

บทที่ 2

ความเป็นมา แนวความคิด ทฤษฎีและเหตุผลเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ งานสร้างสรรค์สืบเนื่องและลักษณะทั่วไปของงานต้นฉบับและงานสร้างสรรค์ สืบเนื่อง (Derivative Works) ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์

เมื่อบุคคลใดสร้างสรรค์ผลงานอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้นมาโดยใช้ความรู้ความสามารถทางสติปัญญาของตน บุคคลเหล่านั้นย่อมมีสิทธิได้รับประโยชน์อันเกิดจากความวิริยะอุตสาหะของเขาในการนำผลงานสร้างสรรค์นั้นออกเผยแพร่ จำหน่าย จ่าย แจก หรือกระทำด้วยประการใดๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ชื่อเสียง เกียรติคุณ หรือทางทำมาหาได้ซึ่งประโยชน์ใดๆ สิ่งเหล่านี้เรียกว่า “ลิขสิทธิ์” อันเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่กฎหมายลิขสิทธิ์รับรองสิทธิประโยชน์แก่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ประเภทใดประเภทหนึ่ง นอกจากนี้ กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ยังเป็นกฎหมายอันมีวัตถุประสงค์ให้ความสำคัญคุ้มครองป้องกันผลประโยชน์ซึ่งบุคคลจะพึงได้รับจากผลงานอันเกิดจากความนึกคิดของผู้สร้างสรรค์ โดยมุ่งหมายให้คนทั่วไปเคารพในสิทธิของผู้สร้างสรรค์หรือผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ตราบเท่าที่ไม่กระทบกระเทือนต่อประโยชน์สาธารณะ สำหรับงานสร้างสรรค์สืบเนื่อง (Derivative Works) ซึ่งถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทหนึ่งภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ย่อมจะได้รับความรับรองและคุ้มครองลิขสิทธิ์เช่นเดียวกับงานสร้างสรรค์ประเภทอื่นๆ แต่ทั้งนี้ การให้ความรับรองและคุ้มครองปกป้องสิทธิของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นมีการพัฒนาอยู่บนหลักการและปรัชญาแนวคิดมาอย่างยาวนานจนกระทั่งถือกำเนิดเกิดเป็นกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ที่ให้การรับรองและปกป้องคุ้มครองงานสร้างสรรค์ ไม่ว่าจะงานสร้างสรรค์นั้นจะอยู่ในลักษณะและรูปแบบของงานอย่างไรก็ตาม ดังนั้น ในบทนี้จะกล่าวถึงความเป็นมาของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ แนวคิด ทฤษฎีและเหตุผลของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ ตลอดจนลักษณะของงานสร้างสรรค์อันเป็นงานต้นฉบับและงานสร้างสรรค์สืบเนื่อง พร้อมทั้งวิเคราะห์ความเหมือนและความแตกต่างของงานสร้างสรรค์ทั้งสองลักษณะ

2.1 ความเป็นมาของการคุ้มครองลิขสิทธิ์

ผลงานสร้างสรรค์อันเกิดจากสติปัญญาของมนุษย์มีมาช้านานมากในสมัยดึกดำบรรพ์ซึ่งพัฒนาต่อยอดและถ่ายทอดกันมาจากรุ่นสู่รุ่นจวบจนปัจจุบันและงานสร้างสรรค์ที่มีการสร้างสรรค์ออกมาจะเป็นศิลปะวรรณคดีและวิทยาการก็เพื่อต้องการหรือแสวงหาความรู้ ความประโลมใจและความประเทืองปัญญา ประกอบการผลงานสร้างสรรค์ดังกล่าวได้ถูกแปรเป็นสินค้าที่มีคุณค่า จึงทำให้ผลงานสร้างสรรค์เหล่านั้น นอกจากจะมีคุณค่าทางจิตใจต่อคนในสังคมแล้ว ยังมีมูลค่าทางเศรษฐกิจอีกด้วยซึ่งผู้ที่สร้างสรรค์งานขึ้นมาสามารถแสวงหาประโยชน์จากงานเหล่านั้นได้ ด้วยสาเหตุนี้ จึงมีการแย่งชิงผลงานเพื่อที่จะได้ครอบครองและทำประโยชน์ผลงานสร้างสรรค์เหล่านั้นได้ ในระยะหลังๆ ต่อมา มีการหยิบเอาผลงานสร้างสรรค์แปรเป็นรูปสินค้าออกจำหน่ายหากำไร เมื่อสังคมมีความเจริญก้าวหน้าและการพาณิชย์ติดต่อค้าขายเริ่มขยายวงกว้างออกไปมาก จึงมีการแข่งขันการผลิตผลงานออกมามากขึ้น ดังนั้น เพื่อให้สังคมมีกติกาและหลักเกณฑ์ที่ต้องระงับยับยั้งกรณีพิพาทอันเกิดจากการแย่งชิงผลประโยชน์จากงานสร้างสรรค์เหล่านั้น จำเป็นจะต้องมีกฎเกณฑ์ที่เหมาะสมเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ขึ้นมาจัดการผลงานสร้างสรรค์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นอย่างไม่มีวันสิ้นสุด หลักเกณฑ์ดังกล่าวนั้นก็คือลิขสิทธิ์¹

จุดเริ่มต้นแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์มาจากนักปราชญ์และกษัตริย์ทางยุโรปมีความสนใจศิลปะวรรณคดีกรีกและลาติน ซึ่งได้มีการเก็บสะสมและได้เผยแพร่ไปสู่ประชาชนโดยผ่านระบบการศึกษา แต่อย่างไรก็ดี เมื่อมีข้อจำกัดของการเผยแพร่แห่งวิทยาการเหล่านั้น เนื่องจากข้อมูลต่างๆดังกล่าวจะถูกบันทึกอยู่ในหนังสือ การทำสำเนาเนื้อหาเหล่านั้นจึงยังไม่ได้รับการพัฒนา ดังนั้น การทำสำเนายังอยู่ในรูปแบบของการเขียนด้วยมือ จนกระทั่งปี 1400 มีการพัฒนาเรื่องการทำสำเนาเอกสาร โดยใช้วิธีพิมพ์ซึ่งมีต้นกำเนิดมาจากประเทศจีนและเกาหลี นอกจากนี้ การทำสำเนาเอกสารโดยใช้วิธีพิมพ์ยังแพร่ขยายเข้ามาในทวีปยุโรปและชาวเยอรมันได้เป็นผู้คิดค้นระบบการพิมพ์แบบ movable type printing ขึ้นในปี ค.ศ. 1450 ในทวีปยุโรปและมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องเรื่อยมา

จนกระทั่ง วิทยาการเกี่ยวกับการพิมพ์ได้ขยายเข้ามาเผยแพร่ในประเทศสหราชอาณาจักรโดยนายวิลเลียม คอสซ์ตัน (William Caxton) ซึ่งเป็นผู้นำเอาการพิมพ์ระบบดังกล่าวมาใช้ในราชอาณาจักร

¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2527). “การคุ้มครองลิขสิทธิ์ในกฎหมายไทย”. *วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 13(4). หน้า 1.

ในปี 1476² เมื่อการพิมพ์มีความเจริญเต็มโตจึงทำให้เกิดการตั้งสมาคมผู้พิมพ์และจำหน่ายหนังสือ เรียกสมาคมนี้ว่า The Stationers' Company ซึ่งเข้ามามีบทบาทอย่างมาก พร้อมทั้งมีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการพิมพ์ในปี 1483 เรียกว่า The Statue of Richard III เพื่อส่งเสริมอุตสาหกรรมกรรมการพิมพ์ หนังสือของต่างประเทศด้วย ยิ่งไปกว่านั้น Stationers ยังได้รับพระราชทานอนุญาตจาก The Crown ในปี 1557 โดย Queen Marry I ให้มีสิทธิผูกขาดแต่เพียงผู้เดียวเกี่ยวกับการจัดพิมพ์หนังสือหรือสิ่งตีพิมพ์ต่างๆ³ ซึ่งการจัดพิมพ์หนังสือหรือสิ่งพิมพ์ต่าง ๆ นั้น Stationers จะเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาให้ใบอนุญาตแก่ผู้พิมพ์ (Printer's License)⁴ และหนังสือที่จะออกจำหน่ายก็จะต้องนำมาลงทะเบียนไว้กับทางสมาคมผู้พิมพ์และจำหน่ายหนังสือ เพื่อจะได้ตรวจสอบและตรวจตราไม่ให้หนังสือหรือสิ่งพิมพ์ต่างๆ ที่ต่อต้านฝ่ายศาสนจักรและฝ่ายอาณาจักรวางจำหน่าย สำหรับผู้ที่ไม่ได้ลงทะเบียนเป็นสมาชิกในการตีพิมพ์หนังสือก็จะไม่ได้รับสิทธิในการพิมพ์หนังสือออกจำหน่ายทั่วไป ภายหลังจากนั้น ศาล Star Chamber ได้ใช้อำนาจออกกฤษฎีกา (Decree) พร้อมทั้งประกาศใช้กฎหมายอื่นเพื่อให้อำนาจแก่สมาคมผู้พิมพ์และจำหน่ายหนังสืออันเกี่ยวกับระบบการผลิตและจำหน่ายหนังสือที่จะห้ามบุคคลที่ไม่มีสิทธิจัดพิมพ์จำหน่ายหนังสือที่ฝ่ายฝืนกฎหมาย⁵

ต่อมาในปี ค.ศ.1662 ภายหลังจากมีการยกเลิก ศาล Star Chamber รัฐสภาได้มีการผ่านกฎหมายเกี่ยวกับการพิมพ์ฉบับใหม่ คือ พระราชบัญญัติให้ใช้สิทธิการพิมพ์ (Printing Licensing Act) ซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีข้อห้ามในเรื่องของการจัดตีพิมพ์หรือการนำเข้ามาซึ่งหนังสือที่มีเนื้อหาที่ขัดแย้งเกี่ยวกับความเชื่อทางศาสนา อีกทั้ง ยังไม่อนุญาตให้มีการพิมพ์โฆษณาหนังสือโดยไม่ได้รับความยินยอมอย่างถูกต้อง ตลอดจนผู้ที่จัดจำหน่ายและนำเข้าหนังสือจากต่างประเทศก็จะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของหรือผู้มีสิทธิในหนังสือเล่มนั้น นอกจากนี้ พระราชบัญญัติฉบับนี้ยังมีบทกำหนดโทษไว้ด้วยว่า หากมีการฝ่าฝืนต่อกฎหมายฉบับนี้ ผู้กระทำความผิดจะถูกยึดหนังสือและหรือถูกปรับเป็นเงิน 6 ชิลลิง 8 เพนนี ต่อหนังสือที่ได้กระทำความผิดหนึ่งเล่ม⁶

² Dennis W.K. Khong. (2006). *The Historical Law and Economics of the First Copyright Act*. Erasmus Law and Economics Review. p. 37.

³ Ibid, p.5.

⁴ Oren Bracha. (2010). "The Adventures of the Statute of Anne in the Land of Unlimited Possibilities: The Life of a Legal Transplant". *Berkeley Technology Law Journal*, V.25(3). p.1433.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1434.

⁶ Dennis W.K. Khong. อังแล้วเชิงอรรถที่ 2. p.41

ก่อนที่จะมีการประกาศใช้ Statute of Anne ประมาณปี ค.ศ. 1695 เกิดเหตุการณ์ที่สำคัญของประวัติศาสตร์เกี่ยวกับลิขสิทธิ์ กล่าวคือ ได้มีการยกเลิกบังคับใช้พระราชบัญญัติให้ใช้สิทธิการพิมพ์ จึงทำให้สมาคมผู้พิมพ์และจำหน่ายหนังสือแห่งลอนดอนหมดอำนาจในการตรวจค้นหนังสือที่ไม่ได้รับอนุญาตหรือตีพิมพ์หรือจัดจำหน่ายผิดกฎหมายอีกต่อไป แต่ถึงกระนั้น ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1695 และ 1707 สมาคมผู้พิมพ์และจำหน่ายหนังสือแห่งลอนดอนได้มีความพยายามหลายครั้งที่จะให้นำเอาพระราชบัญญัติให้ใช้สิทธิการพิมพ์หรือระบบการลงทะเบียนหนังสือและสำเนาสิ่งตีพิมพ์กลับมาบังคับใช้อีกครั้ง แต่ก็ไม่เป็นผลตามที่พยายาม⁷

ในเดือนธันวาคม 1709 กลุ่มผู้ตีพิมพ์และจัดจำหน่ายหนังสือและสิ่งตีพิมพ์แห่งลอนดอนได้เคลื่อนไหวและเรียกร้องให้มีการผ่านร่างพระราชบัญญัติเพื่อปกป้องรักษาหนังสืออันเป็นทรัพย์สินที่พวกเขาสร้างสรรคขึ้นมา แต่ทางสมาคมผู้พิมพ์และจำหน่ายหนังสือแห่งลอนดอนก็พยายามขัดขวางไม่ให้มีการผ่านกฎหมายดังกล่าวตามที่มีการเรียกร้องนั้น จนกระทั่ง คณะกรรมการจากสภาผู้แทนราษฎร (สภาล่าง) และสภาขุนนาง (สภานบน) ได้มีการตีกลับพระราชบัญญัติ Edward Wortley ก็เพื่อที่จะให้เนื้อหาที่สำคัญหลายๆ ลักษณะในพระราชบัญญัตินี้ที่เป็นสิทธิประโยชน์ของสมาคมผู้พิมพ์และจำหน่ายหนังสือแห่งลอนดอนถูกตัดออกไป แล้วสภาทั้งสองก็ได้เห็นพ้องกันให้บัญญัติข้อจำกัดสิทธิการใช้อำนาจผูกขาดของบรรดาผู้ตีพิมพ์และจัดจำหน่ายหนังสือและสิ่งตีพิมพ์แห่งลอนดอน และในที่สุดพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้มีการพัฒนากลายเป็นกฎหมายเสร็จสมบูรณ์เมื่อวันที่ 5 เมษายน 1710 และประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ 10 เมษายน 1710 ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับแรกที่คุ้มครองผู้สร้างสรรค์งาน และเป็นที่รู้จักในชื่อ Statute of Anne หรือพระราชบัญญัติ Anne เนื่องจากมีการผ่านกฎหมายฉบับนี้ในรัชสมัยการปกครองของกษัตริย์ Anne และกฎหมายฉบับนี้ได้ให้สิทธิคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์และผู้เผยแพร่ที่จะเรียกร้องค่าชดเชยอันเกิดจากความเสียหายของผู้ทำละเมิดต่องานสร้างสรรค์ของผู้เป็นเจ้าของหรือผู้มีสิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ อีกทั้ง กฎหมายฉบับนี้ยังมีการกำหนดระยะเวลาคุ้มครองป้องกันสิทธิของผู้มีสิทธิในงานสร้างสรรค์อันเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์อย่างชัดเจนอีกด้วย⁸

กล่าวโดยสรุป ผู้ศึกษาเห็นว่าความเป็นมาของการกำเนิดเกิดลิขสิทธิ์เพื่อคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ (หนังสือหรือสิ่งตีพิมพ์) นั้น ทำให้ทราบและเข้าใจถึงวัตถุประสงค์ของการพยายามที่จะ

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 41.

⁸ อติเทพ พันธุ์ทอง. (2559). *ความเป็นมาของกฎหมาย"ลิขสิทธิ์" และ "ลิขสิทธิ์" ในกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย.* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.silpa-mag.com/club/art-and-culture/article_786. [2561, 22 มีนาคม].

ตรากฎเกณฑ์ในการควบคุมและคุ้มครองงานสิ่งพิมพ์ทั้งหลาย กล่าวคือ ผลงานสิ่งพิมพ์ที่มีการเผยแพร่ในขณะนั้นเป็นผลงานอันเกิดจากความคิดที่แสดงออกมาในรูปแบบของหนังสือซึ่งถือว่ามีมูลค่าอย่างมาก อีกทั้ง ยังเป็นเครื่องมือหรือสื่ออย่างหนึ่งในการแสดงออกถึงความรู้สึกนึกคิดหรือความเห็นที่สะท้อนสังคมอย่างหนึ่งที่จะทำให้สาธารณชนได้รับรู้รับทราบข่าวสารหรือจรโลงจิตใจของคนในสังคม เมื่อมูลค่าในผลงานของผู้สร้างสรรค์และประโยชน์สาธารณะที่จะได้ใช้ร่วมกันเป็นสิ่งสำคัญ จึงน่าจะมีความเห็นกันว่าไม่ควรมีการผูกขาดในการสร้างสรรค์ผลงานสิ่งตีพิมพ์ทั้งหลายซึ่งอาจจะเป็นการขัดขวางและลดแรงจูงใจที่จะให้ผลงานสร้างสรรค์เหล่านั้นเข้าสู่สังคมเพื่อให้มีการใช้ร่วมกันอันถือว่าเป็นวัตถุประสงค์หลักของลิขสิทธิ์ ดังนั้น เครื่องมือที่จะช่วยเยียวยาทุกฝ่ายได้นั้น ก็คือ ต้ากฎหมาย จึงเกิดกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับแรก ชื่อว่า Statute of Anne 1710 อันเป็นที่มาของกฎหมายลิขสิทธิ์ในหลายๆ ประเทศที่บังคับใช้ ณ ปัจจุบัน

2.2 แนวความคิด ทฤษฎีและเหตุผลของการคุ้มครองลิขสิทธิ์

ทฤษฎีการคุ้มครองลิขสิทธิ์

ด้วยทฤษฎีที่มีแนวความคิดในการรับรอง คุ้มครองและส่งเสริมสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานมีความแตกต่างกันคนละชั่วอย่างเห็นได้ชัด ซึ่งทฤษฎีแรกเรียกว่า **ทฤษฎีเสรีนิยม** เห็นว่า ผลงานสร้างสรรค์นั้นไม่ได้เกิดจากความคิดที่แท้จริงของผู้สร้างสรรค์ แต่ผลงานดังกล่าวเกิดขึ้นโดยการได้รับแรงบันดาลใจจากรุ่นสู่รุ่นและมีการพัฒนาต่อเนื่องเชื่อมโยงกันมาเป็นเวลานาน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้สร้างสรรค์ไม่ได้เป็นผู้ริเริ่มผลงานสร้างสรรค์ด้วยตนเองโดยแท้จริง ดังนั้น ผลงานสร้างสรรค์ไม่ควรจะเป็นสิทธิเฉพาะของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้น หากแต่ผลผลิตจากความคิดต่อยอดนั้นควรจะต้องตกเป็นทรัพย์สินส่วนรวมของสังคมที่ให้อาสาชนสามารถใช้ประโยชน์อย่างอิสระ⁹ อย่างไรก็ตาม **ทฤษฎีคุ้มครองปกป้อง** มีความเห็นที่แตกต่างออกไปว่า สิทธิของผู้สร้างสรรค์ในผลงานของตนควรจะได้รับคุ้มครองเช่นเดียวกับสิทธิในทางแพ่งและบุคคลภายนอกควรจะไม่เคารพสิทธิดังกล่าวด้วยเนื่องจากผลงานสร้างสรรค์นั้นเกิดจากการใช้สติปัญญาและความนึกคิดของผู้สร้างสรรค์ ซึ่งเป็นตัวตนของผู้สร้างสรรค์เอง (Personality) ดังนั้น ผลิตผลต่างๆ ที่เกิดจากการแสดงออกซึ่งสภาพตัวตนที่แท้จริงของผู้สร้างสรรค์ งานสร้างสรรค์ดังกล่าวก็ควรจะได้รับคุ้มครอง ประกอบกับงาน

⁹ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2549). *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.คณะนิติศาสตร์. หน้า 29-30.

สร้างสรรค์สามารถสร้างมูลค่าทางเศรษฐกิจให้แก่ผู้สร้างสรรค์ได้ เช่นนี้ ลิขสิทธิ์ในผลงานก็ควรต้องเป็น ลิขสิทธิ์แต่ผู้เดียวของผู้สร้างสรรค์¹⁰

เหตุผลของการคุ้มครองลิขสิทธิ์

การให้ความคุ้มครอง คุ้มครองและสนับสนุนให้มีการตระหนักถึงความสำคัญแก่งานอันมี ลิขสิทธิ์ยังมีเหตุผลพื้นฐานอีก 4 ประการที่พอจะอนุมานได้ว่าลิขสิทธิ์ควรได้รับความคุ้มครอง ดังนี้

เหตุผลประการแรก ผู้สร้างสรรค์งานเป็นผู้ลงทุนในงานที่สร้างสรรค์ด้วยการใช้สติปัญญา แรงงาน และ ความสามารถเฉพาะตัวในการริเริ่มสร้างสรรค์ด้วยตัวเอง แม้ว่าจะมีปัจจัยภายนอกเป็นแรงบันดาลใจให้ สร้างสรรค์ผลงานใดขึ้นมาก็ตาม ดังนั้น ผู้สร้างสรรค์จึงมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในงานสร้างสรรค์ดังกล่าว และสมควรได้รับความคุ้มครองในการหวงกั้นและขัดขวางไม่ให้ผู้ใดเข้าเกี่ยวข้องกับอย่างใดกับผลงาน ของตน ซึ่งหลักการนี้เป็นไปตามหลักตามธรรมชาติ **เหตุผลประการที่สอง** งานสร้างสรรค์ที่สมควร ได้รับความคุ้มครองปกป้องนั้นเนื่องจากผลงานที่สร้างสรรค์ขึ้นเกิดมีมูลค่าทางเศรษฐกิจ เมื่อมูลค่าของ งานสร้างสรรค์สามารถเป็นตัวเงินได้ ก็ย่อมจะต้องมีการลงทุนในตัวผลงานนั้นๆ ผลที่ตามมาเกิดเป็น อุตสาหกรรมเชิงพาณิชย์ที่มีนักลงทุนและเกิดความคาดหวังที่จะแสวงหาผลประโยชน์จากงานที่ สร้างสรรค์ขึ้นแต่เพียงผู้เดียว จึงเป็นอีกเหตุผลหนึ่งในการให้ความคุ้มครองงานสร้างสรรค์ซึ่งเรียกว่า **เหตุผลทางเศรษฐกิจ (Economic Argument) เหตุผลประการที่สาม** คือ เหตุผลทางด้านวัฒนธรรมและ ชื่อเสียงเกียรติคุณของประเทศก็เป็นเหตุผลอีกประการหนึ่งในการปกป้องคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งาน สร้างสรรค์ เนื่องจากงานสร้างสรรค์ที่ปรากฏนั้นจะสะท้อนให้เห็นถึงปรัชญาและคุณลักษณะ ตลอดจน ขนบธรรมเนียมประเพณีของชาติหรือประเทศนั้นๆ ยังมีผลงานสร้างสรรค์มากเท่าไร สังคมนั้นยังมี ความก้าวหน้าทางวัฒนธรรมมากยิ่งขึ้น ตัวอย่างเช่น การผลิตโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือปรับปรุงต่อ ยอดงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งยิ่งพัฒนาและปรับปรุงงานสร้างสรรค์ได้มากเท่าไรก็ยิ่งสะท้อนให้ เห็นถึงความเจริญทางด้านวัฒนธรรมมากยิ่งขึ้น อีกทั้ง งานสร้างสรรค์เหล่านั้นก็จะตกทอดเป็นสมบัติ ของแผ่นดินต่อไปเพื่อให้อนุชนคนรุ่นหลังสืบทอดและต่อยอดกันต่อไปจนไม่มีที่สิ้นสุด **เหตุผล ประการที่สี่** กล่าวคือ เหตุผลทางสังคม งานสร้างสรรค์หลายประเภทสร้างขึ้นมาเพื่อประโยชน์ต่อสังคม ในการช่วยให้เกิดความสามัคคี มีความเป็นหนึ่งเดียวกัน หรือหล่อหลอมความรู้สึกของคนในชาติได้ เช่น งานสร้างสรรค์ประเภทสื่อภาพยนตร์หรือดนตรีกรรมหรือวรรณกรรมที่สามารถถ่ายทอดความรู้สึก นึกคิดปลูกเร้าอารมณ์ให้เกิดความรักชาติ เป็นต้น **เหตุผลประการที่ห้า** คือ เหตุผลทางด้านศีลธรรม งาน

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 30-32.

สร้างสรรค์ที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นเป็นการแสดงออกซึ่งปัญญาของผู้สร้างสรรค์ ดังนั้น ผู้สร้างสรรค์จึงควรที่จะได้รับความเคารพนับถือ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง มีสิทธิที่จะตัดสินใจว่าจะให้นำงานของตนออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนหรือให้ทำซ้ำงานสร้างสรรค์หรือไม่ หรือมีสิทธิที่จะห้ามคัดแปลงงานสร้างสรรค์ของตนจนเป็นที่เสียหาย¹¹

กล่าวโดยสรุป ผู้ศึกษาเห็นว่า แนวคิดทฤษฎี พร้อมทั้งเหตุผลที่ให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งานสร้างสรรค์ดังกล่าวข้างต้น เป็นปรัชญาเบื้องหลังของการก่อให้เกิดกฎหมายลิขสิทธิ์เพื่อทำให้เกิดความสมดุลกันระหว่างค่าตอบแทนของผู้สร้างสรรค์ที่ได้ลงทุนสติปัญญาทำหรือก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์กับผลประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากผลงานสร้างสรรค์นั้น จึงทำให้ผู้ศึกษาเข้าใจถึงหลักการให้ความคุ้มครองงานสร้างสรรค์ที่บังคับใช้อยู่ในประเทศต่างๆ โดยเฉพาะกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย แม้ว่าจะมีข้อบกพร่องบางในตัวของกฎหมาย แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยก็สามารถทำให้ผู้สร้างสรรค์ผลงานมั่นใจที่จะสร้างสรรค์ผลงานเข้าสู่สังคมไทยเพื่อได้ใช้ประโยชน์จากงานสร้างสรรค์ของตนอันจะเห็นได้ชัดจากผลงานเพลงต่างๆ อันเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทดนตรีกรรม หรือผลงานเขียนอันเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม หรือแม้แต่ภาพวาดอันเป็นงานสร้างสรรค์ศิลปกรรมที่อยู่บนท้องตลาดซึ่งสามารถช่วยสร้างสุนทรียะภาพและถ่ายทอดวัฒนธรรม โดยใช้ผลงานสร้างสรรค์เหล่านี้เป็นเครื่องมือที่ส่งผ่านต่อกันจากรุ่นสู่รุ่น ดังนั้น แนวคิด ทฤษฎี และเหตุผลการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งานสร้างสรรค์จึงเป็นจุดกำเนิดที่จะทำให้เข้าใจถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์

2.3 ลักษณะและความแตกต่างระหว่างงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับกับงานสร้างสรรค์สืบเนื่องภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์

2.3.1 ลักษณะทั่วไปของ “งาน” ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์

ก่อนจะกล่าวถึงความแตกต่างงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นงานสร้างสรรค์ต้นฉบับและงานสร้างสรรค์สืบเนื่อง จำเป็นต้องทำความเข้าใจก่อนว่างานทั้งสองประเภทล้วนแล้วแต่เป็นงานสร้างสรรค์ที่มีการรับรองและให้ความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หากเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดไว้ สำหรับคำว่า “งาน” คือ ผลิตผลจากความคิดของมนุษย์ซึ่งในบริบทของลิขสิทธิ์ให้คำนิยามของงานว่า “การแสดงออกซึ่งความนึกคิดอันเป็นระบบ” (the ordered

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 27-28.

expression of thought) แต่ความคิดของมนุษย์จะไม่ตกอยู่ภายใต้การคุ้มครองของลิขสิทธิ์¹² ซึ่งเป็นหลักการทั่วไปของระบบการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ส่วนมนุษย์ในฐานะผู้สร้างสรรค์งานดังกล่าว ก็เป็นองค์ประกอบหนึ่งของการสร้างสรรค์งานอันจะก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์นั้นด้วย กล่าวคือ **ประการแรก** ทักษะและความมานะพยายามที่ใช้ในการสร้างสรรค์ **ประการที่สอง** กรอบระยะเวลาในการสร้างสรรค์ผลงาน **ประการที่สาม** ช่วงระยะเวลาที่งานสร้างสรรค์จะสามารถสัมฤทธิ์ผลได้ และ **ประการที่สี่** ต้นทุนที่ใช้ในการสร้างสรรค์ผลงาน ฉะนั้น จึงเป็นที่ชัดเจนว่า “งาน” ที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นจะต้องเป็นงานสร้างสรรค์อันเป็นผลผลิตจากความพยายามของมนุษย์ ไม่ว่าจะงานดังกล่าวจะได้ใช้ความพยายามมากน้อยเพียงใดก็ตามและไม่ต้องคำนึงด้วยว่างานสร้างสรรค์ที่ปรากฏนั้นเป็นงานมีคุณภาพหรือมีคุณค่าหรือไม่ หรือแม้งานดังกล่าวจะไม่ใช่สิ่งที่ต้องการของสังคมก็ตาม หากงานดังกล่าวเข้าหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ งานเหล่านั้นย่อมถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ได้¹³ และที่สำคัญ งานเหล่านั้นจะต้องไม่ใช่สิ่งที่เกิดขึ้นเองโดยธรรมชาติ¹⁴ อาทิเช่น งานจิตรกรรมภาพวาดดอกไม้ที่บานทุกวัน 14 ดอกที่กระจายไปอยู่ในพิพิธภัณฑสถานต่างๆ ประเทศทั่วโลกอันเกิดจากฝีมือของแวน โก๊ะ (Vincent van Gogh) ถือเป็นงานประเภทศิลปกรรม¹⁵ แต่สำหรับหินผากูเขาอันสวยงามที่เกิดจากการกัดกร่อนของธรรมชาติถือไม่ได้ว่าเป็นงานอันได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เช่น แกรนด์แคนยอนที่เกิดจากการกัดเซาะของกระแสน้ำ¹⁶ เป็นต้น

¹² J.A.L. Sterling LL.B. (2008). *World Copyright Law: Protection of Authors' Works, Performances, Phonograms, Films, Video, Broadcasts and Published Editions in National, International and Regional Law; With a Glossary of Legal and Technical Terms, and a Reference List of Copyright and Related Rights Laws throughout the World.* (3rd Ed.). London: Sweet & Maxwell. p. 248.

¹³ อานาจ เนตยสุภาและชาญชัย อารีวิทยาเลิศ. (2558). *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 20.

¹⁴ ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2557). *ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา: พื้นฐานความรู้ทั่วไป ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า ความลับทางการค้า เซมิคอนดักเตอร์ชิป พันธุ์พืชใหม่* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 53.

¹⁵ พิสิษฐ์ จง. (2558). *บทเรียนจาก แวน โก๊ะ ผู้ประสบความสำเร็จหลังความตาย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.pisitzhong.com/success-after-die/>. [2561, 11 เมษายน].

¹⁶ จุชดานิน. (2552). *แกรนด์แคนยอน ดินแดนอภิมหาอัศจรรย์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.manager.co.th/Travel/ViewNews.aspx?NewsID=9520000047153>. [2561, 11 เมษายน].

กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยกำหนดลักษณะ “งาน” อย่างไร

สำหรับกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยก็ไม่ได้กำหนดอย่างชัดเจนว่างานสร้างสรรค์ใดก็ตามที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นจะต้องคำนึงถึงคุณภาพและคุณค่าของงานด้วยหรือไม่ซึ่งประเด็นนี้เคยมีคำพิพากษายืนยันถึงการให้ความคุ้มครองงานสร้างสรรค์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ไทยว่า แม้จะไม่มีคุณภาพ คุณค่าทางสุนทรียภาพ หรือมีอรรถรสแต่อย่างใด งานดังกล่าวถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์¹⁷ แต่อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยได้มีการบัญญัติคำอธิบายศัพท์ที่ดูเหมือนว่างานที่สร้างสรรค์ขึ้นจะต้องมีคุณค่าจึงจะเป็นงานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองซึ่งปรากฏอยู่ในคำนิยามของคำว่า “ศิลปกรรม” ตามมาตรา 4 (7) แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537¹⁸ ซึ่งท่านอาจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ ได้อธิบายถึงคำนิยามดังกล่าวไว้ว่า “กฎหมายกำหนดเพื่อเน้นให้ชัดเจนขึ้นแต่เฉพาะในงานศิลปกรรม เพราะลักษณะงานประเภทนี้อาจทำให้บุคคลทั่วไปเข้าใจผิดว่าต้องเป็นงานที่สวยงามหรือต่างเห็นว่ามีคุณค่าทางศิลปะเท่านั้นจึงจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์”¹⁹ ซึ่งนั่นก็หมายความว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยไม่ถือว่าคุณค่าของงานเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาให้ความคุ้มครองงานประเภทศิลปประยุกต์ หรือกล่าวอีกนัยตามที่ท่านอาจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะสรุปว่า “กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยได้กำหนดไว้โดยปริยายว่างานสร้างสรรค์ในแต่ละประเภทจะได้รับความคุ้มครองตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้โดยไม่ต้องคำนึงถึงคุณค่าของงานซึ่งเป็นเรื่องของนามธรรมอันยากที่จะตัดสินโดยปัจเจกชน”²⁰

2.3.2 ลักษณะของ “งานต้นฉบับ” (Original Works) ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์

สำหรับคำว่า “งานต้นฉบับ” (Original works) ซึ่งบางทีเรียกว่า “งานเริ่มแรก”²¹ หรือ “งานพื้นฐาน” หรือ “งานดั้งเดิม”²² ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์จะต้องมีลักษณะเป็นงานที่ริเริ่มสร้างสรรค์ด้วย

¹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 5306/2550.

¹⁸ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537. มาตรา 4 (7).

“งานศิลปประยุกต์” ได้แก่ งานที่นำเอางานตาม (1) ถึง (6) อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกันไปใช้ประโยชน์อย่างอื่น นอกเหนือจากการชื่นชมในคุณค่าของตัวงานดังกล่าวนั้น เช่น นำไปใช้สอย นำไปตกแต่งวัสดุหรือสิ่งของอันเป็นเครื่องใช้ หรือนำไปใช้เพื่อประโยชน์ทางการค้า”

¹⁹ ไชยยศ เหมะรัชตะ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 14. หน้า 54.

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 54.

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 61.

ตนเอง หรือหลักสากลทั่วไป เรียกว่า Originality (ซึ่งต่อไปนี้ผู้ศึกษาขอเรียก Original Works ว่า “งานต้นฉบับ”) กล่าวคือ กฎหมายลิขสิทธิ์มองว่างานใดก็ตามจะถือว่าเป็นงานต้นฉบับได้นั้น จะต้องเกิดจากการใช้ความรู้ความชำนาญ ความสามารถ (Skill) และความวิริยะอุตสาหะ (Labour) และวิจารณญาณ (Judgment) ของตน โดยไม่ได้คัดลอกมาจากที่อื่น²³ หรือกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า สิ่งที่เกิดและสร้างสรรค์ออกมาต้องเป็นความคิดสร้างสรรค์แปลกใหม่หรือเป็นความคิดที่แตกต่างจากความคิดเดิมในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของงานนั้นหรืออาจเป็นความคิดที่ได้นำความรู้ต่างๆ ที่มีอยู่แล้วมาประยุกต์ให้เกิดสิ่งใหม่ขึ้นโดยไม่ซ้ำกับสิ่งที่มีอยู่เดิมในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ²⁴ แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ก็ไม่ได้หมายความว่า การริเริ่มสร้างสรรค์ด้วยตนเอง หรือ Originality จะต้องเป็นความคิดที่ใหม่ (new) หรือเป็นความคิดที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน เหมือนกับการคิดค้นสิ่งประดิษฐ์ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายสิทธิบัตร²⁵

ลักษณะของ “งานต้นฉบับ” ที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย

จากลักษณะของงานต้นฉบับข้างต้น ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย ถึงแม้ว่าหลักของเรื่อง Originality จะไม่ใช่เรื่องใหม่สำหรับกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย เพราะจะพบว่าศาลไทยจะนำหลักการเรื่องนี้มาใช้วินิจฉัยตัดสินให้ความคุ้มครองงานสร้างสรรค์ตลอดมา แต่มีข้อน่าสังเกตว่าพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กลับไม่มีการบัญญัติหลักเกณฑ์เช่นนี้ หรือแม้แต่พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ที่เริ่มมีการบังคับใช้อย่างจริงจังก็ไม่ได้บัญญัติอธิบายความหมายของคำว่า “งานต้นฉบับ” มีลักษณะเป็นอย่างไรเช่นกัน จะบัญญัติก็เพียงแต่เฉพาะประเภทของงานที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ อาทิเช่น มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474²⁶ ในขณะที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ดูเหมือนจะอธิบายลักษณะของงานต้นฉบับได้ชัดเจนกว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ทั้งสองฉบับดังกล่าวจะสังเกตได้จากมาตรา 4 คำนิยามคำว่า “งาน” ประกอบกับคำนิยามคำว่า “ผู้สร้างสรรค์” พอจะสรุปได้ว่า งานต้นฉบับที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์จะต้องมีลักษณะเป็นงานประเภทใด

²² สุจิตตา ชีรโรจน์วิทย์. (2549). *ปัญหาและแนวทางการคุ้มครองงานแพร่เสียงแพร่ภาพตามกฎหมายลิขสิทธิ์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 106.

²³ อรรถพร พันธ์พัฒนา. (2557). *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 26.

²⁴ จีรประภา มากกลิ่น. (2558). *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 62.

²⁵ ปวีศร เลิศธรรมเทวี. (2559). *ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 43.

²⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474. มาตรา 4.

ประเภทหนึ่งที่เกิดจากความคิดริเริ่มของตนเอง²⁷ ซึ่งก็สอดคล้องกับนักกฎหมายลิขสิทธิ์ที่อธิบายลักษณะงานต้นฉบับ แม้จะไม่ได้ให้คำจำกัดความไว้โดยตรงแต่ก็พอจะแปลได้ว่างานที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องเป็นงานต้นฉบับอันเกิดขึ้นมาจากการสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์เองโดยไม่ได้ทำซ้ำลอกเลียน หรือคัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น โดยมีได้รับอนุญาต²⁸

ลักษณะของ “งานต้นฉบับ” ที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย ซึ่งเรียกว่า “Copyright, Designs and Patent Act 1988” มาตรา 1(1)²⁹ ได้กำหนดว่า “งาน” สร้างสรรค์ที่ได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ได้แก่ งานต้นฉบับอันเป็นงานสร้างสรรค์ที่ริเริ่มด้วยตนเองประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ดนตรีกรรม และศิลปกรรม กล่าวคือกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยจะให้ความคุ้มครองงานสร้างสรรค์ก็ต่อเมื่องานสร้างสรรค์เหล่านั้นมีลักษณะ ดังนี้

ประการแรก ต้องเป็นงานที่เกิดจากการริเริ่มด้วยตนเอง (Originality) และต้องเป็นงานที่ไม่ได้เกิดจากการทำซ้ำหรือเลียนแบบงานสร้างสรรค์อื่น สำหรับหลักการสร้างงานต้นฉบับอันเป็นงานที่ริเริ่มด้วยตนเองนั้น ระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยมองว่าเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างผู้สร้างสรรค์กับงานเท่านั้น โดยไม่คำนึงว่างานสร้างสรรค์เหล่านั้นมีความใหม่ หรือมีลักษณะเฉพาะหรือไม่ ซึ่งมีคดี *Ladbroke v. William Hill* โดยผู้พิพากษา Lord Reid ได้อธิบายเกี่ยวกับหลัก Originality สนับสนุนไว้อย่างชัดเจนว่า งานสร้างสรรค์ใดจะเป็นงานสร้างสรรค์ที่ริเริ่มด้วยตนเองหรือเป็นงานต้นฉบับได้นั้น ไม่เกี่ยวกับความคิดหรือแนวคิดอันจะทำให้เกิดงานสร้างสรรค์ใหม่ หากแต่งาน

²⁷ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521. มาตรา 4.

"งาน" หมายความว่า งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใด อันเป็นงานในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลป์ และ "ผู้สร้างสรรค์" หมายความว่า ผู้ทำหรือก่อให้เกิดงาน โดยความคิดริเริ่มของตนเอง

²⁸ ปริญญา ดิมุง. (2551). *รวมคำบรรยายเนติบัญญัติ ภาคหนึ่ง สมัยที่ 61 (ครั้งที่ 1)*. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 186.

²⁹ Copyright, Designs and Patents Act (CDPA) 1988. Section 1.

“Copyright and copyright works. (1) Copyright is a property right which subsists in accordance with this Part in the following descriptions of work— (a) original literary, dramatic, musical or artistic works...”

ต้นฉบับดังกล่าวจะขึ้นอยู่กับระดับของทักษะ แรงงานและวิจารณญาณของผู้สร้างสรรค์ในการสร้างสรรค์งานเป็นสำคัญ³⁰

ประการที่สอง กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษไม่คำนึงถึงการริเริ่มสร้างสรรค์ของความคิดเบื้องหลังในงานนั้น แต่คำนึงถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการนำความคิดนั้นมาแสดงออกในรูปแบบของตนเอง³¹ ตัวอย่างเช่น แสดงออกในรูปแบบของงานสร้างสรรค์ประเภท วรรณกรรม นาฏกรรม ดนตรีกรรม หรือศิลปกรรม ดังนั้น งานสร้างสรรค์ประเภทต่างๆ ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ กฎหมายจะมุ่งหมายไปที่สาระสำคัญในเนื้อหาของงานอันเป็นการริเริ่มด้วยตนเองที่ใส่ลงไปในตัวงานสร้างสรรค์ประเภทนั้นๆ³² แต่ถึงกระนั้น มีนักวิจารณ์ความเห็นว่า หลัก Originality ยังไม่มีหลักเกณฑ์การแบ่งแยกงานต้นฉบับกับงานที่ไม่ใช่งานต้นฉบับอย่างชัดเจน แต่จะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและระดับประเด็นปัญหาเป็นรายคดีไป³³ ผู้ศึกษามองประเด็น

³⁰ LADBROKE (FOOTBALL) LTD V WILLIAM HILL (FOOTBALL) LTD. [1964] 1 WLR 273. [1964] 1 All ER 465.

“As regards originality: ‘The word ‘original’ does not in this connection mean that the work must be the expression of original or inventive thought. Copyright Acts are not concerned with the originality of ideas, but with the expression of thought, and in the case of ‘literary work’, with the expression of thought in print or writing. The originality which is required relates to the expression of the thought.’ and ‘as regards compilation, originality is a matter of degree depending on the amount of skill, judgment or labour that has been involved in making the compilation.’ ‘Substantiality depends upon quality rather than quantity.’”

³¹ UNIVERSITY OF LONDON PRESS LTD V UNIVERSITY TUTORIAL PRESS LTD. (1916). อ้างถึงใน อำนาง เนตยสุภาและชาญชัย อารีวิทยาเลิศ. (2556). *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 36.

³² Lionel Bently and Brad Sherman. (2009). *Intellectual Property Law* (3rd Ed.). London: Oxford University Press. p. 94.

“Originality has also played an important role in deciding whether new classes of work (photography in the nineteenth century and more recently Aboriginal art) ought to be protected by copyright law....”

³³ Ibid, p. 94.

“The dividing line between originality....works, and unoriginal...works, remains an uncertain and shifting one”. In part these difficulties arise because originality “must depend largely on the facts of the case and must in each case be very much a question of degree”.

ดังกล่าวนี้ น่าจะเป็นเพราะไม่ได้ให้คำนิยามที่แน่นอนว่าอย่างไรถึงจะหมายถึงการริเริ่มสร้างสรรค์ด้วยตนเอง

แต่อย่างไรก็ตาม นอกจากงานสร้างสรรค์รูปแบบใดรูปแบบหนึ่งทั้ง 4 ประเภทดังกล่าวข้างต้น ซึ่งจะต้องเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีการริเริ่มด้วยตนเองจึงจะได้รับความคุ้มครองนั้น ยังมีงานสร้างสรรค์อีกจำพวกหนึ่ง กล่าวคือ งานสร้างสรรค์จำพวกงานผู้ประกอบการ (Entrepreneurial Works) อันได้แก่ งานสิ่งบันทึกเสียง งานภาพยนตร์ งานแพรภาพแพรเสียง และงานจัดเรียงเกี่ยวกับการพิมพ์ กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยไม่ได้กำหนดให้งานสร้างสรรค์เหล่านี้ต้องเป็นงานที่ทำหรือก่อให้เกิดโดยการริเริ่มสร้างสรรค์ด้วยตนเอง (Originality) เป็นเงื่อนไขสำหรับการให้ความคุ้มครอง³⁴ ซึ่งประเด็นนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่า เมื่องานสร้างสรรค์จำพวกงานผู้ประกอบการไม่ต้องการเงื่อนไขหลักการริเริ่มสร้างสรรค์ด้วยตนเอง งานสร้างสรรค์เหล่านี้ น่าจะไม่ใช่งานต้นฉบับเหมือนอย่างเช่นงานสร้างสรรค์ประเภทงานวรรณกรรม นาฏกรรม ดนตรีกรรมและศิลปกรรม แต่น่าจะเป็นงานสร้างสรรค์อันเกี่ยวกับสิทธิข้างเคียง (Neighbouring Rights)³⁵

ลักษณะของ “งานต้นฉบับ” ที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา

สำหรับกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเรียกว่า “17 US Copyright Code” มาตรา 102³⁶ ได้กำหนดว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองแก่งานต้นฉบับอันเป็นงานสร้างสรรค์โดยการริเริ่มด้วยตนเอง (original works of authorship) ซึ่งมีหลักพิจารณา ดังนี้

³⁴ Ibid, p. 111.

³⁵ ไชยศ เหมะรัชตะ. อ่างแก้วเชิงอรุณที่ 14. หน้า 61.

³⁶ 17 US Copyright Act 1976. Section 102.

“Subject matter of copyright: In general (a) Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. Works of authorship include the following categories:

- (1) literary works;
- (2) musical works, including any accompanying words;
- (3) dramatic works, including any accompanying music;
- (4) pantomimes and choreographic works;
- (5) pictorial, graphic, and sculptural works;
- (6) motion pictures and other audiovisual works;

ประการแรก งานต้นฉบับที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องมาจาก “การริเริ่มงานด้วยตนเอง” (Originality) ซึ่งหลัก Originality นี้ถือว่าเป็นสาระสำคัญของระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ใช้เป็นหลักการพิจารณาให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งานสร้างสรรค์ประเภทต่างๆ หรือเป็นที่เข้าใจกันทั่วไปว่า งานสร้างสรรค์เหล่านั้นจะต้องไม่ได้มีการลอกเลียนจากงานสร้างสรรค์ของผู้อื่น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้สร้างสรรค์จะต้องสร้างสรรค์งานขึ้นอย่างเป็นอิสระด้วยตนเองและมีระดับการสร้างสรรค์งานสูงกว่ามาตรฐานขั้นต่ำอย่างน้อยจึงจะถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์ต้นฉบับ ทั้งนี้ ไม่ต้องคำนึงว่างานสร้างสรรค์ดังกล่าวจะเป็นงานใหม่ หรือมีความเหมือนหรือคล้ายคลึงกับงานสร้างสรรค์ของผู้อื่นซึ่งแตกต่างจากกฎหมายสิทธิบัตรที่ให้ความคุ้มครองความใหม่ของงานหรือเป็นงานที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน³⁷

นอกจากนี้ สภาองเกรสไม่เคยบัญญัติคำอธิบายของหลัก Originality ไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์หรือกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับใดที่เคยใช้บังคับมาก่อนเลย³⁸ แต่หลักการดังกล่าวนี้ สำนักงานลิขสิทธิ์แห่งสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติเรื่อง Originality ไว้อย่างชัดเจนว่า “งานประเภทใดประเภทหนึ่งจะถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์โดยการริเริ่มด้วยตนเองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์นั้น จะต้องเป็นงานซึ่งมีแหล่งที่มาจากผู้สร้างสรรค์ ทั้งงานสร้างสรรค์ดังกล่าวต้องไม่เป็นสมบัติสาธารณะและทำซ้ำหรือลอกเลียนงานสร้างสรรค์ของบุคคลอื่น ส่วนงานสร้างสรรค์นั้นไม่จำเป็นต้องเป็นงานใหม่ของโลก แต่ต้องเป็นงานที่ใหม่ของผู้สร้างสรรค์โดยไม่ได้คัดลอกมาจากงานของผู้อื่น³⁹ ผู้ศึกษาเห็นว่าการบัญญัติเช่นนี้ถือว่าเป็นหลักประกันที่แน่นอนสำหรับเรื่องหลักการพิจารณาการให้ความคุ้มครองงานสร้างสรรค์

(7) sound recordings; and

(8) architectural works.

³⁷ Arthur R. Miller and Michael H. Davis. (2000). *Intellectual Property: Patents, Trademarks, and Copyright*. Minn: West Group. p. 295.

³⁸ David Lange, Mary LaFrance and Gray Myers. (2003). *Teacher's Manual to accompany Intellectual Property Cases and Materials*. West, a Thomson business. p. 209.

“The 1976 House Report indicates that Congress deliberately left the term “original works of authorship” undefined..... “In the absence of a definition of ‘originality’ in the statutes or their legislative history...”

³⁹ Copyright Office Practices. Section 202.01 of Compendium II.

“A work must owe its origin to the author in order for it to be original in the copyright sense. The work must neither be one in the public domain nor be copied from any other work. The work need not be “novel,” that is, new to the world; to be original it need only be new to the author, that is, not taken from any other source.”

ประการที่สอง งานสร้างสรรค์จะต้องแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ (Creativity) เดิม มาตรฐานการให้ความคุ้มครองงานสร้างสรรค์ต้นฉบับภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาจะ พิจารณาจากหลักเกณฑ์เรื่อง “Sweat and the brow” คือ ผู้สร้างสรรค์เพียงใช้ความวิริยะอุตสาหะในการ สร้างสรรค์งาน ก็ถือได้ว่าเป็นงานสร้างสรรค์นั้นเป็นงานต้นฉบับที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว แม้ว่า งานสร้างสรรค์นั้นจะขาดการจินตนาการและการใช้วิจารณญาณก็ตาม⁴⁰ ต่อมาในปี ค.ศ. 1991 ศาลฎีกา ของสหรัฐอเมริกามีคำพิพากษาคดี Feist Publication, Inc., v. Rural Telephone Service Co. วางหลักว่า

“หากผู้สร้างสรรค์ได้คัดลอก จัดเรียง หรือนำเอาข้อเท็จจริง (Factual) ซึ่งไม่ได้รับความ คุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์มาแสดงออกให้เห็นถึงความริเริ่มสร้างสรรค์ ในรูปแบบของตนเองอย่างอิสระและมีความคิดสร้างสรรค์ในระดับที่สูงกว่า มาตรฐานขั้นต่ำ โดยภาพรวมทั้งหมดของงานสร้างสรรค์ชิ้นนั้นก็ถือได้ว่าเป็นงาน สร้างสรรค์อันได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ คดีนี้ ปรากฏว่าโจทก์ซึ่ง เป็นผู้ให้บริการโทรศัพท์เพียงนำข้อมูลผู้ใช้บริการของตนซึ่งมีอยู่แล้วมาพิมพ์ เรียงลำดับตามตัวอักษรอันเป็นรูปแบบที่ใช้กันแพร่หลายอยู่แล้ว การสร้างสรรค์ งานของโจทก์จึงไม่ได้เกิดจากการริเริ่มสร้างสรรค์ด้วยตนเอง ดังนั้น สมุดรายชื่อ ผู้ใช้บริการดังกล่าวจึงไม่ใช่งานสร้างสรรค์อันเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์”⁴¹

สังเกตได้ว่า หลักการเรื่อง Sweat of the brow ไม่นำมาใช้เป็นหลักการพิจารณา Originality อีกต่อไป กล่าวคือ ศาลไม่ถือว่าความมานะพยายามอย่างเดียวเป็นเกณฑ์ตัดสินว่างาน สร้างสรรค์นั้นเป็นการริเริ่มงานด้วยตนเอง หากแต่เห็นว่าจะต้องมีความคิดสร้างสรรค์อันเป็นแรงงาน ทางปัญญา (Intellectual Labour) ใ้ลงไปในงานสร้างสรรค์ด้วยเป็นอย่างน้อย⁴² ดังนั้น การปรับใช้ หลักการ Originality ของระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาในปัจจุบันจึงมีความชัดเจน แน่นอน และไม่เกิดความสับสน

⁴⁰ HOWARD B. ABRAMS. (1992). *ORIGINALITY AND CREATIVITY INCOPYRIGHT LAW*, Vol.5(2)), P. 8.

⁴¹ อำนาจ เนตยสุภาและชาญชัย อารีวิทยาเลิศ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 31. หน้า 40.

⁴² J.A.L. Sterling LL.B. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12. p.357.

กล่าวโดยสรุป ลักษณะงานต้นฉบับที่ได้กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ผู้ศึกษาเห็นว่า งานต้นฉบับ คืองานสร้างสรรค์อันแสดงออกมาในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดโดยผู้สร้างสรรค์ได้ทำหรือก่อกำเนิดด้วยความวิริยะอุตสาหะ โดยการริเริ่มสร้างสรรค์ด้วยตนเองอันเกิดมาจากการใช้แรงงาน ทักษะ และวิจารณญาณ ไม่ว่าจะงานสร้างสรรค์นั้นจะเคยปรากฏอยู่ในสังคมแล้วหรือไม่ก็ตาม แต่ที่สำคัญต้องเป็นสิ่งใหม่ของผู้สร้างสรรค์โดยไม่ได้คัดลอกหรือทำซ้ำหรือดัดแปลงมาจากงานสร้างสรรค์ของบุคคลอื่น

2.3.3 ลักษณะของ “งานสร้างสรรค์สืบเนื่อง” (Derivative Works) ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์

คำกล่าวที่ว่า “ไม่มีอะไรใหม่ภายใต้พระอาทิตย์ดวงนี้ (there’s nothing new under the sun)” ซึ่งอาจจะเป็นคำกล่าวซ้ำซากที่แท้จริงอย่างยิ่ง เนื่องจากว่า สิ่งที่เราเรียกว่า “งานสร้างสรรค์” ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ ส่วนใหญ่ของงานสร้างสรรค์มักจะมีที่มาจากงานสร้างสรรค์ที่ปรากฏอยู่ก่อน ไม่ว่าจะใช้งานสร้างสรรค์ของผู้อื่นเป็นแรงบันดาลใจหรือเป็นแนวคิดเพื่อต่อยอดงานสร้างสรรค์ของตนก็ตาม แต่จะมีงานสร้างสรรค์ประเภทหนึ่งซึ่งเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีการหยิบยืมเนื้อหาสาระงานของบุคคลอื่นมาใช้สร้างสรรค์และนำมาดัดแปลงเป็นแบบฉบับของตนเอง ไม่ว่าจะใส่เนื้อหาของตนเองลงไปมากน้อยเพียงใด จนเกิดเป็นงานชิ้นใหม่ขึ้นซึ่งเรียกงานประเภทนี้ว่า “งานสร้างสรรค์สืบเนื่อง” (Derivative Works)⁴³ อาทิเช่น งานประเภทล้อเลียน หรืองานประเภทมีม (Meme) ซึ่งเป็นงานสร้างสรรค์ที่แสดงออกในรูปแบบของความคิดทางวัฒนธรรม สัญลักษณ์ หรือการปฏิบัติ ที่สามารถส่งผ่านจากจิตใจคนหนึ่งไปสู่อีกคนหนึ่ง ผ่านการเขียน การพูด ท่าทาง พิธีกรรม ภาพล้อเลียน และมีคำศัพท์ต่างๆ ในภาพที่มีความหมายเชิงตลก หรือปรากฏการณ์ล้อเลียนแบบอื่นๆ⁴⁴ หรือเรื่องที่แฟนคลับแต่งขึ้นมาใหม่โดยใช้ฉากหรือตัวละครจากต้นฉบับของเรื่องนั้นๆ (Fan fiction)⁴⁵ หรืองานประเภทแอนิเมชัน (Animation)⁴⁶ ซึ่งคืองานประเภทภาพเคลื่อนไหวที่สร้างขึ้นโดยการนำภาพนิ่งหลายๆ ภาพมาฉาย

⁴³ Attorney Stephen Fishman. (2006). *The Copyright Handbook: What Every Writer Needs to Know* (9th ed.). Consolidated Printers, INC. pp. 142.

⁴⁴ Veedvil. (2012). *ทำความเข้าใจเรื่อง Memes บนโลกออนไลน์พร้อมประวัติ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.veedvil.com/insights/research-stats/infographic/history-of-internet-memes/>. [2561, 13 เมษายน].

⁴⁵ Drew Leland Leatherman. (2014). *Fan Fiction: Is the Creation of these Derivative Works Fair or Foul?*. Law School Student Scholarship. p.1.

⁴⁶ Greenberg v. National Geographic Soc’y, 244 F.3d 1274 (11th Cir. 2001).

ต่อเนื่องกันด้วยความเร็วสูง ทำให้เกิดภาพลวงตาของการเคลื่อนไหว⁴⁷ ดังนั้น จึงขออธิบายลักษณะทั่วไปของ “งานสร้างสรรค์สืบเนื่อง” ต่อไปดังนี้

ประการแรก เป็นงานสร้างสรรค์ที่เกิดจากการหยิบยืมเนื้อหาสาระของงานสร้างสรรค์อื่นที่ปรากฏอยู่ก่อนแล้ว (Preexisting Works) ไม่ว่าเนื้อหาสาระของงานที่หยิบยืมหรือนำมาเป็นพื้นฐานของงานสร้างสรรค์สืบเนื่องจะอยู่ในความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่ก็ตาม หากนำเนื้อหาสาระหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของงานสร้างสรรค์ที่ปรากฏอยู่ก่อนมาต่อยอดเป็นงานชิ้นใหม่ งานสร้างสรรค์ที่เกิดขึ้นใหม่นั้นถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์สืบเนื่อง⁴⁸ สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อมา คือ การหยิบยืมเนื้อหาสาระหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของงานสร้างสรรค์ของผู้อื่นจะต้องขออนุญาตก่อนหรือไม่ งานชิ้นใหม่ที่รวมเนื้อหาสาระหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของงานสร้างสรรค์อื่นจึงจะถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์สืบเนื่องประเด็นนี้ แม้ผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์สืบเนื่องจะหยิบยืมงานสร้างสรรค์ของผู้อื่นมาใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต งานสร้างสรรค์ชิ้นใหม่ก็ยังถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์สืบเนื่องอยู่นั่นเอง⁴⁹ เพียงแต่งานสร้างสรรค์ที่เกิดมาจากการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต โดยหลักการทั่วไปงานสร้างสรรค์สืบเนื่องนั้นจะไม่ได้รับการรับรองสิทธิหรือให้ความคุ้มครอง เนื่องจากการทำหรือก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์สืบเนื่องหรือการดัดแปลงงานสร้างสรรค์ของผู้อื่นเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ที่ถูกหยิบยืมเนื้อหาสาระไปใช้ตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้การรับรองสิทธิเช่นนี้ไว้⁵⁰ เช่นเดียวกันกับกรณีที่หยิบยืมงานสร้างสรรค์ของผู้อื่นที่ตกเป็นสาธารณสมบัติแล้ว แม้จะนำเนื้อหาสาระหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของงานดังกล่าวมาใช้สร้างสรรค์ผลงานชิ้นใหม่ งานที่เกิดขึ้นใหม่นั้นก็คืองานสร้างสรรค์สืบเนื่อง⁵¹ เพียงแต่งานสร้างสรรค์สืบเนื่องที่เกิดขึ้นอันมีที่มาแตกต่างกันดังกล่าว นั้นจะได้รับการรับรองสิทธิและคุ้มครองปกป้องเหมือนกันหรือแตกต่างกันอย่างไรนั้นขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ในแต่ละเขตอำนาจศาลซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 3

⁴⁷ สมหมาย ตามประวัตติ. (2012). *ภาพเคลื่อนไหว (Animation)*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.nstda.or.th/th/nstda-knowledge/3016-animation>. [2561, 24 ธันวาคม].

⁴⁸ Ibid, 143-144.

⁴⁹ Ibid, 145.

⁵⁰ Richard Stim. (2000). *Intellectual Property: Patent, Trademark and Copyrights*. (2nd ed.). West Legal Studies. P. 49.

⁵¹ Attorney Stephen Fishman. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 43. หน้า 146.

ประการที่สอง มีการใส่เนื้อหาสาระที่เกิดจากการริเริ่มของตนเองลงไปในงานสร้างสรรค์สืบเนื่องส่วนหนึ่งด้วย⁵² ลักษณะพื้นฐานของงานสร้างสรรค์สืบเนื่องข้อนี้นับว่ามีความสำคัญอย่างมากเนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์ถือว่างานสร้างสรรค์สืบเนื่องเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทหนึ่งที่ได้รับการรับรองสิทธิและให้ความคุ้มครองปกป้องแยกต่างหากจากงานสร้างสรรค์ที่ปรากฏอยู่ก่อน แต่ทั้งนี้จะต้องมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าเนื้อหาสาระใหม่ที่ใส่ลงไปในงานสร้างสรรค์สืบเนื่องจะต้องเกิดจากการริเริ่มสร้างสรรค์อย่างเพียงพอ งานสร้างสรรค์สืบเนื่องนั้นจึงจะได้รับการรับรองสิทธิและให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์⁵³ นอกจากนี้ กระบวนการหรือวิธีการที่ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์สืบเนื่อง ไม่ว่าจะกระทำโดยวิธีการดัดแปลง (adapt) เปลี่ยนรูป (transform) แก้ไขเปลี่ยนแปลง (alter) หรือการจัดเรียงใหม่ (rearrange) ก็ตาม⁵⁴ ไม่ถือว่าเป็นสาระสำคัญที่จะบ่งบอกได้ว่างานสร้างสรรค์ชิ้นใหม่ที่เกิดจากกระบวนการหรือวิธีการเหล่านั้น เป็นงานสร้างสรรค์สืบเนื่องหรือไม่ แม้่างานสร้างสรรค์สืบเนื่องที่อ้างอิงอยู่กับงานสร้างสรรค์ที่ปรากฏอยู่ก่อนจะแสดงออกมาให้แตกต่างจากงานต้นฉบับมาก⁵⁵ หรือถ้างานสร้างสรรค์สืบเนื่องมีการดัดแปลงหรือเปลี่ยนรูปงานสร้างสรรค์ของผู้อื่นด้วยวิธีการผสมผสานเนื้อหาสาระหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของงานที่ปรากฏอยู่ก่อนกับเนื้อหาสาระใหม่ที่ใส่ลงไปในตัวงานสร้างสรรค์สืบเนื่องด้วยตัวผู้สร้างสรรค์เอง แม้จะทำให้เกิดความแตกต่างไม่มาก งานชิ้นใหม่ที่เกิดขึ้นก็ยังคงเป็นงานสร้างสรรค์สืบเนื่องอยู่นั่นเอง⁵⁶ เพียงแต่หากงานสร้างสรรค์สืบเนื่องที่สร้างสรรค์ขึ้นโดยใช้เนื้อหาสาระหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตผสมผสานกับเนื้อหาสาระใหม่เข้าไปในงานสร้างสรรค์สืบเนื่องและงานสร้างสรรค์สืบเนื่องนั้นมีความแตกต่างไม่มาก ผลที่ตามมา คือ งานสร้างสรรค์สืบเนื่องชิ้นใหม่นั้นอาจจะได้รับหรือไม่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์เท่านั้นขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ของแต่ละประเทศ⁵⁷

⁵² Ibid, p. 143.

⁵³ Richard Stim. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 50. หน้า 33.

⁵⁴ Attorney Stephen Fishman. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 43. หน้า 142.

⁵⁵ R. Anthony Reese. (2008). *Trans formativeness and the Derivative Work Right. Faculty Scholarship* (vol.4). p.106.

⁵⁶ Ibid, 106-107.

⁵⁷ Chonnang Wiputhanupong. (2015). *Copyright for the Digital Era: Are We Aiming at Individual?.* Thesis for the degree of Doctor of Philosophy University of Nottingham. p.29-30.

ประการที่สาม ลักษณะงานสร้างสรรค์สืบเนื่องยุคใหม่ ส่วนใหญ่จะปรากฏอยู่บนสื่อออนไลน์ ซึ่งงานเหล่านี้ถือว่ามียุทธศาสตร์อย่างมากในสังคม เนื่องจากในปัจจุบันงานสร้างสรรค์สืบเนื่องบางลักษณะมีอิทธิพลต่อการขับเคลื่อนความรู้สึกรู้สึกนึกคิดและการแสดงออกถึงความต้องการของคนในสังคม ไม่ว่าจะทางการเมืองหรือเศรษฐกิจ นอกจากนี้ งานสร้างสรรค์สืบเนื่องยังถูกใช้เป็นเครื่องมือสื่อสารแทนการพูดจาหรืออากัปกริยาต่อหน้า จึงทำให้งานสร้างสรรค์สืบเนื่องเหล่านี้เป็นที่นิยมทำหรือก่อตั้งเป็นจำนวนมาก งานสร้างสรรค์สืบเนื่องดังกล่าวจะมีลักษณะต่างๆ ดังต่อไปนี้

ตัวอย่างงานสร้างสรรค์สืบเนื่องลักษณะที่หนึ่ง งานสร้างสรรค์สืบเนื่องในลักษณะมีมศิลปะ (Memes Art) นี้ เป็นที่นิยมกันอย่างมาก โดยเฉพาะยุคแห่งการพัฒนาเทคโนโลยีที่คนในสังคมใช้ประโยชน์ของเครื่องมือสื่อสารนำภาพมีมศิลปะมาแสดงออกความรู้สึกรู้สึกนึกคิดที่ต้องการอยากจะทำสื่อสารให้สังคมรับรู้ว่าคุณ ปัจจุบันมีเหตุการณ์อะไรเกิดขึ้นบ้างและคนในสังคมรู้สึกอย่างไรกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น หรือบ้างก็นำเอามีมศิลปะมาใช้เพื่อความบันเทิงในกลุ่มของตนเฉพาะ เป็นต้น

สำหรับมีมศิลปะสามารถแบ่งได้เป็นสองรูปแบบที่เห็นได้ชัดเจน แบบที่หนึ่ง คือ เก๋ไก๋ใหม่ หมายถึงการนำภาพคลาสสิกต่างๆ ให้ปรากฏอยู่ในบริบทที่ร่วมสมัยในปัจจุบัน ทั้งภาพวาดหรืองานประติมากรรมต่างก็กลายเป็นวัตถุศิลปะชั้นดีที่ถูกนำมาหยิบจับเข้ามาอยู่ในบริบทปัจจุบัน⁵⁸ อย่างเช่น การนำเอามีมศิลปะมาใช้ล้อเลียนทางการเมือง (Political Parody) กล่าวคือ ในสังคมไทยได้นำเอาตัวละครในหนังสือแบบเรียนภาษาไทยสมัยก่อนมาดัดแปลงลักษณะนิสัยและมีความรู้สึกนึกคิดให้เข้ากับสถานการณ์การเมืองที่กำลังเป็นประเด็นสนใจของสังคมโดยปรับเปลี่ยนภาพลักษณ์ของเด็กน้อยที่ชื่อ “มานี” แล้วใส่ नामสกุลใหม่ว่า “มิเชอร์” ให้มีอุปนิสัยที่แข็งกระด้างและมีสุนัขใจแสบรู้ให้มีการสวมหน้ากากบ่งบอกถึงนิสัยของการเมือง ณ ขณะนั้น⁵⁹

⁵⁸ The Momentum. (2018). *Art Memes* เมื่องานศิลปะระดับตำนานกลายเป็นมีมอาร์ตที่อินเทอร์เน็ต. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก <https://themomentum.co/meme-art/>. [2561, 4 ธันวาคม].

⁵⁹ เทวฤทธิ์ ธีรณิชา. (2555). *ทำไม? มานีต้องมีเชอร์* หากคำตอบกับแอดมินแฟนเพจ 'มานีมิมิเชอร์'. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://prachatai.com/journal/2013/07/47507>. [2560, 22 ธันวาคม].

รูปภาพมานี มีแชร์ ล้อเลียนทางการเมือง



ที่มา: ทำไม? มานีต้องมีแชร์ หากคำตอบกับแอดมินแฟนเพจ 'มานีมีแชร์'

มีมศิลปะแบบที่สอง ที่ได้รับความนิยมอย่างมาก คือมีม “เติมคำตามใจ” ให้กับภาพวาดศิลปะในประวัติศาสตร์ทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นสแลงหรือโควตคำตามสถานการณ์ต่างๆ ที่โดยส่วนมากนั้นสะท้อนกับภาษาร่วมสมัยและความฮิตกับวัยรุ่นในปัจจุบัน⁶⁰



ที่มา: The Momentum; <https://themomentum.co/meme-art/>.

⁶⁰ The Momentum. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 54. ไม่ปรากฏเลขหน้า.

จากรูปภาพข้างต้น จะเห็นว่ารูปภาพผู้หญิงและผู้ชายมีอายุซึ่งเป็นภาพต้นฉบับอันเป็นงานสร้างสรรค์ของผู้อื่น ภายหลังมีการนำเอาภาพวาดต้นฉบับนี้มาใส่คำพูดเพื่อให้ดูคล้ายกับว่าผู้หญิงกับผู้ชายกำลังสนทนากันอยู่ หากพิจารณาข้อเท็จจริงตามรูปภาพ กล่าวคือ ผู้สร้างสรรค์มีภาพวาดนี้มีการเพิ่มเติมข้อความเข้าไปใหม่จนกลายเป็นงานใหม่ขึ้นมาอีกชิ้นหนึ่งต่างหากจากงานสร้างสรรค์เดิมที่มีเพียงภาพของผู้หญิงกับผู้ชายเท่านั้น

ตัวอย่างงานสร้างสรรค์สืบเนื่องลักษณะที่สอง งานสร้างสรรค์ในลักษณะแฟนฟิค (FanFic) มาจากคำว่า Fanfiction คือ นิยายที่เขียนขึ้น โดยแฟนนักอ่านซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับตัวละครหรือสถานที่จากนิยายต้นฉบับ แฟนฟิคมีหลายแนว ทั้งความรัก ผจญภัย เสรีฯ ขำขัน ไปจนถึงร่าเริงความในใจตัวละคร แฟนฟิคไม่มีกฎเกณฑ์ใดๆ แล้วแต่จินตนาการของตัวละครจะพาไป จึงมีการดัดแปลงตัวละครและเนื้อหาหลายๆอย่างซึ่งเป็นลิขสิทธิ์ของผู้เขียนนิยายต้นฉบับ หากจัดงานแฟนฟิคเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทหนึ่งถือว่าแฟนฟิคเป็นงานวรรณกรรมภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์⁶¹

รูปภาพวรรณกรรมแฟนฟิคเรื่องสามก๊ก



ที่มา: 10 แฟนฟิค ที่ต้องร้อง อะ? มีคนเขียนด้วยเหรอ (<http://www.tunwalai.com>)

⁶¹ ธัญวลัย. (2560). *10 แฟนฟิค ที่ต้องร้อง อะ? มีคนเขียนด้วยเหรอ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.tunwalai.com>. [2562, 27 กุมภาพันธ์].

รูปภาพนี้เป็นแฟนฟิคชั่น (FanFiction) เป็นภาพประกอบของนิยาย เรื่อง “หวนคืนสู่แผ่นดิน” ซึ่งได้ดัดแปลงมาจากงานนวนิยายที่มีชื่อเสียงของประเทศจีน โดยนำเอาตัวละครเด่นๆ ที่แฟนของนวนิยายเรื่องสามก๊กชื่นชอบมาสร้างในเค้าโครงเรื่อง (Plot) หัวเรื่อง (Title) ฉาก (Scene) อารมณ์ (Emotion) และบทสนทนา (Dialogue) ใหม่ แต่คงไว้ซึ่งลักษณะที่เด่นและเป็นเอกลักษณ์ของตัวละคร (Character) ในงานต้นฉบับ โดยนวนิยายแฟนฟิคเรื่องนี้ได้นำเอาตัวละครจากเรื่องสามก๊ก ชื่อ โจโฉ ซึ่งมีความเฉลียวฉลาด เก่งกาจในเรื่องการรบและนักสู้ มาปรับเปลี่ยนบทบาทใหม่เป็นผู้บริหารบริษัทที่เฉลียวฉลาดและเก่งในการบริหารธุรกิจ ชื่อว่า โจ มาพร้อมกับตัวละครอีกตัวหนึ่ง คือ กุยกี้เป็นนักวางแผนคนสำคัญของโจโฉ มีความเฉลียวฉลาด ผู้เขียนแฟนฟิคได้เอาตัวละครตัวนี้มาเปลี่ยนให้สวมบทบาทเป็นผู้หญิง ชื่อ ก๊ก ซึ่งเป็นเลขที่หัวใจของโจ ที่มีความสนิทสนมกันจนเกิดเป็นความรัก จากที่จำลองขึ้นมาเป็นบริษัทตั้งอยู่บนถนนสีลมและใส่บทสนทนาใหม่ และแนวของนวนิยายเรื่องนี้จะเป็นนิยายความรัก กรณีเช่นนี้ จะเห็นได้ว่าสิ่งที่ผู้เขียนแฟนฟิคจะนำเพียงตัวละครโดยปรับเปลี่ยนชื่อตัวละครให้แตกต่าง เค้าโครงเรื่องจากงานนวนิยายเรื่องสงครามมาเป็นความรักของเจ้านายกับลูกน้อง ชื่อเรื่องก็เปลี่ยนไปเป็นชื่อใหม่ที่ไม่เหลือเค้าเดิม อีกทั้ง บทสนทนาจึงจะเปลี่ยนไปตามเค้าโครงเรื่องและอารมณ์ของเรื่องเช่นกัน เพียงแต่ลักษณะของตัวละครและภาพลักษณ์ที่แฟนๆ ที่ชื่นชอบนวนิยายเรื่องสามก๊กและตัวละครยังคงติดอยู่ในความทรงจำจึงได้ติดตามตัวละครเหล่านั้นในสถานการณ์ใหม่และใช้การจินตนาการให้เห็นภาพลักษณ์และบุคลิกใหม่ๆ ที่อยากจะให้เป็นและแตกต่างไปจากนวนิยายต้นฉบับ

ตัวอย่างงานสร้างสรรค์สืบเนื่องลักษณะที่สาม งานสร้างสรรค์วีดิโอเกมส์หรือเกมส์ออนไลน์ที่นำตัวละครและฉากจากภาพยนตร์ ซึ่งในปัจจุบันงานสร้างสรรค์เหล่านี้เป็นที่นิยมมากขึ้น โดยเฉพาะในหมู่วัยรุ่น รวมถึงคนในวัยทำงานด้วย เนื่องจากเกมส์เป็นกิจกรรมหนึ่งที่สามารถทำให้สนุกสนานเพลิดเพลินได้ไม่แพ้กิจกรรมอื่นๆ นอกจากนี้ ยังพบได้ว่ามีปริมาณร้านเกมส์ออนไลน์เกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก หรือแม้แต่เครื่องมือสื่อสารเองที่สามารถรองรับปริมาณเกมส์ที่ผลิตออกมาเช่นกัน จึงทำให้งานสร้างสรรค์ในลักษณะที่เป็นเกมส์นี้เป็นที่ต้องการของตลาดมากขึ้น และรูปแบบเกมส์บนท้องตลาดได้ดัดแปลงเปลี่ยนรูปมาจากภาพยนตร์ที่โด่งดังและเป็นที่ชื่นชอบของผู้ชมภาพยนตร์เพื่อให้นักที่ชื่นชอบ

ชอบภาพยนตร์เข้าถึงตัวละครและฉากในภาพยนตร์ โดยสามารถบังคับควบคุมตัวละครในฉากที่ประทับใจเสมือนเป็นตัวละครที่อยู่ในสถานการณ์ของฉากภาพยนตร์ที่ชื่นชอบ⁶²

รูปภาพจากหนังเรื่อง The Great Wall



ที่มา: <https://www.google.com/search?q=รูปภาพจากหนังเรื่อง+the+great+wall>

จากรูปภาพข้างต้น ภาพยนตร์เรื่อง The Great Wall นี้ เป็นเรื่องราวของเมืองจีน (แต่มีฝรั่งหลงไปอยู่ที่นั่น) ในยุคโบราณที่กำแพงเมืองจีนไม่ได้ถูกสร้างมาเพื่อกันคนมาบุกเมือง แต่ถูกสร้างมาเพื่อกันกองทัพสัตว์ประหลาดที่จะมายึดเมืองจีน หากภาพยนตร์เรื่องนี้ถูกนำมาสร้างสเป็นวิดีโอเกมส์หรือเกมส์ออนไลน์ ก็อาจจะต้องใช้ตัวละครชายหญิงที่มีอาชีพต่างๆ ทั้งนักธนู นักดาบ ผู้ใช้หอก ที่เข้าไปลุยดงสัตว์ประหลาดเป็นกองทัพแบบเกม Dynasty Warriors อะไรอย่างนั้น แล้วยังสามารถเพิ่มเติมระบบสร้างฐานเพิ่มเติมกำแพงเมืองจีนให้แข็งแกร่ง รวมถึงการอัปเกรดอาวุธเพื่อใช้ในการทำภารกิจต่างๆ ที่เกมกำหนด และในหนังเองก็มีสัตว์ประหลาดหลายแบบ แล้วยังแต่ละตัวก็มีหน้าที่ในการต่อสู้ต่างกัน และตัวเกมยังเพิ่มเติมฉากต่างๆ เช่น ในถ้ำ ในเมืองหลวง ในหมู่บ้านเล็กๆ หรือในป่าก็สามารถทำได้ และถึงแม้จะไม่อ้างอิงเรื่องราวในหนัง ตัวเกมส์ก็สามารถเล่าเรื่องราวในยุคก่อนเรื่องราวในหนัง หรือเนื้อ

⁶² KKMTTC. (2018). 5 เกมต้นแบบจากภาพยนตร์ที่ไม่เจ๋งแต่แจ๋ว. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.gamingdose.com/feature>. [2562, 27 กุมภาพันธ์].

เรื่องใหม่สถานที่ใหม่ก็ทำได้ เพราะตัวหนังปูทางมาแบบเปิดกว้าง ว่ามันมากับอุกกาบาตที่ตกลงมาบนโลก ดังนั้นสถานที่อื่นๆก็สามารถมีเรื่องราวแบบนี้ได้

กล่าวโดยสรุป งานสร้างสรรค์สืบเนื่องเกิดจากงานสร้างสรรค์ต้นฉบับหรืออาจจะเป็นงานสร้างสรรค์สืบเนื่องด้วยตนเองก็ได้ โดยไม่ได้คัดลอกงานต้นฉบับมาโดยตรง แต่จะขัดเกลาเนื้อหาเหล่านั้นจนเกิดความแตกต่างอย่างเห็นได้ชัดและมีความคิดสร้างสรรค์เป็นของตนเองซึ่งเป็นงานสร้างสรรค์ชิ้นใหม่ชิ้นหนึ่งแยกต่างหาก ไม่ว่าจะงานสร้างสรรค์ต้นฉบับที่นำมาเป็นส่วนหนึ่งจะอยู่ในอายุความคุ้มครองของกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่ก็ตาม

2.3.4 ความแตกต่างและความคล้ายคลึงระหว่าง “งานต้นฉบับ (Original Works)” กับ “งานสร้างสรรค์สืบเนื่อง (Derivative Works)”

ความแตกต่างระหว่าง “งานต้นฉบับ” กับ “งานสร้างสรรค์สืบเนื่อง”

เมื่อเปรียบเทียบลักษณะของงานต้นฉบับกับงานสร้างสรรค์สืบเนื่อง ความแตกต่างที่น่าสนใจ กล่าวคือ งานสร้างสรรค์ต้นฉบับนั้นเป็นงานสร้างสรรค์ซึ่งจัดทำหรือก่อกำเนิดขึ้นอย่างอิสระด้วยตนเองโดยอย่างน้อยได้มีการใส่ระดับความคิดสร้างสรรค์ลงไปในงานสร้างสรรค์⁶³ ส่วนงานสร้างสรรค์สืบเนื่องนั้นได้ถือกำเนิดเกิดจากการอ้างอิงงานอันมีลิขสิทธิ์หรืองานสร้างสรรค์ที่สิ้นอายุการคุ้มครองแล้ว หรืองานสร้างสรรค์สืบเนื่องที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ด้วยตนเอง⁶⁴ โดยนำเอาเนื้อหาสาระบางส่วนหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของงานสร้างสรรค์ที่ปรากฏอยู่ก่อนไม่ว่างานสร้างสรรค์นั้นจะได้รับความคุ้มครองหรือสิ้นสุดอายุการคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่ก็ตาม ประกอบเข้าหรือรวบรวมเข้าเป็นงานสร้างสรรค์ชิ้นใหม่ด้วยการแสดงออกซึ่งความคิดในรูปแบบที่เหมือนหรือแตกต่างจากงานสร้างสรรค์ที่ปรากฏอยู่ก่อน หรือแม้แต่ใช้งานสร้างสรรค์ที่ปรากฏอยู่ก่อนอันได้รับความคุ้มครองหรือสิ้นสุดอายุการคุ้มครองเป็นงานต้นแบบในการทำหรือก่อกำงานสร้างสรรค์สืบเนื่องชิ้นใหม่

จากลักษณะความแตกต่างของงานสร้างสรรค์ทั้งสองลักษณะ มีข้อน่าสังเกตว่างานสร้างสรรค์ใดจะเป็นงานสร้างสรรค์สืบเนื่องนั้นจะต้องเป็นงานสร้างสรรค์ที่ประกอบหรือรวมเอาเนื้อหาสาระไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนจากงานสร้างสรรค์ที่ใช้เป็นต้นแบบหรืองานสร้างสรรค์ที่ปรากฏอยู่ก่อน ถ้าเป็นเพียงนำเอางานที่ปรากฏอยู่ก่อนมาเป็นแนวความคิดในการสร้างสรรค์งานเท่านั้น งานสร้างสรรค์ที่เกิดขึ้นก็จะไม่ใช่งานสร้างสรรค์สืบเนื่อง แต่ถือว่าเป็นงานต้นฉบับ เพราะว่าแนวความคิดของงานที่ใช้

⁶³ Drew Leland Leatherman. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 45. หน้า 3.

⁶⁴ R. Anthony Reese. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 55. หน้า 102.

เป็นต้นแบบนั้น เป็นเพียงแรงบันดาลใจอันก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์ขึ้นมาอีกชิ้นหนึ่งที่เป็นอิสระต่างหากโดยไม่อ้างอิงอยู่กับงานสร้างสรรค์ที่ปรากฏอยู่ก่อนซึ่งเพียงแค่ว่าใช้แรงบันดาลใจหรือแนวคิดเท่านั้น

แต่ในทางกลับกัน งานใดก็ตามจะเป็นงานสร้างสรรค์สืบเนื่องอันเกิดจากงานสร้างสรรค์ที่ปรากฏอยู่ก่อนจะต้องปรากฏว่าลักษณะการแสดงออกซึ่งเนื้อหาทั้งหมด บางส่วน หรือเฉพาะส่วนของงานสร้างสรรค์สืบเนื่องนั้นคล้ายคลึงกันกับงานสร้างสรรค์ที่เป็นงานต้นแบบ และการพิจารณาความเหมือนคล้ายของงานทั้งสองลักษณะนั้นจะมุ่งไปที่รายละเอียดองค์ประกอบของงานสร้างสรรค์ ตัวอย่างเช่น นวนิยายแฮร์รี่พ็อตเตอร์ (Harry Potter) เป็นงานของนักเขียนชื่อดัง เจ เค ร์อลลิ่งซึ่งศาลที่ประเทศอังกฤษมองว่ามีการนำเอาตัวละครที่ชื่นชอบและลักษณะเด่นของตัวละครไปสร้างเป็นงานชิ้นใหม่ เมื่อพิจารณาจากเค้าโครงเรื่อง หัวเรื่อง ฉาก อารมณ์ คุณลักษณะตัวละคร และบทสนทนา⁶⁵ แล้วกรณีเช่นนี้ งานชิ้นใหม่ถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์สืบเนื่องเพราะว่าเป็นงานที่เกิดมาจากการเอาส่วนหรือเนื้อหาสาระของงานสร้างสรรค์ที่ปรากฏอยู่ก่อนมาใช้ทำหรือก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์สืบเนื่องหรือนำมาเป็นงานต้นแบบของงานสร้างสรรค์สืบเนื่อง แต่เรื่องการจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่นั้นเป็นอีกกรณีหนึ่งซึ่งจะต้องพิจารณาจากส่วนหรือเนื้อหาสาระที่นำมาใช้กับงานชิ้นใหม่ว่าเป็นสาระสำคัญของงานอันมีลิขสิทธิ์มากน้อยแค่ไหนและทำให้งานสร้างสรรค์สืบเนื่องแตกต่างออกไปจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นอย่างเด่นชัดหรือไม่ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

ความเหมือนระหว่าง “งานต้นฉบับ” กับ “งานสร้างสรรค์สืบเนื่อง”

ความคล้ายคลึงกันของงานต้นฉบับกับงานสร้างสรรค์สืบเนื่องที่เห็นได้ชัดเจน กล่าวคือ

ประการแรก งานสร้างสรรค์สืบเนื่องจะแสดงออกมาด้วยเนื้อหาสาระที่ยังคงไว้ซึ่งส่วนใดส่วนหนึ่งหรือทั้งหมดของเนื้อหาสาระของงานที่ปรากฏอยู่ก่อน โดยจะแสดงออกมาในรูปแบบของงานประเภทใดประเภทหนึ่งตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดไว้เช่นเดียวกับงานต้นฉบับ เช่น การแปลหนังสือจากภาษาหนึ่งเป็นอีกภาษาหนึ่งซึ่งเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม งานมีมศิลปะซึ่งเป็นงานศิลปกรรม งานละครบนเวทีซึ่งผสมผสานกันระหว่างงานสร้างสรรค์ประเภทงานวรรณกรรม งานนาฏกรรมและงานดนตรีกรรม เป็นต้น

ประการที่สอง งานสร้างสรรค์สืบเนื่องนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองแตกต่างหากในฐานะเป็นงานต้นฉบับเทียบเท่ากับงานสร้างสรรค์ประเภทอื่นๆที่เป็นงาน

⁶⁵ Drew Leland Leatherman. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 45. หน้า 1.

ต้นฉบับที่ไม่ได้อ้างอิงหรือใช้เนื้อหาสาระงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น ซึ่งจะเห็นได้จากกฎหมายลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ ได้แก่ อนุสัญญากรุงเบอร์น ค.ศ. 1971⁶⁶ และความตกลงทริปส์⁶⁷ หรือกฎหมายลิขสิทธิ์ต่างประเทศ ได้แก่ กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา (The US Copyright 1976)⁶⁸ ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน

จากลักษณะความเหมือนของงานสร้างสรรค์ทั้งสองลักษณะ จะเห็นว่ารูปแบบการแสดงออกซึ่งเนื้อหาของงานนั้น งานสร้างสรรค์ต้นฉบับกับงานสร้างสรรค์สืบเนื่องจะอยู่ในรูปแบบเดียวกันตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดไว้ เช่น งานวรรณกรรม นาฏกรรม ดนตรีกรรม และศิลปกรรม ไม่ว่าจะงานสร้างสรรค์สืบเนื่องจะถูกสร้างสรรค์ผลงานด้วยวิธีการสร้างขึ้นมาใหม่ (recast) เปลี่ยนแปลงรูป (transform) คัดแปลง (adapt) การย่อ (abridge) หรือการปรับเปลี่ยนแก้ไข (alter) จากงานสร้างสรรค์ที่ปรากฏอยู่ก่อนก็ตาม⁶⁹ แต่ถึงกระนั้น มีข้อน่าสังเกตว่ายังมีงานสร้างสรรค์อีกรูปแบบที่กฎหมายลิขสิทธิ์ได้กำหนดให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ได้แก่ งานภาพยนตร์ งานโสตทัศนวัสดุ งานบันทึกเสียงหรืองานแพรภาพแพรเสียงซึ่งมีนักวิชาการกล่าวว่า งานเหล่านี้เป็นงานสร้างสรรค์สืบเนื่องด้วยเช่นกัน⁷⁰ แต่ก็มีนักวิชาการบางท่านเห็นว่างานประเภทเหล่านี้เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ข้างเคียงที่กฎหมายลิขสิทธิ์ถือว่างานสร้างสรรค์เหล่านี้เป็นงานของพวกนักลงทุนหรือเรียกว่างานสร้างสรรค์ของผู้ประกอบการ (Entrepreneurial Works)⁷¹ และเป็นน่าสังเกตว่าในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของประเทศไทยมาตรา 1 (1)(a)(b) ก็มีได้กำหนดว่างานสร้างสรรค์งานภาพยนตร์ งานบันทึกเสียง หรืองานแพรภาพแพรเสียงต้องเป็นงานสร้างสรรค์ต้นฉบับเหมือนกับงานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ดนตรีกรรม และ

⁶⁶ Berne Convention 1971. Article 2 (3).

“Derivative works; translation, adaptation,..... shall be protected as original works.....”

⁶⁷ TRIPs Agreement: Article 9 Relation to the Berne Convention.

“(1) ‘Members shall comply with Article 1 through 21 of the Berne Convention (1971) and the Appendix thereto.’”

⁶⁸ The US Copyright 1976. Section 101.

“.....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’.”

⁶⁹ Sebastian C. Mejia. (2015). *FAIR PLAY: COPYRIGHT ISSUES AND FAIR USE IN YOUTUBE "LET'S PLAYS" AND VIDEOGAME LIVESTREAMS*. American University Intellectual property brief. vol.7 (1). P.7

⁷⁰ ไชยยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 14. หน้า 61.

⁷¹ Lionel Bently and Brad Sherman. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 32. หน้า 111.

ศิลปกรรม⁷² ซึ่งผู้ศึกษามองว่างานเหล่านี้เป็นรูปแบบการแสดงออกซึ่งเนื้อหาสาระของงานอย่างหนึ่งที่กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดไว้ หากงานที่จะแสดงออกในรูปแบบของงานภาพยนตร์ งานบันทึกเสียง หรืองานแพร่ภาพแพร่เสียงจะเข้าข่ายเป็นงานสร้างสรรค์สืบเนื่องได้นั้น งานเหล่านี้ก็ต้องเกิดจากการนำเอาเนื้อหาทั้งหมด บางส่วน หรือเฉพาะส่วนของงานสร้างสรรค์ที่ปรากฏอยู่ก่อนมาขัดเกลาและหรือผสมผสานกันจนเกิดความแตกต่างจากงานเดิมจึงจะถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์สืบเนื่องตามลักษณะของงานสร้างสรรค์สืบเนื่องดังกล่าวมาแล้วข้างต้น

กล่าวโดยสรุป จากการศึกษาความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎี และเหตุผลของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์นั้น ซึ่งถือว่าเป็นที่มาของการพัฒนาการกำเนิดเกิดขึ้นเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์และทำให้ตระหนักถึงความสำคัญในการให้ความคุ้มครองงานสร้างสรรค์อันเป็นผลผลิตจากปัญญาของมนุษย์ นอกจากนี้ ยังทราบถึงลักษณะของงานสร้างสรรค์ต้นฉบับ (Original Works) และงานสร้างสรรค์สืบเนื่อง (Derivative Works) ตลอดจนความแตกต่างและความคล้ายคลึงระหว่างงานสร้างสรรค์ทั้งสองประเภทซึ่งการศึกษาค้นคว้าข้อมูลดังกล่าวนี้ทำให้เข้าใจถึงปรัชญาเบื้องหลังและโครงสร้างของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่พยายามให้ความคุ้มครองงานสร้างสรรค์ประเภทต่างๆ เพื่อกระตุ้นให้มีการผลิตผลงานสร้างสรรค์เข้าสู่สังคม ไปพร้อมๆ เปิดโอกาสให้สาธารณชนได้ใช้และได้รับประโยชน์จากผลงานสร้างสรรค์เหล่านั้น จนกระทั่งมีการตราออกบังคับใช้อยู่ในระหว่างประเทศ ต่างประเทศ และภายในประเทศไทย ดังจะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 3

⁷²Copyright, Designs and Patents Act (CDPA) 1988. “Copyright and copyright works.

(1) Copyright is a property right which subsists in accordance with this Part in the following descriptions of work—(a) original literary, dramatic, musical or artistic works,

(b) sound recordings, films [F] or broadcasts”