

บทที่ 2

ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายไทย

นอกจากสิทธิประการต่างๆ ที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้การรับรองแก่เจ้าของสิทธิแล้ว เราจะพบข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อยู่ควบคู่กันไปด้วยตามกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ เพื่อเป็นการสร้างดุลแห่งผลประโยชน์ระหว่างเจ้าของสิทธิกับสังคมส่วนรวม ทั้งนี้ เมื่อได้ทราบถึงพันธะกรณีในเรื่องข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรฐานระหว่างประเทศ อันมีผลให้ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตาม ดังที่กล่าวไว้แล้วในบทที่ 1 ในบทที่ 2 นี้ จะกล่าวถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายไทย โดยเริ่มจากพัฒนาการของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตั้งแต่พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 เรื่อยมาจนถึงพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 อันเป็นกฎหมายฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน หลังจากนั้นจะกล่าวถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในส่วนที่เกี่ยวกับงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงที่จะมาตรา เพื่อพิจารณาว่ากฎหมายไทยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นในงานดังกล่าวไว้ว่าอย่างไรบ้าง

1. พัฒนาการของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทย

1.1 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม

พ.ศ. 2474

ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีของสหภาพเบอร์ลิน โดยได้ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ค.ศ. 1886 ซึ่งได้แก้ไข ณ กรุงเบอร์ลิน (Berlin Act 1908) ประเทศไทยจึงต้องปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรมให้ทันสมัยและสอดคล้องกับอนุสัญญาดังกล่าว ด้วยการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474

ในพระราชบัญญัตินี้ คำว่า "ลิขสิทธิ์" ได้มีที่ใช้เป็นครั้งแรกโดยเป็นการแปลมาจากคำว่า "copyright" ในความหมายสากล พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวยังได้คุ้มครองไปถึงงานอันมี

ลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ และยกเลิกแบบพิธีการได้รับความคุ้มครอง เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณี
ที่ประเทศไทยมีอยู่ตามอนุสัญญาเบอร์น¹

ในส่วนของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรม และ
ศิลปกรรม พ.ศ.2474 มาตรา 20 บัญญัติว่าการกระทำต่อไปนี้ ไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

(1) การใช้โดยธรรมซึ่งสิ่งมีลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์แห่งการรำเรียนส่วนตัว การค้นหา
ความรู้ การติชม วิจัยหรือการย่องหนังสือพิมพ์

(2) การทำ หรือโฆษณาภาพพระบายสี ภาพวาดเขียน ภาพแกะ หรือรูปถ่าย แห่งภาพ
หุ่น หรือการช่างทางศิลป ถ้าภาพหุ่น หรือการช่างทางศิลปนั้นๆ ตั้งประจำอยู่ ณ ที่สาธารณะหรือ
โรงเรียนสาธารณะ หรือการทำ หรือโฆษณาภาพพระบายสี ภาพวาดเขียน ภาพแกะ หรือรูปถ่าย แห่ง
สถาปัตยกรรม ซึ่งเป็นศิลป

(3) การนำมาโฆษณารวมกันเพื่อประโยชน์การศึกษาวิทยาศาสตร์ หรือประชุมขึ้น
วรรณคดี ซึ่งความอันคัดมาสังเขป หรือคำแปลสังเขปอันยาวพอควรจากวรรณกรรม และ
ศิลปกรรม หรือทำซ้ำ ซึ่งรูปศิลป และรูปถ่าย ในเมื่อการทำซ้ำนั้น เป็นเครื่องให้เข้าใจคำที่อธิบาย
เป็นหนังสือ แต่การทำเช่นนี้ต้องแสดงที่มาแห่งสิ่ง ซึ่งมีลิขสิทธิ์นั้นไว้ด้วย

(4) การโฆษณาสิ่งเหล่านี้ในหนังสือพิมพ์ คือ รายงาน ปาฐกถา กถาอื่น หรือเทศนาที่
ได้แสดงต่อประชาชน หรือคำแถลงการณ์ที่ได้กล่าวในทางอรรถคดี แต่ผู้ประพันธ์ทรงไว้ซึ่งสิทธิแต่
ผู้เดียวที่จะโฆษณาโดยวิธีอื่น

1.2 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ได้บังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 19 ธันวาคม พ.ศ. 2521
โดยได้ยกเลิกพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรม และศิลปกรรม พ.ศ. 2474 โดยสิ้นเชิง และ
ปรากฏเหตุผลในการประกาศใช้ พ.ร.บ.ฉบับนี้ ดังนี้ “โดยที่พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรม
และศิลปกรรม พุทธศักราช 2474 ได้บังคับใช้มาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติต่างๆ ที่เกี่ยวกับการ
คุ้มครองลิขสิทธิ์จึงล้าสมัย และไม่ให้ความคุ้มครองได้กว้างขวางเพียงพอ นอกจากนั้นอัตราโทษที่
กำหนดไว้เดิมก็ต่ำมาก ทำให้มีการละเมิดกฎหมายอยู่เสมอสมควรปรับปรุง แก้ไขให้เหมาะสม
ยิ่งขึ้น”

¹ ธัชชัย ศุภผลศิริ, กฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติ
ธรรม, 2544) น. 6 - 7.

ในส่วน of ข้อยกเว้นละเมิดลิขสิทธิ์ พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ 2521 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 30 - 41 รวม 12 มาตราด้วยกัน โดยในมาตรา 30 ได้วางกรอบใหญ่ของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ โดยอิงกับวัตถุประสงค์ของการกระทำ ดังนี้

มาตรา 30 การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ มิให้ถือว่า เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หากมีวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

- (1) วิจัย หรือศึกษา
- (2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเอง และบุคคลอื่นในครอบครัว หรือญาติสนิท
- (3) ดิชม วิจารณ์ หรือ แนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชน โดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือ เจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว
- (6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอนเพื่อประโยชน์ในการสอนของตน
- (7) คัดลอก ทำสำเนา ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอน หรือทำบทสรุปโดยผู้สอน หรือสถาบันศึกษา ตามความเหมาะสมและตามจำนวนที่จำเป็น เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา แต่ทั้งนี้ต้องไม่เป็นการจัดทำขึ้นหรือดำเนินการเพื่อหากำไร และไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมแก่สังคม ในการให้ประโยชน์ แก่เจ้าของลิขสิทธิ์กับความจำเป็นทางการศึกษาของประชาชนด้วย
- (8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถาม และตอบในการสอบ

จะเห็นได้ว่าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ 2521 นี้ มีความเปลี่ยนแปลงจากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เดิม ตามมาตรา 20 พ.ร.บ.คุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ.2474 อย่างมาก โดยมีเหตุผลว่าเพื่อเป็นการเพิ่มข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ให้มากขึ้น

นอกจากข้อยกเว้นตามมาตรา 30 แล้ว พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ 2521 ยังบัญญัติข้อยกเว้นในกรณีเฉพาะต่างๆ ไว้ดังนี้ ข้อยกเว้นสำหรับการอ้างอิงตามมาตรา 31 ข้อยกเว้นสำหรับการกระทำของบรรณารักษ์ห้องสมุดตามมาตรา 33 ข้อยกเว้นสำหรับการใช้โสตทัศนวัสดุ หรือภาพยนตร์ตามมาตรา 34 ข้อยกเว้นสำหรับงานศิลปกรรมตามมาตรา 35, 37, 38 ข้อยกเว้นสำหรับงานสถาปัตยกรรมตามมาตรา 36, 39 ข้อยกเว้นสำหรับงานลิขสิทธิ์ต่างๆ ในภาพยนตร์ตามมาตรา 40 และข้อยกเว้นเพื่อประโยชน์ของทางราชการตามมาตรา 41

ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ 2521 มีข้อสังเกต ดังนี้

1) พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ 2521 ไม่มีบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นทั่วไปของการละเมิดลิขสิทธิ์ คงมีแต่เพียงวัตถุประสงค์ทั่วไปที่จะเข้าข่ายเป็นข้อยกเว้นตามมาตรา 30 มีเฉพาะมาตรา 30 (7) เพียงอนุมาตราเดียวที่วางกรอบในการพิจารณาการกระทำว่า จะต้องด้วยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ว่า "...แต่ทั้งนี้ต้องไม่เป็นการจัดทำขึ้น หรือดำเนินการ เพื่อหากำไร และไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์เกินความสมควร โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมแก่สังคม ในการให้ประโยชน์ แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ กับความจำเป็นทางการศึกษาของประชาชนด้วย" ทำให้มีอุปสรรคที่จะนำเกณฑ์ดังกล่าวไปใช้ประกอบการพิจารณาในอนุมาตราอื่นๆ ด้วย

2) พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ 2521 ไม่มีข้อยกเว้นเฉพาะกรณีการใช้งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงแต่อย่างใด แต่ได้มีผู้ให้ความเห็นว่าเนื่องจากงานดนตรีกรรมมักจะเป็นส่วนประกอบของงานโสตทัศนวัสดุ หรือภาพยนตร์อยู่แล้ว ดังนั้น เมื่อพ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ 2521 มีบทยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานโสตทัศนวัสดุ หรือภาพยนตร์ตามมาตรา 34 จึงเท่ากับเป็นการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมไปด้วยในตัว²

1.3 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

ตามหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้ให้เหตุผลในการออกกฎหมายฉบับดังกล่าวไว้ ดังนี้ " ...โดยที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติต่างๆ จึงไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ทั้งภายในและภายนอกประเทศที่ได้เปลี่ยนแปลงไป โดยเฉพาะการพัฒนาและการขยายตัวทางเศรษฐกิจ การค้าและอุตสาหกรรมของประเทศและระหว่างประเทศ สมควรที่จะได้มีการปรับปรุงมาตรการคุ้มครองด้านลิขสิทธิ์ให้มี

² สมพร พรหมนิตาธร, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ลิขสิทธิ์, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538) น. 103.

ประสิทธิภาพยิ่งขึ้นเพื่อรองรับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวและเพื่อส่งเสริมให้มีการสร้างสรรค์งานในด้านวรรณกรรม ศิลปกรรม และงานด้านอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องมากยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้"

แต่เดิมก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ประเทศไทยผูกพันอยู่กับอนุสัญญาเบอร์นะ ฉบับ Berlin Act 1908 พร้อมด้วยข้อสงวน 6 ประการ แต่ในขณะที่มีการร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ประเทศไทยได้แจ้งต่อผู้อำนวยการใหญ่องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) เพื่อขอเปลี่ยนแปลงพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาเบอร์นะ ในภาคสารบัญญัติ จากเดิมที่ไทยผูกพันตาม Berlin Act 1908 พร้อมด้วยข้อสงวน 6 ประการ เป็นพันธกรณีภายใต้มาตรา 1 - 21 ของ Paris Act 1971 โดยการเปลี่ยนแปลงพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาเบอร์นะ ดังกล่าวเริ่มมีผลบังคับใช้กับประเทศไทยตั้งแต่วันที่ 2 กันยายน พ.ศ. 2538 ³ (หลังจากที่พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ 2537 มีผลบังคับใช้)

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หลายมาตรา ตั้งแต่มาตรา 32 - 43 ซึ่งส่วนใหญ่ยังคงมีสาระสำคัญคล้ายกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 โดยมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมในเรื่องใหญ่ๆ 3 เรื่อง คือ

1) การกำหนดเงื่อนไขทั่วไปของการพิจารณาข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ไว้ในมาตรา 32 วรรคแรก โดยการกระทำที่จะได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เฉพาะกรณีตามมาตรา 32 วรรคสอง, 33, 34, 35, 36 และ 43 นั้น นอกจากจะต้องเข้าเงื่อนไขตามที่มาตราเหล่านี้กำหนดไว้แล้ว ยังต้องอยู่ภายใต้กรอบของมาตรา 32 วรรคแรกอีกชั้นหนึ่งด้วย

2) พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ 2537 ได้จำกัดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ลง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์มากขึ้น เช่น การเพิ่มข้อความ "อันมิใช่เพื่อหากำไร" ลงในข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการศึกษา วิจัย หรือเพื่อประโยชน์ในการสอนตามมาตรา 32 วรรคสอง (1), (6), (7) หรือ การเปลี่ยนถ้อยคำจาก "ญาติมิตร" เป็น "ญาติสนิท" เพื่อจำกัดขอบเขตของผู้ที่ได้รับการยกเว้นตามมาตรา 32 วรรคสอง (2)

3) แต่เดิมตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ 2521 มีข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เกี่ยวกับการนำวัสดุทัศนวัตถุ หรือภาพยนตร์ออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนในโรงแรม หรือสถานที่บางแห่ง หรือกระทำโดยสมาคม หรือมูลนิธิ แต่ใน พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ 2537 ได้ตัดบทบัญญัติดังกล่าวออกไป และบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแสดงงานนาฏกรรม และดนตรีกรรมไว้ในมาตรา 36 แทน

³ โปรดดูรายละเอียดในภาคผนวก ก.

2. ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เฉพาะในกรณีของงาน ดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียง

ดังที่กล่าวมาแล้ว พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ 2537 บัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในมาตรา 32 - 43 รวม 12 มาตรา ในที่นี้จะขอลำถึงเฉพาะข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในส่วนของการงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียง ดังต่อไปนี้

2.1 ข้อยกเว้นทั่วไปในการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 32 วรรคแรก

มาตรา 32 “การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของงานลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์”

ข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 32 วรรคแรกนั้น ใช้กับงานสร้างสรรค์ทุกประเภทที่ได้รับความคุ้มครองอย่างงานลิขสิทธิ์ตามมาตรา 6 รวมทั้งงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงด้วย และใช้กับการกระทำในทุกลักษณะ ไม่ว่าจะเป็นการทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน หรือการให้เช่า หากดูจากบทบัญญัติจะเห็นได้ว่าการกระทำที่จะเข้าข้อยกเว้นดังกล่าว จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการ คือ

(1) การกระทำต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และ

(2) การกระทำนั้นไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์ เกินสมควร

เงื่อนไข 2 ประการนี้ จะใช้ประกอบการพิจารณาข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีอื่นๆ คือ มาตรา 32 วรรคสอง มาตรา 33 มาตรา 34 มาตรา 35 มาตรา 36 และมาตรา 43 ด้วย ทั้งนี้ เงื่อนไขทั้ง 2 ประการตามมาตรา 32 วรรคแรก มีที่มาจากอนุสัญญาเบอร์น⁴ Article 9 (2)⁴

⁴ Paris Act, Article 9 (2)

It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction

และ TRIPS Article 13⁵ ดังจะเห็นได้จากเงื่อนไขตามมาตรา 32 วรรคแรกเป็นการบัญญัติล้อย่อยคำของอนุสัญญาเบอร์น์ฯ Article 9 (2) และ TRIPS Article 13

เมื่อก้าวถึงมาตรา 32 วรรคแรกนั้น มีประเด็นซึ่งควรพิจารณา 2 ประการ ดังนี้

ประเด็นแรก มาตรา 32 วรรคแรกมีขอบเขตกว้างขวางเพียงใด หรือ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ จะให้มาตรา 32 วรรคแรกโดยลำพัง ในฐานะบททั่วไปของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้หรือไม่ ในเรื่องนี้นักกฎหมายมีความเห็นเป็น 2 แนวทาง คือ

ความเห็นแรกเห็นว่า มาตรา 32 วรรคแรก ไม่ใช่บทบัญญัติที่จะใช้เป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยเอกเทศได้ เพราะน่าจะขัดกับอนุสัญญาเบอร์น์ฯ และ TRIPS ที่ต้องการให้ประเทศภาคีกำหนดข้อจำกัด และข้อยกเว้นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวไว้เป็นกรณีเฉพาะ (certain special case) และหากใช้หลัก Three - Step test ตามอนุสัญญาเบอร์น์ฯ Article 9 (2) มาปรับใช้แล้ว การกระทำที่จะเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ ได้แก่ (1) เป็นการกระทำต่างๆ ตามที่มาตรา 32 วรรคสองถึงมาตรา 43 บัญญัติไว้ (2) การกระทำนั้น ต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ และ (3) การกระทำนั้น ต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร ดังนั้น มาตรา 32 วรรคแรก จะไม่เป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยลำพัง⁶ ทั้งนี้ พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ 2537 ก็เคยบัญญัติไว้รองรับหลักการดังกล่าวอยู่เหมือนกัน โดยพิจารณาจากถ้อยคำว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง...” ในมาตรา 32 วรรคสอง และ “....ถ้าและได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง” ซึ่งปรากฏในมาตรา 33, 34, 35, 36 และ 43

ความเห็นแนวทางที่สองเห็นว่า มาตรา 32 วรรคแรกสามารถใช้เป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้โดยลำพัง แม้ว่าการณีนั้นๆ จะไม่เข้าข้อยกเว้นที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะก็ตาม เพราะกฎหมายย่อมไม่สามารถกำหนดกรณีเฉพาะเป็นรายละเอียดได้ครบถ้วนได้ ในกรณีที่ไม่มีกฎหมาย

does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

⁵ TRIPS, Article 13

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

⁶ วัง ดิงสมิตร, ลิขสิทธิ์: ตัวบทพร้อมข้อสังเกต, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2546) น. 30.

บัญญัติไว้เฉพาะเจาะจง ก็สามารถนำมาตรา 32 วรรคแรก ในฐานะบททั่วไปมาปรับใช้ได้ โดยเฉพาะกรณีเกี่ยวกับการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของเจ้าของสิทธิ กับประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากงานลิขสิทธิ์นั้น⁷

แม้ผู้เขียนจะเห็นด้วยกับหลักการที่ว่ามาตรา 32 วรรคแรก ต้องอยู่ภายใต้พันธกรณีตาม Paris Act, Article 9 (2) และ TRIPS Article 13 ซึ่งหลัก Three - Step test จะต้องนำมา

ปรับใช้ นั่นคือ การกระทำใดๆ ที่จะได้รับประโยชน์จากมาตรา 32 วรรคแรก การกระทำนั้นจะต้อง (1) เป็นการกระทำในกรณีที่เป็นเฉพาะกรณี (certain special case) (2) ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และ (3) ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร

อย่างไรก็ดี การกระทำที่จำเป็นเฉพาะกรณี (certain special case) ตาม (1) นั้น ผู้เขียนเห็นว่า ทั้ง Paris Act และ TRIPS ต่างก็ไม่ได้ให้คำจำกัดความว่าหมายถึงกรณีใดกรณีหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งก็เป็นที่ยอมรับว่าการกระทำใด หากเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์ในลักษณะที่จะเป็นประโยชน์ต่อสังคมโดยรวม และไม่เป็นการขัดต่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเจ้าของสิทธิ จนเกินไป การกระทำเหล่านั้นก็อาจจัดได้ว่าเป็นการกระทำที่จำเป็นเฉพาะกรณี เช่น การใช้งานลิขสิทธิ์เพื่อการศึกษา วิจัย การใช้เพื่อประกอบการเรียนการสอน การรายงานข่าวโดยสื่อมวลชน การใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัว หรือประโยชน์ทางวิทยาศาสตร์ การใช้เพื่อประโยชน์ของทางราชการ เป็นต้น ทั้งนี้ หากมีการกระทำใดที่ไม่ได้ระบุไว้ ณ ที่นี้ หากแต่การกระทำนั้น เข้าหลักเกณฑ์ดังเช่น ที่กล่าวมา ก็นับได้ว่าการกระทำนั้น เป็นการกระทำที่จำเป็นเฉพาะกรณี (certain special case) ได้เช่นกัน

การจะบัญญัติถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีเฉพาะให้มีความครอบคลุมทุกกรณีคงไม่สามารถกระทำได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในยุคปัจจุบัน ที่เทคโนโลยีได้พัฒนาไปอย่างรวดเร็ว การละเมิดลิขสิทธิ์มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบใหม่ๆ ตลอดเวลาตามเทคโนโลยี การจะบัญญัติว่าการกระทำใดเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ การกระทำใดเข้าข้อยกเว้น โดยการแก้ไขเพิ่มเติม ข้อยกกฎหมายจะไม่ทันกาล การมีข้อยกเว้นที่เป็นหลักทั่วไปและสามารถนำมาปรับใช้ได้ทุกกรณี จะช่วยให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างรวดเร็ว ครอบคลุมและมีประสิทธิภาพมากขึ้น ผู้เขียนจึงเห็นว่ามาตรา 32 วรรคแรก ควรจะถือเป็นบททั่วไปของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ 2537 และสามารถนำมาปรับใช้ได้กับทุกกรณี แม้กรณีเหล่านั้น จะไม่ใช่กรณีที่ระบุไว้โดยเฉพาะเจาะจงตามมาตรา 32 วรรคสอง ถึงมาตรา 43 ก็ตาม ดังเหตุผลที่ได้กล่าวมา

⁷ ธัชชัย ศุภผลศิริ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 234.

สืบเนื่องจากประเด็นแรก หากพิจารณามาตรา 32 วรรคแรก ในฐานบททั่วไปของ ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้ได้โดยลำพังแล้ว ปัญหาที่ตามมา คือ จาก ข้อความที่ว่า "...หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของ ลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร..." อัน เป็นไปตามพันธกรณีในอนุสัญญาเบอร์น์ฯ Article 9 (2) และ TRIPS Article 13 นั้น ดูจะเป็นการ บัญญัติกฎหมายไว้อย่างกว้างและเป็นนามธรรมเกินไป เพราะในการแปลความกฎหมาย คงยากที่ จะบอกได้ว่า กรณีใดบ้างที่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติ หรือกระทบสิทธิของเจ้าของ ลิขสิทธิ์เกินสมควร คงต้องดูจากข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป

ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางหนึ่งซึ่งจะตอบคำถามดังกล่าวได้เป็นอย่างดี คือ การศึกษาจาก คำพิพากษาของศาล แต่เป็นที่น่าเสียดายว่า จนถึงปัจจุบัน ยังไม่เคยมีคดีพิพาทเกี่ยวกับข้อยกเว้น การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมและสิ่งบันเทิงเสียงขึ้นสู่ศาลไทยเลย อย่างไรก็ตาม ในส่วนของ ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรม ศาลไทยได้มีโอกาสพิจารณาประเด็นเรื่องข้อยกเว้น การละเมิดลิขสิทธิ์ผ่านทาง การพิจารณาคดีทั้งสิ้น 4 คดี ซึ่งคงพอจะเป็นแนวทางได้ว่าศาลไทยมี ความเห็นอย่างไรต่อการปรับใช้มาตรา 32 วรรคแรก ผู้เขียนจึงขอกล่าวถึงคดีทั้ง 4 โดยสังเขป ดังต่อไปนี้

- คำพิพากษาศาลทรัพย์สินฯ คดีอาญาหมายเลขแดงที่ 784/2542 และคำ พิพากษาศาลฎีกาที่ 5843/2543

- คำพิพากษาศาลทรัพย์สินฯ คดีอาญาหมายเลขแดงที่ 785/2542 และคำ พิพากษาศาลฎีกาที่ 1732/2543

คดีทั้งสองนี้มีข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกัน คือ จำเลยทั้ง 2 คดี ต่างเปิดร้านถ่ายเอกสารอยู่ ใกล้กับมหาวิทยาลัยเอกชนแห่งหนึ่ง และต่างก็ถูกฟ้องในข้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการทำซ้ำ (ถ่าย เอกสาร) บทต่างๆ ในหนังสือเรียนของโจทก์ร่วมทั้งสามเพื่อการค้า โดยไม่ได้รับอนุญาต ทั้งนี้ทั้ง 2 คดีต่างก็ได้รับการตัดสินจากศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ในวัน เดียวกัน (23 กรกฎาคม 2542) โดยองค์คณะผู้พิพากษาชุดเดียวกัน โดยมีข้อเท็จจริงในคดีที่ ต่างกันในสาระสำคัญ คือ ในคดีอาญาหมายเลขแดงที่ 785/2542 จำนวนของกลางคือ หนังสือที่ จัดทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์มีจำนวนมากถึง 71 เล่ม หนังสือที่ยังไม่เข้าเล่ม 290 ชุด และเอกสาร เป็นแผ่นอีก 158 ชุด (6,162 แผ่น) และจำเลยในคดีนี้ ไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าการทำซ้ำ (ถ่ายเอกสาร) งานลิขสิทธิ์ของโจทก์ร่วมนั้น จำเลยทำโดยได้รับคำสั่ง หรือทำตามสัญญาจ้างทำ ของระหว่างจำเลยกับนักศึกษา การทำซ้ำ จึงเป็นการกระทำโดยความริเริ่มของจำเลยเอง มิใช่โดย

คำสั่งของนักศึกษา จำเลยจึงมีอาจอ้างข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของนักศึกษา ตามมาตรา 32 วรรคสอง (1) เพราะการกระทำของจำเลยมิใช่เพื่อการศึกษาหรือวิจัย แต่เป็นไปเพื่อธุรกิจตนเอง ซึ่งจากจำนวนที่ทำซ้ำ ย่อมกระทบกระเทือนต่อสิทธิและการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานทำซ้ำซึ่งงานวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นเพื่อการค้า⁸ และศาลฎีกา (แผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ) พิพากษายืนในประเด็นดังกล่าว

สำหรับในคดีอาญานหมายเลขแดงที่ 784/2542 มีข้อเท็จจริงในสาระสำคัญที่แตกต่างออกไปคือ ของกลางในคดีหลังนี้ (ปริมาณงานที่ถูกละเมิด) มีจำนวนน้อยกว่ามากและจำเลยให้การต่อสู้ว่าจำเลยทำสำเนาถ่ายเอกสารที่ได้รับจ้างจากนักศึกษา โดยมีหลักฐานใบรับจ้างถ่ายเอกสาร การกระทำของจำเลยจึงเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 วรรคสอง (1)

การวิจัยหรือศึกษานั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร

ในการวินิจฉัยคดี ศาลทรัพย์สินฯ ได้วิเคราะห์ที่มาและแนวทางการวินิจฉัยของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีการกล่าวถึงหลักการใช้ที่เป็นธรรม (Fair Use) และศาลทรัพย์สินฯ ยังได้เทียบคดีดังกล่าวกับคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค 6 แห่งสหรัฐอเมริกา (The United States Court of Appeal for the Sixth Circuit) ในคดี Princeton University Press V. Michigan Document Services 99 F.301 1381 (6th Cir. 1996) ซึ่งมีข้อเท็จจริงในคดีใกล้เคียงกัน

ในคดีอาญานหมายเลขแดงที่ 784/2542 นี้ ประเด็นที่จะต้องพิจารณา คือ การหาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผลกระทบของการกระทำของจำเลยต่อสิทธิ และการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของโจทก์ร่วม และประเด็นว่าในคดีนี้มีการศึกษา วิจัยโดยมิใช่การกระทำเพื่อหากำไรหรือไม่

สำหรับในประเด็นที่ว่าการกระทำของจำเลย จะอ้างว่าเป็นการกระทำเพื่อการศึกษา วิจัย ได้หรือไม่นั้น ศาลทรัพย์สินฯ เชื้อตามทางนำสืบของจำเลยว่า จำเลยรับจ้างถ่ายเอกสารจากนักศึกษา เนื่องจากจำเลยมีหลักฐานใบรับจ้างถ่ายเอกสาร ประกอบกับทำเลที่ตั้งร้านของจำเลยที่อยู่ติดกับมหาวิทยาลัย รวมทั้งจากจำนวนงานที่ทำซ้ำและลักษณะของงานซึ่งเป็นตำราเรียนในมหาวิทยาลัย ในคดีนี้ ร้านถ่ายเอกสารมิได้ค้ากำไรจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น การถ่ายเอกสารเป็นไปตามสัญญาจ้างระหว่างนักศึกษาและร้านถ่ายเอกสารของจำเลย ร้านถ่ายเอกสารเป็นเสมือนเครื่องมือ หรือตัวแทนในการถ่ายเอกสารทำสำเนาของนักศึกษา ข้อยกเว้นที่

⁸โปรดดูรายละเอียดจากคำพิพากษาศาลทรัพย์สินฯ คดีอาญานหมายเลขแดงที่

มิให้ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของนักศึกษาย่อมสามารถใช้กับร้านค้าได้ด้วย จำเลยจึงสามารถอ้างข้อยกเว้นภายใต้เงื่อนไขเดียวกับนักศึกษาได้

ในส่วนของปริมาณของงานที่ทำซ้ำ ศาลทรัพย์สินฯ จำแนกการทำซ้ำออกเป็น 3 ประเภท ตามผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับผลประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ ประเภทแรก การทำซ้ำเพื่อการศึกษา หรือวิจัยส่วนตัว ในลักษณะที่ไม่ต้องขออนุญาต หรือแสดงการรับรู้ความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งในต่างประเทศก็ยังคงมีการถกเถียงถึงปริมาณที่เหมาะสมในการทำซ้ำประเภทนี้ ประเภทที่สอง คือ การสร้างระบบอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ผู้ใช้สิทธิเพื่อการศึกษา วิจัยส่วนตัว หรือองค์กรอื่น เช่น ห้องสมุดหรือร้านถ่ายเอกสาร ดำเนินการขออนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อทำซ้ำงานบางส่วนเพื่อการศึกษาวิจัย อันมิได้มีวัตถุประสงค์ทางการค้า โดยเสียค่าใช้สิทธิ (royalty) ตามส่วน และประเภทที่สามคือ การทำซ้ำงานทั้งเล่มจัดจำหน่ายแก่บุคคลทั่วไป โดยมีได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิ การกระทำประเภทสุดท้ายนี้ ไม่อาจเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

สำหรับปัญหาที่ว่าปริมาณงานที่ทำซ้ำถือเป็นการสมควรและเป็นธรรมแก่ใจหรือไม่ ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่ ศาลทรัพย์สินฯ เห็นว่าการกำหนดให้นักศึกษาทำสำเนาได้เฉพาะหนึ่งบทความในวารสารทั้งฉบับ หรือหนึ่งบทในหนังสือทั้งเล่ม อาจทำให้นักศึกษาไม่เข้าใจความคิดหรือปรัชญาที่ซ่อนอยู่ในหนังสือได้อย่างชัดเจน การให้นักศึกษาต้องซื้อหนังสือทุกเล่ม หรือเป็นสมาชิกวารสารทุกฉบับ โดยกฎหมายมิได้ให้ข้อยกเว้นอันควรยอมเป็นอุปสรรคต่อความก้าวหน้าทางการศึกษาและวิชาการในสังคมนั้น อีกทั้งยังไม่ปรากฏว่าสำนักพิมพ์เจ้าของลิขสิทธิ์ในคดีนี้ได้แต่งตั้งตัวแทนเพื่อการเจรจาอนุญาตให้ใช้สิทธิในประเทศไทยแต่อย่างใด หากเจ้าของลิขสิทธิ์มิได้จัดให้มีกลไกและอำนวยความสะดวก ก็ไม่อาจถือได้ว่าการทำสำเนาของจำเลยในคดีนี้ซึ่งเป็นไปเพื่อการศึกษาของนักศึกษา จะเป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของ หรือเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 วรรคแรกแห่ง พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ 2537 พิกาชายกฟ้องโจทก์

สำหรับประเด็นเรื่องการแต่งตั้งตัวแทนเพื่อการเจรจาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งศาลทรัพย์สินฯ ได้หยิบยกขึ้นมากล่าวถึงนั้น ก่อให้เกิดปัญหาที่น่าคิดว่า หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนเป็นว่าทางสำนักพิมพ์เจ้าของลิขสิทธิ์ได้มีการแต่งตั้งตัวแทนที่ว่ในประเทศไทยแล้ว จะมีผลทำให้คำตัดสินของศาลทรัพย์สินฯ เปลี่ยนไปหรือไม่ ในประเด็นนี้ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงในบทต่อไป

อย่างไรก็ดี ศาลฎีกาได้กลับคำตัดสินของศาลทรัพย์สินฯ ว่าการกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการทำซ้ำแล้ว โดยศาลฎีกาวินิจฉัยชี้ขาดคดี ด้วยประเด็นพยานหลักฐานว่า

จำเลยให้การรับสารภาพว่าทำจ้างงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเพื่อขาย เสนอขาย หรือมีไว้เพื่อขาย ทั้งในชั้นจับกุมและสอบสวน ซึ่งกระทำในวันเดียวกัน ส่วนเอกสารที่จำเลยอ้างว่าเป็นเอกสารและ การรับจ้างถ่ายสำเนาจากนักศึกษา จำเลยก็เพิ่งนำมาอ้างเป็นพยานหลักฐานในภายหลังเมื่อถูกฟ้องคดีนี้แล้ว อันเป็นพิรุธ ศาลฎีกาจึงลงโทษจำเลยฐานทำจ้างงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตเพื่อการค้า ตามพ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ 2537 มาตรา 27(1), 69 วรรคสอง

ต่อประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนยังคงมีความเห็นไปในทางเดียวกันกับศาลทรัพย์สินฯ เนื่องจากคดีนี้โจทก์ฟ้องเป็นคดีอาญา ตามหลักการพิจารณากฎหมายอาญา ซึ่งการลงโทษจะมีผลต่อสิทธิในร่างกายและทรัพย์สินของจำเลย ศาลจึงต้องพิจารณาจนแทบจะปราศจากข้อสงสัย จึงจะลงโทษจำเลยได้ หากคดียังมีประเด็นที่น่าสงสัยอย่างเรื่องเอกสาร ซึ่งจำเลยอ้างว่าเป็น

ใบรับจ้างจากนักศึกษาในคดีนี้ ก็ยังพิสูจน์ไม่ได้แน่ชัดว่าเป็นเอกสารจริง หรือทำขึ้นในภายหลัง นอกจากนี้สถานประกอบการของจำเลยก็มีทำเลที่ตั้งติดกับมหาวิทยาลัย จึงมีความเป็นไปได้สูงว่านักศึกษาจะมาจ้างให้จำเลยถ่ายเอกสารให้จริง แต่อาจจะเป็นในรูปของการสั่งงานด้วยวาจา หรือเขียนใส่แผ่นกระดาษเล็กๆ สอดไว้ในหนังสือ โดยไม่มีแบบฟอร์มที่แน่นอน ดังเช่นที่เป็นอยู่ในทางปฏิบัติจริง คงไม่มีร้านถ่ายเอกสารร้านไหนให้ลูกค้ากรอกแบบฟอร์มให้ถูกต้องก่อน จึงจะทำการถ่ายเอกสารให้ เมื่อกรณียังเป็นที่ยสงสัย ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่าคดีนี้เป็นคดีอาญา ผู้เขียนเห็นว่าควรยกประโยชน์แห่งข้อสงสัยให้จำเลย

เป็นที่น่าเสียดายว่าศาลฎีกาได้ตัดสิน โดยอาศัยประเด็นเรื่องการทำจ้างมาเป็นจุดสำคัญ ในการตัดสินคดี ทำให้ไม่อาจทราบแนวคิดของศาลฎีกาต่อกรณีความมาตรา 32 วรรคแรก ว่าอย่างไรไม่เป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร และเป็นที่น่าเสียดายอีกประการหนึ่งว่า จำเลยได้ยกข้อต่อสู้ในประเด็นเรื่องข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เฉพาะมาตรา 32 วรรคสอง (1) อันเป็นข้อยกเว้นเฉพาะกรณีการวิจัย หรือศึกษา อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร แต่ไม่ได้ยกมาตรา 32 วรรคแรก ในฐานะบทยกเว้นทั่วไปของการละเมิดลิขสิทธิ์มาเป็นข้อต่อสู้ด้วย ทำให้ไม่อาจทราบได้ว่าศาลจะปรับใช้มาตราดังกล่าว ในฐานะบทยกเว้นทั่วไป ซึ่งสามารถนำมาใช้โดยเอกเทศได้หรือไม่ อย่างไรก็ดี เราสามารถกล่าวได้ว่าคดีร้านถ่ายเอกสารนี้ เป็นคดีแรกในประเทศไทยที่มีการต่อสู้ในประเด็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ อันก่อให้เกิดคำวินิจฉัยของศาลทรัพย์สินฯ ในประเด็น

⁹ นอกจากนี้ยังมีประเด็นอื่นๆ ที่น่าสนใจในคดีนี้อีกหลายประเด็น ผู้สนใจสามารถอ่านได้จากหมายเหตุท้ายฎีกา 5843/2543 โดย วัส ดิงสมิตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น. 348 -356.

ดังกล่าว ซึ่งนับเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง สำหรับผู้ที่สนใจศึกษาปัญหาเรื่องข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

- คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ คดีหมายเลขแดงที่ ทป. 35/2544 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1908/2546

โจทก์ในคดีนี้เป็นผู้เขียนหนังสือ “คู่มือการประเมินผลการฝึกอบรมสำหรับผู้รับผิดชอบโครงการฝึกอบรม/สัมมนา” และ “คู่มือการประเมินผลและติดตามผลการฝึกอบรมสำหรับผู้รับผิดชอบโครงการฝึกอบรมสัมมนา” ได้ฟ้องว่า จำเลยที่ 1 ซึ่งมีตำแหน่งทางวิชาการเป็นผู้ช่วยศาสตราจารย์ สังกัดมหาวิทยาลัยของรัฐ และเป็นผู้เขียนหนังสือ “กลยุทธ์ในการฝึกอบรม” ได้ละเมิดลิขสิทธิ์โดยการคัดลอก ทำซ้ำ และหรือดัดแปลงข้อความ และสาระสำคัญต่างๆ จากหนังสือของโจทก์ โดยมีได้รับอนุญาต โดยมีมหาวิทยาลัย จำเลยที่ 2 เป็นผู้จัดพิมพ์หนังสือดังกล่าวออกจำหน่ายแก่บุคคลทั่วไป อันเป็นการกระทำเพื่อการค้าหากำไร ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ จำเลยทั้งสองอ้างว่าการกระทำของจำเลยทั้งสอง เป็นการกระทำเพื่อการศึกษาและวิจัย หรือการอ้างอิง ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร จึงมิใช่การละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์

ในประเด็นเรื่องข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลทรัพย์สินฯ วินิจฉัยว่า การจะอ้างข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการศึกษาตามมาตรา 32 วรรคสอง (1) และข้อยกเว้นเพื่อการอ้างอิงตามมาตรา 33 นั้น จำต้องพิจารณาบทบัญญัติทั่วไปตามมาตรา 32 วรรคแรกเสียก่อน ว่าการกระทำดังกล่าวขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ และเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรหรือไม่

ในการพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 32 วรรคแรก ศาลทรัพย์สินฯ ได้พิจารณาถึงปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้องรวม 4 ปัจจัย ก่อนจะวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยนั้น ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของงานลิขสิทธิ์ และเป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร จำเลยทั้งสองจึงไม่อาจอ้างข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ 2537 มาตรา 32 วรรคแรกได้ ส่วนกรณีที่จำเลยได้แย้งว่าการกระทำของจำเลย อาจจะเป็นข้อยกเว้นเพื่อการศึกษา วิจัย หรือการอ้างอิงตามมาตรา 32 วรรคสอง (1) และมาตรา 33 นั้น ไม่ว่าข้อเท็จจริงจะเป็นไปตามที่จำเลยทั้งสองกล่าวอ้างหรือไม่

ก็ตาม เมื่อการกระทำของจำเลยทั้งสองขัดต่อมาตรา 32 วรรคแรกแล้วนั้น ข้อกล่าวอ้างในส่วนนี้ก็ไม่อาจรับฟังได้ และพิพากษาให้จำเลยทั้งสองชำระเงินค่าเสียหายแก่โจทก์ตามที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนวณจากสัดส่วนรายได้ ซึ่งจำเลยที่ 1 ได้รับการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์

จากประเด็นเรื่องข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งพิจารณาโดยศาลทรัพย์สินฯ นั้น มีเรื่องที่ควรกล่าวถึง ดังนี้

(1) การที่จำเลยทั้งสองอ้างข้อยกเว้นเพื่อการศึกษา วิจัย หรือเพื่อการอ้างอิงตามมาตรา 32 วรรคสอง (1) และมาตรา 33 นั้น ศาลต้องพิจารณาให้เข้าหลักเกณฑ์ 3 ประการดังนี้ (1) เป็นการกระทำต่างๆ ตามที่มาตรา 32 วรรคสอง (1) และมาตรา 33 บัญญัติไว้ (2) การกระทำนั้น ต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และ (3) การกระทำนั้น ต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร ซึ่งศาลควรพิจารณาเป็นลำดับไปจากข้อ (1) ซึ่งเป็นกรณีเฉพาะก่อน แล้วจึงพิจารณาว่าการกระทำนั้น อยู่ในกรอบทั่วไปของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตาม (2) และ (3) หรือไม่ การที่ศาลทรัพย์สินฯ เลือกที่จะพิจารณาหลักเกณฑ์ข้อ (2) และ (3) ก่อน เมื่อทางพิจารณาได้ความว่าการกระทำของจำเลยขัดต่อหลักเกณฑ์ข้อ (2) และ (3) อันเป็นกรอบทั่วไปของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เสียแล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้น เป็นไปเพื่อการวิจัยศึกษาอันมิใช่เพื่อหากำไร หรือเป็นการอ้างอิงที่พอสมควร (ซึ่งเป็นข้อยกเว้นเฉพาะกรณี) หรือไม่

(2) ในการพิจารณาหลักเกณฑ์ตามข้อ (2) และ (3) ว่าการกระทำของจำเลยที่ 1 นั้นขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และกระทบกระเทือนสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรหรือไม่ ศาลทรัพย์สินฯ กล่าวว่าต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงต่างๆ ซึ่งส่งผลต่อบัจจัยดังต่อไปนี้ประกอบกัน

-หนังสือ “กลยุทธ์ในการฝึกอบรม” ของจำเลยที่ 1 มีวัตถุประสงค์และลักษณะของการใช้อย่างไร รวมทั้งการพิจารณาว่าการใช้ดังกล่าวเป็นการใช้เพื่อการค้าหรือเพื่อการศึกษาที่ไม่ได้แสวงหากำไร

-ลักษณะงานของโจทก์

-เนื้อหาของงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ ในส่วนที่จำเลยที่ 1 คัดลอกนั้น ถือว่าเป็นสาระสำคัญ ทั้งมีจำนวนและสัดส่วนของเนื้องานที่เหมือนกัน (Substantial Similarity) อย่างไร

-ผลกระทบต่อมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ มีผลอย่างไรจากการกระทำของจำเลยที่ 1

จากปัจจัยทั้ง 4 ข้อที่ยกมานี้ ผู้เขียนเห็นว่าศาลทรัพย์สินฯ น่าจะนำปัจจัยดังกล่าวมา จากหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) ตาม section 107 ของกฎหมายลิขสิทธิ์สหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1976 เพื่อปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีนี้¹⁰ เพื่ออธิบายว่าการกระทำอย่างใด จึงจะไม่ขัดต่อการ แสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ เกินสมควร โดยเป็นการเทียบเคียงข้อเท็จจริงในคดีกับปัจจัยต่างๆ ที่ละปัจจัย ดังเช่นที่ศาลสหรัฐฯ กระทำในการวินิจฉัยคดี ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดบรรทัดฐานในระดับหนึ่งว่า ศาลทรัพย์สินฯ ยอมรับ การนำหลัก fair use ของสหรัฐอเมริกาไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีได้ หากหลักดังกล่าวจะช่วย สร้างความกระจ่างให้กับมาตรา 32 วรรคแรก ได้ชัดเจนยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ดี จำเลยทั้งสองอุทธรณ์คำพิพากษาดังกล่าวต่อศาลฎีกา ศาลฎีกาได้รับ อุทธรณ์ไว้ และพิจารณาพิพากษาเป็นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1902/2546

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าว มีประเด็นที่ควรกล่าวถึง ดังนี้

ในประเด็นเรื่องข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น เนื่องจากศาลฎีกาพิจารณาแล้วว่า การกระทำของมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ จำเลยที่ 2 ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะ ข้อเท็จจริง ที่เกิดขึ้น ยังไม่ชัดเจนว่าจำเลยที่ 2 มีส่วนร่วมในการละเมิดลิขสิทธิ์กับจำเลยที่ 1 กรณีจึงต้อง วิเคราะห์เฉพาะในส่วนของจำเลยที่ 1 ว่าเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ โดยศาลฎีกาเห็น ว่าข้อยกเว้นตามอุทธรณ์ของจำเลยที่ 1 ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการคือ (1) เป็นการกระทำ

¹⁰ หลักเรื่องการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) อยู่ในมาตรา 107 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ สหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1976 โดยบัญญัติว่า

“...ในการพิจารณาการใช้งานในแต่ละกรณีเป็นการใช้ที่เป็นธรรมหรือไม่นั้น ปัจจัยที่จะ ถูกนำมาพิจารณาจะรวมถึง ---

- (1) วัตถุประสงค์และลักษณะของการใช้ รวมทั้งการพิจารณาว่าการใช้ดังกล่าว มี ลักษณะในเชิงพาณิชย์หรือเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางการศึกษาที่ไม่แสวงหากำไร
- (2) ลักษณะของงานอันมีลิขสิทธิ์
- (3) จำนวนและความสำคัญของส่วนหรือตอนที่ถูกนำมาใช้เมื่อเทียบกับงานลิขสิทธิ์ ทั้งหมด และ
- (4) ผลกระทบของการใช้ที่มีต่อตลาดของงานลิขสิทธิ์ที่จะมีขึ้น หรือต่อคุณค่าของงาน ลิขสิทธิ์นั้น ...”

ต่างๆ ตามมาตรา 32 วรรคสอง (1) และ (7) และมาตรา 33 บัญญัติไว้ (2) การกระทำนั้นต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และ (3) การกระทำนั้นต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร

ในประเด็นเรื่องการวิจัย ศึกษา หรือแจกจ่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียน หรือในสถาบันศึกษา ตามข้อยกเว้นมาตรา 32 วรรค 2 (1) และ (7) นั้น ศาลฎีกาให้เหตุผลว่าเมื่อการกระทำของจำเลยที่ 1 ได้กระทำถึงขั้นจัดพิมพ์เพื่อจำหน่ายแก่บุคคลทั่วไป อีกทั้งได้รับคำตอบแทนจากงานเขียนดังกล่าว ย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำเพื่อหากำไรแล้ว จึงไม่เข้าข้อยกเว้นเพื่อการศึกษาวิจัย หรือแจกจ่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียน หรือในสถาบันศึกษา ส่วนข้อยกเว้นเรื่องการอ้างอิงนั้น จำเลยคัดลอก หรือเลียนงานวรรณกรรมของโจทก์ประมาณ 30 หน้าจากงานของโจทก์ทั้งหมด 150 หน้า แม้จะเป็นบางตอน แต่ก็เป็นส่วนหนึ่งของเนื้อหาสาระที่สำคัญ และมีปริมาณงานเป็นจำนวนมาก ถือได้ว่าเป็นการคัดลอก หรือเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเกินสมควร อีกทั้ง ไม่มีการแสดงถึงที่มาแห่งเนื้อหาของงานที่ชัดเจนเพียงพอ อันจะถือได้ว่าเป็นการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ของโจทก์ ทำให้จำเลยไม่อาจอ้างข้อยกเว้นเพื่อการอ้างอิงงานบางตอนตามสมควร โดยมีการรับรู้ถึงความ เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 33 ได้

ส่วนปัญหาหลักเกณฑ์ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ 2 ประการหลังนั้น ศาลฎีกาเห็นว่า แม้เมื่อภายหลังมีการฟ้องคดีแล้ว จำเลยก็ยังมิได้ระงับการจำหน่ายหนังสือที่จำเลยทำละเมิด ซึ่งตีพิมพ์ 2 ครั้ง รวม 1,500 เล่ม จึงเป็นการแบ่งตลาดของผู้บริโภค ซึ่งจะซื้อหนังสือประเภทดังกล่าวออกไปส่วนหนึ่ง อันเป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของโจทก์ และกระทบกระเทือนสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของโจทก์เกินสมควร การกระทำของโจทก์ จึงไม่เป็นข้อยกเว้น 2 ประการหลังของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง มาตรา 32 วรรคสอง (1) และ (7) และมาตรา 33 อุทธรณ์ของจำเลยที่ 1 ในข้อนี้ฟังไม่ขึ้น

พิพากษาแก้เป็นว่า ให้ยกฟ้อง สำหรับจำเลยที่ 2 นอกนั้นให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลทรัพย์สินฯ

ในประเด็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลฎีกาพิจารณาแล้ว เห็นว่าการกระทำของจำเลยที่ 1 ผู้เขียนหนังสือ "กลยุทธ์ในการฝึกอบรม" ไม่เข้าข้อยกเว้นเฉพาะกรณีตามมาตรา 32 วรรคสอง (1), (7) และมาตรา 33 ทั้งยังไม่เข้าข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 32 ทั้งนี้ในการพิจารณาว่าการกระทำของจำเลยที่ 1 เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 32 วรรคแรกหรือไม่นั้น ศาลฎีกาไม่ได้ยกหลัก fair use มาปรับใช้อย่างชัดเจนเหมือนศาลทรัพย์สินฯ คงให้เหตุผลแต่เพียงว่างานของจำเลยที่ 1 เป็นการแบ่งตลาดหนังสือของโจทก์ ซึ่งก็เป็นปัจจัยหนึ่งของหลักการใช้ที่เป็นธรรมเช่นกัน โดย

เป็นปัจจัยในเรื่องผลกระทบต่อตลาดเกี่ยวกับมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์ ทำให้ยังไม่ชัดเจนนักว่า ศาลฎีกาเปิดรับหลัก fair use มาปรับใช้กับการพิจารณาคดี เช่นเดียวกับศาลทรัพย์สินฯ หรือไม่ คงเป็นเรื่องที่ต้องรอดูกันต่อไป

- คำพิพากษาศาลทรัพย์สินฯ คดีหมายเลขแดงที่ ทป.116/2546

ในคดีดังกล่าว โจทก์ ซึ่งเป็นผู้เขียนและเรียบเรียงบทความและหนังสือเกี่ยวกับ ความผิดพลาดคลาดเคลื่อนของนิยามศัพท์ทางกฎหมายในพจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ซึ่งจำเลยได้ จัดพิมพ์ขึ้น ฟ้องว่าจำเลย ได้คัดลอก ทำซ้ำ หรือดัดแปลง ความหมายของถ้อยคำ 7 คำที่โจทก์ นิยามไว้ในบทความและหนังสือดังกล่าว อันได้แก่ คำว่า ครอบครอง ครอบครองปรปักษ์ คู่สัญญา ตัวการ พินัยกรรม คดีดำ และคดีแดง โดยนำไปใช้ในหนังสือของจำเลย ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2543 และครั้งที่ 3 พ.ศ. 2544 โดยไม่ได้รับอนุญาต อันเป็นการละเมิดต่อโจทก์ ฟ้องขอบังคับ จำเลย ให้ตัดความหมายของถ้อยคำทั้ง 7 คำตามฟ้องออก ในการพิมพ์พจนานุกรมศัพท์กฎหมาย ไทยครั้งต่อไป และให้จำเลยชดเชยค่าเสียหาย

คดีดังกล่าวนี้ จำเลยได้ให้การต่อสู้ในหลายประเด็น ตั้งแต่สถานะของถ้อยคำทั้ง 7 คำ ตามฟ้อง ไม่ใช่งานลิขสิทธิ์ของโจทก์ จำเลยมิได้ได้คัดลอก ทำซ้ำ หรือดัดแปลงความหมายของ ถ้อยคำทั้ง 7 จากโจทก์ และการกระทำของจำเลย ถือเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยใน ประเด็นหลังนี้ ข้อต่อสู้ของจำเลย คือ การกระทำของจำเลยไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการหากำไร ไม่ ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานตามปกติของโจทก์ ไม่เป็นการละเมิดต่อโจทก์ ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นข้อต่อสู้อย่างกว้างๆ ไม่ได้ระบุข้อยกเว้นตามมาตราใด มาตราหนึ่งเป็นการเฉพาะ

ในการพิจารณาคดี ศาลทรัพย์สินฯ เห็นว่าการกระทำของจำเลย แม้จะถือว่าเป็น การ ทำซ้ำและดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ แต่เนื่องจากงานที่โจทก์สร้างสรรค์ขึ้น ล้วนเกี่ยวกับ ถ้อยคำในดictionnaire ซึ่งเป็นเรื่องที่ใช้กันโดยทั่วไปในชีวิตประจำวันของคนในสังคม และมีความหมายเพียงประการเดียว ไม่อาจอธิบายให้มีความหมายเป็นอย่างอื่นได้ จึงจำเป็นอยู่เองที่ จำเลยซึ่งมีหน้าที่ตามกฎหมายโดยตรงในการให้คำนิยามศัพท์ต่างๆ จะต้องนำถ้อยคำ หรือ ความหมายที่โจทก์เรียบเรียงขึ้นไปใช้ในการให้ความหมาย เพื่อความถูกต้องในทางวิชาการ และ จำเลยไม่มีหนทาง ที่จะให้ความหมายถ้อยคำพิพาทให้มีความหมายเป็นอย่างอื่นไปได้ การกระทำ ของจำเลย จึงเป็นเรื่องจำเป็นของการทำหน้าที่ค้นคว้า วิจัย และเผยแพร่ทางวิชาการตามอำนาจ หน้าที่ที่กฎหมายกำหนด ตาม พ.ร.บ.ปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545 มาตรา 46 (6) อีก ทั้งจำเลยเป็นนิติบุคคลของรัฐ จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย ไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรในเชิง พาณิชย์ เมื่อพิจารณาถึงผลกระทบต่อการใช้ประโยชน์ของโจทก์ ก็ปรากฏว่างานของโจทก์

เป็นหนังสือที่มีลักษณะเป็นบทความวิจารณ์งานของจำเลยที่มีอยู่ก่อนแล้ว ดังนั้น การพิมพ์พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทยฉบับพิมพ์ครั้งที่ 2 และครั้งที่ 3 ของจำเลย จึงเป็นเรื่องการเผยแพร่ผลงานทางวิชาการตามปกติและมีลักษณะแตกต่างจากงานของโจทก์อย่างสิ้นเชิง ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของโจทก์และไม่กระทบกระเทือนต่อประโยชน์ของโจทก์แต่อย่างใดเลย การกระทำของจำเลยจึงเข้าข่ายยกเว้นตามกฎหมาย ไม่ถือเป็นละเมิด

พิพากษายกฟ้อง

จากคำพิพากษาของศาลทรัพย์สินฯ จะเห็นได้ว่าในประเด็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น จำเลยได้ยกข้อต่อสู้เพียงกว้างๆ ไม่ได้ระบุมาตราหนึ่งมาตราใดเป็นการเฉพาะ คำตัดสินของศาล จึงได้วางอยู่บนหลักการของมาตรา 32 วรรคแรกเป็นหลัก¹¹ อาจกล่าวได้ว่าศาล ในคดีนี้ได้ใช้บทบัญญัติตามมาตรา 32 วรรคแรก ในฐานะข้อยกเว้นทั่วไปของการละเมิดลิขสิทธิ์ แทนที่จะเป็นข้อจำกัดของข้อยกเว้น ดังที่บัญญัติไว้ในส่วนที่ 6 ของ พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ 2537 ซึ่งหากศาลในคดีอื่นๆ ยึดหลักการแปลความบทบัญญัติมาตรา 32 วรรคแรก ในลักษณะเดียวกันนี้ (คือถือว่ามาตรา 32 วรรคแรก ถือเป็นข้อยกเว้นทั่วไปของการละเมิดลิขสิทธิ์) ก็เท่ากับว่าขอบเขตของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ จะได้รับการขยายออกไปโดยปริยาย¹²

จากการประมวลและวิเคราะห์คำพิพากษา ทั้งในส่วนของศาลทรัพย์สินฯ และศาลฎีกา จากคดีทั้งหมดที่กล่าวมาอาจให้คำตอบแก่ประเด็นปัญหา ซึ่งผู้เขียนได้เคยกล่าวถึงไว้ ได้ดังนี้

(1) ประเด็นที่ว่ามาตรา 32 วรรคแรก ควรอยู่ในฐานะบททั่วไปของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือเป็นเพียงข้อจำกัดในเรื่องข้อยกเว้น ซึ่งต้องให้ประกอบกับข้อยกเว้นเฉพาะกรณี ตามมาตรา 32 วรรคสอง ถึงมาตรา 43 เท่านั้น

สำหรับคำถามข้อนี้ จากคำพิพากษาของศาลที่ผ่านมา ผู้เขียนเห็นว่ายังไม่ก่อให้เกิดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนมากพอที่จะตอบคำถามดังกล่าวได้ ทั้งนี้ คงต้องรออีกสักกระยะหนึ่ง เพื่อให้มีกรณีพิพาทเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ให้มากกว่านี้เสียก่อน จึงจะเกิดเป็นแนวบรรทัดฐานที่ชัดเจนเพียงพอ อย่างไรก็ดี จากคำพิพากษาศาลทรัพย์สินฯ คดีหมายเลขแดงที่ ทป.

¹¹ มาตรา 32 วรรคแรก “การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น ตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของงาน ลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์”

¹² Pisawat Sukonthapan, “Intellectual Property Law”, The IP & IT Law Forum (Current Issue 2005: Eighth Anniversary), pp. 126 - 127.

116/2546 (คดีนิยามศัพท์กฎหมาย) ซึ่งเป็นคำพิพากษาล่าสุด ในประเด็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น คงเป็นดังที่ ผศ. ดร. พิศวาท สุคนธ์พันธุ์ ได้ตั้งข้อสังเกตเอาไว้ว่า ศาลในคดีดังกล่าว ได้ให้บทบัญญัติตามมาตรา 32 วรรคแรก ในฐานะข้อยกเว้นทั่วไปของการละเมิดลิขสิทธิ์แทนที่จะเป็นข้อจำกัดของข้อยกเว้นการละเมิด ซึ่งหากศาลในคดีอื่นๆ ยึดหลักการแปลความบทบัญญัติมาตรา 32 วรรคแรก ในลักษณะเดียวกันนี้ ก็เท่ากับว่าขอบเขตของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์จะได้รับการขยายออกไปโดยปริยาย อันจะทำให้สาธารณชนได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์มากขึ้น¹³

(2) ประเด็นว่าข้อความ "...หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร..." ตามมาตรา 32 วรรคแรก ควรจะมีการแปลความว่าอย่างไร

จากคำพิพากษาของศาลที่ผ่านมา เราอาจตอบคำถามดังกล่าวได้เป็น 2 แนวทาง

แนวทางแรก คือ การนำปัจจัยทั้ง 4 ข้อตามหลัก fair use ของสหรัฐอเมริกา มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดี ดังเช่นที่ศาลทรัพย์สินฯ ในคดีหมายเลขแดงที่ ทป. 35/2544 เคยวินิจฉัยไว้ ซึ่งจะช่วยให้เกิดความชัดเจนมากขึ้นว่า การกระทำที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรนั้น ต้องพิจารณาถึงปัจจัย หรือข้อเท็จจริงใดประกอบบ้าง แต่เนื่องจากหลักเกณฑ์ดังกล่าว เป็นหลักที่นำมาจากกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีความแตกต่างจากประเทศไทยมาก ทั้งระบบกฎหมาย แนวคิด สภาพเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ทำให้เกิดปัญหาว่าศาลในคดีอื่นๆ จะยอมรับหลักการดังกล่าวได้มากน้อย เพียงใด ดังจะเห็นได้ว่าในชั้นฎีกาของคดีนี้ ศาลฎีกาก็ไม่ได้กล่าวถึงปัจจัยต่างๆ ที่เป็นองค์ประกอบของหลัก fair use ตามที่ศาลทรัพย์สินฯ ได้วินิจฉัยไว้แต่อย่างใด

แนวทางที่สอง คือ ศาลจะพิจารณาว่าการกระทำของจำเลยนั้น เป็นการแบ่งตลาด หรือมีผลกระทบต่อยอดขายในงานของโจทก์เกินสมควรหรือไม่ หากการกระทำนั้น เป็นการแบ่งตลาดของโจทก์ หรือมีผลกระทบต่อยอดขายในงานของโจทก์เกินสมควร ก็ถือว่าการกระทำนั้น เป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร อันทำให้การกระทำนั้น ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังเช่นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1908/2546 (คดีอาจารย์มหาวิทยาลัย) ในทางตรงกันข้าม หากงานของจำเลยมีลักษณะที่แตกต่างจากงานของโจทก์โดย

¹³ Ibid. pp. 126 - 127.

สิ้นเชิง ก็อาจถือได้ว่างานของจำเลยไม่มีลักษณะแข่งขันกับงานของโจทก์ จึงไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของโจทก์ และไม่กระทบกระเทือนต่อประโยชน์ของโจทก์แต่อย่างใด การกระทำของจำเลยจึงเข้าช้อยกเว้นตามกฎหมาย ไม่ถือเป็นละเมิดลิขสิทธิ์ ดังเช่นในคำพิพากษาศาลทรัพย์สินฯ คดีหมายเลขแดงที่ ทป. 116/2546 (คดีนิยามศัพท์กฎหมาย)

อย่างไรก็ตาม การแปลความดังกล่าว เป็นการแปลความของศาลเกี่ยวกับข้อพิพาทในงานวรรณกรรมเป็นหลัก หากเป็นข้อพิพาทในงานดนตรีกรรมและสิ่งบันเทิงเสียง ซึ่งอาจมีข้อเท็จจริงบางประการแตกต่างออกไปนั้น ศาลจะตีความว่าการกระทำอย่างใดจึงจะไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรนั้น คงต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงต่อไปในบทที่ 3

2.2 ช้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 32 วรรคสอง

บทบัญญัติมาตรา 32 วรรคสอง กำหนดให้

“...ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามวรรคหนึ่ง มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำการดังต่อไปนี้

- (1) วิจัยหรือศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- (2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท
- (3) ตีพิมพ์ วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว
- (6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอน เพื่อประโยชน์ในการสอนของตน อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร

- (7) ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอนหรือทำบทสรุปโดยผู้สอน หรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียน หรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร
- (8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ"

การกระทำอันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 วรรคสอง (1) ถึง (8) นั้น นอกจากจะต้องเข้าเงื่อนไขในแต่ละอนุมาตราแล้ว ยังต้องเข้าลักษณะว่าไม่ขัดต่อการแสวงประโยชน์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรตามมาตรา 32 วรรคหนึ่งด้วย

มาตรา 32 วรรคสองเป็นข้อยกเว้นที่ใช้กับงานทุกประเภท รวมทั้งงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงด้วย ในที่นี้จะกล่าวถึง และยกตัวอย่างในแต่ละอนุมาตราโดยปรับใช้กับงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงเป็นหลัก

เราอาจประมวลการกระทำตามมาตรา 32 วรรค 2 บัญญัติว่า มิให้ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แล้วแยกออกเป็น 4 ประเภท ตามลักษณะของการกระทำนั้น ได้แก่

- ก) การใช้เพื่อการศึกษา
- ข) การใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัว
- ค) การใช้เพื่อการรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชน
- ง) การใช้เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาล

การที่กฎหมายบัญญัติว่าการกระทำ 4 ประเภทเหล่านี้ ถือเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นสิ่งที่ทำได้ เพราะอยู่ภายใต้กรอบที่มาตรฐานระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญาเบอร์น และ TRIPS อนุญาตไว้ อีกทั้งหากพิจารณาจากกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศต่างๆ ก็จะพบว่ามีแนวทางการบัญญัติใกล้เคียงกัน ให้การกระทำแก่งานลิขสิทธิ์ตามลักษณะในข้อ ก) - ง) ถือเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

ต่อไปนี้ ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงข้อยกเว้นตามมาตรา 32 วรรค 2 ว่าจะจะเป็นประโยชน์ต่อการนำงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงไปใช้อย่างไรบ้าง

- ก) การใช้เพื่อการศึกษา

เราอาจแบ่งการใช้เพื่อการศึกษาตามมาตรา 32 วรรคสอง ได้เป็น 2 ประเภท คือ

การใช้เพื่อการศึกษาที่เป็นการส่วนตัว ตาม (1) และ การใช้เพื่อการศึกษาในชั้นเรียน ตาม (6), (7) และ (8)

มาตรา 32 วรรคสอง (1) บัญญัติให้การวิจัย หรือศึกษางาน อันมิใช่การกระทำเพื่อหา กำไร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซ้อยกเว้นนี้ โดยหลักแล้วจะใช้ในกรณีทำซ้ำบทความ หรือ หนังสือ เพื่อใช้ในการเรียนของนักเรียน นักศึกษา ซึ่งจะเป็นประโยชน์อย่างมากต่อระบบการศึกษา ของประเทศ หากปรับใช้กับงานดนตรีกรรมและสิ่งบันเทิงเสียง กรณีตัวอย่างอาจจะเป็นเด็กวัยรุ่น คนหนึ่งถ่ายเอกสารโน้ตเพลงจากหนังสือเพลงเพื่อนำไปหัดเล่นกีตาร์ เพื่อพัฒนาฝีมือ

ส่วนการใช้เพื่อการศึกษาในชั้นเรียน ตาม (6), (7) และ (8) นั้น เป็นการบัญญัติโดยมี วัตถุประสงค์สอดคล้องกับ Article 10 (2) ของอนุสัญญาเบอร์น¹⁴ ซึ่งบัญญัติให้ประเทศภาคี สมาชิกสามารถกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายภายในได้ เพื่อประโยชน์ทางการ เรียนการสอน

มาตรา 32 วรรคสอง "...ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง การกระทำอย่างใดอย่าง หนึ่ง แก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามวรรคหนึ่ง มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำได้ต่อไปนี้...

(6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอน เพื่อประโยชน์ในการสอน ของตน อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร

(7) ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอนหรือทำบทสรุปโดยผู้สอน หรือ สถาบัน ศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียน หรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร

(8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ"

พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้เพิ่มข้อความ "อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร" เพื่อจำกัด ขอบเขตข้อยกเว้นเพื่อการเรียนการสอน มิให้เป็นการหาประโยชน์ทางการค้าจากผลงานของผู้อื่น โดยไม่ได้รับอนุญาต¹⁵ อนึ่ง ที่กฎหมายกำหนดว่าต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไรนั้น ไม่ใช่ว่า ผู้สอน หรือสถาบันการศึกษาจะคิดเงินจากผู้เรียนไม่ได้เลย เนื่องจากผู้สอนอาจคิดราคาค่า กระดาษ หรือค่าถ่ายเอกสารได้ เพียงแต่ต้องไม่เป็นไปในลักษณะหากำไร

ส่วนคำว่า ผู้สอน หรือสถาบันศึกษาตาม (6) และ (7) จะเป็นครู หรืออาจารย์ในโรงเรียน หรือมหาวิทยาลัยของรัฐ หรือเอกชนก็ได้¹⁶

สำหรับความแตกต่างระหว่าง (6) และ (7) อยู่ตรงที่ตาม (6) นั้น การทำซ้ำ ดัดแปลง นำ ออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เป็นการกระทำโดยผู้สอน เพื่อประโยชน์ในการสอนของตน ดังนั้นแม้

¹⁴ โปรดดูรายละเอียดของอนุสัญญาเบอร์นฯ Article 10 (2) ในหัวข้อ 1.1 ของบทที่ 1

¹⁵ รัชชัย ศุภผลศิริ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 237.

¹⁶ วัล ดิงสมิตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น. 32.

จะเป็นการถ่ายสำเนา (ทำซ้ำ) ตำราเรียนมากกว่า 1 บทก็อาจอยู่ในขอบเขตของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ เพราะจำนวนงานที่ถูกทำซ้ำมีเพียงชุดเดียว ย่อมไม่กระทบสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร แต่กรณีตาม (7) นั้น กฎหมายบัญญัติไว้เลยว่า การทำซ้ำ หรือดัดแปลง ต้องเป็นเพียงบางส่วนของงานเท่านั้น และการกระทำตาม (7) ซึ่งเป็นไปเพื่อแจกจ่ายแก่ผู้เรียนในชั้นหรือสถาบันการศึกษา จะทำเป็นจำนวนมากไม่ได้ มิฉะนั้น จะขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของงานลิขสิทธิ์ และกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร อันถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ผู้เขียนมีความเห็นว่าการนำบางส่วนของงาน เพื่อทำซ้ำ ดัดแปลง ตัดทอน หรือทำบทสรุป โดยผู้สอน หรือสถาบันศึกษา ตาม (7) นั้น อาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้ว่าจะมีขอบเขตแค่ไหน เพียงใด

ตัวอย่างของการนำงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงไปใช้เพื่อการศึกษา เช่น อาจารย์ในภาควิชาดนตรีของสถาบันการศึกษาแห่งหนึ่ง นำเพลงซึ่งยังไม่หมดอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์มาแสดงเดี่ยวเปียโนให้นักเรียนในชั้นฟัง เพื่อประโยชน์ในการเรียนการสอน ส่วนกรณีตาม (7) ต่อเนื่องจากตัวอย่างข้างต้น อาจารย์ได้ถ่ายเอกสารบางท่อนของโน้ตเพลงดังกล่าว เพื่อให้นักเรียนนำกลับไปหัดฝึกซ้อมที่บ้าน หรือกรณีตาม (8) เช่น ผู้สอนคนเดิมนำโน้ตเพลงดังกล่าวมาใช้ประกอบกับข้อสอบวัดผลประจำปี

ในกรณีการใช้งานดนตรีเพื่อประกอบการเรียนการสอนในชั้นเรียนนั้น ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่า โรงเรียนดนตรีของเอกชนบางแห่ง ซึ่งดำเนินการสอนดนตรีในลักษณะเป็นการประกอบธุรกิจควรจะได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นตาม (6) และ (7) หรือไม่ ในกรณีนำเพลงซึ่งอยู่ระหว่างอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์มาใช้ประกอบการเรียนการสอน เพราะแม้จะเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการสอนจริง แต่ทางโรงเรียนเอกชนเหล่านี้ ก็น่าจะได้รับผลกำไรพอสมควรจากค่าเล่าเรียนเป็นหลักสูตร (หลังหักค่าใช้จ่าย) เพราะหากธุรกิจประเภทนี้ ไม่มีกำไร ก็คงไม่มีผู้ใดลงทุนตั้งโรงเรียนสอนดนตรีขึ้นมา

ผู้เขียนเห็นว่าหากโรงเรียนแห่งใดจัดตั้งขึ้นโดยมุ่งหวังผลกำไรโดยตรง มีการเก็บค่าเล่าเรียนในอัตราที่สูง และเมื่อหักค่าใช้จ่ายอันจำเป็นต่างๆ (เช่น เงินเดือนครูผู้สอน/พนักงาน ค่าเช่าสถานที่ ค่าเครื่องดนตรี) แล้วยังเหลือผลกำไร ผลกำไรเหล่านั้นก็ควรจะได้รับแจกคืนกลับไปเป็นค่าตอบแทนให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์เพลงบ้าง จึงจะเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

ข) การใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง

โดยผลของมาตรา 32 วรรคสอง (2) การใช้งานลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัว หรือญาติสนิท มิให้ถือเป็นการละเมิด ลิขสิทธิ์

แต่เดิม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ได้บัญญัติรวมถึง “ญาติมิตร” ด้วย แต่ได้มีการเปลี่ยนแปลงเป็นคำว่า “ญาติสนิท” ตามพ.ร.บ.ฉบับปัจจุบัน ซึ่งทำให้ขอบเขตของบุคคลที่ได้รับ ข้อยกเว้นประการนี้ลดลงไปอย่างมาก และน่าจะเป็นการรักษาสภาพประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ ดีกว่าเดิม เนื่องจากลักษณะของสังคมไทยที่เป็นสังคมอุปถัมภ์ และมีความเอื้อเฟื้อเผื่อแผ่สูง ทำให้ นิยามของคำว่า “ญาติมิตร” ตามพ.ร.บ. ฉบับเดิมจะกินความได้กว้างขวางมาก

ภายใต้บทบัญญัติมาตรานี้ การกระทำที่โดยปกติถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น

การทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน หากเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของ ตนเอง หรือญาติสนิทถือว่าไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น ไรท์แผ่น CD เพื่อให้น้องชายนำไปฟัง หรือการเปิดแผ่น VCD คาราโอเกะเพื่อร้องเล่นกันในหมู่ญาติมิตรในงานเลี้ยงวันปีใหม่ เป็นต้น

สืบเนื่องจากข้อยกเว้นในเรื่องนี้ อาจก่อให้เกิดความสงสัยได้ว่าทำไมในเมื่อผู้ซื้อ ได้ซื้อ สินค้ามาโดยถูกต้องตามกฎหมายแล้ว เหตุใดจึงไม่สามารถนำสินค้านั้น ไปใช้ให้เกิดประโยชน์ใน ฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ได้¹⁷ เช่น นาย A ซื้อ CD อัลบั้มชุดใหม่ของนักร้องวง X มาจากแผงเทปโดยถูกต้อง แล้วเหตุใดนาย A จึงไม่สามารถ ทำซ้ำแผ่น CD นั้น เพื่อแจกจ่ายให้แก่เพื่อนๆ ที่มหาวิทยาลัย หรือให้นาย A เป็นเจ้าของผับแห่ง หนึ่ง ทำไมนาย A จึงไม่สามารถนำแผ่น CD ดังกล่าวเปิดให้ลูกค้าในผับของตนฟังได้ หรือทำไม นาย A จึงไม่สามารถนำแผ่น CD ออกให้ผู้อื่นเช่าเพื่อหากำไรได้ ทั้งที่นาย A เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ ในแผ่น CD นั้น

ปัญหาในประเด็นนี้ เกิดจากข้อขัดแย้งระหว่างหลักกฎหมาย 2 หลัก คือ หลักเรื่อง กรรมสิทธิ์ กับหลักสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์

สำหรับคำตอบต่อปัญหานี้คงเป็นว่า แม้นาย A จะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในแผ่น CD ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็น บทบัญญัติของกฎหมายทั่วไป ซึ่งใช้บังคับกับทรัพย์สินทั่วไป แต่หลักสิทธิแต่เพียงผู้เดียวตาม

¹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอย และจำหน่ายทรัพย์สินของตน และได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับ ทั้งมีสิทธิติดตาม และเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคล ผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิ ขัดขวางมิให้ผู้อื่น สอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้น โดยมีขอบด้วยกฎหมาย”

กฎหมายลิขสิทธิ์ถือเป็นบทบัญญัติของกฎหมายพิเศษ ที่กำหนดกฎเกณฑ์ไว้สำหรับใช้บังคับกับทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะ ดังนั้น ตามหลักที่ว่า “กฎหมายพิเศษตัดกฎหมายทั่วไป หรือ Specialis generalebus”¹⁸ เรื่องใดที่กฎหมายลิขสิทธิ์ในฐานะกฎหมายพิเศษได้บัญญัติไว้แล้วเป็นการเฉพาะ และบทบัญญัตินั้นมีลักษณะชัด หรือแย้งกับกฎหมายทั่วไป ต้องถือตามบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษ ด้วยเหตุนี้ นาย A จึงไม่มีสิทธินำแผ่น CD ที่ตนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ไปทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน หรือให้เช่าได้ เพราะสิทธิเหล่านี้ เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่กฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ไว้เป็นพิเศษ¹⁹

กล่าวโดยสรุป ในฐานะบทบัญญัติของกฎหมายทั่วไป สิทธิของเจ้าของกรรมสิทธิ์ ย่อมเป็นรองสิทธิแต่เพียงผู้เดียวตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษ แต่ในกรณีที่เป็น

การใช้งานลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัว หรือญาติสนิท แม้จะเป็นการละเมิดสิทธิแต่เพียงผู้เดียว แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ก็ยกเว้นไว้ให้ ไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 32 วรรคสอง (2)

อนึ่ง บุคคลอื่นในครอบครัว ตามมาตรา 32 วรรคสอง (2) หมายความว่ารวมถึง คนรับใช้ หรือผู้อาศัยอยู่ในบ้านด้วย ส่วนญาติสนิท เช่น ลุง ป้า น้า อา แม้จะไม่ได้อยู่ในบ้านหลังเดียวกัน ก็ได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นนี้ แต่สำหรับเพื่อนนั้น แม้จะสนิทกันเพียงใด ก็ไม่เข้าข้อยกเว้นนี้²⁰

ค) การใช้เพื่อการรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชน

ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ในกรณีการใช้เพื่อการรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชน ได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 32 วรรค 2 (3) และ (4) ของ พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยเป็นการบัญญัติในลักษณะเดียวกันกับข้อยกเว้นตามอนุสัญญาเบอร์น์ฯ Article 2bis (2), 10 (1), 10bis (1) และ 10bis (2) ซึ่งอนุญาตให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายภายในได้ เพื่อประโยชน์ในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของคนในชาติ²¹

มาตรา 32 วรรคสอง “...ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง การกระทำอย่างใด

¹⁸ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป ความรู้กฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548) น. 126.

¹⁹ สรวิต ลิ้มปริงษ์, “การใช้สิทธิจบสิ้น (Exhaustion of rights) ในกฎหมายลิขสิทธิ์,” บทบัญญัติ 59 (มีนาคม 2546), น.107 -115.

²⁰ วุฒ ดิงสมิตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น. 31.

²¹ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 1.1 ของบทที่ 1

อย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามวรรคหนึ่ง มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำดังต่อไปนี้...

- (3) ตีชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น..."

ตัวอย่างของการใช้งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงที่ได้รับประโยชน์จากมาตรานี้ เช่น สถานีโทรทัศน์แห่งหนึ่ง รายงานข่าวการเปิดตัวอัลบั้มใหม่ของศิลปินหญิงชื่อดัง ในการนี้ สถานีโทรทัศน์แห่งนั้นได้นำภาพการแสดงคอนเสิร์ตในครั้งก่อนๆ ของเธอ มาใช้ประกอบการเสนอข่าว พร้อมให้ข้อมูลว่าเป็นภาพจากการแสดงคอนเสิร์ตครั้งใด และสังกัดอยู่ค่ายเพลงใด ใครเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือตีเจทางรายการวิทยุได้เล่นเพลงออกอากาศ โดยมีการวิจารณ์ หรือแนะนำประกอบ พร้อมระบุว่า เป็นเพลงของใคร และใครเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงนั้น หรือนักวิจารณ์เพลงในนิตยสาร ได้นำเนื้อร้องบางส่วนของเพลงดังกล่าวเพื่อประกอบการวิจารณ์ เป็นต้น

สำหรับการนำเพลงมาเปิดออกอากาศทางสถานีวิทยุกระจายเสียงนั้น หากเป็นการเปิดในระยะแรกๆ ที่เพลงนั้นยังไม่มีที่รู้จัก ทางสถานีวิทยุ อาจอ้างข้อยกเว้นว่าเป็นการแนะนำผลงาน ตามมาตรา 32 วรรค 2 (3) เพื่อมิให้ต้องรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์ได้ แต่ในการเปิดเพลงครั้งต่อไป ซึ่งเพลงดังกล่าวได้เริ่มเป็นที่นิยมแล้ว ย่อมไม่อาจอ้างข้อยกเว้นตามมาตรานี้ได้ เพราะการกระทำ ย่อมไม่อาจเรียกว่าเป็นการ "แนะนำ" ได้อีกต่อไป อีกทั้งยังขัดกับเจตนารมณ์ทั่วไปตามมาตรา 32 วรรคแรกอีกด้วย เพราะการนำเพลงไปเปิดออกอากาศโดยไม่ได้รับอนุญาต ย่อมขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของงานลิขสิทธิ์และกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร

การนำงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงมาใช้ ไม่ว่าจะเป็นในกรณีตีชม วิจารณ์ แนะนำผลงาน หรือเสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชน นอกจากจะต้องไม่ขัดกับมาตรา 32 วรรคแรกแล้ว ยังต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า การใช้งานดังกล่าวจะต้องมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้นอีกด้วย

ง) การใช้เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาล

มาตรา 32 วรรค 2 บัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะที่เป็นการใช้เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาล ไว้ใน (5) เพียงอนุมาตราเดียว โดยบัญญัติให้การทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาล หรือเจ้าพนักงาน

ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว มิให้ถือเป็นการละเมิด ลิขสิทธิ์

ตัวอย่างเช่น นักดนตรีคนหนึ่งฟ้องร้องค่ายเทปว่ากระทำการลอกเลียนเพลงของตน ดังนี้ หากมีการฟ้องร้องเรื่องดังกล่าวเป็นคดี ในการพิจารณาคดีนี้ ศาลอาจต้องทำซ้ำตัวอย่างสิ่ง บันทึกเสียงที่เป็นพยานวัตถุของโจทก์ จำเลย ให้เท่ากับจำนวนองค์คณะที่พิจารณาคดีเพื่อให้ สามารถพิจารณาพยานหลักฐานได้โดยละเอียด เพื่อผลประโยชน์ในการพิจารณาคดี

2.3 ข้อยกเว้นในการนำงานดนตรีกรรมออกแสดง ตามมาตรา 36

ข้อยกเว้นตามมาตรานี้ เป็นไปโดยสอดคล้องกับ Article 11 ของอนุสัญญาเบอร์นะ ที่ อนุญาตให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถทำข้อสงวนในบางเรื่อง (minor reservations) เกี่ยวกับ สิทธิในการแสดงต่อสาธารณชน หรือสิทธิในการแพร่เสียงแพร่ภาพได้ เช่น การใช้เพื่อการประกอบ พิธีกรรมทางศาสนา การใช้เพื่อการศึกษา หรือการใช้ประโยชน์โดยหน่วยงานราชการ เป็นต้น ขณะเดียวกันกฎหมายภายในของหลายๆ ประเทศต่างก็ได้กำหนดข้อยกเว้นสิทธิในการแสดง หรือ เผยแพร่ต่อสาธารณชน เพื่อประโยชน์ขององค์กรเพื่อการศึกษา หรือองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรอื่นๆ เอาไว้ ด้วยเหตุผลที่ว่าองค์กรต่างๆ เหล่านี้ ขาดแคลนทุนทรัพย์ และสมควรที่จะได้รับการ สนับสนุนเป็นพิเศษ โดยระบบกฎหมายลิขสิทธิ์²²

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 36 บัญญัติว่า การนำงานนาฏกรรม หรือ ดนตรีกรรมออกแสดงเพื่อเผยแพร่ต่อสาธารณชนตามความเหมาะสมโดยมิได้จัดทำขึ้น หรือ ดำเนินการเพื่อกำไรเนื่องจากการจัดให้มีการเผยแพร่ต่อสาธารณชนนั้น และมีได้จัดเก็บค่าเข้า ชมโดยไม่ว่าทางตรง หรือโดยทางอ้อมและนักแสดงไม่ได้รับค่าตอบแทนในการแสดงนั้น มิให้ถือว่า เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หากเป็นการดำเนินการโดยสมาคม มูลนิธิ หรือองค์กรอื่นที่มีวัตถุประสงค์ เพื่อการสาธิตศิลป การศึกษา การศาสนา หรือการสังคมสงเคราะห์ และได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง

แต่เดิมตามพ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มีข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เกี่ยวกับการนำ โสตทัศนวัสดุ หรือภาพยนตร์ออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนในโรงแรม หรือสถานที่บางแห่ง หรือ

²² Paul Goldstein, International Copyright: Principles, Law, and Practice (New York: Oxford University Press, 2001), p. 316.

กระทำโดยสมาคมหรือมูลนิธิ ปัจจุบัน พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้ตัดบทบัญญัติดังกล่าวออกไปแล้ว และบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแสดงงานนาฏกรรมและดนตรีกรรมไว้ในมาตรา 36 แทน

การกระทำที่จะเข้าช้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 36 นี้ ต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไขทุกประการ ดังนี้

- (1) ต้องเป็นการนำออกแสดงเพื่อเผยแพร่ต่อสาธารณชนตามความเหมาะสม
- (2) ไม่เป็นการจัดทำ หรือดำเนินการเพื่อหากำไร
- (3) ไม่ได้จัดเก็บค่าเข้าชม ไม่ว่าโดยทางตรง หรือทางอ้อม

หากตีความโดยเคร่งครัด เงื่อนไขในข้อนี้ อาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้ ยกตัวอย่างเช่น โรงเรียนอนุบาลแห่งหนึ่งนำงานเพลงอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้ในงานแสดงประจำปีของเด็กนักเรียน โดยมีการรับบริจาคเงินตามแต่ผู้ชม (ผู้ปกครองเด็ก) จะสมัครใจเพื่อนำไปเป็นค่าใช้จ่ายที่จำเป็น หรือทุนการศึกษา หากตีความว่าเงินบริจาคนี้ เข้าข่ายค่าเข้าชมทางอ้อมจะก่อให้เกิดปัญหาว่าการแสดงของโรงเรียนดังกล่าว จะไม่ได้รับประโยชน์จากช้อยกเว้นมาตรา 36 และอาจถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ผู้เขียนเห็นว่าค่าเข้าชมทางอ้อม ควรหมายถึง ค่าเข้าชมที่ได้จัดเก็บจากผู้รับชม โดยไม่ได้ระบุให้ผู้รับชมทราบโดยชัดแจ้ง เช่น การที่ร้านอาหารแห่งหนึ่งได้รวมค่าว่าจ้างวงดนตรีไว้ในค่าอาหารของลูกค้า กรณีเช่นนี้ควรถือได้ว่าการเก็บค่าเข้าชมทางอ้อมแล้ว จึงไม่เข้าเงื่อนไขที่ระบุไว้ในมาตรา 36 แต่ในกรณีเงินที่โรงเรียนอนุบาลขอรับบริจาคจากผู้ปกครองเด็ก ดังตัวอย่างที่ยกมาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าเงินบริจาคในกรณีนี้ ไม่ใช่ค่าเข้าชมทางอ้อม เนื่องจากการจะบริจาคเงินหรือไม่ เป็นไปตามความสมัครใจของผู้ชม ไม่ได้เกิดจากการบังคับจัดเก็บของทางโรงเรียน แต่อย่างใด นอกจากนี้ การตีความในลักษณะที่ว่าเงินบริจาคไม่ถือเป็นค่าเข้าชมทางอ้อม ยังช่วยให้บทบัญญัติมาตรา 36 มีความยืดหยุ่นมากกว่าเดิมและเป็นไปเพื่อประโยชน์ของสาธารณชนยิ่งขึ้น

- (4) นักแสดงไม่ได้รับค่าตอบแทนในการแสดง

ค่าตอบแทนของนักแสดงตามเงื่อนไขข้อนี้ อาจก่อให้เกิดปัญหาในการตีความได้เช่นกัน ว่าควรรวมถึงค่าตอบแทนในลักษณะใดบ้าง หากผู้จัดการแสดงได้มีการมอบค่าใช้จ่ายที่จำเป็นบางอย่าง เพื่อเป็นสินน้ำใจให้กับนักแสดง เช่น ค่าเดินทาง ค่าเครื่องแต่งตัว กรณีเช่นนี้จะถือเป็นค่าตอบแทนในการแสดงด้วยหรือไม่

หากตีความโดยเคร่งครัดว่าค่าใช้จ่ายใดๆ ซึ่งผู้จัดได้มอบให้กับนักแสดงถือเป็นค่าตอบแทนในการแสดงทั้งสิ้น อาจก่อให้เกิดปัญหาได้ในทางปฏิบัติ เพราะจะเท่าว่ากับการแสดง

ที่ได้รับประโยชน์จากช้อยกเว้นตามมาตรา 36 นี้ นักแสดงจะเรียกร้องค่าตอบแทนใดๆ จากผู้จัดการแสดงไม่ได้เลย ซึ่งในความเป็นจริงนักแสดง อาจมีความจำเป็นต้องเรียกร้องค่าใช้จ่ายอันจำเป็นบางอย่างจากผู้จัดบ้าง

เพื่อให้บทบัญญัติตามมาตรา 36 มีความยืดหยุ่นยิ่งขึ้นและสอดคล้องกับทางปฏิบัติ อาจต้องตีความว่าค่าตอบแทนในลักษณะซึ่งผู้จัดได้มอบเป็นสินน้ำใจแก่ผู้แสดง (เช่น ค่าเดินทาง ค่าเครื่องแต่งตัว) จะไม่ถือเป็น “ค่าตอบแทนในการแสดง” ตามมาตรานี้

(5) ผู้ดำเนินการ ต้องเป็นสมาคม มูลนิธิ หรือองค์การอื่น ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการสาธารณกุศล การศึกษา การศาสนา หรือการสังคมสงเคราะห์

สำหรับตัวอย่างขององค์กร หรือหน่วยงานที่จะได้รับประโยชน์ตามช้อยกเว้นนี้ เช่น ชุมนุมโฟล์คซองของมหาวิทยาลัยจัดประกวดการร้องเพลงโฟล์คซองของคำเมืองของนักศึกษา ดังนี้ ทางชุมนุมผู้จัดงาน หรือนักศึกษาไม่จำเป็นต้องขออนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์เพลงโฟล์คซองที่นำมาใช้ประกวด เพราะได้รับประโยชน์จากมาตรา 36 (แต่หากนักศึกษาสามารถขออนุญาตจากเจ้าของเพลงได้ก็จะเป็นการดี และการบอกกล่าวแก่ผู้ฟังว่าเพลงที่ตนนำมาร้องนั้น เป็นเพลงของใคร ก็นับเป็นการให้เกียรติแก่เจ้าของเพลงและถือเป็นมารยาทที่เหมาะสม) หรือการเล่นเพลงในโบสถ์ของศาสนาคริสต์ โบสถ์ก็ได้รับประโยชน์จากช้อยกเว้นมาตรา 36 เช่นกัน เพราะถือได้ว่าโบสถ์เป็นมูลนิธิ หรือองค์การอื่นที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการสาธารณกุศล การศึกษา การศาสนา หรือการสังคมสงเคราะห์ อย่างไรก็ตาม การใช้งานเพลงของโบสถ์ต้องเข้าเงื่อนไขข้ออื่นๆ ด้วย เช่น ต้องไม่ใช่การดำเนินการเพื่อหากำไร และได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง จึงจะไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

นอกจากนี้ ยังมีความเห็นเพิ่มเติมว่ามาตรา 36 เป็นการบัญญัติกฎหมาย โดยไม่สอดคล้องกับประเพณีท้องถิ่นไทย เพราะการนำงานดนตรีกรรมออกแสดง ในบางกรณี เช่น งานบวชนาค งานบaylor หรืองานเทศกาลพื้นบ้านต่างๆ ซึ่งมักจัดขึ้น โดยคนในชุมชน หรือหน่วยราชการระดับท้องถิ่น ก็ยังไม่เป็นที่ชัดเจนนักว่า โดยสภาพของกลุ่มบุคคล หรือองค์กร ที่นำงานดนตรีมาใช้จะได้รับประโยชน์จากช้อยกเว้น ตามมาตรานี้หรือไม่²³

²³ ว่าที่ร้อยตรี สุทธิศักดิ์ ประศาสน์ครุการ, “ปัญหาในทางกฎหมายเกี่ยวกับช้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์: ศึกษางานดนตรีกรรม ตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เปรียบเทียบกับงานลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและเยอรมัน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544). น. 153.

ผู้เขียนเห็นว่า "สมาคม มูลนิธิ หรือองค์การอื่น ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการสาธารณกุศล การศึกษา การศาสนา หรือการสังคมสงเคราะห์" ตามมาตรานี้ อาจจะต้องตีความอย่างกว้าง เพื่อที่จะได้กินความรวมไปถึงหน่วยราชการระดับท้องถิ่น เช่น อบจ. หรือ อบต. ด้วย เพื่อที่องค์กรระดับท้องถิ่นเหล่านี้ จะได้รับประโยชน์จากมาตรา 36 ในการนำงานดนตรีกรรมไปใช้ในงานเทศกาลพื้นบ้านต่างๆ

(6) ได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 บรรคแรก กล่าวคือ ได้กระทำโดยไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร

จากเงื่อนไขที่วางไว้ทั้ง 6 ข้อ จะเห็นได้ว่ามาตรา 36 ได้วางเงื่อนไขการใช้งานดนตรีกรรม ที่จะได้ประโยชน์จากข้อยกเว้นตามมาตรา 36 นั้น ยกเว้นให้เฉพาะการเผยแพร่ต่อสาธารณชน ซึ่งงานดนตรีกรรมเท่านั้น การเผยแพร่งานสิ่งบันทึกเสียง จะไม่ได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นดังกล่าว

ทั้งนี้ หากพิจารณาจากการใช้งานดนตรีในชีวิตประจำวัน จะพบว่ามีการใช้งานในหลายลักษณะ ที่อาจจะไม่อยู่ในขอบเขตของข้อยกเว้นตามมาตรา 36

ผู้เขียนขอยกตัวอย่างการใช้งานดนตรีประกอบในพิธีแต่งงาน ซึ่งในปัจจุบัน คู่บ่าวสาว หรือบริษัทที่รับจัดงาน นิยมที่จะนำเพลงเกี่ยวกับความรักซึ่งมีความหมายดี เปิดประกอบในพิธีแต่งงาน ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีนี้ อาจเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในการเผยแพร่ต่อสาธารณชน ในงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงตามมาตรา 15 ประกอบมาตรา 27, 28 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้ หากไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นข้อยกเว้นไว้

ปัญหาจึงมีว่า การใช้งานดนตรีประกอบในพิธีแต่งงาน จะถือเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ได้หรือไม่ และถ้าถือเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ จะถือว่าเข้าข้อยกเว้นตามมาตราใด

การใช้งานดนตรีในลักษณะดังกล่าว หากพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติมาตรา 36 โดยเคร่งครัดแล้ว จะพบว่าไม่อาจที่จะได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นตามมาตรา 36 นี้ได้ เพราะอย่างน้อยที่สุดจากเงื่อนไขที่ว่า ผู้ดำเนินการต้องเป็นสมาคม มูลนิธิ หรือองค์การอื่น ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการสาธารณกุศล การศึกษา การศาสนา หรือการสังคมสงเคราะห์เท่านั้น ที่จะได้ประโยชน์จากมาตรานี้ ผู้เขียนเห็นว่าผู้ดำเนินการจัดงานแต่งงาน ไม่ว่าจะงานจะจัดโดยทางโรงแรม หรือบริษัทที่รับจัดงาน หรือคู่บ่าวสาวจัดงานแต่งงานเอง บุคคล หรือกลุ่มบุคคลเหล่านี้ ล้วนไม่เข้าข่ายเป็น "สมาคม มูลนิธิ หรือองค์การอื่น ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการสาธารณกุศล การศึกษา การศาสนา หรือการสังคมสงเคราะห์" ตามที่กฎหมายกำหนดไว้เลย

ครั้งนี้จะพิจารณาจากข้อยกเว้นเรื่องการใช้งานเพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือญาติสนิท ตามมาตรา 32 วรรคสอง (2) ก็จะพบว่าไม่อาจทำได้ เพราะมาตราดังกล่าวยกเว้นให้เฉพาะ

การเผยแพร่ในหมู่คนในบ้าน หรือญาติสนิทจริงๆ เท่านั้น แต่แขกหรือที่มาร่วมเป็นสักขีพยานในงานแต่งงานโดยทั่วไป น่าจะมีจำนวนมากพอสมควร และคงไม่ได้มีเฉพาะญาติสนิทเท่านั้นที่มาร่วมงาน อย่างน้อยที่สุดก็ต้องมีเพื่อนฝูงของคู่บ่าวสาวมาร่วมแสดงความยินดีด้วย ซึ่งบุคคลในกลุ่มหลังนี้ (เพื่อนๆ ของคู่บ่าวสาว) ทำให้การอ้างประโยชน์จากข้อยกเว้นมาตรา 32 วรรคสอง (2) ไม่อาจกระทำได้ เนื่องจากบุคคลกลุ่มนี้ ไม่อยู่ในขอบเขตของคำว่า “ญาติสนิท”

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาดังกล่าว ยังสามารถหาทางออกที่เป็นธรรมกับทุกฝ่ายได้ โดยการนำมาตรา 32 วรรคแรกมาปรับใช้ในฐานะข้อยกเว้นทั่วไปของการละเมิดลิขสิทธิ์

มาตรา 32 วรรคแรกบัญญัติให้ การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของงานลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

สำหรับปัญหา การกระทำอย่างไรจึงจะถือว่า “...ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของงานลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร” นั้น มีข้อที่ต้องพิจารณาหลายประเด็น

สำหรับข้อวินิจฉัยที่ศาลไทยเคยนำมาประกอบการพิจารณาในประเด็นนี้ ที่ว่าหากการใช้งานของจำเลยทำให้เกิดการแบ่งตลาดของงานต้นฉบับ หรือทำให้ยอดขายของงานโจทก์ลดลง จะถูกพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1908/2546²⁴ นั้น ผู้เขียนเห็นว่ากรณีการนำงานดนตรีมาใช้ประกอบในงานแต่งงาน ไม่ได้ทำให้ความต้องการของผู้ฟังที่จะซื้องานเพลงซึ่งถูกนำมาใช้นั้นลดลงแต่อย่างใด ในทางตรงกันข้าม ผู้เขียนเห็นว่าหากงานเพลงที่นำมาเปิด เป็นเพลงที่มีความหมายดี มีความไพเราะ กลับจะเป็น

²⁴ ในคดีดังกล่าว ศาลเห็นว่าการที่จำเลยยังคงวางจำหน่ายหนังสือที่มีเนื้อหาอย่างเดียวกับหนังสือโจทก์ โดยจำเลยมิได้ดำเนินการให้ระบบการจำหน่ายหนังสือที่ตนได้จัดทำขึ้น จึงเป็นการแบ่งตลาดของผู้บริโภคซึ่งจะซื้อหนังสือของโจทก์ออกไปส่วนหนึ่ง อันเป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของโจทก์ และกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของโจทก์เกินสมควร การกระทำของจำเลยจึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ของข้อยกเว้น การละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์พ.ศ. 2537 มาตรา 32 วรรคหนึ่ง

โอกาสที่จะเพิ่มยอดขายให้เพลงๆ นั้นเสียด้วยซ้ำไป เพราะผู้ฟังย่อมอยากไปซื้อผลงานเพลงดังกล่าวมาฟังในกายภาคนั้น

เมื่อพิจารณาในแง่ของผู้ใช้งาน ผู้เขียนเห็นว่า

ในกรณีของคู่บ่าวสาวที่นำเพลงมาเปิดในงานแต่งงานของตน เห็นได้อย่างชัดเจนว่า กรณีนี้ คู่บ่าวสาวไม่ได้รับผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ ทั้งโดยทางตรงและทางอ้อม จากการเผยแพร่ผลงานเพลงเลย จึงไม่มีสาเหตุที่จะต้องแบ่งคืนผลกำไรที่ได้รับบางส่วนแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ผู้เขียนจึงเห็นว่าการใช้งานดนตรีกรรมและสิ่งบันเทิงเสียงในกรณีนี้ แม้จะไม่เข้าข่ายยกเว้นตามมาตรา 32 วรรคสอง (2) และมาตรา 36 ก็ตาม แต่ก็สามารถถือได้ว่าเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์อย่างเป็นธรรม และได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ โดยอาศัยข้อยกเว้นตามมาตรา 32 วรรคแรก ในฐานะบททั่วไปของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะการใช้งานเพลงในลักษณะดังกล่าว ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของงานลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร

กรณีที่เป็นปัญหา น่าจะเป็นกรณีที่งานแต่งงานจัดโดยบริษัทที่รับจัดงาน หรือโรงแรม ทั้งนี้เพราะ ยังมีประเด็นที่ต้องถกเถียงกันว่า ค่าจ้างที่บริษัทรับจัดงานแต่งงาน หรือโรงแรมได้รับนั้น ควรที่จะต้องจ่ายบางส่วนกลับคืนแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่ ในกรณีนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเงินค่าจ้างที่บริษัท หรือโรงแรมเหล่านี้ได้รับ แม้จะเป็นเงินจำนวนค่อนข้างมาก แต่เงินเหล่านี้ ก็เป็นผลพวงมาจากความสามารถหลายๆ ด้าน เช่น ค่าวางแผนการจัดงาน ค่าทำสไลด์ ค่าตกแต่งสถานที่ (ชุ่มดอกไม้ ลูกโป่ง การตกแต่งโต๊ะ - เก้าอี้ ฯลฯ) ค่าควบคุมดูแลบรรยากาศภายในงาน มากกว่าจะเป็นค่าตอบแทนจากการนำงานเพลงมาใช้ประกอบในงาน ซึ่งเป็นเพียงรายละเอียดส่วนย่อยของการจัดพิธีแต่งงาน ขณะที่ตัวแทนขององค์กรจัดเก็บเห็นว่า เมื่อเป็นการประกอบธุรกิจที่ได้รับประโยชน์จากการใช้งานดนตรีกรรม แม้จะเป็นโดยทางอ้อม แต่รายได้เหล่านั้น บางส่วนก็ควรถูกจัดเก็บ เพื่อแบ่งคืนให้กับเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย เพื่อความเป็นธรรม

ปัญหาในข้อนี้ อาจเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาในรายละเอียดของข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป มากกว่าถกเถียงกันในข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริงที่ควรนำมาพิจารณาประกอบ เช่น ขนาดขององค์กรที่รับจัดงานแต่งงาน (เป็นบริษัทขนาดใหญ่ มีการบริหารงานอย่างเป็นระบบ หรือเป็นบริษัทเล็กๆ ที่รับจัดเป็นงานๆ ไป) หรือดูจากค่าจ้างในการจัดงานว่าบริษัท หรือโรงแรมนั้นๆ คิดอัตราค่าตอบแทนอย่างไร มีค่าใช้จ่ายอะไรบ้างในการจัดงาน มีการใช้งานดนตรีในปริมาณที่มาก-น้อย เพียงใด ตลอดจนความรู้ ความเข้าใจในเรื่องลิขสิทธิ์ขององค์กรเหล่านั้น

จากการพิจารณาข้อเท็จจริงต่างๆ เหล่านี้ประกอบกัน จะช่วยในการพิจารณาได้ว่าการที่องค์กรต่างๆ เหล่านี้ นำงานดนตรีและสิ่งบันเทิงเสียงมาใช้ประกอบงานแต่งงานที่ตนรับจ้างจัดขึ้นนั้น เป็นการใช้งานดนตรีอย่างเป็นธรรมและเข้าช้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 วรรคแรก หรือไม่