตรการกีดกันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา

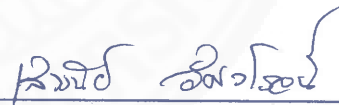
เพื่อคุ้มครองเทคโนโลยีสารสนเทศตามความตกลง GATT

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ 11 สิงหาคม พ.ศ. 2559

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ศาสตราจารย์ ดร. เสาวนีย์ อัครโรจน์)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



(ดร. จารุประภา รักพงษ์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(รองศาสตราจารย์ ดร. พินัย ณ นคร)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. โชติกา วิทยาวารกุล)

คณบดี



(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความสอดคล้องของมาตรการกีดกันทางการค้าของ สหรัฐอเมริกาเพื่อคุ้มครองเทคโนโลยีสารสนเทศตาม ความตกลง GATT
ชื่อผู้เขียน	นางสาวกัญจน์รวี ศรีจิระภัทร
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	อาจารย์ ดร. จารุประภา รักพงษ์
ปีการศึกษา	2558

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าระดับมลรัฐ (State Law) ของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งบัญญัติห้ามการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตสินค้าและการดำเนินธุรกิจ และห้ามนำสินค้านี้เข้ามาจำหน่ายในมลรัฐต่างๆของสหรัฐอเมริกาที่มีการบังคับใช้บทกฎหมายดังกล่าว และได้กำหนดโทษปรับ ริบทรัพย์สิน และห้ามนำสินค้านี้เข้ามาจำหน่ายสำหรับผู้ผลิต ผู้นำเข้าสินค้า และผู้จัดหาวัตถุดิบด้วย

กฎหมายฉบับดังกล่าวจึงเป็นการสร้างเงื่อนไขในการนำเข้าสินค้าไปจำหน่ายภายในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยเงื่อนไขดังกล่าวไม่ได้มุ่งหมายที่จะคุ้มครองความปลอดภัยของผู้บริโภคเกี่ยวกับการบริโภคสินค้านั้น หรือเป็นไปเพื่อกำหนดมาตรฐานคุณภาพหรือความปลอดภัยของสินค้าให้ดีขึ้น แต่กฎหมายดังกล่าวมุ่งคุ้มครองเศรษฐกิจภายในประเทศของสหรัฐอเมริกาโดยตรง เนื่องจากผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ส่วนใหญ่ล้วนเป็นผู้ประกอบการที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา และธุรกิจการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์สร้างรายได้แก่สหรัฐอเมริกาอย่างมหาศาล กฎหมายดังกล่าวจึงเป็นการกีดกันทางการค้าโดยแอบแฝง และขัดต่อหลักการของ GATT และไม่เข้าตามข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา XX ของ GATT อีกด้วย

ด้วยเหตุนี้ จึงเห็นสมควรให้ประเทศไทยในฐานะที่เป็นภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกเสนอข้อโต้แย้งดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทของ WTO เพื่อให้พิจารณาว่า กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมโดยห้ามการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตสินค้าและการดำเนินธุรกิจ นั้น สอดคล้องกับความตกลง GATT หรือไม่ แต่ทั้งนี้ ประเทศไทยจะต้องพัฒนามาตรการการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาภายในประเทศ ให้ทัดเทียมกับนานาชาติด้วยเพื่อเป็นการสร้างความน่าเชื่อถือและศักยภาพในทางการค้า ระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้น

คำสำคัญ: unfair competition, UCA, piracy software, IT theft, GATT, Article xx(d), การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม, การกีดกันทางการค้า, การขโมยใช้ซอฟต์แวร์

Thesis Title	THE CONSISTENCY OF THE UNITED STATES TRADE BARRIERS MEASURES FOR PROTECH INFORMATION TECHNOLOGY UNDER GATT
Author	Miss Kanjarawee Srijirapat
Degree	Master of Laws
Department/Faculty/University	International Trade Regulation Law Thammasat University
Thesis Advisor	Jaruprapa Rakpong , Ph.D.
Academic Years	2015

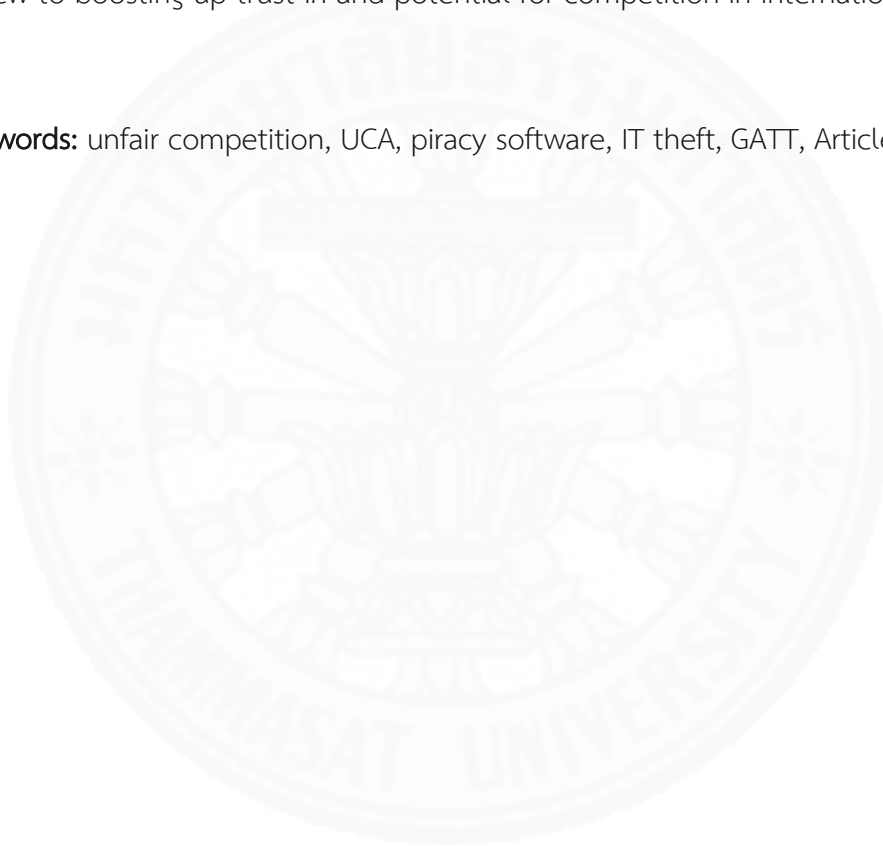
ABSTRACT

This thesis is intended to explore the issues of unfair competition under State Laws of the United States of America, which prohibit the use of illegal or pirated information technology or computer software in production and business operations, and also ban importation of such goods into various states of the United States in which such laws are in place. Manufacturers or importers of goods and suppliers are liable to fines and subject to forfeiture of such products brought into the United States.

Such laws indeed create conditions for importation of products into the United States. Such legal mechanism is not intended to protect safety of consumers in their consumption of products or determine the products' standards as to the quality or safety. Rather, such legislation is primarily aimed at protecting domestic economy in the United States directly. Given that most of software developers are in the United States and that the software development business generates tremendous incomes for the United States, the enactment of such legislation is not merely a disguised form of anti-competitive practices but is also contrary to fundamental principles of GATT without falling into any general exceptions under Article XX of the GATT.

For this reason, it is appropriate that Thailand, as a member of the WTO, should refer such a dispute to the dispute resolution process under the WTO Agreement for determination as to whether the unfair competition law enacted in the United States for prohibiting the use of information technology or computer software that is illegal in the production process and business operations is consistent with the GATT or not. In this connection, Thailand will need to develop measures to protect intellectual property at a level comparable to that employed in civilised nations, with a view to boosting up trust in and potential for competition in international trade.

Keywords: unfair competition, UCA, piracy software, IT theft, GATT, Article xx(d),



กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ท่านอาจารย์ รองศาสตราจารย์ ดร. พินัย ฌ นคร และท่านอาจารย์ ดร.จรรุประภา รักพงษ์ ที่ได้ให้ความกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์และได้สละเวลาอันมีค่าเพื่อให้คำแนะนำตรวจทานและแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงสามารถสำเร็จลุล่วงไปด้วยดี และขอกราบพระคุณ ท่านอาจารย์ ศาสตราจารย์ ดร. เสาวนีย์ อัครโรจน์ เป็นอย่างสูงที่ทำให้เกียรติรับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และท่านอาจารย์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวรากุล ที่กรุณาให้เกียรติรับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และกรุณาให้แนวทางการปรับปรุงแก้ไขข้อบกพร่องตลอดจนข้อคิดเห็นอันเป็นประโยชน์วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมีเนื้อหาสมบูรณ์ ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ทุกท่านไว้ ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอขอบคุณ คุณกัมปนาท สติศัพร ที่ช่วยแนะนำประเด็นศึกษากฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของสหรัฐอเมริกาให้แก่ผู้เขียน และขอขอบคุณ คุณอาทร พิบูลชนพัฒนา กรรมการบริษัท ธรรม์ศรีฟู๊ด จำกัด ที่กรุณาให้ข้อมูลเกี่ยวกับกรณีพิพาทเพิ่มเติมที่เป็นประโยชน์ยิ่ง รวมทั้ง คุณพูลภักฎ์ หงส์ประภัสร์ หัวหน้าสำนักงาน ว.ศุภโรจน์ ทนายความ ที่กรุณาให้เวลาผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์นี้อย่างเต็มที่

นอกจากนี้ ผู้เขียนคงไม่สามารถทำวิทยานิพนธ์นี้สำเร็จได้หากปราศจากซึ่งการสนับสนุนและกำลังใจจาก มารดา บิดา น้องชาย ญาติทุกคน และเพื่อนสนิท ตลอดจนเพื่อนร่วมรุ่นปริญญาโท สาขาการค้ำระหว่างประเทศ รหัส 55 ทุกคน ที่ให้ความช่วยเหลือ เต็มพลังและให้กำลังใจแก่ผู้เขียนด้วยดีเสมอมา

ประโยชน์ใดที่ได้รับจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอมอบแต่บิดา มารดา ครูบาอาจารย์ และผู้มีพระคุณทุกท่าน ผู้เขียนมีความซาบซึ้งในความกรุณาอันดียิ่งจากทุกท่านที่ได้กล่าวนามมา หากแต่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องประการใดพึงต้องปรับปรุงผู้จัดทำขอน้อมรับไว้และขออภัยมา ณ ที่นี้ด้วย

นางสาวกัญจน์รวี ศรีจิรภัทร

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(2)
กิตติกรรมประกาศ	(3)
สารบัญตาราง (ถ้ามี)	(8)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและพื้นฐานของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์การศึกษา	6
1.3 ขอบเขตการศึกษา	7
1.4 วิธีการศึกษา	7
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	8
บทที่ 2 กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีสารสนเทศของสหรัฐอเมริกา	9
2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม	10
2.2 กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมระดับสหพันธรัฐ	11
2.2.1 แนวความคิดและความเป็นมา	12
2.2.2 หลักการทางกฎหมาย	17
2.2.2.1 หลักการห้ามการจำกัดทางการค้า (Restraints of Trade)	17
2.2.2.2 หลักการห้ามการผูกขาด (Monopolization)	18
2.2.2.3 หลักการห้ามพฤติกรรมหรือการกระทำที่ไม่เป็นธรรมต่อการแข่งขัน	19

บทที่ 3 ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับมาตรการทางการค้า	52
3.1 มาตรการทางการค้าที่มีใช้ภาษี (Non-Tariff Measures)	52
3.2 ความตกลงทั่วไปของ GATT และ WTO	55
3.2.1 ที่มาของ GATT และ WTO	55
3.2.2 หลักการพื้นฐานของ GATT	60
3.2.2.1 หลักประติบัติอย่างชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nation)	61
(1) การตีความตามหลัก MFN	63
(2) ข้อยกเว้นหลัก MFN	65
3.2.2.2 หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment)	66
(1) การตีความตามหลัก MFN	67
3.3 ข้อยกเว้นภายใต้ความตกลง GATT มาตรา XX	68
3.3.1 ข้อยกเว้นเฉพาะตามมาตรา XX (d)	71
3.3.1.1 มาตรการที่จำเป็น	71
(1) ตัวอย่างข้อพิพาท United States – Gasoline	73
(2) ตัวอย่างข้อพิพาท Korea – Beef	74
(3) ตัวอย่างข้อพิพาท EC – Asbestos	75
(4) ตัวอย่างข้อพิพาท United States – Gambling	76
(5) ตัวอย่างข้อพิพาท Brazil – Tyres	78
3.3.1.2 การดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายใน	79
3.3.1.3 กฎหมายหรือกฎระเบียบที่ไม่ขัดต่อความตกลง GATT	81
(1) กฎหมายศุลกากรว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้า	82
(2) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปกป้องทรัพย์สินทางปัญญา	84
(2) มาตรการป้องกันการหลอกลวง	86

3.3.2	ข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา XX (Chapeau)	86
	(1) การเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ	86
	(2) การเลือกปฏิบัติโดยปราศจากเหตุผล	87
	(3) การกีดกันทางการค้าโดยแอบแฝง	88
บทที่ 4	วิเคราะห์ปัญหาการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศของสหรัฐอเมริกาเป็นเครื่องมือ กีดกันทางการค้า	89
4.1	ปัญหาด้านมาตรการทางการค้าที่มีใช้ภาษี (Non-Tariff Measures)	90
4.2	ปัญหาความสอดคล้องของกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมที่เกี่ยวข้อง เทคโนโลยีสารสนเทศของสหรัฐอเมริกากับหลักการของความตกลง GATT	91
4.2.1	ปัญหาการเลือกปฏิบัติกับสินค้าที่นำเข้าจากประเทศที่สาม	92
4.2.2	ปัญหาการเลือกปฏิบัติระหว่างสินค้านำเข้าจากประเทศที่สามกับสินค้า ที่ผลิตขึ้นภายในประเทศสหรัฐอเมริกา	93
4.2.3	ข้อยกเว้นตามมาตรา XX (d)	95
4.2.3.1	มาตรการที่จำเป็น	96
4.2.3.2	การดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายภายในที่สอดคล้อง กับความตกลง GATT	97
4.2.4	ข้อยกเว้นตามมาตรา XX (Chapeau)	98
4.3	ผลกระทบของการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมที่เกี่ยวข้อง เทคโนโลยีสารสนเทศของสหรัฐอเมริกาต่อประเทศไทย	99
บทที่ 5	สรุปและข้อเสนอแนะ	100
	รายการอ้างอิง	104
	ประวัติผู้เขียน	109

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
1.1 ข้อมูลการส่งออกและนำเข้าสินค้าของไทยในตลาดหลัก พ.ศ.2555 – พ.ศ.2558	4
1.2 รายชื่อประเทศที่ถูกจัดอยู่ในกลุ่ม PWL และ PW ปี ค.ศ. 2016	5



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและพื้นฐานของปัญหา

ในปัจจุบันการค้าระหว่างประเทศเป็นไปอย่างเสรีมากยิ่งขึ้นโดยอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization) หรือ WTO ซึ่งได้กำหนดระเบียบและกฎเกณฑ์ทางการค้าระหว่างประเทศเป็นไปโดยเสรีและเป็นธรรม โดยให้ประเทศภาคีสมาชิกลดการใช้มาตรการทางภาษีเพื่อกีดกันการนำเข้าและส่งออกสินค้าจากประเทศอื่นเข้ามายังประเทศของตน แต่ปรากฏว่าเมื่อประเทศต่างๆให้ความร่วมมือไม่ใช้มาตรการทางภาษี กลับเป็นผลให้ประเทศต่างๆคิดหามาตรการทางการค้าที่มีใช้ภาษี (Non-Tariff Measures ; NTMs) ในรูปแบบต่างๆ เช่น การกำหนดโควตาสินค้า การจำกัดปริมาณนำเข้า มาตรฐานการบรรจุภัณฑ์ มาตรฐานการติดฉลาก การออกใบอนุญาตต่างๆ การกำหนดกฎเกณฑ์ทางการค้าโดยอ้างประเด็นด้านสิ่งแวดล้อม , ด้านแรงงาน , ด้านเทคโนโลยีก้าวหน้า เช่น การตัดต่อทางพันธุกรรม (GMO) ด้านการคุ้มครองผู้บริโภคหรือด้านการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น มาใช้เป็นเครื่องมือในการค้าระหว่างประเทศมากขึ้นจนกลายเป็นการกีดกันทางการค้า

แต่อย่างไรก็ตาม WTO มีกฎระเบียบของความตกลงทั่วไปว่าด้วยพิกัดอัตราภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariff and Trade) หรือ GATT ซึ่งมีข้อยกเว้นหลายข้อที่อนุญาตให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถนำหลักเกณฑ์ของมาตรการทางการค้าที่มีใช้ภาษี (NTMs) ไปใช้ในกรณีจำเป็นเพื่อคุ้มครองสุขภาพและความปลอดภัยของชีวิตมนุษย์ สัตว์ หรือเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่ออนุรักษ์แหล่งทรัพยากรธรรมชาติ หรือเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายภายในซึ่งทำให้บรรลุตามวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของรัฐ เป็นต้น ตาม GATT มาตรา XX ทำให้ประเทศต่างๆมักออกกฎหมาย มาตรการ กฎระเบียบ กำหนดหลักเกณฑ์ มาตรฐาน วิธีปฏิบัติ หรือการทดสอบมาใช้บังคับอย่างเข้มงวดกับประเทศผู้นำเข้าอื่นๆ โดยอ้างเหตุผลว่ากฎหมาย มาตรการหรือกฎระเบียบนั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ข้อยกเว้นของ GATT ทำให้เป็นอุปสรรคทางการค้าที่มีใช้ภาษี (Non-Tariff Barriers : NTBs) ขึ้น

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา มีมาตรการทางการค้าเป็นจำนวนมาก ซึ่งบางมาตรการมีหลักการที่ไม่สอดคล้องกับความตกลง GATT อาทิ การนำเรื่องมาตรการทางการค้าที่เชื่อมโยงกับการปกป้องสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติมาเป็นเงื่อนไขในการนำเข้าและส่งออกสินค้าเข้าไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น การห้ามนำเข้าปลาทูน่าที่ใช้วิธีการจับที่เป็นอันตรายต่อ

ปลาโลมามายังสหรัฐอเมริกา หากประเทศเหล่านั้นไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าประเทศผู้ส่งออกได้ดำเนินการมาตรการปกป้องปลาโลมาตามที่กำหนดในกฎหมายของสหรัฐอเมริกาเสียก่อน ในคดี Tuna - Dolphin และการห้ามนำเข้ากุ้งจากประเทศที่ไม่ได้ใช้เครื่องมือในการคัดแยกเต่า ในคดี Shrimp - Turtle เป็นต้น หรือการนำเข้าประเด็นเกี่ยวกับการต่อต้านการใช้แรงงานแรงงานเด็กในการผลิตสินค้า มาเป็นมาตรการทางการค้า นอกจากนี้ยังนำประเด็นเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ว่าจะเป็น ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร ความลับทางการค้า ข้อบังคับทางภูมิศาสตร์ มาใช้เป็น มาตรการทางการค้าระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน

สำหรับมาตรการทางการค้าเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นประเด็นที่ได้รับความสนใจมากขึ้นในปัจจุบันนี้ เนื่องจากในยุคดิจิทัลมีการนำเทคโนโลยีสารสนเทศ (Information Technology) หรือ IT¹ มาใช้ในการเก็บรักษาและส่งผ่านข้อมูลจำนวนมาก ซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือซอฟต์แวร์ก็เป็นส่วนหนึ่งของเทคโนโลยีสารสนเทศที่มีใช้อย่างแพร่หลายและมีบทบาทสำคัญในการบริหารจัดการองค์กรและในการดำเนินธุรกิจต่างๆ ด้วยความตระหนักถึงความสำคัญของการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศในการดำเนินธุรกิจและพาณิชย์กรรม ประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีความคิดว่า เทคโนโลยีสารสนเทศ (IT) โดยเฉพาะโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (ซอฟต์แวร์) ของประเทศสหรัฐอเมริกาถูกผู้ประกอบการต่างชาติขโมยใช้หรือใช้โดยละเมิดลิขสิทธิ์เป็นจำนวนมาก และการนำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวมาใช้ในกระบวนการผลิตสินค้าและบริการ รวมทั้งในการจัดการธุรกิจ เช่น ในการขนส่งสินค้า การทำบัญชี ในการคำนวณรายการสินค้า เป็นต้น ทำให้ผู้ประกอบการต่างชาติไม่เสียค่าใช้จ่ายในการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือค่าใช้จ่ายในการขออนุญาตใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์อย่างถูกกฎหมาย เป็นผลให้มีต้นทุนการผลิตต่ำกว่า และทำให้สามารถกำหนดราคาสินค้าได้ต่ำกว่าผู้ประกอบการภายในประเทศสหรัฐอเมริกา ด้วยเหตุนี้การขโมยใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบการสหรัฐฯ ซึ่งได้เสียค่าใช้จ่ายในการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์อย่างถูกต้องตามกฎหมาย นอกจากนี้ยังทำให้ผู้บริโภคได้รับผลกระทบจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวของผู้ประกอบการชาวต่างชาติอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ด้วย ดังนั้นในปี พ.ศ. 2553 หลายมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Competition Act หรือ UCA) โดยได้นำเรื่องเทคโนโลยีสารสนเทศเข้ามาเป็นประเด็นสำคัญในการนำเข้าหรือจำหน่ายสินค้าในมลรัฐต่างๆของประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ห้ามนำเข้าสินค้าหรือชิ้นส่วนของสินค้าที่ผลิตโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรม

¹ เทคโนโลยีสารสนเทศ (Information Technology) หรือ IT คือ การนำคอมพิวเตอร์มาประยุกต์ใช้ในการจัดเก็บ ค้นหา ส่งผ่าน และจัดการข้อมูลต่างๆ

คอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตหรือในการดำเนินธุรกิจ โดยห้ามนำสินค้าดังกล่าวเข้ามาหรือจำหน่ายในมลรัฐต่างๆของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้มีการประกาศใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมีบทกำหนดโทษสำหรับผู้นำเข้าสินค้า ผู้ผลิตและผู้จัดหาวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิต รวมไปถึงบุคคลที่สามที่รับสินค้ามาจากผู้ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายก็จะถูกดำเนินคดีตามกฎหมายนี้เช่นกัน โดยมีโทษปรับ ถูกยึดสินค้า และโทษหนักที่สุดคือห้ามนำสินค้าเข้ามาจำหน่ายในประเทศสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ยังอาจถูกคู่แข่งทางการค้าที่ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกกฎหมายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมได้อีกด้วย

จากการที่ประเทศสหรัฐอเมริกาบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว ทำให้บริษัท ณรงค์ซีฟู้ด จำกัด ผู้ประกอบการผลิตและส่งออกอาหารกุ้งแช่แข็งของไทยไปจำหน่ายยังรัฐแมสซาชูเซตส์ ประเทศสหรัฐอเมริกา ถูกตรวจสอบพบว่าได้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตสินค้า ทำให้ัยการสูงสุดรัฐแมสซาชูเซตส์ฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมเมื่อเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2555 เป็นคดีแรกของโลก ในความผิดฐานส่งออกอาหารทะเลแช่แข็งไปจำหน่ายภายในรัฐแมสซาชูเซตส์ ซึ่งสินค้านี้ดังกล่าวมาจากการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิต ซึ่งเป็นการกระทำผิดตามกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของรัฐแมสซาชูเซตส์ (Massachusetts General Law) Chapter 93A ซึ่งบริษัท ณรงค์ซีฟู้ด จำกัด ตกลงเยียวยาความเสียหายโดยตกลงใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกกฎหมายในการผลิตสินค้าและการดำเนินธุรกิจ รวมทั้งยินยอมให้รัฐแมสซาชูเซตส์ตรวจสอบการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของบริษัท และศาลของรัฐแมสซาชูเซตส์มีคำสั่งให้บริษัท ณรงค์ซีฟู้ด จำกัด ชำระค่าปรับเป็นเงินจำนวน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ แก่รัฐแมสซาชูเซตส์เพื่อยุติข้อพิพาทในความผิดดังกล่าว² จะเห็นได้ว่าจากการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศและมีนัยสำคัญต่อการค้าของประเทศไทยอย่างมาก เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาถือเป็นตลาดหลัก (Matured Market) สำคัญที่ผู้ประกอบการไทยส่งออกสินค้าต่างๆไปจำหน่ายเป็นลำดับที่ 2 รองจากประเทศญี่ปุ่นสร้างรายได้ให้แก่ประเทศไทยเป็นจำนวนมาก การที่รัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเป็นรัฐบาลหรือรัฐบาลท้องถิ่นได้ออกกฎหมาย กฏระเบียบ กฎเกณฑ์ หรือมาตรการใดๆ ที่เกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ จึงมีผลกระทบต่อ

² เจริญ กิตติกันยา , “Narong Seafood stung by suit,” สืบค้นเมื่อ 1 กุมภาพันธ์ 2556 , <http://www.nationmultimedia.com/business/Narong-Seafood-settles-piracy-suit-with-US-state-30192842.html>

ส่งออกและนำเข้าสินค้าของประเทศไทยทั้งสิ้น จึงเป็นสิ่งจำเป็นที่ผู้ประกอบการไทยจะต้องศึกษาเรียนรู้และทำความเข้าใจกฎหมาย กฎระเบียบ กฎเกณฑ์ หรือมาตรการต่างๆ ที่จะส่งผลถึงการ

ตลาดหลัก (Matured Market)	พ.ศ. 2555		พ.ศ. 2556		พ.ศ. 2557		พ.ศ. 2558	
	ส่งออก	นำเข้า	ส่งออก	นำเข้า	ส่งออก	นำเข้า	ส่งออก	นำเข้า
1. ญี่ปุ่น	23,465	48,737	22,235	41,083	21,740	35,506	20,059	31,235
2. สหรัฐอเมริกา	22,785	12,520	22,953	14,629	23,891	14,579	24,055	13,863
3. สหภาพยุโรป (15)	19,423	19,399	20,075	21,230	21,027	18,522	19,835	17,278

ดำเนินธุรกิจของตนด้วย

มูลค่า : ล้านดอลล่าร์สหรัฐ

ตารางที่ 1.1 ข้อมูลการส่งออกและนำเข้าสินค้าของไทยในตลาดหลัก พ.ศ.2555 –พ.ศ.2558
ดัดแปลงจาก : กระทรวงพาณิชย์, “ระบบรายงานข้อมูลการค้าระหว่างประเทศของไทย”
สืบค้นเมื่อ 22 กรกฎาคม 2559 จาก http://www.ops3.moc.go.th/export/country_export_rank/report.asp

นอกจากนี้กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของสหรัฐอเมริกาดังกล่าวยังมุ่งเน้นการตรวจสอบการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของผู้ประกอบการต่างชาติโดยตรง ซึ่งในประเด็นนี้พบว่าประเทศไทยยังคงมีปัญหาคอมพิวเตอร์ละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในอัตราร้อยละ 71 ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ติดตั้งในเครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลในประเทศไทย ซึ่งถือว่ายังอยู่ในอัตราที่สูงอยู่เมื่อเทียบกับอัตราเฉลี่ยที่ร้อยละ 62 ของภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก³ แม้ว่าอัตราการละเมิดลิขสิทธิ์ของไทยจะลดลงมาโดยตลอดจากปี พ.ศ. 2549 ที่ร้อยละ 80 ก็ตาม แต่สำนักผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกา (The Office of the United States Representative) หรือ USTR ได้ออกรายงาน

³ Post up news, “เปิดตัวโครงการ ‘Safe Software, Safe Nation’ เร่งลดการละเมิดลิขสิทธิ์ซอฟต์แวร์ต้นตอภัยไซเบอร์”, สืบค้นเมื่อ 22 กรกฎาคม 2559 จาก <http://th.postupnews.com/2016/03/safe-software-safe-nation.html?view=timeslide>

มาตรา 301 พิเศษ (Special 301)⁴ เมื่อเดือนเมษายน ค.ศ. 2016 จัดให้ประเทศไทยยังอยู่ในกลุ่มประเทศที่ต้องจับตามองเป็นพิเศษ (Priority Watch List : PWL) หมายถึง กลุ่มประเทศที่ยังไม่ให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเพียงพอและมีการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาในระดับสูง จนเกิดผลกระทบต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศของสหรัฐอเมริกา รวมทั้งประเทศเหล่านั้นยังมีมาตรการภายในประเทศที่ก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการปราบปรามการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ประเทศไทยจึงเป็นประเทศที่ถูกจับตามองเป็นพิเศษในการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในการผลิตสินค้าและการดำเนินธุรกิจอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

Priority Watch List	Watch List	
Algeria	Barbados	Jamaica
Argentina	Bolivia	Lebanon
Chile	Brazil	Mexico
China	Bulgaria	Pakistan
India	Canada	Peru
Indonesia	Colombia	Romania
Kuwait	Costa Rica	Switzerland
Russia	Dominican Republic	Turkey
Thailand	Ecuador	Turkmenistan
Ukraine	Egypt	Uzbekistan
Venezuela	Greece	Vietnam

⁴ มาตรา 301 พิเศษ (Special 301) อยู่ภายใต้มาตรา 182 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการค้า ค.ศ. 1974 (Trade Act of 1974) แก้ไขโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการค้าและการแข่งขัน ค.ศ. 1988 (Omnibus trade and Competitiveness Act of 1998) และพระราชบัญญัติสนธิสัญญากรอบอุรุกวัย 1 (Uruguay Round Agreements Act) มีข้อบังคับตามมาตรา 301 พิเศษ ที่ระบุให้สำนักงานผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกา (United States Trade Representative: USTR) ต้องระบุประเทศที่ปฏิเสธการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ ไม่ว่าจะป็นทางนโยบายหรือทางปฏิบัติที่จะก่อให้เกิดผลกระทบทางลบต่อสินค้าของสหรัฐอเมริกา จะต้องระบุเป็น “Priority Foreign Country”

Priority Watch List	Watch List	
	Guatemala	

ตารางที่ 1.2 รายชื่อประเทศที่ถูกจัดอยู่ในกลุ่ม PWL และ PW ปี ค.ศ. 2016

ที่มา : Office of the United States Trade Representative, “2016 Special 301 Report” Accessed 27 July 2016, <https://ustr.gov/sites/default/files/USTR-2016-Special-301-Report.pdf>

ดังนั้น การศึกษาและทำความเข้าใจถึงกฎหมาย กฎระเบียบ ข้อบังคับ กฎเกณฑ์ และมาตรการทางการค้าต่างๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงเป็นเรื่องที่สำคัญและจำเป็นต่อประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีการนำเทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาเป็นเงื่อนไขในการนำสินค้าเข้าไปจำหน่ายในสหรัฐอเมริกาซึ่งมีผลกระทบต่อ การนำเข้าและส่งออกสินค้าของไทยไปจำหน่ายในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งถือเป็นตลาดการค้าหลักของ ไทยด้วย

1.2 วัตถุประสงค์การศึกษา

1. เพื่อให้ทราบถึงความเป็นมาและแนวความคิดเกี่ยวกับการแข่งขันที่เป็นธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา
2. เพื่อให้เข้าใจถึงมาตรการทางการค้าที่ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้เพื่อคุ้มครองการค้าภายในประเทศโดยใช้ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเครื่องมือ
3. เพื่อวิเคราะห์ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม โดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตสินค้าหรือการดำเนินธุรกิจของประเทศสหรัฐอเมริกามีความสอดคล้องกับหลักการของความตกลงระหว่างประเทศ ภายใต้องค์การการค้าโลกหรือไม่
4. เพื่อวิเคราะห์ถึงการกำหนดมาตรการทางการค้าโดยการนำทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายมาใช้ในกระบวนการผลิตหรือมาใช้ในการดำเนินธุรกิจมาเป็นข้อจำกัดในการส่งออกสินค้าไปยังประเทศสหรัฐอเมริกานั้นเป็นเครื่องมือในการกีดกันทางการค้าโดยแอบแฝงรูปแบบใหม่

5. เพื่อศึกษาถึงผลกระทบจากการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาต่อการส่งออกสินค้าของผู้ประกอบการไทยไปจำหน่ายในประเทศสหรัฐอเมริกา
6. เพื่อเสนอแนะแนวทางแนวทางแก้ไขปัญหาของประเทศไทยเกี่ยวกับการดำเนินนโยบายทางการค้าระหว่างประเทศกับสหรัฐอเมริกา

1.3 ขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาหลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมาย Unfair Competition Act ของสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมในระดับมลรัฐของสหรัฐอเมริกา เช่น กฎหมายของรัฐแมสซาชูเซตส์ , รัฐแคลิฟอร์เนีย , รัฐวอชิงตัน เป็นต้น ซึ่งจะศึกษาถึงที่มาและแนวความคิดในการออกกฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว รวมถึงวิเคราะห์ความสอดคล้องกับหลักการของความตกลงระหว่างประเทศภายใต้กรอบการดูแลขององค์การการค้าโลก หรือ WTO กับกฎหมาย Unfair Competition Act ของสหรัฐอเมริกา กรณีการนำเข้าทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์มาเป็นเงื่อนไขในการส่งออกสินค้าไปจำหน่ายในสหรัฐอเมริกา และใช้เป็นเครื่องมือในการกีดกันทางการค้าโดยแอบแฝง พร้อมทั้งศึกษาถึงผลกระทบต่อการบังคับใช้กฎหมาย Unfair Competition Act ของสหรัฐอเมริกาดังกล่าวต่อผู้ประกอบการธุรกิจของประเทศไทยที่ทำธุรกิจส่งออกสินค้าเข้าไปจำหน่ายในสหรัฐอเมริกาด้วย

1.4 วิธีการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวิธีดำเนินการศึกษาโดยวิจัยทางเอกสาร ค้นคว้าจากหนังสืองานเขียนทางวิชาการ บทความ ข่าวสารทางหนังสือพิมพ์ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำเข้าทรัพย์สินทางปัญญา กล่าวคือ เทคโนโลยีสารสนเทศ โดยเฉพาะซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์มาใช้เป็นเครื่องมือในการกีดกันทางการค้าโดยแอบแฝง และศึกษาความตกลงทางการค้าภายใต้องค์การการค้าโลก หรือ WTO เช่น ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า ซึ่งเป็นความตกลงที่ประเทศภาคีสมาชิกต้องปฏิบัติตาม

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษา วิจัย และพิจารณาถึงปัญหาผลกระทบของกฎหมายห้ามจำหน่ายหรือเสนอขายสินค้าซึ่งที่ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตหรือในการดำเนินธุรกิจ และห้ามนำสินค้านั้นเข้ามาจำหน่ายในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมาตรการดังกล่าวมีผลกระทบต่อการส่งสินค้าไทยไปจำหน่ายยังประเทศสหรัฐอเมริกา และเพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินการของภาครัฐและภาคเอกชนของไทยต่อไป
2. เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาความสอดคล้องของกฎหมายห้ามจำหน่ายหรือเสนอขายสินค้าซึ่งที่ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตหรือในการดำเนินธุรกิจ และห้ามนำสินค้านั้นเข้ามาจำหน่ายในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งส่งผลกระทบข้ามแดนไปยังการดำเนินงานภายในของประเทศผู้ส่งออกสินค้า ประกอบหลักเกณฑ์ข้อยกเว้นตามมาตรา XX วรรคย่อย (d) ของความตกลง GATT 1994
3. เพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินการเกี่ยวกับการผลิตและส่งออกสินค้าของไทย และการส่งเสริมการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้เป็นไปอย่างสอดคล้องกับหลักความตกลงระหว่างประเทศ

บทที่ 2

กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีสารสนเทศของสหรัฐอเมริกา

การแข่งขันทางการค้าถือเป็นนโยบายทางเศรษฐกิจซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในกลุ่มประเทศที่เปิดเสรีทางการค้า โดยยึดหลักให้ผู้ประกอบการหลายรายสามารถจำหน่ายสินค้าประเภทเดียวกันได้ในราคาและคุณภาพที่แตกต่างกันตามกลไกตลาด อันเป็นวิธีการหนึ่งในการกระตุ้นเศรษฐกิจของประเทศให้สามารถดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ และในขณะเดียวกันก็เป็นประโยชน์แก่ประชาชนที่เป็นผู้บริโภคซึ่งจะสามารถเลือกซื้อสินค้าได้อย่างมีคุณภาพและในราคาที่ถูกลง แต่ในทางปฏิบัติก็ยังพบปัญหาว่ามีการผูกขาดทางการค้าโดยกลุ่มผู้ประกอบการบางจึงได้มีการออกกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าขึ้นมาบังคับใช้ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักร หรือแม้แต่ในประเทศที่ไม่ได้มีบทบาทมากในตลาดการค้าโลก ก็มีการบัญญัติกฎหมายในลักษณะเดียวกันเพื่อควบคุมกลไกตลาดในประเทศให้มีความสอดคล้องกับภาวะเศรษฐกิจโลก ให้ตลาดมีการแข่งขันทางเสรีและเป็นธรรม นำไปสู่ประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจและให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์สูงสุด

สำหรับกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าเป็นแม่แบบของกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของประเทศอื่นๆ โดยกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมมุ่งเน้นการระงับยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า (Unfair Trade Practice) ซึ่งแบ่งพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดหรือกีดกันการแข่งขันทางการค้าได้เป็น 4 ประเภท คือ การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of Dominance) , การควบรวมธุรกิจ (Merger and Acquisition) , การตกลงร่วมกันเพื่อลดการแข่งขัน (Restrictive or Collusive Agreement or Practice) และพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practice) ซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาในระดับสหพันธรัฐมีทั้งหมด 3 ฉบับ คือ Sherman Act 1890 , Clayton Act และ Federal Trade Commission Act (FTCA) แต่กฎหมายดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติที่ดูแลเกี่ยวกับพฤติกรรมการแข่งขันทางการค้าด้านทรัพย์สินทางปัญญาโดยตรง ในบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงต้องออกกฎหมายระดับมลรัฐ (State Law) คือกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Competition Acts) เพื่อแก้ปัญหาการแข่งขันทางการค้าเกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายซึ่งส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการในสหรัฐอเมริกาที่ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกต้องในกระบวนการผลิตและจำหน่ายสินค้าไปยังสหรัฐอเมริกา เป็นการสร้างโอกาสและความได้เปรียบเหนือคู่แข่งทางการค้า เนื่องจากมีต้นทุนในการดำเนินธุรกิจที่ต่ำกว่าและขายสินค้าได้ในราคาที่ต่ำ

กว่าทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมทางการค้าขึ้น

2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

การกระทำที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าหรือพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practice) ของแต่ละประเทศจะมีความแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับ “มาตรฐานของจรรยาบรรณทางการค้า” (Business Ethics) ของแต่ละประเทศ ไม่ได้มีหลักทฤษฎีที่สามารถใช้อธิบายได้ดังเช่นในกรณีของการใช้อำนาจเหนือตลาด การตกลงร่วมกัน หรือการควมรวมกิจการ ซึ่งเกี่ยวข้องกับทฤษฎีเศรษฐศาสตร์ว่าด้วยการผูกขาดทางการค้า ดังนั้นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมหรือพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมบางอย่างอาจเป็นที่ยอมรับได้ในประเทศหนึ่ง แต่อาจถูกห้ามในอีกประเทศหนึ่ง นิยามของการค้าที่ไม่เป็นธรรมในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า จึงหมายถึง พฤติกรรมทางการค้าที่เป็นการสร้างความได้เปรียบทางการค้าโดยมิชอบ เช่น การโฆษณาเท็จ การโจรกรรมข้อมูล การละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา และการทำลายภาพพจน์ของคู่แข่ง เป็นต้น รวมถึงพฤติกรรมที่เป็นการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าเอาเปรียบคู่แข่งด้วย¹ จะเห็นได้ว่าการกระทำหรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมทางการค้านั้นไม่ได้มุ่งเน้นในเรื่องโครงสร้างคือส่วนแบ่งตลาด แต่มุ่งเน้นที่พฤติกรรมหรือการกระทำในทางการค้าเป็นสำคัญ ซึ่งครอบคลุมทั้งการค้าระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจขนาดเดียวกันและต่างขนาดกัน

เมื่อพิจารณาพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าแล้วอาจจำแนกลักษณะของพฤติกรรมได้เป็น 4 กลุ่ม ดังต่อไปนี้

1. พฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีเป้าหมายในการแย่งชิงตลาดหรือการจำกัดการแข่งขันในตลาด เช่น การกำหนดราคาสินค้าที่สูงหรือต่ำเกินควร การเลือกปฏิบัติในการประกอบธุรกรรมทั้งในด้านราคาและลักษณะอื่นๆ หรือการเข้ายึดครองปัจจัยการผลิตเพื่อเป็นการจำกัดหรือกีดกันการแข่งขัน เป็นต้น

2. พฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีลักษณะของการใช้อำนาจต่อรองทางการค้าในการกำหนดเงื่อนไขทางการค้าที่เป็นการจำกัดโอกาส ทางเลือกในการค้าของคู่ค้า เช่น การ

¹ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร , “วาระปฏิรูปที่ 12 : การผูกขาดและการแข่งขันที่เป็นธรรม : การปฏิรูปกฎหมายแข่งขันทางการค้า” , สำนักการพิมพ์สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร , 2558 , น.19

บังคับให้คู่ค้าซื้อสินค้าฟุ้ง การกำหนดราคาขายปลีกที่ผู้ค้าปลีกต้องปฏิบัติตาม การบังคับมิให้คู่ค้า ประกอบธุรกรรมกับคู่แข่ง การตั้งเงื่อนไขในลักษณะต่างตอบแทนกับคู่ค้า เป็นต้น

3. พฤติกรรมที่เป็นการแย่งชิงลูกค้าของคู่แข่งโดยอาศัยกลยุทธ์ทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เช่น การให้สัญญาต่างตอบแทนกับคู่ค้าเพื่อที่จะจำกัดการแข่งขันของคู่ค้า การชักจูงลูกค้า หรือข่มขู่ลูกค้าของคู่แข่งให้ประกอบธุรกิจกับตน การกีดกันมิให้ผู้ประกอบการรายอื่นประกอบธุรกิจ กับคู่แข่งได้ เป็นต้น

4. การใช้กลยุทธ์ทางการค้าที่ขาดจรรยาบรรณ เช่น การได้มาซึ่งข้อมูล ความลับทางการผลิต การขายเทคโนโลยีโดยวิธีการข่มขู่ ให้สินบน หรือวิธีอื่นที่ไม่ถูกต้อง เป็นต้น²

2.2 กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมระดับสหพันธรัฐ

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีขนาดใหญ่ประกอบด้วยมลรัฐต่างๆ 50 รัฐ มีรูปแบบการปกครองแบบสหพันธรัฐ โดยแบ่งแยกอำนาจการปกครองออกเป็นรัฐบาลของมลรัฐ (State Government) และรัฐบาลกลาง (Federal Government) โดยรัฐบาลกลางจะมีอำนาจเหนือรัฐบาลมลรัฐ เฉพาะกรณีรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ นอกจากนั้นแล้วอำนาจต่างๆยังคงเป็นของมลรัฐอยู่เช่นเดิม โดยรัฐบาลกลางจะมีอำนาจออกกฎหมาย (Federal Law) ที่มุ่งควบคุมกิจการของรัฐบาลในระดับมลรัฐได้ในเฉพาะกรณีที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น อำนาจการควบคุมการค้าระหว่างมลรัฐ หรือการค้าระหว่างประเทศ อำนาจเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ อำนาจทางทหาร อำนาจทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ อำนาจทางสาธารณสุขของประชาชน เป็นต้น สำหรับอำนาจอื่นๆที่ไม่ได้ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องที่รัฐบาลมลรัฐมีอำนาจดำเนินการเองได้ทั้งสิ้น เช่น อำนาจในการบังคับใช้กฎหมาย การจัดตั้งหน่วยงานต่างๆ มาใช้บังคับแก่บุคคลภายในมลรัฐของตน

² เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ , “โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆ เพื่อพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก ”, สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย , 2544 , น.44

2.2.1 แนวความคิดและความเป็นมา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีกฎหมายการป้องกันการผูกขาด (Antitrust Laws) ที่เก่าแก่ที่สุดในโลกและถือเป็นต้นแบบของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศอื่นๆ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมาจากแนวความคิดจากหลักการเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมที่ส่งเสริมให้เกิดเสรีภาพในการค้าให้เป็นที่มาของกลไกตลาด กล่าวคือ การยอมรับระบบกรรมสิทธิ์หรือความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินและปัจจัยการผลิตของเอกชน ซึ่งยอมรับว่าผู้เป็นเจ้าของมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการจัดการทรัพย์สินของตน ส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีโดยรัฐเข้าไปแทรกแซงน้อยที่สุด และให้เกิดผลดีต่อผู้บริโภคในด้านคุณภาพและราคาของสินค้า แต่ตามข้อเท็จจริงไม่ได้มีการแข่งขันที่แท้จริงขึ้นประกอบกับกลไกตลาดทำงานได้ไม่มีประสิทธิภาพ จึงทำให้เกิดปัญหาทางเศรษฐกิจ เช่น การกีดกันทางการค้า การจำกัดปริมาณนำเข้า การบิดเบือนการแข่งขันในตลาด การใช้อำนาจในการตลาดโดยมิชอบ การกระจุกตัวทางเศรษฐกิจ เป็นต้น ซึ่งปัญหาทางเศรษฐกิจต่างๆเหล่านี้ นำไปสู่การแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม รัฐจึงต้องเข้ามาแทรกแซงกลไกตลาดโดยการออกกฎหมาย เพื่อจัดระบบตลาดส่งเสริมให้มีการแข่งขันที่เป็นธรรม และเพื่อให้ผู้บริโภคได้รับความคุ้มครอง

ในช่วงก่อนศตวรรษที่ 1870 รัฐบาลของสหรัฐอเมริกาได้ให้อำนาจการผูกขาดแก่อุตสาหกรรมบางประเภท เช่น อุตสาหกรรมน้ำมัน อุตสาหกรรมน้ำตาล อุตสาหกรรมรถไฟ เป็นต้น ส่งผลให้อุตสาหกรรมเหล่านั้นรวมตัวกันเพื่อจำกัดการแข่งขันระหว่างกัน เช่น การทำสัญญา Gentleman's Agreement , Pooling หรือ Patent Pooling เป็นต้น³ จนถึงช่วงศตวรรษที่ 1880 เป็นการรวมกลุ่มในรูปแบบ Trust ซึ่งการรวมกลุ่มในลักษณะนี้ก่อให้เกิดการลดการแข่งขันในตลาดและเป็นการใช้กลยุทธ์เบียดเบียนคู่แข่งทางการค้า ทำให้สินค้ามีราคาสูงขึ้น แม้ว่าสหรัฐอเมริกาจะแก้ปัญหาดังกล่าวโดยให้ศาลมีคำพิพากษาให้การรวมกลุ่มแบบ Trust⁴ เป็นโมฆะตามกฎหมาย แต่วิธีดังกล่าวตามกฎหมาย common law ต้องรอให้มีคดีขึ้นศาลเพื่อให้วินิจฉัยคดีและพิพากษาเสียก่อน จึงยังแก้ปัญหาไม่ค่อยได้ผล หรือการให้มลรัฐต่างๆออกกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

³ สิริพร เบญจพรจุลมาศ , “การใช้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดน (Long Arm Jurisdiction) ในกฎหมายระหว่างประเทศ : กรณีศึกษาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2548) , น. 37

⁴ “ทรัสต์” (Trust) เป็นองค์กรทางธุรกิจที่เกิดจากการที่ผู้ประกอบการในธุรกิจเดียวกัน ตกลงร่วมกันให้มีศูนย์รวมอำนาจการบริหารและการจัดการธุรกิจเป็นอันเดียวกันระหว่างบรรดาสมาชิกที่ตกลงร่วมกัน

(Restraint of Trade) ระดับมลรัฐมาบังคับใช้ ซึ่งรัฐอลาบามาเป็นรัฐแรกที่มีกฎหมายดังกล่าวในปี ค.ศ. 1883 ก็ไม่ประสบผลสำเร็จ เนื่องจากกฎหมายระดับมลรัฐดังกล่าวก็มีขอบเขตการบังคับใช้ เฉพาะการกระทำที่มีผลกระทบต่อการค้าภายในรัฐเท่านั้น ไม่สามารถใช้บังคับได้อย่างทั่วถึงในระดับ ประเทศ

ด้วยเหตุนี้ ในปี ค.ศ. 1890 รัฐสภาสหรัฐฯ (Congress) จึงได้ออกกฎหมาย “An Act to Protect Trade and Commerce Against Unlawful Restraints and Monopolies” หรือกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการค้าและพาณิชย์กรรมจากการจำกัดและการผูกขาดที่ผิดกฎหมาย หรือ Sherman Act ซึ่งตั้งชื่อตาม Mr. John Sherman สมาชิกวุฒิสภาผู้ร่างกฎหมาย ฉบับนี้ ซึ่งมีผลใช้บังคับในขอบเขตที่กว้างขวางขึ้นและครอบคลุมการกระทำของบริษัทในระดับประเทศ ถือเป็นกฎหมายแม่แบบของกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่างๆในปัจจุบัน เป็นการนำเอาหลักกฎหมายตามคำพิพากษาของศาล Common Law ที่มีมาช้านานและเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปมาบังคับใช้ ซึ่งกฎหมาย Sherman Act มีวัตถุประสงค์เพื่อคงไว้ซึ่งเศรษฐกิจเสรี ขจัดการกระทำที่เป็นการจำกัดทางการค้าหรือจำกัดการแข่งขัน ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 1⁵ ว่า “การร่วมมือกันในรูปแบบของ Trust หรือการสมคบคิดกันใดๆ ซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย อันเป็นการจำกัดทางการค้าในระดับประเทศหรือระดับระหว่างประเทศ ให้ถือว่าบุคคลนั้นกระทำความผิด” นอกจากนี้ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการผูกขาดทางการค้า บัญญัติไว้ในมาตรา 2⁶ ว่า “บุคคลใดผูกขาดหรือมีเจตนาจะผูกขาด หรือมีส่วนร่วมหรือสมรู้

⁵ The Sherman Act 1890 Section 1.

“Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine...”

⁶ The Sherman Act 1890 Section 2.

“Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine...”

ร่วมคิดกันกับบุคคลอื่นๆเพื่อใช้อำนาจผูกขาดทางการค้าซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ให้ถือว่าบุคคลนั้นกระทำความผิด” โดย Sherman Act มีบทลงโทษทางอาญาเมื่อมีการละเมิดกฎหมาย และให้ผู้เสียหายเรียกค่าเสียหายได้สามเท่า แต่อย่างไรก็ตาม การบังคับใช้ Sherman Act ยังไม่สามารถบังคับใช้ได้เท่าที่ควร เนื่องจากบทบัญญัติใน Sherman Act ใช้ถ้อยคำที่มีความหมายค่อนข้างกว้าง และลักษณะของกฎหมาย common law ต้องใช้คำพิพากษาของศาลเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณา ซึ่งขณะนั้นยังไม่มีแนวทางการพิจารณาคดีประเภทนี้ นอกจากนี้ Sherman Act ยังไม่สามารถบังคับใช้กับการดำเนินธุรกิจรูปแบบใหม่ได้ เช่น บริษัทโฮลดิ้ง (Holding Company) ที่บริษัทหนึ่งเข้าไปถือหุ้นในอีกบริษัทหนึ่งหรือหลายบริษัท ทำให้สามารถควบคุมการบริหารจัดการในบริษัทนั้นๆ ซึ่งเป็นผลให้เกิดการผูกขาดได้ เป็นต้น

ดังนั้นในปี ค.ศ. 1914 รัฐบาลกลางได้ตรากฎหมายขึ้น 2 ฉบับ คือ กฎหมาย Clayton Act และกฎหมาย Federal Trade Commission Act หรือ FTC Act โดยกฎหมาย Clayton Act ได้ตั้งชื่อตาม Mr. Henry De Lamar Clayton สมาชิกวุฒิสภาผู้ร่างกฎหมายฉบับนี้ กฎหมาย Clayton Act ตราขึ้นเพื่อเสริมกฎหมาย Sherman Act ให้ชัดเจนขึ้นและเพื่อขยายลักษณะการกระทำที่เป็นข้อห้ามทั่วไปตามที่บัญญัติไว้ใน Sherman Act ให้ชัดเจนมากขึ้นด้วย โดยเฉพาะในเรื่องการควบรวมธุรกิจ (Merger & Acquisition) หรือการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งเป็นสาเหตุให้เกิดการกระจุกตัวในตลาดโดยลดจำนวนคู่แข่งในตลาดลงส่งผลให้การแข่งขันในตลาดลดลงไปด้วย โดยมีบทบัญญัติที่สำคัญดังปรากฏใน Clayton Act มาตรา 7⁷ ซึ่งบัญญัติห้ามการควบรวมกิจการที่มีแนวโน้มที่จะผูกขาดหรือมีผลเป็นการลดการแข่งขันอย่างมาก โดยการได้มาซึ่งหุ้นหรือทรัพย์สินใดๆ ทั้งโดยตรงและโดยอ้อมของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการค้า เช่น การเข้าซื้อกิจการของบริษัทคู่แข่ง แต่อย่างไรก็ตาม การรวมกิจการสามารถกระทำได้ หากการรวมกิจการนั้นไม่

⁷ The Clayton Act 1914 Section 7.

“That no corporation engaged in commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital of another corporation engaged also in commerce, where the effect of such acquisition may be to substantially lessen competition between the corporation whose stock is so acquired and the corporation making the acquisition, or to restrain such commerce in any section or community, or tend to create a monopoly of any line of commerce. ...”

เป็นการกระทำที่เพิ่มหรือส่งเสริมอำนาจทางการตลาดจนทำให้เกิดการผูกขาดขึ้น และมาตรา 8⁸ ซึ่งบัญญัติห้ามการรวมอำนาจในการบริหารจัดการ โดยห้ามการเข้าเป็นกรรมการร่วมหลายบริษัทที่ประกอบธุรกิจประเภทเดียวกัน ซึ่งเป็นผลให้เกิดการลดการแข่งขัน

สำหรับกฎหมาย FTC Act เนื่องจากมีพฤติกรรมทางการค้าในรูปแบบใหม่เกิดขึ้น และมีความซับซ้อนมากขึ้น จึงได้ตรากฎหมายฉบับนี้ขึ้นเพื่อควบคุมมิให้ผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม หรือพฤติกรรมที่หลอกลวงผู้บริโภค หรือพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันหรือเป็นการกีดกันทางการค้า โดยมีคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ (Federal Trade Commission : FTC) ซึ่งเป็นองค์กฤษฎีจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1914 ทำหน้าที่ในการตรวจสอบพฤติกรรมทางการค้า ให้คำแนะนำและแนวทางในการปฏิบัติทางการค้า (Guidelines) เป็นผู้บังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม The Clayton Act และ The FTC Act โดย FTC มีอำนาจในการสืบสวนสอบสวนและพิจารณาคดีเกี่ยวกับการกระทำที่ถือว่าการละเมิดต่อกฎหมาย รวมทั้งออกคำสั่งให้ผู้กระทำผิดหยุดหรือระงับการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายดังกล่าว และมีอำนาจในการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลด้วย นอกจากนี้ FCT ยังมีอำนาจระงับข้อพิพาทโดยการเจรจากับผู้กระทำผิดโดยการออกคำสั่ง Consent Order หากผู้กระทำผิดยอมรับว่าได้กระทำผิดดังกล่าว แต่หากผู้กระทำผิดไม่พอใจในคำสั่งของ FTC ก็สามารถอุทธรณ์คำสั่งต่อศาล เพื่อให้ศาลพิจารณาทบทวนคำสั่งและคำตัดสินของ FTC ได้ (Judicial Review) FTC มีหน่วยงานภายใน คือ สำนักงานแข่งขัน (Bureau of Competition) มีหน้าที่รับผิดชอบในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว และสำนักคุ้มครองผู้บริโภค (Bureau of Consumer Protection) มีหน้าที่ในการคุ้มครองผู้บริโภค

ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา US Code : Title 15 Commercial and Trade Section 45 – Unfair method of competition unlawful ; Prevention by Commission ได้บัญญัติรับรองอำนาจของ FTC ในการกำหนด วิธีการ แนวทางปฏิบัติ เกี่ยวกับการกระทำที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าอันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และอำนาจในการระงับการ

⁸ The Clayton Act 1914 Section 8.

“That from and after two years from the date of the approval of this Act no person shall at the same time be a director or other officer or employee of more than one bank, banking association or trust company, organized or operating under the laws of the United States...”

กระทำที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าระหว่างประเทศไว้ในมาตรา 5⁹ ของ FTC Act ซึ่งให้อำนาจ FTC ในการกำหนดว่าวิธีการที่ไม่เป็นธรรม หรือการกระทำหรือพฤติกรรมที่หลอกลวงใดที่ส่งผลกระทบต่อทางการค้าที่ถือว่าการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่รัฐสภาสหรัฐฯ ได้ให้อำนาจ FTC ในการกำหนดว่าวิธีการหรือพฤติกรรมใดเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมนั้นเนื่องจากมีหลากหลายการกระทำที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งกระทบต่อคุณธรรมอันดีทางการค้า และมีผลกระทบต่อผู้บริโภคอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ โดยทั้ง FTC และการคุ้มครองผู้บริโภคต่างมีจุดมุ่งหมายเดียวกันนั้นคือการคุ้มครองสวัสดิภาพของผู้บริโภค

FTC Act มาตรา 5 บังคับใช้กับบุคคล ห้างหุ้นส่วน บริษัท ที่ใช้วิธีการการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม หรือการกระทำหรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมหรือมีลักษณะหลอกลวงซึ่งส่งผลกระทบต่อการค้าหรือการพาณิชย์ ยกเว้นแต่ธนาคาร สถาบันการเงิน สถาบันเงินทุนของสหพันธรัฐ (Federal Credit Union)¹⁰ เป็นต้น ทั้งยังไม่ใช้บังคับกับคนต่างชาติ เว้นแต่คนต่างชาตินั้นเป็นผู้

⁹ FTC Act Section 5.

(a) DECLARATION OF UNLAWFULNESS; POWER TO PROHIBIT UNFAIR PRACTICES; INAPPLICABILITY TO FOREIGN TRADE

(1) Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful.

¹⁰ FTC Act Section 5 (a) (2)

“The Commission is hereby empowered and directed to prevent persons, partnerships, or corporations, except banks, savings and loan institutions described in section 57a(f)(3) of this title, Federal credit unions described in section 57a(f)(4) of this title, common carriers subject to the Acts to regulate commerce, air carriers and foreign air carriers subject to part A of subtitle VII of title 49, and persons, partnerships, or corporations insofar as they are subject to the Packers and Stockyards Act, 1921, as amended [7 U.S.C. 181 et seq.], except as provided in section 406(b) of said Act [7 U.S.C. 227(b)], from using unfair methods of competition in or affecting commerce and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce.”

นำเข้า หรือเป็นคนต่างชาตินี้จะได้ใช้วิธีการแข่งขันซึ่งมีผลกระทบโดยตรง , หรือมีนัยสำคัญ และ คาดหมายได้ว่าจะมีผลกระทบต่อการค้าหรือการส่งออกในประเทศสหรัฐอเมริกา¹¹

2.2.2 หลักการทางกฎหมาย

กฎหมายการป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของ สหรัฐอเมริกาในระดับสหพันธรัฐมุ่งหมายที่จะทำให้ตลาดมีการแข่งขันอย่างเสรี ควบคุมพฤติกรรมที่มี ลักษณะเป็นการผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ และ ควบคุมการกระทำทางการค้าที่มี ลักษณะไม่เป็นธรรมทั้งต่อผู้ประกอบการด้วยกันเองและต่อผู้บริโภค โดยมีหลักการทางกฎหมายที่ สำคัญ ดังต่อไปนี้

2.2.2.1 หลักการห้ามการจำกัดทางการค้า (Restraints of Trade)

หลักกฎหมายเรื่องการจำกัดทางการค้า เดิมเป็นหลักที่พัฒนามาจากหลัก กฎหมาย Common Law ของประเทศอังกฤษ ที่กำหนดห้ามการทำสัญญาในลักษณะที่คู่สัญญา ฝ่ายหนึ่งตกลงกับคู่สัญญาอีกฝ่ายในการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการดำเนินธุรกิจในอนาคตกับบุคคลอื่นที่ มิใช่คู่สัญญา เช่น การทำสัญญาไม่ให้คู่ค้าของตนเองไปทำการค้าขายกับผู้อื่น เป็นต้น ซึ่งศาลอังกฤษ วางหลักว่า การใช้ธุรกิจเป็นเครื่องมือจำกัดสิทธิของบุคคลเป็นการขัดต่อประโยชน์ของรัฐ หลักการ ห้ามการกระทำที่เป็นการจำกัดทางการค้าหรือจำกัดการแข่งขันดังกล่าวปรากฏอยู่ใน The Sherman Act ของสหรัฐอเมริกา ในมาตรา 1¹² ที่บัญญัติเกี่ยวกับการร่วมมือกันในรูปแบบของ Trust หรือการ สมคบคิดกันใดๆอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย บทบัญญัตินี้เป็นการควบคุมมิให้ผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดทำความตกลงร่วมกันหรือกระทำการ ร่วมกันหรือรวมตัวกันเพื่อยุติการแข่งขันระหว่างกัน อันเป็นการจำกัดทางการค้า

สำหรับศาลอเมริกาในช่วงแรกมีการใช้หลักการห้ามการจำกัดทางการค้า อย่างเคร่งครัด โดยถือว่าการกระทำใดที่มีผลเป็นการจำกัด ขัดขวางทางการค้า หรือบิดเบือนการ แข่งขัน จะถูกห้ามมิให้กระทำได้ และถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิดทันที “per se illegal” คือ พิจารณาเพียงแค่องค์ประกอบความผิดเท่านั้น ซึ่ง หลัก per se illegal จะถูกใช้เมื่อศาลเคยพิจารณา

¹¹ FTC Act Section 5 (a) (3)

“such methods of competition have a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect”

¹² Ibid

มาก่อนแล้วว่าการตกลงกันในลักษณะนั้นๆ ส่งผลเสียต่อการค้าอย่างเสรี ดังนั้นศาลจะไม่รับฟังความสมเหตุสมผลการตกลงกัน หรือผลกระทบที่แท้จริงของการตกลงกันใน โดยไม่พิจารณาว่าการตกลงกันนั้นๆ เป็นความผิดหรือไม่ เช่น การตกลงกันในเรื่องราคาสินค้าหรือบริการ , การกำหนดส่วนแบ่งตลาด การกำหนดพื้นที่การขาย , การจำกัดผลผลิต , การกำหนดโควตา , การกำหนดแบ่งลูกค้า , การฮั้วประมูล , การทำสัญญากำหนดซื้อผูกมัด และการคว่ำบาตร เป็นต้น

อย่างไรก็ตามในปี ค.ศ. 1911 ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้วางหลักว่าการกระทำที่มีลักษณะเป็นการจำกัดทางการค้าจะถือเป็นความผิดต่อเมื่อเป็นการกระทำที่ไม่สมเหตุสมผลเท่านั้น ซึ่งเป็นการนำหลัก The Rule of Reason ของกฎหมาย Common Law มาปรับใช้ เพื่อพิจารณาถึงความสมเหตุสมผลของการกระทำนั้น โดยได้วางหลักการพิจารณาไว้ 3 ประการ คือ 1. พิจารณาถึงลักษณะและรูปแบบของความร่วมมือ 2. พิจารณาผลเสียต่อการแข่งขันทางการค้า และ 3. พิจารณาว่าความร่วมมือนั้นส่งผลต่อการแข่งขันทางการค้าอย่างไรหรือไม่ หากมีความสมเหตุสมผลเพียงพอการกระทำดังกล่าวก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย อาทิเช่น ในคดี Standard Oil Co. v. United State¹³

2.2.2.2 หลักการห้ามการผูกขาด (Monopolization)

หลักการห้ามการผูกขาดปรากฏอยู่ในมาตรา 2¹⁴ ของ The Sherman Act ที่วางหลักห้ามการผูกขาด หรือการมีส่วนร่วมหรือการสมรู้ร่วมคิดกันเพื่อใช้อำนาจผูกขาดทางการค้า ซึ่งหมายถึง การใช้อำนาจการผูกขาดหรือการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยวิธีที่ไม่เหมาะสมหรือไม่ถูกต้อง บทบัญญัตินี้ถือได้ว่าเป็นเครื่องมือสำคัญในการควบคุมการผูกขาด กล่าวคือ เป็นบทที่ป้องกันไม่ให้เกิดการผูกขาดขึ้นในตลาดและหากพบว่ามี การผูกขาดเกิดขึ้นแล้วจะทำลายอำนาจผูกขาดนั้นด้วย เพื่อให้ตลาดปราศจากอำนาจผูกขาดของผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง หรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง เพื่อให้ตลาดปราศจากการเอารัดเอาเปรียบต่อธุรกิจขนาดเล็กและต่อผู้บริโภค

¹³ Standard Oil Co., 221 U.S. 1, 31 S. Ct. 502; Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150, 60 S. Ct. 811; United States v. United States Alkali Export Assn., 86 F. Supp. 59 (S.D. N.Y. 1949).

¹⁴ *Ibid.*

2.2.2.3 หลักการห้ามพฤติกรรมหรือการกระทำที่ไม่เป็นธรรมต่อการแข่งขัน

ทางการค้า (Unfair Trade Practice)

การกำหนดห้ามพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมทางการค้ามีเหตุผลสำคัญเพื่อสร้างกฎ กติกาในการแข่งขันทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรมขึ้น โดยที่ผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการจำกัดหรือกีดกันการแข่งขันที่ส่งผลกระทบต่อทางการค้านั้นไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดเสมอไป ดังนั้นพฤติกรรมที่เป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมต่อการแข่งขันทางการค้าจึงมีหลากหลายรูปแบบและเกิดขึ้นได้ทุกสถานการณ์ไม่อาจคาดเดาได้ จึงต้องมีการบังคับใช้กฎหมายห้ามพฤติกรรมที่เป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมที่มีความยืดหยุ่นและคล่องตัวในการควบคุมพฤติกรรมในการแข่งขันต่างๆในตลาด ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 5 ของ FTC Act เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการที่ไม่เป็นธรรม และการกระทำหรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมหรือที่หลอกลวงที่มีผลกระทบต่อทางการค้า ซึ่งบทบัญญัติในมาตรา 5 ดังกล่าว เป็นบทบัญญัติอย่างกว้างที่เปิดให้ศาลพิจารณาได้ว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมซึ่งมีผลกระทบต่อการค้าอันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยใช้หลักจรรยาบรรณในการค้า (Business Ethics) คือ การทำการค้าอย่างสุจริต ซื่อสัตย์ และเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นผู้ผลิต ผู้จำหน่ายหรือผู้ให้บริการลูกค้า ลูกจ้าง รัฐบาล และสังคม เป็นหลักในการพิจารณาว่าพฤติกรรมใดเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งโดยปกติพฤติกรรมที่จัดว่าเป็นพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดหรือกีดกันทางการค้าในแนวตั้ง (vertical restrictions) เป็นการกระทำระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน เช่น การเลือกปฏิบัติในการเลือกสินค้ากับผู้ประกอบการรายอื่น การปฏิเสธที่จะประกอบธุรกรรมด้วย การบังคับซื้อสินค้าพ่วง การกำหนดราคาหรือบริการที่ไม่เป็นธรรม เป็นต้น ซึ่งต่างจากพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดหรือกีดกันทางการค้าในแนวนอน (horizontal restrictions) ที่มักเป็นการกระทำของผู้ประกอบการต่อผู้บริโภคในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม เช่น การแบ่งตลาด การร่วมกันกำหนดราคาหรือปริมาณการผลิต และจำหน่ายสินค้า เป็นต้น

2.2.3 การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศในระดับ

สหพันธรัฐ

โดยที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีผู้สร้างสรรค์ ประดิษฐ์คิดค้น และพัฒนา ผลงานด้านทรัพย์สินทางปัญญาเป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็น สิทธิบัตรการประดิษฐ์ เทคโนโลยีใหม่ๆ ที่เอามาใช้ในชีวิตประจำวันหรือนำไปใช้ในภาคอุตสาหกรรม ลิขสิทธิ์ในเพลงหรือภาพยนตร์และ โดยเฉพาะอย่างยิ่งลิขสิทธิ์ในการสร้างสรรค์และพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์และ

ซอฟต์แวร์ต่างๆ สำหรับนำไปใช้ในการจัดการและระบบปฏิบัติการในคอมพิวเตอร์ ซึ่งหากบุคคลอื่นต้องการจะใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือซอฟต์แวร์จะต้องได้รับอนุญาตให้ใช้จากเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือซื้อลิขสิทธ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น แต่เนื่องจากค่าลิขสิทธ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์มีมูลค่าสูง ผู้ที่ต้องการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์หลายรายจึงเลือกที่จะใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธ์ ในปัจจุบันจึงพบว่ามีปัญหาการขโมยใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือซอฟต์แวร์เป็นจำนวนมาก

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดห้ามวิธีการที่ไม่เป็นธรรมและการกระทำหรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมหรือที่หลอกลวงที่มีผลกระทบต่อการค้า ไว้ในมาตรา 5 ของ FTC Act ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ในระดับประเทศ เพื่อปกป้องคุณค่าขั้นพื้นฐานและสิทธิที่สำคัญ นั่นคือ สิทธิที่จะได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยสุจริตด้วยแรงงานและการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย แนวความคิดเกี่ยวกับการแข่งขันที่เป็นธรรมตั้งอยู่บนพื้นฐานของระบอบการปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องสิทธิในทรัพย์สิน ผู้ประกอบการจะต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินของตน ไม่ใช่ นำทรัพย์สินของคนอื่นมาเป็นของตนในการผลิตสินค้าของตนเอง การที่ผู้ประกอบการนำทรัพย์สินของผู้อื่นมาใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตหรือได้ทรัพย์สินมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแม้ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นของบุคคลภายนอกก็ตาม เป็นผลให้ผู้ประกอบการรายนั้นได้รับประโยชน์เหนือกว่าคู่แข่งและการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมและไม่ชอบด้วยกฎหมาย การใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (Software) ของบุคคลอื่น ซึ่งถือเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่มีมูลค่าอย่างหนึ่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็เป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมเช่นเดียวกัน

การใช้ทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศ (IT) หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยผิดกฎหมาย โดยผู้ประกอบการต่างชาติ เป็นภัยคุกคามรูปแบบใหม่ต่อผู้ประกอบการอเมริกัน นอกจากการที่ผู้ประกอบการต่างชาติใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยละเมิดลิขสิทธ์ซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายแล้ว ยังทำให้ผู้ประกอบการต่างชาติได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจอย่างไม่ยุติธรรมด้วย กล่าวคือ การที่ผู้ประกอบการต่างชาตินำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธ์ไปใช้ในธุรกิจของตนเอง ทำให้ผู้ประกอบการรายนั้นไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เป็นผลทำให้มีต้นทุนการผลิตสินค้าที่ต่ำกว่าผู้ประกอบการอเมริกัน ซึ่งกฎหมายอเมริกาได้ให้ความสำคัญกับระบบการสร้างและการรักษาไว้ซึ่งเทคโนโลยีสารสนเทศอย่างมาก การกระทำดังกล่าวของผู้ประกอบการต่างชาติทำให้ต้นทุนในการผลิตและส่งออกสินค้ามายังสหรัฐอเมริกาได้รับประโยชน์อย่างไม่ยุติธรรม และถือได้ว่าการขโมยใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบการอเมริกันด้วย ทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมขึ้น

แม้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ หรือ Copyright Act 1976 ของสหรัฐอเมริกา โดยการทำซ้ำ หรือจำหน่าย ซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือการให้เช่าเพื่อการค้า หรือการเผยแพร่ต่อสาธารณชน โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ถือว่าเป็นการกระทำผิดกฎหมายดังกล่าว ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถเข้ามาตราการทั้งทางแพ่งและทางอาญา โดยร้องขอต่อศาลขอให้คุ้มครองชั่วคราว เรียกร้องค่าเสียหาย หรือดำเนินการอื่นที่กฎหมายระบุไว้ได้ แต่จะเห็นว่ากฎหมายลิขสิทธิ์มุ่งคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้ได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงเป็นสำคัญ ไม่ได้คุ้มครองบุคคลภายนอกที่ได้รับผลกระทบจากการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว ทั้งๆที่การขโมยใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือเทคโนโลยีสารสนเทศเป็นการประทุพถุติผิดต่อการแข่งขันที่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการในตลาด และการกระทำดังกล่าวเป็นการทุจริตซึ่งการดำเนินการตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาทั่วไปไม่คุ้มครองถึง โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากการขโมยใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือเทคโนโลยีสารสนเทศนั้นเกิดขึ้นภายนอกอาณาเขตของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเด็นนี้ ตามมาตรา 5 ของ FTC Act นั้น รัฐสภาสหรัฐ (Congress) ได้ให้อำนาจ FTC ในการออกกฎ ระเบียบ แนวทางปฏิบัติ และการบังคับใช้เกี่ยวกับวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมและการกระทำหรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมหรือที่หลอกลวง เพื่อส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรมขึ้น โดย FTC สามารถใช้อำนาจตามมาตรา 5 ได้หากพบว่ามีการกระทำที่ไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นซึ่งมีผลกระทบต่อหรือคาดว่าจะมีผลต่อผู้บริโภคอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เช่น ในคดี C & D Electronics ที่ FTC ใช้อำนาจกำหนดให้การขายอุปกรณ์เครื่องส่งสัญญาณเคเบิลทีวีโดยไม่ได้รับอนุญาตเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรม แต่ทั้งนี้ประธาน Daniel Oliver ได้ตั้งข้อสังเกตว่าผู้บริโภคถูกทำร้ายเนื่องจากการขายดังกล่าวจะส่งผลให้การให้บริการแก่ผู้บริโภคเป็นไปได้ไม่ดีเท่าที่ควร และเป็นตัวบ่อนทำลายกระบวนการแข่งขันที่ให้เกิดนวัตกรรมหรือการบำรุงรักษาเคเบิลและอุปกรณ์อื่นๆ ทั้งยังทำให้ต้องเสียเงินค่าสมาชิกเคเบิลตามกฎหมายเพิ่มขึ้น¹⁵ เป็นต้น

การที่ผู้ประกอบการขโมยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศ (IT) และโปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรม ไม่ได้ปฏิบัติตามหลักจรรยาบรรณในการค้า เป็นการกระทำที่ไม่มีศีลธรรม ซึ่งมีผลกระทบต่อตลาดในระยะยาวและกระทบต่อผู้บริโภคด้วยเช่นกัน เพราะการขโมยเทคโนโลยีสารสนเทศ (IT) และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวโดยเฉพาะจากผู้ประกอบการต่างชาติขยายตัวอย่างรวดเร็วและมีมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน ทำลายแรงจูงใจของผู้ประกอบการอเมริกันในการประดิษฐ์สินค้าที่ดีขึ้นและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น สำหรับผู้บริโภคแม้จะไม่ได้รับ

¹⁵ In re C & D Electronics , 109 F.T.C. 72 (1987)

ผลกระทบโดยทันทีจากการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ แต่สิ่งที่ผู้บริโภคจะเห็นได้ทันทีคือการที่บริษัทต่างๆจะขายสินค้าเฉพาะบางตลาดมากขึ้น และทำให้ขาดแรงจูงใจในการลงทุนสำหรับเทคโนโลยีสารสนเทศใหม่ๆ ซึ่งผู้บริโภคจะได้รับผลกระทบจากอัตราการขยายตัวของเศรษฐกิจที่ลดลงด้วย

ในกรณีที่ผู้บริโภคเข้าใจว่าสินค้าได้ผลิตจากผู้ประกอบการที่เคารพสิทธิในทรัพย์สิน ไม่ว่าจะจะเป็นไปตามจรรยาบรรณของบริษัท การมีส่วนร่วมในกลุ่มผู้ประกอบการที่เรียกร้องให้ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือค่านิยมของผู้ประกอบการอื่นในสังคม แต่การที่ผู้ประกอบการที่มีเจตนาขโมยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น เป็นการกระทำละเมิดต่อ FTC Act มาตรา 5 ด้วย ซึ่ง FTC ควรจะหาแนวทางป้องกันบุคคล ห้างหุ้นส่วน หรือบริษัท ที่ใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรมและการกระทำหรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมหรือที่หลอกลวง ซึ่งมีผลกระทบทางการค้าของสหรัฐอเมริกาโดยตรง หรือมีนัยสำคัญ หรือคาดหมายได้ว่าจะเกิดผลกระทบต่อการค้าสำหรับผู้ประกอบการต่างชาติ และ FTC ควรหาแนวทางเพื่อปกป้องคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับการกระทำหรือพฤติกรรมของผู้ประกอบการต่างชาติที่เป็นเหตุหรือคาดหมายได้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสหรัฐอเมริกา ซึ่งรวมถึงการขโมยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้ถือเป็นการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมด้วย

ต่อมาเมื่อวันที่ 13 สิงหาคม 2558 FCT ได้ประกาศหลักการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับ "วิธีการที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้า" ภายใต้มาตรา 5 แห่ง FTC Act¹⁶ กล่าวคือในการพิจารณาว่าการกระทำหรือพฤติกรรมใดเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมหรือพฤติกรรมที่หลอกลวงในทางการค้านั้น ไม่เพียงแต่การกระทำหรือพฤติกรรมนั้นจะเป็นการละเมิดบทบัญญัติของ Sherman Act หรือ Clayton Act เท่านั้น แต่ยังเป็นการฝ่าฝืนต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายต่อต้านการผูกขาด (Antitrust Laws) ด้วย ซึ่งสภาองค์กรสื่อเลือกที่จะไม่กำหนดเป็นการเฉพาะว่าการกระทำใดบ้างเป็นวิธีการที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าที่ละเมิดมาตรา 5 ของ FTC Act แต่ในการประยุกต์ใช้บทกฎหมายดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงเศรษฐกิจ การเปลี่ยนแปลงของตลาดและการข้อปฏิบัติในการดำเนินธุรกิจประกอบด้วย และให้อำนาจ FTC โดยลำพังในการพิจารณาว่าการกระทำหรือพฤติกรรมใดเป็น

¹⁶ Federal Trade Commission, Statement of Enforcement Principles Regarding “Unfair Methods of Competition” Under Section 5 of FTC Act Accessed March 2, 2015, https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/735201/150813section5enforcement.pdf

การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมเป็นกรณีไป ซึ่งการกระทำนั้นๆเป็นการกระทำที่ไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตของ Sherman Act หรือ Clayton Act กำหนดให้เป็นความผิด ซึ่งการพิจารณาตั้งอยู่บนหลัก “Standalone Basis” โดยพิจารณาจากการกระทำหรือพฤติกรรมนั้นๆ ว่าก่อให้เกิดผลเสียหรือมีแนวโน้มจะเป็นผลเสียต่อการแข่งขันหรือกระบวนการแข่งขันในทางการค้าโดยใช้หลัก “The Rule of Reason” และคำนึงถึงนโยบายสาธารณะเกี่ยวกับกฎหมายการผูกขาด เช่น การส่งเสริมการคุ้มครองผู้บริโภค

แต่ FTC ก็มีได้บัญญัตินิยามชัดเจนให้การใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตและนำเข้ามาจำหน่ายในสหรัฐอเมริกาของผู้ประกอบการต่างชาติเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 5 ของ FTC Act แต่อย่างไรก็ตาม ปัญหาดังกล่าวจึงไม่สามารถแก้ไขในระดับประเทศได้ ด้วยเหตุนี้มลรัฐต่างๆจึงต้องแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยตนเองโดยการออกกฎหมายมาใช้เป็นเครื่องมือต่อสู้กับปัญหาการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ประกอบการต่างชาติที่นำสินค้าเข้ามาจำหน่ายในรัฐของตน

2.3 กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศในระดับมลรัฐ

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาแม้จะมีรัฐบาลกลางซึ่งมีอำนาจออกกฎหมาย (Federal Law) เกี่ยวกับเศรษฐกิจและการค้ามาบังคับใช้ แต่อย่างไรก็ตามบรรดามลรัฐต่างๆยังคงมีความเป็นอิสระและมีอำนาจเด็ดขาดและสูงสุดในการบริหารจัดการกิจการต่างๆภายในมลรัฐของตนเอง โดยแต่ละมลรัฐจะมีเมืองหลวงของมลรัฐ มีรัฐบาล และศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลสูงสุดของรัฐเอง และมีอำนาจออกกฎหมายของมลรัฐ (State Law) เพื่อบังคับใช้แก่ประชาชนภายในมลรัฐเองได้แต่ทั้งนี้ต้องไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

2.3.1 แนวความคิดและความเป็นมา

กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในระดับมลรัฐ เกิดจากการที่ผู้ประกอบการต่างชาติได้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในการดำเนินธุรกิจหรือในกระบวนการผลิต ทำให้เกิดผลกระทบคือผู้ประกอบการอเมริกันได้รับความเสียหายในกระบวนการผลิตในหลายภาคส่วนอุตสาหกรรม และทำให้ผู้ประกอบการต่างชาติได้รับประโยชน์ในส่วนของคุณทุนสินค้า เป็นเหตุให้การผลิตและส่งออกสินค้ามายังประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับประโยชน์อย่างไม่ยุติธรรม ทำให้ได้เปรียบ

ในเรื่องการกำหนดราคาที่ถูกกว่า ทั้งยังเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายอเมริกาที่ให้ผู้ประกอบการให้ความสำคัญกับระบบในการสร้างและการรักษาไว้ซึ่งเทคโนโลยีสารสนเทศ

การได้รับประโยชน์ทางพาณิชย์อย่างไม่ยุติธรรมจากการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศ (IT) ที่มีกฎหมายดังกล่าว โดยเฉพาะโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นถือเป็นนัยสำคัญต่อการแข่งขันทางธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการอเมริกันกับผู้ประกอบการต่างชาติ โดยองค์กรธุรกิจซอฟต์แวร์ (The Business Software Alliance หรือ BSA)¹⁷ ได้รับมอบหมายจากบริษัทไมโครซอฟท์ให้วิเคราะห์ข้อมูลการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์จากแหล่งต่างๆรวมทั้งข้อมูลจากรัฐบาลสหรัฐอเมริกาในปี พ.ศ. 2554 เพื่อประมาณการผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการต่างชาติจะได้รับจากการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ และในเดือนพฤษภาคม 2555 องค์กรธุรกิจซอฟต์แวร์ได้รายงานผลการประเมินมูลค่าทางพาณิชย์จากการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์มีมูลค่าเป็นเงินจำนวน 63.4 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ต่อปี โดยประเทศที่ละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์รายใหญ่ คือ ประเทศจีน ประเทศรัสเซีย ประเทศอินเดีย และประเทศบราซิล ตามลำดับ¹⁸ จากการวิจัยแสดงให้เห็นว่าผู้ประกอบการต่างชาติดังกล่าวได้รับประโยชน์จากการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์เป็นเงินจำนวน 2.9 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ต่อปี และได้รับประโยชน์ในการแข่งขันทางการค้าเป็นเงินจำนวน 14.4 ล้านดอลลาร์สหรัฐ จากการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวในรอบระยะเวลา 5 ปี ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบการชาวจีนที่ใช้โปรแกรมละเมิดลิขสิทธิ์จะได้รับผลประโยชน์ในการแข่งขันทางการค้าเป็นเงินจำนวน 837 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ต่อปี ซึ่งจำนวนเงิน

¹⁷ องค์กรธุรกิจซอฟต์แวร์ (The Business Software Alliance หรือ BSA) ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1988 โดยผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ชั้นนำของโลก เพื่อให้ความรู้ในเรื่องลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์แก่ผู้ใช้คอมพิวเตอร์ สนับสนุนนโยบายสาธารณะที่เกื้อหนุนสิ่งใหม่ๆ ช่วยขยายโอกาสทางการค้าและต่อสู้กับการละเมิดลิขสิทธิ์ มีสมาชิก เช่น Microsoft , Adobe , Apple Computer , Autodesk , Bentley Systems , Borland , CNC/Mastercam , Macromedia , Symantec และ UGS นอกจากนี้ยังมีสมาชิกในส่วนของ BSA's Policy Council เช่น Compaq , Dell , Entrust , IBM , Intel , Network Associate , Novell และ Sybasa

¹⁸ David J. Kappos and Gregory R. Baden , Combating IT theft using unfair competition law , New York law journal , 6 may 2013

ดังกล่าวผู้ประกอบการชาวจีนสามารถนำไปใช้สร้างโรงงานอุตสาหกรรมได้ถึง 60 แห่ง หรือสามารถซื้อเครื่องจักรสำหรับอุตสาหกรรมพลาสติกได้ถึง 13,000 เครื่อง หรือว่าจ้างพนักงานได้ถึง 217,000 คน ต่อปี

นอกจากนี้องค์การธุรกิจซอฟต์แวร์ยังได้รายงานอัตราการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับประเทศในตลาดใหม่มีอัตราส่วนร้อยละ 68 ซึ่งหมายความว่า 2 ใน 3 ของผู้ประกอบการต่างชาติที่เป็นคู่แข่งทางการค้าของผู้ประกอบการอเมริกันมีการดำเนินธุรกิจโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ (IT) ซึ่งเป็นค่าใช้จ่ายพื้นฐานในการดำเนินธุรกิจเหมือนการเช่าสาธารณูปโภคทั่วไป นอกจากนี้เมื่อคำนึงถึงข้อได้เปรียบค่าใช้จ่ายอื่นๆของบริษัทในตลาดเกิดใหม่อย่างเช่นค่าแรงงานที่ถูกกว่า จึงเป็นเรื่องที่เข้าใจได้ง่ายถึงวิธีการที่ผู้ประกอบการต่างชาติสามารถประหยัดเงินได้มากยิ่งขึ้นโดยการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศ (IT) และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดกฎหมาย จึงทำให้มีความสามารถในการกำหนดราคาได้ดีกว่าคู่แข่งชาวอเมริกัน

ผลกระทบเหล่านี้ผู้ประกอบการอเมริกัน รัฐบาลท้องถิ่น และรัฐบาลกลางเป็นผู้สังเกตเห็น แม้ว่าในระดับสหพันธรัฐจะได้บัญญัติเกี่ยวกับการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมไว้ใน FTC Act ซึ่งอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ของรัฐบาลกลางสามารถกำหนดวิธีการที่เหมาะสมเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม , การกระทำและการประพฤติที่ไม่เป็นธรรมหรือที่หลอกลวงซึ่งมีผลกระทบต่อการค้าได้ อย่างไรก็ตาม FTC Act มีข้อจำกัดสำคัญ คือ กฎหมายดังกล่าวไม่ได้ให้สิทธิส่วนบุคคลในการดำเนินการต่อผู้กระทำผิดกฎหมายได้ด้วยตนเอง ซึ่งหมายความว่ามลรัฐหรือเอกชนจะต้องรอเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลกลางเป็นผู้ดำเนินการกับผู้ประกอบการต่างชาติ ซึ่งทำให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินการกับผู้ประกอบการที่กระทำละเมิดต่อกฎหมาย ในส่วนรัฐบาลท้องถิ่นแม้ว่าจะมีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมหรือกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคออกมาบังคับใช้ในหลายมลรัฐ แต่ก็ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาการขโมยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของผู้ประกอบการต่างชาติได้

ด้วยเหตุดังกล่าว ในเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2553 อัยการรัฐจาก 36 มลรัฐ และ 3 อาณาเขตปกครอง ได้ร่วมกันลงนามในหนังสือเรียกร้องให้ FTC มีมาตรการเพื่อต่อสู้และแก้ไขปัญหาการขโมยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศ (IT) และทรัพย์สินทางปัญญาโดยผู้ประกอบการต่างชาติ และช่วยเหลือให้ผู้ประกอบการอเมริกันสามารถทำการแข่งขันในตลาดได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งธุรกิจขนาดเล็ก พร้อมทั้งร้องขอให้เพิ่มอำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในระดับมลรัฐในการดำเนินการกับ

ผู้ประกอบการที่ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศที่ละเมิดกฎหมายได้ด้วยตนเอง¹⁹ ซึ่งการเรียกร้องดังกล่าว ยังคงเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ต่อมาเมื่อวันที่ 2 เมษายน พ.ศ. 2554 คณะกรรมาธิการวุฒิสภาธุรกิจขนาดเล็ก (The U.S. Senate Small Business Committee) จำนวน 16 คน ได้ส่งหนังสือถึง FTC โดยอ้างอิงหนังสือจากอัยการรัฐร้องขอให้ FTC ร่วมต่อสู้และแก้ไขปัญหาการขโมยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศ (IT)²⁰ ต่อมาในเดือนสิงหาคม พ.ศ. 2554 สมาชิกคณะกรรมการธุรกิจขนาดเล็ก (The U.S. House Small Business Committee) จำนวน 19 คน ได้มีหนังสือถึง FTC เรียกร้องให้ FTC ร่วมกับมลรัฐต่างๆ เพื่อหาข้อสรุปในการจัดการปัญหาการขโมยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศ (IT)²¹ ต่อมาในปี พ.ศ. 2554 สภานิติบัญญัติของรัฐมิสซูรีและรัฐนิวยอร์กได้ลงมติให้ FTC และอัยการรัฐ บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศที่ละเมิดกฎหมายในการผลิตสินค้าขึ้น

ในขณะที่ FTC ยังไม่ได้ดำเนินการใดๆ เกี่ยวกับการบัญญัติให้การใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตสินค้าเป็นวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า หลายมลรัฐจึงได้ตรากฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมขึ้น ซึ่งเรียกว่าเป็นกฎหมายลูกของ FTC (Baby FTC) ซึ่งมาจากกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของสหพันธรัฐ โดยกฎหมายลูกฉบับดังกล่าวเป็นการให้อำนาจแก่มลรัฐในการดำเนินการต่อผู้ประกอบการที่ได้ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศที่ผิดกฎหมายในการดำเนินธุรกิจและในกระบวนการผลิตสินค้า และได้นำสินค้าดังกล่าวเข้ามามลรัฐของตน

ในหลายมลรัฐรวมทั้งรัฐหลุยส์เซียน่าและรัฐวอชิงตัน ได้ตรากฎหมายขึ้นเป็นพิเศษเพื่อแก้ไขปัญหาการขโมยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยตรง รวมถึง

¹⁹ Federal Trade Commission, Letter to The Federal Trade Commission Commissioners and the Director of The Bureau of Competition, Accessed March 2 , 2015 , [http://www.naag.org/assets/files/pdf/signons/FTCAEnforcement Fi-nal.PDF](http://www.naag.org/assets/files/pdf/signons/FTCAEnforcement%20Final.PDF).

²⁰ Federal Trade Commission, Letter to the Commissioners of the Federal Trade Commission, Accessed March 2 , 2015 , <http://www.sbecouncil.org/uploads/04-02-2012+SBC+Letter.pdf>.

²¹ Federal Trade Commission, Letter to the Commissioners of the Federal Trade Commission, Accessed March 2 , 2015 , http://documents.nam.org/tech/SBC_Letter_to_FTC_Foreign_IT.pdf.

แก้ไขกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมให้ขยายขอบเขตข้อห้ามพื้นฐานเกี่ยวกับวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม และผู้ประกอบการที่นำสินค้าเข้ามาจำหน่ายในมลรัฐจะต้องพิสูจน์ว่าได้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกกฎหมายในการดำเนินธุรกิจโดยชัดแจ้ง²² หากตรวจพบว่าผู้ประกอบการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ทำการค้าแข่งกับผู้ประกอบการที่ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกต้องตามกฎหมาย ผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบ ไม่ว่าจะการผลิตสินค้าหรือการกระทำละเมิดจะเกิดขึ้นที่ใดก็ตาม นอกจากนี้ยังมีกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของรัฐนิวยอร์กที่กำหนดให้ “การกระทำที่หลอกลวงหรือการปฏิบัติในการดำเนินธุรกิจหรือการค้าหรือการบริการใดๆในรัฐนี้ ที่ได้ประกาศว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย”²³ โดยให้อัยการรัฐมีอำนาจในการดำเนินคดีหากเชื่อว่าบริษัทหรือบุคคล “ได้มีส่วนร่วมหรือเกี่ยวข้องกับการกระทำหรือการปฏิบัติดังกล่าว” นอกจากนี้อำนาจที่อัยการรัฐได้รับนี้แล้ว กฎหมายดังกล่าวยังบัญญัติให้ “ผู้ใดที่ได้รับความเสียหายจากเหตุละเมิดในส่วนนี้อาจดำเนินคดีในนามของตนเอง เพื่อดำเนินการกับการกระทำหรือการปฏิบัติที่ผิดกฎหมายดังกล่าว เพื่อชดเชยความเสียหาย” ด้วย

2.3.2 ตัวอย่างกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในมลรัฐต่างๆ

กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในระดับมลรัฐที่กำหนดห้ามใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายหรือละเมิดลิขสิทธิ์ในกระบวนการผลิตสินค้าและในการดำเนินธุรกิจ และห้ามนำสินค้าดังกล่าวเข้ามาจำหน่ายภายในมลรัฐต่างๆของประเทศสหรัฐอเมริกา มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อดูแลการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้าในตลาดอเมริกา มุ่งเน้นในการแก้ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์การใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์และคุ้มครองผู้ประกอบการชาวอเมริกันที่ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกต้องตามกฎหมายในการผลิตสินค้าและในการดำเนินธุรกิจในทุกขั้นตอน โดยรัฐวอชิงตันเป็นรัฐแรกที่มีการประกาศใช้กฎหมายดังกล่าวเมื่อปี พ.ศ. 2553 และถือได้ว่าเป็นต้นแบบของกฎหมายฉบับนี้ โดยกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวจะมีรายละเอียดการบังคับใช้แตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ ดังเช่นมลรัฐต่อไปนี้

²² La. Rev. Stat. Section 51:1427 และ Wash. Rev. Code Section 19.330

²³ N.Y. Gen. Bus. Law Section 349(a).

2.3.2.1 รัฐวอชิงตัน

รัฐวอชิงตันถือเป็นรัฐแรกที่มีการบัญญัติกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม กำหนดให้การใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในการผลิตสินค้าขั้นสุดท้าย (End Product) หรือชิ้นส่วนประกอบสำคัญของสินค้า (Essential Component) และนำสินค้านั้นเข้ามาจำหน่ายในรัฐวอชิงตันเป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมาย Revised Code of Washington (RCW) Title 19 Business Regulations – Miscellaneous Chapter 19.330 Stolen or Misappropriated Information Technology มีทั้งหมด 10 มาตรา สามารถสรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้

(1) ขอบเขตและการบังคับใช้

การกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายฉบับดังกล่าว ได้บัญญัติไว้ใน Section 2²⁴ กล่าวคือ ใ้บุคคลที่ผลิตสินค้าขั้นสุดท้าย (End Product) หรือชิ้นส่วนประกอบที่สำคัญของสินค้า ที่ได้ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศ ซึ่งรวมทั้ง ฮาร์ดแวร์และซอฟต์แวร์ หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ หรือไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้จากเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งไม่รวมถึงการบริการ และนำมาใช้ในการดำเนินธุรกิจ ไม่ว่าจะในกระบวนการผลิต การจำหน่าย การขนส่ง หรือการตลาด และได้นำสินค้านี้มาจำหน่ายหรือเสนอขายในรัฐวอชิงตัน ทำให้เกิดความเสียหายในการ

²⁴Wash. RCW. Chapter 19.330 Section 2

“Any person who manufactures an article or product while using stolen or misappropriated information technology in its business operations after notice and opportunity to cure as provided in RCW 19.330.050 and, with respect to remedies sought under RCW 19.330.060(6) or 19.330.070, causes a material competitive injury as a result of such use of stolen or misappropriated information technology, is deemed to engage in an unfair act where such an article or product is sold or offered for sale in this state, either separately or as a component of another article or product, and in competition with an article or product sold or offered for sale in this state that was manufactured without violating this section. A person who engages in such an unfair act, and any articles or products manufactured by the person in violation of this section, is subject to the liabilities and remedial provisions of this chapter in an action by the attorney general or any person described in RCW 19.330.060(5), except as provided in RCW 19.330.030 through 19.330.090.”

แข่งขันอย่างมีสาระสำคัญ กล่าวคือ เกิดส่วนต่างของราคาขายปลีกสินค้าอย่างน้อย 3% ในช่วงระยะเวลาเกินกว่า 4 เดือน ระหว่างผู้ประกอบการที่ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์กับผู้ประกอบการที่ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกกฎหมาย หากผู้ประกอบการได้รับหนังสือแจ้งถึงการกระทำผิดแล้วไม่ได้ดำเนินการแก้ไขเยียวยาภายใน 90 วัน ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำหรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า ซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายฉบับนี้

นอกจากนี้กฎหมายยังให้อำนาจในการฟ้องร้องดำเนินคดีกับบุคคลภายนอก (third party) ที่เกี่ยวข้องกับสินค้าที่ผลิตโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดกฎหมายด้วย กล่าวคือ บุคคลที่ได้รับว่าจ้างให้พัฒนา ผลิต จำหน่าย โฆษณา หรือประกอบสินค้านั้น รวมไปถึง ตัวแทนจำหน่าย หรือผู้จัดหาวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิต ที่ผลิตโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์และได้ขายหรือเสนอขายสินค้านั้นในรัฐวอชิงตันได้อีกด้วย แต่ทั้งนี้การจะเรียกค่าเสียหายจากบุคคลภายนอกได้นั้นต้องปรากฏว่า ตัวแทนของบุคคลภายนอกได้รับหนังสือแจ้งการกระทำผิด หรือ ผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวไม่มาปรากฏตัวหรือไม่มีทรัพย์สินที่เพียงพอชดเชยความเสียหายได้ หรือ มีการผลิตสินค้าขั้นสุดท้าย (end product) หรือชิ้นส่วนประกอบของสินค้าที่ผลิตโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์มากกว่าหรือเท่ากับ 30% ของมูลค่าสินค้าขั้นสุดท้าย (end product) ดังกล่าว หรือในกรณีที่ผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนกฎหมายนั้นเป็นคู่สัญญาโดยตรงกับบุคคลภายนอก ไม่ว่าจะเป็นการผลิต จำหน่ายและนำเข้ามาในรัฐวอชิงตันซึ่งสินค้าขั้นสุดท้าย (end product) หรือเป็นชิ้นส่วนประกอบของสินค้าที่ผลิตโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์²⁵

เจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์หรือผู้อนุญาตให้ใช้โปรแกรมหรือตัวแทนในการมีหนังสือแจ้งถึงการกระทำผิดกฎหมายดังกล่าวไปยังผู้ประกอบการที่

²⁵ Wash. RCW. Chapter 19.330 Section 6 (2)

“After determination by the court that a person has violated RCW 19.330.020 and entry of a judgment against the person for violating RCW 19.330.020, the attorney general, or a person described in subsection (5) of this section, may add to the action a claim for actual direct damages against a third party who sells or offers to sell in this state products made by that person in violation of RCW 19.330.020, subject to the provisions of RCW 19.330.080.”

ฝ่าฝืนกฎหมาย โดยในหนังสือดังกล่าวต้องระบุโดยชัดแจ้งถึงเทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ , ความเป็นผู้ทรงสิทธิในเทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ , กฎหมายที่นำมาปรับใช้ , การกระทำที่เป็นความผิด , สินค้าที่ผลิตขึ้นโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ และหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดดังกล่าว ซึ่งหากผู้ประกอบการได้แสดงให้เห็นว่าไม่ได้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว หรือได้หยุดการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ภายใน 90 วันนับแต่ได้รับหนังสือ ก็อาจจะไม่ถูกฟ้องร้องดำเนินคดี แต่หากผู้ประกอบการดำเนินการนำเทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกกฎหมายมาใช้แทนที่ เจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือตัวแทนอาจขยายระยะเวลาการปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายจาก 90 วันออกไปได้แต่ไม่เกิน 180 วัน²⁶

²⁶ Wash. RCW. Chapter 19.330 Section 5

(1) No action may be brought under RCW 19.330.020 unless the person subject to RCW 19.330.020 received written notice of the alleged use of the stolen or misappropriated information technology from the owner or exclusive licensee of the information technology or the owner's agent and the person: (a) Failed to establish that its use of the information technology in question did not violate RCW 19.330.020; or (b) failed, within ninety days after receiving such a notice, to cease use of the owner's stolen or misappropriated information technology. However, if the person commences and thereafter proceeds diligently to replace the information technology with information technology whose use would not violate RCW 19.330.020, such a period must be extended for an additional period of ninety days, not to exceed one hundred eighty days total. The information technology owner or the owner's agent may extend any period described in this section.

(2) To satisfy the requirements of this section, written notice must, under penalty of perjury: (a) Identify the stolen or misappropriated information technology; (b) identify the lawful owner or exclusive licensee of the information technology; (c) identify the applicable law the person is alleged to be violating and state that the notifier has a reasonable belief that the person has acquired, appropriated, or used the information technology in question without authorization of the owner of the information technology or the owner's authorized licensee in

(2) ผู้มีสิทธิดำเนินการ

ผู้มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนกฎหมาย คือ

1) อัยการสูงสุด

2) ผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการขายหรือเสนอขายสินค้าที่ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในกระบวนการผลิตสินค้าเข้ามาในรัฐวอชิงตัน ซึ่งเป็นการแข่งขันกับผู้ประกอบการอเมริกันที่ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกกฎหมาย

3) ผู้ที่ได้รับผลกระทบในทางเศรษฐกิจซึ่งสามารถแสดงหลักฐานว่าได้รับความเสียหายจากราคาขายปลีกเทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์คุณด้วยจำนวนเทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกใช้ในการกระทำผิดแล้วเป็นจำนวน 20,000 ดอลลาร์สหรัฐ ขึ้นไป

ผู้เสียหายที่มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีดังกล่าวสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง และค่าเสียหายตามกฎหมาย แต่ค่าเสียหายตามกฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่เกินกว่าค่าเสียหายจากราคาขายปลีกเทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งผู้เสียหายได้รับผลกระทบดังกล่าว แต่ไม่เกินกว่า 250,000 ดอลลาร์สหรัฐ หากศาลเห็นว่าผู้ประกอบการที่กระทำผิดมีเจตนากระทำผิดหรือกระทำผิดอย่างต่อเนื่องแม้ว่าจะได้รับหนังสือแจ้งเตือนแล้ว ศาลอาจกำหนดโทษปรับไม่เกิน 3 เท่าของค่าเสียหาย และให้รับผิดค่าดำเนินการทางกฎหมาย เช่น ค่าทนายความ ด้วย นอกจากนี้ ศาลอาจมีคำสั่งให้ยึดสินค้าที่ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในกระบวนการผลิตด้วย

ทั้งนี้ในการฟ้องร้องดำเนินคดี ผู้เสียหายจะต้องมีหลักฐานแสดงได้ว่า ผู้ประกอบการที่กระทำผิดนั้นได้นำสินค้ามาจำหน่ายหรือเสนอขายในรัฐวอชิงตันในลักษณะที่เป็นการแข่งขันกับผู้ประกอบการอเมริกันโดยตรง โดยสินค้านั้นผลิตโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือ

violation of such applicable law; (d) to the extent known by the notifier, state the manner in which the information technology is being used by the defendant; (e) state the articles or products to which the information technology relates; and (f) specify the basis and the particular evidence upon which the notifier bases such an allegation.

โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์หรือที่ผิดกฎหมาย และผู้เสียหายได้รับความเสียหายทางการค้าจากการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นเงินจำนวน 20,000 ดอลลาร์สหรัฐ ขึ้นไป²⁷

(3) ข้อยกเว้นการกระทำผิด

ในกรณีที่สินค้าขั้นสุดท้าย (End Product) ซึ่งรวมถึงบรรจุภัณฑ์หรือการโฆษณาอันเกี่ยวกับสินค้านั้นด้วย ผลิตขึ้นภายใต้การได้รับอนุญาตโดยถูกต้องตามกฎหมายจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือเจ้าของเครื่องหมายการค้า และผู้ประกอบการได้รับบุชื่อเจ้าของลิขสิทธิ์หรือเจ้าของเครื่องหมายการค้าไว้ หรือเป็นสินค้าที่ผลิตโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ให้ผู้ใช้ดัดแปลงหรือจำหน่ายต่อได้ แต่ผู้ใช้ได้ทำการดัดแปลงเทคโนโลยีนั้นแตกต่างไปจากที่ได้รับอนุญาต แต่เป็นการดัดแปลงในส่วนที่เป็นเทคโนโลยีที่ไม่มีค่าใช้จ่าย (Free Technology) หรือในกรณีที่ผู้ประกอบการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายเพื่อช่วยเหลือ สนับสนุน หรืออำนวยความสะดวกให้บุคคลอื่นสามารถเข้าถึง ขยาย หรือใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ถือว่าบุคคลเหล่านี้ไม่ได้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายนี้²⁸ และหากสินค้านั้นดังกล่าวมี

²⁷ Wash. RCW. Chapter 19.330 Section 6 (5)

“A person is deemed to have been injured by the sale or offer for sale of a directly competing article or product subject to RCW 19.330.020 if the person establishes by a preponderance of the evidence that....”

²⁸ Wash. RCW. Chapter 19.330 Section 3

No action may be brought under this chapter, and no liability results, where:

(1) The end article or end product sold or offered for sale in this state and alleged to violate RCW 19.330.020 is:

(a) A copyrightable end product;

(b) Merchandise manufactured by or on behalf of, or pursuant to a license from, a copyright owner and which displays or embodies a name, character, artwork, or other indicia of or from a work that falls within (a) of this subsection, or merchandise manufactured by or on behalf of, or pursuant to a license from, a

เทคโนโลยีที่ใช้หรือการใช้ที่ละเมิดต่อกฎหมายสิทธิบัตรหรือความลับทางการค้าก็ไม่เป็นการกระทำผิดตามกฎหมายฉบับนี้เช่นเดียวกัน

สำหรับข้อยกเว้นความรับผิดของบุคคลภายนอก (Third Party) หากบุคคลภายนอกนั้นเป็นผู้บริโภคขั้นสุดท้าย (End User) หรือเป็นบริษัทที่มีเงินได้ต่อปีไม่เกิน 50 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือบุคคลภายนอกดังกล่าวได้รับหนังสือยืนยันจากผู้ประกอบการว่าได้ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกต้องกฎหมายในกระบวนการผลิตสินค้าและการดำเนินธุรกิจ หรือบุคคลภายนอกมีขั้นตอนการตรวจสอบโปรแกรมของคู่สัญญา (Audit) หรือบุคคลภายนอกไม่ได้เป็นคู่สัญญาหรือมีข้อตกลงในทางการค้ากับผู้ประกอบการที่กระทำผิดกฎหมาย ในกรณีนี้บุคคลภายนอกอาจแสดงหลักฐานเพื่อไม่ต้องรับผิดต่อการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในการผลิตสินค้าของผู้ประกอบการหรือของคู่สัญญาได้²⁹

copyright or trademark owner and that displays or embodies a name, character, artwork, or other indicia of or from a theme park, theme park attraction, or other facility associated with a theme park; or

(c) Packaging, carrier media, or promotional or advertising materials for any end article, end product, or merchandise that falls within (a) or (b) of this subsection;

(2) The allegation that the information technology is stolen or misappropriated is based on a claim that the information technology or its use infringes a patent or misappropriates a trade secret under applicable law or that could be brought under any provision of Title 35 of the United States Code;

(3) The allegation that the information technology is stolen or misappropriated is based on a claim that the defendant's use of the information technology violates the terms of a license that allows users to modify and redistribute any source code associated with the technology free of charge

²⁹ Wash. RCW. Chapter 19.330 Section 8

(1) A court may not award damages against any third party pursuant to RCW 19.330.060(2) where that party, after having been afforded reasonable notice of

(4) ตัวอย่างข้อพิพาท

แม้ว่ารัฐวอชิงตันจะเป็นรัฐแรกที่มีการตรากฎหมายกำหนดให้การใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในกระบวนการผลิตสินค้าหรือในการดำเนินธุรกิจเป็นการกระทำหรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้า และเป็นความผิดตามกฎหมาย Revised Code of Washington (RCW) Chapter 19.330 แต่ในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวไม่ได้มีข้อพิพาทเกิดขึ้นที่รัฐวอชิงตันเป็นรัฐแรกหากแต่เกิดขึ้นที่รัฐแมสซาชูเซตส์

สำหรับการข้อพิพาทเกิดขึ้นที่รัฐวอชิงตันเป็นครั้งแรกเมื่อเดือนเมษายน 2556 อัยการสูงสุด (Bob Ferguson) ได้ดำเนินคดีกับบริษัท Embraer ผู้ประกอบการสัญชาติบราซิล ซึ่งประกอบธุรกิจอุตสาหกรรมเกี่ยวกับการบิน รายใหญ่อันดับ 1 ใน 4 ของโลก ใน

at least ninety days by proper service upon such a party's agent for service of process and opportunity to plead any of the affirmative defenses set forth in this subsection, establishes by a preponderance of the evidence any of the following:

(a) Such a person is the end consumer or end user of an article or product subject to RCW 19.330.020, or acquired the article or product after its sale to an end consumer or end user;

(b) Such a person is a business with annual revenues not in excess of fifty million dollars;

(c) The person acquired the articles or products:

(i) And had either: A code of conduct or other written document governing the person's commercial relationships with the manufacturer adjudicated to have violated RCW 19.330.020 and which includes commitments, such as general commitments to comply with applicable laws, that prohibit use of the stolen or misappropriated information technology by such manufacturer; or written assurances from the manufacturer of the articles or products that the articles or products, to the manufacturer's reasonable knowledge, were manufactured without the use of stolen or misappropriated information technology in the manufacturer's business operations....

ความผิดฐานใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของไมโครซอฟท์โดยไม่ได้รับอนุญาตโดยถูกต้องตามกฎหมายในการดำเนินธุรกิจ³⁰ ซึ่งการกระทำดังกล่าวถือเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบการเดียวกันที่ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกกฎหมายในการดำเนินธุรกิจ แต่อย่างไรก็ตามข้อพิพาทดังกล่าวได้ยุติโดย Embraer ได้ให้คำรับรองต่ออัยการสูงสุดว่าจะดำเนินการเยียวยาให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรมกับผู้ประกอบการอากาศยานอื่นๆโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกกฎหมายในการดำเนินธุรกิจ

2.3.2.2 รัฐแมสซาชูเซตส์

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของรัฐแมสซาชูเซตส์ระบุอยู่ใน Massachusetts General Laws Part I - Administration of Government Title 15 - Regulation of Trade Chapter 93A – Regulation of Business Practices for Consumers Protection มีทั้งหมด 11 มาตรา มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองผู้บริโภคและธุรกิจประเภทเดียวกันในภาครัฐ สามารถสรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้

(1) ขอบเขตและการบังคับใช้

กฎหมายดังกล่าวได้ระบุให้วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม หรือการกระทำ หรือพฤติกรรมที่มีลักษณะหลอกลวง ทำให้ได้ประโยชน์อย่างไม่เป็นธรรมในทางการค้า เป็นความผิดตามกฎหมายนี้ ตาม Section 2³¹ ของกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของรัฐแมสซาชู-

³⁰ Washington State of the Official Attorney General , “Washington’s new unfair competition law protects local company from software piracy” , Accessed 1 June 2016 , <http://atg.wa.gov/news/news-releases/washington-s-new-unfair-competition-law-protects-local-company-software-piracy>

³¹ Mass. Gen. Laws Ann. Chapter 93A Section 2

(a) Unfair methods of competition and unfair or deceptive acts or practices in the conduct of any trade or commerce are hereby declared unlawful.

(b) It is the intent of the legislature that in construing paragraph (a) of this section in actions brought under sections four, nine and eleven, the courts will be guided by the interpretations given by the Federal Trade Commission and the Federal Courts to section 5(a)(1) of the Federal Trade Commission Act (15 U.S.C. 45(a)(1)), as from time to time amended.

เซตส์ด้วย ในทางการค้าดังกล่าว หมายรวมถึง การโฆษณา การเสนอขาย การเช่า การให้เช่า หรือจำหน่าย ซึ่งสินค้าและบริการใดๆในทางพาณิชย์ โดยกฎหมายให้อำนาจแก่ศาลในการตีความวิธีการหรือการกระทำ หรือพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ทั้งนี้ โดยเป็นไปตามแนวทางที่ FTC และศาลระดับสหพันธรัฐ ได้ตีความไว้ตาม Section 5 (a)(1) ของ FTC Act Title 15 Section 45 (a)(1) และให้อำนาจแก่อัยการสูงสุดของรัฐในการออกกฎเกณฑ์ ข้อบังคับ หรือระเบียบ เกี่ยวกับวิธีการ หรือการกระทำ หรือพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว โดยต้องสอดคล้องกับแนวทางที่ FTC ได้ตีความไว้ด้วยเช่นเดียวกัน

เมื่อเดือนตุลาคม 2556 Martha Coakley อัยการสูงสุดของรัฐแมสซาชูเซตส์ในขณะนั้นได้ประกาศให้การใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตสินค้าและในการดำเนินธุรกิจ และได้จำหน่าย หรือนำสินค้าดังกล่าวเข้ามาในรัฐแมสซาชูเซตส์ ถือเป็นการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นความผิดตาม Section 2 ของกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของรัฐแมสซาชูเซตส์ด้วย

(2) ผู้มีสิทธิดำเนินการ

ผู้มีส่วนได้เสียที่อาจดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดตาม Section 2 ได้ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของรัฐแมสซาชูเซตส์กำหนดไว้ค่อนข้างครอบคลุมในหลายกรณี ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

1) อัยการสูงสุดมีอำนาจในการดำเนินคดีกับบุคคลใดๆ ไม่ว่าจะ เป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคล หรือสมาคม หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นได้ใช้วิธีการ หรือการกระทำ หรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้า ทำให้ได้รับประโยชน์จากการกระทำดังกล่าวอย่างไม่ยุติธรรม และกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ โดยอัยการสูงสุดอาจมีคำสั่งหรือมาตรการชั่วคราว เพื่อให้บุคคลดังกล่าวยุติการใช้วิธีการ หรือการกระทำ หรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมนั้น³²

(c) The attorney general may make rules and regulations interpreting the provisions of subsection 2(a) of this chapter. Such rules and regulations shall not be inconsistent with the rules, regulations and decisions of the Federal Trade Commission and the Federal Courts interpreting the provisions of 15 U.S.C. 45(a)(1) (The Federal Trade Commission Act), as from time to time amended.

³² Mass. Gen. Laws Ann. Chapter 93A Section 4

โดยอัยการสูงสุดจะมีหนังสือเรียกให้บุคคลที่ได้ใช้วิธีการ หรือการกระทำ หรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมเข้ามาพบเพื่อชี้แจงถึงการกระทำที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวและให้โอกาสแก่ผู้นั้นในการเยียวยาความเสียหาย ซึ่งหากบุคคลนั้นฝ่าฝืนคำสั่งห้ามหรือมาตรการชั่วคราวที่ให้ผู้ติการใช้วิธีการ หรือการกระทำ หรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรม จะมีโทษปรับไม่เกิน 10,000 บาท

นอกจากนี้ อัยการอาจดำเนินการสืบสวนและสอบสวนข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานต่างๆที่เกี่ยวข้องกับวิธีการหรือการกระทำหรือพฤติกรรมที่มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม ที่ได้รับรู้ให้เป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม รวมทั้งมีอำนาจเรียกพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องมาทำการตรวจสอบด้วย³³ โดยมีหนังสือบอกกล่าวไปยังผู้ที่ใช้วิธีการ หรือการกระทำ หรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมล่วงหน้า 10 วันก่อนวันนัด ซึ่งหากบุคคลดังกล่าวได้รับหนังสือบอกกล่าวแล้วไม่มาพบหรือจงใจหลีกเลี่ยง หรือไม่ให้ความร่วมมือในการสืบสวนและสอบสวน หรือทำลาย ปิดบัง ซ่อนเร้น หรือยกย้ายไปซึ่งพยานหลักฐานหรือข้อมูลที่เกี่ยวข้อง มีโทษปรับไม่เกิน 5,000 ดอลลาร์สหรัฐ³⁴

“Whenever the attorney general has reason to believe that any person is using or is about to use any method, act, or practice declared by section two to be unlawful, and that proceedings would be in the public interest, he may bring an action in the name of the commonwealth against such person to restrain by temporary restraining order or preliminary or permanent injunction the use of such method, act or practice.....”

³³ Mass. Gen. Laws Ann. Chapter 93A Section 6(1)

“The attorney general, whenever he believes a person has engaged in or is engaging in any method, act or practice declared to be unlawful by this chapter, may conduct an investigation to ascertain whether in fact such person has engaged in or is engaging in such method, act or practice. In conducting such investigation he may (a) take testimony (b) examine or cause to be examined any documentary material (c) require attendance during such examination of documentary material of any person having knowledge of the documentary material and take testimony”

³⁴ Mass. Gen. Laws Ann. Chapter 93A Section 7

“A person upon whom a notice is served pursuant to the provisions of section six shall comply with the terms thereof unless otherwise provided by the order

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่อัยการสูงสุดเป็นผู้ออกกฎเกณฑ์ ข้อบังคับ หรือระเบียบ กำหนดวิธีการ หรือการกระทำ หรือพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าตาม Section 4 บุคคลที่ได้ใช้วิธีการ หรือการกระทำ หรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมอาจทำหนังสือรับรองว่าจะไม่ใช้วิธีการหรือกระทำการที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของรัฐแมสซาชูเซตส์ได้ รวมถึงให้บุคคลนั้นชำระค่าใช้จ่ายในการสอบสวนการกระทำผิด หรือชดใช้ความเสียหายให้แก่ผู้ซื้อได้ตาม Section 5 แต่ทั้งนี้แม้ว่าผู้กระทำความผิดจะได้ทำหนังสือรับรองว่าจะไม่ใช้วิธีการหรือการกระทำหรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมแล้ว อัยการก็อาจนำขึ้นมาพิจารณาใหม่ได้ซึ่งเอกสารหลักฐานที่อัยการเห็นว่าสำคัญ หากเป็นการดำเนินกระบวนการตามกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ

2) ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการใช้วิธีการ หรือการกระทำ หรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมหรือที่มีลักษณะหลอกลวงในธุรกิจประกันภัยตาม Massachusetts General Laws Chapter 176D Section 3 (9)³⁵ ซึ่งเป็นการตกลงระดับข้อพิพาทโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

of a court of the commonwealth. Any person who fails to appear, or with intent to avoid, evade, or prevent compliance, in whole or in part, with any civil investigation under this chapter, removes from any place, conceals, withholds, or destroys, mutilates, alters, or by any other means falsifies any documentary material in the possession, custody or control of any person subject to any such notice, or knowingly conceals any relevant information, shall be assessed a civil penalty of not more than five thousand dollars.”

³⁵ Massachusetts General Laws Chapter 176D Section 3

(9) Unfair claim settlement practices: An unfair claim settlement practice shall consist of any of the following acts or omissions:

(a) Misrepresenting pertinent facts or insurance policy provisions relating to coverages at issue;

(b) Failing to acknowledge and act reasonably promptly upon communications with respect to claims arising under insurance policies;

(c) Failing to adopt and implement reasonable standards for the prompt investigation of claims arising under insurance policies;

(d) Refusing to pay claims without conducting a reasonable investigation based upon all available information;

(e) Failing to affirm or deny coverage of claims within a reasonable time after proof of loss statements have been completed;

(f) Failing to effectuate prompt, fair and equitable settlements of claims in which liability has become reasonably clear;

(g) Compelling insureds to institute litigation to recover amounts due under an insurance policy by offering substantially less than the amounts ultimately recovered in actions brought by such insureds;

(h) Attempting to settle a claim for less than the amount to which a reasonable man would have believed he was entitled by reference to written or printed advertising material accompanying or made part of an application;

(i) Attempting to settle claims on the basis of an application which was altered without notice to, or knowledge or consent of the insured;

(j) Making claims payments to insured or beneficiaries not accompanied by a statement setting forth the coverage under which payments are being made;

(k) Making known to insured or claimants a policy of appealing from arbitration awards in favor of insureds or claimants for the purpose of compelling them to accept settlements of compromises less than the amount awarded in arbitration;

(l) Delaying the investigation or payment of claims by requiring that an insured or claimant, or the physician of either, submit a preliminary claim report and then requiring the subsequent submission of formal proof of loss forms, both of which submissions contain substantially the same information;

(m) Failing to settle claims promptly, where liability has become reasonably clear, under one portion of the insurance policy coverage in order to influence settlements under other portions of the insurance policy coverage; or

3) ผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งเป็นผู้ได้รับความเสียหายเป็นตัวเงินหรือทรัพย์สินจากการใช้หรือว่าจ้างบุคคลที่ใช้วิธีการหรือการกระทำหรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้า สามารถดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าวได้³⁶ และสามารถฟ้องกลับบุคคลภายนอกเพื่อเยียวยาความเสียหายได้ ทั้งนี้ตามที่ศาลเห็นว่าจำเป็นและสมควร

4) ผู้มีส่วนได้เสียที่ไม่ได้รับความเสียหายเป็นตัวเงินหรือทรัพย์สิน แต่สามารถแสดงให้เห็นว่าวิธีการหรือการกระทำหรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมนั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เงินและทรัพย์สินของบุคคลนั้น สามารถดำเนินคดีกับบุคคลที่ใช้วิธีการ หรือการกระทำหรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าได้³⁷

5) ในกรณีที่วิธีการหรือการกระทำหรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมทางการค้านั้น ส่งผลกระทบต่อบุคคลจำนวนมาก และบุคคลใดอยู่ในฐานะที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวเช่นเดียวกัน หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการดำเนินคดีดังกล่าวเป็นการดำเนินคดีในนามของบุคคลที่ได้รับความเสียหายนั้นด้วย ผู้ได้รับความเสียหายนั้นก็อาจใช้สิทธิ

(n) Failing to provide promptly a reasonable explanation of the basis in the insurance policy in relation to the facts or applicable law for denial of a claim or for the offer of a compromise settlement.

³⁶ Mass. Gen. Laws Ann. Chapter 93A Section 11 para.1

“Any person who engages in the conduct of any trade or commerce and who suffers any loss of money or property, real or personal, as a result of the use or employment by another person who engages in any trade or commerce of an unfair method of competition or an unfair or deceptive act or practice declared

³⁷ Mass. Gen. Laws Ann. Chapter 93A Section 11

“Such person, if he has not suffered any loss of money or property, may obtain such an injunction if it can be shown that the aforementioned unfair method of competition, act or practice may have the effect of causing such loss of money or property.”

ดำเนินการกับบุคคลที่กระทำความผิดได้ ในกรณีนี้ไม่อาจยกฟ้องหรือประนีประนอมยอมความกันได้ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากศาล³⁸

(3) บทลงโทษ

กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของรัฐแมสซาชูเซตส์ มีบทลงโทษแก่ผู้ใช้วิธีการ หรือการกระทำหรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้าอันเป็นการกระทำผิดตาม Section 2 ได้แก่ บุคคลใดได้ใช้หรือว่าจ้างผู้ที่ใช้วิธีการหรือการกระทำหรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรม เพื่อให้ได้ประโยชน์อย่างไม่ยุติธรรมในทางการค้า โดยรู้หรือควรจะรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดตาม Section 2 ของกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของรัฐแมสซาชูเซตส์ ศาลอาจให้บุคคลนั้นรับผิดชำระค่าปรับเป็นเงินไม่เกิน 5,000 ดอลลาร์สหรัฐ และชำระค่าใช้จ่ายในการสอบสวนและดำเนินคดี ซึ่งรวมถึงค่าทนายความ ตามที่เห็นสมควร ตาม Section 4 และหากปรากฏว่าบุคคลนั้นมีเจตนาในการกระทำความผิด ศาลอาจให้รับผิดชำระค่าปรับเป็นจำนวน 2 เท่า แต่ไม่เกิน 3 เท่าของค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง³⁹

ในกรณีที่อัยการสูงสุดเป็นผู้ดำเนินคดีต่อศาล ศาลอาจมีคำสั่งให้เพิกถอนหรือให้ระงับการกระทำ หรือให้ริบทรัพย์สินที่ใช้ในการกระทำผิด รวมทั้งสิทธิในการประกอบธุรกิจของบุคคลหรือนิติบุคคลต่างด้าวในรัฐแมสซาชูเซตส์ด้วย ตาม Section 8⁴⁰

³⁸ Mass. Gen. Laws Ann. Chapter 93A Section 11 para.3

“Any persons entitled to bring such action may, if the use or employment of the unfair method of competition or the unfair or deceptive act or practice has caused similar injury to numerous other persons similarly situated and if the court finds in a preliminary hearing that he adequately and fairly represents such other persons, bring the action on behalf of himself and such other similarly injured and situated persons.....”

³⁹ Mass. Gen. Laws Ann. Chapter 93A Section 11 para.6

“If the court finds in any action commenced hereunder, that there has been a violation of section two, the petitioner shall, in addition to other relief provided for by this section and irrespective of the amount in controversy, be awarded reasonable attorneys' fees and costs incurred in said action.”

⁴⁰ Mass. Gen. Laws Ann. Chapter 93A Section 8

(4) ตัวอย่างข้อพิพาท

ในการใช้กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมโดยการบัญญัติให้การใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในกระบวนการผลิตสินค้าและในการดำเนินธุรกิจดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าในระดับมลรัฐ มีคดีแรกเกิดขึ้นในเดือนตุลาคม พ.ศ. 2555 อัยการสูงสุดรัฐแมสซาชูเซตส์ (Martha Coakley) ได้ฟ้องร้องดำเนินคดีกับบริษัท ณรงค์ซีฟู๊ดส์ จำกัด บริษัทส่งออกอาหารทะเลแช่แข็งจากประเทศไทย ในกรณีที่ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในการดำเนินธุรกิจหรือในกระบวนการผลิตสินค้าและส่งออกสินค้าเข้ามาจำหน่ายในรัฐแมสซาชูเซตส์⁴¹ ซึ่งเป็นการกระทำผิดกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของรัฐแมสซาชูเซตส์ ตาม Massachusetts General Laws Chapter 93 ซึ่งบัญญัติถึงการห้ามมิให้ใช้วิธีการ หรือการกระทำ ทำหรือการพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรม หรือที่หลอกลวงในทางการค้าหรือการพาณิชย์ ซึ่งผู้ประกอบการไทยได้รับประโยชน์อย่างไม่เป็นธรรมจากการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในการจำหน่ายและนำเข้าสินค้าเข้ามาให้รัฐแมสซาชูเซตส์ และจากการกระทำดังกล่าวทำให้บริษัท ณรงค์ ซีฟู๊ดส์ จำกัด ได้ไปซึ่งประโยชน์ทางพาณิชย์อย่างไม่ยุติธรรมต่อผู้ประกอบการอเมริกันที่ประกอบธุรกิจเดียวกัน สำหรับคดีดังกล่าวบริษัทผู้ประกอบการไทยเลือกที่จะทำความตกลงไม่ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในการดำเนินธุรกิจหรือในกระบวนการผลิตสินค้า และยินยอมชำระค่าปรับเป็นเงินจำนวน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ⁴² ตาม Section 4

“Upon petition by the attorney general, the court may for habitual violation of injunctions issued pursuant to section four order the dissolution, or suspension or forfeiture of franchise of any corporation or the right of any individual or foreign corporation to do business in the commonwealth.”

⁴¹ The Attorney General of Massachusetts, “Company Fined for Using Pirated Software to Gain Unfair Advantage Over Massachusetts Businesses,” Accessed March 2 2015, <http://www.mass.gov/ago/news-and-updates/press-releases/2012/2012-10-18-narong-seafood-co.html>

⁴² Assurance of Discontinuance Pursuant to General Laws Chapter 93A Section 5 , Accessed 2 January 2016 , https://docs.google.com/file/d/0B0EWPO_JDHhwenJEU0V0aEZLS3M/edit?pli=1

2.3.2.3 รัฐแคลิฟอร์เนีย

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของรัฐแคลิฟอร์เนียระบุอยู่ใน Unfair Competition Law (UCL) ของ California Business & Professions Code มีทั้งหมด 11 มาตรา กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของรัฐแคลิฟอร์เนียดังกล่าวมีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค (Consumer Protection Act 1986) ซึ่งสามารถสรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้

(1) ขอบเขตและการบังคับใช้

การกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของรัฐแคลิฟอร์เนีย ระบุไว้ใน Section 17200⁴³ ซึ่งแบ่งลักษณะของการกระทำที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าได้เป็น 5 ลักษณะ ดังนี้

- 1) การกระทำหรือพฤติกรรมทางการค้าที่เป็นความผิดตามกฎหมายบัญญัติไว้ (Unlawful)
- 2) การกระทำหรือพฤติกรรมที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมในทางการค้า (Unfair)
- 3) การกระทำหรือพฤติกรรมที่หลอกลวงหรือฉ้อฉลในทางการค้า (Fraudulent)
- 4) การหลอกลวง แสดงความเท็จ ปกปิดข้อความจริงเกี่ยวกับการโฆษณา
- 5) การกระทำอื่น ๆ ที่มีลักษณะต้องห้ามตาม Section 17500⁴⁴ เกี่ยวกับการโฆษณาอันเป็นเท็จ

⁴³ Cal. Bus.&Prof. Code Section 17200

“As used in this chapter, unfair competition shall mean and include any unlawful, unfair or fraudulent business act or practice and unfair, deceptive, untrue or misleading advertising and any act prohibited by Chapter 1 (commencing with Section 17500) of Part 3 of Division 7 of the Business and Professions Code.”

⁴⁴ Cal. Bus.&Prof. Code Section 17500

“It is unlawful for any person, firm, corporation or association, or any employee thereof with intent directly or indirectly to dispose of real or personal

โดยศาลไม่ได้ให้คำจำกัดความลักษณะของการกระทำที่ไม่เป็นธรรม และไม่ได้มีคำแนะนำเกี่ยวกับลักษณะการกระทำที่ไม่เป็นธรรมไว้ แต่ศาลจะพิจารณาการกระทำเป็นกรณีๆไป สำหรับการกระทำที่มีลักษณะหลอกลวงคือการกระทำที่ไม่สุจริต บิดเบือนความจริง หรือแสดงความเท็จ ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นผลให้เกิดความเสียหายขึ้น

(2) ผู้มีสิทธิดำเนินการ

ในการดำเนินคดีกับผู้ที่ใช้วิธีการ หรือการกระทำ หรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้า กฎหมายให้อำนาจแก่อัยการสูงสุด , อัยการจังหวัด , สภามณฑล ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากอัยการจังหวัดให้ดำเนินคดีแก่ผู้ฝ่าฝืนเทศบัญญัติ และอัยการประจำเมือง โดยต้องเป็นเมืองที่มีประชากรมากกว่า 750,000 คน หรือได้รับความยินยอมจากอัยการจังหวัดให้ดำเนินคดีได้ บุคคลดังกล่าวข้างต้นสามารถดำเนินคดีในนามของผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการใช้วิธีการหรือการ

property or to perform services, professional or otherwise, or anything of any nature whatsoever or to induce the public to enter into any obligation relating thereto, to make or disseminate or cause to be made or disseminated before the public in this state, or to make or disseminate or cause to be made or disseminated from this state before the public in any state, in any newspaper or other publication, or any advertising device, or by public outcry or proclamation, or in any other manner or means whatever, including over the Internet, any statement, concerning that real or personal property or those services, professional or otherwise, or concerning any circumstance or matter of fact connected with the proposed performance or disposition thereof, which is untrue or misleading, and which is known, or which by the exercise of reasonable care should be known, to be untrue or misleading, or for any person, firm, or corporation to so make or disseminate or cause to be so made or disseminated any such statement as part of a plan or scheme with the intent not to sell that personal property or those services, professional or otherwise, so advertised at the price stated therein, or as so advertised. Any violation of the provisions of this section is a misdemeanor punishable by imprisonment in the county jail not exceeding six months, or by a fine not exceeding two thousand five hundred dollars (\$2,500), or by both that imprisonment and fine.”

กระทำหรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าได้ ไม่ว่าผู้ที่ได้รับความเสียหายนั้นจะเป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคล หรือสมาคม⁴⁵

(3) บทลงโทษ

ในกรณีที่ศาลเห็นว่า บุคคลใดใช้วิธีการ หรือการกระทำ หรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า ศาลอาจมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้ยุติวิธีการ หรือการกระทำหรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมนั้น รวมทั้งมีหนังสือแจ้งให้หลีกเลี่ยงการใช้หรือว่าจ้างผู้ที่ใช้วิธีการหรือการกระทำหรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรม และให้ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายพร้อมดอกเบี้ย⁴⁶ และศาลอาจมีคำสั่งให้รับผิดชอบใช้ค่าทนายความโดยคิดเป็นรายชั่วโมงทำงาน รวมถึงค่าประโยชน์ที่สาธารณชนได้รับจากการดำเนินคดีดังกล่าว

⁴⁵ Cal. Bus.&Prof. Code Section 17204

“Actions for Injunctions by Attorney General, District Attorney, County Counsel, and City attorneys actions for relief pursuant to this chapter shall be prosecuted exclusively in a court of competent jurisdiction by the Attorney General or a district attorney or by a county counsel authorized by agreement with the district attorney in actions involving violation of a county ordinance, or by a city attorney of a city having a population in excess of 750,000, or by a city attorney in a city and county or, with the consent of the district attorney, by a city prosecutor in a city having a full-time city prosecutor in the name of the people of the State of California upon their own complaint or upon the complaint of a board, officer, person, corporation, or association, or by a person who has suffered injury in fact and has lost money or property as a result of the unfair competition.”

⁴⁶ Cal. Bus.&Prof. Code Section 17203

“.....The court may make such orders or judgments, including the appointment of a receiver, as may be necessary to prevent the use or employment by any person of any practice which constitutes unfair competition, as defined in this chapter, or as may be necessary to restore to any person in interest any money or property, real or personal, which may have been acquired by means of such unfair competition.....”

และต้องชำระค่าปรับไม่เกิน 2,500 ดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งศาลอาจกำหนดให้ปรับมากกว่า 1 เท่า โดยพิจารณาจากความร้ายแรงของการกระทำ จำนวนครั้งที่กระทำผิด ความต่อเนื่องของการกระทำผิด ระยะเวลาในการกระทำผิด และเจตนาในการกระทำ รวมทั้งมูลค่าทรัพย์สินของผู้กระทำผิดประกอบด้วย⁴⁷

หากปรากฏว่าบุคคลใดมีเจตนาฝ่าฝืนกฎหมายที่ระบุให้การกระทำเป็นการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรม ตาม Section 17203 ต้องชำระค่าปรับไม่เกิน 6,000 ดอลลาร์สหรัฐ ทั้งนี้คำนึงถึงความร้ายแรงของการกระทำ จำนวนครั้งที่กระทำผิด ความต่อเนื่องของการกระทำผิด ระยะเวลาในการกระทำผิด และเจตนาในการกระทำ รวมทั้งมูลค่าทรัพย์สินของผู้กระทำผิดประกอบด้วย⁴⁸

⁴⁷ Cal. Bus.&Prof. Code Section 17206 (b)

“The court shall impose a civil penalty for each violation of this chapter. In assessing the amount of the civil penalty, the court shall consider any one or more of the relevant circumstances presented by any of the parties to the case, including, but not limited to, the following: the nature and seriousness of the misconduct, the number of violations, the persistence of the misconduct, the length of time over which the misconduct occurred, the willfulness of the defendant's misconduct, and the defendant's assets, liabilities, and net worth.”

⁴⁸ Cal. Bus.&Prof. Code Section 17207 (a)

“Any person who intentionally violates any injunction prohibiting unfair competition issued pursuant to Section 17203 shall be liable for a civil penalty not to exceed six thousand dollars(\$6,000) for each violation. Where the conduct constituting a violation is of a continuing nature, each day of that conduct is a separate and distinct violation. In determining the amount of the civil penalty, the court shall consider all relevant circumstances, including, but not limited to, the extent of the harm caused by the conduct constituting a violation, the nature and persistence of that conduct, the length of time over which the conduct occurred, the assets, liabilities, and net worth of the person, whether corporate or individual, and any corrective action taken by the defendant”

นอกจากนี้ หากวิธีการ หรือการกระทำ หรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า ทำให้ผู้สูงอายุ (บุคคลที่มีอายุ 65 ปีขึ้นไป) และคนพิการหรือทุพพลภาพ ได้รับความเสียหาย จะต้องชำระค่าปรับไม่เกิน 2,500 ดอลลาร์สหรัฐด้วย⁴⁹

และกฎหมายยังกำหนดให้ต้องดำเนินการฟ้องร้องภายใน 4 ปี นับแต่วันที่การกระทำผิดเกิดขึ้นหรือนับแต่วันที่รู้ถึงการกระทำที่ไม่เป็นธรรมนั้น⁵⁰

(4) ตัวอย่างข้อพิพาท

ในเดือนมกราคม พ.ศ. 2556 อัยการสูงสุดรัฐแคลิฟอร์เนีย (Kamala D. Harris) ได้ดำเนินคดีกับผู้ประกอบการต่างชาติที่ประกอบธุรกิจส่งออกสินค้าจำพวกเครื่องนุ่งห่ม โดยใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในกระบวนการผลิตสินค้าและได้นำเข้าสินค้านี้เข้ามาจำหน่ายในรัฐแคลิฟอร์เนีย จำนวน 2 ราย คือ รายที่ 1 Ningbo Beyond Home Textile Co., Ltd. ผู้ประกอบการชาวจีน⁵¹ และรายที่ 2 Pratibha Syntex Ltd. ผู้ประกอบการชาว

⁴⁹ Cal. Bus.&Prof. Code Section 17206.1 (a)(1)

“In addition to any liability for a civil penalty pursuant to Section 17206, a person who violates this chapter, and the act or acts of unfair competition are perpetrated against one or more senior citizens or disabled persons, may be liable for a civil penalty not to exceed two thousand five hundred dollars (\$2,500) for each violation, which may be assessed and recovered in a civil action as prescribed in Section 17206.”

⁵⁰ Cal. Bus.&Prof. Code Section 17208

“Any action to enforce any cause of action pursuant to this chapter shall be commenced within four years after the cause of action accrued. No cause of action barred under existing law on the effective date of this section shall be revived by its enactment.”

⁵¹ The Attorney General of California, “People of the State of California v. Ningbo Beyond Home Textile Co., Ltd., No. BC499771 Cal. Super. Ct. Jan. 24, 2013,” Accessed 11 January 2016, https://oag.ca.gov/system/files/attachments/press_releases/Conformed%20Ningbo%20Complaint.pdf

อินเดีย⁵² ซึ่งอัยการสูงสุดได้ประกาศให้การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย California Business and Professions Code Section 17200

ธุรกิจสิ่งทอถือว่าธุรกิจสำคัญและมีขนาดใหญ่ของรัฐแคลิฟอร์เนีย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในนครลอสแอนเจลิส ซึ่งกฎหมายของรัฐบังคับให้ผู้ประกอบการอเมริกันต้องใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกต้องกฎหมายในการผลิต จำหน่าย และขนส่งสินค้า เช่น เสื้อผ้า และเครื่องนุ่งห่มอื่นๆ ซึ่งผู้ประกอบการอเมริกันมีค่าใช้จ่ายในการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือต้องได้รับอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์จากเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นต้นทุนในการผลิตและดำเนินธุรกิจดังกล่าว ในขณะที่ผู้ประกอบการต่างชาติใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในการออกแบบ เช่น โปรแกรม Adobe Photoshop หรือในการดำเนินธุรกิจ เช่น โปรแกรม Microsoft Office ทำให้มีต้นทุนการผลิตที่ต่ำกว่า และได้ไปซึ่งประโยชน์ในระยะสั้นคือ ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการซื้อโปรแกรมหรือค่าใช้จ่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ และยังทำให้ผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของอเมริกันขาดแรงจูงใจในการลงทุนเพื่อพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ นอกจากนี้ จากการที่ผู้ประกอบการต่างชาติได้รับประโยชน์จากการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายทำให้ได้ไปซึ่งประโยชน์อย่างไม่ยุติธรรมในทางการค้าอาจเป็นเหตุให้ผู้ประกอบธุรกิจสิ่งทอในรัฐแคลิฟอร์เนียเลือกที่จะลดขนาดของกิจการหรือย้ายฐานการผลิตไปที่อื่น ซึ่งส่งผลให้เกิดการว่างงานขึ้นในรัฐแคลิฟอร์เนียในที่สุด โดยจากการศึกษาของสภาธุรกิจเขตสีส้ม (Orange County Business Council) พบว่าในช่วงทศวรรษที่ผ่านมาแคลิฟอร์เนียมีอัตราการว่างงานถึง 400,000 อัตรา ในธุรกิจอุตสาหกรรมและเทคโนโลยีให้กับประเทศที่มีอัตราการละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์สูงถึง 80% เป็นผลให้สูญเสียรายได้จากกิจกรรมทางเศรษฐกิจเป็นเงิน 1.6 ล้านล้านดอลลาร์สหรัฐ และขาดรายได้จากการจัดเก็บภาษีเป็นเงิน 700 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

จากการกระทำดังกล่าวของผู้ประกอบการทั้งสองราย ศาลได้มีคำสั่งห้ามไม่ให้ผู้ประกอบการต่างชาติทั้งสองรายข้างต้นจำหน่ายและนำเข้าซึ่งสินค้าที่ผลิตโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตสินค้าหรือในการดำเนินธุรกิจนำเข้ามาในรัฐแคลิฟอร์เนียจนกว่าจะได้ดำเนินการแก้ไขเยียวยาให้ถูกต้องตามกฎหมาย การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของรัฐแคลิฟอร์เนียเสียก่อน กล่าวคือ ต้องใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูก

⁵² The Attorney General of California, “People of the State of California v. Pratibha Syntex Ltd., No. BC499751 (Cal. Super. Ct. Jan. 24, 2013,” Accessed 11 January 2016, http://www.Usfashionindustry.com/pdf_files/Pratibha.pdf

กฎหมายหรือได้รับอนุญาตให้ใช้โดยถูกต้องจากเจ้าของลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดเสียก่อน นอกจากนี้ต้องรับผิดชอบชำระค่าปรับจำนวน 2,500 ดอลลาร์สหรัฐ และค่าทนายความตาม Section 17200⁵³

2.3.2.4 รัฐหลุยส์เซียน่า

กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของรัฐหลุยส์เซียน่าบัญญัติใน Louisiana Laws Revised Statutes Title 51 - Trade and Commerce Chapter 13 - Unfair Trade Practices and Consumers Protection Law ซึ่งกฎหมายดังกล่าวออกมาเมื่อปี ค.ศ.1972 มีทั้งหมด 26 มาตรา ตั้งแต่ Section 1401 – 1426 ต่อมาเมื่อปี ค.ศ. 2010 รัฐหลุยส์เซียน่าได้ตรากฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมเพิ่มเติมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์หรือใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ถูกต้องตามกฎหมายในกระบวนการผลิตหรือพัฒนาสินค้าหรือบริการ และได้จำหน่ายหรือเสนอขายสินค้าดังกล่าวในรัฐหลุยส์เซียน่าในลักษณะแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจเดียวกันในรัฐหลุยส์เซียน่า การกระทำดังกล่าวถือเป็นวิธีการหรือพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า ซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม Section 1427⁵⁴

⁵³ Lexology , “Alleged software piracy by overseas fashion firms gives rise to unfair competition claims in California” , Accessed 5 February 2016 , http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=832_fa2d3-3519-4a4d-a109-a3f5ca98e319

⁵⁴ LA Rev Stat Section 51:1427

“ Unfair or deceptive trade practices or acts; stolen or misappropriated computer software; violations

A. It shall be unlawful for a person to develop or manufacture a product, or to develop or supply a service using stolen or misappropriated property, including but not limited to computer software that does not have the necessary copyright licenses, where that product or service is sold or offered for sale in competition with those doing business in this state.

B. Any violation of this Section shall be an unfair method of competition and unfair practice or act and shall subject the violator to any and all actions and penalties provided for in this Chapter. For the purpose of this Section, a violation shall occur each time such a product or service is sold or offered for sale.”

ตัวอย่างข้อพิพาท

เมื่อเดือนธันวาคม 2556 อัยการสูงสุด (James D. Buddy Caldwell) ได้ดำเนินคดีกับบริษัท Guangdong Canbo Electrical Appliance Co.,Ltd. ผู้ผลิตเนื้อบาร์บีคิวย่างยี่ห้อ Char-broil และ Char-grill ผู้ประกอบการสัญชาติจีน โดยได้ยื่นหนังสือแจ้งการกระทำผิดตามกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของรัฐหลุยส์เซียน่า เนื่องจากผู้ประกอบการชาวจีนดังกล่าวได้ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในการดำเนินธุรกิจ และใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในการผลิตชิ้นส่วนของสินค้า และได้นำสินค้านั้นเข้ามาจำหน่ายหรือเสนอขายในรัฐหลุยส์เซียน่า⁵⁵ ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า ทำให้ผู้ประกอบการชาวจีนได้ประโยชน์อย่างไม่ยุติธรรมจากการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ไม่ถูกกฎหมาย เหนือกว่าผู้ประกอบการในรัฐหลุยส์เซียน่าที่ปฏิบัติตามกฎหมาย โดยอัยการสูงสุดมีคำสั่งห้ามไม่ให้ผู้ประกอบการชาวจีนนำสินค้านี้เข้ามาจำหน่ายในรัฐหลุยส์เซียน่า

อย่างไรก็ตาม เมื่อเดือนมีนาคม 2557 บริษัท Guangdong Canbo Electrical Appliance Co.,Ltd. ผู้ประกอบการชาวจีนได้ตกลงชำระค่าปรับตามกฎหมายจำนวน 250,000 ดอลลาร์สหรัฐ และตกลงยินยอมให้ตรวจสอบการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของบริษัท

กล่าวโดยสรุป กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมที่กำหนดห้ามการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายหรือละเมิดลิขสิทธิ์ในกระบวนการผลิตและในการประกอบธุรกิจของมลรัฐต่างๆในประเทศสหรัฐอเมริกา มีความคล้ายคลึงกัน โดยถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นพฤติกรรมหรือการกระทำที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้า เนื่องจากการผลิตสินค้าหรือชิ้นส่วนประกอบสำคัญของสินค้าโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิต การจำหน่ายสินค้า รวมถึงในการประกอบธุรกิจ ไม่ว่าจะเป็นการบริหาร การบัญชี การขนส่ง หรือการนับจำนวนสินค้า ทำให้ผู้ประกอบการมีต้นทุนในการผลิตต่ำกว่าสามารถกำหนดราคาขายสินค้าได้ต่ำกว่าผู้ประกอบการที่ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกกฎหมายในการผลิตสินค้าและในการดำเนินธุรกิจ กรณีดังกล่าวจึงเป็นการได้ไปซึ่งประโยชน์โดยไม่ยุติธรรมในทางการค้าและทำให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม

⁵⁵Office of the Attorney General State of Louisiana , “Louisiana Attorney General leads crackdown on software piracy” , Accessed May 5, 2016 , <https://www.ag.state.la.us/Article.aspx?articleID=823&catID=2>

กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวบังคับใช้กับบุคคล คณะบุคคล และนิติบุคคลต่างๆที่ประกอบธุรกิจนำเข้าและส่งออกสินค้าและหรือชิ้นส่วนประกอบสำคัญของสินค้าไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกำหนดให้ผู้ผลิต หรือผู้จัดหาวัตถุดิบ หรือตัวแทนจำหน่ายสินค้า รวมถึงบุคคลที่สามที่รับสินค้าที่ผลิตโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมาย อาจได้รับโทษตามกฎหมายฉบับนี้ หากตรวจสอบพบว่าผู้ประกอบการรายใดมีกระบวนการผลิต การจัดหาวัตถุดิบ หรือใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตสินค้าหรือในการดำเนินธุรกิจ และได้นำสินค้านั้นเข้ามาจำหน่ายในสหรัฐอเมริกา อาจถูกฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากคู่แข่งทางการค้าได้ นอกจากนี้ยังมีโทษปรับ ยึดสินค้า และศาลอาจมีคำสั่งห้ามนำสินค้านั้นเข้ามาจำหน่ายภายในมลรัฐได้อีกด้วย

บทที่ 3

ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับมาตรการทางการค้า

แม้ว่านานาประเทศจะมีความประสงค์ให้เกิดการค้าที่เสรีและเป็นธรรมในการค้าระหว่างประเทศ แต่ปฏิเสธไม่ได้ว่าในแต่ละประเทศย่อมมีนโยบายของรัฐในการปกป้องและคุ้มครองประชาชนภายในรัฐ ทรัพยากรของรัฐ รวมถึงความมั่นคงทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมภายในรัฐของตนด้วย จึงมีการออกกฎหมาย กฎเกณฑ์ ระเบียบ หรือมาตรการต่างๆ เพื่อตอบสนองนโยบายของรัฐดังกล่าว ทำให้เกิดอุปสรรคทางการค้าขึ้นมากมายซึ่งมีทั้งอุปสรรคที่เป็นภาษี (Tariff Barrier) และอุปสรรคที่ไม่มีภาษี (Non-Tariff Barrier) องค์การการค้าโลก (World Trade Organization) หรือ WTO จึงเป็นองค์กรระหว่างประเทศที่มีบทบาทสำคัญในการควบคุมดูแลให้การค้าระหว่างประเทศต่างๆ เป็นไปอย่างเสรีมากยิ่งขึ้น โดยได้กำหนดระเบียบและกฎเกณฑ์ทางการค้าซึ่งประเทศภาคีสมาชิกมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม เช่น ความตกลงทั่วไปว่าด้วยพิกัดอัตราภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariff and Trade) หรือ GATT ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (Agreement on Technical Barrier to Trade) ความตกลงว่าด้วยการใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (Agreement on Safeguard) ความตกลงว่าด้วยการต่อต้านการทุ่มตลาด (Antidumping) และความตกลงว่าด้วยการต่อต้านการอุดหนุน (Agreement on Subsidies and Countervailing Measure) ความตกลงว่าด้วยมาตรการการลงทุนที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade – related to Investment Measure) เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อให้ประเทศภาคีสมาชิกลดการใช้มาตรการทางภาษีและมาตรการที่ไม่มีภาษีเพื่อกีดกันการนำเข้าและส่งออกสินค้าจากประเทศอื่นเข้ามายังประเทศของตน นอกจากนี้ยังเป็นการสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้ค้า ผู้ลงทุน ผู้ผลิต และผู้ส่งออกให้สามารถคาดการณ์และวางแผนการค้าระหว่างประเทศได้ แต่อย่างไรก็ตาม WTO ได้เปิดช่องให้ประเทศภาคีสมาชิกไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่ให้ไว้ได้หากมาตรการทางการค้าภายในประเทศนั้นๆ เข้าเงื่อนไขตามข้อยกเว้นที่ได้ระบุไว้ในข้อตกลงของ WTO

3.1 มาตรการทางการค้าที่ไม่มีภาษี (Non-Tariff Measures)

มาตรการทางการค้าที่ไม่มีภาษี (Non-Tariff Measures : NTMs) หมายถึง มาตรการทางการค้าที่ไม่มีภาษีศุลกากร โดยจะเป็นกฎระเบียบที่เกี่ยวกับการค้าซึ่งเป็นมาตรการทางกฎหมาย หรือบัญญัติขึ้นโดยรัฐหรือฝ่ายปกครองในรูปแบบต่างๆ ที่นอกเหนือจากการตั้งกำแพงภาษี ซึ่งมีผลทำให้เกิดการกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศ เช่น การกำหนดโควตา การออกใบอนุญาต

การเก็บค่าธรรมเนียม มาตรฐานด้านบรรจุภัณฑ์ การติดฉลากสินค้า มาตรการเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม มาตรการเกี่ยวกับแรงงาน เป็นต้น

มาตรการทางการค้าที่มีใช้ภาษี (NTMs) มีอยู่ด้วยกันหลายประเภท สามารถแบ่งออกเป็น 3 ประเภทใหญ่ๆ⁵⁶ ดังนี้

ประเภทที่ 1 มาตรการทางการค้าที่มีใช้ภาษีที่เกี่ยวกับการจำกัดปริมาณ (Quantitative Measure) มีจุดประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้ผลิตสินค้าภายในประเทศท่าที่การแข่งขันกับสินค้าที่นำเข้าจากต่างประเทศ เพื่อให้ปราศจากการแข่งขันของสินค้าที่นำเข้าจากต่างประเทศหรือช่วยเหลือผู้ส่งออกสินค้าจากประเทศของตนไปยังตลาดต่างประเทศ เช่น การจำกัดโควตาการนำเข้าหรือส่งออก (Quota) , การห้ามทำการค้า (Embargoes) เป็นการห้ามนำเข้าหรือส่งออกสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งกับประเทศใดประเทศหนึ่ง , การออกใบอนุญาตการนำเข้า , การจำกัดปริมาณส่งออกโดยความสมัครใจของประเทศผู้ส่งออก (Voluntary Export Restraints : VTRs) และการจำกัดสัดส่วนท้องถิ่น (Local Content) เป็นการกำหนดการใช้ส่วนประกอบการผลิตของท้องถิ่น ในด้านวัตถุดิบและแรงงาน อันเป็นการบังคับให้ต่างประเทศต้องเข้ามาลงทุนในประเทศของตนแทนที่จะใช้วิธีส่งสินค้าเข้ามาจำหน่าย

ประเภทที่ 2 มาตรการด้านคุณภาพ (Qualitative Measures) หมายถึงกฎระเบียบที่ออกโดยรัฐบาลของประเทศผู้นำเข้าที่มีผลทำให้กระบวนการนำเข้าสินค้ามีขั้นตอนมากขึ้น เช่น กระบวนการหรือขั้นตอนพิธีศุลกากร , การกำหนดมาตรฐานด้านการผลิต เช่น ISO 14000 , กฎระเบียบเกี่ยวกับการบรรจุหีบห่อและฉลากผลิตภัณฑ์ , มาตรการเกี่ยวกับความปลอดภัยของอาหารและสุขอนามัย , มาตรการเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม , การกำหนดแหล่งกำหนดสินค้า , เป็นต้น

ประเภทที่ 3 มาตรการทางการค้าที่มีใช้ภาษีในรูปแบบของมาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองอุตสาหกรรมภายใน ได้แก่ มาตรการการตอบโต้การทุ่มตลาด (Anti-Dumping Duty) , มาตรการตอบโต้การอุดหนุน (Countervailing Duty) , การใช้มาตรการป้องกันเพื่อปกป้องอุตสาหกรรมภายในประเทศตามความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง (Safeguard Agreement) เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม องค์การการค้าโลก (WTO) มีกฎระเบียบของ GATT ที่อนุญาตให้ประเทศสมาชิกนำหลักเกณฑ์ของมาตรการทางการค้าที่มีใช้ภาษีไปใช้ได้ ในกรณีจำเป็นเพื่อคุ้มครอง

⁵⁶ธิดารัตน์ โชคสุชาติ , “การกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศ : มาตรการกีดกันที่มีใช้ภาษี ,” วารสาร มจร.วิชาการ (กรกฎาคม – ธันวาคม 2554) : 118 - 121

สุขภาพและความปลอดภัยของชีวิตมนุษย์ พืช และสัตว์ หรือในการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายภายในประเทศที่ไม่ขัดต่อความตกลง GATT หรือในกรณีฉุกเฉินและจำเป็นเพื่อปกป้องผลประโยชน์ด้านความมั่นคงของประเทศ แต่ทั้งนี้จะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติอย่างไม่มีเหตุผล และไม่เป็นการกีดกันทางการค้าโดยแอบแฝง ตาม GATT Article XX

ในปัจจุบันมีการนำมาตรการทางการค้าที่มีใช้ภาษีมาใช้เพื่อเป็นอุปสรรคต่อการส่งออกของประเทศคู่ค้าหรือนำมาเป็นข้อกำหนดเพื่อกีดกันการนำเข้าที่ไม่สอดคล้องกับมาตรฐานของประเทศผู้นำเข้ามากขึ้น โดยการกำหนดคุณภาพสินค้าที่เกินมาตรฐานสากลหรือการเข้มงวดในการตรวจสอบมาตรฐานสินค้าซึ่งมีรูปแบบที่หลากหลาย โดยมีบางมาตรการที่ไม่น่าจะเป็นการกีดกันทางการค้าหากพิจารณาถึงจุดมุ่งหมายในการกำหนดมาตรการดังกล่าว เช่น มาตรการด้านแรงงาน ที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะการต่อต้านการใช้แรงงานเด็ก ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นผู้นำในการต่อต้านประเทศที่มีการใช้แรงงานเด็กในการผลิตสินค้า โดยประเทศสหรัฐอเมริกาได้ลงนามในความตกลงว่าด้วยการต่อต้านการใช้แรงงานเด็ก (ILO's Convention of the Worst of Child Labour) ภายใต้องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labor Organization) เมื่อวันที่ 2 ธันวาคม พ.ศ.2542 และได้เสนอให้มีการเจรจาเรื่องมาตรฐานแรงงานภายใต้องค์การการค้าโลก แต่ไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจากประเทศกำลังพัฒนาไม่เห็นด้วยเพราะอาจนำมาใช้บิดเบือนเป็นมาตรการกีดกันทางการค้าต่อประเทศกำลังพัฒนาได้⁵⁷ นอกจากนี้ยังมีการกำหนดมาตรการด้านสิ่งแวดล้อม ที่ประเทศพัฒนาแล้วมักนำมาตราการเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมมาใช้เพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมภายในประเทศของตนและของโลก โดยกำหนดมาตรการต่างๆให้ครอบคลุมถึงผลกระทบจากการใช้วัสดุในการผลิต กระบวนการหรือวิธีการผลิตสินค้าหรือบริการ ขั้นตอนการผลิต การบรรจุภัณฑ์ และการทำลายเศษของเหลือใช้ เช่น ในกรณีที่สหภาพยุโรปออกมาตรการเกี่ยวกับเศษเหลือทิ้งของเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งให้ผู้ผลิตรับผิดชอบต่อซากผลิตภัณฑ์ อุปกรณ์เครื่องใช้ไฟฟ้า และอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่หมดอายุการใช้งานแล้ว เป็นการป้องกันไม่ให้จำนวนเศษซากเหลือทิ้งมีมากขึ้น และส่งเสริมให้มีการกลับมาใช้ใหม่เพื่อลดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

⁵⁷ อร ขวลิตนิธิกุล , มาตรการคุ้มครองแรงงานของประเทศสหรัฐอเมริกาในการค้าระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อไทย , วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , พ.ศ.2548

3.2 ความตกลงทั่วไปของ GATT และ WTO

3.2.1 ที่มาของ GATT และ WTO

ในช่วงศตวรรษที่ 1930 ประเทศต่างๆทำการแข่งขันทางการค้ากันโดยใช้มาตรการทางการค้าคุ้มครองการค้าของตนและการกีดกันทางการค้ากับประเทศอื่นๆ เพื่อให้ประเทศของตนได้เปรียบดุลการค้า ทั้งยังใช้มาตรการทางการค้าต่างๆกับประเทศคู่ค้า ไม่ว่าจะเป็นมาตรการที่ภาษีศุลกากร (Tariff Barriers) และมาตรการทางการค้าที่ไม่มีใช้ภาษี (Non Tariff Barriers) ทำให้เกิดวิกฤตทางเศรษฐกิจทั่วโลกและเศรษฐกิจโลกตกต่ำถึงขีดสุดจนเป็นสาเหตุหนึ่งของสงครามโลกครั้งที่ 2 ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ยุติลง ประเทศต่างๆจึงมีแนวความคิดในการฟื้นฟูเศรษฐกิจและสังคมโลก แก้ไขอุปสรรคทางการค้าระหว่างประเทศ และจัดทำระเบียบการค้าโลกขึ้น⁵⁸ ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1945 ตัวแทนรัฐบาลจากประเทศต่างๆ 40 ประเทศ ประชุมกันที่เมือง Bretton Woods รัฐนิวแฮมเชียร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อหาทางฟื้นฟูระบบการเงินระหว่างประเทศและแก้ไขปัญหาค่าเงินแลกเปลี่ยนระหว่างประเทศ โดยมี Mr. John Maynard Keynes และ Henry Dexter White เป็นผู้ร่างแผนการในการฟื้นฟูระบบการเงินของโลก ซึ่งเรียกว่า Keynes Plan และ White Plan เสนอในระหว่างการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการเงินและการคลัง และได้ร่วมกันจัดตั้งองค์กรหลัก 3 สถาบัน เรียกว่า Bretton Woods Institutions ได้แก่ (1) กองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund: IMF) (2) ธนาคารโลก (International Bank for Reconstruction and Development : IBRD or World Bank) (3) องค์กรการค้าระหว่างประเทศ (International Trade Organization หรือ ITO)

สำหรับองค์กรการค้าระหว่างประเทศ (International Trade Organization หรือ ITO) ได้มีการร่างความตกลงจัดตั้ง ITO ขึ้น เมื่อเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 1946 โดยรวมอยู่ในกฎบัตร ฮาวานา (Havana Charter) เพื่อทำหน้าที่ดูแลและกำกับให้การค้าระหว่างประเทศเป็นไปโดยเสรี ขจัดอุปสรรคทางการค้าระหว่างประเทศ ทั้งในด้านภาษีศุลกากรและด้านอื่นๆ รวมทั้งจารีตปฏิบัติทางธุรกิจที่ขัดต่อหลักการเศรษฐกิจเสรีนิยม และการพัฒนาและบูรณะเศรษฐกิจของประเทศสมาชิกและการจัดการเกี่ยวกับข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยโศกภัยต่างๆ

⁵⁸ ทักษิณีย์ ทองอุไร , “กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ : GATT และ WTO : บททั่วไป” (พิมพ์ครั้งที่ 4) , วิญญูชน , 2556 , หน้า 27

(International Commodity Agreements)⁵⁹ อย่างไรก็ตาม การก่อตั้ง ITO ไม่ประสบผลสำเร็จเนื่องจากสภา Congress ของสหรัฐอเมริกาไม่ยอมที่จะให้สัตยาบันในนามของสหรัฐอเมริกา จึงส่งผลให้กฎบัตรฮาวานาชาตวรรษห้าอย่างสหรัฐอเมริกาเข้าเป็นภาคีสมาชิก เป็นเหตุให้ประเทศอื่นๆ ไม่เข้าเป็นภาคีสมาชิกไปด้วย จึงมีแต่การจัดทำข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยพิกัดอัตราภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ.1947 (General Agreement on Tariffs and Trade) หรือแกตต์ (GATT) ซึ่งลงนามวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ. 1947 โดยมีประเทศสมาชิกผู้ก่อตั้ง GATT จำนวน 23 ประเทศ⁶⁰ มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1948 เป็นต้นมา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการส่งเสริมการค้าและเศรษฐกิจระหว่างประเทศของประเทศภาคีระดับมาตรฐานการครองชีพ การจ้างงาน และการนำทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดมาใช้ให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อการผลิต โดย GATT ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการดำเนินการทางการค้าไว้ ดังนี้

(1) การค้าระหว่างประเทศพึงยึดหลัก “การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง” (Most - favored Nation Treatment : MFN) โดยประเทศภาคีความตกลงตกลงต้องให้สิทธิพิเศษทางการค้ากับประเทศอื่นๆ ที่เป็นภาคีความตกลงอย่างเท่าเทียมโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ

(2) การคุ้มครองอุตสาหกรรมภายในประเทศจากการแข่งขันของสินค้าเข้าพึงกระทำโดยมาตรการทางภาษีศุลกากรเท่านั้น ห้ามใช้การจำกัดการนำเข้า (import restriction)

(3) สินค้าที่ประเทศภาคีความตกลงลดภาษีแล้วจะไม่มี การขึ้นภาษีอีกในภายหลัง

(4) กรณีมีข้อพิพาททางการค้า ให้คู่กรณีปรึกษาหารือ (consultation) แทนการใช้มาตรการตอบโต้ (retaliatory measures)

(5) อนุญาตให้มีการควบคุมการนำเข้าได้ กรณีที่ประเทศภาคีความตกลงเกิดวิกฤตการณ์ต่อดุลการชำระเงิน

⁵⁹ รังสรรค์ ณะพรพันธ์ , “เอกสารเหตุการณ์ปัจจุบันหมายเลข 11 จาก GATT สู่ WTO” , โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2552 , น.23

⁶⁰ ประเทศสมาชิกก่อตั้ง 23 ประเทศ ประกอบด้วย ออสเตรเลีย เบลเยียม บราซิล พม่า แคนาดา ศรีลังกา ซิลี จีน คิวบา เช็กโกสโลวาเกีย ฝรั่งเศส อินเดีย เลบานอน ลักเซมเบิร์ก เนเธอร์แลนด์ นิวซีแลนด์ นอร์เวย์ ปากีสถาน โรตเซียใต้ ซีเรีย แอฟริกาใต้ สหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกา

(6) GATT สนับสนุนให้มีการรวมกลุ่มทางการค้าในภูมิภาคเพื่อนำไปสู่การค้าเสรี

การกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวเพื่อกำกับดูแลความสัมพันธ์และระเบียบการค้าโลกเพื่อเป็นหนทางนำไปสู่การค้าเสรี สนับสนุนการจำกัดอุปสรรคทางการค้าหรือมาตรการกีดกันทางการค้า กำหนดแนวทางส่งเสริมการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของบรรดาประเทศภาคีสมาชิก ซึ่ง GATT ถือเป็นแม่บทของกฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศ เป็นเวทีในการเจรจาการค้าระหว่างประเทศภาคีสมาชิก และเป็นเวทีในการระงับข้อพิพาททางการค้าด้วย โดย GATT มีสำนักงานเลขาธิการแกดต์ (GATT Secretariat) ทำหน้าที่ในการควบคุมและประสานงานระหว่างประเทศภาคีสมาชิก

GATT มีการเจรจาทั้งสิ้น 9 ครั้ง โดยจัดการเจรจาในประเทศต่างๆ ดังนี้
ครั้งที่ 1 กรุงฮาวานา (Geneva Round) ประเทศคิวบา และนครเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ (เมษายน – ตุลาคม ค.ศ. 1947) มุ่งการเจรจาเพื่อลดภาษีศุลกากรระหว่างประเทศสมาชิก โดยมีการแลกเปลี่ยนข้อตกลงยอมภาษีศุลกากรของสินค้ามากกว่า 45,000 รายการ คิดเป็นร้อยละ 50 ของปริมาณสินค้าโลก

ครั้งที่ 2 เมืองอันซี (Annecy Round) ประเทศฝรั่งเศส (ในปี ค.ศ. 1949) มุ่งการเจรจาเพื่อลดภาษีศุลกากรระหว่างประเทศสมาชิก โดยมีการตกลงแลกเปลี่ยนข้อตกลงยอมภาษีศุลกากรในสินค้าเพิ่มเติมประมาณ 5,000 รายการ

ครั้งที่ 3 เมืองเทอร์คอยซ์ (Torquay Round) ประเทศอังกฤษ (ในปี ค.ศ. 1951) มุ่งการเจรจาเพื่อลดภาษีศุลกากรระหว่างประเทศสมาชิกในสินค้ามากกว่า 8,700 รายการ โดยตกลงจะลดภาษีศุลกากร ให้เหลือร้อยละ 25

ครั้งที่ 4 นครเจนีวา (Geneva Round) ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ (ในปี ค.ศ. 1956) มุ่งการเจรจาเพื่อลดภาษีศุลกากรระหว่างประเทศสมาชิก แต่มีความตกลงจะลดภาษีศุลกากรในอัตราที่ไม่มากนัก

ครั้งที่ 5 รอบดิลลอน (Dillion Round) นครเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ (ในปี ค.ศ. 1960 - 1961) มุ่งการเจรจาเพื่อลดภาษีศุลกากรระหว่างประเทศสมาชิก และปรับปรุงบทบัญญัติของ GATT

ครั้งที่ 6 รอบเคนเนดี (Kennedy Round) นครเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ (ในปี ค.ศ. 1964 – 1967) มุ่งการเจรจาเพื่อลดภาษีศุลกากรระหว่างประเทศสมาชิก โดยตกลงจะลดภาษีศุลกากรในสินค้าอุตสาหกรรมทุกรายการให้เหลือร้อยละ 7 และเจรจาในเรื่องการตอบโต้การทุ่มตลาด

ครั้งที่ 7 รอบโตเกียว (Tokyo Round) กรุงโตเกียว ประเทศญี่ปุ่น (ในปี ค.ศ.1973 – 1979) มุ่งการเจรจาเพื่อลดภาษีศุลกากรระหว่างประเทศสมาชิก โดยตกลงจะลดภาษีศุลกากรในสินค้าให้เหลือร้อยละ 4.7 และเจรจายุ่งเกี่ยวกับมาตรการที่มีใช้ภาษีศุลกากร เช่น การให้สิทธิพิเศษแก่ประเทศกำลังพัฒนา การให้การอุดหนุนและภาษีตอบโต้ การอนุญาต การนำเข้า การจัดซื้อโดยรัฐ อุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า การประเมินภาษีศุลกากร ผลิตภัณฑ์นมเนย เนื้อวัว การบินพลเรือนและการปรับปรุงข้อตกลงเกี่ยวกับการตอบโต้การทุ่มตลาด

ครั้งที่ 8 รอบอุรุกวัย (Uruguay Round) เมืองปุนต้า เดล เอสเต ประเทศอุรุกวัย (ในปี ค.ศ. 1986 – 1993) มุ่งการเจรจาเพื่อลดภาษีศุลกากรระหว่างประเทศสมาชิก โดยตกลงจะลดภาษีศุลกากรลงเฉลี่ยร้อยละ 40 จากระดับเดิม และเจรจายุ่งเกี่ยวกับมาตรการที่มีใช้ภาษีศุลกากร รวมทั้งการจตุระเปียบทางการค้าขึ้นใหม่เกี่ยวกับมาตรการด้านการค้าและการบริการ , สินค้าเกษตร , การค้าสิ่งทอ , การลงทุน , มาตรการทรัพย์สินทางปัญญา และปรับปรุงกลไกการระงับข้อพิพาทของ GATT และจากการประชุมนี้มีการตกลงยกระดับความตกลง GATT ขึ้นเป็นองค์การการค้าโลก (WTO) ขึ้น

ครั้งที่ 9 รอบโดฮา (Doha Round) เมืองโดฮา ประเทศกาตาร์ (เดือนพฤศจิกายน ค.ศ.2001 – ปัจจุบัน) การเจรจายุ่งครั้งที่ 9 นี้ เกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้มีการจัดตั้ง WTO เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมุ่งเจรจายุ่งเพื่อลดเลิกมาตรการที่เป็นอุปสรรคทางการค้าของประเทศสมาชิก โดยเฉพาะประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด⁶¹ โดยการเจรจายุ่งครอบคลุมประเด็นทางการค้า 8 เรื่อง ได้แก่ 1) สินค้าเกษตร 2) สินค้าอุตสาหกรรมและการประมง 3) การค้าบริการ 4) การค้าและสิ่งแวดลอม 5) ทรัพย์สินทางปัญญา 6) การปรับปรุงกฎเกณฑ์ทางการค้า เช่น การตอบโต้การทุ่มตลาด การอุดหนุน สินค้าประมง 7) การปรับปรุงกลไกการระงับข้อพิพาท และ 8) การแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามพันธกรณีรอบอุรุกวัย⁶²

⁶¹ ประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดประกอบด้วยประเทศสมาชิกของ WTO จำนวน 31 ประเทศ ได้แก่ Angola, Bangladesh, Benin, Burkina Faso, Burundi, Cambodia, Central African Republic, Chad, Democratic Republic of the Congo, Djibouti, Gambia, Guinea, Guinea Bissau, Haiti, Lesotho, Madagascar, Malawi, Mali, Mauritania, Mozambique, Myanmar, Nepal, Niger, Rwanda, Senegal, Sierra Leone, Solomon Islands, Tanzania, Togo, Uganda และ Zambia

⁶² สำนักบริหารกิจการต่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์ , “องค์การการค้าโลก,” สืบค้นเมื่อ 17 ตุลาคม 2555 , <http://www.km.moc.go.th/>

จากการเจรจาอบอูร์กวัย ณ นครเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งเป็น การเจรจารอบที่ 8 เมื่อวันที่ 15 เมษายน 2537 ณ เมืองมาราเกช ประเทศโมร็อกโก ประเทศภาคี สมาชิกมีการสรุปผลการเจรจาอย่างเป็นทางการในระดับรัฐมนตรีพร้อมลงนามรับรองกรรมสาร สสุดท้าย (Final Act) ซึ่งเป็นเอกสารรวบรวมผลการเจรจาข้อตกลงการค้าพหุภาคี (Multilateral Trade Agreements) ทั้งหมด ซึ่งผลการเจรจาครอบคลุมในด้านต่างๆ ดังนี้

(1) ลดภาษีสินค้าอุตสาหกรรมร้อยละ 40
 (2) เพิ่มการผูกพันภาษีของประเทศกำลังพัฒนาให้สูงขึ้นโดยเฉลี่ยจากร้อย ละ 21 เป็นร้อยละ 73 การผูกพันภาษีของประเทศพัฒนาแล้วเพิ่มสูงขึ้นจากร้อยละ 78 เป็นร้อยละ 99 ส่วนประเทศที่กำลังอยู่ในระหว่างการปรับเปลี่ยนระบบเศรษฐกิจผูกพันภาษีเพิ่มขึ้นจากร้อยละ 73 เป็นร้อยละ 98

(3) ปฏิรูปการเกษตร ทั้งในรูปการผูกพันที่จะเปิดเสรีด้านศุลกากร การ อุดหนุนภายในการอุดหนุนการส่งออก และการปรับเปลี่ยนมาตรการจำกัดปริมาณการนำเข้าและ มาตรการที่มีใช้ภาษีทั้งหมดให้เป็นภาษี

(4) ทายอยยกเลิกการจำกัดปริมาณการส่งออก และขยายการเปิดตลาด สินค้าสิ่งทอและเสื้อผ้า

(5) เสริมสร้างความตกลงต่างๆ ทั้งในด้านการปกป้อง (safeguards) อุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า การประเมินราคาเพื่อการศุลกากร การออกใบอนุญาตนำเข้าการค้า โดยรัฐวิสาหกิจ การอุดหนุน การต่อต้านการทุ่มตลาดและการเก็บภาษีตอบโต้การอุดหนุน

(6) จัดทำความตกลงเรื่องใหม่ๆ เช่น การค้าบริการ สิทธิในทรัพย์สินทาง ปัญญามาตรการว่าด้วยสุขอนามัยมนุษย์ สัตว์ พืช และมาตรการลงทุนที่เกี่ยวกับการค้า เป็นต้น

นอกจากนี้ยังได้พัฒนาบทบัญญัติของระบบการค้าพหุภาคี (MTA) ซึ่งใช้ ควบคู่กับ GATT 1947 เป็นระเบียบการค้าระหว่างประเทศขึ้นใหม่ ซึ่งมีกฎข้อบังคับควบคุมประเด็น ทางการค้าระหว่างประเทศอย่างกว้างขวางยิ่งขึ้นและมีกลไกการแก้ไขกรณีพิพาททางการค้าระดับพหุ ภาคีที่เข้มแข็งขึ้น โดยกรรมสารสุดท้าย (Final Act) ดังกล่าวประกอบด้วย 4 ส่วน คือ

ส่วนที่ 1 ความตกลงมารราเกช (Marrakech Agreement) ในการจัดตั้ง องค์การการค้าโลก (WTO)

ส่วนที่ 2 คำตัดสินและปฏิญญาของรัฐมนตรี (Ministerial Decisions and Declarations) ที่เป็นผลมาจากการเจรจาอบอูร์กวัยและการเจรจาที่กรุงมารราเกช

ส่วนที่ 3 ความเข้าใจเกี่ยวกับข้อผูกพันของการค้าบริการด้านการเงิน (Understanding on Commitments in Financial Services)

ส่วนที่ 4 ความตกลง GATT 1947

สำหรับองค์การการค้าโลก (World Trade Organization) หรือ WTO เป็นองค์การระหว่างประเทศ ที่พัฒนาการมาจากการทำความตกลง GATT เมื่อปี พ.ศ. 2490 ซึ่งขณะนั้นยังไม่มีสถานะเป็นองค์การ จนกระทั่งประเทศสมาชิกจบการเจรจาการค้ารอบอุรุกวัย ซึ่งผลการเจรจาส่วนหนึ่ง (ความตกลงมารราเกซ) คือ มติให้ก่อตั้ง WTO ขึ้นเมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2538 มีสมาชิกเริ่มแรก 81 ประเทศ และมีที่ตั้งอยู่ที่ นครเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ สำหรับประเทศไทยเข้าเป็นสมาชิก WTO เมื่อวันที่ 28 ธันวาคม 2538 เป็นสมาชิกลำดับที่ 59 มีสถานะเป็นสมาชิกก่อตั้ง ปัจจุบันมีประเทศสมาชิกทั้งหมด 162 ประเทศ (ณ วันที่ 30 พฤศจิกายน 2558)⁶³

WTO มีหน้าที่บริหารความตกลงและบันทึกความเข้าใจที่เป็นผลจากการเจรจาในกรอบของ GATT และ WTO รวม 28 ฉบับ โดยผ่านคณะมนตรี (Council) และคณะกรรมการ (Committee) ต่างๆ ตลอดจนดูแลให้มีการปฏิบัติตามพันธกรณี เป็นเวทีเพื่อเจรจาลดอุปสรรคทางการค้าระหว่างสมาชิกทั้งในรูปของมาตรการภาษีศุลกากร (Tariff Measures) และมาตรการที่ไม่ใช่ภาษีศุลกากร (Non-Tariff Measures) และเป็นเวทีสำหรับแก้ไขข้อขัดแย้งทางการค้าระหว่างสมาชิก ซึ่งหากไม่สามารถตกลงกันได้ก็จะจัดตั้งคณะผู้พิจารณา (Panel) ทำหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริงและให้ข้อเสนอแนะ ตลอดจนติดตามสถานการณ์การค้าระหว่างประเทศและจัดให้มีการทบทวนนโยบาย การค้าของสมาชิกอย่างสม่ำเสมอเพื่อเป็นการตรวจสอบให้เป็นไปในแนวทางการค้าเสรี และให้ความช่วยเหลือแก่ประเทศกำลังพัฒนาในด้านข้อมูล ข้อเสนอแนะ เพื่อให้สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีได้อย่างเพียงพอตลอดจนทำการศึกษาประเด็นการค้าที่สำคัญๆ

3.2.2 หลักการพื้นฐานของ GATT

เนื่องจาก WTO หรือ GATT มีจุดประสงค์เพื่อให้เกิดการค้าเสรีและการแข่งขันที่เป็นธรรม ดังนั้นจึงได้บัญญัติหลักการพื้นฐานเพื่อใช้เป็นเครื่องมือหรือกลไกเพื่อนำไปสู่จุดมุ่งหมายดังกล่าว ซึ่งก็คือหลักการไม่เลือกปฏิบัติระหว่างสมาชิก (non-discrimination principle) ซึ่งกำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องไม่เลือกปฏิบัติระหว่างสินค้าที่นำเข้าจากประเทศสมาชิกอื่นๆ กับสินค้าที่ผลิตขึ้นภายในประเทศของตนเอง เป็นไปตามหลักการชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (most-favoured nation principle) หรือ MFN และหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

⁶³ World Trade Organization , “Members and Observers” Accessed 5 May 2016 , https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm

(nation treatment principle) หรือ NT นอกจากนี้ยังมีหลักการต่างตอบแทน (reciprocity principle) ที่ให้ประเทศต่างๆเจรจาเพื่อแลกเปลี่ยนข้อลดหย่อนทางการค้าระหว่างกันซึ่งเมื่อประเทศสมาชิกหนึ่งให้ประโยชน์แก่อีกประเทศหนึ่ง ประเทศภาคีที่ได้รับประโยชน์จะเสนอประโยชน์ที่คล้ายกันหรือใกล้เคียงกันเป็นการตอบแทน ซึ่งประโยชน์ดังกล่าวนั้นจะตกไปยังประเทศที่ไม่ได้เข้าร่วมการเจรจาด้วยตามหลัก MFN ทำให้เกิดระบบที่เป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย และยังมีหลักความโปร่งใส (transparency) ที่ให้ประเทศสมาชิกต้องเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการบริหาร มาตรการทางการค้า และการวินิจฉัยข้อพิพาทแก่สมาชิกอื่นๆด้วย นอกจากนี้แล้ว WTO หรือ GATT ยังเคารพในอำนาจอธิปไตยของประเทศสมาชิก (respecting member states' autonomy) โดยประเทศสมาชิกมีสิทธิอันชอบธรรมในการออกกฎหมาย ระเบียบ มาตรการภายในประเทศของตนเพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์เชิงนโยบายได้ (policy objective) และได้กำหนดข้อยกเว้นต่างๆเพื่อให้ประเทศสมาชิกได้อ้างใช้ในกรณีที่เป็นที่ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของ WTO หรือ GATT ได้

สำหรับในส่วนนี้จะกล่าวถึงหลักการพื้นฐานสำคัญซึ่งเป็นที่ยอมรับและถูกระบุไว้ในทุกความตกลงคือ หลักการไม่เลือกปฏิบัติระหว่างสมาชิก (non-discrimination principle) แบ่งเป็น 2 หลักการย่อย คือ หลักการชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (most-favoured nation principle) หรือ MFN และหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (nation treatment principle) หรือ NT ดังต่อไปนี้

3.2.2.1 หลักปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured Nation)

หลักการปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nation) หรือหลัก MFN CLAUSE เป็นหลักการทางกฎหมายที่สำคัญประการหนึ่ง ปรากฏอยู่ในมาตรา 1 วรรค 1⁶⁴ ของ GATT 1994 และเป็นหลักการพื้นฐานที่ปรากฏอยู่ในความตกลงเกือบทุก

⁶⁴ GATT 1994 Article 1

“...any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties. ”

ฉบับภายใต้องค์การการค้าโลก⁶⁵ โดยมีสาระสำคัญคือจะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) ระหว่างประเทศสมาชิก กล่าวคือ จะต้องปฏิบัติต่อประเทศอื่นๆ อย่างเท่าเทียมกัน การที่ประเทศใดประเทศหนึ่งให้การปฏิบัติ ผลประโยชน์ หรือให้สิทธิใดๆ แก่อีกประเทศหนึ่งแล้ว การปฏิบัติ ผลประโยชน์ หรือให้สิทธิอื่นๆ ก็จะตกแก่ประเทศอื่นหรือประเทศที่สามด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่ง หลัก MFN คือ การประกันความเท่าเทียมกันของโอกาสการนำเข้าหรือการส่งออกระหว่างประเทศสมาชิกทั้งหมด⁶⁶ ทั้งนี้เพื่อให้การค้าเป็นไปโดยเสรีและมีการแข่งขันที่เป็นธรรม สร้างความเท่าเทียมกันในระหว่างประเทศภาคีสมาชิก

โดยหลัก MFN ดังกล่าวรัฐเจ้าบ้านที่จะนำเข้าสินค้าต้องปฏิบัติต่อสินค้าที่นำเข้าหรือส่งออกไปยังรัฐที่ได้รับสิทธิ MFN อย่างดีที่สุด ซึ่งคำว่า “ที่สุด” หรือ “most” ใน “Most-Favored Nation” หมายความว่า อย่างน้อยสิทธิที่รัฐดังกล่าวพึงได้รับจะต้องดีเทียบเท่ากับสิทธิพิเศษที่รัฐเจ้าบ้านได้ให้ไว้แก่สินค้าจากรัฐอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็สิทธิที่รัฐเจ้าบ้านเคยให้ไว้แก่รัฐอื่นๆ ในอดีต หรือสิทธิที่กำลังจะให้แก่สินค้าจากรัฐอื่นๆ เพิ่มเติมในอนาคต ในกรณีดังกล่าวรัฐเจ้าบ้านจะผูกพันภายใต้พันธกรณี MFN โดยต้องให้สิทธิพิเศษเช่นเดียวกันนั้นแก่สินค้าที่มาจากรัฐที่ได้รับสิทธิ MFN ด้วย⁶⁷

หลัก MFN CLAUSE สามารถแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ⁶⁸ คือ หลักการประติบัติอย่างชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ซึ่งแบบมีเงื่อนไข (Bilateral MFN Clause) กล่าวคือ การที่ประเทศภาคีใดประเทศหนึ่งจะต้องให้ประโยชน์ แก่ประเทศผู้ให้การปฏิบัติเป็นการตอบแทนก่อนที่ตน จะได้รับการปฏิบัติ ผลประโยชน์ หรือสิทธิต่างๆ ตอบแทนจากประเทศนั้น ซึ่งหลักการนี้จะวางอยู่บน หลักการต่างตอบแทน (Principle of Reciprocity) และหลักการประติบัติอย่างชาติที่ได้รับการ

⁶⁵ อาทิเช่น ความตกลงว่าด้วยสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (SPS) Article 2.3 , ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคเทคนิคต่อการค้า (TBT) Article 2.1 และความตกลงว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (TRIPs) Article 4 เป็นต้น

⁶⁶ หนังสือชุดกฎหมายการค้า WTO เล่ม 1 โครงการ WTO Watch , น.5

⁶⁷ จารุประภา รักพงษ์ , “กฎหมายแห่งองค์การการค้าโลก : การตีความและการวิเคราะห์บทบัญญัติสำคัญ” , โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2559 , น.36

⁶⁸ ปรีชา โปธิ , “หลัก MFN CLAUSE ใน GATT และผลกระทบทางกฎหมายต่อประเทศกำลังพัฒนา” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2537) , น.13-18

อนุเคราะหยังแบบไมมีเงื่อนไข (Unilateral MFN Clause) ที่ใหประเทศใดๆสามารถรับการปฏิบัติ ผลประโยชน หรือสิทธิตางๆ ไดแตเพียงฝายเดียว โดยไมตองใหผลประโยชนตอบแทน

การเลือกปฏิบัติ เช่น การใหสิทธิพิเศษ หรือ การใหเปรียบอนๆ รวมทั้ง การใหความคุมกันเฉพาะประเทศใดประเทศหนึ่ง โดยไมใหเหมือนกันแกทุกประเทศโดยเฉพาะ ประเทศภาคีสมาชิกของ GATT ยอมเป็นการฝานบทยุติตามมาตรา 1 ของความตกลง GATT 1994 ซึ่งประเทศภาคีสมาชิกทั้งหลายชอบที่จะใชสิทธิตางๆในอันที่จะเรียกรองเอาากับประเทศ คู่สัญญาฝายฝานได้ตามขอตกลงทั่วไป และการใหสิทธิพิเศษแกประเทศภาคีสมาชิกใดจะตองใหแก ประเทศภาคีสมาชิกอื่นๆของ GATT ทุกประเทศในลักษณะเดียวกัน และตองใหโดยทันทีและ ปราศจากเงื่อนไข รวมถึงกรณีของรัฐเจ้านบ้านใหสิทธิพิเศษแกรัฐที่สามหรือรัฐอื่นๆในภายหลังเพิ่มเติม สิทธิประโยชนของประเทศภาคีสมาชิกนั้นยอมปรับตามสิทธิที่ดีกว่าที่รัฐที่สามหรือรัฐอื่นๆได้รับจากรัฐ เจ้านบ้าน

อนึ่ง หลัก MFN CLAUSE ไมได้บังคับใชกับความตกลงระหว่างประเทศ ทั้งหมด ดังนั้นหากความตกลงใดตองการนำหลักการนี้มาใช้จะตองระบุไว้โดยชัดแจ้ง หากไม่มีการ ระบุไว้รัฐก็จะมีอำนาจอธิปไตยในการเลือกปฏิบัติทางด้านเศรษฐกิจต่อรัฐใดรัฐหนึ่งได้⁶⁹

(1) การตีความตามหลัก MFN

หลัก MFN CLAUSE ปรากฏอยู่ในมาตรา 1 วรรค 1 ของความ ตกลง GATT โดยเมื่อประเทศภาคีสมาชิกตกลงเป็นสมาชิกและอยู่ภายใต้ความตกลงของ WTO แล้ว ประเทศภาคีสมาชิกมีพันธกรณีผูกพันตามหลักการ MFN ทันที โดยประเทศภาคีสมาชิกตองใหสิทธิ MFN แก่ประเทศสมาชิก WTO ทุกราย ในขณะเดียวกันก็สามารถอ้างสิทธิ MFN กับประเทศภาคี สมาชิก WTO อื่นๆได้ทันทีเช่นเดียวกัน โดยรัฐเจ้านบ้านตองปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าที่มาจากประเทศ ภาคีสมาชิกอื่นเช่นเดียวกับสินค้านำเข้าจากรัฐที่ได้รับการอนุเคราะห์อย่างยิ่งอย่างเท่าเทียมกัน ไม่มีการ เลือกปฏิบัติระหว่างสินค้านำเข้าที่เหมือนกัน แต่มาจากประเทศตางกัน องค์ประกอบของพันธกรณีภายใต้ หลัก MFN แบ่งเป็น 3 ส่วน ดังนี้

1.1 สิทธิประโยชนหรือผลประโยชนใดๆก็ตาม (advantages of any kinds) ที่ใหแก่สินค้านำเข้าจากหรือส่งออกไปยังประเทศอื่นใดก็ตาม (any product from any country)

⁶⁹ John Howard Jackson , The World Trading System : Law and Policy of International Economic Relations , Second Edition , (Mass : MIT Press , 1997) , P.159

สิทธิประโยชน์หรือผลประโยชน์ใดๆนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์จะตีความอย่างกว้าง ครอบคลุมทั้งสิทธิประโยชน์ที่เป็นภาษีและสิทธิประโยชน์ที่ไม่มีภาษี ที่ประเทศภาคีสมาชิกอาจให้แก่สินค้าที่นำเข้าหรือส่งออกไปยังรัฐอื่นๆ รวมถึงกฎเกณฑ์หรือระเบียบที่ใช้เกี่ยวกับการนำเข้าหรือส่งออกสินค้าที่เหมือนกันนั้นด้วย ดังเช่นในข้อพิพาทระหว่างสหรัฐอเมริกา – บราซิล ซึ่งสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเก็บภาษีต่อการช่วยอุดหนุนแตกต่างกันระหว่างสินค้าที่นำเข้าภายใต้ระบบการให้สิทธิพิเศษทางการค้า หรือ GSP กับสินค้าที่นำเข้าจากบราซิล ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทสรุปว่า กฎเกณฑ์และระเบียบพิธี (rules and formalities) ของสหรัฐอเมริกาดังกล่าวนั้นเป็นสิทธิประโยชน์หรือผลประโยชน์ใดๆตามความหมายของมาตรา 1 ของความตกลง GATT ดังนั้นการที่สหรัฐอเมริกปฏิบัติแตกต่างระหว่างสินค้าที่นำเข้าจากประเทศที่ได้รับสิทธิพิเศษทางการค้า หรือ GSP กับสินค้าที่เหมือนกันที่นำเข้าจากบราซิลซึ่งเป็นภาคีของความตกลงว่าด้วยการช่วยอุดหนุน จึงขัดต่อหลัก MFN

1.2 ผลประโยชน์ดังกล่าวจะต้องให้แก่ “สินค้าที่เหมือนกัน” (like products)

สินค้าที่เหมือนกันปรากฏอยู่ในหลายมาตราของความตกลง GATT 1994 เช่น มาตรา 2 , มาตรา 3 , มาตรา 6 เป็นต้น แต่ GATT ไม่ได้ให้คำจำกัดความหรือหลักการพิจารณาว่าเป็นสินค้าที่เหมือนกันหรือไม่อย่างไร ดังนั้นในการตีความ “สินค้าที่เหมือนกัน” ควรตีความไปในแนวทางอย่างกว้าง และต้องพิจารณาเป็นกรณีๆไป (case-by-case) ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงของแต่ละกรณี โดยพิจารณาว่าสินค้าที่นำมาเปรียบเทียบกับกันนั้นเป็นสินค้าที่เหมือนกันหรือไม่จากแนวทางคำตัดสินข้อพิพาทที่ผ่านมา ดังนี้

ก. ลักษณะทางกายภาพของสินค้า (physical characteristic) ว่าสินค้านั้นมีลักษณะภายนอกเหมือนกันหรือไม่ และวัตถุประสงค์การใช้สินค้านั้นเหมือนกันหรือไม่

ข. รสนิยมและอุปนิสัยของผู้บริโภค (consumer tastes and habits) จะมีลักษณะแตกต่างกันไปในแต่ละตลาด โดยพิจารณาจากมุมมองของผู้บริโภค ว่าสินค้าที่นำมาเปรียบเทียบกับกันนั้น ถือเป็นสินค้าที่เหมือนกันหรือไม่

ค. ฐานของอัตราภาษีของสินค้านั้นๆในทางสากล (HS categories or products' tariff classification) ว่าบรรดาประเทศภาคีสมาชิก WTO ต่างๆ มีการ

กำหนดฐานภาษีว่าสินค้าที่นำมาเปรียบเทียบนั้นอยู่ในฐานภาษีเดียวกันหรือไม่ หรือในทางสากลได้เคยมีการกำหนดฐานภาษีในกลุ่มสินค้าดังกล่าวแล้วหรือไม่ อย่างไร⁷⁰

ตัวอย่างกรณีที่ WTO พิจารณา “สินค้าที่เหมือนกัน” เช่น ในข้อพิพาทระหว่างสเปนกับบราซิล (Spain – Unroasted Coffee) ซึ่งสเปนออกมาตรการเก็บภาษีนำเข้าสำหรับเมล็ดกาแฟที่ยังไม่ผ่านการคั่วซึ่งมีฐานภาษีแตกต่างกันตามประเภทของเมล็ดกาแฟ โดยไม่เรียกเก็บภาษีนำเข้าจากเมล็ดกาแฟอ่อนพันธุ์โคลัมเบีย และเมล็ดกาแฟอ่อนชนิดอื่นๆ แต่กลับเก็บภาษีนำเข้าจากเมล็ดกาแฟพันธุ์อะราบิก้า , พันธุ์โรบัสต้า ในอัตราร้อยละ 7 ซึ่งจากข้อเท็จจริงกาแฟที่ปลูกในบราซิลส่วนใหญ่เป็นกาแฟสายพันธุ์อะราบิก้าและโรบัสต้า ส่วนกาแฟที่สเปนนำเข้าจากประเทศอื่นที่เคยเป็นอาณานิคมของสเปนในละตินอเมริกา ส่วนใหญ่เป็นพันธุ์โคลัมเบีย มาตรการของสเปนดังกล่าวจึงเป็นการขัดต่อพันธกรณี MFN เนื่องจากสเปนไม่ได้ให้ผลประโยชน์จากการงดเว้นภาษีนำเข้าแก่สินค้าจำพวกเมล็ดกาแฟสายพันธุ์อะราบิก้าและโรบัสต้าของบราซิล ทั้งๆที่เป็นสินค้าที่เหมือนกันกับเมล็ดกาแฟอ่อนพันธุ์โคลัมเบีย และเมล็ดกาแฟอ่อนชนิดอื่นๆ

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ตัดสินว่า สินค้าทั้งสองกลุ่มเป็นสินค้าที่เหมือนกัน (like product) โดยพิจารณาจากปัจจัย 3 ประการดังที่ระบุไว้ข้างต้น

1.3 การให้ผลประโยชน์ดังกล่าวนั้น รัฐเจ้าบ้านจะต้องให้แก่ประเทศภาคีสมาชิก WTO โดยทันทีและปราศจากเงื่อนไข (immediately and unconditionally)

(2) ข้อยกเว้นหลัก MFN

แต่อย่างไรก็ตาม การนำหลัก MFN CLAUSE มาใช้ยังคงมีข้อยกเว้นบางประการ เช่น ข้อยกเว้นตาม มาตรา XX ของ GATT 1994 , การจำแนกพิภพอัตราภาษีศุลกากร (Classification of Tariff Items) และการให้สิทธิพิเศษทางการค้า (Trade Preferences) ด้วย⁷¹ ซึ่งหลัก MFN ทำให้เกิดการไม่เลือกปฏิบัติระหว่างประเทศภาคีสมาชิก แต่เพื่อความเป็นธรรม GATT ได้กำหนดข้อยกเว้นของหลัก MFN นอกจากข้อยกเว้นทั่วไปตาม มาตรา XX ของ GATT 1994 ประเทศภาคีสมาชิกยังอาจเลือกปฏิบัติระหว่างสินค้าที่นำเข้ากับสินค้าที่จะส่งออกไปยังประเทศภาคีสมาชิกอื่นได้ เป็นข้อยกเว้นเฉพาะ อาทิเช่น

⁷⁰ จารุประภา รักพงษ์ , *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12* , น.45

⁷¹ สุรเกียรติ์ เสถียรไทย , “หลักการไม่เลือกปฏิบัติและหลักปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งในแกตต์มีความหมายอย่างไรที่เข้าใจจริงหรือ?” , วารสารกฎหมาย 8 (ตุลาคม 2526) , น.117-135

1. การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ เช่น การทำเขตการค้าเสรี (Free Trade Areas) ทั้งในระดับทวิภาคีและพหุภาคี
2. การให้สิทธิประโยชน์แก่ประเทศกำลังพัฒนา (Generalized System of Preference) หรือ GSP เป็นการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีแก่ประเทศกำลังพัฒนาเพื่อลดช่องว่างความเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนา
3. การออกมาตรการตอบโต้การทุ่มตลาด (Anti-Dumping) และ มาตรการป้องกัน (Safeguard) ซึ่งเป็นมาตรการใจสถานการณ์จำเป็น เพื่อป้องกันสินค้าภายในประเทศของตน

3.2.2.2 หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment)

หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หรือ หลัก NT เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญอีกประการหนึ่ง ซึ่งปรากฏอยู่ใน มาตรา III ของ GATT ⁷² มีหลักการสำคัญ คือ การไม่เลือกปฏิบัติระหว่างสินค้าที่ผลิตภายในประเทศกับสินค้านำเข้าจากประเทศสมาชิกอื่นๆ กล่าวคือ ประเทศใดประเทศหนึ่งจะต้องให้ผลประโยชน์หรือสิทธิต่างๆ แก่ประเทศอื่นเช่นเดียวกับผลประโยชน์หรือสิทธิที่คนชาติตนได้รับ ไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติในเรื่องของการเก็บภาษีภายในและค่าบริการ กฎหมาย ข้อบังคับ มาตรการที่มีผลกระทบต่อการขาย การเสนอขาย การซื้อ การขนส่ง หรือข้อกำหนดในเรื่องปริมาณ ขั้นตอน หรือการใช้สินค้าที่ระบุจำนวนเฉพาะเจาะจง หลักการของหลัก NT จึงเป็นการรักษาความสามารถในการแข่งขันทางการค้าของสินค้านำเข้าระหว่างประเทศภาคีสมาชิก WTO ไม่ให้ได้รับผลกระทบในลักษณะที่ด้อยกว่าสินค้าที่ผลิตขึ้นภายในประเทศ

1) การตีความตามหลัก NT

สำหรับสินค้าที่เหมือนกัน (like product) ตามแนวทางพิจารณาในมาตรา III วรรค 2 ของความตกลง GATT นั้น องค์การอุทธรณ์ได้พิจารณาความเหมือนของสินค้านำมาเปรียบเทียบและอัตราที่สินค้าสามารถแข่งขันกันและทดแทนกันได้ ตามปัจจัยต่างๆ ในแต่ละกรณี เป็น 4 ปัจจัย ดังนี้

⁷² GATT 1994 Article III

“The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use.”

ก. กลุ่มผู้บริโภคขั้นสุดท้ายในตลาดภายในประเทศนำเข้า (product's end users in a given market) ว่า จากมุมมองของผู้บริโภคขั้นสุดท้ายนั้น สินค้าที่เป็นตัวเปรียบเทียบได้นำมาใช้ทำอะไร มีลักษณะการนำไปใช้เหมือนกันหรือไม่ อย่างไร

ข. รสนิยมและอุปนิสัยของผู้บริโภคซึ่งอาจแตกต่างกันในแต่ละประเทศ (consumer tastes and habits which change from country to country) ว่า จากรสนิยมและอุปนิสัยของผู้บริโภคในตลาดของประเทศที่กำหนดมาตรการภาษีดังกล่าวนี้ ผู้บริโภคมีความเห็นว่าสินค้านำเข้าและสินค้าที่ผลิตในประเทศที่นำมาเปรียบเทียบกับกันนั้นเป็นสินค้าชนิดเดียวกันหรือไม่

ค. คุณลักษณะ ลักษณะทางธรรมชาติ และคุณภาพของสินค้า (products' properties, nature and quality) ว่า มีความเหมือนกันหรือต่างกันมากน้อยเพียงใด ซึ่งโดยรวมคือปัจจัยทางกายภาพของสินค้า

ง. ฐานอัตราภาษีของสินค้าชนิดนั้นๆ (products' tariff classification) ว่า บรรดาประเทศสมาชิก WTO ต่างๆ ได้มีการกำหนดฐานภาษีสำหรับสินค้านำเข้าเปรียบเทียบกับหรือไม่⁷³

แต่ทั้งนี้การใช้หลัก NT นั้น GATT ยินยอมให้กับสินค้านำเข้าได้ในกรณีที่สินค้านั้นที่รัฐใช้นโยบายจัดซื้อจัดจ้าง และในกรณีที่อนุญาตให้เงินอุดหนุนแก่ผู้ผลิตสินค้าภายในประเทศ

ดังตัวอย่าง ข้อพิพาทในคดี Italian Agricultural Machinery⁷⁴ ที่คณะกรรมการวินิจฉัยได้พิจารณาในกรณีที่ประเทศอิตาลีออกมาตรการ Law No. 949 กำหนดขอเสนอเงินกู้ในอัตราพิเศษให้เกษตรกรไปซื้อเครื่องจักรทางการเกษตรที่ผลิตขึ้นภายในประเทศอิตาลี โดยรัฐบาลจะกำหนดวงเงินกู้ ดอกเบี้ย และระยะเวลาในการผ่อนชำระเป็นพิเศษ ซึ่งทำให้เครื่องจักรที่นำเข้าจากสหราชอาณาจักรได้รับผลกระทบต่อยอดขายเครื่องจักรในอิตาลีอย่างมากหลังจากที่รัฐบาลประกาศใช้มาตรการดังกล่าว

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทว่า ประเทศอิตาลีทำผิดพันธกรณีตามมาตรา 3 วรรค 4 โดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทกำหนดขอบเขตการตีความมาตรานี้ไว้ค่อนข้างกว้าง โดยจะไม่พิจารณาเพียงชื่อหรือวัตถุประสงค์ของมาตรการที่รัฐกำหนดไว้

⁷³ จารุประภา รักพงษ์ , *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12* , น.67

⁷⁴ Italian Discrimination against Imported Agricultural Machinery. L/833-75/60. (1958)

(de jure) แต่จะพิจารณาถึงผลในการปฏิบัติตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏ (de facto) ว่ามาตรการดังกล่าวส่งผลต่อการแข่งขันของสินค้านำเข้า โดยทำให้สินค้านำเข้าอยู่ในลักษณะที่ด้อยไปกว่าสินค้าที่ผลิตภายในประเทศหรือไม่ ซึ่งจากข้อเท็จจริงปรากฏว่าตั้งแต่เริ่มใช้มาตรการดังกล่าวมีผลให้ยอดขายเครื่องจักรทางการเกษตรที่ผลิตจากสหราชอาณาจักรลดลงอย่างต่อเนื่อง ส่งผลกระทบและมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของเกษตรกรอิตาลีในการเลือกซื้อเครื่องจักรทางการเกษตรที่ผลิตภายในประเทศมากกว่าที่จะเลือกซื้อเครื่องจักรที่นำเข้าจากต่างประเทศ และที่สำคัญมาตรการดังกล่าวมีผลในการเปลี่ยนแปลงสถานะทางการแข่งขันของเครื่องจักรที่นำเข้าได้ด้อยกว่าเครื่องจักรที่ผลิตภายในประเทศ⁷⁵

จากข้อพิพาทในคดี Italian Agricultural Machinery จะเห็นได้ว่า มาตรการที่อยู่ภายใต้มาตรา 3 วรรค 4 ไม่ได้จำกัดเพียงที่เกี่ยวข้องกับลักษณะการขาย การจำหน่าย การโฆษณา โดยตรงเท่านั้น แต่รวมถึงผลกระทบต่อกระบวนการดังกล่าวในทางอ้อมด้วยหากปรากฏว่าสินค้าที่เหมือนกันถูกเลือกปฏิบัติทำให้สินค้านำเข้าอยู่ในลักษณะที่ด้อยไปกว่าสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ

3.3 ข้อยกเว้นภายใต้ความตกลง GATT มาตรา XX

แม้ว่าโดยหลักการแล้ว GATT จะไม่ยินยอมให้ประเทศภาคีสมาชิกออกกฎระเบียบหรือมาตรฐานที่เป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างประเทศภาคีสมาชิกกับประเทศอื่นๆ หรือเป็นไปโดยอำเภอใจได้ ซึ่งบทบัญญัติว่าด้วยข้อยกเว้นทั่วไปของ GATT นั้น มีที่มาตั้งแต่การประชุมร่างกฎบัตร ITO ในรอบลอนดอน คณะกรรมการร่างกฎบัตรท่านหนึ่งได้กล่าวว่า การป้องกันทางอ้อมเป็นสิ่งที่ไม่พึงประสงค์และเป็นอันตรายมาก หลายครั้งที่มีการอ้างการปกป้องสัตว์ พันธุ์พืช หรือสุxonามัย ถูกนำไปใช้เป็นการป้องกันทางอ้อม จึงมีคำแนะนำให้บัญญัติข้อยกเว้นเกี่ยวกับมาตรการป้องกันทางอ้อมขึ้น ซึ่งในขณะนั้นความตกลงระหว่างประเทศได้บัญญัติเพียงข้อยกเว้นในการจำกัดปริมาณนำเข้าและส่งออกไว้ในมาตรา 32 (XX) เท่านั้นซึ่งยังไม่ครอบคลุมถึงการอ้างข้อยกเว้นอื่นๆ และเพื่อการหลีกเลี่ยงการนำข้อยกเว้นไปใช้ในงานที่ผิดจึงควรบัญญัติส่วนของบทนำเพื่อกำหนดขอบเขตของการอ้างข้อยกเว้นทั่วไป (Chapeau) ตามความตกลง GATT ด้วย

⁷⁵ *Ibid.*, para.22

GATT ได้กำหนดข้อยกเว้นที่ด้วยข้อยกเว้นทั่วไป (General Exception) ระบุไว้ในมาตรา XX⁷⁶ โดยเปิดช่องให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถใช้มาตรการใดๆ ที่อาจขัดหรือไม่สอดคล้องกับพันธกรณีของความตกลง GATT แต่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา XX ที่รับรองเหตุต่างๆที่ประเทศภาคีสมาชิกสามารถใช้อ้างในกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลง GATT ได้ แต่ทั้งนี้มาตรการนั้นต้องใช้เท่าที่จำเป็น ไม่เป็นการทำตามอำเภอใจ (arbitrary) หรือเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่สมเหตุผล (unjustifiable discrimination) ขณะเดียวกันต้องไม่เป็นการกีดกันอย่างแอบแฝงต่อการค้าระหว่างประเทศ (disguised restriction on international trade) ด้วย โดยมาตรการนั้นจะต้องเป็นไปตามข้อยกเว้นที่กำหนดไว้โดยเฉพาะ (Specific Clause) 10 ประการ ดังนี้

- (a) มาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องศีลธรรมอันดีของประชาชน
- (b) มาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพมนุษย์ สัตว์ หรือพืช
- (c) มาตรการเกี่ยวกับการนำเข้าหรือส่งออกทองคำหรือเงิน
- (d) มาตรการที่จำเป็นเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในประเทศที่ไม่ขัดแย้งกับพันธกรณีของความตกลง GATT รวมทั้งกฎหมายหรือกฎระเบียบที่เกี่ยวกับศุลกากร การป้องกันการผูกขาดทางการค้า ภายใต้วรรคสี่ของมาตรา 2 และมาตรา 17 การคุ้มครองสิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า และลิขสิทธิ์ และการป้องกันการปฏิบัติที่เป็นการหลอกลวงต่างๆ
- (e) เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ที่ใช้แรงงานของนักโทษ
- (f) กำหนดขึ้นเพื่อเป็นการคุ้มครองสมบัติแห่งชาติซึ่งเป็นคุณค่าทางศิลปประวัติศาสตร์ หรือโบราณคดี
- (g) เกี่ยวกับการอนุรักษ์แหล่งทรัพยากรธรรมชาติที่สามารถใช้หมดไปได้ หากมาตรการเช่นนั้นได้ทำให้เกิดผลพร้อมกับการจำกัดการผลิตหรือการบริโภคภายในประเทศ

⁷⁶ GATT 1994 Article XX

“Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures: ...”

(h) การดำเนินการตามพันธกรณีภายใต้ความตกลงระหว่างรัฐบาลว่าด้วยสินค้าโภคภัณฑ์ ซึ่งพันธกรณีดังกล่าวต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่ได้รับการเสนอต่อที่ประชุมใหญ่และได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมใหญ่ของ GATT แล้ว

(i) เกี่ยวกับข้อจำกัดการส่งออกวัสดุที่จำเป็นต่ออุตสาหกรรมในประเทศในช่วงที่ราคาภายในประเทศต่ำกว่าราคาในตลาดโลก โดยมาตรการดังกล่าวต้องถูกกำหนดให้เป็นส่วนหนึ่งของแผนการเพื่อรักษาเสถียรภาพของวัตถุดิบและวัตถุดิบประสมในการดำเนินการตามมาตรการดังกล่าวนี้ และมาตรการนั้นจะต้องไม่เป็นการดำเนินการเพื่อเพิ่มปริมาณการส่งออกหรือปกป้องการผลิตภายในประเทศ และจะต้องไม่แตกต่างจากบทบัญญัติว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติภายใต้ความตกลงฉบับนี้

(j) จำเป็นเพื่อให้ได้มาหรือจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่ขาดแคลนภายในประเทศหรือท้องถิ่น โดยมาตรการดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับหลักส่วนแบ่งอุปทานระหว่างประเทศของผลิตภัณฑ์ที่ขาดแคลนอย่างเป็นธรรมด้วย หากปรากฏว่ามาตรการดังกล่าวไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติอื่น ๆ ภายใต้ความตกลงฉบับนี้ มาตรการดังกล่าวจะต้องยุติลงทันที โดยที่ประชุมใหญ่ของ GATT จะต้องพิจารณาถึงความจำเป็นของสมาชิกในการอ้างใช้วรรคนี้ภายในวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 1960

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติว่าด้วยข้อยกเว้นทั่วไปมาตรา XX ของ GATT ประกอบด้วยข้อความสำคัญ 2 ส่วน คือ ส่วนแรกเป็นข้อความในบทนำ (Chapeau) ซึ่งเป็นหลักข้อยกเว้นทั่วไป และอีกส่วนหนึ่งเป็นข้อความในวรรคย่อยต่างๆ ตั้งแต่วรรคย่อย (a) – (j) ซึ่งเป็นข้อยกเว้นเฉพาะ โดยข้อยกเว้นเฉพาะดังกล่าวนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถอ้างข้อยกเว้นตามที่ระบุในวรรคย่อยต่างๆ เพื่อการดำเนินงานในบรรล่วัตถุประสงค์ในเชิงนโยบายของรัฐได้ ในขณะที่เดียวกันหลักข้อยกเว้นทั่วไปก็มีขึ้นเพื่อป้องกันมิให้ประเทศภาคีสมาชิกใช้ข้อยกเว้นดังกล่าวมาเป็นเครื่องมือในการกีดกันทางการค้าหรือเลือกปฏิบัติโดยทางอ้อม

สำหรับแนวทางพิจารณาประเด็นข้อพิพาทภายใต้ GATT มาตรา XX แบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอน คือ ขั้นตอนแรก จะพิจารณาในส่วนข้อยกเว้นตามวรรคย่อยที่เกี่ยวข้องว่ามาตรการของประเทศภาคีสมาชิกขัดกับพันธกรณีภายใต้ความตกลง GATT และ WTO ที่ประเทศสมาชิกอ้างว่าควรได้รับข้อยกเว้นไม่ปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักการของ GATT ดังกล่าวได้หรือไม่ และขั้นตอนต่อมาจะพิจารณาว่าหากมาตรการของประเทศภาคีสมาชิกเข้าข้อยกเว้นตามวรรคย่อยใดแล้ว จะต้องพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวเข้าข่ายข้อยกเว้นทั่วไป (Chapeau) และสอดคล้องกับวัตถุประสงค์เชิงนโยบายด้วยหรือไม่

3.3.1 ข้อยกเว้นเฉพาะตามมาตรา XX (d)

“มาตรการที่จำเป็นเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายใน ประเทศที่ไม่ขัดแย้งกับบทบัญญัติของความตกลง GATT รวมทั้งกฎหมายหรือกฎระเบียบที่เกี่ยวกับศุลกากร การป้องกันการผูกขาดทางการค้า ภายใต้วรรคสี่ของมาตรา 2 และมาตรา 17 การคุ้มครองสิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า และลิขสิทธิ์ และการป้องกันการปฏิบัติที่เป็นการหลอกลวงต่างๆ” จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า วรรคย่อย (d) ประกอบด้วยข้อความหลัก 2 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 มาตรการที่เป็นไปเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในประเทศที่สอดคล้องกับความตกลงของ GATT หรือความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับศุลกากร การป้องกันการผูกขาดทางการค้า การคุ้มครองสิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า และลิขสิทธิ์ และการป้องกันการปฏิบัติที่เป็นการหลอกลวงต่างๆ ซึ่งประเทศภาคีสมาชิกอาจยกข้อยกเว้นดังกล่าวขึ้นอ้างเพื่อใช้มาตรการที่ไม่สอดคล้องกับหลักการของความตกลง GATT ได้ และส่วนที่ 2 มาตรการของประเทศภาคีสมาชิกดังกล่าวต้องเป็นมาตรการที่ “จำเป็น” ในการดำเนินการของรัฐเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในเชิงนโยบายให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในประเทศที่ไม่ขัดกับหลักการของความตกลง GATT ด้วย โดยข้อยกเว้นเฉพาะตามวรรคย่อย (d) มีแนวโน้มว่าจะถูกนำมาใช้เป็นข้ออ้างใน มาตรการที่ขัดต่อพันธกรณีของความตกลง GATT มากขึ้น เนื่องมาจากการพัฒนาของกฎหมายภายใน ในเรื่องต่างๆ โดยเฉพาะในเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและการป้องกันการปฏิบัติที่เป็นการหลอกลวงต่างๆ

3.3.1.1 มาตรการที่ “จำเป็น”

ในข้อยกเว้นเฉพาะในวรรคย่อยนั้น มีเพียงบางข้อเท่านั้นที่ระบุให้ใช้คำว่า “มาตรการที่จำเป็น” (Necessary) ได้แก่ วรรคย่อย (a) , (b) และ (d) แต่วรรคย่อยอื่นๆ เช่น ในวรรคย่อย (c) , (e) และ (g) จะใช้คำว่า “มาตรการที่เกี่ยวข้องกับ...” (Relating to...) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความเคร่งครัดในการใช้มาตรการที่ขัดแย้งต่อพันธกรณีตามความตกลง GATT ถ้อยคำที่ใช้ใน มาตรา XX ในแต่ละวรรคย่อยที่มีความแตกต่างกันไปนั้น จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งในการพิจารณา ตีความโดยกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ โดยในการพิจารณาว่ามาตรการที่ใช้มีความ จำเป็นหรือไม่นั้น จะพิจารณาว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นซึ่งทำให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ของการใช้ มาตรการนั้นหรือไม่ โดยจะต้องไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องกับหลักการความตกลง GATT มากกว่า และจะต้องเป็นมาตรการที่มีผลเป็นการกีดกันทางการค้าน้อยกว่ามาตรการซึ่งขัดต่อความ ตกลง GATT ที่ประเทศภาคีสมาชิกเลือกใช้ หากประเทศภาคีสมาชิกที่ได้รับผลกระทบจากการใช้

มาตรการจำเป็นดังกล่าวสามารถเสนอให้เห็นถึงการใช้มาตรการทางเลือกอื่นที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้เช่นเดียวกันและไม่ขัดแย้งต่อหลักการของความตกลง GATT รัฐนั้นก็ไม้อาจอ้างข้อยกเว้นของ GATT ในการใช้มาตรการจำเป็นนั้นได้

ในการตีความคำว่า “มาตรการที่จำเป็น” ในเบื้องต้นองค์กรอุทธรณ์ได้หาความหมายทั่วไปของคำว่า “มาตรการที่จำเป็น” และสรุปว่าคำว่า “จำเป็น” จะต้องตีความอย่างเคร่งครัด โดยให้ความหมายสอดคล้องกับคำว่า “ขาดไม่ได้” (indispensable) “จำเป็นอย่างยิ่งยวด” (of absolute necessity) หรือ “หลีกเลี่ยงไม่ได้” (inevitable) มาตรการดังกล่าวย่อมเป็นมาตรการที่จำเป็นอย่างชัดเจน แต่สำหรับมาตรการที่อาจมีความจำเป็นในระดับหนึ่งแต่ยังไม่ถึงกับระดับที่ “ขาดไม่ได้” หรือ “จำเป็นอย่างยิ่งยวด” หรือ “หลีกเลี่ยงไม่ได้” การพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวจำเป็นหรือไม่ นอกจากพิจารณาเพียงว่ามีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องกับกฎระเบียบของ GATT มากกว่าที่ประเทศภาคีสมาชิกสามารถนำมาใช้ได้หรือไม่แล้ว ควรพิจารณาจากปัจจัยอื่นๆประกอบด้วย ได้แก่

1) ความสำคัญของนโยบายของรัฐ โดยให้พิจารณาว่ากฎหมายหรือกฎระเบียบภายในประเทศภาคีสมาชิกต้องการใช้มาตรการที่ขัดกับพันธกรณี GATT เพื่อดำเนินการป้องกันนั้นมีความสำคัญมากน้อยเพียงใด ทั้งนี้ ยิ่งนโยบายดังกล่าวมีความสำคัญมาก มาตรการของประเทศภาคีสมาชิกยิ่งมีโอกาที่จะถูกตีความว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นมากขึ้น

2) ความเป็นไปได้ของมาตรการนั้นในการบรรลุซึ่งนโยบายของรัฐซึ่งกำหนดไว้ในปัจจุบันแรกว่าขัดกับพันธกรณี GATT นั้น จะมีความเชื่อมโยงและก่อให้เกิดผลลัพธ์เชิงนโยบายตามที่สมาชิกได้อ้างไว้มากน้อยเพียงใด ทั้งนี้ ยิ่งมาตรการของประเทศภาคีสมาชิกมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงและทำให้เกิดผลลัพธ์เชิงนโยบายมากเพียงใด มาตรการของประเทศภาคีสมาชิกยิ่งมีโอกาที่จะถูกตีความว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นมากขึ้น

3) ระดับของการกีดกันทางการค้าของมาตรการที่ขัดกับพันธกรณี GATT เมื่อเทียบกับมาตรการทางเลือกที่ประเทศผู้ฟ้องคดีได้เสนอ ยิ่งมาตรการดังกล่าวมีระดับการกีดกันทางการค้าที่สูงกว่ามาตรการทางเลือกมากเพียงใด มาตรการของประเทศภาคีสมาชิกยิ่งมีโอกาที่จะถูกตีความว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นน้อยลง⁷⁷

⁷⁷ จารุประภา รักพงษ์ , *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12* , น.133

ในการตีความมาตรการที่จำเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์ระ
อูทธรณ์ได้วางแนวทางการพิจารณา “มาตรการที่จำเป็น” ไว้ในข้อพิพาทภายใต้มาตรา XX ในหลาย
คดี ดังเช่น

(1) ตัวอย่างข้อพิพาท United States – Gasoline⁷⁸

WTO ได้หาข้อยุติความขัดแย้งเกี่ยวกับมาตรฐานน้ำมัน ของ
สหรัฐอเมริกาที่อ้างถึงบทบัญญัติบางมาตราของพระราชบัญญัติอากาศสะอาด ค.ศ. 1990 (Clean Air
Act 1990) มีผลเป็นการกีดกันทางการค้าของผู้นำเข้าน้ำมันจากต่างประเทศ ซึ่งเป็นการละเมิดมาตรา
3 วรรค 4 ว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ของ GATT โดยสหรัฐอเมริกาอ้าง
ว่ามาตรการดังกล่าวได้รับการยอมรับภายใต้วรรคย่อย (b), (d), and (g) ของ มาตรา XX ของ GATT

เพื่อเป็นการวางแนวทางในการใช้มาตรา XX ในอนาคต คณะ
พิจารณาของ WTO เรียกร้องให้สหรัฐอเมริกาแสดงองค์ประกอบเบื้องต้น 3 ข้อ ได้แก่ (1) มาตรการ
ดังกล่าวได้บัญญัติเพื่อยุตินโยบายในการปกป้องคุ้มครองชีวิตมนุษย์ สัตว์ และพันธุ์พืช หรือสุขภาพ
กล่าวคือ มาตรการนั้นต้องเข้าช้อยกเว้นเฉพาะตามวรรคย่อยข้อใดข้อหนึ่งของมาตรา XX
(2) มาตรการที่ไม่สอดคล้องกับหลักการของ GATT ดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุตาม
วัตถุประสงค์เชิงนโยบาย (3) มาตรการดังกล่าวสอดคล้องกับบทนำ (Chapeau) ของมาตรา XX

จากข้อเท็จจริง พบว่าองค์ประกอบที่ (1) ไม่ได้เป็นเรื่องยากที่
มาตรการดังกล่าวจะมีขึ้นเพื่อปฏิบัติตามนโยบายของรัฐ ส่วนองค์ประกอบที่ (3) คือบทนำ
(Chapeau) ของมาตรา XX นั้น มีขึ้นเพื่อป้องกันการใช้ช้อยกเว้นตามมาตรา XX ไปในทางที่ผิด และ
ข้อนี้เป็นองค์ประกอบที่สำคัญกว่าองค์ประกอบข้อแรก ซึ่งการไม่ปฏิบัติตามองค์ประกอบข้อ (3) นั้น
ทำให้สหรัฐอเมริกาไม่อาจยกช้อยกเว้นตาม GATT มาตรา XX ในการใช้มาตรการเกี่ยวกับมาตรฐาน
น้ำมันตามข้อพิพาทนี้ได้ สำหรับองค์ประกอบที่ (2) กลายเป็นศูนย์กลางของการสอบสวนข้อพิพาท
ต่าง ๆ ในอนาคต

ข้อพิพาท US-Gasoline ได้ไขความกระจ่างในการวิเคราะห์คำว่า
“มาตรการที่จำเป็น” แม้ว่าถ้อยคำในมาตรา XX จะดูเหมือนง่ายแต่ก็มีความสับสนว่าอะไรแน่ที่เป็น
“มาตรการที่จำเป็น” ซึ่งคณะพิจารณา (Panel) เห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ “จำเป็น” เพื่อปกป้อง
สุขภาพของมนุษย์ แต่อย่างไรก็ตามหลักการวิเคราะห์ของคณะพิจารณาดังกล่าวถูกกลับด้วยคำตัดสิน

⁷⁸ United States – Standard for Reformulated and Conventional Gasoline. US – Gasoline. Report of the Appellate Body WT/DS2/AB/R. (29 April 1996)

ขององค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) ซึ่งสรุปว่าตัวมาตรการเองต้องเป็นมาตรการที่จำเป็น และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ซึ่งการตีความของคณะพิจารณาทำให้การทดสอบความจำเป็นเป็นเรื่องที่ยากสำหรับผู้เสนอข้อพิพาทมากกว่าหลักเกณฑ์ขององค์กรอุทธรณ์

(2) ตัวอย่างข้อพิพาท Korea – Beef⁷⁹

ออสเตรเลียและสหรัฐอเมริกา ได้ยกมาตรการนำเข้าเนื้อสด เนื้อแช่แข็ง ของเกาหลี ว่าเป็นระบบการค้าปลีกแบบสองทาง “dual retail system” ที่ขายเนื้อที่ผลิตในประเทศกับเนื้อนำเข้าไม่สอดคล้องกับมาตรา 3 วรรค 4 ซึ่งเกาหลีแย้งว่ามาตรการของตนเป็นมาตรการที่จำเป็นในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของตนตามมาตรา XX (d) ของความตกลง GATT

การใช้วรรคย่อย (d) ของเกาหลี องค์กรอุทธรณ์ให้ข้อสังเกตว่าการพิสูจน์ “ความจำเป็น” ในบริบทมาตรา XX ไม่ได้ต้องการให้ผู้เสนอข้อพิพาทแสดงว่ามาตรการต่าง ๆ เป็นสิ่งที่ขาดไม่ได้อย่างแท้จริง องค์กรอุทธรณ์ตั้งข้อสังเกตสำหรับวัตถุประสงค์ของวรรคย่อย (d) ว่า การพิจารณาว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่ ต้องพิจารณาจากการชั่งน้ำหนักและถ่วงดุลข้อเท็จจริงที่เป็นปัจจัยสนับสนุนในการออกมาตรการที่จำเป็นเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบของกฎหมายภายใน และประโยชน์จากการใช้มาตรการนั้นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบาย รวมทั้งผลกระทบในการนำเข้าและส่งออก

องค์กรอุทธรณ์เพิ่มเติมว่า “มาตรการที่จำเป็น” อาจหมายถึง “มาตรการที่จำเป็น” ที่อยู่ในลักษณะต่อเนื่อง (continuum) มีความหมายสอดคล้องกับคำว่า “สิ่งที่ขาดไม่ได้” (indispensable) มากกว่าเป็นเพียงแต่เป็นการ “ให้การสนับสนุน” เนื่องจาก “จำเป็น” เป็นคำที่คลุมเครือ จึงเป็นที่มาของการวิเคราะห์ความจำเป็นดังกล่าว ซึ่งในข้อพิพาท Korea – Beef คณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ได้วางแนวทางเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ไว้ค่อนข้างสูง โดยได้ตีความคำว่า “มาตรการที่จำเป็น” ภายใต้วรรคย่อย (d) จะต้องไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องกับกฎระเบียบของ GATT มากกว่า หรือมีผลเป็นการกีดกันทางการค้าน้อยกว่ามาตรการที่ขัดต่อหลักการของ GATT ที่ประเทศภาคีสมาชิกเลือกใช้ซึ่งสามารถให้ผลลัพธ์ในระดับเท่าเทียมกันได้

⁷⁹ Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef. Report of the Appellate Body. WT/DS161/AB/R.WT/DS169/AB/R. (2001)

(3) ตัวอย่างข้อพิพาท EC – Asbestos⁸⁰

ประเด็นข้อพิพาท EC – Asbestos เกิดจากการที่ประชาคมยุโรปได้ออกกฎหมายห้ามผลิต จำหน่าย และนำเข้าซึ่งสินค้าที่ผลิตจากแร่ใยหินหรือมีส่วนผสมของแร่ใยหินทุกประเภท เนื่องจากมีข้อพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ว่าแร่ใยหินเป็นสารก่อมะเร็งซึ่งเป็นภัยต่อสุขภาพประชาคมยุโรปจึงออกกฎหมายห้ามการนำเข้ามาซึ่งแร่ใยหินเพื่อปกป้องชีวิตและสุขภาพอนามัยของประชาชน ทำให้แคนาดาซึ่งเป็นประเทศหลักที่ส่งออกสินค้าแร่ใยหินหรือสินค้าที่มีแร่ใยหินเป็นส่วนประกอบได้รับผลกระทบอย่างมาก แคนาดาจึงยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทให้พิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่ คณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์พยายามที่จะทำให้องค์ประกอบในการพิจารณาความจำเป็นชัดเจนยิ่งขึ้นในกรณีข้อพิพาท EC-Asbestos กล่าวคือ

ขั้นแรก ให้คณะกรรมการวิเคราะห์ถึงการมีอยู่ของมาตรการทางเลือกที่มีเหตุมีผล (reasonably available alternative measures) ซึ่งแคนาดาแย้งว่า “การควบคุมการใช้” (controlled use) ซึ่งผลิตภัณฑ์ที่มีแร่ใยหิน เป็นการปกป้องสุขภาพของประชาชนได้เช่นกัน ดังนั้นจึงเป็นมาตรการทางเลือกที่มีเหตุมีผลและเป็นทางเลือกที่ลดการกีดกันทางการค้าของมากกว่าการใช้มาตรการห้ามจำหน่ายสินค้าแร่ใยหินหรือสินค้าที่มีส่วนผสมของแร่ใยหินดังกล่าว แต่องค์กรอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับแคนาดา โดยระบุว่า “ประชาคมยุโรปไม่ถูกคาดหวังอย่างมีเหตุมีผลที่จะใช้มาตรการทางเลือกใดๆ ถ้ามาตรการนั้นเกี่ยวข้องกับความต้องการของความเสียหายอย่างมาก ซึ่งกฎหมายต้องการให้หยุดความเสียหายนั้น กล่าวคือ รัฐบาลประชาคมสามารถกำหนดระดับการปกป้องสูงสุดเท่าที่จะมีได้ เพื่อคุ้มครองประชาชนของตนจากการสัมผัสกับแร่ใยหิน และการควบคุมการใช้แร่ใยหินอาจจะทำให้การบรรลุเป้าหมายเป็นไปไม่ได้ ดังนั้น การควบคุมการใช้จึงไม่อาจถูกพิจารณาได้ว่าเป็นทางเลือกที่หาได้อย่างมีเหตุมีผล” การพิจารณานี้สอดคล้องกับจุดยืนของ WTO ที่ว่า “สมาชิกมีสิทธิที่จะกำหนดระดับของการปกป้องคุ้มครองตามที่เขาเห็นว่าเหมาะสม” เพื่อให้ผู้ร้องได้บรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของตน มาตรการทางเลือกที่เสนอต้องอนุญาตให้ผู้เสนอได้บรรลุระดับของการปกป้องที่มุ่งหมายด้วย

ขั้นต่อมาคือ การพิจารณา “มาตรฐานที่มีความสำคัญโดยสัมพัทธ์” องค์กรอุทธรณ์ให้น้ำหนักอย่างมากกับข้อเท็จจริงที่ว่ามาตรการของฝรั่งเศสตั้งใจที่จะปกป้องชีวิตและ

⁸⁰ European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos – Containing Products. Report of the Appellate Body. WT/DS135/AB/R. (2001)

สุขภาพมนุษย์ ซึ่งเป็นคุณค่าที่สูงที่สุดและสำคัญที่สุด คนส่วนมากคงเห็นด้วยที่ว่าความเสี่ยงด้านสุขภาพของประชาชนเช่นการสัมผัสกับแร่ใยหินเป็นสิ่งที่น่าเป็นห่วงอย่างยิ่งยวด ถึงขั้นที่ทำให้การกีดกันทางการค้าเป็นสิ่งที่ชอบธรรม นอกเหนือจากนั้น เป็นที่น่าสังเกตว่ามาตรการที่เป็นปัญหาโต้เถียงกันอยู่คือการห้ามจำหน่ายอย่างสิ้นเชิงซึ่งแร่ใยหิน แม้ว่ามาตรการจะเป็นการกีดกันทางการค้า แต่ประเทศภาคีสมาชิกสามารถให้ความชอบธรรมกับนโยบายของตนในอันที่จะปกป้องสุขภาพอนามัยของประชาชนได้ เมื่อพิจารณาถึงความสำคัญของผลประโยชน์และความล้มเหลวของแคนาดาที่เสนอทางเลือกที่หาได้อย่างมีเหตุมีผล องค์กรอุทธรณ์จึงตัดสินว่ามาตรการห้ามการจำหน่ายและนำเข้าสินค้าแร่ใยหินและสินค้าที่มีใยหินเป็นส่วนผสมของฝรั่งเศสเป็น “มาตรการที่จำเป็น” เพื่อปกป้องรักษาชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ภายใต้มาตรา XX (b) ของ GATT

(4) ตัวอย่างข้อพิพาท United States – Gambling

กรณีสหรัฐอเมริกาออกมาตรการที่กระทบแหล่งต่อการบริการการพนันข้ามแดนโดยการห้ามผู้ให้บริการการพนันที่อยู่ต่างประเทศ ซึ่งเป็นการละเมิดมาตรา 16 ความตกลง GATS⁸¹ สหรัฐอเมริกาแย้งว่ามาตรการของตนถูกต้องเหมาะสมแล้วภายใต้มาตรา 14 (a) ของ GATS และมาตรา XX ของ GATT มาตรการของตนเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องคุ้มครองศีลธรรมของประชาชนภายใต้มาตรา 16 (a) ภายใต้ GATS

เนื่องจากข้อพิพาท US-Gambling เป็นกรณีแรกของ WTO ที่มีการยกข้อยกเว้นในการใช้มาตรการจำเป็นเพื่อปกป้องศีลธรรมของประชาชนตามมาตรา XX (a) ของ GATT ในการพิจารณามาตรา XX (a) ที่ประชุมอธิบายมาตรการของสหรัฐอเมริกาว่า “เป็นการใช้มาตรการเพื่อรักษาผลประโยชน์ของสังคมอย่างสำคัญยิ่งจนอาจกล่าวได้ว่าสำคัญและขาดเสียมิได้ใน

⁸¹ GATS Article 16

2. In sectors where market-access commitments are undertaken, the measures which a Member shall not maintain or adopt either on the basis of a regional subdivision or on the basis of its entire territory, unless otherwise specified in its Schedule, are defined as:

(a) limitations on the number of service suppliers whether in the form of numerical quotas, monopolies, exclusive service suppliers or the requirements of an economic needs test;

ระดับสูงสุด” ภาษาที่ใช้คล้ายกับที่องค์การอุทธรณ์พรรณนาถึงมาตรการที่มีเจตนาจะปกป้องคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ในข้อพิพาท EC- Asbestos ความเหมือนกันเช่นนี้บ่งบอกว่ามาตรการที่มุ่งจะปกป้องคุ้มครองศีลธรรมของประชาชนและมาตรการที่ถูกออกแบบมาเพื่อปกป้องคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของประชาชนควรจะมีน้ำหนักเท่ากัน สำหรับการพิจารณา “มาตรการทางเลือกอื่นที่มีเหตุผล” โดยการชี้ชัดถึงขั้นตอนวิธีปฏิบัติที่ภาระเปลี่ยนไป คณะพิจารณาสรุปว่ามาตรการต่าง ๆ ที่เป็นปัญหาถกเถียงกันนั้นไม่ “จำเป็น” ต่อการปกป้องคุ้มครองศีลธรรมของประชาชนเพราะสหรัฐอเมริกาไม่พยายามหาทางเลือกที่หาได้ที่มีเหตุผลที่สอดคล้องกับ WTO ดังนั้นคณะพิจารณาจึงตัดสินว่ามาตรการของสหรัฐอเมริกาถูกออกแบบมาเพื่อปกป้องคุ้มครองศีลธรรมของประชาชน แต่ไม่เป็น “มาตรการที่จำเป็น” ในทัศนะของคณะพิจารณา เนื่องจากสหรัฐอเมริกาไม่สามารถทำตามองค์ประกอบที่ว่าด้วย “มาตรการทางเลือกอื่นที่มีเหตุผล” ได้

อย่างไรก็ตาม องค์การอุทธรณ์ได้หักล้างคำตัดสินของคณะพิจารณาเฉพาะประเด็นที่ว่ามาตรการต่าง ๆ “มาตรการที่จำเป็น” ต่อการปกป้องคุ้มครองศีลธรรมของประชาชน องค์การอุทธรณ์ให้ข้อสังเกตว่า “ไม่ใช่ภาระของฝ่ายตอบโต้ที่จะแสดงตั้งแต่แรกว่า “ไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นที่มีเหตุผล” ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ แต่กลับเป็นว่าฝ่ายที่ตอบโต้ควรจะต้องแสดงแต่ต้น (prima facie) ว่ามาตรการต่าง ๆ นั้นเป็น “มาตรการที่จำเป็น” ดังนั้นฝ่ายร้องเรียนจึงเสนอมาตรการทางเลือกที่สอดคล้องกับ WTO เมื่อทางเลือกต่าง ๆ ถูกนำเสนอ ภาระจะกลับมามากที่ฝ่ายตอบโต้ที่จะต้องแสดงว่าทำไมมาตรการทางเลือกที่เสนอไปจึงไม่เป็น “มาตรการที่มีเหตุผล”

องค์การอุทธรณ์ยังตั้งข้อสังเกตต่อไปว่ามาตรการทางเลือกที่เสนอแนะนั้นอาจไม่มีคุณสมบัติที่จะเป็น “มาตรการทางเลือกที่มีเหตุผล” ด้วยเหตุผลอย่างน้อย 2 ประการ คือ ประการแรก มาตรการทางเลือกนั้นไม่อาจเป็นมาตรการที่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้ ถ้าเป็นเพียงทฤษฎีซึ่ง “ถ้าสมาชิกฝ่ายตอบโต้ไม่สามารถนำมาใช้ได้ หรือเมื่อทางเลือกนั้นเป็นภาระเกินไปกับสมาชิก...” ประการที่สอง เป็นการสะท้อนการให้เหตุผลในข้อพิพาท EC-Asbestos ที่ว่ามาตรการทางเลือกที่ถูกเสนอจะได้รับการพิจารณาว่าเป็นมาตรการที่มีเหตุผลหรือไม่ก็ต่อเมื่อมาตรการนั้นสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการปกป้องคุ้มครองศีลธรรมของประชาชนตามที่รัฐมุ่งหมายได้

(5) ตัวอย่างข้อพิพาท Brazil - Tyres⁸²

ในข้อพิพาทกรณีที่บราซิลออกมาตรการห้ามการนำเข้ายางรถยนต์ที่ใช้แล้วเพื่อนำมาหล่อดอกลงแล้วนำกลับมาใช้ใหม่ในประเทศบราซิลและยางรถยนต์ที่ใช้แล้วจากประชาคมยุโรป หากฝ่าฝืนจะมีโทษปรับในอัตราสูง โดยอ้างข้อยกเว้นว่าเป็นมาตรการจำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตและสุขภาพของประชาชนจากการผลิต จัดเก็บ และการทำลายยางที่ใช้แล้วตามมาตรา XX (b) องค์การอุทธรณ์ได้พิจารณา “มาตรการที่จำเป็น” ดังต่อไปนี้

“เพื่อที่จะตัดสินว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่ จะต้องพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งความสำคัญของวัตถุประสงค์เชิงนโยบายหรือผลประโยชน์ของรัฐ , ระดับที่มาตรการสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของรัฐได้ และระดับการกีดกันทางการค้าของมาตรการดังกล่าว ถ้าการวิเคราะห์หันมาสู่ข้อสรุปเบื้องต้นว่ามาตรการนั้นจำเป็น ผลลัพธ์ต้องได้รับการยืนยันโดยการเปรียบเทียบมาตรการกับทางเลือกอื่นที่เป็นไปได้ ซึ่งอาจมีผลเป็นการกีดกันทางการค้าน้อยกว่า แต่ในขณะเดียวกันสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของรัฐได้”

การวิเคราะห์ “มาตรการที่จำเป็น” ควรเริ่มต้นด้วยกรณีที่แสดงผลตั้งแต่ต้น (prima facie case) ซึ่งองค์การอุทธรณ์ได้วางหลักการ “การชั่งน้ำหนักเพื่อหาจุดสมดุล” (weighting and balancing test) ในการพิจารณาว่ามาตรการในแต่และข้อพิพาทที่อาจเป็นการกีดกันทางการค้าแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพอนามัยของประชาชนในรัฐได้ โดยพิจารณาจาก 3 ปัจจัย ดังนี้

ปัจจัยแรก คือ “ความสำคัญเชิงสัมพัทธ์” ของมาตรการต่าง ๆ ที่ถูกออกแบบมาเพื่อปกป้องคุ้มครองชีวิตและสุขภาพอนามัยของประชาชน ส่วนปัจจัยอื่น ๆ อีกสองประการ คือการใช้มาตรการนั้นเพื่อไปให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่มุ่งหมาย และการประเมินผลกระทบที่เป็นการกีดกันของมาตรการนั้นๆ ต่อการค้าระหว่างประเทศ โดยองค์ประกอบที่ 2 ของการวิเคราะห์ควรเป็นโอกาสของฝ่ายร้องเรียนที่จะเสนอ “มาตรการทางเลือกอื่นที่มีเหตุผล” ถึงแม้ว่าองค์การอุทธรณ์ในข้อพิพาท US – Gambling ได้พยายามที่จะทำให้วิเคราะห์มีความชัดเจน แต่ก็ยังมีความไม่แน่นอนบางอย่างอยู่ในข้อพิพาท Brazil - Tyres

⁸² Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres. Report of the Appellate Body. WT/DS332/AB/R. (2007)

ความซับซ้อนที่เพิ่มขึ้นของการวิเคราะห์มาตรการที่จำเป็น เป็นที่ประจักษ์ในข้อพิพาท Brazil - Tyres ในระหว่างการโต้เถียงกันต่อหน้าองค์กรอุทธรณ์ มีความไม่แน่นอนบางอย่างเกี่ยวกับการวิเคราะห์การชั่งน้ำหนักเพื่อหาจุดสมดุล ปัญหาอย่างหนึ่งคือพลวัตรของการโต้สวนการชั่งน้ำหนักเพื่อหาจุดสมดุลยังคงคลุมเครือ ยังจะต้องดูกันต่อไปว่า “การกีดกันทางการค้า” จะสำคัญกว่า “ความสำคัญเชิงสัมพัทธ์” อย่างไร หรือความสัมพันธ์ที่แนบแน่นระหว่างวิธีการและเป้าหมายควรจะเพิ่มเข้าไปในกรณีของฝ่ายเสนออย่างไร และยังมีคำถามอีกว่า “การชั่งน้ำหนักเพื่อหาจุดสมดุล” และ “มาตรการทางเลือกที่มีเหตุมีผล” เป็นการโต้สวนที่โดดเด่นเฉพาะพิเศษหรือไม่ มีการให้ข้อเสนอแนะว่ายังมีการเหลื่อมล้ำกันระหว่างองค์ประกอบสองประการนี้

อย่างไรก็ตาม ในข้อพิพาท Brazil – Tyres เมื่อพิจารณาปัจจัยต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความสำคัญเชิงสัมพัทธ์ในการบรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายในการปกป้องชีวิตและอนามัยของประชาชนของบราซิล ชั่งน้ำหนักกับมาตรการทางเลือกที่มีเหตุมีผลซึ่งเป็นมาตรการทางเลือกที่ทำให้สิ้นเปลืองและส่งผลกระทบต่อประมาณของประเทศมากขึ้น และไม่อาจได้ผลลัพธ์ถึงระดับที่บราซิลต้องการ องค์กรอุทธรณ์จึงตัดสินใจว่ามาตรการห้ามการนำเข้ายางรถยนต์ที่ใช้แล้วเพื่อนำมาหล่อดอกยางแล้วนำกลับมาใช้ใหม่ดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตและสุขภาพของคน สัตว์ และพืช ตามมาตรา XX (b)

3.3.1.2 การดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายใน

เกี่ยวกับการตีความการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในประเทศตามมาตรา XX (d) นั้น คณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ได้พิจารณาเป็นแนวทางไว้ กล่าวคือ ในข้อพิพาท EEC – Regulation on Imports of Parts and Components ซึ่งประชาคมยุโรปได้ออกกฎระเบียบเกี่ยวกับนำเข้าผลิตภัณฑ์ขั้นสุดท้าย วัสดุหรือส่วนประกอบของผลิตภัณฑ์ ออกตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการต่อต้านการทุ่มตลาด (General Agreement of Council Regulation No.2176/84 on Anti-Dumping) มาตรา 13:10 ของประชาคมยุโรป ซึ่งมีมาตรการตอบโต้การหลีกเลี่ยงอากรสำหรับสินค้านำเข้าไม่ว่าจะเป็นชิ้นส่วนหรือวัสดุเข้ามาจำหน่ายในประชาคมยุโรป ซึ่งญี่ปุ่นเห็นว่ามาตรการดังกล่าวไม่สอดคล้องกับความตกลงทั่วไปของประชาคมยุโรป มาตรา 1 , มาตรา 2 และมาตรา 3 และไม่เป็นธรรมตามมาตรา 6 ซึ่งประชาคมยุโรปได้แย้งว่ามาตรการดังกล่าวตามมาตรา 13:10 ของความตกลงทั่วไปของประชาคมยุโรปสามารถนำมาใช้ได้โดยเข้าช้อยกเว้นตาม GATT มาตรา XX (d)

คณะพิจารณาเห็นว่า คำว่า “มาตรการ” ต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา XX ของ GATT และคำว่ากฎหมายหรือกฎระเบียบตามที่ระบุไว้ในวรรคย่อย (d) ของ

มาตรา XX คือ กฎหมายหรือกฎระเบียบที่ประเทศภาคีสมาชิกใช้สิทธิเรียกร้องว่าเป็นการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายภายใน ดังนั้นโดยระเบียบของ Council No.2176/84 จึงเป็นการกำหนดให้มีการเรียกเก็บภาษีจากสินค้านำเข้าจากญี่ปุ่นโดยตัวของมันเอง ซึ่งมาตรการตามความหมายของมาตรา XX (d) จะต้องเป็นมาตรการเพื่อให้ดำเนินการตามกฎหมายภายในซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักความตกลงทั่วไป

ในข้อพิพาทนี้ญี่ปุ่นโต้แย้งว่า มาตรการที่ประชาคมยุโรปสามารถใช้ได้จะต้องเป็นมาตรการที่สอดคล้องกับความตกลงทั่วไปเท่านั้น ซึ่งญี่ปุ่นเห็นว่ามาตรการตอบโต้การหลีกเลี่ยงอากรดังกล่าวไม่ได้สอดคล้องกับระเบียบการตอบโต้การทุ่มตลาดของประชาคมยุโรป แต่ประชาคมยุโรปโต้แย้งในประเด็นนี้ว่า การตีความคำว่า “การดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายใน” ต้องตีความอย่างกว้างไม่เพียงแต่ให้ครอบคลุมถึงกฎหมายหรือระเบียบที่ใช้บังคับ แต่ยังคงครอบคลุมถึงการกระทำเพื่อป้องกันผลกระทบที่เกิดจากการบังคับใช้กฎหมายหรือกฎระเบียบนั้นด้วย ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการต่อต้านการทุ่มตลาดจึงถือว่าเป็นกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในตามความหมายของมาตรา XX (d) ด้วย

คณะพิจารณาได้สรุปเกี่ยวกับ การดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายใน ตามมาตรา XX (d) ว่า ตามมาตรา XX (d) ไม่ได้หมายถึงวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายของการบังคับใช้กฎหมายหรือกฎระเบียบนั้น แต่หมายถึงกฎหมายหรือกฎระเบียบภายใน เช่น การบังคับใช้กฎหมายภาษี , การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด , การบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองสิทธิบัตร และการป้องกันการกระทำที่หลอกลวง เป็นต้น ซึ่งหมายรวมถึงมาตรการป้องกันการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายหรือกฎระเบียบนั้นๆ

นอกจากนี้คณะพิจารณายังได้ตีความถึงจุดมุ่งหมายของมาตรา XX (d) กล่าวคือ มาตรา XX (d) บัญญัติขึ้นเพื่อให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถออกกระทำที่ขัดหรือแย้งกับความตกลง GATT ได้ แต่ทั้งนี้การกระทำหรือมาตรการที่บังคับใช้นั้นต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของกฎหมายหรือกฎระเบียบภายใน ซึ่งกฎหมายหรือกฎระเบียบนั้นต้องสอดคล้องกับหลักการของความตกลง GATT แต่หากตีความการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในให้หมายรวมถึงการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในนั้นจะเป็นการขยายความออกไปอีก ซึ่งเมื่อใดก็ตามที่วัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในที่สอดคล้องกับความตกลง GATT ไม่สามารถดำเนินการให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของการบังคับใช้กฎหมายนั้นได้ การวางข้อกำหนดที่ไม่สอดคล้องกับความตกลง GATT จะนำมาใช้ในการพิจารณาตามมาตรา XX (d)

จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น คณะพิจารณาจึงสรุปว่าการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายใน ตามมาตรา XX (d) นั้น หมายถึง มาตรการที่ใช้เพื่อการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในที่สอดคล้องกับความตกลง GATT เท่านั้น ในข้อพิพาท EEC – Regulation on Imports of Parts and Components ความตกลงว่าด้วยการตอบโต้การทุ่มตลาดของประชาคมยุโรป ไม่ได้มีจุดมุ่งหมายในการบังคับใช้กฎหมายมีเพียงแต่การวางขอบเขตอำนาจของประชาคมยุโรป แต่มาตรการตอบโต้การหลีกเลี่ยงอากรเป็นมาตรการโดยตัวมันเองในการบังคับใช้ ได้แก่ การกำหนดให้เสียภาษีกรณีการหลีกเลี่ยงอากรโดยเฉพาะเจาะจง ดังนั้นมาตรการตอบโต้การหลีกเลี่ยงอากรไม่ได้มีขึ้นเพื่อดำเนินให้เป็นไปตามระเบียบการตอบโต้การทุ่มตลาดของประชาคมยุโรป ประชาคมยุโรปจึงไม่อาจยกข้อยกเว้นตามมาตรา XX (d) ได้

3.3.1.3 กฎหมายหรือกฎระเบียบที่ไม่ขัดต่อความตกลง GATT

เกี่ยวกับการตีความกฎหมายหรือกฎระเบียบที่ไม่ขัดต่อความตกลง GATT ตามมาตรา XX (d) นั้น คณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ได้พิจารณาเป็นแนวทางไว้ กล่าวคือ ในข้อพิพาท United States – Imports of Certain Automotive Spring Assemblies คณะพิจารณาได้สรุปว่า นอกจากกฎหมายหรือกฎระเบียบจะต้องไม่ขัดต่อความตกลง GATT แล้ว หากมีการกระทำผิดจะต้องดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกาได้ด้วย⁸³

ในข้อพิพาท Japan – Restrictions of Imports of Certain Agricultural Products กรณีที่ญี่ปุ่นจำกัดการนำเข้าสินค้าเกษตรโดยให้รัฐบาลแต่เพียงผู้เดียวเป็นผู้นำเข้านั้น ญี่ปุ่นอ้างว่ามาตรการดังกล่าวอยู่ในข่ายข้อยกเว้นตามมาตรา XX (d) คณะพิจารณาเห็นว่า มาตรการที่ได้รับยกเว้นตามวรรคย่อย (d) ต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้นำเข้าให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายใน ซึ่งกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อความตกลง GATT มาตรา XX (d) ไม่ได้อนุญาตให้ประเทศภาคีสมาชิกมีการผูกขาดที่ขัดหรือไม่สอดคล้องกับหลักการต่างๆของ GATT ดังนั้นมาตรการจำกัดการนำเข้าสินค้าเกษตรดังกล่าวจึงเป็นการจำกัด

⁸³ United States – Imports of Certain Automotive Spring Assemblies, Panel Report, para.57.

ปริมาณโดยการผูกขาดที่ไม่สอดคล้องกับมาตรา 11 วรรค 1 ของความตกลง GATT และไม่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา XX (d)⁸⁴

ในข้อพิพาท United States – Restrictions on Imports of Tuna มาตรการห้ามการนำเข้าปลาทูน่าของสหรัฐอเมริกาภายใต้กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสัตว์เลี้ยงลูกด้วยน้ำในทะเล (US Marine mammal Protection Act) ซึ่งให้อำนาจสหรัฐอเมริกาในการสั่งห้ามนำเข้าปลาทูน่าครีบน้ำเงิน และผลิตภัณฑ์ปลาทูน่าครีบน้ำเงินจากประเทศที่สามได้ และสหรัฐอเมริกามีอำนาจปฏิเสธการขนส่งปลาทูน่าดังกล่าว เว้นแต่ผู้นำเข้าจะแสดงได้ว่าปลาทูน่าดังกล่าวถูกจับด้วยอวนในมหาสมุทรแปซิฟิกโดยเรือของเม็กซิโก ซึ่งคณะพิจารณาเห็นว่ากฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสัตว์เลี้ยงลูกด้วยน้ำในทะเลดังกล่าวขัดต่อความตกลง GATT มาตรา 11 วรรค 1 คณะพิจารณาได้ให้เหตุผลว่า กฎหมายหรือกฎระเบียบที่ใช้ในการดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์เชิงนโยบายภายในนั้นด้วยตัวเองมันเองต้องไม่เป็นการขัดหรือแย้งกับหลักการต่างๆของความตกลง GATT จึงไม่อาจยกข้อยกเว้นตามมาตรา XX (d) ขึ้นอ้างได้⁸⁵

(1) กฎหมายศุลกากรว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้า

จากการหารือของคณะกรรมการในรอบลอนดอน ได้ระบุข้อยกเว้นกรณีที่มีการออกมาตรการเพื่อจำกัดปริมาณสินค้านำเข้าส่งออก เพื่อปกป้องเศรษฐกิจภายในประเทศ หรือเป็นการคงไว้หรือรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงทางเศรษฐกิจตามกฎบัตรลอนดอนและนิวยอร์กมาตรา 25 วรรค 2 ด้วย⁸⁶ ซึ่งต่อมาการประชุม GATT รอบเจนีวา ได้มีมติให้ยกเลิกมาตรานี้และให้นำไปเขียนไว้ในข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา XX ของความตกลง GATT โดยได้บัญญัติถ้อยคำให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น สำหรับข้อยกเว้นตามวรรคย่อย (d) นั้นได้มีการยกตัวอย่างของกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่สอดคล้องกับบทที่ 5 ของความตกลง GATT ซึ่งเป็นมาตรการที่จำเป็นในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว โดยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าเพื่อปกป้องเศรษฐกิจภายในประเทศเป็นสิ่งที่อนุญาตให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถทำได้แต่ต้องเป็นไปตามหลักการภายใต้มาตรา 2 วรรค 4 และมาตรา 17 ของความตกลง GATT ด้วย

⁸⁴ Japan – Restrictions of Imports of Certain Agricultural Products, Panel Report, para.5.2.2.3.

⁸⁵ United States – Restrictions on Imports of Tuna, Panel, para.5.39-5.40.

⁸⁶ London Report, P.12, para.III.C.1(i).

ในข้อพิพาท Japan – Restrictions on Imports of Certain Agricultural Products ซึ่งญี่ปุ่นได้ใช้มาตรการจำกัดการนำเข้าสินค้าทางการเกษตรโดยการผูกขาด คณะพิจารณาได้พิจารณามาตรา XX (d) เกี่ยวกับการจำกัดการนำเข้าที่มีผลเป็นการผูกขาดทางการค้าว่า มาตรา XX (d) ได้อนุญาตให้ใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันการผูกขาด เช่น มาตรการจำกัดการนำเข้า แต่อย่างไรก็ตามวรรคย่อย (d) ระบุให้ยกเว้นการปฏิบัติตามความตกลง GATT ในกรณีที่เป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินงานเป็นไปตามกฎหมายภายในที่สอดคล้องกับความตกลง GATT เท่านั้น ไม่ได้อนุญาตให้ประเทศภาคีสมาชิกใช้มาตรการป้องกันการผูกขาดที่ขัดแย้งกับบทบัญญัติอื่นๆของ GATT เช่น ในมาตรา 2 วรรค 4⁸⁷ , มาตรา 11 , มาตรา 12 , มาตรา 13 , มาตรา 14 , มาตรา 17⁸⁸ และมาตรา 18 เป็นต้น แต่ในกรณีที่การจำกัดการนำเข้าตามกฎหมายส่ง

⁸⁷ GATT 1947 Article 2 para.4

If any contracting party establishes, maintains or authorizes, formally or in effect, a monopoly of the importation of any product described in the appropriate Schedule annexed to this Agreement, such monopoly shall not, except as provided for in that Schedule or as otherwise agreed between the parties which initially negotiated the concession, operate so as to afford protection on the average in excess of the amount of protection provided for in that Schedule. The provisions of this paragraph shall not limit the use by contracting parties of any form of assistance to domestic producers permitted by other provisions of this Agreement

⁸⁸ GATT 1994 Article 17(b)

A contracting party establishing, maintaining or authorizing an import monopoly of a product, which is not the subject of a concession under Article II, shall, on the request of another contracting party having a substantial trade in the product concerned, inform the CONTRACTING PARTIES of the import mark-up* on the product during a recent representative period, or, when it is not possible to do so, of the price charged on the resale of the product.

ผลกระทบต่อการตลาดการผูกขาดซึ่งขัดต่อมาตรา 11 วรรค 1⁸⁹ จะไม่อยู่ในขอบเขตของข้อยกเว้นตาม มาตรา XX (d)⁹⁰

(2) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปกป้องทรัพย์สินทางปัญญา

จากบทนำของร่างความตกลงว่าด้วยมาตรการต่อต้านการนำเข้าสินค้าที่มีการปลอมแปลง (Agreement on Measures to Discourage the Importation of Counterfeit Goods) ที่กำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกที่ใช้สิทธิตามมาตรา XX ของความตกลง GATT เพื่อใช้หรือบังคับใช้กฎหมายหรือกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า ซึ่งได้มีการปรึกษาผู้อำนวยการองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization) หรือ WIPO ในการบัญญัติให้ประเด็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับการขายสินค้าที่ปลอมแปลงหรือลอกเลียนแบบไว้ด้วย

ในข้อพิพาท United States – Imports of Certain Automotive Spring Assemblies ถือเป็นครั้งแรกที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิบัตรและเกี่ยวข้องโดยตรงกับมาตรา XX วรรคย่อย (d)⁹¹ โดย GATT เข้าใจถึงความจำเป็นของประเทศภาคีสมาชิกในการกำหนดมาตรการเพื่อให้การดำเนินงานเป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในซึ่งอาจจะไม่สอดคล้องกับหลักการของ GATT ด้วยเหตุนี้องค์การอุทธรณ์จึงเห็นว่าการคุ้มครองสิทธิบัตรโดยกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในของรัฐดังกล่าวจึงเป็นไปตามมาตรา XX (d) โดยตรง⁹²

⁸⁹ GATT 1994 Article 11 para.1

No prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licences or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the importation of any product of the territory of any other contracting party or on the exportation or sale for export of any product destined for the territory of any other contracting party.

⁹⁰ Japan – Restrictions on Imports of Certain Agricultural Products, Panel, para.5.2.2.3.

⁹¹ United States – Imports of Certain Automotive Spring Assemblies, Panel, para.51.

⁹² *Ibid.*, para.53.

ในข้อพิพาท United States – Section 337 of Tariff Act of 1930⁹³ คณะพิจารณาวินิจฉัยว่า "กระบวนการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายมีอาจแยกจากกฎหมายสารบัญญัติที่กฎหมายบัญญัตินั้นดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตาม ถ้าหากกฎหมายวิธีสบัญญัติของกฎหมายภายในไม่สอดคล้องกับหลักการของความตกลง GATT ประเทศภาคีสมาชิกก็จะหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตาม⁹⁴ การบังคับใช้กฎหมายสารบัญญัติซึ่งต้องเป็นไปโดยสอดคล้องกับหลักการของ GATT ผ่านกระบวนการปฏิบัติที่ต้อกว่ากับสินค้านำเข้าเมื่อเทียบกับ สินค้าที่มีถิ่นกำเนิดในประเทศ⁹⁵ ดังนั้น การตีความที่สหรัฐอเมริกาเสนอมาจะลัดวัตถุประสงค์มาตรา 3 ซึ่งประกันว่า มาตรการภายในจะไม่ใช้กับสินค้านำเข้าหรือสินค้าภายในประเทศเพื่อให้การคุ้มครองการผลิตภายในประเทศ"⁹⁶

คณะพิจารณาหวังว่าประเทศภาคีสมาชิกจะไม่ดำเนินการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของกฎหมายสิทธิบัตรหรือระดับความต้องการในการบังคับใช้กฎหมายนั้น เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวต้องใช้กับสินค้านำเข้าและสินค้าที่ผลิตภายในประเทศอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ได้หมายความว่าประเทศภาคีสมาชิกจะสามารถบังคับใช้กฎหมายในระดับที่เป็นการขัดต่อหลักการของ GATT

⁹³ Tariff Act of 1930 , Section 337

“Under section 337, the USITC determines whether there is unfair competition in the importation of products into, or their subsequent sale in, the United States. Section 337 declares the infringement of a U.S. patent, copyright, registered trademark, or mask work to be an unlawful practice in import trade. Section 337 also declares unlawful other unfair methods of competition and unfair acts in the importation and subsequent sale of products in the United States, the threat or effect of which is to destroy or substantially injure a domestic industry, prevent the establishment of such an industry, or restrain or monopolize trade and commerce in the United States.”

⁹⁴ United States – Imports of Certain Automotive Spring Assemblies, Panel, para.5.24.

⁹⁵ *Ibid.*, para.5.26.

⁹⁶ รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์ และ สมบูรณ์ ศิริประชัย , “กฎกติกา WTO เล่ม 1 : กฎกติกาทั่วไป,” โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552, หน้า 53

(3) มาตรการป้องกันการหลอกลวง

ในการประชุมคณะกรรมการในรอบลอนดอนได้ตกลงให้ใช้คำว่า พฤติกรรมที่หลอกลวง (deceptive practices) เป็นคำที่มีความหมายครอบคลุมในกรณีที่มีการประพฤติผิดทางการค้า

3.3.2 ข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา XX (Chapeau)

นอกจากการพิจารณาว่ามาตรการใดจะเข้าข้อยกเว้นเฉพาะตามมาตรา XX ของความตกลง GATT แล้ว ประเทศภาคีสมาชิกยังต้องพิสูจน์ด้วยว่ามาตรการที่นำมาใช้นั้นเข้าข้อยกเว้นตามบทนำ (Chapeau) ของความตกลง GATT ด้วย เพื่อป้องกันมิให้ประเทศภาคีสมาชิกใช้ข้อยกเว้นในการไม่ปฏิบัติตามความตกลง GATT อย่างไม่มีเหตุอันสมควร และเพื่อป้องกันการกีดกันทางการค้าโดยแอบแฝง แทนที่จะอ้างใช้ข้อยกเว้นตามความตกลง GATT เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของตนอย่างแท้จริง ข้อความในส่วนของบทนำ (Chapeau) ประกอบด้วย 3 ส่วนที่สำคัญ ดังนี้

1) การเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ

มาตรการของประเทศภาคีสมาชิกจะต้องไม่เป็นการบังคับใช้ในลักษณะทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ (arbitrary discrimination) ระหว่างประเทศที่มีสถานการณ์เหมือนกันหรือใกล้เคียงกัน

กล่าวคือ มาตรการที่ประเทศภาคีสมาชิกเลือกใช้จะต้องไม่เป็นมาตรการที่กำหนดรูปแบบในการบังคับใช้ที่เข้มงวดจนเกินไป แต่ต้องมีความยืดหยุ่น โปร่งใส และสามารถปรับใช้กับสถานการณ์เฉพาะของแต่ละประเทศสมาชิกที่อาจได้รับผลกระทบจากมาตรการที่เป็นข้อยกเว้นได้ มาตรการของประเทศภาคีสมาชิกจะต้องไม่เป็นการบังคับใช้ในลักษณะทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติอย่างที่ไม่เป็นเหตุอันสมควรได้ (unjustifiable discrimination) ระหว่างประเทศที่มีสถานการณ์เหมือนกันหรือใกล้เคียงกัน เช่น

ในข้อพิพาท United States – Shrimp/Turtle⁹⁷ สหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายห้ามนำเข้ากุ้งและผลิตภัณฑ์ที่ทำจากกุ้งจากประเทศที่ยังไม่มีมาตรการเพื่อการอนุรักษ์และ

⁹⁷ United States – Imports Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products. Report of Appellate Body. WT/DS58/AB/R. (1998)

ปกป้องเต่าทะเล ตามกฎหมาย Protection of Sea in Shrimp Trawl Fishing Operation มาตรา 609 ซึ่งบังคับให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องมีนโยบายในการอนุรักษ์และปกป้องเต่าทะเลในระดับเดียวหรือเท่าเทียมกับกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา โดยกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้เรือประมงต้องติดตั้งเครื่องมือ TED เพื่อลดอัตราการตายของเต่า โดยไม่มีการผ่อนปรนการบังคับใช้มาตรการดังกล่าวแม้ว่าจะมีมาตรการทางเลือกอื่น ๆ ที่ให้ผลดีกว่าหรือเทียบเท่า มาตรการดังกล่าวของสหรัฐอเมริกาเป็นการบังคับใช้อย่างเข้มงวด ไม่มีความยืดหยุ่น และขาดความโปร่งใส จึงเป็นมาตรการที่ไม่เข้าเงื่อนไขในส่วนบทนำ (Chapeau) ของมาตรา XX

2) การเลือกปฏิบัติโดยปราศจากเหตุผล

ในประเด็นนี้จะมีการพิจารณาการบังคับใช้มาตรการอย่างเท่าเทียมกันในระหว่างประเทศสมาชิกที่มีสถานการณ์ที่เหมือนกันหรือใกล้เคียงกันหรือไม่ หรือมีการเลือกปฏิบัติต่อประเทศภาคีสมาชิกหรือไม่ ซึ่งหากไม่สามารถให้เหตุผลเหตุผลเพิ่มเติมในการเลือกใช้มาตรการได้ มาตรการนั้นเป็นการขัดต่อข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา XX ในส่วนบทนำ (Chapeau) เช่น

ในข้อพิพาท United States – Shrimp/Turtle องค์การอุทธรณ์ได้พิจารณาว่ากฎหมายห้ามนำเข้ากุ้งและผลิตภัณฑ์ที่ทำจากกุ้งจากประเทศที่ยังไม่มีมาตรการเพื่อการอนุรักษ์และปกป้องเต่าทะเลของสหรัฐอเมริกาเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างประเทศภาคีสมาชิก เนื่องจากสหรัฐอเมริกาดำเนินการเจรจากับบางประเทศในแถบทะเลแคริบเบียนและมหาสมุทรแอตแลนติกตะวันตก แต่ไม่เปิดโอกาสในการเจรจากับประเทศในแถบเอเชีย ซึ่งภายหลังจากที่สหรัฐอเมริกาได้มีการเจรจากับประเทศในแถบทะเลแคริบเบียนและมหาสมุทรแอตแลนติกตะวันตกได้มีการตกลงทำอนุสัญญาว่าด้วยการปกป้องและอนุรักษ์เต่าทะเลขึ้น โดยสหรัฐอเมริกาได้ให้ความช่วยเหลือทางเทคนิคและทางการเงินแก่กลุ่มประเทศดังกล่าวด้วย ซึ่งสหรัฐอเมริกาไม่สามารถให้เหตุผลได้ว่าเหตุใดจึงได้เลือกปฏิบัติเช่นนั้น มาตรการของสหรัฐอเมริกาดังกล่าวจึงเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจและไม่มีเหตุผลอันสมควรระหว่างประเทศที่มีสถานการณ์เหมือนกันหรือใกล้เคียงกัน

แต่หากประเทศภาคีสมาชิกได้บังคับใช้มาตรการโดยเท่าเทียมกันระหว่างประเทศที่มีสถานการณ์เดียวกันหรือใกล้เคียงกัน มาตรการดังกล่าวก็จะสอดคล้องกับบทนำ (Chapeau) ของมาตรา XX เช่น

ในข้อพิพาท United States – Prohibition of Imports of Tuna and Tuna Products from Canada สหรัฐอเมริกาออกมาตรการห้ามนำเข้าปลาทูน่าและผลิตภัณฑ์ปลาทูน่าจากแคนาดา ใช้บังคับเมื่อวันที่ 31 สิงหาคม ค.ศ. 1979 หลังจากมีการจับกุมเรือและลูกเรือ

ประมงของสหรัฐอเมริกา ในน่านน้ำพิพาทโดยหน่วยงานของแคนาดา มาตรการดังกล่าวไม่ได้มีผลกระทบต่อแคนาดาเท่านั้น แต่ยังมีผลเป็นการกระทำเช่นเดียวและด้วยเหตุผลเดียวกันกับการนำเข้าปลาหูจากประเทศคอซตาริกา เอกวาดอร์ เม็กซิโก และเปรู ซึ่งเป็นประเทศที่มีสถานการณ์ใกล้เคียงกัน คณะพิจารณาจึงเห็นว่ามาตรการของสหรัฐจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ

และในข้อพิพาท United States – Imports of Certain Automotive Spring Assemblies คณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกาได้ใช้อำนาจตามมาตรา 337 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยภาษี (Tariff Act 1930) ออกคำสั่งห้ามนำเข้ารถยนต์ที่พบว่ามีการละเมิดสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกา คณะพิจารณาเห็นว่ามาตรการดังกล่าวส่งผลกระทบต่อผู้นำเข้ารถยนต์ต่างชาติ ซึ่งเป็นรถยนต์ที่มีการละเมิดสิทธิบัตรตามกฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกา ไม่เพียงแต่ผู้นำเข้ารถยนต์จากแคนาดาเท่านั้น ดังนั้นมาตรการดังกล่าวของสหรัฐอเมริกาก็ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจระหว่างประเทศที่มีสถานการณ์เหมือนกันหรือใกล้เคียงกัน

3) การกีดกันทางการค้าโดยแอบแฝง

ในข้อพิพาท Japan – Alcohol ซึ่งญี่ปุ่นออกมาตรการในการเก็บภาษีภายในประเทศสำหรับสินค้าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ประเภทโซจูในอัตราที่ต่ำ ในขณะที่เรียกเก็บภาษีเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ประเภทอื่น เช่น วอดก้า คอนยัค ในอัตราที่สูงกว่าโซจูมากนั้น คณะพิจารณาได้ตีความถึงการกีดกันทางการค้าโดยแอบแฝงด้วย ซึ่งต้องพิจารณาถึงรูปแบบ โครงสร้าง และลักษณะของมาตรการตามภาวะวิสัยและสถานการณ์ที่เกิดขึ้นจริง โดยมาตรการดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการกีดกันโดยแอบแฝงในการทางค้าระหว่างประเทศด้วย

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศของสหรัฐอเมริกา เป็นเครื่องมือในการกีดกันทางการค้า

ในปัจจุบันสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้กลายมาเป็นประเด็นทางด้านการค้าระหว่างประเทศด้วยเหตุผลหลายประการ เหตุผลประการหนึ่งก็เนื่องจากการผลิตสินค้าและบริการต่างๆได้มีการนำเอาทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ว่าจะเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ นวัตกรรม หรือเทคโนโลยีสารสนเทศต่างๆมาเป็นพื้นฐานในการผลิต ทำให้สามารถผลิตสินค้าได้ปริมาณมากขึ้น นอกจากนี้ ประเทศพัฒนาแล้วยังตระหนักถึงประเด็นทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ หากประเทศผู้นำเข้ามีระบบการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ ทำให้เกิดการกระทำผิดกฎหมาย นอกจากจะทำให้เจ้าของกรรมสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้รับความเสียหายแล้ว ยังทำให้ประเทศผู้นำเข้าได้เปรียบในส่วนของต้นทุนการผลิตสินค้ามากกว่าผู้ส่งออกในประเทศด้วย เนื่องจากการผลิตสินค้าและบริการนั้นไม่ได้เสียค่าใช้จ่ายในการจัดซื้อหรือขออนุญาตใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ทำให้สามารถกำหนดราคาสินค้าได้ต่ำกว่าผู้ส่งออกในประเทศที่ได้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือเทคโนโลยีสารสนเทศที่ถูกต้องตามกฎหมาย จึงเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า

สำหรับกรณีที่สหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายในระดับมลรัฐบัญญัติห้ามการจำหน่ายและนำเข้าสินค้าที่ได้ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในกระบวนการผลิตสินค้าและในการดำเนินธุรกิจเข้าไปยังมลรัฐต่างๆในประเทศสหรัฐอเมริกา และได้กำหนดโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นโทษปรับ ริบสินค้า หรือห้ามการจำหน่ายและนำเข้าสินค้าที่ผิดกฎหมายนั้น กฎหมายดังกล่าวส่งผลกระทบต่อประเทศผู้นำเข้าสินค้าไปจำหน่ายยังสหรัฐอเมริกาโดยตรง โดยเฉพาะกับประเทศที่ยังไม่มีศักยภาพในการพัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศขึ้นมาใช้เองและยังต้องพึ่งพาเทคโนโลยีสารสนเทศต่างๆจากประเทศพัฒนาแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่มีผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สำคัญและเป็นที่ยอมรับใช้แพร่หลายทั่วโลก อาทิเช่น Microsoft , Adobe และ AutoDesk เป็นต้น

ในบทนี้ผู้เขียนจึงขอวิเคราะห์ปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายห้ามการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตสินค้าและในการดำเนินธุรกิจและนำเข้าสินค้านี้มาจำหน่ายในสหรัฐอเมริกา ดังนี้

4.1 ปัญหาด้านมาตรการทางการค้าที่มีใช้ภาษี (Non-Tariff Measures)

อุปสรรคทางการค้าเป็นวิธีหนึ่งที่ประเทศต่าง ๆ นิยมนำมาใช้ในการค้าระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นอุปสรรคทางการค้าในลักษณะที่เป็นภาษีศุลกากร (Tariff Barriers) ซึ่งเป็นการกำหนดอัตราภาษีสำหรับสินค้านำเข้าโดยชัดเจน กับอุปสรรคทางการค้าที่ไม่มีใช้ภาษี (Non-Tariff Barriers) ซึ่งเป็นการก่อให้เกิดอุปสรรคทางการค้าระหว่างประเทศผู้นำเข้าและผู้ผลิตภายในประเทศในรูปแบบอื่นที่มีใช้ภาษี เช่น การจำกัดปริมาณ , การกำหนดมาตรฐานการผลิตสินค้า , การควบคุมด้านคุณภาพสินค้าอย่างเข้มงวด , มาตรฐานในการบรรจุหีบห่อหรือติดฉลากสินค้า เป็นต้น ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้ผลิตสินค้าภายในประเทศของตนเป็นสำคัญ มาตรการที่มีใช้ภาษี (Non-Tariff Measures) ต่างๆ อาจออกมาในรูปแบบของกฎหมาย กฎเกณฑ์ ระเบียบ คำสั่ง หรือคำพิพากษาของศาล ที่ทำให้มีผลเป็นการจำกัดทางการค้าซึ่งสร้างปัญหาและความสับสนให้แก่ผู้ประกอบการค้าระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก เนื่องจากมาตรการที่มีใช้ภาษีดังกล่าวไม่มีรูปแบบที่แน่นอนและไม่มีเวลาโปร่งใสที่จะให้ประเทศคู่ค้าสามารถตรวจสอบความชอบธรรมในการใช้มาตรการดังกล่าวได้

และในปัจจุบันประเทศต่างๆ โดยเฉพาะประเทศมหาอำนาจยังได้แสวงหาวิธีการในการรักษาผลประโยชน์ของประเทศตน ไม่ว่าจะเป็นในด้านเศรษฐกิจ การเมือง สังคม ให้ได้มากที่สุด แม้ว่าการตั้งข้อจำกัดหรืออุปสรรคทางการค้าต่างๆ นั้นจะเป็นเรื่องที่ไม่สอดคล้องกับหลักการของความตกลง GATT ที่ส่งเสริมการค้าเสรีและพยายามจำกัดอุปสรรคทางการค้าให้น้อยที่สุด แต่ประเทศต่างๆ ก็ได้พัฒนามาตรการที่มีใช้ภาษีในรูปแบบใหม่ เช่น การใช้มาตรการในการรักษาและคุ้มครองสิ่งแวดล้อม การปกป้องและอนุรักษ์ชีวิต คน สัตว์ หรือพันธุ์พืช การคุ้มครองด้านสิทธิมนุษยชนเกี่ยวกับการใช้แรงงาน หรือการคุ้มครองด้านทรัพย์สินทางปัญญา โดยอาศัยช่องว่างและข้อยกเว้นของความตกลง GATT มาเพื่อปกป้องอุตสาหกรรมภายในประเทศและเป็นการกีดกันทางการค้าด้วย

การบังคับใช้กฎหมายห้ามการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตสินค้าและในการดำเนินธุรกิจและนำเข้าสินค้านี้มาจำหน่ายในสหรัฐอเมริกา ซึ่งกำหนดโทษปรับ ริบทรัพย์สิน รวมทั้งการห้ามนำสินค้านี้มาจำหน่ายในประเทศ เป็นการนำเอาเงื่อนไขในการใช้ทรัพย์สินทางปัญญา คือ ลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ มาเป็นเงื่อนไขในการนำเข้าสินค้าไปจำหน่ายในประเทศอเมริกา ซึ่งมีใช้เป็นการกำหนดเกี่ยวกับคุณภาพของสินค้า หรือมาตรฐานเกี่ยวกับความปลอดภัยของสินค้านั้นโดยตรง แต่เป็นการนำเงื่อนไขในกระบวนการผลิตสินค้ามาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา นอกจากนี้ยังนำประเด็นเกี่ยวกับการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในการดำเนินธุรกิจซึ่งเป็นเรื่องภายในของแต่ละบริษัทมาเป็นเงื่อนไขในการนำ

สินค้าเข้ามาจำหน่ายในสหรัฐอเมริกาอีกด้วย กฎหมายดังกล่าวจึงเป็นอุปสรรคทางการค้าที่ไม่มีภาษี (Non-Tariff Barriers) และเป็นมาตรการที่มีผลเป็นการจำกัดการนำเข้าสินค้าเข้าไปจำหน่ายในประเทศสหรัฐอเมริกา

4.2 ปัญหาความสอดคล้องของกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมที่เกี่ยวกับการห้ามนำเข้าสินค้าที่ผลิตโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตหรือการดำเนินธุรกิจกับหลักการของความตกลง GATT

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศสมาชิกของ WTO มีพันธกรณีต้องปฏิบัติตามหลักการของ GATT ดังนั้นหากกฎหมาย กฎเกณฑ์ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือมาตรการใดๆ ที่ไม่สอดคล้องกับหลักการของความตกลง GATT จะไม่อาจนำมาใช้บังคับได้ เว้นแต่เข้าเงื่อนไขตามข้อยกเว้นของความตกลง GATT มาตรา XX เมื่อพิจารณากฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมที่เกี่ยวกับการห้ามนำเข้าสินค้าหรือขึ้นส่วนสำคัญของสินค้าที่ผลิตโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตหรือในการดำเนินธุรกิจของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือ Unfair Competition Law ซึ่งกำหนดโทษปรับ ริบทรัพย์สิน ยึด รวมไปถึงการห้ามนำสินค้าเข้ามาจำหน่ายภายในประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายในระดับรัฐบาลท้องถิ่น (State Law) ซึ่งมีผลบังคับใช้เฉพาะในแต่ละมลรัฐ แต่กระนั้นก็ส่งผลกระทบต่อการค้าขายสินค้า การจำหน่าย การโฆษณา หรือการตลาดภายในประเทศที่นำเข้าสินค้าด้วย เนื่องจากกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวมีโทษห้ามนำสินค้าเข้ามาจำหน่ายในสหรัฐอเมริกาด้วยจึงก่อให้เกิดผลเป็นการจำกัดปริมาณการนำเข้าสินค้า และไม่ว่าจะเป็นกฎหมายระดับสหพันธรัฐ (Federal Law) หรือกฎหมายระดับรัฐบาลท้องถิ่น (State Law) สหรัฐอเมริกาจะต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักการของ GATT และ WTO¹ ดังนั้นกฎหมายระดับรัฐบาลท้องถิ่นของสหรัฐอเมริกาดังกล่าวจึงเป็น “กฎหมายหรือระเบียบ” (Laws and Regulations) ที่อยู่ภายใต้พันธกรณีของความตกลง GATT เช่นกัน การใช้กฎหมาย กฎเกณฑ์ระเบียบ หรือมาตรการทางการค้าใดๆของประเทศภาคีสมาชิกของ WTO จึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักการของ WTO และ GATT ด้วย

¹ Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum, Petros C. Mavroidis, and Michael Hahn, “The World Trade Organization Law, Practice, and Policy third edition,” (United Kingdom : Oxford University Press, 2015), p.46.

กรณีต้องพิจารณาต่อไปว่า กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมที่เกี่ยวข้องกับการห้ามนำเข้าสินค้าหรือชิ้นส่วนสำคัญของสินค้าที่ผลิตโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตหรือในการดำเนินธุรกิจของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีผลต่อการนำเข้าสินค้าเข้าไปจำหน่ายในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นสอดคล้องกับความตกลง GATT หรือไม่ โดยพิจารณาจากแนวทางในการพิจารณาข้อพิพาทต่างๆของ GATT ดังนี้

4.2.1 ปัญหาการเลือกปฏิบัติกับสินค้าที่นำเข้าจากประเทศที่สาม

เมื่อพิจารณาขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมซึ่งห้ามการนำเข้าสินค้าที่ผลิตโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตและการดำเนินธุรกิจแล้วจะพบว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายในระดับรัฐบาลท้องถิ่น (State Law) ซึ่งมีผลบังคับใช้เฉพาะในเขตมลรัฐที่มีการประกาศใช้กฎหมายนี้เท่านั้น ไม่ได้ใช้เป็นการทั่วไปในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายระดับรัฐบาลท้องถิ่น (State Law) ดังกล่าวก็อยู่ภายใต้บังคับต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลง GATT เช่นกัน และเมื่อพิจารณาแล้วกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวบังคับใช้กับสินค้าทุกประเภทที่นำเข้าจากประเทศที่สาม แต่การตรวจสอบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ใช้ในการผลิตสินค้าและการดำเนินธุรกิจนั้นรัฐบาลไม่ได้ดำเนินการตรวจสอบการใช้งานของผู้ประกอบการนำเข้าสินค้าทุกราย แต่การตรวจสอบและการดำเนินคดีจะเกิดขึ้นเมื่อมีผู้ร้องเรียกไปยังอัยการของมลรัฐที่ประกาศใช้กฎหมายดังกล่าว ซึ่งการตรวจสอบการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวเป็นผลมาจากการตรวจสอบการละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของผู้ประกอบการต่างชาติภายในประเทศที่ส่งออกสินค้า โดยผู้ที่ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์คือเจ้าของลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นผู้ประกอบการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในสหรัฐอเมริกา นั่นเอง โดยเมื่อผู้ประกอบการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์เหล่านี้ดำเนินการตรวจสอบการละเมิดลิขสิทธิ์แล้วเสร็จจึงได้รายงานผลการดำเนินการให้แก่สำนักผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกา (The Office of the United States Representative) หรือ USTR ทราบอีกครั้งหนึ่ง

แม้ว่าการตรวจสอบการละเมิดลิขสิทธิ์ภายในประเทศผู้ส่งออกสินค้าจะเป็นปัจจัยสำคัญปัจจัยหนึ่งในการดำเนินการตามกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมนี้ แต่เมื่อพิจารณาแล้วกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมมีผลบังคับใช้กับสินค้าทุกชนิดประเภทที่นำเข้าจากประเทศที่สาม จึงไม่อาจถือได้ว่ากฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมซึ่งห้ามการนำเข้าสินค้าที่ผลิตโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตและ

การดำเนินธุรกิจของประเทศสหรัฐอเมริกาดังกล่าว ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อสินค้าที่นำเข้าจากประเทศที่สามเช่นเดียวกัน

4.2.2 ปัญหาการเลือกปฏิบัติระหว่างสินค้านำเข้าจากประเทศที่สามกับสินค้าที่ผลิตขึ้นภายในประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมซึ่งห้ามการนำเข้าสินค้าที่ผลิตโดยการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตและการดำเนินธุรกิจ ใช้บังคับเฉพาะกับสินค้านำเข้าเท่านั้น ซึ่งสินค้านำเข้าดังกล่าวหากพิจารณาจากลักษณะทางกายภาพของสินค้า, กลุ่มผู้บริโภคขั้นสุดท้าย (end user), รสนิยมและอุปนิสัยของผู้บริโภค และการแบ่งฐานภาษีของสินค้า ตามแนวทางการพิจารณาขององค์กรอุทธรณ์ว่าด้วยเรื่องสินค้าที่เหมือนกัน (like product) ที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 นั้น จะพบว่าสินค้านำเข้าจากประเทศที่สามกับสินค้าที่ผลิตขึ้นภายในประเทศสหรัฐอเมริกาคือสินค้าที่เหมือนกัน (like product) ตามมาตรา III ของความตกลง GATT ซึ่งถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันไม่ให้ประเทศสมาชิก WTO ใช้กฎระเบียบภายในประเทศเพื่อปกป้องการผลิตภายในประเทศได้

จากข้อเท็จจริงในกรณีการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของสหรัฐอเมริกานั้นส่งผลโดยตรงต่อการขาย การจำหน่าย การโฆษณาสินค้านำเข้าที่ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตจากต่างประเทศ แต่กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมนี้ก็กลับไม่ได้บังคับใช้กับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้นสินค้าที่ผลิตขึ้นภายในประเทศดังกล่าวจะใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกกฎหมายในการผลิตหรือไม่ และทำให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ การกระทำดังกล่าวจะไม่ใช่ความผิดตามกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมนี้ ในประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายลิขสิทธิ์ (Copyright Act of 1978) ที่คุ้มครองลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์² ซึ่งกำหนดให้บุคคลต้องใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกกฎหมาย

² Copyright Act of 1978, Definitions.

(1) In this Act, unless the context otherwise indicates—

“adaptation”, in relation to—

(d) a computer program includes—

(i) a version of the program in a programming language, code or notation different from that of the program; or

เท่านั้น และห้ามการจำหน่าย เผยแพร่ ครอบครอง รวมทั้งห้ามนำเข้ามาในประเทศซึ่งงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย³ ซึ่งมุ่งเฉพาะตัวสินค้าที่เป็นงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น ไม่ได้พิจารณาถึงกระบวนการในการผลิตสินค้าว่ามีส่วนใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ และไม่มีการตรวจสอบว่าการผลิตสินค้าของผู้ประกอบการชาวอเมริกันที่ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายที่ทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ กฎหมายที่เกี่ยวกับการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของสหรัฐอเมริกาที่มีเพียง Sherman Act , Clayton Act และ FTC Act ที่บัญญัติถึงการพุ่มตลาด การร่วมกันเพื่อให้เกิดการจำกัดทางการค้า และวิธีการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ตามที่กล่าวไว้ในบทที่ 2 เท่านั้น ซึ่งแม้กฎหมายดังกล่าวจะไม่ได้ใช้เฉพาะกับคนอเมริกัน แต่ก็ไม่มีกฎหมายที่กำหนดว่าให้มีการตรวจสอบการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของผู้ประกอบการชาวอเมริกันเช่นกัน ดังนั้น หากผู้ประกอบการชาวอเมริกันที่ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตสินค้าจะมีความผิดตาม Copyright Act of 1978 ในกรณีใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น แต่จะไม่ผิดกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Competition Act) แต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างจากสินค้านำเข้าจากต่างประเทศหากพบว่าได้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตสินค้า นอกจากจะมีความผิดกฎหมายลิขสิทธิ์แล้วยังเป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของสหรัฐอเมริกาดังกล่าวด้วย

(ii) a fixation of the program in or on a medium different from the medium of fixation of the program;

³ Copyright Act of 1978, 23 Infringement

(2) Without derogating from the generality of subsection (1), copyright shall be infringed by any person who, without the licence of the owner of the copyright and at a time when copyright subsists in a work—

(a) imports an article into the Republic for a purpose other than for his private and domestic use;

(b) sells, lets, or by way of trade offers or exposes for sale or hire in the Republic any article;

(c) distributes in the Republic any article for the purposes of trade, or for any other purpose, to such an extent that the owner of the copyright in question is prejudicially affected;

จึงถือได้ว่ากฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของสหรัฐอเมริกาดังกล่าวมีลักษณะการเลือกปฏิบัติต่อสินค้าที่เหมือนกันระหว่างสินค้านำเข้าจากประเทศที่สามกับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศสหรัฐอเมริกา ทำให้สินค้านำเข้าอยู่ในลักษณะที่ด้อยไปกว่าสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ ซึ่งไม่สอดคล้องกับพันธกรณีของ GATT ในมาตรา III

4.2.3 ข้อยกเว้นตามมาตรา XX (d)

การที่ประเทศภาคีสมาชิกจะใช้มาตรการใดๆที่ขัดต่อพันธกรณีของ GATT และ WTO ได้นั้นต้องปรากฏว่า มาตรการดังกล่าวเข้าข่ายเงื่อนไขข้อยกเว้นตามที่ได้ระบุไว้ในข้อตกลง GATT มาตรา XX โดยแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 พิจารณาว่ามาตรการที่ประเทศภาคีสมาชิกกล่าวอ้างเข้าเงื่อนไขตามข้อยกเว้นเฉพาะ (วรรค a. – วรรค j.) หรือไม่ และส่วนที่ 2 หากเข้าข้อยกเว้นเฉพาะแล้ว มาตรการดังกล่าวสอดคล้องกับข้อยกเว้นทั่วไป (Chapeau) ในการไม่เลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจและไม่เป็นการกีดกันทางการค้าโดยแอบแฝงหรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาแล้วเข้าเงื่อนไขตามข้อยกเว้นตามมาตรา XX ของความตกลง GATT ประเทศภาคีสมาชิกจึงจะสามารถใช้มาตรการนั้นๆได้

สำหรับข้อยกเว้นตามมาตรา XX วรรค d เป็นกรณีจำเป็นในการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในประเทศที่ไม่ขัดแย้งกับความตกลง GATT จึงสอดคล้องกับกรณีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาออกกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่กำหนดห้ามสินค้าที่ผลิตขึ้นโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตและในการดำเนินธุรกิจนำเข้ามาจำหน่ายหรือเสนอขายในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อสินค้าที่เหมือนกัน ซึ่งก็คือ สินค้าที่ผลิตโดยใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายกับสินค้าที่ผลิตโดยใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกกฎหมาย อีกทั้งเป็นการจำกัดปริมาณการนำเข้า จึงต้องพิจารณาว่ากฎหมายหรือมาตรการดังกล่าวของสหรัฐอเมริกาเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา XX (d) หรือไม่ โดยแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 ส่วนคือ ส่วนที่ 1 มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นในการดำเนินการเพื่อให้รัฐบรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎระเบียบภายในที่ไม่ขัดกับความตกลง GATT หรือไม่ และส่วนที่ 2 มาตรการที่ดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายภายในประเทศนั้นไม่ขัดกับความตกลง GATT หรือไม่ จึงต้องพิจารณาดังต่อไปนี้

4.2.3.1 มาตรการที่จำเป็น

ในการพิจารณาว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์มีแนวทางในการตีความ “ความจำเป็น” อย่างไม่เคร่งครัด เพื่อเอื้อให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถกำหนดรูปแบบ วิธีการ และวัตถุประสงค์เชิงนโยบายในการบริหารกฎหมายแลกรุระเบียบภายในประเทศของตนเองได้ ทั้งนี้ในการตีความใช้หลักการชั่งน้ำหนักเพื่อหาจุดสมดุล (weighting and balancing test) ในการตัดสินข้อพิพาท โดยพิจารณาว่ารัฐมีมาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องกับกฎระเบียบของ GATT มากกว่าที่สามารถนำมาใช้ได้หรือไม่ และมาตรการดังกล่าวจะทำให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของรัฐได้หรือไม่อย่างไร

เมื่อพิจารณาถึงเป้าหมายในเชิงนโยบายของรัฐในการออกกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการห้ามนำเข้าสินค้าหรือส่วนประกอบของสินค้าที่ผลิตโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตหรือในการดำเนินธุรกิจดังกล่าวมาบังคับใช้ก็เพื่อให้ผู้ประกอบการภายในของสหรัฐอเมริกาซึ่งส่วนใหญ่เป็นบริษัทผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ชั้นนำของโลก เช่น Microsoft , Adobe , AutoCad หรือ Photoshop เป็นต้น ซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์และเป็นผู้ได้รับความเสียหายตามกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมจากผู้ประกอบการต่างชาติโดยตรง บริษัทผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของสหรัฐอเมริกาย่อมได้รับประโยชน์อย่างสูงสุดจากการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว ซึ่งเป้าหมายในเชิงนโยบายของกฎหมายดังกล่าวแท้จริงแล้วมิใช่เป็นไปเพื่อทำให้เกิดความเป็นธรรมในทางการค้าแต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังมีหวังจะให้ประเทศต่างๆใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกกฎหมายด้วย⁴ ซึ่งในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศนั้นมีความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreements on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights หรือ TRIPs) ที่ให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งอยู่แล้ว⁵ เมื่อพิจารณาถึงการ

⁴ Eric Priest, “is it unfair competition to sell a product in the U.S. that was manufactured overseas using pirated software?,” American constitution society, 27 September 2012.

⁵ TRIPs, Article 10 Computer Programs and Compilations of Data

1. Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971).

บรรลู่ถึงวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวแล้ว สหรัฐอเมริกามีมาตรการทางเลือกอื่นที่ก่อให้เกิดการจำกัดปริมาณการนำเข้าซึ่งเป็นผลให้เกิดการกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศน้อยกว่าการห้ามการนำเข้าสินค้าหรือส่วนประกอบของสินค้าที่ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในกระบวนการผลิตและในการดำเนินธุรกิจ เช่น การปฏิบัติตามความตกลง TRIPs ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา อยู่แล้ว หรือการเจรจาทวิภาคีเพื่อขอความร่วมมือในการตรวจสอบบังคับใช้ และคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในทุกขั้นตอน เป็นต้น ซึ่งเป็นผลทำให้ผู้ประกอบการต่างชาติหันมาใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกกฎหมายและลดอัตราการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าได้เช่นเดียวกัน ทำให้สหรัฐอเมริกาสามารถบรรลู่วัตถุประสงค์เชิงนโยบายได้ในระดับที่ต้องการและไม่เป็นการกีดกันทางการค้า ตามหลักการพิจารณาขององค์การอุทธรณ์ในคดี Brazil – Tyres

ฉะนั้น กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมซึ่งห้ามการนำเข้าสินค้าหรือส่วนประกอบของสินค้าที่ผลิตโดยการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตและการดำเนินธุรกิจ จึงเป็นมาตรการที่ไม่จำเป็นและก่อให้เกิดการกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งสหรัฐอเมริกาสามารถใช้มาตรการทางเลือกอื่นที่สอดคล้องกับความตกลง GATT มากกว่าที่สามารถนำมาใช้ได้ตามที่ได้กล่าวข้างต้น

4.2.2.2 การดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายภายในที่สอดคล้องกับ

ความตกลง GATT

การห้ามนำเข้าสินค้าหรือส่วนประกอบของสินค้าที่ผลิตโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตหรือในการดำเนินธุรกิจ มีลักษณะของการดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายภายใน คือ กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Competition Act) ซึ่งกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวเป็นไปเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในทางการค้า และขจัดปัญหาเกี่ยวกับพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมหรือที่หลอกลวง

2. Compilations of data or other material, whether in machine readable or other form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations shall be protected as such. Such protection, which shall not extend to the data or material itself, shall be without prejudice to any copyright subsisting in the data or material itself

ในทางการค้าด้วย ดังนั้นกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายภายใน คือ เพื่อป้องกันการกระทำที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งสอดคล้องกับความตกลง GATT

และเมื่อพิจารณาถึงอีกวัตถุประสงค์หนึ่งแล้ว กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของสหรัฐอเมริกาดังกล่าวมีเป้าหมายเชิงนโยบายเพื่อให้มีการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศที่ถูกกฎหมายด้วย ซึ่งเป็นไปเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา กรณีจึงถือว่ากฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมการที่ห้ามนำเข้าสินค้าหรือส่วนประกอบของสินค้าที่ผลิตโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตหรือในการดำเนินธุรกิจเป็นมาตรการที่ดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายภายในที่สอดคล้องกับความตกลง GATT

4.2.4 ข้อยกเว้นตามมาตรา XX (Chapeau)

ในส่วนของวรรคบทนำหรือ Chapeau ของมาตรา XX มีขึ้นเพื่อป้องกันมิให้ประเทศภาคีสมาชิกอ้างสิทธิในการใช้ข้อยกเว้นโดยไม่มีเหตุผล เพื่อกีดกันทางการค้าหรือเพื่อเลือกปฏิบัติแทนที่จะใช้ข้อยกเว้นตามที่ระบุในวรรคย่อยเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายอย่างแท้จริง ซึ่งเมื่อพิจารณากฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของสหรัฐอเมริกาดังกล่าวแล้วกรณีไม่เป็นมาตรการที่จำเป็นตามมาตรา XX (d) และเมื่อพิจารณาข้อยกเว้นในส่วน Chapeau กฎหมายดังกล่าวบังคับใช้ในลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจระหว่างประเทศที่มีสถานการณ์เหมือนกันหรือใกล้เคียงกัน เนื่องจากการใช้บังคับของกฎหมายดังกล่าวไม่ได้คำนึงถึงเศรษฐกิจ สังคม ที่มีลักษณะแตกต่างกันออกไปในแต่ละประเทศ โดยเฉพาะกับประเทศกำลังพัฒนาที่ยังมีปัจจัยในการผลิตต่ำเมื่อเปรียบเทียบกับมูลค่าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีมูลค่าสูง และแม้ว่าการบังคับใช้ในลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติตามมีเหตุอันสมควรระหว่างประเทศที่มีสถานการณ์เหมือนกันหรือใกล้เคียงกัน เนื่องจากทรัพย์สินทางปัญญาควรได้รับการคุ้มครองในระดับที่เท่าเทียมกันก็ตาม แต่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าดังกล่าวที่กำหนดห้ามการนำเข้าสินค้าที่ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในกระบวนการผลิตและในการดำเนินธุรกิจได้ก่อให้เกิดการจำกัดปริมาณซึ่งเป็นการกีดกันทางการค้าโดยแอบแฝงด้วย โดยเฉพาะกับประเทศที่ถูกจัดให้อยู่ในกลุ่มประเทศที่ถูกจับตามองเป็นพิเศษ (PWL) ดังนั้น กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของสหรัฐอเมริกาดังกล่าวจึงไม่เข้าข่ายข้อยกเว้นตามมาตรา XX (Chapeau)

4.4 ผลกระทบของการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับเทคโนโลยีสารสนเทศของสหรัฐอเมริกาต่อประเทศไทย

สหรัฐอเมริกาถือเป็นตลาดส่งออกหลักและสำคัญเป็นอันดับที่ 2 ของประเทศไทย สร้างรายได้จากการค้าขายสินค้าระหว่างประเทศเป็นจำนวนมากตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 จากการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมที่กำหนดห้ามการนำเข้าสินค้าที่ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในกระบวนการผลิตและในการดำเนินธุรกิจของประเทศสหรัฐอเมริกาดังกล่าว ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการส่งออกและนำเข้าสินค้าของไทยไปจำหน่ายในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยตรง เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยมีอัตราการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์อยู่ถึง 69%⁶ และยังคงจัดให้อยู่ในกลุ่มประเทศที่ถูกจับตามองเป็นพิเศษ (PWL) ซึ่งเป็นประเทศที่มีระดับการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาในระดับสูง และมีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในระดับค่อนข้างต่ำ ประเทศไทยจึงมีแนวโน้มสูงที่ผู้ประกอบการส่งออกและนำเข้าสินค้าของไทยจะมีการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมาย หรือไม่ได้รับอนุญาตอย่างถูกต้องจากเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นจำนวนมาก และหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะถูกสหรัฐอเมริกาจับตามองเป็นพิเศษในการนำเข้าสินค้าไปจำหน่ายในสหรัฐอเมริกา ซึ่งอาจเข้าข่ายเป็นการกระทำผิดตามกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของสหรัฐอเมริกาดังกล่าว กรณีดังกล่าวจึงอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เศรษฐกิจไทยอย่างมีนัยสำคัญ หากประเทศไทยยังไม่สามารถแก้ไขปัญหการละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ รวมทั้งทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆได้ ดังเช่นคดีตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมคดีแรกของโลกที่ทำให้บริษัท ฌองค์ซีฟูตส์ จำกัด ผู้ประกอบการส่งออกอาหารทะเลแช่แข็งของไทยถูกอัยการสูงสุดของรัฐแมสซาชูเซตส์ดำเนินคดีในข้อหาใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในการผลิตสินค้าดังกล่าว และนำเข้าสินค้าดังกล่าวเข้ามาจำหน่ายในมลรัฐแมสซาชูเซตส์

⁶ The Software Alliance BSA, “ผลสำรวจล่าสุดปีเอสเอฟซอฟต์แวร์การใช้งานซอฟต์แวร์โดยไม่มีสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิประเทศไทยอยู่ที่ร้อยละ 69,” สืบค้นเมื่อ 22 กรกฎาคม 2559 , http://globalstudy.bsa.org/2016/downloads/press/pr_thailand.pdf

บทที่ 5

สรุปและข้อเสนอแนะ

บทสรุป

การห้ามใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตสินค้าและในการดำเนินธุรกิจ และนำสินค้าดังกล่าวเข้ามาจำหน่ายในสหรัฐอเมริกา ถือเป็น การกระทำผิดภายใต้กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม เป็นกฎหมายระดับรัฐบาลท้องถิ่น (State Law) ซึ่งมีแนวความคิดมาจากความต้องการปกป้องทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง โปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นลิขสิทธิ์อย่างหนึ่งที่มีบทบาทสำคัญต่อการค้าและการบริหารจัดการงาน ต่างๆของผู้ประกอบการทุกราย เนื่องจากผู้ประกอบการที่ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรม คอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในการผลิตสินค้าจะได้รับประโยชน์อย่างไม่เป็นธรรมทั้งในด้านต้นทุนการ ผลิตและความสามารถในการกำหนดราคาสินค้าที่ต่ำกว่า ซึ่งไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบการอเมริกันที่ สุจริต (good faith) ที่ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกกฎหมายในการผลิต สินค้า การกระทำดังกล่าวจึงเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมและก่อให้เกิดการแข่งขันทาง การค้าที่ไม่เป็นธรรมขึ้นโดยเฉพาะกับผู้ประกอบการอเมริกัน

ด้วยเหตุดังกล่าวจึงมีแรงผลักดันโดยเฉพาะจากผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เช่น องค์กรธุรกิจซอฟต์แวร์ (Business Software Alliance : BSA) ให้ตรากฎหมายเกี่ยวกับการห้ามการ ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตสินค้าและในการ ดำเนินธุรกิจขึ้นเพื่อดำเนินการกับผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว โดยอัยการสูงสุดในหลาย มลรัฐของสหรัฐอเมริกาได้มีข้อเรียกร้องให้ FTC ตรากฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมจาก การใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตสินค้าและใน การดำเนินธุรกิจขึ้น แต่ FTC ยังไม่ได้ดำเนินการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อบังคับใช้ มลรัฐต่างๆจึงตรา กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตสินค้าและในการดำเนินธุรกิจขึ้นบังคับใช้ในแต่ละมลรัฐของตนเอง โดยมลรัฐออซิงตันเป็นรัฐแรกที่มีการตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมมาใช้บังคับ เมื่อปี พ.ศ. 2553 มีสาระสำคัญ กล่าวคือ กำหนดให้สินค้าซึ่งรวมทั้งสินค้าที่เป็นขั้นตอนสุดท้าย (end product) และชิ้นส่วนของสินค้า (Parts) ที่ได้ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิด กฎหมายหรือไม่ได้รับอนุญาตอย่างถูกต้องจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในกระบวนการผลิตสินค้าและในการ ดำเนินธุรกิจ เช่น การบัญชี การคำนวณรายการสินค้า หรือการขนส่ง เป็นต้น ต้องห้ามนำสินค้า

ดังกล่าวเข้ามาจำหน่ายหรือเสนอขายในสหรัฐอเมริกา ซึ่งนอกจากผู้นำเข้าสินค้าดังกล่าวจะเป็นผู้กระทำความผิดตามกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมแล้ว ผู้ผลิต และผู้จัดหาวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิต รวมถึงบุคคลที่สามที่แม้จะได้ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกกฎหมาย แต่หากนำชิ้นส่วนของสินค้าที่ผลิตขึ้นโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศที่ผิดกฎหมายถือว่ามีคามผิดตามกฎหมายดังกล่าวด้วย

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตสินค้าและในการดำเนินธุรกิจดังกล่าวเป็นการจำกัดปริมาณการนำเข้าและเป็นการสร้างอุปสรรคทางการค้าระหว่างประเทศ เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวเป็นการสร้างเงื่อนไขในการนำเข้าสินค้าไปจำหน่ายภายในประเทศโดยที่เงื่อนไขนั้นมิได้พิจารณาจากมาตรฐานคุณภาพหรือความปลอดภัยของสินค้าโดยตรง แต่พิจารณาจากกระบวนการผลิตสินค้าหรือการบริหารงานดำเนินธุรกิจซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับสินค้าแต่อย่างใด ซึ่งไม่ได้กระทบต่อความปลอดภัยหรือสุขภาพอนามัยของผู้บริโภค แต่มุ่งที่จะคุ้มครองเศรษฐกิจภายในประเทศของสหรัฐอเมริกาเป็นหลัก เนื่องจากสหรัฐอเมริกาถือเป็นประเทศที่มีผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์รายใหญ่และการจำหน่ายเทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์สร้างรายได้มหาศาลให้แก่สหรัฐอเมริกา กฎหมายดังกล่าวจึงถือว่าเป็นการกีดกันทางการค้าโดยแอบแฝง

เมื่อพิจารณาต่อไปแม้ว่าทรัพย์สินทางปัญญาจะได้รับการคุ้มครองภายใต้ความตกลง TRIPs ก็ตาม แต่เมื่อกฎหมายดังกล่าวมุ่งที่จะคุ้มครองผู้ประกอบการภายในประเทศภายใต้กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม จึงต้องพิจารณาว่าสหรัฐอเมริกาสามารถยกข้ออ้างตามความตกลง GATT มาตรา XX ได้หรือไม่นั้น เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงแล้วจะเห็นว่า แม้ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตสินค้าและในการดำเนินธุรกิจจะบังคับใช้แก่สินค้านำเข้าจากประเทศภาคีสมาชิกเป็นการเท่าเทียมกัน แต่การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างสินค้านำเข้าจากประเทศที่สามกับสินค้าที่ผลิตขึ้นภายในประเทศ เนื่องจากกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมที่กำหนดห้ามใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในกระบวนการผลิตสินค้าและการดำเนินธุรกิจดังกล่าวบังคับใช้เฉพาะกับสินค้านำเข้าจากต่างประเทศเท่านั้น ไม่ได้บังคับใช้กับสินค้าที่ผลิตขึ้นภายในประเทศแต่อย่างใด จึงเป็นการเลือกปฏิบัติทำให้สินค้านำเข้าอยู่ในลักษณะที่ด้อยไปกว่าสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ ซึ่งไม่สอดคล้องกับพันธกรณีของ GATT ในมาตรา III และกฎหมายดังกล่าวไม่เข้าข่ายข้อยกเว้นตามมาตรา XX เนื่องจากไม่เป็นมาตรการที่จำเป็น เพราะยังมีมาตรการอื่นที่สามารถบังคับใช้ได้และให้ผลบรรลุ

วัตถุประสงค์เชิงนโยบายได้เทียบเท่ากับการใช้กฎหมายนี้ เช่น การบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายลิขสิทธิ์ภายในแต่ละประเทศ ซึ่งในหลายประเทศได้เข้าเป็นสมาชิกของ TRIPs และได้บังคับใช้กฎหมายภายในเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว หรือการทำข้อตกลงทวิภาคีในการร่วมมือตรวจสอบการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาและการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา หรือการแต่งตั้งตัวแทนของผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์เข้าไปตรวจสอบการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในแต่ละประเทศได้โดยตรง เป็นต้น จึงไม่เข้าข่ายเงื่อนไขตามข้อยกเว้นมาตรา XX (d) นอกจากนี้ จากการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวเป็นผลให้เกิดการจำกัดปริมาณการนำเข้าซึ่งมีลักษณะเป็นการกีดกันทางการค้าโดยแอบแฝงอีกด้วย กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมที่กำหนดห้ามใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในกระบวนการผลิตหรือในการดำเนินธุรกิจของสหรัฐอเมริกาจึงมีหลักการไม่สอดคล้องกับความตกลงของ GATT และกฎหมายดังกล่าวไม่เข้าเงื่อนไขข้อยกเว้นตามมาตรา XX สหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศภาคีสมาชิกของ WTO มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่ให้ไว้ตามความตกลง GATT จึงไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวได้

ทั้งนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกาถือเป็นตลาดส่งออกหลักที่สำคัญของประเทศไทย มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ไทยจะต้องทำความเข้าใจและปฏิบัติตามกฎหมาย กฎระเบียบ ข้อบังคับ และมาตรการทางการค้าต่างๆของสหรัฐอเมริกาที่ประกาศใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมที่กำหนดห้ามการนำเข้าสินค้าที่ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในกระบวนการผลิตและในการดำเนินธุรกิจของประเทศสหรัฐอเมริกาดังกล่าว ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการส่งออกและนำเข้าสินค้าของไทยไปจำหน่ายในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยตรง เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยมีอัตราการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์สูง และยังถูกจัดให้อยู่ในกลุ่มประเทศที่ถูกจับตามองเป็นพิเศษ (PWL) ผู้ประกอบการส่งออกและนำเข้าสินค้าของไทยจึงมีแนวโน้มสูงที่จะใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมาย หรือไม่ได้รับอนุญาตอย่างถูกต้องจากเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นจำนวนมาก และหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะถูกสหรัฐอเมริกาจับตามองเป็นพิเศษในการนำเข้าสินค้าไปจำหน่ายในสหรัฐอเมริกา ซึ่งอาจเข้าข่ายเป็นการกระทำผิดตามกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของสหรัฐอเมริกาดังกล่าว ซึ่งเป็นการทำลายภาพพจน์ของผู้ประกอบการค้าไทยและยังทำให้ประเทศไทยขาดความน่าเชื่อถือในตลาดโลกอีกด้วย

ข้อเสนอแนะ

จากกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่า กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมที่ห้ามการนำเข้าสินค้าที่ผลิตโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศที่ผิดกฎหมายในกระบวนการผลิตสินค้าและในการดำเนินธุรกิจนั้นไม่สอดคล้องกับพันธกรณีตามความตกลง GATT ประเทศไทยในฐานะสมาชิกของ WTO

สามารถยกกรณีดังกล่าวเข้าสู่กลไกการระงับข้อพิพาทโดยองค์การระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Body หรือ DSB) ของ WTO เพื่อให้พิจารณาว่ากฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวของสหรัฐอเมริกาซึ่งมีผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสามารถนำมาใช้บังคับได้หรือไม่

สำหรับกฎหมายภายในของประเทศไทยที่คุ้มครองลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์มีกฎหมายลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 บังคับใช้ให้บุคคลใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกกฎหมายอยู่แล้ว แต่การบังคับใช้ยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร จึงควรพิจารณามาตรการเพื่อให้ประชาชนและผู้ประกอบการหันมาใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกกฎหมายกันมากขึ้น เช่น การเพิ่มโทษปรับกรณีใช้โปรแกรมที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในทางการค้าเพื่อกำไร มาตรการการให้รางวัลแก่ผู้แจ้งการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น ซึ่งจะเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ไทยมีความน่าเชื่อถือเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และสอดคล้องกับมาตรฐานการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลง TRIPs ยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ในกระบวนการส่งออกและนำเข้าสินค้าไทยไปยังต่างประเทศ ควรมีมาตรการรับรองการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศที่ถูกกฎหมายในการผลิตและในการดำเนินธุรกิจให้แก่ผู้ประกอบการไทยเพื่อเป็นเครื่องหมายหรือการรับรองให้ประเทศผู้นำเข้ามีความมั่นใจในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยด้วย

นอกจากที่กล่าวมาข้างต้น ภาครัฐจะต้องเผยแพร่ข่าวสาร กฎหมาย กฎระเบียบ ข้อบังคับ และมาตรการต่างๆ ทางการค้าของประเทศคู่ค้าของประเทศไทยให้แก่เอกชนในฐานะผู้ประกอบการทราบอย่างรวดเร็ว พร้อมทั้งให้คำแนะนำเกี่ยวกับการปฏิบัติตนและการเตรียมความพร้อมในการทำการค้ากับประเทศต่างๆ ติดตาม เกราะแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้น รวมทั้งควรจัดตั้งหน่วยงานที่มีอำนาจโดยตรง เป็นตัวแทนในการดูแลผู้ประกอบการไทยที่ได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการทางการค้าของต่างประเทศ และเป็นตัวแทนในการเจรจาลดความเข้มข้นของการใช้มาตรการทางการค้า หรือยื่นข้อร้องเรียนต่อ WTO เพื่อให้ตรวจสอบการใช้กฎระเบียบหรือมาตรการทางการค้าดังกล่าว

ภาครัฐควรมีการสนับสนุน ส่งเสริม หรือให้ทุนการวิจัย แก่เอกชนในการพัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศ และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ใช้ในการดำเนินธุรกิจ และการผลิตผลิตภัณฑ์ให้มากยิ่งขึ้น เนื่องจากหากประเทศไทยสามารถพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้นมาใช้เองซึ่งจะมีต้นทุนที่ถูกกว่าการซื้อลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์จากต่างชาติ เป็นการลดต้นทุนการผลิต และเป็นการสร้างให้มีการจ้างงานมากขึ้น ทั้งยังทำให้เกิดพัฒนาการด้านเทคโนโลยีสารสนเทศของประเทศไทยให้สูงขึ้น เพิ่มศักยภาพในการแข่งขันในตลาดโลกอีกด้วย

รายการอ้างอิง

หนังสือ

- จารุประภา รักพงษ์ . กฎหมายแห่งองค์การการค้าโลก : การตีความและการวิเคราะห์บทบัญญัติสำคัญ. พิมพ์ครั้งที่ 1 . กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2559.
- ทวีศักดิ์ วิเศษภู่วุฒิกุล . ศัพท์ L/C และการค้าระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร : สมาคมส่งเสริมเทคโนโลยี(ไทย-ญี่ปุ่น) , 2550.
- ทัชชชัย ทองอุไร. กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ : GATT และ WTO : บททั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน , 2556.
- พรชัย ตำนวิวัฒน์. กฎหมายการค้าและสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน , 2550.
- มีพาศน์ โปตระนันท์ . บันทึกคำบรรยายระดับปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง วิชากฎหมายป้องกันการผูกขาดและการกีดกันทางการค้า (Antitrust) และผลดีผลเสียของการจำกัดการแข่งขันโดยเสรีอย่างแท้จริง. พิมพ์ครั้งที่ 1 , กรุงเทพมหานคร , 2552.
- รังสรรค์ ณะพรพันธ์. เอกสารเหตุการณ์ปัจจุบันหมายเลข 11 จาก GATT สู่ WTO. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2552.
- สรวิศ ลิ้มปริงซี่ . กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา : ฉบับรวมบทความ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2543.
- ศักดิ์ดา ธนิตกุล. กฎหมายและแนวคำตัดสินองค์การการค้าโลกกับสิ่งแวดล้อม. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน , 2553.

บทความ

- ธิดารัตน์ โชคสุชาติ. “การกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศ : มาตรการกีดกันที่มีใช้ภาษี.” วารสาร มจร.วิชาการ. ปีที่ 15. ฉบับที่ 29. (กรกฎาคม – ธันวาคม 2554).
- เดือนเด่น นิคมบริรักษ์. “โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆ เพื่อพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก.” สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย , 2544

สุธีร์ ศุภนิตย์ . “กฎหมายป้องกันการผูกขาด.” ในหนังสือรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตร์อาจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ . พิมพ์ครั้งที่ 1 . กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2541.

สุรเกียรติ์ เสถียรไทย. “หลักการไม่เลือกปฏิบัติและหลักปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งในแกตต์มีความหมายอย่างไรที่เข้าใจจริงหรือ?” วารสารกฎหมาย 8 (ตุลาคม 2526).

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. วาระปฏิรูปที่ 12 : การผูกขาดและการแข่งขันที่เป็นธรรม : การปฏิรูปกฎหมายแข่งขันทางการค้า. กรุงเทพมหานคร : สำนักการพิมพ์สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร , 2558.

วิทยานิพนธ์

นฤตรา ประเสริฐศิลป์. “ปัญหาและผลกระทบข้ามแดนจากการบังคับใช้มาตรการของสหภาพยุโรปเกี่ยวกับการต่อต้านการทำประมงผิดกฎหมาย ขาดการรายงานและไร้การควบคุมกับความสอดคล้องกับมาตรา GATT XX 1947.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

ปรีชา โปธิ. “หลัก MFN CLAUSE ใน GATT และผลกระทบทางกฎหมายต่อประเทศกำลังพัฒนา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2537.

สิริพร เบญจพรจุลมาศ. “การใช้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดน (Long Arm Jurisdiction) ในกฎหมายระหว่างประเทศ : กรณีศึกษาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2548.

ศุภลักษณ์ ลากทวิโชค. “ปัญหาความคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายสิทธิบัตรและกฎหมายป้องกันการผูกขาด.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

อร ชวลิตนิกุล. “มาตรการคุ้มครองแรงงานของประเทศสหรัฐอเมริกาในการค้าระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อไทย.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , พ.ศ. 2548.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

เจริญ กิตติกันยา. “Narong Seafood stung by suit.” จาก

<http://www.nationmultimedia.com/business/Narong-Seafood-settles-piracy-suit-with-US-state-30192842.html> , 1 กุมภาพันธ์ 2556.

Post up news. “เปิดตัวโครงการ ‘Safe Software, Safe Nation’ เร่งลดการละเมิดลิขสิทธิ์ซอฟต์แวร์ต้นตอภัยไซเบอร์.” จาก <http://th.postupnews.com/2016/03/safe-software-safe-nation.html?view=timeslide> , 22 กรกฎาคม 2559.

The Software Alliance BSA. “ผลสำรวจล่าสุดปีเอสเอพบอัตราการใช้งานซอฟต์แวร์โดยไม่มีสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิประเทศไทยอยู่ที่ร้อยละ 69.” จาก http://globalstudy.bsa.org/2016downloads/press/pr_thailand.pdf. 22 กรกฎาคม 2559.

Books

John Howard Jackson. “The World Trading System : Law and Policy of International Economic Relations Second Edition.” Massachusetts : MIT Press. 1997.

Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum, Petros C. Mavroidis, and Michael Hahn. “The World Trade Organization Law, Practice, and Policy third edition.” United Kingdom : Oxford University Press. 2015.

Sakda Thanitcul. WTO amd Global Resources The Shrimp – Turtle Dispute . Bangkok : Nititham . 2004.

Journals

Andrew F. Popper. “More than the sum of all parts: Taking on IP and IT theft through a global partnership.” Northwestern journal of technology and intellectual property. Volume 12. (2014).

Andrew F. Popper. “Beneficiaries of Misconduct: A Direct Approach to IT Theft.” Marquette Intellectual Property Law Review. Volume 17. (2013).

David J. Kappos and Gregory R. Baden. “Combating IP Theft Using Unfair Competition Law.” New York Law Journal, Issue 6 May 2013.

Erik B. von Zeipel. “A new and potentially powerful weapon against foreign counterfeiters and pirates.” International Unfair Competition, 2013

Eric Priest. “Is it unfair competition to sell a product in the U.S. that was manufactured overseas using pirated software?.” American constitution society. 27 September 2012.

Kpmg.com/in . “New U.S. Unfair Competition Laws Impact on the Indian manufacturing Sector & Opportunities.” KPMG cutting through complexity. 2014

Teemu Alexander Puutio. “United States’ Unfair Competition Acts and software piracy – which Asia – Pacific countries are at risk and recourse do they have.” Asia – Pacific research and training network on trade policy brief. Brief No.38. (February 2014)

Websites

Federal Trade Commission. “Statement of Enforcement Principles Regarding Unfair Methods of Competition Under Section 5 of FTC Act.” https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/735201/150813section5enforcement.pdf , 2 March 2015.

Federal Trade Commission. “Letter to The Federal Trade Commission Commissioners and the Director of The Bureau of Competition.” [http://www.naag.org/assets/files/pdf/signons/FTCAEnforcement Fi-nal.PDF](http://www.naag.org/assets/files/pdf/signons/FTCAEnforcement%20Final.PDF) , 2 March 2015 .

Federal Trade Commission. “Letter to the Commissioners of the Federal Trade Commission.” <http://www.sbecouncil.org/uploads/04-02-2012+SBC+Letter.pdf>. , 2March 2015.

Federal Trade Commission. “Letter to the Commissioners of the Federal Trade Commissioners.”[http://documents.nam.org/tech/SBC_Letter_to_FTC_Foreign_I T.pdf](http://documents.nam.org/tech/SBC_Letter_to_FTC_Foreign_IT.pdf). , 2 March 2015.

Office of the Attorney General State of Louisiana. “Louisiana Attorney General leads crackdown on software piracy.”, <https://www.ag.state.la.us/Article.aspx?articleID=823&catID=2> , 5 May 2016.

The Attorney General of Massachusetts. “Company Fined for Using Pirated Software to Gain Unfair Advantage Over Massachusetts Businesses.” <http://www.mass.gov/ago/news-and-updates/press-releases/2012/2012-10-18-narong-seafood-co.html> , 2 January 2016.

The Attorney General of California. “People of the State of California v. Ningbo Beyond Home Textile Co., Ltd., No. BC499771 Cal. Super. Ct. Jan. 24, 2013.” https://oag.ca.gov/system/files/attachments/press_releases/Conformed%20Ningbo%20Complaint.pdf, 11 January 2016.

The Attorney General of California. “People of the State of California v. Pratibha Syntex Ltd., No. BC499751 (Cal. Super. Ct. Jan. 24, 2013.” http://www.Usfashionindustry.com/pdf_files /Pratibha.pdf, 11 January 2016.

Washington State of the Official Attorney General. “Washington’s new unfair competition law protects local company from software piracy.” <http://atg.wa.gov/news/news-releases/washington-s-new-unfair-competition-law-protects-local-company-software-piracy>, 1 June 2016 ,

World Trade Organization. “Members and Observers.” https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm, 5 May 2016,

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นางสาวกัญจน์รวี ศรีจิรภัทร
วันเดือนปีเกิด	29 กรกฎาคม พ.ศ. 2530
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2553 : นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ตำแหน่ง	ทนายความ บริษัท สำนักงาน ว.ศุภโรจน์ ทนายความ จำกัด
ประสบการณ์ทำงาน	2554 –2559 ทนายความ บริษัท สำนักงาน ว.ศุภโรจน์ ทนายความ จำกัด

