

มาตรการทางกฎหมายต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์
เกินจำนวนที่เหมาะสม

นายนิธิพัฒน์ แสงมณี

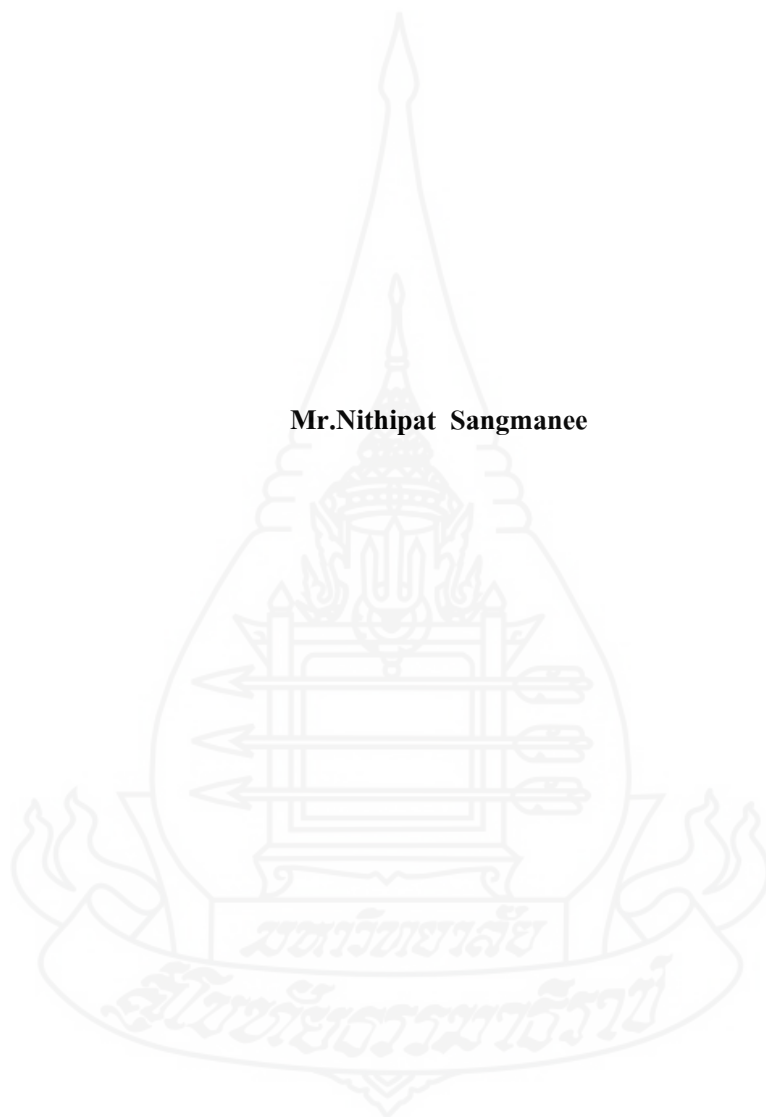


วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
วิชาเอกกฎหมายธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ. 2555

The Legal Measures for Mere Possession of Copyright Infringement.

Mr.Nithipat Sangmanee



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for
the Degree of Master of Laws in Business Law

School of Law

Sukhothai Thammathirat Open University

2012

ชื่อวิทยานิพนธ์ มาตรการทางกฎหมายต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม

ผู้วิจัย นายนิธิพัฒน์ แสงมณี รหัสนักศึกษา 2524001258

ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา (1) รองศาสตราจารย์วิมาน กฤตพลวิมาน (2) อาจารย์ ดร.ฐเกียรติ น้อยนิม

ปีการศึกษา 2555

บทคัดย่อ

การวิจัยครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ศึกษาทฤษฎีและหลักกฎหมาย ที่นำมาใช้ในการกำหนดความผิดและบทกำหนดโทษ ต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ไว้นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) (2) ศึกษาถึงข้อดี ข้อเสีย และผลกระทบในการกำหนดความผิดและบทกำหนดโทษต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม ว่ามีความเหมาะสมกับสังคมไทยหรือไม่ (3) ศึกษาถึงปัญหาและอุปสรรคของการกำหนดโทษอาญาต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม ที่มีแนวโน้มจะส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมของประเทศไทยในลักษณะต่างๆ (4) ศึกษาและเปรียบเทียบแนวทางในการกำหนดความผิดสำหรับผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ รวมทั้งมาตรการบังคับสิทธิโดยใช้โทษอาญาต่อผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในกฎหมายต่างประเทศ ว่ามีแนวทางและมาตรการอย่างไร (5) ศึกษาหาแนวทางแก้ไขปัญหาที่เหมาะสม และแนวโน้มที่อาจจะเป็นไปได้ในการนำบทกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม มาใช้ในประเทศไทย

การศึกษานี้ เป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยทำการศึกษาวิเคราะห์ แหล่งข้อมูลจากบทความ ตำรา วิทยานิพนธ์ เว็บไซต์ และงานวิจัยทางวิชาการต่างๆ ที่เกี่ยวกับการกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) ในกฎหมายต่างประเทศ เช่น กฎหมายลิขสิทธิ์มาเลเซีย ค.ศ.1987 หรือกฎหมายลิขสิทธิ์สิงคโปร์ ค.ศ.1987 เป็นต้น หากนำมาใช้ในประเทศไทยจะส่งผลในการยกระดับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้สูงขึ้น หรือไม่อย่างไร และจะส่งผลกระทบต่อสาธารณชนในการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ พร้อมทั้งเสนอแนวทางแก้ไข

ผลจากการวิจัยสรุปว่า การกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) จะส่งผลในการยกระดับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ของไทยให้สูงขึ้น ช่วยลดจำนวนสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดจากการครอบครองเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคล หรือภายในที่พักอาศัยลง โดยไม่เป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิของสังคมที่จะใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ และมีความเหมาะสมที่จะนำมาบังคับใช้ในสังคมไทย

คำสำคัญ ลิขสิทธิ์ การครอบครอง

Thesis title: The Legal Measures for Mere Possession of Copyright Infringement.

Researcher: Mr.Nithipat Sangmanee; **ID:** 2524001258;

Degree: Master of Laws;

Thesis advisors: (1) Viman Kritpolviman, Associate Professor;

(2) Dr. Chukiatt Noichim; **Academic year:** 2012

Abstract

The objectives of this research are to (1) study theories and law principles used to define guilt and legal punishment to the infringement of possessing the other's copyright for the purpose other than private or domestic use without commercial or business purpose or mere possession, (2) study advantages, disadvantages and impacts to define guilt and legal punishment of mere possession whether it is suitable for Thai society or not, (3) study problems and obstacles to define punishment for mere possession which tends to impact Thai justice process in many aspects, (4) study and compare the ways to define guilt for the person possessing copyright infringement products as well as the process and criteria to enforce the rights to use criminal punishment to possessor mala fide by using Thai laws and foreign laws, and (5) study and ascertain appropriate solutions and possible trend of using the law concerning with mere possession in Thailand.

The approach for this research is the Documentary Research conducted based on sources, including academic articles, textbooks, dissertations, websites and other academic researches related to possessing copyright infringement in Thailand and those in some specific foreign laws, including the Malaysia Copyright Act 1987 (B.E. 2530) and the Singapore Copyright Act 1987 (B.E. 2530). If these laws were to be used in Thailand, would it leverage the copyright protection in Thailand or potentially impact public in term of utilizing copyright items. This research is to find possible answer as well as offer potential solutions.

The result found that defining punishment of mere possession would help leverage copyright protection in Thailand and reduce possessing of copyright infringement other than private or domestic use. Also, this change would not restrict people in the society from enjoying the rights and gaining benefits from copyright items, and these were assumed to be appropriate to enforce in Thai society.

Keywords: Copyright Possession

กิตติกรรมประกาศ

การศึกษาวิจัยนี้ ผู้เขียนได้ใช้ทั้งทักษะ ความรู้ และประสบการณ์ จากการที่ได้ศึกษากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งผู้เขียนได้ให้ความสนใจในเรื่องกฎหมายลิขสิทธิ์เป็นพิเศษ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนได้นำแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิด ลิขสิทธิ์อีกรูปแบบหนึ่งที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายของต่างประเทศ มาศึกษาวิเคราะห์กรณีที่ต้องนำมาปรับใช้ในประเทศไทย จะส่งผลดีหรือไม่ อย่างไร ซึ่งย่อมมีทั้งผู้ที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วยอย่างแน่นอน และผู้เขียนเองก็ต้องการให้มีข้อถกเถียงเชิงสร้างสรรค์ทางวิชาการ เพื่อประโยชน์อันจะเกิดแก่พัฒนาการของกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย ต่อไป

การศึกษาวิจัยนี้สำเร็จเป็นวิทยานิพนธ์ได้ เนื่องจากได้รับความกรุณาอย่างสูงจากท่าน รองศาสตราจารย์วิมาน กฤตพลวิมาน ที่กรุณาสละเวลารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก และให้คำแนะนำทั้งในเชิงทฤษฎีและภาคปฏิบัติ นอกจากนี้ผู้เขียนยังได้รับความกรุณาจากท่าน อาจารย์อีกท่านหนึ่งคือ อาจารย์ ดร.ชูเกียรติ น้อยฉิม รับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม ซึ่งได้ให้ข้อคิดและแนวคำแนะนำที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการศึกษาวิจัยครั้งนี้

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมหมาย จันทรเรือง ไว้เป็นอย่างสูงที่ท่านได้ให้ความกรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ครั้งนี้ นอกจากนี้ยังได้รับความกรุณาจากท่านอาจารย์ วิชัย สุขลิ้ม ที่กรุณารับเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในการสอบวิทยานิพนธ์อีกท่านหนึ่ง วิทยานิพนธ์นี้จะสำเร็จสมบูรณ์ไม่ได้หากไม่ได้รับคำแนะนำด้านกฎหมายจากคณาจารย์และผู้ทรงคุณวุฒิตามที่ได้กล่าวนามไว้เบื้องต้น ซึ่งผู้เขียนขอขอบพระคุณไว้เป็นอย่างสูงอีกครั้ง ณ ที่นี้

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา ญาติ พี่น้อง รวมทั้งบรรดาเพื่อนและมิตรสหายทุกท่าน ที่ได้ให้กำลังใจและการสนับสนุนผู้เขียนในทุกด้าน ตลอดระยะเวลาของการศึกษาวิจัยวิทยานิพนธ์นี้ ความดีทั้งหลายที่เกิดจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอยกให้แก่ท่านทั้งหลายที่ได้กล่าวถึงแล้วข้างต้น หากมีข้อบกพร่องประการใดหรือกระทบกระทั่งถึงบุคคลอื่นแล้ว ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

นิธิพัฒน์ แสงมณี

มิถุนายน 2556

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ฉ
สารบัญตาราง	ฐ
บทที่ 1 บทนำ	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
2. วัตถุประสงค์การวิจัย	6
3. สมมุติฐานการวิจัย	7
4. ขอบเขตของการวิจัย	7
5. วิธีดำเนินการศึกษา	8
6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	8
7. นิยามศัพท์เฉพาะ	9
บทที่ 2 วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง	10
1. แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ และการคุ้มครองลิขสิทธิ์	14
1.1 แนวความคิดในสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์	17
1.2 ทฤษฎีในการคุ้มครองลิขสิทธิ์	18
1.3 การละเมิดลิขสิทธิ์	20
1.3.1 การละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง (direct infringement)	20
1.3.2 การละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม (indirect infringement)	22
2. แนวคิดในการคุ้มครองทรัพย์สิน และความสัมพันธ์กับการคุ้มครองลิขสิทธิ์	24
3. ความหมาย แนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายอาญา การกำหนดความผิดและโทษทางอาญา	31
3.1 ความหมายของกฎหมายอาญา	31
3.2 หน้าที่ของกฎหมายอาญา	33
3.3 ความหมายของโทษทางอาญา	33
3.4 วัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญา	35
3.5 โครงสร้างของความผิดทางอาญา	36
3.6 วิธีการลงโทษทางอาญา	37

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.7 แนวความคิดเกี่ยวกับการลงโทษ	38
3.7.1 แนวความคิดเรื่องการลงโทษของซีซาร์ แบคคาเรีย	38
3.7.2 แนวความคิดเรื่องการลงโทษของเจริมี เบ็นธัม	38
3.7.3 แนวความคิดเรื่องการลงโทษของเฟอร์รี่	39
3.7.4 แนวความคิดเรื่องการลงโทษของลอมโบรโซ	39
3.7.5 แนวความคิดเรื่องการลงโทษของการฟาโร	39
3.8 ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญา	40
3.8.1 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อให้สาสม	40
3.8.2 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกัน	41
3.8.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไขหรือดัดนิสัย	41
3.8.4 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการชดเชยความผิด	41
3.8.5 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่หรือปราบปราม	42
3.8.6 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อให้เป็นที่พอใจแก่ผู้เสียหาย	42
4. สิทธิความเป็นส่วนตัว (Privacy Right) กับการใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์	44
บทที่ 3 การกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์	
มาตรการทางกฎหมายต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม	
ปัญหากฎหมาย และผลกระทบในด้านต่างๆ.....	59
1. ความหมายของการครอบครอง (possession) และ	
การครอบครองเกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession)	63
1.1 การครอบครอง (possession)	63
1.2 การครอบครองเกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession)	64
2. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ ตามกฎหมายไทย	65
2.1 การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้า	65
2.2 การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) ...	66

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3. ปัญหาทางกฎหมาย เกี่ยวกับการกำหนดความผิดต่อการครอบครอง	
สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession)	67
3.1 ปัญหาเกี่ยวกับลักษณะความผิด	67
3.2 ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขต หรือลักษณะของการกระทำความผิด	69
4. ผลดีของการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์	
เกินจำนวนที่เหมาะสม	70
4.1 ยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของไทยให้อยู่ในระดับที่สูงขึ้น	70
4.2 การลงทุนในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทลิขสิทธิ์เพิ่มมากขึ้น	71
4.3 ใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องปรามการกระทำผิด	74
4.4 ลดอุปสรรคในการทำความตกลงการค้า	75
4.5 สร้างความเป็นธรรมทางการค้า	78
4.6 เพิ่มความหลากหลายของสินค้าส่งออก	79
4.7 รัฐมีรายได้จากการจัดเก็บภาษีเพิ่มขึ้น	81
4.8 ผลดีต่อระบบการค้าระหว่างประเทศ	82
4.9 ผลดีต่อผู้ประกอบการ	83
4.10 ผลดีต่อประชาชนผู้บริโภค	84
5. วิเคราะห์ผลกระทบจากการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการครอบครอง	
สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม	85
5.1 ผลกระทบต่อหลักการพื้นฐานในการคุ้มครองลิขสิทธิ์	85
5.2 ผลกระทบต่อแนวนโยบายในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพทางเศรษฐกิจ	
ภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญ	87
5.3 ผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรม	90
5.3.1 ปัญหาการแบกรับภาระในการดำเนินคดีของรัฐแทนเอกชน	90
5.3.2 ปัญหาทัศนคติของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์	91
5.3.3 ปัญหาเกี่ยวกับบุคลากรหรือเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงาน	92
5.3.4 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย	
และความผิดพลาดของกระบวนการยุติธรรม	93

สารบัญ (ต่อ)

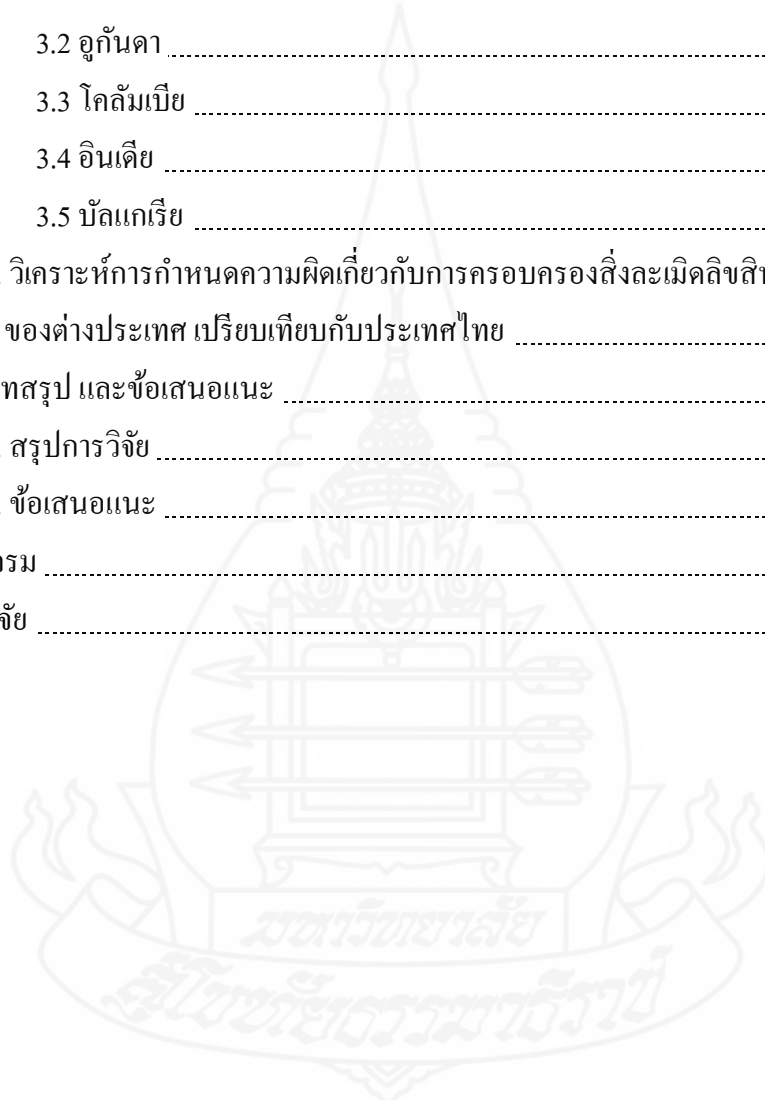
	หน้า
5.3.5 ประเด็นเกี่ยวกับประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมาย และกลไก ของกระบวนการยุติธรรม ในการลดปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์	94
5.4 ผลกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัว (Privacy Right)	96
5.4.1 การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวภายในบ้านพัก	96
5.4.2 การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในการใช้สติปัญญา	97
5.4.3 การคุ้มครองเสรีภาพในเคหสถาน	98
5.4.4 การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สิน	100
5.4.5 การคุ้มครองเสรีภาพในทางวิชาการ	101
5.5 ผลกระทบต่อหลักการใช้ที่เป็นธรรม (Fair Use)	102
5.5.1 การคุ้มครองการศึกษาหรือวิจัยงาน	104
5.5.2 การคุ้มครองการใช้งานเพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท	105
5.5.3 การคุ้มครองผู้ซื้อ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีลิขสิทธิ์	107
5.6 ผลกระทบทางสังคมและวัฒนธรรม	109
5.6.1 การเผยแพร่งานสร้างสรรค์ไปสู่สาธารณชนลดน้อยลง	110
5.6.2 ขาดการสนับสนุนและส่งเสริมคุณค่าทางวัฒนธรรมของสังคม	111
5.6.3 การเสริมสร้างพัฒนาการทางความคิดของเด็กและเยาวชนลดลง	112
5.6.4 เกิดความเหลื่อมล้ำในการเข้าถึงงานสร้างสรรค์	113
5.6.5 พัฒนาการทางสังคม และคุณภาพชีวิตของประชาชนลดลง	113
5.6.6 เกิดข้อจำกัดทางการศึกษาของเด็กและเยาวชน	114
5.7 ผลกระทบจากการตรากฎหมายที่ลดรอนเสรีภาพ หรือจำกัดสิทธิของประชาชน	115
5.8 ผลกระทบจากการลงทุนของบริษัทข้ามชาติ (Multinational Corporations) ..	116
5.9 ผลกระทบจากการผูกขาดทางการค้า	118

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 4 การกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ มาตรการทางกฎหมาย ต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสมในกฎหมายต่างประเทศ เปรียบเทียบกับประเทศไทย.....	121
1. ความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้าหรือประกอบธุรกิจ ...	121
1.1 แคนาดา	122
1.2 อังกฤษ	123
1.3 ออสเตรเลีย	124
1.4 ฟิลิปปินส์	125
1.5 ญี่ปุ่น	127
1.6 นิวซีแลนด์	128
1.7 ไนจีเรีย	129
1.8 โรมานี	130
1.9 ซาอุดีอาระเบีย	130
1.10 ตุรกี	131
1.11 กรีซ	131
1.12 บัลแกเรีย	132
1.13 กานา	133
1.14 ไชปรัส	134
1.15 ใต้หวัน	134
1.16 สวีเดน	135
1.17 อิสราเอล	136
2. ความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession)	138
2.1 มาเลเซีย	139
2.2 เคนยา	140
2.3 สิงคโปร์	141

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3. การกำหนดความผิดสำหรับการใช้ (used) สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ ถือเป็นความผิด	143
3.1 แองโกลา	143
3.2 อูกันดา	144
3.3 โคลัมเบีย	144
3.4 อินเดีย	145
3.5 บัลแกเรีย	146
4. วิเคราะห์การกำหนดความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในกฎหมาย ของต่างประเทศ เปรียบเทียบกับประเทศไทย	147
บทที่ 5 บทสรุป และข้อเสนอแนะ	151
1. สรุปการวิจัย	151
2. ข้อเสนอแนะ	153
บรรณานุกรม	160
ประวัติผู้วิจัย	171



สารบัญตาราง

	หน้า
ตารางที่ 3.1 ตารางแสดงประเภทของสินค้าและมูลค่าการส่งออกของไทยสูงสุด 10 อันดับแรก ครึ่งปีแรกของปี 2554	80
ตารางที่ 4.1 ตารางเปรียบเทียบการกำหนดโทษอาญา สำหรับความผิดต่อการครอบครอง สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้าหรือประกอบธุรกิจ ของประเทศต่างๆ	137
ตารางที่ 4.2 ตารางเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดและการลงโทษ สำหรับการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เกินจำนวนที่เหมาะสมของประเทศต่างๆ	142



บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

หากพิจารณาจากความสามารถในการใช้สติปัญญาในการสร้างสรรค์งานแล้ว มนุษย์ถือเป็นชาติพันธุ์ที่มีระดับความสามารถสูงที่สุดกว่าสัตว์อื่นใด อารยะธรรมของมนุษย์มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง องค์ความรู้ของมนุษย์มีการพัฒนาอย่างมากมายครอบคลุมศาสตร์ในสาขาต่างๆ และมีการถ่ายทอดจากรุ่นไปสู่รุ่น การประดิษฐ์ตัวอักษรเพื่อการติดต่อสื่อสารและบันทึกเรื่องราวต่างๆ ทำให้องค์ความรู้ของมนุษย์ถูกถ่ายทอดผ่านตัวอักษร และมีการแพร่กระจายไปตามภูมิภาคต่างๆ ของโลกอย่างรวดเร็ว

ประมาณ ค.ศ.1450 โจฮัน กูเทนเบิร์ก (Johann Gutenberg) ชาวเมือง Mainz ประเทศเยอรมัน ได้คิดค้นการพิมพ์แบบ movable type printing ขึ้นในยุโรป¹ ทำให้เกิดการพัฒนาทางอุตสาหกรรมการพิมพ์ วรรณกรรมประเภทต่างๆ ถูกตีพิมพ์ลงในหนังสือ วารสารหรือตำราทางวิชาการ ทำให้การเผยแพร่องค์ความรู้แขนงต่างๆ ทำได้ง่ายขึ้น ซึ่งต่อมาก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางด้านวัฒนธรรมและอุตสาหกรรมผลิต ทำให้ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจเริ่มเข้ามามีบทบาทต่อวิถีชีวิตของมนุษย์ เป็นผลให้งานสร้างสรรค์จำนวนมากถูกนำไปใช้ในเชิงเศรษฐกิจหรือพาณิชย์ มนุษย์จึงเริ่มให้ความสำคัญกับสิทธิของผู้สร้างสรรค์งาน รวมถึงแสวงหาการคุ้มครองสิทธิในความคิดและงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้น จึงเป็นที่มาของแนวความคิดในการคุ้มครองงานสร้างสรรค์ในรูปแบบของ ลิขสิทธิ์ (copyright)

นานาประเทศ ได้เห็นความสำคัญของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ จึงตรากฎหมายภายในเพื่อคุ้มครองลิขสิทธิ์และริเริ่มแลกเปลี่ยนการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างกันในรูปแบบของสนธิสัญญาทวิภาคี ซึ่งอาศัยหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment)²

¹ไชยยศ เหมะรัชตะ ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์ รายงานผลการวิจัยทุนวิจัยรัชดาภิเษกสมโภชน์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2527 หน้า 2

²ไชยยศ เหมะรัชตะ ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พิมพ์ครั้งที่ 8 สำนักพิมพ์นิติธรรม กรุงเทพมหานคร 2553 หน้า 121

เพื่อคุ้มครองงานของประเทศภาคีเท่าที่ชนชาติของตนได้รับความคุ้มครองในประเทศของตน โดยในเริ่มแรกเป็นการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ตอบแทนกันในกลุ่มประเทศยุโรปที่มีอาณาเขตใกล้เคียงกัน เช่น สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างออสเตรียกับอิตาลี (Sardiria) ใน ค.ศ.1840 สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างอิตาลีกับฝรั่งเศส ใน ค.ศ.1843 สนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างฝรั่งเศสกับอังกฤษ ใน ค.ศ.1851 และสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างฝรั่งเศสกับเบลเยียม ใน ค.ศ.1852 เป็นต้น

อนุสัญญาเบอร์น์เพื่อการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic work, 1886) ถือเป็นพื้นฐานของลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ โดยภาคีสมาชิกให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ตอบแทนกันตามหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และในขณะที่เดียวกันก็มุ่งหมายที่จะทำให้เกิดกฎหมายลิขสิทธิ์ของแต่ละประเทศที่มีลักษณะแตกต่างกันให้มีลักษณะคล้ายคลึงกัน ซึ่งประเทศไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ.1931 (พ.ศ.2474)³

ปัจจุบัน การคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศถูกยกระดับความสำคัญให้สูงขึ้น โดยในการเจรจาเกี่ยวกับความตกลงทั่วไปทางภาษีศุลกากรและการค้า (GATT) รอบอุรุกวัย ยังผลให้เกิดความตกลงระหว่างประเทศ ในการกำหนดหลักเกณฑ์และการจัดระเบียบใหม่ตามหลักการพื้นฐานของ GATT ด้วยการกำหนดมาตรฐานและขอบเขตที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาอันเกี่ยวกับการค้า ได้แก่ “ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า” (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Good : TRIPs)

สำหรับประเทศไทย ได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์มาตั้งแต่ในสมัย ร.5 โดยเริ่มแรกให้ความคุ้มครองเฉพาะวรรณกรรมประเภทหนังสือ โดยได้ปรากฏกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ครั้งแรกในประกาศหอพระสมุดวชิรญาณ ร.ศ.111 ซึ่งกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดนำเรื่องราวต่างๆ ที่ลงตีพิมพ์ในหนังสือวชิรญาณวิเศษไปพิมพ์ซ้ำ นอกจากจะขออนุญาตต่อกรรมการสัมปาทิกสภา โดยในประกาศลงวันที่ 20 กันยายน ร.ศ.111 มีข้อความดังนี้ “ตั้งแต่นี้ต่อไปห้ามมิให้ผู้ใดเอาเรื่องความต่างๆ ที่ได้ลงพิมพ์ในหนังสือวชิรญาณวิเศษแล้วแต่ปีก่อนๆ และปีนี้ทั้งปีต่อไป ไปพิมพ์เป็นหนังสือเล่มหรือหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใด นอกจากที่ขออนุญาตต่อกรรมการสัมปาทิกสภาได้แล้วนั้นเป็นอันขาด”⁴ ซึ่งต่อจากนั้นก็ปรากฏว่ามีประกาศอื่นได้อีก จนถึง ร.ศ.120 (พ.ศ.2444) ก็ได้มีการออกพระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือ ร.ศ.120 เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนทั่วไป

³ อรรถพร พันธ์พัฒนา คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ พิมพ์ครั้งที่ 4 สำนักพิมพ์นิติธรรม กรุงเทพมหานคร 2549 หน้า 3

⁴ ไชยศ เหมระชตะ อ่างแล้วในเชิงอรรถที่ 1 หน้า 9

พระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือ ร.ศ.120 ได้ตราขึ้นโดยมีสาเหตุดังที่ปรากฏในพระราชปรารภว่า “ทุกวันนี้เมื่อมีผู้ใดได้อุตสาหกรรมแต่งหนังสือขึ้นด้วยสติปัญญาแลวิชาความรู้ของตนเพื่อพิมพ์จำหน่ายให้เกิดผลประโยชน์ ถ้าหนังสือเรื่องใดจำหน่ายได้มากก็มักมีผู้อื่นบังอาจเอาหนังสือเรื่องนั้นไปพิมพ์ขึ้นขายโดยพลการ กระทำให้เสื่อมทรามผลประโยชน์ ซึ่งสมควรจะได้โดยผู้แต่งโดยชอบธรรมมีอยู่เนืองๆ และการอย่างนี้ในนานาประเทศโดยมากย่อมมีกฎหมายห้ามปรามไม่ให้ผู้อื่นลอกคัดหรือพิมพ์จำหน่ายหนังสือ ซึ่งผู้แต่งมิได้อนุญาต”⁵ เมื่อพิจารณาจากพระราชปรารภในการออกกฎหมายฉบับนี้ แสดงให้เห็นว่าแนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในต่างประเทศได้มีมาก่อนหน้าแล้ว เพียงแต่ประเทศไทยในขณะนั้นยังไม่มีกฎหมายให้ความคุ้มครอง

ต่อมา ประเทศไทยได้ออกพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม ในปี พ.ศ.2474 โดยให้ยกเลิกพระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือ ร.ศ.120 สำหรับสาเหตุที่ต้องตรากฎหมายฉบับนี้เพราะกฎหมายเดิมให้ความคุ้มครองเฉพาะวรรณกรรมเพียงอย่างเดียว แต่กฎหมายใหม่มีความประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองครอบคลุมไปถึงงานศิลปกรรมด้วย และสาเหตุอีกประการหนึ่งคือประเทศไทยในขณะนั้นได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาเบอร์น์ จึงต้องมีการตรากฎหมายที่มีความสอดคล้องกับบทบัญญัติของอนุสัญญาดังกล่าว

ปัจจุบัน ประเทศไทยให้ความสำคัญและตระหนักถึงคุณค่าของทรัพย์สินทางปัญญาประเภทลิขสิทธิ์ที่ได้มีการสร้างสรรค์ขึ้นภายในประเทศ จึงกำหนดให้มีการคุ้มครองลิขสิทธิ์ไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ซึ่งให้ความคุ้มครองสิทธิในงานประเภทต่างๆ ที่กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้มีลิขสิทธิ์ ตลอดจนถึงสิทธิของนักแสดง บทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้จึงมีความสอดคล้องเป็นไปตามหลักสากลและตามมาตรฐานของอนุสัญญาต่างๆ ที่ประเทศไทยได้ลงนาม ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ของเอกชนไม่ว่าจะเป็นคนชาติหรือคนต่างชาติ ย่อมได้รับความคุ้มครองที่เท่าเทียมกัน

อย่างไรก็ตาม ประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจและประเทศเจ้าของสิทธิรายใหญ่ยังไม่พอใจกับมาตรการต่างๆ ที่ประเทศไทยใช้ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และกดดันให้ประเทศไทยต้องยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ รวมถึงทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นๆ ให้ได้รับความคุ้มครองในระดับที่สูงขึ้น ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจน ได้แก่ การที่สหรัฐ ได้ปรับสถานะของประเทศไทยจากประเทศที่จับตามอง (Watch List : WL) เป็นประเทศที่ถูกจับตามองเป็นพิเศษ (Priority Watch List : PWL) ในการทบทวนสถานะประเทศคู่ค้า ตั้งแต่ พ.ศ.2550 - 2555 ภายใต้กฎหมายการค้าสหรัฐ มาตรา 301 พิเศษ (Special 301) โดยสำนักงานผู้แทนการค้าสหรัฐ (US Trade

⁵ไชยยศ เหมะรัชตะ อ่างแล้วในเชิงอรรถที่ 1 หน้า 10

Representative : USTR) ให้เหตุผลว่าไทยยังไม่ให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของสหรัฐอย่างเพียงพอ และความพยายามในการปราบปรามการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของไทยในปีที่ผ่านมายังไม่ส่งผลมากเพียงพอ อัตราการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศไทยยังคงมีอยู่ในระดับสูง รวมทั้งพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ.2548 ยังไม่เข้มแข็งที่จะปราบปรามการละเมิดผลิตภัณฑ์ซีดีได้ นอกจากนี้การละเมิดลิขสิทธิ์หนังสือ การขโมยสัญญาณรายการโทรทัศน์ และสัญญาณเคเบิล รวมทั้งการละเมิดลิขสิทธิ์ซอฟต์แวร์ทั้งด้านการบันเทิงและธุรกิจยังไม่ได้รับการแก้ไขอย่างจริงจัง ฯลฯ

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันอาจจะมีบทบัญญัติบางประการที่ไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป รวมทั้งแรงกดดันจากต่างประเทศ จึงมีความพยายามที่จะแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในกฎหมายฉบับดังกล่าวหลายครั้งเพื่อยกระดับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้สูงขึ้น มีการนำแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดความผิดแก่การกระทำที่ถือว่าเป็นการสนับสนุนการละเมิดลิขสิทธิ์มาบัญญัติเป็นกฎหมาย เช่น การกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ การกำหนดความผิดแก่ผู้ให้เช่าพื้นที่สำหรับจำหน่ายสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ไว้เกินกว่าจำนวนที่กฎหมายกำหนดให้ถือเป็นความผิด เป็นต้น ซึ่งแนวความคิดนี้ มาจากต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้วและสหภาพยุโรป ซึ่งจากการศึกษาพบว่า ในบางประเทศมีการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายที่เข้มงวดต่อผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ รวมถึงยังมีนโยบายในการสกัดกั้นการนำสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เข้าประเทศ ด้วยการกำหนดโทษทางอาญาทั้งโทษจำคุกและโทษปรับในอัตราที่สูงแก่ผู้นำสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ผิดตัวในระหว่างเดินทางเข้าประเทศด้วย เช่น ฝรั่งเศส อิตาลี และสวิสเซอร์แลนด์ เป็นต้น⁶

แนวคิดของกฎหมายลิขสิทธิ์ ที่มีวัตถุประสงค์ให้ความคุ้มครองป้องกันผลประโยชน์ทั้งทางเศรษฐกิจและทางศีลธรรม ซึ่งบุคคลพึงได้รับจากผลงานสร้างสรรค์อันเกิดจากความคิดและสติปัญญาของตนแต่ไม่ปิดกั้นสาธารณชนที่จะใช้ประโยชน์จากผลงานสร้างสรรค์ โดยกฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะสร้างดุลยภาพในการคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์และการแสวงประโยชน์จากผลงานสร้างสรรค์โดยสาธารณชน แต่จากปัญหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นคือการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทย มีแนวโน้มเพิ่มมากขึ้นและสร้างความเสียหายต่อเศรษฐกิจของประเทศ การที่ประเทศไทยมีความพยายามที่จะยกระดับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้สูงขึ้นด้วยมาตรการทางกฎหมาย ด้วยการมี

⁶หนังสือกระทรวงพาณิชย์ ที่ พณ 0707/ว 137 ลงวันที่ 14 มกราคม 2552 เรื่อง ขอประชาสัมพันธ์ แจ้งเตือนกรณีการนำสินค้าละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาคัดตัวเข้าไปในยุโรป

แนวความคิดที่จะขกร่างกฎหมายเพื่อกำหนดความผิดและบทกำหนดโทษสำหรับการกระทำที่ถือเป็นการสนับสนุนการละเมิดลิขสิทธิ์ ประเด็นเกี่ยวกับความเหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย และประเด็นผลกระทบต่อสังคมหลังจากการบังคับใช้กฎหมาย น่าจะเป็นประเด็นปัญหาใหญ่ที่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องจะต้องพิจารณาให้รอบคอบว่าเหมาะสมหรือไม่

ปัจจุบัน กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยยังไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อ “ใช้งานส่วนบุคคลหรือในที่พักอาศัย” (private and domestic use) อันมิได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ (otherwise than for his private and domestic use) ว่าประชาชนสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ โดยเฉพาะการใช้งานส่วนบุคคล และตามหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) หรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้เป็นจำนวนหรือปริมาณเท่าใดจึงจะพอควร หรือเหมาะสม จึงยังคงเป็นปัญหาทางกฎหมายที่ควรยกขึ้นพิจารณา หากต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายในครั้งต่อไป ว่าสมควรมีการกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งแนวความคิดนี้ ผู้เขียนได้รับมาจากกฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศมาเลเซีย สิงคโปร์ และเคนยา ที่มีการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) หากนำมาใช้บังคับในประเทศไทยน่าจะเป็นทางออกที่สำคัญ ในการยกระดับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ของไทยให้สูงขึ้น โดยไม่กระทบต่อประโยชน์ของสาธารณะในการเข้าถึงงานสร้างสรรค์ และ ประเด็นความเหมาะสมที่จะนำมาใช้บังคับในสังคมไทย น่าจะเป็นประเด็นหลักที่ผู้รับผิดชอบในการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองลิขสิทธิ์ต้องพิจารณาให้รอบคอบ หากจะมีการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะดังกล่าว

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะได้ศึกษาถึงทฤษฎีและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการกำหนดความผิดและบทกำหนดโทษอาญาสำหรับผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ ว่ามีความเหมาะสมกับประเทศไทยหรือไม่ โดยเฉพาะการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยยังไม่มีข้อความชัดเจน ว่าประชาชนสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์อย่างเดียวกันได้เป็นจำนวนเท่าใด จึงจะมีความเหมาะสม รวมทั้งหากจะมีการยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ด้วยการกำหนดความผิดต่อ “การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย” ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จะมีความเหมาะสมหรือไม่หากนำมาบังคับใช้ในสังคมไทย โดยศึกษาเปรียบเทียบกับของต่างประเทศรวมถึงศึกษาผลกระทบในด้านต่างๆ ไม่ว่ากระทบที่มีต่อ

กระบวนการยุติธรรมและผลกระทบที่มีต่อสังคม โดยจะชี้ให้เห็นข้อดีและข้อเสียที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักคุณภาพในการคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์และใช้ประโยชน์จากงานสร้างสรรค์ของสาธารณชน พร้อมทั้งหาข้อสรุปและเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหา

2. วัตถุประสงค์การวิจัย

2.1 เพื่อศึกษาถึงทฤษฎีและหลักกฎหมาย ที่นำมาใช้ในการกำหนดความผิดและบทกำหนดโทษ ต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ไว้นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย (otherwise than for his private and domestic use) ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession)

2.2 เพื่อศึกษาถึงข้อดี ข้อเสีย และผลกระทบในการกำหนดความผิดและบทกำหนดโทษ ต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ไว้นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม ว่ามีความเหมาะสมกับสังคมไทยหรือไม่

2.3 เพื่อศึกษาถึงปัญหาและอุปสรรคของการกำหนดโทษอาญาต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ไว้นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม ที่มีแนวโน้มจะส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมของประเทศไทยในลักษณะต่างๆ

2.4 เพื่อศึกษาและเปรียบเทียบ แนวทางในการกำหนดความผิดสำหรับผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ รวมทั้งมาตรการบังคับสิทธิโดยใช้โทษอาญาต่อผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในกฎหมายต่างประเทศ ว่ามีแนวทางและมาตรการอย่างไรบ้าง

2.5 เพื่อศึกษาหาแนวทางแก้ไขปัญหาที่เหมาะสม และแนวโน้มที่อาจจะเป็นไปได้ในการนำบทกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม มาใช้ในประเทศไทย

3. สมมติฐานการวิจัย

ปัจจุบัน ปัญหาเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทยมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ดังนั้น การยกระดับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้สูงขึ้นด้วยการกำหนดความผิดและมีบทลงโทษทางอาญาต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย (otherwise than for his private and domestic use) ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) ยังไม่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย จึงเห็นควรที่จะทำการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม เพื่อนำเอามาตรการต่างๆ มาปรับใช้ ย่อมจะเป็นการยกระดับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ของประเทศไทยให้สูงขึ้น และมีความเหมาะสมที่จะนำมาบังคับใช้ในสังคมไทย

4. ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะได้ทำการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการกำหนดความผิดและการลงโทษสำหรับผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ศึกษาทฤษฎีและหลักกฎหมายในการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย (otherwise than for his private and domestic use) ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) ในกฎหมายของต่างประเทศว่ามีหรือไม่ มีแนวทางในการบังคับใช้อย่างไรบ้าง

นอกจากนี้ จะได้วิเคราะห์เปรียบเทียบการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจหรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสมในกฎหมายต่างประเทศว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ หากต้องนำมาใช้ในสังคมไทย รวมทั้งวิเคราะห์ปัญหากฎหมายและผลกระทบในด้านต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้น หากจะนำบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวมาบังคับใช้ในประเทศไทย จะเป็นแนวทางในการช่วยยกระดับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้สูงขึ้นและแก้ไขปัญหาละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทยให้ลดน้อยลงได้หรือไม่

5. ขอบเขตของการวิจัย

เป็นการศึกษาวิจัยทางเอกสาร (Documentary research) โดยเป็นการศึกษาจากคำรบบทความ ความเห็นทางกฎหมาย งานวิจัยต่างๆ วิทยานิพนธ์ ตลอดจนแนวคำพิพากษา คำสั่งของศาล ทั้งที่เป็นภาษาไทยและต่างประเทศประกอบกัน และนำข้อมูลที่ได้มาเรียบเรียงโดยวิธีพรรณนา (Descriptive method) และวิเคราะห์ (Analytical method) นำเสนอเป็นรายบท เรียงตามลำดับ เพื่อให้เกิดความเข้าใจ พร้อมทั้งสรุป และเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหา

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

6.1 ทำให้ทราบถึงทฤษฎีและหลักกฎหมาย ที่นำมาใช้ในการกำหนดความผิดและบทกำหนดโทษต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะต่างๆ ทั้งในกฎหมายของไทยและของต่างประเทศ รวมทั้งแนวทางในการบังคับใช้กฎหมาย

6.2 ทำให้ทราบถึงทฤษฎีและหลักกฎหมาย ที่นำมาใช้ในการกำหนดความผิดและบทกำหนดโทษต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม

6.3 ทำให้ทราบถึงข้อดี ข้อเสีย และผลกระทบในการกำหนดความผิดและโทษ ต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม ว่ามีความเหมาะสมกับสังคมไทยหรือไม่

6.4 ทำให้ทราบถึงปัญหาและอุปสรรคของการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม ที่มีแนวโน้มจะส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมของไทยในลักษณะต่างๆ

6.5 ทำให้ทราบถึงมาตรการบังคับสิทธิต่อผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ และผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พัก

อาศัย ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจตามกฎหมายต่างประเทศว่ามีมาตรการอย่างไรบ้าง

6.6 ได้แนวทางแก้ไขปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เหมาะสม และแนวโน้มที่อาจจะเป็นไปได้ในการออกกฎหมายเพื่อกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม เพื่อใช้บังคับในสังคมไทย

7. นิยามศัพท์เฉพาะ

การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) หมายถึง การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่คำนึงว่าการครอบครองนั้นมีวัตถุประสงค์หรือพฤติกรรมในการที่จะแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ หากการครอบครองนั้นเป็นการครอบครองนอกเหนือจากการใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือประโยชน์ส่วนตัวของผู้ครอบครอง (otherwise than private or domestic use) และเป็นการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์อันที่มีลักษณะอย่างเดียวกันในจำนวนหรือปริมาณเกินกว่าที่กำหนด ทั้งนี้ ผู้ครอบครองจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าสิ่งที่ครอบครองนั้นเป็นสิ่งที่ละเมิดลิขสิทธิ์

บทที่ 2

วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

ในอดีต วิธีคุ้มครองความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ที่ดีที่สุด ได้แก่ การเก็บสิ่งที่ตนสร้างสรรค์ขึ้นมานั้นไว้ในสมองของผู้สร้างสรรค์ ซึ่งจะเป็นผลให้บุคคลนั้นไม่มีความเสี่ยงต่อการที่บุคคลอื่นมาเห็นหรือค้นพบสิ่งดังกล่าว แต่เมื่อใดก็ตามที่เจ้าของความคิดสร้างสรรค์นั้นได้ตัดสินใจเปิดเผยออกมาในรูปของงานสร้างสรรค์ประเภทต่างๆ ต่อสาธารณชนแล้ว ผู้ได้มาซึ่งงานดังกล่าวย่อมทราบถึงรายละเอียดด้วยการวิเคราะห์เนื้อหา หรือวิเคราะห์ตัวผลิตภัณฑ์ (reverse engineering) และทำให้งานสร้างสรรค์นั้นไม่เป็นความลับอีกต่อไป¹ นอกจากนี้ความคิดสร้างสรรค์บางประเภทมีลักษณะที่ไม่อาจเก็บไว้เป็นความลับส่วนตัวโดยเฉพาะของผู้เป็นเจ้าของ และต้องมีการแสดงออกมาในรูปของงานสร้างสรรค์ประเภทต่างๆ เช่น บทประพันธ์ที่ผู้ประพันธ์จะต้องถ่ายทอดออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรหรือมีการตีพิมพ์เป็นหนังสือ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผู้เขียนต้องบันทึกลงในคอมพิวเตอร์หรือแถบแม่เหล็กในรูปของข้อมูลดิจิทัล บทเพลงที่นักร้องต้องทำการบันทึกลงในแผ่นเสียง เทป หรือแผ่นซีดี ทำให้การคัดลอกหรือทำซ้ำงานสร้างสรรค์ต่างๆ สามารถทำได้ง่าย มนุษย์จึงให้ความสำคัญแก่งานดังกล่าวนี้ในรูปแบบของการคุ้มครอง “ลิขสิทธิ์” รวมถึงหาแนวทางและวิธีการให้ความคุ้มครอง ตลอดจนมีมาตรการในการบังคับสิทธิในกรณีที่มีผู้กระทำการละเมิดในลักษณะต่างๆ

สำหรับหลักการพื้นฐานที่สำคัญของงานอันมีลิขสิทธิ์ และได้รับความคุ้มครองจะต้องมีองค์ประกอบของงาน 4 ประการ ได้แก่

(1) เป็นการแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea)

กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองการแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea) ของผู้สร้างสรรค์ที่มีไม่ใช่เพียงความคิด (idea)² ซึ่งความตกลงทริปส์ ได้ยืนยันหลักนี้ไว้ในข้อ 9 วรรค 2 ว่า “การคุ้มครองลิขสิทธิ์จะขยายถึงการแสดงออกซึ่งความคิดแต่ไม่รวมถึงความคิด กรรมวิธี วิธีปฏิบัติหรือแนวความคิดทางคณิตศาสตร์”

¹ไชยยศ เหมะรัชตะ ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พิมพ์ครั้งที่ 8 สำนักพิมพ์ นิติธรรม กรุงเทพมหานคร 2553 หน้า 10

²อรพรรณ พันธ์พัฒนา คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ พิมพ์ครั้งที่ 4 สำนักพิมพ์นิติธรรม กรุงเทพมหานคร 2549 หน้า 33-52

แต่อย่างไรก็ตามในอนุสัญญาเบิร์นก็ไม่ได้พูดถึงหลักนี้ไว้โดยชัดเจน³ นอกจากนี้อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าลิขสิทธิ์คุ้มครองงานที่สร้างสรรค์เฉพาะในส่วนสุนทรียภาพหรือความสวยงาม (aesthetics) ที่สามารถแยกออกจากส่วนที่ใช้ประโยชน์ (utilitarian) ได้เท่านั้น ตามหลักการแยกความสวยงามกับการใช้ประโยชน์ออกจากกัน (conceptual separability) เช่น หัวเข็มขัดที่มีลวดลายสวยงาม ลิขสิทธิ์คุ้มครองเฉพาะลวดลายเท่านั้น แต่ไม่คุ้มครองตัวหัวเข็มขัดทั้งหัวเข็มขัด เป็นต้น⁴

(2) เป็นการสร้างสรรค์ด้วยตนเอง (originality)

งานที่จะมีลิขสิทธิ์ได้นั้นจะต้องเป็นงานที่สร้างสรรค์ขึ้นโดยตัวผู้สร้างสรรค์เอง ด้วยการใช้ความสามารถของคนและมีได้ลอกเลียนมาจากที่อื่น เนื่องจากลิขสิทธิ์เป็นรางวัลตอบแทนแก่ผู้สร้างสรรค์งาน ดังนั้นผู้สร้างสรรค์จะต้องใช้ความสามารถ (skill) ความรู้ความชำนาญ ความอุตสาหพยายาม (labor) และวิจารณญาณ (judgement) ของตนเอง⁵ โดยมีระดับของการสร้างสรรค์ในระดับหนึ่ง (minimum modicum of creativity) เช่น ภาพยนตร์ที่ผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหพยายามในการจัดฉาก จัดแสง สี อุปกรณ์ประกอบฉาก เลือกแบบเสื้อผ้าของนักแสดง กำกับบทหรือท่าทางของนักแสดง ฯลฯ กรณีนี้จึงถือได้ว่าผู้สร้างสรรค์มีลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ที่ตนได้สร้างขึ้น เป็นต้น⁶

(3) เป็นงานชนิดที่กฎหมายรับรอง (type of work)

ขอบเขตของงานที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์แต่เดิมจำกัดเฉพาะ งานวรรณกรรมและศิลปกรรม (literary and artistic work) แต่ต่อมามีการขยายขอบเขตงานที่จะได้รับความคุ้มครองต้องเป็นงานประเภทใดประเภทหนึ่ง ได้แก่ งานวรรณกรรม โปรแกรมคอมพิวเตอร์ นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง นักแสดงงานแพร่ภาพแพร่เสียง สำหรับในส่วนของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ไทยกำหนดให้มีลิขสิทธิ์ได้โดยให้ถือว่าเป็นลักษณะหนึ่งของงานวรรณกรรม

³ รัชชัช สุภผลศิริ ระบบทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทย กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ 2544 หน้า 22

⁴ ประเสริฐ จรรย์รัตน์ศรี “แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับลิขสิทธิ์” ใน *ประมวลสาระชุดวิชากฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาชั้นสูง* สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช 2553 หน้า 3-12

⁵ อรรถพร พันธ์พัฒนา อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 2 หน้า 38

⁶ ประเสริฐ จรรย์รัตน์ศรี อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 4 หน้า 3-14

(4) เป็นงานที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย (non-illegal work)

ปัจจุบันยังมีความไม่ชัดเจนในบทบัญญัติของกฎหมายว่างานอันมีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม เช่น ลามกอนาจาร บ่อนทำลายความมั่นคงจะเป็นงานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่ อย่างไรก็ตามศาลฎีกาของไทยได้ขยายหลักเกณฑ์ของงานอันได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไว้ โดยกำหนดให้วีดีโอเทปที่มีการแสดงบางตอนเป็นภาพลามก มิใช่งานสร้างสรรค์ตามความหมายของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 ดังนั้นงานที่จะมีลิขสิทธิ์ได้ต้องเป็นงานโดยชอบด้วยกฎหมาย⁷

สำหรับกรณีนี้ ศาลในสหรัฐอเมริกากลับมีความเห็นแตกต่างจากศาลฎีกาของไทย โดยในคดีระหว่าง Mitchel Brother Film Group V. Cinema Adult Theater ศาลพิพากษาว่าตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกานั้น จะให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งานโดยไม่คำนึงถึงข้อจำกัดและการใดจะเป็นสิ่งลามกอนาจารหรือไม่ ศาลไม่อาจตัดสินได้ เพราะเป็นดุลยพินิจของสังคมในแต่ละยุคสมัย ดังนั้นภาพยนตร์ที่มีภาพลามกอนาจารจึงเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบด้วยกฎหมายได้⁸

จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักการพื้นฐานของกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น สิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองตามหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ คือ การแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea) มิใช่เพียงความคิด (idea) แต่ต้องเป็นสิ่งที่ต้องสามารถสื่อไปยังผู้อื่นหรือแสดงออกให้ผู้อื่นรับรู้ได้ เช่น นักประพันธ์ที่คิดเค้าโครงนวนิยายไว้ในสมอง สิ่งที่อยู่ในสมองนั้นเป็นเพียงความคิด (idea) ซึ่งยังไม่ได้รับการคุ้มครอง แต่เมื่อใดที่นักประพันธ์ได้ถ่ายทอดความคิดนั้นโดยการเขียนลงในกระดาษ หรือมีวิธีการถ่ายทอดโดยวิธีอื่นๆ การกระทำของนักประพันธ์นั้นเป็นการแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea) แล้ว และย่อมได้รับความคุ้มครอง นอกจากนี้งานสร้างสรรค์จะต้องเป็นงานที่ต้องทำหรือก่อให้เกิดขึ้นโดยบุคคลนั้นด้วยตนเอง (originality) เกิดจากความคิดที่มาจากสมองของบุคคลผู้สร้างสรรค์ มาจากความรู้ความสามารถ ความอุตสาหะพยายาม และไม่ได้คัดลอกงานจากที่อื่น ต้องเป็นงานชนิดที่กฎหมายรับรอง (type of work) และไม่ขัดต่อกฎหมาย (non-illegal)

⁷ฎีกาที่ 3705/2530

⁸อรพรรณ พันธุ์พัฒนา อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 2 หน้า 51-52

การคุ้มครองลิขสิทธิ์ เป็นการคุ้มครองโดยกฎหมายให้ผู้สร้างสรรค์ได้รับสิทธิในการควบคุม (right to control) หรือหาประโยชน์จากการสื่อสาร (benefit from the communication) จากงานของผู้สร้างสรรค์ที่ควรจะได้รับ⁹ สำหรับเหตุผลที่ต้องให้มีการคุ้มครองแก่ลิขสิทธิ์นั้นมีเหตุผลดังนี้¹⁰

(1) เหตุผลทางด้านความเป็นธรรมตามธรรมชาติ (principle of natural justice) ทั้งนี้ เนื่องจากผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความคิด ความสามารถ ความเชี่ยวชาญและสติปัญญา ต้องมีการลงแรงเพื่อให้เกิดงานสร้างสรรค์ จึงควรจะได้รับสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) ที่จะกำหนดรูปแบบและสภาพของการใช้งาน และป้องกันมิให้ผู้อื่นมาใช้ประโยชน์จากงานสร้างสรรค์โดยไม่ได้รับอนุญาต ผู้สร้างสรรค์ควรจะได้รับประโยชน์จากงานนั้นในรูปของค่าตอบแทนการใช้สิทธิ (royalty)

(2) เหตุผลทางด้านเศรษฐกิจ (economic argument) การสร้างสรรค์งานจำเป็นต้องมีการลงทุนหรือมีค่าใช้จ่าย ตั้งแต่เริ่มต้นการสร้างสรรค์งานจนถึงการนำผลงานออกเผยแพร่ต่อสาธารณชน ผู้ลงทุนย่อมต้องคาดหวังผลกำไรจากการลงทุน การสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ในปัจจุบันมีต้นทุนและมีค่าใช้จ่ายสูง ทำให้เอกชนต้องทุ่มงบประมาณจำนวนมากในทุกขั้นตอนการผลิตตั้งแต่การวิจัย การผลิตงาน การโฆษณาประชาสัมพันธ์ผลงาน จนถึงขั้นตอนการจัดจำหน่าย จึงมีความจำเป็นต้องให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลงทุน

(3) เหตุผลทางด้านวัฒนธรรม (cultural argument) งานสร้างสรรค์จะกลายเป็นสมบัติทางวัฒนธรรมของชาติ ทำให้คนในสังคมได้เห็นวัฒนธรรมในรูปแบบต่างๆ รวมทั้งแสดงให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงในสังคม จึงเกิดประโยชน์แก่สาธารณะในการส่งเสริมวัฒนธรรมของชาติให้เจริญก้าวหน้ายิ่งขึ้นได้อีกทางหนึ่ง

(4) เหตุผลทางด้านสังคม (social argument) การเผยแพร่งานต่อสาธารณชนทำให้เกิดความเชื่อมโยงและหล่อหลอมความรู้ของคนในสังคมทุกฐานะ เพศ อายุ และผิว การให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์จะก่อให้เกิดความมั่นคงและเป็นปึกแผ่นของสังคม

⁹ไชยยศ เหมะรัชตะ คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ พิมพ์ครั้งที่ 2 สำนักพิมพ์นิติธรรม กรุงเทพมหานคร 2541 หน้า 26

¹⁰อรพรรณ พนัสพัฒนา อ้างแล้วในเชิงจรดที่ 2 หน้า 26-27

(5) เหตุผลทางด้านศีลธรรม งานลิขสิทธิ์ที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นเป็นการแสดงออกซึ่งปัญญาของผู้สร้างสรรค์ ดังนั้นผู้สร้างสรรค์ควรได้รับความเคารพนับถือหรือมีสิทธิตัดสินใจว่าเมื่อใดและอย่างไรที่งานของเขาจะนำออกแสดงในที่สาธารณะ จะทำซ้ำเมื่อใดหรือมีสิทธิที่จะห้ามการนำงานของตนไปดัดแปลงจนเป็นที่เสียหาย ซึ่งสิทธิประเภทนี้เรียกว่า ธรรมสิทธิ (moral right)¹¹

(6) เหตุผลทางชื่อเสียงและเกียรติคุณของประเทศชาติ งานสร้างสรรค์ที่เกิดขึ้นภายในประเทศใด ย่อมแสดงถึงปรัชญาหรือคุณลักษณะของคนในชาตินั้น ทำให้เกิดการเผยแพร่ขนบธรรมเนียมประเพณีไปเป็นที่รู้จักในต่างประเทศ หากไม่มีการคุ้มครองแก่งานดังกล่าวแล้ว มรดกทางวัฒนธรรมของชาตินั้นย่อมลดน้อยลง ศิลปะวิทยาการต่างๆ ก็จะไม่ก้าวหน้าไปเท่าที่ควร¹²

ปัจจุบัน มนุษย์สามารถทำการลอกเลียนแบบและทำซ้ำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในประเภทต่างๆ ได้เสมือนกับของจริง การที่บุคคลอื่นซึ่งไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการสร้างสรรค์งานทำการลอกเลียนแบบหรือทำซ้ำผลงานต่างๆ ไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ จึงถือว่าเป็นกรรมกับผู้สร้างสรรค์ ด้วยเหตุนี้รัฐจึงต้องให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยการนำมาตราทางกฎหมาย ด้วยการรับรองสิทธิผูกขาดของผู้สร้างสรรค์ในการแสวงหาประโยชน์ภายในระยะเวลาที่กำหนด

1. แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ และการคุ้มครองลิขสิทธิ์

ลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งซึ่งเป็นสิ่งไม่มีรูปร่าง แต่เป็นสิ่งที่ถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาของผู้สร้างสรรค์งานทางศิลปะวรรณคดีและวิทยากรนั้นๆ แนวความคิดที่เป็นรากฐานของหลักการคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยถือว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญานี้ เทียบเคียงมาจากหลัก “ใครทำใครได้” ในกฎหมายแพ่ง¹³ ด้วยเหตุนี้เองบุคคลจึงอาจแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญานี้ได้หลายทาง ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิในทางเศรษฐกิจ (economic right) ที่ให้แก่ผู้สร้างสรรค์งานวรรณกรรมและศิลปกรรมในการทำซ้ำ ทำสำเนาและเพื่อแสดงผลงานต่อสาธารณะ สำหรับหลักการของลิขสิทธิ์นั้นจะเน้นการป้องกันเป็นหลัก ในงานดนตรี ภาพยนตร์ นวนิยาย บทกวี

¹¹ไชยยศ เหมะรัชตะ ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์ รายงานผลการวิจัยทุนวิจัยรัชดาภิเษกสมโภชน์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2527 หน้า 23

¹²ไชยยศ เหมะรัชตะ เพิ่งอ้าง หน้าเดียวกัน

¹³กิตติศักดิ์ ปรกติ เอกสารประกอบคำบรรยายเรื่อง “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์” ณ สมาคมนักเขียนแห่งประเทศไทย ตุลาคม 2525 หน้า 4

สถาปัตยกรรมและงานอื่นๆ ที่มีคุณค่าทางวัฒนธรรม อันจะส่งผลให้ศิลปินและผู้สร้างสรรค์ได้มี การพัฒนางานรูปแบบใหม่ให้ปรากฏออกมา ซึ่งปัจจุบัน โปรแกรมคอมพิวเตอร์และสิ่งบันเทิงเสียง ก็ได้รับความคุ้มครองเช่นกัน¹⁴

แนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์เกิดจากหลายเหตุผลที่มีความซับซ้อน แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายลิขสิทธิ์ต้องการความยืดหยุ่นและสามารถใช้ได้ในสถานการณ์ที่มีความแตกต่างกัน¹⁵ ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว กฎหมายลิขสิทธิ์จะมีข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับการเป็นเจ้าของและการใช้ ประโยชน์ในผลงาน โดยมีวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์พื้นฐาน (basic purpose of copyright) คือ เพื่อส่งเสริมความเจริญรุ่งเรือง ความมั่งคั่งของสังคมและวัฒนธรรม และเพื่อความก้าวหน้าในด้าน ข้อมูลสารสนเทศ (information) ของประเทศ โดยการมอบสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive rights) รวมทั้งการได้รับประโยชน์ทางการตลาด (marketing)¹⁶ เพื่อเป็นแรงจูงใจแก่ผู้สร้างสรรค์งาน

งานลิขสิทธิ์จะเปิดเผยการแสดงออก (expression) อันเป็นสาระสำคัญของงาน¹⁷ การป้องกันลิขสิทธิ์ทำให้ผู้สร้างสรรค์สามารถเปิดเผยสาระสำคัญของงานให้สาธารณชนได้ใช้ ประโยชน์และเผยแพร่งานให้กระจายไปได้ทั่วโลก โดยปราศจากความเกรงกลัวบุคคลอื่นจะมาใช้ ประโยชน์จนสร้างความเสียหายแก่การประกอบธุรกิจหรือการค้า มาตรการคุ้มครองลิขสิทธิ์โดย กฎหมายที่มีประสิทธิภาพจึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ในทางเศรษฐศาสตร์กฎหมายลิขสิทธิ์นั้นมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับกลไกทางการตลาดและแสดงให้เห็นถึงข้อแตกต่างในด้านราคา¹⁸ ซึ่งในมุมมองของนักเศรษฐศาสตร์ได้วิเคราะห์เรื่องลิขสิทธิ์แสดงให้เห็นถึงข้อแตกต่างในด้านราคา สำหรับสินค้าหรืองานอันมีลิขสิทธิ์ในตลาด ย่อมส่งผลกระทบต่อสังคมและผู้บริโภคโดยรวม ทำให้ผู้บริโภคจะต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงขึ้นแก่เจ้าของสิทธิ นอกจากนี้เจ้าของสิทธิยังมีอำนาจ

¹⁴Thomas G. Field Jr. Professor *Focus on : Intellectual Property Rights* U.S. Department of State p.4 (<http://www.america.gov/publications/books/ipr.html>)

¹⁵George H. Pike Assistant Professor *Fun with Copyright* Information Today Vol. 25 No.8 September 2008 p.17 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1636392)

¹⁶Robert A. Gorman Professor *Copyright Law (2d ed.)* Federal Judicial Center 2006 p.1 ([http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/copyright.pdf/\\$file/copyright.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/copyright.pdf/$file/copyright.pdf))

¹⁷Jame Gibson Assistant Professor *Onec and Future Copyright* Notre Dame Law Review Vol. 81:1 p.173 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=740486)

¹⁸Michael J. Meurer Associate Professor *Copyright Law and Price Discrimination* forthcoming Cardozo Law Review (2001) p.1 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=274729)

ควบคุมและผูกขาดทางการตลาดอีกด้วย¹⁹

ปัจจุบัน อุตสาหกรรมบันเทิงซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ สามารถทำรายได้จํานวนมหาศาลแก่ประเทศที่พัฒนาแล้ว พบว่าใน ค.ศ.1999 งานภาพยนตร์ โทรทัศน์ วีดีโอ สิ่งพิมพ์ และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ถือเป็นสินค้าส่งออกที่ทำรายได้แก่สหรัฐสูงที่สุดในบรรดาอุตสาหกรรมลิขสิทธิ์ของสหรัฐ²⁰ นอกจากนี้ประเทศกำลังพัฒนาถูกชักจูงให้คุ้มครองลิขสิทธิ์ด้วยความเชื่อที่ว่า การคุ้มครองลิขสิทธิ์อย่างเข้มงวดจะส่งเสริมการสร้างสรรคงานและสร้างความรู้ใหม่

อย่างไรก็ดี ลิขสิทธิ์เป็นวัฒนธรรมของตะวันตกซึ่งมีความแตกต่างจากแนวความคิดและวิถีชีวิตของประเทศที่กำลังพัฒนา ในหลายๆ สังคม การอ้างสิทธิเป็นเจ้าของความคิดและผลงานทางปัญญาเป็นสิ่งที่ไม่ได้รับการยอมรับ ในชุมชนและสังคมของหลายประเทศยังคงถือว่าการลอกเลียนงานและการแลกเปลี่ยนข้อมูลความรู้เป็นการแสดงความเคารพนับถือมิใช่เป็นการขโมย และไม่ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดทรัพย์สินของบุคคล²¹

ลิขสิทธิ์ เป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองโดยอัตโนมัติและไม่จำเป็นต้องมีการลงทะเบียนหรือผ่านพิธีการใดๆ (automatically without any need for registration or other formalities)²² แต่ในบางประเทศอาจกำหนดให้มีการลงทะเบียนในผลงานที่สร้างสรรค์ขึ้นด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น เพื่อความสะดวกในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของหรือผู้สร้างสรรค์ผลงาน²³ การขายหรือธุรกรรมทางการเงินและการโอนลิขสิทธิ์ การให้บริการด้านศุลกากรสำหรับการป้องกันและต่อต้านการนำสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์เข้าประเทศ²⁴ เป็นต้น สำหรับประเทศไทย โดยกรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ได้กำหนดให้มีการแจ้งข้อมูลลิขสิทธิ์เพื่อใช้เป็นฐานข้อมูลและรวบรวมข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ ซึ่งจะเป็นองค์ประกอบหนึ่งในการพิทักษ์และคุ้มครองสิทธิเจ้าของลิขสิทธิ์ เช่น ใช้เป็นแหล่งข้อมูลสำหรับผู้ต้องการขออนุญาตใช้ลิขสิทธิ์สามารถตรวจค้นเพื่อประโยชน์ในการติดต่อธุรกิจกับเจ้าของลิขสิทธิ์ เป็นต้น

¹⁹ibid, pp. 2-3

²⁰จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และนันทน์ อินทนนท์ ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิทัล มาตรการทางเทคโนโลยีและทางเลือกสำหรับประเทศไทย โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร 2550 หน้า 7

²¹เฟิงอ้าง หน้า 8

²²WIPO, *What is Intellectual Property?* WIPO Publication No.450(E) p.21.

(http://www.wipo.int/freepublications/en/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf)

²³ibid

²⁴U.S. Copyright Office *Copyright Basics* 2008 p.7 (<http://www.copyright.gov/circs/circ01.pdf>)

1.1 แนวความคิดในสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์

สำหรับแนวความคิดในสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศต่างๆ ให้สิทธิแก่ผู้สร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ ซึ่งมีอยู่ 2 แนวทาง ในการยอมรับสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ คือ

(1) ลิขสิทธิ์ที่ให้สิทธิแก่เจ้าของงานลิขสิทธิ์ (the author rights) แนวความคิดนี้เกิดขึ้นที่ประเทศฝรั่งเศสก่อนที่จะแผ่อิทธิพลไปยังประเทศต่างๆ ในภาคพื้นยุโรป โดยยอมรับสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานเป็นเจ้าของงานนั้นซึ่งได้สร้างขึ้นโดยใช้สติปัญญาความคิดของตนขึ้นมา จึงเป็นสิทธิตามธรรมชาติ (moral right) ของเจ้าของงานแต่เพียงผู้เดียวในผลงานนั้น สิทธิดังกล่าวไม่ควรที่จะโอนไปยังผู้อื่นโดยเด็ดขาด และหากจะมีการโอนสิทธิไปเพื่อทำซ้ำซึ่งผลงานสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานก็จะยังคงอยู่ต่อไป ในระบบนี้หากเป็นกรณีที่ถูกจ้างคิดค้นและสร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ได้ สิทธินั้นย่อมตกแก่ลูกจ้างเป็นการเฉพาะตัว นายจ้างจะทำซ้ำผลงานได้จะต้องมีการโอน โดยได้รับความยินยอมจากลูกจ้างก่อน และสิทธิของความเป็นเจ้าของผลงานก็ยังเป็นของผู้สร้างสรรค์งานนั้นอยู่²⁵

(2) ลิขสิทธิ์ในระบบแองโกลอเมริกัน (anglo-american copyright) แนวความคิดนี้เกิดขึ้นที่ประเทศอังกฤษหลังจากมีการประกาศใช้ Statute of Anne 1710. ได้ให้การรับรองสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานและบุคคลอื่นที่ผู้ทำจ้างงานอันมีลิขสิทธิ์โดยมีการลงทุน โดยในระยะเริ่มแรกงานลิขสิทธิ์เป็นงานเกี่ยวกับหนังสือ ผู้เขียนเป็นเจ้าของงานลิขสิทธิ์แต่อาจจะไม่สามารถพิมพ์หนังสือออกวางจำหน่ายได้ กฎหมายจึงได้เอื้ออำนวยให้บุคคลที่มีทุนทรัพย์สามารถเข้ามามีส่วนในการพิมพ์และจำหน่าย เพื่อประโยชน์ในการเผยแพร่งานให้ปรากฏแก่สาธารณชน จึงได้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้พิมพ์และผู้โฆษณางานลิขสิทธิ์ด้วย ระบบนี้จึงเป็นระบบที่คำนึงถึงผลตอบแทนในทางเศรษฐกิจเป็นสำคัญ ดังนั้นจึงไม่เคร่งครัดที่จะจำกัดแต่เพียงผู้สร้างสรรค์งานเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ได้ ซึ่งต่อมาในราวศตวรรษที่ 18 สหรัฐอเมริกาก็มีการออกกฎหมายลิขสิทธิ์ตามแนวความคิดนี้²⁶

สำหรับกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยมีการผสมผสานหลักการทั้ง 2 แนวความคิด โดยในแรกเริ่มที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาเบอร์น (Bern Convention) ซึ่งยอมรับในสิทธิของผู้สร้างสรรค์งาน จึงได้กำหนดให้ผู้สร้างสรรค์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานของตนและได้มีการนำส่วนของระบบแองโกลอเมริกันมาไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ในเรื่องของการโอน ที่สามารถจะ

²⁵ อารีพรหม จงประกิจพงศ์ *ทรัพย์สินทางปัญญา เล่ม 1* สำนักพิมพ์วิญญูชน กรุงเทพฯ 2537 หน้า 25-26

²⁶ เฟิงฮ้าง หน้า 26

โอนงานลิขสิทธิ์ให้แก่กันได้ นอกจากนี้กรณีที่ผู้สร้างสรรค์งานเป็นลูกจ้าง หากมีการตกลงเป็นหนังสือให้นายจ้างเป็นเจ้าของงานลิขสิทธิ์ ลูกจ้างก็จะไม่ได้งานลิขสิทธิ์นั้นเป็นของตนแม้จะเป็นผู้สร้างก็ตาม และหากเป็นกรณีการว่าจ้างให้ทำงานลิขสิทธิ์ ลิขสิทธิ์ในงานนั้นก็ตกเป็นของผู้ว่าจ้าง เป็นต้น²⁷

1.2 ทฤษฎีในการคุ้มครองลิขสิทธิ์

สำหรับการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์นี้ บรรดานักกฎหมายทั้งหลายต่างมีแนวความคิดที่มีความแตกต่าง และแยกออกได้เป็น 2 ทฤษฎี คือ

(1) ทฤษฎีเสรีนิยม แนวความคิดตามทฤษฎีนี้เห็นว่า บรรดาผลงานสร้างสรรค์จากความนึกคิดของมนุษย์สมควรให้สาธารณชนโดยทั่วไปได้ใช้ประโยชน์ได้อย่างเสรี เพื่อเป็นการผลักดันและส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าทางวัฒนธรรมของประเทศ ทั้งนี้เนื่องจากผลงานอันเกิดจากความนึกคิดของมนุษย์ไม่ควรที่จะถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์อย่างแท้จริงได้ เพราะความนึกคิดของมนุษย์คนหนึ่ง ย่อมจะอาศัยจากการได้รับความคล้อยจากความคิดของบรรดาบรรพบุรุษไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม หรืออาจกล่าวได้ว่าผลงานสร้างสรรค์จากความนึกคิดของบุคคลใดบุคคลหนึ่งแท้ที่จริงแล้วเป็นผลผลิตของสังคม ประโยชน์จึงควรตกแก่สังคมด้วย ทฤษฎีนี้เห็นว่ารัฐควรเข้ามามีบทบาทในการกำหนดมาตรการคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าของสิทธิ และประโยชน์ที่เกี่ยวกับสาธารณะ ทฤษฎีนี้ให้ความสำคัญกับมาตรการทางกฎหมายถือเป็นเครื่องมือสำคัญในการควบคุมดูแล และปกป้องสิทธิแก่ผู้เป็นเจ้าของสิทธิ อย่างไรก็ตามการใช้ระบบตลาดเสรีจะส่งผลให้การดำเนินมาตรการต่างๆ โดยรัฐเพื่อปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ให้แก่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นสิ่งที่ทำได้ยากและมีความจำเป็นต้องมีการใช้ทฤษฎีการคุ้มครองป้องกันมาใช้ในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ร่วมด้วย²⁸

(2) ทฤษฎีคุ้มครองป้องกัน แนวความคิดตามทฤษฎีนี้เห็นว่า ลิขสิทธิ์สมควรได้รับความคุ้มครองป้องกันเช่นเดียวกับสิทธิในทางแพ่งโดยทั่วไป และอ้างว่าลิขสิทธิ์เป็นสิทธิที่สามารถใช้ยื่นบุคคลทั่วไปไปอย่างหนึ่ง ซึ่งมีลักษณะพิเศษโดยมีเหตุผลสนับสนุน 2 ประการ และจากเหตุผลทั้ง 2 ประการนี้เองทำให้หลักของลิขสิทธิ์แตกต่างกันออกไปด้วย คือ

ประการแรก เห็นว่าชีวิตจิตใจและสติปัญญาเป็นส่วนหนึ่งของสภาพบุคคล (personality) เมื่อสภาพบุคคลได้รับความคุ้มครอง การแสดงออกทางความนึกคิดอันเป็น รูปธรรม

²⁷ เพิ่งอ้าง หน้าเดียวกัน

²⁸ ไชยยศ เหมะรัชตะ คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ พิมพ์ครั้งที่ 2 สำนักพิมพ์นิติธรรม กรุงเทพมหานคร 2541 หน้า 28-29

ส่วนหนึ่งแห่งสภาพบุคคลซึ่งน่าจะได้รับความคุ้มครองด้วย จากเหตุผลสนับสนุนนี้ทำให้ลิขสิทธิ์มีความโน้มเอียงไปในทางที่เห็นว่าลิขสิทธิ์เป็นสิทธิในสภาพบุคคล (right of personality)²⁹

ประการที่สอง เห็นว่างานสร้างสรรค์อันเป็นผลงานบุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมตกเป็นของบุคคลนั้นแต่เพียงผู้เดียว ถ้าสิ่งนั้นมีคุณค่าทางเศรษฐกิจก็ย่อมเป็นกรรมสิทธิ์ของ บุคคลนั้น หรืออย่างน้อยที่สุดก็สมควร ได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับกรรมสิทธิ์ของบุคคลนั้น ซึ่ง จากเหตุผลสนับสนุนนี้ เป็นที่มาของแนวคิดที่ว่าลิขสิทธิ์เป็นกรรมสิทธิ์และเป็นสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (right of incorporeal property) ซึ่งหากเปรียบเทียบกันระหว่างทฤษฎีเสรีนิยมกับทฤษฎีคุ้มครองป้องกัน จะเห็นความแตกต่างได้ค่อนข้างชัดว่าทฤษฎีคุ้มครองป้องกันจะช่วยส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าทางวัฒนธรรมมากกว่าทฤษฎีเสรีนิยม เพราะจากผลแห่งการคุ้มครองที่ได้รับตามทฤษฎีคุ้มครองป้องกันจะเป็นเหตุให้บุคคลมีความเพียรพยายามสร้างสรรค์งานมากขึ้นและในทางปฏิบัติกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศต่างๆ ได้ยึดถือตามทฤษฎีคุ้มครองป้องกันเป็นสาระสำคัญ แต่รากฐานอันเป็นที่มาของลิขสิทธิ์โดยแท้จริงแล้วยังไม่มี ความแน่นอนและมีการโต้เถียงกันอยู่อย่างหาข้อยุติไม่ได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากกฎหมายลิขสิทธิ์ปัจจุบันแล้ว พบว่ามีการผสมผสานกันระหว่างแนวความคิดของทั้งสองทฤษฎี โดยลิขสิทธิ์จะมีการคุ้มครองสิทธิในสภาพบุคคลของผู้สร้างสรรค์ตามความเหมาะสม รวมทั้งมีการคุ้มครองประโยชน์ในทางเศรษฐกิจหรือประโยชน์ในทางทรัพย์สินของผู้สร้างสรรค์ด้วย³⁰

สำหรับผู้เขียนเห็นว่า การคุ้มครองลิขสิทธิ์ควรจะมีการผสมผสานระหว่างทฤษฎีเสรีนิยมและหลักรัฐประศาสนนโยบายเข้าด้วยกัน โดยยึดถือประโยชน์ที่สาธารณชนจะได้รับจากงานนั้นเป็นหลัก โดยผู้สร้างสรรค์ควรจะได้รับ ความคุ้มครองผลประโยชน์ตามกฎหมายภายในระยะเวลาที่จำกัด หลังจากนั้นจึงให้สาธารณชนได้มีโอกาสใช้ประโยชน์จากงานได้โดยเสรี นอกจากนี้ยังต้องเปิดโอกาสให้สังคมได้ใช้ประโยชน์จากงานเท่าที่จำเป็นได้ในช่วงระยะเวลาคุ้มครองโดยไม่ต้องขออนุญาตเจ้าของสิทธิ จึงจะทำให้สังคมได้รับประโยชน์จากงานสร้างสรรค์อย่างแท้จริง

²⁹ เฟ็งอ้าง หน้า 30

³⁰ เฟ็งอ้าง หน้าเดียวกัน

ส่วนการผ่อนคลายความเคร่งครัดของทฤษฎีความคุ้มครองป้องกันด้วยการพิจารณาประกอบทฤษฎีเสรีนิยม มีแนวคิดอยู่ 2 ระบบ คือ³¹

ระบบแรก เป็นระบบที่อนุญาตให้ใช้ประโยชน์ได้เท่าที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นกรณีที่ลิขสิทธิ์ได้เกิดขึ้นแล้วและอยู่ภายในระยะเวลาที่ได้รับคุ้มครองตามกฎหมายหรือโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอน หากบุคคลซึ่งมีความจำเป็นต้องใช้งานนั้นเพื่อวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ ก็อาจขออนุญาตใช้งานนั้นได้โดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทนโดยผลแห่งกฎหมายหรือโดยได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่

ระบบที่สอง เป็นระบบที่ถือกำเนิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ. 1823 ภายหลังจากที่ลิขสิทธิ์ตกเป็นสาธารณสมบัติแล้ว หากบุคคลใดมีความต้องการใช้ประโยชน์จากงานนั้นจะต้องเสียค่าตอบแทน

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นด้วยกับระบบแรก เนื่องจากการสร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ประเภทต่างๆ ผู้สร้างสรรค์ต้องใช้ความอดทน (perseverance) ความคิด (ideas) แรงงาน (labor) ต้องเสียเวลา ตลอดจนมีค่าใช้จ่าย (costs) หรือมีการลงทุนสูง (high investment) กว่าที่งานแต่ละชิ้นจะสำเร็จเป็นรูปธรรม การที่บุคคลอื่นสามารถใช้ประโยชน์จากงานได้โดยไม่เสียค่าตอบแทน ย่อมไม่เป็นธรรมกับผู้สร้างสรรค์ ดังนั้นผู้สร้างสรรค์จึงควรได้รับประโยชน์ตอบแทนบ้างในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดก่อนที่ลิขสิทธิ์จะตกเป็นสาธารณสมบัติ

1.3 การละเมิดลิขสิทธิ์

การละเมิดลิขสิทธิ์ แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1.3.1 การละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง (direct infringement) หรือการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น (primary infringement) สามารถแบ่งออกได้เป็น 4 กรณีย่อย คือ

(ก) การละเมิดลิขสิทธิ์ทั่วไป

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 27 กำหนดให้การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15 (5) ให้ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังต่อไปนี้

(1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน

³¹ฉนิตรา ร้อยเที่ยง *มาตรการทางกฎหมายในการดำเนินคดีลิขสิทธิ์* วิทยานพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ 2549 หน้า 13-14

คำว่า “ทำซ้ำ” และ “ดัดแปลง” ปรากฏนิยามความหมายในพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ดังนี้

“ทำซ้ำ” หมายความว่า ความรวมถึง คัดลอกไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ เลียนแบบ ทำสำเนา ทำแม่พิมพ์ บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกเสียงและภาพ จากต้นฉบับ จากสำเนา หรือจากการ โฆษณาในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน สำหรับในส่วนที่เกี่ยวข้อง โปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้หมายความถึง คัดลอกหรือทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากสื่อบันทึก ใด ไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

“ดัดแปลง” หมายความว่า ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบ ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

(1) ในส่วนที่เกี่ยวกับวรรณกรรม ให้หมายความรวมถึง แปลวรรณกรรม เปลี่ยนรูปวรรณกรรมหรือรวบรวมวรรณกรรมโดยคัดเลือกและจัดลำดับใหม่

(2) ในส่วนที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ให้หมายความรวมถึง ทำซ้ำ โดยเปลี่ยนรูปแบบ ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำขึ้นใหม่

(3) ในส่วนที่เกี่ยวกับนาฏกรรม ให้หมายความรวมถึง เปลี่ยนงานที่มีใช้นาฏกรรมให้เป็นนาฏกรรม หรือเปลี่ยนนาฏกรรมให้เป็นงานที่มีใช้นาฏกรรม ทั้งนี้ ไม่ว่าในภาษา เดิมหรือต่างภาษากัน

(4) ในส่วนที่เกี่ยวกับศิลปกรรม ให้หมายความรวมถึง เปลี่ยนงานที่เป็น รูปสองมิติหรือสามมิติ ให้เป็นรูปสามมิติหรือสองมิติ หรือทำหุ่นจำลองจากงานต้นฉบับ

(5) ในส่วนที่เกี่ยวกับดนตรีกรรม ให้หมายความรวมถึง จัดลำดับเรียบ เรียงเสียงประสานหรือเปลี่ยนคำร้องหรือทำนองใหม่

(ข) การละเมิดลิขสิทธิ์ในงาน โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ หรือสิ่งบันทึกเสียง

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 28 กำหนดให้การกระทำอย่าง ใดอย่างหนึ่งแก่งาน โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ หรือสิ่งบันทึกเสียงอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15 (5) ไม่ว่าในส่วนที่เป็นเสียงหรือเป็นภาพให้ถือว่าเป็นการละเมิด ลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำการดังต่อไปนี้

(1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน

(3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานดังกล่าว

(ค) การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่ภาพแพร่เสียง

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 29 กำหนดให้การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานแพร่ภาพแพร่เสียงอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15 (5) ไม่ว่าในส่วนตัวที่เป็นเสียงหรือเป็นภาพให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำการดังต่อไปนี้

(1) จัดทำโสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง หรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

(2) แพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

(3) จัดให้ประชาชนฟังและหรือชมงานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยเรียกเก็บเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นในทางการค้า

(ง) การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 30 กำหนดให้การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์อันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15 (5) ไม่ว่าในส่วนตัวที่เป็นเสียงหรือเป็นภาพให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำการดังต่อไปนี้

(1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน

(3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานดังกล่าว

1.3.2 การละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม (indirect infringement) หรือการละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรอง (secondary infringement)

ได้แก่การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 31 ที่บัญญัติว่า

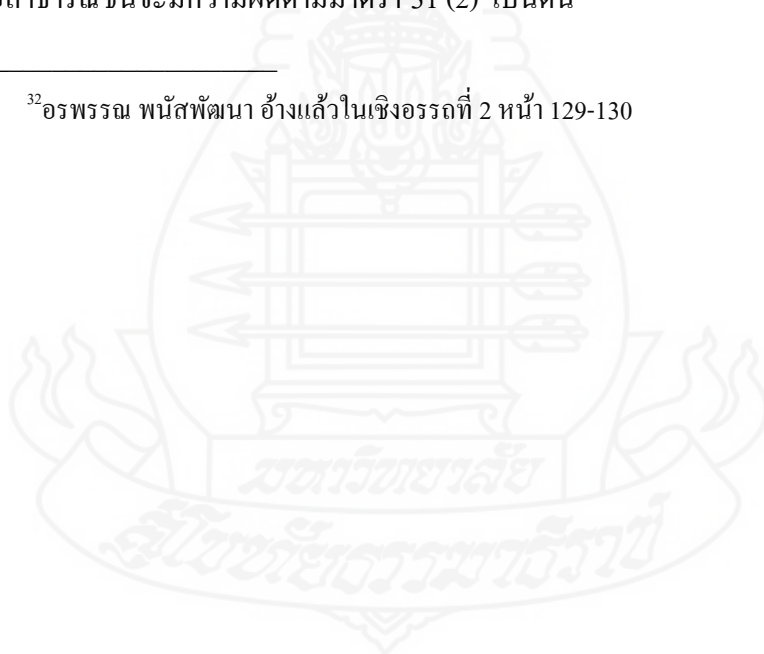
“มาตรา 31 ผู้ใดรู้อยู่แล้วหรือมีเหตุอันควรรู้อย่างใดได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานนั้นเพื่อหากำไร ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำการดังต่อไปนี้

(1) ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือเสนอให้เช่าซื้อ

- (2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน
- (3) แจกจ่ายในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์
- (4) นำหรือตั้งเข้ามาในราชอาณาจักร”

การละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อมนี้ ผู้กระทำจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่างานนั้น ได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น และต้องประสงค์จะหากำไรจากการขาย ให้เช่า ให้เช่าซื้อ แจกจ่าย หรือนำเข้ามาในราชอาณาจักร เช่น นำ CD เพลงที่จัดทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์มาวางจำหน่าย แจกจ่าย โดยประสงค์จะหากำไรและทราบว่า CD นั้น ได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น จึงจะถือว่ามีความผิด เป็นต้น หากแต่เป็นการกระทำที่ไม่แสวงหากำไร หรือไม่รู้ว่่างานนั้น เป็นงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ ก็จะไม่มีความผิดตามมาตรา 32 (2) นี้ ต้องเป็นการเผยแพร่งานที่ได้จัดทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นต่อสาธารณชน เช่น การเปิดวิทยุทัศน์ที่บ้านที่กั้นขึ้น โดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิให้สาธารณชนได้รับชม กรณีนี้ ผู้บันทึกย่อมีความผิดตามมาตรา 28 (1) ส่วนผู้ที่เผยแพร่วิทยุทัศน์ต่อสาธารณชนจะมีความผิดตามมาตรา 31 (2) เป็นต้น³²

³²อรพรรณ พันธ์พัฒนา อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 2 หน้า 129-130



2. แนวคิดในการคุ้มครองทรัพย์สิน และความสัมพันธ์กับการคุ้มครองลิขสิทธิ์

คำว่า “ทรัพย์สิน” (real right) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้ให้นิยามความหมายเอาไว้อย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติตามมาตรา 1298 ได้บัญญัติถึงที่มาของทรัพย์สินเอาไว้ว่า “ทรัพย์สินทั้งหลายนั้น ท่านว่าจะก่อตั้งขึ้นได้แต่ด้วยอาศัยอำนาจในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น” ซึ่งได้มีผู้อธิบายความหมายของ “ทรัพย์สิน” ไว้สอดคล้องกันทำนองเดียวกัน ดังนี้

ศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศร ได้อธิบายความหมายของ “ทรัพย์สิน” (real right) ว่าหมายถึง “สิทธิของบุคคลเฉพาะในกรณีที่มีทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสิทธิ หรือจะกล่าวอย่างหลวมๆ ก็ว่า ทรัพย์สินคือสิทธิที่บุคคลมีอยู่ในทรัพย์สิน”³³

ศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ ได้อธิบายความหมายของ “ทรัพย์สิน” (real right) ว่า “ทรัพย์สิน คือสิทธิที่มีวัตถุแห่งสิทธิเป็นทรัพย์สิน หรือสิทธิที่มีอยู่เหนือทรัพย์สิน เป็นสิทธิที่จะบังคับเอาแก่ตัวทรัพย์สินโดยตรง”³⁴

แนวความคิดในสมัยเดิมให้ความสำคัญกับความหมายของ “ทรัพย์สิน” ในกรอบของสิ่งของและอำนาจเด็ดขาดของเจ้าของสิทธิ แต่แนวความคิดทั่วไปในปัจจุบันมองทรัพย์สินในมุมที่กว้างมากขึ้น โดยอาจมองว่าทรัพย์สินเป็นชุดของสิทธิต่างๆ (bundle of right) ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินซึ่งสัมพันธ์กับสิทธิของบุคคลอื่นๆ และสาธารณะ สิทธิต่างๆ ดังกล่าวบางอย่างอาจใช้ได้อย่างไม่จำกัด ในขณะที่สิทธิบางอย่างถูกจำกัดโดยผลของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่³⁵

³³ประมุข สุวรรณศร ศ. “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 , 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน” พิมพ์ครั้งที่ 6 สำนักพิมพ์นิติบรรณการ กรุงเทพมหานคร 2525 หน้า 132 อ้างใน จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ หลัทธิเหตุผลในการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ดุสิตบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552 หน้า 135

³⁴บัญญัติ สุชีวะ ศ. “กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน” กรุงเทพมหานคร พิมพ์ กรุงเทพมหานคร 2528 หน้า 64 อ้างใน จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ อ้างไว้ เจริญจรด 33 หน้า 135-136

³⁵เฟิงอ้าง หน้า 134

ศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศรี ได้อธิบายถึงลักษณะของทรัพย์สินที่ “ต้องมีทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสิทธิเสมอ จึงได้ชื่อว่าเป็นทรัพย์สิน” หากยังไม่มีทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสิทธิอาจเป็นได้ในฐานะของบุคคลสิทธิ นอกจากนี้ยังได้กำหนดเกณฑ์พิจารณาความแตกต่างของทรัพย์สินกับบุคคลสิทธิไว้ 5 ประการ ดังนี้³⁶

(1) ทรัพย์สินใช้ยื่นแก่บุคคลได้ทั่วไปไม่จำกัด กล่าวคือบุคคลใดมีทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินอยู่ก็จะมีสิทธิเด็ดขาด (absolute) ที่จะติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์สินนั้น สามารถป้องกันขัดขวางผู้ที่มิชอบกรรมสิทธิ์นั้นได้ด้วยตนเอง ในขณะที่บุคคลสิทธิเป็นสิทธิที่ใช้ยื่นได้แต่บุคคลเฉพาะตัวที่จะบังคับลูกหนี้ให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการเท่านั้น เป็นสิทธิเรียกร้องที่จะดำเนินคดีได้แต่จะบังคับโดยผลการไม่ได้

(2) ทรัพย์สินก่อให้เกิดหน้าที่งดเว้น กล่าวคือทรัพย์สินก่อให้เกิดบุคคลทั่วไปเกิดหน้าที่งดเว้นที่จะต้องปล่อยให้ผู้ทรงทรัพย์สินดำรงอยู่ในฐานะเดิม ในขณะที่บุคคลสิทธิก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลเฉพาะและก่อหน้าที่เพียงตามความผูกพันที่บุคคลนั้นได้ก่อขึ้น

(3) ทรัพย์สินมีวัตถุแห่งสิทธิเป็นทรัพย์สิน กล่าวคือทรัพย์สินจะต้องมีสิ่งที่จะมารับรองการบังคับของทรัพย์สินเพราะได้ก่อหน้าที่งดเว้นให้แก่บุคคลทั่วไป ดังนั้นจึงต้องมีความชัดเจนที่ผู้อื่นจะได้งดเว้นไม่เข้ามาเกี่ยวข้องกับสิ่งนั้นจนเป็นการรบกวนขัดขวางสิ่งที่รับรองการบังคับสิทธิ ซึ่งเรียกกันว่าวัตถุแห่งสิทธิและวัตถุแห่งสิทธิต้องเป็นทรัพย์สินเสมอ ในขณะที่วัตถุแห่งสิทธิของบุคคลสิทธิเป็นการกระทำหรืองดเว้นกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง

(4) ทรัพย์สินก่อตั้งขึ้นด้วยอำนาจของกฎหมายโดยตรง กล่าวคือทรัพย์สินใช้ยื่นแก่บุคคลได้โดยทั่วไปและผู้ทรงทรัพย์สินอาจบังคับเอาด้วยตนเองได้โดยผลการ ทรัพย์สินจึงเป็นสิทธิที่ต้องให้กฎหมายบัญญัติให้เป็นที่รู้แจ้งกันทั่วไป มิฉะนั้นอาจก่อให้เกิดความไม่สงบขึ้น ส่วนบุคคลสิทธิเป็นสิทธิที่บังคับกับเฉพาะบุคคล จึงก่อให้เกิดขึ้นได้ด้วยความตกลงระหว่างกัน

(5) ทรัพย์สินไม่อาจสิ้นสุดไปด้วยการไม่ใช้ กล่าวคือทรัพย์สินไม่มีอายุความเสียสิทธิ เจ้าของทรัพย์สินย่อมมีสิทธิไปตลอดตราบเท่าที่ทรัพย์สินนั้นยังคงอยู่ ทั้งนี้เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษเฉพาะเรื่อง ส่วนบุคคลสิทธินั้นเจ้าของสิทธิต้องใช้หรือสงวนสิทธินั้นไว้เสมอ มิฉะนั้นหากล่วงเลยระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ย่อมเสียสิทธินั้นไป ซึ่งเรียกว่าอายุความเสียสิทธิ

³⁶ประมุข สุวรรณศรี ศ. “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 , 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน” พิมพ์ครั้งที่ 6 สำนักพิมพ์นิติบรรณการ กรุงเทพมหานคร 2525 หน้า 134-137 อ้างใน จุมพล ภิทยโณสินวัฒน์ อ้างไว้ เชียงอรอด 33 หน้า 137-138

รองศาสตราจารย์ จุฑามาศ นิสารัตน์ ได้กำหนดเกณฑ์พิจารณาความแตกต่างของ ทรัพย์สินกับบุคคลสิทธิไว้ 4 ประการ ดังนี้³⁷

(1) ทรัพย์สินมีวัตถุประสงค์แห่งสิทธิเป็นทรัพย์สิน ส่วนบุคคลสิทธิมีวัตถุประสงค์แห่งสิทธิเป็นการกระทำหรืองดเว้นกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ทรัพย์สินนั้นย่อมตกติดไปกับวัตถุประสงค์แห่งสิทธิเสมอ ส่วนบุคคลสิทธิมีอยู่เฉพาะตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องในหนี้เท่านั้นที่จะกระทำหรืองดเว้นกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง

(2) ทรัพย์สินก่อตั้งขึ้นด้วยอาศัยอำนาจของกฎหมายเท่านั้น ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1298 “ทรัพย์สินทั้งหลายนั้น ท่านว่าจะก่อตั้งขึ้นได้แต่ด้วยอาศัยอำนาจในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น” เพราะเหตุว่าทรัพย์สินใช้บังคับบุคคลทั่วไปโดยไม่จำกัด และผู้ทรงทรัพย์สินสามารถบังคับเอาได้เองโดยพลการ ฉะนั้นจึงจำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดเจนให้บุคคลทั่วไปได้รับรู้ ส่วนบุคคลสิทธินั้นเป็นสิทธิบังคับเฉพาะบุคคลจะบังคับเอาเองโดยพลการไม่ได้ ต้องฟ้องร้องต่อศาล ฉะนั้นบุคคลสิทธิจึงก่อตั้งได้ด้วยความตกลงกันเอง คือก่อตั้งขึ้นด้วยนิติกรรม บุคคลจะทำสัญญากันในรูปแบบใดก็ได้ หรือเกิดขึ้นโดยนิติเหตุ เช่น ละเมิดก็ได้ ฯลฯ

(3) ทรัพย์สินก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลทั่วไป เมื่อฝ่ายหนึ่งมีสิทธิอีกฝ่ายหนึ่งก็ต้องมีหน้าที่เกิดขึ้น ทรัพย์สินนั้นเมื่อเป็นสิทธิที่กฎหมายก่อตั้งขึ้นก็ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลทั่วไป หน้าที่นั้นคืองดเว้นที่จะไม่ก้าวก้าวกายกับการใช้สิทธิใดๆ ของผู้ทรงทรัพย์สิน ปล่อยให้ผู้ทรงทรัพย์สินดำรงอยู่ในฐานะเช่นนั้นโดยไม่ถูกผู้ใครบกวน ส่วนบุคคลสิทธินั้นก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะที่จะต้องกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งให้ เป็นไปตามความผูกพันของคนที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะโดยนิติกรรมหรือโดยนิติเหตุ

(4) ต่างกันในการสิ้นสุดไปด้วยการไม่ใช้ ทรัพย์สินไม่อาจสิ้นสุดไปโดยการไม่ใช้ คือทรัพย์สินมีลักษณะคงทนถาวร ไม่หมดสิ้นไปโดยการไม่ใช้ และไม่มีอายุความสิ้นสิทธิ เช่น ในเรื่องกรรมสิทธิ์ที่ดิน แม้เจ้าของจะไม่ใช้อำนาจในการเป็นเจ้าของโดยทิ้งที่ดินให้กร้างว่างเปล่า เจ้าของก็ยังคงมีกรรมสิทธิ์อยู่ เว้นแต่จะมีบุคคลอื่นเข้าครอบครองปรปักษ์ ตามมาตรา 1382 เป็นต้น ส่วนบุคคลสิทธินั้นอาจเสียไปโดยการไม่ใช้ ผู้ทรงสิทธิจำต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อเป็นการสงวนสิทธินั้นไว้เสมอ ถ้าทิ้งระยะเวลาล่วงเลยตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว กฎหมายก็จะไม่บังคับให้ตามสิทธินั้น คือสิ้นสิทธิไปโดยอายุความ

³⁷ จุฑามาศ นิสารัตน์ รศ. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน พิมพ์ครั้งที่ 7 สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง กรุงเทพมหานคร 2543 หน้า 32-33

สำหรับประเทศไทย กฎหมายได้รับรองและให้ความคุ้มครองทรัพย์สินหรือสิทธิในทรัพย์สินไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 41 “สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” นอกจากนี้ยังมีกฎหมายลำดับรองให้การรับรองและคุ้มครองด้วย เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา ฯลฯ ดังนั้นมาตรการในการบังคับสิทธิในทรัพย์สินตามกฎหมายไทย จึงสามารถบังคับได้ทั้งทางแพ่งและอาญาด้วย

เมื่อวิเคราะห์หลักการคุ้มครองทรัพย์สิน เปรียบเทียบกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว จะพบว่าหลักทรัพย์สินเป็นหลักซึ่งกำหนดสิทธิให้บุคคลมีอยู่เหนือทรัพย์สิน เพื่อให้การคุ้มครองแก่เจ้าของทรัพย์สินให้สามารถใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของตนเองได้อย่างเต็มที่ และไม่ถูกจำกัดด้วยระยะเวลา ทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสิทธิและทรัพย์สินต้องผูกติดกับทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสิทธิ ส่วนลิขสิทธิ์นั้นเป็นสิทธิในสิ่งที่ไม่มีการรูปร่างและไม่ผูกติดกับทรัพย์สินหรือสิ่งที่มีรูปร่าง จึงมีความแตกต่างกันในเรื่องวัตถุแห่งสิทธิ

ลิขสิทธิ์มีลักษณะเป็นสิทธิผูกขาดประเภทหนึ่ง ที่ไม่ได้เกิดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำให้สิทธิผูกขาดของผู้สร้างสรรค์กลายเป็นสิทธิผูกขาดอย่างสมบูรณ์ และไม่ต้องการขยายขอบเขตของสิทธิผูกขาดในสังคมอย่างไม่มีขอบเขต ตรงกันข้ามลิขสิทธิ์เกิดขึ้นเพื่อสร้างสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์งานและสาธารณะให้บุคคลทั่วไปเข้าใช้ประโยชน์สาธารณะในขอบเขตที่เหมาะสม นอกจากนี้ลิขสิทธิ์มีระยะเวลาสิ้นสุดตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งแตกต่างจากทรัพย์สินที่คงอยู่ตราบที่ทรัพย์สินยังคงอยู่

ในประเด็นที่ว่า ลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินหรือไม่นั้น เป็นประเด็นที่ถกเถียงกันมานาน บรรดานักกฎหมายได้มีความเห็นแตกต่างกันออกไป ซึ่งพอจะแบ่งได้เป็น 2 แนวทางใหญ่ๆ ได้แก่

แนวทางแรก เห็นว่าลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สิน หรือเป็นสิทธิที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน ซึ่งบรรดานักกฎหมายที่มีความเห็นตามแนวทางนี้มีอยู่หลายท่าน เช่น

รองศาสตราจารย์ จุฑามาศ นิสารัตน์ ได้อธิบายความหมายของ “ทรัพย์สิน” (real right) หมายถึง สิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน คือสิทธิที่มีวัตถุแห่งสิทธิเป็นทรัพย์สิน เช่น กรรมสิทธิ์ สิทธิเก็บกิน สิทธิครอบครอง สิทธิจำนอง สิทธิจำนำ สิทธิยืมหน่วง ภาระคิดพินในอสังหาริมทรัพย์ ส่วนลิขสิทธิ์หรือสิทธิบัตรนั้นมิใช่ลิขสิทธิ์เหล่านี้จึงถือว่าเป็น ทรัพย์สินอย่างหนึ่ง³⁸

ศาสตราจารย์ ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์ และคณะ ได้อธิบายความหมายของ “ทรัพย์สิน” (real right) คือ สิทธิที่มีวัตถุแห่งสิทธิเป็นทรัพย์สิน หรือสิทธิที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินโดยตรง เช่น

³⁸จุฑามาศ นิสารัตน์ รศ. เพิ่งอ้าง หน้า 31

กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง ภาระจำยอม สิทธิอาศัย สิทธิเก็บกิน สิทธิเหนือพื้นดิน ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ สิทธิจำนอง สิทธิจำนำ สิทธิยึดหน่วง ลิขสิทธิ์ สิทธิในเครื่องหมายการค้า เป็นต้น³⁹

อาจารย์บัญญัติ สุชีวะ อธิบายว่า ทรัพย์สินคือสิทธิที่มีวัตถุแห่งสิทธิเป็นทรัพย์สินหรือ สิทธิที่อยู่เหนือทรัพย์สิน เป็นสิทธิที่จะบังคับกับตัวทรัพย์สินโดยตรง เช่น ลิขสิทธิ์, สิทธิในเครื่องหมายการค้า.....ทรัพย์สินจะก่อตั้งได้ก็โดยอำนาจตามกฎหมายจะก่อตั้งขึ้นเองโดยที่ไม่มีกฎหมายรับรองมิได้⁴⁰

รองศาสตราจารย์ชัชชัย สุขผลศิริ ระบุว่าคำว่า “ทรัพย์สิน” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 หมายความว่ารวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้ ดังนั้น “ลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นสิทธิประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้นและรับรองโดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ โดยเฉพาะและเป็นสิทธิที่มีราคาและถือเอาได้โดยสภาพอยู่แล้วตามความหมายของกฎหมาย” ลิขสิทธิ์จึงจัดเป็นทรัพย์สินด้วย และถือเป็นสิทธิในทางทรัพย์สิน (property right)⁴¹

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย จัดการแบ่งประเภทของสิทธิตามวัตถุแห่งสิทธิตามกฎหมายเอกชน ระบุว่า ลิขสิทธิ์ เป็นสิทธิเหนือสิ่งที่ไม่รูปร่าง (immaterielle gueterrechte) เช่น สิทธิของผู้ประพันธ์ที่จะพิมพ์บทประพันธ์ออกจำหน่าย หรือสิทธิของผู้แต่งบทละครที่จะนำบทละครออกแสดง ฯลฯ ซึ่งจัดเป็นสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สิน (vermogensrecht) และกฎหมายให้ไว้เพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของเจ้าของสิทธิ⁴²

³⁹ ธีระ ศรีธรรมรักษ์ ศ.ดร. และคณะ *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* พิมพ์ครั้งที่ 2 สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง กรุงเทพมหานคร 2543 หน้า 221

⁴⁰ บัญญัติ สุชีวะ *คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน* ศูนย์หนังสือเนติบัณฑิตยสภา พิมพ์ครั้งที่ 6 มีนาคม 2544 หน้า 65

⁴¹ จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ *อ่างแล้วในเชิงอรรถที่ 35* หน้า 140

⁴² หยุด แสงอุทัย ศ.ดร. *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* พิมพ์ครั้งที่ 15 สำนักพิมพ์ประกายพริก กรุงเทพมหานคร 2545 หน้า 245

แนวทางที่สอง เห็นว่าลิขสิทธิ์ไม่เป็นทรัพย์สิน ซึ่งนักกฎหมายที่มีความเห็นตามแนวทางนี้ เช่น

อาจารย์ปริญญา ตีผลุง ได้อธิบายและให้เหตุผลไว้ใน “คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา” โดยมีความเห็นว่า ทรัพย์สินทางปัญญา(ซึ่งรวมถึงลิขสิทธิ์ด้วย) เป็นสิทธิที่ไม่มีรูปร่าง ดังนั้นจึงแตกต่างจากสิทธิในทรัพย์สิน โดยได้อธิบายความแตกต่างที่เห็นได้ชัดเจนสองประการ คือ⁴³

(1) หลักที่ใช้กับสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ที่สำคัญคือหลักกรรมสิทธิ์ แต่หลักของทรัพย์สินทางปัญญา (ซึ่งรวมถึงลิขสิทธิ์ด้วย) คือการสร้างความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิของผู้สร้างสรรค์ผลงานกับสิทธิของสาธารณชน การคุ้มครองสิทธิทั้งในสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ต่างยึดกับหลักกรรมสิทธิ์ เป็นสิทธิที่มีอยู่ตลอดไปโดยไม่จำกัดอายุการคุ้มครอง ตราบเท่าที่ตัวทรัพย์สินนั้นยังคงอยู่ ส่วนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีอายุการคุ้มครองจำกัดและไม่ให้สิทธิผูกขาดแก่เจ้าของงานตลอดไป เพราะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณชนด้วยเพื่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานและสิทธิของสาธารณชน นอกจากนี้ยังเปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้าใช้ประโยชน์จากงานได้ตามหลักการใช้สิทธิอย่างเป็นธรรม (fair use)

(2) ทรัพย์สินมีการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยการครอบครองปรปักษ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่การได้มาซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องเป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น ไม่สามารถได้มาโดยการครอบครองตามระยะเวลาต่างๆ ได้

อาจารย์ปริญญายังได้ระบุต่อไปว่า ทรัพย์สินทางปัญญาไม่ใช่บุคคลสิทธิเพราะเป็นสิทธิที่ก่อตั้งโดยกฎหมายและสามารถใช้อ้างได้กับบุคคลทั่วไป มิได้ก่อตั้งได้เองอย่างบุคคลสิทธิและอ้างได้เฉพาะบุคคลอย่างบุคคลสิทธิ ในขณะที่เดียวกันทรัพย์สินทางปัญญาก็มิใช่ทรัพย์สินด้วยซึ่งมีเหตุผลหลายประการ กล่าวคือ

ประการแรก ทรัพย์สินไม่มีอายุการคุ้มครองจำกัด แต่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีอายุการคุ้มครองจำกัด และ

ประการที่สอง ในขณะที่ทรัพย์สินอย่างกรรมสิทธิ์เจ้าของทรัพย์สินสามารถอ้างได้ทั่วไปและทั่วโลก แต่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่สามารถอ้างได้ในลักษณะเดียวกัน เพราะต้องขึ้นอยู่กับกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายของประเทศต่างๆ ด้วย ดังนั้น ทรัพย์สินทางปัญญา (ซึ่ง

⁴³ปริญญา ตีผลุง “ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา” ใน คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา จัดพิมพ์โดย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา สำนักพิมพ์พลสยามพรีนติ้ง (ประเทศไทย) กรุงเทพมหานคร 2544 หน้า 22-27

รวมถึงลิขสิทธิ์ด้วย) จึงไม่ใช่ทั้งบุคคลสิทธิและทรัพย์สิน⁴⁴

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ อธิบายว่า ได้มีความพยายามที่จะกำหนดลักษณะของลิขสิทธิ์ให้อยู่ภายใต้ลักษณะของทรัพย์สิน (property) สิทธิแต่ผู้เดียว (monopoly) ข้อบัญญัติของกฎหมาย (statutory reward) สิทธิตามธรรมชาติ (natural right) หรือสิทธิเฉพาะบุคคล (personal right) แต่ก็ไม่สามารถจะกำหนดลักษณะของลิขสิทธิ์ให้อยู่ในลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังกล่าวได้ ด้วยเหตุที่ว่าการใช้ทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งจะทำให้ลักษณะของลิขสิทธิ์ผิดไปจากความเป็นจริง ซึ่งบรรดานักกฎหมายเห็นว่าลิขสิทธิ์มีลักษณะพิเศษที่แตกต่างไม่เหมือนกับสิทธิประเภทอื่นตามกฎหมาย ลิขสิทธิ์มีลักษณะทั้งที่เป็นทรัพย์สิน สิทธิแต่ผู้เดียว และสิทธิเฉพาะบุคคล โดยมีได้มีลักษณะที่เป็นเอกเทศ คงเป็นเฉพาะอย่างละเล็กอย่างละน้อย⁴⁵

สำหรับผู้เขียน มีความเห็นด้วยกับแนวทางที่สอง ที่เห็นว่าลิขสิทธิ์ไม่ใช่ทรัพย์สิน เนื่องจากลิขสิทธิ์ไม่มีลักษณะแห่งทรัพย์สินตามกฎหมายทั้งในด้านการได้มา การเปลี่ยนแปลง หรือการระงับซึ่งสิทธิ กล่าวคือลิขสิทธิ์เกิดขึ้นและได้รับความคุ้มครองในทันทีเมื่อสร้างสรรค์งาน (automatic protection)⁴⁶ โดยไม่ต้องผ่านพิธีการใดๆ ไม่ต้องจดทะเบียนเหมือนทรัพย์สินบางประเภท ลิขสิทธิ์ไม่ระงับสิ้นไปเมื่อวัตถุหรือสื่อที่บันทึกงานสูญหาย และลิขสิทธิ์มีระยะเวลาสิ้นสุดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งต่างจากทรัพย์สินที่ยังคงอยู่ตราบเท่าที่ทรัพย์สินนั้นยังอยู่ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากหลักการสร้างสมดุลของการใช้ลิขสิทธิ์พบว่า ลิขสิทธิ์ตั้งอยู่บนหลักพื้นฐานของการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานและสิทธิของสาธารณชน โดยมีระยะเวลาในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่เหมาะสมตามที่กฎหมายกำหนด และต้องเปิดโอกาสให้สาธารณชนได้ใช้งานได้อย่างเหมาะสมในระยะเวลาการคุ้มครองตามหลักการใช้สิทธิอย่างเป็นธรรม (fair use) ในขณะที่ทรัพย์สินอยู่บนพื้นฐานของหลักกรรมสิทธิ์ซึ่งเป็นสิทธิเด็ดขาด นอกจากนี้ทรัพย์สินยังสามารถได้มาโดยการครอบครองปรปักษ์ในขณะที่ลิขสิทธิ์ไม่สามารถเกิดขึ้นจากการครอบครองปรปักษ์ได้

ดังนั้น ในเมื่อลิขสิทธิ์ไม่ใช่ทรัพย์สินแล้ว แนวความคิดเกี่ยวกับขอบเขตการคุ้มครองวิธีการ กลไกในการให้ความคุ้มครอง รวมถึงการบังคับโทษด้วยมาตรการทางอาญาก็ไม่จำเป็นต้องมีความคล้ายคลึงหรือต้องใช้การลงโทษที่เท่าเทียมกัน ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิผูกขาดที่กฎหมายรับรองเพื่อเป็นแรงจูงใจแก่ผู้สร้างสรรค์งาน โดยให้ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนทางเศรษฐกิจจึงเป็นสิทธิในทางเอกชน (private right) ที่ผู้สร้างสรรค์งานสามารถใช้เรียกร้องค่าตอบแทนในทางทรัพย์สิน

⁴⁴ เพิ่งอ้าง หน้า 29-31

⁴⁵ ไชยยศ เหมะรัชตะ คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 28 หน้า 31

⁴⁶ Berne Convention Article 5 (2)

ใช้เรียกร้องค่าเสียหาย หรือเรียกเอาค่าใช้สิทธิจากการที่บุคคลอื่นใช้สิทธิโดยมิชอบ เอกชนเจ้าของสิทธิควรจะทำหน้าที่สอดส่องปกป้องรักษาสิทธิของตนเอง โดยรัฐมีภาระที่จะให้ความคุ้มครองและเยียวยาหากมีการละเมิดสิทธิเกิดขึ้น ซึ่งประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่ารัฐไม่ควรจะเข้าไปดำเนินการปราบปรามการละเมิดในทุกเรื่อง แต่เอกชนเจ้าของสิทธิควรมีส่วนรับผิดชอบโดยตรงในการดำเนินมาตรการป้องกันการละเมิดสิทธิของตนมากกว่าจะหวังพึ่งพากรัฐแต่ฝ่ายเดียว เช่น ต้องมีบุคลากรเพื่อสอดส่องหรือตรวจสอบการกระทำละเมิดสิทธิ มีทนายความในการรวบรวมพยานหลักฐานรวมถึงฟ้องคดีแพ่งและคดีอาญาต่อศาล หรืออาจใช้มาตรการปกป้องทางเทคโนโลยีเพื่อป้องกันงานของตน

3. ความหมาย แนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายอาญา การกำหนดความผิดและโทษทางอาญา

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายมหาชน บัญญัติถึงความผิดและโทษทางอาญาซึ่งเกี่ยวพันระหว่างรัฐและเอกชน เพราะการกระทำความผิดอาญานั้นเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนถึงความสงบเรียบร้อยของรัฐซึ่งเป็นส่วนรวม รัฐจึงจำเป็นต้องเข้าควบคุมดูแลเพื่อให้เกิดความสงบสุขและถึงแม้ความผิดบางประเภท จะเป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นการส่วนตัวของผู้เสียหาย และเป็นความผิดอันยอมความกันได้ก็ตาม แต่รัฐควรที่จะมีอำนาจเข้าเกี่ยวข้องได้เมื่อผู้เสียหายซึ่งเป็นเอกชนได้ร้องทุกข์ขึ้นก่อน กฎหมายอาญาจึงเป็นเรื่องของแต่ละรัฐ โดยเฉพาะ (local matter)⁴⁷

3.1 ความหมายของกฎหมายอาญา

หากจะให้คำนิยามความหมายของ “กฎหมายอาญา” ได้มีผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่านได้ให้คำนิยามไว้ ดังนี้

รศ.วินัย ถ้ำเลิศ ให้ความหมายว่า กฎหมายอาญา คือบรรดากฎหมายทั้งหลายที่บัญญัติถึงความผิดและกำหนดโทษไว้⁴⁸

⁴⁷ สุขสมัย สุทธิบดี รศ. *กฎหมายอาญา ภาค 1* พิมพ์ครั้งที่ 2 สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง กรุงเทพมหานคร 2527 หน้า 1

⁴⁸ วินัย ถ้ำเลิศ รศ. *กฎหมายอาญา 1* พิมพ์ครั้งที่ 4 สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง กรุงเทพมหานคร 2543 หน้า 1

ศ.จิตติ ดิงศภัทย์ กล่าวว่า “กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายมหาชน ที่ว่าด้วยความผิด และโทษทางอาญา”⁴⁹

รศ. ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ กล่าวว่า “กฎหมายอาญา คือกฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ด้วย โดยกฎหมายอาญายังหมายความรวมถึง กฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำการอย่างใดจะถูกใช้บังคับวิธีการเพื่อความปลอดภัยด้วย”⁵⁰

Wayne R. LaFave กล่าวว่า “กฎหมายอาญา (criminal law) หมายถึง บรรดากฎหมายทั้งหลายที่มีโทษทางอาญา โดยมีบทบัญญัติกำหนดความผิดซึ่งอาจเป็นข้อห้ามปฏิบัติหรือข้อบังคับให้ปฏิบัติก็ได้ หากผู้ใดฝ่าฝืนก็จะมีโทษทางอาญา”⁵¹

รศ.วิสาร พันธุระ ให้ความเห็นว่า เราอาจพิจารณาความหมายของกฎหมายอาญาได้ 2 นัย ได้แก่ ความหมายอย่างแคบ กฎหมายอาญาและกฎหมายอาญาสารบัญญัติมีความหมายอย่างเดียวกัน คือเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ส่วนในความหมายอย่างกว้างนั้น กฎหมายอาญามีความหมายรวมทั้งกฎหมายอาญาสารบัญญัติ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเกี่ยวข้องกับขั้นตอนในการดำเนินคดีอาญา เริ่มแต่การสอบสวนไปจนกระทั่งการสิ้นสุดแห่งโทษ และยังครอบคลุมถึงความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (administration of criminal justices) ด้วย⁵²

จากคำนิยามของผู้ทรงคุณวุฒิข้างต้น จึงอาจสรุปได้ว่า กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายมหาชน ที่มีบทบัญญัติถึงการกระทำหรือไม่กระทำการใดถือเป็นความผิด และได้กำหนดโทษทางอาญาสำหรับผู้กระทำความผิดไว้ด้วย

⁴⁹จิตติ ดิงศภัทย์ “คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา” สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา 2506 หน้า 2-3 อ้างใน ปาริชาติ มั่นสกุล *การกำหนดมาตรการทางอาญาเกี่ยวกับการโจมตีค่าเงินบาท* วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2545 หน้า 4

⁵⁰เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ รศ.ดร. “คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1” สำนักพิมพ์วิญญูชน กรุงเทพมหานคร 2544 หน้า 1 อ้างใน ปาริชาติ มั่นสกุล อ้างไว้ เจริญธรรมที่ 49 หน้า 4

⁵¹Wayne R. Lafave “Handbook on Criminal Law” West Publishing Co. St.Paul 1972 P.5 อ้างใน ปาริชาติ มั่นสกุล อ้างไว้ เจริญธรรมที่ 49 หน้า 4

⁵²วิสาร พันธุระ รศ. “ลักษณะทั่วไปของกฎหมายอาญาและปรัชญากฎหมายอาญา” ใน *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 1* พิมพ์ครั้งที่ 27 สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช 2553 หน้า 5

3.2 หน้าที่ของกฎหมายอาญา

Professor Paul H. Robinson ได้ให้ความเห็นว่า กฎหมายอาญานั้นมีหน้าที่พื้นฐาน (primary functions) ที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่⁵³

(1) กฎหมายอาญาเป็นตัวกำหนดและบอกถึงความประพฤติต้องห้าม รวมทั้งกำหนดกติกาความประพฤติ (rules of conduct) แก่สมาชิกของชุมชน ให้สมาชิกหลีกเลี่ยงความประพฤติต้องห้ามที่จะนำไปสู่การถูกลงโทษทางอาญา

(2) กำหนดเงื่อนไขขึ้นสำหรับความรับผิดชอบ กำหนดลักษณะเฉพาะของพฤติกรรมต้องห้าม หรือแบบอย่างการปฏิบัติอันเป็นการฝ่าฝืนกติกาความประพฤติซึ่งควรได้รับการตีเตียนและนำไปสู่การพิจารณาลงโทษ

(3) ในกรณีที่จะกำหนดความผิด หลักกฎหมายอาญาจะเป็นผู้กำหนดความผิด โดยพิจารณาจากความร้ายแรงของพฤติกรรมที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลงไป

การลงโทษทางอาญาเป็นประเพณี (traditionally) ขึ้นพื้นฐานที่สุดในการแสดงออกที่เห็นได้ชัดเจนเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของรัฐ⁵⁴ การลงโทษมีความศักดิ์สิทธิ์และชอบธรรมอันมีกฎเกณฑ์ขึ้นพื้นฐานมาจากอำนาจอธิปไตย สำหรับคุ้มครองและป้องกันสาธารณชนให้มีชีวิตและความเป็นอยู่ที่ดี และผู้กระทำความผิดไม่อาจฝ่าฝืนการลงโทษได้⁵⁵

3.3 ความหมายของโทษทางอาญา

สำหรับโทษทางอาญาที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ได้มีผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่านให้ความหมายของ “โทษทางอาญา” ไว้ ซึ่ง ผู้เขียนขอนำมาอธิบายพอสังเขป ดังนี้

Professor H. L. A. Hart ได้นิยามว่าโทษอาญาต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 5 ประการ ดังนี้⁵⁶

- (1) โทษต้องก่อให้เกิดความเจ็บปวด (pain) หรือผลอื่นที่ก่อให้เกิดความไม่พอใจ
- (2) โทษต้องใช้เพื่อตอบแทนความผิด

⁵³Paul H. Robinson Professor. *A Functional Analysis of Criminal Law* Northwestern University Law Review 1994 88,3 p. 857 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=662024)

⁵⁴George P. Fletcher Professor. *Criminal Justice Ethics* Winter/Spring 2006 p. 18

⁵⁵Raymond Geuss *Baccaria on Crimes and Punishment and Other Writings* Cambridge University press 1995 p. 10

⁵⁶H. L. A. Hart “Punishment and Responsibility” Charendon Press Oxford 1966 p. 4-5 อ้างใน วาทีน หนูเกื้อ *มาตรการเสริมในทางอาญา* วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2539 หน้า 11

(3) โทษต้องลงแก่ผู้กระทำผิด

(4) โทษต้องเป็นวิธีการซึ่งบุคคลอื่นนอกจากผู้กระทำผิดนำมาใช้

(5) ผู้กำหนดโทษต้องเป็นบุคคลที่กฎหมายให้อำนาจลงโทษเพื่อตอบแทนการ

กระทำผิดทางอาญา

Professor Johannes Andenes ได้ให้คำนิยามของโทษอาญาว่า โทษอาญาต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คือ⁵⁷

(1) ต้องเป็นผลร้ายที่รัฐนำมาใช้แก่ผู้กระทำผิด

(2) การลงโทษจะกระทำได้อีกเมื่อมีการกระทำผิดกฎหมาย

(3) เป็นการตอบแทนเพื่อให้ผู้กระทำผิดเข้าใจว่าโทษเป็นผลร้ายที่ตนได้รับการกระทำผิด

Professor ALF Ross กล่าวว่า โทษอาญานอกจากจะเป็นผลร้ายต่อผู้กระทำผิดซึ่งถูกกำหนดและใช้โดยผู้มีอำนาจและเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำผิดกฎหมายแล้ว ยังจะต้องมีการตำหนิของสังคมต่อผู้กระทำผิดเนื่องจากผู้กระทำผิดแสดงถึงความชั่วอยู่ในตัวอีกด้วย การลงโทษเป็นการแสดงออกของสังคมซึ่งตำหนิความชั่วนั้น⁵⁸

Professor Packer แห่งมหาวิทยาลัย Stanford ได้กล่าวถึงโทษทางอาญาซึ่งนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดการกระทำผิดทางอาญาของบุคคล 3 ประการ คือ⁵⁹

(1) การนำโทษทางอาญามาใช้กับการกระทำความผิดนั้น ต้องเป็นการกระทำที่คนส่วนใหญ่ในสังคมเห็นว่าก่อให้เกิดอันตรายกับสังคมหรือเกิดผลกระทบกับบุคคลอื่น

(2) โทษทางอาญาที่กำหนด จะต้องมิผลให้การกระทำความผิดนั้นลดน้อยลงและข้อสำคัญประการสุดท้าย

(3) โทษทางอาญาจะต้องเป็นมาตรการสุดท้าย จะต้องไม่มีทางเลือกอื่นที่เหมาะสมกว่านี้อีกแล้ว

⁵⁷Johannes Andenes “The General Part of the Criminal Law of Norway” Sweet & Maxell Limited London 1966 p. 8-11 อ้างใน วาทิน หนูเกื้อ อ้างไว้ เจริญจรด 56 หน้า 11-12

⁵⁸ALF Ross “On Guilt, Responsibility and Punishment” Stevenes & Sons Limited London 1975 p.36 อ้างใน วาทิน หนูเกื้อ อ้างไว้ เจริญจรด 56 หน้า 12

⁵⁹สรุปผลการสัมมนา โครงการสัมมนาเพื่อพัฒนาระบบการบังคับใช้กฎหมาย “การกำหนดความผิดอาญาในกฎหมายไทย : ปัญหาที่ยังไม่ได้รับการแก้ไข” มีนาคม 2548 หน้า 6 อ้างใน อรรถชัย วงศ์อุดมมงคล การใช้มาตรการอื่นแทนโทษทางอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดบางประเภท วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2548 หน้า 10

3.4 วัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญา

สำหรับการลงโทษทางอาญานั้น หากพิจารณาในแง่ทัศนคติทางสังคม วัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาต่อผู้กระทำความผิดนั้นมีหลายประการ ดังนี้⁶⁰

(1) การคุ้มครองมนุษย์ (ในบางกรณีรวมถึงการคุ้มครองสัตว์ด้วย) จากการกระทำต่างๆ โดยเจตนาละเมิดสิทธิในร่างกาย อนามัย โดยใช้ความรุนแรง โหดร้ายทารุณ และความประพฤติที่สังคมไม่พึงประสงค์

(2) การคุ้มครองบุคคลจากภัยอันตรายซึ่งกระทำโดยไม่เจตนา เป็นกรณีที่ถูกกฎหมายต้องป้องกันบุคคลมิให้ได้รับความเสียหาย จากการกระทำบางอย่างของผู้อื่น เช่น การกระทำผิดกฎหมายจราจร กฎหมายควบคุมมลพิษ โรคระบาด เป็นต้น

(3) การคุ้มครองบุคคลผู้อ่อนแอ หรือถูกชักจูงได้ง่าย มิให้ถูกเอารัดเอาเปรียบทั้งทางร่างกายและทรัพย์สิน เช่น เด็ก คนชรา คนป่วย คนพิการหรือผู้ที่มีปัญหาทางร่างกายและจิตใจ เป็นต้น

(4) การป้องกันการกระทำที่ผิดปกติหรือวิปริตผิดธรรมชาติ แม้ว่าผู้กระทำความผิดจะเป็นผู้ใหญ่ และมีความยินยอมหรือมีส่วนร่วมในการกระทำก็ตาม เช่น การใช้ยาเสพติด การพนัน โสเภณี เป็นต้น

(5) การป้องกันการกระทำอันไม่สมควรต่างๆ ซึ่งมีได้รวมไว้ในข้อต่างๆ ที่กล่าวมาแล้วโดยกระทำในที่สาธารณะ เช่น การเปลือยกาย หรือมีกิจกรรมทางเพศในที่สาธารณะ ฯลฯ

(6) การป้องกันการกระทำที่เป็นการข่มขู่ หรือการประพฤติที่จะนำไปสู่ความไม่สงบสุขในสังคม เช่น การพุดจาคุกหมิ่น หรือการหมิ่นประมาทผู้อื่น เป็นต้น

(7) การคุ้มครองทรัพย์สินของบุคคลจากการถูกลัก หนี โกง ขกยอก หรือทำลาย

(8) การป้องกันความไม่สะดวก หรือความไม่เป็นระเบียบเรียบร้อย เช่น การขัดขวางหรือกีดขวางการจราจร การวางหาบเร่แผงลอยในพื้นที่หวงห้าม เป็นต้น

(9) การเก็บภาษีและรายได้ประเภทต่างๆ ให้แก่รัฐ และบัญญัติความผิดสำหรับผู้ฝ่าฝืน

(10) การกำหนดความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ

⁶⁰ ประธาน วัฒนวาณิชย์ “การปฏิรูประบบการลงโทษ แนวทางสหวิทยาการโดยเน้นทางด้านอาชญาวิทยา” บทพิเศษคดี 54 (ธันวาคม 2541) หน้า 11 อ้างใน อรรถชัช วงศ์อุดมมงคล อังไว้ เจริญรอด 59 หน้า 11-12

(11) การกำหนดความผิดสำหรับการไม่ปฏิบัติตามนโยบายของรัฐ เช่น การกำหนดให้ผู้ปกครองต้องส่งบุตรหลานไปเข้ารับการศึกษาระดับมัธยมศึกษา การกำหนดให้บุคคลต้องเข้าการเกณฑ์ทหาร เป็นต้น

(12) การคุ้มครองสถาบันทางสังคม เช่น สถาบันครอบครัวและศาสนา เป็นต้น

(13) การบังคับใช้กฎหมายที่รัฐเห็นว่ามีความสำคัญต่อการอำนวยความสะดวก เช่น ความผิดต่อเจ้าพนักงาน เจ้าพนักงานในการยุติธรรม และเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจหน้าที่ โดยเฉพาะให้ได้รับโทษสูงขึ้น การเพิ่มโทษสำหรับเจ้าพนักงานที่ไปเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดบางลักษณะ การช่วยเหลือผู้ต้องหาหรือบุคคลที่ถูกควบคุมตามอำนาจศาลให้หลบหนีหรือไปเสียจากควบคุม การไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาล การไม่มาเป็นพยานเมื่อได้รับหมายเรียกจากศาลหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามกฎหมาย เป็นต้น

ในสมัยโบราณ จุดประสงค์ในการลงโทษเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเจ็บปวดและเป็นเยี่ยงอย่างแก่สังคม ทำให้ผู้คนในสังคมเกรงกลัวต่อโทษทัณฑ์ที่จะได้รับและไม่กล้าที่จะกระทำความผิด นอกจากนี้การควบคุมตัวผู้กระทำความผิดก็จะทำให้สังคมปลอดภัยชั่วระยะหนึ่ง อำนาจในการลงโทษทางอาญา (ius puniendi) ในสมัยโบราณย่อมอยู่ที่ผู้ถูกประทุษร้ายหรืออยู่ที่ชุมชนกลุ่มหนึ่งในรัฐซึ่งผู้ถูกประทุษร้ายสังกัดอยู่ เช่น เครือญาติของผู้ถูกประทุษร้าย เป็นต้น อำนาจในการลงโทษในสมัยโบราณจึงมีลักษณะเป็นสิทธิในทางแพ่ง⁶¹ ส่วนในปัจจุบันการควบคุมตัวผู้กระทำความผิดได้มุ่งเน้นการอบรมแก้ไขให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นพลเมืองดีและกลับเข้าสู่สังคมได้หลังพ้นโทษ อันเป็นการป้องกันสังคมให้ปลอดภัยและเป็นการป้องกันอาชญากรรมได้อีกทางหนึ่ง อำนาจในการลงโทษทางอาญา (ius puniendi) ต่อผู้กระทำความผิดเป็นของรัฐแต่ผู้เดียว ดังนั้น ในปัจจุบันกฎหมายอาญาจึงมีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชนโดยแท้⁶²

3.5 โครงสร้างของความผิดทางอาญา

สำหรับความผิดอาญา (Verbrechen) จะมีโครงสร้าง 3 ประการ คือ⁶³

- (1) องค์ประกอบ (Tatbestand)
- (2) ความผิด (Rechtswidrigkeit) และ
- (3) ความชั่ว (Schuld)

⁶¹ หยุด แสงอุทัย คำบรรยายกฎหมายอาญาภาคต้น 2492 หน้า 7-8

⁶² เพิ่งอ้าง หน้า 8

⁶³ คณิต ฒ นคร เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว วารสารนิติศาสตร์ 16,2 (เมษายน-มิถุนายน 2531)

ความผิดอาญาต้องประกอบด้วยข้อสาระสำคัญทั้งสามประการดังกล่าวนี้ อย่างครบถ้วนเสมอ หากขาดข้อสาระสำคัญประการใดประการหนึ่งแล้วการกระทำนั้นย่อมไม่เป็นความผิดอาญา กล่าวคือ การกระทำที่ครบองค์ประกอบแต่ไม่เป็นความผิด เช่น การฆ่าผู้อื่นที่ได้กระทำลงไปอันเป็นการป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมาย การฆ่านี้อย่อมไม่เป็นความผิดอาญาเพราะขาดข้อสาระสำคัญประการที่สอง และการฆ่าผู้อื่นโดยไม่มีอำนาจกระทำได้ แต่ผู้กระทำเป็นโรคจิต การฆ่านี้อาจไม่เป็นความผิดอาญาเช่นเดียวกัน เพราะการกระทำนั้นเป็นเพียงการกระทำที่ครบองค์ประกอบและเป็นความผิดเท่านั้น แต่การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ปราศจากความชั่ว ข้อสาระสำคัญทั้งสามประการของความผิดอาญานี้เกี่ยวข้องกันอย่างเรียงลำดับ กล่าวคือหากการกระทำไม่ต้องด้วยองค์ประกอบแล้วกรณีก็ไม่ต้องพิจารณาต่อไปถึงข้อสาระสำคัญประการที่สอง และข้อสาระสำคัญประการที่สาม และในทำนองเดียวกัน หากการกระทำต้องด้วยองค์ประกอบ แต่การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดกรณีก็ไม่ต้องพิจารณาต่อไปถึงความชั่ว⁶⁴

3.6 วิธีกลงโทษทางอาญา

การลงโทษทางอาญา หากพิจารณาตามหลักทฤษฎีอาญา สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 วิธีกร คือ⁶⁵

(1) การลงโทษ หรือการลงโทษโดยใช้สถาบัน (punitive) เช่น การลงโทษจำคุก โดยการนำตัวไปควบคุมไว้ในเรือนจำ ทัณฑสถาน คุก ตะราง ทัณฑนิคมต่างๆ หรือมีการลงโทษกักขังโดยนำตัวไปไว้ในสถานที่กักขัง (ที่อื่นซึ่งมิใช่เรือนจำ) เป็นต้น

(2) ไม่ใช่การลงโทษ หรือการไม่ใช้สถาบัน (non punitive) เป็นการใช่วิธีการอื่นแทนการจำคุกเพื่อเป็นการแก้ไขและให้โอกาสแก่ผู้กระทำความผิดได้กลับตัวเป็นพลเมืองดี เช่น การรอกการลงอาญา การคุมประพฤติ การชะลอการฟ้อง การให้ทำงานสาธารณประโยชน์ เป็นต้น

ปัจจุบันการลงโทษโดยไม่ใช้สถาบันถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะในความผิดเล็กน้อย ที่ศาลเห็นว่าการใช้โทษจำคุกในระยะเวลาสั้นๆ อาจไม่บังเกิดผลดีต่อจำเลย ศาลอาจใช้โทษปรับควบคุมไปกับการรอกการลงโทษ หรืออาจให้มีการคุมประพฤติโดยไปรายงานตัวต่อพนักงานคุมประพฤติตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด หรืออาจกำหนดให้มีการทำงานสาธารณประโยชน์ร่วมด้วยก็ได้หากศาลเห็นสมควร

⁶⁴ เฟิงฮ้าง, หน้า 143

⁶⁵ ประเทือง ธนียผล ผศ. *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* พิมพ์ครั้งที่ 3 สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง กรุงเทพมหานคร 2548 หน้า 133

3.7 แนวความคิดเกี่ยวกับการลงโทษ

สำหรับแนวความคิดเกี่ยวกับการลงโทษที่สำคัญและเป็นที่ยอมรับมีอยู่หลายแนวความคิด ที่สำคัญ ได้แก่

3.7.1 แนวความคิดเรื่องการลงโทษของซีซาร์ แบคคาเรีย (Cesare Beccaria)

แนวความคิดนี้เห็นว่า วัตถุประสงค์ของการลงโทษต้องมีใช้เพื่อการแก้แค้น การกำหนดโทษสำหรับความผิดแต่ละประเภทต้องให้มีความเหมาะสมตามลักษณะความผิด ประเภทและลักษณะของโทษ ความหนักเบาของโทษควรมีการกำหนดไว้แน่นอนโดยยึดหลักความเสมอภาคเท่าเทียมกัน การพิจารณาและดำเนินการลงโทษควรทำอย่างเปิดเผย แบคคาเรียเห็นว่านักโทษการเมืองซึ่งได้กระทำผิดต่อรัฐไม่ควรถูกลงโทษประหารชีวิต โทษหนักที่สุดเพียงเนรเทศ และยังเสนอให้มีการยกเลิกโทษประหารชีวิต เนื่องจากหากเกิดความผิดพลาดขึ้นจะไม่มีทางเยียวยาแก้ไขได้ จึงควรยกเลิกและเปลี่ยนไปใช้โทษจำคุกตลอดชีวิตแทน นอกจากนี้การลงโทษประหารชีวิตไม่มีผลให้อาชญากรรมลดน้อยลง⁶⁶

3.7.2 แนวความคิดเรื่องการลงโทษของเจรีมี เบนธัม (Jeremy Bentham)

เจรีมี เบนธัม (Jeremy Bentham) เสนอแนวความคิดในการลงโทษว่า การกำหนดโทษควรให้สอดคล้องกับความผิด ผู้กระทำความผิดควรจะได้รับลงโทษให้ได้รับความทุกข์ทรมาน มากกว่าผลแห่งความพอใจที่เขาจะได้รับในการกระทำความผิด อันจะทำให้คนทั่วไปไม่อยากจะกระทำความผิดเพราะไม่คุ้มกับที่จะต้องได้รับโทษ แนวความคิดนี้อยู่บนหลักการที่ว่า การลงโทษต้องให้ผู้กระทำความผิดเจ็บปวด ไม่กล้ากระทำความผิดอีก ในขณะที่เดียวกันผู้อื่นก็เกิดความเกรงกลัวและไม่กล้าเอาเป็นเยี่ยงอย่างซึ่งถือเป็นการป้องกันอาชญากรรมไปในตัว นอกจากนี้ Bentham ยังมีความเห็นที่สำคัญคือ การกำหนดโทษในความผิดแต่ละประเภทไม่ควรกำหนดให้แน่นอนตายตัวในทุกกรณี ศาลควรใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาและกำหนดโทษให้เหมาะสมเป็นรายกรณีไป และการลงโทษควรกระทำอย่างเปิดเผยให้สังคมรับรู้เพื่อให้คนในสังคมเกิดความเกรงกลัวและไม่กล้ากระทำความผิด⁶⁷

แนวความคิดในเรื่องการลงโทษของ Cesare Beccaria และ Jeremy Bentham ได้รับการยอมรับในช่วงแรกๆ แต่ต่อมาก็เริ่มมีผู้คัดค้านมากขึ้น ทั้งนี้เนื่องจากแนวความคิดทั้งสองได้ให้ความสำคัญในเรื่องของการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิด ซึ่งต่อมาแนวความคิดใหม่เห็นว่า การกำหนดโทษจะต้องพิจารณาความเหมาะสม รัศมุนและยุติธรรม และกำหนดโทษให้

⁶⁶ ประเทือง ธนียผล ผศ. เพ็งอ้าง หน้า 135

⁶⁷ เพ็งอ้าง หน้าเดียวกัน

เหมาะสมกับผู้กระทำผิด (punishment to fit the criminal) แนวความคิดใหม่นี้เห็นว่าการพิจารณาลงโทษต้องทำเป็นรายๆ เฉพาะกรณีไป โดยพิจารณาจากความเป็นจริงว่ามนุษย์แต่ละคนมีความสามารถไม่เท่าเทียมกันในการรับผิดชอบ จึงมีบุคคลหลายประเภทที่ควรจะได้รับ การผ่อนผัน เช่น ผู้เยาว์ บุคคลไร้ความสามารถ เป็นต้น⁶⁸

3.7.3 แนวความคิดเรื่องการลงโทษของเฟอร์รี (Ferri)

เฟอร์รี (Ferri) มีแนวความคิดในเรื่องของการลงโทษว่า การกำหนดโทษควรพิจารณาถึงปัจจัยแวดล้อมต่างๆ ที่มีผลให้อาชญากรกระทำความผิดด้วย และการลงโทษควรมุ่งที่จะให้เกิดผลดีในการแก้ไขสาเหตุของอาชญากรรม โดยพยายามให้ผู้กระทำความผิดได้กลับตัวเป็นพลเมืองดี⁶⁹

3.7.4 แนวความคิดเรื่องการลงโทษของลอมโบรโซ (Lombroso)

ลอมโบรโซ (Lombroso) มีแนวความคิดในเรื่องของการลงโทษว่า อาชญากรนั้นมีอยู่หลายประเภทแตกต่างกัน ฉะนั้นการลงโทษอาชญากรแต่ละประเภทจึงไม่ควรใช้วิธีเดียวกัน แม้ว่าจะได้กระทำผิดอย่างเดียวกัน⁷⁰

3.7.5 แนวความคิดเรื่องการลงโทษของการาฟาโร (Garafalo)

การาฟาโร (Garafalo) มีแนวความคิดในการลงโทษผู้กระทำความผิด สอดคล้องกับแนวความคิดของลอมโบรโซ ซึ่งเห็นว่าอาชญากรนั้นมีอยู่หลายประเภทแตกต่างกัน การลงโทษจึงไม่ควรเหมือนกัน แต่การาฟาโรมีความคิดเกี่ยวกับอาชญากรประเภทร้ายแรงหรืออาชญากร โดยกำเนิดควรลงโทษประหารชีวิตเพื่อให้หมดไปจากสังคม ส่วนอาชญากรที่ชั่วร้ายหรือก่อคดีอุกฉกรรจ์ควรให้ลงโทษโดยการจำคุกตลอดชีวิต อาชญากรที่กระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ควรลงโทษโดยการให้ไปทำงานหนักในทัณฑนิคม ส่วนอาชญากรทางเพศควรลงโทษโดยการเนรเทศให้ไป อยู่ในอาณานิคมนอกประเทศที่ห่างไกล⁷¹

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นว่า ทฤษฎีในเรื่องการลงโทษทางอาญาที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นทุกทฤษฎีต่างตั้งอยู่บนหลักของเหตุผล แต่ในการใช้ดุลยพินิจลงโทษผู้กระทำความผิดต้องมีการแยกแยะเป็นรายกรณีไป หากเป็นอาชญากรที่กระทำความผิดในคดีอุกฉกรรจ์หรืออาชญากร โดยกำเนิด หรือมีการกระทำผิดในคดีร้ายแรงโดยมีพฤติการณ์ในการกระทำความผิดซ้ำซากหรือ

⁶⁸ เฟ็งฮ้าง หน้า 135-136

⁶⁹ เฟ็งฮ้าง หน้า 136

⁷⁰ เฟ็งฮ้าง หน้าเดียวกัน

⁷¹ เฟ็งฮ้าง หน้าเดียวกัน.

หลายๆ ครั้ง การลงโทษที่รุนแรงก็มีความเหมาะสมเพื่อให้สังคมมีความปลอดภัย โดยกันอาชญากรเหล่านี้ออกไปจากสังคม แต่ทั้งนี้ก็ต้องพิจารณาถึงปัจจัยแวดล้อมต่างๆ ที่มีผลให้อาชญากรกระทำความผิดด้วย นอกจากนี้ยังต้องนำข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความสามารถของบุคคลมาใช้ในการพิจารณาความผิดด้วย เช่น เด็กเล็กๆ ไม่ควรได้รับการลงโทษ หรือผู้เยาว์ควรได้รับการลดหย่อนโทษ หรือใช้มาตรการทางอื่นที่มีความเหมาะสมกว่าการลงโทษทางอาญา ทั้งนี้เพื่อเป้าประสงค์สุดท้ายคือให้สังคมสงบสุขและมีความปลอดภัย ปราศจากซึ่งอาชญากรรมประเภทต่างๆ

3.8 ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญา

การจะลงโทษบุคคลที่ได้กระทำความผิดทางอาญา จำเป็นต้องพิจารณาถึงทฤษฎีการลงโทษทางอาญาประกอบด้วย ซึ่งแต่ละทฤษฎีมีรูปแบบและวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่มีความแตกต่างกัน การลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยโทษทางอาญาในปัจจุบัน มีทฤษฎีการลงโทษที่สำคัญและเป็นที่ยอมรับ ดังนี้

3.8.1 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อให้สาสม (retributive theory)

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อให้สาสม (retributive theory) ทฤษฎีนี้ตั้งอยู่บนความคิดของลัทธิเจตจำนงเสรี (free will) ที่เห็นว่าการกระทำของบุคคลอยู่ภายใต้การตัดสินใจโดยเสรีของบุคคลนั้น การกระทำใดๆ ของบุคคลย่อมเลือกกระทำเองโดยสมัครใจ ไม่มีปัจจัยภายนอกมาบีบบังคับ เมื่อการกระทำได้กระทำโดยเสรีผู้กระทำก็จะต้องรับผิดชอบในผลของการกระทำนั้น ทฤษฎีนี้เห็นว่ามูลเหตุที่ต้องลงโทษบุคคลใดก็ตาม เพราะบุคคลนั้น ได้กระทำความผิดและจะต้องถูกทดแทนด้วยการลงโทษ ความประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีนี้พิจารณาถึงการกระทำ ความผิดที่ได้กระทำลงไปและต้องมีการลงโทษ โดยมีได้พิจารณาถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากการลงโทษ เช่น ความทุกข์ยากของผู้ถูกลงโทษ หรือความลำบากของบุคคลที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น⁷²

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อให้สาสม (retributive theory) เป็นทฤษฎีการลงโทษที่มีแนวคิดพื้นฐานว่า บุคคลควรถูกตีเตือนเมื่อได้กระทำความผิด หรือพยายามกระทำความผิด หรือกระทำสิ่งผิดต่อศีลธรรมและควรได้รับการลงโทษ⁷³ แต่อย่างไรก็ตามทฤษฎีนี้ก็มีข้อโต้แย้งว่ายังไม่มีความเหมาะสมในการลงโทษ เพราะทัศนคติในการลงโทษให้สาสมมีความแปรปรวนและอาจ

⁷² สหชน รัตนไพจิตร *ความประสงค์ของการลงโทษทางอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา* วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2527 หน้า 32

⁷³ Larry A. Alexander. *The Philosophy of Criminal Law* The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Theory 2001 p.2-3 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=285954)

เกิดผลร้ายหรือผลในเชิงลบต่อผู้ถูกลงโทษ การลงโทษที่เหมาะสมต้องอาศัยเงื่อนไขที่มีอย่างเพียงพอรวมทั้งต้องมีเหตุผลที่เหมาะสม การลงโทษเพื่อให้สาสม (retributive) ด้วยการลงโทษขั้นสูงสุดอาจจะมีใช้การลงโทษที่มีเหตุผล หรือทำให้มาตรการลงโทษมีความเข้มแข็ง มั่นคง การลงโทษผู้ที่กระทำความผิดจึงต้องเป็นการให้เหตุผลสำหรับการลงโทษนั้นๆ ว่าถูกต้องเหมาะสมดีแล้ว และการลงโทษก็ควรมีขอบเขต⁷⁴

3.8.2 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกัน (preventive theory)

ทฤษฎีนี้มีทัศนะว่า การลงโทษควรมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการป้องกัน และรักษาระเบียบของสังคม ความเสียหายจากการกระทำผิดที่เกิดขึ้นไม่อาจเยียวยาให้ดีขึ้นได้ดั้งเดิม การกระทำผิดระหว่างสมาชิกในชุมชนก็ถือเป็นความผิดต่อสังคมโดยตรงหาใช่ความผิดส่วนตัวไม่ การลงโทษเป็นการข่มขู่คนในสังคมให้เกิดความเกรงกลัวไม่กล้าที่จะกระทำความผิด⁷⁵

3.8.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไขหรือดัดนิสัย (reformation theory)

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไขหรือดัดนิสัย เป็นทฤษฎีใหม่ซึ่งเป็นผลจากการนำวิธีคิดทางวิทยาศาสตร์มาใช้กับสังคมศาสตร์ ผลจากการศึกษาแบบ Empirical Method ทำให้เกิดข้อสงสัยว่าเหตุใดผู้กระทำความผิดและถูกลงโทษแล้วมักจะหวนกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก การลงโทษโดยพิจารณาแต่กฎหมายและความเหมาะสมของโทษจะใช้ได้จริงหรือ ทฤษฎีใหม่นี้ มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไขไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับมากระทำความผิดซ้ำ จึงมีการนำมาตรการในการรอกการลงโทษ การรอกการกำหนดโทษ หรือการคุมประพฤติมาบังคับใช้ ซึ่งได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย แต่อย่างไรก็ตามทฤษฎีนี้ยังมีผู้คัดค้านว่าเป็นการส่งเสริมให้มีการกระทำความผิด เพราะไม่มีมาตรการลงโทษให้เด็ดขาด⁷⁶

นอกจากทฤษฎีที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังมีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษอีกหลายทฤษฎี แต่ไม่เป็นที่ยอมรับมากนัก และในทางตำราก็ไม่ค่อยมีการกล่าวถึง เช่น

3.8.4 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการชดเชยความผิด (atonement theory)

ทฤษฎีนี้มีแนวความคิดว่ากลุ่มชนบางกลุ่มมีกฎข้อบังคับที่เชื่อกันว่าเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์เหนืออำนาจของกฎธรรมดารัฐชาติ บุคคลที่ได้ละเมิดก็ต้องมีการชดเชยเพื่อลบล้างการ

⁷⁴ibid p.3

⁷⁵สทธรณ รัตนไพจิตร อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 72 หน้า 43

⁷⁶เพ็งอ้าง หน้า 59

กระทำความผิดโดยวิธีกำจัดผู้กระทำความผิดให้พ้นไปเสียจากสังคม ทฤษฎีนี้จึงเป็นทฤษฎีที่ล้ำสมัย⁷⁷

8.3.5 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่หรือปราบปราม (deterrence theory)

ทฤษฎีนี้มีแนวความคิดในการลงโทษอย่างหนักต่อผู้กระทำความผิด เพื่อให้เกิดความเข็ดหลาบและไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำ ในขณะที่เดียวกันสังคมก็จะเกิดความเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิด ทฤษฎีนี้มีข้อโต้แย้งอย่างมาก และเป็นสาเหตุที่ทำให้กฎหมายมีบทลงโทษหนักเกินความเหมาะสม⁷⁸

8.3.6 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นที่พอใจแก่ผู้เสียหาย (genugtuung fuerden verwletzten)

ทฤษฎีนี้มีแนวความคิดว่าเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ผู้เสียหายย่อมไม่พอใจต่อการกระทำผิด เพราะเขาต้องได้รับความเสียหายหรือผลร้ายจากการกระทำผิดนั้น ดังนั้นจึงต้องลงโทษเพื่อเป็นที่พอใจแก่ผู้เสียหาย ให้ผู้เสียหายได้รับความพอใจว่า ผู้กระทำความผิดก็ถูกลงโทษเช่นเดียวกัน⁷⁹

สำหรับการลงโทษต่อผู้กระทำความผิด กรณีครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสมนั้น หากพิจารณาจากลักษณะความผิดแล้ว มีความแตกต่างจากการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือการประกอบธุรกิจที่สร้างความเสียหายอย่างมหาศาลแก่เจ้าของสิทธิ์ แต่ถือเป็นการผิดเพียงเล็กน้อยและมีความแตกต่างจากการกระทำความผิดในคดีอาญาทั่วไป สำหรับความผิดเล็กน้อยนั้นจะมีลักษณะของความผิด ดังนี้⁸⁰

(1) เมื่อพิจารณาในแง่ของคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว พบว่าความผิดเล็กน้อยตามกฎหมายอาญาเกือบทั้งหมด มุ่งประสงค์ที่คุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย คือ ควบคุมการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมให้มีความสุข และเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม คุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของรัฐโดยแท้ซึ่งไม่ใช่เรื่องส่วนตัว ความผิดเล็กน้อยในลักษณะดังกล่าวนี้จึงเป็นความผิดที่ไม่อาจยอมความกันได้ เช่น บทบัญญัติในเรื่องความผิดลหุโทษ ตามภาค 3 ของประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น

(2) เมื่อพิจารณาความผิดเล็กน้อยตามกฎหมายเฉพาะเรื่อง เป็นความผิดที่มุ่ง

⁷⁷ วรรณชัย วงศ์อุดมมงคล การใช้มาตรการอื่นแทนโทษทางอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดบางประเภท วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2548 หน้า 14

⁷⁸ เพิ่งอ้าง หน้าเดียวกัน

⁷⁹ เพิ่งอ้าง หน้าเดียวกัน

⁸⁰ สหชน รัตนไพจิตร อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 72 หน้า 30-32

ประสงค์จะคุ้มครองผลประโยชน์ในด้านต่างๆ ในการจัดความเป็นระเบียบเรียบร้อยในรัฐ ความผิดเหล่านี้จะเกี่ยวข้องกับกิจกรรมต่างๆ ที่คนโดยทั่วไปในสังคมจะต้องประสบในการดำเนินชีวิตประจำวัน โดยมุ่งหมายที่จะยกระดับมาตรฐานความปลอดภัย รวมถึงป้องกันการกระทำที่ไม่สุจริตระหว่างกัน เพื่อป้องกันการไร้ความรุนแรงที่อาจจะเกิดขึ้นในสังคม ความผิดเหล่านี้รัฐเป็นผู้เสียหายจึงเป็นหน้าที่ของรัฐโดยตรงที่จะดำเนินการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ในการบริหารงานของรัฐ รัฐจึงต้องดำเนินมาตรการที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ให้เป็นไปตามกฎหมาย เช่น ความผิดเกี่ยวกับการขนส่งที่กำหนดขึ้นเพื่อยกระดับมาตรฐานด้านการขนส่งและความปลอดภัยของประชาชน เป็นต้น ความผิดเล็กน้อยในลักษณะดังกล่าวนี้มีโทษความผิดโดยธรรมชาติ ทำให้ในบางครั้งผู้กระทำความผิดอาจไม่ทราบหรือไม่รู้ได้โดยตนเองว่าตนเองได้กระทำความผิด

(3) เมื่อพิจารณาจากอัตราโทษที่กฎหมายกำหนด พบว่าประเทศต่างๆ จะกำหนดโทษในความผิดเล็กน้อยไว้สอดคล้องกัน โดยส่วนใหญ่จะใช้โทษปรับเป็นหลัก ส่วนโทษจำคุกนั้นจะมีหรือไม่ก็ได้ หากมีโทษจำคุกประเทศส่วนใหญ่ก็จะกำหนดอัตราโทษขั้นสูงไว้เพียงเล็กน้อย เช่น ความผิดลหุโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย กำหนดโทษจำคุกไว้ไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นต้น

สำหรับกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย หากจะอธิบายด้วยทฤษฎีการลงโทษทางอาญา อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการป้องกันและรักษาระเบียของสังคม เป็นการป้องกันและคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของเอกชนจากการละเมิด หรือมีการใช้สิทธิที่ไม่สุจริตระหว่างกัน โดยกำหนดให้ต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและอาญาสำหรับการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามที่กฎหมายกำหนด แต่อย่างไรก็ตามความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยยังมุ่งเอาผิดและลงโทษอาญาต่อบุคคลที่กระทำเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า หรือเพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจส่วนตัว มากกว่าจะใช้บังคับกับประชาชนผู้ซื้อ ผู้ใช้ หรือผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์โดยลำพังที่มีได้กระทำให้วัตถุประสงค์ทางการค้า ซึ่งเป็นคนส่วนใหญ่ในสังคม

สำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) หากนำแนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดความผิดในกรณีเป็นผู้สนับสนุนให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์และมีการกำหนดบทลงโทษอาญาบังคับใช้ ถ้าจะอธิบายด้วยทฤษฎีต่างๆ ข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสมมิใช่อาชญากรที่กระทำความผิดออกจากรั้ว

ซึ่งมีความแตกต่างจากผู้ผลิตและผู้ค้าในเรื่องของลักษณะการกระทำความผิด ซึ่งหากจะวิเคราะห์ตามแนวความคิดของเฟอริ (Ferri) ที่ต้องนำปัจจัยแวดล้อมต่างๆ ที่มีผลให้กระทำความผิดมาพิจารณาด้วยแล้ว พบว่าในประเทศไทยถึงละเมิดลิขสิทธิ์มีเป็นจำนวนมากและมีการแพร่ระบาดอยู่ภายในประเทศมาเป็นเวลานาน อีกทั้งยังหาได้ง่ายกว่าสินค้าที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้อง มีราคาถูกกว่าของแท้ซึ่งมีราคาแพงมากจนยากที่จะเข้าถึง ทั้งค่านิยมและทัศนคติประชาชนที่ยังคุ้นเคยกับการใช้สินค้าและสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์มาเป็นระยะเวลาอันยาวนานจนเห็นเป็นเรื่องปกติ ล้วนเป็นปัจจัยแวดล้อมทางสังคมที่ทำให้คนในสังคมต้องกระทำความผิด ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการป้องกันการกระทำผิดเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าพึงจะใช้มาตรการทางกฎหมายเพียงอย่างเดียวไม่อาจแก้ไขปัญหาได้แต่รัฐจะต้องนำหลักรัฐศาสตร์มาใช้ควบคู่กันไปด้วย เช่น ต้องให้การศึกษาเรียนรู้แก่สังคมไทยให้ตระหนักถึงคุณค่าและความสำคัญของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ อันจะเป็นการปรับเปลี่ยนค่านิยมและทัศนคติของสังคม เป็นการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ในระยะยาว

4. สิทธิความเป็นส่วนตัว (Privacy Right) กับการใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์

สิทธิความเป็นส่วนตัว (privacy right) หรือสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว เป็นสิทธิที่กำเนิดขึ้นพร้อมกับสภาพบุคคลและติดตัวมาแต่กำเนิด และเป็นสิทธิที่นานาประเทศได้ให้การยอมรับกันเป็นสากล หากปัจเจกชนไม่มีแม้สิทธิในชีวิตส่วนตัวของตนแล้ว สิทธิอื่นๆ ย่อมไม่มีความหมายอีก ความเป็นอยู่ส่วนตัว (privacy) เป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่ทุกประเทศให้ความสำคัญมาก ประเทศส่วนใหญ่จะมีบทบัญญัติรองรับไว้โดยตรงในรัฐธรรมนูญ หรือแม้บางประเทศจะไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงแต่ก็ได้ตราบทบัญญัติรองรับไว้ในกฎหมายเฉพาะ⁸¹ ในบรรดาสิทธิที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนทั้งหมด “ความเป็นส่วนตัว” เป็นสิทธิลักษณะหนึ่งที่ยากที่สุดในการบัญญัติความหมาย หรือไม่สามารถให้คำนิยามที่แน่นอนและบางเวลาก็เกิดความสับสนกับคำว่าอิสรภาพ (liberty) ความเป็นอิสระในวิถีชีวิตหรือปกครองตนเอง (autonomy) การเก็บรักษาความลับ (secrecy) ความต้องการอยู่เพียงลำพังหรือสันโดษ (solitude)⁸² ในการบัญญัติความหมายจึงต้อง

⁸¹ทิพาพร นະมาตร์ สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว : ศึกษากรณีสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลสาธารณะ วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ 2551 หน้า 10

⁸²Herman T. Tavani *Philosophical Theory of Privacy : Implications An Adequate Online Policy Part 1 : Theories of Privacy Metaphilosophy* 38,1 (January 2007) Blackwell Publishing Ltd p.3

พิจารณาจากเนื้อหาสภาพสังคม วัฒนธรรม และพฤติกรรมแวดล้อมประกอบด้วย เนื่องจากมีหลักฐานว่าในหลายวัฒนธรรมจะมองเรื่องสิทธิความเป็นส่วนตัว (privacy right) แตกต่างกัน จึงมีผู้ให้นิยามความหมายแตกต่างกันในรายละเอียด แต่พอจะจำแนกสิทธิความเป็นส่วนตัวได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ⁸³

(1) สิทธิความเป็นส่วนตัวในตัวบทกฎหมาย คือ สิทธิความเป็นส่วนตัวที่มีการบัญญัติรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในตัวบทกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปแล้วประเทศต่างๆ มักจะให้การรับรองสิทธิประเภทนี้ไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ รวมถึงกฎหมายลำดับรองอื่นๆ เช่น กฎหมายอาญา กฎหมายแพ่ง กฎหมายที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน ฯลฯ

(2) สิทธิความเป็นส่วนตัวที่เกี่ยวกับชีวิตประจำวัน คือ สิทธิความเป็นส่วนตัวที่รับรู้กันตามบรรทัดฐานของสังคม แต่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งมีการนิยามกันในหลายด้าน เช่น

Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis อธิบายถึงความเป็นส่วนตัวว่า หมายถึง “สิทธิที่จะอยู่โดยลำพัง” (the right to be let alone)⁸⁴

Michael Argues ระบุว่า สิทธิความเป็นส่วนตัวคือสิทธิในการควบคุมข้อมูลข่าวสารโดยตนเองในเรื่องที่เกี่ยวกับการดำเนินชีวิตตามธรรมดาทั่วไป⁸⁵

Roger Clarke เห็นว่านิยามที่ดีที่สุดของ “ความเป็นส่วนตัว” คือ ผลประโยชน์ของปัจเจกชนที่พึงรักษาไว้ภายใต้ขอบเขตของตนเอง โดยปราศจากการแทรกแซงจากบุคคลหรือองค์กรภายนอก (the interest individuals have in sustaining a personal space, free from interference by other people and organizations)⁸⁶

Chandran Kukathas ระบุว่า “ความเป็นส่วนตัว” ถูกหยิบยกมาเป็นประเด็นเพื่อวิพากษ์วิจารณ์ถึงความแตกต่างและขอบเขตของการดำเนินชีวิตร่วมกันในสังคม ระหว่างสิ่งที่เป็นเรื่องสาธารณะและเรื่องส่วนบุคคล ทุกผลการวิเคราะห์ที่อยู่ในขอบเขตที่เกี่ยวกับอิสรภาพ เสรีภาพ และสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล คือความเป็นส่วนตัวซึ่งย่อมปราศจากสิ่งรบกวนหรือถูกแทรกแซง⁸⁷

⁸³ พัฒน์รพี เล่าตระกูล วัฒนธรรมไทยกับการรับรู้หลักการและพฤติกรรมในการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของประชาชน วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2549 หน้า 7-8

⁸⁴ พัฒน์รพี เล่าตระกูล เพิ่งอ้าง หน้า 8

⁸⁵ พัฒน์รพี เล่าตระกูล เพิ่งอ้าง หน้าเดียวกัน

⁸⁶ Herman T. Tavani supra note 82 p.3

⁸⁷ Chandran Kukathas *Cultural Privacy* The Monist 91,1 (January 2008) pp. 69-70

ศาลสูงสุดของสหรัฐ ได้เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับ “ความเป็นส่วนตัว” ว่า เป็นสิ่งที่มีเนื้อหาครอบคลุมถึงสิทธิที่ชอบธรรมของพลเมืองมากที่สุด และเป็นสิทธิที่มีค่าสูงสุดสำหรับอารยชน (the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men)⁸⁸

แนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว มีมานานควบคู่กับสังคมมนุษย์ แม้ว่ามนุษย์ต้องอยู่ร่วมกันเป็นสังคมจึงมีการออกกฎ ระเบียบ ข้อบังคับในการอยู่ร่วมกันในสังคม แต่ในบางขณะมนุษย์ก็มีความต้องการที่จะถอยห่างออกจากสังคม เพื่ออยู่โดยลำพังด้วยหลายๆ สาเหตุ จึงมีการเรียกร้องให้มีการคุ้มครองสิทธิส่วนตัวมานานกว่า 2,000 ปี ในฐานะที่เป็นสิทธิตามธรรมชาติ มิใช่สิทธิตามกฎหมาย สิทธิตามธรรมชาตินี้สามารถใช้อ้างได้ทุกเวลาทุกสถานที่ และสิ่งสำคัญคือ สามารถใช้เป็นข้อต่อสู้เพื่อเรียกร้องให้รัฐปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลจากการกระทำที่ถือว่าการละเมิดสิทธิเสรีภาพ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยรัฐหรือเอกชนด้วยกันก็ตาม⁸⁹

ในสมัยกรีกและโรมัน สิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลมักจะถูกใช้กล่าวอ้างเพื่อเป็นข้อเรียกร้องต่อผู้มีอำนาจในรัฐ โดยที่มาของการให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนตัวนี้สามารถพิจารณาได้จากสำนึกที่ประกอบไปด้วยศีลธรรมของมนุษย์ว่า มนุษย์มีสำนึกในความถูกต้องเหมาะสมตามสิทธิธรรมชาติที่มนุษย์ได้รับมาแต่กำเนิด นักปรัชญาที่ได้ให้การสนับสนุนแนวความคิดนี้มาอยู่หลายท่าน ได้แก่

เฮราคลิตุส (Heraclitust) นักปรัชญากรีกซึ่งมีชีวิตอยู่ในช่วง 540-480 ก่อนคริสตกาล ได้พยายามค้นหาสิ่งที่จะเกี่ยวกับธรรมชาติ โดยเฉพาะความจริงที่เกี่ยวกับแก่นสารของชีวิต เขาพบว่าธรรมชาติคือความสัมพันธ์ของสรรพสิ่ง แก่นสารของชีวิตคือธรรมชาติและเป็นที่ที่มีอยู่ในธรรมชาติ ซึ่งประกอบด้วยจุดหมายปลายทาง ระเบียบและเหตุผลอันแน่นอนไม่อาจแปรผันได้ ซึ่งเป็นการยืนยันว่า กฎเกณฑ์ซึ่งใช้เป็นตัวควบคุม “แก่นสารของชีวิต” นั้นย่อมมีปรากฏอยู่แล้วในธรรมชาติ มิได้เกิดจากการบัญญัติหรือเจตจำนงของมนุษย์ผู้มีอำนาจคนใด โดยเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นภววิสัย (objective) หรือเป็นจริงอยู่เองโดยธรรมชาติ ซึ่งอยู่นอกและอยู่เหนือ โครงสร้างอำนาจรัฐ⁹⁰

⁸⁸ Daniel J. Solove Professor *Understanding privacy* harvard university press 2008 p.1 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1127888)

⁸⁹ พันธ ทัศนียานนท์ “สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลของชนชาวไทย” *วารสารนิติศาสตร์* 11,3 2523 หน้า 431-432 อ้างใน สุภา พงศ์หลอพิสิษฐ์ *มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวที่เกิดจากการใช้โทรศัพท์และโทรสารในธุรกิจขายตรง* วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2552 หน้า 11

⁹⁰ จรัญ โฆษณานันท์ *นิติปรัชญา* พิมพ์ครั้งที่ 13 สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง กรุงเทพมหานคร 2547 หน้า 122

แนวคิดนี้จึงสนับสนุนสิทธิความเป็นส่วนตัวของมนุษย์ในฐานะที่เป็นสิทธิตามธรรมชาติ ซึ่งอยู่นอกและอยู่เหนือโครงสร้างอำนาจรัฐ อันได้แก่ กฎ ระเบียบ ข้อบังคับต่างๆ ที่รัฐได้กำหนด

เพลโต (Plato) เห็นว่า กฎหมายที่กำหนดขึ้นเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่นั้น มีลักษณะหยาบเกินกว่าที่จะนำมาใช้กับมนุษย์ที่มีความซับซ้อน และสรุปว่ากฎหมายธรรมชาติเป็น “แบบ” อันไม่มีวันเปลี่ยนแปลงที่ใช้เป็นบรรทัดฐานต่อกฎหมายบ้านเมือง (positive law) โดยกฎหมายที่ตราขึ้นใดๆ ต้องสอดคล้องกับ “แบบ” แห่งธรรมชาตินี้ มิฉะนั้นก็ไม่อาจเรียกว่าเป็นกฎหมายได้ และมีเพียงปรัชญาเมธีผู้มีญาณปัญญาอันบริสุทธิ์เท่านั้นที่สามารถเข้าถึง “แบบ” หรือเนื้อหาแห่งกฎหมายธรรมชาตินี้ได้ แนวความคิดนี้สนับสนุนในเรื่องสิทธิความเป็นส่วนตัวของมนุษย์ที่มนุษย์ย่อมมีสำนึกรู้ว่า ตนมีสิทธิในส่วนตนเพียงไร อันเป็นธรรมชาติของมนุษย์นั่นเอง อย่างไรก็ตามในช่วงสุดท้ายของชีวิต ประสบการณ์เชิงลบที่ได้รับจากความพยายามในการสถาปนารัฐในอุดมคติทำให้เพลโตต้องยอมรับว่าเป็นเรื่องยากที่จะหาบุคคลที่ทรงภูมิปัญญาและมีความปราดเปรื่องอย่างไม่มีที่ติมาปกครองรัฐ ทำให้ต้องยอมรับเรื่อง “นิติรัฐ” (legal state) ที่ปกครองภายใต้หลักกฎหมายว่าเป็นทางเลือกในประการที่สอง⁹¹

อริสโตเติล (Aristotle) ซึ่งเป็นสานุศิษย์ของเพลโต มีแนวความคิดที่สอดคล้องและเห็นด้วยกับแนวความคิดของเพลโตในเรื่องของนิติรัฐ แต่ยังมีความเห็นเพิ่มเติมอีกว่า นอกจากจะมีนิติรัฐซึ่งปกครองด้วยหลักกฎหมายแล้ว ยังต้องมีกฎหมายเป็นเครื่องกำหนดคุณธรรมที่มีโดยธรรมชาตินั้น และเหตุผลของมนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของธรรมชาติที่เป็นกฎหมาย ซึ่งธรรมชาติได้ให้ความสามารถในการใช้เหตุผลแก่มนุษย์ที่แตกต่างจากสัตว์โลกชนิดอื่นๆ เหตุผลที่มนุษย์รู้ว่าตนมีขอบเขตในการกระทำเพียงไรในเรื่องต่างๆ เป็นสิทธิตามธรรมชาติ ซึ่งเป็นสิทธิส่วนตัวของบุคคลที่จะไม่ถูกกล่าวล่วงเป็นสิ่งที่รู้ได้ด้วยตนเองจากความมีเหตุผลที่เป็นคุณสมบัติพิเศษในความเป็นมนุษย์⁹²

ซีเซโร (Cicero) นักปรัชญาในสมัยโรมัน ได้กล่าวถึงกฎหมายธรรมชาติที่ได้ให้การรับรองสิทธิธรรมชาติ หมายความว่ารวมถึงสิทธิส่วนตัวอย่างชัดเจนว่า กฎหมายที่แท้จริงคือ เหตุผลที่ถูกต้องสอดคล้องกับธรรมชาติแผ่ซ่านไปในทุกสิ่งอย่างสม่ำเสมอเป็นนิรันดร์ ก่อให้เกิดหน้าที่ที่ต้องทำโดยคำสั่ง หรือห้ามไม่ให้กระทำความชั่ว ซึ่งเป็นหน้าที่อันศักดิ์สิทธิ์ที่จะต้องไม่บัญญัติกฎหมายให้ขัดแย้งกับกฎหมายนี้ กฎหมายธรรมชาติจึงไม่อาจถูกยกเลิกหรือทำให้เสื่อมลงได้

⁹¹ เพิ่งอ้าง หน้า 126-128

⁹² สุภา พงศ์หลอพิสิษฐ์ มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวที่เกิดจากการใช้โทรศัพท์และโทรสารในธุรกิจขายตรง วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตรมหาวิทาลัยธุรกิจบัณฑิต 2552 หน้า 8-9

ดังนั้นไม่ว่ารัฐหรือบุคคลอื่นๆ ก็ไม่อาจแทรกแซงหรือยกเลิกกฎหมายธรรมชาติที่มีอยู่ในตัวมนุษย์⁹³

โทมัส ฮ็อบส์ (Thomas Hobbes) วิเคราะห์ว่ากฎหมายธรรมชาติได้แก่ความมีอิสรภาพที่จะกำหนดและยอมตัวเข้าผูกพัน เมื่อยกเลิกกฎคนก็มีอิสระสมบูรณ์ ทุกคนต้องการความสงบในกรอบที่พอจะหาได้ คนจึงยอมสละสิทธิธรรมชาติและตกลงทำสัญญาประชาคม สิทธิธรรมชาติคือความเท่าเทียมกันของคนที่จะอ้างสิทธิเพื่อความอยู่รอดของตนได้ตามธรรมชาติ และแต่ละคนสามารถสร้าง “สมบัติ” ของตนได้เสมอ การใช้สิทธิธรรมชาติของคนจะถูกจำกัดก็แต่โดยสิทธิของผู้อื่นระเบียบของสังคมจึงเกิดขึ้น⁹⁴ แนวความคิดของฮ็อบส์ มีความสำคัญต่อหลักทั่วไปของทฤษฎีการเมือง ซึ่งภายหลังจากสงครามกลางเมืองในอังกฤษ ค.ศ.1642-1651 ท่ามกลางความสับสนวุ่นวายและขาดเสถียรภาพทางการเมือง ฮ็อบส์ได้เสนอแนวคิดเกี่ยวกับการปกครองโดยรัฐที่มีอำนาจอธิปไตยที่สมบูรณ์ (absolute sovereignty) และปฏิเสธแนวคิดในเรื่องรัฐที่มีอำนาจอันจำกัด (limited government) ฮ็อบส์สนับสนุนการใช้อำนาจของรัฐและบางครั้งถูกนำไปเปรียบเทียบกับลัทธิเผด็จการ (totalitarianism)⁹⁵

จอห์น ล็อก (John Locke) มีแนวความคิดว่า ทุกคนเกิดมาด้วยความเท่าเทียมกันและเสมอภาคกัน ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพ รัฐซึ่งหมายถึงผู้ปกครองทุกระดับจะใช้อำนาจตามอำเภอใจไม่ได้ นอกจากนี้ยังได้คัดค้านการรวมอำนาจอยู่ที่กษัตริย์เพียงคนเดียวแต่ควรแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 3 อำนาจ ได้แก่ อำนาจในการออกกฎหมาย อำนาจในการบริหาร และอำนาจในการทำสงครามและสัญญาต่างประเทศ แนวคิดของจอห์น ล็อก เพื่อที่จะแก้ไขปัญหาการใช้อำนาจของผู้ปกครอง ซึ่งเป้าหมายหลักคือการรักษาไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะไม่ถูกรบกวนจากการใช้อำนาจของผู้ปกครองโดยขาดความเป็นธรรม อันเป็นสิทธิธรรมชาติที่อยู่ควบคู่กับความเป็นมนุษย์ของบุคคลที่เป็นราษฎรนั่นเอง⁹⁶

⁹³ปรีดี เกษมทรัพย์ “อำนาจ ความชอบธรรมและขอบเขตของรัฐในการบัญญัติกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน” *วารสารนิติศาสตร์* 11,3 2523 หน้า 384 อ้างใน สุภา พงศ์หลอพิสิษฐ์ อ้างไว้เชิงอรรถ 96 หน้า 9

⁹⁴Frederick J. E. Woodbridge “Hobbes Sections” 1930 p.136 อ้างใน สุภา พงศ์หลอพิสิษฐ์ อ้างไว้เชิงอรรถ 96 หน้า 9

⁹⁵Alice Ristroph Associate Professor *Respect and Resistance in Punishment Theory* California Law Review Vol.97 (2009) pp.605-606 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1255102)

⁹⁶วิชัย สังข์ประไพ คร. *กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง* สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง กรุงเทพมหานคร 2543 หน้า 11-12

ความสำคัญของการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว หรือสิทธิส่วนบุคคลได้รับการยอมรับในนานาประเทศและระหว่างประเทศ ดังจะเห็นได้จากการที่องค์การสหประชาชาติ (UN) ได้มีบทบัญญัติรับรองและให้การคุ้มครองสิทธิประเภทนี้ไว้อย่างชัดเจน โดยปฏิญญาสากลว่าด้วยมนุษยชน ค.ศ.1948 ได้กำหนดไว้ในข้อที่ 12 ว่า “บุคคลย่อมไม่ถูกแทรกแซงโดยผลการในความ เป็นอยู่ส่วนตัวในครอบครัว ในเคหสถาน หรือในการสื่อสาร หรือไม่อาจถูกลบหลู่ในเกียรติยศและ ชื่อเสียง บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองโดยกฎหมายต่อการก้าวล่วงในสิทธิ เช่นว่านั้น”⁹⁷

สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Convention on Human Right) มาตรา 8 กำหนดว่า “บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับความเคารพในความเป็นอยู่ส่วนตัว ในครอบครัว ในชีวิต ในเคหสถานหรือในการสื่อสาร” (Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence)

นอกจากนี้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา (American Convention on Human Rights) มาตรา 11⁹⁸ และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights, 1966) มาตรา 17⁹⁹ ก็มีบทบัญญัติให้

⁹⁷UN’s Universal Declaration of Human Right 1948. Article 12 “No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.”

⁹⁸American Convention on Human Rights

Article 11. Right to Privacy

1. Everyone has the right to have his honor respected and his dignity recognized.
2. No one may be the object of arbitrary or abusive interference with his private life, his family, his home, or his correspondence, or of unlawful attacks on his honor or reputation.
3. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.

⁹⁹International Covenant on Civil and Political Rights, 1966.

Article 17

1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.
2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.

การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลไว้ในตนเองเดียวกัน

สำหรับกฎหมายคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวฉบับแรก บัญญัติขึ้นที่สหรัฐอเมริกา โดยมีจุดเริ่มต้นจากบทความของ Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis เรื่อง The Right of Privacy ซึ่งตีพิมพ์ลงใน The Harvard Law Review ใน ค.ศ.1890 มีความว่า “หนังสือพิมพ์ได้ก้าวล่วงเข้าไปในขอบเขตที่เด่นชัดของระเบียบแบบแผนและความบังควร เรื่องซุบซิบนิทาไม่ใช่เรื่องเหลวไหลอีกต่อไปแต่ได้กลายเป็นการค้า เป็นการบังอาจเพื่อสนองตอบตัณหาราคะ ได้มีการตีพิมพ์เรื่องเพศสัมพันธ์ในคอลัมน์ต่างๆ ของหนังสือพิมพ์ประจำวันอย่างแพร่หลายเพราะอาจหามาได้ง่าย โดยเพียงแต่ล่วงรู้ถึงความสัมพันธ์ในครอบครัวเท่านั้น ซึ่งภาวะความเป็นส่วนตัวที่ถูกรบกวนมากขึ้นจากสื่อมวลชนก่อให้เกิดความเจ็บปวดทางด้านจิตใจอันร้ายแรงกว่าความเจ็บปวดทางกาย¹⁰⁰ บทความดังกล่าวทำให้เกิดความตื่นตัวและเป็นปัจจัยสำคัญในการกระตุ้นให้มีการรับรองสิทธินี้ โดยกฎหมายจารีตประเพณี (common law) และอีกสาเหตุหนึ่งเกิดจากการที่ศาลอุทธรณ์มลรัฐนิวยอร์ก ได้มีคำพิพากษายกคำร้องโจทก์ด้วยคะแนน 4 ต่อ 3 กรณีที่โจทก์ขอให้ศาลออกคำสั่งห้ามใช้รูปภาพเด็กผู้หญิงในการโฆษณา โดยเด็กและผู้ปกครองมิได้ยินยอมในการโฆษณานั้น ด้วยเหตุผลที่ว่า กฎหมายเกี่ยวข้องกับสิ่งที่เป็นรูปธรรมและไม่มีเจตนาให้มีผลให้เกิดความเสียหายทางจิตใจ และ common law มิได้ให้การรับรองสิทธิในชีวิตส่วนตัวแต่ประการใด คำพิพากษานี้กระตุ้นให้เกิดการตื่นตัวและให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิส่วนตัว เป็นผลให้รัฐสภามลรัฐนิวยอร์กผ่านรัฐบัญญัติรับรองสิทธิในชีวิตส่วนตัวในปี ค.ศ.1903 เพื่อเอาผิดกับผู้ที่ใช้ชื่อภาพถ่ายหรือภาพวาดของบุคคลอื่นที่ยังมีชีวิตอยู่เพื่อการโฆษณา หรือเพื่อประโยชน์ในการค้าโดยมิได้รับอนุญาตหรือยินยอมล่วงหน้าจากบุคคลนั้น ซึ่งต่อมารัฐสภาของมลรัฐอื่นก็มีการบัญญัติกฎหมายรับรองสิทธิในชีวิตส่วนตัวเช่นกัน¹⁰¹

ในสหรัฐอเมริกา สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวนับเป็นสาระสำคัญแห่งเสรีภาพของบุคคล ภายใต้ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ ถือว่ามนุษย์ทุกคนย่อมมีความเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย และมีสิทธิขั้นมูลฐานบางอย่างที่ถือเป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ (natural right) ที่ผู้ใดจะละเมิดมิได้ สิทธิตามธรรมชาติจึงเป็นหลักกฎหมายสูงสุด และเป็นสิทธิที่พลเมืองสามารถยกขึ้นอ้างยื่นต่อรัฐได้ (civil right)¹⁰² จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา (The Constitution of the United State of America) ด้วยการเพิ่มบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของ

¹⁰⁰ พัดนัรพี เล่าตระกูล อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 75 หน้า 10

¹⁰¹ เพิ่งอ้าง หน้า 11

¹⁰² เพิ่งอ้าง หน้า 12

ประชาชน (Bill of Right) เดิมทีสิทธิความเป็นส่วนตัวได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายคอมมอนลอร์เป็นหลัก ซึ่งในสหรัฐอเมริกาช่วงแรกๆ ก็ใช้กฎหมายคอมมอนลอร์แก้สิทธิความเป็นส่วนตัว เช่น ความผิดในกรณีหมิ่นประมาทซึ่งมีผลกระทบต่อเกียรติยศชื่อเสียงของบุคคลอื่น หรือการละเมิดต่อสิทธิในทรัพย์สินบางประเภท เช่น ภาพวาด งานศิลป์ เป็นต้น

สำหรับการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัว (privacy right) อาจมีลักษณะหลากหลายรูปแบบซึ่งจะแตกต่างกันออกไปตามกิจกรรมหรือการกระทำ บางลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิที่มีความร้ายแรง หรือเป็นอันตรายต่อบุคคลผู้เป็นเจ้าของสิทธิ เช่น¹⁰³

- (1) หนังสือพิมพ์ตีพิมพ์ชื่อเหยื่อที่ถูกข่มขืน
- (2) นักข่าวที่บุกรุกเข้าไปในบ้านพักส่วนบุคคลเพื่อบันทึกภาพที่เป็นความลับส่วนตัว
- (3) การใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์พิเศษที่สามารถมองผ่านทะลุเสื้อผ้า หรือการตรวจค้นตัวบุคคลโดยการให้ถอดเปลื้องเสื้อผ้า
- (4) การที่รัฐบาลใช้อุปกรณ์ชนิดพิเศษที่สามารถมองทะลุเข้าไปตรวจสอบภายในบ้านพักส่วนบุคคล
- (5) การที่บริษัทจัดทำบัญชีรายชื่อลูกค้าพร้อมข่าวสารข้อมูลส่วนตัว และนำไปมอบให้กับบริษัทอื่นได้ใช้ประโยชน์จากข้อมูลนั้น

ในสหรัฐฯ มีคดีตัวอย่าง Barber v. Time, Inc (1942) โจทก์ได้รับการรักษาตัวอยู่ในโรงพยาบาล ในระหว่างการรักษาโจทก์ได้กินอาหารอยู่ตลอดเวลาโดยไม่รู้จกั้ม หนังสือพิมพ์พิมพ์ได้ถ่ายรูปของโจทก์โดยไม่ได้ได้รับความยินยอมจากโจทก์ และตีพิมพ์โดยพาดหัวข่าวว่า ตะกละตะกลามผู้หิวโหย (starving glutton) โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดสิทธิส่วนบุคคล ศาลตัดสินว่าจำเลยมีความผิดฐานละเมิดสิทธิส่วนบุคคล¹⁰⁴

ส่วนในอังกฤษ ในคดี Dalglish v. Lothian and Borders Police Board (1991) นายจ้างได้มีข้อตกลงกับลูกจ้างว่าข้อมูลส่วนบุคคลที่นายจ้างได้สอบถามและจัดทำทะเบียนประวัติ อาทิ อายุ ระยะเวลาทำงาน ประวัติการเจ็บป่วยและการรักษา รายได้ประจำ รายได้พิเศษ ฯลฯ นายจ้างจะนำมาใช้เฉพาะในการจ้างทำงานนี้เท่านั้น นายจ้างจะไม่นำไปใช้นอกวัตถุประสงค์การจ้าง ดังนี้เมื่อมีหน่วยงานอื่นๆ ของรัฐขอประวัติของลูกจ้างจากนายจ้าง ศาลได้ตัดสินว่านายจ้างไม่อาจที่จะ

¹⁰³Daniel J. Solove Professor supra note 88 p.6

¹⁰⁴จันทร์ลักษณ์ โชติรัตนดิลก กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีสารสนเทศ (Information Technology Law) วารสารนิติศาสตร์ 25,3 หน้า 508

เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของลูกจ้าง ไม่ว่าจะข้อมูลนั้นจะได้เก็บในระบบธรรมดาหรือเก็บในคอมพิวเตอร์ก็ตาม¹⁰⁵

ปัจจุบัน แนวคิดเรื่อง “ความเป็นส่วนตัว” มีกรอบความคิดที่กว้างขวาง และครอบคลุมไปในหลายเรื่อง ทั้งความเป็นอิสระทางความคิด สิทธิเหนือร่างกายของบุคคล การอยู่อย่างสันโดษ ภายในบ้านพักส่วนบุคคล การควบคุมข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล ความเป็นอิสระที่จะไม่ถูกควบคุม การปกป้องชื่อเสียงเกียรติภูมิส่วนบุคคล การป้องกันการถูกลibel หรือสอบถามข้อมูลส่วนบุคคล เป็นต้น¹⁰⁶

สำหรับประเทศไทย บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนับตั้งแต่เปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ.2475 ก็ได้มีบทบัญญัติรับรองสิทธิส่วนบุคคลเอาไว้ไม่น้อยแตกต่างกันออกไปตามแต่สถานการณ์บ้านเมืองและลักษณะการใช้อำนาจปกครองของคณะบุคคลที่กุมอำนาจรัฐในขณะนั้น สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งบังคับใช้ในปัจจุบัน มีบทบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ ซึ่งบทบัญญัติที่มีความสำคัญและเกี่ยวข้องกับสิทธิความเป็นส่วนตัวมีอยู่หลายประการ เช่น

(1) บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ (มาตรา 28)

(2) บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้ (มาตรา 32)

(3) บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถาน (มาตรา 33)

(4) บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและมีเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร (มาตรา 34)

(5) สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมได้รับความคุ้มครอง (มาตรา 35)

(6) บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย (มาตรา 36)

¹⁰⁵ เฟ็งฮ้าง, หน้า 509.

¹⁰⁶ Daniel J. Solove Professor *Conceptualizing Privacy* California Law Review Vol.90 p.1088

(http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=313103)

(7) บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา (มาตรา 37)

(8) สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง (มาตรา 41)

(9) บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ (มาตรา 43)

(10) บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

(11) บุคคลย่อมมีเสรีภาพในทางวิชาการ (มาตรา 50) เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยยังไม่ได้มีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นเมื่อมีการละเมิดสิทธิเกิดขึ้นจึงต้องมีการฟ้องร้องและบังคับตามกฎหมายอาญาในฐานความผิดต่างๆ หรือฟ้องละเมิดตามกฎหมายแพ่ง

เนื่องจากสิทธิความเป็นส่วนตัวได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย จึงมีข้อควรพิจารณาว่าวิธีการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวนั้นเป็นอย่างไร ซึ่งในปัจจุบันที่ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีมีมากขึ้น จึงทำให้การละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวทำได้ง่ายขึ้นเช่นกัน เช่น การดักฟังโทรศัพท์ การใช้กล้องอิเล็กทรอนิกส์ตรวจสอบพฤติกรรมของบุคคล ฯลฯ ซึ่งในสหรัฐอเมริกา การละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวตามแนวคิดของ Prosser ได้แยกออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่¹⁰⁷

(1) การรบกวนแทรกแซงความสันโดษหรือกิจกรรมส่วนตัว (intrusion) เป็นการล่วงเกินขอบเขตส่วนตัวของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือเข้าไปยุ่งกับกิจกรรมส่วนตัว เช่น การลักลอบดักฟังทางโทรศัพท์ การแอบบันทึกภาพบุคคลขณะใช้ชีวิตส่วนตัวในสถาน เป็นต้น

(2) การเปิดเผยเรื่องราวส่วนตัว (public disclosure of private facts) ได้แก่ การไขข่าวในเรื่องที่เกี่ยวกับชีวิต หรือกิจกรรมส่วนตัวของบุคคลอื่น โดยไม่มีอำนาจ แม้เรื่องดังกล่าวจะเป็นความจริงแต่อาจทำให้อับอาย หรือเสื่อมเสียต่อเกียรติยศ ชื่อเสียง เป็นต้น

(3) การไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนความจริง (false light in the public eye) เช่น การทำให้บุคคลอื่นต้องเสื่อมเสียในสายตามสาธารณชน การใช้ชื่อหรือภาพของบุคคลอื่นในกิจกรรมที่เขามีได้มีส่วนเกี่ยวข้องด้วย เป็นต้น

(4) การใช้ชื่อหรือภาพบุคคลเพื่อประโยชน์โดยไม่ได้รับความยินยอม (appropriation) เช่น การใช้ชื่อหรือภาพของบุคคลอื่นในการโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์สินค้าเพื่อประโยชน์ของตน โดยไม่ได้รับอนุญาตจากบุคคลตามชื่อหรือภาพนั้น เป็นต้น

¹⁰⁷ อ่างแล้วในเชิงอรรถที่ 89 หน้า 17

จากคำพิพากษาของศาลในประเทศต่างๆ การละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวมีรูปแบบที่คล้ายๆ กัน ทำให้สามารถแยกรูปแบบการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวได้ ดังนี้¹⁰⁸

(1) การละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวทางกายภาพ (physical intrusion) การละเมิดสิทธิในลักษณะนี้จะสามารถเห็นได้ชัดเจน เช่น การบุกรุกเข้าไปในเคหสถาน การแอบดู แอบถ่าย การลักลอบฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ การเปิดจดหมาย เป็นต้น

(2) การใช้ชื่อหรือภาพ (use of name or picture) เช่น การนำชื่อหรือภาพของบุคคลไปใช้เพื่อประโยชน์ในทางการค้าหรือโฆษณาเพื่อให้ตนเองได้ผลประโยชน์โดยเจ้าของชื่อหรือภาพนั้นไม่ยินยอม การนำชื่อหรือภาพของบุคคลอื่นไปสร้างความเสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติยศของผู้เป็นเจ้าของ เป็นต้น

(3) การแต่งเรื่องราวที่ไม่มีมูลความจริง (fictionalization) เช่น การแต่งเรื่องราวที่ทำให้บุคคลสาธารณะต้องตกเป็นข่าว ไม่ว่าข่าวนั้นจะทำให้บุคคลที่ถูกกล่าวถึงจะได้รับความเสียหายต่อเกียรติยศชื่อเสียงหรือไม่ก็ตาม นับเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวอีกประการหนึ่ง

(4) การเปิดเผยเรื่องราวส่วนตัว (revealing intimate facts) เป็นการเปิดเผยข้อเท็จจริงส่วนบุคคลที่ต้องการเก็บไว้แต่เพียงผู้เดียว หรือไม่ต้องการให้ผู้อื่นรับรู้ เช่น ประวัติทางการแพทย์ ความเชื่อส่วนบุคคล รายรับรายจ่าย เป็นต้น สิ่งเหล่านี้ถ้าถูกเปิดเผยอาจสร้างความเสียหายให้แก่ผู้เป็นเจ้าของ จึงถือเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัว

(5) การถูกละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวด้วยวิธีอื่น เช่น ถูกละเมิดโดยกฎหมายที่ออกโดยวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งก้าวล่วงเข้าไปในความเป็นส่วนตัวของบุคคล เป็นต้น

สำหรับประเทศไทย การละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวนั้น หากจะพิจารณาว่าการกระทำใดจะเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวหรือไม่ สามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติของกฎหมาย เนื่องจากประเทศไทยการบัญญัติในกิจกรรมที่ถือเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวถูกบัญญัติไว้ค่อนข้างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บทบัญญัติของกฎหมายอาญา หรือกฎหมายอื่นๆ

¹⁰⁸ อังแล้ว เจริญรอด 92 หน้า 19-22

กรณีการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย (otherwise than for his private and domestic use) ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) จะถือเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวของประชาชน และส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตประจำวันหรือไม่ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างปรากฏการณ์ทางสังคมมาอธิบายถึงผลกระทบที่มีต่อความเป็นส่วนตัวของประชาชนเป็นกรณีไป ดังนี้

(1) การครอบครองและใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อความเพลิดเพลินและเป็นส่วนตัวภายในบ้านพัก เป็นปรากฏการณ์ทางสังคมที่มีอยู่ในทุกชนชาติ หลังจากที่บริษัทฟิลลิป (Philips) ได้นำสินค้าเครื่องบันทึกเทปคลาสเซ็ท (cassette recorder) มาจัดแสดงที่สถานีวิทยุเบอร์ลินในปี 1963 ทำให้ประชาชนรับรู้ถึงบทเพลง ดนตรี ที่สามารถทำให้ผู้ฟังเกิดอารมณ์คล้อยตามทำนองบทเพลงหรือดนตรี ประชาชนสามารถใช้ชีวิตอยู่กับสุนทรียของบทเพลงภายในบ้านที่มีความเป็นส่วนตัว¹⁰⁹ ในปี 1970-1980 การบันทึกที่บ้านกลายเป็นปรากฏการณ์นานาชาติ ประชาชนมีการแบ่งปันสื่อบันทึกเสียงที่ละเมิดลิขสิทธิ์ให้แกกันเพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัวภายในบ้านพัก ในปัจจุบันพบว่าเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ที่ทันสมัยทำให้ประชาชนสามารถดาวน์โหลด (downloading) โปรแกรมคอมพิวเตอร์ เสียงเพลง ดนตรี หรือภาพยนตร์ ทางอินเทอร์เน็ต (internet) รวมทั้งสามารถทำสำเนาข้อมูลบันทึกลงแผ่นซีดี และวัสดุบันทึกข้อมูลอื่นๆ แจกจ่ายให้แกกันได้ การบังคับใช้กฎหมายที่มีความเข้มงวดสูง เช่น การกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ หรือผู้ใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น ย่อมจะเกิดผลกระทบต่อประชาชน ทำให้ไม่สามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เลย ซึ่งมีความแตกต่างจากการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย (otherwise than for his private and domestic use) ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) ที่รัฐยังคงอนุญาตให้ประชาชนสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้จำนวนหนึ่งซึ่งเพียงพอต่อการใช้งานส่วนบุคคล และไม่กระทบต่อความเป็นส่วนตัวของประชาชนที่จะใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อความเพลิดเพลินในที่พักอาศัยหรือเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคล

¹⁰⁹Megan Richardson Associate Professor *Downloading Music off the Internet : Copyright and Privacy in Conflict?* Journal of Law and Information Science 13,1 (2002) pp.90-91 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=597362)

(2) โดยปกติมนุษย์ย่อมมีความเป็นส่วนตัวในการใช้สติปัญญา (intellectual privacy) มนุษย์มีเสรีภาพและอิสระทางความคิด มีอิสระในความเชื่อ ความศรัทธา การพูด การสื่อสาร นักปรัชญาชาวอังกฤษ Timothy Macklem มีความเห็นว่า การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในการใช้สติปัญญา (intellectual privacy) ทำให้ผู้คนเกิดพัฒนาการทางด้านความคิด มีการติดต่อติดต่อดสื่อสารและแลกเปลี่ยนกิจกรรมการใช้ความคิดและสติปัญญา¹¹⁰

ใน ค.ศ.1750 Dr. Sumuel Johnson เสนอความเห็นที่เห็นว่า ความสันโดษ หรือการปลีกตัวอยู่อย่างลำพังโดยปราศจากความรีบเร่งเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับมนุษย์ ความทรงจำและความรู้สึกนึกคิดทำให้เกิดพัฒนาการเกี่ยวกับความรู้และยกระดับความเป็นอัจฉริยภาพ มนุษย์ต้องการความสงบในช่วงระยะเวลาหนึ่งที่จะคิด พูด หรือเขียนอย่างเป็นอิสระ รวมทั้งแสวงหาความหลากหลายในด้านความคิดของตัวเองเพื่อสิ่งที่เป็นประโยชน์¹¹¹ โดยธรรมชาติของมนุษย์มีความพากเพียรอดสาหัสพยายาม ในการใช้สติปัญญาเพื่อให้เกิดการสร้างสรรค์สิ่งใหม่ๆ การศึกษางานละเมียดลึกลับทำให้ผู้ที่ศึกษาเกิดพัฒนาการทางความคิด เกิดองค์ความรู้ใหม่ๆ และมีการถ่ายทอดองค์ความรู้แก่สังคม การใช้มาตรการทางกฎหมายที่มีความเข้มงวดเกินไปจนทำให้ประชาชนภายในประเทศไม่สามารถครอบครอง หรือใช้สิ่งละเมียดลึกลับได้เลย ย่อมส่งผลกระทบต่อความเป็นส่วนตัวในการคิดหรือใช้สติปัญญาของประชาชนภายในประเทศ เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาองค์ความรู้ใหม่ๆ ที่จะนำมาใช้ในการพัฒนาประเทศ ในกรณีนี้นักสังคมวิทยา Erving Goffman มีความเห็นว่า ปกติเรามีบทบาทหน้าที่ในฐานะที่เป็นพลเมือง ในการปกครองจะต้องมีหลักประกันว่ารัฐไม่ควรตรวจสอบการใช้ความคิดและสติปัญญา ที่ประชาชนทำเป็นงานอดิเรก¹¹² นอกจากนี้ศาลสูงสุดของสหรัฐได้เคยวินิจฉัยไว้ในคดี Stanley & Georgia ซึ่งเป็นการดำเนินคดีเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารภายในบ้านพัก โดยศาลได้ อธิบายว่า บังเจกชนย่อมมีความเป็นส่วนตัวในการใช้สติปัญญาแสวงหาความรู้ ความคิด ประชาชนย่อมได้รับการปกป้องคุ้มครองสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร ความคิด ความเชื่อ โดยไม่คำนึงว่าสิ่งเหล่านั้นจะมีคุณค่าทางสังคมหรือไม่ (right to receive information and ideas, regardless of their social worth) เพราะนั่นคือพื้นฐานของสังคมที่มีเสรีภาพ (fundamental to our free society) รัฐจึงไม่อาจเข้าไปตรวจสอบได้¹¹³ ดังนั้น ผู้เขียนจึงมี

¹¹⁰Neil M. Richards Professor *Intellectual Privacy* Texas Law Review Vol.87:387 (2008) p.404 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1108268)

¹¹¹ibid pp.412-413

¹¹²ibid pp.405-406

¹¹³ibid p.417

ความเห็นว่สิ่งใดก็ตามที่เกี่ยวข้งกับการอ่าน การคิดและการใช้ความเป็นส่วนตัวทางสติปัญญา เป็นสิทธิส่วนบุคคลที่ทุกคนสามารถกระทำได้ รัฐไม่ควรเข้าไปจำกัดหรือตรวจสอบอิสระในการ ใช้ความคิดและสติปัญญาของประชาชน การกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกิน จำนวนที่เหมาะสม จะเป็นแนวทางหนึ่งที่จะช่วยผ่อนปรนมิให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์มีความเข้มงวด มากเกินไป ทำให้ประชาชนยังสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ในปริมาณที่เหมาะสม เพื่อ การใช้งานส่วนบุคคล เพื่อความเป็นส่วนตัวในการใช้สติปัญญา (intellectual privacy) เพื่อ พัฒนาการทางด้านความรู้ ความคิดและสร้างเสริมอัจฉริยภาพส่วนบุคคล

(3) ในสหรัฐอเมริกา ห้องสมุด Richmond และ British Columbia ได้เริ่มให้บริการ ยืม e-book สิ่งตีพิมพ์บน CD-Rom และสื่อดิจิทัลประเภทต่างๆ มาตั้งแต่ ค.ศ. 1999 ซึ่งได้รับความ นิยมจากประชาชนทั่วไป และปัจจุบันสื่อดังกล่าวกำลังได้รับความนิยมอย่างแพร่หลายในห้องสมุด ต่างๆ ทั่วโลก

e-book เป็นสื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้จากการ ให้บริการบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (internet) อีกทั้งยังสามารถทำการดาวน์โหลด (downloading) สิ่งตีพิมพ์ หรือ e-book ที่อยู่ในรูปของข้อมูลดิจิทัลลงในคอมพิวเตอร์และสามารถทำซ้ำ (copy) ลง ในแผ่นซีดี และวัสดุบันทึกข้อมูลอื่นๆ แจกจ่ายให้แก่กันเพื่อการศึกษาค้นคว้าความรู้ส่วนบุคคลได้ ส่วนสื่อที่อยู่ในรูปของ CD-Rom เทปคาสเซต (cassette) และสื่อดิจิทัลประเภทต่างๆ โดยปกติ แล้วบรรณารักษ์ห้องสมุดสามารถจัดหางานลิขสิทธิ์มาทำซ้ำได้ทั้งหมดเพื่อใช้งานภายในห้องสมุด สำหรับให้สาธารณชนได้ใช้ประโยชน์จากงานสร้างสรรค์ในระหว่างการคุ้มครองตามหลัก fair use

ดังนั้น ประชาชนที่ทำซ้ำสิ่งตีพิมพ์ หรือ e-book ที่มีอยู่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (internet) ของห้องสมุดเพื่อการศึกษาหาความรู้ส่วนตัว รวมถึงประชาชนที่ยืมสื่อต่างๆ ที่อยู่ในรูป ของ CD-Rom หรือเทปคาสเซต (cassette) ออกไปจากห้องสมุดและมีการทำซ้ำงานต่างๆ ไว้ใน ครอบครองเพื่อใช้ประโยชน์ส่วนบุคคล จึงอาจได้รับผลกระทบโดยตรงจากการบังคับใช้กฎหมาย ที่มีความเข้มงวดเกินไป เช่น การกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ หรือผู้ใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น ถือเป็นการกระทบสิทธิความเป็นส่วนตัวของประชาชนในการเข้าถึงบริการของห้องสมุดและ เครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ของห้องสมุด และกระทบต่อเสรีภาพในทางวิชาการของประชาชน ภายในประเทศ แต่หากมีการผ่อนปรนให้ประชาชนสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ใน จำนวนที่เหมาะสม ย่อมบังเกิดผลดีต่อประชาชนในการศึกษาหาความรู้ส่วนบุคคล

จากตัวอย่างที่ผู้เขียนได้ยกมาอธิบายพอสังเขปจะเห็นได้ว่า หากมีการใช้มาตรการทางกฎหมายที่มีความเข้มงวดมากเกินไป เพื่อยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในประเทศไทยให้สูงขึ้น และล้ำหน้า จนทำให้ประชาชนภายในประเทศไม่อาจครอบครองหรือใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้โดยย่อมจะกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวของประชาชน และส่งผลเสียต่อการพัฒนาประเทศในหลายๆ ด้าน การกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม ที่ผ่อนปรนให้ประชาชนยังสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อใช้งานส่วนบุคคลได้ในจำนวนหรือปริมาณที่เหมาะสม จึงน่าจะเป็นแนวทางอีกแนวทางหนึ่งที่จะช่วยยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของประเทศไทยให้สูงขึ้นโดยมาตรการทางกฎหมายที่มีความเหมาะสม สามารถลดปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ภายในประเทศให้เบาบางลงได้ ในขณะที่เดียวกันก็ไม่ส่งผลกระทบต่อประชาชนในการเข้าถึงงานสร้างสรรค์ เป็นไปตามเจตนารมณ์การคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่ป้องกันผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของบุคคลที่พึงได้รับจากผลงานสร้างสรรค์อันเกิดจากความนึกคิดและสติปัญญาของตน แต่ไม่ปิดกั้นสาธารณชนที่จะใช้ประโยชน์จากผลงานสร้างสรรค์



บทที่ 3

การกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ มาตรการทางกฎหมายต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม ปัญหากฎหมาย และผลกระทบในด้านต่างๆ

ภายหลังการเจรจาอนุสัญญา ประเทศพัฒนาแล้วได้ผลักดันความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (ทริปส์) ให้กลายเป็นมาตรฐานขั้นต่ำ (minimum standard) ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศต่างๆ ภาควิชาสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) รวมทั้งประเทศไทยต้องให้การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยมาตรการทางกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรฐานขั้นต่ำ เพื่ออนุวัติตามพันธกรณีที่ได้ลงนามไว้

สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้น ด้วยเหตุที่ลิขสิทธิ์สามารถสร้างรายได้และความมั่งคั่งอย่างมหาศาลให้แก่ประเทศที่พัฒนาแล้ว ทำให้ประเทศที่พัฒนาแล้วพยายามที่จะขยาย “แนวรบ” ด้านการคุ้มครองลิขสิทธิ์ออกไปเรื่อยๆ จนเสมือนว่าพรมแดนของเรื่องดังกล่าวไม่มีที่สิ้นสุด และส่งผลกระทบต่อประเทศไทย สำหรับแนวโน้มของการขยายความคุ้มครองด้านลิขสิทธิ์ที่น่าสนใจ ได้แก่¹

(1) การขยายขอบเขตของทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับความคุ้มครอง (protectable subject matter) ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ เช่น การขยายความคุ้มครองในกฎหมายลิขสิทธิ์ให้ครอบคลุมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เป็นต้น จึงเป็นการขยายความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ที่ประเทศส่วนใหญ่มีอยู่แล้ว

(2) การขยายระยะเวลาในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ประเทศที่พัฒนาแล้วได้ใช้กลยุทธ์ในการเพิ่มสิทธิผูกขาดในลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครอง โดยขยายระยะเวลาในการคุ้มครองให้ยาวนานขึ้น เช่น สหรัฐ มีการขยายระยะเวลาการคุ้มครองลิขสิทธิ์จากเดิม โดยงานที่สร้างสรรค์ในวันหรือภายหลังวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1978 มีอายุการคุ้มครองตลอดชีวิตผู้สร้างสรรค์งาน บวกด้วย 70 ปี นับแต่วันที่ผู้สร้างสรรค์งานถึงแก่ความตาย เป็นต้น

(3) การเพิ่มความเข้มงวดในการบังคับใช้กฎหมาย การขยายการคุ้มครองลิขสิทธิ์จะไม่มีประสิทธิผลแต่อย่างใด หากปราศจากการบังคับใช้กฎหมายที่เข้มงวดและมีบทลงโทษที่

¹ อานัน ปันยารชุน การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา สถาบันวิจัยเพื่อพัฒนาประเทศไทย 2551

รุนแรง ด้วยเหตุนี้ประเทศที่พัฒนาแล้วจึงให้ความสนใจต่อการบังคับใช้กฎหมายรวมถึงการเพิ่มโทษแก่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ให้มีความรุนแรงยิ่งขึ้น โดยเฉพาะโทษทางอาญา

ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (TRIPs) ถือเป็นจุดเปลี่ยนของการบังคับใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในระดับโลก ทรัพย์สินกำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกมีกระบวนการบังคับใช้กฎหมายที่เป็นธรรมและไม่เลือกปฏิบัติ กระบวนการบังคับใช้กฎหมายจะต้องไม่มีความยุ่งยากซับซ้อนโดยไม่จำเป็นหรือเสียค่าใช้จ่ายสูง หรือล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันควร และที่น่าสนใจอีกประการหนึ่งคือ ทรัพย์สินได้กำหนดให้กฎหมายของประเทศสมาชิกมีบทลงโทษทางอาญาแก่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์อย่างจริงจังด้วย² การกำหนดโทษทางอาญาในการละเมิดลิขสิทธิ์จึงกลายเป็นวิธีการทางกฎหมาย (legal means) ที่ประเทศต่างๆ นำมาใช้ในการป้องปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ในปัจจุบันมากขึ้น ยกตัวอย่าง เช่น

สหรัฐอเมริกา ได้มีการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาในกรณีเกี่ยวกับการทำซ้ำงานลิขสิทธิ์ของผู้อื่นที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า โดยผู้ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือมีโทษปรับด้วย³

เนเธอร์แลนด์ มีกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษทางอาญาไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ.1912 (The Copyright Act 1912.) โดยบุคคลซึ่งละเมิดลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น โดยเจตนาต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือมีโทษปรับ⁴

²TRIPS Agreement Article 61.

³United States Code

506. Criminal offenses

(a) Criminal Infringement.-

(1) In general.- Any person who willfully infringes a copyright shall be punished as provided under section 2319 of title 18, if the infringement was committed-

(A) for purposes of commercial advantage or private financial gain;

2319. Criminal infringement of a copyright

(b) Any person who commits an offense under section 506 (a) (1) (A) of title 17-

(1) shall be imprisoned not more than 5 years, or fined in the amount set forth in this title, or both,

⁴Netherlands, The Copyright Act. (1912)

Article 31. — Any person who intentionally infringes another's copyright shall be punishable by imprisonment not exceeding six months or by a fine not exceeding 25,000 guilders.

เยอรมันนี้ มีการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาในกรณีที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าหรือเผยแพร่งานอันมีลิขสิทธิ์ต่อสาธารณชนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิ ผู้ที่ละเมิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือมีโทษปรับ⁵

อิตาลี ได้มีการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาแก่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการทำซ้ำงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าหรือนำเข้า จำหน่ายแจก ขาย หรือครอบครองไว้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าหรือการประกอบธุรกิจ ผู้ละเมิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือน ถึง 3 ปี หรือมีโทษปรับ⁶

อินโดนีเซีย การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วยการทำซ้ำงานลิขสิทธิ์เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือมีโทษปรับ⁷

สำหรับประเทศไทย มีการบัญญัติบทกำหนดโทษสำหรับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงอันมีโทษทางอาญาไว้ในหมวด 8 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

อย่างไรก็ดี ประเทศที่พัฒนาแล้วได้พยายามผลักดันให้ประเทศคู่ค้าต้องให้ความสำคัญคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาด้วยมาตรฐานที่สูงกว่ามาตรฐานขั้นต่ำในความตกลงทริปส์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการเจรจาการค้าในระดับทวิภาคีที่ประเทศพัฒนาแล้ว หรือมหาอำนาจทางเศรษฐกิจมีอำนาจการต่อรองที่เหนือกว่า เช่น ในการเจรจา FTA ระหว่างไทยกับสหรัฐ ด้วยข้อเรียกร้องให้ประเทศไทยต้องยกระดับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่สูงขึ้น ภายใต้หลักการที่เรียกว่า “ทริปส์พลัส” (TRIPs-Plus) เป็นต้น

⁵Germany, Copyright Law. (1965)

Article 106 Unauthorized Exploitation of Copyrighted Works

(1) Any person who, other than in a manner allowed by law and without the right holder's consent, reproduces, distributes or publicly communicates a work or an adaptation or transformation of a work shall be liable to imprisonment for up to three years or a fine.

⁶Italy Copyright, Law No.633, (1941)

Article 171bis. (1) Any person who unlawfully duplicates computer programs for profitmaking purposes or who imports, distributes, sells, holds for commercial or business purposes or rents programs embodied in media not bearing the mark of the SIAE shall be liable to a prison term of between six months and three years and to a fine of between 5,000,000 and 30,000,000 lire. ...

⁷Indonesia Copyright Law No.19, (2002)

Article 72 (3) Any person who deliberately and without reproduce the use of a computer program for commercial purposes shall be sentenced to imprisonment of at most 5 (five) years and/or a fine of at most Rp. 500,000,000.- (five hundred million rupiahs).

แม้ว่าในปัจจุบัน ประเทศต่างๆ ได้แสวงหามาตรการเพื่อแก้ไขปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยอาศัยกลไกของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีอยู่มาดำเนินการเพื่อเอาผิดและลงโทษกับบุคคลที่ผลิตและจำหน่ายสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการรายใหญ่หรือรายย่อยแล้วก็ตาม ก็ได้ทำให้ปัญหาการผลิตและการจำหน่ายสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ลดน้อยลง แต่กลับปรากฏให้เห็นเด่นชัดมากขึ้นในทุกขณะ โดยเหตุผลประการสำคัญที่ทำให้ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ยังคงมีอยู่ เกิดจากความต้องการในการอุปโภคและบริโภคสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นี้ ตลอดจนมีการเอื้ออำนวยในเรื่องสถานที่เพื่อการจัดจำหน่ายดังกล่าว จึงทำให้มีการผลิตและการจำหน่ายสิ่งดังกล่าวเพื่อสนองความต้องการของตลาดมาอย่างต่อเนื่อง

ดังนั้น เพื่อให้การแก้ไขปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น จึงเกิดแนวความคิดที่จะบัญญัติความผิดสำหรับพฤติกรรมที่เป็นการสนับสนุนหรือส่งเสริมการผลิตและจำหน่ายสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย เช่น การกำหนดความผิดสำหรับการมีสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในครอบครอง การซื้อ หรือใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ หรือการอนุญาตให้ใช้พื้นที่เพื่อจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น ซึ่งพฤติกรรมเหล่านี้ถูกมองว่าเป็นการสนับสนุนให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์มากขึ้นและควรเป็นความผิดตามกฎหมาย

บุคคลผู้สร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ย่อมมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) ที่จะกระทำการใด ๆ ต่องานดังกล่าวได้ และหากบุคคลอื่นมีพฤติกรรมหรือกระทำต่องานดังกล่าวโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิ ก็จะมีคามผิดตามกฎหมาย ซึ่งพฤติกรรมที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดนี้ เรียกว่า “การละเมิดลิขสิทธิ์” การละเมิดลิขสิทธิ์สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ

ประเภทแรก คือ พฤติกรรมที่เป็นการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์โดยตรง เช่น การผลิตสินค้าโดยการคัดลอกหรือเลียนแบบจากงานต้นแบบซึ่งเป็นงานลิขสิทธิ์ของผู้อื่น ซึ่งหากการคัดลอกหรือเลียนแบบนั้นไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ก็จะทำให้การผลิตสินค้าดังกล่าวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และสินค้านั้นเป็น “สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์”

ประเภทที่สอง คือ พฤติกรรมที่ไม่ได้เป็นการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์โดยตรง แต่มีความเกี่ยวข้องกับสิ่งที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์โดยบุคคลอื่นอยู่ก่อนแล้ว เช่น การจำหน่ายสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ ฯลฯ ซึ่งแม้ว่าผู้จำหน่ายจะไม่ได้ผลิตสิ่งนั้นขึ้นมาเองแต่ก็มีพฤติกรรมเกี่ยวข้องกับสิ่งดังกล่าว กรณีนี้ก็จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม (secondary infringement)

นอกจากนี้ การมีสิ่งทีละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ครอบครองเป็นส่วนหนึ่งในชีวิตประจำวัน ไม่
ว่าจะเป็นการครอบครองในปริมาณเท่าใดหรือครอบครองไว้ในสถานที่แห่งใดก็อาจมีความผิดได้
หากมีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด โดยการครอบครองนี้อาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ⁸

กรณีที่หนึ่ง ผู้ครอบครองเป็นผู้จัดทำสิ่งทีละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้นมาด้วยตนเอง ไม่ว่าจะ
โดยการทำซ้ำ การคัดลอก (copy) หรือเลียนแบบ และมีสิ่งดังกล่าวไว้ครอบครอง เช่น การทำสำเนา
ซอฟต์แวร์และนำมาบรรจุไว้ในเครื่องคอมพิวเตอร์โดยไม่เป็นไปตามข้อตกลงสำหรับการใช้งาน
ซอฟต์แวร์นั้น ในกรณีนี้ถือว่าผู้ครอบครองมีพฤติกรรมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง

กรณีที่สอง ผู้ครอบครองไม่ได้เป็นผู้จัดทำสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้นมาเอง แต่มีสิ่ง
ดังกล่าวไว้ครอบครองไม่ว่าจะโดยการซื้อ การรับมอบ การรับแจก หรือจะได้อะไรโดยวิธีอื่นใดก็ตาม
เช่น การซื้อสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์มาใช้ การรับแจกสิ่งของเครื่องใช้ที่เป็นสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ ฯลฯ
กรณีนี้ถือว่าผู้ครอบครองไม่ได้มีพฤติกรรมที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง หากแต่เป็นผู้ที่เข้าไป
เกี่ยวข้องกับสิ่งที่ได้มีการละเมิดลิขสิทธิ์โดยบุคคลอื่นอยู่ก่อนแล้วโดยการครอบครองสิ่งดังกล่าว

ทั้งสองกรณีมีความเกี่ยวข้องกับปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์และก่อให้เกิดความเสียหาย
แก่เจ้าของสิทธิทั้งโดยตรงและโดยอ้อม ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของหลายประเทศได้บัญญัติให้
พฤติกรรมดังกล่าวเป็นความผิดแล้ว แต่ก็ยังมีความแตกต่างกันในหลายๆ ประเด็น เช่น การกำหนด
ขอบเขตของการบังคับใช้ ลักษณะของการครอบครอง จำนวนหรือปริมาณการครอบครอง เป็นต้น

1. ความหมายของการครอบครอง (possession) และการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวน ที่เหมาะสม (mere possession)

1.1 การครอบครอง (possession)

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มีได้นิยามศัพท์คำว่า “การครอบครอง” ไว้โดย
ชัดแจ้ง ว่าหมายถึงอะไร

อย่างไรก็ดี พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 ได้ให้ความหมายของ
ศัพท์คำว่า ครอบครอง ก. ยึดถือไว้, มีสิทธิปกครอง; (กฎ) ยึดถือทรัพย์สินไว้โดย เจตนาจะยึดถือ
เพื่อตน อันทำให้บุคคลได้มาซึ่งสิทธิครอบครอง ทั้งนี้ จะยึดถือไว้เองหรือบุคคลอื่นยึดถือไว้ให้ก็ได้.

⁸เอกรินทร์ วิริโย “ลักษณะความผิดกรณีการครอบครองสิ่งทีละเมิดลิขสิทธิ์ และการอนุญาตให้ใช้
พื้นที่เพื่อจำหน่ายสิ่งทีละเมิดลิขสิทธิ์” บทความกฎหมายเผยแพร่ใน www.krisdika.go.th.

Black's Law Dictionary (8th ed. 2004) ได้ให้ความหมายของคำว่า การครอบครอง (possession) ว่าหมายถึง 1. The fact of having or holding property in one's power; the exercise of dominion over property. หรือ การมีอยู่ของทรัพย์สิน หรือการถือครองทรัพย์สินที่มีอยู่ไว้ในอำนาจของตน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 3 ครอบครอง มิได้นิยามความหมายศัพท์คำว่า “ครอบครอง” ว่าหมายถึงอะไร แต่ในมาตรา 1369 บัญญัติว่า “บุคคลใดยึดถือทรัพย์สินไว้ ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า บุคคลนั้นยึดถือเพื่อตน”

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า การครอบครอง (possession) คือ การยึดถือ หรือถือครองทรัพย์สินไว้โดยเจตนาจะยึดถือเพื่อตน ทั้งนี้ จะยึดถือไว้เองหรือบุคคลอื่นยึดถือไว้ให้ก็ได้.

1.2 การครอบครองเกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession)

ศัพท์จากภาษาอังกฤษ คำว่า “mere possession” นั้น ยังมีได้มีการบัญญัติศัพท์ไว้เป็นภาษาไทยแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องมาจากกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยยังมิได้มีการกำหนดความผิดของการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะที่เป็น mere possession อย่างในกฎหมายของต่างประเทศ

เอกรินทร์ วิริโย ได้ศึกษาลักษณะความผิดกรณีการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการครอบครองในลักษณะ mere possession ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ และเผยแพร่ลงในเว็บไซต์ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (www.krisdika.go.th) ในบทความที่มีชื่อว่า “ลักษณะความผิดกรณีการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์และการอนุญาตให้ใช้พื้นที่เพื่อจำหน่ายสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์” โดยใช้คำว่า “การครอบครองโดยลำพัง” แทนศัพท์ภาษาอังกฤษคำว่า “mere possession” ซึ่งได้อธิบายความหมายเกี่ยวกับ “การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์โดยลำพัง (mere possession)” ว่า การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์อาจมีความผิดตามกฎหมายได้โดยไม่จำเป็นว่าการครอบครองนั้นมีวัตถุประสงค์หรือพฤติกรรมในการที่จะแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งบางประเทศตระหนักว่าการครอบครองสิ่งดังกล่าว แม้จะเป็นเพียงการครอบครอง ก็เป็นพฤติกรรมอย่างหนึ่งที่เพียงพอต่อการส่งเสริมหรือสนับสนุนให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว หากการครอบครองนั้นเป็นการครอบครองนอกเหนือจากการใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือประโยชน์ส่วนตัวของผู้ครอบครอง (otherwise than private or domestic use) อย่างไรก็ตาม หากเป็นการครอบครองในสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์อันที่มีลักษณะอย่างเดียวกันในจำนวนหรือปริมาณเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด กรณีดังกล่าวจะถือว่าเป็นการครอบครองนอกเหนือจากการใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือประโยชน์ส่วนตัวและอาจมีความผิดได้ เว้นแต่จะมีการพิสูจน์เป็น

อย่างอื่น ทั้งนี้ ในการกระทำความผิดดังกล่าว ผู้ครอบครองจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าสิ่งที่ครอบครองนั้นเป็นสิ่งที่ละเมิดลิขสิทธิ์⁸

แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอใช้ลักษณะของ “จำนวน” สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นเกณฑ์ในการครอบครอง จึงขอใช้ศัพท์คำว่า “การครอบครองเกินจำนวนที่เหมาะสม” แทนศัพท์ภาษาอังกฤษว่า “mere possession” ซึ่งมีความหมายของการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ ในลักษณะเดียวกันกับที่ เอกรินทร์ วิริโย ได้อธิบายไว้ข้างต้น ซึ่งอาจหมายถึง การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะอย่างเดียวกันไว้จำนวนหนึ่ง โดยมีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าหรือประกอบธุรกิจ และการครอบครองในลักษณะดังกล่าวจะถือเป็นความผิดได้ ก็ต่อเมื่อได้ครอบครองเกินกว่าที่กฎหมายได้กำหนด จึงถือเป็นการครอบครองนอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือประโยชน์ส่วนตัวของผู้ครอบครอง (otherwise than private or domestic use) และอาจมีความผิดได้ เว้นแต่จะมีการพิสูจน์เป็นอย่างอื่น ทั้งนี้ ในการกระทำความผิดดังกล่าว ผู้ครอบครองจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าสิ่งที่ครอบครองนั้นเป็นสิ่งที่ละเมิดลิขสิทธิ์

2. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ ตามกฎหมายไทย

การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์อาจมีความผิดได้ ซึ่งกฎหมายไทยและต่างประเทศต่างมีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ โดยมีหลักเกณฑ์ ข้อกำหนด และเงื่อนไขที่มีความแตกต่างกัน สำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทย สามารถแยกออกได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่

2.1 การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้า

การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะนี้ ถือเป็นความผิดตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในการกระทำความผิดดังกล่าว ผู้ครอบครองจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าสิ่งที่ครอบครองนั้นได้ทำขึ้นโดยการละเมิดลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น และผู้ครอบครองมีความประสงค์ที่จะแสวงหาประโยชน์จากสิ่งดังกล่าว หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) ไม่เป็นความผิดตามกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่การครอบครองที่จะมีความผิดนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์หรือพฤติกรรมในการที่จะแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ด้วย กล่าวคือ จะต้องเป็นการครอบครองที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าหรือการประกอบธุรกิจ

⁸ เฟิงอ้าง.

หรือการครอบครองเพื่อขายหรือจำหน่าย และประการสำคัญผู้ครอบครองจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าสิ่งดังกล่าวได้ทำขึ้นโดยการละเมิดลิขสิทธิ์และมีความประสงค์ที่จะแสวงหาประโยชน์จากสิ่งดังกล่าว

การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้าหรือการประกอบธุรกิจเป็นสิ่งที่กฎหมายในนานาประเทศบัญญัติให้เป็นความผิดและมักจะมีการกำหนดโทษทางอาญาเอาไว้ด้วย ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย ก็ได้ตราบทบัญญัติไว้ไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ดังนี้

มาตรา 31 ผู้ใดรู้อยู่แล้วหรือมีเหตุอันควรรู้ว่างานใดได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานนั้นเพื่อหากำไร ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำได้ดังต่อไปนี้

(1) ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือเสนอให้เช่าซื้อ

ฯลฯ

ซึ่งตามมาตรา 31 (1) บัญญัติความผิดสำหรับการ “มีไว้เพื่อขาย” ถือเป็นความผิดโดยคำว่า “มี” นั้น มีความหมายเช่นเดียวกันกับคำว่า “ครอบครอง” โดยพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 ได้นิยามความหมาย คำว่า “มี” ก. ถือเป็นเจ้าของ, อยู่ในครอบครอง

ดังนั้น การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์โดยมีไว้เพื่อขาย หรือเพื่อการค้าในประเทศไทย จึงมีความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 โดยผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษตาม มาตรา 70 ซึ่งมีบทบัญญัติ ดังนี้

มาตรา 70 ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 31 ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสองปี หรือปรับตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

2.2 การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession)

การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) นั้น โดยปกติแล้วผู้ครอบครองไม่ได้เป็นผู้จัดทำสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้นมา แต่มีสิ่งดังกล่าวไว้ครอบครองไม่ว่าจะโดยการซื้อ การรับมอบ หรือการรับแจก เช่น การซื้อสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์มาสวมใส่ การรับแจกสิ่งของเครื่องใช้ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ การใช้สินค้าหรือสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ กรณีนี้ผู้ครอบครองไม่ได้มีพฤติกรรมที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง หากแต่เป็นผู้ที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับสิ่งที่ได้มีการละเมิดลิขสิทธิ์โดยบุคคลอื่นอยู่ก่อนแล้ว โดยการครอบครองสิ่งดังกล่าว

การครอบครองสิ่งทีละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม มีความเกี่ยวข้องกับปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์และก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของหลายประเทศได้บัญญัติให้พฤติกรรมดังกล่าวเป็นความผิดแล้ว แต่กฎหมายของประเทศเหล่านี้ยังมีความแตกต่างกันในการกำหนดขอบเขตของการบังคับใช้ เช่น จำนวนหรือปริมาณสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีในการครอบครอง หรือลักษณะของครอบครอง เป็นต้น

สำหรับประเทศไทย ยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อเอาผิดกับผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม หรือยังไม่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์อันมีลักษณะอย่างเดียวกันในจำนวนหรือปริมาณเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดเป็นความผิด ทำให้ประชาชนยังสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้จำนวนหนึ่ง ซึ่งอาจมีไว้เพื่อใช้งานในที่พักอาศัยหรือเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคล และกฎหมายยังไม่มีความชัดเจนว่าจะสามารถครอบครองไว้ได้เป็นจำนวนหรือปริมาณเท่าใด เช่น ผู้ซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ อาจทำสำเนาไว้เพื่อป้องกันความเสียหายที่เกิดกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามจำนวนที่ต้องการ ซึ่งอาจจะทำสำเนาเก็บไว้ 2 ชุด 3 ชุด 5 ชุด หรือ 7 ชุด ก็ได้ ตามแต่ความพอใจของผู้ซื้อ ทั้งนี้โดยอาศัยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือตามหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) การทำซ้ำงานลิขสิทธิ์ของผู้ซื้อที่ไม่มีภูมิลำเนาแน่นอน ทำให้ในบางครั้งมีการทำซ้ำงานในปริมาณมาก และถือเป็นการเอาเปรียบผู้ผลิตหรือผู้สร้างสรรค์งานที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์

3. ปัญหาทางกฎหมาย เกี่ยวกับการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession)

หากประเทศไทยมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งทีละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม โดยมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์อันมีลักษณะอย่างเดียวกันในจำนวน หรือปริมาณเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด เป็นความผิด อาจเกิดปัญหาทางกฎหมายหลายประการ ดังนี้

3.1 ปัญหาเกี่ยวกับลักษณะความผิด

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 66 บัญญัติไว้ว่า “ความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นความผิดอันยอมความได้” กฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มีบทลงโทษทางอาญา ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 96 ได้กำหนดเงื่อนไขในกรณีของความผิดอันยอมความได้ ถ้าผู้เสียหายมิได้ร้องทุกข์ภายในสามเดือนนับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิดเป็นอันขาดอายุความ ดังนั้น ในการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นความผิดอันยอมความได้นั้น ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ภายในสามเดือนนับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิดเจ้าหน้าที่ไม่อาจจับกุมผู้กระทำความผิดได้เองโดยพลการ จึงเป็นปัญหาทางกฎหมายที่หากมีบทบัญญัติให้การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสมเป็นความผิดแล้ว การใช้มาตรการบังคับก็อาจไม่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลเท่าที่ควร ทั้งนี้ เนื่องจากพนักงานเจ้าหน้าที่ที่พบการกระทำความผิดไม่อาจจับกุมได้เอง เว้นแต่จะให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแผ่นดินเท่านั้น

ดังนั้น พฤติกรรมการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) ไม่อาจนับเป็นอาชญากรรมที่แท้จริงได้ เพราะเหตุว่าลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญา คือ มาตรการบังคับ (criminal law is force)¹⁰ การใช้โทษอาญาเป็นการลงโทษที่รุนแรงและกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด เพื่อให้สาสมกับความร้ายแรงของการกระทำ (retribution) เพื่อค้ำคืนนิสัยของผู้กระทำความผิด (reformation) เพื่อป้องปรามมิให้ผู้อื่นเอาเป็นเยี่ยงอย่าง (deterrent) และเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคมเป็นการชั่วคราวหรือถาวร (incapacitation) กฎหมายอาญาจึงมุ่งที่จะคุ้มครองบุคคลจากการกระทำความผิดต่างๆ ที่กระทำโดยเจตนาอันมีลักษณะโหดร้ายทารุณ และเพื่อป้องกันพฤติกรรมบางประเภทอันอาจจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม ซึ่งมาตรการบังคับที่รุนแรงสมควรจะนำมาใช้บังคับเฉพาะการละเมิดลิขสิทธิ์ขนาดใหญ่ หรือการละเมิดลิขสิทธิ์โดยองค์กรอาชญากรรมทางเศรษฐกิจที่สร้างความเสียหายอย่างมหาศาล แต่การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์โดยไม่มีวัตถุประสงค์ทางการค้าเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดมีความแตกต่างกัน พฤติกรรมของผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จึงมิใช่การก่ออาชญากรรมทางเศรษฐกิจ ซึ่งในกรณีนี้มีนักวิชาการและผู้ปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับปัญหาอาชญากรรมทางเศรษฐกิจต่างเห็นว่า ความผิดเกี่ยวกับการก่ออาชญากรรมทางเศรษฐกิจจะมีลักษณะและธรรมชาติของการกระทำความผิด ดังต่อไปนี้

¹⁰ สกล นิสารัตน์ *กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม : แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม* วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2545 หน้า 10

- (1) เป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อความสงบสุขและสวัสดิภาพของประชาชน บ่อนทำลายเศรษฐกิจของชาติและเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อการพัฒนาสังคม
- (2) เป็นการกระทำที่เป็นอันตรายมากกว่าความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินธรรมดาทั่วไป
- (3) เป็นการสร้างความเหลื่อมล้ำในสถานะทางเศรษฐกิจในหมู่ประชาชน
- (4) เป็นการสร้างผลกระทบทางลบต่อการพัฒนาสังคมในระยะยาว
- (5) อาชญากรรมทางเศรษฐกิจบางประเภทจะบ่อนทำลายศีลธรรม ค่านิยมทางวัฒนธรรมและประเพณีอันดีงามของประชาชน¹¹

ซึ่งเมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ข้างต้น พฤติกรรมของผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จึงมิใช่การก่ออาชญากรรมทางเศรษฐกิจซึ่งจะส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างรุนแรง ดังนั้น จึงไม่ควรกำหนดให้การกระทำผิดในลักษณะดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแผ่นดินและมีมาตรการบังคับที่รุนแรง แต่ควรให้เป็นความผิดอันยอมความกันได้เช่นเดียวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะอื่นๆ รวมทั้งมาตรการบังคับโทษก็ควรจะเป็นเบาบางกว่า

3.2 ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขต หรือลักษณะของการกระทำความผิด

ในการกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสมนั้น ควรกำหนดขอบเขตการกระทำความผิดให้ชัดเจนว่ามีขอบเขตของการรับผิดเพียงไร มิฉะนั้นขอบเขตความผิดจะกว้างขวางมากและจะส่งผลกระทบต่อประชาชนโดยทั่วไป โดยเฉพาะนิยามความหมายของคำว่า “การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม” ควรจะมีขอบเขตอย่างไร เช่น กรณีผู้ที่ได้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์มาไว้ในครอบครองและมีปริมาณเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด โดยการยืมมาจากห้องสมุดจำนวนมากต้องรับผิดหรือไม่ ยังคงเป็นปัญหาทางกฎหมายที่ผู้ร่างต้องกำหนดขอบเขตการรับผิดของ “การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม” ให้ชัดเจน ซึ่งโดยหลักแล้วถ้อยคำในกฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนปราศจากการคลุมเครือเพราะการลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่รัฐใช้กับประชาชน รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่จะทำได้ (reasonably definite)¹²

¹¹ประธาน วัฒนวานิชย์ อาชญากรรมทางเศรษฐกิจในสังคมที่เปลี่ยนแปลง : ความหมาย ขอบเขต และมาตรการแก้ไข วารสารนิติศาสตร์ 23,3 (กรกฎาคม-กันยายน 2536) หน้า 423

¹²สมฤดี พานิชอัครา การตีความกฎหมายอาญา : ศึกษาหลักการตีความตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2551 หน้า 85

นอกจากนี้ ควรกำหนดประเภทของงานลิขสิทธิ์ที่จะให้ความคุ้มครองให้ชัดเจนว่าจะคุ้มครองงานใดบ้าง จะให้ความคุ้มครองเฉพาะงานที่ง่ายต่อการละเมิดลิขสิทธิ์และเจ้าของสิทธิสามารถหาประโยชน์ได้ในระยะเวลาไม่ยาวนานนัก เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ งานสิ่งบันทึกเสียง งานโสตทัศนวัสดุ และงานภาพยนตร์ เป็นต้น หรือจะคุ้มครองงานอื่นๆ ด้วย ก็ต้องกำหนดขอบเขตให้ชัดเจน นอกจากนี้ต้องกำหนดจำนวนหรือปริมาณที่เหมาะสมว่าประชาชนสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ในจำนวนหรือปริมาณเท่าใด จึงเพียงพอต่อการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลและไม่กระทบต่อข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) ซึ่งจะช่วยให้ประชาชนทั่วไปยังสามารถเข้าถึงงานลิขสิทธิ์ได้โดยไม่ได้รับผลกระทบจากการบังคับใช้กฎหมาย อีกทั้งยังเป็นการยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้สูงขึ้น โดยใช้มาตรการทางกฎหมายที่มีความผ่อนปรนและไม่มีผลกระทบต่อประชาชนที่ใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนตัวเท่าที่จำเป็นอีกด้วย

4. ผลดีของการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม

ในอนาคต หากประเทศไทยมีความจำเป็นต้องปรับปรุงและเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้สูงขึ้น โดยกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จะบังเกิดผลดีในด้านต่างๆ ซึ่งผู้เขียนได้วิเคราะห์ผลดีและประโยชน์ที่จะได้รับจากการกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสมไว้ ดังนี้

4.1 ยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของไทยให้อยู่ในระดับที่สูงขึ้น

การกำหนดความผิดต่อผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จะเป็นการยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของไทยให้อยู่ในระดับที่สูงขึ้นและล้าหน้ามาตรฐานสากล โดยถือว่าการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในปริมาณที่เกินกว่ากฎหมายกำหนด เป็นพฤติกรรมอย่างหนึ่งที่ยังพอต่อการส่งเสริมหรือสนับสนุนให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว การคุ้มครองในลักษณะนี้เป็นการคุ้มครองโดยใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อปกป้องสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานในทุกๆ ระดับ ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดให้การคุ้มครองอย่างสูงสุด (copyright maximalism) ที่อ้างว่าผู้สร้างสรรค์งานประเภทต่างๆ อาจมีความตั้งใจที่จะสร้างงานในสภาพแวดล้อมที่รู้สึกได้ว่าผลประโยชน์ไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอ แทนที่จะคิดว่ากฎหมายที่มีอยู่สามารถให้การ

คุ้มครองผลประโยชน์ได้เพียงพอแล้ว¹³ จึงต้องมีการบัญญัติกฎหมายที่เข้มงวดในการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์ สอดคล้องอนุสัญญาว่าด้วยการจัดตั้งองค์การการค้าโลก (Convention Establishing the World Intellectual Property Organization 1967) ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่ก่อตั้งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ที่มีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่างๆ ให้มีมาตรฐานสากลที่สอดคล้องกัน ได้กำหนดหน้าที่หลักของ WIPO (Functions) ใน ข้อ 4 (1) “ต้องสนับสนุนการพัฒนามาตรการต่างๆ ที่จะเอื้อต่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอย่างมีประสิทธิภาพทั่วโลก และต้องทำให้กฎหมายภายในของประเทศต่างๆ มีความสอดคล้องกันมากขึ้น”¹⁴

นอกจากนี้ยังสอดคล้องกับการใช้ข้อตกลงที่มีมาตรฐานเข้มงวดขึ้นเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในระดับที่สูงกว่าแนวทางที่องค์การการค้าโลก (WTO) กำหนดไว้ หรือที่ เรียกว่า “ทริปส์พลัส” (TRIPs – plus) ที่ชาติมหาอำนาจทางเศรษฐกิจอย่างสหรัฐอเมริกาต้องการขยายขอบเขตของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาให้กว้างขวางมากที่สุด โดยเรียกร้องให้มีการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เข้มงวด กำหนดให้เพิ่มบทลงโทษการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและดำเนินการลงโทษอย่างเด็ดขาด ให้การละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นความผิดอาญาแผ่นดินซึ่งไม่สามารถยอมความได้และเจ้าหน้าที่รัฐต้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด แม้ว่าไม่มีผู้เสียหายหรือการร้องทุกข์กล่าวโทษก็ตาม

4.2 การลงทุนในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทลิขสิทธิ์เพิ่มมากขึ้น

จากแนวคิดให้การคุ้มครองอย่างสูงสุด (copyright maximalism) ผู้สร้างสรรค์งานย่อมมีความมั่นใจที่จะสร้างสรรค์งานเพิ่มมากขึ้น เมื่อมีการปรับปรุงปรับปรุงกฎหมายและเพิ่มระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้สูงขึ้น จนรู้สึกได้ว่าผลประโยชน์ได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอ การลงทุนในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทลิขสิทธิ์ก่อให้เกิดอุตสาหกรรมที่มีศักยภาพในการพัฒนาประเทศ จะเพิ่มความมั่นใจให้กับนักลงทุนในการดำเนินธุรกิจโดยเฉพาะอย่างยิ่งนักลงทุนที่เป็นบริษัทข้ามชาติอาจสนใจที่จะเข้ามาลงทุนหรือทำตลาดสินค้าลิขสิทธิ์ในประเทศไทยเพิ่มขึ้น ซึ่งสอดคล้องกับแนวโน้มนโยบายด้านวิทยาศาสตร์ ทรัพย์สินทางปัญญาและพลังงาน ตามรัฐธรรมนูญแห่ง

¹³ไพจิตร สวัสดิสาร ลิขสิทธิ์ในโลกไร้พรมแดนของคอมพิวเตอร์ ดุลยพาห 48,1 (มกราคม-เมษายน 2544) หน้า 40

¹⁴4 (1) shall promote the development of measures designed to facilitate the efficient protection of intellectual property throughout the world and to harmonize national legislation in this field;

ราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ดังนี้

มาตรา 86 รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านวิทยาศาสตร์ ทรัพย์สินทางปัญญา และพลังงาน ดังต่อไปนี้

(1) ส่งเสริมให้มีการพัฒนาด้านวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และนวัตกรรมด้านต่าง ๆ โดยจัดให้มีกฎหมายเฉพาะเพื่อการนี้...

(2) ส่งเสริมการประดิษฐ์หรือการคิดค้นเพื่อให้เกิดความรู้ใหม่ รักษาและพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่นและภูมิปัญญาไทย รวมทั้งให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

การละเมิดลิขสิทธิ์ ส่งผลกระทบต่อรายได้ที่คาดว่าจะได้รับและแรงจูงใจในการลงทุนรวมทั้งทางเลือกของการลงทุน¹⁵ พบว่าอุตสาหกรรมภาพยนตร์ของไทยในช่วงปี 2546-2551 การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ส่งผลให้รายได้ที่คาดว่าจะได้รับของผู้ผลิตภาพยนตร์ลดลง การละเมิดลิขสิทธิ์จึงมีผลกระทบต่อการลงทุนของบริษัทผู้ผลิต ส่วนอุตสาหกรรมการผลิตเพลงก็เช่นเดียวกัน การละเมิดลิขสิทธิ์มีผลกระทบต่อการตัดสินใจลงทุนของค่ายเพลงรายใหญ่ โดยผู้ลงทุนจะเปลี่ยนไปลงทุนในผลิตภัณฑ์ที่ยากต่อการละเมิดลิขสิทธิ์แทน¹⁶ ในรายงานประจำปี 2553 ของกลุ่มบริษัทจีเอ็มเอ็มแกรมมี่ (Gmm Grammy) ระบุว่าปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นปัจจัยหนึ่งที่ส่งผลต่ออุตสาหกรรมเพลงและธุรกิจภาพยนตร์ทั่วโลก สำหรับกลุ่มบริษัทในแต่ละปีประสบกับปัญหาจากการถูกลักลอบนำผลงานเพลงไปทำการดัดแปลงเลียนแบบ แล้วนำออกจำหน่ายในราคาถูกเป็นจำนวนมาก และยังมีปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีการพัฒนาไปพร้อมกับเทคโนโลยี เช่นการนำผลงานของบริษัทไปใช้ประโยชน์เพื่อการค้าผ่านอินเทอร์เน็ต ทำให้กลุ่มบริษัทต้องเสียโอกาสจากการดำเนินธุรกิจเป็นจำนวนเงินที่สูงในแต่ละปี¹⁷ ซึ่งปัจจุบันผู้บริโภคซื้อผลิตภัณฑ์ดิจิทัลออนไลน์มากยิ่งขึ้นธุรกิจดิจิทัลหรือการซื้อขายสินค้าเพลงผ่านเครือข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ และ Internet เป็นช่องทางที่เติบโตมากที่สุดของธุรกิจเพลง ในขณะเดียวกันสินค้าเพลงในรูปแบบ physical เช่น CD VCD DVD และ MP 3 ฯลฯ ก็จะถูกย่อๆ หดตัวลงตามกระแสโลก คือประมาณร้อยละ 10-15 ในทำนองเดียวกันบริษัท อาร์.เอส. โปรโมชั่น (RS Promotion) ระบุในรายงานของประจำปี 2553 ว่าปัญหาเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์เพลงเริ่มควบคุมได้ยากขึ้น เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างกว้างขวางผ่านทางระบบออนไลน์หรือระบบดิจิทัล การตรวจสอบและการปราบปรามทำได้ยาก¹⁸ ประกอบกับ

¹⁵สถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลังและมูลนิธิสถาบันคินันแห่งเอเชีย รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษามูลค่าทางเศรษฐกิจจากอุตสาหกรรมเชิงสร้างสรรค์ไทย(บทสรุปผู้บริหาร) 2552 หน้า xii

¹⁶เฟิ่งอ้าง, หน้า xii-xiii

¹⁷บริษัท จีเอ็มเอ็ม แกรมมี่ จำกัด (มหาชน) รายงานประจำปี 2553 หน้า 52

¹⁸บริษัท อาร์เอส จำกัด (มหาชน) รายงานประจำปี 2553 หน้า 41

ปัจจุบันมีเทคโนโลยีที่ทันสมัยทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์ทำได้ง่ายและกระจายเป็นวงกว้างในกลุ่มผู้บริโภค อาทิ MP3, download เพลง หรือ CD ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งจะส่งผลให้ความนิยมของผู้บริโภคเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว ทำให้บริษัทผู้ประกอบธุรกิจผลิตเพลงรายย่อยหรือค่ายเพลงขนาดเล็กประกอบธุรกิจได้ยากมากขึ้น บางครั้งถึงขั้นต้องปิดกิจการไป ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าปัจจุบันผู้ประกอบการได้เปลี่ยนจากการขายสื่อวัสดุไปขายเนื้อหาจิตใจต่อมากขึ้น

นอกจากนี้การที่มีผู้นำเอาหมายเลขอนุกรม (serial number) หรือรหัสผ่าน (password) ของงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีลิขสิทธิ์ไปลงในเว็บไซต์ (website) อย่างแพร่หลาย เพื่อให้ผู้ที่ได้ดำเนินการดังกล่าวสามารถใช้งานที่มีลิขสิทธิ์เหล่านั้นได้ ทำให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างมากมาย และทำให้อุตสาหกรรมเทคโนโลยีสารสนเทศได้รับผลกระทบจากการละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์อย่างหนัก ซึ่งจะส่งผลต่อการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreign direct investment) โดยบริษัทซอฟต์แวร์ขนาดใหญ่¹⁹

ดังนั้น การกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จึงเป็นมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผลประโยชน์แก่ผู้สร้างสรรค์งานในระดับที่สูงขึ้นและสามารถสร้างความมั่นใจให้แก่นักลงทุนและผู้สร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ประเภทต่างๆ ให้มีการคิดค้น สร้างสรรค์ และพัฒนางานเพิ่มขึ้น เป็นการเสริมสร้างบรรยากาศการลงทุนอันจะส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจและกระตุ้นการลงทุนและการบริโภคภายในประเทศ

สำหรับผู้เขียนเห็นว่า ปัจจุบันประเทศไทยมีการคิดค้นและสร้างสรรค์งานต่างๆ เพิ่มขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในงานวรรณกรรม ดนตรีกรรม ภาพยนตร์ และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ แต่ผู้ประกอบการก็ยังประสบกับสถานะการขาดทุน สาเหตุหนึ่งมิใช่เกิดจากงานที่คิดค้นและสร้างสรรค์ภายในประเทศไม่มีคุณภาพหรือประชาชนผู้บริโภคไม่นิยมงานที่สร้างสรรค์โดยคนไทย แต่มาจากการที่ประชาชนหรือผู้บริโภคสามารถเลือกซื้อซีดี วีซีดีหรือวัสดุในงานดังกล่าวได้ โดยมีสินค้าบางส่วนของที่วางจำหน่ายเป็นสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เมื่อคนไทยที่เป็นผู้สร้างสรรค์งานและมีศักยภาพอย่างเพียงพอที่จะผลิตและพัฒนางานของตนต่อไปต้องพบกับการละเมิดลิขสิทธิ์และการคุ้มครองด้วยมาตรการทางกฎหมายที่ไม่เข้มแข็งก็จะหมดกำลังใจที่จะสร้างงานหรือพัฒนางานให้ดียิ่งขึ้น เพราะนอกจากจะไม่ได้ผลตอบแทนที่เต็มเม็ดเต็มหน่วยแล้ว ผู้สร้างสรรค์ยังไม่ได้รับความเป็นธรรมด้วย เนื่องจากผู้ที่ขโมยงานไปกลับมีรายได้จากงานของผู้อื่นโดยไม่ถูกลงโทษและไม่ต้องเสียภาษีแก่รัฐ ดังนั้นเมื่อไม่มีการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ที่เข้มแข็งแล้วไม่เฉพาะแต่ชาวต่างชาติที่ไม่กล้าที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเท่านั้น แม้แต่คนไทยเองก็ไม่กล้าจะคิด

¹⁹ อังแล้วในเชิงอรรถที่ 16

หรือสร้างงานลิขสิทธิ์ต่างๆ ขึ้นมา เพราะเมื่อคิดค้นหรือสร้างสรรค์งานอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นมาแล้ว ก็คงถูกทำซ้ำหรือคัดลอกงาน (copy) เพื่อนำไปใช้ประโยชน์ในทางการค้าอยู่เรื่อยไป ผลตอบแทนที่ได้รับจึงไม่คุ้มค่ากับความคิดและต้นทุนที่ต้องเสียไป ทำให้ไม่มีการคิดค้นหรือมีการพัฒนางานอย่างต่อเนื่อง ซึ่งจะเป็นอันตรายอย่างยิ่งต่อการพัฒนาประเทศ การมีกฎหมายกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จึงเป็นส่วนหนึ่งที่จะสร้างความมั่นใจแก่ผู้สร้างสรรค์งานและนักลงทุนทั้งชาวไทยและต่างชาติ เนื่องจากปริมาณการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ภายในประเทศอาจลดน้อยลง ผู้ประกอบการอาจจำหน่ายงานลิขสิทธิ์ได้มากขึ้น ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนทางเศรษฐกิจอย่างเต็มเม็ดเต็มหน่วย เกิดความมั่นใจในการลงทุนเพื่อสร้างสรรค์และพัฒนางาน ทำให้รัฐมีรายได้ในรูปแบบของภาษีที่จะนำไปพัฒนาประเทศเพิ่มมากขึ้น

4.3 ใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องปรามการกระทำผิด

ปัจจุบัน ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ได้กลายเป็นปัญหาระดับชาติที่ยากแก่การแก้ไข และทุกประเทศต่างประสบกับปัญหาดังกล่าว ปัญหานี้ได้ส่งผลกระทบต่อและสร้างความเสียหายทางเศรษฐกิจแก่เจ้าของสิทธิและผู้ประกอบการเป็นมูลค่ามหาศาล สร้างความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจและทำให้รัฐขาดรายได้ รวมถึงรัฐต้องทุ่มเททรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดทั้งกำลังเจ้าหน้าที่และเงินงบประมาณจำนวนมหาศาลไปกับการจับกุม ปรามปรามและดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิด โดยจากข้อมูลสถิติการจับกุมในคดีการละเมิดลิขสิทธิ์ ของสำนักงานป้องปรามการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ ณ วันที่ 31 ธันวาคม 2554 พบว่า ในระหว่างปี 2548-2554 มีปริมาณการจับกุมในคดีละเมิดลิขสิทธิ์หรือความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 และมีจำนวนของกลาง ดังนี้

ปี 2548 มีการจับกุมและดำเนินคดี 5,647 ราย ได้ของกลาง 1,388,274 ม้วน/ชิ้น

ปี 2549 มีการจับกุมและดำเนินคดี 6,459 ราย ได้ของกลาง 1,704,970 ม้วน/ชิ้น

ปี 2550 มีการจับกุมและดำเนินคดี 4,614 ราย ได้ของกลาง 2,228,348 ม้วน/ชิ้น

ปี 2551 มีการจับกุมและดำเนินคดี 3,215 ราย ได้ของกลาง 2,465,679 ม้วน/ชิ้น

ปี 2552 มีการจับกุมและดำเนินคดี 3,781 ราย ได้ของกลาง 3,099,592 ม้วน/ชิ้น

ปี 2553 มีการจับกุมและดำเนินคดี 2,867 ราย ได้ของกลาง 2,288,702 ม้วน/ชิ้น

ปี 2554 มีการจับกุมและดำเนินคดี 3,147 ราย ได้ของกลาง 667,721 ม้วน/ชิ้น

จากสถิติข้างต้น แสดงให้เห็นถึงจำนวนสินค้าหรือสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ของกลางที่จับกุมได้ในแต่ละปีมีเป็นจำนวนมาก และมีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้น แสดงให้เห็นว่าตลาดสินค้าหรือสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทยมีการขยายตัวเพิ่มขึ้น การกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม ซึ่งเป็นความผิดเล็กน้อยๆ และให้มีโทษอาญา อาจทำให้

ประชาชนที่ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ลดจำนวนหรือปริมาณสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่อยู่ในครอบครองให้น้อยลง ซึ่งกรณีนี้หากพิจารณาในแง่ทัศนคติทางสังคม กฎหมายดังกล่าวจึงมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินของบุคคล²⁰ ให้รอดพ้นจากการถูกลักหรือถูกบุคคลอื่นนำไปใช้ประโยชน์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของ การลงโทษมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการป้องกัน และรักษาระเบียบ ของสังคม แต่เมื่อพิจารณาในแง่ของคุณธรรมทางกฎหมายแล้วพบว่าความผิดเล็กน้อยตามกฎหมายอาญาเกือบทั้งหมดมุ่งประสงค์ที่คุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย คือควบคุมการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมให้มีความสุข และเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม²¹

สำหรับผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดความผิดสำหรับผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม อาจได้ผลในแง่ของการป้องปรามการทำความผิด ทำให้คนในสังคมเกิดความเกรงกลัวต่อโทษทัณฑ์ที่จะได้รับ และไม่กล้าที่จะครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดซึ่งถือเป็นการทำความผิด รวมทั้งผู้ที่คิดจะทำความผิดอาจต้องหยุดคิดทบทวนและมีบางส่วนที่ยับยั้งจิตใจไม่ทำความผิด ดังนั้น การใช้มาตรการทางกฎหมายอาจได้ผลในการป้องปรามการทำความผิด ทำให้ประชาชนลดปริมาณการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ลง ส่งผลให้ปริมาณสินค้า หรือสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ภายในประเทศลดน้อยลงด้วย

4.4 ลดอุปสรรคในการทำความตกลงการค้า

ภายหลังการจัดตั้งองค์การการค้าโลก (WTO) ได้เกิดผลกระทบต่อการประกอบธุรกิจการค้า ไม่ว่าจะเป็นการค้าภายในหรือการค้าระหว่างประเทศ ประเทศสมาชิกมีพันธะผูกพันที่จะต้องเปิดประเทศให้ต่างชาติเข้าไปลงทุนและประกอบธุรกิจการค้าได้ ทั้งในด้านการผลิตสินค้าและธุรกิจบริการ การให้คำปรึกษา ตลอดจนการเปิดเสรีทางการเงิน การธนาคารและการประกันภัย นโยบายในการเปิดตลาดในประเทศให้ต่างชาติเข้าไปลงทุนทางตรงได้ (foreign direct investment) ทั้งในด้านการผลิตสินค้าและการให้บริการอย่างเสรีขององค์การการค้าโลกดังกล่าวนี้ ทำให้เกิด

²⁰ อรรถชัช วงศ์อุดมมงคล การใช้มาตรการอื่นแทน โทษทางอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดบางประเภท วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2548 หน้า 11-12

²¹ สหชน รัตนไพจิตร ความประสงค์ของการลงโทษทางอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2527 หน้า 30-32

กระแสโลกาภิวัตน์ (globalization) ทางธุรกิจอย่างแท้จริง²² ทุกประเทศมีความจำเป็นที่จะต้องเพิ่มขีดความสามารถทางการผลิต (productivity) และความสามารถในการแข่งขัน (competitiveness) เพราะในขณะที่แต่ละประเทศจะมีตลาดของสินค้าและบริการที่กว้างขึ้น ตลาดภายในประเทศก็ต้องเปิดกว้างให้ผู้อื่นเข้ามาแข่งขันได้²³ ด้วยการใช้นโยบายการค้าที่ได้รับการยกเว้นหรือผ่อนผัน อันเป็นการลดอุปสรรคทางการค้า ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยมีความพยายามอย่างต่อเนื่องที่จะลดอุปสรรคทางการค้า ทั้งในรูปแบบของภาษีศุลกากรและอุปสรรคที่ไม่เกี่ยวกับภาษีศุลกากร (non-tariff barrier) เพื่อรองรับข้อผูกพันที่จะเปิดตลาดการค้าภายในประเทศให้กว้างยิ่งขึ้น ตามที่ได้ลงนามในสัญญาเข้าร่วมใน “ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยพิกัดอัตราภาษีศุลกากรและการค้า” (GATT) เมื่อปี 1982 โดยยอมรับการลงทุนจากต่างประเทศ ลดหรือยกเลิกการกีดกันทางการค้า เช่น การเปิดเสรีทางด้าน การค้าบริการ การเงิน การประกันภัย การท่องเที่ยว และการบิน เป็นต้น²⁴ ทั้งนี้เพื่อเพิ่มมูลค่าการส่งออกไปยังตลาดโลกและนำรายได้เข้าประเทศ ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยมีสินค้าส่งออกที่สำคัญคือ สินค้าทางการเกษตร และตลาดใหญ่ของไทยคือกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปและสหรัฐอเมริกา

สหรัฐฯ เป็นประเทศที่ให้ความสำคัญกับการปกป้องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และเป็นประเทศเจ้าของสิทธิรายใหญ่ จึงมีความพยายามอย่างต่อเนื่องในการผลักดันให้มีการใช้ข้อตกลงที่มีมาตรฐานเข้มงวดขึ้นเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในระดับที่สูงกว่าแนวทางที่ WTO กำหนดไว้ในการเจรจาการค้ากับกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาผ่านการจัดทำความตกลงการค้าเสรีแบบทวิภาคีกับประเทศต่างๆ เพื่อประโยชน์สูงสุดแก่เศรษฐกิจสหรัฐฯ หากประเทศใดไม่ให้ความสำคัญในการดูแลผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของสหรัฐฯ ก็จะมีมาตรการกีดกันต่างๆ เช่น ตัดสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากร (Generalized System of Preference : GSP) ส่งผลให้ราคาส่งออกสินค้าที่ได้รับสิทธิ GSP มีราคาสูงขึ้น ฯลฯ ซึ่งที่ผ่านมาสหรัฐฯ ประสบความสำเร็จในการจัดทำความตกลงการค้าเสรีแบบทวิภาคีกับหลายประเทศ เช่น ซิลิ สิงคโปร์ ฯลฯ ซึ่งสหรัฐฯ ก็ได้ยื่นข้อเสนอให้ไทยยอมรับเงื่อนไขข้อตกลงที่เรียกว่า “ทริปส์พลัส” (TRIPs – plus) เช่นเดียวกับประเทศต่างๆ ที่ได้ทำข้อตกลงไปก่อนหน้านี้

²² ภัทร์ เจริญลาภ “การประกอบธุรกิจภายใต้องค์การการค้าโลก” *วารสารนิติศาสตร์* 25,3 (กรกฎาคม-กันยายน 2542) หน้า 457

²³ อรุณ ภาณุพงศ์ “จาก GATT สู่ WTO” *วารสารนิติศาสตร์* 25,3 (กรกฎาคม-กันยายน 2542) หน้า 444

²⁴ สุรศักดิ์ มณีศรี “ปัญหาสิทธิของคนต่างด้าวในการทำงานและการประกอบธุรกิจ” *วารสารนิติศาสตร์* 23,4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2540) หน้า 722

สำหรับผู้เขียนเห็นว่า การปรับปรุงกฎหมายให้มีการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่เข้มงวดขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลดอุปสรรคทางการค้าเป็นสิ่งที่รัฐต้องพิจารณาให้รอบคอบ โดยเฉพาะในการเจรจาการค้าแบบทวิภาคีกับประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจที่เรียกร้องให้เพิ่มความเข้มงวดในการป้องกันสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ที่มักจะมีเงื่อนไขหรือข้อเรียกร้องในการทำข้อตกลง “ทริปส์พลัส” (TRIPs – plus) ให้มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่สูงกว่าระดับการคุ้มครองขององค์การการค้าโลก (WTO) ทำให้ประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นคู่ค้ามักจะเป็นฝ่ายเสียเปรียบทางการค้า ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของ Dr. Mohammed El-Said ที่มีความเห็นว่า การเจรจาการค้าแบบทวิภาคีกับประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจในประเด็นเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา จะมีเงื่อนไขหรือข้อเรียกร้องในการทำข้อตกลง “ทริปส์พลัส” (TRIPs – plus) กับประเทศคู่ค้า เพื่อเพิ่มระดับการคุ้มครองงานสร้างสรรค์ของตนมักจะไม่มีความโปร่งใสและไม่เป็นประชาธิปไตย²⁵ และที่ผ่านมา ประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจย่อมจะหามาตรการ กฎเกณฑ์หรือข้อเรียกร้องต่างๆ มากกดดันให้ประเทศกำลังพัฒนาซึ่งเป็นคู่ค้าต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ต้องการเมื่อเห็นว่าผลประโยชน์ของตนกำลังได้รับผลกระทบจากการค้าและต้องเป็นฝ่ายเสียเปรียบ การเจรจาการค้าโดยนำประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามาเป็นเงื่อนไขให้มีระดับการคุ้มครองที่เท่าเทียมกัน มักจะเกิดปัญหาในการปฏิบัติ เนื่องจากคู่เจรจาอาจมีความจำเป็นต้องคงระดับการคุ้มครองเท่าเดิมเอาไว้ด้วยเหตุผลและความจำเป็นที่แตกต่างกัน ซึ่งปัญหานี้บัณฑิต หลิมสกุล ได้เคยวิเคราะห์ไว้ว่า แม้แต่ประเทศในสหภาพยุโรปที่มีระดับการพัฒนาทางเทคโนโลยีที่ใกล้เคียงกัน ตลอดจนมีปฏิสัมพันธ์ทางการค้ากันอย่างใกล้ชิด และมีความจำเป็นต้องประสานกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของตลาดร่วม เพื่อให้สามารถแข่งขันทางการค้าโดยเสรี ตาม

²⁵Mohammed El-Said *Editorial : Free Trade, Intellectual Property and TRIPs-PLUS World*
 Liverpool Law Review Vol.28 2007 p.8 (<http://www.springerlink.com/content/d535u57341872t22/>)

หลักการแข่งขันโดยเสรี (free competition) ที่กำหนดไว้ในมาตรา 85 และ 86 ของสนธิสัญญากรุงโรม²⁶ ก็ยังยากที่จะปรับระดับของการคุ้มครองให้เท่าเทียมกัน จึงยังเกิดปัญหาความขัดแย้งอันเนื่องมาจากความแตกต่างของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างสมาชิกด้วยกันเอง²⁷ ดังนั้นจึงไม่อาจมั่นใจได้ว่า หากประเทศไทยมีการปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์รวมทั้งยกระดับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ให้มีระดับการคุ้มครองที่สูงขึ้นแล้วจะไม่ถูกกีดกันทางการค้าหรือได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการตอบโต้ทางเศรษฐกิจในรูปแบบอื่นๆ

4.5 สร้างความเป็นธรรมทางการค้า

การกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ไว้นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองเกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) เป็นการปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์ให้มีระดับการคุ้มครองที่สูงขึ้น สามารถคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์หรือคิดค้นงาน นักลงทุน ตลอดจนผู้ประกอบการในธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการผลิตและจำหน่ายงานลิขสิทธิ์ ให้ได้รับผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจอย่างเต็มเม็ดเต็มหน่วย เป็นการสร้างความเป็นธรรมทางการค้า ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้กำหนด

²⁶Article 85 ได้กำหนดตัวอย่างของการผูกขาดทางการค้าไว้ เช่น การกำหนดราคา การจำกัดการผลิตหรือการตลาด ส่วนแบ่งการตลาด เงื่อนไขการค้าที่ไม่เป็นธรรม ความผูกพันภายในกิจการ

Article 85 (2) กำหนดให้การกระทำดังกล่าวเสียเปล่าและเป็นโมฆะ ถ้ามีลักษณะของข้อตกลงอันเป็นการผูกขาด เว้นแต่จะเข้าเงื่อนไขดังนี้

1. ข้อตกลงนั้นเป็นไปเพื่อปรับปรุงการผลิต การจำหน่ายสินค้า หรือเพื่อส่งเสริมความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีหรือความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ
2. ผู้บริโภคได้รับส่วนแบ่งที่เป็นธรรมของผลประโยชน์ที่จะได้รับจากความตกลงนั้น
3. ข้อจำกัดนั้นเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้จากประโยชน์ที่ได้รับ
4. คู่สัญญาที่ทำความตกลงกันมิได้มีความพยายามที่จะจัดคู่แข่งในทางการค้าในเชิงการผลิต

Article 86 เป็นการห้ามการบิดเบือนในทางการค้าที่จะทำให้เป็นผู้ครอบครองอาณาจักรในทางการค้า โดยอยู่ในฐานะที่ไม่มีคู่แข่งภายในตลาดร่วมยุโรปหรือในทางการค้าระหว่างรัฐสมาชิก และยกตัวอย่างของการบิดเบือนในทางการค้า เช่น การกำหนดราคาที่ไม่เป็นธรรม หรือการกำหนดเงื่อนไขในทางการค้า การผลิต การตลาด หรือกำหนดเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมอื่นๆ

²⁷บัณฑิต หลิมสกุล “แนวทางของประชาคมยุโรปในการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์: ข้อกำหนดว่าด้วยการอนุญาตให้ทำ reverse engineering” *คู่มือ* 42,3 (กรกฎาคม-กันยายน 2538) หน้า 26-29

แนวนโยบายในการคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพทางเศรษฐกิจไว้ใน มาตรา 84 (1) (5) ดังนี้

“มาตรา 84 รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านเศรษฐกิจ ดังต่อไปนี้

(1) สนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรมโดยอาศัยกลไกตลาด.....

(5) กำกับทำให้การประกอบกิจการมีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม ป้องกันการผูกขาดตัดตอนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม และคุ้มครองผู้บริโภค”

ปัจจุบัน ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ได้กลายเป็นตัวบ่อนทำลายเศรษฐกิจของประเทศทั้งทางตรงและทางอ้อม ทางตรงก็คือรัฐขาดเงินจากการจัดเก็บภาษีสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจากผู้ผลิตและผู้จำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ไม่เสียภาษีมูลค่าเพิ่มและภาษีเงินได้ทำให้รัฐต้องขาดรายได้ในแต่ละปีเป็นมูลค่ามหาศาล สร้างความไม่เป็นธรรมทางการค้าเพราะผู้ละเมิดลิขสิทธิ์เอารัดเอาเปรียบผู้อื่น กล่าวคือผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ไม่มีการลงทุนทางความคิด ไม่ต้องลงทุนในค่าใช้จ่ายพัฒนาหรือสร้างผลิตภัณฑ์ การประกอบการค้าสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการค้านอกระบบที่ทำให้ตลาดขาดความเข้มแข็ง ไม่มีความมั่นคง เพราะผู้ประกอบการไม่อาจคาดการณ์ภาวะทางตลาดได้ และทำให้ผู้ลงทุนขาดความมั่นใจในการลงทุน เพราะอาจต้องประสบกับภาวะขาดทุนหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะขาดทุน ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนคือการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม ภาพยนตร์ และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการจนทำให้เกิดภาวะขาดทุนและไม่อยากลงทุนหรือผู้ประกอบการบางรายต้องปิดกิจการลง ส่วนผลกระทบต่อเศรษฐกิจโดยอ้อม เช่น การเสียสิทธิทางการค้าจากการถูกตอบโต้ทางการค้า ทำให้สินค้าประเภทอื่นๆ ทั้งสินค้าเกษตรกรรมและอุตสาหกรรมต้องได้รับผลกระทบจากราคาจำหน่ายในต่างประเทศที่เพิ่มขึ้น ศักยภาพในการแข่งขันทางการค้าในประชาคมโลกลดลง ทำลายบรรยากาศการลงทุนและเป็นอุปสรรคในการดึงดูดนักลงทุนต่างชาติให้เข้ามาลงทุนในประเทศ เป็นต้น

4.6 เพิ่มความหลากหลายของสินค้าส่งออก

การเพิ่มปริมาณและมูลค่าสินค้าส่งออก ถือเป็นนโยบายหลักที่รัฐบาลในทุกประเทศต้องให้ความสำคัญในระดับต้น เนื่องจากเป็นแหล่งรายได้สำคัญที่จะนำมาซึ่งเงินตราเข้าประเทศ หากประเทศใดส่งออกได้มากและได้เปรียบดุลการค้าจะทำให้เศรษฐกิจโดยรวมของประเทศดีขึ้น เช่น ประชาชนมีรายได้เพิ่มขึ้น มีการลงทุนภายในประเทศเพิ่มมากขึ้น มีการจ้างงานเพิ่มขึ้นและอัตราการว่างงานลดลง ฯลฯ การค้าระหว่างประเทศในโลกนี้มีสินค้าที่สำคัญอยู่ 4 ประเภท ได้แก่ สินค้าเกษตรกรรม สินค้าอุตสาหกรรม สินค้าบริการ และสินค้าทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งที่ผ่านมามีประเทศไทยมีสินค้าส่งออกที่สำคัญอยู่ 2 ประเภท ได้แก่ สินค้าเกษตรกรรม และสินค้าอุตสาหกรรม เนื่องจากประเทศไทยมีวัตถุดิบจำนวนมากและแรงงานมีราคาถูก โดยใน

ครึ่งปีแรกของปี 2554 ประเทศไทยมีประเภทของสินค้าและมูลค่าการส่งออกสำคัญสูงสุด 10 อันดับแรก ดังนี้

มูลค่า : ล้านบาท

รายการ		2554/2011
1	เครื่องคอมพิวเตอร์ อุปกรณ์และส่วนประกอบ	274,177.4
2	รถยนต์ อุปกรณ์และส่วนประกอบ	263,264.2
3	อัญมณีและเครื่องประดับ	197,477.8
4	ยางพารา	194,396.6
5	เม็ดพลาสติก	134,463.3
6	เคมีภัณฑ์	124,391.0
7	แผงวงจรไฟฟ้า	124,224.5
8	ผลิตภัณฑ์ยาง	120,423.2
9	น้ำมันสำเร็จรูป	117,660.4
10	ข้าว	105,283.3

(ตาราง 3.1) ตารางแสดงประเภทของสินค้าและมูลค่าการส่งออกของไทยสูงสุด 10 อันดับแรก ครึ่งปีแรกของปี 2554 (ที่มา : กรมส่งเสริมการส่งออก www2.ops3.moc.go.th)

ทั้งนี้ โดยมีตลาดส่งออกที่สำคัญ ได้แก่ ญี่ปุ่น จีน สหรัฐฯ ฮองกง มาเลเซีย สิงคโปร์ อินโดนีเซีย ออสเตรเลีย เวียดนาม และสวิสเซอร์แลนด์ ตามลำดับ แต่ในอนาคตความได้เปรียบทั้งในด้านวัตถุดิบและราคาค่าแรงงานซึ่งเป็นจุดเด่นของประเทศไทยเริ่มลดลง เนื่องจากการผลิตในภาคอุตสาหกรรมต้องอาศัยทรัพยากรธรรมชาติที่นับวันจะเริ่มร่อยหรอ ส่วนภาคการเกษตรกรรมต้องพึ่งพาสภาพดินฟ้าอากาศที่เริ่มแปรปรวน ดังนั้นประเทศไทยจึงมีความจำเป็นต้องแสวงหาสินค้าอื่นมาชดเชย และสินค้าทรัพยากรปิโตรเลียมก็เป็นอีกทางเลือกหนึ่งของประเทศไทยที่จะต้องเร่งพัฒนาศักยภาพให้สูงขึ้นและมีความเหมาะสมแก่การส่งเป็นสินค้าออก การแข่งขันส่งออกทรัพยากรปิโตรเลียมจะเป็นเวทีใหม่สำหรับการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งปัจจุบันประเทศมหาอำนาจทั้งหลายได้มีการพัฒนาสินค้าอย่างหลากหลาย ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจน เช่น การส่งออกงานภาพยนตร์และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของสหรัฐฯ หรือส่งออกเพลงของอังกฤษ เป็นต้น

ผู้เขียนจึงเห็นว่า การกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จะช่วยคุ้มครองงานสร้างสรรค์ที่ได้คิดค้นและพัฒนาโดยคนไทย เป็นกลจักรสำคัญที่ช่วยผลักดันและส่งเสริมให้คนไทยเกิดความคิดสร้างสรรค์ไม่หยุดนิ่ง ทำให้ผู้สร้างสรรค์มี

แรงจูงใจในการสร้างงานและพัฒนางานต่อไป หากไม่มีการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่เข้มแข็งแล้วก็คงไม่มีใครกล้าลงทุนหรือคิดสร้างสรรค์งานใหม่ๆ ทำให้การสร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์เกิดการชะงักงันและไม่มีการพัฒนาในที่สุด สำหรับปัจจุบันงานลิขสิทธิ์สามารถสร้างรายได้และนำเงินตราเข้าประเทศได้เป็นจำนวนมาก ทั้งนี้เนื่องจากผู้สร้างสรรค์งานและผู้ประกอบการมีการพัฒนาศักยภาพในการแข่งขัน เช่น มีการผลิตงานที่มีคุณภาพ มีการตลาดในต่างประเทศ ฯลฯ จนสามารถผลิตงานส่งเป็นสินค้าออกได้ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนคือ งานภาพยนตร์ ที่มีการตลาดในต่างประเทศเพื่อเพิ่มช่องทางการจำหน่ายและส่งเป็นสินค้าออกทำรายได้เข้าประเทศ ดังนั้น การคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยมาตรการทางกฎหมายที่เข้มแข็ง จะช่วยส่งเสริมการคิดค้นและพัฒนางานลิขสิทธิ์ที่จะกลายเป็นสินค้าออกที่สำคัญนำรายได้เข้าประเทศและเป็นการเพิ่มความหลากหลายของสินค้าส่งออกของไทยเพิ่มมากขึ้น

4.7 รัฐมีรายได้จากการจัดเก็บภาษีเพิ่มขึ้น

ดังที่ทราบกันคืออยู่แล้วว่า ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ได้กลายเป็นตัวบ่อนทำลายเศรษฐกิจของประเทศและทำให้รัฐขาดเงินรายได้จากการจัดเก็บภาษี เนื่องจากการค้าสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ไม่มีการเสียภาษีมูลค่าเพิ่มและภาษีเงินได้ ซึ่งโดยปกติบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย รวมถึงบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามของต่างประเทศและประกอบกิจการในประเทศไทยจะต้องเสียภาษีในกำไรสุทธิจากกิจการ หรือเนื่องจากกิจการที่ได้กระทำในประเทศไทยในรอบระยะเวลาบัญชีตามประมวลรัษฎากร มาตรา 66 นอกจากนี้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่จำหน่ายสินค้าอันเป็นงานลิขสิทธิ์ยังต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม (VAT) จากการขายสินค้าหรือการให้บริการโดยผู้ประกอบการ รวมทั้งยังเสียภาษีอันเนื่องจากการนำเข้าสินค้าโดยผู้นำเข้าตามประมวลรัษฎากร มาตรา 77/2 อีกด้วย การกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จะทำให้ปริมาณสินค้าและสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ลดน้อยลงและประชาชนบางส่วนหันไปซื้อแต่สินค้าที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้อง จำนวนผู้จำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์และปริมาณสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ในตลาดลดน้อยลง ผู้ประกอบการสามารถผลิตสินค้าลิขสิทธิ์ในปริมาณที่เพิ่มขึ้นเพื่อให้เพียงพอต่อความต้องการของตลาด ทำให้ปริมาณและยอดการจำหน่ายสินค้าลิขสิทธิ์เพิ่มขึ้น รัฐมีรายได้จากการจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลและภาษีมูลค่าเพิ่ม (VAT) รวมถึงภาษีอันเนื่องจากการนำเข้าสินค้ามากขึ้นด้วย

นอกจากนี้ การที่ผู้ประกอบการมีการผลิตสินค้าภายในประเทศหรือมีการนำเข้าสินค้าลิขสิทธิ์จากต่างประเทศเพิ่มขึ้น และสามารถจำหน่ายสินค้าที่เป็นงานลิขสิทธิ์ได้มากขึ้น นอกจากจะส่งผลให้รัฐมีรายได้จากการจัดเก็บภาษีแล้ว รัฐยังใช้มาตรการทางภาษีเพื่อสนับสนุนผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการผลิตหรือจำหน่ายงานลิขสิทธิ์ เพื่อเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันและ

การพัฒนาสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ด้วย โดยมีการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีสำหรับการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยี เช่น การยกเว้นภาษีเงินได้ สำหรับเงินได้ของบริษัท และห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล เป็นจำนวนร้อยละ 100 ของรายจ่าย ที่ได้จ่ายไปเป็นค่าจ้างเพื่อทำการวิจัยและพัฒนาให้แก่หน่วยงานของรัฐ หรือเอกชนตามที่กำหนด ตามพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 297) พ.ศ. 2539 ซึ่งถือว่าเป็นการให้ความสำคัญกับการเพิ่มความสามารถในการผลิตในระยะยาว²⁸ หรือการให้หักค่าสึกหรอและค่าเสื่อมราคาเบื้องต้นของทรัพย์สินประเภทเครื่องจักรและอุปกรณ์ของเครื่องจักรที่ใช้สำหรับการวิจัยและพัฒนา ตามพระราชกฤษฎีกา ออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการหักค่าสึกหรอและค่าเสื่อมราคาของทรัพย์สิน อันจะส่งผลดีต่อผู้ประกอบการที่เสียภาษี เป็นต้น

4.8 ผลดีต่อระบบการค้าระหว่างประเทศ

สำหรับปัจจุบัน ทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะเทคโนโลยีต่างๆ ได้กลายสภาพมาเป็นปัจจัยพื้นฐานทางอุตสาหกรรม อันนำไปสู่การขยายตัวและการเกิดของการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ดังนั้นความสัมพันธ์ระหว่างทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศจึงเกี่ยวพันกันอย่างใกล้ชิด ในการเจรจาการค้ารอบอุรุกวัย ประเทศที่พัฒนาแล้วมีความเห็นว่า การปรับปรุงแนวทางคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะก่อให้เกิดผลดีต่อระบบการค้าเสรี เพราะจะช่วยลดปริมาณของสินค้าลอกเลียนแบบในตลาดโลกลง²⁹ อันเป็นการป้องกันและรักษาการค้าอันชอบธรรมของรัฐภาคีของ GATT เพราะในความเห็นของประเทศที่พัฒนาแล้ว สินค้าลอกเลียนแบบเหล่านี้เป็นอุปสรรคทางการค้า (trade barriers) และตัวการบิดเบือน (distortion) ระบบการค้าเสรี การคุ้มครองลิขสิทธิ์ด้วยมาตรการทางกฎหมายที่เข้มงวด จะก่อให้เกิดผลดีต่อระบบการค้าระหว่างประเทศ 2 ประการด้วยกัน ได้แก่³⁰

ประการแรก การคุ้มครองลิขสิทธิ์อย่างเข้มงวดและมีประสิทธิภาพ จะก่อให้เกิดการขยายตัวของการค้าระหว่างประเทศ ส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า และเสนอทางเลือกที่มีความหลากหลายต่อผู้บริโภค เนื่องจากบรรดาผู้ประกอบการจะมีความเชื่อมั่นที่จะส่งสินค้าที่เป็นงาน

²⁸ ประสพสุข ตั้งบุญมาก “นโยบายการค้าระหว่างประเทศของไทย : ปัจจุบันและอนาคต” ใน รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์ และสมบูรณ์ ศิริประชัย *นโยบายการค้าระหว่างประเทศของไทยและการค้ากับสหรัฐอเมริกา* โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร 2552 หน้า 13

²⁹ จักรกฤษณ์ ควรวจน์ “ทรัพย์สินทางปัญญาในความสัมพันธ์กับการค้าระหว่างประเทศ : กรณีประเทศไทยกับสหรัฐฯ” *วารสารนิติศาสตร์* 22,4 (กันยายน-ธันวาคม 2539) หน้า 517

³⁰ เพิ่งอ้าง

ลิขสิทธิ์ของตนออกไปจำหน่ายในต่างประเทศเพิ่มมากขึ้น เพราะไม่ต้องเสี่ยงต่อการถูกปลอมแปลงหรือลอกเลียนแบบ ดังนั้นการคุ้มครองลิขสิทธิ์แม้จะมีลักษณะเป็นการปกป้องสิทธิของผู้สร้างสรรค์ แต่ก็มีส่วนช่วยในการส่งเสริมทางการค้าระหว่างประเทศ

ประการที่สอง การคุ้มครองลิขสิทธิ์อย่างเข้มงวดและมีประสิทธิภาพ จะเอื้ออำนวยให้เกิดกิจกรรมการถ่ายทอดเทคโนโลยี (transfer of technology) จากประเทศหนึ่งไปสู่อีกประเทศหนึ่ง ไม่ว่าจะโดยผ่านการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (foreign direct investment) หรือโดยผ่านสัญญา (contractual agreement) เนื่องจากประเทศที่พัฒนาแล้วหรือมีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีจะส่งสินค้าไปจำหน่ายในประเทศกำลังพัฒนามากขึ้น

กิจการหลักของการค้าระหว่างประเทศ คือการซื้อขายสินค้าซึ่งปกติจะมีการเคลื่อนย้ายจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง และการชำระราคาข้ามประเทศจากประเทศผู้ซื้อไปยังประเทศผู้ขาย³¹ การประกอบธุรกิจการค้าขายงานลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศก็เช่นเดียวกันย่อมจะต้องมีการเคลื่อนย้ายสินค้าจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง และมีการชำระราคาข้ามประเทศจากประเทศผู้ซื้อไปยังประเทศผู้ขาย ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายในเรื่องสัญญาและการซื้อขาย

นอกจากนี้ การซื้อขายสินค้านี้จะเกี่ยวข้องกับกิจการอื่นด้วยที่สำคัญคือ การรับขนสินค้านี้ระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการขนส่ง (carriage of goods) และการประกันภัย (insurance) และอีกกิจการหนึ่งที่เข้ามาเกี่ยวข้องเกือบในทุกกรณีคือ บริการสินเชื่อ (finance) ลักษณะต่างๆ จากสถาบันการเงิน โดยเฉพาะธนาคารพาณิชย์ เช่น การเปิด letter of credit เป็นต้น

ดังนั้น การขยายตัวของการค้างานลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ จึงก่อให้เกิดผลดีต่อระบบการค้าระหว่างประเทศ ทำให้กิจการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องได้รับอานิสงส์จากกิจการที่เกี่ยวข้องกับการจำหน่ายงานลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศด้วย

4.9 ผลดีต่อผู้ประกอบการ

นอกจากประโยชน์ที่จะได้รับดังที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว ผู้ประกอบการยังจะได้รับประโยชน์อีกหลายทาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งประโยชน์ที่เกิดกับการวางแผนการผลิต แผนการตลาด หรือการบริหารองค์กร ทั้งนี้เนื่องจากการประกอบการค้าสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ถือเป็นการค้านอกระบบที่ทำให้ตลาดขาดความเข้มแข็งและไม่มีความมั่นคง ทำให้ผู้ประกอบการไม่อาจคาดการณ์ภาวะทางตลาดได้ ผู้ประกอบการจึงประสบปัญหาเกี่ยวกับการวางแผนการผลิตและการตลาด ส่งผลให้

³¹ ทัศนะนี้ ภาไชย “หลักกฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ” วารสารนิติศาสตร์ 24,2 (เมษายน-มิถุนายน 2541) หน้า 229

ผู้ประกอบการหรือผู้ผลิตงานลิขสิทธิ์ไม่สามารถตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคได้ บางครั้งสินค้าขาดตลาดหรือไม่ครบตามความต้องการ เมื่อมีการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ด้วยการเพิ่มข้อกำหนดที่ให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในระดับสูงขึ้น จะเกิดผลดีต่อผู้ประกอบการและผู้ผลิตงานลิขสิทธิ์ ทำให้สามารถวางแผนการผลิตและการตลาดเพื่อตอบสนองความต้องการของตลาดได้อย่างเหมาะสม อีกทั้งเป็นการเสริมสร้างบรรยากาศการลงทุน และการร่วมลงทุนกับต่างประเทศ การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่เข้มแข็ง ทำให้นักลงทุนเกิดความมั่นใจที่จะเข้ามาลงทุนในธุรกิจเกี่ยวกับการสร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ ซึ่งปัจจุบันผู้ประกอบการของไทยหลายแห่งได้นำบริษัทเข้าจดทะเบียนเป็นบริษัทมหาชนจำกัด เช่น บริษัทอาร์.เอส. จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นผู้ผลิตงานเพลง รายการโทรทัศน์ วิทยุ ภาพยนตร์ สื่อสิ่งพิมพ์ ฯลฯ หรือบริษัท เวิร์คพอยท์ เอ็นเทอร์เทนเมนท์ จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นผู้ผลิตรายการโทรทัศน์ ภาพยนตร์ และสตูดิโอบันเทิงเสียง เป็นต้น ทำให้ประชาชนทั่วไปและนักลงทุนต่างชาติสามารถร่วมลงทุนโดยการถือหุ้นในกิจการดังกล่าวได้นอกจากนี้ยังเป็นการสร้างแรงจูงใจแก่ผู้สร้างสรรค์งานให้มีการสร้างงานใหม่ๆ หรือพัฒนางานที่มีอยู่ในดียิ่งขึ้น ผู้ผลิตสามารถผลิตงานลิขสิทธิ์ออกจำหน่ายได้มากขึ้น ทำให้ได้รับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจอันเนื่องมาจากการค้ามากขึ้นและได้รับความเป็นธรรมทางการค้า

นอกจากนี้ การที่นักลงทุนต่างชาติได้เข้ามาลงทุนในประเทศไทยจะเป็นการสร้างพันธมิตรที่เกื้อกูลกันในทางเศรษฐกิจ ซึ่งจะเป็นการเพิ่มบทบาทและอำนาจต่อรองของผู้ประกอบการในประเทศไทยในเวทีโลก รวมถึงสามารถใช้ประเทศไทยเป็นฐานการลงทุนเพื่อเป็นประตูไปภูมิภาคใกล้เคียง เช่น จีน ญี่ปุ่น กลุ่มประเทศอาเซียน หรือเอเชียใต้ เป็นต้น ผู้ประกอบการจะได้รับผลดีจากการกระจายแหล่งส่งสินค้าออกและนำเข้าด้วย

4.10 ผลดีต่อประชาชนผู้บริโภค

การคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่เข้มแข็ง ทำให้งานลิขสิทธิ์จากต่างประเทศหลั่งไหลเข้ามาเป็นจำนวนมาก เพราะผู้ผลิตเกิดความมั่นใจในมาตรการให้ความคุ้มครอง ทำให้ผู้บริโภคได้มีทางเลือกที่หลากหลายและมีโอกาสในการเรียนรู้มากขึ้น การมีผู้นำหลายรายทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้าส่งผลให้ราคาสินค้าถูกลง มีการแข่งขันด้านมาตรฐานและคุณภาพของสินค้าและผลิตภัณฑ์ มีการพัฒนารูปแบบของผลิตภัณฑ์ที่หลากหลายให้ผู้บริโภคได้เห็นถึงความแตกต่างที่เหนือกว่าคู่แข่งรายอื่นๆ เช่น มีการใช้วัสดุสำหรับบันทึกรายงานที่ทำงานที่มากขึ้นเป็นพิเศษ ฯลฯ มีบริการหลังการขาย บริการรับข่าวสารเกี่ยวกับตัวสินค้าผ่าน e-mail หรือ SMS นอกจากนี้ผู้ประกอบการที่มีข้อจำกัดเกี่ยวกับการใช้งานของสินค้าอาจลดหรืองดเงื่อนไขต่างๆ ที่ผู้บริโภคไม่พึงพอใจลง

5. วิเคราะห์ผลกระทบจากการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เกินจำนวนที่เหมาะสม

หากประเทศไทยต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ ด้วยการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสมแล้ว ย่อมส่งผลกระทบในด้านต่างๆ ทั้งด้านบวกและด้านลบ การใช้มาตรการทางกฎหมายที่เข้มงวดจึงมีทั้งข้อดีและข้อเสีย ซึ่งผู้เขียนขอนำเสนอบทวิเคราะห์ถึงผลกระทบจากการใช้กฎหมายในลักษณะดังกล่าวในด้านต่างๆ ดังนี้

5.1 ผลกระทบต่อหลักการพื้นฐานในการคุ้มครองลิขสิทธิ์

สถานะทางกฎหมายของไทยในปัจจุบัน ได้ให้ความสำคัญคุ้มครองลิขสิทธิ์เป็นไปตามแนวทางของนานาอารยประเทศ ที่มุ่งเน้นการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ใช้และสิทธิของผู้สร้างสรรค์อันเป็นเงื่อนไขสำคัญของกลไกการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน พ.ศ.2491 (Universal Declaration of Human Rights 1948) ที่ได้ให้การรับรองและประกาศสิทธิของมนุษย์ทุกคนในการเข้าถึงองค์ความรู้และงานสร้างสรรค์ทุกประเภทในข้อ 27 (1) ว่า “ทุกคนมีสิทธิที่จะเข้าร่วมโดยอิสระในชีวิตทางวัฒนธรรมของชุมชนที่จะผลิตผลิตกับศิลปะและมีส่วนในความรุดหน้าและคุณประโยชน์ทางวิทยาศาสตร์”³² และในข้อ 27 (2) ของปฏิญญาฯ ยังได้ให้การรับรองสิทธิของผู้สร้างสรรค์ไว้ด้วยกัน โดยกล่าวว่า “ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองผลประโยชน์ทางจิตใจและทางวัตถุอันเป็นผลจากประดิษฐกรรมใดทางวิทยาศาสตร์ วรรณกรรมและศิลปกรรมซึ่งตนเป็นผู้สร้าง”³³

และในความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า พ.ศ. 2537 หรือ TRIPs ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่บรรดาประเทศภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) ต้องถือปฏิบัติ ยังได้ให้การรับรองทั้งสิทธิของผู้สร้างสรรค์และสิทธิของส่วนรวมไว้ร่วมกันในวัตถุประสงค์ตาม มาตรา 7 ของความตกลงฉบับนี้ ดังนี้

“มาตรา 7 วัตถุประสงค์ : การคุ้มครองและบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องคำนึงถึงการสนับสนุนและส่งเสริม ให้เกิดนวัตกรรมทางเทคโนโลยี การถ่ายทอดและการ

³² Article 27 (1) Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits.

³³ Article 27 (2) Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.

เผยแพร่เทคโนโลยี เพื่อผลประโยชน์ร่วมกันของผู้ผลิตและผู้ใช้ความรู้ทางเทคโนโลยี และโดยพฤติการณ์อันนำมาซึ่งสวัสดิการ หรือความเป็นอยู่ที่ดีทางเศรษฐกิจและสังคม และเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างสิทธิและพันธกรณี”³⁴

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของความตกลงทั้งสองฉบับดังกล่าว ได้ให้การรับรองถึงสิทธิเบื้องต้นของมนุษย์ทุกคนในการเข้าถึงและใช้องค์ความรู้ในด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นงานสร้างสรรค์หรือวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีโดยมีอิสระและไม่ถูกจำกัด แต่ในขณะเดียวกันต้องเคารพสิทธิของผู้เป็นเจ้าของที่จะต้องได้รับการคุ้มครองในฐานะผู้สร้างสรรค์หรือผู้คิดค้นด้วย ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ได้กำหนดแนวนโยบายด้านวิทยาศาสตร์ ทรัพย์สินทางปัญญาและพลังงาน ในมาตรา 86 (1) ดังนี้

มาตรา 86 รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านวิทยาศาสตร์ ทรัพย์สินทางปัญญา และพลังงาน ดังต่อไปนี้

(1) ส่งเสริมให้มีการพัฒนาด้านวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และนวัตกรรมด้านต่าง ๆ โดยจัดให้มีกฎหมายเฉพาะเพื่อการนี้ จัดงบประมาณสนับสนุนการศึกษา ค้นคว้า วิจัย และให้มีสถาบันการศึกษาและพัฒนา จัดให้มีการใช้ประโยชน์จากผลการศึกษาและพัฒนา การถ่ายทอดเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ และการพัฒนาบุคลากรที่เหมาะสม รวมทั้งเผยแพร่ความรู้ด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีสมัยใหม่ และสนับสนุนให้ประชาชนใช้หลักด้านวิทยาศาสตร์ในการดำรงชีวิต

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย พบว่ามีความสอดคล้องและเป็นไปตามแนวทางข้างต้น โดยให้การคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์หรือผู้คิดค้นในขณะเดียวกันก็สนับสนุนให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีและเผยแพร่ความรู้ในด้านต่างๆ ให้สาธารณชนได้เข้าถึงงานอย่างเหมาะสม ซึ่งหากต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลิขสิทธิ์ให้มีความเข้มงวดสูงขึ้นด้วยการกำหนดความผิดในบางลักษณะ เช่น มีการกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ หรือผู้ใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ ถือเป็นความผิดแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยจะล้ำหน้ากว่าในอีกหลายประเทศ และถือเป็นกฎหมายที่มีความเข้มงวดสูงเกินไป จนทำให้ภาพลักษณ์ในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ถูกมองว่าค้ำถึงถึงแต่ประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์เป็นหลักแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยมองข้าม

³⁴TRIPs Agreement Article 7: Objectives

The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations.

สิทธิของผู้ใช้ในฐานะมนุษย์คนหนึ่งที่มีสิทธิในการเข้าถึงองค์ความรู้ในแขนงต่างๆ และผลกระทบจากการบังคับใช้กฎหมายจะส่งผลเป็นวงกว้าง ผู้เขียนเห็นว่าการเปิดโอกาสแก่สาธารณชนในการเข้าถึงงานสร้างสรรค์อย่างถูกต้องตามกฎหมายเป็นสิทธิอันชอบธรรมที่มนุษย์ทุกคนพึงมีพึงได้ การบังคับใช้กฎหมายที่มีความเข้มงวดมากเกินไปจึงขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน ดังนั้นรัฐจึงไม่ควรออกกฎหมายหรือข้อกำหนดใดๆ ที่จะจำกัดหรือขัดขวางต่อการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ และควรเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถเข้าถึงงานได้โดยไม่ต้องเสี่ยงกับการถูกจับกุม การกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จึงเป็นอีกแนวทางหนึ่งในการยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของไทยให้สูงขึ้น แต่มีการผ่อนปรนให้ประชาชนยังสามารถเข้าถึงงานได้ตามความจำเป็น จึงไม่ส่งผลกระทบต่อหลักการพื้นฐานในการคุ้มครองลิขสิทธิ์

5.2 ผลกระทบต่อแนวนโยบายในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพทางเศรษฐกิจ ภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญ

ประเทศไทยได้กำหนดแนวนโยบายการคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพทางเศรษฐกิจไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ มาตรา 83 ซึ่งกำหนดให้รัฐส่งเสริม และสนับสนุนให้มีการดำเนินการตามแนวคิดปรัชญาเศรษฐกิจแบบพอเพียงและ มาตรา 84 (1) สนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรมโดยอาศัยกลไกตลาดและสนับสนุนให้มีการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน โดยต้องยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจซึ่งมีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจและต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวมหรือจัดให้มีสาธารณูปโภค นอกจากนี้ ในมาตรา 84 (5) ได้กำหนดให้รัฐต้อง “กำกับให้การประกอบกิจการมีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม ปกป้องการผูกขาดตัดตอนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม และคุ้มครองผู้บริโภค”

การยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ด้วยการดำเนินมาตรการทางกฎหมายที่มีความเข้มงวดสูงมากเกินไป เช่น การกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อหรือผู้ใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ ฯลฯ ย่อมส่งผลกระทบต่อแนวนโยบายในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพทางเศรษฐกิจภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเจ้าของสิทธิจะมีอิทธิพลเหนือตลาดในการกำหนดราคาสำหรับสินค้าลิขสิทธิ์ อันจะส่งผลกระทบต่อสังคมและผู้บริโภคโดยรวม³⁵ ในปัจจุบันปัญหานี้เริ่มปรากฏชัดเจน

³⁵Michael J. Meurer Associate Professor *Copyright Law and Price Discrimination* forthcoming *Cardozo Law Review* (2001) pp.2-3 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=274729)

ในอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์ที่ได้รับประโยชน์จากการขยายตัวของตลาดเครื่องคอมพิวเตอร์ (PC) และเทคโนโลยีสารสนเทศ ทำให้การใช้สิทธิทางกฎหมายและกลวิธีต่างๆ ของบริษัท โปรแกรมคอมพิวเตอร์สามารถสร้างอำนาจตลาดของตนได้อย่างมากมาย³⁶

ปัจจุบันการลงทุนเริ่มมีการเคลื่อนย้ายจากทรัพย์สินที่จับต้องได้ (tangible assets) เช่น เครื่องจักร ที่ดิน ฯลฯ ไปเป็นการลงทุนในทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ (intangible assets) เช่น การลงทุนในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่างๆ มากขึ้นทุกปี การลงทุนในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการลงทุนที่ชาญฉลาด เพราะสามารถสร้างความสามารถในการแข่งขันเหนือผู้อื่นได้ (differentiate themselves and become leaders in their sectors)³⁷ กรณีมีข้อกำหนดความผิดที่เข้มงวดมากเกินไปจนทำให้ประชาชนไม่อาจครอบครองหรือใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เลย จะทำให้เจ้าของสิทธิซึ่งส่วนใหญ่เป็นต่างชาติมีอำนาจการต่อรองเพิ่มมากขึ้น และหากผู้ประกอบการในประเทศไทยจะใช้ประโยชน์จากงานลิขสิทธิ์เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าได้ก็ต่อเมื่อได้รับการอนุญาต (licensing) จากคู่ค้า จึงอาจเกิดปัญหาในเรื่องการทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ที่เจ้าของสิทธิจะสามารถกำหนดเงื่อนไขอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้ใช้งานลิขสิทธิ์ เช่น ห้ามการจำกัดการส่งออก (export restriction) การทำข้อสัญญาผูกมัดต่างๆ (tying clause) เช่น บังคับให้รับซื้อวัตถุดิบ หรือเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการผลิตในราคาสูง ฯลฯ หรืออาจตั้งผู้นำเข้าสินค้าเพียงรายเดียวซึ่งจะส่งผลให้ผู้ประกอบการในประเทศไทยเสียเปรียบมากขึ้น การดำเนินงานตามแนวนโยบายของรัฐในการสนับสนุนระบบเศรษฐกิจเสรีและเป็นธรรมจึงทำได้ยาก รัฐไม่อาจป้องกันการผูกขาดตัดตอนทางเศรษฐกิจไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมได้ และจะเกิดผลกระทบในด้านลบต่อประชาชนผู้บริโภค

นอกจากนี้ การเจ้าของสิทธิซึ่งส่วนใหญ่เป็นบริษัทต่างชาติ มักจะตั้งราคาสินค้าของตนในทุกประเทศในราคาเดียวกัน โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างทางเศรษฐกิจและระดับการพัฒนาของแต่ละประเทศ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจน เช่น ในงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ การที่ราคาโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือซอฟต์แวร์ที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้องหรือเป็นของแท้ในท้องตลาดจะมีราคาสูงกว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ค่อนข้างมาก น่าจะเป็นสาเหตุหนึ่งในหลายสาเหตุที่ทำให้ยังคงมีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์กันอย่างกว้างขวาง³⁸ คอมพิวเตอร์และเทคโนโลยีสารสนเทศมีความสำคัญต่อการดำรงชีวิตของผู้คนจนอาจกล่าวได้ว่า ชีวิตคนในทุกวันนี้

³⁶จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และนันทน อินทนนท์ *ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิทัล มาตรการทางเทคโนโลยีและทางเลือกสำหรับประเทศไทย* โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร 2550 หน้า 22

³⁷พิเศษ จิยาศักดิ์ “การลงทุนในทรัพย์สินทางปัญญา ทางเลือกใหม่ของการลงทุน” *วารสารยุติธรรมปริทัศน์* หน้า 40 (www.library.coj.go.th)

³⁸วัส ดิงสมิตร *คดีไม่โครซอฟท์ V. เอเทค* (<http://elib.coj.go.th/Article/intellectual6.htm>.)

ถูกกำกับโดยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ การปล่อยให้บริษัทสามารถใช้กฎหมายและกลวิธีต่างๆ เพื่อสร้างอำนาจผูกขาดของตนได้โดยเสรีจึงนับเป็นอันตรายอย่างยิ่ง

สำหรับความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า งานลิขสิทธิ์ทุกประเภทต่างเกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจและมีบทบาทสำคัญในระบบเศรษฐกิจ รัฐจึงควรสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรี โดยรัฐควรละเว้นการแทรกกฎหมายและกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่ทำให้เกิดการผูกขาด ตัดตอนทางเศรษฐกิจ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม รวมทั้งต้องป้องกันมิให้มีการเอาเปรียบกันทางเศรษฐกิจ รัฐต้องส่งเสริมและสนับสนุนการพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่นและภูมิปัญญาไทย การบัญญัติกฎหมายที่มีความเข้มงวดสูงในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ อาจทำให้เจ้าของสิทธิมีอิทธิพลเหนือตลาดเพิ่มมากขึ้น ทำให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมและสามารถผูกขาด ตัดตอนทางเศรษฐกิจ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมและเกิดการเอาเปรียบผู้บริโภค ทั้งนี้ เนื่องจากงานลิขสิทธิ์มีจำนวนมากมายหลายแขนงและมีการสร้างสรรค์งานใหม่เพิ่มขึ้นทุกวัน พบว่าในปี 2554 มีการแจ้งงานสร้างสรรค์ประเภทลิขสิทธิ์ต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญามากถึง 16,849 ราย³⁹ จึงยากที่รัฐจะเข้าไปควบคุมและตรวจสอบดูแลได้ทั่วถึง การคุ้มครองลิขสิทธิ์ด้วยมาตรการทางกฎหมายที่เข้มงวดทำให้การคิดค้นและต่อยอดเพื่อพัฒนาองค์ความรู้แขนงต่างๆ ทำได้ยาก และเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาประเทศ การกำหนดความผิดต่อผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสมจะเป็นการเพิ่มความเข้มงวดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ทำให้เจ้าของสิทธิมีอิทธิพลเหนือตลาดมากยิ่งขึ้น เช่น อาจตั้งราคาสินค้าลิขสิทธิ์ในลักษณะเอาเปรียบผู้บริโภคได้ตามอำเภอใจ โดยไม่คำนึงถึงระดับการพัฒนาและสภาพทางเศรษฐกิจของประเทศ แต่การตั้งราคาสูงหรือแพงมากจนเกินไปนั้น ประชาชนก็ยังคงมีช่องทางในเข้าถึงงาน โดยการใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในจำนวนหรือปริมาณที่เหมาะสมได้ ดังนั้น การกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จึงอาจเกิดผลกระทบด้านลบต่อแนวโน้มนโยบายในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพทางเศรษฐกิจ ภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญ แต่ไม่กระทบต่อสิทธิของสาธารณชนในการเข้าถึงงาน

³⁹กรมทรัพย์สินทางปัญญา. (<http://www.ipthailand.go.th>.)

5.3 ผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรม

การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาต่อผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสมแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมในประเด็นต่างๆ ซึ่งผู้เขียนขอวิเคราะห์ดังนี้

5.3.1 ปัญหาการแบกรับภาระในการดำเนินคดีของรัฐแทนเอกชน

ในประเทศไทย การที่ผู้เสียหายมักร้องทุกข์เป็นคดีอาญาเพราะเหตุว่ารัฐได้เข้าไปมีส่วนในการดำเนินคดีในทุกขั้นตอน ตั้งแต่การจับกุม การสืบสวนสอบสวน การส่งฟ้องหรือการนำคดีเข้าสู่ศาล ฯลฯ ซึ่งในความเป็นจริงแล้วความตกลงทริปส์ ขององค์การการค้าโลก ก็ได้ระบุให้ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิของเอกชน เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นเรื่องของสิทธิระหว่างเอกชนกับเอกชนเกิดขึ้น ก็น่าจะเป็นกระบวนการฟ้องร้องคดีในทางแพ่ง แต่ปัจจุบันรัฐกลับทุ่มเทงบประมาณและระดมสรรพกำลังเพื่อดูแลทรัพย์สินของเอกชนแทนที่จะไปดูแลความทุกข์สุขของประชาชนโดยรวม พบว่าในสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศเจ้าของสิทธิรายใหญ่ แม้จะมีการกำหนดโทษอาญาแก่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ในอัตราค่อนข้างสูง เช่น การละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้ามีการกำหนดโทษจำคุกสูงถึง 5 ปี และมีโทษปรับ แต่จากข้อมูลสถิติของกระทรวงยุติธรรมสหรัฐอเมริกา ปรากฏว่าการดำเนินคดีอาญามีจำนวนน้อยกว่าคดีแพ่งเกือบ 20 เท่า ในปี 2004 ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ Dorian Mazurkevich แห่ง US Patent and Trademark Office ได้กล่าวไว้ว่า การที่จะเลือกดำเนินคดีอาญาหรือคดีแพ่งนั้นจะดูที่⁴⁰

- (1) ภาระการพิสูจน์ของคดีอาญามีมากกว่าคดีแพ่ง
- (2) มีการเกี่ยวข้องกับองค์การอาชญากรรมหรือไม่
- (3) เกี่ยวข้องกับสุขภาพและความปลอดภัยของประชาชนหรือไม่
- (4) เป็นการกระทำเพื่อการค้าหรือไม่
- (5) จำนวนความเสียหาย

ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงข้อแตกต่างด้านสภาพแวดล้อมระหว่างประเทศไทย และสหรัฐอเมริกา พบว่า ในสหรัฐอเมริกาไม่มีพื้นที่ใดหรือศูนย์การค้าใดที่มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์อย่างโจ่งแจ้ง จึงไม่มีแรงจูงใจที่จำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์⁴¹ เมื่อเป็นดังนี้แล้วสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์จึงหาซื้อได้ยากและประชาชนจึงต้องซื้อแต่สินค้าที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้อง ประกอบกับการ

⁴⁰ธีรพล สุวรรณประทีป และเขาวรัตน์ เตมิศรีสุข “คดีละเมิดลิขสิทธิ์ : ทำไมไม่ต้องคดีอาญา” วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์ (มิถุนายน 2552) หน้า 109-111

⁴¹เพ็งอ้าง, หน้าเดียวกัน

ตัดสินใจในการเลือกดำเนินคดีแพ่งหรืออาญาของผู้ทรงสิทธิ มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาตามที่กล่าวไว้ข้างต้น ผู้ทรงสิทธิจึงเลือกที่จะดำเนินแพ่งกับการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าและมีมูลค่าความเสียหายจำนวนมาก อันจะทำให้ผู้ทรงสิทธิได้รับการชดเชยที่เต็มเม็ดเต็มหน่วย สถิติการดำเนินคดีแพ่งหรืออาญากับการกระทำผิดเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นคดีเล็กน้อยๆ จึงมีไม่มากนัก แม้ว่าจะมีการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ก็ตาม

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นว่า กรณีมีข้อพิพาทหรือมีการโต้แย้งสิทธิเกิดขึ้นก็ควรจะเป็นข้อพิพาทในทางแพ่งระหว่างเอกชนกับเอกชน ที่ผู้ทรงสิทธิจะดำเนินการบังคับสิทธิได้ด้วยวิธีการฟ้องร้องคดีต่อศาลเพื่อให้บุคคลที่กระทำการบางอย่างอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิของผู้ทรงสิทธิต้องกระทำหรืองดเว้นการกระทำ หรือต้องมีการชดเชยค่าเสียหายในทางแพ่งแก่ผู้ทรงสิทธิ ซึ่งการดำเนินคดีแพ่งนี้มีความเหมาะสมกรณีผู้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นผู้ผลิตหรือผู้ค้ารายใหญ่ที่สร้างความเสียหายทางเศรษฐกิจแก่เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นมูลค่าสูง ส่วนการดำเนินคดีอาญาที่ควรพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่ Dorian Mazurkevich ได้กล่าวไว้ข้างต้น การบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีความเข้มงวดสูงเกินไป จะทำให้ปริมาณคดีอาญาที่เกี่ยวกับลิขสิทธิ์ในประเทศไทยเพิ่มมากขึ้นและส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมโดยรวม ทำให้รัฐต้องแบกรับภาระในการดำเนินคดีแทนเอกชนเพิ่มขึ้นด้วย ผู้เขียนจึงเห็นว่า การผ่อนปรนความเข้มงวดด้วยการยินยอมให้ประชาชนยังสามารถครอบครองหรือใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลในปริมาณที่พอเหมาะ ด้วยการกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จะช่วยให้ประชาชนยังสามารถเข้าถึงงานได้โดยไม่ถูกจับกุม อีกทั้งยังไม่มีผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรม ช่วยลดปัญหาการแบกรับภาระในการดำเนินคดีของรัฐแทนเอกชน โดยรัฐควรมุ่งปราบปรามเฉพาะการกระทำผิดรายใหญ่ที่สร้างความเสียหายต่อเศรษฐกิจโดยรวมเท่านั้น

5.3.2 ปัญหาทัศนคติของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์

จากผลการศึกษาในเรื่องทัศนคติของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในการป้องกันปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ เจ้าหน้าที่ส่วนใหญ่เห็นว่าการสอบสวนไปถึงตัวงการที่ละเมิดลิขสิทธิ์รายใหญ่นั้นกระทำได้ยาก⁴² ทำให้ผู้กระทำผิดไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย หากมีการออกกฎหมายในลักษณะที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการจับกุมผู้กระทำผิดเล็กๆ น้อยๆ เช่น การกำหนดความผิดของผู้ซื้อ หรือผู้ใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น อาจทำให้เจ้าหน้าที่มุ่งไปจับกุมผู้ซื้อ หรือผู้ใช้

⁴²สาธิต สุขสงัด ทัศนคติของเจ้าหน้าที่ตำรวจกองบังคับการสืบสวนสอบสวนคดีเศรษฐกิจในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรม กรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ สารนิพนธ์ปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาการบริหารงานยุติธรรม คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2545 หน้า 66

สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งสามารถทำได้ง่ายกว่า จึงเกรงว่าจะทำให้กำลังเจ้าหน้าที่ส่วนใหญ่มุ่งมาที่ผู้กระทำความผิดเล็กๆ น้อยๆ แทนการจับผู้ร้ายใหญ่

นอกจากนี้ การมีข้อกำหนดในลักษณะดังกล่าวจะเป็นการเปิดช่องให้เกิดการทุจริต โดยในขั้นตอนการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่อาจมีการตั้งจุดสกัดกั้นหรือจุดตรวจค้นในบริเวณพื้นที่เป้าหมายเพื่อจับกุมคดีเล็กๆ น้อยๆ เช่น จับกุมผู้ซื้อ หรือผู้ใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น จะส่งผลเสียต่อเศรษฐกิจและส่งผลกระทบต่อผู้ค้าในบริเวณดังกล่าว ดังนั้น กฎหมายที่เข้มงวดสูงเกินไป จึงเป็นกฎหมายที่อาจเปิดช่องให้เกิดการทุจริตในขั้นตอนการบังคับใช้ ซึ่งกฎหมายถึงแม้จะตราขึ้นให้มีความยุติธรรมสักเพียงใด แต่ถ้าปราศจากการบังคับใช้ที่สุจริต ถูกต้อง เป็นธรรมและมีประสิทธิภาพประกอบอยู่ด้วยแล้ว ประโยชน์สูงสุดที่ประชาชนจะได้รับจากกฎหมายนั้นย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้⁴³ การกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จะช่วยผ่อนปรนให้ประชาชนสามารถเข้าถึงงานได้ โดยเจ้าหน้าที่ไม่อาจจับกุมหรือดำเนินคดีกับประชาชนที่มีสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในครอบครองเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลในปริมาณที่กำหนดได้ จึงไม่เกิดปัญหาในเรื่องทัศนคติของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในการป้องกันปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ กล่าวคือทัศนคติของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานจะไม่แปรเปลี่ยนมาดำเนินคดีเล็กๆ น้อยๆ แต่จะมุ่งจับกุมผู้กระทำความผิดรายใหญ่

5.3.3 ปัญหาเกี่ยวกับบุคลากรหรือเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงาน

ปัญหาบุคลากรหรือเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในการป้องกันและปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ ถือเป็นปัญหาใหญ่ที่รัฐต้องให้การสนับสนุนเงินงบประมาณที่มาจากภาษีของประชาชนเป็นจำนวนมหาศาลในแต่ละปี เพื่อจ่ายเป็นเงินเดือน เบี้ยเลี้ยง สวัสดิการ ฯลฯ รวมถึงต้องสูญเสียเงินงบประมาณที่ต้องใช้ในการฝึกอบรมและให้ความรู้เกี่ยวกับการดำเนินคดีลิขสิทธิ์แก่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในพื้นที่ต่างๆ ทั่วประเทศ โดยเฉพาะเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ปฏิบัติงานตามสถานีตำรวจต่างๆ ที่ยังมีความรู้ความเข้าใจในคดีละเมิดลิขสิทธิ์น้อยมาก การบังคับใช้กฎหมายที่มีความเข้มงวดมากเกินไป ด้วยการกำหนดความผิดเล็กๆ น้อยๆ เช่น ความผิดต่อผู้ซื้อ หรือผู้ใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น ทำให้รัฐอาจต้องเพิ่มจำนวนบุคลากรและงบประมาณเพื่อรองรับปริมาณคดีที่จะเพิ่มขึ้น การกำหนดปริมาณขั้นต่ำของสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่ประชาชนสามารถครอบครองได้จะช่วยแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยรัฐไม่ต้องรับภาระเกี่ยวกับการเพิ่มจำนวนบุคลากรและงบประมาณที่จะ

⁴³ อรรถนิติ ดิษฐอำนาจ คำกล่าวปาฐกถาพิเศษ เรื่อง “การใช้กฎหมายกับความยุติธรรมเพื่อประชาชน” ในการประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 3 ณ ศูนย์การประชุมอิมแพ็ค เมืองทองธานี จังหวัดนนทบุรี วันพุธที่ 17 กันยายน 2546.

ใช้ในการป้องกันและปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์เล็กๆ น้อยๆ แทนเอกชน

5.3.4 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายและความผิดพลาดของกระบวนการยุติธรรม

การบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีความเข้มงวดสูงเกินไป เช่น การกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ หรือผู้ใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น จนทำให้ประชาชนทั่วไปไม่สามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เลยนั้น หากผู้ซื้อ หรือผู้ใช้ ที่ได้ซื้อสินค้าโดยสุจริตและไม่รู้ว่าสินค้านั้นได้กระทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น ย่อมได้รับผลกระทบจากการบังคับใช้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งสินค้าประเภท โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ที่ผู้ค้าบางรายอาจลงให้ผู้บริโภคเข้าใจว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผู้ซื้อได้ซื้อไปแล้วนั้นมีลิขสิทธิ์ถูกต้องหรือเป็นของแท้ หรือการที่ผู้ผลิตทำการปลอมแปลงสินค้า (counterfeiting) ทำการผลิต CD และคู่มือปลอมจำหน่าย มีการทำบรรจุภัณฑ์ที่เหมือนกับสินค้าจริงทุกประการเพื่อเป็นการหลอกลวงให้ผู้ซื้อเข้าใจว่าได้สินค้าของแท้ การจะตรวจสอบให้แน่ใจว่าเป็นสินค้าของแท้หรือไม่ค่อนข้างยากลำบาก โดยผู้ซื้อต้องเรียกหาใบรับรองสินค้าของแท้ หรือ COA (Certificate of Authenticity) พร้อมใบอนุญาตการใช้งาน หรือ EULA (End User License Agreement) จากผู้ขาย ซึ่งโดยปกติผู้ซื้อส่วนใหญ่ก็ไม่ได้ให้ความสำคัญกับขั้นตอนของการตรวจสอบดังที่ได้กล่าวมา หากถูกจับกุมผู้ซื้อ ผู้ใช้หรือผู้ครอบครองสิ่งของดังกล่าวย่อมได้รับผลกระทบจากการบังคับใช้กฎหมายที่เข้มงวดและไม่เป็นธรรมสำหรับผู้ซื้อ ผู้ใช้หรือผู้ครอบครองที่ซื้อสินค้ามาโดยสุจริตและไม่ทราบว่าสินค้านั้นเป็นของปลอม นอกจากนี้ในการจำหน่ายเครื่องคอมพิวเตอร์ผู้จำหน่ายส่วนใหญ่จะทำการติดตั้งหรือบรรจุโปรแกรมต่างๆ ไว้บริการลูกค้าเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ก็เป็นเรื่องยากสำหรับผู้ซื้อที่มิได้มีความเชี่ยวชาญหรือมีความชำนาญเป็นพิเศษ ที่จะสามารถแยกแยะได้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่บรรจุอยู่ในเครื่องของตนมีลิขสิทธิ์ถูกต้องหรือไม่ สำหรับสินค้าประเภทสิ่งบันเทิงเสียง โสตทัศนวัสดุ และภาพยนตร์ พบว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์ทางการค้าสามารถแบ่งตามลักษณะได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่

ประเภทแรก การละเมิดลิขสิทธิ์อย่างง่าย โดยที่การบันทึกของต้นฉบับถูก copy หรือกระทำซ้ำเพื่อผลประโยชน์ทางการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาตอย่างถูกต้องจากผู้ผลิตต้นฉบับหรือทายาท การบรรจุหีบห่อก็จะแตกต่างจากต้นฉบับเดิม สินค้าหรือสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ประเภทนี้ประชาชนผู้บริโภคยังพอจะสามารถแยกแยะได้ว่าเป็นสินค้าที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้องหรือไม่⁴⁴

ประเภทที่สอง เป็นไปในลักษณะของการบันทึกด้วยการปลอมแปลง (counterfeit) ซึ่งการ copy หรือการกระทำซ้ำ และการบรรจุหีบห่อจะพยายามให้เหมือนหรือ

⁴⁴เทียนชัย ปิ่นวิเศษ “การละเมิดลิขสิทธิ์ของการบันทึกเสียง : มาตรการในการต่อต้าน” วารสารนิติศาสตร์ 23,3 (กรกฎาคม-กันยายน 2536) หน้า 513

ใกล้เคียงของจริงให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยปราศจากการได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ มีการเลียนแบบเครื่องหมายการค้าและ logo ของผู้ผลิตงานต้นฉบับเพื่อหลอกลวงสาธารณชนให้หลงเชื่อว่าได้ซื้อสินค้าที่เป็นต้นฉบับของแท้ สินค้าหรือสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในประเภทที่สองนี้ยากแก่การตรวจสอบและแยกแยะโดยประชาชนหรือผู้บริโภคทั่วไปที่ไม่มีความชำนาญ หรือเชี่ยวชาญในสิ่งดังกล่าวเป็นพิเศษ⁴⁵

ประเภทสุดท้าย รู้จักกันดีในนามของ “bootlegging” ประกอบด้วยการบันทึกซึ่งไม่ได้รับอนุญาตให้กระทำการใดๆ ซึ่งจะเกิดกับศิลปินที่ได้รับการเจาะจงเป็นพิเศษ โดยนางานที่บันทึกโดยมิชอบไปผลิตใหม่อีกครั้งในภายหลังและนำไปจำหน่ายโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศิลปิน หรือนักแต่งเพลง โดยบุคคลเหล่านั้นอาจจะไม่ได้อยู่กับบริษัทที่บันทึกเพลงนั้นหรือที่ศิลปินนั้นไปเช่นสัญญาด้วย⁴⁶

การละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งสามประเภทนี้ ที่พบมากที่สุดโดยทั่วไปในรูปแบบของ cassettes, disc, และ compact disc ด้วย และการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเภทที่สองรูปร่างของสินค้าหรือสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์จะใกล้เคียงของจริงมากที่สุด จึงยากที่ประชาชนหรือผู้บริโภคจะแยกแยะได้ ดังนั้น จึงอาจเกิดผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรม กรณีการค้นหาคำความจริงเพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของผู้ซื้อ หรือผู้ใช้ที่อาจทำได้ยากและอาจเกิดความผิดพลาดขึ้นได้ การอนุญาตให้ประชาชนสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ในปริมาณที่กำหนด จะช่วยลดปริมาณคดีเล็กๆ น้อยๆ โดยเฉพาะคดีที่เกี่ยวกับความผิดของผู้ซื้อ และผู้ใช้ ที่ถูกหลอกลวงให้ซื้อสินค้าปลอม ช่วยยุติปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายและความผิดพลาดของกระบวนการยุติธรรม ที่ผู้บริสุทธิ์อาจต้องได้รับโทษลงได้

5.3.5 ประเด็นเกี่ยวกับประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมาย และกลไกของกระบวนการยุติธรรม ในการลดปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์

จากการตรวจสอบของผู้เขียนพบว่า ปัจจุบันยังไม่มีรายงานผลการศึกษาวิจัยฉบับใดที่สามารถชี้ชัดลงไปได้ว่า กรณีที่มีการคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยกฎหมายที่มีความเข้มงวด เช่น มีการกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ หรือผู้ใช้สินค้าหรือสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น จะทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์ภายในประเทศลดน้อยลง

สำหรับความเห็นของผู้เขียน หากจะอธิบายด้วยโมเดลทางเศรษฐศาสตร์ว่าด้วยอุปสงค์ (demand) และอุปทาน (supply) สำหรับอธิบายการเปลี่ยนแปลงของราคาและจำนวน

⁴⁵ เฟิงอ้าง

⁴⁶ เฟิงอ้าง

ของสินค้าในตลาด トラバドที่คนยังมีความต้องการ (demand) สินค้าละเมิดลิขสิทธิ์อยู่ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม ก็ย่อมมีผู้จัดหาสินค้ามาตอบสนองความต้องการ (supply) ยิ่งปริมาณความต้องการซื้อสินค้า หรืออุปสงค์ (quantity demanded) มีมากขึ้นเท่าใด ปริมาณสินค้าที่ต้องการขายหรือปริมาณอุปทาน (quantity supplied) ก็ยิ่งมีมากขึ้นเท่านั้น เพื่อตอบสนองความต้องการสินค้าในตลาด การปราบปรามและการบังคับใช้กฎหมายที่เข้มงวด จนทำให้ผู้ค้าสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ไม่อาจวางจำหน่ายสินค้าในตลาดเดิมได้อีกต่อไป ก็ต้องมีการพัฒนารูปแบบหรือวิธีการในการจัดจำหน่ายให้แบบลและมีความซับซ้อนขึ้นเพื่อให้ยากต่อการจับกุม เช่น อาจมีการเปลี่ยนสถานที่จำหน่ายจากที่เดิมไปยังสถานที่แห่งใหม่ หรือเดิมที่เคยวางบนแผงจำหน่ายหน้าร้านก็เปลี่ยนไปเป็นการขายโดยผ่านคนกลาง หรือมีบริการส่งสินค้าถึงบ้านเพื่อให้ผู้ซื้อไม่ต้องเสี่ยงต่อการถูกจับกุม เป็นต้น นอกจากนี้ ปัจจุบันขอบเขตของการตลาดในองค์กรธุรกิจหลายแห่งเริ่มขยายไปสู่การตลาดในรูปแบบใหม่ทาง Internet นั่นคือ e-commerce หรือ e-business ซึ่งทำให้กลายเป็นการตลาดไม่มีข้อจำกัดของเขตแดนและเวลา ทำให้มีการซื้อขายสินค้าหรือบริการทำได้อย่างสะดวก รวดเร็วและตลอดเวลา 24 ชั่วโมง e-commerce เป็นกลไกที่อาศัยคอมพิวเตอร์ทำให้ธุรกิจที่จำหน่ายสินค้าหรือสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์อาศัยกลไกดังกล่าวเชื่อมโยงระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายโดยไม่จำเป็นต้องพบปะหรือรับสินค้ากันโดยตรง จึงยากที่รัฐจะเข้าไปตรวจสอบและเอาผิดกับผู้ซื้อ หรือผู้ใช้ได้ ซึ่งปัจจุบันประเทศมหาอำนาจซึ่งเป็นเจ้าของสิทธิรายใหญ่ได้มีความพยายามที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวในระดับนานาชาติ ด้วยการจัดทำความตกลงป้องกันและปราบปรามการค้าสิ่งปลอม (Anti-Counterfeiting Trade Agreement) หรือเรียกโดยย่อว่า แอกตา (ACTA) เป็นความตกลงพหุภาคีอันมีวัตถุประสงค์เพื่อสถาปนามาตรฐานสากลสำหรับบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และมุ่งหวังจะสร้างกรอบกฎหมายระหว่างประเทศสำหรับขจัดสินค้าปลอม ยาเทียม และการละเมิดลิขสิทธิ์บนโลกออนไลน์ กับทั้งจะมีผลเป็นการสร้างองค์กรควบคุมองค์กรใหม่ นอกเหนือไปจากที่มีอยู่แล้วคือองค์การการค้าโลก องค์กรทรัพย์สินทางปัญญาโลก และสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2554 ซึ่งมีประเทศออสเตรเลีย แคนาดา ญี่ปุ่น โมร็อกโก นิวซีแลนด์ สิงคโปร์ เกาหลีใต้ และสหรัฐอเมริกาลงนามในความตกลงนี้ และต่อมาในเดือนมกราคม 2555 สหภาพยุโรปและรัฐสมาชิกอีก 22 รายพร้อมใจกันลงนามตามลำดับ ยังผลให้มีผู้ลงนามแล้ว 31 ราย ประเทศทั้งหลายทั้งที่สนับสนุนความตกลงนี้ก็ได้ได้เชิดชูความตกลงว่าเป็น การตอบโต้ “การค้าสิ่งปลอมและการละเมิดงานที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์อันทวีอัตราขึ้นทั่วทุกห้วงแห่ง” ขณะที่เหล่าผู้ต่อต้านว่าสนธิสัญญาดังกล่าวเป็นปฏิปักษ์อย่างร้ายแรงต่อสิทธิพลเมือง อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน

ในเมื่อการมีข้อกำหนดที่เข้มงวดยังไม่เพียงพอที่จะสามารถลดปริมาณการละเมิดลิขสิทธิ์ภายในประเทศลงได้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การผ่อนปรนให้ประชาชนครอบครอง

สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เล็กน้อย เพื่อการใช้ประโยชน์ส่วนบุคคล ด้วยการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัยซึ่งมิได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จึงน่าจะได้ผลดีในการลดปริมาณสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่อยู่ในครอบครองของประชาชนให้อยู่ในขอบเขตที่จำกัด มากกว่าการบังคับใช้กฎหมายที่มีความเข้มงวด

5.4 ผลกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัว (Privacy Right)

สิทธิความเป็นส่วนตัวนับเป็นสาระสำคัญแห่งเสรีภาพ ทั้งความเป็นอิสระทางความคิด สิทธิเหนือร่างกายของบุคคล การอยู่อย่างสันโดษภายในบ้านพักส่วนบุคคล การควบคุมข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล เป็นต้น ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มีบทบัญญัติรับรองสิทธิความเป็นส่วนตัวที่มีความสำคัญอยู่หลายประการ การบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีความเข้มงวดสูงเกินไป เช่น มีการกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ หรือผู้ใช้สินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น จนทำให้ประชาชนในประเทศไม่อาจซื้อ ใช้งาน หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เลยนั้น ย่อมกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัว (privacy right) ของประชาชนในด้านต่างๆ ยกตัวอย่างได้ ดังนี้

5.4.1 การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวภายในบ้านพัก

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ได้รับความรับรองในเรื่องเกี่ยวกับความเป็นอยู่ส่วนตัวไว้ในมาตรา 35 ว่า

“มาตรา 35 สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมได้รับความคุ้มครอง...”

ซึ่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ได้มีบทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับสำหรับการใช้งานเพื่อประโยชน์ของตนเอง สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยในมาตรา 32 (2) บัญญัติว่า

“มาตรา 32 การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของ ลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

(2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท”

สำหรับการใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อความเพลิดเพลินและเป็นส่วนตัวภายในบ้านพัก เป็นปรากฏการณ์ทางสังคมที่มีอยู่ในทุกชนชาติ และในปัจจุบันที่ความสามารถในการ

สื่อสารได้ก้าวหน้าอย่างรวดเร็วและทำได้ง่ายขึ้น ผ่านตัวกลางสื่อรูปแบบต่างๆ ทำให้คนจำนวนมาก พึ่งพอใจที่จะแสวงหาความรู้หรือความบันเทิงทางศิลปวัฒนธรรมคดีและวิทยาการจากงานสร้างสรรค์ของผู้อื่น ซึ่งโดยปกติแล้วกฎหมายจะมีข้อยกเว้นสำหรับการใช้งานดังกล่าว หากมีการบัญญัติกฎหมายที่เข้มงวดมากเกินไปจนทำให้ประชาชนไม่อาจครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้โดย ย่อมกระทบต่อสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของประชาชน การแสวงหาความเพลิดเพลินเท่าที่จำเป็นภายในบ้านพัก เช่น การใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อแสวงหาความรู้ การฟังบทเพลงจากสิ่งบันทึกเสียง การหาความเพลิดเพลินจากโทรทัศน์สื่อบันเทิง หรือการชมภาพยนตร์ที่ได้จากสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ไม่อาจที่จะกระทำได้อีกต่อไป จะส่งผลเสียต่อสถานะทางจิตใจของคนในสังคม เนื่องจากกิจกรรมดังกล่าวเป็นสิ่งที่ช่วยให้บุคคลและชุมชนได้รับความสุข สนุกสนาน มีความเพลิดเพลิน มีความสุขในชีวิต และเป็นการใช้เวลาว่างให้เกิดประโยชน์

5.4.2 การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในการใช้สติปัญญา

โดยปกติมนุษยชนย่อมมีความเป็นส่วนตัวในการใช้สติปัญญา (intellectual privacy) มนุษย์มีเสรีภาพและอิสระทางความคิด (idea) มีอิสระในความเชื่อและความศรัทธา (faith) การพูด (speech) การสื่อสาร (communication) รวมถึงการสร้างสรรค์งานต่างๆ ที่เกิดจากการใช้ความคิดและสติปัญญา ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 45 ได้ให้การรับรองสิทธิดังกล่าวข้างต้นไว้ว่า

“มาตรา 45 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน”

การถูกจำกัดความเป็นส่วนตัวในการใช้สติปัญญา (intellectual privacy) โดยข้อกำหนดที่มีความเข้มงวดสูงเกินไป ย่อมจะส่งผลเสียต่อพัฒนาการทางด้านความรู้ ความคิดและการสร้างเสริมอัจฉริยภาพส่วนบุคคลของคนในชาติ ทำให้เกิดปัญหาการพัฒนาคุณภาพชีวิตรวมทั้งการสร้างเสริมสมรรถภาพทางร่างกายและจิตใจ ทำให้คนในชาติขาดความสมดุลของชีวิตซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาองค์ความรู้ใหม่ๆ ที่จะนำมาใช้ในการพัฒนาประเทศต่อไป

5.4.3 การคุ้มครองเสรีภาพในเคหสถาน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 33 มีบทบัญญัติรับรองเกี่ยวกับเสรีภาพในเคหสถานของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง ว่า

“มาตรา 33 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถาน

บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข

การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการตรวจค้นเคหสถานหรือในที่รโหฐาน จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ”

แต่ปัจจุบันบริษัทเจ้าของผลิตภัณฑ์ซอฟต์แวร์ซึ่งมีความสามารถทางเทคโนโลยีระดับสูง ได้รุกล้ำพื้นที่ความเป็นส่วนตัวของบุคคลเพื่อตรวจสอบการใช้งานของระบบปฏิบัติการหรือซอฟต์แวร์ต่างๆ ซึ่งบรรจุอยู่ในเครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลที่ใช้งานภายในบ้านพัก โดยเมื่อผู้บริโภคต่ออินเทอร์เน็ตบริษัทเจ้าของผลิตภัณฑ์สามารถสอดแทรกเข้ามาตรวจสอบได้ว่าเครื่องคอมพิวเตอร์นั้นใช้ระบบปฏิบัติการหรือซอฟต์แวร์ละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ หากพบว่ามีการละเมิดก็จะติดตาม ชัดขวางและควบคุมการใช้ผลิตภัณฑ์⁴⁷ เช่น อาจลงโปรแกรมเล็กๆ ลงไปในคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นผลให้มีข้อความเตือนอยู่ตลอดเวลา หรือบางกรณีก็มีผลให้เครื่องทำงานช้าลง การรบกวนแทรกแซงความสันโดษหรือกิจกรรมส่วนตัว (intrusion) ของบุคคลอื่น โดยไม่ได้รับอนุญาตถือเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวและสิทธิในเคหสถานของประชาชนหรือผู้บริโภค

สำหรับผู้เขียนเห็นว่า หากมีข้อกำหนดที่เข้มงวด เช่น กำหนดความผิดต่อผู้ซื้อหรือผู้ใช้สินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น จะทำให้การละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวในลักษณะดังกล่าวเพิ่มมากขึ้น และอาจเป็นอันตรายต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน เนื่องจากบริษัทซอฟต์แวร์สามารถเข้าถึงข้อมูลและสารสนเทศที่เก็บรักษาไว้ในระบบคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลภายในบ้านพักโดยผู้กระทำไม่มีอำนาจ (unauthorized access) แม้ว่าจะมิได้ทำให้ข้อมูลหรือสารสนเทศเสียหาย แต่ก็ส่งผลให้คุณค่าของข้อมูลต่างๆ ที่เก็บรักษาไว้ในระบบคอมพิวเตอร์นั้นถูกรบกวน และทำให้ระบบความมั่นคงน่าเชื่อถือของการเก็บรักษาข้อมูลในระบบเทคโนโลยีสารสนเทศเสื่อมเสียไป⁴⁸ ด้วยเหตุนี้กฎหมายของประเทศต่างๆ ที่มีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีสารสนเทศจึงกำหนดให้การใช้

⁴⁷Sonia K. Katyal Professor *Privacy vs. Piracy* Yale Journal of Law & Technology 2004 p.223 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=722441)

⁴⁸จันทร์ลักษณ์ โชติรัตนดิลก “กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีสารสนเทศ Information Technology Law” *วารสารนิติศาสตร์* 25,3 หน้า 517

คอมพิวเตอร์เพื่อเข้าถึงและล่วงรู้ข้อมูลของผู้อื่นที่เก็บรักษาไว้ในคอมพิวเตอร์ (hacking) เป็นความผิดอาญา เช่น

สหรัฐฯ มีรัฐบัญญัติการใช้คอมพิวเตอร์โดยมิชอบและฉ้อฉล 1986 (Computer Fraud and Abuse Act 1986) ให้การเข้าถึงคอมพิวเตอร์ของสถาบันการเงินหรือคอมพิวเตอร์ของส่วนราชการโดยเจตนาเพื่อล่วงรู้ถึงสารนิเทศ หรือเปลี่ยนแปลง แก้ไขเพิ่มเติม เป็นความผิดอาญา

ส่วนในอังกฤษการเข้าถึงและรู้ถึงข้อมูล (hacking) เป็นความผิดอาญา ซึ่งมีต้นกำเนิดมาจากการวินิจฉัยในคดี R.V. Gold (1988) ในคดีนี้ Gold จำเลย สามารถใช้เครื่องคอมพิวเตอร์อีกแห่งติดต่อเข้าถึงระบบเครือข่ายข้อมูล Prestel ของ British Telecom โดย Gold ได้ใช้รหัสเข้าถึงคอมพิวเตอร์ส่วนพระองค์ของ Duke of Edinburg พระสวามีของพระราชินีอังกฤษ และ Gold ได้พิมพ์ข้อความว่า “Good afternoon HRH Duke of Edinburg” ศาลสูงของอังกฤษ (House of Lords) ได้พิพากษาขึ้นตามคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ว่าจำเลยไม่มีความผิด เพราะไม่มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด จึงเป็นที่มาของการตรากฎหมายที่เรียกว่า Computer Misuse Act 1990 โดยบัญญัติให้ hacking เป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 1 แม้ว่าผู้กระทำจะไม่มีเจตนาทุจริตอื่น และการเข้าถึงข้อมูลของผู้อื่นกระทำเพียงเพื่อความสนุกก็ตาม โดยผู้กระทำความผิด จะต้องได้รับโทษปรับหรือจำคุกไม่เกิน 6 เดือน⁴⁹

⁴⁹Section 1. Unauthorised access to computer material.

(1) A person is guilty of an offence if-

- a. he causes a computer to perform any function with intent to secure access to any program or data held in any computer;
- b. the access he intends to secure is unauthorised; and
- c. he knows at the time when he causes the computer to perform the function that that is the case.

(2) The intent a person has to have to commit an offence under this section need not be directed at-

- a. any particular program or data;
- b. a program or data of any particular kind; or
- c. a program or data held in any particular computer.

(3) A person guilty of an offence under this section shall be liable on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding six months or to a fine not exceeding level 5 on the standard scale or to both.

สำหรับประเทศไทย แม้จะมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 ที่มีกำหนดความผิดสำหรับผู้เข้าถึงโดยมิชอบซึ่งระบบหรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น หรือทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น โดยมิชอบเป็นความผิดอาญา แต่การที่ประชาชนโดยทั่วไปซึ่งเป็นเพียงผู้ใช้ (user) จะตรวจสอบเพื่อเอาผิดกับบุคคลภายนอก หรือบริษัทซอฟต์แวร์ที่สอดแทรกเข้ามาตรวจสอบข้อมูลหรือ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในเครื่องส่วนบุคคลเป็นเรื่องยาก เนื่องจากผู้ที่มีความสามารถในการตรวจสอบเพื่อให้ทราบถึงเรื่องดังกล่าวได้ จะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถด้านโปรแกรมคอมพิวเตอร์ระดับสูง จึงจะรับรู้ได้ว่าการสอดแทรกเข้ามาในระบบคอมพิวเตอร์ของตนเอง นอกจากนี้การที่ผู้ใช้ส่วนใหญ่ไม่ให้ความสำคัญกับการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดลักษณะนี้ ทำให้บุคคลภายนอกหรือบริษัทซอฟต์แวร์ซึ่งเป็นผู้ตรวจสอบไม่เกรงกลัวมาตรการทางกฎหมาย และมีการสอดแทรกเข้าตรวจสอบข้อมูลคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลภายในบ้านพัก ซึ่งถือเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวและสิทธิในเคหสถานของประชาชนมากขึ้น การมีข้อกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จะช่วยผ่อนปรนให้ประชาชนสามารถครอบครองและใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในจำนวนที่กำหนดได้โดยไม่ถูกจับกุม จะช่วยลดการสอดแทรกเข้าถึงข้อมูลและสารสนเทศที่เก็บรักษาไว้ในระบบคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลภายในบ้านพักโดยผู้กระทำไม่มีอำนาจ (unauthorized access) เพื่อตรวจสอบการใช้งาน โปรแกรมคอมพิวเตอร์ละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะแม้จะตรวจพบว่ามีการใช้งาน โปรแกรมคอมพิวเตอร์ละเมิดลิขสิทธิ์ในบ้านพัก ก็ไม่อาจดำเนินคดีกับผู้ครอบครองหรือผู้ใช้งาน โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายได้ และในขณะเดียวกันผู้ตรวจสอบก็มีความเสี่ยงที่จะถูกฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์อีกด้วย

5.4.4 การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สิน

โดยปกติบุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สิน ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2552 ได้ให้การรับรองสิทธิดังกล่าวไว้ใน มาตรา 41 วรรคแรก ว่า

“มาตรา 41 สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นนี้ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

กรณีบุคคลที่ประกอบสัมมาอาชีพโดยสุจริต มีความมานะพากเพียรและอุตสาหพยายาม ในการซื้อหาสิ่งของต่างๆ ไว้ใช้ประโยชน์และเก็บไว้เป็นทรัพย์สินส่วนบุคคลโดยสุจริต ซึ่งโดยหลักการแล้วสิทธิในทรัพย์สินเหล่านี้ย่อมจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่กรณีที่ผู้ครอบครองไม่ทราบว่าทรัพย์สินที่ตนครอบครองอยู่เป็นสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ผิดกฎหมาย ถ้ามีการบังคับใช้กฎหมายที่เข้มงวดจนประชาชนทั่วไปไม่อาจครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้แล้ว

กรณีที่ถูกจับกุมสิ่งของดังกล่าวย่อมเป็นสิ่งของผิดกฎหมายและจะต้องถูกยึด ส่งผลกระทบต่อประชาชนที่ได้เพียรพยายามในการเสาะหาทรัพย์สินมาโดยไม่ทราบว่าเป็นสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ การผ่อนปรนให้ประชาชนสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลได้ในจำนวนที่กำหนด จะช่วยลดผลกระทบที่จะเกิดกับประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ มิให้ต้องถูกยึดสิ่งของหรือทรัพย์สินที่หามาได้จากน้ำพักน้ำแรงของตน

5.4.5 การคุ้มครองเสรีภาพในทางวิชาการ

ปัจจุบันประชาชนนิยมยืม e-book สิ่งตีพิมพ์บน CD-Rom และสื่อดิจิทัลประเภทต่างๆ จากห้องสมุดมาศึกษาที่บ้าน นอกจากนี้ห้องสมุดบางแห่งยังให้บริการ e-book ที่ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้จากการให้บริการบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (internet) อีกทั้งยังสามารถทำการดาวน์โหลด (downloading) สิ่งตีพิมพ์ หรือ e-book ที่อยู่ในรูปของข้อมูลดิจิทัลลงในคอมพิวเตอร์และสามารถทำซ้ำ (copy) ลงในแผ่นซีดี และวัสดุบันทึกข้อมูลอื่นๆ แจกจ่ายให้แก่กันเพื่อการศึกษาค้นคว้าความรู้ส่วนบุคคลได้ ดังนั้นประชาชนที่ครอบครองวัสดุสื่อต่างๆ ที่อยู่ในรูปของ CD-Rom หรือเทปคาสเซ็ท (cassette) ที่ยืมออกจากห้องสมุดหรือทำซ้ำสิ่งตีพิมพ์ หรือ e-book ที่มีอยู่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตของห้องสมุดเพื่อการศึกษาหาความรู้ส่วนตัว จึงอาจได้รับผลกระทบโดยตรงจากการบังคับใช้กฎหมายที่มีความเข้มงวดสูงเกินไป เช่น กรณีการกำหนดความผิดกับผู้ซื้อ ผู้ใช้ หรือผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น ย่อมจะกระทบสิทธิความเป็นส่วนตัวของประชาชนในการเข้าถึงบริการของห้องสมุดและเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ของห้องสมุด นอกจากนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ยังมีบทบัญญัติรับรองให้บุคคลมีเสรีภาพในทางวิชาการไว้ใน มาตรา 50 ว่า

“มาตรา 50 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในทางวิชาการ

การศึกษาอบรม การเรียนการสอน การวิจัย และการเผยแพร่งานวิจัยตามหลักวิชาการย่อมได้รับการคุ้มครอง ทั้งนี้ เท่าที่ไม่ขัดต่อหน้าที่ของพลเมืองหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายที่มีความเข้มงวดสูงจนเกินไป จนทำให้ประชาชนไม่อาจซื้อ ใช้งาน หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการแสวงหาความรู้ได้เลยนั้น ย่อมส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในทางวิชาการของประชาชนภายในประเทศ การมีข้อกำหนดที่ผ่อนปรนให้ประชาชนยังสามารถครอบครอง หรือใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ในปริมาณหรือจำนวนที่กำหนด ด้วยการมีข้อกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) จะส่งเสริมการศึกษาเรียนรู้ของประชาชน ทำให้ประชาชนยัง

สามารถใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการศึกษาหาความรู้ส่วนตัว และไม่กระทบต่อเสรีภาพในทางวิชาการของประชาชนภายในประเทศ

5.5 ผลกระทบต่อหลักการที่ใช้เป็นธรรม (Fair Use)

หลักการที่ใช้เป็นธรรม (fair use) หรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นหลักการพื้นฐานที่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการนำงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ประโยชน์ในระหว่างการคุ้มครองเป็นการใช้ในลักษณะที่มีเหตุผล (reasonable manner) และควบคุมไม่ให้เจ้าของลิขสิทธิ์ใช้อำนาจผูกขาดจนเกินสมควร รวมถึงเพื่อส่งเสริมให้สาธารณชนเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ได้อย่างเต็มที่ โดยปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 27 กำหนดว่า

“(1) ทุกคนมีสิทธิที่จะเข้าร่วมโดยอิสระในชีวิตทางวัฒนธรรมของชุมชนที่จะผลิตเพื่อกับศิลปะและมีส่วนในความรุดหน้าและคุณภาพประโยชน์ทางวิทยาศาสตร์

(2) ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองผลประโยชน์ทางจิตใจและทางวัฒนธรรมอันเป็นผลจากประดิษฐ์กรรมใดทางวิทยาศาสตร์ วรรณกรรมและศิลปกรรมซึ่งตนเป็นผู้สร้าง”

ซึ่งหากจะพิจารณาจากหลักการในปฏิญญานี้ จะเห็นได้ว่าสิทธิของผู้สร้างสรรค์ได้ถูกกำหนดไว้ในข้อ 27 (2) และได้กำหนดสิทธิของสาธารณชนไว้ในข้อ 27 (1) มิให้มีการจำกัดสิทธิของสาธารณชนหรือผลประโยชน์ของสังคมจากการใช้ประโยชน์จากงานสร้างสรรค์ เพราะผลประโยชน์ของประชาชนย่อมเป็นสิ่งสูงสุด ด้วยเหตุผลนี้สิทธิของสาธารณชนในการใช้ประโยชน์จากงานสร้างสรรค์จึงมีความสำคัญ และปรากฏอยู่ในหลักการพื้นฐานของกฎหมายลิขสิทธิ์⁵⁰ เพื่อให้เกิดสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์กับประโยชน์ของสาธารณชน ซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรมมาตรา 9 (2)⁵¹ และความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (TRIPS Agreement) มาตรา 13⁵² ที่

⁵⁰บุญนิศากร เมฆฉาย การใช้ลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมกับงานบริการวิชาการของบรรณารักษ์ห้องสมุด วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2548 หน้า 13

⁵¹Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works.

Article 9 (2) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

⁵²TRIPS Agreement

Article 13 Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder.

กำหนดให้ประเทศสมาชิกสามารถตรากฎหมายเพื่อบัญญัติให้พฤติกรรมบางอย่างได้รับการยกเว้น มิให้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยมีเงื่อนไขว่าการยกเว้นดังกล่าวจะต้องเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง และการใช้งานจะต้องไม่ขัดแย้งกับการใช้ประโยชน์โดยปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ อีกทั้งต้องไม่เป็นการทำให้เสื่อมเสียประโยชน์อันชอบธรรมของเจ้าของสิทธิเกินสมควร ด้วยเหตุนี้กฎหมายในแต่ละประเทศได้บัญญัติให้มีข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ก็เพื่อให้สิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์และประโยชน์ของสังคมสามารถจะคงอยู่คู่กันไปได้ เป็นการรักษาความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานและประโยชน์ของสังคมที่จะได้รับจากงานที่มนุษย์สร้างสรรค์ขึ้น อันเป็นการลดความเข้มข้นของเจ้าของสิทธิแต่ผู้เดียวลงมาจนอยู่ในระดับที่เจ้าของลิขสิทธิ์และสังคมต่างก็ได้รับประโยชน์จากงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ร่วมกัน และกระตุ้นให้มีการสร้างสรรค์งานต่อไป⁵³

อย่างไรก็ตาม ในกรณีนี้ศาลฎีกาของสหรัฐได้เคยตัดสินในคดี *United States v Paramount Pictures, Inc* (1954) ว่า ผลประโยชน์ของผู้ประพันธ์ย่อมเป็นรองผลประโยชน์ของสังคมโดยส่วนรวม และในคดี *Mazer v Stein* (1960) ศาลฎีกาสหรัฐก็ได้กล่าวย้ำหลักการดังกล่าวว่า ปรัชญาเศรษฐกิจที่รองรับเหตุผลในการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ก็เพื่อที่จะมุ่งส่งเสริมการสร้างสรรค์งานของปัจเจกบุคคลเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมโดยส่วนรวม และนั่นหมายถึงการพิจารณาให้อำนาจผูกขาดทางลิขสิทธิ์ต่อปัจเจกบุคคลต้องวางอยู่บนหลักการที่ไม่ขัดกับผลประโยชน์ของสังคมโดยส่วนรวม⁵⁴

สำหรับประเทศไทยได้ให้การยอมรับในหลักการดังกล่าว เพื่อส่งเสริมให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ในระยะเวลาคุ้มครอง โดยไม่ต้องขออนุญาตเจ้าของสิทธิ ซึ่งปรากฏในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32-43 หากมีบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความเข้มงวดจนทำให้ประชาชนในประเทศไม่สามารถครอบครองหรือใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ เช่น มีบทกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ หรือผู้ใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น ย่อมจะส่งผลกระทบต่อหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) หรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนี้

⁵³ วัส ดิงสมิตร “การศึกษาหรือวิจัยอันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์” *วารสารกฎหมายสุโขทัย ธรรมาธิราช* 13,1 (มิถุนายน 2544) หน้า 82

⁵⁴ บัณฑิต หลิมสกุล “การคุ้มครองลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เอื้อประโยชน์ต่อการพัฒนาเทคโนโลยี : วิเคราะห์คำตัดสินของศาลอุทธรณ์ที่สองของสหรัฐฯ ในคดี *Computer Associates International, Inc v Altai, Inc*” *วารสารนิติศาสตร์* 23,4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2536) หน้า 678

5.5.1 การคุ้มครองการศึกษาหรือวิจัยงาน

การศึกษาหรือวิจัยงานซึ่งมีจุดประสงค์เพื่อเพิ่มพูนภูมิปัญญาของมนุษย์ โดยไม่ได้แสวงหากำไรอันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) กรณีดังกล่าวกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยได้กำหนดหลักการนี้ไว้ใน มาตรา 32 วรรคแรก และวรรคสอง ว่า

“การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามวรรคหนึ่ง มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำดังต่อไปนี้

(1) วิจัยหรือศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร

ฯลฯ

นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 32 (6) ยังมีบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับผู้สอนยังสามารถการทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏเพื่อประโยชน์ในการสอนของผู้สอนอันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไรได้

บทบัญญัติตามมาตรา 32 (1) ผู้ศึกษาหรือวิจัยงานสามารถทำซ้ำ หรือกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงได้ด้วย โดยการกระทำนั้นต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร สำหรับนักศึกษาที่ทำสำเนางานก็เพื่อใช้ประกอบการเรียนการสอนในชั้นเรียนอันมิได้มีความมุ่งหมายเพื่อหากำไร หากแต่กระทำเพื่อแสวงหาความรู้ให้แก่ตนเอง กรณีย่อมแตกต่างไปหากการทำสำเนานั้นได้กระทำโดยองค์กรธุรกิจ เช่น การทำสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์โดยบริษัทแห่งหนึ่งเพื่อนำสำเนางานนั้นไปใช้ประโยชน์สำหรับการวิจัยหรือศึกษาตลาดของสินค้า เป็นต้น อย่างไรก็ตามการกระทำใดจะมีลักษณะเป็นการกระทำเพื่อหากำไรหรือไม่นั้น มิได้ขึ้นอยู่กับว่าใครเป็นผู้ทำการวิจัยหรือศึกษางาน หากแต่ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของการวิจัยหรือศึกษาเป็นสำคัญ ซึ่งตามความเห็นของผู้เขียน การกระทำเพื่อการวิจัยหรือศึกษางานโดยองค์กรธุรกิจ บริษัทเอกชน ฯลฯ ก็อาจเป็นการใช้ที่เป็นธรรมได้ หากการวิจัยหรือศึกษางานนั้นมิได้มีความมุ่งหมายเพื่อหากำไร

สำหรับผู้สอน บทบัญญัติตามมาตรา 32 (6) สามารถกระทำต่องานลิขสิทธิ์โดยตรง เช่น การทำซ้ำ ดัดแปลงงาน ฯลฯ ยังสามารถนำงานออกแสดงหรือทำให้ปรากฏแก่ผู้เรียนเพื่อประโยชน์ในการเรียนการสอน หรือการถ่ายทอดความรู้ได้ด้วย หากใช้บทกำหนดความผิดที่มี

ความเข้มงวดจนประชาชนไม่อาจใช้หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้แล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) และมีผลกระทบต่อเสรีภาพในทางวิชาการของประชาชนที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 50 บุคคลใดต้องการศึกษาหรือวิจัยก็ต้องศึกษาวิจัยจากงานที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้อง ไม่สามารถซื้อหรือหาสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์มาใช้งานได้นอกจากนี้ โดยปกติงานลิขสิทธิ์จะมีข้อจำกัดในการใช้งานต่างๆ เช่น งาน โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผู้ซื้อได้ซื้อ CD โปรแกรมคอมพิวเตอร์ลิขสิทธิ์ จำนวน 1 แผ่นหรือ 1 ลิขสิทธิ์ จะสามารถนำไปติดตั้งในเครื่องคอมพิวเตอร์ได้เพียง 1 ครั้ง เป็นต้น งานใดที่มีราคาสูงก็จะทำให้การเข้าถึงงานทำได้ยากก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมหรือเป็นการทำลายความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และศิลปะวิทยาการที่มีประโยชน์ต่อการพัฒนาประเทศ โดยเฉพาะในการสอนของผู้สอนที่ต้องใช้สื่อการสอนอันเป็นงานลิขสิทธิ์ประเภทต่างๆ จะต้องใช้แต่สินค้าที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้อง อาจเกิดปัญหาในการเข้าถึงงานต่างๆ ที่มีราคาแพงมาก โดยเฉพาะการเรียนการสอนในระดับสูงอาจต้องใช้สื่อการสอนอันเป็นงานลิขสิทธิ์ของต่างประเทศที่หาได้ยากหรือไม่มีจำหน่ายในประเทศไทย ซึ่งปัญหาการใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในส่วนของการศึกษาวิจัยนี้ จะมีผลกระทบต่อเนื่องไปถึงระบบการศึกษาของไทยที่เป็นประเทศกำลังพัฒนาต้องการบุคคลผู้มีความรู้ความสามารถเข้ามาพัฒนาประเทศ⁵⁵ การซื้อหรือใช้สื่อการสอนหรือสื่อสำหรับการวิจัยอันเป็นสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพียงหนึ่งหรือสองชิ้น เพื่อใช้ในการสอนของผู้สอนจะยังคุณประโยชน์ต่อวงการศึกษาของประเทศ ทำให้มีการถ่ายทอดและพัฒนาองค์ความรู้ทางศิลปะ วรรณคดีและวิทยาการ หากมีข้อกำหนดที่เข้มงวด เช่น กำหนดความรับผิดชอบผู้ซื้อ ผู้ใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น จะทำให้การเข้าถึงงานทำได้ยากและหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) แคบลง

5.5.2 การคุ้มครองการใช้งานเพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท

การใช้งานจากสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท นอกจากจะเป็นสิทธิส่วนบุคคล (privacy right) แล้ว กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยยังรับรองหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) ให้การใช้งานในลักษณะดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 32 ดังนี้

“การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่

⁵⁵ อิศเรศ ปัญญาพานิช การใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในส่วนที่เกี่ยวกับการศึกษา คั่นคว้า และ วิจัย วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ 2546 หน้า 82

ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของ ลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามวรรคหนึ่ง มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำดังต่อไปนี้

(2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท”

นอกจากนี้ ในปัจจุบันที่พัฒนาการด้านเทคโนโลยีมีความก้าวหน้าในระดับสูงทำให้การคัดลอกงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ทำได้ง่าย ประชาชนนิยมคัดลอกงานไว้เพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัวภายในบ้านพัก พบว่าในกฎหมายลิขสิทธิ์ของอังกฤษปี 1988 ได้บัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เรียกว่า การปฏิบัติที่เป็นธรรม (fair dealing) ให้การคัดลอกงานของผู้อื่นในท้องถิ่นส่วนตัวในบ้านของตนอาจถือว่าเป็นการปฏิบัติที่เป็นธรรมได้ด้วย⁵⁶

ส่วนในแคนาดา กฎหมายลิขสิทธิ์ของแคนาดา (Canadian Copyright Act) กำหนดให้ประชาชนสามารถทำซ้ำ หรือคัดลอกงานของผู้อื่นได้ 1 สำเนา (single copies) เพื่อประโยชน์ในการค้นคว้าวิจัยและการเรียนรู้ส่วนบุคคล (research and private study)⁵⁷ และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย มาตรา 32 “การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น” จึงมิใช่เฉพาะการใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น แต่ยังรวมถึงการคัดลอกหรือทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ ใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคล และถือเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ด้วย

ดังนั้น หากมีบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความเข้มงวดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์สูงเกินไป หรือการมีข้อกำหนดใดๆ ที่ทำให้ประชาชนไม่อาจครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เลยย่อมส่งผลกระทบต่อหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) ทำให้ประชาชนไม่อาจใช้งาน หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิทได้อีกต่อไป อันจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในสังคมและประชาชนเข้าถึงงานสร้างสรรค์ได้ยากยิ่งขึ้น การกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) ที่ยินยอมให้ประชาชนสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ในปริมาณจำกัด จะช่วยสร้างความเป็นธรรมในสังคม ลดความขัดแย้งระหว่างเจ้าของสิทธิและ

⁵⁶ วัศ ดิงสมิตร อ่างแล้วในเชิงอรรถที่ 53 หน้า 85

⁵⁷ Canadian Copyright Act.

Article 29 Fair dealing for the purpose of research or private study does not infringe copyright.

สาธารณชนในการใช้งานสร้างสรรค์ให้เกิดประโยชน์ได้อย่างเต็มที่

5.5.3 การคุ้มครองผู้ซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีลิขสิทธิ์

โดยปกติบุคคลผู้ใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้เพื่อป้องกันการสูญหาย ป้องกันการชำรุดหรือไม่สมบูรณ์ของข้อมูลอันเกิดจากการใช้งาน ซึ่งเป็นสิทธิของผู้บริโภครวมและเข้าข่ายข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) และกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยได้รับรองหลักการดังกล่าวไว้ใน มาตรา 35 (5) โดยสามารถทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในจำนวนที่สมควร โดยบุคคลผู้ซึ่งได้ซื้อหรือได้รับ โปรแกรมนั้นมาจากบุคคลอื่นโดยถูกต้อง เพื่อเก็บไว้ใช้ประโยชน์ในการบำรุงรักษาหรือป้องกันการสูญหาย แต่ปัจจุบันบรรษัทซอฟต์แวร์ได้พยายามที่จะทำให้หลักการนี้แคบลงโดยการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ (shrink wrap license) กับผู้ซื้อหรือผู้บริโภครวม โดยผู้ประกอบการส่วนใหญ่จะกำหนดให้ผู้ซื้อที่มีสิทธิทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้เพียง 1 ชุด เพื่อป้องกันการสูญหายหรือป้องกันการชำรุดอันเกิดจากการใช้งาน นอกจากนี้เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานประเภทอื่นๆ ยังนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้เพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น เจ้าของลิขสิทธิ์ในสิ่งบันทึกเสียงหรืองานภาพยนตร์อาจผลิตซีดีเพลงและภาพยนตร์ออกจำหน่ายโดยใช้เทคโนโลยีป้องกันมิให้มีการทำสำเนางานสิ่งบันทึกเสียงหรือภาพยนตร์นั้น หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์อาจนำงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นบันทึกลงในแผ่นซีดีโดยกำหนดว่าผู้ใช้สามารถทำสำเนาจากซีดีลงในเครื่องคอมพิวเตอร์ได้ไม่เกินจำนวนครั้งที่กำหนดเท่านั้น มาตรการนี้จึงเป็นไปเพื่อห้ามมิให้กระทำการรบกวน แก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีที่นำมาใช้ในการควบคุมการเข้าถึง (access control) หรือการทำซ้ำ (copy control) งานอันมีลิขสิทธิ์ หรือที่เรียกกันว่า “มาตรการในการปกป้องเทคโนโลยี” (technological protection measures) การทำสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้เพื่อป้องกันการสูญหาย ป้องกันการชำรุดหรือไม่สมบูรณ์ของข้อมูลอันเกิดจากการใช้งานตามหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) นี้

การใช้มาตรการทางกฎหมายที่เข้มงวดสูง เช่น ไม่ให้มีการใช้งาน หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น จะส่งผลกระทบต่อหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) หากบุคคลใดทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในจำนวนที่เหมาะสมแล้วถูกจับกุม ย่อมได้รับผลกระทบจากการบังคับใช้กฎหมาย และจะทำให้หลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) แคบลง ซึ่งการใช้สิทธิตามหลักการที่ว่านี้เป็นหลักสากล ในสหรัฐกฎหมายได้กำหนดองค์ประกอบพื้นฐาน 4 ประการ เพื่อประกอบการวินิจฉัย ได้แก่

1. ลักษณะวัตถุประสงค์ของการใช้สิทธิ (รวมทั้งปัญหาที่ว่า การใช้สิทธิมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางการค้าหรือไม่)
2. ลักษณะของงานลิขสิทธิ์ต้นฉบับ
3. ปริมาณของการทำซ้ำหรือลอกเลียน และ
4. ผลกระทบทางเศรษฐกิจที่เกิดจากการใช้สิทธิต่อเจ้าของลิขสิทธิ์⁵⁸

ซึ่งเมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ข้างต้นพบว่า ผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะวัตถุประสงค์ในการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือใช้ประโยชน์ในครอบครัวเป็นหลักและมีได้แสวงหาผลกำไรทางการค้า ปริมาณสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่ครอบครองมีจำนวนเพียงเล็กน้อย มิได้มีไว้ในครอบครองจำนวนมากอันจะทำให้วัตถุประสงค์เป็นไปเพื่อการค้าหรือแสวงหาผลกำไร อีกทั้งยังมิได้เกิดผลกระทบทางเศรษฐกิจต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ สำหรับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) นั้น มีความแตกต่างกันไปตามสภาพของสังคมและวัฒนธรรม แนวความคิดและวิถีชีวิตของแต่ละประเทศ⁵⁹ ซึ่งในทุกประเทศจะมีข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือหลักการใช้งานที่เป็นธรรม (fair use) ไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะที่จำเป็น เช่น ออสเทรียกำหนดให้ประชาชนสามารถทำซ้ำงานลิขสิทธิ์เพื่อการใช้งานส่วนบุคคลได้ 1 ชิ้น (single copies)⁶⁰ ในอิตาลี วงดนตรีของกองทัพสามารถใช้งานดนตรีกรรมอันมีลิขสิทธิ์และนำออกแสดงต่อสาธารณชนโดยไม่แสวงหาผลกำไรได้⁶¹ หรือในเคนมาร์กการทำซ้ำงานลิขสิทธิ์สำหรับใช้งานในโรงพยาบาลเพื่อประโยชน์ทางการแพทย์ หรือใช้งานในเรือนจำเพื่อประโยชน์ทางสังคมโดยมิได้มีการแสวงหาผลกำไรทางการค้าก็ถือเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เช่นเดียวกัน⁶²

⁵⁸ สราวุธ เบญจกุล “การคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์” *ศุลพาห* 41,1 (กรกฎาคม-กันยายน 2539) หน้า 95-96

⁵⁹ วัส ดิงสมิตร อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 53 หน้า 82

⁶⁰ Federal Law on Copyright in Works of Literature and Art and on Related Rights.

Article 42 (1) Any person may make single copies of a work for personal use.

⁶¹ Law No. 633 of April 22, 1941 (Copyright Law) Article 71 Bands of the armed forces of the State may perform musical pieces or portions of musical works in public without payment of any fees in respect of copyright, provided the performance is not made for profit

⁶² Consolidated Act on Copyright 2010.

Article 15. Hospitals, nursing homes, prisons and other 24-hour institutions within the social and welfare sector, the prison service, and similar institutions may for the brief use of the inmates and others of the institution make recordings of works broadcast on radio and television if this is not done for commercial purposes. Such recordings may be used only within the institution in question.

สำหรับประเทศไทยยังไม่มี ความชัดเจนในบทบัญญัติของกฎหมายว่า ประชาชนจะสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เป็นจำนวนเท่าใด เช่น ผู้ซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะทำสำเนาเก็บไว้ 2 ชุด 3 ชุด 5 ชุด หรือ 10 ชุด ก็ทำได้ตามความพอใจ ในขณะที่เจ้าของสิทธิ์ก็มีความพยายามที่จะจำกัดการทำสำเนาให้เหลือน้อยที่สุด อาจจะอนุญาตให้ทำได้เพียง 1 ชุด เป็นต้น จึงมีความจำเป็นต้องมีบทบัญญัติที่มีความชัดเจนในการกำหนดปริมาณสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่ประชาชนสามารถมีไว้ในครอบครองได้ การกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) จึงเป็นทางออกอีกแนวทางหนึ่ง ที่จะกำหนดว่าประชาชนสามารถมีสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในครอบครองได้เป็นจำนวนเท่าใด ซึ่งกรณีนี้ในความเห็นส่วนตัวของผู้เขียนเห็นว่า ประชาชนโดยทั่วไปสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์อย่างเดียวกันได้ไม่เกิน 3 ชุด น่าจะเพียงพอต่อการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือใช้ประโยชน์ในครอบครัวแล้ว

การใช้ประโยชน์จากสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศกำลังพัฒนา ยังคงมีความจำเป็น ทั้งนี้เพื่อให้ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ง่าย และเป็น การเผยแพร่ความรู้และศิลปวิทยาการต่างๆ ให้กระจายออกไปอย่างกว้างขวาง อันจะเกิดผลดี ต่อการพัฒนาประเทศ ในขณะเดียวกันก็ควรที่จะกำหนดปริมาณสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่ประชาชนสามารถมีไว้ในครอบครองได้ หรือจำกัดปริมาณการครอบครอง เพื่อมิให้เกิดผลกระทบกับสิทธิทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของงานด้วย

5.6 ผลกระทบทางสังคมและวัฒนธรรม

ลิขสิทธิ์ไม่ได้มีมิติด้านการให้ความเป็นธรรมแก่ผู้สร้างสรรค์แต่เพียงด้านเดียว หากแต่ยังเกี่ยวข้องกับปัญหาเศรษฐกิจสังคมหลายประการ จึงก่อให้เกิดความแตกต่างทางความคิด และเกิดความขัดแย้งในผลประโยชน์อย่างมากมาย ความพยายามที่จะยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ให้มีความเข้มงวดสูงมาจากแนวคิดให้การคุ้มครองอย่างสูงสุด (copyright maximalism) ที่อ้างว่า ผู้สร้างสรรค์งานประเภทต่างๆ อาจมีความตั้งใจที่จะสร้างงานในสภาพแวดล้อมที่รู้สึกได้ว่า ผลประโยชน์ไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอ แทนที่จะคิดว่ากฎหมายที่มีอยู่สามารถให้การคุ้มครองผลประโยชน์ได้เพียงพอแล้ว⁶³ จึงต้องการความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในระดับที่สูงขึ้นเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์ด้วยการออกกฎหมายมาบังคับเพื่อเอาผิดกับการละเมิดลิขสิทธิ์ในทุกๆระดับ ซึ่งแท้ที่จริงแล้วการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์มีเหตุผลทางด้านสังคมที่เห็นว่า

⁶³ไพจิตร สวัสดิสาร อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 13

การเผยแพร่งานไปสู่สาธารณชนทำให้เกิดการเชื่อมโยงในระหว่างชนชั้น ชนชาติและทำให้สังคมมีความมั่นคงและความก้าวหน้า ซึ่งหากงานสร้างสรรค์ได้เข้าถึงประชาชนโดยทั่วไปจึงถือได้ว่าผู้สร้างสรรค์เป็นผู้ให้บริการแก่สังคม⁶⁴ หากมีบังคับใช้กฎหมายที่มีความเข้มงวดสูง เช่น มีการกำหนดความผิดของผู้ซื้อ ผู้ใช้ หรือผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น จนทำให้ประชาชนไม่อาจครอบครองหรือใช้งานจากสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เลยนั้น ย่อมจะส่งผลกระทบต่อทางสังคม ดังนี้

5.6.1 การเผยแพร่งานสร้างสรรค์ไปสู่สาธารณชนลดน้อยลง

มีงานหลายประเภท ได้แก่ งานสิ่งบันทึกเสียง งานโสตทัศนวัสดุ และงานแพร่ภาพแพร่เสียง งานเหล่านี้ไม่ได้เกิดจากการสร้างสรรค์ของมนุษย์ แต่เป็นสิ่งที่ช่วยให้งานสร้างสรรค์ของมนุษย์เป็นที่รู้จักและแพร่หลายในหมู่ประชาชนทั่วไป เช่น การที่บริษัทผู้ผลิตเทปเพลงได้ขออนุญาตใช้งานดนตรีกรรมจากครูเพลง โดยมีการว่าจ้างนักดนตรีมาบรรเลง มีการจ้างนักร้องมาขับร้อง และทำการบันทึกเสียงดนตรีลงในเทปเพลง หรือแผ่น CD ออกวางจำหน่ายแก่ประชาชนทั่วไป ย่อมเป็นช่องทางให้งานดนตรีกรรมเผยแพร่สู่สาธารณชน ทำให้ประชาชนจำนวนมากสามารถเข้าถึงงานสร้างสรรค์ได้ เป็นต้น

นอกจากนี้การเผยแพร่งานสร้างสรรค์ไปสู่สาธารณชนจะช่วยสร้างความเจริญก้าวหน้าแก่งานวรรณคดี นาฏกรรม ดนตรี และงานอื่นๆ ขยายตลอดรวมไปถึงหนังสือเรียน ตำราเรียน ฯลฯ ของประเทศชาติ อันเป็นการพัฒนาวัฒนธรรมของชาติได้อีกทางหนึ่ง แต่ปัจจุบันพบว่าผู้ผลิตงานลิขสิทธิ์ได้ใช้มาตรการปกป้องเทคโนโลยี เพื่อทำการแบ่งแยกตลาด (geographic market segmentation) ที่วางจำหน่ายสินค้าโดยใช้รหัสของสินค้าแต่ละภูมิภาคให้แตกต่างกัน (region coding) ดังนั้นสินค้าที่วางจำหน่ายในภูมิภาคหนึ่งจะสามารถใช้ได้เฉพาะในพื้นที่ที่กำหนดเท่านั้น แม้ว่าผู้ใช้งานจะซื้อสินค้าที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้องก็ไม่อาจนำไปใช้งานนอกภูมิภาคได้ ทำให้การแพร่กระจายงานสร้างสรรค์ไปสู่ภายนอกลดน้อยลง ซึ่งหากรัฐมีข้อจำกัดที่ทำให้การเข้าถึงงานสร้างสรรค์ประเภทต่างๆ ของประชาชนเป็นไปได้ยากแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อการเผยแพร่งานสร้างสรรค์ไปสู่สาธารณชนและพัฒนาการทางวัฒนธรรมของชาติ ที่อาจเป็นไปได้ช้าหรือไม่พัฒนาไปเท่าที่ควร การกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จะทำให้ประชาชนสามารถครอบครองและใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ในปริมาณที่กำหนด ส่งผลให้มีการเผยแพร่งานสร้างสรรค์ต่างๆ ไปสู่สาธารณชนและมีพัฒนาการทางวัฒนธรรมภายในชาติ

⁶⁴Stephen M. Stewart *International Copyright and Neighboring Rights* London: Butterworth

5.6.2 ขาดการสนับสนุนและส่งเสริมคุณค่าทางวัฒนธรรมของสังคม

งานสร้างสรรค์ของประเทศใด ย่อมแสดงถึงปรัชญาหรือคุณลักษณะของคนในชาตินั้น⁶⁵ คุณลักษณะสำคัญของงานสร้างสรรค์ เช่น ภาพยนตร์ เพลง เกมส์ และวรรณกรรม ได้แก่ การสะท้อนและมีส่วนสนับสนุนคุณค่าทางวัฒนธรรมของสังคมนั้นๆ ไม่เพียงแต่ชาวต่างชาติได้รับรู้สิ่งต่างๆ เกี่ยวกับประเทศไทยผ่านภาพยนตร์หรือเพลงไทย งานสร้างสรรค์เหล่านี้ยังช่วยให้ชาวไทยสามารถซึมซับความหลากหลายและแง่มุมที่ซับซ้อนของคุณค่าทางสังคมและวัฒนธรรมไทย⁶⁶ ยกตัวอย่างเช่น เด็กไทยรุ่นใหม่สามารถรับรู้ถึงวัฒนธรรมและรากเหง้าของสังคมไทยในอดีตได้โดยการชมภาพยนตร์ย้อนยุค เป็นต้น ดังนั้นคุณค่าทางสังคมและวัฒนธรรมไทยจึงสามารถเข้าถึงได้ง่ายขึ้นทั้งจากชาวไทยเองและจากชาวต่างชาติ และในทำนองเดียวกันชาวไทยก็สามารถซึมซับวัฒนธรรมของแต่ละภาคและของต่างชาติผ่านสื่อเหล่านี้ได้เช่นกัน ซึ่งล้วนแต่เป็นผลมาจากการเผยแพร่ไปโดยแผ่นซีดีละเมิดลิขสิทธิ์ผิดกฎหมายและการดาวน์โหลด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้อินเทอร์เน็ตอย่างแพร่หลายทำให้การแลกเปลี่ยนวัฒนธรรมและคุณค่าเป็นไปได้ง่ายขึ้น นอกจากนี้กระบวนการดังกล่าว ยังช่วยทำให้คุณค่าทางสังคมและวัฒนธรรมของไทยได้รับการเผยแพร่มากขึ้น การได้รับความหลากหลายของวัฒนธรรมจะช่วยให้ชาวไทยตระหนักถึงคุณค่าที่ตนเองยึดถือ นอกจากนี้ชาวต่างชาติที่สนใจในวัฒนธรรมไทย การเผยแพร่งานสร้างสรรค์ไปสู่สาธารณชนจะเป็นการเผยแพร่ขนบธรรมเนียมประเพณีของชาติให้กระจายและเป็นที่ยอมรับไปทั่วโลก หากมีข้อกำหนดที่เข้มงวดสูง เช่น การกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ ผู้ใช้ หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์จะทำให้การเข้าถึงงานสร้างสรรค์ประเภทต่างๆ ของประชาชนเป็นไปได้ยาก มรดกทางวัฒนธรรมย่อมลดน้อยลง และศิลปะวิทยาการแขนงต่างๆ ไม่เจริญก้าวหน้าเท่าที่ควร ต่างชาติไม่รู้จักขนบธรรมเนียมประเพณีและมรดกทางวัฒนธรรมของไทย การมีข้อกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม จะเป็นมาตรการที่มีความผ่อนปรนให้ประชาชนยังสามารถครอบครองและใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ในขอบเขตที่เหมาะสม จะช่วยให้งานสร้างสรรค์มีการเผยแพร่ออกสู่สาธารณชน ทำให้คุณค่าทางสังคมและวัฒนธรรมของไทยได้รับการเผยแพร่มากยิ่งขึ้น

⁶⁵ไชยยศ เหมะรัชตะ ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์ รายงานผลการวิจัยทุนวิจัยรัชดาภิเษกสมโภชน์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2527 หน้า 23

⁶⁶อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 15 หน้า xvii

5.6.3 การเสริมสร้างพัฒนาการทางความคิดของเด็กและเยาวชนลดลง

กฎหมายใช้บังคับกับบุคคลทุกคนในสังคม การครอบครองและใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนและมีความเกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันของคนในสังคม หากผู้ครอบครอง หรือใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เป็นเด็กหรือผู้เยาว์ที่ยังขาดความรู้ ความเข้าใจ เกี่ยวกับตัวสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ และไม่อาจแยกแยะได้ว่าสินค้าชิ้นใดเป็นของแท้หรือสินค้าที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้อง หากซื้อ ใช้งาน หรือมีสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีความจำเป็นต่อพัฒนาการตามวัย เช่น ซื้อหรือใช้งานแผ่น CD โปรแกรมเกมส์คอมพิวเตอร์ละเมิดลิขสิทธิ์ หรือซื้อแผ่น CD ภาพยนตร์การ์ตูนที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ฯลฯ หากถูกจับกุมย่อมส่งผลกระทบต่อเด็กและเยาวชน ซึ่งกรณีนี้ตามกฎหมายอังกฤษที่เป็นระบบ common law เด็กอายุไม่เกิน 10 ปี ในขณะที่กระทำความผิด ไม่ต้องรับโทษในความผิดที่ได้กระทำนั้น กรณีนี้กฎหมายถือเป็นเด็ดขาดว่าเด็กไม่มีความสามารถในการกระทำความผิดอาญา (incapable of crime) เด็กนั้นจะไม่ถูกดำเนินคดีใดๆ และจะใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยก็ไม่ได้ ส่วนเด็กที่มีอายุเกินกว่า 10 ปี แต่ไม่เกิน 14 ปี กฎหมายสันนิษฐานว่าเด็กนั้นไม่มีความสามารถในการกระทำความผิดอาญาเช่นกัน แต่ข้อสันนิษฐานดังกล่าวไม่เด็ดขาดสามารถนำสืบหักล้างได้ กล่าวคือ ถ้าโดยพฤติการณ์เห็นได้ว่าผู้กระทำความผิดมีอายุกว่า 10 ปี แต่ไม่เกิน 14 ปีนั้น มี incapable of crime คือรู้ถึงความดี ความชั่ว ที่ร้ายแรงหรือรู้ผิดชอบ ก็ถือว่ามีความผิดทางอาญาได้⁶⁷ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 , 74 และ 75 เด็กอายุไม่เกิน 7 ปี กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ เป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดของกฎหมาย เด็กอายุไม่เกิน 7 ปี จะลงโทษไม่ได้ และจะใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยก็ไม่ได้ ต้องปล่อยตัวไป ส่วนเด็กอายุกว่า 7 ปี แต่ไม่เกิน 14 ปี เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ศาลอาจใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยได้โดยอาจส่งไปสถานฝึกอบรม แต่ก็เอาตัวไว้ได้ไม่เกินกว่าที่เด็กนั้นจะอายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์ สำหรับเด็กที่มีอายุกว่า 14 ปี แต่ไม่เกิน 17 ปี ศาลอาจพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นที่พ่วงเกี่ยวกับผู้นั้น ถ้าศาลเห็นว่าสมควรพิพากษาลงโทษก็สามารถใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยได้ หรือถ้าศาลเห็นว่าสมควรลงโทษก็สามารถลดมาตราส่วนโทษ ตามที่กฎหมายกำหนดลงกึ่งหนึ่ง การคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่มีความเข้มงวดสูงเกินไป เช่น การกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ หรือผู้ใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น จึงอาจส่งผลกระทบต่อเด็กและเยาวชน โดยเฉพาะในกลุ่มอายุ 14-17 ปี ที่เริ่มเข้าสู่วัยรุ่นและมีความต้องการใช้งานลิขสิทธิ์ เช่น CD เกมส์คอมพิวเตอร์ งานเพลงหรือภาพยนตร์ ฯลฯ สนองต่อความต้องการส่วนบุคคล หากกระทำความผิดอาจต้องได้รับโทษอาญาหรืออาจถูกครอบครัวดำเนิน ซึ่งจะ

⁶⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ “จำคุกเด็ก 11 ขวบ 250 ปี” วารสารกฎหมาย 23,4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2536)

ทำให้เด็กเกิดทัศนคติในเชิงลบต่อกระบวนการยุติธรรม ซึ่งอาจจะกลายเป็นปัญหาทางสังคมต่อไป การกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม ทำให้ประชาชนสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ในปริมาณที่กำหนด จะช่วยแก้ไขปัญหาการกระทำผิดโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ของเด็กๆ ในคดีเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ ทำให้เด็กและเยาวชนสามารถใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อเสริมสร้างพัฒนาการทางความคิด ความรู้ และสติปัญญาของตนได้ อันจะส่งผลดีต่อการพัฒนาทรัพยากรบุคคลของประเทศต่อไป

5.6.4 เกิดความเหลื่อมล้ำในการเข้าถึงงานสร้างสรรค์

บุคคลในสังคมไทยจะมีชั้นของสังคม (social class) ที่มีความแตกต่างกันตามรายได้ อาชีพ การศึกษา ค่านิยม พื้นที่อยู่อาศัย ฯลฯ บุคคลที่อยู่ในชั้นของสังคมแตกต่างกันจะมีพฤติกรรมต่างกัน⁶⁸ ซึ่งโดยทฤษฎีแล้วมนุษย์น่าจะเป็นอย่างเดียวกันไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด แต่ในทางปฏิบัติ ธรรมชาติของมนุษย์ที่เกี่ยวกับสภาพจิตใจและความต้องการ (need) เป็นสิ่งจูงใจให้มนุษย์ทำการใดๆ พฤติกรรมของมนุษย์ย่อมอยู่ภายใต้อิทธิพลของสังคมและวัฒนธรรมด้วย⁶⁹ ถือเป็นปัจจัยทางสังคมและวัฒนธรรมที่มีผลต่อพฤติกรรมผู้บริโภค การที่ผู้มีรายได้น้อยจะเข้าถึงงานลิขสิทธิ์ที่มีราคาสูงย่อมเป็นไปได้ยาก สินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีราคาถูกกว่าและหาซื้อได้ง่ายจึงเป็นทางเลือกสำหรับผู้มีรายได้น้อย การกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ ผู้ใช้ หรือผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ จนทำให้ประชาชนไม่อาจซื้อ ใช้งาน หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เลยนั้น จะทำให้เกิดปัญหาความเหลื่อมล้ำทางสังคมในการเข้าถึงงานประเภทต่างๆ ทำให้บุคคลที่ด้อยโอกาสกว่าอาจต้องหมดโอกาสในการเข้าถึงงานสร้างสรรค์ที่มีราคาแพงหรือเข้าถึงงานได้ยากยิ่งขึ้น การผ่อนปรนให้ประชาชนยังสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ในจำนวนหรือปริมาณที่เหมาะสมตามที่กำหนด จะทำให้ผู้มีรายได้น้อยยังสามารถเข้าถึงงานสร้างสรรค์ได้ เป็นการลดช่องว่างของบุคคลในสังคมที่มีฐานะทางการเงินแตกต่างกัน ให้สามารถเข้าถึงงานได้อย่างเท่าเทียมกัน

5.6.5 พัฒนาการทางสังคม และคุณภาพชีวิตของประชาชนลดลง

การใช้ประโยชน์จากงานลิขสิทธิ์ทุกประเภท ช่วยให้บุคคลและสังคมได้รับความสุข สนุกสนาน มีความสุขในชีวิต และรู้จักการใช้เวลาว่างให้เกิดประโยชน์ เกิดการพัฒนาคุณภาพชีวิตและสมรรถภาพทางกายที่ดี การใช้ประโยชน์จากงานลิขสิทธิ์ภายในบ้านพักเป็นการ

⁶⁸ไพโรนตร ชินพาศิษย์กิจ ทัศนคติและพฤติกรรมผู้บริโภคที่มีต่อแผ่นดีวีดีภาพยนตร์ลิขสิทธิ์และแผ่นดีวีดีภาพยนตร์ละเมิดลิขสิทธิ์ ในเขตกรุงเทพมหานคร สารนิพนธ์บริหารธุรกิจมหาบัณฑิต สาขาวิชาการตลาด มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ 2548 หน้า 19

⁶⁹นพนิตี สุริยะ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ : มองจากบริบทของไทย” วารสารนิติศาสตร์ 30,3 (กรกฎาคม-กันยายน 2543) หน้า 509

สร้างสัมพันธภาพระหว่างสมาชิกในครอบครัวในแน่นแฟ้น หากมีการคุ้มครองสิทธิที่มีความเข้มงวดสูง จนทำให้ประชาชนไม่อาจครอบครองสิ่งละเมิดสิทธิและเข้าถึงงานได้ยากแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อทางสังคม ความสุข สนุกสนาน ของคนในสังคมลดลง การใช้เวลาว่างของคนในสังคมลดลง อันจะทำให้การพัฒนาคุณภาพชีวิตและสมรรถภาพทางกายของคนในสังคมลดลงตามไปด้วย สถาบันครอบครัวซึ่งเป็นหน่วยทางสังคมที่เล็กที่สุดไม่มีความเป็นปึกแผ่น เข้มแข็ง หากมีการกำหนดความผิดสำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดสิทธิเกินจำนวนที่เหมาะสม จะช่วยผ่อนปรนให้ประชาชนสามารถใช้งานสิ่งละเมิดสิทธิภายในบ้านพักได้ โดยกำหนดปริมาณสิ่งละเมิดสิทธิที่ประชาชนสามารถครอบครองได้ในจำนวนที่เหมาะสม จะส่งเสริมสัมพันธภาพระหว่างสมาชิกในครอบครัวในแน่นแฟ้น บุคคลในสังคมได้รับความสุข สนุกสนาน มีความสุขในชีวิต และรู้จักการใช้เวลาว่างให้เกิดประโยชน์ เกิดการพัฒนาคุณภาพชีวิตและสมรรถภาพทางกายที่ดี

5.6.6 เกิดข้อจำกัดทางการศึกษาของเด็กและเยาวชน

ปัจจุบันงานสร้างสรรค์ประเภทต่างๆ ได้เข้ามามีบทบาทในการพัฒนาพฤติกรรมของเด็กและเยาวชน ถือเป็นสิ่งสำคัญในการเสริมสร้างลักษณะนิสัยที่พึงประสงค์ และเป็นการเตรียมความพร้อมสำหรับทรัพยากรบุคคลที่มีค่าของชาติในอนาคต ข้อกำหนดที่ทำให้การเข้าถึงงานสิทธิเป็นไปได้ยาก ย่อมส่งผลกระทบต่อกระบวนการในการพัฒนาพฤติกรรมของเด็กและเยาวชนที่จะเป็นกำลังสำคัญของชาติในอนาคต รัฐควรส่งเสริมการใช้งานสร้างสรรค์เพื่อการศึกษา หากความรู้สามารถทำได้โดยเสรีทั้งที่บ้านและที่โรงเรียน ทั้งนี้ โดยไม่ทำให้เจ้าของสิทธิต้องเสียผลประโยชน์ที่จะได้รับ สำหรับผู้เขียนเห็นว่าการใช้งานสิทธิสำหรับเด็กและเยาวชนในโรงเรียนหรือสถานศึกษาของรัฐควรถือเป็นข้อยกเว้นการละเมิดสิทธิ เนื่องจากมีส่วนสำคัญต่อการเรียนรู้และพัฒนาการศึกษาของชาติ การใช้งานในลักษณะนี้เป็นการใช้งานเพื่อประโยชน์ของสังคมหรือเพื่อส่วนรวมอย่างแท้จริง และจะเป็นส่วนสำคัญในการกำหนดอนาคตของชาติ การมีข้อกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดสิทธิเกินจำนวนที่เหมาะสม จะทำให้ประชาชนสามารถครอบครองสิ่งละเมิดสิทธิได้ ไม่ว่าจะเป็นการใช้งานที่โรงเรียนหรือที่บ้าน มีส่วนสำคัญในการเสริมสร้างทักษะ พัฒนาพฤติกรรมของเด็กและเยาวชน อันจะเป็นการเตรียมความพร้อมสำหรับทรัพยากรบุคคลที่มีค่าของชาติในอนาคต

5.7 ผลกระทบจากการตรากฎหมายที่ริดรอนเสรีภาพหรือจำกัดสิทธิของประชาชน

การปราบทบัญญัติของกฎหมายที่มีโทษทางอาญาและส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องไม่ขัดรัฐธรรมนูญต้งบทบัญญัติ มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ที่บัญญัติว่า

“การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหมายหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย โดยอนุโลม”

ข้อความตามบทบัญญัติ มาตรา 29 วรรคแรก ที่ว่า “เท่าที่จำเป็น” ย่อมมีความหมายโดยนัยว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้สถาปนา “หลักแห่งความได้สัดส่วน” (principle of proportionality) มาควบคุมการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่างๆ ของรัฐเช่นเดียวกับรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลาย⁷⁰ ที่ยอมรับกันว่าหลักแห่งความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายสำคัญเพราะมีรากฐานมาจาก “หลักความยุติธรรม” (gerechtigkei) อันเป็นพื้นฐานของหลักกฎหมายทั่วไป และในสังคมที่มีความขัดแย้งระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของเอกชนค่อนข้างสูง การนำหลักเช่นนี้มาใช้ย่อมส่งผลให้รัฐมีเครื่องมือทางกฎหมายมาช่วยแก้ไขปัญหา หรือคลี่คลายการขัดกันในเรื่องของผลประโยชน์ดังกล่าวไปได้โดยสันติเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับทุกฝ่าย

ปัจจุบันหลายประเทศที่พัฒนาแล้ว เช่น ประเทศในกลุ่มประชาคมยุโรป (EU) สหรัฐอเมริกา หรือญี่ปุ่น ฯลฯ ได้ให้ความระมัดระวังในการตรากฎหมายเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้เนื่องจากการตรากฎหมายจะมีผลใช้บังคับให้บุคคลในสังคมต้องปฏิบัติตาม หากผู้ใดฝ่าฝืนจะมีผลทำให้บุคคลดังกล่าวต้องถูกลงโทษ ดังนั้น ยังมีการบัญญัติกฎหมายมากขึ้นเท่าใด บุคคลผู้อยู่ใต้บังคับของกฎหมายก็ย่อมถูกบังคับให้ต้องปฏิบัติ หรือลดเว้นการปฏิบัติ อันมีผลเป็นการริดรอนเสรีภาพหรือจำกัดสิทธิมากขึ้นเท่านั้น แต่ละประเทศจึงวางหลักเกณฑ์เพื่อตรวจสอบมิให้มีการตราหากผู้ร่างกฎหมายและผู้ตรากฎหมายได้พิจารณาข้อสำคัญทุกครั้งที่มีการร่างกฎหมาย หรือตรา

⁷⁰ธีระ สุธีวรารังกูร “การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง” วารสารนิติศาสตร์ 29,4 (ธันวาคม 2542) หน้า 587

กฎหมายเพื่อออกมาใช้บังคับกับประชาชน กฎหมายฉบับดังกล่าวก็ย่อมเป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ และไม่ขัดหรือกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรือหากจะกระทบก็เป็นไปในแนวทางหรือภายในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น

สำหรับผู้เขียนเห็นว่า หากมีการยกระดับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่เข้มงวดสูงมากๆ เช่น มีการกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ ผู้ใช้ หรือผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น จนทำให้ประชาชนไม่อาจซื้อ ใช้ หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เลย อาจทำให้สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของประชาชนถูกละเมิดโดยกฎหมายที่ออกโดยวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งก้าวล่วงเข้าไปในความเป็นส่วนตัวของบุคคล การตรากฎหมายเพื่อบังคับใช้ในสังคม ต้องไม่กระทบกับสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน เช่น การดำรงชีวิตอยู่อย่างสงบสุขและปลอดภัยจากภัยอันตรายที่ไม่ชอบ มีการยังชีพและบริโภคที่ถูกต้องน่าย การได้รับการศึกษา และได้รับการเยียวยารักษาเมื่อเจ็บป่วย ฯลฯ กฎหมายใดก็ตามที่บังคับใช้แล้วละเมิดสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวอันเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นกฎหมายที่ไม่สมบูรณ์และมีข้อบกพร่อง การกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) จะผ่อนปรนให้ประชาชนยังสามารถซื้อ ใช้ หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ในจำนวนที่เหมาะสม เพื่อใช้งานส่วนตัวในบ้านพัก จะช่วยผ่อนคลายนมิให้ส่งผลกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวและรบกวนเสรีภาพหรือจำกัดสิทธิของประชาชนมากเกินไป

5.8 ผลกระทบจากการลงทุนของบริษัทข้ามชาติ (Multinational Corporations)

การคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่มีความเข้มงวดจะส่งผลให้มีการลงทุนในธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการผลิตและจำหน่ายงานลิขสิทธิ์เพิ่มมากขึ้น โดยเฉพาะนักลงทุนจากต่างชาติที่มีเงินลงทุนสูงจะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยมากขึ้น

แต่อย่างไรก็ตาม การรับการลงทุนจากต่างชาติ โดยเฉพาะบริษัทข้ามชาติที่มีบทบาทสูงในธุรกิจการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ เช่น การถ่ายทอดเทคโนโลยี การระดมทุน และในกระบวนการพัฒนาอุตสาหกรรมของประเทศผู้รับการลงทุน (host country) การที่ธุรกิจของบริษัทข้ามชาติมีขอบข่ายโยงโยที่กว้างขวางครอบคลุมกิจกรรมหลายประเภท ย่อมจะส่งผลกระทบต่อทั้งด้านบวกและด้านลบต่อประเทศที่บริษัทเหล่านี้เข้าไปลงทุน⁷¹ เช่น เสียบุคลากรชำระเงินในระยะเวลายาว เนื่องจากประเทศที่ลงทุนจะนำเงินออกจากประเทศผู้รับลงทุนเมื่อการดำเนินงานมีผลกำไร เป็นต้น แสดงให้เห็นว่ากิจกรรมบางอย่างของบริษัทข้ามชาติอาจส่งผล

⁷¹จักรกฤษณ์ วรรณพงษ์ “กฎหมายและมาตรการควบคุมบริษัทข้ามชาติ” วารสารนิติศาสตร์ 24,4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2541) หน้า 712

กระทบในด้านลบต่อเศรษฐกิจ การเมือง และสังคมภายในประเทศผู้รับการลงทุน นอกจากนี้ ยังอาจก่อให้เกิดการควบกิจการ (merger) ซึ่งเป็นปรากฏการณ์ที่ยอมรับกันทั่วไปว่า อาจเกิดขึ้นได้ในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจในตลาดการค้าและบริการ การควบกิจการอาจก่อให้เกิดผลดีและผลเสียทางเศรษฐกิจ กล่าวคือการควบกิจการอาจทำให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ (economic efficiency) เช่น ก่อให้เกิดการประหยัดต่อขนาด (economy of scale)⁷² สามารถลดต้นทุนการผลิตลงหรือทำให้สภาวะการแข่งขันในตลาดดีขึ้น⁷³ เช่นการที่บรรดาผู้ประกอบการขนาดเล็กมีการควบกิจการเข้าด้วยกันเพื่อเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันกับผู้ประกอบการขนาดใหญ่ในธุรกิจประเภทเดียวกันได้ เป็นต้น แต่ในขณะเดียวกันการควบกิจการก็จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด ทั้งนี้จะทำให้การแข่งขันในตลาดลดลงหรือหายไปเนื่องจากจำนวนผู้ประกอบการลดลงเป็นการเปลี่ยนโครงสร้างของตลาด เกิดการกระจุกตัว (concentration) เกิดการผูกขาดในตลาดซึ่งแย้งกับกฎหมายต่อต้านการผูกขาด (anti-trust law) หรืออาจเป็นการกีดขวางการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ (barrier to entry) มีการเลือกปฏิบัติด้านราคา (price discrimination) อย่างไม่หลักเกณฑ์ เช่น การให้ส่วนลด (discount) ส่วนยอมให้ (allowance) การคืนกำไร (rebate) ฯลฯ สำหรับผู้ซื้อต่างรายกัน ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันและบางกรณีอาจเกิดความเสียหายแก่คู่แข่งและเป็นการเอารัดเอาเปรียบผู้บริโภคเกินสมควรอีกด้วย⁷⁴ หรือมีการเพิ่มการมีอำนาจ (market power) จนทำให้กลายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด (dominant position) ที่ทำให้สามารถควบคุมราคาและปริมาณของสินค้าในตลาดได้ จากสภาพการณ์เช่นนี้จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจและประชาชนทั่วไปซึ่งเป็นผู้บริโภคสินค้าอันเป็นงานลิขสิทธิ์ หรือ แม้กระทั่งคู่แข่งในในตลาดได้ นอกจากนี้การควบกิจการจนทำให้ธุรกิจมีการเติบโตอย่างเข้มแข็งและก้าวหน้ายังอาจนำไปสู่การสร้างอาณาจักรทางธุรกิจ (business empire) อันเป็นการสร้างอำนาจทางเศรษฐกิจ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อประเทศในด้านอื่นๆ เช่น การเมือง และสังคม ฯลฯ และนำมาซึ่ง

⁷²การประหยัดต่อขนาด (Economy of Scale) เป็นหนึ่งในกลยุทธ์ทางการตลาดที่เรียกว่า กลยุทธ์การเป็นผู้นำด้านต้นทุน (cost leadership) ถ้าผู้ประกอบการสามารถผลิตสินค้าในปริมาณมากๆ ข่อมเป็นการประหยัดต้นทุน ทำให้ต้นทุนสินค้านั้นต่ำลงและสามารถแข่งขันได้ ดังนั้น Economy of Scale จึงหมายถึงการผลิตสินค้าเป็นจำนวนมากเพื่อประหยัดต้นทุน

⁷³สุธีร์ ศุภนิคย์ “การควบคุมการควบกิจการ (merger control)” *วารสารนิติศาสตร์* 24,4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2541) หน้า 689

⁷⁴กวี เปรมรัตน์ชัย *การเลือกปฏิบัติด้านราคาอันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมทางการค้า* วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2541 หน้า 104-106

ปัญหาในระยะยาวต่อไป การกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม ซึ่งยินยอมให้ประชาชนสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในจำนวนที่กำหนด จะช่วยลดผลกระทบอันเกิดจากการลงทุนของบรรษัทข้ามชาติที่อาจส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจ การเมือง และสังคมภายในประเทศ เช่น ลดการเอาเปรียบผู้บริโภค เกินสมควร เป็นต้น

5.9 ผลกระทบจากการผูกขาดทางการค้า

การที่ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิแต่ผู้เดียว (exclusive right) ของผู้สร้างสรรค์งานที่จะกระทำการใดๆ อันเกี่ยวกับงานสร้างสรรค์ตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ เช่น สิทธิในการทำซ้ำ สิทธิในการนำงานออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนและอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ประโยชน์จากงานนั้น เป็นต้น เพื่อให้ผู้สร้างสรรค์ได้รับประโยชน์อย่างเต็มที่จากการที่ตนต้องใช้สติปัญญา ต้นทุน แรงงาน ทักษะ ความอุตสาหพยายาม รวมถึงต้องเสียเวลาในการสร้างสรรค์งานในรูปแบบต่างๆ จึงมีการคุ้มครองด้วยกฎหมายให้ผู้สร้างสรรค์ได้รับสิทธิในการควบคุม (right to control) หรือหาประโยชน์จากการสื่อสาร (benefit from the communication) จากงานที่ได้สร้างสรรค์

จากการวิเคราะห์ผลกระทบทั้งในด้านต่างๆ อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การมีบทบาทบัญญัติของกฎหมายที่เข้มงวดเกินไป เช่น การกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ หรือผู้ใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น จนทำให้ประชาชนไม่อาจครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เลยนั้น เป็นสิ่งที่รัฐต้องนำไปพิจารณาหากต้องมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์เพื่อยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้สูงขึ้น โดยต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่มุ่งเน้นการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ใช้และสิทธิของผู้สร้างสรรค์อันเป็นเงื่อนไขสำคัญของกลไกการคุ้มครอง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า กรณีของประเทศไทยที่มีความพยายามในการยกระดับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้สูงขึ้น สาเหตุหนึ่งน่าจะมาจากแรงกดดันจากภายนอก โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้วและเป็นเจ้าของสิทธิรายใหญ่ เช่น สหรัฐและกลุ่มสหภาพยุโรป เป็นต้น ที่พยายามผลักดันให้ไทยต้องยกระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาสูงกว่ามาตรฐานขั้นต่ำของความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า พ.ศ. 2537 (TRIPs) ผ่านการเจรจาการค้าแบบทวิภาคี โดยกดดันให้ไทยต้องมีมาตรการทางกฎหมายที่เข้มงวด รวมถึงต้องมีกระบวนการลงโทษทางอาญาต่อผู้ละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาทุกระดับ และหากไทยยังคงเพิกเฉยต่อข้อเรียกร้องดังกล่าวก็จะมีมาตรการกดดันอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรม เช่น การตัดสิทธิ GSP เป็นต้น ซึ่งหากไทยตอบรับข้อเรียกร้องด้วยการมีบทบาทบัญญัติของกฎหมายที่มีความเข้มงวดมากเกินไป ผู้เขียนเห็นว่าจะเป็นการใช้กฎหมายอาญาและการลงโทษทางอาญาที่เกินความจำเป็นอันจะส่งผลกระทบต่อประชาชนในวงกว้าง และผลกระทบที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่จะเป็นผลกระทบในด้านลบอันจะส่งผลให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชนภายในประเทศ ซึ่งการดำเนินกระบวนการลงโทษทางอาญาต่อผู้

ละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้น ตามความตกลงทริปส์กำหนดให้บรรดาประเทศสมาชิกต้องกำหนดให้มีกระบวนการทางอาญาและการลงโทษทางอาญาอย่างน้อยที่สุดในกรณีดังต่อไปนี้⁷⁵

- (1) ในคดีปลอมแปลงเครื่องหมายการค้าโดยเจตนา
- (2) การละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีปริมาณเชิงพาณิชย์

อย่างไรก็ตาม การละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ มิได้หมายความว่าไม่ต้องถูกลงโทษทางอาญา เพราะบทบัญญัติตามความตกลงทริปส์เป็นเพียงมาตรฐานขั้นต่ำซึ่งประเทศสมาชิกอาจกำหนดโทษทางอาญาในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นๆ หรืออาจให้ความคุ้มครองงานในระดับที่ความตกลงทริปส์กำหนดไว้หรือสูงกว่าก็ได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยได้ให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์สอดคล้องกับแนวทางของความตกลงทริปส์โดยมุ่งกำจัดต้นตอหรือแหล่งกำเนิดสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ จึงมีการกำหนดโทษแก่ผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้าหรือประกอบธุรกิจ มีมาตรการลงโทษทางอาญาที่รุนแรงสำหรับบุคคลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการจำหน่ายหรือให้เช่าสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ อันเป็นพฤติกรรมที่สร้างความเสียหายทางธุรกิจแก่เจ้าของสิทธิเป็นมูลค่ามหาศาล

ดังนั้น ในการใช้ดุลยพินิจในการออกกฎหมายเพื่อยกระดับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่มีความเข้มงวด มีข้อควรพิจารณาเพื่อมิให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนและการพัฒนาประเทศ รวมทั้งต้องคำนึงถึงความจำเป็นเพื่อปกป้องประโยชน์ทางสาธารณสุขและการโภชนาการ ส่งเสริมการใช้งานเพื่อประโยชน์สาธารณะในส่วนที่มีความจำเป็นต่อระบบเศรษฐกิจและสังคม ส่งเสริมการพัฒนาทางเทคโนโลยี และป้องกันการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่เหมาะสมหรือเกินขอบเขตของเจ้าของสิทธิ ซึ่งกรณีนี้มีตัวอย่างในคดี Canada – Patent Term ซึ่งคณะพิจารณาคดี (Panel) ได้วางแนวทางในการใช้ดุลยพินิจออกข้อกำหนดหรือบทบัญญัติใดๆ เพื่อคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาตามบทบัญญัติ ข้อ 8. ของความตกลงทริปส์ โดยเปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกสามารถที่จะเลือกปฏิบัติตามข้อผูกพันข้อใดข้อหนึ่งและไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันอีกข้อหนึ่งได้ การออกหรือแก้ไขกฎหมายระเบียบข้อบังคับต่างๆ บรรดาประเทศสมาชิกจึงมีความยืดหยุ่นและสามารถใช้มาตรการที่จำเป็น⁷⁶ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ

- (1) คุ้มครองสาธารณสุขและโภชนาการ

⁷⁵TRIPs Agreement Article 61

Members shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of wilful trademark counterfeiting or copyright piracy on a commercial scale. ...

⁷⁶รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์ ศ. และคณะ *กฎหมาย WTO เล่มที่ห้า : ทรัพย์สินทางปัญญา* สามลดา กรุงเทพมหานคร 2552 หน้า 13

(2) ส่งเสริมประโยชน์สาธารณะในภาคต่างๆ ที่มีความสำคัญอย่างมากต่อการพัฒนาด้านเศรษฐกิจสังคมและเทคโนโลยี

(3) ป้องกันการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยมิชอบของผู้ทรงสิทธิ

(4) ป้องกันการใช้แนวทางปฏิบัติซึ่งจำกัดการค้าโดยไม่มีเหตุผลหรือเป็นผลเสียต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างประเทศ

ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขว่ามาตรการดังกล่าวสอดคล้องกับบทบัญญัติของความตกลงนี้⁷⁷

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า บทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยเป็นไปตามหลักสากล สอดคล้องกับความตกลงทริปส์ และกฎหมายลิขสิทธิ์ที่นานาอารยประเทศใช้กันแล้ว จึงสามารถออกกฎหมาย หรือระเบียบข้อบังคับต่างๆ เพื่อให้มีความยืดหยุ่นเท่าที่จำเป็นใช้บังคับให้เกิดความเหมาะสมแก่สภาพการณ์ภายในประเทศ และยังไม่มีความจำเป็นที่ประเทศไทยจะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์เพื่อบังคับใช้กับประชาชนภายในประเทศ จนทำให้ประชาชนไม่อาจใช้ หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ แต่ในอนาคตหากมีความจำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายเพื่อยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้สูงขึ้นควรใช้ลักษณะของ “การครอบครอง” มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา โดยการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย (otherwise than for his private and domestic use) ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) ในปริมาณเกินกว่าที่กำหนดถือเป็นความผิด จะเป็นการบังคับใช้กฎหมายที่มีความยืดหยุ่นและไม่กระทบต่อประชาชนและหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) รวมถึงหลักการพื้นฐานในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่มุ่งการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิของผู้สร้างสรรค์หรือผู้คิดค้น และสิทธิของสาธารณชนในการเข้าถึงงานได้อย่างเหมาะสม

⁷⁷ เพิ่งอ้าง หน้า 13-14

บทที่ 4

การกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ มาตรการทางกฎหมายต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม ในกฎหมายต่างประเทศ เปรียบเทียบกับประเทศไทย

การละเมิดลิขสิทธิ์ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของสิทธิทั้งโดยตรงและโดยอ้อม กฎหมายลิขสิทธิ์ของหลายๆ ประเทศ จึงได้บัญญัติให้การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์อาจเป็น ความผิดตามกฎหมาย หากการครอบครองนั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ หรือข้อกำหนดของกฎหมาย ซึ่งในบทนี้ ผู้เขียนจะได้นำเสนอบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ต่างประเทศ ที่กำหนดให้การ ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในบางลักษณะถือเป็นความผิด และมีการกำหนดโทษทางอาญาต่อ ผู้ครอบครอง โดยสามารถแยกเป็นกรณีต่างๆ ดังนี้

1. ความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้าหรือประกอบธุรกิจ

การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะนี้ ถือเป็นความผิดตามกฎหมายได้ โดยใน การกระทำความผิดดังกล่าว ผู้ครอบครองจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าสิ่งที่ครอบครองนั้นได้ทำ ขึ้นโดยการละเมิดลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น และผู้ครอบครองมีความประสงค์ที่จะแสวงหาประโยชน์ จากสิ่งดังกล่าว หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่ เหมาะสม (mere possession) ไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย แต่การครอบครองที่จะมีความผิดนั้น จะต้องมิวัตถุประสงค์หรือพฤติกรรมในการที่จะแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ด้วย ไม่ว่าจะ เป็น การครอบครองเพื่อการค้าหรือการประกอบธุรกิจหรือการครอบครองเพื่อจำหน่ายหรือให้เช่า และ ประการสำคัญผู้ครอบครองจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าสิ่งดังกล่าวได้ทำขึ้นโดยการละเมิด ลิขสิทธิ์และมีความประสงค์ที่จะแสวงหาประโยชน์จากสิ่งดังกล่าว

การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้าหรือการประกอบธุรกิจเป็นสิ่งที่กฎหมาย ในนานาประเทศบัญญัติให้เป็นความผิดและมักจะมีการกำหนดโทษทางอาญาเอาไว้ด้วย ตัวอย่าง ประเทศที่มีกฎหมายในลักษณะนี้ เช่น

1.1 แคนาดา

ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของแคนาดา (Copyright Act, 1985) มาตรา 27 (2) ได้กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปของพฤติกรรมที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม (secondary infringement) ดังนี้¹

- (a) การขาย หรือให้เช่าสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์
- (b) การแจกจ่าย เผยแพร่ สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์จนทำให้เกิดผลเสียหายแก่เจ้าของสิทธิ์
- (c) การแจกจ่าย เผยแพร่ สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้า เสนอขายหรือให้เช่า และการเผยแพร่ต่อสาธารณชน
- (d) การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์ตาม ข้อ (a)-(c)
- (e) การนำเข้ามาภายในประเทศที่มีวัตถุประสงค์ตาม ข้อ (a)-(c)

ดังนั้น บุคคลที่ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าจึงถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม (secondary infringement) และมีความผิดตามกฎหมายลิขสิทธิ์ มาตรา 27 (2) (d) ผู้ละเมิดต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและอาญา ซึ่งมีการกำหนดโทษจำคุกไว้ด้วย

¹Canada Copyright Act. (1985)

Article 27 (2) It is an infringement of copyright for any person to

- (a) sell or rent out,
- (b) distribute to such an extent as to affect prejudicially the owner of the copyright,
- (c) by way of trade distribute, expose or offer for sale or rental, or exhibit in public,
- (d) possess for the purpose of doing anything referred to in paragraphs (a) to (c), or
- (e) import into Canada for the purpose of doing anything referred to in paragraphs (a) to (c),

a copy of a work, sound recording or fixation of a performer's performance or of a communication signal that the person knows or should have known infringes copyright or would infringe copyright if it had been made in Canada by the person who made it.

1.2 อังกฤษ

ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ การออกแบบผลิตภัณฑ์และสิทธิบัตร Copyright, Designs and Patents Act (1988) : CDPA มาตรา 107 (1) ได้มีข้อกำหนดถึงการกระทำบางลักษณะที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม (Secondary infringement of copyright) โดยบุคคลที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิ์และมีพฤติการณ์ตามที่กฎหมายกำหนดถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น²

- (a) ทำขึ้นเพื่อขายหรือให้เช่าสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์
- (b) นำเข้ามาภายในสหราชอาณาจักร ยกเว้นเพื่อการใช้ส่วนตัว
- (c) ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ในทางธุรกิจ

ฯลฯ

ดังนั้น การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์จะถือเป็นความผิดต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าหรือการประกอบธุรกิจ (possess in the course of trade or business) และตามกฎหมายของอังกฤษมีบทลงโทษทางอาญาไว้ในมาตรา 107 (4) ซึ่งมีทั้งโทษปรับ และจำคุกไม่เกิน 2 ปี³

²Great Britain, Copyright, Designs and Patents Act 1988.

Article 107.—

(1) A person commits an offence who, without the licence of the copyright owner—

- (a) makes for sale or hire, or
- (b) imports into the United Kingdom otherwise than for his private and domestic use, or
- (c) possesses in the course of a business with a view to committing any act infringing

the copyright, or

Etc.

an article which is, and which he knows or has reason to believe is, an infringing copy of a copyright work.

³ 107 (4) A person guilty of an offence under subsection (1)(a), (b), (d)(iv) or (e) is liable—

(a) on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding six months or a fine not exceeding the statutory maximum, or both;

(b) on conviction on indictment to a fine or imprisonment for a term not exceeding two years, or both.

1.3 อออสเตรเลีย

กฎหมายลิขสิทธิ์ของออสเตรเลีย (Copyright Act. 1968) ได้บัญญัติถึงการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อมตามมาตรา 132AJ บุคคลซึ่งไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิและครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์โดยมีพฤติการณ์ตามที่กฎหมายกำหนด ถือเป็น การละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น⁴

- (1) ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ไว้เพื่อจำหน่าย
- (2) ให้เช่า
- (3) เสนอขาย นำออกแสดงเพื่อขายหรือให้เช่า

ฯลฯ

ดังนั้น การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจำหน่ายหรือให้เช่า (possess for the purpose of selling or letting for hire) อันเป็นการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบและไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิจึงมีความผิดตามกฎหมายลิขสิทธิ์ออสเตรเลีย ซึ่งมีการกำหนดบทลงโทษทางอาญาไว้ในมาตรา 132AJ (2) โดยผู้ละเมิดอาจได้รับโทษปรับหรือจำคุกสูงสุดไม่เกิน 5 ปี⁵

⁴Australia Copyright Act. (1968)

Article 132AJ

(1) A person commits an offence if:

(a) the person possesses an article, with the intention of doing any of the following

with the article:

- (1) selling it;
- (2) letting it for hire;
- (3) by way of trade offering or exposing it for sale or hire;
- (4) offering or exposing it for sale or hire to obtain a commercial advantage or profit;

Etc.

(b) the article is an infringing copy of a work or other subject-matter; and

(c) copyright subsists in the work or other subject-matter at the time of the possession.

⁵Australia Copyright Act. (1968)

Article 132AJ (2) An offence against subsection (1) is punishable on conviction by a fine of not more than 550 penalty units or imprisonment for not more than 5 years, or both.

1.4 ฟิลิปปินส์

ฟิลิปปินส์เป็นอีกประเทศหนึ่งที่มีบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับลิขสิทธิ์สอดคล้องกับประเทศที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น โดยบัญญัติถึงการกระทำบางลักษณะที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อมไว้ด้วย ซึ่งภายใต้บทบัญญัติประมวลกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศฟิลิปปินส์ Intellectual Property Code of the Philippines. (Republic Act No. 8293) กำหนดให้การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อจำหน่ายหรือให้เช่า (possess for the purpose of selling or letting for hire) เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และกำหนดโทษทางอาญาไว้ด้วย ในมาตรา 217.3 บุคคลที่ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์โดยมีพฤติการณ์ตามที่กฎหมายกำหนดถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้แก่⁶

(a) การครอบครองเพื่อจำหน่าย ให้เช่า หรือเพื่อการค้า เสนอขายหรือให้เช่าสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์

(b) ครอบครองเพื่อแจกจ่าย หรือมีวัตถุประสงค์ทางการค้าจนเกิดความเสียหายแก่เจ้าของสิทธิ์

(c) ครอบครองเพื่อการค้า หรือนำออกแสดงแก่สาธารณชน

ซึ่งการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรานี้ ผู้ครอบครองจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าสิ่งที่ครอบครองนั้นได้ทำขึ้นโดยการละเมิดลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น และผู้ครอบครองมีความประสงค์ที่จะแสวงหาประโยชน์จากสิ่งดังกล่าวด้วย

นอกจากนี้ กฎหมายฉบับดังกล่าวยังได้กำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์กรณีการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อจำหน่ายหรือให้เช่า (possess for the purpose of selling or letting for hire) เอาไว้ในมาตรา 217.1 แก่บุคคลที่ละเมิดลิขสิทธิ์หรือช่วยเหลือหรือยุ่งในการ

⁶Intellectual Property Code of the Philippines.

Section 217.3 Any person who at the time when copyright subsists in a work has in his possession an article which he knows, or ought to know, to be an infringing copy of the work for the purpose of

(a) Selling, letting for hire, or by way of trade, offering or exposing for sale, or hire, the article,

(b) Distributing the article for purpose of trade or for any other purpose to an extent that will prejudice the rights of the copyright owner in the work; or

(c) Trade exhibit of the article in public, shall be guilty of an offense and shall be liable on conviction to imprisonment and fine as above mentioned.

กระทำการละเมิดนั้น ซึ่งตามกฎหมายของฟิลิปปินส์ได้กำหนดบทลงโทษเอาไว้ 3 ระดับ มีความหนักเบาแตกต่างกันตามจำนวนครั้งที่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์บ่อยครั้งจะต้องได้รับโทษหนักขึ้น ดังต่อไปนี้⁷

(a) โทษจำคุก 1 ปี ถึง 3 ปี และปรับระหว่าง 50,000 - 150,000 เปโซ สำหรับการกระทำความผิดครั้งแรก

(b) โทษจำคุกระหว่าง 3 ปี ถึง 6 ปี และปรับระหว่าง 150,000 - 500,000 เปโซ สำหรับความผิดครั้งที่สอง และ

(c) โทษจำคุกระหว่าง 6 ปี ถึง 9 ปี และปรับระหว่าง 500,000 - 1,000,000 เปโซ สำหรับความผิดครั้งที่สามและความผิดครั้งต่อไป

⁷Section 217.1. Any person infringing any right secured by provisions of Part IV of this Act or aiding or abetting such infringement shall be guilty of a crime punishable by:

(a) Imprisonment of one year to three years plus a fine ranging from fifty thousand pesos to one hundred and fifty thousand pesos for the first offense.

(b) Imprisonment of three years and one day to six years plus a fine ranging from one hundred and fifty thousand pesos to five hundred thousand pesos for the second offense.

(c) Imprisonment of six years and one day to nine years plus a fine ranging from five hundred thousand pesos to one million five hundred thousand pesos for the third and subsequent offenses.

(d) In all cases, subsidiary imprisonment in cases of insolvency.



1.5 ญี่ปุ่น

กฎหมายลิขสิทธิ์ของญี่ปุ่น Copyright Act (Act No. 48 of 1970) ได้กำหนดพฤติกรรมที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์รวมทั้งสิทธิข้างเคียง กรณีการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่ทำให้เจ้าของสิทธิได้รับความเสียหายทางเศรษฐกิจ หรือกระทบต่อผลประโยชน์ตามปกติในทางการค้าของเจ้าของสิทธิไว้ในมาตรา 113 (3) (iii) โดยกำหนดให้การแจกจ่าย การนำเข้า หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแจกจ่าย การผลิตซ้ำ (reproduction) ในงานหรือการแสดงอันจะทำให้เจ้าของสิทธิได้รับความเสียหายถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์⁸ ซึ่งผู้ละเมิดจะต้องได้รับโทษทางอาญาตามที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับนี้ โดยในมาตรา 119 (1) มีการกำหนดโทษปรับ และจำคุกไม่เกิน 10 ปี⁹

⁸Japan Copyright Act. (1970)

Article 113 (3) following acts are deemed to constitute acts infringement on the moral rights of author, copyrights, moral rights of performer or neighboring rights pertaining to rights management information concerned:

(iii) the act of distributing, or importing or possessing for the purpose of distributing, a reproduction of a work or performance, etc. with respect to which an act provided for in the preceding two items occurred, and the act of publicly transmitting or making transmittable such work or performance, etc., in all cases, with knowledge of the fact that such act had occurred.

⁹Article 119 (1) A person who infringes on the copyright, right of publication or neighboring rights (excluding, however, (a) a person who reproduces by himself a work or performance, etc. for private use purposes as provided for in Article 30, paragraph (1) (including cases where applied mutatis mutandis pursuant to provisions of Article 102, paragraph (1)); (b) a person who, pursuant to the provisions of Article 113, paragraph (3), shall be punishable by imprisonment with work for a term not more than ten years or by a fine of not more than ten million Yen, or by both.

1.6 นิวซีแลนด์

นิวซีแลนด์เป็นอีกประเทศหนึ่งที่มีความสำคัญกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ โดยการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ถือเป็นความผิดหากเป็นการครอบครองเพื่อการค้าซึ่งสร้างความเสียหายแก่เจ้าของสิทธิ ซึ่งภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์นิวซีแลนด์ Copyright Law (1994) มาตรา 36 ได้กำหนดถึงการกระทำบางลักษณะที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม (secondary infringement of copyright) ด้วยการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าหรือการประกอบธุรกิจ (possess in the course of trade or business) ถือเป็นความผิด¹⁰ และกฎหมายได้กำหนดโทษทางอาญาแก่การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีดังกล่าวไว้ในมาตรา 131 โดยผู้กระทำผิดต้องระวางโทษปรับ และมีโทษจำคุกไม่เกิน 3 เดือน¹¹

¹⁰New Zealand Copyright Law. (1994)

Article 36. Possessing or dealing with infringing copy—

Copyright in a work is infringed by a person who, in New Zealand, other than pursuant to a copyright licence,—

(a) Possesses in the course of a business; or

Etc.

¹¹Article 131. Criminal liability for making or dealing with infringing objects—

(1) Every person commits an offence against this section who, other than pursuant to a copyright licence,—

(c) Possesses in the course of a business with a view to committing any act infringing the copyright; or

Etc.

(5) Every person who commits an offence against this section is liable on summary conviction,—

(a) In the case of an offence against subsection (1) of this section, to a fine not exceeding \$5,000 for every infringing copy to which the offence relates, but not exceeding \$50,000 in respect of the same transaction, or to imprisonment for a term not exceeding 3 months:

Etc.

1.7 ไนจีเรีย

บทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศไนจีเรีย Nigeria Copyright Act. (1990) มาตรา 18 (2) (d) ได้กำหนดพฤติกรรมที่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม กรณีการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจำหน่ายหรือให้เช่า (possess for the purpose of selling or letting for hire) หรือเพื่อการค้าหรือการประกอบธุรกิจ (possess in the course of trade or business) ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์¹²

นอกจากนี้ยังได้กำหนดโทษทางอาญาไว้ด้วย โดยผู้กระทำผิดตามมาตรานี้อาจได้รับโทษปรับ และจำคุกไม่เกิน 2 ปี

¹²Nigeria Copyright Act.

Article 18 (2) Any person who—

(a) sells or lets for hire or for the purposes of trade or business, exposes or offers for sale or hires any infringing copy of any work in which copyright subsists; or

(b) distributes for the purposes of trade or business any infringing copy of any such work; or

(c) has in his possession other than for his private or domestic use, any infringing copy of any such work;

(d) has in his possession, sells, lets for hire or distribution for the purposes of trade or business or exposes or offers for sale or hire any copy of a work which if it had been made in Nigeria would be an infringing copy,

shall, unless he proves to the satisfaction of the court that he did not know and had no reason to believe that any such copy was an infringing copy of any such work, be guilty of an offence under this Act and shall be liable on conviction to a fine of N100 for every copy dealt with in contravention of this section, or to a term of imprisonment not exceeding two years or in the case of an individual to both such fine and imprisonment.

1.8 โรมาเนีย

กฎหมายลิขสิทธิ์ของโรมาเนีย Law on Copyright and Neighboring Rights. (No.8 of March 14, 1996) มาตรา 139⁶ (2) ได้กำหนดให้การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์ทางการค้าถือเป็นความผิด โดยในมาตรานี้กำหนดให้ผู้ที่เสนอขาย จำหน่าย ครอบครอง จัดเก็บและขนส่ง เพื่อวัตถุประสงค์ในการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ หรือครอบครองสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ เพื่อเผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิ ต้องได้รับโทษทางอาญาซึ่งมีโทษปรับ และจำคุกตั้งแต่ 1 ถึง 5 ปี¹³

1.9 ซาอุดีอาระเบีย

กฎหมายลิขสิทธิ์ของซาอุดีอาระเบีย Copyright Law. (2003) มาตรา 21 (10) ได้กำหนดความผิดสำหรับการเก็บรักษาส่งสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในสถานประกอบการพาณิชย์ หรือคลังเก็บสินค้า ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และมีความผิด¹⁴ และมีโทษทางอาญาทั้งโทษปรับและจำคุก¹⁵

¹³Romania Law on Copyright and Neighboring Rights. (1996)

Article. 139⁶ (2) It shall be an offence and punishable with imprisonment from 1 to 5 years or with a fine the offering, the distribution, possession, or storage and transportation, for the purpose of distribution of pirate goods, as well the possession of them for the purpose of utilization through the communication to the public at the working locations of the legal persons.

¹⁴Saudi Arabia Copyright Law. (2003)

Article 21: Infringements

The following acts shall be deemed infringements on the rights protected by the Law:

(10) Keeping non-original works at the commercial establishment, its warehouse or any other facility owned by it, whether directly or indirectly and under any pretence.

¹⁵Article 22: Any person who violates a provision of this Law shall be subject to one or more of the following penalties:

(1) Warning.

(2) A fine not exceeding two hundred and fifty thousands riyals.

(3) Closing the violating establishment or the one which participated in the violation of the copyright, for a period not exceeding two months.

(4) Confiscation of all copies of the work along with the materials used or intended for use in the infringement on the copyrights.

(5) Imprisonment for a period not exceeding six months.

1.10 ตุรกี

ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของตุรกี ค.ศ.1951 และบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ.1995 (Law No. 5846 of 5 December 1951, on Intellectual and Artistic Works, as last amended on 7 June 1995 by Law No. 4110) ซึ่งคุ้มครองงานสร้างสรรค์ทางศิลปะและงานที่เกิดจากสติปัญญา มาตรา 73 ข้อ 5 ได้กำหนดให้การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า ถือเป็นความผิดและได้มีบทกำหนดโทษทางอาญาไว้ โดยผู้ละเมิดอาจต้องได้รับโทษปรับ และจำคุกตั้งแต่ 3 เดือน ถึง 3 ปี¹⁶

1.11 กรีซ

กฎหมายลิขสิทธิ์ของกรีซ (Law 2121/1993 Copyright, Related rights and Cultural Matters) มาตรา 66 (1) ได้บัญญัติถึงการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม กรณีครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ไว้เพื่อแจกจ่ายถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และมีความผิดตามมาตรา¹⁷ นอกจากนี้ยังได้กำหนดบทลงโทษทางอาญาไว้ด้วย โดยผู้ละเมิดจะต้องได้รับโทษทางอาญาซึ่งมีทั้งโทษปรับ และจำคุกไม่เกิน 1 ปี

¹⁶Turkey Copyright, Law No. 5846 of 5 December 1951.

Article 73. Any person who intentionally:

5. Keeps in his hand for commercial purposes the copies of a work that he is or should be aware of duplication thereof in contradiction to the provisions of this Law;

is sentenced to imprisonment from 3 months to 3 year and a major fine of 300 million to 600 million liras.

¹⁷Greece Law 2121/1993 Copyright, Related rights and Cultural Matters.

Article 66 (1) “Any person who, in contravention of the provisions of this law or of the revisions of lawfully ratified multilateral international conventions on the protection of copyright, unlawfully makes a fixation of a work or of copies, reproduces them directly or indirectly, temporarily or permanently in any form, in whole or in part, translates, adapts, alters or transforms them, or distributes them to the public by sale or other means, or possesses with the intent of distributing them, rents, performs in public, broadcasts by radio or television or any other means, communicates to the public works or copies by any means, imports copies of a work illegally produced abroad without the consent of the author and, in general, exploits works, reproductions or copies being the object of copyright or acts against the moral right of the author to decide freely on the publication and the presentation of his work to the public without additions or deletions, shall be liable to imprisonment of on less than one year and to a fine from 2,900-15,000 Euro”.

1.12 บัดแกเรีย

ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของบัลแกเรีย ได้กำหนดพฤติกรรมที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ใน Law on Copyright and Neighbouring Rights, as amended 2002 มาตรา 97 (1) เช่น¹⁸

- (1) การทำซ้ำ หรือแจกจ่ายงานวิดีโอ ภาพยนตร์ หรืองานบันทึกภาพบันทึกเสียง
- (2) การทำซ้ำ หรือแจกจ่ายงานบันทึกเสียง

ฯลฯ

และได้กำหนดโทษทางอาญาไว้ในมาตรา 97 (1) วรรคสุดท้าย และมาตรา 97 (2) โดยผู้ที่กระทำความผิดมีโทษปรับตั้งแต่ 200 ถึง 2,000 Bulgarian lev (BGN) ส่วนผู้ที่กระทำความผิดซ้ำมีโทษปรับตั้งแต่ 1,000 ถึง 5,000 Bulgarian lev (BGN) และจำคุกไม่เกิน 1 ปี¹⁹ ซึ่งการกำหนดโทษทางอาญาตาม 97 (1) และ (2) นี้ จะใช้บังคับกับผู้ผลิต แจกจ่าย โฆษณา นำเข้า หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์ทางการค้าด้วย โดยในมาตรา 97 (5) ได้กำหนดให้ผู้ครอบครองที่มีวัตถุประสงค์ทางการค้าต้องได้รับโทษทางอาญาเช่นเดียวกัน²⁰

¹⁸Article 97.

(1) Any person who in violation of the provisions of this Law:

1. reproduces and distributes video carriers embodying recorded films or other audiovisual works;

2. reproduces and distributes audio carriers embodying recorded works;

Etc.

shall be liable to a fine or pecuniary sanction ranging from 200 to 2,000 BGN, unless the infringement is subject to more severe penalty; subject matter of the infringement, regardless of whose property may be, shall be seized in favour of the State and shall be handed over for destruction by agencies of the Ministry of Interior.

¹⁹(2) A repeat offence under paragraph (1) committed within one year of the imposition of the previous penalty shall be punished with a fine or pecuniary sanction ranging between 1,000 and 5,000 BGN; subject matter of the infringement, regardless of whose property it may be, shall be seized in favour of the State and shall be handed over for destruction by agencies of the Ministry of Interior.

²⁰(5) The sanctions under paragraphs (1) and (2) shall be imposed on any person who produces, distributes, advertises or imports, or possesses for commercial purposes, a decrypting device capable of affording access to an encrypted signal for persons who are outside the reception area specified by the broadcasting organization.

1.13 กานา

กฎหมายลิขสิทธิ์ของกานา (Ghana Copyright Act, 2005) ได้กำหนดพฤติกรรมที่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในมาตรา 42 (1) (g) โดยกำหนดให้การผลิต การส่งออกและการนำเข้า แจกจ่าย ขาย การครอบครองที่มีวัตถุประสงค์ทางการค้า (possesses for commercial purposes) การเสนอขายต่อสาธารณชนซึ่งสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ ฯลฯ ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และมีความผิด²¹ โดยมีการกำหนดโทษทางอาญาด้วย

สำหรับโทษทางอาญาสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศกานา เป็นไปตามบทบัญญัติของมาตรา 43 คือมีทั้งโทษปรับ และจำคุกไม่เกิน 3 ปี²²

²¹Ghana Copyright Act, 2005

Article 42. (1) A person who

(g) manufactures, imports, distributes, exports, sells, rents, possesses for commercial purposes, offers to the public, advertises, communicates or otherwise provides any device, product or component that is designed or adapted to remove, alter or add electronic rights management information, or

Etc.

where the person performing the act knew or had reasonable grounds to know that the action induces, enables, facilitates or conceals an infringement of any copyright or related right protected under this Act with out the licence or authorisation of the person whose rights are protected under this Act or the agent of that person whose rights are protected, infringes the protected rights and commits an offence punishable under section 43 of this Act.

²²Article 43. A person who infringes a right protected under this Act commits an offence an disliable on summary conviction to a fine of not more than one thousand penalty units and not less than five hundred penalty units or to a term of imprisonment of not more than three years or to both ; and in the case of a continuing offence to a further fine of not less than twenty-five penalty units and not more than one hundred penalty units for each day during which the offence continues..

1.14 ไซปรัส

ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ไซปรัส The Copyright Laws 1976 (Law No.59, of December 3, 1976, as last amended by Law No. 18 (I), 1993) มาตรา 14 (1) กำหนดให้การครอบครองหรือแจกจ่ายสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์ทางการค้าถือเป็นความผิด²³ ซึ่งการกระทำความผิดดังกล่าว ผู้ครอบครองจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าสิ่งที่ครอบครองนั้นได้ทำขึ้นโดยการละเมิดลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นและผู้ครอบครองมีความประสงค์ที่จะแสวงหาประโยชน์จากสิ่งดังกล่าว และในมาตราเดียวกันยังได้กำหนดโทษทางอาญาไว้ด้วย โดยผู้ฝ่าฝืนจะต้องได้รับโทษปรับไม่เกิน 1,500 ปอนด์ และจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ สำหรับความผิดครั้งแรก และปรับไม่เกิน 2,000 ปอนด์ และจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ สำหรับความผิดครั้งต่อไป

1.15 ไต้หวัน

ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของไต้หวัน Copyright Act. มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจไว้ในมาตรา 19 bis โดยผู้ครอบครองรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าการครอบครองนั้นเป็นการละเมิดสิทธิทางเศรษฐกิจของบุคคลอื่นย่อมมีความผิด และมีการกำหนดโทษทางอาญาไว้ในมาตราเดียวกัน²⁴ โดยผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี และปรับตั้งแต่ 70,000 ถึง 750,000 ดอลลาร์

²³Cyprus, The Copyright Law 1976 as last amended by Law No. 18(I), 1993

Article 14. (1) If any person knowingly—

(c) obtains possession or distributes such copies either for the purposes of trade or to such an extent as to affect prejudicially the owner of the copyright or

Etc.

shall commit an offence and shall, on his conviction, be liable to a fine not exceeding one thousand five hundred (1,500) pounds or to imprisonment for a term not exceeding two (2) years or to both such penalties and in the case of a second or any subsequent conviction he shall be liable to a fine not exceeding two thousand (2,000) pounds or to imprisonment for a term not exceeding three (3) years or to both such penalties.

²⁴Taiwan Copyright Act.

Article 91bis

Etc.

A person who distributes or with intent to distribute publicly displays or possesses a copy knowing that it infringes on economic rights shall be imprisoned not more than three years and, in addition thereto, may be fined not less than seventy thousand and not more than seven hundred and fifty thousand New Taiwan Dollars.

1.16 สวีเดน

ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมและศิลปกรรมของสวีเดน Act on Copyright in Literary and Artistic Works 1960.(as amended up to April 1, 2000) บุคคลซึ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมและศิลปกรรมโดยมีพฤติกรรมในการจำหน่าย ให้เช่าเสนอขาย หรือครอบครองเพื่อขายสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ย่อมมีความผิดและมีการกำหนดโทษทางอาญา ซึ่งมีทั้งโทษปรับ และจำคุกไม่เกิน 6 เดือน²⁵

²⁵Sweden, Act on Copyright in Literary and Artistic Works 1960.(as amended up to April 1, 2000)

Article 57a. Anyone who, in cases other than those referred to in Article 53, sells, leases or offers for sale or possesses for sale, lease or other commercial purposes a device intended solely for facilitating unauthorised removal or circumvention of a device placed in order to protect a computer program against unauthorised reproduction, shall be punished by fines or imprisonment for not more than six months.

Article 53. Anyone who, in relation to a literary or artistic work, commits an act which infringes the copyright enjoyed in the work under the provisions of Chapters 1 and 2 or which violates directions given under Article 41, second paragraph, or Article 50, shall be punished by fines or imprisonment for not more than two years, if the act is committed wilfully or with gross negligence.

Anyone who for his private use reproduces a computer program which is published or of which a copy has been transferred with the authorisation of the author shall not be subject to criminal liability, if the master copy is not used in commercial or public activities and he does not use the copies produced of the computer program for any purposes other than his private use. Anyone who for his private use has made a copy in digital form of a compilation in digital form which has been made available to the public shall, under the same conditions, not bear criminal liability for the act.

The provisions of the first paragraph apply also if a person imports into Sweden copies of a work for distribution to the public, if such copies have been produced abroad under such circumstances that a similar production here would have been punishable under that paragraph.

Anyone who has violated an injunction issued under penalty of a fine under Article 53a, may not be held liable under criminal law for the infringement covered by the injunction. Attempts to commit acts mentioned in the first or third paragraphs as well as the planning of such acts shall be punishable according to the provisions of Chapter 23 of the Criminal Code.

1.17 อิสราเอล

ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศอิสราเอล (Copyright Act, 2007) ได้กำหนดหลักเกณฑ์การละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม (indirect infringement) ไว้ในมาตรา 48 (2) โดยกำหนดให้การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์ทางการค้า (commercial) ถือเป็น การละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อมผู้ฝ่าฝืนย่อมมีความผิด²⁶ และต้องได้รับโทษทางอาญาตามหลักเกณฑ์ที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 61 ถึง 62 โดยจะได้รับโทษปรับและจำคุกไม่เกิน 3 ปี²⁷

²⁶Israel Copyright Act, 2007

Article 48 A person who does one of the foregoing acts with respect to an infringing copy of a work, infringes the copyright, if at the time such act was done he knows, or he should have known, that said copy is an infringing copy:

(2) Possesses said infringing copy for a commercial purpose;

Etc.

²⁷Article 61

(e) A person shall not possess infringing copies of a work for purposes of trading therein.

Article 62

(b) A person who does one of the following, shall be liable to up to three years imprisonment or fine in the amount of seven times the fine provided for in section 61(a) (4) of the Penal Act:

- (1) Engages in the sale, letting for hire or distribution of an infringing copy of a work;
- (2) Sells, lets for hire or distributes infringing copies of a work on a commercial scale;
- (3) Possesses an infringing copy of a work for the purposes of trading therein.

ประเทศ	มีการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้าหรือประกอบธุรกิจ หรือไม่	อัตราโทษจำคุก	มีการกำหนดอัตราโทษปรับหรือไม่
แคนาดา	มี	ไม่เกิน 5 ปี	มี
อังกฤษ	มี	ไม่เกิน 2 ปี	มี
ออสเตรเลีย	มี	ไม่เกิน 5 ปี	
ฟิลิปปินส์	มี	1-3 ปี สำหรับความผิดครั้งที่ 1 3-6 ปี สำหรับความผิดครั้งที่ 2 6-9 ปี สำหรับครั้งต่อไป	มี
ญี่ปุ่น	มี	ไม่เกิน 10 ปี	มี
นิวซีแลนด์	มี	ไม่เกิน 3 เดือน	มี
ไนจีเรีย	มี	ไม่เกิน 2 ปี	มี
โรมาเนีย	มี	1-5 ปี	มี
ซาอุดีอาระเบีย	มี	ไม่เกิน 6 เดือน	มี
ตุรกี	มี	3 เดือน ถึง 3 ปี	มี
กรีซ	มี	ไม่เกิน 1 ปี	มี
บัลแกเรีย	มี	ไม่เกิน 1 ปี สำหรับการกระทำผิดซ้ำ	มี
กานา	มี	ไม่เกิน 3 ปี	มี
ไซปรัส	มี	ไม่เกิน 2 ปี สำหรับความผิดครั้งแรก ไม่เกิน 3 ปี สำหรับครั้งต่อไป	มี
ไต้หวัน	มี	ไม่เกิน 3 ปี	มี
สวีเดน	มี	ไม่เกิน 6 เดือน	มี
อิสราเอล	มี	ไม่เกิน 3 ปี	มี

(ตาราง 4.1) ตารางเปรียบเทียบการกำหนดโทษอาญา สำหรับความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เพื่อการค้าหรือประกอบธุรกิจ ของประเทศต่างๆ

2. ความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม

การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) นั้น โดยปกติแล้วผู้ครอบครองไม่ได้เป็นผู้จัดทำสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้นมา แต่มีสิ่งดังกล่าวไว้ครอบครองไม่ว่าจะโดยการซื้อ การรับมอบ หรือการรับแจก เช่น การซื้อสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์มาสวมใส่ การรับแจกสิ่งของเครื่องใช้ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ การใช้สินค้าหรือสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ กรณีนี้ผู้ครอบครองไม่ได้มีพฤติกรรมที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง หากแต่เป็นผู้ที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับสิ่งที่ได้มีการละเมิดลิขสิทธิ์โดยบุคคลอื่นอยู่ก่อนแล้ว โดยการครอบครองสิ่งดังกล่าว

การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม มีความเกี่ยวข้องกับปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์และก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของหลายประเทศได้บัญญัติให้พฤติกรรมดังกล่าวเป็นความผิดแล้ว แต่กฎหมายของประเทศต่างๆ ยังมีความแตกต่างกันในการกำหนดขอบเขตของการบังคับใช้ เช่น จำนวนหรือปริมาณสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีในการครอบครอง หรือลักษณะของครอบครอง เป็นต้น ผู้เขียนขอเสนอแนะบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศที่กำหนดให้การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสมถือเป็นความผิดและมีการบัญญัติบทลงโทษ ดังนี้



2.1 มาเลเซีย

มาเลเซียเป็นประเทศหนึ่งที่มีบทบัญญัติให้การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) ถือเป็นความผิดและมีการกำหนดโทษทางอาญาด้วย โดยกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศมาเลเซีย (Copyright Act 1987) มาตรา 41 (1) (d) ได้กำหนดให้การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการใช้ประโยชน์ของตนเองหรือประโยชน์ส่วนตัว ถือเป็น การละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งมีความผิดและบทลงโทษทางอาญา²⁸ โดยผู้ครอบครองต้องครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์อันมีลักษณะอย่างเดียวกันตั้งแต่ 3 ชิ้นขึ้นไป จึงจะถือว่าการครอบครองนั้นเป็นการครอบครองนอกเหนือจากการใช้ประโยชน์ของตนเองหรือประโยชน์ส่วนตัว และในการกระทำความผิดนั้น ผู้ครอบครองจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าสิ่งที่ครอบครองนั้นได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ และในกรณีที่มีการกระทำความผิดดังกล่าว ผู้ครอบครองจะต้องรับโทษปรับไม่เกิน 10,000 ริงกิต (ringgit) ต่อจำนวนสิ่งทีละเมิดลิขสิทธิ์จำนวนหนึ่งชิ้น หรือมีโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี²⁹ ตามบทบัญญัติในมาตรา 41 (2)

²⁸Malaysia Copyright Act 1987

Section 41 (1) Any person who during the subsistence of copyright in a work or performers' right
Etc.

(d) possesses, otherwise than for his private and domestic use, any infringing copy;

Etc.

shall, unless he is able to prove that he had acted in good faith and had no reasonable grounds for supposing that copyright or performers' right would or might thereby be infringed, be guilty of an offence and shall on conviction be liable -

(i) in the case of an offence under paragraphs (a) to (f) , to a fine not exceeding ten thousand ringgit for each infringing copy, or to imprisonment for a term not exceeding five years or to both and for any subsequent offence, to a fine not exceeding twenty thousand ringgit for each infringing copy or to imprisonment for a term not exceeding ten years or to both;

Etc.

²⁹(2) For the purposes of paragraphs (a) to (f) of subsection (1), any person who has in his possession, custody or control three or more infringing copies of a work or recording in the same form shall, unless the contrary is proved, be presumed to be in possession of or to import such copies otherwise than for private or domestic use.

Etc.

2.2 เคนยา

ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศเคนยา ค.ศ. 1966 (Copyright Act (Chapter 130 of 1966, as last amended by the Copyright(Amendment) Act, No.9 of 1995) มีบทบัญญัติกำหนดความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม ไว้ใกล้เคียงกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของมาเลเซีย โดยในมาตรา 16 (d) กำหนดให้การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการใช้ประโยชน์ส่วนบุคคลหรือประโยชน์ส่วนตัวถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และมีความผิดตามกฎหมาย³⁰ อีกทั้งยังได้กำหนดปริมาณการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ใน มาตรา 38 (3) หากสิ่งดังกล่าวมีลักษณะอย่างเดียวกันและมีจำนวนตั้งแต่ 2 ชิ้นขึ้นไป จะถือว่าบุคคลนั้นได้ครอบครองสิ่งดังกล่าวนอกเหนือจากการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือประโยชน์ส่วนตัว³¹ และในการกระทำความผิดดังกล่าวกฎหมายลิขสิทธิ์ของเคนยาได้กำหนดโทษทางอาญาไว้ในมาตรา 16 (5) โดยผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดจะต้องรับโทษปรับไม่เกิน 100,000 ชิลลิง (shillings) ต่อชิ้น หรือโทษจำคุกเป็นระยะเวลาไม่เกิน 2 ปี³²

³⁰Section 38

(1) Any person who, at a time when copyright or the rights of a performer subsists in a work –

Etc.

(d) possesses otherwise than for his private and domestic use, any infringing copy;

Etc.

³¹(3) For the purposes of paragraphs (a) to (f) of subsection (1), any person who has in his possession, custody or control two or more infringing copies of a work in the same form, shall, unless the contrary is proved, be presumed to be in possession of or to have imported such copies otherwise than for private and domestic use.

Etc.

³²(5) Any person guilty of an offence under paragraph (b) or (d) of subsection (1) shall be liable to a fine not exceeding 100,000 shillings or to imprisonment for a term not exceeding two years or to both.

2.3 ลิขสิทธิ์

กฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศไทย ค.ศ. 1987 (Copyright Act Chapter 63) Act of 1987, Amended by 2009 มาตรา 136 (3A) และ (7) ได้บัญญัติลักษณะของการกระทำความผิดดังกล่าวไว้ใกล้เคียงกับกฎหมายของประเทศมาเลเซียและประเทศเคนยา แต่มีความแตกต่างกันในจำนวนของการครอบครองสิ่งที่จะเมิดลิขสิทธิ์ที่จะถือว่าเป็นการครอบครองนอกเหนือจากการใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือประโยชน์ส่วนตัว โดยกฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1987 ได้บัญญัติจำนวนสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ในครอบครองจำนวนตั้งแต่ 5 ชิ้นขึ้นไป จึงจะถือว่าเป็นการครอบครองนอกเหนือจากการใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือประโยชน์ส่วนตัว และมีความผิดตามบทบัญญัติมาตรานี้³³

สำหรับบทลงโทษทางอาญาตามมาตรา 136 วรรคสุดท้ายนั้น ผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือประโยชน์ส่วนตัว ย่อมมีความผิดซึ่งอาจต้องได้รับโทษปรับไม่เกิน 20,000 ดอลลาร์ และจำคุกไม่เกิน 6 เดือน สำหรับความผิดครั้งแรก และปรับไม่เกิน 50,000 ดอลลาร์ และจำคุกไม่เกิน 3 ปี สำหรับความผิดครั้งต่อไป

³³Section 136

(3A) Where, at any time when copyright subsists in a work -

(a) a person does any act that constitutes an infringement of the copyright in a work other than an act referred to in subsection (1), (2), (3) or (6);

(b) the infringement of the copyright in the work by the person is wilful; and

(c) either or both of the following apply:

(i) the extent of the infringement is significant;

(ii) the person does the act to obtain a commercial advantage, the person shall be guilty of an offence and shall be liable on conviction to a fine not exceeding \$20,000 or to imprisonment for a term not exceeding 6 months or to both and, in the case of a second or subsequent offence, to a fine not exceeding \$50,000 or to imprisonment for a term not exceeding 3 years or to both.

Etc.

(7) For the purposes of this section (other than subsection (3A)), any person who has in his possession 5 or more infringing copies of any work or other subject-matter shall, unless the contrary is proved, be presumed -

(a) to be in possession of such copies otherwise than for private and domestic use; or

Etc.

ประเทศ	จำนวนสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ ที่มีอยู่ในครอบครอง และถือว่ามีความผิด	อัตราโทษ จำคุก	อัตราโทษปรับ
มาเลเซีย	3 ชิ้น ขึ้นไป	ไม่เกิน 10 ปี	10,000 ริงกิต/ชิ้น
เคนยา	2 ชิ้น ขึ้นไป	ไม่เกิน 2 ปี	100,000 ชิลลิง/ชิ้น
สิงคโปร์	5 ชิ้น ขึ้นไป	จำคุกไม่เกิน 6 เดือน ปรับไม่เกิน 20,000 ดอลลาร์ สำหรับการกระทำความผิดครั้งแรก และ จำคุกไม่เกิน 3 ปี ปรับไม่เกิน 50,000 ดอลลาร์ สำหรับ การกระทำความผิดครั้งต่อไป	

(ตาราง 4.2) ตารางเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดและการลงโทษ สำหรับการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสมของประเทศต่างๆ

เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดและการลงโทษ ของประเทศที่มีการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) พบว่า เคนยา เป็นประเทศที่มีการบังคับใช้กฎหมายที่มีความเข้มงวดมากที่สุด โดยประชาชนจะสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการใช้งานส่วนบุคคลได้เพียง 1 ชิ้น เท่านั้น หากผู้ใดครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ ตั้งแต่ 2 ชิ้นขึ้นไป ถือว่ามีความผิด และสิงคโปร์เป็นประเทศที่มีการบังคับใช้กฎหมายที่มีความเข้มงวดน้อยที่สุด โดยกำหนดให้ประชาชนสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ถึง 4 ชิ้น นอกจากนี้ สิงคโปร์ ยังมีลักษณะของการบังคับโทษที่มีความแตกต่างจากมาเลเซีย และเคนยา โดยนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำผิดเข้ามาเป็นเงื่อนไขในการกำหนดบทลงโทษ ซึ่งผู้ที่กระทำผิดครั้งแรกจะได้รับโทษน้อยกว่าผู้ที่กระทำผิดซ้ำ

3. การกำหนดความผิดสำหรับการใช้ (used) สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ ถือเป็นความผิด

มีกฎหมายของหลายประเทศที่มีระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่เข้มงวด โดยมีการกำหนดความผิดสำหรับการใช้ (used) สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ถือเป็นความผิด ทำให้ประชาชนในประเทศดังกล่าว ไม่อาจใช้งาน หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ประเทศที่มีกฎหมายในลักษณะนี้ เช่น

3.1 แองโกลา

ตามกฎหมายสิทธิของผู้สร้างสรรค์ Law on Authors' Rights (No. 4/90 of March 10, 1990) ของแองโกลา มาตรา 31 (2) ได้กำหนดความผิดสำหรับการใช้ (used) ส่วนประกอบทั้งหมดของงานวรรณกรรม ศิลปกรรม หรืองานทางวิทยาศาสตร์ โดยถือเป็นการขโมยความคิด และเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งมีการกำหนดโทษทางอาญาทั้งโทษปรับและโทษจำคุก³⁴

ดังนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ของแองโกลา จึงมีความแตกต่างจากกฎหมายลิขสิทธิ์ของมาเลเซีย เคนยา หรือสิงคโปร์ เนื่องจากไม่ได้กำหนดจำนวนขั้นต่ำของสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ในครอบครอง แต่องค์ประกอบความผิดอยู่ที่การใช้ส่วนประกอบทั้งหมดของงานจึงจะถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และมีความผิด ซึ่งโดยปกติแล้วงานลิขสิทธิ์ส่วนใหญ่ต้องใช้ส่วนประกอบทั้งหมดของงานประกอบเข้ากันจึงจะสามารถใช้งานนั้นได้ เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่บรรจุอยู่ในแผ่น CD ผู้ใช้ต้องทำการติดตั้ง (install) โปรแกรม ซึ่งเป็นชุดคำสั่งทั้งหมดลงในเครื่องคอมพิวเตอร์ โปรแกรมนั้นจึงจะสามารถใช้งานได้ เป็นต้น บทบัญญัติลักษณะนี้จึงทำให้การเข้าถึงงานของสาธารณะชนทำได้ยาก

³⁴ Angola Law on Authors' Rights (No. 4/90 of March 10, 1990)

Article 31 (2) Anyone who uses, in whole or in part, as his own the literary, artistic or scientific work of another person shall be deemed to have committed the offense of infringement or plagiarism.

Article 32 (1) The offenses referred to in the preceding Articles shall be punishable by imprisonment together with a fine of up to 100,000 Kz,

(2) Simple negligence shall be punishable by a fine of up to 100,000 Kz.

3.2 อุกันดา

กฎหมายลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงของอุกันดา (The Copyright and Neighbouring Rights Act, 2006) มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการนำเข้าสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์และใช้สิ่งดังกล่าวในประเทศตามมาตรา 47 (1) (e) ผู้นำเข้าสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์และใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว ย่อมมีความผิดและมีการกำหนดโทษทางอาญาทั้งโทษปรับและจำคุกไม่เกิน 4 ปี³⁵

ดังนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ของอุกันดาจึงใกล้เคียงกับของแองโกลา ที่มุ่งเอาผิดกับผู้นำเข้าและใช้สิ่งของดังกล่าว มากกว่าจะบังคับกับการครอบครองโดยลำพังเพื่อประโยชน์ส่วนตัว

3.3 โคลัมเบีย

กฎหมายลิขสิทธิ์ของโคลัมเบีย ได้กำหนดความผิดสำหรับการใช้งานลิขสิทธิ์ของผู้อื่น โดยไม่ได้รับอนุญาตไว้ในมาตรา 232 (8) โดยกำหนดความผิดสำหรับผู้ที่ใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์หรือใช้งานสร้างสรรค์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งมีความผิดและมีการกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ละเมิด ทั้งโทษปรับและโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ถึง 6 เดือน³⁶

ดังนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์โคลัมเบียที่กำหนดความผิดสำหรับการใช้งาน (make use) ลิขสิทธิ์ของผู้อื่น จึงใกล้เคียงกันกับกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ใช้อยู่ในประเทศอุกันดา และแองโกลา ซึ่งทำให้การเข้าถึงงานลิขสิทธิ์ทำได้ยาก โดยผู้ใช้งานต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิก่อน

³⁵Uganda, The Copyright and Neighbouring Rights Act, 2006

Article 47. (1) A person who, without the authorisation of or licence from the rights owner or his or her agent—

(e) imports any work and uses it in a manner which, were it work made in Uganda, would constitute an infringement of copyright;

commits an offence and is liable on conviction, to a fine not exceeding one hundred currency points or imprisonment not exceeding four years or both.

³⁶Columbia, Law on Copyright

Article 232. The following persons shall be liable to imprisonment for three to six months without remission and to a fine of 50,000 to 100,000 pesos:

Etc.

(8) those who, in any manner or by any means, make use of a work without the authorization of its author or the right owners, granted in any of the forms provided for in this Law;

Etc.

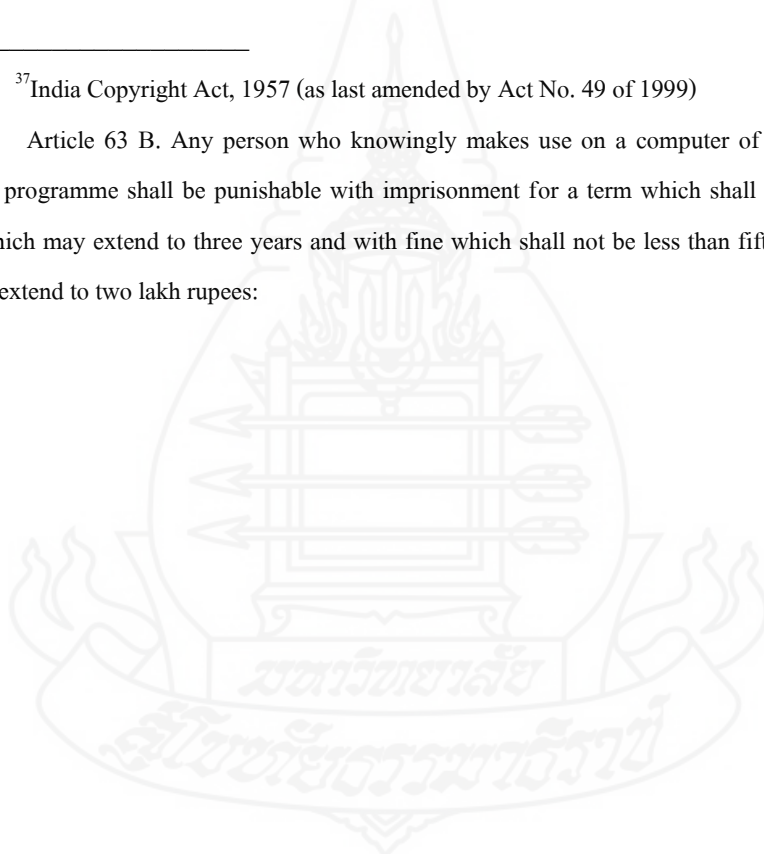
3.4 อินเดีย

กฎหมายลิขสิทธิ์อินเดีย ค.ศ.1957 มาตรา 63B กำหนดความผิดสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยผู้ใดรู้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นเป็นสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์และใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น ย่อมมีความผิดซึ่งมีโทษทั้งปรับและจำคุก³⁷

กฎหมายลิขสิทธิ์ตามมาตรา 63B นี้ มุ่งคุ้มครองงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะ ผู้ใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ละเมิดลิขสิทธิ์โดยรู้ว่าเป็นสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ย่อมมีความผิด แม้ว่าจะเป็นการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ไว้เพียงเล็กน้อยเพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัวก็ตาม ถือเป็น การให้ความคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ในระดับสูงจนทำให้ประชาชนไม่สามารถใช้งานนั้นได้ การเข้าถึงงานทำได้ยาก และอาจส่งผลกระทบต่อประชาชนที่ต้องการใช้งานดังกล่าว

³⁷India Copyright Act, 1957 (as last amended by Act No. 49 of 1999)

Article 63 B. Any person who knowingly makes use on a computer of an infringing copy of a computer programme shall be punishable with imprisonment for a term which shall not be less than seven days but which may extend to three years and with fine which shall not be less than fifty thousand rupees but which may extend to two lakh rupees:



3.5 บัลแกเรีย

ประเทศบัลแกเรียได้ให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายที่มีชื่อว่า Law on Copyright and Neighbouring Rights โดยในมาตรา 97 (1) ได้กำหนดการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสถาปัตยกรรม แบบแปลน แผนที่ และอื่นๆ ตามที่กฎหมายกำหนด โดยผู้ใช้งานจากสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในงานที่กฎหมายไว้กำหนดย่อมมีความผิดและมีการกำหนดบทลงโทษทางอาญาในมาตราเดียวกัน³⁸

ความผิดตามมาตรา³⁸ นี้ จึงเป็นความผิดเกี่ยวกับการใช้งานละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีความใกล้เคียงกับกฎหมายของประเทศออสเตรีย แองโกลาและอินเดีย แต่จะมีความแตกต่างกันในเรื่องประเภทของงานตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้

³⁸Law on Copyright and Neighbouring Rights.

Article 3. (1) Subject matter of copyright shall be any work of literature, art and science, which is a result of creative activities and is expressed in whatever manner and in whatever form, such as:

6. works of architecture;
7. photographic works and works created by a process analogous to photography;
8. blueprints, maps, sketches, plans and others, relating to architecture, urban planning, geography, topography, museum activities and to any sphere of science and techniques;

Article 97. (1) Any person who in violation of the provisions of this Law:

11. uses unlawfully a work under art. 3, paragraph 1, items 6 and 8.

Etc.

shall be liable to a fine or pecuniary sanction ranging from 200 to 2,000 BGN, ...

4. วิเคราะห์การกำหนดความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในกฎหมาย ของต่างประเทศ เปรียบเทียบกับประเทศไทย

จากการศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ต่างประเทศ พบว่าการกำหนดให้พฤติกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นความผิด จะคำนึงถึงประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์และประโยชน์ของสาธารณะประกอบกัน นานาประเทศจึงได้บัญญัติกฎหมายโดยมุ่งเน้นพฤติกรรมที่เป็นการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์โดยตรง เช่น การทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า หรือการผลิตสินค้าโดยการคัดลอกหรือเลียนแบบจากงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งหากการคัดลอกหรือเลียนแบบนั้นไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ก็จะทำให้การผลิตสินค้าดังกล่าวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และสินค้านั้นเป็น “สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์”

นอกจากนี้ พฤติกรรมที่ไม่ได้เป็นการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์โดยตรง แต่มีความเกี่ยวข้องกับสิ่งที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์โดยบุคคลอื่นอยู่ก่อนแล้ว หรือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม (indirect infringement) หรือการละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรอง (secondary infringement) กฎหมายก็มุ่งเน้นพฤติกรรมที่สร้างความเสียหายทางเศรษฐกิจ หรือกระทบต่อสิทธิทางเศรษฐกิจ (economic rights) ของเจ้าของสิทธิเป็นหลัก เช่น ขายหรือให้เช่า (sell or rent) สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ การเสนอขายหรือให้เช่า (offer for sale or rental) การนำสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ออกแสดงแก่สาธารณชน (exhibit in public) นำเข้าสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการใช้ประโยชน์ส่วนบุคคล (imports otherwise than for that person's private and domestic use) การครอบครองเพื่อการค้าหรือการประกอบธุรกิจ (possess in the course of trade or business) หรือการครอบครองเพื่อจำหน่ายหรือให้เช่า (possess for the purpose of selling or letting for hire) เป็นต้น

จากการศึกษากรณีการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในกฎหมายต่างประเทศ พบว่าประเทศต่างๆ จะมีบทบัญญัติไปในทิศทางเดียวกัน คือมุ่งที่จะกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าหรือการประกอบธุรกิจ หรือการครอบครองเพื่อจำหน่ายหรือให้เช่าเป็นส่วนใหญ่ มากกว่าที่จะเอาผิดบุคคลที่เป็นผู้ซื้อ ผู้ใช้ หรือผู้ที่ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีปริมาณสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพียงเล็กน้อย ทั้งนี้ เนื่องจากการครอบครองที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าหรือการประกอบธุรกิจ หรือเพื่อจำหน่ายหรือให้เช่า ได้สร้างความเสียหายทางเศรษฐกิจเป็นมูลค่าอย่างมหาศาลแก่เจ้าของสิทธิ ประเทศต่างๆ จึงมีการตรากฎหมายเพื่อกำหนดความผิดกับบุคคลที่มีการครอบครองในลักษณะนี้ โดยมีบทกำหนดโทษทางอาญาที่มีความรุนแรง และส่วนใหญ่มุ่งทั้งโทษจำคุกและปรับในอัตราสูง เช่น การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์

เพื่อการค้าหรือการประกอบธุรกิจตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ (Copyright, Designs and Patents Act 1988)³⁹ หรือการครอบครองที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจำหน่าย หรือให้เช่า (possess for the purpose of selling or letting for hire) ตามกฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์ (Intellectual Property Code of the Philippines (Republic Act No. 8293)⁴⁰ และประเทศออสเตรเลีย (Copyright Act (Cth)1968)⁴¹ เป็นต้น

ในส่วนการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) นั้น เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์อันมีลักษณะอย่างเดียวกันใน

³⁹Section 107(1) A person commits an offence who, without the licence of the copyright owner –
Etc.

(c) possesses in the course of a business with a view to committing any act infringing the copyright,

Etc.

an article which is, and which he knows or has reason to believe is, an infringing copy of a copyright work.

⁴⁰Section 217.3 Any person who at the time when copyright subsists in a work has in his possession an article which he knows, or ought to know, to be an infringing copy of the work for the purpose of

(a) Selling, letting for hire, or by way of trade, offering or exposing for sale, or hire, the article,

Etc.

shall be guilty of an offence and shall be liable on conviction to imprisonment and fine as above mentioned.

⁴¹Section 137 AJ A person commits an offence if:

(a) the person possesses an article in preparation for, or in the course of, doing any of the following with the article:

(i) selling it;

(ii) letting it for hire;

Etc.

(b) the article is an infringing copy of a work or other subject-matter; and

(c) copyright subsists in the work or other subject-matter at the time of the possession.

Etc.

จำนวน หรือปริมาณเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด จึงถือเป็นความผิด ซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของมาเลเซีย (Copyright Act 1987) ลิงคโปร์ (Copyright Act Chapter 63) Act of 1987, Amended by 2009 และเคนยา (Copyright Act (Chapter 130 of 1966, as last amended by the Copyright (Amendment) Act, No.9 of 1995) ซึ่งบัญญัติให้การครอบครองสิ่งที่จะเมิดลิขสิทธิ์อันมีลักษณะอย่างเดียวกันเกินกว่าจำนวนที่กฎหมายกำหนด จึงจะถือว่าการครอบครองนั้นเป็นการครอบครองนอกเหนือจากการใช้ประโยชน์ของตนเองหรือประโยชน์ส่วนตัวและอาจมีความผิดได้ ซึ่งในการกระทำความผิดตามกฎหมายของประเทศที่มีบทบัญญัติในลักษณะนี้ องค์ประกอบที่สำคัญคือจะต้องเป็นการครอบครองนอกเหนือจากการใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือประโยชน์ส่วนตัวของผู้ครอบครอง แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า การครอบครองเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือประโยชน์ส่วนตัวของผู้ครอบครองจะไม่เป็นความผิดในทุกกรณี เนื่องจากกฎหมายได้บัญญัติเป็นข้อสันนิษฐานไว้ว่า การครอบครองสิ่งที่จะเมิดลิขสิทธิ์ในจำนวนหรือปริมาณเท่าใดที่จะไม่เข้าข่ายเป็นการครอบครองเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือประโยชน์ส่วนตัว กล่าวคือ หากการครอบครองนั้นเกินกว่าจำนวนหรือปริมาณดังกล่าวก็อาจจะมีผิดตามกฎหมายเช่นกัน ทั้งนี้การกำหนดความผิดกรณีดังกล่าวไม่มีผลทำให้ขอบเขตของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือประโยชน์ส่วนตัว (fair use or fair dealing) แคบลง เนื่องจากประชาชนยังสามารถครอบครองและใช้งานสิ่งที่จะเมิดลิขสิทธิ์ได้ เพียงแต่กำหนดปริมาณการครอบครองให้มีความเหมาะสมเท่านั้น แต่จากการศึกษาค้นคว้าพบว่าประเทศที่ใช้กฎหมายในลักษณะนี้มีไม่มาก และมีหลักเกณฑ์ในการบังคับใช้ที่แตกต่างกัน รวมทั้งมีลักษณะในการบังคับโทษที่มีความแตกต่างกันด้วย

สำหรับประเทศที่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดความผิดของผู้ใช้ (used) สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งถือเป็นการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่เข้มงวดและทำให้ประชาชนไม่อาจใช้หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เลยนั้นมีเพียงส่วนน้อย โดยผู้ใช้งานซึ่งละเมิดลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิถือเป็นการขโมยความคิด และหากจะพิจารณาถึงธรรมชาติของงานแล้ว มีงานหลายประเภทที่ผู้ใช้งานต้องนำส่วนประกอบทั้งหมดของงานเข้าประกอบกันจึงจะสามารถนำงานนั้นมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ หรือหากจะละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงด้วยการทำซ้ำ ก็จะต้องเป็นการทำซ้ำงานทั้งหมด เช่น งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ สิ่งบันทึกเสียง โสตทัศนวัสดุ หรือภาพยนตร์ เป็นต้น ประเทศที่มีกฎหมายในลักษณะนี้ เช่น แองโกลา (Law on Authors' Rights (No. 4/90 of March 10, 1990) เป็นต้น สำหรับผู้เขียนเห็นว่า การบังคับใช้กฎหมายในลักษณะนี้เป็นการดำเนินมาตรการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่มีความเข้มงวดสูงเกินไป จนทำให้ประชาชนภายในประเทศไม่อาจครอบครองหรือใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้และต้องใช้แต่สินค้าที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้องซึ่งมีราคาสูง ส่งผลให้ประชาชน

บางส่วนไม่อาจเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ ซึ่งขัดต่อเจตนารมณ์ของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่ต้องรักษาไว้ซึ่งความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้เป็นเจ้าของและสิทธิของผู้บริโภคหรือสาธารณชน

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังเห็นว่า การกำหนดความผิดที่มีโทษทางอาญาและการบังคับใช้กฎหมายที่เข้มงวดต่อผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าหรือการประกอบธุรกิจ เป็นแนวทางสำคัญในการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของสิทธิ แม้ว่ากรอบครอบงำในลักษณะดังกล่าว จะเป็นขั้นตอนภายหลังจากที่มีการทำซ้ำสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงก็ตาม เนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในการค้าสามารถสร้างความเสียหายแก่เจ้าของสิทธิได้อย่างมหาศาล การบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวเป็นไปตามเจตนารมณ์ของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ คือมิใช่ให้เอกสิทธิ์การผูกขาดทางการค้าทั้งหมดแก่เจ้าของสิทธิ แต่การป้องกันเป็นการให้รางวัลแก่ผู้สร้างสรรค์งาน อีกทั้งยังต้องมีกฎเกณฑ์เพื่อรักษาความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้เป็นเจ้าของและสิทธิของผู้บริโภคหรือสาธารณชน ดังนั้นประเทศส่วนใหญ่รวมทั้งประเทศไทยจึงมีบทบัญญัติของกฎหมายเป็นไปในทิศทางที่สอดคล้องกัน คือมีการกำหนดความผิดแก่ผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าหรือการประกอบธุรกิจ หรือการครอบครองเพื่อจำหน่ายหรือให้เช่า และมีการกำหนดโทษอาญาไว้ค่อนข้างสูง โดยมีข้อกำหนดเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณชนให้สามารถเข้าถึงงานสร้างสรรค์ในระยะเวลาคุ้มครองได้ ดังนั้นสถานะทางกฎหมายของไทยในปัจจุบัน จึงให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์เป็นไปตามแนวทางของนานาอารยประเทศแล้ว

อย่างไรก็ตามจากสภาวะการณ์โลกและความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีสมัยใหม่ที่เปลี่ยนแปลงไป รวมถึงกระแสกดดันจากประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจที่เป็นเจ้าของสิทธิรายใหญ่ ได้กดดันให้ประเทศไทยต้องยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้เข้มงวดขึ้น โดยผลักดันให้มีการนำแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดของพฤติกรรมบางอย่างอันเป็นการสนับสนุนการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น การกำหนดความรับผิดของผู้ซื้อมาบังคับใช้ ฯลฯ และในอนาคตประเทศไทยอาจมีความจำเป็นต้องมีการปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ให้มีความทันสมัยและสอดคล้องกับความจำเป็นในการพัฒนาและการขยายตัวทางเศรษฐกิจ การค้าและอุตสาหกรรมของประเทศมากยิ่งขึ้น การกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย (otherwise than for his private and domestic use) ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) อาจเป็นทางออกอีกแนวทางหนึ่งที่จะช่วยยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้สูงขึ้น มีความเข้มงวดมากขึ้น และอยู่ในระดับที่มีความเหมาะสมกับสังคมไทย

บทที่ 5

สรุปการวิจัย และข้อเสนอแนะ

1. สรุปการวิจัย

ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์สร้างความเสียหายทางเศรษฐกิจในแต่ละปีเป็นมูลค่ามหาศาล และเป็นปัญหาที่ยังมองไม่เห็นทางออก การที่ประเทศไทยมีแนวความคิดที่จะยกระดับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้สูงขึ้น เช่น การมีความพยายามจะแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 เพื่อให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงาน 4 ประเภท คือ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ งานสิ่งบันทึกเสียง งานโสตทัศนวัสดุ และงานภาพยนตร์ โดยมาตรการทางกฎหมายที่มีความเข้มงวดสูงขึ้น ด้วยการกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ หรือผู้ใช้ ฯลฯ เนื่องจากงานประเภทนี้โดยส่วนใหญ่เป็นงานที่เกี่ยวข้องกับความบันเทิงที่เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถแสวงหาประโยชน์ได้ในช่วงระยะเวลาไม่ยาวนานนัก ทั้งยังเป็นงานที่สามารถนำไปทำซ้ำได้โดยง่าย จึงต้องให้ความคุ้มครองแก่งานเหล่านี้เป็นพิเศษเพื่อให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถแสวงหาประโยชน์จากงานนั้นได้อย่างเต็มที่ การนำแนวความคิดให้การคุ้มครองอย่างสูงสุด (copyright maximalism) มาใช้เพื่อยกระดับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในประเทศไทยให้อยู่ในระดับสูงสุด โดยการกำหนดความผิดแก่พฤติกรรมที่เพียงพอต่อการส่งเสริมหรือสนับสนุนให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ ด้วยการออกบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความเข้มงวดสูงจนทำให้ประชาชนไม่อาจซื้อ ใช้งาน หรือครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เช่นนั้น ย่อมส่งผลกระทบต่อประชาชนและผู้บริโภคภายในประเทศเป็นวงกว้าง ซึ่งผลกระทบส่วนใหญ่จะเป็นไปในทางลบ และสร้างความเดือดร้อนให้กับประชาชน เช่น กระทบต่อหลักการพื้นฐานในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่มุ่งเน้นการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ใช้และสิทธิของผู้สร้างสรรค์งาน กระทบต่อแนวโน้มนโยบายในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพทางเศรษฐกิจภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรมโดยอาศัยกลไกตลาดและสนับสนุนให้มีการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน โดยต้องยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจ ซึ่งมีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ เนื่องจากเจ้าของสิทธิจะมีอิทธิพลเหนือตลาดในการกำหนดราคาสำหรับสินค้าลิขสิทธิ์อันส่งผลกระทบต่อสังคมและผู้บริโภคโดยรวม และส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมทำให้รัฐต้องระดมทรัพยากรของรัฐที่มีจำกัดเพื่อปกป้องสิทธิทางเศรษฐกิจของเอกชน เป็นต้น

นอกจากนี้ ทุกประเทศได้ให้ความสำคัญกับสิทธิความเป็นส่วนตัว (privacy right) ซึ่งถือเป็นสาระสำคัญแห่งเสรีภาพ ความเป็นอิสระทางความคิด สิทธิเหนือร่างกายและการใช้ชีวิต ความเป็นอยู่ของบุคคล ซึ่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ให้การรับรองสิทธิดังกล่าวไว้หลายประการ เช่น มีการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัว ตามมาตรา 35 หรือมีการรับรองเกี่ยวกับเสรีภาพในทางวิชาการของบุคคลตามมาตรา 50 เป็นต้น การยกระดับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้สูงขึ้นจนทำให้ประชาชนไม่อาจซื้อ ใช้งาน หรือครอบครอง สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้อีกต่อไป ย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัว (privacy right) อันเป็น สิทธิที่เกี่ยวข้องกับชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนและทำให้ได้รับความเดือดร้อนจากการบังคับใช้ กฎหมาย เช่น การใช้งานจากสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ส่วนบุคคลหรือใช้ภายในครอบครัวไม่อาจกระทำได้อีกต่อไป หรือเป็นอุปสรรคต่อการศึกษาวิจัยอันเป็นสาระสำคัญของเสรีภาพในทางวิชาการ เป็นต้น ทำให้การเข้าถึงงานลิขสิทธิ์ได้ยากจะเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาประเทศในทุกๆ ด้าน ซึ่งประเทศ กำลังพัฒนาอย่างไทยยังมีความจำเป็นต้องส่งเสริมให้มีการเผยแพร่ความรู้ ศิลปะและวิทยาการต่างๆ ให้กว้างขวาง จึงควรคงระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในระดับเดิมเอาไว้เพื่อประโยชน์ของสาธารณะ

การมีบทบัญญัติที่เข้มงวดดังกล่าว ยังส่งผลกระทบต่อหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) หรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ อันเป็นหลักการพื้นฐานที่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการนำ งานลิขสิทธิ์มาใช้ประโยชน์ในระหว่างการคุ้มครอง ซึ่งประเทศต่างๆ ได้ตรากฎหมายเพื่อบัญญัติให้ พฤติกรรมบางอย่างได้รับการยกเว้นมิให้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยมีเงื่อนไขว่าการยกเว้นดังกล่าว จะต้องเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง เพื่อให้สิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์และประโยชน์ของสังคม สามารถจะคงอยู่คู่กันไปได้ เช่น การศึกษาหรือวิจัยงานซึ่งมีจุดประสงค์เพื่อเพิ่มพูนภูมิปัญญาของ มนุษย์โดยไม่ได้แสวงหากำไร หรือการทำซ้ำโดยบรรณารักษ์ของห้องสมุดซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ ไม่ ถือเป็นความผิด เป็นต้น การมีข้อกำหนดที่เข้มงวด เช่น มีการกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ ผู้ใช้ หรือผู้ ครอบครอง เป็นต้น ย่อมจะทำให้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) แคลง และทำให้ประชาชนภายในประเทศเข้าถึงงานลิขสิทธิ์ได้ยากขึ้น

นอกจากนี้ จากการศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศพบว่า ประเทศที่มีการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่เข้มงวด โดยมีกฎหมายเอาผิดกับผู้ซื้อหรือผู้ใช้งานจากสิ่งละเมิด ลิขสิทธิ์นั้นมีจำนวนน้อยไม่กี่ประเทศ เช่น แองโกลา อุกันดา โคลัมเบีย อินเดียบัลแกเรีย ฯลฯ แม้แต่จีนที่เป็นแหล่งผลิตสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์แหล่งใหญ่ และญี่ปุ่นซึ่งเป็นมหาอำนาจทางเศรษฐกิจ ของเอเชียก็ยังไม่มีกฎหมายเอาผิดในลักษณะนี้ ซึ่งสาเหตุหลักมาจากการคุ้มครองในลักษณะ ดังกล่าวขัดต่อเจตนารมณ์ของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ทำให้สาธารณชนเข้าถึงงานได้ยาก อันจะเป็น อุปสรรคต่อการพัฒนาประเทศ ประเทศส่วนใหญ่จึงมีการตรากฎหมายเพื่อมุ่งเอาผิดกับการละเมิด

ลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์ทางการค้าหรือเพื่อผลประโยชน์ทางธุรกิจมากกว่า และประเทศไทยก็มีกฎหมายที่สอดคล้องกับนานาประเทศและให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์อย่างเพียงพอแล้ว การยกระดับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้สูงขึ้นด้วยการมีบทบัญญัติของกฎหมายที่เข้มงวด เป็นการดำเนินนโยบายในทางอาญา ซึ่งโดยหลักแล้วการดำเนินนโยบายดังกล่าวต้องเป็นไปเพื่ออำนวยความสะดวกให้กับสังคมโดยรวม ขณะเดียวกันต้องไม่ไปกระทบกระทั่งต่อสิทธิในตัวบุคคลจนละเลยถึงมโนธรรมและมนุษยธรรม

หากมีการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) ที่กำหนดให้การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์อาจมีความผิดตามกฎหมายได้โดยไม่จำเป็นว่าการครอบครองนั้นมีวัตถุประสงค์หรือพฤติกรรมในการที่จะแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่? โดยถือเป็นพฤติกรรมอย่างหนึ่งที่เพียงพอต่อการส่งเสริมหรือสนับสนุนให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว หากการครอบครองนั้นเป็นการครอบครองนอกเหนือจากการใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือประโยชน์ส่วนตัวของผู้ครอบครอง และเป็นการครอบครองในสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์อื่นที่มีลักษณะอย่างเดียวกันในจำนวนหรือปริมาณเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดถือเป็นความผิด เว้นแต่จะมีการพิสูจน์เป็นอย่างอื่น ทั้งนี้ ในการกระทำความผิดดังกล่าว ผู้ครอบครองจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าสิ่งที่ครอบครองนั้นเป็นสิ่งที่ละเมิดลิขสิทธิ์จะช่วยยกระดับความเข้มงวดของการบังคับใช้กฎหมายและการคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้อยู่ในระดับที่สูงขึ้น แต่ในขณะเดียวกันก็ไม่ปิดกั้นการเข้าถึงและใช้ประโยชน์ในงานสร้างสรรค์ของสาธารณะ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า หากประเทศไทยมีความจำเป็นต้องยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้สูงขึ้น ควรจะนำเรื่องของการมาตรการทางกฎหมายในการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสมมาศึกษา และหาแนวทางในการนำมาปรับใช้ให้มีความเหมาะสมกับสังคมไทย ต่อไป

2. ข้อเสนอแนะ

ในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์ เพื่อพัฒนาตัวบทกฎหมายให้มีความทันสมัย และยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของไทยให้สูงขึ้น เป็นการคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ที่พึงมีพึงได้ของผู้สร้างสรรค์ อันเป็นวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ จะต้องคำนึงถึงสิทธิของสาธารณชนหรือสังคมในการเข้าถึงงาน เพื่อรับรู้ รับทราบ หรือนำองค์ความรู้ที่ได้รับมาถ่ายทอดหรือพัฒนาต่อไป เพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมและประเทศชาติโดยรวมด้วย ถึงจะเป็นวัตถุประสงค์ที่แท้จริงในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ซึ่งหากจะมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์ให้มี

ความทันสมัย และยกระดับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้สูงขึ้น โดยมีการนำแนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดความผิดสำหรับ “การครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม” หรือการกำหนดความผิดในรูปแบบอื่นมาใช้ในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

2.1 การสร้างความสมดุลระหว่างผลประโยชน์เจ้าของสิทธิและผลประโยชน์สาธารณะ

การที่ลิขสิทธิ์มีลักษณะเป็นสิทธิผูกขาด (monopoly right) ลักษณะที่ไม่มีรูปร่าง (intangible form) ทำให้การอ้างและการใช้สิทธิเป็นไปอย่างกว้างขวางกว่าทรัพย์สินทั่วไปที่มีรูปร่างที่สามารถถูกใช้เพื่อให้ได้เปรียบในการแข่งขันทางการค้า ประเทศไทยควรต้องดูแลและควบคุมสิทธิผูกขาดในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทลิขสิทธิ์ให้อยู่ในขอบเขตที่เหมาะสม โดยต้องสร้างความสมดุล (need to balance) ระหว่างผลประโยชน์เจ้าของสิทธิและผลประโยชน์สาธารณะ เพื่อให้ลิขสิทธิ์สามารถคงอยู่ในสังคมไทยได้อย่างลงตัวและเหมาะสม และหากจะต้องมีการบัญญัติกฎหมายที่มีความทันสมัยในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ จะต้องคำนึงถึงความสมดุลระหว่างสิทธิดังกล่าว และไม่ควรบังคับใช้กฎหมายที่มีความเข้มงวดเพื่อมุ่งรักษาผลประโยชน์ของเจ้าของสิทธิมากเกินไป แต่จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของชาติโดยรวม (public benefit) หากรัฐยังฝืนบังคับใช้กฎหมายที่ก่อให้เกิดประชาชนในรัฐเองเดือดร้อน การบังคับใช้กฎหมายในเรื่องดังกล่าวก็จะขาดประสิทธิภาพ ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายจะมีประสิทธิภาพหรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับกรณีที่ประชาชนในรัฐให้การเคารพและปฏิบัติตามกฎหมายอย่างสม่ำเสมอ ถ้าประชาชนขาดศรัทธาและไม่เคารพกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายก็บกพร่อง ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะว่าไม่ควรบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีความเข้มงวดสูงจนเกินไป จนทำให้ประชาชนภายในประเทศได้รับความเดือดร้อนและทำให้ถูกมองว่าเป็นกฎหมายที่มีความเข้มงวดเพื่อปกป้องผลประโยชน์เจ้าของสิทธิแต่เพียงฝ่ายเดียว หากแต่ควรมีข้อกำหนดที่สาธารณะต้องสามารถเข้าถึงงานได้ภายในขอบเขตที่เหมาะสม จึงจะเป็นไปตามเจตนารมณ์พื้นฐานในการคุ้มครองลิขสิทธิ์

2.2 ควรออกกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาที่ต้นเหตุ มิใช่แก้ไขปัญหาที่ปลายเหตุ

การออกกฎหมายควรดูที่เจตนา ควรแก้ปัญหาคือต้นตอของการละเมิดลิขสิทธิ์คือผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ รัฐต้องดำเนินมาตรการอย่างจริงจังในการสืบสวนสอบสวนหาผู้ที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้า และนำมาลงโทษด้วยมาตรการทางอาญาที่มีความรุนแรงจึงจะเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่ต้นเหตุ มิใช่การแก้ปัญหาคือปลายเหตุโดยออกกฎหมายเพื่อเอาผิดกับผู้ซื้อ ผู้ใช้ หรือผู้ครอบครอง และหากมีความจำเป็นที่จะต้องมีการปรับปรุงกฎหมาย เพื่อให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ก็ควรใช้ข้อกำหนดที่มีความผ่อนปรนมากกว่า เช่น อาจมีการเพิ่มเติมบัญญัติให้ผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ตามจำนวนเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด (อาจจะกำหนดไว้ที่ 3 ชิ้น หรือ 5 ชิ้น) ตามแนวทางกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศมาเลเซีย

หรือเคนยา จึงจะถือว่าผู้ครอบครองมีความผิด แนวทางนี้น่าจะเป็นแนวทางที่มีความผ่อนปรนมากกว่า อีกทั้งประชาชนยังสามารถใช้งานสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลได้ โดยไม่กระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัว (privacy right) และสิทธิในด้านอื่นๆ

2.3 ควรดำเนินการบังคับใช้กฎหมายที่เข้มงวดกับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์รายใหญ่

ในประเทศไทยผู้ผลิตและผู้ขายสินค้าหรือสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์มีเพียงส่วนน้อย การตรากฎหมายเพื่อบังคับใช้กับคนส่วนใหญ่ของประเทศย่อมไม่เหมาะสม ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรดำเนินการมาตรการในการจับกุม การปราบปรามและบังคับใช้กฎหมายที่เข้มงวดกับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าหรือแสวงหาผลกำไรมากกว่า ในขณะที่เดียวกันหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต้องให้การศึกษาริเริ่มแก่สังคมไทย ให้ตระหนักถึงคุณค่าและความสำคัญของการคุ้มครองลิขสิทธิ์อันจะเป็นการปรับเปลี่ยนค่านิยมและทัศนคติของสังคม ทั้งยังเป็นการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ในระยะยาว โดยเน้นการให้ความรู้ ความเข้าใจและประชาสัมพันธ์ให้ประชาชนรับทราบถึงสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายพร้อมทั้งโทษทางอาญาและสภาพบังคับของกฎหมายหากมีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานของบุคคลอื่น เพื่อให้ประชาชนได้รับทราบถึงสิทธิหน้าที่และผลกระทบของกฎหมายดังกล่าวอย่างต่อเนื่อง ซึ่งที่ผ่านมาการประชาสัมพันธ์ยังมีน้อยและอยู่ในวงจำกัด จึงทำให้ประชาชนส่วนใหญ่ยังขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ รวมทั้งเหตุผลและความจำเป็นในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ จึงทำให้เกิดปัญหาต่างๆ ตามมา เช่น มีการแอบอ้างโทษทางอาญาในกฎหมายลิขสิทธิ์ไปใช้ข่มขู่รัดไถประชาชนซึ่งมีความเกรงกลัวต่อโทษทางอาญา เป็นต้น ดังนั้นรัฐจึงควรเร่งประชาสัมพันธ์และให้ความรู้แก่ประชาชน จะทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานประเภทต่างๆ ลดน้อยลง นอกจากนี้รัฐควรส่งเสริมให้โรงเรียนและสถาบันศึกษานำความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาตามมาตรฐานสากลไปปรับใช้ในการเรียนการสอน ส่งเสริมการวิจัยและพัฒนาเพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการดำเนินกิจกรรมด้านทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศให้เป็นระบบ เพื่อสร้างให้เกิดความรู้ ความเข้าใจในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาอย่างทั่วถึงและครอบคลุมทั่วประเทศด้วย

2.4 ควรมีกฎหมายเพื่อส่งเสริม พัฒนาและถ่ายทอดเทคโนโลยีที่เกี่ยวกับลิขสิทธิ์

รัฐควรบัญญัติกฎหมายและกำหนดมาตรการเพื่อส่งเสริม พัฒนาและถ่ายทอดเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ภายในประเทศ โดยเฉพาะในผู้ประกอบการและกลุ่มวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พบว่าในสหรัฐมีการออกกฎหมายที่เรียกว่า Small Business and Innovation Development Act of 1982 โดยมีวัตถุประสงค์ในการสนับสนุนและกระตุ้นการเข้าร่วมวิจัยและพัฒนาในกลุ่มธุรกิจขนาดย่อม เนื่องจากกลุ่มธุรกิจดังกล่าวมีความสำคัญและมีบทบาทในการพัฒนาเทคโนโลยีและนวัตกรรมของประเทศ ดังนั้น รัฐจึงควรออกกฎหมายเพื่อสนับสนุนการ

วิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ รวมทั้งมีมาตรการในการช่วยเหลือ เช่น การให้ทุนอุดหนุนการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีแก่กลุ่มธุรกิจขนาดกลางและขนาดเล็กในประเทศไทย อันจะทำให้ลดการพึ่งพาเทคโนโลยีจากต่างประเทศ จะทำให้ค่าใช้จ่ายซึ่งเป็นต้นทุนในการผลิตงานสร้างสรรค์ประเภทลิขสิทธิ์ลดต่ำลง ส่งผลให้ราคาสินค้าลิขสิทธิ์ที่ได้จากการคิดค้นและพัฒนาภายในประเทศมีราคาถูกและประชาชนผู้บริโภคหันมาใช้สินค้าที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้องที่ได้จากการคิดค้นภายในประเทศเพิ่มมากขึ้น

2.5 การส่งเสริมให้หน่วยงานวิจัยเผยแพร่ผลงานลิขสิทธิ์ที่จำเป็นแก่สาธารณชน

รัฐควรส่งเสริมให้หน่วยงานวิจัยทั้งของภาครัฐและเอกชนเผยแพร่ผลงานที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ที่จำเป็นแก่สาธารณชน เพื่อให้สาธารณชนสามารถใช้เทคโนโลยีหรือใช้งานลิขสิทธิ์ที่จำเป็นได้อย่างถูกต้อง เสรีและไม่ต้องเสี่ยงกับการถูกจับกุม และสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ที่กำหนดแนวนโยบายด้านการศึกษาและวัฒนธรรมไว้ใน มาตรา 84 (5) กำหนดให้รัฐต้องส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษาวิจัยในศิลปะวิทยาการแขนงต่างๆ รวมทั้งต้องมีการเผยแพร่ข้อมูลผลการศึกษาวิจัยที่ได้รับทุนสนับสนุนการศึกษาวิจัยจากรัฐด้วย ปัจจุบันมีผลงานที่ได้จากการศึกษาวิจัยหลายชิ้นที่ตอบสนองต่อแนวนโยบายดังกล่าว เช่น การส่งเสริมให้ผู้ใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ มีการใช้งานโปรแกรม open source (open source คือ วิธีการในการออกแบบ พัฒนา และแจกจ่ายสำหรับต้นฉบับของสินค้าหรือความรู้ โดยเฉพาะซอฟต์แวร์ โดย open source ถูกพิจารณาว่าเป็นทั้งรูปแบบหนึ่งในการออกแบบและแผนการในการดำเนินการ และ open source เปิดโอกาสให้บุคคลอื่นนำเอาระบบนั้นไปพัฒนาได้ต่อไป) หรือการที่กรมทรัพย์สินทางปัญญา ร่วมกับสำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติส่งเสริมให้หน่วยงานภาครัฐและประชาชนทั่วไปสามารถใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ฟอนต์ (font) ที่ได้จากการวิจัยและพัฒนาเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ฟอนต์ของเอกชน เป็นต้น

2.6 ควรกำหนดระยะเวลาในการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์บางประเภทให้เหมาะสม

การกำหนดระยะเวลาในการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์บางประเภท ควรกำหนดระยะเวลาในการคุ้มครองให้เหมาะสมกับลักษณะของงาน อายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ถือเป็นตัวแปรสำคัญที่จะกำหนดระยะเวลาที่เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งหากมีการกำหนดให้อายุการคุ้มครองยาวนานขึ้น ก็จะเป็นการเพิ่มโอกาสให้กับเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถแสวงหาประโยชน์จากงานดังกล่าวได้มากขึ้นเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการกำหนดราคาจำหน่ายของงานดังกล่าวในระดับสูงก็จะเป็นภาระค่าใช้จ่ายให้กับสาธารณะเป็นอย่างมาก หรือหากงานดังกล่าวเป็นส่วนสำคัญยิ่งในการพัฒนาการเรียนรู้และฐานความรู้ของสังคม หรือมีส่วนในการเสริมสร้างความรู้ให้กับสังคมแล้ว ก็อาจจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อพัฒนาทรัพยากร ดังนั้นงาน

ลิขสิทธิ์บางประเภทจึงไม่ควรให้มีระยะเวลาในการคุ้มครองนานเกินไป เพื่อเป็นการส่งเสริมการสร้างนวัตกรรมใหม่ๆ เช่น ระยะเวลาในการคุ้มครองงาน โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ควรเกิน 5-10 ปี เป็นต้น หลังจากนั้นประชาชนสามารถใช้ประโยชน์จากงานได้โดยเสรีเนื่องจากงานประเภทนี้มีพัฒนาการที่รวดเร็วมาก เพียงชั่วระยะเวลาสั้นๆ ก็อาจกลายเป็นงานที่ล้าสมัยหรือตกรุ่น (version) การกำหนดระยะเวลาการคุ้มครองให้สั้นลงจะทำให้พัฒนาการทางด้าน โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของประเทศเป็นไปอย่างรวดเร็ว ขณะเดียวกันประชาชนก็ได้ใช้ประโยชน์จากงานที่มีประสิทธิภาพและคุณภาพในเวลาที่ยาวขึ้น ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ลดน้อยลง

2.7 การเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการออกกฎหมาย

ในการออกกฎหมายและข้อกำหนดต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์รัฐควรประชาสัมพันธ์ให้ประชาชนผู้ซึ่งต้องรับผลของการบังคับใช้กฎหมายนั้นๆ ได้รับทราบ รวมทั้งควรเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมาย และข้อกำหนดต่างๆ อันจะเป็นการสร้างจิตสำนึกและการมีส่วนร่วมเพื่อให้ประชาชนได้ตระหนักถึงเหตุผลและความจำเป็นในการคุ้มครองลิขสิทธิ์

สำหรับการแก้ไข ปรับปรุง กฎหมายเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ที่มีโทษทางอาญาและมีความเกี่ยวพันกับวิถีชีวิตของประชาชนทั่วประเทศนั้น รัฐควรทำประชาพิจารณ์เพื่อขอความเห็นจากประชาชนก่อน

2.8 ควรมีบทบัญญัติในการใช้งานลิขสิทธิ์เป็นกรณีพิเศษ สำหรับกิจการบางประเภท

การจำกัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นกลไกสำคัญอีกประการหนึ่งที่ทำให้สาธารณะสามารถเข้าถึงและใช้ประโยชน์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ได้บางกรณี โดยไม่ต้องขออนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่จำเป็นว่าระยะเวลาการให้ความคุ้มครองงานดังกล่าวได้สิ้นสุดลงแล้วหรือไม่ การบัญญัติกฎหมายที่มีความเข้มงวดและทำให้หลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) แคบลงย่อมส่งผลกระทบต่อประชาชนภายในประเทศ รัฐจึงควรจำกัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยการบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์เพื่อให้ครอบคลุมสิ่งที่เป็นไปในทุกเรื่อง จึงจะเป็นการตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง เช่น การเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบสื่ออักษรเบรลล์ (Braille) หรือตัวหนังสือนูนสำหรับคนพิการทางสายตา การใช้งานสำหรับคนชรา หรือผู้ที่อยู่ในสถานสงเคราะห์ การทำซ้ำงานลิขสิทธิ์สำหรับใช้งานในโรงพยาบาลเพื่อประโยชน์ทางการแพทย์ หรือใช้งานในเรือนจำเพื่อประโยชน์ทางสังคม โดยมีได้มีการแสวงหาผลกำไรทาง

การค้า ดังที่ปรากฏในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเคนยา¹ เป็นต้น และขณะเดียวกันรัฐก็ควรควม
เว้นการออกกฎหมายที่จะทำให้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use)
แคบลง

2.9 การคำนึงถึงความพร้อมในด้านต่างๆ ก่อนจะมีการบังคับใช้กฎหมาย

ในการตรากฎหมายออกมาบังคับใช้ ต้องคำนึงว่ารัฐมีความพร้อมในการตรา
กฎหมายหรือไม่ โดยรัฐจะต้องพิจารณาองค์ประกอบหลายๆ ด้าน เช่น ในด้านกำลังคนว่าเจ้าหน้าที่
ผู้ปฏิบัติงานมีความรู้ความเข้าใจ มีความพร้อมในการปฏิบัติตามกฎหมายอย่างยินยอมพร้อมใจ
หรือไม่ หน่วยงานใดจะเป็นผู้รับผิดชอบ วิธีการทำงานสอดคล้องกับหลักการบริหารกิจการ
บ้านเมืองที่ดี (good government) หรือไม่ มีระบบการตรวจสอบและคานอำนาจกันอย่างไรบ้าง
กำลังเงินงบประมาณต้องใช้มากน้อยเพียงไร ที่จะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายอย่างมี
ประสิทธิภาพ ฯลฯ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยยังขาดความพร้อมในการบังคับใช้กฎหมาย
ลิขสิทธิ์ที่มีความเข้มงวดสูง ทั้งความพร้อมในด้านกำลังคนและงบประมาณ ซึ่งหากมีการตรา
กฎหมายออกมาก็อาจบังคับได้แต่ขาดประสิทธิภาพ เนื่องจากเกิดความล้มเหลวในกระบวนการ
บังคับใช้กฎหมาย นอกจากนี้การใช้บทลงโทษทางอาญาตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ได้กำหนดโทษทาง
อาญาไว้ถึง 10 มาตรา คือ มาตรา 69 – 77 ส่วนความผิดทางแพ่งมีเพียงมาตราเดียว คือมาตรา 64
ผู้เขียนเห็นว่าการใช้บทลงโทษทางอาญาควรใช้เฉพาะในกรณีที่เป็นเท่านั้น เช่น ใช้ในกรณีที่การ
เสียหายทางแพ่งไม่เกิดผลและไม่เป็นธรรมต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือใช้ในกรณีที่เป็นการละเมิด
ลิขสิทธิ์ในเชิงพาณิชย์ขนาดใหญ่ นอกจากนั้นควรเป็นการเสียหายทางแพ่งเท่านั้น ทั้งนี้เพราะการ
ละเมิดลิขสิทธิ์มีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของบุคคลที่เป็นผู้ทรงสิทธิเท่านั้น แต่มิได้มีผลกระทบต่อ
ผลประโยชน์ของประชาชนและผู้บริโภคโดยตรง หากมีข้อกำหนดความผิดตามกฎหมาย
ลิขสิทธิ์ที่มีความเข้มงวดสูงแล้ว อาจเป็นการใช้มาตรการลงโทษทางอาญาเกินความจำเป็นและอาจ

¹ Consolidated Act on Copyright 2010.

Article 15. Hospitals, nursing homes, prisons and other 24-hour institutions within
the social and welfare sector, the prison service, and similar institutions may for the brief use of
the inmates and others of the institution make recordings of works broadcast on radio and
television if this is not done for commercial purposes. Such recordings may be used only within
the institution in question.

ก่อให้เกิดผลเสียต่อรัฐและประชาชน เช่น ก่อให้เกิดการกระทำผิดในขนาดที่ใหญ่ขึ้นเพื่อให้คุ้มค่าต่อความเสี่ยงในการถูกลงโทษ รวมทั้งอาจส่งผลให้สุจริตชนที่ไม่มีเจตนากระทำผิดต้องตกเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญา ซึ่งจะทำให้ประชาชนอาจเกิดการต่อต้าน

2.10 การรวบรวม และรับฟังความเห็นของนักวิชาการในสาขาต่างๆ รวมทั้งการศึกษาผลกระทบก่อนจะมีการบังคับใช้กฎหมาย

ควรรวบรวมบรรดานักวิชาการและนักวิจัยที่มีความรู้ความชำนาญเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ และสาขาอื่นๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ เช่น สังคมศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ ฯลฯ เพื่อดำเนินการศึกษาข้อดีและข้อเสียของกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย ศึกษาข้อดีและข้อเสียรวมทั้งผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยมาตรการทางกฎหมายที่มีความเข้มงวด โดยเฉพาะการกำหนดความผิดของผู้ซื้อ ผู้ใช้ หรือผู้ครอบครอง รวมถึงควรมีการออกแบบสำรวจความคิดเห็นต่างๆ จากประชาชนเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยให้มีความทันสมัยและเหมาะสมแก่การบังคับใช้ จะเป็นการเรียนรู้ก่อนที่ไทยจะรับกฎหมายหรือข้อตกลงในระดับระหว่างประเทศเข้ามาซึ่งจะเป็นการรักษาผลประโยชน์ของประเทศชาติ

สิ่งที่ผู้เขียนได้นำเสนอข้างต้น เป็นเพียงการเสนอแนวความคิดที่ปรารถนาจะเห็นกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยมีการยกระดับความคุ้มครองให้สูงขึ้น มีความเข้มงวดในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ผู้สร้างสรรค์งานให้ได้รับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจตอบแทนอย่างเต็มที่ และในขณะเดียวกันก็มุ่งรักษาผลประโยชน์ของสาธารณชนในการเข้าถึง หรือได้รับประโยชน์จากงานสร้างสรรค์อย่างแท้จริง มิใช่การบัญญัติกฎหมายตามความต้องการของบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หรือเพื่ออำนวยความสะดวกหรือตอบแทนผลประโยชน์ของคนกลุ่มใด แต่ต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของส่วนรวมและความเป็นไปได้ในการบังคับใช้ภายในประเทศ ดังนั้นผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าการนำเสนอเรื่องราวต่างๆ ภายใต้อำนาจวิธานิพนธ์นี้คงจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ที่สนใจไม่มากนักน้อย และขอให้ความพยายามในการเสนอความคิดต่างๆ นี้มีส่วนร่วมในการทำประโยชน์ต่อสังคมส่วนรวม ตลอดจนบุคคลและองค์กรที่ดำเนินการด้านนี้โดยตรงไม่ว่าจะเป็น คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้มีส่วนสำคัญในการพิจารณาตราบทบัญญัติของกฎหมาย สำนักงานเศรษฐกิจแห่งชาติ กรมทรัพย์สินทางปัญญา หรือกระทรวงพาณิชย์

บรรณานุกรม



บรรณานุกรม

- กรมทรัพย์สินทางปัญญา (2551) "สรุปผลการดำเนินงานของกรมทรัพย์สินทางปัญญา" *วารสารทรัพย์สินทางปัญญา* 4, 1 (มกราคม-มีนาคม) : 6-7
- _____. (2544) *ระบบทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทย* จัดพิมพ์ขึ้นตามโครงการพัฒนาระบบทรัพย์สินทางปัญญา กรุงเทพมหานคร องค์การความร่วมมือทางวิชาการไทย-เยอรมัน (GTZ)
- กวี เปรมรัตนชัย (2541) "การเลือกปฏิบัติด้านราคาอันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมทางการค้า" *วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*
- กิตติศักดิ์ ปรกิติ *เอกสารประกอบคำบรรยาย เรื่อง ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์* จัดโดย สมาคมนักเขียนแห่งประเทศไทย ตุลาคม 2525 ณ สมาคมนักเขียนแห่งประเทศไทย
- _____. (2526) "การคุ้มครองลิขสิทธิ์ในกฎหมายไทย" *วารสารนิติศาสตร์* 13, 4 (ตุลาคม-ธันวาคม) : 1-38
- ขวัญเรือน เพบขุนทด (2545) "ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า" *วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*
- คณิต ณ นคร (2529) "เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว" *วารสารนิติศาสตร์* 16, 2 (เมษายน-มิถุนายน) : 142-149
- คะนิง ภาไชย (2537) "หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ" *วารสารนิติศาสตร์* 24, 2 (เมษายน-มิถุนายน) : 229-242
- จรัญ โฆษณานันท์ (2547) *นิติปรัชญา* พิมพ์ครั้งที่ 13 กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- จรัญ ภัคดีชนากุล (2526) "ลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ" *วารสารนิติศาสตร์* 13, 4 (ตุลาคม-ธันวาคม) : 39-61
- _____. (2536) "กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นอยู่ในศาลไทย" *ศุลกาห* 40, 6 (พฤศจิกายน-ธันวาคม) : 4-20
- จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และนันทน อินทนนท์ (2550) *ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิทัล มาตรการทางเทคโนโลยีและทางเลือกสำหรับประเทศไทย* กรุงเทพมหานคร โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

- จักรกฤษณ์ ควรวจน์ (2546) *การผูกขาดโปรแกรมคอมพิวเตอร์* กรุงเทพฯธุรกิจ
<http://www.nidambe11.net/ekonomiz/2003q4/article2003nov11p1.htm>
- _____. (2547) "ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐ : ปัญหาว่าด้วย “ทรัพย์สินทางปัญญา”" ใน
ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 1 71-90 กรุงเทพมหานคร
 จีระวิชาการพิมพ์
- _____. (2535) "ทรัพย์สินทางปัญญาในความเกี่ยวพันกับการค้าระหว่างประเทศ : กรณี
 ประเทศไทยกับสหรัฐฯ" *วารสารนิติศาสตร์* 22, 4 (กันยายน-ธันวาคม) :
 512-540
- _____. (2537) "กฎหมายและมาตรการควบคุมบรรษัทข้ามชาติ" *วารสารนิติศาสตร์* 24, 4
 (ตุลาคม-ธันวาคม) : 711-737
- _____. (2539) "ลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์" *วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช*
 9, 1 (มกราคม-เมษายน) : 105-119
- จักรพันธ์ ทองอำ (2542) "บทบาทรัฐในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา : ศึกษาเฉพาะ
 กรณีลิขสิทธิ์" วิทยานิพนธ์ปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชารัฐศาสตร์
 คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- จันทร์จิรา วีระยุทธวิไล (2544) "ทัศนคติและพฤติกรรมการเลือกซื้อคอมแพ็คดีสก์ (Compact
 Disc) ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ด้านเพลงและภาพยนตร์ของเยาวชนในเขตกรุงเทพมหานคร"
 วิทยานิพนธ์ปริญญาวารสารศาสตรมหาบัณฑิต สาขาสื่อสารมวลชน
 คณะวารสารศาสตร์และสื่อสารมวลชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- จันทร์ลักษณ์ โชติรัตนดิถ (2538) "กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีสารสนเทศ (Information
 Technology Law)" *วารสารนิติศาสตร์* 25, 3 (กรกฎาคม-กันยายน) : 500-523.
- จิตติ ดิงศภัทย์ (2524) "การได้มาซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์" *วารสารนิติศาสตร์* 11, 1
 (มกราคม-มีนาคม) : 1-36
- จุฑามาศ นิสารัตน์ (2543) *คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน* พิมพ์ครั้งที่ 7
 กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ (2552) "หลักเหตุผลในการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา"
 วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

- ฉนิสร ร้อยเที่ยง (2549) "มาตรการทางกฎหมายในการดำเนินคดีลิขสิทธิ์" วิทยานิพนธ์ปริญญา
 นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย
 มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ (2536) "โทษทางอาญาทางเศรษฐกิจ" *วารสารนิติศาสตร์* 23, 3
 (กรกฎาคม-กันยายน) : 563-613
- ชีพชนก เชิญขวัญมา (2548) "มาตรการทางเทคโนโลยีในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้ข้อตกลงเขต
 การค้าเสรีของสหรัฐอเมริกา" วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- ไชยยศ เหมะรัชตะ (2527) "ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์" รายงานผลการวิจัยทุนวิจัยรัชดาภิเษก
 สมโภชน์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- _____. (2541) *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์* พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร
 สำนักพิมพ์นิติธรรม
- _____. (2553) *ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา* พิมพ์ครั้งที่ 8 กรุงเทพมหานคร
 สำนักพิมพ์นิติธรรม
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (2536) "จำคุกเด็ก 11 ขวบ 250 ปี" *วารสารนิติศาสตร์* 23, 4
 (ตุลาคม-ธันวาคม) : 820-821
- ทิพาพร นะมาตร (2551) "สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว : ศึกษากรณีสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของ
 บุคคลสาธารณะ" วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย
 มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
- เทียนชัย ปิ่นวิเศษ (2536) "การละเมิดลิขสิทธิ์ของการบันทึกเสียง : มาตรการในการต่อต้าน"
วารสารนิติศาสตร์ 23, 3 (กรกฎาคม-กันยายน) : 512-525
- ธีรพล สุวรรณประทีป และเขาวรัตน์ เตมิศรีสุข (2552) "คดีละเมิดลิขสิทธิ์ : ทำไมต้องคดีอาญา"
วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์ 1, 6 (มิถุนายน) : 101-112
- ธีระ ศรีธรรมรักษ์ และคณะ (2543) *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* พิมพ์ครั้งที่ 2
 กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- ธีระ สุธีวรางกูร (2542) "การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง"
วารสารนิติศาสตร์ 29, 4 (ธันวาคม) : 578-592
- นพนธิ สุริยะ (2543) "ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ : มองจากบริบทของไทย" *วารสารนิติศาสตร์* 30, 3
 (กรกฎาคม-กันยายน) : 504-510

- บัญญัติ สุชีวะ (2544) *คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน* พิมพ์ครั้งที่ 6 กรุงเทพมหานคร
ศูนย์หนังสือเนติบัณฑิตยสภา
- บัณฑิต หลิมสกุล (2536) "การคุ้มครองลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เอื้อประโยชน์ต่อการ
พัฒนาเทคโนโลยี : วิเคราะห์คำตัดสินของศาลอุทธรณ์ที่สองของสหรัฐฯ ในคดี
Computer Associates International, Inc v Altai, Inc" *วารสารนิติศาสตร์* 23, 4
(ตุลาคม-ธันวาคม) : 677-707
- _____ (2538) "แนวทางของประชาคมยุโรปในการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้
กฎหมายลิขสิทธิ์ : ข้อกำหนดว่าด้วยการอนุญาตให้ทำ reverse engineering" *คูลพาห*
42, 3 (กรกฎาคม-กันยายน) : 25-69
- บุญนิศากร เมฆฉาย (2548) "การใช้ลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมกับงานบริการวิชาการของบรรณารักษ์
ห้องสมุด" *วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์*
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- ประเทือง ธนิยผล (2548) *อาชญวิทยาและทัณฑวิทยา* พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพมหานคร
สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- ประเทือง กิรติบุตร (2537) "สิทธิมนุษยชน-หน้าที่มนุษยชน" *วารสารนิติศาสตร์* 24, 2 (เมษายน-
มิถุนายน) : 256-260
- ประธาน วัฒนวานิชย์ (2536) "อาชญากรรมทางเศรษฐกิจในสังคมที่เปลี่ยนแปลง : ความหมาย
ขอบเขต และมาตรการแก้ไข" *วารสารนิติศาสตร์* 23, 3 (กรกฎาคม-กันยายน) :
421-459
- ประสพสุข สัจจ์บุญมาก (2552) "นโยบายการค้าระหว่างประเทศของไทย : ปัจจุบันและอนาคต"
ใน *รังสรรค์ ชนะพรพันธ์ และสมบูรณ์ ศิริประชัย นโยบายการค้าระหว่างประเทศของ
ไทยและการค้ากับสหรัฐอเมริกา* 3-32 กรุงเทพมหานคร
โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- ประเสริฐ จรรย์รัตน์ (2553) "แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับลิขสิทธิ์" ใน *ประมวลสาระชุดวิชา
กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาชั้นสูง* 3 2-13 นนทบุรี
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช สาขาวิชานิติศาสตร์
- ปาริชาติ มั่นสกุล (2545) "การกำหนดมาตรการทางอาญาเกี่ยวกับการโจมนีค่าเงินบาท"
วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

- ปิยะพันธ์ อุดมศิลป์ (2536) "มาตรการป้องกันการผูกขาดในทางการค้าของประชาคมยุโรป"
วารสารนิติศาสตร์ 23, 4 (ตุลาคม-ธันวาคม) : 653-662
- ปิยาภรณ์ คุณชื่น (2552) "ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ผ่านทางระบบอินเทอร์เน็ต : ศึกษากรณี คดี
A & M Records V. Napster Inc." วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- ไพเรนทร ชินพาณิชย์กิจ (2548) "ทัศนคติและพฤติกรรมผู้บริโภคที่มีต่อแผ่นดีวีดีภาพยนตร์
ลิขสิทธิ์และแผ่นดีวีดีภาพยนตร์ละเมิดลิขสิทธิ์ ในเขตกรุงเทพมหานคร"
สารนิพนธ์ปริญญาบริหารธุรกิจมหาบัณฑิต สาขาวิชาการตลาด คณะบริหารธุรกิจ
มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ
- พัฒนพี เล้าตระกูล (2549) "วัฒนธรรมไทยกับการรับรู้หลักการและพฤติกรรมในการละเมิดสิทธิ
ส่วนบุคคลของประชาชน" วิทยานิพนธ์ปริญญาโทเศรษฐศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- พิเศษ จิยาศักดิ์ (2550) "การลงทุนในทรัพย์สินทางปัญญา ทางเลือกใหม่ของการลงทุน" วารสาร
ยุติธรรมปริทัศน์ : 34-44
- _____. (2549) "กฎหมายลิขสิทธิ์ช่วยคนต่างชาติมากกว่าคนไทย" วารสารศาลยุติธรรม
ปริทัศน์ 1, 9 (กันยายน-ธันวาคม) : 106-113
- ไพจิตร ปุญญพันธ์ (2532) "ลิขสิทธิ์ในงานที่ถูกจ้างกระหวาง ทบวงกรม สร้างสรรค์" ศิลปะ
36, 6 (พฤศจิกายน-ธันวาคม) : 4-11
- ไพจิตร สวัสดิสาร (2535) "ผู้สร้างสรรค์ละเมิดลิขสิทธิ์ในงานของตน" ศิลปะ 39, 1
(มกราคม-กุมภาพันธ์) : 69-72
- _____. (2544) "ลิขสิทธิ์ในโลกไร้พรมแดนของคอมพิวเตอร์" ศิลปะ 48, 1
(มกราคม-เมษายน) : 38-46
- ภัทร์ เจริญลาภ (2538) "การประกอบธุรกิจภายใต้ข้อตกลงการค้าโลก" วารสารนิติศาสตร์ 25, 3
(กรกฎาคม-กันยายน) : 456-467
- รังสรรค์ ชนะพรพันธ์ และคณะ (2552) กฎกติกา WTO เล่มที่ห้า : ทรัพย์สินทางปัญญา
กรุงเทพมหานคร สามลดา
_____. (2552) นโยบายการค้าระหว่างประเทศของไทยและการค้ากับสหรัฐอเมริกา
กรุงเทพมหานคร โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

- วรรณรี สิงห์โต (2553) "องค์ประกอบภายในของความรับผิดชอบทางละเมิด" ใน *ประมวลสาระชุด
วิชากฎหมายแพ่ง ลักษณะสัญญา และลักษณะละเมิด และหลักกฎหมายเปรียบเทียบ
ชั้นสูง 7 7-14* นนทบุรี มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช นิติศาสตร์
- วันชัย โชคบรรดาลสุข (2550) "ปัจจัยที่สัมพันธ์กับการนำนโยบายกฎหมายลิขสิทธิ์ไปปฏิบัติ"
วิทยานิพนธ์ปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาสังคมศาสตร์เพื่อการพัฒนา
คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏหมู่บ้านจอมบึง
- วิศ ดิงสมิตร (2543) "บทบาทของทรัพย์สินทางปัญญาการประกอบธุรกิจ" *คุณภาพ* 47, 2
(พฤษภาคม-สิงหาคม) : 41-45
- _____. (2544) "การศึกษาหรือวิจัยอันเป็นข้อกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์"
วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 13, 1 (มิถุนายน) : 82-95
- _____. *คดีไมโครซอฟท์ V. เอเทค* www.library.coj.go.th.
- วาทีน หนูเกื้อ (2539) "มาตรการเสริมในทางอาญา" วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- วิชัย สังข์ประไพ (2543) *กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง* กรุงเทพมหานคร
สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- วินัย ลำเลิศ (2543) *กฎหมายอาญา 1* พิมพ์ครั้งที่ 4 กรุงเทพมหานคร
- วิสาร พันธนะ (2553) "ลักษณะทั่วไปของกฎหมายอาญาและปรัชญากฎหมายอาญา" ใน *เอกสาร
การสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 1 1 5* นนทบุรี มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช
นิติศาสตร์
- ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ (2551) *รายงานการศึกษาระบบทรัพย์สิน
ทางปัญญาเพื่อเข้าสู่สังคมและเศรษฐกิจฐานความรู้* ปทุมธานี ศูนย์เทคโนโลยี
อิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ (NECTEC)
- สกล นิสารัตน์ (2545) "กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม : แนวความคิดทางด้านปรัชญา
และความยุติธรรมทางสังคม" วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- สกลุข หอพิบูลสุข (2546) "ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์" *ข่าวเนติบัณฑิตยสภา*
16, 170 (กันยายน) : 3-6
- สถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลังและมูลนิธิสถาบันคีนันแห่งเอเชีย (2552) "รายงานฉบับ
สมบูรณ์ โครงการศึกษามูลค่าทางเศรษฐกิจจากอุตสาหกรรมเชิงสร้างสรรค์ไทย
(บทสรุปผู้บริหาร) "

- สมฤดี พานิชอัตรา (2551) "การตีความกฎหมายอาญา : ศึกษาหลักการตีความตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย" วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- สราวุธ เบญจกุล (2539) "การคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์" *คูลพาท* 43, 3 (กรกฎาคม-กันยายน) : 74-104
- สทรน รัตนไพจิตร (2527) "ความประสงค์ของการลงโทษทางอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทย สมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา" วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- สาทร สุขสง (2545) "ทัศนะของเจ้าหน้าที่ตำรวจกองบังคับการสืบสวนสอบสวนคดีเศรษฐกิจในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรม กรณีการละเมิดลิขสิทธิ์" สารนิพนธ์ปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาการบริหารงานยุติธรรม คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- สิทธิชัย สุวรรณผลพ (2541) "การคุ้มครองงานออกแบบอุตสาหกรรมตามกฎหมายลิขสิทธิ์และสิทธิบัตร : ศึกษาเฉพาะกรณีงานออกแบบแฟชั่นเสื้อผ้า" วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- สุขสมัย สุทธิบดี (2527) *กฎหมายอาญา ภาค 1* พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- สุชาติ ตระกูลเกษมสุข (2543) "การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากการดักฟังโทรศัพท์" วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
- สุเทพ ภัคดิทมล (2547) "การพัฒนาเทคโนโลยีที่ส่งผลกระทบต่อการคุ้มครองลิขสิทธิ์และสิทธิของนักแสดง" วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- สุธีร์ ศุภนิธย์ (2537) "การควบคุมการควบกิจการ (merger control)" *วารสารนิติศาสตร์* 24, 4 (ตุลาคม-ธันวาคม) : 689-900
- สุภา พงษ์ต่อพิสิษฐ์ (2552) "มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวที่เกิดจากการใช้โทรศัพท์และโทรสารในธุรกิจขายตรง" วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

- สุรศักดิ์ มณีศร (2536) "ปัญหาสิทธิของคนต่างด้าวในการทำงานและการประกอบธุรกิจ" *วารสารนิติศาสตร์* 23, 4 (ตุลาคม-ธันวาคม) : 719-730
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส (2524) "ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา" *วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*
- โสภณ รัตนากร (2529) "ทรัพย์สินสิทธิ-บุคคลสิทธิ" *วารสารนิติศาสตร์* 16, 3 (กรกฎาคม-กันยายน) : 5-13
- หยุด แสงอุทัย (2492) *คำบรรยายกฎหมายอาญาภาคต้น*
 _____ (2545) *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* พิมพ์ครั้งที่ 15 กรุงเทพมหานคร
 สำนักพิมพ์ประกายพรึก
- อภิสิทธิ์ มีเสวี (2550) "ข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองผู้บริโภคในทางละเมิด"
วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- อรพรรณ พันธ์พัฒนา (2549) *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์* พิมพ์ครั้งที่ 4 กรุงเทพมหานคร
 สำนักพิมพ์นิติธรรม
- อรรถชัย วงศ์อุดมมงคล (2548) "การใช้มาตรการอื่นแทนโทษทางอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดบางประเภท" *วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์*
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- อรรถนิติ ดิษฐอำนาจ *คำกล่าวปาฐกถาพิเศษ เรื่อง การใช้กฎหมายกับความยุติธรรมเพื่อประชาชน*
ในการประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 3 วันที่ 17 กันยายน 2546
 ณ ศูนย์การประชุมอิมแพ็ค เมืองทองธานี จังหวัดนนทบุรี
- อรุณ ภาณุพงศ์ (2538) "จาก GATT สู่ WTO" *วารสารนิติศาสตร์* 25, 3 (กรกฎาคม-กันยายน) : 433-444
- อานัน ปันยารชุน (2551) *การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา* กรุงเทพมหานคร
 สถาบันวิจัยเพื่อพัฒนาประเทศไทย
- อารีพรรณ จงประกิจพงศ์ (2537) *ทรัพย์สินทางปัญญา เล่ม 1* กรุงเทพมหานคร
 สำนักพิมพ์วิญญูชน
- อำนาจ เนตยสุภา (2527) "กฎหมายลิขสิทธิ์เปรียบเทียบกับ:กรณี Moral Rights" *วารสารกฎหมาย*
สุโขทัยธรรมมาธิราช 13, 1 (มิถุนายน) : 96-104

- อิสเรศ ปัญญาพานิช (2546) "การใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในส่วนที่เกี่ยวกับการศึกษาค้นคว้า และวิจัย" วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
- เอกรินทร์ วิริโย *ลักษณะความผิดกรณีการครอบครองสิ่งทีละเมิดลิขสิทธิ์และการอนุญาตให้ใช้พื้นที่เพื่อจำหน่ายสิ่งทีละเมิดลิขสิทธิ์* www.krisdika.go.th.
- Alice Ristoph (2009) " Respect and Resistance in Punishment Theory " *California Law Review* Vol.97 : 601-632
- Chandran Kukathas (2008) " Cultural Privacy " *The Monist* 91, 1 (January) : 68-80
- Daniel J. Solove (2002) " Conceptualizing Privacy " *California Law Review* Vol.90 : 1087-1155
- _____. (2008) *Understanding privacy*. Harvard University Press.
- George H. Pike (2008) " Fun with Copyright " *Information Today* 25, 8 (September) : 17-18
- George P. Fletcher (2006) " Political Theory and Criminal Law " *Criminal Justice Ethics* Winter/Spring.
- Herman T. Tavani (2007) " Philosophical Theory of Privacy : Implications An Adequate Online Policy " *Metaphilosophy* 38, 1 (January) : 1-22
- Jame Gibson (2005) " One and Future Copyright " *Notre Dame Law Review* 81, 1 (December) : 168-242
- Larry A. Alexander (2001) *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Theory*
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=285954
- Megan Richardson (2002) " Downloading Music off the Internet : Copyright and Privacy in Conflict?" *Journal of Law and Information Science* 13, 1 : 90-106
- Michael J. Meurer (2001) " Copyright Law and Price Discrimination " *forthcoming Cardozo Law Review* : 1-74
- Mohammed El-Said (2007) " Editorial : Free Trade, Intellectual Property and TRIPs-Plus World " *Liverpool Law Review* Vol.28 : 1-9
- Neil M. Richards (2008) " Intellectual Privacy " *Texas Law Review* Vol.87 : 387-445
- Paul H. Robinson (1994) " A Functional Analysis of Criminal Law " *Northwestern University Law Review* 88, 3 : 857-913

Raymond Geuss. (1995) *Baccaria on Crimes and Punishment and Other Writings*.

Cambridge University press.

Sonia K. Katyal (2004) " Privacy vs. Piracy " *Yale Journal of Law & Technology* Vol.7, (May)
: 222-345

Stephen M. Stewert. (1983) *International Copyright and Neighboring Rights*. London:
Butterworth.

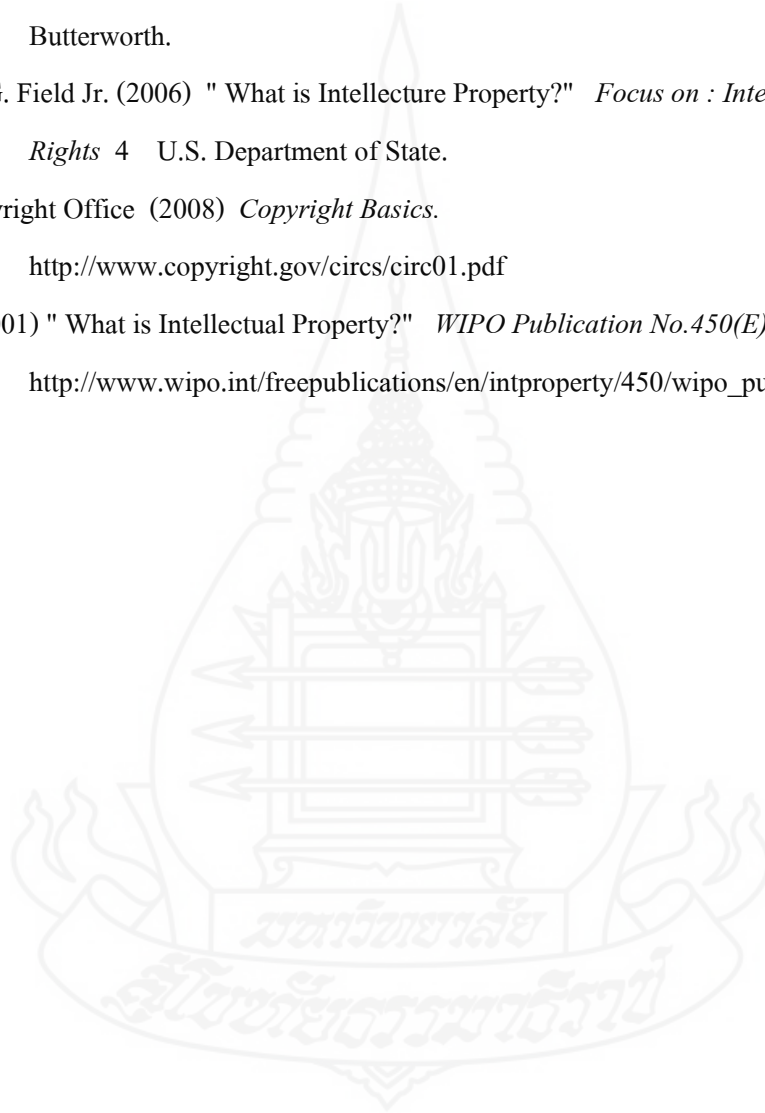
Thomas G. Field Jr. (2006) " What is Intellecture Property?" *Focus on : Intellectual Property
Rights* 4 U.S. Department of State.

U.S. Copyright Office (2008) *Copyright Basics*.

<http://www.copyright.gov/circs/circ01.pdf>

WIPO (2001) " What is Intellectual Property?" *WIPO Publication No.450(E)*

http://www.wipo.int/freepublications/en/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf



ประวัติผู้วิจัย

ชื่อ	นายนิธิพัฒน์ แสงมณี
วัน เดือน ปีเกิด	22 เมษายน 2518
สถานที่เกิด	อำเภอเมืองแพร่ จังหวัดแพร่
ประวัติการศึกษา	รัฐศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ พ.ศ.2540 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช พ.ศ.2550
สถานที่ทำงาน	เรือนจำกลางพิษณุโลก อำเภอวังทอง จังหวัดพิษณุโลก
ตำแหน่ง	นักทัณฑวิทยาชำนาญการ

