

บทที่ 2

แนวคิด วิวัฒนาการและหลักการของหลักผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์

การศึกษาวิจัยในบทนี้ เป็นการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับแนวคิด ที่มาและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของหลักผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ เพื่อให้ทราบถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์พร้อมทั้งเพื่อให้ทราบถึงพัฒนาการของกฎหมายแต่ละประเภทที่เกี่ยวข้อง โดยการศึกษาความตกลงระหว่างประเทศ ได้แก่ อนุสัญญากรุงเบอร์น์ว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม ค.ศ. 1971 ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า ค.ศ.1994 (ความตกลงทริปส์) และสหภาพยุโรป (EU Directives) นอกจากนี้ยังได้ศึกษากฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร เพื่อนำมาเป็นข้อมูลประกอบการวิเคราะห์ถึงหลักผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายไทย

2.1 หลักเกณฑ์ระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับหลักผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์

2.1.1 อนุสัญญากรุงเบอร์น์ว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม ค.ศ. 1971

เนื่องจากกฎหมายภายในของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันออกไปในรายละเอียดประเทศต่าง ๆ จึงได้รวมตัวกันเพื่อทำความตกลงให้มีการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่มีมาตรฐานเดียวกัน การรวมตัวกันของนานาประเทศนี้ทำให้เกิดการจัดทำอนุสัญญานับหนึ่งนั่น คือ อนุสัญญากรุงเบอร์น์ว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) ในปี ค.ศ.1886 ซึ่งอนุสัญญาดังกล่าวเกิดจากการที่ Société des gens de lettres และ Association Littéraire et Artistique Internationale และจาก Boersen-verein der deutschen Buchhändler ได้ร่วมกันผลักดันในระหว่างที่มีการประชุม International congress ของ ALAI ที่กรุงโรม เมื่อปี ค.ศ. 1882 แนวความคิดของอนุสัญญานี้คือให้ความคุ้มครองผู้สร้างสรรค์ไม่ว่าผู้สร้างสรรค์จะมีสัญชาติใดที่ได้สร้างสรรค์อันมีการโฆษณาในประเทศภาคี ก็จะได้รับคามคุ้มครองสิทธิใน

ประเทศภาคีอื่นเช่นเดียวกับผู้สร้างสรรค์ซึ่งมีสัญชาติของประเทศภาคีนั้นเองโดยไม่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขหรือแบบพิธีใดโดยประเทศที่ร่วมลงนามในความตกลงนี้มี 10 ประเทศด้วยกัน¹

อนุสัญญากรุงเบอร์น์มีการแก้ไขหลายครั้งเพื่อให้สอดคล้องและรองรับกับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไปว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) ได้เสร็จสมบูรณ์เมื่อวันที่ 9 กันยายน ค.ศ. 1886 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 5 ธันวาคม ค.ศ. 1889 ซึ่งต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมดังนี้

วันที่ 4 พฤษภาคม ค.ศ. 1986 ได้มีการเพิ่มเติม ณ กรุงปารีส มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1987

วันที่ 13 พฤศจิกายน ค.ศ. 1908 ได้มีการแก้ไข ณ กรุงเบอร์ลิน มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1910

วันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1914 ได้มีการพิธีสารเพิ่มเติม ณ กรุงเบอร์ลิน มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 20 เมษายน ค.ศ. 1915

วันที่ 2 มิถุนายน ค.ศ. 1928 ได้มีการแก้ไข ณ กรุงโรม มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 สิงหาคม ค.ศ. 1931

วันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1948 ได้มีการแก้ไข ณ กรุงบรัสเซล มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 สิงหาคม ค.ศ. 1915

วันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 1967 ได้มีการแก้ไข ณ กรุงสต็อกโฮล์ม

วันที่ 24 กรกฎาคม ค.ศ. 1971 ได้มีการแก้ไข ณ กรุงปารีส มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม ค.ศ. 1974² ซึ่งการแก้ไขในครั้งนี้ทำให้เกิดเกณฑ์มาตรฐานการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศที่กำหนดให้ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกยอมรับและปฏิบัติตามดังที่ได้กำหนดไว้ใน Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs)³

¹ พัทธา พรหมเพชร. (2561). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในเสียงขับร้อง และเสียงขับร้องที่ถูกดัดแปลงในยุคคลิจิตัล*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต กลุ่มวิชากฎหมายธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 6-7.

² จักกฤษณ์ ควรพจน์. (2555). *กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้า*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 68.

³ TRIPS Agreement. Article 9.

อนุสัญญาสัญญากรุงเบอร์นเป็นข้อตกลงพหุภาคีที่เกี่ยวกับลิขสิทธิ์ที่เก่าแก่ที่สุดและถือว่าเป็นแม่บทของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ได้รับการยอมรับให้เป็นหลักสากลในการที่นานาประเทศจะยึดถือและปฏิบัติตามเป็นบรรทัดฐานอนุสัญญากรุงเบอร์นประกอบด้วยบทบัญญัติสองส่วนใหญ่ ๆ ได้แก่ บทบัญญัติทางสารบัญญัติและบทบัญญัติทางบริหารและโครงสร้างซึ่งบทบัญญัติทางสารบัญญัตินี้ ยกตัวอย่างเช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับประเภทของงานลิขสิทธิ์ วิธีการคุ้มครองลิขสิทธิ์ อายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ เป็นต้น ส่วนบทบัญญัติทางบริหารและโครงสร้าง ยกตัวอย่างเช่น การบริหารงานของสหภาพ การใช้บังคับอนุสัญญาต่อประเทศสมาชิก เป็นต้น นอกจากนี้ในส่วนของบทบัญญัติทางสารบัญญัติสามารถแยกได้อีกสองประเภท คือ บทบัญญัติที่ใช้บังคับโดยทั่วไปได้แก่หลักเกณฑ์ที่กำหนดเพื่อให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพโดยประเทศภาคีสมาชิกต้องบัญญัติกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับบทบัญญัติประเภทนี้ ส่วนอีกประเภทหนึ่ง ได้แก่ บทบัญญัติที่ให้อำนาจประเทศที่พึงให้ความคุ้มครองได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองเอง⁴

หลักการที่สำคัญของอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับงานอันมีลิขสิทธิ์ ได้แก่ หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (The principle of national treatment) หลักการกำหนดสิทธิขั้นต่ำ (The principle minimum rights) และหลักการคุ้มครองโดยไม่มีรูปแบบ (The principle of automatic protection and absence of formalities) ซึ่งหลักการสำคัญทั้งสามประการดังกล่าวข้างต้น สามารถแยกอธิบายได้ ดังนี้

หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National treatment) หลักการนี้ถือว่าเป็นหลักการที่มีความสำคัญประการหนึ่ง ซึ่งอนุสัญญากรุงเบอร์นได้นำหลักนี้มาเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีการใช้มาก่อนในอนุสัญญากรุงปารีส หลักการนี้เป็นหลักการที่คนชาติได้สร้างสรรค์งานและได้รับความคุ้มครองสิทธิและเป็นชาติในประเทศภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญากรุงเบอร์นก็ต้องให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ของคนในประเทศภาคีสมาชิกอนุสัญญากรุงเบอร์นเช่นเดียวกับที่ให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ของคนในชาติของตนถือเป็นการให้ความคุ้มครองซึ่งกันและกัน ถึงแม้ว่าอนุสัญญากรุงเบอร์นได้มีการแก้ไขหลายครั้งแต่ก็ยังคงหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้

หลักการกำหนดสิทธิขั้นต่ำ (Minimum rights) หลักการนี้เป็นหลักการที่อนุสัญญากรุงเบอร์นได้กำหนดไว้เป็นสิทธิขั้นต่ำของประเทศที่อยู่ภายใต้ภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์นซึ่งเป็นภาคี

⁴ Claude Masouye. (1978). *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*. World Intellectual Property Organisation (WIPO). p.8.

สมาชิกประเทศนั้นจะต้องบัญญัติกฎหมายภายในของประเทศของตนโดยสิทธิต่าง ๆ ภายในกฎหมาย จะต้องไม่ต่ำกว่าข้อกำหนดที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเบอร์ลินและสามารถให้ความคุ้มครองที่สูงกว่าได้แต่อย่างไรก็ตามต้องให้ความคุ้มครองแก่คนชาติที่เป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญากรุงเบอร์ลินเช่นเดียวกันกับที่ให้ความคุ้มครองภายในประเทศของตน

หลักการคุ้มครองโดยไม่มีรูปแบบ (Protection without formalities) หลักการนี้เป็นข้อบัญญัติที่ได้บัญญัติขึ้นมาจากการแก้ไขอนุสัญญากรุงเบอร์ลินที่มีการแก้ไข ณ กรุงเบอร์ลิน ค.ศ. 1908 ซึ่งในหลักการนี้หมายถึงการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับงานทางวรรณกรรมและศิลปกรรมจะต้องได้รับความคุ้มครองโดยอัตโนมัติโดยปราศจากแบบพิธีกล่าวคือเมื่อมีการสร้างสรรค์งานขึ้นก็จะได้รับความคุ้มครองทันทีโดยไม่ต้องจดทะเบียนแต่อย่างใด⁵

ในอนุสัญญากรุงเบอร์ลินได้กล่าวถึงเงื่อนไขของการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไว้ว่างานที่ทำนั้นต้องเป็นงานที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ด้วยตนเองหรือมาจากการสร้างสรรค์โดยใช้ความวิริยะ อุตสาหะ จึงจะได้รับความคุ้มครองแต่อย่างไรก็ตามในอนุสัญญากรุงเบอร์ลินก็ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ไว้ชัดเจนนักแต่ได้มีการให้คำนิยามแนวคิดเรื่องการคุ้มครองการแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of idea) แต่ไม่คุ้มครองความคิด (Idea)⁶ ได้มีกล่าวไว้ในอนุสัญญากรุงเบอร์ลินได้กล่าวไว้ในทำนองว่าการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้นควรให้ความคุ้มครองในการแสดงออกซึ่งความคิดแต่ไม่ให้ความคุ้มครองในส่วนที่เป็นความคิด แนวคิด กระบวนการทางความคิดหรือแนวคิดในทางคณิตศาสตร์

งานสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามประเภทของงานสร้างสรรค์ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเบอร์ลินนั้นจะต้องเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีการริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้นเองซึ่งหลักการริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้นเองนี้แสดงให้เห็นว่างานสร้างสรรค์นั้นจะต้องเกิดขึ้นโดยการมีส่วนร่วมของบุคคล

⁵ จักกฤษณ์ วรรณพงษ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 70.

⁶ Berne convention Article 2(1) The expression “literary and artistic works” shall include every production in the literary, scientific and artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression, such as books, pamphlets and other writings; lectures, addresses, sermons and other works of the same nature; dramatic or dramatico-musical works; choreographic works and entertainments in dumb show; musical compositions with or without words; cinematographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to cinematography; works of drawing, painting, architecture, sculpture, engraving and lithography; photographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to photography; works of applied art; illustrations, maps, plans, sketches and three-dimensional works relative to geography, topography, architecture or science.

และความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ อย่างไรก็ตามอนุสัญญากรุงเบอร์น์มิได้กำหนดหลักการหรือ บทบัญญัติที่ชัดเจนในส่วนที่เกี่ยวกับการริเริ่มสร้างสรรค์ทำให้ประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกสามารถ เลือกที่จะกำหนดความแตกต่างของระดับการสร้างสรรค์และหลักการของการสร้างสรรค์ที่แตกต่าง กันได้ซึ่งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี งานสร้างสรรค์นั้นจะต้องเป็นงานที่สร้างขึ้น โดยมิได้ลอกเลียนงานของผู้อื่นและต้องเป็นงานที่ใช้ทักษะความสามารถมากระดับหนึ่ง แต่สำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรงานสร้างสรรค์นั้นจะต้องสะท้อนถึงลักษณะ เฉพาะตัวของผู้สร้างสรรค์ สังเกตได้ว่าระบบนี้ให้ความสำคัญกับตัวผู้สร้างสรรค์เป็นอย่างมาก แนวคิดในการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์นี้ได้ถูกวางบรรทัดฐานและจุดที่ให้ความสำคัญที่ แตกต่างกัน ทำให้ระดับความคุ้มครองในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน เพราะฉะนั้นงาน สร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในประเทศหนึ่งอาจไม่ได้รับความคุ้มครองในอีกประเทศ หนึ่งก็ได้⁷

2.1.2 ความตกลงทริปส์ (1994)

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) หรือความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) เป็นความตกลงฉบับแรกที่ประกันการให้ความคุ้มครองในระดับสูงแก่เทคโนโลยีทุกสาขา ซึ่งก่อนหน้านี้ เหล่าประเทศกำลังพัฒนาไม่ได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเท่าใดนักแต่ก็ จำเป็นต้องยอมรับความตกลงทริปส์ เนื่องจากต้องการเข้าร่วมในองค์การการค้าโลก กล่าวคือ องค์การการค้าโลกได้กำหนดเงื่อนไขของการเข้าเป็นภาคีสมาชิกว่าประเทศเหล่านั้นต้องยอมรับ กฎระเบียบและเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ได้กำหนดไว้ในองค์การการค้าโลก ซึ่งการให้การยอมรับความ ผูกพันตามความตกลงทริปส์ ก็เป็นหนึ่งในเงื่อนไขของการเข้าสู่องค์การการค้าโลก เหตุผลที่เหล่า ประเทศกำลังพัฒนาไม่ได้ให้ความสำคัญกับความตกลงทริปส์เพราะความตกลงทริปส์ถือเป็นความ ตกลงที่สวนกระแสกับความต้องการของประเทศกำลังพัฒนาโดยส่วนใหญ่ประเทศกำลังพัฒนาต่าง ต้องการที่มีเสรีภาพในอันที่จะกำหนดนโยบายเกี่ยวกับเทคโนโลยี แต่ด้วยผลของความตกลงทริปส์ จะมีลักษณะที่มีผลเป็นการลดทอนและจำกัดเสรีภาพในการกำหนดนโยบายด้านทรัพย์สินทาง ปัญญาและการถ่ายทอดเทคโนโลยี เนื่องจากมีข้อจำกัดต่าง ๆ ทำให้มีค่าใช้จ่ายที่ประเทศกำลัง

⁷ ชมพูนุท สติตย์เสมากุล. (2554). *ปัญหาการคุ้มครองลักษณะท่าทางของพิธีกรรมตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ. หน้า 92.

⁸ ศูนย์ฝึกอบรมทรัพย์สินทางปัญญา. (2560). *แนวคิดของเรื่องงานที่เกิดจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยตนเอง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก <http://iptraining.moc.go.th> [2560, 19 กรกฎาคม]

พัฒนาจำเป็นต้องยอมสูญเสีย อย่างไรก็ตาม ประเทศเหล่านี้จำเป็นต้องยอมรับความตกลงทริปส์ เพื่อแลกกับการที่จะมีโอกาสได้เข้าร่วมในองค์การการค้าโลกที่มีความสำคัญและมีบทบาทมากที่สุดในโลกยุคปัจจุบัน เพื่อจะได้ใช้โอกาสนี้เป็นบันไดสู่ความเติบโตและความก้าวหน้าทางของอุตสาหกรรมการส่งออกของประเทศ⁹

เมื่อประเทศต่าง ๆ ต้องเข้าไปเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลกหรือที่รู้จักในชื่อ WTO ซึ่งก่อนหน้านี้จะมาเป็นองค์การการค้าโลกหรือWTO นั้น เป็นความตกลงที่ว่าด้วยภาษีการค้า ชื่อว่า The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) จนกระทั่งได้มีการพัฒนามาเป็น WTO ในที่สุด

ความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) เป็นความตกลงที่ให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศที่ชัดเจนกว่าอนุสัญญากรุงเบอร์น โดยอนุสัญญานี้ได้มุ่งเน้นการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ถือว่าความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) นี้ เป็นความตกลงที่ให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ชัดเจนมาก ซึ่งความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) มีลักษณะที่สำคัญ ดังนี้

ประการแรก กำหนดให้ประเทศที่เป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลกหรือWTO ต้องกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับมาตรฐานขั้นต่ำเกี่ยวกับการใช้และการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

ประการที่สอง การบังคับใช้กฎหมายทั้งทางแพ่งและทางอาญา ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกหรือWTO จะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน

ประการที่สาม จัดวิธีการควบคุม การได้มารวมทั้งการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้มาด้วย

ประการสุดท้าย ขจัดความขัดแย้งระหว่างข้อตกลง The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) และ WTO ที่อาจจะเกิดขึ้น

ในความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) นี้ ได้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิข้างเคียงโดยระบุไว้ใน Article 14 ข้อ 2 ซึ่งเป็นการคุ้มครองสิทธิของนักแสดง ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงและองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพซึ่งได้ระบุให้ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง มีสิทธิที่จะอนุญาตหรือห้ามมิให้ผู้ใดทำซ้ำซึ่ง

⁹ จักรกฤษณ์ วรรณพจน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 77.

งานของตน¹⁰ ซึ่งประเทศต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรปหรือประเทศแถบเอเชียหรือประเทศอื่น ๆ ที่ได้เข้าเป็นสมาชิก WTO ก็ต้องยอมรับพันธกรณีว่าด้วยความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) ด้วยเช่นกัน

สำหรับการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ความตกลงทริปส์ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับงานอันมีลิขสิทธิ์ที่สำคัญไว้สองประการ ได้แก่ การไม่คุ้มครองความคิดและงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งหลักการพื้นฐานของกฎหมายลิขสิทธิ์ คือ การให้ความคุ้มครองการแสดงออกซึ่งความคิด แต่ไม่คุ้มครองความคิดโดยในความตกลงทริปส์ได้บัญญัติถึงหลักดังกล่าวไว้ในข้อ 9 (2) ว่า“การคุ้มครองลิขสิทธิ์จะครอบคลุมถึงการแสดงออก แต่ไม่รวมถึงความคิด กรรมวิธี วิธีปฏิบัติหรือแนวคิดทางคณิตศาสตร์”โดยบทบัญญัติในข้อนี้สอดคล้องกับหลักพื้นฐานของกฎหมายลิขสิทธิ์และสามารถนำไปใช้ได้กับงานอันมีลิขสิทธิ์ทุกประเภทกล่าวคือ เพียงแค่งานนั้นเป็นงานที่แสดงออกซึ่งความคิด ไม่ใช่เป็นเพียงความคิดที่เป็นนามธรรม ก็จะได้รับ ความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ การแสดงออกซึ่งความคิด คือ การที่ผู้สร้างสรรค์ได้ถ่ายทอดแนวคิดที่มีอยู่ภายในจิตใจให้ออกมาเป็นนามธรรม โดยได้ทำการเติมแต่งรูปแบบ ลักษณะ หรือส่วนประกอบอื่น ๆ ลงไปในความคิดนั้น ทั้งนี้ การแสดงออกซึ่งความคิดนั้นต้องอาศัยความรู้ ความชำนาญ ทักษะ จินตนาการของผู้สร้างสรรค์ ดังนั้น เมื่อใดก็ตามที่ผู้สร้างสรรค์ได้ถ่ายทอดความคิดที่อยู่ในใจออกมา รูปแบบการแสดงออกนั้นก็จะได้ รับความคุ้มครองตามกฎหมาย¹¹

จากการศึกษาข้างต้นความตกลง ทริปส์ไม่ได้กำหนดว่าการสร้างสรรค์งานสร้างสรรค์ใด ๆ จะต้องมีหลักเกณฑ์อย่างไรจึงจะถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครอง มีเพียงการให้ความคุ้มครองความคิดสร้างสรรค์ที่ได้แสดงออกมาเป็นรูปธรรม แต่ไม่คุ้มครองสิ่งที่เป็นเพียงความคิดสร้างสรรค์ที่ไม่ได้แสดงออกมาเป็นเป็นเพียงนามธรรมและการจะให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นมีได้มีแบบวิธีการใดเพียงแต่การแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์เท่านั้นก็ถือเป็นการได้ลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์นั้นโดยอัตโนมัติ รวมไปถึงในเรื่องการเป็นผู้สร้างสรรค์ ซึ่งต้องมีความคิดริเริ่มด้วยตนเอง(Originality) ในความตกลงทริปส์ ก็มีได้มีกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ถือเป็นเรื่องของการกำหนดหลักเกณฑ์ของภายในแต่ละประเทศว่าต้องการจะให้หลักเกณฑ์ ความคิดริเริ่มด้วยตนเอง (Originality) มีกำหนดไว้อย่างไร

¹⁰ TRIPs Agreement, Article 14 section 2 Producers of phonograms shall enjoy the right to authorize or prohibit the direct or indirect reproduction of their phonograms.

¹¹ จักรกฤษณ์ ควรวจน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 77.

2.1.3 กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหภาพยุโรป (EU Directive)

Eu Directive เป็นหลักเกณฑ์ที่สหภาพยุโรปจะพยายามนำมาใช้เพื่อเป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นกลางในการใช้ในเรื่องลิขสิทธิ์เป็นหลักเกณฑ์ที่มีการบัญญัติขึ้นให้สอดคล้องกับยุคสมัยใหม่ซึ่งมีเทคโนโลยีก้าวหน้าซึ่งหลักเกณฑ์นี้ไม่ได้มีคำนิยามเกี่ยวกับหลักกฎหมายนี้เป็นที่ชัดเจนในกฎหมายลิขสิทธิ์ของสมาชิกสหภาพยุโรปในแต่ละประเทศมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหลักกฎหมายลิขสิทธิ์เป็นของตนเองจึงเป็นการยากที่ประเทศในสหภาพยุโรปจะยอมรับหลักเกณฑ์ของ EC Directive มาปรับใช้กับหลักเกณฑ์ของประเทศตนเองและหลักเกณฑ์ "The author's own intellectual creation"¹² ซึ่งอาจเป็นมาตรฐานในการให้ความคุ้มครองงานทุกประเภทในทางลิขสิทธิ์และการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อพิจารณาว่างานใดมีความคิดริเริ่ม (Originality) ที่สมควรจะให้ความคุ้มครองในทางลิขสิทธิ์ซึ่งในการศึกษาในบทนี้จะเป็นการศึกษาเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ Originality ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์และฐานข้อมูล (Database)¹³

The author's own intellectual creation

ลิขสิทธิ์ คุ้มครองการสร้างสรรค์งานหลากหลายประเภท ตั้งแต่วรรณกรรม วิทยาศาสตร์ และศิลปะ ไม่เพียงแต่ครอบคลุมการสร้างสรรค์ทางวัฒนธรรม เช่น ผลงานวรรณคดี ดนตรี ละคร ภาพยนตร์ ภาพถ่ายและศิลปะ แต่ยังครอบคลุมไปถึงประเภทงานเฉพาะด้าน เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ฐานข้อมูล อุตสาหกรรมการออกแบบและงานศิลปะประยุกต์อีกด้วย

เกณฑ์ความเป็นต้นฉบับของกฎหมายลิขสิทธิ์มิได้มีมาตรฐานสูงในการเข้าถึง เช่น ตัวอย่างกฎหมายกรณีล่าสุดของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (CJEU) ยืนยันว่าลิขสิทธิ์ครอบคลุมเนื้อหาที่เป็นต้นฉบับที่เป็น “การสร้างสรรค์ทางปัญญาของผู้สร้างสรรค์” (อ้างอิงจาก Infopaq International ปี 2009 วรรคที่ 37 Bezpečnostní softwarová asociace ปี 2010 วรรคที่ 46 Football Association Premier League¹⁴ ปี 2011 วรรคที่ 97 Painer ปี 2011 วรรคที่ 87 Football Dataco ปี

¹² J.A.L. Sterling II.b. (2008). *World copyright law*. London: Sweet & Maxwell. P.373.

¹³ Article 3(1) of Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases (OJ 1996 L 77, p. 20) provides: 'In accordance with this Directive, databases which, by reason of the selection or arrangement of their contents, constitute the author's own intellectual creation shall be protected as such by copyright. No other criteria shall be applied to determine their eligibility for that protection.'

¹⁴ Joined Cases C-403/08 and C-429/08 Football Association Premier League Ltd v. Karen Murphy (CJEU, Grand Chamber, 4 October 2011).

2012 วรรคที่ 37 และ SAS ปี 2012 วรรคที่ 45) ซึ่งหมายความว่าอาจจะไม่มีหลักเกณฑ์อื่นใดที่สามารถนำมาประยุกต์ใช้ในการพิจารณาคุณสมบัติในการคุ้มครองเนื้อหาดังกล่าวได้ ในกรณีศึกษาของ Maria Painer¹⁵ ศาลได้ขยายความว่าการสร้างสรรค์ทางปัญญาจะเป็นของผู้คิดค้น “ก็ต่อเมื่อผลงานเหล่านั้นสะท้อนให้เห็นถึงตัวตนของผู้คิดค้น” และในกรณีที่ “หากผู้สร้างสรรค์สามารถแสดงความสามารถที่สร้างสรรค์ในการที่จะได้รับความคุ้มครองในทางลิขสิทธิ์โดยการสร้างสรรค์งานโดยใช้ตัวเลือกที่เป็นอิสระและสร้างสรรค์” (ปี 2011 วรรคที่ 88 - 89) กรณีศึกษาของ Football Dataco¹⁶ ได้กล่าวซ้ำและเน้นย้ำเหตุผลนี้อีกครั้งหนึ่งว่าการสร้างสรรค์ทางปัญญาให้เป็นต้นฉบับนั้น ผู้คิดค้นจะต้องประทับตรา ความเป็นตัวตนเฉพาะ (The author's own intellectual creation)¹⁷ ลงไปในผลงานสร้างสรรค์โดยการสร้าง ตัวเลือกที่เป็นอิสระและสร้างสรรค์ (Creativity) ในระหว่างกระบวนการสร้างสรรค์เหล่านั้น (ปี 2012 วรรคที่ 38)

สำหรับผู้อ่านที่ไม่มีความรู้ทางด้านกฎหมายลิขสิทธิ์อาจจะเข้าใจผิดได้จากการสื่อสารทางภาษาของ CJEU ที่ทำให้เห็นว่าการพิจารณาการเป็นผู้สร้างสรรค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น ไม่สามารถที่จะทำให้ผู้สร้างสรรค์ทุกคนจะมีลิขสิทธิ์ในงานของตนเองได้ทั้งหมดจากการอ้างอิงต่างๆ ที่กล่าวถึง ตัวตนของผู้คิดค้น (The author's own intellectual creation) ความสามารถในการสร้างสรรค์ (Creativity) และตัวเลือกที่เป็นอิสระและสร้างสรรค์ ซึ่งให้เห็นว่าความคิดสร้างสรรค์ที่สามารถบ่งบอกถึงตัวตนอันชัดเจนของผู้สร้างสรรค์ซึ่งมีคุณสมบัติที่จะได้รับการคุ้มครองทางลิขสิทธิ์โดยไม่ใช้ในกรณีต่อไปนี้ Eva-Maria Painer case แสดงให้เห็นว่าลิขสิทธิ์สามารถนำไปใช้ได้อย่างกว้างขวางกับงานสร้างสรรค์ที่หลากหลายและไม่จำเป็นต้องมีเอกลักษณ์เฉพาะ เช่น รูปถ่ายบุคคลากรในโรงเรียนซึ่งแท้จริงแล้วไม่สามารถแยกออกว่าเป็นบุคคลใดได้และไม่จำเป็นต้องรู้ว่าเป็นคนในภาพนั้นชื่อว่าอะไร CJEU กลับพบว่าการสร้างสรรค์ถ่ายภาพดังกล่าวอาจเกี่ยวข้องกับ “ตัวเลือกที่เป็นอิสระและสร้างสรรค์” ซึ่งนั่นเพียงพอที่จะพิจารณาว่าเป็นผลงานสร้างสรรค์ทางปัญญาของช่างภาพแล้ว (ปี 2011 วรรคที่ 93) จากกรณีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าในความเป็นจริงแล้ว คำต่าง ๆ ที่จะนิยามหลักเกณฑ์ความเป็นตัวตนของผู้สร้างสรรค์ (The author's own intellectual creation) ไม่ได้มีหลักเกณฑ์ที่มีความชัดเจน

CJEU มีการพิจารณาในการกำหนดมาตรฐานของกฎหมายลิขสิทธิ์เกี่ยวกับความเป็นต้นฉบับและสร้างแนวคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับงานลิขสิทธิ์ทั่วทั้งสหภาพยุโรปนั้น เป็นเรื่องที่

¹⁵ Case C-145/10 Eva-Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH (CJEU, Third Chamber, 1 December 2011).

¹⁶ Case C-604/10 Football Dataco & others v. Yahoo! UK & others (CJEU, Third Chamber, 1 March 2012).

¹⁷ Mireille van Eechoud, (Amsterdam University Press B.V, Amsterdam, 2014 “The Work of Authorship.

สามารถทำได้ยาก จนกระทั่ง ได้มีคำตัดสินของศาลสหภาพยุโรป Infopaq International¹⁸ ในปี ค.ศ. 2009 จากที่เคยมีคนคิดว่ามาตรฐานของความเป็นต้นฉบับและคำจำกัดความในประเด็นของลิขสิทธิ์นั้นไม่สอดคล้องกัน เนื่องจากไม่ได้ถูกควบคุมโดยกฎหมายสหภาพยุโรป หากแต่เป็นอำนาจกฎหมายเฉพาะของแต่ละประเทศ ดังนั้น การจัดจำแนกของ CJEU เกี่ยวกับแนวทางการทำงานจึงมีความสำคัญสำหรับประเทศสมาชิกที่มีการนำกฎเกณฑ์ตามคำพิพากษาของศาลมาใช้ ตัดสินว่าผลงานสร้างสรรค์นั้นมีคุณสมบัติเพียงพอที่จะได้รับลิขสิทธิ์หรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น สหราชอาณาจักร เป็นต้น (Alexander ปี 2009 Derclaye ปี 2010 Griffiths ปี 2011) จากความพยายามที่จะรวมมาตรฐานความเป็นต้นฉบับเข้าด้วยกันของ CJEU นี้ อาจต้องมีการกำหนดกฎเกณฑ์ข้อบังคับของประเทศต่าง ๆ ขึ้นใหม่เพื่อให้เข้ากันกับการพิจารณาหลักเกณฑ์ “ความคิดสร้างสรรค์ทางปัญญาของผู้สร้างสรรค์” (The author’s own intellectual creation) ทั้งนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎเกณฑ์ระดับชาติจะต้องปฏิบัติตาม หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับ “ตัวเลือกที่เป็นอิสระและสร้างสรรค์” ซึ่ง CJEU ได้กำหนดพื้นฐานของการพิจารณา “ความคิดสร้างสรรค์ทางปัญญาของผู้คิดค้น” ไว้แล้ว การที่เกณฑ์ความเป็นต้นฉบับได้เน้นย้ำว่าการสร้างสรรค์โดยต้องมีความเป็นตัวตนของผู้คิดค้นว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญ ทำให้การพิจารณานี้ขึ้นอยู่กับตัวผู้สร้างสรรค์เป็นสำคัญ

นอกจากนั้น ยังมีคำถามว่าการพิจารณา “ความคิดสร้างสรรค์ทางปัญญาของผู้สร้างสรรค์” เป็นมาตรฐานที่เหมาะสมในการกำหนดคุณสมบัติของการคุ้มครองผลงานร่วมหรือไม่ หากว่าตัวเลือกที่อิสระและสร้างสรรค์นั้นขึ้นอยู่กับอิสระส่วนบุคคลเป็นหลัก ดังนั้น ตัวเลือกที่เป็นอิสระและสร้างสรรค์จะรวมถึงผลงานที่ประเมินว่ามาจากการสร้างสรรค์ร่วมกัน เช่น ผลงานที่สร้างสรรค์ผ่านสังคมออนไลน์ต่าง ๆ (รวมถึงงานศิลปะ ซอฟต์แวร์หรือสารานุกรมต่าง ๆ) หรือไม่ หรือนับรวมเพียงแค่ผลงานที่เป็นของผู้คิดค้นหลักหรือตัวเลือกที่สร้างสรรค์โดยเฉพาะบุคคลเท่านั้น ความเชื่อมโยงดูเหมือนจะมีน้อยลงระหว่างผลงานและผู้สร้างสรรค์ผลงานและยิ่งดูเหมือนยากที่จะประยุกต์ใช้กับการพิจารณา “ความคิดสร้างสรรค์ทางปัญญาของผู้สร้างสรรค์” ที่ CJEU ได้ให้คำนิยามไว้ในขณะนี้

เนื่องจาก “ตัวเลือกที่เป็นอิสระและสร้างสรรค์” นั้นกลายเป็นปัจจัยหลักที่ใช้บ่อยครั้งในการตัดสินในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ เพราะฉะนั้นนี่คือเวลาที่เหมาะสมในการศึกษาข้อจำกัดของการทดสอบ “ความคิดสร้างสรรค์ทางปัญญาของผู้คิดค้น” การกำหนดมาตรฐานของความเป็น

¹⁸ Case C-5/08 Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening [2009] ECR I-6569.

ต้นฉบับ ทำให้สำเร็จได้ไม่ยาก แม้แต่งานที่เกิดจากความสร้างสรรค์อยู่ในระดับที่ยอมรับได้ก็มีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองเพราะฉะนั้นต้องมีการทำความเข้าใจให้มากขึ้นแม้เพียงเล็กน้อยเกี่ยวกับการทดสอบ “ความคิดสร้างสรรค์ทางปัญญาของผู้สร้างสรรค์” ว่าทำหน้าที่อย่างไรในกฎหมาย ดังที่กล่าวมาข้างต้นเพื่อการศึกษาโดยละเอียดต่อไป

ในหลักเกณฑ์ของ EC Directive ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่มีความสอดคล้องกับยุคสมัยได้มีตัวอย่างคดี Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening¹⁹ ซึ่งเป็นกรณีการพิจารณาคดีในยุคสมัยปัจจุบันซึ่งมีเทคโนโลยีในยุคใหม่เข้ามาเกี่ยวข้อง

Infopaq คือธุรกิจตรวจสอบและวิเคราะห์ข้อมูลทางสื่อที่มีส่วนร่วมในการส่งบทความให้ลูกค้าที่ได้รับการเลือกจะส่งให้โดยบทความมาจากการสรุปจากหนังสือพิมพ์รายวันของเดนมาร์กและวารสารอื่น ๆ ทางอีเมล บทความดังกล่าวลูกค้าจะเป็นคนกำหนดให้ infopaq ค้นหาและรวบรวมบทความที่ต้องการและจัดทำโดยกระบวนการรวบรวมข้อมูล

Danske Dagblades Forening (DDF) คือ สมาคมหนังสือพิมพ์รายวันของเดนมาร์กได้ช่วยเหลือสมาชิกที่มีปัญหาเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ DDF ทราบว่าinfopaq กำลังพิจารณาและรวบรวมบทความจากหนังสือพิมพ์เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า

Infopaq ได้ทำการสแกนและคัดลอกคำ 11 คำออกมาจากประโยคเต็มบนหน้าหนังสือพิมพ์เป็นข้อความสั้น ๆ โดยครั้งแรกได้ทำการค้นหาและคัดลอกคำจำนวนหนึ่งคำและตามด้วยการค้นหาและคัดลอกอีก 5 คำ ครั้งที่สองได้ทำสแกนและคัดลอกข้อความอีกคำจึงรวมทั้งหมดกลายเป็น 11 คำ ขั้นตอนการบันทึกข้อมูลประกอบด้วย 5 ขั้นตอน ขั้นตอนแรก สิ่งพิมพ์จะถูกบันทึกด้วยมือในฐานข้อมูลการลงทะเบียนอิเล็กทรอนิกส์ ขั้นตอนที่สอง สิ่งพิมพ์จะถูกสร้างไฟล์ TIFF (รูปแบบไฟล์ภาพติดเท็ก) ที่สร้างขึ้นสำหรับแต่ละหน้าและเมื่อการพิจารณาเสร็จสิ้น ไฟล์ TIFF จะถูกโอนย้ายไปยังเซิร์ฟเวอร์ OCR (Optical Character Recognition) ขั้นตอนที่สามเซิร์ฟเวอร์ OCR แปลงไฟล์ TIFF เป็นข้อมูลที่สามารถประมวลผลแบบดิจิทัลได้ในระหว่างกระบวนการนั้นภาพของแต่ละตัวอักษรจะถูกแปลงเป็นอักขระซึ่งจะเป็นการบอกให้คอมพิวเตอร์ทราบว่าเป็นตัวอักษรชนิดใด กระบวนการ OCR จะเสร็จสิ้นเมื่อได้ลบไฟล์ TIFF ที่ ขั้นตอนี่ 4 ไฟล์ข้อความได้รับการประมวลผล เพื่อค้นหาคำที่กำหนดไว้ก่อนและเพื่อให้ง่ายต่อการค้นหา เมื่ออ่านบทความคำคำที่มา ก่อนและหลังคำค้นหาจะถูกบันทึก ในตอนท้ายของกระบวนการไฟล์ข้อความจะถูกลบออก

¹⁹ Wikipedia. (2019). *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening*. (Online). Available: https://en.m.wikipedia.org/wiki/Infopaq_International_A/S_v_Danske_Dagblades_Forening [2560,1กรกฎาคม]

ขั้นตอนที่ 5 ในตอนท้ายของกระบวนการบันทึกข้อมูล จะพิมพ์ป้อนออกจากหน้าเว็บทั้งหมดที่มีการค้นหาคำที่เกี่ยวข้อง

การดำเนินการในทางคดี

Infopaq ได้แย้ง คำฟ้องร้องของDDF ว่าขั้นตอนดังกล่าวต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของและดำเนินการกับ DDF ก่อน ØstreLandsret (Eastern Regional Court) อ้างว่าควรจะต้องให้ DDF รับทราบว่าInfopaqมีสิทธิ์เพื่อใช้ขั้นตอนดังกล่าวข้างต้นในเดนมาร์กโดยไม่ต้องขอความยินยอมจาก DDFหรือสมาชิกของDDF หลังจากที่ ØstreLandsret ยกเลิกการดำเนินการดังกล่าว Infopaqได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลรัฐ Højesteret ซึ่งเป็นศาลสูงของเดนมาร์กคู่กรณีไม่เห็นด้วยแม้ว่าจะมีการการทำสำเนาตามข้อ 2 ของคำสั่ง 2001/29 รวมทั้งว่าถ้าหากมีการการทำสำเนา พระราชบัญญัติที่เป็นปัญหาจะได้รับการยกเว้นจากสิทธิในการทำสำเนาที่บัญญัติไว้ในข้อ 5 (1) ของคำสั่งนั้นศาล Højesteret ได้ส่งข้อพิพาทไปยังศาลยุติธรรมในยุโรปแล้ว 13 ข้อ ข้อแรกคือ ถ้าการจัดเก็บและการพิมพ์ในภายหลังจากต้นฉบับที่เป็นส่วนที่คัดลอกคำ 11 คำจากบทความในหนังสือพิมพ์รายวัน อันประกอบด้วยคำค้นหาทั้งก่อนหน้าและหลังจะถือว่าเป็นการคัดลอกงานสร้างสรรค์อันมีความเป็นตัวตนของผู้สร้างสรรค์ (The author's own intellectual creation)

ในข้อ 2(a) ของ EU Directive 2001/29 ได้ระบุการให้ความคุ้มครองงานสร้างสรรค์โดยผู้สร้างสรรค์จะต้องสร้างสรรค์งานเหล่านั้นโดยมีความเป็นตัวตนของตนเองอยู่ในงานเหล่านั้นด้วย (The author's own intellectual creation) และต้องสะท้อนถึงหลักเกณฑ์ การสร้างสรรค์ด้วยตนเอง (Originality) รวมไปถึงความคิดสร้างสรรค์ด้วย

การคัดลอกโดยการคัด คำ 11 คำออกจากประโยคเต็มจากหน้าหนังสือพิมพ์รายวันแม้จะเป็นการคัดลอกมาเพียงบางส่วนก็ถือว่าเป็นคัดลอกโดยละเมิดลิขสิทธิ์จากงานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองจาก ข้อ 2(a) ของ EU Directive ²⁰ เพราะถือเป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งของประโยคเต็มที่ผู้สร้างสรรค์ได้แสดงถึง ความเป็นตัวตนของผู้สร้างสรรค์เอง (The author's own intellectual creation) เป็นองค์ประกอบสำคัญ

²⁰ Article 2 of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

Member States shall provide for the exclusive right to authorise or prohibit direct or indirect, temporary or permanent reproduction by any means and in any form, in whole or in part:

(a) for authors, of their works;

การคัดลอกคำจากประโยคเต็มบนหน้าหนังสือพิมพ์ 11 คำโดยการคัดลอกและแปลงไฟล์เป็น Database ในทางอิเล็กทรอนิกส์การคัดลอกและทำซ้ำโดยการพิมพ์ออกมาจากข้อมูล Database อิเล็กทรอนิกส์จึงเป็นการทำซ้ำและคัดลอกและเผยแพร่ ซึ่งไม่เป็นการกระทำในลักษณะเป็นความบังเอิญหรือเป็นการชั่วคราวจึงไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตาม ข้อ 5(1)ของEU Directive ²¹จึงเป็นการทำซ้ำและคัดลอกโดยมิได้รับอนุญาตจากผู้สร้างสรรค์เดิมจึงถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

การตัดสินของศาล

ศาลสหภาพยุโรปตัดสินว่าการนำข้อความจำนวนไม่เกิน 11 คำจากบทความต่าง ๆ ในหนังสือพิมพ์ต่าง ๆ มาใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้เขียนบทความจะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ หากเป็นการกระทำไปโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้เขียนตาม ข้อ 5(1) ของ EU Directive ทั้งนี้ เนื่องจากข้อความที่ถูกนำมาใช้นั้น ถือเป็นงานที่เกิดจากการสร้างสรรค์ของผู้เขียนที่ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะในการเขียนงานขึ้นแม้จะเป็นเพียงคำที่แยกออกมาเพียง 11 คำ อย่างไรก็ตาม ศาลสหภาพยุโรปมิได้ชี้ขาดลงไปว่างานดังกล่าวเป็นงานที่มีความเป็นตัวตนของผู้สร้างสรรค์เอง (The author's own intellectual creation)ตามข้อ 2(a) ของ EU Directiveและควรได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์หรือไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากประเด็นดังกล่าวเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ศาลของแต่ละประเทศจะต้องไปพิจารณาตามหลักเกณฑ์และกฎหมายภายในประเทศของตนเอง

ดังนั้น กรณีนี้ชี้ให้เห็นถึงปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์และเทคโนโลยีใหม่รวมไปถึงรูปแบบธุรกิจใหม่โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเกี่ยวข้องกับการรวบรวมเนื้อหาการตัดสินใจครั้งนี้ถือว่ามีความกระทบต่อหลักการพื้นฐานของกฎหมายลิขสิทธิ์สูง สรุปว่ามาตรฐานด้านความคิดริเริ่มของยุโรป ความเป็นตัวตนของผู้สร้างสรรค์เอง (The author's own intellectual creation) มีผลบังคับใช้ไม่เพียงแคในบริบทที่จำกัดซึ่งประยุกต์ในการออกกฎหมายทางด้านซอฟต์แวร์ ภาพถ่ายและฐานข้อมูล แต่

²¹ Article 5 of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

Exceptions and limitations

1) Temporary acts of reproduction referred to in Article 2, which are transient or incidental [and] an integral and essential part of a technological process and whose sole purpose is to enable:

- (a) a transmission in a network between third parties by an intermediary, or
- (b) a lawful use

of a work or other subject-matter to be made, and which have no independent economic significance, shall be exempted from the reproduction right provided for in Article 2.

ทั้งหมดของสนธิสัญญากรุงเบอร์ลิน “งาน” ภายใต้กฎหมายยุโรป ซึ่งการพิจารณาคดีนี้เป็นตัวอย่างที่ดีของการเคลื่อนไหวของกฎหมายในยุคสมัยใหม่แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นล้วนแล้วแต่ กฎหมายลิขสิทธิ์ของแต่ละประเทศที่มีศาลในประเทศต่าง ๆ จะสามารถพิจารณาเรื่องดังกล่าวนี้เองแตกต่างกันออกไป โดยการปรับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ได้มีอยู่ในประเทศของตนเอง

2.2 แนวคิด ทฤษฎีและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์ผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ในสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักร

2.2.1 สหรัฐอเมริกา (USA)

กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา (Copyright Act of 1976) ระบุประเภทของงานที่กฎหมายบัญญัติรับรองว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ มีทั้งหมด 8 ประเภท ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 102 (a)²² ดังนี้

- (1) งานวรรณกรรม
- (2) งานดนตรีกรรม รวมถึงงานประเภทเดียวกัน
- (3) งานละคร รวมถึงงานประเภทเดียวกัน
- (4) งานแสดงโดยวิธีไป้และงานออกแบบทำเต็น
- (5) งานเกี่ยวกับภาพ กราฟฟิกและงานประติมากรรม
- (6) ภาพเคลื่อนไหวและ สอดทัศน์วัสดุอื่น
- (7) การบันทึกเสียงและ
- (8) งานสถาปัตยกรรม

หลักการสำคัญประการหนึ่งของกฎหมายลิขสิทธิ์สหรัฐอเมริกา คือ การคุ้มครองการแสดง ออกซึ่งความคิด (Expression of Idea) ไม่ได้คุ้มครองสิ่งที่เป็นความคิด (Idea)²³ กระบวนการ

²² Copyright Law of the United States § 102 ·Subject matter of copyright: In general 2(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; (7) sound recordings; and (8) architectural works.

กรรมวิธี ระบบ วิธีการทำงาน แนวคิด หลักการหรือการค้นพบดังที่มาตรา 102 (b) ²⁴ได้กำหนดไว้ว่า“... การคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่ครอบคลุมถึงความคิด ขั้นตอน กรรมวิธี ระบบ วิธีใช้หรือทำงาน แนวความคิด หลักการและการค้นพบโดยไม่คำนึงถึงรูปแบบซึ่งได้ถูกบรรยาย อธิบายหรือแสดงให้เห็นหรือเป็นส่วนประกอบในงานนั้น...”

กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาฉบับแรก เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1970 ผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการชักจูงให้สมาชิกองเกรสผ่านกฎหมายลิขสิทธิ์ คือ โนอาห์ เว็บสเตอร์(Noah Webster) ผู้แต่งหนังสือ The American Dictionary of the English Language เขาได้รับการขนานนามว่าเป็นบิดาของกฎหมายลิขสิทธิ์อเมริกัน²⁵ และต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลิขสิทธิ์ในปี ค.ศ. 1831, 1870, 1909 ตามลำดับ ในปี ค.ศ. 1976 ได้มีการแก้ไขครั้งสำคัญของกฎหมายลิขสิทธิ์ และได้มีการแก้ไขอีกครั้งเพื่อรองรับการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์น์ว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและ ศิลปกรรม ค.ศ. 1971 (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic works)

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีการคิดค้นและพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ ๆ อย่างสม่ำเสมอ และมีการพัฒนากฎหมายลิขสิทธิ์อย่างต่อเนื่องและให้มีการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้สร้างขึ้นโดยครอบคลุมไปถึงสิทธิต่าง ๆ ของทรัพย์สินทางปัญญาโดยกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอเมริกา ได้มีกฎหมายพื้นฐานในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่ รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา²⁶(The Constitution of the United States of America) ซึ่งให้อำนาจอธิปไตย (Congress) มุ่งเน้นพัฒนาและผลักดันให้วิทยาศาสตร์ศิลปะที่เป็นประโยชน์ (Useful Arts) ให้มีความก้าวหน้ามากยิ่งขึ้น โดยให้ความเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ทั้งเกี่ยวกับงานเขียนต่าง ๆ

²³ สุรพล คงลาภ. (2562). *การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในสหรัฐอเมริกา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://elib.coj.go.th/Article/intellectual4.pdf>. [2562,8 พฤษภาคม]

²⁴ Copyright Law of the United States § 102 · Subject matter of copyright: In general 2.

In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it.

(b) is described, explained, illustrated, or embodied in such work

²⁵ สุรพล คงลาภ. (2562). *การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในสหรัฐอเมริกา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://elib.coj.go.th/Article/intellectual4.pdf>. [2562,8 พฤษภาคม]

²⁶ สุรพล คงลาภ. (2559). *เรื่องนำรัฐของกฎหมายลิขสิทธิ์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://elib.coj.go.th/Article/05-0007-01.pdf>. [2562,8 พฤษภาคม]

(Writings)และงานค้นพบ (Discoveries) ให้แก่ผู้ประดิษฐ์ (Inventors)และผู้ประพันธ์ (Authors) ภายในเวลาจำกัด ดังนั้น กฎหมายทางอเมริกาจึงได้กำหนดเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ออกมาให้กับเจ้าของที่ถ้า การประดิษฐ์สร้างสรรค์ผลงาน โดยใช้ความคิดของผู้ผลิตผลงานนั้นซึ่งผู้ผลิตจะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในผลงานนั้น²⁷จากความเห็นของศาลสหรัฐอเมริกาได้ตีความและสรุปเงื่อนไขรายละเอียดในการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ไว้ทั้ง 2 ประการ

ประการแรก เป็นหลักความคิดของผู้สร้างสรรค์ (Originality)ของสหรัฐอเมริกาแต่เดิมได้ยึดทฤษฎี “Sweat of the Brow”หรือ“Skill, Labor and Judgment Principle” ในการกำหนดเงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์โดยทฤษฎีดังกล่าวมีสาระสำคัญ คือ หากผู้สร้างงานได้ลงทุนเพื่อสร้างผลงานขึ้นแม้ว่างานที่สร้างขึ้นมานั้นจะไม่มีคุณภาพและได้ใช้ความคิดสร้างสรรค์ไม่เพียงพอต่อผลงานที่สร้างขึ้นรัฐเองก็ยังให้ความคุ้มครองในผลงานนั้นอยู่เพื่อเป็นการตอบแทนการลงทุนที่มีการสร้างสรรค์ผลงานนั้นขึ้นมาต่อมาหลักดังกล่าวได้ถูกยกเลิกไปเพราะปัจจุบันได้มีการพัฒนางานทรัพย์สินทางปัญญาเกิดขึ้นมากมาย ดังนั้น กว่าจะเป็นงานทรัพย์สินทางปัญญาได้นั้นจะต้องเกิดจากแนวความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และเกิดจากความคิดของตัวเองที่เกิดจากประสบการณ์และศึกษาหาความรู้อย่างรอบคอบเพื่อที่จะสร้างผลงานนั้น โดยได้ตีความและระบุเงื่อนไขของหลักความคิดของผู้สร้างสรรค์ไว้ชัดเจนใหม่ว่างานที่จะได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้นต้องมีเงื่อนไขและองค์ประกอบของหลักความคิดของผู้สร้างสรรค์นั้นจะต้องเป็นผลงานที่เกิดขึ้นโดยปราศจากการคัดลอก งานดังกล่าวยังจะต้องมีปริมาณของความคิดสร้างสรรค์ในงานอย่างเพียงพอ คือ งานนั้นจะต้องเกิดจากความคิดของผู้ผลิตผลงานนั้นเป็นส่วนใหญ่และจะต้องเป็นผลงานที่ไม่มีการลอกเลียนแบบเป็นส่วนใหญ่ผลงานนั้นจึงจะเป็นผลงานที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์²⁸

การพิจารณาถึงการสร้างสรรค์งานขึ้นโดยอิสระ (Independent creation) นั้น ศาลในสหรัฐอเมริกาได้ตีความไว้ว่าไม่จำเป็นต้องเป็นงานที่เกิดขึ้นอย่างพิเศษ (Striking Uniqueness)หรือเป็นงานที่เกิดขึ้นใหม่ (Novelty) จุดที่สำคัญคือต้องเป็นงานที่เกิดขึ้นโดยอิสระปราศจากการลอกเลียนแบบกัน ดังนั้น งานสองงานหรือมากกว่านั้นอาจเกิดขึ้นโดยมีความเหมือนกันหรือคล้ายคลึงได้ แต่ในเมื่องานนั้นต่างถูกสร้างขึ้นโดยปราศจากการลอกเลียนแบบกัน ย่อมถือว่าเป็นการสร้างสรรค์งานขึ้นโดยอิสระ

²⁷ นันทน อินทนนท์. (2559). *ประเด็นด้านทรัพย์สินทางปัญญาในความตกลงการค้าเสรี: บทวิเคราะห์ผลกระทบทางประการต่อประเทศไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://people.su.se/~nain4031/FTAthai.htm>. บทความ [2562,8 พฤษภาคม]

²⁸ Gotoknow. (2009). *Originality*. (Online). Available: <http://www.gotoknow.org/posts/64047>. [2019,8 June]

ประการที่สอง เป็นส่วนของการบันทึก (Fixation) นั้นศาลสหรัฐอเมริกาได้ให้ความหมายว่ากรณีที่จะเข้าเงื่อนไขนี้ต้องเป็นการบันทึกการสร้างสรรค์ผลงานลงไปในสื่อทางภาพหรือการจัดเก็บบันทึกข้อมูลแบบจับต้องได้จะต้องเป็นของบุคคลผู้ซึ่งถือว่าเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานชิ้นนั้นและผลงานชิ้นนั้นจะตกเป็นของบุคคลนั้น โดยอัตโนมัติการเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์จะให้สิทธิแก่เจ้าของในลักษณะเอกสิทธิ์เฉพาะบุคคลสำหรับการใช้ผลงานดังกล่าวด้วยวิธีการที่เฉพาะเจาะจงบางอย่างสำหรับผลงานที่มีสิทธิได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้นมีหลายประเภท เช่น ตัวอย่างของการบันทึกภาพตามเงื่อนไขดังกล่าวนี้อาจเป็นการบันทึกลงในแผ่นเสียง กระดาษ ฟิล์ม ฟิล์ม แผ่นฟิล์ม ภาพยนตร์ เป็นต้น สหรัฐอเมริกาได้วางหลักว่า “การบันทึกลงไปในนั้นไม่จำเป็นต้องใช้ช่วงระยะเวลานาน การป้อนข้อมูลอันงานซึ่งมีลิขสิทธิ์ของใจตกลงไปในหน่วยความจำของคอมพิวเตอร์ก็เพียงพอแล้วที่จะถือได้ที่มีการบันทึกเกิดขึ้น”²⁹

2.2.1.1 ที่มาของหลักเกณฑ์การเป็นผู้สร้างสรรค์ในสหรัฐอเมริกา

หลักเกณฑ์ “Sweat of the Brow”

ในระยะแรกของศาลในสหรัฐอเมริกาศาลจะใช้หลัก “sweat of the brow” ในการพิจารณาผู้สร้างสรรค์งานโดยศาลจะพิจารณาเพียงแค่ว่าผู้สร้างสรรค์ได้ใช้แรงงานของตนเองในการสร้างสรรค์งานโดยไม่ได้พิจารณาว่าตัวงานนั้นผู้สร้างสรรค์ได้ใส่ความคิดสร้างสรรค์ลงไปหรือมีการลงทุนใด ๆ ในการสร้างสรรค์งานนั้น ๆ อย่างไรก็ดีตามต่อมาได้มีคำพิพากษาของศาลในคดี “Feist” หลักเกณฑ์ของ “Sweat of the brow” ได้ถูกศาลปฏิเสธเพราะศาลกล่าวว่าการจะใช้เพียงแรงงานของผู้สร้างสรรค์สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ ไม่สามารถสร้างสรรค์งานใหม่ ๆ ขึ้นมาได้และการใส่ความคิดสร้างสรรค์ลงไปในงานมีความจำเป็นสำหรับงานอันมีลิขสิทธิ์³⁰

หลักเกณฑ์ “Feist Case”

ในคดี Feist³¹ โจทก์ได้ทำสมุดโทรศัพท์และเผยแพร่สมุดโทรศัพท์นั้นโดยในสมุดโทรศัพท์ระบุข้อมูลที่รับจากสมาชิกโดยมีการระบุชื่อ ที่อยู่ เป็นต้น โดยต่อมาจำเลยได้คัดลอกรายชื่อส่วนหนึ่งโดยไม่ได้รับความยินยอมจากโจทก์ศาลได้ตัดสินคดีนี้ว่าข้อเท็จจริงคือสมุดโทรศัพท์ไม่ถือว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับงานอันมีลิขสิทธิ์แต่การรวบรวมข้อมูลลงในสมุดโทรศัพท์ศาล

²⁹ พันธุ์เดชน์ ศรีจันทร์เพชร. (2554). *ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการออนไลน์บนอินเทอร์เน็ต : ศึกษากรณีการเปิดให้จำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์*. การค้นคว้าอิสระนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาทรัพย์สินทางปัญญาและเทคโนโลยีสารสนเทศ, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยกรุงเทพ. หน้า 68-69.

³⁰ J.A.L. Sterling II.b. *Supra*. P.356.

³¹ Feist Publications Inc. v Rural Telephone Service Co.Inc. 499 U.S. 340; 18 U.S.P.Q. 2d 1275(1991)

เห็นว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับงานอันมีลิขสิทธิ์ศาลได้ตั้งข้อสังเกตและมีการพิจารณาเกี่ยวกับข้อเท็จจริงทั้งสองประการ

ศาลได้วินิจฉัยประเด็นนี้โดยศาลกล่าวถึงเหตุผลว่าเหตุใดข้อเท็จจริงจึงไม่สามารถมีลิขสิทธิ์ได้โดยเงื่อนไขของการได้ลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์นั้นต้องมีความคิดริเริ่ม (Originality) และงานสร้างสรรค์นั้นต้องเป็นงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างขึ้นมาด้วยตนเองและสิ่งที่จำเป็นที่จะทำให้งานนั้นได้รับความคุ้มครองในทางลิขสิทธิ์คือการที่ผู้สร้างสรรค์ต้องมีความคิดสร้างสรรค์ (Creativity) ลงไปในงานนั้นเป็นการพอสมควรแต่ศาลของสหรัฐอเมริกาได้กล่าวอีกว่าความคิดสร้างสรรค์ (Creativity) ที่จะใส่ลงในงานจะต้องมีในระดับที่มีความเรียบแหลมอย่างน้อยให้เหมาะสมพอสมควร (Modicum Creativity) ก็เพียงพอจะทำให้งานนั้นมีลิขสิทธิ์และงานนั้นไม่จำเป็นต้องมีความแปลกใหม่อาจจะมีความใกล้เคียงกับงานสร้างสรรค์เดิม ๆ ที่ได้มีขึ้นอยู่ก่อนหน้า การสร้างสรรค์งานใหม่ ๆ และตรวจดูที่การลอกงานจากผู้อื่นนั้นไม่ได้เป็นการลอกมาโดยจงใจ หรือเป็นการลอกโดยที่ไม่ได้เปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมในงานนั้นศาลก็ยังถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์³²

กล่าวโดยสรุป ศาลปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองทางลิขสิทธิ์โดยใช้หลัก “Sweat of the Brow” หรือการใช้แต่เพียงแรงงานของตนเองสร้างสรรค์งานใด ๆ ขึ้นมาแต่ศาลได้ใช้คดี “Feist” ในการใช้หลักความคิดสร้างสรรค์เพิ่มเข้ามาเพื่อให้การพิจารณาว่างานใดจะเป็นงานที่ได้ลิขสิทธิ์ โดยในคดีข้างต้นศาลเห็นว่าการรวบรวมและการจัดเรียงรายชื่อในสมุดโทรศัพท์ของโจทก์ตามข้อเท็จจริงไม่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์เพราะขาดการเพิ่มเติมความคิดสร้างสรรค์ลงในการจัดทำรายชื่อในสมุดโทรศัพท์ศาลสหรัฐอเมริกาจึงได้นำหลักความคิดสร้างสรรค์เพียงพอ (Modicum Creativity) มาใช้พิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการให้คุ้มครองในทางลิขสิทธิ์จนถึงในปัจจุบันกล่าวได้ว่าหลักเกณฑ์ในการให้คุ้มครองของสหรัฐอเมริกานั้นไม่ได้มีความยุ่งยากและเงื่อนไขที่ซับซ้อนแต่การให้คุ้มครองในทางลิขสิทธิ์นั้นมีการให้คุ้มครองที่มีในระดับที่ไม่สูงมากนักและมีประสิทธิภาพ³³

2.2.1.2 คำพิพากษาคดีในสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับการเป็นผู้สร้างสรรค์ กรณี Warner Bros. Picture Inc. v. Columbia Broadcasting Inc.

³² J.A.L. Sterling ll.b. *Supra*. P.357.

³³ Andreas Rahmatian. Originality in UK Copyright Law: The Old “Skill and Labour” Doctrine Under Pressure, pp.14.

Dashiell Hammett ได้โอนงานวรรณกรรมให้ Warner Brothers เป็นผู้มีสิทธิในการสร้างภาพยนตร์ กล่าวคือ Warner Brothers ได้นำเนื้อเรื่องในนวนิยายชื่อ “The Maltese Falcon” ของ Hammett มาสร้างเป็นภาพยนตร์ในเนื้อเรื่องจะมี Sam Spade ร่วมแสดงในภาพยนตร์ดังกล่าวด้วย ข้อเท็จจริงปรากฏว่าภายหลัง Hammett ได้นำสิ่งที่ตนเป็นบุคลิกเฉพาะตัวของ Sam Spade ซึ่งเป็นนักสืบในนวนิยายที่เขาได้ประพันธ์ไว้ตั้งแต่แรกมาเขียนในหนังสือของเขาอีกหลายเล่มด้วยกัน และได้โอนสิทธิในงานวรรณกรรมดังกล่าวนี้ให้แก่ Columbia Broadcasting System Inc. เพื่อให้ นำออกเผยแพร่ทางวิทยุกระจายเสียงในลักษณะเผยแพร่เป็นตอน ๆ ในชื่อเรื่อง “The Adventure of Sam Spade” การนำมาเผยแพร่ดังกล่าวรวมถึงการกล่าวถึงบุคลิกลักษณะเฉพาะตัวของ Sam Spade (Characters) จาก “The Maltese Falcon” ทำให้ Warner Brothers ไม่พอใจจึงฟ้อง Columbia Broadcasting ว่าละเมิดลิขสิทธิ์ของ Warner Brothers โดยให้เหตุผลว่าข้อตกลงในสัญญา Hammett ได้โอนสิทธิของเขาให้แก่ Warner Brothers เป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะใช้บุคลิกลักษณะเฉพาะของตัวละครหรือผู้แสดงใน “The Maltese Falcon” ในขณะที่ Hammett ต่อบัญชีว่าสัญญาที่ทำกับ Warner Brothers ไม่ได้เขียนไว้อย่างชัดเจนในเรื่องของการให้สิทธิในบุคลิกเฉพาะตัวของตัวละครหรือผู้แสดงเมื่อไม่ได้ระบุในสัญญาอย่างชัดเจนโดยประเพณีและแนวปฏิบัติที่เคยทำกันมา ย่อมทำให้ผู้ประพันธ์หรือเจ้าของงานเดิมคือ Hammett มีสิทธิที่จะใช้บุคลิกลักษณะเฉพาะของตัวละครหรือผู้แสดงนั้นในผลงานเรื่องต่อมาได้ หลังจากการไต่สวนข้อเท็จจริงศาลได้กล่าวว่าไม่มีการให้สิทธิอย่างชัดเจนในสัญญาเกี่ยวกับสิทธิในบุคลิกลักษณะเฉพาะของตัวละครหรือผู้แสดงตามสัญญาที่ทำกับ Warner Brothers หรือกล่าวได้ว่าสิทธิบางอย่างเกี่ยวกับบุคลิกลักษณะเฉพาะตัวของเรื่องที่ประพันธ์ขึ้นมาในฐานะเป็นต้นฉบับ ไม่ปรากฏว่าได้โอนสิทธิไปให้กับการสร้างงานภาพยนตร์หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง สิทธิของบุคลิกลักษณะเฉพาะของตัวละครไม่ได้อยู่ในการโอนสิทธิให้กับ Warner Brothers ดังนั้น Warner Brothers จึงไม่ได้เป็นเจ้าของสิทธิในบุคลิกลักษณะเฉพาะของตัวละครหรือผู้แสดงใน “The Maltese Falcon” และในคดีนี้ศาลได้กล่าวด้วยว่าอย่างไรก็ตาม บุคลิกลักษณะเฉพาะตัวของ Sam Spade เป็นบุคลิกลักษณะของนักแสดงที่แสดงออกด้วยการสื่อสารในลักษณะที่เป็นเพียงการเล่าเรื่องราวต่าง ๆ เป็นการทั่วไปเท่านั้นกรณีจึงมิใช่บุคลิกลักษณะเฉพาะตัวที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์³⁴

³⁴ Warner Bros. Inc. v. American Broadcasting Cos., 720 F. 2d 231 (2d Cir. 1983).

จากกรณีดังกล่าวสรุปได้ว่าบุคลิกลักษณะเฉพาะของตัวละครหรือผู้แสดงภาพยนตร์ที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ต้องเป็นสิ่งที่มีความลักษณะเฉพาะตัวให้เห็นอย่างชัดเจน โดยผู้ประพันธ์จะต้องแสดงให้เห็นถึงความคิดสร้างสรรค์ของเขาด้วยการประพันธ์หรือสร้างสรรค์งานวรรณกรรมนั้น ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของชื่อ ลักษณะรูปร่าง หน้าตา รูปลักษณ์ภายนอก ลักษณะเฉพาะของการพูดและการแสดงออกมาซึ่งความคิด สีนัย ท่าทาง ลักษณะนิสัย เครื่องแต่งกายของตัวละคร หรือผู้แสดงอาจเป็นคนหรือสัตว์หรือสิ่งประดิษฐ์ขึ้นมาก็ได้ ดังนั้นจากที่กล่าวไว้แล้วข้างต้นว่าถ้าเป็นเพียงลักษณะของคนเล่าเรื่องทั่ว ๆ ไป ลักษณะดังกล่าวไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์³⁵

กรณี Alfred Bell & Co, Ltd. V. Catalda Fine Arts Inc.

โจทก์ (Alfred)³⁶ นำภาพเขียนเก่าซึ่งสิ้นอายุลิขสิทธิ์ไปแล้วมาแกะแม่พิมพ์และผลิตเป็นภาพพิมพ์ออกจำหน่าย จำเลย (Catalda) ได้นำงานของโจทก์ไปผลิตเป็นภาพสีออกจำหน่าย เช่นเดียวกัน โจทก์ฟ้องว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ จำเลยมีข้อต่อสู้ว่างานของโจทก์มิใช่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์เพราะลอกมาจากงานซึ่งสิ้นอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ไปแล้ว ศาลพิพากษาวางานของโจทก์เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์เพราะโจทก์ทำขึ้นโดยใช้ฝีมือ ความวิริยะ อุตสาหะและภาพพิมพ์ของโจทก์แตกต่างไปจากงานต้นฉบับเดิมมาก มิใช่เป็นเพียงการดัดแปลงเล็กน้อยเท่านั้น³⁷

กรณี Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony

โจทก์ (Sarony)³⁸ ได้ถ่ายภาพของ Oscar Wilde ซึ่งเป็นนักประพันธ์มีชื่อเสียง โดยให้ชื่อภาพว่า“Oscar Wilde No.18” ต่อมาจำเลย(Burrow-Giles)ได้ทำสำเนาภาพถ่ายนั้นและนำสำเนาที่สร้างขึ้นออกจำหน่ายโจทก์จึงฟ้องว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์จำเลยต่อสู้ว่างานภาพถ่ายของโจทก์มิใช่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ศาลพิพากษาวางานของโจทก์เป็นอันมีลิขสิทธิ์เพราะโจทก์ เป็นผู้จัดทำทางเลือกเสื้อผ้าเครื่องประดับ แนะนำการแสดงออกทางสีหน้าและแววตาให้แก่ Oscar Wilde ตลอดจนจัดวัตถุประกอบฉาก จัดแสง เงาและสีของภาพ จึงเห็นได้ว่าโจทก์เป็นผู้สร้างสรรค์ที่ใช้สติปัญญาในการสร้างงาน³⁹

³⁵ จีรประภา มากสิน. (2560). *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 59-60.

³⁶ United States Circuit Court of Appeals 2nd Circuit. 1951.191 F. 2d 99.

³⁷ อรรถพรณ พันธ์พัฒนา. (2557). *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 28.

³⁸ 111 U.S. 53 (1884) 53

³⁹ อรรถพรณ พันธ์พัฒนา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27. หน้า 28.

กรณี Italian Book Co., Inc. v. Rossi

โจทก์(Italian Book⁴⁰) ซื้อเพลงมาจากกะลาสีเรือคนหนึ่งซึ่งเป็นผู้ประพันธ์โดยได้แรงบันดาลใจมาจากเพลงเก่าแก่ซึ่งเป็นที่รู้จักกันอยู่ทั่วไป แล้วนำมาผสมผสานเข้ากับเนื้อร้องทำนองที่คิดขึ้นเองในตอนที่จำไม่ได้ ต่อมาจำเลยได้คัดลอกเพลงนี้ไปจาก โจทก์โจทก์จึงฟ้องว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ จำเลยต่อสู้ว่าเพลงของโจทก์ไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์เพราะเป็นสาธารณชนที่เป็นที่รู้จักกันทั่วไป ศาลพิพากษาว่าแม้ว่าบางตอนของเนื้อร้องและทำนองจะเป็นงานสาธารณะแต่บางส่วนของเพลงผู้ประพันธ์ได้สร้างสรรค์ขึ้นมาจากความรู้ความสามารถของตนเอง ดังนั้นเนื้อร้องและทำนองเพลงส่วนนี้จึงเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์⁴¹

กรณี Monkey Selfie



ภาพที่ 1 ภาพคดีลิงถ่ายรูปตัวเอง

เริ่มจากนาย เดฟ สเลเตอร์ ช่างภาพชาวอังกฤษ⁴²ไปเดินทางเขาป่าลึกดิบชื้นเป็นช่างภาพที่มุ่งมั่นถ่ายรูปสัตว์ที่ใกล้สูญพันธุ์และใช้เงินเก็บที่มีเดินทางบุกป่าในอินโดนีเซียและเกาะรอยหาสัตว์ที่หายากพร้อมด้วยความช่วยเหลือจากไกด์ท้องถิ่นเมื่อ 6-7 ปี ที่ผ่านมา จนพบจำฝูงลิงแม่

⁴⁰ United States District Court S.D. New York. 1928. 27 F. 2d 1014.

⁴¹ อรรถพรณ พันธ์พัฒนา. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 27. หน้า 30.

⁴² Andres Guadamuz. (2016). *The monkey selfie : copyright lessons for originality in photographs and internet jurisdiction*. Inter policy review journal on internet resolution volumes issue.

กแคคดำ พันธุ์หายากใกล้สูญพันธุ์ นายสเตเตอร์กล่าวว่าลิงชนิดนี้มีอยู่เพียงไม่กี่ร้อยตัวในโลกเท่านั้นและลิงแม็กแคคที่มีใบหน้าดำทั้งหมดค้นพบได้เพียงแค่เกาะสองเกาะของอินโดนีเซียเท่านั้น หลังจากที่ถูกฝูงลิงแล้ว นายสเตเตอร์ใช้กล้องและเลนส์ระยะไกลถ่ายภาพ รวมไปถึงพยายามสร้างความสนิทสนมกับบรรดาฝูงลิงเหล่านั้น กระทั่งเป็นชื่อ Self-portrait และด้วยความสนุกสนาน สเตเตอร์จึงปล่อยให้ลิงแม็กแคคดำเฝ้ากล้องไปถ่ายด้วยตัวเอง ต่อมานายสเตเตอร์ได้เดินทางกลับ มาสหราชอาณาจักรและขายรูปถ่ายที่ตนเองไปเจอกับฝูงลิงแม็กแคคดำและหนึ่งในรูปที่ขายดีที่สุด คือ รูปที่ลิงแม็กแคคดำถ่ายเซลฟี่ตัวเองซึ่งมีการเผยแพร่ออกไปเป็นจำนวนมาก นอกจากนี้ช่างภาพผู้นี้ยังใช้เงินหลายหมื่นบาทจากการขายภาพไปทดแทนค่าใช้จ่ายที่ไปอินโดนีเซีย แต่หลังจากนั้น นายสเตเตอร์ถูกฟ้องเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์โดยกลุ่มรักสัตว์ในแคลิฟอร์เนีย กล่าวหาว่านาย สเตเตอร์ละเมิดลิขสิทธิ์รูปดังกล่าวพร้อมกับกล่าวหาว่านายสเตเตอร์ทำการกระทำที่ไร้มนุษยธรรม ซึ่งข้อกล่าวหานี้ตกไปแล้ว เหลือแต่เพียงการสู้คดีการเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ภาพถ่ายนี้จนทำให้เสียเงิน ออกไปหมด แต่เว็บไซต์ วีกิพีเดีย ไม่เห็นเช่นนั้น จึงนำรูปเซลฟี่ลิงไปใช้ระบุว่ารูปดังกล่าวไม่สามารถมีลิขสิทธิ์ได้เนื่องจากลิงเป็นผู้ถ่ายทำขึ้น ส่วนกลุ่ม พีต้า (People for Ethical Treatment of Animals) ใช้ข้อกฎหมายเรียกร้องสิทธิในการจัดการกองทุนที่ลิงแม็กแคคดำตัวนี้ได้จากภาพเซลฟี่ จากการฟ้องร้องด้านลิขสิทธิ์ตั้งแต่ปี 2557 ทำให้นายสเตเตอร์ต้องเจอปัญหาด้านทุนทรัพย์ ไม่ว่าจะเป็นการจ่ายเงินค่าบ้านก็กลายเป็นหน้าที่ภรรยาเพียงคนเดียว ขณะที่รถยนต์ต้องจอดนิ่งอยู่กับที่ถึงสองปีเนื่องจากไม่มีเงินซ่อมรถและที่แย่ที่สุดคือนายสเตเตอร์ต้องหยุดงานถ่ายภาพอันเป็นที่รัก รวมไปถึงอนาคตของลูกสาวคนเดียวที่ยังไม่รู้ว่าตนจะมีเงินไปสนับสนุนค่าเล่าเรียนของลูกสาวหรือไม่ อย่างไรก็ตาม นายสเตเตอร์กล่าวในแง่ของการอนุรักษ์ว่ารูปลิงที่ตนถ่ายมาเมื่อ 6 ปีก่อนเป็นเสมือน การอนุรักษ์ลิงไปในตัว คุ่มค่ามาก เพราะรูปภาพเป็นสิ่งที่ดีที่สุดที่เกิดขึ้นกับลิงและถ้าหากไม่มีรูป เรียกความสนใจ ลิงแม็กแคคดำอาจจะสูญพันธุ์ไปแล้ว เนื่องจากผู้อยู่อาศัยล่าของป่ามักจะล่าลิง ดังกล่าวแล้วเอาไปย่างกิน แต่ปัจจุบันผู้อยู่อาศัยในบริเวณรักลิงพวกนี้มากและเรียกว่า“ลิงเซลฟี่”

ศาลในนครซานฟรานซิสโกของสหรัฐฯ มีคำพิพากษาขึ้นตามศาลชั้นต้นให้นายสเตเตอร์ ช่างภาพชาวอังกฤษเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในภาพเซลฟี่ที่เจ้าลิงกัง “นารู โต๊ะ” ใช้กล้องของเขา ถ่ายภาพตัวมันเอง หลังองค์กรพิทักษ์สิทธิสัตว์ PETA ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอีกครั้งเพื่อขอให้เจ้านารู โต๊ะได้เป็นเจ้าของสิทธิในภาพดังกล่าวคำตัดสินของศาลข้างต้นทำให้การต่อสู้ทางกฎหมายที่ยาวนานถึง 2 ปีของนายสเตเตอร์สิ้นสุดลง แต่อย่างไรก็ตาม เขาได้แสดงความประสงค์บริจาคเงิน รายได้ 25% ที่จะได้จากภาพดังกล่าวในอนาคตให้กับองค์กรการกุศลที่ขึ้นทะเบียนอย่างถูกต้อง ซึ่ง

องค์กรดังกล่าวจะต้องอุทิศตนเพื่อปกป้องสวัสดิภาพและพื้นที่อยู่อาศัยของเจ้านาร์โตะบนเกาะสุลาเวสีของอินโดนีเซีย

คดีดังกล่าวทำให้นายสเตเตอร์เป็นมนุษย์คนแรกที่ถูกสัตว์ฟองร้อง ส่วนองค์กร PETA ได้ออกแถลงการณ์ร่วมกับนายสเตเตอร์หลังศาลมีคำพิพากษาว่าคดีนี้ถือเป็นคดีตัวอย่างที่ทำให้เกิดการถกเถียงอภิปรายกันในระดับนานาชาติถึงความเป็นไปได้ในการขยายขอบเขตสิทธิขั้นพื้นฐานในมนุษย์ไปยังสัตว์ เพื่อปกป้องตัวสัตว์เองจากการเอาเปรียบแสวงประโยชน์ของมนุษย์⁴³

จะเห็นได้ว่าตัวอย่างคำพิพากษาที่ได้แสดงให้เห็นว่าหลักเกณฑ์ที่ศาลในสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินกันมาศาลในสหรัฐอเมริกาได้เน้นไปที่การใช้ หลักเกณฑ์ ความคิดริเริ่มด้วยตนเอง (Originality) ประกอบกับการพิจารณาในเรื่องของการใช้ความคิดสร้างสรรค์ (Creativity) เพื่อใช้ในการพิจารณาคดีต่าง ๆ รวมไปถึงการพิจารณาในเรื่องของการใช้ ทักษะ ความสามารถ ความอดุสาหะ ในการที่จะสร้างสรรค์งานต่าง ๆ ขึ้นส่วนในเรื่องของหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเพียงพอของความคิดสร้างสรรค์ในงาน (Creativity) ในสหรัฐอเมริกาไม่ได้ต้องการความคิดสร้างสรรค์ที่สูงมากมีเพียงความคิดสร้างสรรค์ที่เพียงพอจะทำให้งานนั้นเป็นงานสร้างสรรค์ก็เพียงพอแล้ว (Modicum Creativity)

2.2.2 สหราชอาณาจักร (UK)

ประวัติความเป็นมาการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักรนั้น จุมพล ภิญโญสินวัฒน์⁴³ ได้กล่าวไว้ในวารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ว่าการศึกษาวិวัฒนาการของการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของสหราชอาณาจักรทำให้เห็นการกำเนิดและการพัฒนาของสิทธิผูกขาดด้วยสิทธิบัตรและลิขสิทธิ์ซึ่งเริ่มตั้งแต่ช่วงปลายศตวรรษที่ 15 ในยุคผู้ปกครองในสหราชอาณาจักรเริ่มมอบสิทธิพิเศษให้กับกลุ่มวิชาชีพเฉพาะเพื่อผูกขาดการจำหน่าย สินค้าเฉพาะอย่างคล้ายกับสิทธิบัตรในปัจจุบัน ในลักษณะคล้ายกันกลุ่มผู้ดำเนินการธุรกิจการพิมพ์ก็ได้รับสิทธิผูกขาดเพื่อควบคุมธุรกิจการพิมพ์งานวรรณกรรม และได้พัฒนาสิทธิผูกขาดจนเป็นสิ่งที่เรียกว่า “Stationer’s Copyright”

การต่อสู้เพื่อสิทธิผูกขาดเหล่านี้มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องจนนำไปสู่เหตุการณ์หลายเหตุการณ์ คือ การต่อสู้เพื่ออ้างสิทธิผูกขาดในการผลิตและจำหน่ายไฟในสหราชอาณาจักรซึ่ง

⁴³ จุมพล ภิญโญสินวัฒน์. (2562). *วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.grad.law.tu.ac.th/files/journal/5308_Year4_01.pdf. [2562, 8 พฤษภาคม]

นำไปสู่ การวินิจฉัยคดี Darcy v. Allin ใน ค.ศ. 1603 และการออกกฎหมาย Statute of Monopolies ใน ค.ศ. 1623 การต่อสู้เพื่ออ้างสิทธิผูกขาดในงานวรรณกรรมตั้งแต่ช่วงศตวรรษที่ 16 เป็นต้นมา จนกระทั่งมีการบัญญัติกฎหมาย Statute of Anne ใน ค.ศ. 1709 ซึ่งได้บัญญัติสิทธิผูกขาดที่เรียกว่า “Statutory copyright” กฎหมายฉบับนี้ถือว่าเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับแรกของสหราชอาณาจักร⁴⁴ และถือได้ว่าเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับแรกของโลกเพื่อให้มีการคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยรัฐบาลอังกฤษ กฎหมายฉบับนี้ยอมรับสิทธิของผู้สร้างสรรค์และวางหลักเกณฑ์เรื่องลิขสิทธิ์เป็นครั้งแรก ต่อมา กฎหมายฉบับนี้ได้แพร่หลายไปยังประเทศต่าง ๆ ในเครือจักรภพอังกฤษและประเทศในสหภาพยุโรป จนเกิดเป็นระบบ Droit d’Auteur หรือ Continental European System ซึ่งระบบนี้ให้ความสำคัญคุ้มครองแนวคิดด้าน “สิทธิของผู้ประพันธ์” (Author Right or Droit d’ auteur) เป็นระบบที่เน้นความสำคัญส่วนบุคคลที่ได้คิดสร้างสรรค์งานขึ้นมาจากความรู้สึกลึกซึ้งของตนเองและการแสดงออก ซึ่งความคิดถ่ายทอดออกมาเป็นวัตถุที่จับต้องได้ สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิเฉพาะตนของผู้สร้างสรรค์ สิทธิ นี้จึงควรอยู่กับผู้สร้างสรรค์ตลอดชีวิต การคุ้มครองลิขสิทธิ์ถือได้ว่าเป็นสิทธิตามธรรมชาติเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ไม่ควรได้รับการจำกัดสิทธิและไม่อาจโอนความเป็นผู้สร้างสรรค์ให้แก่ผู้อื่น รวมทั้งมีอำนาจเด็ดขาดที่จะหวงกั้นมิให้ผู้ใดมาบิดเบือนหรือใช้งานของผู้สร้างสรรค์เป็นไปในลักษณะที่ผิดสิทธิในระบบนี้ เรียกว่า “สิทธิของผู้สร้างสรรค์” (Moral Rights)⁴⁵

นอกจากนี้ Statute of Anne 1709 ยังเป็นที่มาของระบบแอ่งไกลแซกซอนหรือระบบลิขสิทธิ์ (The Anglo-Saxson) เป็นระบบสิทธิในการทำสำเนา (Copyright) เป็นแนวคิดในการป้องกันการคัดลอกสำเนาของงานของผู้สร้างสรรค์ซึ่งปรากฏการแสดงออกซึ่งความคิดออกมาเป็นรูปร่างในลักษณะนิเสธ (Negative Right) เป็นการห้ามมิให้ผู้ใดมายุ่งเกี่ยวกับงานสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ ซึ่งแนวความคิดในระบบนี้เป็นการเน้นที่วัตถุหรือรูปร่างของแนวคิดที่ผลของขั้นสุดท้ายที่ได้สร้างสรรค์ ขึ้นมาซึ่งระบบนี้ใช้กันอย่างแพร่หลายในประเทศเครือจักรภพอังกฤษ และในสหรัฐอเมริกา

⁴⁴ จุมพล ภิณโญสินวัฒน์. (2562). *วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.grad.law.tu.ac.th/files/journal/5308_Year4_01.pdf. [2562, 8 พฤษภาคม]

⁴⁵ อรนิติ์ พรหมณังค. (2556). *ปัญหาการคุ้มครองบุคลิกลักษณะตัวละครในงานวรรณกรรมภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537*. การค้นคว้าอิสระนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ. หน้า 41.

กระทั่งความเจริญก้าวหน้าในปี ค.ศ. 1911 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ใช้เหตุผลในการตัดสินและได้มีการจัดหมวดหมู่เป็นแบบอย่างสมัยใหม่ข้อสรุปและการวางมาตรการทางกฎหมาย พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1911 มีความสำคัญในการบังคับใช้เหมือนเป็นการล้มเลิกกฎหมายระบบคอมมอนลอว์ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ดังกล่าวได้จัดตั้งรหัสเดียวให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์ขึ้นอยู่กับจำนวนของผลงาน(ไม่ว่าจะมีการเผยแพร่หรือไม่และรวมทั้งผลงานก่อนหน้านี้หลายอย่าง เช่น การงานสถาปัตยกรรม การบันทึกเสียงและภาพยนตร์) ในขณะเดียวกันนั้น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1911 ละทิ้งทุกความต้องการเกี่ยวกับพิธีการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความจำเป็นในการลงทะเบียนกับ Stationers' Company การละเมิดยังขยายไปถึงการแปลและการดัดแปลงเช่นเดียวกับการทำสำเนาในรูปแบบวัสดุ

เมื่อมีการตรวจสอบโดยคณะกรรมการGregory ในปี ค.ศ. 1952 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1911 ถูกแทนที่โดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1956 ขยายขอบเขตลิขสิทธิ์ไปถึงเสียงและการออกอากาศทางโทรทัศน์และรูปแบบของการพิมพ์พร้อมกับการบันทึกเสียงและภาพยนตร์ (ซึ่งได้รับการยอมรับว่าลิขสิทธิ์เป็นสิทธิในตัวเอง) สิทธิใหม่เหล่านี้ถูกกล่าวไว้ในส่วนของพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1956 ซึ่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฉบับนี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้งส่วนใหญ่จะคำนึง ถึงเทคโนโลยีใหม่ ๆ เช่น เคเบิลทีวีและโปรแกรมคอมพิวเตอร์ นอกจากนี้มีการทบทวนเป็นระยะโดยคณะกรรมการWhitford ในปี ค.ศ. 1977 ที่นำเสนอแก้ไขบททั่วไปของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1956 หลังจากการเจรจาและการปรับข้อเสนอเหล่านี้นำไปสู่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์การออกแบบและสิทธิบัตร ค.ศ. 1988 (Copyright, Designs and Patents Act 1988) พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1988 ถือเป็นการปฏิรูประบบกฎหมายเป็นอย่างมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งความแตกต่างระหว่าง “ส่วนที่ 1 การทำงานและส่วนที่ 2 สารสำคัญ” นี่คือการสำเร็จโดยการรักษาภาพยนตร์การบันทึกเสียงและการออกอากาศ (พร้อมกับงานของผู้ประพันธ์) ภายในหมวดหมู่ทั่วไปของงานอันมีลิขสิทธิ์การเปลี่ยนแปลงเหล่านี้ไม่ได้มีเจตนาที่จะ แก้ไขกฎหมายสารบัญญัติ อย่างไรก็ตาม สิทธิที่ให้กับเจ้าของลิขสิทธิ์กำลังขยายอย่างมีนัยสำคัญ(โดยเฉพาะอย่างยิ่งโดยการริเริ่มสิทธิในการจำหน่ายและสิทธิในการเช่า) ในเวลาเดียวกันนั้น ศาลลิขสิทธิ์จัดตั้งขึ้นเพื่อรองรับสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ “สิทธิของผู้สร้างสรรค์” (Moral Rights) สำหรับผู้ประพันธ์ สิทธินักแสดง ซึ่งได้กระทำอยู่เดิมภายใต้พระราชบัญญัติพิเศษก็รวมอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฉบับนี้ด้วย⁴⁶

⁴⁶ อรณิษฐ์ พรหมณังค. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 45. หน้า 42.

ในสหราชอาณาจักรได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับงาน วรรณกรรม งานละคร งานดนตรี และงานศิลปะจะต้องมีการใช้ความคิดริเริ่ม(Originality)เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองทางลิขสิทธิ์ แต่เกณฑ์ในการใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไม่ได้ใช้กับการบันทึกเสียงหรือภาพยนตร์ ฯลฯ ภายใต้ (b) และ(c)⁴⁷

สหราชอาณาจักรได้มีหลักการพื้นฐานในเรื่องเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองในทาง ลิขสิทธิ์ย้อนหลังไปถึงศตวรรษที่ 19 ความหมายของคำว่า “ original ” หรือต้นฉบับได้มีการตีความ กันมาในหลายประเด็นจนถึงถึงในปัจจุบัน โดยกล่าวได้ว่ามีแนวคิดพื้นฐานสองประการ⁴⁸

ประการแรก คือ งานนั้นจะต้องไม่เป็นการลอกงานใดที่มีอยู่ก่อนหน้าที่จะได้สร้าง สรรค์งานใหม่

ประการที่สอง งานที่สร้างสรรค์ขึ้นต้องเป็นผลมาจากการลงทุน การใช้ทักษะ เฉพาะตัว การใช้ความคิดหรือเป็นผู้ลงแรงในการสร้างสรรค์งาน (individual skill, judgment, or labour)

2.2.2.1 แนวคิดและคำพิพากษาคดีในอังกฤษที่เกี่ยวข้องกับการเป็นผู้สร้างสรรค์

แนวคิด “ Not a Copy ”

ตัวอย่างคดีที่น่าสนใจของแนวคิด “ Not a Copy ” มีอยู่ในกรณี Interlego⁴⁹ ในกรณีนั้น ภาวาททางเทคนิคซึ่งไม่มีลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์รายที่หนึ่ง ถูกคัดลอกอย่างมีการใช้ทักษะที่ดี จากผู้สร้างสรรค์รายที่สอง แต่ก็ถือได้ว่าการคัดลอกนั้นไม่มีลิขสิทธิ์ในภาวาทใหม่ที่ได้มีการ คัดลอกเนื่องจากเป็นเพียงการคัดลอกโดยที่ไม่มีสิ่งใดแตกต่างกันหรือสามารถมองเห็นความ แตกต่างได้ด้วยตาเปล่า ความสำคัญในการแยกแยะความแตกต่างระหว่างงานที่มีการอ้างลิขสิทธิ์

⁴⁷UK 1988 Act, copyright,

“Section 1 (1) Copyright is a property right which subsists in a accordance with the part in the following descriptions of work

- (a) Original literary, dramatic, musical or artistic works,
- (b) Sound recordings, films [or broadcasts], and
- (c) The typographical arrangement of published editions

⁴⁸ พงศ์เกียรติ กุลรัตนสินสุข. (2562). การลอกเลียนงานวรรณกรรม. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก:http://dspace.bu.ac.th/bitstream/123456789/2703/1/pongkiat_kulr.pdf [2562, 15 พฤษภาคม]

⁴⁹ Interlego AG v TycboIndustries (1988) R.P.C. 343, PC.

และเนื้อหาก่อนหน้านี้ที่จะมีการสร้างสรรค์งานใหม่ขึ้น ได้สรุปไว้ในคดี *Macmillan v Cooper*⁵⁰ ทำให้เห็นได้ว่าบางกรณีแม้เป็นการรวบรวมข้อมูลต่าง ๆ จำนวนมากหากพิจารณาที่ตัวข้อมูลอาจจะกล่าวได้ว่าไม่มีความใหม่ในส่วนนั้นเลยอย่างไรก็ตามการรวบรวมข้อมูลดังกล่าวอาจเป็นสิ่งใหม่ตามวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้กล่าวคือในกรณีดังกล่าวกฎหมายลิขสิทธิ์จะให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ผู้รวบรวมงาน ด้วยเหตุผลที่ว่าบุคคลดังกล่าวได้ใช้ความคิดสร้างสรรค์ได้ใช้ความพินิจพิจารณาและการคัดเลือกข้อมูลขึ้นมาโดยการรวบรวม จัดลำดับ จัดวางใหม่ ทำให้เกิดความสะดวกหรือง่ายต่อการค้นคว้าข้อมูลหรือง่ายต่อการทำความเข้าใจของบุคคลทั่วไปที่จะนำข้อมูลไปใช้ประโยชน์ เช่นนี้ก็ทำให้ผู้รวบรวมได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในฐานะผู้รวบรวมงานนั้นได้ ดังนั้น เป็นข้อสังเกตว่าหากเป็นเพียงการรวบรวมหรือการสะสมในลักษณะที่มิได้ใช้ทักษะหรือสติปัญญา ความคิดสร้างสรรค์ใดหรือมิได้ใช้การพิเคราะห์หรือพินิจพิจารณาหรือมิได้ใช้แรงงานในการสร้างสรรค์นั้นอย่างเพียงพอ เช่นนี้ผู้รวบรวมหรือสะสมงานนั้น ก็มิได้รับความคุ้มครองในทางลิขสิทธิ์ในเรื่องของการรวบรวมงานดังกล่าวซึ่งแตกต่างจากการรวบรวมในคดี *Macmillan v Cooper* ที่ผู้รวบรวมจะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์เพราะได้ใช้สติปัญญาความคิดสร้างสรรค์(originality)อย่างเพียงพอ เช่น ได้ใช้ทักษะความสามารถพิเศษในการคัดเลือก จัดลำดับ ข้อมูลที่รวบรวมจนทำให้เกิดความสะดวกหรือง่ายต่อการที่ผู้อื่นจะค้นคว้าศึกษาข้อมูลที่เกิดจากการรวบรวมนั้น⁵¹

ดังนั้น ในคดี *Interlego* ศาลได้กล่าวไว้ว่าอย่างไรก็ตามผู้สร้างสรรค์งานรายที่สองแม้จะเป็นการคัดลอกมาจากผู้สร้างสรรค์รายที่หนึ่งแต่การคัดลอกนั้นไม่ได้เป็นการคัดลอกมาจากงานที่ขึ้นแรกทั้งหมดแต่เป็นการสร้างสรรค์งานขึ้นโดยใช้ ทักษะความเชี่ยวชาญ ความคิด และการลงแรง ใช้เงินทุนอย่างอิสระดังนั้นงานที่ผู้สร้างสรรค์รายที่สองได้สร้างขึ้นมานั้นมีลิขสิทธิ์เท่าเทียมกับงานขึ้นแรกที่มีมาอยู่ก่อนหน้านี้และศาลได้กล่าวอีกว่างานที่ผู้สร้างสรรค์ต้องการสร้างขึ้นมานั้นไม่จำเป็นต้องมีความใหม่ถึงขนาดห้ามการคัดลอกบางส่วนจากงานขึ้นก่อนหน้านี้เว้นแต่จะเป็นการคัดลอกมาทั้งหมดโดยที่ไม่ได้ใช้ทักษะ ความคิด การลงทุน ลงแรงในการสร้างสรรค์งานเลย⁵²

⁵⁰ [1923] 93 L.J.P.C. 113.

⁵¹ จีรประภา มากสิน. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 35. หน้า 73.

⁵² J.A.L. Sterling ll.b. *Supra*. P.350.

กรณีเกี่ยวกับผลงานที่คล้ายคลึงกันก่อนหน้านี้ในคดี *Ravenscroft V Herbert*⁵³ โจทก์เขียนนิยายโดยใช้องค์ประกอบของนวนิยายหลาย ๆ เรื่องที่ได้ถูกเล่าไว้โดยคนที่เสียชีวิตไปแล้วได้ให้ความสนใจในเรื่องของคุณสมบัติเหนือธรรมชาติของ Hapsburg Spear (Holy spear) ใน Regalia ของจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ ต่อสมบัติของฮอฟเบิร์กในเวียนนาถือได้ว่าจำเลยผู้ที่ได้เขียนเหตุการณ์เหมือนกันกับนวนิยายของโจทก์ ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ซึ่งโจทก์ได้ใช้ทักษะความสามารถและลงทุนลงแรงสร้างนวนิยายนี้ขึ้นมาโดยที่โจทก์ได้เลือกและรวบรวมเรื่องต่าง ๆ จากหลาย ๆ นวนิยายถูกจำเลยคัดลอกและนำไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตและมีได้ใช้ทักษะ การลงแรง ลงทุนในการสร้างนวนิยายใหม่ขึ้นมา

แนวคิด Investment of skill, judgement or Labour

มีสองประเด็นที่ต้องคำนึงถึงคือต้องการมีการใช้ทักษะความเชี่ยวชาญการใช้ดุลพินิจหรือการลงแรงทำงานและการลงทุนในงานสร้างสรรค์ต้องมีมากในปริมาณหนึ่งจึงจะเพียงพอ ซึ่งเห็นได้ชัดว่าทักษะความเชี่ยวชาญ การตัดสินใจหรือการลงแรง ต้องมีความเกี่ยวข้องกับงานด้านวรรณกรรม ด้านการละคร ด้านดนตรี ด้านศิลปะและระดับของความเชี่ยวชาญสิ่งเหล่านี้คือสิ่งที่สามารถใช้ตัดสินในคดีเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ได้ในบางกรณี นี้แสดงให้เห็นได้ชัดใน *Cramp v Smythson*⁵⁴ โจทก์ซึ่งตีพิมพ์สมุดบันทึกพกพาที่มีปฏิทินข้อมูลไปรษณีย์ วันสำคัญ ตารางน้ำหนักและการประเมินและข้อมูลต่าง ๆ ทุกชนิดที่มักจะเจอได้ในชีวิตประจำวัน จำเลยเผยแพร่สมุดบันทึกที่มีสำเนาตาราง ในสมุดบันทึกของโจทก์ มีประเด็นเกิดขึ้นว่าการเลือกรายการตารางและการจัดทำบันทึกประจำวันของโจทก์ ถือว่าเป็นงานต้นฉบับที่ได้ใช้ความรู้สร้างสรรค์ผลงาน ใช้ดุลพินิจและทักษะหรือไม่ ผู้พิพากษาพิจารณาองค์ประกอบในคดีเหล่านี้ ไม่เพียงพอที่จะเป็นงานต้นฉบับได้ ศาลอุทธรณ์ส่วนใหญ่ที่มีสภาพขนานางชุดใหม่ ตัดสินว่าการเลือกรายการบางอย่าง ไม่มีอะไรมาไปกว่าการคัดเลือกรายการในบันทึกธรรมดาของการกู้ข้อมูลและการจัดระเบียบข้อมูลทั่วไปซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการใช้ทักษะและดุลพินิจหรือการลงแรง จะเห็นได้จากในคดี *Cramp v Smythson* ศาลแสดงให้เห็นความต้องการว่าการที่จะให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์นั้นจะต้องมีหลักดังกล่าวที่กล่าวมาข้างต้นและศาลมักจะปฏิเสธการให้ความคุ้มครองในทางลิขสิทธิ์เกี่ยวกับชื่อหรือคำขวัญหรือคำโคด ๆ ที่ไม่ได้มีความหมาย เพราะศาลเห็นว่าชื่อหรือคำขวัญหรือกลุ่มคำนั้นสั้นไป

⁵³ [1980] R.P.C. 193.

⁵⁴ *G.A. Cramp & Sons Ltd.v Frank Smythson Ltd.* [1944] A.C. 329,HL.

เกินกว่าที่จะพิสูจน์อัตลักษณ์แม้จะมีการใช้ทักษะใช้ความคิดหรือการลงแรงในการสร้างสรรค์ชื่อหรือกลุ่มคำนั้นก็ตาม⁵⁵

ในกรณีของกลุ่มคำ คำขวัญหรือคำโคด ยกตัวอย่างในเคสของExxon Corp V. Exxon Insurance⁵⁶ คำว่าExxon ซึ่งถูกประดิษฐ์คิดค้นขึ้นเพื่อใช้เป็นเครื่องหมายการค้าน้ำมันของโจทก์ เป็นคำซึ่งไม่สื่อถึงข้อมูลไม่ได้ให้รายละเอียดไม่ได้ความหมายที่จะสื่อในคำสั้น ๆ นั้นคำสั้น คำขวัญหรือกลุ่มคำจึงไม่ได้รับความคุ้มครอง

แนวคิด Distinguishing skill and judgment from Labour

การจำแนกความแตกต่างและการพิจารณาการเป็นผู้สร้างสรรค์ประเด็นเบื้องต้นคือมีการจำแนกหลักเกณฑ์ของในเรื่องของผู้สร้างสรรค์ (Originality) ที่ต้องใช้ในการตัดสินว่าผู้ใดคือผู้สร้างสรรค์ซึ่งมีทั้ง การใช้ ทักษะ การลงแรง การตัดสินใจ ความรู้และประสบการณ์⁵⁷

มีการพิจารณาให้ใช้หลักเกณฑ์ ในการวินิจฉัยทักษะและการใช้ดุลพินิจในชั้นหนึ่ง ส่วนการลงแรงในการลงมือทำควรจะแยกไปอีกชั้นหนึ่งในส่วนของหลักเกณฑ์ในการพิจารณาทักษะและการพิจารณาหลักเกณฑ์สองหลักเกณฑ์บ่งบอกถึงการที่ผู้สร้างสรรค์ที่มีความวิริยะในการสร้างสรรค์งานซึ่งจะรวมไปถึงการใช้สติปัญญาอยู่ในหลักเกณฑ์นี้ด้วยส่วนของลงแรงสร้างสรรค์งานเพียงอย่างเดียวมิได้บ่งบอกถึงนัยสำคัญในการพิจารณาว่าผู้สร้างสรรค์งานได้ใช้ความวิริยะความสามารถมากเพียงใดเพียงแต่พิจารณาแค่การลงแรงของผู้สร้างสรรค์งานในขณะที่การใช้ทักษะและการใช้ดุลพินิจในการสร้างสรรค์งานอาจเกี่ยวโยงถึงผลงานทางปัญญาล้ายกันกับความคิดสร้างสรรค์ซึ่งจะทำให้มีการพิจารณาว่างานใดเป็นงานสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ที่ควรจะได้รับคุ้มครองในทางลิขสิทธิ์ทำได้มีประสิทธิภาพมากกว่าการพิจารณาการลงแรงลงมือสร้างสรรค์งานเพียงอย่างเดียว

ความหลากหลายของหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่แปลกใหม่ถูกใช้ในหลายหมวดหมู่ของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้พระราชบัญญัติของสหราชอาณาจักรคือต้องมีความโดดเด่น/แตกต่าง เช่นระหว่างคอมพิวเตอร์ ภาพถ่าย ฐานข้อมูล ตาราง การรวบรวมข้อมูลที่ไม่ได้เป็นฐานข้อมูลและประเภทงานอื่น ๆ

โปรแกรมคอมพิวเตอร์: หลักเกณฑ์ของสหภาพยุโรปสำหรับโปรแกรมคอมพิวเตอร์แตกต่างกับเกณฑ์ สำหรับภาพถ่ายและอาจเป็นที่พิพาทว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เกิดจากการ

⁵⁵ J.A.L. Sterling ll.b. *Supra*. P.352. หัวข้อ (b)

⁵⁶ United States Court of Appeals, 3rd Circuit, 1951, 189 F. 2d 104. 499 U.S.C. 340 (1990)

⁵⁷ J.A.L. Sterling ll.b. *Supra*. P.354. หัวข้อ (c)

สร้างสรรค์โดยที่มิได้ใช้ทักษะหรือใช้ดุลยพินิจใด ๆ ที่เกี่ยวข้องจะได้รับความคุ้มครองภายใต้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายอังกฤษหรือไม่⁵⁸

ภาพถ่าย: เช่นเดียวกับกรณีคอมพิวเตอร์ พระราชบัญญัติของสหราชอาณาจักรมิได้มี หลักเกณฑ์เป็นพิเศษเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของคำจำกัดความของคำว่า"เป็นทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ สร้างสรรค์เอง"(The author's own intellectual creation)ภาพถ่ายที่จะได้รับความคุ้มครองในทาง ลิขสิทธิ์นั้น จะต้องประกอบไปด้วย การใช้ทักษะความเชี่ยวชาญ การใช้ดุลยพินิจและการลงทุนลง แรงสร้างสรรค์ภาพถ่าย ศาลจึงจะยอมรับว่าภาพถ่ายนั้น เป็นภาพถ่ายที่มี ความคิดสร้างสรรค์ ภาพถ่ายจะต้องมีความแปลกใหม่และมีความคิดสร้างสรรค์ในปริมาณที่มากพอสมควร⁵⁹

ฐานข้อมูล: ในกรณีที่ฐานข้อมูลมีคุณสมบัติตรงตามเกณฑ์ของความคิดริเริ่มในแง่ของ การเป็นทรัพย์สินทางปัญญาของผู้สร้างสรรค์เองจะได้รับความคุ้มครองโดยลิขสิทธิ์และไม่ว่าจะ ได้รับการคุ้มครองโดยลิขสิทธิ์หรือไม่ เนื้อหาจะได้รับการคุ้มครองโดยสิทธิเฉพาะโดยไม่มี หลักเกณฑ์ของความแปลกใหม่ แต่ใช้เกณฑ์ Originality ดังนั้น คำถามที่เกิดขึ้นว่าความต้องการ ความคิดสร้างสรรค์นั้นมีมากกว่า"ทักษะความเชี่ยวชาญ การใช้ดุลยพินิจและการใช้แรงงาน" หลักเกณฑ์เหล่านี้ศาลยังใช้เป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณาแต่ในกรณีอื่น อาจกล่าวได้ว่าเป็น ลิขสิทธิ์ฐานข้อมูลมีการเบนเข้าหากันระหว่างสหราชอาณาจักรและวิธีทางกฎหมายแพ่งและอาจ เป็นไปได้ว่าศาลจะมีการพิจารณา ทักษะการตัดสินใจและการลงแรงทำและการคิดริเริ่มสร้างสรรค์ เกี่ยวกับการอ้างสิทธิ์ในลิขสิทธิ์ แต่ในกรณีที่มีการลงแรงเพียงอย่างเดียวที่ใช้ในการเก็บรวบรวม และนำเสนอเนื้อหาจากฐานข้อมูลดังกล่าวเป็นความคิดที่ว่ามีเพียงสิทธิเฉพาะที่จะได้รับการ คุ้มครองในทางลิขสิทธิ์⁶⁰

ตารางและการรวบรวมข้อมูลที่ไม่ได้เป็นฐานข้อมูล: ศาลพิจารณาว่าควรใช้เกณฑ์ ทักษะความเชี่ยวชาญการใช้ดุลยพินิจและการลงแรงลงมือทำนี้อาจเป็นไปได้ว่าการลงแรงเพียง อย่างเดียวในการรวบรวมและนำเสนอเนื้อหาจะเพียงพอที่จะได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยให้ ความสำคัญกับการป้องกันฐานข้อมูล

ประเภทของงานที่ไม่ตกอยู่ภายใต้ (1) - (4):คำถามที่เกิดขึ้นว่าสิ่งที่เป็นเกณฑ์ศาล นำไปประยุกต์ใช้ในขณะนี้ สำหรับประเภทของงานที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตาม (1) - (4) ข้างต้น แต่ ความคิดริเริ่ม ยังคงต้องการที่จะได้รับความคุ้มครองดูเหมือนว่าในขณะที่ "ความคิดสร้างสรรค์"

⁵⁸ J.A.L. Sterling ll.b. *Supra*. P.354. หัวข้อ [1]

⁵⁹ J.A.L. Sterling ll.b. *Supra*. P.354. หัวข้อ [2]

⁶⁰ J.A.L. Sterling ll.b. *Supra*. P.355. หัวข้อ [3]

และ"ทักษะและการใช้ดุลพินิจที่มีคุณค่าในการสร้างสรรค์งาน" สามารถทำให้เท่าเทียมกันจึงไม่เห็นถึงความแตกต่างที่ชัดเจนระหว่างสหราชอาณาจักรและระบบกฎหมายแพ่งและจะยังคงเห็นได้ว่าสำหรับหมวดนี้ศาลจะยอมรับความคิดริเริ่มบนพื้นฐานของ"ผู้ที่ลงทุนลงแรงเพียงอย่างเดียว" ศาลมีแนวโน้มที่จะต้องพิจารณาความคิดสร้างสรรค์การใช้ทักษะ การใช้ดุลพินิจ ในการที่จะพิจารณาการให้ความคุ้มครองในทางลิขสิทธิ์ความคิดริเริ่มของผู้สร้างสรรค์งานเป็นอย่างน้อยที่สุด ดังนั้น จึงนำไปสู่การวางแนวตามเกณฑ์ที่ระบุไว้ในคำสั่งของEU Directive ที่เกี่ยวข้อง⁶¹

กล่าวโดยสรุปกฎหมายเกี่ยวกับการให้การคุ้มครองในทางลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักรในปัจจุบันนั้นเกี่ยวกับการที่ศาลจะต้องพิจารณางานสร้างสรรค์ที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างงานใหม่ ๆ ขึ้นมาอยู่ในขั้นวิวัฒนาการเป็นส่วนใหญ่มีความพยายามที่จะนำกฎหมายเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ใน EU Directives เกี่ยวกับ คำนิยามที่ว่า" The author's own intellectual creation "หรือผู้สร้างสรรค์เป็นเจ้าของงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นเองโดยในช่วงการพิจารณาคดีของศาล ศาลจะพิจารณาหลักเกณฑ์ในงานสร้างสรรค์นั้น ๆ โดยใช้ หลักเกณฑ์ในการทดสอบว่างานชิ้นนั้นมี การใช้ ทักษะ การใช้ ดุลพินิจ รวมไปถึงการลงทุน ในงานสร้างสรรค์และต่อมาทำให้เกิดปัญหาว่าการพิจารณาการลงทุนของผู้สร้างสรรค์นั้นจำเป็นหรือไม่ที่ศาลจะต้องพิจารณาเพราะการใช้การลงทุนเพียงอย่างเดียวไม่อาจบ่งบอกว่างานสร้างสรรค์ชิ้นนั้นผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ ทักษะ ดุลพินิจและความคิดสร้างสรรค์ลงในงานนั้นมากนักน้อยเพียงใดศาลจึงเห็นว่าไม่ควรนำการลงทุนของผู้สร้างสรรค์มาพิจารณารวมอยู่ในหลักเกณฑ์ในงานสร้างสรรค์ว่างานชิ้นนั้นมีความคิดริเริ่ม(Originality)หรือไม่และยังมีความพยายามที่จะนำหลักของEU Directives มาประยุกต์ใช้ในกฎหมายของสหราชอาณาจักรแต่ก็ยังไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

2.3 เงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในประเทศไทย

2.3.1 ความเป็นมาของกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศไทย

ความเป็นมาของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในประเทศไทยเกิดขึ้นมาตั้งแต่สมัยพ่อขุนรามคำแหงมหาราชที่ได้ทรงประดิษฐ์อักษรไทยเมื่อ พ.ศ. 1826 เป็นต้นมา เนื่องจากตั้งแต่ในยุคสมัยนั้นเริ่มปรากฏให้เห็นว่ามีความพยายามบันทึกเรื่องราวที่สำคัญในยุคนั้นเก็บไว้ไม่จะเป็นการบันทึกในศิลาจารึกหรือใบลาน นอกจากนั้น ยุคสมัยดังกล่าวยังมีการสร้างสรรค์งานวรรณกรรมที่สำคัญ เช่น ไตรภูมิพระร่วง เป็นต้นและต่อมาในสมัยกรุงศรีอยุธยาที่มีงานวรรณกรรมอยู่หลาย

⁶¹ J.A.L. Sterling ll.b. *Supra*. P.355. หัวข้อ [5]

ประเภทด้วยกัน เช่น คัมภีร์พระธรรมศาสตร์ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในอดีตหรือวรรณกรรมพื้นบ้านต่าง ๆ กล่าวได้ว่างานวรรณกรรมสมัยกรุงศรีอยุธยาจำนวนมากและได้มีความพยายามที่จะเก็บรวบรวมไว้เพื่อให้อนุชนรุ่นหลังได้ทำการศึกษาค้นคว้ากันในเวลาต่อมา สำหรับในสมัยรัตนโกสินทร์เป็นยุคที่มีความเจริญรุ่งเรืองมากในทางวรรณกรรมและเริ่มมีการตั้งโรงพิมพ์ขึ้นในยุคสมัยนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งวรรณกรรมเรื่องนิราศลอนดอนที่เกิดการประพันธ์ขึ้นในช่วงสมัยรัชกาลที่ 4⁶²

งานวรรณกรรมที่เกิดขึ้นทั้งหลายจึงเป็นที่มาที่ทำให้เกิดความคิดในการให้ความคุ้มครองงานวรรณกรรมเกิดขึ้น⁶³ และกล่าวได้ว่าเป็นที่มาที่ทำให้เกิดกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศไทยเกิดขึ้น การมีประกาศหอสมุดวชิรญาณ ร.ศ. 111 (พ.ศ. 2435) ในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวโดยมีที่มาจากที่พรพบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวและราชวงศ์ทรงร่วมกันสร้างหอสมุดวชิรญาณขึ้นและได้ทรงตั้งคณะกรรมการขึ้นมาเพื่อดูแลหอสมุดคือ กรรมการสัมปาทิกสภา ต่อมาเมื่อตั้งหอพระสมุดได้ 8 ปีแล้วคณะกรรมการกรรมการสัมปาทิกสภาประชุมและได้ตกลงกันวางเป็นกฎข้อบังคับต่อบุคคลทั่วไปในการห้ามมิให้บุคคลใดเอาข้อความจากหนังสือที่อยู่ในหอสมุดไปตีพิมพ์ เย็บเล่มหรือคัดเรื่องในหนังสือไปตีพิมพ์เว้นแต่จะได้รับอนุญาตถือว่ากฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับแรกของประเทศไทย

ต่อมาเมื่อวันที่ 12 สิงหาคม ร.ศ. 120 (พ.ศ. 2444) ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือ ร.ศ. 120 ขึ้นมาเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัตินี้มีมองเห็นว่าผู้ประพันธ์หนังสือได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะในการแต่งหนังสือด้วยสติปัญญาของตนเองต้องใช้เวลานานในการสร้างสรรค์ แต่ปรากฏเมื่อหนังสือเหล่านั้นออกวางจำหน่ายกลับมีผู้อื่นนำงานดังกล่าวไปพิมพ์จำหน่ายซ้ำโดยมิได้ขออนุญาตจากผู้ประพันธ์ ทำให้ผู้ประพันธ์เกิดความเสียหายและหมดกำลังใจในการสร้างสรรค์งานใหม่ขึ้นนอกจากนั้นยังมองว่าในประเทศต่าง ๆ ก็ได้มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาห้ามมิให้มีการคัดลอกหรือพิมพ์จำหน่ายงานประพันธ์ของบุคคลอื่นโดยมิได้รับอนุญาตจากผู้ประพันธ์งาน⁶⁴

ต่อมาได้มีการใช้พระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือ ร.ศ. 120 จนกระทั่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ. 2457 และได้ใช้

⁶² สมชาย จันทรเรือง. (2555). *กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา*. กรุงเทพฯ: ด้านสุทธาการพิมพ์. หน้า 58-59.

⁶³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 59.

⁶⁴ รัชชัย ศุภผลศิริ. (2544). *กฎหมายลิขสิทธิ์ พร้อมด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537* (พิมพ์ครั้งที่ 3) กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 5.

พระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือ พ.ศ. 2457 (ฉบับแก้ไข) จนถึงวันที่ 16 มิถุนายน พ.ศ. 2474 จึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474⁶⁵

ต่อมาภายหลังมีการเปลี่ยนแปลงทั้งทางด้านเศรษฐกิจ การค้า สังคมและเกิดการพัฒนา ด้านต่าง ๆ รวมทั้งทางด้านเทคโนโลยีที่มีความทันสมัยมากยิ่งขึ้นและประกอบกับพระราชบัญญัติ คุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 ได้มีการบังคับใช้กันมาเป็นเวลานานแล้ว จึงมีความ ล้าสมัยและอัตราโทษเดิมต่ำ จึงทำให้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ขึ้นมาจึงเป็นการยกเลิกพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 และต่อมาได้มี การประกาศยกเลิกการบังคับใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 โดยได้ประกาศใช้ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ขึ้นมาและมีผลบังคับใช้จนถึงปัจจุบัน เจตนารมณ์ในการบังคับ ใช้พระราชบัญญัตินี้เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้เนื่องจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ได้มีการบังคับใช้กันมายาวนานมาก จึงไม่เหมาะสมกับยุคสมัยปัจจุบัน อีกทั้งจะเห็นได้ ว่าบทบัญญัติต่าง ๆ ไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ต่าง ๆ ทั้งภายในและภายนอกประเทศที่ได้ เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วทั้งในเรืองทางด้านเศรษฐกิจ การค้า การลงทุน อุตสาหกรรม จึงเห็นสมควรแก้ไขเพื่อ ปรับปรุง เปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์ มีความครอบคลุมมากขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งใน โปรแกรมคอมพิวเตอร์ เพื่อส่งเสริมให้มีการ สร้างสรรค์งานในด้านวรรณกรรม ศิลปกรรมและงานด้านอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนามากยิ่งขึ้น

ในปัจจุบันพัฒนาการทั้งด้านเทคโนโลยีสารสนเทศมีอิทธิพลต่อการพัฒนาของสังคม โลกอันส่งผลต่อการดำเนินชีวิตของผู้คนในสังคม กล่าวคือในปัจจุบันการค้นคว้าข้อมูลการ ประกอบธุรกิจ การสร้างสรรค์งานต่าง ๆ จะทำการสร้างสรรค์โดยการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศ เช่น ระบบอินเทอร์เน็ตและโปรแกรม social media ต่าง ๆ ส่งผลให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์กันได้ง่าย ขึ้นและกว้างขวางขึ้น ด้วยเหตุนี้หลาย ๆ ประเทศจึงได้มีการปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อรองรับต่อการเป็นสังคมดิจิทัล⁶⁶ สำหรับประเทศไทยได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 โดยเพิ่มในเรื่องของการคุ้มครองข้อมูล บริหารสิทธิและมาตรการทางเทคโนโลยี มาใช้ในการคุ้มครองลิขสิทธิ์และสิทธิของนักแสดง และยังได้แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (ฉบับที่ 3) โดยได้แก้ไขเพิ่มเติมเนื่องจาก กรณีปัญหาการทำซ้ำด้วยการบันทึกเสียงหรือภาพหรือทั้งเสียงและภาพจากภาพยนตร์ในระหว่าง

⁶⁵ พระยานิติไพบาล (วัน จามรมาน). (2474). *ปาฐกถาเรื่องพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม รวมปาฐกถาซึ่งแสดงที่สำนักอาจารย์สมาคมตั้งแต่ พ.ศ. 2470 ถึง พ.ศ. 2474*. พระนคร: นฤฤกษ์. หน้า 597 – 602.

⁶⁶ USA Digital Millenium Copyright Act

การฉายในโรงภาพยนตร์ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่อภาพยนตร์ไทยและต่างประเทศ ทั้งหมดนี้ถือเป็นการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ครอบคลุมกับการละเมิดลิขสิทธิ์แบบดิจิทัลของประเทศไทย⁶⁷

2.3.2 เจื่อนใจเกี่ยวกับงานสร้างสรรค์

หลักทั่วไปของงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 แม้ว่าตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 จะไม่ได้กำหนดหลักทั่วไปอันเป็นพื้นฐานของงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้ก็ตาม แต่จากแนวการศึกษาของนักกฎหมายและศาลไทยเป็นที่ยอมรับทั่วไปแล้วว่างานอันมีลิขสิทธิ์พึงมีลักษณะพื้นฐาน 4 ประการ⁶⁸ต่อไปนี้

2.3.2.1 เป็นการแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea)

งานที่จะถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นจะต้องเป็นงานที่ได้แสดงออกมาโดยวิธีหรือรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายจะไม่คุ้มครองความคิด(Idea) แต่จะให้ความคุ้มครองต่อการแสดงออกมาซึ่งทางความคิดของผู้สร้างสรรค์นั้น ๆ หรือกล่าวสรุปได้ว่า ถ้าเพียงความคิดจะไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ความมุ่งหมายของหลักการนี้ก็เพื่อไม่ให้มีการผูกขาดทางความคิดและส่งเสริมให้มีการถ่ายทอดความคิดสู่สังคมในรูปแบบต่าง ๆ และเหตุผลอีกประการหนึ่งก็เนื่องจากว่าหากให้ความคุ้มครองแก่ความคิดแล้วก็จะทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่กว้างมากและอาจทำให้สาธารณชนประสบกับอุปสรรคต่อการสร้างสรรค์งานอื่น ๆ ที่อยู่ภายใต้ความคิดเดียวกัน

หลักการนี้ได้รับการสนับสนุนจากกฎหมายหลายฉบับ เช่น ความตกลง TRIPs ยืนยันหลักนี้ไว้ในมาตรา 9 วรรค 2 ว่า“การคุ้มครองลิขสิทธิ์จะขยายถึงการแสดงออกซึ่งความคิดแต่ไม่รวมถึงความคิด กรรมวิธี วิธีปฏิบัติหรือแนวความคิดทางคณิตศาสตร์”หรือมาตรา 6 วรรค 2 ก็ได้บัญญัติหลักการเดียวกันไว้เช่นกันว่า“การคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึงความคิดหรือขั้นตอน กรรมวิธี หรือระบบหรือวิธีใช้หรือทำงานหรือแนวความคิด หลักการการค้นพบหรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์ หรือคณิตศาสตร์”

เนื่องจากความคิดใด ๆ ที่นำเสนอในงานอันมีลิขสิทธิ์ยังไม่ได้รับการคุ้มครองการใช้ความคิดดังกล่าวจึงสามารถทำได้โดยชอบตรงเท่าที่การใช้ันไม่ได้ละเมิดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ ตัวอย่างเช่น กรณีที่บุคคลใดอ่านหนังสือสนใจวิธีการต่าง ๆ ที่ปรากฏ

⁶⁷ จีรประภา มากถิ่น. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 35. หน้า 28-31.

⁶⁸ ธัชชัย ศุภผลศิริ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 64. หน้า 94.

ในหนังสือ บุคคลนั้นอาจทำตามวิธีหรือขั้นตอนที่นำเสนอในหนังสือโดยไม่ได้ทำซ้ำหนังสือหรือทำการอันใดที่เป็นการละเมิดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์⁶⁹

หลักการข้อนี้เป็นไปตามสนธิสัญญาลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ข้อ 2⁷⁰ ซึ่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ได้อนุมัติเอาไว้ในมาตรา 6 ดังนี้

มาตรา 6 งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพหรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์หรือแผนกศิลปะของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างใด

การคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึงความคิดหรือขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบหรือวิธีใช้หรือทำงานหรือแนวความคิด หลักการการค้นพบหรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์หรือคณิตศาสตร์

ดังนั้นงานชิ้นใดจะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ งานชิ้นนั้นต้องถูกแสดงให้ปรากฏออกมา เช่น นาย ก. คิดจะวาดรูป เพียงแต่ความคิด (Idea) ย่อมไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายตราบนาย ก. ได้วาดรูปลงบนกระดาษหรือวัสดุอื่น ๆ เช่นนี้นับว่านาย ก. ได้แสดงออกทางความคิดของตน (expression of idea) ให้ปรากฏแล้ว งานภาพวาดของนาย ก. ย่อมได้ไปลิขสิทธิ์ตามกฎหมายไทย

2.3.2.2 เป็นความคิดริเริ่มด้วยตนเอง (Originality)

ตามกรอบอนุสัญญากรุงเบอร์นผู้สร้างสรรค์ต้องใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของตนเอง มิได้ลอกเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น โดยการใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นี้ อนุสัญญากรุงเบอร์นมิได้ระบุว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นจะต้องมีมากหรือน้อยเพียงใด ด้วยเหตุนี้แม้ว่าผู้สร้างสรรค์ใช้ความคิดริเริ่ม (Original) เพียงเล็กน้อยงานชิ้นนั้นก็ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ทันที

เช่นเดียวกับตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ของประเทศไทยซึ่งอนุวัติตามอนุสัญญากรุงเบอร์น ศาลและนักวิชาการด้านกฎหมายลิขสิทธิ์ต่างยอมรับว่างานสร้างสรรค์

⁶⁹ บทที่ 2 หลักการพื้นฐานของการคุ้มครองกฎหมายลิขสิทธิ์กับการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม. (ออนไลน์) . เข้าถึงได้จาก: http://library.senate.go.th/document/Ext7977/7977538_0010.PDF?fbclid=IwAR1RYVxzHXVHM-eF6k-EYLN2D_mpEvqBUYqnJW2t3bGMzykiow1d-7K2j4A [2562, 5 พฤษภาคม]

⁷⁰ สนธิสัญญาลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ข้อ 2 ที่บัญญัติว่าการคุ้มครองลิขสิทธิ์ต้องเป็นการคุ้มครองการแสดงออก (Expression) แต่ไม่คุ้มครองความคิด (Idea) ขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบหรือการค้นพบทฤษฎีทางคณิตศาสตร์

จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ก็ต่อเมื่องานชิ้นนั้นเป็นงานที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ ซึ่งผู้สร้างสรรค์มิได้ลอกเลียนแบบงานของผู้อื่น แม้ว่าในบทบัญญัติมาตรา 4 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 จะไม่ได้ระบุถึงความคิดสร้างสรรค์ด้วยตนเองก็ตาม

นอกจากนี้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ก็ไม่ต้องมีความใหม่ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ก็คือการให้ความคุ้มครองแก่บุคคลใดก็ตามหากบุคคลนั้นได้ใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของตน ดังที่ปรากฏตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ว่าผู้สร้างสรรค์หมายความว่าผู้ทำหรือผู้ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์อย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ ด้วยเหตุนี้งานสร้างสรรค์อาจมีลักษณะเหมือนกันก็ได้และผู้สร้างสรรค์ทุกคนย่อมได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ทุกคน แต่ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขว่าผู้สร้างสรรค์ดังกล่าวต้องมีได้ลอกเลียนแบบงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น

2.3.2.3 เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 กำหนดไว้เท่านั้น

หลักการเรื่องนี้เป็นไปตามอนุสัญญากรุงเบอร์น ฉบับปี ค.ศ.1886 ซึ่งวางหลักการเรื่องการบังคับใช้ทั่วไป (Convention Rules) ไว้ว่า “เพื่อให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศมีประสิทธิภาพและไม่น้อยกว่ามาตรฐานระหว่างประเทศ ประเทศภาคีสมาชิกพึงต้องบัญญัติกฎหมายภายในประเทศของตนให้สอดคล้องกับอนุสัญญากรุงเบอร์น” ประกอบกับเมื่ออนุสัญญากรุงเบอร์นและสนธิสัญญาลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ได้ระบุงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้ เช่น งานวรรณกรรม งานศิลปกรรม งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ งานนาฏกรรม งานดนตรีกรรม งานภาพยนตร์ ฯลฯ ส่งผลให้ประเทศไทยในฐานะสมาชิกความตกลงลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศทั้งอนุสัญญากรุงเบอร์นและอื่น ๆ ประเทศไทยจึงยกร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 6 ไว้ดังนี้

มาตรา 6 งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพหรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์หรือแผนกศิลปะของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างไร

ด้วยเหตุนี้งานอันมีลิขสิทธิ์ในประเทศไทยจึงได้แก่ งาน 9 จำพวก คือ

ก) งานวรรณกรรม ได้แก่ งานนิพนธ์ที่สร้างขึ้นทุกชนิด เช่น หนังสือ จุลสาร สิ่งเขียนสิ่งพิมพ์ ปาฐกถา เทศนา คำปราศรัย สุนทรพจน์และให้หมายความรวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย

ข) งานนาฏกรรม ได้แก่งานเกี่ยวกับการรำ การเต้น การทำท่าหรือการแสดงที่ประกอบขึ้นเป็นเรื่องราวและให้หมายความรวมถึงการแสดงโดยวิธีไปด้วย

ค) งานศิลปกรรม ได้แก่งานอันมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่างดังต่อไปนี้คืองานจิตรกรรม งานประติมากรรม งานภาพพิมพ์ งานสถาปัตยกรรม งานภาพถ่าย งานภาพประกอบและงานศิลปะประยุกต์

ง) งานดนตรีกรรม ได้แก่งานเกี่ยวกับเพลงที่แต่งขึ้นเพื่อบรรเลงหรือขับร้องไม่ว่าจะมีทำนองและคำร้องหรือมีทำนองอย่างเดียวและให้หมายความรวมถึงโน้ตเพลงหรือแผนภูมิเพลงที่ได้แยกและเรียบเรียงเสียงประสานแล้ว

จ) งานโสตทัศนวัสดุ ได้แก่งานอันประกอบด้วยลำดับของภาพโดยบันทึกลงในวัสดุไม่ว่าจะมีลักษณะอย่างใด อันสามารถที่จะนำมาเล่นซ้ำได้อีกโดยใช้เครื่องมือที่ทำเป็นสำหรับการใช้วัสดุนั้นและให้หมายความรวมถึงเสียงประกอบงานนั้นด้วย ถ้ามี

ฉ) งานภาพยนตร์ ได้แก่วิดีโอเทปหรือฟิล์มที่ประกอบด้วยลำดับของภาพ ซึ่งสามารถ นำออกฉายต่อเนื่องได้อย่างภาพยนตร์หรือสามารถบันทึกลงบนวัสดุอื่น เพื่อนำออกฉาย

ช) งานสิ่งบันทึกเสียง ได้แก่งานอันประกอบด้วยลำดับของเสียงดนตรีเสียงการแสดงหรือเสียงอื่นใดโดยบันทึกลงในวัสดุไม่ว่าจะมีลักษณะใด ๆ อันสามารถที่จะนำมาเล่นซ้ำได้อีกโดยใช้เครื่องมือที่ทำเป็นสำหรับการใช้วัสดุนั้น แต่ทั้งนี้ มิให้หมายความรวมถึงเสียงประกอบภาพยนตร์หรือเสียงประกอบโสตทัศนวัสดุอย่างอื่น

ซ) งานแพร่เสียงแพร่ภาพ ได้แก่งานที่นำออกสู่สาธารณชนโดยการแพร่เสียงทางวิทยุกระจายเสียง การแพร่เสียงและหรือภาพทางวิทยุ โทรทัศน์หรือโดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน

ณ) งานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์หรือแผนกศิลปะ ซึ่งไม่มีคำนิยามไว้ก็ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 แต่ในทางตำราวิชาการแล้วนักวิชาการได้ให้คำจำกัดความไว้ 2 แนวทาง ดังนี้

แนวทางแรก งานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์หรือแผนกศิลปะ ได้แก่งานประเภทใดในอนาคตที่อาจเกิดขึ้นในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์และแผนกศิลปะโดยท่านอาจารย์ปริญญา ศิผดุงได้อธิบายเพิ่มเติมไว้ว่า “ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏงานประเภท

ใดถือเป็นงานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ แต่ก็มียานอยู่ประเภทหนึ่งซึ่งน่าถือเป็นงานในกลุ่มนี้ คือ งานสักฟิวหนังมนุษย์”⁷¹

แนวทางที่สอง งานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์หรือแผนกศิลปะต้องเป็นงานอันไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับอื่น ๆ เช่น ลิขสิทธิ์ความลับทางการค้า เครื่องหมายการค้า ฯลฯ และงานดังกล่าวต้องเป็นการแสดงออกทางความคิดสร้างสรรค์ในรูปแบบที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กำหนดไว้โดยนักวิชาการกลุ่มนี้ให้เหตุผลว่าเพื่อเป็นไปตามกรอบสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยได้ลงนามไว้ อันได้แก่อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน การตีความคำว่า “งานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ” จึงต้องตีความตามกรอบดังกล่าว⁷²

2.3.2.4 เป็นงานที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย

หลักเกณฑ์ที่ว่างานสร้างสรรค์ต้องไม่ใช่งานอันขัดต่อกฎหมายนี้ แม้ว่าตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 หาได้ตราบทบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวเกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3705/2530⁷³ วินิจฉัยว่าลิขสิทธิ์ที่บุคคลสามารถเป็นเจ้าของได้ จะต้องเป็นลิขสิทธิ์ในงานที่ตนสร้างสรรค์โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อปรากฏว่าวิดีโอเทปของกลาง 1 ที่โจทก์อ้างว่าเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์มีบทแสดงการร่วมเพศระหว่างหญิงและชายบางตอน อันเป็นภาพลามก ซึ่งผู้ทำหรือมีไว้หรือมีส่วนเกี่ยวข้องในการค้า เป็นความผิดตามประมวลกฎหมาย

⁷¹ ปรินญา ดิพคุณ. (2540). *คู่มือการศึกษากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา*. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 146.

⁷² ธัชชัย สุกผลศิริ. (2544). *กฎหมายลิขสิทธิ์*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 102.

⁷³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3705/2530 ลิขสิทธิ์ที่บุคคลสามารถเป็นเจ้าของได้ จะต้องเป็นลิขสิทธิ์ในงานที่ตนสร้างสรรค์โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อปรากฏว่าวิดีโอเทปของกลาง 1 ที่โจทก์อ้างว่าเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ มีบทแสดงการร่วมเพศระหว่างหญิงและชายบางตอนอันเป็นภาพลามก ซึ่งผู้ใดทำหรือมีไว้หรือมีส่วนเกี่ยวข้องในการค้า เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 งานของโจทก์ดังกล่าวจึงมิใช่งานสร้างสรรค์ตามความหมายแห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 โจทก์จึงไม่ใช่เจ้าของลิขสิทธิ์ ไม่ใช่ผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(4) และไม่มีอำนาจฟ้องวิดีโอเทปของกลาง 2 ที่จำเลยอ้างส่งต่อศาลในระหว่างการพิจารณา ไม่ใช่ของกลางที่พนักงานสอบสวนได้ยึดไว้ในคดีและโจทก์มิได้มีคำขอให้รับ แม้วิดีโอเทปดังกล่าวจะมีภาพลามกกรวมอยู่ด้วยอย่างเดียวกันกับวิดีโอเทปของกลาง 1 ศาลก็ไม่มีอำนาจสั่งรับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 192 การที่ศาลล่างทั้งสองพิพากษาให้รับจึงเป็นการไม่ชอบ ปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้จะไม่มีฝ่ายใดฎีกา ศาลฎีกาก็มีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยไม่รับวิดีโอเทปดังกล่าวได้.

อาญา มาตรา 287 งานของโจทก์ดังกล่าวจึงมิใช่งานสร้างสรรค์ตามความหมายแห่งพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 โจทก์จึงไม่ใช่เจ้าของลิขสิทธิ์ ไม่ใช่ผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญา มาตรา 2(8)และไม่มีอำนาจฟ้อง

ด้วยแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3705/2530 นี้ทำให้ปัจจุบันในตำราวิชาการ และทางปฏิบัติของนักกฎหมายยอมรับว่างานอันมีลิขสิทธิ์ต้องเป็นงานอันไม่ขัดต่อกฎหมาย ผู้ใช้สิทธิในทางศาลจึงต้องเป็นผู้มีสถานะและผู้นั้นต้องไม่ใช่กฎหมายเพียงเพื่อเป็นเครื่องมือจก ulyประโยชน์ส่วนตนเท่านั้น

จากหลักเกณฑ์ที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น สรุปได้ว่าตามพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 งานสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้น จะต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ทั้ง 4 หลักเกณฑ์ข้างต้น เมื่องานสร้างสรรค์เหล่านั้นมีองค์ประกอบครบทั้ง 4 หลักเกณฑ์จึงจะถือว่างาน เหล่านั้นเป็นงานสร้างสรรค์ที่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

2.3.3 เงื่อนไขเกี่ยวกับผู้สร้างสรรค์

กฎหมายลิขสิทธิ์ไทยเดิม พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ซึ่งได้มีหลักเกณฑ์ “ผู้สร้างสรรค์” ว่า “ผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยความคิดริเริ่มของตนเอง”⁷⁴ แต่ถ้อยคำที่ใช้ันนี้อาจทำ ให้ผู้ที่ไม่คุ้นเคยกับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์เข้าใจผิดไปว่าการสร้างสรรค์งานที่จะมีลิขสิทธิ์นั้น ผู้สร้างสรรค์ต้องเป็นเจ้าของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นเอง ทั้งที่ตามหลักของกฎหมายลิขสิทธิ์ ผู้สร้างสรรค์อาจใช้งานสร้างสรรค์ของผู้อื่นมาเป็นจุดเริ่มต้นของการสร้างสรรค์งานของตนเองได้ เพราะความคิดเป็นสิ่งที่กฎหมายลิขสิทธิ์มิได้ให้ความคุ้มครอง ถ้อยคำเหล่านี้จึงอาจทำให้เกิดความ เข้าใจผิด⁷⁵

ต่อมาจึงได้มีการปรับปรุงบทบัญญัติในพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เพื่อไม่ให้เกิด ความเข้าใจคลาดเคลื่อน โดยปรับปรุงความหมายของ“ผู้สร้างสรรค์” ขึ้นใหม่ว่า“ผู้ทำหรือผู้ ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์อย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้”⁷⁶ โดยตัด

⁷⁴ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 4 บัญญัติว่า

“ผู้สร้างสรรค์” หมายความว่า ผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยความคิดริเริ่มของตนเอง

⁷⁵ ธัชชัย ศุภผลศิริ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 64, หน้า 115.

⁷⁶ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 บัญญัติว่า

“ผู้สร้างสรรค์” หมายความว่า ผู้ทำหรือผู้ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์อย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นงานอันมี ลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้

ถ้อยคำที่น่าจะทำให้เข้าใจผิดคือคำว่า “โดยความคิดริเริ่มของตนเอง” ออกไป⁷⁷ ถึงแม้ว่าจะมีการแก้ถ้อยคำเพื่อไม่ให้เกิดความคลาดเข้าใจผิดในความหมายของการเป็นผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์อย่างไรก็ดีเมื่อพิจารณา ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 คำว่า “ผู้สร้างสรรค์” กำหนดหลักเกณฑ์เอาไว้เพียงว่าผู้สร้างสรรค์ต้องเป็นผู้ทำหรือผู้ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์อย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้เท่านั้น ซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้กำหนดไว้ว่างานประเภทใดบ้างที่เป็นงานที่อาจได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 6⁷⁸ และบุคคลใดบ้างเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์โดยกำหนดให้ผู้สร้างสรรค์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้น ตามมาตรา 8⁷⁹ เมื่อพิจารณาแล้วไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ในเรื่องของ Originality ในตัวบทกฎหมายทั้งใน มาตรา 4 และมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์นี้

นอกจากนี้ในการที่ผู้สร้างสรรค์ สร้างสรรค์งานโดยการทำซ้ำหรือดัดแปลง งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ให้ผู้ที่ได้ดัดแปลงนั้นมีลิขสิทธิ์ในงานที่ได้ดัดแปลงแต่

⁷⁷ ธัชชัย สุกผลศิริ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 64, หน้า 116.

⁷⁸ มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพหรือ งานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์หรือแผนกศิลปะของผู้สร้างสรรค์ ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างใดการคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึงความคิดหรือขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบหรือวิธีใช้หรือ ทำงาน หรือแนวความคิด หลักการ การค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์ หรือคณิตศาสตร์

⁷⁹ มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ให้ผู้สร้างสรรค์เป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้นภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้

(๑) ในกรณีที่ยังไม่ได้มีการโฆษณางานผู้สร้างสรรค์ต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทยหรืออยู่ในราชอาณาจักรหรือเป็นผู้มี สัญชาติหรืออยู่ในประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วยตลอดเวลาหรือเป็นส่วนใหญ่ ในการสร้างสรรค์งาน นั้น

(๒) ในกรณีที่ได้มีการโฆษณางานแล้ว การโฆษณางานนั้นในครั้งแรกได้กระทำขึ้นในราชอาณาจักรหรือในประเทศที่เป็น ภาคีแห่ง อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วยหรือในกรณีที่การโฆษณาครั้งแรกได้กระทำ นอกราชอาณาจักรหรือในประเทศอื่นที่ไม่เป็น ภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย หากได้มีการ โฆษณางาน ดังกล่าวในราชอาณาจักรหรือในประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ซึ่ง ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วยภายใน สามสิบวันนับแต่วันที่ได้มีการ โฆษณาครั้งแรกหรือผู้สร้างสรรค์เป็นผู้มีลักษณะตามที่กำหนด ไว้ใน (๑) ในขณะที่มีการโฆษณางาน ครั้งแรกในกรณีที่ผู้สร้างสรรค์ต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทย ถ้าผู้สร้างสรรค์เป็นนิติบุคคล นิติบุคคลนั้นต้องเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตาม กฎหมายไทย

ต้องไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ในงานของผู้สร้างสรรค์เดิมที่ถูกดัดแปลงตามมาตรา 11⁸⁰ นั้นก็หมายความว่าผู้ที่นำงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาทำซ้ำหรือดัดแปลง สามารถทำได้แต่ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์เดิมก่อนและเจ้าของลิขสิทธิ์ ยังเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวซึ่งเป็นสิทธิเด็ดขาดสิทธินี้รู้จักกันในนาม Exclusive Right ซึ่งเป็นสิทธิในทางเศรษฐกิจ ส่วนผู้สร้างสรรค์มีสิทธิอีกอย่างหนึ่งเรียกว่ากรรมสิทธิหรือสิทธิทางศีลธรรม

ตามแนวความคิดของระบบแองโกล-แซกซัน ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิในทางนิเสธ คือไม่ใช่มีสมมุติฐานว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะทำอะไรเกี่ยวกับงานของตนได้บ้าง แต่กลับเป็นว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะห้ามบุคคลอื่นไม่ให้ทำอะไรเกี่ยวกับงานของตนได้บ้าง ส่วนแนวคิดตามระบบสิทธิของผู้สร้างสรรค์ (Droit d'auteur หรือ Author's Right) ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้สร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์เป็นงานที่เกิดจากสติปัญญาและมันสมองของเขาโดยเฉพาะ

ฉะนั้น เขาเองเท่านั้นที่มีสิทธิพิจารณาว่าเมื่อใดงานที่เขาสร้างสรรค์ขึ้นควรจะนำออกสู่การรับรู้ของประชาชนคนทั่วไปและเขาเองเท่านั้นที่มีสิทธิตัดสินใจว่าถ้าจะนำงานออกมาให้ปรากฏแล้วควรจะออกมาในรูปแบบใดอย่างไร สิ่งเหล่านี้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของเขาและต้องเป็นที่ยอมรับเสมอไป⁸¹

ซึ่งตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้กล่าวถึงสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น สามารถอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิในการทำซ้ำหรือดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน และให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางาน โปรแกรมคอมพิวเตอร์ วัสดุทัศนวัตถุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียงโดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดหรือไม่ก็ได้แต่เงื่อนไขดังกล่าวจะต้องกำหนดในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมไม่ได้ ตามมาตรา 15 (5)⁸²

⁸⁰ มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 งานใดมีลักษณะเป็นการดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ให้ผู้ที่ได้ ดัดแปลงนั้นมีลิขสิทธิ์ในงานที่ได้ดัดแปลงตามพระราชบัญญัตินี้แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ในงานของผู้สร้างสรรค์เดิมที่ถูกดัดแปลง

⁸¹ อรรถพร พนัสพัฒนา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 37, หน้า 51 – 52.

⁸² มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ภายใต้บังคับมาตรา ๕ มาตรา ๑๐ และมาตรา ๑๔ เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิ แต่ผู้เดียวดังต่อไปนี้

- (๑) ทำซ้ำหรือดัดแปลง
- (๒) เผยแพร่ต่อสาธารณชน
- (๓) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางาน โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ทัศนวัตถุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียง
- (๔) ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น

ผู้คัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น ผู้คัดแปลงจะมีลิขสิทธิ์ในงานส่วนที่ได้คัดแปลงขึ้น ส่วนเจ้าของลิขสิทธิ์เดิมก็มีในลิขสิทธิ์ในงานต้นฉบับเดิม แต่ถ้าเป็นการคัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์งานต้นฉบับผู้คัดแปลงก็จะมีลิขสิทธิ์ในงานที่ ได้คัดแปลงขึ้นแต่จะเป็นผู้ละเมิดสิทธิ (มาตรา 27) ⁸³ แต่เพียงผู้เดียวคือสิทธิในการคัดแปลงของเจ้าของลิขสิทธิ์เดิม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 508/2508 ผู้เสียหายได้แปลประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นภาษาอังกฤษแล้วพิมพ์ออกจำหน่าย แม้กฎหมายจะไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์ แต่คำแปลดังกล่าวเป็นงานวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์ของผู้คัดแปลงคือผู้แปล

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8225/2547 โจทก์อนุญาตให้จำเลยนำนวนิยายเรื่องดาวพระศุกร์ซึ่งเป็นงานวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์มาสร้างเป็นภาพยนตร์ได้ ถือเป็นการอนุญาตให้นำเอางานมาดัดแปลงและจำเลยมีลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ที่ได้ดัดแปลงนั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8451/2551 จำเลยได้ทำการดัดแปลงฐานข้อมูลของโจทก์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ จำเลยจึงไม่มีลิขสิทธิ์ในงานที่ตนได้ดัดแปลงขึ้น

ส่วนในเรื่องของข้อกเว้นในการละเมิดลิขสิทธิ์มีหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการพิจารณาว่าอย่างไรจะเป็นการใช้อย่างเป็นธรรมนั้นให้พิจารณาในเรื่องของหลักเกณฑ์ Fair Use ของสหรัฐอเมริกาหรือFair dealingของสหราชอาณาจักร มากำหนดไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย⁸⁴ โดยบัญญัติไว้ใน มาตรา 32 (1) – (9) ⁸⁵ โดยให้รายละเอียดต่อการกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นการ

(๕) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตาม (๑) (๒) หรือ (๓) โดยจะกำหนดเงื่อนไข อย่างไรก็ดี แต่เงื่อนไขดังกล่าวจะกำหนด ในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม ไม่ได้

การพิจารณาว่าเงื่อนไขตามวรรคหนึ่ง (๕) จะเป็นการจำกัดการแข่งขันหรือไม่ เป็นธรรมหรือไม่ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดใน กฎกระทรวง

⁸³ มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัตินี้โดยไม่ได้รับอนุญาตตาม มาตรา 15 (5) ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ถ้าได้กระทำได้ดังต่อไปนี้

(1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน

⁸⁴ จีรประภา มากสิน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 35. หน้า 156 – 157.

⁸⁵ มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงาน อันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งต้องเป็นการกระทำที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายด้วย

สำหรับหลักเกณฑ์ในเรื่อง Fair Use มีสาระสำคัญว่าต้องเป็นการทำงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์มาใช้พอสมควรและต้องมีวัตถุประสงค์ของการนำไปใช้เพื่อให้เกิดประโยชน์ของสังคม มิใช่เพื่อประโยชน์ทางการค้าหากำไร เช่น เพื่อ ดิชม วิจัย วิจารณ์ รายงานข่าว ใช้เพื่อการเรียนการสอนในชั้นเรียน ค้นคว้าหรือวิจัย เป็นต้น การกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์หากเข้าหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ การกระทำดังกล่าวถือว่าไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แม้จะเป็นการนำงานของเจ้าของลิขสิทธิ์ไปใช้ประโยชน์โดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นก็ตาม⁸⁶

เมื่อได้ทำการศึกษาในเรื่องของผู้สร้างสรรค์ พบว่าตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ไม่ปรากฏคำจำกัดความของหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการจะใช้พิจารณาตัวผู้สร้างสรรค์คือหลักเกณฑ์ Originality ไว้ในฉบับกฎหมาย ปรากฏแต่เพียงว่าผู้สร้างสรรค์ คือผู้ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นงานที่กฎหมายกำหนด เมื่อผู้สร้างสรรค์ได้สร้างเสร็จงานเหล่านั้นสำเร็จ ผู้สร้างสรรค์ ก็จะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ของตนเอง ส่วนในการที่ผู้สร้างสรรค์สร้างเสร็จงานโดยการทำซ้ำหรือดัดแปลง การจะสร้างเสร็จงานดังกล่าวจะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์เดิมก่อน ซึ่งเป็นสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะให้ทำซ้ำหรือดัดแปลงงานของตนเอง

ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง การกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามวรรคหนึ่ง มิให้ถือว่าเป็น การละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำได้ดังต่อไปนี้

- (๑) วิจัยหรือศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- (๒) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท
- (๓) ดิชม วิจัยหรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (๔) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (๕) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดงหรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงาน ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายหรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว
- (๖) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดงหรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอนเพื่อประโยชน์ในการสอนของตน อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- (๗) ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงานหรือดัดทอนหรือทำบทสรุปโดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร
- (๘) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ

⁸⁶ USA Copyright Act, Section 107

หากผู้สร้างสรรค์ ทำซ้ำหรือดัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์เดิมจะถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยมีข้อยกเว้นในเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์โดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้นำหลักเกณฑ์ของสหรัฐอเมริกา ในเรื่องของ Fair Use มาปรับใช้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย

ในการพิจารณาว่าผู้ใดเป็นผู้สร้างสรรค์นั้น มีหลักเกณฑ์ที่สำคัญ คือ Originality หรือการสร้างสรรค์งานด้วยตนเอง เมื่อไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ดังกล่าวในฉบับกฎหมาย จึงจำเป็นต้องพิจารณาโดยอาศัยการตีความจากคำพิพากษาของศาลซึ่งการตีความของศาลเป็นการตีความโดยการอาศัยการตีกรอบความคิดที่ค่อนข้างกว้างขวางมากไม่เคร่งครัด โดยในส่วนใหญ่ศาลของไทยได้พิจารณาหลักเกณฑ์ไปในทางเดียวกันว่าผู้สร้างสรรค์จะต้องสร้างสรรค์งานด้วยความวิริยะอุตสาหะ โดยต้องมีการใช้ความคิดสร้างสรรค์ของตนเองพอสมควร งานสร้างสรรค์ไม่จำเป็นต้องมีความพิเศษหรือไม่เคยปรากฏที่ใดมาก่อนเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับรูปแบบหรือวิธีการในการสร้างสรรค์งานซึ่งต้องสร้างสรรค์ขึ้นมาโดยมิได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้ต้องเป็นงานที่มาจากความคิดสร้างสรรค์ของผู้ประพันธ์หรือผู้สร้างสรรค์ที่ได้แสดงออกมาซึ่งความคิดสร้างสรรค์ของตนเองเป็นสำคัญ ดังนั้น

โดยหลักเมื่อบุคคลอื่นนำงานในส่วนอันเป็นสาระสำคัญที่ผู้ประพันธ์หรือผู้สร้างสรรค์ไปทำซ้ำหรือดัดแปลงหรือได้สร้างสรรค์ขึ้นมาไปใช้โดยมิได้รับอนุญาตจากผู้ประพันธ์หรือผู้สร้างสรรค์งานนั้น บุคคลดังกล่าวย่อมเป็นผู้กระทำการอันละเมิดลิขสิทธิ์ในงานของผู้ประพันธ์หรือผู้สร้างสรรค์งานนั้นได้⁸⁷

2.3.3.1 คำพิพากษาศาลในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการเป็นผู้สร้างสรรค์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6182/2533 การสร้างสรรค์รูปปั้นทองเหลืองของโจทก์ไม่มีลิขสิทธิ์จากการสร้างตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 โดยการปั้นรูปปั้นทองเหลืองของโจทก์ถือเป็นการสร้างสรรค์รูปปั้นทองเหลืองโดยการสร้างสรรค์จากการลอกเลียนแบบธรรมชาติและนิศยสารมิได้เป็นการริเริ่มสร้างสรรค์ด้วยตนเอง⁸⁸

⁸⁷ จีรประภา มากลั่น. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 35. หน้า 71-72.

⁸⁸ ศาลฎีกาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6182/2533 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 6 บัญญัติให้ผู้สร้างสรรค์เป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้นและมาตรา 4 ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า "ผู้สร้างสรรค์" ไว้ว่าหมายถึงผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยความคิดริเริ่มของตนเอง จากคำจำกัดความดังกล่าวผู้ที่จะได้ชื่อว่าเป็นผู้สร้างสรรค์นั้นจะต้องเป็นผู้ที่ทำหรือก่อให้เกิดงานขึ้นจากความคิดริเริ่มด้วยตนเองมิใช่เป็นการลอกเลียนแบบจากของจริง จากธรรมชาติหรือลอกเลียนแบบจากงานของผู้อื่นทั้งที่ปรากฏเป็นรูปร่างหรือภาพถ่ายงานที่โจทก์อ้างว่าโจทก์มี

จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นสรุปได้ว่าศาลได้มีคำตัดสินในคดีนี้ว่าโจทก์ไม่เป็นผู้สร้างสรรค์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เพราะศาลได้พิจารณาจาก มาตรา 4 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 จากความหมายของคำว่า“ผู้สร้างสรรค์”โดยตีความจากคำว่า“โดยความคิดริเริ่มของตนเอง” จึงทำให้ศาลพิจารณาว่าการจะปั้นรูปปั้นทองเหลืองนั้นจะต้องเป็นการที่ไม่มี การลอกเลียนธรรมชาติหรือการนำเอางานสร้างสรรค์ของผู้อื่นมาเป็นต้นแบบหรือนำมา มาดัดแปลงซึ่งจะเห็นได้ว่าศาลได้คำนึงถึงความใหม่ของงานมาในอันดับแรกซึ่งความใหม่ (Novelty) นี้เป็นหลักเกณฑ์ในเรื่องของสิทธิบัตรจึงเห็นว่าไม่ควรนำเรื่องความใหม่ในงาน สร้างสรรค์มาพิจารณาการเป็นผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ดังนั้นการพิจารณาของศาลในคดีนี้ จึงไม่เป็นไปตามหลัก Originality เพราะความคิดริเริ่มในการสร้างสรรค์งานนั้น ผู้สร้างสรรค์ไม่ จำเป็นต้องสร้างสรรค์สิ่งที่เป็นความใหม่เสมอไป แต่ผู้สร้างสรรค์จะต้องสร้างงานโดยที่ไม่ได้มี การคัดลอกงานสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์อื่นที่มีอยู่แล้ว รวมไปถึงการแสดงออกในด้าน ความคิดผู้สร้างสรรค์อาจจะนำงานสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ผู้อื่นนำมาเป็นต้นแบบในการ สร้างสรรค์งานของตนเองก็ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2750/2537 โจทก์สร้างสรรค์พจนานุกรมโดยการเพิ่มเติมบท นิยามหรือความหมายของคำต่างๆพร้อมรูปภาพประกอบ โดยโจทก์แสดงออกถึงความคิดริเริ่มด้วย ตนเอง และความคิดสร้างสรรค์และมีได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ของ ผู้อื่นโดยมิได้รับอนุญาตเป็นใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์แล้ว⁸⁹

ลิขสิทธิ์ตามฟ้องนั้น เป็นงานที่เกิดจากการถอดรูปแบบมาจากของจริงตามธรรมชาติบ้าง ลอกเลียนแบบจาก ความคิดริเริ่มของผู้อื่นที่ได้สร้างสรรค์ไว้แล้วบ้างและลอกเลียนแบบจากนิตยสารอื่น ๆ บ้าง งานของโจทก์ ดังกล่าวจึงมิใช่เป็นงานที่โจทก์สร้างสรรค์ขึ้นโดยความคิดริเริ่มของโจทก์เองโจทก์จึงมิใช่ผู้สร้างสรรค์ตาม ความหมายแห่งมาตรา 4ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 จึงไม่มีลิขสิทธิ์ในแบบรูปปั้นหล่อทองเหลืองตาม ฟ้อง

⁸⁹ ศาลฎีกาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2750/2537 ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 4 ได้ให้บทนิยามคำว่า "ผู้สร้างสรรค์" ไว้ว่าผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยความคิดริเริ่มของตนเองซึ่งมีความหมายว่าการจะเป็นผู้สร้างสรรค์ งานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ความสำคัญมิได้อยู่ที่งานที่อ้างว่าได้สร้างสรรค์ขึ้นเป็นงานใหม่หรือไม่ แต่อยู่ที่ว่าบุคคลผู้นั้น ได้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์และงานดังกล่าวมีที่มาหรือต้นกำเนิด จากบุคคลผู้นั้นโดยบุคคลผู้นั้นมิได้คัดลอกหรือทำซ้ำหรือดัดแปลงมาจากงานอันมีลิขสิทธิ์อื่น ดังนั้น แม้การจัดทำ พจนานุกรมจะมีวิธีจัดทำแบบเดียวกับวิธีที่ใช้มาแต่โบราณ โจทก์ก็อาจเป็นผู้สร้างสรรค์และเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ใน พจนานุกรมนั้นได้ หากการจัดทำพจนานุกรมของโจทก์เป็นงานที่ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์ด้วย การให้บทนิยามหรือความหมายของคำต่าง ๆ พร้อมภาพประกอบความหมายของคำบางคำโดยการแสดงออกซึ่ง

จากตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาข้างต้นสรุปได้ว่าจากคำพิพากษาในคดีนี้ ศาลได้พิจารณาจากคำนิยามของผู้สร้างสรรค์โดยศาลได้อธิบายไว้ชัดเจนว่าการจัดทำพจนานุกรมการจะเป็นผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ความสำคัญมิได้อยู่ที่งานที่อ้างว่าได้สร้างสรรค์ขึ้นเป็นงานใหม่หรือไม่ แต่อยู่ที่ว่าบุคคลผู้นั้นได้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์และงานดังกล่าวมีที่มาหรือต้นกำเนิดจากบุคคลผู้นั้นโดยบุคคลผู้นั้นมิได้คัดลอกหรือทำซ้ำหรือดัดแปลงมาจากงานอันมีลิขสิทธิ์อื่น ดังนั้นการจัดทำพจนานุกรมเป็นงานที่ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์ด้วยการให้บทนิยามหรือความหมายของคำต่าง ๆ พร้อมภาพประกอบความหมายของคำบางคำโดยการแสดงออกซึ่งความคิดริเริ่มตามความสร้างสรรค์ทักษะของโจทก์เองและโดยมิได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงมาจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น โดยมิได้รับอนุญาต ศาลพิจารณาว่าผู้สร้างสรรค์ได้ สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ตามหลัก Originality แล้วจะเห็นได้ว่าศาลได้คำนึงถึงเรื่องความวิริยะอุตสาหะเพียงพอในการสร้างสรรค์งานเป็นประเด็นสำคัญ

คำพิพากษาฎีกาที่ 6379/2537 การสร้างสรรค์และผลตีพิมพ์ของกรรมการและลูกจ้างโจทก์ทั้งสี่การออกแบบและการใช้ความคิดสร้างสรรค์รูปทรงและลวดลายของปากกาถูกถือเป็นการ

ความคิดริเริ่มตามลีลาของโจทก์เองและ โดยมิได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงมาจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น โดยมิได้รับอนุญาต งานจัดทำพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 เป็นงานที่โจทก์ได้ทำขึ้นโดยใช้ความอุตสาหะวิริยะในการสร้างสรรค์และมีที่มาจากโจทก์เอง ถือว่าโจทก์เป็นผู้ทำหรือก่อให้เกิดงาน โดยความคิดริเริ่มของตนเองและเป็น "ผู้สร้างสรรค์" ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 4 แม้โจทก์จะได้จัดทำพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ขึ้นตามมติคณะรัฐมนตรีและคำสั่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการแต่โจทก์เป็นส่วนราชการมีฐานะเทียบเท่ากรม โจทก์ย่อมมีลิขสิทธิ์ในงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นในความควบคุมของตนตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 12 คำและบทนิยามในพจนานุกรมของจำเลยซ้ำกับคำและบทนิยามในพจนานุกรมของโจทก์ในลักษณะลอกมาทุกตัวอักษรประมาณ 14,000 คำ และดัดแปลงโดยสลับที่บทนิยามบ้างเปลี่ยนตัวอย่างใหม่หรือตัดออกบ้างเพิ่มเติมหรือตัดข้อความในบทนิยามของโจทก์ออกบ้าง ประมาณ 19,000 คำ ส่วนการทำซ้ำหรือดัดแปลงภาพประกอบบทนิยามในพจนานุกรมของโจทก์มีประมาณ 130 ภาพ การจัดทำรูปเล่มและการพิมพ์ข้อความที่ปกนอกและปกในของพจนานุกรมทั้งสองล้วนมีลักษณะลอกเลียนแบบกันแตกต่างกันแต่เพียงสีโทษของพระราชบัญญัติดังกล่าวซึ่งใช้บังคับได้เฉพาะแก่คดีอาญาไม่อาจนำมาปรับใช้แก่คดีนี้ซึ่งเป็นคดีแพ่งได้ เมื่อพจนานุกรม ฉบับเฉลิมพระเกียรติ พ.ศ. 2530 ได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ในพจนานุกรมของโจทก์และจำเลยที่ 5 มิได้ให้การปฏิเสธว่ามีส่วนในการจัดทำพจนานุกรมฉบับเฉลิมพระเกียรติ พ.ศ. 2530 จึงฟังได้ว่าจำเลยที่ 5 ได้ร่วมกับจำเลยที่ 1 ประธานคณะผู้จัดทำ และจำเลยที่ 2 จัดทำพจนานุกรม ฉบับเฉลิมพระเกียรติ พ.ศ. 2530 อันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์แล้ว

สร้างสรรค์โดยความคิดริเริ่มของกรรมการและลูกจ้าง ถือได้ว่า กรรมการและลูกจ้างทั้งสี่เป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในแบบของปากกาลูกกลิ้งที่สร้างสรรค์ขึ้น⁹⁰

จากตัวอย่างคำพิพากษาสรุปได้ว่าในตัวอย่างคดีข้างต้นได้แสดงให้เห็นว่าการสร้างสรรค์งานโดยความคิดริเริ่มของตนเองจะทำให้ผู้สร้างสรรค์นั้นได้ลิขสิทธิ์ในงานที่สร้างขึ้น ผู้สร้างสรรค์ต้องใช้ความรู้ความสามารถ ความพยายามและความอุตสาหะของตนในระดับหนึ่ง เพื่อสร้างสรรค์งานให้ปรากฏออกมาโดยมิได้ลอกเลียนแบบโดยตรงจากงานของผู้อื่น ผู้สร้างสรรค์จำต้องใช้ ทักษะ ความคิดสร้างสรรค์ กำลังแรงงาน รสนิยม เงินทุน ทั้งหมดเป็นองค์ประกอบ

⁹⁰ ศาลฎีกาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6379/2537 ก่อนที่โจทก์ที่ 1 จะผลิตปากกา ค.และปากกา ล.ออกจำหน่ายได้ต้องมีการดำเนินงานเป็นขั้นตอนหลายขั้นตอน ตั้งแต่การออกสำรวจและทำการวิจัยทางการตลาด เพื่อทราบความนิยมและความต้องการของผู้ใช้ปากกาลูกกลิ้ง แล้วนำข้อมูลที่ได้จากการวิจัยมาให้กรรมการและลูกจ้างของโจทก์ทั้งสี่ทำการคิดค้นรูปทรงและลวดลายของปากกาโดยกว้างในกระดาดและปริกษาหาหรือกันจนได้รูปทรงและลวดลายเป็นที่พอใจ จึงได้มีการเขียนแบบทำหุ่นจำลองออกแบบชิ้นส่วนแม่พิมพ์กับหุ่นจำลองของปากกาดังกล่าว ซึ่งเป็นงานสร้างสรรค์รูปทรงที่เกี่ยวกับทำแม่พิมพ์และผลิตปากกาทั้งสองแบบดังกล่าวออกจำหน่ายถือได้ว่ากรรมการและลูกจ้างของโจทก์ทั้งสี่ดังกล่าวเป็นผู้ทำและก่อให้เกิดงานในแบบปากกาทั้งสองแบบดังกล่าวขึ้น โดยความคิดริเริ่มของตนเอง แบบปากกา ค.และแบบปากกา ล. เป็นงานสร้างสรรค์อันเกิดจากการนำเอาการสร้างแบบพิมพ์รูปลักษณะของปากกาและแบบแม่พิมพ์ซึ่งเขียนด้วยลายเส้นประกอบเป็นรูปทรงอันเข้าลักษณะศิลปกรรมประเภทงานจิตรกรรมและงานสร้างแม่พิมพ์กับหุ่นจำลองของปากกาดังกล่าวซึ่งเป็นงานสร้างสรรค์รูปทรงที่เกี่ยวกับปริมาตรที่สัมผัสและจับต้องได้ อันเข้าลักษณะศิลปกรรมประเภทงานประติมากรรมมาประกอบเข้าด้วยกันและสร้างขึ้นเป็นปากกาเพื่อนำไปใช้ประโยชน์ในการขีดเขียนและเพื่อประโยชน์ทางการค้าอันเป็นประโยชน์อย่างอื่นนอกเหนือจากการชื่นชมในคุณค่าของตัวงานจิตรกรรมและประติมากรรมดังกล่าวจึงเป็นงานศิลปประยุกต์อันอาจได้รับความคุ้มครองตาม พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 จำเลยที่ 1 โดยจำเลยที่ 3 และจำเลยที่ 11 ถึงที่ 13 ได้ร่วมกันทำซ้ำและดัดแปลงแบบปากกา ค.และจำเลยที่ 1 โดยจำเลยที่ 3 และจำเลยที่ 11 ร่วมกันทำซ้ำและดัดแปลงแบบปากกา ล.ของโจทก์ทั้งสี่โดยการทำแม่พิมพ์เลียนแบบและปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมแบบปากกาทั้งสองแบบดังกล่าวจากแบบพิมพ์หุ่นจำลอง แม่พิมพ์และเอกสารเกี่ยวกับการจัดทำปากกาดังกล่าวที่จำเลยที่ 11 ลักเอาไป แล้วจำเลยที่ 1 โดยจำเลยที่ 3 ผลิตปากกา จ.และปากกา ต. ออกจำหน่ายโดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นการทำซ้ำและดัดแปลงแบบปากกาที่โจทก์ทั้งสี่เป็นผู้มีลิขสิทธิ์เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ทำให้โจทก์ทั้งสี่เสียหายประโยชน์ในทางการค้าและได้รับความเสียหาย จึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ทั้งสี่ โจทก์ที่ 2 ต้องจัดทำกล่องพิเศษบรรจุปากกา ค. ทำให้ต้องเพิ่มต้นทุนการผลิตอีกค่าละ 21 สตางค์ เพื่อป้องกันมิให้เสียลูกค้าไปเป็นเรื่องที่โจทก์ที่ 2 ลงทุนเพิ่มเติมเพื่อเป็นการจูงใจผู้บริโภคและให้สินค้าของโจทก์ที่ 2 จำหน่ายได้ดีขึ้นเป็นเรื่องปกติธรรมดาของการค้าขาย ไม่น่าจะถือว่าเป็นความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลยที่ 1 ที่ 3 และที่ 11 ถึงที่ 13 โจทก์ที่ 2 จึงไม่อาจเรียกค่าเสียหายในส่วนนี้ได้

ในการเป็นผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่คำนึงถึงในเรื่องของคุณภาพของงานสร้างสรรค์ที่ได้สร้างขึ้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 4486/2539 การสร้างสรรค์แผนที่ทางหลวงของโจทก์โดยการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อความสวยงาม โดยโจทก์มิได้ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนที่เป็นสาระสำคัญจากแผนที่ทางหลวงเดิม แต่เป็นการแก้ไขเพียงในส่วนของ สัญลักษณ์ รูปแบบเข็มทิศ และมาตราส่วน รวมไปถึงระยะทางเป็นเพียงการแก้ไขปรับปรุงแผนที่เพียงเล็กน้อยถือว่าโจทก์ไม่ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์แผนที่ทางหลวงแผนที่ของโจทก์จึงไม่มีลิขสิทธิ์ในแผนที่ทางหลวงที่สร้างสรรค์ขึ้น⁹¹

จากคำพิพากษาฎีกาข้างต้นสรุปได้ว่าผู้สร้างสรรค์ที่ได้สร้างสรรค์โดยใช้การรวบรวมหรือนำเอางานของผู้อื่นที่ปรากฏอยู่ก่อนแล้วประกอบเข้าด้วยกันก็สามารถที่จะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้โดยต้องเป็นการรวบรวมหรือการประกอบงานสร้างสรรค์เข้าด้วยกันนั้นต้องเกิดจากการที่ผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความคิดริเริ่มของตนเองและใช้ความคิดสร้างสรรค์พอสมควร โฉนดที่การรวบรวมหรือหรือการประกอบงานสร้างสรรค์เข้ากันนั้นมีได้ลอกเลียนแบบในสาระสำคัญของงานสร้างสรรค์อื่น ผู้สร้างสรรค์จึงจะได้ลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ที่ได้ทำการรวบรวมและประกอบเข้ากันนั้น

⁹¹ ศาลฎีกาคำพิพากษาฎีกาที่ 4486/2539 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าแผนที่ทางหลวงเป็นเอกสารราชการของกรมทางหลวง โจทก์ได้ขออนุมัติกรมทางหลวงเพื่อจัดพิมพ์โดยโจทก์ได้นำแผนที่ของกรมทางหลวงมาปรับปรุงเพิ่มเติมให้สวยงามเพื่อความเหมาะสมในการใช้ แต่โจทก์มิได้ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมอันเป็นสาระสำคัญจากแผนที่เดิมแต่อย่างใด สำหรับสัญลักษณ์ต่าง ๆ รวมทั้งรูปแบบเข็มทิศและเส้นมาตราส่วน ตลอดจนแผนภูมิระยะทางระหว่างจังหวัดในแผนที่ทางหลวงในประเทศไทยก็เป็นสัญลักษณ์สากลและใช้กันทั่วไปในแผนที่ต่าง ๆ ซึ่งบุคคลทั่วไปก็ย่อมมีสิทธิใช้ได้ งานที่โจทก์ทำจึงเป็นการปรับปรุงเล็กน้อยโดยลอกเลียนมาจากของเดิมที่มีอยู่แล้วและใช้กันทั่วไป โจทก์ไม่ใช่ผู้คิดค้นหรือสร้างสรรค์ขึ้น โดยความคิดริเริ่มของโจทก์เอง จึงไม่มีลิขสิทธิ์ในสัญลักษณ์ แผนที่ภูมิระยะทาง รูปเข็มทิศและมาตราส่วนในแผนที่ทางหลวงในประเทศไทย การที่โจทก์เพียงแต่ได้นำแผนที่ของกรมทางหลวงมาแบ่งส่วนใหม่รวมเป็นรูปเล่มและให้สีเท่านั้น ถือไม่ได้ว่าโจทก์ได้ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมแผนที่ทางหลวงของกรมทางหลวงในสาระสำคัญถึงขนาดสร้างสรรค์ขึ้นใหม่อันจะพอถือได้ว่าเป็นการดัดแปลง โจทก์จึงไม่ได้ลิขสิทธิ์ในรูปแผนที่ทางหลวงในประเทศไทยตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 มาตรา 9 ประกอบมาตรา 4

2.4 บทสรุป

หลักกฎหมายที่ได้กล่าวมาในข้างต้นของในแต่ละประเทศนั้นมีความแตกต่างกันออกไป แม้ว่าจะมีกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นรากฐานของการมีกฎหมายลิขสิทธิ์เพื่อให้กฎหมายลิขสิทธิ์ของแต่ละประเทศมีมาตรฐานและมีความสอดคล้องไปในทางเดียวกัน ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ภายในของแต่ละประเทศแสดงให้เห็นถึงวิวัฒนาการของแต่ละประเทศในยุคสมัยที่แตกต่างกันออกไปแต่อย่างไรก็ดีกฎหมายลิขสิทธิ์ของแต่ละประเทศย่อมมุ่งเน้นที่จะปกป้องผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งได้ลงแรงลงทุนใช้ความคิดของตนเองอย่างเต็มความสามารถเพื่อสร้างสรรค์งานอย่างใดก็ดีเมื่อยุคสมัยเวลาเปลี่ยนแปลงไปหลักเกณฑ์ที่เคยใช้เป็นหลักในการพิจารณาการเป็นผู้สร้างสรรค์อาจจะไม่สามารถนำมาปรับใช้ในคดีเกี่ยวกับสื่อออนไลน์ในยุคสมัยใหม่

ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยนั้นแสดงให้เห็นถึงวิวัฒนาการในการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์เพื่อให้ทันต่อยุคสมัย แม้จะมีการแก้ไขกฎหมายกันมาต่อเนื่องแต่มีปัญหาเกี่ยวกับคำนิยามของผู้สร้างสรรค์ซึ่งอยู่ใน พระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. ที่ซึ่งแม้จะมีการแก้ไขเพื่อไม่ให้เกิดความเข้าใจผิดในคำนิยาม แต่อย่างไรก็ดี การแก้ไขนี้ก็ยังสามารถสื่อถึงหลัก Originality ของประเทศไทยได้ชัดเจนซึ่งผู้เขียนได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบโดยยกตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทยที่ศาลได้เคยทำการพิพากษาเพื่อให้เห็นถึงหลัก Originality ชัดเจนมากขึ้น

จะเห็นได้ว่ามีคดีทางลิขสิทธิ์ (Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening) ตัวอย่างที่ถือว่าเป็นการวิวัฒนาการกฎหมายลิขสิทธิ์ของหลักเกณฑ์ EU Directive ที่มีการพิจารณาคดีปรับให้เข้ากับยุคสมัยปัจจุบันซึ่งอาจจะถือมาตรฐานการพิจารณาคดีในยุคสมัยใหม่ที่สื่อออนไลน์เข้ามามีบทบาทอย่างมากในยุคปัจจุบันแต่ในบางประเทศก็ยังไม่ยอมรับที่จะนำหลักเกณฑ์ของ EU Directive มาปรับใช้กับประเทศของตนเอง

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าในแต่ละประเทศข้างต้นที่ได้กล่าวถึง ได้มีหลักเกณฑ์ในเรื่องของการสร้างสรรค์ด้วยตนเอง (Originality) ซึ่งได้ยกหลักเกณฑ์ของสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกาและคดีซึ่งเกี่ยวกับการคัดลอกข้อความบนสื่อออนไลน์ซึ่งเกี่ยวข้องกับ EC Directive ซึ่งเป็นคดีที่อาจจะเป็นการเริ่มต้นการตัดสินใจคดีเกี่ยวกับสื่อออนไลน์เป็นคดีแรก ซึ่งจากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายและหลักเกณฑ์ การสร้างสรรค์ด้วยตนเอง (Originality) ของแต่ละประเทศ มุ่งเน้นที่จะให้ความสำคัญคุ้มครองในงานสร้างสรรค์ที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างขึ้นโดยพิจารณาในหลักเกณฑ์ การสร้างสรรค์ด้วยตนเอง ในแต่ละประเทศหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็จะมีเหมือนและแตกต่างกันออกไป ระบบกฎหมายของประเทศที่ได้ยกมาศึกษาส่วนใหญ่จะพิจารณามาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้มีการตัดสินกันมาก่อน

หน้านี้ อย่างไรก็ตามจากการศึกษาในกฎหมายลิขสิทธิ์ของแต่ละประเทศล้วนที่จะมุ่งเน้นให้ ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์แก่งานที่มีคุณค่าและมีองค์ประกอบเข้ากับหลักเกณฑ์ การ สร้างสรรค์ด้วยตนเอง (Originality) ซึ่งเมื่อให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งานสร้างสรรค์นั้น ๆ แล้ว ก็ จะทำให้เกิด การสร้างสรรค์งานที่มีคุณค่าและมีความคิดสร้างสรรค์ใหม่ ๆ เกิดขึ้นตามมาอีก มากมาย