

บทที่ 3

รูปแบบของการนำงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงไปใช้ในกรณีต่างๆ กับข้อยกเว้น
การละเมิดลิขสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537

ในการพิจารณาว่า การกระทำแก่งานสร้างสรรค์ใดๆ จะเข้าข่ายข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ จะต้องพิจารณาตามหลัก ดังต่อไปนี้

1) งานดังกล่าวเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ หากงานนั้นเป็นงานที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ หรือเป็นงานลิขสิทธิ์ที่หมดอายุการคุ้มครองไปแล้ว การกระทำแก่งานดังกล่าว ย่อมไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาประเด็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อีกต่อไป

สำหรับงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียง ได้รับการบัญญัติรับรองให้เป็นงานที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 โดยตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ให้นิยามคำว่า “ดนตรีกรรม” และ “สิ่งบันทึกเสียง” ไว้ดังนี้

“ดนตรีกรรม” หมายความว่า งานเกี่ยวกับเพลงที่แต่งขึ้นเพื่อบรรเลงหรือขับร้องไม่ว่าจะมีทำนองและคำร้องหรือมีทำนองอย่างเดียว และให้หมายความรวมถึงโน้ตเพลงหรือแผนภูมิเพลงที่ได้แยกและเรียบเรียงเสียงประสานแล้ว

“สิ่งบันทึกเสียง” หมายความว่า งานอันประกอบด้วยลำดับเสียงของดนตรี เสียงการแสดง หรือเสียงอื่นใด โดยบันทึกลงในวัสดุ ไม่ว่าจะมัลักษณะใดๆ อันสามารถที่จะนำมาเล่นซ้ำได้อีกโดยใช้เครื่องมือที่จำเป็นสำหรับการใช้วัสดุนั้น แต่ทั้งนี้มิให้หมายความรวมถึงเสียงประกอบภาพยนตร์หรือเสียงประกอบโสตทัศนวัสดุอย่างอื่น

2) เมื่อกฎหมายกำหนดให้งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ประเด็นต่อไปที่ต้องพิจารณา คือ มีการทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน หรือมีการกระทำใดๆ ที่เป็นการกระหนาบสิทธิแต่ผู้เดียวในงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงนั้นๆ อันถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือไม่

เนื่องจากงานดนตรีกรรม มักมีความเกี่ยวข้องกับงานลิขสิทธิ์อื่นอีกหลายประเภท ดังนั้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมจึงอาจเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานประเภทอื่นด้วย เช่นในส่วนของคำร้อง ซึ่งได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แตกต่างหากในฐานะงานวรรณกรรม และโดยเหตุที่งานดนตรีกรรมนั้น มักได้รับการบันทึกไว้ในสื่อหลายประเภท (นอกจากสิ่งบันทึกเสียง) เพื่อใช้

ประโยชน์ในรูปแบบต่างๆ กัน ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของงานภาพยนตร์ หรืองานโสตทัศนวัสดุอื่นๆ ดังนั้น การกระทำใดๆ แก่งานดนตรีกรรมชิ้นหนึ่ง จึงอาจเป็นการกระทบต่อสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ในสื่อที่บันทึกไว้เหล่านั้นด้วย

3) แม้จะมีการกระทำตามที่กล่าวไว้ใน 2) แต่ยังคงพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าว เข้าข่ายข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือไม่

การกระทำใดๆ แม้จะเป็นการกระทบต่อสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียง แต่หากการกระทำนั้น เข้าข่ายข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามที่กฎหมายกำหนด ก็ต้องถือว่าการกระทำนั้น ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ว่านี้ ในส่วนของงานดนตรีกรรม กฎหมายได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 36 นอกจากนี้ยังมีข้อยกเว้นทั่วไป ซึ่งสามารถปรับใช้กับงานลิขสิทธิ์ทุกประเภทตามมาตรา 32 วรรคแรกและวรรคสอง ดังนั้น การพิจารณาว่าการกระทำใดๆ แก่งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียง จะถือว่าได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ จึงต้องพิจารณาจากมาตราเหล่านี้เป็นหลัก

บทนี้จะศึกษาว่าการนำงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงไปใช้ในหลายหลากรูปแบบ ดังที่กล่าวมานั้น การกระทำใดบ้างที่เข้าข่ายการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือการกระทำนั้นควรได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ รวมทั้งเป็นการสำรวจว่าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ในกฎหมายไทยฉบับปัจจุบันสามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำต่างๆ เหล่านี้ได้ครอบคลุมเพียงใด หรือมีข้อบกพร่องประการใด อันควรที่จะแก้ไขเพิ่มเติมบ้าง

1 กรณีการทำซ้ำ หรือดัดแปลง

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 ได้ให้คำนิยามของการ "ทำซ้ำ" และ "ดัดแปลง" ไว้ดังนี้

"ทำซ้ำ" หมายความว่ารวมถึง คัดลอกไม่ว่าโดยวิธีใดๆ เลียนแบบ ทำสำเนา ทำแม่พิมพ์ บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกเสียง และภาพจากต้นฉบับ จากสำเนา หรือจากการโฆษณา ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมด หรือบางส่วน สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้หมายความถึงคัดลอกหรือทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากสื่อบันทึกใด ไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

“ดัดแปลง” หมายความว่า ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบ ปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน...

(5) ในส่วนที่เกี่ยวกับดนตรีกรรม ให้ความความรวมถึง จัดลำดับเรียบเรียงเสียงประสาน หรือเปลี่ยนคำร้องหรือทำนองใหม่

1.1 การให้บริการดาวน์โหลดเพลงทางโทรศัพท์มือถือ

ทุกวันนี้ อาจกล่าวได้ว่าโทรศัพท์มือถือ (หรือโทรศัพท์เคลื่อนที่) ได้กลายมาเป็นส่วนสำคัญในชีวิตประจำวันของคนไทย ด้วยเหตุผลความจำเป็นสำหรับการสื่อสารในชีวิตประจำวัน การติดต่อธุรกิจ เพื่อความสะดวกสบาย หรือแสดงสถานะทางสังคม ทำให้ธุรกิจโทรศัพท์มือถือและธุรกิจเกี่ยวเนื่องเติบโตอย่างรวดเร็ว ธุรกิจเกี่ยวเนื่องประเภทหนึ่ง ซึ่งยังคงเป็นที่นิยมอยู่จนถึงปัจจุบัน (และยังไม่มีแนวโน้มที่จะเสื่อมความนิยมลงในเวลาอันใกล้) คือ การให้บริการดาวน์โหลดเพลงทางโทรศัพท์มือถือ โดยผู้ให้บริการดังกล่าวอาจอยู่ในรูปของร้านค้าย่อยในห้างสรรพสินค้า หรือผู้ให้บริการข้อมูล (content provider) หรือผู้ให้บริการเครือข่าย (network operator) เช่น AIS, DTAC เป็นผู้ให้บริการเอง ดังรายละเอียดที่จะได้กล่าวถึงต่อไป

1.1.1 ลักษณะของการให้บริการดาวน์โหลดเพลงทางโทรศัพท์มือถือ

การให้บริการดาวน์โหลดเพลงทางโทรศัพท์มือถือ จัดเป็นการให้บริการในส่วน of sound content services ซึ่งเป็นประเภทหนึ่งของการให้บริการในส่วนข้อมูล (non voice service) ของผู้ประกอบการ

จากการประมวลรูปแบบการให้บริการ sound content services ในส่วนของเสียงเพลง ซึ่งปรากฏตามโฆษณาในนิตยสาร แผ่นพับและ website ต่างๆ สามารถจำแนกออกได้เป็น 4 รูปแบบตามลักษณะของเสียงที่เกิดขึ้น คือ

(1) monophonic ringtone เป็นการปรับแต่งทำนองเพลง ซึ่งเป็นที่นิยมทั้งเพลงไทย เพลงสากล ให้เป็นเสียงเรียกเข้าของโทรศัพท์มือถือ ระบบนี้จะพบได้ในโทรศัพท์มือถือรุ่นเก่า

(2) polyphonic ringtone เป็นการปรับแต่งทำนองเพลงให้เป็นเสียงเรียกเข้าของโทรศัพท์มือถือเช่นกัน แต่อยู่ในรูปของ MIDI file ซึ่งมีความละเอียดของเครื่องดนตรีมากกว่าแบบ

monophonic ทั้งนี้ความละเอียดของเสียงเรียกเข้าที่ได้ ขึ้นอยู่กับศักยภาพของโทรศัพท์มือถือ ซึ่งแต่ละรุ่น จะมีไม่เท่ากัน

(3) truetone เป็นการให้บริการดาวน์โหลดเสียงเรียกเข้าของโทรศัพท์มือถือ โดยเสียงที่ได้จะเป็นเสียงเพลงจริงๆ เหมือนกับเพลงที่ได้ฟังผ่านทางวิทยุ หรือสิ่งบันทึกเสียง คือ มีทั้งเสียงร้องและทำนอง

(4) ringback tone เป็นการให้บริการดาวน์โหลดเสียงเพลงระหว่างมีผู้รอรับสาย โดยเสียงที่ได้จะเป็นเสียงเพลงจริงๆ คือ มีทั้งเสียงร้องและทำนอง เช่นเดียวกับกรณีของ truetone

ในส่วนของผู้ให้บริการ เราอาจจำแนกผู้ให้บริการทางโทรศัพท์มือถือ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการดาวน์โหลดเพลงต่างๆ ออกได้เป็น 4 กลุ่ม ดังนี้

(1) ผู้ให้บริการข้อมูล (content provider)

ผู้ให้บริการข้อมูลในข้อนี้ หมายความว่า ผู้ประกอบการที่เป็นผู้ให้บริการจัดหาข้อมูลหรือบริการเสริมอื่นๆ บนโทรศัพท์มือถือ เช่น บริการดาวน์โหลดเพลงทางโทรศัพท์มือถือประเภทต่างๆ (ringtone) สัญลักษณ์บนหน้าจอ (logo) ภาพพื้นหลัง (wallpaper) ภาพปกหน้าจอ (screen saver) เกม (game) มัลติมีเดียการ์ด (M card) อิเล็กทรอนิกส์การ์ด (E card) และข้อความภาพ (picture message) ผ่านเครือข่ายโทรศัพท์มือถือที่มีอยู่ ผู้ให้บริการข้อมูลเหล่านี้ เช่น บริษัทชินนี่ดอทคอม จำกัด บริษัทสามคลิก จำกัด เป็นผู้ให้บริการข้อมูลในชื่อ tigermob.com และ clubtigermob.com และบริษัทป๊อป เนทเวิร์ค จำกัด เป็นบริษัทให้บริการข้อมูลบนโทรศัพท์เคลื่อนที่ในชื่อ popmx.com เป็นต้น

เพลงที่ผู้ให้บริการประเภทนี้นำมาให้บริการ ในยุคแรกๆ จะเป็นการบริการ sound content services แบบ monophonic และ polyphonic เท่านั้น เพราะโทรศัพท์มือถือยังไม่มีเทคโนโลยีที่สามารถรองรับ true tone ได้และเนื่องจากการใช้เพียงโน้ตเพลง ดังนั้นผู้ให้บริการข้อมูลจะขออนุญาตจากผู้ประพันธ์ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมเท่านั้น ซึ่งผู้ให้บริการข้อมูลบางรายก็มิได้ชำระค่าลิขสิทธิ์เพราะอาจจะไม่ทราบว่าข้อมูลดังกล่าวมีลิขสิทธิ์ หรืออาจไม่ทราบว่าจะต้องชำระค่าลิขสิทธิ์ให้ผู้ใด ดังนั้น ในยุคแรกๆ ผู้ให้บริการข้อมูลมักจะละเมิดลิขสิทธิ์โดยมักนำเพลงที่มีในอินเทอร์เน็ตมาให้บริการ แต่ในปัจจุบัน เจ้าของลิขสิทธิ์ทั้งผู้ประพันธ์ และค่ายเพลงต่างๆ จะมอบหมาย หรือจัดตั้งบริษัทดูแลสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เช่น องค์การจัดเก็บค่าตอบแทนการใช้ผลงานทางดนตรีกรรม เข้ามาดูแล ทำให้ content provider ส่วนใหญ่ล้วนได้รับลิขสิทธิ์ถูกต้องตามกฎหมาย ก่อนที่จะนำเพลงต่าง ๆ มาให้บริการ

(2) ผู้ให้บริการเครือข่าย (network provider/operator/telephone company) ที่ให้บริการข้อมูลด้วย

ผู้ให้บริการเครือข่ายในการให้บริการข้อมูลในโทรศัพท์มือถือในปัจจุบัน ได้แก่ บริษัท สื่อสารโทรคมนาคม เพราะเป็นผู้ให้ช่องทางในการส่งข้อมูลไปยังมือถือผู้บริโภค หรือผู้ดาวน์โหลดข้อมูลนั่นเอง

ในประเทศไทยมีผู้ให้บริการเครือข่ายทั้งหมด 6 ราย แต่มีผู้ให้บริการเครือข่ายที่ให้บริการข้อมูลบนโทรศัพท์มือถือด้วย 4 ราย คือ บริษัทแอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) (Advance Info Service Public Limited company หรือ AIS) บริษัท โทเทิล แอ็คเซส คอมมิวนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) (Total Access Communication Public Limited Company หรือ TAC) บริษัท ทรูมูฟ จำกัด (TRUE MOVE)¹ และบริษัท ฮัทชิสัน ซีเอที ไวร์เลสมัลติมีเดีย จำกัด (Hutchison CAT Wireless Multimedia Limited Company หรือ HUTCH)²

ผู้ให้บริการเครือข่ายในประเทศไทย มักจะไม่ได้เป็นผู้หาข้อมูลมาบริการ แต่จะเป็นเพียงผู้อนุญาตให้ใช้ช่องสัญญาณในการส่งข้อมูลแก่ผู้ให้บริการข้อมูล (content provider) แล้วกำหนดแบ่งรายได้กัน

(3) เจ้าของลิขสิทธิ์ (ผู้ประพันธ์ และ/หรือค่ายเพลง)

ในปัจจุบันเจ้าของลิขสิทธิ์ ไม่ว่าจะเป็นผู้ประพันธ์ หรือค่ายเพลงหลายค่าย อาทิ เช่น Grammy หรือ RS หันมาให้บริการดาวน์โหลด ringtone เอง โดยไม่ต้องผ่าน ผู้ให้บริการข้อมูล (content provider) ถือเป็นการให้บริการโดยตรงจากผู้ผลิตเพลงถึงผู้ใช้บริการโทรศัพท์มือถือ ซึ่งผู้ให้บริการประเภทนี้ จะให้บริการเฉพาะเพลงในค่ายของตน จึงไม่มีปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น

(4) ร้านให้บริการดาวน์โหลดข้อมูล

ผู้ให้บริการข้อมูลประเภทนี้จะให้บริการข้อมูลโดยเปิดหน้าร้านอยู่ตามห้างสรรพสินค้า หรือศูนย์รวมสินค้า IT ต่าง ๆ เช่น มาบุญครอง หรือห้างพันธุ์ทิพย์ เพื่อให้บริการดาวน์โหลดเพลง เกม โปรแกรมต่างๆ สำหรับโทรศัพท์มือถือโดยเฉพาะ

¹ เดิมคือ บริษัท ทีเอ ออเรนจ์ จำกัด (TA Orange Limited Company หรือ TAO)

² ปุณยสิริ ฉัตรจินดา, "ธุรกิจให้บริการข้อมูลผ่านอินเทอร์เน็ตบนโทรศัพท์เคลื่อนที่ในสังคมไทย: แนวคิดในการจัดการภายใต้กฎหมายไทยและกฎหมายระหว่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548). น. 45 - 51.

สำหรับปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีการให้บริการดาวน์โหลดเพลงทางโทรศัพท์มือถือนั้น ส่วนใหญ่จะเกิดขึ้นในกรณีของผู้ประกอบการประเภท (4) คือ ร้านให้บริการดาวน์โหลดข้อมูล เนื่องจากผู้ให้บริการประเภทนี้ มักลักลอบให้บริการแก่ลูกค้าและไม่ยินยอมจ่ายค่าตอบแทนแก่องค์กรจัดเก็บ จากการนำงานเพลงในความดูแลขององค์กรฯ เหล่านั้นมาให้บริการแก่ลูกค้า³

1.1.2 กรณีการให้บริการดาวน์โหลดเพลงทางโทรศัพท์มือถือกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

จากลักษณะการให้บริการและผู้ให้บริการที่กล่าวมา จะเห็นว่าการให้บริการดาวน์โหลดเพลงทางโทรศัพท์มือถือ โดยผู้ประกอบการบางประเภทซึ่งนำเพลงมาให้บริการ โดยไม่ได้รับอนุญาต อาจเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่ง งานดนตรีกรรม และในบางกรณี เช่น truetone และ ringback tone จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันทึกเสียงด้วย ปัญหาจึงมีว่าการให้บริการเหล่านี้ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ จะสามารถอ้างข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้หรือไม่

อนึ่ง การพิจารณาในหัวข้อนี้ จะเป็นการพิจารณาในส่วนของผู้ให้บริการเป็นหลัก เนื่องจากในกรณีที่ผู้ใช้โทรศัพท์มือถือ ซึ่งเป็นบุคคลทั่วไปได้ซื้อแผ่นโปรแกรมจากผู้ประกอบการเพื่อดัดแปลงเพลงต่างๆ เป็นเสียง ringtone ให้กับเครื่องของตนเอง และได้กระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้า ย่อมได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 32 วรรคสอง (2) เรื่องการใช้งานลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ของตนเองอยู่แล้ว

การให้บริการดาวน์โหลดเพลงทางโทรศัพท์มือถือโดยผู้ประกอบการ มีการกระทำที่น่าจะเข้าข่ายการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม และ/หรือสิ่งบันทึกเสียง ดังต่อไปนี้

1) การทำซ้ำ หรือดัดแปลง

- ในกรณีของ monophonic และ polyphonic ringtone จะต้องมีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบจากเสียงเพลงให้เป็นเสียง ringtone ตามความเหมาะสมของโทรศัพท์มือถือแต่ละรุ่น จึงถือเป็นการดัดแปลงโน้ตเพลง และเสียงเพลง และต้องถือว่าเป็นการดัดแปลงงานดนตรีกรรม
- ในกรณีของเสียงแบบ truetone และ ringback tone ซึ่งเสียงที่เกิดขึ้น จะเป็นเสียงเพลงจริงๆ เหมือนกับเพลงที่ได้ฟังผ่านทางวิทยุ หรือสิ่งบันทึกเสียง คือ มีทั้งเสียงร้อง และทำนอง ดังนั้นการ

³ สัมภาษณ์ วริศรา แสงทับทิม, New Business Development Manager, บริษัท โฟโนโรสส์ (ประเทศไทย) จำกัด, 4 มีนาคม 2549.

นำเสียงเพลงจากงานต้นฉบับมาเป็นเสียง ringtone จึงถือเป็นการทำซ้ำ ทั้งในส่วนของงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียง

2) การทำซ้ำ และเผยแพร่ต่อสาธารณชนตาม 1) ถือเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าด้วย เพราะมีการเก็บเงินค่าบริการจากผู้ดาวน์โหลดเพลง

จากที่กล่าวมา จะเห็นได้ว่าการให้บริการดังกล่าว กระทบต่อสิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ค่อนข้างชัดเจน และอาจเข้าข่ายการละเมิดลิขสิทธิ์ นอกเสียจากจะได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

ต่อไปนี้จะเป็นการพิจารณาว่าการให้บริการดาวน์โหลดเพลงทางโทรศัพท์มือถือจะสามารถอ้างประโยชน์จากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้หรือไม่

- พิจารณาโดยเปรียบเทียบกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32 วรรคแรก

ตามมาตรา 32 วรรคแรก การกระทำใดๆ ที่จะได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นนี้ ต้องเป็นการกระทำที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายเกินสมควร

โดยเหตุที่ว่างานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงสามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้ในหลายแนวทาง ปัจจุบัน เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานทั้ง 2 ประเภทนี้ จึงมักบริหารสิทธิของตนผ่านทางองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทน ซึ่งแนวทางการแสวงหาประโยชน์อย่างหนึ่งขององค์กรดังกล่าว คือ การทำสัญญาอนุญาตกับ content provider และ network provider ของโทรศัพท์มือถือ ให้มีสิทธินำงานเพลงในความดูแลขององค์กรไปใช้ประโยชน์ได้ ทั้งนี้ ผลตอบแทนที่ได้จากสัญญาให้ใช้สิทธิดังกล่าว ถือว่ามีจำนวนค่อนข้างสูง (ดังจะเห็นได้จากข้อเท็จจริงที่ว่า ปัจจุบันค่ายเพลงต่างๆ เริ่มหันมาเป็นผู้ให้บริการดาวน์โหลด ringtone เสียเอง โดยไม่ต้องผ่านคนกลาง คือ provider) ดังนั้น การที่ผู้ให้บริการรายใด นำงานเพลงที่มีลิขสิทธิ์ไปใช้ โดยไม่ขออนุญาตจากองค์กรจัดเก็บ ย่อมเป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ เพราะทำให้องค์กรจัดเก็บสูญเสียผลประโยชน์อันพึงมีพึงได้จากการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิและทำให้การกระทำดังกล่าวไม่เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 วรรคแรก

หากพิจารณาในของความชอบธรรมในการจัดเก็บค่าตอบแทน จะพบว่า การให้บริการดาวน์โหลดเพลงทางโทรศัพท์มือถือ ล้วนเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของผู้ให้บริการเป็นหลัก โดยผู้ให้บริการจะได้รับผลตอบแทน ในรูปของผลกำไร ทุกครั้งที่มิผู้ให้บริการดาวน์โหลดเพลง และผลตอบแทนเหล่านี้ มีจำนวนมิใช่น้อย (อัตราทั่วไปของการให้บริการดาวน์โหลด อยู่ที่ 20 - 40

บาท/ 1 เพลง) ดังนั้น รายได้ที่ผู้ให้บริการได้รับ ก็ควรกลับคืนไปสู่เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม และสิ่งบันทึกเสียงบ้าง เพื่อความเป็นธรรม มิฉะนั้น จะกลายเป็นว่า ผู้ให้บริการได้รับผลกำไรจากการนำงานเพลง (ดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียง) อันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้ โดยแทบจะไม่ต้องลงทุนอะไรเลย ในกรณีนี้ ผู้เขียน จึงเห็นด้วยกับองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทน ว่าองค์กรฯ มีความชอบธรรมที่จะจัดเก็บค่าตอบแทนการใช้ผลงานทางดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียง จากผู้ประกอบการเหล่านี้

กล่าวโดยสรุป การนำเพลงที่มีลิขสิทธิ์มาให้บริการแก่ลูกค้า โดยไม่มีการขออนุญาตจากตัวแทนเจ้าของลิขสิทธิ์ น่าจะขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 32 วรรคแรก

เมื่อกฎหมายกำหนดให้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ประการอื่นๆ จะต้องอยู่ภายใต้กรอบของมาตรา 32 วรรคแรก ดังนั้น เมื่อการให้บริการดาวน์โหลดเพลงโดยไม่ขออนุญาตจากองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทน ไม่อาจอ้างข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 32 วรรคแรกได้ ก็ย่อมไม่อาจอ้างข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในมาตราอื่นๆ ด้วย การให้บริการดาวน์โหลดเพลงทางโทรศัพท์มือถือโดยไม่มีการขออนุญาตจากตัวแทนเจ้าของลิขสิทธิ์ จึงถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยไม่อาจอ้างประโยชน์จากข้อยกเว้นใดๆ ได้เลย

1.2 การนำงานดนตรีกรรมมาใช้เพื่อการล้อเลียน (parody)

1.2.1 ความหมายและลักษณะของการใช้เพื่อการล้อเลียน (parody)

การนำงานไปใช้เพื่อการล้อเลียน (parody) ถือเป็นเรื่องที่ไม่คุ้นเคยในบ้านเมืองเราและการดำเนินการฟ้องร้องคดีในประเด็นดังกล่าวก็ยังไม่เคยเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม เรื่องการใช้งานลิขสิทธิ์เพื่อการล้อเลียนนี้ จัดเป็นประเด็นที่ถูกยกเป็นข้อต่อสู้กันมากในต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสหรัฐอเมริกา ในการพิจารณาว่าหากมีการใช้งานเพื่อการล้อเลียนเกิดขึ้นในประเทศไทย ผู้ใช้งานจะอ้างข้อยกเว้นประการใดได้บ้าง ในหัวข้อ 1.2.1 นี้ ผู้เขียนจึงจะขอเปรียบเทียบกับแนวทางคำพิพากษาของศาลสหรัฐฯ ประกอบการพิจารณาด้วย เพื่อที่จะได้เห็นภาพที่ชัดเจนขึ้น

การนำงานไปใช้เพื่อการล้อเลียน แปลมาจากคำว่า "parody" ในภาษาอังกฤษ ซึ่งตามพจนานุกรมได้ให้คำนิยามไว้ว่า หมายถึง "งานวรรณกรรม ดนตรี การแสดง หรือการกระทำใดๆ

ซึ่งมีเจตนาทำขึ้นเพื่อเลียนรูปแบบของบางสิ่งบางอย่าง เพื่อให้เกิดผลในเชิงขบขัน"⁴ parody สามารถปรากฏออกมาในงานสร้างสรรค์หลายรูปแบบ แต่จะพบมากในงานวรรณกรรม ดนตรีกรรมและศิลปกรรม

การใช้เพื่อการล้อเลียน (parody) ได้ถูกยกเป็นข้อต่อสู้เรื่องหนึ่งในประเด็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในสหรัฐอเมริกาเป็นเวลายาวนาน โดยอาจกล่าวได้ว่า คดี Benny V. Loew 's Inc.⁵ และคดี Columbia Pictures Corp. V. NBC⁶ เป็นจุดเริ่มต้นของการนำเรื่อง parody มาปรับใช้กับหลักการใช้งานลิขสิทธิ์อย่างเป็นธรรม (fair use) ในคดี Benny ศาลอุทธรณ์ภาค 9 ได้ตัดสินยืนตามศาลชั้นต้นว่าการที่จำเลย Jack Benny นำงานภาพยนตร์เรื่อง Gaslight มาล้อเลียนทางรายการโทรทัศน์ของเขาเป็นการนำส่วนสำคัญของงานมาใช้มากเกินไป เพราะสิ่งที่นำมาล้อเลียนในรายการโทรทัศน์ของ Benny มีความคล้ายกับงานภาพยนตร์ต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ทั้งโครงหลักของเรื่อง บุคลิกของตัวละคร การพัฒนาของเนื้อเรื่อง ลำดับของเหตุการณ์ จุดหักเหและส่วนใหญ่ของบทพูด โดยมีการเปลี่ยนแปลงเพียงเล็กน้อย การกระทำดังกล่าวไม่อาจยกหลัก fair use มาใช้ได้ แม้จะอ้างว่าเป็นการใช้เพื่อการล้อเลียนก็ตาม

ขณะเดียวกัน ในคดี Columbia Pictures Corp. V. NBC ศาลสูงสุดได้ตัดสินว่าการที่ Sid Caesar นำงานภาพยนตร์เรื่อง "From Here to Eternity" มาล้อเลียนเป็นละครโทรทัศน์เรื่อง "From Here to Obscurity" เป็นการใช้ที่เป็นธรรม โดยถือเป็นการใช้เพื่อการล้อเลียน เพราะจำเลย (Sid Caesar) ได้ใช้เฉพาะส่วนที่จำเป็น เพื่อให้ให้ผู้ชมสามารถนึกย้อนไปถึงงานต้นฉบับที่ถูกนำมาล้อเลียนได้ ซึ่งเป็นเรื่องจำเป็นสำหรับในกรณีนี้ (การใช้เพื่อล้อเลียน) งานล้อเลียนของ Caesar มีลักษณะเป็นการสร้างสรรค์โดยตนเอง และต่างจากภาพยนตร์ต้นฉบับทั้งโครงเรื่อง การพัฒนาเนื้อเรื่อง และการอธิบายเรื่อง⁷

⁴ Oxford Advanced Learner's Dictionary (7th ed. 2005), p.1102.

⁵ 239 F. 2d 532 (9th Cir. 1956).

⁶ 137 F. Supp. 348 (S.D. Cal. 1955).

⁷ ผู้สนใจความเป็นมาและคดีตัวอย่างที่สำคัญๆ ในประเด็นเรื่อง parody ของสหรัฐอเมริกา อาจศึกษาได้จาก Robert A. Gorman, and Jane C. Ginsburg, Copyrights for the Nineties: cases and materials, fourth edition (Virginia: The Michie Company, 1993), pp.586 - 610.

หลักที่ว่าปริมาณงานที่ถูกหยิบยืมมาใช้ ต้องไม่เกินสมควรกว่าที่จะทำให้ผู้รับชมสามารถนึกย้อนไปถึงงานต้นฉบับที่ถูกนำมาล้อเลียนได้ดังกล่าว ได้รับการพัฒนาอย่างเป็นลำดับในคดีต่อๆ มา และกลายมาเป็นข้อพิจารณาหลักข้อหนึ่งในประเด็นเรื่อง parody เช่นเดียวกับข้ออ้างเรื่องการใช้เพื่อการล้อเลียน (parody) เอง ก็นับเป็นข้อต่อสู้ที่ถูกหยิบยกขึ้นมากล่าวอ้างกันมากข้อหนึ่งในสหรัฐอเมริกา เพื่อให้ศาลพิจารณาว่าการใช้เพื่อการล้อเลียน (parody) ดังกล่าวถือเป็นข้อยกเว้นเรื่องการใช้งานลิขสิทธิ์อย่างเป็นธรรม (fair use) หรือไม่

จากที่กล่าวมา จะเห็นได้ว่าการนำงานมาใช้เพื่อการล้อเลียน (parody) อาจเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการดัดแปลงงานต้นฉบับได้ เพราะงานล้อเลียนที่เกิดขึ้นอาจถือได้ว่าเป็นการทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบใหม่ หรือแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของงานต้นฉบับ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่ เนื่องจากโดยธรรมชาติของ parody จำต้องมีการหยิบยืมส่วนที่เป็นสาระสำคัญ หรือจุดเด่นของงานต้นฉบับมาใช้ในงานล้อเลียนที่เกิดขึ้นใหม่ในปริมาณที่มากพอสมควร เพื่อผู้ชมจะสามารถเข้าใจได้ว่าเป็นการล้อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นได้⁸

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตประการหนึ่งเกี่ยวกับการพิจารณาข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กรณีการใช้งานเพลงเพื่อการล้อเลียน คงมีเฉพาะการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรม (คำร้อง) และดนตรีกรรม (ทำนอง และการเรียบเรียงเสียงประสาน) หรือไม่เท่านั้น เพราะในส่วนของลิขสิทธิ์ในสิ่งบันทึกเสียงคงไม่ถูกละเมิด เนื่องจากโดยปรกติ หากจะมีการนำเพลงใดมาใช้ล้อเลียน ผู้ใช้ก็คงเลือกล้อเลียน แต่เฉพาะงานเพลงซึ่งเป็นที่รู้จัก เพื่อให้ผู้ฟังง่ายต่อการนึกย้อนว่ามาจากต้นฉบับเพลงอะไร โดยใช้เฉพาะคำร้อง และทำนอง (อาจรวมถึงการเรียบเรียงเสียงประสาน) บางส่วน แล้วบันทึกเสียงใหม่ โดยไม่จำเป็นต้องหยิบยืมส่วนหนึ่งส่วนใดจากงานบันทึกเสียงเดิม ซึ่งเป็นเพียงตัวกลางระหว่างผู้ใช้งานเพื่อการล้อเลียนกับงานเพลงต้นฉบับเท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เสียงที่ถูกบันทึกไว้ในงานต้นฉบับ ไม่ใช่สาระสำคัญที่จะถูกหยิบยืมมาใช้เพื่อการล้อเลียนแต่อย่างใด

ประเด็นที่น่าสนใจจึงมีว่า หากการนำงานเพลงมาใช้เพื่อการล้อเลียนถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานเพลงต้นฉบับแล้ว ผู้ล้อเลียน (parodist) จะสามารถกล่าวอ้างข้อยกเว้นเพื่อมิให้ตนต้องรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์ได้หรือไม่ เพียงใด ภายใต้พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ของไทย ฉบับปัจจุบัน

⁸ ปริญญาดิพตุง, “ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิ ตามกฎหมายลิขสิทธิ์,” ใน ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 2, นันทน อินทนนท์ บรรณาธิการ, จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา (หจก. จีรัชการพิมพ์, 2547) น. 518 – 519.

1.2.2 กรณีการนำงานดนตรีกรรมไปใช้เพื่อการล้อเลียน (parody) กับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

- พิจารณาโดยเปรียบเทียบกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ. ศ. 2537 มาตรา 32 วรรคแรก

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.1 ของบทที่ 2 ตามพ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ยังขาดความชัดเจนว่ามาตรา 32 วรรคแรก จะสามารถนำมาปรับใช้โดยลำพังในฐานบททั่วไปของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้หรือไม่ หากตีความว่ามาตรา 32 วรรคแรกไม่สามารถนำมาปรับใช้ในฐานบทบัญญัติทั่วไปแล้ว นักกฎหมายบางคนเห็นว่าจะไม่มีข้อยกเว้นเฉพาะอันใดตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่จะนำมาปรับใช้กับกรณีการใช้งานเพื่อการล้อเลียนได้เลย จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ตามมาตรา 32 วรรคแรกในฐานบททั่วไป เพื่อให้ศาลสามารถพิจารณาปัญหาในกรณีนี้ และกรณีอื่นๆ ที่ไม่มีบทบัญญัติไว้โดยเฉพาะได้⁹

อย่างไรก็ดี แม้จะตีความให้มาตรา 32 วรรคแรกสามารถใช้ได้โดยลำพัง ในฐานบททั่วไปของการละเมิดลิขสิทธิ์ ก็ยังคงมีปัญหามาอีกว่า ข้อความ "...หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร..." จะต้องตีความอย่างไร แนวทางหนึ่งซึ่งศาลฎีกาเคยใช้ประกอบการพิจารณาดังกล่าว คือ การดูว่าการใช้งานของจำเลย เป็นการแข่งขันกับงานต้นฉบับ หรือทำให้เกิดการแบ่งตลาดจากงานของโจทก์หรือไม่¹⁰ ซึ่งในประเด็นนี้ ศาลสูงสุดของสหรัฐฯ เคยกล่าวเอาไว้ว่างานล้อเลียนกับงานต้นฉบับนั้น โดยทั่วไปจะตอบสนองต่อผู้บริโภคในตลาดที่ต่างกัน¹¹ การใช้งานเพื่อการล้อเลียนจึงไม่ถือว่าเป็นการแข่งขัน หรือแบ่งตลาดในงานต้นฉบับ

- พิจารณาโดยเปรียบเทียบกับกรณีการติชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงาน โดยมีการรับรู้ถึงการเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ. ศ. 2537 มาตรา 32 (3)

⁹ ธัชชัย ศุภผลศิริ, กฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544) น. 234 - 235.

¹⁰ โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1908/2546 ในหัวข้อ 2.1 ของบทที่ 2.

¹¹ Campbell V. Acuff-Rose Music, Inc., 114 S.Ct. 1164, 1177-1178 U.S., 1994. โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาโดยย่อของคดีดังกล่าว ในภาคผนวก ข.

ตามแนวทางการตัดสินของศาลสหรัฐฯ การนำงานไปใช้เพื่อการล้อเลียน ได้รับการยอมรับในฐานะเป็นการวิพากษ์วิจารณ์งานต้นฉบับรูปแบบหนึ่ง โดยมุ่งเน้นสร้างความขบขันต่องานที่ถูกหยิบยืมมาล้อเลียน (งานต้นฉบับ) และเป็นไปในลักษณะที่ก่อให้เกิดประโยชน์กับสังคม อันเป็นจุดประสงค์หนึ่งของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในฐานะการใช้ที่เป็นธรรม¹² และสามารถยกเป็นข้อต่อสู้ว่าเป็น fair use ในอีกรูปแบบหนึ่ง

อย่างไรก็ดี ในการนำงานต้นฉบับมาล้อเลียนเพื่อสร้างเป็นงานใหม่นั้น อย่างน้อยที่สุดงานที่เกิดขึ้นใหม่นั้นต้องมีส่วนที่เป็นการวิจารณ์ (comment) ในงานต้นฉบับเดิมอยู่ด้วย โดยอาจจะเป็นการวิพากษ์วิจารณ์ในส่วนที่เป็นเนื้อหาสาระ (substance) หรือรูปแบบ (style) ของงานเดิม หากเป็นการนำงานผู้อื่นมาใช้ เพียงเพื่อเป็นการเรียกร้องความสนใจ หรือเพื่อที่จะทุ่นเวลาในการคิดสร้างสรรค์สิ่งใหม่ ข้ออ้างเรื่องการใช้ที่เป็นธรรมในการหยิบยืมงานของผู้อื่นมาใช้ก็จะลดความชอบธรรมลง และปัจจัยอื่น เช่น การใช้งานดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ทางการค้า ก็จะถูกนำมาประกอบการพิจารณามากขึ้น¹³

กล่าวโดยสรุปคือ ในบางกรณีศาลสหรัฐฯ ยอมให้อ้างการใช้งานเพื่อการล้อเลียน (parody) เป็นการใช้ที่เป็นธรรม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง การใช้งานเพื่อการล้อเลียน จะถือเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายสหรัฐฯ ได้ ก็ต่อเมื่องานนั้นมีลักษณะเป็นการติชม หรือวิจารณ์งานต้นฉบับรวมอยู่ด้วย และสังคมได้รับประโยชน์จากการนำงานมาใช้ในการล้อเลียนในรูปแบบของการติชม หรือวิจารณ์นั้น

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติตามกฎหมายไทย ในส่วนของ พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32 (3) บัญญัติไว้ว่า การติชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงาน โดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น หากกระทำภายใต้ขอบเขตของมาตรา 32 วรรคหนึ่ง มิให้ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ข้อความ “ติชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงาน...” ตามมาตรา 32 (3) นั้น ไม่ได้มีการอธิบายขยายความตามตัวกฎหมายลิขสิทธิ์เล่มใด อาจเป็นเพราะเป็นข้อความที่น่าจะเข้าใจกันได้ดีอยู่แล้ว ว่าหมายถึง การติชม วิจารณ์ แนะนำผลงานโดยทั่วไป เช่น การวิจารณ์หนังสือรวมเรื่องสั้นที่ได้รางวัลซีไรต์ นักวิจารณ์ก็มีความชอบธรรมที่จะหยิบยืมงานบางตอนที่น่าสนใจมาใช้

¹² Robert A. Gorman, and Jane C. Ginsburg, *supra* note 7, pp.586 - 587.

¹³ *Cambell V. Acuff-Rose Music, Inc.*, 114 S.Ct. 1164, 1172 U.S., 1994.

ประกอบการวิจารณ์ได้ โดยไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่กับกรณีของ parody ซึ่งเป็นเรื่องที่กฎหมายไทยไม่ได้มีบทบัญญัติเอาไว้โดยตรง จะมีขอบเขตการปรับใช้ได้มากน้อยเพียงใด

ในกรณีของการ parody ในงานเพลงนั้น ผู้ล้อเลียน (parodist) จะต้องหยิบยืมบางส่วน ของคำร้อง และ/หรือทำนองมาใช้ประกอบการล้อเลียน ซึ่งศาลสหรัฐฯ วางแนวทางไว้ว่าการหยิบยืมนั้นอย่างน้อยต้องมีการตีชม หรือวิจารณ์ในตัวงานต้นฉบับรวมอยู่ด้วย ดังที่กล่าวมาแล้ว ปัญหา คือ ลักษณะการวิจารณ์งานต้นฉบับในกรณีของ parody กับกรณีการตีชม วิจารณ์ หรือ แนะนำผลงานตามมาตรา 32 (3) จะมีความเหมือน หรือแตกต่างกันมากน้อยเพียงใด

การจะตอบปัญหาดังกล่าวได้ คงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป แต่อาจกล่าวได้ โดยภาพรวมว่า หากการนำงานมาล้อเลียนนั้น งานที่เกิดขึ้นใหม่ไม่มีลักษณะเป็นการวิจารณ์ งานเดิมอยู่เลย เช่น นำงานต้นฉบับบางส่วนมาให้เป็นส่วนหนึ่งของเพลงประกอบภาพยนตร์โฆษณา โดยอาศัยเนื้อร้องและทำนองที่ติดหูของงานเดิม เพื่อให้เป็นที่จดจำได้ง่ายของผู้ชมโฆษณา การกระทำเช่นนี้ น่าจะไม่เข้าข่ายยกเว้นตามมาตรา 32 (3) และอาจถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ในทางตรงกันข้าม หากการนำงานมาล้อเลียนนั้น มีลักษณะเป็นการวิจารณ์งานเดิม รวมอยู่ด้วย ก็ยังมีข้อที่ต้องพิจารณากันต่อไปว่า ศาลไทยจะยอมรับหลักเรื่องการวิจารณ์งานในกรณีของการใช้เพื่อการล้อเลียน ที่ศาลสหรัฐฯ วางหลักไว้ มาปรับใช้กับข้อยกเว้นตามมาตรา 32 (3) ได้หรือไม่ เพราะสหรัฐอเมริกากับประเทศไทยมีความแตกต่างกันทั้งด้านระบบกฎหมาย สภาพเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม อีกทั้งหลักเรื่องการวิจารณ์งานเดิมที่ศาลสหรัฐฯ ได้วางไว้ หากจะนำมาปรับใช้กับมาตรา 32 (3) ของ พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ก็อาจต้องอาศัยวิธีการใช้กฎหมาย โดยการเทียบเคียงบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรค 2 โดยเทียบการใช้งานเพลงเพื่อการล้อเลียน โดยถือเป็นการตีชม วิจารณ์งานต้นฉบับผ่านทางงานเพลงที่แต่งขึ้นใหม่กับข้อความ "ตีชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงาน โดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น" ในมาตรา 32 (3) พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

อย่างไรก็ดี แม้งานที่นำมาใช้จะเข้าลักษณะตามมาตรา 32 (3) โดยการเทียบเคียงกฎหมาย (analogy) การใช้งานนั้นก็ต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติและไม่กระทบถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร ตามกรอบของมาตรา 32 วรรคแรกด้วย จึงจะไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

- พิจารณาโดยเปรียบเทียบกับกรณีการอ้างอิงงานบางตอนตามสมควร โดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 33

พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 33 อนุญาตให้การคัดลอก เลียน หรืออ้างอิงงานบางตอนตามสมควร โดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น และได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคแรก สามารถกระทำได้ โดยไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 คำว่า “คัด” เป็นคำกริยา หมายถึง เลือกลง แยกสิ่งที่ยังรวมกันอยู่ จัดให้แยกหรือเคลื่อนที่ ลอกข้อความหรือลวดลายออกมาจากต้นฉบับ ลอกข้อความออกมาเขียนด้วยตัวบรรจง

“ลอก” เป็นคำกริยา หมายถึง เอาเปลือกหรือผิวออกมาเป็นแผ่นๆ กริยาที่เปลือกหรือผิวหลุดออกมาเป็นแผ่นๆ ไสหรือแซะให้ลึกเป็นร่อง เขียน คัดหรือจำลองออกมาจากต้นฉบับ ต้นแบบ

“เลียน” เป็นคำกริยา หมายถึง เอาอย่าง ทำหรือพยายามทำให้เหมือนหรือคล้ายคลึงกับแบบอย่าง ซึ่งโดยเอาเงินตราเป็นเกณฑ์นำหน้า

“อ้างอิง” เป็นคำกริยา หมายถึง ถือเป็นหลัก นำมากล่าวเป็นหลัก กล่าวถึงเพื่อเป็นหลัก เมื่อพิจารณาถึงการนำงานมาใช้ในการล้อเลียน โดยที่จุดมุ่งหมายของการใช้เพื่อการล้อเลียน คือ การสร้างสรรค์งานใหม่ขึ้น โดยมีลักษณะล้อเลียนงานเดิม เพื่อให้เกิดความขบขัน จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ผู้ทำการล้อเลียน (parodist) จะต้องนำบางส่วนของงานต้นฉบับมาใช้ในการสร้างสรรค์ขึ้นใหม่ เพื่อที่ผู้รับฟังจะสามารถนึกย้อนไปได้ว่างานที่สร้างสรรค์ขึ้นใหม่นั้นต้องการล้อเลียนงานต้นฉบับเดิมขึ้นใด

หากนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีการใช้เพื่อการล้อเลียน มาเทียบเคียงกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบที่บัญญัติไว้ในมาตรา 33 แล้ว จะพบว่ามีความคล้ายคลึง หรือตรงกันในสาระสำคัญ คือ การนำบางส่วนของต้นฉบับมาใช้ในการสร้างสรรค์ขึ้นใหม่ เมื่อเป็นดังนี้แล้ว ประเด็นที่น่าคิด คือ มีความเป็นไปได้หรือไม่ ที่จะนำบทบัญญัติตามมาตรา 33 มาปรับใช้กับการนำงานเพลงมาล้อเลียน (parody) โดยอาศัยการเทียบเคียงบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรค 2 และถือว่าการใช้งานลิขสิทธิ์ในกรณีดังกล่าว (parody) เป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการคัดลอก เลียน หรืออ้างอิงงานบางตอนจากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามมาตรา 33

ในกรณีนี้ ผู้เขียนเห็นว่าหากสามารถใช้การเทียบเคียงบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) กับกรณีการใช้งานเพลงเพื่อล้อเลียน (parody) ได้ ก็จะเป็นประโยชน์ต่อการปรับใช้กฎหมาย เพราะจะเป็นการอุดช่องว่างของข้อยกเว้นตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องโดยตรงในเรื่อง parody นี้ได้ แต่การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียง

อย่างยิง หรือ analogy นั้น มีข้อควรระวังข้อหนึ่ง คือ โดยหลักของการ analogy แล้ว บทบัญญัติใดเป็นบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้น ซึ่งใช้บังคับแก่ข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี จะต้องใช้อย่างไม่ขยายความ เพราะหากใช้การขยายความกับบทยกเว้นอย่างพร่ำเพรื่อ ก็จะทำให้ข้อยกเว้นนั้นกลายเป็นหลักไปในที่สุด และทำให้บทบัญญัติที่เป็นบทหลักแท้ๆ อยู่แต่เดิมหมดความหมายไป ซึ่งเป็น การไม่ถูกต้อง ดังนั้น บทบัญญัติประเภทนี้ จึงใช้เทียบเคียงเหตุผลที่ใกล้เคียงอย่างยิง (analogy) ไม่ได้¹⁴

เมื่อเป็นเช่นนี้ หากเรามองว่ากฎหมายลิขสิทธิ์เป็นกฎหมายซึ่งได้รับการบัญญัติขึ้นมา เพื่อคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้น บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อยกเว้นการละเมิด ลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ จึงต้องถือเป็นบทยกเว้นตามกฎหมาย ลิขสิทธิ์ จึงต้องใช้โดยไม่ขยายความ และนำไปเทียบเคียงกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏในฐานะ บทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิงไม่ได้ มิฉะนั้น อาจเป็นการขยายความข้อยกเว้นในกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยพร่ำเพรื่อ และจะเป็นการกระทบสิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร

จากที่กล่าวมา จะเห็นได้ว่าหากเกิดข้อพิพาทในประเด็นเรื่องการทำงานเพลง อันมี ลิขสิทธิ์มาใช้ในการล้อเลียนขึ้น ก็น่าสนใจว่าศาลไทยจะตัดสินข้อพิพาทดังกล่าวอย่างไร โดย อาศัยบทบัญญัติตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ทั้งนี้ หากพิจารณาถึงข้อยกเว้นเพื่อการติชม หรือ วิจารณ์ ตามมาตรา 32 (3) มาปรับใช้กับปัญหาดังกล่าว ก็ดูจะเป็นเรื่องห่างไกลเกินไป เพราะต้อง นำแนวคิดของศาลสหรัฐฯ มาปรับใช้กับศาลไทย ขณะที่การนำข้อยกเว้นเพื่อการอ้างอิงงาน บางตอนตามสมควร ตามมาตรา 33 มาปรับใช้ ในฐานะบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิง ก็ยังติด ปัญหาที่ว่ามาตรา 33 เป็นบทยกเว้น จึงนำมาเทียบเคียง (analogy) ไม่ได้ กรณีเช่นนี้ จึงอาจเป็น ดังที่รองศาสตราจารย์ ธัชชัย ศุภผลศิริ ได้กล่าวไว้ว่าหากปัญหาการนำงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ในการ ล้อเลียนเกิดขึ้นในประเทศไทย จะไม่มีข้อยกเว้นเฉพาะอันใดมาปรับใช้แก่กรณีได้ ฉะนั้น การพิจารณาหลักเกณฑ์ตามมาตรา 32 วรรคแรก ในฐานะบททั่วไปของข้อยกเว้นการละเมิด ลิขสิทธิ์ ย่อมทำให้ศาลพิจารณาปัญหานี้ และวางแนวพิจารณาได้ต่อไปว่า กรณีใดสมควรพึงเป็น ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือไม่¹⁵

¹⁴ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป ความรู้กฎหมายทั่วไป, พิมพ์ ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548) น. 186.

¹⁵ ธัชชัย ศุภผลศิริ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 235.

อาจกล่าวได้ว่ากรณีการนำงานมาใช้เพื่อการล้อเลียนนี้ เป็นอีกตัวอย่างหนึ่ง ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องนำมาตรา 32 วรรคแรกมาปรับใช้ในฐานะบททั่วไปของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เฉพาะกรณีตามพ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ยังไม่มีบทบัญญัติที่ครอบคลุมเพียงพอในทุกกรณี

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่าหากการล้อเลียนนั้น ผู้ล้อเลียนเพียงแต่นำแนวความคิด (idea) ของงานต้นฉบับมาใช้ในการงานของตน ผู้ใช้งานดังกล่าวอาจอ้างพ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 วรรค 2 มาเป็นข้อต่อสู้ได้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครองแนวความคิด หากแต่คุ้มครองเฉพาะการแสดงออกซึ่งความคิด ดังนั้น การนำแนวความคิดของบุคคลอื่นมาใช้ในการงานของตน จึงไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

2. กรณีการเผยแพร่ต่อสาธารณชน

พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 วรรค 15 ได้ให้นิยามคำว่า "เผยแพร่ต่อสาธารณชน" ไว้ว่า หมายถึง ทำให้ปรากฏต่อสาธารณชน โดยการแสดง การบรรยาย การสวด การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียง และหรือภาพ การก่อสร้าง การจำหน่าย หรือโดยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น

เดิมตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ได้เรียกสิทธิประเภทนี้ว่า สิทธิในการนำออกโฆษณา แต่เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนกับคำว่า "การโฆษณา" ตามมาตรา 8 ซึ่งเป็นเงื่อนไขของการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ พ.ร.บ.ฉบับปัจจุบัน จึงเปลี่ยนมาใช้คำว่า สิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชนแทน

จากนิยามตามมาตรา 4 เราอาจจำแนกสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชนในงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียง ออกได้เป็น 5 ลักษณะ ดังนี้

(1) การนำออกแสดงสด หมายถึง การนำงานดนตรีกรรมออกแสดงโดยนักดนตรีหรือนักร้องโดยตรง โดยไม่ผ่านทางสิ่งบันทึกเสียง หรือโสตทัศนวัสดุ เช่น การแสดงคอนเสิร์ต การบรรเลงเพลง การนำเพลงมาขับร้อง เป็นต้น

(2) การนำออกแสดงในลักษณะเชิงกล โดยใช้วัสดุอุปกรณ์ซึ่งบันทึกเสียงไว้ยังสามารถนำมาเล่นซ้ำได้อีก หมายถึง การนำงานดนตรีกรรมที่บันทึกลงในสิ่งบันทึกเสียง หรือโสตทัศนวัสดุ รูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะเป็น CD, MD, DVD หรือเทปคาสเซ็ท ออกแสดงต่อ

สาธารณชน เช่น การเปิดเพลงจากแผ่นเสียงเพื่อให้บริการแก่ลูกค้าของร้านอาหาร การเปิดเพลงเต้นรำในสถานบันเทิง

(3) การนำออกแสดงต่อสาธารณชน โดยวิธีการสื่อสารผ่านทางสถานีวิทยุกระจายเสียง สถานีโทรทัศน์ ทางสายเคเบิล หรือการสื่อสารทางอื่นที่คล้ายคลึงกัน เช่น การเล่นเพลงออกอากาศทางสถานีวิทยุ การเปิดมิวสิกวิดีโอของช่องดนตรีทางเคเบิลทีวี หรือการถ่ายทอดสดการประกวดร้องเพลงทางสถานีโทรทัศน์ จะเห็นว่าการใช้สิทธิลักษณะนี้ อาจมีการใช้สิ่งบันทึกเสียง หรือโสตทัศนวัสดุ หรือไม่ใช้ก็ได้

(4) การทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนด้วยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น เช่น การอัปโหลดข้อมูลเพลงให้ปรากฏบนเว็บไซต์ต่างๆ ผู้เขียนเห็นว่าการบัญญัติสิทธิในลักษณะเช่นนี้เป็นไปเพื่อรองรับพัฒนาการทางเทคโนโลยี เนื่องจากคำว่า “ทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนด้วยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น” เป็นถ้อยคำที่กินความกว้าง และสามารถครอบคลุมถึงรูปแบบใหม่ๆ ของการเผยแพร่งานลิขสิทธิ์ต่อสาธารณชน อันอาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต

(5) การจำหน่าย พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 เพียงแต่กำหนดให้การจำหน่ายเป็นการใช้สิทธิลักษณะหนึ่งของการเผยแพร่ต่อสาธารณชน แต่ไม่ได้อธิบายไว้ว่าหมายถึงอะไร

สำหรับคำว่า “สาธารณชน” นั้น จะมีขอบเขตกว้างขวางเพียงใด เนื่องจาก พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ไม่ได้นิยามคำดังกล่าวไว้ จึงอาจต้องทำการค้นหาความหมายจากพจนานุกรม

ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ไม่ได้ให้ความหมายของคำว่า “สาธารณชน” ไว้ แต่ให้ความหมายของคำว่า “สาธารณะ” ว่าหมายถึง เพื่อประชาชนทั่วไป

ขณะเดียวกัน กฎหมายลิขสิทธิ์ของบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา Copyright Act 1976 ได้ให้นิยามของคำว่า “ในที่สาธารณะ” (publicly) ว่าหมายถึง

(1) การแสดง หรือการเผยแพร่งานนั้น ในสถานที่ซึ่งเปิดให้แก่สาธารณชน หรือสถานที่ใดๆ ซึ่งมีจำนวนบุคคลส่วนใหญ่ที่อยู่ในสถานที่นั้น มิใช่บุคคลในครอบครัว และผู้ซึ่งรู้จักมักคุ้น; หรือ

(2) การถ่ายทอด หรือการสื่อสารด้วยวิธีการอื่นใด ซึ่งการแสดง หรือการเผยแพร่งานนั้นไปยังสถานที่ซึ่งกำหนดไว้ตาม (1) หรือต่อสาธารณชน โดยเครื่องมือ หรือวิธีการใดๆ ทั้งนี้ไม่ว่าสาธารณชนนั้น จะสามารถรับรู้การแสดง หรือการเผยแพร่ดังกล่าว ในสถานที่เดียวกัน หรือต่างสถานที่กัน หรือในเวลาเดียวกัน หรือต่างเวลากัน¹⁶

¹⁶ 17 U.S.C. Section 101.

จากการประมวลความหมายของคำนิยามที่ได้จากพจนานุกรม และเทียบเคียงกับค่านิยามตามกฎหมายลิขสิทธิ์สหรัฐอเมริกา คำว่า “ทำให้ปรากฏต่อสาธารณชน” ตามนิยามในมาตรา 4 จึงควรจะหมายถึง การทำให้งานลิขสิทธิ์ปรากฏในสถานที่ใดๆ ซึ่งเปิดให้ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าไปได้ (เช่น สวนสาธารณะ หอสมุดราชการ ห้างสรรพสินค้า) หรือการทำให้งานลิขสิทธิ์ปรากฏแก่บุคคลใดๆ ซึ่งไม่ใช่บุคคลในครอบครัว หรือญาติสนิทมิตรสหาย แม้ว่าจะจัดให้มีการแสดงในสถานที่ส่วนตัวก็ตาม ถ้าหากบุคคลซึ่งอยู่ในสถานที่นั้น ส่วนใหญ่ไม่ใช่บุคคลในครอบครัว หรือญาติสนิทมิตรสหาย ก็ถือว่าเป็นการทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนแล้ว

เนื่องจากลักษณะของงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียง โดยธรรมชาติจะปรากฏออกมาในรูปของเสียงเป็นหลัก จากลักษณะดังกล่าว การใช้สิทธิในงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงจึงผูกติดอยู่กับสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชนอย่างใกล้ชิด จนอาจกล่าวได้ว่า สิทธิดังกล่าว ถือเป็นสิทธิทางเศรษฐกิจที่สำคัญที่สุดของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียง ขณะเดียวกัน งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงเอง ก็จัดเป็นงานซึ่งถูกละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชนมากที่สุดเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในยุคปัจจุบันที่เทคโนโลยีมีการพัฒนาอย่างรวดเร็ว มีการเกิดขึ้นของนวัตกรรมใหม่ๆ ตลอดเวลาและนวัตกรรมเหล่านี้มักเกี่ยวข้องกับสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชน ในทางหนึ่งทางใดเสมอ

ในหัวข้อต่อไปนี้จะเป็นการกล่าวถึงการเผยแพร่ต่อสาธารณชนในรูปแบบต่างๆ ในลักษณะว่าการกระทำเหล่านั้น ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ อย่างไร

2.1 การนำงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียง ออกเผยแพร่ในสถานประกอบการ

การนำงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงออกเผยแพร่ในสถานประกอบการ นับเป็นลักษณะหนึ่งของการเผยแพร่ต่อสาธารณชน อันเป็นสิทธิแต่ผู้เดียวอย่างหนึ่งของเจ้าของลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 15 (2)

ในที่นี้ ผู้เขียนจะขอแบ่งประเภทของสถานประกอบการที่ใช้งานดนตรีออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ ตามขนาดของการใช้งานดนตรี คือ

(1) สถานประกอบการที่ใช้งานดนตรีเป็นส่วนประกอบหลัก สถานประกอบการเหล่านี้ คือ สถานประกอบการที่จัดตั้งขึ้นเพื่อประกอบธุรกิจ ดำเนินการหากำไรเชิงพาณิชย์ ซึ่งโดยธรรมชาติของธุรกิจเหล่านี้ล้วนต้องอาศัยงานดนตรีเป็นส่วนประกอบสำคัญในการดำเนินการ หรือ

ในบางกรณี อาจเป็นการแสวงหากำไรจากการใช้งานดนตรีโดยตรงเลยทีเดียว ประเภทของสถานประกอบการเหล่านี้ เช่น ร้านคาราโอเกะ ดิสโก้เธค บาร์ ผับ เลาจน์ สถานฝึกสอนเต้นรำ

(2) สถานประกอบการที่ไม่ใช้งานดนตรีเป็นส่วนประกอบหลัก สถานประกอบการเหล่านี้อาจตั้งขึ้นมาเพื่อประกอบธุรกิจประเภทใดก็ตาม ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการใช้งานดนตรีโดยตรง แต่อาจมีการใช้งานดนตรีเพื่อผลประโยชน์บางอย่างทางธุรกิจ เช่น โรงภาพยนตร์ ซึ่งเปิดเพลงให้ลูกค้ารับฟังระหว่างรอการฉายภาพยนตร์ หรือห้างสรรพสินค้า ซึ่งเปิดเพลงคลอเบาๆ เพื่อเพิ่มบรรยากาศการจับจ่ายสินค้า หรือการบรรเลงเพลงคลาสสิกในโรงแรมเพื่อสร้างภาพลักษณ์ความหรูหราให้โรงแรมดังกล่าว

2.1.1 ลักษณะการใช้งานดนตรีกรรมและสิ่งบันเทิงเสียงในสถานประกอบการ

เราอาจประมวลลักษณะการใช้งานดนตรีของสถานประกอบการเหล่านี้ แล้วจำแนกออกเป็นลักษณะต่างๆ ได้ ดังนี้

- การแสดงสด (live performance) เป็นการนำงานดนตรีออกแสดงโดยนักร้อง นักดนตรีโดยตรง ตัวอย่างการแสดงสด เช่น ผับแห่งหนึ่งจ้างวงดนตรีร็อคซึ่งกำลังเป็นที่นิยม เพื่อมาเล่นคอนเสิร์ตในงานวันฮัลโลวีนของผับดังกล่าว

การจัดการแสดงสดโดยจ้างศิลปินที่มีชื่อเสียง เป็นวิธีที่รู้จักกันโดยทั่วไปในหมู่ผู้ประกอบการธุรกิจบันเทิงว่าเป็นวิธีที่ง่าย และได้รับการตอบรับอย่างสูงในการเปิดตัวสถานบันเทิงให้เป็นที่รู้จัก หรือเพื่อเพิ่มยอดขาย หรือเพิ่มกลุ่มลูกค้าการแสดงสด อาจเป็นการละเมิดในสิทธิต่อไปนี

(1) สิทธิการทำซ้ำในงานดนตรีกรรม และบางครั้ง อาจรวมถึงสิทธิในการดัดแปลงงานดนตรีกรรมด้วย ในกรณีที่นักร้อง นักดนตรี ปรับเปลี่ยนทำนองเพลง หรือการเรียบเรียงเพื่อให้เข้ากับอารมณ์ร่วมในขณะนั้น หรือที่เรียกกันว่าการอิมโพรไวส์ (improvise)

(2) สิทธิการเผยแพร่ต่อสาธารณชนในงานดนตรีกรรม เพราะเป็นการนำงานดนตรีออกแสดงแก่บุคคลอื่นที่ไม่ใช่บุคคลในครอบครัว อีกทั้งยังเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ทางการค้าของสถานประกอบการ

อย่างไรก็ดี ลิขสิทธิ์ในส่วนของงานสิ่งบันเทิงเสียงจะไม่ถูกกระทบกระเทือนจากการแสดงสดแต่อย่างใด เพราะโดยธรรมชาติของเรื่องย่อมไม่มีการใช้งานสิ่งบันเทิงเสียงในการแสดงสด

- การร้องคาราโอเกะ (karaoke) คำว่า "คาราโอเกะ" ตามพจนานุกรมหมายถึง ความบันเทิงรูปแบบหนึ่ง ที่เครื่องกลจะเล่นเฉพาะในส่วนของดนตรีซึ่งเป็นที่นิยม ดังนั้นบุคคลทั่วไปจึง

สามารถร้องส่วนที่เป็นคำร้องได้เอง¹⁷ การร้องเพลงคาราโอเกะ จึงหมายถึง การร้องเพลง โดยมีทำนองเพลงสำเร็จรูปที่บันทึกไว้ในแผ่นเสียง และ/หรือเครื่องเล่น เล่นประกอบ

การประกอบธุรกิจคาราโอเกะ เป็นตัวอย่างที่ชัดเจนที่สุดตัวอย่างหนึ่งของธุรกิจที่ใช้ประโยชน์จากงานดนตรีโดยตรง ธุรกิจบันเทิงประเภทนี้ได้รับความนิยมในประเทศไทยมาเป็นเวลานาน และปัจจุบันก็ยังคงได้รับความนิยมอย่างสูง

ธุรกิจคาราโอเกะ อาจเป็นการละเมิดในสิทธิต่อไปนี้

(1) สิทธิการเผยแพร่ต่อสาธารณชนในงานดนตรีกรรม ในกรณีนี้ผู้ละเมิด คือ เจ้าของสถานประกอบการ ที่ทำให้ปรากฏด้วยเสียง และ/หรือภาพ ซึ่งงานดนตรีกรรมต่อบุคคลอื่นที่ไม่ใช่บุคคลในครอบครัว ในกรณีนี้ คือ ลูกค้า (ไม่ว่าจะเป็นผู้ร้อง หรือผู้ฟัง) และถือเป็นการแสวงหาผลประโยชน์ทางการค้าจากการใช้งานดนตรีกรรมอย่างชัดเจน

(2) สิทธิการเผยแพร่ต่อสาธารณชนในงานสิ่งบันทึกเสียง แม้ว่าการเล่นเพลงคาราโอเกะ คือ การเล่นเพลงโดยปราศจากเสียงร้องต้นฉบับก็ตาม แต่เสียงดนตรีที่ได้รับการบันทึกไว้ในแผ่นเสียง หรือเครื่องเสียงก็ต้องถูกนำมาเพื่อใช้ประกอบเสียงของผู้ร้อง ซึ่งนับเป็นการใช้งานสิ่งบันทึกเสียงแล้ว และเมื่อเสียงที่ได้รับการบันทึกไว้ดังกล่าวปรากฏต่อบุคคลอื่นที่ไม่ใช่บุคคลในครอบครัว ในกรณีนี้คือ ลูกค้า (ไม่ว่าจะเป็นผู้ร้อง หรือผู้ฟัง) ก็ต้องถือว่าสิทธิการเผยแพร่ต่อสาธารณชนในงานสิ่งบันทึกเสียงถูกกระทบกระเทือนแล้ว นอกจากนี้การใช้งานดังกล่าวยังถือเป็นการแสวงหาผลประโยชน์ทางการค้าจากการใช้สิ่งบันทึกเสียงอย่างชัดเจน

- การเปิดเพลงจากสิ่งบันทึกเสียง เป็นการใช้สิทธิในลักษณะเชิงกล โดยการนำเพลงที่บันทึกลงในวัสดุซึ่งบันทึกเสียงเอาไว้และสามารถนำมาเล่นซ้ำได้ เช่น แผ่นไวนิล หรือแผ่น CD มาเปิดให้บริการแก่ลูกค้า การใช้สิทธิลักษณะนี้เป็นที่นิยมกันมากในธุรกิจบันเทิง ประเภทดิสโก้เทค บาร์ หรือผับ ทั้งนี้การเลือกแนวเพลงที่จะนำมาเปิดจะมีส่วนอย่างสำคัญในการสร้างกลุ่มลูกค้าในธุรกิจดังกล่าว เช่น บาร์บางแห่งจะเปิดเฉพาะเพลงในยุค 80's เพื่อสร้างกลุ่มลูกค้าที่มีอายุในช่วง 25 - 35 ปี ดิสโก้เทค บางแห่งอาจเน้นเปิดเฉพาะเพลงแนวฮิป - ฮอป (hip - hop) เพื่อเจาะตลาดกลุ่มวัยรุ่น หรือสถานประกอบการแถบชานเมือง หรือต่างจังหวัดอาจเลือกเปิดเพลงไทยในอัตราส่วนมากกว่าเพลงสากล

ในขณะที่สถานประกอบการที่ไม่ใช้งานดนตรีเป็นส่วนประกอบหลัก เช่น ห้างสรรพสินค้า ก็อาจนำงานดนตรีมาใช้เพื่อสร้างความพึงพอใจให้กับลูกค้า หรือหวังผลทางธุรกิจ เช่น เพื่อสร้าง

¹⁷ Oxford Advanced Learner's Dictionary (7th ed. 2005), p.841.

บรรยากาศการจับจ่ายสินค้า หรือเพื่อกำหนดพฤติกรรมผู้บริโภค เช่น การเปิดเพลงที่มีจังหวะค่อนข้างเร็วในร้านอาหารประเภท fast food จะทำให้ลูกค้ารับประทานอาหารได้เร็วขึ้น ทำให้มีการหมุนเวียนลูกค้าได้มากรอบขึ้น

การเปิดเพลงจากแผ่นเสียง อาจเป็นการละเมิดในสิทธิต่อไปนี้

(1) สิทธิการเผยแพร่ต่อสาธารณชนในงานดนตรีกรรม ในกรณีนี้ผู้ละเมิด คือ เจ้าของสถานประกอบการ เพราะเป็นการทำให้ปรากฏด้วยเสียง ซึ่งงานดนตรีกรรมต่อบุคคลอื่นที่ไม่ใช่บุคคลในครอบครัว (ในกรณีนี้ คือ ลูกค้าของสถานประกอบการ)

(2) สิทธิการเผยแพร่ต่อสาธารณชนในงานสิ่งบันทึกเสียง เป็นไปด้วยเหตุผลเดียวกับสิทธิในงานดนตรีกรรม เนื่องจากสิ่งบันทึกเสียงเป็นเสมือนตัวกลางระหว่างงานเพลง (ดนตรีกรรม) ที่ถูกบันทึกไว้กับผู้ใช้งาน เมื่อสิทธิในงานดนตรีกรรมถูกละเมิด สิทธิในสิ่งบันทึกเสียงในฐานะตัวกลางย่อมถูกละเมิดไปด้วย ซึ่งในกรณีนี้ผู้ละเมิด คือ เจ้าของสถานประกอบการ เพราะเป็นการนำสิ่งบันทึกเสียง ออกแสดงแก่บุคคลอื่นที่ไม่ใช่บุคคลในครอบครัว (ในกรณีนี้ คือ ลูกค้าของสถานประกอบการ)

- การเปิดเพลงจากวิทยุกระจายเสียง หรือเคเบิลทีวี เช่นเดียวกับการเปิดเพลงจากแผ่นเสียง การเปิดเพลงจากวิทยุกระจายเสียง หรือเคเบิลทีวี ในสถานประกอบการที่ไม่ใช้งานดนตรีเป็นส่วนประกอบหลัก อาจเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความพึงพอใจให้กับลูกค้า หรือเพื่อหวังผลทางธุรกิจ หรือเพื่อกำหนดพฤติกรรมผู้บริโภค ตัวอย่างที่พบได้บ่อยในกรณีการเปิดเพลงจากวิทยุกระจายเสียง หรือเคเบิลทีวีในสถานประกอบการที่ไม่ใช้งานดนตรีเป็นส่วนประกอบหลัก เช่น ร้านอาหารในปัจจุบันนิยมเปิดเคเบิลทีวี หรือเพลงจากคลื่นวิทยุให้ลูกค้ารับชม รับฟังไปด้วยขณะรับประทานอาหาร ทั้งนี้ บางแห่งอาจรวมค่ารับชม รับฟังเพิ่มเข้าไปในค่าอาหารด้วย

การเปิดเพลงจากวิทยุกระจายเสียงหรือเคเบิลทีวี อาจเป็นการละเมิดในสิทธิต่อไปนี้

(1) สิทธิการเผยแพร่ต่อสาธารณชนในงานดนตรีกรรม ในกรณีนี้ผู้ละเมิด คือ เจ้าของสถานประกอบการ เพราะเป็นการทำให้ปรากฏด้วยเสียง และ/หรือภาพซึ่งงานดนตรีกรรมต่อบุคคลอื่นที่ไม่ใช่บุคคลในครอบครัว (ในกรณีนี้ คือ ลูกค้าของสถานประกอบการ)

(2) สิทธิการเผยแพร่ต่อสาธารณชนในงานสิ่งบันทึกเสียง เป็นไปด้วยเหตุผลเดียวกับสิทธิในงานดนตรีกรรม เนื่องจากสิ่งบันทึกเสียง เป็นเสมือนตัวกลางระหว่างงานเพลง (ดนตรีกรรม) ที่ถูกบันทึกไว้กับผู้ใช้งาน เมื่อสิทธิในงานดนตรีกรรมถูกละเมิด สิทธิในสิ่งบันทึกเสียงในฐานะตัวกลางย่อมถูกละเมิดไปด้วย ซึ่งในกรณีนี้ผู้ละเมิด คือ เจ้าของสถานประกอบการ เพราะเป็น

การนำสิ่งบันเทิงเสียง ออกแสดงแก่บุคคลอื่นที่ไม่ใช่บุคคลในครอบครัว (ในกรณีนี้ คือ ลูกค้าของสถานประกอบการ)

(3) นอกจากนี้ การเปิดเพลงจากวิทยุกระจายเสียง หรือเคเบิลทีวี ยังอาจเป็นการละเมิดสิทธิการเผยแพร่ต่อสาธารณชนในงานแพร่เสียงแพร่ภาพอีกประการหนึ่ง หากการเปิดเพลงจากวิทยุกระจายเสียง หรือเคเบิลทีวีนั้น มีการเรียกเก็บเงิน หรือผลประโยชน์อื่นในทางการค้า ตามมาตรา 29 (3)

2.1.2 กรณีการนำงานดนตรีกรรมและสิ่งบันเทิงเสียงออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนในสถานประกอบการกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537

- พิจารณาโดยเปรียบเทียบกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 32 วรรคแรก

มาตรา 32 วรรคแรก กำหนดให้การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของงานลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อที่ผ่านมา โดยธรรมชาติของงานดนตรีกรรมและสิ่งบันเทิงเสียงเป็นงานที่ต้องแสดงออกในรูปของเสียงเป็นหลัก ดังนั้น สิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชน จึงเป็นสิทธิทางเศรษฐกิจที่สำคัญยิ่ง ประกอบกับในทางปฏิบัติย่อมเป็นไปได้ยากที่เจ้าของสิทธิจะสามารถดูแลบริหารสิทธิได้โดยลำพัง เพราะการใช้สิทธิประเภทดังกล่าวมีขึ้นอยู่ตลอดเวลาและไม่จำกัดสถานที่ ประเทศต่างๆ รวมทั้งประเทศไทย จึงได้ทำการจัดตั้งองค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์เพื่อให้บริหารจัดการเก็บค่าตอบแทนการใช้สิทธิการเผยแพร่ต่อสาธารณชน โดยองค์กรดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) ดำเนินการให้อนุญาตในการใช้งานดนตรีกรรมและสิ่งบันเทิงเสียงให้แก่ผู้ใช้งานตรี ในกรณีการเผยแพร่ต่อสาธารณชน

(2) จัดเก็บค่าตอบแทนจากการอนุญาตดังกล่าว แล้วนำมาจัดสรรให้แก่ผู้สร้างสรรค์ที่เป็นสมาชิกขององค์กร

(3) องค์การดังกล่าวยังสามารถทำหน้าที่ดำเนินการฟ้องร้องคดี กรณีที่มีการใช้งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงโดยไม่ได้รับอนุญาต¹⁸

ปัจจุบันประเทศไทย มีองค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ทั้งหมด 14 องค์กร และอยู่ระหว่างการดำเนินการแจ้งจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์อีก 3 องค์กร¹⁹ ทั้งนี้ แต่ละองค์กรอาจมีนโยบาย และรายละเอียดปลีกย่อยแตกต่างกัน แต่โดยหลักจะมีหน้าที่ 3 ประการดังที่กล่าวมา ในที่นี้จะขอกล่าวถึงเฉพาะกิจการร่วมค้า: เอ็มซีที - โฟโนไรท์ส (JV: MCT - Phonorights) เพื่อเป็นตัวอย่างการบริหารสิทธิของ องค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์โดยทั่วไป องค์กรดังกล่าวจัดตั้งขึ้นในปี พ.ศ.2546 โดยเป็นการรวมตัวกันขององค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์จากการเผยแพร่งานดนตรีกรรม (Music Copyright (Thailand) Ltd. หรือ MCT) และองค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์จากการเผยแพร่งานสิ่งบันทึกเสียง (Phonorights) กิจการร่วมค้าดังกล่าวได้ให้ความดูแลสิทธิของตัวแทนในประเทศไทยของค่ายเพลงสากลรวมทั้งหมด 5 ค่าย ได้แก่ EMI, Sony-BMG, S.Stack, Universal และ Warner Music

ในส่วนของสถานประกอบการทั้งที่ใช้และไม่ใช้งานดนตรีเป็นส่วนประกอบหลัก กิจการร่วมค้า: เอ็มซีที - โฟโนไรท์ส กำหนดอัตราการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ ดังตารางนี้²⁰

ลำดับที่	ประเภท	อัตราค่าลิขสิทธิ์กิจการร่วมค้า
1	คาราโอเกะ	5,000 บาท/จอภาพ/ปี
2	ดิสก์เก็ต	240 บาท/ที่นั่ง/ปี
3	บาร์/ผับ/เลาจน์**	200 บาท/ที่นั่ง/ปี
4	การแสดงสด/คอนเสิร์ต*** - เก็บค่าเข้าชม - ไม่เก็บค่าเข้าชม	5 % ของรายได้จำหน่ายบัตรเข้าชม 3.5 % ของค่าใช้จ่ายการจัดงาน
5	ร้านอาหาร/ Chain Restaurant**	100 บาท/ที่นั่ง/ปี
6	โรงแรม**	

¹⁸ ผู้สนใจรายละเอียดเกี่ยวกับองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทน การใช้ผลงานทางดนตรีกรรมสามารถศึกษาได้จากภัทรดา พินิจคำ, “กฎหมาย และการบริหารการจัดเก็บค่าตอบแทนการใช้ผลงานทางดนตรีกรรม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535).

¹⁹ ที่มา <http://www.ipthailand.org>, ข้อมูลถึงวันที่ 14 พฤษภาคม 2549

²⁰ ข้อมูลจากคู่มือชำระค่าลิขสิทธิ์กิจการร่วมค้า: เอ็มซีที - โฟโนไรท์ส

	-ค่าห้อง 3,000 บาทขึ้นไป -ค่าห้อง 2,000 - 2,999 บาท - ค่าห้อง น้อยกว่า 2,000 บาท	140 บาท/ห้อง/ปี 110 บาท/ห้อง/ปี 90 บาท/ห้อง/ปี
7	ร้านค้า*	20 บาท/ตารางเมตร/ปี
8	ห้างสรรพสินค้า/ศูนย์การค้า/ซูเปอร์มาร์เก็ต	20 บาท/ตารางเมตร/ปี
9	โบว์ลิง	740 บาท/ราง/ปี
10	ลานสเก็ต	6,800 บาท/แห่ง/ปี
11	โรงภาพยนตร์ (เพลงประกอบภาพยนตร์)	200 บาท/ที่นั่ง/ปี
12	สถานฝึกสอน/ฝึกซ้อมเต้นรำ	12,000 บาท/แห่ง/ปี
13	ศูนย์แสดงสินค้า	2 บาท/ตารางเมตร/วัน
14	ศูนย์สุขภาพ /Fitness Center/Spa	40 บาท/ตารางเมตร/ปี
15	สำนักงาน/พื้นที่ต้อนรับ*	20 บาท/ตารางเมตร/ปี
16	โทรศัพท์ (Music on hold) - 1 ถึง 20 สาย - 21 ถึง 60 สาย - 60 สายขึ้นไป	10,000 บาท/ตู้สาขา/ปี 20,000 บาท/ตู้สาขา/ปี 40,000 บาท/ตู้สาขา/ปี
17	งานจัดแสดง/งานแสดงแฟชั่น - ผู้ชมไม่เกิน 100 คน - ผู้ชม 100 คนขึ้นไป	2,000 บาท/วัน 4,000 บาท/วัน
18	ตู้เพลง	5,000 บาทต่อตู้ต่อปี
19	โรงภาพยนตร์	20 บาท/ที่นั่ง/ปี
20	ประกวดร้องเพลง	2,000 บาท/1 เพลง
21	งานแสดงต่าง ๆ/งานโปรโมชั่น/สินค้า - งานสิ่งบันเทิงเสียง - งานสิ่งบันเทิงเสียงและการแสดงผล	10 บาท/ผู้เข้าชม 1 ท่าน/วัน 20 บาท/ผู้เข้าชม 1 ท่าน/วัน

หมายเหตุ 1. * หมายถึง จัดเก็บขั้นต่ำ 2,000 บาท

2. ** หมายถึง จัดเก็บขั้นต่ำ 3,000 บาท

3. *** หมายถึง จัดเก็บขั้นต่ำ 10,000 บาท

จากตารางดังกล่าวจะเห็นได้ว่า สถานประกอบการทุกประเภท ไม่ว่าจะมีการใช้งานดนตรีเป็นส่วนประกอบหลักหรือไม่ ต่างอยู่ในข่ายที่จะต้องจ่ายค่าตอบแทนการใช้องานทางดนตรีกรรมและสิ่งบันเทิงเสียงทั้งสิ้น²¹ ทั้งนี้เป็นผลมาจากความตระหนักถึงสิทธิอันพึงมีพึงได้ตามกฎหมายของเจ้าของสิทธิ ที่ได้ทำการจัดตั้งองค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์การใช้องานทางดนตรีขึ้น กล่าวได้ว่าการจัดเก็บค่าตอบแทนการใช้องานทางดนตรีกรรมและสิ่งบันเทิงเสียง ในการเผยแพร่ต่อสาธารณชนเป็นการแสวงหาประโยชน์ที่สำคัญทางหนึ่งของเจ้าของงานลิขสิทธิ์

เมื่อเราลองพิจารณาเปรียบเทียบกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 วรรคแรกที่กำหนดให้ การกระทำใดๆ จะไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้น ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของงานลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร จะพบว่าการนำงานดนตรีกรรมและสิ่งบันเทิงเสียงออกเผยแพร่ในสถานประกอบการ ไม่ว่าจะสถานประกอบการนั้น จะมีการใช้งานดนตรีเป็นส่วนประกอบหลักหรือไม่ ก็ล้วนแต่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในส่วนของสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชนไปแทบทุกกรณี เพราะการแสวงหาประโยชน์ที่สำคัญทางหนึ่งของเจ้าของสิทธิในงานดนตรีกรรมและสิ่งบันเทิงเสียง คือ การจัดเก็บค่าตอบแทนการใช้องานนั้นจากสถานประกอบการ องค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนจึงได้กำหนดขอบเขตครอบคลุมสถานประกอบการทุกประเภท ไม่ว่าจะสถานประกอบการนั้นๆ จะมีการใช้งานดนตรีในลักษณะใด²²

ด้วยเหตุที่กล่าวมานี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการนำงานดนตรีกรรมและสิ่งบันเทิงเสียงออกเผยแพร่ในสถานประกอบการ โดยไม่จ่ายค่าตอบแทน จึงถือเป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของงานลิขสิทธิ์ และกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร (เพราะจำนวนเงินที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับจากองค์กรจัดเก็บ ย่อมลดลง จากการที่สถานประกอบการไม่จ่ายค่าตอบแทนจากการใช้งานดนตรี)

²¹ อัตราการจัดเก็บค่าตอบแทนการใช้งานดนตรี ในสถานประกอบการแต่ละประเภท จะมีความแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับลักษณะ และปริมาณการใช้งานดนตรีของสถานประกอบการนั้นๆ โดยสถานประกอบการ ที่มีการใช้งานดนตรี ในลักษณะเพื่อเป็นการหาประโยชน์โดยตรง และมีการใช้งานดนตรีในปริมาณที่มาก เช่น ร้านคาราโอเกะ จะมีอัตราการจัดเก็บที่แพงกว่าสถานประกอบการ ที่เพียงแต่ใช้งานดนตรีเป็นส่วนประกอบ เช่น โรงภาพยนตร์ หรือร้านอาหาร

²² โปรดดูตารางอัตราการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ประกอบ

อันจะทำให้ไม่ครบองค์ประกอบเรื่องช้อยกเว้นตามมาตรา 32 วรรคแรก และถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในทุกกรณี

โดยความเห็นส่วนตัวแล้ว ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวคิดขององค์การจัดเก็บฯ ที่กำหนดให้มีการจัดเก็บค่าตอบแทนในสถานประกอบการทุกประเภทที่มีการใช้งานดนตรี เพราะเมื่อสถานประกอบการเหล่านี้ ได้รับผลกำไร ไม่ว่าจะเป็นทางตรง (เช่น กรณีของร้านคาราโอเกะ) หรือทางอ้อม (เช่น การเปิดเพลงคลอเบาๆ ในห้างสรรพสินค้า อันทำให้ลูกค้าใช้เวลาจับจ่ายสินค้าในห้างนานขึ้น) สถานประกอบการเหล่านี้ ก็ควรที่จะแบ่งปันส่วนของผลกำไรที่ได้รับกลับคืนสู่เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงที่ถูกนำมาใช้ เพื่อผลประโยชน์ของสถานประกอบการดังกล่าวด้วย จึงจะถือว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมต่อทุกฝ่าย

อย่างไรก็ตาม อัตราการจัดเก็บควรแตกต่างกันไปตามลักษณะของการใช้งาน และขนาดของสถานประกอบการ สถานประกอบการที่มีการใช้งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงเพื่อผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ของตนโดยตรงและมีขนาดใหญ่ ควรที่จะเสียค่าตอบแทนการใช้งานในอัตราสูงกว่าสถานประกอบการที่มีขนาดเล็กและไม่ได้ใช้งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงเป็นส่วนประกอบหลัก

- พิจารณาโดยเปรียบเทียบกับภาระงานดนตรีกรรมออกแสดง ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 36

มาตรา 36 บัญญัติว่า การนำงานนาฏกรรม หรือดนตรีกรรมออกแสดงเพื่อเผยแพร่ ต่อสาธารณชนตามความเหมาะสมโดยมิได้จัดทำขึ้น หรือดำเนินการเพื่อกำไรเนื่องจากการจัดให้มีการเผยแพร่ต่อสาธารณชนนั้น และมีได้จัดเก็บค่าเข้าชมโดยไม่ทางตรง หรือโดยทางอ้อมและนักแสดงไม่ได้รับค่าตอบแทนในการแสดงนั้น มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หากเป็นการดำเนินการโดยสมาคม มูลนิธิ หรือองค์การอื่นที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการสาธารณกุศล การศึกษา การศาสนา หรือการสังคมสงเคราะห์ และได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง

จากบทบัญญัติตามมาตรา 36 จะพบว่าภาระงานดนตรีกรรมออกเผยแพร่ในสถานประกอบการ ไม่ว่าจะสถานประกอบการนั้น จะมีการใช้งานดนตรีเป็นส่วนประกอบหลักหรือไม่ ก็ไม่สามารถอาศัยประโยชน์จากมาตรานี้ได้เลย (ถึงแม้จะไม่มีกรอบของมาตรา 32 กำหนดไว้อีกชั้นก็ตาม) เพราะองค์การที่จะได้รับประโยชน์จากมาตรา 36 ต้องเป็นสมาคม มูลนิธิ หรือองค์การอื่นที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการสาธารณกุศล การศึกษา การศาสนา หรือการสังคมสงเคราะห์เท่านั้น อันไม่เข้ากับลักษณะโดยทั่วไปของสถานประกอบการซึ่งใช้งานดนตรีเป็นส่วนประกอบในการดำเนินการ เช่น ร้านคาราโอเกะ ดิสโก้เธค บาร์ ผับ เลาจน์ หรือห้างสรรพสินค้า โรงแรมต่างๆ เลยแม้แต่หน่อย

2.2 กรณีของ file-sharing หรือ peer-to-peer (P2P)

2.2.1 ความหมายและลักษณะของ file-sharing หรือ peer-to-peer (P2P)

file-sharing หรือ peer-to-peer (P2P) เป็นการให้บริการรูปแบบหนึ่งของเครือข่าย (network) อินเทอร์เน็ต โดยที่ผู้ใช้บริการดังกล่าวจะสามารถแลกเปลี่ยนไฟล์ข้อมูลต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นดนตรี ภาพยนตร์ รูปภาพ เกมส์ หรือซอฟต์แวร์ใดๆ ระหว่างผู้ใช้บริการด้วยกันได้โดยตรงจากเครื่องคอมพิวเตอร์หนึ่งไปสู่อีกเครื่องหนึ่ง โดยไม่ต้องผ่านเครื่องคอมพิวเตอร์แม่ข่าย ทั้งนี้ผู้ที่ต้องการใช้บริการ file-sharing สามารถทำได้โดยเข้าไปในเว็บไซต์ของเครือข่ายนั้นๆ (เช่น Kazaa, LimeWire, BitTorrent) และดาวน์โหลดซอฟต์แวร์ P2P ลงบนเครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้ซอฟต์แวร์ดังกล่าวจะสร้างสิ่งที่เรียกว่า "shared media" บน folder ของเครื่องคอมพิวเตอร์ ซึ่งเมื่อเปิดเข้าไปจึงจะสามารถใช้บริการ file-sharing หรือ P2P ได้ (อนึ่ง เครือข่ายผู้ให้บริการ P2P จะไม่เก็บค่าบริการจากการใช้ซอฟต์แวร์ดังกล่าว โดยบางเครือข่ายจะได้รับผลตอบแทนจากการขายพื้นที่โฆษณา แล้วส่งโฆษณานั้นๆ ไปยังผู้ใช้บริการ)

ในช่วงที่ผ่านมา บริการ P2P เป็นที่นิยมอย่างมากจากผู้ให้บริการ โดยเฉพาะในหมู่วัยรุ่นจากทั่วโลกอันสร้างความเสียหายให้กับบริษัทภาพยนตร์และดนตรีเป็นอันมาก เพราะข้อมูล (file) ซึ่งผู้ใช้บริการนิยมส่งให้แก่กัน ส่วนใหญ่จะเป็นเพลงและภาพยนตร์อันมีลิขสิทธิ์ จนในที่สุด 28 บริษัท ในอุตสาหกรรมเพลงและภาพยนตร์ได้รวมตัวกันเป็นโจทก์ฟ้องเครือข่ายที่ให้บริการ P2P ในฐานะที่ทำให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างแพร่หลาย ในคดี MGM studios Inc. V. Grokster Ltd. คดีดังกล่าวเพิ่งได้รับการตัดสินโดยศาลสูงสุดของสหรัฐ เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน 2005 ที่ผ่านมาและได้รับการกล่าวขานว่าเป็นคดีลิขสิทธิ์ที่สำคัญที่สุดคดีหนึ่งแห่งปี โดยศาลสูงสุดของสหรัฐตัดสินว่าจำเลย (Grokster Ltd. และพวก) ต้องรับผิดชอบจากการกระทำของตน (การให้บริการ P2P) เนื่องจากการกระทำของจำเลยเป็นการสนับสนุนให้บุคคลที่ 3 กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น จากคำพิพากษาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐเป็นอย่างมาก และอาจนำไปสู่การแก้กฎหมายของสหรัฐ²³

2.2.2 กรณีของ file-sharing หรือ peer-to-peer (P2P) กับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537

²³ ข้อมูลจาก <http://www.bbc.co.uk>.

file-sharing หรือ peer-to-peer (P2P) อาจเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม และสิ่งบันเทิงเสียงได้ ทั้งในส่วนของการทำงานซ้ำ หรือดัดแปลง และการเผยแพร่ต่อสาธารณชน โดยผู้ละเมิดอาจเป็นได้ทั้งผู้ส่งข้อมูล ผู้รับข้อมูล หรือผู้ให้บริการเครือข่าย

ในหัวข้อนี้จึงเป็นการพิจารณาถึงการกระทำของฝ่ายต่างๆ ในกรณีของ file-sharing หรือ peer-to-peer (P2P) โดยเปรียบเทียบกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ในมาตราต่างๆ ต่อไปนี้

- พิจารณาในส่วนของผู้รับข้อมูล

ผู้รับข้อมูล หมายถึง ผู้ที่ทำการดาวน์โหลด (downloading) หรือทำซ้ำข้อมูลจาก shared media ของเครือข่ายมายังเครื่องคอมพิวเตอร์ของตน โดยข้อมูลซึ่งผู้ใช้บริการนิยมดาวน์โหลด ส่วนใหญ่จะเป็นข้อมูลเพลง ซึ่งการดาวน์โหลดดังกล่าวเป็นการกระทำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิ จึงต้องถือว่าผู้รับข้อมูลได้ละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการทำซ้ำในงานเพลงนั้นแล้ว

จากเหตุผลที่ว่าข้อมูลเพลง ซึ่งนิยมส่งให้แก่กันนั้น จะเป็นข้อมูลที่นำมาจากเพลง ซึ่งถูกบันทึกอยู่ในอัลบั้มของศิลปิน ดังนั้นการทำซ้ำข้อมูลเพลงดังกล่าว จึงต้องถือว่าเป็นการทำซ้ำ ทั้งในส่วนของงานดนตรีกรรมและสิ่งบันเทิงเสียง อันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 15 (1), 27 และ 28 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

ประเด็นปัญหาอยู่ที่ว่า การทำซ้ำข้อมูลเพลงดังที่กล่าวมานี้ เมื่อพิจารณาในเรื่องข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้รับข้อมูลจะสามารถอ้างประโยชน์จากข้อยกเว้นได้เพียงใด ผู้เขียนเห็นว่าหากผู้รับข้อมูลอ้างว่าการกระทำของตน ได้รับการยกเว้นตามมาตรา 32 (2) ก็อาจจะทำได้ เพราะเป็นการทำซ้ำเพื่อประโยชน์ของตนเอง แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 32 (2) นี้ ก็ยังต้องอยู่ภายใต้กรอบของมาตรา 32 วรรคแรก อีกชั้นหนึ่ง

ในทางปฏิบัติจะพบว่า เมื่อผู้รับข้อมูลทำการดาวน์โหลดเพลงมาแล้ว ส่วนใหญ่ก็จะไม่ไปซื้ออัลบั้มที่มีเพลงดังกล่าวอยู่ ด้วยเหตุผลต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการประหยัดค่าใช้จ่าย หรืออาจเห็นว่าเพลงที่ดาวน์โหลดมา ยังไม่ก่อให้เกิดความประทับใจเพียงพอที่จะต้องไปซื้อแผ่นลิขสิทธิ์ ฯลฯ เมื่อประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่าในวัันๆ นี้มีผู้ใช้บริการ file-sharing เป็นจำนวนมาก ทำให้ยอดขายอัลบั้มของศิลปินต่างๆ ลดลงเป็นอย่างมาก ดังนั้น การดาวน์โหลดเพลงโดยผู้รับข้อมูลนี้ แม้จะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของตนเอง แต่การกระทำดังกล่าวก็ก่อให้เกิดผลกระทบต่อยอดขายของงานต้นฉบับ อันถือว่าการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของสิทธิและกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร จึงต้องถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และไม่อาจอ้างข้อยกเว้นเรื่องการใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง ตามมาตรา 32 (2) ได้

อย่างไรก็ดี จากเหตุผลดังกล่าวมาแล้วว่า ในวันนี้หนึ่งมีผู้ให้บริการ file-sharing เป็นจำนวนมาก และถ้ารวมการใช้งานจากทั่วโลก ก็จะมีผู้ให้บริการ file-sharing นับล้านๆ ราย ต่อวัน ด้วยเหตุนี้ การจะลงโทษผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ให้ครบทุกราย จึงเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ในทางปฏิบัติ ครั้นจะเลือกลงโทษเฉพาะรายก็ดูจะไม่เป็นธรรมกับบุคคลผู้นั้น ด้วยเหตุนี้ ทางเลือกที่เป็นไปได้ คือ การลงโทษเครือข่ายที่ให้บริการดังกล่าว โดยถือเป็นความรับผิดชอบลำดับรอง (secondary liability) ในฐานะเป็นผู้มีส่วนร่วม หรือสนับสนุนให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้น ดังที่ศาลสูงสุดของสหรัฐฯ ได้วางหลักไว้ในคดี *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. V. Grokster Ltd.*

- พิจารณาในส่วนของผู้ส่งข้อมูล

ผู้ส่งข้อมูล หมายถึง ผู้ที่ทำการอัปโหลด (uploading) หรือส่งข้อมูลที่ตนมีอยู่ให้ไปปรากฏบน shared media ของเครือข่าย โดยข้อมูลซึ่งนิยมนำไปอัปโหลด ส่วนใหญ่จะเป็นข้อมูลเพลงอันมีลิขสิทธิ์ และกำลังเป็นที่นิยมของตลาด ณ เวลานั้น ปัญหาจึงมีว่าการกระทำลักษณะนี้ถือเป็นการกระทบทสิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของงานดนตรีกรรม และสิ่งบันเทิงเสียงหรือไม่

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 ได้ให้นิยามของคำว่า "เผยแพร่ต่อสาธารณชน" อันเป็นสิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ ว่าหมายความว่า "การทำให้ปรากฏต่อสาธารณชน โดยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น" ด้วย

ผู้เขียนเห็นว่าการทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนนี้ ตรงกับคำว่า making available to the public ตาม Article 8 ของ WIPO Copyright Treaty (WCT)²⁴ ซึ่งตาม WCT นั้น making

²⁴ WIPO Copyright Treaty, Article 8

Without prejudice to the provisions of Articles 11 (1)(ii), 11bis (1)(i) and (ii), 11ter (1)(i), 14 (1)(i) and 14bis (1) of the Berne convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including making available to the public of their works in such away that members of the public may access these works from a place and a time individually chosen by them.

available to the public กินความรวมถึงการอัปโหลด (uploading) หรือส่งไฟล์ที่มีอยู่ในเครื่องตน ให้ไปปรากฏบน shared media ของเครือข่าย file-sharing ด้วย²⁵

โดยเหตุผลอย่างเดียวกัน การทำให้ปรากฏต่อสาธารณชน โดยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น ตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ก็ควรจะแปลความเช่นเดียวกับ Article 8 ของ WIPO Copyright Treaty เพราะเป็นถ้อยคำอย่างเดียวกัน

กล่าวโดยสรุป การอัปโหลด หรือส่งข้อมูลที่มีอยู่ในเครื่องตน ให้ไปปรากฏบน shared media ของเครือข่าย file-sharing ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมและสิ่งบันเทิงเสียง ในการเผยแพร่ต่อสาธารณชน เพราะเป็นการทำให้ปรากฏต่อสาธารณชน โดยวิธีอื่นใดซึ่งงานดนตรีกรรมและสิ่งบันเทิงเสียงที่ได้จัดทำขึ้น อันเป็นการละเมิดสิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของงานดังกล่าว ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 15 (2), 27 และ 28

ปัญหาต่อไปที่ต้องพิจารณา คือ การอัปโหลดข้อมูลดังกล่าวของผู้ส่ง จะสามารถอ้างประโยชน์จากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้หรือไม่

ต่อปัญหานี้ ผู้เขียนเห็นว่าการอัปโหลดเพลงไปยังเครือข่ายของ file-sharing ถือเป็นการทำให้เกิดการทำซ้ำอย่างแพร่หลายในหมู่ของผู้ใช้บริการเครือข่าย อันก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมากต่อยอดขายของงานต้นฉบับ จึงกล่าวได้ว่าการกระทำของผู้ส่งข้อมูลนี้ เป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของสิทธิ และกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร อันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 32 วรรคแรก และไม่อาจอ้างข้อยกเว้นในมาตราใดได้

- พิจารณาในส่วนของผู้ให้บริการเครือข่าย

ผู้ให้บริการ file-sharing หรือ peer-to-peer (P2P) คือ ผู้สร้างเครือข่ายชนิดหนึ่ง ที่เรียกว่า "shared media" ขึ้นมา ซึ่งผู้ที่จะเข้ามาใช้บริการยังเครือข่ายนี้ได้ จะต้องดาวน์โหลดโปรแกรมที่จำเป็นสำหรับการเข้าเครือข่ายจากผู้ให้บริการเสียก่อน

ผู้ให้บริการเครือข่ายเป็นแต่เพียงผู้สร้างเครือข่ายกลางขึ้นมา เพื่อให้ผู้ใช้บริการสามารถเข้ามาเจอกันได้ แต่การกระทำใดๆ ที่เป็นการแลกเปลี่ยนไฟล์อันละเมิดลิขสิทธิ์ ระหว่างผู้ใช้บริการด้วยกันเองนั้น ย่อมไม่เกี่ยวข้องกับผู้ให้บริการเครือข่าย เปรียบเสมือนว่าผู้ให้บริการ ดำเนินธุรกิจ

²⁵ Jane C. Ginsburg, The (new?) right of making available to the public, in Intellectual Property in the New Millennium Essays in Honour of William R. Cornish, Edited by David Vaver and Lionel Bently (Cambridge University Press, 2004), p. 243.

ให้เช่าห้องๆ หนึ่ง ซึ่งผู้เป็นสมาชิกเท่านั้น จึงจะใช้บริการห้องนี้ได้ การกระทำผิดกฎหมายใดๆ ที่เกิดขึ้นโดยผู้ที่อยู่ในห้อง เป็นสิ่งที่อยู่นอกเหนือการรับรู้ของผู้ให้เช่าห้อง

ปัญหาจึงมีว่าผู้ให้บริการเครือข่ายกระทำผิดกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่ อย่างไร

ศาลสูงสุดของสหรัฐฯ ได้วินิจฉัยประเด็นเรื่องความรับผิดของผู้ให้บริการในลักษณะดังกล่าวไว้ในคดี MGM studios Inc. V. Grokster Ltd.²⁶ เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน 2005 ที่ผ่านมา โดยมีรายละเอียดโดยสังเขป ดังนี้

สืบเนื่องมาจากบริษัทเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และดนตรี ได้รวมกลุ่มกันฟ้องบริษัท จำเลยทั้ง 2 คือ Grokster, Ltd. และ StreamCast Network, Inc. ในฐานะที่จำเลยทั้งสองเป็นผู้เผยแพร่ซอฟต์แวร์ที่ใช้ในการแลกเปลี่ยนข้อมูล (file) ระหว่างผู้ใช้คอมพิวเตอร์ด้วยกันเองผ่านระบบที่เรียกว่า peer-to-peer (P2P) หรือ file-sharing โดยโจทก์กล่าวหาว่าจำเลยทั้งสองเจตนาที่จะเผยแพร่ซอฟต์แวร์ดังกล่าว เพื่อให้ลูกค้าของจำเลยนำไปใช้ในการละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะวัตถุประสงค์หลักของผู้ใช้ซอฟต์แวร์เหล่านี้ ส่วนใหญ่เป็นไปเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลเพลงและภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์

ศาลชั้นต้นตัดสินว่า จำเลยทั้งสองไม่ต้องรับผิดฐานเป็นผู้เผยแพร่ซอฟต์แวร์ดังกล่าว ศาลอุทธรณ์ภาค 9 เห็นพ้องกับศาลชั้นต้น ทั้งนี้ ศาลอุทธรณ์ฯ ตัดสินโดยอาศัยบรรทัดฐานจากคดี Sony Corp. of America V. Universal City Studios, Inc. (ต่อไปจะเรียกว่าคดี Sony) โดยให้เหตุผลว่าซอฟต์แวร์ของจำเลยสามารถนำไปใช้ ในลักษณะที่สาระสำคัญของการใช้นั้นไม่เป็นการละเมิด (capable of substantial noninfringing uses) และจากลักษณะของการให้บริการ peer-to-peer (P2P) หรือ file-sharing ซึ่งการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ใช้สามารถทำได้โดยตรง ไม่ต้องผ่านเครือข่ายศูนย์กลาง จำเลยจึงไม่อาจรับรู้ได้ว่าได้มีการละเมิดเกิดขึ้นหรือไม่ เพราะจำเลยเพียงแต่เป็นผู้เผยแพร่ซอฟต์แวร์เท่านั้น ส่วนผู้ใช้นำซอฟต์แวร์ดังกล่าวไปใช้ในทางใดบ้างนั้น ไม่ใช่สิ่งที่จำเลยจะไปเกี่ยวข้อง นอกจากนี้ สำหรับความรับผิดในละเมิดที่ผู้อื่นกระทำ (vicarious liability) จำเลยก็ยังไม่ต้องรับผิด เพราะจำเลยไม่มีสิทธิ หรือหน้าที่ควบคุมการใช้ซอฟต์แวร์ดังกล่าว และไม่มีหน้าที่จะต้องไปสอดส่องตรวจตราการทำละเมิดของผู้ใช้

อย่างไรก็ตาม ในชั้นฎีกา ศาลสูงสุดของสหรัฐฯ ได้ตัดสินให้จำเลยทั้งสองต้องรับผิดจากการที่บุคคลที่ 3 กระทำการละเมิดโดยใช้ซอฟต์แวร์ของจำเลย ด้วยเหตุผลดังนี้

²⁶ 125 S. Ct. 2764 (2005).

ในคดีนี้ ผู้ใช้โปรแกรมแลกเปลี่ยนไฟล์ผ่านระบบ peer-to-peer (P2P) มีเป็นจำนวนมาก การลงโทษต่อผู้กระทำการละเมิดโดยตรง ซึ่งมีจำนวนมากมายมหาศาลย่อมเป็นไปได้ ดังนั้น ในทางปฏิบัติจริง ทางเลือกที่เป็นไปได้ คือ การลงโทษผู้เผยแพร่เครื่องมือ (device 's distributor) ที่ใช้ทำการละเมิด โดยถือเป็นความรับผิดชอบลำดับรอง (secondary liability) ในฐานะเป็นผู้มีส่วนร่วม ร่วมในการละเมิด (contributory infringement) หรือเป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบในละเมิดที่ผู้อื่นกระทำ (vicarious infringement) โดยเหตุที่บุคคลใดๆ อาจถือว่ามีส่วนร่วมในการละเมิดได้โดยการเจตนาที่จะแนะนำ หรือส่งเสริมให้เกิดการละเมิด และอาจต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นได้ โดยการหากำไรจากการกระทำละเมิดของผู้อื่น ขณะเดียวกันก็ไม่ใส่ใจที่จะหยุด หรือจำกัดการละเมิดนั้น

ศาลอุทธรณ์ฯ ผิดพลาดในการแปลความคดี Sony ว่า หากผลิตภัณฑ์ (product) ไม่สามารถนำไปใช้ได้ ในลักษณะที่สาระสำคัญของการใช้นั้นเป็นการกระทำที่ถูกกฎหมาย ผู้ผลิตไม่ต้องรับผิดชอบจากการที่บุคคลที่ 3 กระทำการละเมิดโดยใช้ผลิตภัณฑ์นั้น เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่าผู้เผยแพร่ (distributors) ได้รู้อย่างชัดเจนว่าการเผยแพร่ผลิตภัณฑ์นั้น จะก่อให้เกิดการละเมิด และไม่ทำการยับยั้งการเผยแพร่ดังกล่าว ศาลสูงสุดกล่าวว่าข้อเท็จจริงในคดีนี้ จำเลยมิได้กระทำการเพียงเผยแพร่ผลิตภัณฑ์ (ในที่นี้ คือ ซอฟต์แวร์) ที่สามารถใช้ได้ทั้งในทางที่ถูกกฎหมายและในทางละเมิดดังเช่นในคดี Sony แต่การกระทำของจำเลยไปไกลกว่านั้นมาก โดยจำเลยในคดีนี้ (บริษัท Grokster, Ltd. และ StreamCast Network, Inc.) ได้ทำการโฆษณา หรือให้คำแนะนำผู้ใช้ในการที่จะทำการละเมิดโดยอาศัยผลิตภัณฑ์ (ซอฟต์แวร์) ที่จำเลยเป็นผู้เผยแพร่ เห็นได้ชัดว่าการกระทำของจำเลยมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดการละเมิดขึ้น ข้อเท็จจริงดังกล่าวทำให้การลงโทษจำเลยให้ร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดโดยบุคคลที่ 3 เป็นไปโดยมีน้ำหนักมากขึ้น

นอกจากนี้ ยังมีข้อเท็จจริงสนับสนุนอีก 3 ประการว่าจำเลยมีเจตนาที่จะส่งเสริมให้เกิดการละเมิด คือ (1) กลุ่มลูกค้าที่เป็นเป้าหมายหลักของจำเลย คือ กลุ่มลูกค้าเก่าของ Napster ซึ่งเป็นเว็บไซต์ให้บริการแลกเปลี่ยนข้อมูลเพลง ส่งข้อมูลเพลง และดาวน์โหลดข้อมูลเพลงผ่านระบบอินเทอร์เน็ต ในลักษณะที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ (2) จำเลยทั้งสองต่างไม่แสดงความพยายามที่จะพัฒนาเครื่องมือที่ใช้ในการกลั่นกรอง หรือยับยั้งการกระทำละเมิดของผู้ใช้ แม้ศาลอุทธรณ์ฯ จะมองว่าจำเลยไม่มีหน้าที่ที่จะต้องกระทำก็ตาม แต่ศาลสูงสุดเห็นว่าความไม่ใส่ใจที่จะยับยั้งการละเมิดของผู้ใช้ ยิ่งแสดงให้เห็นว่าจำเลยทั้งสองเอื้ออำนวยความสะดวกแก่ผู้ใช้ให้ทำการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น (3) จำเลยมีรายได้จากการขายพื้นที่โฆษณา แล้วส่งโฆษณานั้นๆ ไปยัง

ผู้ให้บริการ ดังนั้น ยังมีผู้ให้บริการมากเท่าใด รายได้จากการขายพื้นที่โฆษณาของจำเลย ยังมีมากเท่านั้น

ข้อเท็จจริงเหล่านี้เมื่อนำมาพิจารณาประกอบกันกับบริบทโดยรวมแห่งคดี ทำให้เห็นได้อย่างชัดเจนถึงเจตนาของจำเลยที่จะส่งเสริมให้เกิดการละเมิด

ด้วยข้อเท็จจริงในสาระสำคัญเหล่านี้ ศาลสูงสุดจึงได้กลับคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ฯ และตัดสินว่าผู้ให้บริการเครือข่ายต้องร่วมรับผิดชอบจากการกระทำละเมิดโดยบุคคลที่สามด้วย (is liable for the resulting acts of infringement by third parties) เนื่องจากผู้ให้บริการเครือข่ายได้มีส่วนร่วมในละเมิด โดยการแนะนำ หรือส่งเสริมให้ผู้อื่นกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์

ประเด็นปัญหาที่น่าสนใจ คือ หากคดี MGM studios Inc. V. Grokster Ltd. นี้ ได้รับการพิจารณาในศาลไทย ความรับผิดของผู้ให้บริการเครือข่ายควรเป็นอย่างไร ภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

ต่อปัญหานี้ ผู้เขียนเห็นว่าไม่อาจลงโทษผู้ให้บริการเครือข่ายภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยลำพังได้ เพราะจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ผู้ให้บริการเครือข่ายเพียงแต่ทำการเผยแพร่ซอฟต์แวร์ ซึ่งถือเป็นเพียงวิธีการที่ผู้ให้บริการจะเข้าไปยังเครือข่ายเท่านั้น ในขณะที่การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน ซึ่งงานดนตรีกรรมและสิ่งบันเทิงเสียงนั้น เป็นการกระทำระหว่างผู้ให้บริการด้วยกันเอง ดังนั้น การจะลงโทษผู้ให้บริการเครือข่ายให้ร่วมรับผิดชอบ จึงควรที่จะนำหลักเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดในการกระทำของผู้อื่น หรือหลักเรื่องการร่วมกันทำละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในกรณีนี้

หลักเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดในการกระทำของผู้อื่น (vicarious liability) ตามกฎหมายไทยได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 - 430 โดยอาจแบ่งได้เป็น 3 หัวข้อ คือ

1. ความรับผิดของนายจ้างในละเมิดที่ลูกจ้างกระทำ ในทางหน้าที่จ้าง
2. ความรับผิดของตัวการในละเมิดที่ตัวแทนกระทำ ในกิจการที่ทำแทน
3. ความรับผิดของบิดา มารดา ครู อาจารย์ ในละเมิดที่ผู้เยาว์ หรือผู้ที่อยู่ในความดูแลกระทำ

จะเห็นว่าตามกฎหมายไทย บุคคลผู้ซึ่งต้องร่วมรับผิดชอบต่อการทำละเมิดของผู้อื่น จะต้องมิหน้าที่ตามกฎหมาย หรือหน้าที่ตามสัญญา หรือหน้าที่ในทางปฏิบัติที่จะต้องควบคุม ดูแลบุคคล

ประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นพิเศษ (เช่น นายจ้างมีหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงาน ที่จะต้องบังคับบัญชาและควบคุมดูแลการปฏิบัติงานของลูกจ้าง บิดา – มารดามีหน้าที่ตามกฎหมายใน

การดูแลบุตรผู้เยาว์ของตน) ในขณะที่ ผู้ให้บริการเครือข่ายไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายตามสัญญา หรือในทางปฏิบัติใดๆ ที่จะต้องควบคุม ดูแลการกระทำของผู้ใช้บริการแต่อย่างใด นอกจากนี้ ในหลักเรื่องความรับผิดในละเมิดที่ผู้อื่นกระทำ (vicarious liability) กฎหมายยังได้กำหนดไว้เป็นกรณีพิเศษเฉพาะเจาะจงเพียง 3 กรณีที่กล่าวมาเท่านั้น มิได้บัญญัติเป็นบททั่วไป ซึ่งสามารถนำไปปรับใช้ให้กับข้อเท็จจริงได้ในทุกกรณี ดังเช่นหลักทั่วไปเรื่องละเมิดตามมาตรา 420

จากเหตุผลที่กล่าวมา ผู้เขียนจึงเห็นว่าไม่อาจนำหลักเรื่องความรับผิดในละเมิดที่ผู้อื่นกระทำตามมาตรา 425 – 430 มาปรับใช้กับความรับผิดของผู้ให้บริการเครือข่ายในกรณีของ file - sharing นี้ได้²⁷

เมื่อหลักเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดในการกระทำของผู้อื่น (vicarious liability) ไม่อาจนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้ จึงต้องพิจารณาในหลักเรื่องการร่วมกันทำละเมิดตามมาตรา 432 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²⁸

ตามวรรคสองของมาตรา 432 กำหนดให้ "บุคคลผู้ยุยงส่งเสริม หรือช่วยเหลือในการทำละเมิด ...ให้ถือว่าเป็นผู้กระทำละเมิดร่วมกันด้วย"

²⁷ ผู้สนใจหลักเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดในการกระทำของผู้อื่น (vicarious liability) ตามกฎหมายไทย อาจศึกษาได้จากสุขุม ศุภนิธย์, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2548) น. 93 - 142.

²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 432

ถ้าบุคคลหลายคนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น โดยร่วมกันทำละเมิด ท่านว่าบุคคลเหล่านั้น จะต้องร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น ความข้อนี้ท่านให้ใช้ตลอดถึงกรณีที่ไม่สามารถสืบรู้ตัวได้แน่ว่าในจำพวกที่ทำละเมิดร่วมกันนั้น คนไหนเป็นผู้ก่อความเสียหายนั้นด้วย

อนึ่งบุคคลผู้ยุยงส่งเสริม หรือช่วยเหลือในการทำละเมิด ท่านก็ให้ถือว่าเป็นผู้กระทำละเมิดร่วมกันด้วย

ในระหว่างบุคคลทั้งหลาย ซึ่งต้องรับผิดชอบร่วมกันใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น ท่านว่าต่างต้องรับผิดชอบเป็นส่วนเท่าๆ กัน เว้นแต่โดยพฤติการณ์ ศาลจะวินิจฉัยเป็นประการอื่น

เมื่อเปรียบเทียบกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น จากการพิจารณาพบว่าจำเลยในคดีนี้ (บริษัทผู้ให้บริการเครือข่าย) ได้มีการกระทำในหลายลักษณะ ซึ่งแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าเป็น การโฆษณา ชักชวน หรืออำนวยความสะดวกแก่ผู้ใช้ในการกระทำละเมิด โดยอาศัยผลิตภัณฑ์ (ซอฟต์แวร์) ที่จำเลยเป็นผู้เผยแพร่ เช่น ข้อเท็จจริงที่ว่าจำเลยได้ทำการส่งโฆษณาไปยังกลุ่ม ผู้ใช้บริการและแนะนำตัวจำเลยว่าเป็นทางเลือกใหม่แทน Napster (ซึ่งเป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปว่า เป็นเว็บไซต์ให้บริการแลกเปลี่ยนข้อมูลเพลง ส่งข้อมูลเพลงและดาวน์โหลดข้อมูลเพลงผ่านระบบ อินเทอร์เน็ต ในลักษณะที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์) หรือข้อเท็จจริงที่ว่าจำเลยได้อำนวยความสะดวก โดยการจัดทำอันดับเพลงซึ่งกำลังเป็นที่นิยม แยกไว้ต่างหากจากเพลงทั่วไปเพื่อให้ง่ายต่อ การค้นหาของผู้ใช้บริการ

จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏ ควรถือได้ว่าการกระทำของจำเลยถือเป็นการยุยงส่งเสริม หรือ ช่วยเหลือผู้อื่นในการทำละเมิด ตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 432 วรรคสองแล้ว และจำเลยจะต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของผู้ใช้บริการ ตามหลักเรื่อง การร่วมกันทำละเมิด

สำหรับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดในกรณีนี้ มาตรา 432 วรรคสาม กำหนดให้ ศาลสามารถวินิจฉัยได้ตามพฤติการณ์แห่งละเมิด

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีนี้ ผู้ให้บริการเครือข่ายมีความผิดฐานมีส่วนร่วมใน การละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น โดยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน ในงานดนตรีกรรม และสิ่งบันทึกเสียงอันมีลิขสิทธิ์ โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 15, 27 และ 28 ประกอบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 และ 432

ด้วยเหตุที่การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างแพร่หลาย อันเป็นการ ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของสิทธิ และกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วย กฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรโดยชัดแจ้ง จึงไม่อาจอ้างประโยชน์จากข้อยกเว้น การละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตราใดๆ ได้

3. กรณีการใช้งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

ตามมาตรา 32 วรรคสอง

มาตรา 32 วรรคสองเป็นข้อยกเว้นที่ใช้กับงานทุกประเภท รวมทั้งงานดนตรีกรรมและ สิ่งบันทึกเสียงด้วย ซึ่งอาจประมวลการกระทำตามที่มาตรา 32 วรรค 2 บัญญัติว่า มิให้ถือเป็น

การละเมิดลิขสิทธิ์ แล้วแยกออกเป็น 4 ประเภท ตามลักษณะของการกระทำนั้น ได้แก่

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

สำหรับการนำงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงไปใช้ในกรณีต่างๆ ทั้ง 4 ประเภทนั้น ผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 2.2 ของบทที่ 2 จึงไม่ขอกล่าวซ้ำในที่นี้อีก

4. กรณีการนำงานดนตรีกรรมออกแสดงกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 36

มาตรา 36 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในการนำงานดนตรีกรรมออกแสดง โดยการกระทำที่จะได้รับประโยชน์จากมาตรานี้ จะต้องเข้าเงื่อนไขที่วางไว้อย่างค่อนข้างเคร่งครัดถึง 6 ข้อ ทั้งนี้ การนำงานดนตรีกรรมออกแสดง โดยปรับใช้กับเงื่อนไขต่างๆ ตามมาตรา 36 นั้น ผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 2.3 ของบทที่ 2 จึงไม่ขอกล่าวซ้ำในที่นี้อีก