

## บทที่ 4

### วิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับลิขสิทธิ์กำพราง

ในส่วนนี้ผู้วิจัยนำเสนอผลการศึกษวิเคราะห์เกี่ยวกับการเข้าถึงสิทธิในงานลิขสิทธิ์กำพรางซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์การวิจัยข้อ 2.3 มีจุดมุ่งหมายเพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับลิขสิทธิ์กำพรางเพื่อจัดอุปสรรคต่อการเข้าถึงสิทธิในงานลิขสิทธิ์กำพรางในบริบทแห่งความตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายของประเทศอังกฤษ และประเทศไทย โดยงานวิจัยฉบับนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ใช้เทคนิคการวิจัยตามลักษณะของการเก็บรวบรวมข้อมูลโดยแบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอน ได้แก่ การวิจัยเอกสาร (Documentary Research) และการสัมภาษณ์เจาะลึก (In-depth Interview) และทำการวิเคราะห์ข้อมูลโดยนำเสนอในลักษณะเชิงพรรณนาความ (Thick Description) โดยใช้เทคนิคการวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analysis) และการวิเคราะห์เปรียบเทียบ (Comparative Analysis) ทำให้ทราบถึงความสอดคล้องและความแตกต่างรวมถึงผลดีและผลเสียที่เกิดขึ้นจากการใช้มาตรการทางกฎหมายต่องานลิขสิทธิ์กำพราง ผลการวิเคราะห์มีรายละเอียดดังนี้

#### 4.1 วิเคราะห์ลักษณะสอดคล้องของกฎหมายในการคุ้มครองลิขสิทธิ์กำพรางตามความตกลงระหว่างประเทศ เปรียบเทียบกฎหมายของประเทศอังกฤษ และกฎหมายไทย

ในส่วนนี้ ผู้วิจัยได้บูรณาการข้อมูลที่ได้จากการศึกษาค้นคว้าเอกสารทางวิชาการต่างๆ โดยการวิเคราะห์เปรียบเทียบตามแนวทางการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) เกี่ยวกับประเด็นความสอดคล้องของกฎหมายในการคุ้มครองลิขสิทธิ์กำพราง 2 ประการ ได้แก่ (1) วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ และ (2) วิเคราะห์การนำข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์มาแก้ไขปัญหาลิขสิทธิ์กำพราง

##### 4.1.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์

ปัญหาเกี่ยวกับการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์เป็นประเด็นที่มีความสำคัญเพราะเป็นจุดเริ่มต้นของการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่งอนุสัญญากรุงเบอร์น์ว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) กำหนดหลักการพื้นฐานให้ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ของคนชาติแห่งประเทศภาคีซึ่งมีแหล่งกำเนิดของงานในประเทศภาคีอื่นๆ ในลักษณะเดียวกันกับการคุ้มครองแก่คนชาติของตนเอง (ข้อ 5 (1)) และเป็นการคุ้มครองทันทีโดยปราศจากแบบพิธี เงื่อนไข หรือข้อผูกพันใดๆ (Non-formality) (ข้อ 5 (2)) สำหรับความตกว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade

Related Aspects of Intellectual Property Rights) ข้อ 9.1 กำหนดให้ประเทศภาคีต้องปฏิบัติตาม ข้อ 1 ถึงข้อ 21 และภาคผนวกแนบทำอนุสัญญากรุงเบอร์ลินโดยอนุโลม ดังนั้น การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ตาม ความตกลงฉบับนี้จึงสอดคล้องกับอนุสัญญากรุงเบอร์ลินนั่นเอง

การได้มาซึ่งสิทธิโดยปราศจากแบบพิธี หรือปราศจากรูปแบบทางทะเบียน ลักษณะเช่นนี้ส่งผลให้งานสร้างสรรค์ที่ผู้สร้างสรรค์บางรายระบุความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ชัดเจน กลายเป็นงานลิขสิทธิ์ที่ไม่สามารถติดตามผู้สร้างสรรค์หรือบางกรณีผู้สร้างสรรค์ใช้นามแฝง หรือนามปากกาและไม่สามารถทราบได้โดยทั่วไปว่าบุคคลใดเป็นผู้ใช้นามแฝงหรือนามปากกานั้น ลักษณะ เหล่านี้ย่อมเป็นปัจจัยหนึ่งแห่งบ่อเกิดของงานลิขสิทธิ์กำพร้า (Orphan Works) นั่นเอง

ขณะเดียวกันประเทศอังกฤษและประเทศไทยต่างเป็นสมาชิกของความตกลง ระหว่างประเทศทั้งสองฉบับ กฎหมายลิขสิทธิ์จึงให้ความคุ้มครองโดยปราศจากแบบพิธีเช่นเดียวกัน จึงมี ประเด็นที่ต้องวิเคราะห์ว่าประเทศไทยควรให้การคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์กำพร้าและ สิทธิของสาธารณะในการเข้าถึงงานดังกล่าวหรือไม่

ผู้วิจัยเห็นว่า ลิขสิทธิ์เป็นแรงกระตุ้นให้เกิดความคิดสร้างสรรค์ และนำมาซึ่งการ แสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea) แม้อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน และความตกลงทริปส์จะบัญญัติให้ การคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์สามารถกระทำได้โดยไม่ต้องมีแบบพิธี (Non-formality) อันเป็นปัจจัย หนึ่งที่ทำให้งานสร้างสรรค์บางรายไม่สามารถระบุตัวตนผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ก็ตาม แต่หลัก ทั่วไปของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามความตกลงระหว่างประเทศทั้งสองฉบับต่างมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างดุล แห่งประโยชน์ (Balance of Interest) ระหว่างการคุ้มครองและบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ระหว่างผู้เป็นเจ้าของผลงานและสาธารณะในลักษณะที่เอื้ออำนวยประโยชน์ทางสังคมและประโยชน์ใน เศรษฐกิจ

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาในมุมมองของงานอันมีลิขสิทธิ์กำพร้า (Orphan Works) ผู้วิจัยเห็นว่า การสนับสนุนให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงงานลิขสิทธิ์กำพร้าที่มีคุณค่าต่อสังคมจะช่วย เสริมสร้างบรรยากาศแห่งการเรียนรู้และแรงบันดาลใจแก่สาธารณะได้มากขึ้น ในขณะเดียวกันสาธารณะ ที่ได้ใช้งานลิขสิทธิ์กำพร้าก็จำเป็นต้องเคารพต่อสิทธิทางเศรษฐกิจ และสิทธิในศิลปกรรมของผู้สร้างสรรค์หรือ เจ้าของลิขสิทธิ์ที่แม้จะยังไม่ปรากฏตัวตน หรือยังไม่สามารถติดตามตัวได้จึงจะสอดคล้องกับหลักการสร้าง ดุลแห่งประโยชน์ สอดคล้องกับทฤษฎีการเป็นเครื่องจูงใจ (Incentive to Invent Theory) ที่เชื่อว่ารัฐให้ การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาลักษณะต่างๆ ก็เพื่อส่งเสริมให้เกิดการคิดค้นและพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ๆ และก่อให้เกิดการสร้างสรรคผลงานที่มีคุณค่าขึ้น การคุ้มครองผู้สร้างสรรค์อย่างเหมาะสมจะช่วยให้เกิด

การสร้างแรงบันดาลใจต่อตัวผู้สร้างสรรค์นั่นเอง หรือต่อบุคคลภายนอกที่สามารถตระหนักชัดถึงแรงจูงใจที่สร้างสรรค์หรือต่อยอดงานทางปัญญาเพิ่มสูงขึ้นแม้จะเป็นงานที่ไม่สามารถติดตามหาตัวผู้สร้างสรรค์ก็ตาม แม้ทฤษฎีสติตามธรรมชาติแห่งทรัพย์สิน (Natural Right Theory of Property) ซึ่ง John Locke ได้อธิบาย ทฤษฎีแรงงานเกี่ยวกับทรัพย์สิน (Labour Theory of Property) โดยเห็นว่าทรัพย์สินเป็นสิ่งที่มนุษย์ได้มาจากแรงงาน (Labour) ผู้ลงแรงงานควรมีสิทธิในทรัพย์สินนั้นอย่างสมบูรณ์สามารถจัดการกับทรัพย์สินนั้นได้โดยอิสระ แต่การใช้สิทธินั้นต้องเป็นการใช้เท่าที่เพียงพอและเป็นธรรม และต้องคำนึงถึงความเหมาะสมสำหรับการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของคนในสังคม แสดงให้เห็นว่าแนวคิดการคุ้มครองลิขสิทธิ์มุ่งให้สิทธิแก่ผู้สร้างสรรค์ในการจัดการสิทธิของตน ทั้งควบคุมการใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวไม่ให้สาธารณชนเข้าถึงงานโดยปราศจากการรับรู้ความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือการบังคับใช้สิทธิกรณีมีการเข้าถึงสิทธิในงานลิขสิทธิ์เกินขอบเขตการใช้ที่เป็นธรรม สอดคล้องกับความคิดเห็นของผู้ให้สัมภาษณ์จากการเก็บข้อมูลภาคสนามโดยการสัมภาษณ์เจาะลึกพบว่า ผู้ให้สัมภาษณ์ส่วนใหญ่เห็นว่าปัจจุบันกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยไม่ครอบคลุมถึงวิธีจัดการปัญหางานลิขสิทธิ์กำพร้าไว้อย่างชัดเจน มีเพียงข้อสันนิษฐานความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานที่ผู้สร้างสรรค์ใช้นามแฝงหรืองานที่ไม่ปรากฏชื่อนั้น ซึ่งอาจเข้าข่ายเป็นลิขสิทธิ์กำพร้าได้เช่นกัน รัฐจึงควรมีมาตรการทางกฎหมายเพื่อสนับสนุนให้มีการเข้าถึงงานลิขสิทธิ์กำพร้าอย่างชัดเจนโดยต้องไม่ใช่เป็นการก้าวล่วงต่อสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้สร้างสรรค์

ผู้วิจัยเห็นว่า สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นสิทธิของเอกชน การใช้สิทธิในงานต้องเกิดจากความยินยอมของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ การคุ้มครองลิขสิทธิ์ต้องมีไม่มากจนเกินไปจนทำให้สาธารณชนไม่สามารถเข้าถึงงานได้ตามหลักการสร้างดุลแห่งประโยชน์ดังปรากฏในหลักการใช้ที่เป็นธรรม การอนุญาตให้ใช้สิทธิ หรือการตกเป็นสมบัติสาธารณะ การให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์มากเกินไปก็จะเป็นผลกระทบต่อการสนับสนุนการพัฒนาวงศ์ความรู้ต่างๆ กลับกันการให้สิทธิแก่สาธารณชนมากเกินไปก็อาจเป็นปัจจัยให้เกิดการเข้าถึงงานและอาจก่อให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์มากขึ้น ทั้งนี้ ระดับการคุ้มครองจึงต้องสมดุลภายใต้หลักการพื้นฐานที่ไม่เป็นการก้าวล่วงต่อสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้สร้างสรรค์

ประเด็น	ความตกลงระหว่างประเทศ	กฎหมายประเทศอังกฤษ	กฎหมายไทย
ปัญหาการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์	- <b>อนุสัญญากรุงเบอร์น</b> ข้อ 5 (2) การได้มาปราศจากแบบพิธี (Non-formality) - <b>ความตกลงทริปส์</b> ข้อ 9.1 สอดคล้องอนุสัญญากรุงเบอร์น	- <b>คุ้มครองทันทีไม่ต้องจดทะเบียน</b>	<b>พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537</b> - <b>คุ้มครองลิขสิทธิ์อัตโนมัติโดยไม่ต้องจดทะเบียน</b>

#### ตารางที่ 4.1 เปรียบเทียบการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์

#### 4.1.2 วิเคราะห์การนำข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์มาแก้ไขปัญหาลิขสิทธิ์กำพวด

อนุสัญญากรุงเบอร์นข้อ 9 (2) ให้สิทธิต่อสาธารณชนในการเข้าถึงงานลิขสิทธิ์ได้ภายในขอบเขตของกระบวนการทดสอบ 3 ลำดับขั้น หรือ Berne-Three-step-test โดยการทำให้ซ้ำหรืออนุญาตให้ทำซ้ำได้แต่ต้องเป็นงานที่มีการประกาศโฆษณาแล้ว และการใช้ประโยชน์จากงานลิขสิทธิ์ต้องไม่เป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของงานนั้น อีกทั้งต้องไม่เป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของผู้สร้างสรรค์เกินสมควร หลักการดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้ในความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า ข้อ 13 เพียงแต่บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้อย่างกว้างเท่านั้น ขณะที่อนุสัญญากรุงเบอร์นกำหนดให้สิทธิแก่สาธารณะในการใช้งานเพื่อการอ้างอิง (Quotations) และการใช้ภาพประกอบเพื่อประโยชน์สำหรับการเรียนการสอน (Illustrations for Teaching) หรืออนุญาตให้ทำซ้ำโดยสื่อมวลชนสำหรับการแพร่เสียงแพร่ภาพหรือการเผยแพร่ต่อสาธารณชนทางวิทยุกระจายเสียง (Communication to the Public by Wire) ในงานที่ได้มีการตีพิมพ์เผยแพร่ทางหนังสือพิมพ์หรือวารสารที่ออกตามกำหนดเวลา

เมื่อศึกษาหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมตาม The Copyright Design and Patent Act 1988 ของประเทศอังกฤษ เป็นการอนุญาตให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ได้โดยไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หากเป็นการใช้เพื่อประโยชน์ในการค้นคว้าวิจัย หรือศึกษาส่วนตัว (มาตรา 29 (1), (1c)) หรือการวิจารณ์ การทบทวน (มาตรา 30 (1)) หรือการใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการรายงานข่าวสาร (มาตรา 30 (2))

โดยมีการแสดงออกถึงการรับรู้ความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์อย่างเพียงพอและไม่ใช้การกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าย่อมไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ สอดคล้องกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ของประเทศไทยที่กำหนดให้การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์บุคคลอื่น เพื่อวิจัยหรือศึกษางานนั้นอันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร การใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท การติชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น การเสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น การทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว การทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอน เพื่อประโยชน์ในการสอนของตนอันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไรการทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอน หรือทำบทสรุปโดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร และการนำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ ย่อมไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หากการกระทำต่องานดังกล่าวไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรการกระทำเช่นว่านี้ย่อมไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

เมื่อพิจารณาแนวคิดเกี่ยวกับหลักการใช้ที่เป็นธรรม ซึ่งเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ จะเห็นได้ว่าการนำหลักการดังกล่าวมาพิจารณาในมิติของการเข้าถึงลิขสิทธิ์กำพร้าอาจเป็นมาตรการหนึ่งที่สามารถช่วยแก้ไขปัญหการนำงานดังกล่าวไปใช้ประโยชน์ได้อย่างเป็นรูปธรรมภายใต้ขอบเขตอันจำกัด ซึ่งไม่กระทบต่อสิทธิโดยธรรมและสิทธิทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์ เพียงแต่หลักการใช้ที่เป็นธรรมอันจะเพียงพอสำหรับการนำงานที่ไม่ปรากฏผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่นั้น ในประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นว่า การเข้าถึงงานลิขสิทธิ์ตามหลักการใช้ที่เป็นธรรมหรือหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมนั้นต่างมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างดุลแห่งประโยชน์แก่สาธารณะเพื่อลดการผูกขาดในสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ให้ลดน้อยลงในระดับสมดุล แต่โอกาสในการเข้าถึงภายใต้ขอบเขตการใช้ที่เป็นธรรมนั้นอาจสร้างข้อจำกัดแก่สาธารณะที่มุ่งครอบครองชิ้นงานทั้งหมดอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ที่ไม่ใช่การครอบครองเพียงบางส่วนของงานที่กฎหมายอนุญาตให้ทำซ้ำเท่านั้น แต่ผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตว่าหลักการใช้ที่เป็นธรรมตามกฎหมายไทยอนุญาตให้ผู้ใช้งานสามารถทำซ้ำ ดัดแปลงงานลิขสิทธิ์ภายใต้ข้อจำกัดบางประการเพียงแต่เป็นข้อจำกัดของผู้ใช้งานเท่านั้น การนำหลักการใช้ที่เป็นธรรมมาแก้ไขปัญหาในเบื้องต้นเพื่อป้องกันไม่ให้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์จึงเป็นมาตรการหนึ่งที่จะแก้ไขปัญหาได้

สอดคล้องกับความคิดเห็นของผู้ให้สัมภาษณ์จากการเก็บข้อมูลภาคสนามโดยการสัมภาษณ์เจาะลึกพบว่า ผู้ให้สัมภาษณ์ส่วนใหญ่เห็นว่า การนำหลักการใช้ที่เป็นธรรมมาใช้แก้ไขปัญหาจะมีความเหมาะสมในระยะสั้น แต่ควรมีกฎหมายรองรับการใช้ประโยชน์จากงานดังกล่าว นอกเหนือขอบเขตหลักการใช้ที่เป็นธรรม ซึ่งผู้วิจัยเห็นด้วยกับทิศทางดังกล่าว เนื่องจากการไม่สนับสนุนให้ใช้ประโยชน์ในงานลิขสิทธิ์กำพร้า ย่อมทำให้มูลค่าทางเศรษฐกิจ (Economic Value) ของงานสูญเปล่าไป ขณะที่ลิขสิทธิ์กำพร้าอาจเป็นงานที่ยังทรงคุณค่าต่อสาธารณชน ประเทศไทยควรพัฒนากฎหมายที่เป็นการส่งเสริมการเข้าถึงสิทธิในงานลิขสิทธิ์กำพร้าที่ไม่ได้จำกัดแค่เพียงการใช้ประโยชน์ภายในขอบเขตการใช้ที่เป็นธรรม

ตารางที่	ดูประเด็นวิเคราะห์	ความตกลงระหว่างประเทศ	กฎหมายประเทศอังกฤษ The Copyright Design and Patent Act 1988	กฎหมายไทย พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537
4.2				
การนำ ข้อยก วันการ ละเมิด ลิขสิท ธี ม แก้ไข ปัญหา ลิขสิท ธี กำพร้า	การนำหลักการใช้ ที่เป็นธรรมมา แก้ไขปัญห ลิขสิทกำพร้า	- <b>อนุสัญญากรุง เบิร์น</b> ข้อ 9 (2) Berne-Three- step-test  - <b>ความตกลงทริปส์</b> ข้อ 3 สอดคล้อง อนุสัญญากรุงเบิร์น	- การใช้เพื่อประโยชน์ใน การค้นคว้าวิจัย หรือ ศึกษาส่วนตัว  - การวิจารณ์ การ ทบทวน  - การใช้เพื่อวัตถุประสงค์ ในการรายงานข่าวสาร ทั้งนี้ โดยมีการ แสดงออกถึงการรับรู้ ความเป็นเจ้าของลิขสิท ธี อย่างเพียงพอและไม่ใช้ การกระทำเพื่อประโยชน์ ในทางการค้า	- ไม่มีกฎหมายที่ เกี่ยวข้องโดยตรงสำหรับ การนำมาปรับใช้กับงาน ลิขสิทกำพร้า แต่อาจ ใช้การเทียบเคียง

## 4.2 วิเคราะห์ลักษณะแตกต่างของกฎหมายในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ก้ำพำร้ำตามความตกลงระหว่างประเทศ เปรียบเทียบกฎหมายของประเทศอังกฤษ และกฎหมายไทย

ในส่วนนี้ ผู้วิจัยได้บูรณาการข้อมูลที่ได้จากการศึกษาค้นคว้าเอกสารทางวิชาการต่างๆ โดยการวิเคราะห์เปรียบเทียบตามแนวทางการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) เกี่ยวกับประเด็นความแตกต่างของกฎหมายในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ก้ำพำร้ำ 3 ประการ ได้แก่ (1) การใช้ความพยายามในการสืบค้น (2) การอนุญาตให้ใช้สิทธิ และ (3) สิทธิของผู้สร้างสรรค์เมื่อกลับแสดงตนให้ปรากฏ

### 4.2.1 การใช้ความพยายามในการสืบค้น

อนุสัญญากรุงเบอร์ลินและความตกลงทริปส์ไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความพยายามในการสืบค้นสำหรับงานลิขสิทธิ์ก้ำพำร้ำไว้แต่ประการใด ขณะที่ความตกลงร่วมแห่งสหภาพยุโรป เลขที่ 28/2012 ว่าด้วยการอนุญาตให้ใช้งานลิขสิทธิ์ก้ำพำร้ำ ได้กำหนดหลักเกณฑ์การใช้ความพยายามในการสืบค้นเพื่อเป็นข้อสันนิษฐานการเป็นลิขสิทธิ์ก้ำพำร้ำโดยมอบหมายให้สำนักงานจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าและสิทธิบัตรการออกแบบแห่งสหภาพยุโรป (The Office for Harmonization in the Internal Market : OHIM) ทำหน้าที่รวบรวมฐานข้อมูลที่ได้รับจากองค์กรซึ่งบรรดาประเทศสมาชิกกำหนดให้ทำหน้าที่สืบค้น และการใช้ความพยายามในการสืบค้น (Diligent Search) ต้องอยู่บนพื้นฐานของเจตนาสุจริตและดำเนินการสืบค้นจากฐานข้อมูลที่แตกต่างกันตามประเภทงานที่จะขออนุญาตให้ใช้สิทธิ อาทิ งานวรรณกรรมต้องดำเนินการสืบค้นจากฐานข้อมูลห้องสมุด สำนักพิมพ์ หรือองค์การที่เกี่ยวกับผู้สร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ประเภทต่างๆ หรือฐานข้อมูลการจดทะเบียนที่มีอยู่ในระบบ หมายเลขมาตรฐานสากลประจำหนังสือ หรือกรณีเป็นงานหนังสือพิมพ์ นิตยสาร บทความ และวารสารที่ตีพิมพ์ตามกำหนดเวลา ให้ดำเนินการสืบค้นจากหมายเลขมาตรฐานสากลประจำหนังสือ หลักฐานการตีพิมพ์ องค์การเกี่ยวกับสำนักพิมพ์ ผู้สร้างสรรค์และนักข่าว และฐานข้อมูลจากองค์กรจัดเก็บ เป็นต้น

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายของประเทศอังกฤษ พบว่า การใช้ความพยายามในการสืบค้นเป็นเงื่อนไขสำคัญของการใช้ประโยชน์ในงานลิขสิทธิ์ก้ำพำร้ำ โดยวิธีดำเนินการสืบค้นจะมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับหลักเกณฑ์ของความตกลงร่วมแห่งสหภาพยุโรปเลขที่ 28/2012 ที่กล่าวมาข้างต้น โดยการสืบค้นมีความแตกต่างกันไปตามแต่ประเภทของงานลิขสิทธิ์โดยแหล่งข้อมูลที่จะดำเนินการสืบค้นนั้นอย่างน้อยต้องประกอบไปด้วยแหล่งข้อมูลที่ได้รับการจดทะเบียนและบริหารงานโดยผู้อำนวยความสะดวกตรวจสอบประจำสำนักสิทธิบัตรการออกแบบและเครื่องหมายการค้า และฐานข้อมูลที่บริหารงานโดย OHIM แต่ถ้าไม่มีข้อมูลการบันทึกงานไว้ในฐานข้อมูลตามที่กล่าวมาข้างต้น ให้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์

ของพระราชบัญญัติว่าด้วยลิขสิทธิ์ การออกแบบ และสิทธิบัตร ค.ศ. 1988 (The Copyright Designs and Patents Act 1988) ซึ่งมีการระบุรายละเอียดที่ชัดเจนเกี่ยวกับหน่วยงานหรือองค์กรที่ต้องไปดำเนินการค้นหา อาทิ งานวรรณกรรม นอกจากห้องสมุดแล้วยังให้สืบค้นจากสำนักทะเบียนเกี่ยวกับผู้แต่ง ศิลปิน และผู้ถือสิทธิในลิขสิทธิ์ (WATCH : Writers, Artists and their Copyright Holders) หรือฐานข้อมูลขององค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนลิขสิทธิ์ หรือแหล่งที่มีการรวบรวมข้อมูลไว้หลากหลายเข้าด้วยกัน เช่น บริการระหว่างประเทศที่ออกแบบมาเพื่อความสะดวกต่อการสืบค้นรายชื่อบุคคล ที่มีชื่อเรียกว่า VIAF (Virtual International Authority Files) และองค์กร ARROW (Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works) ซึ่งองค์กรเหล่านี้ยังมีฐานข้อมูลเกี่ยวกับงานภาพถ่าย งานภาพประกอบ งานออกแบบ งานสถาปัตยกรรม งานออกแบบโครงสร้างซึ่งสามารถสืบค้นได้จากแหล่งเดียวกัน หรือกรณีเป็นงานสิ่งบันทึกเสียง งานโสตทัศนวัสดุ ให้ดำเนินการสืบค้นจากฐานข้อมูลของแผ่นฟิล์มหรือสิ่งบันทึกเสียงของห้องสมุดแห่งชาติ หรือฐานข้อมูลที่เกี่ยวข้อง อาทิ ISAN (International Standard Audiovisual Number) สำหรับงานสิ่งบันทึกเสียง หรือ ISWC (International Standard Music Work Code) สำหรับงานดนตรีกรรม เป็นต้น

ผู้วิจัยเห็นว่าหลักเกณฑ์การใช้ความพยายามในการสืบค้นของประเทศอังกฤษซึ่งถือเอาต้นแบบจากความตกลงร่วมแห่งสหภาพยุโรป เลขที่ 28/2012 นั้น เป็นหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่มีความชัดเจนในการสันนิษฐานความมีตัวตนของผู้สร้างสรรค์ซึ่งมีความยืดหยุ่นในวิธีดำเนินการสืบค้นแตกต่างกันไปตามแต่ประเภทของงาน หากเปรียบเทียบในกรณีที่ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์อย่างชัดเจนถึงขอบเขตการใช้ความพยายามในการสืบค้นย่อมสร้างภาระต้นทุนและความไม่แน่นอนแก่ผู้ขอใช้งานลิขสิทธิ์มากขึ้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ของประเทศไทย พบว่าไม่มีสภาพบังคับเกี่ยวกับประเด็นปัญหานี้โดยตรง แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยการใช้ลิขสิทธิ์ในพฤติการณ์พิเศษซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ความตกลงระหว่างผู้ขออนุญาตใช้งานลิขสิทธิ์กับเจ้าของลิขสิทธิ์ในการจัดทำคำแปลหรือทำซ้ำสำเนางานที่ได้เคยจัดพิมพ์งานแปลเป็นภาษาไทย ซึ่งผู้ขออนุญาตได้รับการปฏิเสธจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่สามารถตกลงกันได้ภายในเวลาอันสมควร กฎหมายจึงให้อำนาจอธิบดีดำเนินการให้มีการตกลงกันระหว่างคู่กรณีในเรื่องค่าตอบแทน และเงื่อนไขการใช้ลิขสิทธิ์ โดยกรมทรัพย์สินทางปัญญาได้ออกประกาศกรมทรัพย์สินทางปัญญา ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2538) เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการขอใช้ลิขสิทธิ์ในพฤติการณ์พิเศษ ซึ่งหลักเกณฑ์ในข้อ 4 (3) กำหนดให้ผู้ขอใช้สิทธิซึ่งไม่สามารถหาตัวเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ ให้ดำเนินการส่งหลักฐานที่แสดงว่าผู้ขอได้ติดต่อขออนุญาตจากสำนักพิมพ์ซึ่งเป็นผู้จัดพิมพ์หนังสือฉบับนั้นซึ่งระบุค่าตอบแทนและเงื่อนไขและหลักฐานที่แสดงว่าผู้ขอได้แจ้งศูนย์ข้อมูลในประเทศหรือระหว่างประเทศที่ผู้ขอเชื่อว่าสำนักพิมพ์ดังกล่าวมีสำนักงาน



แห่งใหญ่อยู่ในประเทศนั้น ซึ่งระบุค่าตอบแทนและเงื่อนไขที่ผู้ขอเสนอ รวมทั้งผลการติดต่อด้านนั้น วิธีดังกล่าวเป็นการจำกัดเฉพาะงานวรรณกรรมและเป็นหลักเกณฑ์ที่ค่อนข้างจำกัดอยู่เพียงสำนักพิมพ์เท่านั้น ทั้งนี้วิธีการดังกล่าวอาจถือได้ว่าเพียงพอในบริบทของงานวรรณกรรมทั่วไปที่ไม่เข้าข่ายเป็นงานลิขสิทธิ์กำพวด

ด้วยเหตุนี้ การกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ความพยายามในการสืบค้นที่ชัดเจนย่อมมีผลดีมากกว่าการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้างโดยไม่มีขอบเขตที่แน่นอนซึ่งสอดคล้องกับความคิดเห็นส่วนใหญ่ของผู้ให้สัมภาษณ์ที่คำนึงถึงความชัดเจนและต้นทุนที่เกิดขึ้นต่อผู้ขอใช้งานลิขสิทธิ์ ผู้วิจัยเห็นด้วยกับความคิดเห็นของผู้ให้สัมภาษณ์ซึ่งนอกจากจะสามารถควบคุมต้นทุนได้อย่างชัดเจนแล้ว การใช้ความพยายามในการสืบค้นดังกล่าวอาจใช้เป็นหลักฐานรับฟังถึงเจตนาสุจริตได้ แต่การให้กรมทรัพย์สินทางปัญญาเป็นผู้รับภาระในการจัดทำฐานข้อมูลนั้น เป็นการสร้างภาระต้นทุนมหาศาลซึ่งหากคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะจะได้รับอาจไม่คุ้มค่า อย่างไรก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบกับข้อกำหนดให้ผู้ขอใช้งานลิขสิทธิ์ดำเนินการสืบค้นจากฐานข้อมูลที่มีการรวบรวมในหน่วยงานต่างๆ อาทิ ฐานข้อมูลการรับจดแจ้งงานลิขสิทธิ์ของกรมทรัพย์สินทางปัญญา ฐานข้อมูลหอสมุดแห่งชาติ ฐานข้อมูลจากองค์กรจัดเก็บ ฐานข้อมูลการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ฐานข้อมูลทะเบียนราษฎร ฐานข้อมูลอินเทอร์เน็ตทั่วไป หรือการประกาศในหนังสือพิมพ์ เป็นต้น ทิศทางดังกล่าวกลับสร้างความชัดเจนสอดคล้องกับแนวทางของประเทศอังกฤษ

#### **ข้อดี**

ทำให้เกิดความชัดเจนในช่องทางการสืบค้น

เป็นการแสดงเจตนาสุจริตในการติดตามหาตัวผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของ

#### **ข้อเสีย**

ก่อให้เกิดต้นทุนแก่ผู้ขอใช้ประโยชน์

ประเด็นวิเคราะห์	ความตกลงระหว่างประเทศ	กฎหมายประเทศอังกฤษ The Copyright Design and Patent Act 1988	กฎหมายไทย พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537
การใช้ความพยายามในการสืบค้น	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>อนุสัญญากรุงเบอร์น</b></li> <li>- อนุสัญญากรุงเบอร์น ไม่มีบัญญัติไว้</li> <li>- <b>ความตกลงทริปส์</b></li> <li>- ความตกลงทริปส์ ไม่มีบัญญัติไว้</li> <li>- <b>ความตกลงร่วมแห่งสหภาพยุโรป</b></li> <li>- <b>เลขที่ 28/2012</b></li> <li>- ต้องดำเนินการ</li> <li>- สืบค้นตาม</li> <li>- หลักเกณฑ์ซึ่ง</li> <li>- แตกต่างกันไป</li> <li>- ตามแต่ประเภทของงาน</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ต้องดำเนินการสืบค้น</li> <li>- ตามหลักเกณฑ์ที่แตกต่าง</li> <li>- กันไปตามประเภทของงาน</li> <li>- อย่างน้อยต้อง</li> <li>- ประกอบไปด้วย</li> <li>- แหล่งข้อมูลที่ได้รับการ</li> <li>- จัดทะเบียนและ</li> <li>- บริหารงานโดยสำนัก</li> <li>- สิทธิบัตรการออกแบบ</li> <li>- และเครื่องหมายการค้า</li> <li>- และฐานข้อมูลของ</li> <li>- OHIM</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ไม่มีบัญญัติไว้</li> </ul>

#### ตารางที่ 4.3 เปรียบเทียบการใช้ความพยายามในการสืบค้น

##### 4.2.2 การอนุญาตให้ใช้สิทธิ

อนุสัญญากรุงเบอร์น และความตกลงทริปส์มีวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกันในการสร้างดุลแห่งประโยชน์ระหว่างผู้สร้างสรรค์กับสาธารณะ แม้กฎหมายจะบัญญัติให้ผู้สร้างสรรค์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในลักษณะสิทธิผูกขาดในการทำซ้ำ ดัดแปลง การให้เข้าต้นฉบับหรือสำเนา งาน หรือการเผยแพร่ต่อสาธารณชน แต่กฎหมายยอมให้สาธารณชนเข้าถึงงานลิขสิทธิ์เพื่อสร้างดุลในระบบการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ได้แก่ การบัญญัติข้อยกเว้นและข้อจำกัดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่การใช้งานลิขสิทธิ์นั้นต้องไม่ขัดหรือแย้งกับการใช้งานตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า Berne Three-step test ขณะที่ความตกลงทริปส์บัญญัติข้อยกเว้นและข้อจำกัดในสิทธิแต่เพียงผู้เดียวไว้อย่างกว้างซึ่งต้องไม่ขัดหรือแย้งกับการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของงานนั้น และต้องไม่ทำให้สิทธิโดยชอบธรรมของผู้ทรงสิทธิเสื่อมเสียไปโดยไม่มีเหตุอันสมควร สอดคล้องกับหลัก Berne Three-step test นั้นเอง

นอกจากนี้ เมื่อวิเคราะห์ในบริบทของงานลิขสิทธิ์กำพไร้ (Orphan Works) พบว่า อนุสัญญากรุงเบอร์น ข้อ 15 (4) มีสภาพบังคับสำหรับงานไม่ปรากฏผู้สร้างสรรค์ หรือ Unknown the Author แม้คู่มือ Guide to Berne ซึ่งรวบรวมหลักการและเหตุผลของการบัญญัติอนุสัญญากรุงเบอร์นจะกำหนดให้ข้อบทดังกล่าวมีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ให้ใช้กับงานที่เป็นภูมิปัญญาดั้งเดิม (Folklore) ก็ตาม แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าอนุสัญญากรุงเบอร์นบัญญัติใช้ถ้อยคำอย่างกว้าง และข้อบทดังกล่าวเป็นเพียงบทสันนิษฐานความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เท่านั้น จึงสามารถตีความข้อบทดังกล่าวเกินความรวมไปถึงงานที่ไม่สามารถระบุ หรือติดตามผู้สร้างสรรค์อันเป็นส่วนหนึ่งของขอบเขตงานลิขสิทธิ์กำพไร้ (Orphan Works) ได้เช่นเดียวกัน

สำหรับแนวทางของประเทศอังกฤษ พระราชบัญญัติว่าด้วยลิขสิทธิ์ การออกแบบ และสิทธิบัตร ค.ศ. 1988 (The Copyright Design and Patent Act 1988) มาตรา 116 A ให้อำนาจแก่ผู้อำนวยการตรวจสอบประจำสำนักสิทธิบัตร การออกแบบ และเครื่องหมายการค้า (Authorising Body) ดำเนินการพิจารณาคำร้องขออนุญาตใช้สิทธิในงานลิขสิทธิ์กำพไร้แล้ว และอนุญาตให้ใช้ประโยชน์จากงานดังกล่าวได้ ให้การอนุญาตนั้นอยู่ในลักษณะของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่เด็ดขาด (Non-exclusive Licensee) นั้น โดยกำหนดค่าตอบแทนที่เป็นธรรมเพื่อให้ผู้ขอใช้งานลิขสิทธิ์กำพไร้วางเงินจำนวนดังกล่าวต่อผู้อำนวยการตรวจสอบประจำสำนักสิทธิบัตร การออกแบบ และเครื่องหมายการค้า ขณะที่ความตกลงร่วมแห่งสหภาพยุโรป เลขที่ 28/2012 บัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การอนุญาตให้ใช้สิทธิเอาไว้อย่างกว้างให้ประเทศสมาชิกตราบทบัญญัติว่าด้วยข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดสิทธิในการทำซ้ำและสิทธิในการนำออกแสดงต่อสาธารณชนเพื่อไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิของผู้สร้างสรรค์หรือนักแสดงในงานอันมีลิขสิทธิ์ สำเนา งาน สิ่งบันทึกเสียง โสตทัศนวัสดุ งานแพร่เสียงแพร่ภาพ และเมื่อผู้ทรงสิทธิแสดงตนให้ปรากฏ ให้สมาชิกจ่ายค่าตอบแทนที่เป็นธรรมตามจำนวนที่กฎหมายภายในของประเทศสมาชิกกำหนด

ด้วยเหตุนี้ จึงต้องวิเคราะห์ว่ากรณีที่อนุสัญญากรุงเบอร์น ข้อ 15 (4) มีสภาพบังคับให้หน่วยงานภาครัฐเป็นผู้มีอำนาจจัดการงาน Unknown the Author และกฎหมายของประเทศอังกฤษให้ผู้อำนวยการตรวจสอบประจำสำนักสิทธิบัตร การออกแบบ และเครื่องหมายการค้า (Authorising Body) ซึ่งเป็นหน่วยงานภาครัฐเข้ามามีบทบาทในการพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ใช้สิทธิ นั้น มีความเหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยบนพื้นฐานแนวคิดการคุ้มครองลิขสิทธิ์หรือไม่

ผู้วิจัยเห็นว่า แนวคิดการคุ้มครองลิขสิทธิ์มีหลักการพื้นฐานที่เป็นข้อสาระสำคัญสูงสุดคือมุ่งสร้างดุลแห่งประโยชน์ระหว่างผู้สร้างสรรค์กับสาธารณะเพื่อลดสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Rights) ซึ่งเป็นสิทธิผูกขาดของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อให้เกิดการเข้าถึงและต่อยอดทางความคิดสร้างสรรค์ต่อไป สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์จึงเป็นสิทธิของเอกชนเป็นการเฉพาะแม้อนุสัญญากรุง

เบอร์นจะบัญญัติให้หน่วยงานภาครัฐเข้ามามีบทบาทในการดูแลงานดังกล่าว แต่ผู้วิจัยเห็นว่าการให้หน่วยงานภาครัฐซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับงานลิขสิทธิ์โดยตรง ได้แก่ กรมทรัพย์สินทางปัญญา เข้ามามีบทบาทในการพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ใช้สิทธิในงานลิขสิทธิ์กำพว้าเท่ากับรัฐเข้าแทรกแซงอำนาจเด็ดขาดของผู้สร้างสรรค์ซึ่งเป็นเอกชน กรมทรัพย์สินทางปัญญาไม่มีหน้าที่โดยตรงในการเข้าแทรกแซงสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ กลับกันกรมทรัพย์สินทางปัญญาควรทำหน้าที่เป็นหน่วยงานที่อำนวยความสะดวกต่อการเข้าถึงงานลิขสิทธิ์ โดยทำหน้าที่ในการรับคำร้องเพื่อขอให้มีการประกาศโฆษณาหาตัวเจ้าของที่แท้จริงภายหลังจากที่ผู้ขอใช้งานลิขสิทธิ์ได้แสดงหลักฐานการใช้ความพยายามในการสืบค้นมาแล้วเท่านั้น และถ้าไม่มีบุคคลใดมาแสดงตัวภายในระยะเวลาอันสมควรย่อมถือว่างานดังกล่าวเป็นงานลิขสิทธิ์กำพว้า และให้นำข้อมูลดังกล่าวลงระบบทะเบียนระบุสถานะว่าเป็นงานลิขสิทธิ์กำพว้าเพื่อความสะดวกและประหยัดระยะเวลาในภายหน้าหากมีการขอใช้ประโยชน์ในงานเดียวกัน แนวทางนี้สอดคล้องกับความคิดเห็นส่วนใหญ่ของผู้ให้สัมภาษณ์ที่เห็นว่าการให้กรมทรัพย์สินทางปัญญาเข้ามาทำหน้าที่เช่นเดียวกับผู้อำนวยการตรวจสอบประจำสำนักสิทธิบัตร การออกแบบ และเครื่องหมายการค้า (Authorising Body) ของประเทศอังกฤษ จะเป็นการสร้างภาระแก่ภาครัฐและวิธีการเช่นนี้ถือเสมือนรัฐเข้ามาควบคุมการเข้าถึงสิทธิในงานลิขสิทธิ์กำพว้า ซึ่งบริบทของประเทศอังกฤษในฐานะประเทศพัฒนาแล้วเป็นประเทศที่มีการพัฒนาทรัพย์สินทางปัญญาในระดับสูงกว่าประเทศไทย ทั้งยังเป็นประเทศที่ประชากรมีศักยภาพในการผลิตสร้างสรรค์งานทรัพย์สินทางปัญญาในระดับการค้า แตกต่างจากประเทศไทยที่ส่วนใหญ่เป็นผู้ใช้ทรัพย์สินทางปัญญามากกว่าการประดิษฐ์คิดค้น ดังนั้นการที่รัฐเข้ามาควบคุมดูแลจึงเสมือนการเพิ่มระดับการคุ้มครองหรือควบคุมการเข้าถึงมากจนเกินไปอาจกลายเป็นการยับยั้งความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีหรืองานสร้างสรรค์ได้

อย่างไรก็ดี ผู้ให้สัมภาษณ์บางส่วนเห็นว่า เมื่อสิทธิในงานลิขสิทธิ์เป็นสิทธิของเอกชนจึงควรให้องค์กรจัดเก็บเข้ามาดำเนินการจัดการปัญหานี้ ผู้วิจัยเห็นว่า แม้ลิขสิทธิ์จะเป็นสิทธิของเอกชนเฉพาะรายการให้เอกชนในสถานะการเป็นองค์กรจัดเก็บเข้ามามีบทบาทในขณะที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะเพื่อควบคุมดูแลองค์กรจัดเก็บอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมย่อมเกิดข้อกังขาต่อบทบาทการทำหน้าที่ในการจัดเก็บค่าตอบแทนที่อาจก่อให้เกิดปัญหาเช่นปัจจุบันในส่วนขององค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนซ้ำซ้อนและจริยธรรมของผู้ประกอบธุรกิจ การให้องค์กรจัดเก็บเข้ามามีบทบาทในสถานการณ์ปัจจุบันจึงอาจจะยังไม่เหมาะสม

### ข้อดี

เป็นการเคารพต่อสิทธิแต่เพียงผู้เดียว  
สามารถต่อยอดความคิดสร้างสรรค์ได้ง่ายขึ้น อีกทั้ง  
สามารถนำงานไปใช้ในเชิงพาณิชย์ได้รวดเร็วยิ่งขึ้น  
ส่งเสริมความก้าวหน้าในความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ได้ง่ายขึ้น

### ข้อเสีย

ทำให้รัฐเข้าแทรกแซงสิทธิของเอกชน  
ทำให้เกิดต้นทุนแก่ภาครัฐ

สำหรับประเด็นที่ต้องวิเคราะห์ต่อมาก็คือ ผู้ใช้งานลิขสิทธิ์กำพว้าควรวางเงินค่าตอบแทนหรือไม่ และควรวางเงินที่หน่วยงานใด

ในประเด็นนี้อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน และความตกลงทริปส์ไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดค่าตอบแทนการใช้งานลิขสิทธิ์กำพว้าไว้โดยตรง แต่สภาพบังคับที่เป็นการให้สิทธิแก่ผู้สร้างสรรค์ในการทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกเผยแพร่ต่อสาธารณชน การแปลต่างให้สิทธิแก่ผู้สร้างสรรค์ในการเรียกร้องค่าตอบแทนอันเป็นสิทธิทางแพ่งจากบุคคลผู้ประสงค์จะใช้งานลิขสิทธิ์ได้ ประกอบกับความตกลงร่วมแห่งสหภาพยุโรป เลขที่ 28/2012 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้ประเทศสมาชิกจำต้องจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้ทรงสิทธิในลิขสิทธิ์กำพว้าในอัตราที่เป็นธรรมตามประเภทธุรกิจซึ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยลิขสิทธิ์ การออกแบบ และสิทธิบัตร ค.ศ. 1988 (The Copyright Design and Patent Act 1988) ของประเทศอังกฤษได้บัญญัติหลักการดังกล่าวสอดคล้องกันโดยเป็นอำนาจของผู้อำนวยการตรวจสอบประจำสำนักสิทธิบัตร การออกแบบ และเครื่องหมายการค้า (Authorising Body) โดยคำนวณจากระยะเวลาการใช้ประโยชน์และปัจจัยอื่นๆ โดยจัดทำเป็นหลักเกณฑ์เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกันกรณีที่มีการใช้งานโดยวัตถุประสงค์เหมือนกันหรือใกล้เคียงกัน กรณีที่ไม่มีผู้ทรงสิทธิแสดงตนเพื่อเรียกร้องค่าธรรมเนียมดังกล่าว ผู้อำนวยการตรวจสอบประจำสำนักสิทธิบัตร การออกแบบ และเครื่องหมายการค้า (Authorising Body) จำต้องจัดเก็บค่าธรรมเนียมซึ่งไม่มีผู้มาเรียกร้องสิทธิไม่น้อยกว่า 8 ปี นับแต่อนุญาตให้ใช้สิทธินั้น และแถลงข้อมูลเกี่ยวกับการคำนวณค่าธรรมเนียมสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

เมื่อคำนึงถึงหลักการพื้นฐานของการคุ้มครองลิขสิทธิ์คือการสร้างดุลแห่งประโยชน์ระหว่างผู้สร้างสรรค์กับสาธารณะเพื่อเป็นการลดทอนสิทธิเด็ดขาด (Exclusive Right) ของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของไม่ให้เกิดการผูกขาดแต่เพียงผู้เดียวด้วยการอนุญาตให้เข้าถึงภายในขอบเขตการใช้ที่เป็นธรรม (Fair Use) และการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (License) โดยผู้สร้างสรรค์มีสิทธิได้รับค่าตอบแทน

(Royalty) จากการอนุญาตให้ใช้งานลิขสิทธิ์ดังกล่าว ขณะที่มติของงานลิขสิทธิ์กำพร้าไม่อาจกระทำการในลักษณะเช่นว่านี้ได้ ผู้วิจัยเห็นสอดคล้องกับผู้ให้สัมภาษณ์ส่วนใหญ่ที่เห็นว่าการจัดเก็บค่าตอบแทนก่อนการใช้งานลิขสิทธิ์กำพร้าเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะทำให้เกิดความสอดคล้องกับแนวคิดการสร้างดุลแห่งประโยชน์ระหว่างผู้สร้างสรรค์กับสาธารณะและถือเป็นเงื่อนไขสำคัญในสถานการณ์ซึ่งยังไม่สามารถติดตามหาตัวผู้สร้างสรรค์ได้อันแสดงให้เห็นถึงเจตนาสุจริตที่ผู้ใช้งานไม่ได้ประสงค์จะนำงานออกใช้ประโยชน์โดยไม่จ่ายค่าตอบแทน เป็นการเคารพต่อสิทธิทางเศรษฐกิจ และเป็นการแสดงเจตนาสุจริตที่จะไม่บิดเบือน ตัดทอน หรือทำให้สิทธิโดยธรรมของผู้สร้างสรรค์ต้องเสียหายโดยการมอบประโยชน์ที่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ควรจะได้รับเมื่อได้แสดงตนให้ปรากฏในเวลาต่อมา

#### **ข้อดี**

ผู้ใช้งานลิขสิทธิ์สามารถใช้เป็นหลักฐานในการพิสูจน์ถึงเจตนาสุจริตได้

เป็นการเคารพต่อสิทธิทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์

ลดโอกาสการใช้งานโดยไม่เสียค่าตอบแทน

#### **ข้อเสีย**

เป็นภาระต่อผู้ใช้งานซึ่งเงินจำนวนดังกล่าวอาจไม่มีผู้ทรงสิทธิ์มาแสดงตนรับชำระหนี้

สำหรับหน่วยงานที่เหมาะสมในการรับเงินค่าตอบแทนนั้น อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน

ข้อ 15 (4) กำหนดหลักเกณฑ์อย่างกว้างในการสันนิษฐานความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์โดยงานที่ไม่ทราบตัวผู้สร้างสรรค์ หรือ Unknown the Authors ให้รัฐเป็นผู้ดูแลงานดังกล่าว ขณะที่ความตกลงร่วมแห่งสหภาพยุโรป เลขที่ 28/2012 กำหนดหลักเกณฑ์อย่างกว้างให้ประเทศสมาชิกตรากฎหมายภายในขึ้นใช้บังคับโดยประเทศอังกฤษ พระราชบัญญัติว่าด้วยลิขสิทธิ์ การออกแบบ และสิทธิบัตร ค.ศ. 1988 (The Copyright Design and Patent Act 1988 มาตรา 116 A กำหนดให้วางเงินค่าตอบแทนต่อผู้อำนวยการตรวจสอบประจำสำนักสิทธิบัตร การออกแบบ และเครื่องหมายการค้าโดยตรง เมื่อพิจารณาในบริบทของประเทศไทย ย่อมไม่อาจปฏิเสธได้ว่ากรมทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่โดยตรง แต่เมื่อพิจารณาความเหมาะสมเมื่อเปรียบเทียบกับภาระต้นทุนกับประโยชน์ที่เกิดขึ้นต่อสาธารณะในการรับดูแลเงินค่าตอบแทนที่ผู้ใช้ประโยชน์ในงานลิขสิทธิ์กำพร้านำมาวางเพื่อแสดงให้เห็นถึงเจตนาชำระหนี้จากการใช้ประโยชน์จากงานดังกล่าวนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า การให้กรมทรัพย์สินทางปัญญาเข้ารับบทบาทดังกล่าวจะเป็นการซ้ำซ้อนกับหน่วยงานที่มีบทบาทในการรับชำระหนี้กรณีที่ไม่สามารถติดตามหาตัวเจ้าหนี้พบ นั่นคือสำนักงานวางทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 หมวด 5 ความระงับแห่งหนี้ มาตรา 331 ที่บัญญัติเหตุที่จะขอวางทรัพย์ไว้กรณีที่เจ้าหนี้บอกปิดไม่ยอมรับชำระหนี้หรือเจ้าหนี้ไม่สามารถรับชำระหนี้ได้ ซึ่งครอบคลุมกรณีหาตัวเจ้าหนี้มพบด้วยเช่นกัน ประกอบกับ

ค่าตอบแทนลิขสิทธิ์ เป็นหนี้ตามกฎหมายแพ่งประการหนึ่งจึงสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่จะสามารถวางเงิน  
 ฌ สำนักงานวางทรัพย์ได้ แนวทางนี้แม้จะสอดคล้องกับผู้ให้สัมภาษณ์เพียงบางส่วน ซึ่งความคิดเห็นส่วน  
 ใหญ่เห็นว่าควรให้กรมทรัพย์สินทางปัญญาเข้ารับหน้าที่ในส่วนนี้ก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่าการให้กรมทรัพย์สิน  
 ทางปัญญาเข้ามามีบทบาทในส่วนนี้จะเป็นการสร้างภาระและเป็นการทำหน้าที่ซ้ำซ้อนกับสำนักงานวาง  
 ทรัพย์ตั้งที่กล่าวมาข้างต้น

#### ข้อดี

สำนักงานวางทรัพย์เป็นหน่วยงานที่มีบทบาทโดยตรงในการรับชำระหนี้กรณีที่ไม่  
 สามารถติดตามตัวเจ้าหนี้พบ

ไม่สร้างภาระงานซ้ำซ้อนต่อหน่วยงานภาครัฐอื่น

มีกฎหมายให้อำนาจสำนักงานวางทรัพย์ในการรับชำระหนี้ไว้โดยตรง ไม่ต้องตรา  
 กฎหมายให้อำนาจแก่กรมทรัพย์สินทางปัญญาอีก

#### ข้อเสีย

สร้างภาระแก่ผู้ขอใช้งานลิขสิทธิ์กำพัวในการติดต่อหน่วยงานภาครัฐหลายแห่ง

ประเด็นวิเคราะห์	ความตกลงระหว่าง ประเทศ	กฎหมายประเทศอังกฤษ The Copyright Design and Patent Act 1988	กฎหมายไทย พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537
การอนุญาตให้ใช้ สิทธิในงาน ลิขสิทธิ์กำพัว	- อนุสัญญากรุง เบอร์น ไม่มีบัญญัติไว้ - ความตกลงทริปส์ ไม่มีบัญญัติไว้ - ความตกลงร่วม แห่งสหภาพยุโรป เลขที่ 28/2012 บัญญัติหลักเกณฑ์ ไว้อย่างกว้างให้ ประเทศสมาชิกตรา ข้อยกเว้นหรือ ข้อจำกัดสิทธิเพื่อไม่ เป็นการละเมิดต่อ	- ผู้อำนวยการสำนัก สิทธิบัตรการออกแบบ และเครื่องหมายการค้า ทำหน้าที่พิจารณา อนุญาตให้ใช้ประโยชน์ จากงานดังกล่าวใน ลักษณะของสัญญา อนุญาตให้ใช้สิทธิไม่ เด็ดขาด (Non- Exclusive Licensee) และกำหนดค่าตอบแทน ที่เป็นธรรม	- ไม่มีบัญญัติไว้

ประเด็นวิเคราะห์	ความตกลงระหว่างประเทศ	กฎหมายประเทศอังกฤษ	ประเด็นวิเคราะห์
	สิทธิของผู้สร้างสรรค์ หรือนักแสดงภายใน ของประเทศสมาชิก กำหนด	- สำนักสิทธิบัตรการ ออกแบบและ เครื่องหมายการค้า หน้าที่เก็บรักษาเงิน ค่าตอบแทน	

ตารางที่ 4.4 เปรียบเทียบการอนุญาตให้ใช้สิทธิในงานลิขสิทธิ์ก้ำพำร้ำ

### 4.2.3 การแสดงตนให้ปรากฏ

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับกรณีที่ผู้สร้างสรรค์หรือผู้ทรงสิทธิได้แสดงตนให้ปรากฏในภายหลังจากที่มีการใช้ประโยชน์ในงานลิขสิทธิ์ก้ำพำร้ำแล้วนั้น อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน และความตกลงทริปส์ไม่ได้บัญญัติรายละเอียดในส่วนนี้ไว้ แต่ความตกลงร่วมแห่งสหภาพยุโรป เลขที่ 28/2012 กำหนดให้จ่ายค่าตอบแทนที่เป็นธรรมแก่ผู้ทรงสิทธิที่แสดงตนให้ปรากฏตามจำนวนที่กฎหมายภายในของประเทศสมาชิกกำหนด ขณะเดียวกันประเทศอังกฤษหน่วยงานที่มีอำนาจ (Relevant Body) ซึ่งได้แก่ สำนักสิทธิบัตร การออกแบบ และเครื่องหมายการค้า เป็นผู้จ่ายค่าตอบแทนที่เป็นธรรมแก่ผู้ทรงสิทธิ แต่หากไม่สามารถตกลงเรื่องค่าตอบแทนได้ให้ยื่นเรื่องต่อคณะกรรมการระงับข้อพิพาทด้านลิขสิทธิ์ (Copyright Tribunal) นอกจากนี้ผู้ทรงสิทธิมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งที่อนุญาตให้ใช้สิทธิต่อคณะกรรมการระงับข้อพิพาทด้านลิขสิทธิ์ (Copyright Tribunal) เช่นเดียวกัน จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยลิขสิทธิ์ การออกแบบ และสิทธิบัตร ค.ศ. 1988 (The Copyright Design and Patent Act 1988) ของประเทศอังกฤษให้อำนาจแก่คณะกรรมการระงับข้อพิพาทด้านลิขสิทธิ์ (Copyright Tribunal) ในการพิจารณาอุทธรณ์เกี่ยวกับคำสั่งเรื่องค่าตอบแทนที่เป็นธรรมและการอนุญาตให้ใช้สิทธิไว้โดยตรง

สำหรับประเทศไทยเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศอังกฤษข้างต้นพบว่า พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ให้อำนาจหน้าที่แก่คณะกรรมการลิขสิทธิ์ในการอุทธรณ์คำสั่งของอธิบดีในบางประเด็นเท่านั้น ซึ่งประเด็นที่เกี่ยวข้องได้แก่ การอุทธรณ์คำสั่งของอธิบดีเกี่ยวกับค่าตอบแทนที่เป็นธรรมจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยเด็ดขาดในการใช้สิทธิในพฤติการณ์พิเศษซึ่งยังไม่ครอบคลุมถึงงานลิขสิทธิ์ก้ำพำร้ำโดยตรง ทั้งผู้วิจัยได้วิเคราะห์มาในตอนต้นว่าไม่ควรมีการให้อำนาจแก่หน่วยงานใดในการพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ก้ำพำร้ำเนื่องจากการก้าวล่วงสิทธิทางเศรษฐกิจซึ่งเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้สร้างสรรค์ ผู้วิจัยเห็นสอดคล้องกับผู้ให้สัมภาษณ์ส่วนใหญ่ที่เห็นว่า เมื่อมีการแสดงตนให้ปรากฏในภายหลังจากต้องให้คู่กรณีได้มีการเจรจาตกลงกันเนื่องจากสิทธิ



ของผู้สร้างสรรค์หรือผู้ทรงสิทธิเป็นสิทธิของเอกชน แต่หากเจรจาตกลงกันไม่ได้เกี่ยวกับอัตราค่าตอบแทน หรือลักษณะของการใช้ประโยชน์ที่ผ่านมา ควรให้สิทธิคู่กรณีเสนอข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการทางศาลซึ่งเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีสามารถพิสูจน์ถึงเจตนาสุจริตและได้รับความเป็นธรรม อีกทั้งคำพิพากษาหรือคำสั่งย่อมมีผลในการบังคับใช้ได้ทันที แตกต่างไปจากการไกล่เกลี่ย ประนีประนอมยอมความ หรืออนุญาโตตุลาการที่แม้จะสร้างความสะดวกรวดเร็วในการระงับข้อพิพาทโดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาล แต่กรณีที่คุณสัญญาไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง การบังคับตามสัญญาประนีประนอมยอมความต้องดำเนินการทางศาลอีกครั้งหนึ่ง

#### ข้อดี

คู่กรณีสามารถพิสูจน์เจตนาสุจริต

คำพิพากษาหรือคำสั่งย่อมมีผลในการบังคับใช้ได้ทันที

#### ข้อเสีย

สร้างภาระให้กระบวนการยุติธรรม

อาจล่าช้ากว่าการระงับข้อพิพาทโดยการประนีประนอมยอมความหรือ

อนุญาโตตุลาการ

ประเด็นวิเคราะห์	ความตกลงระหว่างประเทศ	กฎหมายประเทศอังกฤษ The Copyright Design and Patent Act 1988	กฎหมายไทย พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537
การแสดงตนให้ปรากฏ	- อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ไม่มีบัญญัติไว้	- ผู้อำนวยการสำนักสิทธิบัตรการออกแบบและเครื่องหมายการค้า	- ไม่มีบัญญัติไว้
	- ความตกลงทริปส์ ไม่มีบัญญัติไว้	เป็นผู้จ่ายค่าตอบแทนที่เป็นธรรมแก่ผู้ทรงสิทธิ	
	- ความตกลงร่วมแห่งสหภาพยุโรป เลขที่ 28/2012	แต่หากไม่สามารถตกลงเรื่องค่าตอบแทนได้ให้ยื่นเรื่องต่อคณะกรรมการ	
	เมื่อผู้ทรงสิทธิแสดงตนให้สมาชิก	ระงับข้อพิพาทด้านลิขสิทธิ์ (Copyright Tribunal)	
	จ่ายค่าตอบแทนที่		
ประเด็นวิเคราะห์	ความตกลงระหว่างประเทศ	กฎหมายประเทศอังกฤษ	ประเด็นวิเคราะห์

ประเทศ
เป็น ธรรม ตาม จำนวนที่กฎหมาย ภายในกำหนด

ตารางที่ 4.5 เปรียบเทียบการแสดงผลให้ปรากฏ

