

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

จากการศึกษาเปรียบเทียบการคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามกฎหมายระดับสากล กฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายไทย ทำให้เห็นถึงความแตกต่างของระดับและขอบเขตแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ รวมทั้งพบปัญหาทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติจากบทบัญญัติที่ให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์ในกฎหมายลิขสิทธิ์ในบางประเด็น เนื่องจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้บัญญัติรับรองลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ไว้ในมาตรา 18 เพียงมาตราเดียวเท่านั้น ดังนั้น ในบทนี้ผู้เขียนจะวิเคราะห์ถึงข้อบกพร่องหรือปัญหาในบางประเด็น พร้อมทั้งเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขกฎหมายให้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น

4.1 ปัญหาเรื่องคำจำกัดความ

กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติที่ให้คำจำกัดความคำว่า “ลิขสิทธิ์” ไว้แต่อย่างใด ซึ่งการที่จะทราบความหมายว่า ลิขสิทธิ์คืออะไร บุคคลใดเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ หรือ ลิขสิทธิ์ตามที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองไว้ นั้นมีลักษณะใดบ้าง ย่อมต้องพิจารณาในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 18¹ ที่ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องของลิขสิทธิ์ไว้เพียงมาตราเดียวเท่านั้น จึงอาจไม่ครอบคลุมเพียงพอ และก่อให้เกิดปัญหาในการตีความหรือการนำมาใช้หลายประการ

เมื่อพิจารณามาตรา 18 ดังกล่าว เห็นได้ว่ามิใช่บทวิเคราะห์ศัพท์ความหมายของคำว่า ลิขสิทธิ์ แต่เป็นบทบัญญัติถึงสิทธิของผู้สร้างสรรค์ซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิทางจิตใจในด้านศีลธรรม มิใช่สิทธิที่จะแสวงหาประโยชน์ทางตัวเงินที่เป็นทรัพย์สิน ซึ่งแตกต่างจากสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามมาตรา 4 ที่บุคคลซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะกระทำการใดๆ ตามมาตรา 15

¹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537. มาตรา 18 บัญญัติว่า “ผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้มีสิทธิที่จะแสดงว่าตนเป็นผู้สร้างสรรค์งานดังกล่าว และมีสิทธิที่จะห้ามมิให้ผู้รับ โอนลิขสิทธิ์หรือบุคคลอื่นใดบิดเบือน ดัดทอน ดัดแปลงหรือทำโดยประการอื่นใดแก่งานนั้นจนเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียง หรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ และเมื่อผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย ทายาทของผู้สร้างสรรค์มีสิทธิที่จะฟ้องร้องบังคับตามสิทธิดังกล่าวได้ตลอดอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ เว้นแต่จะจะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นเป็นลายลักษณ์อักษร”.

เกี่ยวกับงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้น ซึ่งผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้สร้างสรรค์ ในขณะที่สิทธิ ตามมาตรา 18 เป็นสิทธิของผู้สร้างสรรค์เท่านั้น ไม่ว่าผู้สร้างสรรค์นั้นจะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย หรือไม่ก็ตาม สิทธิของผู้สร้างสรรค์ที่เรียกว่า วรรณสิทธิ์และสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์จึงมิใช่สิทธิ อย่างเดียวกัน ลักษณะของสิทธิแต่ผู้เดียวตามมาตรา 15 ของเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นสิทธิในการแสวงหา ประโยชน์ทางทรัพย์สินที่เป็นตัวเงินหรือเป็นสิทธิในทางเศรษฐกิจ ส่วนลักษณะของสิทธิตาม มาตรา 18 ของผู้สร้างสรรค์เป็นสิทธิทางจิตใจด้านศีลธรรมที่เรียกว่า วรรณสิทธิ์ หรือ Moral Rights

คำว่า “วรรณสิทธิ์” (Moral Rights) ได้มีการนำมาใช้เรียกสิทธิทางศีลธรรมของผู้สร้างสรรค์ ซึ่งประกอบด้วยสิทธิ 2 ประการ ได้แก่ สิทธิในการแสดงว่าตนเป็นผู้สร้างสรรค์งานและสิทธิการ ห้ามมิให้ผู้รับโอนลิขสิทธิ์หรือบุคคลอื่นใดบิดเบือน ตัดทอน คัดแปลงหรือทำโดยประการอื่นใดแก่งาน จนเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ แต่คำว่า วรรณสิทธิ์ดังกล่าวก็มิได้ถูก บัญญัติไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับใดของประเทศไทยแต่อย่างใด ดังนั้น จึงควรที่จะบัญญัติคำดังกล่าว ไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์เพื่อใช้เรียกขานบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิทางศีลธรรมของผู้สร้างสรรค์ว่า วรรณสิทธิ์ รวมทั้งให้ความหมายหรือบทนิยามศัพท์ของคำดังกล่าวไว้ในกฎหมายโดยเฉพาะ เพื่อเป็นการบ่งชี้ว่าบทบัญญัติส่วนใดเป็นเรื่องสิทธิทางศีลธรรมหรือ วรรณสิทธิ์ (Moral Rights) และ ส่วนใดเป็นเรื่องสิทธิทางเศรษฐกิจหรือเศรษฐกิจสิทธิ์ (Economic Rights) เนื่องจากสิทธิทั้งสองประเภทนี้ มีเจตนารมณ์ในการให้ความคุ้มครองที่แตกต่างกันโดยสิ้นเชิง

จากการศึกษาพบว่า คำว่า “วรรณสิทธิ์” เป็นคำของท่านศาสตราจารย์ (พิเศษ) ธาณินทร์ ทรัพย์วิเชียร ซึ่งท่านได้แปลมาจากคำว่า “Moral Rights” โดยท่านได้เขียนอธิบายไว้ใน บทความเรื่อง “สิทธิในศิลปกรรมของศิลปิน”² มาตั้งแต่ พ.ศ. 2505 ซึ่งนับจนถึงปัจจุบันเป็นเวลา กว่า 50 ปีแล้ว และเหตุที่ได้มีการเรียกขานมาจนถึงปัจจุบันก็เนื่องมาจากนักกฎหมายหรือ ผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาบางท่านเห็นว่า คำดังกล่าวถือเป็นคำที่สอดคล้องกับ ลักษณะของสิทธิประเภทนี้ จึงได้เรียกขานต่อกันมาจนถึงปัจจุบัน

อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายบางท่านเรียกสิทธิประเภทนี้แตกต่างออกไป ไม่ว่าจะเป็น “สิทธิทางศีลธรรม”³ หรือ “สิทธิของผู้สร้างสรรค์”⁴ หรือ “สิทธิเฉพาะตัว”⁵ หรือ “เจ้าของงานโดยธรรม”⁶ แต่โดยส่วนมากแล้วจะเรียกว่า วรรณสิทธิ์

² ธาณินทร์ ทรัพย์วิเชียร. (ม.ป.ป.). “สิทธิในศิลปกรรมของศิลปิน”. *บทบัญญัติคดี*. หน้า 53.

³ จักรกฤษณ์ ควรพจน์. (2555). *กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า*. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม. หน้า 72.

⁴ ชัชชัย สุขผลศิริ. (2544). *กฎหมายลิขสิทธิ์*. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม. หน้า 180

การที่กฎหมายลิขสิทธิ์มิได้บัญญัติ คำว่า “กรรมสิทธิ์” ไว้ในกฎหมาย ย่อมทำให้สิทธิที่ผู้สร้างสรรค์ได้รับจากการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ และได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้น ยังคงไม่มีความชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความไม่ชัดเจนระหว่างเศรษฐกิจสิทธิ์กับกรรมสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ว่าสิทธิทั้งสองประเภทดังกล่าวมีลักษณะที่รวมหรือแยกออกจากกัน หรือความไม่ชัดเจนในเรื่องของบทบัญญัติในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เนื่องจากกฎหมายมิได้แบ่งแยกว่า สิทธิใดเป็นเศรษฐกิจสิทธิ์และสิทธิใดเป็นกรรมสิทธิ์ อันแตกต่างกับกฎหมายฉบับอื่นๆ ที่มีบทบัญญัติจัดหมวดหมู่อย่างชัดเจน ดังนั้น ปัจจุบันกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยจึงใช้คำว่า กรรมสิทธิ์เรียกขานสิทธิทางศีลธรรม เพื่อความเข้าใจเฉพาะบางกลุ่มเท่านั้น และจากการที่กฎหมายลิขสิทธิ์มิได้บัญญัติคำดังกล่าวไว้ในกฎหมายโดยเฉพาะ จึงไม่มีบทนิยามศัพท์ของคำดังกล่าวไว้โดยเฉพาะเช่นกัน

คำว่ากรรมสิทธิ์นี้ กฎหมายลิขสิทธิ์ในกลุ่มประเทศระบบซีวิลลอว์ได้มีการใช้คำว่า Moral Rights เรียกขานกรรมสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์มาเป็นเวลากว่าร้อยปีแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นต้นกำเนิดทฤษฎีกรรมสิทธิ์ โดยในภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า “Droit Moral” และเมื่ออิทธิพลของระบบลิขสิทธิ์แบบสิทธิของผู้สร้างสรรค์ของประเทศฝรั่งเศสได้แพร่หลายไปสู่กลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบ คอมมอนลอว์ และกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบไซเชิลลิสต์ลอว์ กลุ่มประเทศดังกล่าวก็บัญญัติให้สิทธิทางศีลธรรมแก่ผู้สร้างสรรค์เช่นกัน โดยบัญญัติคำว่า Moral Rights ไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ด้วย นอกจากนี้ คำดังกล่าวยังปรากฏอย่างชัดเจนในข้อ 6 ทวิ แห่งอนุสัญญากรุง เบิร์น⁵ ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ให้การคุ้มครองด้านลิขสิทธิ์อีกด้วย

อย่างไรก็ตาม แม้อนุสัญญากรุง เบิร์น⁶ จะมีบทบัญญัติเรื่องกรรมสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ แต่ก็มิได้ให้ความหมายของคำว่า Moral Rights ไว้ ซึ่งอาจเนื่องมาจากการให้ความหมายของคำดังกล่าวคงมิใช่ประเด็นที่สำคัญหรือจำเป็น หรืออาจเป็นการยากที่จะกำหนดความหมายให้เป็นที่ยอมรับของประเทศภาคีสมาชิกทุกฝ่ายได้ อันเนื่องมาจากแนวคิดแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน แต่อนุสัญญากรุง เบิร์น⁶ ก็เปิดช่องให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถกำหนดบทบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในกฎหมายภายในของตนได้

จากการศึกษาพบว่า ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ได้มีการให้ความหมายของกรรมสิทธิ์ไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของตนด้วย ได้แก่ กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศออสเตรเลีย ให้ความหมาย

⁵ สมพร พรหมพิลาธร และศรีนิดา พรหมพิลาธร. (2527). *คู่มือกฎหมายลิขสิทธิ์*. กรุงเทพมหานคร: รุ่งเรืองธรรม. หน้า 76. และพิสวาส สุขนครพันธุ์. (2552). *ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ไทย*. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม. หน้า 62.

⁶ อวีพรณ จงประกิจพงศ์. (2537). *สารานุกรมทรัพย์สินทางปัญญา เล่ม 1*. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. หน้า 19.

ของกรรมสิทธิ์ไว้ว่า “Moral Rights means: (a) in relation to an author: (i) a right of attribution of authorship; or (ii) a right not to have authorship falsely attributed; or (iii) a right of integrity of authorship”⁷

อย่างไรก็ตาม หากวิเคราะห์ถ้อยคำจากบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว ถ้อยคำดังกล่าวมิใช่ความหมายของ Moral Rights ด้วยเหตุผลที่ว่าบทบัญญัติของประเทศออสเตรเลียดังกล่าว เป็นการบอกแต่เพียงว่า กรรมสิทธิ์ หมายถึง สิทธิที่เกี่ยวข้องกับผู้สร้างสรรค์ ซึ่งประกอบไปด้วยสิทธิ 3 ประเภท แต่ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวนี้ หาได้ไม่มีประโยชน์ไม่ เนื่องจากถือเป็นการบ่งบอกอย่างชัดเจนว่าหมวดหรือมาตราใดในกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ถือว่าเป็นบทบัญญัติว่าด้วยกรรมสิทธิ์นั่นเอง และแม้ในกลุ่มประเทศอื่นๆ จะมิได้ให้ความหมายไว้โดยตรงก็ตาม แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ก็ได้ใช้คำว่า “Moral Rights” เพื่อแยกส่วนบทบัญญัติว่าด้วยกรรมสิทธิ์ และใช้คำว่า “Economic Rights” เพื่อแยกส่วนบทบัญญัติว่าด้วยเศรษฐกิจออกจากกันอย่างชัดเจน

ผู้เขียนเห็นว่า ปัจจุบันคำว่ากรรมสิทธิ์ น่าจะเป็นคำที่เหมาะสมที่จะใช้เรียกสิทธิทางศีลธรรมของผู้สร้างสรรค์มากที่สุด เพราะเป็นคำที่สื่อความหมายได้ดีและตรงกับลักษณะของสิทธิประเภทนี้มากที่สุด ทั้งนี้ จึงสมควรที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไทยควรจะมีการเปลี่ยนแปลง โดยใช้คำว่ากรรมสิทธิ์ในฐานะคำที่บัญญัติไว้ในกฎหมายโดยตรง มิใช่ใช้เป็นเพียงคำที่ใช้เรียกสิทธิทางศีลธรรมของผู้สร้างสรรค์เฉพาะในหมู่นักกฎหมายเท่านั้น ซึ่งในบางครั้งแม้ตัวผู้สร้างสรรค์เองก็ยังไม่อาจทราบได้ว่าตนมีกรรมสิทธิ์ในงานที่สร้างสรรค์ขึ้นด้วย เนื่องจากไม่ทราบว่ากรรมสิทธิ์ คืออะไร

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นควรให้นำคำว่ากรรมสิทธิ์มาบัญญัติไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์เพื่อแยกสิทธิทางศีลธรรมออกมาเป็นส่วนหนึ่ง และใช้คำว่าเศรษฐกิจ เพื่อใช้แยกสิทธิทางเศรษฐกิจออกมาอีกส่วนหนึ่ง และกำหนดคำนิยามของคำทั้งสองไว้โดยชัดเจนในกฎหมายลิขสิทธิ์ด้วย ทั้งนี้ นอกจากจะทำให้สิทธิประเภทนี้มีความชัดเจนขึ้นแล้ว ยังทำให้กฎหมายลิขสิทธิ์ไทยมีโครงสร้างการคุ้มครองในแบบโครงสร้างคู่ อันจะเป็นการสอดคล้องกับกฎหมายระดับสากลและกฎหมายต่างประเทศ

4.2 ปัญหาเรื่องผู้มีสิทธิใช้กรรมสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ภายหลังผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย

มาตรา 15 วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 บัญญัติให้กรรมสิทธิ์เป็นเพียง “สิทธิเฉพาะตัว” (Exclusive) ของผู้สร้างสรรค์ ไม่สามารถตกทอดแก่ทายาทได้ ต่อมาพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้แก้ไขหลักการเสียใหม่ โดยกำหนดให้เป็นสิทธิที่สามารถตกทอดแก่ทายาทได้

⁷ Copyright Act 1988. Section 189.

ดังปรากฏใน มาตรา 18 ซึ่งบัญญัติว่า “...เมื่อผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย ทายาทของผู้สร้างสรรค์มีสิทธิที่จะฟ้องร้องบังคับตามสิทธิดังกล่าวได้ตลอดอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์...” แต่คำว่าทายาทดังกล่าวนี้ หมายถึงบุคคลใดบ้าง และหากผู้สร้างสรรค์ไม่มีทายาทใดๆ เลย แล้วบุคคลใดจะเป็นผู้ใช้กรรมสิทธิ์ต่อไป ยังเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณา ดังนี้

4.2.1 กรณีผู้สร้างสรรค์ซึ่งมีทายาทโดยธรรม หรือโดยพินัยกรรม

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าเมื่อผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย กรรมสิทธิ์ย่อมตกทอดแก่ทายาทของผู้สร้างสรรค์ แต่คำว่า “ทายาทของผู้สร้างสรรค์” นี้ นอกจากจะหมายถึงทายาทโดยสิทธิตามกฎหมาย หรือที่เรียกว่า “ทายาทโดยธรรม” แล้ว จะถือว่ามีความหมายรวมถึงทายาทที่มีสิทธิตามพินัยกรรม หรือที่เรียกว่า “ผู้รับพินัยกรรม” ด้วยหรือไม่

สำหรับในประเด็นนี้ อาจกล่าวได้ว่าโดยหลักทั่วไปแล้ว เมื่อบุคคลใดถึงแก่ความตาย มรดกของบุคคลนั้นย่อมตกทอดแก่ทายาท โดยกองมรดกของผู้ตาย ได้แก่ ทรัพย์สินทุกชนิดของผู้ตาย ตลอดทั้งสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบต่างๆ เว้นแต่ตามกฎหมายหรือว่าโดยสภาพแล้ว เป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้ อย่างไรก็ตาม ผู้ตายอาจแสดงเจตนาโดยพินัยกรรมกำหนดการเผื่อตายในเรื่องทรัพย์สินของตนเอง หรือในการต่างๆ อันจะให้เกิดเป็นผลบังคับได้ตามกฎหมายเมื่อตนตาย¹⁰ เป็นคำสั่งครั้งสุดท้ายโดยกำหนดไว้ในพินัยกรรม¹¹ กองมรดกดังกล่าวจึงย่อมตกทอดได้ทั้งแก่ทายาทโดยสิทธิตามกฎหมาย หรือโดยพินัยกรรม¹² ซึ่งทายาทที่มีสิทธิตามกฎหมาย เรียกว่า “ทายาทโดยธรรม” และทายาทที่มีสิทธิตามพินัยกรรม เรียกว่า “ผู้รับพินัยกรรม”¹³

ดังนั้น ทายาทตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงมี 2 ประเภท ได้แก่ ทายาทโดยธรรม และผู้รับพินัยกรรม ทั้งนี้ โดยลักษณะของทายาทโดยธรรม ย่อมเป็นบุคคลธรรมดา (Natural Person) เท่านั้น แต่ผู้รับพินัยกรรมนั้น หมายรวมถึงนิติบุคคล (Juristic Person) ด้วย¹⁴

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มิได้บัญญัติให้ความหมายคำว่า “ทายาท” ไว้โดยตรงว่ามีกี่ประเภท จึงต้องพิจารณาจากลักษณะของทายาทตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้กำหนดไว้ว่ามี 2 ประเภท

⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1599.

⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1600.

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1646.

¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1647.

¹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1603 วรรคแรก.

¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1603 วรรคสอง.

¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 581/2508 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6557/2541.

อย่างไรก็ตาม อาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติในการพิจารณาคดีของศาลได้ว่าทายาทที่มีสิทธิตามพินัยกรรม หรือที่เรียกว่า “ผู้รับพินัยกรรม” นี้ ถือเป็นทายาทตามเจตนารมณ์ของ มาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ด้วยหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าอาจตีความเจตนารมณ์ของกฎหมายไปได้ 2 แนวทาง คือ

แนวทางแรก อาจตีความได้ว่าคำว่าทายาทดังกล่าว หมายถึงเพียงทายาทโดยธรรมเท่านั้น โดยมีเหตุผลว่า ธรรมสิทธิ์ถือเป็นเรื่องที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจงและเป็นเรื่องทางจิตใจ ซึ่งทายาทโดยธรรมผู้ซึ่งใกล้ชิดกับผู้สร้างสรรค์งานมากที่สุดเท่านั้นที่ควรจะเป็นผู้ใช้ธรรมสิทธิ์แทนผู้สร้างสรรค์ต่อไป กรณีไม่ควรที่จะเป็นทายาทตามพินัยกรรมซึ่งอาจเป็นบุคคลใดก็ได้ ที่ไม่มีความเกี่ยวพันใดๆ กับผู้สร้างสรรค์เลย

แนวทางที่สอง อาจตีความได้ว่า คำว่าทายาทดังกล่าว นอกจากจะหมายถึงทายาทโดยธรรมแล้ว ยังหมายความรวมถึงทายาทที่มีสิทธิตามพินัยกรรมหรือที่เรียกว่าผู้รับพินัยกรรมด้วย โดยมีเหตุผลมาจากหลักในการเคารพเจตนาของเจ้ามรดก เพราะเมื่อพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กำหนดให้ธรรมสิทธิ์สามารถตกทอดแก่ทายาทได้เช่นเดียวกับทรัพย์สินอื่นของเจ้ามรดกแล้ว เจ้ามรดกซึ่งเป็นผู้สร้างสรรค์ก็มีสิทธิที่จะแสดงเจตนาให้ธรรมสิทธิ์ดังกล่าวตกทอดแก่บุคคลใดก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ผู้สร้างสรรค์เห็นสมควร

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างสองแนวทางที่กล่าวมา ผู้เขียนเห็นว่า ควรตีความไปในแนวทางที่สอง เพราะจะทำให้การบังคับใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีประสิทธิภาพตรงตามเจตนารมณ์ และเป็นธรรมกับผู้สร้างสรรค์มากที่สุด

ทั้งนี้ ตามข้อ 6 ทวิ (2) แห่งอนุสัญญากรุงเบิร์นฯ ได้กำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกเป็นผู้กำหนดไว้ในกฎหมายภายในของตนว่าบุคคลใดจะเป็นผู้ใช้ธรรมสิทธิ์ต่อไป ดังนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ของบางประเทศจึงได้กำหนดให้บุคคลซึ่งผู้สร้างสรรค์ได้กำหนดไว้ในพินัยกรรม สามารถใช้ธรรมสิทธิ์แทนผู้สร้างสรรค์ได้ เช่น ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายชีวิตล่อว์อย่างประเทศฝรั่งเศส กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดว่า ภายหลังจากผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตายแล้ว ทายาทจะเป็นผู้ใช้ธรรมสิทธิ์ต่อไป แต่บุคคลอื่นก็อาจใช้ธรรมสิทธิ์ได้ภายใต้ข้อกำหนดของพินัยกรรม¹⁵ หรือในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนล่อว์อย่างประเทศอังกฤษ¹⁶ กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดในทำนองเดียวกันให้บุคคลซึ่งถูกระบุไว้ในพินัยกรรมสามารถใช้ธรรมสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ได้ หรือในประเทศ

¹⁵ Law on the Intellectual Property Code. Article L121-1 Paragraph 4.

¹⁶ Copyright, Design and Patents Act 1988. Section 95 (1).

โซเชี่ยลลิสต์ล่อว้อย่างประเทศรัสเซีย¹⁷ กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดในทำนองเดียวกันให้บุคคลซึ่งถูกระบุไว้ในพินัยกรรมสามารถใช้กรรมสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ได้เช่นกัน เป็นต้น

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการตีความของศาลและเพื่อให้การบังคับใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีประสิทธิภาพและตรงกับเจตนารมณ์มากยิ่งขึ้น ผู้เขียนจึงเห็นว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ไทยควรกำหนดให้ชัดเจนในส่วนของคำว่าทายาท ให้มีความหมายรวมถึงทายาทตามพินัยกรรมด้วย เพื่อเกิดประโยชน์ในการใช้บังคับต่อไป

4.2.2 กรณีผู้สร้างสรรค์ซึ่งไม่มีทายาท

ในบางกรณี ผู้สร้างสรรค์ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา หรือผู้สร้างสรรค์ซึ่งเป็นนิติบุคคล เมื่อได้ถึงแก่ความตาย หรือเลิกนิติบุคคล ในอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ บุคคลธรรมดาอาจจะไม่มีทายาท หรือในกรณีนิติบุคคลโดยสภาพก็ไม่อาจมีทายาทได้ แต่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ก็มีได้กำหนดถึงกรณีดังกล่าวไว้โดยตรงเช่นกัน ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ บุคคลใดจะเป็นผู้ใช้กรรมสิทธิ์แทนผู้สร้างสรรค์ต่อไปภายในอายุแห่งการคุ้มครอง

ผู้เขียนเห็นว่า อาจต้องพิจารณาจากหลักทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กำหนดว่า หากบุคคลใดถึงแก่ความตายโดยไม่มีทายาทโดยธรรมหรือผู้รับพินัยกรรม หรือการตั้งมรดกนิยามพินัยกรรม มรดกของบุคคลนั้นตกทอดแก่แผ่นดิน¹⁸ ดังนั้น แผ่นดิน(State) จึงมีสิทธิรับมรดกได้ อย่างไรก็ตาม ในทางกฎหมายไม่ถือว่าแผ่นดินเป็นทายาท เพราะแผ่นดินก็คือรัฐ และรัฐไม่ใช่นิติบุคคล¹⁹ จึงไม่อาจที่จะเป็นทายาทได้ การรับมรดกของแผ่นดินเป็นการรับโดยผลของกฎหมาย²⁰ ดังนั้น หากผู้สร้างสรรค์ไม่มีทายาท งานลิขสิทธิ์ที่ย่อมตกทอดแก่แผ่นดินจะเป็นการยากที่จะรักษาไว้ซึ่งบูรณภาพของงาน (Integrity) เนื่องจากไม่มีผู้ดูแลปกป้องงานสร้างสรรค์อีกต่อไป รวมทั้งการให้งานลิขสิทธิ์ตกทอดแก่แผ่นดินเช่นเดียวกับกรณีของทรัพย์สินทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมีได้กำหนดว่าแผ่นดินหรือรัฐนั้น คือ บุคคลใดเป็นการไม่เหมาะสม เพราะแม้ลิขสิทธิ์จะเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่ง แต่ก็มีแตกต่างจากทรัพย์สินโดยทั่วไป เนื่องจากงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นงานสร้างสรรค์ที่ต้องใช้ความวิริยะอุตสาหะ พรสวรรค์ รวมทั้งร่างกาย แรงใจ และถือเป็นสิ่งที่สะท้อนถึงบุคลิกลักษณะส่วนบุคคลของผู้สร้างสรรค์ด้วย แม้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 18 กำหนดให้กรรมสิทธิ์สามารถตกทอดแก่ทายาทของผู้สร้างสรรค์ได้ก็ตาม

¹⁷ Civil Code of the Russian Federation. Article 1267 Clause 2.

¹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1753.

¹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 724/2490.

²⁰ พรชัย สุนทรพันธ์. (2542). *กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก*. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 134.

แต่หากไม่กำหนดให้บุคคลใดเป็นผู้ใช้ลิขสิทธิ์แทนในกรณีผู้สร้างสรรค์ดังกล่าวไม่มีทายาทแล้ว
ลิขสิทธิ์ก็จะต้องตายตามตัวของผู้สร้างสรรค์ไปด้วย ทั้งที่งานสร้างสรรค์และอายุแห่งการ
คุ้มครองลิขสิทธิ์และลิขสิทธิ์ยังคงมีอยู่

ทั้งนี้ ตามข้อ 6 ทวิ (2) แห่งอนุสัญญากรุงเบิร์นฯ ได้กำหนดให้ “บุคคล” หรือ “สถาบัน”
ของประเทศภาคีสมาชิกเป็นผู้ใช้ลิขสิทธิ์แทน ซึ่งคำว่าสถาบันนี้มีความหมายรวมถึง องค์กรที่
เป็นนิติบุคคลได้ด้วย ดังนั้น ในบางประเทศจึงกำหนดให้หน่วยงานของรัฐ เป็นผู้ใช้ลิขสิทธิ์แทน
เช่น ในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์อย่างประเทศเดนมาร์ก ได้กำหนดให้บุคคลซึ่งเป็นผู้สมรส ผู้สืบเชื้อสาย
โดยตรงขึ้นไปหรือพี่น้องเป็นผู้ใช้ลิขสิทธิ์ แต่หากไม่มีบุคคลดังกล่าว หน่วยงานของรัฐจะเป็น
ผู้ใช้ลิขสิทธิ์แทน²¹ หรือกลุ่มประเทศไซเชิลลิสต์ลอว์อย่างประเทศบัลแกเรีย หากผู้สร้างสรรค์
ไม่มีทายาทหรือทายาทถึงแก่ความตายก่อนอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์สิ้นสุดลง กระทรวง
วัฒนธรรม (Ministry of Culture) จะเป็นผู้ดูแลและใช้ลิขสิทธิ์แทน หรือในประเทศเอสโตเนีย
กฎหมายกำหนดให้ภายหลังสิ้นสุดอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว สิทธิในความเป็นผู้สร้างสรรค์งาน
สิทธิในเรื่องชื่อของผู้สร้างสรรค์ และสิทธิในเรื่องของเกียรติคุณหรือชื่อเสียงของผู้สร้างสรรค์
จะได้รับการคุ้มครองดูแลต่อไปโดยกระทรวงยุติธรรม (Ministry of Justice)²² นอกจากนี้ ประเทศ
เวียดนาม กฎหมายลิขสิทธิ์ได้กำหนดให้รัฐสามารถใช้เศรษฐกิจและลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์
ได้ด้วย ในกรณีงานซึ่งไม่ปรากฏชื่อผู้สร้างสรรค์ หรืองานซึ่งยังไม่สิ้นสุดอายุแห่งการคุ้มครอง
แต่ทายาทถึงแก่ความตายไปแล้ว หรือมีการสละลิขสิทธิ์โดยทายาทหรือกรณีเจ้าของลิขสิทธิ์โอน
ลิขสิทธิ์ให้แก่รัฐไปแล้ว²³ โดยให้รัฐเป็นผู้ถือลิขสิทธิ์และประกาศงานอันมีลิขสิทธิ์ที่รัฐเป็นเจ้าของ
ดังกล่าว²⁴ เป็นต้น ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายของประเทศดังกล่าว ถือเป็นบทบัญญัติที่สามารถแก้ปัญหา
ที่เกิดขึ้นในกรณีนี้ได้โดยสมบูรณ์

ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองงานสร้างสรรค์ ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย
ควรกำหนดถึงกรณีผู้ใช้ลิขสิทธิ์ในกรณีที่ไม่มีทายาทรองรับไว้ด้วย เพื่อป้องกันไม่ให้ลิขสิทธิ์

²¹ Denmark, Copyright Act 1995. Section 81 (3).

²² Estonia, Copyright Act 1992. Article 88 (3).

²³ The law on Intellectual Property. Article 42 Clause 1 The State shall be the holder of copyright to the following works: a/Anonymous works; b/Works, of which terms of protection have not expired but their copyright holders die in default of heirs, heirs renounce succession or are deprived of the right to succession. C/Works, over which the ownership right has been assigned by their copyright holders to the State.

²⁴ The law on Intellectual Property. Article 42 Clause 2 The Government shall specify the use of works under the State ownership.

ต้องตายตามตัวของผู้สร้างสรรค์ไป เพราะงานอันมีลิขสิทธิ์บางประเภทเป็นงานที่อาจถือเป็นเอกลักษณ์ของชาติไทยและมีค่าควรแก่การศึกษาหรือรักษาไว้สืบไป

อย่างไรก็ตาม กฎหมายลิขสิทธิ์ยังไม่จำเป็นต้องระบุหน่วยงานที่ต้องเข้ามาดูแล โดยเฉพาะแต่อาจกำหนดเปิดช่องให้ “หน่วยงานของรัฐ” เป็นผู้ใช้กรรมสิทธิ์ต่อไป ทั้งนี้ เพื่อความเหมาะสมในกรณีงานลิขสิทธิ์บางประเภทมีความเกี่ยวข้องกับหน่วยงานของรัฐหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งเป็นการเฉพาะด้วย หน่วยงานดังกล่าวจึงมีความเหมาะสมที่จะเป็นผู้ใช้กรรมสิทธิ์ปกป้องงานลิขสิทธิ์ต่อไปนั่นเอง

4.3 ปัญหาเรื่องการโอนและสละกรรมสิทธิ์

กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิที่สามารถโอนไปยังบุคคลอื่นได้หรือไม่ กฎหมายมิได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ดังนั้น หากผู้สร้างสรรค์จะทำการโอนกรรมสิทธิ์ไปยังบุคคลอื่นจะสามารถทำได้หรือไม่และมีผลเช่นไร นอกจากนี้ การที่กฎหมายลิขสิทธิ์อนุญาตให้ผู้สร้างสรรค์หรือทายาทสามารถตกลงยกเว้น หรือสละกรรมสิทธิ์ของตนได้ ดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ถือว่ามีความเหมาะสมกับสภาพของสังคมไทยแล้วหรือไม่ ยังเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณา

4.3.1 ปัญหาการโอนกรรมสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีบทบัญญัติอนุญาตให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถโอนลิขสิทธิ์ให้แก่กันได้²⁵ โดยจะโอนทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่บุคคลอื่นก็ได้ รวมทั้งจะโอนให้โดยมีกำหนดเวลาหรือตลอดอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ก็ได้²⁶ การโอนดังกล่าวสามารถแบ่งได้ 2 ประการ ประการแรก คือ การโอนโดยมีค่าตอบแทน เช่น การซื้อขาย และประการที่สอง คือ การให้โดยเสนหา²⁷ ตัวอย่างเช่น นายธีระ ซึ่งเป็นจิตรกรผู้มีชื่อเสียงโด่งดัง ได้สร้างสรรค์ภาพรูปดอกกุหลาบสีแดงขึ้นหนึ่งภาพ โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะมอบเป็นของขวัญวันเกิดให้แก่ นางสาวลัดดาคนรักของตน เมื่อวาดภาพดังกล่าวเสร็จแล้ว นายธีระจึงทำหนังสือโอนลิขสิทธิ์ในงานดังกล่าวให้แก่ นางสาวลัดดา โดยในหนังสือดังกล่าวได้ระบุโอนกรรมสิทธิ์ (Moral Rights) ให้แก่ นางสาวลัดดา

²⁵ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537. มาตรา 17 วรรคแรก บัญญัติว่า “ลิขสิทธิ์นั้นยอมโอนให้แก่กันได้”.

²⁶ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537. มาตรา 17 วรรคสอง บัญญัติว่า “เจ้าของลิขสิทธิ์อาจโอนลิขสิทธิ์ของตนทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่บุคคลอื่นได้ และจะโอนให้โดยมีกำหนดเวลาหรือตลอดอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ก็ได้”.

²⁷ นิวัฒน์ มีลาภ. (2546). *กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา: กฎหมายลิขสิทธิ์*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 22.

ไปด้วย เนื่องจากเห็นว่าไม่ยากกว่าถ่ายใดๆ ต่อภาพนั้นอีก เพื่อเป็นการให้เกียรตินางสาวลัดดา ดังนั้น ปัญหาว่าการที่ นายธีระ ทำการ โอนกรรมสิทธิ์แก่ นางสาวลัดดา เช่นนี้จะสามารถทำได้หรือไม่ และมีผลทางกฎหมายเป็นเช่นไร

หากพิจารณาบทบัญญัติตอนท้ายของ มาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งบัญญัติว่า “...ทั้งนี้ เว้นแต่จะ ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นเป็นลายลักษณ์อักษร” ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัตินี้ มุ่งเน้นการตกลงยกเว้นในเรื่องของการที่ผู้สร้างสรรค์ตั้งใจที่จะสละหรือไม่ใช้กรรมสิทธิ์ของคนเท่านั้น มิได้มีวัตถุประสงค์อนุญาตให้ผู้สร้างสรรค์สามารถโอนกรรมสิทธิ์ของตนไปยังบุคคลอื่นได้ ดังเช่นกรณีของการโอนลิขสิทธิ์ ซึ่งถือเป็นเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์แต่อย่างใดไม่อย่างไรก็ตาม กฎหมายลิขสิทธิ์ก็ได้กำหนดกรณีนี้ไว้โดยเฉพาะเจาะจงว่าสามารถโอนได้หรือไม่ และหากมีการโอนกรรมสิทธิ์ไปแล้ว นิติกรรมการโอนดังกล่าวจะมีผลเป็นเช่นไร

ในมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเรื่องนิติกรรม บัญญัติให้การซึ่งมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็น โฆษะ²⁸ นั่นคือ นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า มีกฎหมายห้ามไว้โดยตรงว่ามีให้กระทำ²⁹ หากแสดงเจตนาทำนิติกรรมไปแล้วก็จะเสียเปล่าไป ไม่มีผลในกฎหมายที่จะทำให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิหรือนิติสัมพันธ์ผูกพันกันนั่นเอง³⁰ ซึ่งเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ก็ไม่พบว่าได้กำหนดให้กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิที่ไม่สามารถโอนไปได้โดยชัดแจ้ง ดังนั้น จึงถือได้ว่านิติกรรมการโอนกรรมสิทธิ์ไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เนื่องจากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าโอนไม่ได้ นิติกรรมการโอนจึงไม่ตกเป็น โฆษะ

หากพิจารณาต่อไปว่า นิติกรรมการโอนกรรมสิทธิ์เป็นการอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนได้หรือไม่ ซึ่งพิจารณาได้ยาก เนื่องจากส่วนมากกฎหมายก็ได้เขียนไว้ชัด จึงต้องพิจารณาด้วยบทเป็นเรื่องราว ไป ซึ่งปัจจุบันถือเกณฑ์ว่าต้องพิจารณาประโยชน์ส่วนรวมของสังคมเป็นหลัก³¹ ดังนั้น หากพิจารณาจากประโยชน์ส่วนรวมเป็นหลักแล้ว ก็อาจถือได้ว่า

²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการหันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็น โฆษะ”.

²⁹ วีระ โชคเหมาะ. (2526). *คู่มือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: กราฟิการ์ต. หน้า 33.

³⁰ พวงผกา บุญโสภณ. (2551). *กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา*. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 32.

³¹ วีระ โชคเหมาะ. อ้างแล้ว. หน้า 35.

นิติกรรมนี้ไม่น่าจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเพราะการ โอนกรรมสิทธิ์ มิได้มีผลกระทบใดๆ ต่อประโยชน์ส่วนรวมของสังคม นอกจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 แล้ว กฎหมายยังให้เสรีภาพแก่บุคคลในการแสดงเจตนาทำนิติกรรม โดยจะกำหนดวัตถุประสงค์ของนิติกรรมอย่างใดก็ได้ แม้เรื่องนั้นมีกฎหมายบัญญัติไว้แล้วทำให้ คู่กรณีมีสิทธิหน้าที่ต่อกันอย่างไร ถ้าไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน บุคคลก็แสดงเจตนาทำนิติกรรมให้มีผลเป็นอย่างอื่นได้³² ดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 151³³ ดังนั้น นิติกรรมการ โอนกรรมสิทธิ์จึงสามารถทำได้ เนื่องจากไม่ถือว่านิติกรรมการ โอนกรรมสิทธิ์นี้ เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า นิติกรรมการ โอนกรรมสิทธิ์ไปยังบุคคลอื่นของผู้สร้างสรรค์ ไม่เป็นการต้องห้าม อันจะทำให้นิติกรรมเป็นโมฆะ ไม่ว่าจะตามบทบัญญัติ มาตรา 150 หรือ มาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม แต่หากพิจารณาในแง่ทฤษฎีแห่งการ ค้ำครองกรรมสิทธิ์แล้วจะถือว่าสิทธินี้เป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้สร้างสรรค์ซึ่งไม่สามารถที่จะโอน ให้แก่กันได้หรือไม่ อย่างไร

ในเรื่องนี้ ผู้เขียนเห็นว่า หากพิจารณาในแง่ทฤษฎีแห่งการค้ำครองกรรมสิทธิ์ การอนุญาต ให้สามารถทำนิติกรรม โอนกรรมสิทธิ์ได้ถือว่าขัดกับหลักทฤษฎีและเจตนารมณ์แห่งการค้ำครอง กรรมสิทธิ์เป็นอย่างยิ่ง เพราะกรรมสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากการมุ่ง ประสงค์ตอบแทนผู้สร้างสรรค์ซึ่งเป็นผู้ใช้ร่างกายและแรงใจสร้างสร้งงานอันมีลิขสิทธิ์ เพื่อให้ สังคมได้ใช้ประโยชน์ และขณะเดียวกันก็มุ่งปกป้องงานสร้างสร้งซึ่งประกอบไปด้วยบุคลิกลักษณะ ส่วนบุคคลของผู้สร้างสรรค์ มิให้ต้องเสื่อมเสียหรือมีผลกระทบกับชื่อเสียง หรือเกียรติคุณของ ผู้สร้างสรรค์

ดังนั้น กรรมสิทธิ์จึงควรเป็นสิทธิที่ให้แกผู้สร้างสร้งงานอันมีลิขสิทธิ์เท่านั้น ไม่ควรที่ จะให้แก่บุคคลอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับการสร้างสร้งงานมีสิทธิใช้กรรมสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ได้ แม้ในทางปฏิบัติกรรมสิทธิ์จะสามารถตกทอดไปยังทายาทของผู้สร้างสรรค์ได้ แต่ทายาทดังกล่าว ก็หาใช่ผู้ได้รับการค้ำครองกรรมสิทธิ์โดยตรงไม่ หากแต่เป็นเพียงผู้ใช้กรรมสิทธิ์ปกป้องงาน สร้งสร้งแทนผู้สร้างสรรค์ต่อไปเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ กรรมสิทธิ์จึงควรเป็นสิทธิที่ไม่สามารถโอน ไปยังบุคคลอื่นได้ เพราะหากอนุญาตให้โอนกรรมสิทธิ์ได้ก็จะทำให้กรรมสิทธิ์มีลักษณะ เช่นเดียวกับเศรษฐกิจ อันผิดไปจากเจตนารมณ์แห่งการค้ำครอง

³² พวงผกา บุญโสภณชัย. อ้างแล้ว. หน้า 49.

³³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 151 บัญญัติว่า “การใดเป็นการอันแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ”.

ในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ซึ่งใช้ระบบลิขสิทธิ์แบบสิทธิของผู้สร้างสรรค์ กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเหล่านี้ล้วนกำหนดให้กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิที่ไม่สามารถโอนไปยังบุคคลอื่นได้โดยชัดแจ้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศฝรั่งเศส กฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติห้ามมิให้มีการโอนกรรมสิทธิ์อย่างชัดแจ้งไม่ว่ากรณีใดก็ตาม³⁴ และหากมีการโอนจะถือเป็นโมฆะตามกฎหมายแพ่งทันที³⁵ ในประเทศกรีซ กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดให้กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิที่ไม่สามารถโอนได้ และหากมีการตกลงโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่กัน ข้อตกลงดังกล่าวถือเป็นโมฆะ³⁶ อันแสดงให้เห็นว่านิติกรรมการโอนกรรมสิทธิ์ถือว่าเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย

ตามข้อ 6 ทวิ แห่งอนุสัญญากรุงเบิร์นฯ มิได้บัญญัติห้ามผู้สร้างสรรค์โอนกรรมสิทธิ์ไว้โดยตรง คงบัญญัติไว้แต่เพียงว่า “Independently of the Author’s Economic Rights and even after the Transfer of the said Rights, the Author shall have the Right to...” ซึ่งหมายความว่า “นอกเหนือจากเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์ และแม้ผู้สร้างสรรค์จะได้โอนสิทธิดังกล่าวไปแล้ว ผู้สร้างสรรค์ยังมีสิทธิ...” แต่จากบทบัญญัตินี้ก็อาจแปลได้ว่ากรรมสิทธิ์ไม่สามารถโอนไปได้ เพราะผู้สร้างสรรค์ยังคงมีกรรมสิทธิ์อยู่นั่นเอง อย่างไรก็ตาม อนุสัญญากรุงเบิร์นฯ ได้เปิดช่องให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถกำหนดเป็นอย่างอื่นก็ได้ ดังนั้น ประเทศในระบบไซเชิลลิสต์ล่อว์บางประเทศจึงบัญญัติให้ผู้สร้างสรรค์สามารถโอนกรรมสิทธิ์ของตนได้ด้วย เช่น ประเทศบัลแกเรีย กฎหมายกำหนดห้ามเฉพาะสิทธิในความเป็นผู้สร้างสรรค์เท่านั้น ที่ไม่สามารถโอนหรือสละเสียได้ แต่กรรมสิทธิ์ในข้ออื่นสามารถโอนได้โดยการแสดงออกชัดแจ้งและทำเป็นลายลักษณ์อักษร³⁷ ประเทศเวียดนาม กฎหมายกำหนดให้สิทธิในการตัดสินใจเผยแพร่ผลงานสามารถโอนไปได้ เพียงแต่ต้องคำนึงถึงกรอบของสัญญาลิขสิทธิ์ด้วย³⁸

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่ากรรมสิทธิ์ที่กฎหมายกำหนดให้สามารถโอนได้นี้ เป็นเพียงกรรมสิทธิ์ประเภทสิทธิในการตัดสินใจเผยแพร่ผลงานสร้างสรรค์ซึ่งถือว่ามีความซ้ำซ้อนกับเศรษฐกิจเท่านั้น และประเทศไทยก็ได้ให้การคุ้มครองกรรมสิทธิ์ประเภทนี้ด้วย ดังนั้น จึงอาจถือได้ว่าสิทธิในความเป็นผู้สร้างสรรค์และสิทธิในการคงไว้ซึ่งบูรณภาพของงานสร้างสรรค์ซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานที่สำคัญ ยังถูกห้ามมิให้มีการโอนให้แก่กันได้เช่นเดียวกันทั่วโลกนั่นเอง

³⁴ Law on the Intellectual Property Code. Article L121-1 Paragraph 3.

³⁵ Geller, P.E. and Nimmer, M. B. (2008). *International Copyright Law and Practice*. n.p. p.107

³⁶ Copyright, Related Rights and Culture Matters 1993. Article 14.

³⁷ Law on Copyright and Neighbouring Rights 1993. Article 16.

³⁸ Copyright, Design and Patents Act 1988. Section 94.

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย ผู้ศึกษาเห็นว่า มีเจตนารมณ์ที่จะไม่อนุญาตให้ผู้สร้างสรรค์สามารถโอนกรรมสิทธิ์ของตนไปยังบุคคลอื่นได้ โดยอาจพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ ซึ่งประเทศไทยได้นำมาเป็นแบบอย่างในการร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยจะเห็นได้ว่า กฎหมายลิขสิทธิ์มาตรา 94 กำหนดไว้โดยชัดเจนว่ากรรมสิทธิ์เป็นสิทธิที่ไม่สามารถโอนไปได้³⁹ เพียงแต่สามารถสละได้โดยความยินยอมของผู้สร้างสรรค์เท่านั้น ด้วยการทำเป็นหนังสือ หรือลายลักษณ์อักษร และจะสละสิทธินี้เฉพาะงานใดงานหนึ่งหรือระบุเฉพาะส่วน หรือสละสิทธิในงานทั่วไป หรือในงานที่มีอยู่แล้วหรืออาจมีขึ้นในอนาคตก็ได้ โดยจะมีเงื่อนไขหรือไม่ก็ได้ อย่างไรก็ตาม ผู้สร้างสรรค์อาจยกเลิกการสละกรรมสิทธิ์ได้ ซึ่งตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการสละกรรมสิทธิ์เช่นกัน เพียงแต่ไม่มีบทบัญญัติกำหนดห้ามผู้สร้างสรรค์โอนกรรมสิทธิ์ของตนอย่างชัดเจนดังเช่นประเทศอังกฤษเท่านั้น ดังนั้น จากที่ได้วิเคราะห์มาแล้วทั้งหมดนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิที่ไม่สามารถทำนิติกรรมโอนไปยังบุคคลอื่นได้

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากพัฒนาการของกรรมสิทธิ์ที่ปรากฏในกฎหมายไทย ยังอยู่ระดับที่ต่ำ จึงทำให้ผู้สร้างสรรค์ไม่อาจแยกสิทธิในกรรมสิทธิ์และเศรษฐกิจสิทธิออกจากกันได้ และอาจก่อให้เกิดปัญหาและข้อสงสัยว่าเมื่อกฎหมายกำหนดให้ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิที่สามารถโอนไปได้แล้ว เหตุใดกรรมสิทธิ์ซึ่งเป็นสิทธิหนึ่งในลิขสิทธิ์จะ โอนไปไม่ได้ด้วย และด้วยเหตุที่ประเทศไทยมิใช่เจ้าของทฤษฎีการคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยตรง การพิจารณาของศาลจึงไม่อาจที่จะยกทฤษฎีขึ้นมาตัดสินได้โดยลำพัง อย่างเช่นกรณีของประเทศฝรั่งเศส หากแต่ต้องอาศัยตัวบทกฎหมายที่กำหนดชัดเจนมาวินิจฉัยตัดสินคดีตามนิติวิธีของระบบซีวิลลอว์เท่านั้น

ดังนั้น การที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไทยไม่บัญญัติเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ไว้โดยชัดเจนว่ากรรมสิทธิ์สามารถโอนไปยังบุคคลอื่นได้หรือไม่ในกฎหมายแล้ว ย่อมก่อให้เกิดปัญหาที่จะต้องตีความกฎหมายตามมาในภายหลัง

4.3.2 ปัญหาการสละกรรมสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์

การตกลงยกเว้นหรือสละกรรมสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ เพิ่งปรากฏขึ้นครั้งแรกในมาตรา 18 ตอนท้ายแห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยมีความว่า “...ทั้งนี้ เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นเป็นลายลักษณ์อักษร” ซึ่งถือว่ามีลักษณะและหลักการเดียวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศคอมมอนลอว์อย่างประเทศอังกฤษที่เน้นให้การคุ้มครองเศรษฐกิจสิทธิของผู้สร้างสรรค์เป็นสำคัญ⁴⁰ ผู้สร้างสรรค์จึงสามารถตกลงสละกรรมสิทธิ์ของตนได้ แต่การที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไทย

³⁹ Copyright, Design and Patents Act 1988. Section 94.

⁴⁰ ไชยศ เหมรัชตะ คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ หน้า 168

อนุญาตให้ผู้สร้างสรรค์สามารถตกลงสิทธิของตนได้ เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษนี้ ถือว่าเหมาะสมแล้วหรือไม่

หากพิจารณาจากทฤษฎีกรรมสิทธิ์ในกลุ่มประเทศจีวีแอลอย่างประเทศฝรั่งเศส จะพบว่าโดยทฤษฎีแล้วกรรมสิทธิ์เป็นสิทธิที่ติดตัวผู้สร้างสรรค์และไม่สามารถที่จะสูญเสียได้ ซึ่งหากมีการสละกรรมสิทธิ์ก็จะมีผลทางกฎหมายให้เป็นโมฆะ หรือประเทศเดนมาร์ก กฎหมายกำหนดอย่างชัดเจนว่ากรรมสิทธิ์ไม่สามารถสูญเสียได้ซึ่งหมายความว่ากรรมสิทธิ์เป็นสิทธิที่ติดตัวผู้สร้างสรรค์และไม่สามารถที่จะสูญเสียได้ไม่ว่ากรณีใดๆ⁴¹

ตามข้อ 6 ทวิแห่งอนุสัญญากรุงเบิร์นฯ มิได้บัญญัติห้ามการสละกรรมสิทธิ์ไว้โดยตรง คงบัญญัติไว้แต่เพียงว่า “Independently of the Author’s Economic Rights and even after the Transfer of the said Rights, the Author shall have the Right to...” ซึ่งหมายความว่า “นอกเหนือจากเศรษฐกิจสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ และแม้ผู้สร้างสรรค์จะได้โอนสิทธิดังกล่าวไปแล้ว ผู้สร้างสรรค์ยังมีสิทธิ...” แต่จากบทบัญญัตินี้อาจแปลความได้ว่ากรรมสิทธิ์ไม่สามารถสละได้ เนื่องจากแม้ผู้สร้างสรรค์จะได้โอนเศรษฐกิจสิทธิ์ของตนไปแล้วก็ตาม ผู้สร้างสรรค์ก็ยังคงมีกรรมสิทธิ์อยู่นั่นเอง ไม่ได้โอนตามไปด้วย อย่างไรก็ตาม อนุสัญญากรุงเบิร์นฯ ก็ได้เปิดช่องแก่ประเทศสมาชิกที่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นก็ได้ ดังนั้น ประเทศระบบคอมมอนลอว์อย่างประเทศอังกฤษจึงบัญญัติให้ผู้สร้างสรรค์สามารถที่จะสละกรรมสิทธิ์ของตนเสียได้โดยการทำเป็นลายลักษณ์อักษร⁴²

การที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไทยบัญญัติให้ผู้สร้างสรรค์สามารถตกลงสิทธิได้นั้น ผู้เขียนเห็นว่า อาจเนื่องมาจากกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับนี้ร่างขึ้น โดยยึดกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษมาเป็นแบบอย่างในการร่าง ซึ่งการที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไทยรับเอาหลักการเรื่องการสละกรรมสิทธิ์มาด้วยนี้ อาจเป็นการขัดกับหลักกรรมสิทธิ์ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นที่ถือเป็นการมองข้ามความสำคัญที่แท้จริงของกรรมสิทธิ์เสมือนว่ากรรมสิทธิ์เป็นเพียงสิทธิในการแสวงหาประโยชน์ในรูปตัวเงิน (Exploitation Rights) หรือเป็นข้อต่อรอง (Bargain) ทางธุรกิจทางหนึ่ง เช่นเดียวกับเศรษฐกิจสิทธิ์เท่านั้น ทั้งที่แท้จริงแล้วกรรมสิทธิ์ถือเป็นสิทธิในศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์อย่างหนึ่งก็ว่าได้ เนื่องจากการคุ้มครองถึงเกียรติภูมิของผู้ที่ทุ่มเททั้งร่างกายและแรงใจสร้างสรรค์งานอันเป็นประโยชน์ต่อสังคม

ทั้งนี้ อาจกล่าวได้ว่า สิทธิในความเป็นผู้สร้างสรรค์ (Authorship Right) และสิทธิในการคงไว้ซึ่งบูรณภาพของงาน (Integrity Right) ตามกฎหมายลิขสิทธิ์นี้ อาจเทียบเคียงได้กับ “สิทธิของ

⁴¹ Copyright Act 1992. Article 11 (2) and Article 28 (1).

⁴² Copyright, Design and Patents Act 1988. Section 87 (3).

บิดาที่จะอ้างความเป็นผู้ให้กำเนิดแก่บุตร”⁴³ หรือ “Paternity Right” ซึ่งไม่สามารถสละเสียได้ หรือ คล้ายกับบทบัญญัติ มาตรา 1598/41 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว ซึ่งบัญญัติว่า “สิทธิที่จะได้ค่าอุปการะเลี้ยงดูนั้น จะสละหรือโอนมิได้และไม่อยู่ในข่ายแห่งการ บังคับคดี” เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไทยอนุญาตให้ผู้สร้างสรรค์สามารถสละกรรมสิทธิ์ ได้ อาจมีความเหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน เนื่องจากเหตุผลใน 2 ประการ ได้แก่

เหตุผลประการแรก เป็นเหตุผลสืบเนื่องมาจากการมองในสภาพแห่งความเป็นจริงว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ไทยในปัจจุบัน ได้รับอิทธิพลจากระบบลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ ซึ่งเน้นการคุ้มครองกรรมสิทธิ์เป็นสำคัญน้อยมาก ทั้งที่ประเทศไทยจัดอยู่ในกลุ่มประเทศซิวิลลอว์เช่นเดียวกับ ประเทศฝรั่งเศส ดังนั้น พัฒนาการเรื่องกรรมสิทธิ์ในประเทศไทยจึงอยู่ในระดับที่ต่ำ ในขณะที่ด้วยกัน ประเทศไทยกลับได้รับอิทธิพลจากกฎหมายลิขสิทธิ์ในระบบสิทธิในการทำสำเนา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเทศอังกฤษอย่างชัดเจน ดังเห็นได้ชัดว่าบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยกำหนดให้กรรมสิทธิ์ สามารถสละเสียได้ หรือในกรณีการกำหนดให้นักแสดงได้รับการคุ้มครองในฐานะสิทธิข้างเคียง เพียงประเภทเดียวเท่านั้น เป็นต้น

เหตุผลประการที่สอง คือ หากพิจารณาในบริบทของสังคมไทยในปัจจุบัน ยังถือว่าเป็น ประเทศที่กำลังพัฒนา การดำเนินธุรกิจยังต้องคำนึงถึงต้นทุนมากกว่าการเคารพกรรมสิทธิ์ ซึ่งเป็นสิทธิ อันมิใช่ตัวเงิน เนื่องจากต้องคำนึงถึงประโยชน์ทางการเงินมากกว่าสุนทรียภาพของงาน จึงไม่สามารถ แยกเศรษฐกิจออกจากกรรมสิทธิ์ได้ นอกจากนี้ ยังอาจมองว่ากรรมสิทธิ์จะเป็นตัวขัดขวางการ ประกอบธุรกิจด้วย เนื่องจากผู้สร้างสรรค์ยังสามารถที่จะเฝ้าติดตามดูการใช้ลิขสิทธิ์ได้ตลอดเวลา และหากมีการบิดเบือน ตัดทอน ดัดแปลง หรือทำโดยประการอื่นใดแก่งานก็อาจถูกผู้สร้างสรรค์ ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจนอาจไม่มีผลกำไรจากการประกอบธุรกิจเลย ดังนั้น การที่กฎหมาย อนุญาตให้ผู้สร้างสรรค์สามารถดกกลงสละกรรมสิทธิ์ได้ย่อมทำให้ผู้ประกอบการที่รับโอนงาน อันมีลิขสิทธิ์ไปไม่ต้องคำนึงถึงต้นทุนที่จะเกิดตามมาหากผู้สร้างสรรค์ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ในกรณีที่ผู้ประกอบการต้องการกระทำการสร้างสรรค์เพื่อให้เกิดความแปลกใหม่ เพื่อสร้าง ความสนใจ หรือเพื่อให้ธุรกิจอยู่รอด ซึ่งการกระทำนั้นอาจกระทบต่อกรรมสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ได้ หากกฎหมายกำหนดให้ผู้สร้างสรรค์ไม่สามารถดกกลงสละกรรมสิทธิ์ได้เสียแล้วก็ย่อมทำให้การ ดำเนินธุรกิจเกิดความไม่แน่นอน เป็นต้น

ในปัจจุบัน การกำหนดอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ไว้ตลอดอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ จะจะมีเหตุผลมากกว่า อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า สภาพเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมของสังคมไทย

⁴³ วิชัย อริษะนันท์ทกะ. (2529). “กรรมสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์”. *บทบัญญัติ* 42, 2. หน้า 419.

อาจมีการเปลี่ยนแปลงไปได้เช่นกัน และหากในอนาคตมีแนวทางการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่เปลี่ยนแปลงไปในแนวทางของประเทศที่มีพัฒนาการในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่สูงขึ้น กฎหมายลิขสิทธิ์ไทยก็อาจกำหนดให้ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิที่ไม่สามารถสละเสียได้ ซึ่งจะทำให้ผู้สร้างสรรค์ได้รับการคุ้มครองตามหลักการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่แท้จริงและสามารถแยกเจตนารมณ์แห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์และเศรษฐกิจสิทธิออกจากกันได้ชัดเจนขึ้น

4.4 ปัญหาเรื่องการกำหนดค่าสินไหมทดแทนกรณีละเมิดลิขสิทธิ์

เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ไว้โดยเฉพาะดังเช่นกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่บัญญัติให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในรูปของค่าปรับกึ่งหนึ่งที่ได้ชำระตามคำพิพากษา เพราะคำว่าลิขสิทธิ์ตามมาตรา 76 ไม่หมายความรวมถึงสิทธิตามมาตรา 18 ซึ่งเป็นสิทธิที่มีลักษณะเช่นเดียวกับสิทธิที่เรียกว่า ธรรมสิทธิ (Moral Rights) หรือสิทธิในทางศีลธรรมด้วย

บทกำหนดโทษในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์จึงไม่ใช่บทกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 18 หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ไม่ใช่บทกำหนดโทษผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย ฉะนั้นค่าปรับกึ่งหนึ่งที่ได้ชำระตามคำพิพากษา ซึ่งจ่ายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์นั้น เจ้าของลิขสิทธิ์อาจไม่ใช่ผู้สร้างสรรค์ตามมาตรา 18 ก็ได้ เช่น กรณีที่ผู้สร้างสรรค์ได้โอนลิขสิทธิ์ไปแล้ว หรือแม้ในกรณีที่ผู้สร้างสรรค์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์แต่ผู้กระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นมิได้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจากเป็นผู้ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ เช่น ได้รับอนุญาตให้พิมพ์บทประพันธ์เพื่อจำหน่าย จึงไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ แต่การพิมพ์ซ้ำเพื่อจำหน่ายนั้นไม่ระบุชื่อผู้ประพันธ์ซึ่งเป็นผู้สร้างสรรค์ในสำเนางานนั้นจึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น

ในกรณีต่างๆ ดังกล่าวนี้ ผู้สร้างสรรค์ซึ่งถูกละเมิดลิขสิทธิ์จึงไม่อาจได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อเยียวยาความเสียหายตามมาตรา 76 นี้ได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อสิทธิตามมาตรา 18 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์เป็นสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิดตามมาตรา 420 ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 18 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ จึงเป็นผู้กระทำละเมิดจำต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน และเมื่อกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนไว้ จึงต้องอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด มาตรา 438 มาเป็นหลักเกณฑ์ในการเยียวยาความเสียหายแก่ผู้สร้างสรรค์ ซึ่งตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวยังมีปัญหาในเรื่องหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ดังนี้ คือ

1) การกำหนดค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่เกิดละเมิดลิขสิทธิ์ในคุณภาพแห่งงานนั้น ไม่เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ หรือการกระทำนั้นทำให้ชื่อเสียงของผู้สร้างสรรค์ดีขึ้น

ในกรณีที่การบิดเบือน ตัดทอน ดัดแปลง หรือทำโดยประการอื่นใดแก่งานสร้างสรรค์ ไม่ทำให้ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์เสื่อมค่าหรือลดน้อยลง และโดยเฉพาะอย่างยิ่งทำให้ชื่อเสียงของผู้สร้างสรรค์ดีขึ้นหรือเพิ่มความนิยมมากขึ้น การบิดเบือน ตัดทอน ดัดแปลง หรือทำโดยประการอื่นใดแก่งานนั้น จึงไม่เป็นการล่วงสิทธิของผู้สร้างสรรค์ตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์รับรอง ในมาตรา 18 และไม่ใช้ความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิดตามมาตรา 420 ผู้กระทำการดังกล่าวนี้จึงไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน

กรณีดังกล่าวจึงไม่เป็นธรรมสำหรับผู้สร้างสรรค์ เนื่องจากงานสร้างสรรค์ซึ่งมีคุณค่า และศักดิ์ศรีอันผูกพันเชื่อมโยงกับจิตใจของผู้สร้างสรรค์ที่จะมีสิทธิโดยชอบธรรมในการปกป้องเกียรติยศ ความภาคภูมิใจในเอกลักษณ์หรือนุคลิกภาพความเป็นบุคคลของคนที่ได้ถ่ายทอดลงในงาน จนไม่อาจแยกออกจากตัวผู้สร้างสรรค์ได้นั้น ถูกทำลายลงจนเป็นที่เสียหาย บิดเบือน เปลี่ยนแปลง ไปจากงานเดิมอันเป็นต้นฉบับ ซึ่งเป็นการบิดเบือนเปลี่ยนแปลงนุคลิกภาพแท้จริงของผู้สร้างสรรค์ ซึ่งถ่ายทอดลงบนงานนั้นด้วย แต่ผู้สร้างสรรค์ก็ไม่อาจได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการเยียวยาความเสียหายใดๆ

ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรบัญญัติกฎหมายให้การคุ้มครองแก่ลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ แม้การบิดเบือน ตัดทอน ดัดแปลงหรือทำโดยประการอื่นใดแก่งานนั้นจะไม่ทำให้ชื่อเสียงของผู้สร้างสรรค์เสื่อมค่าก็ตาม เพราะธรรมะมีลักษณะเป็นสิทธิทางจิตใจซึ่งมีอยู่โดยชอบธรรมตามธรรมชาติของผู้สร้างสรรค์ หรือเป็นสิทธิในทางศีลธรรมที่จะปกป้องผลงานของตนมิให้ถูกบิดเบือน เปลี่ยนแปลง ไม่ว่าจะการบิดเบือน เปลี่ยนแปลงนั้นจะทำให้ชื่อเสียงของผู้สร้างสรรค์ดีขึ้นหรือไม่ก็ยังคงเป็นการเสียหายต่อจิตใจของผู้สร้างสรรค์ ที่ถูกทำลายเกียรติยศ ความภูมิใจอันมีในผลงานนั้น จึงถือได้ว่าเป็นความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ ซึ่งศาลสามารถกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้ได้ โดยอาศัยหลักพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ซึ่งเป็นหลักในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 แต่หลักตามมาตรานี้จะนำมาใช้ได้ต่อเมื่อเป็นสิทธิของผู้สร้างสรรค์ซึ่งกฎหมายรับรองแล้วเท่านั้น

2) เมื่อมีการกระทำอันเป็นการล่วงสิทธิของผู้สร้างสรรค์ ตามมาตรา 18 จะใช้หลักเกณฑ์ใดกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อเยียวยาความเสียหายแก่ผู้สร้างสรรค์

เมื่อกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ จึงต้องอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 ซึ่งกำหนดให้ศาล

เป็นผู้วินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด อันได้แก่ การคืนทรัพย์สิน การใช้ราคา หรือการชดใช้ค่าเสียหาย แต่การกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 438 ไม่ได้จำกัดอยู่เพียง สามกรณีดังกล่าวเท่านั้น และการกำหนดค่าสินไหมทดแทนก็ไม่จำเป็นต้องเป็นการชดใช้ด้วยเงินอย่างเดียว เนื่องจากค่าสินไหมทดแทนมีขึ้นเพื่อให้ผู้ถูกระทำละเมิดกลับคืนสู่สภาพเดิมมากที่สุดเท่าที่จะทำได้

การกำหนดค่าสินไหมทดแทน กรณีละเมิดกรรมสิทธิ์จึงต้องพิจารณาถึงแนวคิดและ หลักการในเรื่องการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ ซึ่งพบว่ากรรมสิทธิ์ เป็นสิทธิทางศีลธรรมซึ่งมีอยู่โดยชอบธรรมตามธรรมชาติภายในจิตใจของผู้สร้างสรรค์ที่จะปกป้องเกียรติยศชื่อเสียงของคนอันมี ในผลงานนั้น โดยมีให้บูรณภาพแห่งศักดิ์ศรีและคุณค่าของงานถูกทำลาย ทำให้เสียหาย บิดเบือน ไปจากงานเดิมอันเป็นต้นฉบับ เพราะเท่ากับเป็นการบิดเบือนทำให้เสียหายต่อบุคลิกภาพหรือ เอกลักษณ์ของผู้สร้างสรรค์ที่ได้ถ่ายทอดลงในงานนั้นด้วย สิทธิดังกล่าวนี้จึงมีลักษณะเป็นสิทธิทาง จิตใจและเป็นสิทธิเฉพาะตัวมิใช่ทรัพย์สิน ซึ่งเป็นสิทธิในชื่อเสียงอย่างหนึ่ง⁴⁴

การกำหนดค่าสินไหมทดแทนในกรณีละเมิดกรรมสิทธิ์จึงคงเทียบได้กับค่าสินไหม ทดแทนต่อชื่อเสียง ซึ่งถือเป็นความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้⁴⁵ ตามมาตรา 447 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁴⁶ การกำหนดให้จัดการตามสมควรเพื่อให้ชื่อเสียงของผู้สร้างสรรค์ กลับคืนดี หรือกลับสู่สภาพเดิมได้มากที่สุด เช่น การกำหนดค่าสินไหมทดแทน กรณีละเมิดสิทธิใน การแสดงตนว่าเป็นผู้สร้างสรรค์งาน ตัวอย่างเช่น ผู้รับอนุญาตให้พิมพ์ซ้ำบทประพันธ์เพื่อจำหน่าย ไม่ระบุชื่อผู้สร้างสรรค์ว่าเป็นผู้ประพันธ์บทประพันธ์นั้น การกำหนดค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้ โดยสถานใดตามมาตรา 438 นั้น อาจกำหนดให้ผู้กระทำละเมิดจัดการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้ บุคคลทั่วไปรับรู้ว่าเป็นของผู้สร้างสรรค์ตามมาตรา 447 เพื่อให้ชื่อเสียงของ ผู้สร้างสรรค์กลับคืนดี ส่วนจะชดใช้เพียงใดนั้น เช่น ให้ประกาศโฆษณาทางหนังสือพิมพ์ หรือปิด ประกาศ เป็นเวลานานเท่าใด ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดหรือผลเสียหาย ที่ผู้สร้างสรรค์ได้รับ ซึ่งต้องคำนึงถึงสถานะทางสังคมของคู่กรณี ตลอดจนพฤติการณ์แห่งละเมิดนั้น

⁴⁴ ไชยศ เหมะรัชตะ. (2527). *ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์*. รายงานการวิจัย ลำดับที่ 15. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย. หน้า 31.

⁴⁵ วารี นาสกุล. (2521). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิดวรได้* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 108.

⁴⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 447 บัญญัติว่า “บุคคลใดทำให้เขาต้องเสียหายแก่ชื่อเสียง เมื่อผู้เสียหาย ร้องขอ ศาลจะสั่งให้บุคคลนั้นจัดการตามควรเพื่อทำให้ชื่อเสียงของผู้นั้นกลับคืนดีแทนให้ใช้ค่าเสียหาย หรือทั้ง ให้ใช้ค่าเสียหายด้วยก็ได้”.

เกิดขึ้น โดยผู้สร้างสรรค์มีส่วนก่อให้เกิดการละเมิดหรือมีส่วนในการกระทำละเมิดนั้นด้วยหรือไม่ เป็นต้น

ส่วนในกรณีที่มีการบิดเบือน ตัดทอน ดัดแปลง หรือทำโดยประการอื่นใดแก่งานสร้างสรรค์จนเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ เช่น การบิดเบือน บทประพันธ์และพิมพ์จำหน่าย หรือการดัดแปลงบทประพันธ์เป็นบทละครหรือภาพยนตร์ โดยมีการบิดเบือน แก่ใจ ตัดทอน ผิดไปจากเจตนารมณ์เดิมของงานต้นฉบับ การกำหนดค่าสินไหมทดแทน ในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ อาจต้องแยกพิจารณา ดังนี้ คือ กรณีที่มีการบิดเบือน ตัดทอน ดัดแปลง หรือทำโดยประการอื่นใดแก่งานนั้น กระทำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้สร้างสรรค์ หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ ควรกำหนดให้ผู้สร้างสรรค์มีสิทธิห้ามงานที่ถูกบิดเบือน ดัดแปลงนั้น ออกเผยแพร่สู่สาธารณชน โดยไม่ต้องรอให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ก่อน จึงจะมีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหาย ถ้างานที่ถูกบิดเบือนนั้น ได้นำออกเผยแพร่แล้ว การกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 447 อาจเป็นการกำหนดให้มีการประกาศแก่บุคคลทั่วไปได้รับรู้ว่าเป็นงานที่ถูกบิดเบือนนั้นมีชื่อของของผู้สร้างสรรค์ หรือมีการประกาศแก้ไขข้อความที่ถูกบิดเบือน เป็นต้น

ส่วนกรณีที่การบิดเบือน ตัดทอน ดัดแปลงหรือทำโดยประการอื่นใดแก่งานนั้น ได้กระทำโดยรับอนุญาตจากผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ ควรมีการกำหนดค่าสินไหมทดแทน แม้การกระทำนั้นยังมิได้เผยแพร่สู่สาธารณชนจนเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ เช่น ให้ผู้สร้างสรรค์มีสิทธิตรวจดูและเรียกร้องให้มีการแก้ไขงานนั้นได้ และหากไม่มีการแก้ไขก็ให้ผู้สร้างสรรค์มีสิทธิห้ามงานนั้นออกเผยแพร่ แต่ในกรณีเช่นนี้อาจกำหนดให้ผู้สร้างสรรค์ต้องชดใช้ค่าเสียหายใดอันเกิดขึ้นจากการผิดสัญญาด้วย ในกรณีที่งานซึ่งถูกบิดเบือน ตัดทอน ดัดแปลง หรือทำโดยประการอื่นใดแก่งานนั้น ได้ถูกนำออกเผยแพร่ต่อสาธารณชน จนเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์แล้ว การกำหนดค่าสินไหมทดแทนอาจเป็นการให้ประกาศว่างานที่ถูกบิดเบือน ดัดแปลงนั้นไม่ใช่ของผู้สร้างสรรค์ หรือประกาศว่าส่วนใดที่ถูกบิดเบือน แก่ใจ และงานต้นฉบับที่ถูกต้องเป็นอย่างไร เป็นต้น

การกำหนดค่าสินไหมทดแทนกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวนี้ หากไม่สามารถแก้ไขหรือทำให้ชื่อเสียงของผู้สร้างสรรค์กลับคืนดีดังเดิม ศาลอาจกำหนดให้ผู้สร้างสรรค์ได้รับชดใช้ค่าเสียหายแทนก็ได้

อย่างไรก็ตาม การกำหนดค่าสินไหมทดแทนต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักในมาตรา 438 คือ ต้องพิจารณาตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ซึ่งเกิดขึ้นในแต่ละกรณีนั้น จึงไม่อาจกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัวได้ แต่อาจพิจารณาได้ ดังนี้ คือ

(1) ความเสียหายที่ผู้สร้างสรรค์ได้รับ อันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิดของผู้ละเมิด รวมทั้งประโยชน์หรือผลกำไรที่ต้องขาดหายไปเพราะการกระทำละเมิดด้วย

(2) ฐานะทางสังคมของกลุ่ม เช่น ถ้าผู้สร้างสรรค์เป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงในสังคม ความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจมีมากกว่าผู้สร้างสรรค์ที่มีคนรู้จักน้อย เป็นต้น

(3) พฤติการณ์แห่งละเมิด เช่น ผู้สร้างสรรค์ซึ่งเป็นผู้เสียหายมีส่วนผิด หรือก่อให้เกิดการกระทำนั้น⁴⁷ ตัวอย่างเช่น นายชาวต่อว่านางค้าด้วยถ้อยคำหยาบคาย นางคำจึงใช้ขวานฟันรูปปั้นที่ตั้งอยู่ใกล้ๆ ซึ่งนายชาวเป็นผู้ปั้นขึ้น ดังนี้ถือว่าความเสียหายเกิดจากการกระทำของนายชาวด้วย ในกรณีเช่นนี้ต้องนำมาตรา 223⁴⁸ มาพิจารณาประกอบด้วย

(4) ในกรณีทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิมไม่ได้ การชดเชยทดแทนโดยการกำหนดค่าเสียหาย ต้องคำนึงถึงการเปลี่ยนแปลงของมูลค่าเงินด้วย

ในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์อย่างประเทศญี่ปุ่นมีบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ละเมิดธรรมสิทธิที่ชัดเจนและมีประสิทธิภาพ โดยมีบทบัญญัติกำหนดให้ผู้สร้างสรรค์หรือนักแสดงสามารถเรียกร้องให้บุคคลที่ทำการบิดเบือน ดัดทอน หรือทำโดยประการอื่นใดต่องานสร้างสรรค์ไม่ว่าจะโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออันเป็นการละเมิดธรรมสิทธิ ชดเชยค่าเสียหายจากการกระทำดังกล่าวได้⁴⁹ ซึ่งแตกต่างจากประเทศฝรั่งเศสที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ เนื่องจากเหตุผลที่ว่าชาวฝรั่งเศสมีศาสนาคริสต์เป็นศาสนาประจำชาติ อิทธิพลของศาสนาซึ่งมีอยู่ในมโนธรรมสอนให้ทุกคนมีความสำนึกว่าไม่ควรล่วงละเมิดสิทธิของผู้อื่นเพราะจะผิดต่อพระบัญญัติของพระเจ้า ชาวฝรั่งเศสจึงสำนึกว่าจะทำสิ่งใดล่วงละเมิดสิทธิของผู้อื่นไม่ได้ และเกิดความเคารพต่อสิทธิของผู้อื่นโดยไม่ต้องมีบทบัญญัติที่เป็นสภาพบังคับ เพียงแต่บัญญัติไว้ว่าสิ่งใดเป็นสิทธิของบุคคลที่ต้องให้ความเคารพ หากมีผู้ใดทำการล่วงละเมิดสิทธินั้น จะใช้กฎหมายซึ่งมีพื้นฐานอยู่บนกฎหมาย

⁴⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 442 บัญญัติว่า “ถ้าความเสียหายได้เกิดขึ้นเพราะความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้ต้องเสียหายประกอบด้วยใจริ ทำให้นำบทบัญญัติแห่งมาตรา 223 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”.

⁴⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 223 บัญญัติว่า “ถ้าฝ่ายผู้เสียหายได้มีส่วนทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งก่อให้เกิดความเสียหายด้วยใจริ ท่านว่าหนี่อันจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ฝ่ายผู้เสียหายมากน้อยเพียงใดนั้น ต้องอาศัยพฤติการณ์เป็นประมาณ ข้อสำคัญก็คือว่าความเสียหายนั้นได้เกิดขึ้นเพราะฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อซึ่งห่อนกว่ากันเพียงไร

วิธีเดียวกันนี้ ท่านให้ใช้แม้ทั้งที่ความผิดของฝ่ายผู้เสียหายจะมีแต่เพียงละเลยไม่เตือนลูกหนี้ให้รู้สึกถึงอันตรายแห่งการเสียหายอันเป็นอย่างร้ายแรงผิดปกติ ซึ่งลูกหนี้ไม่รู้หรือไม่อาจจะรู้ได้ หรือเพียงแต่ละเลยไม่บำบัดป้องกัน หรือบรรเทาความเสียหายนั้นด้วย อนึ่งบทบัญญัติแห่งมาตรา 220 นั้นท่านให้นำมาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม”.

⁴⁹ Copyright Law of Japan 1970. Article 115.

ศาสนา⁵⁰ อิทธิพลของศาสนาที่สอนมิให้ล่วงละเมิดสิทธิของผู้อื่นดังกล่าวนั้น ในทางตรงกันข้าม หากสิทธิของตนถูกล่วงละเมิดกลับสอนมิให้เรียกร้องการเยียวยาใดๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ธรรมเนียม ซึ่งเป็นเพียงสิทธิทางจิตใจด้านศีลธรรม ฝรั่งเศสจึงไม่เห็นความจำเป็นที่จะต้องมีบทบัญญัติในการเยียวยาความเสียหายกรณีละเมิดธรรมเนียมไว้ไม่ว่าในทางแพ่งหรือทางอาญาเพราะเป็นเรื่องของจิตสำนึกความถูกต้องทางศีลธรรม ซึ่งมีอยู่ในมโนธรรมของแต่ละบุคคลแล้ว

ส่วนกฎหมายลิขสิทธิ์ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์อย่างประเทศอังกฤษและออสเตรเลีย ก็ถือว่ามีบทบัญญัติว่าด้วยการละเมิดธรรมเนียมที่ชัดเจน โดยประเทศอังกฤษกฎหมายกำหนดให้ศาลสามารถพิจารณาให้การเยียวยาความเสียหายและลงโทษผู้ละเมิดธรรมเนียมของผู้สร้างสรรค์และนักแสดงในลักษณะเดียวกัน โดยการให้ศาลพิจารณาเยียวยาเพียงพอแก่พฤติการณ์ หรือมีคำสั่งห้ามมิให้กระทำการใดที่อาจเป็นการละเมิดธรรมเนียมในช่วงเวลาและตามวิธีการที่กำหนด หรือสั่งขับไล่ออกจากกลุ่มหรือสมาคมที่เกี่ยวกับงานนั้น ในฐานะเป็นผู้สร้างสรรค์หรือผู้กำกับภาพยนตร์⁵¹ ส่วนประเทศออสเตรเลีย กฎหมายกำหนดให้ผู้ละเมิดธรรมเนียมของผู้สร้างสรรค์และนักแสดงต้องรับผิดชอบในลักษณะเดียวกัน โดยให้ศาลมีคำสั่งตัดเงินเดือนภายในระยะเวลาที่เห็นสมควร ชดใช้ค่าเสียหายจากการละเมิด ให้มีประกาศว่าธรรมเนียมของผู้สร้างสรรค์ถูกละเมิด หรือสั่งให้ประกาศขอโทษต่อสาธารณชน และปลดออกหรือกลับแก้ซึ่งการระบุชื่อผู้สร้างสรรค์อย่างผิดๆ หรือการปฏิบัติอันเป็นที่เสื่อมเสีย⁵² ในการออกคำสั่งหยุดกระทำการ ศาลมีหน้าที่พิจารณาว่าสามารถระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาหรือไม่ และอาจระงับกระบวนการเพื่อให้คู่กรณีเจรจากัน⁵³

กฎหมายของออสเตรเลียฉบับนี้มุ่งคุ้มครองสิทธิในการแสดงความเป็นผู้สร้างสรรค์งาน รวมถึงสิทธิในทางลบต่อการระบุอ้างตัวผู้สร้างสรรค์อย่างผิดๆ และสิทธิในบุรณภาพแห่งงาน กฎหมายดังกล่าวจึงสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศซึ่งให้ความสำคัญกับการคุ้มครองธรรมเนียม

นอกจากนี้ เมื่อประเทศสหรัฐอเมริกาได้ร่วมลงนามในอนุสัญญาเบิร์นเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมและศิลปกรรม ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงบัญญัติกฎหมายให้ความคุ้มครองธรรมเนียมไว้โดยตรงในกฎหมาย มลรัฐในประเทศบางมลรัฐ เช่น แคลิฟอร์เนีย

⁵⁰ สมาคมพระคริสตธรรมในประเทศไทย. (2516). *พระคริสตธรรมคัมภีร์ภาคสัญญาใหม่*. กรุงเทพมหานคร: องค์การกิตติคุณอินเตอร์เนชันแนล. หน้า 671.

⁵¹ Copyright, Design and Patents Act 1988. Section 103 and Section 205N (4).

⁵² Copyright Act 1988. Section 195AZA (1) and Section 195 AZGC (1).

⁵³ Copyright Act 1988. New Section 195 AZA (1).

แมสซาชูเซต นิวยอร์ก ได้บัญญัติกฎหมายให้ความคุ้มครองทรัพย์สินในบุรณภาพของงานไว้ในกฎหมาย

ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาที่ตัดสินคดีละเมิดทรัพย์สิน คดี Gershwins v. Ethical Pub.Co.Inc.,⁵⁴ จำเลยพิมพ์นิตยสารโดยไม่อ้างชื่อของโจทก์ ศาลตัดสินให้โจทก์ได้รับชดใช้ค่าเสียหาย คดี Granz v. Harris.⁵⁵ ศาลวินิจฉัยว่าไม่ว่าโดยสัญญาหรือละเมิด โจทก์ห้ามการพิมพ์เผยแพร่ พิมพ์โฆษณาซึ่งถูกบิดเบือนได้ เพราะเป็นการใช้ชื่อเสียงของผู้ประพันธ์ หลอกลวงผู้ซื้อให้หลงเข้าใจผิดคิดว่าได้ซื้องานที่แท้จริงของผู้ประพันธ์ โดยศาลได้ออกคำสั่งมาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองคู่ความด้วย

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายในปัจจุบัน ผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ยังไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายในทางแพ่งซึ่งเกิดจากการละเมิดทรัพย์สินของตนได้อย่างเป็นธรรม เพราะไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายลิขสิทธิ์ให้ผู้สร้างสรรค์มีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนกรณีอื่นๆ หรือค่าเสียหายทางแพ่งจากผู้ละเมิดทรัพย์สินได้โดยตรง ต้องอาศัยความคุ้มครองตามกฎหมายอื่น ซึ่งก็มีข้อจำกัด ไม่อาจครอบคลุมและเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้สร้างสรรค์ได้ในทุกกรณี ดังนั้น หากมีการบัญญัติกรณีเกี่ยวกับการละเมิดทรัพย์สินไว้โดยตรงในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ก็น่าจะเหมาะสมกว่าการฟ้องร้องเป็นคดีละเมิด ซึ่งเป็นหลักทั่วไป

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า แม้บทบัญญัติใน มาตรา 18 จะวางหลักเกณฑ์ในเรื่องของการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินไว้ แต่ก็ยังไม่ครอบคลุมเพียงพอในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินซึ่งก่อให้เกิดปัญหา ทั้งปัญหาในเรื่องของคำจำกัดความ เนื่องจากไม่มีกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับใดให้คำจำกัดความไว้ จึงเกิดปัญหาว่าควรที่จะบัญญัติและให้คำนิยามศัพท์คำว่า “ทรัพย์สิน” ไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ เพื่อให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ ยังมีปัญหาในกรณีของผู้มีสิทธิใช้ทรัพย์สินของผู้สร้างสรรค์ภายหลังผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย โดยกำหนดให้เป็นสิทธิที่สามารถตกทอดแก่ทายาทได้ แต่มิได้กำหนดไว้เฉพาะว่าทายาทประเภทใด ซึ่งควรหมายรวมถึงทายาทผู้รับพินัยกรรมด้วย และในกรณีของการโอนและการสละทรัพย์สินของผู้สร้างสรรค์ กฎหมายลิขสิทธิ์มิได้กำหนดไว้โดยชัดเจนว่าทรัพย์สินเป็นสิทธิที่ไม่สามารถโอนไปยังบุคคลอื่นได้

ดังนั้น จึงควรกำหนดให้ชัดเจนเพื่อไม่ก่อให้เกิดปัญหาตามมา นอกจากนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนกรณีละเมิดทรัพย์สินไว้ โดยเฉพาะ เพราะคำว่าลิขสิทธิ์ตามมาตรา 76 ไม่หมายรวมถึงสิทธิตามมาตรา 18 ซึ่งเป็นสิทธิ

⁵⁴ Gershwins v. Ethical Pub.Co.Inc., 1 N.Y.S. 2d 904 (1937).

⁵⁵ Granz v. Harris, 198 F.2d 585 (2d Cir.1952).

ที่มีลักษณะเช่นเดียวกับสิทธิที่เรียกว่ากรรมสิทธิ์ หรือสิทธิในทางศีลธรรมด้วย ดังนั้น ผู้สร้างสรรค์
ซึ่งถูกละเมิดกรรมสิทธิ์จึงไม่อาจได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อเยียวยาความเสียหายตามมาตรา 76
นี้ได้ อันถือว่าเป็นกรรม ดังนั้น หากมีการบัญญัติกรณีเกี่ยวกับการละเมิดกรรมสิทธิ์ไว้โดยตรงใน
พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะเป็นการสมควรกว่าการฟ้องร้องเป็นคดีละเมิด