

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับงานศิลปกรรมที่อยู่ในรูปแบบของ Non-Fungible Tokens

การเปลี่ยนผ่านจากยุคออนไลน์หรือยุคเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ที่ง่าย ๆ ซึ่งเรียกว่ายุคเว็บ 1.0 (Web 1) มาสู่ยุคเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ที่ซับซ้อนในยุคเว็บ 2.0 (Web 2) และยุคเว็บ 3.0 (Web 3) ก่อให้เกิดการสร้างสรรค์นวัตกรรมใหม่ๆ ด้วยการประยุกต์ใช้เทคโนโลยีที่มีอยู่ แต่ในขณะเดียวกัน ความเป็นพลวัตของเทคโนโลยีได้สร้างความท้าทายให้แก่กฎหมายลิขสิทธิ์เช่นกัน เช่น การเกิดขึ้นของอินเทอร์เน็ตทำให้มีการทำซ้ำ การลอกเลียน และการเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ได้โดยง่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคเว็บ 3.0 เป็นยุคที่เกิดเทคโนโลยีใหม่ดังเช่น บล็อกเชน สัญญาอัจฉริยะ รวมทั้งนวัตกรรม Non-Fungible Token (หรือ NFT) ที่ทำให้งานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ถูกสร้างหรือถูกจำหน่ายหรือถูกเผยแพร่ในรูปแบบที่ไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน ปรากฏการณ์นี้ส่งผลให้การนำกฎหมายลิขสิทธิ์ที่จัดทำขึ้นในยุคออนไลน์หรือยุคเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ที่ไม่ซับซ้อนมาปรับใช้ในยุคเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ที่ซับซ้อนต้องประสบกับความท้าทายและอุปสรรค กล่าวคือ ประการแรก กรณีเกิดปัญหาเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ที่มีความเกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีที่เกิดขึ้นใหม่ หากมีกฎหมายที่ใช้บังคับกับปัญหาเรื่องนั้น โดยเฉพาะ แต่กฎหมายดังกล่าวก็อาจล้าสมัยหรือขัดแย้งกับบริบทที่เกิดขึ้นเนื่องจากผู้ร่างกฎหมายในอดีตไม่ได้มองเห็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในปัจจุบันเพราะอาจเป็นเรื่องที่เหนือความคาดหมายในขณะที่ร่างกฎหมายนั้น รวมทั้งแนวคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องอาจไม่มีเลยหรือมีน้อยมากทำให้ฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นผู้พิจารณาคดี ในฐานะผู้ใช้กฎหมายจะต้องตีความกฎหมายอย่างละเอียดรอบคอบซึ่งไม่อาจตีความโดยไม่สนใจกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ และประการที่สอง หากไม่มีกฎหมายที่ใช้กับปัญหาเรื่องนั้น โดยเฉพาะเจาะจง การปรับใช้กฎหมายใด ๆ ที่มีอยู่จะมีข้อจำกัดค่อนข้างมาก โดยอาจจะต้องใช้กฎหมายที่มีอยู่ซึ่งเป็นกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งหรือหลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอย่างเป็นธรรมชาติ ทั้งนี้ ฝ่ายตุลาการ ฝ่ายนิติบัญญัติ นักกฎหมายและภาคเอกชนควรจะต้องมีความตื่นตัวและมีการปรับตัวที่เหมาะสมกับปรากฏการณ์นี้

ในบทที่ 4 นี้ ผู้วิจัยได้นำสภาพปัญหาต่าง ๆ เกี่ยวกับงานศิลปกรรมประเภทงานจิตรกรรม และงานภาพถ่ายที่อยู่ในรูปแบบของ NFTs มาวิเคราะห์โดยแบ่งประเด็นปัญหาออกเป็น 4 ประเด็นตามข้อ 4.1, 4.2, 4.3 และ 4.4 ดังนี้

4.1 Non-Fungible Tokens ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานศิลปกรรมเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่

แนวคิดพื้นฐานของการสร้าง NFTs ที่แต่ละโทเคนไม่สามารถแลกเปลี่ยนหรือทดแทนกัน เนื่องจากมีองค์ประกอบที่ไม่ซ้ำกันทำให้การประยุกต์ใช้ NFTs กับการนำเสนอจิตรกรรมหรือภาพถ่ายในรูปแบบของ NFTs ค่อนข้างสอดคล้องกับแนวคิดพื้นฐานดังกล่าวเพราะงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายส่วนใหญ่ที่ถูกนำมาสร้างเป็น NFTs เป็นงานศิลปะที่มีเอกลักษณ์และไม่ซ้ำกัน โดยการพิจารณาว่า NFTs ที่เป็นโทเคนดิจิทัลซึ่งมีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายถือเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่นั้นต้องพิจารณาในแง่ของกฎหมายลิขสิทธิ์ซึ่งสิ่งสำคัญคือต้องทำการพิจารณาโดยแยกการพิจารณาระหว่างลิขสิทธิ์ของ NFTs ที่เป็นโทเคนดิจิทัลและลิขสิทธิ์ของสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs ซึ่งได้แก่งานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายที่นำมาสร้างเป็น NFTs ในหัวข้อ 4.1 นี้ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาว่า NFTs โดยตัวเองที่เป็นโทเคนดิจิทัลนั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ โดยผู้วิจัยมีความเห็นว่า NFTs ไม่ได้เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์แต่อย่างใดแต่สิ่งนี้อาจถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้คืองานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายที่บรรจุอยู่ใน NFTs ในฐานะที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs โดยมีเหตุผลที่สนับสนุนว่า NFTs ไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์ดังนี้

4.1.1 Non-Fungible Tokens เป็นวัตถุสื่อกลางที่ใช้ในการบันทึกงานศิลปกรรมที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ Non-Fungible Tokens

โดย NFTs เป็นโทเคนดิจิทัลหรือโทเคนเสมือน (Virtual Token) ซึ่งอยู่ในรูปแบบของหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ประกอบด้วยข้อมูลขนาดเล็กหรือบิตของข้อมูล (Bits of Data) ที่สร้างขึ้นโดยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เรียกว่าสัญญาอัจฉริยะซึ่งธุรกรรมทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับ NFTs แต่ละโทเคนจะถูกจัดเก็บไว้ในบล็อกเชนซึ่งทำงานเป็นเสมือนสมุดบันทึกข้อมูลสาธารณะที่มีการรับรองความถูกต้องของข้อมูล¹ โดยที่ NFTs แต่ละโทเคนจะประกอบด้วยข้อมูลที่ซ้ำกัน เช่น Token ID หรือ Contract Address ซึ่งเป็นข้อมูลที่กำหนดแบบสุ่มจากการสร้างหรือมินต์ NFTs รวมถึงข้อมูลอย่างอื่น เช่น ลิงค์ URL ที่เชื่อมโยงไปยังไฟล์ภาพดิจิทัลของสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs ซึ่งถูกจัดเก็บไว้ที่เว็บไซต์หรือแพลตฟอร์มผู้ให้บริการจัดเก็บไฟล์ องค์ประกอบทั้งหมดเหล่านี้จึงทำให้ NFTs แต่โทเคนมีลักษณะเฉพาะซึ่งไม่ซ้ำกันและจึงไม่สามารถใช้ทดแทนกันได้ ทั้งนี้ ข้อมูลต่าง ๆ ของ NFTs แต่ละโทเคนจะถูกจัดเก็บรวมกันในรูปแบบของไฟล์ข้อมูลที่เรียกว่า “Metadata”

การสร้างหรือมินต์ NFTs ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายนั้นนิยม

¹ Edward Lee. (2022). *NFTs as Decentralized Intellectual Property*. (Online). Available: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4023736. [2022, May 30].

ทำบนแพลตฟอร์ม NFT Marketplaces ที่ให้บริการมินต์ NFTs ด้วยสัญญาอัจฉริยะ โดยการอัปโหลดไฟล์ดิจิทัลของงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายไปยังแพลตฟอร์มดังกล่าวเพื่อมินต์ NFTs ซึ่งการสร้างหรือมินต์ NFTs ด้วยวิธีดังกล่าวต้องอาศัยโปรแกรมคอมพิวเตอร์คือสัญญาอัจฉริยะนี้แสดงให้เห็นว่า NFTs มิได้ถูกสร้างขึ้นด้วยการสร้างสรรค์ทางปัญญาของมนุษย์โดยอิสระกล่าวคือ มิได้ถูกสร้างขึ้นด้วยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์งานศิลปกรรมในรูปแบบของ NFTs โดยตรง ซึ่งความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างตามหลักการเรื่อง Originality ถือเป็นหนึ่งองค์ประกอบสำคัญของการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ที่ปรากฏอยู่ในทั้งกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา รวมทั้งกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ ดังนั้น NFTs โดยตัวเองซึ่งเป็นเพียงโทเคนดิจิทัลนั้นจึงไม่อาจถูกจัดเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าโค้ด (Code) ที่เรียกว่า “Solidity” ซึ่งใช้ในการเขียนสัญญาอัจฉริยะของ NFTs ที่ทำงานบนบล็อกเชนอีเธอร์ียมเป็นชุดคำสั่งในการเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เรียกว่า “Source code”² และอาจถือเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งจะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในฐานะงานวรรณกรรมตามนิยามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้ซึ่งในสารนิพนธ์ฉบับนี้จะไม่ได้พิจารณาถึงการคุ้มครองลิขสิทธิ์ Source code

แม้ NFTs ที่เป็นโทเคนดิจิทัลจะไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์แต่จากการศึกษาพบว่า NFTs มีความเชื่อมโยงกับไฟล์ดิจิทัลของงานศิลปกรรมที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs กล่าวคือ NFTs ถือเป็นวัตถุที่ใช้ในการบันทึกงานหรือเป็นสื่อกลางในการแสดงออกซึ่งงานศิลปกรรมอันเป็นงานมีลิขสิทธิ์ที่ถูกบันทึกหรือบรรจุไว้ใน NFTs โดยที่ NFTs นั้นไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์แต่อย่างใด ในประเด็นนี้ผู้วิจัยขออ้างอิงจากความเห็นวิชาการของนักกฎหมายและนักวิชาการ ได้แก่

ความเห็นแรกจาก Andres Guadamuz (อาจารย์อาวุโสด้านกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา University of Sussex ประเทศอังกฤษ) ผู้เขียนบทความชื่อ “Non-fungible tokens (NFTs) and copyright ของ WIPO MAGAZINE”³ ได้ให้ความเห็นว่า NFTs ไม่ใช่ตัวงานอันมีลิขสิทธิ์ โดย NFT แต่ละโทเคนมีข้อมูลเมตาเดตา (Metadata) ที่ไม่ซ้ำกันซึ่งมีการเข้ารหัส (Encoded) โดยในการสร้าง NFTs ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานศิลปกรรมนั้นต้องใช้ไฟล์ดิจิทัลของงานในการสร้าง NFTs ซึ่งงานนั้นอาจเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือแม้แต่งานอันมีลิขสิทธิ์สาธารณสมบัติก็ได้ ในกระบวนการ

² สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ. (2552). *สิทธิบัตรซอฟต์แวร์ (Software Patent) กับ ลิขสิทธิ์ซอฟต์แวร์ (Software Copyright)*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.cheqa.buu.ac.th/che2556/> [2565, 20 กุมภาพันธ์].

³ WIPO MAGAZINE. (2021). *Non-fungible tokens (NFTs) and copyright*. (Online). Available: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2021/04/article_0007.html. [2022, March 9].

สร้าง NFTs ประกอบไปด้วยชุดโค้ดหรือชุดตัวเลขที่สร้างขึ้นซึ่งมีความสัมพันธ์กับไฟล์ดิจิทัลของงานก่อให้เกิดผลลัพธ์คือ ไฟล์ชื่อ Metadata

ความเห็นที่สองจาก Pramod Chintalapoodi ทนายความจากบริษัทกฎหมาย Chip LawGroup ซึ่งเป็นบริษัทกฎหมายที่มีความเชี่ยวชาญด้านทรัพย์สินทางปัญญาในเมืองชิคาโก รัฐอิลลินอยส์ ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เขียนบทความชื่อ “Are Non-Fungible Tokens (NFT) Intellectual Property” โดยในบทความกล่าวว่า NFTs ไม่สามารถถูกจัดเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทใดประเภทหนึ่งซึ่งรวมถึงลิขสิทธิ์ด้วย แม้ว่า NFTs นั้นจะมีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานศิลปกรรมอันมีลิขสิทธิ์ก็ตามแต่ NFTs ไม่ใช่ตัวงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยที่ NFTs เป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งที่สามารถตรวจสอบได้โดยใช้เทคโนโลยีบล็อกเชนซึ่งอาศัยเครือข่ายคอมพิวเตอร์ในการบันทึกธุรกรรมเกี่ยวกับ NFTs รวมทั้ง NFTs สามารถใช้เป็นหลักฐานยืนยันความถูกต้องแท้จริงและความเป็นเจ้าของ (Proof of Authenticity and Ownership) ให้แก่ผู้ซื้อได้ ดังนั้น NFTs จึงมีคุณสมบัติใกล้เคียงกับเอกสารแสดงสิทธิ เช่น โฉนด ใบเสร็จ หรือหนังสือรับรองความถูกต้องแท้จริง⁴

ความเห็นที่สามจาก Mark Conrad ผู้เขียนบทความชื่อ “Non-Fungible Tokens, Sports, and Intellectual Property Law Issues: A Case Study Applying Copyright, Trademark, and Right of Publicity Law to a Non-Traditional Ownership Vehicle” ที่ถูกตีพิมพ์ในวารสารนานาชาติชื่อ Journal of Legal Aspects of Sport (JLAS) ซึ่งเป็นวารสารที่เผยแพร่งานเขียนเชิงวิชาการด้านทางกฎหมายและนโยบายที่เกี่ยวข้องกับกีฬา โดยบทความดังกล่าวได้กล่าวถึงประเด็นเกี่ยวกับ NFT ในแง่ของกฎหมายลิขสิทธิ์ไว้ค่อนข้างน่าสนใจว่า “แม้ว่ายังไม่มีคำพิพากษาของศาลตัดสินว่างานศิลปะที่อยู่ในรูปแบบของ NFT หรือถูกบรรจุไว้ในรูปแบบของ NFT (ในบทความใช้ถ้อยคำว่า “artwork in an NFT”) นั้นจะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์หรือไม่ แต่ก็มีแนวโน้มว่างานศิลปะที่อยู่ในรูปแบบ NFT นั้นเข้าค่านิยามความของงานที่มีการบันทึกในสื่อที่จับต้องได้ (ในบทความใช้ถ้อยคำว่า “a work in a fixed tangible medium”)⁵

ผู้วิจัยได้ศึกษาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์เรื่องการบันทึกงาน (Fixation) และพบว่าการบันทึกงานถือเป็นในเงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ในหลายประเทศ โดยเมื่อพิจารณาถึงความตกลงระหว่างประเทศดังเช่นอนุสัญญากรุงเบิร์น ค.ศ. 1971 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ณ กรุงปารีส

⁴ CHIP LAW GROUP. (2021). *Are Non-Fungible Tokens (NFT) Intellectual Property*. (Online). Available: <https://www.chiplawgroup.com/are-nfts-intellectual-property/>. [2022, March 1].

⁵ Mark Conrad. (2022). Non-Fungible Tokens, Sports, and Intellectual Property Law Issues: A Case Study Applying Copyright, Trademark, and Right of Publicity Law to a Non-Traditional Ownership Vehicle. *Journal of Legal Aspects of Sport*. 32(1). p. 138.

ในข้อบทที่ 2(2) ได้กำหนดให้การบันทึกงานเป็นเรื่องของกฎหมายภายในของประเทศภาคีสมาชิกของอนุสัญญากรุงเบิร์นที่จะระบุให้การบันทึกงานวรรณกรรมและงานศิลปกรรมเป็นเงื่อนไขของการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์สำหรับงานสร้างสรรค์ใด ๆ หรือไม่ก็ได้

สำหรับประเทศไทยนั้น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดว่างานสร้างสรรค์ประเภทใดประเภทหนึ่งจะได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ต่อเมื่อมีการบันทึกงาน ดังนั้น การบันทึกงานจึงไม่ใช่เงื่อนไขของการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตามในมาตรา 6 วรรคแรกได้วางหลักไว้ว่างานสร้างสรรค์นั้นจะต้องมีการแสดงออกซึ่งงานสร้างสรรค์หรือการแสดงออกซึ่งความคิดของผู้สร้างสรรค์ให้ปรากฏโดยไม่จำกัดวิธีหรือรูปแบบของการแสดงออก (ซึ่งสอดคล้องกับหลักการในเรื่อง Expression of Ideas) ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่างานสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ต้องมีการแสดงออกซึ่งงานให้ปรากฏโดยวิธีหรือรูปใดก็ได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการบันทึกงานลงบนสื่อที่จับต้องได้ และหากมีการบันทึกงานลงบนสื่อที่จับต้องได้ย่อมถือว่าการบันทึกงานนั้นเป็นวิธีของการแสดงออกซึ่งงานให้ปรากฏอย่างหนึ่งซึ่งหากมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลจะมีประโยชน์ต่อการพิสูจน์ในชั้นพิจารณาคดีว่ามีการสร้างสรรค์งานเกิดขึ้นจริง

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษคือพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ การออกแบบและสิทธิบัตร ค.ศ. 1988 หรือ CDPA ในมาตรา 3 (2) ได้กำหนดให้การบันทึกงานเป็นเงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์สำหรับงานบางประเภทได้แก่ งานวรรณกรรม งานนาฏกรรม และงานดนตรีกรรมจะต้องมีการบันทึกงานโดยการบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร หรือการบันทึกด้วยวิธีการอื่นใด แต่สำหรับงานศิลปกรรม แม้ตามมาตรา 3 (2) ประกอบมาตรา 4 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับงานศิลปกรรมจะไม่ได้กำหนดให้การบันทึกงานเป็นเงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมไว้โดยชัดแจ้ง แต่เป็นที่ยอมรับตามแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศอังกฤษว่าการบันทึกงานเป็นเงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรม

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 (Copyright Act of 1976 ซึ่งอยู่ใน Title 17 U.S.C) ในมาตรา 102 (b) วางหลักการไว้ว่างานอันมีลิขสิทธิ์ที่จะได้รับความคุ้มครองต้องเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ออกมาและต้องมีการบันทึกงานลงในสื่อการแสดงผลที่จับต้องได้ใด ๆ (Tangible Medium of Expression) ไม่ว่าโดยวิธีการใดวิธีการหนึ่งด้วย ซึ่งมาตรา 101 ได้อธิบายว่าการบันทึกงานใดในสื่อการแสดงผลที่จับต้องได้ในรูปแบบของสำเนาของงานหรือสิ่งบันทึกเสียงจะถือว่างานนั้นถูกบันทึกต่อเมื่อการบันทึกงานนั้นกระทำโดยผู้สร้างสรรค์หรือโดยบุคคลอื่นที่ได้รับอนุญาตจากผู้สร้างสรรค์ โดยไม่ได้กำหนดว่าการบันทึกงานให้ปรากฏต้องใช้ช่วงเวลานานมากน้อยเพียงใดเพียงแต่กำหนดว่าการบันทึกงานดังกล่าวต้องมีลักษณะถาวรหรือมั่นคงเพียงพอที่จะทำให้งานนั้นสามารถถูกรับรู้ ทำซ้ำ

หรือถูกทำให้ปรากฏในช่วงระยะเวลาหนึ่งซึ่งมีไคร่ระยะเวลาเพียงชั่วขณะ

จากความเห็นวิชาการของนักกฎหมายและนักวิชาการข้างต้นประกอบกับหลักเกณฑ์เรื่องการบันทึกงานดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าสำหรับงานจิตรกรรมและภาพถ่ายใดๆ ที่อยู่ในรูปแบบ NFTs นั้นน่าจะถือเป็นกรณีงานที่มีการบันทึกในสื่อที่ใช้บันทึกงานอันมีลิขสิทธิ์ (Medium of Fixation) กล่าวคือ NFTs เป็นวัตถุสื่อกลางที่จับต้องได้ซึ่งบันทึกหรือบรรจุนงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายซึ่งเป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs แต่ NFTs โดยตัวเองไม่ได้เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์และไม่อาจถูกจัดอยู่ในงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทใดประเภทหนึ่งเนื่องจาก NFTs เป็นเพียงโทเคนดิจิทัลซึ่งเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อย่างหนึ่ง อย่างไรก็ตาม สิ่งนี้อาจถือเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์คืองานศิลปกรรมที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของใน NFTs หรืองานศิลปะใน NFTs โดยผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ประเด็นนี้ในหัวข้อ 4.2 ต่อไป

4.1.2 ลักษณะทั่วไปของความเป็นเจ้าของ Non-Fungible Tokens ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานศิลปกรรม

1) ความเป็นเจ้าของ NFTs และความเป็นเจ้าของงานศิลปกรรมที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs แยกออกจากกัน

โดยส่วนใหญ่การซื้อขาย NFTs ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายนั้น มักเป็นการตกลงซื้อขายโทเคนดิจิทัลประเภท NFTs ที่บรรจุข้อมูล Metadata ที่ไม่ซ้ำกันเท่านั้น แต่ไม่ได้ตกลงซื้อขายจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs ดังนั้น เจ้าของ NFTs จึงไม่ใช่เจ้าของสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs แต่สิ่งที่ผู้เป็นเจ้าของ NFTs จะได้รับสิทธิความเป็นเจ้าของในตัวโทเคนดิจิทัลประเภท NFTs ซึ่งเป็นเพียงหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และเนื่องจากมีการบันทึกธุรกรรมเกี่ยวกับการซื้อขาย NFTs ลงบนบล็อกเชนซึ่ง NFTs ทำหน้าที่เป็นเสมือนใบเสร็จหรือหลักฐานที่แสดงว่ามีการซื้อขาย NFTs ระหว่างบุคคลใด (เรียกว่า Proof of transaction) หรือหนังสือรับรองความเป็นเจ้าของ NFTs ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานจิตรกรรมหรือภาพถ่าย (Proof of Ownership) นอกจากนี้ บางกรณีผู้สัญญาอาจตกลงซื้อขายไฟล์ดิจิทัลซึ่งเป็นสำเนาของงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs ด้วยซึ่งในกรณีนี้ผู้ซื้อสามารถใช้ NFTs เป็นเสมือนหลักฐานแสดงความเป็นเจ้าของในงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายอันเป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs ในโลกดิจิทัลเท่านั้น⁶ หมายความว่าผู้สร้างสรรค์งานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายอันเป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs ยังคงเป็นทั้งเจ้าของกรรมสิทธิ์และเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายอันเป็นสินทรัพย์อ้างอิงขึ้นดังกล่าวใน

⁶ แบไต๋. (2564). *รู้จัก NFT ทรัพย์สินดิจิทัลช่องทางสร้างเงินใหม่ของโลก*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.beartai.com/feature/613851>. [2565, 20 กุมภาพันธ์].

โลกของความเป็นจริงและยังสามารถใช้ประโยชน์ในงานดังกล่าวทั้งในทางส่วนตัวและในทางการค้าหรือเชิงพาณิชย์ก็ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ สำหรับ NFTs ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายนั้น การขาย จำหน่ายหรือโอน NFTs ดังกล่าวโดยไม่ได้มีการตกลงขายสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs นั้นด้วย เจ้าของกรรมสิทธิ์ในสินทรัพย์อ้างอิงก็ยังคงมีกรรมสิทธิ์ในสินทรัพย์อ้างอิงอยู่เช่นเดิม ไม่ได้สิ้นสิทธิไปแต่อย่างใด เว้นแต่ในการซื้อขายนั้นคู่สัญญาจะได้มีการตกลงกันเป็นอย่างอื่น ในทางกลับกันการขาย จำหน่ายหรือโอนงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs ไม่ว่าจะโดยกฎหมายหรือโดยพฤตินัยจะไม่มีผลกระทบต่อความเป็นเจ้าของ NFTs ซึ่งเป็นโทเคนดิจิทัล กล่าวคือ ความเป็นเจ้าของใน NFTs และความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือสิทธิใด ๆ ที่มีอยู่ในสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs นั้นเป็นอิสระจากกันและสามารถแยกออกจากกัน

ตัวอย่างเช่น ถ้าสินทรัพย์อ้างอิงของ NFT โทเคนหนึ่งเป็นงานศิลปะดิจิทัลคือภาพวาดดิจิทัลภาพหนึ่งซึ่งผู้สร้างสรรค์ได้วาดโดยใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์สร้างขึ้นและภาพวาดดิจิทัลดังกล่าวได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในฐานะงานจิตรกรรม ต่อมาได้นำงานนั้นมาสร้างเป็น NFT และนำออกขายบนแพลตฟอร์ม NFT Marketplace แห่งหนึ่ง ผู้ซื้อภาพวาดดิจิทัลในรูปแบบ NFT นั้นก็จะได้รับเพียงโทเคนดิจิทัลประเภท NFT ที่ยึดโยงหรือตรึงไว้กับภาพวาดดิจิทัลอันเป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFT และโดยทั่วไปอาจได้รับสิทธิบางประการในการใช้งานภาพวาดดิจิทัลดังกล่าวภายใต้เงื่อนไขที่ผู้สร้าง NFT ได้กำหนดไว้แล้ว แต่จากตัวอย่างเดียวกันนั้น หากในการซื้อขาย NFT โทเคนดังกล่าวนี้ ผู้ซื้อและผู้ขายตกลงให้มีโอนกรรมสิทธิ์ในสินทรัพย์อ้างอิงของ NFT ให้แก่ผู้ซื้อก็จะมีผลให้ผู้ซื้อจะกลายเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในภาพวาดดิจิทัลดังกล่าวและผู้ขายอาจมีหน้าที่ต้องส่งมอบภาพวาดดิจิทัลอันเป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFT ให้แก่ผู้ซื้อด้วย เป็นต้น

โดยทั่วไปแล้ว หากไฟล์ดิจิทัลของสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs ใด ๆ ถูกเผยแพร่ในโลกดิจิทัล เช่น มีการนำมาเผยแพร่บนอินเทอร์เน็ตและต่อมาผู้สร้างสรรค์งานศิลปะดังกล่าวได้นำงานศิลปะชิ้นนั้นมาสร้างเป็น NFT โทเคนหนึ่งบุคคลอื่นก็ยังคงสามารถชมไฟล์ดิจิทัลของงานศิลปะที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFT โทเคนนั้นได้เพียงแต่บุคคลเหล่านั้นที่ไม่ได้เป็นเจ้าของผู้ถือครอง NFT นั้นและไม่ได้สิทธิในการเป็นเจ้าของงานศิลปะชิ้นนั้นในโลกดิจิทัล เป็นต้น ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าการเป็นเจ้าของ NFTs ต่างๆ ที่มีงานศิลปะเป็นสินทรัพย์อ้างอิงเป็นเรื่องของความชอบหรือคุณค่าทางจิตใจหรือแม้กระทั่งความภูมิใจส่วนบุคคลของเจ้าของ NFTs ที่มีต่อ NFTs ที่ซึ่งมีงานศิลปะอันเป็นสินทรัพย์อ้างอิงในแง่ที่ว่าตนเพียงคนเดียวเท่านั้นที่สามารถอ้างสิทธิความเป็นเจ้าของภาพงานศิลปะนั้นได้ในโลกดิจิทัลโดยใช้ NFTs เป็นหลักฐานความเป็นเจ้าของ โดยมีคำ

กล่าวว่าเป็นโลกยุคปัจจุบันที่มีการทำซ้ำหรือลอกเลียนแบบผลงานศิลปะอย่างแพร่หลายทางออนไลน์นั้น การเป็นเจ้าของงานศิลปะที่แท้จริงที่ถูกนำมาสร้างเป็น NFTs เป็นเรื่องของคุณค่าทางจิตใจหรือความภูมิใจของผู้เป็นเจ้าของ NFTs เพราะ NFTs ที่สร้างจากงานศิลปะที่แท้จริงโดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับงานศิลปะที่มีชื่อเสียงหรือที่มีมูลค่า NFTs นั้นอาจมีมูลค่ามากกว่าสำเนาไฟล์ดิจิทัลของงานสามารถกดบันทึก (Save as) หรือดาวน์โหลดได้โดยง่ายซึ่งเป็นการทำซ้ำหรือคัดลอกโดยไม่ได้รับอนุญาต⁷ อย่างไรก็ตามแม้ในช่วงแรกที่ NFTs เริ่มเป็นที่รู้จัก การเป็นเจ้าของ NFTs ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานศิลปะนั้นเป็นเรื่องของคุณค่าทางจิตใจหรือความภูมิใจ แต่ต่อมาในช่วงที่ NFTs ได้เริ่มความนิยมอย่างมากจนถึงปัจจุบัน การเป็นเจ้าของ NFTs มีแนวโน้มว่าเป็นเรื่องของการซื้อเพื่อนำไปขายต่อเพื่อเก็งกำไรเสียมากกว่า

2) ความเป็นเจ้าของใน Non-Fungible Tokens ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งมีอยู่ในงานศิลปกรรมที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ Non-Fungible Tokens โดยอัตโนมัติ

สำหรับ NFTs ต่าง ๆ ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่าย การซื้อขาย NFTs ดังกล่าวบนแพลตฟอร์มสำหรับซื้อขาย NFTs คือ NFT Marketplaces ต่าง ๆ นั้น ผู้ซื้อ NFTs จะได้รับโอนสิทธิความเป็นเจ้าของหรือกรรมสิทธิ์ในโทเคนดิจิทัลประเภท NFTs ที่ยึดโยงหรือตรงไว้กับงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายเท่านั้น แต่การโอนความเป็นเจ้าของโทเคนดังกล่าวไม่ได้ก่อให้เกิดการโอนลิขสิทธิ์หรืออนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์โดยอัตโนมัติ กล่าวคือ ลิขสิทธิ์จะยังคงอยู่ที่เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs เว้นแต่จะมีการตกลงโอนลิขสิทธิ์หรือการอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ที่ชัดเจน โดยในการตกลงโอนลิขสิทธิ์หรือการอนุญาตให้ใช้สิทธิผู้ซื้อและผู้ขายอาจทำโดยระบุข้อตกลงหรือเงื่อนไขต่าง ๆ ผ่านสัญญาอัจฉริยะในขณะที่ทำการซื้อขาย NFTs บนแพลตฟอร์มหรือโดยการที่คู่สัญญาตกลงทำสัญญาเป็นหนังสือแยกต่างหากตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด

แม้ว่า NFTs โทเคนนั้นจะมีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายแต่สิทธิของเจ้าของ NFTs ไม่ได้มีลักษณะเช่นเดียวกับสิทธิแต่เพียงผู้เดียวหรือสิทธิเฉพาะตัว (Exclusive rights) ที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีอยู่ในงานอันมีลิขสิทธิ์ กล่าวคือ NFTs ไม่ได้กำหนดสิทธิเฉพาะตัวไว้อย่างเป็นทางการสำหรับเจ้าของ NFTs แต่ตามที่ผู้วิจัยได้อธิบายไว้ก่อนหน้านี้ การนำเทคโนโลยีสัญญาอัจฉริยะและบล็อกเชนมาใช้ควบคู่กับการทำงานของ NFTs ทำให้ผู้เป็นเจ้าของ NFTs มีสิทธิเฉพาะตัวบางประการ เช่น สิทธิในการครอบครองและควบคุม NFTs ผ่านกุญแจส่วนตัว (Private Key) สิทธิในการโอน NFTs อันเป็นโทเคนดิจิทัลให้บุคคลอื่นในทอดต่อไป

⁷ BBC NEWS. (2564). *ศิลปะดิจิทัล: การขายคริปโตอาร์ตเปลี่ยนชีวิตอย่างสิ้นเชิง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.bbc.com/thai/international-56405042>. [2565, 20 กุมภาพันธ์].

รวมถึงสิทธิในการใช้งานศิลปกรรมที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs ตามเงื่อนไขการใช้งาน NFTs เป็นต้น การโอนลิขสิทธิ์หรือการอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานจิตรกรรม และภาพถ่ายที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs ย่อมเป็นเรื่องที่เจ้าของลิขสิทธิ์กับผู้ซื้อ NFTs จะต้องตกลงกันอีกโสดหนึ่ง ด้วยเหตุผลนี้จึงเป็นเหตุผลสนับสนุนได้ว่า NFTs โดยตัวเองมิใช่ตัวงานที่มีลิขสิทธิ์แต่เป็นเพียงโทเคนดิจิทัลที่ยึดโยงกับงานที่มีลิขสิทธิ์ที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs

ตัวอย่างเช่น เจ้าของลิขสิทธิ์ภาพวาดชิ้นหนึ่งอาจจะนำภาพวาดชิ้นนั้นมาสร้างหรือมินต์เป็น NFT จากนั้นจึงนำ NFT ออกขายผ่านแพลตฟอร์ม NFT Marketplace ซึ่งผู้สร้าง NFT ได้ระบุลิงค์ URL ที่นำไปสู่แหล่งที่เก็บไฟล์ดิจิทัลของภาพวาดดังกล่าวด้วย โดยผู้สร้าง NFT ได้กำหนดเงื่อนไขของการใช้งาน NFT ไว้ว่าให้ผู้ซื้อที่มีสิทธิในการครอบครองและควบคุม NFT ผ่านกุญแจส่วนตัว (Private Key) เพื่อเข้าชมภาพวาดที่มีเป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFT นั้นจนกว่าจะมีการขาย NFT นั้นให้แก่ผู้ซื้อรายอื่นในทอดต่อไป แต่ผู้ซื้อไม่มีสิทธิทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ภาพวาดที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFT ได้ ในตัวอย่างนี้อาจกล่าวได้ว่านิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อ NFT และผู้ขาย NFT ที่เกิดขึ้นจากการซื้อขาย NFT โทเคนดังกล่าวนี้เป็นเพียงการให้ผู้ซื้อที่มีสิทธิในการครอบครอง NFT ประกอบกับสิทธิในการเข้าชมไฟล์ดิจิทัลของภาพวาดอันเป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFT รวมทั้งสิทธิในการขาย NFT ในทอดต่อไปเท่านั้น ในทางกลับกัน หากอ้างอิงจากตัวอย่างเดิมแต่เปลี่ยนข้อเท็จจริงเป็นว่าผู้ขาย NFT ได้กำหนดเงื่อนไขของการใช้ NFT เพิ่มเติมว่าให้ผู้ซื้อ NFT มีสิทธิในการนำไฟล์ดิจิทัลของภาพวาดที่ถูกนำมาสร้างเป็น NFT ไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าทางส่วนตัวหรือทางการค้าด้วยการคัดลอก ทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ภาพวาดอันเป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFT ได้ด้วย กรณีนี้จะเข้าลักษณะของการอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ได้เพราะสิทธิในการคัดลอก ทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ภาพวาดล้วนเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ในภาพวาดที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFT นั้นเอง

4.1.3 Non-Fungible Tokens ในฐานะที่เป็นสินทรัพย์ดิจิทัลตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561

เมื่อพิจารณา NFTs ในแง่ของกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินที่ผู้วิจัยได้กล่าวไว้โดยละเอียดแล้วในบทที่ 2 แล้วพบว่า NFTs เป็น โทเคนดิจิทัลที่อยู่ในรูปแบบของหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนบล็อกเชน NFTs จึงถือเป็นสินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งมีลักษณะเป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่างซึ่งมีราคาและอาจถือเอาได้จึงเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง โดย NFTs มีแนวคิดพื้นฐานมาจากเรื่องทรัพย์สินที่มีลักษณะเฉพาะตัวไม่สามารถแลกเปลี่ยนหรือทดแทนกันได้ซึ่งแนวคิดนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินของทั้งไทยและต่างประเทศ เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะใช้คำว่า “Non-Fungible Thing” หมายถึงสังหาริมทรัพย์ที่ไม่สามารถแลกเปลี่ยน

หรือทดแทนกันได้ ส่วนในประเทศไทยมีแนวคิดเกี่ยวกับ “อสังกมทรัพย์” ซึ่งหมายถึง สังกมทรัพย์ซึ่งไม่อาจใช้ของอื่นที่เป็นประเภทและชนิดเดียวกันมีปริมาณเท่ากันแทนได้ซึ่งแนวคิดนี้เคยปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ว่าด้วยทรัพย์ก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2535 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ ดังนั้น ในระหว่างบุคคลหรือเอกชนด้วยกันเองจึงสามารถตกลงกันซื้อขายหรือแลกเปลี่ยน NFTs โทเคนใด ๆ ในฐานะทรัพย์สินอย่างหนึ่งได้ตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา และหลักความศักดิ์แห่งการแสดงเจตนา (Freedom of Contract) นอกจากนี้ เนื่องจากประเทศไทยมีพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่กำกับดูแลเกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัลและการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล เช่น การประกอบธุรกิจในลักษณะการให้บริการเป็นตัวกลางในการซื้อขายแลกเปลี่ยนสินทรัพย์ดิจิทัล และการระดมทุนด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน (Initial Coin Offering: ICO) โดยมีคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) เป็นหน่วยงานของรัฐที่กำกับดูแลและออกกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับ พ.ร.ก. ดังกล่าว ดังนั้น ในหัวข้อ 4.1.3 นี้ ผู้วิจัยได้พิจารณาว่า NFT เป็นสินทรัพย์ดิจิทัลประเภทหนึ่งตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 หรือไม่ จากการศึกษาพบว่าพระราชกำหนดดังกล่าวได้กำหนดขอบเขตของสินทรัพย์ดิจิทัลไว้ได้แก่

1) คริปโทเคอร์เรนซี โดยมาตรา 3 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลฯ ได้กำหนดนิยามของคำว่า “คริปโทเคอร์เรนซี” ว่าหมายความถึง “หน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์โดยมีความประสงค์ที่จะใช้เป็นตัวกลางในการแลกเปลี่ยนเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้า บริการ หรือสิทธิอื่นใด หรือแลกเปลี่ยนระหว่างสินทรัพย์ดิจิทัล และให้หมายความรวมถึงหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อื่นใดตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด” ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าคริปโทเคอร์เรนซีเป็นเงินดิจิทัลที่ใช้เป็นตัวกลางในการซื้อขายแลกเปลี่ยนเพื่อให้ได้มาซึ่ง สินค้า บริการ หรือสิทธิอื่นใด หรือแลกเปลี่ยนระหว่างสินทรัพย์ดิจิทัลด้วยกัน

2) โทเคนดิจิทัล โดยมาตรา 3 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ได้กำหนดนิยามคำว่า “โทเคนดิจิทัล” ว่าหมายความถึง “หน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) กำหนดสิทธิของบุคคลในการเข้าร่วมลงทุนในโครงการหรือกิจการใด ๆ หรือ (2) กำหนดสิทธิในการได้มาซึ่งสินค้า หรือบริการหรือสิทธิอื่นใดที่เฉพาะเจาะจง ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในข้อตกลงระหว่างผู้ออกและผู้ถือ และให้หมายความรวมถึงหน่วยแสดงสิทธิอื่นตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด” ซึ่งต่อมามีประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่ กจ.15/2561 เรื่องการ

เสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน โดยข้อ 2. ของประกาศดังกล่าวได้แบ่งประเภทของโทเคนดิจิทัลที่อยู่ภายใต้พระราชกำหนดการฉบับออกเป็น 2 ประเภทย่อยได้แก่

(1) โทเคนดิจิทัลเพื่อการลงทุน (Investment token) หมายถึง หน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสิทธิของบุคคลในการเข้าร่วมลงทุนในโครงการหรือกิจการใด ๆ ดังนั้น โทเคนดิจิทัลจึงเปรียบเสมือนหลักฐานการแสดงสิทธิของตนเอง การถือโทเคนดิจิทัลเป็นเสมือนการถือหน่วยลงทุนซึ่งผู้ออกโทเคนดิจิทัลสัญญาว่าจะให้ผลประโยชน์ทางการเงิน เช่น จะกำหนดส่วนแบ่งรายได้กำไรตามสัดส่วนจำนวนโทเคนดิจิทัลที่ผู้ถือมี โดยรายได้หรือกำไรนั้นมาจากผลการดำเนินงานของโครงการของผู้ออกโทเคนดิจิทัลและ

(2) โทเคนดิจิทัลเพื่อการใช้ประโยชน์ (Utility Token) หมายถึง หน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสิทธิในการได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการหรือสิทธิอื่นใดที่เฉพาะเจาะจง ทั้งนี้ตามที่กำหนดในข้อตกลงระหว่างผู้ออกและผู้ถือ⁸ โดย Utility Token ก็ยังถูกแบ่งย่อยออกเป็น 2 ประเภท คือ (2.1) Utility Token แบบพร้อมใช้ประโยชน์ คือสินค้าหรือบริการตาม Utility Token นั้นพร้อมที่จะให้ใช้ประโยชน์ได้ทันทีตั้งแต่วันที่เสนอขายโทเคนดิจิทัลครั้งแรก (ซึ่ง Utility Token พร้อมใช้ประโยชน์จะได้รับยกเว้นไม่ต้องได้รับอนุญาตจาก ก.ล.ต. ในการออกและเสนอขายต่อประชาชน) และ (2.2) Utility Token ยังไม่พร้อมใช้คือโทเคนดิจิทัลที่ให้สิทธิซื้อสินค้าหรือบริการโดยสินค้าหรือบริการยังไม่พร้อมใช้ประโยชน์ เนื่องจากต้องนำเงินที่ได้จากการขาย utility token ไปพัฒนาแพลตฟอร์มหรือโครงการให้แล้วเสร็จก่อน (การออกและเสนอขาย utility token แบบไม่พร้อมใช้ต่อประชาชนจึงต้องได้รับอนุญาตจาก ก.ล.ต.เสียก่อน)

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าในส่วนของโทเคนดิจิทัลนี้ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) จะกำกับดูแลเฉพาะแต่การออกเสนอขาย investment token และ utility token ไม่พร้อมใช้

อย่างไรก็ตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลฯ ไม่ได้มีการกำหนดนิยามและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำกับดูแล NFTs และศูนย์หรือแพลตฟอร์มสำหรับซื้อขายแลกเปลี่ยนที่เรียกว่า “NFT Marketplace” ไว้โดยเฉพาะแต่อย่างใด โดยในปัจจุบันมีเพียงประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่ กธ.18/2564 เรื่องหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล (ฉบับที่ 11) ซึ่งใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 11 มิถุนายน พ.ศ. 2564

⁸ สุพิศ ปรานิตพลกรัง. (2561). *กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล (พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561)*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 21.

ในข้อ 39/1 ของประกาศดังกล่าวได้ห้ามผู้ประกอบการธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลประเภทศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลนำโทเคนดิจิทัลที่มีลักษณะดังที่กำหนดไว้ประกาศข้อดังกล่าวมาขายในศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งหนึ่งในนั้นคือ Non-Fungible Token (NFT) โดยในประกาศฉบับดังกล่าว ก.ล.ต.ไม่ให้เหตุผลที่แน่ชัดว่าเหตุใดถึงห้ามกระทำการดังกล่าวแต่มีข้อสังเกตว่ากรณีที่ NFT Marketplace Platforms ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับ NFT ที่เข้าข่ายเป็นสินทรัพย์ดิจิทัลตาม พ.ร.ก.สินทรัพย์ดิจิทัล⁹ ที่มีลักษณะเป็นศูนย์กลางหรือเครือข่ายใด ๆ ที่จัดให้มีขึ้นเพื่อการซื้อขายหรือแลกเปลี่ยน NFTs โดยการจับคู่หรือหาคู่สัญญาให้หรือการจัดระบบหรืออำนวยความสะดวกให้ผู้ซึ่งประสงค์จะซื้อขายหรือแลกเปลี่ยน NFTs สามารถทำความเข้าใจหรือจับคู่กันได้ โดยประกอบธุรกิจที่เป็นการค้าปกติ อาจถือว่าการประกอบธุรกิจของ NFT Marketplace Platforms นั้นเข้าข่ายการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลประเภทศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งจะต้องได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง นอกจากนี้ในข้อ 39/1 (3) ของประกาศฉบับดังกล่าวได้จำกัดความหมายของ NFTs ให้น่าสนใจว่า “Non-Fungible Token (NFT) เป็น โทเคนดิจิทัลที่เกิดจากการนำเทคโนโลยีมาใช้ แสดงความเป็นเจ้าของหรือให้สิทธิในสิ่งใดสิ่งหนึ่งหรือที่เฉพาะเจาะจง โดยไม่สามารถใช้โทเคนดิจิทัลประเภทและชนิดเดียวกันและจำนวนเท่ากันแทนกันได้” ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าประกาศฉบับดังกล่าวได้ยอมรับว่า NFTs เป็น โทเคนดิจิทัลอย่างหนึ่ง อย่างไรก็ตาม NFTs โทเคนใด ๆ จะเป็นสินทรัพย์ดิจิทัลที่จะต้องตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลและต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 หรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาว่าลักษณะของ NFTs แต่ละโทเคนว่าเข้านิยามของสินทรัพย์ดิจิทัลประเภทใดประเภทหนึ่งตามพระราชกำหนดดังกล่าวหรือไม่ โดยเมื่อวันที่ 6 มกราคม พ.ศ. 2565 ก.ล.ต. ได้เผยแพร่บทความชื่อ “Non-Fungible Token (NFT) และการกำกับดูแล” ซึ่งวางแนวทางการตีความว่า NFTs บางโทเคนอาจเข้าข่ายเป็นโทเคนดิจิทัลที่จะต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของพระราชกำหนดสินทรัพย์ดิจิทัล⁹ ไว้ว่า

กรณีที่ 1 หากเป็น NFTs ที่มีกำหนดสิทธิในการได้มาซึ่งสินค้า บริการ หรือสิทธิอื่นใดที่เฉพาะเจาะจงจะเข้านิยาม utility token ตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลฯ ดังนั้น การประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับ NFTs ที่มีลักษณะเช่นนี้จึงต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลฯ โดย ก.ล.ต. ได้ยกตัวอย่าง เช่น การออก NFT ที่ให้สิทธิในการได้มาซึ่งทรัพย์สิน โดยให้สิทธิแก่ผู้ถือ NFT นั้นไปแลกสินค้า สิ่งของหรือสิทธิอย่างอื่น (นอกเหนือจากตัว NFTs นั้น) ซึ่งทรัพย์สินที่แลกมานั้นอาจจะเป็นสิ่งของที่มีลักษณะทาง

⁹ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. (2565). *Non-Fungible Token (NFT) และการกำกับดูแล*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.sec.or.th/TH/Template3/Articles/2565/060165.pdf?fbclid=IwAR0--rrgPaFEWKiTv1h_pOsVfVTcc15nvUGcASO7aJMCiHFUdPLPbqbpN6Q. [2565, 18 สิงหาคม].

ภาพถ่ายที่จับต้องได้หรือไฟล์ดิจิทัลหรือของสะสมที่นำมาสร้างเป็น NFTs เป็นต้น

กรณีที่ 2 หาก NFTs นั้นเป็นตัวทรัพย์สินนั่นเอง โดยในเวลาซื้อขายหรือโอน NFTs ก็จะมีโอนตัวทรัพย์สินติดไปด้วยกัน ไม่อาจแยกกันได้ และไม่ได้มีการกำหนดลิขสิทธิ์ใด ๆ เพิ่มเติม และไม่มียุทธประสงค์ในการใช้เป็นสื่อกลางในการซื้อขายแลกเปลี่ยน ดังนั้น NFTs ที่มีลักษณะดังกล่าวจะไม่เป็นสินทรัพย์ดิจิทัล การดำเนินการเกี่ยวกับ NFTs ที่มีลักษณะดังกล่าวนี้จึงไม่ถูกกำกับดูแลโดยพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลฯ ซึ่ง ก.ล.ต. ได้ยกตัวอย่าง NFTs ในกรณีที่ 2 ไว้ เช่น NFTs ที่สร้างขึ้นโดยมีการเก็บไฟล์ดิจิทัลของสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs ไว้ใน Interplanetary File System (IPFS) และสร้างโทเคนดิจิทัลขึ้นมาเพื่อความสะดวกในการซื้อขายแลกเปลี่ยนสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs (ไม่ว่าจะสร้าง NFTs โทเคนเดียวหรือหลายโทเคนจากไฟล์ดิจิทัลที่เก็บไว้ใน IPFS) โดยไฟล์ดิจิทัลและ NFTs นั้นจะโอนติดไปด้วยกันโดยไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงและไม่สามารถแยกกันได้ เป็นต้น

นอกจากนี้ ก.ล.ต. ยังมีมุมมองว่า Investment token และ utility token แบบไม่พร้อมใช้นั้นมีลักษณะคล้ายกับหลักทรัพย์ และ โทเคนดิจิทัลที่มีลักษณะเป็นผลิตภัณฑ์เพื่อการลงทุน เช่นเดียวกับหลักทรัพย์ที่เรียกว่า Security Token¹⁰ หรือเรียกว่า โทเคนดิจิทัลประเภทหลักทรัพย์ ก.ล.ต. จึงเสนอได้ให้มีการแก้ไขนิยามคำว่า “หลักทรัพย์” ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ให้ครอบคลุมถึง Investment token และ utility token แบบไม่พร้อมใช้ และให้โคเคนดิจิทัลทั้งสองรูปแบบดังกล่าวตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ฯ แทน พ.ร.ก. การประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลฯ เพื่อให้สอดคล้องกับแนวทางของต่างประเทศส่วนใหญ่ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกากำกับดูแลโทเคนดิจิทัล 2 รูปแบบดังกล่าวภายใต้กฎหมายหลักทรัพย์ แต่จนถึงปัจจุบันก็ยังไม่ปรากฏว่า ก.ล.ต. ดำเนินการปรับปรุงพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ฯ ในส่วนนี้¹¹

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ยังมีความไม่ชัดเจนแน่นอนในการตีความสถานะทางกฎหมายของ NFTs ในฐานะโทเคนดิจิทัลว่า NFTs ควรถูกจัดให้เป็น โทเคนดิจิทัลประเภทใดภายใต้ พ.ร.ก. รวมทั้งไม่มีบทบัญญัติใดที่ครอบคลุมถึงการดำเนินกิจกรรมหรือธุรกิจเกี่ยวกับ NFTs โดยแพลตฟอร์ม NFT Marketplaces

¹⁰ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.). (2564). *ก.ล.ต. กำกับดูแลอะไรในจักรวาล “สินทรัพย์ดิจิทัล” เพื่อคุ้มครองผู้ลงทุน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.sec.or.th/TH/Template3/Articles/2564/220364.pdf>. [2565, 9 พฤษภาคม].

¹¹ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.). (2564). *STO vs ICO แนวทางการกำกับดูแลในปัจจุบันและอนาคต*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.sec.or.th/TH/Template3/Articles/2563/041263.pdf>. [2565, 9 พฤษภาคม].

ประกอบกับแม้หน่วยงานที่กำกับดูแล คือ ก.ล.ต. ได้กำหนดแนวทางการตีความ NFTs บ้างแล้วแต่เป็นการกำหนดอย่างกว้างซึ่งยังไม่มีความแน่นอนในทางปฏิบัติและยังไม่มีแนวคำพิพากษาของศาลที่จะนำมาเป็นบรรทัดฐานได้ ดังนั้น การพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการสร้าง NFTs และการกำหนดลักษณะการใช้ของ NFTs แต่ละโทเคนจึงเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะนำมาพิจารณาว่า NFTs นั้นควรมีสถานะทางกฎหมายอย่างไรและควรอยู่ภายใต้กำกับของกฎหมายใด ๆ ที่มีผลใช้บังคับอยู่ ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณา NFTs แต่ละโทเคนเป็นรายกรณีไป เนื่องจากวัตถุประสงค์ในการสร้าง NFTs และการกำหนดลักษณะการใช้ของ NFTs แต่ละโทเคนอาจแตกต่างกัน ในปัจจุบัน ก.ล.ต.อยู่ระหว่างทบทวนหลักเกณฑ์ในการกำกับดูแล NFT marketplaces เพื่อให้สอดคล้องกับแนวทางการกำกับดูแลของสากลและท้ายที่สุดอาจนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้องรวมถึงการออกแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนของหน่วยงานกำกับดูแลที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ครอบคลุมถึง NFTs ซึ่งเป็นสิ่งที่ต้องกระทำอย่างรอบรอบเนื่องจากนวัตกรรม NFT เป็นเรื่องที่ยังใหม่ประกอบการซื้อขาย NFTs มีบริบทในทางระหว่างประเทศเพราะการซื้อขาย NFTs ส่วนใหญ่เกิดขึ้นผ่านบนอินเทอร์เน็ตผ่านแพลตฟอร์ม NFT Marketplaces ทำให้สามารถทำธุรกรรมระหว่างกันได้ทั่วโลกจึงอาจเป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้ทั้งประเทศไทยรวมถึงประเทศอื่น ๆ ทั่วโลกจึงยังไม่ได้มีมาตรการทางกฎหมายหรือแนวทางในการกำกับดูแล NFTs ที่ชัดเจนมากนักและถือเป็นอุปสรรคสำหรับการค้นคว้ากรณีศึกษาเพื่อนำมาเป็นแนวทางในการออกแบบกฎหมายภายในของประเทศไทยซึ่งการออกกฎหมายภายในของแต่ละประเทศอาจมีรายละเอียดที่แตกต่างกันไม่มากนักเนื่องจากต้องคำนึงถึงนโยบายทางเศรษฐกิจภายในของแต่ละประเทศเป็นสำคัญด้วย

4.2 งานศิลปกรรมที่อยู่ในรูปแบบของ Non-Fungible Tokens ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยอย่างไร

ในกรณีของ NFTs ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานศิลปกรรมประเภทจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายนั้น แม้ NFTs โดยตัวเองจะไม่ได้เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่อย่างไรก็ตามงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs ดังกล่าวอาจเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ซึ่งจะต้องพิจารณาที่ตัวงานสร้างสรรค์คืองานจิตรกรรมและงานภาพถ่ายเป็นสำคัญว่าเป็นงานที่เข้าเงื่อนไขของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ภายในของแต่ละประเทศหรือไม่

4.2.1 งานศิลปกรรมประเภทจิตรกรรมที่อยู่ในรูปแบบของ Non-Fungible Tokens

สำหรับงานมีลิขสิทธิ์ประเภทงานจิตรกรรมมักสะท้อนถึงภูมิปัญญา ความคิดสร้างสรรค์รวมทั้งอัตลักษณ์หรือลักษณะเฉพาะในการสร้างสรรค์งานของศิลปินผู้สร้างสรรค์ซึ่งงานจิตรกรรม

มักจะจัดอยู่ในหมวดหมู่ของงานศิลปกรรม โดยนิยามของคำว่าศิลปกรรมภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษมีความใกล้เคียงกันค่อนข้างมากแต่อาจมีรายละเอียดแตกต่างกันบ้าง ดังนี้

1) กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย

มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 งานจิตรกรรมถูกจัดอยู่ในหมวดหมู่ของงานศิลปกรรม และได้มีการกำหนดนิยามของงานจิตรกรรมว่าได้แก่งานสร้างสรรค์รูปทรงที่ประกอบด้วยเส้น แสง สี หรือสิ่งอื่น อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกันลงบนวัสดุอย่างเดียวหรือหลายอย่าง ทั้งนี้ ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ฉบับที่แปลเป็นภาษาอังกฤษอย่างเป็นทางการ ได้แปลคำว่า งานจิตรกรรม โดยใช้คำภาษาอังกฤษว่า “work of painting or drawing”¹² ซึ่ง “drawing” หมายถึงการวาดเส้นและ “painting” หมายถึงการระบายสี เช่น การวาดภาพโดยใช้พู่กันหรือแปรงหรือวัสดุอื่นเพื่อระบายให้เกิดเป็นภาพ

2) กฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศสหรัฐอเมริกา

แม้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยคือพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 (Copyright Act of 1976 ซึ่งรวมอยู่ใน Title 17 U.S.C) จะไม่ได้กำหนดนิยามของคำว่า “งานศิลปกรรม” ไว้โดยตรงแต่กฎหมายดังกล่าวก็ได้กำหนดนิยามของคำว่า “งานภาพ งานกราฟิก และงานประติมากรรม” (Pictorial, graphic, and sculptural works) ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงหรือเทียบเคียงได้กับศิลปกรรม โดยมาตรา 101 ได้กำหนดนิยามของงานภาพ งานกราฟิก และงานประติมากรรมว่าให้หมายความรวมถึงงานสร้างสรรค์ที่มีลักษณะสองมิติและสามมิติของงานวิจิตรศิลป์ (work of fine) งานกราฟิก (graphic) และงานศิลปประยุกต์ (applied art) ภาพถ่าย การพิมพ์และการทำชิ้นงานศิลปะ แผนที่ ลูกโลก แผนภูมิ แผนภาพ แบบจำลองและภาพวาดทางเทคนิค รวมถึงแบบแปลนทางสถาปัตยกรรม (architectural plans) โดยที่งานภาพ งานกราฟิกและงานประติมากรรมทั้งหมดดังกล่าวข้างต้นรวมถึงงานช่างฝีมือทางศิลปะ (works of artistic craftsmanship)

นิยามของงานศิลปกรรมข้างต้นครอบคลุมถึงงานสร้างสรรค์ที่มีเป็นงานวิจิตรศิลป์และงานกราฟิก อนึ่งความหมายทั่วไปของ “งานวิจิตรศิลป์”¹³ หมายถึง ศิลปะที่อำนวยความสะดวกทางใจ กล่าวคือเป็นศิลปะที่ตอบสนอง ความคิด อารมณ์ความรู้สึก ความประทับใจและความงามของศิลปะนั้นเป็นสำคัญมากกว่าประโยชน์ใช้สอย ซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบของงานจิตรกรรม

¹² กรมทรัพย์สินทางปัญญา. (2559). *Copyright Act B.E. 2537 (1994)*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.ipthailand.go.th/th/dip-law-2/item/copyright-act-b-e-2537-1994.html>. [2565, 9 กรกฎาคม].

¹³ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม. (ม.ป.ป.). *เอกสารประกอบการสอนคณะศิลปกรรมศาสตร์และวัฒนธรรมศาสตร์: ศิลปะและทัศนศิลป์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://fineart.msu.ac.th/>.

(painting) ประติมากรรม (sculpture) ภาพพิมพ์ (Printmaking, Graphic Art) และศิลปะผสม (Mixed Art) ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่างานจิตรศิลป์และงานกราฟิกที่มีลักษณะเป็นรูปทรงสองมิติน่าจะเทียบเคียงได้กับงานจิตรกรรมตามนิยามของงานจิตรกรรมในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

3) กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ การออกแบบ และสิทธิบัตร ค.ศ. 1988 (CDPA) ซึ่งในมาตรา 4 (1) ของ CDPA กำหนดความหมายของงานศิลปกรรมไว้โดยเฉพาะว่าครอบคลุมถึงงานดังต่อไปนี้ ได้แก่ งานกราฟิก ภาพถ่าย งานประติมากรรม ภาพปะติด (collage) งานสถาปัตยกรรมและงานช่างฝีมือทางศิลปะ โดยมาตรา 4 (1) (a) ประกอบมาตรา 4 (2)(a) และ 4 (2)(b) ได้กำหนดนิยามของ “งานกราฟิก” ไว้โดยเฉพาะว่าหมายความรวมถึง ภาพระบายสี ภาพวาด แผนภาพ แผนที่ แผนภูมิหรือแผนผังใดๆ งานภาพพิมพ์ (engraving) ภาพพิมพ์โลหะหรืองานกัดสลัด (etching) ภาพพิมพ์หิน (lithograph) ภาพพิมพ์จากการแกะสลักไม้ หรืองานใดๆ ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับงานดังกล่าวด้วย โดยศาลในประเทศอังกฤษมักตีความงานกราฟิกไว้ค่อนข้างกว้าง กล่าวคืองานใดๆ ที่มีการสื่อความหมายด้วยการใช้ศิลปะและศาสตร์ทางการใช้ลายเส้น ภาพระบายสี ภาพวาด ภาพเขียน แผนภาพ ตลอดจนสัญลักษณ์ ซึ่งมีลักษณะเห็นได้ชัดเจน เข้าใจความหมายได้ทันทีอาจถูกจัดเป็นงานศิลปกรรมประเภทงานงานกราฟิกได้ดังนั้น จากคำนิยามของงานกราฟิกดังกล่าวข้างต้นจึงเห็นได้ว่างานกราฟิกน่าจะเทียบเคียงได้กับงานจิตรกรรมภายใต้ นิยามของงานจิตรกรรมตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

จากการศึกษาเกี่ยวกับ NFTs ที่สร้างมาจากงานศิลปกรรมประเภทงานจิตรกรรมพบว่า สำหรับงานจิตรกรรมที่นิยมนำมาสร้างเป็น NFTs ส่วนใหญ่เป็นงานจิตรกรรมที่เป็นดิจิทัลอาร์ต (Digital Art) ซึ่งในความหมายทั่วไปหมายถึง การสร้างสรรค์ผลงานศิลปะโดยใช้คอมพิวเตอร์และเครื่องมือในโปรแกรมต่างๆ ให้อยู่ในรูปแบบจิตรกรรม ประติมากรรมและภาพเคลื่อนไหวด้วยสื่อดิจิทัล ตัวอย่างเช่น การวาดภาพแบบดิจิทัล (Digital Paint) การปั้นโมเดลแบบ 3 มิติ (3D Sculpture) กราฟิกดีไซน์ การวาดภาพประกอบ (Illustration) และงานศิลปะในเกม¹⁴ เป็นต้นเหตุผลที่นิยมนำดิจิทัลอาร์ตมาสร้างเป็น NFT เนื่องจากการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์รวมทั้งเทคโนโลยีต่างๆ ในการสร้างสรรค์ดิจิทัลอาร์ตสามารถทำได้โดยง่ายและสามารถสร้างสรรค์งานในรูปแบบที่หลากหลาย รวมทั้งสามารถบันทึกงานในรูปแบบไฟล์ดิจิทัลซึ่งง่ายต่อการนำไปสร้าง NFTs

โดยผู้วิจัยขอตัวอย่างของงานจิตรกรรมซึ่งมีการมาสร้างเป็น NFTs ดังนี้

ตัวอย่างที่ 1 สำหรับตัวอย่างนี้ผู้วิจัยได้กล่าวถึงในบทที่ 2 แล้ว คือ ภาพวาดดิจิทัลที่อยู่

¹⁴ Sripatum University. (2565). *ดิจิทัลอาร์ตส์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <https://www.spu.ac.th/fac/sdm/th/program/23>. [2565, 9 กรกฎาคม].

ในรูปแบบของ NFT ชื่อ “Everydays: The First 5000 days” ซึ่งถือเป็นงานจิตรกรรมที่เป็นดิจิทัลอาร์ต (Digital Art) อย่างหนึ่งเป็นผลงานของศิลปินชื่อที่ใช้นามแฝงว่า Beeple (ชื่อจริงคือ Mike Winkelmann) นักกราฟิกดีไซน์เนอร์ชาวอเมริกัน โดย Beeple ได้วาดภาพดิจิทัลขึ้นมาวันละ 1 ภาพติดต่อกัน 5,000 วัน นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 2007 จนกระทั่งประมาณเดือนมีนาคม ปี ค.ศ. 2021 จากนั้นได้มีการนำภาพวาดทั้งหมดมารวมกันเป็นภาพเดียว (การนำภาพวาดหลายๆภาพมารวมกันนี้เรียกว่า งานคอลลาจ) จากนั้น Beeple ได้นำไฟล์ดิจิทัลของภาพนั้นมาเป็น NFT และนำออกขายบนเว็บไซต์ของ Christie’s และขายได้ในราคา 38,535 ETH หรือประมาณ 69.3 ล้านดอลลาร์สหรัฐ



ภาพที่ 19 NFT ที่สร้างจากภาพดิจิทัลชื่อ “Everydays: The First 5000 days”¹⁵

ตัวอย่างที่ 2 งานจิตรกรรมชื่อ “FreeRoss” เป็นภาพเขียนด้วยดินสอกราไฟท์ (Graphite Pencil Drawing) วาดโดยนายรอส อัลบริท (Ross Ulbricht) ซึ่งภาพเขียนดังกล่าวถูกนำมาสร้างเป็น NFT และได้รับการประมูลบน NFT Marketplace ชื่อ SuperRare ในราคา 1,489 ETH หรือประมาณ 6.12 ล้านดอลลาร์สหรัฐ¹⁶ สิ่งที่น่าสนใจเกี่ยวกับภาพเขียน FreeRoss ที่อยู่ในรูปแบบ NFT นี้คือ ภาพเขียนดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของคอลเล็กชัน NFT ที่มีชื่อว่า Ross Ulbricht Genesis ของรอส ซึ่งในคอลเล็กชันดังกล่าวได้รวบรวมงานศิลปะจำนวน 10 ชิ้นที่สร้างสรรค์โดยรอส ตั้งแต่วัยเด็กวัยรุ่นและช่วงเวลาที่นายรอส อัลบริท เป็นนักโทษ สิ่งที่ทำให้ภาพวาด FreeRoss ได้รับความสนใจคือภาพวาดนี้ถูกสร้างขึ้นในระหว่างที่นายรอสต้องโทษจำคุกอยู่ในเรือนจำและรายได้จากการขายภาพเขียนนี้ได้ถูกนำไปใช้ตั้งกองทุนชื่อ “Art4Giving” เพื่อช่วยเหลือเพื่อนนักโทษผ่านงานศิลปะที่รอสสร้างขึ้น โดยในอดีตรอสเป็นนักพัฒนาเว็บไซต์ได้ใช้เทคโนโลยีบล็อกเชนในการพัฒนาและ

¹⁵ Nftnow. (2022). *The 20 Most Expensive NFT Sales of All Time*. (Online). Available: <https://nftnow.com/features/most-expensive-nft-sales/>. [2022, March 8]

¹⁶ SuperRare. (2022). *Ross Ulbricht Genesis Collection*. (Online). Available: <https://superrare.com/artwork-v2/ross-ulbricht-genesis-collection-30841>. [2022, July 9].

สร้างเว็บไซต์ที่เป็นเสมือนตลาดมืดออนไลน์ (Dark E-Commerce หรือ Dark Web) สำหรับการค้าสิ่งผิดกฎหมายที่เรียกว่า “Silk Road” ที่ผู้ซื้อและผู้ขายสามารถปกปิดตัวตนและเว็บเบราว์เซอร์สามารถปกปิด IP Address รวมทั้งซ่อนข้อมูลและทำลายข้อมูลของผู้ใช้งานได้ และชำระเงินด้วยบิตคอยน์เท่านั้นเพื่อป้องกันการติดตามจากรัฐบาลทั้งรัสเซียและสหรัฐอเมริกาในช่วงเดือนตุลาคมปี ค.ศ. 2013 ในศาลที่ศาลาได้ตัดสินจำคุกตลอดชีวิตและสั่งปิดเว็บไซต์ SilkRoad¹⁷



ภาพที่ 20 NFT ที่สร้างจากภาพวาดชื่อ “FreeRoss”¹⁸

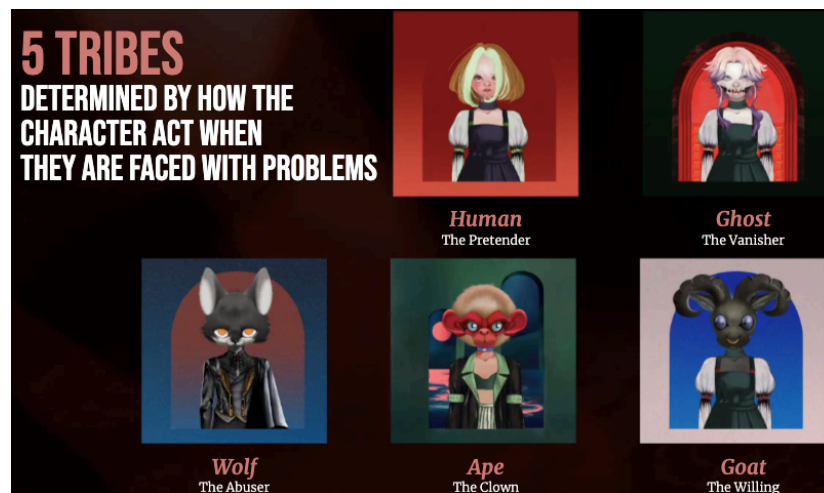
ตัวอย่างที่ 3 งานจิตรกรรมที่เป็นดิจิทัลอาร์ตภายใต้คอลเล็กชัน NFT ที่มีชื่อว่า “Hotel De Mentia” ซึ่งสร้างสรรค์โดยศิลปินไทยชื่อคุณคริสตา การพจน์ (ชื่อในวงการศิลปะคือ “ปั้น Reity”) โดยงานศิลปะที่อยู่ในรูปแบบของ NFTs ภายใต้คอลเล็กชันนี้เป็นการวาดภาพด้วยลายเส้นศิลปะเป็นภาพวาดตัวละครหรือแคแรกเตอร์ (Characters) ซึ่งมีเอกลักษณ์ เฉพาะตัวจำนวน 10,000 คาแรกเตอร์วาดโดยคุณปั้นและทีมงาน โดย NFT ทั้งหมด 10,000 คาแรกเตอร์ซึ่งแต่ละตัวจะประกอบด้วยคุณลักษณะเฉพาะตัว 7 ประการที่ไม่ซ้ำกันในแต่ละชิ้นงาน¹⁹ ได้แก่ เครื่องประดับ ผมงา ปาก สีผิว เสื้อผ้า และพื้นหลังของรูปภาพ โดยในจำนวน 10,000 คาแรกเตอร์นี้แบ่งออกเป็น 5 กลุ่ม ได้แก่ มนุษย์ (Human) ผี (Ghost) ลิง (Ape) หมาป่า (Wolf) และแพะ (Goat) โดยภาพวาดที่เป็นแบบร่างของตัวละครหรือแคแรกเตอร์นั้นจะถูกวาดด้วยมือทุกชิ้นก่อนจะใช้เทคโนโลยี

¹⁷ FINNOMENA. (2563). *เปิดประวัติ Silk Road ตลาดที่เป็นตำนานของ Bitcoin*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.finnomena.com/bitkub/silk-road-bitcoin/?fbclid=IwAR18w_19ARlVbXqV8m-ruypzv70-LI9yTGmZXtWCcyIU3VcjMsAik0ov2HQ. [2563, 9 กรกฎาคม].

¹⁸ Nftnow. (2022). *The 20 Most Expensive NFT Sales of All Time*. (Online). Available: <https://nftnow.com/features/most-expensive-nft-sales/>. [2022, March 8]

¹⁹ MangoZero. (2565). *ปั้น Riety กับการเดินทางของศิลปะสู่โลก NFT ในโปรเจกต์สุดพิเศษ Hotel De Mentia ที่เป็นมากกว่างานศิลปะและเกม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.mangozero.com/pahn-riety-nft-hotel-de-mentia/>. [2565, 11 กรกฎาคม].

ปัญญาประดิษฐ์ (AI-Generate) ในการปรับแต่งภาพ สิ่งที่น่าสนใจของคอลเล็กชัน NFT นี้คือสามารถเปลี่ยน NFTs ทุกโทเคนเป็นตัวละครในเกมของ Hotel De Mentia ภายในเกม Hotel De Mentia คือสถานที่หนึ่งซึ่งเป็นโรงแรมและมีตัวละครต่าง ๆ เปรียบเสมือนลูกค้ายของโรงแรมซึ่งมีการวางแผนพัฒนาเกมไว้ 2 ส่วนคือส่วนที่ 1 เป็นเกมแนว Visual Novel (เกมที่มีการดำเนินเรื่องแบบโต้ตอบกันระหว่างตัวละครต่าง ๆ) และส่วนที่ 2 เป็นเกมแนว Adventure แบบ Play and Earn (เกมจะเป็นแนวเอาตัวรอด หรือ Survival Horror โดยใช้ตัวละครต่าง ๆ และสามารถสร้างรายได้จากการเล่นเกมด้วย) ทั้งนี้ คอลเล็กชัน NFT นี้จะถูกสร้างและดำเนินการในบล็อกเชน Solana ซึ่งมีคริปโทเคอร์เรนซีประจำ บล็อกเชนคือ Solana หรือ SOL และมีวางขายบน NFT Marketplaces ได้แก่ Solanart.io และ Magic Eden เป็นต้น มีราคาขายเริ่มต้น (Mint Price) อยู่ที่ 0.85 SOL สำหรับรอบ Pre-Sale และ 1 SOL สำหรับ Public Sale²⁰ ผู้เป็นเจ้าของ NFTs ของตัวละครหรือแควเรกเตอร์บางตัวที่หายากในคอลเล็กชันดังกล่าวจะได้รับสิทธิพิเศษบางประการ เช่น สิทธิการเข้าร่วมงาน Meet & Greet รวมทั้ง Exclusive dinner หรือได้รับของขวัญพิเศษที่สร้างขึ้นจากฝีมือศิลปินเจ้าของโปรเจกต์ เช่น 3 D Printing Model ของตัวละคร เข็มกลัดลวดลายตัวละคร เป็นต้น



ภาพที่ 21 ตัวอย่างตัวละครใน NFT Collection ชื่อ “Hotel De Mentia”²¹

4.2.2 งานศิลปกรรมประเภทงานภาพถ่ายที่อยู่ในรูปแบบของ Non-Fungible Tokens

การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพถ่ายตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษและประเทศไทยมีความใกล้เคียงกันค่อนข้างมาก กล่าวคือ

²⁰ TECHTORO. (2565). *Hotel De Mentia* โปรเจกต์เกม NFT สัญชาติไทยที่เป็นมากกว่าเกมและผลงานศิลปะ โดยศิลปินคุณปั้น Riety. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://techtoro.co/hotel-de-mentia-project-nft-gaming-by-riety/>. [2565, 11 กรกฎาคม].

²¹ Hotel De Mentia. (2022). *NFT Collections*. (Online). Available: <https://hoteldementia.io/>. [2022, July 11].

1) กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้ให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งานภาพถ่ายในฐานะงานศิลปกรรมประเภทหนึ่ง โดยในมาตรา 4 ได้กำหนดนิยามของ “งานภาพถ่าย” ว่าได้แก่งานสร้างสรรค์ภาพที่เกิดจากการใช้เครื่องมือบันทึกภาพโดยให้แสงผ่านเลนส์ไปยังฟิล์มหรือกระจกและล้างด้วยน้ำยาซึ่งมีสูตรเฉพาะ หรือด้วยกรรมวิธีใด ๆ อันทำให้เกิดภาพขึ้นหรือการบันทึกภาพโดยเครื่องมือหรือวิธีการอย่างอื่น

2) กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 ไม่ได้กำหนดนิยามของภาพถ่ายไว้โดยเฉพาะเจาะจง แต่อย่างไรก็ตาม ในมาตรา 101 ได้กำหนดนิยามของคำว่า “งานภาพ งานกราฟิก และงานประติมากรรม (pictorial, graphic, and sculptural works)” ว่าหมายความรวมถึงภาพถ่ายด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่าภาพถ่ายถูกจัดหมวดหมู่ไว้ในหมวดหมู่เดียวกันกับงานภาพ งานกราฟิก และงานประติมากรรม ซึ่งงานภาพ งานกราฟิก และงานประติมากรรมมีลักษณะใกล้เคียงหรือเทียบเคียงได้กับงานศิลปกรรมในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยและประเทศอังกฤษ ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าภาพถ่ายได้รับคุ้มครองในฐานะงานศิลปกรรมประเภทหนึ่ง

3) กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ การออกแบบ สิทธิบัตร ค.ศ. 1988 หรือ CDPA ได้ให้ความคุ้มครองงานภาพถ่ายในฐานะงานศิลปกรรมดังจะเห็นได้จากมาตรา 4 (1) กำหนดว่างานศิลปกรรมครอบคลุมถึงงานดังต่อไปนี้ ๑) ได้แก่ งานกราฟิก (graphic work) ภาพถ่าย (photograph) งานประติมากรรม (sculpture) ภาพปะติด (collage) งานสถาปัตยกรรม (work of architecture) และงานช่างฝีมือทางศิลปะ (work of artistic craftsmanship) ซึ่งมาตรา 4 (2) ได้กำหนดนิยามของภาพถ่ายไว้ โดยเฉพาะว่าหมายความถึง “การบันทึกแสงหรือรังสีอื่นบนสื่อกลางใด ๆ ที่ก่อให้เกิดภาพหรือการทำให้ภาพปรากฏขึ้นด้วยวิธีการอื่นใดและภาพนั้นไม่ใช่ส่วนหนึ่งของภาพยนตร์”

จากการศึกษาพบว่างานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทภาพถ่ายที่อยู่ในรูปแบบ NFTs นั้นได้รับความสนใจไม่น้อยไปกว่างานจิตรกรรมที่อยู่ในรูปแบบ NFTs เพียงแต่มีข้อสังเกตว่าในตลาดของ NFTs นั้น งานภาพถ่ายที่อยู่ในรูปแบบ NFTs นั้นอาจไม่ได้รับความนิยมนักเท่ากับงานจิตรกรรมที่อยู่ในรูปแบบ NFTs รวมทั้งมักมีราคาไม่สูงเท่ากับงานจิตรกรรมที่อยู่ในรูปแบบ NFTs

โดยผู้วิจัยขอยกตัวอย่างของงานภาพถ่ายซึ่งถูกนำมาสร้างเป็น NFTs ได้แก่

ตัวอย่างที่ 1 ภาพถ่ายชื่อว่า “Love Is War” ถ่ายโดยช่างภาพชื่อ อิมอส วาสเกซ (Aimos Vasquez) ซึ่งเป็นภาพภาพแบบขาวดำซึ่งต่อมาอิมอส วาสเกซ ได้นำภาพถ่ายดังกล่าวมาสร้างเป็น NFT และนำออกขายบน NFT Marketplace ชื่อ blockparty.co โดยขายได้ในราคา 40 ETH

(อีเธอเรียม) หรือประมาณ 125,000 ดอลลาร์สหรัฐ (เทียบเคียงกับมูลค่าของคริปโทเคอร์เรนซีสกุลอีเธอเรียมในขณะที่ขาย NFT ได้) โดยภาพถ่าย Love Is War นี้เป็นภาพถ่ายของศิลปินเรย์เปอ์ชื่อ ดังคือ XXXTentacion ซึ่งถ่ายโดยไอมอส วาสเกซ ภาพดังกล่าวนี้เป็นภาพถ่ายขาวดำซึ่งเป็นที่จดจำ สิ่งที่ทำให้ภาพถ่าย Love Is War ที่อยู่ในรูปแบบ NFT นี้ขายได้ในราคาที่ค่อนข้างสูงเนื่องจาก XXXTentacion ได้เสียชีวิตไปแล้ว สิ่งที่น่าสนใจคือ ในขณะที่ XXXTentacion ยังมีชีวิตอยู่ได้เคยโพสภาพถ่ายขาวดำนี้ลงบน Instagram สิ่งที่น่าสนใจคือในปัจจุบันภาพถ่ายขาวดำนี้กลายเป็นรูปภาพเดียวที่เหลืออยู่บน Instagram ของ XXXTentacion นอกจากนี้ ภาพถ่ายขาวดำนี้ยังถือเป็นหนึ่งในรูปภาพที่มีคนกดไลค์และมีผู้แสดงความคิดเห็นมากที่สุดใน Instagram กล่าวคือ มีจำนวนคนกดไลค์กว่า 30 ล้านไลค์และมีคนความเห็นจำนวนประมาณกว่า 11 ล้านความเห็น



Love Is War



Aimos

Original image from the most commented-on Instagram post of all time including a 24x36 metallic print. Exclusive access to the unreleased color version of the photo will be included. The owner will also be offered a one-on-one portrait session and photo walk with Aimos.

\$125,000

Bidding Closed

Reserve Price: \$100,001

Bid Placed by GA3ARFT...

\$125,000

05/27/2021 at 22:51

Bids Start at

\$100,000

05/26/2021 at 6:00

ภาพที่ 22 NFT ที่สร้างจากภาพถ่ายชื่อ “Love Is War”²²

ตัวอย่างที่ 2 ภาพถ่ายที่ถ่ายโดยศิลปินชื่อ เอลิซ สวอปส์ (Elise Swopes) ซึ่งเป็นช่างภาพและนักออกแบบกราฟิกชาวอเมริกัน ในโลกของงานศิลปะ NFTs เอลิซ สวอปส์ ค่อนข้างมี

²² BLOCKPARTY. (2021). *Love Is War* by Aimos. (Online). Available: <https://blockparty.co/item?id=1115>. [2022, July 12].

ชื่อเสียง จากการจัดแสดงงานศิลปะของตนหลายชิ้นในรูปแบบ NFTs ผ่านแพลตฟอร์ม NFTs Marketplaces ที่เป็นที่นิยม เช่น SuperRare และ Nifty Gateway ซึ่งปัจจุบัน เอลิซ สวอปส์ เป็นหนึ่งในศิลปินที่มียอดขาย NFTs สูงสุดใน SuperRare สำหรับงานภาพถ่ายของเอลิซ สวอปส์ ที่นำมาสร้างเป็น NFTs มักจะมีการต่อเติมด้วยเทคนิคอื่นๆจนภาพถ่ายธรรมดาที่มีความโดดเด่นเฉพาะตัวมากขึ้น และเอกลักษณ์อีกอย่างคือการผสมผสานระหว่างศิลปะกับข้อความที่ต้องการสื่อสาร เช่น ภาพถ่ายของเมืองที่มีการเพิ่มองค์ประกอบแวดล้อมในรูปแบบดิจิทัลโดยเอลิซ สวอปส์ ออกแบบเอง เป็นต้น ตัวอย่างผลงานภาพถ่ายที่เป็นเอกลักษณ์ของ เอลิซ สวอปส์ คือ ผลงาน NFT ชื่อว่า “Giraffes in Portland” ซึ่งถือเป็นผลงานภาพถ่ายชิ้นแรกของเอลิซ สวอปส์ ที่ได้นำมาสร้างเป็น NFT และวางขายบน Nifty Gateway ภาพถ่ายดังกล่าวเป็นการถ่ายภาพวิวทิวทัศน์ของนิวยอร์ก พอร์ตแลนด์ ลอสแอนเจลิส แอตแลนตา ชิคาโก และมีการเพิ่มองค์ประกอบแวดล้อมชิราฟและองค์ประกอบป่าอื่นๆ ลงไปภาพถ่าย อนึ่งเอลิซ สวอปส์ได้รับค่าลิขสิทธิ์จากการขาย NFT ต่อในทุกๆทอดในอัตรา 10% - 15%²³



Giraffes in Portland #1/1

Edition of 1

0x5773...aa8359



Owned by phy58

Created by: **Elise Swopes**

Published by: **Nifty Gateway Curated**

Collection: **Displaced: Giraffe in the City by Swopes**

Type: **Standard**

Released: **Aug 16, 2021**

Original Listing Price: **\$2,300.00**

ภาพที่ 23 NFT ที่สร้างจากภาพถ่ายชื่อ “Giraffes in Portland”²⁴

²³ Nifty Gateway. (2021). *Giraffes in Portland*. (Online). Available: <https://www.niftygateway.com/marketplace/item/0x57730f8fc41bc3089f2d8b2d8daafc5bd5aa8359/3100100001>. [2022, July 12].

²⁴ Nifty Gateway. (2021). *Giraffes in Portland*. (Online). Available: <https://www.niftygateway.com/marketplace/item/0x57730f8fc41bc3089f2d8b2d8daafc5bd5aa8359/3100100001>. [2022, July 12].

ตัวอย่างที่ 3 ภาพถ่ายชื่อว่า “Always Coca Cola” ช่างภาพชื่อเคต วูดแมน (Kate Woodman) จากเมืองพอร์ตแลนด์ รัฐออริกอน ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ถ่ายภาพหญิงสาวที่ถือกระป๋องน้ำอัดลมยี่ห้อ Coca Cola โดยตั้งชื่อภาพถ่ายชื่อว่า Always Coca Cola ซึ่งเคต วูดแมน ได้อธิบายแนวคิดของภาพนี้ว่าเป็นภาพถ่ายโดยกล้องดิจิทัลโดยจัดองค์ประกอบภาพที่สื่อถึงการผสมผสานระหว่างความงามแบบคลาสสิกเข้ากับการบริโภคร่วมสมัย ต่อมาเคต วูดแมน ได้นำงานภาพถ่ายดังกล่าวมาสร้างเป็น NFT และลงขายบนแพลตฟอร์ม NFT Marketplace ชื่อ Foundation และสามารถขายภาพถ่ายดังกล่าวที่อยู่ในรูปแบบของ NFT ได้ในราคา 1.888 ETH (อีเธอเรียม) หรือตีเป็นเงินได้ประมาณ 21,321 ดอลลาร์สหรัฐในขณะที่ขาย NFT ได้)²⁵



Always Coca Cola

Minted on Mar 4, 2021

Created by

@katewoodman

Collection

Foundation

Last sold

11.888 ETH

Owned by @888thevault

ภาพที่ 24 NFT ที่สร้างจากภาพถ่ายชื่อ “Always Coca Cola”²⁶

จากเนื้อหาข้อ 4.2.1, 4.2.1.1 และ 4.2.1.2 ข้างต้น ผู้วิจัยจึงขอสรุปดังนี้ คือ การพิจารณาเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานจิตรกรรมและงานภาพถ่ายที่อยู่ในรูปแบบของ NFTs นั้นจะต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ที่มีผลใช้บังคับของแต่ละประเทศ เช่น หลักเกณฑ์เรื่องการแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Ideas)

²⁵ The Momentum. (2564). *NFT 101 EPI: งานภาพถ่ายถูกพูดถึงอย่างไรในโลก NFT?*. (Online). เข้าถึงได้จาก: <https://themomentum.co/cryptonian-nft101-photography/>. [2565, 12 กรกฎาคม].

²⁶ Foundation. (2021). *Always Coca Cola*. (Online). Available: <https://foundation.app/@katewoodman/foundation/3044>. [2022, July 18].

หลักเกณฑ์เรื่องความคิดริเริ่มด้วยตนเอง (Originality) หลักเกณฑ์เรื่องการบันทึกงาน (Fixation) ประเภทของงานสร้างสรรค์ที่กฎหมายรับรองและอื่น ๆ ซึ่งได้กล่าวไว้โดยละเอียดแล้วในบทที่ 3 โดยจากการศึกษาพบว่า การนำงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายใด ๆ มาสร้างหรือมินต์เป็น NFTs นั้นสามารถสะท้อนถึงหลักเกณฑ์เรื่องการแสดงออกซึ่งความคิด และหลักเกณฑ์เรื่องการบันทึกงานได้ กล่าวคือ งานจิตรกรรมและงานภาพถ่ายที่อยู่ในรูปแบบ NFTs น่าจะถือเป็นกรณีที่มีการบันทึกงานในวัตถุสื่อกลางที่จับต้องได้ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ โดย NFTs เป็นวัตถุสื่อกลางที่จับต้องได้ซึ่งใช้ในการบันทึกงานสร้างสรรค์หรือเป็นสื่อกลางในการแสดงออกซึ่งงานสร้างสรรค์ใด ๆ ในทำนองเดียวกัน สำหรับประเทศไทย การนำงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายใด ๆ มาสร้างหรือมินต์เป็น NFTs ถือเป็นวิธีการหรือรูปแบบของการแสดงออกซึ่งงานสร้างสรรค์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยซึ่งมาตรา 6 วรรคแรกแห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ไม่ได้จำกัดวิธีการแสดงออกซึ่งงานสร้างสรรค์ไว้ ดังนั้นผู้วิจัยจึงเห็นว่างานสร้างสรรค์ใด ๆ รวมทั้งงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายที่อยู่ในรูปแบบของ NFTs สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้หากงานสร้างสรรค์นั้นเข้าลักษณะพื้นฐานของงานอันมีลิขสิทธิ์ตามหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ประกอบกับที่ปรากฏในแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา ทั้งนี้โดยอาจไม่จำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวแต่อย่างใด เพียงแต่ต้องปรับใช้กฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่อย่างยืดหยุ่นและเหมาะสมแก่กรณี

4.3 การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมที่อยู่ในรูปแบบของ Non-Fungible Tokens

NFTs ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ทำหน้าที่เป็นเครื่องมือนำเสนอและเผยแพร่ งานอันมีลิขสิทธิ์ต่อสาธารณะชนได้อย่างดี แต่ประสิทธิภาพของ NFTs ในแง่ของการเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้นมีข้อจำกัดและการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานจิตรกรรมและงานภาพถ่ายที่อยู่ในรูปแบบ NFTs นั้นยังคงมีอยู่อย่างแพร่หลาย โดยอาจแบ่งเป็น 3 กรณี ดังนี้

4.3.1 การละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการนำงานศิลปกรรมมาสร้างเป็น Non-Fungible Tokens

การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายที่อยู่ในรูปแบบของ NFTs ก่อนที่จะนำไปสร้างเป็น NFTs ที่พบบ่อยได้แก่

- 1) การนำงานลิขสิทธิ์ประเภทงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายมาสร้างเป็น NFTs โดยบุคคลที่ไม่มีสิทธิ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือผู้สร้าง NFT ไม่ได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์หรือบุคคลที่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ให้ทำการสร้าง NFT ได้ ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์กรณีนี้เป็นกรณีที่พบได้มากที่สุดซึ่งแสดงให้เห็นถึงช่องโหว่หรือข้อบกพร่องในขั้นตอนการสร้างของ NFTs

ส่วนใหญ่แพลตฟอร์ม NFT Marketplaces เป็นแพลตฟอร์มประเภท User Generated Content หรือ UGC ที่อนุญาตให้ใช้งานทั่วไปสามารถสร้าง NFTs ได้โดยไม่มีกระบวนการตรวจสอบตัวตนของผู้สร้าง NFTs และสิทธิของผู้สร้าง NFTs ที่มีอยู่ในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีการสร้างหรือมีต้นเป็น NFTs ทั้งที่แพลตฟอร์มเหล่านี้ควรมีบทบาทสำคัญการจัดการปัญหานี้ได้ เนื่องจากแพลตฟอร์มให้บริการเกี่ยวกับการสร้าง NFTs และยังได้รับประโยชน์ในรูปแบบของค่าธรรมเนียมการใช้งานและอื่น ๆ จากการที่ผู้ใช้งานที่ทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้อง NFTs เหล่านี้อีกด้วย

ในปัจจุบันมี แพลตฟอร์มที่ให้บริการเกี่ยวกับการป้องกันลิขสิทธิ์เรียกว่า Digital Copyright Services Platform (DCSP) จัดทำโดยบริษัท Ant Group Co., Ltd. ซึ่ง DCSP มีฐานข้อมูล (Database) ของตัวเองและประยุกต์ใช้เทคโนโลยีบล็อกเชนและปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence หรือ AI) ในการตรวจสอบไฟล์ต้นฉบับของงานและออกใบรับรองลิขสิทธิ์แบบดิจิทัล รวมทั้งสามารถตรวจสอบการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นได้ระหว่างกระบวนการเผยแพร่ผลงานได้ ประสิทธิภาพทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานสามารถตรวจสอบและปกป้องเนื้อหาต้นฉบับของตนได้ง่ายขึ้นและเสียค่าใช้จ่ายน้อยลง²⁷ ดังนั้นเพื่อความเสี่ยงของการละเมิดลิขสิทธิ์ที่อาจเกิดขึ้นในขั้นตอนการสร้าง NFTs แพลตฟอร์ม NFT Marketplaces ต่าง ๆ ควรนำเทคโนโลยีดังกล่าวข้างต้นมาใช้เพื่อปรับปรุงกลไกการตรวจสอบลิขสิทธิ์ในงานที่มีการสร้างหรือมีต้นเป็น NFTs บนแพลตฟอร์มของตนมีซึ่งผู้วิจัยพบว่าแพลตฟอร์ม NFT Marketplace ที่ชื่อว่า “Guardian Link” ได้ใช้เทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์ในการตรวจสอบ NFTs เพื่อตรวจหา NFTs ที่สร้างขึ้นจากงานที่ซ้ำกันกับ NFTs อื่น ๆ หรือ NFTs ที่สร้างจากงานที่มีการลอกเลียน NFTs อื่น ๆ ที่มีอยู่ก่อนแล้วซึ่งจะช่วยให้ผู้สร้าง NFTs และผู้ซื้อ NFTs สามารถป้องกันลิขสิทธิ์ใน NFTs ของตนได้ไม่มากนัก²⁸

2) การสร้าง NFTs งานลิขสิทธิ์ประเภทงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่าย โดยที่องค์ประกอบทั้งหมดหรือบางส่วนของงานดังกล่าวนี้ได้ทำขึ้นโดยละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น เช่น ทำซ้ำหรือการดัดแปลงมาจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น โดยไม่ได้รับอนุญาต²⁹

ตัวอย่างที่ 1 กรณีที่ต้นฉบับของงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายนั้นถูกสร้างสรรค์ให้อยู่ในรูปแบบของไฟล์ดิจิทัลอยู่ก่อนแล้ว เช่น เป็นภาพวาดดิจิทัล หรือภาพถ่ายจากกล้องดิจิทัลที่สามารถ

²⁷ PYMNTS. (2020). *Ant Group Launches Copyright Services Platform*. (Online). Available: <https://www.pymnts.com/innovation/2020/ant-group-launches-copyright-services-platform/>. [2022, March 9].

²⁸ Anirudh Tiwari. (2022). *Wave of litigation' to hit NFT space as copyright issues abound*. (Online). Available: <https://cointelegraph.com/news/wave-of-litigation-to-hit-nft-space-as-copyright-issues-abound>. [2022, March 9].

²⁹ Jones Day. (2020). *NFTs: U.S., EU, and UK Key Copyright Considerations*. (Online). Available: <https://www.jonesday.com/en/insights/2022/04/nft-us-eu-uk-copyright-considerations>. [2022, June 18].

อัปโหลดไฟล์ดิจิทัลของงานเหล่านั้นลงบนคอมพิวเตอร์ได้เพื่อนำไปสร้าง NFTs ต่อไป พบว่าไฟล์ดิจิทัลสามารถถูกละเมิดลิขสิทธิ์ได้ง่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อถูกสร้างเป็น NFT และเผยแพร่สู่สาธารณะทางอินเทอร์เน็ต การคัดลอกงานดิจิทัลพื้นฐานโดยไม่ได้รับอนุญาตนั้นยังคงหลีกเลี่ยงไม่ได้ตัวอย่างการละเมิดที่อาจเกิดขึ้นได้คือ กรณีที่ไฟล์ดิจิทัลของงานศิลปะจำนวนมากซึ่งรวมถึงงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายที่นำออกแสดงหรือเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ตหรือช่องทางอื่น ๆ มักถูกทำซ้ำหรือทำสำเนาโดยบุคคลอื่นซึ่งมิใช่เจ้าของลิขสิทธิ์ (เช่น การกดบันทึกหรือดาวน์โหลดไฟล์งานหรือโอนไฟล์ไปผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ เป็นต้น) หรือการนำงานดังกล่าวไปดัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ จากนั้นมีการนำไฟล์งานไปสร้างเป็น NFTs โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์อีกทอดหนึ่ง ปัญหาดังกล่าวถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เฉพาะตัวของเจ้าของลิขสิทธิ์ คือสิทธิในการทำซ้ำงาน และสิทธิในการดัดแปลงงาน

ตัวอย่างที่ 2 กรณีที่ต้นฉบับของงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายไม่ได้อยู่ในรูปแบบไฟล์ดิจิทัลแต่อยู่ในรูปแบบวัตถุทางกายภาพกล่าวคืองานนั้นถูกสร้างสรรค์โดยมีการบันทึกงานลงบนสื่อที่มีลักษณะทางกายภาพหรือจับต้องได้ เช่น งานจิตรกรรมที่ทำลงบนผ้าใบหรือกระดาษหรือเซรามิก อีกตัวอย่างคือ การถ่ายภาพด้วยกล้องโพลาไรซ์ที่ทำให้ได้รูปของภาพถ่ายออกมาทันทีหรือจากกล้องฟิล์มที่มีการล้างรูปออกมาแล้ว เป็นต้น ตัวอย่างการละเมิดที่อาจเกิดขึ้นได้เช่น มีการทำซ้ำหรือดัดแปลงงานจิตรกรรมและภาพถ่ายที่มีลักษณะทางกายภาพโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ จากนั้นนำมาสร้างเป็น NFTs หรือตัวอย่างการละเมิดที่อาจเกิดขึ้นได้อีกกรณีหนึ่งคือ การละเมิดที่เกิดขึ้นในระหว่างกระบวนการแปลงงานจิตรกรรมและภาพถ่ายให้อยู่ในรูปแบบไฟล์ดิจิทัล (Digitization) เพื่อนำไปสร้างเป็น NFTs เนื่องจากการนำงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายมาสร้างเป็น NFT นั้นงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายจะต้องอยู่ในรูปแบบของไฟล์ดิจิทัลเสียก่อนที่จะนำมาสร้างเป็น NFTs ก่อน เช่น การถ่ายภาพหรือ แสกนภาพของงานจิตรกรรมและภาพถ่ายที่มีลักษณะทางกายภาพแล้วบันทึกเป็นไฟล์ดิจิทัลลงบนคอมพิวเตอร์ซึ่งกระบวนการ Digitization ก่อให้เกิดการทำซ้ำงาน หากกระทำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

4.3.2 การละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นภายหลังจากการนำงานศิลปกรรมมาสร้างเป็น

Non-Fungible Tokens

การละเมิดลิขสิทธิ์ที่อาจเกิดขึ้นภายหลังที่มีการนำงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายไปสร้างเป็น NFTs คือการละเมิดลิขสิทธิ์ที่อาจเกิดขึ้นในพื้นที่ของ NFTs กล่าวคือ เมื่อมีการสร้าง NFTs จากงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายจากนั้นมีการวางขาย NFTs ดังกล่าวบนแพลตฟอร์ม NFT Marketplaces ต่าง ๆ มักจะมีการแสดงหรือเผยแพร่ภาพ Display และ/หรือ Thumbnail ของ NFTs ซึ่งก็คือภาพของงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายที่นำมาสร้างเป็น NFTs และ/หรือ ประวัติเกี่ยวกับ NFTs และ/หรือข้อมูล

Metadata ของ NFTs ทำให้ผู้ใช้งานแพลตฟอร์ม NFT Marketplaces ต่าง ๆ สามารถเข้าชมภาพ Display หรือ Thumbnail ของ NFTs ต่าง ๆ ได้ซึ่งผู้ใช้งานอาจมีการบันทึกไฟล์ดิจิทัลของภาพงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายที่อยู่ในรูปแบบ NFTs ดังกล่าว จากนั้นนำไฟล์ดิจิทัลของภาพงานศิลปะนั้นไปสร้างเป็น NFTs บนแพลตฟอร์มเดียวกันหรือแพลตฟอร์มอื่น³⁰ ถือเป็นการทำงานซ้ำซึ่งงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายหากทำโดยไม่ได้รับอนุญาตย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือบางกรณีเป็นการลอกเลียนแบบหรือคัดแปลงงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs แล้วไปนำไปสร้างเป็น NFTs หากทำโดยไม่ได้รับอนุญาตย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

โดยการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นกับ NFTs ในกรณีเช่นนี้มักเกิดขึ้นกับคอลเล็กชัน NFTs ที่ประสบความสำเร็จอย่าง โดยการซ้ำหรือคัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาสร้าง NFTs โดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผู้สร้าง NFTs ตัวอย่างการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นกับ NFTs ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานจิตรกรรมหรือภาพถ่าย เช่น NFTs ของ CryptoPunks ที่สร้างจากภาพดิจิทัลของตัวละครหรือวาแคร์ที่เรียกว่า “Punk” ซึ่งแต่ละตัวมีลักษณะไม่ซ้ำกันและ NFTs ของ Bored Apes Yacht Club (BAYC) ที่เป็นภาพดิจิทัลของการ์ตูนลิงซึ่งแต่ละตัวมีลักษณะไม่ซ้ำกัน กล่าวคือบุคคลที่ไม่ใช่เจ้าของ NFTs คือมิใช่ผู้ที่ซื้อ NFTs มาโดยชอบด้วยกฎหมายมักนำ NFTs เหล่านี้มาทำการคัดแปลงโดยการสร้างเวอร์ชันทางเลือก (Alternative Versions) ที่คล้ายคลึงกับ NFTs ต้นฉบับ โดยเวอร์ชันทางเลือกเหล่านี้ ได้แก่ เวอร์ชันคัดลอกจาก NFTs ต้นฉบับทั้งหมดที่เรียกว่าโคลน (clones) หรือ เวอร์ชันพลิกกลับด้านหรือเรียกว่าเวอร์ชันมิเรอร์ (mirrored versions) รวมทั้งเวอร์ชันส่วนขยาย (expansion versions) หรือ เวอร์ชันคัดแปลง (derivative versions) ที่อาจมีการเพิ่มหรือตัดทอนองค์ประกอบบางอย่างจาก NFTs ต้นฉบับ อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่าในทางปฏิบัติ บริษัท Larva Labs ซึ่งเป็นผู้สร้าง CryptoPunks และเจ้าของลิขสิทธิ์ในภาพดิจิทัลที่นำมาสร้างเป็น NFT ของ CryptoPunks หรือบริษัท Yuga Labs ซึ่งเป็นผู้สร้าง BAYC และเจ้าของลิขสิทธิ์ในภาพดิจิทัลที่นำมาสร้างเป็น NFTs ของ BAYC มักไม่ได้ดำเนินการฟ้องร้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์อย่างจริงจังกับผู้สร้างเวอร์ชันทางเลือกดังกล่าวข้างต้นเนื่องจากมีกระแสด้านอย่างรุนแรงในตลาด NFT ดังนั้นเจ้าของลิขสิทธิ์เหล่านี้มักใช้สิทธิตามกฎหมายในลักษณะอื่น เช่น ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ.2021 (พ.ศ. 2564) Larva Labs ได้ใช้สิทธิตามกฎหมาย DMCA ของประเทศสหรัฐอเมริกาคือการส่งหนังสือแจ้งให้ลบออก (take-down notice) ไปยังแพลตฟอร์ม OpenSea (NFT marketplace) เพื่อให้ลบเวอร์ชันมิเรอร์ของ CryptoPunks ที่สร้างขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์และมีการขายบนแพลตฟอร์ม OpenSea ออกจากแพลตฟอร์มซึ่งต่อมา OpenSea ก็ได้ลบเวอร์ชันมิเรอร์

³⁰ Andres Guadamuz. (2021). *Copyfraud and copyright infringement in NFTs*. (Online). Available: <https://www.technollama.co.uk/copyfraud-and-copyright-infringement-in-nfts>. [2022, March 9].

ดังกล่าวออกจากแพลตฟอร์ม³¹ แต่การกระทำดังกล่าวกลับถูกพิจารณาจากผู้ใช้งานในตลาด NFT ว่าเป็นการนำระบบลิขสิทธิ์แบบเก่ามาใช้บังคับกับงานศิลปะที่อยู่ใน NFTs ซึ่งไม่ควรเป็นการปิดกั้นการคัดแปลงงาน อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่าจากตัวอย่างข้างต้นหากมีการฟ้องร้องคดีอย่างจริงจังการสร้างเวอร์ชันทางเลือกดังกล่าวข้างต้นอาจได้รับการพิจารณาว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งในคดีจะมีประเด็นข้อพิพาทเรื่องความเหมือนหรือคล้าย หากเวอร์ชันทางเลือกมีความเหมือนอย่างยิ่งหรือความเหมือนในสาระสำคัญ (Substantial Similarity) กับจากงานต้นฉบับที่มีอยู่ก่อน ศาลจะเชื่อว่าเป็นการทำซ้ำทั้งหรือลอกเลียนหรือคัดแปลงจากงานสร้างสรรค์ที่เกิดขึ้นมาก่อนประกอบกับหากกระทำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือเป็นการใช้งานอันมิชอบด้วยกฎหมายย่อมถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าเป็นการใช้งานที่เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

นอกจากนี้ การละเมิดลิขสิทธิ์ใน NFTs ที่สร้างมาจากงานอันมิชอบด้วยลิขสิทธิ์ส่วนเป็นเรื่องที่ค่อนข้างซับซ้อนเพราะสภาพ คุณสมบัติ องค์ประกอบ การทำงานต่าง ๆ ของ NFTs ที่มีเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้องและบางครั้งเป็นเรื่องที่ยากจะเข้าใจจึงมีการตั้งคำถามเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่อาจเกิดจากการสร้าง NFTs ผ่านกระบวนการที่เรียกว่าการมินต์ (minting) ในประเด็นนี้ Mark Conrad ผู้เขียนบทความชื่อ “Non-Fungible Tokens, Sports, and Intellectual Property Law Issues: A Case Study Applying Copyright, Trademark, and Right of Publicity Law to a Non-Traditional Ownership Vehicle” มีความเห็นว่า³² แม้ว่า NFTs จะถือเป็นหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์แต่การนำไฟล์งานศิลปะใด ๆ เช่น ไฟล์ของภาพวาดมาสร้างหรือมินต์เป็น NFTs จะต้องมีการอัปโหลดไฟล์งานบนแพลตฟอร์ม NFT Marketplaces ซึ่งก่อให้เกิดการทำซ้ำหรือทำสำเนาไฟล์งานศิลปะนั้นตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ทั้งนี้ ตามมาตรา 106 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 อย่างไรก็ตาม Andres Guadamuz ได้ให้ความเห็นที่น่าสนใจไว้ในบทความชื่อ Non-fungible tokens (NFTs) and copyright ของ WIPO MAGAZINE ว่า³³ สำหรับ NFTs ใด ๆ ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานอันมิชอบด้วยลิขสิทธิ์นั้น การมินต์ NFTs ดังกล่าวในบางกรณีซึ่งเป็นกรณีที่พบโดยมากคือการมินต์ NFT จากโค้ดแทนที่จะนำเอาไฟล์ภาพดิจิทัลของงานอันมิชอบด้วยลิขสิทธิ์ไปมินต์เป็น NFTs โดยอัปโหลดไฟล์ลงบนบล็อกเชนโดยตรงเพราะค่าใช้จ่ายสูง Andres Guadamuz จึงมองว่า

³¹ Anirudh Tiwari. (2022). *Wave of litigation' to hit NFT space as copyright issues abound.* (Online). Available: <https://cointelegraph.com/news/wave-of-litigation-to-hit-nft-space-as-copyright-issues-abound>. [2022, March 9].

³² Mark Conrad. *Supra note 5.* p.137.

³³ WIPO MAGAZINE. (2021). *Non-fungible tokens (NFTs) and copyright.* (Online). Available: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2021/04/article_0007.html. [2022, March 9].

การมิดงานศิลปกรรมอันมีลิขสิทธิ์เป็น NFTs โดยการมิดจากโค้ดนี้ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยให้เหตุผลว่าการมิด NFTs จาก โค้ดก่อให้เกิดผลลัพธ์เป็นข้อมูล Metadata ซึ่งบรรจุลิงก์ที่นำไปสู่งานที่ซิดโยงกับ NFTs เท่านั้น NFTs ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ NFTs ที่เกิดจากการมิดจากโค้ดนั้นไม่ใช่ตัวงานอันมีลิขสิทธิ์โดยตรง ดังนั้น Andres Guadamuz จึงมองการนำงานศิลปกรรมอันมีลิขสิทธิ์มาสร้างเป็น NFTs โดยมิดจากโค้ดนี้ไม่มีการทำ้งานศิลปกรรมโดยตรงและไม่อาจเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้³⁴ แต่ในทางกลับกันหากเป็นการนำงานศิลปกรรมอันมีลิขสิทธิ์มาสร้างเป็น NFTs โดยการมิดจากไฟล์ดิจิทัลของงานอันมีลิขสิทธิ์โดยตรงซึ่งต้องอัปโหลดไฟล์บนบล็อกเชนโดยตรงนั้น Andres Guadamuz มองว่าเป็นการสร้าง NFT จากงานอันมีลิขสิทธิ์โดยตรงซึ่งก่อให้เกิดการทำ้งานและจึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

4.3.3 การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมที่อยู่ในรูปแบบ Non-Fungible Tokens เนื่องจากการละเมิดเงื่อนไขการใช้งานของ Non-Fungible Tokens

กรอบการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบของ NFTs อาจมีความซับซ้อนมากกว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบของไฟล์ดิจิทัลทั่วไป โดยต้องพิจารณาจากเงื่อนไขการใช้งานของ NFTs แต่ละโทเคนซึ่งมักอยู่ในรูปแบบ “ใบอนุญาตให้ใช้งาน NFTs” หรือบางครั้งเรียกว่า “ใบอนุญาตให้สิทธิในเนื้อหา” (Content License) เป็นสำคัญ ในกรณีของ NFTs ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานจิตรกรรมและภาพถ่ายด้วยนั้นมักพบปัญหาค่อนข้างมากเกี่ยวกับเนื้อหาของใบอนุญาตให้ใช้งาน NFTs ที่จัดทำโดยผู้สร้าง NFTs หากเจ้าของ NFTs ใช้งาน NFTs นอกเหนือกรอบการใช้งานที่กำหนดไว้ดังกล่าวอาจถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ จากการศึกษาพบว่าผู้สร้าง NFTs ไม่ได้จัดทำใบอนุญาตให้ใช้งาน NFTs ในรูปแบบสัญญาอัจฉริยะแบบเข้ารหัสใด ๆ (เรียกว่า “Cryptographic Smart Contract License”) โดยแนบไว้กับ NFTs โดยตรงแต่อย่างใด แต่มักจัดทำขึ้นในรูปแบบของใบอนุญาตที่มีการเผยแพร่บนเว็บไซต์ทางการของตน หรือช่องทางต่าง ๆ หรือบางกรณีอาจจัดใบอนุญาตหรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นหนังสือแยกต่างหากจากการซื้อขาย NFTs โดยที่ข้อกำหนดและเงื่อนไขใด ๆ ใบอนุญาตให้ใช้งาน NFTs มักจะถูกกำหนดโดยผู้สร้าง NFTs แต่เพียงฝ่ายเดียวซึ่งใบอนุญาตให้ใช้สิทธิในเนื้อหาของ NFTs ที่จัดทำโดยเจ้าของ NFTs แต่ละรายนั้นมีความแตกต่างกันในรายละเอียดของสิทธิที่ให้แก่เจ้าของ NFTs ทั้งในส่วนของสิทธิที่เกี่ยวข้องกับ NFTs แต่ละโทเคน โดยตรงและสิทธิที่เกี่ยวข้องกับงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs ดังกล่าว ปัญหาที่พบบ่อยได้แก่ ใบอนุญาตให้ใช้งาน NFTs ระบุข้อจำกัดการใช้งานค่อนข้างมาก บางกรณีไม่ได้อนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นสิทธิที่

³⁴ Andres Guadamuz. (2021). The treachery of images: non- fungible tokens and copyright. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*. p. 12.

จำเป็นสำหรับการใช้งาน NFTs และบางกรณีข้อกำหนดหรือเงื่อนไขการใช้งาน NFTs มีความขัดแย้งกันเองหรือมีรายละเอียดที่ไม่ชัดเจน เป็นต้น ผู้วิจัยจึงขอยกตัวอย่างใบอนุญาตให้ใช้งาน NFTs ต่าง ๆ ดังนี้

1) กรณีศึกษาที่ 1 ใบอนุญาตให้ใช้งาน NFTs ของ Bored Ape Yacht Club (BAYC)

NFTs ของ Bored Ape Yacht Club (BAYC) เป็น NFTs ที่สร้างภาพดิจิทัลของการ์ตูนลิงซึ่งที่แต่ละตัวมีองค์ประกอบที่ไม่ซ้ำกัน โดยผู้สร้าง BAYC และเจ้าของลิขสิทธิ์ในภาพดิจิทัลดังกล่าวคือบริษัท Yuga Labs LLC. ได้จัดทำใบอนุญาตให้ใช้งาน NFTs ของ BAYC ซึ่งระบุเกี่ยวกับความเจ้าของหรือผู้ถือครอง NFTs ของ Bored Ape Yacht Club ซึ่งมีสาระสำคัญโดยสังเขป ดังนี้

“ข้อ i. ระบุว่า “ผู้เป็นเจ้าของใน Bored Ape แต่ละตัวซึ่งเป็น NFT บนบนบล็อกเชนอีเธอเรียมเมื่อได้ทำการซื้อ NFT แล้วจะเป็นเจ้าของ Bored Ape รวมทั้งงานศิลปะโดยสมบูรณ์ การเป็นเจ้าของ NFT ทั้งหมดกระทำโดยผ่านสื่อกลางคือสัญญาอัจฉริยะและเครือข่ายบล็อกเชนอีเธอเรียมผู้สร้าง NFT จะไม่สามารถยึด หยุตหรือแก้ไขความเป็นเจ้าของ Bored Ape แต่ละตัวได้”

จากถ้อยคำตามข้อ i จะเห็นว่า แม้มีการระบุให้เจ้าของ NFTs ของลิง BAYC แต่ละตัวเป็นเจ้าของงานศิลปะทั้งหมดซึ่งในที่นี้ก็คือภาพลิง BAYC แต่ละตัว แต่การใช้ถ้อยคำลักษณะนี้ค่อนข้างคลุมเครือและไม่ได้ครอบคลุมเรื่องลิขสิทธิ์โดยชัดเจนกล่าวคือไม่ได้ถึงการโอนลิขสิทธิ์ในงานศิลปะให้แก่ผู้เป็นเจ้าของ NFTs แต่อย่างใด ดังนั้นจึงต้องแปลความว่าลิขสิทธิ์ในภาพลิง BAYC แต่ละตัวเป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs นั้นไม่ได้โอนไปยังผู้ซื้อ NFTs แต่ในทางกลับกันลิขสิทธิ์ยังเป็นของบริษัท Yuga Labs LLC ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องมีการอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์เพื่อเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิในงานศิลปะนั้นเพราะหากลิขสิทธิ์โอนไปยังเจ้าของ NFTs แล้วก็จะไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการอนุญาตให้ใช้งาน NFTs ใดๆก็ตาม บริษัท Yuga Labs LLC ได้พยายามกำหนดเงื่อนไขการใช้งาน NFTs ข้ออื่น ๆ ที่เกี่ยวกับการจัดการลิขสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาสร้างเป็น NFTs อย่างครอบคลุม ดังนี้³⁵

“ข้อ ii. เรื่องการใช้งานทั่วไป (ii. General Use) ภายใต้การปฏิบัติตามเงื่อนไขการใช้งานทั้งหมดอย่างต่อเนื่องของผู้ใช้งาน บริษัท Yuga Labs LLC ให้สิทธิการใช้งานดังต่อไปนี้สำหรับการใช้งานทั่วโลกซึ่งเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยไม่ต้องเสียค่าลิขสิทธิ์ (royalty-free license) ได้แก่ สิทธิในการใช้ (use) สิทธิในการทำซ้ำหรือคัดลอก (copy) และสิทธิในการแสดง (display) ซึ่งงานศิลปะที่ผู้ใช้งานได้ซื้อ (the purchased Art) รวมทั้งส่วนขยายใด ๆ (ant extensions) ของงานศิลปะดังกล่าวที่ผู้ใช้งานเลือกที่จะสร้างหรือใช้ โดยต้องเป็นไปเพื่อ

³⁵ BAYC. (2020). *Terms & Conditions*. (Online). Available: <https://boredapeyachtclub.com/#/terms>. [2022, September 1].

วัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้เท่านั้น ได้แก่ (i) เพื่อการใช้งานส่วนบุคคลที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ (ii) เพื่อการใช้งานที่เป็นส่วนหนึ่งของตลาดซื้อขาย (marketplace) ที่อนุญาตให้มีการซื้อและขาย Bored Ape ของผู้ใช้งาน โดยที่ตลาดซื้อขายจะตรวจสอบด้วยการเข้ารหัสลับ (cryptographically verifies) เกี่ยวกับสิทธิของเจ้าของ Bored Ape แต่ละคนในการแสดงงานศิลปะสำหรับ Bored Ape ของพวกเขา เพื่อให้แน่ใจว่ามีเพียงเจ้าของที่แท้จริงเท่านั้นที่สามารถแสดงงานศิลปะ หรือ (iii) การใช้งานที่เป็นส่วนหนึ่งของเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันของบุคคลที่สามที่อนุญาตให้มีการรวม การมีส่วนร่วม หรือการเข้าร่วมของ Bored Ape ของผู้ใช้งาน โดยมีเงื่อนไขว่าเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันดังกล่าวจะตรวจสอบด้วยการเข้ารหัสลับเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าของ Bored Ape แต่ละคนในการแสดงงานศิลปะสำหรับ Bored Ape เพื่อให้แน่ใจว่า มีเพียงเจ้าของที่แท้จริงเท่านั้นที่สามารถแสดงงานศิลปะได้และบุคคลอื่นจะไม่สามารถมองเห็นงานศิลปะได้อีกต่อไปเมื่อเจ้าของ Bored Ape ออกจากเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชัน

“ข้อ iii. เรื่องการใช้งานเชิงพาณิชย์ (Commercial use) ภายใต้การปฏิบัติตามเงื่อนไขการใช้งานทั้งหมดอย่างต่อเนื่องของผู้ใช้งาน บริษัท Yuga Labs LLC ให้สิทธิการใช้งานดังต่อไปนี้ ซึ่งเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิสำหรับการใช้งานทั่วโลกอย่างไม่จำกัด (unlimited, worldwide license) ได้แก่ สิทธิในการใช้ สิทธิในการทำซ้ำหรือคัดลอก สิทธิในการแสดงงานศิลปะที่ซื้อเพื่อวัตถุประสงค์ในการสร้างงานดัดแปลงจากศิลปะดังกล่าว (เรียกว่า “การใช้งานเชิงพาณิชย์”) ตัวอย่างการใช้งานในเชิงพาณิชย์ ได้แก่ การใช้งานศิลปะ ในการผลิตและขายสินค้า (เสื้อยืด เป็นต้น) การแสดงสำเนาของงานศิลปะ ทั้งนี้เพื่อความชัดเจน จะไม่มีเนื้อความใด ๆ ใน ข้อ ii ที่จะถือเป็นการจำกัดสิทธิผู้ใช้งานในเรื่องดังต่อไปนี้ (i) การเป็นเจ้าของ Bored Apes หรือดำเนินการใด ๆ ใน marketplace ที่อนุญาตให้ใช้และขาย Bored Apes โดยทั่วไป โดยที่ marketplace จะตรวจสอบด้วยวิธีการเข้ารหัสลับเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าของ Bored Ape แต่ละคนในการแสดงงานศิลปะสำหรับ Bored Ape เพื่อให้แน่ใจว่ามีเพียงเจ้าของที่แท้จริงเท่านั้นที่สามารถแสดงงานศิลปะได้ (ii) เป็นเจ้าของหรือดำเนินการเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันของบุคคลที่สามที่อนุญาตให้มีการรวม การมีส่วนร่วม หรือการมีเข้าร่วมของ Bored Apes โดยทั่วไป โดยที่เว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันของบุคคลที่สามจะตรวจสอบด้วยวิธีการเข้ารหัสลับเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าของ Bored Ape แต่ละคนในการแสดงงานศิลปะสำหรับ Bored Ape เพื่อให้แน่ใจว่า เฉพาะเจ้าของที่แท้จริงเท่านั้นที่สามารถแสดงงานศิลปะได้และบุคคลอื่นจะไม่สามารถมองเห็นงานศิลปะได้อีกต่อไปเมื่อเจ้าของ Bored Ape ออกจากเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันแล้วหรือ (iii) หายไปได้จากการดำเนินการใด ๆ ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

จากเนื้อหาของใบอนุญาตให้ใช้งาน NFTs ของ BAYC ให้สิทธิแก่เจ้าของ NFTs ของ BAYC ก่อนข้างกว้าง เช่น ใน ข้อ ii. และข้อ iii. มีข้อสังเกตที่สำคัญคือ เจ้าของ NFTs มีสิทธิในเชิง

พาณิชย์อย่างไม่จำกัด รวมถึงสิทธิในการสร้างสรรค์ผลงานคัดแปลงเพื่อให้เจ้าของ NFTs มีส่วนร่วมในการสร้างสรรค์จาก NFTs ของตน พร้อมทั้งยกตัวอย่างการใช้งาน NFTs ในเชิงพาณิชย์ไว้ด้วยซึ่งใบอนุญาตให้ใช้งาน NFTs ของ BAYC นี้เข้าลักษณะของใบอนุญาตให้ใช้สิทธิที่เรียกว่า “Decentralized Collaboration Licenses หรือ De-Collab”³⁶ (แปลเป็นภาษาไทยได้ทำนองว่าใบอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบกระจายอำนาจในการทำงานร่วมกัน) ตัวอย่างการใช้งานตามอนุญาตให้ใช้งาน NFTs เช่น Jimmy McNelis ซึ่งเป็นหนึ่งในเจ้าของ NFTs ของ BAYC หลายโทเคนได้ลงนามในสัญญาฉบับกับบริษัท Universal Music เพื่อสร้างวงดนตรีฮิปฮอป (Hip Hop) ที่ประกอบด้วยการ์ตูนซึ่งเป็นงานศิลปกรรมซึ่งเป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs

2) กรณีศึกษาที่ 2 ใบอนุญาตให้ใช้งาน NFTs ของ CryptoKitties

NFTs ของ CryptoKitties สร้างมาจากเป็นภาพวาดดิจิทัลที่เป็นรูปลูกแมว (kitty) หรือรูปแอนิเมชันของแมวในเกมที่ชื่อว่า CryptoKitties และ NFTs ดังกล่าวเป็นของสะสมดิจิทัลจากเกมผู้สร้าง CryptoKitties และผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในภาพวาดดิจิทัลรูปลูกแมวดังกล่าว คือบริษัท Dapper Labs Inc ได้จัดทำใบอนุญาตให้ใช้งาน NFTs ของ Cryptokitties มีสาระสำคัญดังนี้³⁷

ในข้อ 3 เป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของ การอนุญาตให้ใช้สิทธิ ข้อจำกัดการใช้สิทธิ (Ownership; License; Restrictions) ใน NFTs ของ CryptoKitty

โดยในข้อ 3 A. ซึ่งเป็นบทนิยาม (Definitions) ให้นิยามของคำว่า “ศิลปะ (Art)” ไว้ว่า หมายถึง “ศิลปะ การออกแบบ และภาพวาดใด ๆ ที่อาจเกี่ยวข้องกับ CryptoKitty ที่ผู้ใช้งานสิทธิเป็นเจ้าของ” และให้นิยามของคำว่า “การเป็นเจ้าของ” (Ownership) ไว้ว่าหมายถึง “การเป็นเจ้าของ CryptoKitty ที่ผู้ใช้งานซื้อหรือได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายจากแหล่งที่มาที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยที่หลักฐานการซื้อดังกล่าวถูกบันทึกไว้ในบล็อกเชนที่เกี่ยวข้อง”

ในข้อ 3 B. ซึ่งเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของ มีสาระสำคัญปรากฏในข้อย่อยของข้อ 3 B. ได้แก่ ข้อ i. ระบุว่า “ผู้ใช้งานเป็นเจ้าของ NFT CryptoKitty แต่ละตัวซึ่งเป็น NFT บนบล็อกเชนอีเธอเรียม เมื่อผู้ใช้งานซื้อ CryptoKitty ผู้ใช้งานจะเป็นเจ้าของ NFT ทั้งหมดซึ่งหมายความว่า ผู้ใช้งานมีสิทธิในการแลกเปลี่ยน NFT ของผู้ใช้งานรวมทั้งมีสิทธิขายหรือโอนให้แก่ผู้อื่น การเป็นเจ้าของ NFT กระทำโดยผ่านสื่อกลางได้แก่ สัญญาอัจฉริยะและเครือข่ายบล็อกเชนอีเธอเรียมทั้งหมด บริษัทฯ (Dapper Labs Inc) จะไม่ยึด หัก หรือแก้ไขการเป็นเจ้าของ CryptoKitty

³⁶ Edward Lee. (2022). *NFTs as Decentralized Intellectual Property*. (Online). Available: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4023736. [2022, May 30].

³⁷ CryptoKitties. (2018). *CryptoKitties Terms of Use*. (Online). Available: <https://www.cryptokitties.co/terms-of-use>. [2022, September 1].

ใด ๆ” และข้อ ii ระบุว่า “ผู้ใช้งานรับทราบและตกลงว่าบริษัทฯ (หรือผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งเรียกว่า licensors) เป็นเจ้าของสิทธิตามกฎหมาย กรรมสิทธิ์ และผลประโยชน์ทั้งหมดที่มีอยู่ในและมีต่อศิลปะรวมทั้งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทั้งหมดในศิลปะ สิทธิที่ผู้ใช้งานมีอยู่ในและมีต่อศิลปะ นั้นจำกัดเฉพาะตามที่อธิบายไว้ในใบอนุญาตนี้บริษัทฯ ขอสงวนสิทธิทั้งหมดที่มีอยู่ในและมีต่อศิลปะที่ไม่ได้มอบให้ผู้ใช้งาน โดยชัดแจ้งในใบอนุญาตนี้”

ข้อ 3 C. ซึ่งเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในงานศิลปะ (License to Art) มีสาระสำคัญปรากฏในข้อย่อยของข้อ 3 C. ได้แก่

“ข้อ i. เรื่องการใช้งานทั่วไป (i. General Use) ระบุว่า ภายใต้การปฏิบัติตามเงื่อนไขการใช้งานทั้งหมดอย่างต่อเนื่องของผู้ใช้งาน บริษัท Dapper ให้สิทธิการใช้งานดังต่อไปนี้สำหรับการใช้งานทั่วโลกซึ่งเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยไม่เด็ดขาด (non-exclusive) และโอนไม่ได้ (non-transferable) และไม่ต้องเสียค่าลิขสิทธิ์ (royalty-free license) ได้แก่ สิทธิในการใช้งาน (use) คัดลอก (Copy) และแสดง (Display) งานศิลปะของแมวที่เรียกว่า Kitties ที่ผู้ใช้งานซื้อ แต่การกระทำได้กล่าวต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้ (i) สำหรับการใช้งานส่วนตัวที่ไม่ใช่การใช้งานเชิงพาณิชย์ (ii) การใช้งานที่เป็นส่วนหนึ่งของ marketplace ที่อนุญาตให้มีการซื้อและขาย Kitties ที่ผู้ใช้งานซื้อ โดยมีเงื่อนไขว่า marketplace นั้นสามารถตรวจสอบด้วยวิธีการเข้ารหัสลับเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าของ Kitties แต่ละรายการ ในการแสดงงานศิลปะสำหรับ Kitties ที่ซื้อเพื่อให้แน่ใจว่ามีเพียงเจ้าของที่แท้จริงเท่านั้นที่สามารถแสดงงานศิลปะได้ (iii) การใช้งานที่เป็นส่วนหนึ่งของเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันของบุคคลที่สามที่อนุญาตให้มีการรวม มีการมีส่วนร่วม หรือมีการเข้าร่วมกับ Kitty ที่ถูกซื้อ โดยผู้ใช้งาน โดยที่เว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันจะใช้วิธีตรวจสอบด้วยการเข้ารหัส ซึ่งสิทธิของเจ้าของ Kitty แต่ละรายการ ในการแสดงงานศิลปะสำหรับ Kitty ที่ซื้อเพื่อให้แน่ใจว่ามีเพียง เจ้าของที่แท้จริงสามารถแสดงงานศิลปะได้ และจะดำเนินการให้งานศิลปะไม่สามารถถูกมองเห็นได้อีกต่อไปเมื่อเจ้าของ Kitty ออกจากเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันดังกล่าวแล้ว”

“ข้อ ii. เรื่องการใช้งานในทางการค้าหรือเชิงพาณิชย์ (ii. Commercial Use) ระบุว่า ภายใต้การปฏิบัติตามเงื่อนไขการใช้งานทั้งหมดอย่างต่อเนื่องของผู้ใช้งาน บริษัท Dapper ให้สิทธิการใช้งานดังต่อไปนี้ สำหรับการใช้งานทั่วโลก ซึ่งเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยไม่เด็ดขาด (non-exclusive) และโอนไม่ได้ (non-transferable) ได้แก่ สิทธิในการใช้งาน คัดลอก และแสดงงานศิลปะของ Kitties ที่ผู้ใช้งานได้ซื้อมา แต่การกระทำได้กล่าวต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการค้าสินค้าใดๆของผู้ใช้งานซึ่งรวมถึงหรือประกอบด้วยงานศิลปะของ Kitties ที่ผู้ใช้งานได้ซื้อมา (“การใช้งานเชิงพาณิชย์”) โดยมีเงื่อนไขว่าการใช้งานเชิงพาณิชย์ดังกล่าวต้องไม่ส่งผลให้ผู้ใช้งานมีรายได้รวมมากกว่า 100,000 ดอลลาร์ต่อปี โดยการใช้งานเชิงพาณิชย์นี้รวมถึงการใช้งานที่เป็นส่วนหนึ่งของ

marketplace ที่อนุญาตให้มีการซื้อและขาย Kitties ที่ผู้ใช้งานซื้อ และการใช้งานเป็นส่วนหนึ่งของเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันของบุคคลที่สาม ที่ได้รับอนุญาตให้มีการรวม มีการมีส่วนร่วม หรือมีการเข้าร่วมกับ Kitty ที่ถูกซื้อโดยผู้ใช้งานด้วย ตัวอย่างใช้งานเชิงพาณิชย์ เช่น การใช้ภาพวาดดิจิทัลของแมว Kitties เพื่อส่งเสริมการขายสินค้าของเจ้าของ Kitties เป็นต้น”

จากข้อกำหนดข้อ 3 A. และ ข้อ 3 B. ข้างต้นแสดงให้เห็นว่ามีการแบ่งแยกสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในภาพดิจิทัลของแมวที่ถูกนำมาสร้างเป็น NFTs (ซึ่งก็คือบริษัท Dapper Labs Inc) กับสิทธิของเจ้าของ NFTs ออกจากกันอย่างชัดเจน โดยข้อ 3 C. i ระบุชัดเจนนิติสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์และเจ้าของ NFTs เป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยไม่เด็ดขาด (non-exclusive) ซึ่งการอนุญาตให้ใช้สิทธินี้ไม่ต้องเสียค่าลิขสิทธิ์และไม่สามารถโอนสิทธิในการใช้งานภายใต้การอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยไม่เด็ดขาดนั้นให้แก่บุคคลอื่นได้ ดังนั้น เจ้าของ NFTs จึงมีฐานะเป็นเพียงผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งได้รับสิทธิที่ค่อนข้างจำกัดมาก ได้แก่ สิทธิในการใช้งาน คัดลอกและแสดง (Display) งานศิลปะของแมวที่เรียกว่า Kitties ซึ่งเป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs ที่ตนซื้อ และสำหรับสิทธิในการใช้งานเชิงพาณิชย์ตามข้อ 3 C. ii จำกัดว่าต้องเป็นการใช้งานเชิงพาณิชย์ที่ก่อให้เกิดรายได้ไม่เกิน 100,000 ดอลลาร์ต่อปีเท่านั้น

3) กรณีศึกษาที่ 3 ใบอนุญาตให้ใช้งาน NFTs ของ Axie Infinity

Axie Infinity เป็นหนึ่งในเกมออนไลน์ที่ทำงานบนบล็อกเชนและได้มีการสร้าง NFTs มากมายจากตัวละครในเกมซึ่งเรียกว่า “Axie”³⁸ รวมทั้งไอเทมต่าง ๆ ในเกม เช่น ที่ดินดิจิทัลในเกม Axie Infinity ซึ่งเป็นไอเทมหายากเพราะมีจำนวนจำกัดเพียง 220 ผืนถูกนำมาสร้างเป็น NFT เป็นต้น เนื้อหาในใบอนุญาตให้ใช้งาน NFTs ของ Axie Infinity ระบุว่าภาพกราฟิกของ Axie ทั้งหมด (รวมถึงภาพกราฟิกของ Axie ที่ขายแล้ว) ยังคงเป็นของบริษัท Axie Infinity ทั้งนี้ปรากฏใน ข้อ 1. ซึ่งเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property Rights) มีสาระสำคัญทำนองว่า “เว้นแต่จะระบุไว้เป็นอย่างอื่น เว็บไซต์และแอปพลิเคชันและสัญญาอัจฉริยะเป็นทรัพย์สินของบริษัทฯ และซอร์สโค้ด (source code) ฐานข้อมูล (database) ฟังก์ชันการทำงาน (functionality) ซอฟต์แวร์ (software) การออกแบบเว็บไซต์ (website design) เสียง (audio) วิดีโอ (video) ข้อความ (text) ภาพถ่าย (photographs) และกราฟิก (graphics) ทั้งหมดบนเว็บไซต์และแอปพลิเคชัน (เรียกรวมกันว่า "เนื้อหา") และเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ และโลโก้ที่มีอยู่ในนั้น (เรียกว่า "เครื่องหมาย") เป็นของบริษัทฯ ได้รับการควบคุมโดยบริษัทฯ หรือได้รับอนุญาตให้สิทธิจากบริษัทฯ และได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายเครื่องหมายการค้า และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ และกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของหมู่

³⁸ Axie Infinity. (2022). *Terms of Use*. (Online). Available: <https://axieinfinity.com/terms/>. [2022, September 1].

เกาะเคย์แมน เขตอำนาจศาลต่างประเทศ และอนุสัญญาระหว่างประเทศ”

ประเด็นสำคัญของข้อ 1. คือ การที่กำหนดว่า เนื้อหาใด (Content) หรือเครื่องหมายใด (Marks) จะต้องไม่ถูกทำสำเนา ทำซ้ำ รวบรวม ตีพิมพ์ซ้ำ อัปโหลด โปสต์ แสดงต่อสาธารณะฝังด้วยโค้ด (encoded) แพลตฟอร์ม ส่งต่อ จำหน่าย ขาย ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ หรือนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าใด ๆ โดยไม่ได้รับการอนุญาตเป็นหนังสือจากบริษัทฯ ก่อนกระทำการดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับการใช้งานเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าหรือเชิงพาณิชย์นั้น มีข้อยกเว้นปรากฏอยู่ในข้อย่อยที่ 1. ของข้อ 1. กำหนดว่าสามารถใช้ Axie NFT เพื่อทางการค้าหรือเชิงพาณิชย์ที่เป็นการแสวงหารายได้สูงสุดเพียง 10,000 ดอลลาร์ หากเกินกว่านั้นจะต้องลงนามในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิอย่างเป็นทางการ ตัวอย่างรายได้เชิงพาณิชย์เช่น รายได้จากแฟนอาร์ต (ทั้งในรูปแบบที่เป็นโทเคนดิจิทัลหรือวัตถุทางกายภาพ) หรือสินค้า (เสื้อยืด แก้ว เสื้อฮู้ด และอื่น ๆ)

ในข้อ 10 ว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับ (Governing Law) ทำนองว่า “เงื่อนไขการใช้งานนี้ (Terms of Use) และการใช้งานเว็บไซต์ แอปพลิเคชัน และสัญญาอัจฉริยะขอ ผู้ใช้งานจะต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายของหมู่เกาะเคย์แมน (the law of the Cayman Islands) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาใด ๆ ที่ทำขึ้นและมีการดำเนินการตามสัญญาทั้งหมดบนหมู่เกาะเคย์แมน โดยไม่คำนึงหลักการว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย” และในข้อ 5. ว่าด้วยค่าธรรมเนียมและการชำระเงิน (Fee and Payment) กำหนดว่า “นอกเหนือจากค่าธรรมเนียมแก๊ส (Gas Fee) ทุกครั้งที่ผู้ใช้งานใช้สัญญาอัจฉริยะเพื่อทำธุรกรรมใด ๆ กับผู้ขายอื่นผ่านแอปพลิเคชัน ผู้ใช้งานอนุญาตให้บริษัทฯ เก็บค่าคอมมิชชั่น 4.50% ของมูลค่ารวมของธุรกรรมนั้น (เรียกว่า “ค่าคอมมิชชั่น”)

จากเนื้อหาตามข้อ 1 และข้อ 5 ข้างต้นจะเห็นได้ เจ้าของ NFTs ไม่ได้เป็นเจ้าของสิทธิในการทำซ้ำหรือคัดลอกงานศิลปะที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs เช่นภาพดิจิทัลของตัวละคร Axie หรือไอเทมต่าง ๆ ที่นำมาสร้างเป็น NFTs นั้นรวมทั้งเจ้าของ NFT ไม่ได้เป็นเจ้าของสิทธิในการแสดงงาน (Display) สิทธิในการใช้งานและสิทธิในการขายซึ่งงานศิลปะดังกล่าวนั้นแต่อย่างใด กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ตามใบอนุญาตให้ใช้งาน NFTs นี้ สิทธิในลิขสิทธิ์ที่สำคัญทั้งหมดซึ่งรวมถึงสิทธิในการทำซ้ำยังคงเป็นของบริษัทฯ ผู้สร้าง NFTs ของ Axie ในฐานะที่บริษัทฯ เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งมีข้อสังเกตว่าสิทธิในการทำซ้ำซึ่งจำเป็นอย่างยิ่งในการโอน NFTs ซึ่งเป็นสินทรัพย์ดิจิทัลจากบุคคลหนึ่งไปยังอีกคนหนึ่งย่อมก่อให้เกิดการทำซ้ำ แต่ในใบอนุญาตดังกล่าวกลับไม่อนุญาตให้เจ้าของ NFTs มีสิทธิในการทำซ้ำอันเนื่องมาจากการโอน NFTs ได้ รวมทั้งไม่อนุญาตให้เจ้าของ NFTs นำ NFTs ของ Axie ไปใช้ประโยชน์ทางการค้าหรือเชิงพาณิชย์แต่มีข้อยกเว้นว่าการใช้ NFTs ในทางการค้าหรือเชิงพาณิชย์ที่ก่อให้เกิดรายได้ไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐสามารถทำได้โดยไม่ต้องมีใบอนุญาตให้ใช้สิทธิ และถ้าหากมีรายได้มีมูลค่าเกิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ

ต้องมีใบอนุญาตให้ใช้สิทธิ นอกจากนี้ การที่ข้อ 10 กำหนดว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่สัญญาใด ๆ ซึ่งรวมถึงสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือใบอนุญาตให้ใช้สิทธิต้องเป็นกฎหมายของหมู่เกาะเคย์แมน เท่านั้น อาจถือเป็นข้อบกพร่องที่มีนัยสำคัญเนื่องจากเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นและต้องนำคดีขึ้นศาลเจ้าของ NFTs ซึ่งอยู่ในหลายประเทศทั่วโลกต้องพิสูจน์สิทธิข้อเท็จจริงในสภาพแวดล้อมทางกฎหมายที่ไม่เอื้ออำนวยเพราะเป็นกฎหมายของต่างประเทศ อนึ่งมีข้อสังเกตว่าหมู่เกาะเคย์แมน เป็นเพียงหมู่เกาะเล็ก ๆ ในแถบทะเลแคริบเบียนซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของประเทศอังกฤษ

4.3.4 การฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบของ Non-Fungible Tokens

จากการศึกษาพบว่าขณะที่ผู้วิจัยได้จัดทำสารนิพนธ์เล่มนี้ในประเทศไทยและประเทศอังกฤษยังไม่มีการฟ้องร้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบของ NFTs แต่มีการฟ้องร้องคดีในลักษณะดังกล่าวในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งผู้วิจัยได้ยกตัวอย่างกรณีศึกษาไปโดยละเอียดแล้วในบทที่ 3 เช่น

คดีระหว่าง Roc-A-Fella Records, Inc. V Damon Dash and GoDigital Records, L.L.C. คดีนี้เป็นตัวอย่างของกรณีการสร้าง NFT จากงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีการกล่าวหาว่าผู้สร้าง NFT ไม่ได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นและคดีนี้ยุติลงโดยศาลได้มีคำพิพากษาตามข้อตกลงร่วมกันของคู่ความ ทำให้ศาลไม่ได้พิจารณาในประเด็นเรื่องลิขสิทธิ์และ NFT ในเชิงลึกมากนัก โดยในคดีนี้เพียงแต่มีการกล่าวถึง NFT ในทำนองว่าการที่ Dash (จำเลย) ได้ทำการมินต์อัลบั้มดังกล่าวของ Jay-Z เป็น Non-Fungible Token (NFT) และดำเนินการประมูลขาย NFT ดังกล่าว อาจถือเป็นกระทำการในทางใด ๆ อันเป็นการจำหน่ายซึ่งส่วนได้เสียในทางทรัพย์สินของ RAF, Inc. (โจทก์) ผู้เป็นเจ้าของแต่เพียงผู้เดียวในลิขสิทธิ์ กรรมสิทธิ์ รวมทั้งสิทธิต่าง ๆ ในอัลบั้มเพลงชื่อ Reasonable Doubt

คดีระหว่าง Miramax, LLC V Quentin Tarantino, Visiona Romantica, Inc ซึ่งคดีนี้ก่อให้เกิดคำถามว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาให้ความคุ้มครองสิทธิในการแปลงงานที่มีลิขสิทธิ์เป็น NFT หรือไม่ อย่างไร³⁹ และคดีนี้ผู้สร้าง NFT ถูกกล่าวหาไม่ได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ โดย Miramax (โจทก์) กล่าวหาว่าการที่ Tarantino (จำเลย) นำภาพดิจิทัลของสคริปต์หรือบทภาพยนตร์ (screenplay publication) ของ Pulp Fiction มาสร้างคอนเทนต์ NFT ชื่อ “Secret NFTs” เป็นการแสวงหาจากงานอันมีลิขสิทธิ์คือภาพยนตร์ Pulp Fiction โดยเป็นการแสวงหาประโยชน์ในรูปแบบ NFT ของภาพยนตร์ Pulp Fiction โดยมีประเด็นที่ต้องพิจารณา

³⁹ Jones Day. (2020). *NFTs: U.S., EU, and UK Key Copyright Considerations*. (Online). Available: <https://www.jonesday.com/en/insights/2022/04/nft-us-eu-uk-copyright-considerations>. [2022, June 18].

ว่า Tarantino ได้มอบสิทธิทั้งหมดที่มีในภาพยนตร์ Pulp Fiction ให้แก่ Miramax แล้วหรือไม่ เนื่องจาก Tarantino (จำเลย) Miramax (โจทก์) และ Visiona Romantica, Inc. (จำเลย) ได้ทำสัญญาเกี่ยวกับการผลิตและการจัดหาเงินทุนสำหรับภาพยนตร์เรื่อง Pulp Fiction โดย Tarantino อ้างว่าในสัญญาดังกล่าว Tarantino ได้สงวนสิทธิ์ในสิ่งพิมพ์และบทภาพยนตร์ (ซึ่งรวมถึงแต่ไม่จำกัดเพียง การพิมพ์บทภาพยนตร์ การผลิตหนังสือ หนังสือการ์ตูนและนวนิยาย ในรูปแบบเสียงและอิเล็กทรอนิกส์ตามความเหมาะสม) ดังนั้น Tarantino จึงมีสิทธิแสวงหาประโยชน์จาก ภาพยนตร์เรื่อง Pulp Fiction ในส่วนที่เป็นสิ่งพิมพ์และบทภาพยนตร์และยังมองว่า NFT เป็นเพียงวิธีการใหม่ในการเผยแพร่สคริปต์หรือบทภาพยนตร์ในรูปแบบใหม่ อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าเสียดายที่คดีนี้ยุติลงเนื่องจากคู่ความตกลงทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทกันได้และไม่มีการเปิดเผยรายละเอียดข้อตกลง

คดีระหว่าง Nike, Inc. v StockX L.L.C. ซึ่งมีใช้คดีที่ฟ้องร้องกันเกี่ยวกับเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงแต่เป็นเรื่องการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่เกี่ยวข้องกับ NFT ซึ่งเป็นกรณีที่มีการนำภาพถ่ายของสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้า เช่น โลโก้หรือตราสินค้าในที่นี้คือรองเท้า Nike มาสร้างเป็น NFT คดีนี้เป็นคดีที่แสดงให้เห็นว่าการนำสินค้าอันมีทรัพย์สินทางปัญญามาสร้างเป็น NFT อาจมีความเกี่ยวข้องและคาบเกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในหลายเรื่องไม่ว่าจะเป็นลิขสิทธิ์หรือเครื่องหมายการค้ารวมทั้งทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ แล้วแต่กรณีนี้ อนึ่ง ปัจจุบันคดีนี้ยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล

จากคดีที่มีการฟ้องร้องกันในประเทศสหรัฐอเมริกาดังกล่าวข้างต้นพบว่าคดีที่มีการฟ้องร้องกันดังกล่าวและคดีเสร็จสิ้นจากศาลแล้วมักยุติลงโดยที่คู่ความตกลงระงับข้อพิพาทกันได้ โดยที่ศาลยังไม่ได้วินิจฉัยประเด็นแห่งคดีที่มีความเกี่ยวข้องกันกับ NFTs โดยตรงแต่อย่างใด ลักษณะของการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ต่องานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบ NFTs คล้ายคลึงกับลักษณะของการละเมิดลิขสิทธิ์ต่องานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบของไฟล์ดิจิทัลอื่น ๆ ที่เคยมีมาก่อนหน้านี้ซึ่งปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์นี้ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่จะต้องตรวจสอบการนำงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนไปสร้างเป็น NFTs โดยบุคคลที่ไม่ได้รับอนุญาต ทั้งนี้เป็นน่าสังเกตว่าศาลนำหลักการของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีอยู่มาปรับใช้กับงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบ NFTs อย่างไร เนื่องจากยังไม่มีแนวคำพิพากษาทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศที่จะใช้ในการอ้างอิงหรือเทียบเคียงได้ เมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาลก็อาจจะเป็นภาระแก่นักกฎหมายและศาลในปรับใช้กฎหมาย การพิจารณาคดีและผลของคดียังไม่แน่นอนอย่างไรก็ตาม ในอนาคตคาดว่าจะมีการฟ้องร้องคดีความเกี่ยวกับ NFTs และหากมีคำพิพากษาที่มีการวินิจฉัยประเด็นพิพาทเกี่ยวกับ NFTs อย่างชัดเจนทั้งในแง่กฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่นที่เกี่ยวข้องจะก่อให้เกิดการสร้างแนวทางกฎหมายบางอย่างที่ชัดเจนยิ่งขึ้น

4.4 การซื้อขาย Non-Fungible Tokens ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานศิลปกรรมบนแพลตฟอร์ม NFT Marketplaces ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย

การซื้อขาย NFTs ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานศิลปกรรมประเภทจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายที่เกิดขึ้นบนแพลตฟอร์ม NFT Marketplaces ที่เป็นตลาดซื้อขาย NFTs ซึ่งรองรับการทำงานของสัญญาอัจฉริยะและมีการบันทึกธุรกรรมบนบล็อกเชน โดยส่วนใหญ่การซื้อขาย NFTs ดังกล่าวมักจะไม่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายตัวงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายซึ่งเป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs นั้น โดยตรง แต่มักเป็นการซื้อเพียง NFTs ซึ่งเป็นโทเคนดิจิทัลพร้อมกับใบอนุญาตให้ใช้งาน NFTs ที่ให้ใช้สิทธิบางประการในการใช้งานที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs นั้น ๆ นอกจากนี้การซื้อขายหรือแลกเปลี่ยน NFTs ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายจึงเป็นธุรกรรมที่มีการคาบเกี่ยวกันระหว่างสัญญาหลายประเภท ในประเด็นนี้จะต้องพิจารณาลักษณะนิติสัมพันธ์ที่เกิดจากการทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับ NFTs ว่าเข้าข่ายลักษณะของนิติกรรมประเภทใดจากนั้นจึงค่อยนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ มาปรับใช้ต่อไป ผู้วิจัยจึงได้วิเคราะห์การซื้อขาย NFTs ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายในสถานการณ์ต่าง ๆ ที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 อาจเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงตามหัวข้อดังต่อไปนี้

4.4.1 การซื้อขาย Non-Fungible Tokens ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายที่เป็นวัตถุทางกายภาพ

กรณีนี้หมายถึงกรณีที่ต้นฉบับของงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายเป็นวัตถุทางกายภาพที่จับต้องได้ (Physical Asset) กล่าวคือมีการบันทึกงานในวัตถุที่เป็นสื่อกลางซึ่งการแสดงผลออกอันเป็นวัตถุที่มีรูปร่างและจับต้องได้ ตัวอย่างเช่น มีการวาดลงบนผ้าใบ หรือกระดาษ หรืออีกตัวอย่างคือการถ่ายภาพด้วยกล้องโพลาไรซ์ที่ทำให้ได้รูปของภาพถ่ายออกมาทันที หรือจากกล้องฟิล์มที่มีการล้างรูปออกมาเป็นรูปภาพเป็นต้น จากนั้นมีการแปลงงานดังกล่าวให้อยู่ในรูปแบบของไฟล์ดิจิทัลแล้วจึงไปสร้างเป็น NFTs โดยกรณี 4.4.1 สามารถแบ่งออกย่อยเป็น 3 กรณีขึ้นอยู่กับข้อตกลงในการซื้อขาย NFTs แต่ละโทเคน ดังนี้

4.4.1.1 การซื้อขาย NFTs ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายในกรณีที่มีการโอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายที่เป็นวัตถุทางกายภาพ

การซื้อขาย NFTs ในกรณี 4.4.1.1 คือการซื้อขาย NFTs ที่คู่สัญญาซึ่งก็คือผู้ซื้อและผู้ขายตกลงกันชัดเจนว่านอกจากผู้ขายจะต้องโอน NFTs ซึ่งเป็นโทเคนดิจิทัลแก่ผู้ซื้อแล้ว ผู้ขายยังจะต้องโอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบวัตถุทางกายภาพ (Physical Asset) ซึ่งก็คืองานจิตรกรรมที่อยู่

ผ้าใบหรือกระดาษหรือวัตถุที่ใช้บันทึกงานมีลิขสิทธิ์อื่นหรือรูปของภาพถ่ายด้วยแต่ในกรณีนี้ คู่สัญญาไม่ได้ตกลงโอนลิขสิทธิ์ในงานจิตรกรรมและภาพถ่ายที่นำมาสร้างเป็น NFTs นั้นด้วย

การซื้อขาย NFTs ในกรณี 4.4.1.1 นี้ สิ่งที่ผู้ซื้อ NFTs จะได้รับ ได้แก่ความเป็นเจ้าของหรือกรรมสิทธิ์ใน NFT ซึ่งเป็นตัวโทเคนดิจิทัลรวมถึงกรรมสิทธิ์ในงานจิตรกรรมและภาพถ่ายที่เป็นวัตถุทางกายภาพ โดยกรรมสิทธิ์ถือเป็นทรัพย์สินที่กฎหมายรองรับไว้ในมาตรา 1336 แห่งประมวลแพ่งและพาณิชย์ซึ่งวางหลักไว้ว่า “เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอย จำหน่าย โอนทรัพย์สิน ซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้นกับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย” อย่างไรก็ตาม ในกรณีนี้ผู้ซื้อ NFTs จะไม่ได้รับโอนลิขสิทธิ์ในงานจิตรกรรมและภาพถ่ายที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs ดังนั้น ผู้ซื้อจึงจะทำซ้ำ คัดแปลง เผยแพร่ซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือกระทำการอย่างอื่นอันเป็นการใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Rights) ของเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจากเจ้าของลิขสิทธิ์

ผู้วิจัยเห็นว่ากฎหมายที่ใช้บังคับแก่กรณี 4.4.1.1 คือประมวลแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 1 ว่าด้วยซื้อขาย โดยมาตราที่สำคัญคือมาตรา 453 ซึ่งวางหลักว่า “ซื้อขายนั้นคือสัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ขายโอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ซื้อและผู้ซื้อตกลงว่าจะใช้ราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย ทั้งนี้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายนั้นย่อมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่วันที่สัญญาซื้อขายกันตามนัยมาตรา 458 โดยในกรณีเช่นนี้ NFTs อาจถูกใช้เป็นหลักฐานของการซื้อขายอย่างหนึ่งได้เนื่องจากการบันทึกประวัติธุรกรรมและประวัติผู้เป็นเจ้าของ NFTs บนบล็อกเชน มีข้อสังเกตว่าเนื่องจาก NFTs ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานศิลปกรรมไม่ว่าจะงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายส่วนใหญ่ค่อนข้างมีราคาสูงซึ่งในกรณีที่ NFTs นั้นมีราคา 20,000 บาทหรือกว่านั้นอาจทำให้การซื้อขายนั้นมีความซับซ้อนยิ่งขึ้นกล่าวคืออาจต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องนิติกรรมกรซื้อขายทรัพย์สินบางประเภทที่กฎหมายกำหนดแบบของนิติกรรมหรือกำหนดให้มีหลักฐานในการฟ้องร้องคดีไว้ด้วย เช่น ตามมาตรา 456 วรรคท้าย กำหนดว่า “สัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ที่มีราคา 20,000 บาทหรือกว่านั้น หากมิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญหรือได้วางประจำไว้หรือได้ชำระหนี้บางส่วนแล้วจะฟ้องร้องคดีไม่ได้”

นอกจากนี้ สัญญาซื้อขาย NFTs ที่ทำขึ้นและใช้บังคับโดยอัตโนมัติโดยอาศัยสัญญาอัจฉริยะอาจถือเป็นสัญญาที่อยู่ในรูปแบบของสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ที่เกิดขึ้น โดยเทคโนโลยีสัญญาอัจฉริยะโดยเฉพาะ ดังนั้น จึงต้องศึกษาและวิเคราะห์ถึงกฎหมายที่มีอยู่ที่อาจนำมาปรับใช้แก่กรณีนี้ได้แก่ ประมวล

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติกฎหมายธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 โดยมีข้อพิจารณาที่สำคัญดังนี้

1) สัญญาทั่วไป

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายสารบัญญัติได้บัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทั่วไปทำนองว่า สัญญาเป็นนิติกรรม 2 ฝ่ายหรือหลายฝ่ายซึ่งเกิดขึ้นได้โดยการแสดงเจตนาที่เป็นคำเสนอและคำสนองซึ่งถูกต้องตรงกันของคู่สัญญาทุกฝ่าย โดยลักษณะของคำเสนอได้แก่ (1) คำเสนอเป็นแสดงเจตนาต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งและ (2) คำเสนออาจทำเป็นลายลักษณ์อักษร วาจา หรือการแสดงกิริยาท่าทาง และประการที่สาม คำเสนอต้องเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งและมีความชัดเจนแน่นอน ส่วนลักษณะของคำสนอง ได้แก่ (1) คำสนองเป็นการเจตนาตอบรับคำเสนอโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้และ (2) คำสนองอาจทำเป็นลายลักษณ์อักษร วาจา หรือการแสดงกิริยาท่าทาง แต่โดยทั่วไปการนิ่งไม่ถือเป็นคำสนอง เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่าการนิ่งในกรณีใดถือเป็นคำสนอง เป็นต้น

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กล่าวถึงการแสดงเจตนาและผลของการแสดงเจตนาไว้ว่ามี 2 กรณี ได้แก่ กรณีที่ (1) การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า กล่าวคือการแสดงเจตนาที่คู่สัญญาอยู่ต่อหน้ากันหรือสามารถโต้ตอบกันได้ทันที กฎหมายให้ถือว่าการแสดงเจตนาที่มีผลเมื่อผู้รับการแสดงเจตนาทราบถึงการแสดงเจตนาขึ้นทั้งนี้ตามมาตรา 168 ซึ่งวางหลักไว้ว่า “การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าให้ถือว่ามีผลนับแต่ผู้รับการแสดงเจตนาได้ทราบการแสดงเจตนาขึ้น ความข้อนี้ให้ใช้ตลอดถึงการที่บุคคลหนึ่งแสดงเจตนาไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งโดยทางโทรศัพท์ หรือ โดยเครื่องมือสื่อสารอย่างอื่น หรือ โดยวิธีอื่นซึ่งสามารถติดต่อถึงกันได้ทำนองเดียวกัน” เช่น การแอปพลิเคชันที่โต้ตอบกันได้ทันทีอย่างไลน์ เฟสบุ๊คเมสเซนเจอร์ เป็นต้น และกรณีที่ (2) คือการแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้า กล่าวคือ การแสดงเจตนาที่คู่สัญญาไม่ได้อยู่ต่อหน้ากันหรือไม่สามารถโต้ตอบกันได้ทันที จึงไม่สามารถทราบหรือรับรู้การแสดงเจตนาขึ้นได้ในทันที กฎหมายให้ถือว่าการแสดงเจตนาที่มีผลตั้งแต่วันที่การแสดงเจตนาขึ้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนาทั้งนี้ตามมาตรา 169 ซึ่งวางหลักไว้ว่า “การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้าให้ถือว่ามีผลนับแต่เวลาที่การแสดงเจตนาขึ้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา แต่ถ้าได้บอกก่อนไปถึงผู้รับการแสดงเจตนาขึ้น ก่อนหรือพร้อมกันกับการแสดงเจตนาขึ้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา การแสดงเจตนาขึ้นตกเป็นอันไร้ผล” จากบทบัญญัติมาตรา 168 และมาตรา 169 ที่ยกมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าการมีผลของการแสดงเจตนาใช้หลักการว่าการแสดงเจตนาที่มีผลเมื่ออีกฝ่ายหนึ่งได้ทราบหรือได้รับการแสดงเจตนาขึ้น ซึ่งต่างจากกฎหมายว่าด้วยสัญญาของประเทศอังกฤษที่ใช้หลักการ Postal Rule กล่าวคือการแสดงเจตนาจะมี

ผลเมื่อได้ส่งการแสดงเจตนา⁴⁰

การเกิดสัญญาอาจแบ่งได้ 2 กรณี ได้แก่ กรณีที่ (1) คือ การเกิดสัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า สัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ทำคำเสนอได้ทำการแสดงเจตนาเป็นคำเสนอให้แก่เป็นผู้รับคำเสนอ (หรือผู้ทำคำสนอง) ซึ่งอยู่เฉพาะหน้าและผู้รับคำเสนอได้ทราบคำเสนอแล้วตอบรับคำเสนอโดยการทำคำสนองในเวลาและสถานนั้น ๆ ทั้งนี้ซึ่งหมายถึงเวลาและสถานที่ที่คำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 356 ที่วางหลักว่า "คำเสนอทำแก่บุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้าโดยมิได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอนั้น เสนอ ณ ที่ใดเวลาใดก็ย่อมจะสนองรับได้แต่ ณ ที่นั้นเวลานั้น ความข้อนี้ท่านให้ใช้ตลอดถึงการที่บุคคลคนหนึ่งทำคำเสนอไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งทางโทรศัพท์ด้วย..." และกรณีที่ (2) คือ การเกิดสัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทางสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อคำสนองของผู้ทำคำสนองไปถึงผู้ทำคำเสนอ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการของมาตรา 361 วรรค 1 ที่บัญญัติว่า "อันสัญญาระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกัน โดยระยะทางนั้น ย่อมเกิดเป็นสัญญาขึ้นแต่เวลาเมื่อคำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอ..."

2) สัญญาอัจฉริยะ (smart contract)

เทคโนโลยีสัญญาอัจฉริยะอาจใช้ในการทำสัญญาได้โดยสามารถกำหนดเงื่อนไขของสัญญาทำได้ด้วยการเขียนโค้ด (code) ซึ่งเป็นภาษาคอมพิวเตอร์ลงในสัญญาอัจฉริยะและเมื่อมีการกระทำใด ๆ ตามที่กำหนดในสัญญาเกิดขึ้น สัญญาอัจฉริยะจะบังคับให้เป็นไปตามสัญญาโดยอัตโนมัติ ทั้งนี้ในประเทศไทยมีประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่ กจ.16/2561 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการให้ความเห็นชอบผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล ข้อ 2 ที่กำหนดนิยามของสัญญาอัจฉริยะไว้ว่า “สัญญาอัจฉริยะ (Smart Contract) หมายความว่าชุดคำสั่งคอมพิวเตอร์หรือ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ดำเนินการบังคับตามข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาโดยอัตโนมัติเมื่อเกิดเหตุการณ์ตามที่กำหนด” สัญญาอัจฉริยะมีส่วนสำคัญในการซื้อขาย NFTs บนแพลตฟอร์ม NFT Marketplaces กล่าวคือ เมื่อมีการวางขาย NFTs บนแพลตฟอร์ม NFT Marketplaces หากมีการกดคำสั่งซื้อและคำสั่งขาย ระบบจะทำการตั้งคำสั่งซื้อและคำสั่งขายในรูปแบบของโค้ดลงในสัญญาอัจฉริยะ การซื้อขายจะเกิดขึ้นเมื่อคำสั่งซื้อและคำสั่งขาย NFTs ตรงกันโดยมีสัญญาอัจฉริยะจะทำหน้าที่ในการจับคู่ธุรกรรมคำสั่งดังกล่าวโดยอัตโนมัติ และเมื่อธุรกรรมการซื้อขายเสร็จสิ้น NFTs จะถูกโอนไปที่ผู้ซื้อและราคา NFTs ที่มีการชำระแล้วจะถูกโอนไปที่ผู้ขายด้วยการทำงานของสัญญาอัจฉริยะ ส่วนประวัติความเป็นเจ้าของและประวัติธุรกรรมการซื้อขาย NFTs นั้นถูกบันทึกไว้บนบล็อกเชนที่แพลตฟอร์ม NFT Marketplaces เลือกใช้ ดังนั้น จึง

⁴⁰ กมลา บัวยังขึ้น. (2561). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาอัจฉริยะ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 78.

อาจกล่าวได้ว่าสัญญาอัจฉริยะเป็นหนังสือสัญญาหรือหลักฐานแห่งการซื้อขาย NFTs ได้

กรณีของการซื้อขาย NFTs โดยใช้สัญญาอัจฉริยะถือเป็นการทำสัญญาอย่างหนึ่งซึ่งสามารถนำหลักการเกิดสัญญาของสัญญาทั่วไปมาใช้ได้ กล่าวคือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องทำคำเสนอและคำสนองที่ถูกต้องตรงกันจึงจะเกิดสัญญาขึ้น แต่สัญญาอัจฉริยะยังมีลักษณะบางประการที่แตกต่างจากสัญญาทั่วไปคือคู่สัญญาจะไม่ได้เข้าทำสัญญาเองโดยตรงเนื่องจากระบบคอมพิวเตอร์จะเป็นผู้เข้าทำสัญญาแทนตัวคู่สัญญา รวมทั้งบังคับให้เป็นไปตามเงื่อนไขหรือข้อตกลงต่าง ๆ โดยอัตโนมัติ การทำงานของสัญญาอัจฉริยะจึงเป็นเสมือนตัวแทนทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ดำเนินการใด ๆ แทนมนุษย์⁴¹ เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่คู่สัญญาตั้งแต่เริ่มเกิดสัญญาและอาจจะจบกระบวนการสัญญาอย่างไรก็ตามกรณีเช่นนี้ไม่มีบทบัญญัติใดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่วางหลักการเกี่ยวกับการทำสัญญาและการบังคับตามสัญญาด้วยระบบคอมพิวเตอร์ดังเช่นสัญญาอัจฉริยะ ส่วนในพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่ใช้บังคับแก่ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นก็ไม่มีบทบัญญัติถึงสัญญาอัจฉริยะเช่นกันแต่ผู้วิจัยเห็นว่าในพระราชบัญญัติดังกล่าวมีบทบัญญัติสำคัญหลายมาตราที่น่าจะนำมาปรับใช้กับการทำสัญญาและการบังคับสัญญาด้วยเทคโนโลยีสัญญาอัจฉริยะได้อย่างเหมาะสม

ผู้วิจัยเห็นว่าสัญญาใด ๆ ที่ทำขึ้นโดยอาศัยสัญญาอัจฉริยะถือเป็นสัญญาอิเล็กทรอนิกส์อย่างหนึ่งซึ่งถือเป็นธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ที่ตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 โดยในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ให้คำนิยามของคำว่า “ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์” ว่าหมายถึงความถึง “ธุรกรรมที่กระทำขึ้นโดยใช้วิธีการทำอิเล็กทรอนิกส์ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน...” ส่วนข้อความในสัญญาอัจฉริยะซึ่งเป็นการเขียนข้อตกลงหรือเงื่อนไขของสัญญาในรูปแบบโค้ดนั้นอาจตีความได้ว่าเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ทั้งนี้ มาตรา 4 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้กำหนดนิยามของคำว่า “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” ว่าหมายถึงความถึง “ข้อความที่ได้สร้าง ส่ง รับเก็บรักษา หรือประมวลผลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์...” และเนื่องจากโค้ดซึ่งเป็นภาษาคอมพิวเตอร์ที่ใช้ในการเขียนหรือระบุเงื่อนไขลงไปสัญญาอัจฉริยะสามารถแปลงกลับมาเป็นภาษามนุษย์ได้โดยการถอดรหัส ดังนั้นจึงอาจถือได้ว่าข้อความอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่ในรูปสัญญาอัจฉริยะนั้นเป็นการทำเป็นหนังสือ (ตามแบบแห่งนิติกรรม) หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือมีเอกสารมาแสดงตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งในประเด็นนี้ มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ฯ ได้รองรับเรื่องการทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์โดยวางหลักการว่า “ในกรณีนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือมีเอกสารมาแสดง ถ้าได้มี

⁴¹ กมลา บัวยังยืน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 40. หน้า 106.

การจัดทำข้อความขึ้นเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถเข้าถึง และนำกลับมาใช้ได้โดยความหมาย ไม่เปลี่ยนแปลงให้ถือว่าข้อความนั้นได้ทำเป็นหนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือหรือมีเอกสารมา แสดงตามที่กฎหมายกำหนด...” ประกอบมาตรา 9 ได้รองรับเรื่องการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ ในกรณีที่กฎหมายยังกำหนดให้มีลายมือชื่อของคู่สัญญาซึ่งเป็นการลงลายมือชื่อโดยใช้เทคโนโลยี ใด ๆ ก็ตาม โดยวางหลักการว่า “ในกรณีที่บุคคลพึงลงลายมือชื่อในหนังสือให้ถือว่ามีการลงลายมือ ชื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่อเมื่อประการแรก คือใช้วิธีการที่สามารถระบุตัวเจ้าของลายมือชื่อและเจ้าของ ลายมือชื่อดังกล่าวรับรองข้อความอิเล็กทรอนิกส์นั้นว่าเป็นของตนและประการที่สองคือ วิธีการ ดังกล่าวเป็นวิธีการที่เชื่อถือได้โดยเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการสร้างหรือส่งข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์” นอกจากนี้ มาตรา 7 กำหนดห้ามมิให้ปฏิเสธความมีผลผูกพันและการบังคับใช้ทาง กฎหมายของข้อความใด เพียงเพราะเหตุที่ข้อความนั้นอยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ประกอบ กับมาตรา 13/2 กำหนดห้ามมิให้ปฏิเสธความสมบูรณ์หรือการบังคับใช้ของสัญญาหรือในผลแห่ง สัญญาที่ทำระหว่างระบบแลกเปลี่ยนข้อมูลอัตโนมัติกับบุคคลธรรมดาหรือระหว่าง ระบบแลกเปลี่ยนข้อมูลอัตโนมัติด้วยกันเพียงเพราะเหตุที่ไม่มีบุคคลธรรมดาเข้าไปเกี่ยวข้องในการ ดำเนินการในแต่ละครั้งที่กระทำโดยระบบแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์อัตโนมัติ

โดยทั่วไป ในการทำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์จะมี 2 ฝ่าย เรียกว่า ผู้ส่งข้อมูลและ ผู้รับข้อมูล ซึ่งมาตรา 15 วรรค 2 (2) รับรองการส่งข้อมูลโดยระบบการแลกเปลี่ยนข้อมูลทาง อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Data Interchange: EDI)⁴² และโดยระบบอัตโนมัติดังเช่นสัญญาอัจฉริยะ ทั้งนี้ให้ถือว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกส่งออกไปโดยระบบอัตโนมัติเป็นข้อมูลของผู้ที่ใช้ระบบ คอมพิวเตอร์ (ซึ่งก็คือผู้ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์) ส่วนในเรื่องการแสดงเจตนาโดยใช้วิธีการทาง อิเล็กทรอนิกส์ต้องพิจารณาถึงการส่งและการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามมาตรา 22 วรรคแรกซึ่ง วางหลักไว้ว่า “การส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้ถือว่าได้มีการส่งเมื่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้เข้าสู่ ระบบข้อมูลที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งข้อมูล ทั้งนี้คำว่า “ระบบข้อมูลที่อยู่นอกเหนือการ ควบคุมของผู้ส่งข้อมูล” หมายถึงระบบข้อมูลของผู้รับข้อมูลเอง หรือระบบข้อมูลอื่นที่เป็นคนกลาง ก็ได้ นอกจากนี้ มาตรา 23 วรรคแรกยังได้วางหลักว่า “การรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้ถือว่ามีผลนับ แต่เวลาที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้เข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับข้อมูล”

สำหรับการทำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ หากพิจารณาถึงเรื่องการแสดงเจตนาทำคำ เสนอหรือคำสนองจะพบว่ามาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ฯ ได้ วางหลักไว้ว่า “คำเสนอหรือคำสนองในการทำสัญญาอาจทำเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ และห้าม มิให้ปฏิเสธการมีผลทางกฎหมายของสัญญาเพียงเพราะเหตุที่สัญญานั้นได้ทำคำเสนอหรือคำสนอง

⁴² กมลลา บัวขี้ยืน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 40. หน้า 91.

เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้มีบัญญัติเกี่ยวกับผลของการทำคำเสนอและคำสนองที่ทำในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ว่าจะมีผลเป็นการเกิดสัญญาเมื่อใดจึงต้องปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กล่าวคือ การเกิดสัญญาอิเล็กทรอนิกส์อาจแบ่งเป็น 2 กรณีได้แก่ กรณีที่ (1) การทำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์เป็นการแสดงเจตนาเฉพาะหน้าซึ่งคู่สัญญาสามารถโต้ตอบกันได้ทันทีในขณะนั้น สัญญาเกิดขึ้นเมื่อแล้วผู้ทำคำสนองตอบรับคำเสนอโดยการทำคำสนองในเวลาและสถานนั้น ๆ ตามนัย ป.พ.พ.มาตรา 168 ประกอบมาตรา 356 และกรณีที่ (2) การทำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์เป็นการแสดงเจตนาที่คู่สัญญาไม่ได้อยู่เฉพาะหน้า สัญญาจึงเกิดขึ้นเมื่อคำสนองได้ไปถึงผู้เสนอแม้ว่าผู้เสนอจะยังไม่ได้อ่านข้อความก็ตาม ทั้งนี้ ป.พ.พ.มาตรา 169 ประกอบมาตรา 361 วรรค กล่าวคือเมื่อคำสนองได้ส่งไปถึงระบบข้อมูลของผู้ทำคำเสนอตามมาตรา 23 วรรคสองซึ่งวางหลักว่า “หากผู้รับข้อมูลได้กำหนดระบบข้อมูลที่ประสงค์จะใช้ในการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้โดยเฉพาะให้ถือว่าการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลนับแต่เวลาที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้เข้าสู่ระบบข้อมูลที่ผู้รับข้อมูลได้กำหนด แต่ถ้าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวได้ส่งไปยังระบบข้อมูลอื่นของผู้รับข้อมูลซึ่งมิใช่ระบบข้อมูลที่ผู้รับข้อมูลกำหนดไว้ให้ถือว่าการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลนับแต่เวลาที่ได้เรียกข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จากระบบข้อมูล” แต่ทั้งนี้หากได้มีการส่งคำสนองเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไปยังระบบข้อมูลอื่นที่นอกเหนือจากระบบข้อมูลของผู้เสนอสัญญาจะเกิดเมื่อเวลาที่ได้เรียกข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จากระบบข้อมูลนั้นตามมาตรา 24

สำหรับสถานที่ที่เกิดสัญญาอิเล็กทรอนิกส์นั้นต้องพิจารณาจากมาตรา 24 โดยมาตรา 24 วรรคหนึ่งได้วางหลักไว้ว่า “การส่งหรือการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ให้ถือว่าได้ส่ง ณ ที่ทำการงานของผู้ส่งข้อมูลหรือได้รับ ณ ที่ทำการงานของผู้รับข้อมูล แล้วแต่กรณี” และมาตรา 24 วรรคสองได้วางหลักว่า “ในกรณีที่ผู้ส่งข้อมูลหรือผู้รับข้อมูลมีที่ทำงานหลายแห่งให้ถือเอาที่ทำงานที่เกี่ยวข้องมากที่สุดกับธุรกรรมนั้นเป็นที่ทำการงานเพื่อประโยชน์ตามวรรคหนึ่ง แต่ถ้าไม่สามารถกำหนดได้ว่าธุรกรรมนั้นเกี่ยวข้องกับที่ทำการงานแห่งใดมากที่สุด ให้ถือเอาสำนักงานใหญ่เป็นที่ที่ ได้รับหรือส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น” ดังนั้นเมื่อสัญญาอิเล็กทรอนิกส์เกิดเมื่อคำสนองได้ส่งไปถึงผู้ทำคำเสนอ สัญญาจึงเกิด ณ ที่ทำงานของผู้รับข้อมูล (คำสนอง) ซึ่งก็คือผู้เสนอ

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นอาจนำมาปรับใช้กับสัญญาอัจฉริยะในกรณีสัญญาซื้อขาย NFTs ต่าง ๆ ได้ กล่าวคือ การทำสัญญาซื้อขาย NFTs เป็นการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่มีการทำคำเสนอ (อาจเป็นคำเสนอซื้อหรือคำเสนอขาย) และคำสนองในการทำสัญญาในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งสามารถทำได้ (ตามนัยมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544) และมีการส่งคำเสนอและคำสนองซึ่งเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ด้วยระบบอัตโนมัติซึ่งในที่นี้คือสัญญาอัจฉริยะที่ทำงานบนบล็อกเชน (ตามนัยมาตรา 15 วรรค 2 (2) แห่ง

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์) เนื่องจากการแสดงเจตนาเป็นคำเสนอหรือคำสนองโดยสัญญาอัจฉริยะนั้นกระทำโดยใช้ระบบคอมพิวเตอร์โดยที่คู่สัญญาไม่ได้อยู่ต่อหน้ากันหรือโต้ตอบ ณ ขณะนั้น จึงเป็นกรณีที่คู่สัญญาการแสดงเจตนาต่อบุคคลซึ่งไม่อยู่เฉพาะหน้า⁴³ (ตามนัยมาตรา 169 ประกอบมาตรา 361 วรรค 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) และสัญญาจะเกิดขึ้นคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน กล่าวคือ สัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อผู้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์คือคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้ทำคำสนองส่งคำสนองไปยังระบบข้อมูลของผู้ทำเสนอ (ตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์) โดยสัญญาอัจฉริยะจะทำหน้าที่จับคู่ธุรกรรม (คำสั่งซื้อและคำสั่งขาย) ทำให้เกิดสัญญาขึ้นด้วยระบบอัตโนมัติของสัญญาอัจฉริยะและจะดำเนินการบังคับตามสัญญาแทนคู่สัญญาจนเสร็จสิ้น เมื่อเกิดสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ขึ้นคู่สัญญาย่อมไม่สามารถปฏิเสธความมีผลผูกพันของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ที่สร้างขึ้นด้วยระบบการทำงานของสัญญาอัจฉริยะได้ (ตามมาตรา 7 และมาตรา 13/2 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์) อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่าเมื่อคดีขึ้นมาสู่ศาล การพิจารณาถึงการทำสัญญาอัจฉริยะต้องพิจารณาเป็นรายคดีไปเพราะลักษณะการใช้งานสัญญาอัจฉริยะของ NFT Marketplaces แต่ละแพลตฟอร์มอาจแตกต่างกันซึ่งอาจทำให้มีข้อเท็จจริงที่มีความแตกต่างในรายละเอียด

4.4.1.2 การซื้อขาย Non-Fungible Tokens ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายในกรณีที่มีการโอนลิขสิทธิ์ในงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่าย

เนื่องจากความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายนั้นแยกออกจากหากจากความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Rights) ที่มีอยู่ในงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายโดยสิ้นเชิงดังที่ผู้วิจัยเคยได้อธิบายไว้แล้วในหัวข้อ 4.1.2 กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการซื้อขาย NFTs นั้นไม่ได้ก่อให้เกิดการโอนลิขสิทธิ์หรือการอนุญาตให้ใช้สิทธิที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ในงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายนั้นโดยอัตโนมัติแต่อย่างใด ลิขสิทธิ์ในงานดังกล่าวจึงยังคงอยู่ที่เจ้าของลิขสิทธิ์เองหรือบุคคลอื่นซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิในลิขสิทธิ์ เว้นแต่ในระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายจะมีการตกลงโอนลิขสิทธิ์ หรือทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิของลิขสิทธิ์ที่ชัดเจน ดังนั้นหากผู้สร้างสรรค์งานหรือผู้ที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์งานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs นั้นต้องการจะโอนลิขสิทธิ์ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่ผู้ซื้อ NFTs คู่สัญญาอาจตกลงโอนลิขสิทธิ์ให้แก่กันได้โดยต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การโอนลิขสิทธิ์โดยทางนิติกรรมที่กำหนดไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ภายในประเทศที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ ในกรณี 4.4.1.2 นี้คู่สัญญาอาจมีการตกลงให้โอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบงานจิตรกรรมและภาพถ่ายที่เป็นวัตถุทางกายภาพซึ่งเป็นสินทรัพย์อ้างอิงซึ่งถูกนำมาสร้างเป็น NFTs ด้วยหรือไม่ก็ได้

⁴³ กมลา บัวยั่งยืน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 40. หน้า 98.

สิ่งที่ผู้ซื้อ NFTs จะได้รับในกรณี 4.4.1.2 คือกรรมสิทธิ์หรือความเป็นเจ้าของใน NFTs ซึ่งเป็น โทเคนดิจิทัล รวมทั้งลิขสิทธิ์ทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วนที่มีอยู่ในงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs นั้น โดยการโอนลิขสิทธิ์บางส่วนหมายถึงการโอนไปซึ่งสิทธิแต่เพียงผู้เดียวเจ้าของลิขสิทธิ์บางประการที่มีอยู่งานอันมีลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม โอนลิขสิทธิ์เป็นเรื่องที่คู่สัญญาควรต้องมีการตกลงกันอย่างชัดเจนเนื่องจากการโอนลิขสิทธิ์โดยทางนิติกรรมภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย ประเทศสหรัฐอเมริกา รวมถึงประเทศอังกฤษ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในเรื่องการโอนลิขสิทธิ์ไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือ

1) กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย

มาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กำหนดว่าการโอนลิขสิทธิ์โดยทางนิติกรรมต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 17 วรรคท้ายคือต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อของทั้งผู้โอนและผู้รับโอน หากนิติกรรมการโอนลิขสิทธิ์ได้ทำขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามแบบนิติกรรมการโอนลิขสิทธิ์นั้นย่อมตกเป็นโมฆะ ทั้งนี้การโอนลิขสิทธิ์โดยทางนิติกรรมควรตกลงให้ชัดเจนว่าจะโอนลิขสิทธิ์ทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วนและอาจกำหนดระยะเวลาการโอนด้วยซึ่งถ้าไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้ในสัญญาโอนให้ถือว่าเป็นการโอนมีกำหนดระยะเวลา 10 ปี

2) กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย

หลักเกณฑ์การโอนลิขสิทธิ์ปรากฏอยู่ในมาตรา 90 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ การออกแบบและสิทธิบัตร ค.ศ. 1988 (CDPA) กล่าวคือ ในมาตรา 90 (1) วางหลักไว้ว่าลิขสิทธิ์ในฐานะที่เป็นทรัพย์สินส่วนบุคคลหรือสังหาริมทรัพย์สามารถถ่ายโอนให้แก่กันได้ในการโอนลิขสิทธิ์ให้แก่กัน โดยข้อตกลงตามพินัยกรรม หรือโดยการดำเนินการตามกฎหมาย

สำหรับการโอนลิขสิทธิ์ในทางนิติกรรมต้องปฏิบัติตามมาตรา 90 (3) ซึ่งวางหลักไว้ว่า “การโอนลิขสิทธิ์หรือถ่ายโอนซึ่งลิขสิทธิ์ในลักษณะอื่น ๆ (กฎหมายใช้คำว่า “An assignment or other transmission of copyright”) จะไม่มีผล เว้นแต่จะจัดทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อโดยผู้โอนหรือโดยบุคคลอื่นที่มีอำนาจกระทำในนามของผู้โอน...” นอกจากนี้ เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถโอนลิขสิทธิ์บางส่วนได้ตามนัยมาตรา 90 (2) ซึ่งวางหลักทำนองว่า การโอนลิขสิทธิ์บางส่วนหมายถึง การโอนหรือถ่ายโอนซึ่งสิทธิแต่เพียงผู้เดียวเจ้าของลิขสิทธิ์เพียงประการเดียวหรือหลายประการแต่ไม่ใช่สิทธิทุกประการตามนัยมาตรา 90(2)(a) หรือการโอนหรือถ่ายโอนซึ่งสิทธิแต่เพียงผู้เดียวเจ้าของลิขสิทธิ์โดยจำกัดระยะเวลาการใช้สิทธิตามนัยมาตรา 90(2)(b)

3) กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 (Copyright Act of 1976 ซึ่งรวมอยู่ใน Title 17 U.S.C) วางหลักการเกี่ยวกับการโอนลิขสิทธิ์ไว้ดังนี้ มาตรา 201 (d) (1) กำหนดว่า เจ้าของลิขสิทธิ์

อาจโอนลิขสิทธิ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนไปยังบุคคลอื่นได้โดยทำสัญญาโอนลิขสิทธิ์ หรือโดยทางพินัยกรรม หรือโดยผลของกฎหมาย สำหรับการโอนลิขสิทธิ์ในทางนิติกรรมต้องปฏิบัติตาม มาตรา 204 ซึ่งได้กำหนดแบบนิติกรรมการโอนลิขสิทธิ์ไว้ว่าการโอนลิขสิทธิ์นั้นต้องทำเป็น หนังสือและลงลายมือชื่อของเจ้าของลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ตามที่ปรากฏในมาตรา 204 (a) ซึ่งมีสาระสำคัญ ทำนองว่า การโอนความเป็นเจ้าของในลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการโอนโดยผลของกฎหมายนั้นจะไม่มีผลบังคับหากไม่ได้ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เว้นแต่ ตราสารหรือเอกสารหรือบันทึก เกี่ยวกับการโอนนั้นจะได้ทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อโดยเจ้าของลิขสิทธิ์ที่โอนไปหรือลงลายมือ ชื่อโดยตัวแทนที่ได้รับอนุญาตโดยชอบด้วยกฎหมายจากเจ้าของลิขสิทธิ์ที่โอนไป

ในทางปฏิบัติอาจเป็นการยากที่จะทำการโอนลิขสิทธิ์ในสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs พร้อมกันในคราวเดียวกับการซื้อขาย NFTs โดยกระทำผ่านสัญญาอัจฉริยะ อย่างไรก็ตามในปัจจุบันแพลตฟอร์ม NFT Marketplaces บางแห่งได้พยายามเพิ่มทางเลือกในการโอนลิขสิทธิ์ไป พร้อมกับการขาย NFTs ตัวอย่างเช่นแพลตฟอร์มชื่อ “Mintable” ได้จัดทำกล่องกาเครื่องหมาย (Tick-Box) ที่อนุญาตให้ผู้สร้างหรือมินต์ NFTs สามารถโอนลิขสิทธิ์ผ่านการทำงานของสัญญา อัจฉริยะในขั้นตอนสุดท้ายของการสร้าง NFTs ซึ่งมีลักษณะคล้ายสัญญาในรูปแบบที่เรียกว่า “Click-Wrap Agreement” ซึ่งเป็นการทำสัญญาออนไลน์โดยทำข้อตกลงแบบกดปุ่มในกล่องกา เครื่องหมาย⁴⁴ อย่างไรก็ตามอาจมีปัญหาเรื่องการตีความว่าการซื้อขาย NFTs บนแพลตฟอร์ม NFT Marketplaces นั้นถือได้ว่าได้มีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การโอนลิขสิทธิ์ตามกฎหมายโดยการทำ เป็นหนังสือและลงลายมือชื่อของผู้โอนและ/หรือผู้รับโอนแล้วหรือไม่ รวมถึงปัญหาอื่น ๆ เช่น การ ที่ผู้ซื้อและผู้ขาย NFTs บนแพลตฟอร์ม NFT Marketplaces ต่าง ๆ ผู้ใช้งานส่วนใหญ่ไม่ได้ใช้ชื่อ สกกุลจริงแต่ใช้นามแฝงเป็นชื่อผู้ใช้งาน (Anonymous Username) จึงทำให้ระบุตัวตนที่แท้จริงของ บุคคลได้ยากรวมทั้ง การบันทึกธุรกรรมบล็อกเชนจะไม่มีข้อมูลชื่อบุคคลที่แท้จริง แต่จะมีการระบุ ประวัติบุคคลในรูปแบบตัวอักษรและตัวเลขละกัน (Unique Alphanumeric Identifiers) รวมทั้งมัก ไม่มีข้อมูลติดต่อ⁴⁵ ดังนั้นทางออกที่ดีที่สุดคือการที่คู่สัญญาทำโดยวิธีการทำสัญญาโอนลิขสิทธิ์เป็น หนังสือแยกต่างหากและลงลายมือชื่อโดยบุคคลตามที่กฎหมายกำหนด

4.4.1.3 การซื้อขาย Non-Fungible Tokens ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานจิตรกรรมหรือ งานภาพถ่ายในกรณีที่มีการอนุญาตให้ใช้สิทธิในงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่าย

ในกรณี 4.4.1.3 หมายถึงการซื้อขาย NFTs ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์

⁴⁴ Andres Guadamuz. *Supra note 30*, p.8.

⁴⁵ Edward Lee. (2022). *NFTs as Decentralized Intellectual Property*. (Online). Available: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4023736. [2022, May 30].

ประเภทงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายที่ผู้สร้าง NFTs เพียงอนุญาตให้ผู้ซื้อ NFTs เข้ามาถึงและ/หรือใช้ประโยชน์บางประการในงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs เท่านั้น โดยที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงโอนลิขสิทธิ์ในงานจิตรกรรมและภาพถ่ายที่นำมาสร้างเป็น NFTs ทั้งนี้ ไม่ว่าคู่สัญญาจะตกลงให้ออนกรรมสิทธิ์และส่งมอบงานจิตรกรรมและภาพถ่ายที่เป็นวัตถุทางกายภาพที่ได้มีการนำมาสร้างเป็น NFTs ด้วยหรือไม่ก็ตาม

สิ่งที่ผู้ซื้อ NFTs จะได้รับในกรณี 4.4.1.3 นี้คือตัว NFTs ที่เป็นโทเคนดิจิทัลและสิทธิในการใช้งานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิง NFTs นั้น ซึ่งขอบเขตของสิทธิดังกล่าวจะขึ้นอยู่กับขอบเขตของการอนุญาตให้ใช้งาน NFTs ที่ผู้สร้าง NFTs โดยส่วนใหญ่ NFTs ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานอันลิขสิทธิ์ ผู้สร้าง NFTs จะจัดทำใบอนุญาตให้ใช้งาน NFTs (มักเรียกว่า “Content license”) หรือบางครั้งจัดทำใบอนุญาตในรูปแบบของเงื่อนไขการใช้ NFTs (ซึ่งเรียกว่า “Terms of Use”) ซึ่งมีลักษณะเป็นเสมือนใบอนุญาตให้ใช้สิทธิ (License) โดยจะมีการระบุว่าผู้ซื้อ NFTs มีสิทธิในการใช้งานศิลปะที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิง NFTs อย่างไร แต่ผู้ซื้อ NFT จะไม่ได้ลิขสิทธิ์ในงานศิลปะนั้นแต่อย่างใด

ตัวอย่างใบอนุญาตให้ใช้งาน NFTs ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ผู้วิจัยได้กล่าวถึงในหัวข้อ 4.2.3.3 แล้ว โดยในเนื้อหาของใบอนุญาตให้ใช้งาน NFTs มักจะอนุญาตให้ผู้ซื้อหรือเจ้าของ NFTs สามารถใช้สิทธิบางประการซึ่งเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ เช่น อนุญาตให้ผู้ซื้อหรือเจ้าของ NFTs มีสิทธิในการทำซ้ำหรือดัดแปลงงานศิลปะหรือรูปภาพของงานศิลปะที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs หรืออนุญาตให้ผู้ซื้อหรือเจ้าของ NFT มีสิทธิในการแสดงงานศิลปะหรือรูปภาพของงานศิลปะดังกล่าวต่อสาธารณะซึ่งเป็นสิทธิดังกล่าวเป็นแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการเผยแพร่งานอันมีลิขสิทธิ์ของตนต่อสาธารณชน (Right of Communication to the Public) เป็นต้น โดยส่วนใหญ่การอนุญาตให้ใช้งาน NFTs จะจำกัดแต่เพียงเพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้งานส่วนตัวของผู้ซื้อหรือเจ้าของ NFTs เท่านั้น แต่บางกรณีก็ให้สิทธิในการใช้งาน NFTs เพื่อวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์ด้วย

ใบอนุญาตให้ใช้งาน NFTs เป็นเอกสารทางกฎหมายที่อนุญาตให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถดำเนินการตามสิทธิใด ๆ ซึ่งอาจรวมถึงสิทธิในลิขสิทธิ์ดังที่ระบุไว้ในใบอนุญาตให้ใช้สิทธิได้ แม้ตามทฤษฎีแล้วใบอนุญาตให้ใช้งาน NFTs สามารถเขียนลงในสัญญาอัจฉริยะซึ่งเป็นใบอนุญาตที่มีการเข้ารหัสและแนบหรือฝังไว้กับสัญญาอัจฉริยะของ NFTs (เรียกว่า “Cryptographic Smart Contract License”) แต่ในทางปฏิบัติมักจัดทำขึ้นในรูปแบบของใบอนุญาตที่มีการเผยแพร่บนเว็บไซต์ทางการของตน หรือช่องทางต่าง ๆ เพื่อให้ผู้ซื้อ NFTs สามารถอ่านและรับรู้ได้ หรือบางกรณีอาจจัดใบอนุญาตหรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นหนังสือแยกต่างหาก โดยข้อกำหนด

และเงื่อนไขใด ๆ ใบนุญาตให้ใช้งาน NFTs มักจะถูกกำหนดโดยผู้สร้าง NFTs แต่เพียงฝ่ายเดียว และระบุรายละเอียดในส่วนขงสิทธิที่เกี่ยวข้องกับ NFTs ที่เป็น โทเคนดิจิทัลรวมทั้งสิทธิที่เกี่ยวข้อง งานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs

การอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ ตามกรณี 4.4.1.3 มีข้อควรพิจารณา ดังนี้

1) ลักษณะทั่วไปของการอนุญาตให้ใช้สิทธิ

สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ในงานอันมีลิขสิทธิ์ถือเป็นสิทธิทางเศรษฐกิจซึ่งการบังคับใช้สิทธิทางเศรษฐกิจนั้น เจ้าของลิขสิทธิ์อาจใช้สิทธิทางเศรษฐกิจนั่นเอง หรือโอนสิทธิให้แก่บุคคลอื่นหรืออนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิก็ได้

การอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ (Copyright Licensing) หมายถึง การอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิทางเศรษฐกิจอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมีข้อจำกัดบางประการ โดยที่การอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ถือเป็นมาตรการทางสัญญาในการบังคับใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิในสิทธิทางเศรษฐกิจ⁴⁶

โดยทั่วไปการอนุญาตให้ใช้สิทธิมักทำในรูปแบบของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing Agreement) โดยสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจากการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาสองฝ่ายได้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็น “ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ” (Licensor) ฝ่ายหนึ่งและ “ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ” (Licensee) อีกฝ่ายหนึ่ง โดยผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตกลงอนุญาตให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ได้ตามขอบเขตที่ตกลงกันตามสัญญา ตัวอย่างเช่น ผู้อนุญาตฯตกลงอนุญาตให้ผู้ได้รับอนุญาตฯ ใช้สิทธิในการทำงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์ เช่น อนุญาตให้ขายสินค้าที่ผลิตหรือทำซ้ำจากงานอันมีลิขสิทธิ์ภายใต้ชื่อของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นได้หรือภายใต้ชื่อของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือตกลงอนุญาตให้ขายสินค้าที่ผลิตหรือทำซ้ำจากงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อแข่งขันระหว่างกันเองก็ได้ นอกจากนี้ ในส่วนข้อตกลงเรื่องค่าตอบแทนในการสิทธิอาจมีการตกลงกันหรือไม่ก็ได้ แต่โดยส่วนใหญ่มักมีการตกลงกันเรื่องค่าตอบแทนโดยผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิอาจกำหนดค่าตอบแทนที่แน่นอน หรือกำหนดค่าตอบแทนเป็นร้อยละจากรายได้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้รับจากการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ตนได้รับอนุญาต เช่น รายได้จากขายสินค้าอันมีลิขสิทธิ์ มีข้อสังเกตว่า ค่าตอบแทน มักเรียกว่าค่าลิขสิทธิ์หรือค่าใช้สิทธิ ซึ่งหมายถึงเงินที่เป็นค่าตอบแทนสำหรับการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ผู้รับ

⁴⁶ นวรัตน์ เพชรสังหาร. (2558). *หลักการระงับไปซึ่งสิทธิ (Exhaustion of Rights) และผลต่อผู้บริโภคในประเทศกำลังพัฒนา: ศึกษาเฉพาะกรณีตำราเรียน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 61.

อนุญาตให้ใช้จ่ายให้กับเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผู้ให้อนุญาตให้ใช้สิทธิ⁴⁷ และใน ส่วน ข้อตกลงเรื่องระยะเวลาที่อนุญาตให้ใช้สิทธิอาจตกลงให้มีระยะเวลาจำกัดหรือมีระยะเวลาดลอด อายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ที่อยู่นอกเหนือขอบเขตของกฎหมาย เช่น การอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ที่หมดอายุการคุ้มครองแล้ว ถือเป็น การให้สิทธิในลิขสิทธิ์โดยมิชอบซึ่งจะทำให้การอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่มีผลใช้บังคับได้

ข้อดีของการอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์คือเป็นเสมือนเครื่องมือที่สำคัญอย่าง หนึ่งในการนำสินค้าที่มีลิขสิทธิ์เข้าสู่ตลาดต่างประเทศเช่นการวางขายสินค้าที่มีลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต สามารถเข้าถึงตลาดต่างประเทศได้กว้างขวางมากยิ่งขึ้น ตลอดจนอุปสรรคต่าง ๆ ทั้งในเรื่องต้นทุนการ ขนส่ง การที่สินค้าสูญหาย หรือส่งมอบล่าช้า อัตราภาษีนำเข้าและอัตราภาษีส่งออก เป็นต้น ส่วน ข้อเสียของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ คือ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งส่วนใหญ่ก็คือเจ้าของลิขสิทธิ์มัก เป็นฝ่ายกำหนดข้อกำหนดหรือเงื่อนไขใดในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงฝ่ายเดียวหรือบาง กรณีอาจใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าในการกำหนดเงื่อนไขหรือข้อตกลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้ สิทธิที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันได้ซึ่งในประเด็นนี้ในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการ คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเช่น ในมาตรา 40 วรรคสองแห่งความตกลงทริปส์ได้กำหนด กฎเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่มีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าว่าในกรณีที่ สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่มีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือมีผลกระทบต่อการค้า หรือ การถ่ายทอดเทคโนโลยี ประเทศสมาชิกก็มีสิทธิที่จะตรากฎหมายภายในเพื่อจัดการเกี่ยวกับการใช้ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยมิชอบที่มีผลกระทบต่อการค้าได้ หรือการแข่งขันทาง การการค้าได้ และกฎหมายลิขสิทธิ์ภายในประเทศหลายประเทศมักกำหนดห้ามมิให้กำหนดเงื่อนไข หรือข้อตกลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่มีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า เช่น ใน ประเทศไทยปรากฏตามมาตรา 15(5) แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็นต้น

2) ประเภทของการอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์

การที่เจ้าของลิขสิทธิ์อนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในลิขสิทธิ์อาจแบ่งออกเป็น 3 ประเภทหลัก⁴⁸ ได้แก่

2.1) การอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยเด็ดขาดหรือโดยสมบูรณ์ (Exclusive Licensing) คือ การที่เจ้าของลิขสิทธิ์อนุญาตให้บุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลใช้สิทธิที่ได้

⁴⁷ นภัต เหล่าสืบสกุล. (2561). *วิเคราะห์การบริหารจัดเก็บค่าตอบแทนภายใต้โครงสร้างจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์*. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 15-16.

⁴⁸ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช สาขาวิชานิติศาสตร์. (2546). *กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา*. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 181.

รับอนุญาตนั้นแต่เพียงผู้เดียว โดยเจ้าของสิทธิจะไม่อนุญาตให้บุคคลอื่นใดใช้สิทธินั้นอีก รวมทั้งเจ้าของสิทธิเองก็ตกลงที่จะไม่ใช้สิทธินั้นด้วย เช่น นาย ก แต่งหนังสือนิยายที่ได้รับความนิยมคุ้มครองลิขสิทธิ์ในฐานะงานวรรณกรรม แล้วนาย ก อนุญาตให้สำนักพิมพ์แห่งหนึ่งมีสิทธิตีพิมพ์หนังสือนิยายแต่เพียงผู้เดียว โดยมีภาระระบุว่า นาย ก ไม่มีสิทธิในการตีพิมพ์ จำหน่าย หรือนำนิยายดังกล่าวไปใช้ในทางใดทางหนึ่งตามสิทธิที่เจ้าของลิขสิทธิ์พึงมีซึ่งสัญญานี้มีลักษณะเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยเด็ดขาด กรณีที่มักจะมีการอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยเด็ดขาด คือ กรณีที่ตลาดสำหรับงานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งตกอยู่ภายใต้การอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยเด็ดขาดนั้นมีขนาดเล็กซึ่งมีคู่แข่งน้อยและผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่ต้องการมีคู่แข่งจึงจำเป็นต้องทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยเด็ดขาด โดยในกรณีนี้เจ้าของสิทธิมักเรียกค่าตอบแทนขั้นต่ำไว้ในจำนวนที่สูงซึ่งผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิต้องพิจารณาอย่างระมัดระวังว่าจะสามารถทำได้เพียงพอที่จะจ่ายค่าตอบแทนขั้นต่ำหรือไม่

2.2) การอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Sole Licensing) คือการที่เจ้าของสิทธิอนุญาตให้บุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลใช้สิทธิที่อนุญาตนั้นแต่เพียงผู้เดียว โดยเจ้าของสิทธิจะไม่อนุญาตให้บุคคลอื่นใดใช้สิทธินั้นอีก แต่เจ้าของลิขสิทธิ์ยังใช้สิทธินั้นด้วยตัวเองได้

2.3) การอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยไม่เด็ดขาด (Non-Exclusive Licensing) คือ การที่เจ้าของสิทธิอนุญาตให้บุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลใช้สิทธิที่อนุญาตนั้นได้มากกว่าหนึ่งคน ข้อสังเกตที่สำคัญคือ หากในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่ได้ระบุห้ามมิให้เจ้าของสิทธิอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธินั้นได้ สัญญาดังกล่าวจะมีผลเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยไม่เด็ดขาด โดยในทางปฏิบัติ การอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยทำเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิประเภทใดประเภทหนึ่งข้างต้นขึ้นอยู่กับปัจจัยและเงื่อนไขหลายประการ ซึ่งรวมทั้งอำนาจต่อรองของคู่สัญญาด้วย ดังนั้น คู่สัญญาจึงควรตกลงให้ชัดเจนว่า จะทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิประเภทใดและระบุเงื่อนไขของการใช้สิทธิ ว่าใช้สิทธิใด เพียงใด และมีกำหนดระยะเวลาใช้สิทธินานเพียงใด รวมทั้งระบุถึงเงื่อนไขการให้ค่าตอบแทนการใช้สิทธิที่เรียกว่า ค่าลิขสิทธิ์ ด้วย

3) หลักเกณฑ์ทางกฎหมายในเรื่องการการอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย ประเทศสหรัฐอเมริกา รวมถึงประเทศอังกฤษ

3.1) กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย

มาตรา 15 (5) แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งได้กล่าวถึงการอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งเป็นการบังคับใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามมาตรา 15 (1) (2) หรือ (3) กล่าวคือ เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในการทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนตามมาตรา 15 (1) หรือมีสิทธิอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในการเผยแพร่ต่อ

สาธารณชนซึ่งอันมีลิขสิทธิ์ของตนตามมาตรา 15 (2) รวมถึงมีสิทธิอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในการให้เข้าต้นฉบับหรือสำเนางาน โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ทัศนวัสดุ ภาพยนตร์และสิ่งบันทึกเสียงตามมาตรา 15 (3) ทั้งนี้ กฎหมายไม่ได้กำหนดแบบของนิติกรรมการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ลิขสิทธิ์ไว้ดังเช่นกรณีของการโอนลิขสิทธิ์ แต่ในทางปฏิบัติการอนุญาตให้ใช้สิทธิมักทำเป็นหนังสือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเพื่อให้เกิดความรัดกุม

ในการอนุญาตให้ใช้สิทธิอาจกำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งไว้ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ เช่น เรื่องกำหนดระยะเวลาในการอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ เรื่องพื้นที่ในการจำหน่าย จำนวนและราคาของงานที่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ รวมทั้งเรื่องค่าตอบแทนในการอนุญาตให้ใช้สิทธิที่จะต้องจ่ายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ เป็นต้น ข้อสำคัญคือข้อตกลงหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิดังกล่าวจะมีลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมไม่ได้ ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 15(5) ตอนที่ท้ายซึ่งวางหลักว่า “การอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตาม (1) (2) หรือ (3) นั้นจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใด หรือไม่มีก็ได้ แต่เงื่อนไขดังกล่าวจะกำหนดในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมไม่ได้” นอกจากนี้ ในการอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์นั้น เจ้าของลิขสิทธิ์อาจอนุญาตให้บุคคลอื่น ๆ มากกว่าหนึ่งคนใช้สิทธิของตนได้ในเวลาเดียวกัน ตัวอย่างเช่น ผู้แต่งหนังสือเล่มหนึ่งซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในหนังสือนั้นอนุญาตให้สำนักพิมพ์ A นำหนังสือของตนไปตีพิมพ์ได้ ซึ่งก็คือการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในการทำซ้ำหนังสือตามมาตรา 15 (1) และผู้แต่งหนังสืออนุญาตให้บริษัท B นำหนังสือที่ตีพิมพ์นั้นออกจำหน่ายได้ซึ่งก็คือการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งอันมีลิขสิทธิ์ของตนตามมาตรา 15 (2) เป็นต้น

หลักการดำเนินงานพื้นฐานของ NFTs คือการโอนความเป็นเจ้าของใน NFTs ต่อไปได้หลายทอดและมีการบันทึกประวัติธุรกรรมรวมถึงประวัติความเป็นเจ้าของ NFTs ในแต่ละทอดไว้ด้วย ผู้วิจัยจึงเห็นว่า หากเป็นการซื้อขาย NFT ตามกรณี 4.3.1.3 นี้ จากนั้นผู้ซื้อ NFTs ได้ขาย NFTs ที่ตนเป็นเจ้าของในทอดต่อไป ผลทางกฎหมายน่าจะเป็นเสมือนการขายใบอนุญาตการใช้งาน NFTs ต่อไป ซึ่งถือเป็นสัญญาเปลี่ยนตัวผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ กล่าวคือ ผู้ซื้อ NFTs ในทอดไปทอดนี้ถือเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิคนใหม่ และจะได้รับสิทธิตามข้อกำหนดหรือเงื่อนไขเดิมของใบอนุญาตการใช้งาน NFT เดิม ส่วนผู้ขาย NFTs (เดิม) ซึ่งเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิคนเดิมก็จะสิ้นสิทธิในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

นอกจากนี้กรณี 4.4.1.3 นี้ อาจกล่าวได้ว่าผู้ซื้อ NFTs ได้รับเพียงใบอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ซึ่งในสายตาของกฎหมายผู้ซื้อที่มีสถานะเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensee) แต่ผู้ซื้อในฐานะผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะสามารถอนุญาตให้ใช้

สิทธิช่วง (Sub-license) ต่อไปได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่ระบุในใบอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือ สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ กล่าวคือ หากไม่ได้ระบุว่าอนุญาตให้ใช้สิทธิช่วงได้ หากผู้ซื้อ NFTs ได้ อนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิช่วงต่อไปอาจถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

โดยในมุมมองของกฎหมายลักษณะหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นั้นท่านอาจารย์อรพรรณ พันธ์พัฒนา ได้ให้ความเห็นไว้ว่า การขาย NFTs ในทอดต่อไปนั้นแม้จะ ใช้คำว่า การซื้อขาย NFTs แต่ผลทางกฎหมายคือเป็นการโอนความเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่ง น่าจะถือเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ กล่าวคือ การโอนสิทธิเรียกร้อง คือ การที่เจ้าหนี้ตกลงยินยอมโอนสิทธิที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งมีผลให้ บุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้รับโอนเข้ามาเป็นเจ้าหนี้คนใหม่แทนเจ้าหนี้เดิมและมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ ชำระหนี้ได้เช่นได้โดยตรงในนามของตนเอง (ไม่ใช่ในนามของเจ้าหนี้คนเดิม) ตามนัยมาตรา 303 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁴⁹ ในประเด็นนี้ผู้วิจัยจึงขอกล่าวถึงการโอนสิทธิเรียกร้อง โดยสังเขป คือการที่บุคคล 2 คนทำสัญญากันก่อให้เกิดหนี้ตามสัญญาที่ต้องชำระซึ่งกันและกันและ ก่อให้เกิดคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ในมูลหนี้เดียวกันนี้ โดยฝ่ายที่เป็นเจ้าหนี้จะมีสิทธิ เรียกร้องเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ ส่วนลูกหนี้ก็ต้องมีภาระหน้าที่ต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ โดย หลักการแล้ว สิทธิเรียกร้องทุกชนิดของเจ้าหนี้ ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามโอนไว้ย่อมสามารถโอน ได้แก่กันได้ เว้นแต่คู่กรณีได้แสดงเจตนาเป็นอย่างอื่นหรือสิทธิเรียกร้องที่ไม่อาจโอนกันได้ เนื่องจากสภาพหรือสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้กระทำได้ หรือสิทธิที่กฎหมายห้ามโอนโดยชัดแจ้ง เป็นต้น นอกจากนี้ศาลฎีกายังได้วางหลักการไว้ว่าสิทธิเรียกร้องดังต่อไปนี้สามารถโอนแก่กันได้ ด้วย ได้แก่ สิทธิเรียกร้องในอนาคต สิทธิเรียกร้องยังไม่ถึงกำหนดชำระ สิทธิเรียกร้องที่ลูกหนี้ผิด นัดแล้ว เป็นต้น โดยในมาตรา 306 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วางหลักการ ว่า “การโอนสิทธิเรียกร้องจะสมบูรณ์และมีผลตามกฎหมายต่อเมื่อผู้โอนสิทธิเรียกร้อง (เจ้าหนี้) และผู้รับโอนสิทธิเรียกร้อง (บุคคลภายนอก) ได้ทำการโอนสิทธิเรียกร้องโดยทำเป็นหนังสือโอน สิทธิเรียกร้องซึ่งการโอนหนี้หรือสิทธิเรียกร้องนั้นจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอก ได้แต่เมื่อได้มีการบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ว่าได้มีการโอนสิทธิเรียกร้องกันแล้ว หรือ ลูกหนี้ได้ยินยอมในการโอนสิทธิ เรียกร้องดังกล่าวโดยทำเป็นหนังสือ” มีข้อสังเกตว่ากฎหมายมิได้ บัญญัติว่าหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องนั้นจะต้องลงลายมือชื่อของผู้โอนและผู้รับโอนทั้งสองฝ่าย ดังนั้นการโอนสิทธิเรียกร้องที่ได้ทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนฝ่ายเดียวจึงมีผลสมบูรณ์ได้ นอกจากนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าสำหรับหนี้ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นสัญญาต่างตอบแทนซึ่ง

⁴⁹ Dr.Pete Peerapat. (2564). *เสวนา NFTs and Thai Law*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://web.facebook.com/drpeerapat.f/videos/703442163903284/?_rdc=1&_rdr. [2565, 5 มกราคม].

คู่สัญญาต่างมีหน้าที่ต้องชำระเพื่อตอบแทนซึ่งกันและกัน ดังนั้นคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจึงเป็นทั้งลูกหนี้และเจ้าหนี้ในสัญญาเดียวกัน ตามนัยมาตรา 369 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีหนี้ในการอนุญาตให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นใช้สิทธิตามที่ระบุไว้ในสัญญาหรือมีหนี้ที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่อื่น ๆ ตามสัญญา (ถ้ามี) ส่วนผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิมีหนี้ในการชำระค่าใช้สิทธิหรือมีหนี้ที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่อื่น ๆ ตามสัญญา (ถ้ามี) ดังนั้น การโอนสิทธิเรียกร้องในฝั่งผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิคนเดิมไปยังผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิคนใหม่ คือการโอนสิทธิต่าง ๆ ของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิคนเดิมที่มีอยู่ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิไปยังผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิคนใหม่ เป็นต้น

3.2) กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ

ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ การออกแบบ และสิทธิบัตร พ.ศ. 1988 (CDPA) นั้น สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นกฎหมายใช้คำว่า “Restricted Acts” หรือ “การกระทำที่ถูกละเมิดโดยลิขสิทธิ์” ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 16 เช่น สิทธิในการทำซ้ำหรือคัดลอกงาน สิทธิในการดัดแปลงผลงาน สิทธิในการนำสำเนางานออกเผยแพร่ต่อประชาชน สิทธิให้เช่าหรือให้ยืมงาน สิทธิในการแสดง นำงานออกแสดงในที่สาธารณะ และสิทธิในการสื่อสารงานต่อสาธารณชน (Right of Communication to the Public) การที่บุคคลอื่นนอกเหนือจากเจ้าของลิขสิทธิ์จะใช้สิทธิใด ๆ ดังกล่าวข้างต้นจึงต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยการอนุญาตให้ใช้สิทธิอาจทำเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือใบอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์

มาตรา 90 ของ CDPA เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการโอนลิขสิทธิ์หรือการอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งในกฎหมายใช้คำว่า “Assignment and licences” โดยในมาตรา 90(2) วางหลักว่าการโอนหรือการถ่ายโอนในลักษณะอื่น ๆ ซึ่งลิขสิทธิ์ (ใน CDPA ใช้ถ้อยคำว่า “An assignment or other transmission of copyright”) แต่เพียงบางส่วนอาจกระทำได้ในลักษณะ ดังต่อไปนี้ คือ

มาตรา 90(2) (a) กำหนดว่า “การโอนหรือการถ่ายโอนสิทธิในการกระทำประการใดประการหนึ่งหรือหลายประการซึ่งเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวเจ้าของลิขสิทธิ์ (แต่ไม่ใช่การโอนหรือการถ่ายโอนสิทธิทุกประการ)” และมาตรา 90(2) (b) กำหนดว่าการโอนหรือการถ่ายโอนสิทธิในการกระทำประการใดประการหนึ่งหรือหลายประการซึ่งเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวเจ้าของลิขสิทธิ์โดยจำกัดระยะเวลาการใช้สิทธิ (แต่ไม่ใช่การโอนหรือการถ่ายโอนตลอดระยะเวลาคุ้มครองลิขสิทธิ์) นอกจากนี้ มาตรา 90(3) ยังวางหลักว่าการโอนหรือการถ่ายโอนไปซึ่งลิขสิทธิ์ในลักษณะอื่น ๆ จะไม่มีผล เว้นแต่จะทำได้ทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อโดยผู้โอนหรือลงลายมือชื่อโดยบุคคลอื่นที่มีอำนาจกระทำในนามของผู้โอน

จากบทบัญญัติข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่าถ้อยคำว่า “การโอนหรือการถ่ายโอนไปซึ่ง

ลิขสิทธิ์ในลักษณะอื่น ๆ” (an assignment or other transmission of copyright) หากเป็นการ โอนหรือ การถ่ายลิขสิทธิ์แต่เพียงบางส่วนตามนัยของมาตรา 90(2) นี้ น่าจะหมายรวมถึง การอนุญาตให้ใช้ สิทธิในลิขสิทธิ์ โดยภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ การอนุญาตให้ใช้สิทธิอาจกระทำ โดยทำเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือใบอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ที่ ทำขึ้นระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเรียกว่าผู้ให้อุญาตและผู้ได้รับอนุญาตซึ่งผู้ให้อุญาตสามารถที่ จะอนุญาตให้ผู้ได้รับอนุญาตสามารถใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้โดยอาจมี ข้อตกลงให้จำกัดระยะเวลาใช้สิทธิหรือไม่ก็ได้ และการอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์นี้ไม่ได้โอน ความเป็นเจ้าของในสิทธิแต่เพียงผู้เดียวใด ๆ ในลิขสิทธิ์ให้แก่นักผู้ได้รับอนุญาต⁵⁰ ดังนั้น สิทธิแต่ เพียงผู้เดียวยังคงเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์อยู่

นอกจากนี้ในมาตรา 90(4) ได้กล่าวถึงผลผูกพันของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ หรือใบอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ (ใน CDPA ใช้คำว่า “Licence”) ไว้ทำนองว่า “สัญญาอนุญาต ให้ใช้สิทธิหรือใบอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ที่ได้รับจากเจ้าของลิขสิทธิ์มีผลผูกพันผู้สืบทอด สิทธิในลิขสิทธิ์ทุกคนของเจ้าของลิขสิทธิ์ เว้นแต่ ในกรณีที่ผู้สืบทอดสิทธิเป็นผู้ซื้อลิขสิทธิ์ไปโดย สุจริตซึ่งเสียค่าตอบแทนและไม่มีการแจ้งให้ผู้ซื้อทราบ (ตามข้อเท็จจริงหรือตามข้อสันนิษฐานของ กฎหมาย) ถึงใบอนุญาตให้ใช้สิทธิดังกล่าว รวมถึงในกรณีบุคคลที่ได้รับ โอนลิขสิทธิ์จากผู้ซื้อ ดังกล่าวอีกทอดหนึ่งด้วย” และมีบทบัญญัติอื่นในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ คือมาตรา 92 ซึ่งในมาตรา 92 (1) ได้อธิบายถึงลักษณะของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบเด็ดขาด (กฎหมายใช้คำว่า “Exclusive Licences”) ไว้ว่า “(1) ภายใต้บทบัญญัติในส่วนนี้ สัญญาอนุญาตให้ ใช้สิทธิแบบเด็ดขาด "หมายถึง ใบอนุญาตให้ใช้สิทธิทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรที่ลงลายมือชื่อโดย เจ้าของลิขสิทธิ์หรือในนามของเจ้าของลิขสิทธิ์ เพื่ออนุญาตให้แต่เฉพาะผู้รับอนุญาตเท่านั้นที่มีสิทธิ ในการใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยที่บุคคลอื่นรวมทั้งผู้ให้อุญาตจะ ไม่มี สิทธิในการใช้สิทธิดังกล่าว...”

3.3) กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา

มาตรา 106 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 1976 ได้กำหนดสิทธิเฉพาะตัว อันสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ ไว้ 6 ประการ ซึ่งสิทธิเหล่านี้ถือเป็นสิทธิทางเศรษฐกิจ โดยการโอนสิทธิแต่เพียงผู้เดียวอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งหมดใน 6 ประการตามที่ระบุไว้ ในมาตรา 106 ของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นสามารถโอนได้โดยประการแรก คือ การโอนลิขสิทธิ์ทั้งหมด (Copyright Assignment) หรือประการที่สอง การโอนสิทธิแต่เพียงผู้เดียวบางประการซึ่งกระทำโดย

⁵⁰ Gov.UK. (2022). *License, sell or market your copyright material*. (Online). Available : <https://www.gov.uk/guidance/license-sell-or-market-your-copyright-material>. [2022, September 11].

การอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยทำเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือใบอนุญาต (License) นั้น

บทบัญญัติสำคัญที่กำหนดหลักเกณฑ์การ โอนสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Rights) บางประการ โดยกระทำการผ่านการอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือใบอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นอ้างอิงได้จากมาตราที่สำคัญคือ มาตรา 201 (d) (2) วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการ โอนสิทธิแต่เพียงผู้เดียวอย่างใดอย่างหนึ่งที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีอยู่ในลิขสิทธิ์ไว้ทำนองว่า “(2) สิทธิแต่เพียงผู้เดียวอย่างใดอย่างหนึ่งที่มิอยู่ในลิขสิทธิ์ ซึ่งรวมถึงสิทธิใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกัสิทธิดังกล่าวตามที่ระบุในมาตรา 106 นั้นอาจถูกโอนได้ตามที่กำหนดไว้ในอนุมาตรา(1) (ซึ่ง อนุมาตรา (1) วางหลักว่าด้วยวิธีการใด ๆ หรือโดยผลของการดำเนินการตามกฎหมาย และอาจถูกโอนทางพิ้นยกรรมโดยพิ้นยกรรมหรือตกเป็นมรดกในฐานะทรัพย์สินส่วนบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยมรดกที่มีผลใช้บังคับอยู่) และความเป็นเจ้าของในสิทธิแต่เพียงผู้เดียวอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวนี้ อาจแยกต่างหากกันได้ โดยเจ้าของในสิทธิแต่เพียงผู้เดียวอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวนี้มีสิทธิได้รับการคุ้มครองและการเยียวยาทั้งหมดภายใต้ขอบเขตการคุ้มครองและการเยียวยาเช่นเดียวกันกับที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับโดยพระราชบัญญัตินี้”

นอกจากนี้ มาตรา 204 (a) วางหลักเกี่ยวกับการ โอนลิขสิทธิ์ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนโดยทางนิติกรรมไว้ว่า “การ โอนความเป็นเจ้าของในลิขสิทธิ์นั้นเนื่องจากการ โอนโดยผลของกฎหมายนั้นจะไม่มีผลบังคับหากไม่ได้ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เว้นแต่ ตราสารหรือเอกสารหรือบันทึกเกี่ยวกับการ โอนนั้นจะได้ทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อโดยเจ้าของสิทธิที่โอนไป หรือโดยตัวแทนที่ได้รับอนุญาตโดยชอบด้วยกฎหมายจากเจ้าของสิทธิที่โอนไป”

ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐฯ นั้น โดยหลักการแล้ว หากมีการ โอนสิทธิแต่เพียงผู้เดียวอันเป็นสิทธิทางเศรษฐกิจ การ โอนนั้นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและลงลายมือชื่อโดยเจ้าของลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม หากเป็นการ โอนสิทธิแต่เพียงผู้เดียวโดยไม่เด็ดขาดที่เรียกว่า “Non-Exclusive Basis”⁵¹ ไม่จำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งการ โอนสิทธิแต่เพียงผู้เดียวโดยไม่เด็ดขาดนี้เข้าลักษณะของการอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์โดยไม่เด็ดขาด (Non-Exclusive Licensing) นอกจากนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาไม่ได้บังคับว่าการอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นจะต้องมีการชำระเงินหรือแลกเปลี่ยนสิ่งอื่นใดเพื่อให้มาซึ่งใบอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่โดยปกติข้อกำหนดเกี่ยวกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ระบุไว้ในใบอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิจะระบุถึงขอบเขตของสิทธิ ระยะเวลาใช้สิทธิ ภาระหน้าที่ของผู้ที่ได้รับอนุญาต

⁵¹ Justia. (2021). *Copyright Licensing*. (online). Available: <https://www.justia.com/intellectual-property/copyright/copyright-licensing/>. [2022, September 11].

4.4.2 การซื้อขาย Non-Fungible Tokens ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายที่อยู่ในรูปแบบของไฟล์ดิจิทัล

กรณี 4.4.2 นี้หมายถึงกรณีที่ต้นฉบับของงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายถูกสร้างสรรค์ขึ้นในรูปแบบของไฟล์ดิจิทัล เช่น ภาพวาดดิจิทัลที่วาดบนคอมพิวเตอร์ที่เรียกว่าเป็นงานศิลปะดิจิทัล ภาพถ่ายจากกล้องดิจิทัลที่สามารถอัปโหลดเป็นไฟล์ดิจิทัลลงบนคอมพิวเตอร์ได้ เป็นต้น จากนั้นมีการนำไฟล์ดิจิทัลของงานไปสร้างเป็น NFT ดังนั้น จึงไม่มีงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายที่เป็นวัตถุทางกายภาพ (Physical Asset) ดังเช่นในกรณีตาม 4.4.1 ดังนั้น สำหรับกรณีตาม 4.4.2 จึงไม่มีกรณีดังเช่นข้อ 4.4.1.1 คือกรณีของการซื้อขาย NFT ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายที่คู่สัญญาตกลงให้โอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายที่เป็นวัตถุทางกายภาพด้วย เนื่องจากไม่มีสิ่งที่เป็นวัตถุทางกายภาพของงานจิตรกรรมและภาพถ่าย

4.4.2.1 การซื้อขาย Non-Fungible Tokens ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายในกรณีที่มีการโอนลิขสิทธิ์ในงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่าย

กรณีตาม 4.4.2.1 นี้จะมีผลเช่นเดียวกับกรณี 4.4.1.2 กล่าวคือ การโอนลิขสิทธิ์ทั้งหมดหรือบางส่วนที่มีอยู่ในงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายที่อยู่ในรูปแบบของไฟล์ดิจิทัลให้แก่ผู้ซื้อ NFTs จำเป็นต้องมีการตกลงระหว่างคู่สัญญาอย่างชัดเจน และสำหรับการโอนลิขสิทธิ์ในกรณีนี้ถือเป็นการโอนลิขสิทธิ์ทางนิติกรรมซึ่งคู่สัญญาต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และแบบนิติกรรมการโอนลิขสิทธิ์ตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดไว้ โดยในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยกำหนดแบบของนิติกรรมว่า การโอนลิขสิทธิ์ต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อของทั้งผู้โอนและผู้รับโอน ส่วนกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษได้กำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในเรื่องการโอนลิขสิทธิ์ไว้ทำนองเดียวกันว่าต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อของเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือลงลายมือชื่อโดยบุคคลอื่นที่มีอำนาจกระทำในนามของผู้โอน

4.4.2.2 การซื้อขาย Non-Fungible Tokens ที่มีสินทรัพย์อ้างอิงเป็นงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่ายในกรณีที่มีการอนุญาตให้ใช้สิทธิในงานจิตรกรรมหรืองานภาพถ่าย

การให้สิทธิแก่ผู้ซื้อ NFTs ในเข้ามาถึงและใช้ประโยชน์บางประการในต้นฉบับของงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายถูกสร้างสรรค์ขึ้นในรูปแบบของไฟล์ดิจิทัลที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs ตาม 4.4.2.2 นี้จะมีผลเช่นเดียวกับกรณี 4.4.1.3 กล่าวคือ สิ่งที่ผู้ซื้อ NFTs จะได้รับจากการซื้อ NFTs ในกรณีก็คือ ตัว NFTs ที่เป็นโทเคนดิจิทัลพร้อมสิทธิในการใช้งาน NFT รวมทั้งงานจิตรกรรมหรือภาพถ่ายที่เป็นสินทรัพย์อ้างอิงของ NFTs นั้น ทั้งนี้ขอบเขตการใช้งานย่อมเป็นไปตามที่ระบุไว้ในใบอนุญาตให้ใช้งาน NFTs ซึ่งใบอนุญาตให้ใช้งาน NFTs ดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์อย่างหนึ่ง โดยผู้ซื้อ NFTs มีฐานะเป็นผู้ได้รับอนุญาตตาม

สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ แต่ผู้ซื้อ NFTs ไม่ได้ลิขสิทธิ์ในงานศิลปะนั้นแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาถึงการซื้อขาย NFTs ตามกรณี 4.4.2.2 พบว่านิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย NFTs เป็นเพียงสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับกรณีสัญญาซื้อขายหนังสืออิเล็กทรอนิกส์ (ที่เรียกว่า E-Book) เช่น หนังสืออิเล็กทรอนิกส์ที่ขายบนตลาดออนไลน์สำหรับซื้อขายสินค้าดิจิทัลมือสอง ดังเช่น Amazon โดยผู้บริโภครวมกันเป็นผู้ซื้อสินค้าจาก Amazon ผู้บริโภคสามารถเก็บไฟล์สินค้าที่ตนซื้อไม่ว่าจะเป็นเพลงหรือหนังสืออิเล็กทรอนิกส์เอาไว้ที่จัดเก็บสินค้าส่วนตัวซึ่งผู้บริโภครวมกันสามารถเข้าถึงไฟล์สินค้าและใช้งานไฟล์สินค้าได้เพียงผู้เดียว รวมทั้งสามารถที่โอนไฟล์สินค้าโดยการเคลื่อนย้าย การดาวน์โหลด (Download) หรือใช้งานไฟล์สินค้าผ่านระบบการส่งข้อมูลข่าวสารเพื่อเผยแพร่ที่เรียกว่า “Streaming” เมื่อผู้ซื้อไฟล์สินค้านั้นครั้งแรกต้องการนำไฟล์เหล่านี้ไปจำหน่ายต่อก็สามารถขายสิทธิสำหรับการเข้าถึงไฟล์นั้น ๆ ให้กับผู้มาซื้อรายต่อไป และเมื่อผู้ซื้อรายแรกขายสิทธิไปแล้วผู้ซื้อไฟล์สินค้านั้นรายแรกไม่สามารถเข้าใช้ไฟล์สินค้าที่ขายไปได้อีกต่อไปโดย Amazon มีระบบการป้องกันไม่ให้ทำซ้ำไฟล์ที่ขายไปแล้วนำเอาไปใช้งานอีก ในแง่ของกฎหมายลิขสิทธิ์ หนังสือที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ (E-Book) เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทงานวรรณกรรม สัญญาซื้อขาย E-Book ดังกล่าวข้างต้นมีลักษณะเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิอย่างหนึ่งคือให้สิทธิในการเข้าถึงเนื้อหาของ E-Book ซึ่งเป็นงานวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งโดยส่วนใหญ่เจ้าของลิขสิทธิ์มักจะทำข้อตกลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยกำหนดห้ามมิให้มีการทำสำเนาหรือคัดลอกไฟล์สินค้าอันเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนไว้ การที่ผู้ซื้อ E-Book รายเดิมได้ทำการขายต่อ E-Book (หรือเรียกว่า “Resale of E-Book”) จึงไม่ใช่การขายสินค้าอันมีลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ในรูปแบบจับต้องได้ (หรือ Tangible object) ดังเช่นหนังสือมือสองแต่เป็นเสมือนการขายสิทธิที่มีอยู่ในใบอนุญาตให้ใช้สิทธิ (License) ต่อไปเป็นทอดๆ ในทำนองเดียวกัน หากเทียบเคียงกับการซื้อขาย NFTs ตามกรณี 4.4.2.2 นี้ การที่ผู้ซื้อ NFTs รายเดิมขาย NFTs ในทอดต่อไป ผู้ซื้อ NFT ในทอดต่อมาจะกลายเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิต่อจากผู้ซื้อ NFTs ในทอดก่อนหน้าและผู้ซื้อ NFTs ในทอดก่อนหน้าจะสิ้นสิทธิในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิไป