

ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์กรณีผู้ใช้งานในโลกอินเทอร์เน็ตสร้างสรรค์ผลงานโดยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือ
รวบรวมผลงานของผู้อื่น



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2565
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

COPYRIGHT PROBLEMS IN CASE OF USER-DERIVED CONTENT



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws
FACULTY OF LAW
Chulalongkorn University
Academic Year 2022
Copyright of Chulalongkorn University

| | |
|---------------------------------|--|
| หัวข้อวิทยานิพนธ์ | ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์กรณีผู้ใช้งานในโลกอินเทอร์เน็ต สร้างสรรค์ผลงานโดยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือรวบรวม ผลงานของผู้อื่น |
| โดย | น.ส.พรภรณ์ เลิศธนพานิชย์ |
| สาขาวิชา | นิติศาสตร์ |
| อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก | อาจารย์ ดร.ภูมิศิริ ดำรงวุฒิ |

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

----- คณะบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

----- ประธานกรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สิพิมพ์ วิวัฒน์วัฒนา)

----- อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(อาจารย์ ดร.ภูมิศิริ ดำรงวุฒิ)

----- กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ทักษอร สมบูรณ์ทรัพย์)

พรภรณ์ เลิศธนพาณิชย์ : ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์กรณีผู้ใช้งานในโลกอินเทอร์เน็ตสร้างสรรค์ผลงาน โดยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือรวบรวมผลงานของผู้อื่น. (COPYRIGHT PROBLEMS IN CASE OF USER-DERIVED CONTENT) อ.ที่ปรึกษาหลัก : อ. ดร. ภูมิศิริ คำรงวุฒิ

จากสภาพสังคมปัจจุบันที่มีการใช้อินเทอร์เน็ตอย่างแพร่หลาย และเทคโนโลยีต่าง ๆ ที่พัฒนาอย่างรวดเร็ว ทำให้ผู้ใช้งานหรือบุคคลทั่วไปมีส่วนร่วมในการสร้างสรรค์ผลงานและเผยแพร่ลงบนโลกอินเทอร์เน็ต โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลงานที่ผู้ใช้งานดัดแปลงจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์อื่น (User-Derived Content) (“UDC”) ที่มักนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และผู้ทำผลงาน UDC ส่วนมากไม่อาจอ้างข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองได้ จึงเป็นประเด็นที่ควรศึกษาหาแนวทางการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำผลงาน UDC อย่างเหมาะสม

เมื่อศึกษาถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลี พบว่า สหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลีกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป ซึ่งสามารถปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองกับ UDC เป็นรายการนี้ได้ หากพิจารณาแล้วว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม ในขณะที่แคนาดา กำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นกรณีเฉพาะสำหรับการทำผลงานสร้างสรรค์ของผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ต (User-Generated Content) (“UGC”) ซึ่งหากผลงาน UDC ได้ปฏิบัติตามเกณฑ์ที่กำหนดไว้แล้วย่อมได้รับความคุ้มครอง

วิทยานิพนธ์นี้จึงเสนอให้ประเทศไทยแก้ไขเพิ่มเติมข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำผลงาน UDC โดยการแก้ไขมาตรา 32 ให้เป็นบทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป โดยนำแนวทางของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลีมาปรับใช้ ประกอบกับการนำแนวทางการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศแคนาดา มาปรับใช้ เพื่อให้ความคุ้มครองการสร้างสรรค์ของผู้ทำ UDC อันสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์และเพื่อรองรับความก้าวหน้าของเทคโนโลยีต่อไป

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2565

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

6380093434 : MAJOR LAWS

KEYWORD: Copyright law, Exception of copyright infringement, Fair use, Fair dealing, User-derived content

Ponkarun Lertthanapanit : COPYRIGHT PROBLEMS IN CASE OF USER-DERIVED CONTENT. Advisor: POOMSIRI DUMRONGVUTE, PHD

Due to the internet and rapid technological development, internet users and individuals create their own contents, especially contents which derive from other's copyrighted materials called user-derived content ("UDC"), and upload them on internet. In creating UDC, the creators usually use copyright materials without copyright owner's authorization which can be considered as copyright infringement. Despite the large number of UDC, the exceptions of copyright infringement, which are stipulated in Copyright Act B.E. 2537 (1994), cannot be used to protect most of UDC creators from copyright infringement. Thus, the research for law amendment should be conducted to find appropriate measures to protect UDC creators.

The exceptions of copyright infringement in Copyright law of the United States, Canada, and South Korea are selected to be studied. It is found that the United States and South Korea have general exceptions of copyright infringement, which can be claimed to protect each UDC creators in the case of which the usage of copyrighted materials is fair use. On the other hand, it is found that Canada has a specific exception of copyright infringement for user-generated content ("UGC"), which can protect UDC creators from copyright infringement if they comply with the conditions set in law.

Therefore, this thesis proposes that Thailand should amend provisions relating to the exception of copyright infringement in Copyright Act B.E. 2537 (1994) for protecting UDC creators by amending Article 32 to be the general exception of copyright infringement by using the United States and South Korea exception of copyright infringement as a model. Furthermore, Thailand should use Canada's exception of copyright infringement as a model to amend Copyright Act B.E. 2537 (1994). These proposed amendments would promote creator's creative ideas to achieve the objectives of copyright law and support rapid technological advancement.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2022

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์นี้สำเร็จสมบูรณ์ได้ด้วยความเมตตาจากอาจารย์ ดร. ภูมิศิริ ดำรงวุฒิ รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ให้คำแนะนำในการเขียนงานวิชาการตลอดจนการดำเนินการต่าง ๆ จนวิทยานิพนธ์นี้แล้วเสร็จ

ผู้เขียนขอขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สิริพิมพ์ วิวัฒน์วัฒนา ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และอาจารย์ทักษอร สมบูรณ์ทรัพย์ ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านกฎหมายกรรมสิทธิ์สินทางปัญญา ที่รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ทุกท่านได้ให้คำแนะนำและความคิดเห็น ทั้งในด้านกฎหมาย และในทางปฏิบัติ อันเป็นประโยชน์จนเกิดเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เพื่อให้ผู้เขียนสามารถทำวิทยานิพนธ์จนสำเร็จได้ด้วยดี รวมทั้งสละเวลาอันมีค่าเพื่อมาดำเนินการสอบวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียน

สุดท้ายนี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณบิดาและมารดาของผู้เขียนที่คอยเป็นกำลังใจ และผู้ให้ความสนับสนุนในด้านต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้านการเงิน ขอขอบคุณเพื่อนพี่น้องทุกท่านที่ได้รับฟังปัญหา ให้ความช่วยเหลือ และเป็นกำลังใจให้ผู้เขียนเสมอมา จนสามารถทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้เสร็จสมบูรณ์ได้

พรภรณ์ย์ เลิศชนพานิชย์



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

สารบัญ

| | หน้า |
|--|------|
| บทคัดย่อภาษาไทย.....ค | |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....ง | |
| กิตติกรรมประกาศ.....จ | |
| สารบัญ.....ฉ | |
| สารบัญตาราง.....ญ | |
| บทที่ 1 บทนำ..... 1 | |
| 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา..... 1 | |
| 1.2 สมมติฐาน..... 6 | |
| 1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา..... 6 | |
| 1.4 ขอบเขตของการวิจัย..... 6 | |
| 1.5 วิธีดำเนินการวิจัย..... 6 | |
| 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย..... 7 | |
| บทที่ 2 หลักพื้นฐานของกฎหมายลิขสิทธิ์และบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ผลงานสร้างสรรค์ขึ้น โดยผู้ใช้งานในโลกอินเทอร์เน็ต โดยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือรวบรวมผลงานของผู้อื่นภายใต้กฎหมาย ไทย..... 8 | |
| 2.1 ผลงานสร้างสรรค์ขึ้นโดยผู้ใช้งานในโลกอินเทอร์เน็ต (User-Generated Content) 8 | |
| 2.1.1 ความหมายของผลงานสร้างสรรค์ขึ้นโดยผู้ใช้งานในโลกอินเทอร์เน็ต (User-Generated Content)..... 8 | |
| 2.1.2 ลักษณะของ UGC 8 | |
| 2.1.3 ประเภทของ UGC 9 | |
| 2.2 ประชญาที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ และผลงาน UDC 11 | |
| 2.3 กฎหมายลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับ UDC 20 | |

| | |
|--|-----|
| 2.3.1 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์..... | 20 |
| 2.3.2 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในฐานะผู้ดัดแปลงผลงาน..... | 30 |
| 2.3.3 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในฐานะผู้รวบรวมผลงาน..... | 36 |
| 2.3.4 สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์..... | 40 |
| 2.3.5 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์..... | 46 |
| 2.3.6 ข้อยกเว้นความรับผิดสำหรับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต..... | 63 |
| บทที่ 3 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ผลงานสร้างสรรค์ขึ้นโดยผู้ใช้งานในโลกอินเทอร์เน็ต โดยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือรวบรวมผลงานของผู้อื่น ภายใต้กฎหมายต่างประเทศ..... | 73 |
| 3.1 กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับ UDC..... | 73 |
| 3.1.1 ความหมายของลิขสิทธิ์..... | 74 |
| 3.1.2 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์..... | 74 |
| 3.1.3 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในฐานะผู้ดัดแปลงผลงาน..... | 87 |
| 3.1.4 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในฐานะผู้รวบรวมผลงาน..... | 94 |
| 3.1.5 สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์..... | 97 |
| 3.1.6 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์..... | 105 |
| 3.1.7 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต..... | 120 |
| 3.2 กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของแคนาดาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับ UDC..... | 127 |
| 3.2.1 ความหมายของลิขสิทธิ์..... | 127 |
| 3.2.2 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์..... | 128 |
| 3.2.3 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในฐานะผู้ดัดแปลงผลงาน..... | 134 |
| 3.2.4 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในฐานะผู้รวบรวมผลงาน..... | 138 |
| 3.2.5 สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์..... | 143 |
| 3.2.6 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์..... | 155 |
| 3.2.7 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต..... | 173 |

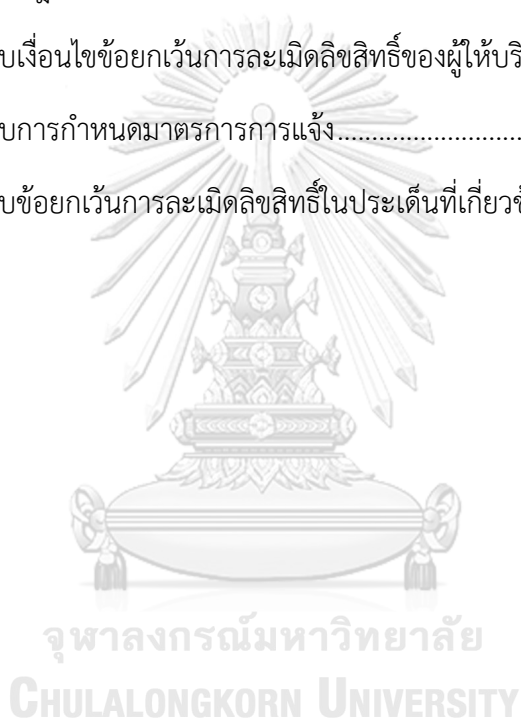
| | |
|--|-----|
| 3.3 กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลีในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับ UDC..... | 178 |
| 3.3.1 ความหมายลิขสิทธิ์..... | 179 |
| 3.3.2 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์..... | 179 |
| 3.3.3 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในฐานะผู้ดัดแปลงผลงาน..... | 187 |
| 3.3.4 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในฐานะผู้รวบรวมผลงาน..... | 190 |
| 3.3.5 สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์..... | 195 |
| 3.3.6 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์..... | 202 |
| 3.3.7 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต..... | 214 |
| บทที่ 4 เปรียบเทียบกฎหมายและวิเคราะห์..... | 220 |
| 4.1 ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์..... | 221 |
| 4.1.1 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์..... | 222 |
| 4.1.2 การให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์..... | 228 |
| 4.2 ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต..... | 238 |
| 4.2.1 ประเด็นเงื่อนไขหรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการรับฝากข้อมูล..... | 239 |
| 4.2.2 ประเด็นการกำหนดมาตรการการแจ้ง..... | 244 |
| 4.3 ผู้ทำผลงาน UDC..... | 251 |
| 4.3.1 ปัญหาการขาดบทบัญญัติที่มีลักษณะทั่วไปในการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์..... | 253 |
| 4.3.1.1 สภาพปัญหาการปรับใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ..... | 253 |
| 4.3.1.2 แนวทางการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะทั่วไปของ ต่างประเทศ..... | 259 |
| 4.3.1.3 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะทั่วไปกับ Three-step test..... | 273 |
| 4.3.2 ปัญหาการขาดบทบัญญัติที่มีลักษณะเฉพาะในการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของ UDC | 275 |
| 4.3.2.1 สภาพปัญหาการปรับใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ..... | 275 |

| | |
|---|-----|
| 4.3.2.2 แนวทางการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เฉพาะสำหรับ UDC ของ ต่างประเทศ..... | 278 |
| 4.3.2.3 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กรณีเฉพาะสำหรับ UGC กับ Three-step test | 285 |
| บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ | 287 |
| บรรณานุกรม | 298 |
| ประวัติผู้เขียน..... | 314 |



สารบัญตาราง

| | หน้า |
|--|------|
| ตารางที่ 1 เปรียบเทียบการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ผลงาน | 222 |
| ตารางที่ 2 เปรียบเทียบการให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์: สิทธิทำซ้ำ | 228 |
| ตารางที่ 3 เปรียบเทียบการให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์: การดัดแปลง..... | 229 |
| ตารางที่ 4 เปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการทำผลงานรวบรวม | 230 |
| ตารางที่ 5 เปรียบเทียบเงื่อนไขข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการรับฝากข้อมูล | 239 |
| ตารางที่ 6 เปรียบเทียบการกำหนดมาตรการการแจ้ง..... | 245 |
| ตารางที่ 7 เปรียบเทียบข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับ UDC..... | 251 |



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันแพลตฟอร์มในโลกรอินเทอร์เน็ตเน็ตที่เป็นที่สนใจสำหรับผู้ใช้งานอย่างมากคือ แพลตฟอร์มที่เป็นพื้นที่สำหรับการทำ User-Generated Content (“UGC”) เช่น YouTube Facebook Instagram หรือ TikTok ฯลฯ โดยแพลตฟอร์มเหล่านี้ ทำหน้าที่เป็นพื้นที่สำหรับการแสดงออกซึ่งผลงาน หรือคอนเทนต์ ที่ผู้ใช้งานได้สร้างขึ้นมา เพื่อตอบสนองและกระตุ้นความต้องการที่จะสร้างสรรค์เนื้อหา หรือผลงานต่าง ๆ โดยในปัจจุบันแพลตฟอร์มที่ได้รับความนิยมสูงสุดสำหรับผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตในปัจจุบันคือ TikTok ซึ่งเป็นแพลตฟอร์มสำหรับการทำ UGC¹

โดยการทำ UGC ประเภทที่มีการนิยมทำกันอย่างแพร่หลายในปัจจุบันคือ ประเภทผลงานสร้างสรรค์ผลงานโดยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือรวบรวมผลงานของผู้อื่น (User-Derived Content) (“UDC”) โดยเป็นกรณีที่ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตได้นำเอาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาดัดแปลงขึ้นเพื่อสร้างผลงานใหม่ ซึ่งสามารถมีได้หลากหลายรูปแบบ เช่น คลิปล้อเลียน การร้องเพลงคัฟเวอร์ (cover) ฯลฯ ยกตัวอย่างเช่น คลิป TikTok เพลง M to the B–Mille B โดยผู้ใช้งาน @bellapoarch ที่มียอดเข้าชมสูงสุดใน TikTok ก็เป็นการนำเพลง M to b อันมีลิขสิทธิ์มาลิปซิงค์ตาม อันเป็นการทำ UDC และในปัจจุบันแซนแนล @bellapoarch ก็มีผู้ติดตามจำนวนทั้งหมด 60 ล้านคน หรือนับว่าเป็นอันดับ 3 ของบัญชีที่มียอดผู้ติดตามมากที่สุดใน TikTok อีกด้วย²

การทำ UGC โดยเฉพาะประเภท UDC นั้นนอกจากจะเป็นเนื้อหาที่ดึงดูดให้ผู้ใช้งานเข้ามาชมหรือใช้บริการแพลตฟอร์มมากยิ่งขึ้นแล้ว ยังก่อให้เกิดช่องทางการสร้างรายได้ใหม่ ๆ อันเป็นผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจสำหรับหลายฝ่าย เช่น

ฝ่ายผู้ผลิตเนื้อหา หรือผู้ทำ UDC กล่าวคือ เมื่อได้ผลิตเนื้อหาที่ได้สร้างสรรค์ผลงานนั้นขึ้น เมื่อเนื้อหาดังกล่าวได้รับความนิยมแล้ว ย่อมทำให้ได้รับค่าโฆษณา หรือส่วนแบ่งรายได้จากเว็บไซต์

¹ Brand Buffet, “ไม่ใช่แค่คอนเทนต์ UGC “TikTok” ดึงผู้ผลิตมืออาชีพขึ้น “ซีรีส์สั้น” เล็งเปิดให้ผู้ชมมีส่วนร่วมกับบท-นักแสดง” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 12 มีนาคม 2565. แหล่งที่มา: <https://www.brandbuffet.in.th/2021/03/tiktok-launch-original-series/>

² Kendekras, “10 อันดับ TikTok ที่มีผู้ติดตามสูงสุดในโลก! (อัปเดตข้อมูลล่าสุด 2021)” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 12 มีนาคม 2565. แหล่งที่มา: <https://entertainment.trueid.net/detail/INKe8M5Xyr0a>

เช่น YouTube³ หรือสปอนเซอร์จากสินค้าต่าง ๆ จนสามารถสร้างให้เกิดรายได้จนกลายเป็นอาชีพหลักของตนได้อีกด้วย เช่น อาชีพเกมสตรีมเมอร์

ฝ่ายผู้ขายสินค้าและบริการ โดยผู้ขายสินค้าและบริการนั้นสามารถอาศัยการทำ UDC นั้นเป็นช่องทางหนึ่งในการโฆษณาสินค้าของตน เนื่องจากการที่ผู้บริโภคบอกต่อกันถึงสินค้าและบริการนั้น มีความน่าเชื่อถือกว่าการโฆษณาจากผู้ผลิตสินค้าและบริการโดยตรง⁴

ฝ่ายผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ นอกจาก UDC จะเปรียบเสมือนการโฆษณาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์แล้วผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ถูกนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ไปทำ UDC โดยจากข้อมูลการสำรวจในปี 2021 ปรากฏว่า ผู้ชมมักจะค้นหาเพลงอันเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำไปทำ UDC และเผยแพร่ลงบนเว็บไซต์ TikTok ถึงร้อยละ 67⁵ ในปัจจุบัน ยังปรากฏว่า ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ยังสามารถใช้ช่องทางที่มีผู้ทำ UDC ในการได้รับรายได้ จากการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนในการทำ UDC และมีผู้เข้าชมอีกด้วย เช่น YouTube มีระบบสำหรับติดตามการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพลงที่ถูกนำมาเผยแพร่ไว้ใน YouTube ทำให้เมื่อมีผู้นำเพลงดังกล่าวไปใช้ในการทำ UDC เช่น การคัฟเวอร์ ก็จะมีการแจ้งเตือนไปยังผู้ทำ UDC เพื่อให้แบ่งส่วนแบ่งรายได้ให้กับเจ้าของลิขสิทธิ์ ทำให้กลายเป็นอีกช่องทางหนึ่งของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในการแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน⁶

ฝ่ายผู้ชมเนื้อหา UDC หรือสาระนั้นนั้น จะสามารถเข้าถึงผลงานสร้างสรรค์ใหม่ ๆ ที่ผู้ทำ UDC ได้ทำขึ้น โดยส่วนมากจะเป็นการเข้าชมโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายแต่อย่างใด ทำให้ผู้ชมมีเนื้อหาที่หลากหลายเพื่อให้สามารถเข้าถึงและเลือกชมมากยิ่งขึ้น

ฝ่ายผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือแพลตฟอร์ม ก็เป็นผู้ได้ประโยชน์จากการทำ UDC เนื่องจากเว็บไซต์หรือแพลตฟอร์มต่าง ๆ ที่ผู้ชมเข้าไปชมเนื้อหาที่ถูกสร้างขึ้นนั้น ย่อมได้รายได้จากการ

³ YouTube, "Monetization Policies," [Online] Accessed: 26 June 2023. Available from:

<https://www.youtube.com/howyoutubeworks/policies/monetization-policies/>

⁴ STEPS Academy, "USER GENERATED CONTENT (UGC) สำคัญอย่างไร ในยุคที่ผู้บริโภคเชื่อมั้บริโภคด้วยตนเอง" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 12 มีนาคม 2565. แหล่งที่มา: <https://stepstraining.co/content/user-generated-content>

⁵ Murray Stassen, "75% of TikTok's Users Say They Discover New Artists on the Platform," [Online] Accessed: 26 June 2023. Available from: <https://www.musicbusinessworldwide.com/tiktok-has-over-800m-active-users-worldwide-75-of-them-say-they-discover-new-artists-on-the-platform/>

⁶ Starfish Academy, "เรื่องต้องรู้ ก่อน Cover เพลงยูทูป" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 12 มีนาคม 2565. แหล่งที่มา:

[https://www.starfishlabz.com/blog/542-](https://www.starfishlabz.com/blog/542-%E0%B9%80%E0%B8%A3%E0%B8%B7%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%95%E0%B9%89%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%A3%E0%B8%B9%E0%B9%89-%E0%B8%81%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%99-cover-%E0%B9%80%E0%B8%9E%E0%B8%A5%E0%B8%87%E0%B8%A5%E0%B8%87%E0%B8%A2%E0%B8%B9%E0%B8%97%E0%B8%B9%E0%B8%9B)

[%](https://www.starfishlabz.com/blog/542-%E0%B9%80%E0%B8%A3%E0%B8%B7%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%95%E0%B9%89%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%A3%E0%B8%B9%E0%B9%89-%E0%B8%81%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%99-cover-%E0%B9%80%E0%B8%9E%E0%B8%A5%E0%B8%87%E0%B8%A5%E0%B8%87%E0%B8%A2%E0%B8%B9%E0%B8%97%E0%B8%B9%E0%B8%9B)

ให้บริการอินเทอร์เน็ตของตน และยังมีเนื้อหา UDC มากเท่าไร ผู้ชมย่อมอยากจะเข้าถึงเนื้อหา ดังกล่าวมากยิ่งขึ้น อันทำให้เว็บไซต์ของผู้ให้บริการยิ่งเป็นที่นิยมด้วย

จากสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบันมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยกฎหมายลิขสิทธิ์มีบทบาทโดยตรงกับการให้ความคุ้มครองและรักษาสมดุลประโยชน์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องในกรณีการทำ UDC 3 ฝ่ายหลัก อันได้แก่ เจ้าของลิขสิทธิ์ที่ถูกนำผลงานไปทำ UDC ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต และผู้ทำ UDC

ในส่วนการให้ความคุ้มครองต่อเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้กำหนดให้การทำซ้ำหรือการดัดแปลงเป็นสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้นการทำ UDC ส่วนมากที่ไม่ได้ขออนุญาตจากผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์แล้วย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ส่วนผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 เพื่อแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่ได้บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันที่มีเนื้อหาสำคัญเป็นการกำหนดให้ผู้ให้บริการ เช่น ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูล (hosting) อย่าง Facebook YouTube หรือ TikTok ด้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หากปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในกฎหมาย ซึ่งเงื่อนไขหนึ่งที่สำคัญคือ ต้องมีมาตรการการยกเลิกการให้บริการแก่ผู้ใช้บริการที่ทำการละเมิดลิขสิทธิ์ และการจัดให้มีมาตรการให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถแจ้งไปยังผู้ให้บริการเพื่อให้นำเนื้อหาที่มีลักษณะเข้าข่ายเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบ หรือ Notice and Takedown โดยยังกำหนดอีกว่า ผู้ให้บริการต้องไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรจะรู้ว่า มีข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์บนเครือข่ายที่ตนให้บริการจึงจะได้รับการยกเว้นความรับผิด อันมีวัตถุประสงค์เป็นการจัดการกับการละเมิดลิขสิทธิ์ในปัจจุบันที่มักมีการดำเนินการผ่านอินเทอร์เน็ตเป็นส่วนมาก จากการกำหนดของกฎหมายในลักษณะนี้ทำให้ผู้ให้บริการนั้นจำเป็นต้องมีมาตรการที่จัดการกับเนื้อหาอันละเมิดลิขสิทธิ์ที่อยู่ในระบบของตน เพื่อทำตามมาตรฐานดังกล่าว เช่น ข้อตกลงการใช้งานของ YouTube ที่กำหนดให้ผู้ใช้งานจะต้องไม่ลงเนื้อหาที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น และ YouTube จะมีการใช้เทคโนโลยีเพื่อตรวจจับเนื้อหาของผู้ใช้งานที่ผิดลิขสิทธิ์ และหากพบว่าเนื้อหาของผู้ใช้งานละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว YouTube มีสิทธิที่จะนำเนื้อหาดังกล่าวออกจากระบบ และมีสิทธิที่จะระงับบัญชีผู้ใช้งานซึ่งกระทำผิดข้อตกลง อันหมายรวมถึงการนำเข้าเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์⁷ ซึ่ง YouTube ได้มีการใช้เทคโนโลยี Content ID เพื่อระบุวิดีโอในระบบของ

⁷Uploading Content

If you have a YouTube channel, you may be able to upload Content to the Service. You may use your Content to promote your business or artistic enterprise. If you choose to upload Content, you must not submit to the Service any Content that does not comply with this Agreement (including the YouTube Community Guidelines) or the law. For example, the Content you submit must not include third-party intellectual property (such as copyrighted material) unless you have permission from that

YouTube ที่มีลักษณะเนื้อหาที่ตรงหรือมีแนวโน้มที่จะตรงกับวิดีโออื่น ๆ โดยอัตโนมัติ โดยให้สิทธิ์แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการเลือกจัดการกับเนื้อหาดังกล่าว โดยเลือกได้ว่าจะสามารถระงับการเข้าถึงเนื้อหา ดังกล่าว เลือกแสวงหารายได้จากเนื้อหาดังกล่าว และเลือกที่จะทราบถึงข้อมูลการดูของวิดีโอดังกล่าว ซึ่ง Content ID สามารถตรวจจับได้ทั้งเนื้อหาที่เป็นภาพและเสียง⁸

อย่างไรก็ดี ในการมีเทคโนโลยี Content ID ก็อาจตรวจจับว่า เนื้อหานั้นละเมิดลิขสิทธิ์ แม้ว่าเนื้อหาที่เผยแพร่ นั้นอาจไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือสามารถอ้างหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมได้ เช่น ในกรณีการจัดสัมมนากฎหมายของสหรัฐอเมริกาเพื่อวิเคราะห์เนื้อหาของเพลงที่ถูกอ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์ แต่วิดีโอดังกล่าวถูก Content ID ตรวจจับว่า เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เพลงที่นำมาเปิดเพื่อพิจารณาว่ามีความคล้ายคลึงอย่างไร โดยการตรวจจับดังกล่าวมิได้มีการอธิบายแต่อย่างใด ว่าเนื้อหาส่วนใดมีการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยปัญหาเช่นนี้เกิดขึ้นกับผู้ใช้งาน YouTube หลายราย⁹ ซึ่งเนื้อหาที่โดนตรวจจับมีลักษณะเป็น UDC ดังนั้น การแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์นี้เป็นการให้ความคุ้มครองกับผู้ให้บริการในการละเมิดลิขสิทธิ์ และเจ้าของลิขสิทธิ์ในการตรวจจับการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ผิด แต่เป็นการเพิ่มความเสี่ยงให้กับการทำ UDC ที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ถูกนำเนื้อหาที่ทำการจากระบบในเวลาเดียวกัน

party or are otherwise legally entitled to do so. You are legally responsible for the Content you submit to the Service. We may use automated systems that analyze your Content to help detect infringement and abuse, such as spam, malware, and illegal content.

Removal of Content By YouTube

If we reasonably believe that any of your Content (1) is in breach of this Agreement or (2) may cause harm to YouTube, our users, or third parties, we reserve the right to remove or take down that Content in our discretion. We will notify you with the reason for our action unless we reasonably believe that to do so: (a) would breach the law or the direction of a legal enforcement authority or would otherwise risk legal liability for YouTube or our Affiliates; (b) would compromise an investigation or the integrity or operation of the Service; or (c) would cause harm to any user, other third party, YouTube or our Affiliates. You can learn more about reporting and enforcement, including how to appeal on the Troubleshooting page of our Help Center

Terminations and Suspensions by YouTube

YouTube reserves the right to suspend or terminate your Google account or your access to all or part of the Service if (a) you materially or repeatedly breach this Agreement; (b) we are required to do so to comply with a legal requirement or a court order; or (c) we believe there has been conduct that creates (or could create) liability or harm to any user, other third party, YouTube or our Affiliates."

⁸"How Content Id Works," [Online] Accessed: 28 May 2023. Available from:

<https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=en#:~:text=Some%20copyright%20owners%20use%20Content,to%20YouTube%20by%20copyright%20owners..>

⁹Katharine Trendacosta, "Unfiltered: How Youtube's Content Id Discourages Fair Use and Dictates What We See Online," [Online].

Available from: <https://www.eff.org/wp/unfiltered-how-youtubes-content-id-discourages-fair-use-and-dictates-what-we-see-online>

ในส่วนผู้ทำ UDC แม้ว่าสภาพสังคมในปัจจุบันจะมีแนวโน้มที่ UDC จะมีมากขึ้นเรื่อย ๆ ในปัจจุบันและในอนาคต และการทำ UDC ก็ก่อให้เกิดประโยชน์กับบุคคลหลายฝ่าย แต่การเกิดขึ้นของ UDC นั้นนำมาซึ่งปัญหากฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของไทยเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ของ UDC ในกรณีที่มีการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต ว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่สามารถอ้างข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้มากหรือน้อยเพียงใด เนื่องจากถ้อยคำของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในมาตรา 32 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้นยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่า สามารถครอบคลุมถึงกรณีการทำ UDC ได้หรือไม่ และยังมีการนำคดีเหล่านี้ขึ้นสู่ศาลในประเด็นเหล่านี้ไม่มาก¹⁰ ประกอบกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปจากการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่แต่เดิมที่การใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์อย่างไม่แสวงหากำไรจะเป็นการใช้งานในเชิงส่วนตัวเท่านั้น เป็นการใช้งานที่ไม่แสวงหากำไรที่มีลักษณะเผยแพร่ต่อสาธารณะที่เป็นปรากฏการณ์หนึ่งของ UDC¹¹ ทำให้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในปัจจุบันไม่อาจนำมาใช้เพื่อให้ความคุ้มครองกับการทำ UDC ได้ อีกทั้งการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ในส่วนข้อยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต อาจทำให้สถานะของ UDC มีความเสี่ยงที่จะถูกระงับมากยิ่งขึ้น อันแสดงให้เห็นว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยในปัจจุบันไม่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำ UDC อย่างเพียงพอ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อผู้ทำ UDC ในการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ และผู้ชมในสาธารณะที่อาจมีเนื้อหา UDC น้อยลงด้วย จึงนำมาสู่ปัญหาว่า การทำ UDC เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่สามารถอ้างหลักการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้หลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยได้หรือไม่

ดังนั้น การที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่มีความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับในประเด็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ จึงทำให้เกิดปัญหาการตีความถึงสถานะของ UDC ในปัจจุบัน โดยมีแนวโน้มที่การทำ UDC จะเป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่อาจอ้างข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ทำให้ขัดกับสภาพสังคมปัจจุบันที่มีการทำ UDC อย่างแพร่หลาย ซึ่งหากมีการทบทวนและแก้ไขกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของประเทศไทยในประเด็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อคุ้มครองการทำผลงาน UDC แล้ว จะเป็นการสอดคล้องกับสภาพสังคมโลกอินเทอร์เน็ตในปัจจุบันที่มีการทำ UDC อย่างแพร่หลาย ทำให้ผู้ทำ UDC สามารถแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ผ่านการทำ UDC อันเป็นการส่งเสริมการใช้เสรีภาพในการแสดงออกอันเป็นผลดีต่อสาธารณะด้วย

¹⁰ คณิงนิง ขาวแสง, "ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อันเกี่ยวกับงานที่สร้างสรรค์ขึ้นใหม่โดยใช้งานของผู้อื่น: บทวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศไทย," *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 47, 2 (2561): 333-335.

¹¹ Daniel J. Gervais, "The Tangled Web of Ugc: Making Copyright Sense of User-Generated Content," *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 11(2009): 846-847.

1.2 สมมติฐาน

ผู้ทำ UGC ในกรณีการทำ UDC จากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยส่วนมากไม่สามารถอ้างข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ดังนั้น การแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะทำให้เหมาะสมกับการทำผลงาน UGC โดยเฉพาะประเภท UDC เพื่อส่งเสริมการแสดงผลออกของผู้ทำ UDC อันส่งผลดีต่อการส่งเสริมผลงานสร้างสรรค์ของผู้ทำ UDC และเหมาะสมกับสภาพการณ์การใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์และการสร้างสรรค์ผลงานในปัจจุบัน

1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- (1) เพื่อศึกษาถึงปัญหาและข้อจำกัดการปรับใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อให้ความคุ้มครองผู้ทำ UDC
- (2) เพื่อศึกษาการปรับใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของกฎหมายต่างประเทศในการให้ความคุ้มครองผู้ทำ UDC
- (3) เพื่อวิเคราะห์และเสนอแนวทางการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เพื่อให้ความคุ้มครองผู้ทำ UDC อย่างเหมาะสม

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

การวิจัยนี้ศึกษาถึงแนวคิดพื้นฐานของลิขสิทธิ์และวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในรูปแบบของลิขสิทธิ์ในข้อกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับ UGC ในกรณีที่มีการนำเอาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาดัดแปลง หรือทำ UDC โดยไม่ได้รับอนุญาต โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และประเทศสาธารณรัฐเกาหลีในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์และข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประกอบการวิเคราะห์ปัญหาข้อกฎหมายและหาแนวทางในการให้ความคุ้มครองผู้ทำผลงาน UDC ที่เหมาะสม

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

วิธีวิจัยเชิงเอกสาร (documentary research) โดยการศึกษาค้นคว้าจากเอกสารทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ในรูปแบบของตำรากฎหมายและบทความทางกฎหมาย ตัวบทกฎหมายของไทย และตัวบทกฎหมายของต่างประเทศ วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง คำพิพากษาของศาลไทยและศาลต่างประเทศ รวมทั้งข้อมูลเอกสารทางกฎหมายต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่ในรูปของสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เพื่อนำมาเป็นข้อมูลวิเคราะห์หาข้อสรุป และเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

- (1) ทราบแนวคิดพื้นฐานและความเป็นมาของกฎหมายลิขสิทธิ์
- (2) มีความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย
- (3) มีความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศและสามารถนำมาเป็นแนวทางในการวิเคราะห์ได้
- (4) รู้ถึงปัญหาของกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์
- (5) สามารถเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างเหมาะสมและเป็นธรรม



บทที่ 2

หลักพื้นฐานของกฎหมายลิขสิทธิ์และบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ผลงาน สร้างสรรค์ขึ้นโดยผู้ใช้งานในโลกอินเทอร์เน็ต โดยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือรวบรวม ผลงานของผู้อื่นภายใต้กฎหมายไทย

ผลงานสร้างสรรค์ที่ผู้ใช้งานในโลกอินเทอร์เน็ตโดยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือรวบรวมผลงาน
ของผู้อื่น หรือ User-Derived Content (“UDC”) เป็นส่วนหนึ่งของผลงานสร้างสรรค์ขึ้นโดยผู้ใช้งาน
ในโลกอินเทอร์เน็ต User-Generated Content (“UGC”) โดย UDC นี้เป็นการแบ่งประเภท UGC
โดยใช้ระดับของความสร้างสรรค์เป็นเกณฑ์¹ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเข้าใจมากยิ่งขึ้นเกี่ยวกับ UDC จึง
จำต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับ UGC ก่อน

2.1 ผลงานสร้างสรรค์ขึ้นโดยผู้ใช้งานในโลกอินเทอร์เน็ต (User-Generated Content)

2.1.1 ความหมายของผลงานสร้างสรรค์ขึ้นโดยผู้ใช้งานในโลกอินเทอร์เน็ต (User-Generated Content)

UGC หมายถึงเนื้อหาใด ๆ ที่ถูกสร้างขึ้น เผยแพร่ หรือถูกนำเข้ามาในระบบโดยผู้ใช้งาน โดย
อาจจะอยู่ในรูปแบบใดก็ได้ เช่น รูปภาพ วิดีโอ ข้อความที่ถูกเขียนและเผยแพร่บนเว็บไซต์ โดยที่ไม่ได้
ถูกสร้างขึ้นโดยเจ้าของแบนด์นั้น ๆ² ตัวอย่างของ UGC ที่พบเห็นได้มากในปัจจุบัน เช่น ข้อความที่
ถูกเขียนขึ้นใน Facebook บทวิจารณ์จากผู้ใช้งาน (Reviews) คลิปวิดีโอต่าง ๆ ที่ผู้ใช้งานสร้างสรรค์
ขึ้นใน YouTube พอดแคสต์ (Podcasts) บทความในเว็บไซต์ (Blog) ฯลฯ³

2.1.2 ลักษณะของ UGC

องค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organization for Economic Co-
operation and Development) (“OECD”)⁴ ได้มีการวางหลักให้ UGC มีลักษณะสำคัญ 3 ประการ
ดังต่อไปนี้⁵

¹ Ibid., 858-860.

² Megan Marrs, "Ugc 101: A Guide to User-Generated Content Marketing," [Online] Accessed: 10 October 2021. Available from: <https://www.wordstream.com/blog/ws/2014/04/28/user-generated-content>

³ Ibid.

⁴ เป็นองค์การที่มีภารกิจหลักในการกระตุ้นการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและการค้าโลก และเป็นเวทีในการเปรียบเทียบนโยบาย และแลกเปลี่ยน
ประสบการณ์ และประสานงานนโยบายทั้งในประเทศและระหว่างประเทศสมาชิก

⁵ OECD, *Participative Web and User-Created Content Web 2.0, Wikis and Social Networking* (Paris OECD Publications, 2007), p. 18.

ประการแรก ต้องมีการเผยแพร่ โดยมีการให้เข้าถึงผ่านเว็บไซต์ หรือ social network โดยไม่รวมถึงเนื้อหาที่ถูกสร้างขึ้นโดยผู้ใช้งานแต่ไม่ได้มีการเผยแพร่ทางออนไลน์ เช่น เนื้อหาที่ถูกส่งผ่านอีเมล หรือโปรแกรมสนทนา (two-way instant messages)

ประการที่สอง ต้องมีการสร้างสรรค์ ในการทำ UGC นั้นจำเป็นต้องมีการสร้างสรรค์ที่ใช้ในการสร้างสรรค์ผลงานหรือดัดแปลงผลงานในระดับหนึ่ง กล่าวคือ ผู้ใช้งานต้องมีการให้คุณค่าบางอย่างให้กับงานนั้น ๆ เช่น ผู้ใช้อาจอัปโหลดรูปภาพที่ตนถ่ายขึ้นมา หรือการเขียนบรรยายความคิดเห็นต่อเรื่องบางเรื่อง หากเป็นการคัดลอกหรือทำซ้ำและเผยแพร่งานนั้นโดยไม่ได้มีการสร้างสรรค์แต่อย่างใดเลยย่อมไม่สามารถเรียกได้ว่าเป็น UGC

ประการที่สาม การสร้างสรรค์นั้นต้องไม่ใช่เป็นการทำตามหน้าที่การงานปกติของผู้มีอาชีพนั้น (professional routine and practice) โดย UGC นั้นอาจเป็นการทำขึ้นโดยมิได้แสวงหากำไรหรือผลตอบแทนเลยก็ได้ โดยการสร้างสรรค์นั้นอาจทำขึ้นเพื่อติดต่อสื่อสารกับผู้อื่น เพื่อชื่อเสียง หรือเพียงแต่เป็นการแสดงออกซึ่งตัวตนของผู้ใช้งานก็ได้

2.1.3 ประเภทของ UGC

การแบ่งประเภทของ UGC สามารถแบ่งได้หลากหลายรูปแบบ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

OECD ได้กำหนดเกี่ยวกับ User-Created Content หรือ UGC โดยอาศัยเกณฑ์การแบ่ง 2 ประเภท ได้แก่ แบ่งโดยอาศัยประเภทของเนื้อหา และแบ่งโดยอาศัยแหล่งเผยแพร่ ดังนี้

(1) การแบ่งโดยอาศัยประเภทของเนื้อหา การแบ่งโดยเนื้อหาสามารถแบ่งออกเป็นประเภทได้ดังต่อไปนี้⁶

ตัวอักษร (text) เป็นงานประเภทข้อความ บทกลอน นิยาย แบบสอบถาม (quiz) มุกตลก ที่มีการแบ่งปันกันอยู่ในชุมชนออนไลน์ใด ๆ ยกตัวอย่างเช่น งานประเภทแฟนฟิคชัน อันเป็นงานประเภทที่นำตัวละครจากงานเขียน วรรณกรรม หรือภาพยนตร์ที่มีอยู่เดิมมาดัดแปลงเรื่องราวใหม่ ฯลฯ

รูปถ่ายและรูปภาพ (photos and images) รูปภาพที่เป็น UGC อาจจะถูกปรับแต่งโดยซอฟต์แวร์แต่งรูปหรือไม่ก็ได้ โดยมีการเผยแพร่รูปภาพเหล่านั้นลงบนเว็บไซต์ต่าง ๆ เช่น Flickr หรือ Instagram ฯลฯ

⁶ Ibid., 34-35.

ดนตรีและไฟล์เสียง UGC ประเภทนี้เป็นที่แพร่หลายมากในอินเทอร์เน็ต เช่น การทำเพลง remix หรือเพลง mash-up การเผยแพร่พอดแคสต์ ฯลฯ

วิดีโอและภาพยนตร์ โดย UGC ประเภทนี้อาจเกิดจากการที่ผู้ใช้งานสร้างสรรค์เองทั้งหมด หรือการนำวิดีโอที่มีอยู่แล้วมาดัดแปลง เช่น การนำตัวอย่างภาพยนตร์มาตัดต่อรวมกัน หรือการนำภาพยนตร์ที่มีอยู่แล้วมาตัดต่อดัดแปลงใหม่ เช่น วิดีโอใน TikTok ฯลฯ

(2) การแบ่งโดยอาศัยแหล่งเผยแพร่ (Platform) การแบ่งโดยอาศัยแหล่งเผยแพร่หรือแพลตฟอร์มสามารถแบ่งได้ดังนี้⁷

UGC ที่เผยแพร่บนบล็อก (Blogs) หมายถึง เว็บไซต์ที่แสดงข้อมูลตามเวลา และมีการปรับปรุงอยู่เสมอ โดยในบล็อกนี้อาจมีข้อความ รูปภาพ เสียง วิดีโอ หรือสิ่งต่าง ๆ รวมกัน

UGC ที่อยู่บนเว็บไซต์ สารานุกรมออนไลน์ต่าง ๆ (Wikis and other text-based collaboration formats) โดยเว็บไซต์เหล่านี้เป็นเว็บไซต์ที่ยินยอมให้ผู้ใช้งานแก้ไข นำออก เขียน เนื้อหาต่าง ๆ ได้ โดยเว็บไซต์เหล่านี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้อ่านเข้าถึงเป็นจำนวนมาก และสามารถแก้ไขเนื้อหาเพื่อให้เกิดความถูกต้องแม่นยำของเนื้อหา เช่น เว็บไซต์ Wikipedia ฯลฯ

UGC ที่เกิดจากการรวบรวมของผู้ใช้ คือการที่ผู้ใช้ได้รวบรวมลิงก์ออนไลน์ของเนื้อหาต่าง ๆ โดยรวบรวมจากความคิดเห็นหรือความรู้ของผู้ใช้งานเว็บไซต์นั้น ๆ เช่น Google bookmarks Pinterest ฯลฯ

UGC ในโซเชียลเน็ตเวิร์ก อันเป็นเว็บไซต์ที่ทำให้ผู้ใช้งานสามารถติดต่อกับเพื่อนหรือบุคคลอื่น โดยการเผยแพร่ข้อความ รูปภาพ หรือส่งข้อความส่วนตัว เช่น Facebook ฯลฯ โดยในเว็บไซต์เหล่านี้จะมีการอนุญาตให้ผู้ใช้งานสามารถเผยแพร่ข้อความ รูปภาพ หรือวิดีโอได้

UGC ที่มีเนื้อหาจากโลกเสมือน (virtual world content) UGC ประเภทนี้จะถูกสร้างขึ้นจากเกมออนไลน์ โดยผู้เล่นจะมีการสร้างสรรค์ผลงานบางอย่างของตน เช่น สามารถสร้างสิ่งของในเกมนั้นได้ เช่น เกม Minecraft Animal Crossing ฯลฯ

(3) แบ่งตามระดับความสร้างสรรค์ของผลงาน UGC ซึ่งการแบ่งในรูปแบบนี้จะเป็นรูปแบบการแบ่งที่จะนำมาใช้ในการศึกษา โดยแบ่งได้เป็นประเภทดังนี้

⁷ Ibid., 36-40.

ผลงานสร้างสรรค์ที่ผู้ใช้งานสร้างสรรค์ขึ้นเอง (User-Authored Content) เป็นผลงานประเภทที่ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ต มิได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงขึ้นจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์อื่น และเผยแพร่ผลงานนั้นไม่ว่าจะเป็นการอนุญาตให้มีการทำซ้ำดัดแปลงต่อหรือไม่⁸

ผลงานสร้างสรรค์ที่ผู้ใช้งานดัดแปลงจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์อื่น (User-Derived Content) เป็นกรณีที่ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตได้นำเอาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาดัดแปลงขึ้นเพื่อสร้างผลงานใหม่⁹ โดยมีได้หลากหลายรูปแบบ เช่น ในรูปแบบวรรณกรรมอย่างแฟนฟิกชัน (fanfiction) ที่เป็นการนำวรรณกรรมเดิมที่เคยมีอยู่แล้วมาดัดแปลงให้แตกต่างจากวรรณกรรมเดิม ในรูปแบบดนตรีกรรม เช่น เพลงล้อเลียน ซึ่งเป็นการนำดนตรีกรรมเดิมที่เคยมีลิขสิทธิ์มาดัดแปลงเนื้อร้องใหม่ ฯลฯ¹⁰ ซึ่งผลงานประเภทนี้จะอยู่ในขอบเขตการศึกษาในครั้งนี้

ผลงานที่ผู้ใช้งานทำซ้ำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ (User-Copied Content) เป็นกรณีที่ผู้ใช้งานได้ทำซ้ำซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น เช่น การอัปโหลดรูปภาพ หรือเพลงที่ผู้อื่นมีลิขสิทธิ์เข้าสู่ระบบ¹¹

2.2 ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ และผลงาน UDC

ทฤษฎีแรงงานเกี่ยวกับทรัพย์สิน (Private Property) จอห์น ล็อก ได้เสนอทฤษฎีแรงงานเกี่ยวกับทรัพย์สินโดยกล่าวว่า มนุษย์ทุกคนมีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินมาก่อนที่จะมีสิทธิทางการเมือง และเป็นสิทธิที่มนุษย์ทุกคนมีอย่างเท่าเทียมกัน โดยมองว่ามนุษย์ทุกคนสามารถอ้างสิทธิเหนือทรัพย์สินได้ทุกอย่าง เนื่องจากพระเจ้าได้ประทานสิ่งต่าง ๆ ให้แก่มนุษย์ พร้อมทั้งให้เหตุผลและสติปัญญาแก่มนุษย์เพื่อที่จะได้ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรเหล่านั้น เพื่อการดำรงชีวิต ดังนั้น การครอบครองทรัพยากรที่พระเจ้าประทานมาให้ย่อมเป็นการใช้ประโยชน์สิ่งเหล่านั้น¹²

โดยวิธีการเริ่มครอบครองนั้น เริ่มจากการที่มนุษย์ทุกคนเป็นเจ้าของความเป็นบุคคลของตนเอง แรงงานของตนเอง และมนุษย์ย่อมเป็นเจ้าของสิ่งที่เกิดขึ้นจากการใช้แรงงานของตนเอง โดยมนุษย์ผสมแรงงานของตนที่มีอยู่เข้ากับสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติ การทำเช่นนี้ย่อมทำให้มนุษย์คนนั้นมี

⁸ Daniel J. Gervais, "The Tangled Web of Ugc: Making Copyright Sense of User-Generated Content," *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*: 858-860.

⁹ Ibid.

¹⁰ คณิงนิง ขาวแสง, "ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อื่นเกี่ยวกับงานที่สร้างสรรค์ขึ้นใหม่โดยใช้งานของผู้อื่น: บทวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศไทย," *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 333-335.

¹¹ Daniel J. Gervais, "The Tangled Web of Ugc: Making Copyright Sense of User-Generated Content," *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*.

¹² กรกช ภาวสิทธิ์ และวีระ สมบูรณ์, "ความมั่นคงของมนุษย์ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และทรัพย์สินส่วนรวม: สร้างความเชื่อมโยง," *วารสารสังคมศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์ จุฬาฯ* 42, 2 (2555): 78.

ทรัพย์สินเป็นของตัวเอง ดังนั้นมนุษย์คนนั้นจึงสามารถกันสิทธิของบุคคลอื่น ให้ออกไปจากสิ่งนั้นได้ เพราะแรงงานเป็นทรัพย์สินของผู้ใช้แรงงาน เมื่อใช้แรงงานกับสิ่งใดแล้ว สิ่งนั้นย่อมกลายเป็นทรัพย์สินของบุคคลผู้เป็นเจ้าของนั้น โดยมีลักษณะทำให้ทรัพย์สินที่มีอยู่เดิมนั้นหลุดสภาพความเป็นเจ้าของร่วมกันของมนุษย์ จนกลายเป็นทรัพย์สินส่วนบุคคลของเจ้าของแรงงาน โดยผู้อื่นย่อมไม่มีสิทธิต่อสิ่งนั้น และไม่สามารถพรากเอาสิ่งนั้นไปจากเจ้าของได้¹³

ทั้งนี้ ตามทฤษฎีทรัพย์สินของล๊อคนั้น ล็อกได้กล่าวว่า ขอบเขตของการถือครองทรัพย์สินคือ การที่ทรัพย์สินนั้นต้องได้รับการใช้ให้เกิดประโยชน์ และมีทรัพยากรเหลือมากเพียงพอสำหรับมนุษย์คนอื่น ดังนั้น หากมนุษย์คนใดพยายามครอบครองทรัพย์สินเกินกว่าที่จะได้ใช้ประโยชน์ หรือการครอบครองจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสาธารณะหรือบุคคลอื่นแล้ว ส่วนเกินของสิ่งเหล่านั้น ย่อมไม่สามารถเรียกได้ว่าเป็นทรัพย์สินของบุคคลนั้น ๆ อย่างไรก็ตาม ล็อกมองว่า การที่มนุษย์ผู้หนึ่งได้ใช้แรงงานเพื่อครอบครองสิ่งใดเป็นของตนแล้ว มิได้เป็นการทำให้ทรัพยากรส่วนกลางลดลง แต่เป็นการทำให้เพิ่มขึ้น เนื่องจากการลงแรงครอบครองและพัฒนาของมนุษย์ ก่อให้เกิดทรัพยากรมากยิ่งขึ้น และทำให้สังคมมีพัฒนาการ¹⁴

อย่างไรก็ดีทฤษฎีนี้ แต่ดั้งเดิมมิได้มุ่งอธิบายถึงทรัพย์สินทางปัญญาอย่างใด แต่อิทธิพลของแนวคิดกฎหมายธรรมชาติของล๊อคได้แพร่กระจายไปในกลุ่มประเทศในภาคพื้นยุโรปมาเป็นเวลานาน ทำให้มีคณาทฤษฎีแรงงานเกี่ยวกับทรัพย์สินไปอธิบายให้ครอบคลุมถึงงานสร้างสรรค์ต่าง ๆ โดยระบุว่า สิ่งเหล่านั้นเป็นผลจากแรงงาน¹⁵ ดังนั้น ผลงานสร้างสรรค์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการใช้แรงงานของมนุษย์ มนุษย์คนนั้น ๆ ที่ใช้แรงงานสร้างขึ้นมาย่อมมีสิทธิเหนือสิ่งสร้างสรรค์นั้น โดยสามารถกันไม่ให้ผู้อื่นมาใช้ผลงานสร้างสรรค์ของตนได้ ทฤษฎีนี้จึงเป็นรากฐานของการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์อันเป็นสิทธิเด็ดขาดแก่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์

ข้อจำกัดของทฤษฎีแรงงานเกี่ยวกับทรัพย์สิน เนื่องจากการอ้างทฤษฎีแรงงานเกี่ยวกับทรัพย์สินไปใช้เพื่อผูกขาดโดยอ้างว่าผู้แต่งวรรณกรรมมีสิทธิในรูปแบบลิขสิทธิ์ตลอดไป ซึ่งทฤษฎีนี้สามารถมีข้อจำกัดได้คือ การใช้แรงงานที่เกิดสิทธินั้นจะเกิดได้เฉพาะเท่าที่เหลืออย่างเป็นธรรมแก่คนอื่นในสังคม ดังนั้นการมีสิทธิของล็อก จึงต้องอยู่ใต้เงื่อนไขการนึกถึงผลประโยชน์ของสังคมด้วย ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เกิดการคำนึงถึงความสมดุลของผลประโยชน์ของปัจเจกและสาธารณะ¹⁶ เนื่องจาก

¹³ เรื่องเดียวกัน, 78-79.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, 79-80.

¹⁵ จุลพล ภูณิลินวัฒน์ และ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, ประวัติศาสตร์และแนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 80.

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, 81

ทฤษฎีของล็อกที่กล่าวว่า มนุษย์สามารถเป็นเจ้าของสิ่งต่าง ๆ ได้ตราบเท่าที่ต้องเหลือให้มนุษย์ผู้อื่นในสังคมใช้อย่างเพียงพอ จึงทำให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้นจำต้องมีข้อยกเว้น หรือข้อจำกัดของลิขสิทธิ์เพื่อไม่ก่อให้เกิดการผูกขาดความคิด เช่น การกำหนดให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์มีระยะเวลา และการกำหนดให้มีข้อยกเว้นในการละเมิดลิขสิทธิ์ เพื่อก่อให้เกิดสมดุลระหว่างประโยชน์ของปัจเจก และประโยชน์สาธารณะ

ทฤษฎีแลกเปลี่ยน อัดัม สมิท มองว่า มนุษย์แต่ละบุคคลนั้นมีเสรีภาพในการประกอบธุรกิจตามที่เขาปรารถนา โดยมนุษย์แต่ละคนนั้นมุ่งสนใจในประโยชน์ของตนเองเป็นแรงกระตุ้นสำคัญในระบบเศรษฐกิจ เนื่องจากเมื่อบุคคลใดแสวงหาประโยชน์ส่วนตน ย่อมเท่ากับว่าเกิดจากการถูกชักนำของกลไกตลาด การที่แต่ละบุคคลมุ่งบรรลุเป้าหมายตามแต่ที่ตนต้องการจะเป็นการเพิ่มความมั่งคั่งให้กับส่วนรวมโดยปริยาย เนื่องจากแต่ละคนย่อมแข่งขันกันเพื่อบรรลุเป้าหมายของตน และการแข่งขันทางการค้าเสรีนี้ จะช่วยให้เกิดการพัฒนาของสังคมได้อย่างดียิ่งนั้น¹⁷

นอกจากนี้ อัดัม สมิท ยังมองว่า ลิขสิทธิ์นั้นเป็นการให้สิทธิเด็ดขาดแก่บุคคลที่สร้างสรรค์ผลงาน อันอาจเป็นการยอมให้เกิดการผูกขาดทางการค้า อย่างไรก็ตาม การรับรองลิขสิทธิ์นั้นยังมีความจำเป็นเนื่องจากเป็นการให้รางวัลหรือแรงจูงใจแก่ผู้สร้างสรรค์ผลงาน โดยอัดัม สมิท กล่าวว่า การรับรองลิขสิทธิ์นั้น ไม่ได้ก่อให้เกิดอันตรายต่อระบบตลาด และอาจก่อให้เกิดผลดีแม้จะเป็นการยอมให้มีการผูกขาดงานนั้นในระยะเวลาอันสั้นก็ตาม¹⁸

โดยแนวคิดของอัดัม สมิทเป็นการขยายแนวคิดของจอห์น ล็อกที่อธิบายการรับรองสิทธิตามธรรมชาติไปสู่สิทธิในทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะประเด็นเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนของมนุษย์ที่เกิดจากการรักตัวเองและเห็นคุณค่าของการแลกเปลี่ยน โดย อัดัม สมิท ได้กล่าวอีกว่า ทรัพย์สินทางปัญญาควรเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นสากล เพราะการแลกเปลี่ยนจะถูกจำกัดด้วยตลาด หากมีตลาดที่ใหญ่แล้วจะทำให้เสรีภาพในการแลกเปลี่ยนเพิ่มมากยิ่งขึ้น อันมีอิทธิพลต่ออนุสัญญาระหว่างประเทศหลาย ๆ ฉบับ¹⁹ และยังทำให้สิทธิของผู้สร้างสรรค์ผลงานที่แท้จริงสามารถเปลี่ยนมือในทางเศรษฐกิจได้ เนื่องจากผลงานนั้นนอกจากจะมีคุณค่าที่เกิดจากการใช้ประโยชน์แล้ว ยังมีคุณค่าที่เกิดจากการแลกเปลี่ยนอีกด้วย²⁰

¹⁷ P. Rinchakorn, "แนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์ของสำนักคลาสสิก : อัดัม สมิท (Adam Smith)" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 10 พฤษภาคม 2566.

แหล่งที่มา: <https://www.gotoknow.org/posts/468355>

¹⁸ Ruth towse, Christian Handke, and Paul Stepan, "The Economics of Copyright Law: A Stocktake of the Literature," *Review of Economic Research on Copyright Issues* 5(2088): 2.

¹⁹ จุลพล ภิภูโสณวัฒน์ และ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, *ประวัติศาสตร์และแนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา*, หน้า 88.

²⁰ เรื่องเดียวกัน, 89.

หลักแห่งประโยชน์ (Utilitarian) เป็นแนวคิดที่ว่าด้วยการเน้นถึงประโยชน์ของส่วนรวมหรือกับคนหมู่มากเป็นสำคัญ ดังนั้นกฎหมายควรส่งเสริมหรือก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมมากที่สุด และต้องไม่ออกกฎหมายที่ก่อให้เกิดการขัดแย้งกับประโยชน์กับสังคม²¹ การที่กฎหมายลิขสิทธิ์ได้มีการคุ้มครองถึงผลงานสร้างสรรค์ที่ได้แสดงออกมานั้นจากการทำซ้ำ จำหน่าย จัดแสดงต่อสาธารณะ และให้สิทธิเจ้าของลิขสิทธิ์อย่างเด็ดขาดในการสร้างผลงานดัดแปลงจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเป็นไปตามวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าของวิทยาศาสตร์และศิลปะ โดยการให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวแก่ผู้สร้างสรรค์ผลงานภายในระยะเวลาคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่จำกัด เพื่อเป็นการจูงใจให้ผู้สร้างสรรค์ผลงานมีแรงจูงใจในการสร้างสรรค์ผลงานมากยิ่งขึ้น ดังนั้น ยังมีการคุ้มครองให้สิทธิเด็ดขาดแก่ผู้สร้างสรรค์เท่าไร ยิ่งก่อให้เกิดแรงจูงใจในการสร้างสรรค์ผลงานมากยิ่งขึ้น อันจะก่อให้เกิดผลงานสร้างสรรค์ที่มากขึ้น ซึ่งจะส่งผลดีต่อสาธารณประโยชน์ในการมีผลงานวิทยาศาสตร์และผลงานศิลปะที่มากยิ่งขึ้น²²

หลักแห่งผลประโยชน์นั้นทำให้มีการแบ่งขอบเขตการคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้มีการคุ้มครองเพียงแต่ผลงานสร้างสรรค์ที่ได้แสดงออก โดยไม่ได้คุ้มครองถึงแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังผลงานที่แสดงออก และข้อเท็จจริงที่อยู่เบื้องหลังการแสดงออกซึ่งผลงาน การกำหนดถึงขอบเขตการคุ้มครองลิขสิทธิ์เช่นนี้ เป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการผูกขาดของความคิดหรือข้อเท็จจริงที่ใช้ในการสร้างสรรค์ผลงานสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์หรือผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ อันเป็นการรับรองว่าการคุ้มครองลิขสิทธิ์จะไม่เป็นการจำกัดการใช้ความคิดหรือข้อเท็จจริงดังกล่าวเพื่อสร้างสรรค์ผลงานอื่น ๆ ในอนาคต ซึ่งการทำเช่นนี้ ทำให้สังคมสามารถสร้างผลงานศิลปะและวิทยาศาสตร์ใหม่ ๆ ได้ ซึ่งเป็นการส่งเสริมให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมมากกว่า²³

นอกจากนี้หลักแห่งผลประโยชน์ ยังถูกนำมาใช้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ผ่านการกำหนดให้มีหลักการยกเว้นความรับผิดชอบการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์ อันได้แก่ หลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม เนื่องจากการยินยอมให้บุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้สร้างสรรค์ผลงานสามารถใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นได้แม้ไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ อันเป็นการส่งเสริมให้เกิดความเป็นไปได้ในการสร้างสรรค์ผลงานสร้างสรรค์ใหม่ ๆ จากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ก่อน ในการกำหนดมีหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น ทำให้ผู้สร้างสรรค์สามารถใช้ประโยชน์จากผลงานสร้างสรรค์ที่อาจเกิดขึ้นใหม่ ๆ จากผลงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ได้ ซึ่งการทำเช่นนี้ก่อให้เกิดโอกาส

²¹ เรืองเดียวกัน, 90-91

²² Lee W. Lockridge, "The Myth of Copyright's Fair Use Doctrine as a Protector of Free Speech," *Santa Clara High Technology Law Journal* 24, 1 (2007): 35-36.

²³ Ibid., 36-37.

ในการสร้างสรรค์ผลงานวิทยาศาสตร์และศิลปะแก่คนในสังคมมากยิ่งขึ้น ซึ่งก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมส่วนรวมอันสอดคล้องกับหลักแห่งผลประโยชน์ นอกจากนี้ ประโยชน์แห่งส่วนรมนั้น มิได้หมายถึงเฉพาะการสร้างสรรค์ผลงานวิทยาศาสตร์และผลงานศิลปะใหม่ ๆ เท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงประโยชน์ในการใช้เสรีภาพในการแสดงออกของผู้คนในสังคมด้วย²⁴ ดังจะกล่าวต่อไปในส่วนเสรีภาพในการแสดงออก

เสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of expression หรือ Freedom of speech)

เสรีภาพในการแสดงออก หรือแสดงความคิดเห็นนั้นเป็นหลักหนึ่งที่สำคัญในการปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งหลักเสรีภาพในการแสดงออกนี้ได้รับการรับรองไว้เป็นสิทธิมนุษยชนดังที่ปรากฏในเอกสารความคุ้มครองระหว่างประเทศ ได้แก่ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 ที่กำหนดไว้ในข้อ 19 ว่า “ทุกคนมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและแสดงออก โดยสิทธินี้หมายรวมถึงเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง การค้นหา การได้รับ และการแจ้งข้อมูล ความคิดผ่านสื่อใด ๆ โดยไม่มีพรมแดน”²⁵ โดยเสรีภาพในการแสดงออกนี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 แง่มุม ได้แก่

แง่มุมที่หมายถึงบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น ความคิด ความเป็นตัวเองอย่างเสรี โดยปราศจากการแทรกแซง อันเป็นการที่บุคคลต่าง ๆ จะได้ใช้ความสามารถของตนอย่างเต็มที่ อันจะก่อให้เกิดความรุ่งเรืองทางวัฒนธรรม (cultural enrichment)²⁶

อีกแง่มุมคือเสรีภาพที่ทุกคนสามารถค้นหา ได้รับและแจ้งข้อมูลอย่างเสรี ซึ่งการได้รับข้อมูลหรือข้อเท็จจริงอย่างเสรีจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อทุกคนสามารถมีเสรีภาพหรือสามารถที่จะแสดงความคิดเห็น หรือความคิดของตนออกมาให้ผู้อื่นในสังคมทราบได้ อันเป็นการที่คนในสังคมจะสามารถค้นหาความเป็นจริงหรือข้อมูล โดยได้รับหรือสามารถเข้าถึงข้อมูลได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยปราศจากการแทรกแซง ซึ่งเป็นปัจจัยหลักสำคัญในการตัดสินใจของประชาชนในระบอบประชาธิปไตย²⁷

อย่างไรก็ดี ในการใช้เสรีภาพในการแสดงออกนี้ จะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตหรือข้อจำกัดทางกฎหมาย เพื่อเป็นการเคารพต่อเสรีภาพของผู้อื่นและเพื่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของ

²⁴ Ibid., 38-39.

²⁵ Article 19 Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.

²⁶ Lee W. Lockridge, "The Myth of Copyright's Fair Use Doctrine as a Protector of Free Speech," *Santa Clara High Technology Law Journal*: 41.

²⁷ Ibid.

ประชาชน และตามหลักการทั่วไปของหลักประชาธิปไตย²⁸ ทั้งนี้ หลักการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้นต้องเป็นไปโดยอาศัยอำนาจของกฎหมาย ต้องมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย อันได้แก่ ประโยชน์สาธารณะอื่น ๆ เช่น เพื่อเคารพสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น เพื่อความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกนี้ต้องทำเท่าที่จำเป็น โดยการประเมินความจำเป็นนี้ต้องพิจารณาว่า เป็นการจำกัดเสรีภาพที่เชื่อมโยงกับเหตุผลที่เป็นประโยชน์สาธารณะที่มุ่งคุ้มครอง และต้องระมัดระวังไม่ให้เป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกเกินสมควร ต้องไม่มีลักษณะเป็นการกำหนดขึ้นอย่างตามอำเภอใจ และต้องได้สัดส่วนกับเสรีภาพที่ถูกจำกัดลงไป²⁹ อันเป็นการสอดคล้องกันกับหลักในข้อ 19 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและทางการเมือง (ICCPR)³⁰

เสรีภาพในการแสดงออกนี้ เป็นหลักการสำคัญที่ประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่ใช้ระบอบประชาธิปไตยได้นำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับประเทศไทย โดยประเทศไทยได้รับรองเสรีภาพในการแสดงออกไว้ในรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน โดยในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดเสรีภาพในการแสดงออกไว้ในมาตรา 34 ดังนี้ “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน เสรีภาพทางวิชาการย่อมได้รับความคุ้มครอง แต่การใช้เสรีภาพนั้นต้องไม่ขัดต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และต้องเคารพและไม่ปิดกั้นความเห็นต่างของบุคคลอื่น”³¹

แม้กฎหมายลิขสิทธิ์จะไม่มีกำหนดไว้โดยตรงถึงเสรีภาพในการแสดงออก แต่การคุ้มครองลิขสิทธิ์ส่งเสริมให้มีการทำและรวบรวมข้อมูลหรือความคิดต่าง ๆ และแสดงออกของบุคคล อันเป็น

²⁸ วนิตา แสงสารพันธ์, "ขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมาย," *วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน* 6, 2 (2550): 24.

²⁹ เรื่องเดียวกัน, 25.

³⁰ Article 19 ICCPR

1. Everyone shall have the right to hold opinions without interference.
2. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.
3. The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:
 - (a) For respect of the rights or reputations of others;
 - (b) For the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals.

³¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 34

การส่งเสริมให้เกิดเสรีภาพในการแสดงออก เนื่องจากเมื่อแสดงออกมาแล้วสิ่งเหล่านั้นย่อมได้รับความคุ้มครองให้สิ่งเหล่านั้นอยู่ในอำนาจผู้แสดงออกหรือผู้สร้างสรรค์³² ที่จะกันไม่ให้ผู้อื่นที่ไม่ได้รับความยินยอมมาทำซ้ำหรือใช้ผลงานอันได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ของตน อันเป็นการสนับสนุนให้มีการใช้เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์มากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตามการคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้นเป็นการจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงออกเช่นเดียวกัน เนื่องจากการมีความคุ้มครองลิขสิทธิ์เกิดขึ้นนั้นมีลักษณะเป็นการจำกัดความสามารถของบุคคลในการแสดงออกซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์อันเป็นสิ่งที่เคยถูกแสดงออกไว้แล้ว อันเป็นการจำกัดเสรีภาพที่บุคคลหนึ่งจะแสดงออกหรือให้ข้อมูลใด ๆ ต่ออีกบุคคลหนึ่ง โดยกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น ได้เป็นการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวด้วยการให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการมีสิทธิเด็ดขาดในการควบคุมการใช้งานซึ่งผลงานหรือสิ่งที่ตนได้แสดงออกจนได้รับความคุ้มครองในฐานะผลงานสร้างสรรค์ที่มีลิขสิทธิ์แล้ว³³ ดังนั้น ในการปรับใช้หรือในการมีบทบาทปฏิบัติ ลิขสิทธิ์ จึงจำต้องพิจารณาถึงการทำให้เกิดความสมดุลระหว่างการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออก และการรับรองคุ้มครองผลงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้น

ความสมดุลระหว่างการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกและการรับรองสิทธิของผู้สร้างสรรค์ของหลักกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นสามารถเห็นได้จากสองหลักการหลักดังนี้

ประการแรก ในการคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้น มุ่งเน้นถึงการคุ้มครองผลงานสร้างสรรค์ที่ได้แสดงออกมาเท่านั้น โดยผลงานสร้างสรรค์นั้นจะมีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างของผู้สร้างสรรค์ หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่เนื้อหาหรือความคิดที่อยู่เบื้องหลังผลงานที่ได้แสดงออกไว้แล้ว ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ดังนั้น บุคคลอื่นจึงสามารถนำความคิดหรือเนื้อหา ข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่แม้จะถูกแสดงออกเป็นผลงานอันได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ไว้แล้ว ไปใช้ต่อได้ อันเป็นการที่กฎหมายลิขสิทธิ์มิได้จำกัดเสรีภาพในการแสดงออกจนทำให้บุคคลอื่นไม่สามารถแสดงออกซึ่งความคิดนั้น ๆ ได้เลย³⁴

ประการที่สอง ในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ผู้เป็นเจ้าของผลงานให้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้ เผยแพร่ ทำซ้ำ ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน กฎหมายก็ยังมีกำหนดถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น หลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม เพื่อให้ผู้ที่ไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ในบางกรณีตามกฎหมายที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เช่น การใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อการรายงานข่าว การวิพากษ์วิจารณ์ ฯลฯ ที่กฎหมายได้กำหนดให้เป็นข้อยกเว้นที่

³² Lee W. Lockridge, "The Myth of Copyright's Fair Use Doctrine as a Protector of Free Speech," *Santa Clara High Technology Law Journal*: 54.

³³ *Ibid.*, 48.

³⁴ *Ibid.*, 53.

สามารถใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอม อันเป็นการให้ความคุ้มครองให้บุคคลสามารถใช้เสรีภาพในการแสดงออกได้ในกรณีดังกล่าว³⁵

ดังนั้น จากการศึกษาที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองการแสดงออกซึ่งผลงานสร้างสรรค์อย่างมีขอบเขตคุ้มครองเฉพาะผลงานที่ได้แสดงออกมาแล้วเท่านั้น และการมีข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการแสดงให้เห็นว่า เสรีภาพในการแสดงออกเป็นหลักการสำคัญอีกหลักการหนึ่งของลิขสิทธิ์ อีกทั้งการทำผลงาน UDC ของผู้ใช้งาน ย่อมเป็นการใช้เสรีภาพในการแสดงออก ที่สามารถจะแสดงออกซึ่งแนวคิด หรือข้อมูลใด ๆ ที่ตนต้องการได้

การรับรู้ความยุติธรรมด้านผลตอบแทน (Distributive Justice) ความยุติธรรมในการแบ่งสรรนั้น มีความสำคัญในหลายแง่มุม เช่น การแบ่งสรรรายได้ ความมั่งคั่ง โอกาส งาน สวัสดิการ โดยต้องคำนึงถึงผู้รับการแบ่งสรร เช่น จะแบ่งสรรให้กับบุคคลที่เป็นปัจเจก กลุ่มคนหรืออื่น ๆ และแบ่งสรรประโยชน์ตามหลักเกณฑ์ใด ซึ่งการแบ่งสรรผลประโยชน์นี้เป็นผลมาจากการตัดสินใจของรัฐในการแบ่งสรรผลประโยชน์ ผ่านการออกกฎหมายและนโยบาย ที่ส่งผลกระทบต่อ การแบ่งสรรผลประโยชน์ในสังคม เช่น การออกกฎหมายด้านภาษี การศึกษา หรือด้านสุขภาพ ฯลฯ การแบ่งสรรผลประโยชน์ในแต่ละสังคมและช่วงเวลานั้นแตกต่างกันออกไป โดยการพิจารณาถึงความยุติธรรมในการแบ่งสรรนี้ ย่อมเป็นเครื่องมือสำคัญในการพิจารณาตัดสินใจของรัฐในการออกนโยบายหรือแก้ไขกฎหมายต่าง ๆ เพื่อแบ่งสรรผลประโยชน์แก่กลุ่มคนต่าง ๆ³⁶

โดยแนวคิดนี้ถูกเสนอขึ้นโดยจอห์น ลอลล์ โดยมีมุมมองว่า มนุษย์ทุกคนนั้นมีอิสระที่เท่าเทียมกัน มีเหตุผลสติปัญญาที่เท่าเทียมกัน สังคมในความหมายของจอห์น ลอลล์ นั้นต้องเป็นสังคมที่มีความยุติธรรม มีกฎเกณฑ์กติกาที่ทุกคนยอมรับได้ โดยโครงสร้างสังคม เช่น รัฐ กฎหมาย ต้องมีหน้าที่จัดสรรประโยชน์ต่าง ๆ โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ทุกคนได้มีจุดเริ่มต้นหรือโอกาสที่เท่าเทียมกัน ซึ่งลอลล์มีความคิดว่า ความยุติธรรมนั้นควรมีลักษณะที่แต่ละบุคคลในสังคมมีเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน โดยทุกคนต้องมีสิทธิที่เท่าเทียมกันต่อระบบทั้งหมดที่เหมือนกันในเสรีภาพขั้นพื้นฐาน และสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นจำต้องขยายให้กว้างที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ และต้องมีความเท่าเทียม โดยความเท่าเทียมของลอลล์นั้น เป็นการยอมรับว่าแต่ละคนมีความสามารถที่แตกต่างกัน ซึ่งการที่มีบุคคลหนึ่งมีความสามารถมากกว่าอีกบุคคลหนึ่งสามารถเกิดขึ้นได้ แต่ต้องมีการทำเพื่อประโยชน์แก่คนที่อ่อนแอที่สุดในสังคม เช่น มีการกระจายผลประโยชน์ให้คนในสังคมได้เข้าถึง สนับสนุนให้แต่ละคนมีแรงจูงใจ

³⁵ Ibid., 78.

³⁶ Lamont, Julian, and Christi Favor, "Distributive Justice," [Online] Accessed: 10 May 2023. Updated: 26 September 2017. Available from: <https://plato.stanford.edu/entries/justice-distributive/#Scope>

ในการพัฒนาตนเองเพื่อให้ทุกคนได้รับโอกาสที่จะพัฒนาอย่างเท่าเทียมกัน เพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรม³⁷ โดยในทัศนคติของลอลสันนั้น รัฐ หรือกฎหมาย ในฐานะที่เป็นโครงสร้าง ต้องมีหน้าที่จัดสรรให้เกิดความยุติธรรมดังกล่าว

เมื่อนำมาพิจารณาถึงสภาพความเป็นจริงในปัจจุบันแล้วจะเห็นว่า รายได้ ความมั่งคั่ง และอำนาจในสังคมได้กระจุกตัวอยู่กับแค่คนกลุ่มเดียว รวมถึงสิทธิในการให้ความหมายต่อสิ่งต่าง ๆ (Semiotic Power)³⁸ ในการจัดการกับการกระจุกตัวนี้กฎหมายและรัฐ จึงต้องเข้ามาให้ความช่วยเหลือในการออกกฎหมายหรือนโยบายเพื่อช่วยหรือแก้ไขระดับความเหลื่อมล้ำในการเข้าถึงสิ่งต่าง ๆ โดยในระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ให้อำนาจแก่ผู้สร้างสรรค์แต่เพียงผู้เดียวในการใช้ผลงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้นนั้น ต้องมีการดำเนินการจัดการเพื่อแบ่งปันผลประโยชน์โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านการให้ความหมายต่อผู้อื่นที่ไม่ใช่เจ้าของลิขสิทธิ์ เช่น การกำหนดให้มีหลักการใช้งานที่เป็นธรรมเพื่อเป็นข้อยกเว้นลิขสิทธิ์ เพื่อเพิ่มความสามารถและลดต้นทุนสำหรับผู้ต้องการสร้างสรรค์ที่มีต้นทุนการเงินอย่างจำกัด ลดค่าใช้จ่ายแก่ผู้บริโภคที่มีต้นทุนอย่างจำกัด ในการได้ใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีราคาแพง และการกำหนดให้มีการยกเว้นความรับผิดเพื่อเปิดโอกาสให้มีการสร้างสรรค์ผลงานที่หลากหลายเพื่อกระจายผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจและอำนาจทางการเมือง เช่น การทำการล้อเลียนผู้นำ หรือการวิพากษ์วิจารณ์การจัดทำของสื่อที่แสดงออกซึ่งความเหลื่อมล้ำทางเพศ และการจัดการเพื่อลดการผลิตวัฒนธรรมแต่เพียงผู้เดียว โดยการกระจายโอกาสในการสร้างสรรค์หรือการให้ความหมายนี้ เพื่อส่งเสริมการกระจายอำนาจในการสร้างสรรค์วัฒนธรรม เพื่อเพิ่มโอกาสในการที่บุคคลทั่วไปจะได้มีโอกาสในการสร้างสิ่งแวดล้อมทางสังคมวัฒนธรรม (Socio-cultural environment) ทั้งนี้ การแบ่งปันผลประโยชน์ในแง่ของกฎหมายลิขสิทธิ์ยังอาจหมายถึง การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายนี้ หมายรวมถึงภารกิจของรัฐที่ต้องหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายลิขสิทธิ์ที่มีราคาสูงด้วย อย่างไรก็ตามก็ดีทฤษฎีนี้มีข้อกังวลว่าการที่กฎหมายส่งเสริมให้มีการตัดแปลงผลงานนั้นจะเป็นการลดแรงจูงใจในการสร้างสรรค์ผลงานใหม่หรือไม่³⁹

นอกจากมุมมองที่กล่าวว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ก่อให้เกิดการผูกขาดการทางด้านวัฒนธรรมหรือการให้ความหมายกับผู้สร้างสรรค์เพียงกลุ่มเดียวแล้ว ยังมีอีกมุมมองหนึ่ง ที่มองว่ากฎหมายลิขสิทธิ์เป็นเครื่องมือที่สนับสนุนให้เกิดการแบ่งปันผลประโยชน์ด้านความมั่งคั่งและรายได้แก่ผู้คนที่ด้วย โดยมีการมองว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ส่งผลให้เกิดการกระจายรายได้ในสังคม โดยสามารถทำให้ผู้คนที่สังคม

³⁷ ทวีป มหาสิงห์, "การก่อรูป "ทฤษฎีความยุติธรรม" ของจอห์น รอลส์," วารสารรัฐศาสตร์และรัฐประศาสนศาสตร์ 11(2563): 15-17.

³⁸ เป็นการอธิบายถึงการสื่อสารของมนุษย์ว่าการสื่อสารเป็นต้นกำเนิดของความหมาย ในการสร้างความหมายของภาษา วัฒนธรรม ที่หลากหลาย

³⁹ Michael McGregor., "Sports, Gifts and Copyright: Is It a Draw between Content Owners and Consumers in the Web 2.0 Era ?,"

UCLA Entertainment Law Review 23(2016): 17.

สามารถสร้างสรรค์ผลงานของตน เพื่อที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ และแสวงหารายได้จากความคุ้มครองนั้น เพื่อจะใช้เป็นเครื่องมือในการยกระดับฐานะด้านการเงินของตนด้วย⁴⁰

2.3 กฎหมายลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับ UDC

ในการทำ UDC นั้น มีผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องที่กฎหมายลิขสิทธิ์ต้องให้ความคุ้มครองจัดสรรประโยชน์เพื่อให้เกิดสมดุลในการให้ความคุ้มครองเป็น 3 ฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายแรกผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยกฎหมายลิขสิทธิ์จะต้องเข้ามามีบทบาทในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์ที่ได้สร้างสรรค์ผลงาน ให้มีสิทธิเหนือผลงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้น ฝ่ายที่สองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต โดยเฉพาะผู้ให้บริการรับฝากข้อมูล โดยกฎหมายลิขสิทธิ์ต้องเข้ามากำหนดหน้าที่หรือข้อยกเว้นความรับผิดเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการที่มีผลงานอันละเมิดลิขสิทธิ์อยู่ในระบบของตน และฝ่ายที่สามคือผู้ทำผลงาน UDC ซึ่งกฎหมายต้องเข้ามามีบทบาทในการให้ความคุ้มครองแก่การทำผลงาน UDC โดยกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อให้สามารถใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อทำผลงาน UDC ได้ จากผู้มีส่วนได้เสียทั้ง 3 ฝ่าย จึงนำมาสู่การค้นคว้าข้อกฎหมายที่ใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแต่ละฝ่าย ได้แก่ การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำ UDC และข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการ

2.3.1 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์

ในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์ผลงานหรือเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ถูกนำผลงานไปทำผลงาน UDC โดยไม่ได้รับความยินยอมนั้น จะได้รับความคุ้มครองก็ต่อเมื่อได้ปฏิบัติเป็นไปตามเกณฑ์ในการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ดังที่มาตรา 6 ได้กำหนดองค์ประกอบของงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้ 3 องค์ประกอบ ซึ่งหากมีไม่ครบองค์ประกอบที่จะได้รับความคุ้มครองแล้ว ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองซึ่งมีองค์ประกอบดังนี้

(1) มีความคิดสร้างสรรค์ หรือ originality

กฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า งานในรูปแบบใดจึงจัดว่ามีความคิดสร้างสรรค์เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองตามหลักลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตามก็มีการใช้คำว่า ผู้สร้างสรรค์ ไว้ในนิยามของกฎหมายในมาตรา 4 ว่า หมายถึงผู้ที่ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยความคิดริเริ่มของตน ดังนั้น จึงสามารถกล่าวได้ว่า การมีความคิดสร้างสรรค์หมายถึงต้องมีการก่อให้เกิดงานนั้นโดย

⁴⁰ Justin Hughes, "Copyright and Distributive Justice," *Notre Dame Law Review* 92, 2 (2017): 65.

ความคิดริเริ่มของผู้สร้างสรรค์⁴¹ โดยการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ว่าสิ่งใดจึงมีความคิดสร้างสรรค์นั้น จึงเป็นการพิจารณาตามหลักกว้าง ๆ โดยสามารถพิจารณาจากหลักเกณฑ์ได้ดังนี้

ประการแรก งานนั้นต้องใช้ความสามารถ แรงงาน และวิจรรย์ญาณเพื่อให้เกิดผลงานนั้นขึ้นมา การจะนับว่าเป็นการสร้างสรรค์นั้นต้องมีการใช้ความสามารถ แรงงาน และวิจรรย์ญาณเพื่อให้เกิดงานดังกล่าวขึ้นมา โดยเป็นการสร้างสรรค์ มิใช่เกิดขึ้นเพียงเพราะความบังเอิญ หรือไม่ได้ใช้ความพยายามใด ๆ ในการสร้างสรรค์ผลงานดังกล่าว เช่น การถ่ายรูปที่เกิดจากความบังเอิญโดยไม่ได้ตั้งใจ จะถ่ายรูปจริง ๆ แต่เป็นเพียงการพลาดหรือเผลอทำให้เกิดรูปถ่ายขึ้น หรือการที่สีหกใส่กระดาษ ย่อมไม่เป็นการสร้างสรรค์ เนื่องจากไม่ได้มีการใช้ความสามารถ แรงงาน หรือวิจรรย์ญาณอย่างใด เช่น ตัวอย่างตามคำพิพากษา ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 973/2551 “จากมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่บัญญัติว่า ผู้สร้างสรรค์คือผู้ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์ และการสร้างสรรค์ดังกล่าว ต้องเป็นการสร้างสรรค์ด้วยตัวเอง ดังนั้นงานที่จะมีลิขสิทธิ์นั้นต้องมีการใช้ความรู้ความสามารถ ความเชี่ยวชาญระดับหนึ่งในงานนั้น มิได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยมิได้รับอนุญาต ก็ย่อมได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว โดยไม่จำเป็นต้องเป็นสิ่งที่ไม่เคยมีมาก่อน

การรวบรวมคำศัพท์ในพจนานุกรมของโจทก์นั้น หากพิจารณาเนื้อหาโดยรวมทั้งเล่ม เป็นการที่โจทก์หยิบยกคำศัพท์ของคำ และความหมายของคำที่จำเลยได้ให้ไว้ในพจนานุกรมมาเป็นวัตถุแห่งการวิจรรย์ โดยวิจรรย์คำแต่ละคำ และความหมายแต่ละคำ โดยมีการอ้างบทกฎหมายและความเห็นทางตำราประกอบ โดยไม่ได้ลอกเลียนแบบผู้ใด จึงเป็นกรณีที่โจทก์ได้ใช้ความรู้ ความสามารถ ความวิริยอุตสาหะในการค้นคว้า เรียบเรียง ถือว่าโจทก์ได้สร้างสรรค์ด้วยตนเองแล้ว

แต่ในส่วนเกี่ยวกับเนื้อหาคำศัพท์ทางกฎหมาย คือ ครอบครอง ครอบครองทรัพย์สิน คู่สัญญา ตัวการ พินัยกรรม คดีดำ คดีแดง ในส่วนความหมายของคำศัพท์นั้น มีเนื้อหาตรงกับความหมายที่ปรากฏตามกฎหมายแล้ว ดังนั้น ในส่วนคำดังกล่าว จึงเป็นเนื้อหาถ้อยคำในกฎหมาย ไม่ได้เกิดจากการสร้างสรรค์ แต่เป็นความหมายที่มีการเข้าใจกันโดยทั่วไปในทางปฏิบัติจากเนื้อหากฎหมาย จึงไม่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13535/2557 “การจัดทำแผนที่แม้จะเป็นการรวบรวมข้อมูลด้วยการสำรวจ แต่การนำข้อมูลนั้นมานำเสนออันเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดในรูปแบบของแผนที่ ถนน

⁴¹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

ชอย และสถานที่ต่าง ๆ ที่เป็นความจริงที่มีอยู่ แต่ก็เป็นการต้องใช้ความรู้ วิริยะ ในการสำรวจวัดระยะ ในการสร้างสรรค์แผนที่ขึ้นมา ดังนั้นจึงเป็นงานศิลปกรรมที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์

การทำแผนที่โดยนำเอาแผนที่อันเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาเป็นต้นแบบเพื่อทำซ้ำ คัดลอก หรือดัดแปลง ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์”

จากคำพิพากษาตามตัวอย่างจะเห็นว่า ศาลฎีกาได้พยายามกำหนดกฎเกณฑ์ของการตีความ เงื่อนไขนี้ว่า ต้องเป็นผลงานที่เกิดจากการใช้ความรู้ ความสามารถ ความวิริยะอุตสาหะ และ วิจารณ์ญาณของผู้สร้างสรรค์ในการทำผลงานดังกล่าวขึ้นมา

ประการที่สอง งานนั้นต้องเกิดจากการริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์เอง แต่ไม่จำเป็นต้อง เป็นงานที่ใหม่ (novelty) การได้รับความคุ้มครองซึ่งลิขสิทธิ์เป็นกรณีที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองถึง ความสร้างสรรค์ของบุคคล โดยไม่ได้จำเป็นต้องเป็นงานที่ประดิษฐ์หรือถูกสร้างสรรค์ขึ้นมาใหม่ ต่างจากที่กฎหมาย สิทธิบัตรซึ่งกำหนดว่างานที่จะได้รับสิทธิบัตรนั้นต้องเป็นงานประดิษฐ์ที่มีความใหม่ ดังนั้น แม้ผู้ สร้างสรรค์จะทำผลงานสร้างสรรค์ของตนออกมา คล้ายคลึงกันกับงานของผู้อื่น หากเกิดจากความคิด ริเริ่ม ความพยายาม การลงแรงงาน และการตัดสินใจของผู้สร้างสรรค์โดยไม่ได้คัดลอกงานของผู้อื่น มาอย่างไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ย่อมได้รับความคุ้มครอง ไม่ว่างานนั้นจะมีลักษณะคล้ายคลึงกับงาน สร้างสรรค์ของผู้อื่นหรือไม่ แต่ต้องไม่ใช่การคัดลอกหรือลอกเลียนจากผลงานของผู้อื่น ดังนั้น แม้ ผลงานสร้างสรรค์นั้นจะมีความคล้ายคลึงหรือเหมือนกันกับผลงานอื่นแต่หากไม่ได้เกิดจากการคัดลอก แล้วย่อมสามารถได้รับความคุ้มครองได้ ดังปรากฏให้เห็นในตัวอย่างตามคำพิพากษาดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1265/2563 “งานสร้างสรรค์ประเภทศิลปกรรมที่มีลักษณะเป็นงาน จิตรกรรมจะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติดังกล่าวของ พระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ฯ ต้องเป็นงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำหรือก่อให้เกิดงานนั้นด้วยการริเริ่มขึ้นเองโดยมิได้ทำซ้ำหรือ ดัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยมิได้รับอนุญาต งานอันมีลิขสิทธิ์ไม่จำเป็นต้องเป็นงานใหม่ อย่างเช่นกรณีของสิทธิบัตรการประดิษฐ์ซึ่งจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรต่อเมื่อเป็น การประดิษฐ์ขึ้นใหม่หรือต้องไม่ใช่งานที่ปรากฏอยู่แล้ว งานอันมีลิขสิทธิ์จึงอาจเหมือนหรือคล้ายกับ งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ปรากฏอยู่แล้วได้ แต่งานที่เหมือนหรือคล้ายกันนั้นต้องเกิดจากการริเริ่มสร้างสรรค์ ขึ้นเองของผู้สร้างสรรค์โดยมิได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยมิได้รับอนุญาต”

คำพิพากษาศาลฎีกา 19350/2557 “งานสร้างสรรค์ประเภทศิลปกรรมที่มีลักษณะเป็นงาน ประติมากรรมจะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้น ต้อง เป็นงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำหรือก่อให้เกิดงานนั้นด้วยการริเริ่มขึ้นเอง (originality) โดยมิได้ทำซ้ำหรือ ดัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยมิได้รับอนุญาต งานอันมีลิขสิทธิ์ไม่จำเป็นต้องเป็นงานใหม่

อย่างเช่นกรณีของสิทธิบัตรการประดิษฐ์ซึ่งจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรต่อเมื่อเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่หรือต้องไม่ใช่งานที่ปรากฏอยู่แล้ว งานอันมีลิขสิทธิ์จึงอาจเหมือนหรือคล้ายกับงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ปรากฏอยู่แล้วได้ แต่งานที่เหมือนหรือคล้ายกันนั้นต้องเกิดจากการริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้นเอง ลินค้ำของโจทก์ว่าเป็นรูปปั้นพระพักตร์พระพุทธรูปบนใบโพธิ์ซึ่งมีลักษณะเป็นงานสร้างสรรค์รูปทรงที่เกี่ยวกับปริมาตรที่สัมผัสและจับต้องได้เป็นรูปสามมิติ รูปปั้นพระพักตร์พระพุทธรูปบนใบโพธิ์นั้นจึงเป็นงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้แสดงออกโดยรูปแบบของงานประติมากรรมอันเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทศิลปกรรมอย่างหนึ่งตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 แม้จะรับฟังข้อเท็จจริงที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางวินิจฉัยมาว่ารูปปั้นนั้นผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้นโดยเลียนแบบธรรมชาติหรือสิ่งปรากฏมีอยู่ก่อนแล้วคือพระพักตร์พระพุทธรูปเจ้าหรือพระพุทธรูปซึ่งมีอยู่มาช้านานนับพันปีแล้วก็ตาม”

จากคำพิพากษาจะเห็นว่า ศาลฎีกาได้วางหลักว่า ผลงานสร้างสรรค์นั้นสามารถเป็นผลงานที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นไม่ต้องเป็นผลงานที่ใหม่เช่นดังสิทธิบัตรแต่อย่างใด สามารถคล้ายคลึงกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ก่อนแล้วได้หากเป็นผลงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้นเอง โดยไม่ได้เกิดจากการคัดลอกหรือทำซ้ำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น

ประการที่สาม ไม่จำเป็นต้องเป็นผลงานที่มีมูลค่า ผลงานที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้นเป็นผลงานที่ได้ทำขึ้นหรือริเริ่มขึ้นเองโดยมิได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาตเท่านั้น ทั้งนี้คุณค่าของงานหรือคุณค่าทางศิลปะไม่ใช่เงื่อนไขการได้รับความคุ้มครอง หากเป็นการทำขึ้นด้วยความวิริยอุตสาหะ ความสามารถ วิจารณ์ญาณในการสร้างสรรค์แล้ว ก็ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว ดังปรากฏตามคำพิพากษาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1265/2563 “คุณค่าของงานหรือคุณค่าทางศิลปะไม่ใช่เงื่อนไขของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ แม้งานที่สร้างขึ้นนั้นจะไม่มีคุณค่าของงานหรือคุณค่าทางศิลปะ หากผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้นด้วยความวิริยอุตสาหะ ด้วยการทุ่มเทกำลังสติปัญญาความรู้ความสามารถ ใช้ประสบการณ์และวิจารณ์ญาณในการสร้างงานนั้น งานนั้นก็ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9602/2554 “งานดนตรีกรรมที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ จึงต้องมีทำนองเพลงเป็นสำคัญ จะมีคำร้องหรือไม่ ไม่ใช่ข้อสำคัญ ลำพังเพียงทำนองเพลงอย่างเดียวก็ถือว่าเป็นงานดนตรีกรรมแล้ว โดยไม่นำคุณค่าของงานดนตรีกรรมมาเป็นเงื่อนไขแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ เพราะหากผู้แต่งเพลงได้ริเริ่มสร้างสรรค์งานเพลงนั้นขึ้นเองด้วยความวิริยอุตสาหะโดยมิได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตแล้ว ไม่ว่าจะงานเพลงที่แต่ง

ขึ้นนั้นจะเป็นที่นิยมของผู้ฟังเพียงใดหรือไม่ หรือผู้แต่งเพลงนั้นอาจขายลิขสิทธิ์ในเพลงนั้นให้แก่ผู้ใดได้เพียงใดหรือไม่ก็ตาม งานเพลงนั้นก็ได้รับความคุ้มครองทันทีที่สร้างสรรค์งานเพลงนั้นเสร็จ”

จากคำพิพากษาศาลฎีกาจะเห็นว่า แม้ผลงานที่สร้างสรรค์ขึ้นจะไม่มีคุณค่าหรือมูลค่าก็ตาม แต่หากเกิดจากความสร้างสรรค์แล้ว แม้จะไม่สวยงาม หรือไม่เป็นที่นิยม หรือไม่มีใครทราบถึงผลงานนั้น ก็ได้รับความคุ้มครองให้เป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์แล้ว การกำหนดเช่นนี้ทำให้สามารถให้ความคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์ผลงานได้ แม้ผู้ทำผลงานนั้นจะไม่ได้เป็นผู้มีชื่อเสียงหรือผลงานนั้นไม่เป็นที่รู้จักก็ตาม การตีความเช่นนี้เนื่องจากการให้คุณค่าหรือคุณภาพของผลงานเป็นเรื่องนามธรรมที่แต่ละคนจะมีมุมมองต่อผลงานต่าง ๆ ที่แตกต่างกัน⁴²

อย่างไรก็ดี ในประเด็นเกี่ยวกับความสร้างสรรค์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ นี้มีข้อสังเกตว่า ผู้สร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ของไทย จำต้องมีระดับความสร้างสรรค์เป็นอย่างน้อยหรือไม่ หรือแค่เพียงผู้สร้างสรรค์ได้ทำผลงานขึ้นด้วยการใช้ความสามารถ แรงงาน และวิจรรณญาณ โดยไม่ได้คัดลอกหรือทำซ้ำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น เนื่องจากตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาหลาย ๆ คำพิพากษามักจะไม่ได้พูดถึงระดับความสร้างสรรค์เป็นอย่างน้อยในการตีความแต่อย่างใด⁴³ แต่ก็มีคำพิพากษาศาลฎีกาบางคำพิพากษาที่อาจทำให้สงสัยได้ว่า ในการจะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้น ผลงานสร้างสรรค์ต้องมีระดับความสร้างสรรค์เป็นอย่างน้อยหรือไม่ ดังคำพิพากษาตามตัวอย่างดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5202/2552 “งานที่จะได้รับความคุ้มครองในลักษณะของงานศิลปกรรม แม้กฎหมายจะไม่ได้มุ่งประสงค์ให้งานนั้นต้องมีคุณค่าทางศิลปะ แต่ก็ต้องเป็นงานที่ถูกสร้างสรรค์ขึ้นด้วยตนเอง (originality) ในลักษณะที่ควรจะได้รับคุ้มครองตามกฎหมาย หากใช้เป็นเพียงงาน (work) ซึ่งทำขึ้นโดยทั่วไปเท่านั้น ภาพกราฟิกรูปประกายดาว (starburst) ของโจทก์ทั้งสอง แม้นาย ม. จะเป็นผู้สร้างขึ้นด้วยตนเอง โดยอ้างว่าสร้างสรรค์จากมโนภาพการระเบิดของดาวหางพุ่งชนกับวัตถุที่โคจรอยู่ในระบบจักรวาลแต่พยานหลักฐานที่จำเลยทั้งสองนำสืบ จะเห็นได้ว่าสินค้าที่เกี่ยวข้องกับการทำความสะอาดต่างก็ใช้รูปประกายดาวเป็นภาพประกอบเช่นกันซึ่งน่าจะเป็นการสื่อให้เห็นถึงคุณสมบัติในการทำความสะอาดของสินค้านั้นเอง แนวคิดหรือมโนภาพที่นาย ม. กล่าวอ้างจึงเป็นแนวคิดที่ใช้กันอยู่สำหรับสินค้าประเภทนี้ นอกจากนี้ภาพกราฟิกรูปประกายดาวของโจทก์ทั้งสอง แม้จะมีความแตกต่างจากรูปประกายดาวตามที่จำเลยทั้งสองนำสืบมา แต่ความแตกต่าง

⁴² อรรถพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2566), หน้า 30.

⁴³ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 973/2551 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13535/2557 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1265/2563 ฯลฯ

ดังกล่าวยังเป็นเพียงส่วนเล็กน้อยและไม่เป็นสาระสำคัญถึงขนาดที่จะเป็นงานสร้างสรรค์อันควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย”

จากคำพิพากษานี้มีข้อสังเกตว่า ศาลได้วางหลักว่า ผลงานสร้างสรรค์จำต้องไม่ใช่เพียงแต่งานที่สร้างขึ้นทั่วไป อันเป็นรูปภาพที่ใช้กันอยู่ทั่วไป มีแค่เพียงความต่างในส่วนเล็กน้อย จึงไม่ถึงขนาดที่จะได้รับความคุ้มครองในฐานะงานสร้างสรรค์ จากคำตัดสินนี้ แสดงให้เห็นว่าแม้ผู้สร้างสรรค์จะได้ใช้แรงงาน ความสามารถ วิจารณ์ญาณ แล้วอาจจะไม่เพียงพอสำหรับการได้รับความคุ้มครองให้เป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่ผลงานนั้นจำต้องมีความสร้างสรรค์ที่แตกต่างจากผลงานอื่น ๆ หรือผลงานทั่ว ๆ ไปด้วย อันอาจแสดงให้เห็นได้ว่า ศาลในคดีนี้ได้นำเอาเงื่อนไขว่าผู้สร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองต้องมีการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์เป็นอย่างน้อย⁴⁴

(2) มีการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์

ผลงานสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองต้องมีการแสดงออกซึ่งความคิด จากมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่กำหนดให้งานสร้างสรรค์ต้องมีการแสดงออกมา ไม่ว่าจะด้วยวิธีใดหรือรูปแบบอย่างใดก็ตาม ดังนั้นหากผลงานสร้างสรรค์ได้มีการแสดงออกมาแล้ว ไม่ว่าจะด้วยวิธีใดก็ตาม เช่น การพูด การร้อง การวาด ก็ย่อมได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ดังที่ในมาตรา 6 วรรค 2 ที่ได้กำหนดว่า การคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึงความคิด หรือขั้นตอน หรือระบบ หรือวิธีใช้หรือทำงานนั้น เป็นการแสดงให้เห็นว่า งานที่จะได้รับความคุ้มครองนั้น จำต้องเป็นงานที่ได้ถูกแสดงออกมาแล้ว เท่านั้น ความคิดอย่างเดียวไม่เพียงพอจะได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้⁴⁵ เช่น นิยายเรื่องหนึ่งที่ผู้เขียนได้คิดเนื้อเรื่องไว้โดยที่ยังไม่ได้เขียนออกมา ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ แต่หากได้เขียนออกมาแล้ว ย่อมได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ หรือหากเป็นเพียงข้อเท็จจริง ความคิด หรือความเชื่อแล้ว ก็ย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ ดังเช่นปรากฏตามคำพิพากษาดังตัวอย่างต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1908/2546 “แนวความคิด ทฤษฎี และตัวข้อมูลความรู้ไม่ใช่สิ่งที่กฎหมายลิขสิทธิ์คุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 วรรคสอง บุคคลสามารถที่จะนำแนวความคิด ทฤษฎี และตัวข้อมูลความรู้ไปใช้ประโยชน์ได้ตราบเท่าที่การใช้ประโยชน์ของบุคคลนั้นไม่เป็นการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคล”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 18803-18804/2556 “งานอันมีลิขสิทธิ์ที่จะได้รับความคุ้มครองต้องมีการนำความคิดมาแสดงออกเป็นงานแล้ว เมื่อมีแต่บางส่วนที่มีแนวความคิดคล้ายกันหรือใช้

⁴⁴ แนวทางการตีความนี้สอดคล้องกับหลักกฎหมายสหรัฐอเมริกา สามารถอ่านต่อได้ในส่วนการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาในบทที่ 3

⁴⁵ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6

แนวความคิดของ ห. ที่ได้เป็นแรงบันดาลใจ ก็ไม่อาจฟังได้ว่าจำเลยที่ 1 และที่ 3 ร่วมกันละเมิด ลิขสิทธิ์โดยการดัดแปลงงานวรรณกรรมนิยายผีที่ ห. เป็นผู้สร้างสรรค์มาสร้างเป็นภาพยนตร์เรื่อง "เปนซูกับผี"

ภาพผีไต่ลงจากเสาห้อยหัวลงปรากฏว่าเคยมีคนใช้แนวคิดลักษณะเช่นนี้มาแล้ว จึงมีลักษณะ เป็นแนวคิดจินตนาการลักษณะอาการของผีให้น่ากลัว ทำให้ว่าบุคคลใดใช้แนวความคิดวาดภาพเช่นนี้ แล้วจะหวงกันให้ผู้อื่นไม่มีสิทธิใช้แนวคิดนี้ไปสร้างงานของตนได้”

จากคำพิพากษาที่ปรากฏนั้นแสดงให้เห็นว่า แม้ผลงานสร้างสรรค์จะมีแนวคิดเหมือนกัน แต่แนวคิดดังกล่าวก็ไม่ใช่สิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองแต่อย่างใด แต่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองถึงการ แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์นั้น เช่น หากเป็นการเขียนเล่าเหตุการณ์ หรือเขียนอธิบายถึง ข้อความเป็นจริง เช่น หมายเลขโทรศัพท์ ที่อยู่ ฯลฯ ข้อเท็จจริงเหล่านั้นย่อมมิอาจได้รับความคุ้มครอง ลิขสิทธิ์ได้ อย่างไรก็ตามหากมีการนำข้อความเป็นจริงเหล่านั้นมาเขียนเป็นหนังสือ หนังสือที่เขียนนั้นย่อม เป็นการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ของผู้เขียนซึ่งสามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้

การแสดงออกนี้ ต้องเป็นการทำให้ผลงานดังกล่าวปรากฏอยู่อย่างน้อยภายในระยะเวลาที่ สมควรเพื่อจะพิสูจน์ถึงการมีตัวตนของผลงานสร้างสรรค์นั้นว่าได้สร้างสรรค์ขึ้นมาเมื่อใด⁴⁶ โดยใน กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยนั้น มิได้ระบุหรือกำหนดให้ผลงานนั้นต้องมีความแน่นอนของผลงาน (fixation) แต่อย่างใด ดังนั้นจึงแค่เพียงมีผลงานสร้างสรรค์ที่ได้แสดงออกและรับรู้ได้ย่อมเป็นผลงานที่ สามารถได้รับความคุ้มครองได้แล้ว⁴⁷ มีข้อสังเกตว่า ทั้งนี้ เมื่อแสดงออกซึ่งการสร้างสรรค์แล้ว ย่อม ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ทันที โดยไม่ต้องจดทะเบียนแต่อย่างใด

(3) ต้องเป็นการแสดงออกตามประเภทของงานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

นอกจากต้องเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดแล้ว งานสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครอง จำต้องเป็นประเภทงานที่กำหนดไว้ในกฎหมายด้วย โดยในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 ได้กำหนดประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้ทั้งหมด 9 ประเภท ดังนี้⁴⁸

1) งานวรรณกรรม หมายถึง งานนิพนธ์ที่สร้างขึ้นทุกชนิด เช่น หนังสือ จุลสาร สิ่งเขียน สิ่งพิมพ์ ปาฐกถา เทศนา คำปราศรัย สุนทรพจน์ และให้หมายความรวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย ทั้งนี้ โปรแกรมคอมพิวเตอร์หมายถึง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งใดที่ใช้กับคอมพิวเตอร์ เพื่อให้คอมพิวเตอร์

⁴⁶ จีระประภา มากกลิ่น, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2560), หน้า 44.

⁴⁷ จีระศักดิ์ รอดจันทร์, ลิขสิทธิ์ หลักกฎหมายและแนววิधिปฏิบัติเพื่อการคุ้มครองและการแสวงหาประโยชน์จากงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2555), หน้า 43.

อรพรรณ พันธ์พัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 35.

⁴⁸ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6

ทำงานได้หรือเพื่อให้ได้รับผลอย่างใดอย่างหนึ่ง ไม่ว่าจะ เป็นภาษาคอมพิวเตอร์ใดก็ตาม⁴⁹ อย่างไรก็ตาม ใ้ อย่างไรก็ดี ผลงานวรรณกรรมนี้ มิได้หมายถึงผลงานเขียนใด ๆ ก็อาจเป็นผลงานวรรณกรรมได้ หากเป็นผลงานที่มีลักษณะการเขียนที่มุ่งไปในเชิงการค้าแล้ว จะไม่เป็นผลงานวรรณกรรมที่สามารถได้รับความคุ้มครองได้⁵⁰

2) งานนาฏกรรม หมายความว่า งานเกี่ยวกับการรำ การเต้น การทำท่า หรือการแสดงที่ ประกอบขึ้น เป็นเรื่องราว และให้หมายความรวมถึงการแสดงโดยวิธีใดด้วย⁵¹ ทั้งนี้ การเล่นเกมโชว์ที่มีอิสระจะทำการใด ๆ ภายในกรอบกติกาเพื่อให้เป็นผู้ชนะ ไม่ใช่กรณีที่ผู้เล่นเกมจะได้รับความคุ้มครองให้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ประเภทนาฏกรรม เนื่องจากไม่มีลักษณะเป็นการรำ เต้น ทำท่า แสดง ประกอบเป็นเรื่องราวแต่อย่างใด⁵²

3) งานศิลปกรรม หมายความว่า งานอันมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่าง ทั้งนี้ ไม่ว่าจะงานจะมีคุณค่าทางศิลปะหรือไม่ และให้หมายความรวมถึงภาพถ่ายและแผนผังของงานดังกล่าวด้วย โดยแบ่งเป็นประเภทดังนี้⁵³

งานจิตรกรรม ได้แก่ งานสร้างสรรค์รูปทรงที่ประกอบด้วยเส้น แสง สี หรือสิ่งอื่น ใดอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน ลงบนวัสดุอย่างเดี่ยวหรือหลายอย่าง⁵⁴ เช่น ภาพวาด โดยอาจจะทำบนกระดาษ รวมถึงวัตถุอื่นด้วย แบบซุ้มประตูเมือง ฯลฯ⁵⁵

งานประติมากรรม ได้แก่ งานสร้างสรรค์รูปทรงที่เกี่ยวกับปริมาตรที่สัมผัสและจับต้องได้⁵⁶ เช่น รูปปั้น รูปปั้นพระพักตร์พระพุทธรูปนโใบโพธิ์ ฯลฯ⁵⁷

งานภาพพิมพ์ ได้แก่ งานสร้างสรรค์ภาพด้วยกรรมวิธีทางการพิมพ์ และหมายความรวมถึงแม่พิมพ์หรือแบบพิมพ์ที่ใช้ในการพิมพ์ด้วย⁵⁸ เช่น รูปการ์ตูนหมึกพิมพ์ที่เป็นภาพพิมพ์⁵⁹ ป้ายงาน⁶⁰ ฯลฯ

⁴⁹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

⁵⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 876/2496 ได้ตัดสินว่า ข้อความในฉลากขวดยา ของบรรจยา และแผนพิมพ์ฉลากสรรพคุณยา ไม่เป็นผลงานวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์ เนื่องจากเป็นการมุ่งไปในทางการค้า

⁵¹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

⁵² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2681/2553

⁵³ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

⁵⁴ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

⁵⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1265/2563

⁵⁶ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

⁵⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19350/2557

⁵⁸ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

⁵⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2000/2543

⁶⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 14298/2557

งานสถาปัตยกรรม ได้แก่ งานออกแบบอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง งานออกแบบตกแต่ง ภายในหรือภายนอก ตลอดจนบริเวณของอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง หรือการสร้างสรรค์หุ่นจำลองของอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง⁶¹ เช่น ตึก หรือหุ่นจำลองของตึก ฯลฯ ทั้งนี้ งานประเภทนี้ต้องเป็นงานที่เกี่ยวข้องกับอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง ไม่ใช่การออกแบบตกแต่งสถานที่เพื่อผลิตรายการ ที่ไม่เกี่ยวกับอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างโดยตรง⁶²

งานภาพถ่าย ได้แก่ งานสร้างสรรค์ภาพที่เกิดจากการใช้เครื่องมือบันทึกภาพโดยให้แสง ผ่านเลนส์ไปยังฟิล์มหรือกระดาษ และล้างด้วยน้ำซึ่งมีสูตรเฉพาะ หรือด้วยกรรมวิธีใด ๆ อันทำให้เกิดภาพขึ้น หรือการบันทึกภาพโดยเครื่องมือหรือวิธีการอย่างอื่น⁶³ เช่น รูปที่ถ่ายจากกล้องถ่ายรูป หรือโทรศัพท์มือถือ ฯลฯ เนื่องจากผลงานภาพถ่ายที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นจากเครื่องมือ ก็เป็นการริเริ่มสร้างสรรค์ โดยมีการใช้ความวิริยอุตสาหะตามสมควรแก่ลักษณะของงานถ่ายภาพแล้ว⁶⁴

งานภาพประกอบ แผนที่ โครงสร้าง ภาพร่าง หรืองานสร้างสรรค์รูปทรงสามมิติ อันเกี่ยวกับ ภูมิศาสตร์ ภูมิประเทศ หรือวิทยาศาสตร์⁶⁵ โดยงานภาพประกอบนั้นต้องเกี่ยวกับภูมิศาสตร์ ภูมิประเทศและวิทยาศาสตร์เท่านั้น รูปแบบรายการเกมโชว์จึงไม่ใช่งานภาพประกอบ⁶⁶

งานศิลปประยุกต์ ได้แก่ งานที่นำเอางานตามประเภทที่กำหนดไว้อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกันไปใช้ประโยชน์อย่างอื่น นอกเหนือจากการชื่นชมในคุณค่าของตัวงานดังกล่าวนั้น เช่น นำไปใช้สอย นำไปตกแต่งวัสดุหรือสิ่งของอันเป็นเครื่องใช้หรือนำไปใช้เพื่อประโยชน์ทางการค้า⁶⁷ เช่น นำภาพที่วาดไปพิมพ์เป็นลวดลายเสื้อผ้า

4) งานดนตรีกรรม หมายความว่า งานเกี่ยวกับเพลงที่แต่งขึ้นเพื่อบรรเลงหรือขับร้องไม่ว่าจะมีทำนองและคำร้องหรือมีทำนองอย่างเดียว และให้หมายความรวมถึงโน้ตเพลงหรือแผนภูมิเพลงที่ได้แยกและเรียบเรียงเสียงประสานแล้ว⁶⁸ ดังนั้น แม้เพลงจะมีแต่ทำนองแต่ไม่มีคำร้องก็ย่อมได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว⁶⁹

⁶¹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

⁶² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5306/2550

⁶³ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

⁶⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5522/2561

⁶⁵ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

⁶⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2681/2553

⁶⁷ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

⁶⁸ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

⁶⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9602/2554

5) **โสตทัศนวัสดุ** หมายความว่า งานที่มีภาพและเสียงที่บันทึกลงในวัสดุ ไม่ว่าจะมัลักษณะใดก็ตาม ที่สามารถนำมาเล่นซ้ำได้ และรวมถึงเสียงประกอบงานนั้นด้วย ถ้ามี⁷⁰ เช่น ซีดี เกม รายการโทรทัศน์⁷¹

6) **ภาพยนตร์** หมายความว่า โสตทัศนวัสดุอันประกอบด้วยลำดับของภาพ ซึ่งสามารถนำออกฉายต่อเนื่องได้อย่างภาพยนตร์หรือสามารถบันทึกลงบนวัสดุอื่น เพื่อนำออกฉายต่อเนื่องได้อย่างภาพยนตร์ และรวมถึงเสียงประกอบภาพยนตร์ด้วย⁷²

7) **สิ่งบันทึกเสียง** หมายความว่า งานลำดับเสียงดนตรี เสียงการแสดงหรือเสียงอื่นใด โดยบันทึกลงในวัสดุ ไม่ว่าจะมัลักษณะที่สามารถจะนำมาเล่นซ้ำได้อีกโดยใช้เครื่องมือที่จำเป็นสำหรับการใช้วัสดุนั้น แต่ไม่รวมถึงเสียงประกอบภาพยนตร์หรือเสียงประกอบโสตทัศนวัสดุอย่างอื่น⁷³ เช่น เทปบันทึกเสียง

8) **งานแพร่เสียงแพร่ภาพ** หมายความว่า งานที่นำออกสู่สาธารณชนโดยการแพร่เสียงทางวิทยุกระจายเสียง การแพร่เสียงและหรือภาพทางวิทยุโทรทัศน์ หรือโดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน⁷⁴ เช่น รายการกระจายเสียงวิทยุ

9) **งานอื่น ๆ อันเป็นงานในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ และศิลปะ**⁷⁵ การกำหนดเช่นนี้ ทำให้ผู้สร้างสรรค์ที่ได้สร้างสรรค์ผลงานชิ้นนั้น จะได้รับความคุ้มครองให้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์แม้จะไม่ได้เป็นผลงานตามประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ตาม เช่น ข้อมูลการออกแบบสร้างติดตั้งระบบกรองน้ำ⁷⁶

ทั้งนี้ งานที่กฎหมายกำหนดให้เป็นงานอันไม่มีลิขสิทธิ์นั้นเป็นไปตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ซึ่งกำหนดไว้ว่างานดังต่อไปนี้ให้เป็นงานอันไม่มีลิขสิทธิ์ ได้แก่ ข่าวประจำวัน และข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่มีลักษณะเป็นเพียงข่าวสาร อันมิใช่งานใน แผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่ง คำชี้แจง และหนังสือโต้ตอบของหน่วยงาน คำพิพากษา คำสั่ง คำวินิจฉัย และรายงานของทางราชการ คำแปลและการรวบรวมสิ่งต่าง ๆ ของผลงานดังกล่าวที่กระทรวง ทบวง กรม หรืองานอื่นใดของรัฐหรือของท้องถิ่น

⁷⁰ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

⁷¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9801/2555

⁷² พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

⁷³ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

⁷⁴ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

⁷⁵ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6

⁷⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5306/2550

จัดทำขึ้น⁷⁷ เนื่องจากเมื่อพิจารณาแล้ว หากไม่คุ้มครองงานเหล่านี้ย่อมเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมมากยิ่งขึ้น⁷⁸

ดังนั้น เมื่อมีครบทั้งสามองค์ประกอบแล้ว ผู้สร้างสรรค์ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ โดยไม่จำเป็นต้องมีการจดทะเบียนแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ในการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์นี้มีประเด็นว่างานที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นจำเป็นต้องเป็นงานที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีหรือไม่ เนื่องจากในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มิได้กำหนดไว้แต่อย่างใดว่าห้ามมิให้งานอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ มีการวินิจฉัยของศาลเคยตัดสินว่า ผลงานที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่อาจได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ คือ เทปวิดีโอที่เป็นการร่วมเพศระหว่างชายหญิงที่เป็นภาพลามกอนาจาร⁷⁹ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาไทย ผลงานที่จะมีลิขสิทธิ์ต้องไม่ใช่ผลงานที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย

2.3.2 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในฐานะผู้ดัดแปลงผลงาน

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ได้มีการกำหนดบทบัญญัติเฉพาะสำหรับการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ที่ได้ดัดแปลงผลงานของผู้อื่นไว้ในกฎหมาย และการกำหนดให้สิทธิแก่การดัดแปลงแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ไว้โดยเฉพาะ ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาถึงความเป็นมาเกี่ยวกับการดัดแปลงในกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ชัดเจนขึ้นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของการให้มาซึ่งลิขสิทธิ์คุ้มครองผลงานดัดแปลง และสิทธิในผลงานดัดแปลงของเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนี้

(1) ความเป็นมาเกี่ยวกับการดัดแปลงในกฎหมายระหว่างประเทศ

ก่อนที่จะมีสิทธิเกี่ยวกับการดัดแปลงผลงานกำหนดขึ้นชัดเจนในกฎหมายไทย และกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศต่าง ๆ สิทธิดัดแปลงเดียวที่จะได้รับความคุ้มครองแยกออกมามีเพียงสิทธิในการแปลเอกสาร ซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษเท่านั้น⁸⁰ ซึ่งก่อนจะมีสิทธิหรือการนิยามคำว่า การดัดแปลงขึ้นในกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น ผลงานดัดแปลงต่าง ๆ เช่น การเปลี่ยนแปลงจากนิยายเป็นละคร การดัดแปลงดนตรี และการดัดแปลงรูปแบบอื่น ๆ ถูกมองว่าเป็นการทำซ้ำโดยอ้อม (disguised

⁷⁷ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 7

⁷⁸ จีระประภา มากกลิ่น, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 75-78.

⁷⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3705/2530

⁸⁰ Daniel J. Gervais, "The Derivative Right, or Why Copyright Law Protects Foxes Better Than Hedgehogs," *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 820(2013): 815.

reproduction)⁸¹ อันเป็นการแสดงให้เห็นว่าการดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นการทำซ้ำซึ่งผลงานในรูปแบบหนึ่ง⁸²

อย่างไรก็ดี ในเวลาถัดมาในปี 1948 อนุสัญญากรุงเบิร์น ได้กำหนดให้การกระทำโดยการเปลี่ยนแปลงที่ไม่ใช่การทำซ้ำ (non-copying alterations) อันหมายถึงการทำซ้ำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ด้วยการดัดแปลง เช่น วาดรูปในมุมที่คล้ายคลึงกันกับภาพที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ซึ่งการกระทำนี้จะเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการดัดแปลง อันไม่ใช่การทำซ้ำ เป็นการกำหนดให้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์รวมไปถึงการทำผลงานใหม่ ๆ จากผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิมด้วย จึงสามารถกล่าวได้ว่าเป็นการแยกการดัดแปลงออกจากการทำซ้ำ (reproduction) โดยมีการพิจารณาถึงการใช้งานสิทธิด้านการค้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบที่กว้างขึ้น⁸³ จากสิทธิดัดแปลงที่ได้แยกออกจากสิทธิในการทำซ้ำ จะเห็นว่าในแง่หนึ่งสิทธิดัดแปลงจะเป็นสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่การนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ทำซ้ำ หรือเปลี่ยนรูปแบบจนเกิดเป็นผลงานใหม่ย่อมเกิดคำถามว่า เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ และอีกแง่หนึ่งจะเป็นการพิจารณาว่า ผลงานที่ได้เกิดขึ้นมาจากการดัดแปลงได้รับความคุ้มครองหากเป็นผลงานสร้างสรรค์หรือไม่⁸⁴

ในประเด็นการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ผลงานดัดแปลงนั้น อนุสัญญากรุงเบิร์นอันเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่มีการกำหนดถึงสิทธิในการดัดแปลงขึ้นนั้น ได้กำหนดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่ผลงานดัดแปลงให้เป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยกล่าวว่า การแปล การดัดแปลง การเรียบเรียงดนตรี การดัดแปลงผลงานวรรณกรรมหรือศิลปกรรมอื่น ๆ ได้รับความคุ้มครองให้เป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ โดยไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์ผลงานที่ถูกนำมาทำผลงานดัดแปลงนั้น⁸⁵ โดยมีคำอธิบายเกี่ยวกับข้อนี้ไว้ว่า เป็นการกำหนดถึงการกระทำที่มักจะถูกเรียกว่า เป็นผลงานดัดแปลง ซึ่งเป็นการดัดแปลงผลงานจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีอยู่แล้ว หรือเป็นการนำส่วนใดส่วนหนึ่งของส่วนประกอบของงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้⁸⁶ และผลงานดัดแปลงเหล่านี้ จะได้รับความคุ้มครองเช่นดังผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับ เนื่องจากการดัดแปลงผลงานเหล่านี้มีการใช้ปัญญาและความคิดสร้างสรรค์เพื่อทำเช่นเดียวกับผลงานต้นฉบับ⁸⁷ ทั้งนี้ การให้

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid., 817-818.

⁸³ Ibid., 819.

⁸⁴ Ibid., 816.

⁸⁵ Berne Convention Article 2(3) “Protected Works: ... (3) Translations, adaptations, arrangements of music and other alterations of a literary or artistic work shall be protected as original works without prejudice to the copyright in the original work. ...”

⁸⁶ World Intellectual Property Organization, *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)* (Geneva: World Intellectual Property Organization, 1978), p. 77.

⁸⁷ Ibid., 19.

ความคุ้มครองนี้เป็นการให้ความคุ้มครองที่ไม่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อลิขสิทธิ์ของผลงานต้นฉบับ คือ การแปล การแปลง การเรียบเรียง หรือเปลี่ยนแปลงผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ เว้นแต่การกระทำนั้นจะกระทำต่อผลงานที่ไม่มีลิขสิทธิ์ (public domain)⁸⁸ ดังนั้น ในกรณีที่มีทั้งผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นต้นฉบับ และผลงานดัดแปลงได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ระบบการคุ้มครองลิขสิทธิ์ต่อผลงานทั้ง 2 ย่อมต้องเกิดขึ้น⁸⁹

อย่างไรก็ดี แม้ผลงานดัดแปลงจะได้รับความคุ้มครองเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์แยกต่างหากจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิมแล้ว อนุสัญญากรุงเบิร์นที่เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศก็ยังคงกำหนดให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ผลงานต้นฉบับในการให้อนุญาตการใช้ผลงานของตนเพื่อจัดทำผลงานดัดแปลง อันเป็นการกำหนดให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานเดิมให้มีสิทธิเด็ดขาดในการดัดแปลงผลงานของตน⁹⁰ ดังนั้น การนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาดัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ย่อมเป็นการดัดแปลงผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น อันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยเป็นการทำซ้ำหรือใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น⁹¹ ในอีกแง่หนึ่งด้วย

จากหลักการดังกล่าวสามารถสรุปถึงลักษณะของการดัดแปลงผลงานรวมถึงการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายได้เป็นสองส่วน คือ การดัดแปลงผลงานอันมีลิขสิทธิ์จนเกิดเป็นผลงานสร้างสรรค์ใหม่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในผลงานที่ดัดแปลงนั้น และการดัดแปลงผลงานอันมีลิขสิทธิ์ เป็นสิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานเดิม

(2) ความหมายของการดัดแปลงตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ

นิยามของผู้ดัดแปลงในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ได้ให้ความหมายว่า ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในสวนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน⁹² ดังตัวอย่างที่ปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 18803-18804/2556 “เนื้อหาในภาพยนตร์เรื่อง ‘เบนซู้กับผี’ ไม่ถึงกับแสดงว่ามีการดัดแปลงมาจากนิยายผีของ ห. การที่จำเลยที่ 2 และที่ 3 เคยให้สัมภาษณ์ว่า ได้รับแรงบันดาลใจในการสร้างภาพยนตร์จากนิยายผีของ ห. นั้น การได้แรงบันดาลใจนั้นอาจเป็นเพียง

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid., 20.

⁹⁰ Berne Convention Article 12 “Authors of literary or artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing adaptations, arrangements and other alterations of their works.”

⁹¹ World Intellectual Property Organization, *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)*, p. 76.

⁹² พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

ความคิดเท่านั้น ซึ่งลำพังแนวความคิดไม่ได้รับความคุ้มครองตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 วรรคสอง งานอันมีลิขสิทธิ์ที่จะได้รับความคุ้มครองต้องมีการนำความคิดมาแสดงออกเป็นงานแล้ว เมื่อมีแต่บางส่วนที่มีแนวความคิดคล้ายกันหรือใช้แนวความคิดของ ห. ที่ได้เป็นแรงบันดาลใจ ก็ไม่อาจฟังได้ว่าจำเลยที่ 1 และที่ 3 ร่วมกันละเมิดลิขสิทธิ์โดยการดัดแปลงงานวรรณกรรมนิยายผีที่ ห. เป็นผู้สร้างสรรค์มาสร้างเป็นภาพยนตร์เรื่อง ‘เพนซึกับผี’ ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9602/2554 “เมื่อเพลงเด็กคอยใจดีมีเนื้อร้องคำว่า ‘แก้มของเธอจะแดงแดงเหมือนสีแครอท’ ในท่อนสร้อยและคำว่า ‘ลา ลันลา’ ในท่อนท้ายเช่นเดียวกับเพลงหนุ่มคอยของโจทก์และจำเลยทั้งสามมิได้ให้การปฏิเสธว่าการแต่งทำนองเพลงท่อนสร้อยของเพลงเด็กคอยใจดีมิได้เลียนแบบและมีได้ทำซ้ำโดยปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของทำนองเพลงหนุ่มคอยของโจทก์ ข้อเท็จจริงย่อมรับฟังได้ว่า การประพันธ์เพลงเด็กคอยใจดีของจำเลยที่ 3 เป็นการทำซ้ำและดัดแปลงด้วยการเลียนแบบและปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของทำนองเพลงหนุ่มคอยของโจทก์โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15453-15454/2558 “เมื่อเปรียบเทียบตัวละครอุตุตราแมนมิลเลนเนียม ดาร์คูตุตราแมน และอุตุตราแมนเอลิทของจำเลยทั้งสามกับอุตุตราแมนที่โจทก์สร้างสรรค์มาก่อนแล้วจะเห็นได้ว่า อุตุตราแมนของจำเลยทั้งสามมีลักษณะคล้ายคลึงกับอุตุตราแมนที่โจทก์สร้างสรรค์มาก่อน และความคล้ายคลึงกันดังกล่าวเป็นความคล้ายคลึงในส่วนที่เป็นสาระสำคัญเพราะทำให้บุคคลทั่วไปเข้าใจได้ว่า อุตุตราแมนที่จำเลยทั้งสามสร้างขึ้นเป็นอุตุตราแมนที่ปรากฏในภาพยนตร์อุตุตราแมนจนมีบุคคลที่สามมาขออนุญาตใช้สิทธิในอุตุตราแมนของจำเลยทั้งสามหรือทำให้จำเลยทั้งสามสามารถนำไปจัดแสดงบนเวทีได้ โดยใช้ชื่องานว่าอุตุตราแมนไลฟ์โชว์ได้ จึงรับฟังได้ว่าจำเลยทั้งสามดัดแปลงงานจิตรกรรมอุตุตราแมนอันเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ อันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานจิตรกรรมอุตุตราแมนของโจทก์”

จากคำพิพากษาศาลฎีกาเหล่านี้จะเห็นได้ว่า ผลงานดัดแปลงนั้นตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ต้องเป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งของผลงานสร้างสรรค์ที่ทำขึ้นใหม่ ไม่ใช่เพียงมีความคล้ายคลึงในส่วนหนึ่งของแนวคิดของเรื่องเท่านั้น โดยจำต้องมีการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาทำซ้ำโดยปรับปรุงแก้ไขผลงานอันมีลิขสิทธิ์ เช่น การนำส่วนหนึ่งของเพลง ซึ่งกรณีตามคำพิพากษาคือท่อนสุกหรือท่อนสร้อยของผู้อื่นไปใช้เพื่อแต่งเป็นเพลงของตน เป็นการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของทำนองเพลงหนุ่มคอยของโจทก์ หรือมีความคล้ายคลึงกันในส่วนสาระสำคัญ โดยดูจากการที่ผู้คนทั่วไปเข้าใจได้ว่า เป็นส่วนหนึ่งของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่ ต่างจากกรณีการแต่งทำนองเพลงอันเป็นผลงานที่ได้รับความ

คุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ในฐานะผลงานดนตรีกรรม เพื่อใช้ประกอบกับเนื้อเพลงที่มีอยู่แล้วของผู้อื่น กรณีนี้ไม่ใช่การดัดแปลง เพราะเป็นการสร้างสรรค์ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นมาใหม่แล้ว แตกต่างจากกรณีนำเนื้อเพลงไปดัดแปลง หรือการนำทำนองของผู้อื่นไปใช้⁹³

ซึ่งงานที่จะถูกนำมาดัดแปลงนี้ จะเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์รูปแบบใดก็ได้⁹⁴ ทั้งนี้ กฎหมายพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ได้มีการให้ตัวอย่างของการจัดทำผลงานดัดแปลงไว้ 5 ประเภท ดังนี้

งานวรรณกรรม หมายความว่ารวมถึง การแปลวรรณกรรม เปลี่ยนรูปแบบวรรณกรรม หรือรวบรวมวรรณกรรมโดยคัดเลือกและจัดลำดับใหม่⁹⁵ เช่น การแปลเอกสารหรือกฎหมายจากภาษาหนึ่งเป็นอีกภาษาหนึ่ง⁹⁶ การปรับผลงานนวนิยายดาวพระศุกร์เป็นผลงานภาพยนตร์⁹⁷

โปรแกรมคอมพิวเตอร์ หมายความว่ารวมถึง ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบ ปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติม โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในส่วนสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำขึ้นใหม่ เช่น การนำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีลิขสิทธิ์ ไปดัดแปลงข้อมูลในส่วนสาระสำคัญแล้วเปลี่ยนเป็นโปรแกรมใหม่ที่มีสาระสำคัญเหมือนโปรแกรมอันมีลิขสิทธิ์⁹⁸

นาฏกรรม หมายความว่ารวมถึง เปลี่ยนงานที่มีใช้นาฏกรรมให้เป็นนาฏกรรม หรือเปลี่ยนนาฏกรรมให้เป็นงานที่มีใช้นาฏกรรม ไม่ว่าในภาษาเดิมหรือภาษาต่างกัน⁹⁹ เช่น บันทึกรหรือบรรยายท่าเต้นลงเป็นหนังสือ ฯลฯ¹⁰⁰

ศิลปกรรม หมายความว่ารวมถึง เปลี่ยนงานที่เป็นรูปสองมิติหรือสามมิติ เป็นรูปสามมิติหรือสองมิติ หรือทำหุ่นจำลองจากงานต้นฉบับ¹⁰¹ เช่น นำหุ่นจำลองจากภาพวาดแผนที่¹⁰² นำรูปตัวการ์ตูนที่มีลิขสิทธิ์มาทำเป็นรูปปั้น ฯลฯ

⁹³ จีระศักดิ์ รัตจันทร์, ลิขสิทธิ์ หลักกฎหมายและแนววิธีปฏิบัติเพื่อการคุ้มครองและการแสวงหาประโยชน์จากงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์, หน้า 65.

⁹⁴ เรื่องเดียวกัน, 64.

⁹⁵ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

⁹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 508/2508

⁹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8452/2547

⁹⁸ อรรถพรณ พันธ์พัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 55.

⁹⁹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

¹⁰⁰ อรรถพรณ พันธ์พัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 55.

¹⁰¹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

¹⁰² อรรถพรณ พันธ์พัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 55.

ดนตรีกรรม ให้ความหมายรวมถึง จัดลำดับเรียบเรียงเสียงประสานหรือเปลี่ยนคำร้องหรือทำนองใหม่¹⁰³ เช่น เรียบเรียงเสียงประสานเพลงขึ้นใหม่¹⁰⁴ การทำดนตรี parody โดยการเปลี่ยนคำร้องในเพลงที่มีทำนองเดิม หรือเปลี่ยนทำนองเพลงที่เป็นที่นิยมจากเพลงเร็วเป็นเพลงช้า ฯลฯ

แม้จะมีตัวอย่างที่กำหนดไว้ในกฎหมายเช่นนี้แต่ก็ไม่ได้จำกัดว่าผลงานดัดแปลงในรูปแบบอื่นจะไม่อาจเกิดขึ้นได้ กล่าวคือหากมีลักษณะเป็นไปตามนิยามของคำว่าดัดแปลง อันหมายถึง การนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาทำซ้ำโดยปรับปรุงแก้ไขผลงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่ ย่อมเป็นผลงานดัดแปลงเช่นเดียวกัน เช่น การตัดต่อเทปต้นฉบับเพื่อออกอากาศใหม่ เป็นการดัดแปลงงานโสตทัศนวัสดุคือรายการโทรทัศน์ ฯลฯ¹⁰⁵

(3) การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ผลงานดัดแปลงตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ได้กำหนดให้ผู้ที่ทำผลงานดัดแปลงที่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ เป็นผู้มียุติบัตรในผลงานดัดแปลงนั้น โดยไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ในงานสร้างสรรค์เดิมที่ถูกดัดแปลง ซึ่งผลงานดัดแปลงที่จะได้รับความคุ้มครองนั้น สามารถแบ่งเป็นหลักเกณฑ์การได้มาซึ่งผลงานดัดแปลงดังนี้¹⁰⁶

ประการแรก ต้องมีการแสดงออกซึ่งความสร้างสรรค์ที่ใช้ในการดัดแปลง ตามหลักเกณฑ์ที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ โดยมีการแสดงออกซึ่งความสร้างสรรค์แล้ว¹⁰⁷ ทั้งนี้ แม้ผลงานต้นฉบับที่นำมาใช้ทำผลงานดัดแปลงจะเป็นผลงานไม่มีลิขสิทธิ์แต่หากมีการนำมาดัดแปลงโดยมีการแสดงออกซึ่งความสร้างสรรค์ที่มากเพียงพอต่อการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว ย่อมสามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้¹⁰⁸ ดังตัวอย่างตามคำพิพากษาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 508/2508 “การแปลประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นภาษาอังกฤษแล้วพิมพ์ออกจำหน่าย แม้กฎหมายไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์ แต่คำแปลดังกล่าว เป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทวรรณกรรม ซึ่งเป็นลิขสิทธิ์ของผู้แปลที่เป็นผู้ดัดแปลง”

ประการที่สอง ต้องเป็นการดัดแปลงผลงานที่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยมีข้อสังเกตว่า หากเป็นการดัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์แล้ว ผู้ดัดแปลงย่อมไม่ได้รับ

¹⁰³ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

¹⁰⁴ อรรถพรณ พันธ์พัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 55.

¹⁰⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9801/2555

¹⁰⁶ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 11

¹⁰⁷ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 11

¹⁰⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 508/2508

ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในผลงานดัดแปลงที่สร้างขึ้นแม้จะมีการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ของผู้ทำผลงานดัดแปลงแล้วก็ตาม¹⁰⁹ ดังตัวอย่างตามคำพิพากษาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 8451/2551 “การที่จำเลยที่ 1 จัดทำฐานข้อมูลทั้งห้าดังกล่าวจำหน่ายทางเว็บไซต์โดยมิได้รับอนุญาตจากโจทก์ ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ แม้ว่าตามมาตรา 11 แห่ง พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ฯ จะบัญญัติว่า ‘ผู้ดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ จะมีลิขสิทธิ์ในงานที่ได้ดัดแปลง แต่การได้ลิขสิทธิ์นั้นต้องเข้าเงื่อนไขที่ว่า การดัดแปลงนั้นได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์’ เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า การดัดแปลงฐานข้อมูลทั้งห้าดังกล่าวมิได้รับอนุญาตจากโจทก์ จำเลยที่ 1 จึงไม่มีลิขสิทธิ์ในการจัดทำฐานข้อมูลทั้งห้าดังกล่าว จำเลยที่ 1 จึงไม่มีสิทธินำงานดังกล่าวไปจำหน่ายทางเว็บไซต์ จึงถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์”

จากคำพิพากษาของศาลทำให้เห็นว่า หากมีการดัดแปลงผลงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความวิริยะในการดัดแปลงแล้ว แต่ได้ทำลงโดยไม่ได้รับอนุญาต มาตรา 11 ก็จะไม่ให้ความคุ้มครองแก่ผลงานที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ ไม่ว่าจะกระทำนั้นจะเป็นการกระทำที่อาจอ้างข้อยกเว้นความผิดในการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ก็ตาม เนื่องจากศาลมิได้พิจารณาถึงข้อยกเว้นแต่อย่างใด เพียงแต่พิจารณาว่า การดัดแปลงนั้นได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่ อันอาจก่อให้เกิดกรณีที่ผลงานดัดแปลงที่ได้ทำลงโดยไม่ได้รับอนุญาตนั้นไม่มีผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ จนอาจกลายเป็นสาธารณสมบัติได้¹¹⁰

ประการที่สาม สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานที่ถูกนำมาทำผลงานดัดแปลงยังมีอยู่ดังเดิม หากผู้ดัดแปลงได้ดำเนินการดัดแปลงโดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์แล้ว จะได้รับความคุ้มครองให้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานดัดแปลงดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ยังมีสิทธิในผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับที่ตนเป็นเจ้าของอยู่ดังเดิม¹¹¹ จึงสามารถกล่าวได้ว่า การให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำผลงานดัดแปลงไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์แต่อย่างใด โดยผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ต้นฉบับยังสามารถทำซ้ำ ดัดแปลง หรือโอนผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนให้แก่ผู้อื่นได้ดังเดิม¹¹²

2.3.3 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในฐานะผู้รวบรวมผลงาน

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ได้มีการกำหนดบทบัญญัติเฉพาะสำหรับการได้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ที่รวบรวมผลงานไว้ในกฎหมาย เพื่อประโยชน์ของการพิจารณาถึงการทำ

¹⁰⁹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 11

¹¹⁰ ซ่องนาง วิฑูรานุพงษ์, "แนวทางการตีความมาตรา 11 แห่ง พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ 2537 เพื่อให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งานดัดแปลงที่สร้างสรรค์ขึ้นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์พิจารณาตามแนวทางของสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา," บทความที่ประชุมวิชาการ (ระดับชาติ): 15.

¹¹¹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 11

¹¹² จีรศักดิ์ รอดจันทร์, ลิขสิทธิ์ หลักกฎหมายและแนววิธีปฏิบัติเพื่อการคุ้มครองและการแสวงหาประโยชน์จากงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์, หน้า 64.

รวบรวมหรือการได้มาซึ่งสิทธิในฐานะผู้ทำงานรวบรวม จึงสามารถพิจารณาถึงลักษณะของผลงานรวบรวมตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ดังนี้

(1) การทำผลงานรวบรวมในกฎหมายระหว่างประเทศ

ข้อตกลงระหว่างประเทศคืออนุสัญญากรุงเบิร์น ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองการทำผลงานรวบรวมไว้ โดยกำหนดให้ผลงานรวบรวมวรรณกรรมหรืองานศิลปะ เช่น สารานุกรมและกวีนิพนธ์ที่เกิดจากการเลือกเรียบเรียงเนื้อหา สามารถได้รับความคุ้มครองเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ได้¹¹³ โดยในคำอธิบายของอนุสัญญากรุงเบิร์น ได้กล่าวถึงผลงานรวบรวมผลงานอันมีลิขสิทธิ์คือ วรรณกรรมและศิลปะ เป็นลักษณะหนึ่งของผลงานดัดแปลง ซึ่งผลงานรวบรวมที่ได้รับความคุ้มครองแยกออกจากผลงานดัดแปลงประเภทอื่น เนื่องจากการทำผลงานรวบรวมผู้จัดทำได้ใช้เหตุผลในการเลือกและเรียบเรียงเนื้อหาอันเป็นการสร้างสรรค์ผลงานทรัพย์สินทางปัญญา ดังนั้นผลงานรวบรวมที่ได้ทำขึ้นโดยอาศัยความคิดสร้างสรรค์ส่วนตัวของผู้รวบรวม ย่อมได้รับความคุ้มครองให้เป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่หากเป็นการรวบรวมที่ไม่ได้แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ของผู้รวบรวมแล้ว ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์¹¹⁴

ดังนั้น ผลงานรวบรวม หากมีลักษณะเป็นการรวบรวมที่มีการเรียบเรียงเนื้อหา คัดสรรเนื้อหาหรือผลงานแล้ว ย่อมสามารถได้รับความคุ้มครองแยกออกจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้รวบรวม เช่น การรวบรวมบทกลอนในการทำกวีนิพนธ์นั้นอาจมีลักษณะเป็นผลงานสร้างสรรค์ ดังนั้นจึงสมควรได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตามแต่ละบทที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ผู้สร้างสรรค์ผลงานเดิมย่อมได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์¹¹⁵

นอกจากอนุสัญญากรุงเบิร์นแล้ว Agreement of Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) หรือความตกลง TRIPS ที่ไทยได้ร่วมลงนามในความตกลงนี้ด้วยเช่นเดียวกัน ยังได้กำหนดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่ผลงานรวบรวม ในลักษณะที่เป็นการต่อ ยอดการรับรองจากที่ปรากฏในอนุสัญญากรุงเบิร์น โดยการกำหนดให้การรวบรวมข้อมูลหรือสิ่งอื่นใดที่สามารถถ่ายทอดได้ผ่านอุปกรณ์ใด ด้วยการคัดเลือก จัดลำดับในลักษณะที่ไม่อาจลอกเลียนผลงานของผู้อื่นที่ได้รวบรวมหรือประกอบเข้ากันแล้ว ให้ผลงานนั้นได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ดังนั้นจากการกำหนดของข้อตกลงฉบับนี้ ทำให้นอกจากผลงานรวบรวมจะเกิดจากการรวบรวมผลงานอันมี

¹¹³ Berne Convention Article 2(5) " ... (5) Collections of literary or artistic works such as encyclopaedias and anthologies which, by reason of the selection and arrangement of their contents, constitute intellectual creations shall be protected as such, without prejudice to the copyright in each of the works forming part of such collections."

¹¹⁴ World Intellectual Property Organization, *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)*, p. 20.

¹¹⁵ *Ibid.*, 37.

ลิขสิทธิ์แล้ว ผู้รวบรวมข้อมูลต่าง ๆ หากเป็นการกระทำที่มีการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์แล้ว ย่อมได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์เช่นเดียวกัน¹¹⁶ จากการกำหนดเช่นนี้ ทำให้ผลงานประเภทฐานข้อมูลสามารถได้รับความคุ้มครองเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ แม้ว่าข้อมูลหรือสิ่งต่าง ๆ ที่ถูกนำมารวบรวมนั้น จะไม่ใช่สิ่งที่สามารถได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ได้ แต่หากผู้รวบรวมได้แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ ในการคัดเลือก และเรียบเรียงข้อมูลต่าง ๆ แล้ว ย่อมได้รับความคุ้มครองเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยความคุ้มครองนี้จะไม่คุ้มครองไปถึงข้อมูลที่ถูกนำมารวบรวมแต่อย่างใด¹¹⁷

จากข้อตกลงระหว่างประเทศ สามารถทำให้เข้าใจและเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ผลงานรวบรวมที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ต้องเป็นผลงานที่เกิดจากการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ ผ่านการคัดเลือก เรียบเรียงเนื้อหาต่าง ๆ โดยสามารถมีได้สองประเภท คือ ผลงานรวบรวมผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น และผลงานรวบรวมเนื้อหาหรือข้อมูลต่าง ๆ ที่ไม่มีลิขสิทธิ์ และการให้ความคุ้มครองต่อผลงานรวบรวมนี้ ย่อมไม่กระทบถึงเนื้อหาหรือสิทธิของผู้มีลิขสิทธิ์ในผลงานที่ถูกนำมาทำผลงานรวบรวม

(2) การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ผลงานรวบรวมตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ได้กำหนดให้ผู้ที่รวบรวมหรือประกอบเข้ากันไม่ว่าจะเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นที่ได้รับอนุญาต หรือการนำข้อมูลใด ๆ มารวบรวมไว้ หากได้ทำโดยการคัดเลือกหรือจัดลำดับในลักษณะซึ่งมิได้ลอกเลียนงานของบุคคลอื่น ย่อมสามารถเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานรวบรวมที่สร้างขึ้นได้ ทั้งนี้ สามารถแบ่งเป็นเงื่อนไขหรือลักษณะการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ได้ดังนี้¹¹⁸

ประการแรก เป็นการรวบรวมผลงานด้วยความวิริยะอุตสาหะในการคัดเลือก หรือจัดลำดับในลักษณะที่ไม่เป็นการคัดลอกจากผู้อื่น หากไม่มีลักษณะเป็นการคัดเลือก หรือมีลักษณะเป็นการลอกเลียนจากผู้อื่นแล้ว ย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครองได้¹¹⁹ เช่นดังคำพิพากษาฎีกาในตัวอย่างดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2750/2537 “แม้การจัดทำพจนานุกรมจะมีวิธีจัดทำแบบเดียวกับวิธีที่ใช้มาแต่โบราณ โจทก์ก็อาจเป็นผู้สร้างสรรค์และเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในพจนานุกรมนั้นได้ หากการจัดทำพจนานุกรมของโจทก์เป็นงานที่ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์ด้วยการให้บทนิยาม

¹¹⁶ TRIPS Article 10 “Computer Programs and Compilations of Data ... 2. Compilations of data or other material, whether in machine readable or other form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations shall be protected as such. Such protection, which shall not extend to the data or material itself, shall be without prejudice to any copyright subsisting in the data or material itself.”

¹¹⁷ World Trade Organization, "Module II Copyright and Related Rights " [Online] Accessed: 20 May 2023. Available from: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/ta_docs_e/modules2_e.pdf

¹¹⁸ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 12

¹¹⁹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 12

หรือความหมายของคำต่าง ๆ พร้อมภาพประกอบความหมายของคำบางคำโดยการแสดงออกซึ่งความคิดริเริ่มตามลีลาของโจทก์เอง และโดยมิได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยมิได้รับอนุญาต จึงเป็นงานที่โจทก์ได้ทำโดยใช้ความอุตสาหะวิริยะในการสร้างสรรค์และมีที่มาจากโจทก์เอง ถือว่าโจทก์เป็นผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยความคิดริเริ่มของตนเอง และเป็น ‘ผู้สร้างสรรค์’ จึงเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานดังกล่าว”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6528/2546 “ผู้ที่จะได้ลิขสิทธิ์จากการนำลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมารวบรวมหรือประกอบเข้าด้วยกันต้องใช้ความรู้ความสามารถหรือความวิริยะอุตสาหะในระดับหนึ่งโดยมิใช่เป็นการลอกเลียนงานอันเป็นลิขสิทธิ์ของผู้อื่น โจทก์จัดทำเอกสารเพื่อประกอบการเสนอราคารถยนต์ปฏิบัติการตรวจเก็บกู้วัตถุระเบิดต่อสำนักงานตำรวจแห่งชาติโดยลอกเลียนมาจากแคตตาล็อกของบริษัท พ. ทั้งหมด เพียงจัดเรียงองค์ประกอบให้สวยงามขึ้นเท่านั้น โจทก์มิได้ใช้ความคิดริเริ่มของตนเองเพียงพอจนเป็นส่วนสำคัญที่ก่อให้เกิดงานรวบรวมขึ้นจึงไม่ได้ลิขสิทธิ์ ดังนั้น แม้จำเลยไม่มีสิทธิที่จะนำแคตตาล็อกมาจัดทำเป็นส่วนหนึ่งเอกสารประกอบการเสนอราคาของจำเลยต่อสำนักงานตำรวจแห่งชาติเช่นกัน โดยที่บริษัท พ. ไม่ได้อนุญาตให้กระทำได้เพราะจำเลยไม่ได้เป็นตัวแทนจำหน่ายสินค้าของบริษัท พ. ซึ่งหากเป็นการไม่ชอบก็เป็นเรื่องที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ของบริษัท พ. โจทก์จึงไม่ใช่ผู้เสียหาย”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13535/2557 “ในการจัดทำแผนที่ประกอบด้วยการดำเนินการในขั้นตอนของการสำรวจ รวบรวมข้อมูล วิเคราะห์เรียบเรียง และเลือกใช้ข้อมูล แล้วนำข้อมูลดังกล่าวมานำเสนออันเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดในรูปแบบของแผนที่ แม้นนน ซอย และสถานที่ต่าง ๆ ที่ลงในแผนที่จะเป็นข้อเท็จจริงที่มีอยู่จริง แต่ก็ต้องใช้ความอุตสาหะ วิริยะ และความรู้ความสามารถในการสำรวจ วัดระยะ และจำลองรูปแผนที่โดยใช้มาตราส่วนที่เหมาะสมเพื่อให้ได้รูปแผนที่ถูกต้อง มีประโยชน์ในการใช้งาน ย่อมเป็นการสร้างสรรค์งานแผนที่ขึ้น อันเป็นงานศิลปกรรมอย่างหนึ่งและเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แม้การทำแผนที่ออกมาเหมือนกัน โดยบุคคลคนละคนกันอาจเป็นเพราะเป็นการจัดทำจากสภาพพื้นที่ที่มีอยู่จริงโดยไม่ได้ลอกเลียนกันอันไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่หากการทำแผนที่เหมือนกันโดยใช้แผนที่ที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาเป็นต้นแบบในการคัดลอก ทำซ้ำ หรือดัดแปลง ย่อมเป็นการละเมิด ซึ่งในกรณีนี้จำเลยได้มีส่วนที่คลาดเคลื่อนในแผนที่เหมือนกันกับแผนที่ของโจทก์ถึง 3 รายการ ย่อมแสดงได้ว่าเป็นการลอกเลียนจากแผนที่ที่โจทก์มีลิขสิทธิ์ เป็นผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์”

จากคำพิพากษาจะเห็นได้ว่า กฎหมายให้ความคุ้มครองแก่ผู้รวบรวมที่ได้รวบรวมข้อเท็จจริง แม้จะรวบรวมข้อเท็จจริงเดียวกันก็ตาม แต่หากเกิดจากการคัดลอกจากผลงานของผู้อื่นแล้ว ย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครองเป็นลิขสิทธิ์ได้ นอกจากนี้ การกระทำดังกล่าวก็เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย

ประการที่สอง ผลงานรวบรวมนั้น อาจเป็นการรวบรวมผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น เช่น การจัดทำแผ่นเพลงที่ได้รวบรวมเพลงอันมีลิขสิทธิ์ของศิลปินหลาย ๆ คนเข้าไว้ด้วยกัน¹²⁰ การรวบรวมภาพถ่ายสถานที่ของมหาวิทยาลัยเพื่อทำสมุดภาพ โดยได้คัดเลือกจัดหมวดหมู่ภาพ และได้ขออนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ภาพถ่ายดังกล่าว¹²¹ หรือการรวบรวมข้อมูลหรือสิ่งอื่นใดก็ได้ เช่น รวบรวมข้อมูลถนน ซอย และสถานที่ต่าง ๆ เพื่อจัดทำแผนที่¹²² รวบรวมคำศัพท์เพื่อจัดทำพจนานุกรม ฯลฯ¹²³ ทั้งนี้ หากเป็นการรวบรวมผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นแล้ว ผู้รวบรวมจำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก่อน หากไม่แล้ว ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แต่อย่างใด

ประการที่สาม สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานที่ถูกนำมาทำผลงานรวบรวมยังมีอยู่ดั้งเดิม แม้ผู้รวบรวมจะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในผลงานรวบรวมที่ได้ทำลงโดยการขออนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในกรณีที่เป็นกรรวบรวมผลงานอันมีลิขสิทธิ์¹²⁴ ดังนั้น ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เดิมยังสามารถทำซ้ำ ดัดแปลงหรือโอนผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนให้แก่ผู้อื่นได้ดั้งเดิม¹²⁵ แต่หากเป็นการรวบรวมข้อมูลแล้ว ผู้ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในฐานะผู้รวบรวมข้อมูลก็ได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในข้อมูลที่นำมารวบรวมแต่อย่างใด ดังนั้น ผู้อื่นก็สามารถนำข้อมูลเหล่านั้นไปใช้รวบรวมและแสดงออกด้วยความสร้างสรรค์ในการคัดเลือก และรวบรวมเพื่อได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้

2.3.4 สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์

เมื่อผู้สร้างสรรค์ผลงานได้สร้างสรรค์ผลงานที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ขึ้นแล้ว ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย โดยสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น เป็นสิทธิในทางนิเสธ (Negative Rights) อันเป็นสิทธิในลักษณะที่กฎหมายให้ความคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ให้มีสิทธิห้าม มิให้ผู้อื่นกระทำการต่าง ๆ เกี่ยวกับงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน¹²⁶ โดยการคุ้มครองนี้ สามารถ

¹²⁰ จีรศักดิ์ รอดจันทร์, ลิขสิทธิ์ หลักกฎหมายและแนววิธีปฏิบัติเพื่อการคุ้มครองและการแสวงหาประโยชน์จากงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์, หน้า 66.

¹²¹ สิทธิม วิวัฒน์วัฒนา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรม (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2564), หน้า 91.

¹²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13535/2557

¹²³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2750/2537

¹²⁴ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 12

¹²⁵ จีรประภา มากสิน, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 104.

¹²⁶ อรรถพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 53.

แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือสิทธิทางเศรษฐกิจ (Economic Rights) และธรรมสิทธิ (Moral Rights)

(1) สิทธิทางเศรษฐกิจ (Economic Rights)

เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการกระทำการต่าง ๆ ที่กฎหมายรับรองเกี่ยวกับงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้น¹²⁷ ดังนั้นหากมีผู้ใดที่เข้ามาใช้สิทธิที่กฎหมายได้รับรองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์โดยมิได้รับอนุญาตแล้ว ย่อมเป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ สิทธิแต่เพียงผู้เดียวนั้น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 15 ได้กำหนดไว้ให้เจ้าของลิขสิทธิ์ มีสิทธิดังต่อไปนี้

1) สิทธิในการทำซ้ำหรือดัดแปลงผลงานอันมีลิขสิทธิ์¹²⁸

การทำซ้ำ หมายถึง การคัดลอก หรือการทำซ้ำที่ไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นมาใหม่ ไม่ว่าจะด้วยวิธีใดก็ตามซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ¹²⁹ ตัวอย่างเช่น การถ่ายสำเนาหนังสือ การสำเนาภาพถ่ายหรือภาพศิลปะ หรือการสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์

จากนิยามของการทำซ้ำที่กำหนดไว้ในกฎหมาย สามารถทำความเข้าใจการทำซ้ำได้ว่า ต้องเป็นการทำซ้ำหรือลอกเลียนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของงาน¹³⁰ หากไม่แล้วย่อมไม่ใช่การทำซ้ำที่เป็นสิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ โดยการทำซ้ำ อาจจะเป็นการทำต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด หรือบางส่วนก็ได้ ซึ่งหากเป็นการทำต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์บางส่วนแล้ว ส่วนนั้นย่อมต้องเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญด้วย¹³¹ ดังตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10657/2559 “การที่จำเลยทำซ้ำตำราเรียนอันเป็นงานวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์แม้เพียงบางส่วนโดยมิได้ชำระค่าลิขสิทธิ์แก่โจทก์ และการกระทำได้กล่าวเป็นช่องทางให้นักเรียนที่มาเรียนที่โรงเรียนของจำเลยไม่จำต้องซื้อตำราเรียนจากโจทก์ ย่อมเป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของโจทก์ ตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32 วรรคหนึ่ง การที่จำเลยทำซ้ำตำราเรียนบางส่วนของโจทก์จึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ ตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 27 (1)”

¹²⁷ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

¹²⁸ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 15

¹²⁹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

¹³⁰ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

¹³¹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า แม้การทำซ้ำจะไม่ได้ทำต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด ก็เป็นการทำซ้ำที่กฎหมายรับรองให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ หากทำลงโดยไม่ได้รับอนุญาตย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว

ทั้งนี้ การทำซ้ำนี้อาจเป็นการทำซ้ำโดยอ้อม จากผลงานสืบเนื่องที่มาจากงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ ดังนั้นหากเป็นการทำซ้ำแม้จะทำต่อผลงานสืบเนื่องแล้ว เจ้าของลิขสิทธิ์ก็ยังคงมีสิทธิเด็ดขาดในผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ผู้ทำซ้ำจึงอาจละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นได้¹³² เช่น ทำการลอกเลียนแบบรูปการ์ตูนจากตุ๊กตาที่ผู้ผลิตได้รับอนุญาตการใช้สิทธิจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในภาพวาด ดังนั้น ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในภาพวาดก็มีสิทธิที่จะเอาผิดผู้ลอกเลียนแบบรูปการ์ตูนดังกล่าว เนื่องจากผู้ลอกเลียนได้ทำซ้ำต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์¹³³

ดังนั้น เมื่อผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิในการทำซ้ำแล้ว หากผู้ใดทำซ้ำซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาต ย่อมเป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์¹³⁴

ดัดแปลง หมายถึง การทำซ้ำโดยเปลี่ยนเป็นรูปใหม่ ปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนที่เป็นสาระสำคัญไปใช้โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่ ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน¹³⁵ ทั้งนี้ ดังที่กล่าวไว้แล้วในหัวข้อการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของผลงานดัดแปลงว่า การให้ความคุ้มครองกับการดัดแปลงนั้นมีสองแง่มุม ได้แก่ แง่มุมแรกคือการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ และอีกแง่มุมหนึ่งคือการให้ความคุ้มครองให้เป็นสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ผลงานต้นฉบับ¹³⁶ ดังนั้น ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำผลงานดัดแปลง¹³⁷ หากผู้อื่นทำผลงานดัดแปลงต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์แล้วย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์¹³⁸

การดัดแปลงนั้นต้องปรากฏว่า เป็นการกระทำต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในสาระสำคัญด้วย โดยต้องไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำผลงานชิ้นใหม่ และอาจเป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ดัดแปลงทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้¹³⁹ เช่น การนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทวรรณกรรมมาดัดแปลงเป็น

¹³² จีรศักดิ์ รอดจันทร์, ลิขสิทธิ์ หลักกฎหมายและแนววิธีปฏิบัติเพื่อการคุ้มครองและการแสวงหาประโยชน์จากงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์, หน้า 106.

¹³³ อรรถพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 78.

¹³⁴ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 27-30 ทั้งนี้การปรับใช้แต่ละมาตราขึ้นอยู่กับชนิดของผลงานที่มีลิขสิทธิ์

¹³⁵ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

¹³⁶ อ่านเพิ่มเติมในส่วน 2.3.2 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในฐานะผู้ดัดแปลงผลงาน

¹³⁷ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 15

¹³⁸ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 27-30 ทั้งนี้การปรับใช้แต่ละมาตราขึ้นอยู่กับชนิดของผลงานที่มีลิขสิทธิ์

¹³⁹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

ผลงานละคร การนำภาพวาดของผู้อื่นมาใช้เพื่อเป็นแบบในการวาดตาม ดังปรากฏตามคำพิพากษาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3240/2543 “ภาพเขียน ‘พิธีคล้องช้าง’ ของโจทก์และภาพการคล้องช้างในป้ายโฆษณาที่จำเลยทำขึ้นเป็นภาพที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ลักษณะเค้าโครงของภาพท่าทางของช้างและลักษณะเฉพาะของช้าง เช่น การงอเท้าและการยื่นเท้าคล้ายกัน และลักษณะการขยายส่วนของภาพจากภาพต้นแบบไปเป็นภาพในป้ายโฆษณาขนาดใหญ่มีขนาดของส่วนขยายที่คล้ายกัน ช้างตัวหน้ายกขาเหมือนกัน ตำแหน่งช้างก็อยู่ในตำแหน่งเดียวกัน ช้างตัวหลังมีท่าเดินเหมือนกัน บรรยากาศ หรือส่วนประกอบของภาพก็เหมือนกัน ภาพในป้ายโฆษณาเป็นภาพที่มาจากต้นแบบ โดยดูจากการจัดองค์ประกอบของภาพทั้งหมด ตำแหน่งของการวางรูปช้าง การยืนและท่าทางของช้าง รวมทั้งฉากหลังภาพซึ่งเป็นเพนียดท่าทางของคนที่อยู่บนหลังช้างรวมทั้งสีของภาพและลักษณะการคล้องช้าง ประกอบกับจำเลยเป็นผู้ดำเนินการจัดทำป้ายโฆษณาขึ้นโดยการถือเอาภาพ ‘พิธีคล้องช้าง’ ของโจทก์เป็นต้นแบบจึงเป็นการคัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์และนำออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์”

มีข้อสังเกตว่า ในการปรับใช้กฎหมาย ในบางครั้งจะไม่ได้มีการแยกว่า การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเกิดขึ้นเพราะการทำซ้ำหรือดัดแปลงแต่อย่างใด แต่มักเป็นการปรับใช้รวมกันไป ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างคำพิพากษาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9602/2554 “เมื่อเพลงเด็กคอยใจดีมีเนื้อร้องคำว่า ‘แก้มของเธอจะแดงแดงเหมือนสีแครอท’ ในท่อนสร้อยและคำว่า ‘ลา ลันลา’ ในตอนท้ายเช่นเดียวกับเพลงหนุ่มคอยของโจทก์และจำเลยทั้งสามมิได้ให้การปฏิเสธว่า การแต่งทำนองเพลงท่อนสร้อยของเพลงเด็กคอยใจดีมิได้เลียนแบบและมีได้ทำซ้ำโดยปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของทำนองเพลงหนุ่มคอยของโจทก์ ข้อเท็จจริงย่อมรับฟังได้ว่า การประพันธ์เพลงเด็กคอยใจดีของจำเลยที่ 3 เป็นการทำซ้ำและดัดแปลงด้วยการเลียนแบบ และปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของทำนองเพลงหนุ่มคอยของโจทก์โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3367/2552 “โจทก์บรรยายฟ้องว่า จำเลยจัดให้นักดนตรีและนักร้องประจำร้านคัดลอกเนื้อร้องและทำนองเพลง ค. อันเป็นการทำซ้ำและดัดแปลงขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหาย แล้วนำเนื้อร้องและทำนองเพลงดังกล่าวมาบรรเลงและขับร้องให้แก่ลูกค้าซึ่งเป็นสาธารณชนผู้บริโภคอาหารและเครื่องดื่มในร้าน ย. ได้ฟังเพลงดังกล่าว เลย์มีความผิดฐานละเมิด

ลิขสิทธิ์ของผู้อื่น และละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเพื่อการค้าตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 27 (1) ประกอบมาตรา 69 วรรคหนึ่ง และมาตรา 31 (2) ประกอบมาตรา 70 วรรคสอง”

อย่างไรก็ดี ศาลในหลาย ๆ คดีก็มีความพยายามแยกการปรับใช้สิทธิการทำซ้ำและดัดแปลง ออกจากกัน ดังปรากฏให้เห็นดังตัวอย่างต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13535/2557 “แม้การทำแผนที่ออกมาเหมือนกัน โดยบุคคลคนละ คนกันอาจเป็นเพราะเป็นการจัดทำจากสภาพพื้นที่ที่มีอยู่จริงโดยไม่ได้ลอกเลียนกัน อันไม่ถือเป็นการ ละเมิดลิขสิทธิ์ แต่หากการทำแผนที่เหมือนกันโดยใช้แผนที่ที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมา เป็น ต้นแบบในการคัดลอก ทำซ้ำ หรือดัดแปลง ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เมื่อเปรียบเทียบกับแผนที่ที่เป็น ลิขสิทธิ์ของโจทก์กับแผนที่ของจำเลยที่ 1 และที่ 2 แล้ว พบส่วนที่คลาดเคลื่อนเหมือนกัน 3 รายการ ย่อมแสดงได้ว่า เป็นการลอกเลียนจากแผนที่ที่โจทก์มีลิขสิทธิ์ แต่โจทก์มีลิขสิทธิ์เฉพาะงานแผนที่ที่ สร้างสรรค์ขึ้นตั้งแต่ปี 2529 การที่จำเลยที่ 1 และที่ 2 ลอกเลียนแผนที่ตามเอกสารหมายเลข จ.18 ที่ พัฒนามาจากแผนที่เอกสารหมายเลข จ.28 มาก จนไม่อาจฟังได้ว่า เป็นการทำซ้ำโดยการคัดลอกงาน แผนที่ตามเอกสารหมายเลข จ.28 คงถือได้ว่าเป็นเพียงการดัดแปลงเท่านั้น”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4968/2556 “บางส่วน ส่วนคำว่า ทำซ้ำ หมายความว่า ความรวมถึงการ คัดลอกไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ดังนั้น การกระทำที่เป็นความผิดฐานดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น จึง เป็นการคัดลอกงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยเปลี่ยนรูปใหม่หรือปรับปรุง หรือแก้ไขเพิ่มเติม หรือ จำลองงานต้นฉบับในส่วนที่เป็นสาระสำคัญโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ข้อแตกต่าง ระหว่างหนังสือเล่มจริงกับเล่มที่จำเลยที่ 1 จัดพิมพ์ขึ้นเกิดจากการพิมพ์ที่ไม่เรียบร้อย พิมพ์ผิดพลาด พิมพ์ซ้ำ หรือจัดหน้ากระดาษผิด มิใช่เป็นการคัดลอกโดยเปลี่ยนรูปใหม่ หรือปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมใน สาระสำคัญแต่อย่างใด ไม่ทำให้เปลี่ยนแปลงสาระสำคัญในหนังสือของโจทก์ การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงไม่เป็นการดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์”

จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองจะเห็นว่า แนวทางในการตีความแยกกระหว่างการทำซ้ำ และการดัดแปลงนั้น ขึ้นอยู่กับว่าการลอกเลียนที่ทำต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นการลอกเลียนธรรมดา โดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุงเพิ่มเติมในสาระสำคัญแต่อย่างใด แต่หากเป็นกรณีที่ผลงานที่ ลอกเลียนมีความแตกต่างจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์อันเป็นต้นฉบับแล้ว ย่อมเป็นการดัดแปลง

2) สิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชน¹⁴⁰

การเผยแพร่ต่อสาธารณชน หมายถึง การทำให้ปรากฏต่อสาธารณะ ด้วยวิธีการต่าง ๆ เช่น การแสดง บรรยาย สวด บรรเลง ทำให้ปรากฏด้วยเสียงหรือภาพ การก่อสร้าง การจำหน่าย หรือด้วยวิธีอื่นใดที่งานได้จัดทำขึ้น¹⁴¹ เช่น อ่านผลงานวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์ให้ผู้ชมได้ฟัง นำภาพยนตร์อันมีลิขสิทธิ์ออกให้สาธารณชนชม¹⁴² ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าต้องเป็นการเผยแพร่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์โดยตรงเท่านั้น ไม่ใช่การนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาถ่ายโอนข้อมูลเข้าคอมพิวเตอร์แล้วจึงทำออกขายแก่สาธารณชน¹⁴³ ดังนั้นหากมีผู้อื่นมาทำการเผยแพร่โดยไม่ได้รับอนุญาตแล้วย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์¹⁴⁴

3) สิทธิในการให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียง¹⁴⁵

สิทธินี้เป็นสิทธิของผู้เป็นเจ้าของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียงเท่านั้น ดังนั้น ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์จึงมีสิทธิห้ามมิให้ผู้อื่นนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนออกให้เช่าไม่ว่าจะเป็นการให้เช่าต้นฉบับ หรือสำเนาก็ตาม¹⁴⁶ เช่น แม้จะมีการซื้อสำเนาภาพยนตร์มาดูแล้ว ผู้ซื้อ ย่อมไม่มีสิทธิให้เช่าภาพยนตร์ที่ตนซื้อนั้นแก่ผู้อื่น เนื่องจากเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นผู้ที่มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการให้เช่า¹⁴⁷ หากมีผู้อื่นนำไปให้เช่าโดยไม่ได้รับอนุญาตแล้วย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์¹⁴⁸

4) สิทธิในการให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น

การให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่นหมายถึงการยอมให้ใช้ประโยชน์ หรือให้ผลประโยชน์ที่เกิดจากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นแก่ผู้อื่น เช่น การยอมให้ผู้อื่นทำสำเนาวรรณกรรมที่มีลิขสิทธิ์และจำหน่าย และนำรายได้ที่ได้จากการจำหน่ายนั้นให้แก่ผู้จัดทำ¹⁴⁹

¹⁴⁰ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 15

¹⁴¹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

¹⁴² อรรถพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 79-80.

¹⁴³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1829/2553

¹⁴⁴ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 27-30 ทั้งนี้ การปรับใช้แต่ละมาตราขึ้นอยู่กับชนิดของผลงานที่มีลิขสิทธิ์

¹⁴⁵ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 15

¹⁴⁶ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

¹⁴⁷ อรรถพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 56.

¹⁴⁸ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 28 และ 30

¹⁴⁹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 15

5) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิในการทำซ้ำหรือดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน ให้เช่า ต้นฉบับหรือสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียง¹⁵⁰

เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถให้ความยินยอมหรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิที่กฎหมายรับรองให้แต่เพียงผู้เดียวในฐานะเจ้าของลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่นได้ ผู้ที่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมสามารถทำตามสิทธิที่ได้รับอนุญาตได้ ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ การได้รับสิทธินั้นจะเป็นไปตามที่กำหนดไว้เท่านั้น หากเป็นการใช้งานที่นอกเหนือจากที่ได้รับอนุญาตแล้ว ย่อมเป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์¹⁵¹

(2) ธรรมสิทธิ (Moral Rights)

ธรรมสิทธิ นั้นเป็นสิทธิของผู้สร้างสรรค์ผลงาน ที่นอกเหนือจากสิทธิในทางเศรษฐกิจ เป็นสิทธิในการปกป้องชื่อเสียงของตนเกี่ยวกับงานที่ได้สร้างสรรค์ โดยสิทธิชนิดนี้เป็นสิทธิที่ติดตัวแก่ผู้สร้างสรรค์ ไม่สามารถโอนให้ผู้อื่นได้ และแม้มีการโอนลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่นไปแล้ว ธรรมสิทธินี้ย่อมติดตัวและเป็นของผู้สร้างสรรค์เท่านั้น

โดยธรรมสิทธิ ในกฎหมายไทยได้กำหนดไว้ในมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งกำหนดให้ผู้สร้างสรรค์มีสิทธิ 2 ประการ ได้แก่ สิทธิในการแสดงว่าตนเป็นเจ้าของผลงาน เช่น การลงลายมือชื่อกำกับผลงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้น ฯลฯ และสิทธิในการห้ามบุคคลอื่นบิดเบือน ตัดทอน ดัดแปลง หรือโดยประการอื่นใดแก่งานจนทำให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียง หรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ เช่น ผลงานเพลงอันมีลิขสิทธิ์ถูกนำไปดัดแปลงใส่ถ้อยคำหยาบคายแทนลงไปเนื้อเพลงเดิม อันทำให้ผู้ประพันธ์เพลงอันมีลิขสิทธิ์ถูกเข้าใจผิดว่าเป็นคนหยาบคาย ทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง ในกรณีนี้แม้ว่าผู้สร้างสรรค์ผลงานจะโอนลิขสิทธิ์ในผลงานของตนไปยังบุคคลภายนอกแล้ว ผู้สร้างสรรค์ผลงานยังคงสามารถใช้สิทธิของตนเพื่อให้หยุดกระทำการดังกล่าว และเรียกค่าสินไหมทดแทนได้¹⁵²

2.3.5 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

เมื่อบุคคลสร้างสรรค์ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นมาแล้ว ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ผู้ใดย่อมไม่อาจละเมิดได้ อย่างไรก็ตามก็ตีกฎหมายลิขสิทธิ์ได้กำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้เนื่องจากเป็นไปเพื่อประโยชน์สังคม ในการที่จะใช้งานที่สร้างสรรค์ขึ้นมา ดังนั้นกฎหมายจึงมีหลักเกณฑ์ที่ยกเว้นความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อกำหนดขอบเขตให้กระทำต่องานอันมี

¹⁵⁰ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 15

¹⁵¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8452/2547

¹⁵² พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 18

ลิขสิทธิ์อย่างเหมาะสมและพอสมควร¹⁵³ ซึ่งในกฎหมายไทยมีกำหนดไว้แบ่งเป็นสองประเภท ได้แก่ ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการทั่วไป และข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นกรณีเฉพาะ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในความเข้าใจเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ จำต้องพิจารณาถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือข้อจำกัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามข้อตกลงระหว่างประเทศ

(1) ข้อยกเว้นทั่วไปตามข้อตกลงระหว่างประเทศ

หลักการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือข้อจำกัดการใช้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในระดับระหว่างประเทศปรากฏขึ้นครั้งแรกในอนุสัญญากรุงเบิร์น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ และการใช้งานสาธารณะ ทั้งนี้ แต่ละประเทศสมาชิกสามารถมีข้อจำกัดและข้อยกเว้นบางประการสำหรับสิทธิในทางเศรษฐกิจ โดยการยอมให้งานอันมีลิขสิทธิ์สามารถถูกใช้จากบุคคลภายนอกได้ โดยไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยในการใช้งาน ซึ่งหลักการนี้เรียกว่า “Free use”¹⁵⁴ ทั้งนี้ การกำหนดข้อจำกัดนั้นต้องเป็นไปตามกรอบที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาดังกล่าว

นอกจากอนุสัญญากรุงเบิร์นแล้ว ข้อตกลง TRIPS ที่กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกในการกำหนดกฎหมายให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาก็มีการกำหนดให้ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดการใช้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้เช่นเดียวกันกับหลักการในอนุสัญญากรุงเบิร์น¹⁵⁵ ทั้งนี้ การกำหนดข้อจำกัดนั้นต้องเป็นไปตามกรอบที่ได้กำหนดไว้ในข้อตกลงดังกล่าวด้วยเช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ ไทยยังได้เข้าร่วมกับสนธิสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WCT) ซึ่งมีวัตถุประสงค์เป็นการยกระดับการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ให้ทันสมัย สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงไปของเทคโนโลยีในยุคดิจิทัล¹⁵⁶ ซึ่งก็ได้มีการกำหนดให้ประเทศสมาชิกสามารถกำหนด

¹⁵³ จีระภา มากสิน, *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์*, หน้า 156.

¹⁵⁴ Berne Convention 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. ...”

¹⁵⁵ TRIPS Article 13 Limitations and Exceptions “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.”

¹⁵⁶ https://www.senate.go.th/document/mSubject/Ext84/84179_0001.PDF

ข้อจำกัดและข้อยกเว้นการใช้สิทธิเด็ดขาดของลิขสิทธิ์ไว้ด้วยเช่นกัน¹⁵⁷ ซึ่งการกำหนดหลักเกณฑ์นี้ก็มีลักษณะเดียวกันกับอนุสัญญากรุงเบิร์นและ TRIPS

จากข้อตกลงระหว่างประเทศที่สามารถให้ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดข้อยกเว้นละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในกฎหมายได้ โดยเป็นไปตามกรอบที่กำหนดไว้ในข้อตกลง ซึ่งกรอบในข้อตกลงต่าง ๆ เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ถึงลักษณะของข้อจำกัดนั้น โดยเรียกอีกอย่างว่า Three-step test ที่ประเทศสมาชิกต้องดำเนินการตาม ซึ่งหลักการดังกล่าวมีดังต่อไปนี้

1) เป็นข้อยกเว้นที่เป็นกรณีโดยเฉพาะ (certain special cases) อันหมายถึงการกำหนดข้อจำกัดการใช้สิทธิลิขสิทธิ์หรือข้อยกเว้นในการออกกฎหมายของประเทศสมาชิก ต้องมีการระบุอย่างชัดเจน (narrow in its scope and reach) ในขอบเขตที่จำกัด โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเหตุผลหรือสาเหตุที่ข้อยกเว้นการกระทำดังกล่าวไม่ให้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด แต่รัฐต่าง ๆ สามารถนำเหตุผลต่าง ๆ มาพิจารณาในการกำหนดว่า การกระทำใดจะได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบได้¹⁵⁸

2) ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งการใช้งานหมายถึง การใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อวัตถุประสงค์ของผู้ใช้งาน เช่น การใช้สิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายคุ้มครองให้ ส่วนคำว่าปกตินั้น มิได้หมายถึงการใช้สิทธิอย่างเต็มที่ของเจ้าของลิขสิทธิ์แต่อย่างใด แต่หมายถึงการใช้งานตามข้อจำกัดนั้น ต้องไม่ใช่กรณีที่แข่งขันกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำไปใช้ กล่าวคือ เป็นการพรากผลประโยชน์อย่างมีนัยสำคัญทางเศรษฐกิจจากเจ้าของลิขสิทธิ์ไป¹⁵⁹

3) ไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร อันหมายถึง ข้อยกเว้นที่กำหนดนั้น ต้องไม่ก่อให้เกิดการสูญเสียรายได้จากสิทธิที่เจ้าของลิขสิทธิ์ควรได้รับจากการใช้สิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายคุ้มครองให้ หรือสิทธิอื่น ๆ ที่กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองด้วย¹⁶⁰

¹⁵⁷ WCT Article 10 Limitations and Exceptions “(1) Contracting Parties may, in their national legislation, provide for limitations of or exceptions to the rights granted to authors of literary and artistic works under this Treaty in certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

(2) Contracting Parties shall, when applying the Berne Convention, confine any limitations of or exceptions to rights provided for therein to certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.”

¹⁵⁸ “Wto Analytical Index Trips Agreement - Article 13 (Ds Reports),” [Online] Accessed: 21 May 2023. Available from: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/trips_art13_jur.pdf

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Ibid.

ทั้งนี้ แม้จะมีการกำหนดถึงมาตรฐานการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์มีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน อย่างไรก็ตาม อนุสัญญากรุงเบิร์นและข้อตกลง TRIPS นั้น มีความแตกต่างกันดังต่อไปนี้¹⁶¹

ประการแรก ข้อตกลง TRIPS กำหนดให้การกำหนดข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดการใช้งานลิขสิทธิ์ครอบคลุมถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ทุกประเภท ในขณะที่อนุสัญญากรุงเบิร์นกำหนดเฉพาะสิทธิในการทำซ้ำเท่านั้น

ประการที่สอง ข้อตกลงใน TRIPS มีการเขียนในลักษณะของการกำหนดให้มีการดำเนินการตามในลักษณะที่เป็นภาพบังคับมากกว่าอนุสัญญากรุงเบิร์น โดยอนุสัญญากรุงเบิร์น กำหนดว่า “*It shall be a matter...*” ในขณะที่ข้อตกลง TRIPS ที่มีการเขียนในลักษณะที่เป็นข้อบังคับ คือ “*Members shall confine...*”

ประการที่สาม ในการพิจารณาถึงผลกระทบของข้อยกเว้น ข้อตกลง TRIPS ได้กำหนดให้ต้องพิจารณาว่า ข้อยกเว้นนั้นก่อให้เกิดผลเป็นการขัดหรือแย้งกับการใช้งานตามปกติของงานอันมีลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร ในขณะที่อนุสัญญากรุงเบิร์นนั้นกำหนดให้พิจารณาผลกระทบต่อผู้สร้างสรรค์ผลงาน

ประการที่สี่ ข้อกำหนดของข้อตกลง TRIPS ไม่ได้คำนึงถึงว่า ผู้วางหลักข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์จะเป็นองค์กฤษฎีหรือไม่ว่า ในขณะที่อนุสัญญากรุงเบิร์น มีการกำหนดให้การวางหลักข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ต้องทำโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ดังที่เห็นได้จากถ้อยคำดังนี้ “*It shall be a matter for legislation ...*”

ประการสุดท้าย ข้อตกลง TRIPS มีมาตรการที่ให้ประเทศต่าง ๆ สามารถร้องเรียนว่าประเทศสมาชิกใด ไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อตกลง อันหมายรวมถึงข้อตกลงในข้อที่ว่าด้วยการยกเว้นความรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย และเมื่อมีการร้องเรียนแล้ว จะมีการพิจารณาถึงหลักฐานต่าง ๆ และเมื่อพิจารณาแล้วพบว่า มีประเทศสมาชิกไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานที่กำหนดไว้ในข้อตกลง TRIPS ประเทศสมาชิคนั้น ๆ จำต้องดำเนินการแก้ไขกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ดังกล่าวให้สอดคล้องกับมาตรฐานที่กำหนดไว้ และหากไม่ดำเนินการประเทศนั้น ๆ อาจต้องชดเชยค่าเสียหาย หรือประเทศสมาชิกอื่นสามารถใช้มาตรการตอบโต้ทางการค้าได้

¹⁶¹ Pamela Samuelson and Kathryn Hashimoto, "Is the U.S. Fair Use Doctrine Compatible with Berne and Trips Obligations?," UC Berkeley Public Law Research Paper (2018): 9-10.

(2) ข้อยกเว้นทั่วไปตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ

ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ของไทย ได้มีการกำหนดหลักการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ทุกประเภทไว้ในมาตรา 32 โดยมีหลักการว่า การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์¹⁶² โดยการกระทำเหล่านี้ที่เป็นการกระทำที่เข้าเงื่อนไขที่กล่าวไว้ข้างต้นไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

1) วิจัยหรือศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร

การกระทำอันละเมิดลิขสิทธิ์ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการศึกษาหรือวิจัย อีกทั้งยังต้องเป็นการกระทำที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรด้วย โดยการทำเช่นนี้ต้องมิใช่การกระทำเพื่อแสวงหากำไรเท่านั้น¹⁶³ หากเป็นการทำไว้เพื่อแสวงหากำไรแล้วย่อมเป็นการใช้งานที่ไม่อาจได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ และหากเป็นกรณีร้านถ่ายเอกสารแล้ว ต้องปรากฏว่าไม่ได้ริเริ่มทำซ้ำขึ้นเพื่อการขายเอง แต่ต้องเป็นการทำซ้ำตามคำสั่งของผู้ที่ต้องการใช้เพื่อการศึกษา และแม้จะเป็นการทำโดยมีค่าตอบแทนเพียงเล็กน้อยเท่าต้นทุน ไม่แสวงหากำไรเช่นการทำธุรกิจ ก็ยังถูกพิจารณาได้ว่าเป็นการใช้งานที่แสวงหากำไรแล้ว ดังตัวอย่างคดีดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5843/2543 “จำเลยประกอบกิจการรับจ้างถ่ายเอกสาร จำเลยได้ทำซ้ำงานบางส่วนของหนังสือของโจทก์ โดยจัดทำเป็นเอกสารจำนวน 43 ชุด เก็บไว้ที่ร้านค้าของจำเลย จำเลยย่อมมีโอกาสที่จะขายเอกสารที่จำเลยทำซ้ำขึ้นแก่นักศึกษาได้สะดวก จำเลยรับสารภาพว่าทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเพื่อขาย เสนอขาย หรือมีไว้เพื่อขาย อันเป็นการทำซ้ำขึ้นเองเพื่อการค้าและแสวงหาประโยชน์จากการขายสำเนา มิใช่การรับจ้างถ่ายเอกสารจากนักศึกษาที่ต้องได้สำเนางานที่เกิดจากการทำซ้ำไปใช้ในการศึกษาวิจัย อันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (1)”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1732/2543 “จำเลยมีอาชีพรับจ้างถ่ายเอกสารได้สำเนาจากต้นฉบับหนังสือที่มีลิขสิทธิ์พร้อมเข้าเล่มจำนวน 71 เล่ม และยังไม่เข้าเล่มจำนวน 290 ชุด และเอกสารเป็นแผ่นจำนวน 158 ชุด ซึ่งมีเนื้อหาประมาณร้อยละ 20 ถึง 30 ของหนังสือทั้งเล่ม จำเลยไม่มีหลักฐาน

¹⁶² พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32

¹⁶³ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32

มาแสดงว่าเป็นการทำตามคำสั่งของนักศึกษาผู้ว่าจ้างที่นำไปใช้เพื่อการศึกษาหรือวิจัย จึงไม่ใช่การกระทำที่เข้าเงื่อนไขการยกเว้นความผิด”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1908/2546 “ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ (1) เป็นการกระทำต่าง ๆ ตามที่มาตรา 32 วรรคสอง และมาตรา 33 บัญญัติไว้ (2) การกระทำนั้นต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และ (3) การกระทำนั้นต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร แม้จำเลยที่ 1 เขียนหนังสือ ‘กลยุทธ์ในการฝึกอบรม’ เพื่อใช้เป็นเอกสารประกอบการสอนและเป็นผลงานทางวิชาการที่จำเลยที่ 1 ใช้ประกอบการพิจารณาขอรับรางวัลเป็นผู้ช่วยศาสตราจารย์ อันอาจถือได้ว่าเป็นการวิจัยงานหรือทำซ้ำและดัดแปลงโดยผู้สอนเพื่อแจกจ่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา โดยไม่ได้หากำไรซึ่งจะเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 วรรคสอง (1) และ (7) แต่จำเลยที่ 1 ได้กระทำการถึงขั้นจัดพิมพ์เพื่อจำหน่ายแก่บุคคลทั่วไป โดยจำเลยที่ 1 ได้รับค่าตอบแทนงานเขียนดังกล่าว แม้จะได้รับในอัตราต่ำสุดก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำเพื่อหากำไรแล้ว การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงไม่เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว”

- 2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท

ในที่นี้หมายถึง การใช้งานเป็นการส่วนตัว หรือภายในครอบครัวโดยไม่ใช้การใช้เพื่อการแสวงหากำไรทางการค้า เช่น การนำภาพยนตร์อันมีลิขสิทธิ์ที่ตนได้ซื้อเปิดดูในครอบครัว ฯลฯ¹⁶⁴ โดยการใช้จะต้องเป็นการใช้ในปริมาณที่เล็กน้อยที่ไม่อาจส่งผลกระทบต่อเจ้าของลิขสิทธิ์¹⁶⁵ ในกรณีความของศาลนั้น การทำเพื่อประโยชน์ของครอบครัวหรือญาติสนิทจำเป็นต้องเป็นการทำในวงจำกัดเท่านั้น แม้การทำต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อแจกจ่ายแม้จะไม่ได้มีการรับค่าตอบแทน แต่หากเป็นการทำเพื่อประโยชน์ของผู้อื่น เช่น ลูกค้า ก็ไม่ใช่กรณีตามข้อยกเว้นในข้อนี้ ดังปรากฏตามตัวอย่างการตีความของศาลฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5259/2549 “โจทก์จัดทำหนังสือชื่อผลไม้ชุดที่ 1 แล้วยังพิมพ์งานปฏิทินชุดผลไม้ให้แก่ลูกค้าต่างประเทศ การที่จำเลยที่ 2 นำไปดัดแปลงย่อมทำให้โจทก์ขาดรายได้ การที่จำเลยที่ 2 แจกจ่ายให้ลูกค้าแม้จะมีได้ขายก็ก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่โจทก์และมีใช่เป็นการใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลในครอบครัวกับไม่เข้าข้อยกเว้นกรณีอื่นตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ.

¹⁶⁴ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32

¹⁶⁵ อรรถพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 90.

2537 มาตรา 32 วรรคสอง ทั้งยังขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 วรรคแรก การกระทำของจำเลยที่ 2 จึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ตามมาตรา 27 (1)”

3) ดิชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น

การดิชมนี้ ต้องเป็นการดิชมถึงผลงานนั้น โดยต้องมีการอ้างอิงหรือรับรู้ถึงเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้นด้วย เช่น การเขียนวิจารณ์หนังสือหรือหนังสือที่มีลิขสิทธิ์ ถึงจุดดีหรือจุดที่ควรปรับปรุงของผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ๆ¹⁶⁶ ทั้งนี้ การรับรองให้สามารถดิชมหรือวิจารณ์ได้นั้น เป็นหลักการมาจากเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เพื่อให้คนในสังคมสามารถแสดงความคิดเห็นต่อผลงานนั้น ๆ ได้¹⁶⁷

4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น

การเสนอรายงานข่าวทางสื่อมวลชนนั้นต้องเป็นการทำเพื่อให้ผู้คนหรือประชาชนทราบถึงเรื่องราวข่าวสาร ดังนั้นแม้ในการรายงานข่าวนั้นจะมีส่วนหนึ่งของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น การรายงานข่าวโดยมีการเปิดเพลงที่กำลังตกเป็นประเด็นการละเมิดลิขสิทธิ์ผ่านรายการข่าว หรือการนำส่วนหนึ่งของภาพยนตร์มาให้ผู้ชมได้เห็นในการรายงานข่าวถึงภาพยนตร์ที่กำลังเข้าฉาย

5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว

การทำในกรณีนี้ หากเป็นการทำเพื่อกระบวนพิจารณาคดีในศาล เพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้ที่ย่อมไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น การนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้ในการดำเนินคดีทางศาล ฯลฯ¹⁶⁸

6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอน เพื่อประโยชน์ในการสอนของตน อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร

การทำเช่นนี้เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการสอน หรือการถ่ายทอดความรู้ ซึ่งการทำดังกล่าวต้องไม่เป็นลักษณะที่แสวงหากำไรด้วย เช่น การนำบทความหรือวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์มาสำเนาแจกนักเรียนในชั้นเรียนเพื่อประกอบการสอน หากเป็นการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ แม้จะเป็นเพื่อประโยชน์

¹⁶⁶ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32

¹⁶⁷ จีระประภา มากสิน, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 162.

¹⁶⁸ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32

ในการสอน แต่หากเป็นการสอนที่มีการเรียกเก็บค่าตอบแทนแล้ว ก็ย่อมไม่อาจได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ดังตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10657/2559 “โจทก์มีได้อนุญาตให้จำเลยทำซ้ำตำราเรียนของโจทก์ การที่จำเลยอ้างว่าทำซ้ำตำราเรียนบางส่วนเพื่อเป็นการฝึกทักษะจึงเป็นการกระทำนอกเหนือไปจากขอบเขตตามสัญญา โดยจำเลยประกอบกิจการโรงเรียนกวดวิชาซึ่งเป็นธุรกิจเพื่อหากำไร แม้จะเป็นการทำซ้ำโดยผู้สอนเพื่อประโยชน์ในการสอน แต่ก็เป็นการกระทำเพื่อหากำไรจากการประกอบกิจการโรงเรียนกวดวิชาของจำเลย จึงไม่เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32 วรรคหนึ่งและวรรคสอง (6)”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6525/2559 “แม้จำเลยที่ 1 จะมีได้รับค่าตอบแทนจากการจำหน่ายหนังสือคู่มือและแบบทดสอบ จำเลยที่ 1 ก็ได้รับค่าตอบแทนในการสอนจากผู้เรียนหลักสูตรการเรียนการสอนเพื่อการสอบ ‘TOEFL’ ไม่ว่าจะได้รับค่าตอบแทนน้อยก็ตาม แต่ก็ถือได้ว่าการสอนที่ได้รับค่าตอบแทนจากผู้เรียนในหลักสูตรดังกล่าวเป็นการกระทำเพื่อหากำไรแล้ว นอกจากนี้ การที่จำเลยที่ 1 ทำซ้ำงานวรรณกรรมอันเป็นลิขสิทธิ์ของโจทก์เป็นเอกสารประกอบการเรียนการสอนแล้วนำไปแจกแก่ผู้เรียนในหลักสูตรซึ่งจำเลยที่ 1 จัดสอนถึงวันละ 4 รอบ มีผู้เรียนจำนวนประมาณวันละ 80 คน จึงมิใช่กรณีที่จำเลยที่ 1 ทำซ้ำงานวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์เพียงลำเนาเดียวเพื่อประโยชน์ในการสอนของตน”

7) ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอนหรือทำบทสรุปโดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร

การกระทำโดยสถาบันศึกษา หรือผู้สอนในกรณีนี้ต้องเป็นการไม่แสวงหากำไร¹⁶⁹ เช่น การจำหน่ายในราคาเท่าทุน หากเป็นการสำเนาหนังสือกฎหมายจำนวน 5,000 เล่ม และขายให้นักศึกษาเพื่อประกอบการสอนในราคาแพงกว่าต้นทุน แต่ถูกกว่าราคาที่ขายในท้องตลาด เช่นนี้เป็นการกระทำอันมีลักษณะละเมิดลิขสิทธิ์ กรณีนี้ไม่ได้รับยกเว้น เนื่องจากทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์เสียหายเกินสมควร¹⁷⁰ ดังนั้น หากเป็นการทำขึ้นแม้ในสถาบันการศึกษาแต่เป็นการทำในสถาบันการศึกษาที่มีการเรียกเก็บค่าสอนแล้ว ย่อมเป็นการทำที่แสวงหากำไร ไม่ได้ได้รับความคุ้มครอง¹⁷¹

¹⁶⁹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32

¹⁷⁰ จีระประภา มากสิน, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 165.

¹⁷¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1908/2546 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6525/2559

8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ

การกระทำในกรณีนี้เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการถามหรือตอบในข้อสอบ จึงไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์¹⁷² เช่น นำงานศิลปะอันมีลิขสิทธิ์มาทำสำเนาในข้อสอบเพื่อใช้เป็นส่วนหนึ่งของข้อสอบ ทั้งนี้ หากเป็นการทำซ้ำจำนวนมากแล้ว หากเป็นการกระทำที่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามกฎหมาย เช่น ทำสำเนาข้อสอบอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด เพื่อวัตถุประสงค์ให้ผู้ทำไม่จำเป็นต้องเข้าสอบกับเจ้าของลิขสิทธิ์แล้วยอมเป็นการทำที่ไม่อาจได้รับยกเว้นได้¹⁷³

นอกจากรายการตามวรรคสองแล้ว วรรคแรกแห่งมาตรา 32 ก็ได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงการใช้งานอย่างเป็นธรรม โดยต้องเป็นการใช้งานที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย และไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินควร ทั้งนี้ ในกฎหมายไทยไม่ได้มีการกำหนดว่าการใช้งานใดเป็นการใช้งานที่จะไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย และไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินควร เป็นถ้อยคำที่กำหนดไว้เพื่อให้ศาลได้ตีความเพื่อปรับใช้ตามแต่ละคดี ดังตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6525/2559 “การที่จำเลยที่ 1 ทำซ้ำงานวรรณกรรมอันเป็นลิขสิทธิ์ของโจทก์เป็นเอกสารประกอบการเรียนการสอนแล้วนำไปแจกแก่ผู้เรียนในหลักสูตรซึ่งจำเลยที่ 1 จัดสอนถึงวันละ 4 รอบ มีผู้เรียนจำนวนประมาณวันละ 80 คน จึงมิใช่กรณีที่จำเลยที่ 1 ทำซ้ำงานวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์เพียงสำเนาเดียวเพื่อประโยชน์ในการสอนของตน ทั้งผู้ทำซ้ำคือจำเลยที่ 1 ไม่ใช่ผู้เรียนและมีการทำซ้ำเกินกว่า 1 สำเนา การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงมิใช่การกระทำที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรอันจะเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง วรรคสอง (1) (3) (6) (7) แห่ง พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537”

จากคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีนี้ แสดงให้เห็นว่า ศาลได้มีการตีความว่า การทำซ้ำเกินกว่า 1 สำเนา ย่อมเป็นการใช้งานที่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์และกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1908/2546 “เมื่อจำเลยที่ 1 จัดทำหนังสือซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกับงานที่โจทก์สร้างสรรค์ขึ้นออกจำหน่าย จึงเป็นการแบ่งตลาดของผู้บริโภคซึ่งจะซื้อหนังสือประเภทดังกล่าวออกไปส่วนหนึ่ง อันเป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของ

¹⁷² พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32

¹⁷³ จีระประภา มากลิ่น, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 167.

โจทก์ และกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของโจทก์เกินสมควร การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงไม่เข้าหลักเกณฑ์สองประการหลังของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32 วรรคหนึ่ง”

จากการตีความนี้แสดงให้เห็นว่า ศาลได้พิจารณาถึงผลกระทบต่อตลาดของผู้ใช้งานว่า หากเป็นการใช้งานที่มีการแบ่งตลาดของผู้บริโภคที่อาจจะซื้อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับแล้ว ย่อมเป็นการใช้งานที่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของโจทก์และกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของโจทก์เกินสมควร

ทั้งนี้ การตีความวรรคแรกแห่งมาตรา 32 ในกรณีที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรนั้น กรมทรัพย์สินทางปัญญาได้กำหนดเกณฑ์ในการตีความไว้ดังนี้¹⁷⁴

1) วัตถุประสงค์และลักษณะในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์

การพิจารณาถึงวัตถุประสงค์จำต้องพิจารณาว่า งานนั้นเป็นการทำซ้ำเพื่อวัตถุประสงค์ใด หากเป็นการใช้งานที่มีลักษณะเป็นการใช้เพื่อการค้าหรือหากำไรแล้ว ย่อมเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากโดยหลักแล้วการใช้ผลงานลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นนั้นจำต้องได้รับความยินยอม และอาจมีการต้องจ่ายค่าลิขสิทธิ์แก่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย นอกจากนี้ การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น หากเป็นการใช้งานที่ทุจริตแล้ว ย่อมเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม เช่น นำงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้ในเชิงที่จะทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นผู้สร้างสรรค์ผลงานนั้นด้วยตัวเอง ฯลฯ¹⁷⁵

แต่หากเป็นการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเพื่อประโยชน์ของสังคมแล้ว การนำผลงานลิขสิทธิ์มาปรับเปลี่ยนให้ต่างไปจากเดิม ย่อมเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม เนื่องจากเป็นการปรับเปลี่ยนผลงานลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคม¹⁷⁶

2) ลักษณะของงานอันมีลิขสิทธิ์

ในกรณีนี้จะเป็นการพิจารณาถึงระดับของความคิดสร้างสรรค์ของผลงาน ประกอบกับการพิจารณาว่า เป็นงานที่มีการโฆษณาหรือเผยแพร่ต่อสาธารณะแล้วหรือไม่ กล่าวคือ หากเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อาศัยระดับความคิดสร้างสรรค์ที่มาก งานประเภทนี้หากเอาไปใช้ย่อมมีโอกาสที่จะเป็นการใช้งาน

¹⁷⁴ กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, "คู่มือการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 15 พฤษภาคม 2566. แหล่งที่มา:

https://www.ipthailand.go.th/images/781/manual_copyright.pdf

¹⁷⁵ เรื่องเดียวกัน.

¹⁷⁶ เรื่องเดียวกัน.

อันมีลิขสิทธิ์อย่างไม่เป็นธรรมมากกว่างานที่มีระดับความสร้างสรรค์ที่น้อยกว่า และหากเป็นงานที่ยังไม่มีการโฆษณาแล้วจะไม่สามารถอ้างว่าเป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรมได้เลย¹⁷⁷

3) ปริมาณหรือเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญที่ถูกนำมาใช้เมื่อเทียบกับเนื้อหาทั้งหมด

การพิจารณาถึงปริมาณที่นำมาใช้สามารถพิจารณาได้เป็นสองลักษณะ ลักษณะแรกคือการพิจารณาถึงปริมาณงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ หากมีการนำมาใช้มาก ย่อมเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม และอีกลักษณะหนึ่งคือความสำคัญของเนื้อหาที่นำมาใช้ หากส่วนที่นำมาใช้นั้นเป็นสาระสำคัญของงานอันมีลิขสิทธิ์แล้ว ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แม้จะเป็นการนำมาใช้งานเพียงปริมาณเล็กน้อยก็ตาม

ทั้งนี้ ในแนวทางการตีความนี้ มีการระบุถึงปริมาณที่อาจใช้ได้ไว้ในคู่มือการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ในการทำตามเงื่อนไขที่กฎหมายได้ระบุไว้ โดยส่วนมากแล้ว มักจะถูกกำหนดไว้ที่ร้อยละ 10 ของจำนวนผลงานทั้งหมด เช่น การใช้ดนตรีกรรม และมิวสิกวิดีโอเพื่อรายงานข่าว จะใช้ได้ร้อยละ 10 หรือไม่เกิน 30 วินาที ของแต่ละผลงาน หรือทำซ้ำข้อความได้ไม่เกินร้อยละ 10 หรือ 1,000 คำ ของแต่ละบทความ ฯลฯ

ในประเด็นลักษณะการใช้ผลงานนี้มีข้อสังเกตว่า ในการตีความของศาลฎีกาก็สอดคล้องกับแนวทางของกรมทรัพย์สินทางปัญญา กล่าวคือ มักมีการระบุถึงปริมาณหรือความสำคัญของการใช้ผลงานที่จะไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร ว่าต้องเป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ในปริมาณที่น้อย หรือไม่สำคัญเท่านั้น ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาตามตัวอย่างดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5469/2552 “ในส่วนของทำนองเพลง ‘สายชล’ ตามที่ปรากฏในภาพยนตร์นั้นแม้จะเป็นเพียง 2 ประโยคแรกของเพลงโดยไม่มีดนตรีประกอบ แต่การพิจารณาว่าทำนองเพลง ‘สายชล’ ที่ถูกนำไปใช้นั้นเป็นส่วนสาระสำคัญของเพลงหรือไม่ ย่อมต้องพิจารณาจากคุณภาพ (Quality) ของงานที่ถูกละเมิดด้วย นอกเหนือจากการพิจารณาปริมาณ (Quantity) ของงานที่ถูกละเมิด แม้ทำนองเพลง ‘สายชล’ จะถูกนำไปใช้เพียง 2 ประโยค แต่จำเลยทั้งสองไม่ได้นำสืบเลยว่า เพลง 2 ประโยคดังกล่าวไม่ใช่เป็นส่วนสาระสำคัญของเพลงหรือมีลำดับดนตรีเป็นทำนองสามัญหรือคล้ายกับเพลงทั่วไป หรือเมื่อสาธารณชนรับฟังแล้วก็ไม่อาจทราบได้ว่า เป็นทำนองเพลงอะไร ในทางกลับกันท่อนแรกของเพลงทั่วไปมักจะเป็นส่วนสำคัญของเพลงที่สาธารณชนสามารถจดจำได้ ทั้งเพลงนี้มีชื่อเพลงปรากฏอยู่ในท่อนที่สองของเพลงด้วย ถือว่าเป็นการนำส่วนที่เป็น

¹⁷⁷ เรื่องเดียวกัน.

สาระสำคัญ (Substantial part) ของเพลง ‘สายชล’ ไปใช้ในภาพยนตร์ดังกล่าวแล้ว ซึ่งหากจะมีการนำไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางการค้าเช่นนี้ ย่อมจะต้องดำเนินการขออนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย การนำเพลง ‘สายชล’ ไปใช้ในภาพยนตร์เพื่อเผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยมีจุดประสงค์ในการหากำไรและมีการจัดทำโสตทัศนวัสดุในรูปแบบวีซีดีและดีวีดีเพื่อจำหน่ายในเวลาต่อมา นับเป็นการแสวงหาประโยชน์ทางการค้าของจำเลยทั้งสองแล้ว จึงไม่เข้าข่ายที่จะได้รับการยกเว้นตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32 แต่อย่างใด”

4) ผลกระทบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของงานอันมีลิขสิทธิ์

หากการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้ แล้วส่งผลให้งานอันมีลิขสิทธิ์เดิมขายไม่ได้ ย่อมเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม แต่หากการนำมาใช้นั้นส่งผลกระทบเพียงเล็กน้อยย่อมสามารถถือได้ว่าเป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรม เป็นต้น

มีข้อสังเกตว่า ในหลักเกณฑ์ที่กรมทรัพย์สินทางปัญญาได้ให้ไว้ในการตีความนี้ ไม่มีลักษณะเป็นกฎหมายหรือผูกมัดให้ศาลตีความตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้แต่อย่างใด นอกจากนี้ ในการตีความมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้น มีการตีความแยกเป็นสองความเห็น ดังนี้

ความเห็นที่ 1 เห็นว่าวรรคแรกแห่งมาตรา 32 เป็นกรอบการตีความข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือเงื่อนไขของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ส่วนข้อยกเว้นที่อยู่ในมาตรา 32 วรรคสองนั้น เป็นกรณีพิเศษบางกรณีที่ต้องตีความอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 32 วรรคหนึ่ง กล่าวคือ การจะอ้างข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ต้องเป็นการใช้งานที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติ และการใช้งานต้องไม่กระทบกระเทือนสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร และต้องเข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ตามวรรคสองด้วย¹⁷⁸ โดยมีข้อสังเกตว่า แนวทางของศาลฎีกาของไทย ก็ได้ตัดสินใจไปในแนวความเห็นนี้ ดังปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1908/2546 ที่ศาลได้ตัดสินว่า ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ (1) เป็นการกระทำต่าง ๆ ตามที่มาตรา 32 วรรคสอง และมาตรา 33 บัญญัติไว้ (2) การกระทำนั้นต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และ (3) การกระทำนั้นต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วย

¹⁷⁸ พิศวาท สุคนธพันธุ์ และณัฐพงศ์ สุวรรณอินทร์, "การถือเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์กับกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย: กรณีศึกษาปัญหาการตีความว่าด้วยการใช้งานที่เป็นธรรม," วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ 9, 2 (2020): 15.

กฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร” อันจะสามารถเห็นได้ว่าการตีความมาตรา 32 วรรคสอง ประกอบกับมาตรา 32 วรรคแรก¹⁷⁹

ความเห็นที่ 2 เห็นว่าข้อยกเว้นต่าง ๆ ในมาตรา 32 เป็นตัวอย่างของข้อจำกัดสิทธิโดยเด็ดขาดหรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น ดังนั้น ถ้ามีกรณีที่ไม่เข้าข้อยกเว้นที่เขียนไว้ในวรรคสองแห่งมาตราดังกล่าวแล้ว ก็จะสามารถปรับเข้าข้อยกเว้นทั่วไปตามวรรคแรกได้¹⁸⁰ ซึ่งการตีความเช่นนี้ เป็นการตีความที่สอดคล้องกับการตีความของสหรัฐอเมริกา¹⁸¹

จากแนวทางการตีความที่มีทั้งสองความเห็นในมาตรา 32 นี้ นำมาซึ่งความไม่แน่นอนในการปรับใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์มาตรา 32 ทั้งนี้ แนวทางการตีความของศาลฎีกาไทยที่ปรากฏในคำพิพากษามักเป็นการตีความมาตรา 32 ทั้งสองวรรคประกอบกัน จึงมีแนวโน้มว่า การตีความมาตรา 32 ของไทย มีแนวโน้มที่จะถูกตีความตามความเห็นแรก

(2) ข้อยกเว้นทั่วไปกรณีเฉพาะตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ

1) ข้อยกเว้นของการละเมิดลิขสิทธิ์ในการจำหน่ายหรือทำสำเนากรณีได้กรรมสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์

กรณีนี้ เป็นกรณีที่ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แม้จะมีการจำหน่ายหรือทำสำเนาอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ หากเป็นการกระทำต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นวัตถุที่มีรูปร่างที่สามารถมีกรรมสิทธิ์ในวัตถุนั้นได้แล้ว การทำสำเนาหรือจำหน่ายต้นฉบับของงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น โดยผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในต้นฉบับ หรือสำเนาของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ย่อมไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์¹⁸² เช่น ขายหนังสือที่ซื้อมาให้แก่ผู้อื่นต่อ ในกรณีนี้เป็นกรณีที่ผู้ซื้อหนังสือได้

¹⁷⁹ ผู้มีความเห็นเช่นนี้ เช่น รองศาสตราจารย์จรูญประภา มากกลิ่น (จรูญประภา มากกลิ่น, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 159. “...การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น มาตรา 32 วรรคหนึ่งและสอง กรณีนี้ต้องเป็นการกระทำภายในหลักเกณฑ์ที่กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดไว้ เช่น นำงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นไปทำซ้ำโดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์แต่นำไปใช้เพื่อประโยชน์เพื่อการศึกษา ค้นคว้า วิจัยโดยมิได้แสวงหาผลกำไร เป็นต้น...”)

รองศาสตราจารย์อรพรรณ พันธ์พัฒนา (อรพรรณ พันธ์พัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 90. “...กรณีต่าง ๆ ตามมาตรา 32 วรรคสองนี้จะเห็นว่าเป็นการยกเว้นเพื่อวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของสังคมในการได้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งเน้นสาระของหลัก Fair use หรือการใช้งานที่เป็นธรรม...” จากข้อความนี้อาจทำให้เข้าใจได้ว่า การตีความมาตรา 32 นั้นต้องตีความประกอบกับวรรคสองเนื่องจากเป็นวัตถุประสงค์ของการใช้งานที่จะพิจารณาได้ว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมที่จะได้รับยกเว้นความรับผิดชอบ)

¹⁸⁰ พิศวาท สุขคนพันธุ์ และณัฐพงศ์ สุวรรณอินทร์, “การล่อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์กับกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย: กรณีศึกษาปัญหาการตีความว่าด้วยการใช้งานที่เป็นธรรม,” วารสารธรรมค่าแห่ง ฉบับนิติศาสตร์: 17.

¹⁸¹ เช่น ผู้ช่วยศาสตราจารย์ดร.คณินิจ ขาวแสง (คณินิจ ขาวแสง, “ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อันเกี่ยวกับงานที่สร้างสรรค์ขึ้นใหม่โดยใช้งานของผู้อื่น: บทวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศแคนาดาและไทย,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 343. เจริญรอด 34 “...ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับการตีความของนักวิชาการฝ่ายที่สอง...” (มาตรา 32 วรรคแรกสามารถใช้ตีความแยกจากวรรคสองได้)

¹⁸² พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32/1

เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในหนังสือเล่มดังกล่าว อันเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ตนได้ซื้อมา ทำการจำหน่ายกรรมสิทธิ์ของตนออกไป ไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

2) ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในการกระทำต่องานที่ได้มาโดยชอบในระบบคอมพิวเตอร์

กรณีนี้เป็นการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์ที่ทำหรือได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายในระบบคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะเป็นการทำซ้ำที่จำเป็นต้องมี เพื่อการทำสำเนามาใช้เพื่อให้อุปกรณ์ที่ใช้ในระบบคอมพิวเตอร์ หรือกระบวนการส่งงานอันมีลิขสิทธิ์ทางระบบคอมพิวเตอร์ทำงานได้อย่างปกติ ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์¹⁸³ โดยเป็นบทบัญญัติที่ต้องมีขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับสังคมดิจิทัล เนื่องจากในการใช้งานนั้นจำเป็นต้องมีการทำซ้ำชั่วคราวเพื่อสามารถใช้งานได้ เช่น การเปิดหนังสืออิเล็กทรอนิกส์บนคอมพิวเตอร์ ที่จำเป็นต้องมีการทำซ้ำเพื่อให้สามารถเปิดอ่านได้¹⁸⁴

3) ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในการทำเพื่อผู้พิการ

การทำซ้ำ ดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้มีการโฆษณาหรือเผยแพร่สาธารณชนแล้ว และได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย การเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์ที่ทำซ้ำหรือดัดแปลง และสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับจากองค์กรที่ได้รับอนุญาตหรือได้รับการยอมรับในประเทศหรือต่างประเทศ หากเป็นการทำโดยองค์กรที่ได้รับอนุญาตหรือได้รับการยอมรับเพื่อประโยชน์ของคนพิการที่ไม่อาจเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ เนื่องจากความบกพร่องทางการมองเห็น ได้ยิน เคลื่อนไหว สติปัญญา การเรียนรู้หรือความบกพร่องอื่น ๆ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรแล้ว ย่อมไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และต้องเป็นการทำซ้ำต่อผลงานที่เผยแพร่ต่อสาธารณะที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วเท่านั้น¹⁸⁵

4) ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในการอ้างอิง

การกล่าว คัด ลอก เลียน หรืออ้างอิงผลงานบางตอนตามสมควรจากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ถ้าไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร¹⁸⁶ การทำนี้ต้องเป็นการกระทำที่เกินสมควร หากเกินสมควรแล้วย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของ

¹⁸³ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32/2

¹⁸⁴ อรรถพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 93-94.

¹⁸⁵ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32/4

¹⁸⁶ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 33

ต้องทำอย่างสมควรให้ผู้อื่นทราบด้วย เช่น ต้องอ้างอิงเป็นเชิงอรรถในกรณีที่สามารถอ้างอิงได้ เพื่อให้ผู้อ่านสามารถทราบได้ว่า ข้อความส่วนใดของงานดังกล่าวเป็นงานเขียนอันมีลิขสิทธิ์ที่คัดลอกมา ไม่เพียงแต่เขียนชื่อไว้ที่เอกสารอ้างอิงท้ายเล่มที่ไม่เพียงพอต่อการทราบว่าเนื้อหาส่วนใดที่คัดลอกมาเท่านั้น เช่นดังคำพิพากษาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6525/2559 “การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นอันอาจเข้าข่ายกเว้นตามมาตรา 33 นั้น จะต้องปรากฏว่า เป็นการกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์บางตอนตามสมควร และมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น แต่ปรากฏว่าการนำเอาข้อสอบอันเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์มาทำซ้ำเป็นหนังสือคู่มือ นั้น เป็นส่วนที่เป็นเนื้อหาสำคัญทั้งหมดของงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ ทั้งฉบับและมีปริมาณเป็นจำนวนมาก จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการคัด ลอก หรือเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์เพียงบางตอนตามสมควร”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1908/2546 “การคัด ลอก เลียน หรืออ้างอิงงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นอันอาจเข้าข่ายกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะต้องเป็นการกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์บางตอนตามสมควรและมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น แม้จำเลยที่ 1 จะคัด ลอก หรือเลียนงานวรรณกรรมของโจทก์จำนวนประมาณ 30 หน้า จากจำนวนทั้งหมดประมาณ 150 หน้า อันถือได้ว่าเป็นงานบางตอน แต่การนำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์มาบางตอนดังกล่าวล้วนเป็นส่วนของเนื้อหาสาระที่สำคัญและมีปริมาณงานเป็นจำนวนมาก จึงถือได้ว่าเป็นการคัด ลอก หรือเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเกินสมควร

หนังสือ ‘กลยุทธ์ในการฝึกอบรม’ ของจำเลยที่ 1 เป็นหนังสือคำอธิบายเกี่ยวกับการฝึกอบรมขนาด 8 หน้ายก ซึ่งจำเลยที่ 1 สามารถที่จะแสดงการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ของโจทก์ได้อยู่แล้ว ไม่ว่าจะเป็นการทำเชิงอรรถหรือกล่าวถึงเจ้าของลิขสิทธิ์เมื่อจำเลยที่ 1 นำข้อความของงานนั้นมาเขียนไว้ในหนังสือของจำเลยที่ 1 ดังที่จำเลยที่ 1 ได้กระทำแล้วในส่วนอื่น ๆ ของหนังสือดังกล่าว การที่จำเลยที่ 1 เพียงแต่อ้างอิงถึงชื่อโจทก์และบุคคลอื่นพร้อมงานเขียนรวม 26 รายการ ไว้ในหัวข้อเอกสารอ้างอิงที่ท้ายเล่มผู้อ่านย่อมไม่สามารถที่จะทราบได้ว่า ข้อความส่วนใดของงานดังกล่าวเป็นงานเขียนของโจทก์ซึ่งจำเลยที่ 1 คัดลอกมา จึงยังไม่เป็นการเพียงพอที่จะถือได้ว่าเป็นการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ของโจทก์ อันจะถือได้ว่าการกระทำของจำเลยที่ 1 เข้าข่ายกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 33”

5) ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของบรรณารักษ์

การทำซ้ำเพื่อใช้ในห้องสมุดหรือให้แก่ห้องสมุดอื่น หรือทำซ้ำบางตอนตามสมควรให้แก่บุคคลอื่นเพื่อประโยชน์ในการวิจัยหรือการศึกษาโดยบรรณารักษ์ห้องสมุดนั้นไม่ให้เป็นการละเมิด

ลิขสิทธิ์หากไม่ได้ทำการแสวงหากำไรและไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร¹⁸⁷ เช่น การทำซ้ำหนังสือหายากให้แก่ห้องสมุดอื่น¹⁸⁸

6) ข้อยกเว้นสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์¹⁸⁹

การกระทำแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์อันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หากไม่มีวัตถุประสงค์ เพื่อหากำไรและไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร ในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) วิจัยหรือศึกษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์
- (2) ใช้เพื่อประโยชน์ของเจ้าของสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น
- (3) ดิจิม วิจัย หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น
- (4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น
- (5) ทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในจำนวนที่สมควร โดยบุคคลผู้ซึ่งได้ซื้อหรือได้รับโปรแกรมนั้นมาจากบุคคลอื่นโดยถูกต้อง เพื่อเก็บไว้ใช้ประโยชน์ในการบำรุงรักษา หรือป้องกันการสูญหาย
- (6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาล หรือเจ้าพนักงาน ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว
- (7) นำโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ
- (8) ดัดแปลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในกรณีที่เป็นแก่การใช้
- (9) จัดทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อเก็บรักษาไว้สำหรับการอ้างอิงหรือค้นคว้าเพื่อประโยชน์ของสาธารณชน

การกำหนดไว้เช่นนี้ มีลักษณะคล้ายคลึงกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีทั่วไปตามมาตรา 32 แต่เป็นการกำหนดไว้เฉพาะสำหรับโปรแกรมคอมพิวเตอร์

¹⁸⁷ มาตรา 34 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

¹⁸⁸ อรรถพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 97.

¹⁸⁹ มาตรา 35 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

7) ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของงานนาฏกรรมหรือดนตรีกรรม

การนำงานนาฏกรรมหรือดนตรีกรรมออกแสดงต่อสาธารณชนตามความเหมาะสมโดยมิได้จัดทำขึ้น หรือดำเนินการเพื่อหากำไรเนื่องจากการจัดให้มีการเผยแพร่ต่อสาธารณชนนั้น มิได้จัดเก็บค่าเข้าชมไม่ว่าโดยทางตรง หรือทางอ้อม และนักแสดงไม่ได้รับค่าตอบแทนในการแสดงนั้น มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หากเป็นการดำเนินการโดยสมาคม มูลนิธิ หรือองค์การอื่นที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการสาธารณกุศล การศึกษา การศาสนา หรือการสังคมสงเคราะห์ และไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร กรณีนี้ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์¹⁹⁰ เช่น การจัดคอนเสิร์ตในโรงพยาบาลเพื่อให้ผู้ป่วยเข้าชมฟรีในวันปีใหม่¹⁹¹

8) ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของงานศิลปกรรม

การวาดเขียน การเขียนระบายสี การก่อสร้าง การแกะลายเส้น การปั้น การแกะสลัก การพิมพ์ภาพ การถ่ายภาพ การถ่ายภาพยนตร์ การแพร่ภาพ หรือการกระทำใด ๆ ทำนองเดียวกันนี้ซึ่งศิลปกรรมใดอันตั้งเปิดเผยประจำอยู่ในที่สาธารณะ นอกจากงานสถาปัตยกรรม มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในศิลปกรรมนั้น¹⁹² เช่น การถ่ายภาพรูปวาดที่จัดแสดงในที่สาธารณะ

การถ่ายภาพหรือการถ่ายภาพยนตร์หรือการแพร่ภาพซึ่งงานใด ๆ อันมีศิลปกรรมใดรวมอยู่เป็นส่วนประกอบด้วย ก็ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในศิลปกรรมนั้น¹⁹³ เช่น ถ่ายภาพยนตร์ในฉากหอจัดแสดงศิลปะโดยมีรูปศิลปกรรมจัดแสดงอยู่ ไม่เป็นการละเมิดศิลปกรรมนั้น ฯลฯ

นอกจากนี้ กรณีที่ลิขสิทธิ์ในศิลปกรรมมีผู้อื่นนอกจากผู้สร้างสรรค์เป็นเจ้าของอยู่ด้วยการที่ผู้สร้างสรรค์คนเดียวกันได้ทำศิลปกรรมนั้นอีกในภายหลังที่มีลักษณะบางอย่างที่ทำซ้ำกับงานเดิม หรือใช้แบบพิมพ์ ภาพร่าง แผนผัง แบบจำลอง หรือข้อมูลที่ได้จากการศึกษาที่ใช้ในการทำศิลปกรรมเดิม ถ้าปรากฏว่าผู้สร้างสรรค์มิได้ทำซ้ำหรือลอกแบบในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของศิลปกรรมเดิม ถือว่าไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานเดิม¹⁹⁴

¹⁹⁰ มาตรา 36 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

¹⁹¹ อรรถพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 98.

¹⁹² มาตรา 37 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

¹⁹³ มาตรา 39 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

¹⁹⁴ มาตรา 40 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

9) ข้อยกเว้นสำหรับงานสถาปัตยกรรม

การวาดเขียน การเขียนระบายสี การแกะลายเส้น การปั้น การแกะสลัก การพิมพ์ภาพ การถ่ายภาพ การถ่ายภาพยนตร์หรือการแพร่ภาพซึ่งงานสถาปัตยกรรมใด มิให้ถือว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสถาปัตยกรรมนั้น¹⁹⁵ เช่น ถ่ายภาพอาคารอันเป็นงานสถาปัตยกรรม นอกจากนี้การบูรณะให้อาคารนั้นอยู่ในรูปแบบเดิม ไม่เป็นการละเมิดสถาปัตยกรรมนั้นด้วย¹⁹⁶

10) ข้อยกเว้นสำหรับงานลิขสิทธิ์ในภาพยนตร์

กรณีที่อยู่แห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในภาพยนตร์ได้สิ้นสุดลงแล้ว มิให้ถือว่าการนำภาพยนตร์นั้นเผยแพร่ต่อสาธารณชนเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ สิ่งบันทึกเสียงหรืองานที่ใช้จัดทำภาพยนตร์นั้น¹⁹⁷

11) ข้อยกเว้นสำหรับใช้ในการปฏิบัติราชการ

การทำซ้ำ เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติราชการโดยเจ้าพนักงาน ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายหรือตามคำสั่งของเจ้าพนักงานดังกล่าวซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้และที่อยู่ในความครอบครองของทางราชการ มิให้ถือว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร¹⁹⁸

2.3.6 ข้อยกเว้นความรับผิดสำหรับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

ข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของไทยเพิ่งได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ที่ได้ประกาศใช้ในวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2565 โดยให้มีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป ซึ่งได้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 สิงหาคม 2565 โดยพระราชบัญญัตินี้ มีวัตถุประสงค์ในการแก้ไขปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้น โดยอาศัยเทคโนโลยี หรือทางออนไลน์อันเป็นช่องทางสำคัญที่เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้นในปัจจุบัน ซึ่งการแก้ไขกฎหมายนี้ส่งผลโดยตรงต่อการทำ UDC โดยสาเหตุสำคัญของการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้มีดังนี้

¹⁹⁵ มาตรา 38 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

¹⁹⁶ มาตรา 41 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

¹⁹⁷ มาตรา 42 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

¹⁹⁸ มาตรา 43 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

ประการแรก การกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ให้บริการเพื่อใช้แทนกฎหมายเดิม ใน มาตรา 32/3¹⁹⁹ ที่มีข้อจำกัดในการใช้งานในทางความเป็นจริง²⁰⁰ เนื่องจากการที่ต้องให้เจ้าของ ลิขสิทธิ์ใช้สิทธิทางศาลโดยต้องเขียนคำร้อง พร้อมทั้งมีหลักฐาน และมีการไต่สวนจากศาลก่อน เมื่อ ศาลเห็นว่ามีเหตุอันสมควรแล้ว ศาลจึงจะมีคำสั่งให้นางานที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ออกจาก ระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการตามบริการตามที่ศาลกำหนด ซึ่งการที่กำหนดให้ผู้เป็นเจ้าของ ลิขสิทธิ์ไปใช้สิทธิในทางศาล ย่อมก่อให้เกิดภาระต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ และกระบวนการทางศาลอาจใช้ ระยะเวลาที่นาน ไม่เหมาะสมกับการจัดการผลงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ที่ถูกนำเข้าสู่ระบบอินเทอร์เน็ตที่มี การแพร่หลายอย่างรวดเร็ว²⁰¹ อีกทั้งยังมีบทบัญญัติให้ต้องดำเนินคดีต่อผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ก่อนจะนำ เนื้อหาอันละเมิดลิขสิทธิ์ออกได้ อันเปรียบเสมือนการบังคับให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องดำเนินคดีต่อผู้ ละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งที่ความเป็นจริงแล้วควรเป็นสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการเลือกว่าดำเนินคดีหรือไม่ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่คุ้มค่าในการดำเนินการ ทางด้านเวลาและต้นทุนที่ต้องเสียไปก็ได้ ส่งผลให้

¹⁹⁹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32/3 ในกรณีที่มีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่า มีการละเมิดลิขสิทธิ์ในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ เจ้าของ ลิขสิทธิ์อาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ ผู้ให้บริการ หมายความว่า

- (1) ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ตหรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่นโดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการ ให้บริการในนามของตนเอง หรือในนามหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น
- (2) ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น คำร้องตามวรรคหนึ่ง ต้องมีรายละเอียดโดยชัดแจ้งซึ่งข้อมูล หลักฐาน และคำขอบังคับ ดังต่อไปนี้
 - (1) ชื่อและที่อยู่ของผู้ให้บริการ
 - (2) งานอันมีลิขสิทธิ์ที่อ้างว่า ถูกละเมิดลิขสิทธิ์
 - (3) งานที่อ้างว่า ได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์
 - (4) กระบวนการสืบทราบ วันและเวลาที่พบการกระทำ และการกระทำหรือพฤติการณ์ ตลอดทั้งหลักฐานเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์
 - (5) ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำที่อ้างว่า เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์
 - (6) คำขอบังคับให้ผู้ให้บริการนางานที่ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ หรือระงับการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยวิธีอื่นใด

เมื่อศาลได้รับคำร้องตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลทำการไต่สวน หากศาลเห็นว่า คำร้องมีรายละเอียดครบถ้วนตามวรรคสาม และมีเหตุจำเป็นที่ศาล สมควรจะมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้องนั้น ให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการกระทำที่อ้างว่า เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือนางานที่อ้างว่า ได้ทำขึ้นโดย ละเมิดลิขสิทธิ์ ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด โดยคำสั่งศาลให้บังคับให้ผู้ให้บริการได้ทันที แล้วแจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้ ให้บริการทราบโดยไม่ชักช้า ในกรณีเช่นนี้ ให้เจ้าของลิขสิทธิ์ดำเนินคดีต่อผู้กระทำความละเมิดลิขสิทธิ์ภายในระยะเวลาที่ศาลมีคำสั่งให้ระงับการกระทำที่อ้างว่า เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือนางานที่อ้างว่า ได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ ออกจากระบบคอมพิวเตอร์

ในกรณีที่ผู้ใช้บริการมิใช่ผู้ควบคุม ริเริ่ม หรือสั่งการให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ และผู้ให้บริการนั้นได้ ดำเนินการตามคำสั่งศาลตามวรรคสี่แล้ว ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบเกี่ยวกับการกระทำที่อ้างว่า เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ที่เกิดขึ้นก่อนศาลมีคำสั่งและหลังจาก คำสั่งศาลเป็นอันสิ้นสุดแล้ว

²⁰⁰ Thai Arbitration Institute (TAI), "TAI Webinar Series | All New "Notice and Takedown" และบทบัญญัติใน พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) 2565" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 17 พฤษภาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://youtu.be/LWHXkOm1nw>

²⁰¹ เรื่องเดียวกัน.

เจ้าของลิขสิทธิ์ที่ไม่ประสงค์จะดำเนินคดีต่อผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ ไม่ได้ใช้บทบัญญัติในมาตรานี้เพื่อให้ศาลมีคำสั่งระงับการเข้าถึงงานอันละเมิดลิขสิทธิ์²⁰²

ประการที่สอง เพิ่มมาตรฐานการให้ความคุ้มครองสำหรับเจ้าของลิขสิทธิ์จากการละเมิดมาตรการทางเทคโนโลยี เนื่องจากในปัจจุบันการเผยแพร่ข้อมูลอันมีลิขสิทธิ์เพื่อแสวงหาประโยชน์และรายได้นั้นมักทำลงในระบบอินเทอร์เน็ต ซึ่งมักมีการตั้งมาตรการทางเทคโนโลยีไว้ โดยการกำหนดให้เข้ารหัสไว้ แม้กฎหมายที่ใช้อยู่เดิมจะกำหนดให้ผู้ที่หลบเลี่ยงหรือให้บริการที่หลบเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยการละเมิดลิขสิทธิ์จะเป็นความผิด เช่น การแฮ็กเข้าระบบ²⁰³ แต่ในบทบัญญัติที่มีการแก้ไขนี้ ได้ให้ความคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์มากขึ้นโดยกำหนดให้ผู้ให้บริการ ผลิต ขาย แจกจ่าย บริการ ผลิตภัณฑ์ อุปกรณ์โดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าสิ่งดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มาตรการทางเทคโนโลยีไม่เกิดผล หรือส่งเสริมการขายบริการ ผลิตภัณฑ์ หรืออุปกรณ์นั้นสามารถทำให้มาตรการทางเทคโนโลยีไม่เกิดผล ให้ถือว่าเป็นผู้ละเมิดมาตรการทางเทคโนโลยีด้วย เพื่อให้สามารถจัดการกับการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ดีขึ้น²⁰⁴

ประการที่สาม แก้ไขมาตรฐานการบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ ณ ปัจจุบันมีการบังคับใช้อย่างไรพรหมแดน จึงต้องมีการกำหนดมาตรการเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ออนไลน์ ให้มีความสอดคล้องกับต่างประเทศ รวมถึงกำหนดอายุความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานโสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง หรืองานแพร่เสียงและแพร่ภาพ²⁰⁵ เพื่อจะได้ตรงกับมาตรฐานของ WIPO ที่ประเทศไทยจะเข้าเป็นสมาชิก

ประการสุดท้าย แก้ไขกฎหมายเพื่อความต่อเนื่องของการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการลิขสิทธิ์ที่ครบวาระแล้วแต่ยังไม่ได้แต่งตั้งคณะกรรมการคนใหม่มา ให้มีหน้าที่ในตำแหน่งต่อไป²⁰⁶

ทั้งนี้ การแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ นี้มีสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกับผลงาน UDC อย่างมาก ในประเด็นเกี่ยวกับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต เนื่องจากการแก้ไขกฎหมายดังกล่าว ย่อมส่งผลให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่มีเนื้อหาที่ผู้ใช้งานได้ทำ UDC อยู่ในระบบต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมาย โดยมีเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการทำ UDC ดังนี้

²⁰² พิทยา ไชยมหาพฤกษ์, "มาตรการแจ้งเตือนและเอาออก : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสิงคโปร์," วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ 8 : 38.

²⁰³ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 53/4 การหลบเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีหรือการให้บริการเพื่อก่อให้เกิดการหลบเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี โดยรู้อยู่แล้วว่าการกระทำนั้นอาจก่อให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง ให้ถือว่าเป็นการละเมิดมาตรการทางเทคโนโลยี

²⁰⁴ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 53/6

²⁰⁵ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 21

²⁰⁶ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 57

(1) นิยามและประเภทของผู้ให้บริการ

ผู้ให้บริการ หมายความว่า ผู้ให้บริการเป็นสื่อกลางส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่นผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ และให้หมายความรวมถึงผู้ให้บริการเก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นการชั่วคราว ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ และผู้ให้บริการสืบค้นแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์ด้วย ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเองหรือบุคคลอื่น หรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น²⁰⁷

ผู้ให้บริการ หมายความว่า ผู้ใช้บริการของผู้ให้บริการไม่ว่าต้องเสียค่าใช้บริการหรือไม่ก็ตาม²⁰⁸ อันทำให้ผู้ให้บริการเว็บไซต์แพลตฟอร์มต่าง ๆ เพื่อทำ UDC อยู่ในความหมายของนิยามนี้ด้วย

จากนิยามของผู้ให้บริการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย สามารถแบ่งชนิดของผู้ให้บริการไว้เป็น 4 ประเภทดังนี้

ประเภทแรก ผู้ให้บริการเป็นสื่อกลางส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่นผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ (mere conduit) อันหมายถึงผู้ให้บริการที่ส่งผ่านข้อมูลในฐานะเป็นสื่อกลาง เป็นช่องทาง หรือเครือข่ายเพื่อให้ผู้ให้บริการเข้าถึงข้อมูลปลายทางในอินเทอร์เน็ต เช่น TRUE internet AIS²⁰⁹

ประเภทที่สอง ผู้ให้บริการเก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นการชั่วคราว (caching) อันหมายถึงผู้ให้บริการเซิร์ฟเวอร์ เพื่อให้ความสะดวกหรือให้ความช่วยเหลือในการรับส่งข้อมูลทางไกลให้เกิดความรวดเร็วขึ้น เช่น Cloudflare ฯลฯ²¹⁰

ประเภทที่สาม ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ (hosting) อันหมายถึงผู้ให้บริการหรือให้พื้นที่แก่ผู้ที่ต้องการจะนำข้อมูลไปฝากไว้ ในลักษณะที่ให้บริการพื้นที่สำหรับการทำ UGC เช่น YouTube Facebook TikTok Instagram ฯลฯ ซึ่งเป็นผู้ให้บริการประเภทที่มีความสำคัญกับการทำ UDC เนื่องจากเนื้อหา UDC ที่ผู้ใช้งานทำนั้น มักจะถูกเก็บอยู่ในระบบของผู้รับฝากข้อมูล

²⁰⁷ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

²⁰⁸ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4

²⁰⁹ “กฎหมายลิขสิทธิ์” ฉบับใหม่มีผลบังคับใช้แล้ว” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 17 พฤษภาคม 2566. แหล่งที่มา:

<https://idgthailand.com/%E0%B8%81%E0%B8%8E%E0%B8%AB%E0%B8%A1%E0%B8%B2%E0%B8%A2%E0%B8%A5%E0%B8%B4%E0%B8%82%E0%B8%AA%E0%B8%B4%E0%B8%97%E0%B8%98%E0%B8%B4%E0%B9%8C-%E0%B8%89%E0%B8%9A%E0%B8%B1%E0%B8%9A%E0%B9%83/>

²¹⁰ Thai Arbitration Institute (TAI), “TAI Webinar Series | All New “Notice and Takedown” และบทบัญญัติใน พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) 2565” [ออนไลน์].

ประเภทที่สี่ ผู้ให้บริการสืบค้นข้อมูล (search engine) หมายถึง ผู้ให้บริการแหล่งสืบค้นข้อมูลเพื่อเป็นช่องทางเพื่อนำผู้ใช้งานไปพบเว็บไซต์หรือเนื้อหาต่าง ๆ เช่น Google

(2) ข้อยกเว้นความรับผิดแก่ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์

เนื่องจากผู้ให้บริการที่มีเนื้อหาอันละเมิดลิขสิทธิ์อยู่ในเว็บไซต์ของตนนั้น จะต้องมีความรับผิดชอบในการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย กฎหมายจึงมีการกำหนดให้ได้รับความยกเว้นความรับผิดหากดำเนินการตามมาตรฐานตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ โดยในที่นี้จะกล่าวถึงเงื่อนไขของการดำเนินการของผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่จะได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจากมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับ UDC โดยผู้ให้บริการประเภทนี้ ต้องดำเนินการตามเงื่อนไขดังนี้

ประการแรก ผู้ให้บริการต้องมีการประกาศมาตรการยกเลิกการให้บริการแก่ผู้ใช้งานที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ซ้ำ ๆ ivo อย่างชัดเจน และมีการดำเนินการตามมาตรฐานนั้น²¹¹ เช่น อาจมีการกำหนดไว้ในข้อตกลงการใช้งานเว็บไซต์ของตน ว่าห้ามนำเข้าระบบซึ่งข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์และจะยกเลิกหรือระงับบัญชีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ซ้ำไว้ ดังจะสามารถเห็นได้จากตัวอย่างข้อกำหนดการใช้งานของ Facebook ดังนี้²¹²

“Account suspension or termination

We want Facebook to be a place where people feel welcome and safe to express themselves and share their thoughts and ideas.

If we determine, in our discretion, that you have clearly, seriously or repeatedly breached our Terms or Policies, including in particular the Community Standards, we may suspend or permanently disable your access to Meta Company Products, and we may permanently disable or delete your account. We may also disable or delete your account if you repeatedly infringe other people’s intellectual property rights or where we are required to do so for legal reasons.”

จากข้อตกลงของ Facebook จะเห็นว่า มีข้อตกลงที่กำหนดให้ Facebook ในฐานะผู้ให้บริการสามารถระงับบัญชีของผู้กระทำความผิดละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการนำเข้าระบบซ้ำ ๆ ซึ่งเนื้อหา

²¹¹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 43/1

²¹² Facebook, "Terms of Service," [Online] Accessed: 17 May 2023. Updated: 26 July 2022. Available from:

https://www.facebook.com/legal/terms?paipv=0&eav=AfZDIRxBX2SP5hCnizZ3uIIQhNK8MAG8KyFCBuV8XdLMorX7BFOLEccOA4rKp6EVUig&_rdr

ซึ่งละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งข้อตกลงเช่นนี้เป็นไปตามมาตรา 43/1 เนื่องจากเป็นผู้ให้บริการที่ได้ประกาศ มาตรการยกเลิกการให้บริการแก่ผู้ใช้บริการที่กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ซ้ำไว้อย่างชัดเจนและได้ ปฏิบัติตามมาตรการนั้นแล้ว

ประการที่สอง ต้องเป็นการให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามคำสั่งของผู้ใช้บริการโดย ไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ที่ ตนให้บริการ และได้นำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบหรือ เครือข่ายคอมพิวเตอร์หรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวโดยไม่ชักช้าเมื่อได้รู้หรือได้รับ แจ้งถึงการละเมิดลิขสิทธิ์²¹³

ประการที่สาม ไม่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากการกระทำที่เป็นการละเมิด ลิขสิทธิ์ ในกรณีที่ผู้ให้บริการมีสิทธิและมีความสามารถในการควบคุมการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้น²¹⁴

ประการที่สี่ จัดให้มีช่องทางเพื่อรับแจ้ง และให้แสดงรายละเอียดเกี่ยวกับชื่อ ที่อยู่ หมายเลข โทรศัพท์ และที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถติดต่อได้ของผู้ให้บริการหรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย ให้รับแจ้งในตำแหน่งที่สามารถเข้าถึงได้โดยง่าย²¹⁵

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าแม้กฎหมายลิขสิทธิ์ไทยจะไม่ได้กำหนดให้ผู้ให้บริการประเภทนี้ห้าม แทรกแซงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้เพื่อคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ให้เป็นหนึ่งในเงื่อนไขการได้รับความคุ้มครอง แต่ผู้ให้บริการที่แทรกแซงมาตรการดังกล่าว จะมีความผิดในการทำละเมิดมาตรการ ทางเทคโนโลยีที่กฎหมายได้กำหนดไว้โดยเฉพาะ²¹⁶

ซึ่งหากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ดำเนินการตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้แล้ว ผู้ให้บริการย่อมไม่ ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ในกฎหมายไทยได้กำหนดให้ผู้ให้บริการประเภทนี้ ต้องมีมาตรการ Notice and Takedown ดังจะกล่าวในหัวข้อต่อไป

(3) มาตรการ Notice and Takedown

มาตรการนี้เป็นมาตรการที่สอดคล้องกับมาตรการจัดการกับเนื้อหาอันละเมิดลิขสิทธิ์ในระบบ อินเทอร์เน็ตในปัจจุบัน ซึ่งการใช้งานนั้นมีความสะดวกและสอดคล้องกับสถานการณ์การละเมิด

²¹³ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 43/3

²¹⁴ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 43/3

²¹⁵ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 43/3

²¹⁶ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 70/1

ลิขสิทธิ์ในปัจจุบันที่มักทำผ่านอินเทอร์เน็ตเนื้อมากกว่ามาตรการที่ใช้อยู่ก่อนนี้ ที่กำหนดให้ต้องมี การใช้ สิทธิทางศาลเพื่อนำเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบ ดังมีหลักการดังนี้

ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่ต้องระงับการส่งข้อมูลโดยทันทีเมื่อมีการร้องขอ

เมื่อผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับแจ้งจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ผู้ให้บริการต้องนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นออกจาก ระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่ง อ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวโดยไม่ชักช้า และแจ้งไปยังผู้ใช้บริการที่ถูก กล่าวหาว่ากระทำการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อให้โอกาสในการโต้แย้ง²¹⁷ หากดำเนินการเช่นนี้แล้ว ย่อม เป็นไปตามเงื่อนไขกฎหมาย ทำให้ไม่ต้องรับผิดชอบในการละเมิดลิขสิทธิ์

เนื้อหาและการแจ้งเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์

ในการแจ้งเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีหลักฐานอันควรเชื่อว่ามี การละเมิด ลิขสิทธิ์บนระบบสามารถแจ้งไปยังผู้ให้บริการเพื่อให้ดำเนินการ นำข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออก หรือ ระงับการเข้าถึงได้ ทั้งนี้ ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องคำนึงถึงหลักการเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิด ลิขสิทธิ์ด้วย โดยต้องทำเป็นหนังสือหรือผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ พร้อมรายละเอียดตามที่กฎหมาย กำหนด ดังนี้²¹⁸

ประการแรก ชื่อตัวและชื่อสกุล หรือชื่อนิติบุคคล ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ และที่อยู่จดหมาย อิเล็กทรอนิกส์ โดยข้อมูลดังกล่าวต้องทำให้สามารถติดต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ได้

ประการที่สอง งานอันมีลิขสิทธิ์ที่อ้างว่าถูกละเมิดลิขสิทธิ์

ประการที่สาม ข้อมูลหรือเนื้อหาที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์และแหล่งที่ตั้งของ เนื้อหาหรือข้อมูลนั้น โดยต้องมีรายละเอียดที่เพียงพอตามสมควรเพื่อให้ผู้ให้บริการสามารถนำ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือระงับการ เข้าถึงข้อมูลนั้นได้

ประการที่สี่ คำรับรองว่าข้อความที่แจ้งดังกล่าวเป็นความจริง

ประการที่ห้า ลายมือชื่อหรือลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ของเจ้าของลิขสิทธิ์

²¹⁷ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 43/6

²¹⁸ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 43/6

หากคำแจ้งมีรายละเอียดไม่ครบตามที่กฎหมายกำหนด แต่มีสาระสำคัญอันได้แก่ ชื่อและรายละเอียดที่อยู่ของเจ้าของลิขสิทธิ์ งานอันมีลิขสิทธิ์ที่อ้างว่าถูกละเมิดลิขสิทธิ์ ข้อมูลหรือเนื้อหาที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์และแหล่งที่ตั้งของเนื้อหาหรือข้อมูลนั้นโดยต้องมีรายละเอียดที่เพียงพอตามสมควรแล้ว ให้ผู้ให้บริการติดต่อเจ้าของลิขสิทธิ์โดยเร็วหรือกระทำการอื่นใดเพื่อให้ได้รายละเอียดที่ครบถ้วน หากไม่มีเนื้อหาที่ครบถ้วนแล้วจะไม่ถือว่าผู้ให้บริการรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ²¹⁹

ทั้งนี้ หากเป็นการแจ้งโดยทราบหรือควรจะทราบอยู่แล้วว่าเป็นการกระทำที่เป็นเท็จ ผู้นั้นต้องรับผิดชอบความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการนั้น²²⁰ การกำหนดเช่นนี้ เป็นไปเพื่อป้องกันการกลั่นแกล้งด้วยการแจ้งข้อมูลผิดพลาดไปยังผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า การกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องมีหลักฐานอันควรเชื่อว่าการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นนั้นมีเจ้าของลิขสิทธิ์หลายรายไม่สามารถจะหาหลักฐานหรือเอกสารมายืนยันความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความสำคัญคุ้มครองนับแต่วันที่สร้างสรรค์ผลงานและแสดงออกซึ่งผลงานนั้น โดยมีต้องจดทะเบียนแต่อย่างใด ทำให้ในบางกรณีการกำหนดให้ผู้แจ้งต้องมีหลักฐานนั้น อาจเป็นอุปสรรคในการดำเนินการขอให้ผู้ให้บริการนำข้อมูลของตนออกจากระบบ รวมถึงไม่สามารถตรวจสอบได้ว่า ผู้แจ้งได้มีการดำเนินการพิจารณาตามข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ก่อนจะมีการแจ้งหรือไม่ อีกทั้งในประเด็นการแจ้งอันเป็นเท็จที่กำหนดให้ผู้แจ้งต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น มีข้อสังเกตว่าผู้ที่ได้รับความเสียหายต้องดำเนินการต่อศาลเพื่อพิสูจน์ความเสียหายอันเป็นการดำเนินการที่ต้องใช้เวลา ใช้จ่ายค่าใช้จ่าย และอาจยากต่อการพิสูจน์²²¹ ซึ่งอาจเกิดปัญหาขึ้นในการบังคับใช้กฎหมายนี้เพื่อคุ้มครองผู้ใช้เนื้อหาอันมีลิขสิทธิ์

ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ต้องรับผิดชอบหากมีการนำข้อมูลออกจากระบบ

หากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ดำเนินการไม่ว่าจะเป็นการนำข้อมูลที่ถูกอ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบ หรือคัดค้านว่าไม่ได้มีการละเมิดลิขสิทธิ์กลับเข้ามาในระบบไม่ต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการ หากเป็นการดำเนินการโดยสุจริต²²²

ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่คืนการเข้าถึงข้อมูลเมื่อมีคำคัดค้าน

²¹⁹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 43/6

²²⁰ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 43/8

²²¹ Thai Arbitration Institute (TAI), "TAI Webinar Series | All New "Notice and Takedown" และบทบัญญัติใน พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) 2565" [ออนไลน์].

²²² พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 43/6

เนื่องจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่ต้องส่งคำร้องว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์ไปยังผู้ใช้งาน และผู้ใช้งานมีสิทธิที่จะทำคำคัดค้านการแจ้งการละเมิดลิขสิทธิ์ เพื่อให้คืนการเข้าถึงข้อมูลนั้นได้ โดยหากมีคำคัดค้านที่มีเนื้อหาตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ผู้ให้บริการต้องส่งสำเนา คำโต้แย้งไปยังเจ้าของลิขสิทธิ์โดยเร็ว และแจ้งเกี่ยวกับการจะนำเนื้อหานี้กลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือยุติการระงับการเข้าถึงเนื้อหาดังกล่าวเมื่อพ้นกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่ผู้ให้บริการได้รับคำโต้แย้ง²²³

เมื่อครบระยะเวลาดังกล่าวแล้ว ผู้ให้บริการจะต้องนำข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นกลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวภายในสิบห้าวัน เว้นจะได้รับแจ้งพร้อมหลักฐานจากเจ้าของลิขสิทธิ์ว่า ได้ยื่นคำฟ้องเพื่อดำเนินคดีต่อผู้ให้บริการ²²⁴

เนื้อหาและการคัดค้านการแจ้งการละเมิดลิขสิทธิ์

เมื่อผู้ให้บริการได้รับการแจ้งเตือนว่า มีการละเมิดลิขสิทธิ์จากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแล้ว ผู้ให้บริการมีสิทธิทำคำคัดค้านการแจ้งดังกล่าวได้ โดยทำเป็นหนังสือหรือทำโดยผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ไปยังผู้ให้บริการ โดยมีรายละเอียดตามที่กฎหมายกำหนด ดังนี้²²⁵

ประการแรก ชื่อตัวและชื่อสกุล หรือชื่อนิติบุคคล ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ และที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โดยข้อมูลดังกล่าวต้องทำให้สามารถติดต่อผู้ให้บริการได้

ประการที่สอง ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ถูกนำออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือถูกระงับการเข้าถึง และแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นก่อนที่จะถูกนำออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือถูกระงับการเข้าถึง

ประการที่สาม คำชี้แจงว่า การนำข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือการระงับการเข้าถึงกระทำไปโดยผิดพลาดหรือผิดพลาด

ประการที่สี่ ลายมือชื่อหรือลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ของผู้ให้บริการ

²²³ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 43/7

²²⁴ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 43/7

²²⁵ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 43/7

หากการโต้แย้งเป็นไปโดยมีเหตุอันควรรู้ว่าเป็นเท็จ ทำให้ผู้ให้บริการนำข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์กลับเข้าสู่ระบบ ผู้โต้แย้งต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการโต้แย้งนั้น²²⁶ การกำหนดไว้เช่นนี้เป็นการกำหนดเพื่อป้องกันการกลั่นแกล้งให้มีการแจ้งอันเป็นเท็จทำให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้น

จากการกำหนดในมาตรานี้ เป็นการกำหนดมาตรการเพื่อให้ผู้รับบริการโต้แย้งการถูกนำเนื้อหาของตนออกจากระบบ เพื่อเป็นการทำให้เกิดความสมดุลระหว่างทางฝั่งผู้ให้บริการ และฝ่ายเจ้าของลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม ในข้อเท็จจริงของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้มีมาตรการ Notice and Takedown ใช้มาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน ปรากฏว่าเมื่อมีการแจ้งจากผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์แล้ว ผู้ให้บริการมักไม่ใช้สิทธิโต้แย้งไปยังผู้ให้บริการ²²⁷

สรุป

จากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในปัจจุบันของประเทศไทยนั้นแสดงให้เห็นว่า ไม่มีการนำเอาลักษณะของ UDC มากำหนดไว้ในบทบัญญัติกฎหมายแต่อย่างใด ซึ่งการทำ UDC นั้นอาจเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ผลงานเดิมที่ถูกนำมาสร้างสรรค์ต่อยอดที่กฎหมายได้คุ้มครองไว้ โดยไม่อาจนำบทบัญญัติที่มีอยู่ในปัจจุบันมาใช้ให้เข้ากับการทำ UDC ได้ หรือนำมาใช้แล้วอาจก่อให้เกิดปัญหาในการตีความ ซึ่งจะมีการกล่าวถึงและวิเคราะห์ต่อไปในบทวิเคราะห์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

²²⁶ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 43/8

²²⁷ Thai Arbitration Institute (TAI), "TAI Webinar Series | All New "Notice and Takedown" และบทบัญญัติใน พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) 2565" [ออนไลน์].

บทที่ 3

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ผลงานสร้างสรรค์ขึ้นโดยผู้ใช้งานในโลกอินเทอร์เน็ต โดยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือรวบรวมผลงานของผู้อื่น ภายใต้กฎหมายต่างประเทศ

3.1 กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับ UDC

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีผู้ก่อตั้งแพลตฟอร์ม (platform) สำหรับการทำ UDC ซึ่งเป็นที่รู้จักกันดีในโลกอินเทอร์เน็ตในยุคปัจจุบัน เช่น เว็บไซต์ Wikipedia ที่ถูกก่อตั้งขึ้นโดยชาวอเมริกัน¹ Instagram อันเป็นแพลตฟอร์มโซเชียลมีเดียที่ใหญ่ที่สุดในโลก โดยมีผู้ใช้งานรายเดือนกว่าหนึ่งพันล้านราย ซึ่งมีผู้ถือหุ้นหลักเป็นชาวอเมริกันเช่นเดียวกัน² ดังนั้นการศึกษากฎหมายของสหรัฐอเมริกาเรื่องเกี่ยวกับ UDC นั้นจึงมีความสำคัญในการศึกษาแนวทางปฏิบัติของประเทศที่เป็นเจ้าของแพลตฟอร์มสำหรับการทำ UDC ที่สำคัญแห่งหนึ่งของโลก

รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาใน Article 1 Section 8 ได้กำหนดว่า สภาของสหรัฐอเมริกา นั้นมีอำนาจสนับสนุนให้มีการพัฒนาด้านวิทยาศาสตร์ ศิลปะ³ โดยกำหนดให้ผู้ประดิษฐ์หรือผู้สร้างสรรค์ผลงานใด ๆ มีข้อจำกัดในการใช้สิทธิเด็ดขาดในการใช้งานผลงานประดิษฐ์ หรือผลงานสร้างสรรค์ของบุคคลนั้น ๆ จากหลักเกณฑ์ดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า สหรัฐอเมริกามีการยอมรับหลักการว่าด้วยเรื่องลิขสิทธิ์ และใช้งานอย่างเป็นธรรม หรือข้อจำกัดการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยได้กำหนดไว้ในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักนี้มีความสำคัญอย่างมากต่อการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นทำ UGC ในประเภท UDC⁴

สหรัฐอเมริกาได้เริ่มมีกฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดขึ้นครั้งแรกในปี 1870 และได้มีการพัฒนาและปรับปรุงอย่างเสมอมา โดยในปัจจุบันกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดไว้ใน Title 17 ของประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา หรือ The United States Code ที่ได้รวบรวมกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา (Copyright Act of 1976) (17 U.S.C.) เอาไว้ ซึ่งได้มีการกำหนดถึง

¹ The New York Times Magazine, "Jimmy Wales Is Not an Internet Billionaire," [Online] Accessed: 10 October 2021. Available from: <https://www.nytimes.com/2013/06/30/magazine/jimmy-wales-is-not-an-internet-billionaire.html>

² Adobe Express, "The Eight Top Social Media Sites You Should Prioritize in 2023," [Online] Accessed: 27 May 2023. Available from: <https://www.adobe.com/express/learn/blog/top-social-media-sites>

³ Constitution of United State Article. I. Section 8: Powers of Congress "... To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries; ..."

⁴ Darerca Tupponi, "Transformative User-Generated Content: Fair Use in U.S. Copyright," [Online] Accessed: 25 May 2023. Available from:

หลักเกณฑ์ทั้งความคุ้มครองลิขสิทธิ์ และรวมถึงข้อจำกัดหลักการใช้งานลิขสิทธิ์เพื่อให้เกิดการใช้งานอย่างเป็นธรรม⁵ โดยกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับ UDC มีดังต่อไปนี้

3.1.1 ความหมายของลิขสิทธิ์

ลิขสิทธิ์ หมายถึง รูปแบบการให้ความคุ้มครองที่กฎหมายสหรัฐอเมริกา ได้ให้ไว้กับผู้สร้างสรรค์ ในงานสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ รวมถึง วรรณกรรม งานนาฏกรรม งานดนตรีกรรม งานศิลปกรรม และงานสร้างสรรค์ทางปัญญาอื่น ๆ โดยการให้ความคุ้มครองนี้ จะให้กับทั้งที่มีการโฆษณาแล้วและยังไม่ได้โฆษณา⁶

3.1.2 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์

ในการจะได้มาซึ่งความคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกานั้น ต้องปรากฏว่า ผู้สร้างสรรค์ได้กระทำการตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้⁷ ทั้งในกฎหมายและผ่านการวางหลักของศาลสหรัฐอเมริกา ดังนี้

(1) มีความสร้างสรรค์ (originality)

ในหลักการที่ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ กำหนดให้ผลงานที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้น ต้องเป็นผลงานที่มีลักษณะเป็นผลงานสร้างสรรค์ที่ได้แสดงออกโดยผู้สร้างสรรค์ ดังนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁵ Ibid.

⁶ กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, "กฎหมายลิขสิทธิ์ สหรัฐอเมริกา" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 27 เมษายน 2566. แหล่งที่มา:

<https://www.ipthailand.go.th/%E0%B8%97%E0%B8%A3%E0%B8%B1%E0%B8%9E%E0%B8%A2%E0%B9%8C%E0%B8%AA%E0%B8%B4%E0%B8%99%E0%B8%97%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%9B%E0%B8%B1%E0%B8%8D%E0%B8%8D%E0%B8%B2%E0%B9%84%E0%B8%97%E0%B8%A2/%E0%B8%97%E0%B8%A3%E0%B8%B1%E0%B8%9E%E0%B8%A2%E0%B9%8C%E0%B8%AA%E0%B8%B4%E0%B8%99%E0%B8%97%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%9B%E0%B8%B1%E0%B8%8D%E0%B8%8D%E0%B8%B2%E0%B8%95%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B9%80%E0%B8%97%E0%B8%A8/%E0%B8%81%E0%B8%8E%E0%B8%AB%E0%B8%A1%E0%B8%B2%E0%B8%A2%E0%B8%97%E0%B8%A3%E0%B8%B1%E0%B8%9E%E0%B8%A2%E0%B9%8C%E0%B8%AA%E0%B8%B4%E0%B8%99%E0%B8%97%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%9B%E0%B8%B1%E0%B8%8D%E0%B8%8D%E0%B8%B2%E0%B8%82%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%95%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B9%80%E0%B8%97%E0%B8%A8/item/%E0%B8%81%E0%B8%8E%E0%B8%AB%E0%B8%A1%E0%B8%B2%E0%B8%A2%E0%B8%A5%E0%B8%B4%E0%B8%82%E0%B8%AA%E0%B8%B4%E0%B8%97%E0%B8%98%E0%B8%B4%E0%B9%8C-%E0%B8%AA%E0%B8%AB%E0%B8%A3%E0%B8%B1%E0%B8%90%E0%B8%AD%E0%B9%80%E0%B8%A1%E0%B8%A3%E0%B8%B4%E0%B8%81%E0%B8%B2.html>

⁷ 17 U.S.C. § 102

เงื่อนไขความสร้างสรรค์จึงเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งในการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ผลงาน⁸

หลักความสร้างสรรค์อันเป็นองค์ประกอบของลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา เป็นหลักการที่ศาลของสหรัฐอเมริกาได้วางหลักไว้ก่อนจะมีการกำหนดไว้ในกฎหมาย โดยได้มีการตัดสินไว้ในคดี⁹ Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony อันเป็นกรณีที่มีการฟ้องร้องว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์ในภาพถ่ายของโจทก์ ซึ่งกรณีนี้ศาลตัดสินว่า ผู้สร้างสรรค์ผลงานการถ่ายภาพได้รับความคุ้มครองในฐานะเจ้าของลิขสิทธิ์เพราะเป็นผู้ลงมือจัดทำผลงานผ่านการจัดองค์ประกอบภาพถ่าย ดังนั้นจึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยศาลพิจารณาว่า¹⁰

“...ผู้สร้างสรรค์หมายถึงผู้ที่ทำผลงาน ริเริ่ม ผลิต ผลงานนั้นขึ้น ดังนั้นจึงเป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองในทางกฎหมาย ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดก็ตาม”

หรือดังที่ปรากฏจากคำพิพากษาศาลในคดี Bleistein v. Donaldson Lithographing Co. ยังได้มีการตีความเกี่ยวกับหลักความสร้างสรรค์ไว้ก่อนที่จะมีการกำหนดไว้เป็นกฎหมายด้วย โดยวางหลักว่าการพิจารณาถึงเงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์การใช้งานแต่อย่างใด จึงไม่จำเป็นต้องมีความใหม่ หรือมีวัตถุประสงค์ที่ใช้เพื่อสร้างคุณค่าทางศิลปะ (aesthetic merit) อันทำให้เกิดหลักว่า ผลงานสร้างสรรค์นั้น ต้องไม่เกิดจากการคัดลอกจากผลงานของผู้อื่น¹¹ ทั้งนี้ ศาลในคดี Bleistein v. Donaldson Lithographing Co. อันเป็นกรณีที่โจทก์ได้ฟ้องร้องจำเลยว่าละเมิดลิขสิทธิ์แก่ผลงานภาพพิมพ์ของโจทก์ โดยศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่า¹²

“สำเนาของผลงานเป็นการแสดงออกของบุคคลนั้น ในการสร้างสรรค์ย่อมมีสิ่งที่เป็นเอกลักษณ์ถูกแสดงออกผ่านรูปแบบต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการเขียน หรือการทำศิลปะที่งดงามที่เป็นของบุคคลผู้จัดทำเท่านั้น ดังนั้นเป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ เว้นแต่เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดห้ามไว้ ... การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ไม่จำเป็นจะต้องมีเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับผลงานศิลปะชั้นสูง...”

ในเวลาต่อมาสหรัฐอเมริกาได้นำหลักความสร้างสรรค์มากำหนดไว้ในกฎหมาย เพื่อให้เป็นเงื่อนไขหนึ่งในการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ โดยในการนำหลักการดังกล่าวมากำหนดไว้นี้ มิได้ให้คำนิยามถึง

⁸ 17 U.S.C. § 102

⁹ Howard B. Abrams, "Originality and Creativity in Copyright Law," *Law and Contemporary problems* 55(1992): 6.

¹⁰ Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, 111 U.S. 53 (1884)

¹¹ Originality and Creativity in Copyright law, 7

¹² Bleistein v. Donaldson Lithographing Co., 188 U.S. 239 (1903)

ความสร้างสรรค์แต่อย่างใด เนื่องจากเป็นความตั้งใจของสภา เพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานที่ศาลได้เคยวางไว้ โดยไม่ประสงค์จะกำหนดให้ผลงานที่มีความสร้างสรรค์เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้นต้องมีลักษณะเป็นผลงานใหม่ หรือผลงานประดิษฐ์ หรือมีคุณค่าทางความสวยงามแต่อย่างใด¹³ ซึ่งผลงานที่จะมีลักษณะเป็นผลงานสร้างสรรค์ต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไขดังนี้

1) ผลงานนั้นไม่จำเป็นต้องมีคุณค่าทางศิลปะ หรือมีความใหม่

หลักการนี้เป็นหลักการที่เห็นได้จากตัวอย่างในคำพิพากษาคดี *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.* ที่ศาลวางหลักไว้ว่า ไม่จำเป็นต้องมีความใหม่ หรือมีวัตถุประสงค์ที่ใช้เพื่อสร้างคุณค่าทางศิลปะ (aesthetic merit) แต่ต้องไม่เกิดจากการคัดลอกจากผู้อื่น¹⁴ ประกอบกับเอกสารรายงานการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา ที่ระบุไว้อย่างชัดเจนดังนี้¹⁵

“...เงื่อนไขสำคัญในการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์คือความสร้างสรรค์ และความแน่นอนในรูปแบบที่จับต้องได้ ... ผลงานสร้างสรรค์ที่ระบุไว้ในกฎหมายมีวัตถุประสงค์ที่จะไม่กำหนดถึงนิยามเอาไว้ โดยมีวัตถุประสงค์ให้เป็นไปตามหลักการที่ศาลได้วางเอาไว้ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ปัจจุบัน มาตรฐานนี้ทำให้ผลงานสร้างสรรค์ไม่จำเป็นต้องมีความใหม่ มีคุณค่าในเชิงการประดิษฐ์ (ingenuity) หรือมีคุณค่าทางศิลปะแต่อย่างใด ทั้งนี้ การกำหนดเงื่อนไขนี้ ไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการขยายมาตรฐานการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์...”

จากรายงาน แสดงให้เห็นว่า ผลงานสร้างสรรค์ที่แต่ละคนได้แสดงออกมานั้น ไม่จำเป็นต้องมีคุณค่าทางศิลปะหรือมีความใหม่แต่อย่างใด

2) เป็นผลงานสร้างสรรค์ที่สร้างขึ้นด้วยตัวผู้ทำเอง และมีระดับความสร้างสรรค์ในระดับหนึ่ง

ศาลสหรัฐอเมริกา ในช่วงแรกของการกำหนดหลักความสร้างสรรค์ไว้ในกฎหมาย ได้มีการนำหลักการในการตัดสินว่า ผลงานใดมีความสร้างสรรค์เป็นไปในสองแนวทาง ได้แก่ แนวทางแรกคือ หลักการใช้แรงงานและความพยายาม (sweat and brow) กล่าวคือ ผลงานนั้นเป็นผลงานสร้างสรรค์หากผู้จัดทำได้ใช้ความพยายามหรือมีความอุตสาหะในการทำผลงานนั้นมากเพียงพอ และอีกหลักการหนึ่งที่กำหนดว่า ผลงานนั้น ๆ จะมีความสร้างสรรค์ก็ต่อเมื่อมีความสร้างสรรค์เกิดขึ้นในการคัดเลือก

¹³ Howard B. Abrams, "Originality and Creativity in Copyright Law," *Law and Contemporary problems*: 7.

¹⁴ *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239 (1903)

¹⁵ House of Representatives, "Copyright Law Revision," [Online] Accessed: 10 May 2023. Available from: https://www.copyright.gov/history/law/clrev_94-1476.pdf

ในการตัดสินใจเลือกคัดลอก จึงจะได้รับความคุ้มครองซึ่งลิขสิทธิ์เนื่องจากเป็นไปตามเงื่อนไขความสร้างสรรค์¹⁶

ในเวลาต่อมาศาลสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาในคดี Feist Publication v. Rural Telephone Service (Feist) ที่ได้วางหลักเกี่ยวกับความสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครอง โดยเป็นการปฏิเสธหลักการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์จากหลักแรงงาน กล่าวคือ การลงแรงของผู้สร้างสรรค์อย่างเดียว มิเพียงพอที่จะเป็นการสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ แต่ต้องเป็นกรณีที่ต้องมีระดับความสร้างสรรค์อย่างน้อยเป็นส่วนประกอบเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ด้วย ดังที่ศาลได้ตัดสินให้การรวบรวมข้อมูลของโจทก์และเรียงลำดับตามตัวอักษร ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ เนื่องจากขาดความสร้างสรรค์ไว้ดังนี้¹⁷

“... เงื่อนไขความสร้างสรรค์นั้นไม่จำเป็นต้องแปลกใหม่ ผู้รวบรวมผลงานสามารถเลือกหรือเรียบเรียงข้อมูลที่คนอื่นได้ใช้แล้วได้ ไม่จำเป็นต้องมีความใหม่ในเงื่อนไขความสร้างสรรค์ ความสร้างสรรค์นั้นจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อผู้ทำได้เลือกหรือเรียบเรียงข้อมูลต่าง ๆ ด้วยตัวเอง (โดยไม่คัดลอกการคัดเลือกหรือเรียบเรียงจากผลงานของผู้อื่น) และมีระดับความสร้างสรรค์เป็นอย่างน้อย ... หากความสร้างสรรค์ในระดับน้อยไม่มีหรือมีเพียงเล็กน้อยแล้วย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครองได้ ... การรวบรวมข้อมูลของโจทก์เป็นการทำที่ธรรมดา โดยจัดเรียงตามตัวอักษรจึงไม่ใช่กรณีที่เป็นผลงานสร้างสรรค์”

ซึ่งจากคำพิพากษาในคดี Feist นี้ทำให้หลักการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาจึงมีการตีความคำว่า ความสร้างสรรค์ที่ผลงานจะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้น จะต้องประกอบด้วย ความสร้างสรรค์เล็กน้อยด้วย ซึ่งระดับความสร้างสรรค์นี้เป็นมาตรฐานที่ต่ำกว่ามาตรฐานความใหม่อันเป็นหลักการของการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตร กล่าวคือผู้สร้างสรรค์ผลงานที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ต้องปรากฏว่า มีการลงมือทำด้วยผู้สร้างสรรค์เอง โดยต้องมีการเลือก หรือจัดทำอย่าง ไม่เป็นการทำซ้ำซึ่งผลงานของผู้อื่น และเงื่อนไขที่สองคือ มีระดับความสร้างสรรค์ในระดับหนึ่ง¹⁸

อย่างไรก็ดี ศาลมิได้วางหลักว่าระดับความสร้างสรรค์ที่ต้องมีนั้นหมายถึงระดับใด แต่ในคดี Feist สามารถสรุปได้ว่า ระดับความสร้างสรรค์นั้นต้องมีการเลือก หรือตัดสินใจทางศิลปะหรือในการสร้างสรรค์ด้วยตัวเอง ในการจัดทำกรเลือกหรือเรียบเรียงข้อมูลเพื่อเกิดเป็นผลงานรวบรวมอันมี

¹⁶ Howard B. Abrams, "Originality and Creativity in Copyright Law," *Law and Contemporary problems*: 8-9.

¹⁷ Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc. - 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282 (1991)

¹⁸ Howard B. Abrams, "Originality and Creativity in Copyright Law," *Law and Contemporary problems*: 14-15.

ลิขสิทธิ์ หากเป็นเพียงการจัดเรียงข้อมูลเพื่อนำเสนอด้วยวิธีเดิมที่ได้มีการจัดทำกันมาในระยะเวลาอันยาวนานแล้ว ย่อมมิได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์¹⁹ เช่น เรียงลำดับด้วยตัวอักษร²⁰

หลังจากคำพิพากษาในคดี Feist ที่ได้วางหลักเกี่ยวกับความสร้างสรรค์ไว้แล้ว ได้มีการนำหลักการดังกล่าวไปใช้ในอีกหลายคดี เช่น คดีดังต่อไปนี้

Kregos V. Associated Press เป็นกรณีที่โจทก์ได้ออกแบบการแสดงผลสถิติของเกมเบสบอล โดยแบ่งข้อมูลออกเป็นหมวดหมู่และจัดเรียงข้อมูลของแต่ละทีมที่จะมาแข่ง โดยหมวดหมู่นั้นได้แก่ ชื่อของทีมที่จะต้องแข่ง ผู้ที่มีโอกาสเป็นพิตเชอร์ พร้อมข้อมูลว่าเป็นผู้เล่นที่ถนัดข้างซ้ายหรือขวา เวลาเริ่มเกม แต้มต่อการพ่นของแต่ละทีม สถิติการแพ้ชนะตลอดฤดูกาล สถิติของพิตเชอร์ และจำนวนค่าเฉลี่ยของผู้เล่นที่สามารถไปถึงฐานด้วยการวิ่งและการตี เมื่อโจทก์ได้แสดงผลดังกล่าว จำเลยได้มีการเผยแพร่ตารางข้อมูลแบบเดียวกันโดยมีความต่างเพียงการออกแบบ ในกรณีนี้ ศาลได้ตัดสินว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ เนื่องจากผลงานของโจทก์ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ เนื่องจากมีการรวบรวมข้อมูลและมีระดับความสร้างสรรค์เพียงพอแล้ว โดยศาลได้ตัดสินดังนี้²¹

“... การคัดเลือกเนื้อหาที่โจทก์นำมาจัดแสดงนั้นมิได้เกิดจากการคัดลอกการจัดแสดงเนื้อหาที่คล้ายกัน ... ในกรณีนี้สถิติที่โจทก์จัดทำนั้น ไม่มีการนำเสนอสถิติทั้ง 8 ชนิด เหมือนกับโจทก์ทำมาก่อน ดังนั้นการจัดทำผลงานของโจทก์จึงเป็นกรณีที่มีความสร้างสรรค์เพียงพอต่อการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว ...”

จากคดีนี้แสดงให้เห็นว่า ศาลได้พิจารณาว่า ผลงานจะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์หรือไม่ ผ่านการพิจารณาแยกเป็น 2 ขั้นตอน ได้แก่ ขั้นตอนแรก ผลงานนั้นได้ถูกสร้างสรรค์ขึ้นด้วยผู้สร้างสรรค์เองหรือไม่ หากไม่แล้วย่อมไม่ได้รับความคุ้มครอง โดยในกรณีนี้ศาลได้ตัดสินว่า การรวบรวมข้อมูลและวิเคราะห์จัดทำสถิติข้อมูลของโจทก์นั้นเป็นการลงมือสร้างสรรค์ด้วยตัวเอง และอีกขั้นตอนหนึ่ง ได้แก่ ความสร้างสรรค์ ผลงานที่สร้างขึ้นต้องมีสร้างสรรค์ในระดับหนึ่ง โดยในกรณีนี้ศาลได้ตัดสินว่า มีระดับความสร้างสรรค์เนื่องจากการจัดแสดงข้อมูลในรูปแบบนี้เป็นการจัดแสดงข้อมูลที่นอกเหนือไปจากในรูปแบบปกติที่จัดเรียงและนำเสนอข้อมูลนั้น โดยผู้จัดทำคนอื่นอาจไม่ได้เลือกวิธีจัดแสดงข้อมูลในรูปแบบเดียวกันหรือเลือกข้อมูลแบบเดียวกันกับโจทก์ในการจัดแสดง ดังนั้นจึงเป็นกรณีที่มีระดับความสร้างสรรค์แล้ว²²

¹⁹ Ibid., 16-17.

²⁰ Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc. - 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282 (1991)

²¹ Kregos v. Associated Press, 937 F.2d 700 (2d Cir. 1991)

²² Howard B. Abrams, "Originality and Creativity in Copyright Law," *Law and Contemporary problems*: 22-24.

นอกจากนี้ หลักการสร้างสรรคเป็นอย่างน้อยนี้ ได้ถูกนำไปปรับใช้กับศาลในคดีอื่น ๆ เพื่อปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่ไม่ใช่การสร้างสรรคผลงานรวบรวมด้วย ดังตัวอย่างในคดีดังต่อไปนี้²³

Folio Impressions, Inc. v. Byer California โดยกรณีนี้โจทก์ได้ฟ้องจำเลยว่าได้ละเมิดลิขสิทธิ์รูปแบบที่โจทก์ได้ออกแบบ ซึ่งกรณีนี้ศาลได้ตัดสินว่า ลายของผ้าที่มีรูปกุหลาบจัดวางบนพื้นหลังที่มีเอกลักษณ์นั้นมีความสร้างสรรค์เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ แม้ว่าการจัดเรียงนั้นจะต้องใช้ความสร้างสรรค์เพียงเล็กน้อยก็ตามแต่ก็มีความสร้างสรรค์ในระดับที่เพียงพอต่อการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว ดังปรากฏดังนี้²⁴

“ในเงื่อนไขการสร้างสรรคนั้น หมายถึงผลงานนั้นต้องถูกสร้างขึ้นโดยผู้สร้างสรรค์โดยไม่คัดลอกหรือทำซ้ำจากผลงานของผู้อื่น ระดับความคิดสร้างสรรค์นั้นต้องมีในระดับน้อย คือต้องมีการแสดงออกซึ่งความมีเอกลักษณ์ในระดับเล็กน้อย ... ในคดีนี้การจัดวางรูปกุหลาบของโจทก์กับพื้นหลังอาจเป็นการจัดเรียงที่มีความสมมาตรกันก็ตาม แต่ในการสร้างสรรค์นั้นต้องมีการตัดสินใจหรือออกแบบว่าจะวางวัตถุใดไว้ตรงไหน ... การตัดสินใจถึงตำแหน่งในการวางรูปกุหลาบแต่ละรูปให้เป็นเส้นแถวตรงนั้น เป็นการตัดสินใจในเชิงศิลปะ โดยไม่มีหลักฐานว่าได้คัดลอกจากผู้อื่น ดังนั้นผลงานสร้างสรรค์ของโจทก์จึงสามารถได้รับความคุ้มครองเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ ...”

Runstadler Studios v. MCM Limited Partnership เป็นประเด็นเกี่ยวเนื่องกับผลงานรูปปั้นที่ทำจากแก้ว ชื่อ Spiral Motion อันประกอบด้วยแก้วรูปทรงเหลี่ยมจำนวน 39 ชิ้นประกอบเข้าด้วยกัน ในกรณีนี้ จำเลยได้คัดค้านความมีลิขสิทธิ์ของผลงานของโจทก์ เนื่องจากขาดความสร้างสรรค์ศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่า ผลงานของโจทก์ได้มีความสร้างสรรค์แล้ว เนื่องจากการจัดทำขึ้นจากโจทก์ และมีความสร้างสรรค์เนื่องจากการประกอบด้วยรูปทรงที่ไม่มีลิขสิทธิ์จนเกิดเป็นรูปหรือผลงานใหม่ ดังนี้²⁵

“...การรวบรวมรูปทรงพื้นฐานนั้นต้องอาศัยความสร้างสรรค์จึงจะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ... ซึ่งการตัดสินใจในการจัดวาง มิติของแก้วเหล่านั้น องค์การวางของแก้วนั้น แสดงให้เห็นถึงระดับการแสดงออกและการลงแรงซึ่งความสร้างสรรค์และการแสดงออกซึ่งความสร้างสรรค์ของโจทก์ในระดับที่มากเพียงพอ โดยเป็นการใช้แรงงานและการแสดงออกทางศิลปะมากกว่าในระดับเล็กน้อย... จึงได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์...”

²³ Ibid., 32.

²⁴ United States Court of Appeals, Second Circuit 937 F.2d 759 (2d Cir. 1991)

²⁵ Runstadler Studios v. MCM Limited Partnership 768 F Supp 1292 (ND Ill 1991)

ดังนั้น จึงสามารถสรุปได้ว่า การสร้างสรรค์ผลงานในที่นี้ต้องเป็นการกระทำที่สร้างสรรค์โดยผู้สร้างสรรค์ และต้องประกอบด้วยองค์ประกอบของความสร้างสรรค์ (creativity) เป็นอย่างต่ำ²⁶ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นการสร้างสรรค์ผลงานที่แปลกใหม่ แตกต่างจากผลงานเก่าอย่างสิ้นเชิง ผลงานสร้างสรรค์นี้อาจเป็นผลงานที่มีความคล้ายคลึงกับงานเดิมที่เคยมีอยู่แล้ว トラบใดที่การคล้ายคลึงนี้ไม่ได้เกิดจากการลอก²⁷

(2) ผลงานนั้นถูกแสดงออกมาให้อยู่ในลักษณะที่แน่นอน

เงื่อนไขในการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา กำหนดให้ผลงานที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ จำต้องมีลักษณะที่แน่นอน (fixation) อันหมายถึง การที่ผลงานนั้นต้องอยู่ในรูปแบบการแสดงผลงานที่จับต้องได้ ไม่ว่าจะเป็นสำเนา หรือการบันทึกเสียง โดยการกระทำของผู้สร้างสรรค์ที่ถาวรเพียงพอที่จะได้รับ ทำซ้ำ หรือการสื่อสารในรูปแบบอื่นใดที่ยาวนานกว่าระยะเวลาที่ส่ง²⁸ ซึ่งผลงานสร้างสรรค์จะนับว่ามีการสร้างสรรค์ขึ้นมาครั้งแรก เมื่อผลงานนั้นมีลักษณะที่แน่นอน ทั้งนี้ กำหนดไว้ในนิยามในมาตรา 101 แห่งกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา²⁹ เช่น ผลงานหนังสือที่มีการถูกเขียนขึ้น ผลงานการแสดงที่ได้รับการบันทึกไว้ ฯลฯ

หลักการกำหนดให้ผลงานที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ต้องมีความถาวรนั้นเนื่องจากการแยกการให้ความคุ้มครองของลิขสิทธิ์ที่จะมีการให้ความคุ้มครองแก่ผลงานสร้างสรรค์ที่ถูกแสดงออก แต่ไม่ให้ความคุ้มครองแก่ความคิดที่อยู่เบื้องหลัง หรือที่ยังไม่แสดงออกแต่อย่างใด³⁰ ซึ่งหลักการนี้สอดคล้องกับสิ่งที่กำหนดไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์สหรัฐอเมริกา ที่กำหนดให้ลิขสิทธิ์ไม่ครอบคลุมไปถึงความคิด กระบวนการ ขั้นตอน ระบบ วิธีการดำเนินการ แนวคิด กฎ สิ่งที่ถูกค้นพบที่ปรากฏอยู่ในผลงานสร้างสรรค์ที่ถูกแสดงออก³¹ ดังที่ปรากฏจากคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาในคดี Baker v. Selden อันเป็นกรณีที่ศาลตัดสินว่า ระบบบัญชีของโจทก์เป็นชุดความคิดที่ไม่อาจได้รับความคุ้มครองเป็นลิขสิทธิ์ได้ เนื่องจากไม่มีความแน่นอน แต่สิ่งที่จะสามารถได้รับความคุ้มครองเป็นลิขสิทธิ์ได้นั้นคือหนังสือที่ได้เขียนเกี่ยวกับแนวคิดนั้น เนื่องจากได้มีการแสดงออกแล้ว³²

²⁶ Jessica Voegelé, "Where's the Fair Use? The Takedown of Let's Play and Reaction Videos on Youtube and the Need for Comprehensive Dmca Reform," *Touro University* 33: 600.

²⁷ Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc. - 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282 (1991)

²⁸ 17 U.S.C. § 101

²⁹ Lydia Pallas Loren, "Fixation as Notice in Copyright Law," *Boston University Law Review*, 96(2016): 942.

³⁰ Megan Carpenter, "Function over Form: Bringing the Fixation Requirement into the Modern Era," *Fordham Law Review* 82, 5 (2014): 2240.

³¹ 17 U.S.C. § 102

³² Baker v. Selden - 101 U.S. 99 (1879)

ผลงานที่ต้องมีลักษณะแน่นอนนั้น กฎหมายมิได้กำหนดว่าต้องเป็นการมีลักษณะแน่นอนในรูปแบบใด ดังนั้นความแน่นอนนี้จึงสามารถอยู่ในรูปแบบใดก็ได้ ไม่ว่าจะสามารถเข้าถึงได้โดยตรงหรือด้วยวิธีการอื่น หรือเครื่องมืออื่นใด ที่อาจเป็นที่รู้จักในปัจจุบันหรืออนาคตก็ได้³³ ทั้งนี้ กฎหมายสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดถึงเงื่อนไขว่า ต้องมีความถาวรมากเพียงใด หรือมีระยะเวลานานกว่าระยะเวลาที่ส่งมากเพียงใด อย่างไรก็ตามคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา สามารถสรุปหลักการเกี่ยวกับลักษณะของความแน่นอนไว้ดังนี้

ประการแรก ผลงานที่มีความแน่นอนนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง ศาลสหรัฐอเมริกาได้ตีความว่า ข้อมูลหรือสำเนาของผลงานดิจิทัลที่เกิดขึ้นในหน่วยความจำของคอมพิวเตอร์ มีความแน่นอนเพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ เนื่องจากผลงานนั้นมีความแน่นอน ถาวรเพียงพอที่จะสามารถสื่อสารในรูปแบบอื่นใดที่ยาวนานกว่าระยะเวลาส่งข้อมูล ดังปรากฏตามคำพิพากษาในตัวอย่างดังต่อไปนี้³⁴

Williams Electronics, Inc. V. Artic Int's Inc อันเป็นกรณีที่โจทก์ ผู้พัฒนาเกมตู้หยอดเหรียญได้ออกแบบวิดีโอเกมขึ้น โดยได้จดทะเบียนลิขสิทธิ์ผลงานเกมนี้ไว้สามประเภท ได้แก่ โปรแกรมผลงานสไตท์สนวส์ สำหรับทั้งสองโหมดของเกม จำเลยได้ขายอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมีลักษณะแข่งขันกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ ซึ่งโจทก์ได้ฟ้องร้องต่อศาลในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ผลงานสไตท์สนวส์ จำเลยในคดีนี้ได้ต่อสู้ว่า ผลงานสไตท์สนวส์ของโจทก์ไม่มีความแน่นอนเนื่องจากเกมได้แสดงออกซึ่งภาพใหม่ ๆ ทุกครั้งที่เล่น ซึ่งศาลในกรณีนี้ได้ตัดสินให้งานของโจทก์สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ เนื่องจากผลงานของโจทก์มีลักษณะแน่นอนเพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์เนื่องจากเกมนั้นถูกแสดงออกด้วยแผงวงจรและหน่วยความจำ (ROM) โดยศาลได้ตัดสินถึงความแน่นอนของหน่วยความจำไว้ดังต่อไปนี้³⁵

“... หน่วยความจำ (ROM) นั้นสามารถเก็บชุดคำสั่งและข้อมูลของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในลักษณะที่ว่าเมื่อมีกระแสไฟฟ้าไหลผ่านวงจรแล้ว ย่อมทำให้โปรแกรมที่ถูกบันทึกไว้ใน ROM และส่วนอื่น ๆ ของเกมนั้นสร้างเสียงและรูปอันเป็นการแสดงสไตท์สนวส์เพื่อให้ผู้เล่นได้เห็นและได้ยิน ผลงานที่ถูกเก็บไว้ในหน่วยความจำนี้มีใช้เพียงภาพของเกมเท่านั้น แต่ยังคงรวมไปถึงการเคลื่อนไหวตอบสนองของผู้เล่นที่ควบคุมด้วย

³³ 17 U.S.C. § 102

³⁴ Attamongkol Tantratian, "Copyright's Fixation Requirement: Is It Still Needed?" (Master, Law, Indiana University, 2020), p. 23.

³⁵ Williams Elecs., Inc. v. Artic Int'l, Inc. - 685 F.2d 870 (3d Cir. 1982)

... เกมของโจทก์อันเป็นผลงานโสทัดศนวัสดุได้ถูกแสดงเข้าไปเข้ามา ... หน่วยความจำซึ่งบรรจุเกมนั้นมีลักษณะแน่นอนเพียงพอด้วยวิธีการใดที่เป็นที่รู้จักในขณะนี้หรือในภายหลัง โดยผลงานนั้นสามารถถูกรับรู้ ทำซ้ำ หรือสื่อสารด้วยวิธีอื่นด้วยเครื่องมือหรืออุปกรณ์ใด ... โดยมีความถาวรแน่นอนเพียงพอมากกว่าระยะเวลาที่ส่งข้อมูลแล้ว ... ผลงานเกมมีความแน่นอนแล้วในหน่วยความจำของอุปกรณ์”

Midway Mfg. Co. v. Artic Int'l, Inc. เป็นกรณีที่มีการโต้เถียงกันเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งจำเลยในกรณีนี้ได้อ้างว่า เกมอันไม่อาจเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทโสทัดศนวัสดุได้ เนื่องจากผลงานดังกล่าวไม่มีความแน่นอนเพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ซึ่งศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่าผลงานเกมของโจทก์มีความแน่นอนเพียงพอบนหน่วยความจำแล้ว ดังต่อไปนี้³⁶

“... ผลงานโสทัดศนวัสดุของโจทก์มีความแน่นอนแล้วในแผงวงจร แผงวงจรมันเป็นวัตถุที่ผลงานโสทัดศนวัสดุสามารถถูกเข้าถึงได้ในระยะเวลาที่นานกว่าเวลาส่ง ข้อเท็จจริงที่ว่าผลงานโสทัดศนวัสดุไม่อาจเข้าถึงได้หากไม่มีอุปกรณ์ ไม่ทำให้ผลงานดังกล่าวกลายเป็นผลงานที่ไม่มีความแน่นอน ศาลจึงตัดสินว่า ผลงานดังกล่าวมีความแน่นอนเพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว ...”

จากตัวอย่างนี้จะเห็นว่า ศาลได้ตัดสินว่า ผลงานที่ถูกเก็บข้อมูลไว้ในหน่วยความจำคอมพิวเตอร์ยอมเป็นกรณีที่มีความแน่นอนเพียงพอต่อการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ แม้จะไม่ได้มีการเห็นเป็นวัตถุอันมีรูปร่างก็ตาม ดังนั้นผลงานดิจิทัลที่มีลักษณะเก็บข้อมูลอย่างถาวรยอมมีลักษณะแน่นอน

ประการที่สอง แม้จะเป็นการเกิดขึ้นหรือทำซ้ำข้อมูลเพียงระยะเวลาอันสั้น แต่หากระยะเวลาดังกล่าวมีความยาวกว่าระยะเวลาที่ส่งผ่านข้อมูลแล้ว ย่อมเป็นกรณีที่ผลงานนั้นมีความแน่นอนเพียงพอแล้ว โดยศาลได้ตัดสินว่า การเก็บข้อมูลในหน่วยความจำระยะสั้น (RAM) เป็นกรณีที่ผลงานดังกล่าวมีความแน่นอนเพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว ดังปรากฏตามคำพิพากษาในตัวอย่างดังต่อไปนี้³⁷

MAI Sys. Corp. v. Peak Comput., Inc. อันเป็นกรณีที่โจทก์ผู้ผลิตและออกแบบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ได้ฟ้องจำเลยในกรณีที่จำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์โดยการนำโปรแกรมของโจทก์

³⁶ Midway Mfg. Co. v. Artic Int'l, Inc. - 547 F. Supp. 999 (N.D. Ill. 1982)

³⁷ Attamongkol Tantratian, "Copyright's Fixation Requirement: Is It Still Needed?," p. 28.

ไปติดตั้งให้แก่ผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม โดยศาลในคดีนี้ตัดสินว่า จำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์เนื่องจากผลงานของโจทก์แล้ว โดยกล่าวว่า³⁸

“การทำสำเนาโปรแกรมใน RAM นั้นมีความถาวร หรือแน่นอนเพียงพอที่จะได้รับ หรือทำซ้ำ หรือสื่อสารด้วยวิธีอื่นใดในระยะเวลาที่นานกว่าระยะในการส่งข้อมูลแล้ว ... ดังนั้น การติดตั้งโปรแกรมซึ่งต้องมีการทำสำเนาโปรแกรมลงใน RAM จึงเป็นการทำซ้ำที่มีลักษณะแน่นอนเพียงพอแล้ว”

จากตัวอย่างจะเห็นได้ว่า การทำผลงานบนหน่วยความจำระยะสั้น สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นการที่มีความแน่นอนเกิดขึ้นแล้ว ทำให้สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้แม้มีการทำขึ้นในระยะสั้น แต่หากเป็นระยะที่นานเพียงพอว่าการส่งข้อมูลแล้ว ย่อมได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์³⁹

ประการที่สาม หากเป็นการทำผลงานในรูปแบบที่ไม่มีลักษณะเป็นการถาวร หรือเปลี่ยนแปลงเสมอแล้ว ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ เนื่องจากผลงานนั้นขาดความแน่นอนเพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครอง หลักการนี้เกิดจากการที่ศาลได้ตัดสินหรือวางหลักว่า ผลงานที่ขาดความเสถียรในความแน่นอนซึ่งผลงานนั้นจะไม่สามารถพิจารณาได้ว่าผลงานนั้นมีลักษณะเป็นผลงานที่แน่นอนเพียงพอ ดังตัวอย่างดังนี้⁴⁰

Kelly v. Chicago Park District เป็นกรณีที่โจทก์ได้จัดสวนดอกไม้ โดยมีการตัดแต่งสวนดังกล่าว ต่อมาจำเลยได้ทำการตัดแปลงสวนที่โจทก์จัดทำ โจทก์จึงฟ้องจำเลยต่อศาลว่าจำเลยละเมิดสิทธิของศิลปินภาพ ที่กำหนดสิทธิให้ผู้สร้างสรรค์สามารถป้องกันให้ผู้อื่นแก้ไขหรือดัดแปลงผลงานของตนได้ โดยการอ้างสิทธิตาม The Visual Artists Rights Act of 1990 (VARA)⁴¹ ซึ่งโจทก์จำเป็นต้องเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ก่อนจึงจะสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้ ในกรณีนี้ ศาลตัดสินว่า โจทก์ไม่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์เนื่องจากผลงานของโจทก์ยังขาดความสร้างสรรค์ และยังไม่มีความถาวร หรือแน่นอนเพียงพอที่จะเป็นผลงานที่แน่นอนอันจะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ดังนี้⁴²

“... แม่ต้นไม้จะเป็นสิ่งที่มีรูปร่างและสามารถคงอยู่ได้นานกว่าระยะเวลาในการส่งข้อมูล แต่ต้นไม้ต้นไม้ไม่มีความถาวรหรือแน่นอนเพียงพอที่จะเป็นผลงานที่แน่นอน เมล็ดพันธุ์และต้นไม้ในสวนนั้นเป็นสิ่งที่โดยธรรมชาติแล้วจะเปลี่ยนไปเสมอ โดยมีการโต ผลิบาน เหี่ยวเฉา และตายลง อันมีลักษณะ

³⁸ MAI Sys. Corp. v. Peak Comput., Inc. - 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993)

³⁹ Attamongkol Tantratian, "Copyright's Fixation Requirement: Is It Still Needed?," p. 30.

⁴⁰ Ibid., 40.

⁴¹ เป็นกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาที่กำหนดให้สิทธิแก่ผู้สร้างสรรค์ที่สร้างสรรค์ผลงานบางประเภท

⁴² Kelley v. Chi. Park Dist.-635 F.3d 290 (7th Cir. 2011)

เป็นวงจรชีวิตของพืชที่ค่อย ๆ เปลี่ยนไปในแต่ละวัน สัปดาห์ หรือตามฤดูกาล แต่การคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้นไม่มีลักษณะเป็นการชั่วคราว แต่ต้องมีลักษณะเป็นการคุ้มครองถึงเนื้อแท้ โดยเนื้อแท้ของการจัดสวนนั้นคือการมีชีวิต ไม่ใช่ความแน่นอนไม่เปลี่ยนแปลง ที่จะเหมือนเดิมในทุกฤดูกาล แต่มีลักษณะที่เปลี่ยนแปลงไปเสมอ...”

ดังนั้น จากคำพิพากษาในคดีนี้ จะเห็นว่า ศาลสหรัฐอเมริกาได้ปฏิเสธการให้ความคุ้มครองกับผลงานที่โดยสภาพแล้วจะมีการเปลี่ยนแปลงไปเสมอ ไม่คงทนหรือถาวร เนื่องจากผลงานในลักษณะนี้มิได้มีลักษณะเป็นการแน่นอนแต่อย่างใด

Kim Seng Co. v. J&A Importers เป็นกรณีที่โจทก์ได้ฟ้องจำเลยต่อศาลเนื่องจากอ้างว่า จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์โดยการใช้รูปภาพที่โจทก์ได้ตกแต่งจานอาหารบนบรรจุภัณฑ์อาหารของโจทก์ โดยโจทก์ได้อ้างว่า ตนมีลิขสิทธิ์เหนือรูปภาพถ่ายของผลงานที่ตนได้สร้างสรรค์ในฐานะที่เป็นการทำผลงานต่อเนื่อง ซึ่งในกรณีนี้ ศาลได้ตัดสินว่า โจทก์มิได้มีลิขสิทธิ์เหนือผลงานดังกล่าวแต่อย่างใด เนื่องจากขาดความแน่นอน ดังนี้

“... การเลือกอาหารจากในหลายอย่าง และจัดเรียงให้อยู่ในรูปแบบหนึ่งในหลายรูปแบบ ... และหากผลงานดังกล่าวจะมีความสร้างสรรค์ ผลงานดังกล่าวก็ไม่มีหลักฐานใดที่แสดงว่าอาหารนั้นมีลักษณะเป็นผลงานที่แน่นอนเพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ เนื่องจากอาหารนั้นมีลักษณะที่เปลี่ยนแปลงได้ และจะหายไปเร็วที่สุด ... เนื่องจากเมื่ออาหารมีการเน่าเสียแล้ว ย่อมเป็นกรณีที่อาหารจานนั้นได้หายไปตลอดกาล ดังนั้นจึงไม่ใช่เป็นผลงานอันมีลักษณะแน่นอนที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ...”

จากคดีทั้งสองแสดงให้เห็นว่า หากเป็นการสร้างสรรค์ผลงานที่โดยสภาพของสิ่งเหล่านั้นแล้ว จะมีความเปลี่ยนแปลงไปเสมอ ย่อมเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีลักษณะเป็นผลงานที่แน่นอน จึงไม่สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้

(3) เป็นงานในประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้

นอกจากจะต้องเป็นผลงานที่สร้างสรรค์ขึ้นแล้ว ยังต้องมีลักษณะเป็นชนิดของงานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายด้วย โดยการกำหนดประเภทนี้ เป็นการกำหนดที่มีลักษณะกว้าง ๆ เนื่องจากเป็นการกำหนดเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ในอนาคตที่อาจเปลี่ยนแปลงไปเนื่องจากเทคโนโลยีที่เกิดขึ้นใหม่ โดยกำหนดไว้เป็นประเภท ดังนี้⁴³

⁴³ 17 U.S.C. § 102

งานวรรณกรรม (Literary works) งานเขียนนี้กฎหมายได้ให้คำนิยามไว้ว่า เป็นงานประเภทที่นอกจากงานโสตทัศนวัสดุที่แสดงออกผ่าน ข้อความ หมายเลข หรือการแสดงออกด้วยคำพูด สัญลักษณ์ หรือสิ่งสื่อความหมายอื่น ๆ โดยไม่จำกัดวัตถุที่เป็นสื่อกลาง เช่น หนังสือ ตาราง คู่มือ การบันทึกเสียง ภาพยนตร์ เทป แผ่นดิสก์ หรือการ์ด ที่ผลงานดังกล่าวสามารถถูกบรรจุลงบนนั้นได้⁴⁴ จากนิยามจึงหมายถึงผลงานใด ๆ ที่อาจถูกบรรยาย อธิบาย หรือเล่าด้วยวัตถุใดวัตถุหนึ่ง ที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นผลงานละคร⁴⁵ ทั้งนี้ หมายรวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ อันมีลักษณะเป็นชุดคำสั่งด้วย⁴⁶

งานดนตรีกรรม (Musical works) งานประเภทนี้หมายถึง งานดนตรี อันได้แก่ โน้ตเพลง ทำนอง จังหวะ ที่ได้แสดงออกมาเป็นดนตรี และหมายรวมถึงเนื้อเพลงด้วย⁴⁷ ซึ่งผู้ที่จะได้รับความคิดครอบ ได้แก่ ผู้แต่งเพลง หรือผู้ทำเพลงนั้นขึ้นมา โดยต้องอยู่ในรูปแบบที่จับต้องได้ อันได้แก่ โน้ตเพลง หรือการอัดเสียงดนตรีนั้น⁴⁸

ละครใบ้และท่าเต้น (Pantomimes and choreographic works) ละครใบ้หมายถึง ศิลปะที่มีการแสดงออกซึ่งเรื่องราวต่าง ๆ ผ่านการเคลื่อนไหวร่างกาย ส่วนท่าเต้นในที่นี้หมายถึงการจัดการเต้นที่มีรูปแบบที่คิดสร้างสรรค์ขึ้นมา โดยงานประเภทนี้ มักมีส่วนประกอบของการขับตัวตามเสียงดนตรีที่มีลำดับขั้นตอน เนื้อเรื่อง หรือมีการแสดงออกซึ่งความสามารถของบุคคลที่แสดง ไม่ว่าจะเป็นการขับร่างกาย ท่าทาง หรือสีหน้า⁴⁹

งานภาพวาด กราฟิก และแกะสลัก (Pictorial, graphic, and sculptural works) งานประเภทนี้ ได้แก่ งานเส้น งานกราฟิก การออกแบบสิ่งต่าง ๆ เพื่อการใช้งานของมนุษย์ ทั้งสองมิติ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁴⁴ 17 U.S.C. § 101

⁴⁵ U.S. Copyright Office, "Literary Works," [Online] Accessed: 27 May 2023. Available from:

<https://www.copyright.gov/registration/literary-works/#:~:text=A%20literary%20work%20is%20a,than%20dialog%20or%20dramatic%20action.>

⁴⁶ David D. Rodrigues, "Copyrights and Software," [Online] Accessed: 27 May 2023. Available from:

<https://grr.com/publications/copyrights-and-software/#:~:text=Since%20the%20Copyright%20Act%20defines,be%20the%20copyrightable%20literary%20work.>

⁴⁷ 17 U.S.C. § 102

⁴⁸ Copyright United States Copyright Office, "Copyright Registration of Musical Compositions and Sound Recording," [Online] Accessed: 10 January 2021. Available from: <https://www.copyright.gov/circs/circ56a.pdf>

⁴⁹ Copyright United States Copyright Office, "Copyright Registration of Choreography and Pantomime," [Online] Accessed: 10 January 2021. . Available from: <https://www.copyright.gov/circs/circ52.pdf>

และสามมิติ เช่น การ์ตูน แผนที่ การออกแบบเพชร งานวาดเขียน งานออกแบบเสื้อผ้า ดอกไม้หรือต้นไม้ปลอม ฯลฯ⁵⁰

งานภาพยนตร์และงานโสตทัศนวัสดุอื่น (Motion pictures and other audiovisual works) ผลงานโสตทัศนวัสดุหมายถึง ผลงานที่ประกอบไปด้วยชุดของรูปภาพที่สามารถแสดงออกผ่านอุปกรณ์ใด ๆ เช่น เครื่องฉาย หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นใด รวมถึงเสียงที่ประกอบขึ้นด้วย ทั้งนี้ ผลงานภาพยนตร์หมายถึง ผลงานโสตทัศนวัสดุที่ประกอบด้วยชุดของภาพที่แสดงออกมาอย่างเป็นเรื่องราว แสดงออกซึ่งความรู้สึกผ่านท่าทาง และรวมถึงเสียงประกอบด้วย⁵¹ เช่น ผลงานเกม ฯลฯ⁵²

งานบันทึกเสียง (Sound recordings) หมายถึงงานที่เกิดจากการทำให้อยู่ในรูปแบบที่แน่นอนของดนตรี การพูด หรือเสียงอื่นใด ทั้งนี้ ไม่รวมถึงเสียงที่ประกอบอยู่ในผลงานภาพยนตร์หรือผลงานโสตทัศนวัสดุอื่น ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดก็ตาม เช่น เทป ฯลฯ⁵³ ซึ่งผู้ที่ได้รับความคุ้มครอง ได้แก่ ผู้แสดง ผู้จัดทำ หรือผู้ติดต่อเสียง มักอยู่ในรูปของไฟล์บันทึกเสียง ซึ่งงานบันทึกเสียงนี้ ได้รับความคุ้มครองที่แตกต่างจากงานดนตรีกรรม⁵⁴

งานสถาปัตยกรรม (Architectural works) หมายถึงผลงานการออกแบบตึกที่อยู่ในรูปแบบการแสดงออกที่แน่นอนใด ๆ รวมถึงอาคาร แบบ หรือร่างด้วย ผลงานนี้รวมถึงการจัดองค์ประกอบและการออกแบบด้วย ทั้งนี้ ไม่รวมถึงการออกแบบตามการใช้งานทั่วไป⁵⁵ เช่น หน้าต่าง ประตู หรือการแบ่งพื้นที่ทั่วไป⁵⁶

(4) ไม่จำเป็นต้องจดทะเบียน

เมื่อได้สร้างสรรค์ผลงานครบตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้ว ผู้สร้างสรรค์ไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแต่อย่างใด การจดทะเบียนนั้นเป็นไปเพื่อเป็นเงื่อนไข

⁵⁰Copyright United States Copyright Office, "Copyright Registration for Pictorial, Graphic, and Sculptural Works," [Online] Accessed: 10 January 2021. Available from: https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/0/07/U.S._Copyright_Office_circular_40.pdf

⁵¹ 17 U.S.C. § 101

⁵² Williams Elecs., Inc. v. Artic Int'l, Inc. - 685 F.2d 870 (3d Cir. 1982)

⁵³ 17 U.S.C. § 101

⁵⁴ Copyright United States Copyright Office, "Copyright Registration of Musical Compositions and Sound Recording."

⁵⁵ 17 U.S.C. § 101

⁵⁶ Copyright United States Copyright Office, "Copyright Registration of Architectural Works," [Online] Accessed: 10 January 2021. Available from: <https://www.copyright.gov/circs/circ41.pdf>

ในการฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา⁵⁷ โดยรายละเอียดการจดทะเบียนนั้น ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมาย⁵⁸

3.1.3 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในฐานะผู้ดัดแปลงผลงาน

(1) ความเป็นมาของการให้ความคุ้มครองผลงานดัดแปลง

สิทธิในการทำผลงานดัดแปลงเกิดขึ้นครั้งแรกในกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาในปี 1870⁵⁹ ที่วางหลักให้การดำเนินการต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์อย่างอื่นที่ไม่ใช่การทำซ้ำโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น การแปล การทำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ให้กลายเป็นบทละครนั้นถูกกำหนดให้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ อันเป็นการขยายขอบเขตการคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้สอดคล้องกับสภาพสังคมในขณะนั้นที่เปลี่ยนแปลงไปเพราะการค้าระหว่างประเทศอันทำให้เกิดการแปรวรรณกรรม⁶⁰ โดยกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นได้กำหนดให้ความคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ให้มีสิทธิในการแปลและการดัดแปลงวรรณกรรมต่าง ๆ เป็นผลงานอื่น รวมถึงบทละคร

การแก้กฎหมายในปี 1870 ของสหรัฐอเมริกานี้ มีที่มาจากคำพิพากษาของศาลสูงสหรัฐอเมริกา ในคดี *The Stowe v. Thomas* ที่โจทก์ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในหนังสือฟ้องจำเลยต่อศาลเนื่องจากจำเลยแปลหนังสืออันเป็นลิขสิทธิ์ของโจทก์โดยไม่ได้รับอนุญาต และเผยแพร่งานแปลดังกล่าว ศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่า การกระทำของจำเลยมิได้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ เนื่องจากจำเลยมิได้พิมพ์ เผยแพร่ นำเข้า หรือขายผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์โดยไม่ได้รับอนุญาต การแปลของจำเลย มิได้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในผลงานของโจทก์⁶¹

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁵⁷ U.S. Copyright Office, "Copyright in General," [Online] Accessed: 27 May 2023. Available from:

[https://www.copyright.gov/help/faq/faq-](https://www.copyright.gov/help/faq/faq-general.html#:~:text=In%20general%2C%20registration%20is%20voluntary,%2C%20section%20%E2%80%9CCopyright%20Registration.%E2%80%9D)

[general.html#:~:text=In%20general%2C%20registration%20is%20voluntary,%2C%20section%20%E2%80%9CCopyright%20Registration.%E2%80%9D](https://www.copyright.gov/help/faq/faq-general.html#:~:text=In%20general%2C%20registration%20is%20voluntary,%2C%20section%20%E2%80%9CCopyright%20Registration.%E2%80%9D)

⁵⁸ 17 U.S.C. § 109

⁵⁹ Copyright act 1870 section 86 "That any citizen of the United States, or resident therein, who shall be the author, inventor, designer, or proprietor of any book, map, chart, dramatic or musical composition, engraving, cut, print, or photograph or negative thereof, or of a painting, drawing, chromo, statue, statuary, and of models or designs intended to be perfected as works of the fine arts, and his executors, administrators, or assigns, shall, upon complying with the provisions of this act, have the sole liberty of printing, reprinting, publishing, completing, copying, executing, finishing, and vending the same; and in the case of a dramatic composition, of publicly performing or representing it, or causing it to be performed or represented by others; and authors may reserve the right to dramatize or to translate their own works."

⁶⁰ Gervais, D. J., "The Derivative Right, or Why Copyright Law Protects Foxes Better Than Hedgehogs," *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*: 792 -793.

⁶¹ *Stowe v. Thomas*-23 F. Cas. 201

จากการตัดสินของศาลในคดีนี้ ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ สหรัฐอเมริกาจึงรับรองสิทธิในการแปลผลงานเขียนไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยกำหนดให้การแปลเป็นหนึ่งในสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่รับรองให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ อีกทั้งกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานเดิมมีสิทธิดัดแปลงผลงานเขียนของตนให้กลายเป็นบทละครด้วย เพื่อเป็นการคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ของผลงานให้มีสิทธิที่นอกเหนือจากการพิมพ์ เผยแพร่ นำเข้า หรือขายผลงานอันมีลิขสิทธิ์⁶²

ต่อมาในปี 1909 สหรัฐอเมริกาได้มีการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์อีกครั้ง การแก้ไขนี้มีหลักเกณฑ์สำคัญในการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยเพิ่มกฎเกณฑ์ที่ใช้สำหรับการแปลและผลงานแปลงอื่น ๆ โดยกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิในการควบคุมการแปลผลงานของตน เจ้าของลิขสิทธิ์ผลงานที่มีใช้ผลงานละคร มีสิทธิที่จะเปลี่ยนผลงานของตนให้เป็นผลงานประเภทละคร เจ้าของลิขสิทธิ์บทละครสามารถเปลี่ยนบทละครเหล่านั้นเป็นผลงานที่ไม่ใช่ละครและผลงานวรรณกรรม เจ้าของลิขสิทธิ์เพลงมีสิทธิแปลงและเรียบเรียงสิทธิแก่ศิลปินหรือผู้ประพันธ์มีสิทธิอย่างเด็ดขาดในการต่อยอดผลงานศิลปะนั้น ๆ โดยการกำหนดเช่นนี้ เป็นการกำหนดถึงชนิดของผลงานดัดแปลงและลักษณะของผลงานที่จะนำมาดัดแปลงด้วย ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ยังไม่มีการกำหนดถึงสิทธิดัดแปลงหรือผลงานดัดแปลงไว้โดยตรงแต่อย่างใด แต่เป็นการกำหนดในเชิงรายการผลงานที่อาจได้รับความคุ้มครอง⁶³

อย่างไรก็ดี แม้จะมีการแก้ไขกฎหมาย กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาที่บังคับใช้อยู่ในขณะนั้นก็ยังไม่สอดคล้องกับสถานะสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ก่อให้เกิดปัญหาการตีความถึงขอบเขตการให้ความคุ้มครองผลงานดัดแปลง ผู้ร่างกฎหมายจึงได้มีการร่างกฎหมายแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ที่กำหนดเกี่ยวกับผลงานดัดแปลงดังนี้⁶⁴

⁶² Gervais, D. J., "The Derivative Right, or Why Copyright Law Protects Foxes Better Than Hedgehogs," *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*: 792.

⁶³ Copyright act 1909 Section 1(b) "Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled, That any person entitled thereto, upon complying with the provisions of this Act, shall have the exclusive right: ...

(b) To translate the copyrighted work into other languages or dialects, or make any other version thereof, if it be a literary work to dramatize it if it be a nondramatic work to convert it into a novel or other nondramatic work if it be a drama; to arrange or adapt it if it be a musical work; to complete, execute, and finish it if it be a model or design for a work of art; ..."

⁶⁴ House of Committee, "Copyright Law Revision Report of the Register of Copyrights on the General Revision of the U.S. Copyright Law," [Online] Accessed: 27 May 2023. Available from: https://www.copyright.gov/history/1961_registers_report.pdf

ประการแรก ให้ผลงานดัดแปลงที่มีความสร้างสรรค์สามารถได้รับความคุ้มครองเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ หากไม่มีเงื่อนไขความสร้างสรรค์แล้ว ย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครอง ซึ่งการให้ความคุ้มครองนี้ จะเป็นการให้ความคุ้มครองต่อผลงานดัดแปลงให้มีลิขสิทธิ์แยกต่างหากออกจากผลงานที่ถูกนำมาดัดแปลง⁶⁵

ประการที่สอง บัญญัติคำที่ใช้เรียกรวมให้ครอบคลุมสำหรับผลงานดัดแปลงทุกประเภทไว้เป็นกรณีเฉพาะสำหรับการทำผลงานดัดแปลง⁶⁶ โดยไม่จำเป็นต้องเขียนไว้เป็นรายการแต่ละกรณีตามการแก้ไขในปี 1909 ซึ่งในร่างกฎหมายนี้ยังได้แยกระหว่างความสร้างสรรค์ของผลงานอันเป็นการรวบรวมและผลงานดัดแปลงออกจากกัน โดยกำหนดให้งานดัดแปลงหมายถึง งานอันมีฐานที่มาหรืออาศัยผลงานที่มีอยู่ผลงานเดียวหรือหลายผลงานในการทำให้เกิดขึ้น เช่น การแปล การเรียบเรียง การประพันธ์ดนตรี การย่อ จัดทำสารบัญ ทำให้เป็นบทละคร ทำให้เป็นภาพเคลื่อนไหว บันทึกเสียง ทำซ้ำซึ่งงานศิลปะ หรือดัดแปลงในรูปแบบอื่นใดที่ผลงานของเจ้าของลิขสิทธิ์เดิมจะถูกนำมาทำใหม่ หรือเปลี่ยนรูปแบบ⁶⁷

ประการที่สาม กำหนดให้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทผลงานดัดแปลง ไม่รวมไปถึงผลงานที่นำมาใช้เพื่อสร้างผลงานดัดแปลง และไม่ส่งผลกระทบต่อขอบเขต ระยะเวลา ความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ของผลงานที่ถูกนำมาใช้⁶⁸

ประการที่สี่ กำหนดให้สิทธิเด็ดขาดแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการควบคุมการจัดทำผลงานดัดแปลง⁶⁹

จากเหตุผลทางประวัติศาสตร์และการเสนอให้มีการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ดังกล่าวไปแล้วข้างต้น ส่งผลให้มีการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์โดยกำหนดให้มีกฎเกณฑ์เฉพาะสำหรับการปรับใช้กับผลงานดัดแปลง โดยมีการให้นิยามผลงานดัดแปลงในลักษณะที่เป็นการทั่วไป สามารถตีความปรับใช้กับผลงานต่าง ๆ ได้ โดยการกำหนดไว้ในประเด็นนี้ สามารถแบ่งได้เป็น 3 ลักษณะ คือ นิยามของผลงานดัดแปลง กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของผู้จัดทำผลงานดัดแปลง และการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในการจัดทำผลงานดัดแปลง⁷⁰

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Pamela Samuelson, "The Quest for a Sound Conception of Copyright's Derivative Work Right " *Georgetown Law Journal*, Forthcoming, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2138479 (2012): 7-8.

⁶⁸ Ibid., 8.

⁶⁹ Ibid., 9.

⁷⁰ 17 U.S.C. § 101 § 103 และ § 106

(2) ความหมายของผลงานดัดแปลง

ในกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้ให้นิยามเกี่ยวกับผลงานดัดแปลงไว้ให้หมายถึง ผลงานที่เกิดจากการนำผลงานที่มีอยู่ก่อนหนึ่งผลงานหรือมากกว่ามาต่อยอดจนเกิดเป็นผลงานใหม่ด้วยวิธีการต่าง ๆ เช่น การแปล การเรียบเรียงดนตรี การทำให้เป็นบทละคร ทำให้เป็นนิยาย ทำให้เป็นภาพเคลื่อนไหว การบันทึกเสียง การวาดภาพซ้ำ การย่อความ การย่อขนาด และการกระทำในรูปแบบอื่นใดที่ทำให้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นถูกทำซ้ำ เปลี่ยน หรือปรับปรุง เป็นผลงานที่ประกอบด้วย การปรับแก้โดยบรรณาธิการ การอธิบาย รายละเอียด หรือการปรับปรุงอย่างอื่นใดโดยแสดงถึงผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิมทั้งหมด⁷¹

จากการกำหนดนิยามเช่นนี้ ทำให้ผลงานดัดแปลงนั้น จะต้องมีการผลิตซ้ำ เปลี่ยนแปลง แปรรูปจากผลงานที่มีอยู่ก่อนแล้วอย่างน้อยหนึ่งผลงาน ผลงานที่มีอยู่แล้วนั้นหมายถึงผลงานสร้างสรรค์ทั้งผลงานที่ยังคงได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์และผลงานอายุความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้หมดลงแล้ว⁷² ซึ่งส่วนหนึ่งก็นำมาใช้จากผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ย่อมหมายถึงความสร้างสรรค์ที่ถูกแสดงออกในผลงานที่ถูกนำมาใช้เป็นผลงานดัดแปลง⁷³ และต้องปรากฏว่า ผลงานนั้นต้องมีลักษณะที่สามารถได้รับความคุ้มครองเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ด้วย⁷⁴

ทั้งนี้ จากตัวอย่างในนิยามของกฎหมาย สามารถแบ่งกลุ่มของผลงานดัดแปลงได้เป็นกลุ่มดังต่อไปนี้⁷⁵

1) การทำให้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์อยู่ในรูปแบบที่สั้นลง การย่อความและการย่อขนาด เป็นผลงานดัดแปลงที่อยู่ในกลุ่มนี้ โดยเป็นผลงานที่แสดงออกในรูปแบบเดียวกันกับผลงานต้นฉบับที่ถูกนำมาดัดแปลง โดยความแตกต่างของผลงานสองประเภทนี้ ได้แก่ ผลงานย่อความนั้นเป็นผลงานที่มีการกล่าวถึงเนื้อหาที่สำคัญของผลงานที่นำมาย่อความนั้นในปริมาณที่มาก ส่วนผลงานย่อขนาดนั้นอาจมีการใช้เนื้อหาของผลงานที่นำมาย่อความนั้นซ้ำ แต่ระดับความเหมือนกันระหว่างผลงานต้นฉบับ

⁷¹ 17 U.S.C. § 101 "A "derivative work" is a work based upon one or more preexisting works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction, abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted. A work consisting of editorial revisions, annotations, elaborations, or other modifications which, as a whole, represent an original work of authorship, is a "derivative work"."

⁷² U.S. Copyright Office and The Library of Congress, "General Guide to the Copyright Act of 1976," [Online] Accessed: 27 May 2023. Available from: <https://www.copyright.gov/reports/guide-to-copyright.pdf>

⁷³ Gervais, D. J., "The Derivative Right, or Why Copyright Law Protects Foxes Better Than Hedgehogs," *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*: 845 - 846.

⁷⁴ 17 U.S.C. § 101

⁷⁵ Pamela Samuelson, "The Quest for a Sound Conception of Copyright's Derivative Work Right " *Georgetown Law Journal*, Forthcoming, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2138479: 11.

และผลงานย่อขนาดนั้นมักจะมีความเหมือนกันอย่างมีนัยสำคัญ ผลงานทั้งสองประเภทนี้มุ่งให้ผู้อ่านที่ไม่ต้องการจะอ่านต้นฉบับที่มีรายละเอียดที่ยาวกว่า⁷⁶

2) การทำใหม่โดยสุจริต ในกรณีนี้หมายถึงการแปลภาษาและการทำงานศิลปะซ้ำ โดยผลงานประเภทนี้ผู้ต้องการที่จะทำให้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิมใหม่โดยสุจริต โดยนำผลงานเดิมมาใช้ทั้งหมด ผลงานดัดแปลงประเภทนี้มักจะเป็นประเภท (Genre) เดียวกันกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิม⁷⁷

3) เปลี่ยนรูปแบบการแสดงออกจากสื่อหนึ่งหรือประเภทหนึ่ง ไปยังอีกประเภทหนึ่ง การทำให้เป็นละครและการทำให้เป็นภาพเคลื่อนไหว เป็นการแสดงออกซึ่งเนื้อหา โครงสร้าง ตัวละคร และการเล่าเรื่องจากผลงานที่มีอยู่เดิมเป็นสื่อใหม่ ซึ่งการดัดแปลงนี้จำเป็นต้องเปลี่ยนองค์ประกอบต่าง ๆ เช่น การบรรยายในวรรณกรรมอาจถูกทำให้เป็นฉากในบทละคร การเรียบเรียงดนตรีโดยเปลี่ยนแนวเพลงจาก Pop เป็น Jazz ฯลฯ⁷⁸

จากงานที่กฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นผลงานดัดแปลงที่สามารถแบ่งเป็นหมวดหมู่ที่กล่าวไปข้างต้น ทำให้สามารถเข้าใจถึงบทบัญญัติที่เปิดกว้างไว้สำหรับผลงานอื่นใดที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติดังกล่าว โดยผลงานอื่นใดในกรณีนี้ เช่น ผลงานภาคต่อของเนื้อเรื่องที่มีอยู่แล้ว การเล่าเรื่องของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ซ้ำ⁷⁹ หรือผลงานล้อเลียน ฯลฯ⁸⁰

(3) การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ผลงานดัดแปลง

กฎหมายลิขสิทธิ์สหรัฐอเมริกาได้วางหลักให้ผลงานดัดแปลงสามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้หากเป็นกรณีที่ผลงานดัดแปลงได้มีเงื่อนไขครบตามหลักการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของผลงาน กล่าวคือ ต้องมีความสร้างสรรค์ มีการทำออกมาในรูปแบบที่แน่นอน และเป็นงานตามประเภทที่กฎหมายกำหนด⁸¹

⁷⁶ Ibid., 12.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid., 12-14.

⁷⁹ Ibid., 18.

⁸⁰ Keeling v. Hars, 809 F.3d 43

⁸¹ 17 U.S.C. § 103 “Subject matter of copyright: Compilations and derivative works

(a) The subject matter of copyright as specified by section 102 includes compilations and derivative works, but protection for a work employing preexisting material in which copyright subsists does not extend to any part of the work in which such material has been used unlawfully.

(b) The copyright in a compilation or derivative work extends only to the material contributed by the author of such work, as distinguished from the preexisting material employed in the work, and does not imply any exclusive right in the

ในประเด็นเงื่อนไขความคิดสร้างสรรค์ของผลงานดัดแปลงนั้น มีลักษณะเช่นเดียวกันกับผลงานอันอาจได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์อื่น ๆ ดังปรากฏตามคำพิพากษาของศาลในคดี Schrock v. Learning Curve Int'l, Inc., อันเป็นกรณีที่โจทก์ได้ถ่ายรูปรูปของเล่นรูปการ์ตูนที่มีลิขสิทธิ์ และฟ้องร้องต่อจำเลยในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่า การถ่ายรูปรูปนั้นสามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้หากขณะทำได้รับอนุญาตในการทำผลงานดังกล่าว ซึ่งผลงานภาพถ่ายนี้เป็นผลงานดัดแปลงที่มีความสร้างสรรค์แล้ว โดยศาลได้ปรับใช้หลักการพิจารณาซึ่งความสร้างสรรค์ว่าระดับความสร้างสรรค์ของผลงานดัดแปลง เป็นไปตามหลักการพิจารณาซึ่งระดับความสร้างสรรค์โดยทั่วไปตามแนวทางที่ได้กำหนดไว้ในคดี Feist ดังนี้⁸²

“... ผลงานดัดแปลงต้องมีความต่างอย่างชัดเจนจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับนั้น ไม่ได้เป็นการกำหนดให้มาตรฐานความสร้างสรรค์ผลงานดัดแปลงมีระดับที่สูงกว่าผลงานอื่น ๆ แต่อย่างใด ความสร้างสรรค์ในการทำผลงานที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นหมายถึง ผลงานนั้นต้องมีความต่างจากผลงานอื่น ๆ ที่มีอยู่ทั่วไปเท่านั้น และหลักในการพิจารณาถึงความสร้างสรรค์นั้นคือการพิจารณาว่ามีการแสดงออกซึ่งความแตกต่างในผลงานดัดแปลงเพื่อให้สามารถแยกหรือแตกต่างออกจากผลงานที่ถูกนำมาใช้ในทางใดทางหนึ่ง โดยไม่ใช่การแสดงออกซึ่งความแตกต่างเพียงเล็กน้อยหรือไม่...กรณีนี้ การถ่ายภาพได้แสดงออกซึ่งความสร้างสรรค์ที่สามารถแยกออกจากผลงานของเล่นนั้นแล้ว โดยการเปลี่ยนรูปแบบจากงาน 3 มิติ เป็นงาน 2 มิติ...”

ทั้งนี้ การคุ้มครองลิขสิทธิ์ผลงานดัดแปลงจะครอบคลุมถึงเพียงส่วนที่สร้างขึ้นโดยผู้สร้างสรรค์ผลงานรวบรวมหรือผลงานดัดแปลงเท่านั้น และกำหนดให้ไม่มีผลต่อลิขสิทธิ์หรือผลงานสาธารณะที่ถูกนำมาทำผลงานดัดแปลง⁸³ มีข้อสังเกตว่า การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์มิได้เกิดจากเงื่อนไขของเจ้าของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาดัดแปลง แต่กฎหมายได้มีการวางหลักให้ การคุ้มครองลิขสิทธิ์ของผลงานดัดแปลงไม่ครอบคลุมไปถึงผลงานที่เกิดจากการนำงานมีลิขสิทธิ์เดิมมาใช้อย่างผิดกฎหมาย แต่ให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์เฉพาะในส่วนของงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นโดยไม่นำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีอยู่มาใช้ ดังนั้น หากมีการเปลี่ยนโดยมิได้รับความยินยอมแล้ว งานแปลนั้นย่อมไม่ได้รับ

preexisting material. The copyright in such work is independent of, and does not affect or enlarge the scope, duration, ownership, or subsistence of, any copyright protection in the preexisting material.”

⁸² Schrock v. Learning Curve Int'l, Inc. - 586 F.3d 513 (7th Cir. 2009)

⁸³ 17 U.S.C. § 103

ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ซึ่งการกำหนดเช่นนี้มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันไม่ให้ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ได้รับประโยชน์จากการกระทำที่ผิดกฎหมาย⁸⁴

ในประเด็นการให้ความคุ้มครองผลงานดัดแปลงที่ได้กระทำลงโดยไม่ได้รับอนุญาตนั้น มีข้อสังเกตว่า หากผู้ทำผลงานดัดแปลงสามารถอ้างหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมเพื่อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของตนแล้ว ผู้ทำผลงานดัดแปลงนั้นย่อมได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในผลงานดัดแปลงนั้น แม้ไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานนั้น ๆ ดังตัวอย่างในคดีดังนี้

Keeling v. Hars เป็นกรณีที่โจทก์ผู้จัดทำผลงานล้อเลียนภาพยนตร์ Point break โดยการสร้างตัวละครและเนื้อหาจาก Point break และนำบทต่าง ๆ จากภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวมาใช้ และเพิ่มมุกตลกต่าง ๆ ลงไป เช่น เปลี่ยนจากตัวละครต้นฉบับที่ต้องหนีบอิฐมาใช้ เป็นการให้ตัวละครนั้นหนีบปืนมาใช้แทน ซึ่งโจทก์ในคดีนี้ได้ฟ้องจำเลยว่า ละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ โดยจำเลยได้ต่อสู้ว่าผลงานของโจทก์นั้นไม่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ เนื่องจากยังไม่ได้รับอนุญาตในการจัดทำผลงานดัดแปลง ซึ่งศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่า โจทก์ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในผลงานดัดแปลงที่ได้สร้างขึ้น แม้จะไม่ได้รับอนุญาต เนื่องจากเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม ดังนี้⁸⁵

“ ... การทำผลงานล้อเลียนเป็นส่วนหนึ่งในการใช้งานตามหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม ... ผลงานดัดแปลงที่ได้ใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตที่เป็นการใช้งานที่เป็นธรรมและผลงานนั้นมีความสร้างสรรค์เพียงพอสามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ ...

... การทำผลงานของโจทก์ได้แสดงออกซึ่งความสร้างสรรค์ที่ได้ทำผลงานนั้นขึ้น ดังนั้นจึงสามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในการคัดเลือก เรียบเรียงองค์ประกอบต่าง ๆ ในผลงานล้อเลียนนั้น ...

... การทำผลงานล้อเลียนที่มีวัตถุประสงค์สร้างความตลกขบขันจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับ ... เป็นการเปลี่ยนผลงานเดิมให้เป็นสิ่งใหม่ที่ตลกขบขัน และเป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรมแม้จะเป็นการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์จำนวนมาก เนื่องจากได้ให้ความหมายต่างจากผลงานต้นฉบับเดิม ดังนั้นจึงเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม... แม้จะไม่มีการใช้คำว่าผลงานนั้นมีความสร้างสรรค์ แต่ศาลชั้นต้น

⁸⁴ U.S. Copyright Office and The Library of Congress, "General Guide to the Copyright Act of 1976."

⁸⁵ Keeling v. Hars, 809 F.3d 43

ก็ได้มีการสรุปว่า การสร้างผลงานชิ้นใหม่ตามหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมชาติ เป็นการเปลี่ยนผลงานอันมีลิขสิทธิ์ให้เป็นสิ่งใหม่ที่สามารถได้รับความคุ้มครองแล้ว ..”

3.1.4 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในฐานะผู้รวบรวมผลงาน

(1) ความหมายของผลงานรวบรวม

สหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้ผลงานรวบรวมหมายถึงผลงานที่เกิดจากการเก็บ และรวมเข้าด้วยกันซึ่งผลงานที่มีอยู่แล้ว หรือข้อมูลที่ได้ถูกเลือก นำมารวมเข้าด้วยกัน หรือจัดเรียงในรูปแบบที่ผลงานนั้นทั้งผลงานอาจได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้⁸⁶ ซึ่งผลงานรวบรวมนี้ หมายถึงรวมถึงผลงานเก็บรวบรวม (Collective work) ด้วย⁸⁷

ผลงานเก็บรวบรวมหมายถึง ผลงานที่รวบรวมเป็นตามเวลา กวีนิพนธ์ หรือสารานุกรม ที่หากแยกผลงานที่ถูกนำมาเก็บรวบรวมแล้ว ผลงานเหล่านั้นจะเป็นผลงานที่มีลิขสิทธิ์ในตัวเองที่รวมกันเป็นผลงานเก็บรวบรวม⁸⁸

จากนิยามจะเห็นว่า ผลงานรวบรวมนั้นสามารถเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี ได้แก่ การรวบรวมผลงานอันมีลิขสิทธิ์ และการรวบรวมข้อมูล

(2) การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์

ผู้ที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในผลงานรวมนั้นต้องปรากฏว่า ได้ดำเนินการหรือจัดทำผลงานรวมนั้นตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้สำหรับการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในผลงานทั่วไป อันหมายถึง ต้องมีความสร้างสรรค์ ต้องทำออกมาในรูปแบบที่แน่นอน และต้องเป็นผลงานตามที่กฎหมายกำหนด⁸⁹

⁸⁶ 17 U.S.C. § 101 “A “compilation” is a work formed by the collection and assembling of preexisting materials or of data that are selected, coordinated, or arranged in such a way that the resulting work as a whole constitutes an original work of authorship. The term “compilation” includes collective works.”

⁸⁷ University of California, "Joint Authorship and Collective Works," [Online] Accessed: 27 May 2023. Available from: <https://copyright.universityofcalifornia.edu/ownership/joint-works.html#:~:text=A%20collective%20work%20is%20generally,copyright%20status%20of%20your%20work>.

⁸⁸ 17 U.S.C. § 101 “A “collective work” is a work, such as a periodical issue, anthology, or encyclopedia, in which a number of contributions, constituting separate and independent works in themselves, are assembled into a collective whole.”

⁸⁹ 17 U.S.C. § 103 “A Subject matter of copyright: Compilations and derivative works

ทั้งนี้ การได้รับความคุ้มครองผลงานรวบรวมไม่มีผลกระทบต่อผลงานที่นำมารวบรวม ในลักษณะที่ไม่ก่อให้เกิดขอบเขตในความคุ้มครองที่กว้างขึ้น ระยะเวลาในการคุ้มครองนานขึ้น ความเป็นเจ้าของของผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิม ดังนั้นจึงไม่ครอบคลุมไปถึงข้อเท็จจริง หรือผลงานที่นำมาประกอบเป็นผลงานรวบรวม⁹⁰

ในการจะได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในผลงานรวมนั้น ต้องปรากฏว่าผู้จัดทำได้มีความสร้างสรรค์ที่ใช้ในการคัดเลือก จัดเรียงเนื้อหาต่าง ๆ โดยผู้สร้างสรรค์ เช่น หากเป็นการรวบรวมโดยมีการคัดเลือกผลงานของนักแสดงดัง 5 เรื่องจากทั้งหมดหลายเรื่องมาจัดลำดับถึงเวลา เนื้อหา และลักษณะของผลงานนั้นแล้วย่อมได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ เนื่องจากมิได้มีความสร้างสรรค์ในการคัดเลือก และรวบรวม⁹¹ โดยความสร้างสรรค์ของผลงานรวมนั้น เป็นไปตามหลักที่วางไว้ในคดี Feist ซึ่งเป็นคดีที่โจทก์ได้ทำการรวบรวมหมายเลขโทรศัพท์ของผู้ให้บริการในชุมชน โดยในหนังสือฉบับนั้นมีการรวบรวมข้อมูลชื่อ ที่อยู่ และหมายเลขโทรศัพท์ต่าง ๆ จำเลยได้จัดพิมพ์หนังสือรวบรวมข้อมูลที่น่าข้อมูลจากโจทก์มาใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต โดยศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่า⁹²

“... เงื่อนไขความสร้างสรรค์นั้นไม่จำเป็นต้องแปลกใหม่ ผู้รวบรวมผลงานสามารถเลือกหรือเรียบเรียงข้อมูลที่คนอื่นได้ใช้แล้วได้ ไม่จำเป็นต้องมีความใหม่ในเงื่อนไขความสร้างสรรค์ ความสร้างสรรค์นั้นจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อผู้ทำได้เลือกหรือเรียบเรียงข้อมูลต่าง ๆ ด้วยตัวเอง (โดยไม่คัดลอกการคัดเลือกหรือเรียบเรียงจากผลงานของผู้อื่น) และมีระดับความสร้างสรรค์เป็นอย่างน้อย ...

... ผลงานรวบรวมข้อเท็จจริงอาจเป็นผลงานที่มีความสร้างสรรค์ได้ หากผู้รวบรวมได้เลือกข้อเท็จจริงว่า จะนำข้อมูลใดมาใช้ จะจัดลำดับไว้อย่างไร และจะจัดเรียงข้อมูลที่เก็บมาอย่างไร ...

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

(a)The subject matter of copyright as specified by section 102 includes compilations and derivative works, but protection for a work employing preexisting material in which copyright subsists does not extend to any part of the work in which such material has been used unlawfully.

(b) The copyright in a compilation or derivative work extends only to the material contributed by the author of such work, as distinguished from the preexisting material employed in the work, and does not imply any exclusive right in the preexisting material. The copyright in such work is independent of, and does not affect or enlarge the scope, duration, ownership, or subsistence of, any copyright protection in the preexisting material.”

⁹⁰ 17 U.S.C. § 103

⁹¹ The American Law Institute, "Restatement of the Law, Copyright - Td 2-4," [Online] Accessed: 27 May 2023. Available from: <https://advance.lexis.com/search/?pdmfid=1522468&crd=133fd8f5-9e3e-48fc-80dc-158b1ae180fe&pdsearchterms=Restatement+of+the+Law%2C+Copyright++TD+2-4&pdicsfeatureid=1517130&pdstartin=hlct%3A1%3A46&pdcaseshlctselectedbyuser=false&pdtypeofsearch=searchboxclick&pdsearchtype=SearchBox&pdqttype=and&pdpsf=&pdquerytemplateid=&comp=kmg4k&earg=pdpsf&prid=97adcf23-df4e-49f7-804c-c9e038cd1634>

⁹² Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc. - 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282 (1991)

ตัวเลือกเช่นการเลือกและจัดเรียงนั้นหากเป็นการทำขึ้นโดยผู้รวบรวมและมีระดับความคิดสร้างสรรค์เป็น อย่างน้อยแล้ว ย่อมเป็นผลงานที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์

...การรวบรวมข้อมูลของโจทก์เป็นการทำที่ธรรมดา โดยจัดเรียงตามตัวอักษร ... การจัดเรียง นี้เป็นการจัดเรียงในวิธีแบบเก่าอันเป็นการใช้กันอย่างทั่วไปกับผลงานรวบรวมชนิดนี้ ดังนั้นการที่ จำเลยทำซ้ำข้อมูลดังกล่าว จึงไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์”

ดังนั้น ผลงานรวบรวมที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ต้องปรากฏว่ามีความสร้างสรรค์ในการ รวบรวม เลือกข้อมูล และจัดเรียงข้อมูล ทั้งนี้ ต้องไม่ใช่วิธีที่ใช้เป็นการทั่วไปสำหรับการรวบรวมข้อมูล ประเภทนั้น และหากไม่มีการคัดเลือกหรือมีระดับความคิดสร้างสรรค์เป็นอย่างน้อย ย่อมไม่ได้รับความ คุ้มครอง ดังตัวอย่างในคดีดังต่อไปนี้

Roy Export Co. Establishment v. Columbia Broadcasting System อันเป็นคดีที่โจทก์ ได้จัดทำผลงานรวมหนึ่งของ Charlie Chaplin เพื่อจัดแสดง โดยผลงานดังกล่าวมีความยาว 13 นาที ซึ่งโจทก์ได้มีลิขสิทธิ์ในผลงานหนึ่งที่น่ามารวบรวมทุกผลงาน อีกทั้งยังนำผลงานเหล่านั้นมาจัดทำหนัง ชีวิตประวัติของ Chaplin จำเลยได้ตัดเอาส่วนหนึ่งของหนังของโจทก์มาใช้ร่วมกับผลงานวิดีโออันไม่มี ลิขสิทธิ์ของ Chaplin โดยตัดแปลงเพียงเล็กน้อย ซึ่งศาลในคดีนี้ได้พิจารณาถึงประเด็นการได้มาซึ่ง ลิขสิทธิ์ของโจทก์ไว้ว่า⁹³

“... ผู้รวบรวมผลงานเก็บรวบรวมไม่อาจได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในผลงานที่ถูกนำมา รวบรวมที่ไม่ได้ทำขึ้นเองได้ ความคุ้มครองนี้คุ้มครองเพียงส่วนที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของผู้ รวบรวมที่ได้เพิ่มลงไปในการทำผลงานเท่านั้น กล่าวคือ การใช้ความสามารถและความคิดสร้างสรรค์ใน การคัดเลือกและรวบรวมผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ... ผลงานรวบรวมจะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อเป็น ผลงานสร้างสรรค์ที่มีความคิดสร้างสรรค์แยกออกจากผลงานภาพยนตร์เท่านั้น ...”

จากคดีนี้ยังแสดงให้เห็นว่า ผู้ทำผลงานรวบรวมจะได้รับความคุ้มครองเพียงแค่ผลงาน รวบรวมที่ได้ทำขึ้นเท่านั้น โดยไม่ได้รับความคุ้มครองไปถึงผลงานที่อยู่เบื้องหลังแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี กฎหมายสหรัฐอเมริกาไม่ได้ให้ความคุ้มครองไปถึงวิธี หรือแนวทางการรวบรวม แต่อย่างใด แต่เป็นการให้ความคุ้มครองผลงานรวบรวมที่เกิดขึ้นจากวิธีการรวมนั้นเท่านั้น เช่น กฎหมายให้ความคุ้มครองผลงานรวบรวมของผู้สร้างสรรค์ที่รวบรวมรายการภาพยนตร์สั้นที่ดีที่สุด

⁹³ ROY EXPORT, ETC. v. Columbia Broadcasting System, 503 F. Supp. 1137 (S.D.N.Y. 1980)

100 เรื่อง และเรียงตามคุณภาพ ผู้รวบรวมคนอื่นสามารถใช้วิธีการเดียวกันนี้ในการรวบรวมผลงานใหม่ได้ เนื่องจากวิธีการไม่ได้เป็นสิ่งที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแต่อย่างใด ในกรณีนี้กฎหมายให้ความคุ้มครองเพียงรายการที่รวบรวมขึ้นมาแล้วเท่านั้น⁹⁴

ทั้งนี้ หากเป็นการรวบรวมผลงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตแล้ว ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม ผู้ทำผลงานรวบรวมยังอาจได้รับความคุ้มครองในผลงานรวบรวมในฐานะผลงานที่สร้างสรรค์ขึ้นใหม่ในส่วนที่สามารถแยกออกจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ได้⁹⁵

3.1.5 สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์

ผู้สร้างสรรค์ผลงานที่ได้ความคุ้มครองให้มีลิขสิทธิ์นั้น ย่อมมีสิทธิบางอย่างที่กฎหมายได้คุ้มครองให้ ซึ่งสิทธิเหล่านี้เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ ในการดำเนินการต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด และสามารถอนุญาตให้ผู้อื่นในการทำกิจกรรมต่าง ๆ ตามที่กฎหมายรับรองไว้ได้ โดยสามารถแบ่งได้ดังนี้⁹⁶

(1) สิทธิในการทำซ้ำซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์

สิทธิในการทำซ้ำนี้เป็นสิทธิที่เจ้าของลิขสิทธิ์เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่สามารถผลิตซ้ำ หรือทำซ้ำซึ่งผลงานของตน โดยหากมีการทำซ้ำโดยไม่ได้รับอนุญาตแล้ว ผู้กระทำนั้นย่อมกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น การถ่ายเอกสารหนังสือ หรือการใช้ตัวการ์ตูนเพื่อทำเป็นลายบนเสื้อผ้า การกระทำเช่นนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นการทำซ้ำทั้งหมด เพียงแค่ทำซ้ำในบางส่วนอันเป็นสาระสำคัญของงานอันมีลิขสิทธิ์ ผู้กระทำที่ไม่ได้รับอนุญาตนั้นย่อมละเมิดสิทธิในการทำซ้ำของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำ⁹⁷ ทั้งนี้ หลักการทำซ้ำที่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไขดังนี้

1) มีการกระทำต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์บางส่วนที่มีนัยสำคัญ

ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำ ทั้งนี้ การทำซ้ำไม่จำเป็นต้องเป็นการทำซ้ำต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด แต่การทำนั้นต้องเป็นการทำต่อส่วนสำคัญของผลงานอันมี

⁹⁴ The American Law Institute, "Restatement of the Law, Copyright - Td 2-4."

⁹⁵ 17 U.S.C. § 103

⁹⁶ 17 U.S. Code § 106

⁹⁷ Bitlaw, "Rights Granted under Copyright Law," [Online] Accessed: 28 May 2023. Available from:

<https://www.bitlaw.com/copyright/scope.html#:~:text=All%20copyright%20rights%20are%20held,granted%20under%20the%20Copyright%20Act; ibid.>

ลิขสิทธิ์นั้น โดยไม่ใช่เป็นเพียงการทำซ้ำในส่วนเล็กน้อย การพิจารณาถึงสัดส่วนนี้ เป็นการพิจารณาเป็นรายกรณีไป⁹⁸ ดังปรากฏในตัวอย่างคดีดังต่อไปนี้

Oravec v. Sunny Isles Luxury Ventures กรณีนี้เป็นกรณีที่โจทก์ฟ้องจำเลยว่าได้ละเมิดลิขสิทธิ์ผลงานออกแบบสถาปัตยกรรมของโจทก์ โดยการออกแบบ พัฒนา และสร้างตึกที่มีรูปลักษณะเหมือนโจทก์ อย่างไรก็ตาม ศาลในคดีนี้ตัดสินว่า การกระทำของจำเลยไม่ละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์แต่อย่างใด เนื่องจากการใช้แนวคิดที่อยู่เบื้องหลังที่คล้ายกันไม่ทำให้มีความคล้ายกันในส่วนสำคัญ โดยศาลในคดีนี้ได้กล่าวถึงหลักในการพิจารณาถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ว่า ต้องปรากฏว่าผลงานที่อ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์ต้องมีความคล้ายคลึงกันอย่างมีนัยสำคัญกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยไม่จำเป็นต้องทำต่อผลงานทั้งหมด หรือเหมือนกันกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด ดังต่อไปนี้⁹⁹

“ในการละเมิดลิขสิทธิ์ ต้องเป็นไปตาม 2 เงื่อนไข 1. ผู้นั้นได้มาซึ่งความคุ้มครองลิขสิทธิ์ 2. มีการทำสำเนาส่วนประกอบของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ... การแสดงให้เห็นถึงการทำสำเนานั้นต้องพิสูจน์ว่า จำเลยได้เข้าถึงผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ และมีความคล้ายคลึงกันกับผลงานของโจทก์อย่างมีนัยสำคัญ ...

... ความคล้ายคลึงกันอย่างมีนัยสำคัญนี้ เป็นการพิจารณาจากกรณีที่คุณคนทั่วไปสามารถสังเกตเห็นได้หรือไม่ว่าสำเนาที่ถูกทำขึ้นนั้นมีการใช้ผลงานอันเป็นส่วนหนึ่งของผลงานอันมีลิขสิทธิ์... การทำสำเนาทุกกรณีไม่ได้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ... ดังนั้นจึงต้องพิจารณาถึงความคล้ายคลึงกันของการแสดงออกซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครอง ...

... ในการพิจารณาถึงความเหมือนกันนี้ต้องพิจารณาจากทั้ง 2 มุมมอง ได้แก่ ความคล้ายคลึงกันระหว่างผลงานจากมุมมองของคุณคนทั่วไป และความคล้ายคลึงกันกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์”

จากหลักการในคดีนี้แสดงให้เห็นว่า ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่จะถูกทำซ้ำหรือละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ต้องปรากฏว่ามีความคล้ายคลึงกันกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์อย่างมีนัยสำคัญ ที่บุคคลทั่วไปสามารถสังเกตเห็นได้ โดยต้องเป็นการเหมือนกันในส่วนของการสร้างสรรค์ที่ได้แสดงออก แต่ไม่รวมไปถึงแนวคิดเบื้องหลังแต่อย่างใด

⁹⁸ Jonathan I. Feil, "Center for International Legal Studies Copyright Infringement," [Online] Accessed: 28 May 2023. Available from: <https://www.sksp.com/uploads/pdf/copyrightinfringement-unitedstatesbyjonathani.feil.pdf>

⁹⁹ Oravec v. Sunny Isles Luxury Ventures, L.C., 527 F.3d 1218

ทั้งนี้ หากเป็นกรณีที่เป็นการทำซ้ำในส่วนที่เล็กน้อยแล้ว ย่อมไม่ใช่สิ่งที่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองให้เป็นสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้น จึงไม่ใช่การละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด ดังตัวอย่างในคำพิพากษาในคดี *Newton v. Diamond* ที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้จัดทำผลงานบันทึกเสียงการเล่นดนตรีของตน ได้ฟ้องร้องผู้จัดแสดงที่นำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนไปใช้ ซึ่งศาลได้ตัดสินว่า การใช้งานนี้เป็นการใช้งานในส่วนเล็กน้อย เพราะส่วนที่ใช้นั้น ไม่ใช่เป็นส่วนที่มากหรือส่วนที่เป็นสาระสำคัญสำหรับงานทั้งหมด ดังนี้¹⁰⁰

“... การใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตที่จะดำเนินคดีได้นั้น ต้องเป็นการใช้ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญเพียงพอ ดังนั้นการทำสำเนาที่กฎหมายให้ความคุ้มครองนั้นต้องเป็นการทำสำเนาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญเท่านั้น การทำซ้ำเพียงส่วนเล็กน้อยไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ... ในการพิจารณาถึงการทำสำเนาในส่วนเล็กน้อยนั้น เป็นการพิจารณาว่า การนำมาใช้นั้นต้องมีส่วนน้อยมากจนผู้ชมไม่อาจทราบได้ถึงการทำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ ... ”

2) ต้องทำออกมาให้อยู่ในรูปแบบที่แน่นอน (fixation)

เงื่อนไขอีกเงื่อนไขหนึ่งที่สำคัญสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์คือ การกระทำสำเนานั้น ต้องทำสำเนาให้ปรากฏอยู่ในรูปแบบที่แน่นอน หลักการนี้มาจากการที่กฎหมายลิขสิทธิ์สหรัฐอเมริกา กำหนดให้ เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิในการทำซ้ำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนให้อยู่ในรูปแบบสำเนา (copies) ใด ๆ ทั้งนี้ อาจอยู่ในรูปแบบใดก็ได้ เช่น หนังสือ ภาพ หน่วยความจำคอมพิวเตอร์ ฯลฯ¹⁰¹

สำเนาในที่นี้หมายถึง วัตถุที่มีรูปร่างนอกจากการบันทึกเสียง ที่ผลงานสามารถมีความแน่นอนอยู่บนวัตถุดังกล่าวได้ ด้วยวิธีการใดที่มีอยู่ในปัจจุบันและอาจเกิดขึ้นในอนาคตเพื่อให้สามารถรับรู้ ทำซ้ำ หรือสื่อสารผลงานนั้น ไม่ว่าจะด้วยการช่วยเหลือของเครื่องมือหรืออุปกรณ์หรือไม่¹⁰²

ทั้งนี้ การละเมิดลิขสิทธิ์ที่จำต้องมีความแน่นอนนั้น อาจเป็นความแน่นอนในช่วงระยะหรือในลักษณะชั่วคราวก็ได้ เช่น กรณีทำซ้ำโปรแกรมอันมีลิขสิทธิ์ลงใน RAM หรือหน่วยความจำระยะสั้น¹⁰³ หรือการทำซ้ำบนเว็บไซต์ก็เป็นการที่ผลงานนั้นแน่นอนเพียงพอที่จะละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ดังตัวอย่างคดีดังต่อไปนี้

¹⁰⁰ *Newton v. Diamond*, 388 F.3d 1189

¹⁰¹ 17 U.S.C. § 103

¹⁰² 17 U.S.C. § 101

¹⁰³ *MAI Sys. Corp. v. Peak Comput., Inc.*-991 F.2d 511 (9th Cir. 1993)

Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc., ศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่า ผู้สร้างแพลตฟอร์มสำหรับการขายไฟล์ดนตรีมีมือ 2 เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้จัดทำ ที่มีสิทธิในการทำซ้ำผลงานอันมีลิขสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียว การส่งไฟล์ดิจิทัลและการดาวน์โหลดนั้นเป็นการทำให้เกิดสำเนาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นใหม่ จึงเป็นการทำซ้ำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยศาลในคดีนี้ได้ตัดสินไว้ดังนี้¹⁰⁴

“... การส่งข้อมูลไฟล์ดนตรีดิจิทัล จากคอมพิวเตอร์ของผู้ขายผ่านเว็บไซต์เพื่อส่งไปยังผู้ซื้อไฟล์ดิจิทัลนั้นย่อมมีการรับและเก็บข้อมูลลงบนเซิร์ฟเวอร์ของจำเลย ก่อนจะถูกส่งไปยังคอมพิวเตอร์ของผู้ซื้อ การส่งไฟล์นี้เป็นการทำให้อยู่ในรูปแบบวัตถุใหม่ในระยะเวลาที่มากกว่าระยะเวลาการส่งข้อมูลแล้ว การทำให้ไฟล์ดนตรีมีความแน่นอนลงบนเซิร์ฟเวอร์ของจำเลย และคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์ของผู้ซื้อ เป็นการทำให้เกิดสำเนาขึ้น จึงเป็นการทำซ้ำ ...”

อย่างไรก็ดีหากเป็นกรณีที่ไม่มีความแน่นอนเกิดขึ้นแล้ว ย่อมไม่ใช่การทำซ้ำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด ดังตัวอย่างในคดี Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc., ที่เป็นกรณีที่โจทก์ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์รายการทีวี ฟ้องจำเลยผู้ให้บริการระบบเคเบิล ว่าระบบเครื่องบันทึกภาพ (DVR) ของจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ ซึ่งศาลได้ตัดสินว่าผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ที่ส่งผ่านระบบเคเบิลของจำเลย มิได้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในการทำซ้ำของโจทก์แต่อย่างใด เนื่องจากยังมีได้มีการทำซ้ำในรูปแบบของวัตถุที่สามารถจับต้องได้ (fixed) ดังนี้¹⁰⁵

“จำเลย ได้มีการนำข้อมูลจากรายการทีวีของโจทก์ มาแยกส่วน และเก็บเป็นข้อมูลเล็ก ๆ ในเวลานั้น เพื่อเป็นการพักข้อมูล (buffer data)¹⁰⁶ ก่อนจะส่งข้อมูลดังกล่าวไปยังลูกค้าที่ต้องการบันทึกข้อมูล ซึ่งหากไม่มีการพักข้อมูลนี้ การใช้งานของลูกค้าจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้ ... การพักข้อมูลนี้มีได้มีผลเป็นการทำให้ข้อมูลนั้นเป็นรูปแบบของวัตถุที่แน่นอน (fixed) แต่อย่างใด การกระทำของจำเลยจึงมิได้เป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในการทำซ้ำของโจทก์แต่อย่างใด”

มีข้อสังเกตว่า ในการปรับใช้สิทธิในการทำซ้ำของสหรัฐอเมริกา นั้น มักจะมีการเกี่ยวข้องหรือปรับใช้ควบคู่กันไปกับสิทธิในการดัดแปลง โดยมีการตีความว่า การดัดแปลงจะเป็นการทำซ้ำซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์เสมอด้วย¹⁰⁷

¹⁰⁴ Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc., 910 F.3d 649

¹⁰⁵ Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc., 536 F.3d 121

¹⁰⁶ Buffer คือส่วนหนึ่งของหน่วยความจำที่ใช้สำหรับพักข้อมูลเป็นการชั่วคราวในระหว่างทำการถ่ายถอด หรือส่งผ่านข้อมูล เช่น ไมโครโฟนจะเก็บหรือพักข้อมูลก่อนส่งผ่านไปยังลำโพง หรือเครื่องคอมพิวเตอร์มีการพักข้อมูลด้วยวิธี Buffer ก่อนส่งไปยังเครื่องพิมพ์

¹⁰⁷ U.S. Copyright Office and The library of Congress, "Genreal Guide to the Copyright Act of 1976."

(2) สิทธิในการดัดแปลงซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์

ดังที่กล่าวไว้แล้วในส่วนการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของผลงานดัดแปลง สหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดให้ความคุ้มครองถึงการดัดแปลงไว้เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะทั่วไปเป็นการเฉพาะ โดยให้นิยามและให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ผู้จัดทำผลงานดัดแปลงในแง่หนึ่ง ส่วนอีกแง่มุมหนึ่งของกฎหมายนั้นคือการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการมีสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวในการทำผลงานดัดแปลงจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน รวมถึงสิทธิในการให้อนุญาตผู้อื่นจัดทำผลงานดัดแปลง¹⁰⁸ ซึ่งการให้อนุญาตนี้จะมีผลโดยตรงกับการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ผลงานดัดแปลง¹⁰⁹

การแก้ไขกฎหมายที่กำหนดให้สิทธิดัดแปลงเป็นสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น มีข้อสังเกตว่า อาจจะมีส่วนเกี่ยวข้องหรือทับกันกับสิทธิอื่น ๆ ที่กฎหมายได้รับรองให้เจ้าของลิขสิทธิ์ เช่น ในบางกรณีการกระทำผลงานดัดแปลงย่อมเป็นการทำซ้ำผลงานอันมีลิขสิทธิ์อยู่ในตัวเสมอ โดยผู้ร่างกฎหมายได้ยอมรับถึงการทับกันของสิทธิต่าง ๆ ที่จะเกิดขึ้นได้¹¹⁰ ทั้งนี้ สิทธิในการทำผลงานดัดแปลงเป็นการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการทำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ให้เป็นรูปแบบใหม่ โดยกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิในการควบคุมการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของตน ที่อาจเป็นกรณีอื่นนอกเหนือจากการทำซ้ำ¹¹¹

แม้ในบางกรณีการทำผลงานดัดแปลงจะเป็นการทำซ้ำ แต่มีใช้ทุกกรณีที่จะเป็นการทำซ้ำ ซึ่งสิทธิทั้งสองนี้มีส่วนที่แตกต่างหรือไม่ทับกัน กล่าวคือ การทำซ้ำในหลายกรณี อาจไม่ใช่การดัดแปลงผลงาน เช่น การหยิบยกข้อความโดยไม่มีการปรับปรุงถ้อยคำดังกล่าว อันเป็นกรณีที่ไม่ได้เปลี่ยนแปลงผลงานต้นฉบับแต่อย่างใด และกรณีที่จะเกิดการซ้ำได้นั้น จำต้องมีการทำซ้ำและแสดงออกมาเป็นรูปร่างที่แน่นอนเท่านั้น (Fixed) ในขณะที่การดัดแปลงในบางกรณีอาจเป็นกรณีที่ไม่จำต้องมีการแสดงออกเป็นรูปร่างที่แน่นอนได้ เช่น การจัดแสดงก็เป็นการดัดแปลงผลงานต้นฉบับได้¹¹² หรือในกรณีภาคต่อของหนังสือ หรือการจัดทำสารานุกรมจากหนังสือ ก็เป็นการกระทำผลงาน

¹⁰⁸ 17 U.S.C. § 106 “Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following: ...

(2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work; ...”

¹⁰⁹ 17 U.S.C. § 103

¹¹⁰ U.S. Copyright Office and The library of Congress, "General Guide to the Copyright Act of 1976."

¹¹¹ *ibid.*

¹¹² Gervais, D. J., "The Derivative Right, or Why Copyright Law Protects Foxes Better Than Hedgehogs," *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*: 839.

ดัดแปลง ซึ่งหากไม่ได้รับอนุญาตย่อมเป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เดิม แต่ในกรณีนี้ มิได้มีการทำซ้ำแต่อย่างใด¹¹³

จึงสามารถกล่าวได้ว่า ส่วนที่แตกต่างกันระหว่างสิทธิในการทำซ้ำและการดัดแปลงนั้น จะเป็นส่วนที่ผู้ทำการดัดแปลงต้องแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์บางประการในการทำผลงานดัดแปลง การทำผลงานดัดแปลงนั้นจะผสมการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ของผู้จัดทำเข้ากับการแสดงออกของผลงานต้นฉบับที่นำมาดัดแปลง ไม่ว่าจะเป็นการทำซ้ำขึ้นมาใหม่ หรือแปลงรูปผลงานนั้น จนเกิดเป็นผลงานใหม่ที่สามารถแยกออกมาได้จากผลงานเดิม ดังที่กล่าวแล้วในส่วนการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในผลงานดัดแปลง ในขณะที่การทำซ้ำไม่จำเป็นต้องมีการสร้างสรรค์ผลงานเพิ่มเติมแต่อย่างใด¹¹⁴

สิทธิในการทำผลงานดัดแปลงจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองนั้น หมายถึงการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการทำผลงานดัดแปลงจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน ดังนั้น สิทธิดัดแปลงที่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองจึงเป็นการให้ความคุ้มครองต่อการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต โดยส่วนที่นำเอาไปใช้ต้องเป็นส่วนความคิดสร้างสรรค์ที่ถูกแสดงออกที่สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ ไม่ใช่เพียงความคิดเบื้องหลังแต่อย่างใด¹¹⁵ เช่นดังตัวอย่างการปรับใช้ของศาลสหรัฐอเมริกาในคดี Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co., อันเป็นคดีที่จำเลยเป็นสำนักพิมพ์ผู้มีลิขสิทธิ์ในผลงานวรรณกรรม The Wind Done Gone ที่เป็นผลงานวิพากษ์วิจารณ์ผลงานที่มีชื่อเสียงที่โจทก์มีลิขสิทธิ์คือ Gone with the Wind ซึ่งในการจัดทำผลงาน The Wind Done Gone ได้มีการนำเอาเนื้อหาหลาย ๆ อย่างที่ปรากฏในผลงาน Gone with the Wind มาใช้ จึงเป็นกรณีที่ศาลได้ตัดสินว่า การใช้งานของจำเลยนั้น เป็นการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นสิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง ซึ่งในการตัดสินว่าการกระทำนั้นเป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองมาใช้หรือไม่ ศาลได้พิจารณาไว้ดังปรากฏในคำพิพากษาดังต่อไปนี้¹¹⁶

“... กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้ให้ความคุ้มครองต่อความคิด แต่เป็นการให้ความคุ้มครองต่อการแสดงออกซึ่งความคิด ... การพิจารณาการละเมิดลิขสิทธิ์ในการคัดลอกการแสดงออกซึ่งความคิดของ

¹¹³ Ibid., 841.

¹¹⁴ Pamela Samuelson, "The Quest for a Sound Conception of Copyright's Derivative Work Right " *Georgetown Law Journal*, Forthcoming, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2138479: 16.

¹¹⁵ Jonathan I. Feil, "Center for International Legal Studies Copyright Infringement."

¹¹⁶ SunTrust Bank v. Houghton Mifflin Co., 268 F.3d 1257

ผู้อื่น จะไม่ได้รับความคุ้มครอง เนื่องจากความคิดนั้นมิใช่ต้นฉบับประสงค์เพื่อให้สาธารณชนเข้าถึง ดังนั้นผู้สร้างสรรค์คนใหม่สามารถนำความคิดที่อยู่เบื้องหลังมาใช้เพื่อแสดงออกในรูปแบบของตนเองได้ ...

... การจะละเมิดลิขสิทธิ์ได้นั้นต้องปรากฏว่า มีการคัดลอกส่วนที่เป็นการแสดงออกซึ่งความสร้างสรรค์ของผลงานที่เป็นต้นฉบับลงไปในผลงานที่ถูกอ้างว่าได้ทำละเมิด ... ในการพิสูจน์ต้องมี ความคล้ายคลึงกันอย่างมีนัยสำคัญ โดยการพิจารณาถึงความคล้ายคลึงกันนี้ จำต้องมีการแสดงให้เห็น ถึงการที่ผู้เห็นสามารถนึกถึงหรือบอกได้ว่ามีเนื้อหาส่วนใดที่นำมาใช้จากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ... ทั้งนี้ ต้องเป็นการเหมือนกันในส่วนการแสดงออกซึ่งความสร้างสรรค์จากผลงานต้นฉบับโดยไม่รวมถึง ความคิดหรือข้อเท็จจริงเบื้องหลัง ...

... ในการพิจารณาถึงความคิดและการแสดงออกในผลงานนวนิยายนั้น ไม่มีหลักเกณฑ์ที่ตายตัวในการพิจารณา ... เมื่อพิจารณาถึงผลงานทั้ง 2 แล้ว จะเห็นว่าผลงานของจำเลยได้มีการนำตัวละครหลาย ๆ ตัวละคร ฉาก เนื้อเรื่องจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้ โดยตัวละครที่ใช้ในผลงานของจำเลยได้มาจากผลงานของโจทก์ทั้งหมด โดยมีเพียงการเปลี่ยนชื่อในบางตัวละคร แต่การบรรยายถึงตัวละครเหล่านั้นมาจากผลงานของโจทก์ทั้งสิ้น ... การกระทำของจำเลยจึงเป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ไปใช้เพื่อสร้างสรรค์เรื่องราวใหม่ ... จึงเป็นการนำส่วนที่เป็นการแสดงออกซึ่งความสร้างสรรค์จากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้แล้ว ...”

จากคำพิพากษาในคดีดังกล่าวจะเห็นว่า การให้ความคุ้มครองต่อการทำผลงานดัดแปลงที่ให้เป็นสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น ต้องปรากฏว่ามีการนำส่วนใดส่วนหนึ่งของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้ในส่วนที่เป็นการแสดงออกซึ่งความสร้างสรรค์ และต้องปรากฏว่าผลงานดัดแปลงที่ถูกทำขึ้นนั้น ต้องมีความคล้ายคลึงกันอย่างมีนัยสำคัญ ที่บุคคลทั่วไปสามารถเห็นได้ด้วย ซึ่งหลักการนี้มีข้อสังเกตว่า เป็นหลักการเดียวกันกับการพิจารณาถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิในการทำซ้ำ และในการพิจารณาคดีนี้ที่เป็นการทำผลงานดัดแปลงนั้นมีลักษณะเหมือนกันกับการพิจารณาถึงสิทธิในการทำซ้ำ เนื่องจากการทำผลงานดัดแปลงมีส่วนหนึ่งที่ทับซ้อนกันกับการทำซ้ำซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์

ดังนั้น เจ้าของผลงานอันมีลิขสิทธิ์จึงมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำผลงานดัดแปลงจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน หากมีผู้อื่นนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตแล้ว ย่อมเป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์

(3) สิทธิในการแจกจ่ายงานที่ทำซ้ำ หรืองานที่บันทึกเสียงของงานที่สร้างสรรค์ขึ้นต่อสาธารณชน ด้วยวิธีการขาย หรือโอนความเป็นเจ้าของ หรือการให้เช่า หรือการให้ยืม (สิทธิในการแจกจ่าย)

กรณีนี้เป็นสิทธิในการจำหน่ายแจกจ่ายของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำงานที่ตนมีลิขสิทธิ์เพื่อขายต่อสาธารณะ ให้เช่า หรือให้ยืม สิทธินี้ทำให้ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถป้องกันการแจกจ่ายงานที่มีลิขสิทธิ์ของตนโดยไม่ได้รับอนุญาต¹¹⁷ อย่างไรก็ตาม สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการแจกจ่ายงานของเจ้าของลิขสิทธิ์ สามารถถูกจำกัดได้โดยหลักการขายในครั้งแรก (First sale doctrine) ที่กำหนดให้ผู้ขายที่ขายผลงานที่ทำซ้ำของตนไปแล้ว ไม่สามารถควบคุมการใช้งานของผลงานที่ถูกทำซ้ำนั้นได้อีก¹¹⁸ เช่น ผู้ขายไม่อาจมีสิทธิกำหนดห้ามขายหนังสือที่ผู้ซื้อได้ซื้อไปจากร้านขายหนังสืออย่างถูกกฎหมาย ดังนั้น หนังสือที่ผู้ซื้อได้ซื้อผลงานไป อาจมีการขายต่อ หรือนำไปให้ผู้อื่นต่อได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม หลักการขายในครั้งแรกนี้ มีข้อยกเว้นที่กำหนดโดยกฎหมาย เช่น ห้ามมิให้มีการให้เช่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ฯลฯ¹¹⁹

(4) สิทธิในการจัดแสดงงานต่อสาธารณชน (publicly perform) ในกรณีที่เป็นงานวรรณกรรม ดนตรีกรรม นาฏกรรม ละครุใบ้ และทำเต็น และภาพยนตร์หรือสื่ทัศน์วัสดุ

สิทธิในกรณีนี้เป็นสิทธิในการแสดงต่อสาธารณะ โดยผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถแสดงงานอันมีลิขสิทธิ์ตามประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้ต่อสาธารณะได้ ภายใต้สิทธินี้ ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถกำหนดการแสดงดังกล่าวได้¹²⁰ โดยการแสดงต่อสาธารณะนี้ หมายถึง การแสดงในสถานที่ที่เปิด หรือในสถานที่ที่มีบุคคลจำนวนหนึ่งที่ไม่ใช่บุคคลในครอบครัวมารวมตัวกันได้ หรือเป็นการแสดงที่ถ่ายทอดไปได้ในหลายสถานที่ เช่น ถ่ายทอดผ่านอินเทอร์เน็ต หรือวิทยุ¹²¹ ดังนั้นการนำภาพยนตร์ที่เข้าไปเปิดแสดงในที่สาธารณะ เช่น โรงภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ จึงมีความผิด แต่หากเป็นการเปิดชมในบ้านแล้ว ย่อมไม่เป็นความผิด เนื่องจากไม่ใช่เป็นการแสดงต่อสาธารณะ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า สิทธิดังกล่าวได้ครอบคลุมไปถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เนื่องจากเป็นงานวรรณกรรมประเภทหนึ่ง อีกทั้งบางโปรแกรม ยกตัวอย่างเช่น วิดีโอเกม ยังได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานสื่ทัศน์วัสดุอีกด้วย ดังนั้นการแสดงวิดีโอเกมต่อสาธารณะโดยไม่ได้รับความยินยอม ย่อมเป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์¹²²

¹¹⁷ 17 U.S.C. § 106

¹¹⁸ 17 U.S.C. § 109

¹¹⁹ Bitlaw, "Rights Granted under Copyright Law."

¹²⁰ 17 U.S.C. § 106

¹²¹ 17 U.S.C. § 101

¹²² Bitlaw, "Rights Granted under Copyright Law."

(5) สิทธิในการแสดงต่อสาธารณชน (publicly display) ในกรณีงานวรรณกรรม ดนตรีกรรม ละครใบ้ และท่าเต้น งานภาพวาด กราฟิก และแกะสลัก รวมถึงภาพจากภาพยนตร์หรือ โสตทัศนวัสดุ

การแสดง (display) ต่อสาธารณชนมีลักษณะคล้ายการจัดแสดง (perform) ต่อสาธารณชน โดย คำว่าสาธารณชนนี้มีลักษณะเช่นเดียวกัน ซึ่งข้อแตกต่างที่สำคัญคือการกำหนดประเภทของงานที่ได้รับ ความคุ้มครอง¹²³ ซึ่งในกรณีนี้ กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองต่อ งานภาพวาด กราฟิก และแกะสลัก และภาพที่เป็นส่วนหนึ่งของภาพยนตร์หรืองานโสตทัศนวัสดุ¹²⁴

(6) แสดงต่อสาธารณชน ด้วยวิธีการส่งไฟล์เสียงผ่านทางระบบดิจิทัล (digital audio transmission) ในกรณีงานสิ่งบันทึกเสียง

กรณีนี้ก็เป็กรณที่คล้ายคลึงกันกับกรณีการแสดงต่อสาธารณชนที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น โดย การตีความคำว่าสาธารณชนมีลักษณะเช่นเดียวกัน ข้อแตกต่างที่สำคัญในกรณีนี้คือประเภทของลิขสิทธิ์ ที่ได้รับความคุ้มครอง¹²⁵

3.1.6 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

ดังที่กล่าวไปในหัวข้อสิทธิที่กฎหมายได้คุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ จะเห็นว่าผู้มิลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการกระทำการต่าง ๆ ที่กฎหมายคุ้มครองต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของตน หากมีบุคคลอื่นที่ไม่ได้รับอนุญาตกระทำการที่กฎหมายคุ้มครองให้เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์แล้ว ย่อมเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม ผู้ที่กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์อาจอ้างหลักกฎหมายบาง ประการอันเป็นข้อจำกัดสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ โดยหากเข้าข้อยกเว้นแล้ว ย่อมไม่เป็นการ ละเมิดลิขสิทธิ์ กล่าวคือหากเป็นการใช้งานโดยไม่ได้รับอนุญาตตามลักษณะสิทธิที่กฎหมาย สหรัฐอเมริกาได้รับรองไว้และไม่เข้าข่ายเป็นกรณีที่ใช้งานตามข้อจำกัดสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของ ลิขสิทธิ์แล้วย่อมเป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์¹²⁶ โดยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์มีดังนี้

(1) ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กรณีทั่วไป : หลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม (Fair use)¹²⁷

หลักการ Fair use หรือการใช้งานอย่างเป็นธรรม เป็นหลักการที่เกิดจากการพัฒนาการทาง ศาล เพื่อที่จะทำให้เกิดสมดุลระหว่างสิทธิของผู้มีลิขสิทธิ์กับประโยชน์ทางสังคม โดยเป็นการจำกัด

¹²³ Ibid.

¹²⁴ 17 U.S.C. § 106

¹²⁵ 17 U.S.C. § 106

¹²⁶ 17 U.S. Code § 501

¹²⁷ 17 U.S. Code § 107

สิทธิบางประการของผู้มีลิขสิทธิ์ โดยการจะอ้างหลักการใช้งานอย่างเป็นทางการเพื่อให้ไม่ต้องมีความผิดในการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ซึ่งหลักการนี้เกิดขึ้นครั้งแรกในปี 1841 ในการตัดสินคดี Folsom v. Marsh¹²⁸ ซึ่งคดีนี้ Jared Sparks ฝ่ายโจทก์เป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในอรรถชีวประวัติของประธานาธิบดี Washington และงานเขียนที่ Washington ได้จัดทำขึ้น ได้จัดพิมพ์งานเขียน 12 ฉบับ ผ่านสำนักพิมพ์ Folsom ได้ถูกจำเลย Reerend Charles Upham คัดลอกหนังสือ 353 หน้าจากงานเขียนฉบับที่ 2 อันมีชื่อว่า “The life of Washington in the form of an Autobiography” และให้สำนักพิมพ์ Marsh, Capen และ Lyon ตีพิมพ์ โจทก์จึงได้กล่าวหาว่า จำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์ของตน เนื่องจาก Upham ได้คัดลอกผลงานเขียนจากหนังสือของ Jared Sparks

ในคดีนี้ศาลสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาว่า การกระทำของจำเลยนั้นไม่เข้าหลักเกณฑ์การใช้งานอย่างเป็นทางการ โดยศาลได้วางหลักว่า “ในการตัดสินปัญหาดังกล่าว ต้องพิจารณาถึง ลักษณะหรือธรรมชาติของการเลือกที่จะทำ ปริมาณและคุณภาพของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้ และระดับผลกระทบของการนำงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นมาใช้ ว่ามีการก่อให้เกิดผลกระทบทางการตลาด เป็นการลดกำไร หรือมีลักษณะเป็นการแทนที่ผลงานเดิมหรือไม่”

หลังจากคดีดังกล่าวสหรัฐอเมริกาได้นำหลักการ Fair use มากำหนดไว้ในกฎหมาย Copyright Act of 1790 ใน Section 107 Limitations on exclusive rights: Fair use ดังต่อไปนี้

“Limitations on exclusive rights: Fair use

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;*
- (2) the nature of the copyrighted work;*
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and*

¹²⁸ Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.”

“ข้อจำกัดการใช้สิทธิเด็ดขาด: การใช้งานที่เป็นธรรม

โดยไม่เป็นการขัดกับมาตรา 106 และ 106A การใช้งานอย่างเป็นทางการอันมีลิขสิทธิ์ รวมถึงการทำสำเนาซ้ำ หรือบันทึกเสียงหรือบันทึกด้วยวิธีอื่นใด เพื่อวัตถุประสงค์ต่าง ๆ เช่น การวิพากษ์วิจารณ์ ให้ความเห็น เสนอข่าว สอน (รวมถึงการทำสำเนาหลายชุดเพื่อใช้ในห้องเรียน) การให้ทุนการศึกษา หรือการวิจัย ฯลฯ ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ในการพิจารณาว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในกรณีที่เกิดขึ้นนั้นเป็นการใช้งานอย่างเป็นทางการหรือไม่ ให้พิจารณาจาก 4 ปัจจัยดังต่อไปนี้

- (1) วัตถุประสงค์หรือลักษณะการใช้งาน รวมถึงการพิจารณาว่าการใช้งานนั้นเป็นการใช้งานเพื่อการค้า หรือเป็นการใช้อย่างไม่แสวงหากำไรเพื่อวัตถุประสงค์ทางการศึกษา
- (2) ลักษณะของผลงานที่มีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้
- (3) จำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนที่งานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ เมื่อเทียบกับงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด
- (4) ผลกระทบต่องานอันมีลิขสิทธิ์ต่อการตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์

ข้อเท็จจริงที่ว่า งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นยังไม่ได้เผยแพร่ ไม่เป็นเหตุให้เป็นการใช้งานอย่างเป็นทางการ เว้นแต่จะได้มีการพิจารณาถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่ระบุไว้ข้างต้นแล้ว”

การบัญญัติมาตรา 107 ไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรของสหรัฐอเมริกา นั้น มีที่มาจากศาลที่ศาลในสหรัฐอเมริกา ได้วางรากฐานหลักการใช้งานอย่างเป็นทางการขึ้น และมีการถูกนำไปใช้ในหลายคดีเนื่องจากมีผู้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับความยินยอมอ้างหลักการใช้งานอย่างเป็นทางการมากยิ่งขึ้น โดยแม้จะยังไม่ได้มีการเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ศาลต่าง ๆ ก็ได้นำหลักการดังกล่าวมาใช้ โดยพิจารณาถึงทั้ง 4 ปัจจัยที่กำหนดไว้ในมาตรา 107 อย่างไรก็ดี การกำหนดหลักการใช้งานอย่างเป็นทางการในมาตรา 107 ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เป็นการจำกัดการพิจารณาหรืออำนาจของศาลในการปรับใช้หลักการใช้งานอย่างเป็นทางการให้จำกัดการพิจารณาจากเพียง 4 ปัจจัยที่ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 107 เท่านั้น เนื่องจากมาตรา 107 นี้เป็นเพียงหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ที่กำหนดขึ้นจากการนำคำพิพากษาของศาล หรือบรรทัดฐานของศาลที่มีอยู่ในขณะนั้นมาบัญญัติไว้เท่านั้น โดยการบัญญัติมาตรา 107 นี้

ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ศาลใช้การตีความหลักการใช้งานอย่างเป็นทางการเป็นกรณีพิเศษแต่ ละคดีไป โดยให้การตัดสินและการปรับใช้เป็นไปตามหลักคอมมอนลอว์¹²⁹

ดังนั้น แม้จะมีการบัญญัติมาตรา 107 ลงเป็นกฎหมายนิติบัญญัติแล้ว ศาลสหรัฐอเมริกา ก็ยังสามารถตีความมาตรา 107 หรือใช้หลักการใช้งานอย่างเป็นทางการอย่างอิสระ เพื่อส่งเสริมวัตถุประสงค์ ในการส่งเสริมให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ อันได้แก่ การส่งเสริมหรือสนับสนุน การสร้างสรรค์ผลงาน แม้ว่าในบางกรณีอาจมีการพิจารณาจากปัจจัยอื่น ๆ ที่อาจไม่ตรงกับถ้อยคำที่ กำหนดไว้ในบทบัญญัติดังกล่าวได้ ในการพิจารณาถึงหลักการใช้งานอย่างเป็นทางการนี้ ต้องพิจารณาถึง องค์ประกอบต่าง ๆ ร่วมกัน เป็นรายกรณีไป โดยปรับใช้และดัดแปลงตามแต่สถานการณ์และกรณีไป ทั้งนี้ ดังที่ปรากฏใน House of Representative report No. 94-1476 หน้า 66 ดังนี้¹³⁰

“ข้อความหลักการการใช้งานอย่างเป็นทางการที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 107 ได้กำหนดแนวทาง สำหรับผู้ใช้งานในการพิจารณาว่า เมื่อใดจึงจะเป็นการใช้งานอย่างเป็นทางการ อย่างไรก็ตาม สถานการณ์ ต่าง ๆ และเหตุการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณีโดยเฉพาะที่อาจเกิดขึ้นได้อย่างนับไม่ถ้วน ทำให้ไม่ อาจกำหนดกฎเกณฑ์ที่ตายตัวเพื่อจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้นตามแต่ละกรณีได้ ร่างกฎหมายนี้เป็นเพียง การกำหนดวัตถุประสงค์ และหลักเกณฑ์อันเป็นขอบเขตทั่วไปของหลักการใช้งานอย่างเป็นทางการที่ ศาลได้วางไว้ แต่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดให้หลักการใช้งานอย่างเป็นทางการเป็นหลักที่ตายตัว ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสถานการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วของ เทคโนโลยี นอกเหนือจากหลักการอย่างกว้าง ๆ ที่กำหนดไว้ว่า การใช้งานอย่างเป็นทางการคืออะไร และเกณฑ์บางอย่างที่จะนำไปปรับใช้แล้ว ศาลสามารถปรับใช้หรือดัดแปลงหลักการใช้งานอย่างเป็นทางการ เพื่อให้เข้ากับสถานการณ์เฉพาะเป็นรายกรณีไป มาตรา 107 นั้นมีวัตถุประสงค์เพียงการนำ หลักการที่ศาลได้เคยตัดสินไว้แล้วหรือที่ใช้ในปัจจุบันมากำหนดไว้ในกฎหมายเท่านั้น มิได้มี วัตถุประสงค์ที่จะเปลี่ยนแปลง กำหนดให้แคบลง หรือขยายให้หลักการดังกล่าวกว้างขึ้นแต่อย่างใด”

การตีความหลักการใช้งานอย่างเป็นทางการ มิใช่เป็นเพียงข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นในการใช้งาน ลิขสิทธิ์เท่านั้น แต่การใช้งานอย่างเป็นทางการนี้เป็นเหมือนสิทธิพิเศษสำหรับผู้ใช้งานที่จะไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ การตีความการใช้งานอย่างเป็นทางการใน ลักษณะนี้ ทำให้เกิดความเท่าเทียมกันของการให้ความคุ้มครองของฝ่ายผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ โดย กฎหมายไม่เพียงแต่ต้องให้ความคุ้มครองต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เท่านั้น แต่จำเป็นต้องตีความและ ถูกใช้เพื่อการให้ความคุ้มครองถึงเสรีภาพของผู้ใช้งานด้วย โดยการตีความกฎหมายนี้จะเป็นการ

¹²⁹ House of Representatives, "Copyright Law Revision."

¹³⁰ Ibid.

ตีความในลักษณะที่เป็นไปเพื่อให้เกิดสมดุลกันระหว่างการใช้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ และเสรีภาพของผู้ใช้งานในการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น¹³¹

จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถแยกรายละเอียดปัจจัยที่ใช้พิจารณาถึงการใช้งานอย่างเป็นธรรมได้ดังนี้¹³²

(1) วัตถุประสงค์และลักษณะการใช้ (purpose and character of the use) รวมถึงการพิจารณาว่าการใช้งานนั้นเป็นการใช้งานเพื่อการค้า หรือเป็นการใช้อย่างไม่แสวงหากำไรเพื่อวัตถุประสงค์ทางการศึกษา

ในการพิจารณาว่า เป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรมหรือไม่ ศาลมักจะให้การใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อวัตถุประสงค์การศึกษาที่ไม่แสวงหากำไร และการใช้งานอย่างไม่แสวงหากำไรนั้นเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม ทั้งนี้ การใช้งานเพื่อวัตถุประสงค์ของการศึกษาหรือการใช้งานที่ไม่แสวงหากำไรนั้น จะเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมเสมอไป¹³³ และการใช้งานเพื่อแสวงหากำไรในบางกรณีก็อาจเป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรมได้ โดยในการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการใช้งานเพื่อการค้านั้น ต้องพิจารณาควบคู่กับวัตถุประสงค์อื่น ๆ หรือปัจจัยอื่น ๆ ในการพิจารณาว่า เป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรมหรือไม่ ดังที่ปรากฏในเอกสาร House of Representative report No. 94-1476 หน้า 66 ดังนี้¹³⁴

“... การกำหนดนี้มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดการตีความว่าต้องเป็นการใช้งานที่ไม่แสวงหากำไรเท่านั้น จึงจะเป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรม การที่นำหลักการดังกล่าวมาเขียนไว้ในปัจจัยแรกแห่งมาตรา 107 นี้เป็นเพียงการกำหนดเพื่อแสดงออกถึงการยอมรับว่า ในกฎหมายปัจจุบันนั้น ต้องมีการพิจารณาถึงปัจจัยว่าการใช้งานดังกล่าวเป็นการใช้งานเพื่อแสวงหากำไร หรือไม่แสวงหากำไร แต่ไม่ได้เป็นข้อสรุปอันเด็ดขาดในการพิจารณาว่าการใช้งานดังกล่าวเป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรมหรือไม่ ปัจจัยดังกล่าวยังคงต้องนำมาพิจารณาควบคู่กันกับปัจจัยอื่นในการตัดสินว่า เป็นการใช้งานที่เป็นธรรมหรือไม่”

ทั้งนี้ รายการที่กำหนดสำหรับเป็นวัตถุประสงค์หรือปัจจัยที่กำหนดไว้ในข้อนี้ มิได้จำกัดอยู่เพียงว่าจะต้องเป็นการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์การใช้ว่าเป็นการใช้ทางการค้า หรือใช้เพื่อการศึกษา

¹³¹ Mary W. S. Wong, "Transformative User-Generated Content in Copyright Law Infringing Derivative Works or Fair Use?," *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 11, 4: 1094-1095.

¹³² U.S. Copyright Office, "U.S. Copyright Office Fair Use Index," [Online] Accessed: 19 January 2023. Updated: February 2023. Available from: <https://www.copyright.gov/fair-use/#:~:text=Section%20107%20of%20the%20Copyright,may%20qualify%20as%20fair%20use.>

¹³³ Ibid.

¹³⁴ House of Representatives, "Copyright Law Revision."

เท่านั้น เนื่องจากถ้อยคำในตัวบทกฎหมายได้ใช้คำว่า “รวมถึง” อันแสดงให้เห็นว่า รายการดังกล่าว เป็นเพียงปัจจัยหนึ่งที่ต้องมาพิจารณาเท่านั้น แต่การพิจารณานี้ยังคงต้องพิจารณารวมถึงปัจจัยหรือ วัตถุประสงค์การใช้งานในรูปแบบอื่น ๆ ด้วย¹³⁵ เช่น การใช้งานเพื่อการวิพากษ์วิจารณ์ การใช้งานเพื่อ การรายงานข่าว ฯลฯ¹³⁶

นอกจากการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์หรือลักษณะการใช้งานตามปัจจัยแรกที่กำหนดไว้ใน มาตรา 107 ยังมีการนำปัจจัยความ “แปลงรูป” หรือ transformative มาใช้เพื่อพิจารณาว่าเป็นการ ใช้งานที่เป็นธรรมหรือไม่ โดยผู้พิพากษา Judge Pierre Leval ได้เขียนบทความลงในวารสาร กฎหมายของมหาวิทยาลัย Harvard (Harvard Law Review) ซึ่งต่อมาได้ถูกนำไปใช้อ้างอิงในการ ตัดสินของศาลสหรัฐอเมริกา โดยผู้พิพากษาท่านนี้ได้ให้ความเห็นว่า¹³⁷

“การใช้งานนั้นต้องเป็นการใช้งานที่ก่อให้เกิดประโยชน์ และต้องมีการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ในวิธีหรือวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกับงานอันมีลิขสิทธิ์เดิม การนำงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้โดยเป็นเพียง การนำมาผลิตซ้ำหรือจัดแสดงในรูปแบบใหม่นั้นมักจะไม่เป็นการใช้งานที่เป็นธรรม... เนื่องจากงานนั้น ย่อมเป็นการแทนที่งานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีอยู่เดิม หากการนำงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นมาใช้โดยเปลี่ยนแปลง ในการสร้างสรรค์ข้อมูลชุดใหม่ งานศิลปะชิ้นใหม่ หรือมีการให้ความหมายหรือความเข้าใจใหม่ การใ้ งานในรูปแบบนี้เป็นการใช้งานที่ตรงกับวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองการใช้งานโดยการใช้อย่าง เป็นธรรม คือคุ้มครองการเติบโตทางสังคม”

จากข้อความดังกล่าว สามารถกล่าวได้ว่า การคุ้มครองโดยการใช้อย่างเป็นธรรมนั้น เป็น การคุ้มครองว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นก่อให้เกิดความรู้ หรือทำให้เกิดการพัฒนาหรือไม่ หรือเป็น การสร้างความรู้ใหม่แก่สาธารณชนหรือไม่ ซึ่งหากเป็นการใช้งานที่ก่อให้เกิดประโยชน์หรือต่อยอด พัฒนาได้แล้วอาจพิจารณาได้ว่า เป็นการใช้งานที่เป็นธรรม โดยการใช้งานนั้นต้องมีลักษณะการแปลง รูป มากกว่าเป็นการแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิม

โดยศาลสหรัฐอเมริกาได้นำแนวคิดดังกล่าวไปใช้ในคดี Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.,¹³⁸ โดยคดีนี้ ฝ่ายโจทก์ได้ฟ้องสมาชิกวงดนตรี 2 Live Crew และต้นสังกัดของวงดังกล่าวว่า เพลงของวงดนตรีนั้นละเมิดลิขสิทธิ์เพลงของโจทก์ที่ชื่อ “Pretty girl” โดยการนำเพลงดังกล่าวไป ดัดแปลงเป็นเพลงล้อเลียน และแต่งท่อนแร็ปของเพลงดังกล่าว ศาลสูงสหรัฐฯ จึงพิจารณาและตัดสิน

¹³⁵ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)

¹³⁶ U.S. Copyright Office, “U.S. Copyright office fair use index”[Online]

¹³⁷ Mary W. S. Wong, “Transformative User-Generated Content in Copyright Law Infringing Derivative Works or Fair Use?,” *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*: 1106.

¹³⁸ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)

ใหม่ว่าเป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรมแม้จะเป็นการทำเพลงล้อเลียนที่แสวงกำไร มีลักษณะเป็นผลงานแปลงรูป (transformative) โดยเปลี่ยนแปลงผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิม และมีการแสดงออกในรูปแบบใหม่ เช่น ให้ความหมายใหม่ ฯลฯ ซึ่งหากยิ่งผลงานที่แปลงรูปนั้นมีความเปลี่ยนแปลงจากผลงานเดิมมากเท่าไร ปัจจัยอื่นในมาตรา 107 โดยศาลสูงสหรัฐอเมริกา ได้วางหลักโดยกล่าวไว้ในคำพิพากษาดังนี้

“ ... การพิจารณาถึงวัตถุประสงค์หรือลักษณะการใช้งาน รวมถึงการพิจารณาว่า การใช้งานนั้นเป็นการใช้งานเพื่อการค้า หรือเป็นการใช้อย่างไม่แสวงหากำไรเพื่อวัตถุประสงค์ทางการศึกษาตามมาตรา 107(1) นั้นมาจากปัจจัยธรรมชาติของวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาที่เลือกมาใช้ โดยการพิจารณานั้นสามารถพิจารณาว่า การใช้นี้เป็นการใช้เพื่อการวิพากษ์วิจารณ์ ให้ความเห็น หรือรายงานข่าวตามตัวอย่างที่วางหลักไว้ในมาตรา 107 ซึ่งวัตถุประสงค์ของการพิจารณานี้เป็นการพิจารณาว่า ผลงานใหม่ที่เกิดจากการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิมมีลักษณะแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิม (supersede the objects) หรือเป็นการเพิ่มสิ่งใหม่ หรือมีวัตถุประสงค์หรือลักษณะที่แตกต่างกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือมีการเปลี่ยนแปลงวิธีการนำเสนอ โดยเปลี่ยนความหมายหรือข้อความ หรือเป็นผลงานแปลงรูป (transformative) ทั้งนี้ การเป็นผลงานแปลงรูป ไม่ทำให้เป็นการใช้งานที่เป็นธรรมเสมอไป แต่การทำผลงานแปลงรูปนั้นเป็นการทำที่บรรลุวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมงานวิทยาศาสตร์ และศิลปะ ผลงานรูปแบบนี้เป็นหัวใจหลักของหลักการใช้งานที่เป็นธรรมที่มีขึ้นเพื่อทำให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์มีความสมดุล และหากผลงานดัดแปลงนั้นมีความดัดแปลงมากเท่าไร ปัจจัยอื่นในการพิจารณา เช่น การแสวงหากำไรของการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ จะมีความสำคัญน้อยลงในการพิจารณาว่า เป็นการใช้งานอันเป็นธรรมหรือไม่ ...”

จากคำพิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ในการพิจารณาถึงปัจจัยแรกๆ ของมาตรา 107 ต้องมีการนำปัจจัยความแปลงรูปของผลงานมาใช้ในการพิจารณาด้วย กล่าวคือ หากเป็นการใช้งานที่มีลักษณะเป็นผลงานแปลงรูปแล้ว ย่อมมีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม แต่หากเป็นการพิจารณาแล้วปรากฏว่า การนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้ในลักษณะที่ไม่มีวัตถุประสงค์การใช้งานที่ไม่มีความแปลงรูป หรือมีลักษณะแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้งานที่มีลักษณะแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้และมีวัตถุประสงค์เป็นการทำเพื่อแสวงหากำไร ยังมีแนวโน้มที่การพิจารณาถึงปัจจัยแรกๆ จะยังมีน้ำหนักเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม¹³⁹

¹³⁹ เช่นในคดี Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith (598 U.S. ___, 2023) ที่ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินว่า การใช้รูปถ่ายอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาทำเป็นรูปภาพและนำไปแสวงหากำไรโดยการใช้เป็นภาพปกนิตยสารเป็นการใช้งานที่มีลักษณะแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น และเป็นการแสวงหากำไร จึงเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม

(2) ลักษณะ หรือธรรมชาติของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ (nature of the copyrighted work)

ในการพิจารณาปัจจัยนี้ จะเป็นการพิจารณาถึงระดับของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้โดยเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ เนื่องจากหากผลงานนั้นไม่มีความสร้างสรรค์อย่างเพียงพอแล้วย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ จึงแสดงให้เห็นว่า มีผลงานบางประเภทที่ได้รับความคุ้มครองมากกว่าผลงานอีกประเภทหนึ่ง¹⁴⁰ เนื่องจากสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของลิขสิทธิ์มากกว่า เช่นดังคำพิพากษาในคดีต่อไปนี้

Feist Publications, Inc v. Rural Telephone Service Co., Inc. เป็นกรณีที่จำเลยได้ขอความยินยอมการจัดทำสมุดโทรศัพท์จากโจทก์ที่ได้จัดทำหนังสือที่รวบรวมข้อมูลชื่อและที่อยู่และหมายเลขโทรศัพท์ของผู้ที่เข้ามาใช้บริการ ซึ่งโจทก์ไม่ยินยอม จำเลยจึงได้จัดทำหนังสือดังกล่าวโดยนำข้อมูลอันเป็นข้อเท็จจริงมาจากหนังสือที่โจทก์ได้รวบรวม กรณีนี้ศาลได้ตัดสินว่า ผลงานของโจทก์ปราศจากความคิดสร้างสรรค์ โดยกล่าวว่า¹⁴¹

“ ... กฎหมายลิขสิทธิ์นั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อการสนับสนุนสิทธิของผู้สร้างสรรค์ที่มีเหนือผลงานสร้างสรรค์ที่ได้แสดงออกของตน และสนับสนุนให้ผู้อื่นสามารถใช้หรือต่อยอดจากความคิดหรือข้อมูลที่ได้สื่อออกมาผ่านผลงานนั้น หลักความแตกต่างของ ความคิด/การแสดงออก หรือข้อความจริง/การแสดงออก (idea/expression or fact/expression dichotomy) นำไปใช้กับผลงานของผู้สร้างสรรค์ทุกประเภท ซึ่งหากนำมาปรับใช้กับผลงานประเภทการรวบรวมข้อเท็จจริงแล้ว หากไม่มีการสร้างสรรค์ในการแสดงออกผ่านการเขียนแล้ว ลิขสิทธิ์ย่อมคุ้มครองเพียงส่วนของการเลือกและเรียบเรียงข้อมูลของผู้สร้างสรรค์ ส่วนข้อเท็จจริงนั้นย่อมสามารถถูกคัดลอกได้ โดยไม่นับว่าเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากเป็นการทำไปเพื่อส่งเสริมด้านวิทยาศาสตร์และงานศิลปะ ...”

จากคำพิพากษาในคดีนี้แสดงให้เห็นว่า ผลงานที่เป็นเพียงการรวบรวมข้อเท็จจริงนั้นโดยปราศจากความคิดสร้างสรรค์ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม แม้จะเป็นการรวบรวมข้อเท็จจริงก็สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ เนื่องจากมีการใช้ความคิดสร้างสรรค์ในการรวบรวม คัดสรร และเรียบเรียงข้อมูล แต่เมื่อเปรียบเทียบกับงานที่มีลิขสิทธิ์ที่เป็นงานประเภทที่เกิดจากความสร้างสรรค์หรือจินตนาการ เช่น นิยาย หรือภาพยนตร์ ฯลฯ แล้วจะพบว่างานประเภท

¹⁴⁰ Sebastian C. Mejia, “Fair Play: Copyright Issues and Fair use in YouTube “Let’s Plays” and Video Game Livestreams,” *American University Intellectual Property Brief* 7 (2015): 22-25.

¹⁴¹ Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc. - 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282 (1991)

ดังกล่าวจะถูกคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์มากกว่างานสร้างสรรค์ประเภทข้อเท็จจริง จึงนำมาสู่การพิจารณาในกรณีที่เกิดการใช้ผลงานว่า เป็นการใช้งานที่เป็นธรรมได้ยากกว่างานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทที่เป็นการแบ่งปันข้อมูลที่เป็นจริงเพื่อการแจ้งข่าวสารหรือข้อมูล โดยศาลสหรัฐอเมริกา ได้นำหลักการนี้มาใช้โดยเปรียบเทียบถึงลักษณะของผลงาน เช่นคดีดังต่อไปนี้¹⁴²

Stewart v. Abend เป็นกรณีที่จำเลยได้จัดทำภาพยนตร์จากผลงานนิยายของโจทก์ในช่วงเวลาที่ความยินยอมที่โจทก์ให้จำเลยจัดทำภาพยนตร์นั้นหมดลง โดยในกรณีนี้ การใช้งานของจำเลยไม่เป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรมที่จะได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยศาลได้พิจารณาถึงปัจจัยลักษณะของผลงานที่มีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ไว้ว่า¹⁴³

“... กฎหมายยอมรับความจำเป็นในการเผยแพร่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะเป็นข้อเท็จจริงมากกว่าผลงานประเภทเรื่องแต่งหรือผลงานแฟนตาซี ดังนั้น ภาพเคลื่อนไหวที่สร้างขึ้นจากเรื่องแต่งย่อมเป็นผลงานที่กฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองมากกว่า ...”

Harper & Row v. Nation Enterprises เป็นกรณีที่จำเลยได้นำงานเขียนที่โจทก์ได้รับสิทธิในการตีพิมพ์ ไปตีพิมพ์จำนวน 300 คำโดยไม่ได้รับความยินยอม ซึ่งกรณีนี้ศาลตัดสินว่าเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม โดยมีการตีความปัจจัยลักษณะของผลงานที่มีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้โดยมีการตีความว่า¹⁴⁴

“... แม้กฎหมายจะมุ่งคุ้มครองการเผยแพร่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะเป็นข้อเท็จจริง แต่ในการคุ้มครองและการยอมรับการเผยแพร่ผลงานอันเป็นข้อเท็จจริงนั้น ก็มีระดับที่ต่างกันออกไประหว่างแผนที่ที่ตลกตลกเล็กน้อย การบอกทิศทาง ถึงสารานุกรมที่เรียบเรียงอย่างดี การตัดสินว่าสิ่งใดควรจะได้รับ ซึ่งขอบเขตที่จะสามารถทำซ้ำได้นั้นจะต่างออกไปแล้วแต่กรณี การที่จำเลยใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์โดยใช้จำนวนตามผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์นั้นเป็นการกระทำที่เกินกว่าความจำเป็นในการเผยแพร่ข้อเท็จจริง ...”

นอกจากนี้ ลักษณะหรือธรรมชาติของผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นยังคงรวมไปถึงการพิจารณาว่าลักษณะของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้นำมาใช้ นั้น ได้รับการเผยแพร่แล้วหรือไม่ กล่าวคือหากเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกเผยแพร่ต่อสาธารณะแล้วการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นมาใช้ อาจพิจารณาได้ว่า เป็นการใช้งานที่เป็นธรรมมากกว่ากรณีผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ยังมิได้รับการเปิดเผย แม้จะมีการนำเนื้อหาของผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ในลักษณะเดียวกันก็ตาม เนื่องจากผู้สร้างสรรค์มีสิทธิในการ

¹⁴² U.S. copyright Office, “U.S. Copyright office fair use index”[Online]

¹⁴³ Stewart v. Abend, 495 U.S. 1990

¹⁴⁴ Harper & Row, Publs. v. Nation Enters., 471 U.S. 539

เผยแพร่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ครั้งแรก ในการจะเลือกว่าจะเผยแพร่ข้อความนั้นหรือไม่ อย่างไร ในเวลาใด และในรูปแบบใด ดังที่ศาลสหรัฐอเมริกา ได้เคยวางหลักการดังกล่าวไว้ในคำพิพากษา ดังตัวอย่างในคดี Harper & Row v. Nation Enterprises ที่ได้วางหลักไว้ว่า¹⁴⁵

“ ... ข้อเท็จจริงที่ว่างานของโจทก์ยังไม่ได้เผยแพร่...เป็นปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการศึกษาหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม การเผยแพร่การแสดงออกซึ่งความสร้างสรรค์ของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ก่อนได้รับอนุญาต การเผยแพร่นี้เป็นการละเมิดต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการตัดสินใจว่าเมื่อไรหรือจะเผยแพร่ผลงานดังกล่าวหรือไม่ การทำเช่นนี้มีผลให้เป็นการเผยแพร่ที่ไม่เป็นธรรม ...

... การเผยแพร่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ก่อนได้รับความยินยอมนั้นเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงในการถูกบังคับจากกฎหมายให้เผยแพร่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน จากผู้ใช้งานที่ไม่ได้รับอนุญาตที่นำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ส่วนสำคัญไปใช้ การรักษาสมดุของสิทธินี้ส่งผลต่อการพิจารณาหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ...”

(3) สัดส่วนและความสำคัญของงานที่ใช้ เมื่อเทียบกับงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด

การพิจารณานี้เป็นการพิจารณาทั้งในส่วนที่เป็นทั้งเนื้อหาของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ และทั้งปริมาณที่นำมาใช้ หากเป็นการใช้งานในสัดส่วนหรือปริมาณที่มากแล้ว ย่อมเป็นการใช้งานอย่างไม่เป็นธรรม แต่หากเป็นการใช้ในสัดส่วนที่น้อยแล้ว ย่อมเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม อย่างไรก็ตามกรณี แม้เป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด ก็เป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรม และการใช้งานลิขสิทธิ์เพียง สัดส่วนเล็กน้อยก็เป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากส่วนที่นำมาใช้นั้นเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของงานอันมีลิขสิทธิ์¹⁴⁶

ในการพิจารณาถึงสัดส่วนของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ จำต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการใช้งาน เนื่องจากวัตถุประสงค์ในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในประเภทที่ต่างกัน ทำให้การพิจารณาถึงสัดส่วนของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ต่างกันออกไปตามแต่กรณี ยกตัวอย่างเช่นในคำพิพากษาต่อไปนี้

Campbell v. Acuff-Rose Music Inc., อันเป็นกรณีที่จำเลยได้นำผลงานเพลงอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ มาดัดแปลงจนเป็นผลงานล้อเลียน จนมีลักษณะที่เป็นการแปลงรูปตามการพิจารณาถึงปัจจัยแรก ซึ่งกรณีนี้ ศาลสหรัฐอเมริกา ได้มีการพิจารณาว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม โดยได้มีการ

¹⁴⁵ Harper & Row, Publs. v. Nation Enters., 471 U.S. 539

¹⁴⁶ Sebastian C. Mejia, “Fair Play: Copyright Issues and Fair use in YouTube “Let’s Plays” and Video Game Livestreams,” *American University Intellectual Property Brief* 7 (2015): 22-25.

พิจารณาปัจจัยที่ 3 หรือจำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนที่นำงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ เมื่อเทียบกับงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด โดยแสดงให้เห็น ว่าวัตถุประสงค์ในการทำซ้ำที่ต่างกัน ย่อมนำมาสู่การพิจารณาถึงสัดส่วนของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้ที่ต่างกัน ดังนี้¹⁴⁷

“ ... ในการทำผลงานล้อเลียน หรือการวิพากษ์วิจารณ์นั้นจำเป็นต้องมีการพาดพิงถึงผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ผลงานประเภทผลงานล้อเลียนเป็นการเปรียบเทียบถึงสองสิ่งคือ ผลงานต้นฉบับ และผลงานล้อเลียนของต้นฉบับนั้น ในการทำผลงานล้อเลียนจำเป็นต้องมีการล้อเลียนจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ผลงานใดผลงานหนึ่ง ดังนั้นจำเป็นต้องมีการนำผลงานต้นฉบับอันมีลิขสิทธิ์มาใช้อย่างน้อยจำนวนหนึ่งที่เพียงพอเพื่อให้ผู้คนสามารถรับรู้ได้ว่าเป็นการทำผลงานล้อเลียนจากผลงานต้นฉบับใด ... การใช้เนื้อหาส่วนสำคัญของผลงานอันมีลิขสิทธิ์จึงไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ในการทำผลงานล้อเลียน ... การทำซ้ำผลงานอันมีลิขสิทธิ์จึงไม่นับว่าเป็นการทำที่มากเกินไปสำหรับการทำในผลงานล้อเลียน เนื่องจากสัดส่วนที่นำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้อันเป็นใจความสำคัญนั้นเป็นไปเพื่อตอบสนองลักษณะหรือวัตถุประสงค์ของการล้อเลียน ซึ่งหากนำส่วนอื่นของงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้อาจทำให้ผู้ฟังไม่สามารถเข้าใจได้ ... อย่างไรก็ตาม การทำผลงานล้อเลียนไม่ใช่การกระทำที่สามารถคัดลอกผลงานอันมีลิขสิทธิ์อย่างไม่มีขอบเขต แต่ต้องพิจารณาถึงว่าผู้ทำผลงานล้อเลียนได้มีการเพิ่มสิ่งอื่นนอกจากการคัดลอกใจความสำคัญของงานอันมีลิขสิทธิ์มาหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้ผู้ทำได้มีการแต่งเนื้อเพลงขึ้นมาใหม่ และมีการเพิ่มเสียงต่าง ๆ ลงไปในดนตรีอีกด้วย ... ”

(4) ผลกระทบต่อตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์

เป็นการพิจารณาถึงผลกระทบที่มีต่อตลาดหรือมูลค่าของงานที่มีลิขสิทธิ์ โดยการพิจารณาถึงปัจจัยนี้ เป็นการพิจารณาถึงผลที่เกิดจากการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้น โดยต้องพิจารณาถึงผลเสียทางตลาดที่เกิดขึ้นกับงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น และความเป็นไปได้ที่จะเกิดผลลบต่องานอันมีลิขสิทธิ์ถ้าหากปล่อยให้งานนั้นเผยแพร่สู่ท้องตลาด โดยต้องพิจารณาถึงความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของสาธารณะเมื่องานนั้นถูกเผยแพร่กับผลเสียที่เกิดขึ้นต่องานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งหากไม่มีผลกระทบต่องานอันมีลิขสิทธิ์เนื่องจากตลาดที่นำงานที่ดัดแปลงไปขายเป็นคนละกลุ่มกับงานอันมีลิขสิทธิ์แล้ว ย่อมสามารถได้รับยกเว้นความรับผิดได้¹⁴⁸ ดังที่ศาลสหรัฐอเมริกา ได้เคยใช้หลักการนี้ในการตัดสินหรือใช้

¹⁴⁷ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)

¹⁴⁸ Sebastian C Meija, "Fair Play: Copyright Issues and Fair Use in Youtube "Let's Plays" and Video Game Livestreams," *Intellectual Property Brief* 7, 1 (2020): 22-25.

ในการพิพากษาคดีดังตัวอย่าง ในคดี Harper & Row v. Nation Enterprises โดยมีการตีความปัจจัยผลกระทบต่อมูลค่าทางการตลาดหรือโอกาสทางการตลาดของงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้ดังนี้¹⁴⁹

“ ... การเผยแพร่ข้อความที่ยังมิได้เผยแพร่ของโจทก์โดยไม่ได้รับความยินยอมนั้น เป็นการกระทำที่แข่งขันกับผลงานของโจทก์ก่อนที่จะเผยแพร่อย่างชัดเจน ...” ทั้งนี้ ศาลสหรัฐฯ ยังได้อ้างอิงถึงรายงานของสภา Senate Report หน้า 65 อีกด้วยว่า “ด้วยข้อยกเว้นในกรณีพิเศษบางประการ ... การใช้ที่เป็นการแทนที่ส่วนใดส่วนหนึ่งในการทำการตลาดของผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์” ในมุมมองที่กว้างขึ้น หากหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมยินยอมให้เกิดการใช้ข้อความจากผลงานที่ยังมิได้เผยแพร่โดยปราศจากการยินยอมของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นจะทำให้เกิดผลเสียอย่างร้ายแรงต่อสิทธิในการแสวงหากำไรของการเผยแพร่ผลงานต่อสาธารณชนในครั้งแรก (marketability of first serialization rights in general) การแยกระหว่างการละเมิดลิขสิทธิ์เพียงเล็กน้อยนั้นจะกลายเป็นส่วนหนึ่งของการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างร้ายแรง ที่กฎหมายลิขสิทธิ์จำต้องคุ้มครอง”

นอกจากนี้ ศาลยังต้องพิจารณาถึงผลกระทบต่อตลาดของงานอันมีลิขสิทธิ์ทางอ้อมด้วย กล่าวคือ นอกจากจะต้องพิจารณาถึงผลกระทบต่อตลาดที่เกิดความเสียหายต่องานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำไปใช้โดยตรงแล้ว ยังต้องคำนึงหรือพิจารณาถึงผลกระทบต่อตลาดที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต เนื่องจากการเสียโอกาสในทางการตลาดในการทำผลงานต่อยอดจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์เมื่อถูกนำไปใช้โดยไม่ได้รับความยินยอมด้วย หากอาจเกิดผลกระทบอย่างมากแล้ว ย่อมไม่อาจเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมได้ ดังเช่นที่ปรากฏในตัวอย่างคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา ดังต่อไปนี้

Rogers v. Koons คดีนี้เป็นกรณีที่โจทก์ผู้เป็นช่างภาพผู้มีลิขสิทธิ์ในรูปถ่ายชื่อว่า “Puppies” ที่จำเลยได้นำมาเป็นต้นแบบในการสร้างรูปปั้นสามมิติ โดยใช้ชื่อว่า “String of Puppies” จำเลยได้อ้างว่า วัตถุประสงค์ของการทำงานปั้นนั้นเพื่อเป็นการวิจารณ์รูปถ่ายอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ และวัตถุประสงค์ทางการเมืองและเศรษฐกิจที่ได้สร้างรูปดังกล่าวขึ้น โดยจำเลยได้จัดแสดงงานปั้นของตนไว้ในหอศิลป์ และได้ขายงานดังกล่าวไปยังผู้สะสมผลงาน โจทก์จึงฟ้องจำเลยว่าการกระทำของจำเลยนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยจำเลยในกรณีนี้ได้อ้างต่อศาลว่า การกระทำนั้นเป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรม โดยศาลในคดีนี้ตัดสินว่า จำเลยในกรณีนี้ละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ โดยมีได้เป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรม เนื่องจากเป็นการกระทำเพื่อแสวงหากำไร และไม่เป็นการกระทำเพื่อ

¹⁴⁹ Harper & Row v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985)

ลือเลียนงานของโจทก์ และมีโอกาสที่จะก่อให้เกิดผลเสียต่อรูปภาพอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ โดยศาลให้เหตุผลไว้ดังนี้¹⁵⁰

“... ในการพิจารณาถึงผลกระทบต่ตลาดจากการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ต้องแสดงให้เห็นว่า หากผลงานที่ได้กระทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์เป็นที่รู้จักของสาธารณะแล้ว จะก่อให้เกิดผลเสียต่อการค้าหรือโอกาสทางการตลาดของงานอันมีลิขสิทธิ์ หลักการนี้มีขึ้นเพื่อป้องกันการทำซ้ำอย่างไม่เป็นธรรมซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์จะทำให้ความต้องการงานอันมีลิขสิทธิ์อันเป็นต้นฉบับน้อยลง ดังนั้นการกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นเพียงแต่การทำให้เกิดผลเสียทางการค้าต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์โดยตรง แต่ยังส่งผลให้เกิดผลเสียทางการค้าต่อการสร้างผลงานดัดแปลง (Derivative) ที่อาจเกิดขึ้นได้จากงานอันมีลิขสิทธิ์เดิมด้วย กรณีนี้อาจทำให้จำนวนหรือความต้องการของศิลปินหรือผู้สร้างสรรค์คนอื่นที่จะซื้อลิขสิทธิ์ในรูปถ่ายของโจทก์เพื่อนำไปทำเป็นรูปปั้นลดน้อยลง ดังนั้นมูลค่าหรือโอกาสทางการตลาดในส่วนนี้ของโจทก์จึงลดน้อยลง นอกจากนี้จำเลยสามารถขายรูปภาพถ่ายของงานปั้นของตน “String of Puppies” อันก่อให้เกิดผลเสียทางการตลาดต่อการขายโปสเตอร์รูปภาพ Puppies ของโจทก์ ที่โจทก์อาจจะจัดทำขึ้นเพื่อขายในอนาคตได้ ...”

(5) ลักษณะเฉพาะของหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมของสหรัฐอเมริกา

จากการกำหนดหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมไว้ในมาตรา 107 ของสหรัฐอเมริกานั้นเป็นการกำหนดที่มีลักษณะเป็นการวางมาตรฐาน (standard) มิใช่มีลักษณะเป็นกฎ (rule) กล่าวคือ เป็นการกำหนดหลักการหรือกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะกว้าง ๆ เพื่อให้ศาลได้ปรับใช้กฎหมายดังกล่าวต่อสถานการณ์ต่าง ๆ ที่ต่างกันออกไปโดยใช้วิจารณ์ญาณของศาลในการพิจารณา ต่างจากการกำหนดที่เป็นลักษณะกฎที่ตายตัว (rule) ที่มีการกำหนดชัดเจน¹⁵¹

อย่างไรก็ดี การกำหนดหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมไว้ในลักษณะกว้าง ๆ อย่างในมาตรา 107 นั้นอาจก่อให้เกิดปัญหาด้านความไม่แน่นอนในการปรับใช้กฎหมาย กล่าวคือศาลจะนำปัจจัยทั้ง 4 ที่กำหนดไว้มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเพื่อพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมหรือไม่ แต่ผู้ที่นำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ มิสามารถรู้ได้ล่วงหน้าก่อนที่จะถูกศาลตัดสินหรือตีความมาตรา 107 ได้เลยว่า การนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนมาใช้โดยไม่ได้รับความยินยอมนั้นสามารถได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบหรือไม่จนกว่าจะมีคำพิพากษา อันอาจก่อให้เกิดอุปสรรคต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มุ่งเน้นการส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาด้านศิลปะและวิทยาศาสตร์ เนื่องจากผู้ที่มีผู้ใช้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์อาจเลือกที่จะไม่ใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับความยินยอม

¹⁵⁰ Rogers v. Koons, 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992)

¹⁵¹ Niva Elkin-Koren & Orit Fischman-Afori, "Rulifying Fair Use," *Arizona Law Review* 59, 1 (2017): 167.

แม้ว่าจะเป็นการใช้ที่ได้รับความยกเว้นความผิดตามหลักการใช้งานที่เป็นธรรมได้ เนื่องจากเกรงว่าการกระทำของตนจะไม่ได้รับการยกเว้นความรับผิด¹⁵²

เนื่องจากสหรัฐอเมริกา เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ดังนั้น คำพิพากษาของศาลจึงก่อให้เกิดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายและวิธีการให้เหตุผลในการพิพากษาที่จะเป็นบรรทัดฐานที่ผูกพันการตัดสินในคดีถัดไป โดยคำพิพากษาและการตัดสินนี้ย่อมผูกพันทั้งศาลในคดีหลังและศาลล่าง ศาลสหรัฐอเมริกา จึงมีการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวในลักษณะที่เคารพถึงเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติที่กำหนดมาตราดังกล่าวในลักษณะมาตรฐาน โดยศาลจะไม่ตัดสินหรือกำหนดกฎเกณฑ์ที่ตายตัวในการปรับใช้มาตรา 107 แต่ศาลยังคงไว้ซึ่งอำนาจในการกำหนดเกณฑ์การใช้หลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม โดยการสร้างกฎเกณฑ์ที่เฉพาะในการปรับใช้หลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม เช่น คดี *Sony Corp. of America v. Universal City Studios* ศาลได้วางหลักเกี่ยวกับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าการใช้งานอันเป็นการทางค้า จะถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม¹⁵³ หรือการที่ศาลวางหลักว่า ผลงานแปรรูปนั้นเป็นปัจจัยที่ต้องนำมาพิจารณานอกจาก 4 ปัจจัย ในกรณีที่เป็นผลงานล้อเลียน ในคดี *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.*,¹⁵⁴ อันเป็นการวางหลักที่เฉพาะเจาะจงลงไปในการปรับใช้หลักการใช้งานอย่างไม่เป็นธรรมให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น¹⁵⁵

จากลักษณะความเป็นคอมมอนลอว์ของสหรัฐอเมริกา และมาตรา 107 ที่มีลักษณะเป็นการวางมาตรฐานกว้าง ๆ ก่อให้เกิดหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมในกฎหมายสหรัฐฯ ที่มีการสร้างกฎเกณฑ์ที่ตายตัวในการปรับใช้หลักการใช้งานที่เป็นธรรมขึ้นบนหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมที่มีมาตรฐานกว้าง ๆ คือศาลยังคงยอมรับการปรับใช้หลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมในลักษณะเป็นรายการกันไป โดยหลีกเลี่ยงการวางกฎเกณฑ์ที่ตายตัวในการปรับใช้กฎดังกล่าว ในขณะที่เดียวกันศาลก็ยังสามารถใช้อำนาจของตนในการสร้างกฎหมายจากคำพิพากษาตามลักษณะของศาลในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์อยู่ โดยศาลพยายามปรับใช้ทั้งสองสิ่งนี้อย่างสมดุลกัน¹⁵⁶ เช่น ศาลในคดี *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.*,¹⁵⁷ ได้วางหลักเกี่ยวกับการทำผลงานล้อเลียนว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม เนื่องจากผลงานดังกล่าวมีลักษณะแปรรูป การวางหลักเกณฑ์เช่นนี้ มิได้เป็นกฎว่าผลงานล้อเลียนทุกรูปแบบจะเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม เป็นเพียงการมีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรมเท่านั้น จากตัวอย่างแสดงให้เห็นว่า การกำหนดมาตรา 107 ไว้เป็นมาตรฐานที่กว้างประกอบกับธรรมชาติ

¹⁵² Ibid., 190.

¹⁵³ *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417

¹⁵⁴ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994)

¹⁵⁵ Niva Elkin-Koren & Orit Fischman-Afori, "Rulifying Fair Use," *Arizona Law Review*: 179-180.

¹⁵⁶ Ibid., 180.

¹⁵⁷ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994)

ความเป็นคอมมอนลอร์ของสหรัฐอเมริกา ทำให้หลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมนี้สามารถปรับใช้กับแต่ละกรณีได้ ภายใต้กรอบหรือเงื่อนไขบางอย่างที่ชัดเจนเพียงพอ¹⁵⁸

ทั้งนี้ มีผู้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า หลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมที่มักจะถูกพิจารณาว่าเป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรมสามารถแบ่งเป็นกลุ่มได้โดยปรากฏในบทความ Unbundling Fair uses ของ Pamela Samuelson ดังนี้

- “1. การใช้งานเพื่อเสรีภาพในการแสดงออก ในการพูด และในการรายงานข่าว¹⁵⁹
2. การหยิบยืมข้อความมาใช้อย่างเป็นธรรม เช่น การนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์บางส่วนมาใช้เพื่อทำสารคดี ฯลฯ¹⁶⁰
3. การใช้งานที่เกี่ยวข้องกับการศึกษา เช่น การสอน การค้นคว้าข้อมูล การใช้เพื่อทุนการศึกษา¹⁶¹
4. การใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนตัว¹⁶²
5. ใช้เพื่อสืบสวนสอบสวน หรือเพื่อประโยชน์ในการสืบหาข้อเท็จจริงทางกระบวนการยุติธรรม¹⁶³
6. กลุ่มอื่น ๆ เช่น การแข่งขันทางการค้า หรือเพื่อการเข้าถึงข้อมูล ฯลฯ¹⁶⁴”

(2) ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กรณีเฉพาะ

นอกจากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นกรณีทั่วไปอย่างหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมแล้ว กฎหมายได้กำหนดหลักการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือข้อจำกัดของสิทธิเด็ดขาดของผู้มีลิขสิทธิ์ในกรณีต่าง ๆ ไว้โดยเฉพาะ เช่น การทำซ้ำโดยห้องสมุดและหอจดหมายเหตุ¹⁶⁵ การยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยผลของการโอนไปซึ่งสำเนาหรือสิ่งบันทึกเสียง ผู้เป็นเจ้าของสำเนาหรือสิ่งบันทึกเสียงโดยชอบด้วยกฎหมาย สามารถขายหรือจำหน่ายโดยวิธีอื่นซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของผลงาน ตามหลักการขายในครั้งแรก (First sale doctrine)¹⁶⁶ ข้อยกเว้นสำหรับการจัดแสดงและการแสดงเพื่อวัตถุประสงค์ต่าง ๆ เช่น การเรียนการสอน ศาสนา

¹⁵⁸ Niva Elkin-Koren & Orit Fischman-Afori, "Rulifying Fair Use," *Arizona Law Review*: 192.

¹⁵⁹ Pamela Samuelson, "Unbundling Fair Uses," *Fordham Law Review* 77, 5 (2009): 2546-2553.

¹⁶⁰ *Ibid.*, 2568-2580.

¹⁶¹ *Ibid.*, 2582 – 2585.

¹⁶² *Ibid.*, 2583 -2592.

¹⁶³ *Ibid.*, 2592-2597.

¹⁶⁴ *Ibid.*, 2597-2615.

¹⁶⁵ 17 U.S. Code § 108

¹⁶⁶ 17 U.S. Code § 109

หรือการจัดทำเพื่อประโยชน์ของผู้พิการ¹⁶⁷ หรือสิทธิในการเผยแพร่ซึ่งงานบันทึกเสียง หรืองานดนตรีที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการละครที่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ให้ความยินยอมโดยผลของกฎหมาย (Compulsory Licenses) ให้เผยแพร่ผลงานนั้นต่อไปได้ หากการทำเช่นนั้นเป็นการทำเพื่อประโยชน์ในการใช้งานส่วนตัวภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ฯลฯ¹⁶⁸

3.1.7 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

สหรัฐอเมริกาได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่และข้อยกเว้นความรับผิดสำหรับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต เพื่อแก้ปัญหาลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นโดยการใช้เทคโนโลยีอินเทอร์เน็ต และการจัดการสิทธิดิจิทัลเพื่อระงับการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยกำหนดไว้ในกฎหมาย Digital Millennium Copyright Act of 1998 (DMCA)¹⁶⁹ ซึ่งบทบัญญัติในกฎหมาย DMCA นี้มีหลายส่วนดังต่อไปนี้

ส่วนแรก WIPO Copyright and Performances and Phonograms Treaties Implementation Act of 1998 ส่วนนี้เป็นกฎหมายที่รับหลักการของ WIPO มาใช้เพื่อเพิ่มความป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยวิธีใหม่ที่เกิดขึ้นผ่านการใช้อินเทอร์เน็ต เช่น การกำหนดให้การละเมิดมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเข้าถึงผลงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น การแฮ็กเข้าระบบรหัสผ่านในการเข้าถึงข้อมูลลิขสิทธิ์ และกำหนดให้การผลิต นำเข้า หรือแจกจ่ายซึ่งสิ่งที่สามารถละเมิดมาตรฐานเทคโนโลยีได้¹⁷⁰ ฯลฯ¹⁷¹ อีกทั้งยังกำหนดเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองข้อมูลการจัดการลิขสิทธิ์ (Copyright management info: CMI) เช่น กำหนดให้การนำเข้าข้อมูล CMI ที่ผิดโดยเจตนา และรู้นั้นเป็นความผิด ฯลฯ¹⁷²

ส่วนที่สอง Online Copyright Infringement Liability Limitation Act เป็นการเพิ่มมาตรา 512 ของกฎหมายลิขสิทธิ์สหรัฐอเมริกา โดยกำหนดเกณฑ์ยกเว้นความรับผิดสำหรับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในค่าเสียหายที่ต้องชำระในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น หากได้ดำเนินการตาม

¹⁶⁷ 17 U.S. Code § 110

¹⁶⁸ 17 U.S. Code § 115

¹⁶⁹ U.S. Copyright Office, "The Digital Millennium Copyright Act of 1998 U.S. Copyright Office Summary," [Online] Accessed: 17 May 2023. Available from: <https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>

¹⁷⁰ 17 U.S. Code § 1201

¹⁷¹ Legal Information Institute, "Wipo Copyright and Performances and Phonograms Treaties Implementation Act," [Online] Accessed: 17 May 2023. Available from:

https://www.law.cornell.edu/wex/wipo_copyright_and_performances_and_phonograms_treaties_implementation_act

¹⁷² 17 U.S. Code § 1202 (a)

มาตรฐานที่กำหนดไว้ ซึ่งข้อยกเว้นนี้ได้กำหนดเกี่ยวกับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแต่ละประเภท¹⁷³ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการทำ UDC และผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่จะกล่าวในส่วนต่อไป

นอกจากทั้ง 2 ส่วนแล้ว กฎหมาย DMCA ยังกล่าวถึงบทบัญญัติอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับข้อมูลดิจิทัลหรือลิขสิทธิ์ เช่น Computer Maintenance Competition Assurance Act ที่กำหนดข้อยกเว้นสำหรับการทำซ้ำซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อการซ่อมแซมหรือการรักษาระบบ ส่วนบทบัญญัติอื่น ๆ ที่ว่าด้วยหน้าที่ของ Copyright Office ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับห้องสมุด และ Vessel Hull Design Protection Act อันเป็นการกำหนดรูปแบบการออกแบบใหม่ของเรือ¹⁷⁴

ซึ่งจากบทบัญญัติของ DMCA จะเห็นว่า ส่วนที่เกี่ยวข้องกับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและการทำ UDC จะอยู่ในส่วนที่ 2 ซึ่งเป็นการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1) นิยามและประเภทของผู้ให้บริการ

ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต หรือผู้ให้บริการ หมายถึง หน่วยที่ให้บริการส่ง จัดเส้นทาง จัดให้มีการเชื่อมต่อสำหรับการสื่อสารดิจิทัลทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ระหว่างจุดที่กำหนดอย่างชัดเจนโดยผู้ใช้งานกับเนื้อหาที่ผู้ใช้งานนั้นเลือก โดยไม่มีการดัดแปลงเนื้อหาเหล่านั้นในการได้รับหรือส่งผ่าน หรือผู้ที่ให้บริการเพื่อให้เข้าถึงเครือข่ายหรือการให้บริการออนไลน์ หรือจัดให้มีการอำนวยความสะดวกแก่การให้บริการนั้น¹⁷⁵ โดยแบ่งได้เป็น 4 ประเภท ดังนี้

ประเภทแรก ผู้ให้บริการเป็นสื่อกลางส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่นผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ (Transitory Digital Network Communication) อันเป็นผู้ให้บริการในการส่งข้อมูล จัดทำเส้นทาง ทำให้เกิดการเชื่อมต่อระหว่างเนื้อหาผ่านระบบหรือเครือข่ายที่ได้จัดทำขึ้นโดยผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต หรือเก็บข้อมูลเพื่อการส่งผ่านข้อมูลในการให้บริการในฐานะเป็นตัวกลาง¹⁷⁶

¹⁷³ Legal Information Institute, "Online Copyright Infringement Liability Limitation Act," [Online] Accessed: 17 May 2023. Available from: https://www.law.cornell.edu/wex/online_copyright_infringement_liability_limitation_act

¹⁷⁴ U.S. Copyright Office, "The Digital Millennium Copyright Act of 1998 U.S. Copyright Office Summary."

¹⁷⁵ 17 U.S. Code § 512 (k)

¹⁷⁶ 17 U.S. Code § 512 (a)

ประเภทที่สอง ผู้ให้บริการเก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นการชั่วคราว (System Caching) อันเป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่มีการเก็บข้อมูลเป็นการชั่วคราวในระบบหรือเครือข่ายของผู้ที่ให้บริการอินเทอร์เน็ตนั้น¹⁷⁷ เพื่อให้เกิดความสะดวกรวดเร็วในการรับส่งข้อมูล

ประเภทที่สาม ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Information Residing on Systems or Networks at Direction of Users) อันหมายถึงผู้ให้บริการที่เก็บข้อมูลหรือเนื้อหาต่าง ๆ ไว้ในระบบหรือเครือข่ายที่ผู้ให้บริการได้ควบคุมหรือจัดทำขึ้น ตามคำสั่งของผู้ให้บริการ¹⁷⁸ หรือผู้ให้บริการประเภท hosting เช่น YouTube ฯลฯ ซึ่งเป็นผู้ให้บริการประเภทที่มีความสำคัญกับการทำ UDC เนื่องจากเนื้อหา UDC ที่ผู้ใช้งานทำนั้น มักจะถูกเก็บอยู่ในระบบของผู้รับฝากข้อมูล

ประเภทที่สี่ ผู้ให้บริการสืบค้นข้อมูล (Information Location Tools) เป็นผู้ให้บริการที่ทำหน้าที่เชื่อมต่อผู้ใช้งานเข้ากับตำแหน่งข้อมูลทางออนไลน์ โดยใช้บริการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตนั้น¹⁷⁹

(2) ข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์

ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทรับฝากข้อมูล จะไม่ต้องรับผิดเกี่ยวกับค่าเสียหายหรือสิ่งอื่นใดในกรณีที่มีเนื้อหาอันละเมิดลิขสิทธิ์เก็บในระบบโดยการนำเข้าของผู้ใช้งานที่ตนได้ให้บริการอยู่ หากได้ดำเนินการตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนี้

ประการแรก ไม่มีส่วนรับรู้ถึงเนื้อหาอันละเมิดลิขสิทธิ์หรือกิจกรรมการใช้งานเนื้อหาที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์บนเครือข่ายของตน โดยการไม่รู้นั้นต้องไม่ใช่การไม่รู้ข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์การละเมิดลิขสิทธิ์ที่เห็นได้อย่างชัดเจน และเมื่อรับรู้ถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ ต้องมีการดำเนินการอย่างรวดเร็ว (expeditiously) ในการนำข้อมูลนั้นออก ระงับการเข้าถึงซึ่งเนื้อหาดังกล่าว¹⁸⁰

ทั้งนี้ การรับรู้ที่เห็นได้อย่างชัดเจนหมายถึงความรู้ที่สามารถพบเห็นได้อย่างชัดเจนเพียงแค่การมองอย่างทั่วไปในระยะเวลานั้น¹⁸¹ และสามารถทราบได้ว่า เนื้อหานั้นเป็นเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์ โดยผู้ให้บริการไม่มีหน้าที่ในการตรวจสอบหรือแสวงหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเนื้อหาอันละเมิดลิขสิทธิ์ในระบบที่ตนให้บริการ¹⁸² เนื่องจากการพิจารณาว่าเนื้อหาใดเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นอกศาล

¹⁷⁷ 17 U.S. Code § 512 (b)

¹⁷⁸ 17 U.S. Code § 512 (c)

¹⁷⁹ 17 U.S. Code § 512 (d)

¹⁸⁰ 17 U.S. Code § 512(c)

¹⁸¹ Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.-508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007)

¹⁸² 17 U.S. Code § 512(m)

นั้นเป็นการกระทำที่ยาก กฎหมายมิได้มีวัตถุประสงค์ให้ผู้ใช้บริการมีหน้าที่ในการดำเนินการพิจารณาว่าเนื้อหาใดเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์¹⁸³

ประการที่สอง ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องไม่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากการกระทำอันละเมิดลิขสิทธิ์นั้นในกรณีที่ ผู้ให้บริการมีสิทธิและมีความสามารถในการควบคุมการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้น¹⁸⁴

การได้ประโยชน์ทางการเงินนี้ มิใช่เพียงกรณีการได้ประโยชน์จากเนื้อหาอันละเมิดลิขสิทธิ์ในทางอ้อมเท่านั้น เช่น การเพิ่มความสนใจในการใช้งานเว็บไซต์เหล่านั้นด้วยเนื้อหาอันละเมิดลิขสิทธิ์โดยผู้ให้บริการไม่ได้รับค่าตอบแทนในการให้บริการแต่อย่างใด¹⁸⁵ หรือการได้รับผลตอบแทนจากการให้บริการ เช่น ค่าธรรมเนียมในการเปิดใช้ หรือค่าบริการตามช่วงเวลาที่ได้ให้บริการ ซึ่งผู้รับบริการได้เข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ ก็มีใช้การได้รับผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากผลงานอันละเมิดลิขสิทธิ์¹⁸⁶ ดังนั้นการได้รับผลประโยชน์โดยตรงนี้ต้องเป็นกรณีที่มีการพิสูจน์ว่า ผู้ให้บริการได้รับผลประโยชน์โดยตรงจากกิจกรรมที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ และการควบคุมในกรณีนี้มีใช้เพียงกรณีที่ผู้ให้บริการสามารถปิดการเข้าถึง หรือนำเนื้อหาเหล่านั้น ๆ ออกจากระบบได้ตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น¹⁸⁷ แต่หมายถึงความสามารถในการควบคุมโดยตรงการนำเข้าผลงานอันละเมิดลิขสิทธิ์นั้น เช่น ผู้ให้บริการทำหน้าที่เป็นบรรณาธิการเนื้อหาดังกล่าว เป็นต้น¹⁸⁸

ประการที่สาม ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องระงับการส่งข้อมูลตามคำร้องขอของผู้ใช้บริการโดยเร็ว (expeditiously) เมื่อได้รับทราบถึงข้อเท็จจริงว่าเนื้อหานั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์จากการได้รับแจ้งถึงการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น¹⁸⁹ อันเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการ Notice and Takedown

ประการที่สี่ ผู้ให้บริการต้องมีการจัดให้มีหน่วยรับเรื่องร้องเรียนกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ อันเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการ Notice and Takedown ที่สามารถเข้าถึงได้บนเว็บไซต์ที่บุคคลทั่วไปสามารถรับรู้ข้อมูลได้ และต้องจัดทำข้อมูลแจ้งต่อ Copyright Office ตามเนื้อหาที่กฎหมายกำหนดได้แก่ ชื่อ ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ อีเมล ของหน่วยรับแจ้งนั้น และรายละเอียดอันเป็นข้อมูลอื่นใดที่หน่วยงานรับจดทะเบียนลิขสิทธิ์ควรจะทราบ โดยหน่วยงานรับจดทะเบียนลิขสิทธิ์จำต้องจัดให้

¹⁸³ Edward Lee, "Decoding the Dmca Safe Harbors," *Columbia Journal of Law & the Arts* 233 (2009): 27.

¹⁸⁴ 17 U.S. Code §512 (c)(1)(B)

¹⁸⁵ CoStar Group, Inc. v. LoopNet, Inc., 373 F.3d 544 (4th Cir. 2004)

¹⁸⁶ Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007)

¹⁸⁷ Hendrickson v. Ebay, Inc., 165 F. Supp. 2d 1082 (C.D. Cal. 2001)

¹⁸⁸ Edward Lee, "Decoding the Dmca Safe Harbors," *Columbia Journal of Law & the Arts* 19.

¹⁸⁹ 17 U.S. Code §512 (c)(1)(C)

สาธารณะสามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวผ่านทางอินเทอร์เน็ตได้ และผู้ให้บริการอาจเสียค่าธรรมเนียมเพื่อการทำฐานข้อมูลนี้ทันสมัย¹⁹⁰

ประการที่ห้า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องมีมาตรการหรือนโยบายที่สมเหตุสมผลเพื่อหลีกเลี่ยงการให้บริการแก่ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตของตนที่กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ซ้ำ ๆ และดำเนินการตามนโยบายนั้น¹⁹¹

ประการที่หก ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องอำนวยความสะดวกและไม่ขัดขวางมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ใช้เพื่อป้องกันมิให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ในผลงานของตน หรือที่ใช้เพื่อระบุถึงผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน

(3) มาตรการแจ้งเตือน (Notice and Takedown)

1) เนื้อหาที่ต้องระบุในคำแจ้งเตือน

จากการที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ให้บริการต้องมีการจัดให้มีการรับเรื่องร้องเรียนกรณีการใช้งานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ เพื่อนำข้อมูลเหล่านั้นออกจากระบบ กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถส่งการแจ้งเตือนเป็นหนังสือไปยังหน่วยงานรับเรื่องร้องเรียนกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการได้ โดยต้องมีเนื้อหาที่กฎหมายระบุไว้ ดังนี้¹⁹²

ประการแรก ลายมือชื่อทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือทางกระดาษ ของผู้มีอำนาจในการทำหน้าที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์อันมีสิทธิเด็ดขาดในการดำเนินการกับการละเมิดลิขสิทธิ์

ประการที่สอง เนื้อหาที่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์ ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์หลายงานในการแจ้งครั้งเดียวกัน ต้องจัดทำรายการการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย

ประการที่สาม ต้องระบุเนื้อหาที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ต้องการให้นำออกหรือระงับการเข้าถึง และข้อมูลที่เพียงพอสำหรับผู้ให้บริการเพื่อจะหาข้อมูลเหล่านั้น

ประการที่สี่ เนื้อหาหรือข้อมูลที่เพียงพอที่จะให้ผู้ให้บริการสามารถติดต่อผู้ส่งเรื่องร้องเรียน เช่น ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ อีเมล หากเป็นไปได้ เพื่อติดต่อกลับ

¹⁹⁰ 17 U.S. Code § 512(c)(2)

¹⁹¹ 17 U.S. Code § 512(i)(1)

¹⁹² 17 U.S. Code § 512(c)(3)

ประการที่ห้า ข้อความที่ระบุว่า ผู้ส่งเรื่องร้องเรียนเชื่ออย่างสุจริตว่าการใช้งานเนื้อหานั้นไม่ได้ ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ผู้แทน หรือโดยกฎหมาย

และประการสุดท้าย ข้อความที่ระบุว่า ข้อมูลที่แจ้งมาถูกต้อง และมีอำนาจดำเนินการแทน เจ้าของลิขสิทธิ์

ซึ่งหากมีการดำเนินการส่งเรื่องร้องเรียนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้ว จะถือว่า ผู้ให้บริการได้ทราบถึงเรื่องร้องเรียนดังกล่าวแล้วไม่ได้ แต่หากเป็นคำร้องเรียนแม้จะมีเนื้อหาไม่ครบ แต่ได้ดำเนินการตามประการที่สองถึงสี่เรียบร้อยแล้ว ผู้ให้บริการจำเป็นต้องพยายามติดต่อหรือให้ความช่วยเหลือตามสมควรเพื่อให้มีการแก้ไขรายละเอียดคำร้องเรียนดังกล่าว เพื่อให้เป็นไปตามเนื้อหาที่กฎหมายกำหนด หากไม่มีการแก้ไขยอมไม่สามารถพิจารณาได้ว่า ผู้ให้บริการได้ทราบถึงการร้องเรียนดังกล่าวแล้ว¹⁹³

2) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่ต้องระงับการส่งข้อมูลโดยทันทีเมื่อมีการร้องขอ

หากผู้ให้บริการได้รับเรื่องร้องเรียนที่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดแล้ว ผู้ให้บริการต้องดำเนินการลบข้อมูลดังกล่าวออกหรือปิดกั้นการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวโดยเร็ว (expeditiously) เพื่อจะได้รับ ความยกเว้นในการรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์¹⁹⁴ ทั้งนี้ ได้มีการวางหลักจาก ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาว่า การส่งคำแจ้งเตือนเพื่อนำเนื้อหาอันละเมิดลิขสิทธิ์ออกนั้น ต้องมีการ คำนึงถึงว่าการใช้งานของผู้ใช้งานนั้นเป็นไปตามหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมหรือไม่ หากไม่พิจารณา หรือส่งคำแจ้งเตือนอันเป็นเท็จแล้ว ย่อมมีผลเป็นการทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องชำระค่าเสียหายในกรณี ดังกล่าวได้¹⁹⁵ และเมื่อผู้ให้บริการได้ทราบถึงการแจ้งเตือนดังกล่าวแล้ว ผู้ให้บริการจำต้องแจ้งต่อ ผู้ใช้งานที่ผลงานนั้นจะถูกระงับหรือนำออกจากระบบทันที¹⁹⁶

ทั้งนี้ การส่งคำร้องแจ้งเตือนที่เป็นเท็จ หรือไม่สุจริต โดยรับรู้อยู่แล้ว หากการนำออกหรือ จำกัดการเข้าถึงซึ่งเนื้อหานั้น ผู้ส่งคำร้องนั้นจำเป็นต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายหรือค่าเสียหายที่เกิดขึ้น¹⁹⁷

¹⁹³ 17 U.S. Code § 512(c)(3)(B)

¹⁹⁴ U.S. Copyright Office, "The Digital Millennium Copyright Act of 1998 U.S. Copyright Office Summary."

¹⁹⁵ Lenz v. Universal Music Corp. - 815 F.3d 1145 (9th Cir. 2016)

¹⁹⁶ 17 U.S. Code § 512(g)(2)

¹⁹⁷ 17 U.S. Code § 512 (f)

3) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่ต้องคืนการส่งข้อมูลเมื่อมีการร้องขอนั้นหากได้รับแจ้งจากผู้ถูกกล่าวหาว่าดำเนินการละเมิดลิขสิทธิ์ (counter notice)

ผู้ให้บริการที่ได้รับคำคัดค้านต้องแจ้งต่อผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ได้แจ้งพร้อมสำเนาคำคัดค้านพร้อมแจ้งว่า จะยุติการระงับการเข้าถึงเนื้อหาดังกล่าว และหากมีการส่งคำร้องคัดค้านตามรายละเอียดที่กฎหมายกำหนดโดยระบุว่า การนำออกนี้เป็นการนำออกโดยเข้าใจผิดแล้ว ผู้ให้บริการจำต้องทำให้เนื้อหานั้นสามารถกลับมาเข้าถึงได้ภายใน 10-14 วันทำการนับแต่วันที่ได้รับคำคัดค้าน เว้นแต่เจ้าของลิขสิทธิ์ที่ส่งเรื่องร้องเรียนจะดำเนินการฟ้องผู้ให้บริการต่อศาล¹⁹⁸ การกำหนดให้มีการส่งคำร้องคัดค้านนี้เป็นกรณีที่กฎหมายได้กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันการส่งเรื่องร้องเรียนที่ผิดหรือเพ้อกลิ่นแกล้งไว้ โดยกำหนดให้ผู้ใช้งานมีโอกาสที่จะส่งคำร้องคัดค้านการร้องเรียนซึ่งผู้ให้บริการต้องแจ้งให้ผู้ใช้งานที่เนื้อหาถูกนำออกหรือปิดการเข้าถึงทันที โดยผู้ให้บริการ

ทั้งนี้ การส่งคำคัดค้านเป็นเท็จ หรือไม่สุจริต โดยรับรู้อยู่แล้ว ผู้ส่งคำร้องนั้นจำเป็นต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายหรือค่าเสียหายที่เกิดขึ้น¹⁹⁹

4) เนื้อหาที่ต้องระบุในคำคัดค้าน

ผู้ให้บริการที่ถูกนำเนื้อหาออกย่อมสามารถส่งคำร้องคัดค้านการร้องเรียน (counter notification) ไปยังผู้ให้บริการได้ โดยต้องทำเป็นหนังสือ และประกอบด้วยเนื้อหาดังนี้²⁰⁰

ประการแรก ลายมือชื่อทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือทางกระดาษของผู้คัดค้าน

ประการที่สอง เนื้อหาที่ถูกนำออกหรือปิดกั้นการเข้าถึง และแหล่งที่อยู่ซึ่งเนื้อหานั้นเคยอยู่ก่อนที่จะถูกนำออกหรือจำกัดการเข้าถึง

ประการที่สาม ข้อความว่าผู้คัดค้านได้เชื่ออย่างสุจริตว่าเนื้อหาดังกล่าวถูกนำออกหรือปิดกั้นการเข้าถึงด้วยการเข้าใจผิดซึ่งเนื้อหานั้น

ประการที่สี่ ชื่อของผู้ส่งคำคัดค้าน ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ และข้อความแสดงว่าผู้คัดค้านยินยอมให้ศาลที่มีเขตอำนาจดำเนินการตามกระบวนการในกรณีและผู้ส่งเรื่องร้องเรียนดำเนินคดีต่อศาล

¹⁹⁸ 17 U.S. Code § 512 (g)(2)

¹⁹⁹ 17 U.S. Code § 512 (f)

²⁰⁰ 17 U.S. Code § 512 (g)(3)

การรับรู้ว่าการส่งคำร้องแจ้งเตือนหรือคำคัดค้านเป็นเท็จ หรือไม่สุจริต หากมีการนำออกหรือจำกัดการเข้าถึงซึ่งเนื้อหาเหล่านั้น ผู้ให้บริการ ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ผู้ส่งคำร้อง ผู้ใช้บริการที่ส่งคำคัดค้านต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการนั้น²⁰¹

5) ข้อยกเว้นการรับผิดชอบในการกระทำนำข้อมูลออกหรือคืนการเข้าถึงข้อมูล

ผู้ให้บริการที่นำข้อมูลหรือเนื้อหาออกเนื่องจากได้รับการร้องเรียนหรือจากเหตุการณ์ที่ผู้ให้บริการได้พบว่า มีการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างเป็นทางการที่ประจักษ์ จะไม่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลในการระงับการเข้าถึง หรือนำเนื้อหาเหล่านั้นออกด้วยความสุจริต แม้เนื้อหาเหล่านั้นอาจถูกพิจารณาว่าไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ในภายหลัง²⁰² และไม่ต้องรับผิดชอบในการละเมิดลิขสิทธิ์หากมีการคืนการเข้าถึงเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์หากปฏิบัติตามเกณฑ์เกี่ยวกับการได้รับคำคัดค้าน²⁰³

3.2 กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของแคนาดาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับ UDC

ประเทศแคนาดาเป็นประเทศที่ได้มีการนำข้อยกเว้นความรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์ของกรณี UGC มาบัญญัติไว้ชัดเจนในกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ (Copyright Act R.S.C., 1985, c. C-42) โดยมีการแก้ไขด้วย C-11 หรือกฎหมายแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของแคนาดา (An act to amend the Copyright Act) ที่ได้ออกในปี 2012 โดยมีเนื้อหาแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ของแคนาดาให้มีความทันสมัยมากยิ่งขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับยุคดิจิทัล โดยการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้งานกรณีทำผลงาน UDC เพื่อสร้างสมดุลระหว่างการรับรู้สิทธิของผู้มีลิขสิทธิ์ และสิทธิของผู้ใช้งานในการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์²⁰⁴ ทั้งนี้ กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของแคนาดาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับ UGC มีดังต่อไปนี้

3.2.1 ความหมายของลิขสิทธิ์

ลิขสิทธิ์ หมายถึง สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำ หรือทำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือส่วนใดส่วนหนึ่งที่สำคัญในรูปแบบใดก็ตาม ซึ่งหมายความรวมถึงสิทธิในการแสดงผลงานหรือส่วนสำคัญของผลงานนั้น หรือส่งผลงานนั้นในกรณีที่เป็นงานเขียน หากกรณีที่ผลงานนั้นยังไม่ได้มีการเผยแพร่ต่อ

²⁰¹ 17 U.S. Code § 512 (f)

²⁰² 17 U.S. Code § 512 (g)(1)

²⁰³ 17 U.S. Code § 512 (g)(4)

²⁰⁴ Preamble C-11, Act to amend the Copyright Act.

สาธารณะแล้ว ลิขสิทธิ์ย่อมหมายความรวมถึงสิทธิในการเผยแพร่ผลงานนั้นหรือส่วนสาระสำคัญของผลงานนั้นด้วย²⁰⁵

กฎหมายลิขสิทธิ์ของแคนาดาคุ่มครองไปถึงสิทธิของนักแสดง การบันทึกเสียงและการเผยแพร่สัญญาณการสื่อสาร โดยสิทธิของผลงานเหล่านี้จะมีลักษณะแตกต่างจากสิทธิประเภทอื่น เช่น สิทธิของผลงานบันทึกเสียงจะรวมไปถึงสิทธิเด็ดขาดในการเผยแพร่ผลงานแต่เพียงผู้เดียว ทำซ้ำในรูปแบบต่าง ๆ ฯลฯ²⁰⁶

3.2.2 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์

การจะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ของแคนาดานั้นกฎหมายมิได้กำหนดถึงเงื่อนไขที่ชัดเจนแต่อย่างใด ว่าจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขอะไรบ้าง อย่างไรก็ตามจากการพิจารณาถึงผลงานที่สามารถได้รับความคุ้มครองซึ่งลิขสิทธิ์²⁰⁷ จะเห็นว่าผู้สร้างสรรค์ผลงานที่จะได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ต้องมีเงื่อนไขดังนี้²⁰⁸

(1) มีความสร้างสรรค์ (originality)

ผลงานที่จะได้รับความคุ้มครองให้เป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้องปรากฏว่า ผลงานนั้นมีความสร้างสรรค์ ซึ่งผลงานที่มีความสร้างสรรค์นี้ หมายถึง ผลงานที่เกิดจากการกระทำความสร้างสรรค์ด้วยตนเอง มิได้คัดลอกจากผู้อื่น²⁰⁹ โดยหลักการสร้างสรรค์นี้ มีหลักการพิจารณาถึงระดับความสร้างสรรค์ โดยแบ่งเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ หลักการแรงงาน (sweat of the brow) อันเป็นหลักการที่กล่าวถึงความสร้างสรรค์ที่เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ต้องพิจารณาถึงการใช้แรงงานหรือความพยายามของบุคคลหนึ่ง ที่ได้ลงมือทำผลงานใดผลงานหนึ่งขึ้นมา หากใช้ความสามารถ แรงงาน และ วิจารณ์ญาณแล้ว ย่อมสามารถกล่าวได้ว่า ผู้นั้นได้สร้างสรรค์ผลงานขึ้นเพียงพอต่อความคุ้มครอง และ อีกลักษณะหนึ่งคือ หลักการระดับความสร้างสรรค์เป็นอย่างน้อย อันเป็นหลักที่ว่า ผลงานที่จะได้รับ

²⁰⁵ Canadian Intellectual Property Office, "A Guide to Copyright " [Online] Accessed: 25 May 2023. Available from: <https://ised-isde.canada.ca/site/canadian-intellectual-property-office/en/guide-copyright>

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 5

²⁰⁸ Canadian Intellectual Property Office, "Copyright – Learn the Basics Protect Your Original Works. Learn Why Copyright Matters.," [Online] Accessed: 25 May 2023. Available from: <https://ised-isde.canada.ca/site/canadian-intellectual-property-office/en/copyright-learn-basics/copyright-learn-basics-protect-your-original-works-learn-why-copyright-matters>

²⁰⁹ Ibid.

ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ต้องเป็นผลงานที่มีความสร้างสรรค์ในระดับที่เพียงพอจึงจะสามารถได้รับความคุ้มครองได้²¹⁰

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของแคนาดา ไม่ได้กำหนดให้คำนิยามคำว่าความสร้างสรรค์ไว้ในกฎหมาย ทำให้ศาลในอดีตของประเทศแคนาดาตัดสินเกี่ยวกับประเด็นความสร้างสรรค์ของผลงานหรือไม่ โดยใช้หลักการทั้งสองสลับไปมา จนทำให้เกิดความไม่แน่นอน กล่าวคือ บางครั้งศาลก็ตัดสินว่า การกระทำของผู้สร้างสรรค์มีการใช้แรงงานของตน มีความสร้างสรรค์เพียงพอในการได้รับความคุ้มครอง ในขณะที่ในบางคดี ศาลก็ได้ตัดสินว่า การใช้แรงงานของผู้สร้างสรรค์อย่างเดียวนั้นไม่เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครอง แต่ต้องมีการใช้ความสามารถ การตัดสินใจ และการใช้แรงงานในการทำผลงาน อันเป็นการใช้หลักการความคิดสร้างสรรค์มาใช้ในการตีความด้วย²¹¹

อย่างไรก็ดี หลักการตีความเกี่ยวกับความสร้างสรรค์ของแคนาดาได้มีความแน่นอนมากขึ้น ภายหลังจากตัดสินของศาลในคดี CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada (CCH)²¹² ที่ได้วางหลักเกี่ยวกับการตีความว่า ผลงานใดจะเป็นผลงานที่สร้างสรรค์ไว้ ว่าระดับความสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นต้องอยู่ระหว่างหลักการทั้งสอง คือ ต้องไม่เป็นผลงานที่เกิดจากการทำซ้ำหรือคัดลอกผลงานอื่น แต่ไม่จำเป็นจะต้องมีระดับความคิดสร้างสรรค์ที่ใหม่หรือเป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัว และการแสดงออกนี้ จำต้องมีการใช้ความสามารถและวิจรรณญาณในการตัดสินใจที่มากเพียงพอ

ในคดี CCH นี้เป็นคดีที่จำเลยผู้ให้บริการถ่ายเอกสารได้ถ่ายเอกสารเนื้อหาอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ ผู้เป็นสำนักพิมพ์ จึงฟ้องร้องจำเลยกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ ทำให้มีประเด็นที่ต้องพิจารณาคือ ผลงานของโจทก์เป็นผลงานที่มีลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งผลงานของโจทก์ในคดีนี้คือรายงานการตัดสินใจคดี รายการเกี่ยวกับคดีที่โจทก์ได้จัดทำขึ้น ซึ่งศาลในคดีนี้ได้วางหลักในการพิจารณาถึงความสร้างสรรค์ไว้ดังนี้

“ความสร้างสรรค์ของผลงานภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์หมายถึง ผลงานที่ถูกสร้างขึ้นโดยผู้จัดทำ โดยไม่ได้คัดลอกจากงานของผู้อื่น อย่างไรก็ตาม การที่ผลงานหนึ่งได้ถูกสร้างขึ้นจากผู้จัดทำโดยไม่คัดลอกจากผู้อื่นอย่างเดียวนั้น ไม่เพียงพอต่อการพิจารณาว่าผลงานนั้นมีความสร้างสรรค์ แต่ผลงานสร้างสรรค์ ยังต้องเป็นผลงานที่เกิดขึ้นจากการใช้ความสามารถ และการตัดสินใจของผู้จัดทำ

²¹⁰ Carys J. Craig, "The Evolution of Originality in Canadian Copyright Law: Authorship, Reward and the Public Interest," *University of Ottawa Law & Technology Journal* (2005): 427.

²¹¹ *Ibid.*, 427-428.

²¹² CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13

การใช้ความสามารถและการตัดสินใจที่ต้องใช้ในการจัดทำผลงานนั้น ต้องไม่ใช่การใช้เพียงเล็กน้อยที่มีลักษณะเป็นการทำขึ้นตามกลไกหรือเพื่อการใช้งานเท่านั้น (*mechanical exercise*) แม้ว่าผลงานที่มีความคิดสร้างสรรค์ (*creative*) จะอยู่ภายใต้เงื่อนไขความคิดสร้างสรรค์ของผลงาน และสามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว แต่ความคิดสร้างสรรค์ไม่จำเป็นต่อการทำให้ผลงานนั้นเป็นผลงานสร้างสรรค์”

การที่ศาลในคดีนี้ของแคนาดาได้ตัดสินเช่นนั้น มีที่มาจากความพยายามของศาลในการสร้างความสมดุลของประโยชน์ส่วนรวมในการสนับสนุนให้มีศิลปะและทรัพย์สินทางปัญญาที่แพร่หลายต่อคนในสังคมพร้อมกับการให้ความคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์ โดยมีความเห็นว่า หากศาลพิจารณาให้ผลงานใดมีความสร้างสรรค์เพียงเพราะการที่ผู้สร้างสรรค์ไม่ได้คัดลอกมาจากผลงานของผู้อื่นหรือเพราะได้มีการลงแรงในการจัดทำแล้ว จะส่งผลให้เกิดการให้ความคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์ผลงานที่มากเกินไปจนทำให้เกิดผลเสียต่อประโยชน์สาธารณะในการรักษาบรรยากาศที่ส่งเสริมให้เกิดแรงจูงใจในการสร้างสรรค์ผลงานในอนาคต²¹³

ดังนั้น การตัดสินเช่นนี้ของศาลในคดี CCH ทำให้เกิดมาตรฐานในการตีความคำว่าความคิดสร้างสรรค์ ให้ต้องมีองค์ประกอบ ได้แก่ ประการแรก ผลงานนั้นต้องไม่เกิดจากการคัดลอกผลงานของผู้อื่น ประการที่สอง ผู้จัดทำผลงานนั้นต้องมีการใช้แรงงาน ความสามารถ และวิจรรณญาณในการทำผลงานนั้นขึ้น ประการที่สาม การใช้ความสามารถและการตัดสินใจทำนั้น ต้องไม่ใช่เป็นเพียงการดำเนินการเพียงเล็กน้อยที่มีลักษณะเป็นการทำตามกลไกหรือการใช้งานทั่วไป และประการสุดท้าย ไม่จำเป็นต้องมีระดับความคิดสร้างสรรค์ในความหมายที่หมายถึงผลงานนั้นต้องใหม่หรือมีเอกลักษณ์แตกต่างจากผลงานอื่น²¹⁴ อันเป็นหลักการที่อยู่ระหว่างการตีความถึงเงื่อนไขความคิดสร้างสรรค์ทั้ง 2 หลักการ²¹⁵

(2) มีการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ (*expression*) และมีความแน่นอน (*fixation*)

กฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดาให้ความคุ้มครองเพียงแต่ความคิดสร้างสรรค์ที่ได้แสดงออกเท่านั้น โดยไม่ให้ความคุ้มครองถึงข้อเท็จจริง ข้อมูลต่าง ๆ²¹⁶ ความคิดหรือแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังแต่อย่าง

²¹³ CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13

²¹⁴ CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13

²¹⁵ Carys J. Craig, "The Evolution of Originality in Canadian Copyright Law: Authorship, Reward and the Public Interest," *University of Ottawa Law & Technology Journal*: 429.

²¹⁶ Canadian Intellectual Property Office, "A Guide to Copyright " [Online]. Available from: https://publications.gc.ca/collections/collection_2010/opic-cipo/lu71-4-4-2008-eng.pdf

ใด²¹⁷ การกำหนดเช่นนี้เป็นที่มาจากหลักการของการแบ่งแยกระหว่างความคิดและการแสดงออกอันเป็นหลักการสำคัญของกฎหมายลิขสิทธิ์ กล่าวคือ การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ จะไม่ครอบคลุมไปถึงความคิดเบื้องหลังผลงานดังกล่าว²¹⁸ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น ไม่ต้องการจะให้ผู้สร้างสรรค์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้ความคิดนั้น แม้ว่าความคิดนั้นจะเป็นความคิดที่ใหม่หรือไม่เคยมีมาก่อน อย่างไรก็ตาม กฎหมายลิขสิทธิ์จะให้ความคุ้มครองแก่ผลงานสร้างสรรค์ เช่น ผลงานวรรณกรรมอันเป็นผลงานที่ได้แสดงออกซึ่งความคิด เนื่องจากความคิดต่าง ๆ นั้นเป็นทรัพย์สินส่วนรวม ที่ทุกคนสามารถใช้และนำไปปรับปรุงได้ แต่ผลงานที่ถูกสร้างสรรค์ออกมา เช่น วรรณกรรมนั้น เป็นผลงานที่ไม่อาจมีใครนำไปใช้ หรือทำซ้ำได้ หากไม่ได้รับอนุญาต²¹⁹

ยกตัวอย่างเช่น ในการจัดทำผลงานวรรณกรรมประเภทนวนิยายนั้น ความคิดหรือโครงเรื่องของนวนิยายนั้น ไม่ใช่การแสดงออกซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์จะมุ่งให้ความคุ้มครอง แต่หากเป็นกรณีที่น่าเรื่องราวหรือโครงเรื่องนั้น ไปแสดงออกด้วยการเขียน หรือบรรยาย ใส่ตัวละครและผ่านถ้อยคำแล้ว ผู้สร้างสรรค์ย่อมสามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ แต่ไม่ครอบคลุมไปถึงวัตถุประสงค์ที่ถูกบรรยายในหนังสือ แต่ผลงานลิขสิทธิ์ของหนังสือหรือวรรณกรรมนั้น จะครอบคลุมไปถึงตัวละครทุกตัวที่ได้บรรยายและมีความเฉพาะ เนื้อหาด้านใน และตอนจบของเรื่อง อันเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์²²⁰

หากเป็นกรณีที่มีการแสดงออกซึ่งความคิดนั้น มีอยู่อย่างจำกัดไม่กี่วิธี หรือวิธีเดียวแล้ว ย่อมไม่อาจให้ความคุ้มครองแก่การแสดงออกซึ่งความคิดนั้นได้ เนื่องจากอาจก่อให้เกิดการผูกขาดทางความคิด เนื่องจากการแสดงออกนั้นได้รวมเป็นส่วนเดียวกันกับความคิดที่อยู่เบื้องหลังการแสดงออกนั้นแล้ว เช่น กรณีสร้างโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ในบางครั้ง อาจมีไม่กี่วิธีในการแสดงออกซึ่งความคิดหรือสร้างสรรค์โปรแกรมนั้น ฯลฯ²²¹

นอกจากนี้ ในการแสดงออกซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของแคนาดานั้น ต้องปรากฏว่า ผลงานที่ได้แสดงออกซึ่งความคิดจะต้องมีความแน่นอน (fixation) กล่าวคือผลงานนั้นต้องมีการแสดงออกมาซึ่งอยู่ในรูปแบบหรือวัตถุบางอย่าง ทั้งนี้ ต้องมีความถาวรในระดับหนึ่งไม่มากนัก²²² โดยอาจอยู่ใน

²¹⁷ Government of Canada, "Notices to Canadian Internet Subscribers," [Online] Accessed: 17 May 2023. Available from: <https://ised-isde.canada.ca/site/office-consumer-affairs/en/connected-consumer/notices-canadian-internet-subscribers>; Canadian Intellectual Property Office, "Copyright – Learn the Basics Protect Your Original Works. Learn Why Copyright Matters."

²¹⁸ Abraham Drassinower, "A Rights-Based View of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law," *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 26(2003): 4.

²¹⁹ Moreau v. St. Vincent, 1950 CanLII 248 (CA EXC), [1950] Ex CR 198,

²²⁰ Anne of Green Gables Licensing Authority Inc. et al. v. Avonlea Traditions Inc., [2000] O.T.C. 133 (SupCt)

²²¹ Delrina Corp. v. Triolet Systems Inc., 2002 (on ca)

²²² Canadian Admiral Corporation Ltd. v. Rediffusion Inc. and Attorney-General of Canada[1954] Ex. C.R. 382

รูปแบบใดก็ได้ เช่น ละคร การบันทึกวิดีโอ การบันทึกเสียง หน่วยความจำของคอมพิวเตอร์ ฯลฯ²²³ ซึ่งการกำหนดให้ผลงานต้องมีความถาวรนี้เป็นไปเพื่อทำให้เกิดความแน่ใจในการแยกระหว่างผลงานที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์กับผลงานที่ไม่ควรได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ หากไม่มีเงื่อนไขความแน่นอนแล้ว อาจก่อให้เกิดการลิดรอนหรือเบียดเบียนต่อการสร้างสรรค์ได้ เพราะเป็นการทำให้แน่ใจว่า ความคิดหรือแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังผลงานต่าง ๆ จะไม่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์หากไม่มีการแสดงออกมา²²⁴

หลักความแน่นอนของกฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดานั้น ไม่ได้มีการกำหนดหรือบัญญัติไว้ให้เป็นเงื่อนไขในการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์อย่างชัดเจนแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติต่าง ๆ ของกฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดา มักกำหนดให้ผลงานที่จะได้รับความคุ้มครองต้องเป็นผลงานที่มีความแน่นอนจึงจะได้รับความคุ้มครอง เช่น ในนิยามของผลงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือผลงานละครที่กำหนดให้ต้องมีลักษณะที่แน่นอน²²⁵ ฯลฯ²²⁶ โดยสามารถเห็นได้จากตัวอย่างคำพิพากษาของศาลแคนาดาในคดี CCH ที่ศาลได้ตัดสินโดยกล่าวดังนี้

“กฎหมายลิขสิทธิ์นั้นมุ่งให้ความคุ้มครองเพียงแต่การแสดงออกซึ่งความคิดที่ถูกแสดงออกมาในรูปแบบของวัตถุที่แน่นอน (*fixed material*) เท่านั้น จึงจะได้ความคุ้มครอง ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัตินิยามของผลงานละคร ผลงานคอมพิวเตอร์ เป็นต้น”²²⁷

ดังนั้น จึงสามารถกล่าวได้ว่า ผลงานที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นลิขสิทธิ์สำหรับประเทศแคนาดานั้น ต้องเป็นผลงานที่ได้แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ให้อยู่ในรูปแบบที่แน่นอนแล้วเท่านั้น

(3) เป็นผลงานตามชนิดที่กฎหมายกำหนดไว้

จากบทบัญญัติว่าด้วยลิขสิทธิ์ของแคนาดาที่ได้กำหนดให้ ผลงานที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นลิขสิทธิ์นั้น มีประเภทตามที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ ผลงานวรรณกรรม (*literary*) ผลงานละคร

²²³ Canadian Intellectual Property Office, "Copyright – Learn the Basics Protect Your Original Works. Learn Why Copyright Matters."

²²⁴ Alexander Bayer, "Copyright Activities on the Internet- the Role of the Fixation Criterion" (Master, Law, McGill University, 1997), pp. 7-8.

²²⁵ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 2 "... **computer program** means a set of instructions or statements, expressed, fixed, embodied or stored in any manner, that is to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a specific result;

... **dramatic work includes** (a) any piece for recitation, choreographic work or mime, the scenic arrangement or acting form of which is fixed in writing or otherwise, ..."

²²⁶ Robert Tomkowicz, "Copyright in Ideas: Equitable Ownership of Copyright," *Canadian Intellectual Property Review* (2013): 79.

²²⁷ CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13

(dramatic) ผลงานดนตรี (musical) และผลงานศิลปะ (artistic)²²⁸ ทั้งนี้ ผลงานแต่ละประเภทสามารถอธิบายได้ดังนี้

1) ผลงานวรรณกรรม (literary) หมายถึง ผลงานสร้างสรรค์ด้านงานเขียน ในทุกรูปแบบและชนิด²²⁹ เช่น นิยาย วรรณกรรม หนังสือ ผลงานแปล เนื้อหาบนเว็บไซต์ ฯลฯ โดยหมายรวมถึงตาราง โปรแกรมคอมพิวเตอร์ และผลงานรวบรวมผลงานเขียนด้วย²³⁰

ทั้งนี้ ผลงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หมายถึง ชุดคำสั่งหรือข้อความที่แสดงออกเป็นรูปธรรม (fixed) ที่รวมอยู่หรือถูกเก็บไว้ด้วยวิธีใดก็ตาม ที่ถูกใช้ไม่ว่าโดยตรงหรือทางอ้อมบนคอมพิวเตอร์เพื่อสร้างผลลัพธ์เฉพาะเจาะจงบางอย่าง²³¹

2) ผลงานละคร (dramatic) หมายความว่ารวมถึงบทใด ๆ ที่สามารถท่องจำหรืออ่านซ้ำได้ ผลงานออกแบบท่าเต้น (choreographic work) หรือละครใบ้ การจัดฉาก หรือการแสดงในรูปแบบที่เป็นรูปธรรม ในรูปแบบของงานเขียนหรือรูปแบบอื่น ๆ ผลงานภาพยนตร์ใด ๆ (cinematographic) หรือผลงานรวบรวมผลงานละครใด ๆ ด้วย²³²

ผลงานละครนี้ รวมไปถึงบทละคร หรือตัวภาพยนตร์เองด้วย เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้ผลงานละคร อาจอยู่ในรูปแบบของงานเขียน หรือรูปแบบอื่น ๆ ได้

3) ผลงานดนตรี (musical) หมายถึง ผลงานใด ๆ เกี่ยวกับดนตรี หรือผลงานการแต่งเพลง ไม่ว่าจะมิ หรือไม่มีเนื้อร้องก็ตาม และรวมถึงผลงานรวบรวมทางดนตรีด้วย²³³ เช่น เพลง อย่างไรก็ตาม ใดๆ ก็ดี มีข้อสังเกตว่า เนื้อเพลงที่ไม่มีทำนองหรือดนตรีประกอบนั้น เป็นผลงานประเภทวรรณกรรม ไม่ใช่ดนตรีกรรม²³⁴

4) ผลงานศิลปะ (artistic) หมายถึง ภาพวาด ภาพเขียน แผนที่ แผนผัง แผนการ ผลงานภาพถ่าย ผลงานแกะสลักไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดก็ตาม เช่น ภาพสลักไม้ การแกะสลักแผ่นเหล็ก²³⁵

²²⁸ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 5

²²⁹ <https://canadacouncil.ca/glossary/literary-works>

²³⁰ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 2

²³¹ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 2

²³² Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 2

²³³ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 2

²³⁴ Canadian Intellectual Property Office, "A Guide to Copyright "

²³⁵ Chantal Bertosa, Victoria E. Carrington, and Ashley Dumouchel, "Copyright in Canada," [Online] Accessed: 25 May 2023.

Available from: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=60d21876-89af-49f9-9bcd-945cf82f5ff9>

ฯลฯ ผลงานปั้น ผลงานฝีมือด้านศิลปะอื่น ๆ ผลงานสถาปัตยกรรม และผลงานรวบรวมผลงานทางศิลปะ²³⁶ ตัวอย่างของงานประเภทนี้ เช่น แบบแปลนของอาคาร ฯลฯ

นอกจากนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดายังให้ความคุ้มครองแก่สิทธิเพื่อนบ้าน (Neighboring rights) อันหมายถึงผลงานชนิดอื่น ๆ ที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครอง อันได้แก่ สิทธิของนักแสดง การบันทึกเสียง และการถ่ายทอดสดด้วย²³⁷

(4) ได้รับความคุ้มครองทันที โดยไม่ต้องเผยแพร่ หรือไม่ต้องจดทะเบียน

กฎหมายลิขสิทธิ์ของแคนาดาได้กำหนดให้ผลงานสร้างสรรค์นั้นไม่ว่าจะมีการเผยแพร่หรือไม่ จะได้รับความคุ้มครองทันทีในวันที่ทำผลงานสร้างสรรค์ที่ครบตามเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด²³⁸ โดยไม่ต้องจดทะเบียนแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามการจดทะเบียนลิขสิทธิ์นั้นจะทำให้มีหลักฐานว่า ผลงานนั้นมีลิขสิทธิ์ และผู้ที่จดทะเบียนแจ้งลิขสิทธิ์จะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม หน่วยงานรับจดทะเบียน (Copyright office) ไม่มีหน้าที่ในการตรวจสอบการจดทะเบียนผลงานและการใช้งานซึ่งผลงานนั้น และการจดทะเบียนนี้ไม่เป็นการยืนยันถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ และจะไม่มีตรวจสอบถึงความ เป็นเจ้าของของผู้จดทะเบียนและไม่มีการตรวจสอบถึงระดับความสร้างสรรค์ในการจดทะเบียนแต่อย่างใด²³⁹

3.2.3 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในฐานะผู้ดัดแปลงผลงาน

กฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดาไม่ได้มีการแบ่งแยกการให้ความคุ้มครองระหว่างผลงานอันมีลิขสิทธิ์ เดิม และผลงานดัดแปลงแต่อย่างใด เนื่องจากบทบัญญัติว่าด้วยลิขสิทธิ์ของแคนาดาไม่ได้มีการ กำหนดถึงการดัดแปลงไว้เป็นกรณีทั่วไป ทำให้ในการปรับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ของแคนาดาเพื่อให้ ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ผลงานดัดแปลงนั้นต้องพิจารณาตามหลักการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ที่กำหนดไว้ โดยทั่วไป กล่าวคือ ผลงานดัดแปลงได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์เมื่อมีคุณสมบัติครบตามเงื่อนไขการ ได้รับลิขสิทธิ์ กล่าวคือ มีความสร้างสรรค์ เป็นการแสดงออกซึ่งความสร้างสรรค์ออกมาในรูปแบบที่ แน่นนอน และเป็นไปตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด เช่น ผลงานแปลอันเป็นผลงานดัดแปลงรูปแบบ หนึ่งที่ได้รับคุ้มครองในฐานะผลงานวรรณกรรม²⁴⁰ ทั้งนี้ มีประเด็นที่เป็นข้อสังเกตเกี่ยวกับการให้

²³⁶ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 2

²³⁷ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Part 2 Copyright in Performers' Performances, Sound Recordings and Communication Signals and Moral Rights in Performers' Performances

²³⁸ S Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 5

²³⁹ Canadian Intellectual Property Office, "A Guide to Copyright "

²⁴⁰ Interpretation every original literary, dramatic, musical and artistic work includes every original production in the literary, scientific or artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression, such ... translations, ..."

ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ผู้ทำผลงานดัดแปลงในสองประเด็น ได้แก่ เงื่อนไขความสร้างสรรค์สำหรับผลงานดัดแปลง และการทำผลงานดัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานที่นำมาทำผลงานดัดแปลง ดังต่อไปนี้

(1) ความสร้างสรรค์ของผลงานดัดแปลง

ในประเด็นเกี่ยวกับความสร้างสรรค์ของผลงานดัดแปลงนั้น มีลักษณะที่ต้องมีการทำซ้ำซึ่งผลงานของผู้อื่นอยู่ในตัว ดังนั้นในการตีความเกี่ยวกับความสร้างสรรค์ในผลงานดัดแปลง จึงเป็นการพิจารณาเกี่ยวกับการดำเนินการใด ๆ ของผู้สร้างสรรค์ผลงานดัดแปลงที่ได้ดำเนินการต่อผลงานที่มีอยู่แล้ว หากการดำเนินการนั้นได้มีการใช้เวลา ความพยายาม การตัดสินใจ และความสามารถแล้ว ย่อมสามารถกล่าวได้ว่า ผลงานนั้น ๆ มีความสร้างสรรค์ที่เพียงพอต่อการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ การพิจารณาถึงระดับความสร้างสรรค์ของผลงานดัดแปลงจะขึ้นอยู่กับธรรมชาติของผลงานแต่ละชนิดว่าเป็นกรณีที่มีการใช้เวลา ความสามารถหรือไม่ หรือเป็นกรณีที่ได้เปลี่ยนรูปแบบผลงานต้นฉบับให้ไปหรืออยู่ในอีกรูปแบบหนึ่ง หากเป็นกรณีดังกล่าวแล้วว่าเป็นผลงานที่มีความสร้างสรรค์แล้ว ย่อมเป็นการที่ผลงานมีความสร้างสรรค์เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครอง²⁴¹ การพิจารณาถึงความสร้างสรรค์ของผลงานดัดแปลงที่ขึ้นอยู่กับธรรมชาติของชนิดผลงานสามารถยกตัวอย่างดังนี้

ตัวอย่างการทำผลงานดัดแปลงที่ผลงานที่ดัดแปลงยังเป็นผลงานในรูปแบบเดิมกับผลงานต้นฉบับ เช่น การเรียบเรียงดนตรีใหม่จากผลงานดนตรีที่มีอยู่แล้ว กรณีนี้เป็นกรณีที่ผู้เรียบเรียงดนตรีใหม่นั้นได้พัฒนา เปลี่ยนรูปแบบให้成新สื่อใหม่ หรือเปลี่ยนประเภทดนตรีให้กลายเป็นผลงานดนตรีใหม่ที่มีลักษณะเป็นผลงานสร้างสรรค์ใหม่ ซึ่งการปรับปรุง ดัดแปลงดนตรีต่าง ๆ เป็นกรณีที่มีการสร้างสรรค์จนเกิดเป็นผลงานดนตรีที่เป็นผลงานใหม่ได้แล้ว²⁴²

ตัวอย่างการทำผลงานย่อด้านจากผลงานวรรณกรรมที่มีลิขสิทธิ์นั้นเป็นผลงานดัดแปลงที่ยังเป็นผลงานในรูปแบบเดิมกับต้นฉบับเช่นเดียวกัน กรณีนี้ผู้ทำการย่อด้านผลงานวรรณกรรมได้ใช้ความรู้ แรงงาน การตัดสินใจ ความสามารถด้านการเขียน หรือรสนิยมในการจัดทำ ซึ่งหากเป็นกรณีนี้แล้ว ย่อมเป็นผลงานสร้างสรรค์ที่ได้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ ต้องพิจารณาตามแต่ละกรณีไป²⁴³

ตัวอย่างการทำผลงานแปลเป็นการแปลภาษาจากผลงานวรรณกรรมจากภาษาหนึ่งไปเป็นอีกภาษาหนึ่ง เป็นการแสดงให้เห็นถึงมีการใช้ระยะเวลา ความพยายาม ความสามารถในการจัดทำที่

²⁴¹ William J. Braithwaite, "Derivative Works in Canadian Copyright Law," *Osgoode Hall Law Journal* 20, 2 (1982): 195-196.

²⁴² *Ibid.*, 196-197.

²⁴³ *Ibid.*, 197.

ชัดเจนในการเป็นผลงานสร้างสรรค์ที่สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้²⁴⁴ อย่างไรก็ตาม หากเป็นการแปลภาษาด้วยการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรือเป็นการแปลคำศัพท์เพียงไม่กี่คำ ย่อมเป็นการกระทำที่มีการตัดสินใจเพียงเล็กน้อย ตามรูปแบบการทำโดยปกติ จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นผลงานที่มีความสร้างสรรค์เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองให้มีลิขสิทธิ์²⁴⁵

ตัวอย่างการทำผลงานแกะสลักเป็นการทำผลงานดัดแปลงที่เปลี่ยนรูปแบบผลงานต้นฉบับ เช่น งานวาด หรืองานร่างแบบ ฯลฯ โดยการทำผลงานแกะสลักนี้เป็นการคัดลอกผลงานวาดนั้นให้กลายเป็นผลงานแกะสลัก อันจะต้องเป็นการทำโดยใช้แรงและความสามารถเฉพาะตัวที่สูง โดยการทำนี้เป็นการกระทำผลงานสร้างสรรค์อันทำให้สามารถพิจารณาได้ว่า ผลงานเหล่านี้เป็นผลงานสร้างสรรค์ที่สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้²⁴⁶

ตัวอย่างผลงานภาพถ่ายที่ถ่ายรูปผลงานศิลปะอื่น เช่น รูปปั้น หรือภาพวาด เป็นการจัดทำผลงานดัดแปลงเช่นเดียวกัน โดยผลงานภาพถ่ายนี้มีความสร้างสรรค์หรือไม่ ต้องพิจารณาจากการจัดทำว่ามีการใช้ความคิดสร้างสรรค์ หรือความสามารถในการจัดทำ เช่น การเลือกสิ่งที่จะถ่าย จัดแสง และจัดมุม การทำเช่นนี้ย่อมเป็นการสร้างสรรค์ที่กฎหมายสามารถให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในผลงานภาพถ่ายได้ หรือหากเป็นการถ่ายรูปโดยใช้เทคนิคพิเศษในการถ่ายรูปก็ย่อมเป็นกรณีที่มีความสร้างสรรค์เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้²⁴⁷

ตัวอย่างผลงานดัดแปลงประเภทภาพเคลื่อนไหว ที่ดัดแปลงมาจากผลงานวรรณกรรม ละคร หรือผลงานดนตรี หรือผลงานภาพยนตร์นั้นเป็นส่วนหนึ่งของผลงานละครภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดา หากเป็นผลงานที่มีการจัดทำ และแสดงหรือนำเสนอเหตุการณ์ต่าง ๆ เป็นกรณีที่ผลงานดังกล่าวมีความสร้างสรรค์เพียงพอจะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ตามที่เห็นได้จากการที่กฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดาได้กำหนดให้ผลงานประเภทนี้เป็นผลงานประเภทหนึ่งที่สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แยกออกจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์อื่นที่ถูกถ่ายทำเป็นส่วนหนึ่งของผลงานดังกล่าว²⁴⁸

จากตัวอย่างดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า เมื่อนำหลักการในกฎหมายลิขสิทธิ์ว่าด้วยการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของแคนาดา มาปรับใช้แล้ว แสดงให้เห็นว่า ผลงานดัดแปลงที่จะได้รับความคุ้มครองนั้น ต้องมีเงื่อนไขตรงตามที่กฎหมายกำหนดว่าด้วยเรื่องการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ โดยการพิจารณาถึงความสร้างสรรค์ หากเป็นผลงานดัดแปลงที่ดัดแปลงผลงานต้นฉบับไปเป็นผลงานดัดแปลงในชนิดหรือ

²⁴⁴ Ibid.

²⁴⁵ David Vaver, "Translation and Copyright: A Canadian Focus," *European Intellectual Property Review* 16(1994): 160.

²⁴⁶ William J. Braithwaite, "Derivative Works in Canadian Copyright Law," *Osgoode Hall Law Journal*: 197.

²⁴⁷ Ibid., 198.

²⁴⁸ Ibid.

รูปแบบผลงานเดียวกันกับผลงานต้นฉบับ ต้องพิจารณาว่ามีการใช้เวลา พลังงาน ความสามารถที่เพียงพอเพื่อให้เป็นผลงานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ แต่หากเป็นการเปลี่ยนผลงานต้นฉบับจากรูปแบบหนึ่งไปเป็นอีกรูปแบบหนึ่งแล้ว ในการทำผลงานดัดแปลงประเภทนี้ด้วยการเปลี่ยนรูปแบบผลงานย่อมมีความสร้างสรรค์เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม การพิจารณาถึงการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ผลงานดัดแปลงนี้ต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป²⁴⁹

(2) การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของผลงานดัดแปลงกรณีไม่ได้รับอนุญาต

ผลงานดัดแปลงนั้น หากเป็นการทำโดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์แล้ว ผู้ทำผลงานดัดแปลงนั้นย่อมได้รับลิขสิทธิ์ในผลงานดัดแปลงนั้น ทั้งนี้ การได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์นี้ ไม่มีผลเป็นการขยายระยะเวลาการให้ความคุ้มครอง หรือไม่มีผลกระทบต่อการให้ความคุ้มครองผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาทำผลงานดัดแปลงแต่อย่างใด²⁵⁰ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีการทำผลงานดัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ผลงานต้นฉบับเป็นการกระทำอันละเมิดลิขสิทธิ์ จึงมีประเด็นปัญหาว่าผลงานนั้น จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์หรือไม่²⁵¹ เช่น หากเป็นกรณีที่มีการแปลงวรรณกรรมโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์วรรณกรรมแล้ว ย่อมก่อให้เกิดคำถามว่าผลงานดัดแปลงวรรณกรรมด้วยการแปลนี้จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์หรือไม่

ในประเด็นนี้ เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดาไม่ได้กำหนดให้ความคุ้มครองแก่ผลงานดัดแปลงไว้เป็นกรณีทั่วไป จึงไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ในการจัดทำผลงานดัดแปลงว่าต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่ หรือผลของกฎหมายหากไม่ได้รับความยินยอม อย่างไรก็ตาม มีผู้ได้มีความเห็นว่า ผลงานดัดแปลงที่ได้จัดทำขึ้นโดยไม่ได้รับอนุญาตนั้น ควรได้รับความคุ้มครองเป็นผลงานที่มีลิขสิทธิ์ เนื่องจากผู้ทำผลงานดัดแปลงมีสิทธิดีกว่าบุคคลอื่นโดยทั่วไปเพราะได้สร้างสรรค์ผลงานใหม่ขึ้นมา อีกทั้งผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานที่ถูกนำมาทำ อาจไม่ตั้งใจเอาความเกี่ยวข้องการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือผลงานนั้นอาจขาดอายุความคุ้มครองไปก่อนที่จะมีการคัดค้านหรือฟ้องร้องละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น ดังนั้น เจ้าของผลงานดัดแปลงควรมีสิทธิที่จะหวังกันไม่ให้อื่นสามารถใช้ผลงานดัดแปลงของตนได้ อีกทั้งเจ้าของลิขสิทธิ์ยังมีสิทธิในการห้ามการทำผลงานดัดแปลงอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น การทำลาย แต่ไม่มีสิทธิในการอ้างหรือไม่มีสิทธิที่จะใช้ผลงานดัดแปลงเหล่านั้นเหมือนหนึ่งเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน²⁵²

²⁴⁹ Ibid., 200.

²⁵⁰ David Vaver, "Translation and Copyright: A Canadian Focus," *European Intellectual Property Review*: 160.

²⁵¹ William J. Braithwaite, "Derivative Works in Canadian Copyright Law," *Osgoode Hall Law Journal*: 204-205.

²⁵² David Vaver, "Translation and Copyright: A Canadian Focus," *European Intellectual Property Review*: 161.

นอกจากนี้ การปฏิเสธการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ผลงานดัดแปลง อาจทำให้ผู้ทำผลงานดัดแปลงขาดแรงจูงใจในการดัดแปลงผลงาน ซึ่งขัดกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีเพื่อส่งเสริมการสร้างสรรค์ แม้ในบางกรณีผู้ทำผลงานดัดแปลงอาจจะสามารถขออนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในการทำผลงานดัดแปลงแต่เลือกที่จะไม่ขออนุญาตนั้น แต่การไม่ให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ผลงานดังกล่าวเลยย่อมเป็นราคาที่สูงเกินไปสำหรับผู้ทำผลงานดัดแปลงที่ต้องจ่าย และการที่ผู้ทำผลงานดัดแปลงได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในขณะที่การทำผลงานดัดแปลงนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานเดิม จะเป็นธรรมมากกว่าการปฏิเสธการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ผู้ทำผลงานดัดแปลงที่ไม่ได้รับอนุญาต เนื่องจากผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เดิมยังคงสามารถฟ้องร้องต่อผู้ทำผลงานดัดแปลงในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ของตนได้ กฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดาได้กำหนดค่าชดเชยไว้อย่างกว้าง รวมถึงกำหนดให้ศาลสามารถออกคำสั่งห้ามให้กระทำการ ค่าเสียหายและกำไรที่ควรจะได้รับ อีกทั้งโทษที่กฎหมายกำหนดให้สำหรับการทำละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการทำผลงานดัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาต สามารถสร้างแรงจูงใจให้แก่ผู้ทำผลงานดัดแปลงในการพยายามขออนุญาตในการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นแล้ว โดยไม่ต้องปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่ผลงานดัดแปลงนั้นแต่อย่างใด²⁵³

3.2.4 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในฐานะผู้รวบรวมผลงาน

(1) ความหมายของผลงานรวบรวม (compilation)

กฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดาได้กำหนดนิยามของผลงานรวบรวมไว้ โดยให้ความหมายถึงผลงานที่เกิดจากการคัดเลือกและเรียบเรียงผลงานวรรณกรรม ผลงานละคร ผลงานดนตรี หรือผลงานศิลปะอื่นใด หรือส่วนใดส่วนหนึ่งของสิ่งนั้น หรือผลงานที่เกิดจากการคัดเลือก และเรียบเรียงข้อมูล²⁵⁴

ทั้งนี้ การทำผลงานรวบรวมนั้น สามารถรวบรวมผลงานมากกว่า 1 ประเภทได้ โดยหากเป็นการรวบรวมผลงานมากกว่าประเภทหนึ่งแล้ว ให้ผลงานรวบรวมนั้น เป็นผลงานประเภทที่มีการนำผลงานประเภทนั้นมาใช้มากที่สุดหรือในส่วนที่สำคัญที่สุด²⁵⁵

²⁵³ William J. Braithwaite, "Derivative Works in Canadian Copyright Law," *Osgoode Hall Law Journal*: 208.

²⁵⁴ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 2 " ...compilation means

(a) a work resulting from the selection or arrangement of literary, dramatic, musical or artistic works or of parts thereof, or

(b) a work resulting from the selection or arrangement of data; (compilation) ..."

²⁵⁵ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 2.1 (1) "A compilation containing two or more of the categories of literary, dramatic, musical or artistic works shall be deemed to be a compilation of the category making up the most substantial part of the compilation."

นอกจากนี้ ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของแคนาดายังกำหนดให้นิยามเกี่ยวกับผลงานเก็บรวบรวม (collective work) ไว้ในกฎหมายด้วย โดยให้นิยามว่า ผลงานเก็บรวบรวมนี้หมายถึง สารานุกรม พจนานุกรม หนังสือปี หรืองานอื่นที่คล้ายกัน หนังสือพิมพ์ บทความ นิตยสาร หรือสื่ออื่นที่คล้ายคลึงกัน ผลงานเขียนใดที่ถูกเขียนโดยผู้แต่งหลายคนรวมเข้าด้วยกัน²⁵⁶ ทั้งนี้ เมื่อสังเกตจากนิยามแล้ว ผลงานเก็บรวบรวมนั้นก็จะมีลักษณะเดียวกันกับผลงานรวบรวม เนื่องจากเป็นการรวมเข้าซึ่งข้อมูลหรือผลงานอันมีลิขสิทธิ์เช่นเดียวกัน ประกอบกับศาลได้เคยตัดสินเกี่ยวกับผลงานหนังสือพิมพ์ โดยนำหลักการเช่นเดียวกันกับผลงานรวบรวมไปปรับใช้ จึงสามารถกล่าวได้ว่า ผลงานเก็บรวบรวมก็เป็นผลงานรวบรวมเช่นเดียวกัน²⁵⁷

จากนิยามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ แสดงให้เห็นว่า ผลงานรวบรวมของแคนาดา มี 2 ประเภท ได้แก่ ผลงานรวบรวมข้อเท็จจริงหรือข้อมูล และผลงานรวบรวมผลงานอันมีลิขสิทธิ์

(2) การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ผลงานรวบรวม

กฎหมายแคนาดาไม่ได้มีบทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับสิทธิในการทำผลงานรวบรวม หรือเงื่อนไขเฉพาะสำหรับการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในผลงานรวบรวมแต่อย่างใด แต่ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของแคนาดาได้กำหนดให้ผลงานรวมนั้นเป็นส่วนหนึ่งของประเภทผลงานทั้ง 4 ประเภทที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง คือการกำหนดให้ผลงานวรรณกรรม ละคร ดนตรี หรือผลงานศิลปะหมายความรวมถึงผลงานรวบรวมของผลงานประเภทนั้น ๆ ด้วย²⁵⁸ ดังนั้น ในการจะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในผลงานรวมนั้น ผู้ทำผลงานต้องมีเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดในการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ เช่น มีความสร้างสรรค์ และมีความแน่นอน ฯลฯ โดยจะมีเงื่อนไขที่มีข้อสังเกตเกี่ยวกับผลงานรวมนั้นมีสองประการ ได้แก่ เงื่อนไขความสร้างสรรค์ และเงื่อนไขงานตามประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนี้

²⁵⁶ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 2 “collective work means

(a) an encyclopaedia, dictionary, year book or similar work,

(b) a newspaper, review, magazine or similar periodical, and

(c) any work written in distinct parts by different authors, or in which works or parts of works of different authors are incorporated;”

²⁵⁷ Robertson v. Thomson Corp., [2006] 2 S.C.R. 363

²⁵⁸ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 2 “artistic work includes compilations of artistic works; ...

dramatic work includes ... (c) any compilation of dramatic works; ...

Literary work includes ... compilations of literary works; ...

musical work means ... and includes any compilation thereof;...”

1) ความสร้างสรรค์ของผลงานรวบรวม

เงื่อนไขสำคัญที่ต้องคำนึงถึงเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ผลงานรวบรวมนั้น คือ เงื่อนไขความสร้างสรรค์ ดังเช่นผลงานอื่น ๆ ผลงานที่จะได้รับความคุ้มครองให้เป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้องเป็นผลงานที่มีความสร้างสรรค์

ในประเด็นความสร้างสรรค์นี้ ศาลแคนาดาในคดี Tele-Direct (Publications) Inc. v. American Business Information Inc. อันเป็นกรณีที่โจทก์สำนักพิมพ์ที่ได้ผลิตสมุดหน้าเหลืองออกมา ที่มีข้อมูลทางธุรกิจเกี่ยวกับบุคคลต่าง ๆ ที่อยู่ในบริเวณนั้น เช่น ชื่อทางการค้า ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ ลักษณะทางธุรกิจ ซึ่งข้อมูลเหล่านี้โจทก์ได้มาจากบริษัทอีกบริษัทหนึ่ง ซึ่งโจทก์ได้ตรวจสอบความถูกต้องของข้อมูลดังกล่าว พร้อมขอข้อมูลบางอย่างเพิ่ม และได้จัดเรียงข้อมูลดังกล่าว โดยศาลในคดีนี้ได้พิจารณาแล้วเห็นว่า สมุดหน้าเหลืองของโจทก์ขาดความสร้างสรรค์จึงไม่อาจได้รับความคุ้มครองเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ เนื่องจากข้อมูลที่โจทก์นำมาใช้นั้น ไม่ได้เกิดจากการรวบรวมของโจทก์เอง และโจทก์จัดเรียงข้อมูลดังกล่าวออกมาด้วยวิธีการธรรมดา ทำให้ผลงานดังกล่าวขาดความสร้างสรรค์ โดยในคดีนี้ ศาลแคนาดาได้วางหลักว่า ในการปรับใช้หลักความสร้างสรรค์กับผลงานรวบรวมนั้น ต้องพิจารณาถึงการแสดงออกซึ่งความสร้างสรรค์ในการรวบรวมว่า มีการใช้ความสามารถ การตัดสินใจ และการใช้แรงงาน อีกทั้งระดับความสร้างสรรค์ในระดับเล็กน้อยหรือไม่ เพื่อที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ซึ่งต้องพิจารณาในสองแง่มุม คือ การรวบรวมข้อมูลและการจัดเรียงข้อมูล หากเป็นการเรียงข้อมูลตามรูปแบบธรรมดาแล้ว ย่อมขาดคุณสมบัติความสร้างสรรค์ ดังนี้²⁵⁹

“... นิยามของ “การรวบรวม” นั้น มีความหมายว่า “ผลงานที่เป็นผลมาจากการคัดเลือกและจัดเรียงข้อมูล” แสดงให้เห็นถึงความพยายามที่จะกำหนดเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับหลักความสร้างสรรค์ระหว่างหลักการที่กำหนดให้ผลงานรวบรวมต้องมีระดับความสร้างสรรค์เป็นอย่างน้อย และหลักการที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับการใช้แรงงานในการเก็บรวบรวมข้อมูล ...

... (ข) การพิจารณาถึงระดับความสร้างสรรค์

เป็นการสำคัญสำหรับผลงานรวบรวมข้อมูลที่จะมีความสร้างสรรค์ โดยผลงานนั้นต้องมีลักษณะที่ถูกสร้างสรรค์ขึ้นมาต่างหากจากผลงานอื่น โดยผู้สร้างสรรค์ และต้องมีการแสดงออกให้เห็น ซึ่งระดับของความสามารถ การตัดสินใจ และการใช้แรงงานในการคัดเลือกและจัดเรียงข้อมูล โดยระดับความสร้างสรรค์นี้ เป็นระดับความสร้างสรรค์ที่ต่ำ แต่ก็ยังคงมีอยู่...”

²⁵⁹ Tele-Direct (Publications) Inc. v. American Business Information, Inc. [1998] 2 FC 22

โดยมีข้อสังเกตว่า ในการพิจารณาถึงหลักความคิดสร้างสรรค์ของผลงานรวบรวมนี้ ศาลแคนาดาได้นำหลักความคิดสร้างสรรค์เป็นอย่างน้อยตามแนวของสหรัฐอเมริกาที่ได้วางหลักไว้ในคดี Feist Publication v. Rural Telephone Service²⁶⁰ มาปรับใช้ด้วย ทำให้ผลงานรวบรวมของแคนาดามีลักษณะการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในรูปแบบหรือแนวทางเดียวกับสหรัฐอเมริกา ที่ต้องปรากฏว่ามีการใช้ความสามารถ แรงงาน การตัดสินใจ และต้องประกอบไปด้วยความคิดสร้างสรรค์ในระดับเล็กน้อย²⁶¹

อย่างไรก็ดี ในเวลาต่อมาศาลแคนาดาในคดี CCH ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความคิดสร้างสรรค์ว่า ต้องเป็นการใช้แรงงาน ความสามารถ และการตัดสินใจ แต่ไม่จำเป็นต้องประกอบด้วยระดับความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย แต่การตัดสินใจนั้น ต้องไม่ใช่การใช้เพียงเล็กน้อยที่มีลักษณะเป็นการทำขึ้นตามกลไกหรือเพื่อการใช้งานเท่านั้น (mechanical exercise) ดังนั้น หากเป็นการรวบรวมข้อมูลที่มีเพียงการตัดสินใจเพียงเล็กน้อยแล้วย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครองได้ เนื่องจากขาดคุณสมบัติความคิดสร้างสรรค์ โดยศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่า รายงานที่ได้รวบรวมคำพิพากษาของศาลเป็นผลงานที่มีความสร้างสรรค์แล้ว ดังคำพิพากษาของศาลดังนี้²⁶²

“รายงานคำพิพากษาของศาลที่เกิดจากการรวบรวมคำพิพากษาของศาลเป็นผลงานที่มีความสร้างสรรค์สามารถได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ การรวบรวมเป็นการนำสิ่งที่มีอยู่แล้วมาทำให้อยู่ในรูปแบบใหม่ ... ผู้รวบรวมสามารถได้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในผลงานที่รวบรวมแล้วได้ ... ในกรณีนี้ผลงานรายงานคำพิพากษานี้ได้มีระดับความคิดสร้างสรรค์ที่เพียงพอแล้ว โดยผู้จัดทำได้จัดเรียงคำพิพากษาลบย่อ ชื่อคำพิพากษา เนื้อหาคำพิพากษาโดยย่อ และการให้เหตุผลของศาลด้วยรูปแบบเฉพาะ การจัดเรียงข้อมูลที่แตกต่างกันนี้จำเป็นต้องใช้ความสามารถและการตัดสินใจ ดังนั้นผลงานรวบรวมนี้จึงได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์”

จากหลักที่ศาลในคดี CCH ที่ได้วางไว้เกี่ยวกับระดับความคิดสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ที่ถูกนำเอาไปปรับใช้กับคดีต่าง ๆ อาจส่งผลให้ผลงานรวบรวมต่าง ๆ ถูกพิจารณาภายใต้หลักการดังที่กำหนดไว้ในคดี CCH กล่าวคือ ต้องเป็นการใช้ความสามารถ อันหมายถึงการไม่ได้คัดลอกมาจากผู้อื่น มีการใช้แรงงาน ความสามารถ และการตัดสินใจ ที่ต้องมากกว่าการตัดสินใจโดยทั่วไปที่ทำขึ้นตามกลไกหรือเพื่อการใช้งานเท่านั้น

²⁶⁰ อ่านเพิ่มเติมใน 3.1.2 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ ของสหรัฐอเมริกา

²⁶¹Yo'av Mazeh, "Canadian Originality and the Tension between the Commonwealth and the American Standards for Copyright Protection: The Myth of Tele-Direct," *Intellectual Property Journal* (2003): 576.

²⁶² CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13

2) เป็นงานตามประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้

จากบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 ที่กำหนดให้ผลงานรวบรวมผลงานทั้ง 4 ประเภท ได้แก่ ผลงานวรรณกรรม ผลงานละคร ผลงานดนตรี และผลงานศิลปะ เป็นนิยามของการรวบรวม ประกอบกับในนิยามของแต่ละชนิดผลงาน ได้มีการกล่าวให้หมายรวมถึงผลงานรวบรวมผลงาน ประเภทนั้น ๆ ด้วย ดังนั้น หากเป็นผลงานรวบรวมผลงานแต่ละประเภทเหล่านี้แล้ว ย่อมเป็นผลงาน ตามประเภทที่กฎหมายกำหนดอันจะสามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ และดังที่กล่าวไปแล้ว ข้างต้นในส่วนของความหมายของผลงานรวบรวม หากเป็นกรณีที่เป็นกรรวบรวมผลงานมากกว่าหนึ่ง ชนิดแล้ว กฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดาได้กำหนดถึงหลักในการพิจารณาผลงานรวบรวมที่รวมเอาผลงาน มากกว่าหนึ่งชนิดไว้ โดยกำหนดให้ต้องพิจารณาว่าผลงานรวมนั้นมีลักษณะสำคัญของผลงาน ประเภทใดมากกว่า หากมีลักษณะหรือสัดส่วนสำคัญเป็นผลงานประเภทใดแล้ว ย่อมได้รับความ คุ้มครองตามประเภทผลงานนั้น²⁶³

3) ได้รับความคุ้มครองแยกออกจากผลงานที่นำมารวบรวม และไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อ งานดังกล่าว

เมื่อทำผลงานรวบรวมที่ครบเงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์แล้ว ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภท ผลงานรวมนั้นไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อผลงานต้นฉบับอันอาจมีลิขสิทธิ์ที่นำมารวบรวม โดยไม่มีผล เป็นการเพิ่มหรือลดระยะเวลาการให้ความคุ้มครองแต่อย่างใด และผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงาน รวมนั้น เป็นการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในสร้างสรรค์ในการคัดเลือก และเรียบเรียง ผลงานจนเกิดเป็นผลงานรวบรวม ซึ่งการให้ความคุ้มครองนี้เป็นการให้ความคุ้มครองที่แยกออกจาก การให้ความคุ้มครองผลงานต้นฉบับที่ถูกนำมารวบรวม²⁶⁴ กล่าวคือผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ผลงาน รวบรวม ไม่ได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ผลงานที่นำมารวบรวม โดยผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เดิมย่อมยังได้รับ ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในผลงานเดิมที่ถูกนำมารวบรวม²⁶⁵

ทั้งนี้ ดังที่กล่าวไปข้างต้นว่า ศาลแคนาดาได้ปรับใช้หลักการผลงานรวบรวมกับผลงานเก็บ รวบรวมด้วย ดังนั้น ผลงานเก็บรวบรวมที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้น ต้องมีลักษณะเป็นไปตาม เกณฑ์เช่นเดียวกับกับผลงานรวบรวม เช่น ผลงานหนังสือพิมพ์ที่ใช้หลักการเดียวกันกับผลงาน รวบรวม ดังตัวอย่างตามคำพิพากษาศาลแคนาดาในกรณีที่ผู้เขียนบทความที่ถูกตีพิมพ์ในหนังสือพิมพ์ ของสำนักพิมพ์ ได้ฟ้องร้องสำนักพิมพ์ต่อศาลเนื่องจากสำนักพิมพ์ได้นำผลงานบทความของผู้เขียนใช้

²⁶³ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 2.1 (2)

²⁶⁴ CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13

²⁶⁵ Robertson v. Thomson Corp., [2006] 2 S.C.R. 363

ในฐานะข้อมูลหรือเว็บไซต์อื่นอีก 3 ฐาน โดยไม่ได้รับอนุญาต ในประเด็นนี้มีประเด็นที่ศาลต้องพิจารณา คือ บทความนั้นเป็นส่วนหนึ่งของหนังสือพิมพ์ที่จัดทำขึ้น อันจะทำให้สำนักพิมพ์มีสิทธิในการทำซ้ำซึ่ง ส่วนของผลงานหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้ศาลแคนาดาได้ตัดสินว่า ผลงานที่ถูกทำซ้ำนั้น มิใช่ผลงาน สร้างสรรค์ในส่วนของหนังสือพิมพ์อันหมายถึงการคัดเลือกเนื้อหาของหนังสือพิมพ์แต่อย่างใด แต่เป็น กรณีที่ผลงานสร้างสรรค์อันเป็นงานเขียนของผู้เขียนที่ถูกทำซ้ำ ดังปรากฏตามคำตัดสินดังต่อไปนี้

“... เช่นเดียวกันกับความสร้างสรรค์ในผลงานรวบรวม... ผลงานรวบรวมคำตัดสินและเหตุผล ทางกฎหมายนั้น เป็นผลงานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ โดยลิขสิทธิ์ได้ให้ความคุ้มครอง ในรูปแบบการแสดงผล ผลงานรวบรวมได้มีการนำเนื้อหาและจัดทำในรูปแบบใหม่ ผู้รวบรวมไม่ได้มี ลิขสิทธิ์ในผลงานแต่ละชิ้นแต่อย่างใด แต่มีลิขสิทธิ์ในผลงานรวบรวม ...

...คล้ายคลึงกันกับในกรณีนี้ ที่จำเลยมีลิขสิทธิ์ในหนังสือพิมพ์อันเป็นการสร้างสรรค์รวบรวม องค์ประกอบต่าง ๆ ที่แสดงออกให้เห็นถึงการใช้ความสามารถและการตัดสินใจ ตามมาตรา 2 ของ กฎหมายลิขสิทธิ์อันกำหนดให้ผลงานรวบรวมเป็นผลงานสร้างสรรค์ที่เกิดจากการคัดเลือกและเรียบ เรียง ซึ่งหลักการว่าด้วยเรื่องความสร้างสรรค์นี้รวมถึงผลงานหนังสือพิมพ์ที่เป็นผลงานเก็บรวบรวม ด้วย ...

... ความสร้างสรรค์ของผลงานหนังสือพิมพ์ ได้แก่ การปรับแต่งเนื้อหา การคัดเลือกบทความ การจัดเรียงบทความ การจัดเรียงโฆษณาและรูปภาพ ตัวอักษรและรูปแบบที่ใช้ ... โดยส่วนสำคัญที่สุด คือเนื้อหาที่มีการคัดเลือก กล่าวคือ การเลือกเนื้อเรื่อง และเนื้อเรื่องต่าง ๆ ...”

ดังนั้น เมื่อได้รับความคุ้มครองในผลงานรวบรวมแล้ว ผู้รวบรวมจึงไม่ได้รับความคุ้มครองให้ เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานแต่ละชิ้นที่ถูกนำมารวบรวมแต่อย่างใด และไม่ส่งผลให้เป็นการเพิ่มหรือ ลดอายุความคุ้มครองผลงานที่ถูกนำมารวบรวมแต่อย่างใด²⁶⁶

3.2.5 สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์

เมื่อผู้สร้างสรรค์ผลงานได้สร้างสรรค์ผลงานที่กฎหมายให้ความคุ้มครองเป็นลิขสิทธิ์แล้ว ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมได้รับความคุ้มครองให้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการกระทำการบางอย่างเหนือ ผลงานสร้างสรรค์ที่ตนมีลิขสิทธิ์ ภายใต้การให้ความคุ้มครองของกฎหมายลิขสิทธิ์ ดังต่อไปนี้

²⁶⁶ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 2.1 (2)

(1) การทำ หรือทำซ้ำซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์ (Reproduction)

เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำหรือทำซ้ำซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนในส่วนตัวส่วนหนึ่งอันเป็นสาระสำคัญไม่ว่าจะทำลงในรูปแบบใดก็ตาม²⁶⁷ โดยหากมีบุคคลอื่นทำซ้ำซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตแล้ว ย่อมเป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์²⁶⁸

แม้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของแคนาดาจะไม่ได้มีการให้คำนิยามเกี่ยวกับคำว่าทำซ้ำไว้ แต่จากกฎเกณฑ์ในมาตรา 3 ที่กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำ หรือทำซ้ำซึ่งผลงานของตนนั้น สามารถแสดงให้เห็นถึงลักษณะการทำซ้ำที่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองให้เป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียว โดยต้องประกอบไปด้วย 3 เงื่อนไข อันแสดงให้เห็นถึงลักษณะของสิทธิในการทำซ้ำซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดามุ่งให้ความคุ้มครองได้ ดังต่อไปนี้

1) มีการทำสำเนา (copy)

เงื่อนไขการทำสำเนา นี้ หมายถึง สิทธิในการทำซ้ำที่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองหมายความถึงเฉพาะกรณีที่มีการทำต่อผลงานต้นฉบับโดยตรงเท่านั้น กล่าวคือต้องมีการทำสำเนาผลงานต้นฉบับเท่านั้น แม้การทำสำเนาจะไม่ถูกระบุไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นเงื่อนไขหนึ่งในการใช้สิทธิทำซ้ำในมาตรา 3 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดา แต่จากการตีความ แสดงให้เห็นว่าการทำสำเนาเป็นเงื่อนไขสำคัญในการละเมิดลิขสิทธิ์การทำซ้ำ ซึ่งความหมายของการทำสำเนาไม่จำเป็นต้องเป็นกรณีที่ผลงานที่ถูกทำสำเนาขึ้นมีความเหมือนกับผลงานต้นฉบับทั้งหมดเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงกรณีที่มีความคล้ายคลึงกันระหว่างสองผลงานที่สามารถกล่าวได้ว่า ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ถูกทำซ้ำขึ้นในผลงานอีกผลงานหนึ่ง²⁶⁹ ดังปรากฏในคำพิพากษาในคดี Cadieux v. Beauchemin ที่มีข้อเท็จจริงว่า จำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์ในผลงานพจนานุกรมของโจทก์ เนื่องจากงานของจำเลยได้มีเนื้อหาเหมือนกันกับผลงานพจนานุกรมของโจทก์ และมีข้อผิดพลาดซ้ำ ๆ กันดังเช่นที่ปรากฏในผลงานของโจทก์ จึงเป็นการทำซ้ำแล้ว ดังที่ปรากฏในการตัดสินของศาล ดังนี้²⁷⁰

“... การทำผิดซ้ำ ๆ ในจำนวนที่มากที่เกิดขึ้นในงานของจำเลยนั้น ไม่อาจเกิดขึ้นได้จากความบังเอิญหรือเหตุผลอื่นใดนอกเหนือจากการทำสำเนาข้อความของโจทก์ ราวกับว่าผลงานหนังสือที่จำเลยทำขึ้นนั้นไม่ได้ทำขึ้นจากปากกา แต่เป็นการทำขึ้นจากกรรไกรและแท่นพิมพ์ต้นแบบ ...”

²⁶⁷ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 3 (1)

²⁶⁸ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 27 (1)

²⁶⁹ Orit Fischman Afori, "Copyright Infringement without Copying - Reflections on the Théberge Case," *Ottawa Law Review* 39, 1 (2007): 32.

²⁷⁰ Cadieux v. Beauchemin (1901) 31 SCR 370

การทำสำเนาที่จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในการทำซ้ำซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ต้องปรากฏว่า มีการทำให้เกิดสำเนาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นใหม่ ในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง หรือทำให้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสำเนาของผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเพิ่มจำนวนมากขึ้นไม่ว่ารูปแบบใด การทำซ้ำในที่นี้จึงหมายถึงทำสำเนาหรือทำให้เกิดการเพิ่มจำนวนสำเนาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ (multiplication) อีกทั้งการทำสำเนา ยังหมายรวมถึง กรณีการกระทำเสมือนการทำสำเนาด้วย (metaphorical copying) ที่หมายถึงการกระทำการเปลี่ยนรูปผลงานอันมีลิขสิทธิ์ให้อยู่ในรูปแบบของสื่อประเภทอื่น เช่น การทำให้นั่งหนังสือเป็นภาพยนตร์ เนื่องจากเทคโนโลยีในปัจจุบันได้มีการพัฒนาทำให้รูปแบบการทำซ้ำเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ดังนั้นการทำสำเนานี้จึงหมายรวมถึงการทำสำเนาในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ด้วย อันทำให้การทำสำเนานี้หมายถึงการทำสำเนาในรูปแบบนี้ด้วย²⁷¹ ซึ่งหลักการตีความเกี่ยวกับการทำสำเนาอันเป็นองค์ประกอบหนึ่งในการทำซ้ำ ปรากฏให้เห็นตามคำพิพากษาตัวอย่าง ดังนี้

Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc. กรณีนี้เป็นกรณีที่โจทก์ผู้เป็นศิลปินผู้มีชื่อเสียง ได้ให้สิทธิในการผลิตสำเนา การ์ด และอุปกรณ์เครื่องเขียนต่าง ๆ ที่มีผลงานภาพวาดของโจทก์แก่ผู้จัดจำหน่าย โรงจัดแสดงผลงานศิลปะของจำเลยได้ซื้อการ์ด รูปภาพผลงาน และโปสเตอร์ที่มีผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาจากผู้จัดจำหน่าย จำเลยได้ทำการยกหมึกจากกระดาษโปสเตอร์เพื่อทำรูปภาพต่าง ๆ ถูกจัดแสดงลงบนผ้าใบ (canvas) ซึ่งเมื่อทำการยกหมึกแล้ว โปสเตอร์นั้นจะกลายเป็นกระดาษเปล่า ศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่า การทำของจำเลยนั้นไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในการทำซ้ำของโจทก์ เนื่องจากไม่เป็นการทำซ้ำซึ่งผลงานของโจทก์หรือผลงานส่วนสำคัญของโจทก์โดยไม่ได้รับอนุญาต เพราะไม่มีการทำสำเนาอันเป็นการทำเพื่อเพิ่มจำนวนเกิดขึ้น มีเพียงแต่การย้ายผลงานที่ตนได้รับอนุญาตจากโจทก์ในการทำสำเนาแล้วเท่านั้น ดังการตัดสินของศาลดังนี้²⁷²

“การพิจารณาถึงหลักการทำซ้ำภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์จำต้องพิจารณาถึงประวัติศาสตร์ของหลักการทำซ้ำ การใช้ถ้อยคำว่าลิขสิทธิ์ หรือการทำซ้ำนั้นมักหมายถึงการทำให้เพิ่มจำนวนหรือเกิดสำเนาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบใดก็ตาม การเพิ่มจำนวน (multiplication) ซึ่งสำเนานั้นจำเป็นสำหรับผลของการทำซ้ำ ...

... การทำซ้ำนี้ยังปรากฏในกฎหมายอังกฤษที่เป็นต้นฉบับของมาตรา 3 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ แคนาดาว่าการทำซ้ำต้องเป็นการทำให้เกิดที่ไม่เคยมีมาก่อนขึ้น ...คือกฎหมายอังกฤษได้ให้ความคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ในการเพิ่มจำนวนสำเนา ...

²⁷¹ *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336

²⁷² *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336

ทั้งนี้ ไม่ได้หมายความว่า กฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดาจะให้ความคุ้มครองในการทำซ้ำเฉพาะในกรณีทำให้อยู่ในวัตถุที่เป็นรูปร่างและจับต้องได้เท่านั้น หลักของกฎหมายได้กว้างขึ้นตามเวลาให้รองรับการกระทำเสมือนการทำสำเนาด้วย (metaphorical copying) ด้วย (เปลี่ยนจากสื่อกลางหนึ่งไปยังอีกสื่อกลางหนึ่ง เช่น การเปลี่ยนหนังสือไปเป็นผลงานหนัง ฯลฯ) และยอมรับว่าการพัฒนาขึ้นของเทคโนโลยีทำให้การทำซ้ำอาจมาในรูปแบบที่ไม่ได้คาดคิดมาก่อน เช่น การทำสำเนาอิเล็กทรอนิกส์ การเปลี่ยนผลงานศิลปะจากสองมิติเป็นสามมิติ หรือจากผลงานสามมิติเป็นสองมิติ เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แม้ว่าจะไม่มีการทำซ้ำออกมาในวัตถุที่มีรูปร่างก็ตาม เช่นเดียวกัน การแปลหรือการเปลี่ยนแปลงผลงานจากสื่อหนึ่งไปเป็นอีกสื่อหนึ่งอาจเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ...”

จากหลักการข้างต้นจึงสามารถสรุปได้ว่า การทำสำเนาที่เป็นองค์ประกอบของการทำซ้ำของแคนาดา หมายถึงการทำสำเนาให้มีการเพิ่มจำนวนขึ้นซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ ไม่จำเป็นต้องเป็นกรณีที่ผลงานที่ถูกทำสำเนามีความเหมือนกันกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด แต่ต้องมีความคล้ายคลึงกันระหว่างสองผลงานที่สามารถกล่าวได้ว่า ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ถูกทำซ้ำขึ้นในผลงานอีกผลงานหนึ่ง อีกทั้งยังรวมถึงกรณีการกระทำเสมือนการทำสำเนา (metaphorical copying) ที่เป็นการเปลี่ยนรูปผลงานอันมีลิขสิทธิ์ให้อยู่ในรูปแบบของสื่อประเภทอื่นด้วย

2) ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ

การทำซ้ำที่กฎหมายลิขสิทธิ์มุ่งให้ความคุ้มครอง ต้องเป็นการทำซ้ำในสาระสำคัญของผลงาน ดังนั้นการทำซ้ำเพียงแต่ในส่วนเล็กน้อย ย่อมไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์²⁷³ อันแสดงให้เห็นว่า กฎหมายมิได้คุ้มครองหรือให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำอันมิใช่สาระสำคัญ โดยการพิจารณานี้ จำต้องพิจารณาจากทั้งสัดส่วนในเชิงปริมาณและคุณภาพ²⁷⁴ การพิจารณาในเงื่อนไขนี้เป็นการพิจารณาเกี่ยวกับข้อเท็จจริงตามแต่ละกรณีไป อย่างไรก็ตาม สามารถสรุปหลักการพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลแคนาดาได้ดังนี้²⁷⁵

ประการแรก ในการพิจารณาถึงความสำคัญนั้น ต้องพิจารณาทั้งในเชิงปริมาณและคุณภาพ โดยหากเป็นผลงานรวบรวมแล้ว การทำซ้ำหรือทำสำเนาในส่วนสาระสำคัญของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ จะเกิดขึ้นเมื่อมีการทำสำเนาการจัดเรียงเนื้อหาหรือข้อมูล อันเป็นส่วนที่กฎหมายให้ความคุ้มครองให้ มีลิขสิทธิ์ หากมีการนำส่วนสาระสำคัญนี้มาใช้ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว แม้ว่าการทำสำเนานั้น

²⁷³ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 3 (1)

²⁷⁴ Orit Fischman Afori, "Copyright Infringement without Copying - Reflections on the Théberge Case," *Ottawa Law Review*: 32.

²⁷⁵ Huges G. Richard, "Concept of Infringement in the Copyright Act," [Online] Accessed: 26 May 2023. Available from: <https://www.robic.ca/en/publications/concept-of-infringement-in-the-copyright-act/>

จะถูกทำขึ้นด้วยการใช้ภาษาที่แตกต่างไป หรือเนื้อหาที่ถูกนำมารวบรวมได้ถูกเปลี่ยนไป เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองแก่ความสร้างสรรค์ที่ใช้ในการรวบรวมข้อมูล²⁷⁶ ดังปรากฏในตัวอย่างในคดี British Columbia Jockey Club v. Standen อันเป็นกรณีโจทก์ฟ้องว่า จำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ ด้วยการเผยแพร่ข้อมูลการแข่งขันม้าอันเป็นผลงานรวบรวมที่มีลิขสิทธิ์ของโจทก์ในบางส่วน จึงเป็นประเด็นที่ศาลในคดีนี้ต้องตัดสินว่า การกระทำของจำเลยที่นำเอาข้อมูลที่โจทก์ได้เผยแพร่แล้ว มาเขียนในรูปแบบอื่น เป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์หรือไม่ ในกรณีนี้ศาลตัดสินว่าจำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ด้วยการนำข้อมูลจากหนังสือที่โจทก์เขียนมาเขียนใหม่ในภาษาของตนและเผยแพร่ร่วมกับข้อมูลอื่น ซึ่งศาลได้ตัดสินเกี่ยวกับประเด็นการทำให้ซ้ำในสาระสำคัญไว้ดังนี้²⁷⁷

“.. จำเลยในกรณีนี้ได้ทำซ้ำมากกว่าเพียงข้อมูลที่อยู่ในหนังสือของโจทก์ แต่เป็นการที่จำเลยได้นำผลที่ได้จากการใช้แรงงาน และความสามารถของโจทก์ในการรวบรวมข้อมูลเหล่านั้นมาใช้ ... การทำซ้ำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเกิดขึ้นเมื่อมีการนำเนื้อหาส่วนที่เป็นสาระสำคัญที่มีในผลงานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้ แม้ว่าจะมีการใช้ภาษาที่แตกต่างกันออกไป และแม้จะมีการเปลี่ยนรูปแบบของผลงานนั้น ...

... ข้อเท็จจริงในกรณีนี้ปรากฏว่า การเรียงลำดับตามเวลาของโจทก์ได้ถูกนำไปใช้โดยจำเลยในลักษณะที่เป็นบรรทัดต่อบรรทัด และการแบ่งส่วนทุกส่วนเหมือนกันกับผลงานของโจทก์ โดยมีความต่างกันเพียงเล็กน้อย ...

... ในการพิจารณาว่า ผลงานนั้นได้ถูกนำไปใช้ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือไม่ ต้องพิจารณาจากเชิงคุณภาพมากกว่าเชิงปริมาณ ในการพิจารณาอาจพิจารณาว่า ในส่วนที่นำไปใช้นั้นมีความใหม่หรือเป็นส่วนที่มีความสำคัญ หรือว่าเป็นเพียงการนำการจัดเรียงคำทั่ว ๆ ไป หรือจัดเรียงข้อมูลที่เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้ว ...

... ในกรณีนี้ จำเลยจึงนำส่วนที่เป็นสาระสำคัญของผลงานรวบรวมของโจทก์ไปใช้แล้ว แม้จะนำไปเขียนในรูปแบบของตนเอง และมีการเพิ่มข้อมูลบางอย่างลงไป ก็ยังเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของผลงานของโจทก์ ...”

จากคำพิพากษานี้แสดงให้เห็นว่า ในการพิจารณาสัดส่วนอันเป็นสาระสำคัญนั้น ต้องพิจารณาจากทั้งจำนวนที่ใช้และความสำคัญของข้อมูลที่ใช้ ซึ่งในกรณีผลงานรวบรวมนี้หมายถึงการ

²⁷⁶ Ibid.

²⁷⁷ British Columbia Jockey Club v. Standen, 1983 (BC SC)

พิจารณาว่า การรวบรวมที่นำไปใช้นั้นเป็นการนำวิธีการรวบรวมที่แปลกใหม่หรือมีสาระสำคัญไปใช้หรือไม่ หรือเป็นการใช้ข้อมูลที่จัดเรียงด้วยวิธีธรรมดาซึ่งข้อมูลที่เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้ว และแม้ว่าจะมีการเปลี่ยนรูปแบบการนำเสนอ และเปลี่ยนถ้อยคำ ก็ยังสามารถเป็นการใช้ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของข้อมูลอันเป็นสิ่งที่กฎหมายให้ความคุ้มครองได้

ประการที่สอง การทำซ้ำในส่วนสำคัญของผลงานละคร จะต้องพิจารณาถึง โครงเรื่อง คำพูดที่ใช้ ความคิด ลำดับเหตุการณ์ บทสนทนา การแสดงออก เอกลักษณ์ของตัวละครหรือเหตุการณ์ โดยพิจารณาว่า ผู้ชมโดยทั่วไปสามารถจะสังเกตจากองค์ประกอบเหล่านั้นแล้วทราบหรือไม่ว่าเป็นการทำสำเนาซึ่งผลงานละครอันมีลิขสิทธิ์²⁷⁸ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างในคดี Hutton v. Canadian Broadcasting Corp. อันเป็นกรณีที่โจทก์ฟ้องจำเลยว่าได้ผลิตรายการโทรทัศน์จากผลงานรายการโทรทัศน์อันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ โดยในกรณีนี้ศาลได้วางหลักในการพิจารณาถึงสาระสำคัญที่ถูกนำมาใช้สำหรับงานประเภทละครไว้โดยนำหลักที่วางไว้ในคดี Rees v. Melville ของประเทศอังกฤษมาใช้ โดยตัดสินว่า การกระทำของจำเลยไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ในการทำซ้ำของโจทก์ เนื่องจากไม่มีการใช้เนื้อหาในผลงานอันเป็นสาระสำคัญแต่อย่างใด ความคล้ายคลึงกันของผลงานทั้งสองนั้น เป็นสิ่งที่ถูกใช้กันเป็นพื้นฐานในอุตสาหกรรมดังกล่าว ดังนี้²⁷⁹

“... ในผลงานการละครนั้นทั้งเนื้อหา (อันหมายถึงความคิดการจัดเรียงเหตุการณ์ที่ปรากฏในถ้อยคำ) บทสนทนา และการแสดงต้องนำมาพิจารณาเพื่อตัดสินว่าผลงานการละครนั้นได้มีการทำซ้ำซึ่งส่วนอันเป็นสาระสำคัญของผลงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ การพิจารณานี้ต้องพิจารณาถึงสถานการณ์และตัวละครที่มีเอกลักษณ์ด้วย ...

...ในกรณีนี้แม้รายการของโจทก์และจำเลยจะมีความเหมือนกันในเหตุการณ์ที่เป็นเอกลักษณ์ทั้งในส่วนการแก๊ง จิ้งหะ การรวมภาพ การนับถอยหลัง ฉาก และจอเหล่านี้เป็นเครื่องมือพื้นฐานในอุตสาหกรรม..”

แม้ในคดีนี้ศาลจะได้ตัดสินว่า การกระทำของจำเลยไม่ได้เป็นการทำการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์เนื่องจากไม่ได้มีการใช้เนื้อหาของผลงานในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ เนื่องจากความคล้ายคลึงกันนั้นเป็นสิ่งที่พื้นฐานที่ใช้กันในอุตสาหกรรม แต่จะเห็นได้จากในคดีนี้ว่า การพิจารณาถึงส่วนสาระสำคัญของผลงานละครต้องพิจารณาจาก เนื้อหา เหตุการณ์ บทสนทนาต่าง ๆ โดยคำนึงถึงความเป็น

²⁷⁸ Huges G. Richard, "Concept of Infringement in the Copyright Act."

²⁷⁹ Hutton v. Canadian Broadcasting Corp., 1989 (AB KB),

เอกลักษณ์ของสิ่งเหล่านั้นด้วย หากเป็นการทำตามแบบปกติที่ทำให้อุตสาหกรรมแล้ว ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครอง แต่หากเป็นการใช้ในส่วนที่เป็นเอกลักษณ์แล้ว ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในการทำซ้ำ

ประการที่สาม การทำซ้ำในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของผลงานดนตรีต้องเป็นการพิจารณาโดยไม่ใช่พิจารณาเพียงเชิงปริมาณเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาถึงเชิงคุณภาพด้วย ว่าผลงานเพลงนั้นหากมีการนำไปใช้แล้วผู้ฟังหรือผู้ชมจะทราบหรือไม่ว่ามาจากผลงานใด หากเป็นกรณีที่น่ามาใช้ในส่วนที่น้อยมากจนไม่อาจทราบได้แล้วว่ามาจากผลงานใดแล้ว ย่อมเป็นการใช้งานในปริมาณที่ไม่สำคัญ²⁸⁰ ดังปรากฏในตัวอย่างในคดี Grignon v. Roussel ที่โจทก์เจ้าของลิขสิทธิ์ผลงานดนตรีได้ฟ้องร้องจำเลยว่าได้ละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์เนื่องจากเพลงที่จำเลยได้จัดทำนั้นมีความคล้ายคลึงกับเพลงของโจทก์มาก ศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่าจำเลยได้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์เพลงของโจทก์ โดยได้พิจารณาถึงสาระสำคัญของผลงานดนตรีไว้ดังนี้²⁸¹

“... ท่อนสร้อยของเพลงเป็นท่อนที่ทำให้ผู้ฟังสามารถรู้ได้ว่าเป็นเพลงใด และในบางครั้งทำให้เพลงนั้นประสบความสำเร็จและเป็นที่ยอมรับ ... ศาลได้พิจารณาเกี่ยวกับสาระสำคัญนี้โดยมุ่งเน้นการพิจารณาจากคุณภาพและความสำคัญมากกว่าในเชิงปริมาณ ...

.. ในการพิจารณานี้ ไม่ได้เป็นการพิจารณาโดยเปรียบเทียบจากโน้ตดนตรีต่อโน้ตดนตรี แต่เป็นการพิจารณาถึงว่าผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นได้ถูกนำส่วนสำคัญไปใช้หรือไม่ โดยเป็นการพิจารณาจากการได้ยินและการเห็น ในกรณีนี้..ผลงานของจำเลยได้มีส่วนที่คล้ายคลึงกับท่อนรับของโจทก์อย่างมากจนสามารถสังเกตเห็นได้...”

จากหลักที่ศาลวางไว้นี้ แสดงให้เห็นว่าในการพิจารณาถึงสาระสำคัญของผลงานดนตรีต้องพิจารณาในเชิงคุณภาพและสาระสำคัญ โดยพิจารณาจากผลงานนั้น แม้มีการนำไปใช้เพียงเล็กน้อย แต่เป็นการนำท่อนสร้อยของเพลงไปใช้ ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ประการที่สี่ การพิจารณาถึงการทำซ้ำผลงานศิลปะ ต้องพิจารณาว่ามีการทำซ้ำซึ่งส่วนสำคัญที่อยู่ในการรู้สึกหรือลักษณะเฉพาะของผลงานศิลปะหรือไม่ ทั้งนี้ รวมถึงการทำให้ผลงานนั้นใกล้เคียงกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์จนอาจเกิดความเข้าใจผิดได้ด้วย (colorable imitation)²⁸² โดยปรากฏตามตัวอย่างของคดี Robb v. Orca Bay sports and entertainment ที่โจทก์ฟ้องว่าตรา

²⁸⁰ Huges G. Richard, "Concept of Infringement in the Copyright Act."

²⁸¹ Grignon v. Roussel et al., (1991) 44 F.T.R. 121 (TD)

²⁸² Concept of infringement in the canadian copyright act 9

ของจำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ ซึ่งศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่า จำเลยไม่ได้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์แต่อย่างใด โดยศาลในคดีนี้ได้ตัดสินโดยวางหลักไว้ดังนี้²⁸³

“... ไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ในความคิดแต่มีการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในการแสดงออกซึ่งความคิด และในการทำซ้ำหรือการทำให้เข้าใจผิดนั้น ผลงานนั้นต้องมีลักษณะที่คล้ายคลึงที่จะทำให้ผู้อื่นเข้าใจว่ามีการทำซ้ำหรือสำเนาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น แม้ว่าจะมีการใช้ผลงานของผู้อื่นมาเป็นแรงบันดาลใจ ก็ไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ หากเป็นการทำผลงานศิลปะของตนขึ้นมาเอง แต่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์อาจจะถูกละเมิดลิขสิทธิ์ได้ แม้ไม่มีการทำซ้ำ แต่เป็นการทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นผลงานนั้น โดยพิจารณาบุคคลทั่วไปว่าเห็นถึงความคล้ายคลึงกันหรือไม่

... ผลงานที่ทำให้เข้าใจผิดนั้นมีลักษณะเป็นผลงานที่มีความสร้างสรรค์ แต่เป็นการทำซ้ำซึ่งผลงานของผู้อื่น โดยการทำผลงานนั้นในรูปแบบที่ต่างออกไป ...”

จากหลักการต่าง ๆ สามารถสรุปได้ว่า ในการพิจารณาถึงสาระสำคัญของผลงานที่ถูกนำมาใช้นั้น ต้องพิจารณาถึงทั้งในเชิงปริมาณและคุณภาพ ว่ามีการนำส่วนสาระสำคัญของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองไปใช้หรือไม่

3) ต้องมีการทำซ้ำออกมาในรูปแบบที่แน่นอน (fixation)

การกำหนดเช่นนี้หมายถึง การทำซ้ำที่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความคุ้มครองนั้น ต้องมีการแสดงออกซึ่งการทำซ้ำออกมาในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง²⁸⁴ โดยในเงื่อนไขนี้หมายถึงการที่มีการทำซ้ำต้องมีความแน่นอน (fixation) ในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง อันหมายรวมถึงหน่วยความจำทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย²⁸⁵ การทำให้ผลงานนั้นแน่นอนในสื่อใหม่เป็นเงื่อนไขสำคัญสำหรับการทำซ้ำออกมาเป็นรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง อันทำให้ผลงานที่ถูกทำซ้ำนั้นขาดความสร้างสรรค์ที่ผลงานต้นฉบับมี ซึ่งหากไม่มีการทำซ้ำออกมาให้มีความแน่นอนแล้ว ย่อมไม่ใช่การทำซ้ำภายใต้สิทธิเด็ดขาดที่เจ้าของลิขสิทธิ์มี ดังปรากฏตามคำพิพากษาคดี *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*²⁸⁶ ดังนี้

“เงื่อนไขความแน่นอนซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ทำในรูปแบบใหม่เป็นเงื่อนไขสำคัญในการทำซ้ำ...ซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์...ในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง ...”

²⁸³ *Robb v. Orca Bay Sports And Entertainment*, 1999 CanLII 5722 (BC SC)

²⁸⁴ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 3 (1)

²⁸⁵ Canadian Intellectual Property Office, "Copyright – Learn the Basics Protect Your Original Works. Learn Why Copyright Matters."

²⁸⁶ *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336

มีข้อสังเกตว่าแม้ถ้อยคำในมาตรา 3 จะกำหนดให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการทำและทำซ้ำ ซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่ปรากฏว่าในการปรับใช้และตีความกฎหมายนี้ มิได้มีการให้ความหมายหรือนิยามแยกระหว่างสองสิทธินี้แต่อย่างใด ดังนั้นจึงสามารถกล่าวได้ว่า สิทธิในการทำหรือทำซ้ำในกรณีนี้เป็นสิ่งเดียวกัน ดังปรากฏตามคำพิพากษาคดี *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*²⁸⁷ ดังนี้

“เป็นที่น่าสนใจว่า ศาลไม่ให้ความหมายของการทำ (produce) แยกออกจากการทำซ้ำ (reproduce) ตามมาตรา 3(1) แต่อย่างใด และศาลประเทศอังกฤษก็ไม่เคยมีการให้คำนิยามเช่นเดียวกัน ...”

(2) การทำผลงานดัดแปลง (Derivative)

ในกฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดา มิได้มีการกำหนดเกี่ยวกับ “ผลงานดัดแปลง” ไว้เฉพาะแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม กฎหมายแคนาดาได้มีบทบัญญัติเพื่อจัดการรูปแบบการกระทำผลงานดัดแปลงไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ ไม่ว่าจะเป็นการแปล การจัดทำให้เป็นละคร หรือทำให้เป็นภาพยนตร์ เป็นต้น²⁸⁸ กฎหมายแคนาดาได้ให้สิทธิผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในการมีสิทธิเด็ดขาดในการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน อันเป็นรางวัลที่ให้แก่ผู้สร้างสรรค์ที่ได้สร้างสรรค์ผลงานของตนขึ้นในฐานะผลงานที่มีลิขสิทธิ์²⁸⁹

เนื่องจากประเทศแคนาดาไม่ได้มีบทบัญญัติที่วางหลักเกี่ยวกับผลงานดัดแปลงไว้โดยเฉพาะ อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปแล้ว ผลงานดัดแปลงจะหมายถึง ผลงานที่เป็นการสร้างสรรค์ต่อยอดจากผลงานที่มีอยู่เดิม โดยอาจเกิดได้ 3 กรณี คือ เกิดจากการต่อยอดผลงานที่ไม่มีลิขสิทธิ์ ต่อยอดจากผลงานที่มีลิขสิทธิ์โดยเจ้าของผลงานเอง และประการสุดท้าย คือการต่อยอดผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นซึ่งอาจได้รับหรืออาจไม่ได้รับความยินยอมจากผู้นั้น²⁹⁰ ซึ่งแม้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดาไม่ได้รับรองให้สิทธิเจ้าของลิขสิทธิ์ในการทำผลงานดัดแปลงโดยเฉพาะ แต่มีการรับรองสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการกระทำผลงานดัดแปลงบางอย่างไว้เป็นรายกรณี ดังเช่นปรากฏในบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ มาตรา 3(1) ที่กำหนดให้ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ผลงานมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำสิ่งดังต่อไปนี้²⁹¹

²⁸⁷ *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336

²⁸⁸ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 3(1)

²⁸⁹ William J. Braithwaite, "Derivative Works in Canadian Copyright Law," *Osgoode Hall Law Journal*: 192-193.

²⁹⁰ *Ibid.*, 193.

²⁹¹ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 3 (1) “For the purposes of this Act, copyright, in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, ... and includes the sole rights

- 1) ทำ ทำซ้ำ แสดง หรือเผยแพร่ผลงานแปลของผลงานอันมีลิขสิทธิ์
- 2) ในกรณีผลงานละคร เปลี่ยนผลงานนั้นให้เป็นผลงานนิยายหรือผลงานที่ไม่ใช่ผลงานละคร
- 3) ในกรณีผลงานนิยายหรือผลงานที่ไม่ใช่ผลงานละครหรือผลงานศิลปะ เปลี่ยนให้เป็นผลงานละคร ด้วยวิธีการแสดงต่อสาธารณะหรือวิธีอื่น
- 4) ในกรณีผลงานวรรณกรรม ผลงานละคร ผลงานดนตรี จัดทำการบันทึกเสียง ภาพยนตร์ หรือประดิษฐ์ด้วยวิธีอื่นที่จะทำให้ผลงานนั้นสามารถถูกทำซ้ำหรือแสดงได้
- 5) ในกรณีผลงานวรรณกรรม ผลงานละคร ผลงานดนตรี หรือผลงานศิลปะ ทำซ้ำ ดัดแปลง และแสดงต่อสาธารณะในรูปแบบผลงานภาพยนตร์

จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า กฎหมายแคนาดาได้มีการกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิในการทำผลงานดัดแปลงบางอย่าง เช่น การทำให้ผลงานอยู่ในรูปแบบอื่น การแปล การทำให้เป็นผลงานละคร ทำให้เป็นผลงานนิยาย บันทึกภาพ บันทึกเสียง และผลงานละคร โดยหากเป็นการทำผลงานดัดแปลงอันเป็นสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของลิขสิทธิ์แล้ว ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หากไม่ได้รับการยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์²⁹²

หากเป็นผลงานประเภทอื่นที่ไม่ได้ระบุไว้ในกฎหมายแล้ว เช่น การดัดแปลงผลงานดนตรีด้วยการเรียบเรียงดนตรีใหม่ โดยการนี้อาจเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เจ้าของลิขสิทธิ์ในการทำหรือดัดแปลงผลงานนั้นเฉพาะแต่ในกรณีที่ผลงานดัดแปลงได้ทำซ้ำซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์หรือส่วนสำคัญของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ให้อยู่ในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งได้ ตามนัยของส่วนแรกในมาตรา 3(1) อันเป็นการทำซ้ำซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ ในการพิจารณาถึงการทำซ้ำซึ่งส่วนสำคัญของผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นต้องพิจารณาจากสัดส่วนที่ใช้งานทั้งในเชิงปริมาณและคุณภาพด้วย²⁹³

-
- (a) to produce, reproduce, perform or publish any translation of the work,
 - (b) in the case of a dramatic work, to convert it into a novel or other non-dramatic work,
 - (c) in the case of a novel or other non-dramatic work, or of an artistic work, to convert it into a dramatic work, by way of performance in public or otherwise,
 - (d) in the case of a literary, dramatic or musical work, to make any sound recording, cinematograph film or other contrivance by means of which the work may be mechanically reproduced or performed,
 - (e) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to reproduce, adapt and publicly present the work as a cinematographic work,
 - ...

²⁹² Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 27

²⁹³ William J. Braithwaite, "Derivative Works in Canadian Copyright Law," *Osgoode Hall Law Journal*: 202.

ทั้งนี้ ในการตีความว่า การทำผลงานดัดแปลงของผู้อื่นนอกเหนือจากกรณีที่ระบุไว้โดยเฉพาะ โดยอาศัยการตีความว่า เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในการทำซ้ำซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น การทำผลงานดัดแปลงย่อมเป็นการทำเสมือนทำซ้ำ อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่า ไม่อาจใช้เพื่อปรับกับกรณีทำผลงานดัดแปลงทุกกรณี แต่จะต้องเป็นการทำผลงานดัดแปลงที่ปรากฏว่ามีการทำสำเนา อันเป็นการเพิ่มจำนวนผลงานอันมีลิขสิทธิ์เท่านั้น จึงจะเป็นการทำซ้ำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังตัวอย่างการปรับใช้ของศาลในคดี *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*²⁹⁴ ที่ได้พิพากษาไว้ดังนี้

“...การทำซ้ำนั้นหมายถึงการทำให้เพิ่มจำนวน (multiplication) หรือเพิ่มสำเนาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ลงบนสิ่งใดก็ตาม การเพิ่มจำนวนสำเนาเป็นสิ่งที่สำคัญในการทำให้เกิดการทำซ้ำ ...

... การตีความมาตรานี้มิได้ตีความให้จำกัดเฉพาะการทำซ้ำลงบนวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น หลักกฎหมายนั้นมีการขยายให้กว้างขึ้นตามเวลาเพื่อรองรับการทำซ้ำในรูปแบบหรือสื่ออื่น ๆ (เปลี่ยนรูปแบบจากสื่อหนึ่งไปยังอีกสื่อหนึ่ง เช่น เปลี่ยนจากหนังสือเป็นหนังสือ) และเป็นที่ยอมรับว่าการพัฒนาขึ้นของเทคโนโลยีทำให้การทำซ้ำอาจมาในรูปแบบที่ไม่ได้คาดคิดมาก่อน เช่น การทำสำเนาอิเล็กทรอนิกส์ การเปลี่ยนผลงานศิลปะจากสองมิติเป็นสามมิติ หรือจากผลงานสามมิติเป็นสองมิติ เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แม้ว่าจะไม่มีการทำซ้ำออกมาในวัตถุที่มีรูปร่างก็ตาม เช่นเดียวกัน การแปลหรือการเปลี่ยนแปลงผลงานจากสื่อหนึ่งไปเป็นอีกสื่อหนึ่งอาจเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ อย่างไรก็ตาม ปัญหาในกรณีนี้ไม่ใช่ปัญหาเกี่ยวกับการพัฒนาแนวคิดของกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่เป็นกรณีการใช้วิธีการใด ๆ เพื่อย้ายผลงานโดยไม่มีการทำให้เกิดการเพิ่มจำนวนขึ้นแต่อย่างใด

... การที่กฎหมายสหรัฐอเมริกากำหนดให้มีนิยามผลงานดัดแปลงนั้น ... เป็นการกำหนดในเชิงการทำ มากกว่าการทำซ้ำ อย่างไรก็ตาม ตัวอย่างผลงานดัดแปลงที่กำหนดไว้ในมาตรา 3(1)(a) ถึง (e) ในกฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดานั้น สอดคล้องกับหลักการทำซ้ำ เนื่องจากเป็นกรณีที่สามารถแสดงให้เห็นโดยนัยได้ว่า มีการทำสำเนาหรือแสดงผลงานชิ้นใหม่ ซึ่งในกรณีนี้ที่เป็นการใช้วิธีการย้ายหมึก มิได้เป็นการทำผลงานต่อยอด ทำซ้ำ หรือทำผลงานใหม่ที่เป็นสิทธิของโจทก์แต่อย่างใด...”

ดังนั้น จึงสามารถสรุปได้ว่า การทำผลงานดัดแปลงนอกเหนือจากที่ระบุไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ก็ต่อเมื่อเป็นการทำเสมือนทำซ้ำ อันต้องมีการเพิ่มจำนวนในการทำสำเนาด้วย

²⁹⁴ *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336

(3) การเผยแพร่ (Publication)

เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการเผยแพร่ผลงานของตนต่อสาธารณะ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดก็ตาม โดยหมายรวมถึง การทำให้สำเนาผลงานอันมีลิขสิทธิ์แสดงต่อสาธารณะ สร้างผลงานสถาปัตยกรรม และการรวมผลงานศิลปกรรมลงบนผลงานสถาปัตยกรรม และรวมถึงการทำให้ผลงานอัดเสียงหรือสำเนาผลงานนั้นแสดงต่อสาธารณะ²⁹⁵ และรวมถึงการแสดงหรือสื่อสารให้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนปรากฏต่อสาธารณะด้วยวิธีการสื่อสารทางไกลด้วย²⁹⁶ โดยหมายถึง การสื่อสารผลงานอันมีลิขสิทธิ์แก่สาธารณะด้วยวิธีการทางไกลที่มีวัตถุประสงค์ให้สมาชิกในสาธารณชนเข้าถึงผลงานนั้นจากสถานที่และเวลาที่ต่างกันไปตามแต่บุคคลนั้นจะเลือก²⁹⁷ เช่น ผ่านการเผยแพร่ผ่านสัญญาณโทรทัศน์ ฯลฯ²⁹⁸

(4) การแสดงในที่สาธารณะ (Public performance)

ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการจัดแสดงต่อสาธารณะ ผ่านวิธีต่าง ๆ ที่ไม่ใช่เพื่อวัตถุประสงค์การขาย การให้เช่า²⁹⁹ โดยการแสดงนี้ หมายถึงการจัดแสดงซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์ไม่ว่าทางภาพหรือเสียง สิทธิในการแสดงของผู้แสดง การบันทึกเสียง หรือการสื่อสารด้วยสัญญาณใด และรวมถึงการจัดแสดงที่ทำผ่านวิทยุ โทรทัศน์ หรือวิธีการใด ๆ³⁰⁰ เช่น การเล่นดนตรี การแสดงละคร หรือการเผยแพร่ทางโทรทัศน์³⁰¹

(5) ขาย ให้เช่า ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ (Rent and sell)

ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถให้เช่าผลงานของตนได้โดยกรณีผลงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์สามารถให้เช่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นได้³⁰² หรือหากเป็นประเภทผลงานดนตรี สามารถให้เช่าสื่อบันทึกเสียงที่ผลงานนั้นได้มีอยู่³⁰³ และในกรณีที่เป็ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีรูปร่างจับต้องได้ สามารถขายหรือโอนกรรมสิทธิ์ในวัตถุที่มีรูปร่างนั้นได้³⁰⁴

²⁹⁵ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 2.2 (1)

²⁹⁶ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 3(1)(f)

²⁹⁷ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 2.4 (1.1)

²⁹⁸ Canadian Association of Research Libraries, "The Balancing Act: What Rights Do Copyright Owners Have?," [Online] Accessed: 26 May 2023. Available from: <https://www.carl-abrc.ca/influencing-policy/copyright/opencopyrightcourse/module-4/>

²⁹⁹ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 3(1)(g)

³⁰⁰ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section Section 2

³⁰¹ Canadian Association of Research Libraries, "The Balancing Act: What Rights Do Copyright Owners Have?"

³⁰² Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 3(1)(h)

³⁰³ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 3(1)(i)

³⁰⁴ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 3(1)(j)

(6) ให้อำนาจในการทำสิทธิเด็ดขาดที่ตนได้รับความคุ้มครอง

เจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานมีสิทธิในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิเด็ดขาดในผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนที่กฎหมายให้ความรับรองและคุ้มครองให้ ดังนั้นหากได้รับอนุญาตแล้ว ย่อมไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่หากเป็นการใช้โดยไม่ได้รับความยินยอมแล้วย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์³⁰⁵

3.2.6 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

เนื่องจากผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นเพียงผู้เดียวที่มีสิทธิเด็ดขาดในการกระทำตามสิทธิที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครอง ดังนั้นหากเป็นการกระทำการใดอันเป็นสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตแล้ว ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์³⁰⁶ ทั้งนี้ หมายรวมถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ทางอ้อม กล่าวคือการซื้อขาย ให้เช่า แจกจ่าย หรือครอบครอง นำเข้า ผลงานที่เกิดจากการกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยผู้ที่กระทำนั้นรู้หรือควรจะมีรู้ว่าการทำด้วยการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย³⁰⁷ ทั้งนี้ หากเป็นกรณีที่เป็นการกระทำที่เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์แล้วย่อมไม่เป็นการกระทำอันละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของแคนาดามีดังนี้

(1) หลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม

ประเทศแคนาดาได้นำหลักการใช้งานที่เป็นธรรม (Fair dealing) มาจากสหราชอาณาจักร โดยกำหนดหลักการดังกล่าวไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยให้สิทธิแก่ผู้ใช้ในการใช้ผลงานลิขสิทธิ์ ทำซ้ำซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในบางส่วนโดยไม่ต้องขอความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือเสียค่าใช้จ่าย โดยในช่วงก่อนปี 1990 นั้น ศาลของแคนาดามักตีความหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมในลักษณะที่แคบและจำกัด เนื่องจากมุ่งเน้นถึงการให้ความคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ได้สร้างสรรค์ผลงาน³⁰⁸

ในเวลาต่อมาศาลของแคนาดาในคดี CCH ได้วางหลักเกี่ยวกับการตีความหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมไว้ว่า หลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายลิขสิทธิ์ หากได้ดำเนินการอย่างเข้าลักษณะของการใช้งานอย่างเป็นธรรมแล้วย่อมไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมเป็นสิทธิของผู้ใช้งาน เพื่อที่จะรักษาสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ใช้งานและสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้นในการตีความ จึงไม่ควรตีความอย่างเคร่งครัด จากคำพิพากษาและการวางหลักในคดี CCH ส่งผลให้บทบาทของหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมหรือข้อยกเว้นการละเมิด

³⁰⁵ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 3(1)

³⁰⁶ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 27(1)

³⁰⁷ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 27(2)

³⁰⁸ Linda Powell, "Non-Commercial User-Generated Content and Exceptions to Copyright - a Comparison between the Us, Canada, and the Eu" (Master's degree, University of Turku 2020), p. 45.

ลิขสิทธิ์ในกฎหมายแคนาดาเปลี่ยนแปลงไป จากเดิมที่ต้องตีความอย่างจำกัด เพื่อให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์³⁰⁹ เป็นการตีความในเชิงสิทธิของผู้ใช้งานเพื่อรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์ของผู้ใช้งาน หรือประโยชน์สาธารณะ ในการส่งเสริมให้เกิดการแพร่หลายซึ่งผลงานเขียน และการส่งเสริมประโยชน์สาธารณะที่จำเป็นต้องอาศัยผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิมที่มีอยู่เพื่อสร้างสรรค์ผลงานใหม่และประโยชน์ของผู้ใช้งานลิขสิทธิ์³¹⁰

มีข้อสังเกตว่า หลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมของแคนาดานั้น มิได้มีลักษณะเป็นหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมที่สามารถปรับใช้เป็นการทั่วไปกับทุกกรณีได้ แต่จะต้องใช้กับเฉพาะเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ทั้งนี้ในการปรับใช้หลักการใช้งานที่เป็นธรรมของแคนาดาจากการกำหนดไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ และการตัดสินของศาล CCH ที่ได้วางหลักไว้ ปรากฏตามหลักดังต่อไปนี้

1) ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ต้องเป็นการใช้เพื่อวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย อันหมายถึงที่ระบุอยู่ในมาตรา 29-29.2 เช่น การใช้งานเพื่อการศึกษาส่วนตัว เพื่อการทำวิจัย หรือเพื่อการรายงานข่าว การทำผลงานล้อเลียน ฯลฯ³¹¹ โดยมีข้อสังเกตว่า ศาลของแคนาดาได้ปรับใช้ข้อยกเว้นตามกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างกว้างเพื่อพิจารณาให้การใช้งานของผู้ใช้งานเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม เพื่อส่งเสริมวัตถุประสงค์ในการสนับสนุนประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ ตัวอย่างการตีความหรือการปรับใช้วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายของแคนาดาสามารถเห็นได้จากตัวอย่างใน

³⁰⁹ CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13

³¹⁰ Steven O'Heany, "Fair Is Fair: Fair Dealing, Derivative Rights and the Internet," *Asper Review* 12(2012): 85.

³¹¹ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 29 "Fair dealing for the purpose of research, private study, education, parody or satire does not infringe copyright."

Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 29.1 "Fair dealing for the purpose of criticism or review does not infringe copyright if the following are mentioned:

- (a) the source; and
- (b) if given in the source, the name of the
 - (i) author, in the case of a work,
 - (ii) performer, in the case of a performer's performance,
 - (iii) maker, in the case of a sound recording, or
 - (iv) broadcaster, in the case of a communication signal."

Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 29.2 "Fair dealing for the purpose of news reporting does not infringe copyright if the following are mentioned:

- (a) the source; and
- (b) if given in the source, the name of the
 - (i) author, in the case of a work,
 - (ii) performer, in the case of a performer's performance,
 - (iii) maker, in the case of a sound recording, or
 - (iv) broadcaster, in the case of a communication signal."

การปรับใช้หลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมเพื่อวัตถุประสงค์ในการคั่นคว่ำ การทำผลงานล้อเลียน และเพื่อการวิพากษ์วิจารณ์ ดังนี้

การใช้งานเพื่อการคั่นคว่ำ: ในคดี CCH ที่จำเลยเป็นผู้ให้บริการถ่ายเอกสารได้ถ่ายเอกสารเนื้อหาอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ โดยจำเลยอ้างว่าการกระทำของจำเลยเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม อันเข้าเงื่อนไขการได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่า จำเลยมิได้กระทำการที่ละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ เนื่องจากเป็นการใช้งานเพื่อการคั่นคว่ำ ซึ่งครอบคลุมไปถึงการคั่นคว่ำอันเป็นไปเพื่อการค้า เช่น การคั่นคว่ำเพื่ออธิบายให้คำแนะนำกับลูกค้าในการให้ความเห็นต่อประเด็นทางกฎหมาย และเตรียมประเด็นทางกฎหมายด้วย โดยศาลได้ตัดสินไว้ดังนี้³¹²

“... ภายใต้มาตรา 29 ว่าด้วยการใช้งานอย่างเป็นธรรม เพื่อประโยชน์แห่งการคั่นคว่ำและวิจัยส่วนตัวจะไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น คำว่า “คั่นคว่ำ” จำต้องตีความอย่างกว้างและเพื่อส่งเสริมเสรีภาพ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของผู้ใช้งานว่าจะไม่ถูกจำกัดอย่างเกินสมควร และต้องไม่เป็นที่จำกัดอยู่เพียงแต่เพื่อวัตถุประสงค์คั่นคว่ำอย่างไม่แสวงหากำไรเท่านั้น การคั่นคว่ำเพื่อประโยชน์ในการให้คำแนะนำกับลูกค้า ให้ความเห็นต่อประเด็นทางกฎหมาย และเตรียมประเด็นทางกฎหมายนั้นยังคงเป็นการทำเพื่อการคั่นคว่ำ นักกฎหมายที่ดำเนินธุรกิจให้คำปรึกษากฎหมายอย่างแสวงหากำไร เป็นการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ในการคั่นคว่ำตามนัยของมาตรา 29 แล้ว...”

จากคดีดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า ศาลได้ตีความและปรับใช้หลักข้อยกเว้นละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม โดยมุ่งเน้นพิจารณาถึงว่า การกระทำของผู้อ้าง เป็นการกระทำที่กำหนดไว้ในรายการตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ หากใช้การกระทำที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ย่อมไม่สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ แต่ในการปรับใช้ถึงเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมาย จะต้องตีความอย่างกว้างเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ใช้งาน

นอกจากนี้ ยังมีการตัดสินของศาลในคดี Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell (SOCAN) อันเป็นกรณีที่โจทก์ผู้แต่งเพลงและผู้เผยแพร่เพลงได้ฟ้องจำเลยให้จ่ายค่าการใช้สิทธิผลงานเพลงของโจทก์ที่ถูกเผยแพร่ต่อสาธารณะผ่านทางอินเทอร์เน็ต เนื่องจากจำเลยได้นำผลงานเพลงอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์มาเผยแพร่ตัวอย่างประมาณ 30 ถึง 90 วินาที เพื่อให้ผู้ใช้บริการได้ฟังเพลงก่อนจะซื้อผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น โดยกรณีนี้ศาลได้ตัดสิน

³¹² CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13

ว่า การใช้งานของจำเลยเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม จึงไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยศาลได้ตัดสินว่า การกระทำของจำเลยเป็นการใช้งานเพื่อการค้นคว้าของผู้ใช้บริการอย่างแท้จริงเพื่อใช้ในการตัดสินใจซื้อเพลงดังกล่าว โดยตัดสินดังนี้³¹³

“..ในการพิจารณาถึงว่า การใช้งานดังกล่าวเป็นการใช้งานเพื่อการค้นคว้าหรือไม่ในการพิจารณาถึงการใช้งานที่เป็นธรรม ต้องพิจารณาจากมุมมองของผู้บริโภคที่แท้จริงไม่ใช่ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ต อันได้แก่การใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อการตัดสินใจว่าจะซื้อเพลงใด

การค้นคว้า ไม่จำเป็นต้องเป็นการค้นคว้าเพื่อวัตถุประสงค์ในการสร้างสรรค์ผลงานเท่านั้น การกำหนดให้การค้นคว้าต้องเป็นการใช้งานเพื่อวัตถุประสงค์ในการสร้างสรรค์ผลงานเท่านั้นจะเป็นการละเลยต่อข้อเท็จจริงที่ว่า กฎหมายลิขสิทธิ์มีวัตถุประสงค์เพื่อการทำให้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์แพร่หลาย การจำกัดความว่า การค้นคว้านั้นต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์การสร้างสรรค์ จะเป็นการขัดกับความหมายของการค้นคว้าโดยทั่วไปที่ในหลายครั้งการกระทำดังกล่าวจะรวมถึงกิจกรรมที่ไม่จำเป็นต้องเป็นการค้นคว้าเพื่อให้เกิดข้อเท็จจริงใหม่หรือข้อสรุปเท่านั้น การตีความการใช้งานอย่างเป็นธรรมไม่ควรจะจำกัดความว่าการค้นคว้าอย่างแคบ แต่ควรตีความอย่างกว้างและเสรี ...”

จากคดีดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า ศาลแคนาดาได้มีการตีความว่าการค้นคว้าอย่างกว้าง โดยให้หมายรวมถึงการทำให้เข้าถึงหรือการเข้าถึงผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อค้นคว้าก่อนการตัดสินใจด้วย

การทำผลงานล้อเลียน: ในคดี United Airlines, Inc. v. Cooperstock เป็นกรณีที่จำเลยได้ทำเว็บไซต์ชื่อ UNITED.com ขึ้นเพื่อเป็นเว็บไซต์ล้อเลียน (parody) เว็บไซต์ United Airlines ของโจทก์เนื่องจากโจทก์ละเลยข้อติชมที่จำเลยได้ให้แก่โจทก์ไว้จากการให้บริการ โดยมีกรออกแบบตราเพื่อเป็นการล้อเลียนตราสัญลักษณ์ที่แท้จริงของโจทก์ โดยเว็บไซต์ของจำเลยได้มีการนำความคิดเห็นของสาธารณะที่มีต่อโจทก์มาจัดแสดงไว้ ซึ่งโจทก์ในกรณีนี้ได้ฟ้องจำเลยในการละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งในส่วนของเครื่องหมายทางการค้าและลิขสิทธิ์ ซึ่งศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่า การกระทำของจำเลยไม่ได้มีลักษณะเป็นการสร้างสรรค์ผลงานล้อเลียนจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ เนื่องจากวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของจำเลยเป็นไปเพื่อการทำให้โจทก์เสียหาย ซึ่งแม้ในกรณีนี้ ศาลจะตัดสินว่า การใช้งานของจำเลยไม่ใช่การใช้งานที่เป็นธรรม แต่การพิจารณาถึงคำพิพากษาของศาลในคดีนี้แสดงให้เห็นถึงลักษณะการตีความว่าการล้อเลียนที่จะได้รับความคุ้มครองให้เป็นการใช้งานที่เป็นธรรม ดังที่ศาลตัดสินดังต่อไปนี้³¹⁴

³¹³ Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326

³¹⁴United Airlines, Inc. v. Cooperstock, 2017 FC 616, [2018] 1 FCR 188,

“... กฎหมายประเทศแคนาดาไม่ได้กำหนดถึงนิยามหรือขอบเขตของการทำผลงานล้อเลียน แต่อย่างใด แม้จะกำหนดไว้ให้เป็นข้อยกเว้นตามหลักการใช้งานอย่างเป็นทางการเป็นธรรมก็ตาม แต่ศาลในประเทศยุโรปได้วางหลักถึงความหมายโดยทั่วไปของการล้อเลียนไว้อันเป็นการสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติในกฎหมายลิขสิทธิ์ของแคนาดาที่สภาได้กำหนดไว้ การทำผลงานล้อเลียนนั้นประกอบไปด้วยสองเงื่อนไขหลัก ได้แก่ (1) การทำให้นึกถึงผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ ในขณะที่แสดงถึงความแตกต่างอย่างชัดเจน และ (2) เป็นการแสดงออกเพื่อเป็นมุกตลก โดยในกรณีนี้กฎหมายมิได้กำหนดให้การใช้งานอย่างเป็นทางการทำผลงานล้อเลียนต้องมีการระบุถึงแหล่งที่มาแต่อย่างใด นอกจากนี้ การทำผลงานล้อเลียนไม่จำเป็นต้องแสดงออกถึงมุกตลกต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้เท่านั้น เว็บไซต์ UNITED.com ของจำเลยนั้น เป็นการแสดงออกซึ่งมีลักษณะเป็นผลงานล้อเลียนผลงานของโจทก์เนื่องจากทำให้นึกถึงเว็บไซต์ของโจทก์ (ตราสัญลักษณ์ของโจทก์ และการออกแบบเว็บไซต์ของโจทก์) และมีความแตกต่างอย่างชัดเจน (เช่น เนื้อหาและข้อความ) และมีการแสดงออกซึ่งการเยาะเย้ย (และการวิพากษ์วิจารณ์) โจทก์

... ศาลตัดสินว่า การกระทำของจำเลยไม่มีลักษณะเป็นการทำผลงานล้อเลียน เนื่องจากการกระทำของจำเลยไม่มีลักษณะเป็นการทำเพื่อมุกตลก แต่เป็นการทำเพื่อทำให้โจทก์อับอายและถูกลงโทษจากการกระทำที่ไม่ถูกต้องของโจทก์ วัตถุประสงค์ในการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์มาใช้ที่แท้จริงของจำเลยนั้นเป็นไปเพื่อทำให้โจทก์เสื่อมเสียชื่อเสียงหรือการลงโทษโจทก์ ไม่ใช่การทำผลงานล้อเลียน... นอกจากนี้ ยังเป็นการทำซ้ำซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในสัดส่วนที่มากและอาจก่อให้เกิดผลกระทบทางลบ ... วัตถุประสงค์การใช้งานที่ยังเป็นที่น่าสงสัย ปริมาณการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ และผลกระทบที่เกิดจากการใช้งานของจำเลยเมื่อพิจารณาเข้าด้วยกันแล้วจึงเป็นการกระทำที่ไม่ใช่การใช้งานอย่างเป็นทางการ...”

จากคำพิพากษานี้แสดงให้เห็นว่า การกระทำที่เข้าข่ายการทำผลงานล้อเลียนต้องประกอบไปด้วยสององค์ประกอบ ได้แก่ (1) การทำให้นึกถึงผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ ในขณะที่แสดงถึงความแตกต่างอย่างชัดเจน และ (2) เป็นการแสดงออกเพื่อเป็นมุกตลก โดยต้องมิใช่การแสดงออกเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง ลงโทษ หรือเยาะเย้ยแต่อย่างใด

วิพากษ์วิจารณ์ Canadian Broadcasting Corporation v. Conservative Party of Canada คดีนี้เป็นกรณีที่โจทก์ได้ฟ้องร้องจำเลยว่ามี การละเมิดลิขสิทธิ์ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ โดยการนำหรือเผยแพร่เนื้อหาข่าวหรือสารคดีอันเป็นส่วนหนึ่งของรายการของโจทก์ที่มีลิขสิทธิ์ โดยจำเลยได้นำผลงานดังกล่าวของโจทก์มาใช้เพื่อการวิพากษ์วิจารณ์ทางการเมือง โดยประกอบไปด้วยการทำโฆษณา เนื้อหาในทวิตเตอร์ ที่ได้นำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ส่วนหนึ่งของโจทก์มาใช้ โดยใน

กรณีนี้จำเลยได้ต่อสู้ว่า การกระทำของตนเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม ซึ่งศาลได้ตัดสินว่าการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของจำเลยเป็นไปเพื่อการวิพากษ์วิจารณ์ โดยการวิพากษ์วิจารณ์นี้ หมายรวมถึงการวิจารณ์เนื้อหาแนวคิดเบื้องหลังผลงาน โดยสามารถนำเอาส่วนหนึ่งของผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ได้ ซึ่งการใช้งานของจำเลยเมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์การใช้งาน ปริมาณของการใช้งาน ลักษณะธรรมชาติของผลงาน และผลกระทบของการใช้งานแล้ว การกระทำของจำเลยเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม ดังต่อไปนี้³¹⁵

“วัตถุประสงค์การใช้งานของจำเลยนั้นไม่ใช่เป็นเพียงการล้อเลียนงานหรือนิยายของนายกรัฐมนตรีเท่านั้น แต่เป็นการวิพากษ์วิจารณ์ความคิดและการกระทำของนายกรัฐมนตรีและพรรคเสรีในการหาข้อผิดพลาดด้วย ... การพิจารณาว่าการวิพากษ์วิจารณ์นั้นต้องเป็นการวิจารณ์ผลงานตัวผลงานอันมีลิขสิทธิ์เท่านั้นเป็นการตีความที่แคบเกินไป ... การวิพากษ์วิจารณ์นั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นการวิพากษ์วิจารณ์ผลงานในการแสดงออกเท่านั้น แต่รวมถึงความคิดที่อยู่เบื้องหลังผลงาน ศิลธรรม และการปฏิบัติทางสังคมด้วย

... ซึ่งในกรณีนี้ การใช้งานของจำเลยในการทวิตนั้นเป็นการวิพากษ์วิจารณ์การแสดงออกของนายกรัฐมนตรี และวิดีโอโฆษณาเป็นการเสียดสีนั้นเป็นการใช้ตัวอย่างเพื่อวิพากษ์วิจารณ์นายกรัฐมนตรี จึงเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์อย่างเป็นธรรม”

จากคดีนี้แสดงให้เห็นว่า การวิพากษ์วิจารณ์ผลงานนั้นที่นำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ ไม่จำเป็นต้องใช้เพื่อการวิพากษ์วิจารณ์การแสดงออกซึ่งผลงานนั้น ๆ เท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงการใช้เพื่อวิพากษ์วิจารณ์ความคิด เนื้อหาภายใต้การแสดงออกซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ๆ ด้วย

2) ต้องเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม (Fair) ในกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้กำหนดถึงนิยามว่า การใช้งานอย่างไรจึงจะเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม โดยการพิจารณาถึงเงื่อนไขว่า การใช้งานใดจะเป็นธรรมหรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงของแต่ละกรณีไป โดยจำเป็นต้องพิจารณาถึงระดับของการใช้งาน หรือสัดส่วนของการใช้งานที่นำมาใช้ว่าต้องไม่มากเกินไปจนก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม และต้องพิจารณาต่อว่า การใช้งานเหล่านั้นเป็นการใช้งานเพื่อประโยชน์ตามลักษณะที่กำหนดไว้ในกฎหมายหรือไม่ หากเป็นการใช้งานอันมีลักษณะแข่งขันกับงานต้นฉบับแล้วอาจนับว่าเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรมได้ การนำเนื้อหาอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เป็นส่วนมากโดยเติมแต่งการวิพากษ์วิจารณ์ไปในส่วนน้อยอาจเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรมได้ ดังนั้นจึงเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป ว่าการใช้งาน

³¹⁵ Canadian Broadcasting Corporation v. Conservative Party of Canada, 2021 FC 425

ในแต่ละกรณีเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมหรือไม่ โดยศาลในคดี CCH ได้วางปัจจัยเพื่อใช้สำหรับการพิจารณาว่าการกระทำนั้น ๆ เป็นการใช้งานที่เป็นธรรมหรือไม่ เป็น 6 ปัจจัย ดังต่อไปนี้³¹⁶

ปัจจัยแรก วัตถุประสงค์การใช้งาน ดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้น วัตถุประสงค์การใช้งานนี้ต้องเป็นวัตถุประสงค์ที่ได้รับการยอมรับให้มีการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกกำหนดไว้ในกฎหมาย ตามมาตรา 29 ถึง 29.2 เท่านั้น และในการพิจารณานั้น ต้องเป็นการพิจารณาตีความอย่างไม่เคร่งครัด เพื่อไม่ให้เกิดการจำกัดสิทธิของผู้ใช้งานอย่างเกินสมควร ดังนั้น ศาลจึงควรพิจารณาข้ออ้างของผู้ใช้งานโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ที่แท้จริงหรือเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังของการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม ในการใช้งานตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายยินยอมให้ใช้งานนั้น วัตถุประสงค์บางอย่างอาจนับว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมมากกว่าการใช้เพื่อวัตถุประสงค์อีกประเภทหนึ่ง ยกตัวอย่างเช่น การค้นคว้าข้อมูลเพื่อวัตถุประสงค์ทางการกุศลย่อมเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมมากกว่าการค้นคว้าข้อมูลเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า³¹⁷

อย่างไรก็ดี แม้ศาลในคดีนี้ จะได้แสดงให้เห็นถึงระดับของการใช้งานที่เป็นธรรมเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่เป็นการค้าจะเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมมากกว่า แต่การใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนดโดยเป็นไปเพื่อการค้านั้น ก็ยังสามารถได้รับความคุ้มครองให้เป็นการใช้งานที่เป็นธรรมได้ เนื่องจากการใช้งานตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดนั้น ไม่ได้กำหนดให้ต้องเป็นการใช้งานอย่างไม่แสวงหากำไรเท่านั้น³¹⁸

ปัจจัยที่สอง ลักษณะของการใช้งาน ในการพิจารณาถึงลักษณะของการใช้งาน จะต้องพิจารณาตรวจสอบถึงลักษณะที่ดำเนินการต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้ หากมีการเผยแพร่สำเนาของผลงานอันมีลิขสิทธิ์จำนวนมาก ย่อมมีแนวโน้มว่าการใช้งานเช่นนี้มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม แต่หากเป็นการทำสำเนาผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพียงแค่อบบเดียว เพื่อผลประโยชน์เฉพาะอย่าง ที่กฎหมายรับรองแล้ว ย่อมมีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม หากการทำสำเนาของงานนั้นถูกทำลายหลังจากการใช้เพื่อวัตถุประสงค์บางอย่างที่เฉพาะเจาะจงแล้ว การทำเช่นนี้ย่อมมีโอกาสทำให้การใช้งานนั้นถูกพิจารณาว่าเป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรมได้มากยิ่งขึ้น³¹⁹

ทั้งนี้ ต้องคำนึงถึงสภาพปกติของทางปฏิบัติในการใช้งานตามแต่ละอุตสาหกรรมด้วย เช่น การนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เป็นส่วนมากและเผยแพร่ และอ้างว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมเพื่อ

³¹⁶ CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13

³¹⁷ CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13

³¹⁸ Giuseppina D'Agostino, "Healing Fair Dealing?: A Comparative Copyright Analysis of Canadian Fair Dealing to UK Fair Dealing and Us Fair Use," *Comparative Research in Law & Political Economy* 3, 4 (2007): 7.

³¹⁹ CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13

การวิจารณ์นั้น ศาลต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงว่าในการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อการวิจารณ์หรือวัตถุประสงค์ที่อ้างโดยปกติมีลักษณะเป็นอย่างไร เพื่อพิจารณากับข้อเท็จจริงต่าง ๆ ว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมหรือไม่ ซึ่งศาลในคดี CCH ได้ปรับใช้หลักการนี้ในกรณีการกระทำของจำเลย ดังนี้³²⁰

“ลักษณะการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของจำเลยเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม โดยจำเลยได้กำหนดระเบียบการทำสำเนาผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ และไม่มีหลักฐานว่า จำเลยได้เผยแพร่สำเนาของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ต่อผู้ทำงานด้านกฎหมายหลายคน การทำสำเนาผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อการค้นคว้าประเด็นทางกฎหมายบางประเด็นที่เฉพาะเจาะจงเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม”

ปัจจัยที่สาม ปริมาณการใช้งาน หากเป็นการใช้ในปริมาณมากหรือส่วนสำคัญแล้ว ย่อมมีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม³²¹ การพิจารณานี้ต้องพิจารณาจากทั้งในเชิงปริมาณและความสำคัญ อย่างไรก็ตาม ปริมาณที่นำมาใช้นั้นไม่จำเป็นต้องเป็นปัจจัยเดียวที่ใช้ในการพิจารณาว่าการใช้งานนั้นเป็นธรรมหรือไม่ โดยอาจใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์บางประเภททั้งหมดเพื่อวิพากษ์วิจารณ์ได้ เช่น ผลงานภาพถ่าย ทั้งนี้ ต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการใช้งานด้วย เช่น หากเป็นการทำการวิจารณ์แล้ว การใช้งานเขียนทั้งฉบับย่อมเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม ดังปรากฏการปรับใช้ของศาลในคดี CCH ดังนี้³²²

“การใช้งานของจำเลยนั้นมีนโยบายที่ทำให้คาร์บรองว่า การทำสำเนาผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นต้องเป็นไปอย่างสมเหตุสมผล โดยจำเลยจะให้ความยินยอมในการทำซ้ำซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในลักษณะที่เป็นการทำซ้ำคดีใดคดีหนึ่ง บทความใดบทความหนึ่ง หรือบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง โดยจำเลยจะปฏิเสธคำขอทำสำเนาของผลงานอันมีลิขสิทธิ์เกินกว่าร้อยละห้า หรือทั้งหมดในกรณีที่เป็นการทำสำเนาบทความ การทำเช่นนี้แสดงให้เห็นว่า การใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์โดยจำเลยนั้นเป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรม อย่างไรก็ตาม หากเป็นการใช้งานที่มีลักษณะการยินยอมให้ทำสำเนาตัดลีนของกรณีเดิมซ้ำหลายฉบับในระยะเวลาอันสั้น การกระทำของจำเลยอาจเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรมได้ แต่ในกรณีนี้ มิได้มีหลักฐานว่าเกิดกรณีดังกล่าวขึ้นอย่างใด”

ปัจจัยที่สี่ ผลงานอื่นหรือตัวเลือกอื่นที่อาจทำได้แทนการใช้งาน (Alternative to the Dealing) การพิจารณาในปัจจัยนี้ เป็นการพิจารณาถึงสองลักษณะ ได้แก่ (1) พิจารณาถึงตัวเลือก

³²⁰ CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13

³²¹ Giuseppina D'Agostino, "Healing Fair Dealing?: A Comparative Copyright Analysis of Canadian Fair Dealing to UK Fair Dealing and Us Fair Use," *Comparative Research in Law & Political Economy*: 8.

³²² CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13

หรือทางเลือกอื่น ๆ ที่นำมาทดแทนการใช้งานอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ว่าสามารถนำผลงานอันไม่มีลิขสิทธิ์มาใช้แทนผลงานอันมีลิขสิทธิ์ได้หรือไม่ และ (2) พิจารณาถึงความจำเป็นในการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ของการใช้งาน เช่น การวิพากษ์วิจารณ์นั้นอาจสามารถทำได้โดยไม่ต้องทำซ้ำซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่กำลังวิพากษ์วิจารณ์อยู่ทั้งหมด ปัจจัยนี้ก็สิ่งสำคัญที่ต้องนำมาคำนึงถึงในการพิจารณาถึงการใช้งานที่เป็นธรรม³²³ อย่างไรก็ตาม แม้จะไม่มีผลงานอื่นใดที่ไม่มีลิขสิทธิ์ที่สามารถนำมาใช้แทนได้แล้ว ก็ไม่ได้หมายความว่า การใช้งานนั้นจะเป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรมในทันที³²⁴ ทั้งนี้ ตามตัวอย่างการตีความของศาลในคดี CCH ดังนี้³²⁵

“ในการตัดสินของศาลและงานอื่นที่จำเป็นต่อการค้นคว้าด้านกฎหมาย ทำให้การใช้งานของจำเลยเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม เนื่องจากคำพิพากษาและแหล่งข้อมูลทางกฎหมายนั้นไม่ควรจะถูกจำกัดการเข้าถึงอย่างไม่เป็นธรรม เพื่อประโยชน์ของสาธารณะ ยิ่งไปกว่านั้น การที่จำเลยได้กำหนดข้อจำกัดในการให้บริการถ่ายเอกสารที่สมเหตุสมผล โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการทำสำเนาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยจะยินยอมให้ถ่ายเอกสารก็ต่อเมื่อเป็นการใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการค้นคว้า ศึกษาส่วนตัว วิพากษ์วิจารณ์ ตีพิมพ์ หรือใช้เพื่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางกฎหมายเท่านั้น จึงเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม”

ปัจจัยที่ห้า ธรรมชาติของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ธรรมชาติของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้เป็นปัจจัยที่ต้องคำนึงถึงเพื่อพิจารณาว่า เป็นการใช้งานที่เป็นธรรมหรือไม่ รวมถึงลักษณะของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ว่า ได้มีการเผยแพร่ต่อสาธารณะแล้วหรือไม่ก็จำเป็นต้องนำมาพิจารณาด้วย เนื่องจากการให้ความคุ้มครองผลงานอันมีลิขสิทธิ์ให้เป็นสิทธิของผู้สร้างสรรค์และการทำให้เกิดการแพร่หลายซึ่งผลงานต่อสาธารณะ อันเป็นประโยชน์สาธารณะ เป็นสองวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ขัดแย้งกัน³²⁶ ดังนั้นการใช้งานที่ยังมิได้ถูกเผยแพร่ต่อสาธารณะอาจเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมหากเป็นกรณีที่ทำซ้ำหรือใช้ผลงานทำให้ผู้คนรู้จักผลงานอันมีลิขสิทธิ์มากยิ่งขึ้น อันเป็นวัตถุประสงค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่หากลักษณะของผลงานนั้นเป็นผลงานที่เป็นความลับแล้ว การใช้งานผลงานอาจเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรมได้ ทั้งนี้ ปัจจัยนี้ไม่ใช่ปัจจัยเดียวในการนำมาพิจารณาเพื่อตัดสินว่าการกระทำต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นความลับแล้วจะเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม ดังตัวอย่างการปรับใช้กับข้อเท็จจริงของศาลในคดี CCH ดังนี้³²⁷

³²³ CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13

³²⁴ Steven O'Heany, "Fair Is Fair: Fair Dealing, Derivative Rights and the Internet," *Asper Review*: 88.

³²⁵ CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC

³²⁶ Giuseppina D'Agostino, "Healing Fair Dealing?: A Comparative Copyright Analysis of Canadian Fair Dealing to UK Fair Dealing and Us Fair Use," *Comparative Research in Law & Political Economy*: 10.

³²⁷ CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC

“คำพิพากษาของศาลและงานอื่น ๆ จำเป็นต่อการค้นคว้าด้านกฎหมาย ทำให้การใช้งานของจำเลยเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม เนื่องจากคำพิพากษาและแหล่งข้อมูลทางกฎหมายนั้นไม่ควรจะถูกจำกัดการเข้าถึง... เพื่อประโยชน์ของสาธารณะ ยิ่งไปกว่านั้น การที่จำเลยได้กำหนดข้อจำกัดในการให้บริการถ่ายเอกสารที่สมเหตุสมผล โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการทำสำเนาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่จะยินยอมให้ถ่ายเอกสารก็ต่อเมื่อเป็นการใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการค้นคว้า ศึกษาส่วนตัว วิพากษ์วิจารณ์ ดิจิม หรือใช้เพื่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางกฎหมายเท่านั้น จึงเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม”

ปัจจัยที่หก ผลกระทบของการใช้งานต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ เป็นการพิจารณาถึงผลกระทบต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้งานว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมหรือไม่ หากการใช้งานก่อให้เกิดผลกระทบอันมีแนวโน้มที่จะเป็นคู่แข่งกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในตลาดแล้ว อาจเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม แม้ว่าผลกระทบต่อตลาดจะเป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณาถึงการใช้งานที่เป็นธรรม แต่ก็ไม่ใช่ปัจจัยเดียวหรือปัจจัยที่สำคัญที่สุดในการนำมาพิจารณาว่า การใช้งานนั้นเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมหรือไม่³²⁸ ทั้งนี้ หากมีบุคคลที่สามได้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำไปใช้งานอย่างที่ไม่ตั้งใจแล้ว ผลร้ายดังกล่าวย่อมไม่นำมาใช้พิจารณาในการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์ว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมหรือไม่³²⁹ ตามตัวอย่างการตีความของศาลในคดี CCH ดังนี้³³⁰

“ไม่มีหลักฐานอันแสดงให้เห็นถึงความน่าจะเป็นที่ยอดขายผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์จะลดลงเนื่องจากการทำสำเนาของจำเลย แม้ว่าภาระการพิสูจน์ว่าการใช้งานนั้นเป็นธรรมหรือไม่เป็นภาระของจำเลย แต่ก็ไม่มีหลักฐานเกี่ยวกับผลกระทบทางลบต่อตลาดของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ และยังมีหลักฐานว่า ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ผลิตผลงานใหม่ระหว่างระยะเวลาที่จำเลยได้กระทำการถ่ายเอกสารผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ด้วย”

ทั้งนี้ ศาลไม่ได้กำหนดว่า ปัจจัยใดเป็นปัจจัยหลักหรือมีความสำคัญมากหรือน้อยในการตัดสินว่าการกระทำใดเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม โดยศาลได้กำหนดว่า การพิจารณาให้นำหนักแต่ละปัจจัยนั้น จำต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป และนอกจากปัจจัยทั้ง 6 แล้ว ศาลยังเปิดโอกาสให้นำปัจจัยอื่นมาใช้เพื่อพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมตามแต่ละกรณีที่พิจารณาด้วยดังที่ศาลในคดี CCH ได้วางหลักไว้ดังนี้³³¹

³²⁸ CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC

³²⁹ Steven O'Heany, "Fair Is Fair: Fair Dealing, Derivative Rights and the Internet," *Asper Review*: 88.

³³⁰ CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC

³³¹ CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC

“ในการพิจารณาถึงปัจจัยทั้ง 6 นั้นเป็นปัจจัยที่ช่วยในการตัดสินว่า การใช้งานนั้นเป็นธรรมหรือไม่ ปัจจัยเหล่านี้ อาจจะมีความสำคัญหรือความเกี่ยวเนื่องมากน้อยในการพิจารณาถึงความเป็นธรรมในการใช้งานตามแต่ละกรณีไป ซึ่งในบางกรณี อาจมีปัจจัยอื่นที่อาจนำมาใช้เพื่อตัดสินได้ว่าการใช้งานนั้นเป็นธรรมหรือไม่”

3) ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ในกรณีที่เป็นการใช้งานเพื่อการติชมวิพากษ์วิจารณ์ หรือรายงานข่าว

จากบทบัญญัติมาตรา 29.1 และ 29.2 ได้กำหนดให้การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อติชมวิพากษ์วิจารณ์ หรือสำหรับการรายงานข่าวต้องมีการรับรู้ถึงแหล่งที่มา ตามรายการที่กฎหมายกำหนด หากไม่ได้มีการระบุถึงแหล่งที่มาแล้ว ย่อมไม่อาจจะถือได้ว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมเนื่องจากขาดเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ การระบุถึงแหล่งที่มาอย่างไม่ชัดเจน ที่แม้โดยลักษณะการใช้งานจะทำให้ผู้ชมสามารถทราบถึงแหล่งที่มาอันเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ ก็ไม่อาจนับได้ว่าเป็นการระบุหรือรับรู้ถึงแหล่งที่มา โดยการรับรู้ถึงแหล่งที่มาต้องมีการระบุถึงแหล่งที่มาอย่างชัดเจน ไม่ใช่ระบุเพียงชื่อผู้สร้างสรรค์ผลงานเท่านั้น³³²

อย่างไรก็ดี ในการระบุถึงแหล่งที่มาที่ศาลแคนาดาได้ตีความอย่างแคบในการปรับใช้หลักกฎหมาย โดยการระบุแหล่งที่มา เป็นเพียงแค่การที่ผู้อื่นที่เห็นสามารถระบุถึงแหล่งที่มาได้อย่างสมเหตุสมผลก็เป็นการระบุแหล่งที่มาตามหลักการของกฎหมายแล้ว เช่น การนำวิดีโอที่มีสัญลักษณ์ของผู้จัดทำอยู่บนภาพวิดีโอโดยสามารถเห็นได้ง่ายและเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ก็เป็นการระบุถึงแหล่งที่มาด้วยตัวผลงานอย่างเห็นได้ชัดแล้ว³³³

(2) ข้อยกเว้นสำหรับการทำผลงาน UGC

กฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดาได้กำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อจัดทำ UGC ไว้โดยเฉพาะ โดยการกำหนดข้อยกเว้นนี้เกิดจากการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ตาม Modernization Act โดยเป็นการแก้ไขกฎหมายเพื่อรับรองถึงสิทธิของผู้ใช้บริการในสภาพสังคมดิจิทัลที่เปลี่ยนไป ตามการใช้สื่อดิจิทัลที่เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว³³⁴ ทั้งนี้ แคนาดาเป็นประเทศแรกที่ได้กำหนดให้การใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อทำ UGC เป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์พร้อม

³³² Compagnie Générale des Établissements Michelin-Michelin & Cie v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada), [1997] 2 FC 306

³³³ Canadian Broadcasting Corporation v. Conservative Party of Canada, 2021 FC 425

³³⁴ Margot E. Patterson, "Canada: The Copyright Modernization Act and Ugc," [Online] Accessed: 28 May 2023. Available from: <https://www.mondaq.com/canada/copyright/183504/the-copyright-modernization-act-and-ugc>

กำหนดกฎหมายหรือเงื่อนไขไว้ในกฎหมาย ดังปรากฏในมาตรา 29.21 ของกฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดา ดังต่อไปนี้

“Section 29.21 (1) It is not an infringement of copyright for an individual to use an existing work or other subject-matter or copy of one, which has been published or otherwise made available to the public, in the creation of a new work or other subject-matter in which copyright subsists and for the individual — or, with the individual’s authorization, a member of their household — to use the new work or other subject-matter or to authorize an intermediary to disseminate it, if

(a) the use of, or the authorization to disseminate, the new work or other subject-matter is done solely for non-commercial purposes;

(b) the source — and, if given in the source, the name of the author, performer, maker or broadcaster — of the existing work or other subject-matter or copy of it are mentioned, if it is reasonable in the circumstances to do so;

(c) the individual had reasonable grounds to believe that the existing work or other subject-matter or copy of it, as the case may be, was not infringing copyright; and

(d) the use of, or the authorization to disseminate, the new work or other subject-matter does not have a substantial adverse effect, financial or otherwise, on the exploitation or potential exploitation of the existing work or other subject-matter — or copy of it — or on an existing or potential market for it, including that the new work or other subject-matter is not a substitute for the existing one.

(2) The following definitions apply in subsection (1).

intermediary means a person or entity who regularly provides space or means for works or other subject-matter to be enjoyed by the public. (intermédiaire)

use means to do anything that by this Act the owner of the copyright has the sole right to do, other than the right to authorize anything. (utiliser)”

“มาตรา 29.21 (1) การกระทำนี้ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับการใช้ของบุคคลธรรมดาซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ ผลงานอื่นใดที่ได้รับความคุ้มครอง หรือสำเนาของงานอันมีลิขสิทธิ์ ที่ได้เผยแพร่หรือทำด้วยวิธีอื่นเพื่อให้ปรากฏสู่สาธารณะแล้ว ในการจัดทำผลงานใหม่หรือสิ่งอื่นใดที่อาจ

ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ และสามารถใช้งานใหม่นั้นหรือให้ความยินยอมต่อสื่อกลางให้เผยแพร่ได้สำหรับการใช้งานของบุคคลธรรมดาหรือภายในครอบครัวภายใต้ความยินยอมของผู้จัดทำผลงานใหม่ หาก

ก. เป็นการใช้หรือการเผยแพร่ผลงานใหม่นั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่ใช่เพื่อการค้า

ข. ระบุถึงที่มา ชื่อของผู้เขียน ผู้แสดง ผู้จัดทำ หรือผู้ถ่ายทอดของผลงานที่มีอยู่และได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ ทั้งนี้อย่างสมเหตุสมผล

ค. ผู้ใช้งานนั้นต้องมีเหตุอันควรเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าผลงานนั้น ๆ ที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้น ไม่ได้เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์

ง. การใช้งานหรือการให้ความยินยอมในการเผยแพร่ผลงานใหม่ต้องไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่ออย่างมีนัยสำคัญในทางลบต่อการเงินหรือการใช้งานที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิมสามารถใช้ได้ รวมถึงผลงานที่เกิดขึ้นใหม่นี้ ต้องไม่เป็นการแทนที่ผลงานเก่าที่มีอยู่

(2) นิยามเหล่านี้ใช้บังคับกับข้อ (1)

ตัวกลางหมายถึง บุคคลหรือองค์กรที่ให้บริการพื้นที่หรือวิธีการใด งานหรือสิ่งอื่นที่ดำเนินการเพื่อให้ปรากฏแก่สาธารณะ

ใช้ หมายถึงการทำการใด ๆ ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว นอกจากการให้ความยินยอมให้ใช้ผลงาน ในการดำเนินการต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน”

จากหลักกฎหมายดังกล่าว สามารถแยกอธิบายถึงหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัตินี้ ดังต่อไปนี้

1) ความสัมพันธ์กับการใช้งานอย่างเป็นธรรม

ผลงาน UGC บางประเภท สามารถนำหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น มาปรับใช้ได้เพื่อการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ อีกทั้งยังสามารถปรับใช้มาตรา 29.21 เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองในอีกกรณีหนึ่งด้วย ทั้งนี้ หลักที่ศาลในคดี CCH ได้วางไว้เกี่ยวกับหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมที่ได้มีขึ้นเพื่อรักษาสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ใช้งาน อันเป็นประโยชน์สาธารณะในการสร้างสรรค์ผลงาน และสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครอง การตีความเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์จึงไม่ควรตีความอย่างเคร่งครัด ดังนั้น ผลงาน UGC ที่มีลักษณะที่อาจได้รับความคุ้มครองตามหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมในมาตรา 29-29.2 ย่อมสามารถใช้ทั้งข้อยกเว้นกรณีการทำผลงาน UGC และทั้งกรณีหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมเพื่อเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น ผลงาน UGC ที่มีลักษณะเป็นผลงานล้อเลียน ย่อมสามารถเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมที่ได้รับยกเว้นความรับผิดตามหลัก UGC และตามมาตรา 29 ได้ด้วย โดยศาลในกรณีนี้ได้วางหลักว่า

หลักการใช้งานอย่างเป็นทางการนั้นสามารถนำไปปรับใช้ได้กับการใช้งานทุกกรณี แม้ว่าจะมีการกำหนดเงื่อนไขการได้รับยกเว้นความรับผิดไว้โดยเฉพาะในมาตราอื่นก็ตาม³³⁵

อย่างไรก็ดี ข้อยกเว้นสำหรับกรณี UGC มีความชัดเจนมากกว่าข้อยกเว้นตามหลักการใช้งานอย่างเป็นทางการ เนื่องจากการใช้งานอย่างเป็นทางการนั้นจะเป็นการพิจารณาตามข้อเท็จจริงแต่ละข้อไป ทำให้มีค่าใช้จ่ายในการพิสูจน์ที่ค่อนข้างสูงทำให้ไม่เหมาะสมกับผู้ใช้งานที่ทำผลงาน UGC ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมียกเว้นสำหรับ UGC โดยเฉพาะ³³⁶

2) เงื่อนไขในการได้รับความคุ้มครอง

ในการจะได้รับความคุ้มครองตามหลักข้อยกเว้นสำหรับ UGC นั้น ต้องมีการปฏิบัติตามเงื่อนไขตามมาตรา 29.21 ดังนี้

ประการแรก ต้องเป็นการใช้งานของบุคคลธรรมดา (Individual use) การจะอ้างข้อยกเว้นสำหรับ UGC ได้นั้นต้องเป็นกรณีที่บุคคลธรรมดาจัดทำผลงาน UGC เท่านั้น โดยต้องไม่ใช่กรณีที่บุคคลธรรมดาคือผู้ผลิตหรือผู้จำหน่าย UGC ในฐานะผู้สร้างสรรค์ร่วม หรือเป็นกรณีที่องค์กรธุรกิจใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อทำ UGC เนื่องจากการใช้งานของกลุ่มองค์กรธุรกิจนั้นมักเป็นการใช้งานของมืออาชีพ หรือทางการค้ามากกว่าการใช้งานของบุคคลธรรมดาที่ใช้งานผ่านคอมพิวเตอร์ที่บ้าน การกำหนดข้อยกเว้นเช่นนี้ แสดงให้เห็นว่าเป็นการมุ่งเน้นให้ผู้ใช้งานที่มีได้เป็นมืออาชีพใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในการทำ UGC ได้ ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขว่า ต้องเป็นการใช้งานของบุคคลธรรมดา นี้ เป็นการให้ความสำคัญกับผู้ใช้งานเป็นหลัก และแสดงให้เห็นว่าผู้ใช้งานที่เป็นบุคคลธรรมดานั้นสามารถมีส่วนร่วมสร้างสรรค์วัฒนธรรมได้³³⁷

การกำหนดเงื่อนไขว่า ต้องเป็นการใช้งานของบุคคลธรรมดานั้นทำให้หากเป็นการสร้างสรรค์ผลงานโดยผู้เป็นมืออาชีพ เช่น ศิลปินมืออาชีพ หรือผู้สร้างสรรค์ที่เป็นมืออาชีพด้วยวิธีการต่าง ๆ เช่น การทำดนตรี หรือการทำภาพยนตร์แล้ว ย่อมไม่สามารถได้รับความคุ้มครองได้ อย่างไรก็ตาม การใช้งานของผู้ใช้งานนี้ มิได้พิจารณาจากคุณภาพของผลงาน UGC ที่ถูกทำขึ้น แต่เป็นการพิจารณาจากการทำ UGC นั้นว่า ต้องมิได้เป็นไปในเชิงธุรกิจ ดังนั้น หากเป็นการทำผลงาน UGC ของผู้มืออาชีพศิลปินในยามว่าง ย่อมสามารถเป็นผู้ทำ UGC ที่ได้รับความยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ เนื่องจากผู้ใช้งานที่มีใช้

³³⁵ Mariam Awan, "The User-Generated Content Exception: Moving Away from a Non-Commercial Requirement," *Canadian Intellectual Property Review* 32: 16.

³³⁶ Ibid., 16-17.

³³⁷ Ibid., 17.

การใช้งานในเชิงธุรกิจนั้นอาจขาดความสามารถทางเศรษฐกิจเพื่อที่จะได้รับสิทธิในการดัดแปลงผลงานอันมีลิขสิทธิ์³³⁸

การกำหนดเช่นนี้ทำให้หลักการยกเว้นความรับผิดสำหรับ UGC นั้น มีข้อแตกต่างจากหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม เนื่องจากหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม สามารถใช้ได้กับทั้งกรณีการใช้งานของบุคคลธรรมดาและองค์กรธุรกิจ³³⁹

ประการที่สอง ผลงานที่สร้างสรรค์ขึ้นต้องสามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ (in which copyright subsists) ผลงาน UGC ที่จะได้รับความคุ้มครองในกรณีนี้ต้องเป็นผลงานที่มีความสร้างสรรค์เพียงพอต่อการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ผลงานที่ไม่มีความสร้างสรรค์เพียงพอ จะไม่ได้รับความคุ้มครองจากข้อยกเว้นนี้ กล่าวคือ ผลงาน UGC ที่เกิดขึ้นนั้น ต้องมีความดัดแปลง มีความสร้างสรรค์เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในตัวผลงานใหม่นั้นเอง เนื่องจากข้อยกเว้นนี้มุ่งเน้นที่จะให้ความคุ้มครองบุคคลธรรมดาที่ได้ใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อทำเป็นผลงานใหม่³⁴⁰ เช่น การทำผลงานโดยอาศัยผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ก่อนมาใช้ โดยกรณีนี้ผู้ทำ UGC จะต้องมีการใช้ความสามารถและการตัดสินใจในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์มาสร้างสรรค์ผลงานดัดแปลงอื่น และมีความเป็นไปได้ที่ศาลจะมีการพิจารณาถึงความสร้างสรรค์จากมาตรฐานของ UGC ว่า มีการเปลี่ยนแปลงผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิมอย่างมากเพียงพอหรือไม่ และต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป³⁴¹ เช่น หากเป็นเพียงการคัดลอกหรือทำสำเนาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีอยู่แล้ว เช่น การเผยแพร่ลิงก์เว็บไซต์ของผู้อื่นเพื่อให้เข้าถึงผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นแล้ว ย่อมไม่ใช่การสร้างผลงานใหม่แต่อย่างใด³⁴²

ประการที่สาม ต้องเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่มีใช้การค้า การใช้งานที่จะได้รับความคุ้มครองตามข้อยกเว้น UGC ต้องเป็นการใช้งานหรือการทำ UGC หรือการให้คำยินยอมที่จะเผยแพร่ผลงาน UGC ที่มีวัตถุประสงค์ที่มีใช้เพื่อการค้าหรือแสวงหากำไรเท่านั้น หากเป็นการใช้งานเพื่อแสวงหากำไรแล้วย่อมไม่ได้รับความคุ้มครอง³⁴³ การพิจารณาถึงการใช้งานที่มีวัตถุประสงค์ทางการค้านี้ เป็นการพิจารณาจากมุมมองของผู้จัดทำ หรือผู้ใช้งาน โดยมิได้พิจารณา

³³⁸ Michael Geist, *The Copyright Pentology How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (University of Ottawa Press, 2013), p. 438.

³³⁹ Mariam Awan, "The User-Generated Content Exception: Moving Away from a Non-Commercial Requirement," *Canadian Intellectual Property Review*: 17.

³⁴⁰ *Ibid.*, 17-18.

³⁴¹ James Plotkin, "The Copyright Implications of Book Editing Apps: Case Study-Story Surgeon," *Canadian Intellectual Property Review* 30(2014): 242.

³⁴² *Proctorio, Incorporated v. Linkletter*, 2022 BCSC 400

³⁴³ Mariam Awan, "The User-Generated Content Exception: Moving Away from a Non-Commercial Requirement," *Canadian Intellectual Property Review*: 19-20.

จากมุมมองของสื่อกลางผู้เผยแพร่ข้อมูลอย่างใด ดังนั้น แม้ผู้ให้บริการสื่อกลางเผยแพร่ข้อมูล จะมีการแสวงหากำไรจากผลงาน UGC ก็ยังสามารถได้รับความคุ้มครองได้ หากผู้ใช้งานได้ทำ UGC โดยมีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการค้า³⁴⁴

อย่างไรก็ดี กฎหมายมิได้กำหนดถึงว่ากิจกรรมใดที่จะถูกพิจารณาว่า เป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นไปเพื่อการค้า แต่ในสถานการณ์ปัจจุบันอาจมีกรณีที่ผู้ใช้งานได้จัดทำผลงาน UGC แล้วเผยแพร่ลงในเว็บไซต์ และในเวลาต่อมา ได้รับรายได้จากค่าโฆษณาจากการกระทำดังกล่าว ดังนั้น จึงยากที่จะตัดสินว่าการกระทำใดจะเป็นการกระทำ UGC ที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าในปัจจุบัน อินเทอร์เน็ตได้มีการใช้งานอย่างแพร่หลาย ทั้งนี้ การกำหนดเงื่อนไขนี้เป็นการกำหนดเพื่อยืนยันว่า การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ทำ UGC นั้นจะไม่ส่งผลกระทบต่อตลาดของผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิมอันเป็นการสอดคล้องกับปัจจัยที่กำหนดไว้ในมาตรา 29.21(1)(d)³⁴⁵

ประการที่สี่ ต้องระบุถึงแหล่งที่มา เงื่อนไขอีกเงื่อนไขหนึ่งที่มีความคุ้มครองตามหลักนี้ คือ การที่ต้องระบุถึงแหล่งที่มาของงานอันมีลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขนี้ได้ใช้บังคับอย่างเคร่งครัด เนื่องจากถ้อยคำในกฎหมายที่ระบุว่า การระบุแหล่งที่มาเป็นไปตามแต่เหตุสมควร การระบุแหล่งที่มาสามารถระบุไว้ด้านในของหน้าปกของผลงานดนตรี mash-up หรือในส่วนของเครดิตหลังเรื่อง หรือหน้าสุดท้ายของแฟนฟิคชันก็ได้ มีข้อสังเกตว่า การระบุถึงแหล่งที่มาของเนื้อหาตัดแปลงในอินเทอร์เน็ต ที่มีความแพร่หลายและคล้ายคลึงกัน ย่อมยากที่จะระบุว่าเนื้อหาใดเป็นเนื้อหาต้นฉบับของผลงานตัดแปลง กฎหมายจึงได้กำหนดให้การระบุแหล่งที่มาเป็นไปตามเหตุผลอันสมควรตามแต่สถานการณ์³⁴⁶

ประการที่ห้า ต้องเป็นการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์อย่างมีเหตุอันควรเชื่ออย่างสมควรว่า ผลงานนั้นไม่ได้เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ และต้องเป็นการใช้ผลงานที่ได้เผยแพร่แล้วเท่านั้น กฎหมายได้กำหนดให้ผลงานที่นำมาทำเป็น UGC นั้น ต้องเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้เผยแพร่ด้วยวิธีใด ๆ ต่อสาธารณะแล้วเท่านั้น ดังนั้น ข้อยกเว้น UGC จะไม่อาจใช้บังคับได้กับกรณีที่มีการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ยังมิได้เผยแพร่ไปตัดแปลง เช่น การทำ UGC จากจดหมายส่วนตัวที่มีได้เผยแพร่

³⁴⁴ Michael Geist, *The Copyright Pentology How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, p. 437.

³⁴⁵ Mariam Awan, "The User-Generated Content Exception: Moving Away from a Non-Commercial Requirement," *Canadian Intellectual Property Review*: 19-20.

³⁴⁶ *Ibid.*, 19.

นอกจากนี้ ผู้นำผลงานอื่นมาทำ UGC ต้องมีเหตุผลอันควรเชื่อได้ว่า ผลงานนั้นมีได้เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย³⁴⁷

ประการที่หก การใช้งานต้องไม่ก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่องานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้ และไม่เป็นการแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้ การใช้งานหรือการให้ความยินยอมในการเผยแพร่ที่ผู้ใช้งาน UGC ต้องไม่ก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่องานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ ทั้งในด้านการตลาดและในด้านการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิม และผลงานที่สร้างสรรค์ขึ้นนี้ต้องไม่เป็นการแทนที่ผลงานเก่าที่มีอยู่เดิม ทั้งนี้ ในการตีความว่าสิ่งใดเป็นผลกระทบในทางลบ หรือผลกระทบที่มีนัยสำคัญ ไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายแต่อย่างใด จึงต้องเป็นเรื่องที่ต้องมีการพิสูจน์ในชั้นศาล หรือในการดำเนินคดี โดยในคดีการกล่าวอ้างการใช้หลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมนั้นศาลมักกำหนดให้ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ให้เป็นฝ่ายพิสูจน์ถึงผลกระทบดังกล่าว อย่างไรก็ตาม การพิสูจน์นี้อาจยากและอาจก่อให้เกิดผลเสียต่อการให้ความคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ เนื่องจาก ณ ขณะที่พิสูจน์ถึงความเสียหายนั้น ตลาดของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์อาจถูกทำลายลงไปแล้ว ทั้งนี้ การพิจารณาถึงผลกระทบนี้ เป็นการพิจารณาตามข้อเท็จจริงตามแต่ละกรณีไป³⁴⁸ เช่นหากเป็นกรณีที่ผู้ทำผลงาน UDC เป็นการทำผลงานที่มีลักษณะแข่งขันในตลาดโดยตรงกับผลงานต้นฉบับอันมีลิขสิทธิ์แล้ว ก็อาจเป็นการทำ UDC ที่ไม่ได้รับความคุ้มครองได้

3) การใช้งานที่ได้รับความคุ้มครอง

เมื่อสร้างสรรค์ผลงาน UGC ที่ได้รับความยกเว้นความรับผิดชอบตามมาตรฐานแล้ว ผู้จัดทำ UGC ย่อมสามารถใช้งาน และยินยอมให้สมาชิกในครอบครัวใช้ผลงาน UGC นั้น ๆ ได้ โดยการใช้ในหมายถึงการใช้สิทธิใด ๆ ที่เจ้าของลิขสิทธิ์อาจใช้ได้ เช่น สิทธิในการจัดแสดงต่อสาธารณะ สิทธิในการถ่ายทอด สิทธิในการทำซ้ำ และให้ความยินยอมต่อสื่อกลางในการเผยแพร่เพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่ได้เป็นไปเพื่อการค้า³⁴⁹ หรือได้รับความคุ้มครองไม่ให้เกิดการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่กฎหมายกำหนดให้เป็นสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น ผู้แปลหนังสือหรือบทความ สามารถเผยแพร่ผลงานแปลนั้นได้ หากเป็นการทำเพื่อวัตถุประสงค์อื่นอันมิใช่การค้า³⁵⁰

³⁴⁷ Michael Geist, *The Copyright Pentology How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, p. 439.

³⁴⁸ Mariam Awan, "The User-Generated Content Exception: Moving Away from a Non-Commercial Requirement," *Canadian Intellectual Property Review*: 26.

³⁴⁹ Michael Geist, *The Copyright Pentology How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, p. 441.

³⁵⁰ Ibid.

นอกจากนี้ ผู้ทำ UGC ที่ได้รับความคุ้มครองในมาตรา 29.21 นี้สามารถให้ความยินยอมแก่ผู้เป็นสื่อกลางหรือตัวกลางเผยแพร่ข้อมูล อันหมายถึงผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเผยแพร่ผลงานของตนได้ โดยการยินยอมให้เผยแพร่ต้องมีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรของผู้ใช้งาน อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า ผู้เป็นตัวกลางเผยแพร่ข้อมูล เช่น YouTube Facebook สามารถที่จะแสวงหากำไรจากเนื้อหา UGC ต่าง ๆ ได้ เนื่องจากการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์การไม่แสวงหากำไร พิจารณาจากผู้ใช้งานเป็นหลัก³⁵¹

การกำหนดเช่นนี้ทำให้สื่อกลางหรือผู้เผยแพร่สามารถนำผลงาน UGC ที่ผู้จัดทำจะได้รับการยกเว้นความรับผิดอันมีลักษณะเป็นการทำขึ้นและเผยแพร่โดยไม่แสวงหากำไร ไปแสวงหากำไรได้ เช่น เผยแพร่เนื้อหาเพื่อให้เว็บไซต์เหล่านั้นได้รับความนิยมมากขึ้น อันนำมาสู่รายได้จากค่าโฆษณาของเว็บไซต์หรือผู้เป็นตัวกลางเผยแพร่ข้อมูลนั้น³⁵²

ทั้งนี้ ข้อยกเว้นในมาตรา 29.21 นี้ไม่เป็นเหตุให้ผู้ทำ UGC ได้รับความคุ้มครองในการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ผลงานแต่อย่างใด กล่าวคือ ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ผลงานเดิมที่ถูกนำมาทำเป็น UGC สามารถฟ้องร้องผู้ทำ UGC ในกรณีที่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ได้ เช่น ผู้สร้างสรรค์แฟนฟิกชันที่มีเนื้อหาขัดต่อศีลธรรมอันดี อันเป็น UGC จากผลงานอันมีลิขสิทธิ์อื่นที่เป็นการต้นตอแต่อาจถูกฟ้องร้องในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ เนื่องจากก่อให้เกิดการเสื่อมเสียชื่อเสียงของผู้สร้างสรรค์ผลงานเดิม ดังนั้นในการดัดแปลงผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้องมีการดัดแปลงมากเพียงพอที่จะเกิดเป็นผลงานใหม่ แต่ต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อศักดิ์ศรีของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์³⁵³

(3) ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กรณีอื่น ๆ

นอกจากข้อยกเว้นละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม และข้อยกเว้นตามหลักการทำผลงาน UGC แล้ว กฎหมายลิขสิทธิ์ก็เคยกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อื่นไว้ โดยเป็นกรณีเฉพาะแต่ละกรณีไป ซึ่งข้อยกเว้นแต่ละกรณีนั้นย่อมมีเงื่อนไขเฉพาะตามแต่ละกรณี เช่น ข้อยกเว้นสำหรับการทำซ้ำซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อการใช้ส่วนตัว โดยต้องทำตามที่กฎหมายกำหนด เช่น ต้องได้รับสำเนาผลงานนั้นมาอย่างถูกกฎหมาย ฯลฯ³⁵⁴ การทำซ้ำรายการเพื่อการฟังหรือการดู

³⁵¹ Mariam Awan, "The User-Generated Content Exception: Moving Away from a Non-Commercial Requirement," *Canadian Intellectual Property Review*: 20-21.

³⁵² Ibid., 22.

³⁵³ Ibid., 27-29.

³⁵⁴ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 29.22

ภายหลัง³⁵⁵ การทำซ้ำเพื่อการสำรองข้อมูล³⁵⁶ การทำซ้ำของสถาบันการศึกษา ตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย³⁵⁷ เช่น การทำซ้ำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ผ่านอินเทอร์เน็ตเพื่อประโยชน์ในการศึกษา³⁵⁸ ซ้อยกเว้นสำหรับห้องสมุด หอจดหมายเหตุ และพิพิธภัณฑ์³⁵⁹ ซ้อยกเว้นสำหรับห้องสมุด หอจดหมายเหตุ และพิพิธภัณฑ์ในสถาบันการศึกษา³⁶⁰ การทำซ้ำเกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์สำหรับเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ได้รับความยินยอมให้ใช้สำเนาโปรแกรม³⁶¹ ฯลฯ

3.2.7 ซ้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

(1) หลักความรับผิดของผู้ให้บริการภายหลังการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์

ก่อนมีการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศแคนาดาเคยประสบปัญหาในการตีความเพื่อให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตรับผิดในการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะสำหรับกำหนดความผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแต่อย่างใด อีกทั้งการตีความของศาลก็ไม่อาจเอาผิดผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้มากเท่าที่ควร ในปี 2012 แคนาดาจึงมีกฎหมายเพื่อแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยกำหนดให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์เพิ่มมากขึ้นในการควบคุมผลงานของตนผ่านการใช้งานอินเทอร์เน็ต กำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต และกำหนดให้การละเมิดลิขสิทธิ์ทางอินเทอร์เน็ตเป็นการกระทำความผิด เพื่อให้สอดคล้องกับเทคโนโลยีการสื่อสารที่เปลี่ยนแปลงไปอันส่งผลกระทบต่อการสร้างสรรคและการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์³⁶² จากการแก้ไขกฎหมายดังกล่าว ทำให้มีบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต อันเป็นหลักการว่าด้วยการละเมิดลิขสิทธิ์ทางอ้อม

การกำหนดเช่นนี้ เป็นไปตามหลักการที่ว่า ผู้ให้บริการควรมีบทบาทในการลดการละเมิดลิขสิทธิ์ทางอินเทอร์เน็ต³⁶³ ทั้งนี้ เป็นการเน้นย้ำว่า เทคโนโลยีการให้บริการต่าง ๆ สามารถเป็นการ

³⁵⁵ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 29.23

³⁵⁶ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 29.24

³⁵⁷ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 29.4-30.04

³⁵⁸ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 30.04

³⁵⁹ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 30.1- 30.21

³⁶⁰ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 30.4

³⁶¹ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Section 30.6-30.61

³⁶² Act to amend the copyright act S.C. 2012, c. 20

³⁶³ The Canadian Bar Association, "Submission on Bill C-32, Copyright Modernization Act " [Online] Accessed: 17 May 2023.

Available from:

https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/411/CC11/WebDoc/WD5401532/403_C32_Copyright_Briefs/CanadianBarAssociationE.pdf

ให้บริการได้ทั้งกรณีที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ผู้ให้บริการที่มีได้ก่อให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์แล้วจะไม่ต้องรับผิด³⁶⁴

ซึ่งการแก้ไขกฎหมายในครั้งนี้ นอกจากจะเป็นการกำหนดให้มีบทบัญญัติในการกำหนดให้ผู้ให้บริการต้องรับผิดในการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นในระบบของตนที่ตนมีส่วนในการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการให้บริการของตน เช่น เป็นผู้จัดทำให้มีระบบเครือข่ายเพื่อใช้สำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ ฯลฯ³⁶⁵ แล้วยังกำหนดถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ให้แก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต และหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามที่หากไม่ปฏิบัติตามแล้วย่อมมีโทษทางกฎหมายด้วย ดังปรากฏในหัวข้อดังนี้

(2) ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

1) ประเภทของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของแคนาดาที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมในปี 2012 ได้กำหนดบทบัญญัติเฉพาะขึ้นมาเพื่อยกเว้นความรับผิดในการละเมิดลิขสิทธิ์ให้แก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต โดยผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในกฎหมายแคนาดาสามารถแบ่งเป็นประเภทได้ดังนี้

ประเภทแรก ผู้ให้บริการที่จัดทำบริการอินเทอร์เน็ตหรือเครือข่ายทางดิจิทัลอื่นใด ที่จัดหาวิธีสำหรับการสื่อสารระยะไกล การทำซ้ำซึ่งผลงานหรือสิ่งอื่นใดผ่านระบบอินเทอร์เน็ตหรือเครือข่ายทางดิจิทัลอื่น หรือประเภท mere conduit³⁶⁶

ประเภทที่สอง ผู้ให้บริการเก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นการชั่วคราว (caching) อันหมายถึง ผู้ที่ทำการเก็บข้อมูลชั่วคราวหรือทำการใดที่คล้ายคลึงกันเพื่อให้การสื่อสารทางไกลมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น³⁶⁷

ประเภทที่สาม ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ (hosting) อันหมายถึง ผู้ที่ให้บริการการสื่อสารเนื้อหาทางไกลผ่านอินเทอร์เน็ตหรือเครือข่ายดิจิทัลอื่นที่จัดให้มีหน่วยความจำดิจิทัลเพื่อให้ผู้อื่นสามารถมาเก็บข้อมูลในระบบของผู้ให้บริการได้³⁶⁸ เช่น YouTube ฯลฯ ซึ่งเป็นผู้ให้บริการประเภทที่มีความสำคัญกับการทำ UDC เนื่องจากเนื้อหา UDC ที่ผู้ใช้งานทำนั้น มักจะถูกเก็บอยู่ในระบบของผู้รับฝากข้อมูล

³⁶⁴ Ibid.

³⁶⁵ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Article 27 (2.3)

³⁶⁶ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Article 31.1(1)

³⁶⁷ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Article 31.1(2)

³⁶⁸ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Article 31.1(4)

ประเภทที่สี่ ผู้ให้บริการค้นหาข้อมูล (Information Location Tools) คือ ผู้ให้บริการที่มีเครื่องมือสำหรับการค้นหาข้อมูลผ่านอินเทอร์เน็ต หรือเครือข่ายดิจิทัล³⁶⁹

2) เงื่อนไขในการได้รับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์

ผู้ให้บริการประเภทนี้ จะได้รับยกเว้นไม่ต้องรับผิดชอบในการให้บริการของตน แม้จะมีผลงานอันละเมิดลิขสิทธิ์อยู่ในระบบของตนเป็นหลัก เว้นแต่จะมีการกระทำตามเงื่อนไขที่กฎหมายได้กำหนดห้ามไว้ ได้แก่ การให้บริการเก็บข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในหน่วยความจำดิจิทัลของผู้ให้บริการ โดยรู้ถึงคำพิพากษาของศาลที่มีเขตอำนาจว่า ผลงานที่ได้เก็บอยู่ในระบบนั้นเป็นผลงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น การกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้ เป็นการกำหนดให้ผู้ให้บริการประเภทผู้ให้บริการรับฝากข้อมูล ต้องนำข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบที่ตนให้บริการ เมื่อทราบถึงคำพิพากษาว่าเนื้อหานั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์³⁷⁰

นอกจากนี้ ผู้ให้บริการประเภทนี้ ต้องมีใช้ผู้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อมตามบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในมาตรา 27 กล่าวคือ ต้องมิใช่เป็นการให้บริการเพื่อประโยชน์ในการทำละเมิดลิขสิทธิ์ผ่านอินเทอร์เน็ตหรือเครือข่ายดิจิทัล โดยมีเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการพิจารณา ซึ่งมุ่งเน้นการพิจารณาเกี่ยวกับความมีส่วนเกี่ยวข้องของผู้ให้บริการกับกิจกรรมละเมิดลิขสิทธิ์นั้น คือ พิจารณาว่า ผู้ให้บริการได้แสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายด้วยการโฆษณาหรือสนับสนุนบริการที่สามารถใช้เพื่อทำกิจกรรมที่ละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ พิจารณาว่าผู้ให้บริการทราบหรือไม่ว่า การให้บริการของตนเป็นการทำให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างมาก พิจารณาว่าผู้ให้บริการมีการให้บริการหรือใช้งานอย่างอื่นนอกจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ พิจารณาว่าผู้ให้บริการในการให้บริการมีอำนาจในการจำกัดการกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือมีการกระทำอย่างอื่นใดหรือไม่ พิจารณาว่าผู้ให้บริการได้รับประโยชน์จากการยอมให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นหรือไม่ และพิจารณาว่าผู้ให้บริการมีศักยภาพทางเศรษฐกิจของการให้บริการหากไม่ได้ใช้เพื่อให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์³⁷¹

การกำหนดเงื่อนไขในกฎหมายของแคนาดาลักษณะนี้ ไม่เป็นการกำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทผู้ให้บริการรับฝากข้อมูล ต้องมีหน้าที่ในการนำออกซึ่งเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์เมื่อ

³⁶⁹ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Article 41.27 (5)

³⁷⁰ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Article 31.1(5)

³⁷¹ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Article 27

ได้รับแจ้งจากผู้ให้บริการ แต่จะต้องนำออกก็ต่อเมื่อมีคำพิพากษาของศาลตัดสินแล้วเท่านั้น โดยมาตรา 31.1 นี้สามารถใช้เพื่อยกเว้นความรับผิดชอบในการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการได้³⁷²

(3) หน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต: หน้าที่ตามหลักการ Notice and Notice

หลักการ Notice and Notice เป็นเครื่องมือที่กฎหมายลิขสิทธิ์ของแคนาดาได้กำหนดไว้เพื่อคุ้มครองผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในการจัดการเกี่ยวกับปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ทำผ่านระบบออนไลน์ เพื่อให้ผู้มีลิขสิทธิ์ได้รับความคุ้มครองอย่างสมดุลกับประโยชน์สาธารณะของผู้ใช้งาน³⁷³ โดยหลักการนี้ได้ถูกเพิ่มมาในการแก้ไขกฎหมายในปี 2012 เช่นกัน โดยเพิ่มหลักการ Notice and Notice ไว้ในบทบัญญัติกฎหมายมาตรา 41.25 และ 41.26³⁷⁴ เพื่อกำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีบทบาทในการช่วยแก้ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยมีหลักการดังนี้

1) การส่งคำร้องเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์

ผู้ที่สามารถใช้สิทธิแจ้งการละเมิดลิขสิทธิ์ในที่นี้หมายถึงผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยสามารถส่งการแจ้งการละเมิดลิขสิทธิ์ไปยังผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีเนื้อหาอันละเมิดลิขสิทธิ์อยู่ในระบบได้³⁷⁵ ซึ่งการแจ้งดังกล่าวต้องมีรายละเอียดตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายและต้องไม่มีเนื้อหาตามที่กฎหมายกำหนดโดยทำเป็นลายลักษณ์อักษร

สำหรับเนื้อหาที่ต้องระบุไว้ในคำร้องเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์มีดังนี้ ต้องระบุถึงชื่อของผู้ร้องเรียน ที่อยู่ และวิธีอื่นใดที่ทำให้สามารถติดต่อกับผู้ร้องเรียนได้ ระบุดังกล่าวหรือสิ่งอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการแจ้งการละเมิดลิขสิทธิ์ ระบุนิติหรือประโยชน์ภายใต้กฎหมายหรือลิขสิทธิ์ที่มีเหนือผลงานหรือสิ่งอื่นใดอันมีลักษณะเดียวกัน ระบุมูลเหตุที่มาของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์ ระบุนิติหรือประโยชน์ที่ผู้ร้องเรียน ระบุนิติและเวลาของการดำเนินการเรียกร้องการละเมิดลิขสิทธิ์ และข้อมูลอื่น ๆ ตามที่กำหนด³⁷⁶

³⁷² Berkeley Technology Law Journal, "Canada's Approach to Intermediary Liability for Copyright Infringement: The Notice and Notice Procedure," [Online] Accessed: 17 May 2023. Available from: <https://btlj.org/2014/03/canadas-approach-to-intermediary-liability-for-copyright-infringement-the-notice-and-notice-procedure/#:~:text=The%20Canadian%20system%20differs%20in,the%20Notice%20and%20Notice%20system.>

³⁷³ Government of Canada, "Notices to Canadian Internet Subscribers."

³⁷⁴ Nicole Daniel, "Online Copyright Infringement – "It Is What It Is?," [Online] Accessed: 17 May 2023. Available from:

³⁷⁵ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Article 41.25 (1)(b)

³⁷⁶ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Article 41.25 (2)

ส่วนเนื้อหาที่ห้ามระบุไว้ในคำร้องเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์มีดังนี้ ข้อเสนอสำหรับการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ คำขอหรือการร้องขอที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์ในการให้ชำระค่าใช้จ่ายหรือข้อมูลส่วนบุคคล แหล่งที่มา รวมถึงลิงก์ใดที่เสนอคำขอหรือการร้องขอให้ชำระเงินหรือขอข้อมูลส่วนบุคคล และข้อมูลอื่น ๆ ตามที่กำหนด³⁷⁷

หากไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดแล้ว ย่อมไม่ใช่คำร้องที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการทำตามหลัก Notice and Notice แต่อย่างใด

2) หน้าที่ของผู้ให้บริการหลังได้รับคำร้อง

เมื่อได้รับคำร้องตามที่กฎหมายกำหนดและได้ชำระค่าธรรมเนียมที่อาจเรียกเก็บได้โดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว³⁷⁸ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่ดังนี้

ประการแรก ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ได้รับคำร้องดังกล่าว ต้องดำเนินการส่งต่อคำร้องดังกล่าวทางอิเล็กทรอนิกส์ไปยังผู้ที่ถูกระบุได้ทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยอาศัยข้อมูลที่ระบุไว้ตามคำขอ และแจ้งต่อผู้ส่งคำร้องให้ทราบถึงการส่งเมื่อได้ดำเนินการแล้วอย่างรวดเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ (as soon as feasible) แต่หากไม่สามารถดำเนินการส่งต่อคำร้องดังกล่าวได้ ก็ต้องแจ้งต่อผู้ส่งคำร้องภายในระยะเวลาที่เร็วที่สุดที่สามารถทำได้³⁷⁹

ประการที่สอง เก็บข้อมูลที่สามารถระบุถึงตัวบุคคลที่ถูกกล่าวอ้างว่า ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ที่ผู้ให้บริการนั้นเป็นเจ้าของ เป็นระยะเวลา 6 เดือนนับแต่วันที่รับคำร้องละเมิดลิขสิทธิ์ หรือหากผู้ร้องขอเริ่มดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องร้องต่อศาลเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ และได้แจ้งต่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตก่อนครบระยะเวลา 6 เดือน ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องเก็บข้อมูลดังกล่าวไว้เป็นระยะเวลา 1 ปีหลังจากผู้ที่ถูกระบุได้รับการแจ้งเตือนนั้น

กรณีนี้มีข้อสังเกตว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่จำเป็นต้องนำเนื้อหาที่มีการอ้างว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบแต่อย่างใด แต่มีเพียงหน้าที่ในการแจ้งข้อร้องเรียนเท่านั้น ดังนั้น ผู้ที่ถูกกล่าวอ้างว่า เป็นผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ สามารถตัดสินใจได้ว่าจะทำอย่างไรกับเนื้อหาที่ถูกแจ้งเตือน การกำหนดให้ผู้ให้บริการมีหน้าที่ในการเก็บข้อมูลต่าง ๆ ไว้ในระยะเวลา 6 เดือน เป็นการกำหนดไว้ใน

³⁷⁷ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Article 41.25 (3)

³⁷⁸ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Article 41.26 (1)

³⁷⁹ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Article 41.26 (1)(a)

กรณีที่ว่า หากผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ได้ออกรับรองจะดำเนินคดีจะมีหลักฐานในการดำเนินการดังกล่าว³⁸⁰

3) ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตกรณีที่ไม่ปฏิบัติตาม

หากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในการส่งคำร้องหรือเก็บข้อมูลแล้ว ผู้ร้องที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ อาจเรียกร้องค่าเสียหายต่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้เป็นจำนวน ไม่น้อยกว่า 5,000 เหรียญ แต่ไม่เกินกว่า 10,000 เหรียญ โดยให้ศาลเป็นผู้กำหนด³⁸¹

(4) หน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต: หน้าที่จำกัดการเข้าถึงเว็บไซต์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ (Site blocking)

หลักการนี้เป็นหลักการที่ศาลแคนาดาได้วางหลักขึ้น โดยไม่มีกำหนดไว้ในกฎหมาย ซึ่งศาลในคดี Teksavvy Solutions Inc. v. Bell Media Inc.³⁸² ได้มีคำสั่งให้ผู้ให้บริการดำเนินการปิดกั้นการเข้าถึงเนื้อหาอันละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งคดีนี้เป็นคดีที่โจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ฟ้องร้องผู้พัฒนาที่ไม่ทราบชื่อของเว็บไซต์ที่มีการนำข้อมูลอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ไปเผยแพร่โดยไม่ได้รับอนุญาต อันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งโจทก์ได้มีการร้องขอต่อศาลให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตดำเนินการปิดกั้นการเข้าถึงข้อมูลของผู้ใช้บริการในการเข้าถึงเว็บไซต์ที่มีเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ซึ่งศาลในคดีนี้ได้มีคำสั่งให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตดำเนินการจำกัดการเข้าถึงเว็บไซต์ที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ (site-blocking) อันเป็นที่น่าสังเกตว่า กรณีนี้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ได้มีความรับผิดชอบในการละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด แต่ศาลได้กำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการปิดกั้นการเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ อันเป็นการแสดงให้เห็นว่าผู้ให้บริการสามารถดำเนินการจำกัดการเข้าถึงได้

3.3 กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลีในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับ UDC

สาธารณรัฐเกาหลีเป็นประเทศเอเชียที่มีอุตสาหกรรมบันเทิงโดยเฉพาะอย่างยิ่งด้านดนตรีที่โด่งดัง ผลงานดนตรีต่าง ๆ ของสาธารณรัฐเกาหลีนั้น นำมาสู่การสร้างสรรคผลงาน UDC ต่อยอดจากผลงานดนตรีนั้นมากมาย ไม่ว่าจะเป็นทั้งในสาธารณรัฐเกาหลีและนอกสาธารณรัฐเกาหลี ดังนั้นจึงมีความสำคัญในการศึกษาแนวทางปฏิบัติที่ประเทศในเอเชีย ที่มีการทำ UGC และเป็นประเทศผู้ผลิตสื่ออุตสาหกรรมบันเทิงอันมีสถานะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยสาธารณรัฐเกาหลี ได้กำหนดกฎหมายว่า

³⁸⁰ รู้จักหลักการ “Notice and Notice” สำหรับการกำกับเนื้อหาออนไลน์ [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 17 พฤษภาคม 2566. แหล่งที่มา:

<https://thainetizen.org/2016/05/notice-and-notice-content-regulation/>

³⁸¹ Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Article 41.26 (3)

³⁸² Teksavvy Solutions Inc. v. Bell Media Inc. case (2021 FCA 100)

ด้วยลิขสิทธิ์ไว้ใน Copyright Act of 1957³⁸³ ซึ่งการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลีมีข้อสังเกตว่า ได้มีการนำบทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาที่มีลักษณะเป็นหลักทั่วไป มากำหนดไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่มากยิ่งขึ้นกว่าที่กำหนดไว้ในกฎหมายเดิม ทั้งนี้ ในระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในการทำผลงาน UDC ได้แก่ ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่สร้างสรรค์ผลงานต้นฉบับขึ้น โดยให้ความคุ้มครองให้มีลิขสิทธิ์และสิทธิเด็ดขาดในการกระทำการประการต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตโดยการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดและหน้าที่หรือเงื่อนไขบางประการที่ต้องปฏิบัติตาม และกำหนดให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำผลงาน UDC โดยการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะเป็นการทั่วไปไว้ในกฎหมาย ดังหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ต่อไปนี้

3.3.1 ความหมายลิขสิทธิ์

ลิขสิทธิ์ หมายถึง สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้สร้างสรรค์ในการใช้ผลงานสร้างสรรค์ของตนในด้านวรรณกรรม วิทยาศาสตร์ หรือศิลปกรรมในช่วงระยะเวลาที่กำหนดไว้ และสิทธิในการห้ามผู้อื่นไม่ให้ทำสำเนา ทำซ้ำ เผยแพร่ ส่ง นำออกแสดง แจกจ่าย และการกระทำอื่นใดที่ไม่ได้รับอนุญาต และสิทธิในการห้ามผู้อื่นละเมิดกรรมสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์³⁸⁴

3.3.2 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์

ผลงานที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลีนั้น เป็นผลงานสร้างสรรค์ที่เกิดจากการแสดงออกซึ่งอารมณ์หรือความคิดของมนุษย์³⁸⁵ ซึ่งกฎหมายได้กำหนดชนิดผลงานที่ได้รับความคุ้มครองไว้ 9 ประเภท³⁸⁶ ซึ่งการกำหนดเช่นนี้ ไม่เป็นการจำกัดให้ชนิดความคุ้มครองของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของเกาหลีจำกัดเฉพาะ 9 ชนิดนี้เท่านั้น แต่เป็นเพียงตัวอย่างชนิดของผลงานที่อาจได้รับความคุ้มครองได้ หากได้ครบเงื่อนไขความสร้างสรรค์เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครอง³⁸⁷ ทั้งนี้ หลักการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของประเทศเกาหลีสามารถสรุปเป็นหลักการได้ดังต่อไปนี้

³⁸³ Korea Copyright Commission, *Introduction of the Korean Copyright System* (Korea2015), p. 9.

³⁸⁴ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, "กฎหมายลิขสิทธิ์-สาธารณรัฐเกาหลี" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 20 พฤษภาคม 2566. แหล่งที่มา:

https://www.ipthailand.go.th/images/781/L_korea_4_copyright.pdf

³⁸⁵ Copyright Act Article 2(1)

³⁸⁶ Copyright Act Article 4

³⁸⁷ Korea Copyright Commission, *Introduction of the Korean Copyright System*, p. 23.

(1) มีความสร้างสรรค์ (originality)

ในการจะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลี จะต้องปรากฏว่าเป็นผลงานที่มีความสร้างสรรค์ หรือเป็นผลงานที่เป็นผลผลิตจากความสร้างสรรค์³⁸⁸ อย่างไรก็ตาม ใดๆก็ดี กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลีไม่ได้กำหนดนิยามคำว่าสร้างสรรค์ไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์แต่อย่างใด แต่ในการปรับใช้ถึงเกณฑ์การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลีได้กำหนดให้ผลงานที่จะได้รับความคุ้มครอง ต้องเป็นผลงานที่มีความสร้างสรรค์ โดยศาลสูงสาธารณรัฐเกาหลี (Seoul Hight Court) ได้ตัดสินไว้ดังนี้³⁸⁹

“ผลงานที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลีนั้น ต้องเป็นผลงานที่ได้แสดงออกซึ่งความสร้างสรรค์ ในรูปแบบวรรณกรรม วิทยาศาสตร์ หรือศิลปะ (มาตรา 3(1) แห่งกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์) และความสร้างสรรค์นั้นเป็นเงื่อนไขที่จะได้มาซึ่งการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ แต่ความสร้างสรรค์นี้ ไม่ใช่ต้องเป็นสิ่งสร้างสรรค์ขึ้นมาเองทั้งหมดอย่างแท้จริง แต่เป็นเพียงการกำหนดให้ผลงานนั้นต้องไม่ใช่การคัดลอกจากผลงานของผู้อื่น และต้องมีส่วนประกอบของการแสดงออกซึ่งความคิดและความรู้สึกของผู้ทำผลงานแต่ละคน ในการที่จะเป็นผลงานที่สร้างสรรค์นั้น ผลงานนั้นต้องมีลักษณะเฉพาะตัวของผู้ทำผลงานที่เกิดจากความพยายามทางด้านจิตใจ และสามารถแยกออกจากผลงานของผู้อื่นได้”³⁹⁰

ดังนั้น จากการตัดสินเช่นนี้ของศาล ทำให้ผลงานที่มีความสร้างสรรค์ของสาธารณรัฐเกาหลี ต้องมีลักษณะที่เกิดจากความสร้างสรรค์เฉพาะตัวของผู้สร้างสรรค์ โดยไม่เป็นการคัดลอกจากผลงานของผู้อื่น ลอกเลียนแบบซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น และมีลักษณะเฉพาะตัวของผู้ทำผลงานที่สามารถแยกออกจากผลงานของผู้อื่นได้ ซึ่งหลักเกณฑ์นี้มีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า เป็นไปตามการตีความในลักษณะเดียวกับกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา³⁹¹

จากหลักการเช่นนี้ ทำให้ผลงานที่เป็นการแสดงออกที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกันกับผลงานของผู้อื่นอย่างไม่สามารถแยกออกจากผลงานของผู้อื่นได้ไม่อาจได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลี เช่น รูปภาพที่เหมือนกัน รูปภาพสินค้า หรือรูปภาพการผ่าตัด ศัลยกรรมนั้นเป็นผลงานที่ขาดความสร้างสรรค์ ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ เนื่องจาก

³⁸⁸ Copyright Act Article 2(1)

³⁸⁹ Youm Kyu Ho, "Copyright Law in the Republic of Korea," *UCLA Pacific Basin Law Journal* 17(1999): 290.

³⁹⁰ Chong Dae-young v. State, 94 To 2248, Taebopwon [Supreme Court] (Nov. 14, 1995)

³⁹¹ Youm Kyu Ho, "Copyright Law in the Republic of Korea," *UCLA Pacific Basin Law Journal*: 290.

รูปภาพของสิ่งเหล่านั้น เป็นผลลัพธ์ของวัตถุนั้นโดยตรงซึ่งมีความแตกต่างกันเพียงเล็กน้อยจึงไม่อาจได้รับความคุ้มครองเป็นลิขสิทธิ์ได้³⁹²

(2) มีการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์นั้น (Expression)

หลักการที่ผลงานที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลี นั้น เป็นผลมาจากการให้นิยามคำว่า ผลงาน ในกฎหมายไว้ว่า ต้องเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ของความคิดและอารมณ์ของมนุษย์³⁹³ ดังนั้น ผลงานที่จะได้รับความคุ้มครอง ต้องเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์เท่านั้น โดยความคิดเบื้องหลัง หรือความคิดที่ยังไม่แสดงออกจะไม่สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แต่อย่างใด³⁹⁴ ดังที่ศาลสาธารณรัฐเกาหลีเคยได้ตัดสินไว้ ดังนี้

“ผลงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ ต้องเป็นผลงานที่ได้แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ของผู้ทำ ทั้งในส่วนของความคิด และความรู้สึกที่ได้มาจากการพยายามของบุคคลที่สร้างสรรค์ ดังนั้น สิ่งที่ได้รับคุ้มครองตามกฎหมายนี้จึงเป็นวิธีการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ อันแสดงออกถึงความคิด ความรู้สึกต่อสาธารณะผ่านคำพูด ภาษา เสียง หรือสี อย่างไรก็ตาม เนื้อหาหรือความคิดที่ถูกแสดงออกนั้น ... อาจมีความสร้างสรรค์ และมีความแปลกใหม่ในตัว ... แต่เป็นสิ่งที่ไม่อาจได้รับความคุ้มครองในฐานะผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้นจึงไม่อาจได้รับความคุ้มครองเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล ... สิ่งที่ทำให้ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ ไม่ใช่ความคิดของผู้สร้างสรรค์ แต่เป็นการแสดงออก”³⁹⁵

จากการตัดสินนี้แสดงให้เห็นว่า สาธารณรัฐเกาหลี ได้มีการนำหลักการแสดงออก-ความคิด มาใช้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยสิ่งที่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองจึงเป็นการแสดงออก มิใช่เนื้อหาหรือความคิดที่อยู่เบื้องหลังผลงานที่ถูกแสดงออกแต่อย่างใด อีกทั้งการให้ความคุ้มครองยังไม่ต้องคำนึงว่า เนื้อหาที่แสดงออกนั้นขัดต่อศีลธรรมหรือไม่แต่อย่างใด³⁹⁶ ทั้งนี้ หลักการนี้ได้ถูกสะท้อนออกมาจาก

³⁹² Sang Jo Jong, "Copyright Law of Korea," [Online] Accessed: 22 May 2023. Available from:

https://d1wqtxs1xzle7.cloudfront.net/34637570/Copyright_Law_in_Korea-libre.pdf?1409916798=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DCopyright_Law_of_Korea.pdf&Expires=1684760779&Signature=fQzGI~ofxgZYjRzG~MspDNQmK29zum54vxPo8Ss1GPEcXFPzE0ZVgt168ourcKE~bBVEmKIZ~P3DA3lNqslIKmljuHet47Q~5OsyLBbs0hbfliee9bd~afJ~3~l6w0HwsWOBcUjRW~wmKfKGMleV4uYxtg18djvviTBBA7XDEaWozzw9GZR-ZkNsowKCFvUWck2ucVA4DidPHEg5L~5CluvRtLgEV7qk-y82B4BR76LS8tk~LBIR6b~JLPnC-

[kWfdK2uT3UO8zWsgdLViSmtcLsdobFebn1j1s~qZ99TE90WikYm9GmSPNSLINECjAwD3AaQMjbacAdITu6tALeg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA](https://d1wqtxs1xzle7.cloudfront.net/34637570/Copyright_Law_in_Korea-libre.pdf?1409916798=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DCopyright_Law_of_Korea.pdf&Expires=1684760779&Signature=fQzGI~ofxgZYjRzG~MspDNQmK29zum54vxPo8Ss1GPEcXFPzE0ZVgt168ourcKE~bBVEmKIZ~P3DA3lNqslIKmljuHet47Q~5OsyLBbs0hbfliee9bd~afJ~3~l6w0HwsWOBcUjRW~wmKfKGMleV4uYxtg18djvviTBBA7XDEaWozzw9GZR-ZkNsowKCFvUWck2ucVA4DidPHEg5L~5CluvRtLgEV7qk-y82B4BR76LS8tk~LBIR6b~JLPnC-kWfdK2uT3UO8zWsgdLViSmtcLsdobFebn1j1s~qZ99TE90WikYm9GmSPNSLINECjAwD3AaQMjbacAdITu6tALeg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA)

³⁹³ Copyright Act Article 2 (1)

³⁹⁴ Youm Kyu Ho, "Copyright Law in the Republic of Korea," *UCLA Pacific Basin Law Journal*: 291.

³⁹⁵ Kim Song-gi v. Sin Sa-hun, 93 Ta 3073, 3080, Taebopwon [Supreme Court] (June 8, 1993), Taebopwon Panraejip [Supreme Court Decision] 104 (1993)

³⁹⁶ Youm Kyu Ho, "Copyright Law in the Republic of Korea," *UCLA Pacific Basin Law Journal*: 291.

การบัญญัติกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลีที่กำหนดให้ การรายงานข่าวไม่อาจได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ หากการรายงานนั้นเป็นการรายงานให้ทราบถึงข้อเท็จจริง หรือความคิดทั่วไป เนื่องจากข้อเท็จจริงเหล่านั้น ไม่ใช่ความคิดสร้างสรรค์ และการแสดงออกเพียงข้อเท็จจริงที่เป็นเนื้อหาไม่อาจได้รับความคุ้มครองได้³⁹⁷

จากหลักการนี้ ทำให้ชื่อเรื่องของหนังสืออันเป็นการแสดงออกที่ใกล้เคียงหรือเป็นส่วนหนึ่งของความคิดของผู้เขียน ทำให้การแสดงออกนั้นรวมอยู่กับความคิดของผู้เขียน จึงไม่ใช่สิ่งที่สามารถได้รับความคุ้มครองแยกออกจากหนังสือได้ อย่างไรก็ตาม อาจได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายทางการค้าได้ หรือกฎหมายลิขสิทธิ์ย่อมไม่ให้ความคุ้มครองหลักภาษาภายในหนังสือภาษา หรือข้อมูลในหนังสือคู่มือ เนื่องจากมิใช่เป็นการสร้างแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์แต่เป็นเพียงความคิดที่อยู่เบื้องหลังการแสดงออกนั้นเท่านั้น ดังนั้นสิ่งที่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองที่จะสามารถละเมิดลิขสิทธิ์ได้นั้น ต้องเป็นสิ่งที่ละเมิดหรือมีความคล้ายคลึงกับการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์มิใช่แนวคิด³⁹⁸

มีข้อสังเกตว่า ในประเด็นการกำหนดให้มีการแสดงออกเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ สาธารณรัฐเกาหลี ไม่ได้กำหนดผลงานที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ต้องมีความแน่นอน (fixation) แต่อย่างใด ดังนั้น นักดนตรีที่ได้แต่งเพลงอันเป็นผลงานดนตรีขึ้นและได้เล่นต่อสาธารณะให้ได้ฟัง แม้เป็นกรณีที่ไม่มีการบันทึกบทเพลงนั้นลงเป็นโน้ตดนตรี หรือไม่ได้บันทึกการแสดงนั้น ก็เป็นผลงานที่ได้แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ โดยให้ความคุ้มครองแก่ผู้ประพันธ์หรือนักดนตรีผู้นั้นโดยทันที³⁹⁹

(3) เป็นผลงานตามประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้

ในกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลี ได้มีการกำหนดถึงชนิดของผลงานอันอาจได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ โดยการกำหนดนี้มีข้อสังเกตว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของเกาหลีได้ใช้ถ้อยคำว่า “ชนิดของผลงานที่กำหนดไว้เป็นชนิดของตัวอย่างผลงานอันอาจได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้บทบัญญัตินี้”⁴⁰⁰ จากถ้อยคำที่เป็นการบัญญัติในลักษณะการยกตัวอย่างในกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี สามารถแสดงให้เห็นถึงการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลี ไม่จำกัดอยู่เพียงชนิดของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้เท่านั้น แต่ยังสามารถได้รับความคุ้มครองใน

³⁹⁷ Sang Jo Jong, "Copyright Law of Korea."

³⁹⁸ Ibid.

³⁹⁹ "No Fixation Requirement in Korean Copyright Laws," [Online] Accessed: 18 May 2023. Available from: <https://iplawyer.wordpress.com/2006/10/28/no-fixation-requirement-in-korean-copyright-laws/>

⁴⁰⁰ Copyright Act Article 4 (Examples of Works) "(1) The following shall be the examples of works referred to in this Act:..."

ชนิดผลงานประเภทอื่น ๆ ที่แม้ไม่อยู่ในรายการที่ระบุไว้ในกฎหมายก็ยังสามารถได้รับความคุ้มครองได้

อย่างไรก็ดี การแบ่งประเภทหรือชนิดของผลงานของสาธารณรัฐเกาหลี มีประโยชน์ในการกำหนดบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองผลงานประเภทนั้น ๆ ที่เฉพาะแตกต่างจากผลงานประเภทอื่น ๆ เช่น ผลงานศิลปะ ผลงานภาพยนตร์ และผลงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ฯลฯ⁴⁰¹ โดยผลงานเหล่านี้กฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐเกาหลี ได้มีเงื่อนไขการให้ความคุ้มครองกำหนดไว้ในมาตราเฉพาะต่าง ๆ เช่น การกำหนดให้ผลงานภาพยนตร์ มีระยะเวลาการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ 70 ปี หลังจากได้เผยแพร่ต่อสาธารณะ และหากไม่ได้มีการเผยแพร่ภายใน 50 ปีหลังจากการสร้างสรรค์ผลงานแล้ว ผลงานภาพยนตร์นั้นจะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์เป็นเวลา 70 ปีนับจากวันที่สร้างสรรค์⁴⁰² ในขณะที่ผลงานลิขสิทธิ์ประเภทอื่นที่ไม่มีการกำหนดไว้เฉพาะจะได้รับความคุ้มครอง 70 ปี หลังจากความตายของผู้สร้างสรรค์⁴⁰³ หรือการกำหนดบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเฉพาะสำหรับผลงานประเภทโปรแกรมที่เดิมที่ถูกให้ความคุ้มครองไว้ในกฎหมายเฉพาะ แต่เมื่อแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ จึงนำหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะ มากำหนดไว้เป็นกฎเกณฑ์เพื่อให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์สำหรับผลงานประเภทโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่แยกต่างหากจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทอื่น ๆ⁴⁰⁴ เช่น การกำหนดให้มาตราบางมาตราไม่บังคับใช้กับผลงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เช่น มาตรา 30 ที่กำหนดให้การทำซ้ำเพื่อการใช้งานส่วนตัวไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์⁴⁰⁵ ไม่นำมาใช้กับผลงานประเภทโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เป็นต้น⁴⁰⁶

นอกจากการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ผลงานประเภทต่าง ๆ แล้ว ยังมีผลงานอื่น ๆ ที่อาจไม่ได้รับความคุ้มครองในฐานะผลงานอันมีลิขสิทธิ์สำหรับสาธารณรัฐเกาหลี แต่กฎหมายก็ได้กำหนดให้ความคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์ให้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวบางประการ ซึ่งสาธารณรัฐเกาหลีได้ให้ความคุ้มครองแก่ผลงานเหล่านี้ในฐานะสิทธิใกล้เคียง คือ สิทธิของนักแสดง สิทธิของผลงานบันทึกเสียง และสิทธิของผู้ถ่ายทอด⁴⁰⁷ ทั้งนี้ ตัวอย่างของชนิดผลงานสร้างสรรค์ทั้ง 9 ประเภทตามกฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐเกาหลี มีดังต่อไปนี้

⁴⁰¹ Sang Jo Jong, "Copyright Law of Korea."

⁴⁰² Copyright Act Article 42

⁴⁰³ Copyright Act Article 39

⁴⁰⁴ Sang Jo Jong, "Copyright Law of Korea."

⁴⁰⁵ Copyright Act Article 30

⁴⁰⁶ Copyright Act Article 37-2

⁴⁰⁷ Korea Copyright Commission, *Introduction of the Korean Copyright System*, p. 29.

1) **ผลงานวรรณกรรม (Literary works)** ผลงานวรรณกรรม ทั้งนี้ ในมาตรา 4 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลีไม่ได้กำหนดให้นิยามแก่ผลงานวรรณกรรมไว้ในกฎหมาย แต่เป็นการกำหนดในลักษณะตัวอย่างของผลงานวรรณกรรมไว้ในกฎหมาย เช่น นวนิยาย บทกลอน วิทยานิพนธ์ สุทรพจน์ บทละคร ฯลฯ ดังนั้น ผลงานวรรณกรรมจึงหมายถึงผลงานเขียนอื่นใด ที่มีลักษณะใกล้เคียงกันกับที่กำหนดไว้ในฐานะเป็นตัวอย่างงานวรรณกรรม⁴⁰⁸

2) **ผลงานดนตรีกรรม (Musical works)**⁴⁰⁹ กฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐเกาหลี ไม่ได้ให้นิยามของผลงานดนตรีกรรมไว้ในกฎหมาย แต่ผลงานดนตรีกรรมโดยทั่วไปหมายถึงผลงานที่มีการเล่นหรือมีการร้องขึ้นเป็นดนตรี เช่น เพลง อยากรักก็ดี ผลงานดนตรีกรรมนี้ไม่ใช่อย่างเดียวกันกับผลงานบันทึกเสียง (Phonogram) ที่ได้รับความคุ้มครองแยกต่างหากในฐานะสิทธิเพื่อนบ้าน โดยผลงานบันทึกเสียงนี้หมายถึงผลงานเสียงที่ได้ถูกทำขึ้นให้อยู่ในสื่อกลาง⁴¹⁰ เนื่องจากผลงานดนตรีกรรมนั้นอาจอยู่ในรูปแบบของโน้ตดนตรีได้⁴¹¹ แต่ผลงานบันทึกเสียงนั้นต้องเป็นเสียงที่ถูกบันทึกในสื่อกลางบางอย่างเท่านั้น โดยผู้สร้างสรรค์ผลงานประเภทนี้ อาจเป็นผู้ประพันธ์ดนตรี ผู้สร้างสรรค์เนื้อร้อง ประกอบทำนอง ผู้เรียบเรียงดนตรี เป็นต้น⁴¹²

3) **ผลงานการแสดงละคร (Theatrical works)** กฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐเกาหลีไม่ได้กำหนดนิยามของผลงานการแสดงละครไว้แต่อย่างใด แต่เป็นการกำหนดในลักษณะตัวอย่างของผลงานการแสดงละครไว้ในกฎหมาย เช่น ผลงานละคร (dramas) ผลงานออกแบบท่าเต้น (choreographies) การแสดงละครใบ้ (pantomimes) ดังนั้น ผลงานการแสดงละครจึงหมายถึงผลงานแสดงอื่นใดที่มีลักษณะการขยับร่างกาย ที่มีลักษณะใกล้เคียงกันกับที่กำหนดไว้ในฐานะเป็นตัวอย่างงานแสดงละคร⁴¹³

4) **ผลงานศิลปกรรม (Artistic works)**⁴¹⁴ กฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐเกาหลีไม่ได้กำหนดนิยามของผลงานศิลปกรรมไว้ แต่กฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐเกาหลี ได้กำหนดถึงชนิดหรือตัวอย่างของผลงานศิลปกรรมไว้ในกฎหมาย โดยกำหนดให้ผลงานที่สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ได้แก่ ผลงานภาพวาด ผลงานประดิษฐ์ตัวอักษร (Calligraphic works) ผลงานปั้น ผลงานภาพพิมพ์

⁴⁰⁸ Copyright Act Article 4(1)

⁴⁰⁹ Copyright Act Article 4(2)

⁴¹⁰ Copyright Act Article 2(5)

⁴¹¹ "Copyright Registration of Musical Compositions and Sound Recordings," [Online] Accessed: 22 May 2023. Available from: <https://www.copyright.gov/register/pa-sr.html#:~:text=A%20musical%20composition%20may%20be,%2C%20spoken%2C%20or%20other%20sounds.>

⁴¹² Korea Copyright Commission, *Introduction of the Korean Copyright System*, p. 24.

⁴¹³ Copyright Act Article 4(3)

⁴¹⁴ Korea Copyright Commission, *Introduction of the Korean Copyright System*, p. 24.

(Printmaking) ผลงานทำมือ ผลงานศิลปะประยุกต์ (Works of applied art) ดังนั้น ผลงานศิลปกรรมจึงเป็นงานอันมีลักษณะอื่นใดที่คล้ายคลึงกันกับผลงานที่กำหนดไว้ในตัวอย่างตามกฎหมาย⁴¹⁵

5) ผลงานสถาปัตยกรรม (Architectural works) กฎหมายลิขสิทธิ์สาธาณรัฐเกาหลีได้ให้ความคุ้มครองแก่ผลงานสถาปัตยกรรม โดยให้หมายความรวมถึงตัวอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง แบบการสร้างสรรค์หุ่นจำลองของอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง หรือแบบวาดของการออกแบบอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างนั้น⁴¹⁶

6) ผลงานภาพถ่าย (Photographic works) กฎหมายลิขสิทธิ์สาธาณรัฐเกาหลีได้กำหนดให้ผลงานภาพถ่าย ไม่ว่าจะถูกทำด้วยวิธีใด ๆ ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันกับการทำผลงานภาพถ่ายด้วยกล้อง เป็นผลงานอันได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในประเภทนี้เช่นเดียวกัน⁴¹⁷

7) ผลงานภาพยนตร์ (Cinematographic works)⁴¹⁸ ผลงานภาพยนตร์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธาณรัฐเกาหลีที่ได้รับความคุ้มครอง เป็นไปตามนิยามที่ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายมาตรา 2 อันกำหนดให้ผลงานภาพยนตร์ หมายถึง การสร้างสรรค์ผลงานซึ่งประกอบไปด้วยชุดของภาพ (ทั้งนี้ไม่ว่าจะมีเสียงประกอบหรือไม่) ที่ได้ถ่ายทำหรือบันทึกขึ้น ที่สามารถถูกเล่นหรือใช้เล่นได้ ด้วยวิธีการหรืออุปกรณ์ทางอิเล็กทรอนิกส์ให้ปรากฏให้เห็น หรือปรากฏให้เห็นและได้ยินผ่านการทำซ้ำ⁴¹⁹

8) ผลงานแผนภาพ (Diagrammatic works) กฎหมายลิขสิทธิ์สาธาณรัฐเกาหลีได้ให้ความคุ้มครองแก่ผลงานแผนภาพ โดยผลงานแผนภาพแม้จะไม่ได้มีกำหนดนิยามไว้ในกฎหมาย แต่ในกฎหมายได้กำหนดถึงตัวอย่างของผลงานแผนภาพไว้ โดยให้หมายรวมถึง แผนที่ แผนภูมิ การวาดออกแบบ ภาพร่าง การทำรูปต้นแบบ หรือผลงานแผนภาพอื่น ๆ ที่มีลักษณะเดียวกันกับที่กฎหมายกำหนดไว้⁴²⁰

9) ผลงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (Computer program works) ผลงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์นี้กฎหมายลิขสิทธิ์สาธาณรัฐเกาหลีได้ให้นิยามของผลงานลักษณะดังกล่าวไว้ในกฎหมายมาตรา 2 โดยกำหนดให้ ผลงานคอมพิวเตอร์ หมายถึง การสร้างสรรค์ที่ได้แสดงออกซึ่งชุดคำสั่งที่อาจ

⁴¹⁵ Copyright Act Article 4(4)

⁴¹⁶ Copyright Act Article 4(5)

⁴¹⁷ Copyright Act Article 4(7)

⁴¹⁸ Copyright Act Article 4(6)

⁴¹⁹ Copyright Act Article 2(13)

⁴²⁰ Copyright Act Article 4(8)

ใช้ได้โดยตรงหรือโดยอ้อมในเครื่องมือ เพื่อให้สามารถประมวลผลข้อมูลเพื่อให้ได้รับซึ่งผลลัพธ์บางประการได้ เช่น คอมพิวเตอร์⁴²¹

ทั้งนี้ ผลงานสร้างสรรค์อื่น ๆ ที่นอกเหนือจาก 9 ลักษณะนี้ ก็สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ เนื่องจากกฎหมายกำหนดผลงานทั้ง 9 ประเภทไว้เป็นเพียงตัวอย่างเท่านั้น

(4) ต้องไม่ใช่ผลงานที่กฎหมายกำหนดห้ามมิให้ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์

แม้จะมีการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์แล้ว โดยอาจเข้าประเภทเป็นประเภทผลงานลิขสิทธิ์ตามที่กฎหมายได้ให้ความคุ้มครอง แต่ถ้าหากเป็นผลงานที่กฎหมายกำหนดห้ามมิให้ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว ผู้ทำย่อมไม่ได้ลิขสิทธิ์ในผลงานดังกล่าว โดยกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี ได้กำหนดชนิดของผลงานที่ไม่อาจได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ไว้ดังนี้⁴²²

- 1) รัฐธรรมนูญ กฎหมาย ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎกระทรวง ข้อกำหนดท้องถิ่น และกฎ
- 2) การแจ้งเตือนสาธารณะ การประกาศสาธารณะ คำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดที่มีลักษณะคล้ายกันที่ออกโดยรัฐบาลกลางหรือท้องถิ่น
- 3) คำพิพากษา การตัดสิน คำสั่ง การชี้ขาดของศาล และกฎหรือคำตัดสินที่ศาลโดยกระบวนการอุทธรณ์ของฝ่ายปกครอง หรือกระบวนการอื่นที่คล้ายกัน
- 4) ผลงานรวบรวมหรือคำแปลของผลงานในข้อ 1-3 ที่จัดทำโดยรัฐบาลกลางหรือท้องถิ่น
- 5) ข่าวปัจจุบันที่รายงานข้อเท็จจริงทั่วไป

5) ไม่จำเป็นต้องจดทะเบียน

เมื่อได้แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐเกาหลีแล้ว ย่อมเกิดความคุ้มครองลิขสิทธิ์ขึ้นทันทีที่ผู้สร้างสรรค์ผลงานได้สร้างสรรค์ผลงานขึ้น โดยไม่จำเป็นต้องมีการจดทะเบียนแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามก็ดี กฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐเกาหลีได้กำหนดให้มีการจดทะเบียนขึ้น โดยเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถจดทะเบียนลิขสิทธิ์ให้ผลงานของตนได้ ทั้งนี้ การจดทะเบียนต้องมีรายละเอียดตามที่กฎหมายกำหนด เช่น ชื่อ ชนิดของผลงาน เวลาที่สร้างสรรค์ผลงาน รายละเอียดเกี่ยวกับการเผยแพร่ต่อสาธารณะของผลงานนั้น⁴²³

⁴²¹ Copyright Act Article 4(9)

⁴²² Copyright Act Article 7

⁴²³ Copyright Act Article 53

ซึ่งเมื่อได้จดทะเบียนลิขสิทธิ์แล้ว ผู้จดทะเบียนย่อมได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่า ผู้ที่มีชื่อในทะเบียนนั้นเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ของผลงานชิ้นนั้น ๆ และได้รับข้อสันนิษฐานว่า วันที่สร้างสรรค์หรือวันที่มีการเผยแพร่ผลงานนั้นเป็นวันที่สร้างสรรค์หรือวันที่เผยแพร่จริง อันจะมีผลต่ออายุของการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ นอกจากนี้ หากมีการละเมิดลิขสิทธิ์ผลงานที่ได้จดทะเบียนแล้ว ย่อมสันนิษฐานไว้ก่อนว่า เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นด้วยความประมาท⁴²⁴

3.3.3 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในฐานะผู้ดัดแปลงผลงาน

กฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลี ได้มีการกำหนดบทบัญญัติเฉพาะสำหรับการได้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ที่ได้ดัดแปลงผลงานของผู้อื่นไว้ในกฎหมาย และการกำหนดให้สิทธิการดัดแปลงแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ไว้โดยเฉพาะในกฎหมาย ซึ่งการกำหนดให้สิทธิในการคุ้มครองผลงานดัดแปลงไว้เป็นกรณีเฉพาะอย่างเป็นการทั่วไปของสาธารณรัฐเกาหลี สอดคล้องกับการกำหนดสิทธิในผลงานดัดแปลงไว้เป็นกรณีทั่วไปของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศแรกที่มีการกำหนดในลักษณะดังกล่าว และมีลักษณะที่สอดคล้องกับหลักการตามข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ เช่น อนุสัญญากรุงเบิร์น ที่ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกให้ความคุ้มครองผลงานดัดแปลงบางชนิดตามที่กำหนดไว้ เช่น สิทธิในการแปล หรือดัดแปลงเรียบเรียง⁴²⁵ โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผลงานดัดแปลงไว้ในกฎหมายดังนี้

(1) ความหมายของผลงานดัดแปลง (Derivative work)

กฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐเกาหลี ได้กำหนดให้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับผลงานดัดแปลงไว้ในกฎหมาย โดยกำหนดไว้ในมาตรา 5 โดยผลงานดัดแปลงนี้ หมายถึง ผลงานสร้างสรรค์ที่สร้างขึ้นด้วยวิธีการแปล เรียบเรียง เปลี่ยนรูปแบบ เปลี่ยนให้เป็นผลงานละคร เปลี่ยนให้เป็นผลงานภาพยนตร์ หรือการสร้างสรรค์ด้วยวิธีอื่นใดที่ทำต่อผลงานต้นฉบับ โดยผลงานดัดแปลงที่สร้างสรรค์ขึ้นนี้จะได้รับความคุ้มครองเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์แยกออกจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับที่ถูกนำมาทำเป็นผลงานดัดแปลง⁴²⁶

⁴²⁴ Korea Copyright Commission, "Registration," [Online] Accessed: 23 May 2023. Available from:

<https://www.copyright.or.kr/eng/service/registration.do>

⁴²⁵ Berne Convention Article 2(3) "Protected Works: ...

(3) Translations, adaptations, arrangements of music and other alterations of a literary or artistic work shall be protected as original works without prejudice to the copyright in the original work. ..."

⁴²⁶ Copyright Act Article 5 (Derivative Works)

"(1) A creative work produced by means of translation, arrangement, alteration, dramatization, cinematization, etc. of an original work (hereinafter referred to as a "derivative work") shall be protected as an independent work. ..."

จากนิยามของกฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐเกาหลีได้กำหนดให้เห็นถึงลักษณะของผลงานดัดแปลงว่า ประกอบด้วยสองเงื่อนไข ได้แก่ ต้องเป็นการนำผลงานอื่นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งของการสร้างสรรค์ผลงานดัดแปลง และผู้สร้างสรรค์ผลงานดัดแปลงต้องมีการสร้างสรรค์ด้วยวิธีใด ๆ เพื่อให้เกิดเป็นผลงานที่มีความสร้างสรรค์เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แยกต่างหากจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิม โดยมีข้อสังเกตว่า การดัดแปลงนี้อาจเป็นการดัดแปลงโดยใช้ส่วนใดส่วนหนึ่งของผลงานที่มีอยู่ หรือใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ทั้งหมดก็ได้⁴²⁷

ทั้งนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐเกาหลีได้บัญญัติตัวอย่างลักษณะของผลงานอันเป็นงานดัดแปลงไว้ในกฎหมาย โดยเป็นการเขียนในลักษณะการยกตัวอย่างของชนิดผลงานดัดแปลง ทำให้ผลงานดัดแปลงของสาธารณรัฐเกาหลี ไม่ได้จำกัดอยู่เพียงแต่ชนิดที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น แต่หมายรวมถึงการดัดแปลงในรูปแบบอื่นที่มีลักษณะเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดด้วย โดยตัวอย่างของผลงานที่จะเป็นผลงานดัดแปลงของประเทศเกาหลีที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐเกาหลีปรากฏดังต่อไปนี้

ผลงานแปล⁴²⁸ กฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐเกาหลี ได้กำหนดให้ผลงานแปลเป็นตัวอย่างหนึ่งของผลงานดัดแปลง เนื่องจากการแปลย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้หากปราศจากการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับ และผลงานแปลนี้ผู้ทำการแปลย่อมมีการใช้ความคิดสร้างสรรค์ในการสร้างสรรค์ผลงานแปลขึ้นมา เป็นการนำผลงานดัดแปลงประเภทที่ดัดแปลงจากผลงานประเภทเดียวกันกับผลงานต้นฉบับ⁴²⁹ เช่น การแปลนวนิยายจากภาษาอื่นมาเป็นภาษาเกาหลี ฯลฯ

ผลงานที่ทำการเรียบเรียง และเปลี่ยนเป็นรูปแบบอื่น⁴³⁰ การทำผลงานดัดแปลงประเภทนี้เป็น การเปลี่ยนชนิดของผลงานหนึ่งไปเป็นอีกประเภทหนึ่ง เช่น การเรียบเรียงเพลงให้กลายเป็นเพลงแจ๊ส หรือการเรียบเรียงดนตรีใหม่โดยการริมิคซ์เพลงอันมีลิขสิทธิ์ของตน โดยการเพิ่มเปลี่ยนทำนองหรือเปลี่ยนจังหวะของดนตรีนั้น ฯลฯ⁴³¹

เปลี่ยนให้เป็นผลงานละคร เปลี่ยนให้เป็นภาพยนตร์ หมายถึงการเปลี่ยนผลงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทอื่นมาเป็นผลงานละครหรือภาพยนตร์ อันเป็นการทำผลงานประเภทการเปลี่ยน

⁴²⁷ Protection and Enforcement of Copyright for computer software in Korea In pursuit of a knowledge-based society 470

⁴²⁸ Copyright Act Article 5

⁴²⁹ Pamela Samuelson, "The Quest for a Sound Conception of Copyright's Derivative Work Right " *Georgetown Law Journal*, Forthcoming, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2138479: 1519.

⁴³⁰ Copyright Act Article 5

⁴³¹ Protection of Artists' Rights under the Korean Copyright law 185 Chung Hwan Choi, "Protection of Artists' Rights under the Korean Copyright Law " *Pacific Rim Law & Policy Journal Association*, 179(2003): 185.

รูปแบบการแสดงออกจากสื่อหนึ่งหรือประเภทหนึ่งไปยังอีกประเภทหนึ่ง เช่น การเปลี่ยนนวนิยายให้เป็นภาพยนตร์ ฯลฯ

นอกจากประเภทตามที่กำหนดไว้ในตัวอย่าง ผลงานดัดแปลงประเภทอื่น ๆ หากครบตามเกณฑ์ของผลงานดัดแปลงแล้วย่อมเป็นผลงานดัดแปลง เช่น ผลงานดัดแปลงกรณีการทำผลงานย่อความจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์⁴³² ผลงานดัดแปลงประเภทโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เป็นโปรแกรมดัดแปลงจากโปรแกรมต้นฉบับ⁴³³ หรือการสร้างตัวละคร สิ่งของใน Metaverse อันเป็นการทำผลงาน UDC⁴³⁴

(2) การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ผลงานดัดแปลง

ในประเด็นการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของผลงานดัดแปลงต้องประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการ ได้แก่ การแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ที่เพียงพอต่อการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ และการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์อื่นมาใช้เพื่อสร้างสรรค์ผลงานนั้น ซึ่งหากมีการกระทำดังกล่าวแล้ว ผู้ทำผลงานดัดแปลงย่อมสามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้⁴³⁵ โดยสามารถแบ่งเป็นเงื่อนไข 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก ผู้ดัดแปลงต้องทำการดัดแปลงผลงานอื่นด้วยการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์เพิ่มเติมลงไปในการทำผลงานดัดแปลงให้มีลักษณะเพียงพอต่อการเป็นผลงานที่สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ ดังนั้น การแก้ไขเพียงเล็กน้อย เช่น การแก้คำผิด ย่อมไม่ใช่การทำผลงานดัดแปลง ทั้งนี้ การพิจารณาถึงความคิดสร้างสรรค์ (originality) ของผลงานดัดแปลง ต้องเป็นการพิจารณาถึงความสร้างสรรค์ของผลงานดัดแปลงที่แสดงออกมานั้นต้องรวมเข้ากับการสร้างสรรค์ของผลงานต้นฉบับที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์⁴³⁶

ประการที่สอง ต้องนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์อื่นมาใช้ในการดัดแปลง ซึ่งในการพิจารณาถึงการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ต้องพิจารณาว่า ผลงานดัดแปลงที่สร้างขึ้นมีส่วนประกอบของโครงสร้างหรือเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญของงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ โดยพิจารณาว่า มีการหยิบยกเนื้อหา

⁴³² Korea Copyright Commission, *2013 Annual Report on Copyright in Korea* (Korea: Ministry of Culture, Sports and Tourism, 2013), p. 44.

⁴³³ Yakyun Harry Shin, "Protection and Enforcement of Copyright for Computer Software in Korea in Pursuit of a Knowledge-Based Society," *The Journal of World Intellectual Property*: 470.

⁴³⁴ Jung-Youl Park, *2022 Kcopa Report* (Seoul: Korea Copyright Protection Agency, 2022), p. 12.

⁴³⁵ Copyright Act Article 5

⁴³⁶ **오승종 변호사 저작권**TV, "Derivative and Compilation Works under Korean Copyright Law," [Online] Accessed: 23 May 2023. Available from: https://www.youtube.com/watch?v=KFp_ufPSRPs

บางส่วนหรือทั้งหมดมาใช้หรือไม่ และต้องพิจารณาถึงสัดส่วนของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้กับ สัดส่วนของผลงานดัดแปลง หากพิจารณาแล้วว่า ผลงานดัดแปลงที่ได้สร้างสรรค์ขึ้น มีความคล้ายคลึง หรือมีการนำส่วนหนึ่งของงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ โดยผลงานดัดแปลงนั้นอาจเกิดขึ้นได้หากไม่มีผลงาน ต้นฉบับแล้ว ย่อมเป็นการกระทำผลงานดัดแปลง แต่หากส่วนที่คล้ายกันเกิดจากการใช้หรือสร้างสรรค์ ผลงานจากแนวคิดทั่ว ๆ ไป เช่น เป็นการนำแนวคิด บรรยากาศ หรือโครงเรื่องมาใช้ ย่อมไม่เป็นการ ทำผลงานดัดแปลง เนื่องจากไม่มีการใช้การแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์จากผลงานอันมีลิขสิทธิ์⁴³⁷ แต่ผลงานสร้างสรรค์นั้นย่อมได้รับความคุ้มครองในฐานะผลงานอันมีลิขสิทธิ์ทั่วไป ไม่ใช่ในฐานะ ผลงานดัดแปลง

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า กฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐเกาหลี ไม่ได้กำหนดถึงเงื่อนไขในการได้รับความ คุ้มครองผลงานดัดแปลงว่าต้องได้รับอนุญาตในการจัดทำผลงานดัดแปลงจากเจ้าของลิขสิทธิ์ใน ผลงานต้นฉบับที่นำมาทำผลงานดัดแปลงแต่อย่างใด ดังนั้น แม้ผู้ดัดแปลงจะนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ของผู้อื่นที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ มาดัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาต ผู้ทำผลงานดัดแปลงก็ยังสามารถทำผลงานดัดแปลงได้ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่หากเป็นกรณีที่ความ คุ้มครองลิขสิทธิ์ในผลงานต้นฉบับนั้นยังไม่ได้หมดอายุความคุ้มครองแล้ว ผู้ทำผลงานดัดแปลงย่อม ต้องรับผิดชอบในการละเมิดลิขสิทธิ์ต่อเจ้าของลิขสิทธิ์⁴³⁸

เมื่อได้มีการจัดทำผลงานดัดแปลงที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แยกต่างหากออกมาจาก ผลงานต้นฉบับนั้น ความคุ้มครองผลงานดัดแปลงจะไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ใน ผลงานที่ถูกนำมาทำผลงานดัดแปลงแต่อย่างใด⁴³⁹ ดังนั้น การที่ทำผลงานดัดแปลงจากผลงานที่อายุ ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้หมดลง ผลงานดัดแปลงนั้น ยังคงสามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ โดย ไม่กระทบกระเทือนต่อลิขสิทธิ์ของผลงานที่นำมาจัดทำ⁴⁴⁰

3.3.4 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในฐานะผู้รวบรวมผลงาน

กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลี ได้กำหนดให้การรวบรวมนั้น เป็นผลงานอัน อาจได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ หากมีเงื่อนไขในการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ที่ครบถ้วนตามที่กฎหมายได้

⁴³⁷ Ibid.

⁴³⁸ Ibid.

⁴³⁹ Copyright Act Article 5 Derivative Works

“... (2) The protection of a derivative work shall not affect the rights of the author of the original work.”

⁴⁴⁰ https://www.youtube.com/watch?v=KFp_uFPSRPs

กำหนดไว้ ทั้งนี้ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการรวบรวมในบทบัญญัติของสาธารณรัฐเกาหลี มีการกำหนดไว้ดังนี้

(1) นิยามของการรวบรวมและผลงานรวบรวม

ในกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลีได้กำหนดให้การรวบรวมหมายถึง การรวบรวมผลงาน สัญลักษณ์ จดหมาย เสียง รูปภาพ และข้อมูลในรูปแบบอื่น และรวมถึงฐานข้อมูลด้วย⁴⁴¹ ซึ่งจากนิยามดังนี้ ทำให้เห็นได้ว่า การรวบรวมของสาธารณรัฐเกาหลีอาจเกิดขึ้นได้ในสองลักษณะ คือการรวบรวมผลงานอันมีลิขสิทธิ์ และการรวบรวมเนื้อหา หรือข้อมูลต่าง ๆ

ผลงานรวบรวมที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นผลงานรวบรวมที่มีลิขสิทธิ์นั้น ต้องปรากฏว่า ต้องเป็นผลงานที่เกิดจากการรวบรวมที่มีการใช้ความคิดสร้างสรรค์ ในการคัดเลือก จัดเรียง ประกอบขึ้นของเนื้อหา หรือสิ่งต่าง ๆ ที่ถูกนำมารวบรวมด้วย⁴⁴²

(2) การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของผลงานรวบรวม

ผลงานรวบรวมที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ต้องปรากฏว่า ต้องเป็นการรวบรวมซึ่งข้อมูลหรือผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ก่อนแล้ว โดยการจะสามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้น ต้องปรากฏว่า การรวบรวมข้อมูลหรือเนื้อหาเหล่านั้น ได้เกิดจากการคัดเลือก การรวบรวมหรือจัดเรียงในรูปแบบที่ผลงานรวมนำเสนอออกมานั้นมีความสร้างสรรค์ (originality) เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครอง ในลักษณะที่คล้ายคลึงกับผลงานทั่วไป⁴⁴³ ในการพิจารณาถึงความสร้างสรรค์สำหรับการจัดทำผลงานรวมนั้นต้องเป็นความสร้างสรรค์ที่ใช้ในการคัดเลือก เรียบเรียง⁴⁴⁴ หากเป็นเพียงการเก็บรวบรวมข้อมูลหรือเนื้อหาโดยไม่มีการเลือกสรรที่เป็นการสร้างสรรค์หรือจัดเรียง เช่น การรวบรวมข้อมูลสมุดโทรศัพท์ หรือเป็นกรณีที่เป็นกรณที่เป็นการรวบรวมเพื่อการใช้งานที่

⁴⁴¹ Copyright Act Article 2 Definitions

"The terms used in this Act shall be defined as follows: ...

17. The term "compilation" means the collections of works, symbols, letters, sounds, images and other forms of data (hereinafter referred to as "materials"), but shall include the database; ... "

⁴⁴² Copyright Act Article 2 Definitions

"The terms used in this Act shall be defined as follows: ...

18. The term "compilation works" means the compilations which are of creative nature in terms of selection, arrangement or composition of their materials; ..."

⁴⁴³ Copyright Act Article 2 (18)

⁴⁴⁴ 오승종 변호사 저작권TV, "Derivative and Compilation Works under Korean Copyright Law."

เป็นประโยชน์ หรือเป็นการรวบรวมด้วยวิธีเก่าหรือดั้งเดิมแล้ว ย่อมไม่ใช่กรณีผลงานสร้างสรรค์ที่ได้รับ ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ เนื่องจากขาดองค์ประกอบของความสร้างสรรค์⁴⁴⁵

มีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า หลักการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของผลงานรวบรวมของสาธารณรัฐเกาหลี มีความ คล้ายคลึงกัน หรือสอดคล้องกันกับหลักการของศาลสหรัฐอเมริกาที่เคยวางหลักไว้ คดี Feist Publications, Inc. V. Rural Telephone Service Co., Inc.⁴⁴⁶ โดยศาลประเทศเกาหลีใต้ ได้เคย วางหลักเกี่ยวกับความสร้างสรรค์ของผลงานรวบรวมไว้เช่นเดียวกันว่า ต้องมีความสร้างสรรค์ในระดับ ที่สูง ดังนั้นหากเป็นเพียงการจัดทำตารางที่เรียงตามลำดับเวลา เพื่อเปรียบเทียบเหตุการณ์ทาง ประวัติศาสตร์ในแต่ละพื้นที่แล้ว ย่อมไม่มีความสร้างสรรค์เพียงพอ เนื่องจากเป็นการรวบรวมตาม วิธีการปกติที่ได้กระทำ เพื่อประโยชน์ของการใช้งาน อันทำให้ขาดเงื่อนไขของความสร้างสรรค์ในการ รวบรวม⁴⁴⁷ ดังตัวอย่างคำพิพากษาของศาลสาธารณรัฐเกาหลีที่มีการฟ้องร้องกันว่า จำเลยเป็นผู้ ประกอบอาชีพผู้สอนในสถาบันการสอนของโจทก์ ได้ถูกกล่าวหาว่า ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ในการทำซ้ำส่วน หนึ่งของหนังสือเรียนอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ เพื่อใช้ในการสอนในสถาบันที่จำเลยเปิดขึ้นใหม่หลังจาก ออกจากสถาบันการสอนของโจทก์ โดยศาลสูงสาธารณรัฐเกาหลีในคดีนี้ได้ตัดสินและวางหลักเกี่ยวกับ เกณฑ์การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของผลงานรวบรวม และวิธีการพิจารณาถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนี้⁴⁴⁸

“ในการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของผลงานรวบรวม ต้องปรากฏว่า มีระดับความสร้างสรรค์เป็นอย่า งน้อยเป็นเงื่อนไขหนึ่งในการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์สำหรับผลงานรวบรวม โดยสิ่งที่จะสามารถ พิจารณาได้ว่า เป็นการแสดงออกซึ่งความสร้างสรรค์ของผู้รวมนั้น คือวัตถุประสงค์ในการทำ ผลงานรวมนั้น ความสร้างสรรค์ที่ใช้ในการแก้ไขหรือปรับปรุงเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของผู้ รวบรวม หรือการคัดเลือกเนื้อหาจากสร้างสรรค์ส่วนบุคคล และการเรียบเรียงหรือประกอบขึ้น ของข้อมูลหรือผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกเลือกมา ซึ่งต้องปรากฏว่า ไม่ใช่เป็นเพียงการคัดเลือกเนื้อหา หรือผลงานอันมีลิขสิทธิ์ด้วยวิธีการทั่ว ๆ ไป หรือวิธีการปกติเพื่อการใช้งาน ทั้งนี้ การรวบรวม ความคิดทั่ว ๆ ไป หรือรวบรวมเพื่อประโยชน์ในการใช้งาน หรือการรวบรวมด้วยวิธีเก่า หรือวิธีการ ทั่วไปที่ได้ทำกันแล้ว ย่อมเป็นการยากจะมีความสร้างสรรค์พอที่จะได้รับความคุ้มครอง”⁴⁴⁹

นอกจากนี้ ยังมีตัวอย่างในกรณีการจัดทำบันทึกทางกฎหมาย ที่ศาลสาธารณรัฐเกาหลีได้วาง หลักไว้ว่า การจัดทำบันทึกกฎหมายโดยรวบรวมเนื้อหาเกี่ยวกับการดำเนินคดี องค์กรศาล เพื่อความ

⁴⁴⁵ Sang Jo Jong, "Copyright Law of Korea."

⁴⁴⁶ อ่านเพิ่มเติมในส่วน 3.1.2 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา

⁴⁴⁷ Sang Jo Jong, "Copyright Law of Korea."

⁴⁴⁸ Korea Copyright Commission, *2021 Annual Report on Copyright in Korea* (Korea: Ministry of Culture, Sports and Tourism 2021), p. 49.

⁴⁴⁹ Supreme Court Decision 2020Do13556 Decided August 26, 2021

ง่ายต่อการค้นคว้า และความสะดวกในการใช้งานนั้น ไม่อาจนับว่ามีการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ที่เพียงพอต่อการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์สำหรับผลงานรวบรวม เนื่องจากการรวบรวมข้อมูลในลักษณะนี้เป็นวิธีการรวบรวมที่สามารถพบเห็นได้อย่างทั่วไปในหนังสือกฎหมายหรือการจัดทำขององค์กรศาล ดังนั้นบุคคลใด ๆ ย่อมสามารถทำบันทึกเกี่ยวกับกฎหมายในลักษณะนี้ได้เพื่อการประกอบอาชีพทางกฎหมายได้ ในกรณีนี้การรวบรวมข้อมูลนี้ย่อมไม่ใช่การแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ในการคัดเลือก และเรียบเรียง จึงขาดองค์ประกอบความคิดสร้างสรรค์ที่อาจได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ บันทึกทางกฎหมายในกรณีนี้ จึงไม่ใช่ผลงานรวบรวมที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์⁴⁵⁰

ตัวอย่างของผลงานที่ได้รับความคุ้มครองให้เป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์จากการรวบรวมข้อมูล ได้แก่ กรณีหนังสือประมวล ซึ่งมีข้อมูลเกี่ยวกับการประกาศของศาลและการประกาศในหนังสือพิมพ์ และข้อมูลเกี่ยวกับประวัติการประมวลและนายทะเบียนที่ได้รับการรับรอง โดยเป็นการสรุปข้อมูลเกี่ยวกับการประมวลที่สำคัญ เช่น เลขที่การประมวล สถานที่ ชนิด ขนาด ราคาขั้นต่ำ จำนวนผู้อยู่อาศัย ผลการประมวล และการเปลี่ยนกรรมสิทธิ์ ดังนั้น หนังสือประมวลนี้มีความสร้างสรรค์เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ เนื่องจากแสดงให้เห็นถึงความสร้างสรรค์ในการคัดเลือกและเรียบเรียงข้อมูลแล้ว⁴⁵¹

ดังนั้น จากตัวอย่างข้างต้น แสดงให้เห็นว่า สาธารณรัฐเกาหลี ได้ให้ความคุ้มครองแก่ผลงานรวบรวมที่ผู้รวบรวมได้จัดทำขึ้น โดยรวบรวมข้อเท็จจริง หรือผลงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยใช้ความคิดสร้างสรรค์ในการคัดเลือก เรียบเรียง ซึ่งไม่ใช่เพียงการรวบรวมที่ได้ทำกันโดยทั่วไป เพื่อประโยชน์การใช้งานตามปกติ ซึ่งเมื่อผู้รวบรวมได้ดำเนินการรวบรวมโดยแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์แล้ว ย่อมได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในลักษณะที่แยกออกต่างหากจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์อื่น ๆ ที่ได้นำมารวบรวม⁴⁵² โดยเป็นการคุ้มครองในลักษณะภาพรวมของผลงานรวมนั้น เช่น นิตยสารที่มีเนื้อหาหรือบทความที่มีลิขสิทธิ์ประกอบเข้าด้วยกันจำนวนมาก นิตยสารนั้นได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในฐานะผลงานอันมีลิขสิทธิ์ชิ้นเดียว⁴⁵³ เช่น สารานุกรม พจนานุกรม ผลงานรวบรวมวรรณกรรม หนังสือพิมพ์⁴⁵⁴ การจัดทำอัลบั้มรวบรวมเพลงที่เป็นที่นิยมของศิลปิน⁴⁵⁵ ฯลฯ

⁴⁵⁰ 오승종 변호사 저작권TV, "Derivative and Compilation Works under Korean Copyright Law."

⁴⁵¹ Ibid.

⁴⁵² Copyright Act Article 6

⁴⁵³ 오승종 변호사 저작권TV, "Derivative and Compilation Works under Korean Copyright Law."

⁴⁵⁴ Ibid.

⁴⁵⁵ Chung Hwan Choi, "Protection of Artists' Rights under the Korean Copyright Law " *Pacific Rim Law & Policy Journal Association*;

ในการจัดทำผลงานรวบรวมและการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ของผลงานรวบรวมที่แยกออกจากผลงานต้นฉบับนี้ ในกรณีที่เป็นการทำผลงานรวบรวมผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ผลงานรวบรวมนี้อาจจะไม่ส่งผลกระทบต่อลิขสิทธิ์ในผลงานลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมารวบรวม กล่าวคือ แม้ผลงานที่นำมารวบรวมจะหมดอายุความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ก็ไม่กระทบต่อการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของผลงานรวบรวม โดยผลงานรวบรวมนี้อาจไม่ทำให้ลิขสิทธิ์ของผลงานทั้งหมดไปแล้วกลับมาได้รับความคุ้มครอง⁴⁵⁶

(3) ผลงานฐานข้อมูล

ดังที่ปรากฏในนิยามของการรวบรวมของกฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐเกาหลี นอกจากผลงานรวบรวมแล้ว สาธารณรัฐเกาหลียังได้กำหนดถึงผลงานประเภทฐานข้อมูลไว้ในกฎหมายด้วย⁴⁵⁷ ซึ่งผลงานฐานข้อมูลผลงานที่เกิดขึ้นจากการรวบรวมข้อมูลจนเกิดเป็นฐานข้อมูล แต่ไม่ใช่ผลงานรวบรวมที่มีลิขสิทธิ์แต่อย่างใด เนื่องจากไม่มีความสร้างสรรค์เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองในฐานะผลงานรวบรวม ซึ่งผลงานฐานข้อมูลนี้หมายถึง การรวบรวมเนื้อหาที่ได้จัดเรียงอย่างเป็นรูปแบบเพื่อให้บุคคลใดสามารถเข้าถึงหรือสืบค้นได้⁴⁵⁸

ดังนั้น แม้ผลงานฐานข้อมูลจะขาดองค์ประกอบของความคิดสร้างสรรค์ที่เพียงพอต่อการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ แต่กฎหมายก็ได้ให้ความคุ้มครองบางประการแก่ผู้จัดทำฐานข้อมูล คือการกำหนดให้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำ แจกจ่าย เผยแพร่ ส่งข้อมูลฐานข้อมูลนั้นทั้งหมด หรือบางส่วน⁴⁵⁹ โดยฐานข้อมูลนี้มีระยะเวลาในการคุ้มครอง 5 ปี⁴⁶⁰ โดยเงื่อนไขของการเป็นงานข้อมูลที่กฎหมายให้ความคุ้มครองนั้นต้องมีลักษณะเป็นระบบในการจัดเรียงและรวบรวมข้อมูลนั้น ให้สามารถเข้าถึงและสืบค้นได้โดยง่าย⁴⁶¹

อย่างไรก็ดี หากฐานข้อมูลนั้นมีความสร้างสรรค์เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองในฐานะเป็นผลงานรวบรวมแล้ว ผู้จัดทำฐานข้อมูลนั้นย่อมเป็นทั้งผู้มียุติสิทธิ์ในผลงานรวบรวมและมีสิทธิเหนือฐานข้อมูลนั้นด้วย⁴⁶²

⁴⁵⁶ Copyright Act Article 6

⁴⁵⁷ Copyright Act Article 2 (17)

⁴⁵⁸ Copyright Act Article 2 Definitions

"The terms used in this Act shall be defined as follows: ...

19. The term "database" means compilation whose materials are systematically arranged or composed, so that they may be individually accessed or retrieved; ..."

⁴⁵⁹ Copyright Act Article 93

⁴⁶⁰ Copyright Act Article 95

⁴⁶¹ 오승종 변호사 저작권TV, "Derivative and Compilation Works under Korean Copyright Law."

⁴⁶² Ibid.

3.3.5 สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์

เมื่อผู้สร้างสรรค์ผลงานได้สร้างสรรค์ผลงานจนได้รับความคุ้มครองให้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์แล้ว กฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐเกาหลี ได้มีการกำหนดให้สิทธิเด็ดขาดแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการกระทำบางอย่างเหนือผลงานสร้างสรรค์ที่ได้สร้างสรรค์ขึ้น โดยหลักการที่สำคัญเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลีได้นำต้นแบบมาจากประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำ จัดแสดงต่อสาธารณะ เผยแพร่ออกอากาศ จัดแสดงนิทรรศการ แจกจ่าย จัดทำผลงานดัดแปลง โดยสิทธิเหล่านี้สามารถโอนไปยังผู้อื่นได้ และกำหนดให้ผู้ที่กระทำการตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับความยินยอม เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์⁴⁶³ โดยเจ้าของลิขสิทธิ์จะมีสิทธิที่ถูกกำหนดไว้ในกฎหมาย⁴⁶⁴ ดังต่อไปนี้

(1) สิทธิในการทำซ้ำ

การทำซ้ำในกฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลีได้มีการกำหนดนิยามไว้ โดยให้ความหมายถึง การทำให้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์อยู่ในรูปแบบที่แน่นอน (fixation) ไม่ว่าจะเป็นการทำชั่วคราวหรือถาวร ในรูปแบบวัตถุที่มีรูปร่าง หรือโดยการทำสำเนาด้วยวิธีการใด ๆ ก็ตาม เช่น การพิมพ์ การถ่ายภาพ การทำสำเนา การบันทึกเสียงหรือบันทึกภาพ ฯลฯ โดยในกรณีที่เป็นผลงานสถาปัตยกรรมแล้ว การทำซ้ำ หมายรวมถึงการสร้างตามแบบของสถาปัตยกรรมนั้นด้วย⁴⁶⁵

กฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐเกาหลี ได้กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน⁴⁶⁶ ดังนั้น หากเป็นกรณีที่มีผู้อื่นได้ทำซ้ำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาต ย่อมเป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์

การทำซ้ำที่จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลีนั้น ต้องปรากฏว่า เป็นการทำด้วยวิธีใด ๆ เช่น การพิมพ์ หรือการสร้างตามแบบของสถาปัตยกรรม เพื่อให้เกิดการทำซ้ำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นโดยต้องปรากฏว่าผลงานนั้นต้องถูกทำซ้ำให้ออกมาอยู่ในรูปแบบที่แน่นอน (fixation) หาก

⁴⁶³ Illhyung Lee, "Culturally-Based Copyright Systems?: The U.S. And Korea in Conflict " *Washington University Law Review*, 79, 4 (2001): 1133-1136.

⁴⁶⁴ Copyright Act Article 10

⁴⁶⁵ Copyright Act Article 2 Definitions

"The terms used in this Act shall be defined as follows: ...

22. The term "reproduction" means the temporary or permanent fixation of works in a tangible medium or a remaking of works by means of printing, photographing, copying, sound or visual recording, or other means; in cases of architectural structures, it includes carrying out construction of works in accordance with the models or plans for the relevant construction works; ..."

⁴⁶⁶ Copyright Act Article 16

ไม่มีความแน่นอนแล้ว ย่อมไม่นับว่าเป็นการละเมิดสิทธิในการทำซ้ำของเจ้าของลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตามก็มีความแน่นอนนี้อาจเกิดขึ้นอย่างถาวร หรือชั่วคราวก็ได้⁴⁶⁷

การกำหนดเกี่ยวกับการทำซ้ำอย่างชั่วคราว เกิดขึ้นเนื่องจากมีข้อโต้แย้งหรือถกเถียงกันเกี่ยวกับการทำซ้ำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ว่า การทำซ้ำชั่วคราวจะเป็นการทำซ้ำหรือไม่ โดยสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้การทำซ้ำหมายถึงการทำซ้ำชั่วคราวด้วย ซึ่งสหรัฐอเมริกาได้นำหลักการการทำซ้ำชั่วคราวมากำหนดไว้ในข้อตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกาและเกาหลี (US-Korea Free Trade Agreement) (“KORUS”) ในปี 2007⁴⁶⁸ ที่มีผลบังคับใช้ในวันที่ 15 มีนาคม 2012⁴⁶⁹ โดยการมีข้อตกลง KORUS นี้ทำให้บทบัญญัติหลาย ๆ อย่างของสหรัฐอเมริกาที่ใช้ในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ถูกนำมาใช้ในประเทศเกาหลีใต้ อันเป็นการขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ให้กว้างมากยิ่งขึ้น⁴⁷⁰ เช่น ให้ความคุ้มครองแก่ผลงานแสดง และรวมถึงการกำหนดให้การทำซ้ำชั่วคราวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย⁴⁷¹ การกำหนดเช่นนี้เป็นไปเพื่อให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถใช้สิทธิของตนโดยไม่จำเป็นต้องใช้สิทธิผ่านวัตถุที่มีรูปร่าง เช่น แผ่นซีดี แผ่นดีวีดี หรือเทปบันทึก แต่สามารถใช้สิทธิของตนผ่านการเผยแพร่หรือสตรีมผลงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ การยอมรับถึงการทำซ้ำชั่วคราวให้ได้รับความคุ้มครอง ทำให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ครอบคลุมไปถึงการทำซ้ำผ่านการดาวน์โหลดไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ หรือการดูวิดีโอผ่านอินเทอร์เน็ต (video-on-demand) ทำให้ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถได้รับความคุ้มครองแม้ในกรณีที่ไม่มีการทำซ้ำออกมาในรูปแบบของวัตถุที่มีรูปร่าง⁴⁷² ดังนั้น เพื่อรองรับสถานการณ์ที่เทคโนโลยีได้เปลี่ยนแปลงไป กฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐเกาหลีจึงกำหนดให้ทำซ้ำที่จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หมายถึงการทำซ้ำชั่วคราวผ่านหน่วยความจำระยะสั้นของคอมพิวเตอร์ (RAM) ด้วย ทั้งนี้ สาธารณรัฐเกาหลียังได้กำหนดถึงข้อยกเว้นสำหรับการทำซ้ำทางดิจิทัลอย่างชั่วคราวเพื่อการประมวลผลของคอมพิวเตอร์ไว้⁴⁷³ เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เทคโนโลยีได้พัฒนาไปอย่างรวดเร็ว

ดังนั้น การทำซ้ำที่ละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์อาจเกิดขึ้นผ่านการทำซ้ำทางอินเทอร์เน็ตก็ได้ เนื่องจากการทำดังกล่าวย่อมเป็นการทำซ้ำที่มีความแน่นอนชั่วคราวแล้ว

⁴⁶⁷ Copyright Act Article 2(22)

⁴⁶⁸ Suh Jinho, "Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of "Son Dam-Bi" Decision," *Seoul Law Journal* 53: 745.

⁴⁶⁹ International Trade Administration, "U.S. - Korea Free Trade Agreement," [Online] Accessed: 23 May 2023. Available from: <https://www.trade.gov/us-korea-free-trade-agreement>

⁴⁷⁰ Suh Jinho, "Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of "Son Dam-Bi" Decision," *Seoul Law Journal*: 745.

⁴⁷¹ Jee Young Hahn and Byoung Kyu Lee, "Brave New World: Issues and Implications of the New Fair Use Clause in the Korean Copyright Act," *Journal of the Copyright Society of the USA* 63(2016): 538.

⁴⁷² Dae Hee Lee, "Korus Fta and Intellectual Property Protection in Korea " *The Asian Business Lawyer* 11(2010): 18-19.

⁴⁷³ Copyright Act Article 32-2

โดยการทำซ้ำนี้อาจเป็นการทำต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด หรือแต่บางส่วนก็เป็นการทำซ้ำที่ละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์แล้ว⁴⁷⁴ แต่ต้องปรากฏผลงานที่จะละเมิดสิทธิในการทำซ้ำนั้น ต้องมีความคล้ายคลึงกันอย่างนัยสำคัญกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ กล่าวคือ เป็นการนำส่วนสำคัญในงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ด้วย โดยส่วนที่เป็นสาระสำคัญนี้ หมายถึง ส่วนที่เป็นการแสดงออกซึ่งความสร้างสรรค์ของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครอง หลักการเช่นนี้มาจากหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลี ที่ไม่ได้ให้ความคุ้มครองแก่ความคิดแต่เป็นการให้ความคุ้มครองถึงการแสดงออกของผู้สร้างสรรค์⁴⁷⁵ ดังตัวอย่างในคำพิพากษาดังนี้

“... ในการพิจารณาถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ ต้องเป็นการพิจารณาถึงผลงานอันมีลิขสิทธิ์และผลงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์นั้นว่าต้องมีความคล้ายคลึงกันอย่างนัยสำคัญ โดยต้องพิจารณาถึงการแสดงออกซึ่งความสร้างสรรค์ของผลงานนั้น”⁴⁷⁶

นอกจากนี้ ยังมีตัวอย่างการตัดสินในคำพิพากษาของศาลสาธารณรัฐเกาหลี ที่ศาลได้เคยตัดสินว่า การที่โจทก์ได้ทำซ้ำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของจำเลยบางส่วน เนื่องจากโจทก์ได้ถ่ายวิดีโอลูกสาวที่ร้องเพลงอันมีลิขสิทธิ์ของจำเลยบางท่อน และได้นำเข้าระบบออนไลน์ซึ่งวิดีโอ นั้น โดยศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่า การบันทึกวิดีโอของลูกสาวที่ได้อัดเสียงและต้นผลงานอันมีลิขสิทธิ์บนกล้องวิดีโอและการอัปโหลดและบันทึกลงในเซิร์ฟเวอร์เป็นการทำให้งานนั้นอยู่ในรูปแบบสื่อกลางที่แน่นอนแล้ว จึงเป็นการทำซ้ำ โดยการที่ลูกสาวของโจทก์ร้องเพียงท่อนเดียวของเพลง แต่เป็นการร้องเพลงในท่อนสร้อยแล้ว ย่อมเป็นส่วนสำคัญของเพลงอันเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ การจัดทำวิดีโอ นั้นจึงเป็นการละเมิดสิทธิในการทำซ้ำ (ซ้ำคร่าว) ซึ่งเป็นสิทธิเด็ดขาดของจำเลย⁴⁷⁷

จากคำพิพากษานี้ สามารถเห็นได้ว่า ศาลสาธารณรัฐเกาหลี ได้มีการกำหนดเงื่อนไขในการพิจารณาให้ความคุ้มครองสิทธิในการทำซ้ำของเจ้าของลิขสิทธิ์ไว้สามประการ ได้แก่ มีการทำซ้ำด้วยวิธีการใด ๆ เกิดขึ้น ซึ่งในกรณีนี้คือการร้องเพลง ประการที่สองคือการมีความแน่นอน ซึ่งในกรณีนี้คือถ่ายวิดีโอและนำเข้าสู่ระบบอินเทอร์เน็ต และประการสุดท้ายนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์บางส่วนหรือทั้งหมด โดยเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งในกรณีนี้คือการทำซ้ำบางส่วนในท่อนสร้อยที่เป็นสาระสำคัญแล้ว

⁴⁷⁴ Copyright Act Article 2 (22)

⁴⁷⁵ Youm Kyu Ho, "Copyright Law in the Republic of Korea," *UCLA Pacific Basin Law Journal*: 291.

⁴⁷⁶ Yi Chong-suk V. Yi Chae-gil, 90Taka 8845, Taebopwon [Supreme Court] (Oct. 23, 1990), 38(3) Taebopwon Panraejip [Supreme Court Decision] 104 (1993)

⁴⁷⁷ Son Dam-bi Decision: Judgment of Oct. 13, 2010, 2010Na35260 (Seoul High Court.)

(2) สิทธิในการจัดแสดงต่อสาธารณะ

ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการจัดแสดงผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนต่อสาธารณะได้⁴⁷⁸ ซึ่งการจัดแสดงต่อสาธารณะนี้หมายถึง การแสดงผลงานต่อสาธารณะ หรือด้วยการแสดง หรือแผ่นบันทึกเสียง หรือเผยแพร่ ด้วยวิธีการแสดง เล่นดนตรี ร้องเพลง เล่าเรื่อง การกล่าวซ้ำ การเล่นผลงานนั้นอีกด้วยวิธีใดก็ตาม ทั้งนี้ หมายรวมถึงการส่งสัญญาณ (transmission) ที่ทำขึ้นในสถานที่เดียวกันกับที่มีผลงานนั้นอยู่ด้วย ทั้งนี้ ไม่รวมถึงการเผยแพร่ต่อสาธารณะที่ทำในลักษณะการโต้ตอบกัน⁴⁷⁹ เช่น การเปิดเพลงในที่สาธารณะ ซึ่งการเปิดเพลงนี้เป็นสิทธิเด็ดขาดของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ เนื่องจากเป็นสิทธิในการจัดแสดงต่อสาธารณะของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ผู้ที่ประสงค์จะใช้ผลงานดังกล่าว จึงต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์⁴⁸⁰ มิเช่นนั้นจะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

(3) สิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณะ

ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการเผยแพร่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนต่อสาธารณะ⁴⁸¹ การเผยแพร่ต่อสาธารณะหมายถึง การเผยแพร่ผลงาน การแสดง การบันทึกเสียง การถ่ายทอด หรือฐานข้อมูลด้วยวิธีการที่ทำให้ปรากฏสู่สาธารณะด้วยวิธีการอันมีสายหรือไร้สาย เพื่อให้ผู้คนที่สามารถเข้าถึงเนื้อหาเหล่านั้นได้⁴⁸² ทั้งนี้ รวมถึงการถ่ายทอด การเผยแพร่ในลักษณะการโต้ตอบ และการเผยแพร่เสียงทางดิจิทัลด้วย⁴⁸³

การถ่ายทอด หมายถึง การเผยแพร่ภาพ เสียง หรือภาพและเสียงต่อสาธารณะด้วยวิธีการใดที่ทำให้ผู้รับสามารถรับได้ในเวลาเดียวกัน⁴⁸⁴ ผ่านทางโทรทัศน์ หรือดาวเทียม⁴⁸⁵ ซึ่งแตกต่างจากการเผยแพร่ในลักษณะการโต้ตอบ ที่มีลักษณะเป็นการเผยแพร่ต่อสาธารณะด้วยวิธีการที่ผู้ชมในสาธารณะเข้าถึงจากสถานที่และเวลาที่แตกต่างกันตามแต่เวลาที่เลือก⁴⁸⁶ อันหมายรวมถึง การนำเข้าระบบซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือการสตรีมมิงด้วย และการเผยแพร่เสียงดิจิทัลนั้นหมายถึงการเผยแพร่ต่อสาธารณะซึ่งเสียงที่อยู่ในรูปแบบดิจิทัล ที่เมื่อมีบุคคลใดในสาธารณะร้องขอแล้วจะ

⁴⁷⁸ Copyright Act Article 17

⁴⁷⁹ Copyright Act Article 2 (3)

⁴⁸⁰ Kim Dong-uk, "Copyright Issues for Playing Recorded Music in Public," [Online] Accessed: 23 May 2023. Available from: http://www.koreatimes.co.kr/www/opinion/2018/11/726_258476.html

⁴⁸¹ Copyright Act Article 18

⁴⁸² Copyright Act Article 2 (7)

⁴⁸³ Korea Copyright Commission, *Introduction of the Korean Copyright System*, p. 27.

⁴⁸⁴ Copyright Act Article 2(8)

⁴⁸⁵ Korea Copyright Commission, *Introduction of the Korean Copyright System*, p. 28.

⁴⁸⁶ Copyright Act Article 2(10)

สามารถเข้าถึงการเผยแพร่เสียงนั้นทันที โดยการนี้ไม่รวมถึงกรณีที่เป็นการเผยแพร่สู่สาธารณะในลักษณะการโต้ตอบ⁴⁸⁷ ยกตัวอย่างเช่น webcast ฯลฯ⁴⁸⁸

ตัวอย่างกรณีคำพิพากษาของศาลสูงสาธารณรัฐเกาหลีที่ได้ตัดสินว่า โจทก์ได้เผยแพร่ต่อสาธารณะซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของจำเลย โดยศาลในกรณีนี้ได้ตัดสินว่า โจทก์ได้โพสต์วิดีโอลงในเว็บไซต์ Naver โดยไม่ได้จำกัดถึงผู้รับชม ดังนั้นการโพสต์วิดีโอที่ลูกสาวของโจทก์ร้องและต้นเพลงอันมีลิขสิทธิ์ของจำเลยนั้นเป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาดของจำเลยในการเผยแพร่ต่อสาธารณะซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์⁴⁸⁹

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ในคดีนี้ศาลได้ตัดสินว่า โจทก์ได้ละเมิดสิทธิในการทำซ้ำ และเผยแพร่ต่อสาธารณะของจำเลย อันแสดงให้เห็นว่า ในการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น สามารถละเมิดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้มากกว่าหนึ่งชนิดในการกระทำแต่ละครั้ง

(4) สิทธิในการจัดนิทรรศการ

เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการจัดนิทรรศการซึ่งผลงานต้นฉบับอันมีลิขสิทธิ์ หรือสำเนาของผลงานศิลปะ งานสถาปัตยกรรม หรือผลงานภาพถ่ายของตน⁴⁹⁰ อย่างไรก็ตามในกฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลี ไม่ได้กำหนดถึงนิยามของการจัดนิทรรศการไว้แต่อย่างใด แต่ศาลสาธารณรัฐเกาหลีได้เคยวางหลักไว้ว่า การจัดนิทรรศการ หมายถึง การจัดแสดงซึ่งวัตถุที่มีรูปร่าง เช่น ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือสำเนาของผลงานศิลปะ งานสถาปัตยกรรม หรือผลงานภาพถ่าย ต่อสาธารณะ เพื่อให้สาธารณะสามารถเห็นได้⁴⁹¹

(5) สิทธิในการแจกจ่าย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการแจกจ่ายผลงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสำเนาของผลงานของตน⁴⁹² การแจกจ่าย หมายถึง การโอนกรรมสิทธิ์หรือการให้เช่าซึ่งผลงานหรือสำเนาของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวต่อสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นการแจกจ่ายด้วยการมีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม

⁴⁸⁷ Copyright Act Article 2(11)

⁴⁸⁸ Korea Copyright Commission, *Introduction of the Korean Copyright System*, p. 28.

⁴⁸⁹ Son Dam-bi Decision: Judgment of Oct. 13, 2010, 2010Na35260 (Seoul High Court.)

⁴⁹⁰ Copyright Act Article 19

⁴⁹¹ Korea Copyright Commission, *Introduction of the Korean Copyright System*, p. 28.

⁴⁹² Copyright Act Article 20

อย่างไรก็ดี ภายใต้หลักการขายในครั้งแรก สิทธิในการแจกจ่ายจะไม่บังคับใช้ต่อผลงานหรือสำเนาของผลงานที่ถูกแจกจ่ายด้วยวิธีการขาย หรือวิธีการอื่นใดโดยความยินยอมของผู้มีสิทธิแจกจ่าย⁴⁹³

(6) สิทธิในการให้เช่า

เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการให้อนุญาตให้เช่าเพื่อแสวงหากำไรซึ่งผลงานบันทึกเสียง ที่ได้เผยแพร่ต่อสาธารณะแล้ว หรือโปรแกรมที่ได้เผยแพร่ต่อสาธารณะแล้วเพื่อแสวงหากำไร⁴⁹⁴

(7) สิทธิในการทำผลงานดัดแปลง

เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำผลงานดัดแปลงจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน อันหมายถึงการสร้างสรรคผลงานด้วยวิธีการต่าง ๆ จากผลงานอันมีลิขสิทธิ์⁴⁹⁵ ในการให้ความคุ้มครองแก่ผลงานดัดแปลงนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐเกาหลี ได้มีการกำหนดไว้ใน 2 แห่ง ได้แก่ การให้ความคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์ผลงานดัดแปลง ให้เป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในผลงานดัดแปลงนั้น ทั้งนี้ ดังที่กล่าวไว้แล้วในหัวข้อการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของผลงานดัดแปลง⁴⁹⁶ และอีกแห่งหนึ่งคือการให้ความคุ้มครองให้เป็นสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ผลงานต้นฉบับที่จะทำผลงานดัดแปลง

กฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลีได้กำหนดให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการทำผลงานดัดแปลงจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์⁴⁹⁷ ดังนั้น หากมีการดัดแปลงผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตแล้ว ย่อมเป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์ที่เจ้าของลิขสิทธิ์อาจเอาผิดผู้ที่ทำผลงานดัดแปลงจากผลงานของตนโดยไม่ได้รับอนุญาตได้⁴⁹⁸

ทั้งนี้ ในการให้ความคุ้มครองแก่การทำผลงานดัดแปลงนั้น การจะละเมิดลิขสิทธิ์เจ้าของลิขสิทธิ์ที่ถูกนำไปทำผลงานดัดแปลงได้ ต้องปรากฏว่า ต้องมีความคล้ายคลึงกันอย่างมีนัยสำคัญระหว่างผลงานอันมีลิขสิทธิ์และผลงานดัดแปลง ดังตัวอย่างตามคำพิพากษาศาลสาธารณรัฐเกาหลี ในกรณีที่จำเลยได้จัดทำผลงานย่อความจากผลงานวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ โดยจำเลยในคดีนี้ได้จัดทำผลงานย่อความของโจทก์ผ่านอินเทอร์เน็ต ซึ่งศาลได้พิจารณาว่า จำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์ใน

⁴⁹³ Korea Copyright Commission, *Introduction of the Korean Copyright System*, p. 28.

⁴⁹⁴ Copyright Act Article 21

⁴⁹⁵ Copyright Act Article 5

⁴⁹⁶ อ่านเพิ่มเติมในส่วน 3.3.3 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในฐานะผู้ดัดแปลงผลงาน

⁴⁹⁷ Copyright Act Article 22

⁴⁹⁸ Angela Kim, Seoung Soo Lee, and Hyung Ji Kim, "Copyright Litigation in South Korea: Overview," [Online] Accessed: 23 May 2023. Available from: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-010-6175?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-010-6175?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)

การดัดแปลงผลงานของโจทก์ โดยศาลได้วางหลักในการพิจารณาถึงความคล้ายคลึงเพื่อพิจารณาว่า ผลงานใดจะเป็นผลงานดัดแปลง ดังนี้⁴⁹⁹

“มาตรา 5 ของกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของประเทศเกาหลีได้วางหลักว่า ผลงานดัดแปลง หมายถึงผลงานสร้างสรรค์ที่สร้างขึ้นด้วยวิธีการแปล เรียบเรียง ปรับเปลี่ยน ทำให้เป็นบทละคร หรือ ทำให้เป็นภาพยนตร์ และอื่น ๆ ซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้น ผลงานดัดแปลงต้องมีลักษณะที่มีความคล้ายคลึงกันอย่างน้อยสำคัญกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ แม้ว่าจะผ่านการดัดแปลงหรือทำให้เป็นรูปแบบอื่นแล้วก็ตาม ดังนั้น หากเป็นกรณีที่ผลงานดัดแปลงที่ได้ทำการย่อความจากผลงานวรรณกรรมจนเกิดเป็นผลงานใหม่ที่แตกต่างอย่างชัดเจน โดยขาดความคล้ายคลึงที่มีนัยสำคัญระหว่างผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ผลงานประเภทการย่อความนั้นย่อมไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในผลงานดัดแปลงของเจ้าของลิขสิทธิ์

ในการพิจารณาถึงความเหมือนกันอย่างเป็นสาระสำคัญระหว่างผลงานเขียนอันเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์กับผลงานย่อความนั้น ต้องพิจารณาตามปัจจัยดังนี้ ประการแรก พิจารณาถึงผลงานดัดแปลงประเภทย่อความว่า ประกอบไปด้วยภาพรวม โครงสร้าง และเนื้อเรื่องหลักและอื่น ๆ ของผลงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ ประการที่สองพิจารณาถึงการย่อความนั้นว่าเป็นการเลือกประโยคบางส่วนจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือมีการแสดงออกประโยคที่เลือกด้วยวิธีที่ง่ายและสั้นลงหรือไม่ ประการที่สาม พิจารณาถึงจำนวนของผลงานย่อความเมื่อเทียบกับเนื้อหาของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ และประการสุดท้ายพิจารณาว่า ผลงานย่อความนั้นสามารถแทนที่ผลงานต้นฉบับได้หรือไม่ .. ซึ่งเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงในกรณีนี้ผลงานย่อความและแปลความของจำเลยได้มีความคล้ายคลึงกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์อย่างมีนัยสำคัญ จึงเป็นผลงานดัดแปลง จึงเป็นกรณีที่จำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ ...”⁵⁰⁰

จากการตัดสินของศาลสาธารณรัฐเกาหลี แสดงให้เห็นว่า เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความคุ้มครองให้มีสิทธิดัดแปลงผลงานของตนเอง หากมีผู้อื่นนำส่วนสาระสำคัญของผลงานดัดแปลงของเจ้าของลิขสิทธิ์ไปใช้ดัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาตแล้ว ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

⁴⁹⁹ Korea Copyright Commission, 2013 Annual Report on Copyright in Korea, p. 44.

⁵⁰⁰ Supreme Court Decision 2011Do3599 Decided August 22, 2013

(8) สิทธิในการโอน หรืออนุญาตให้ใช้สิทธิทางเศรษฐกิจที่กฎหมายรับรอง

เจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่กฎหมายให้ความรับรองไว้ นั้น สามารถโอนให้แก่ผู้อื่นได้ทั้งหมดหรือแต่เฉพาะบางส่วน⁵⁰¹ นอกจากนี้ ผู้มีสิทธิเด็ดขาดทางเศรษฐกิจที่กฎหมายให้ความรับรองในลิขสิทธิ์ยังสามารถให้ความยินยอมแก่ผู้อื่นในการใช้สิทธิดังกล่าวได้⁵⁰²

3.3.6 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

ดังที่กล่าวไปในหัวข้อสิทธิที่กฎหมายได้คุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ จะเห็นว่า ผู้มีลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการกระทำการต่าง ๆ ที่กฎหมายคุ้มครองต้องงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน หากมีบุคคลอื่นที่ไม่ได้รับความยินยอมได้กระทำการที่กฎหมายคุ้มครองให้เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์แล้ว ย่อมเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม ผู้ที่กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์อาจอ้างหลักกฎหมายบางประการอันเป็นข้อจำกัดสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ โดยหากเข้าข้อยกเว้นแล้ว ย่อมไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ กล่าวคือหากเป็นการใช้งานโดยไม่ได้รับความยินยอมตามลักษณะสิทธิที่ได้รับรองไว้และไม่เข้าข่ายเป็นกรณีที่ใช้งานตามข้อจำกัดสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของลิขสิทธิ์แล้ว ย่อมเป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลี ได้กำหนดถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ทั้งในรูปแบบของบทบัญญัติทั่วไปที่สามารถปรับใช้ได้กับทุกกรณี หรือหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม และข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นกรณีเฉพาะที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ดังนี้

(1) ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ทั่วไป: หลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม

ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลีเดิมไม่มีหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม อันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่กำหนดไว้เป็นการทั่วไป โดยมีเพียงบทบัญญัติการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นกรณีเฉพาะตามการกระทำแต่ละกรณีไว้เท่านั้น ซึ่งบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้นเฉพาะกรณีของสาธารณรัฐเกาหลี สามารถปรับใช้กับกรณีต่าง ๆ ในลักษณะที่แคบ ทำให้เกิดปัญหาในการปรับใช้กับการใช้งานผลงานลิขสิทธิ์ หรือปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในสภาพสังคมดิจิทัลที่มีการพัฒนาเทคโนโลยีต่าง ๆ⁵⁰³ จึงนำมาสู่การปรับแก้ไขกฎหมายข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

⁵⁰¹ Copyright Act Article 45

⁵⁰² Copyright Act Article 46

⁵⁰³ Jee Young Hahn and Byoung Kyu Lee, "Brave New World: Issues and Implications of the New Fair Use Clause in the Korean Copyright Act," *Journal of the Copyright Society of the USA*: 536.

1) เหตุผลแห่งการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป

สืบเนื่องจากศาลสาธารณรัฐเกาหลีได้เคยมีความพยายามปรับใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะที่สามารถปรับใช้ได้อย่างแคบ มาปรับใช้แก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมดิจิทัล ในปี 2010 โดยศาลสาธารณรัฐเกาหลีในคดี Son Dam-bi⁵⁰⁴ ในคดีนี้ เป็นกรณีที่โจทก์ที่ได้เผยแพร่วิดีโอเด็กร้องเพลงและต้นเพลงเกาหลีเพลงหนึ่ง ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์หรือจำเลยในคดีนี้ เคยส่งข้อร้องเรียนไปยังผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตให้นำวิดีโอของโจทก์ออกจากระบบ เนื่องจากวิดีโอดังกล่าวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ผลงานเพลงของจำเลย กล่าวคือ นำผลงานเพลงอันมีลิขสิทธิ์ของจำเลยไปใช้เพื่อทำซ้ำและเผยแพร่โดยไม่ได้รับอนุญาต โจทก์ในคดีนี้จึงฟ้องต่อศาลว่า การใช้งานของโจทก์นั้นเป็นการใช้งานที่ได้รับยกเว้นตามข้อ 28 แห่งกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ อันเป็นข้อยกเว้นเกี่ยวกับการใช้ผลงานที่ถูกเผยแพร่ต่อสาธารณะแล้ว (quotation) อย่างสมเหตุสมผล เพื่อการรายงานข่าว วิชาการวิจารณ์ ศึกษา ทำการค้นคว้าและอื่น ๆ ที่เป็นการใช้งานที่เป็นธรรม (fair practice)⁵⁰⁵

โดยศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่า การกระทำของโจทก์ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย เนื่องจากเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม และจำเลยต้องเสียค่าเสียหายในกรณีการแจ้งนำวิดีโอของโจทก์ออกจากระบบ โดยศาลได้ตัดสินว่า การกระทำของโจทก์เป็นไปตามมาตรา 28 ซึ่งศาลในคดีนี้ได้ให้เหตุผลในการพิจารณาไว้ โดยกล่าวว่า ในการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์อย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม ศาลต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และลักษณะการใช้งาน ลักษณะและธรรมชาติของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้ เนื้อหาและปริมาณในการใช้ วิธีและรูปแบบในการใช้ ความน่าจะเป็นที่จะมาแทนที่ความต้องการในตลาดสำหรับผลงานอันมีลิขสิทธิ์จากมุมมองทั่วไปของผู้ชม ซึ่งเมื่อศาลได้พิจารณาถึงปัจจัยต่าง ๆ ในคดีนี้แล้ว ศาลได้ตัดสินว่า วิดีโอของลูกสาวของโจทก์เป็นเพียงการลอกเลียนแบบการต้นและการร้องของงานอันมีลิขสิทธิ์เท่านั้น และไม่ได้ทำเพื่อจุดประสงค์ในการแสวงหากำไรทางการค้า โดยการต้นและการร้องของเด็กในวิดีโอ นั้น ไม่มีการปรุงแต่งใด ๆ การนำเพลงประมาณ 7-8 ท่อนจากทั้งหมด 74 ท่อนของงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นการนำส่วนของผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้อย่างน้อยที่สุดเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ อีกทั้งจังหวะ อารมณ์ และคำร้องแตกต่างกันอย่างชัดเจนจากผลงานต้นฉบับ และมีผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของจำเลยที่ถูกนำมาใช้เพียง 15 วินาที จากวิดีโอจำนวน 53 วินาที ดังนั้น ผลงานของโจทก์ไม่ได้ให้ความรู้สึกที่แทนที่กับผลงานต้นฉบับ ไม่

⁵⁰⁴ Son Dam-bi Decision: Judgment of Oct. 13, 2010, 2010Na35260 (Seoul High Court.)

⁵⁰⁵ Copyright Act Article 28 (Quotation from Works Made Public) Works already made public may be quoted for news report, criticism, education, research, etc., in compliance with the fair practices within the reasonable extent.

เป็นการทำลายคุณค่าของเพลงต้นฉบับ และโจทก์ได้ระบุถึงแหล่งที่มาของเพลงดังกล่าวด้วยการระบุชื่อของนักร้องเพลงนั้นแล้ว การกระทำของโจทก์จึงสามารถเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 28 ได้⁵⁰⁶

จากสภาพสังคมที่ก้าวเข้าสู่สังคมดิจิทัลและความพยายามในการตีความและปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 28 อันมีลักษณะเป็นการกำหนดให้ยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการเฉพาะให้เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปสามารถปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้ทั่วไป โดยนำคำพิพากษาหรือหลักกฎหมายของต่างประเทศ กล่าวคือ หลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมของสหรัฐอเมริกามาปรับใช้ โดยที่ไม่มีบทบัญญัติทางกฎหมายรองรับ ทำให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์และไม่เห็นด้วยกับการปรับใช้ของศาลสาธารณรัฐเกาหลี⁵⁰⁷ อันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความจำเป็นของสาธารณรัฐเกาหลีที่จะต้องมีการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ว่าด้วยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อกำหนดให้มีหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมอันเป็นข้อยกเว้นทั่วไปในการละเมิดลิขสิทธิ์ เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นสำหรับสถานการณ์ที่มีเทคโนโลยีเกิดขึ้นใหม่และพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว⁵⁰⁸

นอกจากปัญหาการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงของศาลสาธารณรัฐเกาหลีแล้ว อีกปัจจัยหนึ่งที่ทำให้สาธารณรัฐเกาหลีกำหนดให้มีหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมที่เป็นหลักการกว้าง ๆ ในกฎหมายนั้น เป็นผลมาจากการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ภายในประเทศเพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลง KORUS อันเป็นการแก้ไขที่ขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ให้กว้างมากยิ่งขึ้น⁵⁰⁹ ส่งผลให้เป็นการทำให้สมดุลระหว่างผู้เป็นเจ้าของและผู้ใช้งานในระบบกฎหมายลิขสิทธิ์หายไป ดังนั้นจึงต้องมีการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สิทธิหรือความคุ้มครองแก่ผู้ใช้งานมากขึ้น เพื่อให้เกิดความสมดุล โดยการกำหนดหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า KORUS ไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมปรากฏในส่วนเนื้อหาแต่อย่างใด แต่มีหลักการดังกล่าวปรากฏในส่วนของเชิงอรรถ เพื่อยืนยันว่าประเทศทั้งสองสามารถมีข้อยกเว้นสำหรับการใช้ลิขสิทธิ์กรณีการใช้งานอย่างเป็นธรรมได้เท่านั้น⁵¹⁰

จากปัจจัยดังกล่าวทำให้สาธารณรัฐเกาหลี ได้เสนอแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยการเพิ่มหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมอันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะเป็นบทบัญญัติข้อยกเว้นลิขสิทธิ์

⁵⁰⁶ Suh Jinho, "Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of "Son Dam-Bi" Decision," *Seoul Law Journal*: 731-734.

⁵⁰⁷ Ibid., 745.

⁵⁰⁸ Ibid., 742-745.

⁵⁰⁹ Ibid., 745.

⁵¹⁰ Jee Young Hahn and Byoung Kyu Lee, "Brave New World: Issues and Implications of the New Fair Use Clause in the Korean Copyright Act," *Journal of the Copyright Society of the USA*: 538-539.

ที่เป็นการทั่วไปที่สามารถปรับใช้ได้กับข้อเท็จจริงแต่ละกรณีที่เกิดขึ้นได้ ซึ่งการแก้ไขนี้ได้แก้ไขในวันที่ 22 พฤศจิกายน 2011 และได้มีผลบังคับใช้ในวันที่ 15 มีนาคม 2012⁵¹¹

2) หลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมอันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป

จากเหตุผลที่ได้กล่าวไปข้างต้น ทำให้สาธารณรัฐเกาหลีได้มีการปรับแก้กฎหมายเพื่อกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปไว้ในกฎหมาย โดยได้กำหนดไว้ในมาตรา 35-5 (มาตรา 35-3 เดิม)⁵¹² ดังต่อไปนี้

“Article 35-5 (Fair Use of Works)

(1) Except as provided in Articles 23 through 35-4 and 101-3 through 101-5, where a person does not unreasonably undermine an author's legitimate interest without conflicting with the normal exploitation of works, he or she is entitled to use such works.

(2) In determining whether an act of using works falls under paragraph (1), the following matters shall be considered:

- 1. Purposes and characteristics of use;*
- 2. Types and purposes of works;*
- 3. Amount and substantiality of portion used in relation to the whole works;*
- 4. Effect of the use of works on the existing or potential market for the works or current or potential value thereof.”*

“มาตรา 35-5 (การใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์อย่างเป็นธรรม)

(1) เว้นแต่กำหนดไว้ในมาตรา 23 ถึง มาตรา 35-4 และมาตรา 101-3 ถึงมาตรา 101-5 กรณีที่บุคคลใดไม่ได้ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมอย่างไม่สมควรต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ขอด้วยกฎหมาย โดยไม่ขัดต่อการใช้งานอย่างปกติของผลงานนั้น ผู้นั้นสามารถใช้งานนั้นได้

⁵¹¹ Ibid., 535; ibid.

⁵¹² มาตรา 35-3 เดิมมีการกำหนดหลักการใช้งานและปัจจัยที่ต้องคำนึงถึงไว้เช่นเดียวกับมาตรา 35-5 ในปัจจุบัน แต่มาตรา 35-5 มีการตัดถ้อยคำในส่วนของยกตัวอย่างของปัจจัยที่ 1 คือวัตถุประสงค์และลักษณะการใช้งาน ที่กำหนดให้ต้องคำนึงถึงการใช้งานว่า การใช้งานที่เป็นการแสวงหากำไรหรือไม่แสวงหากำไรออก ทั้งนี้ ถ้อยคำตามมาตรา 35-3(2)1. มีดังนี้ “... 1. Purposes and characters of use including whether such use is for or not-for nonprofit; ...” ซึ่งการตัดตัวอย่างการตีความว่าแสวงหากำไรหรือไม่แสวงหากำไรออกนั้น ไม่มีผลกระทบต่อหลักกฎหมายแต่อย่างใด

(2) ในการพิจารณาว่า การใช้ผลงานนั้นเป็นการกระทำที่เป็นไปตามวรรค (1) ต้องพิจารณาจากปัจจัยดังนี้

1. วัตถุประสงค์และลักษณะการใช้งาน
2. ชนิดและวัตถุประสงค์ของผลงานอันมีลิขสิทธิ์
3. จำนวนและความสำคัญของสัดส่วนที่ใช้ต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์
4. ผลที่เกิดจากการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ต่อความเป็นไปได้ทางการตลาดในปัจจุบันและที่อาจเป็นไปได้ หรือมูลค่าของผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น”

บทบัญญัติว่าด้วยหลักการใช้งานอย่างเป็นทางการที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปของสาธารณรัฐเกาหลี เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเดียวกันกับหลักการใช้งานอย่างเป็นทางการของสหรัฐอเมริกา โดยสาธารณรัฐเกาหลี ได้นำบทบัญญัติการใช้งานอย่างเป็นทางการของสหรัฐอเมริกามากำหนดไว้ในกฎหมายของตน เพื่อจะจะสามารถปรับใช้กับสถานการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการที่มีการพัฒนาด้านเทคโนโลยีและการใช้เนื้อหาต่าง ๆ ผ่านระบบดิจิทัล⁵¹³ ที่บทบัญญัติที่เป็นกรณีเฉพาะแบบเดิมไม่อาจใช้บังคับได้⁵¹⁴ ซึ่งบทบัญญัติในมาตรานี้ถูกกำหนดไว้ในหลักว่าด้วยข้อจำกัดการใช้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์⁵¹⁵

อย่างไรก็ดี แม้บทบัญญัตินี้มีขึ้นเพื่อให้ศาลสามารถปรับใช้หรือเป็นส่วนหนึ่งในการร่างกฎหมายเพื่อปรับใช้กับกรณีข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นเป็นรายกรณีไป เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์ของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ และผู้ใช้งานหรือสาธารณประโยชน์ตามแนวทางของสหรัฐอเมริกา แต่มีข้อสังเกตว่า สหรัฐอเมริกาที่เป็นต้นฉบับของหลักกฎหมายหลักการใช้งานอย่างเป็นทางการนี้ เป็นกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ ที่แนวคำพิพากษาของศาลผูกพันเป็นหลักกฎหมาย และมีการสะสมหลักกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้นผ่านคำพิพากษามาอย่างยาวนานแล้ว ต่างกับประเทศสาธารณรัฐเกาหลีที่เป็นระบบซีวิลลอว์ ที่คำพิพากษาไม่มีผลผูกพันเป็นหลักกฎหมาย จึงอาจทำให้มีความไม่แน่นอนในการปรับใช้บทบัญญัตินี้กับสถานการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น⁵¹⁶ อีกทั้งในปัจจุบันยังไม่มีคำพิพากษาของศาลสูงของสาธารณรัฐเกาหลี ในการปรับใช้หลักการใช้งานอย่างเป็นทางการในมาตรานี้แต่อย่างใดจึงไม่อาจ

⁵¹³ Yoonmo sang, Patricia Aufderheide, and Minjeoung Kim, "Fair Use in Practice: South Korean Film Directors' Copyright Understanding," *International Journal of Communication* 15(2021): 931.

⁵¹⁴ Korea Copyright Commission, *2011 Annual Report on Copyright in Korea* (Korea: Ministry of Culture, Sports and Tourism 2011), p. 64.

⁵¹⁵ Copyright Act Article 35-5 SubSection 2 Limitations on Author's Economic Rights

⁵¹⁶ Suh Jinho, "Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of "Son Dam-Bi" Decision," *Seoul Law Journal*: 744-745.

ทราบถึงแนวทางการปรับใช้ของศาลได้⁵¹⁷ แต่ในกรณีนี้มีผู้ศึกษารวบรวมคำพิพากษาของศาลชั้นต้นของสาธารณรัฐเกาหลีในประเด็นการปรับใช้การใช้งานที่เป็นธรรม ปรากฏว่า ศาลมักจะพิจารณาสอดคล้องกันกับหลักการพิจารณาของศาลสหรัฐอเมริกา⁵¹⁸ ทั้งนี้ ในการปรับใช้มาตรา 35-5 มีการเสนอถึงความน่าจะเป็นในการปรับใช้และตีความซึ่งเป็นไปตามแนวทางของสหรัฐอเมริกา รวมถึงข้อสังเกตในการปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าว ดังประเด็นดังต่อไปนี้⁵¹⁹

2.1) ความสัมพันธ์ระหว่างหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมและข้อยกเว้นอื่น ๆ

เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลี ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นการใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ไว้ในมาตราต่าง ๆ เป็นกรณีเฉพาะ ก่อนจะมีการประกาศแก้ไขกฎหมายให้มีหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป ประกอบกับในมาตราแรกของมาตรา 35-5 ได้มีเขียนอ้างอิงถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นกรณีเฉพาะไว้ในกฎหมาย จึงทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่า ศาลจำเป็นต้องปรับใช้มาตรา 35-5 ภายใต้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อื่น ๆ ที่ถูกกำหนดไว้โดยเฉพาะหรือไม่ หรือสามารถใช้มาตรา 35-5 เพียงมาตราเดียว ในฐานะข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป โดยไม่ต้องพิจารณาประกอบกับมาตราอื่น ๆ อันเป็นข้อยกเว้นที่เป็นกรณีเฉพาะ⁵²⁰

ในประเด็นนี้นักกฎหมายได้มีความเห็นและข้อเสนอการตีความบทบัญญัติมาตรา 35-5 ที่ตรงกันว่า มาตรา 35-5 สามารถนำไปปรับใช้และตีความเพื่อปรับใช้กับข้อเท็จจริงต่าง ๆ ในฐานะบทบัญญัติทั่วไปของกฎหมายลิขสิทธิ์ได้ โดยไม่ต้องพิจารณาควบคู่กับมาตราอื่น ๆ หรืออยู่ภายใต้ข้อยกเว้นกรณีเฉพาะอื่น ๆ แต่อย่างใด เนื่องจากหากมีการตีความมาตรานี้ว่า ต้องใช้ประกอบกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกรณีเฉพาะอื่น ๆ แล้ว ย่อมทำให้การปรับใช้มาตรา 35-5 เป็นไปอย่างจำกัด และไม่อาจคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้งานเพื่อให้เกิดความสมดุลกับสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีการให้ความคุ้มครองเพิ่มมากขึ้นเนื่องจากข้อตกลง KORUS ได้⁵²¹

⁵¹⁷ Lee Il-Ho, "Fair Use under Korean Copyright Law - an Analysis of Case Law -," *Copyright Quarterly* 141(2023): 187.

⁵¹⁸ "초록 키워드," [Online] Accessed: 25 May 2023. Available from: <https://www.dbpia.co.kr/journal/articleDetail?nodeId=NODE08328990>

⁵¹⁹ Suh Jinho, "Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of "Son Dam-Bi" Decision," *Seoul Law Journal*: 750.

⁵²⁰ Jee Young Hahn and Byoung Kyu Lee, "Brave New World: Issues and Implications of the New Fair Use Clause in the Korean Copyright Act," *Journal of the Copyright Society of the USA*: 544.

⁵²¹ Ibid.

2.2) การตีความตามปัจจัย: วัตถุประสงค์และลักษณะการใช้งาน

แต่เดิมที่หลักการใช้งานอย่างเป็นทางการเป็นธรรมถูกกำหนดไว้ในมาตรา 35-3 ก่อนจะมีการแก้ไขให้หลักการใช้งานอย่างเป็นทางการเป็นธรรมให้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 35-5 นั้น มีการยกตัวอย่างถึงลักษณะของวัตถุประสงค์หรือลักษณะการใช้งานที่ต้องนำมาพิจารณาว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมหรือไม่ คือ ให้พิจารณาถึงลักษณะการใช้งานว่า เป็นการใช้งานเพื่อแสวงหากำไรหรือไม่แสวงหากำไร⁵²² ซึ่งการกำหนดเช่นนี้ใช้ถ้อยคำเช่นเดียวกันกับที่กำหนดไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์สหรัฐอเมริกา⁵²³ แม้มีการแก้ไขกฎหมายให้นำบทบัญญัติในส่วนที่เป็นกรยกตัวอย่างให้พิจารณาถึงวัตถุประสงค์การใช้งานว่าเป็นการแสวงหากำไรหรือไม่ออกไปนั้น ก็ได้เป็นการเปลี่ยนหลักการของมาตรา 35-5 ให้มีการแตกต่างกับมาตรา 35-3 แต่อย่างไร⁵²⁴

ในการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และลักษณะการใช้งานนี้ เป็นการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์การใช้งานว่าเป็นการใช้งานที่แสวงหากำไรหรือไม่แสวงหากำไร ทั้งนี้ ไม่จำเป็นต้องเป็นวัตถุประสงค์การใช้งานที่ไม่แสวงหากำไรเพื่อจะได้รับความคุ้มครองให้เป็นการใช้งานที่เป็นธรรม แต่หากเป็นการใช้งานเพื่อวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรแล้ว การใช้งานที่สามารถใช้ได้จะแคบกว่า หรือมีโอกาสนี้เป็นการใช้งานที่เป็นธรรมได้ยากกว่าการใช้งานเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่แสวงหากำไร⁵²⁵ เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์มุ่งให้ความคุ้มครองให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนเพื่อแสวงหารายได้มิให้ถูกระทบมากเกินสมควร ดังนั้น การใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้ใช้งานที่มีฝีมืออาชีพที่มีดีมีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร ย่อมเป็นเหตุผลที่สามารถให้ความคุ้มครองให้เป็นการใช้งานที่เป็นธรรมได้⁵²⁶ โดยมีข้อสังเกตว่า ศาลได้พิจารณาถึงปัจจัยการแสวงหากำไรหรือไม่แสวงหากำไรในคดี Son Dam-bi เพื่อเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมด้วย⁵²⁷ อันเป็นคดีที่นำมาสู่การแก้ไขกฎหมายมาตรา 35-5 ด้วย

ทั้งนี้ มีนักกฎหมายสาธารณรัฐเกาหลีตั้งข้อสังเกตว่า การพิจารณาถึงปัจจัยวัตถุประสงค์และลักษณะการใช้งานในฐานะที่เป็นปัจจัยที่สำคัญที่สุด โดยการใช้งานที่เป็นธรรมนั้นมักจะเป็นการใช้งานที่ไม่ได้เป็นไปเพื่อการแสวงหากำไร และมีแนวโน้มว่าลักษณะการตีความเช่นนี้จะถูกนำมาใช้เพื่อ

⁵²² Copyright Act Article 35-3(2)1. เดิม “... 1. Purposes and characters of use including whether such use is for or not-for nonprofit; ...”

⁵²³ 17 U.S. Code §107 อ่านเพิ่มเติมใน 3.1.6 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ของสหรัฐอเมริกา

⁵²⁴ The Seoul Central District Court sentenced on May 29, 2020 to 2019 No2573

⁵²⁵ The Seoul Central District Court sentenced on January 14, 2022, 2021Gahap512773

⁵²⁶ Suh Jinho, "Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of "Son Dam-Bi" Decision," *Seoul Law Journal*: 750.

⁵²⁷ Son Dam-bi Decision: Judgment of Oct. 13, 2010, 2010Na35260 (Seoul High Court.)

พิจารณากับข้อเท็จจริงต่าง ๆ ต่อไป อันอาจทำให้ขอบเขตการปรับใช้งานของหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมนี้มีลักษณะที่แคบลงกว่าบทบัญญัติที่กำหนดไว้⁵²⁸

อย่างไรก็ดี มีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า ในปัจจุบันที่สภาพสังคมและเทคโนโลยีที่พัฒนา ทำให้ผลงานต่าง ๆ สามารถเข้าถึงผู้ชมได้ทั่วโลกผ่านอินเทอร์เน็ต ซึ่งในบางกรณีผู้ใช้งานอาจได้รับค่าตอบแทนบางอย่างจากการที่มีผู้เข้าชม โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลงานประเภท UDC สามารถเข้าถึงผู้ชมได้ง่าย และแพร่หลายทั่วโลกผ่านระบบอินเทอร์เน็ต แม้ผู้จัดทำ UDC จะมีได้ประสงค์จะให้ผลงานดังกล่าวเป็นที่นิยมและมีผู้คนสนใจเป็นอย่างมากก็ตาม ดังนั้น การใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่จะจัดว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมหรือไม่นั้น ไม่อาจพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในภายหลังเกี่ยวกับการแสวงหากำไรของผลงานที่ถูกสร้างขึ้นใหม่ แต่ควรเป็นการพิจารณาจากลักษณะและวัตถุประสงค์การใช้งานในขณะที่ทำว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรหรือไม่⁵²⁹

ในการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และลักษณะการใช้งาน นอกจากการพิจารณาว่าการใช้งานนั้นเป็นการใช้งานเพื่อแสวงหากำไรหรือไม่ ศาลสามารถพิจารณาถึงสิ่งอื่น ๆ หรือวัตถุประสงค์การใช้ในด้านอื่น ๆ ได้ โดยอาจต้องพิจารณาถึงว่า ผลงานที่นำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ ได้สร้างผลกระทบหรือแรงจูงใจกับผู้ชมได้เหมือนกันกับผลงานต้นฉบับหรือไม่ หากเป็นกรณีที่เหมาะสมแล้ว อาจเป็นกรณีที่ผู้ใช้งานอาศัยประโยชน์จากความเป็นที่รู้จักของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นต้นฉบับที่อาจถูกพิจารณาว่าการใช้งานนั้นเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรมได้ ซึ่งมีลักษณะเดียวกันกับการพิจารณาว่าการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์มีลักษณะเป็นการทำให้เกิดผลงานแปลงรูปหรือไม่ (transformative) ดังนั้นการแปลงรูปผลงานจึงเป็นมาตรฐานของวัตถุประสงค์และลักษณะการใช้งานอีกข้อหนึ่งในการพิจารณา⁵³⁰ ซึ่งหลักการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์ว่าเป็นผลงานที่แปลงรูปหรือไม่นั้น เป็นหลักการที่ศาลสูงของสาธารณรัฐเกาหลีในคดี Son Dam-bi⁵³¹ นำมาใช้เช่นเดียวกัน ซึ่งศาลในคดีนี้ได้พิจารณาว่า วิดีโอที่มีส่วนหนึ่งของเพลงอันมีลิขสิทธิ์ของจำเลยที่ถูกร้องโดยเด็กผู้หญิง ในลักษณะที่ไม่มีการปรุงแต่ง จังหวะ อารมณ์และคำร้องนั้นมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจนจากผลงานต้นฉบับ การใช้งานนี้จึงไม่ทำให้ผู้ชมเกิดความรู้สึกเดียวกันกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ กล่าวคือ เด็กผู้หญิงที่ร้องเพลงในวิดีโอนี้ให้ความรู้สึกน่ารักแก่ผู้ชม ในขณะที่ผลงานต้นฉบับให้ความรู้สึกที่ตื่นเต้น และก่อให้เกิดแรงบันดาลใจทางด้านดนตรีต่อผู้ชม จึงเป็นปัจจัยอีกปัจจัยหนึ่งที่ใช้ในการตัดสินถึงการใช้งานว่า เป็นการใช้งานที่เป็นธรรมหรือไม่เช่นเดียวกัน กล่าวคือ การใช้งานจะไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร แต่หากไม่มีลักษณะที่เป็น

⁵²⁸ Jee Young Hahn and Byoung Kyu Lee, "Brave New World: Issues and Implications of the New Fair Use Clause in the Korean Copyright Act," *Journal of the Copyright Society of the USA*: 545.

⁵²⁹ Suh Jinho, "Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of "Son Dam-Bi" Decision," *Seoul Law Journal*: 751.

⁵³⁰ Ibid.

⁵³¹ Son Dam-bi Decision: Judgment of Oct. 13, 2010, 2010Na35260 (Seoul High Court.)

ผลงานแปลงรูปแล้ว อาจถูกพิจารณาได้ว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ในขณะที่การสร้างผลงานบางประเภท เช่น ผลงานล้อเลียน แม้จะมีการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์อาจเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมได้ เนื่องจากมีความเป็นผลงานแปลงรูป⁵³²

อย่างไรก็ดี ในประเด็นการตีความนี้ ศาลสูงสาธารณรัฐเกาหลี ยังไม่เคยมีการตีความในประเด็นดังกล่าวแต่อย่างใด จึงต้องรอคำพิพากษาของศาลเพื่อสร้างบรรทัดฐานในการตีความต่อไป ทั้งนี้ มีนักกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลีเสนอแนวทางการตีความของศาลว่า ศาลควรนำปัจจัยความแปลงรูปของผลงานเช่นดังสหรัฐอเมริกาเป็นแนวทางในการปรับใช้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการสร้างสมดุลระหว่างการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์กับการแสดงออกของผู้ใช้งานด้วย⁵³³ ซึ่งการเสนอแนวทางการตีความนี้สอดคล้องกับความพยายามปรับใช้หลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมของศาลสูงสาธารณรัฐเกาหลีในคดี Son Dam-bi ที่นำมาสู่การแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์

2.3) การตีความตามปัจจัย: ชนิดและวัตถุประสงค์ของผลงานอันมีลิขสิทธิ์

การพิจารณาถึงลักษณะและวัตถุประสงค์ของผลงานอันมีลิขสิทธิ์นี้ เป็นหลักการที่สาธารณรัฐเกาหลีได้นำเอาหลักของสหรัฐอเมริกามากำหนดไว้ในกฎหมายดังที่กล่าวข้างต้น จึงเป็นการพิจารณาถึงลักษณะหรือธรรมชาติของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยมีผู้เสนอว่า ให้พิจารณาว่าผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้นั้น มีลักษณะเป็นผลงานที่มีลักษณะหรือชนิดของผลงานเป็นข้อเท็จจริง หรือผลงานที่ใช้ความสร้างสรรค์สูง ซึ่งหากเป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ชนิดที่เป็นข้อเท็จจริงแล้ว ย่อมสามารถพิจารณาได้ว่า มีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมมากกว่าเมื่อเทียบกับผลงานที่มีลักษณะสร้างสรรค์⁵³⁴ เนื่องจากชนิดของผลงานข้อเท็จจริงนั้นสามารถถูกใช้ในการแสดงออกในวิธีการที่คล้ายกันได้จากหลายคน และเป็นความจำเป็นหรือมีวัตถุประสงค์ที่ต้องการเผยแพร่ข้อมูลให้แก่สาธารณะ⁵³⁵

นอกจากการพิจารณาว่า ผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเป็นผลงานที่เป็นข้อเท็จจริงหรือผลงานสร้างสรรค์ แล้วยังต้องคำนึงถึงว่าผลงานนั้นเป็นผลงานที่ได้รับการเผยแพร่ต่อสาธารณะแล้วหรือไม่ โดยศาลสหรัฐอเมริกาได้เคยพิจารณาว่า ลักษณะของผลงานที่ยังไม่ได้รับการเผยแพร่นั้นเป็นปัจจัยหนึ่งแต่ไม่ใช่ปัจจัยเดียวในการพิจารณาถึงหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม⁵³⁶ โดยมีข้อสังเกตว่า ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลี มักจะมีการกำหนดผลงานลิขสิทธิ์ที่จะนำมาใช้นั้น

⁵³² Suh Jinho, "Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of "Son Dam-Bi" Decision," *Seoul Law Journal*: 751.

⁵³³ Ryu Shi-Won, "Transformative Use under Test in Andy Warhol Foundation V. Goldsmith," *Copyright Quarterly* 140(2022): 46.

⁵³⁴ อ่านเพิ่มเติมใน 3.1.6 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ของสหรัฐอเมริกา

⁵³⁵ Suh Jinho, "Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of "Son Dam-Bi" Decision," *Seoul Law Journal*: 753.

⁵³⁶ อ่านเพิ่มเติมใน 3.1.6 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ของสหรัฐอเมริกา

ต้องมีการเผยแพร่ต่อสาธารณะแล้วเท่านั้น เช่น การใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนตัวในครอบครัวที่ต้องนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้เผยแพร่แล้วมาใช้เท่านั้น⁵³⁷ การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้เผยแพร่ต่อสาธารณะแล้วเพื่อวัตถุประสงค์ในการจัดทำเพื่อคนพิการด้านสายตา⁵³⁸ ฯลฯ ดังนั้น จากลักษณะทางกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลีได้แสดงให้เห็นถึงความน่าจะเป็นในการตีความของศาลว่า อาจนำไปจัดจายว่าผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ ได้เผยแพร่ต่อสาธารณะแล้วหรือไม่ ในการพิจารณาถึงปัจจัยนี้ อย่างไรก็ตามก็ดี ลักษณะและธรรมชาติของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในคดี Son Dam-bi นั้นศาลมิได้มุ่งเน้นถึงการพิจารณาถึงปัจจัยนี้แต่อย่างใด⁵³⁹

2.4) การตีความตามปัจจัย: จำนวนและความสำคัญของสัดส่วนที่ใช้ต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์

จากลักษณะของบทบัญญัตินี้ของสาธารณรัฐเกาหลีได้เป็นการกำหนดให้พิจารณาถึงจำนวนและความสำคัญของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้เมื่อเทียบกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งการกำหนดเช่นนี้ ทำให้เกิดความชัดเจนว่า เป็นการพิจารณาถึงจำนวนและความสำคัญของสัดส่วนที่ใช้ต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์เท่านั้น ต่างจากถ้อยคำของการตีความของศาลสูงสาธารณรัฐเกาหลีเดิมก่อนมีการแก้ไขกฎหมายที่ศาลได้พิจารณาถึงเนื้อหาและจำนวนของผลงานที่นำมาใช้⁵⁴⁰ กล่าวคือ การตีความของศาลสูงสาธารณรัฐเกาหลีในคดี Son Dam-bi ก่อนที่จะมีการแก้ไขกฎหมายในข้อนี้ ได้ตัดสินโดยพิจารณาถึงทั้ง 2 มุมมอง คือการพิจารณาว่าเป็นการใช้ผลงานเพลงอันมีลิขสิทธิ์เพียง 7-8 ท่อน เมื่อเทียบกับ 74 ท่อนของเพลงดังกล่าว การพิจารณานี้เป็นการพิจารณาถึงจำนวนและความสำคัญของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกใช้เมื่อเทียบกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ในขณะที่ศาลยังพิจารณาอีกว่า วิดีโอดังกล่าวประกอบด้วยเสียงของผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพียง 15 วินาที จาก 53 วินาที อันเป็นการพิจารณาถึงจำนวนและความสำคัญของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกใช้เมื่อเทียบกับผลงานที่สร้างขึ้นใหม่⁵⁴¹

ทั้งนี้ การพิจารณาถึงจำนวนและความสำคัญของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกใช้เมื่อเทียบกับผลงานที่สร้างขึ้นใหม่นี้อาจเป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาลักษณะการใช้งานที่แปลงรูปในปัจจุบันแรกเนื่องจากหากยังประกอบด้วยสัดส่วนผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้มากแล้วย่อมแสดงให้เห็นว่าผลงาน

⁵³⁷ Copyright Act Article 30 (Reproduction for Private Use) "It shall be permissible for a user to reproduce in private, without any commercial purposes, a work already made public, within the limit of personal, family or the equivalent use: Provided, That this shall not apply to the case of reproductions by a duplicating equipment prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism, such as photocopying equipment, scanners, and cameras installed for use by the general public"

⁵³⁸ Copyright Act Article 33 (1) (Reproduction for the Visually Impaired) "(1) It shall be permissible to reproduce the works already made public in braille, and distribute them for the visually impaired, etc. ..."

⁵³⁹ Suh Jinho, "Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of "Son Dam-Bi" Decision," *Seoul Law Journal*: 753-754.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, 754.

⁵⁴¹ *Ibid.*, 755.

นั้นมีลักษณะที่แปลงรูปน้อย แต่หากผลงานที่ใช้เป็นส่วนน้อยของผลงานที่สร้างขึ้นแล้ว ย่อมแสดงให้เห็นได้ว่าการใช้งานนั้นมีลักษณะที่แปลงรูป ที่ให้ความรู้สึกแก่ผู้ชมที่แตกต่างกันระหว่างผลงานต้นฉบับกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ จึงกล่าวได้ว่า สัดส่วนของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้กับผลงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นใหม่ได้ถูกนำมาพิจารณาแล้ว⁵⁴²

2.5) การตีความตามปัจจัย: ผลที่เกิดจากการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ต่อความเป็นไปได้ทางการตลาดในปัจจุบันและที่อาจเป็นไปได้ หรือมูลค่าของผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น

การพิจารณาในข้อนี้เป็นการพิจารณาถึงผลกระทบต่อตลาดของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นจากการใช้งาน การใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์โดยปราศจากความยินยอมของเจ้าของลิขสิทธิ์ในบางกรณีนั้นเนื่องจากการใช้งานนั้นไม่ก่อให้เกิดผลเสียต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ หากการใช้งานใดพราะประโยชน์ที่เจ้าของลิขสิทธิ์ควรจะได้รับจากการมีลิขสิทธิ์แล้ว ย่อมเป็นการทำให้ระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องสิทธิเด็ดขาดของผู้สร้างสรรค์ผลงาน จึงอาจเป็นปัจจัยสำคัญในการตีความว่าการใช้งานนั้นเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมหรือไม่ โดยพิจารณาว่าผลงานนั้นได้แข่งขันในตลาดเดียวกันกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือมีผู้ชมหรือตลาดเป็นของตัวเอง⁵⁴³

ในการพิจารณาถึงความเป็นไปได้ทางการตลาดและมูลค่าของผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ต้องพิจารณาในลักษณะที่หมายรวมถึงความเป็นไปได้ทางการตลาดในอนาคตของผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นด้วย หากเจ้าของลิขสิทธิ์ได้มีแผนว่าจะมีการจัดทำผลงานอื่นจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นในตลาดอื่น อาจจะได้แสดงให้เห็นได้ว่ามีความเป็นไปได้ในการแสวงหาประโยชน์จากตลาดนั้น ซึ่งได้รับความคุ้มครองจากการละเมิดลิขสิทธิ์ นอกจากนี้การใช้ประโยชน์โดยทั่วไปที่สามารถคาดหมายได้ต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในตลาดใหม่ ก็ถือว่าเป็นความเป็นไปได้ในการตลาดของผลงานอันมีลิขสิทธิ์เช่นเดียวกัน เช่น ผู้มีลิขสิทธิ์การถ่ายทอดรายการฟุตบอล อาจรวมภาพที่เป็นส่วนสำคัญของเกมนั้น ๆ มาเผยแพร่อีกครั้งได้ การทำเช่นนี้ย่อมเป็นการใช้งานปกติที่อาจคาดหมายได้⁵⁴⁴ ดังนั้นหากเป็นการใช้งานที่มีลักษณะก่อให้เกิดผลเสียต่อตลาดของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตแล้ว ย่อมเป็นการใช้งานที่อาจไม่เป็นธรรมได้ ตามนัยการตีความของบทบัญญัติของสหรัฐอเมริกาอันเป็นต้นแบบของกฎหมายข้อนี้ของสาธารณรัฐเกาหลี

⁵⁴² Ibid.

⁵⁴³ Ibid., 756.

⁵⁴⁴ Ibid.

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า หากผลงานที่จัดทำขึ้น หรือนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้ มีลักษณะที่เป็นผลงานแปลงรูปแล้ว ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อตลาดของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่น้อยลงตามไปด้วย⁵⁴⁵

ทั้งนี้ แม้กฎหมายสาธารณรัฐเกาหลีได้มีการแก้ไขบทบัญญัติโดยนำบทบัญญัติของสหรัฐอเมริกา มาบัญญัติไว้ในกฎหมาย แทนการพยายามปรับใช้มาตรา 28 อันเป็นหลักการเกี่ยวกับการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เนื่องจากการอ้างอิงผลงานอันมีลิขสิทธิ์⁵⁴⁶ ให้เป็นหลักทั่วไปตามแนวคำพิพากษาของสหรัฐอเมริกาแล้ว แต่ก็ยังขาดแนวคำพิพากษาที่แน่นอน ในการปรับใช้หรือตีความว่า ศาลสาธารณรัฐเกาหลีจะปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวอย่างไร

นอกจากนี้ จากการทำการสำรวจเกี่ยวกับการใช้งานหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมจากผู้กำกับภาพยนตร์ของสาธารณรัฐเกาหลีจำนวน 100 คน ปรากฏว่า ผู้กำกับภาพยนตร์ในฐานะเจ้าของลิขสิทธิ์ผลงานของสาธารณรัฐเกาหลีร้อยละ 84 ไม่ทราบถึงหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม และร้อยละ 71 ไม่แน่ใจถึงการใช้งานหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม และแม้มีความเข้าใจที่ไม่ชัดเจนหรือไม่ถูกต้องเกี่ยวกับหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม โดยมีเพียงร้อยละ 9 ที่เข้าใจหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม เมื่อเปรียบเทียบกับผู้กำกับภาพยนตร์ในสหรัฐอเมริกาจะพบว่า ร้อยละ 93 นั้นคุ้นชินกับหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม และร้อยละ 70 มีความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม เมื่อเทียบกับสหรัฐอเมริกาที่มีมุมมองว่า การใช้งานในลักษณะดังกล่าวเป็นการใช้งานที่สามารถใช้ได้ตามหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมถึงร้อยละ 93 ประกอบกับผู้เข้าร่วมการสำรวจในแบบสำรวจดังกล่าวของสาธารณรัฐเกาหลียังลงความเห็นที่ ครมมีตัวอย่างที่ชัดเจนกว่านี้ว่า การใช้งานใดจะเป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม⁵⁴⁷ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า แม้มีการนำกฎหมายของสหรัฐอเมริกา มากำหนดไว้แล้ว สภาพสังคมหรือความเข้าใจในการใช้กฎหมายของผู้มีส่วนได้เสียของสาธารณรัฐเกาหลียังมีไม่มากนัก

(2) ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เฉพาะกรณี

นอกจากข้อยกเว้นที่เป็นหลักทั่วไปของการใช้งานอย่างเป็นธรรมที่ประเทศเกาหลีได้ได้นำหลักการในกฎหมายสหรัฐอเมริกา มากำหนดไว้แล้ว สาธารณรัฐเกาหลียังคงไว้ซึ่งบทบัญญัติว่าด้วยข้อยกเว้นลิขสิทธิ์ที่เป็นกรณีเฉพาะไว้ในกฎหมายด้วย เช่น การทำซ้ำเพื่อประโยชน์ในการดำเนิน

⁵⁴⁵ Ibid.

⁵⁴⁶ Jee Young Hahn and Byoung Kyu Lee, "Brave New World: Issues and Implications of the New Fair Use Clause in the Korean Copyright Act," *Journal of the Copyright Society of the USA*: 546-547.

⁵⁴⁷ Yoonmo sang, Patricia Aufderheide, and Minjeoung Kim, "Fair Use in Practice: South Korean Film Directors' Copyright Understanding," *International Journal of Communication*: 934-935.

กระบวนการพิจารณา⁵⁴⁸ การใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อการศึกษา⁵⁴⁹ การทำเพื่อการรายงานข่าว⁵⁵⁰ การอ้างอิงถึงผลงานที่ได้เผยแพร่สู่สาธารณะเพื่อวัตถุประสงค์การรายงานข่าว ดิจิทัล ศึกษา ค้นคว้า หรืออื่น ๆ ด้วยวิธีการใช้งานอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล⁵⁵¹ ที่ศาลสาธารณรัฐเกาหลีเคยนำมาปรับใช้อย่างกว้างขวางตามหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมของสหรัฐอเมริกา ก่อนมีการแก้กฎหมายให้มีหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมที่มีลักษณะเป็นกรณีทั่วไปตามแนวทางของสหรัฐอเมริกาในมาตรา 35-5⁵⁵² การทำซ้ำเพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้ส่วนตัว⁵⁵³ การทำซ้ำเพื่อผู้พิการด้านสายตา⁵⁵⁴ หรือการได้ยิน⁵⁵⁵ การทำซ้ำชั่วคราวเพื่อใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ผ่านทางคอมพิวเตอร์เพื่อวัตถุประสงค์เพิ่มความเสถียรและประสิทธิภาพของการประมวลผลข้อมูล⁵⁵⁶ เป็นต้น ซึ่งหากเข้าตามหลักเกณฑ์ข้อยกเว้นเป็นการเฉพาะแล้วก็ย่อมได้รับความคุ้มครองให้การใช้งานไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

3.3.7 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

สาธารณรัฐเกาหลีได้มีการกำหนดข้อยกเว้นสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในกรณีที่ได้ดำเนินการตามขั้นตอนและเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ดังนั้นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจึงไม่ต้องรับผิดชอบในการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้บริการหากมีการดำเนินการตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้แล้ว ซึ่งการกำหนดเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตนี้เกิดขึ้นจากการที่สาธารณรัฐเกาหลีได้ทำข้อตกลงการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกา (KORUS) อันทำให้ต้องดำเนินการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ เพื่อให้มีมาตรฐานที่สูงขึ้น โดยมีการมุ่งเน้นแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ภายใต้สังคมดิจิทัลที่กำลังเกิดขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับข้อตกลงใน KORUS⁵⁵⁷

การแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ที่เกิดจากข้อตกลง KORUS เป็นการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในระดับที่สูงขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป อันอาจส่งผลต่อการละเมิดลิขสิทธิ์ที่สามารถทำได้ง่ายขึ้นผ่านอินเทอร์เน็ต เช่น การกำหนดการทำซ้ำข้อมูลชั่วคราวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือการเพิ่มมาตรฐานการจัดการข้อมูลในรูปแบบดิจิทัลเพื่อจะได้อาจสามารถตรวจสอบถึง

⁵⁴⁸ Copyright Act Article 23

⁵⁴⁹ Copyright Act Article 25

⁵⁵⁰ Copyright Act Article 26

⁵⁵¹ Copyright Act Article 28

⁵⁵² Son Dam-bi Decision: Judgment of Oct. 13, 2010, 2010Na35260 (Seoul High Court.)

⁵⁵³ Copyright Act Article 30

⁵⁵⁴ Copyright Act Article 33

⁵⁵⁵ Copyright Act Article 37

⁵⁵⁶ Copyright Act Article e 35-2

⁵⁵⁷ Dae-Hee Lee, "Fta and Copyright Protection in Korea," [Online] Accessed: 16 May 2023. Available from:

<https://lawexplores.com/fta-and-copyright-protection-in-korea/>

จำนวนสำเนาดิจิทัลที่ถูกทำขึ้น และกำหนดหน้าที่บางประการให้แก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต และกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตด้วย⁵⁵⁸ สาเหตุของการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตนี้เป็นไปเพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นในสังคมที่อินเทอร์เน็ตสามารถทำให้ผลงานแพร่หลายอย่างรวดเร็ว โดยมีการกำหนดหน้าที่และข้อจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยสหรัฐอเมริกาได้มีหลักการดังกล่าวนี้เช่นเดียวกันในกฎหมาย DMCA ของสหรัฐอเมริกา⁵⁵⁹ ซึ่งมีหลักการที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการทำ UDC ดังต่อไปนี้

(1) นิยามและประเภทของผู้ให้บริการ

กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของเกาหลีใต้ให้นิยามของผู้ให้บริการออนไลน์ หรือผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Online Service Providers) ไว้ให้หมายถึงบุคคลผู้ส่งข้อมูล จัดทำเส้นทาง หรือจัดให้มีการเชื่อมต่อกันซึ่งผลงานหรือเนื้อหาต่าง ๆ ที่เลือกโดยผู้ใช้งานที่ประสงค์จะให้ส่งข้อมูลเหล่านั้น ผ่านระบบเครือข่ายสื่อสารและการให้ข้อมูลตามที่อยู่งานเลือก โดยไม่ได้ทำการดัดแปลงเนื้อหาที่ส่ง นอกจากนี้ ยังหมายถึงผู้ให้บริการที่จัดทำบริการที่ให้ผู้ใช้งานสามารถเข้าถึงข้อมูลหรือเครือข่ายการสื่อสาร ทำซ้ำ หรือส่งข้อมูลตามคำร้องขอ ผ่านเครือข่ายการสื่อสารและการให้ข้อมูล หรือผู้ที่จัดทำบริการเพื่อจัดให้มีความสะดวกในการกระทำการดังกล่าว⁵⁶⁰

จากนิยามผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต กฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลี ได้กำหนดเกี่ยวกับประเภทของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือผู้ให้บริการออนไลน์ ไว้เป็น 4 ประเภท ดังต่อไปนี้

ประเภทแรก ผู้ให้บริการเป็นสื่อกลางส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่นผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ (mere conduit) คือเป็นผู้ให้บริการส่งผ่านข้อมูลผลงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือสิ่งอื่นใด หรือจัดช่องทาง หรือการเชื่อมต่อ โดยไม่ได้ดัดแปลงเนื้อหา หรือเป็นการดำเนินการอย่างอัตโนมัติ เพื่อเป็นตัวกลางส่งผ่านข้อมูล หรือดำเนินการเก็บข้อมูลใด ๆ ชั่วคราว เพื่อความจำเป็นในการส่งข้อมูลนั้น⁵⁶¹

⁵⁵⁸ Ibid.

⁵⁵⁹ Office of the United States Trade Representative, "Intellectual Property Rights in the U.S.-South Korea Trade Agreement," [Online]. Available from: <https://ustr.gov/uskoreaFTA/IPR>

⁵⁶⁰ Copyright Act Article 2 30.

⁵⁶¹ Copyright Act Article 102 1.

ประเภทที่สอง ผู้ให้บริการเก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นการชั่วคราว (caching) อันหมายถึง ผู้ให้บริการการเก็บข้อมูลที่จะส่งข้อมูลเมื่อมีคำสั่งจากผู้ใช้งานโดยอัตโนมัติในฐานะตัวกลาง หรือทำการชั่วคราว เพื่อให้ผู้ใช้งานจะสามารถเข้าถึงผลงานนั้นได้สะดวกและรวดเร็วขึ้น⁵⁶²

ประเภทที่สาม ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ (hosting) อันหมายถึง ผู้เก็บข้อมูลใดไว้ในคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการตามคำขอของผู้ทำผลิตซ้ำหรือผู้ส่งข้อมูลตามคำร้องขอ⁵⁶³ เช่น YouTube ฯลฯ ซึ่งเป็นผู้ให้บริการประเภทที่มีความสำคัญกับการทำ UDC เนื่องจากเนื้อหา UDC ที่ผู้ใช้งานทำนั้น มักจะถูกเก็บอยู่ในระบบของผู้รับฝากข้อมูล

ประเภทที่สี่ ผู้ให้บริการสืบค้นข้อมูล (search engine) อันหมายถึงผู้ให้บริการที่ทำให้ผู้ใช้งานสามารถทราบถึงแหล่งที่อยู่ของเนื้อหาต่าง ๆ ของข้อมูลและการสื่อสารทางเครือข่ายเน็ตเวิร์กผ่านเครื่องมือค้นหาข้อมูล⁵⁶⁴

จากผู้ให้บริการทั้ง 4 ประเภท ประเภทที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับผลงาน UDC คือ ประเภทผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ (hosting) เนื่องจากผู้ให้บริการเหล่านี้ ทำหน้าที่เป็นพื้นที่ที่ผู้ทำ UDC จะนำผลงานของตนเข้าระบบเพื่อให้ผู้ชมสามารถเข้าถึงเนื้อหาได้ ดังนั้น แม้กฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐเกาหลี จะกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อกำหนดหน้าที่แก่ผู้ให้บริการทั้ง 4 ประเภทที่แตกต่างกันออกไป แต่ในส่วนนี้จะกล่าวถึงเพียงข้อยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เกี่ยวข้องโดยตรงเท่านั้น

(2) ข้อยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์

แม้จะมีข้อมูลที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์อยู่ในระบบของผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ เนื่องจากการให้บริการของผู้ให้บริการ หากได้มีการทำตามเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้น โดยการกำหนดเช่นนี้เป็นไปเพื่อส่งเสริมให้ผู้ให้บริการมีความร่วมมือในการจัดการกับเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์ และป้องกันไม่ให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแสวงหาประโยชน์จากผลงานละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นในระบบอินเทอร์เน็ต⁵⁶⁵ โดยกฎหมายได้กำหนดให้ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ ทำตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้⁵⁶⁶

⁵⁶² Copyright Act Article 102 2.

⁵⁶³ Copyright Act Article 102 3.

⁵⁶⁴ Copyright Act Article 102 3.

⁵⁶⁵ Korea Copyright Commission, *Introduction of the Korean Copyright System*, p. 61.

⁵⁶⁶ Copyright Act Article 102

ประการแรก ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องไม่มีส่วนริเริ่มในการส่งผลงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ หรือมิได้คัดเลือกถึงเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์ หรือคัดเลือกผู้รับส่งเนื้อหาดังกล่าว การกำหนดเช่นนี้เป็น การกำหนดให้ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ต้องมีได้มีส่วนรู้เห็นเกี่ยวกับเนื้อหาที่ละเมิด ลิขสิทธิ์ โดยต้องมีใช้ผู้เผยแพร่ หรือคัดเลือกเนื้อหานั้นเอง ทั้งนี้ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่มีหน้าที่ที่ จะต้องตรวจหาการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นในระบบการให้บริการของตนแต่อย่างใด

ประการที่สอง ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องรับมาตรการหรือนโยบายที่สมเหตุสมผลเพื่อ ยกเลิกการให้บริการแก่ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตของตนที่กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ซ้ำ ๆ และ ดำเนินการตามนโยบายนั้น

ประการที่สาม ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องอำนวยความสะดวกและไม่ขัดขวางมาตรการทาง เทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ใช้เพื่อป้องกันมิให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ในผลงานของตน หรือที่ใช้เพื่อ ระบุถึงผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน การกำหนดเช่นนี้เป็นการยืนยันว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องมีได้ มีส่วนรู้เห็นเกี่ยวกับเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์

ประการที่สี่ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องไม่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากการ กระทำอันละเมิดลิขสิทธิ์นั้นในกรณีที่ ผู้ให้บริการมีสิทธิและมีความสามารถในการควบคุมการกระทำ ละเมิดลิขสิทธิ์นั้น

ประการที่ห้า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องระงับการส่งข้อมูลตามคำร้องขอของผู้ใช้บริการ ทันทีที่ได้รับทราบถึงข้อเท็จจริงว่า เนื้อหานั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือตระหนักถึงข้อเท็จจริงหรือ สถานการณ์การละเมิดลิขสิทธิ์เมื่อได้รับแจ้งถึงการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น อันเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการ Notice and Takedown

ประการที่หก ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องระบุหรือกำหนดผู้รับสำหรับการแจ้งคำขอให้ระงับ การเข้าถึงหรือระงับการส่งข้อมูลตามคำร้องขอนั้น อันเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการ Notice and Take down เช่นเดียวกัน

จากหน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในประการที่ห้าและหก จะเห็นว่าสาธารณรัฐเกาหลีได้ มีการกำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทนี้ต้องมีมาตรการ Notice and Takedown ซึ่งจะ กล่าวในลำดับถัดไป

มาตรการ Notice and Takedown

กฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐเกาหลีมีการกำหนดมาตรการ Notice and Takedown ซึ่งมี หลักการเดียวกันกับมาตรการ Notice and Takedown ของสหรัฐอเมริกา เพื่อกำหนดให้ผู้ให้บริการ

อินเทอร์เน็ตเข้ามามีบทบาทช่วยระงับการส่งข้อมูลที่ถูกระบุว่าละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ชั่วคราว เพื่อปกป้องสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์ โดยผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ก็ต้องมีมาตรการดังกล่าว เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองไม่ให้อันตรายต่อสิทธิอันละเมิดลิขสิทธิ์อยู่ในระบบที่ผู้ให้บริการนั้นให้บริการด้วย โดยเป็นมาตรการที่ให้ผู้อ้างว่าเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ส่งคำร้องเรียนหรือคำขอไปยังผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ที่มีเนื้อหาอันละเมิดลิขสิทธิ์ของตนอยู่ให้ระงับการส่งข้อมูลนั้นได้ โดยมีลักษณะและหลักการดังนี้

(3) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่ต้องระงับการส่งข้อมูลโดยทันทีเมื่อมีการร้องขอ

ในกรณีที่บุคคลใดที่อ้างว่าผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนถูกละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจากการทำซ้ำหรือการส่งข้อมูลตามคำร้องขอผ่านระบบการให้บริการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ผู้ร้องเรียน) สามารถร้องขอต่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต โดยจัดทำข้อมูลให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทราบถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ สามารถร้องขอให้ระงับการทำซ้ำหรือการส่งข้อมูลที่ถูกระบุว่าละเมิดลิขสิทธิ์ได้⁵⁶⁷

เมื่อได้รับคำร้องขอดังกล่าวแล้ว ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องดำเนินการระงับการทำซ้ำหรือการส่งข้อมูลที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยทันที (immediately) และต้องดำเนินการแจ้งต่อผู้ร้องเรียนถึงการระงับการเข้าถึงเนื้อหาตามที่ร้องเรียนนั้น รวมถึงต้องแจ้งไปยังผู้ใช้งานที่ถูกระงับการเข้าถึงว่าได้ทำซ้ำหรือส่งข้อมูลที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นทราบ⁵⁶⁸

ทั้งนี้ ผู้ที่ร้องขอให้ระงับการเข้าถึงหรือการทำซ้ำหรือการส่งข้อมูลตามคำขอ โดยไม่มีอำนาจทางกฎหมายจำต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการระงับการส่งข้อมูลดังกล่าว การกำหนดเช่นนี้เป็นการป้องกันมิให้มีการกลั่นแกล้งกันขึ้น⁵⁶⁹

(4) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่ต้องคืนการส่งข้อมูลเมื่อมีการร้องขอนั้นหากได้รับแจ้งจากผู้ถูกกล่าวหาว่า ดำเนินการละเมิดลิขสิทธิ์ (counter notice)

หากเป็นกรณีที่ผู้ส่งข้อมูลหรือผู้ทำซ้ำข้อมูลที่ได้รับคำร้องจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่อ้างว่าตนได้ดำเนินการละเมิดลิขสิทธิ์ ได้แสดงให้เห็นถึงข้อเท็จจริงว่า การกระทำของผู้นั้นได้ทำลงไปโดยมีอำนาจทางกฎหมาย และร้องขอให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตนำเนื้อหาที่ถูกระบุว่าละเมิดลิขสิทธิ์กลับมาให้สามารถทำซ้ำ หรือส่งข้อมูลตามคำขอได้ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องมีหน้าที่แจ้งต่อผู้ร้องเรียนถึง

⁵⁶⁷ Copyright Act Article 103 (1)

⁵⁶⁸ Copyright Act Article 103 (2)

⁵⁶⁹ Copyright Act Article 103 (6)

คำขอให้กลับมาทำซ้ำหรือส่งข้อมูลนั้นได้ โดยไม่ซ้ำซ้ำ พร้อมเนื้อหาที่ระบุถึงวันที่จะนำเนื้อหาดังกล่าวกลับมา และดำเนินการนำเนื้อหาที่ถูกระงับนั้นกลับเข้าสู่ระบบในวันดังกล่าว⁵⁷⁰

ทั้งนี้ หากเป็นกรณีที่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ร้องเรียนได้ฟ้องต่อศาลถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ในการทำซ้ำหรือส่งข้อมูลตามคำขอของผู้ใช้งานคนนั้น และแจ้งให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้วผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องระงับเนื้อหาดังกล่าวต่อไป⁵⁷¹

จากข้อกำหนดนี้แสดงให้เห็นว่า สาธารณรัฐเกาหลีได้มีการกำหนดให้มีมาตรการ counter notice สำหรับผู้ที่ถูกอ้างว่าได้กระทำการอันละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว อย่างไรก็ตามหากผู้ที่ร้องขอให้คืนการทำซ้ำหรือการส่งข้อมูลตามคำขอโดยไม่มีอำนาจทางกฎหมายจำต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเรียกคืนการทำซ้ำหรือส่งข้อมูลดังกล่าว⁵⁷²

(5) การประกาศให้ทราบถึงการระงับ และการคืนการส่งข้อมูล และข้อยกเว้นการรับผิดชอบในการทำดังกล่าว

กรณีที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ประกาศหรือแจ้งต่อสาธารณะเพื่อให้ผู้ใช้บริการทราบโดยง่าย ถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับบุคคลที่ร้องขอให้มีการระงับข้อมูล หรือให้คืนการระงับข้อมูลที่ถูกระงับว่าละเมิดลิขสิทธิ์หรือมีอำนาจในการกระทำตามแต่ละกรณี และได้ดำเนินการระงับการเข้าถึง หรือคืนการเข้าถึงผลงานนั้น ๆ ผู้ให้บริการที่ได้แจ้งแก่ผู้รับแจ้งตามแต่ละกรณีแล้ว ไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้น หรือไม่ต้องรับผิดชอบต่อสิทธิที่ได้รับความคุ้มครอง และไม่ต้องรับผิดชอบเกี่ยวกับค่าเสียหายที่เกิดขึ้น⁵⁷³

ทั้งนี้ ไม่รวมถึงความรับผิดที่เกิดขึ้นภายหลังจากเวลาที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทราบถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นเพราะการทำซ้ำหรือส่งข้อมูลตามคำร้องขอของผู้ใช้งานก่อนถึงระยะเวลาที่ถูกร้องขอให้ระงับการเข้าถึงข้อมูล⁵⁷⁴ กล่าวคือ หากผู้ให้บริการได้ทราบอยู่แล้วถึงการละเมิดลิขสิทธิ์แต่ไม่ได้ดำเนินการนำข้อมูลดังกล่าวออกจากระบบ ย่อมต้องรับผิดชอบในกรณีดังกล่าว

⁵⁷⁰ Copyright Act Article 103 (3)

⁵⁷¹ Copyright Act Article 103 (3)

⁵⁷² Copyright Act Article 103 (6)

⁵⁷³ Copyright Act Article 103 (4) (5)

⁵⁷⁴ Copyright Act Article 103 (5)

บทที่ 4

เปรียบเทียบกฎหมายและวิเคราะห์

ในปัจจุบันมีการทำ UGC อย่างแพร่หลาย ซึ่งประเภท UGC ที่นิยมคือผลงานสร้างสรรค์ ผลงานโดยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือรวบรวมผลงานของผู้อื่น หรือ UDC ซึ่งผลงานประเภทนี้ เป็นกรณี ที่ผู้ใช้งานได้นำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นที่มีอยู่ มาใช้เพื่อดัดแปลงเป็นผลงานของตน และเผยแพร่ ลงในแพลตฟอร์มผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต่าง ๆ เช่น YouTube หรือ TikTok ฯลฯ ซึ่งเป็น UGC ใน ประเภทที่ผู้ศึกษามุ่งศึกษา

ในการทำ UDC นี้มีผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องโดยหลักแบ่งออกเป็นสามฝ่าย อันได้แก่ ผู้เป็นเจ้าของ ลิขสิทธิ์ที่ถูกลำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนมาทำซ้ำ ดัดแปลง รวบรวมจนเกิดเป็น UDC ผู้ให้บริการ อินเทอร์เน็ต ผู้เป็นเจ้าของแพลตฟอร์มที่มีผู้ใช้งานนำเนื้อหา UDC เข้าสู่ระบบ และผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ปลายทางสุดท้าย คือ ผู้ใช้งาน หรือผู้ทำ UDC อันหมายถึงผู้ที่นำเนื้อหาหรือผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมา ทำ UDC ซึ่งการทำนี้ส่วนมากจะเป็นการทำโดยไม่ได้รับอนุญาต นอกจากสามฝ่ายนี้แล้วยังมีผู้ชม ผลงาน UDC ที่อาจต้องรับผิดชอบผู้ทำผลงาน UDC นั้นได้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ แล้วผู้ชมได้ เผยแพร่หรือส่งต่อเนื้อหาดังกล่าวโดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย¹ แต่ในการศึกษานี้จะ มุ่งเน้นศึกษาจากสามฝ่ายผู้มีส่วนเกี่ยวข้องเป็นสำคัญ ทั้งนี้ ผู้ศึกษาจะขอยกตัวอย่างการทำ UDC ที่ สามารถเห็นได้อย่างแพร่หลายในปัจจุบัน โดยแบ่งตามประเภทความสร้างสรรค์ ดังนี้

ตัวอย่างที่ 1 ผลงานเพลงล้อเลียน หรือเพลง parody คือ การที่ผู้ทำ UDC ได้นำผลงานอันมี ลิขสิทธิ์ของผู้อื่น คือผลงานเพลง มาใช้เพื่อสร้างผลงานเลียนแบบ เพื่อให้เกิดความขำขัน โดยนำเพลง นั้นมาดัดแปลงเพื่อทำให้ผลงานล้อเลียนมีการแสดงออกเชิงมุกตลก หรือเสียดสี²

¹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 31

² IP Thailand, "ภาพ/คลิปล้อเลียน(parody) ผิดกฎหมายไหม" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 28 พฤษภาคม 2566. แหล่งที่มา: <https://www.ip-thailand.com/%E0%B8%A5%E0%B8%B4%E0%B8%82%E0%B8%AA%E0%B8%B4%E0%B8%97%E0%B8%98%E0%B8%B4%E0%B9%8C/parody/#:~:text=Parody%20%E0%B8%84%E0%B8%B7%E0%B8%AD%20%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%AA%E0%B8%A3%E0%B9%89%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%9C%E0%B8%A5,%E0%B8%87%E0%B8%B2%E0%B8%99%E0%B8%A5%E0%B8%B4%E0%B8%82%E0%B8%AA%E0%B8%B4%E0%B8%97%E0%B8%98%E0%B8%B4%E0%B9%8C%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B9%80%E0%B8%A0%E0%B8%97%E0%B9%83%E0%B8%94%E0%B8%81%E0%B9%87%E0%B9%84%E0%B8%94%E0%B9%89>

ตัวอย่างที่ 2 ผลงานวิดีโอรวบรวมเพลง วิดีโอประเภทนี้สามารถพบเห็นได้ทั่วไปใน YouTube โดยวิดีโอเหล่านี้จะมีลักษณะการนำเพลงต่าง ๆ มารวมกันไว้เป็นวิดีโอวิดีโอเดียว เช่น ผลงานรวมเพลงฮิต ผลงานรวมเพลงรัก ที่มักจะมีความยาวกว่าเพลงปกติ ฯลฯ

ตัวอย่างที่ 3 ผลงานวิดีโอการเต้นและขับปากร้องตามเพลง ที่ได้เผยแพร่ลงอินเทอร์เน็ต โดยมีลักษณะเป็นวิดีโอที่สั้น ๆ ที่สามารถพบเห็นได้อย่างแพร่หลายในแพลตฟอร์มต่าง ๆ เช่น TikTok หรือ YouTube Reel ฯลฯ ซึ่ง UDC เหล่านี้เป็นที่นิยมมากในปัจจุบัน

ตัวอย่างที่ 4 ผลงานวิดีโอบันทึกการเล่นเกม อันเป็นกรณีที่ผู้ทำ UDC ได้ถ่ายวิดีโอขณะที่ตนได้เล่นเกมไว้ โดยวิดีโอประเภทนี้ส่วนมากแล้ว ผู้ทำจะมีการให้ความเห็น มีการแสดงออกซึ่งปฏิสัมพันธ์ระหว่างผู้ทำและเกมที่เล่น หรือในบางครั้งอาจมีลักษณะเป็นการสอนเทคนิคต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์ในการเล่น เกม หรือเป็นการทำเพื่อล้อเลียน หรืออาจเป็นการบันทึกวิดีโอโดยที่ไม่มีการให้ความเห็นเลยก็ได้

ตัวอย่างที่ 5 ผลงานแฟนอาร์ต อันหมายถึงการที่ผู้ทำ UDC นั้นได้แสดงออกด้วยการวาดรูปตัวการ์ตูนที่มีลิขสิทธิ์ โดยแฟนอาร์ตส่วนมากจะเป็นการวาดรูปตัวละครหรือตัวการ์ตูนนั้นให้ออกมาในแนวทางการวาดของผู้ทำแฟนอาร์ต แต่ในบางกรณีก็เป็นการทำให้ออกมาคล้ายคลึงกันกับผลงานต้นฉบับ

ตัวอย่างที่ 6 ผลงานแฟนฟิคชัน อันเป็นการที่ผู้ทำ UDC ได้แต่งเนื้อเรื่องหรือแต่งนิยาย โดยมีการนำตัวละคร เหตุการณ์ ฉากของเรื่องของผลงานนวนิยายของผู้อื่นอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ และได้เผยแพร่ผลงานลงบนเว็บไซต์ เช่น <https://archiveofourown.org/>

กฎหมายลิขสิทธิ์เป็นกฎหมายหนึ่งที่เข้ามาเกี่ยวข้องให้ควบคุมหรือจัดการกับสถานการณ์การทำ UDC โดยได้เข้ามาจัดสรรทำให้เกิดความสมดุลเพื่อรักษาประโยชน์ของทั้งฝ่ายผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ฝ่ายผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ฝ่ายผู้ทำผลงาน UDC ทั้งนี้ จากการศึกษากฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยและต่างประเทศ อันได้แก่ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลี สามารถวิเคราะห์การให้ควบคุมรวมถึงปัญหาการให้ควบคุมบุคคลผู้มีส่วนได้เสียแต่ละฝ่ายได้ดังต่อไปนี้

4.1 ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์

ผู้มีส่วนได้เสียในการทำ UDC กลุ่มแรกคือ ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ที่ได้สร้างสรรค์ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้น ซึ่งผลงานนั้นถูกผู้ทำ UDC นำไปใช้ทำซ้ำหรือดัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ได้มุ่งให้ควบคุมให้ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำการบางอย่าง

ตามที่ระบุไว้ในกฎหมาย กฎหมายลิขสิทธิ์จึงได้เข้ามามีบทบาทในการคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในสถานการณ์ที่ถูกลำผลงานไปทำ UDC โดยสามารถแบ่งเป็นประเด็นวิเคราะห์ถึงแนวทางการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้สร้างสรรค์ได้เป็นสองประเด็นหลัก ได้แก่ การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ และสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการทำซ้ำและดัดแปลง

4.1.1 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์

กฎหมายลิขสิทธิ์ได้กำหนดบุคคลที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองให้เป็นเจ้าของหรือให้ได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย สหรัฐอเมริกา แคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลี ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะหรือหลักการเป็นไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือ มุ่งให้ความคุ้มครองแก่ผู้ที่ได้แสดงออกซึ่งความสร้างสรรค์ ให้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในฐานะเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้น ผู้สร้างสรรค์ผลงานที่เป็นไปตามเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดแล้วย่อมได้รับความคุ้มครองให้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ให้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวเหนือผลงานสร้างสรรค์ตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น หากผู้ทำ UDC นำผลงานสร้างสรรค์นั้นไปใช้ตามสิทธิที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตแล้วย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ ผู้ที่จะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ตามหลักกฎหมายไทย สหรัฐอเมริกา แคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลี สามารถปรากฏให้เห็นได้ดังตารางต่อไปนี้

ตารางที่ 1 เปรียบเทียบการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ผลงาน

| เรื่อง/ประเทศ | | ไทย | สหรัฐอเมริกา | แคนาดา | สาธารณรัฐเกาหลี |
|---------------------|--|-----------|--------------|---|-----------------|
| มีความคิดสร้างสรรค์ | ใช้ความสามารถ แรงงาน และ วิจารณ์ญาณ | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ |
| | เกิดจากความริเริ่มของผู้สร้างสรรค์เอง โดยไม่คัดลอกจากผู้อื่น | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ |
| | มีระดับความสร้างสรรค์เป็น อย่างน้อย | ไม่แน่ชัด | ✓ | ไม่จำเป็นต้องมีระดับความสร้างสรรค์ แต่ การตัดสินใจที่ | ✓ |

| | | | | | |
|---------------------------------|--|---|---|--|--|
| | | | | ใช้ในการ สร้างสรรค์ ผลงานนั้นต้อง ไม่ใช่เป็นเพียง การตัดสินใจ เพียงเล็กน้อยที่ มีลักษณะเป็น การทำขึ้น ทำ ขึ้นตามกลไก หรือเพื่อการใช้ งานเท่านั้น | |
| | มีการ แสดงออกซึ่ง ความคิด | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ |
| มีการแสดงออก | มีลักษณะ แน่นอน (fixation) ถาวรเพียง พอที่จะได้รับ ทำซ้ำ หรือ สื่อสารใน รูปแบบอื่นใดที่ ยาวนานกว่า ระยะเวลาที่ส่ง | - | ✓ | ✓ | - |
| เป็นประเภทตามที่ กฎหมายกำหนด | 1. วรรณกรรม 2. นาฏกรรม 3. ศิลปกรรม 4. ดนตรีกรรม | 1. วรรณกรรม 2. ดนตรีกรรม 3. ละครใบ้และ ท่าเต้น | 1. วรรณกรรม 2. ดนตรีกรรม 3. ละครใบ้และ ท่าเต้น | 1. วรรณกรรม 2. ละคร 3. ดนตรี 4. ศิลปะ | 1. วรรณกรรม 2. ดนตรีกรรม 3. ละคร 4. ศิลปะ 5. สถาปัตยกรรม |

| | | | |
|--|---|--|---|
| <p>5. โสตทัศนวัสดุ</p> <p>6. ภาพยนตร์</p> <p>7. สิ่งบันทึกเสียง</p> <p>8. งานแพร่เสียงแพร่ภาพ</p> <p>9. งานอื่น ๆ ในแผนกวรรณคดี</p> <p>แผนกวิทยาศาสตร์</p> <p>และศิลปะ</p> | <p>4. ภาพวาด</p> <p>กราฟิก และ</p> <p>แกะสลัก</p> <p>5. ภาพยนตร์และงาน</p> <p>โสตทัศนวัสดุอื่น</p> <p>6. สิ่งบันทึกเสียง</p> <p>7. งานสถาปัตยกรรม</p> | | <p>6. ภาพถ่าย</p> <p>7. ภาพยนตร์</p> <p>8. แผนภาพ</p> <p>9. โปรแกรมคอมพิวเตอร์</p> <p>10. งานอื่น ๆ</p> |
|--|---|--|---|

จากตารางดังกล่าวจะเห็นได้ว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย และทั้ง 3 ประเทศมุ่งให้ความสำคัญคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์ที่ได้แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ ตามประเภทที่กฎหมายกำหนดในทันทีโดยไม่ต้องจดทะเบียนแต่อย่างใด ซึ่งแม้จะมีความแตกต่างกันในรายละเอียดด้านต่าง ๆ แต่เงื่อนไขหลักในการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ก็เหมือนกัน ดังสามารถวิเคราะห์ได้ถึงความเหมือนและต่าง และผลกระทบต่อการให้ความคุ้มครองผู้สร้างสรรค์ผลงานที่ถูกนำผลงานไปทำ UDC ดังนี้

ประการแรก ผู้ที่จะได้รับความคุ้มครองให้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ผลงานใดนั้นทุกประเทศได้กำหนดว่า ต้องมีความสร้างสรรค์ กล่าวคือต้องสร้างผลงานนั้นด้วยการลงมือ ใช้ความสามารถ แรงงาน และวิจรรย์ญาณในการจัดทำผลงานนั้นด้วยตนเอง โดยมีได้คัดลอกมาจากผู้อื่น ทั้งนี้ ไม่จำเป็นต้องเป็นผลงานที่ใหม่อย่างที่ไม่มีใครสร้างสรรค์ขึ้นมา ก่อน อย่างไรก็ตาม ในประเด็นเงื่อนไขความคิดสร้างสรรค์นี้ มีข้อสังเกตว่า การตีความของไทยในบางครั้งไม่ได้กำหนดหรือตีความให้ผู้สร้างสรรค์ต้องมีระดับความคิดสร้างสรรค์เป็นอย่างน้อยเพื่อให้ได้รับความคุ้มครอง³ ต่างจากสหรัฐอเมริกา หรือสาธารณรัฐเกาหลี ที่วางหลักว่า การลงมือ ใช้ความสามารถ วิจรรย์ญาณโดยไม่คัดลอกจากผู้อื่น อย่างเดียวจะไม่เพียงพอในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แต่ต้องมีการใช้ระดับความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองด้วย คือต้องมีความแตกต่างจากสิ่งที่มีอยู่โดยทั่วไปด้วย ในขณะที่แนวการพิจารณาถึงความสร้างสรรค์ของแคนาดาได้วางหลักว่า ไม่จำเป็นต้องเป็นผลงานที่มีระดับความ

³ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 973/2551 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13535/2557 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1265/2563 ฯลฯ

สร้างสรรค์เป็นอย่างน้อย แต่ในการทำผลงานนั้นต้องมีการตัดสินใจที่ไม่ใช่การตัดสินใจเพียงเล็กน้อยที่มีลักษณะเป็นการทำขึ้น ทำขึ้นตามกลไก หรือเพื่อการใช้งานเท่านั้น อันทำให้หลักความสร้างสรรค์ของแคนาดาอยู่ระหว่างการพิจารณาถึงระดับความสร้างสรรค์อย่างเล็กน้อย ตามที่กำหนดไว้ในสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี และแนวทางของประเทศไทยในบางกรณีที่กำหนดให้ผู้สร้างสรรค์ที่ได้ลงมือ ใช้ความสามารถ แรงงาน และวิจารณญาณในการตัดสินใจได้รับความคุ้มครองให้เป็นผลงานที่มีความสร้างสรรค์ ซึ่งหากตีความตามแนวนี้แล้วผู้สร้างสรรค์ในไทย มีโอกาสได้รับความคุ้มครองให้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ง่ายกว่าอีกทั้งสามประเทศ แต่คำพิพากษาศาลฎีกาของไทยในบางคดี ก็มีการนำหลักความสร้างสรรค์เป็นอย่างน้อยมาใช้เป็นเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ด้วยเช่นกัน⁴ อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาถึงผู้สร้างสรรค์ที่ถูกนำผลงานของตนไปทำ UDC แล้ว ผลงานที่มักถูกนำไปทำเป็น UDC มักมีระดับความสร้างสรรค์ที่สูงกว่าระดับความสร้างสรรค์เป็นอย่างน้อยอยู่แล้ว ข้อแตกต่างซึ่งเกื้อหนุนในการตีความความสร้างสรรค์นี้ จึงไม่มีผลกระทบต่อการให้ความคุ้มครองผู้สร้างสรรค์ในฐานะเจ้าของลิขสิทธิ์แต่อย่างใด ดังที่ปรากฏตามตัวอย่างผลงานที่ถูกนำไปทำ UDC ดังนี้

ตัวอย่างกรณีผลงานเพลงล้อเลียน ผลงานวิดีโอรวมเพลง ผลงาน UDC และการทำวิดีโอเต้นหรือขยับปากร้องเพลงเหล่านี้ มีการนำผลงานเพลงอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้ซึ่งผลงานเพลงผู้ประพันธ์ย่อมมีการเลือกสรร ใช้แรงงานในการตัดสินใจว่าจะสร้างสรรค์ทำนองเพลงออกมาในรูปแบบใด ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้สร้างสรรค์เพลงที่ถูกนำไปทำผลงาน UDC นี้ได้มีการลงมือ ใช้ความสามารถ แรงงาน และวิจารณญาณ และมีระดับความสร้างสรรค์เป็นอย่างน้อยแล้ว นอกจากนี้ ทำเต้นที่อาจถูกนำมาเต้นตามหรือดัดแปลงเพื่อทำ UDC ย่อมเป็นการที่ผู้คิดได้ใช้ความสามารถ แรงงาน และวิจารณญาณ และมีระดับความสร้างสรรค์เป็นอย่างน้อยอันเป็นมาตรฐานที่สูงกว่าการตัดสินใจที่ต้องไม่ใช่การตัดสินใจเล็กน้อยแล้วว่าจะขยับตัวหรือออกแบบท่าเต้นเช่นไร จึงกล่าวได้ว่าแม้จะมีมาตรฐานที่แตกต่างกันในเงื่อนไขสร้างสรรค์ ก็ไม่มีผลกระทบต่อผลงานที่ถูกนำไปทำ UDC ประเภทนี้

ตัวอย่างกรณีผลงานวิดีโอบันทึกการเล่น เกม กรณีนี้ผลงานที่ถูกนำมาทำ UDC คือผลงานเกม ซึ่งในการสร้างเกมขึ้นมานั้น ผู้สร้างย่อมต้องออกแบบว่าจะให้มีภาพ หรือเสียงอย่างไร ให้เกิดอะไรขึ้นในแต่ละลำดับขั้นตอนการเล่น และเขียนโปรแกรมเพื่อให้แสดงผลซึ่งภาพของเกมนั้น จึงกล่าวได้ว่าการใช้ความสามารถ แรงงาน และวิจารณญาณ และมีระดับความสร้างสรรค์เป็นอย่างน้อยในการตัดสินใจนำเสนอเหตุการณ์ต่าง ๆ ในเกมแล้ว จึงกล่าวได้ว่า แม้จะมีมาตรฐานที่แตกต่างกันในเงื่อนไข

⁴ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5202/2552

สร้างสรรค์ ก็ไม่มีผลกระทบต่อผลงานที่ถูกนำไปทำ UDC ประเภทนี้ ผู้ทำเกมยังคงได้รับความคุ้มครองให้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์

ตัวอย่างกรณีแฟนอาร์ต กรณีนี้ผลงานที่นำมาทำแฟนอาร์ต อาจก่อให้เกิดคำถามว่า ตัวละครนั้นสามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้จะเห็นว่า หากตัวละครที่ถูกสร้างขึ้นนั้น มีความแตกต่างหรือแยกออกจากตัวละครที่พบเห็นได้ ย่อมได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ซึ่งตัวละครที่นำมาทำผลงาน UDC เหล่านี้ มักเป็นตัวละครที่มีความแตกต่างหรือเอกลักษณ์เพียงพอ จึงสามารถกล่าวได้ว่า ผู้ออกแบบตัวละครนั้นได้มีการใช้ความสามารถ แรงงาน และวิจารณญาณ และมีระดับความสร้างสรรค์เป็นอย่างน้อยอันเป็นมาตรฐานที่สูงกว่าการตัดสินใจที่ต้องไม่ใช้การตัดสินใจเล็กน้อย ในการสร้างสรรค์ตัวละครที่ถูกนำมาทำผลงาน UDC แล้ว⁵ จึงกล่าวได้ว่า แม้จะมีมาตรฐานที่แตกต่างกันในเงื่อนไขความสร้างสรรค์ ก็ไม่มีผลกระทบต่อผลงานที่ถูกนำไปทำ UDC ประเภทนี้

ตัวอย่างกรณีแฟนฟิกชัน ที่เป็นการนำเนื้อเรื่อง ตัวละคร หรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในผลงานนวนิยาย ภาพยนตร์ หรือเนื้อเรื่องจากผลงานต่าง ๆ นั้น ผลงานนวนิยาย ภาพยนตร์ที่ถูกนำไปใช้นั้น ย่อมเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้เนื่องจากผู้ประพันธ์ได้ใช้ความสามารถ แรงงาน วิจารณญาณ และความสร้างสรรค์เป็นอย่างน้อยที่ทำให้ผลงานหรือเนื้อเรื่องนั้นมีความแตกต่างจากเนื้อเรื่องอื่น ๆ จึงมีความสร้างสรรค์ในผลงานนวนิยายหรือในเนื้อเรื่องที่สร้างสรรค์ขึ้นแล้ว จึงกล่าวได้ว่า แม้จะมีมาตรฐานที่แตกต่างกันในเงื่อนไขความสร้างสรรค์ ก็ไม่มีผลกระทบต่อผลงานที่ถูกนำไปทำ UDC ประเภทนี้

ประการที่สอง ในการจะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้น ผู้สร้างสรรค์ต้องมีการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ โดยแนวคิดหรือความคิดที่ไม่ได้สร้างสรรค์ออกมาย่อมไม่ได้รับความคุ้มครอง อย่างไรก็ตาม ในประเด็นนี้ กฎหมายไทยและสาธารณรัฐเกาหลี ไม่ได้มีเงื่อนไขที่กำหนดให้ต้องมีความแน่นอนเช่นดังสหรัฐอเมริกาหรือแคนาดาแต่อย่างใด กล่าวคือ แม้มีเพียงการแสดงดนตรีแต่ไม่มีการบันทึกหรือทำให้อยู่ในรูปแบบที่แน่นอนแล้วก็ยังคงถือว่า ได้มีการแสดงออกแล้วในกฎหมายไทยและสาธารณรัฐเกาหลี แต่หากเป็นสหรัฐอเมริกาหรือแคนาดาแล้ว จำต้องมีการทำให้ผลงานนั้นถาวรเพียงพอก่อน เช่น ต้องบันทึกการแสดงดังกล่าว ฯลฯ⁶ อย่างไรก็ตาม การกำหนดนี้แม้จะมีความแตกต่างกัน แต่ระดับที่แตกต่างกันนี้ ก็ยังคงครอบคลุมไปถึงผลงานสร้างสรรค์ที่ถูกแสดงออกผ่านระบบคอมพิวเตอร์ที่แม้จะมีความแน่นอนถาวรเพียงชั่วคราวบนหน่วยความจำระยะสั้น (RAM) ก็ยังเป็นการแสดงออกซึ่งผลงานที่มีความแน่นอนแล้ว และผลงานสร้างสรรค์ที่ถูกนำมาทำเป็น UDC ส่วนมาก

⁵ Rachel Morgan, "Conventional Protections for Commercial Fan Art under the U.S. Copyright Act," *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law* 31(2021): 529.

⁶ "No Fixation Requirement in Korean Copyright Laws." "No Fixation Requirement in Korean Copyright Laws."

มักจะมีการแสดงออกที่ชัดเจนและมีความถาวรอยู่แล้ว การกำหนดถึงหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันนี้ ก็ยังสามารถให้ความคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์ที่ถูกลำผลงานมาทำเป็น UDC ให้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้

โดยเมื่อนำมาปรับใช้กับตัวอย่างทั้ง 6 จะพบว่า ไม่ว่าจะเป็นเพลง เกม ทำเดิน ตัวละคร หรือเนื้อเรื่องที่ถูกแสดงออกผ่านนวนิยาย หรือภาพยนตร์ หรือสื่อต่าง ๆ ย่อมเป็นกรณีที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ผลงานดังกล่าวออกมาให้มีลักษณะแน่นอนเพียงพอผ่านผลงานรูปแบบต่าง ๆ เช่น ไฟล์เพลงหรือเกม หรือวิดีโอทำเดิน นิยาย แล้ว

ประการที่สาม เป็นผลงานตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ แม้แต่ละประเทศจะกำหนดให้มีประเภทของผลงานที่แตกต่างกัน อันอาจส่งผลต่อประเภทของผลงานสร้างสรรค์ที่ผู้สร้างสรรค์จะได้รับความคุ้มครอง แต่การให้ความคุ้มครองถึงผลงานต่าง ๆ ที่ถูกนำมาทำ UDC ก็มักเป็นผลงานตามประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว อีกทั้งในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ของไทย และกฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐเกาหลี ยังได้กำหนดให้รวมถึงผลงานสร้างสรรค์ประเภทอื่น ๆ ด้วย จึงแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยและสาธารณรัฐเกาหลี ให้ความสำคัญกับการสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์มากโดยแม้จะไม่เป็นไปตามประเภทที่กฎหมายกำหนดก็ยังคงอาจได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ ซึ่งแม้จะได้รับความคุ้มครองในประเภทที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ แต่ผู้สร้างสรรค์ที่ถูกลำผลงานไปทำ UDC ก็ยังคงได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์เช่นเดียวกัน ดังที่สามารถปรับกับตัวอย่างการทำ UDC เช่น การทำวิดีโอที่ได้มีการเดินหรือขับปากร้องเพลง ซึ่งกรณีนี้จะเห็นว่า ทำเดินเป็นผลงานที่อาจได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในฐานะผลงานนาฏกรรมของไทย ละครใบ้ และทำเดิน ของสหรัฐอเมริกา ผลงานละครสำหรับแคนาดาและสาธารณรัฐเกาหลี ซึ่งแม้จะได้รับความคุ้มครองเป็นผลงานประเภทที่แตกต่างกัน แต่ผู้ทำผลงานดังกล่าวก็ยังได้รับความคุ้มครองให้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือผลงานเกมที่ถูกนำมาทำเป็นวิดีโออันเป็น UDC อาจได้รับความคุ้มครองเป็นผลงานได้หลายประเภท เช่น ผลงานโสตทัศนวัสดุในส่วนภาพและเสียงที่เกิดขึ้น แต่เป็นผลงานโปรแกรมสำหรับโปรแกรมที่อยู่เบื้องหลังสำหรับสหรัฐอเมริกา⁷ และไทย หรือผลงานภาพยนตร์ในส่วนของภาพและเสียงตามกฎหมายสาธารณรัฐเกาหลี⁸ ในฐานะผลงานรวบรวมในรูปแบบผลงานละคร ดนตรี หรือศิลปะ สำหรับประเทศแคนาดา ฯลฯ⁹ จึงสามารถกล่าวได้ว่า การกำหนดถึงประเภทที่แตกต่างกันนี้ไม่ส่งผลกระทบต่อการให้ความคุ้มครองผู้สร้างสรรค์ที่ถูกลำผลงานมาทำ UDC แต่อย่างใด

⁷ Andy Ramos et al., "The Legal Statue of Video Games," [Online] Accessed: 18 May 2023. Available from: https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/creative_industries/pdf/video_games.pdf

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย ได้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์ผลงานให้ เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย โดยผู้สร้างสรรค์ผลงานที่ถูกนำไปทำ UDC ย่อมมีสิทธิในฐานะเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้น แม้จะมีรายละเอียดที่แตกต่าง กันระหว่างข้อกำหนดของแต่ละประเทศที่ศึกษา แต่ก็ไม่ส่งผลกระทบต่อการให้ความคุ้มครองแก่ เจ้าของลิขสิทธิ์แต่อย่างใด จึงสามารถกล่าวได้ว่า กฎหมายไทยได้มีหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครอง แก่ผู้สร้างสรรค์ผลงานให้มีลิขสิทธิ์เหนือผลงานสร้างสรรค์ที่เป็นไปตามมาตรฐานสากลแล้วใน สถานการณ์ที่ผลงานสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ถูกนำไปทำผลงาน UDC

4.1.2 การให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์

เมื่อกฎหมายลิขสิทธิ์ได้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์ให้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงาน สร้างสรรค์ที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้นแล้ว กฎหมายยังกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการ ทำซ้ำหรือดัดแปลงผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนทำให้สามารถกันไม่ให้ผู้อื่นที่ไม่มีสิทธิทำซ้ำหรือดัดแปลง ผลงานของตนได้ ซึ่งจากข้อเท็จจริงของการทำ UDC จะเห็นว่า มักมีการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของ ผู้สร้างสรรค์ไปใช้เพื่อทำผลงาน UDC ในลักษณะที่เป็นการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือรวบรวมผลงานอันมี ลิขสิทธิ์นั้น ดังนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์จึงถูกนำมาใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ ถูกนำไปทำ UDC โดยกฎหมายว่าด้วยสิทธิในการทำซ้ำ การทำผลงานดัดแปลง และการรวบรวม ของ ประเทศไทย สหรัฐอเมริกา แคนาดา สาธารณรัฐเกาหลี ที่ผู้ศึกษาได้ศึกษาเพื่อประโยชน์ในการ วิเคราะห์กับสถานการณ์การทำ UDC มีปรากฏดังตารางเปรียบเทียบต่อไปนี้

ตารางที่ 2 เปรียบเทียบการให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์: สิทธิทำซ้ำ

| เรื่อง/ประเทศ | ไทย | สหรัฐอเมริกา | แคนาดา | สาธารณรัฐ เกาหลี |
|---|-----|--------------|--------|------------------|
| กระทำด้วยวิธีใด ๆ | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ |
| ในส่วนที่เป็น สาระสำคัญ ไม่ว่า ทั้งหมดหรือบางส่วน | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ |
| อยู่ในรูปแบบที่แน่นอน (fixed) | - | ✓ | ✓ | ✓ |
| ต้องมีลักษณะเป็นการ เพิ่มจำนวนผลงาน | - | - | ✓ | - |

ตารางที่ 3 เปรียบเทียบการให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์: การดัดแปลง

| เรื่อง/ประเทศ | ไทย | สหรัฐอเมริกา | แคนาดา | สาธารณรัฐ เกาหลี | |
|---|--|-----------------------------|---|---|---|
| มีการกำหนดถึงการ ดัดแปลงไว้ใน กฎหมายเป็นการ ทั่วไป | ✓ (พระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 4) | ✓ (17 U.S. Code § 10) | - กำหนดเป็นราย กรณี (Copyright Act (R.S.C., 1985, c. C-42) Article 3 (1)(a)-(e)) หากนอกเหนือจาก ที่กำหนดไว้จะเป็น การนำหลักการ ทำซ้ำ เหมือนหนึ่ง การทำสำเนามาใช้ | ✓ (Copyright act Article 5) | |
| ลักษณะผลงานดัดแปลง | มีการนำ ผลงานอื่นมา ใช้เพื่อกระทำ บางอย่าง เช่น ปรับปรุง เปลี่ยน รูปแบบ จำลอง | ✓ | ✓ | - ไม่มีการกำหนดถึง ผลงานดัดแปลงไว้ เป็นการทั่วไป | ✓ |
| | มีการ แสดงออกซึ่ง ความคิด สร้างสรรค์ที่ เพียงพอต่อ การได้รับ | ✓ | ✓ | - ไม่มีการกำหนดถึง ผลงานดัดแปลงไว้ เป็นการทั่วไป | ✓ |

| | | | | | |
|--|---------------------------|--|--|--|--|
| | ความคุ้มครอง ลิขสิทธิ์ | | | | |
| เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิ ในการดัดแปลงผลงาน เป็นการทั่วไปแต่เพียง ผู้เดียว | ✓ | ✓ | - (เป็นการกำหนด สิทธิเป็นกรณีไป) | ✓ | |
| ผลงานดัดแปลงได้รับ ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ แยกจากผลงานอันมี ลิขสิทธิ์เดิม และไม่ กระทบกระเทือนต่อ สิทธิของผลงานอันมี ลิขสิทธิ์เดิม | ✓ | ✓ | - (ไม่มีบทบัญญัติ แบ่งแยกการให้ ความคุ้มครองออก จากผลงานอันมี ลิขสิทธิ์เดิม หาก ครบองค์ประกอบ การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ แล้ว ย่อมได้รับ ความคุ้มครอง) | ✓ | |
| การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ ของผลงานดัดแปลง กรณีไม่มีการขอ อนุญาต | ไม่ได้รับความ คุ้มครอง | ได้รับความ คุ้มครองแต่ไม่ ครอบคลุมไป ถึงส่วนที่ได้มา โดยไม่ชอบ | ไม่แน่ชัด แต่มี ความเห็นได้ว่า ได้ ความคุ้มครองใน ผลงานดัดแปลง แต่ ยังต้องรับผิดชอบในการ ละเมิดลิขสิทธิ์ต่อ ผลงานต้นฉบับ | ได้รับความ คุ้มครองใน ผลงาน ดัดแปลง แต่ ต้องรับผิดชอบใน การละเมิด ลิขสิทธิ์ต่อ ผลงาน ต้นฉบับ | |

ตารางที่ 4 เปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการทำผลงานรวบรวม

| เรื่อง/ประเทศ | ไทย | สหรัฐอเมริกา | แคนาดา | สาธารณรัฐ เกาหลี |
|--|-----|--------------|--------|---------------------|
| การรวบรวมผลงานอันมี ลิขสิทธิ์ของผู้อื่น | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ |

| | | | | |
|--|---|---|---|---|
| สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ | | | | |
| ได้รับความคุ้มครองแยกออกจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมารวบรวมและไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิม | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ |

จากตารางเปรียบเทียบสามารถแบ่งเป็นประเด็นในการพิจารณาและวิเคราะห์ได้ คือ การพิจารณาถึงสิทธิในการทำซ้ำ การดัดแปลง และการทำผลงานรวบรวมผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนี้

(1) การทำซ้ำ

จากตารางเปรียบเทียบกฎหมายจะเห็นว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย สหรัฐอเมริกา แคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลีให้ความคุ้มครองให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน ซึ่งการทำซ้ำนี้ อาจเป็นการทำซ้ำด้วยวิธีใด ๆ ต่อผลงานทั้งหมด หรือแต่บางส่วนก็ได้ แต่ต้องเป็นการทำซ้ำในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ การกำหนดเช่นนี้เป็น การกำหนดเพื่อให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ที่ได้สร้างสรรค์ผลงาน ทำให้แม้ถูกนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้แค่ส่วนใดส่วนหนึ่ง เช่น ใช้ท่อนหนึ่งของเพลง ส่วนหนึ่งของหนังสือ หากไม่ได้รับอนุญาตแล้วย่อมเป็นการใช้งานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น แม้การใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในการทำ UDC จะเป็นการลอกเลียนหรือทำซ้ำแค่ส่วนใดส่วนหนึ่งของงานอันมีลิขสิทธิ์ หากเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญที่ผู้คนทั่วไปสามารถทราบได้ว่า มาจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ใดแล้ว ก็เป็นสิ่งที่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองให้เป็นสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์

ในกรณีการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิทำซ้ำ หรือการให้ความคุ้มครองสิทธิทำซ้ำของประเทศไทยมีความแตกต่างกับสหรัฐอเมริกา แคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลีในประเด็นการทำซ้ำที่กฎหมายลิขสิทธิ์ทั้งสามประเทศได้กำหนดให้การทำซ้ำที่ได้รับความคุ้มครองต้องเป็นการทำซ้ำให้ผลงานนั้นมีรูปแบบแน่นอน (fixed) เพียงพอที่จะสามารถรับ หรือทำซ้ำ หรือการส่งต่อในรูปแบบอื่นภายในระยะเวลาที่มากกว่าการส่งต่อข้อมูลนั้นด้วย ซึ่งลักษณะความแน่นอนนี้ อาจเกิดขึ้นอย่างถาวรหรือชั่วคราวเพียงระยะเวลาหนึ่งก็ได้ เช่น เพียงแค่เกิดการทำซ้ำบนหน่วยความจำระยะสั้นหรือ RAM

ที่เมื่อปิดคอมพิวเตอร์แล้วจะหายไป ก็เป็นกรณีที่มีลักษณะแน่นอนเพียงพอแล้ว¹⁰ ซึ่งเมื่อพิจารณากับลักษณะของผลงาน UDC แล้วจะเห็นว่า ผลงาน UDC ต้องมีการทำซ้ำซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์ให้มิลักษณะแน่นอนเพียงพอเพื่อให้ผลงาน UDC เกิดขึ้นและเผยแพร่ลงบนอินเทอร์เน็ตได้ เช่น นำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาทำเป็น UDC ประเภทรูปภาพ ประเภทวิดีโอ หรือประเภทข้อความ ฯลฯ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า แม้กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา แคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลีจะกำหนดให้ผู้ทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยละเมิดสิทธิในการทำซ้ำของเจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องมีการทำสำเนาหรือลอกเลียนให้เกิดความแน่นอนแล้ว ก็ไม่ได้กระทบต่อการให้ความคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ถูกนำผลงานไปทำเป็น UDC แต่อย่างใด ในกรณีนี้การให้ความคุ้มครองต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ผลงานต้นฉบับที่ถูกนำไปทำ UDC ของไทยจึงเป็นไปตามมาตรฐานสากลในสถานการณ์ที่มีการทำ UDC อย่างแพร่หลายแล้ว

ในประเด็นสิทธิในการทำซ้ำที่กฎหมายให้ความคุ้มครองของแคนาดามีข้อสังเกตว่า มีความแตกต่างกับประเทศอื่น ๆ เนื่องจากการทำซ้ำที่จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของแคนาดานั้นต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่า ต้องเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเพิ่มจำนวนผลงานให้เกิดขึ้นด้วย (multiplication) กล่าวคือ หากเป็นการทำซ้ำด้วยการรื้อและประกอบใหม่ ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ การวาดทับลงไปบนภาพที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ หรือสิ่งอื่นในทำนองเดียวกันที่ไม่ก่อให้เกิดจำนวนที่เพิ่มขึ้นแล้ว ย่อมไม่ใช่การทำซ้ำที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง¹¹ ซึ่งจากหลักการนี้ส่งผลให้การให้ความคุ้มครองต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ของประเทศแคนาดามีความแคบกว่าประเทศอื่น ๆ แต่ในความเป็นจริงแล้วการทำ UDC นั้นมักเป็นการทำสำเนาซึ่งมีลักษณะก่อให้เกิดเป็นผลงานที่เพิ่มจำนวนขึ้นแล้ว เนื่องจากต้องมีการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เพื่อเป็นส่วนหนึ่งในการทำผลงานในรูปแบบต่าง ๆ เพื่อให้เกิดเป็นผลงาน UDC รูปแบบต่าง ๆ เช่น วิดีโอ ฯลฯ ดังนั้นขอบเขตการให้ความคุ้มครองที่แคบกว่าประเทศอื่น ในกรณีนี้จึงไม่มีผลกระทบต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ถูกนำผลงานไปจัดทำ UDC แต่อย่างใด

ดังนั้น จากการเปรียบเทียบแล้วจะเห็นว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ไทยได้ให้ความคุ้มครองที่เป็นไปตามมาตรฐานสากลต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ถูกนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ไปทำ UDC แล้ว อีกทั้งยังเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิในการทำซ้ำที่มากกว่าทั้ง 3 ประเทศอีกด้วย เนื่องจากไม่จำเป็นต้องเป็นการทำซ้ำที่มีลักษณะแน่นอนก็เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้

¹⁰ Stenograph L.L.C. v. Bossard Associates, Inc., 144 F.3d 96, 46 U.S.P.Q.2d 1936 (D.C. Cir. 1998)

¹¹ Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc., [2002] 2 S.C.R. 336

(2) การดัดแปลง

จากตารางเปรียบเทียบกฎหมายจะเห็นว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย สหรัฐอเมริกา และ สาธารณรัฐเกาหลีได้กำหนดถึงนิยามของการทำผลงานดัดแปลงไว้เป็นกรณีทั่วไป โดยใช้ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีลักษณะแตกต่างกันออกไป อย่างไรก็ตาม การกระทำหรือลักษณะของผลงานดัดแปลงที่ทั้งสามประเทศได้กำหนดไว้นั้น มีลักษณะเป็นไปในรูปแบบหรือทิศทางเดียวกัน คือ ประการแรก ต้องมีการนำผลงานอื่นมาใช้เพื่อกระทำบางอย่าง เช่น ปรับปรุง เปลี่ยนรูปแบบ จำลอง ซึ่งการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์อื่นมาใช้นี้ หมายถึงการนำส่วนใดส่วนหนึ่งอันเป็นสาระสำคัญ คือ ส่วนที่แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ของผลงานต้นฉบับมาใช้ โดยผลงานดัดแปลงนั้นต้องไม่มีลักษณะเป็นผลงานใหม่ คือ ต้องมีความคล้ายคลึงในส่วนการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์กับผลงานต้นฉบับที่นำมาทำผลงานดัดแปลงด้วย ดังนั้น หากส่วนที่นำมาใช้เป็นเพียงแต่แนวคิดเบื้องหลังทั่วไปแล้ว ย่อมไม่ใช่การทำผลงานดัดแปลงแต่อย่างใด แต่หากเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญ แม้จะเป็นการนำมาใช้เพื่อปรับปรุงหรือเปลี่ยนรูปแบบแค่เพียงบางส่วน ก็เป็นการนำผลงานนั้นมาใช้แล้ว ประการที่สอง ต้องมีการใช้แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์บางอย่างในการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เพื่อให้เกิดเป็นผลงานที่อาจได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ เช่น การแปล การเปลี่ยนรูปแบบของผลงาน ฯลฯ ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงลักษณะการทำ UDC แล้วจะเห็นว่า การทำ UDC เป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้เพื่อให้เกิดเป็นผลงานชิ้นใหม่ ซึ่งผู้ขม่อมทราบได้ว่า เป็นการเปลี่ยนแปลง หรือปรับปรุงจากการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ของผลงานใด เช่น มีการนำท่อนหนึ่งของเพลง หรือภาพยนตร์มาใช้พร้อมกับมีการเสริมหรือเพิ่มเติมการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ของผู้ทำเข้าไป ดังนั้นการทำ UDC ย่อมเป็นการทำผลงานดัดแปลงสำหรับทั้งไทย สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐเกาหลี

ทั้งนี้ การทำผลงานดัดแปลงนี้ กฎหมายของไทย สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐเกาหลีได้กำหนดไว้ให้เป็นสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองไว้ ดังนั้นผู้ที่ทำ UDC โดยไม่ได้รับอนุญาต ไม่ว่าจะทำออกมาในรูปแบบใดก็ตาม ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยในประเด็นการให้สิทธิหรือให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการทำผลงานดัดแปลงของแคนาดา จะไม่มีการกำหนดเป็นสิทธิดัดแปลงไว้เป็นการทั่วไปในกฎหมาย แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ของแคนาดาได้กำหนดถึงประเภทการกระทำที่มีลักษณะเป็นผลงานดัดแปลงไว้แต่ละกรณีเฉพาะให้เป็นสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ไว้ในกฎหมาย เช่น การแปล การดัดแปลงให้ผลงานวรรณกรรมเปลี่ยนเป็นผลงานละคร ฯลฯ การกำหนดเช่นนี้ ทำให้การทำผลงานในรูปแบบอื่น เช่น การเปลี่ยนทำนองดนตรี ที่เป็นการทำผลงานดัดแปลงประเภทหนึ่งตามนิยามของกฎหมายไทย สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐ

เกาหลี ไม่จัดอยู่ในประเภทสิทธิตามที่กฎหมายแคนาดารับรอง อย่างไรก็ตาม เนื่องจากหลักการทำซ้ำของแคนาดา รวมถึงการกระทำที่เสมือนหนึ่งการทำสำเนา อันหมายถึงการทำซ้ำด้วยการเปลี่ยนรูปแบบจากสิ่งหนึ่งไปเป็นผลงานอีกประเภทหนึ่ง ทำให้หากเป็นการดัดแปลงที่ไม่อยู่ในรายการที่กฎหมายได้กำหนดให้ความคุ้มครองโดยเฉพาะแล้ว เจ้าของลิขสิทธิ์ในระบบกฎหมายแคนาดาก็สามารถได้รับความคุ้มครองผ่านสิทธิในการทำซ้ำได้ ดังนั้น ในระบบกฎหมายแคนาดาแม้การทำ UDC บางประเภทจะไม่ได้อยู่ในกรณีเฉพาะที่กฎหมายแคนาดาให้ความคุ้มครองในการทำการดัดแปลง แต่เจ้าของลิขสิทธิ์ก็ยังคงได้รับความคุ้มครองให้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำ ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ถูกนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ไปทำ UDC โดยไม่ได้รับอนุญาต ดังนั้นผู้ทำผลงาน UDC จึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในระบบกฎหมายทั้ง 4 ประเทศ

จากการกำหนดให้สิทธิทำซ้ำหรือดัดแปลงแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ทำให้ผู้ทำผลงาน UDC ที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นการกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังสามารถปรับใช้กับกรณีตัวอย่างการทำ UDC ดังนี้

ตัวอย่าง: การทำผลงานเพลงล้อเลียน วิดีโอที่เต้นหรือขยับปากร้องตามเพลง และวิดีโอรวบรวมเพลง จากกรณีการทำ UDC ทั้ง 3 กรณี เป็นการนำเพลงอันเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้ โดยการนำทำนองเพลงอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เพื่อเปลี่ยนเนื้อร้อง หรือการนำท่อนของเพลงมาใช้ประกอบวิดีโอการเต้นหรือขยับปากร้องตามเพลง หรือการนำเพลงทั้งเพลงมาใช้เพื่อทำผลงานวิดีโอรวบรวม จากทั้ง 3 กรณีจะเห็นว่า เป็นการทำซ้ำในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของเพลง อันเป็นส่วนที่แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ของเพลงดังกล่าวที่ผู้ชมสามารถรับรู้หรือสังเกตเห็นว่า ผลงาน UDC ทั้ง 3 นำผลงานเพลงอันมีลิขสิทธิ์เดิมมาใช้ และผลงาน UDC ทั้ง 3 ได้ถูกทำออกมาให้อยู่ในลักษณะที่มีความแน่นอน อีกทั้งเป็นการทำในลักษณะที่เพิ่มจำนวนผลงานอันมีลิขสิทธิ์ให้ปรากฏอยู่ในผลงาน UDC แล้ว จึงเป็นการทำซ้ำภายใต้หลักกฎหมายทั้ง 4 ประเทศ นอกจากนี้จะเห็นว่า การทำผลงาน UDC ประเภทผลงานล้อเลียน หรือวิดีโอที่เต้นหรือขยับปากร้องตามเพลง เป็นการปรับปรุงหรือจำลอง คือเปลี่ยนเนื้อร้องสำหรับกรณีเพลงล้อเลียน หรือนำเพลงนั้นมาใช้เพื่อประกอบท่าเต้นหรือการแสดงออกของผู้ทำวิดีอนั้น จึงเป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในส่วนใดส่วนหนึ่งมาใช้ และได้แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ของผู้ทำเพิ่มลงไป อันเป็นการดัดแปลงที่เป็นสิทธิที่กฎหมายไทย สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐเกาหลีให้ความคุ้มครอง การทำโดยไม่ได้รับอนุญาตจึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น การทำ UDC ทั้ง 3 ประเภทจึงเป็นการกระทำซ้ำ หรือดัดแปลงตามแต่กรณีอันเป็นสิทธิที่กฎหมายลิขสิทธิ์ทั้ง 4 ประเทศให้ความคุ้มครอง

นอกจากนี้ การทำผลงานวิดีโอที่เต้นหรือขยับปากร้องตามเพลงนั้น เป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลงต่อผลงานทำต้นที่เป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์เช่นเดียวกัน กล่าวคือผู้ชมย่อมทราบได้ว่า ทำต้นนั้นเป็นทำต้นที่มาจากเพลงอะไร ในกรณีที่ผู้ทำวิดีโอไม่ได้คิดทำต้นขึ้นเองทั้งหมด ซึ่งการเต้นและถ่ายวิดีโอ ย่อมเป็นการทำให้อยู่ในลักษณะแน่นอนและเป็นการเพิ่มจำนวนแล้ว จึงเป็นการทำซ้ำ อีกทั้งการเต้นนั้นย่อมเป็นการจำลองผลงานทำต้นนั้นขึ้น หรือหากเป็นกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงทำต้นบางอย่างในบางท่อนแล้ว ย่อมเป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในส่วนใดส่วนหนึ่งมาใช้ และได้แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ของผู้ทำเพิ่มลงไป จึงเป็นการดัดแปลงโดยการนำผลงานทำต้นอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ จึงเป็นการกระทำซ้ำหรือดัดแปลงตามแต่กรณีอันเป็นสิทธิที่กฎหมายลิขสิทธิ์ทั้ง 4 ประเทศให้ความคุ้มครองเช่นเดียวกัน

ตัวอย่าง: การถ่ายวิดีโอการเล่นเกม เป็นการนำภาพและเสียงที่อยู่ในเกมมาใช้ อันเป็นการทำซ้ำในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของภาพและเสียงในเกมนั้นแล้ว¹² คือผู้ชมสามารถรับรู้หรือสังเกตเห็นว่า ผลงานวิดีโอนั้นมีการนำภาพและเสียงจากเกมใดมาใช้ และการทำวิดีโอนี้ได้ถูกทำออกมาให้อยู่ในลักษณะที่มีความแน่นอน อีกทั้งเป็นการทำในลักษณะที่เพิ่มจำนวนผลงานอันมีลิขสิทธิ์ให้ปรากฏอยู่ในผลงานวิดีโอดังกล่าวแล้ว จึงเป็นการทำซ้ำภายใต้หลักกฎหมายทั้ง 4 ประเทศ นอกจากนี้ การทำวิดีโอการเล่นเกมนี้นี้ เป็นการนำภาพและเสียงที่มีอยู่แล้วในเกมอันมีลิขสิทธิ์ โดยนำไปใช้ประกอบกับการแสดงออกหรือความคิดสร้างสรรค์ของผู้ทำ คือการมีปฏิสัมพันธ์ของผู้เล่นระหว่างเล่นเกมจนเกิดเป็นผลงานวิดีโอการเล่นเกมที่หากปราศจากเกมต้นฉบับแล้ว ผลงานวิดีโอนี้ย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ จึงเป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในส่วนใดส่วนหนึ่งมาใช้ เป็นการดัดแปลง¹³ อันเป็นสิทธิที่กฎหมายไทย สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐเกาหลีให้ความคุ้มครอง การทำโดยไม่ได้รับอนุญาตจึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น การทำ UDC ประเภทนี้จึงเป็นการกระทำซ้ำหรือดัดแปลงตามแต่กรณีอันเป็นสิทธิที่กฎหมายลิขสิทธิ์ทั้ง 4 ประเทศให้ความคุ้มครอง

ตัวอย่าง: การทำผลงานแฟนอาร์ต เป็นการนำต้นฉบับของตัวละครหรือการ์ตูนที่มีลิขสิทธิ์มาใช้เพื่อทำแฟนอาร์ต โดยรูปลักษณะของตัวการ์ตูนนั้นย่อมเป็นสาระสำคัญของผลงานตัวการ์ตูนที่มีลิขสิทธิ์มาใช้เพื่อทำแฟนอาร์ต ซึ่งผลงานนั้นย่อมมีลักษณะที่มีความแน่นอนโดยเกิดเป็นไฟล์รูปภาพ อีกทั้งเป็นการทำในลักษณะที่เพิ่มจำนวนผลงานอันมีลิขสิทธิ์ให้ปรากฏอยู่ในรูปแบบไฟล์รูปภาพแล้ว

¹² Darran Mathew Pfeil, "Let's Play, Let's Infringe? Let's Play Videos Uploaded to Youtube, Copyright Infringement, and the Fair Use Defense," *Law School Student Scholarship* 700(2015): 21-22.

¹³ *Ibid.*, 22.

จึงเป็นการทำซ้ำภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายทั้ง 4 ประเทศ นอกจากนี้ การทำผลงานแฟนอาร์ตอันเป็นการนำผลงานต้นฉบับมาใช้ในส่วนที่เป็นรูปลักษณะของตัวละครนั้น จึงเป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในส่วนใดส่วนหนึ่งมาใช้ และได้แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ของผู้ทำเพิ่มลงไปด้วยการวาดรูปดังกล่าวขึ้นใหม่ ในแนวการวาดของผู้วาดเองจึงเป็นการดัดแปลง¹⁴ อันเป็นสิทธิที่กฎหมายไทย สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐเกาหลีให้ความคุ้มครอง การทำโดยไม่ได้รับอนุญาตจึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น การทำ UDC ประเภทแฟนอาร์ตจึงเป็นการกระทำซ้ำหรือดัดแปลงตามแต่กรณีอันเป็นสิทธิที่กฎหมายลิขสิทธิ์ทั้ง 4 ประเทศให้ความคุ้มครอง

ตัวอย่าง: การทำผลงานแฟนฟิกชัน มีข้อสังเกตว่า การทำผลงานประเภทแฟนฟิกชัน มักเป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับ ไม่ว่าจะเป็นตัวละคร เรื่องราวบางเรื่องราวที่เกิดขึ้นในผลงานต้นฉบับ ฉากต่าง ๆ มาใช้¹⁵ ซึ่งมักเป็นการที่นำมาใช้มากกว่าแค่ส่วนของแนวคิดเบื้องหลังของผลงานต้นฉบับ เพื่อวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้ผู้อ่านรับรู้หรือทราบได้ว่า เป็นผลงานแฟนฟิกชันจากผลงานต้นฉบับใด โดยในบางครั้งอาจมีการหยิบยกบางประโยคคำพูดที่ปรากฏของตัวละครในผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ ซึ่งอาจถูกพิจารณาได้ว่า เป็นการทำสำเนาผลงานอันมีลิขสิทธิ์บางส่วนที่ผู้คนสามารถทราบได้ว่า เป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ใดมาใช้ จึงเป็นการทำต่อผลงานอันเป็นส่วนสาระสำคัญแล้ว และการทำผลงานแฟนฟิกชันย่อมเป็นการทำให้อยู่ในรูปแบบที่แน่นอน และเป็นการเพิ่มจำนวนอันเป็นการทำซ้ำภายใต้กฎหมายทั้ง 4 ประเทศแล้ว นอกจากนี้ ในการทำแฟนฟิกชันจะมีการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ประกอบกับการสร้างสรรค์แต่งเติมเนื้อเรื่องใหม่ของผู้เขียนหรือผู้ทำแฟนฟิกชัน จึงเป็นกรณีที่ได้ดัดแปลงผลงานต้นฉบับอันมีลิขสิทธิ์แล้ว¹⁶ อันเป็นสิทธิที่กฎหมายไทย สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐเกาหลีให้ความคุ้มครอง การทำโดยไม่ได้รับอนุญาตจึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น การทำ UDC ประเภทแฟนฟิกชันจึงเป็นการกระทำซ้ำหรือดัดแปลงตามแต่กรณีอันเป็นสิทธิที่กฎหมายลิขสิทธิ์ทั้ง 4 ประเทศให้ความคุ้มครอง

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายและการปรับใช้กับตัวอย่างการทำ UDC จะเห็นว่ากฎหมายไทยได้ให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ โดยการให้สิทธิในการทำซ้ำหรือดัดแปลงผลงานอันมีลิขสิทธิ์ หากผู้นำนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ไปทำซ้ำหรือดัดแปลงเพื่อการทำผลงาน UDC โดยไม่ได้

¹⁴ Rachel Morgan, "Conventional Protections for Commercial Fan Art under the U.S. Copyright Act," *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law*: 525.

คำพิพากษาฎีกาที่ 3240/2543

¹⁵ Jacqueline D. Lipton, "Copyright and the Commercialization of Fanfiction," *Houston Law Review* 52, 2 (2014): 422.

¹⁶ *Ibid.*, 423.

รับอนุญาตแล้ว ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ จึงเป็นกรณีที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไทยได้ให้ความคุ้มครองต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ที่เป็นไปตามมาตรฐานสากลในสถานการณ์ที่มีการทำ UDC อย่างแพร่หลายในปัจจุบันแล้ว

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ในประเด็นการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ผลงานดัดแปลงนั้น กฎหมายไทย สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐเกาหลีที่มีการกำหนดถึงการทำให้ผลงานดัดแปลงเป็นกรณีทั่วไปได้ กำหนดให้ผลงานดัดแปลงได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แยกจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิม และไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิม แต่ในกรณีที่ทำผลงานดัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาตนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ไทยได้กำหนดให้การทำผลงาน UDC หรือผลงานดัดแปลงที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์จะเป็นผลงานที่ไม่อาจได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ แม้จะเป็นผลงานที่มีความสร้างสรรค์เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีของสหรัฐอเมริกาที่ยังคงให้ความคุ้มครองในส่วนที่มีการสร้างสรรค์เพิ่มเติมที่สามารถแยกส่วนออกจากผลงานต้นฉบับที่ละเมิดลิขสิทธิ์ หรือกรณีสาธารณรัฐเกาหลีที่กำหนดให้ให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ผลงานดัดแปลงที่สร้างสรรค์ขึ้น แต่ยังคงต้องรับผิดชอบต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ตามการละเมิดลิขสิทธิ์ผลงานต้นฉบับอยู่ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย ได้ให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการมีสิทธิดัดแปลงที่มากกว่าทั้งสองประเทศ

นอกจากนี้ ผลงาน UDC ที่ทำขึ้นในปัจจุบันนี้อาจมีลักษณะเป็นการทำผลงานรวบรวมตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้ ซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผลงานรวบรวมนี้นั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ทั้ง 4 ประเทศได้กำหนดไว้ในลักษณะเดียวกัน คือ การรวบรวมผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น โดยใช้ความสร้างสรรค์ในการคัดเลือก เรียบเรียง และแสดงออกนั้น สามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะผลงานรวบรวมที่มีความคุ้มครองแยกออกจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิมได้ ซึ่งผลงาน UDC ประเภทวิดีโอรวบรวมเพลงอันเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งผู้รวบรวมได้เลือกสรรเพลงต่าง ๆ และนำมารวบรวม ย่อมเป็นการทำผลงานรวบรวมในกรณีนี้ อย่างไรก็ดี หากผู้ทำ UDC ไม่ได้ทำโดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์แล้ว ในการนำเพลงทั้งเพลงของเจ้าของลิขสิทธิ์มาใช้ประกอบเป็นวิดีโอ ย่อมเป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลงอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่กฎหมายลิขสิทธิ์ได้ให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ ในประเด็นนี้กฎหมายลิขสิทธิ์ไทยยังกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า การกระทำการรวบรวมโดยไม่ได้ออกอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ย่อมไม่สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ กรณีนี้จึงเป็นกรณีที่สามารถนำกฎหมายลิขสิทธิ์มาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ที่ถูกนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ไปทำผลงาน UDC ประเภทวิดีโอรวบรวมได้

โดยสรุป จากการศึกษาเปรียบเทียบ และปรับใช้กฎหมายจะเห็นว่า พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ของไทย ได้กำหนดให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ที่ถูกนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนไปใช้เพื่อทำซ้ำหรือดัดแปลงในการทำ UDC ซึ่งหากไม่ได้รับอนุญาตแล้วย่อมเป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์ จึงเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่เป็นไปตามมาตรฐานสากลสำหรับสถานการณ์ที่มีการทำ UDC อย่างแพร่หลายในปัจจุบันแล้ว

4.2 ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต เป็นผู้มีส่วนได้เสียที่สำคัญอีกกลุ่มหนึ่งในการทำผลงาน UDC เนื่องจากในการทำ UDC นั้น ผู้ทำมักเผยแพร่เนื้อหา UDC ที่ทำขึ้นลงในเว็บไซต์หรือแพลตฟอร์มของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ซึ่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ที่ได้ประกาศใช้ในวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2565 ได้มีการแก้ไข พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้มีการปรับแก้ไขเพื่อกำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องทำเพื่อให้บรรลุเงื่อนไขการได้รับความคุ้มครองไม่ให้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แม้จะมีเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์อยู่ในระบบของผู้ให้บริการนั้นก็ตาม อันเป็นการให้ความคุ้มครองต่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต และส่งผลกระทบต่อผู้ทำผลงาน UDC

ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับผลงาน UDC ได้แก่ ผู้ให้บริการประเภทรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ (hosting) ที่ให้บริการหรือให้พื้นที่แก่ผู้ที่ต้องการจะนำข้อมูลไปฝากไว้ เช่น YouTube Facebook TikTok Instagram ฯลฯ เนื่องจากเป็นผู้ให้บริการประเภทที่ผู้ใช้บริการหรือผู้ทำ UDC จะนำเนื้อหาที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้นอัปโหลดลงไปในพื้นที่ของผู้ให้บริการดังกล่าว ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ได้มีการกำหนดหน้าที่หรือเงื่อนไขการได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการประเภทนี้ด้วย จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับที่ 5 ของไทย ได้นำหลักการของสหรัฐอเมริกาเป็นแนวทางในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ได้ดำเนินการตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เพื่อให้ผู้ให้บริการมีส่วนช่วยในการให้ความคุ้มครองต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ อันแสดงให้เห็นว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ถูกนำผลงานของตนไปทำ UDC ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่มีมาตรฐานเทียบเท่าของต่างประเทศแล้ว โดยสามารถแบ่งเป็นประเด็นวิเคราะห์ที่ได้สองประเด็น ได้แก่ ประเด็นเงื่อนไขหรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการ และประเด็นการกำหนดมาตรการ

แจ้งเตือน

4.2.1 ประเด็นเงื่อนไขหรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการรับฝากข้อมูล

ดังที่กล่าวไว้แล้วข้างต้นว่า ผู้ให้บริการประเภทผู้รับฝากข้อมูลมีความเกี่ยวข้องกับการทำ UDC อย่างมีนัยสำคัญ โดยผู้ให้บริการประเภทนี้มีความเสี่ยงที่จะต้องรับผิดชอบเนื้อหา UDC ที่ละเมิดลิขสิทธิ์อยู่ในระบบของตน กฎหมายจึงได้กำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ เพื่อให้ผู้ให้บริการที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดได้รับยกเว้นความรับผิด ซึ่งการกำหนดเช่นนี้เป็นการกำหนดให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการ และผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในเวลาเดียวกัน ทั้งนี้ จากการศึกษาแนวทางการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลของกฎหมายไทย สหรัฐอเมริกา แคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลี ปรากฏดังตารางต่อไปนี้

ตารางที่ 5 เปรียบเทียบเงื่อนไขข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการรับฝากข้อมูล

| เงื่อนไขข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการรับฝากข้อมูล/ประเทศ | ไทย | สหรัฐอเมริกา | แคนาดา | สาธารณรัฐเกาหลี |
|--|-----|--------------|--|---|
| มีมาตรการยกเลิกการให้บริการแก่ผู้ใช้งานที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ซ้ำ ๆ และดำเนินการตามมาตรฐานนั้น | ✓ | ✓ | - | ✓ |
| ไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่าย | ✓ | ✓ | มีการกำหนดในเชิงเงื่อนไขที่ต้องพิจารณาเพื่อเอาผิดต่อผู้ให้บริการ เช่น พิจารณาว่าผู้ให้บริการได้แสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายด้วยการโฆษณาหรือสนับสนุนบริการที่สามารถใช้เพื่อ | ✓ ไม่มีส่วนริเริ่มในการส่งผลงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ หรือมิได้คัดเลือกถึงเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์ หรือคัดเลือกผู้รับส่งเนื้อหาดังกล่าว |

| | | | | |
|---|---------------------|---------------------|--|-----------------|
| | | | ทำกิจกรรมที่ละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ หรือผู้ให้บริการทราบหรือไม่ว่าการให้บริการของตนเป็นการทำให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างมาก เป็นต้น | |
| นำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบ เมื่อรู้หรือได้รับแจ้ง | ✓ (โดยไม่ชักช้า) | ✓ (อย่างรวดเร็ว) | นำข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบเมื่อทราบถึงคำพิพากษาว่าเนื้อหานั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ | ✓ (โดยทันที) |
| จัดให้มีช่องทางเพื่อรับแจ้งการละเมิดลิขสิทธิ์และรายละเอียด | ✓ | ✓ | - | ✓ |
| ดำเนินการตามมาตรการ Notice and Takedown | ✓ | ✓ | มีการกำหนดหน้าที่ให้ดำเนินการตามมาตรการ Notice and Notice | ✓ |
| ไม่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากการ | ✓ | ✓ | มีการกำหนดในเชิงเงื่อนไขที่ | ✓ |

| | | | | |
|---|-----------------------------|----------|---|----------|
| <p>กระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ในกรณีที่ผู้ให้บริการมีสิทธิและมีความสามารถในการควบคุมการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์</p> | | | <p>ต้องพิจารณาเพื่อเอาผิดต่อผู้ให้บริการ เช่น พิจารณาว่า ผู้ให้บริการมีการให้บริการหรือใช้งานอย่างอื่นนอกจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ ได้รับประโยชน์จากการยอมให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นหรือไม่ ศักยภาพทางเศรษฐกิจของการให้บริการหากไม่ได้ใช้เพื่อให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ ฯลฯ</p> | |
| <p>ไม่ชัดเจนมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ใช้</p> | <p>การชัดเจนเป็นความผิด</p> | <p>✓</p> | <p>-</p> | <p>✓</p> |

ดังที่กล่าวไว้ข้างต้น ไทยได้แก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์โดยกำหนดให้ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายได้กำหนด เพื่อได้รับความคุ้มครองไม่ให้เป็นผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ โดยเป็นการนำแนวทางของสหรัฐอเมริกามาใช้ เช่นเดียวกับกับสาธารณรัฐเกาหลี ทำให้การให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของไทยมีมาตรฐานที่เทียบเท่ากับต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม จาก

การศึกษาพบว่า ประเทศแคนาดาได้มีการกำหนดเงื่อนไขหรือหน้าที่ของผู้ให้บริการที่แตกต่างออกไปจากไทย สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐเกาหลี เนื่องจากการกำหนดในเชิงเงื่อนไขการรับผิดชอบของผู้ให้บริการมากกว่าการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยสามารถแบ่งตามเงื่อนไขเพื่อเปรียบเทียบถึงความเหมือนและต่างพร้อมวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมของมาตรการต่าง ๆ ได้ดังนี้

ประเทศไทย สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐเกาหลี ได้กำหนดให้ผู้ให้บริการต้องมีมาตรการยกเลิกการให้บริการแก่ผู้ใช้งานที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ซ้ำ ๆ และดำเนินการตามมาตรฐานนั้นเช่นเดียวกัน ซึ่งการกำหนดเช่นนี้เป็นการกำหนดที่เป็นผลต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่อาจถูกละเมิดลิขสิทธิ์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต และอาจทำให้เกิดความเสียหายอย่างมาก ดังนั้นจึงเป็นการกำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่เข้ามามีบทบาทในการช่วยลดปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์¹⁷ ทำให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตก็ไม่อาจเมินเฉยต่อกิจกรรมการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นในระบบของตนได้ ต่างจากประเทศแคนาดาที่ไม่มีบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวแต่เป็นการกำหนดให้พิจารณาถึงความรับผิดชอบโดยอาศัยปัจจัยต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย อันอาจทำให้ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความคุ้มครองไม่เพียงพอในสถานการณ์ปัจจุบัน

ประเทศไทย สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐเกาหลี ได้กำหนดให้ผู้ให้บริการต้องไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่า มีข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายของตน แม้สาธารณรัฐเกาหลีจะใช้ถ้อยคำที่แตกต่างออกไป อันได้แก่ ไม่มีส่วนริเริ่มในการส่งผลงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ หรือมิได้คัดเลือกเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์ หรือคัดเลือกผู้รับส่งเนื้อหาดังกล่าว การกำหนดเช่นนี้ก็เป็นการกำหนดให้ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ต้องมีได้มีส่วนรู้เห็นเกี่ยวกับเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์เช่นเดียวกัน โดยต้องมีใช้ผู้เผยแพร่ หรือคัดเลือกเนื้อหานั้นเอง ซึ่งกรณีเงื่อนไขนี้แม้แคนาดาจะได้มีการกำหนดให้ต้องคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ เพื่อพิจารณาว่า ผู้ให้บริการนั้นต้องรับผิดชอบหรือไม่ โดยการคำนึงถึงปัจจัยดังกล่าวอาจถือได้ว่า เป็นการคำนึงว่าผู้ให้บริการได้ทราบถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ก็ตาม แต่การกำหนดในรูปแบบของกฎหมายแคนาดาอาจทำให้เกิดข้อโต้แย้งกันหรือความไม่แน่นอนในการปรับใช้หรือพิจารณาตามปัจจัยต่าง ๆ ได้ เนื่องจากเป็นการพิจารณาเป็นรายกรณีไป ดังนั้น การกำหนดในรูปแบบหรือแนวทางของไทย สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐเกาหลีที่กำหนดให้ต้องไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่า มีข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายของตนมีความแน่ชัดที่ให้ผู้ให้บริการสามารถปฏิบัติตามได้ จึงเป็นผลดีกว่าในการปรับใช้ ทำให้ผู้ให้บริการได้รับความคุ้มครองที่แน่นอนกว่า และเป็นผลต่อการให้ความคุ้มครองต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์

¹⁷ Association, T. C. B., "Submission on Bill C-32, Copyright Modernization Act "

ในส่วนของการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่า ได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบเมื่อรู้ถึงข้อมูลดังกล่าวหรือการรับแจ้ง และการจัดให้มีช่องทางการรับแจ้งนั้น เป็นการกำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่ต้องนำข้อมูลที่ถูกระบุอ้างว่า เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบที่ตนให้บริการ ซึ่งแม้แต่ละประเทศจะใช้ถ้อยคำที่ต่างกันตามกฎหมาย คือ ประเทศไทยกำหนดให้ต้องนำข้อมูลดังกล่าวออกจากระบบโดย “ไม่ชักช้า” สหรัฐอเมริกาใช้ถ้อยคำว่า “อย่างรวดเร็ว” ส่วนสาธารณรัฐเกาหลีใช้คำว่า “โดยทันที” แม้จะกำหนดด้วยถ้อยคำแตกต่างกัน ก็ยังสามารถเข้าใจถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ว่า ผู้ให้บริการต้องนำข้อมูลดังกล่าวออกจากระบบอย่างรวดเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้เพื่อป้องกันไม่ให้ผลงานอันละเมิดลิขสิทธิ์แพร่หลายผ่านอินเทอร์เน็ตสู่ผู้ชมจำนวนมาก อันจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์อย่างมาก จึงกำหนดให้ผู้ให้บริการมีหน้าที่ต้องดำเนินการดังกล่าวเพื่อได้รับความคุ้มครองไม่ต้องรับผิดชอบในการละเมิดลิขสิทธิ์ของเนื้อหาที่อยู่ในระบบของตน และกำหนดให้ผู้ให้บริการมีหน้าที่ต้องจัดช่องทางการรับแจ้งคำแจ้งเตือนดังกล่าวจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งการกำหนดเช่นนี้เป็นการกำหนดให้ผู้ให้บริการต้องมีมาตรการ Notice and Takedown ซึ่งประเทศไทย และสาธารณรัฐเกาหลี ได้มีการนำหลักการนี้ตามแนวทางของสหรัฐอเมริกามาใช้เพื่อเป็นเงื่อนไขในการได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ในขณะที่เมื่อเปรียบเทียบกับแคนาดาจะพบว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของแคนาดา จะไม่ต้องนำข้อมูลที่ถูกระบุอ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบเพราะได้รับแจ้งว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด เนื่องจากประเทศแคนาดาไม่ได้นำระบบ Notice and Takedown มาใช้ โดยแคนาดากำหนดให้ผู้ให้บริการต้องนำข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบ เมื่อทราบถึงคำพิพากษาว่า เนื้อหานั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น จึงอ้างกล่าวได้ว่า แคนาดาได้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ใช้งานมากกว่าอีกทั้ง 3 ประเทศ ซึ่งการกำหนดเช่นนี้ อาจทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้รับความคุ้มครองที่เพียงพอกับสถานการณ์ปัจจุบันได้ แนวทาง Notice and Takedown ที่ไทยใช้ตามแนวของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี จึงเหมาะสมกับการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในสถานการณ์ปัจจุบันแล้ว ทั้งนี้ จะมีการกล่าวถึงหลักการเกี่ยวกับ Notice and Takedown ในหัวข้อต่อไป

นอกจากนี้ ไทย สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐเกาหลี ยังกำหนดให้ผู้ให้บริการต้องไม่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ในกรณีที่ผู้ให้บริการมีสิทธิและมีความสามารถในการควบคุมการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นหนึ่งในเงื่อนไขในการได้รับความคุ้มครอง ซึ่งการกำหนดห้ามไม่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงนี้ เป็นการกำหนดที่ชัดเจนสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงของธุรกิจการให้บริการ ที่ผู้ให้บริการอาจได้รับค่าตอบแทนในการให้บริการตามปกติ เช่น ค่าธรรมเนียมการให้บริการ¹⁸ โดยไม่ทราบถึงเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์ที่อยู่ใน

¹⁸ Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007)

ระบบ หรือไม่ได้มุ่งจะแสวงหาประโยชน์ทางการเงินจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเลยก็ตาม จึงเป็นการกำหนดเพื่อให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้ให้บริการมากจนไม่สามารถดำเนินการทางธุรกิจได้ ทั้งนี้ แม้ประเทศแคนาดา จะไม่ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการเช่นแนวทางของไทย สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐเกาหลี แต่ก็มีกำหนดให้ต้องพิจารณาถึงปัจจัยต่าง ๆ เพื่อเอาผิดต่อผู้ให้บริการที่มีลักษณะเป็นการพิจารณาถึงสภาพความเป็นจริงว่า ผู้ให้บริการได้รับผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ เช่นเดียวกัน เช่น พิจารณาว่า ผู้ให้บริการมีการให้บริการหรือใช้งานอย่างอื่นนอกจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ ได้รับประโยชน์จากการยอมให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นหรือไม่ มีศักยภาพทางเศรษฐกิจของการให้บริการหรือไม่หากไม่ได้ใช้เพื่อให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ ฯลฯ ดังนั้น การกำหนดเงื่อนไขของประเทศไทย จึงเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตแสวงหาประโยชน์จากผลงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ในระบบ อันอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมหรือกระทบสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร และยังเป็นกำหนดให้ความคุ้มครองการทำธุรกิจของผู้ให้บริการที่ไม่ได้แสวงหาประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากผลงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ให้ไม่ต้องรับผิดชอบด้วยการกำหนดเช่นนี้ จึงเหมาะสมแล้ว

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า แม้ไทยจะได้นำแนวทางการกำหนดข้อยกเว้นของสหรัฐอเมริกามาบัญญัติไว้เป็นเงื่อนไขในกฎหมายไทย เช่นเดียวกับกับสาธารณรัฐเกาหลี แต่ไทยมิได้กำหนดให้ผู้ให้บริการต้องไม่ขัดขวางมาตรการทางเทคโนโลยีของเจ้าของลิขสิทธิ์ แตกต่างจากสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี อย่างไรก็ตาม ไทยได้มีการกำหนดให้การกระทำที่ขัดขวางมาตรการทางเทคโนโลยีของเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นความผิดอาญา ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า แม้ไทยไม่ได้กำหนดหลักการนี้ให้เป็นเงื่อนไขในการได้รับความคุ้มครอง แต่ไทยก็ได้กำหนดห้ามมิให้ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลไม่ขัดขวางมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์เช่นเดียวกัน

ดังนั้น จากการศึกษาและวิเคราะห์บทบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลแล้วจะเห็นว่า ไทยได้มีบทบัญญัติในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเป็นมาตรฐานสากลเช่นเดียวกับต่างประเทศแล้ว และการกำหนดเช่นนี้ส่งผลให้ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความคุ้มครองมากยิ่งขึ้นในสถานการณ์ที่มีการทำ UDC อย่างแพร่หลาย

4.2.2 ประเด็นการกำหนดมาตรการการแจ้ง

ดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้นว่า ประเทศไทยได้มีการรับมาตรการ Notice and Takedown ตามแนวทางของสหรัฐอเมริกา เช่นเดียวกับสาธารณรัฐเกาหลีมากำหนดไว้ให้เป็นเงื่อนไขในการได้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต อันเป็นการกำหนดหน้าที่ให้ผู้ให้บริการ

อินเทอร์เน็ตเข้ามามีบทบาทในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งมาตรการนี้มีความแตกต่างจากแนวทางของแคนาดา ที่ใช้มาตรการ Notice and Notice ทั้งนี้ จากการศึกษามาตรการการแจ้งที่กำหนดให้บริการรับฝากข้อมูลของกฎหมายไทย สหรัฐอเมริกา แคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลีต้องดำเนินการตาม สามารถสรุปได้ดังตารางต่อไปนี้

ตารางที่ 6 เปรียบเทียบการกำหนดมาตรการการแจ้ง

| เรื่อง/ประเภท | ไทย | สหรัฐอเมริกา | แคนาดา | สาธารณรัฐเกาหลี |
|---|---------------------|---------------------|---|---------------------|
| รูปแบบมาตรการ | Notice and Takedown | Notice and Takedown | Notice and Notice | Notice and Takedown |
| การแจ้งเตือน (Notice) | | | | |
| ต้องระงับ หรือนำข้อมูลที่อ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์ออกเมื่อมีการแจ้ง และไม่ต้องรับผิดชอบหากดำเนินการตามเงื่อนไข | ✓ (โดยไม่ชักช้า) | ✓ (อย่างรวดเร็ว) | - (นำข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบเมื่อทราบถึงคำพิพากษาว่าเนื้อหานั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์) | ✓ (โดยทันที) |
| แจ้งแก่ผู้ร้องเรียนให้ทราบถึงการระงับข้อมูล (กรณี Notice and Takedown) หรือแจ้งให้ผู้ร้องเรียนทราบว่าได้ส่งคำแจ้งเตือนไปยังผู้ใช้งาน (กรณี Notice and Notice) | - | - | ✓ (แจ้งทั้งกรณีที่ได้ส่งคำแจ้งเตือนไปยังผู้ใช้งานที่ถูกล่าว่าละเมิดลิขสิทธิ์ และกรณีไม่อาจแจ้งได้) | ✓ |
| แจ้งให้ผู้ใช้งานเจ้าของเนื้อหาที่ถูกร้องเรียนว่าละเมิดลิขสิทธิ์ทราบ | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ |

| | | | | | |
|---|--|---|-------------------------------|---|--|
| | กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับเนื้อหาที่ต้องระบุในคำแจ้ง | ✓ | ✓ | ✓ (และมีการระบุถึงเนื้อหาที่ห้ามระบุลงไป คำแจ้งด้วย) | - |
| | ผู้ร้องเรียนต้องรับผิดชอบหากมีเหตุอันควรรู้ว่า เป็นเท็จ | ✓ | ✓ | - | ✓ |
| การคัดค้าน (Counter Notice) ¹⁹ | ผู้ใช้งานสามารถคัดค้านว่าตนไม่ได้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อนำข้อมูลกลับเข้าระบบ | ✓ | ✓ | - | ✓ |
| | ผู้ให้บริการแจ้งไปยังผู้ร้องเรียนว่าจะนำข้อมูลกลับเข้าระบบ และนำข้อมูลนั้นกลับเข้าระบบภายในระยะเวลาที่กำหนด และไม่ต้องรับผิดชอบหากดำเนินการตามเงื่อนไข | ✓ (หลังจากที่ได้ รับคำ คัดค้าน และภายใน 15 วันเมื่อ ครบ กำหนด) | ✓ (ภายใน 10 ถึง 14 วัน) | - | ✓ (กำหนด ระยะเวลาไว้ ในคำแจ้งที่ส่ง ให้แก่ผู้ ร้องเรียนและ ดำเนินการ ภายใน ระยะเวลา นั้น) |
| | ไม่ต้องนำข้อมูลกลับเข้าระบบหากผู้ร้องเรียนฟ้องร้องต่อศาลและแจ้งต่อผู้ให้บริการแล้ว | ✓ | ✓ | - | ✓ |

¹⁹ มีเฉพาะในระบบของมาตรการ Notice and Takedown เท่านั้น

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับเนื้อหาที่ต้องระบุในคำคัดค้าน | ✓ | ✓ | - | - |
| ผู้คัดค้านต้องรับผิดชอบมีเหตุอันควรรู้ว่าเป็นเท็จ | ✓ | ✓ | - | ✓ |

จากตารางจะเห็นได้อย่างชัดเจนดังที่กล่าวไปแล้วว่า ประเทศไทย สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐเกาหลี ได้มีการนำมาตรการ Notice and Takedown ที่เปิดโอกาสให้มีการแจ้งเตือนการละเมิดลิขสิทธิ์มายังผู้ให้บริการประเภทผู้รับฝากข้อมูล โดยเมื่อผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลได้รับคำแจ้งดังกล่าวแล้ว ก็ต้องดำเนินการนำข้อมูลที่ถูกระบุว่าละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวอย่างรวดเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยกฎหมายทั้งสามประเทศได้กำหนดไว้ในลักษณะเดียวกัน คือกำหนดให้การดำเนินการนำข้อมูลออกของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่เป็นความผิด อันเป็นการให้ความรับรองแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตว่า สามารถดำเนินการตามบทบัญญัติดังกล่าวได้โดยไม่ต้องรับผิดชอบแต่อย่างใด ซึ่งเมื่อดำเนินการตามมาตรการนี้แล้วย่อมได้รับความคุ้มครองไม่ให้อำนาจฟ้องร้องในการละเมิดลิขสิทธิ์

ในขณะที่แคนาดาที่ใช้ระบบ Notice and Notice กล่าวคือ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่เพียงแต่ส่งข้อมูลการแจ้งเตือนที่ได้รับมาไปยังผู้ใช้บริการที่นำเนื้อหาที่ถูกระบุว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ทราบ โดยผู้ใช้งานไม่จำเป็นต้องนำเนื้อหาดังกล่าวออกจากระบบแต่อย่างใด โดยผู้ให้บริการมีหน้าที่เพียงการส่งข้อมูลการแจ้งเตือนดังกล่าว และเก็บข้อมูลเกี่ยวกับผู้ใช้งานรายนั้นไว้เป็นระยะเวลา 6 เดือนนับแต่วันที่รับคำร้องละเมิดลิขสิทธิ์ หรือหากผู้ร้องขอเริ่มดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องร้องต่อศาลเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ และได้แจ้งต่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตก่อนครบระยะเวลา 6 เดือน ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องเก็บข้อมูลดังกล่าวไว้เป็นระยะเวลา 1 ปีหลังจากผู้ที่ถูกระบุได้รับการแจ้งเตือน เพื่อเป็นข้อมูลในกรณีที่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ถูกร้องเรียนประสงค์จะดำเนินคดีจะมีหลักฐานในการดำเนินการดังกล่าว²⁰ และมีข้อสังเกตว่า การไม่ดำเนินการตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดของแคนาดานั้น มีผลเพียงทำให้ผู้ให้บริการต้องรับผิดชอบเป็นค่าปรับ แต่ไม่ได้ส่งผลให้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด ต่างจากอีกทั้ง 3 ประเทศที่หากไม่ดำเนินการตามมาตรการนี้แล้วย่อมต้องรับผิดชอบในการละเมิดลิขสิทธิ์ อันแสดงให้เห็นว่า แคนาดาได้ให้ความคุ้มครองต่อเจ้าของลิขสิทธิ์น้อยกว่าทั้ง 3 ประเทศ

²⁰ , "รู้จักหลักการ "Notice and Notice" สำหรับการกำกับเนื้อหาออนไลน์" [ออนไลน์].

จากการกำหนดที่ต่างกันของทั้งสองระบบจะเห็นว่า ประเทศไทยที่ใช้ระบบ Notice and Take down ได้ให้ความคุ้มครองต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในระดับที่มากกว่าแคนาดาที่ใช้ระบบ Notice and Notice เนื่องจากการระงับการเข้าถึงหรือการนำข้อมูลที่อ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบนั้นทำให้นโยบายที่อาจละเมิดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ถูกเผยแพร่ออกไปอย่างแพร่หลายได้ทันทีที่ได้รับแจ้ง แตกต่างจากแคนาดาที่ให้ความคุ้มครองต่อผู้ใช้งานว่า เนื้อหาจะไม่ถูกนำออกจากระบบจนกว่าจะมีคำพิพากษาตัดสินว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งการใช้มาตรการ Notice and Notice ในรูปแบบของประเทศแคนาดาที่ไม่บังคับให้ผู้ให้บริการต้องนำข้อมูลดังกล่าวออกจากระบบ หากนำมาใช้กับประเทศไทย อาจก่อให้เกิดปัญหาการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ที่ไม่เพียงพอในการละเมิดลิขสิทธิ์ทางออนไลน์ ดังที่เคยพบปัญหาข้อจำกัดในการใช้มาตรา 32/3 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ที่ได้ยกเลิกไปแล้วในปัจจุบัน ที่ต้องให้ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องดำเนินการใช้สิทธิทางศาลก่อนจึงจะนำเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบได้ ที่ก่อให้เกิดภาระต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ และกระบวนการทางศาลอาจใช้ระยะเวลาที่นาน ไม่เหมาะสมกับการจัดการผลงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ที่ถูกนำเข้าสู่ระบบอินเทอร์เน็ตที่มีการแพร่หลายอย่างรวดเร็วในปัจจุบัน²¹ ดังนั้นผู้ศึกษาจึงเห็นว่า ประเทศไทยควรมีบทบัญญัติที่นำมาตราการ Notice and Takedown มาใช้

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า แม้หลักการส่วนมากในการกำหนดให้มีมาตรการ Notice and Takedown ของไทย สหรัฐอเมริกา และเกาหลีจะมีลักษณะเป็นไปในรูปแบบเดียวกัน ดังปรากฏตามตารางเปรียบเทียบ คือ กำหนดให้ผู้ให้บริการต้องแจ้งให้ผู้ใช้งานเจ้าของเนื้อหาที่ถูกร้องเรียนว่าละเมิดลิขสิทธิ์ทราบถึงข้อร้องเรียนดังกล่าว และนำข้อมูลออกจากระบบเมื่อได้รับการแจ้งโดยไม่มีความผิด แต่จากการศึกษาพบว่า จะมีความแตกต่างกันในรายละเอียดในการกำหนดเกี่ยวกับการจัดทำหรือการดำเนินการต่อคำร้องดังกล่าวสามารถแบ่งเป็นประเด็นเพื่อวิเคราะห์ได้ดังนี้

ประการแรก มีข้อสังเกตว่า สาธารณรัฐเกาหลีเป็นประเทศเดียวที่ใช้ระบบ Notice and Takedown ต้องแจ้งไปยังผู้ร้องเรียนว่า ได้ดำเนินการระงับหรือนำข้อมูลที่อ้างออกจากระบบแล้ว ต่างจากประเทศไทยและสหรัฐอเมริกา จากการกำหนดเช่นนี้ ทำให้ผู้ให้บริการต้องมีหน้าที่หรือกระบวนการในการดำเนินการต่อการแจ้งที่มากยิ่งขึ้น และมีข้อสังเกตว่า การกำหนดให้ผู้ให้บริการนำข้อมูลออกจากระบบอย่างรวดเร็วที่สุดหลังจากการได้รับแจ้ง ก็เป็นการให้ความคุ้มครองต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มากเพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องมีการแจ้งกลับไปยังเจ้าของลิขสิทธิ์แต่อย่างใด ต่างกับกรณีของประเทศแคนาดาที่ผู้ให้บริการทำหน้าที่เพียงผู้ส่งข้อมูลจึงต้องแจ้งให้ผู้ร้องเรียนทราบว่า สามารถส่งหรือไม่สามารถส่งคำร้องดังกล่าวไปยังผู้ที่ถูกกล่าวหาได้ เพื่อผู้ร้องเรียนจะได้ดำเนินการทางกฎหมายหรือหา

²¹ Thai Arbitration Institute (TAI), "TAI Webinar Series | All New "Notice and Takedown" และบทบัญญัติใน พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) 2565" [ออนไลน์].

ข้อมูลเพิ่มเติมเพื่อรักษาสิทธิของตนได้ ดังนั้น การที่กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดให้ผู้ให้บริการต้องแจ้งไปยังผู้ร้องเรียนว่า ได้นำข้อมูลที่ร้องเรียนว่าละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบ ที่เป็นไปตามแนวทางของสหรัฐอเมริกา เป็นการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ที่เพียงพอ และไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจนเกินสมควรแล้ว

ประการที่สอง การกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับเนื้อหาที่ต้องระบุในคำแจ้ง ไทยและสหรัฐอเมริกาได้มีกฎหมายระบุว่า คำแจ้งนั้นต้องมีองค์ประกอบอะไรบ้าง หากไม่ครบแล้วย่อมไม่อาจถือได้ว่า ผู้ให้บริการรับทราบถึงคำร้องดังกล่าว ต่างจากสาธารณรัฐเกาหลีที่ไม่ได้มีการระบุถึงเนื้อหาเอาไว้ การกำหนดเช่นนี้มีข้อดีกับผู้ร้องเรียนว่า จะสามารถทราบได้ว่า ต้องระบุถึงเนื้อหาอะไรบ้าง เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการปฏิบัติ และลดภาระสำหรับผู้ให้บริการในการพิจารณาข้อร้องเรียน เนื่องจากหากมีเนื้อหาตามที่กำหนดไว้ครบแล้วย่อมเป็นการง่ายต่อการนำข้อมูลดังกล่าวไปประจักษ์ หรือนำข้อมูลที่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์ออกได้โดยเร็ว การกำหนดเช่นนี้จึงเป็นผลดีในการใช้ อย่างไรก็ตามก็ยังมีข้อสังเกตว่า ผู้ที่จะสามารถแจ้งมายังผู้ให้บริการต้องมีหลักฐานอันควรเชื่อว่า มีการละเมิดลิขสิทธิ์อยู่บนระบบของผู้ให้บริการ ซึ่งการกำหนดเช่นนี้อาจก่อให้เกิดอุปสรรคในการดำเนินการเนื่องจากการหาหลักฐานที่ยืนยันถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นไม่อาจทำได้โดยง่าย²² แต่การกำหนดเช่นนี้เป็นข้อกำหนดเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกลั่นแกล้งแจ้งให้ผู้ให้บริการนำข้อมูลออกจากระบบ ซึ่งสอดคล้องกับหลักการที่ทั้ง 3 ประเทศกำหนดให้ผู้แจ้งเท็จจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า แม้กฎหมายไทยจะได้มีการกำหนดให้ผู้ร้องเรียนต้องคำนึงถึงว่าการกระทำของผู้ใช้งานเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ได้รับยกเว้นความรับผิดชอบหรือไม่ แต่การพิสูจน์ว่าผู้ร้องเรียนได้ดำเนินการดังกล่าวแล้วจริง ๆ เป็นเรื่องยาก อีกทั้งในประเด็นการแจ้งอันเป็นเท็จที่กำหนดให้ผู้แจ้งต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น มีข้อสังเกตว่า ผู้ที่ได้รับความเสียหายต้องดำเนินการต่อศาลเพื่อพิสูจน์ความเสียหาย อันเป็นการดำเนินการที่ต้องใช้เวลา ใช้ค่าใช้จ่าย และอาจยากต่อการพิสูจน์²³ จึงเป็นข้อสังเกตว่า มาตรการ Notice and Takedown ที่ให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ให้บริการในสถานการณ์ปัจจุบันอาจก่อให้เกิดปัญหาการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ใช้งาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ทำ UDC ได้

นอกจากมาตรการเกี่ยวกับการร้องเรียนแล้ว กฎหมายยังกำหนดให้ผู้ใช้งานที่ถูกร้องเรียนสามารถส่งคำคัดค้านเพื่อนำข้อมูลของตนกลับเข้าสู่ระบบ โดยอ้างว่าการกระทำของตนไม่ได้เป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์ หรือมีอำนาจที่อาจทำได้ตามกฎหมาย โดยเมื่อผู้ให้บริการได้รับแล้วต้อง

²² Ibid.

²³ Ibid.

ส่งคำคัดค้านดังกล่าวไปให้ผู้ร้องเรียนทราบ และนำข้อมูลกลับเข้าสู่ระบบหากไม่มีการฟ้องร้องจากเจ้าของลิขสิทธิ์ และผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบดำเนินการตามเงื่อนไขดังกล่าวแล้ว การกำหนดมาตรการคัดค้านเป็นการให้ความสมดุลแก่สิทธิของผู้ใช้งานที่อาจโต้แย้งคัดค้านว่า การร้องเรียนของผู้ร้องเรียนไม่ถูกต้องได้²⁴ แต่จากการศึกษาพบว่า แต่ละประเทศจะมีความแตกต่างกันในรายละเอียดในการกำหนดเกี่ยวกับการจัดทำคำคัดค้าน ดังสามารถแบ่งเป็นประเด็นเพื่อวิเคราะห์ได้ดังนี้

ประเด็นระยะเวลาในการนำข้อมูลกลับเข้าสู่ระบบ แม้ทั้ง 3 ประเทศจะมีการกำหนดให้ผู้ให้บริการต้องนำข้อมูลกลับเข้าสู่ระบบ แต่มีความแตกต่างกันของระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ ได้แก่ 30 วันนับแต่วันได้รับคำโต้แย้ง โดยดำเนินการภายใน 15 วัน สำหรับประเทศไทย 10 ถึง 14 วัน สำหรับสหรัฐอเมริกา และเวลาตามที่คุณให้บริการได้กำหนดไว้ และแจ้งแก่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์สำหรับประเทศสาธารณรัฐเกาหลี ซึ่งจะเห็นได้ว่า การระบุเป็นระยะเวลา ย่อมเป็นการชัดเจนกว่าในการปฏิบัติ และป้องกันการดำเนินการที่ล่าช้าเกินสมควรหากไม่มีการกำหนดระยะเวลาไว้ในกฎหมาย การระบุจำนวนระยะเวลาที่แน่ชัดของกฎหมายไทย จึงมีความชัดเจนในการปรับใช้ในทางปฏิบัติแล้ว

ประเด็นรายละเอียดที่ต้องกำหนดไว้ในคำคัดค้าน เช่นเดียวกับกับประเด็นรายละเอียดที่ต้องกำหนดไว้ในคำแจ้ง สหรัฐอเมริกา และไทย ได้มีการกำหนดถึงรายละเอียดที่ต้องมีในคำคัดค้านไว้ในกฎหมาย ต่างจากสาธารณรัฐเกาหลีที่ไม่ได้ระบุรายละเอียดดังกล่าวไว้ ซึ่งการกำหนดถึงรายละเอียดไว้ในกฎหมายของไทย เป็นการแน่ชัด และสะดวกในการปรับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติแล้ว

ดังนั้น จากการศึกษาและวิเคราะห์บทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการ Notice and Takedown จะเห็น ว่าไทยมีบทบัญญัติที่เป็นไปตามมาตรฐานสากลเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ที่อาจมีงาน UDC อันละเมิดลิขสิทธิ์อยู่ในระบบ และเป็นการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เช่นเดียวกับต่างประเทศแล้ว จึงไม่จำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายในประเด็นนี้แต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า การแก้ไขกฎหมายไทยที่กำหนดให้มีมาตรการ Notice and Takedown นี้อาจส่งผลกระทบต่อการใช้งานของผู้ทำ UDC เป็นอย่างมาก เนื่องจากผู้ทำ UDC อาจมีความเสี่ยงที่จะถูกนำเนื้อหาออกจากระบบได้ ประกอบกับปัญหาข้อจำกัดในการปรับใช้ช้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของกฎหมายไทยในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำ UDC การแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองต่อเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ให้บริการที่จำเป็นในสถานการณ์ที่อินเทอร์เน็ตมีความแพร่หลายนี้

²⁴ Ibid.

ยิ่งแสดงให้เห็นถึงปัญหาของกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยในการให้ความคุ้มครองผู้ทำผลงาน UDC ดังจะกล่าวในหัวข้อต่อไป

4.3 ผู้ทำผลงาน UDC


ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องที่สำคัญอีกฝ่ายหนึ่งในการทำ UDC คือ ผู้ทำผลงาน UDC โดยนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้เพื่อทำผลงาน UDC ของตน ซึ่งส่วนมากแล้วมักจะเป็นการนำมาใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ให้มีสิทธิเด็ดขาดตามที่กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างการให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์และประโยชน์สาธารณะในการใช้ผลงานที่ถูกสร้างสรรค์ขึ้นหรือประโยชน์ของผู้ใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์²⁵ ซึ่งแนวทางข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเด็นที่มีความเกี่ยวข้องกับ UDC ของไทย สหรัฐอเมริกา แคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลี ปรากฏดังตารางต่อไปนี้

ตารางที่ 7 เปรียบเทียบข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับ UDC

| หัวข้อ/ประเทศ | ไทย | สหรัฐอเมริกา | แคนาดา | สาธารณรัฐเกาหลี |
|---|---|---|--|---|
| ข้อยกเว้นทั่วไป ปรับใช้ได้กับทุก กรณี | ไม่แน่ชัด แต่มีแนวโน้มว่า จะไม่อาจใช้ได้ (มาตรา 32) | ✓ (17 U.S. Code §107) | - | ✓ (Copyright Act Article 35-5) |
| ปัจจัยที่นำมา พิจารณาว่าเป็น การใช้งานที่เป็น ธรรม | ไม่ชัดเจน การแสวงหา ประโยชน์จาก งานอันมีลิขสิทธิ์ ตามปกติของ เจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่ กระทบกระเทือน | 1. วัตถุประสงค์ หรือลักษณะการใช้ งาน รวมถึงการ พิจารณาว่าการใช้ งานนั้นเป็นการใช้ งานเพื่อการค้า หรือเป็นการใช้ อย่างไม่แสวงหา | ศาลสูงได้วางหลัก ไว้ในคำพิพากษา ว่าต้องพิจารณา ตามหลักเกณฑ์ ดังนี้ 1. วัตถุประสงค์ การใช้งานเป็นไป | 1. วัตถุประสงค์ และลักษณะ การใช้งาน 2. ชนิดและ วัตถุประสงค์ ของผลงานอันมี ลิขสิทธิ์ |

²⁵ Kate Langrell, "Exceptions in the Copyright Act," [Online] Accessed: 15 May 2023. Available from: <https://library.usask.ca/copyright/general-information/exceptions-in-the-copyright-act.php#top>

| | | | | |
|---|---|---|--|--|
| | ถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร | <p>กำไรเพื่อวัตถุประสงค์ทางการศึกษา</p> <p>2. ลักษณะของผลงานที่มีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้</p> <p>3. จำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนที่นางานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เมื่อเทียบกับงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด</p> <p>4. ผลกระทบต่อการตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์</p> | <p>ตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น</p> <p>2. ลักษณะของการใช้งาน</p> <p>3. ปริมาณการใช้งาน</p> <p>4. ผลงานอื่นหรือตัวเลือกอื่นที่อาจทำได้แทนการใช้งาน</p> <p>5. ธรรมชาติของผลงานอันมีลิขสิทธิ์</p> <p>6. ผลกระทบของการใช้งานต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์</p> | <p>3. จำนวนและความสำคัญของสัดส่วนที่ใช้เมื่อเทียบกับผลงานทั้งหมด</p> <p>4. ผลที่เกิดจากการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต่อความเป็นไปได้ทางการตลาดในปัจจุบันและที่อาจเป็นไปได้หรือมูลค่าของผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น</p> |
| ข้อยกเว้นสำหรับ UDC โดยเฉพาะ | - | - | <p>✓</p> <p>(Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Article 29.21</p> | - |
| ข้อยกเว้นรายการอื่นที่อาจนำมาปรับใช้กับ UDC ได้ | <p>1. ชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น (มาตรา 32(3))</p> | - | <p>1. ใช้งานอย่างเป็นธรรมเพื่อการค้นคว้า หรือการศึกษาส่วนตัว ทำผลงาน ล้อเลียน ผลงานเสียดสี</p> | <p>การอ้างผลงานที่ได้เผยแพร่สู่สาธารณะเพื่อวัตถุประสงค์ใดที่เป็นการใช้งานที่เป็นธรรมอย่างสมเหตุสมผล</p> |

| | | | | |
|--|--|--|--|--|
| | <p>2. การกล่าว คัดลอก เลียน หรืออ้างอิงงานบางตอนตามสมควรจากงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยมี การรับรู้ถึงความ เป็นเจ้าของ ลิขสิทธิ์ในงาน นั้น (มาตรา 33)</p> |  | <p>(Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Article 29) 2. ใช้งานอย่าง เป็นธรรมเพื่อ วัตถุประสงค์ใน การติชม หรือ วิพากษ์วิจารณ์ โดยระบุถึง แหล่งที่มา และ รายละเอียดของ แหล่งที่มา (Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Article 29.1)</p> | <p>โดยระบุถึง แหล่งที่ตาม สมควรแก่การ ใช้งานแต่ละ ประเภทตาม แนวการตัดสิน ของศาล สาธารณรัฐ เกาหลี (Copyright Act Article 28 และ 37)</p> |
|--|--|--|--|--|

แม้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ได้กำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ แต่บทบัญญัติของกฎหมายไทยนั้น ไม่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองกับการทำ UDC ส่วนมากได้ โดยสามารถแบ่งเป็นประเด็นปัญหาการขาดบทบัญญัติที่มีลักษณะทั่วไปในการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยเปรียบเทียบกับแนวทางการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะทั่วไปของ สหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี และปัญหาการขาดบทบัญญัติที่มีลักษณะเฉพาะในการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กรณี UDC โดยเปรียบเทียบกับแนวทางการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของ แคนาดา

4.3.1 ปัญหาการขาดบทบัญญัติที่มีลักษณะทั่วไปในการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

4.3.1.1 สภาพปัญหาการปรับใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ

แม้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ จะมีการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในมาตรา 32 ซึ่งอาจถูกตีความได้ว่า เป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป เนื่องจากถ้อยคำที่กำหนดไว้ในวรรคแรกว่า การกระทำแก่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นหากไม่ขัดต่อการแสวงหา

ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรแล้ว ไม่ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ในด้านการตีความนั้นปรากฏว่า ยังมีปัญหาในด้านการตีความเป็นสองประเด็น ได้แก่ 1) ประเด็นเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำใดจะเป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายเกินสมควร และ 2) ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนในสถานะมาตรา 32 วรรคแรก ว่าสามารถปรับใช้มาตรา 32 วรรคแรกในฐานะบทบัญญัติอันมีลักษณะทั่วไป เพื่อปรับใช้ให้ความคุ้มครองต่อการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้โดยไม่ต้องพิจารณาประกอบกับข้อยกเว้นเป็นรายกรณีที่ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 32 วรรค 2 ได้หรือไม่

1) ประเด็นเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาตามมาตรา 32 วรรคแรก แม้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 32 จะมีการกำหนดให้การกระทำที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรไม่ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งจากถ้อยคำดังกล่าวมีลักษณะที่อาจปรับใช้เป็นกรณีต่าง ๆ ตามแต่ละกรณีได้ แต่บทบัญญัติมาตรา 32 ยังขาดความชัดเจนเกี่ยวกับปัจจัยหรือการกำหนดแนวทางการตีความข้อกฎหมายดังกล่าว แม้มีแนวทางการตีความจากหนังสือคู่มือการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมของกรมทรัพย์สินทางปัญญาว่า ต้องพิจารณาถึงปัจจัยต่าง ๆ ทั้ง 4 ปัจจัย อันได้แก่พิจารณาถึง ปัจจัยวัตถุประสงค์และลักษณะในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ ว่าเป็นการแสวงหากำไรหรือไม่ โดยคำนึงถึงความสุจริตในการใช้งาน กล่าวคือ การใช้งานนั้นมีความพยายามทำให้เข้าใจผิดว่าผลงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นของผู้ใช้งานที่สร้างขึ้นเองหรือไม่ และพิจารณาว่ามีลักษณะเป็นผลงานแปลงรูปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมหรือไม่ ปัจจัยลักษณะของงานอันมีลิขสิทธิ์ ว่าเป็นผลงานที่มีความสร้างสรรค์สูงหรือไม่ และเป็นผลงานที่ได้โฆษณาหรือเผยแพร่ของผลงานที่นำมาใช้แล้วหรือไม่ ปัจจัยที่สามปริมาณหรือเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญที่ถูกนำมาใช้เมื่อเทียบกับเนื้อหาทั้งหมด และผลกระทบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของงานอันมีลิขสิทธิ์²⁶ โดยพิจารณาว่า การนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้นั้น สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ถูกกระทบมากไป หรือมีผลกระทบเพียงเล็กน้อย ซึ่งมีข้อสังเกตว่า จากหลักเกณฑ์ที่มาจากแนวทางการตีความของกรมทรัพย์สินทางปัญญานั้น มีความสอดคล้องกับปัจจัยที่กำหนดไว้ในกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี

อย่างไรก็ดี แม้จะมีการกำหนดถึงปัจจัยต่าง ๆ ไว้แล้ว แต่ยังคงมีความไม่แน่ชัดในการกำหนดเกี่ยวกับการให้น้ำหนักของปัจจัยแต่ละปัจจัยในการตีความเพื่อพิจารณาในการให้ความคุ้มครองว่า

²⁶ กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, "คู่มือการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม" [ออนไลน์].

ต้องเป็นการพิจารณาควบคู่กัน หรือมีการให้นำหนักแก่ปัจจัยใดปัจจัยหนึ่งโดยเฉพาะ หรือตีความว่า หากขัดต่อเงื่อนไขใดแล้ว ย่อมเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรมทันที นอกจากนี้ หลักเกณฑ์ที่กำหนดให้ ต้องพิจารณาถึงปัจจัยต่าง ๆ ไม่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายแต่อย่างใด ทำให้แนวทางการตีความนี้มีได้ ผูกพันให้ศาลตีความตามปัจจัยที่กำหนดไว้แต่อย่างใด ทำให้ศาลจึงอาจนำปัจจัยอื่น หรือพิจารณา เพียงปัจจัยเดียวเพื่อพิจารณาว่า การทำ UDC ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์ เกินสมควร และทำให้ไม่ได้รับความคุ้มครองได้

นอกจากนี้ มีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางการตีความในปัจจัยวัตถุประสงค์และลักษณะในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ ที่ในแนวทางมีการกำหนดว่า ให้พิจารณาถึงลักษณะว่าเป็นผลงานแปลงรูปเพื่อ ประโยชน์ของส่วนรวมหรือไม่ ซึ่งจากการพิจารณานี้อาจทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการนำมาปรับใช้กับ UDC ว่า ประโยชน์สาธารณะนี้ หมายรวมถึงประโยชน์ที่ผู้ใช้งาน หรือผู้ทำ UDC จะสร้างสรรค์ผลงานอัน เป็นการส่งเสริมการใช้เสรีภาพในการแสดงออก และประโยชน์ในการส่งเสริมให้มีผลงานสร้างสรรค์ใน สังคมมากยิ่งขึ้นผ่านการทำ UDC หรือไม่ หรือจะถือว่าการทำ UDC เป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อ ประโยชน์ส่วนตนในด้านการทำเพื่อความสนุกสนานที่แม้จะมีความแปลงรูปแล้วก็ไม่อาจได้รับความ คุ้มครองตามแนวทางนี้ได้ และมีข้อสังเกตว่า ในแนวทางดังกล่าวได้มีการกำหนดถึงแนวทางการ พิจารณาเกี่ยวกับปริมาณหรือเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญที่ถูกนำมาใช้เมื่อเทียบกับเนื้อหาทั้งหมดว่า ผู้นำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ ต้องนำมาใช้ไม่ควรเกินร้อยละ 10 หรือมีการกำหนดห้ามไม่ให้ดัดแปลง เนื้อร้องในกรณีผลงานดนตรีกรรม การกำหนดเช่นนี้ทำให้อาจเป็นอุปสรรคต่อการให้ความคุ้มครอง ผลงาน UDC ที่ในบางกรณีต้องมีการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ในปริมาณที่มาก เพื่อให้สอดคล้องกับ วัตถุประสงค์การทำ UDC ของตน เช่น การใช้เพลงอันมีลิขสิทธิ์เพื่อทำเพลงล้อเลียน ที่มีการนำ ทำนองของเพลงดังกล่าวมาใช้ทั้งเพลง และมีการดัดแปลงเนื้อร้อง ฯลฯ ซึ่งต่างจากแนวทางการ พิจารณาของสหรัฐอเมริกาที่มีการกำหนดให้ต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์การใช้งานประกอบการ พิจารณาถึงสัดส่วนที่นำมาใช้ด้วย

ดังนั้น จากปัญหาการขาดความชัดเจนในหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณามาตรา 32 วรรคแรก ทำให้มาตรา 32 อาจไม่สามารถนำมาปรับใช้สำหรับการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อทำผลงาน UDC ได้

2) ประเด็นเกี่ยวกับสถานะของมาตรา 32 วรรคแรก นอกจากปัญหาการตีความมาตรา 32 วรรคแรกแล้ว มาตรา 32 ยังขาดความชัดเจนเกี่ยวกับสถานะในการตีความว่า จะสามารถตีความใน ฐานะบทบัญญัติทั่วไปเพื่อปรับใช้กับข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีได้หรือไม่ หรือจำต้องพิจารณาควบคู่กับ

รายการที่กำหนดไว้ในมาตรา 32 วรรคสองเท่านั้น โดยมีความเห็นที่อาจตีความแยกเป็นสองความเห็น ซึ่งสามารถพิจารณาร่วมกับการทำ UDC ได้ดังนี้

ความเห็นแรก เห็นว่า วรรคแรกแห่งมาตรา 32 เป็นกรอบการตีความข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือเงื่อนไขของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ส่วนข้อยกเว้นที่อยู่ในมาตรา 32 วรรคสองนั้น เป็นกรณีพิเศษบางกรณีที่ต้องตีความอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 32 วรรคหนึ่ง การตีความนี้เป็นการตีความที่สอดคล้องกับนักวิชาการ และศาลฎีกาของประเทศไทย โดยตีความว่า วรรคแรกต้องตีความควบคู่กับกรณีพิเศษที่กำหนดไว้ในมาตรา 32 เท่านั้น ดังนั้น จากความเห็นนี้ทำให้แม้ผลงาน UDC จะถูกพิจารณาตามปัจจัยต่าง ๆ แล้วปรากฏว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมแล้ว แต่ก็ไม่อาจได้รับการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้เนื่องจากการทำ UDC ไม่ใช่การกระทำที่กำหนดไว้เป็นกรณีเฉพาะในมาตรา 32

ความเห็นที่สอง เห็นว่าข้อยกเว้นต่าง ๆ ในมาตรา 32 เป็นตัวอย่างของข้อจำกัดสิทธิโดยเด็ดขาดหรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น ดังนั้น ถ้ามีกรณีที่ไม่เข้าข้อยกเว้นที่เขียนไว้ในวรรคสองแห่งมาตราดังกล่าวแล้ว ก็จะสามารถปรับเข้าข้อยกเว้นทั่วไปตามวรรคแรกได้ หากเป็นการตีความตามความเห็นนี้การทำ UDC บางประเภทจะสามารถได้รับความคุ้มครองให้ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ หากเป็นการพิจารณาแล้วเป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือปัจจัยต่าง ๆ แต่แม้จะเป็นการตีความตามแนวความเห็นนี้ การตีความมาตรา 32 วรรคแรก ก็อาจมีปัญหาเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนในปัจจัยที่ต้องนำมาพิจารณา ดังที่กล่าวไว้ตามข้อ (1)

การตีความในมาตรา 32 ที่มีสองความเห็น ก่อให้เกิดความไม่แน่ชัดว่า การทำ UDC นั้นผู้ทำ จะได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ อีกทั้งจากแนวโน้มที่เป็นความเห็นที่ศาลมักปรับใช้แล้ว จะเห็นว่า การปรับใช้มาตรา 32 วรรคแรกจำเป็นต้องพิจารณาควบคู่กับอนุมาตราตามมาตรา 32 วรรคสองด้วย ซึ่งสามารถแบ่งเป็นกลุ่มประเภทการใช้งานที่ถือว่ามิได้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 วรรคสองออกเป็นห้ากลุ่ม ซึ่งสามารถวิเคราะห์แนวทางการปรับใช้กับเนื้อหา UDC ได้ดังนี้

กลุ่มการใช้เพื่อการศึกษาหรือการสอบ อันปรากฏอยู่ในมาตรา 32 วรรค 2 (1)(6)(7) และ (8) ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงลักษณะของการทำ UDC แล้ว จะเห็นว่า ผู้ใช้งานที่ทำ UDC นั้นมิได้มีวัตถุประสงค์ในการใช้เพื่อการศึกษาหรือการสอบแต่อย่างใด แต่เป็นไปเพื่อการทำเพื่อความสนุกสนาน หรือเป็นการทำเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้ทำ หรือการทำตามกระแสที่เป็นที่นิยม เพื่อให้ผู้ใช้งานคนนั้นเป็นที่นิยมมีผู้ชมเนื้อหาจำนวนมาก ดังนั้นจึงไม่อาจปรับใช้ข้อยกเว้นในกลุ่มนี้เพื่อยกเว้นความรับผิดได้

กลุ่มการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัว ดังปรากฏในมาตรา 32 วรรค 2 (2) ซึ่งลักษณะของ UDC เป็นการทำขึ้นและถูกเผยแพร่ลงในอินเทอร์เน็ตอย่างแพร่หลาย และมีวัตถุประสงค์ให้เนื้อหา UDC นั้นเข้าถึงผู้คนจำนวนมาก จึงไม่ใช่การนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือใช้ภายในกลุ่มครอบครัวหรือญาติสนิทแต่อย่างใด

กลุ่มการใช้เพื่อการให้ความเห็น ดังปรากฏในมาตรา 32 วรรค 2 (3) ซึ่งเป็นกรณีที่อาจปรับใช้กับ UDC บางประเภทที่เป็นการทำเพื่อการติชม หรือแสดงความคิดเห็นวิจารณ์ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ เช่น การเขียนคำวิจารณ์หนังสือ โดยหยิบยกเนื้อหาบางส่วนของหนังสือเล่มนั้นมาใช้ ซึ่งการทำเช่นนี้ หากเป็นการเขียนที่ถูกเผยแพร่ลงในเว็บไซต์ เช่น Blog หรือ Facebook ฯลฯ ทั้งนี้ หากจะเป็นกรณีที่อ้างเงื่อนไขในการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะนี้ ต้องเป็นการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นด้วย อย่างไรก็ตาม UDC อีกหลายประเภทที่มีอยู่อย่างแพร่หลาย เช่น การทำเพลงล้อเลียน การถ่ายคลิป TikTok หรือการตัดต่อรูปภาพต่าง ๆ เพื่อวัตถุประสงค์อื่น ๆ เช่น การทำเพื่อให้ได้รับกระแสนิยม การทำเล่นกันระหว่างผู้คนในสังคมออนไลน์เพื่อให้เกิดความสนุกสนาน ย่อมไม่อาจอ้างได้ว่าเป็นการทำเพื่อการแสดงความคิดเห็น หรือการติชมได้ ดังนั้น การทำ UDC ส่วนมากย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครองให้ตามกรณีนี้

กลุ่มการใช้เพื่อรายงานข่าวสาร ดังปรากฏในมาตรา 32 วรรค 2 (4) ซึ่งการทำ UDC นั้นมิใช่การทำเพื่อการเสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชน เพื่อการเสนอรายงานข่าวอันมีลักษณะของการเสนอความจริง เพื่อให้ประชาชนทั่วไปได้รับรู้แต่อย่างใด เนื่องจากผลงาน UDC ส่วนมากเป็นการทำเพื่อความสนุกสนาน

กลุ่มการใช้เพื่อการดำเนินการทางกฎหมาย ดังปรากฏในมาตรา 32 วรรค 2 (5) ซึ่งการทำ UDC ย่อมมิใช่การทำเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายแต่อย่างใด เนื่องจากผู้ที่ทำ UDC เป็นบุคคลธรรมดาที่ใช้งานอินเทอร์เน็ต โดยที่มิได้เกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางศาลหรือเจ้าหน้าที่แต่อย่างใด

จากการตีความมาตรา 32 ว่า ต้องพิจารณาควบคู่กับการกระทำที่ระบุไว้ในอนุมาตรา 32 นำมาสู่ปัญหาการให้ความคุ้มครองผู้ทำผลงาน UDC ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ที่ไม่อาจนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้เพื่อเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กับการทำ UDC ส่วนมากได้ เช่น ผลงานเพลงล้อเลียน ผลงานแฟนอาร์ต ฯลฯ แม้ว่าการทำ UDC นั้นอาจถูกพิจารณาแล้วว่าเป็นการกระทำที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรเลยก็ตาม โดยจะมีเพียง

ผลงาน UDC ที่แสดงความคิดเห็นเท่านั้น ที่ได้รับความคุ้มครอง ดังปรากฏตามการตีความปรับใช้ มาตรา 32 เข้ากับการทำ UDC

เมื่อพิจารณาถึงตัวอย่างทั้ง 6 ได้แก่ ผลงานเพลงล้อเลียน ผลงานวิดีโอรวบรวมเพลง ผลงานวิดีโอที่ผู้จัดทำได้เต้นหรือขับปากร้องตามเพลง ผลงานวิดีโอที่บันทึกการเล่นเกม ผลงานแฟนอาร์ต ผลงานแฟนฟิกชันแล้วจะเห็นว่า เมื่อพิจารณาตามปัจจัยที่กำหนดไว้ในแนวทางการตีความมาตรา 32 วรรคแรกแล้ว ผลงาน UDC ตามตัวอย่างทั้ง 6 ประเภท มีแนวโน้มที่อาจถูกตีความว่า เป็นการใช้งาน อันมีลิขสิทธิ์ที่ไม่ได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม และนำปริมาณและเนื้อหาอันมีสาระสำคัญมาใช้มากเกินไปเมื่อเทียบกับผลงานทั้งหมด ตามแนวทางการตีความ เนื่องจากผลงาน UDC ทั้ง 6 ประเภท จำต้องนำเอาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในสัดส่วนมาก และส่วนที่เป็นสาระสำคัญมาใช้ เพื่อให้ผู้ชมสามารถทราบได้ว่า มาจากผลงาน UDC ประเภทใด ซึ่งจะขัดกับหลักการในแนวทางการตีความที่มักกำหนดไว้ว่าห้ามนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เกินร้อยละ 10 ของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือการนำส่วนสำคัญที่สาธารณชนสามารถทราบได้ว่าเป็นผลงานใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลงานประเภทเพลงล้อเลียน ที่ในแนวทางการตีความมาตรา 32 วรรคแรก มีการระบุไว้ชัดเจนว่า การดัดแปลงเนื้อร้องของเพลงไม่สามารถทำได้ อีกทั้งในบางกรณีผู้ทำอาจทำไปเพื่อแสวงหากำไรซึ่งมีแนวโน้มที่อาจถูกพิจารณาได้อีกด้วยว่าไม่ เป็นไปตามมาตรา 32 วรรคแรก

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงแนวทางการตีความมาตรา 32 ที่ต้องตีความประกอบกับอนุมาตราของมาตรา 32 แล้วจะเห็นว่า ผลงานตามตัวอย่างทั้ง 6 ประเภท มิได้เป็นการทำผลงานตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ใน 5 กลุ่มแต่อย่างใด โดยผลงานที่มีแนวโน้มที่อาจได้รับความคุ้มครองในกรณีนี้ มีเพียงผลงานวิดีโอที่บันทึกการเล่นเกมที่ในบางครั้งอาจมีการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น หรือติชมถึงเกมที่ตนเองเล่น ซึ่งอาจพิจารณาได้ว่า เป็นการติชมที่อาจได้รับความคุ้มครองได้ อย่างไรก็ตาม ผลงานประเภทนี้ส่วนมากผู้ทำวิดีโอมักไม่ได้ทำขึ้นเพื่อติชมผลงานเกมเท่านั้น แต่อาจมีการทำเพื่อการเล่นมุกตลก ให้ข้อมูลการเล่นเกมประกอบด้วย ซึ่งหากเป็นการทำเพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่ไม่ใช่การติชมแล้ว ย่อมไม่อาจอ้างข้อยกเว้นตามมาตรา 32 ได้

ดังนั้น เมื่อพิจารณาปรับใช้มาตรา 32 กับผลงาน UDC และตัวอย่างทั้ง 6 แล้วแสดงให้เห็นถึงปัญหาการตีความข้อยกเว้นตามมาตรา 32 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ทั้งในแง่หลักในการพิจารณา และสถานะของมาตรา 32 วรรคแรกที่มีสองความเห็น และจากแนวโน้มที่เป็นความเห็นที่ศาลมักปรับใช้แล้ว จะเห็นว่า การทำ UDC ที่ไม่มีวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 32 จะไม่ได้รับความคุ้มครองให้เป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรมที่จะได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ทำให้เกิดความไม่

แน่นอน และมีแนวโน้มที่ไม่อาจนำบทบัญญัติดังกล่าวมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำผลงาน UDC ได้

4.3.1.2 แนวทางการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะทั่วไปของต่างประเทศ

จากการศึกษาเปรียบเทียบกับหลักยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กรณีทั่วไปของไทย จะพบว่า สหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลีได้มีการกำหนดบทบัญญัติการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้เป็นกรณีทั่วไป โดยกำหนดไว้ในหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม (Fair use) ที่สามารถปรับใช้หรือเป็นหลักในการพิจารณากับกรณีการใช้งานต่าง ๆ เป็นรายกรณี โดยไม่ต้องพิจารณาควบคู่กันกับมาตราอื่น ๆ แต่อย่างใด ซึ่งสหรัฐอเมริกามีมุมมองต่อหลักการดังกล่าวในฐานะข้อจำกัดการใช้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ (Limitations on exclusive rights) และสิทธิพิเศษของผู้ใช้งานในการใช้เสรีภาพในการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์²⁷ ส่วนสาธารณรัฐเกาหลีมีมุมมองต่อหลักการนี้ในฐานะข้อจำกัดสิทธิทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์ (Limitations on author's economic rights) อันเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะทั่วไปที่สาธารณรัฐเกาหลีได้แก้ไขเพิ่มเติมจากบทบัญญัติเดิมที่มีแต่เพียงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นกรณีเฉพาะ เพื่อให้สามารถปรับใช้กับกรณีการกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่อาจอ้างข้อยกเว้นในกรณีเฉพาะได้ ซึ่งหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมจะถูกตีความเพื่อให้เกิดความสมดุลกันระหว่างสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ใช้งาน ทำให้ทั้งสองประเทศสามารถใช้ตีความหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมนี้เพื่อปรับใช้กับการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เพื่อทำ UDC ในกรณีต่าง ๆ เป็นแต่ละกรณีได้

ในกรณีนี้แม้กฎหมายของทั้ง 2 ประเทศได้กำหนดปัจจัยที่ต้องคำนึงถึงเพื่อพิจารณาการใช้งานนั้นเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมหรือไม่ ในลักษณะเดียวกัน แต่ก็มี ความต่างกันเล็กน้อยหรือรายละเอียดของกฎหมายที่กำหนดไว้ และแนวโน้มในการปรับใช้และตีความ โดยสามารถพิจารณาถึงความแตกต่างและแนวโน้มในการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ กับผลงาน UDC ดังนี้

ปัจจัยแรก วัตถุประสงค์หรือลักษณะการใช้งาน ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสาธารณรัฐเกาหลีได้กำหนดให้ศาลต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์หรือลักษณะการใช้งาน โดยสหรัฐอเมริกาได้มีการยกตัวอย่างถึงวัตถุประสงค์หรือลักษณะการใช้ที่ต้องนำมาคำนึงถึงไว้ในกฎหมาย แต่ไม่จำกัดอยู่เพียงที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ทำให้ศาลทั้งสองประเทศสามารถพิจารณาถึงวัตถุประสงค์หรือลักษณะการใช้งานอย่างอื่นนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ การกำหนดเช่นนี้

²⁷ Mary W. S. Wong, "Transformative User-Generated Content in Copyright Law Infringing Derivative Works or Fair Use?," *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*: 1094-1095.

ทำให้ศาลสามารถปรับใช้บทบัญญัติข้อยกเว้นนี้ได้อย่างยืดหยุ่นกับสถานการณ์ต่าง ๆ ทำให้เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบันที่เทคโนโลยีเข้ามามีบทบาทในการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้ในรูปแบบที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว

ในปัจจุบันวัตถุประสงค์การใช้งาน ทั้งสองประเทศจะมีการพิจารณาถึงการใช้งานว่าเป็น การแสวงหากำไรหรือไม่ หากเป็นการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ไม่แสวงหากำไรแล้วจะมีแนวโน้มว่าเป็น การใช้งานที่เป็นธรรม ในขณะที่หากเป็นการใช้เพื่อแสวงหากำไรย่อมมีแนวโน้มจะเป็นการใช้งานอันมี ลิขสิทธิ์อย่างไม่เป็นธรรม การกำหนดเช่นนี้ทำให้นำมาใช้พิจารณากับ UDC แต่ละกรณีได้ว่า ผู้ทำ UDC มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรหรือไม่ โดยการนำผลงาน UDC อาจทำได้ทั้งกรณีที่แสวงหา กำไร การกำหนดปัจจัยในการพิจารณาเช่นนี้สามารถนำมาใช้เพื่อให้ความคุ้มครองผู้ทำ UDC เพื่อ วัตถุประสงค์ความสนุกสนานโดยไม่แสวงหากำไร หรือเพื่อทำ UDC ตามกระแสที่เป็นที่นิยมในสังคม ขณะนั้น เพื่อให้บัญชีผู้ใช้ของผู้ทำ UDC นั้น ๆ เป็นที่รู้จักอันสามารถต่อยอดในการสร้างโอกาสใน เศรษฐกิจในอนาคตได้

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ในการพิจารณาเกี่ยวกับการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาทำเป็น UDC เพื่อ แสวงหากำไรหรือไม่แสวงหากำไร แม้ศาลสูงสาธารณรัฐเกาหลีจะยังไม่มีคำพิพากษาในประเด็นที่ เกี่ยวข้องกับมาตรานี้แต่อย่างใด แต่มีนักกฎหมายสาธารณรัฐเกาหลีตั้งข้อสังเกตว่า ศาลประเทศ สาธารณรัฐเกาหลีในทางปฏิบัติอาจมีการให้น้ำหนักแก่การนำปัจจัยนี้มาใช้เพื่อพิจารณาว่า การใช้งาน ใดเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม กล่าวคือ หากเป็นการใช้งานที่ไม่แสวงหากำไรแล้วศาลมักจะพิจารณาว่า เป็นการใช้งานที่เป็นธรรม อันอาจส่งผลให้การตีความหลักการใชงานอย่างเป็นธรรมแคบลงมาก²⁸ ต่างกับแนวทางการตีความของสหรัฐอเมริกาปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนว่า การใช้งานที่แสวงหากำไรก็ มิได้หมายความว่า จะเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรมเสมอไป โดยต้องพิจารณาปัจจัยนี้ควบคู่กันกับ ปัจจัยอื่นด้วย²⁹ ซึ่งหากการตีความปัจจัยนี้ควบคู่กับปัจจัยอื่นย่อมสามารถให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำ UDC ได้มากกว่า

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของผลงาน UDC ที่สามารถเข้าถึงผู้ชมได้ทั่วโลกผ่าน อินเทอร์เน็ต ทำให้ในบางกรณีผู้ใช้งานอาจได้รับค่าตอบแทนบางอย่างจากการที่มีผู้เข้าชม เช่น ค่า โฆษณา อาจทำให้เกิดปัญหาว่า กรณีที่ผู้ทำ UDC มิได้ประสงค์จะให้ UDC ที่ตนทำเป็นที่นิยมและมี ผู้คนสนใจเป็นอย่างมากจนก่อให้เกิดรายได้จากการเข้าชม อาจถูกพิจารณาได้ว่าเป็นการใช้ผลงานเพื่อ วัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรได้ ซึ่งหากเป็นเช่นนี้แล้ว ย่อมทำให้การให้ความคุ้มครองต่อ UDC

²⁸ Jee Young Hahn and Byoung Kyu Lee, "Brave New World: Issues and Implications of the New Fair Use Clause in the Korean Copyright Act," *Journal of the Copyright Society of the USA*: 545.

²⁹ U.S. Copyright Office, "U.S. Copyright Office Fair Use Index."

นั้นแคบลงมากโดยเฉพาะสำหรับการตีความตามแนวทางการตีความของสาธารณรัฐเกาหลี³⁰ ดังนั้นจึงควรเป็นการพิจารณาจากลักษณะและวัตถุประสงค์การใช้ มากกว่าการพิจารณาจากผลของผลงานที่สร้างขึ้นใหม่ว่าผลงาน UDC นั้นสามารถแสวงหากำไรหรือสร้างรายได้แก่ผู้ทำ UDC ในภายหลังได้หรือไม่ หากไม่พิจารณาเช่นนี้แล้ว อาจทำให้ผู้ทำผลงาน UDC ไม่ได้รับความคุ้มครองจากผลของการแพร่หลายของผลงานของตนอันเป็นสภาพปกติของ UDC ที่ผู้ทำมิได้มีเจตนาจะแสวงหากำไรแต่แรก

นอกจากการพิจารณาวัตถุประสงค์การใช้ว่า แสวงหากำไรหรือไม่แล้ว ทั้งสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลียังสามารถคำนึงถึงปัจจัยความแปลงรูป (transformative) ของผลงานที่ทำการพิจารณาวัตถุประสงค์หรือลักษณะการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ด้วย โดยหากผลงานที่เกิดจากการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิมมีลักษณะเป็นการเพิ่มสิ่งใหม่ หรือมีวัตถุประสงค์หรือลักษณะที่แตกต่างกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือมีการเปลี่ยนแปลงวิธีการนำเสนอที่ไม่แทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิมแล้ว ย่อมเป็นผลงานแปลงรูปที่มีโอกาสเป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น การกำหนดเช่นนี้สามารถนำมาใช้พิจารณากับ UDC แต่ละกรณีได้ว่า ผลงาน UDC แต่ละชนิดมีลักษณะเป็นการแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิมหรือไม่ ซึ่งผลงาน UDC หลาย ๆ กรณีก็เป็นผลงานที่มีลักษณะเป็นผลงานแปลงรูป ผลงาน UDC เหล่านี้ไม่แทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิม แต่เป็นการเสริมสิ่งใหม่ลงไปในการทำ UDC ทำให้ผลงานเหล่านี้มีแนวโน้มที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม ในขณะที่หากเป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ทำ UDC ที่มีลักษณะหรือแนวโน้มที่จะแทนที่ผลงานเดิม โดยไม่ได้เพิ่มสิ่งใหม่ลงไป เช่น การทำคำบรรยายใต้ผลงานภาพยนตร์ของผู้อื่น³¹ แล้วย่อมมีแนวโน้มที่จะไม่ได้รับความคุ้มครอง อันแสดงให้เห็นว่า การพิจารณาถึงปัจจัยนี้สามารถส่งเสริมการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์เพื่อทำผลงานให้มีลักษณะเป็นผลงานแปลงรูป และเป็นปัจจัยสำหรับการพิจารณาเพื่อให้ความคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย

จากการกำหนดให้พิจารณาถึงวัตถุประสงค์หรือลักษณะการใช้งาน โดยยกตัวอย่างให้พิจารณาถึงวัตถุประสงค์การใช้งานว่า แสวงหากำไรหรือไม่ และผลงานที่นำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้มีความแปลงรูปหรือไม่ สามารถพิจารณาปรับใช้กับตัวอย่างผลงาน UDC ได้ดังนี้

ตัวอย่าง: การทำเพลงล้อเลียน เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า การทำเพลงล้อเลียนโดยทั่วไปแล้ว จะไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการแสวงหากำไรแต่อย่างใด ซึ่งกรณีนี้อาจมีแนวโน้มว่าจะเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี เมื่อผู้ทำเผยแพร่เพลงของตนออกไปแล้ว อาจได้รับความนิยม จนสามารถได้รับ

³⁰ Jee Young Hahn and Byoung Kyu Lee, "Brave New World: Issues and Implications of the New Fair Use Clause in the Korean Copyright Act," *Journal of the Copyright Society of the USA*: 545.

³¹ Khaneungnit Khaosaeng, "Online Re-Creation Cultrue in the 21st Century: The Reconciliation between Copyright Holders, Online Re-Creators and the Public Interest" (Doctor, University of London, 2016), p. 145.

ค่าเข้าชม หรือค่าโฆษณาได้ หรือสามารถได้รับค่าตอบแทนทางอ้อมได้แล้ว ซึ่งกรณีนี้อาจเป็นเหตุที่ทำให้การทำเพลงล้อเลียนอาจถูกพิจารณาว่าเป็นการทำเพื่อแสวงหากำไรได้ ซึ่งหากมีมุมมองต่อแนวโน้มที่อาจได้รับรายได้หลังจากการเผยแพร่ผลงาน UDC ไปแล้ว ว่าเป็นการแสวงหากำไร ก็เป็นกรณีที่มีแนวโน้มว่าอาจเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามการตีความของศาลฎีกาในกรณีที่สหรัฐอเมริกาแม้จะพิจารณาว่า การได้รับค่าตอบแทนทางอ้อมจากผลงานเพลงล้อเลียนที่แพร่หลาย ปัจจุบันก็มีใช้ปัจจัยเดียวในการตัดสินว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมหรือไม่

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงความแปลงรูปของผลงานแล้วจะเห็นว่า ผลงาน UDC ประเภทเพลงล้อเลียนไม่มีลักษณะเป็นการแทนที่ผลงานเดิม แต่เป็นการเพิ่มสิ่งใหม่ที่มีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์คือเพลงที่นำมาใช้ โดยเปลี่ยนความหมายของผลงานนั้น มีความแตกต่างและไม่มีความเหมือนเป็นการแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิม จึงกล่าวได้ว่า เป็นผลงานที่มีลักษณะเป็นผลงานแปลงรูป³² ทำให้มีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม

ดังนั้น ในกรณีการใช้ปัจจัยนี้ในการตีความจะเห็นว่า การทำเพลงล้อเลียนมีแนวโน้มที่จะถูกพิจารณาว่า เป็นการใช้งานที่เป็นธรรมได้เนื่องจากเป็นผลงานที่มีความแปลงรูป และมักไม่ได้มุ่งแสวงหากำไรในการทำแต่อย่างใด

ตัวอย่าง: การทำวิดีโอรวบรวมเพลง เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า การทำวิดีโอรวบรวมเพลงโดยทั่วไปแล้วจะไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการแสวงหากำไรแต่อย่างใด ซึ่งกรณีนี้อาจมีแนวโน้มได้ว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม อย่างไรก็ดี เมื่อผู้ทำเผยแพร่เพลงของตนออกไปแล้ว อาจได้รับความนิยม จนสามารถได้รับค่าเข้าชม หรือค่าโฆษณาได้ หรือสามารถได้รับค่าตอบแทนทางอ้อมได้แล้ว ซึ่งกรณีนี้อาจเป็นเหตุที่ทำให้ผู้ทำวิดีโอประเภทนี้ถูกพิจารณาว่าเป็นการทำเพื่อแสวงหากำไรได้ ซึ่งหากมีมุมมองต่อแนวโน้มที่อาจได้รับรายได้หลังจากการเผยแพร่ผลงาน UDC ไปแล้วว่าเป็นการแสวงหากำไร ก็เป็นกรณีที่มีแนวโน้มว่า อาจเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามการตีความของศาลฎีกาในกรณีที่สหรัฐอเมริกาแม้จะพิจารณาว่าการได้รับค่าตอบแทนทางอ้อมจากผลงานวิดีโอรวบรวมเพลงที่แพร่หลาย ปัจจุบันก็มีใช้ปัจจัยเดียวในการตัดสินว่า เป็นการใช้งานที่เป็นธรรมหรือไม่

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาถึงความแปลงรูปของผลงานแล้วจะเห็นว่า ผลงาน UDC ประเภทวิดีโอรวบรวมเพลงมีลักษณะเป็นการแทนที่ผลงานเดิม โดยผู้ที่ชมวิดีโอนี้ อาจเลือกฟังเพลงจากวิดีโอ

³² Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)

รวบรวมเพลงเหล่านี้แทนที่จะเปิดฟังเพลงต้นฉบับ เนื่องจากเพลงที่นำมาใช้นั้น มีลักษณะการนำผลงานเพลงที่มีลิขสิทธิ์มาใช้ทั้งเพลง ทำให้มีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม³³

ดังนั้น ในกรณีการใช้อัจฉริยะในการตีความจะเห็นว่า การทำผลงาน UDC ประเภทนี้ อาจไม่ได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจากแม้จะเป็นการใช้งานที่ไม่แสวงหากำไร แต่เป็นการใช้งานที่มีลักษณะแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับ

ตัวอย่าง: ผลงานวิดีโอที่ผู้จัดทำได้เต้นหรือขยับปากร้องเพลง เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า การทำวิดีโอเช่นนี้ ที่มักพบเห็นอย่างแพร่หลายในแพลตฟอร์มอันเป็นที่นิยมอย่าง TikTok หรือ YouTube จะเป็นการทำที่มีได้เก็บค่าเข้าชม หรือแสวงหากำไรแต่อย่างใด แต่มักเป็นการทำเพื่อความสนุกสนานหรือตามกระแสสังคม เพื่อให้คนรู้จักเจ้าของบัญชีผู้ใช้อันสามารถนำไปต่อยอดเป็นช่องทางในการทำงานในอนาคต จึงมีแนวโน้มว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตเช่นเดียวกันเกี่ยวกับค่าตอบแทนทางอ้อมที่อาจได้รับจากการที่ผลงานเป็นที่แพร่หลาย อันอาจก่อให้เกิดผลของการพิจารณาถึงปัจจัยนี้ที่เปลี่ยนไปได้

ในส่วนของการปัจจัยความเปลี่ยนแปลงรูปของผลงานจะเห็นว่า หากมีการออกแบบท่าเต้นใหม่ หรือนำเสนอคนในรูปแบบใหม่ เพื่อให้อารมณ์ที่แตกต่างออกไปจากผลงานต้นฉบับสำหรับผู้รับชมแล้ว เช่น เป็นการทำวิดีโอของเด็กที่เต้นที่ทำให้ผู้ชมเกิดความเอ็นดู มิได้ทำให้เกิดความรู้สึกสับสนหรือท้อใจดังเช่นผลงานต้นฉบับ ย่อมอาจถูกพิจารณาได้ว่า เป็นการใช้งานที่มีลักษณะเป็นการทำผลงานแปลงรูป ที่มีแนวโน้มว่าจะเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมได้³⁴

ตัวอย่าง: ผลงานวิดีโอที่บันทึกการเล่นเกม พิจารณาแล้วจะเห็นว่า การทำวิดีโอเช่นนี้ มีทั้งกรณีที่ผู้จัดทำมุ่งแสวงหากำไร เช่น การเก็บค่าเข้าชมเพื่อสามารถเข้าถึงวิดีโอดังกล่าว กรณีนี้อาจถูกพิจารณาได้ว่า เป็นการใช้งานที่อาจไม่เป็นธรรมโดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับสาธารณรัฐเกาหลี ในขณะที่สหรัฐอเมริกาอาจพิจารณาควบคู่กับปัจจัยอื่นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเปลี่ยนแปลงรูปของผลงานเพื่อพิจารณาว่า การใช้งานดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นธรรมได้ แต่การแสวงหากำไรก็เป็นการเพิ่มน้ำหนักในการพิจารณาว่า ผลงาน UDC ประเภทนี้ที่ทำเพื่อแสวงหากำไร อาจเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรมได้ ส่วนในกรณีที่ทำโดยมิได้ทำเพื่อแสวงหากำไร ผู้ทำก็มีแนวโน้มที่จะถูกพิจารณาว่า เป็นการใช้งานที่เป็นธรรมได้ อย่างไรก็ตาม ผู้จัดทำอาจได้รับค่าตอบแทนจากการเข้าชมผลงาน หรือเงินบริจาคจากผู้ชม

³³ เปรียบเทียบคดี Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith (598 U.S. ___, 2023) ที่ศาลสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินว่า การใช้ภาพถ่ายของโจทก์ดัดแปลงเป็นรูปภาพเพื่อวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร โดยภาพที่วาดมีลักษณะคล้ายคลึงกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์อย่างมากเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากมีวัตถุประสงค์การใช้งานที่แทนที่ผลงานต้นฉบับ และเป็นการใช้งานเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า

³⁴ Suh Jinho, "Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of "Son Dam-Bi" Decision," *Seoul Law Journal*: 734.

ที่ขึ้นชอบผลงานดังกล่าว อันเป็นคำตอบแทนทางอ้อม อันอาจก่อให้เกิดผลของการพิจารณาถึงปัจจัยนี้ที่เปลี่ยนไปได้

เมื่อพิจารณาถึงปัจจัยความแปลงรูปของผลงานจะเห็นว่า วัตถุประสงค์ในการทำวิดีโอการเล่นเกมนั้น มักเป็นการทำเพื่อความสนุกสนาน โดยอาจมีการอธิบายให้ข้อมูล ตัดต่อวิดีโอ พูดคุยเกี่ยวกับเรื่องอื่น ๆ ระหว่างการเล่น หรือเป็นการทำวิดีโอเพื่อแสดงถึงปฏิสัมพันธ์ที่ผู้ทำวิดีโอมีต่อเกมนั้น ๆ ระหว่างเล่น ซึ่งจะแตกต่างกันออกไปตามผู้เล่นแต่ละคน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกมที่ถูกรวบรวมมาให้ปฏิสัมพันธ์ของผู้เล่นมีผลต่อภาพที่เกมนั้น ๆ จะแสดงอย่างมาก เช่น Minecraft ฯลฯ ซึ่งกรณีนี้อาจพิจารณาได้ว่า วิดีโอการเล่นเกมนั้นเป็นการเพิ่มสิ่งใหม่ที่มีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยได้เพิ่มเติมสิ่งใหม่ เช่น ปฏิสัมพันธ์เฉพาะตัวของผู้เล่น หรือการตัดต่อหรือพูดคุยเพื่อนำเสนอสิ่งใหม่ ทำให้ไม่มีลักษณะเป็นการแทนที่ผลงานเดิม จึงอาจพิจารณาได้ว่า เป็นผลงานที่มีลักษณะเป็นผลงานแปลงรูป³⁵ แต่หากวิดีโอที่ผู้ทำมิได้ตัดต่อ ให้ความเห็น อธิบาย พูดคุย หรือทำสิ่งใดเพิ่มเติม หรือกรณีที่เกมที่นำมาเล่นมีลักษณะที่ปฏิสัมพันธ์ของผู้เล่นไม่มีผลต่อการแสดงภาพและเสียงนัยยอม อาจเป็นการใช้งานที่ไม่มีลักษณะแปลงรูป อันอาจถูกพิจารณาได้ว่า เป็นกรณีการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม³⁶

ตัวอย่าง: ผลงานแฟนอาร์ต และแฟนฟิกชัน เมื่อพิจารณาการทำผลงาน UDC ประเภทแฟนอาร์ตและแฟนฟิกชันแล้วจะพบว่า โดยปกติการทำผลงาน UDC ประเภทนี้มักเป็นไปเพื่อแสดงออกซึ่งความชื่นชอบ ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการแสวงหากำไรแต่อย่างใด กรณีนี้อาจมีแนวโน้มได้ว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม นอกจากนี้ แพลตฟอร์มหรือเว็บไซต์ต่าง ๆ ที่ลงผลงาน UDC ประเภทนี้ก็มักมิได้มีการให้คำตอบแทนเนื่องจากมีผู้เข้าชมจำนวนมากแต่อย่างใด จึงไม่มีปัญหาในกรณีคำตอบแทนทางอ้อมที่อาจจะได้มาในภายหลัง อย่างไรก็ตามในบางกรณีอาจมีผู้ทำผลงานแฟนอาร์ตหรือแฟนฟิกชันเพื่อแสวงหากำไรในการเก็บค่าเข้าชม หรือขายเป็นไฟล์ดิจิทัล กรณีนี้อาจถูกพิจารณาได้ว่า เป็นการใช้งานที่อาจไม่เป็นธรรมโดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับสาธารณรัฐเกาหลี ในขณะที่สหรัฐอเมริกาอาจพิจารณาควบคู่กับปัจจัยอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งความแปลงรูปของผลงานเพื่อพิจารณาว่า การใช้งานดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นธรรมได้ แต่การแสวงหากำไรก็เป็นการเพิ่มน้ำหนักในการพิจารณาว่า อาจเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม

³⁵ Dan Hagen, "Fair Use, Fair Play: Video Game Performances and "Let's Plays" as Transformative Use," *Washington Journal of Law, Technology & Arts* 13, 3 (2018): 265-269.

³⁶ *Ibid.*, 269.

เมื่อพิจารณาถึงปัจจัยแปลงรูปแล้วจะเห็นว่า ผลงานแฟนอาร์ตมีลักษณะเฉพาะตัวของผู้อวดแต่ละคน ตามลายเส้นเฉพาะตัว เช่น รูปแบบการเลือกสี รูปแบบการใช้น้ำหนักเส้นต่าง ๆ หากเป็นเช่นนี้ย่อมไม่มีลักษณะเป็นการแทนที่ผลงานเดิม แต่เป็นการเพิ่มสิ่งใหม่ที่มีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิมที่ผู้ชมสามารถแยกได้ว่า ผลงานใดเป็นผลงานต้นฉบับและผลงาน UDC ซึ่งหากผลงานมีความแตกต่างจนสามารถแยกออกได้แล้ว ย่อมไม่มีลักษณะเป็นการแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิม จึงอาจกล่าวได้ว่า เป็นผลงานที่มีการแปลงรูป ทำให้มีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม³⁷ เช่นเดียวกันกับกรณีแฟนฟิกชันที่มักมีการเพิ่มเติมความสร้างสรรค์ของผู้แต่งเข้าไป โดยมีการนำตัวละครจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เพื่อแต่งเสริมเหตุการณ์ใหม่ โดยเล่าเรื่องจากมุมมองความคิดหรือความรู้สึกต่าง ๆ ที่ไม่ปรากฏอยู่ในผลงานต้นฉบับซึ่งเป็นการเพิ่มสิ่งใหม่ที่มีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิม ย่อมไม่มีลักษณะเป็นการแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิม จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นผลงานที่มีการแปลงรูป ทำให้มีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม³⁸

ปัจจัยที่สอง ลักษณะของผลงานที่มีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสาธารณรัฐเกาหลีได้กำหนดในลักษณะเดียวกันให้ต้องคำนึงถึงลักษณะของผลงานที่มีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้โดยให้ความคุ้มครองแก่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะความสร้างสรรค์มากกว่า กล่าวคือ หากเป็นผลงานที่มีความสร้างสรรค์แล้วย่อมพิจารณาว่า เป็นการใช้งานที่เป็นธรรมได้ยากกว่ากรณีผลงานที่มีระดับความสร้างสรรค์ที่น้อยกว่า การกำหนดเช่นนี้เป็นไปเพื่อให้ความคุ้มครองถึงความสร้างสรรค์อันเป็นจุดประสงค์ในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ และพิจารณาว่าผลงานดังกล่าวได้รับการเผยแพร่แล้วหรือไม่ หากเผยแพร่แล้วก็จะมีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรมได้มากกว่า กรณียังมิถูกเผยแพร่ ซึ่งการทำ UDC โดยมากมักเป็นการทำต่อผลงานที่มีระดับความสร้างสรรค์ที่สูง เช่น ผลงานเพลง ผลงานนวนิยาย ฯลฯ อันอาจส่งผลให้การทำ UDC ถูกพิจารณาเพิ่มน้ำหนักกว่าเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม แม้ผลงานที่นำมาใช้มักจะเป็นผลงานสร้างสรรค์ แต่ผลงานที่ถูกนำมาทำ UDC ส่วนมากมักจะเป็นผลงานที่ได้รับการเผยแพร่แล้ว เช่น การนำเพลงที่ได้เผยแพร่แล้วมาทำเพลงดัดแปลง ซึ่งทำให้การใช้งานนี้มีลักษณะเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม หากเป็นการทำต่อผลงานที่ยังไม่ได้รับการเผยแพร่ ย่อมมีแนวโน้มที่จะไม่ได้รับความคุ้มครองให้เป็นการใช้งานที่เป็นธรรม เช่น แอบนำเอามิวสิกวิดีโอที่ยังมิได้เผยแพร่มาใช้ประกอบการทำวิดีโอของตน ฯลฯ การกำหนดเช่นนี้เป็น การกำหนดที่มีข้อดีในการทำให้ผู้ปรับใช้กฎหมายต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันอันอาจ

³⁷ Rachel Morgan, "Conventional Protections for Commercial Fan Art under the U.S. Copyright Act," *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law*: 570.

³⁸ Jacqueline D. Lipton, "Copyright and the Commercialization of Fanfiction," *Houston Law Review*: 447.

นำมาสู่การให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่แตกต่างกันได้ เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองและส่งเสริมให้มีการสร้างสรรค์ผลงานของกฎหมายลิขสิทธิ์

จากการพิจารณาถึงลักษณะของผลงานที่มีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ ปรับใช้กับตัวอย่างผลงาน UDC ทั้ง 6 ประเภท คือ ผลงานเพลงล้อเลียน ผลงานวิดีโอรวบรวมเพลง ผลงานวิดีโอที่ผู้จัดทำได้เต้นหรือขับปากร้องเพลง ผลงานวิดีโอที่บันทึกการเล่นเกม ผลงานแฟนอาร์ต และแฟนฟิกชันแล้วจะเห็นว่า ทั้ง 6 ประเภทเป็นการนำเอาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีระดับความสร้างสรรค์สูง อันอาจถูกพิจารณาเพิ่มน้ำหนักให้เป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรมได้ แต่การใช้ผลงานที่เผยแพร่แล้วก็อาจเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมได้ แต่หากเป็นการนำผลงานที่เจ้าของลิขสิทธิ์ยังไม่เผยแพร่มาใช้เพื่อเป็นการทำผลงาน UDC ก็เป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรมได้ ยกตัวอย่างเช่น การนำเพลงที่ยังไม่เผยแพร่มาทำเป็นผลงานเพลงล้อเลียน หรือผลงานวิดีโอที่ผู้ทำได้ขับปากร้อง ฯลฯ

ปัจจัยที่สาม จำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนที่นำมาใช้เทียบกับผลงานทั้งหมด ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี ได้กำหนดให้พิจารณาถึงจำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนที่นำมาใช้เมื่อเปรียบเทียบกับผลงานทั้งหมด ทั้งสองประเทศกำหนดให้ต้องเทียบสัดส่วนของผลงานที่นำมาใช้กับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด หากเป็นการใช้งานในสัดส่วนหรือปริมาณที่มากแล้ว หรือส่วนที่นำมาใช้นั้นเป็นสาระสำคัญของผลงานอันมีลิขสิทธิ์แล้วย่อมเป็นการใช้งานที่มีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม การกำหนดเช่นนี้ทำให้นำมาใช้พิจารณากับ UDC แต่ละครณีได้ว่า มีการนำสัดส่วนสำคัญหรือสัดส่วนผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในปริมาณที่มากมาใช้หรือไม่ มีข้อสังเกตว่า ผลงาน UDC ในหลายประเภท มักจะมีการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เป็นจำนวนมาก หรือในบางส่วนสำคัญ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการทำ UDC ประเภทนั้น ๆ ที่จำต้องให้ผู้ชมทราบว่าเป็น UDC จากผลงานต้นฉบับใด ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วการใช้งานเหล่านี้เป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ในปริมาณมากก็จริง แต่การคำนึงถึงจำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนผลงานที่นำมาใช้ สหรัฐอเมริกาได้พิจารณาโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการใช้งานด้วย เนื่องจากวัตถุประสงค์ในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในประเภทที่ต่างกัน ทำให้การพิจารณาถึงสัดส่วนของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ต่างกัน³⁹ ทำให้แม้ผลงาน UDC บางประเภทจะนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์จำนวนมากหรือในสัดส่วนที่สำคัญมาใช้ แต่เมื่อพิจารณาควบคู่กับวัตถุประสงค์การใช้งานแล้ว ย่อมอาจถูกพิจารณาได้ว่า เป็นการใช้งานในสัดส่วนที่เหมาะสม ไม่มากเกินไป และเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมแล้ว และได้รับความคุ้มครองในการทำ UDC ได้ จึงอาจกล่าวได้ว่า แม้จะเป็นการใช้งานในส่วนสาระสำคัญและจำนวนมากแล้ว หากพิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่น ๆ ที่กำหนดไว้แล้ว ก็อาจถูกพิจารณาได้ว่า เป็นการใช้งานที่เป็นธรรม จึง

³⁹ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาของสหรัฐอเมริกาในคดีต่าง ๆ เช่น Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984) และ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994) ฯลฯ

สามารถนำมาพิจารณาหรือปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำ UDC เป็นรายกรณีไปได้ ดังสามารถปรับใช้เพื่อพิจารณากับกรณีตัวอย่างทั้ง 6 กรณีได้ดังนี้

ตัวอย่าง: การทำเพลงล้อเลียน เมื่อพิจารณาถึงจำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนที่นำมาใช้เทียบกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมดควบคู่กับการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์การใช้งานแล้วจะเห็นว่า แม้ผลงานเพลงล้อเลียนจะเป็นการนำทำนองของเพลงต้นฉบับทั้งเพลงมาเปลี่ยนเนื้อร้อง แต่ธรรมชาติของเพลงล้อเลียนต้องมีการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ในส่วนสำคัญหรือส่วนมากเพื่อให้ผู้คนสามารถรับทราบได้ว่า เป็นการล้อเลียนผลงานใด ดังนั้น แม้จะมีการนำมาใช้ในปริมาณมากหรือนำส่วนที่เป็นสาระสำคัญมาใช้ ก็อาจได้รับความคุ้มครองให้เป็นการใช้งานที่เป็นธรรมได้เมื่อพิจารณาเทียบกับวัตถุประสงค์การใช้งานคือทำผลงานล้อเลียน⁴⁰

ตัวอย่าง: การทำวิดีโอรวบรวมเพลง เมื่อพิจารณาถึงจำนวนหรือความสำคัญของส่วนที่นำมาใช้เทียบกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์จะเห็นว่า ผลงานรวบรวมนี้ เป็นการนำเพลงอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นหลายเพลงมาใช้เพื่อทำเป็นวิดีโอดังกล่าว ซึ่งเป็นการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด ดังนั้น จึงมีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม

ตัวอย่าง: ผลงานวิดีโอที่ผู้จัดทำได้เต้นหรือขับปากร้องเพลง เป็นกรณีที่ต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป ขึ้นอยู่กับลักษณะของวิดีโอที่ถูกทำขึ้น อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาถึงจำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนที่นำมาใช้เทียบกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมดควบคู่กับการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์การใช้งานแล้วจะเห็นว่า โดยทั่วไปการนำผลงานเพลงหรือทำเต้นเหล่านี้มาใช้ มักเป็นการนำเพียงส่วนเดียวมาใช้เพื่อทำวิดีโอที่มีระยะเวลาไม่นานนัก ประกอบกับวัตถุประสงค์การใช้งานที่ต้องการให้ผู้ชมทราบว่า เป็นการทำวิดีโอจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ใดได้ จึงอาจกล่าวได้ว่าหากมีการนำเพียงท่อนสั้น ๆ ของเพลงมาใช้ก็เป็นการใช้งานในสัดส่วนที่น้อยที่สุดเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์⁴¹ อันอาจถูกพิจารณาได้ว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม ในขณะที่หากนำผลงานลิขสิทธิ์จำนวนมากเกินไปมาใช้ เช่น นำทั้งเพลงมาใช้ ก็อาจเป็นการใช้งานที่มีสัดส่วนมากเกินไปอันอาจเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรมได้

ตัวอย่าง: ผลงานวิดีโอที่บันทึกการเล่นเกม เมื่อพิจารณาถึงจำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนที่นำมาใช้เทียบกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมดควบคู่กับการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์การใช้งานแล้วจะเห็นว่า วัตถุประสงค์ในการทำวิดีโอการเล่นเกมที่มิภาพและเสียงของเกมนั้นเป็นส่วนประกอบในวิดีโอ ให้ได้รับชมการเล่นอันมีลักษณะเฉพาะตัวของผู้เล่นแต่ละคน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกมบาง

⁴⁰ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)

⁴¹ Suh Jinho, "Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of "Son Dam-Bi" Decision," *Seoul Law Journal*: 734.

ประเภทที่มีลักษณะที่ให้ผู้เล่นแต่ละคนได้ออกแบบการเล่นของตน อันนำไปสู่การแสดงภาพและเสียงที่แตกต่างกันอย่างมากรวม เช่น Minecraft ฯลฯ ซึ่งวิถีโอการเล่นเกมเหล่านี้จำเป็นต้องให้ผู้ชมทราบและเห็นถึงภาพและเสียงของเกมที่ถูกเล่น เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์การใช้งาน⁴² จึงอาจถูกพิจารณาได้ว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมแล้ว แม้จะมีการนำเอาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในส่วนสำคัญมาใช้ อย่างไรก็ตามหากข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีเปลี่ยนไปเป็นกรณีที่ทำวีดิโอการเล่นเกมได้เลือกเกมที่มีลักษณะเป็นเนื้อเรื่องและผู้เล่นนั้นไม่อาจมีปฏิสัมพันธ์กับเกมนั้นได้มากนัก โดยมีลักษณะที่ผู้เล่นแต่ละคนไม่อาจเลือกตัวเลือกแล้วเกมนั้นมีการแสดงภาพ เสียง และเผยแพร่เนื้อเรื่องที่ได้กำหนดไว้แล้ว หากเป็นการทำวีดิโอบันทึกการเล่นประเภทนี้ อาจเป็นกรณีการนำผลงานอันมีส่วนสาระสำคัญมาใช้มากเกินไปจนเกินสมควร⁴³ อันอาจส่งผลให้เป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรมได้

ตัวอย่าง: ผลงานแฟนอาร์ต เมื่อพิจารณาถึงจำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนที่นำมาใช้เทียบกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมดควบคู่กับการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์การใช้งานแล้วจะเห็นว่าการวาดแฟนอาร์ตจะต้องเป็นการวาดที่ทำให้ผู้ชมสามารถทราบได้ว่า เป็นตัวละครใด ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับวัตถุประสงค์การใช้งานแล้ว จำต้องนำรูปลักษณะหรือลักษณะการออกแบบตัวละครนั้น ๆ ในส่วนสาระสำคัญและจำนวนมากเพียงพอที่ผู้ชมจะทราบได้ว่า เป็นตัวละครใด ดังนั้น แม้จะมีการนำมาใช้ในปริมาณมากหรือนำส่วนที่เป็นสาระสำคัญมาใช้ ก็อาจได้รับความคุ้มครองให้เป็นการใช้งานที่เป็นธรรมได้เมื่อพิจารณาเทียบกับวัตถุประสงค์การใช้งานคือการทำแฟนอาร์ตได้⁴⁴ ทั้งนี้ หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปเป็นกรณีที่ทำแฟนอาร์ตนอกจากจะนำลักษณะของตัวละครที่เป็นเอกลักษณ์มาใช้เพื่อให้ผู้ชมทราบว่า เป็นตัวละครใดแล้ว ยังมีการคัดลอกรูปแบบการนำเสนอหรือการวาดตัวละครตัวนั้น ๆ ซึ่งหากเป็นกรณีนี้ ย่อมเป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ในจำนวนหรือสัดส่วนความสำคัญที่มาก ซึ่งเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม⁴⁵

ตัวอย่าง: ผลงานแฟนฟิกชัน เมื่อพิจารณาถึงจำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนที่นำมาใช้เทียบกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมดควบคู่กับการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์การใช้งานแล้วจะเห็นว่าการทำแฟนฟิกชันจำเป็นต้องนำตัวละครของผลงานต้นฉบับมาใช้ หรือในบางเรื่องนั้นอาจมีการนำเหตุการณ์บางอย่าง หรือฉากมาใช้ เพื่อให้ผู้อ่านทราบว่า ผลงานแฟนฟิกชันนี้มาจากผลงานใด ซึ่งเป็น

⁴² Dan Hagen, "Fair Use, Fair Play: Video Game Performances and "Let's Plays" as Transformative Use," *Washington Journal of Law, Technology & Arts*: 270-271.

⁴³ *Ibid.*, 271.

⁴⁴ Rachel Morgan, "Conventional Protections for Commercial Fan Art under the U.S. Copyright Act," *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law*: 571.

⁴⁵ *Walt Disney Prods v. Air Pirates*, 581 F. 2d 751

ส่วนที่เป็นสาระสำคัญ⁴⁶ แต่เมื่อพิจารณาประกอบกับวัตถุประสงค์การใช้งาน หรือลักษณะความแปรปรวนของผลงานแฟนฟิกชันแล้ว อาจได้รับความคุ้มครองให้เป็นการใช้งานที่เป็นธรรมได้เมื่อพิจารณาเทียบกับวัตถุประสงค์การใช้งานหรือปัจจัยอื่นได้⁴⁷ อย่างไรก็ตาม หากเนื้อหาแฟนฟิกชันที่ถูกลงทะเบียน มีลักษณะที่คล้ายคลึงหรือมีแนวโน้มที่เจ้าของลิขสิทธิ์ต้นฉบับจะนำไปใช้ทำผลงานของเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือมีความแปรปรวนน้อย หรือมีการนำถ้อยคำหรือภาษาที่ผู้ใช้ในการเขียนผลงานต้นฉบับมาใช้ อาจเป็นการถูกพิจารณาได้ว่า เป็นการใช้งานในจำนวนหรือสัดส่วนสำคัญของผลงานอันมีลิขสิทธิ์มากเกินไป จนเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรมได้⁴⁸

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ในปัจจัยจำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนที่นำมาใช้เทียบกับผลงานทั้งหมด สาธารณรัฐเกาหลี ศาลสาธารณรัฐเกาหลีก่อนมีการแก้ไขกฎหมาย ได้เคยพิจารณาถึงจำนวนและความสำคัญของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกใช้เมื่อเทียบกับผลงานที่สร้างขึ้นใหม่ด้วย หากเทียบแล้วปรากฏว่า สัดส่วนของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้นั้นเป็นส่วนมากในผลงาน UDC ที่ถูกสร้างขึ้น ย่อมเป็นการใช้งานที่มีแนวโน้มจะไม่เป็นธรรม ทำให้มีการเสนอว่า ควรมีการกำหนดเงื่อนไขไว้ในกฎหมายด้วย อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า การพิจารณาถึงจำนวนและความสำคัญของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกใช้เมื่อเทียบกับผลงานที่สร้างขึ้นใหม่นี้ อาจเป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาลักษณะการใช้งานที่แปลงรูปในการพิจารณาถึงปัจจัยแรก การกำหนดถึงเงื่อนไขของสาธารณรัฐเกาหลีจึงอาจเป็นการเข้าซ้อนกับการพิจารณาถึงปัจจัยแรกได้⁴⁹ ดังนั้น หากเป็นผลงาน UDC ที่มีการเพิ่มเติมสิ่งใหม่ อันเป็นผลงานแปลงรูปแล้วก็อาจถูกพิจารณาได้ว่า สัดส่วนของผลงานที่นำมาใช้เมื่อเทียบกับผลงานใหม่ที่ถูกสร้างขึ้นมีสัดส่วนไม่มากเกินไป เป็นการใช้งานที่เป็นธรรมแล้ว ในประเด็นนี้การเปรียบเทียบสัดส่วนของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้กับปริมาณของผลงานที่สร้างสรรค์ขึ้นใหม่จึงเป็นการพิจารณาที่เข้าซ้อนกันกับปัจจัยแรก ดังนั้นการกำหนดเกี่ยวกับปัจจัยจำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนที่นำมาใช้เทียบกับผลงานทั้งหมดของสหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐเกาหลีในปัจจุบันจึงเพียงพอแล้ว

ปัจจัยที่สี่ ผลกระทบต่อตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์ ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี ได้กำหนดให้ต้องพิจารณาถึงผลจากการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตของผู้ใช้งานว่า ก่อให้เกิดผลเสียทางตลาดของเจ้าของลิขสิทธิ์ผลงานต้นฉบับ หรือผลเสียที่อาจเกิดขึ้นหากงานนั้นเผยแพร่สู่ท้องตลาดอย่างแพร่หลายหรือไม่ หากการใช้งานใดก่อให้เกิดผลกระทบในทาง

⁴⁶ Jacqueline D. Lipton, "Copyright and the Commercialization of Fanfiction," *Houston Law Review*: 458.

⁴⁷ *Ibid.*, 450.

⁴⁸ Rachel Morgan, "Conventional Protections for Commercial Fan Art under the U.S. Copyright Act," *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law*: 535.

⁴⁹ Suh Jinho, "Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of "Son Dam-Bi" Decision," *Seoul Law Journal*: 755.

ลบ ย่อมเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม และต้องคำนึงหรือพิจารณาถึงผลกระทบทางการตลาดอันอาจจะเกิดขึ้นที่สามารถคาดหมายได้โดยทั่วไปในอนาคต เนื่องจากการเสียโอกาสในทางการตลาดในการทำผลงานดัดแปลงจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์เมื่อถูกนำไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตด้วย การกำหนดเช่นนี้ทำให้นำมาใช้พิจารณากับ UDC แต่ละกรณีได้ว่า การทำ UDC แต่ละกรณีนั้นเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลเสียต่อตลาดของผลงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งมีข้อสังเกตว่า เจ้าของลิขสิทธิ์มักอนุญาตให้ผู้ทำ UDC ใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อการทำ UDC เนื่องจากผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์อาจได้รับประโยชน์จากการที่มีผู้ทำผลงาน UDC และมีการเผยแพร่ผลงานดังกล่าว เพราะเป็นการช่วยโฆษณาให้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนเป็นที่รู้จักมากยิ่งขึ้น อันก่อให้เกิดความสนใจต่อผลงานต้นฉบับที่เป็นผลงานมีลิขสิทธิ์ เช่น ในกรณีการทำวิดีโอร้องเพลงคัฟเวอร์ที่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์มักจะยอมให้ใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนเนื่องจากการโฆษณาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ให้เป็นที่รู้จักมากยิ่งขึ้น⁵⁰ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากผู้ทำ UDC เป็นบุคคลที่มีชื่อเสียง ทำให้เมื่อพิจารณาแล้วในกรณีนี้การทำ UDC ก็มีได้ก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อตลาดแต่อย่างใด ประกอบกับผลงาน UDC หลายประเภทเป็นผลงานแปลงรูป ซึ่งกรณีนี้ย่อมไม่ก่อให้เกิดผลกระทบทางลบต่อตลาดหรือมูลค่าผลงานอันมีลิขสิทธิ์⁵¹ ผลงาน UDC เหล่านี้ก็มีแนวโน้มที่จะถูกพิจารณาได้ว่า เป็นการใช้งานที่เป็นธรรม ในขณะที่หากเป็นผลงาน UDC ที่มีลักษณะก่อให้เกิดผลเสียต่อตลาดหรือมูลค่าของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือไม่มีลักษณะการแปลงรูปแล้ว ย่อมเป็นการใช้งานที่อาจถูกพิจารณาได้ว่า ไม่ใช่การใช้งานที่เป็นธรรม

การกำหนดให้คำนึงถึงปัจจัยนี้ในการพิจารณาจึงส่งผลให้การนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้ทำ UDC ต้องไม่พรากประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่กฎหมายลิขสิทธิ์มุ่งคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ไป⁵² ซึ่งสามารถนำมาใช้เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างการให้ความคุ้มครองกับเจ้าของลิขสิทธิ์ และการส่งเสริมให้มีการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้เพื่อให้เกิดความสร้างสรรค์ในสังคมได้มากยิ่งขึ้นได้ ดังสามารถปรับใช้เพื่อพิจารณากับกรณีตัวอย่างทั้ง 6 กรณีได้ดังนี้

ตัวอย่าง: การทำเพลงล้อเลียน เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า ผลงานเพลงล้อเลียนมิได้แข่งขันหรือแย่งสัดส่วนทางตลาดของเจ้าของลิขสิทธิ์เพลงต้นฉบับ ไม่เป็นการก่อให้เกิดผลเสียทางตลาดหรือเกิดผลเสียเมื่องานนั้นได้เผยแพร่สู่ตลาดอย่างแพร่หลายแต่อย่างใด และผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เพลงต้นฉบับไม่มีแนวโน้มที่จะทำผลงานดัดแปลงโดยการทำเพลงล้อเลียนต่อผลงานต้นฉบับของตนแต่อย่างใด อีกทั้งในบางครั้งการทำเพลงล้อเลียน อาจก่อให้เกิดกระแสทางโลกอินเทอร์เน็ต ทำให้ผู้ชม

⁵⁰ Starfish Academy, "เรื่องต้องรู้ ก่อน Cover เพลงลงยูทูป" [ออนไลน์].

⁵¹ Suh Jinho, "Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of "Son Dam-Bi" Decision," *Seoul Law Journal*: 756.

⁵² Ibid.

สนใจถึงเพลงต้นฉบับของผลงานเพลงล้อเลียนทำให้ผลงานต้นฉบับได้รับความนิยมมากยิ่งขึ้น ประกอบกับลักษณะความแปดงรูปของผลงานเพลงล้อเลียน จึงเป็นกรณีที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบทางลบต่อตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์แต่อย่างใด จึงมีแนวโน้มว่าจะเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม

ตัวอย่าง: ผลงานวิดีโอรวบรวมเพลง เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า ผลงานประเภทนี้ แข่งขันหรือแย่งสัดส่วนทางตลาดของเจ้าของลิขสิทธิ์เพลงต้นฉบับ เนื่องจากผู้ชมอาจเลือกที่จะรับชมวิดีโอที่ได้รวบรวมเพลงของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์แทนที่จะรับฟังเพลงจากต้นฉบับ จึงมีแนวโน้มว่าจะเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม

ตัวอย่าง: ผลงานวิดีโอที่ผู้จัดทำได้ต้นหรือขยับปากร้องเพลง เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า การทำวิดีโอเหล่านี้ส่วนมาก มักไม่เป็นการแข่งขันหรือแย่งสัดส่วนทางการตลาดของผลงานต้นฉบับแต่อย่างใด ไม่เป็นการก่อให้เกิดผลเสียทางตลาดหรือเกิดผลเสียเมื่องานนั้นได้เผยแพร่สู่ตลาดอย่างแพร่หลายแต่อย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งวิดีโอที่มีการนำเพียงส่วนหนึ่งของผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ หรือมีการคิดทำต้นใหม่อันทำให้เป็นผลงานที่มีความแปดงรูป อีกทั้งเจ้าของลิขสิทธิ์บางราย ได้สนับสนุนให้มีการทำ UDC ในลักษณะนี้อีกด้วย เพื่อเป็นการโฆษณาหรือสร้างกระแสต่อผลงานของตนทางอ้อม ทำให้ผู้ชมสนใจผลงานต้นฉบับมากยิ่งขึ้น ในกรณีนี้อาจมีแนวโน้มว่า เป็นการใช้งานที่เป็นธรรมได้ อย่างไรก็ตาม หากเป็นการกระทำที่ไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการนำเสนอ นำผลงานต้นฉบับมาใช้ทั้งหมดแล้วเผยแพร่ลงในเว็บไซต์ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผลงานนั้นเป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่ผู้ชมจะเลือกชมแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ อาจกล่าวได้ว่า เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลเสียต่อตลาดของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ หรืออาจก่อให้เกิดผลเสียเมื่องานนั้นได้แพร่หลายสู่ตลาดได้ อันอาจทำให้มีแนวโน้มว่า จะเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม แสดงให้เห็นว่าการกำหนดให้พิจารณาถึงปัจจัยนี้จึงสามารถนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงแต่ละกรณี เพื่อทำให้เกิดความสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ใช้งาน

ตัวอย่าง: ผลงานวิดีโอที่บันทึกการเล่นเกม เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า การทำวิดีโอประเภทนี้ ในกรณีที่ผู้ทำได้มีการพูดคุย มีปฏิสัมพันธ์กับเกมที่เล่นในรูปแบบที่แตกต่างกันออกไปตามเอกลักษณ์ของผู้เล่นแต่ละคน อาจถูกพิจารณาได้ว่า การกระทำเช่นนี้มักไม่เป็นการแข่งขันหรือแย่งสัดส่วนทางการตลาดของผลงานต้นฉบับและไม่เป็นการก่อให้เกิดผลเสียทางตลาดหรือเกิดผลเสียเมื่องานนั้นได้เผยแพร่สู่ตลาดอย่างแพร่หลาย เนื่องจากความแตกต่างกันระหว่างผู้เล่นเกมแต่ละคน อีกทั้ง การกระทำดังกล่าวส่งผลดีต่อผลงานเกมต้นฉบับ เนื่องจากสามารถสร้างกระแสต่อผลงานเกมดังกล่าว ให้

เป็นที่สนใจมากยิ่งขึ้น⁵³ ซึ่งเป็นผลดีต่อการตลาด จึงอาจมีแนวโน้มว่า เป็นการใช้องค์ประกอบที่เป็นธรรมชาติ ในขณะที่หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปเป็นกรณีทีวิดีโออันมีเพียงแค่อารมณ์และเสียงจากเกม โดยผู้ทำวิดีโอไม่ได้เพิ่มความคิดสร้างสรรค์ใดลงไปในการจัดทำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเกมที่นำมาเล่นและบันทึกวิดีโอเป็นเกมเนื้อเรื่อง ที่เมื่อถูกเปิดเผยออกไปแล้วอาจส่งผลกระทบต่อตลาดของเกมมากเกินไป สมควร ก็อาจเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรมได้

ตัวอย่าง: การทำแฟนอาร์ต และแฟนฟิกชัน เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า ผลงานเหล่านี้มักถูกทำโดยผู้ที่มีความชื่นชอบผลงานต้นฉบับ และผู้ชมส่วนมากก็เป็นผู้ที่ชื่นชอบผลงานต้นฉบับ จึงมักไม่เป็นการแข่งขันหรือแย่งส่วนทางการตลาดของผลงานต้นฉบับ และไม่เป็นการก่อให้เกิดผลเสียทางการตลาดหรือเกิดผลเสียเมื่องานนั้นได้เผยแพร่สู่ตลาดอย่างแพร่หลาย เนื่องจากผลงานนี้เป็นช่องทางในการแสดงออกซึ่งความชื่นชอบผลงานต้นฉบับ⁵⁴ อีกทั้งในบางกรณีการทำผลงานเช่นนี้ก็เป็นการโฆษณาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับให้เกิดกระแสทำให้คนสนใจมากยิ่งขึ้นด้วย จึงมีแนวโน้มว่าอาจเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม

อย่างไรก็ดี ในกรณีนี้ต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงแนวโน้มที่จะทำผลงานดัดแปลงที่เกิดจากผลงานต้นฉบับของเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า ในกรณีผลงานประเภทแฟนฟิกชันผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์อาจมีแนวคิดที่จะทำผลงานภาคต่อ หรือให้ใบอนุญาตผู้อื่นในการทำผลงานภาคต่อได้ จึงอาจเป็นกรณีที่สามารถพิจารณาได้ว่า ก่อให้เกิดผลเสียต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่โดยหลักแล้วการทำแฟนฟิกชันมักไม่ก่อให้เกิดผลกระทบทางการตลาดของผลงานดัดแปลง เนื่องจากแฟนฟิกชันมักจะมีเนื้อหาในส่วนที่ต้นฉบับไม่นำมาใช้ หรือไม่ทำให้เป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ เช่น การแต่งเนื้อเรื่องให้มีตัวละครตายในแฟนฟิกชัน หรือการทำให้ตัวละครที่ปรากฏในต้นฉบับรักกัน ในขณะที่ความเป็นจริงในผลงานต้นฉบับตัวละครนั้นเกลียดกัน ฯลฯ จึงกล่าวได้ว่า การทำผลงานเช่นนี้ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อโอกาสในการทำผลงานดัดแปลงจากผลงานต้นฉบับแต่อย่างใด⁵⁵ แต่หากเนื้อหาที่ทำแฟนฟิกชันไม่มีความแปลงรูป คือ มีเนื้อหาสอดคล้องหรือมีแนวโน้มที่ผลงานต้นฉบับจะทำเนื้อหาดังกล่าวแล้ว อาจส่งผลกระทบต่อโอกาสในการแสวงหากำไรในการทำผลงานดัดแปลงในอนาคต โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากผู้ทำแฟนฟิกชันได้ทำเพื่อแสวงหากำไร ซึ่งอาจเป็นการลดจำนวนการขอสิทธิในการดัดแปลงผลงานจากเจ้าของลิขสิทธิ์⁵⁶ ซึ่งอาจถูกพิจารณาเป็นรายกรณีว่า เป็นการใช้งานที่ไม่เป็น

⁵³ Dan Hagen, "Fair Use, Fair Play: Video Game Performances and "Let's Plays" as Transformative Use," *Washington Journal of Law, Technology & Arts*: 272-273.

⁵⁴ Rachel Morgan, "Conventional Protections for Commercial Fan Art under the U.S. Copyright Act," *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law*: 572.

⁵⁵ Jacqueline D. Lipton, "Copyright and the Commercialization of Fanfiction," *Houston Law Review*: 450-453.

⁵⁶ *Ibid.*, 459.

ธรรมได้ โดยมีข้อสังเกตว่า หากเป็นผลงานแฟนอาร์ตแล้ว มักไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อแนวโน้มที่จะทำผลงานดัดแปลงที่เกิดจากผลงานต้นฉบับของเจ้าของลิขสิทธิ์ เนื่องจากผลงานแฟนอาร์ตที่ถูกวาดด้วยผู้วาดคนละคนกับต้นฉบับ อันนำมาซึ่งความแตกต่างกันของแนวทางการวาด ซึ่งผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์มักไม่มีแนวโน้มที่จะทำผลงานดัดแปลงจากผลงานต้นฉบับในรูปแบบนี้แต่อย่างใด

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า แม้ทั้งสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลีจะมีการกำหนดถึงปัจจัยที่ต้องพิจารณาสำหรับการใช้งานที่เป็นธรรมในลักษณะเดียวกัน แต่สหรัฐอเมริกาที่เป็นประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ทำให้การกำหนดปัจจัยทั้ง 4 ไว้ในกฎหมายนั้นไม่เป็นการจำกัดอำนาจของศาลในการปรับใช้หรือวางหลักกฎหมายอำนาจในการสร้างหลักกฎหมายที่ศาลมีในระบบคอมมอนลอว์ ดังนั้น ศาลจึงสามารถนำปัจจัยอื่นนอกเหนือจากที่บัญญัติไว้เป็นกฎหมายมาใช้เพื่อพิจารณาว่า การใช้งานใดเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมที่จะไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ในขณะที่สาธารณรัฐเกาหลีที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์โดยหลักแล้วศาลจะไม่มีอำนาจในการนำปัจจัยอื่นที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายมาใช้เพื่อพิจารณาว่า การกระทำใดเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทยที่เป็นระบบซีวิลลอว์เช่นเดียวกันกับสาธารณรัฐเกาหลีแล้ว จะเห็นว่าแม้จะมีการกำหนดให้พิจารณาถึงเพียง 4 ปัจจัยที่กำหนดไว้ในกฎหมาย โดยไม่เอานำปัจจัยอื่นมาใช้เพื่อพิจารณา แต่ก็เป็นการกำหนดถึงปัจจัยที่เพียงพอแล้วในการใช้เพื่อพิจารณาเพื่อปรับใช้กับข้อเท็จจริงตามแต่ละกรณีไป

4.3.1.3 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะทั่วไปกับ Three-step test

เมื่อพิจารณาแนวทางการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการทั่วไปแล้ว อาจมีประเด็นปัญหาที่ต้องคำนึงว่า เป็นการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ว่า เป็นไปตามหลัก Three-step test อันเป็นมาตรฐานในการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า การกำหนดให้ต้องมีการพิจารณาถึงปัจจัยต่าง ๆ ตามแนวทางของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี ย่อมสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น เพื่อไม่ให้เป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรตามหลักในข้อ 2 และ 3 ของ Three-step test แล้ว⁵⁷ และเมื่อพิจารณาถึงเงื่อนไขแรกเกี่ยวกับลักษณะเป็นกรณีเฉพาะของการกำหนดข้อยกเว้น ซึ่งในการตีความกรณีเฉพาะนี้ ไม่จำเป็นต้องมีการกำหนดข้อยกเว้นเป็นรายการถึงทุกชนิดของการกระทำที่อาจเป็นข้อยกเว้นได้ แต่ข้อยกเว้นนั้นต้องมี

⁵⁷ Pamela Samuelson and Kathryn Hashimoto, "Is the U.S. Fair Use Doctrine Compatible with Berne and Trips Obligations?," *UC Berkeley Public Law Research Paper*: 6-7.

ขอบเขตที่สามารถทราบ และเป็นกรณีที่อาจก่อให้เกิดความแน่นอนทางกฎหมายได้⁵⁸ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า สหรัฐอเมริกาที่ใช้บทบัญญัติการใช้งานอย่างเป็นธรรมในฐานะข้อยกเว้นทั่วไป ก็สามารถปรับใช้ข้อยกเว้นนี้จนเกิดเป็นแนวทางการตีความกรณีที่น่าจะเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมได้⁵⁹ จึงอาจกล่าวได้ว่า บทบัญญัติในลักษณะนี้สามารถมีขอบเขต สามารถทราบเป็นกรณีที่น่าจะก่อให้เกิดความแน่นอนทางกฎหมายได้เพียงพอแล้ว ประกอบกับประเทศสหรัฐอเมริกาที่เป็นประเทศแรกที่มีบทบัญญัติในลักษณะนี้ที่เป็นภาคีของข้อตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับลิขสิทธิ์เช่นเดียวกันกับไทย ไม่เคยถูกร้องเรียนจากประเทศสมาชิกว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการไม่ปฏิบัติตามหลักการ Three-step test ในกรณีการกำหนดข้อยกเว้นลักษณะนี้แต่อย่างใด และประเทศสาธารณรัฐเกาหลีก็ได้มีการนำหลักการนี้ไปปรับใช้เช่นเดียวกัน นอกจากนี้ ในข้อตกลง WCT ในปี 1996 ยังมีการกล่าวถึงประเด็นการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับสถานการณ์ทางสภาพสังคมที่เทคโนโลยีได้พัฒนาไปอย่างรวดเร็ว โดยยอมรับให้ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดหรือขยายข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นของกฎหมายภายในบริบทของดิจิทัลได้ ซึ่งการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นกรณีทั่วไปย่อมมีความยืดหยุ่นเหมาะสมกับบริบทดังกล่าวได้⁶⁰ นอกจากนี้ สาธารณรัฐเกาหลีที่เป็นประเทศซีวิลลอว์เช่นเดียวกันกับประเทศไทยก็ยังนำบทบัญญัติในลักษณะทั่วไปไปใช้ในระบบกฎหมาย ประกอบกับการกำหนดการละเมิดลิขสิทธิ์แต่ละชนิดไว้เฉพาะ โดยนำบทบัญญัตินี้ไปใช้เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นสำหรับการใช้งานต่าง ๆ ที่ไม่อาจจัดเป็นการใช้งานในรูปแบบที่กำหนดไว้โดยเฉพาะ จึงถือได้ว่า เป็นการกระทำที่เป็นไปตามหลัก Three-step test แล้ว⁶¹ ในกรณีนี้ หากประเทศไทยนำบทบัญญัติในลักษณะข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีทั่วไปเช่นดังสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลีมาปรับใช้ ย่อมอาจพิจารณาได้ว่า เป็นการปฏิบัติตามหลัก Three-step test แล้ว โดยบทบัญญัตินี้เป็นการใช้เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่น เหมาะสมกับสภาพสังคมดิจิทัล ประกอบกับการใช้บทบัญญัติกรณีเฉพาะแต่ละกรณีที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

ดังนั้น จากการศึกษากฎหมายลิขสิทธิ์ไทยและต่างประเทศจะพบว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ไทยมีปัญหาการขาดบทบัญญัติที่มีลักษณะทั่วไปในการใช้เพื่อปรับใช้เป็นรายกรณี เพื่อให้ความคุ้มครองผู้ทำ UDC ของไทย และเปรียบเทียบกับแนวทางสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลีแล้ว ผู้ศึกษาจึงเห็นควรว่า ประเทศไทยควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติฯ ให้มีลักษณะเป็น

⁵⁸ WTO Panel decision (2000), case WT/DS160

⁵⁹ Pamela Samuelson, "Unbundling Fair Uses," *Fordham Law Review*: 2546-2553.

⁶⁰ Pamela Samuelson and Kathryn Hashimoto, "Is the U.S. Fair Use Doctrine Compatible with Berne and Trips Obligations?," *UC Berkeley Public Law Research Paper*: 14.

⁶¹ Jaewoo Cho, "Newly Implemented Korean Fair Use and the Three Step Test," [Online] Accessed: 16 May 2023. Available from: <https://infojustice.org/archives/28766>

บทบัญญัติการใช้งานอย่างเป็นทางการเป็นธรรมเนียมทั่วไปที่สามารถปรับใช้ได้กับทุกกรณีตามแนวทางของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี โดยปรับแก้ไขรายละเอียดปัจจัยที่อาจนำมาใช้พิจารณาในกรณีวัตถุประสงค์หรือลักษณะการใช้งาน โดยกำหนดให้ต้องพิจารณาถึงปัจจัยความแปลงรูปของผลงานด้วย ซึ่งป้องกันการตีความอย่างจำกัดว่า การใช้งานที่เป็นการแสวงหากำไรจะเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรมในทันที ทั้งนี้ ในการตีความถึงเงื่อนไขการแสวงหากำไร ควรพิจารณาเพียงขณะที่ทำผลงาน UDC เท่านั้น เพื่อให้สอดคล้องกับธรรมชาติของผลงาน UDC และกำหนดให้พิจารณาถึงจำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนที่นำมาใช้เทียบกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ทั้งหมด โดยต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์การใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ด้วย ตามแนวทางของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเมื่อมีการกำหนดให้มีหลักการการใช้งานอย่างเป็นทางการทั่วไปแล้ว ย่อมส่งผลให้สามารถนำมาปรับใช้กับ UDC กรณีต่าง ๆ ที่แพร่หลายในปัจจุบัน และมีแนวโน้มที่จะมีมากขึ้นเรื่อย ๆ ในอนาคตที่ไม่อาจได้รับความคุ้มครองจากข้อยกเว้นที่เป็นกรณีเฉพาะ ทำให้สามารถปรับใช้ปัจจัยต่าง ๆ เพื่อพิจารณากับข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี เพื่อให้เกิดความสมดุลในการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ใช้งาน อันก่อให้เกิดผลดีต่อการให้ความคุ้มครองผลงานสร้างสรรค์ทั้งในรูปแบบผลงานต้นฉบับ และผลงาน UDC ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ได้มากยิ่งขึ้น

4.3.2 ปัญหาการขาดบทบัญญัติที่มีลักษณะเฉพาะในการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของ UDC

4.3.2.1 สภาพปัญหาการปรับใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์⁶² ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นเป็นกรณีเฉพาะไว้สำหรับการปรับใช้กับกรณีต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ตามที่ปรากฏในมาตรา 32/1 ถึงมาตรา 43 ซึ่งจากบทบัญญัติข้อยกเว้นเฉพาะแต่ละกรณี ไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นกรณีเฉพาะสำหรับการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์สำหรับการทำ UDC แต่อย่างใด นอกจากนี้ บทบัญญัติเฉพาะกรณีที่กำหนดไว้ในกฎหมายไทยส่วนมากก็ไม่อาจนำมาใช้เพื่อให้ความคุ้มครองการทำ UDC ได้ เนื่องจากการทำ UDC ไม่มีลักษณะเป็นไปตามข้อยกเว้นกรณีเฉพาะตามกฎหมายแต่อย่างใด กล่าวคือ การทำ UDC มิใช่การทำต่อสำเนาในกรณีได้กรรมสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์เนื่องจาก UDC การทำลงในอินเทอร์เน็ตอันเป็นสิ่งที่ไม่มีการรูปร่าง⁶² มิใช่การทำต่อผลงานที่จำต้องมีการทำสำเนาเพื่อให้ระบบคอมพิวเตอร์ใช้งานได้ตามปกติต่อผลงานที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายในระบบคอมพิวเตอร์⁶³ มิใช่การทำเพื่อประโยชน์ของผู้พิจารณา

⁶² พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32/1

⁶³ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32/2

เพื่อให้เข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์⁶⁴ เนื่องจากผลงาน UDC โดยมากเป็นการทำเพื่อความสนุกสนานของผู้ทำ หรือทำตามกระแสสังคม การทำ UDC เป็นการทำต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตโดยทั่วไป ไม่ใช่การทำของบรรณารักษ์ห้องสมุด⁶⁵ มิได้นำผลงานประเภทโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาใช้ แต่มักเป็นการนำผลงานสร้างสรรค์ประเภทอื่น เช่น ดนตรีกรรม ศิลปกรรม มาใช้อีกทั้งมิได้ใช้เพื่อวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย⁶⁶ มิได้เป็นการใช้งานโดยสมาคม มูลนิธิ องค์การอื่นที่มีวัตถุประสงค์เป็นการสาธารณกุศล ศึกษา ศาสนา หรือการสังคมสงเคราะห์ ในผลงานนาฏกรรมหรือดนตรีกรรม⁶⁷ การทำ UDC ส่วนมากมิได้เป็นการทำต่อผลงานศิลปกรรมที่ได้เปิดเผยในสาธารณะ หรือสถาปัตยกรรมแต่อย่างใด เนื่องจากการทำ UDC นั้นเป็นการทำต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในหลาย ๆ ประเภท เช่น ผลงานดนตรี ฯลฯ⁶⁸ การทำ UDC มิได้เป็นการถ่ายภาพหรือภาพยนตร์ใด ๆ ที่อาจมีผลงานศิลปกรรมอยู่ด้วย แต่เป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้ในกรณีที่หลากหลาย⁶⁹ มิใช่การบูรณะอาคารหรือสถาปัตยกรรม⁷⁰ มิใช่การนำผลงานภาพยนตร์ที่สิ้นสุดอายุความคุ้มครองแล้วมาเผยแพร่⁷¹ และไม่ใช่การทำต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติราชการโดยเจ้าพนักงานแต่อย่างใด ผู้ทำ UDC จึงไม่อาจใช้ข้อยกเว้นกรณีเฉพาะเหล่านี้ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำ UDC ได้⁷²

จากบทบัญญัติกรณีเฉพาะที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ส่วนมากไม่อาจนำมาปรับใช้เพื่อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กับการทำ UDC ได้ โดยมีเพียงข้อยกเว้นตามมาตรา 33 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ว่าด้วยการกล่าว คัดลอก เลียน หรืออ้างอิงงานบางตอนตามสมควร โดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น หากปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง ที่อาจนำมาปรับใช้กับการทำ UDC บางกรณีเพื่อให้ได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยมาตรานี้มีความคล้ายคลึงกันกับมาตรา 28 ของกฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐเกาหลี ที่ได้เคยมีแนวทางการตัดสินของศาลในคดี Son Dam-bi ได้เคยตีความมาตรา 28 อันเป็นข้อยกเว้นเกี่ยวกับการอ้างอิงผลงานที่ได้เผยแพร่สู่สาธารณะ (Quotation) เพื่อวัตถุประสงค์การรายงานข่าว ดิชม ศึกษา ค้นคว้าหรืออื่น ๆ ด้วยวิธีการใช้งานอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผล ในฐานะบทบัญญัติทั่วไปโดยนำหลักการพิจารณาตาม

⁶⁴ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32/4

⁶⁵ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 34

⁶⁶ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 35

⁶⁷ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 36

⁶⁸ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 37-38

⁶⁹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 39

⁷⁰ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 41

⁷¹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 42

⁷² พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 43

หลักกฎหมายสหรัฐอเมริกาว่าด้วยหลักการใช้งานที่เป็นธรรมมาใช้ก่อนมีการแก้ไขกฎหมายเพิ่มมาตรา 35-5 ของสาธารณรัฐเกาหลี เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตที่ได้ถ่ายคลิป์วิดีโอลูกสาวของตนที่ร้องเพลงอันมีลิขสิทธิ์ลงอินเทอร์เน็ต โดยกล่าวว่า เป็นการใช้องค์ประกอบที่ถูกเผยแพร่ต่อสาธารณะอย่างเป็นธรรม โดยกล่าวว่า การนำเพลงประมาณ 7-8 ท่อนจาก 74 ท่อนเป็นการนำส่วนของผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้อย่างน้อยที่สุดเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ คือ เป็นการใช้งานที่ตามสมควรแล้ว และการใช้งานในกรณีนี้ มีความแตกต่างกับต้นฉบับอย่างชัดเจน จึงไม่ใช่กรณีที่มีผลเป็นการแทนที่ต้นฉบับอันมีลิขสิทธิ์ และได้มีการระบุถึงชื่อนักร้องของเพลงดังกล่าวแล้ว จึงเป็นการใช้งานที่สามารถได้รับการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้

อย่างไรก็ดี เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีความมาตรา 33 ของศาลฎีกานั้นปรากฏว่า การอ้างอิงนั้นต้องเป็นการอ้างอิงในสัดส่วนที่ไม่มากเกินไปและไม่ใช้สาระสำคัญ⁷³ ทำให้ผู้ทำ UDC ไม่อาจอ้างบทบัญญัติมาตรา 33 เพื่อให้ความคุ้มครองแก่การทำ UDC ได้ เนื่องจาก ผลงาน UDC ส่วนมากต้องมีการนำผลงานที่มีลิขสิทธิ์มาใช้ในปริมาณที่มากและในส่วนสาระสำคัญ เพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ อีกทั้งการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของต้องมีการแจ้งให้ทราบถึงชื่อเจ้าของลิขสิทธิ์ ชื่อผลงาน และแหล่งที่มาด้วยเพื่อให้ผู้อื่นทราบโดยชัดว่า เนื้อหาส่วนใดเป็นเนื้อหาที่ได้คัดลอกมา ซึ่งในบางครั้งการทำ UDC ที่มีการรับรู้ถึงที่มานั้น อาจมีเนื้อหาไม่ครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด เนื่องด้วยการทำ UDC โดยสภาพ ที่มักจะเป็นการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ไม่มีเนื้อหาครบถ้วน แต่เป็นการรับรองในลักษณะที่เพียงพอต่อการทราบถึงเจ้าของลิขสิทธิ์เท่านั้น หรือในบางครั้งอาจไม่มีการรับรู้ถึงเจ้าของลิขสิทธิ์เลย ผู้ทำ UDC จึงไม่อาจอ้างข้อยกเว้นข้อนี้ในการให้ความคุ้มครองแก่การทำ UDC ได้ นอกจากนี้ ในภายหลังสาธารณรัฐเกาหลีได้มีการแก้ไขกฎหมายให้มีหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมที่มีลักษณะเป็นหลักทั่วไปในเวลาต่อมา เนื่องจากมีการวิพากษ์วิจารณ์ว่า ควรจะมีบทบัญญัติที่ศาลสามารถปรับใช้เป็นหลักทั่วไปกับข้อเท็จจริงต่าง ๆ มากกว่าการนำหลักการของต่างประเทศมาใช้โดยปราศจากฐานอำนาจทางกฎหมาย หรือพยายามปรับใช้มาตรา 28 ว่าด้วยการอ้างอิงที่เป็นธรรมมาใช้เป็นการทั่วไป อันเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ของมาตราดังกล่าว⁷⁴ อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงปัญหาการปรับใช้มาตรา 33 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ตามแนวทางการตีความของสาธารณรัฐเกาหลีว่า ไม่เพียงพอต่อการให้ความคุ้มครองผู้ทำ UDC อันแสดงให้เห็นถึงปัญหาการขาดบทบัญญัติข้อยกเว้นละเมิดลิขสิทธิ์กรณีเฉพาะเพื่อปรับใช้กับ UDC ในกฎหมายไทย

⁷³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1908/2546 ซึ่งศาลฎีกาในคดีดังกล่าวตัดสินว่า การนำวรรณกรรม 30 หน้าจากจำนวนประมาณ 150 หน้ามาใช้เป็นการลอกหรือเลียนวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญและจำนวนมาก และต้องรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของโดยแจ้งให้ทราบถึงชื่อเจ้าของลิขสิทธิ์ ชื่อผลงาน และแหล่งที่มาเพื่อให้ผู้อื่นทราบโดยชัดว่า เนื้อหาส่วนใดเป็นเนื้อหาที่ได้คัดลอกมา

⁷⁴ Suh Jinho, "Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of "Son Dam-Bi" Decision," *Seoul Law Journal*: 745.

เมื่อพิจารณาถึงตัวอย่างทั้ง 6 ได้แก่ ผลงานเพลงล้อเลียน ผลงานวิดีโอรวบรวมเพลง ผลงานวิดีโอที่ผู้จัดทำได้เต้นหรือขยับปากร้องตามเพลง ผลงานวิดีโอที่บันทึกการเล่นเกม ผลงานแฟนอาร์ต ผลงานแฟนฟิกชันแล้วจะเห็นว่า การทำ UDC ในแต่ละกรณีไม่อาจนำข้อยกเว้นที่กำหนดไว้โดยเฉพาะตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ได้ และเมื่อปรับใช้กับมาตรา 33 แล้วจะเห็นว่า ผลงาน UDC เหล่านี้มีแนวโน้มที่อาจถูกตีความว่าเป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ในปริมาณที่มากเกินไป เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของผลงาน UDC แต่ละชนิด ที่ผู้ชมจำเป็นต้องทราบว่าเป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ใดมาใช้ทำ UDC จึงทำให้ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองให้ได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้

ดังนั้น เมื่อพิจารณาปรับใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กรณีเฉพาะในกฎหมายไทย กับตัวอย่างทั้ง 6 กรณีแล้ว แสดงให้เห็นว่า พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ยังมีปัญหาด้านการขาดบทบัญญัติเฉพาะสำหรับการปรับใช้กับกรณีการทำ UDC

4.3.2.2 แนวทางการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เฉพาะสำหรับ UDC ของต่างประเทศ

จากการศึกษาเปรียบเทียบกับหลักยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กรณีทั่วไปของไทย จะพบว่าแม้ประเทศแคนาดามีการกำหนดบทบัญญัติการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้เป็นกรณีเฉพาะแต่ละกรณี และไม่มีบทบัญญัติทั่วไปที่สามารถปรับใช้กับทุกกรณีได้ เช่นเดียวกับประเทศไทย แต่แคนาดาได้กำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นกรณีเฉพาะสำหรับผลงาน UGC ไว้ โดยมีมุมมองว่า ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ว่า เป็นสิทธิของผู้ใช้งานที่กำหนดไว้เพื่อรักษาสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ใช้งานและสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ จึงไม่ควรตีความอย่างเคร่งครัดในฐานะข้อยกเว้น แต่ควรตีความเพื่อก่อให้เกิดสมดุลระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ใช้งานในฐานะสิทธิในการใช้ผลงานดังกล่าว⁷⁵ โดยมีการกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ต้องทำให้ได้รับความคุ้มครองไม่ให้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งหาก UDC ได้มีลักษณะที่เป็นไปตามเงื่อนไขแล้ว ย่อมได้รับความคุ้มครอง ซึ่งเงื่อนไขต่าง ๆ ที่กำหนดนั้น เป็นการกำหนดขอบเขตการให้ความคุ้มครองผู้ใช้งานเพื่อไม่ให้ก่อความเสียหายต่อเจ้าของลิขสิทธิ์มากเกินไป ซึ่งสามารถส่งเสริมให้มีการสร้างสรรค์ผลงานมากยิ่งขึ้นอันเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ ดังสามารถเห็นได้จากเงื่อนไขดังนี้

การกำหนดให้เป็นการใช้งานของบุคคลธรรมดาเท่านั้น การกำหนดเช่นนี้ ทำให้ผู้ทำ UDC ที่ได้รับความคุ้มครองต้องเป็นบุคคลธรรมดา และมีแนวโน้มในการตีความว่า ต้องไม่ใช่การใช้งานในเชิงธุรกิจ การกำหนดเช่นนี้เป็นการให้ความสำคัญกับผู้ใช้งานเป็นหลักและแสดงให้เห็นว่า ผู้ใช้งานที่

⁷⁵ CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC

เป็นบุคคลธรรมดาที่สามารถมีส่วนร่วมสร้างสรรค์วัฒนธรรม⁷⁶ และยังเป็น การส่งเสริมให้มีการสร้างสรรค์ผลงานต่าง ๆ อย่างกว้างขวาง นอกจากนี้ มีข้อสังเกตว่า การใช้งานของบุคคลธรรมดานี้ ยังให้ความคุ้มครองไปถึงกรณีที่เป็นการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อสร้างสรรค์ผลงานโดยผู้เป็นมืออาชีพที่สร้างสรรค์ในเวลาว่าง โดยไม่ได้เป็นไปเพื่อการใช้งานเชิงธุรกิจหรือในอุตสาหกรรมได้ อันแสดงให้เห็นว่า การใช้งานของบุคคลธรรมดานี้ไม่ได้วัดจากคุณภาพของผลงาน แต่เป็นวัตถุประสงค์ที่ถูกทำขึ้น⁷⁷ อันเป็นการส่งเสริมให้มีผลงานสร้างสรรค์ที่มีคุณภาพสูงให้เกิดขึ้นในสังคมอันเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวม และเงื่อนไขนี้ยังเป็นการป้องกันมิให้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับผลกระทบอย่างเกินสมควร เนื่องจากการถูกนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนไปใช้ในทางธุรกิจโดยไม่ได้รับอนุญาตด้วย อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า การกำหนดให้เป็นการใช้งานของบุคคลธรรมดาเท่านั้น อาจทำให้การใช้งานของผู้เป็นนิติบุคคลที่ไม่ใช่การใช้งานเชิงธุรกิจ เช่น มูลนิธิ ที่ต้องการทำ UDC เพื่อกิจกรรมของมูลนิธิที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการแสวงหากำไรหรือเป็นการใช้งานในเชิงธุรกิจ ไม่อาจได้รับความคุ้มครอง

การกำหนดให้ผลงาน UDC ที่ทำนั้นต้องเป็นผลงานที่สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้เท่านั้น ผลงาน UGC ที่จะได้รับความคุ้มครองในกรณีนี้ต้องเป็นผลงานที่มีความสร้างสรรค์เพียงพอต่อการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์เท่านั้น กล่าวคือ ผลงาน UDC ที่เกิดขึ้นนั้น ต้องมีความแตกต่าง มีความสร้างสรรค์เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในตัวผลงานใหม่ที่ถูกสร้างขึ้น อันเป็นการส่งเสริมให้มีการสร้างสรรค์ผลงานใหม่ ๆ มากยิ่งขึ้น โดยมุ่งให้ความคุ้มครองเฉพาะกรณีการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อทำเป็นผลงานใหม่⁷⁸ หากเป็นการทำ UGC ผลงานที่ผู้ใช้งานทำซ้ำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ (User-Copied Content) หรือเป็นกรณีที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขในการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว ย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามข้อนี้ อันเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ให้ถูกรบกวนมากเกินไปด้วย

การกำหนดให้การใช้งานต้องไม่ใช่เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า ทำ UDC ที่จะได้รับความคุ้มครองนั้น จะต้องเป็นการใช้งานที่มีวัตถุประสงค์ไม่เป็นการแสวงหากำไรเท่านั้น หากเป็นการใช้งานเพื่อแสวงหากำไรแล้วย่อมไม่ได้รับความคุ้มครอง อันทำให้ผลงาน UDC ส่วนมาก ที่มักไม่ได้ทำเพื่อการแสวงหากำไรได้รับความคุ้มครอง อันเป็นการให้ความคุ้มครองผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ใช้งานใน

⁷⁶ Mariam Awan, "The User-Generated Content Exception: Moving Away from a Non-Commercial Requirement," *Canadian Intellectual Property Review*: 17.

⁷⁷ Michael Geist, *The Copyright Pentology How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, p. 438.

⁷⁸ Mariam Awan, "The User-Generated Content Exception: Moving Away from a Non-Commercial Requirement," *Canadian Intellectual Property Review*: 17-18.

เวลาเดียวกัน กล่าวคือ สิทธิเจ้าของลิขสิทธิ์จะไม่ถูกระเทือนอย่างเกินสมควร จากการที่ผู้ใช้งานอันเป็นบุคคลภายนอกสามารถนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนไปใช้ เพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้า โดยไม่ให้ค่าตอบแทนแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม ในประเด็นวัตถุประสงค์ทางการค้านี้มีข้อสังเกตว่า ในการทำ UDC แม้ผู้ทำจะมีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการแสวงหากำไรก็ตาม แต่เมื่อได้ยินยอมให้ตัวกลางอันเป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเผยแพร่แล้วเนื้อหาดังกล่าวอาจเป็นที่นิยม และสร้างรายได้แก่ผู้จัดทำ UDC ได้ จากค่าเข้าชมหรือค่าโฆษณา ดังนั้น อาจยากต่อการพิจารณาในหลักเกณฑ์ในข้อนี้⁷⁹ และอาจเป็นอุปสรรคในการปรับใช้บทบัญญัตินี้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำผลงาน UDC ที่แม้จะไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการใช้งานเพื่อประโยชน์ทางการค้าแต่ต้นได้

การกำหนดให้ต้องระบุถึงแหล่งที่มาของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ การกำหนดเงื่อนไขนี้ ทำให้ผู้ทำ UDC ต้องระบุถึงแหล่งที่มาของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้โดยสมควรแก่เหตุ ทำให้ผู้ชมสามารถรับรู้ได้ว่า ผลงาน UDC ทำขึ้นโดยนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ใดมาใช้ อันสอดคล้องกับสภาพของผลงาน UDC ที่จะมีการทำขึ้นและถูกเผยแพร่ในเว็บไซต์อย่างแพร่หลาย หากไม่ระบุถึงแหล่งที่มาตามสมควรแล้ว อาจยากต่อการระบุหรือทราบถึงเนื้อหาที่เป็นต้นฉบับอันมีลิขสิทธิ์ได้ว่า เป็นผลงานใด⁸⁰ นอกจากนี้ การระบุถึงแหล่งที่มาอาจทำให้ผู้ชมเกิดความสนใจถึงผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้และอาจติดตามผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้ได้ ซึ่งก่อให้เกิดผลดีต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ และป้องกันไม่ให้ผู้ทำ UDC แอบอ้างว่า เป็นผู้ทำผลงานสร้างสรรค์เองทั้งหมดอันไม่เป็นธรรมต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ การกำหนดให้ต้องระบุถึงแหล่งที่มาจึงเป็นการให้ความรับรองและคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ว่า ผู้ชมผลงาน UDC จะสามารถทราบถึงผลงานลิขสิทธิ์ต้นฉบับได้ และเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำ UDC ที่ระบุถึงแหล่งที่มาเช่นเดียวกันว่า การใช้งานของตนจะไม่เป็นการใช้งานที่ละเมิดลิขสิทธิ์

การกำหนดให้ต้องเป็นการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์อย่างมีเหตุอันควรเชื่ออย่างสมควร ว่า ผลงานนั้นไม่ได้เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ และต้องเป็นการใช้ผลงานที่ได้เผยแพร่แล้วเท่านั้น การกำหนดเช่นนี้ เป็นการกำหนดเพื่อให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ให้ถูกระทบมากเกินไปจนสมควร โดยกำหนดให้ผู้ใช้งานลิขสิทธิ์มาทำ UDC ต้องระมัดระวัง และพิจารณาว่า ผลงานที่ตนนำมาใช้จะต้องไม่เป็นผลงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ อันอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับอย่างมาก และต้องเป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เผยแพร่แล้วเท่านั้น เพื่อให้ความคุ้มครองแก่โอกาสของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะได้เป็นผู้กำหนดว่า จะเปิดเผยผลงานของตนต่อสาธารณะเมื่อใด หรือไม่เปิดเผยผลงานดังกล่าว เนื่องจากสภาพของผลงาน UDC มีลักษณะที่เข้าถึงผู้ชมได้อย่างแพร่หลายทำให้หากมีการใช้ผลงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ หรือผลงานที่เจ้าของลิขสิทธิ์มิได้ประสงค์จะ

⁷⁹ Ibid., 19-20.

⁸⁰ Ibid., 19.

เผยแพร่แล้ว ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าของลิขสิทธิ์อย่างมาก แต่หากเป็นผลงานที่ไม่ละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว ผู้ทำผลงาน UDC ย่อมได้รับความคุ้มครองให้สามารถสร้างสรรค์ผลงาน UDC ของตนได้อันเป็นการส่งเสริมการทำผลงานสร้างสรรค์มากขึ้นด้วย

การใช้งานต้องไม่ก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่องานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้ และไม่เป็นการแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้ การกำหนดให้การใช้งานที่ก่อให้เกิดผลกระทบทางลบอย่างมีนัยสำคัญต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับหรือเป็นการแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ ย่อมเป็นการใช้งานที่ไม่อาจได้รับความคุ้มครองให้ได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ โดยการกำหนดเช่นนี้ทำให้สามารถพิจารณาการทำ UDC แต่ละกรณี เพื่อป้องกันมิให้การใช้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ถูกกระทบจนเกินสมควร และเป็นการสร้างความสมดุลให้บุคคลอื่นสามารถนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ หากไม่ก่อให้เกิดผลเสียต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ทำให้ผู้ทำ UDC ในกรณีนี้ได้รับความคุ้มครอง อันเป็นการส่งเสริมให้มีการทำผลงานสร้างสรรค์เพิ่มมากขึ้น ทำให้มีความยืดหยุ่นเพียงพอต่อการปรับใช้เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์และประโยชน์ของสาธารณะในการมีผลงานสร้างสรรค์เพิ่มมากขึ้นด้วย เช่น แม้จะเป็นการกระทำ UDC ในลักษณะเดียวกัน แต่หากเป็นการนำผลงานต้นฉบับโดยจงใจให้ผู้ชมสืบสนว่า ผลงานใดเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับแล้วหรือผลงาน UDC อาจเป็นกรณีที่พิจารณาได้ว่าเป็นการใช้งานที่อาจส่งผลกระทบต่องานอันมีลิขสิทธิ์และเป็นการแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์⁸¹ ในขณะที่หากมีความแตกต่างจนไม่เกิดความสืบสนแล้ว ย่อมสามารถทำได้ อันส่งผลให้มีผลงานสร้างสรรค์มากยิ่งขึ้นในสังคม

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า การกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กรณี UGC ของแคนาดาจะไม่ได้มีการกำหนดให้ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตเพื่อทำ UDC ต้องชำระค่าตอบแทนแก่เจ้าของลิขสิทธิ์แต่อย่างใด ทำให้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีนี้ อาจทำให้ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่มีสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนจากการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนเพื่อทำ UDC ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติที่เจ้าของลิขสิทธิ์ในบางกรณีจะได้รับค่าตอบแทนจากการใช้ผลงานของตนเพื่อทำ UDC ได้ เช่น เจ้าของลิขสิทธิ์เพลงสามารถได้รับค่าตอบแทนจากการใช้เพลงของตนเพื่อทำ UDC ผ่านระบบ Content ID ของ YouTube ได้ ซึ่งอาจทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้รับความคุ้มครองที่เหมาะสมได้

จากหลักเกณฑ์ที่กำหนดเป็นเงื่อนไขให้ต้องปฏิบัติตามในข้อยกเว้นการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในการทำ UGC ของแคนาดา เมื่อนำมาปรับใช้กับกรณีตัวอย่างทั้ง 6 กรณี ได้แก่ ผลงานเพลงล้อเลียน ผลงานวิดีโอที่ผู้จัดทำได้เต้นหรือขยับปากร้องเพลง ผลงานเพลงรวบรวม ผลงานวิดีโอที่บันทึกการเล่น

⁸¹ Rachel Morgan, "Conventional Protections for Commercial Fan Art under the U.S. Copyright Act," *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law*: 571.

เกม ผลงานแฟนอาร์ต และแฟนฟิกชัน จะเห็นว่า หากผลงานดังกล่าวเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้วย่อมสามารถได้รับความคุ้มครองได้หากปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป และมีข้อสังเกตตามประเด็นที่ต้องพิจารณา ได้แก่ ในการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการใช้งานเพื่อการค้า อาจก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้ได้หากตีความว่า รายได้ที่เป็นค่าตอบแทนทางอ้อมจากการที่ผลงานเหล่านี้เกิดการแพร่หลาย อาจถูกนำมาพิจารณาได้ว่า ผลงาน UDC ประเภทต่าง ๆ เป็นการใช้เพื่อแสวงหากำไร อันไม่สอดคล้องกับสภาพปกติของ UDC จึงควรตีความโดยไม่รวมไปถึงรายได้ที่อาจได้มาในภายหลังจากการที่มีผู้เข้าชม หรือค่าโฆษณา ในกรณีเงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ จำต้องพิจารณาเป็นรายกรณีตามผลงานแต่ละชนิดไป แต่มีข้อสังเกตว่า ผลงานเพลงล้อเลียน แฟนอาร์ต แฟนฟิกชัน เป็นผลงานที่ผู้สร้างสรรค์ผลงาน UDC ได้ใช้ความคิดสร้างสรรค์ของตนในการจัดทำขึ้นมา จึงมีแนวโน้มว่าจะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ในขณะที่ผลงานวิดีโอการเล่นเกมน และวิดีโอการเต้นและขับปากร้องเพลงนั้น หากเป็นกรณีที่ผู้จัดทำได้มีการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ เช่น มีการคิดท่าเต้นใหม่ หรือมีการตัดต่อเกม พุดคุย เล่าเรื่อง มีปฏิสัมพันธ์ระหว่างการเล่นเกมนแล้ว ย่อมอาจพิจารณาได้ว่า มีความสร้างสรรค์ และมีแนวโน้มที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ และการพิจารณาถึงผลกระทบต่องานอันมีลิขสิทธิ์ก็จำเป็นต้องเป็นการพิจารณาเป็นรายกรณีไป แต่ผลงาน UDC ประเภทวิดีโอรวบรวมเพลงอันมีลิขสิทธิ์นั้นเมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของแคนาดาจะเห็นว่า ผลงานดังกล่าว แม้จะเป็นผลงานรวบรวมที่อาจได้รับความคุ้มครองเป็นลิขสิทธิ์ได้ หากมีการคิดและตัดสินใจเลือกสรรหรือรวบรวมเพลงต่าง ๆ แต่ผลงานประเภทนี้ย่อมเป็นการแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ คือผู้รับชมอาจเลือกชมผลงาน UDC แทนผลงานต้นฉบับ ดังนั้นจึงมีแนวโน้มว่าจะไม่ได้รับความคุ้มครอง หากมีการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ทั้งเพลง อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตในประเด็นผลกระทบว่า นอกจากผลงานวิดีโอรวบรวมเพลงแล้ว การทำ UDC อีก 5 กรณีโดยส่วนมากแล้ว จะไม่ก่อให้เกิดผลเสียต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่มักจะส่งผลดีในการทำให้ผู้ชมผลงาน UDC สนใจผลงานต้นฉบับมากยิ่งขึ้น ดังนั้นการมีบทบัญญัตินี้ ทำให้ผลงาน UDC 5 ประเภทตามตัวอย่างอาจได้รับความคุ้มครองให้ได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้

หากมีการดำเนินการตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดครบถ้วนแล้ว ผู้ทำ UDC ย่อมได้รับความคุ้มครองให้ใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ โดยสามารถใช้ผลงาน UDC แต่หากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้แล้ว กฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดายังเปิดโอกาสให้ปรับใช้บทบัญญัติในมาตราอื่นเพื่อให้ความคุ้มครองต่อการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนได้ หากเป็นกรณีที่ไปตามวัตถุประสงค์การใช้งานที่กฎหมายได้กำหนดไว้ และหากพิจารณาแล้วเห็นว่า การใช้งานนั้นเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมตามหลักเกณฑ์ที่ศาลแคนาดาได้วางหลักเอาไว้ ในคดี CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada ที่อาจนำมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่

ผลงาน UDC บางประเภทที่มีวัตถุประสงค์เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด และเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม ดังปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาต่อไปนี้

ปัจจัยแรก วัตถุประสงค์การใช้งาน หลักการใช้งานที่เป็นธรรมของแคนาดา ไม่มีลักษณะเป็นการทั่วไปอย่างสหรัฐอเมริกาหรือสาธารณรัฐเกาหลี เนื่องจากต้องปรับใช้ตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดในกฎหมายเท่านั้น เช่น เพื่อการค้า หรือการศึกษาส่วนตัว ทำผลงานล้อเลียน ผลงานเสียดสี หรือเพื่อการติชม หรือวิพากษ์วิจารณ์ โดยระบุถึงแหล่งที่มา และรายละเอียดของแหล่งที่มา ซึ่งการกำหนดเช่นนี้ ทำให้ผลงาน UDC ที่มีลักษณะเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนด แม้จะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามข้อยกเว้นเฉพาะสำหรับ UGC เนื่องจากอาจไม่เป็นไปตามเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่ง อาจได้รับความคุ้มครองจากการปรับใช้หลักนี้ได้ เช่น ผลงาน UDC ประเภทเพลงล้อเลียน หรือผลงาน UDC ที่มีการวิพากษ์วิจารณ์ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ฯลฯ

ปัจจัยที่สอง ลักษณะของการใช้งาน จะต้องพิจารณาตรวจสอบถึงลักษณะที่ดำเนินการต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ หากมีการเผยแพร่สำเนาของผลงานอันมีลิขสิทธิ์จำนวนมาก ย่อมมีแนวโน้มว่า การใช้งานเช่นนี้มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม แต่หากเป็นการทำสำเนาผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพียงแค่นับเดียวย่อมมีแนวโน้มที่จะเป็นธรรม ทั้งนี้ ต้องคำนึงถึงสภาพปกติในทางปฏิบัติของการใช้งานตามแต่ละชนิดด้วย ซึ่งเมื่อนำมาปรับใช้กับ UDC จะเห็นว่า ผลงาน UDC เป็นผลงานที่มีลักษณะการใช้งานอย่างแพร่หลายเข้าถึงผู้คนผ่านอินเทอร์เน็ตเป็นสภาพปกติแล้ว การพิจารณาถึงปัจจัยนี้ อาจทำให้แม้ผลงาน UDC ถูกเผยแพร่สู่ผู้คนจำนวนมาก แต่เมื่อพิจารณาประกอบกับลักษณะสภาพปกติของผลงานดังกล่าวแล้ว อาจเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมได้

ปัจจัยที่สาม ปริมาณการใช้งาน การพิจารณาถึงปัจจัยนี้เป็นการพิจารณาในลักษณะเดียวกันกับปัจจัยที่สาม คือจำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนที่นำมาใช้เทียบกับผลงานทั้งหมด ของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี โดยต้องพิจารณาการทำ UDC เป็นรายกรณีไป การพิจารณาเช่นนี้เป็นไปเพื่อทำให้เกิดความสมดุลในการให้ความคุ้มครองทั้งฝ่ายผู้ทำ UDC และสิทธิเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในส่วนของการวิเคราะห์ถึงปัจจัยที่สาม จำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนที่นำมาใช้เทียบกับผลงานทั้งหมดของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี

ปัจจัยที่สี่ ผลงานอื่นหรือตัวเลือกอื่นที่อาจทำได้แทนการใช้งาน หากเป็นกรณีที่สามารถนำผลงานอื่นมาใช้ได้แล้ว ย่อมเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม และต้องพิจารณาถึงความจำเป็นว่า ต้องนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นมาใช้หรือไม่ด้วย ซึ่งการทำ UDC โดยเฉพาะเพื่อการล้อเลียน หรือการวิจารณ์แล้ว มักจะเป็นกรณีที่ไม่นำผลงานอื่นมาใช้แทนผลงานนั้นได้ แต่การติชมนั้น ก็ไม่จำเป็นต้องนำผลงานต้นฉบับมาใช้ทั้งหมดทุกส่วน ซึ่งหากนำมาใช้แล้ว ย่อมอาจไม่ใช่การใช้งานอย่างเป็นธรรมได้ เป็นอีก

ปัจจัยหนึ่งที่มีส่วนในการพิจารณากับข้อเท็จจริงแต่ละกรณีเพื่อทำให้เกิดความสมดุลในการให้ความคุ้มครองทั้งฝ่ายผู้ทำ UDC และสิทธิเจ้าของลิขสิทธิ์

ปัจจัยที่ห้า ธรรมชาติของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ การพิจารณาปัจจัยนี้ สอดคล้องกับการพิจารณาถึงลักษณะของผลงานที่มีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ของการใช้งานอย่างเป็นทางการของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงผลงาน UDC แล้วย่อมเห็นว่า มักเป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีความสร้างสรรค์สูง และเผยแพร่แล้วมาใช้ ซึ่งส่งผลต่อการพิจารณาถึงการใช้งานว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมหรือไม่ ในลักษณะเดียวกันกับที่กล่าวไว้ในหัวข้อ ลักษณะของผลงานที่มีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ของการใช้งานอย่างเป็นทางการของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี

ปัจจัยที่หก ผลกระทบของการใช้งานต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ หากการใช้งานก่อให้เกิดผลกระทบอันมีแนวโน้มที่จะเป็นคู่แข่งกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในตลาดแล้ว ย่อมอาจถือได้ว่าเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งการพิจารณาปัจจัยนี้ สอดคล้องกับการพิจารณาถึงผลกระทบต่อตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี ซึ่งต้องเป็นการพิจารณาเป็นรายกรณีตามแต่ละข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันออกไปของการทำ UDC แต่ละผลงาน ในลักษณะเดียวกันกับที่กล่าวไว้ในหัวข้อ ผลกระทบต่อการตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์ของการใช้งานอย่างเป็นทางการของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี

จากข้อยกเว้นและปัจจัยทั้ง 6 ที่ศาลแคนาดาได้วางหลักไว้ เมื่อนำมาปรับใช้กับกรณีตัวอย่างการทำ UDC ทั้ง 6 ประเภทแล้วจะเห็นว่า ผลงานเพลงล้อเลียน และผลงานวิดีโอที่บันทึกการเล่นเกมที่ผู้ทำ UDC ประเภทนี้ได้มีการวิจารณ์ถึงผลงานเกมอันมีลิขสิทธิ์ระหว่างการเล่นเท่านั้น ที่อาจได้รับความคุ้มครองจากการพิจารณาตามหลักการใช้งานที่เป็นธรรมของแคนาดา เนื่องจากการใช้งานที่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายแคนาดาได้กำหนดไว้ โดยหากพิจารณาแล้วว่า เป็นการใช้งานที่เป็นธรรมตามปัจจัยที่กำหนดไว้แล้วย่อมเป็นการใช้งานที่ไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ผลงานวิดีโอรวบรวมเพลง ผลงานวิดีโอที่บันทึกการเต้นและขับปากร้องเพลง ผลงานแฟนอาร์ต แฟนฟิกชัน ไม่มีลักษณะที่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนด จึงไม่อาจได้รับความคุ้มครองในการทำ UDC ประเภทเหล่านั้นได้ หากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่กำหนดไว้เฉพาะสำหรับการทำผลงาน UGC

เมื่อพิจารณาถึงการกำหนดข้อยกเว้นของแคนาดาแสดงให้เห็นว่า กฎหมายแคนาดาได้มุ่งให้ความสำคัญคุ้มครองแก่การทำ UDC ไว้โดยเฉพาะ โดยหากเป็นผลงาน UDC ที่ครบเงื่อนไขแล้ว ย่อมได้รับความคุ้มครองโดยทันที จนอาจกล่าวได้ว่า มีการให้ความคุ้มครอง UDC ที่แน่นอนกว่าของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี คือ ผู้ใช้งานสามารถทราบได้ว่า การใช้งานอย่างใดจึงจะได้รับ

ความคุ้มครอง แต่การให้ความคุ้มครองของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลีนั้น มีลักษณะที่กว้าง และสามารถปรับใช้กับ UDC ประเภทต่าง ๆ ได้มากกว่า โดยสามารถพิจารณาถึงผลกระทบตามปัจจัยต่าง ๆ ตามแต่ละกรณีไป

4.3.2.3 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กรณีเฉพาะสำหรับ UGC กับ Three-step

test

เมื่อพิจารณาแนวทางการกำหนดข้อยกเว้นสำหรับการทำ UGC แล้ว อาจมีประเด็นปัญหาที่ต้องคำนึงว่า เป็นการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ว่าเป็นไปตามหลัก Three-step test อันเป็นมาตรฐานในการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า การกำหนดให้ต้องมีการพิจารณาถึงเงื่อนไขต่าง ๆ ของแคนาดา ย่อมสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น เพื่อไม่ให้เป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรตามหลักในข้อ 2 และ 3 ของ Three-step test แล้ว เช่น การกำหนดใช้งานต้องไม่ก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่องานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้⁸² และไม่เป็นการแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้ เป็นต้น และส่วนเงื่อนไขแรกเกี่ยวกับลักษณะเป็นกรณีเฉพาะนั้น แม้การตีความข้อยกเว้น UGC ของแคนาดาอาจถูกวิจารณ์ได้ว่า อาจมีลักษณะที่กว้างเกินไป อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาประกอบกับการกำหนดหรือขยายข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นของกฎหมายภายในบริบทของดิจิทัลแล้วจะพบว่า หากกำหนดข้อยกเว้นให้เป็นรายการที่จำกัด ย่อมไม่สามารถทำได้ จึงจำเป็นต้องกำหนดให้ข้อยกเว้นของ UGC มีลักษณะที่ยืดหยุ่น สามารถปรับใช้กับกรณีต่าง ๆ ได้⁸³ และเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าข้อยกเว้นกรณีนี้ไม่จำเป็นต้องมีการกำหนดข้อยกเว้นเป็นทุกกรณีตามชนิดของการกระทำที่อาจเป็นข้อยกเว้นได้ไว้ในกฎหมาย แต่ข้อยกเว้นนั้นต้องมีขอบเขตที่สามารถทราบ และอาจก่อให้เกิดความแน่นอนทางกฎหมายได้ ดังนั้นจึงเป็นการที่ข้อยกเว้นนี้เป็นไปตามข้อ 1 ของ Three-step test แล้ว⁸⁴ นอกจากนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการตีความข้อยกเว้นกรณีเฉพาะนี้ให้เป็นไปตามเกณฑ์ในข้อแรกของ Three-step test การให้นิยามถึง UGC ที่ชัดเจนย่อมก่อให้เกิดลักษณะเป็นกรณีเฉพาะในการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์มากยิ่งขึ้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ข้อยกเว้นนี้เป็นไปตามหลัก Three-step test แล้ว

⁸² Linda Powell, "Non-Commercial User-Generated Content and Exceptions to Copyright - a Comparison between the Us, Canada, and the Eu," pp. 54-55.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ WTO Panel decision (2000), case WT/DS160

ดังนั้น จากการศึกษากฎหมายลิขสิทธิ์ไทยและต่างประเทศ จะพบว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ไทย แม้ไทยจะมีบทบัญญัติสำหรับการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กำหนดไว้เป็นกรณีเฉพาะ แต่ก็ไมอาจนำมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำ UDC ที่แม้การใช้งานนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดผลเสียต่อการให้ความคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์เลยก็ตาม ดังนั้นจึงเป็นกรณีที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไทยไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นเป็นกรณีเฉพาะสำหรับการให้ความคุ้มครองการทำ UDC ต่างกับประเทศแคนาดา ที่มีการกำหนดบทบัญญัติพร้อมเงื่อนไขเพื่อให้ความคุ้มครองต่อผู้ทำ UDC ไว้ โดยมีการกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ เพื่อไม่ให้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ถูกระทบกระทบเกินสมควร ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า ประเทศไทยควรมีการปรับแก้กฎหมายลิขสิทธิ์ เพื่อให้มีข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับกรณีผลงาน UGC โดยนำแนวทางของกฎหมายแคนาดา มาปรับใช้ โดยปรับปรุงการกำหนดเงื่อนไขการใช้งานโดยระบุว่าเป็นการใช้งานของผู้ใช้งานที่ไม่ใช่ผู้ประกอบการหรือถูกจ้างงานโดยผู้ประกอบการ อันทำให้ผู้ใช้งานที่เป็นนิติบุคคลที่ไม่ใช่ผู้ประกอบการ สามารถได้รับความคุ้มครองได้ เพื่อป้องกันไม่ให้เป็นการแสวงหาประโยชน์จากข้อยกเว้นข้อนี้สำหรับผู้ที่ต้องการใช้งานในธุรกิจตามการค้าปกติของธุรกิจนั้น ๆ อันอาจทำให้กระทบถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์มากเกินไปจนสมควร ปรับปรุงการกำหนดเงื่อนไขการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในลักษณะที่เป็นวัตถุประสงค์ทางการค้า โดยระบุไว้ให้พิจารณาจากเจตนารมณ์การใช้งานที่มีอยู่ขณะทำและขณะเริ่มเผยแพร่ โดยไม่รวมถึงค่าตอบแทนที่อาจได้มาโดยสภาพการทำ UDC เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการทำ UDC ที่อาจแพร่หลายจนทำให้ผู้ทำเกิดรายได้ในทางอ้อมจากการเข้าชมหรือโฆษณาได้ และมีการกำหนดรับรองให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนที่เป็นธรรมจากการใช้ผลงานทำ UDC เพื่อรองรับแนวทางการปฏิบัติในปัจจุบันที่เจ้าของลิขสิทธิ์ในบางกรณีจะได้รับค่าตอบแทนในการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน และเปิดโอกาสให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อพิสูจน์ว่า เจ้าของลิขสิทธิ์ควรได้รับค่าตอบแทนเท่าไรจากการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ เพื่อป้องกันไม่ให้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ถูกระทบกระทบเกินสมควร การกำหนดข้อยกเว้นกรณีเฉพาะสำหรับการทำ UDC ตามแนวทางของแคนาดาเช่นนี้ จะทำให้เกิดความชัดเจนต่อผู้ใช้งานในการอ้างข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กรณีเฉพาะเพื่อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ และทราบถึงหลักเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติตามเพื่อให้ได้รับความคุ้มครอง

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากสภาพสังคมปัจจุบันที่มีการใช้อินเทอร์เน็ตอย่างแพร่หลาย และเทคโนโลยีต่าง ๆ ที่พัฒนาไปอย่างรวดเร็ว ทำให้ผู้สร้างสรรค์ผลงานมิใช่เป็นเพียงผู้สร้างสรรค์ที่เป็นมืออาชีพหรือทำเพื่อการประกอบอาชีพเท่านั้น แต่จากสภาพสถานการณ์ในปัจจุบันทำให้ผู้ใช้งานหรือบุคคลทั่วไปได้มีส่วนร่วมในการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อสร้างสรรค์ผลงานต่อยอดและเผยแพร่ลงบนโลกอินเทอร์เน็ตหรือทำผลงาน UDC ด้วย

เนื่องจากสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปในสังคม ทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อทำ UDC ทำให้ต้องพิจารณาถึงความสอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ปัจจุบันว่า มีความสอดคล้องหรือสามารถจัดสรรผลประโยชน์ หรือให้ความคุ้มครองผู้มีส่วนได้เสียฝ่ายต่าง ๆ ได้อย่างเหมาะสมหรือไม่ ซึ่งจากการศึกษากฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยและเปรียบเทียบกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลีแล้ว พบว่า พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ในปัจจุบัน ได้ให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ผลงานที่ถูกนำไปใช้ทำ UDC อย่างเป็นไปตามมาตรฐานสากลแล้ว กล่าวคือ มีการให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำ หรือดัดแปลงผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้น จึงสามารถดำเนินคดีต่อผู้ที่ใช้ผลงานดังกล่าวโดยไม่ได้รับอนุญาตได้ อีกทั้งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อกำหนดหน้าที่หรือเงื่อนไขในการได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต โดยมีเงื่อนไขในลักษณะที่กำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการเพื่อให้มีบทบาทในการช่วยระงับหรือยับยั้งไม่ให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ อันเป็นการส่งเสริมให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ในการที่จะระงับการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยไม่ต้องใช้สิทธิทางศาลแต่อย่างใด

ในด้านของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมนั้น เป็นการกำหนดหลักข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ในการกระทำความผิดละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้บริการที่ผู้ให้บริการอาจไม่ทราบถึงการกระทำหรือการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว ซึ่งในกรณีนี้ ประเทศไทยได้มีการกำหนดให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ได้ทำตามเงื่อนไขหรือหน้าที่บางประการเกี่ยวกับการให้ความร่วมมือกับเจ้าของลิขสิทธิ์ในการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยมาตรการที่สำคัญคือหลักการ Notice and Takedown ซึ่งหลักการนี้สอดคล้องและเป็นมาตรฐานเดียวกันกับหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี โดยหลักการนี้ประเทศแคนาดาได้มีการกำหนดหน้าที่ที่แตกต่างกันออกไป คือใช้หลัก Notice and Notice ซึ่งจาก

หลักการนี้แสดงให้เห็นว่า สำหรับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของประเทศไทย กฎหมายได้กำหนดให้ความคุ้มครองโดยกำหนดเป็นข้อยกเว้นความรับผิดไว้อย่างเป็นไปตามมาตรฐานสากลแล้ว พร้อมทั้งกำหนดหน้าที่บางประการเพื่อช่วยให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์

อย่างไรก็ดี จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน แม้จะให้ความคุ้มครองต่อผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอย่างเพียงพอเป็นมาตรฐานเดียวกันกับต่างประเทศแล้ว แต่การให้ความคุ้มครองต่อผู้ใช้งาน หรือผู้ทำ UDC ของไทยนั้น ยังให้ความคุ้มครองอย่างไม่เพียงพอ ทำให้ผู้ทำ UDC มีความเสี่ยงที่จะถูกดำเนินคดีเนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือถูกจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกเนื่องจากถูกผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตนำเนื้อหาดังกล่าวออกจากระบบ ซึ่งอาจทำให้ผู้ทำ UDC นั้นสูญเสียโอกาสทางการทำธุรกิจผ่านการมีชื่อเสียงของบัญชีผู้ใช้งานของตน และเป็นการที่ไม่ได้ให้ความคุ้มครองต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและสร้างสรรค์ของผู้ใช้ผลงาน อันส่งผลให้ผลงานสร้างสรรค์ศิลปะและวิทยาศาสตร์อันเป็นวัตถุประสงค์หนึ่งในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้นลดลงไปด้วย เนื่องจากผู้ใช้งาน UDC ที่มีบทบาทในการสร้างสรรค์ผลงานอย่างมากในปัจจุบัน ไม่อาจอ้างข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อยกเว้นความรับผิดได้ จากบทบัญญัติที่มีอยู่ในปัจจุบันของประเทศไทย

จากปัญหาดังกล่าวและการศึกษาแนวทางของกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลี ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะให้มีการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองผู้ใช้งานหรือผู้ทำผลงาน UDC เพื่อส่งเสริมให้แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์อันเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ เพื่อให้เหมาะสมกับลักษณะหรือสภาพการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์ และการสร้างสรรค์ผลงานสร้างสรรค์ในปัจจุบัน โดยนำเอาแนวทางการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปตามแนวทางของสหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐเกาหลี มากำหนดไว้ในกฎหมาย ประกอบกับการนำแนวทางการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตามแนวทางของประเทศแคนาดามากำหนดไว้ในกฎหมายด้วย

ทั้งนี้ สาเหตุที่ต้องนำแนวทางการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งแนวทางการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปและข้อยกเว้นที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะสำหรับการให้ความคุ้มครอง UDC มากำหนดไว้ในกฎหมาย เนื่องจากการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะสำหรับ UDC จะทำให้เกิดความแน่นอน และก่อให้เกิดความมั่นใจแก่ผู้ทำ UDC ว่า การทำผลงาน UDC จะได้รับความคุ้มครองหากเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายได้กำหนดแล้ว และข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปมีความจำเป็น เนื่องจากการอุดช่องว่าง และเพิ่มความยืดหยุ่นในการปรับใช้บทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อให้ความคุ้มครองแก่

การทำ UDC ที่อาจเกิดขึ้นเนื่องจากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีอินเทอร์เน็ตที่เกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว จนทำให้อาจมีการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบที่ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีเฉพาะไม่สามารถปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองได้ จึงนำมาสู่ข้อเสนอให้มีการปรับแก้กฎหมายดังต่อไปนี้

(1) สมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 32 ให้มีลักษณะเป็นบทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปที่สามารถปรับใช้ได้กับข้อเท็จจริงเป็นรายการณได้ ตามแนวทางของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี โดยดำเนินการแก้ไขในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

1) คงถ้อยคำตามมาตรา 32 วรรคแรกของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ไว้ เนื่องจากถ้อยคำของมาตรา 32 วรรคแรกเป็นถ้อยคำที่สามารถนำมาปรับใช้และตีความเพื่อให้ความคุ้มครองแก่การใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในกรณีต่าง ๆ ในฐานะบทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปได้ โดยเป็นการกำหนดให้ความคุ้มครองแก่การใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์ พร้อมกำหนดให้การใช้งานนั้นต้องไม่เป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์หรือกระทบกระเทือนต่อการให้ความคุ้มครองผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์จนเกินสมควร อันส่งผลต่อการรักษาสมดุลระหว่างการให้ความคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ และประโยชน์สาธารณะในการทำผลงานสร้างสรรค์

2) ปรับแก้มาตรา 32 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการตีความว่ารายการที่กำหนดในมาตรา 32 วรรค 2 เป็นเพียงตัวอย่างของวัตถุประสงค์ในการใช้งานที่อาจได้รับความคุ้มครองไม่ให้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น ทั้งนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่า ไม่ควรมีการยกเลิกรายการการใช้งานที่สามารถได้รับความคุ้มครองที่กำหนดไว้ในมาตรา 32 วรรคสอง (1)–(8) แต่อย่างใด เนื่องจากการกระทำตาม (1) ถึง (8) เป็นลักษณะของการใช้งานที่ถูกพิจารณาและมีความคิดเห็นตรงกันของศาลจนเกิดเป็นแนวทางแล้วว่า เป็นการใช้งานที่สามารถได้รับความคุ้มครองได้ ดังนั้น การคงรายการการใช้งานใน (1)–(8) ไว้ ย่อมเป็นผลดีต่อการปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นไปตาม (1)–(8) เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการตีความ และเกิดความมั่นใจว่า หากเป็นการดำเนินการตามรายการใน (1)–(8) ที่เป็นไปตามมาตรา 32 วรรคแรกแล้วย่อมได้รับความคุ้มครองไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ จึงนำมาสู่แนวทางการเสนอปรับแก้ไขมาตรา 32 วรรคสองโดยเพิ่ม (10) ให้มีถ้อยคำดังนี้

“... (10) การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นนอกจากที่ระบุไว้ใน (1) ถึง (8) ...”

การเพิ่ม (10) ในมาตรา 32 จะทำให้เกิดความชัดเจนในการปรับใช้มาตรา 32 วรรคแรกว่า สามารถนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ได้เป็นการทั่วไป กล่าวคือ สามารถนำไปปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองกับการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรได้ ทำให้เกิดความยืดหยุ่นเหมาะสมกับสภาพสังคมที่เทคโนโลยีอินเทอร์เน็ตที่มีการพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว อันอาจทำให้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีเฉพาะไม่อาจนำมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่การใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ได้

3) เพิ่มวรรคสามของมาตรา 32 ให้มีลักษณะเป็นการกำหนดถึงปัจจัยที่ใช้ในการตีความว่าการกระทำใดเป็นการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นที่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรตามวรรคแรก พร้อมทั้งกำหนดให้ศาลต้องพิจารณาถึงปัจจัยที่กำหนดไว้ประกอบกัน เพื่อเพิ่มความชัดเจนในการตีความว่า ต้องคำนึงถึงปัจจัยใดและป้องกันมิให้ศาลนำปัจจัยใดเพียงปัจจัยหนึ่งมาใช้เพื่อตัดสินว่า เป็นการใช้งานที่ไม่อาจได้รับความคุ้มครอง จึงเสนอให้มีการเพิ่มถ้อยคำดังต่อไปนี้

“... ในการพิจารณาว่า การกระทำใดเป็นการกระทำแก่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรตามวรรคแรก ให้พิจารณาปัจจัยดังต่อไปนี้ประกอบกัน ...”

ในส่วนปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาตามมาตรา 32 วรรคสามนั้น ควรมีการกำหนดให้ต้องคำนึงถึงปัจจัยตามแนวทางการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ว่าด้วยหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมตามแนวทางของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี ดังนี้

ก. วัตถุประสงค์และลักษณะการใช้งาน โดยกำหนดให้ต้องพิจารณาว่า เป็นการใช้งานที่มีลักษณะเป็นผลงานแปลงรูปหรือไม่ การกำหนดเช่นนี้ทำให้สามารถพิจารณาได้ว่า การใช้งานดังกล่าวเป็นการใช้งานที่แสวงหากำไรหรือไม่ ทำให้สามารถนำมาชั่งน้ำหนักเพื่อรักษาสมดุลระหว่างการให้ความคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์และประโยชน์สาธารณะ และการกำหนดถึงการพิจารณาถึงความแปลงรูปของผลงาน จะสามารถยืนยันได้ว่า สิทธิของผู้ใช้งานจะได้รับความคุ้มครองหากผลกระทบต่องานของลิขสิทธิ์ผลงานต้นฉบับมีน้อยเนื่องจากการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อทำ

ผลงานแปลงรูปที่ไม่มีลักษณะเป็นการแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ อันเป็นสิ่งที่ควรให้ความคุ้มครองแก่ผู้ใช้งานให้สามารถใช้ผลงานดังกล่าวเพื่อส่งเสริมให้เกิดผลงานสร้างสรรค์ทางศิลปะและวิทยาศาสตร์ อันเป็นวัตถุประสงค์ของการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ ซึ่งการกำหนดให้ชัดเจนนี้ทำให้ศาลไทยต้องพิจารณาถึงความแปลงรูปของผลงานที่เพิ่มขึ้นด้วย ทำให้ผลงาน UDC ที่ไม่ได้ส่งผลเสียต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์เนื่องจากมีลักษณะเป็นผลงานแปลงรูปมีโอกาสได้รับความคุ้มครองมากยิ่งขึ้น

ข. ลักษณะของผลงานที่มีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ เป็นการกำหนดเพื่อให้ต้องพิจารณาถึงความแตกต่างของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะเป็นผลงานสร้างสรรค์ที่มีระดับความสร้างสรรค์สูงกว่าให้ได้รับความคุ้มครองมากกว่า พร้อมทั้งให้ความคุ้มครองถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการเลือกเผยแพร่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยการกำหนดเช่นนี้ทำให้สามารถนำมาซึ่งน้ำหนักแก่การใช้งานผลงานในแต่ละกรณี เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีจุดประสงค์ในการให้ความคุ้มครองผลงานสร้างสรรค์

ค. จำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนที่นำมาใช้เทียบกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ทั้งหมด โดยต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์การใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ด้วย การกำหนดเช่นนี้เป็นการกำหนดเพื่อป้องกันมิให้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ถูกนำมาใช้ในจำนวนมากหรือสัดส่วนสำคัญ จนอาจทำให้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ถูกระทบเกินสมควร นอกจากนี้ การกำหนดให้ต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการใช้งานควบคู่กับการพิจารณาถึงปัจจัยนี้ เนื่องจากการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์บางประเภท จำต้องนำสัดส่วนอันเป็นสาระสำคัญหรือส่วนมากของผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์การใช้งาน ดังนั้น ในการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่จำต้องนำส่วนสำคัญ หรือจำนวนมากของผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ เช่น การทำ UDC ในหลาย ๆ กรณี ที่มีวัตถุประสงค์ให้ผู้ชมทราบว่า เป็นการทำ UDC จากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ใด จะสามารถถูกพิจารณาให้ได้รับความคุ้มครองตามแนวทางนี้ได้ การกำหนดให้ต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์การใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์จึงเป็นไปเพื่อป้องกันไม่ให้ศาลนำปัจจัยนี้ไปพิจารณาอย่างแคบว่า หากเป็นการใช้ผลงานในจำนวนมากหรือส่วนสำคัญแล้วจะเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรมในทันที

ง. พิจารณาถึงผลกระทบต่อตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์ เป็นการกำหนดเพื่อให้ศาลสามารถพิจารณาการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เป็นรายกรณี โดยสามารถใช้ปัจจัยนี้ในการหาสมดุลระหว่างการให้ความคุ้มครองประโยชน์ทางเศรษฐกิจอันเป็นหัวใจหลักของการให้ความคุ้มครองต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ได้สร้างสรรค์ผลงานกับประโยชน์สาธารณะ หากศาลพิจารณาว่า เป็นการใช้งานที่ไม่ส่งผลกระทบต่อตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์ในทางลบแล้ว หรือเป็นผลในทางบวก ศาลก็

สามารถพิจารณาให้การใช้งานนั้นเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม ได้รับความคุ้มครอง ไม่ให้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้

จากแนวทางการเสนอให้มีการปรับแก้มาตรา 32 ให้มีลักษณะเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามแนวทางของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลีตามประเด็นและเหตุผลที่ได้กล่าวไปข้างต้น จึงนำมาสู่การเสนอแนะให้มีการแก้ไขมาตรา 32 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ เป็นถ้อยคำดังต่อไปนี้

“การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามวรรคหนึ่ง มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำดังต่อไปนี้

- (1) วิจัยหรือศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- (2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท
- (3) ดิจิม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว
- (6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอน เพื่อประโยชน์ในการสอนของตน อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- (7) ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอน หรือทำบทสรุปโดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษาเพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร
- (8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ
- (9) (ยกเลิก)
- (10) การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นนอกจากที่ระบุไว้ใน (1) ถึง (8)

ในการพิจารณาว่า การกระทำใดเป็นการกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึง

สิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรตามวรรคแรก ให้พิจารณาปัจจัยดังต่อไปนี้ประกอบกัน

(1) วัตถุประสงค์และลักษณะการใช้งาน รวมถึงการพิจารณาว่า เป็นการใช้งานที่มีลักษณะเป็นผลงานแปลงรูปหรือไม่

(2) ลักษณะของงานอันมีลิขสิทธิ์

(3) ปริมาณหรือความสำคัญของสัดส่วนที่นำมาใช้ เมื่อเทียบกับงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์การใช้งาน

(4) ผลกระทบต่อตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์”

นอกจากนี้การเสนอปรับแก้ไขมาตรา 32 จะทำให้ต้องแก้ไขข้อกำหนดการละเมิดลิขสิทธิ์ในมาตราอื่นที่กำหนดให้ต้องเป็นการกระทำที่ได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง เพื่อให้ได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ได้แก่ มาตรา 32/4 – 36 และมาตรา 43 โดยต้องแก้ไขให้ต้องพิจารณาถึงมาตรา 32 วรรคสามว่าด้วยเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาการกระทำที่เป็นไปตามมาตรา 32 วรรคแรก ประกอบการตีความด้วย จึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 32/4 – 36 และมาตรา 43 โดยเป็นการเพิ่มถ้อยคำในลักษณะที่ว่า “...ได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่งและวรรคสาม”

(2) สมควรให้มีการจัดทำคู่มือการตีความมาตรา 32 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ที่แก้ไข เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการปรับใช้มาตรา 32 ที่ได้แก้ไข เนื่องจากในช่วงแรกของการแก้ไขกฎหมายจะยังไม่มีแนวทางการตีความของศาลแต่อย่างใด ดังนั้นการกำหนดคู่มือในการตีความมาตรา 32 ที่แก้ไข ย่อมสามารถทำให้เกิดขอบเขตการตีความหรือปรับใช้กฎหมายที่มีความแน่นอนและชัดเจนมากยิ่งขึ้น ทำให้ศาล เจ้าของลิขสิทธิ์ และผู้ใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ทราบถึงแนวทางในการปรับใช้กฎหมายได้ ซึ่งในการจัดทำคู่มือการตีความนี้ จะเป็นการศึกษาการตีความเงื่อนไขแต่ละเงื่อนไขของต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐเกาหลี มากำหนดไว้ในคู่มือดังกล่าว

โดยผู้ศึกษาเสนอว่า ให้มีการจัดทำเป็นคู่มือเนื่องจากสถานะของคู่มือจะมีได้ผูกพันเป็นกฎหมายแต่อย่างใด เพราะการกำหนดแนวทางการตีความมาตรา 32 ไว้ในกฎหมาย หรือกฎหมายลำดับรองจะไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบันที่เทคโนโลยีอินเทอร์เน็ตมีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว ทำให้หากมีการกำหนดแนวทางการตีความที่ชัดเจนไว้ในกฎหมายหรือกฎหมายลำดับรองแล้ว อาจทำให้แนวทางการตีความที่กำหนดไว้ไม่อาจนำมาปรับใช้กับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปให้เหมาะสม อีกทั้งการกำหนดเป็นคู่มือยังสามารถมีการปรับปรุงเพื่อให้สอดคล้องกับการสถานการณ์ต่าง ๆ ได้อีกด้วย

(3) สมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ให้มีข้อยกเว้นเฉพาะสำหรับการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อการทำผลงาน UDC โดยการกำหนดเช่นนี้ เป็นการนำแนวทางการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับการทำผลงาน UGC ของแคนาดาในมาตรา 29.21 มาปรับใช้ในกฎหมายไทย โดยผู้ศึกษาเสนอให้มีหลักการและเงื่อนไขในการกำหนดข้อยกเว้นสำหรับผลงาน UDC ดังนี้

1) ต้องเป็นการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้เผยแพร่แก่สาธารณชนแล้วเท่านั้น โดยผลงานที่นำมาใช้นั้นต้องมีใช้ผลงานที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ผู้ใช้งานรู้หรือควรรู้ได้ถึงข้อเท็จจริงนั้น ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขนี้เป็นไปตามเงื่อนไขของประเทศแคนาดา เนื่องจากหากไม่กำหนดเช่นนี้แล้ว อาจกระทบถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร จากการถูกบังคับให้เผยแพร่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนสู่สาธารณชนผ่านการทำ UDC ซึ่งเมื่อมีการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้เพื่อทำผลงาน UDC แล้ว โดยธรรมชาติของการทำผลงาน UDC ย่อมมีลักษณะที่ผู้คนจำนวนมากสามารถเข้าถึงได้ ทำให้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการเลือกที่จะเผยแพร่ผลงานของตน ถูกกระทบอย่างมาก จึงสมควรกำหนดเงื่อนไขนี้ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์

อีกทั้งการห้ามมิให้นำผลงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ที่ผู้ใช้งานรู้หรือควรรู้ถึงข้อเท็จจริงนั้นมาใช้ ก็เป็นไปเพื่อให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ไม่ให้ข้อยกเว้นในข้อนี้ถูกใช้เป็นช่องทางในการเผยแพร่ผลงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ และยังเป็นไปเพื่อให้ผู้ทำ UDC ต้องระมัดระวังในการเลือกใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อทำ UDC

2) ต้องเป็นการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์โดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขนี้เป็นไปตามเงื่อนไขของประเทศแคนาดา โดยการตีความการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นี้ ผู้ศึกษาเสนอว่า ควรมีการตีความในลักษณะการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ตามสมควร เช่น การเขียนรับรู้ถึงที่มาและผู้ทำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้ในส่วนคำบรรยายของวิดีโอผลงาน UDC ที่ได้ทำขึ้น การกำหนดเช่นนี้เป็นไปเพื่อการป้องกันมิให้เกิดความเข้าใจผิดว่าผลงาน UDC ที่ถูกทำขึ้นเป็นผลงานต้นฉบับ นอกจากนี้ การกำหนดให้รับรู้ถึงเจ้าของลิขสิทธิ์ในการทำผลงาน UDC อาจก่อให้เกิดผลดีต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานต้นฉบับ เนื่องจากผู้ชมผลงาน UDC ที่สนใจในผลงานต้นฉบับ อาจเข้าถึงผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับได้ ทำให้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับเกิดความนิยมอันส่งผลดีต่อเจ้าของลิขสิทธิ์

3) ต้องเป็นการใช้งานที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไรโดยตรง การกำหนดเช่นนี้เป็นการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ไม่ให้ถูกผู้อื่นใช้ผลงานของตนในการแสวงหากำไรโดยตรง ซึ่งสิทธิในการแสวงหากำไรนี้เป็นสิทธิที่สำคัญที่กฎหมายลิขสิทธิ์มุ่งให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์แต่เพียงผู้

เดียว หากไม่มีการกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้แล้ว อาจเป็นการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ที่ไม่เพียงพอ

อีกทั้ง การกำหนดให้ต้องมีใช้การใช้งานที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการหากำไรโดยตรงเท่านั้น เนื่องจากการป้องกันไม่ให้เกิดการได้รับค่าตอบแทนทางอ้อม เช่น ค่าโฆษณา อันเป็นสภาพปกติที่อาจเกิดขึ้นได้จากการทำผลงาน UDC ที่แม้ว่าผู้ทำจะไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรโดยอ้อม แต่หากได้เผยแพร่ผลงาน UDC ของตนแล้วอาจเกิดกระแสนิยมทำให้มีผู้เข้าชมจนเกิดเป็นรายได้หรือผลตอบแทนทางอ้อมได้ ถูกตีความว่าเป็นการใช้งานที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการหากำไร

4) ต้องเป็นการใช้งานที่เป็นไปตามมาตรา 32 วรรคหนึ่งและวรรคสามที่เสนอแก้ไข การกำหนดเช่นนี้เป็นการกำหนดให้การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร ซึ่งการพิจารณาถึงเงื่อนไขนี้จะรวมไปถึง การพิจารณาในปัจจัยต่าง ๆ เช่น การทำ UDC นั้นต้องมีลักษณะเป็นการใช้งานที่มีลักษณะเป็นการแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์อย่างเกินสมควร ทำให้สามารถนำไปปรับใช้และพิจารณาเป็นรายกรณีเพื่อให้ความคุ้มครองการทำผลงาน UDC ที่ไม่กระทบต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร ซึ่งการกำหนดเช่นนี้เป็นการพิจารณาถึงเงื่อนไขการใช้งานนั้นต้องไม่ก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อมูลค่าหรือการตลาดของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือแทนที่ของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ของแคนาดาแล้ว และยังเป็นกำหนดโดยใช้ถ้อยคำที่เป็นไปตามแนวทางการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของไทย และในการพิจารณาการปฏิบัติที่ได้เป็นไปตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง จำต้องพิจารณาประกอบกับมาตรา 32 วรรคสามที่ได้เสนอแก้ไขด้วย

5) ต้องเป็นการกำหนดให้ผู้ใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อทำ UDC ต้องเสียค่าตอบแทนที่เป็นธรรมแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งเงื่อนไขนี้ไม่มีการกำหนดไว้ในกฎหมายของแคนาดาแต่อย่างใด แต่หากไม่มีเงื่อนไขนี้อาจส่งผลให้สิทธิของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ถูกกระทบกระเทือนเกินสมควร เนื่องจากไม่อาจได้รับค่าตอบแทนจากการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ควรเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ ประกอบกับในปัจจุบันผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในบางกรณีได้รับค่าตอบแทนจากการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อทำผลงาน UDC เช่น ระบบ Content ID ของ YouTube ฯลฯ การกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดโดยไม่กำหนดให้ผู้ใช้งานต้องเสียค่าตอบแทนที่เป็นธรรม อาจเป็นการกระทบต่อแนวทางการดำเนินธุรกิจของเจ้าของลิขสิทธิ์ในปัจจุบันได้

การกำหนดเช่นนี้เป็นช่องทางทำให้ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถพิสูจน์ได้ถึงความเป็นธรรมของจำนวนค่าตอบแทนที่สมควรจะได้รับจากการใช้ผลงานสร้างสรรค์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ผ่านการใช้

สิทธิทางศาลได้ หากพิจารณาแล้วเห็นว่า จำนวนค่าตอบแทนที่ได้รับมาเป็นค่าตอบแทนที่ไม่เป็นธรรมในการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน อันเป็นการให้ความคุ้มครองไม่ให้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ถูกรบกวนอย่างเกินสมควร

6) ต้องมีการกำหนดถึงลักษณะของการทำผลงาน UDC ไว้ โดยกำหนดให้หมายถึงการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ หรือการทำในลักษณะใดต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น เพื่อสร้างสรรค์ผลงานใหม่ที่อาจได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ พร้อมทั้งได้เผยแพร่หรือมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเผยแพร่ผลงานนั้น โดยผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ต ซึ่งการกำหนดเช่นนี้เป็นไปตามลักษณะการทำผลงาน UGC ที่มีลักษณะเป็นผลงานที่สร้างขึ้นและถูกเผยแพร่ลงในเว็บไซต์ หรือแพลตฟอร์มต่าง ๆ โดยผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ต

โดยการกำหนดให้ต้องเป็นการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเพื่อสร้างสรรค์เป็นผลงานใหม่ ที่อาจได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์เท่านั้น จะทำให้การนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้เพื่อทำซ้ำ ดัดแปลง หรือรวบรวมจนเกิดเป็นผลงาน UDC เท่านั้นที่จะได้รับความคุ้มครอง โดยไม่รวมถึงการทำซ้ำหรือคัดลอกผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นแล้วเผยแพร่ลงในอินเทอร์เน็ตโดยไม่มีการเพิ่มความสร้างสรรค์ หรือการทำ User-copied content แต่อย่างใด ซึ่งการกำหนดเช่นนี้เป็นกำหนดเพื่อส่งเสริมการแสดงออกซึ่งความสร้างสรรค์ของผู้ทำผลงาน UDC ซึ่งเป็นตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ในการให้ความคุ้มครองผลงานสร้างสรรค์

7) ต้องเป็นการใช้งานของผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตที่ไม่ใช่ผู้ประกอบการ หรือทำโดยการถูกจ้างงานของผู้ประกอบการ การกำหนดเช่นนี้แตกต่างจากแนวทางของแคนาดาที่กำหนดให้เฉพาะการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้เป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น เนื่องจากนิติบุคคลบางประเภท เช่น มูลนิธิก็สามารถทำผลงาน UDC เช่นเดียวกัน หากไม่ได้มีลักษณะเป็นการใช้งานของผู้ประกอบการ หรือถูกจ้างงานโดยผู้ประกอบการ ทั้งนี้ การกำหนดให้ต้องไม่ใช่การใช้งานของผู้ประกอบการเป็นการกำหนดเพื่อป้องกันมิให้เป็นช่องทางในการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อแสวงหาประโยชน์จากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ จนอาจทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้รับความคุ้มครองที่เพียงพอได้

ในการพิจารณาถึงการใช้งานของผู้ประกอบการ ไม่ได้หมายถึงการใช้งานของผู้เป็นมืออาชีพที่โดยปกติอาจทำธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการทำผลงานสร้างสรรค์แต่ได้ทำผลงาน UDC ขึ้นในเวลาว่าง เนื่องจาก ณ ขณะที่ใช้ผลงานในเวลาว่างนั้น ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตรายนั้นมีได้ทำลงในฐานะผู้ประกอบการแต่อย่างใด ทำให้ผลงาน UDC อาจเป็นผลงานที่มีคุณค่าทางศิลปะหรือความสร้างสรรค์ในระดับสูงได้ อันเป็นการส่งเสริมการให้ความคุ้มครองความสร้างสรรค์ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์

จากหลักการที่ผู้ศึกษาได้เสนอเกี่ยวกับการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กรณีเฉพาะสำหรับการทำผลงาน UDC จึงนำมาสู่การเสนอให้มีร่างกฎหมายที่กำหนดข้อยกเว้นเป็นกรณีเฉพาะสำหรับการทำ UDC ดังนี้

“การกระทำโดยผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นที่ได้เผยแพร่ต่อสาธารณชนและมีเหตุอันสมควรเชื่อว่าผลงานที่นำมาใช้ไม่ได้เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น และได้เสียค่าตอบแทนที่เป็นธรรมแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หากไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไรโดยตรง และได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่งและวรรคสาม

การกระทำโดยผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตตามวรรคหนึ่ง หมายถึง การทำแก้มผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น เพื่อสร้างสรรค์ผลงานอื่นที่อาจได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์และมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการเผยแพร่ผลงานนั้นต่อสาธารณะ โดยผู้ใช้งานที่ไม่ใช่ผู้ประกอบการธุรกิจ หรือถูกจ้างงานโดยผู้ประกอบการ”

ดังนั้น หากมีการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ โดยกำหนดให้มีทั้งข้อยกเว้นที่เป็นกรณีเฉพาะสำหรับการทำ UDC และข้อยกเว้นที่มีลักษณะทั่วไปแล้ว จะทำให้ผู้ใช้งานหรือผู้ทำ UDC ได้รับความคุ้มครองจากบทบัญญัติดังกล่าว และยังเป็น การเปิดช่องให้มีการตีความปรับใช้ให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปที่อาจเกิดขึ้นอย่างรวดเร็วเนื่องจากเทคโนโลยีที่ได้ก้าวหน้าอย่างรวดเร็วในอนาคตด้วย

บรรณานุกรม

หนังสือภาษาไทย

จิระประภา มากลิน. คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560.

จิระศักดิ์ รอดจันทร์. ลิขสิทธิ์ หลักกฎหมายและแนววิธีปฏิบัติเพื่อการคุ้มครองและการแสวงหาประโยชน์จากงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.

จุลพล ภิญโญสินวัฒน์ และ ภูมินทร์ บุตรอินทร์. ประวัติศาสตร์และแนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

สีพิม วิวัฒน์วัฒนา. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรม. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564.

อรพรรณ พันธ์พัฒนา. คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2566.

หนังสือภาษาต่างประเทศ

Commission, K. C. 2011 Annual Report on Copyright in Korea. Korea: Ministry of Culture, Sports and Tourism 2011.

Jung-Youl Park. 2022 Kcopa Report. Seoul: Korea Copyright Protection Agency, 2022.

Korea Copyright Commission. 2013 Annual Report on Copyright in Korea. Korea: Ministry of Culture, Sports and Tourism, 2013.

———. 2021 Annual Report on Copyright in Korea. Korea: Ministry of Culture, Sports and Tourism 2021

———. Introduction of the Korean Copyright System. Korea: 2015.

Michael Geist. The Copyright Pentalogy How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law. University of Ottawa Press, 2013.

OECD. Participative Web and User-Created Content Web 2.0, Wikis and Social Networking. Paris OECD Publications, 2007.

World Intellectual Property Organization. Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971). Geneva: World Intellectual Property Organization,, 1978.

แหล่งข้อมูลอื่น ๆ

- . รู้จักหลักการ “Notice and Notice” สำหรับการกำกับเนื้อหาออนไลน์ [ออนไลน์]. 2016.
แหล่งที่มา: <https://thainetizen.org/2016/05/notice-and-notice-content-regulation/>
[เข้าถึงเมื่อ 17 พฤษภาคม 2566]
- . “กฎหมายลิขสิทธิ์” ฉบับใหม่มีผลบังคับใช้แล้ว [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:
<https://idgthailand.com/%E0%B8%81%E0%B8%8E%E0%B8%AB%E0%B8%A1%E0%B8%B2%E0%B8%A2%E0%B8%A5%E0%B8%B4%E0%B8%82%E0%B8%AA%E0%B8%B4%E0%B8%97%E0%B8%98%E0%B8%B4%E0%B9%8C-%E0%B8%89%E0%B8%9A%E0%B8%B1%E0%B8%9A%E0%B9%83/> [เข้าถึงเมื่อ 17 พฤษภาคม 2566]
- Abraham Drassinower. A Rights-Based View of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law. Canadian Journal of Law and Jurisprudence, 26 (2003).
- Adobe Express. The Eight Top Social Media Sites You Should Prioritize in 2023 [Online]. 2022. Available from: <https://www.adobe.com/express/learn/blog/top-social-media-sites> [27 May 2023].
- Alexander Bayer. Copyright Activities on the Internet- the Role of the Fixation Criterion. Master, Law McGill University. 1997.
- Andy Ramos, Laura Lopez, Anxo Rodriguez, Time Meng, and Stan Abrams. The Legal Statue of Video Games [Online]. Available from: https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/creative_industries/pdf/ideo_games.pdf [18 May 2023].
- Angela Kim, Seoung Soo Lee, and Hyung Ji Kim. Copyright Litigation in South Korea: Overview [Online]. Available from: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-010-6175?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-010-6175?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true) [23 May 2023].
- Association, T. C. B. Submission on Bill C-32, Copyright Modernization Act [Online]. 2011. Available from: https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/411/CC11/WebDoc/WD5401532/403_C32_Copyright_Briefs/CanadianBarAssociationE.pdf [17 May 2023].

Attamongkol Tantratian. Copyright's Fixation Requirement: Is It Still Needed? . Master, Law Indiana University. 2020.

Berkeley Technology Law Journal. Canada's Approach to Intermediary Liability for Copyright Infringement: The Notice and Notice Procedure [Online]. 2014. Available from: <https://btlj.org/2014/03/canadas-approach-to-intermediary-liability-for-copyright-infringement-the-notice-and-notice-procedure/#:~:text=The%20Canadian%20system%20differs%20in,the%20Notice%20and%20Notice%20system.> [17 May 2023].

Bitlaw. Rights Granted under Copyright Law [Online]. Available from: <https://www.bitlaw.com/copyright/scope.html#:~:text=All%20copyright%20rights%20are%20held,granted%20under%20the%20Copyright%20Act.> [28 May 2023].

Brand Buffet. ไม่ใช่แค่คอนเทนต์ UGC “TikTok” ดึงผู้ผลิตมืออาชีพขึ้น “ซีรีส์สั้น” เล็งเปิดให้ผู้ชมมีส่วนร่วมกับบท-นักแสดง [ออนไลน์]. 2021. แหล่งที่มา: <https://www.brandbuffet.in.th/2021/03/tiktok-launch-original-series/> [เข้าถึงเมื่อ 12 มีนาคม 2565]

Canadian Association of Research Libraries. The Balancing Act: What Rights Do Copyright Owners Have? [Online]. Available from: <https://www.carl-abrc.ca/influencing-policy/copyright/opencopyrightcourse/module-4/> [26 May 2023].

Canadian Intellectual Property Office. Copyright – Learn the Basics Protect Your Original Works. Learn Why Copyright Matters. [Online]. Available from: <https://ised-isde.canada.ca/site/canadian-intellectual-property-office/en/copyright-learn-basics/copyright-learn-basics-protect-your-original-works-learn-why-copyright-matters> [25 May 2023].

———. A Guide to Copyright [Online]. 2022. Available from: <https://ised-isde.canada.ca/site/canadian-intellectual-property-office/en/guide-copyright> [25 May 2023].

———. A Guide to Copyright [Online]. Available from: https://publications.gc.ca/collections/collection_2010/opic-cipo/lu71-4-4-2008-eng.pdf

- Carys J. Craig. The Evolution of Originality in Canadian Copyright Law: Authorship, Reward and the Public Interest. University of Ottawa Law & Technology Journal (2005).
- Chantal Bertosa, Victoria E. Carrington, and Ashley Dumouchel. Copyright in Canada [Online]. 2019. Available from: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=60d21876-89af-49f9-9bcd-945cf82f5ff9> [25 May 2023].
- Chung Hwan Choi. Protection of Artists' Rights under the Korean Copyright Law Pacific Rim Law & Policy Journal Association, 179 (2003).
- Committee, H. o. Copyright Law Revision Report of the Register of Copyrights on the General Revision of the U.S. Copyright Law [Online]. 1961. Available from: https://www.copyright.gov/history/1961_registers_report.pdf [27 May 2023].
- Copyright Registration of Musical Compositions and Sound Recordings. [Online]. Available from: <https://www.copyright.gov/register/pasr.html#:~:text=A%20musical%20composition%20may%20be,%2C%20spoken%2C%20or%20other%20sounds.> [22 May 2023].
- Copyright United States Copyright Office. Copyright Registration for Pictorial, Graphic, and Sculptural Works [Online]. Available from: https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/0/07/U.S._Copyright_Office_circular_40.pdf [10 January 2021].
- . Copyright Registration of Architectural Works [Online]. Available from: <https://www.copyright.gov/circs/circ41.pdf> [10 January 2021].
- . Copyright Registration of Choreography and Pantomime [Online]. Available from: <https://www.copyright.gov/circs/circ52.pdf> [10 January 2021]. .
- . Copyright Registration of Musical Compositions and Sound Recording [Online]. Available from: <https://www.copyright.gov/circs/circ56a.pdf> [10 January 2021].
- Dae-Hee Lee. Fta and Copyright Protection in Korea [Online]. 2015. Available from: <https://lawexplores.com/fta-and-copyright-protection-in-korea/> [16 May 2023].
- Dae Hee Lee. Korea Fta and Intellectual Property Protection in Korea The Asian Business Lawyer 11 (2010).

Dan Hagen. Fair Use, Fair Play: Video Game Performances and "Let's Plays" as Transformative Use. Washington Journal of Law, Technology & Arts 13, 3 (2018): 270-271.

Daniel J. Gervais. The Tangled Web of Ugc: Making Copyright Sense of User-Generated Content. Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law 11 (5 May 2009 2009): 858-860.

Darerca Tupponi. Transformative User-Generated Content: Fair Use in U.S. Copyright [Online]. 2022. Available from: [25 May 2023].

Darran Mathew Pfeil. Let's Play, Let's Infringe? Let's Play Videos Uploaded to Youtube, Copyright Infringement, and the Fair Use Defense. Law School Student Scholarship 700 (2015).

David D. Rodrigues. Copyrights and Software [Online]. Available from: <https://grr.com/publications/copyrights-and-software/#:~:text=Since%20the%20Copyright%20Act%20defines,be%20the%20copyrightable%20literary%20work.> [27 May 2023].

David Vaver. Translation and Copyright: A Canadian Focus. European Intellectual Property Review 16 (1994).

Edward Lee. Decoding the Dmca Safe Harbors. Columbia Journal of Law & the Arts 233 (2009).

Facebook. Terms of Service [Online]. 2022. Available from: https://www.facebook.com/legal/terms?paipv=0&eav=AfZDLrXBX2SP5hCnizZ3ullQhNK8MAG8KyFCBuV8XdLMorX7BFOLEccOA4rKp6EVUig&_rdr [17 May 2023. 26 July 2022]

Gervais, D. J. The Derivative Right, or Why Copyright Law Protects Foxes Better Than Hedgehogs. Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law 820 (2013).

Giuseppina D'Agostino. Healing Fair Dealing?: A Comparative Copyright Analysis of Canadian Fair Dealing to Uk Fair Dealing and Us Fair Use. Comparative Research in Law & Political Economy 3, 4 (2007).

Government of Canada. Notices to Canadian Internet Subscribers [Online]. Available from: <https://ised-isde.canada.ca/site/office-consumer-affairs/en/connected-consumer/notices-canadian-internet-subscribers> [17 May 2023].

House of Representatives. Copyright Law Revision [Online]. 1976. Available from: https://www.copyright.gov/history/law/clrev_94-1476.pdf [10 May 2023].

How Content Id Works. [Online]. Available from: <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=en#:~:text=Some%20copyright%20owners%20use%20Content,to%20YouTube%20by%20copyright%20owners.> [28 May 2023].

Howard B. Abrams. Originality and Creativity in Copyright Law. Law and Contemporary problems 55 (1992).

Huges G. Richard. Concept of Infringement in the Copyright Act [Online]. 1994. Available from: <https://www.robic.ca/en/publications/concept-of-infringement-in-the-copyright-act/> [26 May 2023].

Illyhyung Lee. Culturally-Based Copyright Systems?: The U.S. And Korea in Conflict Washington University Law Review, 79, 4 (2001).

International Trade Administration. U.S. - Korea Free Trade Agreement [Online]. Available from: <https://www.trade.gov/us-korea-free-trade-agreement> [23 May 2023].

IP Thailand. ภาพ/คลิปล้อเลียน(parody) ผิดกฎหมายไหม [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.ip-thailand.com/%E0%B8%A5%E0%B8%B4%E0%B8%82%E0%B8%AA%E0%B8%B4%E0%B8%97%E0%B8%98%E0%B8%B4%E0%B9%8C/parody/#:~:text=Parody%20%E0%B8%84%E0%B8%B7%E0%B8%AD%20%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%AA%E0%B8%A3%E0%B9%89%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%9C%E0%B8%A5,%E0%B8%87%E0%B8%B2%E0%B8%99%E0%B8%A5%E0%B8%B4%E0%B8%82%E0%B8%AA%E0%B8%B4%E0%B8%97%E0%B8%98%E0%B8%B4%E0%B9%8C%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B9%80%E0%B8%A0%E0%B8%97%E0%B9%83%E0%B8%94%E0%B8%81%E0%B9%87%E0%B9%84%E0%B8%94%E0%B9%89> [เข้าถึงเมื่อ 28 พฤษภาคม 2566]

- Jacqueline D. Lipton. Copyright and the Commercialization of Fanfiction. Houston Law Review 52, 2 (2014): 459.
- Jaewoo Cho. Newly Implemented Korean Fair Use and the Three Step Test [Online]. 2013. Available from: <https://infojustice.org/archives/28766> [16 May 2023].
- James Plotkin. The Copyright Implications of Book Editing Apps: Case Study-Story Surgeon. Canadian Intellectual Property Review 30 (2014).
- Jee Young Hahn and Byoung Kyu Lee. **Brave New World: Issues and Implications of the New Fair Use Clause in the Korean Copyright Act.** Journal of the Copyright Society of the USA 63 (2016): 538-539.
- Jessica Vogele. Where's the Fair Use? The Takedown of Let's Play and Reaction Videos on Youtube and the Need for Comprehensive Dmca Reform. Touro University 33.
- Jonathan I. Feil. Center for International Legal Studies Copyright Infringement [Online]. Available from: <https://www.sksp.com/uploads/pdf/copyrightinfringement-unitedstatesbyjonathani.feil.pdf> [28 May 2023].
- Justin Hughes. Copyright and Distriubtive Justice. Notre Dame Law Review 92, 2 (2017).
- Kate Langrell. Exceptions in the Copyright Act [Online]. Available from: <https://library.usask.ca/copyright/general-information/exceptions-in-the-copyright-act.php#top> [15 May 2023].
- Katharine Trendacosta. Unfiltered: How Youtube's Content Id Discourages Fair Use and Dictates What We See Online [Online]. 2020. Available from: <https://www.eff.org/wp/unfiltered-how-youtubes-content-id-discourages-fair-use-and-dictates-what-we-see-online>
- Kendekras. 10 อันดับ TikTok ที่มีผู้ติดตามสูงสุดในโลก! (อัปเดตข้อมูลล่าสุด 2021) [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://entertainment.trueid.net/detail/INKe8M5Xyr0a> [เข้าถึงเมื่อ 12 มีนาคม 2565]
- Khaneungnit Khaosaeng. Online Re-Creation Cultrue in the 21st Century: The Reconciliation between Copyright Holders, Online Re-Creators and the Public Interest. Doctor, University of London. 2016.

- Kim Dong-uk. Copyright Issues for Playing Recorded Music in Public [Online]. Available from: http://www.koreatimes.co.kr/www/opinion/2018/11/726_258476.html [23 May 2023].
- Korea Copyright Commission. Registration [Online]. Available from: <https://www.copyright.or.kr/eng/service/registration.do> [23 May 2023].
- Lamont, Julian, and Christi Favor. Distributive Justice [Online]. 1996. Available from: <https://plato.stanford.edu/entries/justice-distributive/#Scope> [10 May 2023. 26 September 2017]
- Lee Il-Ho. Fair Use under Korean Copyright Law - an Analysis of Case Law -. Copyright Quarterly 141 (2023).
- Lee W. Lockridge. The Myth of Copyright's Fair Use Doctrine as a Protector of Free Speech. Santa Clara High Technology Law Journal 24, 1 (2007): 35-36.
- Legal Information Institute. Online Copyright Infringement Liability Limitation Act [Online]. Available from: https://www.law.cornell.edu/wex/online_copyright_infringement_liability_limitation_act [17 May 2023].
- . Wipo Copyright and Performances and Phonograms Treaties Implementation Act [Online]. Available from: https://www.law.cornell.edu/wex/wipo_copyright_and_performances_and_phonograms_treaties_implementation_act [17 May 2023].
- Linda Powell. Non-Commercial User-Generated Content and Exceptions to Copyright - a Comparison between the Us, Canada, and the Eu. Master's degree, University of Turku 2020.
- Lydia Pallas Loren. Fixation as Notice in Copyright Law. Boston University Law Review, 96 (2016).
- Margot E. Patterson. Canada: The Copyright Modernization Act and Ugc [Online]. 2012. Available from: <https://www.mondaq.com/canada/copyright/183504/the-copyright-modernization-act-and-ugc> [28 May 2023].
- Mariam Awan. The User-Generated Content Exception: Moving Away from a Non-Commercial Requirement. Canadian Intellectual Property Review 32: 17.

- Mary W. S. Wong. Transformative User-Generated Content in Copyright Law Infringing Derivative Works or Fair Use? . Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law 11, 4: 1094-1095.
- McGregor., M. Sports, Gifs and Copyright: Is It a Draw between Content Owners and Consumers in the Web 2.0 Era ? UCLA Entertainment Law Review 23 (2016): 17.
- Megan Carpenter. Function over Form: Bringing the Fixation Requirement into the Modern Era. Fordham Law Review 82, 5 (2014).
- Megan Marrs. Ugc 101: A Guide to User-Generated Content Marketing [Online]. 2022. Available from: <https://www.wordstream.com/blog/ws/2014/04/28/user-generated-content> [10 October 2021].
- Murray Stassen. 75% of Tiktok’s Users Say They Discover New Artists on the Platform [Online]. 2021. Available from: <https://www.musicbusinessworldwide.com/tiktok-has-over-800m-active-users-worldwide-75-of-them-say-they-discover-new-artists-on-the-platform/> [26 June 2023].
- Nicole Daniel. Online Copyright Infringement – “It Is What It Is”? [Online]. 2018. Available from: [17 May 2023].
- Niva Elkin-Koren & Orit Fischman-Afori. Rulifying Fair Use. Arizona Law Review 59, 1 (2017).
- No Fixation Requirement in Korean Copyright Laws. [Online]. 2006. Available from: <https://iplawyer.wordpress.com/2006/10/28/no-fixation-requirement-in-korean-copyright-laws/> [18 May 2023].
- Office of the United States Trade Representative. Intellectual Property Rights in the U.S.-South Korea Trade Agreement [Online]. Available from: <https://ustr.gov/uskoreaFTA/IPR>
- Office, U. S. C. Copyright in General [Online]. Available from: <https://www.copyright.gov/help/faq/faq-general.html#:~:text=In%20general%2C%20registration%20is%20voluntary,%2C%20section%20%E2%80%9CCopyright%20Registration.%E2%80%9D> [27 May 2023].

- . Literary Works [Online]. Available from:
<https://www.copyright.gov/registration/literary-works/#:~:text=A%20literary%20work%20is%20a,than%20dialog%20or%20dramatic%20action.> [27 May 2023].
- Orit Fischman Afori. Copyright Infringement without Copying - Reflections on the Théberge Case. Ottawa Law Review 39, 1 (2007).
- Pamela Samuelson. The Quest for a Sound Conception of Copyright's Derivative Work Right Georgetown Law Journal, Forthcoming, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2138479 (2012).
- . Unbundling Fair Uses. Fordham Law Review 77, 5 (2009).
- Pamela Samuelson and Kathryn Hashimoto. Is the U.S. Fair Use Doctrine Compatible with Berne and Trips Obligations? UC Berkeley Public Law Research Paper (2018).
- Rachel Morgan. Conventional Protections for Commercial Fan Art under the U.S. Copyright Act. Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law 31 (2021): 570.
- Rinchakorn, P. แนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์ของสำนักคลาสสิก : อัดัม สมิท (Adam Smith) [ออนไลน์]. 2011. แหล่งที่มา: <https://www.gotoknow.org/posts/468355> [เข้าถึงเมื่อ 10 พฤษภาคม 2566]
- Robert Tomkowicz. Copyright in Ideas: Equitable Ownership of Copyright. Canadian Intellectual Property Review (2013).
- Ruth towse, Christian Handke, and Paul Stepan. The Economics of Copyright Law: A Stocktake of the Literature. Review of Economic Research on Copyright Issues 5 (2008): 2.
- Ryu Shi-Won. Transformative Use under Test in Andy Warhol Foundation V. Goldsmith. Copyright Quarterly 140 (2022).
- Sang Jo Jong. Copyright Law of Korea [Online]. Available from:
https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/34637570/Copyright_Law_in_Korea-libre.pdf?1409916798=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DCopyright_Law_of_Korea.pdf&Expires=1684760779&Signature=fQzGI~ofxgZYiJrZG~MspDNQmK29zum54vxPo8Ss1GPEcXFPzE0

ZVgt168ourcKE~bBVEmKIZ~P3DA3lNqslIKmljuHet47Q~5OsyLBbs0hbflee9bd~afJ~
 3~l6w0HwsWOBcUjRW-wmKfKGMleVl4uYxtg18djvviTBBA7XDEaWozzw9GZR-
 ZkNsowKCFvUWck2ucVA4DidPHEg5L~5CluvRtLgEV7qk-
 y82B4BR76LS8ltk~LBlR6b~JLPnC-
 kWfdK2uT3UO8zWsgdLViSmtcLsdobFebn1j1s~qZ99TE90WikYm9GmSPNSLINECJA
 wD3AaQMjbacAdITu6tALeg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA [22 May
 2023.

Sebastian C Meija. Fair Play: Copyright Issues and Fair Use in Youtube “Let’s Plays” and
 Video Game Livestreams. Intellectual Property Brief 7, 1 (2020).

Starfish Academy. เรื่องต้องรู้ ก่อน Cover เพลงลงยูทูป [ออนไลน์]. 2565. แหล่งที่มา:

[https://www.starfishlabz.com/blog/542-
 %E0%B9%80%E0%B8%A3%E0%B8%B7%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%87%
 E0%B8%95%E0%B9%89%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%A3%E0%B8%B9%E
 0%B9%89-%E0%B8%81%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%99-cover-
 %E0%B9%80%E0%B8%9E%E0%B8%A5%E0%B8%87%E0%B8%A5%E0%B8%87%
 E0%B8%A2%E0%B8%B9%E0%B8%97%E0%B8%B9%E0%B8%9B](https://www.starfishlabz.com/blog/542-%E0%B9%80%E0%B8%A3%E0%B8%B7%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%95%E0%B9%89%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%A3%E0%B8%B9%E0%B9%89-%E0%B8%81%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%99-cover-%E0%B9%80%E0%B8%9E%E0%B8%A5%E0%B8%87%E0%B8%A5%E0%B8%87%E0%B8%A2%E0%B8%B9%E0%B8%97%E0%B8%B9%E0%B8%9B) [เข้าถึงเมื่อ 12
 มีนาคม 2565]

STEPS Academy. USER GENERATED CONTENT (UGC) สำคัญอย่างไร ในยุคที่ผู้บริโภคคือ
 ผู้บริโภคด้วยตัวเอง [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: [https://stepstraining.co/content/user-
 generated-content](https://stepstraining.co/content/user-generated-content) [เข้าถึงเมื่อ 12 มีนาคม 2565]

Steven O'Heany. Fair Is Fair: Fair Dealing, Derivative Rights and the Internet. Asper
 Review 12 (2012).

Suh Jinho. Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of "Son Dam-Bi"
 Decision. Seoul Law Journal 53: 751.

Thai Arbitration Institute (TAI). TAI Webinar Series | All New "Notice and Takedown" และ
 บทบัญญัติใน พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) 2565 [ออนไลน์]. 2022. แหล่งที่มา:
<https://youtu.be/-LWHXkOm1nw> [เข้าถึงเมื่อ 17 พฤษภาคม 2566]

The American Law Institute. Restatement of the Law, Copyright - Td 2-4 [Online].
 2022. Available from:

[https://advance.lexis.com/search/?pdmfid=1522468&crd=133fd8f5-9e3e-48fc-
 80dc-158b1ae180fe&pdsearchterms=Restatement+of+the+Law%2C+Copyright+-](https://advance.lexis.com/search/?pdmfid=1522468&crd=133fd8f5-9e3e-48fc-80dc-158b1ae180fe&pdsearchterms=Restatement+of+the+Law%2C+Copyright+-)

+TD+2-

4&pdicsfeatureid=1517130&pdstartin=hlct%3A1%3A46&pdcaseshlctselectedbyuser=false&pdtypeofsearch=searchboxclick&pdsearchtype=SearchBox&pdqtype=and&pdpsf=&pdquerytemplateid=&comp=kmg4k&earg=pdpsf&prid=97adcf23-df4e-49f7-804c-c9e038cd1634 [27 May 2023].

The New York Times Magazine. Jimmy Wales Is Not an Internet Billionaire [Online].

Available from: <https://www.nytimes.com/2013/06/30/magazine/jimmy-wales-is-not-an-internet-billionaire.html> [10 October 2021].

U.S. Copyright Office. The Digital Millennium Copyright Act of 1998 U.S. Copyright Office Summary [Online]. 1998. Available from:

<https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf> [17 May 2023].

———. U.S. Copyright Office Fair Use Index [Online]. 2023. Available from:

<https://www.copyright.gov/fair-use/#:~:text=Section%20107%20of%20the%20Copyright,may%20qualify%20as%20fair%20use.> [19 January 2023. February 2023]

U.S. Copyright Office and The library of Congress. General Guide to the Copyright Act of 1976 [Online]. 1977. Available from:

<https://www.copyright.gov/reports/guide-to-copyright.pdf> [27 May 2023].

University of California. Joint Authorship and Collective Works [Online]. Available

from: <https://copyright.universityofcalifornia.edu/ownership/joint-works.html#:~:text=A%20collective%20work%20is%20generally,copyright%20status%20of%20your%20work.> [27 May 2023].

William J. Braithwaite. Derivative Works in Canadian Copyright Law. Osgoode Hall Law Journal 20, 2 (1982).

World Trade Organization. Module li Copyright and Related Rights [Online]. Available

from: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/ta_docs_e/modules2_e.pdf [20 May 2023].

Wto Analytical Index Trips Agreement - Article 13 (Ds Reports). [Online]. Available from:

https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/trips_art13_jur.pdf [21 May 2023].

Yakyun Harry Shin. Protection and Enforcement of Copyright for Computer Software in Korea in Pursuit of a Knowledge-Based Society. The journal of world intellectual property.

Yo'av Mazeh. Canadian Originality and the Tension between the Commonwealth and the American Standards for Copyright Protection: The Myth of Tele-Direct. Intellectual Property Journal (2003).

Yoonmo sang, Patricia Aufderheide, and Minjeoung Kim. Fair Use in Practice: South Korean Film Directors' Copyright Understanding. International Journal of Communication 15 (2021).

Youm Kyu Ho. Copyright Law in the Republic of Korea. UCLA Pacific Basin Law Journal 17 (1999).

YouTube. Monetization Policies [Online]. Available from:
<https://www.youtube.com/howyoutubeworks/policies/monetization-policies/>
 [26 June 2023].

กรรข ภารัชสิทธิ์ และวีระ สมบูรณ์. ความมั่นคงของมนุษย์ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และทรัพย์สินส่วนรวม: สร้างความเชื่อมโยง. วารสารสังคมศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์ จุฬาฯ 42, 2 (2555).

กรมทรัพย์สินทางปัญญา. กฎหมายลิขสิทธิ์-สาธารณรัฐเกาหลี [ออนไลน์]. 2559. แหล่งที่มา:
https://www.ipthailand.go.th/images/781/L_korea_4_copyright.pdf [เข้าถึงเมื่อ 20 พฤษภาคม 2566]

กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์. กฎหมายลิขสิทธิ์ สหรัฐอเมริกา [ออนไลน์]. 2559. แหล่งที่มา:

B9%8C%E0%B8%AA%E0%B8%B4%E0%B8%99%E0%B8%97%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%9B%E0%B8%B1%E0%B8%8D%E0%B8%8D%E0%B8%B2%E0%B8%82%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%95%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B9%80%E0%B8%97%E0%B8%A8/item/%E0%B8%81%E0%B8%8E%E0%B8%AB%E0%B8%A1%E0%B8%B2%E0%B8%A2%E0%B8%A5%E0%B8%B4%E0%B8%82%E0%B8%AA%E0%B8%B4%E0%B8%97%E0%B8%98%E0%B8%B4%E0%B9%8C-%E0%B8%AA%E0%B8%AB%E0%B8%A3%E0%B8%B1%E0%B8%90%E0%B8%AD%E0%B9%80%E0%B8%A1%E0%B8%A3%E0%B8%B4%E0%B8%81%E0%B8%B2.html [เข้าถึงเมื่อ 27 เมษายน 2566]

———. คู่มือการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

https://www.ipthailand.go.th/images/781/manual_copyright.pdf [เข้าถึงเมื่อ 15 พฤษภาคม 2566]

คณิงนิจ ขาวแสง. ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อันเกี่ยวกับงานที่สร้างสรรค์ขึ้นใหม่โดยใช้งานของผู้อื่น: บทวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศแคนาดาและไทย. วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 47, 2 (2561).

ชื่องนาง วิภาณุพงษ์. แนวทางการตีความมาตรา 11 แห่ง พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ 2537 เพื่อให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งานดัดแปลงที่สร้างสรรค์ขึ้นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์พิจารณาตามแนวทางของสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา. บทความที่ประชุมวิชาการ (ระดับชาติ).

ทวีป มหาสิงห์. การก่อรูป "ทฤษฎีความยุติธรรม" ของจอห์น รอลส์. วารสารรัฐศาสตร์และรัฐประศาสนศาสตร์ 11(2563).

พิทยา ไชยมหาพฤกษ์. มาตรการแจ้งเตือนและเอาออก : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสิงคโปร์. วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ 8.

พิศวาท สุคนธ์พันธุ์ และณัฐพงศ์ สุวรรณอินทร์. การล่อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์กับกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย: กรณีศึกษาปัญหาการตีความว่าด้วยการใช้งานที่เป็นธรรม. วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ 9, 2 (2020).

วนิดา แสงสารพันธ์. ขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมาย. วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน 6, 2 (2550).

오승종 변호사 저작권TV. Derivative and Compilation Works under Korean Copyright Law [Online]. 2021. Available from:
https://www.youtube.com/watch?v=KFp_ufPSRPs [23 May 2023].

초록.키워드. [Online]. Available from:
<https://www.dbpia.co.kr/journal/articleDetail?nodeId=NODE08328990> [25 May 2023].





จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียน

| | |
|-------------------|---------------------------------------|
| ชื่อ-สกุล | พรภรณ์ย์ เลิศธนพานิชย์ |
| วัน เดือน ปี เกิด | 10 มีนาคม 2540 |
| สถานที่เกิด | กรุงเทพมหานคร |
| วุฒิการศึกษา | นิติศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย |



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY