

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี และความเป็นมาของการคุ้มครองสิทธิในงานลิขสิทธิ์ก้ำพำร้ำ

การศึกษาแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ก้ำพำร้ำไม่ปรากฏชัดเจนโดยตรงแต่ลิขสิทธิ์ก้ำพำร้ำเป็นงานสร้างสรรค์ที่ได้รับการคุ้มครองเป็นงานลิขสิทธิ์โดยทั่วไปเช่นกันจึงจำเป็นต้องอาศัยแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับลิขสิทธิ์โดยทั่วไปมาเป็นพื้นฐานสำหรับวิเคราะห์หลักเหตุผลการคุ้มครองเพื่อสร้างดุลแห่งระบบทรัพย์สินทางปัญญา รายละเอียดดังนี้

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ก้ำพำร้ำ

การคุ้มครองลิขสิทธิ์มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างดุลแห่งประโยชน์ ระหว่างผู้สร้างสรรค์ซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์กับสาธารณะที่จะสามารถเข้าถึงและได้รับประโยชน์จากงานสร้างสรรค์นั้น แต่การคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามความตกลงระหว่างประเทศให้ความคุ้มครองทันทีโดยผลของกฎหมายโดยไม่ต้องมีแบบพิธีทำให้งานลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์บางรายกลับกลายเป็นงานที่ไม่ปรากฏตัวผู้สร้างสรรค์หรือไม่สามารถติดตามตัวผู้สร้างสรรค์ได้เป็นที่มีของงานลิขสิทธิ์ก้ำพำร้ำประการหนึ่ง เมื่อพิจารณาแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยทั่วไปแล้ว ลิขสิทธิ์มีความเชื่อมโยงกับแนวคิดว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินอย่างไม่อาจแยกจากกันได้ ทั้งสิทธิในทางเศรษฐกิจที่ผู้สร้างสรรค์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการควบคุมการบริหารสิทธิแห่งทรัพย์สิน และสิทธิโดยธรรมหรือธรรมสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินที่จะได้รับผลตอบแทนจากผลงานของเขาเอง¹ ดังนั้น การศึกษาวิวัฒนาการด้านแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์จึงมีส่วนสำคัญอย่างยิ่งต่อการนำไปวิเคราะห์หามาตรการในการเข้าถึงสิทธิในงานลิขสิทธิ์ก้ำพำร้ำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยแนวคิดการคุ้มครองลิขสิทธิ์แบ่งออกเป็น 2 ระบบตามลักษณะความแตกต่างของสภาพสังคม ได้แก่ ระบบสิทธิของผู้สร้างสรรค์ (Author's Rights Systems) และระบบสิทธิในการทำสำเนา (Copyright System)

2.1.1 ระบบสิทธิของผู้สร้างสรรค์ (Author's Rights)

ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีเป็นต้นแบบของระบบนี้ เมื่อศึกษาย้อนกลับไปที่หลักฐานที่แสดงถึงการเคารพสิทธิของผู้สร้างสรรค์นับแต่จักรวรรดิโรมันที่มีหลักปฏิบัติต่องานพิมพ์โดยผู้พิมพ์เผยแพร่งานวรรณกรรมต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้สร้างสรรค์เพื่อรับโอนต้นฉบับ สิทธิที่จะคัดลอกและจำหน่ายงานนั้น ผู้รับโอนจะได้รับความคุ้มครองสำหรับการห้ามผู้อื่นพิมพ์งานนั้นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้รับโอน มิฉะนั้นจะเป็นการละเมิดต่อผู้พิมพ์ที่ได้รับโอนมานั้น ซึ่งสิทธิดังกล่าวเป็นเศรษฐกิจสิทธิและ

¹ Hepburn, Samantha. (2006). *Principles of Property Law* (3rd Edition). Routledge Cavendish. p. 18.

กรรมสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์และสาธารณชนนั่นเอง² ต่อมาเมื่อประเทศฝรั่งเศสมีการปฏิวัติใหญ่เมื่อปี ค.ศ. 1789 มีการตรากฎหมายลิขสิทธิ์ขึ้น 2 ฉบับ ฉบับแรกให้สิทธิแก่ผู้สร้างสรรค์ที่จะนำงานนาฏกรรมออกแสดง ส่วนฉบับที่สองให้สิทธิแก่ผู้สร้างสรรค์แต่เพียงผู้เดียวที่จะทำซ้ำและจำหน่ายงานของตน³ โดยกฎหมายทั้งสองฉบับต่างมีหลักสำคัญที่คุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์ในลักษณะเป็นสิทธิส่วนบุคคล และสิทธิในการนำงานออกแสดงในรูปแบบใดก็ได้ และในที่สุดศาลสูงของฝรั่งเศสมีคำตัดสินให้สิทธิของผู้สร้างสรรค์ไม่ใช่สิทธิในทางทรัพย์สินอย่างแท้จริง แต่เป็นสิทธิที่มีลักษณะเฉพาะตัวผู้สร้างสรรค์ ประกอบด้วยสาระสำคัญสองประการ คือ กรรมสิทธิ์ (Moral Rights) และเศรษฐกิจสิทธิ์ (Economic Rights) นั่นเอง⁴

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาย้อนกลับไปถึงวิวัฒนาการด้านการพิมพ์ ซึ่งยืนยันถึงแนวคิดการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในอดีต โดย Johannes Gutenberg ชาวเยอรมันได้ค้นพบการพิมพ์หนังสือด้วยเครื่องกลประมาณปี ค.ศ. 1450 ส่งผลให้การคัดลอกผลงานวรรณกรรมเกิดขึ้นอย่างรวดเร็วเกิดความเสียหายแก่บรรดาผู้พิมพ์ที่ได้เสียค่าตอบแทนแก่ผู้สร้างสรรค์ไปแล้ว จึงมีการกำหนดหลักเกณฑ์การให้สิทธิเด็ดขาด (Monopoly) ในการพิมพ์แก่บรรดาผู้พิมพ์ที่ได้รับอนุญาตและให้จัดพิมพ์ได้ภายในระยะเวลาอันจำกัด⁵ เอกสิทธิ์การพิมพ์จึงเป็นสิทธิของขุนนางไม่ใช่สิทธิโดยธรรมชาติ ผู้ทรงสิทธิกลับกลายเป็นสำนักพิมพ์ ไม่ใช่ตัวผู้สร้างสรรค์แต่อย่างใด จึงเป็นที่มาของการเรียกสิทธิประเภทนี้ว่า สิทธิที่จะคัดลอก หรือ Right to Copy หรือ Copyright นั่นเอง⁶

² Edward, Ploman W. and Clark, Hamilton L. (1980). **Copyright Intellectual Property in The Information Age**. London : Routledge & Kegan. p. 7.

³ Steward, Stephen M. (1983). **International Copyright and Neighbouring Rights**. London : Butterworths. p. 19.

⁴ Laddas, Stephen P. (1983). **The International Protection of Literary and Artistic Property**, Vol. 2. New York : The Maxmillan Company. p. 5.

⁵ Merges, Robert P., Menell, Peter Seth, Lemley, Mark A. (Jul 25, 2007). **Intellectual property in the new technological age (Volume 1)**. Aspen Publishers / Wolters Kluwer Law & Business. p. 384.

⁶ Patterson, Lyman Ray. (1968). **Copyright in Historical Perspective**. Nashville : Vanderbilt University Press. p. 69.

2.1.2 ระบบสิทธิในการทำสำเนา (Copyright System)

แท้จริงแล้วกฎหมายลิขสิทธิ์เริ่มเกิดขึ้นเมื่อใดไม่ทราบแน่ชัด แต่คาดการณ์ว่าน่าจะเป็นช่วงปี ค.ศ. 1518 – ค.ศ. 1542⁷ ซึ่งเป็นช่วงระยะเวลาภายหลังจากวิวัฒนาการด้านการพิมพ์ในประเทศเยอรมันรุ่งเรืองจากการผลิตแท่นพิมพ์โดย William Caxton ในปี ค.ศ. 1450 ได้นำการพิมพ์ระบบนี้ไปเผยแพร่ในประเทศอังกฤษและรวมกลุ่มผู้ประกอบการในด้านหนังสือขึ้นเรียกว่า “Stationers” เป็นผลให้ต่อมาในปี ค.ศ. 1556 Queen Mary I มีพระบรมราชานุญาตให้ Stationer’s Company เป็นผู้ผูกขาดการพิมพ์หนังสือ หนังสือสำหรับขายจะต้องนำมาจดทะเบียนกับบริษัทหรือสมาชิกของบริษัท⁸ หนังสือเล่มแรกที่ได้รับการตีพิมพ์เป็นของราชวงศ์กษัตริย์และตามด้วยความพยายามของกลุ่มสำนักพิมพ์ที่จะได้รับใบอนุญาตในการจัดพิมพ์ซึ่งใบอนุญาตนี้เป็นอำนาจของราชวงศ์เพื่อการคุ้มครองสิทธิในการตีพิมพ์หนังสือ เหตุผลประการสำคัญของบรรดาสถาบันสำนักพิมพ์ที่ประสงค์จะได้รับอนุญาตนั้นเพื่อสร้างความเข้มแข็งในการจัดการกับสำเนางานที่ได้จัดพิมพ์ขึ้น ต่อมาในช่วงศตวรรษที่ 16 ถึงศตวรรษที่ 17 ประเทศอังกฤษตรา The Statute of Anne ซึ่งถือเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์มีบทบาทสำคัญ และเป็นต้นแบบของกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาในเวลาต่อมา คือ The Federal Copyright Act 1790⁹

อย่างไรก็ดี The Statute of Anne มีที่มาจากกฎหมาย 3 ฉบับ ได้แก่ ฉบับแรก Star Chamber Decrees of 1586 และฉบับปี ค.ศ. 1637 ฉบับที่สอง ได้แก่ The Ordinances of 1643 และฉบับปี ค.ศ. 1647 และฉบับที่สาม ได้แก่ The Licensing Act 1662 ซึ่งโดยพื้นฐานแล้วกฎหมายเหล่านี้เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการตรวจสอบ¹⁰ โดย The Ordinances of 1643 ฉบับปี ค.ศ. 1647 และฉบับปี ค.ศ. 1649 เป็นฉบับที่ได้รับการบัญญัติเพิ่มเติมขึ้นในยุคสงครามกลางเมือง

The Star Chamber Decrees of 1586 เกิดขึ้นโดยได้รับอิทธิพลจากบรรดากลุ่มสำนักพิมพ์ที่มีความขัดแย้งเกิดขึ้นเพื่อควบคุมการพิมพ์¹¹ โดยฉบับปี ค.ศ. 1586 มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันการพิมพ์เผยแพร่หนังสือที่เป็นภัยร้ายแรง (Dangerous Books) แต่ไม่ได้ให้ความสำคัญต่อการควบคุมปริมาณงานสิ่งพิมพ์ที่พิมพ์เผยแพร่แต่อย่างใด ขณะที่ Star Chamber Decrees ฉบับปี ค.ศ.

⁷ Patterson, Lyman Ray. (1968). *Copyright in Historical Perspective*. Nashville : Vanderbilt University Press. p. 3.

⁸ ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2549) *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม. หน้า 4.

⁹ Patterson, Lyman Ray. *Ibid.* p. 3.

¹⁰ *Ibid.* p. 143.

¹¹ *Ibid.* p. 115.

1637 เป็นเครื่องมือทางการเมืองของรัฐบาลเผด็จการมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการพิมพ์โดยให้ความสำคัญต่อการเป็นเจ้าของสิทธิในการพิมพ์ (Ownership of Press) และการอนุญาตให้ใช้สิทธิ Licensing) การจำหน่าย (Sale) และการนำเข้าหนังสือจากต่างประเทศ (Importation of Books)¹²

ความซับซ้อนของระบบควบคุมการพิมพ์ใน The Star Chamber Decree ส่งผลให้มีการตราพระราชกฤษฎีกา (The Ordinances) ในปีค.ศ. 1643 ที่ย้อนกลับไปใช้กระบวนการควบคุมการพิมพ์แบบเดิมโดยมีการปรับเปลี่ยนเล็กน้อยในส่วนของ การตรวจสอบสิ่งพิมพ์¹³ ต่อมาในปี ค.ศ. 1647 พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับการต่อต้านงานที่ไม่ได้รับการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Unlicensed) หรืองานที่มีลักษณะอื้อฉาว (Scandalous) ต่อมาภายหลังจากเหตุการณ์สงครามกลางเมืองได้ยุติลงได้มีการตรา The Licensing Act 1662 ขึ้น ทำให้บรรดาสานักพิมพ์ต้องการทวงคืนอำนาจที่ถูกควบคุมโดยกฎหมาย The Star Chamber Decrees ค.ศ. 1586 และฉบับปี ค.ศ. 1637 นั้นเอง The Licensing Act 1662 มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันความสับสนหลงผิด (Abuse) และความขัดแย้งในการพิมพ์เพื่อไม่ให้มีการใช้สิ่งพิมพ์ที่ผิดกฎหมาย หรือการใช้สิ่งพิมพ์ที่ไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ การควบคุมการพิมพ์ และสำนักพิมพ์¹⁴

ต่อมาในปี ค.ศ. 1709 มีการตรา The Statute of Anne ขึ้นและมีผลใช้บังคับในวันที่ 10 เมษายน ค.ศ. 1710¹⁵ เพื่อควบคุมความโกลาหลที่เกิดขึ้นในธุรกิจจำหน่ายหนังสือและเป็นการป้องกันการผูกขาดของผู้จำหน่ายหนังสือ¹⁶ โดยมีผลลัพธ์เป็นการสร้างบทบัญญัติของลิขสิทธิ์ขึ้น 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก Statutory Copyright สำหรับผลงานที่ยังไม่ได้รับการตีพิมพ์เผยแพร่ต่อสาธารณชน (Unpublished) และประการที่สอง Stationer's Copyright สำหรับผลงานที่ได้ตีพิมพ์ไปแล้ว¹⁷

¹² Ibid. p. 121.

¹³ Patterson, Lyman Ray. Ibid. p. 131.

¹⁴ Ibid. p. 134.

¹⁵ สิทธิในงานวรรณกรรมที่ได้รับการตีพิมพ์เผยแพร่ต่อสาธารณชนภายหลังวันที่ 10 เมษายน ค.ศ. 1710 จะได้รับความคุ้มครอง 14 ปี ถ้าผู้สร้างสรรค์ยังไม่ถึงแก่ความตายสามารถต่ออายุการคุ้มครองได้อีก 14 ปี แต่ถ้าครบกำหนดอายุการคุ้มครองแล้วและไม่ดำเนินการต่ออายุการคุ้มครอง งานดังกล่าวจะกลายเป็นสมบัติสาธารณะ (Public Domain) สำหรับงานวรรณกรรมที่ได้รับการตีพิมพ์ก่อนวันที่ 10 เมษายน ค.ศ. 1710 จะมีอายุความคุ้มครอง 21 ปีโดยไม่คำนึงว่างานดังกล่าวจะเป็นสิทธิของใครกล่าวคือ จะเป็นของผู้สร้างสรรค์ หรือของสำนักพิมพ์ก็ตาม

¹⁶ Patterson, Lyman Ray. Ibid. p. 147.

¹⁷ Ibid. p. 143.

สำหรับ Stationer's Copyright เป็นสิทธิของสำนักพิมพ์และบรรดาผู้จำหน่ายหนังสือ ในการทำสำเนาหรือการนำผลงานไปใช้ ขณะที่ Statutory Copyright เป็นสิทธิของผู้สร้างสรรค์ผลงาน แต่มีความแตกต่างกันในประการสำคัญในด้านอำนาจผูกขาดของผู้จำหน่ายหนังสือ (Book Seller Monopoly) กล่าวคือ Statutory Copyright มีสิทธิจำกัดเพียง 14 ปี และต้องต่ออายุการคุ้มครองโดยผู้สร้างสรรค์เท่านั้น ส่วน Statutory Copyright เป็นสิทธิของผู้สร้างสรรค์ผลงานทุกรายไม่ใช่ของกลุ่มสำนักพิมพ์ จึงไม่ได้จำกัดสิทธิแต่เพียงในกลุ่มสำนักพิมพ์เท่านั้น และสิทธินี้ไม่ได้มีอยู่อย่างถาวร แนวคิดนี้ แสดงให้เห็นว่า Statutory Copyright เป็นสิทธิของผู้สร้างสรรค์มากกว่าสิทธิของสำนักพิมพ์ และผู้สร้างสรรค์เท่านั้นที่จะมีสิทธิต่ออายุการคุ้มครอง และนี่ถือเป็นจุดเริ่มต้นที่ทำให้ผู้สร้างสรรค์เป็นเจ้าของ ผลงานของตนเอง อันก่อให้เกิดผล 2 ประการ คือ ผู้สร้างสรรค์สามารถป้องกันกลุ่มผูกขาดที่เป็นกลุ่ม สำนักพิมพ์และผู้จำหน่ายหนังสือมาต่ออายุการคุ้มครอง และผู้สร้างสรรค์สามารถเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ใน งานที่ตนเองสร้างสรรค์ขึ้นได้ แต่อย่างไรก็ดี The Statute of Anne ก็ยังคงบัญญัติให้มี Stationer's Copyright อยู่เช่นเดิมเพราะสำนักพิมพ์อ้างว่า หากตัดสิทธิของสำนักพิมพ์ออกไปนั้นจะเป็นการทำลาย ระบบเศรษฐกิจ¹⁸ สังเกตได้ว่าการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์นับแต่ก่อนที่ The Statute of Anne จะมีผล ใช้บังคับ บรรดากลุ่มสำนักพิมพ์และผู้จำหน่ายหนังสือต่างมีบทบาทต่อการบังคับใช้กฎหมายมาโดยตลอด จึงเรียกว่า Stationer's Copyright นั่นเอง

หลังจาก The Statute of Anne ใช้บังคับได้มีคำพิพากษาในคดีสำคัญระหว่าง Millar v. Taylor ในปี ค.ศ. 1769 วินิจฉัยว่า Common Law Copyright¹⁹ ประกอบด้วยเศรษฐกิจสิทธิ์และธรรม สิทธิ์พร้อมกันทั้งสองประการและมีอยู่ตลอดไปไม่จำกัดเวลา²⁰ สิทธิตาม Common Law Copyright ไม่ สูญสิ้นไปเพราะบทบัญญัติของ The Statute of Anne แม้จะเกิน 21 ปี แล้วก็ตาม²¹

จากความเห็นแย้งของผู้พิพากษา Yates ซึ่งคัดค้านในฐานะเสียงข้างน้อยว่า ผู้ สรรค์สร้างไม่มี Common Law Copyright ลิขสิทธิ์จะมีได้เฉพาะตามบทบัญญัติกฎหมายใน The Statute of Anne เท่านั้น

ต่อมาในปี ค.ศ. 1774 ผู้สร้างสรรค์เริ่มมีบทบาทต่อการปกป้องสิทธิแต่เพียงผู้เดียวใน งานนางานเผยแพร่ต่อสาธารณะ แต่การเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นนี้ ถือเป็นประโยชน์ส่วนน้อยที่เกิดขึ้นต่อผู้

¹⁸ Ibid. pp. 13-14.

¹⁹ Common Law Copyright เป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยของศาล เพื่อใช้แบ่งแยกให้เห็นถึงความ แตกต่างของ Statutory Copyright กับสิทธิในการทำสำเนาของบรรดาผู้จำหน่ายหนังสือ

²⁰ Patterson, Lyman Ray. Ibid. p. 173.

²¹ Ibid. p. 168.

สร้างสรรค์ เพราะลิขสิทธิ์ได้ทำหน้าที่ประการอื่น กล่าวคือ มิใช่เพียงผู้สร้างสรรค์จะเป็นเจ้าของเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่การเปลี่ยนแปลงนี้ยังเป็นผลดีต่อสำนักพิมพ์ที่ทำหน้าที่เสมือนเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เฉกเช่นเดียวกับผู้สร้างสรรค์เช่นกัน ทั้งนี้ลิขสิทธิ์ที่กล่าวมาหมายความถึงงานที่ได้รับการตีพิมพ์แล้วเท่านั้น (Published Works) ไม่ว่าจะกระทำโดยผู้สร้างสรรค์ หรือสำนักพิมพ์ กรณีนี้นอกจากจะเป็นการป้องกันความแตกต่างของผลประโยชน์ระหว่างผู้สร้างสรรค์กับสำนักพิมพ์แล้ว ยังเป็นการขัดขวางต่อการพัฒนากฎหมายที่คุ้มครองผลประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์อีกด้วย ขณะเดียวกันการเปลี่ยนแปลงนี้เป็นการทำให้ลิขสิทธิ์ เป็นสิทธิผูกขาดของสำนักพิมพ์ แต่ศาลสูงของประเทศอังกฤษตีความและวางหลัก Common Law Copyright ในคดี Donaldson & Beckett (1774) โดยวางหลักว่าบุคคลผู้สร้างสรรค์งานใดมีสิทธิในงานนั้นตลอดไปไม่มีจำกัดเวลาตราบที่งานนั้นยังไม่ได้พิมพ์ สิทธิของผู้สร้างสรรค์ก่อนการพิมพ์เป็นสิทธิเฉพาะตัวที่จะพิมพ์หรือไม่ก็ได้ หรือจะโอนให้แก่ผู้ใดหรือไม่ก็ได้ ไม่มีบทบังคับ เป็นสิทธิตามธรรมชาติ จึงเรียกว่า Common Law Copyright แต่สิทธินี้จะสิ้นสุดทันทีที่หนังสือนั้นได้นำออกพิมพ์จำหน่าย เว้นแต่จะปฏิบัติตาม The Statute of Anne²²

Common Law Copyright จึงเป็นเพียงสิทธิที่จะเลือกนำออกพิมพ์ หรือจำหน่ายต้นฉบับหรือไม่ หรือเป็นสิทธิที่จะห้ามไม่ให้ผู้ใดงานนั้นออกพิมพ์จำหน่ายโดยไม่ได้รับอนุญาตเท่านั้น แต่หากผู้สร้างสรรค์หรือผู้รับโอนจะพิมพ์เผยแพร่ก็ต้องปฏิบัติตาม The Statute of Anne เพื่อคุ้มครองสิ่งพิมพ์ไม่ให้ถูกลักลอบพิมพ์โดยไม่ได้รับอนุญาต

จากแนวคิดการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่กล่าวมาข้างต้น พบว่าแนวคิดการคุ้มครองลิขสิทธิ์ทั้งสองระบบต่างมุ่งที่จะคุ้มครองสิทธิ เพียงแต่ระบบการทำสำเนา (Copyright System) มุ่งประโยชน์ของสังคมเป็นที่ตั้ง ควรให้สังคมได้เข้าถึงงานลิขสิทธิ์ให้มากที่สุดด้วยการให้ความสำคัญกับสิทธิในการทำซ้ำนั่นเอง และเป็นที่ยอมรับในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี ขณะที่สิทธิของผู้สร้างสรรค์ (Author's Right System) มุ่งเน้นการคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์เป็นหลัก ผู้สร้างสรรค์ผลงานต้องมีสิทธิเด็ดขาดในทางเศรษฐกิจและสิทธิโดยธรรม แต่แนวคิดทั้งสองประการข้างต้นถูกผนวกเข้าด้วยกันด้วยมาตรฐานตามอนุสัญญากรุงเบอร์ลินว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม ที่ให้ความสำคัญต่อสิทธิของผู้สร้างสรรค์ผลงานแต่ต้องให้สาธารณะสามารถเข้าถึงงานได้ในลักษณะสมดุลแห่งประโยชน์ นอกจากนี้เมื่อพิจารณาในบริบทของงานลิขสิทธิ์กำพร้า (Orphan Works) ซึ่งเป็นงานลิขสิทธิ์แต่ไม่สามารถระบุหรือติดตามหาตัวผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ที่แท้จริงได้นั้น การเข้าถึงสิทธิในงานลิขสิทธิ์กำพร้าย่อมเกิดอุปสรรคทั้งในด้านการใช้ประโยชน์และผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นหากงานออกใช้

²² Ibid. p. 151.

ประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาตอันอาจเข้าข่ายเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ขณะที่ลิขสิทธิ์กำพร้าอาจเป็นงานที่มีคุณค่าต่อสาธารณะ แต่สภาพของงานเป็นการถูกจำกัดการเข้าถึงซึ่งหากพิจารณาแนวคิดการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่แม้จะมีแนวคิดการคุ้มครองที่แตกต่างกันแต่หลักการพื้นฐานของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ต่างมุ่งให้เกิดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ใหม่ๆ การต่อยอดทางปัญญาอันก่อให้เกิดนวัตกรรมหรืองานสร้างสรรค์ที่ไม่มีที่สิ้นสุด ด้วยเหตุนี้ หากตีความว่างานลิขสิทธิ์กำพร้าเป็นงานที่เข้าข่ายเป็นสมบัติสาธารณะ (Public Domain) ย่อมเป็นการทำลายสิทธิทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์โดยแท้ และขัดต่อหลักการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่มุ่งสร้างดุลแห่งประโยชน์ระหว่างผู้สร้างสรรค์กับสาธารณะ และหากตีความว่าการให้ตกเป็นสมบัติสาธารณะถือเป็นการสร้างดุลแก่สาธารณชนที่สามารถเข้าถึงงานในลักษณะใดก็ได้โดยไม่มีข้อจำกัด ย่อมทำลายดุลแห่งประโยชน์ของฝ่ายผู้สร้างสรรค์ผลงานเช่นเดียวกัน ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าการวิเคราะห์หามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อให้เกิดความสมดุลของสิทธิโดยยึดถือเอาหลักการพื้นฐานของการคุ้มครองลิขสิทธิ์จึงเป็นประเด็นที่ต้องให้ความสำคัญมากกว่าการตีความให้เป็นสิทธิของสาธารณะ

2.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์กำพร้า

แนวคิดที่ให้ความสำคัญต่อสิทธิตามธรรมชาติแห่งทรัพย์สินเป็นที่มาของทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่สามารถใช้เป็นฐานสำหรับวิเคราะห์การเข้าถึงสิทธิในงานลิขสิทธิ์กำพร้า ดังนี้

2.2.1 ทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติแห่งทรัพย์สิน (Natural Right Theory of Property)

John Locke ถือเป็นนักปรัชญาคนแรกที่วางหลักการพื้นฐานแห่งการดำรงอยู่ของทรัพย์สินส่วนบุคคล หรือสังหาริมทรัพย์ (Private Property) ในทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Right Theory) โดย Locke วางหลักว่า บุคคลย่อมมีสิทธิโดยธรรมชาติแห่งทรัพย์สินในตัวของเขาเอง เมื่อบุคคลใดก่อตั้งสิทธิอันใดด้วยแรงงานของเขา เจ้าของทรัพย์สินย่อมมีสิทธิในการจัดการทรัพย์สินของตน แนวคิดดังกล่าวกลับกลายเป็นสัญญาประชาคม ที่ปัจเจกบุคคลยอมรับและใช้เป็นพลังในการต่อรองกับรัฐบาลเพื่อรับประกันการคุ้มครองหลักการพื้นฐานแห่งสิทธิตามธรรมชาติอันเกี่ยวกับชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สิน²³ นอกจากนี้ John Locke ยังกล่าวในหนังสือ The Two Treatises of Government (1690) Book II, Chapter 5 เกี่ยวกับที่มาแห่งสิทธิในทรัพย์สินที่มีความเชื่อมโยงกับสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Right) และนำแนวความคิดเกี่ยวกับแรงงานมาใช้อธิบายความสัมพันธ์ในทรัพย์สิน เรียกว่า

²³ Hepburn, Samantha. (2006). *Principles of Property Law* (3rd Edition). Routledge Cavendish. p 6.

ทฤษฎีแรงงานเกี่ยวกับทรัพย์สิน (Labour Theory of Property) โดย Locke เห็นว่าแรงงานไม่ได้มีอิทธิพลในเรื่องบ่อเกิดของทรัพย์สินแต่แรงงานมีบทบาทสำคัญต่อปรัชญาแห่งธรรมชาติของชุมชน²⁴

Locke มองว่าทรัพย์สินเป็นสิ่งที่มนุษย์ได้มาจากแรงงานที่ใช้กำลังกายและทรัพย์สินที่มีอยู่ตามธรรมชาติแปรเปลี่ยนเป็นงานสร้างสรรค์ และผู้ลงแรงงานนี้ควรจะมีสิทธิในทรัพย์สินนั้นอย่างสมบูรณ์สามารถจัดการกับทรัพย์สินนั้นได้โดยอิสระ²⁵ แต่แนวคิดดังกล่าวเกิดขึ้นบนพื้นฐานของความเชื่อทางศาสนาที่เชื่อว่าพระเจ้าเป็นผู้มอบสิ่งของแก่มนุษย์เพื่อให้ใช้ประโยชน์ ทฤษฎีแรงงานเกี่ยวกับทรัพย์สินจึงเป็นทฤษฎีที่ใช้ในการอธิบายถึงสิทธิในทรัพย์สินหรือสิ่งที่มีรูปร่างเท่านั้น ไม่ได้มุ่งหมายเพื่อใช้อธิบายถึงสิ่งที่ไม่รูปร่าง สิ่งที่เป็นนามธรรม หรือทรัพย์สินทางปัญญาแต่อย่างใด แต่นักคิดทฤษฎียุคใหม่นำทฤษฎีดังกล่าวมาปรับใช้และตีความครอบคลุมถึงทรัพย์สินทางปัญญาด้วย²⁶

Hegel มองทรัพย์สินในมุมมองที่แตกต่างไปจากมุมมองทางสังคม โดยทรัพย์สินเป็นสิ่งที่อยู่ในมนุษย์แต่ละคน และเป็นสิ่งที่แสดงออกถึงตัวตนของบุคคลผู้นั้น²⁷ แต่เมื่อพิจารณาในบริบทของทรัพย์สินทางปัญญา Hegel มีมุมมองว่าทรัพย์สินเป็นตัวแทนแห่งการเริ่มต้นของปัจเจกบุคคลภายใต้สภาพแวดล้อมทางสังคม ทรัพย์สินทางปัญญาก็เช่นเดียวกันที่มีบทบาทเป็นเครื่องแสดงถึงการพัฒนาในตัวบุคคล แต่สิ่งที่เป็นอันตรายของทรัพย์สินทางปัญญา ก็คือการใช้ประโยชน์โดยสาธารณะโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อสังคมตระหนักถึงประโยชน์ทางด้านเศรษฐกิจของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา²⁸ นอกจากนี้ Hegel ได้กล่าวว่า แนวคิดอันเป็นรากฐานแห่งลิขสิทธิ์นั้นเป็นสิทธิในทางการค้า และสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานหรือธรรมสิทธิ และธรรมชาติของงานคือผลิตผลทางปัญญาของผู้สร้างสรรค์ซึ่งไม่มีรูปร่าง²⁹

เมื่อพิจารณาในมุมมองของงานลิขสิทธิ์ก็พบว่า ทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติของทรัพย์สินจึงเป็นพื้นฐานสำคัญของการแสดงออกถึงความสำคัญของการดำรงไว้ซึ่งสิทธิในทรัพย์สินของผู้สร้างสรรค์

²⁴ Drahos, Peter. (2001). *A Philosophy of Intellectual Property*. Dartmouth Publishing Company Limited. p. 41.

²⁵ Moore, Adam D. (May 26, 2013). *A Lockean Theory of Intellectual Property*. Hamline Law Review. Retrieved from <http://ssrn.com/abstract=1980882>.

²⁶ Garon, Jon M. (July 1, 2003). *Normative Copyright: A Conceptual Framework for Copyright Philosophy*. Cornell Law Review, 88 (5). p. 1296.

²⁷ Hughes, Justin. (1988). *The Philosophy of Intellectual Property*. Harvard University. Retrieved from <http://www.law.harvard.edu/faculty/tfisher/music/Hughes1988.html>.

²⁸ Drahos, Peter. Opcit. p. 91.

²⁹ Pond, Rosco. (1959). *Jurisprudence*. Minn : West Publishing, Vol 3. p. 117.

หรือเจ้าของลิขสิทธิ์รวมตลอดถึงทายาทของผู้ทรงสิทธิ์นั้น การอนุญาตให้มีการเข้าถึงงานลิขสิทธิ์กำพไร โดยปราศจากมาตรการที่ชัดเจนอาจสร้างความเสียหายต่อสิทธิทางเศรษฐกิจและสิทธิโดยธรรมของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ได้

2.2.2 ทฤษฎีการเป็นเครื่องจูงใจ (Incentive to Invent Theory)

ทฤษฎีนี้ให้ความสำคัญต่อผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์งานโดยเชื่อว่า รัฐให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาลักษณะต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ การคุ้มครองพันธุ์พืช หรือการออกแบบวงจรรวมก็เพื่อส่งเสริมให้เกิดการคิดค้นและพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ๆ และก่อให้เกิดการสร้างสรรคผลงานที่มีคุณค่าขึ้น ว่ากันว่ามาตรการทางกฎหมายที่ให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการนำเอา ผลงานทางปัญญาไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์นั้นมีความสำคัญต่อกระบวนการวิจัยและพัฒนาเป็นอย่างมาก เนื่องจากการวิจัยและพัฒนาและการสร้างสรรค์ผลงานทางปัญญาส่วนใหญ่มักต้องอาศัยการลงทุน จำนวนมาก การให้ความคุ้มครองอย่างเหมาะสมจะทำให้เจ้าของผลงานเกิดความเชื่อมั่นว่าค่าใช้จ่ายและ ระยะเวลาที่สูญเสียบไปเพื่อการดังกล่าวจะได้รับการชดเชยกลับคืนมาในรูปของสิทธิผูกขาดตามกฎหมาย อันจะเป็นเครื่องจูงใจให้บุคคลต่างๆ ลงทุนลงแรงในการทำวิจัยและพัฒนา หรือสร้างสรรค์สิ่งใหม่ที่เป็น ประโยชน์ต่อสังคม หากปราศจากความคุ้มครองที่เหมาะสมก็จะมีผู้ใดทำการคิดค้นหรือสร้างสรรค์ ผลงานใดๆ ซึ่งจะมีผลกระทบต่อความก้าวหน้าทางวิทยาการเป็นอย่างมาก³⁰

2.3 ความเป็นมาของลิขสิทธิ์กำพไร

ปัญหาเกี่ยวกับลิขสิทธิ์กำพไร (Orphan Works) เกิดขึ้นอย่างเป็นชัดเจนในสหรัฐอเมริกาเมื่อปี ค.ศ. 2002 เมื่อ Google ริเริ่มโครงการ The Google Books ด้วยการทำซ้ำหนังสือด้วยวิธีสแกน (Scan) หนังสือฉบับล้านเล่มทั้งที่สามารถระบุและไม่สามารถระบุเจ้าของผลงานได้ เพื่อให้สาธารณะสามารถสืบค้น ได้ในลักษณะของห้องสมุดดิจิทัล เป็นชนวนเหตุของการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลชั้นต้นทางตอนใต้แห่งรัฐบาลกลางนิวยอร์ก ในปี ค.ศ. 2005 ระหว่าง The Authora Guild, Inc v. Google, Inc

ข้อเท็จจริงแห่งคดี The Authora Guild, Inc หรือสมาคมอาชีพนักเขียน ผู้แต่งหนังสือ และ เจ้าของลิขสิทธิ์ผลงานเป็นโจทก์ยื่นฟ้อง Google ข้อหาละเมิดลิขสิทธิ์โดยการนำงานวรรณกรรม หรือ การนำหนังสือออกแสดงต่อสาธารณชนอันเป็นการเปิดเผยเป็นข้อมูลบางส่วน เพื่อการสืบค้นในฐานข้อมูล Google Book Search จึงขอให้ศาลกำหนดค่าเสียหาย (Damages) และมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

³⁰ จักรกฤษณ์ ควรวจน์. (2544). ลิขสิทธิ์ แนวความคิดและบทวิเคราะห์ (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : นิติธรรม. หน้า 31.

(Injunctive Relief) รวมทั้งขอให้ศาลมีคำสั่งแสดงสิทธิของโจทก์ ศาลชั้นต้นพิพากษาให้ Google เป็นฝ่ายชนะคดีโดยให้เหตุผลว่า การสแกน (Scan) หนังสือเป็นการกระทำภายใต้หลักการใช้ที่เป็นธรรมที่อนุญาตให้มีการทำสำเนาซ้ำได้ในจำนวนที่จำกัดเพื่อวัตถุประสงค์ในการวิพากษ์วิจารณ์ การวิจัย และการรายงานข่าว ในขณะที่การสแกนหนังสือแม้จะสามารถค้นหาสารบัญได้โดยฉบับเต็ม แต่ในการสืบค้นเนื้อหาภายในสามารถกระทำได้เพียงบางส่วนเท่านั้น การกระทำดังกล่าวถือเป็นการช่วยเหลือแก่นักวิชาการในการวิเคราะห์หาข้อมูลจำนวนมาก เป็นการสงวนรักษาและขยายขอบเขตการเข้าถึงหนังสือและก่อให้เกิดการดึงดูดผู้เข้าชมซึ่งเป็นการเสริมศักยภาพด้านเม็ดเงินรายได้ให้แก่ผู้สร้างสรรค์งานและสำนักพิมพ์

ต่อมาเกิดข้อพิพาทระหว่าง *The Authors Guild, Inc v. HathiTrust*³¹ ในปี ค.ศ. 2011 โดย The Authors Guild, Inc เป็นโจทก์ยื่นฟ้อง HathiTrust ซึ่งเป็นหน่วยบริการในมหาวิทยาลัยมิชิแกน ประเทศสหรัฐอเมริกา ในข้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการทำซ้ำ การแปลงข้อมูลให้อยู่ในรูปแบบดิจิทัลและเผยแพร่อย่างกว้างขวาง ผู้พิพากษาตัดสินให้ HathiTrust เป็นฝ่ายชนะคดีในข้อเรียกร้องบางประการโดยให้สามารถสแกนเอกสารซึ่งเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ให้อยู่ในฐานข้อมูลดิจิทัลโดยให้ความเห็นว่าการเปลี่ยนรูปแบบข้อมูลให้อยู่ในลักษณะดังกล่าวเมื่อทำขึ้นโดยไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้แทนที่หนังสือต้นฉบับที่ยังสามารถค้นหาได้ แต่เป็นการใช้เพียงเพื่อค้นหาเอกสารในรูปแบบฉบับเต็มจึงอยู่ภายใต้หลักการใช้ที่เป็นธรรม แม้กระทั่งงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ไม่ได้รับการสนับสนุนให้สามารถทำสำเนางาน (Print-Disabled Patrons) หรือเปลี่ยนรูปการใช้งาน (Transformative) ได้นั้น ก็ยังอยู่ในขอบเขตที่จะสามารถนำหลักการใช้ที่เป็นธรรมมาใช้บังคับได้ แต่ยังไม่มีการพิจารณาไปถึงประเด็นเกี่ยวกับลิขสิทธิ์กำพร้าเนื่องจากจำเลยได้ระงับโครงการดังกล่าวไว้ชั่วคราวหลังจากเกิดข้อพิพาท

ขณะเดียวกันสหภาพยุโรป (European Union) มีมติผ่านความตกลงร่วมแห่งสหภาพยุโรป เลขที่ 28/2012 ว่าด้วยการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์กำพร้า(Directive 2012/28/EU, of the European Parliament and the Council of 25 October 2012 on Certain Permitted Use of Orphan Works) เมื่อวันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ. 2012 โดยมีที่มาจากกรรมาธิการ The i-2010 Digital Libraries ในปี ค.ศ. 2005³² และต่อมาในปี 2006 สหภาพยุโรปได้ส่งเสริมให้ประเทศสมาชิกริเริ่มโครงการดังกล่าวเพื่อพัฒนาปรับปรุงการแปลงงานให้อยู่ในรูปแบบดิจิทัลที่สามารถเข้าได้จากฐานข้อมูลออนไลน์ จาก

³¹ *The Authors Guild, Inc V. HathiTrust* No. 12-4547-cv. Electronic Copy Available at : <http://www.lexis.com>.

³² Rosati, Eleonora. (September 10, 2013). *The orphan works provisions of the ERR Act: are they compatible with UK and EU laws*. European Intellectual Property Review. p. 7.

จุดเริ่มต้นดังกล่าวทำให้บรรดาห้องสมุดต่างพยายามรวบรวมงานอันมีลิขสิทธิ์ทั่วทั้งสหภาพยุโรป ทำให้พบงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ไม่ปรากฏผู้สร้างสรรค์³³

สำหรับประเทศอังกฤษได้จัดทำรายงานผลการศึกษาที่เรียกว่า The Gower's Review โดยอาศัยรายงานการศึกษาเกี่ยวกับ The Orphan Works Report ของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งคณะกรรมการที่ปรึกษาแห่งสหราชอาณาจักร (The British Screen Advisory Committee) มีความพยายามที่จะนำเอาบทบัญญัติข้อ 5 ของความตกลงร่วมแห่งสหภาพยุโรป เลขที่ 29/2001 ว่าด้วยลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงในสังคมข้อมูลข่าวสาร (EC Directive 29/2001 on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society) ซึ่งถือเป็นมาตรฐานแห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ในสหภาพยุโรปในปี ค.ศ. 2001 มาใช้แก้ไขปัญหาลิขสิทธิ์กำพวด (Orphan Works) แต่บทบัญญัติข้อ 5 แห่งความตกลงดังกล่าวอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานแห่ง Berne Three-Step Test ซึ่งเป็นการจำกัดข้อยกเว้นการคุ้มครองซึ่งไม่เพียงพอต่อการนำมาใช้แก้ไขปัญหาดังกล่าว³⁴

จะเห็นได้ว่า สถานการณ์ปัญหาลิขสิทธิ์กำพวดในต่างประเทศมีความชัดเจนเกิดเป็นข้อพิพาทในชั้นศาลจึงสะท้อนให้เห็นถึงปัญหาของบรรดาประเทศสมาชิกแห่งอนุสัญญากรุงเบอร์นที่ใช้ระบบการคุ้มครองตามมาตรฐานขั้นต่ำของความตกลงระหว่างประเทศที่อาจเกิดปัญหาการเข้าถึงงานลิขสิทธิ์กำพวด โดยไม่มีกฎหมายรองรับที่ชัดเจนเป็นปัจจัยให้เกิดการกระทำที่อาจเข้าข่ายเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ขณะที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ของประเทศไทยกลับไม่ครอบคลุมถึงประเด็นปัญหานี้ และยังไม่มีความชัดเจนหากมีการนำกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบันมาใช้บังคับเพื่อแก้ไขปัญหาลิขสิทธิ์กำพวด จึงเป็นประเด็นปัญหาที่จำเป็นต้องศึกษาเพื่อหาแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์กำพวดต่อไป

³³ Bezos, Salvador M. Op.cit. p. 9

³⁴ Ibid. p. 10-11.