

วิเคราะห์การคุ้มครองลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ ตามกฎหมายภายในของไทย

ปัจจุบันไทยได้รับเอาเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารมาประยุกต์ใช้และพัฒนาขึ้นอย่างรวดเร็ว ส่งผลให้เกิดความเจริญทั้งทางสังคม, เศรษฐกิจ และเทคโนโลยี จึงสมควรที่จะมีการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเพิ่มมากขึ้นให้เหมาะสมกับเศรษฐกิจและเทคโนโลยีที่พัฒนาขึ้น ดังนั้นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา จึงต้องมีความสัมพันธ์สอดคล้องกับศักยภาพของเทคโนโลยี ส่งผลให้ไทยสามารถรักษาศักยภาพและมีความสามารถในการแข่งขันทางการค้ามากขึ้น ด้วยเหตุนี้ประเทศไทยจึงสมควรปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพให้มีความสอดคล้องกับระดับการพัฒนาทางเทคโนโลยี และเพื่อเตรียมรับมือกับการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี โดยไม่ขัดแย้งกับพันธกรณีระหว่างประเทศด้วย

ผู้เขียนจึงใคร่ขอศึกษาวิเคราะห์กฎหมายการให้ความคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพในปัจจุบัน มีความสอดคล้องกับระดับการพัฒนาเทคโนโลยีการแพร่เสียงแพร่ภาพในปัจจุบันเพียงไร และวิเคราะห์กฎหมายลิขสิทธิ์มีความสอดคล้องกับข้อกำหนดของพันธกรณีในอนุสัญญาที่ไทยเข้าผูกพันอย่างไร

5.1) เทคโนโลยีการแพร่เสียงแพร่ภาพของไทยในปัจจุบันและในอนาคต

สื่อมวลชนประเภทวิทยุและโทรทัศน์ในประเทศไทยได้เริ่มเข้ามาเมื่อ พ.ศ.2495 รับเอาวิทยุโทรทัศน์เข้ามาภายหลังจากที่ประเทศอังกฤษและอเมริกาได้ให้บริการวิทยุโทรทัศน์เพียง 4-5 ปี หน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับวิทยุกระจายเสียงแห่งแรกคือ กรมประชาสัมพันธ์ หรือกองโฆษณาเดิม สำหรับด้านโทรทัศน์เริ่มหลังบริการวิทยุกระจายเสียงประมาณ 30 ปี เมื่อบริษัทไทยโทรทัศน์ จำกัด ดำเนินการส่งกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ช่อง 4 โดยความถี่ระหว่าง 66-72 Mhz ซึ่งในขณะนั้นประเทศไทยยังขาดความรู้ในเทคนิคดังกล่าว อีกทั้งมี

สถานีวิทยุโทรทัศน์เพียงสถานีเดียว จึงไม่มีปัญหาเรื่องการจัดสรรความถี่ที่ใช้ ต่อมาเมื่อได้จัดตั้งสถานีวิทยุโทรทัศน์ขึ้นอีก มีจำนวนสถานีโทรทัศน์ 9 สถานี สังกัดอยู่ในกรมประชาสัมพันธ์ 5 สถานี อีก 4 สถานีอยู่ในความรับผิดชอบของกองทัพบก องค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทยและบริษัทเอกชนสำหรับการให้บริการโทรทัศน์แบบบอกรับสมาชิกของบริษัทเอกชน อยู่ในความควบคุมดูแลขององค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย

ในส่วนการถ่ายทอดทางโทรทัศน์และวิทยุผ่านดาวเทียมระหว่างประเทศนั้น ประเทศไทยเริ่มนำเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารผ่านดาวเทียมมาใช้ถ่ายทอดรายการวิทยุโทรทัศน์ผ่านดาวเทียม แทนระบบการสื่อสารโทรคมนาคมด้วยระบบสายเคเบิลใต้น้ำที่มีอยู่เดิม ซึ่งระบบเดิมนี้อุปกรณ์สื่อสารแห่งประเทศไทยได้เริ่มนำเคเบิลใต้น้ำแบบแกนร่วม (Coaxial) ระบบอะนาล็อกมาใช้ในประเทศนานนับสิบปีแล้ว แต่เนื่องจากเป็นเทคโนโลยีที่มีขีดจำกัดในการเพิ่มจำนวนวงจร คือ ช่องสัญญาณมีเพียง 480 ช่องเท่านั้น ทั้งยังมีความยุ่งยากด้านการบำรุงรักษา และความไม่แน่นอน เมื่อขนาดเครือข่ายใหญ่ขึ้น การสื่อสารแห่งประเทศไทย กระทรวงคมนาคม ซึ่งเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการโทรคมนาคมระหว่างประเทศ จึงหันมาให้ความสนใจและรับเอาเทคโนโลยีการสื่อสารผ่านดาวเทียมมาใช้แทนระบบทางสาย ซึ่งใช้อยู่เดิมเมื่อต้นศตวรรษที่ 20 ประเทศไทยได้สมัครเป็นสมาชิกขององค์การโทรคมนาคมทางดาวเทียมระหว่างประเทศ INTELSAT ในปี 2509 และเปิดการติดต่อผ่านดาวเทียม INTELSAT ครั้งแรกในปี 2510 โดยไทยได้เข้าเป็นสมาชิกที่ 49 และเข้าร่วมถือหุ้นในสหพันธ์นานาชาติร้อยละ 0.1 เปอร์เซนต์ และกรมไปรษณีย์โทรเลขได้รับมอบหมายให้เป็นตัวแทนรัฐบาลในสหพันธ์นานาชาติระบบโทรคมนาคมผ่านดาวเทียม³

จนกระทั่งวันที่ 1 เมษายน 2511 ประเทศไทยเริ่มเปิดดำเนินการสถานีคมนาคมพื้นดินผ่านดาวเทียมที่ศรีราชา เพื่อทำการส่งสัญญาณต่าง ๆ เช่น สัญญาณโทรเลข โทรศัพท์ โทรทัศน์ และมีการถ่ายทอดรายการผ่านดาวเทียม PALAPA และในปี 2523 การสื่อสารแห่งประเทศไทยได้เข้าช่องสัญญาณดาวเทียม INTELSAT ซึ่งเป็นบทบาทของฝ่ายราช

¹ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, การบริหารวิทยุโทรทัศน์ หน่วยที่ 1-7 (2 เล่ม) (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2520), หน้า 15.

² สมชัย จิว, "เคเบิลใต้น้ำใยแก้ว เส้นทางหลักของทางด่วนข้อมูล", วารสารคู่แข่ง ปักซ์หลัง (มกราคม, 2538), หน้า 112.

³ บำรุง สุขพรรณ, วิทยุและโทรทัศน์ในประเทศไทย กฎหมายและระเบียบว่าด้วยวิทยุและโทรทัศน์ ปี 2498 - 2522 ม.ป.ท., หน้า 112.

การทั้งสิ้น ปี 2531 กรมไปรษณีย์ได้อนุมัติสัมปทานให้แก่เอกชนครั้งแรก คือ บริษัทสามารถ เทเลคอม และบริษัทคอมพิวเนท และในปี 2534 การสื่อสารแห่งประเทศไทยอนุมัติ สัมปทานให้แก่บริษัทไทยสกายคอม จำกัด และกระทรวงคมนาคมได้อนุมัติให้บริษัทชินวัตร คอมพิวเตอร์ แอนด์คอมมิวนิเคชั่น จำกัด ได้สัมปทานดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ 30 ปี

ในวันที่ 17 ธันวาคม 2536 บริษัทชินวัตรแซทเทลไลน์ ได้จัดส่งดาวเทียม “ไทยคม” ขึ้นไปในห้วงอวกาศ เป้าหมายการส่งดาวเทียม “ไทยคม2” และ “ไทยคม3” ในช่วง 30 ปีนี้ บริษัทในกลุ่มชินวัตรจะเป็นผู้ผูกขาดอยู่ ดังนั้นเอกชนรายอื่น ๆ จึงจำเป็นต้องหาดาวเทียม ของตนเองในแถบอินโดจีนและเอเชีย⁴

นอกเหนือจากเทคโนโลยีการสื่อสารผ่านดาวเทียม ประเทศไทยได้มีเทคโนโลยี การสื่อสารผ่านเคเบิลใต้น้ำ และเคเบิลใยแก้วนำแสง ในส่วนเคเบิลใต้น้ำมีช่องสัญญาณ เพียง 480 ช่อง และในปี 2531 ช่องสัญญาณที่มีอยู่ก็เต็ม การสื่อสารแห่งประเทศไทยจึงต้อง แก้ปัญหาโดยได้เข้าร่วมลงทุนและซื้อสิทธิการใช้ช่องสัญญาณ (IRU - Indefeasible Right of Use) ในระบบเคเบิลใต้น้ำอื่น ๆ เพื่อเชื่อมโยงทั่วโลก เช่น มีโครงการระบบเคเบิลใต้น้ำใญ่ แก้วสายเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ - ตะวันออกกลาง - ยุโรปตะวันตก หรือ SEA - ME - WE2 , โครงการเข้าข่ายสายเคเบิลใต้น้ำรอบโลก FLAG (Fibreoptic Link Around the Globe)⁵

อย่างไรก็ตาม บริการโทรทัศน์ตามสายภายในประเทศอันเกิดจากเทคโนโลยีเครือข่าย เคเบิลใยแก้วนำแสง ปัจจุบันบริษัทเทเลคอมเอเชียคอร์ปอเรชั่น จำกัด ผู้ได้ร่วม สัมปทานโครงการติดตั้งโทรศัพท์ 2 ล้านเลขหมาย ได้นำเอาเทคโนโลยีเคเบิลใยแก้วนำแสง เข้ามาใช้ จึงยังประโยชน์ในการให้บริการเคเบิลทีวีในนาม “ยูทีวี”⁶

กล่าวโดยสรุปแล้ว เทคโนโลยีการแพร่เสียงแพร่ภาพในปัจจุบันเกิดจากการ ประยุกต์ใช้เทคโนโลยีการสื่อสารผ่านดาวเทียม มีทั้งการส่งสัญญาณโทรทัศน์ , การส่ง กระจายสัญญาณแบบส่งตรงถึงบ้าน หรือ Direct to Home และการประยุกต์ใช้เทคโนโลยี การสื่อสารผ่านเคเบิลใยแก้วนำแสง (Fiber optic) ทำให้เกิดช่องสัญญาณโทรทัศน์เพิ่มขึ้น

⁴ ปรีดา ยนต์พิเศษ, มิติใหม่โทรคมนาคมไทยสู่การลงทุนในภูมิภาคเอเชียอาคเนย์, เทศกาล คืบหน้าประเทศไทย (ตุลาคม 2538) : 6.

⁵ สมชัย จิว, “เคเบิลใต้น้ำใยแก้ว เส้นทางหลักของทางด่วนข้อมูล”, วารสารคู่แข่ง ปีที่ 6 หลัง(มกราคม 2538) : 112.

⁶ ปรีดา ยนต์พิเศษ, “มิติใหม่โทรคมนาคมไทยสู่การลงทุนในภูมิภาคเอเชียอาคเนย์,” เทศกาลคืบหน้าประเทศไทย (ตุลาคม 2538) : 8.

มากมาย และในอนาคตเมื่อมีการนำเทคโนโลยีดิจิทัลประสานเข้ากับการใช้สื่อสัญญาณที่มีประสิทธิภาพสูง (ทั้งดาวเทียมและสายเคเบิลใยแก้ว) และการพัฒนาเทคโนโลยีการบีบอัดสัญญาณ ทำให้แนวโน้มของการบริการโทรทัศน์พัฒนาไปสู่ “ โทรทัศน์ระบบดิจิทัล ” และโยงใยถึงการให้บริการโทรทัศน์ระบบสื่อสารสองทาง หรือ Interactive Television

5.2) สถานะการคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพในปัจจุบัน

เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์ ได้มีการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ในพรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้มีหลักการเพิ่มเติมหลายประการ เช่นการแยกคุ้มครองประเภทของงาน ตลอดจนการแก้ไขหลักเกณฑ์และการละเมิดลิขสิทธิ์และข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์บางประการแล้ว ผู้เขียนจึงใคร่ขออธิบายหลักเกณฑ์เบื้องต้นอันเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพในปัจจุบันอยู่ในสถานะเช่นใด

5.2.1 เงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์

เงื่อนไขการที่ผู้สร้างสรรค์จะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานที่ตนสร้างสรรค์ขึ้นภายใต้หลักการพื้นฐานประการแรก คือ (ก) แบบพิธีการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ (formality) (ข) คุณภาพของงาน (quality) (ค) การบันทึกงาน (fixation) แต่จะมีลักษณะเป็นการปฏิบัติเพื่อการรักษาสีติและการบังคับตามสิทธิเท่านั้น ไม่ใช่เงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์

หลักการพื้นฐานประการที่สองของการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ คือ การมีจุดเกาะเกี่ยว (point of attachment) ระหว่างผู้สร้างสรรค์กับประเทศหนึ่งว่า งานนั้นได้มีการโฆษณาแล้วหรือยัง ทั้งนี้เป็นไปตามที่กล่าวใน มาตรา 8 ของ พรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ซึ่งจะใช้เกณฑ์สัญชาติและเกณฑ์ภูมิลำเนา ซึ่งบัญญัติดังนี้ “ ให้ผู้สร้างสรรค์เป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้นภายใต้เงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีที่ยังไม่ได้มีการโฆษณางาน ผู้สร้างสรรค์ต้องเป็นผู้มีสัญชาติหรืออยู่ในราชอาณาจักรหรือเป็นผู้มีสัญชาติหรืออยู่ในประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย ตลอดระยะเวลาหรือเป็นส่วนใหญ่ในการสร้างสรรค์งานนั้น

(2) ในกรณีที่ได้มีการโฆษณางานแล้ว การโฆษณางานนั้นในครั้งแรกได้กระทำขึ้นในราชอาณาจักรหรือในประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย หรือในกรณีที่การโฆษณารั้งแรกได้กระทำนอกราชอาณาจักร

อาณาจักรหรือในประเทศอื่นที่ไม่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย หากได้มีการโฆษณางานดังกล่าวในราชอาณาจักรหรือในประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้มีการโฆษณาครั้งแรก หรือผู้สร้างสรรค์เป็นผู้มีลักษณะตามที่กำหนดไว้ใน (1) ในขณะที่มีการโฆษณางานครั้งแรก

ในกรณีที่ผู้สร้างสรรค์ต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทย ถ้าผู้สร้างสรรค์เป็นนิติบุคคล นิติบุคคลนั้นต้องเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย”

แต่การโฆษณาตามมาตรา 4 “การโฆษณา” หมายความว่า การนำสำเนาจำลองของงานไม่ว่าในหรือลักษณะอย่างใดที่สร้างขึ้นโดยความยินยอมของผู้สร้างสรรค์ออกจำหน่าย โดยสำเนาล้างอนนั้นมีปรากฏต่อสาธารณชนเป็นจำนวนมากพอสมควรตามสภาพของงานนั้น แต่ทั้งนี้ไม่หมายความรวมถึง การแสดงหรือการทำให้ปรากฏซึ่งนาฏกรรม ดนตรีกรรม หรือภาพยนตร์ การบรรยายหรือการปาฐกถา ซึ่งวรรณกรรม การแพร่เสียงแพร่ภาพเกี่ยวกับงานใด การนำศิลปกรรมออกแสดงและการก่อสร้างงานสถาปัตยกรรม

ซึ่งหมายความว่าเพียงการกระทำดังกล่าวกฎหมายยังไม่ถือว่าเป็นการโฆษณา กล่าวคือ ยังไม่ถือว่าได้มีการนำสำเนาจำลองออกแพร่หลาย หรือเผยแพร่สู่สาธารณชนแต่อย่างใด ต้องถือว่ายังไม่ได้มีการโฆษณาและไม่ถือเป็นเหตุได้ลิขสิทธิ์ตามกฎหมายไทยแต่ประการใด เช่น เพียงแต่นำท่าทางเกี่ยวกับการรำการเต้นอันเป็นนาฏกรรมไปแสดงบนเวทีให้ประชาชน หรือผลิตรายการออกแพร่เสียงแพร่ภาพ เช่นนี้ยังไม่อาจถือว่าเป็นการโฆษณาอันเป็นเงื่อนไขของการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์⁷ แม้ว่าอาจมีผู้ฟังหรือผู้ชมเป็นแสนในเวลาเดียวกัน ก็ไม่ถือว่าเป็นการโฆษณางาน เพราะการนั้นไม่ใช้การนำสำเนาจำลองออกจำหน่ายต่อสาธารณชน แต่เป็นเพียงการโฆษณาตามความหมายของ มาตรา 4 เท่านั้น

5.2.2 สิทธิของเจ้าของงานแพร่เสียงแพร่ภาพ, ขอบเขตและอายุการคุ้มครอง

5.2.2.1) เจ้าของลิขสิทธิ์

⁷ พิศิษฐ์ ชวาลารักษ์, กฎหมายสื่อมวลชน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ดอกหญ้า, 2536),

ในการพิจารณาว่าใครเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น ต้องแยกพิจารณาตามลักษณะของงาน กล่าวคือ ถ้าเป็นตัวงนแพร่เสียงแพร่ภาพของเจ้าของลิขสิทธิ์ ก็คือองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพ ผู้ซึ่งแพร่เสียงแพร่ภาพสัญญาณโทรทัศน์ออกสู่สาธารณชน และถ้าเป็นเนื้องานที่ถูกแพร่เสียงแพร่ภาพ คือ รายการโทรทัศน์ตลอจนโฆษณาต่าง ๆ ที่ถูกนำมาแพร่เสียงแพร่ภาพ เจ้าของลิขสิทธิ์ ก็คือ องค์กรผู้ผลิตรายการ (Program Organizer) หรือผู้ผลิตโทรทัศน์วัสดุนั้นนั่นเอง ดังนั้นจึงเกิดปัญหาว่าใครควรจะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์คนแรกในงานแพร่เสียงแพร่ภาพเหล่านี้ ใครจะเป็นผู้เสียหาย ผู้ประพันธ์, ผู้ผลิตรายการ หรือเจ้าขององค์การแพร่เสียงแพร่ภาพ หากเกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้น ในกฎหมายลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ของไทยนั้น เจ้าของสิทธิ์ข้างเคียงคนแรกมักจะเป็นนิติบุคคลโดยเฉพาะผู้แพร่เสียงแพร่ภาพ ซึ่งมักเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ผู้ทำการถ่ายทอดรายการ โดยปกติผู้แพร่เสียงแพร่ภาพมักเป็นนิติบุคคล⁸ เช่นเดียวกับในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ แต่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนและละเอียด กล่าวคือ เจ้าของงานคนแพร่เสียงแพร่ภาพคนแรก คือ ผู้ทำการแพร่เสียงแพร่ภาพ⁹ และนิยามของผู้ทำการแพร่เสียงแพร่ภาพ คือ (ก) ผู้ส่งสัญญาณรายการ ผู้มีความรับผิดชอบในขอบเขตของตัวงนแพร่เสียงแพร่ภาพ และ (ข) บุคคลใดซึ่งทำการกับบุคคลผู้ส่งสัญญาณ การจัดการที่จำเป็นเพื่อการส่งสัญญาณนั้น¹⁰ นอกจากนี้ผู้ที่สร้างสรรค์งานอื่นมีลิขสิทธิ์ในขั้นต้น เช่น ผู้ประพันธ์, ผู้แต่ง, นักเขียน เป็นต้น ย่อมเป็นผู้ที่มีลิขสิทธิ์ในงานที่เขาได้สร้างสรรค์ขึ้นอีกด้วย ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว ผู้ผลิตรายการหรือผู้ผลิตโทรทัศน์วัสดุหรือภาพยนตร์จะได้รับความยินยอมจากผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ขั้นต้น

⁸ รัชชัย ศุภผลศิริ, หลักกฎหมายลิขสิทธิ์และการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร: บริษัทพิมพ์ดีดจำกัด, 2535), หน้า 26.

⁹ Section 9 (2)(b) ของ The Copyright, Designs and Patents Act 1988 บัญญัติ "In this Part 'author', in relation to a work, means the person who creates it ... in the case of a broadcast, the person making the broadcast (see section 6 (3))"

¹⁰ Section 6 (3) ของ the Copyright Designs and Patents Act 1988 บัญญัติว่า "...the person making a broadcast, broadcasting work , or including a work in a broadcast are (a) to the person transmitting the programme if he has responsibility to any extent for its contents, and (b) to any person providing the programmer who makes with the person transmitting it the arrangements necessary for its transmission."

นี้แล้ว ดังนั้นองค์การที่ทำการแพร่เสียงแพร่ภาพ จึงต้องได้รับความยินยอมจากผู้ผลิตรายการ ผู้ผลิตโสตทัศนวัสดุ หรือภาพยนตร์ ก่อนที่จะทำการแพร่เสียงแพร่ภาพออกไป

เนื่องจากโดยหลักการกฎหมายลิขสิทธิ์เกิดขึ้นเมื่อมีการสร้างสรรค์งาน โดยมีเงื่อนไขและวิธีการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ จึงทำให้เกิดผู้มีลิขสิทธิ์ในฐานะต่าง ๆ ดังนี้

1. ผู้มีลิขสิทธิ์ในฐานะลูกจ้างหรือพนักงาน ในมาตรา 9 พรบ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 บัญญัติว่า “งานที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้นในฐานะพนักงานหรือลูกจ้าง ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ให้ลิขสิทธิ์ในงานนั้นเป็นของผู้สร้างสรรค์ แต่นายจ้างมีสิทธิในงานนั้นออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนได้ตามที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการจ้างแรงงานนั้น” เช่น บริษัทผู้ผลิตรายการให้นาย ก. ลูกจ้างประพันธ์บทละครปริทัศน์รายการเกมโชว์ เพื่อนำไปแสดงทางโทรทัศน์ ลิขสิทธิ์ในบทละครปริทัศน์รายการย่อมตกแก่นาย ก. บริษัทผู้ผลิตรายการโทรทัศน์ (program organizer) มีสิทธิ์เฉพาะในการนำออกแสดงทางโทรทัศน์เท่านั้น หากบริษัทฯประสงค์จะได้ลิขสิทธิ์โดยเด็ดขาดต้องกำหนดไว้ในสัญญาเป็นหนังสือโดยชัดแจ้งว่าให้ลิขสิทธิ์ตกเป็นของบริษัทฯ

2. ผู้มีลิขสิทธิ์ในฐานะผู้ว่าจ้าง มาตรา 10 บัญญัติว่า “งานที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้นโดยการรับจ้างบุคคลอื่น ให้ผู้ว่าจ้างเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานนั้น เว้นแต่ผู้สร้างสรรค์และผู้ว่าจ้างจะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น” กฎหมายให้ผู้ว่าจ้างเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์อันเกิดจากการว่าจ้าง ตาม ปพพ. มาตรา 587 เรื่องการว่าจ้างทำของ ตัวอย่างเช่น องค์การแพร่เสียงแพร่ภาพได้นำสัญญากับบริษัทผู้ผลิตรายการ (เช่น บริษัทแปซิฟิก) เพื่อสร้างภาพยนตร์สารคดี เรื่อง ชีวิตสัตว์โลก โดยมีข้อตกลงว่าจะให้ค่าจ้างรวมทั้งวัตถุประสงค์ต่าง ๆ ที่ใช้ในการถ่ายทำเรื่องละ 100,000 บาท และให้ลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์เป็นของบริษัทผู้ว่าจ้าง หากต่อมาบริษัทผู้ผลิตรายการ (เช่นบริษัทแปซิฟิก) ไปทำสำเนาจำลองงานไปขายต่อให้แก่ นาย ก. เช่นนี้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ขององค์การแพร่เสียงแพร่ภาพ

3. ผู้มีสิทธิในฐานะองค์กรของรัฐ มาตรา 14 บัญญัติว่า “กระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐของท้องถิ่น ย่อมมีลิขสิทธิ์ในงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นโดยการจ้าง หรือตามคำสั่ง หรือในความควบคุมของตน เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์จัดประกวดเพลงความรัก ความหลัง เพื่อเชิดชูสถาบันเพื่อเป็นการเฉลิมฉลองธรรมศาสตร์ 50 ปีในเดือนมกราคม 2532 โดยการจัดการประกวดขึ้นที่หอประชุมมหาวิทยาลัย และจัดให้มีการถ่ายทอดเสียงทางวิทยุ

กระจายเสียงและทางวิทยุโทรทัศน์ของหนึ่ง ลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพเป็นของ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ซึ่งเป็นหน่วยหนึ่งของทบวงมหาวิทยาลัย

4. ผู้มีลิขสิทธิ์ในฐานะเป็นผู้ดัดแปลง หรือผู้รวบรวมหรือประกอบเข้ากัน มาตรา 11 ได้บัญญัติถึงผู้มีลิขสิทธิ์ในการดัดแปลงงานโดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ให้ผู้ที่ได้ดัดแปลงนั้นมีลิขสิทธิ์ในงานที่ได้ดัดแปลง แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ในงานของผู้สร้างสรรค์เดิมที่ถูกดัดแปลง การที่กฎหมายบัญญัติให้งานที่เกิดจากการดัดแปลงมีลิขสิทธิ์ได้ เนื่องจากการดัดแปลงนั้น เป็นการละเมิดบางส่วนของงานเดิม เช่น อาจละเมิดส่วนที่เป็นเนื้อหาหรือเค้าโครงเดิม แต่สร้างสรรค์รูปแบบภายนอกใหม่ด้วยความรู้ความสามารถของผู้ดัดแปลง จนเกิดเป็นงานใหม่มีรูปแบบต่างออกไปจากงานเดิม แม้มีเนื้อหาเดิม เมื่อได้รับความยินยอมเพื่อไม่เป็นการละเมิดงานเดิม จึงได้ให้สิทธิในงานใหม่นี้ แต่สิทธิที่ได้นี้ก็แค่เพียงสิทธิในรูปแบบที่ก่อสร้างใหม่เท่านั้น ไม่ได้สิทธิในเนื้อหาด้วย เพราะสิทธิในเนื้อหายังเป็นของผู้สร้างสรรค์เดิม¹¹ ตัวอย่างเช่น ถ้า นาย กอ เป็นผู้ประพันธ์นวนิยาย นาย ขอ ได้ขออนุญาตนำมาทำเป็นภาพยนตร์ หรือมาแปลเป็นภาษาต่างประเทศนั้น ส่วนนาย กอ ยังคงมีลิขสิทธิ์ในนวนิยายตามรูปเดิมทุกประการ

อย่างไรก็ตาม การดัดแปลงงานตามมาตรา 11 นี้ จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขในมาตรา 8, 9 และ 10 ด้วย กล่าวคือ การดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์อยู่แล้วนั้น ผู้ดัดแปลงจะได้รับลิขสิทธิ์ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขในมาตรา 8 คือ เงื่อนไขสัญชาติและถิ่นที่อยู่ประจำของผู้สร้างสรรค์งาน และถ้าเป็นการดัดแปลงของพนักงานหรือลูกจ้าง หรือ โดยการรับจ้างบุคคลอื่นดัดแปลง ก็เป็นไปตามเงื่อนไขในมาตรา 9 หรือ 10 นั้นด้วย จึงจะได้รับลิขสิทธิ์ ในกรณีนี้ผู้ดัดแปลงงาน หรือผู้สร้างสรรค์งานที่ดัดแปลงนั้นอาจไม่ได้ลิขสิทธิ์ หากนำความตกลงกับนายจ้างเป็นอย่างอื่น (มาตรา 9) หรือผู้ว่าจ้าง ให้ดัดแปลงอาจไม่ได้ลิขสิทธิ์หากได้ตกลงให้งานที่ดัดแปลงนั้นเป็นของผู้รับจ้าง (มาตรา 10)¹²

ในกรณีผู้มีลิขสิทธิ์ในงานรวบรวม หรือ ประกอบเข้าด้วยกัน ตาม มาตรา 12 บัญญัติ งานใดมีลักษณะเป็นการนำเอางานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้มารวบรวมหรือประกอบเข้ากันโดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือเป็นการนำเอาข้อมูล

¹¹ ภูมิพันธ์ บุญนาจเสวี, "วัตถุประสงค์แห่งลิขสิทธิ์" ศึกษารวมชาติและลักษณะของงาน" (วิทยานิพนธ์ ปริญญาโทมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 93

¹² สมพร พรหมนิตาธร, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ลิขสิทธิ์ (กรุงเทพมหานคร บริษัทธรรมสารจำกัด, 2538), หน้า 41.

หรือสิ่งอื่นใดซึ่งสามารถอ่านหรือถ่ายทอได้โดยอาศัยเครื่องกลหรืออุปกรณ์อื่นใดมารวบรวมหรือประกอบเข้ากัน หากผู้ที่ได้รวบรวมหรือประกบเข้ากันได้รวบรวมหรือประกอบเข้ากันซึ่งงานดังกล่าวขึ้นโดยการคัดเลือกหรือจัดลำดับในลักษณะซึ่งมิได้ลอกเลียนงานของบุคคลอื่น ให้ผู้ที่ได้รวบรวมหรือประกอบเข้ากันนั้นมีลิขสิทธิ์ในงานที่ได้รวบรวมหรือประกอบเข้ากันตามพระราชบัญญัตินี้ แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ในงาน หรือข้อมูลหรือสิ่งอื่นใด ของผู้สร้างสรรค์เดิมที่ถูกนำมารวบรวมหรือประกอบเข้ากัน

ดังนั้นงานรวบรวมหรือประกอบเข้ากัน จึงได้แก่งานที่ได้จัดเตรียมโดยบุคคลหนึ่ง อันมีวัตถุประสงค์จะสร้างงานใหม่จากการนำงานที่ผู้สร้างสรรค์อื่น ๆ สร้างไว้ในที่ต่างๆ มารวบรวมหรือข้อมูลหรือสิ่งอื่นใดซึ่งสามารถอ่าน หรือถ่ายทอได้ที่มีลิขสิทธิ์อยู่แล้ว เอามาผสมกลมกลืนกันเข้าเป็นงานใหม่ที่มีสภาพและเอกภาพของตนเองขึ้นอีกงานหนึ่งเข้าลักษณะเป็นการทำหรือก่อให้เกิดงานขึ้นโดยความคิดริเริ่มของตนเอง

ตัวอย่างการรวบรวมงาน เช่น การจัดรายการโทรทัศน์ รายการราคาแลกเปลี่ยนหุ้นในท้องตลาด, อัตราการแลกเปลี่ยนเงินตรา เหล่านี้ถ้าเอามาประกอบหรือดัดแปลงให้ทันสมัยขึ้น ย่อมเป็นงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์

การที่รวบรวมหรือประกอบเข้าด้วยกันตามมาตรา 12 นี้ ก็อยู่ในบังคับของมาตรา 8, 9 และ 10 โดยมีเงื่อนไขเช่นเดียวกับงานดัดแปลงเช่นกัน

5. ผู้มีลิขสิทธิ์ในฐานะผู้รับโอน กฎหมายเดิมตามกฎหมายเองไกล-แซกซอน ที่ยอมรับว่าลิขสิทธิ์เป็นสิทธิที่โอนกันได้ แต่ในกฎหมายระบบสิทธิของผู้สร้างสรรค์ (droit d'auteur) ถือว่าลิขสิทธิ์เป็นสิทธิเฉพาะของบุคคล มิใช่นิติบุคคล โอนเปลี่ยนความเป็นเจ้าของไม่ได้ จึงถือว่า องค์การแพร่เสียงแพร่ภาพไม่อาจเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ และยิ่งไม่อาจโอนลิขสิทธิ์ได้เช่นกัน ผู้เป็นเจ้าของสิทธิคนแรก (ผู้สร้างสรรค์) คงทำได้เพียงการให้อนุญาต (license) แก่บุคคลอื่นที่จะนำงานนั้นไปทำซ้ำ (reproduction) ดัดแปลง (adaptation) หรือโฆษณาเท่านั้น¹³

ใน พรบ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 17 บัญญัติว่า “ลิขสิทธิ์นั้น ย่อมโอนให้แก่กันได้ เจ้าของลิขสิทธิ์อาจโอนลิขสิทธิ์ของตนทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่บุคคลอื่นได้ และจะโอนให้โดยมีกำหนดเวลา หรือตลอดอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ก็ได้

¹³ คณิง ฤาไชย, “หลักทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์”, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด ชูติมาการพิมพ์, พ.ศ. 2532), หน้า 213.

การโอนลิขสิทธิ์ตามวรรคสองซึ่งมิใช่ทางมรดก ต้องทำเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้โอน และผู้รับโอน ถ้าไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้ในสัญญาโอน ให้ถือว่าเป็น การโอนมีกำหนดระยะเวลาสิบปี

ตาม มาตรา 17 การโอนลิขสิทธิ์มีการโอนทางนิติกรรม และการ โอนทางมรดก และทางอื่นนอกจากการโอนทางมรดก ซึ่งต้องกระทำโดยอาศัยหลักนิติกรรม นั้นเอง เนื่องจากว่า ตาม ปพพ. มาตรา 138 บัญญัติว่า “ ทรัพย์สินนั้น ท่านหมายความ รวมทั้งทรัพย์และวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งคงมีราคาและถือเอาได้” ลิขสิทธิ์ก็เป็นทรัพย์สินตามนัย แห่งปพพ.มาตรา 138 ดังนั้นเจ้าของลิขสิทธิ์จึงมีสิทธิเพียงผู้เดียวที่จะใช้สอย และจำหน่าย หรือโอนทรัพย์สินของตนได้ (ตามมาตรา 1336 ปพพ.)¹⁴

ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นที่จะเป็นปัญหาต่อไปในอนาคต เนื่องจาก ยังไม่เคยมีแนวฎีกาคำพิพากษาปรากฏไว้เป็นแนวทาง คือ ในประเด็นว่าสัญญาณ (signal) ที่ถูกส่งมาจากสถานีผู้แพร่เสียงแพร่ภาพ ไม่ว่าจะโดยดาวเทียมหรือทางเคเบิลทีวี จัดเป็น ทรัพย์สินหรือไม่ การลักลอบรับสัญญาณรายการวิทยุโทรทัศน์กระจายเสียงโดยตรงผ่านดาว เทียม หรือสัญญาณรายการวิทยุโทรทัศน์ในระบบภาคพื้นดิน เพื่อการกระจายเผยแพร่ต่อ เช่น นี้ผู้กระทำการมีความผิดฐานลักทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายหรือไม่ ซึ่งประเด็นนั้นจะต้องมี การนำทฤษฎีทางกฎหมายอาญามาประกอบ ผู้เขียนจึงจะอธิบายในหัวข้อละเมิดลิขสิทธิ์ ณ.ที่นี้ขออธิบายแต่ในเชิงหลักกฎหมายลิขสิทธิ์เท่านั้น “ในอนุสัญญากฎหมายลิขสิทธิ์ เช่น Berne Convention (1971) ใน Article 11 bis ให้ความสำคัญแก่งานที่บรรจุอยู่ในสัญญาณ (the works contained in the signal) ขณะที่อนุสัญญารุงบรัสเซลส์ (เป็นอนุสัญญาดาว เทียม) มุ่งให้ความสำคัญที่ตัวสัญญาณเท่านั้น”¹⁵ จะเห็นได้ว่า กฎหมายลิขสิทธิ์จะให้ ความคุ้มครองที่ตัวงานแพร่เสียงแพร่ภาพ และตัวเนื้องานที่ถูกแพร่เสียงแพร่ภาพ การลัก ลอบรับสัญญาณรายการวิทยุโทรทัศน์กระจายเสียงโดยตรงผ่านดาวเทียม หรือสัญญาณราย การวิทยุโทรทัศน์ในระบบภาคพื้นดิน เพื่อการกระจายเผยแพร่ต่อ เป็นความผิดฐานละเมิด ลิขสิทธิ์ ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวต่อไปในหัวข้อการละเมิดลิขสิทธิ์

¹⁴ ไชยยศ เหมะรัชตะ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติ บรณการ, 2527), หน้า 111.

¹⁵ Marie Helen Pichler, Copyright Problems of Satellite and Cable Television in Europe,

เมื่อพิจารณามาตรา 17 พรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 เห็นว่าการโอนลิขสิทธิ์สามารถโอนได้หลายลักษณะ ดังนี้

1. การรับโอนทางนิติกรรม โดยมีกำหนดเวลา หรือ ตลอดอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ เช่น อาจโอนลิขสิทธิ์ให้ทั้งหมดภายในระยะเวลา 2 ปี นับแต่วันโอนให้หรือโอนให้บางส่วนเฉพาะสิทธิการทำซ้ำซึ่งงานนั้นภายในระยะเวลา 2 ปี นับแต่วันโอน หรือโอนลิขสิทธิ์ตลอดอายุงานแพร่เสียงแพร่ภาพ 50 ปี นับแต่สร้างสรรค์ หรือ 50 ปีนับแต่วันงานออกโฆษณาครั้งแรก

มีข้อน่าสังเกตว่า การโอนลิขสิทธิ์ต้องทำเป็นหนังสือจึงจะมีผลบังคับตามกฎหมายได้ในกรณีที่โอนให้โดยมีกำหนดเวลาในขณะที่โอนต้องทำเป็นหนังสือ แต่เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาแล้ว ลิขสิทธิ์ส่วนที่โอนนั้นจะกลับคืนมาโดยอัตโนมัติ โดยมีต้องทำเป็นหนังสือกันอีก¹⁶ ตัวอย่างเช่น นาย กอ เป็นผู้สร้างสรรค์ และเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในนวนิยายเรื่องหนึ่ง ที่ตนประพันธ์ขึ้น นายกอ ได้โอนสิทธิในการทำเป็นบทละครโทรทัศน์ ให้แก่บริษัทแพร่เสียงแพร่ภาพแห่งหนึ่ง ละครโทรทัศน์ที่บริษัทนี้สร้างขึ้นเป็นงานแพร่เสียงแพร่ภาพที่เป็นลิขสิทธิ์ของบริษัทแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยเนื้อหาของงานคืองานบทละครได้รับโอนลิขสิทธิ์อย่างถูกต้องตามกฎหมาย ดังนั้น บริษัทแพร่เสียงแพร่ภาพสามารถโอนลิขสิทธิ์ในการทำซ้ำให้แก่บริษัท Cable distributor หรือ Cable operator หรือถ้าโอนสิทธิ์ทั้งหมด จะทำให้ บริษัท Cable distributor หรือ Cable operator เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพในฐานะผู้รับโอน

5.2.2.2) ขอบเขตสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์

พรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ได้ปรับปรุงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรือองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพให้กว้างขวางกว่า ฉบับพ.ศ.2521 เพื่อให้สอดคล้องกับข้อตกลงการเจรจาการค้ารอบอุรุกวัย ในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา มาตรา 15 บัญญัติว่า “ เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวดังต่อไปนี้

- (1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง
- (2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน
- (3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุและภาพยนตร์

นวทัศนและภาพยนตร์

¹⁶ เรียบเรียงจาก ไชยยศ เหมะรัชตะ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 112 - 113.

(4) ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น

(5) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตาม (1) (2) หรือ (3) โดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดหรือไม่ก็ได้ แต่เงื่อนไขดังกล่าวจะกำหนดในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมไม่ได้”

ตาม มาตรา 15 จึงจำแนกสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (ซึ่งหมายถึง สิทธิที่จะใช้และอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้ซึ่งสิทธินั้นแต่เพียงผู้เดียว) ขององค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพออกเป็น 5 ประเภท คือ

1) สิทธิในการทำซ้ำ

2) สิทธิในการดัดแปลง

3) สิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชน

4) สิทธิในการให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น

5) สิทธิในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตามมาตรา 15 (1), (2) หรือ (3) โดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดหรือไม่ก็ได้

(1) สิทธิในการทำซ้ำ เนื่องจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานตามมาตรา นี้ อาจได้แก่งานวรรณกรรม ซึ่งรวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ งานนาฏกรรม งานศิลปกรรม งานดนตรีกรรม งานโสตทัศนวัสดุ งานภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง แม้แต่งานแพร่เสียงแพร่ภาพก็อาจทำซ้ำได้ แต่มาตรา 29 ได้กำหนดการกระทำให้เป็นพิเศษตาม (2) ว่าแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน ผู้เขียนจึงขออธิบายในหัวข้อการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยละเอียดต่อไป

(2) สิทธิในการดัดแปลง การดัดแปลงตามมาตรา 4 หมายความว่าถึงทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปใหม่ ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมหรือ จาลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

ความหมายของการดัดแปลงนี้ ถ้าเป็นการทำซ้ำอย่างหนึ่งเหมือนกัน แต่มิใช่เป็นการทำซ้ำให้เหมือนกับต้นฉบับแต่เพียงอย่างเดียว ได้มีการเปลี่ยนรูปจากเดิมเสียใหม่ มีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม แม้แต่การจำลองงานต้นฉบับ โดยย่อส่วนลงมา ก็ถือว่าเป็นการดัดแปลงเหมือนกัน การกระทำนี้ไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่องานนั้นทั้งหมด หรือแต่บางส่วน ก็ถือว่าเป็นการดัดแปลงงาน นอกจากนั้นตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย ได้รวมความหมายของคำว่า “ การแปล “ ให้หมายถึง การดัดแปลงด้วยการแปลเป็นการให้ความหมายจากสื่อภาษาหนึ่งไปยังอีกภาษาหนึ่ง

ตัวอย่างเช่น องค์การแพร่เสียงแพร่ภาพได้รับโอนลิขสิทธิ์ในการทำซ้ำและเผยแพร่ รายการสารคดี Discovery (ที่ออกอากาศในประเทศ USA) จากบริษัทผลิตรายการ CNN เช่นนี้แล้วหากองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพได้มีการใส่ Subtitle เป็นคำบรรยายภาษาไทยในงานแพร่เสียงแพร่ภาพดังกล่าว จะเป็นการละเมิดสิทธิในการดัดแปลงงานของเจ้าของลิขสิทธิ์ คือ บริษัท CNN เนื่องจากในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากกฎหมายไทยเห็นว่า การแปลเป็นการดัดแปลงด้วยการแปลเป็นการให้ความหมายจากภาษาหนึ่งไปยังอีกภาษาหนึ่ง การใช้ Subtitle เป็นคำบรรยายตัวอักษรภาษาไทย ย่อมเป็นการดัดแปลงทั้งเนื้อหาของสารคดีในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ และเป็นการดัดแปลงตัวงานแพร่เสียงแพร่ภาพ ทำให้เกิดภาพตัวอักษรปรากฏอยู่ในรายการ (programme)

ดังนั้นผู้ที่จะดัดแปลงจะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 15 (4) โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้ที่จะนำไปดัดแปลงได้ใช้ความคิดสร้างสรรค์ชิ้นใหม่ด้วยหรือไม่ หากผู้นั้นได้รับอนุญาตให้นำไปดัดแปลงแล้ว ย่อมมีอำนาจที่จะดัดแปลงด้วยการทำซ้ำ และเปลี่ยนแปลงรูปลักษณ์ใหม่ได้ด้วย¹⁷

(3) สิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชน พรบ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้เปลี่ยนถ้อยคำในอนุมาตรา (2) จากคำว่า “ โฆษณา ” เป็น “ เผยแพร่ต่อสาธารณชน ” ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงความสับสนกับคำว่า โฆษณา ซึ่งใช้ในอีกมาตราหนึ่ง ซึ่งมีความหมายแตกต่างกัน พรบ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 4 ให้ความหมายถึง ทำให้ปรากฏต่อสาธารณชน โดยการแสดง การบรรยาย การสวด การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียงและหรือภาพ การก่อสร้าง การจำหน่าย หรือโดยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้นจากถ้อยคำในมาตรานี้สอดคล้องกับ Article 11 paragraph (1) ของอนุสัญญากรุงเบอร์น (1971) ซึ่งบัญญัติให้สิทธินี้เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้สร้างสรรค์ วิธีที่จะนางานออกแสดงต่อสาธารณชนจึงมี 2 วิธีกร¹⁸ คือ

(ก) การแสดงงานต่อสาธารณชน ไม่ว่าจะโดยวิธีใด ๆ นอกจากนี้ยังรวมถึงการแสดงต่อสาธารณชนด้วยการแพร่เสียงแพร่ภาพ

¹⁷ ไซยยศ เหมะรัชตะ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ หน้า 127.

¹⁸ WIPO, Guide to the Berne Convention of the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act 1971), Geneva 1978, หน้า 64.

(ข) การเผยแพร่ต่อสาธารณชน ซึ่งการแสดงใด ๆ จากงานข้างต้นนี้ “ ไม่จำกัดว่าต้องเป็นการนำแสดงออกต่อหน้าสาธารณชนโดยตรง แต่ได้ขยายความหมายไปถึงการถ่ายทอดเสียง และภาพในข่ายงานโทรทัศน์ ทั้งที่ถ่ายทอดโดย แม่ข่ายและสถานีย่อย ¹⁹ ” เช่น การส่งสัญญาณผ่านเคเบิลไปยังผู้รับสมาชิกในรายการแสดงดนตรี เป็นต้น เป็นการตีความขยายครอบคลุมถึง “ การเผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยทางสาย หรือทำซ้ำซึ่งงานแพร่เสียงแพร่ภาพ หากการเผยแพร่นี้กระทำการโดยองค์กรอื่นนอกเหนือจากองค์กรเดิม ²⁰ และจากถ้อยคำนี้ได้มีการตีความการแพร่เสียงแพร่ภาพใช้สาย รูปแบบส่งกระจายทางเคเบิลโดยส่งสัญญาณขณะเดียวกันกับองค์กรเดิม หรือ สถานีแม่ข่าย (Simultaneous distribution by cable) เป็นการเผยแพร่สู่สาธารณชน ²¹ เช่นกัน

สำหรับสถานที่เผยแพร่ต่อสาธารณชนนั้น ต้องเป็นการแสดงออกในสถานที่เปิดเผย หรือในสาธารณสถาน ผู้ที่มาดูหรือชมการแสดงต้องมีลักษณะเป็นกลุ่มก้อน มิใช่เป็นการแสดงภายในครอบครัวหรือในหมู่วงศ์ญาติ เช่น การแสดงในสโมสรกึ่งสาธารณสถาน ในค่ายพัก และตามโรงเรียน ถึงเป็นการแสดงในสถานที่สาธารณะ การรวมตัวของสาธารณชนที่มาดู หรือชมการแสดงนั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นสถานที่แห่งเดียวกัน เช่น ฝ้าดู หรือชมโทรทัศน์ในที่ต่าง ๆ กัน ซึ่งการแสดงดังกล่าวอาจมีกำหนดเวลาการแสดงไว้ ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าในแต่ละรายการที่มีผู้รับฟัง หรือชมการถ่ายทอดมกน้อยเพียงใดหรือไม่ด้วย ²²

(4) สิทธิในการให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น “ ได้แกสิทธิในการจำหน่ายจ่ายแจก ให้ยืม ทำเป็นหลักประกัน ด้วยจำนำหรือจำนอง ซึ่งงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ของงาน ” ²³ การ “ ให้ ” กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้กำหนดให้ทำอย่างไร คงใช้บทบัญญัติแห่ง ปพพ. ลักษณะให้มาใช้บังคับได้ แต่การให้ไม่ได้มีความหมายเช่นเดียวกับการโอนลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 17 เพราะการโอนลิขสิทธิ์เป็นการที่ลิขสิทธิ์ในส่วนที่โอนไปนั้น

¹⁹ สมพร พรหมพิตร, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, หน้า 51.

²⁰ Article 11 bis (ii) ของอนุสัญญากรุงเบอร์น (1971).

²¹ Marie Helen Pichler, Copyright Problems of satellite and Cable Television in Europe,

²² สมพร พรหมพิตร, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, หน้า 51.

²³ อ่างแล้ว, หน้า 52.

หลุดไปจากเจ้าของลิขสิทธิ์แล้ว ผู้รับโอนย่อมเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ในส่วนที่ได้รับโอนมา นั้น ส่วนการให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์นั้น ผู้รับประโยชน์ไม่เคยเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เลยแม้แต่น้อย

สิทธิให้ประโยชน์ในลิขสิทธิ์นี้เป็นสิทธิเฉพาะตัวของเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือองค์กรใดของรัฐไม่มีสิทธิอำนาจที่จะบังคับให้จำหน่ายจ่ายโอนให้ (involuntary transfer)

(5) สิทธิในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตาม มาตรา 15 (1), (2) หรือ (3) โดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใดด้วยหรือไม่ก็ได้ แต่เงื่อนไขดังกล่าวจะกำหนดในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมไม่ได้ พรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ได้เพิ่มเติมถ้อยคำ “แต่เงื่อนไขดังกล่าวจะกำหนดในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมไม่ได้” เพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญากรุงเบอร์น (1971) Article 11 bis para(2)

เป็นการอนุญาตให้ผู้อื่นทำซ้ำ หรือดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชนในงานแพร่เสียงแพร่ภาพเท่านั้น ส่วนสิทธิในการให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ใสตทัศน์วัสดุ ภาพยนตร์และสิ่งบันทึกเสียง ในมาตรา 15 (3) นั้น ไม่อาจใช้กับงานแพร่เสียงแพร่ภาพได้ เพราะสิทธิในการให้เช่านี้จำกัดไว้แต่ต้นฉบับหรือสำเนางาน และจำกัดประเภทของลิขสิทธิ์ไว้แต่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ใสตทัศน์วัสดุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียงเท่านั้น

การอนุญาตซึ่งมีที่มาจากคำว่า “licence” ตามมาตรา 16 (4) กับมาตรา 16 มีความเกี่ยวพันกันจึงสมควรพิจารณาควบคู่กันไป ในมาตรา 16²⁴ เป็นมาตราเสริมมาตรา 15 กล่าวคือ พยายามที่จะรักษาสัทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ไว้ แม้ว่าจะอนุญาตให้บุคคลใช้สิทธิก็ตามที่ หากไม่ได้กำหนดเงื่อนไขอย่างใดโดยเฉพาะ ก็ให้ถือว่าเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นโดยไม่ตัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิอีก แต่หากมีการกำหนดเงื่อนไขเป็นข้อตกลงหรือสัญญาระหว่างผู้ให้อุญาต (licensor) กับผู้รับอนุญาต (licensee) ผู้รับอนุญาตมีสิทธิตามข้อตกลง หรือสัญญาในอันที่จะเรียกร้อง หรือฟ้องเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้ให้อุญาตได้ หากผู้ให้อุญาตทำผิดเงื่อนไขของการให้อุญาต

²⁴ มาตรา 16 ของ พรบ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติว่า ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้อนุญาตให้ผู้อื่นมีสิทธิตามมาตรา 15 (5) ถ้ามิได้ตกลงเป็นหนังสือกำหนดเงื่อนไขอย่างใดโดยเฉพาะ ถือว่าเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นโดยไม่ตัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะอนุญาตให้ผู้อื่นมีสิทธินั้นอีก

ในเรื่องการอนุญาต (license) คือการอนุญาต (authorization, permission) ที่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ (licensor) ได้ให้อุญาตผู้ใช้งานแพร่เสียงแพร่ภาพ (licensee) ทำซ้ำหรือดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน ตามวิธีและเงื่อนไขที่ได้ตกลงกันในสัญญา (licensing agreement) สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิมีทั้งประเภทที่เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) และที่ไม่เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (non - exclusive right)²⁵ และจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ เช่นเงื่อนไขเกี่ยวกับช่วงเวลาการอนุญาต (duration), เขตแดนในการอนุญาต (territory), ค่าตอบแทนในการอนุญาต (royalty) เป็นต้น และรูปแบบความสัมพันธ์ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างผู้ให้อุญาต (licensor) หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ ได้แก่องค์กรผลิตรายการ, ผู้ผลิตโฮสต์, องค์กรโฆษณา, ผู้สนับสนุนรายการโฆษณา, องค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ (สถานีแม่ข่าย) และผู้ใช้งาน ได้แก่ cable distributor หรือ cable operator ในระบบเคเบิลทีวีหรือผู้ส่งสัญญาณดาวเทียม (Satellite Carrier) ในฐานะผู้ถ่ายทอดครั้งต่อไป หรือ Secondary Station

(5.1) สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive license) ได้แก่สัญญาที่มีข้อกำหนดให้ผู้รับอนุญาตแต่เพียงผู้เดียว (exclusive licensee) เป็นผู้มียุติอำนาจการแพร่เสียงแพร่ภาพไปทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน โดยเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่มีสิทธิที่จะอนุญาตให้บุคคลอื่นทำงานนั้นไปทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนได้อีก และแม้แต่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เองก็ไม่มียุติอำนาจนั้นไปทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์อาจทำสัญญาให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคนใช้สิทธิดังกล่าวได้

ตัวอย่างที่ 1 บริษัทผลิตรายการ Pacific เจ้าของลิขสิทธิ์รายการสารคดี Discovery บริษัท Pacific อาจทำสัญญาอนุญาตให้องค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ (Primary Organization) เป็นผู้มียุติอำนาจในการนำรายการสารคดีออกเผยแพร่ภาพและเสียงต่อสาธารณชน ทำซ้ำ ดังนั้นองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ (Primary organization) ย่อมมีเอกสิทธิ์ในการกระจายเสียงและภาพตลอดพื้นที่กระจายเสียงของวิทยุและโทรทัศน์นั้น ๆ เอกสิทธิ์นี้ทำให้ผู้ได้รับอนุญาตมีสิทธิฟ้องผู้ที่ออกรายการแพร่ภาพและเสียงซ้ำกับตนได้ฐานละเมิดลิขสิทธิ์ แต่บริษัท Pacific ยังคงสงวนสิทธิ์ในการดัดแปลงรายการที่ตนผลิตขึ้น

²⁵ WIPO, Glossary of terms of the law of copyright and neighbouring rights, (Geneva

ดังนั้นหากมีการละเมิดลิขสิทธิ์ในเรื่องที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ์นั้นแต่เพียงผู้เดียว ผู้รับอนุญาตก็น่าจะเป็นผู้เสียหายฟ้องคดีได้ เพราะในขณะนั้นแม้แต่เจ้าของลิขสิทธิ์เองก็ยังไม่สิทธิใช้สิทธิ์ดังกล่าว อย่างไรก็ตามเรื่องนี้ยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐาน โดยตรงคงวางหลักได้เพียงว่า เจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้รับโอนลิขสิทธิ์เท่านั้นที่จะเป็นผู้เสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ได้²⁷ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3830/2525)²⁸

ตัวอย่างที่ 2 องค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ ซึ่งเป็นสถานีโทรทัศน์แม่ข่าย (primary television broadcaster) ในเบื้องต้นนั้นได้รับอนุญาต (license) ให้แพร่เสียงแพร่ภาพจัดรายการกีฬาฟุตบอลแข่งขันระดับโลก องค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพซึ่งเป็นสถานีโทรทัศน์แม่ข่ายได้เป็นเจ้าของงานแพร่เสียงแพร่ภาพดังกล่าวอาจทำสัญญาอนุญาตให้สถานีย่อย

²⁷ พิศิษฐ์ ขวาลารวัช, ฎหมายสื่อสารมวลชน (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ดอกหญ้า, 2536), หน้า 139

²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3830/2525 โจทก์ร่วมซื้อฟิล์มภาพยนตร์เรื่องหนึ่งจาก ก. ซึ่งซื้อมาจาก ข. ผู้สร้างสรรค์อีกทอดหนึ่ง โดยในสัญญาไม่ปรากฏข้อความที่แสดงให้เห็นว่า ข. ได้โอนขายลิขสิทธิ์ในภาพยนตร์นั้นให้ ก. โจทก์ร่วมจึงมิใช่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้รับโอนลิขสิทธิ์ในภาพยนตร์เรื่องนั้น ดังนั้นเมื่อจำเลยนำฟิล์มภาพยนตร์อีกฉบับหนึ่งเรื่องเดียวกันให้เข้า และมีผู้นำออกฉาย จึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ร่วม ศาลฎีกาเห็นว่าตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 การกระทำที่จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้นั้น ผู้กระทำจะต้องทำการอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น ทำซ้ำ หรือดัดแปลง หรือนำออกโฆษณาโดยไม่รับอนุญาต ฯลฯ แกงงานของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้รับโอนลิขสิทธิ์นั้นเท่านั้น แต่เมื่อได้พิเคราะห์ข้อความตามที่ปรากฏในสัญญาเอกสารหมาย จ. 2 คงได้ความว่าสัญญาดังกล่าวเป็นเพียงสัญญาที่ ก. ซื้อก๊อปปี้ฟิล์มภาพยนตร์เรื่องที่เกิดเหตุในคดีนี้จาก ข. ผู้สร้างสรรค์ โดยมีเงื่อนไขเกี่ยวกับการให้นำไปฉายได้ในสถานที่ต่าง ๆ ตามที่ตกลงกันเท่านั้น หากได้มีข้อความที่แสดงให้เห็นว่า ข. ผู้สร้างสรรค์ ได้โอนขายลิขสิทธิ์ในภาพยนตร์นั้นให้แต่อย่างใดไม่ ดังนั้นการที่โจทก์ร่วมซื้อฟิล์มภาพยนตร์นั้นจาก ก. ต่อมาอีกทอดหนึ่ง ตามที่ปรากฏในเอกสารหมาย จ. 5 โจทก์ร่วมก็คงได้รับโอนสิทธิ์ในฟิล์มภาพยนตร์นั้นจาก ก. เพียงเท่าที่นายวิชาญ จิตรวดินกุล มีอยู่เท่านั้น กรณีจึงฟังไม่ได้ว่า โจทก์ร่วมได้รับโอนลิขสิทธิ์ในภาพยนตร์เรื่องดังกล่าว นั้น เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า โจทก์ร่วมเป็นแต่เพียงผู้มีสิทธิ์ในภาพยนตร์เรื่องที่เกิดเหตุในคดีนี้ โดยการซื้อฟิล์มภาพยนตร์ก๊อปปี้อื่นมา โจทก์ร่วมจึงมิใช่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้รับโอนลิขสิทธิ์ในภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวแต่อย่างใด การที่จำเลยที่ 2 ให้นายสุพจน์ ดวงมรกต เข้าฟิล์มภาพยนตร์ของกลาง และนายสมเกียรติ ชุมพล นำออกฉาย จึงมิได้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ร่วมแต่อย่างใด การกระทำของจำเลยที่ 2 ไม่เป็นความผิดดังที่โจทก์ฟ้อง.

หรือ cable distributor (หรือถูกแพร่ภาพซ้ำโดยระบบเคเบิลไปยังผู้รับชม) หรือเป็นคนละ
ขณะกับการถ่ายทอดชั้นต้นก็ได้

ตัวอย่างที่ 3 องค์การแพร่เสียงแพร่ภาพ ซึ่งเป็นสถานีโทรทัศน์แม่
ข่าย ทำสัญญาอนุญาตให้แพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำรายการหนึ่ง แต่สถานีย่อยหรือ cable
distributor ดังนั้นผู้ใช้งานมีสิทธิเพียงถ่ายทอดซ้ำเฉพาะรายการที่มีต้นกำเนิดจากสถานี
โทรทัศน์แม่ข่ายเท่านั้น และไม่ใช้กับการถ่ายทอดครั้งต่อไป (secondary transmission) ของ
การถ่ายทอดชั้นต้น และสิทธิในการถ่ายทอดซ้ำนั้นจะต้องไม่เปลี่ยนแปลงเนื้อหาสาระของ
การแพร่เสียงแพร่ภาพจากการถ่ายทอดชั้นต้น เช่นไม่อาจทำการลบรายการบางส่วน และ
ต้องมีความรับผิดชอบทางลิขสิทธิ์อย่างเต็มที่เสมือนเจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะผู้รับอนุญาต

5.2) สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ไม่เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (non-
exclusive) ได้แก่ สัญญาที่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะอนุญาตให้บุคคลอื่น (sub-
license) ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของตนโดยไม่จำกัด รวมทั้งเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ยังมีสิทธิดังกล่าว
อยู่ด้วย การอนุญาตที่ไม่เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียว ตามอนุสัญญาที่เกี่ยวกับลิขสิทธิ์และ
กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศต่าง ๆ อาจจะถูกกำหนดให้เป็นการอนุญาตเชิงบังคับ (compulsory
license) และการอนุญาตตามที่กฎหมายบัญญัติ (statutory license) แต่สำหรับประเทศ
ไทยนั้นยังไม่มีกฎหมายที่เป็นการอนุญาตเชิงบังคับ คู่สัญญาในสัญญา
อนุญาตให้ใช้สิทธิ์สามารถกำหนดเงื่อนไขอย่างใด ๆ ก็ได้ แต่ทั้งนี้ต้องมีลักษณะการจำกัด
การแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม

5.2.2.3) อายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ

พรบ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 21 "ลิขสิทธิ์ในงานภาพถ่าย
โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ หรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพให้มีอยู่เป็นเวลาห้าสิบปีนับแต่ได้สร้าง
เสร็จงานนั้นขึ้น แต่ถ้าได้มีการโฆษณางานนั้นในระหว่างระยะเวลาดังกล่าว ให้ลิขสิทธิ์มีอยู่
เป็นเวลาห้าสิบปี นับแต่ได้มีการโฆษณาเป็นครั้งแรก และความหมายของคำว่า "โฆษณา"
ตามมาตรา ดังที่ได้เคยอธิบายแล้วว่าไม่รวมถึงการแพร่เสียงแพร่ภาพ เพราะงานแพร่เสียง
แพร่ภาพไม่ใช่งานอันจะมีสำเนาจำลองได้ ฉะนั้นการโฆษณางานแพร่เสียงแพร่ภาพจะเป็น
ในเรื่องของการกำหนดอายุแห่งสิทธิ ก็จำต้องถือการแสดงออกต่อสาธารณชนตามลักษณะ
ของงานโดยปกติ คือ การออกอากาศทางวิทยุกระจายเสียง และการออกรายการทางโทร
ทัศน์ตามช่องต่าง ๆ นั้นเอง

ตามที่ มาตรา 21 บัญญัติเริ่มนับอายุการคุ้มครองนับแต่
สร้างสรรค์งานนั้นขึ้น หรือนับแต่ได้มีการโฆษณาเป็นครั้งแรก แต่สำหรับงานแพร่เสียงแพร่
ภาพแล้วนั้น โดยสภาพและลักษณะของงาน การสร้างสรรค์และการแสดงออกต่อสาธารณ
ชนกลมกลืนกันอยู่ในตัวแล้ว กล่าวคือการสร้างสรรค์งานแพร่เสียงแพร่ภาพจะเริ่มมีขึ้นได้ก็
ต่อเมื่อมีการสื่อสารงานสู่สาธารณชน จึงเห็นได้ว่างานแพร่เสียงแพร่ภาพ การสร้างสรรค์
และการนำออกโฆษณาเป็นครั้งแรกจะเป็นเวลาเดียวกัน²⁹ และการโฆษณาอันจะเป็นเหตุให้
เริ่มนับอายุแห่งการคุ้มครองได้นั้น จะต้องเป็นการโฆษณาโดยความยินยอมของเจ้าของ
ลิขสิทธิ์ (มาตรา 24) ถ้าเจ้าของไม่ให้ความยินยอมเสียแล้ว แม้จะมีการโฆษณาและไม่ว่า
จะโฆษณาเป็นเวลานานเท่าใดก็ตาม จะมีการนับอายุจากการโฆษณามีได้ ตัวอย่างเช่น
สถานีโทรทัศน์ของ 3 ได้บันทึกเทปโทรทัศน์รายการเกมโชว์ ในวันที่ 1 เมษายน 2539 และ
จะนำออกแพร่ภาพทางโทรทัศน์ในวันที่ 10 เมษายน 2539 เริ่มนับอายุการคุ้มครองเมื่อมีการ
แพร่ออกทางโทรทัศน์ เพราะถือว่า การสร้างสรรค์งานแพร่เสียงแพร่ภาพจะเริ่มขึ้นเมื่อเผยแพร่
ต่อสาธารณชน

ดังได้อธิบายในช่วงต้นแล้วว่า บทบัญญัติมาตรา 21 ได้บัญญัติ
รวมงานแพร่เสียงแพร่ภาพเข้าไว้ด้วย ทำให้เข้าใจว่าการนับอายุความคุ้มครองงานแพร่เสียง
แพร่ภาพเริ่มนับแต่สร้างสรรค์งานนั้นขึ้น หรือ นับแต่ได้มีการโฆษณาครั้งแรก ผู้เขียนเห็นว่า
น่าจะนำมาแยกเป็นบทบัญญัติการนับอายุแห่งความคุ้มครองลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ
โดยเฉพาะ และแก้ไขการนับอายุความคุ้มครองเริ่มนับแต่สร้างสรรค์งานนั้น และการแสดง
ออกต่อสาธารณชน หรือจะใช้ถ้อยคำเช่นเดียวกับอนุสัญญากรุงโรม ว่าการแพร่เสียงแพร่
ภาพเริ่มนับอายุความคุ้มครองลิขสิทธิ์เริ่มต้นเมื่อการแพร่เสียงแพร่ภาพเกิดขึ้น

ไม่ว่าวันที่เริ่มนับอายุการคุ้มครองจะเป็นวันที่เท่าใดก็ตาม วันที่ครบ
50 ปี จะต้องเป็นวันสิ้นปีปฏิทินของปีนั้นเสมอ (มาตรา 25) คือวันที่ 31 ธันวาคมของทุกๆ ปี
ตามหลักสากล ทั้งนี้หมายความว่า (ก) ถ้าวันครบกำหนดอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่
ตรงกับวันสิ้นปีปฏิทิน ให้ลิขสิทธิ์ยังมีอยู่ต่อไปจนถึงวันสิ้นปีปฏิทินของปีที่ครบกำหนดนั้น

²⁹ คณิง ฤาไชย, "หลักทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์", กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, หน้า

(ข) ในกรณีที่ไม้อาจทราบวันครบกำหนดอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่แน่นอนให้ลิขสิทธิ์ยังคงมีอยู่ต่อไปจนถึงวันสิ้นปีปฏิทินของปีที่ครบกำหนดนั้น³¹

5.2.3) งานอันมีลิขสิทธิ์

ตามกฎหมาย ไทยกำหนดลักษณะงานอันมีลิขสิทธิ์ ไว้ดังนี้³²

5.2.3.1) เป็นการแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea)

5.2.3.2) เป็นการแสดงออกโดยชนิดของงานที่กฎหมายยอมรับ (type of work)

5.2.3.3) เป็นการสร้างสรรค์โดยตนเอง (originality)

5.2.3.4) เป็นงานที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย (non - illegal work)

5.2.3.1) เป็นการแสดงออกซึ่งความคิด งานที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น ต้องเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดในรูปแบบรูปแบบหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็สิ่ง ที่จับต้องได้หรือไม่ก็ตาม มิใช่เป็นเพียงความคิดเท่านั้น กฎหมายลิขสิทธิ์มิได้ให้อำนาจ หักกันความคิด หากแต่มุ่งคุ้มครองความคิดความสามารถในการแสดงออก (Expression) เท่านั้น

เนื่องจากงานแพร่เสียงแพร่ภาพ เป็นงานอันเกี่ยวข้องกับสิทธิข้างเคียง นั้น โดยลักษณะของงานประเภทนี้แล้ว ไม้อาจจะมีรูปร่างให้ปรากฏและเห็นได้ด้วยตาเปล่า เนื่องจากเป็นการกระจายเสียงหรือภาพหรือทั้งเสียงและภาพ โดยผ่านสื่อตัวนำในอากาศ หรือผ่านทางสายเคเบิล การจัดการเพื่อให้เกิดงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น จึงเป็นการก่อให้เกิดการส่งคลื่นหรือสัญญาณอันไม่อาจจะเห็นได้ด้วยตาเปล่าหรือจับต้องได้ แต่เมื่อคลื่นหรือสัญญาณนั้นผ่านเข้าไปยังเครื่องรับไม้อาจจะเป็นเครื่องรับวิทยุหรือเครื่องรับวิทยุโทรทัศน์ จึงจะเกิดเสียงหรือภาพปรากฏทางวิทยุหรือโทรทัศน์ ซึ่งก็เป็นวัตถุประสงค์ของงานประเภทนี้ที่ จะทำให้การสร้างสรรค์นั้น ปรากฏแก่สาธารณชน³³ ดังนั้นงานแพร่เสียงแพร่ภาพจึงเป็น

³¹ สมพร พรหมนิตาร, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, ลิขสิทธิ์, หน้า 58

³² ธีรชัย ศุภผลศิริ, หลักกฎหมายลิขสิทธิ์และการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ของ ต่างประเทศ, หน้า 29.

³³ ไชยยศ เหมะรัชตะ, "กฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับใหม่กับธุรกิจของท่าน", บรรยาย ณ ห้อง เพลินจิต โรงแรมอิมพีเรียล, 24 กุมภาพันธ์ 2537. (อัดสำเนา)

งานที่ปรากฏลักษณะสร้างสรรค์ต่อสาธารณชนด้วยวิธี หรือตัวสื่อที่ใช้แสดงเนื้อหาออกไปตามวิธีที่กฎหมายกำหนดโดยไม่คำนึงถึงเนื้อหาที่แสดงออก เช่น งานบันทึกเสียงและภาพจากงานประภควดนางสาวไทย หรือถ่ายทอดกระจายเสียงทางโทรทัศน์รายการประภควดนางสาวไทย ความสำคัญอยู่ที่การได้ทำให้มีการบันทึกเสียงและภาพการประภควด หรือ ทำให้มีการถ่ายทอดกระจายเสียงทางโทรทัศน์รูปแบบภายนอกของงาน คือ เทปบันทึกภาพนั้น ส่วนเนื้อหาในเทปนั้น กฎหมายไม่กำหนดว่าต้องมีเนื้อหาอย่างไร งานสร้างสรรค์ประเภทนี้ จึงเสมือนเป็นงานขาดลักษณะสร้างสรรค์ทางปัญญาหรือศิลปะ (Lack of Artistic or Intellectual Input)³⁴ และไม่คำนึงถึงคุณภาพหรือลักษณะสร้างสรรค์ในเนื้อหาเลย ลักษณะสำคัญอยู่ที่วิธีการ ที่ทำให้ปรากฏเรื่องราวของงานนั้น เพราะงานแพร่เสียงแพร่ภาพนี้ เกิดจากความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาการของทำซ้ำและการโฆษณา

5.2.3.2) เป็นการแสดงออกโดยชนิดของงานที่กฎหมายยอมรับ (type of work) ประเภทหรือชนิดของงานที่กฎหมายยอมรับ ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 6 ซึ่งบัญญัติให้ความคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพเป็นชนิดหนึ่งในงานอันมีลิขสิทธิ์

งานแพร่เสียงแพร่ภาพตาม มาตรา4 ของ พรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 หมายความว่า “งานที่นำออกสู่สาธารณชนโดยการแพร่เสียงแพร่ภาพทางวิทยุกระจายเสียง การแพร่เสียงแพร่ภาพทางวิทยุโทรทัศน์ หรือโดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน” ลักษณะของงานคือ การแพร่กระจายของคลื่นแม่เหล็กไปในอวกาศสู่ประชาชน อันเป็นคลื่นที่ทำให้เกิดเสียงและหรือทำให้เกิดภาพ³⁵

5.2.3.3) เป็นการสร้างสรรค์โดยตนเอง (Originality)

จากคำนิยามของผู้สร้างสรรค์ ของพรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 หมายความว่า “ผู้ทำหรือผู้ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์อย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้” กฎหมายใหม่ได้ตัดคำว่า “ความคิดริเริ่มของตนเอง” ออก (ซึ่งเดิมบัญญัติอยู่ใน พรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521) เป็นเพราะมีงานสร้างสรรค์บางประเภท เช่น งาน

³⁴ Stephen M. Stewart, *International Copyright and Neighbouring Right* (London : Butterworths, 1989), P.175.

³⁵ ภูมิพันธ์ บุญนางเสวี, “วัตถุแห่งลิขสิทธิ์: ศึกษาธรรมชาติและลักษณะงาน” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 108.

แพร่เสียงแพร่ภาพเป็นการนำเอางานสร้างสรรค์ของผู้อื่นมาดัดแปลงหรือรวบรวม หรือ ประกอบเข้ากัน และบันทึกงานต่าง ๆ เพื่อเผยแพร่ต่อไป ซึ่งแต่เดิมมีปัญหาการตีความว่า ควรจัดให้งานแพร่เสียงแพร่ภาพเป็นงานที่ต้องเกิดจาก “ความคิดริเริ่มของตนเอง” (original) หรือไม่

อย่างไรก็ดี ในทางตำรากฎหมายลิขสิทธิ์ที่ยึดถือกันมาแต่เดิม ผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์จะต้องมีความคิดริเริ่มของตนเอง อาจมีลักษณะสร้างสรรค์ที่แสดงถึงความรู้ความสามารถในปริมาณที่เพียงพอในการก่อให้เกิดงานทางวรรณคดี ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์³⁶ โดยทั่วไปแล้วหากงานใด ๆ ซึ่งถูกสร้างสรรค์โดยมีที่มาจากงานเดิมนั้น ก็อาจจะถือว่างานสร้างสรรค์นั้น ต่อให้เกิดลิขสิทธิ์โดยเข้าลักษณะเป็นงานที่เป็นความคิดริเริ่มได้ หากสามารถพิสูจน์ให้เห็นว่า ได้มีการใช้ทักษะ ความพยายามอุตสาหะ แรงงาน ต้นทุน และความคิด ประกอบกันเพียงพอที่จะก่อให้เกิดงานอันมีลักษณะแตกต่างจากงานเดิมเพียงพอ โดยต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป ตามที่ศาลจะใช้ดุลพินิจเป็นสามัญองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพก็ต้องใช้เงินลงทุนเป็นจำนวนมาก อีกทั้งต้องใช้พยายามในการสร้างสรรค์ รวบรวมเรียบเรียงต่าง ๆ และบันทึกงานต่าง ๆ เพื่อเผยแพร่ต่อไป ก็อาจถือว่างานสร้างสรรค์ โดยเข้าลักษณะเป็นงานที่เป็นความคิดริเริ่มได้

5.2.3.4) เป็นงานที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย (non - illegal work) งานที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น แม้กฎหมายจะมีได้กล่าวไว้โดยตรงว่าต้องเป็นงานที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย แต่เมื่อพิจารณาถึงสิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแล้ว จะต้องเป็นงานที่เป็นประโยชน์ต่อสังคมบางประการที่จะถือว่างานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ได้ “อันเป็นความมุ่งหมายของคำว่า “งานสร้างสรรค์” ตามมาตรา 6 ของพรบ.ลิขสิทธิ์

5.3) วิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ

เนื่องจากมีความเปลี่ยนแปลงทางด้านเทคโนโลยี งานแพร่เสียงแพร่ภาพ จึงได้ถูกพัฒนาอย่างต่อเนื่องจนกระทั่งบทบัญญัติ พรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 ที่เคยคิดว่าจะสามารถรองรับปัญหาต่างๆ อันเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้น กลับกลายเป็นบทบัญญัติที่เริ่มล้าสมัย ไม่ทันต่อเหตุการณ์และความก้าวหน้าของโลกอีกต่อไป และแม้ว่าไทย

³⁶ เรื่องเดียวกัน

จะได้ออก พรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ใหม่ แต่บทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างมาก ปัญหาเกี่ยวกับความล้าสมัยของกฎหมายยังคงมีอยู่บ้าง ผู้เขียนจึงใคร่ขอวิเคราะห์และอธิบายบทบัญญัติตาม พรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 เกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ ที่จะรองรับกับเทคโนโลยีแพร่เสียงแพร่ภาพใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้น

5.3.1) ความหมายของการแพร่เสียงแพร่ภาพ

ในประเทศไทยมีกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวข้องกับการแพร่เสียงแพร่ภาพ กล่าวคือ กฎหมายที่ควบคุมดูแลการส่งสัญญาณวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ ได้แก่ พรบ.วิทยุคมนาคม พ.ศ.2504 (ฉบับที่ 2) ซึ่งบัญญัติว่า

“ วิทยุคมนาคม หมายความว่า การส่งหรือการรับเครื่องหมายสัญญาณตัวหนังสือ ภาพ และเสียงหรือการอื่นใด ซึ่งสามารถให้เข้าใจความหมายได้ด้วยคลื่นแอมตรเซียน “

“ คลื่นแอมตรเซียน หมายความว่า คลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าที่มีความถี่ระหว่าง 10 กิโลไซเกิลต่อวินาที และ 3,000,000 แมกกาไซเกิลต่อวินาที “

พรบ. วิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ.2530 ฉบับที่ 4 มาตรา 3 บัญญัติคำจำกัดความของคำว่า “ วิทยุกระจายเสียง “ และ “ วิทยุโทรทัศน์ “ ไว้ดังนี้

“ วิทยุกระจายเสียง ” หมายความว่า การส่งหรือการรับเสียงด้วยคลื่นแอมตรเซียนไม่ว่าโดยวิธีการแพร่กระจายไปในบรรยากาศหรือโดยวิธีการใช้สายหรือสื่อตัวนำไฟฟ้าหรือทั้งสองวิธีการรวมกัน

“ วิทยุโทรทัศน์ “ หมายความว่า การส่งหรือการรับภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวในลักษณะไม่ถาวรด้วยคลื่นแอมตรเซียน ไม่ว่าโดยวิธีการแพร่กระจายไปในบรรยากาศหรือโดยวิธีการใช้สายหรือสื่อตัวนำไฟฟ้าหรือทั้งสองวิธีการรวมกัน

หลักเกณฑ์ของการแพร่เสียงแพร่ภาพที่บัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติข้างต้นนั้นเป็นบทบัญญัติที่ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุมการดำเนินการแพร่เสียงแพร่ภาพแก่สาธารณชน ส่วนกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่งานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นนั้น กฎหมายได้เริ่มบัญญัติให้ความคุ้มครองไว้ตั้งแต่ พ.ศ.2521 ด้วยคณะกรรมการยกย่องพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 ได้ให้ความสำคัญของรายการแพร่เสียงแพร่ภาพทางวิทยุและโทรทัศน์เพื่อที่จะคุ้มครองงานประเภทนี้ไว้ จึงได้บัญญัติคำนิยาม

ของ “งานแพร่เสียงแพร่ภาพ” ไว้ในมาตรา 4 หมายความว่า “งานที่นำออกสู่สาธารณชน โดยการแพร่เสียงทางวิทยุกระจายเสียง การแพร่เสียงและหรือภาพทางวิทยุโทรทัศน์ หรือโดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน”

งานแพร่เสียงแพร่ภาพ จึงเป็นการนำงานสร้างสรรค์ไม่ว่าประเภทใดที่กำหนดไว้ใน พรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ตามที่บัญญัติไว้ในนิยามศัพท์คำว่า “งาน” ในมาตรา 4 นั้น ออกเผยแพร่ต่อสาธารณชน โดยวิธีแพร่เสียงทางวิทยุกระจายเสียง (radio broadcasting) แพร่เสียงและหรือภาพทางวิทยุโทรทัศน์ (television) หรือโดยวิธีอื่นอันคล้ายคลึงกัน

ในส่วนขององค์ประกอบของการแพร่เสียงแพร่ภาพ เมื่อพิจารณาตุนิยามศัพท์ของคำว่า “บริการการแพร่เสียงแพร่ภาพ” ซึ่งกฎระเบียบว่าด้วยวิทยุของ ITU บัญญัติ³⁷ เป็นการเผยแพร่โดยคลื่นวิทยุซึ่งส่งสัญญาณไปยังสาธารณชนโดยตรง” นักกฎหมายได้ให้องค์ประกอบมี 2 ข้อคือ 1. ต้องเป็นการแพร่สัญญาณโดยใช้คลื่นแอมตรเซียน 2. การแพร่เสียงแพร่ภาพต้องส่งไปยังผู้รับสาธารณชนโดยตรง³⁷ ดังนั้นองค์ประกอบของการแพร่เสียงแพร่ภาพตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยจึงต้องมีลักษณะของ “การเผยแพร่ต่อสาธารณชน” กล่าวคือ

1. เป็นการเผยแพร่ต่อสาธารณชนทางวิทยุกระจายเสียง
2. เป็นการเผยแพร่ต่อสาธารณชนทางวิทยุโทรทัศน์
3. เป็นการเผยแพร่ต่อสาธารณชนทางวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน

จะเห็นได้ว่าในถ้อยคำ “การเผยแพร่ต่อสาธารณชน” ของกฎหมายลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็นการนำทฤษฎีการติดต่อสื่อสาร (Communication Theory) มาประยุกต์ใช้ ทฤษฎีนี้เห็นว่าการแพร่เสียงแพร่ภาพคือ การติดต่อสื่อสารสู่สาธารณชน ซึ่งในอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน (ค.ศ.1971) Article 11 bis (i)³⁸ ก็ได้ตีความในลักษณะการแพร่เสียงแพร่ภาพว่ามีได้เป็นการแพร่สัญญาณ (Emission) แต่เป็นการเผยแพร่ (Communication) สู่สาธารณชน เหตุที่ผู้เขียนต้องกล่าวถึงการใช้ถ้อยคำ “การเผยแพร่ต่อสาธารณชน” ของมาตรา 4 ในกฎหมายลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 นั้น เนื่องจากจะมีผลต่อการนำกฎหมายของ

³⁷ Pichler marie helen, Copyright Problems of Satellite and Cable Television in Europe (London : Gramham & tratman / Martinus Mijjinoff), P.22,

³⁸ Article 11 bis (i) ของอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน (ค.ศ.1971).

ประเทศต่าง ๆ มาใช้ ในกรณีลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ สำหรับสัญญาณที่มีแหล่งที่มาจากต่างประเทศต่อไป

ประเด็นที่ต้องพิจารณาคือว่า วิธีการนำงานแพร่เสียงแพร่ภาพออกสู่สาธารณชน ในกฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดไว้ 3 ทาง คือ 1.ทางวิทยุกระจายเสียง 2.ทางวิทยุโทรทัศน์ 3.ทางวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน³⁹ เนื่องจากตัวบทกฎหมายในข้อ 3. (ทางวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน) นั้น ได้พยายามบัญญัติในลักษณะที่กว้างขวางไว้ เพื่อรองรับกับเทคโนโลยีการสื่อสารรูปแบบใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้น ผู้เขียนจึงใคร่ขออธิบายในถ้อยคำที่ว่า “งานที่นำออกสู่สาธารณชน...หรือโดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน” จะกินความหมายกว้างขวางเพียงใด แต่เนื่องจากงานแพร่เสียงแพร่ภาพเป็นงานที่บัญญัติไว้ในปี พ.ศ.2521 และไม่มีกรณีแก้ไขในพรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ประกอบกับเทคโนโลยีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศนั้น ได้ทำให้เกิดการกำหนดลักษณะการแพร่เสียงแพร่ภาพไว้ต่าง ๆ กัน เช่น

ในอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน (ค.ศ.1971) บัญญัติ “การแพร่เสียงแพร่ภาพ” (broadcasting) ไว้ใน Article 11 bis (i) หมายถึงการส่งสัญญาณเสียงหรือภาพโดยไม่ใช้สาย (Wireless) ส่วนการส่งสัญญาณโดยวิธีอื่นจะใช้คำอื่นแทน เช่น Communication to the public by wire หรือ communication by loudspeaker หรืออุปกรณ์ในตนเองเดียวกันที่ใช้ส่งสัญญาณเสียงหรือภาพ (any other analogous instrument)

อนุสัญญากรุงโรม (ค.ศ.1961) บัญญัตินิยามของ “การแพร่เสียงแพร่ภาพ” ไว้ใน Article 3 (f) ว่าหมายถึงการสื่อสารโดยวิธีไม่ใช้สายเท่านั้น (wireless) รวมถึงแสงเลเซอร์ และแกมมาร์ด้วย เพื่อให้สาธารณชนได้รับเสียงหรือภาพและเสียง

ในกฎหมายต่างประเทศเช่น ญี่ปุ่นได้ให้นิยามใน Article 2 (1) (xvii) “การส่งทอดตามสารเคเบิลโทรคมนาคม เพื่อให้สามารถชนได้รับโดยตรง (“cable transmission” means to transmission by cable - telecommunication intended for direct receiving by the public,...) และ Article 2 (t) (viii) บัญญัติ “ การแพร่เสียงแพร่ภาพคือ การสื่อสารทางคลื่นวิทยุ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้สาธารณชนสามารถรับสัญญาณได้โดยตรง” (“transmission by radio communication intended for direct reception by the public”)

ในกฎหมายเยอรมัน บัญญัติสิทธิในการแพร่เสียงแพร่ภาพ คือ สิทธิที่จะให้งานปรากฏต่อสาธารณชน โดยทางวิทยุโทรเลขหรือทางวิทยุหรือส่งถ่ายทอดทางโทร

³⁹ไชยยศ เหมะรัชตะ, ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์ หน้า 57.

ทัศน์ หรือทางสาย หรือโดยวิธีอื่นในทำนองเดียวกัน⁴⁰ และบัญญัติในมาตรา 22⁴¹ ว่า สิทธิในการสื่อสารโดยการแพร่ภาพหรือแพร่เสียง คือสิทธิที่จะนำการแพร่หรือแพร่เสียงนั้นออกสู่สาธารณชน (ให้รับได้) ให้ได้ยินหรือได้เห็น ไม่ว่าจะทางตาหรือทางหู โดยแผ่นภาพหรือเครื่องขยายเสียง หรือโดยเครื่องมืออื่นใดที่ใช้เทคนิคทำนองเดียวกัน

ในกฎหมายลิขสิทธิ์อังกฤษ ค.ศ.1978 บัญญัติคำนิยามการแพร่เสียงแพร่ภาพใน section 6 (1)⁴² หมายความว่า การสื่อสารเสียงและภาพโดยคลื่นวิทยุ (wireless telegraphy) หรือวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ (1) สมาชิกทั่วไปสามารถได้รับการสื่อสารอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ในต่างสถานที่ไม่ว่าจะเป็นการรับในเวลาเดียวกัน หรือต่างเวลากัน (2) สื่อสารเพื่อนำเสนอไปยังสมาชิกโดยทั่วไป

ดังนั้นงานที่นำออกสู่สาธารณชนโดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน ตามมาตรา 4 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 จึงอาจจะเป็นได้ดังนี้

ก. โดยวิธีไร้สาย (wireless) เช่น การสื่อสารผ่านทางดาวเทียมระบบ DBS (Direct Broadcasting by Satellite) ระบบ FSS (Fixed - Setellite Service), วิทยุโทรเลข (wire telegraphy), คลื่นวิทยุ (radio communication)

ข. โดยวิธีใช้สาย (wireline) เช่น การส่งกระจายภาพและเสียงไปทาง (wire diffusion) หรือ ทางเคเบิลทีวี (CATV), ทางสายโทรคมนาคม (wire telecommunication)

ค. โดยเครื่องขยายเสียง (loud speaker) หรือ อุปกรณ์ที่ทำนองเดียวกับที่ใช้ในการส่งสัญญาณ, เสียงหรือภาพ เช่น โดยทางแผ่นภาพ (Screen)

⁴⁰Article 20 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ ประเทศเยอรมัน บัญญัติว่า "Right of Broadcasting - the right to render the work accessible to the public by a wireless broadcast such as a radio or television transmission or by wire, or by other analogous technical devices)

⁴¹Article 22 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ ประเทศเยอรมัน บัญญัติว่า "The right of communicating broadcast is the right to make such or audibly by means of a screen, loudspeaker or analogous technicle devices"

⁴²Section b (1) of Copyright Designs and Patents Act 1968 บัญญัติว่า "Broadcasting consists of the act of transmittin by wireless telegraphy visual images, sounds or other information which is either capable of being law fully received by members of the public or transmitted for presentation to members of the public.

แต่ทั้งนี้ประเทศไทยต้องพิจารณาถึงเทคโนโลยีการแพร่เสียงแพร่ภาพดังกล่าวสมควรจัดเป็นการแพร่เสียงแพร่ภาพโดยวิธีไร้สายหรือใช้สายหรือไม่ เนื่องจากลักษณะเทคโนโลยีการแพร่เสียงแพร่ภาพโดยวิธีไร้สายหรือใช้สายในแต่ละประเทศนั้นอาจจัดเป็นการแพร่เสียงแพร่ภาพหรือไม่แตกต่างกันไป ผู้เขียนจึงใคร่ขออธิบาย ดังนี้

1. การแพร่เสียงแพร่ภาพโดยผ่านดาวเทียมระบบ DBS, ระบบ FSS เป็นการแพร่เสียงแพร่ภาพหรือไม่

2. การส่งกระจายภาพและเสียงไปตามสายเคเบิลทีวี (CATV) เป็นการแพร่เสียงแพร่ภาพหรือไม่

1. การแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านดาวเทียมโดยตรง หรือ ระบบ DBS สืบเนื่องจากปัญหาการตีความว่าเทคโนโลยีดังกล่าวนั้น เข้าลักษณะองค์ประกอบตามความหมายของ “ การแพร่เสียงแพร่ภาพ “ หรือไม่ ในกฎหมายระหว่างประเทศมีการตีความหมายเป็นการแพร่เสียงแพร่ภาพ 2 แนวทาง คือ ก) การตีความหมายอย่างแคบ ให้ความสำคัญหมายการแพร่เสียงแพร่ภาพคือ การแพร่สัญญาณ หรือนำทฤษฎีการแพร่สัญญาณ (Emission Theory) มาปรับใช้ การกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นหรือสำเร็จต่อเมื่อมีการส่งสัญญาณเท่ากับว่าเมื่อมีการส่งสัญญาณขึ้นไปยังดาวเทียมแล้วก็ถือว่า มีการแพร่เสียงแพร่ภาพเกิดขึ้น

ข) การตีความหมายอย่างกว้าง ให้ความสำคัญการแพร่เสียงแพร่ภาพ คือการติดต่อสื่อสารสู่สาธารณชนหรือนำทฤษฎีการติดต่อสื่อสาร (Communication Theory) มาปรับใช้ ทฤษฎีนี้ถือว่า ขั้นตอนนับตั้งแต่การส่งสัญญาณจากสถานีภาคพื้นดิน (up ley / up link) จนถึงการส่งสัญญาณจากดาวเทียมกลับลงสู่พื้นผิวโลก (down leg / down link) ถือเป็นการดำเนินการเดียวกัน

ส่วนในอนุสัญญากรุงเบอร์ลินที่ไทยเป็นภาคีนั้น ใน Article 11 bis(1)(i) บัญญัติว่า “การแพร่เสียงแพร่ภาพงานต้นหรือเผยแพร่ต่อด้วยวิธีใด ๆ ของการส่งสัญญาณเสียงหรือภาพโดยไร้สายหรือสาธารณชน แม้ไม่ได้บัญญัติอย่างชัดเจนว่า คุ้มครองการแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านดาวเทียมโดยตรง หรือ DBS แต่โดยอาศัยบทบัญญัติแล้ว บ่งบอกได้อย่างชัดเจนว่า การติดต่อสื่อสารไปสู่สาธารณชนมิได้มีเพียงชนิดเดียว แต่ยังมีวิธีการอื่น ๆ อีกของการส่งสัญญาณโดยไร้สายต่อสาธารณชน ดังนั้นจึงครอบคลุมการแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านดาวเทียมโดยตรง หรือระบบ DBS ขณะเดียวกันในอนุสัญญากรุงโรม ซึ่งเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองนักแสดง, ผู้จัดทำโฮตวิสต์ และองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพ บัญญัติคำนิยามการแพร่เสียงแพร่ภาพใน Article 3 (f) ว่า “การสื่อสารโดยวิธีไร้สาย เพื่อให้

สาธารณชนได้รับเสียงหรือภาพและเสียง” โดยอาศัยบทบัญญัตินี้อธิบายการแพร่เสียงแพร่ภาพโดยวิธีไร้สาย(wireless)เป็นวิธี“การรับโดยสาธารณชน”(“forr public reception”) จึงอาจถือว่าการแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านดาวเทียมไปยังผู้รับสาธารณชนโดยตรง (Direct Broadcasting by Satellite) เป็นวิธีหนึ่งของการแพร่เสียงแพร่ภาพ

สำหรับประเทศไทยนั้น การพิจารณาว่าเทคโนโลยีรูปแบบ DBS เป็นการแพร่เสียงแพร่ภาพหรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่า ควรจะพิจารณาถึงมาตรฐานสากลที่อนุสัญญาระหว่างประเทศยอมรับและประเทศไทยได้เป็นภาคีอยู่ เช่นนี้แล้วประเทศไทยอาจถือว่าการแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านดาวเทียมไปยังผู้รับสาธารณชนโดยตรงเป็นการนำงานออกสู่สาธารณชนวิธีหนึ่ง อันเป็นคำนิยามของการแพร่เสียงแพร่ภาพตาม มาตรา 4 ของพรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537

ในเรื่องการตีความการส่งสัญญาณผ่านดาวเทียม โดยส่งกลับมายังสถานีภาคพื้นดิน (Earth Station) หรือ Fixed - Satellite Service (FSS) เป็นการแพร่เสียงแพร่ภาพหรือไม่ มีความเห็นทางกฎหมายที่แตกต่างกัน 2 แนว คือ แนวที่หนึ่งเห็นว่า การส่งรายการผ่านดาวเทียมระบบ FSS นี้ต้องผ่านตัวกลางสถานีภาคพื้นดิน จึงจะส่งมายังผู้รับสัญญาณสาธารณชนได้ ไม่เป็นลักษณะของการแพร่เสียงแพร่ภาพ กล่าวคือไม่เป็นการส่งไปยังสาธารณชนทั่วไป

แนวที่สอง โดยอาศัยคำนิยามของอนุสัญญากรุงเบอร์น (ค.ศ.1971) Guide to the Berne Convention ⁴³ ได้อธิบายไว้ชัดเจนถึง Article 11 bis (i) ว่า “การแพร่เสียงแพร่ภาพโดยวิธีใด ๆ ของการส่งสัญญาณเสียงหรือภาพโดยไร้สายต่อสาธารณชนโดยทางสัญญาณเสียงหรือภาพ” ให้ครอบคลุมถึงการส่งสัญญาณผ่านดาวเทียม โดยส่งจากสถานีพื้นผิวโลกขึ้นไปต่อดาวเทียม แล้วสะท้อนกลับไปยังสถานีพื้นผิวโลก (Earth Station) ซึ่งเป็นผู้รับสัญญาณ (receiver) จากนั้นจะมีการแปลงสัญญาณแล้วส่งต่อไปยังบุคคลทั่วไป หรือเรียกระบบนี้ว่า การแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านดาวเทียม ระบบ Fixed - Satellite Service (FSS)

ในส่วนการให้ความคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านดาวเทียมระบบ FSS ได้บัญญัติใน Article 3 (f) ว่า การแพร่เสียงแพร่ภาพ หมายถึง การสื่อสาร

⁴³ WIPO, Guide to the Berne Convention, of the protection of literary and artistic works, P 67.

โดยวิธีไร้สาย (broadcasting means the transmission by wireless means) Article 3 (f) อธิบายการแพร่เสียงแพร่ภาพโดยวิธีไร้สายเป็นวิธี "การรับโดยสาธารณะ" แต่การที่สถานี ภาพพื้นดินเป็นสถานีรับสัญญาณซึ่งส่งมาจากดาวเทียม "ไม่อาจถือได้ว่าเป็น "การรับโดย สาธารณะ"

จะเห็นว่า มีความเห็นแตกต่างกันในการคุ้มครองแพร่เสียงแพร่ภาพ ผ่านดาวเทียม ระบบ FSS ในความเห็นของผู้เขียนนั้นเห็นว่าควรให้ความคุ้มครองงานแพร่ เสียงแพร่ภาพไว้กว้างขวาง เพื่อรองรับกับเทคโนโลยีใหม่ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต อีกทั้ง อนุสัญญากรุงเบอร์น (ค.ศ.1971) ซึ่งไทยเป็นภาคี ในอนุสัญญาเองก็ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนใน Guide to the Berne Convention ให้ความคุ้มครองการส่งสัญญาณผ่านดาวเทียมระบบ FSS เป็นการแพร่เสียงแพร่ภาพ ประเทศไทยก็อาจจะถือตามอนุสัญญากรุงเบอร์นให้ การส่งสัญญาณผ่านดาวเทียมระบบ FSS เป็นวิธีหนึ่งของการนำงานออกสู่สาธารณชน ตามคำนิยามในมาตรา 4 ของพรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537

2. การส่งกระจายภาพและเสียงไปตามสายเคเบิล (หรือ CATV) เป็นการแพร่เสียงแพร่ภาพหรือไม่ อนุสัญญาระหว่างประเทศต่าง ๆ มีแนวทางหนึ่งเห็นว่าการส่งกระจายภาพและเสียงไปตามสายเคเบิล ไม่ว่าเป็นการแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยอาศัย บทบัญญัติของอนุสัญญากรุงโรม Article 3 (f) ว่า "การแพร่เสียงแพร่ภาพ หมายถึง การสื่อสารโดยวิธีไม่ใช้สาย (wireless) เพื่อให้สาธารณชนได้รับเสียงหรือภาพและเสียง" Guide to the Rome Convention ⁴⁴ อธิบายว่า การส่งกระจายตามสาย (เช่น เคเบิลทีวี) ไม่บังคับรวม อยู่ในอนุสัญญา เนื่องจากวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา เขียนไว้ชัดเจนว่า "การแพร่เสียงแพร่ ภาพ" ต้องทำให้สาธารณชนทั่วไปสามารถรับสัญญาณ ดังนั้นการส่งสัญญาณไปยังบุคคล หนึ่ง ๆ หรือกลุ่มคน (เช่น เรือในทะเล, เครื่องบิน, แท็กซี่) ไม่เป็นการแพร่เสียงแพร่ภาพ

แนวทางที่สอง⁴⁵ เห็นว่า การแพร่เสียงแพร่ภาพในรูปแบบบอกรับ สมาชิกหรือ CATV เป็นชนิดหนึ่งของการเผยแพร่สู่สาธารณชนโดยวิธีใช้สาย (by wire) ซึ่ง เป็นวิธีกระจายงานหรือแพร่เสียงแพร่ภาพเครือข่ายเคเบิลไปยังผู้รับไม่จำกัด เฉพาะกลุ่ม

⁴⁴ WIPO, Guide to the Rome Convention, P.24.

⁴⁵ WIPO, "International conventions in the field of copyright and neighbouring rights," WIPO Regional Training Course on Intellectual Property for Developing Countries of Asia and The Pacific, Colombo, July 25 to August 5, 1994, P.16.

สาธารณชนที่เป็นสมาชิก (public of subscribers) เช่นเดียวกับในอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน (ค.ศ.1971) Article 11 bis (1)(iii) บัญญัติไว้ชัดเจนให้คุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพตาม สายเคเบิลว่า “เผยแพร่สู่สาธารณชน และหากการเผยแพร่นี้กระทำโดยองค์กรอื่นนอกเหนือ ไปจากองค์กรเดิม” นักกฎหมาย Pichler marie Helen ⁴⁶ ได้ตีความการแพร่เสียงแพร่ภาพ แบบใช้สายรูปแบบ simultaneous distribution by cable เป็นการเผยแพร่สู่สาธารณชน

สำหรับประเทศไทย มาตรา 4 พรบ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ในถ้อยคำว่า “...งานที่นำออกสู่สาธารณชน...โดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน” จึงอาจเป็นโดยการส่ง กระจายแพร่ภาพและเสียงตามสายเคเบิล หรือ CATV ได้เช่นกัน แม้ผู้ใช้บริการต้อง เสียค่าสมาชิกแก่เจ้าของกิจการเคเบิลทีวีก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาจากการตีความในบทบัญญัติ ของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินแล้ว จะเห็นว่าเจตนาของเจ้าของสถานีเคเบิลทีวีมีวัตถุประสงค์ เพื่อแพร่เสียงแพร่ภาพแก่สาธารณชนโดยทั่วไป อาจถือได้ว่าเข้าลักษณะของการแพร่เสียง แพร่ภาพ คือเป็นการเผยแพร่ต่อสาธารณชน

5.3.2) การกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

การละเมิดลิขสิทธิ์ได้แก่การกระทำโดยบุคคลอื่นนอกจากเจ้าของ ลิขสิทธิ์อันเกี่ยวกับงานลิขสิทธิ์ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ การกระทำที่เป็น ละเมิดลิขสิทธิ์ จึงได้แก่การกระทำที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์แต่เพียงผู้ เดียวที่จะกระทำได้ซึ่งมีความหมายว่าผู้อื่นไม่มีสิทธิกระทำนั้นเอง เมื่อผู้อื่นกระทำโดยไม่ได้รับ อนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิห้ามการก ระทำเช่นนั้นและเรียกร้องให้ชดใช้ความเสียหายได้ ⁴⁷

การละเมิดลิขสิทธิ์ จำแนกออกตามลักษณะการกระทำได้สอง ประเภท คือ การละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง และโดยอ้อม

5.3.2.1) การละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง ได้แก่การใช้ลิขสิทธิ์ของผู้อื่น โดยไม่ได้รับอนุญาต หรือมอบหมายจากเจ้าของลิขสิทธิ์ และเป็นกระทำที่ไม่มีข้อยกเว้น ให้กระทำได้ตามกฎหมาย การกระทำใด ๆ แก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นที่ไม่เกี่ยวกับการใช้ สิทธิในลิขสิทธิ์ของเขาไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง

⁴⁶ Marie Helen Pichler, Copyright Problems of Satellite and Cable Television in Europe, P 63.

⁴⁷ ธัชชัย ศุภผลศิริ, หลักกฎหมายลิขสิทธิ์และการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ, หน้า 88.

ด้วยเหตุที่คดีละเมิดลิขสิทธิ์นั้นแตกต่างกับคดีละเมิดทั่วไป คือ เป็นคดีที่ไม่ต้องพิสูจน์ว่าได้รับความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นถึงแม้ว่าลิขสิทธิ์เป็นสิทธิในทรัพย์สินชนิดหนึ่ง แต่เป็นสิทธิที่ต้องการควบคุมครองที่มีอาจคิดเป็นมูลค่าของราคาเงินได้ ดังนั้นเจ้าของลิขสิทธิ์ จึงมีสิทธิฟ้องคดีได้แม้ถูกกระทำโดยปราศจากความเสียหายก็ตาม และแม้ว่าเขาจะไม่สามารถพิสูจน์ความเสียหายที่แท้จริงได้ก็ตาม หรือถ้าผู้กระทำละเมิดจะยกข้ออ้างที่ว่าไม่รู้ถึงสิทธินั้นก็ดี เข้าใจผิดว่าได้รับอนุญาตแล้วก็ดี ไม่เป็นข้อแก้ตัวได้ในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินที่บุคคลทั่วไปควรจะต้องรู้⁴⁸

เนื่องจากงานแพร่เสียงแพร่ภาพเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่สมควรได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับงานวรรณกรรมและศิลปกรรมอื่น ๆ ดังที่ประเทศต่าง ๆ ได้ให้ความคุ้มครองแก่งานนี้ และลักษณะของการละเมิดงานนี้มีลักษณะแตกต่างจากงานอื่นจึงได้แยกบัญญัติไว้โดยเฉพาะในมาตรา 29 ของพรบ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งบัญญัติว่า "การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้แก่งานแพร่เสียงแพร่ภาพอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15 (5) ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

(1) จัดทำโฮตทัศน์วัสดุ ภาพยนตร์ หรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

(2) แพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

(3) จัดให้ประชาชนฟังและหรือชมงานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยเรียกเก็บเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นในทางการค้า"

เดิมในพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 ไม่มีบทบัญญัติเรื่องงานแพร่เสียงแพร่ภาพไว้โดยเฉพาะ คณะกรรมการร่างกฎหมายเห็นความสำคัญจึงได้บัญญัติเพิ่มเติมขึ้น โดยอาศัยหลักเกณฑ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ในต่างประเทศ ซึ่งให้ความคุ้มครองในรูปของสิทธิเกี่ยวเนื่องจากลิขสิทธิ์ (neighboring right) ไม่ใช่การคุ้มครองงานที่เป็นตัวงานลิขสิทธิ์โดยตรง แต่เป็นงานที่ผู้สร้างสรรค์นำเอางานอันมีลิขสิทธิ์มาทำให้เผยแพร่ โดยอาศัยเทคโนโลยีสมัยใหม่⁴⁹ เช่น การกระจายเสียงและทางวิทยุโทรทัศน์ ไม่ว่าจะผ่านดาวเทียม, ทางเคเบิล, เป็นต้น แต่สำหรับประเทศไทยนั้นให้ความคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพในฐานะงานลิขสิทธิ์ การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่

⁴⁸สมพร พรหมพิตร, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ลิขสิทธิ์, หน้า 63 - 64.

⁴⁹ไชยยศ เหมะรัชตะ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 170.

ความคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพในฐานะงานลิขสิทธิ์ การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ งานแพร่เสียงแพร่ภาพ จึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือองค์กรแพร่เสียงแพร่ ภาพโดยตรงและต้องเป็นการกระทำดังต่อไปนี้คือ

(1) การจัดทำเป็นภาพยนตร์ โสตทัศนวัสดุ, สิ่งบันทึกเสียง, หรือ งานแพร่เสียงแพร่ภาพ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

กรณีเป็นการจัดทำอันมีลักษณะเป็นการสร้างสรรค์งานใหม่และเป็น การจัดทำอาจทั้งหมดหรือแต่บางส่วนแก่งานแพร่เสียงแพร่ภาพทางวิทยุกระจายเสียงหรือแก่งานแพร่เสียงแพร่ภาพทางวิทยุโทรทัศน์โดย**การบันทึกงานแพร่เสียงแพร่ภาพมาทำเป็นงาน โสตทัศนวัสดุ, ภาพยนตร์, สิ่งบันทึกเสียงหรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพ**

องค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพมีสิทธิในการอนุญาตหรือห้ามการบันทึก งานแพร่เสียงแพร่ภาพขององค์กร ดังนั้นถ้าทำการบันทึกโดยปราศจากการให้ความยินยอม ขององค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ ซึ่งเป็นเจ้าของรายการนั้นแล้ว ถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิ นับตั้งแต่การทำบันทึก และแม้จะยังมีได้นำออกโฆษณาเผยแพร่งานโสตทัศนวัสดุ, ภาพ ยนตร์, สิ่งบันทึกเสียง หรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นเลยก็ตาม เพราะการละเมิดในข้อนี้ เพียงจัดทำก็เข้าหลักเกณฑ์แล้ว

ตัวอย่าง การบันทึกงานกระจายเสียง มาจัดทำเป็นโสตทัศนวัสดุ เช่น นาย ก. แอบบันทึกเสียงการถ่ายทอดเสียงการแสดงสดของวงดนตรีคณะหนึ่ง ทางวิทยุ กระจายเสียงแห่งหนึ่งลงในแถบบันทึกเสียงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากสถานีวิทยุกระจายเสียง แห่งนั้นก่อน แล้วทำเทปบันทึกเสียงนั้นออกจำหน่าย เช่นนี้ถือว่า นาย ก. ได้กระทำละเมิด ลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพของสถานีวิทยุดังกล่าวแล้ว

ตัวอย่าง การบันทึกงานแพร่เสียงแพร่ภาพทางวิทยุโทรทัศน์ มาจัด ทำเป็นโสตทัศนวัสดุ เช่น นาย ก. บันทึกรายการภาพยนตร์ซึ่งออกอากาศทางสถานีโทรทัศน์ แห่งหนึ่งลงในเทปวีดิทัศน์ เพื่อเอาไว้ออกจำหน่ายแจกต่อไป เป็นการละเมิดงาน ลิขสิทธิ์ของสถานีโทรทัศน์แห่งนั้น

แต่ทั้งนี้งานแพร่เสียงแพร่ภาพขององค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพจะได้รับ ความคุ้มครองตามกฎหมายก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาตเสียก่อนจากเจ้าของงานลิขสิทธิ์ภาพยนตร์ หรืองานโสตทัศนวัสดุ หรือสิ่งบันทึกเสียง ในการทำซ้ำหรือดัดแปลงหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน ตามมาตรา 27 และหรือมาตรา 28 หรือในกรณีทำการถ่ายทอดสด หรือ Live Broadcasts งานวรรณกรรม, นาฏกรรม, ศิลปกรรม หรือดนตรีกรรมอันมีลิขสิทธิ์ของผู้ใดออก

แพร่เสียงแพร่ภาพจะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น องค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพจึง
สวมสิทธิ์เจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะผู้รับอนุญาต ดังนั้นถ้าองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพอื่นนอก
เหนือจากองค์กรแรก เช่น Cable distributor หรือสถานีย่อย (Secondary Station) นำงานภาพ
ยนตร์, ใสตทัศน์วัสดุ หรือสิ่งบันทึกเสียง อันเป็นงานแพร่เสียงแพร่ภาพที่องค์กรแพร่เสียงแพร่
ภาพแรกได้รับลิขสิทธิ์แล้ว มาจัดทำเป็นงานใสตทัศน์วัสดุ, ภาพยนตร์ หรือสิ่งบันทึกเสียง
ขึ้นใหม่ ในลักษณะ “ทำซ้ำหรือดัดแปลง” งานแพร่เสียงแพร่ภาพเดิม ถือเป็นการละเมิด
ลิขสิทธิ์ตามมาตรา 29 (1)⁵⁰

อย่างไรก็ตามผู้ให้บริการคือ Cable distributor หรือ Secondary
station สามารถเป็นเจ้าของงานเช่นกัน หากได้รับอนุญาตจากผู้แพร่เสียงแพร่ภาพขั้นต้น
(Primary Station) ให้ดำเนินการจัดส่งสัญญาณวิทยุโทรทัศน์ไปตามสาย (สู่สมาชิก) ในขณะ
เดียวกันหรือคนละขณะกันกับการถ่ายทอดขั้นต้นของ Primary Station เช่น สถานีช่อง 3, 5, 7,
9 CNN หรือได้รับอนุญาตจากองค์กรผู้ผลิตรายการหรือเจ้าของงานลิขสิทธิ์ขั้นต้น เช่น ผู้
ประพันธ์

หรือเป็นเจ้าของผู้สร้างสรรคงานรายการนั้นเสียเอง เช่น Thai Sky
Cable TV. เป็นเจ้าของรายการ Smile TV. ซึ่งองค์กรเจ้าของกิจการเคเบิลเป็นผู้ผลิตรายการ
เอง เช่นนี้แล้วการบันทึกงานแพร่เสียงแพร่ภาพซึ่งส่งสัญญาณไปตามสายเคเบิล ของ Cable
distributor หรือ Secondary Station มาจัดทำเป็นภาพยนตร์, ใสตทัศน์วัสดุ หรือ สิ่งบันทึก
เสียงขึ้นใหม่ เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 29 (1)

ตัวอย่าง การบันทึกงานแพร่เสียงแพร่ภาพตามสายเคเบิล (ซึ่งเป็น
งานของ Cable distributor) มาจัดทำเป็นใสตทัศน์วัสดุ เช่น นาย ก. บันทึกการถ่ายทอด
ทอดสดแข่งขันฟุตบอลยูโรเปียน คัพ จากบริษัท IBC Cable TV จำกัด ผู้ซึ่งส่งสัญญาณมา
ตามสายเคเบิลหรือส่งสัญญาณผ่านดาวเทียมแบบ Direct to Home (DTH) ไปยังผู้รับสมาชิก
แล้วนาย ก. นำมาจัดทำเป็นวีดีโอเทปออกจำหน่ายแก่บุคคลทั่วไป ถือว่าเป็นการละเมิด
ลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพของเจ้าของงาน คือ Cable distributor ตามมาตรา 29 (1)

ตัวอย่าง การบันทึกงานแพร่เสียงแพร่ภาพขององค์กรแพร่เสียงแพร่
ภาพ มาจัดทำเป็นงานภาพยนตร์ เช่น นาย ก. บันทึกเทปการถ่ายทอดสดการชกมวยชิง

⁵⁰ เรียบเรียงจาก สมพร พรหมนิดาธร, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ลิขสิทธิ์, หน้า 67.

แชมป์โลกในประเทศ ทางโทรทัศน์ช่อง 3 แล้วไปใช้ติดต่อเป็นฉากหนึ่งในภาพยนตร์ เรื่อง "ยอดนักสู้" ซึ่งนาย ก. เป็นผู้สร้างโดยไม่ได้รับอนุญาตจากสถานีโทรทัศน์ช่อง 3 ก่อน เช่นนี้ ถือว่า นาย ก. ได้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพกรซก

ตัวอย่าง บริษัท IBC เคเบิลทีวี จำกัด ได้รับลิขสิทธิ์จากบริษัท CNN จำกัด ผู้ผลิตรายการสารคดี Discovery ต่อมา นาย ก. ได้บันทึกรายการ Discovery ซึ่ง IBC ได้ส่งสัญญาณระบบ Cable TV ไปยังเฉพาะสมาชิก และนาย ก. นำมาติดต่อทำเป็น ภาพยนตร์ ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของงาน คือ Cable distributor

ตัวอย่าง การบันทึกงานแพร่เสียงแพร่ภาพ มาจัดทำเป็นแพร่เสียงแพร่ภาพ เช่น สถานีวิทยุหรือโทรทัศน์แรกถ่ายทอดสดการแสดงคอนเสิร์ต (ซึ่งได้รับอนุญาตจากนักแสดงแล้ว) และบุคคลใดหรือสถานีวิทยุโทรทัศน์ (Cable Distributor) ได้จัดให้มีการถ่ายทอดต่างสถานีกับสถานีวิทยุหรือโทรทัศน์แรก เฉพาะบางเพลงเพื่อสลับกับรายการอื่น โดยไม่ได้รับความยินยอมหรืออนุญาตจากสถานีวิทยุหรือโทรทัศน์แรก

การกระทำละเมิดต่องานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยการจัดทำงานแพร่เสียงแพร่ภาพ ในมาตรา 29 (1) จะคล้ายกับการแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำในมาตรา 29 (2) คือ การนำสิ่งบันทึกจากงานแพร่เสียงแพร่ภาพไปทำการแพร่เสียงแพร่ภาพต่อ นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า "จุดที่ต่างกัน คือ การจัดทำงานแพร่เสียงแพร่ภาพใน (1) นั้น เป็นการจัดทำงานใหม่หรือสร้างงานขึ้นใหม่ ส่วนการแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำใน (2) เป็นการเอางานเดิมนั้นมาแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ หรือ แพร่แต่เสียงหรือภาพซ้ำ"⁵¹

ผู้เขียนเห็นว่าการตีความเช่นนี้เป็นการตีความผิดเจตนารมณ์ของตัวบทกฎหมาย มิได้ให้มุ่งหมายตีความเฉพาะการละเมิดต่องานแพร่ภาพโดยการจัดทำเป็นงานแพร่เสียงแพร่ภาพเท่านั้น ดังนั้นการตีความเช่นนี้ควรครอบคลุมกับงานทุกประเภทที่บัญญัติใน มาตรา.29 (1) ว่ามิให้การบันทึกภาพหรือเสียงจากงานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยอาจจะเป็นการบันทึกเพื่อนำไปจัดทำเป็นภาพยนตร์หรือ สิ่งบันทึกเสียงหรือโสตทัศนวัสดุ, ไม่ว่าจะเป็นการบันทึกทั้งหมดหรือบางส่วนหรือจัดทำงานใหม่ หากตีความเฉพาะเจาะจงจะทำให้เข้าใจผิดว่าการบันทึกงานแพร่เสียงแพร่ภาพทั้งหมด มาจัดทำเป็นงานโสตทัศนวัสดุในรูปแบบสร้างสรรค์งานขึ้นใหม่หมด จะไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพตามมาตรา 29

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 67.

(1) หรือนำงานแพร่เสียงแพร่ภาพบางส่วนมาตัดต่อในภาพยนตร์ที่สร้างสรรค์ขึ้นใหม่ จะไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 29 (1)

หากนำบทบัญญัติคำนิยาม “การแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ” ของอนุสัญญากรุงโรม ซึ่งเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศเพื่อการคุ้มครองนักแสดง, ผู้จัดทำโสตวัสดุ และองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพโดยเฉพาะ หมายถึง “การแพร่เสียงแพร่ภาพในขณะเดียวกัน โดยองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพหนึ่งจากองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพอื่น”⁵² จากถ้อยคำนี้จึงไม่รวมถึง การแพร่เสียงแพร่ภาพคนละขณะกับองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพแรก เช่นนี้แล้วลักษณะการแพร่เสียงแพร่ภาพแบบ “Deferred broadcast” หรือ การบันทึกงานแพร่เสียงแพร่ภาพแล้วนำมาทำการแพร่เสียงแพร่ภาพภายหลัง จึงไม่อยู่ในความหมายของการแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ แต่ Guide to the Rome Convention⁵³ ให้นำ “Article 13 paragraph (b)” การบันทึกงานแพร่เสียงแพร่ภาพมาประยุกต์ใช้กับการแพร่เสียงแพร่ภาพแบบ “Deferred broadcast ”

เมื่อนำมาปรับใช้กับกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย จึงสามารถบอกข้อแตกต่างระหว่างกรกระทำละเมิดต่องานแพร่เสียงแพร่ภาพโดยการจัดทำงานแพร่เสียงแพร่ภาพในมาตรา 29 (1) กับการแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำในมาตรา 29 (2) กล่าวคือความหมายในมาตรา 29 (1) จึงเป็นการบันทึกงานแพร่เสียงแพร่ภาพ แล้วนำมาแพร่เสียงแพร่ภาพภายหลังหรือ “Deferred broadcast” ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนหรือจัดทำงานขึ้นใหม่ ส่วนการแพร่เสียงแพร่ภาพในมาตรา 29 (2) หมายถึง การแพร่เสียงแพร่ภาพในขณะเดียวกัน (simultaneous Broadcasting) กับองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพแรก โดยองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพอื่นนอกเหนือจากองค์กรเดิม เช่น ช่อง 3 ได้ถ่ายทอดรายหนึ่งมาแล้ว ช่อง 5 ก็มาอาศัยถ่ายทอดต่อไปทันที เป็นการแพร่เสียงแพร่ภาพในขณะเดียวกัน แต่จะมี delay transmission เกิดขึ้นอาจจะช้ากว่าช่อง 3 (องค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพแรก) 10 วินาที เป็นต้น

(2) แพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

ดังที่กล่าวในข้างต้นแล้วว่าโดยอาศัยบทบัญญัติใน Article 3 paragraph (g) อนุสัญญากรุงโรม การแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำในมาตรา 29 (2) พรบ.ลิขสิทธิ์

⁵² Article 3 paragraph (g) of the Rome Convention. “rebroadcasting” means the simultaneous broadcasting by one broadcasting organization of the broadcast of another broadcasting organisation.

⁵³ WIPO, Guide to the Rome Convention in 13.2, P.53.

พ.ศ.2537 น่าจะมีความหมายว่าการแพร่เสียงแพร่ภาพคนละขณะกัน โดยองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพอื่นนอกเหนือจากองค์กรเดิม กล่าวคือ การถ่ายทอดการกระจายเสียงจากสถานีแม่ข่าย (primary transmission) ในขณะเดียวกับสถานีแม่ข่าย (simultaneously) ของสถานีวิทยุหรือโทรทัศน์อื่น

การละเมิดลิขสิทธิ์โดยการแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำที่เกิดขึ้นในปัจจุบันและในหลาย ๆ ประเทศ สืบเนื่องจากเทคโนโลยีการแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านดาวเทียมไปยังผู้รับโดยตรง หรือ DBS เกิดการดักจับสัญญาณดังกล่าวขึ้น เรียกปัญหานี้ว่า Satellite Piracy ในประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกว่า "Wiretapping" ด้วยเหตุที่ระบบ DBS เป็นการส่งสัญญาณจากสถานีภาคพื้นดิน (Earth Station) ขึ้นไปที่ดาวเทียม จากนั้นสัญญาณจะถูกส่งกลับมายังพื้นผิวโลกโดยตรง ประชาชนที่มีอุปกรณ์จันรับสัญญาณดาวเทียมสามารถรับสัญญาณได้ทันที โดยไม่ต้องผ่านสถานีภาคพื้นดิน การส่งกระจายสัญญาณ Distribution จึงมีกำลังสูงเพื่อประชาชนทั่วไปที่มีอุปกรณ์รับสัญญาณดาวเทียมและอุปกรณ์ถอดรหัสสัญญาณ (Decoder) จึงจะสามารถรับสัญญาณคลื่นวิทยุที่เป็นสื่อรายการวิทยุโทรทัศน์กระจายเสียงได้ แต่เทคโนโลยี DBS นี้เพียงแต่ผู้ใดก็ตามที่มีอุปกรณ์รับสัญญาณครบชุดและอยู่ในบริเวณ footprint ก็สามารถรับสัญญาณที่ส่งผ่านดาวเทียมมาได้ และหากผู้ส่งสัญญาณรายการวิทยุโทรทัศน์ต่อไปยังผู้รับแต่ละรายโดยผู้รับต้องจ่ายค่าธรรมเนียมให้แก่ผู้ดำเนินการจัดส่งสัญญาณรายการวิทยุโทรทัศน์ไปตามสาย หรือ Cable distributor โดยอาศัย Article 11 bis para (1) (iii) ของอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน

ลักษณะการแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ ที่กระทำโดยระบบเคเบิลทีวี มี 2 ชนิด คือ (ก) ผู้แพร่เสียงแพร่ภาพ ซึ่งเป็นสถานีโทรทัศน์แม่ข่ายและถ่ายทอดรายการครั้งต่อไปขณะเดียวกันกับการถ่ายทอดขึ้นต้น แล้วจึงส่งกระจายรายการไปยังผู้รับ ในรูปแบบบอกรับสมาชิก (Cable Distribution System) เรียกลักษณะการทำซ้ำนี้ว่า Cable Retransmission

(ข) Cable Originated Programmes เป็นรายการซึ่งถูกผลิตโดยบริษัทเคเบิลทีวี หรือรับสัญญาณโทรทัศน์จากทางอากาศ และนำมาปรับปรุงเปลี่ยนแปลงสัญญาณแล้วจึงถ่ายทอดต่อคนละขณะกับการถ่ายทอดขึ้นต้น ลักษณะการทำซ้ำประเภทนี้ตีความจากบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ซึ่งถือว่าการแพร่รายการหลังการได้บันทึกงานขององค์กรผู้ผลิตรายการ ซึ่งเป็นเจ้าของรายการเรียกว่า Deferred Transmission ที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไทยถือว่าการรับสัญญาณโทรทัศน์และนำมาปรับปรุงเปลี่ยนแปลงสัญญาณแล้วจึงถ่ายทอดต่อ

คนละขณะกัน เป็นลักษณะการบันทึกงานแพร่เสียงแพร่ภาพมาจัดทำเป็นงานแพร่เสียงแพร่ภาพตามมาตรา 29 (1) โดยถือว่าเป็นการสร้างงานชิ้นใหม่ และการถ่ายทอดคนละขณะกัน มิได้อยู่ในความหมายของการแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ

ดังนั้นการที่ Cable Distributor ลักลอบรับสัญญาอนุญาตรายการวิทยุโทรทัศน์กระจายเสียงโดยตรงผ่านดาวเทียมหรือสัญญาอนุญาตรายการวิทยุโทรทัศน์ในระบบภาคพื้นดิน เพื่อการกระจายเผยแพร่ต่อโดยเรียกค่าตอบแทนยอมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำตามมาตรา 29 (2) และยังความผิดตาม พรบ.วิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2530 ในฐานความผิด ดำเนินการส่งวิทยุกระจายเสียงหรือการบริการส่งวิทยุโทรทัศน์เพื่อให้บริการแก่สาธารณะหรือชุมชน ดังที่บัญญัติไว้ดังนี้

“มาตรา 5 ห้ามมิให้ผู้ใดส่งวิทยุกระจายเสียงหรือส่งวิทยุโทรทัศน์ เพื่อให้บริการแก่สาธารณะหรือชุมชน เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตให้ดำเนินการส่งวิทยุกระจายเสียงหรือการส่งวิทยุโทรทัศน์จากเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาต

การส่งวิทยุกระจายเสียงหรือการส่งวิทยุโทรทัศน์ ที่กระทำโดยการทำให้คลื่นแอมพลิจูดแพร่กระจายไปในบรรยากาศ ถ้าได้ทำการส่งโดยมีรายการแน่นอน สม่ำเสมอหรือ เป็นประจำและบุคคลอื่นสามารถรับการส่งวิทยุนั้นได้โดยใช้เครื่องรับวิทยุหรือเครื่องรับวิทยุโทรทัศน์ที่ผู้ส่งจัดหาให้หรือที่มีจำหน่ายโดยทั่วไป ให้ถือว่าการส่งวิทยุนั้นเป็นการส่งวิทยุกระจายเสียงหรือการส่งวิทยุโทรทัศน์เพื่อให้บริการแก่สาธารณะหรือแก่ชุมชนตามความในวรรคหนึ่ง”

กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 พ.ศ.2536 แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 5 วรรคสาม พรบ.วิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ.2498 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 พ.ศ.2530 ดังต่อไปนี้

“ข้อ 1 การส่งวิทยุกระจายเสียงหรือการส่งวิทยุโทรทัศน์ที่กระทำโดยการทำให้คลื่นแอมพลิจูดผ่านไปทางสายหรือสื่อตัวนำไฟฟ้าในลักษณะหรือภายในขอบเขตต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นการส่งวิทยุกระจายเสียงหรือการส่งวิทยุโทรทัศน์เพื่อให้บริการแก่สาธารณะหรือแก่ชุมชนตามความในมาตรา 5 วรรคหนึ่ง

(1) เป็นการส่งรายการไปยังชุมชนหนึ่งชุมชนใดโดยมีระดับความเข้มของสัญญาณที่ส่งเข้าไปในสายหรือสื่อตัวนำไฟฟ้าเกินกว่า 75 dBu และมีเครื่องขยายสัญญาณที่ใช้ขยายสัญญาณในสายหรือสื่อตัวนำไฟฟ้าที่เกินกว่า 1 เครื่องขึ้นไป

(2) เป็นการส่งรายการโดยวิธีการถ่ายทอดหรือส่งซ้ำหรือดัดแปลงจากรายการของวิทยุกระจายเสียงหรือวิทยุโทรทัศน์ที่แพร่กระจายไปในบรรยากาศหรือจากการจัดหามาหรือผลิตขึ้นเอง

(3) เป็นการส่งรายการไปยังผู้รับบริการโดยวิธีการบอกรับเป็นสมาชิกประเภทคิดค่าบริการในรูปของค่าธรรมเนียมสมาชิก ค่าบำรุง หรือประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่น และประเภทไม่คิดค่าบริการ

ลักษณะกระทำของผู้ลักลอบดักสัญญาณจากดาวเทียม แล้วแพร่เสียงแพร่ภาพส่งสัญญาณไปตามสายเคเบิลไปยังผู้รับสมาชิกของ Cable distributor เป็นการส่งวิทยุกระจายเสียงหรือการส่งวิทยุโทรทัศน์ผ่านไปตามสายในลักษณะส่งสัญญาณซ้ำจากรายการวิทยุกระจายเสียงหรือวิทยุโทรทัศน์ที่แพร่กระจายไปในบรรยากาศหรือผลิตขึ้นเอง มาตรา 5 วรรค 3(2) เป็นการแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำแบบ Cable Retransmission สามารถเอาผิดกับ Cable distributor ที่กระทำ Cable Retransmission

ส่วนลักษณะการส่งวิทยุกระจายเสียงหรือการส่งวิทยุตามสายในลักษณะดัดแปลงจากรายการของวิทยุกระจายเสียงหรือวิทยุโทรทัศน์ที่แพร่กระจายไปในบรรยากาศหรือผลิตขึ้นเองตามมาตรา 5 วรรค 3 (2) เป็นการแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำโดย Cable Originated Programmes ผู้แพร่เสียงแพร่ภาพรายการภายหลังจากได้บันทึกงานของ Primary Station และนำมาปรับปรุงเปลี่ยนแปลงแล้วจึงถ่ายทอดต่อไปคนละขณะกับการถ่ายทอดขึ้นต้น

จึงเห็นได้ว่า บทบัญญัติในพรบ. วิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ ในมาตรา 5 สามารถเอาผิดกับ Cable distributor ไม่ว่าจะเป็นการแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำแบบใดก็ตาม ในฐานะผู้ส่งวิทยุโทรทัศน์เพื่อให้บริการแก่สาธารณะหรือแก่ชุมชน โดยไม่ได้รับใบอนุญาต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ดังที่บัญญัติในมาตรา 17 ตามพรบ.วิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2530 แก้ไขมาตรา 17 เดิมของพรบ.วิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ.2498

“มาตรา 17 ผู้ใดฝ่าฝืน มาตรา 5 หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข
ในการดำเนินบริการส่งวิทยุกระจายเสียงหรือบริการส่งวิทยุโทรทัศน์ ตามที่กำหนดใน
กฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 25 (2) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่
เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และปรับเป็นรายวันอีกวันละสองพันบาทจนกว่าจะ
ดำเนินการให้ถูกต้อง”

สำหรับในประเทศไทยนั้นมีการลักลอบรับสัญญาณจากสถานีแม่
ข่าย และแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำขณะเดียวกันกับ Primary Station ไปยังผู้รับตามสาย โดย
กระทำตัวเป็น “เอเยนต์เถื่อน” ซึ่งรับสัญญาณเคเบิลจากบริษัทบริการเคเบิลที่วีมา แล้วจ่าย
สัญญาณดังกล่าวต่อให้ผู้อื่นซึ่งแพร่หลายตาม “คอนโดมิเนียม”, “แฟลต” และ “อพาร์ทเมน
ต์” ต่าง ๆ โดยเอเยนต์เถื่อนเหล่านี้ จะคิดค่าบริการเดือนละ 100 บาทต่อห้อง ผู้กระทำตัว
เป็น “เอเยนต์เถื่อน” มีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ ในมาตรา
29 (2) พรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และความผิดฐานเป็นผู้ดำเนินการบริการส่งวิทยุกระจาย
เสียงหรือบริการส่งวิทยุโทรทัศน์ผ่านช่องทางสายในลักษณะรายการโดยวิธีการถ่ายทอดหรือส่ง
ซ้ำกับ Primary Station เป็นการส่งรายการไปยังผู้รับบริการโดยวิธีบอกรับเป็นสมาชิกโดยคิด
ค่าบริการในรูปของค่าธรรมเนียมสมาชิก , ค่าบำรุง หรือประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่น ตาม
มาตรา 5 วรรค 1, 3 ใน (2) , (3) พรบ.วิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ฉบับที่
4 แก้ไขเพิ่มเติมมาตราเดิม 5 ของ พรบ.ปีพ.ศ. 2498

ประเด็นที่น่าศึกษาต่อมาว่า การกระทำของ Cable Distributor
ในการลักลอบรับสัญญาณจากดาวเทียม แล้วนำไปแพร่กระจายต่อแก่สมาชิกตามสายโดย
เรียกค่าตอบแทน และการกระทำของผู้มีงานดาวเทียมและอุปกรณ์ถอดรหัสในความครอบ
ครอง เพื่อใช้รับสัญญาณที่ได้ scramble ไว้ รายการวิทยุโทรทัศน์กระจายโดยตรงผ่านดาว
เทียม ไม่ว่าจะกรณีที่เป็นรายการที่ส่งจากต่างประเทศหรือในประเทศ เช่น จากบริษัทเคเบิลทีวี
ต่าง ๆ จะมีความผิดทางอาญาฐานลิขสิทธิ์ของผู้อื่นหรือไม่ ตามประมวลกฎหมายอาญา
มาตรา 334 เช่นที่ศาลฎีกาเคยพิพากษาคณะทนายที่ 877 / 2501 ว่าการลักกระแสรหัสไฟฟ้า
เป็นผิดฐานลิขสิทธิ์ตามมาตรา 334 และศจ.จิตติ ตังศภัทย์ ได้บันทึกหมายเหตุท้ายคำ

พิพากษาศาลฎีกา⁵⁴ โดยพิจารณาประเด็น ว่ากระแสไฟฟ้าเป็นทรัพย์สินหรือไม่ อันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานลักทรัพย์ผู้อื่น มาตรา 334 ท่านได้พิจารณาว่าเป็นทรัพย์สิน

⁵⁴ ศจ.จิตติ ติงศภักดิ์ ได้หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501 ไว้ดังนี้

กระแสไฟฟ้าจะเป็นวัตถุแห่งการลักทรัพย์ได้หรือไม่นั้น เมื่อสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาเดิม เข้าใจกันว่าเป็นความผิดได้ เพราะวิเคราะห์ศัพท์คำว่า ทรัพย์ในครั้งนั้น (ม 6 ข้อ 10) หมายรวมถึงบรรดาสิ่งของอันบุคคลสามารถมีกรรมสิทธิ์ หรือถืออำนาจเป็นเจ้าของได้ ฯลฯ แม้คำว่าสิ่งของจะมีนัยไปในทางวัตถุมีรูปร่าง แต่ความสำคัญก็อยู่ที่ความสามารถมีกรรมสิทธิ์หรือถืออำนาจเป็นเจ้าของได้ยิ่งกว่า แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาไม่มีวิเคราะห์ศัพท์คำว่าทรัพย์ไว้ดังเช่นในกฎหมายเก่า จึงทำให้เข้าใจว่าการเลิกบทวิเคราะห์ศัพท์ ทำให้เห็นเจตนาที่จะให้ถือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ม 98 ซึ่งบัญญัติว่าทรัพย์นั้นได้แก่วัตถุมีรูปร่าง ส่วนวัตถุที่มีราคาและถือเอาได้ตามนัยแห่งกฎหมายลักษณะอาญา ม 6 ข้อ 10 เดิมนั้น ป.พ.พ. 99 เรียกว่าทรัพย์สิน ถ้าถือตามนี้กระแสไฟฟ้าก็ไม่ใช่ทรัพย์ตาม ม 98 แต่เป็นทรัพย์สินตาม ม 99 และเป็นสิ่งหามิทรัพย์ตาม ม 101 อันหมายความว่ากำลังแรงแห่งธรรมชาติที่อาจถือเอาได้ ซึ่งตามอุทธานรณของกรมร่างกฎหมายก็ยกตัวอย่างถึงแรงไฟฟ้าด้วย เมื่อไม่ใช่ทรัพย์ตาม ม 98 ก็ไม่เป็นวัตถุแห่งการลักทรัพย์ เพราะในประมวลกฎหมายอาญา ม 334 ใช้คำว่าเอาทรัพย์ของผู้อื่น ฯลฯ ไป เป็นการลักทรัพย์ ส่วนบทมาตรารอื่นในเรื่องทรัพย์บางแห่งก็ใช้คำว่าทรัพย์สิน เช่น ม 337, 338, 341, 346, 347, 352, วรรค 2, 353, 354 เป็นต้น แสดงให้ชัดขึ้นอีกว่าประมวลกฎหมายอาญาได้ตั้งใจใช้คำว่าทรัพย์กับทรัพย์สินโดยความหมายอันต่างกัน และคงจะใช้ตามความหมายต่างกัันดังปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง

นอกจากนี้การลักทรัพย์หมายถึงการลักทรัพย์เคลื่อนที่ได้ ซึ่ง ป.พ.พ. เรียกว่าสิ่งหามิทรัพย์ คำว่าสิ่งหามิทรัพย์ใน ป.พ.พ. ก็หมายความว่ารวมถึงกำลังแรงแห่งธรรมชาติ เช่น แรงไฟฟ้าด้วยนั่นเอง แม้จะถือว่าแรงไฟฟ้าเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง แต่ก็มีราคาถือเอาได้ และนำไปเสียจากเจ้าของได้ ทั้งสามารถวัดปริมาณที่เอาไปได้ด้วย ดังนี้ ก็ไม่มีเหตุอะไรที่จะเอาแรงไฟฟ้าของเขาไปโดยเจตนาทุจริตแล้ว ไม่ผิดฐานลักทรัพย์เหมือนเอาทรัพย์อื่น ๆ ของเขาไป

เทียบตามกฎหมายต่างประเทศก็มีปัญหาอยู่เหมือนกัน ตามกฎหมายอังกฤษและอเมริกาก็ไม่ถือว่ากระแสไฟฟ้าเป็นความผิดตาม Common Law แต่เป็นความผิดตาม พรบ. ที่เรียกว่า Larceny Act 1916 ของอังกฤษ (Archbold, Pleading & Practice, ed. 32, pp. 550, 581.) ในอเมริกาก็จะมีพรบ. ในเรื่องนี้บัญญัติให้เป็นความผิด แต่แม้จะไม่มี พรบ. โดยเฉพาะ ศาลก็ลงโทษฐานลักทรัพย์เหมือนกัน ไม่ถือการมีรูปร่าง หรือไม่มีรูปร่างเป็นสิ่งสำคัญยิ่งกว่าการที่จะถือเอาได้ แรงไฟฟ้าเช่นเดียวกับแก๊ส เป็นวัตถุมีค่าแห่งสินค้าซื้อขายกันได้ดังสิ่งหามิทรัพย์อื่น ซึ่งคนอื่นอาจเข้าถือเอาได้ วัดปริมาณได้โดยเครื่องวัด (Corpus Juris, 1924, Vol. 36 p. 738, Perkins, Criminal Law 1957, p. 194, Perkins, Cases & Material on Criminal Law, p. 110) กฎหมายอินเดียก็ถือว่าการลักแรงไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลัก

ตามมาตรา 137 ของป.พ.พ., เป็นทรัพย์สินตามมาตรา 138 ของป.พ.พ. และพิจารณาว่าเป็น
สังหาริมทรัพย์หรือไม่ ตามมาตรา 101 ของป.พ.พ.

ผู้เขียนจึงใคร่ขอเสนอแนวความคิดของท่านเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา
ว่า สัญญาณหรือ Signal ที่ถูกแพร่จาก Primary Station ผ่านดาวเทียมไปยังผู้รับนั้น จะเป็น
วัตถุแห่งการลักทรัพย์ได้หรือไม่ ในมาตรา 334 ทรัพย์สินในความหมายของมาตรา 334 เป็น
ทรัพย์สินมีเจ้าของ จึงต้องเป็นทรัพย์สินที่เป็นทรัพย์สิน ตาม ป.พ.พ.มาตรา 137 คือวัตถุที่มีรูปร่าง
“ซึ่งหมายความถึงสิ่งที่มีรูปร่างโดยตัวของมันเอง หรือที่อาศัยสิ่งอื่นเป็นรูปร่าง เช่น น้ำใน
ภาชนะ อากาศ หรือแก๊สที่บรรจุอยู่ในถัง”⁵⁵ แต่สัญญาณหรือ Signal ไม่เป็นสิ่งที่สัมผัสทาง
ร่างกายได้ เป็นได้ทั้งสัญญาณที่ถูกแพร่สัญญาณไปตามสื่อคือ สายเคเบิล และอาจแพร่
กระจายไปตามอากาศ ถ้าผู้รับมีจานสายอากาศก็ย่อมรับสัญญาณดังกล่าวได้ และอุปกรณ์
ดังกล่าวจึงสามารถถอดรหัส (Descamble) ออกเป็นภาพและเสียงให้ปรากฏได้หน้าจอโทร
ทัศน์ จะเห็นได้ว่า สัญญาณหรือ Signal ในตัวของมันเองไม่ใช่สิ่งที่จับต้องได้ จึงไม่เป็นทรัพย์สิน
ตาม ป.พ.พ.มาตรา 137 แต่ตัววัตถุคือสิ่งที่เป็นรูปภาพและเกิดขึ้นเป็นทรัพย์สินถือเอาได้
แต่เป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่างจับต้องไม่ได้ในความหมายของ “ทรัพย์สินหรือไม่” จึงต้องพิจารณาต่อ
ไปว่า สัญญาณหรือ Signal เป็นทรัพย์สินหรือไม่ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 138 ซึ่งบัญญัติว่า
“ทรัพย์สิน หมายความรวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้

ทรัพย์สินเช่นเดียวกัน แม้ในประมวลกฎหมายอาญาอินเดียจะวิเคราะห์ศัพท์คำว่าสังหาริมทรัพย์ (movable property) ว่ารวมทั้งวัตถุที่มีรูปร่างทุกชนิดเว้นแต่ที่ดินและสิ่งซึ่งติดกับพื้นดิน ฯลฯ จนกว่าจะขาดหลุดออก
จากที่ดิน (Mayne, pp.607,609) ส่วนกฎหมายฝรั่งเศส เรื่องลักทรัพย์ในประมวลกฎหมายอาญา ม.179 ใช้คำว่า Choses แทนคำว่า biens โดยความมุ่งหมายให้เข้าใจถึงความสามารถที่จะถือเอาได้ และศาลก็ตัดสินว่า
แรงไฟฟ้าเป็นทรัพย์สินที่ลักกันได้ เช่นเดียวกับกฎหมายอิตาลี แต่ผิดกันกับกฎหมายเยอรมัน นักนิติ
ศาสตร์ฝรั่งเศสเห็นว่าการลักแรงไฟฟ้าเป็นความผิดโดยไม่ต้องมีพรบ. เป็นพิเศษโดยเฉพาะ (Garraud, Droit
Penal, ed.3, t.6 2375. pp.109 - 113) เหตุนี้จึงไม่น่าประหลาดอันใดที่ศาลฎีกาตีความว่าการลักกระแสไฟฟ้า
ก็เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ (จิตติ ดิงศภัทย์, รวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกา กฎหมายอาญา
กรุงเทพมหานคร “ สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 137-139.)

⁵⁵ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท
กรุงสยามพรินติ้ง กรุ๊ป จำกัด, 2532), หน้า 2477.

คำว่า "วัตถุไม่มีรูปร่าง" ตาม ป.พ.พ. มาตรา 138 หมายถึง สิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นหรือสัมผัสได้ ไม่มีตัวตน ไม่มีส่วนสัด ไม่มีขนาด และไม่กินเนื้อที่ เช่น แก๊ส, พลังงานต่าง ๆ และยักรวมถึงสิ่งที่มีรูปร่าง แต่อยู่ในความรับรู้ของกฎหมายหรือกฎหมายได้รับรองไว้ เช่น ลิขสิทธิ์ หรือสิทธิบัตร และยักรวมถึงความรวมถึงสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินด้วย เช่น กรรมสิทธิ์, สิทธิครอบครอง เป็นต้น Signal โดยตัวของมันเองนั้นมีใช้สิ่งที่จะต้อง ประชาชนไม่สามารถรับสัญญาณโดยไม่มีอุปกรณ์ถอดรหัสสัญญาณที่เข้ารหัสไว้ (scramble) แต่เป็นทรัพย์สินที่ถือเอาได้ และมีราคาจากการเก็บค่าสมาชิกหรือค่าใช้สิทธิ์ เป็นความหมายหนึ่งของวัตถุไม่มีรูปร่าง จับต้องไม่ได้ แต่มีได้หมายความว่า วัตถุไม่มีรูปร่างทุกสิ่งทุกอย่างจะเป็นทรัพย์สินตามความหมายในมาตรา 138 ได้เสมอไป จะต้องมิใช่กฎหมายบัญญัติรับรองสิ่งนั้นไว้ ซึ่งตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยนั้นไม่ได้ให้ความรับรองคุ้มครอง Signal เป็นงานทรัพย์สินทางปัญญา ดังนั้น Signal ไม่ใช่ทรัพย์สิน ตามความหมายใน ป.พ.พ. มาตรา 138

อย่างไรก็ตาม ความผิดฐานลักทรัพย์ ตาม ป.อ.มาตรา 334 บัญญัติไว้ชัดเจนว่า "ผู้ใดเอา ทรัพย์ ของผู้อื่น..." ทรัพย์ในความหมายตามมาตรา 334 ต้องเป็นทรัพย์สินตาม ป.พ.พ.มาตรา 137 มิใช่ทรัพย์สิน ตาม ป.พ.พ. มาตรา 138 เนื่องจากความผิดตามกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด ดังที่วิเคราะห์ข้างต้นแล้วว่า Signal มิใช่ทรัพย์สินตาม ป.พ.พ. มาตรา 137 เมื่อไม่ใช่ทรัพย์สินก็ไม่เป็นวัตถุแห่งการลักทรัพย์ ตาม ป.อ.มาตรา 334

สรุปได้ว่า การกระทำของ Cable Distributor ที่กระทำตัวเป็น "เอเยนต์เถื่อน" รับสัญญาณที่แพร่ภาพแพร่เสียงจาก Primary Station แล้วแพร่กระจายสัญญาณไปตามสายใน "คอนโดมิเนียม", "แฟลต" และ "อพาร์ทเมนต์" หรือผู้รับสมาชิก และการกระทำของผู้มีงานรับสัญญาณดาวเทียม และอุปกรณ์ถอดรหัสสัญญาณ รับสัญญาณที่ถูกแพร่กระจายมาจาก Primary Station เพื่อใช้ดูส่วนตัว ไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ของผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334

(3) จัดให้ประชาชนฟังและหรือชมงานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยเรียกเก็บเงินหรือผลประโยชน์อื่นในการค้า

การจัดให้ประชาชนฟังและหรือชมงานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยเครื่องขยายเสียง การถ่ายทอดรายการทางสถานีโทรทัศน์, จอโทรทัศน์, จอภาพยนตร์ โดยเรียกเก็บเงินหรือผลประโยชน์ทางการค้า

ตัวอย่างเช่น ใช้เครื่องรับวิทยุหรือโทรทัศน์รับสัญญาณผ่านดาวเทียม รายการถ่ายทอดสดการแข่งขันอเมริกันฟุตบอล ซึ่งถ่ายทอดสดสถานีแม่ข่ายและมีการจัดให้ประชาชนเข้าฟัง หรือชมเสียงและหรือภาพ จากเครื่องรับวิทยุโทรทัศน์ของตน โดยเรียกเก็บเงินหรือผลประโยชน์อื่นทางการค้า ถือเป็นกรละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพของสถานีวิทยุโทรทัศน์แม่ข่าย ตามมาตรา 29 (3)

กรณีการแพร่เสียงแพร่ภาพรายการกีฬาจากสถานีโทรทัศน์ช่องใดช่องหนึ่ง จัดให้ประชาชนเข้าฟังหรือชมเสียง และหรือภาพจากเครื่องรับวิทยุหรือจอโทรทัศน์ของตน โดยเรียกเก็บเงินหรือผลประโยชน์อื่นในทางการค้า ก็เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แม้ว่ารายการดังกล่าวจะเป็น Free TV หรือบริการเพื่อสาธารณะก็ตาม หากมีการเรียกเก็บเงินหรือผลประโยชน์ในทางการค้า ก็ถือเป็นกรละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะทำให้ผู้แพร่เสียงแพร่ภาพ (Primary Station) เสียประโยชน์ในด้านการค้า อันเป็นการขัดขวางต่อการแสวงหาผลประโยชน์ของผู้แพร่เสียงแพร่ภาพ และทำให้คุณค่าของงานสร้างสรรค์ของตนด้อยลงจากการกระทำนั้น ๆ กล่าวคือ การจัดให้ประชาชนชมหรือฟังรายการถ่ายทอดสดจากสถานีโทรทัศน์ช่องหนึ่ง โดยตัดรายการโฆษณาออกไป และแพร่ภาพแพร่เสียงในเวลาเดียวกันกับสถานีโทรทัศน์ช่องนั้น ทำให้ rating ของผู้ชมรายการดังกล่าวลดลง การซื้อเวลาโฆษณาจึงมีน้อยลง ทำให้รายการถ่ายทอดนั้นไม่ได้รับความนิยม ส่งผลให้เจ้าของสถานีโทรทัศน์ต้องขาดรายได้ในส่วนนี้ เพื่อผลประโยชน์ทางการค้าและทำให้คุณค่าในรายการดังกล่าวต้องด้อยลง

ประเด็นนี้ต้องพิจารณาด้อยกว่า “โดยเรียกเก็บเงินหรือผลประโยชน์อื่นในทางการค้า” เจตนารมณ์ของกฎหมายก็เพื่อป้องกันมิให้มีการนำเอางานแพร่เสียงแพร่ภาพไปหาประโยชน์ โดยไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่องค์กรผู้ซึ่งทำการแพร่เสียงแพร่ภาพรายการนั้นๆ จึงใช้ถ้อยคำกว้างขวางมิได้หมายความว่าถึงผลประโยชน์ในทางการค้าที่มุ่งหวังผลกำไรอย่างเดียว แต่อาจเป็นการยอมขาดทุนในส่วนที่จะกำไร เพื่อเป็นการดึงดูดลูกค้าให้มาใช้บริการในสถานบันเทิงนั้น เช่น มิได้เก็บเงินค่าเข้าฟังหรือค่าบริการ ค่าเข้าชม

(entrance charge) ในรายการอาหารหรือเครื่องดื่ม เพราะเจ้าของกิจการสถานบันเทิงเลี้ยงเห็นว่า การแพร่ภาพรายการนั้นเป็นการดึงดูดลูกค้าเข้าร้านและเจ้าของกิจการก็ได้รวมคำนวณค่าใช้จ่ายการแพร่ภาพรายการนั้นในร้านเป็นต้นทุนของกิจการด้วย ก็ถือได้ว่าเป็นการดำเนินการเพื่อหาผลประโยชน์ในทางการค้าแล้ว

สถานที่รับชมและหรือฟังหรือที่ที่ตั้งของเครื่องขยายเสียง, อุปกรณ์รับสัญญาณดาวเทียม, จอโทรทัศน์, จอภาพยนตร์ ไม่จำกัดต้องเป็นสาธารณะหรือที่พักอาศัยส่วนบุคคล เช่น โรงแรม, ห้องอาหาร, เครื่องบิน, ร้านค้า หรือภายในบ้านพักอาศัย เช่น นาย ก. เป็นสมาชิกของบริษัทเคเบิลทีวี หรือ นาย ข. เป็นผู้มีงานรับสัญญาณดาวเทียมพร้อมอุปกรณ์ถอดรหัสติดตั้งรับสัญญาณอยู่ภายในบ้าน และได้จัดให้ประชาชนเข้าชมและหรือฟังรายการที่ส่งผ่านสัญญาณมาตามสายเคเบิลหรือผ่านดาวเทียมมายังผู้รับโดยตรง โดยมีการเรียกเก็บค่าเข้าชมและหรือค่าเข้าฟังจากประชาชนผู้มาชมและหรือฟัง เช่นนี้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ กฎหมายพิจารณาที่การกระทำนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์ อันเป็นการขัดต่อการแสวงประโยชน์ของผู้แพร่เสียงแพร่ภาพเป็นสำคัญ

ดังนั้นจึงแตกต่างจากบทบัญญัติในอนุสัญญากรุงโรมและอนุสัญญากรุงเบอร์น ในอนุสัญญากรุงเบอร์น (ค.ศ.1971) Article 11 bis para (1) (iii)⁵⁶, อนุสัญญากรุงโรม Article 13 (d) ต่างบัญญัติคล้ายกันว่าต้องเป็นการเผยแพร่ต่อสาธารณชน (communication to the public) อันเป็นองค์ประกอบสำคัญของการแพร่เสียงแพร่ภาพ ใน Guide to the Berne Convention⁵⁷ ได้อธิบาย Article 11 bis para (1) (iii) ว่า การเผยแพร่สู่สาธารณชน โดยเครื่องขยายเสียง, ในทางโทรทัศน์, จอโทรทัศน์ หรือ จอภาพยนตร์ ต้องตั้งในที่สาธารณะ เช่น โรงแรม, เครื่องบิน, ร้านค้า เป็นต้น เช่นเดียวกับ Article 15 (d) ของอนุสัญญากรุงโรมบัญญัติไว้ชัดเจนว่า “the communication to the public of their television broadcasts if such communication is made in places accessible to the public

⁵⁶ อนุสัญญากรุงเบอร์น Article 11 bis para (1) (iii) บัญญัติว่า “การเผยแพร่ต่อสาธารณชน โดยเครื่องขยายเสียงหรืออุปกรณ์ในทางอื่นใดเท่ากับที่ใช้ส่งสัญญาณ, เสียงหรือภาพ

⁵⁷ WIPO, Guide to the Berne Convention of the protection of literary and artistic works,

against payment of an entrance fee” ลักษณะการละเมิดใน Article 13 (d) ต้องเป็นการสื่อสารเช่นว่านั้นได้จัดทำขึ้นใน สถานที่ซึ่งสาธารณชน จะเข้าชมได้ก็ต่อเมื่อมีการจ่ายค่าเข้าชมเท่านั้น

5.3.2.2) การละเมิดลิขสิทธิ์โดยทางอ้อม เป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ที่เจ้าของลิขสิทธิ์ ควรจะได้จากงานสร้างสรรค์ที่ทำหรือทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของเขา และจะต้องเป็นผลประโยชน์ที่บุคคลอื่นได้ไปโดยรู้ว่าเป็นผลประโยชน์ที่เกิดจากที่สร้างขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นนั้น หมายความว่า การละเมิดทางอ้อมนั้นเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับสิ่งเป็นผลจากการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นมาแล้ว พรบ.ลิขสิทธิ์พ.ศ.2537 มาตรา 31 บัญญัติว่า “ ผู้ใดรู้อยู่แล้วหรือมีเหตุอันควรรู้อย่างใดได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้แก่งานนั้นเพื่อหากำไร ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์

(1) ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือ เสนอให้เช่าซื้อ

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน

(3) แจกจ่ายในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์

(4) นำหรือส่งเข้ามาในราชอาณาจักร

การละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 31 นี้ มิใช่เป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงเหมือนในมาตรา 29 แต่ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้เพื่อลงโทษบุคคลอื่นที่ร่วมมือให้ความช่วยเหลือในการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยวิธีที่กฎหมายระบุไว้ เป็นการป้องกันมิให้เกิดเหตุชักจูงใจผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์ ในเมื่อไม่มีผู้ร่วมมือคอยช่วยเหลือ การละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยวิธีที่กฎหมายระบุไว้ เป็นการป้องกันมิให้เกิดเหตุชักจูงใจผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์ ในเมื่อไม่มีผู้ร่วมมือคอยช่วยเหลือ การละเมิดลิขสิทธิ์ก็จะน้อยลง การละเมิดโดยทางอ้อมเป็นการลงโทษผู้ที่ช่วยขาย แจกจ่าย ให้เช่า ฯลฯ ซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น⁵⁸

เจตนารมณ์ของการละเมิดทางอ้อม มาตรา 31 วรรคแรก บัญญัติว่า “ผู้กระทำรู้อยู่แล้วหรือมีเหตุอันควรรู้อย่างนั้นเป็นงานที่สร้างขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น และกระทำใน (1) - (4) ต้องทำไปเพื่อหากำไร” พฤติกรรมที่จะทำให้ผู้กระทำ

⁵⁸ ไซยศ เหมะรัชตะ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 172.

ละเมิด ประการแรก ได้มีการโฆษณางานนั้นว่างานนี้ผู้ใดเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์, เจ้าของต้องการสงวนลิขสิทธิ์ เช่นนี้แม้ผู้กระทำจะไม่รู้ แต่โดยข้อเท็จจริงปรากฏชัดว่า มีการโฆษณางานนั้นอยู่ทั่วไป

ประการที่สอง ได้มีการเขียนไว้ในงานว่า สงวนลิขสิทธิ์ กล่าวคือถ้าเจ้าของงานแพร่เสียงแพร่ภาพได้แพร่รายการออกทางโทรทัศน์และได้ปรากฏอักษรซึ่งอยู่ในวงกลม © อยู่ในมุมของจอโทรทัศน์ หรือ ในตอน Title และตอนจบของรายการได้เขียนว่ารายการนี้ใครเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และขอสงวนลิขสิทธิ์ไว้ เช่นนี้แล้วผู้กระทำละเมิดก็ควรจะรู้ว่างานนั้นเป็นงานที่มีลิขสิทธิ์

เงื่อนไขการละเมิดทางอ้อม ในเรื่องการกระทำละเมิดใน (1)-(4) ต้องทำไป “เพื่อกำไร” ในที่นี้คณะกรรมการร่างกฎหมายให้หมายความถึง ได้ประโยชน์ ไม่ได้หมายความว่าในเชิงของการที่จะเป็นกำไร บางกรณีผู้กระทำละเมิดได้วางแผนที่จะขาดทุน เพื่อที่จะได้รับประโยชน์ตอบแทนทางการค้าในลักษณะอื่นก็คงจะได้ แม้ว่าในส่วนของกิจการงานลิขสิทธิ์เองอาจจะขาดทุน ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา นี้ ต้องกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังนี้

(1) ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า ให้เช่าซื้อหรือเสนอให้เช่าซื้อ ในต่างประเทศเช่นประเทศอังกฤษถือว่า เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของในประเทศ บัญญัติไว้ใน section.23 (b) of The Copyright, Designs and Patents Act 1988 ⁵⁹ ตามมาตรา 31 (1) นี้ เพียงแต่มีการเสนอขาย เสนอให้เช่าหรือเสนอให้เช่าซื้อ ก็ถือเป็นการละเมิดแล้ว พรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ได้เพิ่มเติมถ้อยคำ “มีไว้เพื่อขาย” เนื่องจากคณะกรรมการร่างเล็งเห็นว่า จะกล่าวไว้แต่เฉพาะ “ขาย” จะเอาผิดฐานละเมิดได้เฉพาะกรณีที่กำลังจะซื้อขายกัน คือ มีการโอนกรรมสิทธิ์และจ่ายเงินให้เท่านั้น แต่ถ้าได้บัญญัติ “มีไว้เพื่อขาย” จะสามารถครอบคลุมการกระทำละเมิดในลักษณะผู้กระทำมีงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์นั้นอยู่ในสต็อก และเป็นที่น่าชัดว่าได้ทำเป็นธุรกิจการค้า

⁵⁹ The Copyright, Designs and Patents Act 1988 in Section.23: The copyright in a work is infringed by a person who, without the licence of the copyright owner, passes in the course of business (a); or sells or lets for hire, or offers or exposes for sale or hire (b).

สำหรับในงานแพร่เสียงแพร่ภาพก็อาจมีการทำเลเมิดในลักษณะนี้ได้ โดยการบันทึกงานแพร่เสียงแพร่ภาพหรืองานกระจายที่ส่งสัญญาณผ่านดาวเทียมหรือส่งกระจายสัญญาณมาตามสายเคเบิล และมาจัดทำเป็นโสตทัศนวัสดุหรือสิ่งบันทึกเสียง ซึ่งก็เป็นการทำเลเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 29 งานดังกล่าวจัดเป็นงานทำเลเมิดลิขสิทธิ์ เมื่อบุคคลใดรู้หรือควรจะรู้ถึงงานนี้ทำโดยทำเลเมิดลิขสิทธิ์ของผู้แพร่เสียงแพร่ภาพแล้วนำมา ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือเสนอให้เช่าซื้อเพื่อกำไร เช่นนี้ก็ถือว่าเป็นการทำเลเมิดทางอ้อมตามมาตรา 29 แล้ว

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน พิจารณาตามมาตรา 4 หมายความว่า ทำให้ปรากฏต่อสาธารณชน โดยการแสดง การบรรยาย การพูด การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียงและหรือภาพ การก่อสร้าง การจำหน่าย หรือโดยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น

ในเรื่องการเผยแพร่ต่อสาธารณชน กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย พ.ศ.1988 บัญญัติเกี่ยวกับอุปกรณ์เครื่องมือที่ทำให้งานทำเลเมิดลิขสิทธิ์ถูกเผยแพร่ต่อสาธารณชน เป็นการทำเลเมิดทางอ้อม ใน Section.26⁶⁰ บัญญัติว่า งานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งถูกทำเลเมิดโดยเผยแพร่ต่อสาธารณชน หรือโดยการเช่า หรือ แสดงงานต่อสาธารณชนโดยอุปกรณ์เล่นและบันทึกเสียง หรือ แสดงภาพยนตร์หรือวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์ในการรับภาพหรือเสียง ตลอดจนบุคคลต่อไปนี้จะต้องรับผิดชอบในการทำเลเมิด (1) บุคคลผู้จัดหาอุปกรณ์เครื่องมือ (2) ผู้ครอบครองบ้านได้ให้อนุญาตให้นำอุปกรณ์เครื่องมือมาสู่บ้านตน (3) บุคคลผู้จัดหาสำนักงานบันทึกเสียงหรือภาพยนตร์ที่ทำเลเมิดลิขสิทธิ์และได้บัญญัติเกี่ยวกับการรับสัญญาณโดยอัตโนมัติ ใน section 297 - 299 ตัวอย่างเช่น ความผิดขายอุปกรณ์ถอดรหัสสัญญาณ (decoder) โดยมีได้รับอนุญาต (section.297 A มีบัญญัติสอดแทรกอยู่ใน Broadcasting Act 1990 ใน section179(1)) นอกเหนือจากนั้นได้บัญญัติห้ามขาย decoder ที่ใช้ในต่างประเทศโดยไม่ได้รับอนุญาต (ในคดี BBS Enterprises Ltd. V Hi-tech xtravision Ltd.:(1990) ที่น่าสังเกตนั้นกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยเห็นว่าสิทธินี้

⁶⁰ Ibid, Section.26.

ไม่ใช่ “ลิขสิทธิ์” โดยแท้ แต่น่าจะเป็นสิทธิเฉพาะตัวแบบใหม่ (sui generis) ที่จะป้องกันการ
ขายอุปกรณ์ที่สามารถควบคุมจัดการงานลิขสิทธิ์ที่มีการเข้ารหัสสัญญาณไว้ (encrypted)⁶¹

ใน section.297 A (1) บัญญัติว่า บุคคลผู้ทำ, นำเข้า,
ขายหรืออนุญาตให้เช่าอุปกรณ์ถอดรหัสสัญญาณ (decoder) มีความผิดและรับผิดลงโทษ
ปรับไม่เกิน ระดับ 5 ของเกณฑ์ลงโทษ และ S.297 A (2) ให้จำเลยยกข้อต่อสู้พิสูจน์ว่า ตน
ไม่รู้หรือไม่เหตุควรจะรู้ว่า Decoder เป็น Decoderไม่รับอนุญาต กฎหมายบัญญัติให้ความ
หมายของอุปกรณ์ถอดรหัสสัญญาณ (decoder) ว่าเป็นอุปกรณ์ซึ่งถูกออกแบบหรือดัดแปลง
ทำให้การแพร่กระจายสัญญาณเข้ารหัสไว้ถูกถอดออก (on encrypted transmission to be
decoded) “ การแพร่กระจายสัญญาณ ” (transmission) หมายถึง รายการต่าง ๆ รวมถึง
บริการแพร่เสียงแพร่ภาพ หรือรายการเคเบิลทีวี ซึ่งถูกส่งกระจายจากสถานที่ภายใน
ประเทศอังกฤษ และไม่ได้รับอนุญาต ในส่วนของ “อุปกรณ์ถอดรหัสสัญญาณ” (decoder)
หมายถึง เครื่องถอดรหัสสัญญาณจะทำให้การส่งกระจายสัญญาณที่เข้ารหัส (encrypted)
ปรากฏโดยการถอดรหัส โดยปราศจากการจ่ายค่าธรรมเนียม โดยบุคคลได้ทำการส่ง
กระจายสัญญาณหรือใครที่เก็บค่าบริการในการชมหรือบริการอื่นซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของลักษณะ
การกระทำนั้น (S.297 A (3))

บทบัญญัติที่ควบคุมความเสียหายจากการใช้อุปกรณ์ถอด
รหัสสัญญาณรายการที่ encrypted ไว้ ใช้อุปกรณ์โดยไม่ได้รับอนุญาต และไม่ได้จ่ายค่า
บริการสำหรับงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น⁶²

เนื่องจากประเทศอังกฤษได้เล็งเห็นวาทะเทคโนโลยีการแพร่
เสียงแพร่ภาพได้เจริญรุดหน้าไปอย่างรวดเร็ว ความผิดอันเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ตาม
แพร่เสียงแพร่ภาพจึงมีความหลากหลาย กฎหมายลิขสิทธิ์ของอังกฤษได้พยายามออก
กฎหมายคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ให้ครอบคลุมที่สุด ได้บัญญัติให้อุปกรณ์ถอดรหัส
สัญญาณโดยไม่ได้รับอนุญาต (unauthorised decoder) เป็น “apparatus” อย่างหนึ่งที่ทำให้
งานละเมิดลิขสิทธิ์ถูกเผยแพร่ต่อสาธารณชน จัดเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ทางอ้อม เนื่องจาก

⁶¹ Michael Edenborough, Intellectual Property Law (London: Cavendish Publishing Limited, 1995), P.89 - 90.

⁶² Nicholas Rerille, Broadcasting the New Law (London: Dublin & Edinburgh, 1991), P.98

เกิดกรณีที่มีบริษัทผลิต decoder ขึ้นจำหน่ายแก่บุคคลทั่วไป (Hi-Tech Xtravision Ltd.(1990)) และ decoder ดังกล่าว สามารถถอดรหัสสัญญาณที่ตั้งโดยบริษัท BBC Enterprises Ltd. บริการส่งสัญญาณผ่านดาวเทียมไปยังประเทศในกลุ่มประชาคมยุโรป “ศาลของประเทศ อังกฤษตัดสินว่าผิดตาม S 298 of 1988 Act บุคคลผู้เก็บค่าบริการในการส่งรายการหรือส่ง กระจายสัญญาณที่เข้ารหัสสัญญาณไว้ มีสิทธิที่จะไม่ให้ทำ ออกแบบอุปกรณ์ใดเพื่อใช้โดย บุคคลที่ไม่ได้รับอนุญาตให้รับสัญญาณดังกล่าว”⁶³

ในขณะที่ประเทศไทยเองได้มีเทคโนโลยีแพร่เสียงแพร่ภาพ แบบบอกรับสมาชิก โดยใช้ระบบ Direct to Home (DTH) สมาชิกผู้รับจะมีอุปกรณ์งานรับ สัญญาณดาวเทียมและอุปกรณ์ถอดรหัสสัญญาณ (decoder) หากเกิดกรณีเช่น บุคคลใด ได้นำเข้า หรือผลิต decoder ขึ้นจำหน่ายแก่บุคคลทั่วไป บริษัทเจ้าของกิจการเคเบิลทีวีหรือผู้ แพร่เสียงแพร่ภาพของเอกชนยอมเสียประโยชน์ ด้วยเหตุที่อุปกรณ์ถอดรหัสสัญญาณดัง กล่าวทำให้ผู้รับสัญญาณสามารถชมและหรือฟังรายการที่ได้ encrypted ไว้ โดยไม่ต้องจ่าย ค่าตอบแทน ได้แก่ ผู้แพร่เสียงแพร่ภาพ จึงไม่สามารถกำหนดความรับผิดชอบแก่บุคคลเหล่านั้นทางกฎหมายลิขสิทธิ์ เนื่องจาก decoder ไม่ใช่งานแพร่เสียงแพร่ภาพตามความหมายใน มาตรา 4 อีกทั้งกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยเองก็ได้กำหนดให้ “อุปกรณ์เครื่องมือที่จะทำให้งาน ละเมิดลิขสิทธิ์ถูกเผยแพร่ต่อสาธารณชน เป็นการกระทำละเมิดทางอ้อม” ซึ่งจะเป็นปัญหา ต่อไปเนื่องจากความไม่ชัดเจนของกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย

ในส่วนความผิดฐานนี้จะคล้ายกับความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง ในมาตรา 29 (2) (3) เป็นการรับสัญญาณงานแพร่เสียงแพร่ภาพ ไม่ว่าจะรับสมาชิก หรือลักลอบดังสัญญาณก็ตาม เมื่อกระทำการแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำหรือจัดให้ประชาชนฟัง และหรือชมงานแพร่เสียงแพร่ภาพ เป็นลักษณะของการนำงานออกเผยแพร่ต่อสาธารณชน สำหรับการแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ แม้ไม่มีผลประโยชน์อื่นทางการค้าก็ผิดฐานละเมิดโดยตรง ส่วนความผิดในมาตรา 29 (3) คล้ายมาตรา 31 (2)มาก ลักษณะคล้ายกันคือเป็นลักษณะ การเผยแพร่ต่อสาธารณชน และต้องมีผลประโยชน์อื่นทางการค้า ทำให้การบังคับกฎหมาย ในทางปฏิบัติของมาตราทั้งสองซ้ำซ้อนกัน

⁶³ Ibid, P.99.

(3) แจกจ่ายในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ การแจกจ่ายตามมาตรานี้ต้องเป็นการแจกจ่ายในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ แต่ถ้าเป็นไป “เพื่อหากำไร” และความเสียหายนั้น ผู้แจกจ่ายได้รู้หรือควรจะรู้ว่าจะเกิดขึ้นได้หรือไม่ เช่นการนำสเตทส์คนวัสดุที่บันทึกงานแพร่เสียงแพร่ภาพโดยละเมิดในมาตรา 29 (1) มาแจกในงานการกุศล หรือกุศลสาธารณะ แต่จะต้องเป็นการแจกจ่ายในลักษณะที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย หากเป็นการแจกจ่ายเล็กน้อย เช่น แจกกันในบ้านก็ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่หากเป็นการแจกจ่ายเป็นจำนวนมากพอที่จะถือว่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ เช่น แจกลูกค้ำที่มากอุดหนุนร้าน และก็เป็นลักษณะการทำให้ “เพื่อหากำไร” ดังได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่า “กำไร” ในที่นี้หมายถึง ประโยชน์ การแจกแถม เป็นการวางแผนทางการตลาดอย่างหนึ่งยอมขาดทุนเพื่อที่จะได้ผลประโยชน์ทางการค้าในลักษณะอื่น เช่น ทำให้ดึงดูดลูกค้า เพื่อแข่งขันกับร้านค้าใกล้เคียง

อย่างไรก็ตามการแจกจ่ายในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในประการแรกต้องเป็นความเสียหายแก่การคุ้มครองที่เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นมีอยู่ตามมาตรา 15 และมุ่งเน้นในทางทำมาหาได้จากลิขสิทธิ์ของเขาเป็นสำคัญ ประการต่อมาถ้าเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นมิใช่ผู้สร้างสรรค์งานและการจ่ายแจก ตามมาตรา 31 (3) ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ แต่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้สร้างสรรค์งานนั้น กรณีนี้ผู้สร้างสรรค์ต้องไปว่ากล่าวเอาตามมาตรา 16 มิใช่ในมาตรา 31⁶⁴

(4) นำหรือส่งเข้ามาในราชอาณาจักร ความผิดฐานนี้มีเงื่อนไขคือ เพื่อหากำไรแทน และของที่ส่งหรือนำเข้ามานั้น จะต้องเป็น “งานสร้างสรรค์” ที่ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น ผู้กระทำจะต้องรู้อยู่แล้วหรือมีเหตุอันควรรู้ว่าเป็นงานที่ได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นด้วย ซึ่งเป็นหน้าที่ของโจทก์ต้องพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำโดยรู้หรือควรรู้ทั้งนั้น ปัญหาทางปฏิบัติที่โจทก์จะต้องพิสูจน์ถึงเจตนาของจำเลยว่าทราบข้อเท็จจริง หรือไม่ว่างานนั้นเป็นการกระทำโดยละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ เพราะงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ที่นำหรือส่งเข้ามานั้นจะเป็นงานที่ผลิตจากต่างประเทศ ซึ่งจำเลยอาจจะไม่ทราบถึงงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ได้ แต่ถ้าโจทก์พิสูจน์ได้ว่าก่อนฟ้องได้ยื่นคำทักท้วงไปยัง

⁶⁴ สมพร พรหมพิตราร, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ลิขสิทธิ์ หน้า 70.

จำเลยแล้วว่างานนั้นละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ หรือ ได้ประกาศให้ทราบโดยทั่วไปแล้วว่างานนั้นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้บอกกล่าวสงวนลิขสิทธิ์การนำเข้า ซึ่งสิ่งของที่ตนมีลิขสิทธิ์ในประเทศอยู่แล้ว หรือ โดยปกติทั่วไปของธุรกิจประเภทนี้เป็นที่คาดหมายได้ในระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องในการค้าว่าใครเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ จึงเป็นหลักฐานที่เพียงพอแล้วว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า ลักษณะความผิดละเมิดทางอ้อมนั้น ต้องเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับสิ่งที่เป็นผลจากการละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้นต้นมาแล้วในมาตรา 29 ลักษณะการกระทำความผิดทางอ้อมในมาตรา 31 (4) นี้ จะเป็นการนำหรือส่งงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในมาตรา 29 เข้ามาในราชอาณาจักร ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่างานละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงในมาตรา 29 (2), (3) เป็นลักษณะของการแพร่กระจายสัญญาณไปในอากาศ ผู้กระทำละเมิดไม่อาจจะก่อความผิดในลักษณะนำหรือส่งงานเข้ามาในราชอาณาจักรได้ จะกระทำได้คงมีเพียงการบันทึกงานละเมิดนั้น ๆ เป็นสื่อทัศนวัสดุ ตามมาตรา 29 (1) แล้วส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักร

เกี่ยวกับตัวบทกฎหมาย ในเรื่องการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของไทยนั้น ยังไม่สามารถเอาความผิดกับผู้กระทำบางลักษณะได้ เนื่องจากยังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ตัวอย่างเช่น

ก. ผู้ใช้งานอันละเมิดลิขสิทธิ์ เช่นกรณีการกระทำของ Cable Distributor ที่กระทำตัวเป็น “เอเยนต์เลื่อน” รับสัญญาณที่แพร่เสียงแพร่ภาพจาก Primary Station แล้วแพร่กระจายสัญญาณไปตามสายไปสู่ผู้รับชมใน “คอนโดมิเนียม”, “แฟลต”, และ “อพาร์ทเมนท์” โดยมีได้รับอนุญาตจากเจ้าของงานลิขสิทธิ์ ผู้รับชมงานในที่อยู่อาศัยดังกล่าวเป็นผู้ใช้งานอันละเมิดลิขสิทธิ์หรือกรณีผู้ลักลอบรับสัญญาณที่ส่งกระจายมาโดยผู้แพร่เสียงแพร่ภาพ เพื่อใช้ชมส่วนตัว เป็นต้น

ข. ผู้ผลิต, นำเข้า, หรือส่งออก, ขาย, ให้เช่า อุปกรณ์เครื่องมือที่ทำให้งานละเมิดลิขสิทธิ์ถูกเผยแพร่ต่อสาธารณชน เช่น ผู้ผลิต, ขาย, นำเข้า, ส่งออกและให้เช่าอุปกรณ์รับสัญญาณดาวเทียม, อุปกรณ์ถอดรหัสสัญญาณ (decode) เป็นบุคคลที่สนับสนุนให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ทางอ้อม เพราะถือว่าการแพร่กระจายงาน

ออกสู่สาธารณชนเพิ่มมากขึ้น สำหรับประเทศไทยนั้นยังไม่มีกรอบบัญญัติให้ลักษณะการทำ
ละเมิดทางอ้อม ครอบคลุมถึงอุปกรณ์ที่ใช้ในการทำละเมิดด้วย

5.3.3) ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

เนื่องจากปรัชญาแห่งลิขสิทธิ์ คือ การให้ความคุ้มครองแก่ผู้
สร้างสรรค์ เมื่อมีผู้ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกโฆษณา โดยมีได้รับอนุญาตจากผู้สร้างสรรค์ ก็
ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้สร้างสรรค์ แต่ขณะเดียวกันงานอันมี
ลิขสิทธิ์นั้นมักเป็นงานที่ก่อให้เกิดความเจริญอกงามแก่สังคม เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน
ดังนั้น เพื่อให้งานเหล่านั้นแพร่หลายไปในสังคมบ้าง จึงจำเป็นต้องกำหนดข้อยกเว้นของการ
ละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ เพื่อให้ความคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณะหรือให้บุคคลอื่นซึ่งใช้สิทธิโดย
สุจริตในการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญา ให้ได้รับความคุ้มครองจากความผิดฐาน
เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ จึงมีหลักเกณฑ์ให้การกระทำบางอย่างไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์
กล่าวคือ มาตรา 32 บัญญัติให้การกระทำแก่งาน อันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตาม พรบ.นี้
หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติโดยเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่
กระทบกระเทือนสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการ
ละเมิดลิขสิทธิ์ และการกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ในลักษณะต่อไปนี้มีให้ถือว่าเป็นการละเมิด
ลิขสิทธิ์

5.3.3.1) วิจัย หรือ ศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อ
หากำไร (มาตรา 32 (1))

การใช้รายการที่แพร่เสียงแพร่ภาพของสถานีโทร
ทัศน์เพื่อวัตถุประสงค์ในการวิจัยและศึกษางาน ไม่ว่าจะในรูปแบบการถ่ายทอดผ่านดาว
เทียมหรือเคเบิลทีวี จะต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อแข่งขันกับเจ้าของงานที่นำมาวิจัยหรือศึกษา
นั้น การวิจัยหรือศึกษาได้แก่การค้นคว้า วิจัยและสรุปผลออกมาว่างานสร้างสรรค์ที่ได้ดี
เลวอย่างไร สมประโยชน์ประการใดหรือไม่ ซึ่งจะต้องกระทำการด้วยวิจยญาณอันเที่ยง
ธรรม เพื่อว่าได้ความรู้ใหม่จากการวิจัย หรือ ศึกษางานสร้างสรรค์นั้น ๆ ถ้าได้กระทำตาม

แนวนี้อยู่ไม่เข้าลักษณะสร้างงานซ้ำ หรือดัดแปลงงานของผู้สร้างสรรค์เดิมอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของเขา⁶⁵

5.3.3.2) ใช้เพื่อประโยชน์ของงานเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเอง และบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติมิตร (มาตรา 32 (2))

เช่นการรับรายการที่แพร่เสียงแพร่ภาพของผู้แพร่เสียงแพร่ภาพ ไม่ว่าจะผ่านดาวเทียมหรือผ่านเคเบิล เพื่อใช้ดูส่วนตัว หรือการแพร่เสียงแพร่ภาพโดยเดินสายเคเบิลไปตามห้องต่าง ๆ ภายในบ้าน เป็นการถ่ายทอดที่กระทำในบ้านพักอาศัยหรือบ้านผู้อยู่อาศัยเพื่อการรับชมส่วนตัวภายในครัวเรือน โดยมีได้เก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าชม ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม เป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ในอนุสัญญาระหว่างประเทศได้กล่าวถึงการใช้งานลิขสิทธิ์ทางส่วนตัว เช่น อนุสัญญากรุงโรม Article 15.1 (a) บัญญัติยินยอมให้ใช้งานลิขสิทธิ์เพื่อวัตถุประสงค์ในทางส่วนตัว คือ เป็นการไม่มีใช้เพื่อสาธารณะหรือหวังกำไร เช่นการใช้ส่วนบุคคลโดยการบันทึกเป็นโฮตทัศน์วีดี จากงานแพร่เสียงแพร่ภาพและเปิดดูภายในบ้าน แต่ในขณะที่อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน (1971) บทบัญญัติข้อยกเว้นในเรื่องการใช้ประโยชน์ส่วนตัวยังคงเป็นปัญหา เป็นการได้รับอนุญาตเกินสมควร เกิดความเสียหายกับผลประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์⁶⁶ เนื่องจากใน Article 9 (2) ของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินนั้น บัญญัติถึงการทำซ้ำในกรณีพิเศษจะต้องไม่เป็นการกระทำที่ขัดแย้งกับผลประโยชน์ตามปกติที่ได้รับจากงานลิขสิทธิ์นั้น และจะต้องเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์อย่างมีเหตุมีผลสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผลประโยชน์ตามกฎหมายของผู้สร้างสรรค์ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ตามอนุสัญญาทั้งสองฉบับจะเห็นว่า การบันทึกเป็นงานโฮตทัศน์วีดี จากงานแพร่เสียงแพร่ภาพ เพื่อใช้ในทางส่วนตัวด้วยเครื่องบันทึกวีดีโอ หรือการแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำภายในที่อยู่อาศัย ด้วยอุปกรณ์รับสัญญาณดาวเทียม เพื่อรับสัญญาณที่ส่งผ่านดาวเทียมและอุปกรณ์ในสัญญาณเคเบิลทีวี ปัจจุบันอุปกรณ์ดังกล่าวที่ขายอยู่ทั่วไปอันจะประกอบไปด้วย ชุดเสาอากาศ, LBN (สำหรับในประเทศไทยจะเป็นของบริษัท แคลิฟอร์เนีย แอมพลิฟายเออร์) และอุปกรณ์ขยายสัญญาณด้วยอุปกรณ์ดังกล่าวนี้ ประชาชนทั่วไปสามารถรับสัญญาณได้โดยไม่ขอรับเป็นสมาชิกกับเจ้าของกิจการเคเบิลทีวีแต่

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 93.

⁶⁶ Stephen M. Stewart, *International Copyright and Neighbouring Right*, P.250.

อย่างไรก็ดี จะเห็นได้ว่าการกระทำดังกล่าวแม้จะเป็นการกระทำเพื่อใช้ส่วนตัว แต่เป็นการกระทำที่ขัดแย้งกับผลประโยชน์ตามปกติที่ผู้สร้างสรรค์ควรจะได้รับ รวมทั้งเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายกับผลประโยชน์ตามกฎหมายของผู้สร้างสรรค์ เพราะการบันทึกงานแพร่เสียงแพร่ภาพจัดทำเป็นสื่อทัศนวัสดุ หรือการลักลอบรับชมงานแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านดาวเทียมหรือเคเบิลภายในบ้าน เป็นการกระทำที่มีลักษณะทั่วไปอย่างกว้างขวาง ปัญหาดังกล่าวจึงนำไปสู่การจัดตั้งองค์การบริหารการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ เพื่อเก็บรวบรวมและแจกจ่ายค่าตอบแทนที่ได้รับจากการใช้งานแพร่เสียงแพร่ภาพ ให้แก่เจ้าของงานลิขสิทธิ์และผู้สร้างสรรค์

แม้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือ เพื่อประโยชน์ของตนเอง และบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติมิตร โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นี้เป็นข้อที่ประเทศส่วนมากถือปฏิบัติอยู่ อีกทั้งในตัวอรรถกถาหมายลิขสิทธิ์สำหรับประเทศที่กำลังพัฒนา (Tunis model law on copyright for developing countries) ซึ่งประเทศสมาชิกของ WIPO และ UNESCO ร่วมกันจัดทำขึ้นที่เมือง Tunis ประเทศตูนีเซีย ก็กำหนดในมาตรา 7 (i)⁵⁷ ดังนี้ ในกรณีงานที่ได้โฆษณาทั้งหมดแล้ว

(a) การทำซ้ำ การแปล การดัดแปลง การจัดเรียงเรียงหรือการเปลี่ยนแปลงรูปแบบอย่างอื่นแห่งงานนั้นเพียงเฉพาะเพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัวแต่สำหรับประเทศไทยนั้น ความเจริญทางเทคโนโลยีการสื่อสารในปัจจุบัน ประเทศไทยได้เป็นมากกว่าผู้บริโภคงานดังกล่าว สามารถเป็นผู้ผลิตงานแพร่เสียงแพร่ภาพออกสู่ต่างประเทศ เช่น ประเทศใกล้เคียงในแถบเอเชีย เกิดธุรกิจการแข่งขันระหว่างองค์กรผู้ประกอบการประเภทเดียวกันขึ้นในประเทศไทยมากมาย เพื่อมิให้เสียประโยชน์ของเจ้าของงานลิขสิทธิ์หรือผู้แพร่เสียงแพร่ภาพต่อไปในอนาคต ประเทศไทยควรจะมีการจัดตั้งองค์การบริหารการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ เป็น

⁵⁷ ดู Tunis model law on Copyright for developing countries ใน SECTION 7 (Fair use)

Notwithstanding Section the following uses of a protected work, either in the original language or in translation, are permissible without the author's consent:

(i) in the case of any work that has been lawfully published .

(a) the reproduction, translation, adaptation, arrangement or other transformation of such work exclusively for the user's own personal and private use;

ตัวแทนของเจ้าของสิทธิ เพื่อรักษาประโยชน์ของเจ้าของสิทธิ ป้องกันมิให้เกิดกระทำใดในลักษณะที่เป็นขัดกับการแสวงหาผลประโยชน์ของเจ้าของสิทธิ

5.3.3.3) ดิจิม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความ เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น (มาตรา 32 (3))

ตัวอย่างการดิจิมทางโทรทัศน์ที่มีภาพออกมาด้วย โดยมี พิธีกรกับผู้ทรงคุณวุฒิร่วมกับดิจิมรายการใดรายการหนึ่ง และมีการเอารายการนั้น ๆ มา ออกรายการเพื่อดิจิม วิจารณ์ ซึ่งภาพนั้น โดยมีการรับรู้ถึงความมีลิขสิทธิ์ในงานนั้นอาจจะ มีการบรรยายได้ภาพว่า เป็นลิขสิทธิ์ของใคร ของสถานีโทรทัศน์ช่องใดหรือบริษัทใด ไม่ถือว่าเป็น การละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ทั้งนี้การวิจารณ์,ดิจิม,แนะนำผลงาน ต้องมีขอบเขตโดยพิจารณา ถึงความสุจริตใจของผู้วิจารณ์นั้นด้วย ถ้าแก้งวิจารณ์หรือดิจิมงานงานของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น ด้อยคุณค่าลงไป เช่น การแสดงเช่นนี้ไม่น่าจะเป็นแชมป์ฟุตบอลโลกได้ อาจจะเข้าลักษณะ เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้

การนำเอาภาพของรายการนั้น ๆ มาออกรายการเพื่อดิจิม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานนั้น ภาพที่นำออกมาแพร่รายการนั้นควรมีอย่างน้อยเพียง ใด เช่น ในการวิจารณ์บางตอน หรือเอาบางส่วนขงรายการมวยช่องหนึ่งออกมา บางครั้ง มีความจำเป็นต้องย่อนให้เห็นในตอนอื่น ๆ ที่มีได้วิพากษ์วิจารณ์ เพื่อให้เห็นถึงที่มาที่ไป อย่างไร เช่นนั้นแล้วต้องพิจารณาถึงหลักลิขสิทธิ์ทั่วไป ในเรื่องความเหมาะสมพอสมควร และต้องพิจารณาถึงเจตนาว่าต้องการที่จะใช้ผลงานของเขาทั้งหมด หรือต้องการที่จะ วิเคราะห์วิจารณ์ต่าง ๆ เช่น ถ้านำเอารายการของคนอื่นมาทั้งหมดเกือบ 90 เปอร์เซ็นต์ และ อีก 10 เปอร์เซ็นต์ พิธีกรพูดวิจารณ์ในตอนท้าย เช่นนี้ ถือว่าไม่สมควรเจตนาที่จะใช้ผลงาน ของผู้อื่นทั้งหมด หรือกรณีวิจารณ์บางตอน แต่มีความจำเป็นต้องย่อนให้เห็นที่มาที่ไป แต่สุด ท้ายแล้วต้องเอามาทั้งหมด เช่นนี้แล้วอยู่ที่ลักษณะของการนำเสนออาจมีการวิจารณ์ขึ้น กลางสลับกับการนำภาพขงรายการออกมาแพร่ภาพเป็นเช่นนี้ตลอดรายการ เพื่อแสดงให้เห็น ถึงเจตนาที่จะดิจิม วิจารณ์หรือแนะนำผลงาน

5.3.3.4) เสนอรายการข่าวทางสื่อสารมวลชน โดยมีการรับรู้ถึง ความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น (มาตรา 32 (4))

การกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ใดๆก็ตาม เช่น การกระทำ, การดัดแปลง ฯลฯ จะต้องมิวัตถุประสงค์เพื่อเสนอข่าวทางสื่อสารมวลชน ไม่ว่าจะประเภทใดก็ตาม แต่สำหรับกรณีการแพร่เสียงแพร่ภาพเพื่อเสนอรายการข่าวนั้น มีทางวิทยุกระจายเสียงและโทรทัศน์ การเสนอข่าวน่าจะหมายถึง การรายงานให้ประชาชนทราบถึงเรื่องนั้นๆ ในลักษณะข้อเท็จจริง โดยไม่เลือกที่จะเป็นรายงานข่าวของงานประเภทใด เช่น การเสนอภาพศิลปกรรม หรือการก่อสร้างสถาปัตยกรรม ทางวิทยุโทรทัศน์ จะได้รับยกเว้น โดยต้องมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้นด้วย⁶⁸

อย่างไรก็ตาม การเสนอข่าวทางสื่อสารมวลชน จะต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ มิฉะนั้นแล้วจะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตัวอย่างเช่น นำเอาบางส่วนของการเล่นคอนเสิร์ตไมเคิล แจ็คสัน ที่มาแสดงสดในประเทศไทย ออกเสนอเป็นรายการข่าวทางวิทยุและโทรทัศน์ ต้องคำนึงถึงความยาวของการนำเสนอเป็นอย่างไร หากการเล่นคอนเสิร์ตของไมเคิล แจ็คสัน นั้นมีความยาว 2 ชั่วโมง แล้วรายการข่าวทางสถานีวิทยุโทรทัศน์นำมาเสนอถึงครึ่งชั่วโมง เช่นนี้จะเป็นการละเมิดสิทธิของนักแสดงได้ เพราะการกระทำดังกล่าวถือเป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์เกินสมควร และกระทบกระเทือนถึงสิทธิของนักแสดงหรือในกรณีการจัดชกมวยระดับโลกนั้น มักจะใช้เวลาชกไม่กี่นาที ก็สามารถเหินออกคู่ต่อสู้ หากนำภาพการเหินออกคู่ต่อสู้มาเสนอข่าวทั้งหมดภายในไม่กี่นาที หรือจะเอาภาพเพียงไม่กี่วินาทีนำมาเสนอ ก็อาจจะเป็นการละเมิดสิทธินักแสดงได้ ดังนั้นการนำเสนอภาพออกมาเป็นช่วงนั้นต้องคำนึงถึงสัดส่วนของปริมาณงานที่นำเสนอเข้ากับงานทั้งหมดของรายการแพร่เสียงแพร่ภาพ

ในอนุสัญญากรุงโรม Article 15.1 (b) ได้บัญญัติถึงการใช้งานลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง โดยการติดต่อเพื่อรายงานเหตุการณ์ประจำวัน (use of short excerpts in connexion with the reporting of current events) ในบทบัญญัติใช้ถ้อยคำ “excerpt” หมายความว่าต้องเป็นบางส่วน (a part) และส่วนสั้นๆ (a part) เท่านั้น การติดต่อสั้นๆ (Short excerpt) ต้องเป็นการสรุปข่าวนั้นและต้องมีลักษณะเพื่อความจำเป็นในการสนับสนุน (support), เน้น (underline) ลิขสิทธิ์หรือภาพประกอบ (illustrate) ข้อมูล

⁶⁸ ไซยศ เหมะรัชตะ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 187

ข่าว^{๘๙} ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติของอนุสัญญาฉบับนี้สามารถปรับใช้กับหลักกฎหมายในเรื่องยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของไทยได้ นั่นคือ การเสนอข่าวทางสื่อสารมวลชนนั้น จะต้องเป็นการติดต่อบางส่วนสั้น ๆ ของภาพเหตุการณ์นั้น และต้องเป็นเพื่อความจำเป็นในการสนับสนุน, เน้น หรือเป็นภาพประกอบในข้อมูลข่าวเท่านั้น หรืออยู่ในขอบเขตตามสมควรแก่วัตถุประสงค์การรายงานข่าว

เกี่ยวกับการนำงานมาเสนอรายการข่าวเหตุการณ์ประจำวัน โดยต้องอยู่ในขอบเขตตามสมควรแก่วัตถุประสงค์ของการรายงานดังกล่าว มีบัญญัติเช่นเดียวกับอนุสัญญากรุงโรมในตัวอย่างกฎหมายลิขสิทธิ์สำหรับประเทศที่กำลังพัฒนา (Tunis model law on Copyright for developing countries) ในมาตรา 7 (iii) บัญญัติว่า “การกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ในการรายงานเหตุการณ์ประจำวันโดยใช้การถ่ายรูป, การถ่ายภาพยนตร์ หรือเผยแพร่สู่สาธารณชน การทำซ้ำหรือการทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนในขอบเขตตามสมควรแก่วัตถุประสงค์การรายงานดังกล่าว ซึ่งงานใดอันสามารถได้เห็นหรือได้ยินจากเหตุการณ์ประจำวันดังกล่าวนั้น”

5.3.3.5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายหรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว (มาตรา 32 (5))

การที่จะได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น จะเป็นเพียงการทำซ้ำ การดัดแปลง การนำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏเท่านั้น หากเป็นการกระทำอื่นที่มีใช้ 4 ประการนี้ ก็จะไม่ได้รับการยกเว้น และจะต้องมีวัตถุประสงค์ดังกล่าวข้างต้น แต่ไม่จำกัดว่าจะต้อง “ มีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น ” เหมือนมาตรา 32 (3)

^{๘๙} ดู Tunis model law on Copyright for developing countries SECTION 7 (Fair use)

(iii) for the purposes of reporting on a current event by means of photography, cinematography or communication to the public, the reproduction or making available to the public, to the extent justified by the informatory purpose, of any work that can be seen or heard in the course of the said current event ;

และ (4) และมีได้จำกัดไว้ด้วยว่าให้ทำอย่างไร หรือจะต้องให้คำนึงถึงผลกระทบที่จะเกิดแก่
เข้าของลิขสิทธิ์หรือผู้สร้างสรรค์งานนั้นบ้างหรือไม่ด้วย⁷⁰

เป็นที่น่าสังเกตว่า ตามมาตรา 32 (5) หากเป็นการกระทำ
ของเอกชนหรือบุคคลอื่น ๆ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาล หรือเพื่อประโยชน์ของ
พนักงานเจ้าหน้าที่ ก็ได้รับยกเว้น ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เช่นกัน ตัวอย่างเช่น โจทก์ได้ทำ
ซ้ำ หรือดัดแปลง หรือย่องงานอันมีลิขสิทธิ์ เพื่อเป็นพยานอ้างในศาล โดยมีประเด็นสำคัญ
อยู่ที่ว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือของพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งมี
อำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว และในข้อที่ว่า “ซึ่งมี
อำนาจตามกฎหมาย” นั้น เช่น พนักงานตำรวจก็มีอำนาจพิจารณาเปรียบเทียบปรับ หรือ
พนักงานอัยการก็มีอำนาจพิจารณาลำนวนว่าควรฟ้องหรือไม่ฟ้อง มีเอกสิทธิ์ในการสั่งหรือ
กระทำเอง ซึ่งการกระทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดงหรือทำให้ปรากฏต่อสาธารณชน โดยมี
ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ เพื่อใช้เป็นหลักฐานในการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์⁷¹

5.3.3.6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอน
เพื่อประโยชน์ในการสอนของตน อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร (มาตรา 32 (6))

ข้อยกเว้นในเรื่องนี้มักกล่าวถึงในอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน (ค.ศ.1971)
Article 10 bis (2) บัญญัติว่า ข้อจำกัดสิทธิเพื่อการสอนโดยการเป็นภาพประกอบ ซึ่งภาพ
ประกอบสามารถเกิดขึ้นในสิ่งตีพิมพ์, การแพร่เสียงแพร่ภาพ, หรือบันทึกเสียงหรือภาพ
โดยต้องมีเงื่อนไขดังต่อไปนี้

ก. ใช้เพื่อสอน รวมถึงการสอนในทุกระดับ ไม่รวมถึงการศึกษา
นอกโรงเรียน แตกต่างจาก Tunis model law ไม่จำกัดการสอนทางวิชาการอย่างอื่น

ข. ขอบเขตต้องเป็นขอบเขตที่เหมาะสมกับจุดประสงค์

ค. การใช้ต้องสอดคล้องกับธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นธรรม ซึ่งเป็น

⁷⁰ สมพร พรหมนิทรร, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ลิขสิทธิ์ หน้า 94

⁷¹ ไชยยศ เหมะรัชตะ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 188.

ดุลพินิจของศาล ใน Tunis model law มาตรา 7 (i) (C)⁷² บัญญัติว่า “การใช้ประโยชน์แห่งงานนั้นโดยวิธีอธิบายหรือยกตัวอย่าง ซึ่งได้กระทำในสิ่งพิมพ์ในการแพร่เสียงแพร่ภาพหรือในสิ่งบันทึกเสียงหรือภาพ เพื่อการสอนภายในขอบเขตตามสมควร หรือในการบอกแจ้งงานนั้นเพื่อวัตถุประสงค์แห่งการสอน โดยได้กระจายเสียงเพื่อใช้ประโยชน์ในโรงเรียน สถานศึกษา มหาวิทยาลัย และในการฝึกอบรมวิชาชีพ โดยมีเงื่อนไขว่า ได้กระทำตามความเหมาะสมและชอบธรรมโดยได้แสดงการรับรู้ถึงที่มาและชื่อผู้สร้างสรรค์ “ จากบทบัญญัติจะเห็นได้ว่า “ผู้สอน” ไม่จำเป็นต้องเป็นเฉพาะครูหรืออาจารย์ในโรงเรียนหรือมหาวิทยาลัยเท่านั้น แต่น่าจะหมายถึงผู้ที่ทำการแนะนำ ถ่ายทอดวิชาความรู้ให้ในวิชาการอย่างอื่นด้วย เช่น การฝึกอบรมวิชาชีพ เป็นต้น

จากบทบัญญัติของอนุสัญญาและตัวอย่างกฎหมาย จึงพอสรุปหลักเกณฑ์ที่สามารถนำมาปรับใช้ได้เกี่ยวกับการอนุญาตให้ทำซ้ำ, ดัดแปลง นำออกแสดงหรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอน เพื่อประโยชน์ในการสอน ดังนี้

- ก. จะต้องใช้สำหรับโรงเรียน, สถานศึกษาต่าง ๆ
- ข. เป็นการกระทำโดยผู้สอน, ผู้ที่ทำการแนะนำถ่ายทอดวิชาความรู้
- ค. เพื่อประโยชน์ในการสอน ภายในขอบเขตที่เหมาะสมกับจุดประสงค์ตามสมควรและการใช้ต้องสอดคล้องกับธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นธรรม

“สังเกตว่าในมาตรา 32 (6) มิได้กำหนดให้ต้องรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น แต่ต้องคำนึงถึงความเสียหายที่จะเกิดแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย และในถ้อยคำว่า “ นำออกแสดง ” มิได้กล่าวถึงการ “เผยแพร่ต่อสาธารณชน” ดังนั้น การยกเว้นเพื่อการศึกษาคงไม่รวมถึงการนำเอางานแพร่เสียงแพร่ภาพของอื่นทำการกระจายเสียงทางวิทยุหรือโทรทัศน์เพื่อการศึกษาด้วย”⁷³ เช่น การสอนหนังสือโดยอาศัยทั้งทางวิทยุโทรทัศน์ในรูปแบบเดียวกับการเรียนสอนของของมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

⁷² ดู Tunis model law on Copyright for developing countries SECTION 7 (i)

(C) the utilization of the work by way of illustration in publications, broadcasts on sound or visual recordings for teaching, to the extent justified by the purposes of the communication for teaching purposes of the work broadcast for use in schools, education, universities and professional training, provided that such use is compatible with the fair practice and that the source and the name of the author are mentioned in the publication, the broadcast or the recording;

⁷³ สมพร พรหมนิตาร, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ลิขสิทธิ์ หน้า 95.

ผู้เขียนเห็นว่าควรแก้ไขถ้อยคำ “ นำออกแสดง ” แก้ไขเป็น “ เผยแพร่สู่สาธารณชน ” เพื่อให้ผู้สอนสามารถนำงานของเจ้าของลิขสิทธิ์ออกกระจายเสียงทางวิทยุหรือโทรทัศน์ เพื่อประโยชน์ในการสอน เนื่องจากโดยสภาพทางภูมิศาสตร์ นักเรียนส่วนใหญ่อยู่ในพื้นที่ชนบท ทางไกลความเจริญ ผู้สอนไม่อาจออกอากาศเพื่อสอนนักเรียนตามปกติในการเรียนการสอนของโรงเรียนได้ ในกรณีนี้สถาบันการศึกษาของไทยมีความจำเป็นต้องใช้วิธีส่งสัญญาณส่งบันทึกซ้ำที่ตนทำขึ้นไปสู่นักเรียนในพื้นที่ห่างไกล ดังนั้นจึงเป็นความจำเป็นที่ถึงว่าเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์โดยเป็นธรรม ไม่กระทบต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์จนเกินสมควร

ตัวอย่างการใช้รายการที่แพร่เสียงแพร่ภาพของสถานีโทรทัศน์เพื่อวัตถุประสงค์ในทางการศึกษา กรณีสถาบันการศึกษาที่ได้มุ่งหวังเพื่อแสวงหากำไร นำบันทึกรายการที่ออกอากาศ นำมาดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอน เพื่อวัตถุประสงค์ทางการศึกษาหรือเพื่อประโยชน์ผล เช่น โรงเรียนที่อยู่ในห้องที่ห่างไกล ไม่สามารถรับคลื่นรับวิทยุหรือโทรทัศน์ได้ อาจทำซ้ำงานแพร่เสียงแพร่ภาพของสถานีวิทยุหรือโทรทัศน์ได้ แต่ควรได้กระทำหลังจากถ่ายถอดในระยะเวลาที่ไม่นานเกินควร

หรือกรณีผู้สอนได้บันทึกรายการจากสถานีโทรทัศน์ในเวลาเดียวกันกับที่ส่งสัญญาณออกอากาศของสถานีโทรทัศน์แม่ข่าย (หรือ ระบบเคเบิลทีวี) แต่การบันทึกของผู้สอนควรจะทำเพียงครั้งเดียวเพื่อใช้สำหรับการสอนของตนเอง

5.3.3.7) ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงานหรือตัดทอนหรือทำบทสรุปโดยผู้สอนหรือสถาบันการศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร (มาตรา 32 (7)) และการนำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในสอน (มาตรา 32 (8)) ใช้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อ 4.3.3.6 กล่าวคือ

- ก. จะต้องใช้สำหรับในโรงเรียน, สถาบันศึกษาต่าง ๆ
- ข. เป็นการกระทำโดยผู้สอน, ผู้ที่ทำการแนะนำถ่ายทอดวิชาความรู้
- ค. การคัดลอกสำเนา ดัดแปลงบางส่วน of งาน หรือตัดทอนหรือทำบทสรุปหรือรวบรวมประกันเข้า จะต้องเป็นการแจกจ่ายหรือจำหน่าย แก่ผู้เขียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษาเท่านั้น โดยมีข้อจำกัดว่าต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร และจะต้องไม่เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้นหากเป็นความจำเป็นในการศึกษาของประชาชน แต่เป็นการทำให้ประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์เสียหายเพียงเล็กน้อย ก็ถือว่าเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

ในเรื่องการทำซ้ำโดยบรรณารักษ์ของห้องสมุด ตาม มาตรา 34 บัญญัติว่า ภายใต้บังคับการทำซ้ำโดยบรรณารักษ์ของห้องสมุดซึ่งงานอันมี ลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หากการทำซ้ำนั้นมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร ในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) การทำซ้ำเพื่อใช้ในห้องสมุดหรือให้แก่ห้องสมุดอื่น
- (2) การทำซ้ำงานบางตอนตามสมควรให้แก่บุคคลอื่นเพื่อ

ประโยชน์ในการวิจัยหรือการศึกษา

การทำซ้ำตามมาตรานี้เป็นเอกสิทธิ์ของบรรณารักษ์และเจ้าหน้าที่ ยกเว้นเฉพาะ "การทำซ้ำ" เท่านั้น ไม่รวมถึงการดัดแปลงหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน ซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ในห้องสมุด แต่ประเด็นที่สำคัญนั้นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่บรรณารักษ์ของห้องสมุดจะทำซ้ำได้ จนต้องมีแต่หนังสือเท่านั้นหรือไม่ เพราะตาม พจนานุกรมฉบับบัณฑิตยสถาน "บรรณารักษ์" หมายความว่า ผู้รักษาหรือสื่อห้องสมุด ดังนั้นห้องสมุดจึงเป็นที่เก็บรักษาหนังสือเท่านั้น อีกทั้งตัวอย่างกฎหมาย Tunis model law on Copyright for developing countries ในมาตรา 7 (V) บัญญัติว่า "การทำซ้ำโดยเครื่องถ่ายเอกสารหรือกรรมวิธีที่คล้ายกันโดยห้องสมุดสาธารณะ ศูนย์เอกสารซึ่งไม่มีวัตถุประสงค์ทางการค้า สถาบันวิทยาศาสตร์ และสถานศึกษาแห่งงานวรรณกรรม ศิลปกรรม วิทยาศาสตร์ ซึ่งได้เปิดให้ใช้แก่สาธารณชนโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว โดยมีเงื่อนไขว่าการทำซ้ำเช่นนั้น และจำนวนสำเนาจำลองงานที่ทำขึ้นได้จำกัดอยู่เพียงจำนวนตามความต้องการของหน่วยงานดังกล่าว และต้องไม่ขัดแย้งกับการใช้ประโยชน์ตามปกติและไม่ทำให้เสียหายอย่างไม่มีเหตุผลสมควรแก่ประโยชน์ตามกฎหมายของผู้สร้างสรรค์" ซึ่งบัญญัติยกเว้นเฉพาะการซ้ำโดยเครื่องถ่ายเอกสารหรือกรรมวิธีที่คล้ายกัน (the reproduction, by photographic or similar process by public libraries) ไม่หมายรวมถึงการบันทึกงานเป็นสื่อทัศนวัสดุ เจตนาของกฎหมายคุ้มครองเฉพาะการทำซ้ำในรูปแบบเอกสารนั้น เช่นนี้แล้ว ประเด็นที่จะเป็นปัญหาต่อไปเนื่องจากความไม่ชัดเจนของกฎหมายคือ การบันทึกภาพถ่ายหรือเสียงแพร่เสียงแพร่ภาพทางวิทยุหรือโทรทัศน์ โดยบรรณารักษ์ห้องสมุดมาจัดทำเป็นสื่อทัศนวัสดุ หรือแถบบันทึกภาพหรือเสียง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแจกจ่ายแก่นักศึกษา หรือนักค้นคว้า สำหรับใช้ในการศึกษาค้นคว้า มิได้มุ่งหวังผลกำไรจะได้รับการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ จำเป็นต้องพิจารณาแนวทางปฏิบัติของนานาประเทศเป็นส่วนใหญ่เป็นเช่นไร ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษนั้น การใช้งานลิขสิทธิ์สำหรับห้องสมุดสาธารณะหรือ

หน่วยงานรักษาเอกสาร กล่าวถึงการทำซ้ำด้วยเครื่องถ่ายเอกสารเท่านั้น เช่นเดียวกับกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา Article 108 บัญญัติเกี่ยวกับการทำซ้ำของห้องสมุดด้วยการใช้เครื่องถ่ายสำเนาเอกสาร

ในความเห็นของผู้เขียนนั้น การบันทึกรายการแพรเสียง แพรภาพทางวิทยุหรือโทรทัศน์ โดยบรรณารักษ์ห้องสมุด เป็นการกระทำนอกขอบเขตหน้าที่ของผู้รักษาหนังสือห้องสมุด และเป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และกระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์ เพราะอาจมีการทำซ้ำงานดังกล่าวจากห้องสมุดไปให้แก่บุคคลใดหรือห้องสมุดใดไป อีกต่อหนึ่ง อีกทั้งทางปฏิบัติของนานาประเทศไม่รับรองให้การกระทำดังกล่าวได้รับการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้นในกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยจึงไม่ควรจะให้การทำซ้ำโดยการบันทึกงานเป็นไอทีทัศน์วัสดุของบรรณารักษ์เป็นการกระทำที่ได้รับการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

5.3.4 ผู้เสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์งานแพรเสียงแพรภาพ

เมื่อเกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ว่าทางตรงในมาตรา 29 หรือทางอ้อมในมาตรา 31 ผู้ที่ได้รับความเสียหายย่อมเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ได้แก่ องค์กรแพรเสียงแพรภาพ แต่เนื่องจากลักษณะงานแพรเสียงแพรภาพเป็นการนำงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ขึ้นต้น เช่น งานประพันธ์, งานดนตรีกรรม, ภาพยนตร์ มาดัดแปลง, รวบรวมงาน เผยแพร่ต่อสาธารณชน ไม่ว่าจะเป็หนังสือทางวิทยุหรือโทรทัศน์ ดังนั้นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์จึงมีทั้งเจ้าของลิขสิทธิ์งานแพรเสียงแพรภาพ และผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นต้น ซึ่งในทางปฏิบัตินี้องค์กรแพรเสียงแพรภาพ จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นต้นในการเผยแพร่งานออกสู่สาธารณชนแล้ว ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงใคร่ขอพิจารณาผู้เสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ ออกเป็น 2 ประเภท

5.3.4.1) องค์กรแพรเสียงแพรภาพ ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์งานแพรเสียงแพรภาพ ตามอนุสัญญากรุงโรม Guide to the Rome Convention⁷⁴ กล่าวคือ องค์กรแพรเสียงแพรภาพเป็นผู้แพรเสียงแพรภาพ หรือผู้ผลิตรายการแพรเสียงแพรภาพ ซึ่ง

⁷⁴ WIPO, Guide to the Rome Convention 3.21, P.25.

อาจเป็นผู้ผลิตรายการอิสระ หรือ องค์กรโฆษณา (advertiser) หรือผู้สนับสนุนรายการโฆษณา

(ก) องค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพซึ่งเป็นผู้แพร่เสียงแพร่ภาพ โดยการส่งสัญญาณรายการไปยังสาธารณชน เช่น สถานีโทรทัศน์ช่องต่าง ๆ สถานีวิทยุกระจายเสียงคลื่นต่าง ๆ หากเป็นกรณีการแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบเคเบิล ผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์คือ ผู้ให้บริการเคเบิลทีวี ได้แก่ Cable distributor หรือ Cable operator ผู้ได้รับอนุญาตจากผู้แพร่เสียงแพร่ภาพขั้นต้น (Primary Station) แล้วให้ดำเนินการจัดส่งสัญญาณรายการวิทยุโทรทัศน์ไปตามสาย (ผู้รับสมาชิก) ในขณะเดียวกันหรือคนละขณะกับการถ่ายทอดขั้นต้น (the simultaneous cable distribution of broadcasts) และ Cable Originated Organization สามารถเป็นองค์กรผู้ผลิตรายการทางเคเบิลทีวี โดยได้รับอนุญาตให้รับสัญญาณโทรทัศน์จาก Primary Station และนำมาปรับปรุงเปลี่ยนแปลงสัญญาณแล้ว จึงถ่ายทอดต่อคนละขณะกับการถ่ายทอดขั้นต้น

(ข) ผู้ผลิตรายการให้แก่องค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ เป็นผู้ผลิตรายการทั้งในรูปของงานโสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ หรือสิ่งบันทึก ซึ่งเป็นงานอันได้รับความคุ้มครองตาม พรบ. ฉบับนี้⁷⁵ โดยผู้ผลิตรายการจะต้องให้ความยินยอมแก่องค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพในการนำงานเผยแพร่ต่อสาธารณชน นอกจากนี้แล้วองค์กรโฆษณา (advertiser) หรือผู้สนับสนุนรายการโฆษณา ก็เป็นผู้ผลิตรายการเช่นกัน

องค์กรโฆษณาในฐานะผู้ผลิตรายการวิทยุหรือโทรทัศน์ในต่างประเทศนั้น จะดำเนินการในลักษณะซื้อเวลาจากสถานีวิทยุหรือสถานีโทรทัศน์และเป็นผู้จัดการ (arranges) เนื้อหาสาระของรายการบันเทิงและโฆษณา ไปสู่ผู้ชมผู้ฟังในพื้นที่ครอบคลุมการส่งสัญญาณจากสถานีวิทยุโทรทัศน์หรือเครือข่าย ในส่วนผู้สนับสนุนรายการโฆษณาในสหรัฐอเมริกา เรียกว่า "Participation programs" บริษัทผู้แพร่เสียงแพร่ภาพจะเป็นผู้จัดสรรรายการและเวลาเอง และผู้โฆษณาจะเป็นผู้แบกรับต้นทุนในการผลิตรายการ อาจมีมากกว่า 2 องค์กร และเป็นผู้สนับสนุนรายการในเวลาต่าง ๆ กัน รายการที่เผยแพร่ออกไปจะมีโฆษณาของผู้สนับสนุนรายการในช่วงเวลาของรายการที่ผลิต⁷⁶

⁷⁵ พรบ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6

⁷⁶ เรียบเรียงจาก Joseph A. McDonald, "The law of broadcasting, "in Copyright Problems Analyzed, ed. M.C.Theodore R.Kupferman (Washington, D.C. : South Hackensack. N.J. & Fred B. Rothman & Co., 1966) P.34 - 35 .

ความเสียหายที่เกิดแก่องค์กรโฆษณาในการละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นความเสียหายที่มีผลกระทบโดยตรงต่อองค์กรในฐานะเป็นผู้ผลิตรายการเป็นการใช้งาน แพร่เสียงแพร่ภาพขององค์กรโฆษณาโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่สำหรับ ความเสียหายที่เกิดแก่ผู้สนับสนุนรายการโฆษณาเป็นความเสียหายที่มีผลกระทบโดยอ้อม เนื่องจากหากมีการนำรายการที่แพร่เสียงแพร่ภาพทางวิทยุหรือโทรทัศน์ มาเผยแพร่ต่อ สาธารณชนไม่ว่าจะการทำซ้ำ, ดัดแปลง โดยมีได้รับอนุญาตจากสถานีผู้ผลิตรายการนั้น จน ทำให้งานนั้นด้อยคุณค่าหรือเสียประโยชน์แก่ผู้ผลิตรายการ เช่น อาจตัดทอนรายการ โฆษณาออก หรือตัดต่อเสริมเติมเป็นรายการอื่นชิ้นใหม่ สร้างผลกระทบต่อธุรกิจของผู้ผลิต รายการนั้นได้รับความนิยมน้อย ขาดผู้ชมผู้ฟังรายการนั้นส่งผลต่อผู้ให้การสนับสนุนรายการ โฆษณา ซึ่งอาจเป็นกลุ่มเป้าหมายในการบริโภคสินค้าที่เป็น Sponsor รายการนั้น ทำให้สูญเสียผลตอบแทนในเชิงธุรกิจที่จะได้รับจากการให้ความสนับสนุนรายการนั้น

5.3.4.2) ผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ขั้นต้น ได้แก่ ผู้ประพันธ์, ผู้แต่ง งานวรรณกรรมและศิลปกรรม งานดนตรีกรรม เจ้าของบทโทรทัศน์หรือภาพยนตร์ เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในขั้นต้น ก่อนที่จะถูกนำไปผลิตเป็นงานละคร, งานภาพยนตร์, รายการ วิทยุโทรทัศน์ และนำเผยแพร่สู่สาธารณชนโดยสื่อวิทยุหรือโทรทัศน์ บุคคลเหล่านี้อาจโอน ลิขสิทธิ์บางส่วนหรือทั้งหมดแก่ผู้ผลิตรายการหรือผู้แพร่เสียงแพร่ภาพ หากโอนลิขสิทธิ์ทั้ง หมัดในตัวเองให้แก่ผู้ผลิตรายการ หรือ ผู้แพร่เสียงแพร่ภาพ หรือเป็นลูกจ้างขององค์กร หรือ เป็นผู้ให้อนุญาตให้ใช้งานลิขสิทธิ์แต่ผู้เดียว องค์กรเหล่านี้จะสวมสิทธิเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ใน งานสร้างสรรค์ ผู้สร้างสรรค์งานขั้นต้นจึงไม่ได้เป็นผู้เสียหายจากการถูกละเมิดลิขสิทธิ์ เป็น เรื่องที่ผู้รับโอนในฐานะเจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องเอาผิดกับผู้กระทำละเมิด

หากผู้สร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ขั้นต้น โอนลิขสิทธิ์เพียงบาง ส่วนหรืออนุญาตให้ใช้สิทธิที่มีได้เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (non - exclusive right) แก่ผู้ผลิต รายการหรือผู้แพร่เสียงแพร่ภาพ เมื่อเกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ว่าทางตรง (มาตรา 29) หรือ ทางอ้อม (มาตรา 31) ในกรณีเช่นนี้ผู้ประพันธ์งานวรรณกรรมและศิลปกรรม, ผู้แต่งดนตรี กรรม หรือเจ้าของภาพยนตร์หรือบทโทรทัศน์ ย่อมได้รับความเสียหายจากการกระทำ นั้น

5.3.5 ลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ

สืบเนื่องจากการที่ประเทศไทยเป็นภาคีในสหภาพเบอร์ลิน และอนุสัญญากรุงโรม ตั้งแต่วันที่ 17 กรกฎาคม พ.ศ.2474 โดยประเทศไทยได้ยอมรับผูกพันตามอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ฉบับ Berlin Act 1908 ในภาคสารบัญญัติ (Substantive Clauses) พร้อมด้วยข้อสงวน 6 ข้อ และฉบับ Paris Act 1971 ในภาคบริหาร (Administrative Clauses 22 - 38) และเพื่อให้เกิดความสอดคล้องของกฎหมายภายในของประเทศไทยกับอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ซึ่งเป็นสาระสำคัญของการได้รับการยอมรับเข้าเป็นภาคี ไทยจึงออก พรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 บัญญัติรับรองและคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศไว้ในมาตรา 42 ทั้งภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ พ.ศ.2526 แต่ไม่ปรากฏว่าได้มีการนำข้อสงวนที่ไทยได้ทำไว้ในอนุสัญญากรุงเบอร์ลินมาบัญญัติไว้ และต่อมาได้มีพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ พ.ศ.2536 ออกมายกเลิกพระราชกฤษฎีกาฉบับก่อน โดยมีรายชื่อประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม ณ กรุงเบอร์ลิน ไว้ท้ายพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้

ต่อมา ปี พ.ศ.2537 ผลของการออก พรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ทำให้พระราชกฤษฎีกา พ.ศ.2536 ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 42 แห่ง พรบ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 เมื่อพรบ.ลิขสิทธิ์ 2521 ถูกพรบ.ลิขสิทธิ์ 2537 มาตรา 3 ยกเลิกแล้ว พระราชกฤษฎีกา พ.ศ.2536 ก็คงต้องถูกยกเลิกตามไปด้วย หลังจาก พรบ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มีผลบังคับใช้ตั้งแต่ 21 มีนาคม 2538 ต่อมาไทยได้เข้ายอมรับผูกพันในภาคสารบัญญัติ (Substantive Provision) ในอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ฉบับ Paris Act มีผลบังคับในวันที่ 2 กันยายน 2538 เช่นนี้แล้วจึงต้องนำหลัก "National Treatment" ที่บัญญัติไว้ใน Article 5 ของอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน (ฉบับ Paris Act) มาใช้บังคับกับประเทศไทย งานอันมีลิขสิทธิ์ทั้ง 8 ประเภท ตาม พรบ.ลิขสิทธิ์ 2537 ที่ให้ความคุ้มครองแก่คนสัญชาติไทยนั้น งานดังกล่าวของผู้สร้างสรรค์งานซึ่งเป็นคนสัญชาติของประเทศภาคีประเทศแห่งอนุสัญญากรุงเบอร์ลินทุกประเทศ และบุคคลตามที่ระบุไว้ใน Article 3 ฉบับ Paris Act ก็จะได้รับคุ้มครองตามไปด้วย ดังนั้นการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ซึ่งมิใช่เพียงงานทั้งหมด ที่อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน (ฉบับ Paris) ให้ความคุ้มครองเท่านั้น แต่ยังคงคุ้มครองถึงงานที่อนุสัญญากรุงโรมบัญญัติให้ความคุ้มครอง (แม้ประเทศไทยจะมีได้ภาคีอนุสัญญาก็ตาม) ยกเว้นสิทธินักแสดง เนื่องจากการให้ความคุ้มครองสิทธินักแสดงของไทยเป็นไปตามเงื่อนไข

ของข้อตกลง TRIPs ในมาตรา 14 กล่าวโดยสรุปแล้ว พรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ครอบคลุมทั้งลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดง ให้ความคุ้มครองอยู่ในระดับเดียวกัน มีการลงโทษเหมือนกันเมื่อเกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้น⁷⁷

ผลของการประกาศใช้ พรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 การให้คุ้มครองลิขสิทธิ์ของต่างประเทศภายในประเทศ ประเทศไทยไม่ต้องคำนึงถึงว่าประเทศภาคีต่าง ๆ จะได้เข้าเป็นภาคีก่อนหรือหลังในอนุสัญญาที่ไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย หรือ องค์การระหว่างประเทศซึ่งไทยร่วมเป็นสมาชิกเพียงแต่ถ้ามีชื่อประเทศนั้นอยู่ในประเทศรายชื่อประเทศ ที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์หรืออนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของนักแสดงในราชกิจจานุเบกษา ก็ถือว่าเป็นประเทศภาคีที่ไทยต้องให้ความคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ

ใน พรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ได้ปรับปรุงวิธีการเขียนเงื่อนไขการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศไทยในมาตรา 61 และ เงื่อนไขในการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ต่างประเทศภายใต้จุดเกาะเกี่ยว ในมาตรา 8

ตามบทบัญญัติมาตรา 61 แห่งพรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2538 บัญญัติว่า “งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์และสิทธิของนักแสดงของประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์หรืออนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของนักแสดงซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย หรืองานอันมีลิขสิทธิ์ขององค์การระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยร่วมเป็นสมาชิกอยู่ด้วยย่อมได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้

ให้รัฐมนตรีประกาศรายชื่อประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์หรืออนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของนักแสดงในราชกิจจานุเบกษา” แยกพิจารณาได้ 2 กรณี คือ

ก.งานอันมีลิขสิทธิ์และสิทธินักแสดงของประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์หรืออนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของนักแสดง ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย เช่น อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน (1971), ข้อตกลง TRIPs และ กฎหมายของประเทศนั้นได้ให้ความคุ้มครองเช่นเดียวกันแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของภาคีอื่น ๆ รวมทั้งคนไทยด้วย ซึ่งเป็นหลักการต่างตอบแทน (reciprocity) นั่นเอง

⁷⁷ WIPO, “Enforcement of IP Right in Thailand”, Asean Colloquium on Border Control of Enforcement of Intellectual Property Rights, Bangkok, November 28 - December 1, 1995.

สิ่งเบื้องต้นที่มาตรา 61 พรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ได้กำหนดคือ

(1) จะต้องเป็นงานมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของประเทศนั้นกำหนด แต่หากงานดังกล่าวไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของประเทศภาคีเหล่านั้น หรืองานนั้นได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่มีได้รับความคุ้มครองอย่างงานอันมีลิขสิทธิ์ เช่น ในบางประเทศให้ความคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพในฐานะงานสิทธิข้างเคียง ขณะที่ประเทศไทยให้ความคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพอย่างงานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้นประเทศไทยก็ไม่มีพันธกรณีต้องให้ความคุ้มครองแก่งานเหล่านั้นของประเทศภาคีดังกล่าวด้วย เป็นการนำหลักการต่างตอบแทนมาใช้

(2) ประเทศดังกล่าวนั้นจะต้องเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยคุ้มครองลิขสิทธิ์ของนักแสดง ก็คือ ความตกลง TRIPs จึงกำหนดไว้ให้ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองสิทธินักแสดง⁷⁸

(3) ตามกฎหมายของประเทศนั้น ได้ให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของภาคีอื่น ๆ เกี่ยวกับเรื่องนี้กฎหมายของไทย⁷⁹ เห็นว่าไม่ควรตีความตามตัวอักษร ถ้าตีความตรงตามอักษรก็จะกลายเป็นว่า แม้กฎหมายของประเทศนั้นจะมีได้ให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายไทย งานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายประเทศนั้นอาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไทย หากปรากฏว่า กฎหมายของประเทศนั้นให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของประเทศภาคีอื่น ๆ ทุกประเทศ หรืออาจแปลความหมายได้อีกอย่างหนึ่งว่า แม้กฎหมายของประเทศนั้นจะให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายไทย แต่มิได้ให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของประเทศภาคีอื่น ๆ เช่นนี้ งานอันมีลิขสิทธิ์ของประเทศนั้นก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไทย หากตีความไปในแนวนี้ก็จะได้ผลที่แปลกและไม่เป็นธรรม ทั้งขัดกับหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติระหว่างประเทศอย่างแจ่มชัด ฉะนั้น เพื่อให้มาตรา 61 นี้ใช้บังคับได้ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายก็น่าจะตีความเคร่งครัดตามตัวอักษรไม่ได้ ควรตีความกฎหมายของประเทศภาคีให้การรับรองงานอันมีลิขสิทธิ์ของไทย กฎหมายไทยก็ควรให้การรับรองงานของประเทศนั้นด้วยโดยไม่ต้องคำนึงว่ากฎหมายของประเทศนั้นจะรับรองงานอันมีลิขสิทธิ์ของ

⁷⁸ TRIPs Article 14 (1)

⁷⁹ จรัญ ภักดีธนากุล, "ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521", ตุลพาท 30, (กันยายน - ตุลาคม 2526), หน้า 107.

ประเทศภาคีอื่น ๆ อีกหรือไม่ แต่หากกฎหมายของประเทศนั้นไม่รับรองลิขสิทธิ์ของไทยแล้ว แม้จะรับรองลิขสิทธิ์ของประเทศภาคีอื่น ๆ ทุกประเทศงานของประเทศนั้นก็สมควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไทย

ข. งานอันมีลิขสิทธิ์ขององค์การระหว่างประเทศ ที่ประเทศไทย เป็นสมาชิกอยู่ด้วย เช่น องค์การ Unesco , องค์การสหประชาชาติ , องค์การการค้าโลก (WTO), องค์การทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ (WIPO)

ทั้ง 2 กรณีดังกล่าวนี้ หากมีการละเมิดลิขสิทธิ์ของงาน ใดงานหนึ่งใน 2 กรณีแล้ว ก็ย่อมสามารถบังคับได้ตามกฎหมายได้ทันที โดยไม่ต้องมีพระราชกฤษฎีกา เป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศอีกต่อไป เพียงแต่ต้องดูประกาศรายชื่อประเทศภาคีอนุสัญญา ฯลฯ ในราชกิจจานุเบกษา เป็นเงื่อนไขอันดับรอง

ในเรื่องเงื่อนไขการให้ความคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ต่าง ประเทศภายใต้จุดเกาะเกี่ยว (point of attachment) ในมาตรา 8 มี 2 ประการ คือ เกณฑ์สัญชาติและเกณฑ์ภูมิลำเนา ดังนี้

(1) ในกรณีที่ยังไม่ได้มีการโฆษณางาน ผู้สร้างสรรค์ต้อง เป็นผู้สัญชาติไทยหรืออยู่ในราชอาณาจักรหรือเป็นผู้สัญชาติหรืออยู่ในประเทศที่เป็นภาคี แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย ตลอดระยะเวลา หรือเป็นส่วนใหญ่ในการสร้างสรรค์งานนั้น

(2) ในกรณีที่ได้มีการโฆษณางานแล้ว การโฆษณางาน นั้นในครั้งแรกได้กระทำขึ้นในราชอาณาจักรหรือในประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย หรือในกรณีที่การโฆษณาครั้งแรกได้ กระทำนอกราชอาณาจักรหรือในประเทศอื่นที่ไม่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครอง ลิขสิทธิ์ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย หากได้มีการโฆษณางานดังกล่าวในราชอาณาจักร หรือในประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี อยู่ด้วยภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้มีการโฆษณาครั้งแรก หรือผู้สร้างสรรค์เป็นผู้มี ลักษณะตามที่กำหนดไว้ใน (1) ในขณะที่มีการโฆษณางานครั้งแรก

จะเห็นได้ว่ามีการใช้ถ้อยคำที่ว่า “ การโฆษณางานอันมี ลิขสิทธิ์ในประเทศที่มีไซภาคีแห่งอนุสัญญาเป็นครั้งแรก แต่ต่อมาได้โฆษณางานนั้นใน ประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาภายใน 30 วันนับแต่ได้โฆษณาเป็นครั้งแรก ” เป็นการ

บัญญัติให้สอดคล้องกับอนุสัญญากรุงเบอร์น ฉบับ Paris Act Article 3 (4) นอกจากนี้ใน Article 3 (4) ของอนุสัญญาบัญญัติไว้ชัดเจนว่าการแพร่เสียงแพร่ภาพไม่ถือเป็นการโฆษณาในความหมายของ Article 3 (4) เช่นเดียวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย เห็นว่าการแพร่เสียงแพร่ภาพไม่ถือว่าเป็นการโฆษณาอันเป็นเงื่อนไขของการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ตามมาตรา 4 (ดูรายละเอียดในหัวข้อเงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์) ดังนั้นงานแพร่เสียงแพร่ภาพและงานอื่น ๆ ที่บัญญัติในมาตรา 4 (ในเรื่องความหมายของโฆษณา) จึงไม่บังคับให้ต้องมีการโฆษณา เพราะการทำให้งานนั้นเป็นรูปร่างขึ้น ก็เป็นการทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนอยู่แล้ว ในทำนองเดียวกันถ้างานแพร่เสียงแพร่ภาพออกเผยแพร่ทางวิทยุและโทรทัศน์ให้ประชาชนชมและฟัง ก็ถือว่า งานแพร่เสียงแพร่ภาพได้โฆษณาก่อนเป็นครั้งแรกและได้ลิขสิทธิ์แล้ว

ผู้เขียนได้กล่าวข้างต้นแล้วว่า มาตรา 8 จะบัญญัติสอดคล้องกับ Article 3 (4) ของ Berne Convention จึงมีข้อน่าสังเกตว่า อนุสัญญากรุงเบอร์นวางเงื่อนไขเกี่ยวกับสัญชาติก็ดี ถิ่นที่อยู่ (habitual residence) ก็ดี หรือประเทศที่มีการโฆษณางานเป็นครั้งแรกก็ดีนั้น อนุสัญญาเบอร์นไม่ได้กำกับให้ดูเกณฑ์เหล่านั้น ณ เวลาใด โดยที่ในความจริงนั้น สัญชาติของบุคคลก็ดี ถิ่นที่อยู่ก็ดี ย่อมมีการเปลี่ยนแปลงได้ ดังนั้นแนวทางที่เป็นไปได้ คือ ใช้เวลาใดเวลาหนึ่งต่อไปนี้ เป็นตัวกำกับว่า จะพิจารณาการมีสัญชาติหรือถิ่นที่อยู่ ณ เวลาใด คือ วันที่สร้างสรรค์งาน วันที่โฆษณางานเป็นครั้งแรก หรือ วันที่มีการอ้างขอรับการคุ้มครอง (Guide to Berne Convention s 29) แต่ พรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ได้เลือกใช้แนวทางบางประการข้างต้นมาเป็นตัวกำกับแล้ว กล่าวคือ มาตรา 8 (1) ให้พิจารณาการมีสัญชาติไทยหรือสัญชาติของประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ซึ่งไทยเป็นภาคีอยู่ หรือพิจารณาการมีถิ่นที่อยู่ในไทย หรือประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาดังกล่าว ในขณะที่สร้างสรรค์งาน และมาตรา 8 (2) ให้พิจารณา ขณะที่โฆษณางานครั้งแรก⁸⁰ หรือ ขณะที่แพร่เสียงแพร่ภาพอันเป็นการทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนเป็นครั้งแรก ถ้าแพร่เสียงแพร่ภาพในราชอาณาจักรหรือในประเทศที่เป็นภาคีอนุสัญญาฯลฯ ที่ไทยเป็นภาคีอยู่

⁸⁰ ศูนย์วิจัยกฎหมายและพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยโครงการวิจัย เรื่องการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา (กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537) หน้า 13.

การแพร่เสียงแพร่ภาพในกรณีนี้ จะต้องกระทำโดยองค์กร
แพร่เสียงแพร่ภาพ หรือ Headquarters of broadcasting organization เท่านั้น เพราะมาตรฐาน
ใช้เฉพาะกับผู้สร้างสรรคงานเท่านั้น องค์กรนี้จึงมีที่ตั้งอยู่ในราชอาณาจักรในหรือใน
ประเทศภาคีของอนุสัญญา ฯลฯ ที่ไทยเป็นภาคีอยู่

กรณีที่องค์กรได้แพร่เสียงแพร่ภาพครั้งแรกนอกราชอาณาจักร
จักรหรือในประเทศอื่นที่ไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญา ฯลฯ ที่ไทยเป็นภาคีอยู่ หากมีการแพร่
เสียงแพร่ภาพในราชอาณาจักรหรือในประเทศภาคีอนุสัญญา ฯลฯ ที่ไทยเป็นภาคีอยู่ ภายใน
30 วันนับแต่วันมีการนำออกให้ปรากฏต่อสาธารณชน (หรือแพร่เสียงแพร่ภาพ) ในทาง
ปฏิบัติที่เกิดขึ้น คือ Headquarter of broadcasting organization ที่ตั้งอยู่นอกราชอาณาจักร
ไทย หรือ ตั้งในประเทศนอกภาคีอนุสัญญา ฯลฯ ที่ไทยเป็นภาคีอยู่ หากมีการส่งสัญญาณ
ผ่านดาวเทียมแล้วสะท้อนกลับไปยัง Earth Station หรือสถานีส่งสัญญาณที่ตั้งอยู่ใน
ประเทศไทยหรือในประเทศภาคีอนุสัญญา ฯลฯ ที่ไทยเป็นภาคีอยู่ แล้วแพร่กระจาย
สัญญาณสู่ผู้ชมผู้ฟัง หรือเรียกว่า Distribution System ภายใน 30 วัน นับแต่วันมีการนำออก
ให้ปรากฏต่อสาธารณชนเป็นครั้งแรก ในทางปฏิบัติแล้วสัญญาณจะมี delay transmission
เพียงไม่กี่วินาทีเท่านั้น

แต่สำหรับการส่งสัญญาณผ่านดาวเทียมในระบบ DBS นั้น
แม้จะมีผู้รับสัญญาณอยู่ในประเทศไทยหรือในประเทศภาคีอนุสัญญา ฯลฯ ที่ไทยเป็นภาคีอยู่
ผู้รับสัญญาณแต่ละรายไม่ใช่ Distributors ที่จะเป็นผู้ทำให้สัญญาณแพร่กระจายไปสู่
ประชาชนจำนวนมาก ๆ ได้ กรณีนี้จะถือว่าไม่ทำให้เกิดลิขสิทธิ์ขึ้นตามมาตรา 8 (2) ได้หรือไม่
การนำเสนอของผู้เขียนยังคงเป็นเพียงการวิเคราะห์ที่ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติชัดเจน
มารองรับ จึงยังคงเป็นประเด็นที่จะก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายซึ่งไม่สามารถ
ก้าวทันเทคโนโลยีแพร่เสียงแพร่ภาพโดยเฉพาะระบบผ่านดาวเทียม

5.3.5.1) การคุ้มครองสัญญาณที่มีแหล่งที่มาจากต่างประเทศใน
ประเทศไทย

ดังที่กล่าวแล้วว่าเทคโนโลยีการแพร่เสียงแพร่ภาพมีหลาย
รูปแบบ แต่หากเป็นกรณีของการส่งสัญญาณวิทยุโทรทัศน์เข้ามาประเทศแล้ว วิธีที่นิยม
ปฏิบัติกัน ได้แก่ การส่งสัญญาณวิทยุโทรทัศน์ทางดาวเทียม มีทั้งรูปแบบ DBS และ FSS
ซึ่งเทคโนโลยีดังกล่าวสามารถแพร่เสียงแพร่ภาพครอบคลุมพื้นที่ที่กว้างขวางมาก เป็นเหตุ
ให้ประเทศที่อยู่ในบริเวณที่สามารถรับสัญญาณได้ (footprint countries) มีมากกว่า 7

ประเทศ ผลกระทบที่ตามก็คือ บัญญัติการบังคับใช้กฎหมายเพื่อการคุ้มครองแพร่เสียงแพร่ภาพควรใช้ของประเทศผู้ส่งสัญญาณ หรือของประเทศผู้รับสัญญาณ หากบังคับให้กฎหมายของประเทศผู้ส่งสัญญาณจะเป็นประโยชน์สูงสุดแก่ประเทศผู้ผลิตงานแพร่เสียงแพร่ภาพซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะเป็นประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีการสื่อสาร และผู้ที่เสียประโยชน์คือ ประเทศผู้รับสัญญาณโดยส่วนใหญ่แล้วมักจะเป็นผู้บริโภค ซึ่งยังด้อยในเรื่องเทคโนโลยีการสื่อสาร

ดังนั้นแต่ละฝ่ายจึงมีทฤษฎีกฎหมายมาสนับสนุนแนวความคิดของตนแตกต่างกัน แบ่งแยกได้ 2 ทฤษฎี⁸¹ ดังนี้คือ

ก. ทฤษฎีการแพร่สัญญาณ หรือ Emission Theory เห็นว่า การแพร่เสียงแพร่ภาพเกิดขึ้น และสำเร็จต่อเมื่อมีการส่งสัญญาณเท่านั้น เมื่อมีการแพร่เสียงแพร่ภาพส่งสัญญาณขึ้นไปยังดาวเทียมแล้ว ก็ถือว่ามี การแพร่เสียงแพร่ภาพเกิดขึ้น การตีความดังกล่าวเป็นการสนับสนุนให้ใช้กฎหมายของประเทศที่มีการแพร่สัญญาณไปยังดาวเทียม หรือกฎหมายของประเทศผู้เผยแพร่รายการสู่สาธารณะชนเป็นสำคัญ

ประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรปมีการสนับสนุนให้ประเทศสมาชิกยึดถือการพิจารณาใช้กฎหมายลิขสิทธิ์กับการส่งสัญญาณผ่านดาวเทียมรูปแบบ DBS ตามแนวทฤษฎีการแพร่สัญญาณ ปรากฏชัดในรูปของสมุดปกขาว "White Paper of the Commission on the Completion of the Internal Market. COM (85) 310 final, 14 June 1985

ข. ทฤษฎีการติดต่อสื่อสารหรือ Communication Theory เห็นว่าขั้นตอนนับตั้งแต่การส่งสัญญาณจากภาคพื้นดิน (up leg/ up link) จนถึงการส่งสัญญาณจากดาวเทียมกลับลงสู่พื้นผิวโลก (down leg / down link) ถือเป็นการดำเนินการเดียวกัน ทฤษฎีนี้ถือว่า การส่งสัญญาณขาขึ้นสู่ดาวเทียม ไม่เป็นการแพร่เสียงแพร่ภาพ เพราะขณะที่ส่งสัญญาณไปนั้นประชาชนโดยทั่วไปยังไม่มีทางที่จะรับสัญญาณดังกล่าวได้เลย ต่อเมื่อสัญญาณได้ผ่านจากดาวเทียมลงมาสู่พื้นโลกแล้ว ประชาชนทั่วไปจึงมีโอกาที่จะรับสัญญาณนั้นได้ โดยคำนึงว่าจะมีบุคคลได้รับสัญญาณนั้นจริงหรือไม่ การตีความเช่นนั้น

⁸¹ ไซยยศ วรนนท์ศิริ, "ปัญหาลิขสิทธิ์เกี่ยวกับงานถ่ายทอดผ่านดาวเทียม", อุลพาณ 41 (มกราคม - กุมภาพันธ์ 2537) : หน้า 102.

เป็นการสนับสนุนให้ใช้กฎหมายของประเทศที่ส่งสัญญาณ และกฎหมายของประเทศที่อาจ
จะรับสัญญาณที่ถูกส่งกลับไปที่พื้นผิวโลกโดยดาวเทียมด้วย

ทฤษฎีนี้สอดคล้องกับแนวความคิดของ Dr.Bagsch ดำรงตำแหน่ง
Director General ของ WIPO ได้เสนอไว้ในการประชุมระหว่าง UNESCO กับ WIPO เมื่อปี
1985 และในอนุสัญญากรุงเบอร์น (1971) ได้นำทฤษฎีนี้มาใช้เช่นกัน สังเกตได้จากการตี
ความการแพร่เสียงแพร่ภาพ ใน Article 11 bis (1) (ii) ใช้ถ้อยคำว่า “เป็นการเผยแพร่สู่ส
ธารณชน...” (any communication to the public...) มิได้ใช้ถ้อยคำว่า เป็นการแพร่สัญญาณ
(Emission) เช่นเดียวกับ กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย ในค่านิยมของงานแพร่เสียงแพร่ภาพใน
มาตรา 4 ของพรบ ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ใช้ถ้อยคำว่า “ต้องเป็นการเผยแพร่ต่อสาธารณชน”
ซึ่งก็สอดคล้องกับทฤษฎีการติดต่อสื่อสาร

ทฤษฎีการติดต่อสื่อสารเป็นประโยชน์แก่เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ชั้น
ต้น และประเทศผู้รับสัญญาณอย่างยิ่ง เนื่องจากองค์กรที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวข้องกับงาน
แพร่เสียงแพร่ภาพ จะอยู่ในประเทศที่มีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีการสื่อสาร เช่น
ประเทศแถบทวีปยุโรป หากใช้กฎหมายของประเทศผู้ส่งสัญญาณ จะก่อให้เกิดอำนาจต่อ
รองการค้าแก่ประเทศด้อยเทคโนโลยี เช่น ประเทศกำลังพัฒนา อีกทั้งลักษณะของการ
ประกอบธุรกิจแพร่เสียงแพร่ภาพ มักจะเกี่ยวข้องกับงานอื่น ๆ อีกมาก ไม่ว่าจะเป็นงาน
วรรณกรรม ดนตรีกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม หรือภาพยนตร์ เมื่อเกิดมีการละเมิด
ลิขสิทธิ์, ลอกเลียน หรือสร้าง ความเสียหายแก่งานแพร่เสียงแพร่ภาพ ย่อมจะมีผลกระทบ
ถึงอุตสาหกรรมหรือบุคคลอื่น ๆ อีกมากและหากนำทฤษฎีแพร่สัญญาณมาใช้ จะให้ความ
คุ้มครองตามกฎหมายของประเทศที่มีการส่งสัญญาณเพียงประเทศเดียว หากประเทศดัง
กล่าวไม่ได้ให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งานอย่างเหมาะสมตามหลักเกณฑ์ของ WIPO แล้ว
เจ้าของลิขสิทธิ์จะถูกละเลย ไม่ได้ได้รับความคุ้มครอง

สำหรับประเทศไทยนั้น สภาพการบังคับใช้กฎหมายเมื่อเกิดการ
ละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพผ่านดาวเทียม ที่มีแหล่งที่มาจากต่างประเทศ ย่อม
บังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย อันเป็นประเทศผู้รับสัญญาณ โดยอาศัยหลักของ
อนุสัญญาระหว่างประเทศ คือหลักปฏิบัติอย่างคนชาติ (National Treatment) ซึ่งเป็นการสอด
คล้องกับทฤษฎีการติดต่อสื่อสาร ซึ่งผู้เขียนขอเสนอเรื่องสภาพการบังคับใช้สิทธิดังกล่าวใน
หัวข้อ 5.3.7 การเยียวยาความเสียหายเมื่อเกิดการละเมิดลิขสิทธิ์

5.3.6 การบริหารสิทธิของผู้แพร่เสียงแพร่ภาพ

โดยหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ผู้สร้างสรรค์ย่อมมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว ในอันที่จะจำหน่ายใช้สอย หรือแสวงหาประโยชน์ตอบแทนใด ๆ จากงานสร้างสรรค์ และมีอำนาจกีดกันมิให้บุคคลใดแสวงหาผลประโยชน์จากงานตน หรือเรียกร้องค่าเสียหาย หรือการชดเชยความเสียหาย ดังนั้น ผู้สร้างสรรค์จึงมีสิทธิในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิในงานของตนได้ แต่จะพบว่าเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้สร้างสรรค์จะไม่สามารถบริหารสิทธิของตนได้ ดังนั้นเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดในการจัดเก็บค่าตอบแทนที่เป็นธรรมจากการใช้งานและแจกจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้สร้างสรรค์ (Distribute) จึงได้มีการจัดตั้งองค์กรบริหารการจัดเก็บค่าใช้สิทธิขึ้น เพื่อบริหารการจัดเก็บค่าใช้สิทธิ และให้อนุญาตแก่ผู้ใช้งาน (user) แทนเจ้าของงานสร้างสรรค์

สำหรับองค์กรบริหารการจัดเก็บค่าใช้สิทธิในการแพร่เสียงแพร่ภาพ เนื่องจากโดยลักษณะของงานเป็นการนำงานสร้างสรรค์ของผู้อื่นมาใช้อีกต่อหนึ่ง และอาจสร้างสรรค์งานแพร่เสียงแพร่ภาพขึ้นเอง ดังนั้นในข้อเท็จจริงองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพจึงเป็นได้ทั้งผู้ใช้งาน (user) และเจ้าของงานลิขสิทธิ์ (rightowner) เมื่อพิจารณาในแง่ผู้แพร่เสียงแพร่ภาพในฐานะผู้ใช้งาน ในต่างประเทศนั้น เช่น ประเทศเยอรมัน กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง (ฉบับ 9 กันยายน, 1965 แก้ไขปี 1970) มีบทบัญญัติว่า สมาคมการจัดเก็บค่าใช้สิทธิออกหลักเกณฑ์ข้อบังคับเรื่องการอนุญาตให้ใช้สิทธิ เมื่อมีการอ้างสิทธิอันมีเหตุอันสมควร โดยทั้งนี้ต้องคำนึงถึงอัตราค่าตอบแทนโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาสนา, ศิลปวรรณกรรม หรือผลประโยชน์ทางสังคมของบุคคลที่ต้องจ่ายค่าตอบแทน (Article 11-13) และบัญญัติในเรื่องความขัดแย้งระหว่างสมาคมการจัดเก็บค่าใช้สิทธิและองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ เกี่ยวกับการสิ้นสุดของสัญญาหรือการเปลี่ยนแปลงสัญญา หรือจำนวนค่าบริการของสมาคม อาจอ้างถึงค่าธรรมเนียมของอนุญาโตตุลาการหรือภายใต้คำตัดสินถึงที่สุดของศาลสามัญ (Article 14, 15)³²

สืบเนื่องจากโครงสร้างของสมาคมการจัดเก็บค่าใช้สิทธิหรือองค์กรบริหารการจัดเก็บค่าใช้สิทธินั้น เจ้าของสิทธิสามารถโอนสิทธิในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้งานให้แก่องค์กรบริหารการจัดเก็บค่าใช้สิทธิ หรือสมาคมการจัดเก็บค่าใช้สิทธิ เป็นผู้

³² WIPO, "Broadcasters' view," WIPO International Forum on The Collective Administration of Copyrights and Neighbouring Rights, Geneva, May 12 to 14, 1986, P 102.

บริหารสิทธิให้แก่เจ้าของสิทธิที่เข้ามาเป็นสมาชิกขององค์กรหรือสมาคมแพร่ภาพ โดยมอบ
หน้าที่ให้องค์กรบริหารการจดทะเบียนหรือสมาคมทำการเจรจากับองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ
(ผู้ใช้งาน) ในการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (licenses) ของตนให้ผู้อื่นใช้งาน เจรจាកำหนดค่า
ธรรมเนียม, การจดทะเบียนค่าใช้สิทธิ และค่าตอบแทนและจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้สร้างสรรค์ ภายใต้
ได้เงื่อนไขที่เหมาะสม³³ เมื่อพิจารณาโครงสร้างข้างต้นจึงเกิดปัญหาแก่ผู้แพร่เสียงแพร่ภาพ
กล่าวคือ สมาคมจดทะเบียนค่าใช้สิทธิหรือองค์กรบริหารการจดทะเบียนค่าใช้สิทธิ ต้องการให้ผู้
สร้างสรรค์งานอินสิทธิในการแสวงหาประโยชน์ในงานทั้งหมดในอนาคต ความขัดแย้งจึง
เกิดขึ้นเมื่อ ผู้สร้างสรรค์งานที่ถูกว่าจ้างโดยผู้แพร่เสียงแพร่ภาพ จุดประสงค์ของการว่าจ้าง
คือ ผู้แพร่เสียงแพร่ภาพเป็นผู้ใช้งานที่ผู้สร้างสรรค์ประดิษฐ์ขึ้น ผู้สร้างสรรค์ได้รับเงินเดือน
จากการสร้างสรรค์งาน แต่ไม่สามารถอนุญาตให้ใช้สิทธิทั้งหมดแก่ผู้แพร่เสียงแพร่ภาพได้
จึงเกิดความขัดแย้งกับสมาคมหรือองค์กรบริหารการจดทะเบียน เพราะผู้แพร่เสียงแพร่ภาพไม่
สามารถใช้งานทั้งหมดได้ ทำให้ผู้สร้างสรรค์ได้รับค่าตอบแทนที่คูณ (the double payment)
ทั้งจากผู้แพร่เสียงแพร่ภาพและสมาคม ดังนั้นข้อตกลงระหว่างผู้สร้างสรรค์กับสมาคมหรือ
องค์กรบริหารการจดทะเบียน ควรบัญญัติให้สิทธิกลับตกสู่ผู้สร้างสรรค์ หรืออย่างน้อยที่สุดผู้
สร้างสรรค์สงวนอำนาจที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของงานในสัญญาระหว่างผู้สร้างสรรค์กับผู้แพร่
เสียงแพร่ภาพและสมาคมหรือองค์กรบริหารการจดทะเบียน ควรมีมาตรการการให้อิสรแก่ผู้สร้าง
สรรค์ กล่าวคือ อนุญาตให้ผู้สร้างสรรค์อินสิทธิของตนแก่ผู้ว่าจ้างโดยตรง โดยไม่คำถึง
การอินสิทธิบางประเภทที่มีมาก่อนหน้านี้ให้แก่สมาคม

เมื่อพิจารณาผู้แพร่เสียงแพร่ภาพในฐานะเจ้าของสิทธิ
(Rightowner) นอกจากสิทธิข้างเคียงในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ ผู้แพร่เสียงแพร่ภาพเป็นเจ้าของ
ของในเนื้อหาของงาน เช่น เป็นผู้ผลิตโทรทัศน์ ซึ่งลักษณะทางกฎหมายออกมาในรูปของ
งานภาพยนตร์ โดยปกติแล้วผู้แพร่เสียงแพร่ภาพไม่จำเป็นต้องใช้สิทธิของตนผ่านตัวกลาง
คือ สมาคมจดทะเบียนหรือองค์กรบริหารการจดทะเบียน ตัวอย่างเช่น Cable Operator เป็นผู้ใช้
งานแพร่เสียงแพร่ภาพไม่ยากที่จะสืบหาองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพแต่ละราย จึงเป็นเหตุผลที่

³³ WIPO, "Administration of rights under copyright and neighboring law general aspects."
"WIPO / Sweden training Course on Copyright and Neighboring rights, Stockholm, August 14 to 24, 1995,
Geneva, August 25, 1995, P 4.

ทำให้องค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพเป็นผู้บริหารสิทธิด้วยตนเองได้ ถ้าในกรณีอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยไม่สมัครใจ (a non - voluntary licene) สมาคมจัดเก็บหรือองค์กรบริหารการจัดเก็บเป็นผู้ร้องขอสิทธิในการได้รับค่าตอบแทน โดยปกติในกรณีที่มีองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพหลายองค์กรเข้ามาเกี่ยวข้อง องค์กรเหล่านี้จะร่วมมือกันจัดตั้งสมาคมจัดเก็บหรือองค์กรบริหารการจัดเก็บค่าใช้สิทธิของตนเองขึ้น เช่น ในประเทศออสเตรเลีย ชื่อ องค์กร Verwertungsgesellschaft Rundfunk⁸⁴

กล่าวโดยสรุปแล้ว ในประเทศไทยธุรกิจแพร่เสียงแพร่ภาพเพิ่งเริ่มได้รับความนิยม จึงยังมีผู้แพร่เสียงแพร่ภาพอยู่น้อย สามารถควบคุมการใช้งานแพร่เสียงแพร่ภาพได้ จึงบริหารสิทธิขององค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพได้ดีในฐานะที่เป็นองค์กรเจ้าของสิทธิ ความจำเป็นในการจัดตั้งองค์กรบริหารการจัดเก็บค่าใช้สิทธิจึงยังไม่เกิดขึ้นในไทย เนื่องจากผู้แพร่เสียงแพร่ภาพ สามารถจัดเก็บได้อย่างทั่วถึงนั่นเอง นอกเหนือจากนี้โดยลักษณะของกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยยังไม่มีกรอบกฎหมายประเภทที่ต้องมีการอนุญาตเชิงบังคับ (Compulsory licence) ซึ่งเป็นเหตุผลสำคัญที่จะทำให้สมาคมหรือองค์กรบริหารการจัดเก็บค่าใช้สิทธิต้องเข้ามาเกี่ยวข้องในการจัดเก็บค่าใช้สิทธิโดยตรงได้ ดังนั้นประเทศไทยจึงยังไม่มีกรอบการจัดตั้งสมาคมจัดเก็บหรือองค์กรบริหารการจัดเก็บค่าใช้สิทธิในงานแพร่เสียงแพร่ภาพไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่อย่างไรก็ตาม องค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพยังคงต้องเคารพสิทธิของผู้สร้างสรรค์ อันมีสิทธิขั้นต้น ในฐานะที่องค์กรแพร่เสียง (user) ซึ่งต้องขออนุญาตใช้สิทธิจากผู้สร้างสรรค์หรือสมาคม, องค์กรบริหารการจัดเก็บค่าใช้สิทธิของผู้สร้างสรรค์ก่อน

5.3.7 กระบวนการได้มาซึ่งพยานหลักฐานและมาตรการเยียวยาความเสียหายทางแพ่ง

ปัจจุบันเมื่อเกิดการละเมิดสิทธิภายใต้ พรบ. ลิขสิทธิ์ 2537 ผู้ที่จะนำดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้นสู่ศาลจะต้องเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ โจทก์สามารถร้องขอคำสั่งห้ามชั่วคราวในระหว่างพิจารณา หากโจทก์สามารถพิสูจน์ว่ามีมูลแห่งการละเมิดและมีเหตุเชื่อได้ว่าจำเลยยังคงกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ต่อไป หรือได้กระทำการใดอันอาจเป็นที่เสียหายแก่คดีของโจทก์ แต่ในการดำเนินการก่อนเริ่มพิจารณาคดีของศาล โจทก์สามารถร้อง

⁸⁴ WIPO, "Broadcasters' view", WIPO International Forum on the Collective Administration of Copyright and Neighboring Rights, P 102 - 103.

ขอต่อศาลออกคำสั่งอนุญาตผ่านเดี่ยวให้โจทก์หรือตัวแทนโจทก์เข้าทำการตรวจ, ค้น, ยึดหรืออายัด พยานหลักฐานได้ ทำให้สามารถหยุดยั้งความเสียหายที่เกิดแก่จำเลยได้ทันเวลาที่ และมีพยานหลักฐานเพียงพอแก่การดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ อนาคตอันใกล้นี้จะได้มีประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ

เนื่องจากประเทศได้เตรียมการจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ โดยได้ยกร่าง พรบ.จัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศเสร็จเรียบร้อยแล้ว ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้มีมติรับหลักการของร่างพรบ. และกำลังดำเนินการเพื่อออกเป็นกฎหมายต่อไป⁸⁵

ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศมีอำนาจพิจารณาคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้า, กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์, กฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตร, การกระทำความผิดตาม ปอ.มาตรา 271-275 คดีพิพาททางแพ่งตามกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้า, กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์, กฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตรและคดีพิพาททางแพ่งเกี่ยวกับการนำเข้าหรือส่งออกซึ่งสินค้าตราสารการเงินและคดีพิพาทเกี่ยวกับการให้บริการระหว่างประเทศ นอกจากนี้ร่างพรบ.ฉบับนี้ยังได้บัญญัติเพิ่มเติมเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดี ให้มีการสืบพยานหลักฐานไว้ก่อนเริ่มพิจารณาคดีของศาล และสามารถยึดหรืออายัดพยานหลักฐานก่อนเริ่มพิจารณาคดีได้เช่นกัน ในคดีแพ่งคู่ความสามารถแต่งตั้งบุคคลอื่น ให้รับคำคู่ความหรือเอกสารแทนตนได้ ให้ศาลมีอำนาจยื่นหรือขยายระยะเวลาได้ การอุทธรณ์ให้ยังศาลฎีกาได้⁸⁶

จะเห็นว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยมีมาตรการเยียวยาแก้ไขความเสียหาย เช่นเดียวกับนานาประเทศ เพื่อเป็นการป้องกันหรือให้หยุดการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งจะมีต่อไปในระหว่างพิจารณาคดี กฎหมายไทยให้อำนาจแก่ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาและใช้กระบวนการทางศาลมาใช้เยียวยาแก้ไขความเสียหายดังต่อไปนี้

⁸⁵ ปลื้มจิต ทวีพัฒน์, "ความจำเป็นและความพร้อมในการจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ," อุทพว 42 (มกราคม - มีนาคม, 2538) :115.

⁸⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า116-117.

5.3.7.1) การทดแทนค่าเสียหาย

พรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มิได้บัญญัติหลักเกณฑ์รายละเอียดเกี่ยวกับการฟ้องค่าเสียหายทางแพ่งกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้นเมื่อมีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย จึงต้องอาศัยหลักเกณฑ์ตามที่บัญญัติไว้ใน ป.วิ.พ. มาตรา 428 ซึ่งในมาตรา 76 ก็ได้กล่าวคือ การฟ้องเรียกค่าเสียหายให้อย่างกว้างขวาง ดังนี้

“ค่าปรับที่ได้ชำระตามคำพิพากษา ให้จ่ายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นจำนวนกึ่งหนึ่ง แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งสำหรับส่วนที่เกินจำนวนเงินค่าปรับที่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงได้รับแล้วนั้น”

ดังนั้นจึงหมายความว่า นอกจากมีส่วนได้ครึ่งหนึ่งของค่าปรับที่จำเลยได้ชำระตามคำพิพากษาของศาลที่ลงโทษจำเลยฐานละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว และถ้าเจ้าของลิขสิทธิ์หรือนักแสดงยังสามารถพิสูจน์ค่าเสียหายนอกจากนี้ได้ จะฟ้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่งอีกโสดหนึ่งก็ได้ ส่วนค่าเสียหายจะได้รับเท่าใดนั้น อยู่ในดุลพินิจของศาลที่จะติดตามจำนวนที่เห็นสมควรแก่รูปคดีโดยไม่ต้องผูกพันกับจำนวนค่าปรับในคดีอาญาที่โจทก์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์จะพึงได้รับหากมีการฟ้องคดีอาญานั้น โดยทั้งนี้ต้องยึดหลักเกณฑ์ตาม ป.วิ.พ. มาตรา 438 ที่ว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงนั้นให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด”

จากถ้อยคำที่บัญญัติในมาตรา 75 จึงอาจแบ่งแยกค่าเสียหายที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับมี 2 กรณี คือ การได้รับค่าเสียหายในรูปส่วนแบ่งค่าปรับ โดยผลแห่งการดำเนินคดีอาญากรณีหนึ่ง และการได้รับค่าเสียหายทางแพ่ง เรียกว่าเสียหายส่วนที่เกิดจากค่าปรับกึ่งหนึ่งที่ได้รับจากผลแห่งการดำเนินคดีอาญาอีกกรณีหนึ่ง ซึ่งผู้เขียนขอกล่าวถึงการชดใช้ค่าเสียหายทางแพ่งเท่านั้น อันเป็นมาตรการเยียวยาแก้ไขความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์

ตามกฎหมายไทย วัตถุประสงค์ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ตาม ป.วิ.พ. มาตรา 438 คือ ให้ผู้เสียหายได้กลับสู่ฐานะเดิมเหมือนเมื่อยังไม่มีกรณีละเมิด คำว่า

สินไหมทดแทน มีความหมายกว้างกว่าค่าเสียหาย ซึ่งตามมาตรา 438 วรรค 2 ค่าสินไหมทดแทนมี 2 กรณีคือ การคืนทรัพย์สินหรือใช้ราคา และการใช้ค่าเสียหาย⁸⁷

ในการกำหนดค่าเสียหายเพื่อการระเมิดนั้นท่านอาจารย์พจน์ ปุષปะาคม⁸⁸ ได้วางหลักเกณฑ์ โดยถือตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา นอกจากกรณีที่กฎหมายกำหนดค่าสินไหมทดแทนเฉพาะกรณีไว้แล้ว ดังนี้

ก. กำหนดเป็นการลงโทษ ศาลฎีกาเคยพิพากษาให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเป็นการลงโทษ (punitive damage) มาแล้ว⁸⁹ แต่สำหรับการให้ชดใช้ค่าเสียหาย, ในการละเมิดมีหลักเกณฑ์ตาม พรบ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 64 ให้เป็นอำนาจศาลที่วินิจฉัยว่าควรเป็นจำนวนเท่าใด มีข้อต้องคำนึงถึงอยู่ 3 ประการ คือ ความร้ายแรงของความเสียหายประการหนึ่ง การสูญเสียผลประโยชน์ประการหนึ่ง และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิอีกประการหนึ่ง ซึ่งจะมีข้อแตกต่างกับการกระทำละเมิดตามหลักทั่วไป แต่มีหลักเดียวกันคือ “เป็นการลงโทษเพื่อเป็นเยี่ยงอย่าง (punitive damages) จึงอาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนมากกว่าความเสียหายที่แท้จริง แต่จะต้องใช้ดุลยพินิจกำหนดจากพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดและจะกำหนดให้เกินกว่าความเสียหาย ที่โจทก์ได้รับหรือเกินกว่าที่โจทก์ฟ้องหรือขอมาในคำฟ้องมิได้”⁹⁰

ข. กำหนดเป็นการประมาณค่าเสียหาย แม้จะไม่มีค่าเสียหายเป็นจำนวนแน่นอน ศาลไทยก็เคยพิพากษาให้ค่าเสียหายอย่างต่ำแก่โจทก์ที่เรียกว่า Nominal damage นั้น ศาลกำหนดให้ได้เสมอ ตราบเท่าที่โจทก์นำสืบพิสูจน์ความเสียหายที่แท้จริงได้ และศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามความจริงได้ โดยอาศัย ม.438 (ป.วิ.พ.)⁹¹

ค. กำหนดให้น้อยกว่าเสียหายจริง ตามปกติความเสียหายที่ผู้ต้องเสียหายได้รับที่แท้จริง เท่าใดศาลจะต้องกำหนดไปตามความเป็นจริง เพื่อให้คุ้มกับความ

⁸⁷ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด และจัดการงานนอกสั่ง (กรุงเทพมหานคร: บริษัทศรีสมบัติการพิมพ์ จำกัด, 2530) หน้า 163

⁸⁸ พจน์ ปุષปะาคม, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, 2523), หน้า 516.

⁸⁹ ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 64/2501, 336/2475

⁹⁰ สุขุม ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2537) หน้า 209.

⁹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 209 - 210.

เสียหาย แต่บางกรณีมีเหตุที่จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบเพิ่มเติมจำนวน เพราะมีเหตุอย่างอื่นตาม กฎหมาย ที่ศาลอาจคำนวณค่าเสียหายให้ผู้กระทำละเมิดรับผิดชอบน้อยลงได้หรือผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการกระทำผิดหรือ ผู้อื่นมีส่วนแบ่งความรับผิดชอบไป เช่น ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์มีหลายคน ต่างคนต่างทำละเมิดเกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ แต่เจ้าของลิขสิทธิ์อัน เป็นผู้เสียหายมาฟ้องจำเลยฝ่ายเดียวดังนี้ จำเลยอาจผิดน้อยกว่าอีกฝ่าย จะให้จำเลยใช้ เต็มจำนวนไม่ถูกต้อง เท่ากับเจ้าของลิขสิทธิ์ ผู้เสียหายมีสิทธิได้จากอีกฝ่ายเต็มจำนวนเช่นกัน เจ้าของลิขสิทธิ์อันเป็นผู้เสียหายจึงได้ค่าเสียหายเป็นสองเท่า เป็นความไม่ยุติธรรม⁹² เนื่องจากขอบเขตแห่งความรับผิดชอบทางแพ่ง ถือว่าการชดเชยความเสียหายจะต้องมีจำนวน เท่ากับความเสียหายที่ได้รับไม่มากไม่น้อยไปกว่านั้น ดังนี้ศาลจึงอาจกำหนดค่าเสียหายให้ จำเลยน้อยลง โดยอาศัยหลักใน ป.วิ.พ. มาตรา 438 ได้ โดยเมื่อรวมสองฝ่ายแล้วจะได้เต็ม ร้อยเปอร์เซ็นต์จึงจะชอบธรรม

ด้วยเหตุผลที่ขอบเขตแห่งความรับผิดชอบทางแพ่งถือว่าการชดเชยความเสียหายจะต้องมีจำนวนเท่ากับความเสียหายที่ได้รับไม่มากไม่น้อยไปกว่านั้น ประเทศไทยจึง ไม่นำหลักการชดเชยคืนผลกำไรที่จำเลยได้รับมาโดยการกระทำละเมิด (Account of profits) มาใช้เป็นหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ เช่นกลุ่มประเทศคอมมอนเวลท์ที่นำหลัก Account of profits มาใช้ในวิธีการเรียกชดเชยความเสียหาย (compensation)

5.3.7.2) ค้ำและยึดหรืออายัด

เพื่อเป็นการป้องกันหรือให้หยุดการกระทำอันเป็นการ ละเมิดลิขสิทธิ์ ในระหว่างการพิจารณาคดี กฎหมายจึงให้ศาลมีอำนาจใช้วิธีการชั่วคราว ก่อนพิจารณา ตาม ป.วิ.พ.มาตรา 254 เพื่อออกคำสั่งยึดหรืออายัดและมีคำสั่งห้ามมิให้ จำเลยกระทำการใด ๆ (injunction) ซึ่งตามกฎหมายลิขสิทธิ์เองก็ให้ความคุ้มครองไว้ระมาตรา 68 และมาตรา 65 (ตามลำดับ)

ในมาตรา 254 ป.วิ.พ.บัญญัติว่า “ในคดีอื่น ๆ นอกจากคดี มโนสำเนา โจทก์ขอที่จะยื่นต่อศาลพร้อมกับคำฟ้องหรือในเวลาใด ๆ ก่อนพิพากษาซึ่งคำขอ ฝ่ายเดียวร้องขอให้ศาลมีคำสั่งภายในบังคับแห่งเงื่อนไขซึ่งจะกล่าวต่อไป เพื่อจัดให้มีวิธีคุ้มครองอย่างใด ๆ ดังต่อไปนี้

⁹² ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิดและจัดการงาน นอกสั่ง, หน้า 169.

(1) ให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินของจำเลยทั้งหมดหรือบางส่วนไว้ก่อนพิพากษา รวมทั้งจำนวนเงินหรือทรัพย์สินของบุคคลภายนอกซึ่งถือกำหนดชำระแก่จำเลย แล้วมอบให้เจ้าพนักงานบังคับคดีหรือเจ้าพนักงานอื่นใดที่ศาลเห็นสมควรรักษาไว้”

เหตุผลบัญญัติเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของโจทก์ มิให้จำเลยยื่นกระทำซ้ำซึ่งการกระทำมาแล้วในระหว่างพิจารณาต่อไป หรือทำให้การพิจารณาล่าช้าหรือเพื่อให้คดีเป็นไปไม่ได้หรือไร้ผล หรืออภัยทรัพย์สินเพื่อให้ยากแก่การบังคับ จึงมีลักษณะคำขอฝ่ายเดียว ซึ่งศาลไม่ต้องฟังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง แต่การออกคำสั่งวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา จะต้องมียึดอยู่ในระหว่างพิจารณาของศาล มิฉะนั้นแล้วโจทก์จะขอตามมาตรา 254 เพื่อให้ศาลออกคำยึดหรืออายัดทรัพย์สินของจำเลยมิได้⁹³

จะเห็นได้ว่า ในการดำเนินคดีทางแพ่งของไทย ไม่มีระบบ “Ex parte orders” ในการรวบรวมพยานหลักฐานก่อนเริ่มพิจารณาคดี เป็นการอาศัยอำนาจศาลออกคำสั่งอนุญาตค้นและยึดก่อนพิจารณาคดี โดยไม่ต้องกล่าวเตือนให้จำเลยทราบล่วงหน้าเพื่อว่าจะไม่ เปิดโอกาสให้จำเลยได้ทำลายหรือ อภัยทรัพย์สินหลักฐานสำคัญ ด้วยเล็งเห็นถึงความสำคัญดังกล่าว จึงมีร่าง พรบ.จัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญา และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ มาตรา 29 กำหนดให้ศาลสามารถออกคำสั่งอนุญาตให้มีการสืบพยานหลักฐานก่อนเริ่มพิจารณาคดี หากโจทก์ พิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่า พยานหลักฐานซึ่งใช้อ้างอิงในภายหน้าจะสูญหายหรือยากแก่การนำมาเมื่อมีคดีเกิดขึ้น หรือเกรงว่าพยานหลักฐานจะสูญหายเสียก่อนที่จะนำมาสืบหรือเป็นการยากที่จะนำมาสืบในภายหลัง อย่างไรก็ตาม คำสั่งนี้มีให้คำสั่งอนุญาตฝ่ายเดียว เพราะร่าง พรบ. ได้บัญญัติไว้ชัดเจนให้ศาลเรียกผู้ขอและคู่ความอีกฝ่ายมาศาล เพื่อฟังบุคคลเหล่านั้น ศาลจึงจะมีคำสั่งได้

ถ้ามีกรณีฉุกเฉิน ร่างพรบ. มาตรา 30 บัญญัติให้ศาลมีคำสั่งให้ยึดหรืออายัดเอกสารหรือวัตถุที่จะใช้เป็นพยานหลักฐาน ก่อนเริ่มพิจารณาคดีได้

กล่าวโดยสรุปแล้ว กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย ได้มีความพยายามที่จะแก้ไขความเสียหายขั้นต้น (primary remedies) ในกรณีที่มีการละเมิดเช่นเดียว

⁹³ ภัทรพร จักรางกูร, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง การบังคับคดี (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม, 2533), หน้า 3.

กับนานาประเทศ จึงได้จัดทำร่างพรบ.จัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและวิธีพิจารณาคดี
ทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ.

5.3.7.3) การออกคำสั่งห้ามมิให้จำเลยกระทำการใด (Injunction)

การออกคำสั่งนี้เป็นวิธีการเยียวยาความเสียหายทางแพ่ง
ซึ่ง พรบ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 65 บัญญัติให้ศาลมีคำสั่งระงับหรือละเว้นการกระทำอัน
เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ คำสั่งดังกล่าวจึงอาศัยหลักเกณฑ์ในกระบวนการวิธีพิจารณาความ
แพ่ง มาตรา 254 วรรค 2 ในการดำเนินคดีแพ่ง บัญญัติดังนี้

“(2) ให้ศาลมีคำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้จำเลยกระทำซ้ำหรือกระทำ
ต่อไปซึ่งการละเมิดหรือการผิดสัญญา หรือการกระทำที่ถูกรื้อถอน หรือขอให้คำสั่งให้หยุด
หรือป้องกันการเปลี่ยนแปลง การบุบสลาย กานโอน การขาย การยกย้าย หรือการ
จำหน่ายซึ่งทรัพย์สินใดๆ ที่พิพาทจนกว่าคดีจะถึงที่สุดหรือมีคำสั่งศาลเป็นอย่างอื่น

(3) ให้จับกุมและกักขังจำเลยไว้ชั่วคราว”

คำขอนำห้ามชั่วคราว ตามมาตรา 254 (2) เป็นคำขอฝ่ายเดียวแต่ก็
เป็นคำขอชนิดที่ศาลยังอาจฟังคู่ความอื่น ๆ ก่อนออกคำสั่งหรือไม่ก็ได้ เนื่องจากคำขอนำห้าม
ชั่วคราวเป็นวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา ดังนั้นการออกคำสั่งห้ามจะเป็นเพียงคำสั่งที่ออก
ในระหว่างการพิจารณาคดี เพื่อที่จะดำรงรักษาสถานะเดิมเอาไว้จนกว่าศาลจะได้พิพากษา
คดี

คำสั่งห้ามตามมาตรา 254 (2) แบ่งเป็น 2 ประการ⁹⁴ คือ

ก. คำสั่งห้ามชั่วคราว (interlocutory injunction) เป็นการแก้ไข
ความเสียหายที่สำคัญที่สุด เพราะคำสั่งนี้จะทำให้จำเลยหยุดการกระทำที่ถูกรื้อถอนหรือเป็น
การละเมิดลิขสิทธิ์ใดๆ เพื่อป้องกันความเสียหายที่หนักล้นจะเกิดขึ้น หรือใกล้จะถึง โดยไม่
ต้องรอให้เกิดความเสียหายขึ้นเสียก่อน และสามารถออกคำสั่งได้แม้ว่าจำเลยจะยังปราศจาก
ความผิดก็ตาม ทั้งนี้หากโจทก์ได้แสดงให้เห็นว่าการกระทำที่จะสั่งห้ามนั้นจะเป็นการละเมิด

คำสั่งห้ามชั่วคราวได้แก่ (1) คำสั่งห้ามชั่วคราวให้จำเลยกระทำซ้ำ
หรือกระทำต่อไปซึ่งความละเมิด

⁹⁴ เรียบเรียงจาก ภัทรพร จักรางกูร, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง การบังคับ
คดี, หน้า 29 - 39.

(2) คำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้จำเลยกระทำซ้ำ

หรือกระทำต่อไปซึ่งการผิดสัญญา

(3) คำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้จำเลยกระทำซ้ำ

หรือกระทำต่อไปซึ่งการกระทำที่ผูกพันหรือรัง

ข. คำสั่งให้หยุดหรือป้องกันการเปลี่ยนแปลง การบุบสลาย การโอน การขาย การยกย้าย หรือการจำหน่ายซึ่งทรัพย์สินใด ๆ ที่พิพาทจนกว่าคดีจะถึงที่สุด หรือมีคำสั่งศาลเป็นอย่างอื่น

ถ้าจำเลยปฏิเสธคำสั่งศาลตามมาตรา 254 ไม่ให้โจทก์เข้าทำการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของจำเลย, ปฏิเสธคำสั่งห้ามของศาล เพื่อที่จะประวิงหรือขัดขวางแก่การพิจารณาคดีหรือการบังคับคดี หรือเพื่อจะฉ้อโกงโจทก์ และเพื่อป้องกันมิให้จำเลยหลบหนีคดี ศาลอาจมีคำสั่งให้จับกุมจำเลยมากักขังไว้ชั่วคราว ตามมาตรา 254 (3)

อย่างไรก็ดีการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยมาตราขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษานี้ ศาลจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างความเสี่ยงจากความเสียหายที่โจทก์จะได้รับ หากโจทก์ไม่ได้รับการเยียวยาแก้ไขความเสียหายจากการละเมิดได้ทั้งหมดที่ กับความเสี่ยงจากความเสียหายที่จำเลยได้รับจากการที่ศาลมีคำสั่งห้ามกระทำ ซึ่งกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย จึงมีบทบัญญัติให้จำเลยสามารถขอให้โจทก์วางเงินประกัน เพื่อคุ้มครองความเสียหายที่จำเลย อาจได้รับจากมาตรการขอความคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าว

กล่าวโดยสรุปแล้ว ปัญหามาตรการเยียวยาความเสียหายทางแพ่งเกี่ยวกับเรื่องที่ไม่มีระบบ “Ex parte orders” ในการรวบรวมพยานหลักฐานและยึดหรืออายัดพยานหลักฐานก่อนเริ่มพิจารณาคดี จะหมดไปเมื่อมีการประกาศใช้ ร่างพรบ.จัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ จะทำให้เกิดมาตรฐานเดียวกับนานาประเทศในวิธีการเยียวยาความเสียหาย