

บทที่ 4

ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรี

ในการพิจารณาที่จะให้ความคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์ เจ้าของลิขสิทธิ์และนักแสดงในอุตสาหกรรมดนตรีได้อย่างเต็มที่นั้นต้องพิจารณาว่าผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์หรือนักแสดงดังกล่าวได้รับค่าตอบแทนคุ้มค่ากับงานที่แสดงออกถึงความสามารถหรือนุคลิกภาพเฉพาะตัวในการลงทุนเพื่อสร้างสรรค์งานเพลงนั้น ๆ ได้มากน้อยเพียงใด และมีกฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิเพื่อสร้างอำนาจอันชอบธรรมในการแสวงหาประโยชน์จากงานลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้เต็มที่อย่างไร แต่บางครั้งพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ไม่สามารถรองรับแก้ไขปัญหาได้ครอบคลุมทุกกรณีได้ ดังต่อไปนี้ คือ

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรี

4.1.1 ปัญหานิติสัมพันธ์ในการพิจารณาความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และการใช้สิทธิกับการตีความเพื่อบังคับใช้ลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรีตามสัญญา

โดยหลักแล้ว นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นในรูปแบบของสัญญาต่าง ๆ จึงถือเป็นมูลเหตุเชื่อมโยงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลจำนวนมากที่เกี่ยวข้องในอุตสาหกรรมดนตรีในการสร้างสรรค์ผลงานเพลงดังที่กล่าวไว้พอสังเขปในบทที่ 3 แล้ว ถ้าหากจัดกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องในอุตสาหกรรมดนตรีผู้เขียนขอแบ่งกลุ่มตามลักษณะของการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ได้ดังนี้ คือ

- 1) กลุ่มผู้สร้างสรรค์แท้จริง
- 2) กลุ่มเจ้าของลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดง
- 3) กลุ่มผู้รับประโยชน์จากเจ้าของลิขสิทธิ์

ข้อพิจารณาก่อนจะเข้าไปถึงปัญหานิติสัมพันธ์ทั้งหลายนี้ โดยหลักแล้ว คู่สัญญาจะต้องคำนึงถึงหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (L' autonomie de la volonte) หรือหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) ของเอกชนได้ โดยข้อตกลงดังกล่าวจะอยู่ภายใต้การคุ้มครองของกฎหมายในการกระทำใด ๆ เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น เป็นแนวความคิดซึ่งมีรากฐานทางเศรษฐศาสตร์โดยรับอิทธิพลจากระบบเศรษฐกิจเสรี (Laissez-faire) กล่าวคือ บุคคลทุกคนเป็นผู้มีฐานะความได้เปรียบและเสียเปรียบ และมีอำนาจต่อรองระหว่างกันเพราะมีความเท่าเทียมกันตามกฎหมายซึ่งมักเป็นอุดมคติหรือทฤษฎีมากกว่าความเป็นจริงอยู่บ้าง การแสดงเจตนา

ใดถ้ามิใช่เป็นการขัดต่อกฎหมายอันเป็นการพันวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีหรือแม้ว่าจะแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายแล้วย่อมบังคับได้ (เทียบกับหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 และ 151) ซึ่งในสังคมปัจจุบัน หาเป็นได้ดังเช่นหลักเกณฑ์ข้างต้นทั้งหมดไม่ เนื่องจากมีปัจจัยอื่น ๆ มากกระทบและสภาพสังคม วัฒนธรรม เศรษฐกิจ การเมือง ตลอดจนความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีที่มีการเปลี่ยนแปลงตามกาลเวลาทำให้รากฐานหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาอาจเปลี่ยนแปลงไป จากการที่ผู้เขียนได้สัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวข้องในอุตสาหกรรมดนตรีหลายท่านด้วยกัน สามารถแยกแยะปัญหาในนิติสัมพันธ์ของบุคคลในอุตสาหกรรมดนตรีที่สามารถปรับใช้กับข้อกฎหมายโดยกำหนดเป็นปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรีได้ดังนี้ คือ ปัญหาในนิติสัมพันธ์ ในการพิจารณาความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และการใช้สิทธิกับการตีความเพื่อบังคับใช้ลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรีตามสัญญา มีดังนี้ คือ

- 4.1.1.1 กรณีในฐานะลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน
- 4.1.1.2 กรณีในฐานะผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างทำของ
- 4.1.1.3 กรณีภายใต้การจ้างหรือตามคำสั่งหน่วยงานของรัฐ
- 4.1.1.4 กรณีในฐานะผู้รับโอนลิขสิทธิ์
- 4.1.1.5 กรณีในฐานะผู้รับอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์

4.1.1.1 ปัญหาในนิติสัมพันธ์ในการพิจารณาความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และการใช้สิทธิกับการตีความเพื่อบังคับใช้ลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรีในฐานะลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานในเรื่องการตีความข้อสัญญาและการจำกัดสิทธิของคู่สัญญา มีตัวอย่างได้แก่

กรณีที่ 1 ปัญหาการกำหนดข้อสัญญาเอาเปรียบคู่สัญญาในอุตสาหกรรมดนตรีตามสัญญาจ้างแรงงาน การที่จะถือว่าเป็นการเอาเปรียบคู่สัญญาใด โดยหลักเป็นกรณีที่มีการกำหนดข้อสัญญาในลักษณะเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตนให้มากที่สุดของคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรอง (bargaining power) ในทางเศรษฐกิจและมีความสามารถในการลงทุนซึ่งเป็นข้อได้เปรียบสูงกว่าอีกฝ่ายหนึ่งโดยฝ่ายซึ่งมีอำนาจต่อรองน้อยกว่าหรือไม่มีอำนาจต่อรองใด ๆ ทั้งสิ้น เพียงแต่มีโอกาที่จะเลือกเข้ามาทำสัญญาค่วยหรือไม่เท่านั้น จึงอยู่ในลักษณะการเข้าร่วมทำสัญญาแบบเชิงบังคับในที่สุด ในบางครั้งจึงเรียกว่า สัญญาทาส หรือสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งสามารถกำหนดเป็นปัญหาที่พบเห็นบ่อย ๆ ได้แก่

(1) นักประพันธ์เพลง (คำร้อง ทำนอง ฯลฯ) ในฐานะลูกจ้างจะไม่โอนลิขสิทธิ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนในงานเพลงที่ประพันธ์ให้นายจ้างให้บุคคลอื่นนอกจากนายจ้างแต่ผู้เดียว นาย

จ้างจึงมีสิทธิทำเทพได้หลายครั้งไม่รู้จบ แต่จ่ายค่าตอบแทนให้ลูกจ้างเพียงครั้งเดียวคือค่าจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานเท่านั้น

การตกลงกันเช่นนี้เป็นการตกลงกันตามสัญญาจ้างแรงงานที่มีข้อตกลงพิเศษนอกเหนือไปจากที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ได้กำหนดไว้ เนื่องจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 9 ได้กำหนดไว้ว่าลูกจ้างที่สร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ในระหว่างที่เป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งตามกฎหมายฉบับนี้กำหนดไว้ว่าลูกจ้างผู้สร้างสรรค์งานแม้เป็นการสร้างสรรค์งานไปในทางการที่จ้างแต่ก็ยังคงถือว่าลูกจ้างนั้นเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานที่สร้างสรรค์ขึ้นนั้น สาเหตุก็เพราะว่าการจ้างแรงงานมุ่งเน้นที่การบังคับบัญชาไม่ได้มุ่งเน้นที่ผลงาน ดังนั้นลูกจ้างจึงยังเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์อยู่ แต่เพื่อให้ นายจ้างได้รับประโยชน์จากการจ้างงานของลูกจ้างดังกล่าวกฎหมายจึงกำหนดให้นายจ้างสามารถนำงานนั้นออกเผยแพร่ได้ตามวัตถุประสงค์ของการจ้าง แต่การตกลงตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏจากการสัมภาษณ์ในกรณีที่ 1 นี้ จะพบว่านายจ้างได้ใช้อำนาจต่อรองที่สูงกว่าบีบบังคับให้ลูกจ้างต้องทำสัญญาโอนลิขสิทธิ์ในงานที่สร้างสรรค์มาให้นายจ้าง ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์เองไม่ได้กล่าวถึงข้อตกลงเช่นนี้ไว้ จึงต้องพิเคราะห์ตามหลักทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง ซึ่งตามหลักทั่วไปนี้คู่สัญญาจะตกลงกันอย่างไรก็ได้เพราะการจะได้เปรียบเสียเปรียบกันอย่างไร หลักกฎหมายทั่วไปถือว่าคู่สัญญาเท่านั้นที่จะเป็นผู้ตัดสินใจ ดังนั้นสัญญาฉบับนี้จึงใช้บังคับได้และลูกจ้างก็จะได้เพียงค่าจ้างเท่านั้น แต่จะไม่ได้เป็นเจ้าของงานลิขสิทธิ์ แม้ว่าในชั้นร่างกฎหมายมุ่งจะให้ความคุ้มครองผู้สร้างสรรค์ซึ่งเป็นลูกจ้างก็ตาม แต่ก็ใช้หลักทั่วไปมาเป็นกลวิธีในการเอาเปรียบกันอีกตามกรณีนี้ได้ ดังนั้นจึงเป็นปัญหาของกฎหมายฉบับนี้ที่ยังไม่สามารถคุ้มครองเจ้าของงานได้อย่างเต็มที่

(2) ข้อสัญญาที่กำหนด “ให้นายจ้างเป็นผู้กำหนดค่าตอบแทนตามที่นายจ้างเห็นว่าเหมาะสมหรือมีการกำหนดค่าตอบแทนไว้ไม่ชัดเจน เช่น กำหนดเพียงให้ค่าตอบแทนคิดเป็นร้อยละของยอดจำหน่ายเทพ” ไม่มีการระบุในข้อสัญญาว่าหน้าที่ของนายจ้างในการชี้แจงรายละเอียดการจำหน่ายเพื่อคำนวณค่าตอบแทนเป็นอย่างไรและมีความเชื่อถือได้เพียงใดบ้างและจะปฏิบัติตามสัญญาได้หรือไม่เพียงใด

การกำหนดค่าจ้างเป็นสาระสำคัญของสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 6 จ้างแรงงานซึ่งไม่ได้กำหนดการคิดอัตราค่าจ้างไว้ จึงต้องพิจารณาตามหลักทั่วไปเรื่องนิติกรรมสัญญาโดยปล่อยให้เป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา ดังนั้นข้อตกลงของนายจ้างดังกล่าวจึงใช้บังคับได้และปัญหาที่จะเกิดขึ้นกับลูกจ้างที่จะไม่ได้รับค่าจ้างในอัตราที่เป็นธรรมสมกับที่ลงทุนลงแรงใช้กำลัง

สมองสร้างสรรค์สิ่งใหม่ในสังคม ทั้งนี้เป็นเพราะนายจ้างผู้มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีกว่าใช้กลไกนิติกรรมสัญญาในการเอารัดเอาเปรียบผู้สร้างสรรคงานนั่นเอง

(3) ข้อสัญญากำหนดว่า “นายจ้างมีสิทธิหักค่าใช้จ่ายทั้งหลายในการสร้างสรรค์งานเพราะที่นายจ้างออกเงินทรงจ่ายไปซึ่งเป็นต้นทุนการผลิตงานก่อนจะหักเป็นค่าจ้างซึ่งอาจกำหนดค่าจ้างเป็นรายปีแต่หากลูกจ้างมีค่าใช้จ่ายใดบ้าง นายจ้างจะทรงจ่ายไปก่อนและรวมกับค่าใช้จ่ายที่เป็นต้นทุนการผลิตทั้งสิ้นไว้ เช่น จ้างศิลปินมาเป็นนักแต่งเพลงและเป็นนักร้องโดยมีสัญญาว่าจ้าง 1 ปี ให้ค่าจ้างเป็นเงินทั้งสิ้น 500,000 บาท ทั้งปี ทั้งนี้ลูกจ้างจะได้รับค่าตอบแทนพิเศษอีก เป็นอัตราร้อยละ 1 บาท ของยอดจำหน่ายเทป” ปัญหาจึงเกิดขึ้นคือ การหักค่าใช้จ่ายทั้งหลายพิสูจน์ได้หรือไม่ว่าเป็นจำนวนที่ถูกต้องเพียงใด

(4) ข้อสัญญากำหนดว่า “นายจ้างมีสิทธิให้นักแสดงอื่น ๆ ร้องเพลงในเพลงที่ลูกจ้างที่เป็นนักแสดงเคยร้องไว้ได้ทั้งหมดและเป็นผู้แต่งเพลงนั้นเองในลักษณะของ Cover Version¹ ได้ไม่รู้จักจบ ไม่ว่าอยู่ในระหว่างสัญญาจ้างหรือสัญญาจ้างสิ้นสุดลงแล้วก็ตามโดยไม่ต้องบอกกล่าวหรือขออนุญาต”

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์มาตรา 9 บัญญัติให้ลิขสิทธิ์ในงานที่ลูกจ้างสร้างสรรค์ขึ้น ตกเป็นของลูกจ้าง แม้จะสร้างสรรค์ขึ้นภายใต้บังคับของสัญญาจ้างแรงงานแต่นายจ้างมีสิทธินำงานออกเผยแพร่ได้ ตามวัตถุประสงค์ของการจ้างงาน การตกลงตามที่กล่าวข้างต้นไม่ถือเป็นวัตถุประสงค์ในการจ้างงานโดยตรงเพราะการจ้างแรงงานให้แต่งเพลงและร้องเพลงได้นั้น นายจ้างมีสิทธิเพียงนำเพลงที่ลูกจ้างแต่งและร้องเพลงออกเผยแพร่และจำหน่ายเท่านั้น แต่วัตถุประสงค์การจ้างไม่น่าจะมีกว้างขวางถึงขนาดที่นายจ้างมีสิทธิให้คนอื่นนำเพลงที่ลูกจ้างแต่งและร้องไปให้ผู้อื่นร้องได้ ดังนั้นการตกลงกันเช่นนี้จึงเป็นการตกลงในลักษณะที่นายจ้างไม่เพียงแต่สามารถเผยแพร่งานได้เท่านั้น แต่เป็นการตกลงที่นายจ้างสามารถทำข้งานนั้นได้โดยไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์อีกด้วย โดยอาศัยหลักทั่วไปที่ว่า “ความยินยอมไม่เป็นละเมิด” อย่างไรก็ตามการทำสัญญากันเช่นนี้ไม่มีกฎหมายบัญญัติขัดแย้งว่ากระทำไม่ได้จึงต้องเป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา ใช้บังคับกันได้ การตกลงเช่นนี้จะเป็นปัญหาทางปฏิบัติที่ผู้สร้างสรรคงานถูกผู้อื่นรื้อรอนหาประโยชน์ในงานที่สร้างสรรค์ได้อย่างไม่จบสิ้น

¹ หมายถึง การบันทึกใหม่ในเพลงที่มีผู้ขับร้องไว้เดิม แต่เปลี่ยนผู้ขับร้อง โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3 หัวข้อ 3.2.4.5 การละเมิดลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรี

(5) ข้อสัญญากำหนดว่า “นายจ้างมีสิทธิต่ออายุสัญญาจ้างได้ทันทีหากนายจ้างพอใจโดยเพียงแต่บอกกล่าวเป็นหนังสือเพียงฝ่ายเดียวแก่ลูกจ้างและลูกจ้างไม่มีสิทธิคัดค้าน”

เดิมทีเดียวการตกลงเช่นนี้ถือเป็นการแสดงเจตนาของคู่สัญญาใช้บังคับกันได้ ซึ่งทำให้ลูกจ้างที่เป็นผู้สร้างสรรค์งานเสียเปรียบเป็นอย่างมาก เนื่องจากไม่เกิดความมั่นคงในการเป็นลูกจ้าง เพราะอาจได้รับการต่ออายุสัญญาหรือเลิกสัญญาเมื่อใดก็ได้ ซึ่งในปัญหานี้หากเกิดขึ้นกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแล้ว สัญญาที่มีข้อกำหนดเช่นนี้ทำไม่ได้เพราะเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมตามกฎหมายกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 15(5) ดังนั้นปัญหาในการกำหนดข้อสัญญาเช่นนี้จึงยังคงมีอยู่ต่อไปในสัญญาจ้างแรงงานเกี่ยวกับอุตสาหกรรมดนตรีเนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้ตกลงกันได้นั่นเอง

สรุปได้ว่า ในกรณีที่ 1 โดยลักษณะปัญหาการกำหนดข้อสัญญาเอาเปรียบ คู่สัญญาในอุตสาหกรรมดนตรีตามสัญญาจ้างแรงงานจะมีอยู่ทั่วไปในลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิและตัดโอกาสของฝ่ายผู้สร้างสรรค์ในฐานะลูกจ้างที่มีอำนาจต่อรองต่ำกว่าหรือไม่มีทางเลือกจำต้องยอมรับเข้าทำสัญญาใดๆ ก็ตามเพื่อแลกกับชื่อเสียงและสามารถมีเงินเพื่อการดำรงชีพไม่มากมายเท่าใด จึงมักอาศัยช่องว่างของกฎหมายในการตกลงเป็นอย่างอื่นและให้โอนลิขสิทธิ์ทั้งหลายแก่นายจ้างเกือบจะทุกกรณีไป ดูเหมือนว่ากฎหมายในส่วนที่บัญญัติให้สิทธิแก่ผู้สร้างสรรค์ถูกตรอนเพราะสามารถตกลงให้แตกต่างจากตัวบทกฎหมายอยู่นั่นเองในลักษณะของสัญญามาตรฐานซึ่งมีแพร่หลายขึ้นทุกที่หรือที่เรียกว่า สัญญาสำเร็จรูปและใช้ได้กับบุคคลทั่วไปๆ

กรณีที่ 2 ปัญหาการกำหนดข้อสัญญาห้ามการแข่งขันหรือการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพในอุตสาหกรรมดนตรีตามสัญญาจ้างเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่

การที่ผู้สร้างสรรค์ นักแสดงเป็นลูกจ้างกับนายจ้างซึ่งเป็นบริษัทบันทึกเสียงซึ่งทำธุรกิจครบวงจร ในสัญญาจ้างไม่ว่าจะเป็นการประพันธ์ คำร้อง ทำนอง เรียบเรียงเสียงประสาน เล่นดนตรี ขับร้อง แสดงท่าทาง ฯลฯ โดยมีข้อสัญญาที่กำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรว่าลูกจ้างไม่กระทำการที่นายจ้างกำหนดไว้ในสัญญาอาทิเช่น

(1) หลังจากสิ้นสุดสัญญาจ้างแล้ว ห้ามลูกจ้างประกอบอาชีพ มีสภาพคู่เคียงกันกับนายจ้าง ภายในเวลาที่กำหนด หรือไม่ได้กำหนดเวลาแน่นอนไว้ เช่น ห้ามนักประพันธ์เพลงไปมีส่วนร่วมไม่ว่าในลักษณะใด ๆ กับบริษัทบันทึกเสียงอื่น ๆ หรือไปเปิดดำเนินกิจการเอง เพื่อมาแข่งขันนายจ้าง หรือ

(2)บริษัทบันทึกเสียงแห่งอื่นที่เป็นคู่แข่งกับนายจ้างอาจกำหนดไว้ในแบบใบสมัครและสัญญาจ้างว่าจะไม่รับบุคคลที่เคยเป็นลูกจ้างของบริษัทอื่น ๆ ที่มีลักษณะธุรกิจเดียวกันหรือคู่แข่งกันตน

(3)ในระหว่างที่เป็นลูกจ้าง ห้ามไปประพันธ์เพลงให้แก่ใครนอกเวลาทำงานปกติ เว้นแต่ขออนุญาตจากนายจ้าง

(4)หลังจากสิ้นสุดสัญญาแล้ว ลูกจ้างไม่มีสิทธิกลับเข้ามาเป็นลูกจ้างของนายจ้างอีกต่อไป เว้นแต่นายจ้างยินยอม

ข้อสัญญาในลักษณะเหล่านี้ มักปรากฏให้เห็นอยู่เสมอในสัญญาจ้างแรงงาน โดยเฉพาะบริษัทบันทึกเสียง ซึ่งมีศิลปินนักแสดง (นักร้อง นักดนตรี ฯลฯ) และผู้สร้างสรรค์งานดนตรีในสังกัดของตน หากพิจารณาตามหลักกฎหมายแล้ว ปรากฏว่าไม่มีกฎหมายที่ได้บัญญัติห้ามการประกอบการแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพเช่นนี้ไว้ชัดเจน หากศึกษาเปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาต่าง ๆ จากสัญญาจ้างแรงงานทั่วไป เดิม ๆ แล้วจะได้แนวบรรทัดฐานที่คล้ายและใกล้เคียงกัน คือศาลมักจะวินิจฉัยว่าไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1356/2479 “จำเลยทำสัญญาเป็นลูกจ้างโจทก์และตกลงว่า ถ้าจำเลยออกจากบริษัทโจทก์ไปแล้ว ภายใน 5 ปี จำเลยจะไม่เข้าทำงานเป็นเจ้าของ ผู้จัดการ เสมียน ช่างซ่อม คนใช้ หรือคนขายของในกิจการใดที่เป็นปฏิปักษ์แก่โจทก์ในเขตกรุงเทพฯ หรือบริเวณ 600 เส้นจากกรุงเทพฯ ดังนี้เฉพาะสัญญาข้อที่ห้ามจำเลยเป็นช่างซ่อมเครื่องพิมพ์ดีดในร้านอื่นในเขตกรุงเทพฯ นั้นไม่เป็นการเกินสมควร หากเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอันจะทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2966/2523, 44/2524 “ระเบียบของจำเลยข้อหนึ่งมีอยู่ว่า “ขณะที่มีหน้าที่ในบริษัท พนักงานไม่มีสิทธิดำรงตำแหน่งใดในธุรกิจอื่น ไม่ว่าจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตเป็นหนังสือจากฝ่ายจัดการ การฝ่าฝืนกฎข้อนี้ อาจเป็นผลให้บริษัทเลิกจ้างพนักงานได้โดยไม่จ่ายค่าชดเชย ตามที่ระบุนายจ้างต้นนี้มีได้ประสงค์จะขัดขวางงานอดิเรกอันก่อให้เกิดรายได้และกิจกรรมในยามว่างอื่น ๆ ซึ่งทำนอกเวลาทำงาน” ศาลฎีกาแผนกคดีแรงงานเห็นว่า ระเบียบของจำเลยมิได้ขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

คำพิพากษาฎีกาที่ 986/2521 “ข้อสัญญาที่ว่าโจทก์ออกเงินส่งจำเลยไปฝึกงานที่ประเทศ ญี่ปุ่น แล้วจำเลยจะกลับมาทำงานให้โจทก์ 5 ปี โดยโจทก์กำหนดอัตราเงินเดือนของจำเลยได้ตาม ความพอใจของโจทก์แต่ฝ่ายเดียวเท่านั้น ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

คำพิพากษาฎีกาที่ 2548-2549/2533 ข้อสัญญาที่ว่า “ลูกจ้างให้สัญญาว่าจะไม่กระทำการ ต่อไปนี้โดยไม่ได้รับความยินยอมจากนายจ้าง ข้อ ข. (2) ภายในกำหนด 24 เดือน นับแต่สัญญา จ้างสิ้นสุด ลูกจ้างจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องหรือดำเนินการไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมกับการพัฒนา ทำ ผลิต หรือจำหน่ายซึ่งผลิตภัณฑ์อันเป็นการแข่งขันกับผลิตภัณฑ์ของโจทก์ ซึ่งตนเคยมีส่วนเกี่ยว ข้องอยู่ด้วย”

โดยนักกฎหมายท่านหนึ่งได้วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาไว้ดังนี้²

- (1) เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่รักษาสีทธิ และประโยชน์ของคู่กรณี
- (2) ลักษณะของสัญญาก่อให้เกิดหนี้ ในทางระคนการกระทำตามเจตนาของคู่กรณี
- (3) การห้ามจำเลยทั้งสองมิได้เป็นการห้ามโดยเด็ดขาด
- (4) กำหนดเวลาที่ห้ามไม่เนิ่นนานจนเกินสมควร
- (5) ข้อกำหนดคั้นนั้นไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ดังนั้น การตกลงจำกัดการแข่งขันในสัญญาจ้างแรงงานของนายจ้างจึงสามารถกระทำและ ใช้บังคับกันได้ หากเป็นการตกลงโดยมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องและไม่ห้ามจนนานเกินไป และทำ ให้ลูกจ้างต้องเสียเปรียบอย่างมากหากทำสัญญาลงไป อย่างไรก็ตามการที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้ บัญญัติไว้เป็นพิเศษจึงต้องใช้หลักทั่วไปดังกล่าวคำพิพากษาฎีกาที่กล่าวไปแล้ว

กรณีที่ 3 ปัญหาหลังจากสัญญาจ้างสิ้นสุดลงลูกจ้างไม่สามารถประกอบการแข่ง ขันหรืออาจถูกจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพเป็นระยะเวลาช่วงหนึ่งตามสัญญา ถ้าเป็นกรณีที่ลูก จ้างผู้สร้างสรรค์นั้นยังไม่โอนงานลิขสิทธิ์ให้แก่นายจ้างหรือไม่มีข้อตกลงใด ๆ เพียงแต่นายจ้างยัง คงมีสิทธิเผยแพร่ต่อสาธารณชนได้ตามที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการจ้างแรงงานนั้นอยู่ช่วงเวลาหนึ่ง

² ธาดา ศาสตรสาธิต, “การห้ามการแข่งขันหรือการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ (2), วารสารทบทวนคดี, 46 (กันยายน 2533): 21.

ด้วย เช่นนี้จะถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิในการแสวงหาประโยชน์ในสิทธิแต่ผู้เดียวของผู้สร้างสรรค์หรือไม่ ด้วยเพราะเหตุข้อสัญญาดังกล่าว

เพราะเหตุที่ข้อสัญญาในสัญญาจ้างแรงงานในอุตสาหกรรมดนตรี ได้จำกัดสิทธิและห้ามประกอบการแข่งขัน ในงานอุตสาหกรรมดนตรี ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่ลูกจ้างผู้นั้นไม่อาจใช้สิทธิในฐานะเจ้าของลิขสิทธิ์ทั่ว ๆ ไปได้อย่างเต็มที่โดยเฉพาะสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชน ซึ่งกว้างมาก เช่น ทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนไม่ว่าจะเป็นการแสดง การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียงหรือภาพ การจำหน่ายงานดนตรีภายหลังจากสิ้นสุดสัญญาจ้างแรงงานเช่นนี้ ซึ่งในทางปฏิบัติเกิดขึ้นดังตัวอย่าง เช่น สัญญาจ้างลูกจ้างมาแต่งเพลง เป็นรายเดือนซึ่งนายจ้างมีสิทธิเผยแพร่งานเพลงได้ตามพระราชบัญญัติสิทธิ พ.ศ. 2537 โดยมีได้โอนลิขสิทธิ์ให้แก่นายจ้าง แต่มีข้อสัญญาห้ามลูกจ้างประกอบการแข่งขันกับนายจ้าง และสิทธิที่จะเผยแพร่ต่อสาธารณชนให้คงมีอยู่กับนายจ้างต่อไปอีก 2 ปี หลังจากสัญญาจ้างสิ้นสุดลง ดังนี้ข้อสัญญาดังกล่าวจึงเป็นการสร้างปัญหาและภาระแก่ลูกจ้างซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในการใช้สิทธิของตนเองในกรณีแม้ว่าได้พ้นจากหน้าที่การจ้างไปแล้วแต่ต้องยอมรับภาระที่จะไม่ใช้สิทธิของตนที่มีอยู่ย่อมไม่เป็นธรรมอย่างแน่นอน

โดยสรุปสามารถวิเคราะห์ปัญหานี้ได้ถ้าเกิดขึ้นจริง ลูกจ้างจะถูกจำกัดการใช้สิทธิอย่างเจ้าของลิขสิทธิ์ทั่วไปเกินกว่าที่ควรจะเป็นซึ่งมีโอกาสเป็นไปได้ยากเนื่องจากสัญญามักจะกำหนดโอนลิขสิทธิ์ทั้งหลายให้กับนายจ้างโดยสิ้นเชิงมากกว่า ลูกจ้างจึงไม่มีสิทธิเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์อีกต่อไป ยกเว้นความเป็นผู้สร้างสรรค์ยังคงอยู่เท่านั้น ด้วยเหตุนี้โอกาสที่ปัญหาจะเกิดขึ้นจึงมีน้อยทั้งนายจ้างและลูกจ้างต่างคนต่างใช้งานอันมีสิทธิของลูกจ้างเกิดการแข่งขันทันทีได้ ต่างคนก็มีสิทธิเผยแพร่งานในฐานะเจ้าของลิขสิทธิ์ระหว่างผู้สร้างสรรค์ และนายจ้างเดิม ตามข้อตกลงในสัญญาจ้างให้รวมไปถึงหลังจากสิ้นสุดสัญญาจ้างด้วย

กรณีที่ 4 ปัญหากรณีที่สัญญาจ้างแรงงานระงับลงแล้วนายจ้างจะยังคงมีสิทธินำเอางานที่ลูกจ้างสร้างสรรค์ออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนอยู่อีกหรือไม่ เนื่องจากในอุตสาหกรรมดนตรีนั้นบริษัทบันทึกเสียงมักจะจ้างนักแต่งเพลงเพื่อแต่งเพลงให้แก่บริษัทในฐานะลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน แต่ถ้าในสัญญาจ้างไม่ได้ตกลงให้โอนลิขสิทธิ์ให้แก่บริษัทบันทึกเสียงที่เป็นนายจ้าง ดังนั้นนายจ้างย่อมมีสิทธิในงานนั้นออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญาจ้างแรง

งานนั้น³ แต่ในทางปฏิบัตินายจ้างยังคงนำงานนั้นออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนแม้ว่าสัญญาจ้างแรงงานระหว่างตนกับผู้สร้างสรรค์งานจะได้สิ้นสุดลงแล้วก็ตามด้วยเหตุที่การจ้างมีวัตถุประสงค์ดังกล่าวข้างต้น โดยเฉพาะจึงมีข้อพิจารณาว่า เมื่อสัญญาจ้างระงับลงแล้วเช่นนี้นายจ้างจะยังคงมีสิทธินำงานที่ลูกจ้างสร้างสรรค์ออกเผยแพร่ต่อสาธารณชน ได้อยู่หรือไม่ด้วยเหตุผลที่ว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการนำออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนตามที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการจ้างแรงงานนั้น

ในข้อพิจารณานี้ผู้เขียนเห็นว่าจุดมุ่งหมายประการแรกของการให้ความคุ้มครองโดยกำหนดให้ลูกจ้างผู้สร้างสรรค์งานตามสัญญาจ้างแรงงานเป็นเจ้าของงานตามกฎหมายนั้นเพราะประเทศไทยเป็นระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) อย่างเช่นประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน เป็นต้น ซึ่งระบบประมวลกฎหมายนี้มักจะมุ่งคุ้มครองในประเด็นของประโยชน์สังคมเศรษฐกิจเป็นหลัก (Social Economic) ซึ่งการพิจารณาประเด็นดังกล่าวจะมุ่งไปที่การคุ้มครองผู้ที่มีฐานะในทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นบุคคลที่เป็นลูกจ้างและผู้สร้างสรรค์งานจึงมักได้รับความคุ้มครองให้เป็นเจ้าของงานทั้งนี้ก็เพราะว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวป้องกัน มิให้นายจ้างที่มีฐานะในทางเศรษฐกิจมากกว่าใช้ฐานะดังกล่าวบีบบังคับเอาผลประโยชน์จากผู้มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ต่ำกว่าอันก่อให้เกิดความเดือดร้อนต่อสังคมโดยรวม ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) เช่น ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา เป็นต้น มักจะมุ่งไปที่เสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) โดยหากสัญญากำหนดไว้เช่นใดก็ให้เป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งในกรณีที่สัญญาไม่กำหนดไว้ก็จะอาศัยการตีความเจตนาของคู่สัญญา⁴ เพราะถือว่าคู่สัญญาเท่านั้นที่จะเป็นผู้ตัดสินใจว่าสัญญาฉบับใดเป็นธรรมหรือไม่ การที่ระบบกฎหมายแต่ละระบบมีความคิดที่จะคุ้มครองตัวผู้สร้างสรรค์งานแตกต่างกันจึงก่อให้เกิดผลของการใช้งานนั้นแตกต่างกันไปด้วย

ระบบกฎหมายที่ให้ผู้สร้างสรรค์ที่ลูกจ้างมาเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์คนแรกเป็นการได้รับประโยชน์ที่มีเหตุผลตามแนวความคิดทั่วไปของลิขสิทธิ์และอนุสัญญาเบอร์น์ แต่การใช้ข้อยกเว้นและข้อสันนิษฐานอันจะสร้างความเป็นธรรมให้เกิดแก่สภาพการจ้างที่เกิดขึ้นจริง ใน The Tunis Model Law 1976 สำหรับประเทศกำลังพัฒนา กำหนดทางเลือกไว้ 2 ทาง

³ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 9

⁴ Stephen M. Stewart, *International Copyright and Neighbouring Rights*, p. 76.

ก. มุ่งหมายให้ประเทศต่าง ๆ ที่ปฏิบัติตามระบบประมวลกฎหมาย ให้งานอันมีลิขสิทธิ์เป็นของผู้สร้างสรรค์แต่แรก เว้นแต่มีข้อตกลงเป็นหนังสือกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ข. มุ่งหมายให้ประเทศต่าง ๆ ที่ปฏิบัติตามระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) งานอันมีลิขสิทธิ์ดั้งเดิมถือได้ว่าได้ออนแก่นายจ้าง เว้นแต่มีข้อตกลงเป็นหนังสือกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น หรือเป็นแต่เพียงกำหนดขอบเขตที่อาจจำเป็นแก่การปฏิบัติตามจารีตประเพณี ณ เวลาที่สิ้นสุดของสัญญาจ้างแรงงานเท่านั้น⁵

ดังนั้น ในประเทศอังกฤษ ซึ่งใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีจะกำหนดให้เจ้าของคนแรกในงานดนตรีกรรมเป็นผู้สร้างสรรค์ (ตัวอย่างเช่น นักแต่งเพลง) เว้นแต่งานนั้นได้แบ่งขึ้นระหว่างเวลาการจ้างภายใต้สัญญาจ้างแรงงานในกรณีนี้ เจ้าของลิขสิทธิ์คนแรก คือ นายจ้าง⁶ นอกจากระบบกฎหมายต่างกันแล้วแต่หลักการสำคัญที่เหมือนกันก็คือ อำนาจบังคับบัญชาให้กระทำการภายใต้คำสั่งของนายจ้างนั้นคือวัตถุประสงค์แห่งการจ้างงาน เช่น บริษัทบันทึกเสียงนายจ้างย่อมมีอำนาจบังคับบัญชาและควบคุมดูแล ลูกจ้างทั้งหลายในบริษัทไม่ว่าจะเป็นนักแต่งเพลง ผู้อำนวยการผลิต (Producer) ผู้เรียบเรียงเสียงประสาน นักวิศวกรเครื่องเสียง (Sound Engineer) และอื่น ๆ แบ่งหน้าที่กันทำงานตามที่นายจ้างมอบหมายในบริษัทเพื่อการประกอบธุรกิจของบริษัทภายในระยะเวลาของการจ้างงานนั้นเพื่อผลิตสิ่งบันทึกเสียงเพื่อการค้ามิใช่เพื่อประโยชน์ส่วนตัว เป็นต้น ไม่ได้คำนึงถึงผลสำเร็จแห่งงานที่ทำอย่างกรณีสัญญาจ้างทำของ นอกจากนี้ วัตถุประสงค์แห่งการจ้างงานนั้นตามเจตนารมณ์ของกฎหมายตามพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะหมายถึงกรณีเฉพาะอยู่ในระหว่างระยะเวลาของสัญญาจ้าง สำหรับกรณีที่สัญญาจ้างที่มีกำหนดเวลาแน่นอน หรืออยู่ในระหว่างช่วงเวลาที่ยังมีผลใช้บังคับอยู่ แต่มีข้อสังเกตว่ามีใช้ตลอดระยะเวลาของสัญญาจ้างมีผลใช้บังคับ เช่น นอกเหนือจากเวลาการจ้างงาน ลูกจ้างสามารถแต่งเพลงยามว่างจากงานแล้ว หรือเวลาพักเที่ยง เป็นต้น สำหรับกรณีที่สัญญาจ้างที่ไม่ได้กำหนดเวลาการจ้างไว้แน่นอน ดังนั้น นายจ้างมีสิทธิเฉพาะ การนำงานออกเผยแพร่ต่อสาธารณชน ไม่ว่าจะบรรเลง แสดง ขับร้อง จำหน่ายได้ แต่ไม่ได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะใช้สิทธิเด็ดขาดได้ทุกกรณี อย่างเช่นในมาตรา 15 (1)-(5) มีสิทธิจำกัดเฉพาะมาตรา 15 (2) ดังกล่าว คงจะไม่ได้หมายความว่าไปไกลถึงการให้สิทธิในการนำงานออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยนายจ้างเกินกำหนดระยะเวลา

⁵ Ibid., p.77.

⁶ Michael F. Flint, *A User's Guide to Copyright*, (London: Butterworths 1990), p. 166.

ตามสัญญาจ้างแรงงานสิ้นสุดลง หากนายจ้างต้องการจะใช้สิทธิดังกล่าวจะต้องขออนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ที่เป็นลูกจ้างเดิม ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ต่อไป

ดังนั้นสามารถสรุปได้คือ ในมาตรา 9 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ 2537 นี้ อาจทำให้นายจ้างมีความเข้าใจว่าตนมีสิทธิอยู่ต่อไป แม้สัญญาจ้างแรงงานสิ้นสุดลงผู้เขียนขอเสนอแนะว่าสมควรแก้ไขถ้อยคำของบทบัญญัติกฎหมายมาตรานี้เสียใหม่เพื่อป้องกันการตีความและลดความขัดแย้งระหว่างทั้ง 2 ฝ่าย ดังนี้ คือ

งานที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้นในฐานะพนักงานหรือลูกจ้าง...แต่นายจ้างมีสิทธินำงานนั้นออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนได้ ตามระยะเวลาที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการจ้างแรงงานนั้น **“มีผลใช้บังคับอยู่”**

อย่างไรก็ดี สิ่งที่น่าสังเกตในส่วนของวัตถุประสงค์แห่งการจ้างแรงงานซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่ อาจเกิดขึ้นในกรณีลูกจ้างแต่งเพลงในยามว่างแม้ในสถานที่ทำงานของนายจ้าง ดังนั้นคงจะไม่ได้หมายถึงวัตถุประสงค์แห่งการจ้างอย่างแน่นอน และไม่ได้เกี่ยวข้องกับงานที่จ้าง นายจ้างย่อมไม่อาจอ้างสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชนในงานที่ลูกจ้างแต่งขึ้น แต่เป็นเรื่องการปฏิบัติหน้าที่ตามระเบียบของนายจ้างกำหนดไว้ซึ่งเป็นอีกกรณีต่างหาก

นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติมีปัญหาอยู่ต่อเนื่องต่อไปโดยนายจ้างได้เพิ่มข้อกำหนดในสัญญาไว้ว่า “ไม่ว่ากรณีใดทั้งสิ้น และไม่ว่างานนั้นจะกระทำขึ้นเป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งการจ้างหรือไม่ เมื่อลูกจ้างได้สร้างสรรค์งานในขณะที่เป็นลูกจ้างของนายจ้างมีผลใช้บังคับอยู่ ให้ถือว่างานที่สร้างสรรค์ทั้งหมดเป็นของนายจ้าง” เช่นนี้จะถือว่าข้อตกลงดังกล่าวจะถือว่าเป็นการตกลงที่สามารถบังคับได้เพียงใด

หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จะเห็นได้ว่า การตกลงเช่นนี้ ไม่ได้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงสามารถบังคับได้และประเทศไทยยึดถือหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract) ดังนั้นในทางปฏิบัติ ลูกจ้างที่เป็นนักแต่งเพลงจึงใช้วิธีการหลีกเลี่ยงปัญหาข้อพิพาทกับนายจ้างโดยการใช้นามปากกา หรือ นามแฝง หรือ นามอื่นในเวลาแต่งเพลงของตนนอกเวลางานเพื่อตัดปัญหาที่ยังไม่มั่นใจว่าจะตกเป็นงานของตนหรือไม่

อย่างไรก็ดี ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า ข้อสัญญาดังกล่าวข้างต้นถือว่าเป็นการโอนความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในกรณีนอกเหนือจากขอบเขตวัตถุประสงค์ของการสัญญาจ้างแรงงานไปแล้ว และนายจ้างได้รับ โอนงานมีลิขสิทธิ์ของลูกจ้างซึ่งเป็นข้อตกลงซ่อนอยู่ในสัญญาจ้างแรงงานอีกสัญญาหนึ่ง คือสัญญาโอนลิขสิทธิ์ตามมาตรา 17 มิใช่สัญญาจ้างแรงงานตามมาตรา 9 นั่นคือ นายจ้างไม่ได้เป็นเจ้าของงานลิขสิทธิ์โดยอาศัยมาตรา 9 และข้อสัญญาดังกล่าวมิใช่อยู่ในขอบเขตตามวัตถุประสงค์การจ้างแรงงานเป็นสำคัญจึงมิใช่ข้อตกลงเป็นอย่างอื่นที่สามารถทำเป็นหนังสือเพื่อให้ นายจ้างมีสิทธินำงานนั้นออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนได้ เนื่องจากมิใช่วัตถุประสงค์แห่งการจ้างงานนั้นอีกต่อไปแต่เป็นเรื่องข้อสัญญาให้มีการ โอนลิขสิทธิ์โดยตรง

นอกจากนี้ผู้เขียนยังเห็นว่าในมาตรา 9 ไม่สามารถเข้าไปควบคุมความไม่เป็นธรรมในเงื่อนไขของสัญญาได้อย่างเต็มที่ เพราะมาตรา 9 ได้เปิดช่องว่างในการกำหนดให้คู่สัญญาดตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ ในทางปฏิบัตินายจ้างมักจะกำหนดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและเอาเปรียบลูกจ้างอยู่เสมอเนื่องจากอำนาจต่อรองที่ดีกว่าและการที่บทบัญญัติในมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์นี้เป็นกฎหมายพิเศษยอมให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ จึงต้องย้อนกลับไปใช้หลักการเดิมตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยสัญญา ดังในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในการทำข้อตกลงใด ๆ ขึ้นมา หากพิจารณาแล้วผู้ร่างกฎหมายพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์นี้ไม่ได้มีเจตนาบัญญัติให้ประโยชน์แก่ฝ่ายนายจ้างซึ่งในทางทฤษฎีแต่มีเจตนาค้ำครองทางฝ่ายลูกจ้างเป็นสำคัญซึ่งส่วนมากมักจะเป็นศิลปิน หรือ นักแต่งเพลง ที่ไม่มีอำนาจต่อรอง แต่ในทางปฏิบัติหาเป็นเช่นนั้นไม่ เนื่องจากถ้อยคำทำให้มีการตีความและเปิดช่องว่างให้แก่ นายจ้างจึงเกิดความบกพร่อง ฉะนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าสมควรแก้ไขมาตรา 9 ให้ชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นกรณีของความหมายของวัตถุประสงค์แห่งการจ้างแรงงาน หรือ ขอบเขตแห่งระยะเวลาในระหว่างสัญญาจ้างมีผลใช้บังคับอยู่หรือช่วงเวลาเฉพาะในเวลาปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงานเท่านั้น

4.1.1.2 ปัญหาสิทธิสัมพันธ์ความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และการใช้สิทธิรวมทั้งการตีความเพื่อบังคับใช้ลิขสิทธิ์อุตสาหกรรมดนตรีในฐานะผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างทำของ

ในอดีตลักษณะของสัญญาประเภทนี้จะมีอยู่เป็นจำนวนมากในอุตสาหกรรมดนตรีเช่นพวกนักแต่งเพลง นักร้อง นักดนตรีอิสระไม่ได้สังกัดอยู่ค่ายเพลงหรือบริษัทบันทึกเสียงแห่งใด แต่รับจ้างโดยหวังค่าจ้างเป็นการตอบแทนเพื่อผลสำเร็จแห่งการแต่งเพลง ขับร้อง การแสดงผลงานนั้นๆ หรืออื่นๆ ซึ่งต่างจากกรณีสัญญาจ้างแรงงานดังกล่าวข้างต้น บางครั้งเพื่อหลีกเลี่ยงการควบคุม

ดูแลและความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานและสวัสดิการลูกจ้างฯลฯ ตลอดจนหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงานก็จะทำสัญญาว่าจ้างแล้วแต่เป็นประเภทใด เช่น สัญญาว่าจ้างแต่งเพลง 5 เพลงให้กับบริษัทบันทึกเสียงเพื่อให้นักร้องในสังกัดค่ายเพลงเป็นผู้ขับร้อง เป็นต้น ปัญหาที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่มักจะเป็นการกำหนดข้อสัญญาเอาเปรียบคู่สัญญาในอุตสาหกรรมดนตรีตามสัญญาจ้างทำของดังตัวอย่างเช่น ข้อกำหนดในสัญญาจ้างนักแสดงภาพยนตร์ที่มีชื่อเสียงในขณะนั้นให้เป็นศิลปินในสังกัดเพื่อบันทึกเทปมาสเตอร์ก่อนการผลิตและจำหน่ายต่อไปโดยมีกำหนดระยะเวลา 3 ปีให้เป็นนักร้องในสังกัดบริษัทที่มีชื่อเสียงโดยระบุไว้ห้ามนักแสดงผู้นี้ไปร้องเพลงให้กับบริษัทอื่นๆ ในระหว่างสัญญามีผลใช้บังคับ ต่อมาในระหว่างเตรียมผลงานเพลงปรากฏว่า นักแสดงผู้นี้ไม่มีชื่อเสียงดังเช่นเคย เพราะมีนักแสดงหน้าใหม่จำนวนมากให้คัดเลือก บริษัทบันทึกเสียงที่เป็นค่ายเพลงดังกล่าวจึงไม่ดำเนินการใด ๆ ทั้งสิ้นและหยุดการวางแผนการผลิตงานเพลงให้กับนักแสดงผู้นี้การกระทำดังกล่าวเข้าลักษณะการหน่วงเหนี่ยวและจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพดังเช่นในกรณีการกำหนดข้อสัญญาห้ามแข่งขันเพื่อจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพในอุตสาหกรรมดนตรีตามสัญญาจ้างแรงงานได้เช่นกันดังที่กล่าวไว้แล้วข้างต้น แต่ต่างกันตรงที่ในกรณีของค่าจ้างตามสัญญาจ้างนักแสดงมาเป็นศิลปินในสังกัดจะได้รับต่อเมื่อมีการร้องเพลงเป็นผลสำเร็จแล้วและตกลงกันให้กำหนดค่าตอบแทนโดยอาศัยจากฐานของยอดขายของเทปในห้องตลาดแล้วย่อมแสดงให้เห็นว่าบริษัทผู้มีอำนาจต่อรองสูงกว่านักแสดงได้เพิกเฉยข้อสัญญาดังกล่าวเนื่องจากเมื่อไม่มีการดำเนินการผลิตงานเพลงเพื่อให้นักแสดงผู้นี้ได้ร้องเพลงย่อมไม่มีโอกาสที่นักแสดงจะทำการงานสิ่งใดคือการร้องเพลงจนสำเร็จให้แก่ผู้ว่าจ้างคือบริษัทไปได้อย่างแน่นอน ทั้งยังต้องถูกหน่วงเหนี่ยวตามข้อสัญญาจ้าง ไม่อาจไปร้องเพลงที่บริษัทอื่นๆ ได้อีกย่อมเป็นการจำกัดเสรีภาพของนักแสดงผู้นี้จนกว่าจะสิ้นสุดสัญญา

สรุปปัญหาดังกล่าวมักจะเกิดขึ้นเสมอเนื่องจากศิลปินไม่ว่าจะเป็นผู้สร้างสรรค์งานเพลงหรือนักแสดงเป็นผู้มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าบริษัทค่ายเพลงเนื่องจากต้องแลกกับการได้เข้ามาในสังกัดค่ายเพลงที่มีชื่อเสียงจึงยอมรับเอาข้อสัญญาใดๆ ก็ตามแต่บริษัทค่ายเพลงต่างๆ จะเห็นชอบและเป็นผู้กำหนดในข้อสัญญาโดยปราศจากการปฏิเสธเงื่อนไขใดๆ ทั้งสิ้น

4.1.1.3 ปัญหาสิทธิสัมพันธภาพความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และการใช้สิทธิรวมทั้งการตีความเพื่อบังคับใช้ลิขสิทธิ์อุตสาหกรรมดนตรีภายใต้การจ้างหรือตามคำสั่งหน่วยงานของรัฐ

รูปแบบของสัญญาประเภทนี้สามารถจัดได้เป็น 2 ประเภท คือในรูปแบบของสัญญาจ้างแรงงานและในรูปแบบสัญญาจ้างทำของดังที่กล่าวไว้ข้างต้นในหัวข้อ 3.1.1.1 และ 3.1.1.2 แต่มี

ความแตกต่างในฐานะคู่สัญญาฝ่ายนายจ้างหรือผู้ว่าจ้างเปลี่ยนจากเอกชนทั่วไปเป็นกระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐหรือของท้องถิ่นซึ่งกำหนดหน่วยงานดังกล่าวมีลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ของลูกจ้างหรือผู้รับจ้างที่เป็นผู้สร้างสรรค์ตามมาตรา 14 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จึงแตกต่างจากสัญญาจ้างแรงงานที่กำหนดให้ลูกจ้างผู้สร้างสรรค์มีลิขสิทธิ์ในงานนั้น และนายจ้างเพียงแต่มีสิทธิในงานนั้นออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนตามที่ เป็นวัตถุประสงค์แห่งการจ้างแรงงานนั้น ทั้งนี้เป็นเพราะเพื่อประโยชน์ของสาธารณชนทั่วไป

สิ่งที่น่าพิจารณาอีกประการ คือ ข้อยกเว้นในการเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถทำความเข้าใจแตกต่างเป็นอื่นได้ในมาตรานี้จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาได้โดยไม่คำนึงถึงว่าคู่สัญญาจะเป็นฝ่ายเอกชนหรือฝ่ายมหาชนได้แก่หน่วยงานของรัฐ ทั้งนี้เพราะ กฎหมายลิขสิทธิ์เป็นเรื่องของมหาชนทางเศรษฐกิจจึงเป็นกรณีที่ยินยอมให้มีการทำสัญญายกเว้นได้ทั้งนี้ยังคงยึดพื้นฐานแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยเฉพาะเหตุผลทางด้านความยุติธรรมตามธรรมชาติ (National Justice) ในฐานะผู้สร้างสรรค์ในงานสร้างสรรค์มาแต่แรกอันเป็นความรู้ความสามารถสติปัญญากำลังกายและความคิดสมควรจะให้โอกาสให้ผู้สร้างสรรค์ได้รับความคุ้มครองอย่างเจ้าของลิขสิทธิ์แม้ว่าจะเป็นการยกเว้นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็ตาม

ตัวอย่างปัญหาพนักงานลูกจ้างของมหาวิทยาลัยของรัฐได้รับมอบหมายให้แต่งเพลงประจำมหาวิทยาลัย ลิขสิทธิ์ในงานเพลงนั้นย่อมเป็นของมหาวิทยาลัยนั้น ๆ แม้ว่าพนักงานลูกจ้างดังกล่าวจะลาออกไปก็จะเป็นเพียงผู้สร้างสรรค์เท่านั้น แต่หากพนักงานลูกจ้างแอบแต่งเพลงขึ้นมาในระหว่างเวลาทำงานเพื่อประโยชน์ส่วนตัว ปัญหาที่เกิดขึ้นจะถือว่าลิขสิทธิ์ในเพลงนั้นจะเป็นของพนักงานลูกจ้างหรือไม่ ในปัญหานี้ผู้เขียนเห็นว่างานลิขสิทธิ์ต้องเป็นของพนักงานลูกจ้างผู้นั้น เพราะไม่ได้เป็นงานที่อยู่ภายใต้การจ้างหรือตามคำสั่งให้แต่งขึ้นมา ดังนั้น ปัญหาเรื่องใครเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ภายใต้การจ้างหรือตามคำสั่งหน่วยงานของรัฐจึงเป็นปัญหาข้อเท็จจริงเป็นกรณีโดยส่วนใหญ่ขึ้นอยู่กับการสร้างงานกันอย่างไร จึงสรุปได้ว่าดังนั้นในกรณีจะถือว่ามิได้อยู่ภายใต้การดูแลหรือวัตถุประสงค์แห่งการจ้างงานนั้น แต่พนักงานลูกจ้างผู้นั้นจะทำผิดหน้าที่ตามสัญญาจ้างหรือระเบียบวินัยในการปฏิบัติงานของหน่วยงานดังกล่าวแทนก็เป็นอีกกรณีหนึ่ง

4.1.1.4 ปัญหาสิทธิสัมพัทธ์ในการพิจารณาความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และการใช้สิทธิกับการตีความเพื่อบังคับใช้ลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรีในฐานะผู้รับโอนลิขสิทธิ์

กรณีที่ 1 การโอนลิขสิทธิ์ที่กำหนดให้ทำเป็นหนังสือเป็นแบบแห่งนิติกรรมหรือไม่ และมีผลเป็นอย่างไร หากไม่ทำเป็นหนังสือ

การโอนลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรีปกติกของธุรกิจดนตรีเพราะเหตุว่าลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรีจะประกอบไปด้วยงานอันมีลิขสิทธิ์หลายประเภทด้วยกัน เช่น งานสิ่งบันทึกเสียง โสตทัศนวัสดุ แพร่เสียงแพร่ภาพ เป็นต้น แต่ละประเภทของงาน อาจมีบุคคลเกี่ยวข้องในฐานะผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นจำนวนมาก ดังนั้นจึงอาจโอนงานอันมีลิขสิทธิ์ เพื่อให้มีบุคคลคนเดียวเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 17 ได้กำหนดไว้ว่าหากประสงค์จะโอนลิขสิทธิ์ให้แก่กันจะต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอน จึงเห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดแบบแห่งนิติกรรมไว้ หากผู้โอนและผู้รับโอนลิขสิทธิ์ไม่ได้ทำตามแบบที่กำหนดไว้ ย่อมตกเป็นโมฆะ และสิ่งที่ให้กันไว้ต้องคืนให้แก่กันตามหลักถากมิควรได้ (มาตรา 172) ซึ่งหากพิจารณาในทางปฏิบัติ คู่สัญญาไม่ประสงค์ให้สัญญาใช้ไม่ได้เลยเพราะจะเกิดความเสียหายในทางธุรกิจดนตรีที่ได้ลงทุนไว้แล้วเป็นจำนวนมาก เพราะต้องการมีนิติสัมพันธ์กันเพื่อให้ได้ลิขสิทธิ์มาแสวงหาประโยชน์จากการลงทุนในงานสร้างสรรค์นั้น ๆ มีนักกฎหมายท่านหนึ่งเห็นว่าแม้สัญญาโอนลิขสิทธิ์จะตกเป็นโมฆะ แต่ก็อาจสมบูรณ์ฐานเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ์ได้เพราะสภาพของการโอนกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิ์มีส่วนคล้ายคลึงกันมาก⁷ ผู้เขียนเห็นว่าการตีความกฎหมายเช่นนี้ชอบด้วยเหตุผลเพราะลิขสิทธิ์เป็นเรื่องของกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ดังนั้นจึงไม่ควรตีความกฎหมายเพื่อสกัดกั้นการค้าเสรีทางเศรษฐกิจของบุคคลที่เกี่ยวข้องในงานลิขสิทธิ์ดนตรีกรรมดังกล่าว และคู่กรณีย่อมประสงค์จะให้สัญญาบังคับใช้ได้ไม่ว่าจะเป็นสัญญาโอนหรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ์

กรณีที่ 2 ปัญหาการโอนลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรีในฐานะผู้รับโอนลิขสิทธิ์รายใหม่ มีอำนาจต่อรองในทางเศรษฐกิจดีกว่าผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์รายเดิมในข้อสัญญาไม่เป็นธรรม เท่าที่ปรากฏจากการสัมภาษณ์นักแต่งเพลงในอดีตเป็นจำนวนมาก ได้รับความเดือดร้อนจากข้อสัญญาเอาเปรียบเป็นอย่างมาก ในการที่ตนต้องตกอยู่ในสภาพจำยอมเพราะความจำเป็นต้องหาเลี้ยงชีพจากงานเพลงที่ตนสร้างสรรค์ เพื่อแลกกับค่าตอบแทนที่ได้จากการสร้างสรรค์งานกับบริษัทบันทึกเสียงผู้รับโอนลิขสิทธิ์ที่มองอย่างนักลงทุนว่า อุตสาหกรรมดนตรี

⁷ รัชชัย สุภผลศิริ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539), หน้า 143-144

สามารถสร้างค่าทางเศรษฐกิจในรูปสินค้าได้อย่างหนึ่ง ซึ่งอาศัยประสบการณ์ความชำนาญและความสามารถในการหาเงินทุนในการพัฒนาสร้างอำนาจทางเศรษฐกิจในการเป็นผู้กำหนดข้อสัญญา โดยอาศัยโอกาสจากการที่นักแต่งเพลงขาดความรู้ ความเข้าใจในความหมายของ “การโอนลิขสิทธิ์” กับคำว่า “ซื้อ-ขาย ลิขสิทธิ์ หรือ การอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์” มาเป็นช่องทางในการแสวงหาประโยชน์เพื่อตน กล่าวคือ นักแต่งเพลงมักจะเข้าใจและตีความการซื้อ-ขายลิขสิทธิ์เพลงนั้นเช่นเดียวกับข้อเท็จจริงที่คล้ายกันตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2219/2530 (ศาลวินิจฉัยว่า โจทก์ร่วมขายภาพวาดสีน้ำมันขนาด 12 นิ้วฟุตคูณ 15 นิ้วฟุตอันเป็นงานจิตรกรรมซึ่งเป็นลิขสิทธิ์ของโจทก์ร่วมราคาเพียงภาพละ 300 บาท ให้อ.และม. ดังนี้เชื่อได้ว่าโจทก์ร่วมขายภาพดังกล่าวเป็นภาพๆ ไป หาได้ขายลิขสิทธิ์ในภาพให้ไปด้วยไม่ ถ้าโจทก์ร่วมอนุญาตให้นำภาพดังกล่าวไปพิมพ์ได้ก็จะต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือกันไว้ เมื่อจำเลยที่ 1 ที่ 2 ได้ทำซ้ำซึ่งภาพวาดนั้นเป็นบัตรอวยพรปีไม่ออกจำหน่ายแก่ประชาชนโดยมิได้รับอนุญาตจากโจทก์ร่วม จึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ร่วม) และยังเข้าใจว่าตนยังมีสิทธิในบทเพลงนั้นอยู่ หรือเพียงแต่อนุญาตให้ผู้อื่นใช้ชั่วคราวเพราะไปเปรียบเทียบกับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นแผ่นกระดาษที่มีคำร้องและทำนองเพลง หรือเรียบเรียงเสียงประสานเอาไว้ โดยเข้าใจว่าตนสามารถจำเพลงที่ตนแต่งได้เหมือนบทเพลงเดิมและสามารถนำไปใช้หรือขายให้กับบุคคลอื่น ๆ ได้อีก ซึ่งไม่ถูกต้อง เพราะกรรมสิทธิ์และลิขสิทธิ์มีความหมายแตกต่างกัน ซึ่งได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2 และ 3 โดยเฉพาะวัตถุที่รองรับสิทธิ ซึ่งลิขสิทธิ์จะไม่มีวัตถุอันมีรูปร่างอย่างทรัพย์สิน แต่เป็นรูปแบบการแสดงออกทางความคิดโดยผ่านสื่อกลางที่สามารถจับต้องได้เป็นส่วนใหญ่ ถ้าเป็นดนตรีไม่ว่าจะปรากฏเป็นเสียงสัญลักษณ์ตัวโน้ตเพลงแผนภูมิเพลง หรือตัวอักษร ฯลฯ ซึ่งสามารถสื่อให้เข้าใจได้ ทำให้นักแต่งเพลงไม่มีสิทธิในงานเพลงอีกต่อไป เพราะเหตุว่า คำว่า “ซื้อ-ขาย ลิขสิทธิ์” หมายถึง การโอนลิขสิทธิ์ในบทเพลงนั้น ตามมาตรา 17 นั้น โดยหลักคำว่า ลิขสิทธิ์ในบทเพลงนั้นย่อมหมายถึงสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำ คัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน ให้เช่า การอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ลิขสิทธิ์ในเพลงดังในมาตรา 15 ฉะนั้น ในมาตรา 15 และ 17 ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จึงมีความแตกต่างจากการ ซื้อ-ขายทรัพย์สินทั่วไป เพราะโอนลิขสิทธิ์มีกำหนดเวลาโอนหรือไม่ก็ได้ และในกรณีที่ไม่ได้กำหนดไว้กฎหมายก็บังคับให้มีกำหนดเวลา 10 ปีตามหลักกฎหมายใหม่และมีใช่เป็นการอนุญาตให้ใช้เพลงไปทำเป็นแผ่นเสียงออกจำหน่ายดังเช่นนักแต่งเพลงเข้าใจ จึงทำให้ผู้รับโอนลิขสิทธิ์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์รายใหม่ อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันปัญหาเรื่องการใช้ด้อยค่าในสัญญาโอนลิขสิทธิ์ยังคงมีอยู่แต่น้อยลง ส่วนใหญ่มักจะเขียนข้อความให้รัดกุมกว่าเดิม เพื่อป้องกันการตีความในเรื่องใครเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่กลับเป็นปัญหาเรื่องการกำหนดข้อสัญญาไม่เป็นธรรมและเอาเปรียบมาแทนสร้างภาระแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายที่อยู่ในฐานะด้อยกว่าเป็นอันมาก ซึ่งจะกล่าวในรายละเอียดต่อ

ไป คือ ปัญหาเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรีมีมานานแล้ว ในกรณีที่เจ้าของงานได้ทำสัญญากับคู่สัญญาอีกฝ่าย ที่มีอำนาจในทางเศรษฐกิจเหนือคนอย่างมาก เช่น ค่ายเพลงต่าง ๆ เป็นต้น ดังนั้น การทำสัญญาของเจ้าของงานจึงมีลักษณะที่ได้รับความเสียหายเพราะถูกเอาเปรียบอย่างยิ่ง ในประเทศอังกฤษเคยมีคดีตัวอย่างที่ศาลของประเทศอังกฤษไม่เต็มใจจะเข้าแทรกแซงสัญญาทั้งหลายเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงสถานการณ์ที่มีคำจำกัดความคืออยู่แล้วและมีความหมายแคบอยู่แล้ว แต่ในขอบเขตลิขสิทธิ์เมื่อไม่นานมานี้ศาลต่าง ๆ ได้เตรียมพร้อมที่จะแทรกแซง “ข้อสัญญามาตรฐาน” จำนวนมากที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงของบริษัทบันทึกเสียง ตัวแทนและผู้จัดการ นักแต่งเพลงหน้าใหม่ นักแสดง และกลุ่มต่าง ๆ ที่ได้รับความนิยม (pop-groups) ดังเช่น ในคดี Schroeder V. Macaulay (1974) 3 All E.R. 616⁸ ซึ่งมีข้อเท็จจริงดังนี้

ในคดีนี้ จำเลยเป็นนักแต่งเพลงหน้าใหม่ ซึ่งเพิ่งก้าวเข้ามาสู่วงการเพลงและได้ทำสัญญาผูกขาดกับบริษัทผู้ผลิตและจำหน่ายเพลง สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐาน (Standard form contract) ซึ่งใช้กันอยู่ในวงการเพลง ระบุให้จำเลยโอนลิขสิทธิ์ในเพลงทั้งหมดของตนทั่วโลกที่ตนเองแต่งขึ้นภายในระยะเวลา 10 ปี แก่โจทก์ โดยโจทก์มีภาระเพียงการจ่ายเงินงวดแรก จำนวน 50 ปอนด์ และค่าลิขสิทธิ์เฉพาะในเพลงซึ่งโจทก์เห็นสมควรจะผลิตออกจำหน่ายแก่จำเลย ทั้งนี้ โจทก์แต่เพียงผู้เดียวมีสิทธิที่จะต่อสัญญาซึ่งทำไว้กับจำเลยออกไปอีก หากค่าลิขสิทธิ์ซึ่งจำเลยได้รับใน 5 ปี แรกเกินกว่า 5,000 ปอนด์ (ประมาณ 170,000 บาท ซึ่งแสดงว่าจำเลยสามารถแต่งเพลงถูกรสนิยมของตลาดเพลง) จากสัญญาดังกล่าว ทำให้จำเลยไม่อาจเสนอเพลงซึ่งตนแต่งขึ้นแก่บริษัทอื่น ๆ ศาลสูงสุดของอังกฤษเห็นว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เป็นสัญญาที่ขัดขวางต่อการค้าเสรี เป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอย่างยิ่งต่อจำเลย เนื่องจากภาระอันหนักหน่วงของจำเลยเมื่อเทียบกับโจทก์จึงไม่รับบังคับตามสัญญา⁹ จึงพิจารณาในคดีนี้เป็นคดีที่ตัดสินโดยศาลอังกฤษที่ใช้กฎหมายคอมมอนลอว์ ในลักษณะ Judge made Law โดยศาลใช้หลัก Restraint of Trade (ข้อจำกัดทางการค้า) มาวินิจฉัย¹⁰

⁸ Stephen M. Stewart, International Copyright and Neighbouring Rights, p. 503.

⁹ วิชัย อริยะนันท์ทกะ, “กรรมสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์”, วารสารบทบัญญัติ, 28 (มิถุนายน 2529) : 48.

¹⁰ โปรดดูหลักเกณฑ์ Restraint of trade และ unconscionable bargaining จาก W.R.

แต่หากเป็นกรณีของประเทศไทย ที่มีกฎหมายลักษณะประมวลกฎหมายนั้น การที่จะพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นโมฆะหรือไม่ก็จะต้องพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่อง ข้อตกลงกฎหมาย พันวิสัย หรือข้อตกลงความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ดังใน มาตรา 150 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และถ้าหากนิติกรรมนั้นมีข้อตกลงที่แตกต่างจาก บทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชนในมาตรา 151 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็บังคับได้ ซึ่งศาลไทยเองยึดมั่นใน หลักการของเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างมาก ศาลเคยตัดสินว่า คู่สัญญาเท่านั้นที่จะเป็นผู้ตัดสิน ว่าสิ่งใดยุติธรรมกับตน ดังนั้น ตนจะเสียเปรียบแค่ไหน หากทำสัญญาแล้ว สัญญายอมใช้บังคับกัน ได้ หากเป็นโมฆะแต่อย่างใดไม่ ตัวอย่างในคำพิพากษาฎีกาที่ 2014/2506 ศาลตัดสินว่า “จำเลย เป็นนักมวย ทำสัญญายอมให้โจทก์เป็นผู้จัดการในการจัดหาคู่ชกมวยให้โดยโจทก์ยังไม่คิดค่าตอบแทน ต่อเมื่อจำเลยมีชื่อเสียงแล้ว จำเลยยอมให้โจทก์หักค่าป่วยการเป็นค่าตอบแทนร้อยละห้าของ เงินรางวัลที่จำเลยได้รับในการแข่งขันทุกครั้ง และจำเลยจะไปหาคู่ชกเอง หรือย้ายสังกัดคณะนัก มวยโดยมิได้รับความยินยอมจากโจทก์ไม่ได้นั้น ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีล ธรรมอันดีของประชาชน” ดังนั้น กรณีข้อเท็จจริงในคดีของศาลอังกฤษมีปรากฏมากมายแล้วใน ประเทศไทยเพียงแต่ข้อเท็จจริงนั้นยังไม่มาสู่ศาล เพราะผู้เป็นเจ้าของสัญญาไม่มีอิทธิพลในวงการ เพลง ดังนั้น คู่สัญญาผู้เป็นเจ้าของงานมักจะต้องจ่ายยอมเนื่องจากหากมีข้อพิพาทกับผู้เป็นเจ้าของ สัญญา คดีมาสู่ศาลก็เชื่อว่าชนะคดี และแม้ว่าจะชนะคดีก็ไม่อาจจะอยู่ในวงการเพลงต่อไปได้ เพราะไม่มีผู้ใดกล้ายื่นเข้ามาสนับสนุน เพราะเกรงกลัวอิทธิพลด้านตลาดของผู้เป็นเจ้าของสัญญา ปัญหาจึงยังคงมีอยู่ต่อไป แม้ว่าในปัจจุบัน ศาลจะเริ่มคลี่คลายหลักตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2014/2506 แล้วก็ตาม โดยศาลได้วางหลักไว้ว่า ถ้าเป็นการเอาเปรียบมากเกินไปก็เป็นโมฆะได้ แต่ หากไม่ถึงขนาดเป็นโมฆะศาลยอมถือตามเจตนาของคู่สัญญาเป็นหลักเสมอเทียบนัย คำพิพากษา ฎีกาที่ 2548-2549/2533 ศาลตัดสินว่า “สัญญาที่บริษัทโจทก์ทำกับจำเลยทั้งสองซึ่งเป็นลูกจ้างว่า ภายในกำหนดเวลา 24 เดือน นับแต่สัญญาจ้างสิ้นสุดลง ลูกจ้างจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องหรือดำเนิน การไม่ว่าจะเป็นโดยตรงหรือโดยอ้อมกับการพัฒนาการผลิต หรือจำหน่าย (สุดแต่จะพึงปรับได้กับ กรณีของลูกจ้าง) ซึ่งผลิตภัณฑ์อันเป็นการแข่งขันกับผลิตภัณฑ์ของบริษัทที่ตนเคยมีส่วนเกี่ยวข้องอยู่ ด้วยในระหว่างที่ทำงานกับบริษัทโดยมิได้รับความยินยอมจากบริษัท สัญญาดังกล่าวไม่ได้ห้าม จำเลยทั้งสองไม่ใหกระทำโดยเด็ดขาด คงห้ามเฉพาะสิ่งที่เป็นการแข่งขันกับงานของโจทก์ และใน ส่วนของงานที่จำเลยเคยทำกับโจทก์ ทั้งเป็นการห้ามเพียงตามกำหนดระยะเวลาดังกล่าวข้างต้นเท่า นั้น ไม่เป็นการตัดการประกอบอาชีพของจำเลยทั้งหมดเสียทีเดียว จึงเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่

รักษาสติและประโยชน์ของคูกรณีในเชิงการประกอบธุรกิจโดยชอบ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่เป็นโมฆะ” แต่การเอาเปรียบมากเกินไปนั้น ก็ค่อนข้างจะเป็นนามธรรมและยังคงอยู่ในดุลพินิจศาลที่จะตัดสิน จึงยังคงทำให้หลักนี้ไม่แน่นอนอยู่ต่อไป จะเห็นได้ว่า นอกจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 และ 151 ไม่อาจช่วยเหลือเอกชนผู้เป็นเจ้าของงานได้มากเท่าใดแล้ว ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 17 ก็ยังมีข้อความแต่เพียงให้โอนได้ โดยต้องทำเป็นหนังสือเท่านั้น หากได้กำหนดเงื่อนไขที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน โดยไม่เป็นธรรม ในกรณีโอนลิขสิทธิ์ ห้ามมิให้ทำแต่อย่างใด ไม่เหมือนในกรณีของสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ ซึ่งในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์เดิม (พ.ศ. 2521) การอนุญาตให้ใช้สิทธิ ไม่มีข้อห้ามทำสัญญาที่มีข้อกำหนดจำกัดการแข่งขัน แต่ต่อมา พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 15 (5) ได้มีการห้ามกำหนดข้อสัญญาเช่นนั้นไว้ จะสมควรหรือที่จะกำหนดในสัญญาโอนลิขสิทธิ์เช่นเดียวกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งไม่มีข้อห้ามเช่นนั้นในกฎหมายเกี่ยวกับการโอนสิทธิ จะได้พิจารณากันดังนี้คือ

ผู้เขียนขอวิเคราะห์และสรุปในประเด็นนี้ว่า เหตุผลที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติในเรื่องเงื่อนไขในการจำกัดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในกรณีของการโอนลิขสิทธิ์เป็นเพราะว่า เมื่อเปรียบเทียบกันแล้ว กรณีของการอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นถ้าหากไม่มีเงื่อนไขการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมแล้ว ในฐานะที่เจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผู้อนุญาตให้ใช้ย่อมกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ได้ตามอำเภอใจ ทำให้เป็นผู้มีอำนาจเหนือบุคคลอื่น ๆ ในตลาดเพราะอาศัยการมีสิทธิแต่ผู้เดียว (exclusive right) ในงานอันมีลิขสิทธิ์จะไม่ให้บุคคลใดได้มีโอกาสใช้งานนั้นได้ ถ้าไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ผู้อนุญาตกำหนดซึ่งบุคคลทั่วไปเป็นสาธารณชนโดยส่วนรวม ย่อมถูกรบกวน และได้รับความเสียหายในการที่ไม่มีโอกาสได้ใช้ซึ่งกฎหมายคงไม่มีวัตถุประสงค์เช่นนั้นแน่นอน จึงจำกัดอำนาจของเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วยวิธีการกำหนดเงื่อนไขว่าอะไรคือการแข่งขันไม่เป็นธรรมอันเป็นการแทรกแซงของรัฐแต่ในกรณีของการโอนลิขสิทธิ์เป็นเรื่องระหว่าง ผู้โอนซึ่งเป็นเจ้าของงานลิขสิทธิ์กับผู้รับโอนลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นเรื่องปัจเจกชนที่เข้ามาทำสัญญาโอนเพื่อเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์รายใหม่ และไม่ได้กระทบกระเทือนต่อสาธารณชนทั่วไปแต่อย่างใด รัฐจึงไม่ได้เข้าไปแทรกแซง

กรณีที่ 3 ปัญหาการโอนลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรีในกรณีที่มีบุคคลอ้างเป็นผู้รับโอนลิขสิทธิ์หลายราย และใครจะเป็นผู้มีสิทธิดีกว่า ปัญหานี้เกิดขึ้นเสมอในอุตสาหกรรมดนตรีซึ่งต่างฝ่ายเรียกร้องความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ในฐานะผู้รับโอนจึงต้องพิจารณาจากบทบัญญัติพระราช

บัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งจะเห็นว่าไม่ได้บัญญัติไว้ถึงกรณีนี้ จึงต้องใช้หลักการโดยปรับเข้าหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ดังนี้ คือ

มาตรา 4 “กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบของกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

กรณีนี้จึงมีกฎหมายใกล้เคียงที่จะต้องพิจารณาคือ การโอนสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 1303 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนี้คือ

มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง “ถ้าบุคคลหลายคนเรียกเอาสังหาริมทรัพย์เดียวกัน โดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ต่างกันไซ้ ท่านว่าทรัพย์สินตกอยู่ในครอบครองของบุคคลใด บุคคลนั้นมีสิทธิยิ่งกว่าบุคคลอื่น ๆ แต่ต้องได้ทรัพย์นั้นมาโดยมีค่าตอบแทนและได้รับการครอบครองโดยสุจริต”

ดังนั้นผู้เขียนขอวิเคราะห์และสรุปในกรณีนี้ได้ว่า การใช้หลักการโอนกรรมสิทธิ์มาปรับใช้กับกรณีการโอนลิขสิทธิ์ที่ได้มาโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน ซึ่งได้ครอบครองสังหาริมทรัพย์นั้นคงเป็นไปได้เนื่องจากลิขสิทธิ์ไม่ต้องการครอบครองอย่างการครอบครองกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ ตลอดจนสภาพพหุกันของลิขสิทธิ์ ก็มีความแตกต่างจากกรรมสิทธิ์ และไม่มีการจดทะเบียนแสดงความเป็นเจ้าของแห่งสิทธิอย่างสิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า การโอนลิขสิทธิ์ก็ไม่ได้ยากลำบากแต่ประการใดเพียงแต่ทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอนตามมาตรา 17 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ก็มีผลบังคับใช้ได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่ามาตรา 1303 ไม่อาจใช้ปรับกับกรณีนี้ได้ ด้วยเหตุนี้จึงต้องอาศัยการพิจารณาตามหลักกฎหมายทั่วไป อันเป็นสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน” (No one can give a better title than he himself possesses.) ทั้งนี้เทียบกับในคำพิพากษาฎีกาที่ 1533/2536 ดังนี้คือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 1533/2536 “เอกสารสัญญาซื้อขายความระบุนว่า บริษัท ค. ตกกลงให้บริษัท ฟ. แต่ผู้เดียวเป็นผู้มีสิทธิเสนอฉายภาพยนตร์พิพาทในประเทศไทยมีกำหนดเวลา 5 ปี เมื่อหมดสัญญาผู้รับอนุญาตจะต้องส่งคืนก็อปปีภาพยนตร์พิพาทแก่ผู้อนุญาตหรือทำลายพร้อม

แสดงหลักฐานการทำลาย ดังนี้ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาที่บริษัท ค. เจ้าของลิขสิทธิ์ภาพยนตร์พิพาทอนุญาตให้บริษัท ฟ. ใช้ลิขสิทธิ์ภาพยนตร์พิพาทชั่วคราวในระยะเวลาหนึ่งและเฉพาะในเขตพื้นที่ตามที่กำหนดในสัญญาเท่านั้น บริษัท ค. ยังเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในภาพยนตร์พิพาทอยู่ ซึ่งบริษัท ค. อาจอนุญาตให้ผู้อื่นใดใช้ลิขสิทธิ์ภาพยนตร์พิพาทในประเทศอื่นได้ ดังนั้นการที่บริษัท ฟ. ได้ทำหนังสือรับรองลิขสิทธิ์ภาพยนตร์พิพาทว่าได้โอนขายลิขสิทธิ์ในภาพยนตร์นั้นให้แก่บริษัท ก. และต่อมาบริษัท ก. ได้ทำหนังสือสัญญาให้โจทก์ร่วมเช่าฟิล์มภาพยนตร์พิพาทอีกทอดหนึ่ง คงทำให้โจทก์ร่วมได้สิทธิในภาพยนตร์พิพาทเพียงเท่าที่บริษัท ฟ. มีอยู่เท่านั้น เมื่อบริษัท ฟ. เป็นผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมิได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ โจทก์ร่วมจึงไม่มีสิทธิคิดว่าสิทธิของบริษัท ฟ. ที่มีอยู่ แม้บริษัท ค. ได้ทำใบรับรองลิขสิทธิ์ว่าได้โอนลิขสิทธิ์ในภาพยนตร์พิพาทให้แก่บริษัท ก. และเมื่อวันทำสัญญาเช่าดังกล่าว บริษัท ก. ได้ทำหนังสือมอบหรือโอนลิขสิทธิ์ให้แก่โจทก์ร่วมด้วยก็ตาม แต่ใบรับรองการโอนลิขสิทธิ์ทำขึ้นภายหลังหนังสือโอนลิขสิทธิ์ให้โจทก์ร่วมจึงไม่มีผลให้โจทก์ร่วมเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในภาพยนตร์พิพาทแต่อย่างใด เพราะขณะโอนบริษัทดังกล่าวยังมีได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในภาพยนตร์นั้น ถือไม่ได้ว่าโจทก์ร่วมมีลิขสิทธิ์ในภาพยนตร์พิพาท โจทก์ร่วมจึงไม่ใช่ผู้เสียหายไม่มีอำนาจร้องทุกข์ โจทก์และโจทก์ร่วมไม่มีอำนาจฟ้อง”

นอกจากนี้กฎหมายให้ประโยชน์แก่โจทก์ในคดีโดยถือข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่างานที่มีการฟ้องร้องในคดีนั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ และโจทก์เป็นเจ้าของ เว้นแต่จำเลยโต้แย้งว่าไม่มีใครเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์หรือโต้แย้งสิทธิของโจทก์ ตามมาตรา 62 ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

ด้วยเหตุนี้ ผู้รับโอนรายแรกจึงมีสิทธิคิดว่าผู้รับโอนภายหลัง และผู้รับโอนภายหลังคงต้องไปฟ้องร้องกับผู้โอนระหว่างกันเองที่ทำสัญญากับฝ่ายตน (contractual party) ตัวอย่างเช่น ผู้แต่งเพลงอันโอนสิทธิในการแสดง (performing right) หรือสิทธิอื่นใดย่อมไม่มีสิทธิที่จะอนุญาตให้ใช้สิทธิในการแสดงงานหรือสิทธิอื่นๆ ของเขาแก่บุคคลอื่นอีกต่อไป แสดงให้เห็นว่าแม้กระทั่งตนเองยังไม่สิทธิที่จะใช้สิทธิของตนและอนุญาตให้บุคคลอื่นๆ ใช้สิทธิของตนต่อไปอีกหลังจากโอนลิขสิทธิ์ไปแล้ว โฉนจึงจะมีอำนาจอะไรไปโอนงานลิขสิทธิ์แก่บุคคลผู้รับโอนรายอื่นๆ ต่อไปอีก

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าการรับโอนของผู้รับโอนภายหลังจึงไม่มีผลไม่ว่าผู้รับโอนรายใหม่นี้จะรู้หรือไม่ว่ามีการโอนลิขสิทธิ์มาก่อนหรือไม่ก็ตามเพราะเจ้าของลิขสิทธิ์คนแรกได้สูญเสียสิทธิอันเป็นผลจากการโอนไปแล้ว¹¹

¹¹ Michael F. Flint, *A User's Guide to Copyright*. p. 84.

กรณีที่ 4 ปัญหาสัญญาโอนลิขสิทธิ์ในบทเพลงที่มีข้อตกลงห้ามมิให้ผู้สร้างสรรค์ใช้ชื่อของตนในการสร้างสรรค์งานต่อไปในงานลิขสิทธิ์ทั้งในอดีตและในอนาคต ในกรณีที่เจ้าของเพลงต้องการที่จะโอนลิขสิทธิ์เพลงให้กับผู้โอน โดยผู้รับโอนกำหนดข้อสัญญาว่าเมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์โอนสิทธิ์ในบทเพลงให้แก่ผู้รับโอนแล้ว เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องไม่ใช่ชื่อของตนในการแต่งเพลงอื่นๆ ของตนเองอีกต่อไป เพราะหากใช้จะถือว่าเป็นงานเพลงที่แต่งขึ้นซึ่งถูกข้อสัญญากำหนดไว้ล่วงหน้าให้โอนลิขสิทธิ์โดยอัตโนมัติแก่ผู้รับโอน (แต่ทั้งนี้ต้องพิจารณาว่ามีการกำหนดเวลาไว้ชัดเจนหรือไม่ ถ้าไม่ได้กำหนดไว้ล่วงหน้าเช่นนี้จะถือว่าการโอนนี้มีกำหนดเวลาเพียง 10 ปี ตามมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537) การกำหนดไว้ในสัญญาโอนลิขสิทธิ์ให้รวมถึงสิทธิ์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตแม้เป็นกรณีสามารถตกลงกันได้ ถ้าหากเป็นอดีต นักแต่งเพลงจะเสียเปรียบเพราะกฎหมายยังไม่มี ความชัดเจนและคุ้มครองอย่างกว้างขวางดังเช่นปัจจุบัน เพราะหากไม่ได้กำหนดเวลาโอนจะถือว่าเป็นการโอนตลอดไปซึ่งสร้างความเดือดร้อนมาเป็นเวลานานแล้ว เช่น นาย ก. แต่งเพลงชื่อ “สัญญาต้องเป็นสัญญา” แต่นาย ข. กำหนดไว้ในข้อสัญญาว่าเมื่อนาย ก. โอนสิทธิ์ในบทเพลง “สัญญาต้องเป็นสัญญา” ให้แก่นาย ข. แล้ว นาย ก. จะต้องไม่ใช่ชื่อนาย ก. เป็นผู้แต่งในเพลงอื่นๆ โดยเด็ดขาดอีกต่อไปจะเห็นได้ว่าสัญญานี้มีการทำกันแพร่หลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาที่ผู้รับโอนมีอำนาจในทางเศรษฐกิจเหนือผู้โอนหรืออำนาจต่อรองไม่เท่าเทียมกัน

ข้อพิจารณาก็คือ สัญญาเช่นนี้จะใช้บังคับได้หรือไม่ต้องแยกพิจารณาออกเป็น 3 กรณีดังต่อไปนี้

1. สัญญาโอนลิขสิทธิ์บทเพลงมีผลใช้บังคับหรือไม่
2. การห้ามมิให้ใช้ชื่อในการแต่งเพลงใช้บังคับได้หรือไม่
3. ธรรมชาติยังคงมีอยู่ต่อไปหรือไม่ในเมื่อผู้สร้างสรรค์ได้สละสิทธิในชื่อของตนแล้ว

ในปัญหาทั้ง 3 กรณี สามารถพิจารณาได้ดังนี้ คือ ผู้เขียนเห็นว่า สามารถทำการโอนลิขสิทธิ์ในเพลงกันได้เนื่องจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 17 กำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ดี ปัญหาที่จะต้องพิจารณาคือการห้ามบุคคลอื่นใช้ชื่อในการแต่งเพลงที่รับโอนมานั้นอีกต่อไปเป็นข้อสัญญาจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นมากเกินไปและจะบังคับใช้ได้หรือไม่

จะเห็นได้ว่าการห้ามผู้โอนลิขสิทธิ์ใช้ชื่อของตนเองในการแต่งเพลงอื่นต่อไปนั้นเป็นการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพเกินสมควร เพราะการที่นักแต่งเพลงคนหนึ่งๆ ให้มีชื่อเสียงจนเป็นที่มิชื่อเสียงรู้จักกันแพร่หลายนั้นจะต้องใช้กำลังความคิด, กำลังกาย และกำลังทรัพย์ รวมทั้ง

ระยะเวลาพอสมควร หากผู้แต่งเพลงไปใช้ชื่ออื่นย่อมอาจจะทำให้ผู้แต่งเพลงไม่สามารถโอนลิขสิทธิ์ในเพลงของตนให้แก่ผู้อื่นได้อีกเพราะไม่มีคนรู้จักหรือยอมรับโดยทั่วไป หรือหากโอนได้ ก็จะมีค่าโอนที่ต่ำกว่าที่เคยโอนได้อย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการห้ามผู้โอนลิขสิทธิ์ใช้ชื่อของตนเองในการแต่งเพลงนั้นถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิในการใช้นามของตนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 18 อีกด้วย¹² ซึ่งการใช้นามนั้นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในสังคมเพื่อแสดงออกว่าตนเป็นใคร ผู้เขียนจึงเห็นว่าสัญญาห้ามเช่นนี้เป็นข้อสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามมาตรา 150 เพราะเป็นการจำกัดสิทธิของผู้โอนลิขสิทธิ์มากจนเกินไปเพราะไม่มีระยะเวลาในการห้ามใช้ชื่อว่านานแค่ไหนระยะเวลาตามกรณีศึกษาเป็นการห้ามตลอดไปซึ่งเอาเปรียบกันมากเกินไป ซึ่งอาจพิจารณาเปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2548-2549/2533 ที่ผ่านมาเป็นเกณฑ์ อย่างไรก็ตามการโอนงานลิขสิทธิ์บทเพลงดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับได้อยู่ ทั้งนี้ถ้าพึงสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์จากกรณีได้ว่าคู่สัญญาดังกล่าวเจตนาจะให้ส่วนที่ไม่เป็นโมฆะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะตามมาตรา 173 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้ ดังนั้นข้อสัญญาห้ามใช้ชื่อตกเป็นโมฆะเสียแล้ว หากต่อมา นาย ก. ได้ไปแต่งเพลงอื่นแล้วไปใช้ชื่อนาย ก. ในการแต่งเพลงอื่นอีกย่อมไม่ถือว่า นาย ก. ผิดสัญญากับ นาย ข. นาย ข. จะมาเรียกร้องให้นาย ก. ชดใช้ค่าเสียหายหรือห้ามนาย ก. ใช้ชื่อของตนในการแต่งเพลงอีกต่อไปไม่ได้

นอกจากนี้ผู้เขียนมีความเห็นในปัญหานี้ว่า ยังถือว่ากรรมสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์คงมีอยู่ต่อไปตลอดอายุของสิทธิในทางเศรษฐกิจ ประกอบกับกรรมสิทธิ์เป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้สร้างสรรค์เท่านั้นไม่สามารถโอนให้แก่บุคคลภายนอกได้อย่างการทำนิติกรรมสัญญาทั่วไป เว้นแต่โอนโดยผลแห่งกฎหมาย คือตกทอดทางทายาทหรือทายาทพินัยกรรม เว้นแต่อาจทำข้อตกลงจะสละซึ่งกรรมสิทธิ์ได้ซึ่งเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้สร้างสรรค์ตามกฎหมายไทยได้กำหนดไว้เพียงสิทธิ 2 กรณี คือ กรณีแสดงว่าตนเป็นผู้สร้างสรรค์และกรณีห้ามบุคคลอื่นหรือผู้รับโอนลิขสิทธิ์ (สิทธิในทางเศรษฐกิจ) กระทำการบิดเบือน ตัดทอน ดัดแปลง หรือทำโดยประการอื่นใดแก่งานนั้นจนเกิด

¹² มาตรา 18 บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลในการที่จะใช้นามอันชอบธรรมที่จะใช้ได้นั้นถ้ามีบุคคลอื่นโต้แย้งก็ดี หรือผู้เป็นเจ้าของนามนั้นต้องเสื่อมเสียประโยชน์ เพราะการที่มีชื่อผู้อื่นมาใช้นามเดียวกันโดยไม่ได้รับอำนาจให้ใช้ก็ดี บุคคลผู้เป็นเจ้าของนามจะเรียกให้บุคคลนั้นระงับความเสียหายก็ได้ ถ้าและเป็นที่ยิ่งวิคกว่าจะต้องเสียหายอยู่สืบไปจะร้องขอต่อศาลให้สั่งห้ามก็ได้”

ความเสียหายต่อชื่อเสียง หรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ ฉะนั้น ผู้รับโอนย่อมไม่อาจมีกรรมสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ได้และไม่ใช่ว่าผู้เสียหายที่แท้จริงในการดำเนินคดีละเมิดกรรมสิทธิ์ที่จะกล่าวอ้างว่าผู้โอนลิขสิทธิ์ได้ตกลงตามข้อสัญญา ที่กำหนดห้ามไม่ให้ใช้ชื่อเดิมของผู้โอนที่เป็นผู้สร้างสรรค์เพราะผู้สร้างสรรค์เท่านั้นที่จะทราบว่า การกระทำเช่นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียงของตนโดยแท้จริงมิใช่ผู้รับโอน

4.1.1.5 ปัญหาสิทธิสัมพัทธ์ในการพิจารณาความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และการใช้สิทธิกับการตีความเพื่อบังคับใช้ลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรีในฐานะผู้รับอนุญาตให้ใช้

กรณีที่ 1 ปัญหาสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์แต่ผู้เดียว (exclusive licensing agreement) โดยไม่มีกำหนดเวลาจะใช้บังคับได้หรือไม่ โดยทั่วไปเจ้าของลิขสิทธิ์จะเป็นผู้งานอันมีลิขสิทธิ์ของตนออกแสดงต่อสาธารณชนรวมทั้งสิทธิแต่ผู้เดียวประการอื่น ๆ อย่างเต็มที่ แต่ในทางปฏิบัติโดยเฉพาะการเผยแพร่งานประเภทดนตรีกรรมเป็นสิ่งจำเป็นและต้องอาศัยงานประเภทอื่น ๆ มาช่วยเป็นสื่อกลางซึ่งเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์แยกต่างหากจากดนตรีกรรมในการเผยแพร่ในรูปแบบต่าง ๆ ได้รวดเร็วและเป็นจำนวนมาก ๆ เพื่อให้สาธารณชนรู้จักและเลือกซื้อ ไม่ว่าจะเป็นงานสิ่งบันทึกเสียง ภาพยนตร์ โสตทัศนวัสดุ ฯลฯ และคงเป็นไปได้ยากที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะรับภาระในการดำเนินการดังกล่าวได้แต่เพียงผู้เดียวเพราะมีข้อจำกัดทางด้านทุนทรัพย์ การจัดการบริหารงาน อาทิ ความสามารถในการผลิตและจัดจำหน่ายในท้องที่ใดท้องที่หนึ่ง ความสามารถในการจัดการและการเจาะตลาด ฯลฯ ด้วยเหตุนี้ จึงสมควรอนุญาตให้บุคคลอื่นที่มีความสามารถดังกล่าวได้ดำเนินการและใช้สิทธิอย่างเจ้าของลิขสิทธิ์ได้โดยการขออนุญาตเจ้าของลิขสิทธิ์ นอกจากนี้ไม่มีกฎหมายบังคับเรื่องรูปแบบการอนุญาตให้ใช้สิทธิ อาจตกลงเป็นหนังสือหรือวาจาก็ได้ แต่เพื่อตัดปัญหาการสืบพยานในศาลควรมีหลักฐานเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดี ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิดังกล่าวแล้ว มาตรา 15 กำหนดว่าไม่ตัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธินั้นได้ด้วย เว้นแต่ในหนังสืออนุญาตได้ระบุเป็นข้อห้ามไว้ ดังนั้น มาตรา 15 จึงเป็นกรณีการอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบไม่เด็ดขาด อย่างไรก็ตามเจ้าของลิขสิทธิ์อาจอนุญาตให้บุคคลอื่นได้ใช้สิทธิของตนได้แต่ผู้เดียว ตามที่กำหนดไว้ในสัญญา และอาจมีข้อตกลงห้ามเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นผู้ใช้ได้เช่นกัน ในกรณีเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบเด็ดขาด (exclusive license) คู่กรณีอาจตกลงยกเว้นที่จะอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างประเทศ โดยกำหนดเขตแดนเฉพาะประเทศใดประเทศหนึ่งก็ได้ในประเทศภาคีที่ยอมรับทำได้ ปัญหาที่เกิดขึ้นที่จะกล่าวต่อไปคือ ปัญหาของการอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบเด็ดขาด โดยไม่มีกำหนดเวลาเพราะจะเป็นเรื่องการจำกัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ประการหนึ่ง ดังนั้นในฐานะผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบเด็ดขาดก็มีสิทธิเช่น

เดียวกับเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่ขึ้นอยู่กับว่าเป็นสิทธิประเภทใด กล่าวคือ ตามมาตรา 15 สิทธิในการทำซ้ำ คัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน ให้เช่า อนุญาตให้ผู้อื่นใช้อีกต่อหนึ่งหรือไม่อย่างไร หรือสิทธิทั้งหลายนี้ทั้งหมดย่อมขึ้นอยู่กับขอบเขตของข้อตกลงระหว่างทั้ง 2 ฝ่าย เป็นสำคัญ รวมทั้งเทคนิคในการเจรจาต่อรองเพื่อกำหนดข้อสัญญาที่เกิดจอร์รประโยชน์สูงสุดของผู้ที่มีความสามารถในการต่อรอง ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นผู้อนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์แต่ไม่เสมอไป เช่นกลุ่มนักแต่งเพลงในอดีตกาลกลุ่ม ในการรับอนุญาตให้ใช้สิทธิเด็ดขาดมักมีวัตถุประสงค์เพื่อครอบครองตลาดในการผลิตสินค้าที่ได้รับอนุญาตแต่เพียงผู้เดียว ทำให้ตลาดผู้ผลิตสินค้านั้นปราศจากการแข่งขันได้เช่นกัน ถ้าหากสัญญาอนุญาตให้ใช้ดังกล่าวไม่ได้กำหนดเวลาไว้ ปัญหาแรกคือ จะมีผลบังคับได้หรือไม่ และจะมีระยะเวลายาวนานเพียงใด จากกรณีดังกล่าวสามารถแยกแนวพิจารณาได้เป็นความเห็นอาจเป็นไปได้ 2 ทางดังนี้คือ

แนวพิจารณาที่ 1 การนำกำหนดระยะเวลา 10 ปี ของสัญญาโอนลิขสิทธิ์มาปรับใช้อันอาจถือเป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง

แนวพิจารณาที่ 2 เมื่อกฎหมายไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการจำกัดอายุของการอนุญาตให้ใช้ไว้ชัดเจน น่าจะถือได้ว่า ไม่มีข้อจำกัดเรื่องเวลา

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นว่า ในกรณีนี้หากสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ ไม่ได้กำหนดเวลาไว้แน่นอน ควรจะให้สิทธิแก่ผู้รับอนุญาตให้ใช้ได้ ครอบคลุมที่อายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานนั้นจะมีได้ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์แบบไม่เด็ดขาด หรือสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์แบบเด็ดขาดก็ตาม เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติกำหนดไว้ชัดเจนเหมือนเช่นกรณีการโอนลิขสิทธิ์ที่ไม่ได้กำหนดเวลาไว้ ซึ่งจะมีผลบังคับใช้ได้ 10 ปี ตามกฎหมาย ปัญหาที่มีข้อนำพิจารณาคือ ทำไมถึงให้การโอนลิขสิทธิ์ที่ไม่ได้กำหนดเวลาไว้แต่แรกกลับถูกกฎหมายปิดปากให้ใช้บังคับได้เพียง 10 ปี แต่การอนุญาตให้ใช้โดยไม่มีกำหนดเวลา อาจกลับมีผลใช้บังคับได้นานกว่า 10 ปี (ถ้าหากระยะเวลาการคุ้มครองยังไม่หมด) เช่น สัญญาอนุญาตให้ผลิตและจำหน่ายสิ่งบันทึกเสียงผลงานดนตรีจากมาสเตอร์เทปแต่เพียงผู้เดียว โดยไม่มีกำหนดเวลา เป็นต้น ผู้เขียนเห็นว่าการที่เป็นเช่นนี้เพราะความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ยังมีอยู่ไม่เปลี่ยนแปลงไปตราบเท่าที่ยังไม่มีการโอนลิขสิทธิ์ ย่อมไม่เป็นที่เสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ และผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่ประการใด สัญญาระหว่างคู่สัญญาก็จะยังคงมีอยู่ ตราบเท่าที่ไม่ผิดสัญญาหรือเลิกสัญญาในที่สุด การที่กฎหมายกำหนดไว้ 10 ปี ในกรณีการโอนที่ไม่มีกำหนดเวลา ก็เพราะเนื่องจากแรงผลักดันของกลุ่มนักแต่งเพลงในอดีตที่แต่งเพลงเพื่อแลกกับค่าตอบแทนเพียงเล็กน้อยไปโดยไม่ได้กำหนดเวลาไว้ชัดเจนในสัญญา ดังนั้น บริษัทบันทึก

เสียงสามารถนำเพลงไปใช้ได้เป็นเวลานานเท่าใดก็ได้ ทั้งนี้เป็นเพราะขาดความเข้าใจในความหมายของสัญญาขายเพลง กับการโอนลิขสิทธิ์และการอนุญาตให้ใช้เพียงพว่าเป็นอย่างไร

กรณีที่ 2 ปัญหาที่ตามมาในกรณีที่ไม่ได้กำหนดเวลาอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่ผู้เดียวต่อมา มีการโอนลิขสิทธิ์ในงานทั้งหลายให้แก่บุคคลภายนอก ซึ่งเป็นผู้รับโอนรายใหม่ เช่นนี้ ผู้รับโอนรายใหม่จำเป็นต้องรับภาระข้อผูกพันตามสัญญาระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์เดิมกับผู้รับอนุญาตให้ใช้หรือไม่อย่างใด ในประเด็นนี้ ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์แบบเด็ดขาดหรือไม่เด็ดขาด และมีกำหนดเวลาหรือไม่มีกำหนดเวลา ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะมีคำตอบที่คล้ายกัน กล่าวคือ เจ้าของลิขสิทธิ์นอกจากจะมีสิทธิแต่ผู้เดียวในงานอันมีลิขสิทธิ์แล้วย่อมมีสิทธิโอนงานอันมีลิขสิทธิ์เมื่อใดก็ได้ ตราบเท่าที่อยู่ในระหว่างอายุการคุ้มครองให้แก่บุคคลใดก็ได้ ไม่ว่าจะ เป็นการโอนโดยทางนิติกรรม หรือโอนโดยทางมรดก (ตกทอดแก่ทายาทโดยธรรมหรือตามพินัยกรรมก็ตาม) เพราะกฎหมายหมายหมายรองรับสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ไว้ หากมีข้อพิพาทระหว่างผู้รับอนุญาตให้ใช้ และผู้รับโอนรายใหม่ ใครจะเป็นผู้มีสิทธิดีกว่านั้น ย่อมเทียบกันยากอยู่ ระหว่างสิทธิในการอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวตามมาตรา 15 (5) เฉพาะมาตรา 15 (1), (2), และ (3) กับสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ได้รับจากการโอนซึ่งสิทธิตามมาตรา 15 ทั้งหมด มาตรา 15 (1), (2), (3), (4) และ (5) อันเป็นสิทธิทั้งหลายในทางเศรษฐกิจส่วนกรรมสิทธิ์ยังคงเป็นของผู้สร้างสรรค์ ประกอบกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิก็เป็นเรื่องการตกลงของคู่สัญญาในระหว่างคู่กรณี (contractual party) ย่อมไม่มีผลผูกพันผู้รับโอนซึ่งเป็นบุคคลภายนอกอย่างแน่นอน ดังนั้น ผู้รับอนุญาตจึงสามารถฟ้องร้องกับคู่สัญญาของตนโดยตรง คือ เจ้าของลิขสิทธิ์เท่านั้น สำหรับผู้รับโอนรายใหม่ จึงไม่มีหน้าที่ต้องให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ใช้ต่อไป ถ้าหากไม่มีความประสงค์จะให้ผู้อื่นใช้ ดังนั้น ข้อสัญญา ระหว่างผู้รับอนุญาตให้ใช้แบบเด็ดขาดและเจ้าของลิขสิทธิ์คนเดิมที่ห้ามเจ้าของลิขสิทธิ์ใช้สิทธิแต่ผู้เดียว หากมีข้อโต้แย้งว่า แม้เจ้าของลิขสิทธิ์ยังไม่อาจใช้ได้ ผู้รับโอนลิขสิทธิ์ก็ไม่มีสิทธิอย่างเจ้าของลิขสิทธิ์จะใช้ได้เช่นกัน ถ้าหากแม้ว่าจะโอนงานลิขสิทธิ์ได้อยู่นี้ ก็เป็นข้อสัญญาเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น ข้ออ้างดังกล่าวจึงตกไป จึงไม่มีผลผูกพันกับผู้รับโอนรายใหม่ ถึงแม้ว่าจะมีข้อตกลงห้ามเจ้าของลิขสิทธิ์ใช้ด้วย แต่ไม่ได้ห้ามการโอนลิขสิทธิ์ไว้ ซึ่งหากพิจารณาต่อไป ถ้าห้ามเจ้าของลิขสิทธิ์โอนให้แก่บุคคลภายนอก ในระหว่างอนุญาตให้ใช้ก็เช่นกัน แม้มีข้อตกลงกันก็ตาม หากเจ้าของลิขสิทธิ์รายเดิมฝ่าฝืนไปโอนลิขสิทธิ์แก่บุคคลภายนอก ก็คงจะโอนได้อยู่ดี แต่การที่เจ้าของลิขสิทธิ์เดิมจะต้องรับผิดชอบต่อผู้รับอนุญาตให้ใช้ จึงเป็นอีกกรณี

ในกรณีจะมีความแตกต่างจากการโอนลิขสิทธิ์ให้บุคคลรายแรกไปแล้ว ยังโอนงานลิขสิทธิ์ให้บุคคลอื่น ๆ อีก เช่นนี้เห็นว่าเจ้าของลิขสิทธิ์เดิมที่ได้โอนงานอันมีลิขสิทธิ์ให้บุคคลภายนอกคนแรกไปแล้ว ก็คงจะไม่มีสิทธิในความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ใด โอนให้แก่ใครได้อีกต่อไป เพราะสภาพแห่งหนึ่งไม่เปิดช่องให้กระทำเช่นนั้นได้ ยกเว้นแต่เป็นการโอนที่ตกเป็นโมฆะ หรือกรณีอื่น ๆ ที่ไม่มีผลทางกฎหมายแล้วแต่กรณีไป ในปัญหานี้มักเกิดขึ้นอยู่เสมอเกี่ยวกับวงจรรอุตสาหกรรมดนตรี ตัวอย่างเช่นการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ในการทำซ้ำเพลงในมาสเตอร์เทปเพื่อทำการผลิตสิ่งบันทึกเสียงและให้เป็นผู้จัดจำหน่ายแต่ผู้เดียว ต่อมาภายหลังเจ้าของลิขสิทธิ์ในมาสเตอร์เพลงได้โอนลิขสิทธิ์ไปยังบุคคลภายนอก จึงเกิดการฟ้องร้องคดีเป็นเรื่องราวกันไป ดังนั้น ในฐานะผู้รับอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์แบบเค็ดขาดเช่นนี้ จึงเป็นกรณีที่ผู้รับอนุญาตให้ใช้ถูกรบกวนสิทธิเพราะเหตุข้อสัญญาระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์เดิมกับผู้รับอนุญาตให้ใช้โดยตรงจึงเป็นปัญหาระหว่างนิติสัมพันธ์และการตีความในการใช้สิทธิต้องอาศัยการพิจารณาจากข้อสัญญาที่มีต่อกัน และมีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญา ไม่รวมบุคคลภายนอกผู้รับโอนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน ในกรณีนี้ มีตัวอย่างมาแล้วซึ่งกฎหมายของประเทศอังกฤษ (Copyright Design and Patents Act 1988 ในมาตรา 101 (1) กำหนดไว้ว่า ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่ผู้เดียวมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายต่างๆ เหมือนกับที่ได้รับอนุญาตให้ใช้เสมือนกับการอนุญาตนั้นได้รับโอนมา เว้นแต่ขัดต่อสิทธิและการเยียวยาความเสียหายต่างๆ ของเจ้าของลิขสิทธิ์ สิทธิและการเยียวยาความเสียหายดังกล่าวยอมรับเป็นเอกฉันท์ว่าเป็นอย่างเดียวกับเจ้าของลิขสิทธิ์และถือว่าอ้างอิงถึงเจ้าของลิขสิทธิ์ดังกล่าว นอกจากนี้มีข้อสนับสนุนเหตุผลดังในมาตรา 90 (4) ยังกำหนดไว้ว่า สิทธิต่างๆ ของผู้รับอนุญาตแต่ผู้เดียว (exclusive license) ที่ขัดต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นไปตามสัญญาเท่านั้น และแน่นอนย่อมไม่มีสิทธิดีกว่าผู้รับ โอนลิขสิทธิ์ที่เสียค่าตอบแทนโดยไม่ต้องแจ้งหรือบอกกล่าวแก่ผู้รับอนุญาต (The rights of the exclusive licensee against the owner of the copyright owner lie in contract only and may, of course, be defeated by a purchaser for value of the copyright without notice)¹³ แต่ถ้าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้อนุญาตให้ผู้ใช้สิทธิ เช่น กรณีการโฆษณา เป็นเวลา 10 ปี และภายใน 10 ปี เจ้าของโอนลิขสิทธิ์ทั้งหลายแก่ผู้รับโอน (purchaser) ซึ่งจ่ายค่าตอบแทนสำหรับการโอนไม่ได้แจ้งให้ทราบว่ามีการอนุญาตให้บุคคลใช้สิทธิดังกล่าว การโอนภายหลังก่อมมีผลสมบูรณ์ การอนุญาตให้ใช้แต่แรกจึงไม่มีสิทธิดีกว่าการโอนภายหลังและผู้รับอนุญาตจึง

¹³ E. P. Skone James and others, *Copyright*, p. 125.

ต้องเสียสิทธิไปย่อมสามารถดำเนินคดีในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้¹⁴ จากปัญหาดังกล่าวข้างต้นผู้เขียนขอสรุปโดยมีข้อเสนอแนะดังนี้

- 1) แก้ไขข้อความในบทบัญญัติในเรื่องการกำหนดเวลาการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์เป็นขั้นต่ำในกรณีที่ไม่มีการกำหนดเวลาได้แน่นอน เพื่อแก้ไขปัญหาการตีความและการบังคับใช้สิทธิให้มีประสิทธิภาพ ทั้งนี้เป็นการสมเหตุผลหากเปรียบเทียบกับสัญญาโอนโดยไม่มีกำหนดเวลาเช่นกัน
- 2) ควรมีมาตรการตรวจสอบเรื่องการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์เป็นใครและบุคคลใดบ้างที่มีมาตรฐานมากกว่าการจดทะเบียนข้อมูลลิขสิทธิ์ทำที่อยู่ในปัจจุบัน
- 3) ควรมีการกำหนดไว้ชัดเจน ถ้ามีการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์แต่ผู้เดียวจะทำให้มีการระงับไปหรือไม่เพราะเหตุโอนลิขสิทธิ์ในงานดังกล่าวเพื่อช่วยบรรเทาความเสียหายแก่ผู้รับอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ได้บ้าง ซึ่งอาจเรียกชดเชยค่าเสียหายกับเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผู้สัญญาได้ไม่คุ้มค่า เพียงพอกับการได้รับการอนุญาตให้ใช้ ซึ่งจะเป็นภาระแก่เจ้าของลิขสิทธิ์เพียงใดก็ต้องพิจารณากันต่อไป
- 4) อาจใช้สัญญาพื้นฐานที่ออกโดยกรมทรัพย์สินทางปัญญาเป็นแนวทางการเจรจาต่อรองเพื่อการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ (ภาคผนวก ข.)

กรณีที่ 3 ปัญหาในกรณีผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายหลังรู้ว่ามี การอนุญาตให้ใช้สิทธิไปก่อนตนซึ่งเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่ผู้เดียว (exclusive license) จะถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของผู้รับอนุญาตรายแรกหรือไม่ เนื่องจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถทำการตกลงให้บุคคลอื่นใช้ลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้หลายครั้ง เว้นแต่ในหนังสืออนุญาตได้ระบุเป็นข้อห้ามไว้ (มาตรา 16) ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าหากเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่ผู้เดียวจะต้องทำเป็นหนังสือเท่านั้นเพื่อเป็นประโยชน์ในการบังคับใช้สิทธิและการฟ้องร้องคดีแต่ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่ผู้เดียวต่างจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิในกรณีทั่วไปที่ไม่ต้องทำเป็นหนังสือก็สามารถบังคับกันได้ ปัญหาที่สำคัญในกรณีนี้คือ หากผู้รับอนุญาตให้ใช้รายอื่นๆ ซึ่งได้รับอนุญาตให้ใช้ภายหลังรู้ว่ามี การอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่ผู้เดียวมาก่อนตน แล้วยังคงทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับเจ้าของลิขสิทธิ์จะถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่ผู้เดียวหรือไม่นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าเนื่องจากหลักเกณฑ์การอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่ผู้เดียวเป็นกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ตกลงว่าจะไม่ใช้สิทธิของตนเอง แต่อนุญาตให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นผู้ใช้สิทธิแทนตนเท่านั้นโดยจะไม่อนุญาตให้บุคคลอื่นๆ ที่ไม่ใช่คู่สัญญาได้ใช้สิทธิอีก ดังนั้น แม้แต่เจ้าของลิขสิทธิ์ยังไม่มีสิทธิใช้เองแล้วย่อม

¹⁴ Michael F. Flint, *A User's Guide to Copyright*, p. 84.

นอนว่าบุคคลภายนอกย่อมไม่มีสิทธิเช่นกัน เพื่อป้องกันและปกป้องสิทธิของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่ผู้เดียวซึ่งเป็นคู่สัญญาไม่ให้บุคคลใดเข้าขัดขวางการแสวงหาประโยชน์อย่างเช่นสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ ด้วยเหตุนี้ การที่ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิภายหลังยังคงเข้าทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับเจ้าของลิขสิทธิ์ทั้งที่รู้ว่ามีผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่ผู้เดียวเช่นนี้ ย่อมถือว่า ผู้รับอนุญาตรายหลังกระทำความผิดต่อสิทธิของผู้รับอนุญาตให้ใช้รายแรกตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยเทียบนัยกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 152/2523 ได้กล่าวคือ

เนื่องจาก การละเมิดสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีผู้ให้ความเห็น¹⁵ คำว่า “สิทธิอื่นใด” ในมาตรา 420 จึงควรหมายความถึงการทำให้เกิดเสียหายต่อ “สิทธิ” ทั้งหลายอันมีกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ โดยไม่จำกัดแต่เฉพาะสิทธิที่เป็นทรัพย์สินหรือสิทธิเด็ดขาดเท่านั้น เหตุนี้การทำให้เกิดเสียหายต่อสิทธิตามสัญญาอันเป็นบุคคลสิทธิจึงเป็นละเมิดตามมาตรา 420 ได้ด้วยดังตัวอย่าง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 152/2523 “การที่จำเลยร่วมกับพวกในการนัดหยุดงานปิดล้อมสนามบินและบีบบังคับให้สายการบินเลิกสัญญากับโจทก์ ถ้าไม่เลิกสัญญาก็จะไม่ยอมเลิกปิดล้อมและไม่ยอมให้เครื่องบินเดินทางต่อไปนั้น การบีบบังคับให้เลิกสัญญาดังกล่าวเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ทำให้โจทก์เสียหายจึงเป็นการละเมิด จำเลยต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดนั้นแม้โจทก์จะขาดทุนอยู่ก็ตาม”

ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิทราบว่ามี การอนุญาตให้ใช้สิทธิแล้วยังคงเข้าทำสัญญากับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิอีกเป็นการจงใจทำให้สิทธิตามสัญญาของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิคนแรกเสียหายเพราะเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิทำสัญญาด้วยกับตนเองอันเป็นการผิดสัญญากับผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายแรกทำให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายแรกได้รับความเสียหายอันจะถือว่าเป็นการละเมิดต่อสิทธิของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายแรกแล้ว สำหรับความรับผิดชอบของเจ้าของงานสร้างสรรค์หรือผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต่อผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายแรกนั้นย่อมถือว่าเป็นการผิดสัญญา (Breach of contract) เนื่องจากตนเองอนุญาตให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวแล้วยังคงฝ่าฝืนไปให้ผู้อื่นรับอนุญาตให้ใช้สิทธิอื่นอีก

¹⁵ สุขุม สุภนิษฐ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร : แสงสุทธิการพิมพ์, 2537), หน้า 31.

กรณีที่ 4 ปัญหาในกรณีผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายหลังไม่รู้ว่ามีการอนุญาตให้ใช้สิทธิก่อนตนซึ่งเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่ผู้เดียว (exclusive right) จะถือว่าเป็นการละเมิดต่อผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายแรกหรือไม่ ในกรณีที่มีการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวแล้วต่อมาผู้เป็นเจ้าของงานได้ฝ่าฝืนนำเอางานอันมีลิขสิทธิ์ไปให้ผู้อื่นรับอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นอีกนี้จะมีผลทางกฎหมายเช่นใดแยกพิจารณา ดังนี้

4.1 ในกรณีที่ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายหลังทราบว่าการอนุญาตให้ใช้สิทธิรายแรกแบบเด็ดขาดแล้วยังคงขอรับอนุญาตให้ใช้สิทธิอีกย่อมถือเป็นการละเมิดสิทธิของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายแรกดังนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 152/2523 ดังที่กล่าวในหัวข้อที่แล้ว เนื่องจากผู้รับอนุญาตรายหลังยังเข้ามาทำสัญญาเป็นแสดงให้เห็นว่าจงใจให้ผิดสัญญาระหว่างผู้รับอนุญาตรายแรกกับเจ้าของลิขสิทธิ์

4.2 ในกรณีที่ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ รายหลังไม่ทราบว่าการอนุญาตให้ใช้สิทธิรายแรกแบบเด็ดขาดแล้วได้ขอรับอนุญาตให้ใช้สิทธิอีกย่อมไม่ถือว่าผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายหลังละเมิดสิทธิของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายแรกเนื่องจากผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายหลังไม่ได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดการล่วงสิทธิตามสัญญาของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายแรกแต่อย่างใด ส่วนผู้ขอรับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายแรกจะได้รับความเสียหายอย่างไรก็ชอบที่จะไปว่ากล่าวเอากับเจ้าของงานผู้เป็นคู่สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับตนในฐานะผิดสัญญาทั้งนี้เทียบนัยคำพิพากษาศาลฎีกาดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2919/2523 “แม้โจทก์จะมีสัญญากับบริษัท พ.ให้โจทก์แต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายและผูกขาดการนำเข้าสินค้าของบริษัท พ.เข้ามาในประเทศไทย แต่ต่อมาบริษัท พ.ได้มอบหมายให้จำเลยเป็นตัวแทนเกี่ยวกับสินค้าดังกล่าวแทนโจทก์แล้ว ดังนี้จึงถือไม่ได้ว่าการที่จำเลยส่งสินค้าดังกล่าวเข้ามาจำหน่ายในประเทศไทยเป็นการละเมิดต่อโจทก์ หากสัญญาระหว่างโจทก์กับบริษัท พ.ยังมีผลบังคับและโจทก์ได้รับความเสียหาย ก็อาจเป็นเรื่องผิดสัญญาที่โจทก์ชอบที่จะว่ากล่าวเอากับบริษัท พ. ซึ่งเป็นคู่สัญญาโดยตรง”

4.3 สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิรายหลังจะยังคงใช้บังคับได้อยู่หรือไม่ หรือจะต้องตกเป็นโมฆะ ผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีที่นิติกรรมใดจะตกเป็นโมฆะจะต้องมีกฎหมายกำหนดไว้ว่าเป็นโมฆะ แต่กรณีการอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบเด็ดขาดแล้วนำงานอันมีลิขสิทธิ์ไปอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธินั้นอีกไม่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นโมฆะ อีกทั้งด้วยอำนาจแห่งการเป็นเจ้าของงานลิขสิทธิ์ที่มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ลิขสิทธิ์ได้และแม้จะมีการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ลิขสิทธิ์แล้วก็ตามหาใช้สิทธิในการเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์จะสิ้นไปแต่อย่างใดไม่ (ต่างกับกรณีโอนลิขสิทธิ์) ด้วยเหตุนี้

ผู้เขียนจึงเห็นว่า สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิรายหลังมีผลใช้บังคับได้เนื่องจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิรายแรกแม้จะเป็นแบบเด็ดขาดก็เป็นเรื่องระหว่างคู่สัญญาไม่อาจจะกระทบสิทธิของบุคคลภายนอก ผู้สุจริตที่ไม่ทราบถึงการทำสัญญาเช่นนั้นแต่อย่างใด (เทียบนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2919/2523) ส่วนความเสียหายจะเกิดขึ้นอย่างไรนั้นก็ต้องไปว่ากล่าวกันเองระหว่างคู่สัญญาคือเจ้าของงานและผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายแรก ดังนั้นผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายหลังมิได้กระทำละเมิดแก่ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายแรกแต่ประการใด นอกจากนี้ การอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบเด็ดขาดจึงเรื่องบุคคลสิทธิระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์กับผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายแรกจึงไม่ใช่ทรัพย์สินที่จะติดตามไปด้วย เมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ผิดสัญญากับผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายแรกโดยยังฝ่าฝืนอนุญาตให้ผู้อื่นใช้อีก ดังนั้นผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายแรกย่อมสามารถฟ้องเจ้าของลิขสิทธิ์ในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตนได้

4.1.2 ปัญหาการพิสูจน์ความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรี

4.1.2.1 ปัญหาการอ้างความเป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์เดียวกันของบุคคล

หลายคน

กรณีที่ 1 ปัญหาพิสูจน์ความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดงระหว่างประเทศตาม มาตรา 61 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

กรณีที่ 2 ปัญหาช่องว่างของกฎหมายในมาตรา 61 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่เกี่ยวกับการประกาศรายชื่อประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์หรือ อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธินักแสดง

กรณีที่ 3 ปัญหาการอ้างความเป็นเจ้าของในงานอันมีลิขสิทธิ์เดียวกันในบุคคลหลายคนในกรณีผู้สร้างสรรค์ร่วม

4.1.2.2 ปัญหาการแจ้งบันทึกข้อมูลงานลิขสิทธิ์ต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญาในทางปฏิบัติ

4.1.2.1 ปัญหาการอ้างความเป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์เดียวกันของบุคคล

หลายคน

กรณีที่ 1 ปัญหาพิสูจน์ความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดงระหว่างประเทศตาม มาตรา 61 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

ปัญหาที่สำคัญและสร้างภาระแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา คือ อำนาจฟ้อง การบรรยายฟ้อง และการนำสืบพยานหลักฐานให้ศาลเชื่อว่าโจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่แท้จริง ซึ่งเป็นผู้ได้รับความเสียหายจากการที่มีผู้อื่นกระทำละเมิด ทำให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินคดีเป็นอันมาก เดิมบทสันนิษฐานเบื้องต้นเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังในมาตรา 28 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ 2521 นั้น จะเป็นประโยชน์เฉพาะการดำเนินคดีทางแพ่งเท่านั้น ไม่ได้รวมถึงการดำเนินคดีทางอาญา ซึ่งเคยมีปัญหาการตีความมาแล้ว และศาลต้องยกฟ้องคดีเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะคดีอาญาที่ต้องอาศัยการบรรยายฟ้องโดยละเอียดและการนำสืบในความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในตัววัตถุแห่งงานอันมีลิขสิทธิ์จนปราศจากข้อสงสัย ไม่ว่าจะเป็นคนตรีกรรม สิ่งบันทึกเสียง วัสดุทัศนวัสดุ ฯลฯ ตลอดจนแสดงถึงวิธีการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ภายใต้ขอบเขตเงื่อนไขแห่งกฎหมายที่จะรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลผู้นั้นได้กล่าวคือ (เงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 6 และมาตรา 42 และพระราชกฤษฎีกาได้ รวมทั้งเจตนาของผู้กระทำผิดและความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่โจทก์ ซึ่งมีปัญหาเป็นอันมาก โดยเฉพาะในกรณีการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ

แม้ว่าจะมีการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ 2537 โดยเฉพาะมีบทบัญญัติชัดเจนในส่วนข้อสันนิษฐานเบื้องต้นที่เป็นคุณแก่โจทก์ทั้งการดำเนินคดีทางแพ่งและทางอาญา โดยให้ถือว่างานที่มีการฟ้องร้องกันอยู่นี้เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์และ โจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือสิทธินักแสดงแล้ว แต่กรณีในมาตรา 62 แล้วก็ตาม ปัญหาเรื่องเงื่อนไขของการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ละเมิดและสิทธินักแสดงระหว่างประเทศ ตามมาตรา 61 และมาตรา 8 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ 2537 ยังมีปัญหาในทางปฏิบัติของการดำเนินคดีในศาลซึ่งผู้ปฏิบัติงานตีความมาตรา 61 นี้แตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการมีความเห็นว่า ไม่มั่นใจในการใช้บทบัญญัตินี้ เพื่อป้องกันการดำเนินคดีมิให้ผิดพลาด จะต้องบรรยายฟ้อง และนำสืบให้ศาลพิจารณาคำว่าในเรื่องราวของงานอันมีลิขสิทธิ์ กล่าวคือ (1) ต้องเป็นไปตามกฎหมายของประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย นอกเหนือจากการเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายไทย จึงจะคุ้มครองให้ ประกอบกับ (2) ต้องพิสูจน์ด้วยว่า กฎหมายของประเทศนั้นบัญญัติให้ความคุ้มครองเช่นเดียวกันแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของประเทศภาคีอื่น ๆ ซึ่งเป็นประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยความคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย ในกรณีปัญหานี้ แม้ว่าจะไม่มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยโดยอาศัยบทบัญญัติดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นว่า มาตรา 61 ได้บัญญัติไว้ชัดเจนอยู่แล้ว ซึ่งไม่มีข้อความตอนใดที่ได้กำหนดให้ตีความโดยมีสาระ 2 ประการดังกล่าวข้างต้นไปได้ ประกอบกับหากตีความเช่นนั้นจะสร้างปัญหาภาระการพิสูจน์ความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ให้มากขึ้น

และไม่สมตามเจตนารมณ์ของกฎหมายภายในที่บัญญัติเพื่อลดขั้นตอนการสืบพยานหลักฐานและรับรองหลักการของอนุสัญญาเบอร์น์ที่เป็นอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย ทั้งนี้เป็นเพราะหลักการคุ้มครองพื้นฐานของอนุสัญญาเบอร์น์ยึดหลักปฏิบัติเกี่ยวกับชาติ (National Treatment) และหลักการคุ้มครองอิสระ (Independence of Protection) มิใช่หลักต่างตอบแทน (Reciprocity) แต่ประการใด มิฉะนั้นจะทำให้การแก้ไขหลักเกณฑ์การคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศที่เป็นปัญหาอยู่ในมาตรา 42 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ไม่สมประโยชน์แก่เจ้าของลิขสิทธิ์โดยเฉพาะในกรณีการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศได้อย่างแท้จริง และไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการเพิ่มความคุ้มครองในงานอันมีลิขสิทธิ์ให้มีมาตรฐานสากลไปได้ย่อมเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาทางกฎหมาย

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าปัญหาของความไม่เข้าใจในสาระเนื้อหาของงานดนตรีกรรมและสิทธิที่เกี่ยวข้องตลอดจนบทบัญญัติของกฎหมายในการปรับใช้เรื่องเงื่อนไขการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ ระหว่างนักกฎหมายและศาลจึงเกิดปัญหาในการต่อสู้คดีละเมิดลิขสิทธิ์แตกต่างกันไป คนละแนวทางและไม่เข้าประเด็นพิพาทตามแบบอย่างของการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ที่แท้จริงทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและเป็นที่น่าเสียดาย และสร้างความเสียหายตลอดจนขาดความศรัทธาในระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย ไม่อยู่ในมาตรฐานสากลหรือให้ความคุ้มครองในระดับระหว่างประเทศได้แท้จริง หากต้องมาแพ้ชนะในกรณีดังกล่าวข้างต้น

กรณีที่ 2 ปัญหาช่องว่างของกฎหมายในมาตรา 61 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่เกี่ยวกับการประกาศรายชื่อประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์หรืออนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธินักแสดง เนื่องจากในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้บัญญัติให้ยกเลิกพระราชบัญญัติ พ.ศ. 2521 ในมาตรา 3 และกำหนดในมาตรา 2 ให้มีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวัน นับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป กล่าวคือ วันที่ 21 มีนาคม 2538 มีผลใช้บังคับได้ ผลที่ตามมาบรรดากฎหมายย่อย ๆ เช่น พระราชกฤษฎีกาทั้งหลาย¹⁶ ซึ่งเป็นเงื่อนไขหรือกำหนดการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศซึ่งเป็นกฎหมายย่อยและเป็นกฎหมายลำดับรองย่อมสิ้นผลไปด้วยเช่นกัน เนื่องจากพระราชกฤษฎีกาทั้งหลายเกิดขึ้น

¹⁶ หมายถึง 1) พระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ พ.ศ. 2526, 2) พระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ พ.ศ. 2536 3) พระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2537

โดยออกตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ 2521 ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท เป็นการยกเลิกกฎหมายโดยปริยาย ซึ่งมีเหตุผลสนับสนุนจากนักกฎหมายท่านหนึ่ง เห็นว่า เพราะนอกจากจะไม่มีประโยชน์ที่จะใช้บังคับต่อไปในเมื่อแม่บทได้ถูกยกเลิกไปแล้ว การยกเลิกกฎหมาย ซึ่งมอบอำนาจยอมจะทำให้พระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวงซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจนั้นพลอยยกเลิกไปด้วย¹⁷

หากนำมาเทียบกับปัญหาที่เกิดขึ้น ในกรณีการยกเลิกพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 โดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แล้ว ในช่วงตั้งแต่วันที่ 21 มีนาคม 2538 ถึงวันที่ 31 พฤษภาคม 2539 รัฐมนตรีกระทรวงพาณิชย์ยังไม่ได้มีการประกาศรายชื่อประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์หรืออนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธินักแสดง จึงเกิดช่องว่างของกฎหมายในการตีความว่าหากมีการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในระหว่างช่วงนั้น ในการนำสืบพยานหลักฐาน เงื่อนไขแห่งการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ ตามมาตรา 61 จะหมายถึงประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดงที่ประเทศไทยเป็นภาคีด้วย จะหมายความถึงประเทศใดบ้างและปัญหาที่ตามมาคือ จะใช้พระราชกฤษฎีกาฉบับก่อน ๆ ดังกล่าว ซึ่งได้กำหนดรายชื่อของประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม ทำ ณ กรุงเบอร์ลิน ตามบัญชีท้ายพระราชกฤษฎีกาในปี พ.ศ. 2536 และปี พ.ศ. 2537 ซึ่งถูกยกเลิกไปโดยปริยายเพราะเหตุพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 อันเป็นกฎหมายแม่บทได้ถูกยกเลิกไป ใช้บังคับได้อยู่หรือไม่

แม้ว่าปัญหาดังกล่าวขณะนี้ยังไม่มีแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกา โดยเฉพาะในเรื่องลิขสิทธิ์ได้วินิจฉัยก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติมีนักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นด้วยว่าสามารถนำบทบัญญัติในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมาใช้บังคับกรณีได้ บางท่านเห็นว่า ถ้าไม่มีบทเฉพาะกาลได้ก็แล้วไปจนถึงในกรณีดังกล่าว น่าจะใช้นำสืบพยานหลักฐานในเรื่องนี้ไว้ด้วยตามหลักการเดิมไปก่อน เพื่อป้องกันการผิดพลาดในการดำเนินคดี ถ้าสืบไปไม่ถึงอาจก่อให้เกิดความเสียหาย หากเปรียบเทียบกับในกรณีการออกพระราชกฤษฎีกาฯ พ.ศ. 2526 ก็เช่นกัน มีช่วงระยะเวลาประกาศรายชื่อประเทศภาคีฯ ล่าช้าไปประมาณ 5 ปี นับแต่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มีผลใช้บังคับ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ผ่านมามักจะถูกยกฟ้องหากไม่ได้ตั้งไว้เป็นประเด็นในคดี และหากสืบประเด็นไป

¹⁷ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เจริญผล, 2535), หน้า 87.

ไม่ถึงในเรื่องความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ ตามมาตรา 42 พระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 ขณะที่ยังไม่มีพระราชกฤษฎีกา พ.ศ. 2526 ใช้บังคับเช่นกัน

ผู้เขียนเห็นว่า แนวโน้มของศาลไทยที่จะวินิจฉัยคดีในช่วงระหว่างเวลาที่เกิดช่องว่างของกฎหมายเช่นนี้ ศาลคงจะคำนึงถึงหลักทั่วไปว่าด้วยการชี้ขาดตัดสินคดีตามมาตรา 134 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่กำหนดให้ศาลต้องมีหน้าที่พิพากษาและคำสั่ง กล่าวคือ “ไม่ว่าในกรณีใด ๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี หรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์” ส่วนฝ่ายโจทก์สมควรจะบรรยายฟ้องและนำสืบพยานหลักฐานแสดงให้เห็นว่าโจทก์เป็นผู้สร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดงของประเทศหนึ่งในภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์หรืออนุสัญญาว่าด้วยสิทธินักแสดง ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วยควบคู่กันไป ตามหลักเกณฑ์ในพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ และพระราชกฤษฎีกาฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2536 และ พ.ศ. 2537 เพื่อป้องกันการผิดพลาดในการดำเนินคดี

กรณีที่ 3 ปัญหาการอ้างความเป็นเจ้าของในงานอันมีลิขสิทธิ์เดียวกันในบุคคลหลายคนในกรณีผู้สร้างสรรค์ร่วมมีขอบเขตเพียงใด ความเป็นผู้สร้างสรรค์ร่วม (joint authorship) ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ 2537 ปรากฏว่าไม่ได้จำกัดความหมายของคำว่าผู้สร้างสรรค์ร่วมไว้โดยชัดแจ้ง มีเฉพาะบทบัญญัติในเรื่องอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานผู้สร้างสรรค์ร่วมในมาตรา 19 เท่านั้น ส่วนการพิจารณากรณีนี้ในต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษได้ให้คำจำกัดความใน The Copyright, Designs and Patents Act 1988 มาตรา 10 (1) ไว้ว่า งานสร้างสรรค์ร่วมหมายถึง “งานที่สร้างขึ้นจากการร่วมมือกันของผู้สร้างสรรค์ 2 คน หรือมากกว่านั้นในการช่วยเหลือผู้สร้างสรรค์แต่ละคน ซึ่งไม่แยกจากผู้สร้างสรรค์อื่นอีกคนหรือผู้สร้างสรรค์อีกหลายคน”¹⁸ เพราะว่าจะไรคื่องานสร้างสรรค์ร่วมกัน ที่มีการร่วมกันต้องหมายถึง “ผู้สร้างสรรค์หลายคน” และดังนั้น ถ้าบุคคลคนเดียวเพียงเป็นสื่อกลาง (ตัวกลาง) เพื่อการส่งกระดาษ ภาพ ฯลฯ งานดั้งเดิม (original work) ของบุคคลอีกคนหนึ่งนั้นจะไม่ใช่งานสร้างสรรค์ร่วม บุคคลหนึ่งผู้ซึ่งเพียงแต่ให้

¹⁸ Section 10 (1) of the Copyright, Designs and Patents Act 1988 “a work of joint authorship means” a work Producedl by the collaboration of two or more authors in which the contribution of each author is not distinct from that of the other author or authors.

ความคิดเห็น โดยปราศจากการช่วยเหลือใด ๆ แก่งานวรรณกรรม นาฏกรรม หรือรูปแบบอื่น ๆ ในลิขสิทธิ์ไม่ใช่ผู้สร้างสรรค์ร่วม และไม่ใช่ผู้แก้ไขและทำการเพิ่มเติมส่วนเพียงเล็กน้อยแก่งานที่มีอยู่ เว้นแต่ได้ตกลงไว้ว่าเขาจะปฏิบัติอย่างเช่นผู้สร้างสรรค์ร่วมคนหนึ่ง หรือเว้นแต่คู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายได้ทำการช่วยเหลือโดยการส่งเสริมรูปแบบธรรมดา¹⁹ ตัวอย่างงานสร้างสรรค์ ได้แก่ คำต่างๆ ในเพลง 1 เพลง ซึ่งเขียนขึ้นโดยบุคคลคนเดียวกัน และดนตรีได้แต่งโดยอีกบุคคลหนึ่งจะไม่เป็นงานสร้างสรรค์ร่วม ถ้าผู้ประพันธ์คำร้องและผู้ประพันธ์ดนตรีโดยแท้จริงทำงานร่วมกันในการเขียนคำต่าง ๆ นั้นแล้ว คำต่าง ๆ ในเพลงนั้นจะเป็นงานสร้างสรรค์ร่วม ตรงเท่าที่ความช่วยเหลือของทั้ง 2 คน ไม่ได้แยกจากกันและกัน ดังนั้น ถ้าหนึ่งในบรรดาผู้เขียนที่แต่งเสียงลูกคู่ (chorus) และคนอื่นแต่งคำกลอน เพราะการช่วยเหลือกันแต่ละคนอาจจะแยกกัน จึงไม่น่าจะเป็นงานสร้างสรรค์ร่วมกัน (joint work)²⁰ อย่างไรก็ตาม เหล่านี้เป็นหลักเกณฑ์ของกฎหมายต่างประเทศที่ไม่สามารถนำมาตีความในกรณีนี้ได้โดยตรง จำต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์การตีความหมายในมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจน เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ก็ไม่มีด้วยให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

สิ่งที่น่าพิจารณาในมาตรา 1356 กรรมสิทธิ์รวม การที่จะนำบทบัญญัติดังกล่าวนี้มาใช้บังคับได้มากน้อยเพียงไร ต้องคำนึงถึงลักษณะพิเศษระหว่าง “ลิขสิทธิ์” และ “กรรมสิทธิ์” ด้วย เนื่องจากมีความแตกต่างกัน²¹ แต่ด้วยลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ (เพราะเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาได้และถือเอาได้) การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์จะได้อาจโดยทางใดบ้างเป็นเรื่องที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ²² (คำพิพากษาฎีกาที่ 846/2534) และมาตรา 1356 ได้ใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” กว้างพอที่จะครอบคลุมลิขสิทธิ์ได้โดยอาศัยคำพิพากษาฎีกาที่ 846/2534 มาเป็นเหตุผลสนับสนุน จึงอาจใช้ได้ อย่างไรก็ตาม ควรจะนำหลักเกณฑ์ กรรมสิทธิ์รวมดังกล่าวมาปรับใช้กับกรณีโดยอนุโลมแก่ลิขสิทธิ์ โดยเฉพาะลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ร่วมนี้เท่าที่ตามสภาพจะใช้บังคับได้เท่านั้น โดยควรระวังในเรื่องความแตกต่างของสิทธิทั้ง 2 ประเภท คือ ลิขสิทธิ์และกรรมสิทธิ์อยู่เสมอ

¹⁹ Copinger and Skone James, *Copyright*, p. 154.

²⁰ Michael F. Flint, *A User's Guide to Copyright*, pp. 78-79.

²¹ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 2 และ 3

²² โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 2

ดังนั้น ในการพิจารณาเพื่ออ้างความเป็นผู้สร้างสรรค์ร่วมในงานอันมีลิขสิทธิ์เดียวกัน ย่อมเกิดขึ้นได้โดยใช้หลักกรรมสิทธิ์ร่วมโดยอนุโลม ตัวอย่างทุก ๆ คำในคำร้องและทำนองจะไม่อาจแบ่งได้ว่าลิขสิทธิ์เป็นของใคร แต่ทุก ๆ ส่วนจะเป็นงานสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ร่วมโดยเทียบกับกรรมสิทธิ์ร่วมที่ว่า บุคคลหลายคนนั้นต่างก็เป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นร่วมกันโดยมิได้แยกเป็นสัดส่วนว่าผู้ใดเป็นเจ้าของส่วนใดของทรัพย์สิน²³ สำหรับการใช้ทรัพย์สินรวมของเจ้าของรวมแต่ละคนนั้น หมายถึงการใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองมิให้นำไปให้ผู้อื่นใช้ หรือนำไปหาผลประโยชน์กำไรส่วนตัว แม้จะเป็นการใช้เพื่อผลประโยชน์ตนเอง ก็ต้องเป็นการใช้ทรัพย์สินตามสภาพปกติของทรัพย์สินนั้น และต้องให้เจ้าของร่วมคนอื่นใช้สอยด้วย จะใช้สอยแต่คนเดียวมิได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 221/2482)²⁴

เหตุที่ต้องกล่าวถึงผู้สร้างสรรค์ร่วมและนำหลักกรรมสิทธิ์ร่วมมาอธิบายและใช้บังคับโดยอนุโลม เนื่องจากมีบางกรณีที่เกิดปัญหากับผู้สร้างสรรค์ตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป สร้างงานร่วมกัน แต่คนหนึ่งไม่สามารถเป็นผู้สร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ในงานที่ตนได้สร้างสรรค์ร่วมกับบุคคลอื่นเพราะเหตุที่ไม่เข้าข่ายตามลักษณะของเงื่อนไขแห่งการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ ดังในมาตรา 8 (1) และ (2) พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้ แต่ผู้สร้างสรรค์อีกบุคคลหนึ่งเข้าข่ายเงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ หากจะไม่ให้ผู้สร้างสรรค์ฝ่ายที่ไม่สามารถเข้าข่ายเงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ อันเป็นผลให้ไม่มีลิขสิทธิ์ไปเลยย่อมไม่เป็นธรรมแก่ผู้นั้น อย่างน้อยควรมีการคุ้มครองความเป็นผู้สร้างสรรค์คนหนึ่งอยู่บ้างดีกว่าไม่มีทั้งความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ร่วมกับการเป็นผู้สร้างสรรค์ร่วม ในกรณีดังกล่าวมีผู้เห็นว่า²⁵ คุณสมบัติและเงื่อนไขเกี่ยวกับผู้สร้างสรรค์งานก็ยังคงนำมาพิจารณาประกอบอีกด้วย กล่าวคือสัญชาติและประเทศที่ใช้เป็นที่สร้างสรรค์งานจะเป็นเรื่องชี้ขาดว่าเขาจะได้ลิขสิทธิ์ตามกฎหมายใดหรือไม่

ตัวอย่างเช่น บริษัทต่างประเทศได้ร่วมผลิตงานสิ่งบันเทิงกับคนไทย โดยโฆษณางานดังกล่าวในประเทศไทยครั้งแรกตามมาตรา 8 (2) แต่มาตรา 8 วรรคท้ายได้กำหนดให้ผู้สร้างสรรค์

²³ บัญญัติ สุชีวะ, กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, (กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2528), หน้า 217.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 222.

²⁵ สมพร พรหมพิตร, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ลิขสิทธิ์, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), หน้า 34.

นิติบุคคลนั้นจะต้องเป็นนิติบุคคลตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย จะได้ลิขสิทธิ์หรือไม่เพราะไม่ได้เขา
เงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์นี้ มีผู้ให้ความเห็นว่าอาจได้ลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของประเทศที่นิติ
บุคคลนั้นตั้งขึ้นได้ กรณีที่ว่านี้แม้จะไม่ได้ลิขสิทธิ์แต่ผู้สร้างสรรค์งานร่วมคนนั้นก็ยังสามารถ
เป็นผู้สร้างสรรค์งานร่วมกับผู้สร้างสรรค์งานที่ได้ลิขสิทธิ์ตั้งนั้นเขาจึงน่าจะ ได้มีส่วนร่วมในการ
อนุญาตหรือยินยอมให้บุคคลอื่นใช้ลิขสิทธิ์นั้นด้วยอย่างน้อยในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ร่วมตาม
หลักทั่วไปในกฎหมายแพ่ง เขาย่อมมีนิติสัมพันธ์กับผู้สร้างสรรค์ร่วมที่ได้ลิขสิทธิ์อยู่เพราะตาม
มาตรา 4 เขาก็ได้ชื่อว่าเป็นผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์อยู่แล้ว เพียงแต่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของ
มาตรา 8 เท่านั้น²⁶

4.1.2.2 ปัญหาการแจ้งข้อมูลงานลิขสิทธิ์ต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญาในทางปฏิบัติ ใน
อดีต หน่วยงานราชการ กองวรรณคดีและประวัติศาสตร์ กระทรวงศึกษาธิการ จะเป็นผู้รับผิดชอบ
ให้บริการในการรับทราบและบริการข้อมูลลิขสิทธิ์ มีวัตถุประสงค์เพื่อเอื้ออำนวยความสะดวกแก่
การค้นหาข้อมูลแก่ผู้ขอรับบริการ เช่น ผู้ใดต้องการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อแสวงหาประโยชน์ โดย
ไม่ถือว่าเป็นละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ไม่ทราบว่าจะต้องขออนุญาตให้ใช้จากผู้ใดสามารถติดต่อหน่วยงาน
ที่รับผิดชอบดังกล่าว ต่อมาได้ถูกย้ายไปอยู่ในสังกัดของกรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวง
พาณิชย์ ดังในระเบียบกรมทรัพย์สินทางปัญญา ว่าด้วยการพิจารณาคำขอแจ้งข้อมูลและให้บริการ
ข้อมูลลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2535 ประกาศ ณ วันที่ 3 ธันวาคม 2535 โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อรวม
หน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ให้อยู่ในความดูแลและควบคุมเช่นเดียวกับหน่วยงานที่รับ
ผิดชอบในเรื่องเครื่องหมายการค้าและสิทธิบัตรซึ่งเป็นประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาทั้งหลายที่
ประกาศโดยให้ความคุ้มครองและเพื่อความเป็นระบบเดียวกันยิ่งขึ้น ทั้งนี้เพื่อการแจ้งข้อมูลและ
ขอรับบริการข้อมูลลิขสิทธิ์เป็นไปอย่างต่อเนื่อง เหมาะสมและสอดคล้องกับพระราชบัญญัติ
ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ตลอดจนเอื้ออำนวยความสะดวกรวดเร็วแก่ผู้มาขอใช้บริการข้อมูลลิขสิทธิ์ ทั้ง
นี้ได้แสดงความประสงค์ของการบริการดังกล่าวโดยชัดเจนว่า มิใช่เป็นการจดทะเบียนก่อให้เกิด
สิทธิใด ๆ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 การแจ้งข้อมูลลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ในการให้
บริการข้อมูลและขอรับบริการข้อมูล ประกาศ ณ วันที่ 10 พฤศจิกายน 2538 (ภาคผนวก ก.) ซึ่งแจ้ง
ในรายละเอียดให้ประชาชนทั่วไปได้รับทราบทั่วไป ดังนั้นเพื่อป้องกันความสับสนระหว่างระบบ
การจดทะเบียนซึ่งลิขสิทธิ์ โดยผ่านพิธีการที่หน่วยงานของรัฐที่จัดตั้งขึ้นถึงระบบการได้มาซึ่ง
ลิขสิทธิ์โดยอัตโนมัติ จำเป็นต้องทราบถึงระบบทั้ง 2 โดยละเอียดเสียก่อน ดังต่อไปนี้ คือ

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 34.

1. ระบบการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์โดยต้องผ่านพิธีการ (Formality Protection) สาระสำคัญของระบบนี้ต้องการความชัดเจนของพยานหลักฐานและเจตนาของผู้สร้างสรรค์ที่จะรับสิทธิเหล่านั้นหรือไม่ กล่าวคือ การที่บุคคลใดจะมีลิขสิทธิ์ในงานของตนหรือไม่จะต้องดำเนินการฝ่ายการรับรองต่อส่วนราชการ หรือสถาบันที่รัฐได้ตั้งขึ้นเพื่อการนี้โดยเฉพาะ หรือผ่านการปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมาย ซึ่งถือเป็นพิธีการอย่างหนึ่ง และในระบบนี้มีหลักเกณฑ์ของการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์แบ่งย่อยออกเป็น 3 ประเภทด้วยกัน คือ

ก) การแสดงสัญลักษณ์สงวนลิขสิทธิ์ (Copyright notice) กล่าวคือ งานสร้างสรรค์ใดที่จะต้องการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนั้นบนสำเนางานทุกฉบับจะต้องมีการเขียนสัญลักษณ์สงวนลิขสิทธิ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้

ข) การส่งมอบสำเนาเก็บรักษาไว้ (Deposit) หมายความว่า การที่บุคคลใดต้องการที่จะมีลิขสิทธิ์ในงานของตน จะต้องนำสำเนางานนั้นมามอบให้แก่ส่วนราชการหรือสถาบันที่รัฐได้ตั้งขึ้นเพื่อการนี้ เช่น หอสมุดแห่งชาติ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ หรือสำนักงานลิขสิทธิ์แห่งชาติ เป็นต้น เพื่อให้ส่วนราชการนั้นเก็บรักษาไว้เป็นหลักฐานต่อไป.....

ค) การจดทะเบียนลิขสิทธิ์ (Registration) หมายความว่า การที่บุคคลใดจะได้ลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ของตน จะต้องผ่านการจดทะเบียนลิขสิทธิ์ต่อส่วนราชการหรือสถาบันที่รัฐได้จัดตั้งขึ้นเพื่อการนี้เสียก่อน

2. ระบบได้มาซึ่งลิขสิทธิ์โดยอัตโนมัติ (Automatic Protection) ระบบนี้เป็นการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์โดยอัตโนมัติ ซึ่งไม่ต้องผ่านพิธีการแต่อย่างใด โดยกฎหมายลิขสิทธิ์จะไม่กำหนดให้ผู้สร้างสรรค์ต้องปฏิบัติพิธีการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อที่จะทำให้ตนได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ แต่ผู้เขียนเห็นว่าทั้งนี้ก็มีได้หมายความว่าผู้สร้างสรรค์จะมีลิขสิทธิ์ในงานของตนไปทุกกรณี เพราะกฎหมายลิขสิทธิ์จะมีบทบัญญัติบางมาตราที่กำหนดเงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ไว้ เช่น เป็นต้นว่าผู้สร้างสรรค์จะต้องมีสัญชาติของประเทศนั้น ๆ หรือได้มีการโฆษณาเป็นครั้งแรกในประเทศนั้น เป็นต้น²⁷

ขณะนี้ประเทศไทยใช้ระบบการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์โดยอัตโนมัติ ไม่ต้องผ่านวิธีการดังกล่าวแต่ประการใด เป็นการให้ความสะดวกและง่ายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ที่ต้องการความคุ้มครองลิขสิทธิ์ของตน แต่ระบบนี้มีข้อเสียในประการสำคัญ คือขาดความชัดเจนในเรื่องการอ้างความเป็นเจ้าของ

²⁷ ไชยยศ เหมะรัชตะ, "ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์" รายงานผลการวิจัยทุนรัชดาภิเษกสมโภช (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ 2528), หน้า 69-71.

ลิขสิทธิ์ในรูปแบบของพยานหลักฐานใด ๆ ทั้งสิ้น เพื่อประโยชน์ในการนำสืบในศาลเพื่อต่อสู้คดี ละเมิดลิขสิทธิ์ จึงต้องพยายามนำสืบหลักฐานเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของในเรื่องเงื่อนไขการได้มาซึ่ง ลิขสิทธิ์ให้ศาลเห็นพร้อมกับการบรรยายฟ้องให้ครบองค์ประกอบความผิดในละเมิดลิขสิทธิ์และ องค์ประกอบตามมาตรา 42 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 และ มาตรา 61 พระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แล้วแต่ว่าเป็นงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นมานั้นอยู่ในระหว่างที่กฎหมายได้ใช้ บังคับในขณะนั้น

ปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันคือ ปัญหาการพิสูจน์ความเป็นเจ้าของงานลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรี โดยอ้างการแจ้งข้อมูลงานลิขสิทธิ์ต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญาจะมีผลใช้เป็นหลักฐาน ในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ได้เพียงใด จากพื้นฐานของระบบการได้มาและการคุ้มครองงานอันมี ลิขสิทธิ์ดังกล่าวข้างต้น ทำให้ทราบความแตกต่างระหว่างระบบการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ โดยต้องผ่าน พิธีการและระบบการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์โดยอัตโนมัติเท่านั้น ส่วนการรับแจ้งข้อมูลงานอันมีลิขสิทธิ์ ต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเพียงการบริการให้ทราบข้อมูลเบื้องต้นในการติดต่อกับผู้ที่มีความ ประสงค์จะขออนุญาตใช้งานลิขสิทธิ์ ซึ่งปัจจุบันการใช้งานดนตรีกรรมและอุตสาหกรรมดนตรีมี โอกาสที่จะนำไปใช้ได้ง่ายและสะดวกอันเป็นผลจากการพัฒนาทางเทคโนโลยีและด้านสื่อสาร แต่ ผู้จะขอใช้งานกับธุรกิจของตนบางครั้งไม่สามารถติดต่อได้ จำเป็นต้องอาศัยข้อมูลจากกรมทรัพย์สิน ทางปัญญาในการเป็นศูนย์กลางเพื่อจะได้ดำเนินการขออนุญาตใช้สิทธิในรูปแบบสัญญาซึ่งทาง กรมทรัพย์สินได้จัดทำขึ้นเป็นรูปแบบสัญญามาตรฐานเพื่อบริการแก่ประชาชน จากการรวบรวม ข้อมูลในการขอข้อมูลดังกล่าวส่วนใหญ่บุคคลผู้ขอใช้ข้อมูลจะเป็นบุคคลทั่วไปที่ต้องการใช้งาน เพลงหรืออุตสาหกรรมดนตรีเป็นจำนวนมากกว่างานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทอื่น ๆ เพราะเป็นที่รวม ของผลงานดนตรี ซึ่งเป็นงานดั้งเดิมของงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทอื่น ๆ ตามมา ไม่อาจทราบได้ว่า จะขออนุญาตใช้เพลงได้จากบุคคลใด ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่าการรับแจ้งข้อมูลงานอันมีลิขสิทธิ์ต่อกร มทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ถือว่าเป็นการจดทะเบียนอันก่อให้เกิดสิทธิใด ๆ ตามพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และไม่ได้หมายถึงเงื่อนไขการได้มาลิขสิทธิ์อันเป็นระบบการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ โดยผ่านพิธีการแต่ประการใด ในทางปฏิบัติจึงมีผู้อาศัยการบริหารงานของกรมทรัพย์สินทาง ปัญญาในการให้บริการข้อมูลลิขสิทธิ์ดังกล่าวมาใช้เป็นประโยชน์เพื่อตนเป็นจำนวนมากโดยรีบ ดำเนินการไปแจ้งข้อมูลว่าตนมีลิขสิทธิ์ในงานนั้นก่อนเจ้าของลิขสิทธิ์ที่แท้จริง หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ แท้จริงไม่ทราบ ดังนั้นเพื่อสร้างความเข้าใจในส่วนของงานด้านบริหาร กรมทรัพย์สินทางปัญญา จึงระบุไว้ชัดเจนในคำขอแจ้งข้อมูลลิขสิทธิ์ (แบบ ลข. 01) ว่า “การแจ้งข้อมูลลิขสิทธิ์ไม่ใช่เป็น การจดทะเบียนก่อให้เกิดสิทธิใดๆ ตามกฎหมาย แต่เพื่อประโยชน์ในการให้บริการข้อมูลเท่านั้น”

ยอมไม่ถือว่าเป็นหลักฐานการพิสูจน์ความเป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ได้แท้จริง แต่ในทางปฏิบัติ การฟ้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์ มักจะอ้างคำขอแจ้งข้อมูลต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญาว่าเป็นหลักฐาน พิสูจน์ความเป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์โดยแท้จริง ส่วนทางฝ่ายอัยการมีความเห็นว่าสามารถเป็น พยานหลักฐานในทางคดีได้ส่วนหนึ่ง แต่ไม่เด็ดขาด ขณะนี้ยังไม่มีคำพิพากษาฎีกาตัดสินใน ประเด็นนี้ไว้ชัดเจน ซึ่งจะเห็นว่าไม่ตรงกับวัตถุประสงค์ในการบริการด้านนี้ของกรมทรัพย์สินทาง ปัญญาแสดงให้เห็นโดยอ้อมว่าเกิดความไม่สอดคล้องกับระบบการคุ้มครองลิขสิทธิ์ปราศจากแบบ พิธีได้

ดังนั้นสรุปได้ว่า เพื่อป้องกันความสับสนและการอ้างประโยชน์จากการแจ้งข้อมูลดังกล่าว ในทางปฏิบัติมาใช้พิสูจน์ความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้เขียน จึงเป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารงานในกรม ทรัพย์สินทางปัญญาโดยเสนอสมควรเร่งหามาตรการทางแก้ไขเพราะในลิขสิทธิ์ของไทยไม่มี ระบบจดทะเบียนและตรวจสอบอย่างเช่น เครื่องหมายการค้า และสิทธิบัตรดังกล่าวต่อไป

4.1.3 ปัญหาละเมิดลิขสิทธิ์และสิทธิของนักแสดงระหว่างประเทศในอุตสาหกรรม ดนตรีในประเทศไทย สภาพการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรีในปัจจุบันก็ได้แก่ การกระแ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดงในสิทธิแต่เพียงผู้เดียว เช่น การ ทำซ้ำ ดัดแปลง การเผยแพร่ต่อสาธารณชน การให้เช่า ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น การอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 15 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในที่นี้ขอยกปัญหาที่ สำคัญ ๆ ในกรณีดังกล่าวโดยแบ่งเป็น

4.1.3.1 ปัญหาสภาพการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรีในกรณีข้อยก เว้นละเมิด

4.1.3.2 ปัญหาสภาพการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรีในกรณี ละเมิด

4.1.3.1 ปัญหาสภาพการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรีในกรณีข้อยก เว้นละเมิด เช่น ปัญหาการทำซ้ำเพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัวที่อาจเข้ากรณีละเมิดลิขสิทธิ์ได้ การทำซ้ำ เพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัว (private copying หรือ home taping) โดยเฉพาะงานดนตรีที่อยู่ใน รูปสิ่งบันทึกเสียง (Phonograms หรือ sound recording) ดังปรากฏในข้อยกเว้นละเมิดลิขสิทธิ์ ใน มาตรา 32 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยจะต้องมีลักษณะของการกระทำที่ไม่ขัดต่อการ แสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึง สิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรเท่านั้น จึงจะถือว่าไม่เป็นการละเมิด

ลิขสิทธิ์ของเจ้าของ ทั้งนี้บทบัญญัตินี้มาจากหลักการใช้งานตามสมควร fair use จากประเทศสหรัฐอเมริกา หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า fair dealing จากประเทศสหรัฐอเมริกา หรือการใช้งานโดยชอบธรรม นอกจากนี้ในมาตรา 32 (2) ยังได้จำกัดการใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองรวมถึงกลุ่มบุคคลใดบ้าง อาทิเช่น เพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท ดังนั้นเพื่อป้องกันมิให้ผู้อื่นคัดลอกงานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์แท้จริง แต่ในทางปฏิบัติอาจมีปัญหาข้อเท็จจริงที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาลได้เห็นว่ามีการใช้เพื่อตนเองหรือครอบครัวหรือญาติสนิทจริง ๆ แม้ว่าจะไม่ได้พิจารณาว่าจำนวนมากน้อยเพียงใดก็ตาม แต่การอ้างถึงญาติสนิทจะมีคำจำกัดความไปไกลและสิ้นสุดถึงไหนเป็นเรื่องที่ไม่สามารถทราบหรือตรวจสอบได้แน่ชัดว่าใช้เพื่อส่วนตัวหรือครอบครัว หรือญาติสนิทจริงเพียงใด และเจ้าของลิขสิทธิ์คงไม่อาจจะคอยตรวจสอบได้ตลอดเวลา เพราะมีผู้ใช้งานของเขาโดยอ้างข้อนี้เป็นอย่างมากมาขึ้นทุกขณะ ไม่ว่าจะทำซ้ำในงานลิขสิทธิ์ภายในและระหว่างประเทศอันเป็นผลจากวิวัฒนาการของการสื่อสารและเทคโนโลยีที่ทันสมัย ถ้าหากเทียบกับการสูญเสียประโยชน์ที่ควรได้ก็มีมากเช่นกันเพราะจะไม่มีใครซื้อเทปหรือสิ่งบันทึกเสียงจากเจ้าของลิขสิทธิ์อีกต่อไป เพราะสามารถทำการบันทึกได้จากสถานีวิทยุหรือโทรทัศน์หรือยืมจากเพื่อนก็ได้ การทำซ้ำเพื่อใช้ส่วนตัวอาจลดคุณค่าในงานอุตสาหกรรมดนตรีได้ เพราะหากมีการใช้โดยทำซ้ำเป็นจำนวนมากจากการนำเทปที่ซื้อมาก่อนที่มีการบันทึกเพลง (pre-recorded music) โดยเลือกเพลงที่ชอบมาไว้ที่เดียวกันหรือการเช่ามาจากร้านค้าที่ให้เช่าเทป เป็นสาเหตุหนึ่งที่จะไม่มีใครซื้อเทปอันมีลิขสิทธิ์อีกต่อไป

นอกจากนี้ วิวัฒนาการทางเทคโนโลยีในการบันทึกเสียงได้พัฒนาคุณภาพให้ดีขึ้นจากเดิมซึ่งใช้เครื่องบันทึกเสียงแบบ Analogue มาเป็น Digital Audio Tape (DAT) และสามารถนำกลับมาใช้ได้อีกหลาย ๆ ครั้ง และยังคงรักษาคุณภาพได้เหมือนต้นฉบับและมีราคาถูกกว่าต้นฉบับอีกด้วย และไม่นานมานี้ได้เริ่มนำ Digital Video Disk (DVD) อันเป็นเทคโนโลยีใหม่ล่าสุดมาใช้ซึ่งสามารถบรรจุข้อมูลทั้งภาพยนตร์ได้ปริมาณมากกว่าดีวีดีและซีดีหลายเท่าตัว อย่างไรก็ตาม DVD ย่อมต้องการมีซอฟต์แวร์คุณภาพดีมารองรับก่อน ซึ่งอยู่ในระหว่างมาตรการรับมือกับผู้ลักลอบทำซ้ำขณะนี้²⁸ แต่เดิมการทำซ้ำเพื่อส่วนตัวให้ทำได้ โดยไม่ต้องขออนุญาตหรือจ่ายค่าตอบแทนใด ๆ ทั้งสิ้น เพราะในยุคแรก ๆ ยังไม่มีเทคโนโลยีสมัยใหม่มาใช้ดังเช่นปัจจุบัน หากต้องการนำผลงานของผู้อื่นมาชื่นชมเป็นการส่วนตัวก็ใช้การคัดลอกด้วยลายมือ เช่น งานวรรณกรรม ซึ่งยังไม่มี

²⁸ โลกผู้จัดการ, “ดีวีดี ผันเฟื่องของผู้พัฒนา?”, วารสารผู้จัดการรายเดือน, 13 (ธันวาคม 2539) : 138-140.

เครื่องถ่ายเอกสารซึ่งใช้เวลามาก ต่างจากปัจจุบันจนเห็นได้ชัด เช่น การทำซ้ำสิ่งบันทึกเสียงเพื่อส่วนตัวได้ก่อให้เกิดปัญหารูปแบบใหม่ นับว่าเป็นการคุกคามและกระทบกระเทือนการใช้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์แบบหนึ่ง แม้ว่าเทคโนโลยีจะเปลี่ยนแปลงไปอย่างไร แต่เทคโนโลยีใหม่ ๆ ไม่ควรจะทำลายสิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม และสิทธิอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องได้อย่างรวดเร็วหากเทียบกับระยะเวลาที่ได้ใช้ความคิดในการสร้างสรรค์งานและการลงทุนทั้งแรงกายกำลังทรัพย์ ตลอดจนทักษะความสามารถอันเป็นบุคลิกภาพเฉพาะตัวของผู้สร้างสรรค์ กล่าวอีกนัยคือ การนำมาซึ่งเทคโนโลยี DAT, DAD หรือ DVD นี้มาใช้กับการบันทึกเสียงงานดนตรีกรรมไม่ว่าในรูปของสิ่งบันทึกเสียงใดก็ตาม อาทิเช่น CD, Laser Disc ล้วนแล้วแต่เป็นการแพร่กระจายการทำซ้ำเพื่อใช้ส่วนตัวได้โดยง่ายและสะดวกขึ้น หรือความเพละเลื้อย หรืออื่น ๆ หากไม่มีการควบคุมที่เหมาะสม เดิมจะถือว่าไม่เป็นละเมิดลิขสิทธิ์มาตลอดทั้งในประเทศและต่างประเทศ นอกจากนี้ ผู้บริโภคที่ซื้อเทปเพลงมาฟังมักจะเข้าใจว่าในเมื่อตนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในเทปเพลงก็ย่อมสามารถกระทำการใด ๆ กับเทปที่ตนซื้อได้อยู่แล้ว ตามหลักกรรมสิทธิ์ไม่ว่าใช้สอย จำหน่าย ฯลฯ และไม่ว่าจะนำไปบันทึกลงเทปเปล่า (blank tape) เพื่อใช้ฟังเองหรือเพื่อครอบครอง ญาติของตน ซึ่งเป็นความเข้าใจผิดเนื่องจากมีความแตกต่างระหว่างกรรมสิทธิ์ในเทปที่ผู้ซื้อได้มาจากร้านค้าซึ่งได้แต่การคุ้มครองในทรัพย์ (เทปนั้น) กับลิขสิทธิ์ในสิ่งบันทึกเสียงคือเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงซึ่งได้สิทธิที่อยู่เทปบันทึกเสียงโดยแท้จริง²⁹

เพื่อทำความเข้าใจเกี่ยวกับข้อยกเว้นละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์นี้ ผู้เขียนจึงเห็นสมควรที่จะนำแนวความคิดและที่มาเกี่ยวกับข้อยกเว้นละเมิดลิขสิทธิ์มาดราดงกล่าวมาศึกษาเพิ่มเติมดังนี้ คือ

ในกรณีของประเทศอังกฤษ การใช้โดยชอบธรรม (fair dealing) (ยกเว้นเพื่อใช้สำหรับการวิจารณ์ และให้ความเห็น) ซึ่งให้สิทธิแก่ปัจเจกชนในการทำสำเนาสิ่งบันทึกเสียงจากสิ่งบันทึกเสียงอื่น ๆ ที่ได้มาจากการแพร่เสียง การทำเพียงครั้งเดียวเพื่อใช้ส่วนตัวย่อมทำได้โดยการได้รับอนุญาตจากสมาคมการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในเชิงกล (The Mechanical Copyright Protection Society) หรือ MCPS ในการทำสำเนาภายในบ้าน แต่จะไม่อนุญาตอีกต่อไปแล้ว ดังนั้นถ้าเมื่อไรก็ตามบุคคลทำสำเนาสิ่งบันทึกเสียงของเจ้าของลิขสิทธิ์ถือว่าผู้นั้นกำลังทำผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ใน

²⁹ โปรดดูรายละเอียดเรื่องความแตกต่างระหว่างกรรมสิทธิ์และลิขสิทธิ์และความหมายของลิขสิทธิ์ในสิ่งบันทึกเสียง ในบทที่ 2 และ 3

การบันทึกและถูกฟ้องร้องเพื่อความเสียหายได้ บทลงโทษทางอาญาใน The Copyright Act จะไม่ใช้ตราบทที่สำเนานั้นได้ใช้เพื่อส่วนตัวเท่านั้น และไม่ได้นำไปขายหรือออกให้เช่า แต่อย่างไรก็ดีการขยายตัวของการทำซ้ำเช่นนั้นมีจำนวนมากขึ้นในขณะนี้และการกระทำความผิดทางอาญาเกือบจะเป็นเรื่องทางทฤษฎีมากกว่าความจริง ในหลายประเทศจึงใช้วิธีการจัดเก็บภาษี (levy) ในกรณีการจำหน่าย blank audio cassettes ซึ่งภาษีที่เก็บได้จะนำมาแบ่งให้กับเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงเพื่อเป็นค่าสินไหมทดแทน (compensate) ในการสูญเสียรายได้เนื่องจากการทำซ้ำภายในบ้าน (home taping) อย่างไรก็ตาม แม้เป็นสิ่งที่น่าพิจารณาเกี่ยวกับอุตสาหกรรมดนตรีและสิ่งบันทึกเสียง แต่รัฐบาลอังกฤษก็ไม่นำหลักของภาษี (levy) ดังกล่าวมาใช้ใน The Copyright Act 1988

ในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา มีคดีที่พิจารณาเกี่ยวกับการกระทำใดเป็นการทำซ้ำเพื่อใช้โดยชอบธรรม (fair use) หรือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนี้คือ

คดีนี้เป็นเรื่องการทำซ้ำเพื่อใช้ส่วนตัวที่แสดงให้เห็นถึงการคัดค้านทฤษฎี “การใช้โดยชอบธรรม” (fair use) คือคดี Universal City studio Inc. V Another V sony Corporation of America and Others หรือ คดี “Betamax” ในคดีนี้เจ้าของลิขสิทธิ์ 2 ฝ่ายในการแพร่ภาพภาพยนตร์โดยชอบด้วยกฎหมายได้ดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ไม่เพียงบุคคลหนึ่งผู้ได้บันทึกภาพยนตร์เหล่านั้นโดยตรงจากการแพร่ภาพของโทรทัศน์ แต่ยังรวมถึงผู้ผลิตเครื่องบันทึก วิดีโอ (video recorder), ผู้จัดจำหน่ายและผู้ค้าปลีก 4 ราย ในเครื่องอุปกรณ์อย่างเดียวกัน และตัวแทนโฆษณาของผู้ผลิต (ซึ่งได้สนับสนุนช่วยเหลือที่จะใช้เครื่องอุปกรณ์ดังกล่าวในการบันทึกรายการ โทรทัศน์) ในปี ค.ศ. 1979 ศาลมลรัฐ (Federal District Court) ยกฟ้องโจทก์โดยตัดสินว่าการบันทึกการแพร่ภาพทางโทรทัศน์เพื่อใช้ส่วนตัวและที่มิใช่เพื่อการค้าไม่ได้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และถ้าแม้ว่าจะละเมิด บริษัทจำเลยทั้งหลายก็ไม่ต้องรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีใด ๆ ไม่ว่าในฐานะผู้ละเมิดโดยตรง หรือรับผิดชอบผู้อื่น (vicarious) หรือผู้สนับสนุนก็ตาม

แต่ในปี ค.ศ. 1981 ศาลอุทธรณ์ได้กลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยตัดสินว่าการบันทึกเทปวิดีโอภายในบ้านไม่ได้ตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติการใช้โดยชอบธรรม (fair use) ของกฎหมายสหรัฐอเมริกา และถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ คำตัดสินของศาลอุทธรณ์ได้ถูกอ้างจนถึงศาลสูงของสหรัฐอเมริกาในคดีนี้

ในวันที่ 7 มกราคม ค.ศ.1984 ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้กลับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์และตัดสินว่า Sony ไม่ต้องรับผิดชอบในฐานะผู้สนับสนุนการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการจำหน่ายเครื่องบันทึกวิดีโอ Betamax ให้แก่สาธารณชน การละเมิดลิขสิทธิ์ที่กล่าวอ้างเป็นเรื่องลิขสิทธิ์ในวัตถุที่แพร่เสียงแพร่ภาพซึ่งเป็นของ Universal ศาลฎีกาโดยส่วนใหญ่ตัดสินว่าการจำหน่ายเครื่องอุปกรณ์การนำเข้าไม่ถือว่าเป็นการให้มีการสนับสนุนละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าสินค้านั้นสามารถใช้ได้โดยไม่ได้มีไว้เพื่อการละเมิดในสาระสำคัญ เครื่องอุปกรณ์ Betamax สามารถใช้โดยไม่ถือเป็นละเมิดในสาระสำคัญในทางการค้า ซึ่งการอ้างเวลาที่ใช้ส่วนตัว ภายในบ้านมิใช่เพื่อการค้า เป็นตัวอย่างที่ชัดเจนอย่างหนึ่งการอ้างเรื่องเวลาไม่ถือเป็นละเมิดในประการแรก เพราะผู้ผลิตรายการทางโทรทัศน์จำนวนมากได้รับอนุญาตเป็นที่เรียบร้อยแล้ว และในประการที่สองเพราะเข้าข้อยกเว้น “การใช้โดยชอบธรรม” (fair use) กรณีสิทธิแต่ผู้เดียวในการนำเข้าซึ่งศาลสูงได้สรุปคำตัดสินดังนี้

“อาจจะเกิดประโยชน์มากกว่าถ้าสภาองเกรสจะมองถึงความแปลกใหม่ในเรื่องเทคโนโลยี บ่อยครั้งที่ได้ทดสอบการเปลี่ยนแปลงอื่น ๆ ในอดีต แต่ไม่ใช่หน้าที่ของศาลที่จะใช้กฎหมายซึ่งไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร การใช้บทบัญญัติลิขสิทธิ์ขณะที่อ่านคำพิพากษาในขณะนี้แก้ไขข้อเท็จจริงที่ซึ่งได้พัฒนาในคดีนี้ การตัดสินของศาลอุทธรณ์จึงถูกกลับคำพิพากษา”

จากคดีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าศาลมีอิสระในการพิจารณาหลักเกณฑ์ของการใช้โดยชอบธรรม (fair use) มาก และจะพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่มีอยู่ในกฎหมายเพื่อการบังคับให้อย่างเคร่งครัดเท่านั้น โดยเฉพาะศาลชั้นต้นและศาลสูงในคดีนี้ นอกจากนี้แม้จะมีบทบัญญัติกฎหมายของสหรัฐอเมริกาตาม The Copyright Act 1976 อยู่แล้ว แต่ปัจจุบันมีพระราชบัญญัติการบันทึกเสียงที่ใช้ในบ้าน ค.ศ. 1992 (The Audio Home Recording Act of 1992) รองรับเพื่อใช้กรณีหากใน The Copyright Act 1976 ไม่อาจคุ้มครองไปถึงงานประเภท โสตทัศนวัสดุ (Audio visual works)

ดังนั้นผลจากคดีดังกล่าวทำให้มีการจัดตั้งองค์กรในการควบคุมการนำเข้า โดยนับแต่เครื่องอุปกรณ์บันทึกเสียงแบบดิจิทัลใด ๆ ก็ตามหรือเครื่องอุปกรณ์ที่ได้ผลิต นำเข้าหรือจัดจำหน่ายในตลาดสหรัฐอเมริกาต้องถูกนำมาบรรจุเครื่องมืออุปกรณ์การควบคุมการนำเข้าซึ่งรู้จักกันใน “Serial Copy Management System” (SCMS) (ระบบการจัดการการนำเข้าเป็นชุด) ระบบนี้ไม่ได้ป้องกันการนำเข้าพร้อมกันไป อนุญาตให้บุคคลแต่ละคนทำสำเนาได้โดยตรงจากเครื่องบันทึกเสียงแบบดิจิทัลต้นแบบที่ซื้อมาแต่ไม่อาจทำสำเนาอีกครั้งจากสำเนาเหล่านั้น ดังนั้น เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงป้องกันจึงเรียกกันว่า “serial copying”

การที่กฎหมายบังคับให้ผู้ผลิตและผู้นำเข้าเครื่องเสียงระบบดิจิทัลดังกล่าวติดตั้งระบบ “serial copy management” (SCMS) เพื่อป้องกันมิให้เครื่องสามารถบันทึกเสียงจากเทปที่ได้จากการบันทึกเสียงโดยไม่ใช่แหล่งกำเนิดเทปต้นฉบับ (original record source) (แต่อนุญาตให้บันทึกเสียงจากเทปฉบับดั้งเดิม (original) ได้เท่านั้น) และห้ามมิให้ผลิตเครื่องเสียงที่ละเมิดระบบ SCMS ผู้เขียนจึงเห็นว่าเป็นความคิดหามาตรการแก้ไขการละเมิดด้วยวิธีการใช้ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีมาป้องกันนั้นผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นวิธีการที่เหมาะสมสำหรับบางประเทศที่ประชาชนในประเทศนั้นสามารถยอมรับและมีความเข้าใจตลอดจนมีความมั่นคงในเรื่องฐานะทางเศรษฐกิจในระดับหนึ่งที่จะสามารถจ่ายค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ได้ต่อรองอันเป็นหลักประกันให้มั่นใจว่าผลประโยชน์ในทำนองเดียวกัน

การปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศเพื่อการเปลี่ยนแปลงระบบกฎหมายดังกล่าวเกือบจะไม่มีประโยชน์อย่างจริงจังเท่าใดนัก ประเทศอื่นๆ ไม่ต่ำกว่า 12 ประเทศได้นำระบบค่าสิทธิ (levy) มาใช้แล้ว สำหรับประเทศซึ่งเป็นผู้บันทึกเสียง แต่ปฏิบัติต่อระบบดังกล่าวเสมือนว่าเป็นระบบที่อยู่นอกขอบเขตกฎหมายลิขสิทธิ์ ดังนั้น จึงไม่ถือเป็นระบบ “หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ” (national treatment) อนุสัญญาเบอร์น์ ประเทศเหล่านั้นปฏิเสธที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในค่าสิทธิของผู้ประพันธ์เพลงในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเหล่านี้ต้องการใช้หลักต่างตอบแทน (reciprocity) และจะปฏิบัติต่อประเทศสหรัฐอเมริกาเช่นเดียวกับที่ประเทศสหรัฐอเมริกาปฏิบัติต่อประเทศของตนเท่านั้น (ก่อนที่จะมีการออกกฎหมาย The Audio Home Recording) ตามกฎหมาย The Audio Home Recording โดยประเทศผู้บันทึกเสียงก็ถือว่าอยู่นอกขอบเขตกฎหมายลิขสิทธิ์อย่างเป็นทางการเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของการฟ้องร้องโดยผู้ร้องต่างชาตียังกว้างกว่าการปกป้องสิทธิตามมาตรา 104 ของ The Copyright Act 1976 ในขณะที่กฎหมายนี้คุ้มครองสิทธิผู้ประพันธ์เพลงต่างชาติ หากบุคคลเหล่านั้นเป็นผู้มีสัญชาติ หรือ มีถิ่นที่อยู่ในประเทศซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้ลงนามในสนธิสัญญาเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ด้วย หรือ หากผลงานเพลงที่มีลิขสิทธิ์ได้โฆษณาครั้งแรกในประเทศดังกล่าว ใน The Audio Home Recording Act ได้กำหนดให้แบ่งค่าสิทธิแก่ผู้ประพันธ์เพลง นักแสดง และผู้อำนวยการผลิตงานซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในสิ่งบันทึกเสียงที่ได้เผยแพร่ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ในประเด็นอื่นใดทั้งสิ้น การเริ่มนำระบบค่าสิทธิดังกล่าวมาใช้สำหรับประเทศที่เป็นผู้บันทึกเทปภายในบ้านนี้มาใช้เพื่อให้ผู้ประพันธ์เพลงต่างชาติ นักแสดง และผู้อำนวยการผลิตงานต่างชาติได้รับค่าสิทธิด้วยนั้น อาจส่งผลให้ประเทศ

สหรัฐอเมริกาที่มีอำนาจต่อรองหรือตอบโต้เพื่อมั่นใจในการรักษาผลประโยชน์ในทำนองเดียวกันนี้ แก่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องที่มีสัญชาติอเมริกันในต่างประเทศได้รับความคุ้มครอง³⁰

จากที่กล่าวมาข้างต้นนี้ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาต้องการใช้หลักต่างตอบแทน จึงพยายามออกกฎหมายคุ้มครองผู้ประพันธ์ นักแสดง และผู้อำนวยการผลิตต่างประเทศ เพื่อให้ประเทศอื่นๆ เหล่านี้ออกกฎหมายคุ้มครองในลักษณะเดียวกันเพื่อให้หลักต่างตอบแทนจะได้ผลอย่างมีประสิทธิภาพ กรณีดังกล่าวหากใช้กฎหมายระหว่างประเทศจะไม่ได้ผลเพราะไม่มีใครยอมใช้หลักพหุภาคี แต่ต้องการใช้หลักทวิภาคีเท่านั้น หากกฎหมายดังกล่าวถูกใช้โดยประเทศในแถบทวีปยุโรปและอเมริกาซึ่งกลุ่มประเทศดังกล่าวต่างก็มีส่วนแบ่งทางการตลาด (market share) ก่อนข้างเท่าเทียมกันและมากกว่าประเทศแถบเอเชียอย่างประเทศไทย และหากนำมาใช้กับประเทศไทยก็จะเสียเปรียบมาก เพราะประเทศไทยมีส่วนแบ่งทางการตลาดในกลุ่มประเทศแถบทวีปยุโรปและอเมริกาน้อยกว่ามาก แต่ในทางกลับกันประเทศสหรัฐอเมริกามีส่วนแบ่งในทางการตลาดในแถบทวีปเอเชียในอัตราที่สูงมาก

จะเห็นว่าปัจจุบันแม้มีประเทศภาคีในอนุสัญญาเบอร์นจำนวนมากที่ยึดถือหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติ (national treatment) ก็ตาม แต่ในประเทศต่าง ๆ เหล่านี้ได้พยายามเบี่ยงเบนหลักการและเงื่อนไขของอนุสัญญาที่ต่างเข้าเป็นภาคีไปจนได้เพื่อรักษาผลประโยชน์ภายในชาติของตนและปฏิเสธจะคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ของประเทศอื่นโดยใช้หลักต่างตอบแทนเข้ามาแทนที่ด้วยการบัญญัติกฎหมายภายในของประเทศตนมาใช้เป็นอำนาจต่อรองกับประเทศอื่นๆ ได้ ซึ่งนับว่าเป็นจุดอ่อนของอนุสัญญาเบอร์นประการหนึ่งซึ่งก่อตั้งมานานแล้วแต่ไม่สามารถตอบสนองการรักษาผลประโยชน์ร่วมกันและผสมผสานความสัมพันธ์ระหว่างประเทศภาคีในโลกนี้ให้อยู่ในมาตรฐานเดียวกันในระดับสากลและนับวันจะล้าหลังไม่ทันต่อการเปลี่ยนแปลงของการพัฒนาทางด้านวิชาการและเทคโนโลยีในอนาคตได้อย่างแท้จริง

หากพิจารณากรณีประเทศไทยเกี่ยวกับการกระทำโดยใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง รวมทั้งบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิทตามมาตรา 32 เช่นการทำซ้ำเพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัว แล้วจะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายไทยได้นำหลักเกณฑ์ fair use หรือ fair dealing มาใช้โดยเคร่งครัดแต่

³⁰ สรุปและเรียบเรียงจาก Robert A. G. Gorman, Keneth and others, Copyright for the Nineties Cases and Materials (Virginia: The Michie Company, 1993), pp. 459-460.

ไม่ได้นำหลักการจัดเก็บค่าตอบแทนโดยผ่านองค์กรของรัฐหรือเอกชนแต่ประการใด เช่น ค่าสิทธิหรือภาษี (levy) จากผู้ผลิต หรือผู้นำเข้าเครื่องอุปกรณ์บันทึกเสียงและวิดีโอและเทปเปล่าแบบดิจิทัลดังเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกาแต่ประการใด จึงสามารถวิเคราะห์ได้ดังนี้คือ

1) ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ยังมีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ค่อนข้างจำกัดกว่าของกรณีในต่างประเทศแก่กรณีใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวด้วยการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เอาไว้อย่างกว้างเป็นการแสดงถึงการจำกัดเฉพาะใช้ส่วนตัวโดยแท้จริงและมีได้ขยายการใช้ไปสู่สาธารณชน ถ้าหากมิได้เป็นการกระทำที่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร ทั้งนี้เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างเจ้าของสิทธิกับสิทธิของสาธารณชนซึ่งข้อกำหนดเช่นนี้เพื่อป้องกันที่มาหรือบ่อเกิดของกรณีใช้เพื่อค้าหากำไร อันจะทำให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ในที่สุด และเป็นการกำหนดบทบัญญัติในลักษณะทั่วไปให้ครอบคลุมเพื่ออุดช่องว่างการตีความกฎหมายของข้อยกเว้นในกรณีที่มีข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่เกิดขึ้น ซึ่งต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ทั้งสองเช่นกันอยู่เสมอ ดังเช่นในมาตรา 32 พระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

2) การที่จะนำบทบัญญัติในเรื่องการจัดเก็บค่าตอบแทนไม่ว่าในรูปของค่าสิทธิหรือภาษีที่คำนวณจากราคาเครื่องอุปกรณ์บันทึกเสียงและวิดีโอ รวมทั้งเทปเปล่าที่เรียกเก็บจากผู้ผลิตและผู้นำเข้าสินค้าดังกล่าวเพื่อตัดปัญหาการตรวจสอบและเข้าถึงแต่ละบุคคลว่ามีการใช้เพื่อส่วนตัวจริงหรือไม่ นั้น เห็นว่าเป็นไปได้ที่จะไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควรดังเช่นในกรณีของต่างประเทศ แม้ว่าในประเทศไทยจะได้มีการรวมกลุ่มเป็นองค์กรการจัดเก็บค่าตอบแทนในลิขสิทธิ์ ดังเช่นนักประพันธ์เพลงก็ตาม แต่เท่าที่ผ่านมายังไม่ค่อยประสบผลสำเร็จเท่าที่ควร³¹ แต่เพียงจะเริ่มค้นจำเป็นต้องใช้เวลาในการประชาสัมพันธ์และสร้างความเข้าใจในสิทธิขั้นพื้นฐานของเจ้าของลิขสิทธิ์ตลอดจนหน้าที่ในการเคารพสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์อีกประการหนึ่ง ประกอบในต่างประเทศให้ความสำคัญแก่สิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์มากกว่าบุคคลอื่นที่เป็นสาธารณชนทั่วไปอย่างประเทศไทยซึ่งมีความมั่นคงในฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่า รวมทั้งสภาพสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรมที่แตกต่างจากประเทศไทย

3) บทบัญญัติพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศไทยฉบับก่อน ๆ มีบทลงโทษ (sanction) ทางอาญาอยู่ด้วย ฉะนั้นการตีความจะลงโทษบุคคลผู้กระทำ

³¹ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.1.5 ปัญหาการจัดเก็บค่าตอบแทนในการใช้งานดนตรีกรรม โดยองค์กรบริหารจัดการเก็บค่าตอบแทน

การที่จะถือว่าเป็นละเมิดลิขสิทธิ์จะต้องตีความเคร่งครัดและเฉพาะที่มีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดไว้ชัดเจนจึงจะเป็นการชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายโดยแท้ตามหลัก mala prohibita กล่าวคือ กฎหมายบัญญัติไว้จึงจะเป็นความผิด

4) ผู้เขียนจึงขอเสนอให้เพิ่มบทบัญญัติในมาตรา 32 ในกรณีการใช้โดยชอบธรรม (fair use) เพื่อรักษาความสมดุลระหว่างผลประโยชน์เพื่อเจ้าของลิขสิทธิ์และสาธารณชนทั่วไป คือ “การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรมิให้ถือว่าเป็นละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งนี้ยกเว้นกรณีที่ผู้กระทำการดังกล่าวข้างต้นได้รู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของสิทธิได้” ซึ่งจะเป็นทางออกที่ดีกว่าการออกบทบัญญัติไว้ให้มีการจัดเก็บค่าตอบแทนในการทำซ้ำเพื่อใช้ส่วนตัว หรือ ภาษี (levy) ดังในต่างประเทศ

4.1.3.2 ปัญหาการตีความเกี่ยวกับสภาพการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรีในกรณีละเมิด แม้ว่าพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์จะเริ่มมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 21 มีนาคม 2538 เป็นต้นมาปรากฏว่ามีการตื่นตัวในการบังคับใช้กฎหมายอยู่ในเวลาช่วงต้นๆ ของการประกาศใช้กฎหมายเท่านั้น กล่าวคือ จำนวนการละเมิดลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรีลดลงเพียงชั่วระยะเวลาหนึ่งอย่างเห็นได้ชัดเจน โดยเฉพาะการดำเนินคดีการจับกุมการกระทำผิดทางอาญาซึ่งการทำซ้ำมาเป็นอันดับต้นๆ ตามสถิติที่มาจากกรมทรัพย์สินทางปัญญา (ภาคผนวก ง.) แต่อย่างไรก็ดี การละเมิดโดยการทำซ้ำหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนก็กลับมาเพิ่มปริมาณมากขึ้นอีกครั้งในลักษณะที่มีการระมัดระวังมากขึ้นแต่เดิมโดยวิธีการต่างๆ จนปัจจุบันปรากฏว่ามีการเริ่มกลับมามีการละเมิดอย่างแพร่หลายเช่นเดิมทั้งนี้ข้อมแสดงให้เห็นถึงประสิทธิภาพการบังคับใช้ของกฎหมายยังไม่มีพอเพียงที่จะสร้างความเกรงกลัวแก่ผู้ละเมิดเมื่อเทียบกับความเสี่ยงจากการหลบเลี่ยงจากการลงโทษของบทกฎหมายเท่าที่ควรและมีผลประโยชน์มหาศาลเข้ามาเป็นแรงจูงใจซึ่งคุ้มค่ากับการเสี่ยงจากการถูกจับกุมจึงสร้างปัญหาแก่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ในการดำเนินคดีกับผู้ละเมิดอยู่เรื่อยๆซึ่งขอยกประเด็นปัญหาดังต่อไปนี้ คือ

ก. ทำซ้ำหรือดัดแปลง ตัวอย่างเช่น ปัญหาผู้สร้างสรรค์ตามสัญญาจ้างให้แก่บุคคลอื่นจะถือว่าทำซ้ำหรือดัดแปลงลิขสิทธิ์งานดนตรีกรรมอันเป็นการละเมิดผู้รับโอนหรือไม่ ตัวอย่างเช่น กรณีที่นักแต่งเพลงรับว่าจ้างแต่งเพลงเพื่อประกอบโฆษณาสินค้าให้แก่บริษัทแห่งหนึ่ง ต่อมาได้รับว่าจ้างแต่งเพลงให้กับบริษัทอื่นด้วยซึ่งมีลักษณะของงานที่คล้ายคลึงกัน

ก่อนอื่นผู้เขียนขอสรุปแนวคิดของต่างประเทศเพื่อนำมาใช้เป็นแนวทางการพิจารณาปัญหาดังกล่าวข้างต้นในเรื่องสภาพการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมดนตรีที่เป็นการทำซ้ำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ดังมีองค์ประกอบหลายประการดังต่อไปนี้

- (1) ความเหมือนคล้ายของงานอันมีลิขสิทธิ์และงานที่ถูกกล่าวอ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์³²
- (2) ความเกี่ยวข้องกันระหว่างงานที่มีลิขสิทธิ์และงานที่ถูกกล่าวอ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์³³

มีการละเมิดอีกประเภทคือแม้ว่าจะทำโดยไม่รู้ตัว (Unconscious), ในความรู้สึกของผู้สร้างสรรค์ในการสร้างสรรค์งานที่ผู้สร้างสรรค์เองรับรู้ว่าเป็นผลผลิตมาจากงานดั้งเดิมของผู้สร้างสรรค์โดยไม่ได้ตั้งใจ (Unintentionally) และจะนั้นในความรู้สึกโดยไม่รู้ตัว การขอยืมงานของผู้อื่น ตัวอย่างเช่นคดี Bright Tunes Musi Corp. V Harrisongs Music, Ltd., 420 F. Supp. 177 (S.D.N.Y. 1976) ศาลวินิจฉัยว่า George Harrison แห่งวงดนตรี “Beatles” กลุ่มร้องเพลงได้ละเมิดเพลงที่มีการบันทึกไว้ก่อนแล้วโดย “Chiffons” ถือเป็นการลอกงานอย่างไร้เกียรติ (plagiarism) แม้ว่าจะไม่รู้ตัวก็สามารถดำเนินคดีได้ ดูเหมือนว่า Harrison ได้เข้าถึงงานที่มีอยู่ก่อน (หมายความว่าในอดีตเขาเคยได้ยินเพลงนั้นเล่นมาแล้ว) และเพราะว่ามีความคล้ายกันอย่างมากเกือบทั้งหมดระหว่างงานเพลงของ Harrison, “My Sweet Lord,” และเพลงที่แต่งไว้ก่อนแล้ว, “He’s So Fine,” ศาลสรุปว่าถึงแม้ว่า Harrison ไม่ได้ลอกมาโดยเจตนาและไม่ว่าเขาไม่รู้ตัวในการทำงานที่มีอยู่ก่อนแล้วหรือการไม่ทราบว่...เพลงในความรู้สึกนึกคิด (สามัญสำนึก) ที่รู้ตัวแต่จำไม่ได้หรือไม่ก็ตาม” (420 F. Supp. at 180)³⁴

แนวความคิดการละเมิดโดยไม่เจตนา (innocent infringement) ที่จะใช้สิทธิต่างๆ ในการทำซ้ำ, งานสืบเนื่อง (derivation), การจัดจำหน่าย (distribution), การแสดง (performance) และการจัดให้ชม (display) ดังนั้น คล้ายกับสถานการณ์ในคดี Bright Tunes เป็นไปได้ว่าผู้สร้างสรรค์อาจสร้างงานซึ่งอาศัยงานแรกโดยไม่รู้ตัวและดังนั้นการละเมิดโดยไม่ได้รับอนุญาต (impermissibly) ในสิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อที่จะเตรียมงานสืบเนื่อง³⁵

³² Copinger and Skone James, Copyright, p. 167.

³³ Ibid., p.167.

³⁴ Arthur R. Miller & Michael H. Davies, Intellectual Property Patents, Trademarks and Copyright (USA: West Publishing Co., 1983), p. 328.

³⁵ Ibid., p. 329.

นอกจากนี้ การละเมิดโดยไม่ได้ตั้งใจ แม้ว่าเป็นสิ่งจำเป็นที่ต้องแสดงให้เห็นว่าบุคคลผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ได้คัดลอกหรือทำซ้ำจากต้นแบบจริงๆ โดยรู้ว่าเป็นต้นแบบ แม้กระนั้นก็ถือว่าเป็นการทำซ้ำโดยไม่ได้ตั้งใจอันถือว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ตัวอย่างเช่น ถ้านักแต่งเพลงคนหนึ่งเคยได้ยินเพลงจากต่างประเทศในขณะที่เป็นเด็กโดย 20 ปีต่อมาแต่งเพลงขึ้น 1 เพลงซึ่งรวบรวมในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของเพลงที่เคยได้ยินแต่เดิมโดยไม่รู้ตัวถือนักแต่งเพลงผู้นั้นกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ในเพลงต่างประเทศนั้นเพราะตามตัวอย่างที่ได้กล่าวมานี้แม้ว่าเขาไม่รู้ตัวเป็นไปได้เช่นกันที่ศาลอาจเห็นว่าพฤติกรรมดังกล่าวไม่ถือว่าเขาใช้งานเดิมมาสร้างใหม่³⁶

ดังนั้น สิ่งสำคัญที่โจทก์ในคดีละเมิดจำเป็นจะต้องพิสูจน์ให้ชัดเจนถึงการได้มีการเข้าถึงงานของตน โดยแสดงให้เห็นว่าได้มีการเผยแพร่งานเพลงของตนสู่สาธารณะแล้วผ่านทางหนังสือเพลง (sheet music) หรือแผ่นเสียงหรือการแสดงต่อสาธารณชน หรือโดยการพิสูจน์ว่าได้เคยมีการติดต่อกับจำเลยโดยตรงอย่างแท้จริงมาแล้วกับงานเพลงที่ถูกละเมิดนั้น แน่นอน ผู้กระทำความผิดย่อมจะปฏิเสธว่ามีได้มีการติดต่อใดๆ เกี่ยวกับเพลงนั้นๆ ทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม ศาลมักจะยอมรับฟังพยานแวดล้อมเป็นฐานในการพิสูจน์ว่าได้มีการเข้าถึงงานนั้นได้จึงดูจาก ความซับซ้อนของงานดั้งเดิมหรืองานต้นแบบกับความซับซ้อนของงานที่ทำสำเนาที่มีความคล้ายคลึงกันถือได้ว่าได้มีการเข้าถึงงานนั้นอยู่ก่อนแล้ว อีกตัวอย่างที่เปรียบเทียบ คือ สมุดรายชื่อโทรศัพท์ที่ผิดพลาดแล้วหากมีการทำซ้ำตัวสำเนาก็จะผิดพลาดเหมือนกันด้วยเช่นกัน ถ้าเป็นกรณีคนตรี การกระทำให้เหมือนที่มากกว่า ตัวอย่างที่พบเห็นทั่วไปสามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นการทำซ้ำเช่นกัน ศาลตัดสินว่ามีความคล้ายคลึงกันมากเกินไปจนเกินกว่าจะเป็นแค่การทำเหมือนโดยบังเอิญแต่เพียงประการเดียว³⁷

มีคำพิพากษาอีกกรณีซึ่งพิพากษาว่าความคิดพลาดเพียงสามัญที่ปรากฏในภาษา (version) เพลงที่ตกเป็นสาธารณสมบัติไปแล้วของโจทก์กับที่ปรากฏซึ่งอยู่ในเพลงเดียวกันของจำเลย เช่น การสะกดชื่อผู้ประพันธ์ผิดและการไม่ได้เขียนเครื่องหมาย slur³⁸ ในที่เดียวกันในบทประพันธ์นั้น

³⁶ Michael F. Flint, *A User's Guide to Copyright*, p.61

³⁷ Sidney Shemel and M. William Krasilovsky, *This Business of Music*, pp.282-283

³⁸ Slur หมายถึง เครื่องหมายที่แสดงสีสันของเพลงแทนเสียงเดียวกันโดยอาจใช้ตัวโน้ตมากกว่า 1 ตัว เพื่อแสดงเสียงเดียวกัน

แม้ว่าจะจะเป็นสิ่งที่ต้องทำด้วยเหตุผลทางเทคนิคหรือดนตรีก็ตามถือเป็นเรื่องแสดงการทำซ้ำอย่างไม่อาจคิดไปเป็นอย่างอื่นได้³⁹

3) การทำซ้ำนั้นมีลักษณะทำซ้ำในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (Substantial) มีผู้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการทำซ้ำในส่วนที่เป็นสาระสำคัญดังนี้ คือ

แนวพิจารณาที่ 1 คำว่า “สาระสำคัญ” ต้องการเรื่องเจตนาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ถ้าส่วนสำคัญที่สุดของงานนั้นได้ถูกทำซ้ำขึ้นมา แม้ว่าไม่ใช่เป็นส่วนใหญ่ของงานก็ตามแต่ย่อมถือว่าเป็นสาระสำคัญเพื่อพิจารณาว่ามีการละเมิดหรือไม่ จึงเป็นปัญหาข้อเท็จจริงในอุตสาหกรรมดนตรีและคนจำนวนมากพิจารณาจากการทำซ้ำ (คัคลอก) งานเพลงตั้งแต่ 8 ห้องเพลง (8 BARS)⁴⁰ ถือว่าเป็นสาระสำคัญเพียงพอที่จะถือเป็นละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ในทางกฎหมายไม่มีหลักเกณฑ์ใด ๆ ที่ง่ายเพียงพอและกำหนดว่าจำนวนห้องของตัวโน้ตที่มีน้อยกว่า 8 ห้องพอเพียงที่อาจถือได้ว่าเป็นละเมิดได้ในบางกรณี แต่ต้องมีส่วนสำคัญมากกว่านั้นอันอาจจำเป็นที่ถือว่าเป็นละเมิดได้ เช่น จำนวนห้องเพลง 8 ห้องจากใน 1 ชั่วโมงของบทเพลงสำหรับวงดนตรีส่วนใหญ่อาจไม่ใช่สาระสำคัญ แต่ในขณะเดียวกัน จำนวน 8 ห้องเพลงจากการประสานเสียง (Chorus) ของ เพลงป๊อป (popular song) อาจถือได้ว่าเป็นการละเมิดได้เกือบจะเป็นสิ่งแน่นอน⁴¹

แนวพิจารณาที่ 2 สำหรับการทำซ้ำในส่วนที่เกี่ยวกับดนตรีกรรมนั้นมีคำถามอยู่ว่า การละเมิดที่กล่าวอ้างนั้นได้ทำขึ้นมาจากการใช้ส่วนที่เป็นสาระสำคัญทางด้านทักษะและแรงงานของผู้แต่งเพลงในงานดั้งเดิมหรือไม่ ไม่ว่าสิ่งที่ทำขึ้นมาจะมีได้อาศัยโน้ต 1 ตัวหรือหลายตัวเพื่อการเปรียบเทียบแต่อยู่ที่การพิจารณาจากการฟังเช่นเดียวกับการมองด้วยตา ดังนั้นผู้ที่ไม่ได้รับการศึกษาทางด้านดนตรีก็สามารถจำได้ว่างานเพลงที่ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงทำให้มีผลเหมือนงานเพลงต้นแบบถ้าเพลงที่พอจะจำได้ว่าเคยได้ยินฟัง หากเพิ่มเติมความหลากหลายเข้าไปก็จะไม่มีความ

³⁹ Sidney Shemel and M. Willaiam Krasilovsky, *This Business of Music*, p. 283.

⁴⁰ BAR หมายถึง ช่องหรือห้องเพลง



BARLINE หมายถึง การขีดเส้นกั้นห้องเพื่อต้องการให้รู้จังหวะตามจำนวนที่เครื่องหมายกำหนดจังหวะกำหนดไว้ วิธีกั้นห้องใช้ขีดเส้นขวางบรรทัด 5 เส้นแบ่งออกเป็นช่อง ๆ แต่ละช่องเรียกว่าห้อง (BAR) และยังมีขีด 2 เส้นบาง ๆ ขวางบรรทัด 5 เส้น ขีด 2 เส้นที่มีความหมายให้รู้ว่าบทเพลงได้จบตอนหนึ่งหรือท่อนหนึ่งลงแล้ว (รวบรวมจากอาจารย์ตรอง ทิพย์วัฒน์, “วิชาทฤษฎีดนตรีสากล” โรงเรียนสยามกลการ, หน้า 22.)

⁴¹ Michael F. Flint, *A User's Guide to Copyright*, p. 60.

แตกต่างกัน แม้กระนั้นก็ดี ในข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติทั่วไปจะใช้ผู้ชำนาญพิเศษเฉพาะที่จะช่วยศาลในการพิจารณาในเรื่องความเหมือนคล้ายหรือความแตกต่างซึ่งอาจมีอยู่ในระหว่างงานดนตรีกรรมทั้ง 2 งาน สิ่งที่แสดงให้เห็นว่างานดนตรีกรรมสามารถถูกทำซ้ำโดยไม่มีกรรมนำโน้ตไปใช้เพียง 1 ตัวโดยตรงจากงานดั้งเดิม เมื่องานของโจทก์ได้ถูกเรียบเรียงใหม่หรือคัดลอกโดยไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้ สิ่งนี้ถือได้ว่าเป็นละเมิดโดยการทำการดัดแปลงงานดั้งเดิม⁴²

(4) ส่วนที่คาบเกี่ยวกันระหว่างประเภทของงาน แม้ว่าประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์จะสามารถแยกต่างหากจากกัน แต่งานที่มีลิขสิทธิ์บางประเภทก็เป็นพื้นฐานของงานประเภทอื่นๆ เช่นงานดนตรีกรรมย่อมเป็นงานดั้งเดิมในการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์อื่น ๆ ได้อันเช่นงานสืบทอด หรือ ลิขสิทธิ์ข้างเคียงอื่นๆ หากมิได้ขออนุญาตเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ดั้งเดิมถือเป็นละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ซึ่งมีลักษณะของการทำซ้ำ ดัดแปลงงานเข้าไปสร้างงานใหม่เกิดขึ้น เช่น นำเพลงที่แต่งขึ้นมาเปลี่ยนรูปโดยบันทึกในสิ่งบันทึกเสียงแทนการเขียนคำร้องและทำนองในกระดาษเท่านั้น หรือนำเป็นเพลงประกอบภาพยนตร์

ดังนั้นจากปัญหาข้างต้นจำต้องอาศัยหลักเกณฑ์ต่างๆ ดังกล่าวข้างต้นมาพิจารณาประกอบกัน เช่น กฎหมายไทยและแนวคำพิพากษาของไทยปัจจุบันมักจะไม่ค่อยปรากฏการกำหนดลงไปแน่นอนว่าแค่ไหนเพียงใดจึงจะถือว่าทำซ้ำในงานดนตรีกรรมอันเป็นละเมิดได้อย่างชัดเจนดังเช่นในคดีในต่างประเทศ เนื่องจากส่วนใหญ่จะเป็นกรณีการทำซ้ำที่เห็นได้ชัดเจนทั้งหมดไม่ว่าจะทำนองหรือคำร้องหรือการเรียบเรียงเสียงประสานโดยตรง แต่ในความเห็นของผู้เขียนหากมีปัญหากำหนดแนวความคิดเดิมมา แต่เป็นเพลงใหม่โดยยึดถือรูปแบบเค้าโครงเนื้อหาของเพลง ไม่น่าจะถือว่าทำซ้ำอันเป็นละเมิดลิขสิทธิ์ดนตรีกรรมประกอบกับผู้สร้างสรรค์ เช่นนักแต่งเพลงมักจะมีรูปแบบอันเป็นบุคลิกภาพเฉพาะตัวของเขาและมีพื้นฐานแห่งการแสดงความคิดเห็นรวมทั้งทักษะความสามารถ ความชำนาญในการแต่งเพลงอาจคล้ายๆ กันตามธรรมชาติได้ในบุคคลเดียวกัน จึงควรพิจารณาจากเจตนาหรือความจงใจคัดลอกหรือดัดแปลงงานเดิมในอดีตของผู้แต่งหรือไม่ล้วนเป็นสิ่งสำคัญในขณะที่แต่งเพลงรวมทั้งลักษณะของงานนั้นมีการทำซ้ำในส่วนอันเป็นสาระสำคัญมากน้อยเพียงใดไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ดังนั้น จึงเป็นปัญหาในการนำสืบพิสูจน์พฤติการณ์แวดล้อมสนับสนุนการกระทำของบุคคลผู้นั้นตามหลักกฎหมายไทย และการพิสูจน์การเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวอย่างคดีในต่างประเทศเพื่อตอบปัญหาในกรณีที่ 1 มาใช้พิจารณาเนื่อง

⁴² Copinger and Skone James, *Copyright*, pp. 184-185.

จากเป็นที่น่าเสียดายที่ศาลไทยมักจะยังไม่เคยมีการตัดสินคดีในลักษณะนี้มาก่อน โดยลงในรายละเอียดของเนื้อหาข้างต้นเพราะมักติดขัดประเด็นปัญหาเรื่องการนำสืบหลักฐาน (Affidavit) พิสูจน์ความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่แท้จริงตลอดจนอำนาจฟ้องมากเกินไปโดยเฉพาะในส่วนของการโอนไปซึ่งลิขสิทธิ์ในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ หรือบางครั้งคดีก็สิ้นสุดลงได้โดยง่ายเพราะยอมความกันไปก่อนจะดำเนินคดีในศาลกันต่อไป

ข. การเผยแพร่ต่อสาธารณชน

ปัญหาการตีความกรณีละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชน

กรณีที่ 1 ผู้สร้างสรรค์ผลงานอันมีลิขสิทธิ์หรือทำลายวัตถุแห่งงานมีลิขสิทธิ์ เช่น สิ่งบันทึกเสียง หรือโสตทัศนวัสดุ แต่โดยสภาพแห่งวัตถุนั้นยังสามารถใช้ประโยชน์ได้หากมีบุคคลอื่นนำไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางการค้าต่อไปไม่ว่าจะนำไปเผยแพร่ด้วยการจำหน่ายก็ตาม ดังนั้นจะถือได้ว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่

การเผยแพร่ต่อสาธารณชน หมายความว่า ทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนโดยการแสดง การบรรยาย การสวด การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียงและหรือภาพ การก่อสร้าง การจำหน่าย หรือโดยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น โดยทั่วไปจะเกี่ยวข้องกับการนำผลงานดนตรีไปใช้ในรูปแบบต่างๆ ให้ปรากฏแก่สาธารณชนทั่วไปด้วยอาศัยสื่อกลางไม่ว่าจะผ่านทางตัวบุคคล เช่น นักร้อง นักดนตรี หรือนักแสดงอื่นๆ หรือผ่านเครื่องกล เครื่องบันทึกเสียง การแพร่เสียงแพร่ภาพจากสถานวิทยุและโทรทัศน์หรือผ่านทางสายเคเบิลทีวี ฯลฯ รวมทั้งการจำหน่ายแจกจ่ายซึ่งงานมีลิขสิทธิ์ปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันที่พบเห็นได้แก่กรณีที่ผู้สร้างสรรค์และเจ้าของงานลิขสิทธิ์ทำลายวัตถุแห่งงานอันมีลิขสิทธิ์แก่บุคคลอื่นๆ เช่น บริษัทบันทึกเสียงทำลายเทปเพลงซึ่งเป็นผลงานเพลงของนักร้องหรือนักแต่งเพลงที่ไม่มีชื่อเสียงแล้วโดยวิธีการต่างๆ นานา เช่น นำเทปเพลงไปทิ้งแล้วมีผู้พบเห็นจึงเก็บไปใช้ต่อและสภาพของเทปเพลงนั้นยังพอนำไปจำหน่ายหากทำได้บ้างจึงนำไปขายต่อในราคาถูกเป็นต้น ผู้เขียนเห็นว่าผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของงานลิขสิทธิ์ในงานดังกล่าวเพียงแต่สละซึ่งความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในวัตถุแห่งงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนจนคือเทปเพลงเท่านั้นหาได้สละซึ่งความเป็นเจ้าของในลิขสิทธิ์ในเพลงทั้งหลายที่อยู่ในตัวเทปเพลงนั้นแต่ประการใดไม่ (ถ้าหากยังไม่หมดอายุความคุ้มครองลิขสิทธิ์) นอกจากนี้การเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของในลิขสิทธิ์มิได้เฉพาะโดยการทำสัญญาตกลงกันไว้ต่างหากจากที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น สัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาจ้างทำของมีการทำข้อตกลงยกเว้นความเป็นเจ้าของในลิขสิทธิ์กันไว้ล่วงหน้าหรือสัญญาโอนลิขสิทธิ์ซึ่งต้องทำเป็นหนังสือเท่านั้นจึงจะมีผลบังคับได้ หรือกรณีที่กฎหมาย

กำหนดไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น เช่น การดกทอดแก่ทายาท เป็นต้น จึงไม่ถือว่าตกเป็นสาธารณสมบัติ (public domain) ไปได้โดยง่าย

ดังนั้นการสละซึ่งกรรมสิทธิ์ในวัตถุอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวเหมือนการสละในความเป็นเจ้าของสิทธิในสังหาริมทรัพย์ทั่วไปซึ่งต้องแยกพิจารณาเป็นส่วนๆ ไป และหากมีผู้เก็บได้เพราะการสละซึ่งกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1319 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งกำหนดไว้ว่า

“ถ้าเจ้าของสังหาริมทรัพย์เลิกการครอบครองทรัพย์ด้วยเจตนาสละกรรมสิทธิ์ไว้ ท่านว่าสังหาริมทรัพย์นั้น ไม่มีเจ้าของ”

ฉะนั้นผู้เข้าครอบครองสังหาริมทรัพย์ย่อมได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์นั้นได้ต่อไปแต่ปัญหาที่ตามมาจะนำไปจำหน่ายจ่ายแจกต่อไปโดยอาศัยมาตรา 1336 ในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์รายใหม่ได้หรือไม่ นั้น ผู้เขียนเห็นว่า คงต้องพิจารณาแยกถึงความแตกต่างกันระหว่างกรรมสิทธิ์และลิขสิทธิ์ ทั้ง 2 กรณีโดยเด็ดขาด กล่าวคือ ผู้ที่เก็บได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ย่อมจำหน่ายไปได้แต่ถ้าหากกระทำการในลักษณะอันจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ เช่น นำไปเปลี่ยนแปลงปกเทปเพลงและพิมพ์เพิ่มข้อความว่าเป็นผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์แทนบุคคลเดิมหรือนำไปทำซ้ำบันทึกเสียงเพลงใหม่อีกครั้งเป็นจำนวนมากๆ ออกเผยแพร่จำหน่ายเองคงจะไม่ได้อย่างแน่นอน แต่ย่อมขึ้นอยู่กับว่าผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์จะเข้ามาดำเนินการฟ้องร้องเป็นผู้เสียหายหรือไม่ด้วย ด้วยเหตุผลที่ว่าลิขสิทธิ์ยังคงอยู่หรือไม่ ดังนั้น อาจเทียบเคียงกับคดีการขายภาพสีน้ำมันแล้วผู้ซื้อนำไปพิมพ์เป็นบัตรอวยพรปีใหม่ออกจำหน่ายแก่ประชาชนโดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในภาพสีน้ำมันจึงถือเป็นละเมิดลิขสิทธิ์ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2219/2530 เป็นต้น

กรณีที่ 2 ปัญหาที่ตามมาของสภาพการใช้งานทั้งการทำซ้ำหรือดัดแปลงหรือการเผยแพร่ต่อสาธารณชนดังกล่าวเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการคุ้มครองระหว่างประเทศ กล่าวคือ กรณีการทำซ้ำหรือดัดแปลงหรือการเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานเพลงอันมีลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ต่างประเทศหรือสิทธินักแสดงระหว่างประเทศซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไทยตามมาตรา 61 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

สถานการณ์เท่าที่ปรากฏในปัจจุบัน คือ มีการนำงานเพลงอันมีลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์หรือนักแสดงในต่างประเทศมาทำซ้ำหรือดัดแปลงตลอดจนเผยแพร่ต่อสาธารณชนหรือการขออนุญาตให้ใช้งานเกินขอบเขตจากสัญญาอนุญาตให้ใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์อย่าง

กว้างขวางโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือไม่ทราบว่าจะติดต่อขออนุญาตใช้ได้โดยตรงได้อย่างไรในรูปแบบต่างๆ เช่น ทำซ้ำเพื่อใช้เป็นเพลงประกอบโฆษณาสินค้าหรือบริการผ่านทางสื่อต่าง ๆ หรือการทำซ้ำโดยทำในรูปแบบ (cover version) ได้แก่การทำที่บริษัทบันทึกเสียงในประเทศไทยได้นำเพลงที่แต่งโดยนักแต่งเพลงและมีการขับร้องโดยชาวต่างประเทศมาบันทึกเสียงใหม่โดยใช้นักร้องคนไทยในสังกัดตนโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือ การแอบอัดหรือการบันทึกการแสดงคอนเสิร์ตในขณะที่มีการเปิดการแสดงผลงานดนตรีกรรมของนักร้องนักแสดงต่างประเทศที่มีชื่อเสียงของโลกมากมายในประเทศไทยแล้วนำไปทำซ้ำและจำหน่ายเป็นจำนวนมาก หรือการทำซ้ำในลักษณะดังกล่าวและส่งออกไปจำหน่ายในต่างประเทศ เป็นต้น หากบุคคลที่เกี่ยวข้องในอุตสาหกรรมดนตรีได้ดำเนินคดีกับผู้ละเมิดจะต้องพิจารณาจากกฎหมายภายในของประเทศไทยเป็นสำคัญคือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยเฉพาะมาตรา 8 และ 61 รวมทั้งประกาศกระทรวงพาณิชย์ว่าด้วยเรื่องการค้ากำหนดชื่อประเทศภาคีว่าด้วยอนุสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วยซึ่งเป็นอุปสรรคแห่งปัญหาการตีความในขั้นต้นก่อนจะนำบทบัญญัติอื่นๆ ว่าด้วยเรื่องละเมิดลิขสิทธิ์มาพิจารณาต่อไปเพื่อคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์และนักแสดงระหว่างประเทศ บางครั้งอาจไม่สามารถได้รับความคุ้มครองได้อย่างเต็มที่เนื่องจากยังไม่ทันได้เข้าถึงในการพิสูจน์ในเนื้อหาสาระสำคัญในการพิสูจน์ว่าเป็นการทำซ้ำหรือคัดแปลงและมีการเผยแพร่ต่อสาธารณชนหรือไม่อย่างไร แต่ปรากฏว่าเป็นที่น่าเสียดายอย่างยิ่งซึ่งไม่สามารถเข้าถึงประเด็นดังกล่าวแต่ต้องติดปัญหาวิธีการกระบวนการพิจารณาในเรื่องการพิสูจน์เรื่องหลักฐานแสดงถึงความเป็นเจ้าของงานลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดงที่แท้จริง และหากพิสูจน์ไม่ได้ก็ต้องถูกยกฟ้องไป ซึ่งเป็นเช่นนี้อยู่หลายคดีด้วยกัน ย่อมแสดงให้เห็นว่าสภาพการบังคับใช้ยังไม่มีประสิทธิภาพ แม้จะมีการแก้ไขด้วยกฎหมายให้ชัดเจนแล้วก็ตาม ประกอบผู้บังคับใช้กฎหมายก็ยังไม่มั่นใจในการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ซึ่งมีการแก้ไขปรับปรุงบ่อยครั้งแล้วก็ตาม

4.1.4 ปัญหาการคุ้มครองเจ้าของงานลิขสิทธิ์

นอกจากเจ้าของงานลิขสิทธิ์สามารถได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เช่นการคุ้มครองไม่ให้งานของตนถูกทำซ้ำหรือคัดแปลงหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน ตามมาตรา 27 เป็นต้นอันถือว่าเป็นหลักการคุ้มครองโดยสภาพของงานนั่นเองแล้วยังมีการคุ้มครองโดยกฎหมายบัญญัติขึ้นอีกซึ่งเป็นข้อที่น่าพิจารณา ในกรณีนี้ผู้เขียนจึงจะขอเสนอถึงปัญหาการคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์อันเป็นหลักการใหม่ ซึ่งจะแบ่งการนำเสนอเป็น 2 หัวข้อดังต่อไปนี้

4.1.4.1 มาตรการทางแพ่ง แบ่งออกเป็น

4.1.4.1.1 มาตรการคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์

พ.ศ. 2537 แบ่งออกเป็น

กรณีที่ 1 ข้อเสนอพื้นฐานความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์

กรณีที่ 2 อำนาจศาลในการกำหนดค่าเสียหาย

กรณีที่ 3 การขอให้ระงับหรืองดเว้นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์

4.1.4.1.2 มาตรการคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายวิธี

พิจารณาความแพ่งแยกพิจารณา แบ่งออกเป็น

กรณีที่ 1 การขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนศาลพิพากษา

กรณีที่ 2 การบังคับคดีลิขสิทธิ์

4.1.4.2. มาตรการทางอาญา แบ่งออกเป็น

4.1.4.2.1 มาตรการในการสันนิษฐานความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์

4.1.4.2.2 มาตรการในการสันนิษฐานความผิดของผู้แทนนิติบุคคล

4.1.4.2.3 มาตรการที่ให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับประโยชน์จากงานที่กระทำ

ละเมิดลิขสิทธิ์

4.1.4.2.4 มาตรการที่ให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับชำระค่าปรับ

4.1.4.1. มาตรการทางแพ่ง

4.1.4.1.1. มาตรการคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์

พ.ศ. 2537 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งเป็นกฎหมายใหม่แก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์เดิมคือพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 แบ่งออกเป็นดังต่อไปนี้

กรณีที่ 1 ข้อเสนอพื้นฐานความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ เนื่องจากในพระราชบัญญัติใหม่นี้มิได้บัญญัติวิธีการดำเนินคดีทั้งละเมิดลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดงไว้โดยตรงเป็นพิเศษ กฎหมายกำหนดข้อเสนอพื้นฐานไว้ก่อนว่างานที่มีการฟ้องร้องกันนั้น โจทก์เป็นเจ้าของงานเว้นแต่จำเลยจะได้แย้งว่าไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงนั้นหรือได้แย้งสิทธิของโจทก์ตามมาตรา 62 วรรคแรก จากการสันนิษฐานของกฎหมายเช่นนี้เป็นการรองรับหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยที่เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่จำเป็นจะต้องไปจดทะเบียนแสดงการเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เพราะได้รับคุ้มครองทันที

โดยไม่มีภาระจดทะเบียนตามกฎหมายไทย ถ้าเข้าเงื่อนไขแห่งการคุ้มครอง และเพื่อให้เป็นการรองรับหลักดังกล่าวและสะดวกอีกทั้งเป็นคุ้มครองโจทก์ผู้กล่าวอ้างว่าตนเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์กฎหมายจึงให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าโจทก์เป็นเจ้าของซึ่งลักษณะของการสันนิษฐานเช่นนี้ไม่ใช่การสันนิษฐานเด็ดขาด ดังนั้นจำเลยอาจจะนำสืบหักล้างได้โดยภาระการพิสูจน์(Burden of Proof)ในกรณีเช่นนี้ตกอยู่กับจำเลย กล่าวคือหากจำเลยไม่นำสืบหักล้างหรือนำสืบไม่ได้ตามข้อต่อสู้ย่อมถือได้ว่าโจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ นอกจากนี้กฎหมายยังสันนิษฐานไว้อีกเช่นการให้ถือว่างานที่มีชื่อผู้กล่าวอ้างว่าเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์อยู่ย่อมถือว่าบุคคลที่มีชื่อเช่นนั้นเป็นเจ้าของงานดังกล่าว (มาตรา 62 วรรคสอง) และหากไม่มีชื่อแสดงก็ให้สันนิษฐานว่าผู้พิมพ์หรือโฆษณาเป็นเจ้าของงาน (มาตรา 62 วรรคท้าย)

กรณีที่ 2 อำนาจศาลในการกำหนดค่าเสียหาย ในกฎหมายใหม่ฉบับนี้ได้กำหนดอำนาจศาลในการกำหนดค่าเสียหายที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์จะต้องชดใช้ให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ผู้เป็นโจทก์ได้กว้างขวางขึ้นโดยพิจารณาจากถ้อยคำในกฎหมายแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ต้องการให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับค่าเสียหาย(Damages)ได้กว้างขวางกว่าหลักทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในมาตรา 438 หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือเมื่อศาลจะต้องพิจารณาให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ ศาลจะพิจารณาจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 อันเป็นกฎหมายเฉพาะโดยจะไม่พิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นหลักทั่วไป ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ฉบับใหม่ฉบับนี้ ในมาตรา 64 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดงศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดงตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดงด้วย” จากบทบัญญัตินี้จะเห็นได้ว่าค่าใช้จ่าย(Expense)ในการบังคับตามสิทธิศาลก็สามารถกำหนดให้โจทก์ได้ซึ่งโดยทั่วไปค่าใช้จ่ายมักจะถูกกำหนดไว้แคบมากที่จะให้โจทก์เรียกร้องได้แต่เมื่อมีกฎหมายฉบับนี้บัญญัติไว้โจทก์ก็สามารถเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่เสียไปได้กว้างขวางขึ้นแต่ทั้งนี้ก็มีเงื่อนไขว่าค่าใช้จ่ายนั้นต้องจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของตนด้วยจึงจะสามารถเรียกร้องได้

กรณีที่ 3 การขอให้ระงับหรืองดเว้นการกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ กฎหมายใหม่ฉบับนี้ได้บัญญัติให้สิทธิเจ้าของในการขอให้ศาลมีคำสั่งให้ระงับหรืองดเว้นได้โดยได้บัญญัติอยู่ในมาตรา 65 ไว้ว่า “ในกรณีที่มีหลักฐานโดยชัดแจ้งว่าบุคคลใดกระทำการหรือกำลังจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดงอาจ

ขอให้ศาลมีคำสั่งให้บุคคลดังกล่าวระงับหรืองดเว้นการกระทำความผิดดังกล่าวได้” และในวรรค 2 “คำสั่งของศาลตามวรรคหนึ่งไม่ตัดสิทธิเจ้าของหรือนักแสดงในการเรียกร้องค่าเสียหายตามมาตรา 64” จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถพิจารณาได้ว่ากฎหมายคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์มากขึ้น เพราะอาจจะเสียหายได้แม้จะยังไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดสิทธิให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถร้องขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามหรืองดเว้นกระทำการได้แม้ว่าผู้กระทำจะยังไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ก็ตามเพียงแต่เป็นการกำลังจะกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์หรือขั้นเตรียมการหากปรากฏหลักฐานโดยชัดแจ้งแล้ว เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิขอให้ห้ามทำซ้ำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของได้เช่น ยังไม่ได้ทำซ้ำหรือบันทึกเพลงอันมีลิขสิทธิ์ลงในเทปแต่กำลังหรือว่าจ้างบุคคลอื่นบันทึกเพลง หากเจ้าของทราบก็สามารถร้องศาลขอให้หยุดการกระทำความผิดดังกล่าวได้ เป็นต้น

ในหลักการคุ้มครองข้อมนี้มีข้อพิจารณาซึ่งเป็นปัญหาอีกประการหนึ่งว่าการที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้เป็นการคุ้มครองชั่วคราวก่อนศาลพิพากษาหรือไม่ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวมีนักกฎหมายเห็นว่ากฎหมายกำหนดให้อำนาจเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ระงับหรืองดเว้นการกระทำความผิดดังกล่าวได้โดยไม่ต้องอ้างสิทธิการขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนศาลพิพากษตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁴³ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวแล้วผู้เขียนเห็นด้วยกับนักกฎหมายดังกล่าว ดังนั้นในกฎหมายฉบับนี้จึงเป็นมาตรการเสริม นอกเหนือไปจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง อย่างไรก็ตามกฎหมายมาตรานี้ไม่ได้ให้สิทธิเจ้าของลิขสิทธิ์ในการร้องต่อศาลเพื่อขอตรวจสอบหาพยานหลักฐานจากบุคคลที่สงสัยว่าจะกระทำละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด

4.1.4.1.2 มาตรการคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แบ่งออกเป็นมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนศาลพิพากษาและมาตรการบังคับคดีลิขสิทธิ์

กรณีที่ 1 มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนศาลพิพากษา ผู้เขียนขอแบ่งออกเป็น 2 กรณีดังนี้

ก. มาตรการก่อนยื่นฟ้องคดี

ข. มาตรการเมื่อยื่นฟ้องคดี

⁴³ รัชชัย สุภผลศิริ, คำอธิบาย กฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 222-223.

ก. มาตรการก่อนยื่นฟ้องคดี กรณีที่ยังไม่มีคดีในศาล กฎหมายให้ความคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์เมื่อมีการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างไร สำหรับข้อพิพาทนี้ศาลอุทธรณ์ของอังกฤษ (English Court of Appeal) ได้เห็นความสำคัญในการคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์จากการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการออกคำสั่งห้ามชั่วคราวที่เรียกว่า คำสั่งแอนตันพิลเลอร์ (Anton Piller Order) ในคดีระหว่าง Anton Piller K.G. V Manufacturing Processes Ltd.[1976]RPC 719. ซึ่งเป็นคำสั่งเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายเบื้องต้นโดยมีสภาพบังคับหรือบทลงโทษ (Sanction) ต่อผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงด้วยการให้อำนาจเจ้าของลิขสิทธิ์เข้าไปตรวจสอบพยานหลักฐานที่เชื่อว่ามีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ คำสั่งดังกล่าวมีลักษณะดังนี้⁴⁴

1) เป็นคำสั่งประเภท Ex Parte ที่โจทก์สามารถร้องขอให้ไต่สวนเพื่อออกคำสั่งได้แต่ฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องส่งสำเนาคำร้องให้จำเลยก่อนออกคำสั่ง ซึ่งคำสั่งของศาลเช่นนี้จะทำให้จำเลยไม่สามารถทันตั้งตัวอันเป็นการป้องกันมิให้จำเลยทำลายหรือยกย้ายถ่ายเทพยานหลักฐานที่สำคัญในการดำเนินคดีก่อน

2) เป็นคำสั่งที่ให้อำนาจโจทก์เข้าไปตรวจสอบพยานหลักฐานทั้งหมดของจำเลยอันซึ่งเป็นเอกสารทั้งหมดอันประกอบไปด้วยข้อมูลทางธุรกิจ(Business Information)เช่น ใบเสร็จรับเงิน, ใบส่งของ, แหล่งวัตถุดิบ(Sources of Supply) และบัญชีรายชื่อลูกค้า เป็นต้น ซึ่งเอกสารเหล่านี้จะเกี่ยวข้องกับการกระทำละเมิดของจำเลยทั้งนี้เพื่อเป็นฐานในการคำนวณค่าเสียหายที่โจทก์จะเรียกร้องจากจำเลยฐานละเมิดลิขสิทธิ์ต่อไป

3) คำสั่งนี้จะมีขึ้นพร้อมกับหมายห้ามจำเลยที่จะกระทำการ (injunction) ไม่ว่าจะคัดแปลงหรือเคลื่อนย้ายสิ่งของหรือเอกสารที่ระบุไว้ในคำสั่งเพื่อการตรวจสอบทรัพย์สินดังกล่าว

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ก็ได้มีบทบัญญัติคุ้มครองโจทก์ในลักษณะคล้ายกับ Anton Piller Order เมื่อมีศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ โดยบัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 28 “ถ้าบุคคลใดเกรงว่าพยานหลักฐานที่ตนอาจต้องอ้างอิงในภายหน้าจะสูญหายหรือยากแก่การนำมาเมื่อมีคดีทรัพย์สินทางปัญญาหรือการค้าระหว่างประเทศเกิดขึ้น หรือถ้าคู่ความฝ่ายใดในคดีเกรงว่าพยานหลักฐานที่ตนจำงานจะอ้างอิงจะสูญหายเสียก่อนที่จะนำมาสืบหรือ

⁴⁴ WIPO, Background Reading Material on Intellectual Property Law (Geneva:

เป็นการยากที่จะนำมาสืบในภายหลัง บุคคลนั้นหรือคู่ความฝ่ายนั้นอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศโดยทำเป็นคำร้องขอหรือคำร้องให้ศาลมีคำสั่งให้สืบพยานหลักฐานนั้นไว้ทันที

เมื่อศาลได้รับคำขอเช่นนั้น ให้ศาลหมายเรียกผู้ขอและคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องมาศาลและเมื่อได้ฟังบุคคลเหล่านั้นแล้ว ให้ศาลสั่งคำขอตามที่เห็นสมควร ถ้าศาลสั่งอนุญาตตามคำขอแล้วให้สืบพยานหลักฐานไปตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ส่วนรายงานและเอกสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องนั้นให้ศาลเก็บรักษาไว้”

จากบทบัญญัติที่กล่าวมานี้เป็นเรื่องต้องสืบพยานหลักฐานไว้ก่อนซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นลักษณะให้ศาลเดินเผชิญสืบพยานหลักฐานหรือโจทก์จะสืบพยานหลักฐานไว้ก่อนเท่านั้นซึ่งก็คล้ายกับมาตรา 101 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาก แต่เมื่อพิจารณาอีกมาตราหนึ่งจะเห็นว่ามีความคล้ายกับคำสั่งAnton Pillerของศาลอังกฤษที่กล่าวมานี้มากขึ้น

มาตรา 29 “ในกรณีที่มีเหตุฉุกเฉิน เมื่อมีการยื่นคำขอตามมาตรา 28 ผู้ยื่นคำขอจะยื่นคำร้องรวมไปด้วยเพื่อให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศมีคำสั่งหรือออกหมายตามที่ขอโดยไม่ชักช้าก็ได้ และถ้าจำเป็นจะขอให้ศาลมีคำสั่งยึดหรืออายัดเอกสารหรือวัตถุที่จะใช้เป็นพยานหลักฐานที่จะขอสืบไว้ก่อนโดยมีเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ศาลเห็นสมควรก็ได้”

ให้นำมาตรา 261 ถึงมาตรา 263 และมาตรา 267 ถึงมาตรา 269 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้แก่กรณีตามวรรคหนึ่งโดยอนุโลม”

เมื่อพิจารณาจากมาตรา 29 จะเห็นได้ว่าเป็นการเสริมมาตรา 28 กล่าวคือต้องมีการยื่นคำขอตามมาตรา 28 เสียก่อนหรือยื่นคำขอตามมาตรา 29 ไปพร้อมกับมาตรา 28 โดยเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถคุ้มครองสิทธิในการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ต่อไปในภายหน้าด้วยการขอให้ศาลมีคำสั่งยึดหรืออายัดเอกสารหรือวัตถุที่จะใช้เป็นพยานหลักฐานที่จะขอสืบไว้ก่อนในกรณีที่มีเหตุฉุกเฉินก็ได้

อย่างไรก็ตามคำสั่งของศาลจะไม่มีคำสั่งห้ามจำเลยหรือบุคคลภายนอกผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์อย่างเช่นคำสั่งAnton Piller แต่อย่างไรจะมีก็เพียงสภาพบังคับของคำสั่งยึดทรัพย์สินหรืออายัดทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาจะนำมาใช้โดยอนุโลมเท่านั้น

ข.มาตรการเมื่อยื่นฟ้องคดีแล้ว เป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งคือการขอให้ห้ามชั่วคราวเป็นคำขอฝ่ายเดียว เป็นไปตามมาตรา 254 (2) ที่กำหนดว่า...(2)ให้ศาลมีคำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้จำเลยกระทำซ้ำ หรือกระทำต่อไป ซึ่งการละเมิดหรือการผิดสัญญา หรือขอให้การกระทำที่ถูกฟ้องร้อง หรือมีคำสั่งอื่นใดในอันที่จะบรรเทาความเดือดร้อนเสียหายที่โจทก์อาจได้รับต่อไปเนื่องจากการกระทำของจำเลย ฯลฯ และโจทก์ยังจะต้องได้สวนพยานหลักฐานของตนโดยแสดงให้ศาลเห็นถึงพฤติการณ์ตามมาตรา 255 ด้วยกล่าวคือมาตรา 255 (2) ดังนี้ คือ ในกรณีที่ยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งตามมาตรา 254(2)ต้องให้เป็นทีพอใจของศาลว่า(ก)จำเลยตั้งใจจะกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไปซึ่งการละเมิด การผิดสัญญาหรือการกระทำที่ถูกฟ้องร้อง(ข)โจทก์ได้รับความเดือดร้อนเสียหายต่อไปเนื่องจากการกระทำของจำเลย... เป็นต้น

การยื่นคำขอของโจทก์ตามมาตรา 254 (2) นี้เป็นคำขอฝ่ายเดียวที่กฎหมายไม่บังคับต้องให้โอกาสคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งคัดค้านก่อน จึงอยู่ในอำนาจหรือดุลพินิจของศาลที่จะฟังคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งก็ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 699/2508) สำหรับในทางปฏิบัติศาลมักสั่งให้ส่งสำเนาคำร้องให้แก่จำเลยเสมอ⁴⁵ ดังนั้นหากยื่นคำขอกู้มครองชั่วคราวกรณีปกตินี้จำเลยจะรู้ตัวก่อนที่จะมีการได้สวน แต่หากยื่นคำขอได้สวนฉุกเฉินด้วยจำเลยก็ไม่อาจทราบล่วงหน้าได้แต่การยื่นคำขอกู้เงินก็จะต้องมีเหตุแห่งการกู้เงินตามมาตรา 266 และศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้ว่ากรณีมีเหตุฉุกเฉินหรือไม่ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 268 นั่นเอง ข้อพิจารณาก็คือหากมีการการกระทำก่อนฟ้องจะร้องขอกู้มครองชั่วคราวตามมาตรา 254 นี้ได้หรือไม่ หากพิจารณามาตรา 254 วรรคแรกจะสังเกตได้ว่ากฎหมายใช้คำว่า...โจทก์ชอบที่จะยื่นต่อศาลพร้อมกับคำฟ้องหรือในเวลาใด ๆ ก่อนศาลพิพากษา...ดังนั้นหากยังไม่มีฟ้องแม้มีเหตุตามมาตรา 254 ก็ไม่อาจร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งกู้มครองชั่วคราวก่อนศาลพิพากษาได้เพราะยังไม่มีคดีในศาลนั่นเอง แต่หากมีการยื่นฟ้องแล้วแต่ศาลยังไม่มีคำสั่งรับฟ้องจะสามารถขอให้ศาลมีคำสั่งกู้มครองชั่วคราวตามมาตรา 254 นี้ได้หรือไม่ มีนักกฎหมายเห็นว่าแม้ศาลจะยังไม่รับฟ้องแต่ก็มีคดีอยู่ในศาลแล้วจึงยื่นคำร้องขอให้กู้มครองชั่วคราวและศาลมีอำนาจสั่งอนุญาตได้แม้จะก่อนศาลมีคำสั่งรับฟ้อง⁴⁶ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าว

⁴⁵ ประพนธ์ ศาตะมาน, คำบรรยายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทรุ่งศิลป์การพิมพ์ (1977) จำกัด, 2527), หน้า 21.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 23-24.

ข้อพิจารณาประการต่อมาก็คือในมาตรา 254(2) ใช้คำว่าห้ามกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไป แต่ไม่มีการขอให้ห้ามในกรณีเตรียมการดังเช่นพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 64 รongรับสิทธิไว้เลย โจทก์เมื่อฟ้องตามมาตรา 65 จะใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 254(2) ขอคุ้มครองชั่วคราวได้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าทำได้โดยอาศัยมาตรา 254 (2) ที่ว่า ห้ามมิให้จำเลยกระทำต่อไป...ซึ่งการกระทำที่ถูกร้องเรียน นั้นเอง ปัญหาในทางปฏิบัติก็คือศาลใน คดีทรัพย์สินทางปัญญามักจะไม่อนุญาตให้โจทก์ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนศาลพิพากษาเนื่องจากศาลเห็นว่าหากอนุญาตให้ก็เท่ากับว่าโจทก์ชนะคดี ดังนั้นจำเลยในคดีทรัพย์สินทางปัญญาจึงยังคงได้ประโยชน์จากการกระทำละเมิดของตนอยู่แม้กฎหมายจะคุ้มครองสิทธิโจทก์ก็ตามเพราะ มาตรา 254(2) นี้เป็นดุลพินิจศาลที่จะอนุญาตหรือไม่ก็ได้ และแม้โจทก์จะมีทางแก้ไขโดยอุทธรณ์ฎีกาคำสั่งศาลเช่นนี้ได้ทันทีโดยไม่ต้องรอให้คดีเสร็จการพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 228(2) ซึ่งบัญญัติว่า “มีคำสั่งอันเกี่ยวข้องกับคำขอเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในระหว่างการพิจารณาหรือมีคำสั่งอันเกี่ยวข้องกับคำขอเพื่อจะบังคับคดีตามคำพิพากษาต่อไป หรือ...” แต่คำสั่งศาลสูงมักไม่อาจช่วยบรรเทาความเสียหายที่โจทก์ได้รับระหว่างที่ศาลสูงยังไม่มีคำสั่งได้ทันทีเพราะต้องอาศัยเวลาเนื่องจากคดีขึ้นสู่ศาลสูงมีปริมาณมากนั่นเองและโจทก์ก็ยังคงได้รับความเสียหายต่อเนื่องโดยไม่มีทางเยียวยาได้ในระหว่างระยะเวลาดังกล่าว

โดยสรุปในเรื่องความคุ้มครองชั่วคราวก่อนศาลพิพากษา กรณีที่ยังไม่มีการฟ้องคดีต่อศาลเจ้าของงานลิขสิทธิ์สามารถใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 มาตรา 28, 29 ซึ่งจะเป็นการขอสืบพยานก่อนเท่านั้นจะไม่มีการขอให้ห้ามชั่วคราวก่อนที่จะมีคดีในศาลแต่อย่างใด แต่หากมีการฟ้องคดีแล้วเจ้าของลิขสิทธิ์จะใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราว ตามมาตรา 65 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และมาตรา 254, 255, 266 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

กรณีที่ 2 การบังคับคดีลิขสิทธิ์ ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แต่ก็เป็นทรัพย์สินที่ไม่สามารถจับต้องได้เพราะเป็นการคุ้มครองลักษณะนามธรรม ปัญหาที่น่าพิจารณาคือ การที่โจทก์ฟ้องขอให้ห้ามจำเลยกระทำและเรียกค่าเสียหาย จะสามารถบังคับคดีได้อย่างไรบ้าง

(ก) คำพิพากษาห้ามกระทำ โจทก์ผู้เป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษสามารถบังคับคดีกรณีศาลพิพากษาให้จำเลยงดเว้นกระทำการแล้วต่อมาจำเลยฝ่าฝืนกระทำการ โจทก์จึงขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้โดยไม่ต้องขออนุญาตหมายบังคับคดีเนื่องจากกรณีนี้ไม่ต้อง

กระทำการโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีโดยเมื่อพ้นกำหนดเวลาตามคำบังคับแล้วลูกหนี้เพิกเฉยยังคงกระทำต่อไปโจทก์ก็สามารถขอให้ศาลจับกุมและกักขังลูกหนี้ได้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 482/2491 โดยหลักเกณฑ์ในการขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษามาตรา 297 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มีดังนี้

- ยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาล
- ระยะเวลาตั้งแต่เมื่อพ้นกำหนดตามคำบังคับจนถึงเวลาที่การบังคับคดีได้เสร็จสิ้นลง
- ต้องเป็นที่พอใจแก่ศาลว่าลูกหนี้ตามคำพิพากษาสามารถปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ ถ้าได้กระทำการโดยสุจริตและไม่มีวิธีบังคับอื่นใดที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะใช้บังคับได้

หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ความสำคัญอยู่ที่หลักเกณฑ์ข้อ ค. เพราะศาลจะอนุญาตหรือไม่ต้องได้ความตามข้อ ค. เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1649/2498 “ศาลพิพากษาให้จำเลยถนอมคู่ออนสิ่งรูกกล้าที่ดินของโจทก์ จำเลยไม่ปฏิบัติตามคำบังคับในข้อรื้อถอนหลังคาที่รูกกล้า ศาลบังคับโดยจับจำเลยมากักขังได้ จำเลยจะขอให้โจทก์ทำเองโดยจำเลยออกค่าใช้จ่ายไม่ได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1384/2510 “โจทก์จำเลยทำสัญญายอมความกันโดยจำเลยยอมเกลี่ยพื้นดินพิพาทจำนวน 6 ไร่ ที่โจทก์ฟ้องหาว่าจำเลยบุกรุกเข้าขุด ให้เรียบรื้อยไม้ให้เป็นหลุมเป็นบ่อ จำเลยได้เกลี่ยดินไปจนสุดเขตที่ของโจทก์แล้ว แต่เขตที่ของโจทก์ทางด้านเหนือติดต่อกับที่ของกรมทางหลวงซึ่งยังไม่มีเขตแน่นอน กำลังให้อำเภอไปปักหลักเขตอยู่ ดังนั้นการที่จำเลยเกลี่ยดินไม่ครบ 6 ไร่ จึงเป็นเรื่องที่จำเลยไม่สามารถปฏิบัติตามคำพิพากษาได้โดยสุจริต โจทก์จะขอให้จำและกักขังจำเลยไม่ได้”

เมื่อหลักเกณฑ์ครบตามข้อ ก. ข. และ ค. แล้ว ศาลก็จะออกหมายเรียกลูกหนี้ตามคำพิพากษาให้มาศาล หากไม่มาและไม่ได้แจ้งเหตุสมควร ศาลก็จะออกหมายจับหรือหากลูกหนี้ตามคำพิพากษามาศาลแล้วแสดงเหตุสมควรไม่ได้ว่าเหตุใดจึงฝ่าฝืนคำบังคับศาลก็จะกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาไว้ทันทีหรือตั้งแต่วันใดวันหนึ่งที่ศาลเห็นสมควร (มาตรา 298 ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง) แต่ห้ามไม่ให้ศาลกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาแต่ละครั้งเกินกว่า 6 เดือน (มาตรา 300 ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง)

ข. บังคับคดีค่าเสียหาย การบังคับคดีกรณีนี้เป็นการบังคับคดีเอาจากทรัพย์สินของจำเลย ซึ่งจะใช้วิธีการยึดทรัพย์และ/หรืออายัดทรัพย์ (มาตรา 303-315 ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง) ของจำเลยเพื่อขายทอดตลาดและ/หรือนำเงินมาชำระค่าเสียหายแก่โจทก์หรือเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา แต่หากทรัพย์นั้นไม่ใช่ของจำเลยก็ไม่สามารถบังคับคดีเอาได้ เช่นการยึดเอาเครื่องมือการทำเพลงที่ละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งเครื่องมือดังกล่าวเป็นของที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษายืมมา ไม่สามารถยึดได้ เพราะไม่ใช่ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา เป็นต้น

ปัญหาประการสุดท้ายเกี่ยวกับการบังคับคดีลิขสิทธิ์ดนตรีกรรมก็คือลิขสิทธิ์ดนตรีกรรม เป็นทรัพย์สินที่สามารถบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้หรือไม่ ผู้เขียนจะขอนำเสนอดังต่อไปนี้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 282 กำหนดให้เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ดังนั้นจึงต้องพิจารณาว่า ลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินหรือไม่ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยว่าลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินตามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 846/2534) แต่ลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง ดังนั้นจึงต้องพิจารณาวิธีการบังคับคดีสังหาริมทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่างที่สามารถกระทำได้เช่นใด เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยตลอดแล้วการยึดทรัพย์สินมีบัญญัติไว้เพียงการยึดเอกสารและสังหาริมทรัพย์มีรูปร่างเท่านั้น (มาตรา 303) ทรัพย์สินที่มีการยึดอีกประเภทก็คือ อสังหาริมทรัพย์ (มาตรา 304) อีกทั้งการบังคับคดีกับทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาอีกประเภทก็คือการอายัดทรัพย์สินซึ่งในที่นี้หมายถึงสิทธิเรียกร้องที่ลูกหนี้มีต่อบุคคลภายนอก (มาตรา 311) แต่ลิขสิทธิ์ไม่ใช่สิทธิเรียกร้องดังนั้นลิขสิทธิ์จึงเป็นสังหาริมทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่างที่ไม่สามารถบังคับคดียึดและหรืออายัดมาขายทอดตลาดชำระหนี้ให้แก่โจทก์ได้ซึ่งมีนักกฎหมายให้ความเห็นว่าอย่างไรเสียศาลก็อาจหาทางออกให้ยึดได้แต่ที่ถูกต้องควรจะมีการแก้ไขข้อบกพร่องของกฎหมายในโอกาสต่อไป⁴⁷ แม้ว่าลิขสิทธิ์จะสามารถโอนกันได้ก็ตามซึ่งผู้เขียนก็เห็นด้วยกับความเห็นของนักกฎหมายดังกล่าว เมื่อเป็นเช่นนี้จึงไม่มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาถึงการร้องขอให้ปล่อยทรัพย์สินที่ยึด (มาตรา 288) แต่อย่างไรก็ตามเพราะลิขสิทธิ์ไม่สามารถยึดได้นั้นเอง ดังนั้นจึงไม่มีข้อที่ต้องพิจารณาถึงสิทธิของบุคคลผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดตามคำสั่งศาล (มาตรา 1332 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ด้วยเพราะไม่มีการยึดมาขายทอดตลาดได้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตามผู้เขียนพบหลักฐานจากการสัมภาษณ์ว่าลิขสิทธิ์มีการยึดได้ในทางปฏิบัติซึ่งเป็นกรณี

⁴⁷ ประพนธ์ ศาตะมาน, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4, หน้า

ที่เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษายึดทรัพย์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่เป็นห้างหุ้นส่วนจำกัดประกอบการเกี่ยวกับเทปและแผ่นเสียงชื่อห้างหุ้นส่วนจำกัด เสกสรรเทป-แผ่นเสียงโดยมีประกาศยึดทรัพย์เมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม 2534 (ภาคผนวก จ) ซึ่งเป็นการยึดทรัพย์ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 12 อันเป็นการยึดทรัพย์เพื่อชำระหนี้ค่าภาษีอากรค้าง แต่ก็เป็นที่น่าเสียดายว่าคดีดังกล่าวได้มีการประกาศถอนการยึดทรัพย์ไปก่อนจึงไม่มีปัญหาให้พิจารณากันว่าลิขสิทธิ์สามารถยึดทรัพย์บังคับคดีได้ตามกฎหมายหรือไม่ แต่ในความเห็นส่วนตัวของผู้เขียนเองก็ยังคงเห็นว่าลิขสิทธิ์ไม่อาจยึดหรืออายัดเพื่อบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้และสมควรที่จะแก้ไขกฎหมายในข้อพิจารณานี้ให้มีการยึดได้ในโอกาสต่อไป

นอกจากนี้การกระทำบางอย่างที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ก็ไม่อาจใช้กลไกวิธีพิจารณาของศาลช่วยในการเยียวยาหรือป้องปรามความเสียหายที่กำลังจะเกิดหรือเกิดขึ้นแล้วได้ เช่น กรณีที่ได้มีการทำสัญญาอนุญาตให้บุคคลภายนอกใช้ลิขสิทธิ์ทั้ง ๆ ที่ผู้ทำสัญญาไม่มีสิทธิในการเอาลิขสิทธิ์นั้นไปอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ได้ เจ้าของงานลิขสิทธิ์ก็ไม่สามารถฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่าสัญญาที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ทำกับบุคคลภายนอกเป็นโมฆะได้เพราะสัญญาไม่ได้ขัดต่อกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นมาตรา 150 เป็นต้นแต่อย่างไรและคนก็ไม่ใช่ว่าผู้สัญญาเป็นเรื่องผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้หากมีการทำสัญญากันไปหลาย ๆ ทอดอาจจะมีการแอบอ้างว่าเป็นเจ้าของที่แท้จริงและทำให้ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์แท้จริงเกิดข้อติดขัดในการพิสูจน์ความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และเสียหายจากการที่ผู้อื่นนำลิขสิทธิ์นั้นไปใช้อย่างแพร่หลายได้ อีกทั้งทำให้ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์เป็นทอดๆ อาจอ้างเอาความไม่เจตนาละเมิดลิขสิทธิ์มากล่าวอ้างให้ตนหลุดพ้นความรับผิดชอบได้ ซึ่งปัจจุบันมีปัญหายู่มากโดยเฉพาะการนำเพลงอันมีลิขสิทธิ์ไปทำเพลงประกอบโฆษณา และผู้ใช้เพลงอาจขออนุญาตใช้เพลงจากบุคคลที่ไม่ใช่เจ้าของลิขสิทธิ์ที่แท้จริง เป็นต้น

4.1.4.2 มาตรการทางอาญา

หากกล่าวโดยหลักแล้วมาตรการทางอาญาไม่ได้เป็นมาตรการคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์คนตรีกรรมโดยตรง เพราะความผิดอาญาเป็นเรื่องโทษที่รัฐจะเอาผิดกับผู้กระทำความผิดซึ่งกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายมหาชน โดยการที่พระราชบัญญัติฉบับนี้มีโทษทางอาญาจึงเห็นได้ว่าเป็นความผิดอาญาที่เกิดขึ้นจากกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด (Mala Prohibita) แต่เจ้าของลิขสิทธิ์ก็สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เช่นกันเพราะเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นผู้เสียหายในความผิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 846/2534) ซึ่งมีมาตรการคุ้มครองเจ้าของงานในคดีอาญาดังนี้

4.1.4.2.1 มาตรการในการสันนิษฐานความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังที่ได้กล่าวไปในหัวข้อเกี่ยวกับมาตรการทางแพ่งไปแล้วว่ากฎหมายฉบับนี้มีบทสันนิษฐานความเป็นเจ้าของงานไว้ในมาตรา 62 ว่าโจทก์ในคดีแพ่งหรือในคดีอาญาย่อมสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นเจ้าของงานลิขสิทธิ์ ซึ่งแม้ว่าในมาตรา 62 จะใช้คำว่าโจทก์ย่อมหมายถึงกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญาเองและรวมถึงกรณีที่เป็นผู้เสียหายร้องขอเข้าเป็นโจทก์ร่วมกับพนักงานอัยการด้วย (มาตรา 2(14))

4.1.4.2.2 มาตรการสันนิษฐานความผิดของผู้แทนนิติบุคคล กฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติสันนิษฐานความผิดของผู้แทนนิติบุคคลในกรณีที่นิติบุคคลถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด (มาตรา 74) ซึ่งผู้แทนนิติบุคคลจะหลุดพ้นจากข้อสันนิษฐานนี้ก็ต่อเมื่อพิสูจน์หักล้างได้ว่าตนเองไม่ได้รู้เห็นยินยอมช่วยในการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว การกำหนดมาตรการเช่นนี้ทำให้ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์มีความยำเกรงที่จะไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ระดับหนึ่งเพราะเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ต้องนำสืบเจตนาของผู้แทนนิติบุคคลว่ามีเจตนากระทำความผิดหรือไม่แต่เป็นหน้าที่ของผู้แทนนิติบุคคลนั้นต้องนำสืบหักล้างเอง การกำหนดมาตรการเช่นนี้จะทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถเจรจาตกลงยินยอมกับเจ้าของงานเมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นและสามารถเยียวยาความเสียหายได้ในระดับหนึ่งดียิ่งขึ้นเพราะความผิดอาญาเกี่ยวกับลิขสิทธิ์นี้เป็นความผิดอันยอมความได้นั่นเอง (มาตรา 66)

4.1.4.2.3 มาตรการที่ให้เจ้าของงานได้รับประโยชน์จากงานที่กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ จะเห็นได้ว่ามาตรการดังกล่าวก็คือสิ่งของที่กระทำขึ้นเพื่อละเมิดลิขสิทธิ์ให้ตกเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์ (มาตรา 75) แต่มีเงื่อนไขว่าสิ่งของที่ทำขึ้นนั้นจะต้องยังเป็นของจำเลยเพราะหากได้มีการโอนกรรมสิทธิ์ไปแล้วก็ไม่อาจตกเป็นของเจ้าของงานที่เป็นผู้เสียหายได้

4.1.4.2.4 มาตรการให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับชำระค่าปรับ โดยทั่วไปค่าปรับเป็นโทษทางอาญาซึ่งเมื่อมีการชำระค่าปรับก็จะต้องให้ตกเป็นของแผ่นดิน แต่กฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติพิเศษให้เจ้าของได้รับค่าปรับด้วยกึ่งหนึ่ง (มาตรา 76) โดยทั้งนี้ไม่ตัดสิทธิเจ้าของในการเรียกค่าเสียหายเพิ่มจากค่าปรับที่ตนได้รับชำระ

ปัญหาก็คือในกรณีที่มีการยึดของกลางมาได้เจ้าของงานจะไม่สามารถได้รับสิ่งของที่กระทำขึ้นมาอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ให้ตกได้แก่ตนในทันทีหรือไม่สามารถได้รับชำระค่าปรับ

ในทันทีจนกว่าคดีจะถึงที่สุดซึ่งก็ใช้เวลานานพอสมควร ซึ่งการไม่ได้รับความเสียหายในทันทีนี้มีความเสียหายเกิดขึ้นมากและยังไม่อาจเสียหายได้อย่างจริงจังสมความมุ่งหมายของกฎหมายได้เช่น การยึดเพมาเก็บรักษาไว้หากเก็บรักษาไม่ดีเวลาผ่านไปเนิ่นนานก็ทำให้เพเสื่อมคุณภาพโดยเจ้าของไม่อาจใช้หรือได้รับประโยชน์ได้เมื่อคดีถึงที่สุดแล้ว เป็นต้น

มาตรการอีกมาตรการหนึ่งที่ทำให้มีการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์โดยรัฐในทางอาญาที่ได้ผลก็คือการเปรียบเทียบปรับ ซึ่งการเปรียบเทียบปรับนี้เป็นการกระทำโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ที่จะทำให้สิทธิในการฟ้องคดีอาญาต่อศาลจะระงับไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 37 (4), 39 (3) ซึ่งในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นี้ได้กำหนดไว้ในมาตรา 77 ให้อธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญา เป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ที่จะเปรียบเทียบปรับได้ และหากมีการเปรียบเทียบปรับแก่ผู้ต้องหาแล้วคดีอาญาเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ก็จะระงับไป ตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรืออธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาจะเปรียบเทียบปรับได้หากเป็นความผิดตามมาตรา 69 วรรคหนึ่งและมาตรา 70 เช่น การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการทำซ้ำ, ดัดแปลง ตามมาตรา 27 หรือ กรณีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้นรอง ตามมาตรา 31 เป็นต้น ข้อพิจารณาก็คือการเปรียบเทียบปรับนี้ใช้ทั้งการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่ได้มุ่งทางการค้าและมุ่งทางการค้า แต่ในทางปฏิบัติมักจะใช้กับกรณีที่มีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยไม่มุ่งทางการค้า

สรุปได้ว่าการคุ้มครองชั่วคราวก่อนศาลพิพากษามักจะมีการคุ้มครองเมื่อมีคดีที่ศาลเท่านั้น โดยเจ้าของยังไม่อาจขอให้คุ้มครองก่อนมีคดีที่ศาลได้ยกเว้นการขอให้สืบพยานหลักฐานก่อนซึ่งก็จะต้องมีลักษณะของการสืบพยานหลักฐานไม่เกี่ยวกับการค้นหาพยานหลักฐาน และในมาตรา 65 ก็ได้กำหนดให้ร้องขอศาลมีคำสั่งให้มีการระงับหรือละเว้นการกระทำดังกล่าวนี้ได้ไม่เหมือนกับในต่างประเทศที่ศาลอนุญาตให้สามารถค้นหาพยานหลักฐานก่อนมีการฟ้องคดีที่ศาลได้ ดังนั้นความเสียหายเบื้องต้นของเจ้าของงานลิขสิทธิ์ยังไม่ได้รับความเสียหายจากกฎหมายอย่างเต็มที่และความเสียหายในระหว่างมีคดีที่ศาล ศาลเองก็ยังไม่มีความพอใจในการช่วยเยียวยาให้แก่โจทก์แม้ว่าจะมีเหตุที่จะขอให้คุ้มครองก่อนศาลพิพากษาโดยทางปฏิบัติศาลมักจะมีความเห็นในลักษณะว่าหากให้ความคุ้มครองอาจจะเป็นการตัดสินใจให้โจทก์ชนะคดีทันทีทั้งที่ยังไม่มีการสืบพยาน ซึ่งเป็นการคลาดเคลื่อนในข้อกฎหมายและก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของงานลิขสิทธิ์เป็นอย่างมาก

มาตรการทางอาญาที่กฎหมายฉบับใหม่กำหนดขึ้น ไม่อาจจะช่วยคุ้มครองเหยี่ยวล่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้เท่าที่ควร โดยสามารถคุ้มครองในลักษณะวิธีพิจารณาที่ความอาญาที่เจ้าของสามารถดำเนินคดีได้คล่องตัวยิ่งขึ้นกว่าเดิมเท่านั้น

4.1.5 ปัญหาการจัดเก็บค่าตอบแทนในการใช้งานดนตรีกรรมโดยองค์กรบริหารจัดการจัดเก็บค่าตอบแทน

หากศึกษาภูมิหลังก่อนมีการนำรูปแบบขององค์กรบริหารจัดการจัดเก็บค่าตอบแทนมาใช้ในประเทศไทยก็จะเห็นว่า มีปัญหาการใช้ผลงานดนตรีกรรมไปเผยแพร่อย่างแพร่หลายโดยไม่จำกัด และไม่เสียค่าตอบแทนทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์สูญเสียประโยชน์ในทางเศรษฐกิจโดยเฉพาะสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชนหากคิดเป็นจำนวนเงินแล้วจะมีมูลค่ามหาศาล เนื่องจาก ฝ่ายผู้สร้างสรรค์และเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยทั่วไปยังขาดความรู้ความเข้าใจถึงลิขสิทธิ์ที่มีอยู่อย่างเพียงพอและเกิดยอมรับสภาพความเคยชินในทางปฏิบัติไม่เคยต้องขออนุญาตใช้งานได้ในเวลาต่อมามีความคิดริเริ่มในการยอมรับหลักการจัดเก็บค่าตอบแทนมาใช้โดยผ่านตัวกลางของผู้สร้างสรรค์และเจ้าของลิขสิทธิ์จึงเป็นหลักเกณฑ์ใหม่ที่ประสบผลสำเร็จในต่างประเทศมาแล้วซึ่งสะท้อนพื้นฐานความคิดในการเคารพลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น โดยการชี้แจงความจำเป็นในการจัดเก็บแก่สาธารณชนผู้ใช้งานดนตรีทั่วไปซึ่งต้องใช้เวลาพอสมควรในการทำความเข้าใจดังกล่าวให้เพียงพอโดยสภาพที่เป็นอยู่องค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนดังกล่าวจึงเพิ่งจะเป็นก้าวแรกที่ชัดเจนของการพิทักษ์ผลประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์งานดนตรีกรรมโดยตรงในการเผยแพร่งานต่อสาธารณชนไม่ว่ารูปแบบใดๆ ก็ตาม

โดยทั่วไปการจัดตั้งองค์กรบริหารจัดการจัดเก็บค่าตอบแทน (Collective Administration) ได้มีการยอมรับเกือบทั่วโลกในการหาแนวทางที่มีประสิทธิภาพในการแก้ไขปัญหาเพื่อป้องกันการรั่วไหลผลประโยชน์ที่ควรได้ในทางเศรษฐกิจที่เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่สามารถดูแลควบคุมกันได้อย่างทั่วถึงหรือผู้ใช้ไม่สามารถคิดว่าใครเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้และเพื่อการคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดง โดยเฉพาะจากการใช้ผลงานดนตรีที่มีจำนวนมากและแพร่หลายอย่างรวดเร็วซึ่งเป็นผลจากความก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีและการสื่อสารดังเช่นในปัจจุบันประกอบกับเพื่อความต่อเนื่องในการที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ การจัดตั้งรูปแบบการจัดเก็บค่าตอบแทนเป็นเรื่องของมาตรการบริหารการใช้สิทธิให้มีประสิทธิภาพในส่วนของเจ้าของลิขสิทธิ์เพิ่มเติมเข้ามาและไม่ได้จำกัดเฉพาะการบริหารการใช้ลิขสิทธิ์ภายในประเทศเท่านั้นยังมีความสัมพันธ์กันในการคุ้มครองระดับระหว่างประเทศด้วยตามหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National

Treatment) ด้วยเหตุนี้ ประเทศไทยจึงเห็นความสำคัญในเจ้าของลิขสิทธิ์มากขึ้นและยอมรับมาตรการการบริหารการจัดเก็บค่าตอบแทนขึ้นใช้โดยขณะนี้มีการจัดตั้งในรูปแบบของบริษัทจำกัดในรูปของเอกชน แต่มีวัตถุประสงค์โดยไม่มุ่งหวังผลกำไร (non-profit) อันได้แก่ บริษัทลิขสิทธิ์ดนตรี (ประเทศไทย) จำกัด ได้ก่อตั้งขึ้นโดยความเห็นชอบของกรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ ในการส่งเสริมหรือสนับสนุนเกี่ยวกับการดำเนินการเพื่อจัดเก็บค่าตอบแทนจากบุคคลอื่นที่ใช้งานตลอดจนการคุ้มครองหรือปกป้องสิทธิหรือประโยชน์อื่นใดตามมาตรา 60 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ 2537 นอกจากนี้ยังได้รับการสนับสนุนช่วยเหลือจาก CISAC (International Confederation of Societies of Authors & Composers) หรือเรียกว่าสมาคมผู้สร้างสรรค์และนักแต่งเพลงระหว่างประเทศ ซึ่งประกอบด้วยการรวมตัวของบรรดากลุ่มผู้สร้างสรรค์งานเพลงไม่ว่าจะเป็นผู้ประพันธ์คำร้อง ทำนอง ก็ตามในการดูแลผลประโยชน์จากการนำผลงานดนตรีกรรมให้กับผู้ประพันธ์เพลงที่เข้ามาเป็นสมาชิกไปใช้ไม่ว่าจะเป็นการแสดงสดหรือผ่านสื่อต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นสถานีวิทยุ-โทรทัศน์, เคนเบิ้ลทีวี, ร้านอาหาร, โรงแรม, ร้านค้า, สถานบันเทิงและสถานเริงรมย์ เป็นต้น โดยนำแผ่นเสียงหรือสิ่งบันทึกเสียง, โสตทัศนวัสดุไปเปิดเพื่อประโยชน์ทางการค้า

นอกจากองค์การบริหารการจัดเก็บค่าตอบแทนที่ตั้งขึ้นจากการรวมกลุ่มของผู้สร้างสรรค์เพลง เช่น นักประพันธ์ในประเทศไทยแล้วยังมีองค์กรอื่น ๆ อีกกลุ่มหนึ่งที่ก่อตั้งเพื่อพิทักษ์ผลประโยชน์ในลักษณะเดียวกันแต่ต่างจากกันในลักษณะประเภทของงานด้วยไม่มีกฎหมายห้ามจัดตั้งแต่อย่างใด เช่นบริษัท ไอ เอฟ ที ไอ จำกัด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดเก็บค่าตอบแทนจากการใช้ผลงานดนตรีของ ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงระหว่างประเทศ (International Federation of the Phonographic Industry (IFPI)) ซึ่งมีสาขาทั่วโลกรวมทั้งประเทศไทย

ในการเข้ามาเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์งานเพลงก็โดยการทำสัญญาโอนลิขสิทธิ์หรือสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์แบบไม่เด็ดขาด(non-exclusive) เฉพาะสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชนตามมาตรา 15(2) คือการทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนโดยการแสดง การบรรยาย การสวด การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียงและหรือภาพ.....การจำหน่ายหรือโดยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น สมาชิกขององค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนย่อมได้รับความคุ้มครองผลงานดนตรีทั้งที่มีอยู่ในอดีต ปัจจุบัน และอาจตกลงกันให้ดูแลในส่วนอนาคตย่อมทำได้เช่นกัน

บริษัทลิขสิทธิ์ดนตรี (ประเทศไทย) จำกัด ไม่เพียงแต่จะเป็นตัวแทนจัดเก็บค่าตอบแทนให้แก่ผู้สร้างสรรค์ดนตรีกรรมในประเทศไทยแล้วยังเป็นตัวแทนจัดเก็บค่าตอบแทนดังกล่าวให้กับ

องค์กรบริหารจัดการเก็บค่าตอบแทนในต่างประเทศของ CISAC ซึ่งประเทศไทยเป็นสมาชิกในองค์กรนี้ด้วยจึงมีลักษณะเช่นเดียวกับองค์กรในประเทศต่างๆ เช่น สหรัฐอเมริกา จะมีองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนที่สำคัญอยู่ 3 องค์กรด้วยกัน ส่วนประเทศอังกฤษจะมีองค์กรบริหารจัดการเก็บค่าตอบแทน เช่น PRS (Performing Right Society) และ PPL (Phonographic Performance Ltd.X) กล่าวคือ ASCAP (American Society of Composers Authors and Publishers), BMI (Broadcast Music Inc.) และ SESAC (The Society of European Stage Authors and Composers โดยบริษัทลิขสิทธิ์ดนตรี (ประเทศไทย จำกัด) จะรับผิดชอบดูแลผลประโยชน์เพื่อการใช้ผลงานดนตรีที่มีลิขสิทธิ์ทั้งภายในประเทศไทยและต่างประเทศอย่างทั่วถึงตลอดจนสร้างระบบในการดำเนินธุรกิจเพลง และทำให้เป็นแรงจูงใจให้มีการนำงานเพลงของต่างประเทศเข้ามามากขึ้น ย่อมก่อให้เกิดการแข่งขันในธุรกิจอุตสาหกรรมดนตรีเป็นผลให้มีการพัฒนาเพลงให้ทัดเทียมมาตรฐานของสากลมากขึ้น และสามารถนำผลงานเพลงไทยไปแข่งขันกับตลาดต่างประเทศซึ่งปัจจุบันมีการนำเพลงไทยไปใช้โดยละเมิดในตลาดต่างประเทศเพิ่มจำนวนมากขึ้น โดยเฉพาะแถบประเทศเอเชีย เช่น จีน ฮองกง มาเลเซีย เวียดนาม ฯลฯ จึงสมควรหันมาพิจารณาให้ได้รับความคุ้มครองเช่นกัน

ฉะนั้นหากผู้ใช้งานดนตรีของสมาชิกของบริษัทดังกล่าวข้างต้นโดยไม่ขออนุญาตและไม่จ่ายค่าตอบแทนแก่บริษัทนี้ ย่อมถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ แต่อย่างไรก็ดี การจัดตั้งองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนในปัจจุบันเท่าที่ปรากฏอยู่ในทางปฏิบัติยังไม่ได้ช่วยแก้ไขปัญหาการคุ้มครองผลประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้อย่างเต็มที่นัก และไม่ได้รับการสนับสนุนและประสบความสำเร็จ อันเนื่องจากมีปัจจัยหลายประการซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการจัดเก็บค่าตอบแทนที่มีการวิพากษ์วิจารณ์ในทางปฏิบัติของบุคคลหลายๆ ฝ่ายพอสรุปปัญหาได้ดังนี้คือ

(1) การไม่เห็นประโยชน์และความสำคัญขององค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนในการใช้ลิขสิทธิ์จึงไม่เข้าร่วมเป็นสมาชิกในองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนในฐานะผู้สร้างสรรค์และเจ้าของลิขสิทธิ์เพราะการมอบอำนาจให้ดูแลผลประโยชน์แก่องค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนจะต้องทำในรูปสัญญาโอนลิขสิทธิ์ในงานเผยแพร่ต่อสาธารณชน จึงไม่มั่นใจที่จะมอบหมายสิทธิเด็ดขาดในกรณีนี้รวมทั้งผู้ใช้งานดนตรีกรรมเองก็เพิกเฉยและไม่ให้ความร่วมมือจึงขาดประสิทธิภาพในการจัดเก็บเพราะสร้างภาระค่าใช้จ่ายของผู้ใช้มากขึ้นจากเดิมที่ไม่เคยต้องเสียค่าใช้จ่ายมาก่อน

(2) ขาดความมั่นใจในความพร้อมในเรื่องการบริหารงานโดยเฉพาะบุคคลากรและจำนวนพนักงานขององค์กร จัดเก็บค่าตอบแทนการใช้ผลงานดนตรีซึ่งยังไม่เพียงพอและขาดการประชาสัมพันธ์ทั่วไปให้เข้าใจเพียงพอถึงเหตุผลการจัดเก็บอย่างทั่วถึง นอกจากนี้การจัดเก็บค่าตอบแทนอาจมีการรั่วไหลในค่าลิขสิทธิ์ได้ซึ่งรายงานไม่ครบถ้วนได้ และการพิสูจน์ค่าใช้จ่ายใน

การจัดเก็บที่แท้จริงเป็นจำนวนเท่าใดเป็นเรื่องยากเพราะมีผลต่อค่าตอบแทนที่จัดเก็บได้ซึ่งต้องนำมาหักจากค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ก่อนจัดสรรแก่เจ้าของลิขสิทธิ์

- (3) ความไม่ชัดเจนและไม่มั่นใจในรูปแบบวิธีการและอัตราในการจัดเก็บค่าตอบแทน
 (4) มีการแอบอ้างเป็นพนักงานขององค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนเพื่อแสวงหาประโยชน์

โดยมิชอบ

(5) ยังไม่สามารถตกลงกันที่จะจัดเก็บจากผู้ใช้งานว่าจะให้ฝ่ายใดเป็นผู้จ่ายค่าตอบแทน อาทิเช่น สถานีวิทยุและโทรทัศน์กับผู้เช่าเวลาของสถานีวิทยุและโทรทัศน์เพื่อผลิตรายการ(ผู้จัดรายการเพลงทางสถานีวิทยุและโทรทัศน์) ระหว่างในทางปฏิบัติกับทางกฎหมาย

(6) ความเป็นไปได้ในการมีองค์กรบริหารจัดการจัดเก็บค่าตอบแทนการใช้ผลงานดนตรี อาจเข้าซ้อนได้หลายองค์กรเนื่องจากกฎหมายมิได้ห้ามในการจัดตั้งองค์กรการบริหารจัดเก็บค่าตอบแทนของงานอันมีลิขสิทธิ์ได้เพียงองค์กรเดียว เพราะมีฉะนั้นจะเกิดการผูกขาดได้ จึงต้องการให้มีการแข่งขันระหว่างองค์กรทั้งหลาย เนื่องจากอุตสาหกรรมดนตรีมีงานอันมีลิขสิทธิ์อยู่หลายประเภทที่เกี่ยวข้องกันได้ เช่น สิ่งบันทึกเสียง, โสตทัศนวัสดุ ฯ ซึ่งมีพื้นฐานงานดั้งเดิมมาจากงานดนตรีกรรมเดียวกันจึงยากที่จะควบคุมการจัดเก็บแยกกันไปได้ชัดเจนอาจมีการคาบเกี่ยวระหว่างงานดังกล่าวหากแต่ละงานมีองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนดูแลแยกกันออกไปซึ่งจะกล่าวในรายละเอียดต่อไป

(7) ความเป็นไปได้ในการจัดเก็บค่าตอบแทนเพื่อกำหนดราคาค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ขององค์กรจัดเก็บโดยเพียงองค์กรเดียว หากองค์กรจัดเก็บใดองค์กรหนึ่งมีสมาชิกอยู่เป็นจำนวนมากอันอาจทำให้มีอำนาจเหนือตลาดอยู่เพียงรายเดียวโดยไม่มีคู่แข่งก็จะเกิดการผูกขาดได้ในที่สุดซึ่งจะกล่าวในรายละเอียดต่อไป

(8) ขาดการกำกับ, ควบคุมดูแลองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทน โดยรัฐเนื่องจากไม่มีกฎหมายระบุให้อำนาจแก่รัฐเข้าไปกระทำการใดนอกจากการส่งเสริมหรือสนับสนุนโดยคณะกรรมการลิขสิทธิ์เท่านั้นตามมาตรา 60 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ 2537

(9) งานดนตรีกรรมที่เป็นของสมาชิกในองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนอาจไม่ได้ถูกใช้เพื่อเผยแพร่ต่อสาธารณชนอีกต่อไปเนื่องจากการเปรียบเทียบกับอนุญาตให้ใช้งานดนตรีโดยปริยายและไม่เสียค่าตอบแทนของบริษัทบันทึกเสียงที่เป็นเจ้าของงานลิขสิทธิ์ในลักษณะของการจ้างนักจัดรายการ ใช้งานเพลงนั้นได้เพื่อส่งเสริมทางการตลาดและการเพิ่มยอดจำหน่ายเพลงของบริษัทบันทึกเสียงต่างๆ ให้เกิดความเคยชินและคุ้นหูกับเพลงนั้นๆ ให้แพร่หลายมากขึ้น หรือการเช่าเวลาจากสถานีวิทยุและโทรทัศน์เพื่อจัดรายการเพลงและเปิดเพลงเฉพาะบริษัทค่ายเพลงของตนเท่านั้นอันมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยแท้จริง ซึ่งขัดกับหลักการจัดเก็บค่าตอบแทนซึ่งต้องไม่เลือกจัด

เก็บค่าตอบแทนเฉพาะบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพราะต้องจัดเก็บค่าตอบแทนทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องโดยไม่เลือกปฏิบัติ การกระทำเช่นนี้จะไม่ก่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรมในที่สุดจะก่อให้เกิดการปิดกั้นการเผยแพร่ผลงานเพลงของสมาชิกองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนและผู้ประกอบธุรกิจรายย่อยซึ่งมีเงินทุนน้อยกว่าได้ นอกจากนี้ในทางตรงข้ามผู้จัดรายการซึ่งเป็นผู้ใช้เพลงยังเห็นว่าการจัดเก็บค่าตอบแทนจากผู้ซึ่งเป็นผู้จัดรายการเพลงตามสถานีวิทยุและโทรทัศน์นั้นถือว่าเป็นการปิดโอกาสการแนะนำและเสียโอกาสในการส่งเสริมเพลงของสมาชิกในองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนได้ไม่ถูกต้อง

(10) ความล่าช้าในการจัดเก็บซึ่งต้องแยกงานใดบ้างซึ่งเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของสมาชิกขององค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนและก่อให้เกิดปัญหาในการตรวจสอบที่แน่นอนและการที่จะจัดเก็บค่าตอบแทนทั้งหมดไปก่อนซึ่งเป็นการรวมงานเพลงที่เป็นงานมีลิขสิทธิ์ของสมาชิกองค์กรจัดเก็บและที่ไม่ได้เป็นสมาชิกขององค์กรจัดเก็บต้องถูกจัดเก็บแบบเหมารวมไปก่อนจึงมีความคลุมเครือเพราะจะละจำนวนกันระหว่างจำนวนครั้งที่ใช้ไปของงานเพลงทั้ง 2 กลุ่มและไม่ถูกต้องและสร้างภาระแก่ผู้ใช้งานมากเกินไปจนสมควร

(11) มีความสงสัยในการจัดเก็บค่าตอบแทนจะมีผลย้อนหลังไปนับแต่วันที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีผลใช้บังคับหรือไม่ จึงเลือกที่จะไม่ใช้งานเพลงของสมาชิกองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนทั้งนี้เพื่อป้องกันละเมิดลิขสิทธิ์และหันไปใช้เพลงของบริษัทบันทึกเสียงที่อนุญาตให้ใช้เพลงได้โดยปริยายโดยไม่เสียค่าตอบแทนซึ่งได้ประโยชน์มากกว่า

(12) สิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชนมีความหมายกว้างซึ่งไม่ชัดเจนและคาบเกี่ยวกันหรือทับกันเพราะสามารถทำได้หลายอย่างในเวลาเดียวกัน

เหล่านี้ล้วนเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติซึ่งต้องอาศัยการประชาสัมพันธ์ชี้แจงแก่เจ้าของลิขสิทธิ์และสาธารณชนผู้ใช้โดยทั่วไปทราบและทำความเข้าใจให้ตรงกันก่อนการจัดเก็บต่อไปรวมทั้งมาตรการทางกฎหมายซึ่งมีรัฐคอยสอดส่องดูแลและให้การสนับสนุน อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนขอวิเคราะห์เฉพาะปัญหาในการจัดเก็บค่าตอบแทนในการใช้งานดนตรีกรรมโดยองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนดังนี้คือ

4.1.5.1 ปัญหารูปแบบและการวิธีการจัดเก็บค่าตอบแทน

4.1.5.2 ปัญหาอัตราในการจัดเก็บค่าตอบแทน

4.1.5.3 ปัญหาในทางปฏิบัติเพื่อบังคับการจัดเก็บค่าตอบแทน

4.1.5.4 ปัญหาความซ้ำซ้อนในการจัดเก็บค่าตอบแทนขององค์กรอื่นๆที่มีลักษณะ

อย่างเดียวกัน

4.1.5.5 ปัญหาระบบการควบคุมการจัดเก็บค่าตอบแทนขององค์กรบริหารการจัดเก็บค่าตอบแทน

4.1.5.1 ปัญหารูปแบบและวิธีการจัดเก็บค่าตอบแทนในประเทศไทย

องค์กรบริหารการจัดเก็บค่าตอบแทนในการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ดนตรีกรรมในนามของเจ้าของลิขสิทธิ์ดนตรีกรรมในประเทศไทยมีรูปแบบโครงสร้างมีความแตกต่างจากต่างประเทศก่อนที่จะพิจารณาปัญหาขององค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนในประเทศไทย ผู้เขียนขอยกตัวอย่างในต่างประเทศซึ่งประเทศไทยอาจมีโอกาสนำมาใช้เป็นแบบอย่างเพียงบางส่วน หรือเป็นกรณีๆไป เนื่องจากการอนุญาตให้ใช้งานลิขสิทธิ์ในต่างประเทศเป็นการอนุญาตเชิงบังคับ (Compulsory license) ทั้งสิ้น กล่าวคือ ประเทศทั้งหลายส่วนใหญ่เห็นว่างานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทงานที่เกี่ยวกับดนตรีมีประโยชน์แก่สังคมและมีโอกาสถูกใช้งานบ่อยและง่ายมากซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์เองก็ยากที่จะดูแลทั่วถึงในการดำเนินคดีกับผู้ละเมิดจึงใช้วิธีการออกกฎหมายมาใช้บังคับกับกรณีการอนุญาตเชิงบังคับจึงเป็นข้อแตกต่างในแนวความคิดกับกรณีของกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยที่สำคัญ โดยเฉพาะคณะกรรมการลิขสิทธิ์ตามกฎหมายไทยมิได้มีอำนาจในการกำหนดค่าตอบแทนโดยชัดเจนเพียงวินิจฉัยค่าตอบแทนในการเผยแพร่งานสิ่งบันทึกการแสดงและการใช้ลิขสิทธิ์ในพฤติกรรมพิเศษซึ่งไม่ครอบคลุมงานดนตรีกรรมอย่างแท้จริง (มาตรา 45, มาตรา 54-55 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีโครงสร้างการจัดตั้งในรูปแบบของสมาคมและส่วนใหญ่งานดนตรีกรรมสามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้หลายรูปแบบเช่น⁴⁸

- 1) การพิมพ์ เช่น พิมพ์หนังสือเพลง โน้ตเพลง
- 2) การผลิตสิ่งบันทึกเสียง (phonographic records) หรือในแถบบันทึกภาพ (audio tape)
- 3) การบันทึกลงในแถบฟิล์มภาพยนตร์ (synchronize) หรือ (video tape)
- 4) และประการสุดท้ายที่สำคัญที่สุด คือ การนำงานดนตรีกรรมออกแสดงให้สาธารณะ ซึ่งมีทั้งการนำออกแสดงสดโดยนักแสดงนักดนตรีหรือนักร้องและนำออกแสดงโดยลักษณะเชิงกล (mechanical) ซึ่งหมายถึงการทำงานดนตรีกรรมบันทึกลงในวัสดุอุปกรณ์ใดๆ ที่สามารถทำซ้ำในรูปแบบต่างๆ หรือเครื่องมือสื่อสารชนิดต่างๆ เช่น แถบบันทึกภาพ แผ่นเสียง เทป การถ่ายทอดงานดนตรีกรรมทางสถานีวิทยุโทรทัศน์หรือทางสายเคเบิล⁴⁹

⁴⁸ ภัทรดา พินิจคำ, หน้า 32.

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 36-37.

⁵⁰ สำหรับองค์กรบริหารการจัดเก็บค่าใช้สิทธิในการอนุญาตเชิงบังคับที่เป็นงานดนตรีกรรมซึ่งทำหน้าที่จัดเก็บค่าใช้สิทธิในนามของเจ้าของลิขสิทธิ์ คือสมาคมสิทธิในการนำออกแสดง (performing rights society) ในอเมริกามีอยู่ 3 สมาคม ได้แก่สมาคม ASCAP (American Society of Composers Authors and Publishers) สมาคม BMI (Broadcast Music Inc.) และสมาคม SESAC (Society of European Stage Authors and Composers) โดยสมาคมเหล่านี้จะทำความตกลงกับเจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อจัดเก็บค่าใช้สิทธิแทนเจ้าของลิขสิทธิ์โดยส่วนใหญ่เจ้าของงานลิขสิทธิ์ดนตรีกรรมจะเข้าเป็นสมาชิกของสมาคม ASCAP และ สมาคม BMI สมาคมจะทำการเจรจาอนุญาตในการนำออกแสดงต่อสาธารณชนจัดเก็บ และจ่ายค่าใช้สิทธิให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ รวมทั้งว่ากล่าวตักเตือนผู้ทำการละเมิดต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์⁵¹

ด้วยเหตุนี้ สาธารณชนผู้ใช้จึงมีสิทธิในงานดนตรีกรรมได้ไม่ถือเป็นละเมิดภายใต้เงื่อนไขการอนุญาตเชิงบังคับโดยจ่ายค่าตอบแทนในเบื้องต้นคู่สัญญาสามารถทำความตกลงกันได้ แต่หากมีข้อโต้แย้งก็ให้เป็นภาระหน้าที่ของคณะกรรมการลิขสิทธิ์ต่อไปในการกำหนดค่าตอบแทนซึ่งเรียกว่า (Copyright Royalty Tribunal)

สำหรับวิธีการและการกำหนดอัตราค่าตอบแทนจะพิจารณาจากลักษณะของการอนุญาตให้ใช้ในการคำนวณค่าตอบแทนดังเช่นในการให้อนุญาตของสมาคม ASCAP และสมาคม BMI จะทำการอนุญาตแบบ “Blanket Licensing” อันหมายถึงการอนุญาตให้ใช้งานดนตรีกรรมชิ้นใดชิ้นหนึ่งของงานดนตรีกรรมทั้งหมดที่เป็นงานสะสม (repertoire) ของสมาคมหรือเป็นงานดนตรีกรรมของสมาชิกของสมาคมที่มีข้อตกลงร่วมกันในต่างประเทศ ดังนั้นเพื่อนำงานดนตรีกรรมทั้งหมดที่อยู่ในงานสะสมของสมาคมออกแสดงในที่สาธารณะ จะมีการกำหนดอัตราค่าใช้สิทธิในอัตราเดียวกันโดยเป็นลักษณะเหมาะจ่ายในลักษณะการใช้ประเภทเดียวกัน ทำให้ผู้ขออนุญาตเสียเปรียบเพราะต้องชำระค่าใช้สิทธิเป็นรายปีล่วงหน้าซึ่งรวมทั้งต้องจ่ายค่าใช้สิทธิในงานดนตรีกรรมที่ตนไม่ประสงค์จะใช้ และไม่สามารถเจรจาตกลงกัน ผู้สร้างสรรค์เป็นรายบุคคล⁵² อย่างไรก็ตามก็ดี

⁵⁰ มณฑกานติ พันธุ์ไพโรจน์, “คณะกรรมการกำหนดค่าใช้สิทธิในกฎหมายลิขสิทธิ์ : ศึกษาโครงสร้างและอำนาจหน้าที่” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), หน้า 19.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 112.

⁵² มณฑกานติ พันธุ์ไพโรจน์, หน้า 21.

ปัญหาที่ตามมาคือได้รับการต่อต้านเป็นอันมากซึ่งมีการคัดค้านและนำหลักกฎหมายผูกขาดมาใช้ควบคุมสมาคม ASCAP จึงนำการอนุญาตให้ใช้แบบ “per-programe” เพิ่มขึ้นนอกเหนือจาก “Blanket licensing” ซึ่งหมายถึง การอนุญาตแต่ละรายการที่นักร้องดนตรีกรรมของสมาคมออกแสดงทำให้ผู้ใช้ดนตรีเข้าถึงงานดนตรีกรรมที่อยู่ในงานสะสมของสมาคม ASCAP ซึ่งต้องจ่ายค่าตอบแทนอัตราเดียว (flat fee) ในแต่ละรายการโดยไม่คิดค่าตอบแทนจากรายการที่มีได้ใช้งานดนตรีกรรมที่อยู่ในงานสะสมของสมาคม ASCAP หรือรายการที่มีได้ใช้งานดนตรีกรรมที่อยู่ในงานสะสมของสมาคม ASCAP หรือรายการที่มีงานดนตรีกรรมที่ได้รับอนุญาตโดยตรงจากเจ้าของลิขสิทธิ์ การอนุญาตแบบนี้ผู้รับอนุญาตจะต้องเสนอรายงานภายใต้การควบคุมของสมาคม ASCAP อย่างเข้มงวด⁵³

สำหรับในประเทศอังกฤษเองในระยะเริ่มแรกการก่อตั้งการบริหารจัดเก็บค่าใช้สิทธิเท่าที่ผ่านมาก็มีอุปสรรคมากมายทั้งได้รับการต่อต้านจากกลุ่มผู้ใช้งานดนตรีกรรมมากมายเช่นประเทศไทยในปัจจุบัน ซึ่งในประเทศอังกฤษจัดตั้งในรูปสมาคม PRS (Performing Right Society) เป็นตัวแทนการจัดเก็บค่าสิทธิการนำออกแสดงงานดนตรีกรรมของเจ้าของงานลิขสิทธิ์ดนตรีกรรมสำหรับ PPL (Phonographic Performance Ltd.) จะรับผิดชอบดูแลและเป็นตัวแทนของเจ้าของลิขสิทธิ์ในสิ่งบันทึกเสียง จากการนำออกแสดงต่อสาธารณชนโดยเฉพาะบันทึกการแสดง

ในรูปแบบการอนุญาตให้ใช้ในประเทศอังกฤษมีลักษณะเป็นการอนุญาตเชิงบังคับ (compulsory license) และแผนงานอนุญาต (license scheme) กล่าวคือ เป็นการอนุญาตเชิงบังคับอยู่ในประเภทเดียวคือ การทำซ้ำโดยอุปกรณ์เชิงกลซึ่งบทประพันธ์ดนตรีที่เคยมีการบันทึกมาแล้ว (The mechanical reproduction of previously record musical composition)⁵⁴ อย่างไรก็ตาม การที่สมาคมมีอำนาจในการให้อุญาตและจัดเก็บค่าใช้สิทธิดังกล่าว สมาคมอาจใช้อำนาจโดยทางที่มีชอบได้ เช่น ปฏิเสธการให้อุญาตโดยปราศจากเหตุผล ดังนั้น รัฐจึงต้องเข้าควบคุมดำเนินการของสมาคมโดยจัดตั้ง Performing Right Tribunal ดูแลการดำเนินการของสมาคม⁵⁵ หากพิจารณารูปแบบและวิธีการจัดเก็บค่าตอบแทนของประเทศไทยแล้ว ในขณะนี้ก็มีเพียงองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนเพื่อผู้สร้างสรรค์งานดนตรีกรรมคือ บริษัท ลิขสิทธิ์ดนตรี (ประเทศไทย) จำกัด ส่วน

⁵³ ภัทรดา พินิจคำ, หน้า 55.

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26. และโปรดดูกฎหมายลิขสิทธิ์ของอังกฤษ ค.ศ. 1956 มาตรา 8)

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 154.

องค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนอีกองค์กรคือ บริษัท ไอ เอฟ พี ไอ จำกัด นั้น เพิ่งจะเริ่มอยู่ในระหว่างดำเนินการประชาสัมพันธ์เพื่อจัดเก็บค่าตอบแทนในขณะนี้ แต่ในช่วงแรกเจ้าของลิขสิทธิ์ให้ความสำคัญในบริษัท ไอ เอฟ บี ไอ จำกัด ในการเป็นตัวแทนโดยเฉพาะเจ้าของลิขสิทธิ์ในต่างประเทศ เพื่อดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานเพลงในรูปสิ่งบันทึกเสียงและโสตทัศนวัสดุที่เกิดขึ้นในประเทศไทยซึ่งมีจำนวนมากกว่าให้ดำเนินการจัดเก็บค่าตอบแทนเพื่อผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง แอบบันทิกเสียงและภาพ โสตทัศนวัสดุ เป็นต้น ในการเลือกที่จะดำเนินการจัดตั้งเป็นรูปแบบของบริษัทจำกัดที่ไม่มุ่งหวังกำไรซึ่งประกอบด้วยผู้ถือหุ้นเป็นผู้สร้างสรรค์งานดนตรีและเป็นสมาชิกขององค์กรนั้น เพราะไม่อาจจัดตั้งเป็นรูปแบบสมาคมดังเช่นในต่างประเทศได้ ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายไทยไม่เอื้ออำนวยให้เพราะว่าการจัดตั้งในรูปแบบสมาคมจะต้องดำเนินการโดยไม่ได้มุ่งหวังผลกำไร แต่องค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนจำเป็นต้องจัดตั้งเป็นบริษัทเพราะสามารถนำกำไรมาหักค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเกี่ยวกับการเก็บค่าตอบแทนก่อนแล้วคืนเป็นส่วนกำไรแบ่งปันแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นสมาชิกขององค์กรบริหารจัดการเก็บค่าตอบแทนต่อไปซึ่งมิได้มุ่งหวังผลกำไรในลักษณะของบริษัทจำกัดทั่วไป อย่างไรก็ตาม ขณะนี้มีปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินการเพราะขัดกับหลักการจัดตั้งบริษัทจำกัดตามมาตรา 1012 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในมาตรานี้บัญญัติว่า “อันว่าสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการร่วมกันด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น” และผู้ใช้งานดนตรีอาจเข้าใจผิดว่าองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนมักจะหวังผลกำไรจากการดำเนินการโดยตรงและมีผู้ให้ความเห็น⁵⁶ ว่าสำหรับในการบริหารสิทธิเป็นระบบการบริหารแบบแยกประเภทระหว่างผู้สร้างสรรค์งานดนตรีกรรมกับสิทธิที่เกี่ยวข้องกับงานดนตรีกรรมอื่นๆ (งานสืบเนื่อง) เช่น สิ่งบันทึกเสียง โสตทัศนวัสดุ แต่อย่างไรก็ดี ขณะนี้ยังไม่มียุติบัตรจัดเก็บค่าตอบแทนแก่นักแสดง ผู้เขียนเห็นว่าหากองค์กรบริหารจัดการเก็บค่าตอบแทนของเจ้าของงานลิขสิทธิ์ดนตรีและบรรดาการเก็บค่าตอบแทนแก่การใช้งานประเภทแอบบันทิกเสียงและบันทึกภาพประสบความสำเร็จมากกว่านี้แล้วในอนาคตคงจำเป็นต้องมีองค์กรเพื่อนักแสดงเพิ่มขึ้นได้

อนึ่ง การจัดรูปแบบการบริหารสิทธิในองค์กรแบบแยกประเภทจะมีประโยชน์สำหรับประเทศที่เพิ่งจะเริ่มจัดตั้งมากกว่าการจัดรูปแบบองค์กรแบบผสม กล่าวคือ การจัดรูปแบบการ

⁵⁶ สัมภาษณ์ วีรวิทย์ วีรวิทย์ ผู้อำนวยการกองวิชาการและวางแผน กรมทรัพย์สินทางปัญญา โดย ปิยานี รุ่งรัตน์รัชชัย, “วีดีโอ ภาพยนตร์ เพลง การ์ตูน ลิขสิทธิ์ก็เอาไม่อยู่ หากขาดแรงหนุนด้านการตลาด”, วารสารผู้จัดการรายเดือน 14 (ธันวาคม 2539): 170.

บริหารสิทธิในองค์กรแบบแยกประเภท หมายถึง องค์กรบริหารการจัดเก็บค่าตอบแทนที่บริหารสิทธิเพียงประเภทเดียว คือ องค์กรบริหารสิทธิการใช้ผลงานทางดนตรีกรรม (performance right in music) แยกต่างหากจากการบริหารสิทธิข้างเคียงอื่นๆ เช่น สมาคม PRS, ASCAP และ BMI⁵⁷

มีข้อสังเกตคือขอบเขตแห่งสิทธิที่จะจัดเก็บค่าตอบแทนจำกัดเฉพาะในส่วนของการเล่นแพร่ต่อสาธารณชนไม่รวมการทำซ้ำ ดัดแปลง ให้เช่า อนุญาตให้ให้งานดังกล่าวแต่ประการใด สิทธิในการเล่นแพร่ต่อสาธารณชนได้กำหนดความหมายโดยชัดเจนตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ 2537 อันได้แก่ ทำให้ปรากฏและเผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยการแสดง การบรรยาย การสวด การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียงและหรือภาพหรือโดยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น หมายความรวมถึงการแสดงต่อสาธารณชน การกระจายเสียง และส่งสัญญาณเสียงและภาพทางเคเบิลดังตัวอย่างในสัญญาโอนลิขสิทธิ์ระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์และบริษัทลิขสิทธิ์ดนตรี (ประเทศไทย) จำกัด (ภาคผนวก ฉ.)

สรุปได้ว่าการพิจารณาการอนุญาตให้ใช้ในประเทศไทยจะไม่ค่อยมีลักษณะการอนุญาตให้ใช้เชิงบังคับอย่างในกรณีของต่างประเทศเพราะส่วนมากจะเป็นการอนุญาตให้ใช้โดยสมัครใจในลักษณะวิธีการจัดเก็บแบบเหมาจ่าย แต่จะใช้การกรอกข้อความบางประการลงในช่องว่างใบกรอกชื่อเพลงที่ออกอากาศ (cue sheet) (ภาคผนวก ช.) ขณะนี้อยู่ในระหว่างการเจรจาและเผยแพร่รูปแบบวิธีการตลอดจนประชาสัมพันธ์วัตถุประสงค์ของบริษัทให้สาธารณชนผู้ใช้ทราบอยู่ซึ่งต้องรอผลในอนาคตต่อไป สำหรับความเห็นของผู้เขียน เห็นว่า รูปแบบการจัดตั้งองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนในประเทศไทยแม้ว่ามีความเหมาะสมอยู่ในส่วนองค์กรที่เพิ่งเริ่มจัดตั้งในระดับหนึ่งในรูปแบบที่แยกประเภทมิใช่แบบผสมและอยู่ในรูปแบบของบริษัทจำกัด แต่ยังมีข้อบกพร่องทำให้ขาดความเชื่อถือ แต่ควรให้การช่วยเหลือโดยรัฐมากกว่าเพียงแต่การส่งเสริมและสนับสนุนเท่านั้นตามมาตรา 60 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ 2537

4.1.5.2 ปัญหาอัตราในการจัดเก็บค่าตอบแทน

อัตราในการจัดเก็บค่าตอบแทนขององค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนในปัจจุบัน ขอยกตัวอย่างของบริษัทลิขสิทธิ์ดนตรี (ประเทศไทย) จำกัด ดังนี้⁵⁸ คือ ขณะนี้ใช้วิธีการจัดเก็บแบบเหมาจ่าย

⁵⁷ ภัทรดา พินิจคำ, หน้า 154.

อย่างไรก็ดี ได้กำหนดอัตราค่าตอบแทนอันมีพื้นฐานโดยเทียบเคียงจากอัตราจัดเก็บในต่างประเทศ เช่น ประเทศมาเลเซีย สิงคโปร์ ที่มีความเป็นอยู่ (ค่าครองชีพ) ลักษณะวัฒนธรรม เศรษฐกิจที่ คล้ายคลึงกับประเทศไทย แต่จะกำหนดในอัตราต่ำกว่าทุกประเทศดังกล่าวเพื่อให้สาธารณชนผู้ใช้ มีความสามารถที่จ่ายค่าตอบแทนได้และปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้องและไม่สร้างความเดือด ร้อนแก่ผู้ใช้งานจึงมีลักษณะแตกต่างไปตามประเภทของผู้ใช้งานคนตรี เนื่องจากแต่ละกลุ่มมีการมี วัตถุประสงค์และปริมาณการใช้งานต่างกันไป เช่น เพื่อประกอบการค้าโดยตรงหรือโดยอ้อม สำหรับการจัดเก็บจากสถานที่ใดที่หนึ่งแล้วก็จะไม่จัดเก็บจากสถานที่ที่ใช้งานเพลงจากสถานที่ได้ จ่ายค่าตอบแทนไปแล้วซ้ำอีกเช่น ร้านค้าเปิดเพลงจากรายการในสถานีวิทยุ เพราะองค์กรจัดเก็บค่า ตอบแทนจากสถานีวิทยุโดยตรงอยู่แล้วเป็นต้น ซึ่งแบ่งออกเป็น 7 กลุ่ม (ภาคผนวก ช.)

ดังนั้นปัญหาที่ว่าอัตราการจัดเก็บค่าตอบแทนจะเป็นธรรมหรือไม่นั้น โดยดูจากจำนวน ความถี่ในการใช้เพลง พื้นที่ของสถานที่ในการบรรจุนักฟังและผู้ชมรวมทั้งที่นั่งในการรับฟัง และรับชมไม่ว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า ในขณะนี้ยังไม่สามารถสรุปได้แน่ชัดเนื่องจากยังไม่ได้ เริ่มการจัดเก็บอันเนื่องมาจากการต่อต้านจากกลุ่มผู้ใช้งานคนตรีกรรมประกอบกับอยู่ในระหว่าง ให้คำแนะนำและประชาสัมพันธ์ในกรณีนี้แต่ถ้าหากคาดการณ์แนวโน้มการจัดเก็บค่าตอบแทนใน ปัจจุบัน ผู้เขียนเห็นว่าอัตราค่าตอบแทนการดำเนินงานถึงสภาพทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของ ประเทศไทยด้วย เช่นสถานะเงินเฟ้อ, กลุ่มผู้ใช้งานได้ประโยชน์จากการใช้มากน้อยเพียงใด ตลอดจน รายรับ รายจ่ายของกลุ่มผู้ใช้งานซึ่งบางครั้งอาจพิสูจน์ได้ยากประการหนึ่ง และการรั่วไหลหรือ ทุจริตในการจัดเก็บค่าตอบแทนจะเกิดขึ้นหากไม่มีการวางแผนการจัดเก็บอย่างรัดกุมและควบคุม ให้ดีพอ

4.1.5.3 ปัญหาในทางปฏิบัติเพื่อบังคับการจัดเก็บค่าตอบแทน

เท่าที่ปรากฏการส่งหนังสือแจ้งแก่กลุ่มผู้ใช้งานคนตรีและการจัดสัมมนาเพื่อชี้แจงและทำ ความเข้าใจในการบังคับการจัดเก็บค่าตอบแทนนั้นยังไม่ประสบผลสำเร็จเท่าที่ควร แม้ว่าผู้ใช้งาน บางกลุ่มยอมรับก็ตามแต่ยังไม่อาจตกลงในรายละเอียดต่างๆ ที่เกี่ยวกับอัตราการจัดเก็บค่าตอบแทน ซึ่งปัญหาและอุปสรรคต่อการบังคับการจัดเก็บค่าตอบแทนอยู่มากมายดังกล่าวข้างต้น ประกอบกับยังไม่มี การดำเนินการฟ้องร้องละเมิดลิขสิทธิ์ในการใช้ผลงานคนตรีกับกลุ่มผู้ใช้งาน

⁵⁸ สัมภาษณ์ วิรัช อยู่ถาวร, กรรมการผู้จัดการบริษัท ลิขสิทธิ์คนตรี (ประเทศไทย) จำกัด,

โดยไม่ได้รับอนุญาตอย่างจริงจัง เนื่องจากเจ้าของลิขสิทธิ์มักจะให้ความสำคัญไปยังการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์กับผู้กระทำการทำซ้ำ คัดแปลงงานมากกว่าการสอดส่องการจับเก็บค่าตอบแทน

4.1.5.4 ปัญหาความซ้ำซ้อนในการจัดเก็บค่าตอบแทนขององค์กรอื่นๆ ซึ่งผู้สร้างสรรค์เป็นสมาชิกโดยมีพื้นฐานจากดนตรีกรรมเดียวกัน

มีความเป็นไปได้ในการจัดเก็บค่าตอบแทนที่ซ้ำซ้อนกันระหว่างองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนการใช้งานดนตรี เนื่องจากโดยลักษณะการสร้างสรรค์งานเพลงอาจมีเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานหลายๆ ประเภท เช่นผู้สร้างสรรค์งานดนตรีกรรม (คำร้อง, ทำนอง ฯ) สิ่งบันทึกเสียง (เทปคาสเซ็ท, ซีดี, แผ่นเสียง) โสตทัศนวัสดุ (มิวสิควิดีโอ), ภาพยนตร์ (เพลงประกอบภาพยนตร์ และซาวด์แทรค) งานเหล่านี้ล้วนแล้วแต่มีพื้นฐานจากงานดนตรีกรรม ถ้าเจ้าของงานดนตรีกรรมเป็นสมาชิกขององค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนแล้วมีผู้ขออนุญาตใช้งานเพลงดังกล่าวจากเจ้าของไปทำสิ่งบันทึกเสียง, โสตทัศนวัสดุ หรือ ภาพยนตร์โดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ผู้สร้างสรรค์งานแต่ละประเภทดังกล่าวจึงเป็นผู้สร้างสรรค์ในงานที่ทำซ้ำ คัดแปลงจากงานดนตรีกรรมตามสภาพการใช้งานเพื่อประโยชน์ของตนและหากเป็นสมาชิกขององค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนนอกเหนือจากองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนที่ผู้สร้างสรรค์งานดนตรีกรรมและมีผู้ใช้งานสิ่งบันทึกเสียงและงานอื่นใดที่มีพื้นฐานจากงานดนตรีกรรมไปใช้เผยแพร่ต่อสาธารณชนจะต้องจ่ายค่าตอบแทนทั้งองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนที่ผู้สร้างสรรค์งานดนตรีกรรมเป็นสมาชิกและองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนที่ผู้สร้างสรรค์งานสิ่งบันทึกเสียงและงานอื่นใดที่มีพื้นฐานจากงานดนตรีกรรมเช่นกัน เนื่องจากต้องแยกความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดังกล่าวจากกันประกอบกับกฎหมายไม่ได้กำหนดห้ามไว้ว่าสามารถจัดตั้งรูปแบบขององค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนได้เพียงองค์กรเดียวและการมีองค์กรหลายองค์กรจะเกิดการแข่งกันให้มีประสิทธิภาพมากกว่ามีเพียงองค์กรเดียวมีโอกาสทำให้เกิดการผูกขาดได้ดังเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกาในคดี Alden-Rochelle Inc. V ASCAP⁵⁹ ถูกกล่าวหาว่ามีการละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดรวมทั้งกำหนดค่าตอบแทนในการอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบเหมาเชิงบังคับ (coercive package licensing)⁶⁰ นอกจากนี้ยังมีปัญหาที่ตามมาคือ การระย่อมตกอยู่กับผู้ใช้งานดนตรีที่ต้องจ่ายค่าตอบแทนแก่ทั้ง 2 องค์กรและขาดความคล่องตัวและไม่สะดวกเป็นอย่างยิ่ง

⁵⁹ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.3.2 ปัญหาการรวมตัวกันกำหนดค่าตอบแทนจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิในอุตสาหกรรมดนตรี

⁶⁰ Earl W. Kintner and Jack L. Lahr, *An Intellectual Property Law Primer*, (New York: Macmillan Publishing, 1975), p. 441.

ในทางตรงข้าม ปัญหาอื่นๆ อาจตามมาคือ การละสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานบางประเภทเช่นบริษัทบันทึกเสียงที่มีขนาดใหญ่และมีอิทธิพลในวงการธุรกิจเพลงที่จะไม่เรียกเก็บค่าตอบแทนจากรายการเพลงของสถานีวิทยุหรือโทรทัศน์ที่แพร่เสียงแพร่ภาพผลงานโดยมองว่าเป็นการส่งเสริมการจำหน่ายให้แพร่หลายซึ่งผลงานดังกล่าวเพื่อให้จำหน่ายได้มากๆ ซึ่งสวนทางกับนโยบายขององค์กรบริการจัดเก็บค่าตอบแทนจากการใช้ผลงานดนตรีโดยแท้ แต่อย่างไรก็ตามก็มีผู้ให้ความเห็น⁶¹ เพิ่มเติมว่าถ้าเจ้าของลิขสิทธิ์จะละสิทธิของตนเองก็ไม่ผิด แต่ต้องระวังที่จะไม่ไปละสิทธิในส่วนของคนอื่น เพราะในงานดนตรีกรรมหนึ่งชิ้นมีคนอย่างน้อย 3 กลุ่มที่ถือลิขสิทธิ์อยู่ การละสิทธิดังกล่าวถือเป็นเรื่องที่ยังยอมกันได้ ถ้าทุกฝ่ายเห็นพ้อง แต่ความหวังที่จะเก็บค่าลิขสิทธิ์ให้ได้ก็เป็นเรื่องที่กรมทรัพย์สินทางปัญญาวางหวังว่าถึงเวลาที่ควรจะเกิดขึ้นได้จริงเสียทีโดยให้เป็นค่าตอบแทนลิขสิทธิ์ที่ยอมรับกันได้ ทั้งฝ่ายเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ใช้พร้อมกันเตรียมรับมือป้องกันปัญหาการจัดเก็บในอนาคตได้ด้วยเช่นเรื่องการผูกขาดการจัดเก็บค่าตอบแทนขององค์กรใดองค์กรหนึ่ง แต่ตอนนี้ขอเพียงเก็บค่าลิขสิทธิ์ที่อาจจะเรียกได้ว่าเป็นค่าตอบแทนที่ต่ำที่สุดในบรรดาประเทศที่มีกฎหมายลิขสิทธิ์ให้ได้เสียก่อนเป็นพอ

นอกจากนี้ จำนวนเงินที่เป็นค่าตอบแทนอาจเป็นจำนวนเดียวกันได้แต่จะมีวิธีการอย่างไรที่เหมาะสมในการจัดสรรค่าตอบแทนให้แก่องค์กรต่าง ๆ ที่เป็นตัวแทนจัดเก็บค่าตอบแทนของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานแต่ละประเภทให้เกิดความเป็นธรรมที่สุดของผู้ที่เกี่ยวข้องดังกล่าวและไม่สร้างภาระหรือความสับสนให้แก่ผู้ใช้งานดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าโดยหลักการแล้วอาจไม่มีปัญหาถ้าองค์กรนั้นเป็นตัวแทนจัดเก็บค่าตอบแทนของเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหลายดังกล่าวซึ่งเป็นบุคคลเดียวกันหรือการกำหนดข้อความรับรองโดยชัดแจ้งในข้อสัญญาโอนลิขสิทธิ์หรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบไม่เด็ดขาดเพื่อการเผยแพร่ต่อสาธารณชนของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานทั้งหลายนั้นเป็นการป้องกันปัญหาโอกาสที่จะมีองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนซ้ำซ้อนได้ประการหนึ่ง

หากไม่มีการกำหนดข้อสัญญาดังกล่าวข้างต้นไว้ชัดเจนจำเป็นที่จะต้องหามาตรการการควบคุมโดยการเจรจาตกลงกันระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องให้ทราบและเข้าใจในกรณีนี้

⁶¹ สัมภาษณ์ วีรวิทย์ วีรวิทย์ ผู้อำนวยการกองวิชาการและวางแผน กรมทรัพย์สินทางปัญญา โดยปิยานี รุ่งรัตน์ธวัชชัย “วิดีโอ ภาพยนตร์ เพลง การ์ตูน ลิขสิทธิ์ก็เอาไม่อยู่หากขาดแรงหนุนด้านการตลาด, วารสารผู้จัดการรายเดือน, : 170.

4.1.5.5 ปัญหาระบบการควบคุมการจัดเก็บค่าตอบแทนขององค์กรบริหารการ จัดเก็บค่าตอบแทนและโดยรัฐ

ดังกล่าวข้างต้น การควบคุมดูแลการจัดเก็บค่าตอบแทนขององค์กรบริหารการจัดเก็บค่าตอบแทนโดยรัฐยังไม่ชัดเจนว่าจะมีการกำหนดอัตราค่าตอบแทนที่เป็นธรรมหรือไม่ การดูแลวิธีการจัดเก็บค่าตอบแทนเป็นไปโดยสะดวกและเหมาะสมโดยไม่สร้างภาระแก่ผู้ใช้งานและบังคับให้ผู้ใช้ได้ปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงใด แม้ว่าจะมีบทบัญญัติในมาตรา 45 ผู้นำสิ่งบันเทิงเสี่ยงการแสดงออกเผยแพร่เพื่อการค้าหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยตรงให้ผู้นั้นจ่ายค่าตอบแทนที่เป็นธรรมแก่นักแสดงหากตกลงกันไม่ได้สามารถให้อธิบดีเป็นผู้มีคำสั่งกำหนดค่าตอบแทนที่เป็นธรรมตามปกติในธุรกิจประเภทนั้น อย่างไรก็ตามก็ดูกรณีสามารถอุทธรณ์คำสั่งอธิบดีไปยังคณะกรรมการลิขสิทธิ์ได้

นอกจากนี้ในมาตรา 54 และ 55 เป็นการใช้อธิบดีในพฤติการณ์พิเศษในลักษณะของการอนุญาตเชิงบังคับแต่เป็นกรณีของงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทอื่น เช่น คำแปล สิ่งพิมพ์ในงานวรรณกรรม ทั้งนี้มีหน่วยงานคนตรีกรรมโดยตรงและไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าหากำไรแต่ประการใด และให้อนาจอธิบดีดำเนินการให้มีการตกลงกันก่อนระหว่างคู่กรณีในเรื่องค่าตอบแทนและเงื่อนไขการได้ลิขสิทธิ์ หากตกลงกันไม่ได้ให้อธิบดีมีอำนาจเป็นผู้พิจารณามีคำสั่งกำหนดค่าตอบแทนที่เป็นธรรมโดยให้คำนึงถึงอัตราค่าตอบแทนปกติในธุรกิจประเภทนั้นและกำหนดเงื่อนไขการใช้อธิบดีตามที่สมควร คำสั่งอธิบดีคู่กรณีอาจอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการได้ภายใน 90 วันนับแต่ได้รับหนังสือแจ้งคำสั่งของอธิบดีและให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการให้เป็นที่สุดซึ่งอาศัยและในมาตรา 60 ที่ให้อนาจแก่คณะกรรมการลิขสิทธิ์ในการวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่ง

ดังนั้นอาศัยอำนาจกรรมการลิขสิทธิ์ที่จะเป็นหน่วยงานของรัฐในการดูแลส่งเสริมสนับสนุนองค์กรผู้สร้างและนักแสดงเกี่ยวกับการจัดเก็บค่าตอบแทนจากบุคคลอื่นที่ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดงและการคุ้มครองหรือปกป้องสิทธิหรือประโยชน์อื่นใดตามมาตรา 10 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ตลอดจนอำนาจของคณะกรรมการลิขสิทธิ์ในมาตรา 60(2) ในการวินิจฉัยคำสั่งของอธิบดีตามมาตรา 45, 54 และ 55 เท่านั้น ยังมีความเห็นที่ไม่ครอบคลุมเพียงพอกับกรณีอนุญาตให้มีการเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานคนตรีกรรมโดยเฉพาะการควบคุมการจัดเก็บค่าตอบแทนโดยแท้จริงดังกล่าวทำให้คณะกรรมการลิขสิทธิ์จึงไม่สามารถวินิจฉัยคำสั่งของอธิบดีในเรื่องกำหนดอัตราการจัดเก็บค่าตอบแทนในงานคนตรีกรรมได้สมควรจะแก้ไขให้อนาจแก่คณะกรรมการลิขสิทธิ์เพื่อพิจารณาข้อพิพาทกรณีนี้เหมือนการวินิจฉัยคำสั่งของอธิบดีตามมาตรา

ทั้งสามดังกล่าวในลักษณะของการควบคุมการจับเก็บค่าตอบแทนขององค์กรบริหารการจับเก็บ โดยรัฐเข้าแทรกแซงในส่วนนี้ได้เพื่อประโยชน์มหาชน (public interest) ในกรณีที่ไม่สามารถตกลงอัตราค่าตอบแทนกันได้ ดังเช่น ในประเทศอังกฤษซึ่งมีเหตุผลอันสมควรที่น่าพิจารณา คือ เพื่อป้องกันการก่อให้เกิดสิทธิผูกขาดของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มอบอำนาจให้แก่องค์กรจัดเก็บโดยเฉพาะสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชน กล่าวคือ การมีอยู่ขององค์กรดังกล่าวจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนในการอำนวยความสะดวกแก่มหาชนในการเข้าถึงงานดังกล่าวได้กว้างขวางขึ้น แต่ถ้ามีการร้องทุกข์เกิดขึ้นเพราะมีการใช้สิทธิโดยมิชอบ (abuse) ก่อให้เกิดสิทธิผูกขาดขึ้นมา เพราะโดยแท้จริงแล้วเพลงยอคนิยมทั้งหลายขณะนี้ได้ถูกควบคุมโดยองค์กรต่างๆ ดังนั้นเริ่มที่จะรู้สึกว่ในจำนวนหลายๆ ประเทศ มีมาตรการบางประการของการควบคุมสาธารณชนบางประการเหนือกิจกรรมต่างๆ ขององค์กรดังกล่าวซึ่งจำเป็นจะต้องอยู่ภายใต้ผลประโยชน์มหาชน⁶²

4.2 ปัญหาภาวะภาษีเงินได้ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมดนตรีตามประมวลรัษฎากร

สิทธิในทางเศรษฐกิจไม่ว่าจะเป็นการทำซ้ำ คัดแปลง การเผยแพร่ต่อสาธารณชน การให้เช่า หรือการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ตามมาตรา 15 ของผู้สร้างสรรค์และเจ้าของลิขสิทธิ์และนักแสดงแล้วแต่กรณีสามารถก่อให้เกิดผลประโยชน์ตอบแทนอันเป็นรายได้สำคัญแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องในอุตสาหกรรมดนตรีได้ทั้งสิ้น ทั้งนี้สิทธิในทางเศรษฐกิจจึงขึ้นอยู่กับสัญญาซึ่งก่อให้เกิดความผูกพันที่เกี่ยวข้องแตกต่างกันไปไม่ว่าจะเป็นในรูปสัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ สัญญาโอน สัญญาอนุญาตให้ใช้ ลิขสิทธิ์ เป็นต้น ปัญหาที่ตามมา คือ ปัญหาภาวะภาษีโดยเฉพาะค่าตอบแทนที่ได้รับจากการก่อให้เกิดงานลิขสิทธิ์ในสัญญาข้างต้น ทั้งนี้ ผลงานดนตรีสามารถเข้ามาเกี่ยวข้องกับประกอบอุตสาหกรรมการผลิตผลงานดนตรีและการแสดงในรูปของสินค้า เช่น การทำซ้ำเพื่อผลิตสิ่งบันทึกเสียง วัสดุทัศนวัสดุ ในรูปของการผลิตเทปคาสเซ็ท ซีดี วีดีโอ ดีวีดี ฯลฯ ขั้นตอนการผลิตและจัดจำหน่ายซึ่งสินค้าจำเป็นต้องจ่ายค่าสิทธิให้กับผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ว่าทั้งในและต่างประเทศเพื่อให้ได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในเพลง (คำร้อง ทำนอง หรือการเรียบเรียงเสียงประสาน ฯลฯ) นอกเหนือจากค่าลิขสิทธิ์ในงานเพลงดังกล่าวยังรวมไปจนถึงค่าตอบแทนจากการโอนงานลิขสิทธิ์และการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (royalty) ทั้งนี้เพราะถือเป็นเงินได้พึงประเมินที่ต้องนำมาคำนวณภาษีเงินได้ไม่ว่าบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ตาม ดังนี้คือ

⁶² E.P. Skone James, Sir Mummery, J.E.Rayner James and K.M. Garnett, Copinger and Skone James on Copyright including International Copyright (London:Sweet & Maxwell, 1991), p.494.

4.2.1 กรณีบุคคลธรรมดา

- (1) ผู้มีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (1) จากกรณีที่ผู้สร้างสรรค์เป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานหรือหรือภายใต้การควบคุมดูแลของกระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานของราชการ
- (2) ผู้มีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (2) จากกรณีที่ผู้สร้างสรรค์เป็นผู้รับจ้างทำงานให้ตามสัญญาจ้างทำของ

การคำนวณเงินได้พึงประเมินทั้ง 2 กรณี จะต้องหักภาษีเงินได้ไว้ทุกคราวที่จ่ายเงินได้ตามมาตรา 50 และสามารถหักค่าใช้จ่ายได้ร้อยละ 40 แต่รวมกันต้องไม่เกิน 60,000 บาท และหักค่าลดหย่อนเช่น ค่าลดหย่อนของผู้มีเงินได้ สามีหรือภริยาหรือบุตร ค่าเบี้ยประกันและค่าใช้จ่ายอื่นๆ (ตั้งแต่มตรา 42 ทวิถึงมาตรา 47 หรือมาตรา 57 เบื้องแล้วเหลือเท่าใดเป็นเงินได้สุทธิ ต้องเสียภาษีในอัตราที่กำหนดไว้ในบัญชีอัตราภาษีเงินได้ ตั้งแต่ร้อยละ 5, 10, 20, 30 หรือ 37 ตามอัตราก้าวหน้า)

- (3) ผู้มีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (3) จากกรณีที่ได้รับค่าสิทธิจากการอนุญาตให้ใช้หรือการโอนลิขสิทธิ์ (royalty) โดยส่วนมากเป็นเงินได้เพื่อตอบแทนจากการใช้ประโยชน์ในการทำซ้ำ คัดแปลง การเผยแพร่ต่อสาธารณชน ฯลฯ เป็นสำคัญ

การคำนวณเงินได้พึงประเมินนี้ต้องนำไปรวมกับเงินได้บุคคลธรรมดาในประเภทอื่นๆ (ถ้ามี) เมื่อตอนปลายปี เฉพาะเงินได้ประเภทดังกล่าว (ค่าแห่งลิขสิทธิ์) สามารถหักค่าใช้จ่ายได้เป็นการเหมาได้ร้อยละ 40 แต่ไม่เกิน 60,000 บาทตามมาตรา 42 ตรี ให้คำนวณหักภาษีเงินได้ไว้ทุกคราวที่จ่ายเงินได้พึงประเมินตามอัตราภาษีเงินได้ เว้นแต่ ผู้รับมิได้เป็นผู้อยู่ในประเทศไทย ให้คำนวณหักในอัตราร้อยละ 15 ของเงินได้

- (4) ผู้มีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (8) เป็นเงินได้จากการแสดงเป็นหลัก เช่นนักแสดงสาธารณะซึ่งหมายถึง นักแสดงละคร ภาพยนตร์ วิทยุและโทรทัศน์ นักร้อง นักดนตรี นักกีฬาอาชีพ นักแสดงเพื่อความบันเทิงใดๆตามค่านิยมที่ปรากฏในข้อ 9(2) ของคำสั่งกรมสรรพากรที่ ทป4/2528 เรื่อง สั่งให้ผู้จ่ายเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 แห่งประมวลรัษฎากรมีหน้าที่หักภาษี ณ ที่จ่าย แยกเป็น 2 กรณี คือ นักแสดงที่ภูมิลำเนาอยู่ในต่างประเทศ เช่นการแสดงดนตรี คอนเสิร์ตของนักร้องชาวต่างประเทศในประเทศไทย เช่น ไมเคิล แจ็กสัน, แอร์-ซัพพลาย, ไมเคิล เลอร์นทวร์ค ฯลฯ จะต้องถูกหักภาษี ณ ที่จ่ายโดยคำนวณหักไว้ตามอัตราที่กำหนดไว้ในบัญชีอัตราภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาหรือถ้าเป็นนักแสดงสาธารณะ นอกจากกรณีข้างต้นให้หักภาษี ณ ที่จ่ายโดยคำนวณหักไว้ในอัตราร้อยละ 5 อย่างไรก็ตามก็มีหน้าที่ต้องเสียภาษีประจำปีโดยสามารถ

หักค่าใช้จ่ายซึ่งพิจารณาตามมาตรา 46 ได้โดยให้หักตามพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการกำหนดค่าใช้จ่ายที่ยอมให้หักเงินได้พึงประเมิน(ฉบับที่ 11) 2502 ในมาตรา 8(43) สำหรับนักแสดงสาธารณะในกรณี (ก) ที่มีเงินได้ส่วนที่ไม่เกิน 300,000 บาท สามารถหักค่าใช้จ่ายได้ร้อยละ 60 หรือสำหรับในกรณีที่มีเงินได้ส่วนที่เกิน 300,000 บาท สามารถหักค่าใช้จ่ายได้ร้อยละ 40 อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นหากผู้มีเงินได้ดังกล่าวสามารถแสดงหลักฐานต่อเจ้าพนักงานประเมินและพิสูจน์ได้ว่ามีค่าใช้จ่ายมากกว่านั้นกฎหมายยอมให้หักค่าใช้จ่ายได้ตามความจำเป็นและสมควร ทั้งนี้ให้นำมาตรา 65 ทวิและมาตรา 65 ตริมาไปบังคับโดยอนุโลม แต่ถ้าหลักฐานที่นำมาพิสูจน์นั้นปรากฏว่ามีรายจ่ายที่หักได้ตามกฎหมายน้อยกว่าอัตราค่าใช้จ่ายที่กำหนดไว้ข้างต้นก็ให้ถือว่ามีค่าใช้จ่ายเพียงเท่าหลักฐานที่นำมาพิสูจน์

4.2.2 กรณีนิติบุคคล

หากผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นนิติบุคคล เช่น บริษัทบันทึกเสียงต่างๆ ที่มีรายได้ อันเนื่องจากการประกอบกิจการที่เกี่ยวกับอุตสาหกรรมดนตรีย่อมต้องนำเงินได้ดังกล่าวนำมาคำนวณกับรายได้ประเภทอื่น ๆ เพื่อคำนวณภาษีเงินได้สุทธิของนิติบุคคลตามอัตรากำหนดเงินได้นิติบุคคลร้อยละ 30 ของกำไรสุทธิ ทั้งนี้ให้หักด้วยรายจ่ายตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในมาตรา 65 ทวิ (เงื่อนไขในการคำนวณ) และ มาตรา 65 ตริ (รายจ่ายต้องห้ามในการนำมาคำนวณกำไรสุทธิ) นอกจากนี้หากนิติบุคคลตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศมิได้ประกอบกิจการในประเทศไทยแต่ได้รับเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (2) (3) (4) (5) หรือ (6) ที่จ่ายจากหรือในประเทศไทยให้ผู้จ่ายเงินค่าสิทธิหักภาษี ณ ที่จ่ายในอัตราร้อยละ 15 ของเงินที่จ่ายนั้นตามมาตรา 70

ข้อที่พึงพิจารณาอีกประการคือ หน้าที่ในการเสียภาษีมูลค่าเพิ่มจากการประกอบธุรกิจหากอยู่ในเกณฑ์เป็นผู้ประกอบการ เช่น ถ้าเป็นกรณีการโอนลิขสิทธิ์ในงานดนตรีก็จะถือว่าเป็นการขายสินค้าได้และผู้ประกอบการจะเรียกเก็บภาษีในอัตราร้อยละ 7 แล้วจึงนำค่าสิทธิดังกล่าวที่ได้รับไปรวมคำนวณเป็นรายได้เพื่อหากำไรสุทธิในการเสียภาษีนิติบุคคลต่อไป แต่ถ้าเป็นกรณีการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ก็จะถือว่าเป็นการขายบริการโดยผู้ประกอบการจะเรียกเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มในอัตราร้อยละ 7 ซึ่งเป็นการโอนลิขสิทธิ์(ขาย)หรือเป็นการอนุญาตให้ใช้(บริการ)ที่เกิดขึ้นในประเทศไทยเท่านั้น การบริการที่เกิดขึ้นในราชอาณาจักรทั้งนี้ไม่คำนึงว่าจะได้มีการให้บริการในประเทศไทยหรือไม่ หากเป็นการโอนลิขสิทธิ์ในต่างประเทศผู้โอนไม่ต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม แต่หากมีการอนุญาตให้ใช้จากต่างประเทศแต่นำมาใช้ในประเทศไทยดังนี้ผู้รับอนุญาตซึ่งจ่ายค่าสิทธิให้แก่ผู้อนุญาตให้ใช้ในต่างประเทศเป็นการให้บริการจากต่างประเทศเพื่อได้มีการให้บริการใน

ประเทศไทยคั้งนั้น ผู้รับอนุญาตต้องมีหน้าที่เสียภาษีมูลค่าเพิ่มและนำส่งในกรมสรรพากรตาม มาตรา 77/2 และ มาตรา 83/6

ในทางตรงข้ามกรณีของผู้ขออนุญาตใช้สิทธิหรือรับโอนลิขสิทธิ์ซึ่งจ่ายเงินได้ประเภทค่า สิทธิตามมาตรา 40 (3) มีข้อสังเกตเกี่ยวกับฝ่ายผู้จ่ายเงินได้ดังกล่าวคือ ตามมาตรา 65 ทวิ และ มาตรา 65 ตี โดยเฉพาะ มาตรา 65 ทวิ (2) การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์มีลักษณะของทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร ่างประเภทหนึ่งอันถือเป็นต้นทุนเพื่อการได้มาซึ่งทรัพย์สินจึงต้องนำไปคำนวณกำไรสุทธิและขาด ทุนสุทธิและสามารถหักค่าเสื่อมและค่าสึกหรอเพื่อประโยชน์ในการคำนวณ โดยหักได้ตามหลัก เกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไขและอัตราที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกาโดยเฉพาะพระราชกฤษฎีกา ออกแก มความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการหักค่าสึกหรอและค่าเสื่อมราคาของทรัพย์สิน (ฉบับที่ 145) พ.ศ.2527 กล่าวคือ

มาตรา 4 “การหักค่าสึกหรอและค่าเสื่อมราคาของทรัพย์สินให้คำนวณหักตามระยะเวลาที่ ได้ทรัพย์สินนั้นมาในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีในกรณีที่รอบระยะเวลาบัญชีใดไม่เต็มสิบสองเดือน ให้เฉลี่ยหักตามส่วนสำหรับรอบระยะเวลาบัญชีนั้น ทั้งนี้ ไม่เกินอัตราร้อยละของมูลค่าต้นทุนตาม ประเภทของทรัพย์สินดังต่อไปนี้

(1)

(4) ต้นทุนเพื่อการได้มาซึ่งสิทธิในกรรมวิธี สูตร กุ๊ควิลล์ เครื่องหมายการค้า สิทธิ ประกอบกิจการตามใบอนุญาต สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ หรือสิทธิอย่างอื่น”

กรณีค่าแห่งลิขสิทธิ์ตามอนุสัญญาเพื่อขจัดความซ้ำซ้อนในการจัดเก็บภาษีระหว่างประเทศ ไทยกับประเทศต่างๆที่เข้าร่วมลงนามในอนุสัญญานั้นมีพื้นฐานโดยอาศัยหลักขององค์การเพื่อ ความร่วมมือและพัฒนาการทางเศรษฐกิจ (Organisation for Economic Cooperation and Development หรือ OECD) ให้มีมาตรฐานที่ใกล้เคียงกันเพื่อสอดคล้องกับวัตถุประสงค์การ ทำการเจรจาตกลงกันเพื่อยกเว้นการเก็บภาษีซ้ำซ้อนซึ่งปัจจุบันมีสมาชิกทั้งหมด 26 ประเทศ ใน กรณีนี้เงินได้ที่มีความเกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมดนตรีที่เห็นเด่นชัด คือ เงินได้จากการประกอบกิจการ เพื่อการแสดงของนักแสดง หรือนักดนตรีในประเทศของรัฐคู่สัญญา ทั้งนี้นักแสดงยอม หมายถึงบุคคลธรรมดา นอกจากนี้ก็มีเงินได้จากค่าแห่งลิขสิทธิ์ซึ่งต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไปว่า ประเทศไทยได้ร่วมตกลงกับประเทศคู่สัญญาใดบ้างตลอดจนอัตราภาษีเป็นอย่างไรเป็นต้น

เมื่อทราบภาพรวมของภาระภาษีแล้ว ปัญหาที่จะศึกษามีดังนี้คือ
กรณีปัญหาผลจากคำจำกัดความประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดงในพระราช
ลิขสิทธิ์ 2537 กับการตีความเกี่ยวกับภาระภาษีในประมวลรัษฎากร

การจัดประเภทเงินได้พึงประเมินตามประมวลรัษฎากรเป็นเรื่องสำคัญในการคำนวณภาษี
ซึ่งมีความแตกต่างกันไปตามประเภทของเงินได้ หากพิจารณาจากบทบัญญัติลิขสิทธิ์ 2537 จะเห็น
ได้ว่าคำจำกัดความของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะสามารถนำมาใช้
พิจารณาความหมายประเภทของเงินได้ตามประมวลรัษฎากรได้บางกรณีเท่านั้น ส่วนในเรื่อง
ปัญหาการตีความค่าลิขสิทธิ์ยังไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนทั้งในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฉบับใหม่และ
ประมวลรัษฎากรให้ความหมายอย่างไรบ้าง เห็นสมควรให้มีการบัญญัติไว้ชัดเจนในกรณีดังกล่าว
ด้วย

4.3 ปัญหาการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมในสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรม ดนตรี

4.3.1 ปัญหาการกำหนดเงื่อนไขในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิงานดนตรีกรรมที่มีลักษณะ
จำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม ลิขสิทธิ์ก่อให้เกิดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ใน
การที่จะกระทำการตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์รับรองคุ้มครองให้ หากเป็นการกระทำที่นอกเหนือจาก
นี้แล้ว เจ้าของลิขสิทธิ์หาได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์แต่อย่างใดไม่ การที่ผู้ทรง
ลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวนี้ทำให้อยู่ในฐานะเหนือคู่แข่งรายอื่นเกี่ยวกับงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น
ซึ่งในทางปฏิบัติมีเจ้าของลิขสิทธิ์จำนวนไม่น้อยใช้ความได้เปรียบในงานลิขสิทธิ์ของตนกระทำ
การจำกัดการแข่งขันของผู้อื่นโดยผ่านทางกลไกการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์ใน
ลักษณะของการจำกัดการแข่งขันของผู้อื่นเกินสมควรย่อมถือว่าเจ้าของลิขสิทธิ์กระทำการโดยมิ
ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การจำกัดการแข่งขันไม่เป็นธรรมจึงได้นำมาบัญญัติไว้ในพระราช
บัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในส่วนของการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์โดยเฉพาะเจาะจงในมาตรา 15 (5)
ซึ่งกำหนดให้การอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์จะกำหนดเงื่อนไขให้เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็น
ธรรมไม่ได้ ซึ่งความหมายของการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมนี้ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ได้
กำหนดไว้ให้เป็นไปตามที่กฎกระทรวงกำหนด คือ กฎกระทรวง (พ.ศ. 2540) ออกตามความใน
พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ฉบับลงวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2540 (ภาคผนวก ฉ) อันมีหลัก
การสำคัญซึ่งผู้เขียนขอยกตัวอย่างกรณีที่เกิดขึ้นได้ในทางปฏิบัติของอุตสาหกรรมดนตรีดัง
นี้ คือ

ตาม ข้อ 1 วรรคแรกของกฎกระทรวงดังกล่าวได้กำหนดหลักทั่วไปในการพิจารณาว่าการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม ให้พิจารณาจากวัตถุประสงค์ จุดมุ่งหมายของเงื่อนไขในข้อตกลงอนุญาตให้ใช้สิทธิว่าประสงค์จะจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ นอกจากนี้ยังให้พิจารณาจากผลที่เกิดหรืออาจเกิดขึ้นจากเงื่อนไขอนุญาตให้ใช้สิทธิด้วยว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ พร้อมกันนี้ในกฎกระทรวงฉบับนี้ยังได้กำหนดการกระทำในลักษณะที่ถือว่าเป็นการตกลงที่จำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม หากตกลงในลักษณะตามที่กฎกระทรวงกำหนดไว้ ตัวอย่างเช่น

ข้อตกลงตาม ข้อ 1 (1) “กำหนดให้ผู้รับอนุญาตจัดหาวัสดุเพื่อใช้ในการผลิตสำเนางานที่ได้รับอนุญาตทั้งหมดหรือบางส่วนจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือจากผู้นำหน้าที่เจ้าของลิขสิทธิ์กำหนดไม่ว่าวัสดุที่ใช้นั้นจะมีค่าตอบแทนหรือไม่”

จากเงื่อนไขดังกล่าวมีเหตุผลที่กฎกระทรวงถือว่าการตกลงเช่นนี้เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม กล่าวคือ เป็นการตกลงที่เรียกว่า “การตกลงค้าขายเฉพาะรายหรือ Exclusive Dealing” ซึ่งมีสาระสำคัญของการตกลงเช่นนี้ คือ ผู้ตกลงจะต้องค้าขายหรือซื้อของจากผู้เสนอข้อตกลงหรือบุคคลที่ผู้เสนอข้อตกลงระบุไว้เท่านั้น ผลการตกลงเช่นนี้ทำให้เป็นการจำกัดการแข่งขันของผู้ผลิตวัสดุที่เป็นคู่แข่งของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเกี่ยวกับวัสดุดังกล่าวหรือที่เป็นคู่แข่งกับบุคคลที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิระบุไว้ในข้อตกลง เนื่องจากผู้ผลิตที่เป็นคู่แข่งดังกล่าวไม่อาจเสนอขายสินค้าวัสดุแข่งขันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะต้องซื้อวัสดุหรือจะต้องใช้วัสดุของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิหรือผู้ที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกำหนดเท่านั้น

ข้อตกลงตาม ข้อ 1 (4) “กำหนดค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ในอัตราที่ไม่เป็นธรรมเมื่อเปรียบเทียบกับอัตราที่กำหนดในการอนุญาตที่เจ้าของลิขสิทธิ์กำหนดสำหรับผู้รับอนุญาตรายอื่นสำหรับงานอันมีลิขสิทธิ์อย่างเดียวกันของเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้รับอนุญาตที่มีความสัมพันธ์หรือฐานะทำนองเดียวกัน รวมทั้งเป็นการอนุญาตในช่วงเวลาเดียวกัน” สาเหตุที่ถือเป็นการจำกัดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมเนื่องจากการกำหนดข้อตกลงเช่นนี้เป็นการกำหนดที่เรียกว่า “การแบ่งแยกราคาขาย หรือ Price Discrimination” กล่าวคือ การกำหนดราคาแบบแบ่งแยกราคาขายนี้จะก่อให้เกิดผลกระทบกับการแข่งขันกับบุคคลทั้ง 2 กลุ่ม กล่าวคือในระหว่างกลุ่มผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิด้วยกันซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์รายอื่น การแบ่งแยกราคาขายในอัตราที่ต่ำจะทำให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิรายอื่นไม่สามารถแข่งขันด้วยได้เพราะไม่สามารถเสนอราคา

ที่ต่ำแข่งกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิรายแรกได้ บุคคลอีกกลุ่มหนึ่งก็คือผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิด้วยกันที่ถูกเรียกเก็บค่าใช้สิทธิในอัตราที่แตกต่างกัน ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิที่ถูกเรียกเก็บในอัตราที่สูงกว่า (เพราะการอนุญาตให้ใช้สิทธิหากไม่ใช่การอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบเด็ดขาด ผู้อนุญาตสามารถนำลิขสิทธิ์ไปให้ผู้อื่นรับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้อีก) ย่อมเสียเปรียบผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิที่ถูกเรียกเก็บค่าสิทธิในอัตราที่ต่ำกว่า เพราะก่อให้เกิดภาวะต้นทุนในการประกอบกิจการที่สูงให้แก่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิที่ถูกเรียกเก็บในอัตราที่สูงซึ่งทำให้ไม่สามารถค้าขายแข่งขันกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิที่ถูกเรียกเก็บค่าสิทธิในอัตราที่ต่ำได้เช่นกัน

ปัญหานี้ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา วางแนวว่าหากค่าสิทธิสำหรับผู้อนุญาตบางราย สูงเกินกว่าผู้อนุญาตรายอื่น ๆ สำหรับสัญญาที่ทำในเวลาใกล้เคียงกันแล้ว ถือว่าเป็นการกระทำที่อันไม่เป็นธรรม(Unfair Competition) ที่มีลักษณะเป็นการแบ่งแยกราคาขายหรือราคาค่าบริการ (Price Discrimination) เนื่องจากทำให้ผู้อนุญาตรายที่ต้องชำระค่าสิทธิสูงกว่าบุคคลอื่นนั้นเสียเปรียบในด้านการแข่งขันทางการค้า เพราะต้องใช้จ่ายในค่านี้นี้สูงกว่าคู่แข่งรายอื่น ข้อตกลงและเงื่อนไขกับการให้ชำระค่าสิทธิที่สูงเกินกว่าของบุคคลอื่นเช่นนี้จึงไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย⁶³

อย่างไรก็ตาม กฎกระทรวงฉบับนี้ยังมีได้กล่าวถึงการแบ่งแยกราคาขายที่กำหนดราคาต่ำกว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิรายอื่นอีกกลุ่มหนึ่งในอัตราที่สูง เนื่องจากคู่แข่งรายอื่นไม่อาจกำหนดค่าตอบแทนในอัตราที่ต่ำเช่นนั้นได้เมื่อเทียบกับต้นทุนของคู่แข่งรายอื่นได้ใช้ความอุตสาหกรรมกันคว่าเพื่อให้ได้มาซึ่งงานลิขสิทธิ์ การกำหนดเช่นนี้จึงมีผลกระทบต่อการแข่งขัน ดังนั้น สิ่งที่เกิดขึ้นแม้เจ้าของลิขสิทธิ์รายแรกจะขาดทุน แต่สามารถเรียกทุนคืนกลับมาได้กำไรอย่างมหาศาลจากการกำหนดค่าตอบแทนในอัตราที่สูงแก่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิรายอื่นได้เป็นจำนวนมาก ผู้เขียนจึงเห็นว่าสมควรจะมีการกำหนดว่าข้อสัญญาในลักษณะแบ่งแยกราคาขายในอัตราที่ต่ำเกินไป เช่นนี้ย่อมถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่จำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมเช่นกัน

ข้อตกลงตาม ข้อ 1(6) “กำหนดให้ผู้อนุญาตโอนลิขสิทธิ์ในงานที่ผู้อนุญาตทำการคิดแปลงหรือพัฒนาจากลิขสิทธิ์ที่อนุญาตให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือบุคคลอื่นใด หรืออนุญาตให้เจ้า

⁶³ สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล, “ค่าตอบแทนการใช้สิทธิในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ” เอกสารสืบเนื่องจากการสัมมนา เรื่อง การเจรจาและการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบต่าง ๆ, 26-27 พฤษภาคม 2531 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 80.

ของลิขสิทธิ์หรือบุคคลอื่นใดแต่เพียงผู้เดียวมีสิทธิเกี่ยวกับงานที่ได้ดัดแปลงหรือพัฒนานั้น ทั้งนี้ เว้นแต่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือบุคคลดังกล่าวจะจ่ายค่าตอบแทนที่เหมาะสมให้แก่ผู้รับอนุญาต” ลักษณะดังกล่าวอาจเรียกได้อีกอย่างหนึ่งว่า Grant Back Licensing เนื่องจากผู้อนุญาตให้ใช้ ลิขสิทธิ์เตรียมป้องกันผู้รับอนุญาตนำงานของตนไปทำการดัดแปลงหรือนำไปพัฒนาให้ตีมีประ สิทธิภาพกว่างานดั้งเดิมของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเพื่อไม่ต้องการให้ผู้รับอนุญาตสามารถยกระดับ ฐานะเป็นคู่แข่งกับผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในอนาคตต่อไป ข้อตกลงดังกล่าวนี้หากไม่พิจารณาให้ดี จะเห็นว่าไม่น่าจะเป็นการจำกัดการแข่งขันไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด แต่การที่กฎกระทรวงฉบับนี้ ได้กำหนดไว้ขึ้นเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้ คือ จะไม่ก่อให้เกิดการพัฒนาความคิดสร้าง สรรค์ผลงานใหม่ๆ ขึ้นมา และจะทำให้ขาดกำลังใจและไม่มีความกระตือรือร้นในการแข่งขันใน ทางด้านการค้าและไม่ก่อให้เกิดการส่งเสริมการพัฒนาอุตสาหกรรมให้มีประสิทธิภาพได้ในที่สุด จึงต้องกำหนดไว้

ข้อตกลงตาม ข้อ 2 (1) “กำหนดให้ผู้รับอนุญาตต้องใช้งานอันมีลิขสิทธิ์อื่นของเจ้าของ ลิขสิทธิ์โดยเรียกค่าตอบแทนสำหรับการใช้ดังกล่าว” ซึ่งการที่กฎกระทรวงฉบับนี้ถือว่าเป็นการ ตกลงจำกัดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม เพราะการตกลงเช่นนี้เป็นการตกลงที่เรียกว่า “ข้อตกลงผูกมัด หรือ Tying Clause” มีสาระสำคัญคือผู้รับอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์หากจะขอใช้ลิขสิทธิ์อย่างหนึ่งของ เจ้าของลิขสิทธิ์ก็ต้องขอใช้งานลิขสิทธิ์อีกประเภทหนึ่งที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีอยู่นั้นด้วย แม้ว่า ลิขสิทธิ์อีกประเภทหนึ่งนั้น ผู้ขออนุญาตจะไม่ต้องการก็ตาม แต่จำเป็นที่จะต้องขออนุญาตไปด้วย เนื่องจากผู้ขออนุญาตต้องการใช้งานลิขสิทธิ์ของงานประเภทแรกเป็นสำคัญ การตกลงเช่นนี้ถือ เป็นการจำกัดเสรีภาพในการเลือก (Freedom of Choice” ผู้รับอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ กล่าวคือ แทนที่จะใช้เสรีภาพในการเลือกสิ่งที่ต้องการแต่เพียงอย่างเดียว กลับจะต้องถูกตอกอยู่ในบังคับให้เลือก ในสิ่งที่ไม่ต้องการด้วย นอกจากนี้เจ้าของลิขสิทธิ์รายอื่นยังถูกจำกัดสิทธิในการแข่งขันกับผู้เป็นเจ้าของ ลิขสิทธิ์รายแรกในงานประเภทเดียวกันเพราะผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์รายอื่นไม่มีโอกาสเสนอหรือ อนุญาตให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้เลือกตนด้วย ตัวอย่างในทางปฏิบัติ ได้แก่ กรณีบังคับให้ผู้ รับอนุญาตให้ใช้สิทธิต้องซื้อหน้าปกเทปที่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือจากบุคคลอื่นนอกแบบไว้ซึ่งเจ้าของ ลิขสิทธิ์กำหนด หรือ บังคับให้ซื้อเทปเปล่าเพื่อใช้ในการผลิตงานเพลงของเจ้าของลิขสิทธิ์ทั้งหมด จึงเข้าลักษณะของการขายสินค้าพ่วง (Tied product) ทำให้ผู้รับอนุญาตถูกจำกัดทางเลือกในการหา แหล่งวัตถุดิบจากที่อื่นที่อาจมีราคาถูกกว่า ทำให้เป็นการบังคับและเพิ่มภาระในค่าใช้จ่ายส่วนนี้ เภ็นความจำเป็นที่เกิดขึ้นในการประกอบกร

สิ่งที่น่าพิจารณาอีกประการที่ผู้เขียนเห็นสมควรให้กำหนด ข้อสัญญาเกี่ยวกับขอบเขตการใช้อย่างเสรีเพิ่มเติม เนื่องจากเป็นกรณีที่ผู้อนุญาตให้ใช้บังคับให้ผู้รับอนุญาตต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กว้าง ๆ ในลักษณะจำกัดการแข่งขันไม่เป็นธรรมทั่วไป เช่น การกำหนดห้ามผู้รับอนุญาตไปใช้งานอันมีสิทธิของบุคคลอื่นที่ผู้อนุญาตกำหนดไว้ ซึ่งเป็นคู่แข่งของผู้อนุญาต ตัวอย่างเช่น บริษัทบันทึกเสียงอนุญาตให้สถานีวิทยุ และโทรทัศน์แพร่เสียงแพร่ภาพจากเทปบันทึกการแสดงของนักร้องในสังกัดตนเท่านั้น ห้ามแพร่เสียงแพร่ภาพในงานสิ่งบันทึกเสียงและอื่น ๆ ของบริษัทบันทึกเสียงที่เป็นคู่แข่ง มีที่พบเห็นกันอยู่ในปัจจุบันเพื่อขจัดคู่แข่งทางการค้า เป็นต้น

ข้อสัญญาเหล่านี้เป็นตัวอย่างเบื้องต้นของข้อสัญญาเกี่ยวกับการจำกัดการแข่งขันไม่เป็นธรรมในกฎกระทรวงฉบับใหม่นี้ อย่างไรก็ดี ยังมีการกำหนดลักษณะของการจำกัดการแข่งขันในกรณีอื่นๆ อีกมากมายแม้ว่าผู้เขียนมิได้กล่าวถึงก็ตาม แต่เห็นว่าสามารถนำมาปรับใช้โดยพิจารณาเป็นกรณี ๆ ในโอกาสต่อไป แต่สิ่งที่ปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไปคือ ผลจะเป็นเช่นใดหากฝ่าฝืนข้อกำหนดตามกฎหมายดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า ข้อตกลงที่กฎหมายห้ามกระทำเช่นนี้ถือว่าเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 อย่างไรก็ดี ผู้เขียนยังมีความเห็นต่อไปคือ แม้ว่าจะตกเป็นโมฆะ แต่ก็จะเป็นโมฆะเฉพาะข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมเท่านั้น ส่วนข้อตกลงอนุญาตให้ใช้สิทธิยังมีผลใช้บังคับได้อยู่ตามมาตรา 173 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และการที่กฎหมายกำหนดเช่นนี้เป็นเรื่องระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ดังนั้นหากไม่มีข้อพิพาทกันถึงศาลแล้ว ก็ไม่สามารถห้ามการตกลงกันเช่นนี้ได้ เพราะการฝ่าฝืนมาตรา 15 (5) นี้ หาได้มีการกำหนดโทษทางอาญาไว้แต่ประการใดไม่

จากที่กล่าวมาข้างต้น สามารถวิเคราะห์ได้ว่า การออกกฎกระทรวงฉบับใหม่นี้เพื่อรองรับกับปัญหาการจำกัดการแข่งขันไม่เป็นธรรมในสังคมอันถือเป็นมาตรการแทรกแซงและควบคุมการใช้สิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยผ่านรัฐในการทำข้อตกลงระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้กับผู้รับอนุญาตให้ใช้ซึ่งเป็นเอกชนด้วยกันหรือเป็นรัฐก็ตามจึงได้รับการยอมรับและเห็นสมควรบัญญัติไว้ไม่ให้เกิดการจำกัดการแข่งขันทางการค้ามากเกินไปจนเกิดความเสียหายแก่สังคมโดยรวม

4.3.2 ปัญหาการรวมตัวกันกำหนดค่าตอบแทนจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิในอุตสาหกรรมดนตรี โดยสภาพของลิขสิทธิ์เองไม่ได้มีลักษณะผูกขาดในการที่จะไปจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยตรงได้อย่างกรณีของสิทธิบัตร ถึงกระนั้นก็ตามในการบริหารองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนในงานดนตรีกรรมในต่างประเทศอย่างเช่นในสหรัฐอเมริกาที่มีประสบการณ์สำคัญที่ไม่อาจมองข้ามเกี่ยวกับกรณีการผูกขาดได้เช่นกันและสามารถเป็นตัวอย่างให้แก่ประเทศไทยเพื่อพิจารณาอนาคตของการบริหารงานขององค์การบริหารการจัดเก็บค่าตอบแทนได้ดี กล่าวคือ ในคดี Alden-Rochelle Inc. V ASCAP โดยที่ ASCAP ถูกกล่าวหาว่าทำละเมิดการป้องกันการผูกขาด (antitrust

violation) และการอนุญาตให้ใช้สิทธิเชิงบังคับเป็นชุด (coerceive package licensing)⁶⁴ และการปฏิเสธที่จะเข้าตกลงด้วย (refusals to deal) แต่ประเด็นสำคัญในคดีนั้นคือ เพลงที่แต่งขึ้นในงานสะสม (repertoire) ของ ASCAP ถือได้ว่ามากกว่า 90 เปอร์เซ็นต์ของงานดนตรีกรรมที่มีลิขสิทธิ์ทั้งหมดในสหรัฐอเมริกา เพราะว่าผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่ผู้เดียวในสิทธิการแสดงของงานเหล่านั้น ปรากฏว่า ASCAP ได้ใช้อำนาจผูกขาด (Monopoly Power) นี้ทำให้เห็นว่านโยบายการอนุญาตให้ใช้ของ ASCAP ไม่เป็นไปโดยสุจริต และเป็นความผิดที่ถือเป็นการกระทำการผูกขาดในสิทธิการแสดงโดยมิชอบด้วยกฎหมาย⁶⁵ คือ การอนุญาตในลักษณะนี้จะทำให้ ASCAP และ BMI มีอำนาจในการเจรจาต่อรองเพื่อเรียกร้องให้ขออนุญาตชำระค่าตอบแทนที่สูงเกินกว่าจำนวนที่แท้จริงและต้องชำระค่าตอบแทนการใช้สิทธิในงานดนตรีกรรมที่ตนไม่ประสงค์จะใช้ก็ด้วยเหตุนี้ จึงได้มีการคัดค้านการให้อุญาต “Blanket licensing”⁶⁶ ภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด (Sherman Antitrust Act of 1890) ของสหรัฐอเมริกา⁶⁷ ต่อมาในปี ค.ศ. 1950 จึงต้องมีกรอนุญาตแบบ per-programe เพิ่มขึ้นตามมา ย่อมเป็นธรรมแก่ผู้ใช้งานเพราะรายการที่ไม่ใช้แม้ว่าจะอยู่ในงานสะสมก็ไม่สามารถนำมาคิดค่าตอบแทนได้ อันเป็นผลจากการใช้คำสั่งศาลในปีค.ศ. 1941 ปัญหาการดำเนินคดีโดยใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดยังไม่อาจเป็นวิธีระงับการกระทำการผูกขาดให้สิ้นสุดลงไปได้โดยเด็ดขาดหรือเป็นวิธีที่ดีที่สุด เนื่องจากเหตุผลสำคัญคือ การฟ้องร้องในประเด็นการป้องกันการผูกขาดมักจะเสียค่าใช้จ่ายสูงและเสียเวลามาก ศาลไม่สามารถกำหนดข้อแก้ไขที่เหมาะสมที่สุดเพื่อควบคุมการใช้อำนาจในทางที่ผิดของสมาคมดังกล่าวได้⁶⁸ นอกจากนี้กฎหมายป้องกันการผูกขาดเป็นเพียงเครื่องมือที่ใช้ในการถ่วงดุลย์อำนาจต่อรองระหว่างสมาคมบริหารการจัดเก็บค่าตอบแทนกับผู้จัดดนตรีและที่สำคัญจุดมุ่งหมายของกฎหมายป้องกันการผูกขาด คือ ให้มีการแข่งขันด้านราคาในการนำงานดนตรีกรรมออกแสดง ซึ่งแท้จริงแล้ว การแข่งขันด้านราคามีใช่ปัจจัยสำคัญในตลาดของสิทธิในการนำงานดนตรีกรรมออกแสดงซึ่งมิใช่เป็นเพราะการผูกขาดของสมาคม ASCAP, BMI ที่ป้องกันไม่ให้เกิดการแข่งขันด้านราคาในหมู่งานดนตรีที่นำมารวมกัน แต่เป็นเพราะความแตกต่างของราคาไม่มีผลต่อการเลือกงานดนตรีกรรมของผู้ใช้

⁶⁴ มีความหมายเช่นเดียวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบBlanket Licencing

⁶⁵ Earl W.Kintner, Jack L Lahr, *An Intellectual Property Law Primer*, p. 441.

⁶⁶ มีความหมายเช่นเดียวกับ Coerceive Package Licencing

⁶⁷ ภัทรดา พินิจคำ, “กฎหมายและการบริหารการจัดเก็บค่าตอบแทนการใช้ผลงานดนตรีกรรม”, หน้า 54.

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 60.

ดนตรี ดังนั้น การควบคุมดังกล่าวจึงไม่อาจแน่ใจได้ว่าผู้ใช้ดนตรีจะสามารถขออนุญาตนำงานดนตรีกรรมออกแสดงได้ในอัตราค่าตอบแทนที่พอสมควร⁶⁹

อาจกล่าวได้ว่าองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนอาจอยู่ในสถานะผูกขาดทางพฤตินัยซึ่งอาจนำไปใช้ทางที่ผิดได้ การใช้สถานะผูกขาดในทางที่ผิดมี 3 กรณี

- 1) การปฏิเสธไม่อนุญาตให้ใช้งานในบางลักษณะที่ไม่สมควร
- 2) การเลือกปฏิบัติโดยไม่สมควรระหว่างผู้ใช้ดนตรีที่อยู่ในประเภทเดียวกัน
- 3) การกำหนดค่าตอบแทนและเงื่อนไขในการอนุญาตตามอำเภอใจ⁷⁰

ในกรณีนี้จะกล่าวเฉพาะปัญหาการรวมตัวกันกำหนดค่าตอบแทนขององค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนในประเทศไทยซึ่งในขณะนี้ปัญหาดังกล่าวเช่นในต่างประเทศยังไม่เกิดขึ้น เนื่องจากปัจจัยสำคัญหลายประการดังต่อไปนี้คือ

(1) จำนวนสมาชิกขององค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนได้แก่บรรดาผู้สร้างสรรค์เพลง ซึ่งมีจำนวนน้อยมากที่เข้าร่วมทำให้มีงานเพลงสะสมอยู่ในองค์กรที่จะดูแลมีปริมาณน้อยตามไปด้วย โอกาสที่จะมีการใช้เพลงในงานสะสมจึงลดหลั่นกันไป

(2) สมาชิกขององค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนส่วนใหญ่เป็นผู้สร้างสรรค์เพลง เช่น นักแต่งเพลงอิสระรุ่นเก่าไม่ได้สังกัดอยู่ในบริษัทค่ายเพลงใหญ่ๆ ที่เป็นบริษัทบันทึกเสียง หรือเป็นผู้สร้างสรรค์เพลงที่เป็นเจ้าของบริษัทบันทึกเสียงเล็กๆเอง แต่มีทุนขนาดย่อมไม่ค่อยมีอำนาจต่อรองเท่าใดนัก

(3) บรรดาบริษัทบันทึกเสียงและค่ายเพลงขนาดใหญ่มีความไม่มั่นใจและไม่เห็นด้วยกับการจัดตั้งองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนจึงปฏิเสธไม่เข้าร่วมเป็นสมาชิกขององค์กร ตลอดจนมีวัตถุประสงค์แตกต่างจากองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทน เพราะต้องการให้มีผู้ใช้งานดนตรีของตนมากๆ ผลงานทางด้านการส่งเสริมการตลาดและประชาสัมพันธ์เพลงของตนให้เป็นที่รู้จักแพร่หลายและให้เกิดความเคยชินและติดหูผู้ฟังผู้ชมจำนวนมากๆ ทำให้ยอดจำหน่ายเพลงมากขึ้นและไม่คำนึงถึงค่าตอบแทนจากการใช้งานดนตรีของผู้ใช้แต่ประการใด ในทางตรงข้ามได้จ่ายค่าตอบแทนบางส่วนให้แก่บรรดานักจัดรายการของสถานีวิทยุและโทรทัศน์หรือขอเช่าเวลาจากสถานีวิทยุและโทรทัศน์ และจ้างนักจัดรายการเพลงมีหน้าที่เปิดเพลงเฉพาะของบริษัทของตนเท่านั้น ตลอดจนมักจะเป็นผู้มีอิทธิพลในวงการเพลงโดยตรง

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 61.

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 166.

(4) ผลจากการต่อต้านการเข้าร่วมเป็นสมาชิกขององค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนทำให้ผู้ใช้เพลงตระหนักระหว่าง ถ้าใช้งานเพลงของบรรดาสมาชิกขององค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนจะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้องค์กรกับกรณีการใช้งานเพลงของบรรดาบริษัทบันทึกเสียงที่เป็นค่ายเพลงไม่ต้องจ่ายค่าตอบแทนแต่กลับได้ค่าจ้างเปิดเพลงต่างหาก โดยเฉพาะนักจัดรายการเพลงตามสถานีวิทยุและโทรทัศน์ ด้วยเหตุนี้ ผู้ใช้งานดนตรีจึงมีทางเลือกที่จะใช้เพลงของบริษัทค่ายเพลงใหญ่ ๆ ที่มีอิทธิพลในวงการธุรกิจนี้

อย่างไรก็ดีผู้เขียนมีความเห็นว่าในอนาคตเมื่อสามารถจัดปัญหาเหล่านี้ได้การรวมตัวกันกำหนดราคาค่าตอบแทนมีโอกาสเกิดปัญหาขึ้นได้เช่นเดียวกับต่างประเทศหากมีจำนวนสมาชิกและมีงานสะสมในองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนเป็นจำนวนมากและกำหนดราคาค่าตอบแทนในลักษณะการอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบ blanket licensing เหม่าจ่ายโดยให้ผู้ใช้จ่ายค่าตอบแทนที่สูงเกินความจริงเพราะครอบคลุมราคาค่าตอบแทนของการใช้งานเพลงอื่นๆ ที่ไม่ต้องการใช้เข้าร่วมกันด้วยอย่างเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา

ผู้เขียนจึงเห็นว่าสมควรมีมาตรการป้องกันปัญหาดังกล่าวนี้โดยบัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจนเพราะหากพิจารณาตามมาตรา 60 ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ 2537 อำนาจของคณะกรรมการลิขสิทธิ์ดังกล่าวโดยบทบัญญัติเองยังเห็นว่าไม่สามารถรองรับปัญหานี้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอและมีข้อจำกัด⁷¹ ครั้นจะดำเนินคดีในศาลโดยนำหลักกฎหมายป้องกันการผูกขาดมาใช้บังคับก็คงเป็นไปได้ยาก เนื่องจากในพระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 มิได้มีความคุ้มครองครอบคลุมดังเช่น กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 2 ของ The Sherman Act 1890 ซึ่งกำหนดไว้กว้างขวางและห้ามทำการผูกขาด บรรดานุคคลใดที่จะกระทำการหรือพยายามจะกระทำการผูกขาด หรือแม้แต่การรวมตัวกันคบคิดกับบุคคลอื่นๆ ในการผูกขาดดังกล่าว ไม่ว่าส่วนไหนของการค้าหรือการพาณิชย์ ฯลฯ ก็ตามตลอดจนการดำเนินคดีผูกขาดนี้ ศาลมีอำนาจสั่งให้หยุดการกระทำดังกล่าวได้ แต่ในกรณีที่พระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 มิได้กำหนดไปถึงกรณีดังกล่าวเพราะจะต้องมีการประกาศจากคณะกรรมการกลางให้เป็นธุรกิจควบคุมเสียก่อนตามมาตรา 31 แล้วจึงจะพิจารณาว่าการกระทำของผู้ร่วมกันกำหนดราคาเป็นการผูกขาดหรือไม่เช่นมีการร่วมกันกำหนดราคาขายสินค้าควบคุมเป็นราคาเดียวกันหรือตามที่ตกลงกันตามมาตรา 35 (2) หรือไม่ เป็นต้น

⁷¹ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.1.5.5 ปัญหาระบบการควบคุมการจัดเก็บค่าตอบแทนขององค์กรบริหารการจัดเก็บค่าตอบแทนของรัฐ

ผู้เขียนจึงเห็นว่าปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดราคาค่าสิทธิเป็นปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าซึ่งเป็นเรื่องของกฎหมายมหาชน หากรัฐมีนโยบายที่จะควบคุมการผูกขาดที่เกี่ยวกับปัญหาข้างต้นจึงสมควรแก้ไขข้อจำกัดในการบังคับใช้ตามพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดในโอกาสต่อไปมากกว่าที่จะมีการบัญญัติทางแก้ไขในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย