หลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ผ่านมิติเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรม

จตุพล เจริญรื่น

ดุษฎีนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
2564

หลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ผ่านมิติเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรม

จตุพล เจริญรื่น

คณะนิติศาสตร์

---------- อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้ำเลิศ)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

---------- ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันทกะ)

---------- กรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล)

---------- กรรมการ
(ดร.จุมพล ภิญโญสินวัฒน์)

---------- กรรมการ
(ร้อยโท ดร.ธนกฤษฎ์ เอกโยคยะ)

---------- กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้ำเลิศ)

---------- คณบดี
(รองศาสตราจารย์นเรศร์ เกษะประกร)

_____/_____/_____

บทคัดย่อ

ชื่อดุษฎีนิพนธ์	หลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ผ่านมิติเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรม
ชื่อผู้เขียน	นาย จตุพล เจริญรื่น
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
ปีการศึกษา	2564

ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ (Originality) ถือเป็นหลักการที่สำคัญที่จะต้องนำมาพิจารณาถึงงานสร้างสรรค์ในแต่ละประเภทที่แสดงออกมาของผู้สร้างสรรค์ ว่างานที่สร้างสรรค์ขึ้นจะได้รับความคุ้มครองเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศหรือไม่ ซึ่งหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันยังไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ทั้งในส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศต่าง ๆ ซึ่งจะมีผลทำให้ในหลายประเทศได้มีการกำหนดความเหมือนหรือความแตกต่างกันอันส่งผลกระทบต่อการตีความ การที่จะยึดถือว่าสิ่งใดควรเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญ หรือส่งผลกระทบต่อบรรทัดฐานในการที่จะมองภาพเหล่านี้ให้เกิดความชัดเจน และรวมไปถึงการที่แต่ละประเภทของงานลิขสิทธิ์ก็มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่แตกต่างกัน จึงไม่สามารถที่จะมองทางด้านหลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่งเป็นการเฉพาะ ดังนั้นจึงควรมีหลักเกณฑ์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ เพื่อที่จะให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องหรือศาลสามารถใช้ดุลพินิจโดยผ่านมุมมองที่เกี่ยวข้องกับมิติเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรม ทั้งนี้เพื่อเสนอแนวทางที่จะนำมาพัฒนาหลักการในเรื่องความคิดริเริ่มของงานอันมีลิขสิทธิ์ในระบอบลิขสิทธิ์ผ่านมิติเศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรม เพื่อจะทำให้เกิดการพัฒนาให้เป็นหลักการร่วมกันของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย

ABSTRACT

Title of Dissertation	The Doctrine of Originality in Copyright Regime Through, Economics, Social and Cultural Dimensions
Author	Mr. Chatupon Charoenruen
Degree	Doctor of Laws
Year	2021

Originality is an important principle to be taken in consideration when each type of creative work is depicted by a creator whether it is protected as a copyrighted work under international law and National Law. Originality is an important element in protecting copyrighted works. However, there is no firm criteria for originality and a level of creativity in both international law and the copyright laws of different countries. Hence, it results in many countries having their own definition of similarity or difference that affects interpretation. Adhering to whatsoever significant criterion, any impact on norm to look at these images that brings about clarity as well as various works of art having difference in originality and level of creativity cannot lead to inability to view based on any particular criterion. Therefore, in order to determine criteria of originality for any relevant organizations or court to exercise discretion through perspectives toward the dimension of economics, society and culture. In addition, a proposal on developing criteria of originality of copyrighted works in the copyright system through the dimension of economics, society and culture is aimed to make for the development of the

common principle of originality of creators whose creative works are legally copyrighted.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดีด้วยความกรุณาและความอนุเคราะห์ของ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้ำเลิศ อาจารย์ที่ปรึกษาที่คอยให้คำปรึกษา คำแนะนำและการเอาใจใส่ด้วยความเมตตากรุณา ทำให้งานวิทยานิพนธ์มีความชัดเจนในด้านเนื้อหาและในประเด็นที่ทำการศึกษาวิจัยมากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ (พิเศษ) วิชัย อริยะนันทกะ ที่กรุณาให้เกียรติเป็นประธาน โดยมีศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล ดร.จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ ร.ท.ดร.ธนกฤษฎ์ เอกโยคยะ ที่กรุณาให้เกียรติเป็นกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งได้กรุณาตรวจแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้ถูกต้องสมบูรณ์ยิ่งขึ้น โดยการสอบแต่ละครั้งคณะกรรมการได้ช่วยกรุณาถ่ายทอดองค์ความรู้และประสบการณ์อันเป็นการแนะนำแนวทางให้กับผู้เขียนเป็นอย่างมาก รวมถึงขอขอบพระคุณเจ้าหน้าที่สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ทุกท่านที่ให้ความสะดวกด้านอำนวยการและประสานงานในการทำวิทยานิพนธ์ให้ผู้เขียนเสมอมา ตลอดจนค้นคว้าหาข้อมูลและการใช้ระบบวิทยานิพนธ์อิเล็กทรอนิกส์ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนครั้งนี้ให้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณคณาจารย์ทั้งหลายที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาให้ผู้เขียน ขอบพระคุณมหาวิทยาลัยราชภัฏบ้านสมเด็จเจ้าพระยาที่ให้ทุนการศึกษาตลอดหลักสูตร และขอขอบใจอาจารย์เสสินา นิ่มสุวรรณ อาจารย์ประจำหลักสูตรนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏบ้านสมเด็จเจ้าพระยาที่ให้การช่วยเหลือเสนอแนะแนวทางในประเด็นต่าง ๆ

ท้ายนี้ผู้เขียนขอน้อมรำลึกถึงอำนาจบารมีของคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ทั้งหลายในสากลโลกและองค์สมเด็จเจ้าพระยาบรมมหาศรีสุริยวงศ์ (ช่วง บุนนาค) อันเป็นที่พึ่งทางใจให้ผู้เขียนสร้างสรรค์งานวิทยานิพนธ์ด้วยความวิริยะอุตสาหะ ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ให้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี ผู้เขียนขอให้เป็นกตเวทิตาแด่บิดามารดา ครอบครัวของผู้เขียน ตลอดจนผู้เขียนหนังสือ และบทความต่าง ๆ ที่ให้ความรู้แก่ผู้เขียนจนสามารถทำให้การสร้างสรรค์วิทยานิพนธ์นี้สำเร็จได้ด้วยดี

จตุพล เจริญรื่น

พฤษภาคม 2565

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อ ..... ค

ABSTRACT ..... ง

กิตติกรรมประกาศ ..... ฉ

สารบัญ ..... ช

บทที่ 1 บทนำ 1

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา 1

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา 16

1.3 ขอบเขตการศึกษา 17

1.4 คำถามในการศึกษา 17

1.5 สมมติฐานในการศึกษา 18

1.6 วิธีที่ใช้ในการศึกษา 18

1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ 18

1.8 นิยามศัพท์เฉพาะ 19

บทที่ 2 แนวความคิดและหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ 20

2.1 เจตนารมณ์และทฤษฎีของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ 21

2.1.1 เจตนารมณ์แห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ 21

2.1.2 ทฤษฎีของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ 22

2.1.2.1 ทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Right Theory) 23

2.1.2.2 ทฤษฎีประโยชน์ตอบแทน (Reward Theory) 24

2.1.2.3 ทฤษฎีเหตุจูงใจ (Incentive-based Theory) 24

2.1.2.4 ทฤษฎีของเศรษฐศาสตร์สำนักคลาสสิกใหม่ (Neo-classical Economics) 25

2.1.2.5 การปรับใช้ทฤษฎีกับการคุ้มครองงานสร้างสรรค์ของผู้ทรงสิทธิ.....25
2.2 ความหมายและลักษณะของงานอันมีลิขสิทธิ์.....26
2.2.1 ความหมายของลิขสิทธิ์.....26
2.2.2 ลักษณะทั่วไปของลิขสิทธิ์.....28
2.2.2.1 ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของสิทธิ (Exclusive Rights).....28
2.2.2.2 ลิขสิทธิ์เป็นลักษณะที่ไม่มีรูปร่าง (Intangible Form).....29
2.2.2.3 ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิที่มีการจำกัดเวลา.....29
2.2.2.4 ลิขสิทธิ์เป็นสหสิทธิ.....30
2.2.2.5 ลิขสิทธิ์นั้นแยกต่างหากจากกรรมสิทธิ์.....30
2.3 ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์.....30
2.3.1 กลุ่มงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบดั่งเดิม (Traditional copyright works).....33
2.3.1.1 งานวรรณกรรม (Literary Works).....33
2.3.1.2 งานนาฏกรรม (Dramatic Works).....34
2.3.1.3 งานศิลปกรรม (Artistic Works).....34
2.3.1.4 งานดนตรีกรรม (Musical Works).....34
2.3.2 กลุ่มงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบที่พัฒนาจากงานดั่งเดิม ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียงและงานแพร่เสียงแพร่ภาพ.....34
2.3.2.1 ภาพยนตร์ (Films).....34
2.3.2.2 สิ่งบันทึกเสียง (Sound Recording Works).....35
2.3.2.3 งานแพร่เสียงแพร่ภาพ (Broadcasting Works).....35
2.3.3 กลุ่มที่เป็นเทคโนโลยี โปรแกรมคอมพิวเตอร์และฐานข้อมูล.....36
2.3.3.1 โปรแกรมคอมพิวเตอร์ (Computer Programs).....36
2.3.3.2 ฐานข้อมูล (Database).....36
2.3.4 ความสัมพันธ์ของประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์.....37

2.4 คำนิยาม หลักการ ขอบเขตและระดับของความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์.....38
2.4.1 คำนิยามของความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์.....38
2.4.1.1 คำนิยามของความคิดริเริ่ม.....38
2.4.1.2 คำนิยามความคิดสร้างสรรค์.....39
2.4.2 หลักการของความคิดริเริ่ม.....41
2.4.2.1 หลักการ Sweat of the Brow.....41
2.4.2.2 หลักการ Skill Labor and Judgement.....43
2.4.3 ขอบเขตและระดับของความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์.....44
2.4.3.1 ขอบเขตและระดับของความคิดริเริ่ม.....44
2.4.3.2 ขอบเขตและระดับของความคิดสร้างสรรค์.....48
2.4.3.3 กรณีศึกษาในส่วนของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์.....50
2.5 ความคิดเห็นและข้อโต้แย้งของความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์.....56
2.5.1 ความคิดเห็นและข้อโต้แย้งของความคิดริเริ่ม.....56
2.5.2 ความคิดเห็นและข้อโต้แย้งของความคิดสร้างสรรค์.....58
2.6 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิขสิทธิ์เพื่อสาธารณะ.....63
2.6.1 แนวคิดประโยชน์สาธารณะ (Public Interest).....63
2.6.2 แนวคิดความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order).....65
2.6.3 หลักความสมดุลระหว่างสิทธิผู้สร้างสรรค์และประโยชน์สาธารณะ.....66
2.7 กฎหมายลิขสิทธิ์กับมุมมองของเศรษฐศาสตร์ เศรษฐกิจ สังคม การเมือง และวัฒนธรรม....67
2.7.1 กฎหมายลิขสิทธิ์กับมุมมองเศรษฐศาสตร์.....73
2.7.2 กฎหมายลิขสิทธิ์กับมุมมองเศรษฐกิจ.....81
2.7.3 กฎหมายลิขสิทธิ์กับมุมมองสังคมและการเมือง.....82
2.7.4 กฎหมายลิขสิทธิ์กับมุมมองวัฒนธรรม.....90

2.8 มุมมองของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านมิติด้านเศรษฐศาสตร์ เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม 93
2.8.1 มุมมองของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านมิติด้านเศรษฐศาสตร์ 93
2.8.2 มุมมองของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านมิติด้านเศรษฐกิจ 94
2.8.3 มุมมองของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านมิติด้านสังคม 95
2.8.4 มุมมองของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านมิติด้านวัฒนธรรม 96
2.9 สรุปประเด็นสำคัญท้ายบท 97
บทที่ 3 ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ 100
3.1 หลักกฎหมายที่สำคัญของการคุ้มครองกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ 101
3.1.1 หลักดินแดน (Territoriality Principle) 101
3.1.2 หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) 102
3.1.3 หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favoured Nation Treatment) 102
3.1.4 ความสัมพันธ์ระหว่างหลักกฎหมายที่สำคัญของการคุ้มครองกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศกับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ 103
3.2 กฎหมายระหว่างประเทศ หลักเกณฑ์ในการกำหนดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ 105
3.2.1 อนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (The Berne Convention for Protection of Literary and Artistic Works) 105
3.2.1.1 เจตนารมณ์และขอบเขตการให้ความคุ้มครอง 105
3.2.1.2 หลักการพิจารณาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ 110
3.2.1.3 ระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ 112
3.2.2 ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights) 112
3.2.2.1 เจตนารมณ์และขอบเขตการให้ความคุ้มครอง 112

3.2.2.2 หลักการพิจารณาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ 118
3.2.2.3 ระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ 119
3.2.3 สนธิสัญญาขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ (The WIPO Copyright Treaty) 120
3.2.3.1 เจตนารมณ์และขอบเขตการให้ความคุ้มครอง 120
3.2.3.2 หลักการพิจารณาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ 123
3.2.3.3 ระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ 124
3.3 สรุปประเด็นสำคัญท้ายบท 124
บทที่ 4 ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ของต่างประเทศและประเทศไทย 126
4.1 ประเทศที่เศรษฐกิจพัฒนาแล้ว 127
4.1.1 สหรัฐอเมริกา 127
4.1.1.1 เหตุผล ที่มาและความสำคัญของการตรากฎหมายลิขสิทธิ์ 127
4.1.1.2 มุมมองเศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรม กับการตรากฎหมายลิขสิทธิ์ .. 130
4.1.1.3 ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภท 136
4.1.1.4 กรณีศึกษาและข้อโต้แย้งความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ 142
4.1.2 สหราชอาณาจักร 148
4.1.2.1 เหตุผล ที่มาและความสำคัญของการตรากฎหมายลิขสิทธิ์ 148
4.1.2.2 มุมมองเศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรมกับการตรากฎหมายลิขสิทธิ์ 152
4.1.2.3 ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภท 160
4.1.2.4 กรณีศึกษาและข้อโต้แย้งความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ 165
4.1.3 ประเทศญี่ปุ่น 167
4.1.3.1 เหตุผล ที่มาและความสำคัญของการตรากฎหมายลิขสิทธิ์ 167
4.1.3.2 มุมมองเศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรม กับการตรากฎหมายลิขสิทธิ์ .. 168
4.1.3.3 ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภท. 169

4.1.3.4 กรณีศึกษาและข้อโต้แย้งความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์..... 169
4.1.4 สรุปเปรียบเทียบประเทศที่เศรษฐกิจพัฒนาแล้ว..... 170
4.2 ประเทศที่เศรษฐกิจกำลังพัฒนา..... 173
4.2.1 สาธารณรัฐอินเดีย..... 173
4.2.1.1 เหตุผล ที่มาและความสำคัญของการตรากฎหมายลิขสิทธิ์..... 173
4.2.1.2 มุมมองเศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรม กับการตรากฎหมายลิขสิทธิ์.. 174
4.2.1.3 ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภท..... 176
4.2.1.4 กรณีศึกษาและข้อโต้แย้งความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์..... 177
4.2.2 ประเทศไทย..... 183
4.2.2.1 เหตุผล ที่มาและความสำคัญของการตรากฎหมายลิขสิทธิ์..... 183
4.2.2.2 มุมมอง เศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรม กับการตรากฎหมายลิขสิทธิ์. 186
4.2.2.3 ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภท..... 192
4.2.2.4 กรณีศึกษาและข้อโต้แย้งความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์..... 197
4.2.3 สรุปเปรียบเทียบประเทศที่เศรษฐกิจกำลังพัฒนา..... 213
4.3 ศึกษาเชิงเปรียบเทียบหลักการและแนวคิดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ของประเทศเศรษฐกิจพัฒนาแล้วและประเทศเศรษฐกิจกำลังพัฒนา..... 215
4.4 สรุปประเด็นสำคัญท้ายบท..... 217
บทที่ 5 วิเคราะห์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์..... 221
5.1 วิเคราะห์คำนิยาม ขอบเขต และองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์..... 222
5.1.1 คำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์..... 222
5.1.2 องค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์..... 235
5.2 วิเคราะห์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านทฤษฎีทางกฎหมายลิขสิทธิ์..... 245
5.2.1 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเจ้าของสิทธิจากงานสร้างสรรค์..... 246
5.2.2 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์..... 248

5.3 วิเคราะห์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านมิติด้านเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรม..... 251
5.3.1 ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านมิติด้านเศรษฐศาสตร์..... 252
5.3.2 ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านมิติด้านสังคม 263
5.3.3 ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านมิติด้านวัฒนธรรม..... 268
5.4 ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์..... 272
5.4.1 ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ กลุ่มที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบดั่งเดิม (Traditional Copyright Works) 277
5.4.2 ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ กลุ่มงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบที่พัฒนาจากงานดั่งเดิม..... 285
5.4.3 ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ กลุ่มที่เป็นเทคโนโลยี 293
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ..... 305
6.1 บทสรุป..... 305
6.1.1 บทสรุปขอบเขต คำนิยามและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์. 305
6.1.2 บทสรุปความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านทฤษฎีทางกฎหมายลิขสิทธิ์..... 308
6.1.3 บทสรุปความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านมิติด้านเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรม..... 309
6.1.4 บทสรุปประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์..... 311
6.2 ข้อเสนอแนะ..... 319
6.2.1 ข้อเสนอแนะในส่วนของคำนิยาม ขอบเขต และองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์..... 319
6.2.2 ข้อเสนอแนะความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านมิติด้านเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรม 321
6.2.3 ข้อเสนอแนะประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์..... 322
6.2.4 ข้อเสนอแนะในส่วนของระดับระหว่างประเทศ..... 324

บรรณานุกรม 325

ประวัติผู้เขียน 330

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบันมีการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์จำนวนมาก ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเทคโนโลยีที่พัฒนาแล้ว ยิ่งทำให้เกิดการทำซ้ำได้โดยง่าย ซึ่งการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรงต่องานสร้างสรรค์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้นความสำคัญของลิขสิทธิ์ในปัจจุบันว่ามีการคัดลอกหรือมีการทำซ้ำ ซึ่งส่วนใหญ่เวลาศาลจะตีความว่าเป็นการทำซ้ำหรือไม่ ศาลจะพิจารณาจากเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ (Originality) ประกอบกับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ว่างานที่แสดงออกมาซึ่งความคิดมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่ เพราะส่วนใหญ่แล้วจำเลยจะโต้แย้งว่าไม่ได้มีการทำซ้ำ งานที่แสดงออกมามีการคิดเพิ่มเติม ปัญหาที่สำคัญที่สุดของการโต้แย้งของจำเลยหรือเป็นกรณีที่โจทก์ที่จะเอามาเพื่อที่จะทำให้จำเลยต้องมีการพิสูจน์ก็คือ ตกลงแล้วมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์มากจนถือเป็นงานใหม่หรือไม่หรือเป็นเพียงการลอกเลียนมาจากงานเดิม

สำหรับประเภทของงานสร้างสรรค์ต่าง ๆ ของผู้สร้างสรรค์ ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์จะต้องพิจารณาถึงในกรณีดังต่อไปนี้ เป็นงานที่แสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea) เป็นงานสร้างสรรค์ที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และเป็นงานชนิดที่กฎหมายลิขสิทธิ์ได้กำหนดไว้ว่าจะให้ความคุ้มครอง โดยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ถือเป็นองค์ประกอบหลักของการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในการที่จะพัฒนาอย่างที่เห็นกันโดยชัดแจ้ง ซึ่งส่วนมากเมื่อเกิดการละเมิดลิขสิทธิ์และเกิดการฟ้องร้องกันเป็นคดีต่อศาลเป็นจำนวนมาก โดยเมื่อมีการฟ้องร้องกันก็มักจะมีการกล่าวอ้างว่าเป็นประเด็นแห่งคดีว่าเป็นการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่ก็จะเกิดข้อโย้งของคู่กรณีอีกฝ่ายว่า งานที่สร้างสรรค์ขึ้นไม่ใช่เป็นการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ เนื่องจากมีความแตกต่างในส่วนของการเป็นสาระสำคัญของงานที่สร้างสรรค์ขึ้น โดยส่วนอันเป็นสาระสำคัญที่จะบอกให้เห็นถึงความแตกต่าง ซึ่งเป็นส่วนสำคัญที่ศาลจะพิพากษาว่า งานมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่ถูกปรุงอยู่ในงานนั้นหรือไม่ ดังนั้นคำว่า ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จึงเป็นคำที่มีบทบาทหรือมีความสำคัญ ในการที่ศาลจะใช้ดุลพินิจว่าบุคคลดังกล่าวหรือจำเลยที่ถูกกล่าวหาว่าละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นจริงหรือไม่ ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จะมีผลทำให้งานนั้นเป็น

งานชิ้นอื่นที่มีความแตกต่างจากงานชิ้นดังเดิมหรือไม่ ซึ่งในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นก็มีถึงข้อโต้แย้งในส่วนของคำนิยามและขอบเขตดังกล่าวและรวมไปถึงองค์ประกอบด้วย

อนึ่งความคิดริเริ่ม (Originality) นั้นจะมาพร้อมกับความคิดสร้างสรรค์ (Creativity) เนื่องจากคำทั้ง 2 คำดังกล่าวนั้นเป็นคำที่เอื้อซึ่งกันและกัน ดังนั้นหากมีการกล่าวถึงความคิดริเริ่มแล้วก็จะต้องมีในส่วนขององค์ประกอบของความคิดสร้างสรรค์เข้ามาด้วย ซึ่งหลักการที่สำคัญก่อนที่จะมีการสร้างสรรค์คือจะต้องมีการริเริ่มก่อน แต่ว่าระดับของความคิดริเริ่มจะดูเป็นนามมธรรม แต่หากมองในส่วนของระดับความสร้างสรรค์ว่าสร้างสรรค์ออกมาในรูปแบบใดจะมองเห็นได้มากกว่า ดังนั้นเนื้อหาของวิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงขอใช้คำว่า ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

เมื่อพิจารณาถึงความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องลิขสิทธิ์ ในเรื่องของการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือภายใต้ระบอบลิขสิทธิ์นั้น ไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights) และ สนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright treaty) ต่างก็ให้หลักเกณฑ์ของลักษณะของการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์โดยการแสดงออกมาซึ่งความคิดในงานประเภทต่าง ๆ หรือความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้นต้องมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยให้ความหมายในลักษณะนี้เท่านั้น แต่อย่างไรก็ดีความตกลงระหว่างประเทศทั้ง 3 ความตกลงนี้ไม่ได้มีการให้คำนิยามและคำจำกัดความหรือขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้แต่ถือว่าเป็นประการสำคัญในการที่จะได้มาซึ่งการคุ้มครองภายใต้ระบบลิขสิทธิ์ ดังนั้นประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกในอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า และสนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการรับรอง (Adopt) ในเรื่องหลักเกณฑ์ของการได้มาซึ่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศทั้ง 3 ความตกลงไปใช้ภายในประเทศ โดยแต่ละประเทศก็จะใช้ในส่วนของคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาล การใช้ดุลพินิจของศาล หรือมีการระบุไว้เป็นลักษณะของเกณฑ์ตามแต่ละประเทศเอง ซึ่งหลักการดังกล่าวก็จะทำให้เห็นว่าแต่ละประเทศมีการใช้หลักการอย่างไรบ้างภายใต้มิติเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรม

สำหรับกรณีที่มิได้มีการให้คำจำกัดความหรือคำนิยามในเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้ในความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งมีผลทำให้เมื่อแต่ละประเทศนำมาเป็นธรรมเนียมปฏิบัติหรือประเพณีปฏิบัติให้กับศาลในการพิจารณาพิพากษา โดยอาศัยมุมองของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ซึ่งถือว่าเป็นบรรทัดฐานที่สำคัญอย่างหนึ่งในการที่จะพิจารณาว่าใครละเมิดลิขสิทธิ์ หรือว่างานนั้นจะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ แต่ก็มิได้มีการกำหนดตายตัวหรือคำจำกัดความในลักษณะเจาะจงว่าคำใหนจะต้องหมายความว่าอย่างไร ซึ่งในส่วนตรงนี้ก่อให้เกิดกรณีศึกษาต่าง ๆ ขึ้นมามากมาย

ซึ่งรวมถึงแนวคำพิพากษาที่ทำให้ต้องมาศึกษาว่าในแต่ละประเทศใช้หลักการ หลักเกณฑ์ หรือเงื่อนไขใดเข้ามาในการที่จะวิเคราะห์หรือให้บรรทัดฐานตรงนี้ ผู้เขียนจึงได้แบ่งในส่วนนี้ออกเป็นสองส่วน เพื่อที่จะทำให้เกิดการศึกษาในความแตกต่างในส่วนนี้ โดยจะยังไปสู่ผลของการกำหนดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในส่วนของคำนิยาม ขอบเขต องค์ประกอบ ระดับและในเรื่องของประเภทของงาน โดยในส่วนแรกคือกลุ่มประเทศที่เศรษฐกิจพัฒนาแล้ว ซึ่งในส่วนนี้จะศึกษาในส่วนของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรและประเทศญี่ปุ่น ในส่วนของกลุ่มที่สอง คือประเทศที่เศรษฐกิจกำลังพัฒนาซึ่งในส่วนนี้จะศึกษาในส่วนของประเทศไทยและสาธารณรัฐอินเดีย

หากพิจารณาถึงกฎหมายภายในประเทศว่าด้วยเรื่องลิขสิทธิ์ของประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นในส่วนของสหราอาณาจักรในส่วนของ Copyright Designs and Patents Act 1988 มาตรา 1 (1) (a) (b) ประเทศญี่ปุ่น ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2513 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2545 มาตรา 10 (1) สาธารณรัฐอินเดีย ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2500 มาตรา 13 (1) (a) และประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 บัญญัติถึงประเภทของงานลิขสิทธิ์ที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้การคุ้มครองไว้เท่านั้น โดยไม่ได้กล่าวถึงคำนิยามหรือคำจำกัดความในส่วนของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ว่ามีมากน้อยเพียงใด จึงจะทำให้งานสร้างสรรค์กลายเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นมาได้ อนึ่งสหรัฐอเมริกาในส่วนของ The Copyright Act 1967 มาตรา 102 (a) (b) นั้นกฎหมายได้กำหนดเอาไว้เพียงว่าลิขสิทธิ์จะมีอยู่ในงานที่ริเริ่มของผู้สร้างสรรค์โดยไม่ได้กำหนดเอาไว้ว่าอย่างไรจึงจะถือเป็น “การริเริ่มสร้างสรรค์” อันจะทำให้งานนั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายขึ้นมาได้

ในเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตรงนี้ เมื่อมิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือหลักการไว้อย่างชัดเจนแล้ว ทำให้ผู้เขียนต้องศึกษาและวิเคราะห์จากกรณีศึกษาหรือคำพิพากษาของประเทศต่าง ๆ เพื่อแสดงให้เห็นถึงมุมมองในการปรับใช้หลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่มีความแตกต่างกันในแต่ล่ะประเทศ เนื่องจากในประเด็นของการคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้น ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์มีความสำคัญต่อการที่จะนำมาเป็นหลักการ หลักเกณฑ์ที่จะวินิจฉัยว่า งานสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์นั้นเป็นงานที่เข้าครอบองค์ประกอบของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งตรงนี้จะเห็นได้จากการที่ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ดังกล่าวจะต้องเป็นการคิดในลักษณะของความสร้างสรรค์ให้เกิดขึ้นหรือริเริ่มในการที่จะเอาสิ่งใดสิ่งหนึ่งโดยใช้ความวิริยะอุตสาหะหรือความสร้างสรรค์นั้น

ในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของสหราอาณาจักร ศาลของสหราชอาณาจักรได้ใช้หลักการในคดีต่าง ๆ เรื่อยมาไม่ว่าจะเป็น ในคดี Walter v. Lane ที่ให้การคุ้มครองคำกล่าวสุนทรพจน์ที่มีการจดบันทึก ถือเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์แล้ว โดยความพยายามทักษะและเวลาที่ใช้ไปก็เพียงพอที่จะทำให้เป็นงานลิขสิทธิ์ได้ จากคำพิพากษาดังกล่าวแสดง

ให้เห็นว่าศาลของสหราชอาณาจักรใช้หลักการตามทฤษฎีหยาดเหงื่อแรงงาน (Sweat of the Brow) คือหากผู้สร้างงานได้ลงทุนลงแรง ใช้ความชำนาญ โดยศาลสหราชอาณาจักรก็ให้ความคุ้มครองอย่างงานอันมีลิขสิทธิ์

หลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หากนำไปพิจารณาถึงกรณีที่เป็นตาราง (Table) การรวบรวมงาน (Compilation) และการคัดเลือกงานและจัดลำดับงานจะเป็นงานที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับการคุ้มครองหรือหรือไม่นั้น ในคดี Blacklock & Co., Ltd v. Pearson Ltd. หนังสือมัคคุเทศก์เกี่ยวกับการเดินรถไฟในสหราชอาณาจักรซึ่งได้มีการทำดัชนีรายการสถานีรถไฟนับเป็นจำนวนพันสถานีถือเป็นงานวรรณกรรม หรือในคดี Ladbroke Football Ltd v. William Hill Football Ltd. ที่คูปองสำหรับพนันฟุตบอลซึ่งมีเพียงชื่อบริษัทผู้รับพนัน รายชื่อการแข่งขันที่สามารถพนันได้และอัตราต่อรอง ถือเป็นงานประเภทวรรณกรรมเช่นกัน จากคำพิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าศาลของสหราชอาณาจักรใช้หลักการตามทฤษฎีทักษะ แรงงานและวิจารณญาณ (Skill Labor and Judgement) ในการกำหนดหลักเกณฑ์การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ โดยหลักการของทฤษฎีมีสาระสำคัญว่า หากผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ ทักษะ การลงแรงงาน และการใช้วิจารณญาณ ในงานสร้างสรรค์แล้ว งานสร้างสรรค์นั้นนั้นย่อมเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครอง

ดังนั้นลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักรจะระบุว่างานจะต้องมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ซึ่งหมายถึง ผู้สร้างงานจะใช้ทักษะ การลงแรงงาน และการใช้วิจารณญาณตามสมควรในการผลิตผลงาน อย่างไรก็ตามทักษะ การลงแรงงาน และการใช้วิจารณญาณถือเป็นเกณฑ์ที่มีประโยชน์ในการที่จะอธิบายถึงการประเมินความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตามมาตรฐานดั้งเดิมของสหราชอาณาจักร อย่างไรก็ตามอาจตั้งข้อสังเกตได้ว่าเรื่องทักษะ การลงแรงงาน และการใช้วิจารณญาณนี้กลายเป็นคำพูดที่ไม่มีความหมายแน่ชัดและไม่ควรได้รับการมองว่าเป็นสิ่งที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจนทางกฎหมาย โดยบางครั้งศาลก็ใช้เกณฑ์นี้แบบแยกกัน กล่าวคือมีแยกพิจารณาเป็นทักษะ การลงแรงงาน และการใช้วิจารณญาณดูเป็นอย่าง ๆ ไป แต่บางทีก็ดูเป็นรวม ๆ โดยยังมีกรณีอื่น ๆ ที่ไปใช้คำว่า Work (งาน) Capital (ทุนซึ่งอาจพูดถึงทุนทางปัญญา ทางงานหรือทางสังคมก็ได้ คำนี้ความหมายกว้างมาก) Effort (ความพยายาม) Industry (ความอุตสาหะ) Time (เวลา) Knowledge (ความรู้) Taste (รสนิยม) Ingenuity (ความฉลาด) Experience (ประสบการณ์) หรือ Investment (การลงทุนหรือความทุ่มเท) ความไม่ชัดเจนเช่นนี้อาจถูกวิจารณ์ได้ว่าเป็นสิ่งที่ทำให้กฎหมายเกิดความไม่แน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลงานที่มาจากแรงงานเพียงอย่างเดียวตามทฤษฎี Sweat of the Brow นั้นเป็นความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่

ในเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์อย่างหนึ่งที่ทำให้เห็นได้ชัดเจนถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์อย่างที่หลายคนกล่าวว่า ความคิดริเริ่มจะต้องมาผนวกกับการสร้างสรรค์งานโดยความ

วิริยะอุตสาหะและความพยายามให้งานนั้นมีความแตกต่างจากงานอื่น ในส่วนตรงนี้ก็จะปรากฏได้ชัดเจนจากคดี Feist Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Company Inc. ของสหรัฐอเมริกาซึ่งทางด้านของข้อเท็จจริงที่มีการรวบรวมตรงนี้ในคดี กล่าวว่า หากเป็นเรื่องของข้อเท็จจริง ข่าวสาร หรือ สิ่งที่มีอยู่แล้วนั้นไม่สามารถที่จะเกิดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่จะถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ อันเนื่องมาจากการที่นำข้อมูลที่มีอยู่แล้วนำมาประมวลและรวบรวมโดยที่ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงการสรรค์สรรค์แต่อย่างใด ซึ่งจากกรณีศึกษาดังกล่าวมีคำสำคัญและมีนัยที่แสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ดุลพินิจ โดยการใช้หลักเกณฑ์ศาลกำลังมองว่าทางด้านของข้อเท็จจริง การรวบรวมข้อมูล การรวบรวมความจริงที่เกิดขึ้นในเชิงที่มีการใช้หรือมีการปฏิบัติกันอยู่แล้ว สิ่งดังกล่าวไม่สามารถที่จะแสดงให้เห็นถึงความสร้างสรรค์ หลักเกณฑ์ตรงนี้ที่จะนำมาวัดได้และถึงแม้ว่าจะมีในส่วนของหยาดเหงื่อและแรงงานที่กระทำออกไปแต่หยาดเหงื่อแรงงานดังกล่าวนั้นทำให้เกิดงานขึ้น แต่หยาดเหงื่อและแรงงานดังกล่าวนั้นไม่ได้ถูกพัฒนาว่าให้เกิดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ แต่เป็นหยาดเหงื่อแรงงานที่มาจากสิ่งที่มีอยู่เดิมเพียงแค่นำมารวบรวม ซึ่งจากตรงนี้แสดงให้เห็นว่า ไม่เข้าครบองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ดังนั้นก็จะเห็นได้ว่าข้อเท็จจริงที่นำมารวบรวมไม่สามารถให้การคุ้มครองอย่างงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ เพราะถือได้ว่าไม่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เลย

อนึ่งคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาข้างต้น ทำให้เกิดหลักการของทฤษฎีที่สำคัญคือหลักการของทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) โดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเกณฑ์ว่าการที่ผู้ใดสร้างสรรค์งานของตนขึ้นจากการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมารวบรวม โดยปราศจากความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยของตนแล้วงานนั้นย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

จากคดีของสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักรเป็นเรื่องที่น่าคิดว่าจะใช้ทฤษฎีใดมาวัดในเรื่องของความคิดสร้างสรรค์ ทั้งประเทศในระบบประมวลกฎหมายก็จะพิจารณาในส่วนของตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้และจะมีช่องในการให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดขึ้น ซึ่งในส่วนนี้ก็จะทำให้เกิดความแตกต่างกันของแต่ละประเทศและทำให้ศาลต้องตีความโดยใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาไปแต่ละคดีไป ซึ่งการใช้ดุลพินิจดังกล่าวทำให้เกิดความแตกต่างกันที่ไม่สามารถยอมรับในอีกประเทศหนึ่งได้ในบางกรณี ซึ่งจากตัวอย่างเช่นในคดี ในคดี Feist Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Company ซึ่งกรณีนี้สหรัฐอเมริกายอมรับได้ถึงผลการตัดสิน แต่หากคดีนี้เกิดขึ้นในสหราชอาณาจักรกลับยอมรับไม่ได้ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงมุมองที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศ

ในส่วนของประเทศญี่ปุ่น การสร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ก็ต้องอาศัยในส่วนองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และความคิดสร้างสรรค์มาเป็นหลักการประกอบเพื่อที่จะพิจารณาว่าเป็นงานลิขสิทธิ์หรือไม่ โดยกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่นในเรื่องความคิดสร้างสรรค์นั้นมีแนวทางหรือ

หลักเกณฑ์แบบเดียวกันกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา ในส่วนของศาลสูงประเทศญี่ปุ่นมีคำพิพากษารับรองว่า งานอันมีลิขสิทธิ์ต้องเป็นการแสดงออกทางความคิด (Thoughts) หรืออารมณ์ความรู้สึก (Sentiments) ของผู้สร้างสรรค์ จดหมายส่วนตัวแม้ว่าผู้เขียนจะไม่มีเจตนาเผยแพร่ข้อมูลในจดหมายก็ตาม เมื่อผู้เขียนจดหมายได้เขียนจดหมายขึ้นสมบูรณ์ จดหมายนั้นย่อมเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ เพราะตามกฎหมายลิขสิทธิ์การแสดงออกซึ่งความคิดตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น กฎหมายมิได้กำหนดรูปแบบวิธีการไว้ เพียงแต่ผู้แสดงออกทางความคิดหรืออารมณ์ดังกล่าวต้องเป็นมนุษย์เท่านั้น นอกจากนี้แม้ว่าหลักกฎหมายเรื่อง ความคิดสร้างสรรค์ (Creative) ไม่ปรากฏอยู่ตามบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ก็ตาม แต่ศาลสูงประเทศญี่ปุ่นก็ได้รับรองหลักการเรื่องความคิดสร้างสรรค์ (Creative) ไว้ในคำพิพากษา โดยศาลสูงวางแนวคำพิพากษาว่า งานอันมีลิขสิทธิ์ต้องเป็นงานในแผนกวรรณคดี ศิลปะ และดนตรี โดยผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้น

ในส่วนของสาธารณรัฐอินเดียนั้นศาลอินเดียนั้น ในคดีลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวกับหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ศาลได้นำหลักการตามทฤษฎีหยาดเหงื่อแรงงาน (Sweat of the Brow) ของสหราชอาณาจักรไปใช้พิจารณาและวินิจฉัยคดี ซึ่งต่อมาศาลได้ตีความหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นี้ไปในแง่ต่าง ๆ สิ่งนี้ทำให้เกิดหลักทฤษฎีและการตรวจสอบต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์ในการพิจารณาว่างานสร้างสรรค์ตรงตามเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่ โดยคดีที่แสดงให้เห็นว่า ศาลอินเดียได้นำหลักการของทฤษฎีทักษะและวิจารณญาณ (Skill and Judgment) ของสหราชอาณาจักร และหลักการตามทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) ไปใช้พิจารณาและวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐอินเดียคือ ในคดี Eastern Book Company v. DB modak เป็นกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์จากการเปิดตัวซอฟต์แวร์ที่มีคำตัดสิน ที่แก้ไขโดยบรรณาธิการข่าวในส่วนของการอ้างอิงโยง บันทึกย่อประกอบคำนำ บันทึกยาวซึ่งประกอบด้วยคำอธิบายสั้น ๆ ของข้อเท็จจริงและข้อความที่เกี่ยวข้องจากคำตัดสินของศาลและมาตรฐานและการจัดรูปแบบข้อความ ศาลเห็นว่าข้อมูลเหล่านี้จัดทำโดยบรรณาธิการ สามารถได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์เนื่องจากงานดังกล่าวต้องใช้ความรู้ทางกฎหมาย ทักษะและวิจารณาญาณ (Skill and Judgment) ของบรรณาธิการ ดังนั้นในส่วนของการสร้างสรรค์สิ่งเหล่านี้เพิ่มเติมจากเนื้อหาของคำพิพากษา ย่อมได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ เนื่องจากเป็นการสร้างสรรค์เป็นไปตามมาตรฐานขั้นต่ำของความคิดสร้างสรรค์ ซึ่งถือได้ว่าศาลได้นำหลักการตามทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) มาใช้เป็นหลักการและหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยคดีด้วย

ในส่วนประเทศไทยหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์ เมื่อมีคดีลิขสิทธิ์ขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษา ศาลมีความจำเป็นจะต้องใช้ดุลพินิจในการตีความและวางแนวทางในการวินิจฉัยเพื่อพิจารณาและพิพากษาคดีลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้น ซึ่งการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาพิพากษาคดีลิขสิทธิ์

ย่อมก่อให้เกิดความแตกต่างของการพิจารณาพิพากษาว่าประเภทของงานใดจะเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งในบางคดีศาลวางระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานไว้สูงมาก บางคดีศาลได้เพิ่มเติมนอกเหนือเกณฑ์ที่มีในกฎหมายลิขสิทธิ์และบางคดีกลับกำหนดขั้นของงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้ต่ำมาก

ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลไทยในคำพิพากษาฎีกาจะพบว่าศาลฎีกาวางระดับของการสร้างสรรค์ไว้สูงมาก โดยศาลฎีกากำหนดคำว่า “ระดับความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์” ขึ้นมาเพิ่มเติมนอกเหนือเกณฑ์ที่มีในกฎหมายลิขสิทธิ์[1] คือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19305/2555 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7121/2552 โดย ดร.จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ ได้ให้หมายเหตุไว้ท้ายคำพิพากษาว่า จากคำพิพากษาในปัจจุบันดูเหมือนมีการวางแนวหรือกำหนดเงื่อนไขของงานอันมีลิขสิทธิ์ในคำพิพากษาศาลฎีกาบางฉบับ และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในคำพิพากษาแต่ละฉบับดูจะมีความแตกต่างกันด้วย ยกตัวอย่างเช่น คดีนางอัปสร (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7121/2552) โจทก์ร่วมอ้างลิขสิทธิ์งานประติมากรรมผนังดินเผานูนต่ำ ที่โจทก์ร่วมสร้างขึ้นโดยนำแบบจากรูปนางอัปสรในงานขอมโบราณมาดัดแปลง งานประติมากรรมของโจทก์ร่วมจึงเป็นงานสร้างสรรค์ที่เปลี่ยนรูปแบบของงานจากภาพจิตรกรรมเดิมมาเป็นงานประติมากรรมใหม่ โดยมีการดัดแปลงงานบางส่วน อย่างใดก็ตาม คดีนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าโจทก์ร่วมไม่ได้ลิขสิทธิ์งานประติมากรรมดังกล่าว เพราะเป็นความวิริยะอุตสาหะในการทำซ้ำหรือดัดแปลง มิอาจถือเป็นความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์งานถึงขนาดที่จะได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งดูเหมือนเป็นการวางเงื่อนไขเพิ่มเติมจากกฎหมายว่า ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์จะเป็นการดัดแปลงไม่ได้ แม้ถึงขนาดมีการเปลี่ยนรูปแบบของงานจากภาพเป็นงานประติมากรรมก็ยังไม่เพียงพอและในคดีตุ๊กตารูปช้าง (คำพิพากษาศาลฎีกาที 19305/2555) โจทก์ร่วมทำตุ๊กตารูปช้างจากผ้าไหมและผ้าฝ้ายโดยนำแบบจากรูปช้างทรงเครื่องที่อยู่ในธงราชนาวีไทยและธงชาติไทยในอดีตมาดัดแปลง งานตุ๊กตาช้างผ้าของโจทก์ร่วมจึงเป็นการสร้างงานใหม่ที่เปลี่ยนรูปแบบของงานเดิมที่เป็นภาพในธงมาเป็นตุ๊กตาผ้าใหม่เลยโดยมีการดัดแปลงงาน บางส่วน คดีนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ความสำคัญอยู่ที่ได้ทำงานโดยใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์หรือไม่ และงานมีที่มาหรือต้นกำเนิดจากบุคคลนั้นโดยมิได้คัดลอก ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานอื่นหรือไม่ และศาลฎีกาวินิจฉัยว่าตุ๊กตารูปช้างดังกล่าว ถือไม่ได้ว่าเป็นงานที่ทำขึ้นโดยใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์ของโจทก์ร่วม จึงไม่ใช่ผู้สร้างสรรค์ ซึ่งดูเหมือนเป็นการวางเงื่อนไขเพิ่มเติมจากกฎหมาย 2 ประการ ว่า (1) ได้ทำงานโดยใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์หรือไม่ และ (2) งานนั้นมีที่มาหรือต้น

---

[1] จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, **หลักเหตุผลของการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา** (วิทยานิพนธ์ปริญญาดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 265.

กำเนิดจากบุคคลนั้น โดยมิได้คัดลอกหรือดัดแปลงจากงานอื่น งานของโจทก์ร่วมในคดีนี้ แม้ถึงขนาดมีการเปลี่ยนรูปแบบของงานจากภาพช้างมาเป็นตุ๊กตาผ้าโดยมีการดัดแปลงบางส่วนก็ยังไม่เพียงพอ

การกำหนดเงื่อนไขเพิ่มดังกล่าวอาจมีข้อโต้แย้งทางวิชาการว่าเป็นการ สร้างเงื่อนไขของงานลิขสิทธิ์ไว้สูงกว่าในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และมาตรฐานสากล โดยเงื่อนไขที่เพิ่มขึ้นน่าจะก่อให้เกิดความไม่แน่นอนแก่ผู้สร้างสรรค์งานมากพอสมควร ยิ่งหากเงื่อนไขถูกปรับเปลี่ยนไปในแต่ละคดีน่าจะเป็นภาระมาก ยิ่งกว่านั้นเงื่อนไขที่ถึงขนาด “ห้ามดัดแปลงงาน” เป็นการสร้างมาตรฐานงานอันมีลิขสิทธิ์ที่สูงมาก เพราะงานที่ถึงขนาด “มีที่มาหรือต้นกำเนิดจากบุคคลนั้น” น่าจะหายากมากขึ้นทุกวัน

นอกจากคำพิพากษา 2 คำพิพากษาฎีกาข้างต้น ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาหลายฉบับที่วินิจฉัยระดับการสร้างสรรค์ไปในทางเดียวกัน เป็นผลต่อเนื่องให้งานสร้างสรรค์ที่จะถึงขนาดได้รับลิขสิทธิ์ของไทยเป็นเรื่องยากและกลายเป็นความเสี่ยงทางกฎหมายของทุกฝ่ายที่ไม่อาจแน่ใจได้ว่างานที่เห็นกันมาช้านานแต่ละชิ้นจะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ จนกว่าจะมีการฟ้องคดีและจนกว่าจะได้คำวินิจฉัยเป็นที่สุดเป็นกรณี ๆ ไป ผลกระทบในระยะยาว น่าจะกระทบต่อการสร้างสรรค์งานใหม่มากขึ้นตามลำดับ และกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยจำเป็นต้องพัฒนาไปในทางที่สอดคล้องกับมาตรฐานสากลมากขึ้นและเชื่อว่าศาลไทยจะปรับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์โดยคำนึงถึงมาตรฐานสากลมากขึ้นตามลำดับ

อนึ่งสำหรับคำพิพากษาของศาลฎีกาของประเทศไทยในปัจจุบัน งานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้น จะมีลักษณะเป็นหลายหลายแนวทางที่ศาลได้วินิจฉัยไว้ต่อไปนี้

1) งานสร้างสรรค์ที่สร้างสรรค์ขึ้น ไม่จำเป็นต้องเป็นงานที่สร้างสรรค์ที่ใหม่แต่จะต้องแสดงถึงความวิริยะอุตสาหะของผู้สร้างสรรค์ กล่าวคือ งานสร้างสรรค์ไม่จำเป็นต้องเป็นงานใหม่ที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน อาจเป็นงานที่มีอยู่แล้วก็ได้แต่งานนั้นจะต้องเกิดจากการสร้างสรรค์ด้วยความวิริยะอุตสาหะ ซึ่งแสดงออกซึ่งความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ โดยเป็นงานที่มีมาจากตัวผู้สร้างสรรค์นั่นเอง และเป็นงานที่ไม่ได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงมาจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต

2) งานสร้างสรรค์ที่สร้างสร้างสรรค์ขึ้น ต้องมีลักษณะเป็นงานที่แสดงถึงการใช้ความรู้ความสามารถ สติปัญญาที่เพียงพอถึงขนาดของผู้สร้างสรรค์

3) งานสร้างสรรค์ที่สร้างสรรค์ขึ้น ผู้สร้างสรรค์จะต้องสร้างสรรค์ด้วยตนเอง โดยใช้ความรู้ ความสามารถในฐานะผู้สร้างสรรค์งานด้วยการทุ่มเทความรู้ วิจารณญาณ ฝีมือ แรงงาน

4) งานสร้างสรรค์ที่สร้างสรรค์ขึ้น มีลักษณะเป็นงานสร้างสรรค์อันควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย กล่าวคือ ต้องไม่เป็นเพียงงานที่มีลักษณะในทำนองเดียวกับสิ่งสามัญที่มีอยู่แล้วโดยทั่วไปโดยไม่ได้มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์รวมอยู่ด้วยอย่างมีนัยสำคัญ

5) งานสร้างสรรค์ที่สร้างสรรค์ขึ้น ต้องมีความริเริ่มสร้างสรรค์ไม่ใช่เป็นเพียงงานลอกเลียนทำซ้ำงานที่มีอยู่แล้ว กล่าวคือ ต้องมีส่วนที่เป็นความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ในงานนั้นด้วย การนำงานสร้างสรรค์สรรค์ของบุคคลอื่นมาใช้ แม้จะมีการกระทำกับงานนั้นแต่ไม่ถึงขนาดเป็นการสร้างสรรค์สิ่งใดขึ้น กรณียังไม่ใช่งานสร้างสรรค์ที่อาจได้รับความคุ้มครอง

ในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นมีความเชื่อมโยงกับมิติเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรมของประเทศต่าง ๆ หรือไม่อย่างไรนั้น ผู้เขียนเห็นว่าในส่วนของประเทศต่าง ๆ ก็ยึดโยงหลักการในลักษณะเช่นนี้แต่ก็ยังคงเป็นปัญหาเดิม กล่าวคือผู้เขียนได้ตั้งประเด็นไว้ในข้อที่ 1 ผู้เขียนได้ตั้งข้อสังเกตหรือกำหนดประเด็นการศึกษาไป แต่ทั้งนี้ความแตกต่างดังกล่าวจะพิจารณาผ่านมุมมองหลักที่สำคัญก็คือว่า ในเมื่อประเทศต่าง ๆ มีความแตกต่างนอกเหนือจากมิติเศรษฐศาสตร์และระบบเศรษฐกิจที่แตกต่างกันแล้ว ยังรวมไปถึงในส่วนของสังคม การเมือง และวัฒนธรรมอีกด้วย ซึ่งปัจจัยตรงนี้เป็นส่วนสร้างให้เห็นถึงมุมมองความแตกต่างในการกำหนดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในภาพรวมดังต่อไปนี้

ในเรื่องของมิติด้านเศรษฐศาสตร์กับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นก็จะพบได้ว่า การแสดงออกซึ่งความคิดที่อาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นมีความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกับมิติด้านเศรษฐศาสตร์ กล่าวคือการที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างหรือผลิตผลงานสร้างสรรค์ขึ้นมาแล้ว งานสร้างสรรค์ดังกล่าวได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ อันเนื่องมาจากงานนั้นมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และงานนั้นก็สามารถทำให้เกิดประโยชน์ได้ ซึ่งก็คือประโยชน์ทางด้านการเงิน (Cost of Expression) กล่าวคือเป็นการแสดงออกมาซึ่งให้ได้ค่าของเงินซึ่งถือได้ว่าคือคุณค่าทางเศรษฐศาสตร์ที่ตัวของลิขสิทธิ์ให้มา ดังนั้นในส่วนของลิขสิทธิ์นั้นการแสดงออกซึ่งความคิดนั้นไม่สามารถที่จะขาดในส่วนของหลักการความคิดริเริ่มและหลักการของความคิดสร้างสรรค์ในงานที่สร้างสรรค์ขึ้น การแสดงออกซึ่งความคิดดังกล่าวยังมีผลทำให้ผู้สร้างสรรค์ได้รับรายได้เป็นเงินไม่ว่าจะเป็นรายได้จากการขายหนังสือ รายได้จากงานภาพยนตร์หรือรายได้จากการอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งถือว่ารายได้ดังกล่าวที่ผู้สร้างสรรค์ได้มาในลักษณะประโยชน์ทางด้านการเงิน ซึ่งในส่วนนี้ถือได้ว่าเป็นคุณค่าทางเศรษฐศาสตร์ที่ลิขสิทธิ์ให้มา

หากพิจารณาว่ามองถึงรายละเอียดลงไปในเนื้อหามิติเศรษฐศาสตร์เชื่อมโยงกับรายละเอียดของมิติเศรษฐกิจก็จะพบว่าเรื่องของเศรษฐกิจเป็นตัวฐานวัดว่าถ้าหากมีงานอันมีลิขสิทธิ์ ไม่ว่าจะเป็นงานภาพยนตร์ งานดนตรีกรรม งานเหล่านั้นก็จะสร้างคุณค่าให้กับเศรษฐกิจเพราะว่าเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจในการซื้อขาย ในลักษณะดังกล่าวนั้นก็มีผลต่อการที่จะดูว่างานใดมีการซ้ำซ้อนหรืองานใดมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ซึ่งตรงนี้จะไปผนวกกับเศรษฐกิจ เนื่องจากเศรษฐกิจมีความสัมพันธ์กับการคิดคำนวนมูลค่าของตัวลิขสิทธิ์และจากลิขสิทธิ์ตรงนี้จะได้มาก็เลยไปผูกติดกับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ถึงจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยส่วนใหญ่แล้วประเทศที่ใช้

ในเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์มีการคุ้มครองงานสร้างสรรค์ประเภทของงานลิขสิทธิ์ ก็จะเป็นประเทศที่จะเน้นคุณค่าทางด้านเศรษฐกิจนำพาให้เกิดการเจริญเติบโตทางด้านเศรษฐกิจของประเทศต่อไป

ในส่วนของมิติด้านสังคมกับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้น หากพิจารณาถึงในเรื่องการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ในส่วนของบทบัญญัติ ข้อ 27 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights) แล้วถ้าหากมีการสนับสนุนหรือส่งเสริมให้มีการคุ้มครองบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเช่นทางด้านลิขสิทธิ์เป็นต้น ในขณะเดียวกันการรักษาให้เกิดความสมดุลให้กับบุคคลที่เป็นเจ้าของและผู้ใช้ให้เข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ตรงนี้ก็จะแสดงให้เห็นได้เลยว่างานที่เกิดขึ้นไม่ใช่หมายถึงว่าพอมีการแสดงออกซึ่งความคิดงานนั้นจะได้มาซึ่งลิขสิทธิ์โดยประการเดียว แต่ว่าเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดที่จะต้องไปผูกติดว่าการแสดงออกซึ่งความคิดออกมาอย่างมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์พอมีการแสดงออกมาในลักษณะนี้ก็จะเป็นการสร้างคุณค่าให้กับงานดังกล่าวในสังคมที่มีการผลิตทางด้านงานอันมีลิขสิทธิ์มากขึ้นและบุคคลในสังคมสามารถที่จะเข้าถึงงานลิขสิทธิ์ในลักษณะดังกล่าวได้โดยที่อยู่บนพื้นฐานหลักเกณฑ์ทางลิขสิทธิ์ได้ดี

อนึ่งในปัจจุบันมีการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ต่าง ๆ เพื่อการแสวงหากำไรเกิดขึ้นในสังคมในหลายกรณี ซึ่งถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น ซึ่งหากพิจารณาโดยมีมุมมองจากความเป็นจริงแล้วจะเห็นได้เลยว่า การทำซ้ำเพื่อแสวงหากำไรดังกล่าวตรงจุดนี้เป็นปัญหาทางสังคมอย่างหนึ่งว่า ทางด้านลิขสิทธิ์หากเป็นการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นไปเรื่อย ๆ แน่นอนว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือความคิดสร้างสรรค์ก็ย่อมจะไม่เกิดขึ้นโดยเด็ดขาด แต่ถ้าหากว่ามีการสนับสนุนหรือส่งเสริมให้มีหลักเกณฑ์ในการที่จะมาวัดว่า ระดับใหนควรที่จะมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือระดับใหนถือว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ถูกต้องตามหลักเกณฑ์แล้ว ก็จะมีผลทำให้สังคมได้มีงานที่ได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยอยู่ในมาตรฐานที่มีความเป็นไปได้ และอยู่ในมาตรฐานที่มีความเป็นไปได้และอยู่ในมาตรฐานคุณภาพที่จะสามารถรับได้ในแง่ของทฤษฎีหยาดเหงื่อแรงงาน (Sweat of the Brow) ทฤษฎีทักษะ แรงงานและวิจารณญาณ (Skill Labor and Judgement) และทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine)

สำหรับความแตกต่างในเรื่องของข้อมูลข่าวสารและผลงานสร้างสรรค์ที่เกิดจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ระหว่างกลุ่มประเทศเศรษฐกิจพัฒนาแล้วกับกลุ่มของประเทศที่เศรษฐกิจกำลังพัฒนาก็จะพบว่า ในส่วนของประเทศที่เศรษฐกิจกำลังพัฒนาก็เป็นประเทศผู้ที่ใช้ผลงานหรือข้อมูลข่าวสารของประเทศที่เศรษฐกิจพัฒนาแล้วมาเป็นแนวทางในการสร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ โดยประเทศเศรษฐกิจกำลังพัฒนาส่วนใหญ่จึงเป็นประเทศผู้ใช้ข้อมูลข่าวสารมากว่าการเป็นผู้สร้างสรรค์ ดังนั้นในมิติทางด้านสังคมที่จะนำมาวัดในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และในส่วนของระดับความคิดริเริ่ม

สร้างสรรค์เมื่อเทียบกับประเทศที่เศรษฐกิจพัฒนาแล้วในส่วนนี้จะค่อนข้างน้อย ในส่วนของประเทศเศรษฐกิจพัฒนาแล้วเป็นประเทศที่มีผลงานสร้างสรรค์และมีองค์ความรู้จำนวนมาก ทั้งยังมีผลงานสร้างสรรค์ที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ และมีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หลากหลาย โดยมีผู้ผลิตก็มีจำนวนมากหรือศักยภาพต่อการสร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ประเภทต่าง ๆ ดังนั้นในประเทศเศรษฐกิจกำลังพัฒนาจึงยังเป็นประเทศที่ยังต้องการองค์ความรู้ต่าง ๆ จำนวนมาก ทั้งในส่วนของผู้ผลิตก็มีจำนวนน้อยหรือศักยภาพก็ยังไม่เพียงพอต่อการสร้างสรรค์ เพราะฉะนั้นงานสร้างสรรค์ใด ๆ ของประเทศเศรษฐกิจกำลังพัฒนา จึงมักจะไปอ้างอิงงานต่าง ๆ มาจากจากประเทศที่เป็นผู้ผลิตงานสร้างสรรค์มากกว่า เพราะสังคมมีความแตกต่างกันในระดับของประเทศที่เป็นผู้ใช้กับประเทศที่เป็นผู้ผลิตหรือผู้สร้างสรรค์ จึงมีผลต่อระดับความสร้างสรรค์ โดยที่ประเทศเศรษฐกิจพัฒนาแล้วจะมีความเข้มข้นมากกว่าประเทศเศรษฐกิจกำลังพัฒนา แต่ในส่วนของประเทศที่เป็นผู้ใช้ข้อมูล พอมีการปรับเปลี่ยนเล็กน้อย ระดับของความสร้างสรรค์ก็จะไปมีผลต่อการที่จะได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ เนื่องจากเป็นการดัดแปลงงานมากกว่าการสร้างสรรค์งานขึ้นมา เพื่อที่จะให้แตกต่างในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ดังนั้นสังคมของประเทศเศรษฐกิจกำลังพัฒนาหรือประเทศผู้ใช้ข้อมูล กับประเทศเศรษฐกิจพัฒนาแล้วหรือประเทศของผู้ทรงสิทธิ จึงมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน ในเรื่องของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และการได้มาซึ่งการคุ้มครองตามกฎหมาย

ในเรื่องของมิติด้านวัฒนธรรมกับในเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ เพื่อที่จะคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ จะมีความแตกต่างกันระหว่างประเทศต่าง ๆ หากพิจารณาถึงในส่วนของ แนวคิดประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) และ แนวคิดความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order) มาเป็นหลักในการพิจารณา โดยประโยชนสาธารณะ ถือเป็นวัตถุประสงคขั้นพื้นฐานที่สังคมพึงประสงคเพื่อประโยชนของคนทุกคนในสังคม แต่ความสงบเรียบร้อยของประชาชน เกิดจากต้องรักษาความสงบสุขของสังคม ซึ่งมิติด้านวัฒนธรรมที่สะท้อนได้ดีที่สุดของงานสร้างสรรค์ประเภทภาพยนตร์ของแต่ล่ะประเทศ ตัวอย่างเช่นหากมีการนำเข้ามาซึ่งงานภาพยนตร์ลามกอนาจารอันมีลิขสิทธิ์ของต่างประเทศโดยงานที่นำเข้ามาในประเทศไทย มีลักษณะเป็นงานที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งตามบทบัญญัติของกฎหมายไทยตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้นไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า งานที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี เช่น งานที่ก่อให้เกิดความไม่สงบภายในประเทศ งานลามกอนาจาร จะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ แต่ประทศไทยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3705/2530 ซึ่งได้วินิจฉัยไว้ว่า ลิขสิทธิ์ที่บุคคลสามารถเป็นเจ้าของได้ จะต้องเป็นลิขสิทธิ์ในงานที่ตนสร้างสรรค์โดยชอบด้วยกฎหมาย งานที่มีภาพลามกอนาจาร ไม่ใช่งานสร้างสรรค์ แต่หากพิจารณาถึงคดีของต่างประเทศที่เคยพิพากษาไว้ในคดี Mitchel Brothers Film Group V. Cinema Adult Theater ว่าตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกานั้นจะให้ความคุ้มครองลิสิทธิ์แก่งานโดยไม่คำนึงถึงข้อจำกัด และการใด

จะเป็นสิ่งลามกอนาจารหรือไม่นั้น ศาลไม่อาจตัดสินได้ เพราะเป็นดุลยพินิจของสังคมในแต่ละยุคสมัย ดังนั้นสื่อลามกอนาจาร คือภาพยนตร์เรื่อง Behind the Green Door ของโจทก์จึงเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย แม้จะเป็นงานอันลามกอนาจาร (Obscene) ก็ตาม การที่จำเลยทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์จึงถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์นั่นเอง

อนึ่งในส่วนของค่านิยม (Values) ที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศ โดยประเทศไทยนั้นให้ความสำคัญกับค่านิยมที่เกิดขึ้นในสังคม ซึ่งโดยเฉพาะค่านิยมในเรื่องการร่วมเพศ ดังนั้นการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3705/2530 ของประเทศไทยที่วางเงื่อนไขการคุ้มครองลิขสิทธิ์ว่า งานนั้นจะต้องเป็นลิขสิทธิ์ในงานที่ตนสร้างสรรค์โดยชอบด้วยกฎหมาย งานที่มีภาพลามกอนาจารการร่วมเพศ ไม่ใช่งานสร้างสรรค์ที่ได้รับการคุ้มครอง แต่เมื่อนำไปเปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกาแล้วค่านิยมที่เกิดขึ้นในสังคมมีความแตกต่างกับประเทศไทยดั่งเช่นในคดี Mitchel brothers Film Group V. Cinema Adult Theater ตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกานั้นจะให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งานโดยไม่คำนึงถึงข้อจำกัด และการใดจะเป็นสิ่งลามกอนาจารหรือไม่นั้น ศาลไม่อาจตัดสินได้เพราะเป็นดุลยพินิจของสังคมในแต่ละยุคสมัย

จากคำพิพากษาของศาลประเทศไทยและของศาลสหรัฐอเมริกามีความแตกต่างกันในเรื่องการให้ความคุ้มครอง งานอันมีลิขสิทธิ์ที่แตกต่างกันโดย ประเทศไทยไม่ให้ความคุ้มครอง งานที่มีภาพลามกอนาจาร ไม่ใช่งานสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่สหรัฐอเมริกากลับให้ความคุ้มครองงานอันลามกอนาจาร ดังนั้นหากมีความแตกต่างของกฎหมายที่ใช้บังคับในแต่ละประเทศในการให้ความคุ้มครอง งานที่มีภาพลามกอนาจาร ซึ่งประเทศหนึ่งไม่ให้ความคุ้มครองเพราะไม่ใช่งานสร้างสรรค์และอีกประเทศหนึ่งให้ความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผลมาจากความแตกต่างทางด้านมิติวัฒนธรรมที่เปลี่ยนแลงไปตามสถานที่และเวลา

ในส่วนของประเด็นสุดท้ายที่มีความสำคัญ คือประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งจะกำหนดในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่มีความแตกต่างกันในงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภทและนอกหนือจากตรงนี้สิ่งหนึ่งที่สำคัญก็คือว่า ในเรื่องของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไม่สามารถใช้เกณฑ์ที่ตายตัวแน่นอนได้กับงานอันมีลิขสิทธิ์ทุกประเภท เพราะว่างานอันมีลิขสิทธิ์บางประเภท ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ต้องมีมากขึ้นซ้อนไปอีกชั้น เพราะได้รวมงานประเภทต่าง ๆ อาทิงานวรรณกรรม งานดนตรีกรรมรวมเข้าไปด้วยในงานสร้างสรรค์ขึ้นมา เช่นงานภาพยนตร์ หรืองานบางประเภทถูกตั้งข้อสงสัยว่าเป็นงานที่จะมีในส่วนของระดับความคิดสร้างสรรค์หรือไม่ เช่นงานแพร่เสียงแพร่ภาพดังนั้นโดยส่วนใหญ่เองเมื่อกล่าวถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดสร้างสรรค์ ซึ่งต้องมีการแบ่งรูปแบบของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่จะศึกษาออกเป็น 3 กลุ่มคือ

1) กลุ่มงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบดั่งเดิม (Traditional Copyright Work) งานวรรณกรรม งานศิลปกรรม งานนาฏกรรม และงานดนตรีกรรม

2) กลุ่มงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบที่พัฒนาจากงานดั่งเดิม ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียงและงานแพร่เสียงแพร่ภาพ

3) กลุ่มงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทเป็นเทคโนโลยี โปรแกรมคอมพิวเตอร์และฐานข้อมูล

ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเป็นตัวพิสูจน์ที่น่าสนใจ ในการที่จะนำมาใช้เพื่อพิสูจน์ว่าระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ว่ามีแค่ไหนที่จะได้รับการยอมรับว่างานนั้นจะสามารถได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ผู้เขียนจึงขอวิเคราะห์ประเภทของงาน โดยผ่านทางด้านของประเภทในกลุ่มต่าง ๆ ได้แก่ทางด้านของข้อมูลที่ผ่านคดี Feist Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Company, Inc. ของศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาที่มีลักษณะเป็นข้อเท็จจริง โดยพิจารณากับงานดนตรีกรรม งานแพร่เสียงแพร่ภาพในลักษณะที่เป็นเกมโชว์หรือทอล์คโชว์ ซึ่งงานในลักษณะแบบนี้จะอยู่ในเครื่องหมายคำถามว่า เป็นงานที่สามารถที่จะมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือระดับของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จริงหรือไม่ เนื่องจากมีลักษณะเป็นข้อมูล ข้อเท็จจริง หรือเป็นการรวบรวมข้อเท็จจริงเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการแพร่เสียงแพร่ภาพที่เป็นลักษณะของการถ่ายทอดสดที่ไม่อาจรู้ได้เลยว่างานในลักษณะดังกล่าวอะไรคือ ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์มีหรือไม่ สำหรับในส่วนของงานดนตรีกรรมก็เช่นกัน แค่ไหนที่จะคิดว่ามีความเหมาะสมที่จะเรียกว่ามีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แล้วเนื่องจากงานทางด้านดนตรีกรรมนั้นสามารถที่จะเกิดแรงบันดาลใจจากที่ต่าง ๆ ได้ สำหรับในส่วนของเกมโชว์หรือทอล์คโชว์นั้นเมื่อมีการคิดงานขึ้นมาแล้วก็มีการถ่ายทอดออกไปเป็นรายการเกมโชว์หรือทอล์คโชว์แล้วสิ่งใดคือความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่จะนำมาใช้พิจารณาจากงานลักษณะแบบนี้ซึ่งจะมีความแตกต่างอย่างเห็นได้ชัดกับงานที่เป็นหนังสือหรือภาพยนตร์ อนึ่งสำหรับในส่วนของเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์กับการสร้างสรรค์งานประเภทต่าง ๆ ออกมาจะพิจารณาอย่างไรว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดสร้างสรรค์ของเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์นั้นสามารถให้ได้หรือไม่

จากกรณีงานดังกล่าวข้างต้นก็จะเห็นได้เลยว่ารูปแบบของงานต่าง ๆ สร้างให้เห็นว่าความสำคัญของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นส่งผลให้กับการที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ผู้เขียนจึงนำเรื่องประเภทของงานเข้ามาเป็นอีกองค์ประกอบหนึ่งในการวิเคราะห์เรื่องนี้แน่นอนว่าตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือข้อตกลงระหว่างประเทศก็ไม่สามารถให้คำนิยามหรือหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนได้ทุกอย่างจะต้องอาศัยหลักการจากทฤษฎีหยาดเหงื่อแรงงาน (Sweat of the Brow) และทฤษฎีทักษะ แรงงานและวิจารณญาณ (Skill Labor and Judgement) ทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) และ

ทางด้านของขอบเขตต่าง ๆ ดังนั้นก็จะเห็นได้เลยว่าการที่สหราชอาณาจักรใช้ ทฤษฎีหยาดเหงื่อแรงงานและ ทฤษฎีทักษะ แรงงานและวิจารณญาณ ส่วนสหรัฐอเมริกาใช้ทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยกับงานต่าง ๆ ที่สร้างสรรค์ขึ้นโดยอาศัยการปรับใช้หลักการของทฤษฎี ดังนั้นการที่จะบอกว่าประเทศนี้มีความเข้มข้นมากว่าหรือประเทศนี้มีความเข้มข้นน้อยกว่าตรงนี้ยังไม่สามารถกล่าวได้ทำให้ผู้เขียนต้องมาวิเคราะห์ว่า การใช้หลักเกณฑ์เหล่านี้มาได้อย่างไรโดยมีประวัติศาสตร์หรือเบื้องหลังอย่างไร

ในส่วนที่สำคัญอีกส่วนหนึ่งก็คือในส่วนของมิติเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรมต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานประเภทต่าง ๆ ซึ่งหากมองในมุมของมิติต่าง ๆ แล้วจะส่งผลกระทบต่องานแต่ละประเภทหรือไม่นั้น หากมองในมุมของมิติเศรษฐกิจ ก็จะพบว่าในขณะที่มีข้อสงสัยหรือในข้อที่เป็นมาตรวัดที่สำคัญต่อการที่จะสร้างสรรค์งานเขียนนิยายขึ้นมาสักเรื่องหนึ่งแล้วได้มาซึ่งการมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จะต้องมีองค์ประกอบอะไรบ้างเพื่อให้ได้มาซึ่งงานนั้นไม่ว่าจะเป็นงานภาพยนตร์ งานดนตรีกรรม งานนาฏกรรม หรืองานวรรณกรรม ซึ่งงานในส่วนนี้ค่อนข้างเห็นได้อย่างชัดเจนมาก ๆ แต่เมื่อได้มีการพิจารณามาแล้วในหัวข้อที่แล้วเกี่ยวกับการถ่ายทอดสดในลักษณะประเภทการแข่งขันกีฬาหรือการถ่ายทอดประเภทอื่นลักษณะเช่นว่านี้ซึ่งจะต้องพิจารณาในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์กับการถ่ายทอดสดแบบนี้ซึ่งเป็นเรื่องของการแพร่เสียงแพร่ภาพ แต่ในขณะเดียวกันมีมุมมองทางด้านเศรษฐกิจที่สำคัญเข้ามาเป็นองค์ประกอบภายในในการที่จะพิจารณาตรงจุดนี้ กล่าวคือหากพิจารณาถึงการถ่ายทอดการแข่งขันฟุตบอลพรีเมียร์ลีกของสหราชอาณาจักรก็จะพบว่าการถ่ายทอดการแข่งขันฟุตบอลดังกล่าวเป็นเรื่องเศรษฐกิจ ในประเด็นที่มีการอนุญาตให้มีการถ่ายทอดสดไปสู่ประเทศไทยและประเทศอื่น ๆ ได้ ดังนั้นหากมีบุคคลใดละเมิดโดยไม่ได้รับอนุญาตก็จะถือว่าเป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในการถ่ายทอดสดงานแพร่เสียงแพร่ภาพ ดังนั้นเท่ากับมองว่าในงานทุกงานที่อาจจะเกิดขึ้นนั้นเป็นผลทางด้านเศรษฐกิจที่จะเกิดขึ้น ซึ่งโดยปกตินั้นการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักรนั้นจะต้องอาศัยองค์ประกอบอันเป็นหลักเกณฑ์หรือหลักการของทฤษฎีหยาดเหงื่อแรงงาน (Sweat of the Brow) หรือ ทฤษฎีทักษะ แรงงานและวิจารญาณ (Skill Labor and Judgement) มาเป็นหลักเกณฑ์หรือหลักการที่จะเป็นนำมาพิจารณาว่าเป็นงานสร้างสรรค์ที่เข้าครบองค์ประกอบของงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ แต่หากเป็นงานแพร่เสียงแพร่ภาพในการถ่ายทอดสดการแข่งขันกีฬากลับไม่ได้มองถึงประเด็นนี้เป็นสำคัญแต่อย่างใด แต่เป็นเพียงวิธีการใดวิธีการหนึ่งโดยการตั้งกล้องแล้วก็ถ่ายทอดสดลักษณะอย่างนี้เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้อย่างไร ซึ่งหากมองในมิติเศรษฐกิจการอนุญาตให้มีการถ่ายทอดสดในกีฬาประเภทนี้มีมูลค่าทางเศรษฐกิจมหาศาล เนื่องจากไม่ใช่แค่การขายบัตรการแข่งขันและมานั่งดูในสนามฟุตบอลเท่านั้นแต่การถ่ายทอดสดการแข่งขันฟุตบอลดังกล่าวก็เป็นประเภทหนึ่งของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่สร้างมูลค่าอย่างมหาศาลเหมือนกัน อนึ่งหากการถ่ายทอดสด

การแข่งขันฟุตบอลดังกล่าวถ้าปรากฏว่าไม่ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ งานลักษณะแบบนี้ก็จะถูกละเมิดได้โดยง่าย หากหลักในเรื่องการมองเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์กับตัวของมาตรวัดในเรื่องของเศรษฐกิจ ก็ทำให้ต้องมองว่าในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แค่ตรงนี้ก็ถือว่ามีแล้ว เพราะว่าเป็นประเภทหนึ่งของงานแพร่เสียงแพร่ภาพอันเนื่องมาจากมีมูลค่าทางเศรษฐกิจ ซึ่งถือได้ว่างานแพร่เสียงแพร่ภาพในการถ่ายทอดสดการแข่งขันฟุตบอลยึดอยู่ซึ่งกันและกันกับมูลค่าทางเศรษฐกิจของสหราชอาณาจักร

อนึ่งในกรณีที่มีการบันทึกงานไว้แล้วต่อมามีการนำงานออกแพร่เสียงแพร่ภาพในภายหลังนั้นก็ยังคงเป็นคำถามอยู่ว่า ลักษณะดังกล่าวอยู่ภายใต้การบันทึกและมีการถ่ายทอดในภายหลังโดยบุคคลผู้เป็นเจ้าของ ซึ่งการแพร่เสียงแพร่ภาพดังกล่าวจะสามารถที่จะถือว่างานแพร่เสียงแพร่ภาพเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ก็ยังมีความคลุมเครืออยู่ว่ามีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และมีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานลักษณะดังกล่าวมากน้อยแค่ไหน จึงเป็นอีกประเด็นที่ทำให้ผู้เขียนจำต้องมาวิเคราะห์ในจุดนี้ด้วย

จากประเด็นดังกล่าวในเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์ข้างต้น ผู้เขียนจึงขอสรุปประเด็นในการศึกษาไว้ทั้งหมด 4 ประเด็น เพื่อที่จะได้วิเคราะห์ดังนี้

1) วิเคราะห์คำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์
2) วิเคราะห์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านทฤษฎีทางกฎหมายลิขสิทธิ์
3) วิเคราะห์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านมิติเศรษฐศาสตร์ มิติสังคม และมิติวัฒนธรรม
4) วิเคราะห์ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

ในประเด็นดังกล่าวทั้งหมดทำให้ผู้เขียนต้องการที่จะศึกษาใน 4 ประเด็นตรงนี้ โดยการเปรียบเทียบในส่วนของต่างประเทศ และการใช้ดุลพินิจของศาล คำพิพากษา กรณีศึกษาและรวมไปถึงหลักกการทางลิขสิทธิ์ เพื่อที่จะทำให้เห็นองค์ประกอบที่สำคัญว่าควรจะมีหลักการหรือหลักเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์อย่างไร เพื่อที่จะให้เหมาะสมกับการที่จะนำไปใช้ไม่ว่าจะเป็นในส่วนของศาลหรือผู้ที่จะวางนโยบายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ ทั้งนี้มองในด้านมิติเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรมมาเป็นองค์ประกอบที่จะแสดงให้เห็นว่า ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ควรจะขึ้นอยู่กับมิติดังกล่าวด้วยหรือไม่

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1) เพื่อศึกษาแนวคิด หลักการในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ในระบอบลิขสิทธิ์ รวมถึงประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ เขตอำนาจศาล การใช้ดุลพินิจของศาล ในการที่จะพิจารณาเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์

2) เพื่อศึกษากรอบและหลักเกณฑ์การกำหนดของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ในระบอบลิขสิทธิ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ เพื่อที่จะทำให้เห็นถึงมุมมองของความตกลงที่ประเทศต่าง ๆ มีความคิดร่วมกันในการเข้ามาเป็นภาคีสมาชิกของกฎหมายระหว่างประเทศแต่ละฉบับ โดยทำให้เห็นว่าแต่ละประเทศมีความคิดเห็นอย่างไรในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งจะเป็นแนวทางสำหรับการพิจารณาถึงการกำหนดกรอบและหลักเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ได้อย่างเหมาะสมและสมดุลต่อไป

3) เพื่อศึกษาและเปรียบเทียบความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ในระบอบลิขสิทธิ์ ภายใต้กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย ว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร

4) เพื่อศึกษาปัญหาหรือบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ในระบอบลิขสิทธิ์ ในประเด็นคำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์และทฤษฎีที่นำมาปรับใช้ โดยมีผลกระทบจากมิติเศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรมต่อการกำหนดระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

5) เพื่อเสนอแนวทางที่จะนำมาพัฒนาหลักการในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ในระบอบลิขสิทธิ์ผ่านมิติเศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรม เพื่อจะทำให้เกิดการพัฒนาให้เป็นมาตรฐานเดียวกันของการพิจารณาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย

1.3 ขอบเขตการศึกษา

ขอบเขตของการศึกษานั้นในส่วนขอบเขตของเนื้อหาศึกษาตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ทั้งฉบับเชื่อมโยงกับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ในอดีตและปัจจุบันเพื่อให้เห็นถึงเหตุผลที่มาและแนวความคิดของกฎหมาย และพัฒนาการของกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย ทั้งนี้จะศึกษาลงไปในรายละเอียดของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ ทั้งในส่วนตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องและคำพิพากษาศาลฎีกาด้วย

ในส่วนของความตกลงระหว่างประเทศนั้นมีขอบเขตของการศึกษาที่เน้นหนักไปในส่วนของอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights) เป็นสำคัญเนื่องจากประเทศไทยได้เข้าร่วมในอนุสัญญาและความตกลงดังกล่าวแล้ว สำหรับในส่วนของสนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty) ก็อยู่ในขอบเขตที่จะนำมาศึกษาประกอบด้วยเช่นกัน

ในส่วนของกฎหมายต่างประเทศซึ่งจะแบ่งขอบเขตการศึกษาออกเป็น 2 ส่วนคือ ประเทศที่เศรษฐกิจพัฒนาแล้ว ซึ่งประกอบด้วยสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรและญี่ปุ่น และประเทศที่เศรษฐกิจกำลังพัฒนา ซึ่งประกอบด้วยสาธารณรัฐอินเดียและไทย จากนั้นจะกล่าวถึงหลักการและแนวคิดของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ของแต่ละประเทศ ที่ทำให้ได้มาซึ่งงานสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภท

1.4 คำถามในการศึกษา

1) ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ควรที่จะมีหลักเกณฑ์ในการกำหนดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ว่าควรเป็นอย่างไร หรือกำหนดความเหมาะสมของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ว่าควรมีลักษณะแบบใด เพื่อที่จะทำให้งานดังกล่าวสามารถได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์

2) ความแตกต่างในด้านมิติทางเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรม มีผลกระทบต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในลักษณะใดได้บ้างและผลกระทบดังกล่าวจะทำให้การวัดระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในแต่ละกลุ่มประเทศมีความแตกต่างกันอย่างไร

1.5 สมมติฐานในการศึกษา

ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันยังไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ซึ่งมีผลทำให้ในหลายประเทศได้มีการกำหนดความเหมือนหรือความแตกต่างกันอันส่งผลกระทบต่อการตีความ การที่จะยึดถือว่าสิ่งใดควรเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญ หรือส่งผลกระทบต่อบรรทัดฐานในการที่จะมองภาพเหล่านี้ให้เกิดความชัดเจน และรวมไปถึงการที่แต่ละประเภทของงานลิขสิทธิ์ก็มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่แตกต่างกัน จึงไม่สามารถที่จะมองทางด้านหลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่งเป็นการเฉพาะ ดังนั้นจึงควรมีหลักเกณฑ์เพื่อที่จะให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องหรือศาลสามารถใช้ดุลพินิจโดยผ่านมุมมองที่เกี่ยวข้องกับมิติเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรม

1.6 วิธีที่ใช้ในการศึกษา

เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยข้อมูลที่นำมาใช้ประกอบการศึกษาวิทยานิพนธ์นี้ คือการศึกษาข้อมูลจากเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้าจากตำรา หนังสือ บทความทางวิชาการ ข้อเขียนวิชาการ สารนิพนธ์ วิทยานิพนธ์ งานวิจัย คำพิพากษา ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ รวมถึงอนุสัญญา สนธิสัญญา ความตกลงระหว่างประเทศและกฎหมายภายในแต่ละประเทศ ทั้งยกตัวอย่างประกอบโดยสืบค้นข้อมูลมาจากแหล่งข้อมูลต่าง ๆ เช่นฐานข้อมูลของกรมทรัพย์สินทางปัญญาและฐานข้อมูลขององค์การระหว่างประเทศที่สำคัญ รวมทั้งความเห็นของผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แล้วนำข้อมูลที่ได้มาศึกษาวิจัยวิเคราะห์เปรียบเทียบอย่างเป็นระบบ เพื่อเสนอแนะในการแก้ไข ปรับปรุงและพัฒนาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยต่อไป

1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1) เข้าใจแนวคิด หลักการในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ในระบอบลิขสิทธิ์ รวมถึงประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ เขตอำนาจศาล การใช้ดุลพินิจของศาล ในการที่จะพิจารณาเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์

2) เข้าใจถึงกรอบและหลักเกณฑ์การกำหนดของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ในระบอบลิขสิทธิ์ ตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือ

ข้อตกลงระหว่างประเทศ เพื่อที่จะทำให้เห็นถึงมุมมองของความตกลง ที่ประเทศต่าง ๆ มีความคิดร่วมกันในการเข้ามาเป็นภาคีสมาชิกของกฎหมายระหว่างประเทศแต่ละฉบับ โดยทำให้เห็นว่าแต่ละประเทศมีความคิดเห็นอย่างไรในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งจะเป็นแนวทางสำหรับการพิจารณาถึงการกำหนดกรอบและหลักเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดสร้างสรรค์ได้อย่างเหมาะสมและสมดุล

3) สามารถวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบในประเด็นเกี่ยวกับ คำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ในระบอบลิขสิทธิ์ ภายใต้กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย

4) สามารถอภิปรายผลโดยการวิเคราะห์ปัญหาหรือบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ในระบอบลิขสิทธิ์ ในประเด็นขอบเขต คำนิยามและองค์ประกอบความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์และทฤษฎีที่นำมาปรับใช้ โดยมีผลกระทบจากมิติเศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรมต่อการกำหนดระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

5) สามารถเสนอแนวทางที่จะนำมาพัฒนาหลักการในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ในระบอบลิขสิทธิ์ผ่านมิติเศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรม เพื่อจะทำให้เกิดการพัฒนาให้เป็นมาตรฐานเดียวกันของการพิจารณาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย

1.8 นิยามศัพท์เฉพาะ

ความคิดริเริ่ม (Originality) หมายความว่า ความเชื่อมโยงอันเกิดเกิดขึ้นระหว่างความนึกคิดของผู้สร้างสรรค์กับงานซึ่งมาจากน้ำมือของบุคคลนั้น และบุคคลนั้นจะต้องใช้ความรู้ความชำนาญ ความสามารถ (Skill) และความอุตสาหะพยายาม (Labor) ตลอดจนวิจารณญาณ (Judgement) ของตนเอง ไม่ได้คัดลอกมาจากงานที่อื่น

ความคิดสร้างสรรค์ (Creativity) หมายความว่า ความคิดที่เกิดจากปัญญาของมนุษย์ โดยเป็นการเริ่มต้นที่เกิดจากกระบวนการคิดที่เกิดจากสมอง ซึ่งสามารถคิดได้หลากหลายรูปแบบในการคิดค้นสร้างสรรค์ผลงานให้ เกิดเป็นรูปแบบต่าง ๆ โดยความคิดสร้างสรรค์นี้เป็นจุดเริ่มต้นของทรัพย์สินทางปัญญา

ผู้สร้างสรรค์ หมายความว่า ผู้ทำหรือผู้ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์อย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์

บทที่ 2

แนวความคิดและหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์

ในส่วนของแนวคิดและหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ (Originality) นั้น เริ่มต้นจากจากวัตถุประสงค์ของการศึกษาที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 1 กล่าวคือเพื่อศึกษาแนวคิด หลักการในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ในระบอบลิขสิทธิ์ รวมถึงประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ เขตอำนาจศาล การใช้ดุลพินิจของศาล ในการที่จะพิจารณาเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยเนื้อหาของบทที่ 2 นี้ จะเป็นบทที่ศึกษาในเรื่องของแนวความคิดและหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ ซึ่งการศึกษาดังกล่าวมุ่งเน้นไปในทางแนวคิด ทฤษฎีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลิขสิทธิ์ เพื่อที่จะใช้เป็นแนวทางในการศึกษาเกี่ยวกับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมิลิขสิทธิ์แต่ละประเภท ซึ่งการศึกษาในบทที่ 2 จะเริ่มศึกษาจากเจตนารมณ์และทฤษฎีของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ เพื่อที่จะทำให้ผู้ศึกษารับรู้ได้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์มีเจตนารมณ์อย่างไรในการบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ขึ้นมา สำหรับในส่วนความหมายและลักษณะของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ศึกษาก็เพื่อที่จะได้ทำให้เห็นมุมมองต่างของการให้ความหมายของนักวิชาการและการตีความของศาลถึงความหมายของลิขสิทธิ์ ในส่วนประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ศึกษาก็มีแนวทางจากกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นแนวทางในการจัดประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่จะทำการศึกษาถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ตลอดจนศึกษาเชื่อมโยงไปถึงความสัมพันธ์ของประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

ในส่วนที่จะต้องพิจารณาถึงก็คือ ส่วนของหลักการ คำนิยาม ขอบเขตและระดับของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ซึ่งถือได้ว่าเป็นจุดสำคัญที่จะทำให้เห็นถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ได้ชัดเจนขึ้น เพราะทั้งคำนิยามและหลักการจะทำให้เห็นในมุมของจุดเริ่มต้นและหลักการที่นำมาเป็นแนวทางในการคิดวิเคราะห์ต่อไป โดยมีในส่วนของขอบเขตและระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตัวที่แสดงให้เห็นถึงรายละเอียดเพิ่มขึ้นอีกด้วย ซึ่งมีความคิดเห็นและข้อโต้แย้งของความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์เป็นข้อมูลที่ทำให้เห็นถึงมุมมองต่าง ๆ ของความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์ได้ชัดเจนยิ่งขึ้น

ในส่วนแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์เพื่อสาธารณะ ก็จะศึกษาถึงแนวคิดประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) และ แนวคิดความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order) ควบคู่กันไป เพื่อที่จะหาหลักความสมดุลระหว่างสิทธิผู้สร้างสรรค์และประโยชน์สาธารณะ (Need to

Balance) ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ว่าระดับใดจะมีความสมดุลระหว่างผู้สร้างสรรค์และประโยชน์สาธารณะต่อไป

สำหรับการศึกษาที่สำคัญในบทที่ 2 นี้ก็คือในส่วนของการพัฒนากฎหมายลิขสิทธิ์กับมุมมองของเศรษฐศาสตร์ เศรษฐกิจ สังคม การเมือง และวัฒนธรรม ซึ่งจะทำให้เห็นถึงมุมมองเบื้องหลังของการพัฒนากฎหมายลิขสิทธิ์กับประเภทของงานสร้างสรรค์ต่าง ๆ ผ่านนักคิดทางด้านเศรษฐศาสตร์ นักคิดทางด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมือง ตลอดจนบริบททางด้านวัฒนธรรมที่มีผลต่อลิขสิทธิ์ ซึ่งจะให้เชื่อมโยงไปสู่มุมมองของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านมิติด้านเศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรมอีกด้วย

จากการศึกษาในบทที่ 2 จะทำให้ได้รู้แนวความคิดหรือหลักการของความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์ ก็เพื่อที่จะทำให้ผู้ศึกษาได้นำเนื้อหาในส่วนนี้สำหรับเป็นรากฐานของแนวความคิดที่จะนำไปสู่การวิเคราะห์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ได้อย่างเป็นระบบและมีหลักเกณฑ์ที่จะนำไปใช้เป็นข้อมูลในการคิดวิเคราะห์ว่างานที่สร้างสรรค์ขึ้นที่จะเป็นงานที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์มีทฤษฎี แนวคิด และหลักการใดสนับสนุนอยู่บ้าง เพื่อนำไปสู่ความเกี่ยวโยงและความเชื่อมโยงกับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ผ่านมิติเศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรมได้อย่างเข้าใจ

2.1 เจตนารมณ์และทฤษฎีของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์

2.1.1 เจตนารมณ์แห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์[2]

แนวความคิดในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์นั้น มีที่มาจากหลักการในทางเศรษฐกิจที่ว่าผู้ใดได้ทำการสร้างสรรค์สิ่งใดขึ้นมาก็สมควรเป็นผู้ที่สามารถหาประโยชน์จากสิ่งที่ตนเองได้สร้างสรรค์นั้น เพื่อให้คุ้มค่ากับการใช้ความวิริยะอุตสาหะตลอดจนความคิดในการสร้างสรรค์และการให้ความคุ้มครองประโยชน์นี้จะเป็นแรงจูงใจให้บุคคลทั่วไปสร้างสรรค์งานในลักษณะต่าง ๆ ตามแรงบันดาลใจที่เกิดขึ้น รวมทั้งความปรารถนาที่จะเผยแพร่งานของตนให้สาธารณชนได้มีโอกาสรับอรรถรสทางความคิด เช่น นักประพันธ์ย่อมมีกำลังใจที่จะประพันธ์นิยายที่มีคุณภาพขึ้นมาให้ประชาชนได้รับความสุขจากการอ่าน หากนักประพันธ์ได้รับค่าตอบแทนจากสำนักพิมพ์ในผลงานที่ตนสร้างสรรค์นั้น มากกว่าการที่ถูกสำนักพิมพ์เอาเปรียบ โดยการนำงานไปพิมพ์จำหน่ายโดยมิได้ให้ผลตอบแทน หรือให้แต่เพียงเล็กน้อย เป็นต้น นอกจากนี้การที่ผู้สร้างสรรค์มี

---

[2] ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญา**, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2559), หน้า 49-50.

สิทธิ์ที่ได้รับค่าตอบแทนยังเป็นผลทำให้บุคคลผู้รักการสร้างสรรค์ผลงานสามารถยังชีพอยู่ได้ในสังคมจากค่าตอบแทนที่ตนมีสิทธิ์ได้รับเหล่านั้น

อย่างไรก็ตาม แม้แนวความคิดในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ดังที่กล่าวมาจะเป็นสิ่งที่สมเหตุสมผล แต่ผลกระทบต่อประโยชน์ของสาธารณชนย่อมสมควรจะต้องได้รับการพิจารณาเช่นกัน ดังนั้นการคุ้มครองลิขสิทธิ์จึงต้องมีขอบเขตจำกัดยิ่งกว่าสิทธิในตัวทรัพย์ที่เกิดจากการสร้างสรรค์ทางปัญญานั้น ดังจะเห็นได้จากหลักการที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติ ข้อ 27 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Article 27 of The Universal Declaration of Human Rights) ซึ่งกำหนดไว้ว่า

1) ทุกคนมีสิทธิที่จะเข้าร่วมในชีวิตทางวัฒนธรรมของประชาชนโดยอิสระ ที่จะบันเทิงใจในศิลปะและที่จะมีส่วนในความรุดหน้าและคุณประโยชน์ทางวิทยาศาสตร์

2) ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองผลประโยชน์ทางศีลธรรมและวัตถุอันเป็นผลจากการประดิษฐ์กรรมใด ๆ ทางวิทยาศาสตร์ วรรณกรรม และศิลปกรรม ซึ่งตนเป็นผู้สร้าง

หากพิจารณาหลักการในปฏิญญานี้ จะเห็นได้ว่าตามวรรคสองของข้อ 27 ได้กำหนดให้ผู้สร้างสรรค์ มีสิทธิเรียกร้องทางทรัพย์สินจากงานที่ตนได้สร้างสรรค์นั้น แต่ในวรรคแรกกลับเน้นถึงสาธารณประโยชน์ซึ่งมีความจำเป็นในการมิให้มีการจำกัดผลประโยชน์ของสังคมจากการใช้ประโยชน์ในงานสร้างสรรค์ เพราะผลประโยชน์ของประชาชนย่อมเป็นสิ่งสูงสุด ด้วยเหตุผลเช่นนี้ จึงเป็นสิ่งสำคัญในการที่จะต้องกำหนดให้กฎหมายลิขสิทธิ์มีบทบัญญัติอันเอื้ออำนวยต่อการทำให้เกิดความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์และสาธารณชน รวมทั้งผู้มีกรรมสิทธิ์ในลิขสิทธิ์ของงานที่แตกต่างออกไป เช่นผลประโยชน์ของผู้ประพันธ์ดนตรีและของผู้ผลิตงานบันทึกเสียงจากบทเพลงนั้น หรือผลประโยชน์ของผู้ประพันธ์วรรณกรรมและสำนักพิมพ์ เป็นต้น โดยในบางกรณีอาจมีผลประโยชน์ที่ขัดกัน อันทำให้มีความต้องการที่แต่ละฝ่ายจะแสวงหาปฏิบัติการอย่างยุติธรรมภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย ดังนั้นสมดุลอันเหมาะสมซึ่งก่อให้เกิดการประสานผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมด้วยการกำหนดให้แต่ล่ะฝ่ายต่างได้รับประโยชน์อย่างเท่าเทียมกันและเหมาะสมภายใต้กฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศจึงเป็นสิ่งที่ต่างแสวงหา

2.1.2 ทฤษฎีของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์

สำหรับเหตุผลและความจำเป็นของกฎหมายลิขสิทธิ์ มีทฤษฎีลิขสิทธิ์ ที่สำนักคิดพยายามหาเหตุผลและความจำเป็นของการมีกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยทฤษฎีทำสำคัญของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ดังต่อไปนี้[3]

---

[3] Lionel Bently and Brad Sherman, **Intellectual Property Law**, 3rd ed. (New York: Oxford University, 2008): p. 35.

2.1.2.1 ทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Right Theory)

ทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ มีสาระสำคัญในส่วนของเหตุผลว่ารัฐควรให้ความคุ้มครองงานของผู้สร้างสรรค์ เพราะงานของผู้สร้างสรรค์เป็นผลผลิตจากแรงงาน ความคิด และแรงบันดาลใจของผู้ สร้างสรรค์ จนอาจกล่าวได้ว่างานสร้างสรรค์เป็นส่วนขยาย (Extension) ของความเป็นตัวตนของผู้ สร้างสรรค์ ผู้สร้างสรรค์จึงควรมีความเป็นเจ้าของงานสร้างสรรค์นั้น นักปรัชญาชาวอังกฤษคนสำคัญคือ John Locke ถือเป็นนักปรัชญาคนแรกที่วางหลักการ พื้นฐานแห่งการดำรงอยู่ของทรัพย์สินส่วนบุคคล หรือสังหาริมทรัพย์ (Private Property) ในทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Right Theory) โดย Locke วางหลักว่า บุคคลย่อมมีสิทธิโดยธรรมชาติแห่ง ทรัพย์สินในตัวของเขาเองเมื่อบุคคลใดก่อตั้งสิทธิอันใดด้วยแรงงานของเขา เจ้าของทรัพย์สินย่อมมีสิทธิ ในการจัดการทรัพย์สินของตน แนวคิดดังกล่าวกลับกลายเป็นสัญญาประชาคม ที่ปัจเจกบุคคลยอมรับ และใช้เป็นพลังในการต่อรองกับรัฐบาลเพื่อรับประกันการคุ้มครองหลักการพื้นฐานแห่งสิทธิตามธรรมชาติอันเกี่ยวกับชีวิต เสรีภาพและทรัพย์สิน[4] นอกจากนี้ John Locke ยังกล่าวในหนังสือ The Two Treaties of Government (1690) Book II, Chapter 5 เกี่ยวกับที่มาแห่งสิทธิในทรัพย์สินที่มีความเชื่อมโยงกับสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Right) และนำแนวความคิดเกี่ยวกับแรงงานมาใช้อธิบายความสัมพันธ์ในทรัพย์สิน เรียกว่า ทฤษฎีแรงงาน เกี่ยวกับทรัพย์สิน (Labour Theory of Property) โดย Locke เห็นว่าแรงงานไม่ได้มีอิทธิพลในเรื่องบ่อ เกิดของทรัพย์สินแต่แรงงานมีบทบาทสำคัญต่อปรัชญาแห่งธรรมชาติของชุมชน[5] โดย Locke มองว่าทรัพย์สินเป็นสิ่งที่มนุษย์ได้มาจากแรงงานที่ใช้กำลังกายและทรัพยากรที่มีอยู่ตามธรรมชาติแปรเปลี่ยนเป็นงานสร้างสรรค์ และผู้ลงแรงงานนี้ควรจะมีสิทธิในทรัพย์สินนั้นอย่างสมบูรณ์สามารถจัดการ กับทรัพย์สินนั้นได้โดยอิสระ[6] แต่แนวคิดดังกล่าวเกิดขึ้นบนพื้นฐานของความเชื่อทางศาสนาที่เชื่อว่าพระเจ้าเป็นผู้มอบสิ่งของแก่มนุษย์เพื่อให้ใช้ประโยชน์ ทฤษฎีแรงงานเกี่ยวกับทรัพย์สินจึงเป็นทฤษฎีที่ใช้ใน การอธิบายถึงสิทธิในทรัพย์สินหรือสิ่งที่มีรูปร่างเท่านั้น ไม่ได้มุ่งหมายเพื่อใช้อธิบายถึงสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง สิ่งที่เป็นนามธรรม หรือทรัพย์สินทาง

---

[4] Samantha J. Hepburn, **Principles of Property Law**, 3rd ed. (London: Cavendish, 2006), p. 6.

[5] Peter Drahos, **A Philosophy of Intellectual Property** (London: Dartmouth, 2001), p. 41.

[6] Adam D. Moore, "A Lockean Theory of Intellectual Property," **Hamline Law Review** 21 (Fall 1997): 65-108.

ปัญญาแต่อย่างใด แต่นักคิดทฤษฎียุคใหม่นำทฤษฎีดังกล่าวมาปรับใช้ และตีความครอบคลุมถึงทรัพย์สินทางปัญญาด้วย[7]

อนึ่งการได้สิทธิในทรัพย์ตามทฤษฎีดังกล่าวมีข้อจากัดที่ John Locke ได้กำหนดไว้ 2 ประการ ประการแรกคือ การใช้แรงงานเพื่อก่อให้เกิดสิทธิในทรัพย์นั้น สิทธิที่เกิดขึ้นนั้นเป็นสิทธิเท่าที่เพียงพอสาหรับเจ้าของ และมีเหลืออย่างเหมาะสมสาหรับบุคคลอื่น ๆ ในสังคม และประการที่สอง การก่อให้เกิดสิทธิในทรัพย์ดังกล่าวจะเป็นไปได้เพียงบุคลคลใดบุคคลหนึ่งสามารถใช้ประโยชน์ได้ก่อนที่ทรัพย์นั้นจะเสียไป และเท่าที่บุคคลนั้นจะสามารถใช้แรงงานของตนปรุงแต่งให้เกิดสิทธิในทรัพย์นั้นได้เท่านั้น ซึ่งประการแรกนั้นสามารถนามาปรับใช้กับทรัพย์สินทางปัญญาได้โดยตรง แต่ประการหลังอาจนำมาใช้โดยตรงไม่ได้ในส่วนการใช้ประโยชน์ก่อนที่ทรัพย์จะเสียไป เนื่องจากลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่เสื่อมสลายหรือหมดไป จึงเป็นหน้าที่ของกฎหมายที่ต้องกำหนดระยะเวลาไว้อย่างเหมาะสม อีกส่วนหนึ่งของประการที่สองที่เหลือก็สามารถนำมาปรับใช้กับทรัพย์สินทางปัญญาได้โดยตรง[8]

2.1.2.2 ทฤษฎีประโยชน์ตอบแทน (Reward Theory)

ทฤษฎีประโยชน์ตอบแทน มีสาระสำคัญในส่วนของเหตุผลว่ารัฐควรให้ประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้สร้างสรรค์ เพื่อเป็นการตอบแทนการที่ผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความอุตสาหะสร้างสรรค์งานนั้นขึ้นให้สาธารณชนได้ศึกษาเรียนรู้ โดยลิขสิทธิ์เป็นประโยชน์ตอบแทนที่เหมาะสม เพราะสาธารณชนจะเป็นผู้กำหนดว่า ผู้สร้างสรรค์จะได้รับประโยชน์ตอบแทนเท่าใด กล่าวคือหากงานอันมีลิขสิทธิ์มีคุณประโยชน์มาก สาธารณชนย่อมให้ความสนใจงานนั้นมาก อันจะนำไปสู่ผลประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์ซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในที่สุด

2.1.2.3 ทฤษฎีเหตุจูงใจ (Incentive-based Theory)

ทฤษฎีเหตุจูงใจ มีสาระสำคัญในส่วนของเหตุผลว่ารัฐควรให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ เพราะการให้ความคุ้มครองดังกล่าวจะเป็นการกระตุ้นให้เกิดการสร้างสรรค์ในระดับสูงสุด (Optimum) อันจะ เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชนมากที่สุด ซึ่งหากปราศจากการให้ความคุ้มครองโดยสิขสิทธิ์แล้ว ผู้ สร้างสรรค์ย่อมมีความกังวลว่างานสร้างสรรค์ของตนจะถูกนำไปใช้โดยที่ตนไม่ได้รับประโยชน์ตอบแทนใด ๆ และเลือกที่จะไม่สร้างสรรค์งานขึ้นมาในที่สุด อันจะทำให้ปริมาณการสร้างสรรค์ลดน้อยลง หรืออาจไม่มีการสร้างสรรค์งานบางประเภทเกิดขึ้นเลย ทฤษฎีเหตุจูงใจให้

---

[7] Jon M. Garon, “Normative Copyright: A Conceptual Framework for Copyright Philosophy,” **Cornell Law Review** 88, 5 (July 2003): 1296.

[8] จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ และภูมินทร์ บุตรอินทร์, **ประวัติศาสตร์และแนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา** (กรุงเทพมหานคร: เดือนตุลา, 2560), หน้า 80-83.

เหตุผลโดยใช้ประโยชน์สาธารณะเป็นตัวตั้ง ซึ่งแตกต่างจากทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติและทฤษฎีประโยชน์ตอบแทนที่ให้เหตุผลโดยใช้ผู้สร้างสรรค์เป็นตัวตั้ง

2.1.2.4 ทฤษฎีของเศรษฐศาสตร์สำนักคลาสสิกใหม่ (Neo-classical Economics)

ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์สำนักคลาสสิกใหม่ มีสาระสำคัญในส่วนของเหตุผลที่เชื่อว่าคุณค่า (Value) ใด ๆ ควรค่าแก่การได้รับความคุ้มครองทั้งสิ้น และการคุ้มครองให้บุคคลเป็นเจ้าของทรัพยากรใด ๆ ย่อมทำให้ทรัพยากรนั้นถูกใช้ประโยชน์อย่างคุ้มค่ามากที่สุด ในทางตรงกันข้าม การให้ทรัพยากรใด ๆ เป็นของส่วนรวมหรือไม่มีบุคคลใดเป็นเจ้าของเลย ทรัพยากรนั้นย่อมถูกใช้เกินสมควร อันทำให้คุณค่าในทรัพยากรนั้นลดลง อนึ่งในฐานะที่งานสร้างสรรค์ประเภทต่าง ๆ เป็นสิ่งที่มีคุณค่าอย่างใดอย่างหนึ่ง รัฐต้องคุ้มครองงานสร้างสรรค์เหล่านั้น การไม่ให้ความคุ้มครองย่อมทำให้คุณค่าในงานนั้นลดลงและหายไปในที่สุด ตัวอย่างเช่น หากรัฐไม่ให้ความคุ้มครองสิ่งบันทึกเสียง ย่อมทำให้สิ่งบันทึกเสียงที่ถูกสร้างสรรค์ขึ้นถูกใช้ไปโดยอิสระ ทำให้คุณค่าในงานประเภทสิ่งบันทึกเสียงลดน้อยลงจนสาธารณชนไม่ให้ความสนใจในการสร้างสรรค์สิ่งบันทึกเสียงในที่สุด

2.1.2.5 การปรับใช้ทฤษฎีกับการคุ้มครองงานสร้างสรรค์ของผู้ทรงสิทธิ

งานสร้างสรรค์ เมื่อนำไปปรับใช้ทฤษฎีต่าง ๆ โดยทฤษฎีเหล่านี้จะมุ่งผลไปที่ผลของงานสร้างสรรค์ โดยที่ทฤษฎีเหล่านี้มิได้ดูที่ระดับความสร้างสรรค์แต่ประการใด เพราะการปรับใช้ในส่วนของทฤษฎีกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ คือผลงานหรือผลผลิตของงาน แต่ไม่พิจารณาถึงกระบวนการในการผลิตงาน โดยทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติจะเป็นทฤษฎีคุ้มครองผู้สร้างสรรค์ ทฤษฎีการให้รางวัลก็มุ่งการคุ้มครองผู้สร้างสรรค์ผลงานเช่นเดียวกัน ซึ่งสามารถปรับวิเคราะห์ได้ดังนี้

ทฤษฎีของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์นั้น ผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นมานั้นก็เปรียบเสมือนผู้ทรงสิทธิ จากทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ จะเห็นได้ว่าผู้สร้างสรรค์ก็จะได้รับการคุ้มครองตามสิทธิตามทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ มิได้พิจารณาว่าผู้สร้างสรรค์ที่สร้างสรรค์งานขึ้นมีระดับความสร้างสรรค์เท่าใด แต่ในขณะเดียวกันเมื่อใดก็ตามทฤษฎีประโยชน์ตอบแทนนั้น ก็จะเห็นได้เลยว่า ถ้าเมื่อใดก็ตาม บุคคลได้มาซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์จากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของบุคคล บุคคลผู้สร้างสรรค์งานนั้นขึ้นมารัฐก็ย่อมให้ประโยชน์ตอบแทนกับบุคคลผู้สร้างสรรค์ เพื่อเป็นการตอบแทนความวิริยะอุสาหะทั้งยังเกิดประโยชน์ต่อสังคมและสาธารณชนอีกด้วย ส่วนการที่รัฐจะให้ประโยชน์กับผู้สร้างสรรค์ รัฐก็จะต้องมีบรรทัดฐานขึ้นมาก่อนว่า งานของบุคคลเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์จริงหรือไม่ ได้มีการคัดลอก ได้มีการละเมิดหรือไม่ ก็ต้องพิจารณาในส่วนของกฎหมายลิขสิทธิ์ต่อไปในการให้ความคุ้มครอง

ในส่วนของทฤษฎีเหตุจูงใจ ก็มีส่วนสำคัญเนื่องจากหากผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์งานโดยมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระดับที่กฎหมายให้ความคุ้มครองงานได้ ภาครัฐก็ต้องให้ความ

คุ้มครองต่องานที่สร้างสรรค์ขึ้น เพื่อที่จะได้เป็นแรงจูงใจให้กับเจ้าของผลงานสร้างสรรค์ สร้างสรรค์ผลงานออกมาสู่สังคมและสาธารณชนเรื่อย ๆ

ทฤษฎีของเศรษฐศาสตร์สำนักคลาสสิกใหม่ ที่จะให้ความสำคัญกับคำว่า คุณค่า (Value) ที่ควรได้รับความคุ้มครอง ดังนั้นเมื่อผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์งานขึ้นมาด้วยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของตน จึงเป็นงานสร้างสรรค์ที่ควรค่า หรือทรงคุณค่า ต่อการที่ภาครัฐจะต้องให้ความคุ้มครองงานสร้างสรรค์นั้น เพื่อที่จะได้เพิ่มพูนงานสร้างสรรค์ให้เกิดและมีขึ้นอย่างต่อเนื่อง

จากการปรับใช้ทฤษฎีกับการคุ้มครองงานสร้างสรรค์ของผู้ทรงสิทธิ จะเห็นได้เลยว่าทฤษฎีเหล่านี้ กล่าวคือเป็นทฤษฎีที่ทำให้กรอบชัดขึ้นมาว่า การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์หรือใครก็ตามที่คิดงานสร้างสรรค์ขึ้นมาโดยมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ผู้สร้างสรรค์ก็เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานประเภทดังกล่าว แต่ว่าทฤษฎีเหล่านี้ก็ไม่ได้มีการกำหนดคำนิยามหรือจำกัดความของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้แต่อย่างใด แต่ก็ถือว่าการจะได้มาซึ่งคนที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น หลักก็คือต้องมีความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์

หากสรุปในส่วนของทฤษฎีเชื่อมโยงกับความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์แล้วจะเห็นได้ว่า งานสร้างสรรค์ที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น เมื่อนำทฤษฎีดังกล่าวมาปรับใช้แล้วจะเห็นได้ชัดว่าทฤษฎีต่าง ๆ จะมุ่งเน้นไปที่ผลงานที่สร้างสรรค์ออกมา โดยทฤษฎีเหล่านี้มิได้กล่าวถึงระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์

2.2 ความหมายและลักษณะของงานอันมีลิขสิทธิ์

2.2.1 ความหมายของลิขสิทธิ์

ลิขสิทธิ์ สนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty) ได้ให้ความหมายว่า ลิขสิทธิ์หมายถึง การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายแก่ผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งได้สร้างสรรค์ขึ้นมาโดยประกอบด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจและสิทธิทางศีลธรรม

โดยลิขสิทธิ์ คือการคุ้มครองผลงานสร้างสรรค์ด้านศิลปะ เช่น หนังสือ เพลง ภาพวาด รูปแกะสลัก ภาพยนตร์ และการสร้างสรรค์ทางเทคโนโลยี เช่นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ฐานข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในภาษาอื่น ๆ ในยุโรปนอกจากภาษาอังกฤษ กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองผลงานอันมีลิขสิทธิ์จะรู้จักกันภายในชื่อ Author’s Right (สิทธิของผู้สร้างสรรค์) ในขณะที่ Copyright เป็นกฎหมายที่คุ้มครองผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในประเทศที่ใช้ภาษาอังกฤษ Copyright หมายถึงสิทธิในการทำสำเนาอันเป็นสิทธิหลักของผู้สร้างสรรค์หรือได้รับอนุญาตจากผู้สร้างสรรค์เท่านั้น แต่ Author’s Right หมายถึงสิทธิของผู้สร้างสรรค์ โดยจะให้ความสำคัญกับหลักการซึ่งเป็นที่ยอมรับในกฎหมายประเทศต่าง ๆ ว่าผู้สร้างสรรค์มีสิทธิพิเศษซึ่งมีแต่เพียงผู้เดียวผู้สร้างสรรค์เท่านั้นที่สามารถใช้สิทธิได้

(เช่นสิทธิในการป้องกันการบิดเบือนผลงานของตน) และสามารถโอนสิทธิอื่น ๆ (เช่น สิทธิในการทำสำเนา) ถ่ายโอนให้แก่ผู้อื่นเช่น สำนักพิมพ์ใช้สิทธิได้

ในส่วนของอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) ฉบับ Berlin Act 1980 ข้อ 2 ได้อธิบายการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมไว้ดังนี้ “งานวรรณกรรมและงานศิลปกรรม หมายความรวมถึง งานใด ๆ จะเป็นงานวรรณกรรม วิทยาศาสตร์ หรือศิลปกรรม หรืองานในรูปหรือลักษณะใด ๆ

อนึ่งในส่วนความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) ในภาคผนวก 1 ซี ได้กล่าวถึง ลิขสิทธิ์ โดยอ้อมว่า ลิขสิทธิ์และสิทธิเกี่ยวเนื่องเป็นประเภทหนึ่งของทรัพย์สินทางปัญญา

มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ลิขสิทธิ์” หมายถึง สิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะกระทำการใด ๆ ตามพระราชบัญญัตินี้เกี่ยวกับงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้น

ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ ได้ให้ความหมายของลิขสิทธิ์ไว้ว่า ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิประเภทหนึ่งของทรัพย์สินทางปัญญา และเป็นสิทธิทางทรัพย์สินประเภทหนึ่งดังเช่นสิทธิอื่น ๆ ในทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งมุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์งาน

ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิเกี่ยวกับงานสร้างสรรค์ของศิลปินต่าง ๆ เป็นงานเกี่ยวกับการแสดงออกซึ่งความคิดที่เรียกว่า “งานวรรณกรรมและศิลปะ” ซึ่งเป็นผลผลิตจากความพยายามของมนุษย์เท่านั้น ผู้สร้างสรรค์จะได้รับสิทธิสิทธิแต่เพียงผู้เดียวซึ่งกฎหมายได้ให้สิทธิไว้บางประการที่ผู้สร้างสรรค์เท่านั้นที่มีสิทธิจะกระทำได้ หรืออนุญาตให้ผู้อื่นในการใช้สิทธิได้[9] ผู้สร้างสรรค์สามารถนำสิทธินั้นไปแสวหาประโยชน์จากงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้น สิทธิดังกล่าวนอกจากเป็นสิ่งที่รัฐให้เพื่อเป็นการตอบแทนการสร้างสรรค์แล้ว ยังเป็นสิ่งที่รัฐสร้างขึ้นเพื่อกระตุ้นให้ผู้สร้างสรรค์ทำการสร้างสรรค์งานอีกด้วย โดยประโยชน์ที่คาดหมายว่าสังคมจะได้รับ คือการที่งานสร้างสรรค์อันมีคุณประโยชน์เกิดขึ้นและถูกเผยแพร่ในสังคมในปริมาณมากขึ้น ซึ่งจะทำให้สาธารณชนได้รับรู้รับทราบ และศึกษางานสร้างสรรค์ใหม่ ๆ และนำไปใช้ประโยชน์ตลอดจนพัฒนาต่อยอดต่อไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อครบอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว งานสร้างสรรค์ทั้งหมดจะตกเป็นสมบัติสาธารณะ ซึ่งบุคคลใด ๆ สามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้[10]

---

[9] เข้าใจลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง Understanding Copyright and Related Rights

[10] อำนาจ เนตยสุภา และชาญชัย อารีวิทยาเลิศ, **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558), หน้า 15-16.

ลิขสิทธิ์ หมายความว่า สิทธิในทรัพย์สินตามประเภทของงานที่กฎหมายลิขสิทธิ์ได้กำหนดไว้ เช่น สิทธิในงานวรรณกรรม ดนตรีกรรม นาฏกรรม โสตทัศนวัสดุ หรืองานศิลปะกรรมเป็นต้น และสิทธิในทรัพย์สินดังกล่าวนี้ทำให้ผู้สร้างสรรค์เป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ที่จะทำการใด ๆ ได้ตามที่กฎหมายกำหนด[11]

ดังนั้น ลิขสิทธิ์ คือผลงานสร้างสรรค์อันเกิดจากสติปัญญาของมนุษย์ซึ่งแสดงออกมาในรูปงานวรรณกรรมและงานศิลปกรรม และผู้สร้างสรรค์งานดังกล่าวจะได้รับการคุ้มครองให้มีสิทธิในการแสวงหาประโยชน์จากงานดังกล่าวตามกฎหมาย[12]

2.2.2 ลักษณะทั่วไปของลิขสิทธิ์

ลักษณะทั่วไปของลิขสิทธิ์คล้อยตามลักษณะทั่วไปของทรัพย์สินทางปัญญา แต่เพื่อให้เห็นลักษณะที่ชัดเจนจึงอาจแยกลักษณะโดยละเอียดได้หลายประการดังนี้

2.2.2.1 ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของสิทธิ (Exclusive Rights)

สิทธิดังกล่าวนี้ทำให้ผู้สร้างสรรค์เป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Rights) ที่จะทำการใด ๆ ได้ตามที่กฎหมายกำหนด เจ้าของสิทธิมีอำนาจหวงกันบุคคลอื่นมิให้ลอกเลียนผลงานของตน มีเพียงผู้ทรงสิทธิเท่านั้นที่จะกระทำการบางอย่างเกี่ยวกับงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ตนเป็นเจ้าของสิทธิอยู่ได้ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นสิทธิเด็ดขาดในการผูกขาดงานสร้างสรรค์งานอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยสามารถอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิเหล่านั้นได้ แต่สิทธินี้ไม่ได้ขยายออกไปถึงขนาดห้ามมิให้บุคคลอื่นสร้างสรรค์งานในแบบเดียวกันอันเป็นการลอกเลียนความคิด หากบุคคลอื่นทางานนั้นขึ้นเองโดยมิได้ทำซ้ำหรือลอกเลียนงานของเจ้าของสิทธิ แม้ว่าผลสุดท้ายงานที่ได้จะปรากฏออกมาคล้ายคลึงหรือเหมือนกันก็ตาม[13] นอกจากนี้ กฎหมายไม่ได้ให้สิทธิในการใช้แก่เจ้าของสิทธิ จึงทำให้เจ้าของสิทธิในลิขสิทธิ์ไม่อาจหวงกันบุคคลอื่น ๆ ในการใช้งานของตนได้[14] หรือในกรณีของสิทธิในการจำหน่ายสินค้า

---

[11] จิรประภา มากลิ่น, **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), หน้า 21.

[12] จิรศักดิ์ รอดจันทร์, **ลิขสิทธิ์ หลักกฎหมายและแนวปฏิบัติ เพื่อการคุ้มครองและการแสวงหาประโยชน์จากงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), หน้า 33.

[13] ธัชชัย ศุภผลศิริ, **กฎหมายลิขสิทธิ์ พร้อมด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2544), หน้า. 20-22.

[14] จักรกฤษณ์ ควรพจน์, **กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า**, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2555), หน้า 90.

ที่เป็นสำเนาหรือเป็นตัวงานลิขสิทธิ์ กฎหมายมีหลักการสูญสิ้นไปซึ่งสิทธิ์ (Exhaustion of Right) กำหนดหลักให้เจ้าของสิทธิแสวงประโยชน์จากการจำหน่ายได้อย่างจำกัด

2.2.2.2 ลิขสิทธิ์เป็นลักษณะที่ไม่มีรูปร่าง (Intangible Form)

หากพิจารณาตามตำราทั่วไปจะพบว่า ลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินรูปหนึ่งและอาจกล่าวได้ว่าเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง มีวัตถุแห่งสิทธิเป็นอำนาจหวงกันบุคคลอื่นมิให้มาละเมิดสิทธิทั้งหลายที่ผู้ทรงสิทธิมี และเมื่อลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินจึงสามารถโอนให้แก่กันได้ อย่างไรก็ตามลิขสิทธิ์ไม่ใช่บุคคลสิทธิหรือทรัพยสิทธิตามกฎหมายแพ่งทั่วไป เพราะไม่ใช่สิทธิที่จะพึงเรียกร้องต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงและขาดลักษณะของทรัพยสิทธิตามกฎหมาย และที่สำคัญลิขสิทธิ์มีระยะเวลาอันจากัดตามลักษณะทั่วไปของทรัพย์สินทางปัญญา[15]

ลักษณะที่ไม่มีรูปร่าง เป็นลักษณะธรรมชาติของลิขสิทธิ์ที่แสดงให้เห็นความแตกต่างจากทรัพย์ที่มีรูปร่างทั่วไปอย่างชัดเจน กล่าวคือ ลิขสิทธิ์เป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่างและจับต้องไม่ได้อย่างทรัพย์ทั่วไป ดังนั้นลักษณะพิเศษที่ไม่มีรูปร่างนี้มีผลให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาขยายขอบเขตออกไปได้โดยไม่มีข้อจำกัดทางกายภาพเหมือนทรัพย์สินทั่วไป นอกจากนี้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่สูญเสียไปจากการถูใช้ประโยชน์ ไม่ว่าจะมีผู้ใช้งานดังกล่าวพร้อมกันมากเท่าใดก็ตาม ซึ่งมีผลทำให้เจ้าของสิทธิสามารถอ้างใช้ประโยชน์จากสิทธิผูกขาดของตนได้อย่างกว้างขวางและไม่มีข้อจำกัด แต่หากมองอีกด้านหนึ่งข้อควรคำนึงถึงด้วยคือ เมื่อสิทธิผูกขาดขยายตัวมากขึ้น พื้นที่เหลือของสาธารณะก็ย่อมลดลงผกผันกัน จึงเป็นภาระหน้าที่ของรัฐที่จำเป็นต้องเข้าใจลักษณะพิเศษที่ไม่มีรูปร่างนี้และต้องการรักษาหรือคุ้มครองประโยชน์สาธารณะไม่ให้ลดน้อยหรือเสียหายเกินไป[16]

2.2.2.3 ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิที่มีการจำกัดเวลา

เนื่องจากลิขสิทธิ์เป็นสิทธิในทางหวงกันที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้เพื่อตอบแทนแก่การทุ่มเทกำลังกายกำลังสติปัญญาสร้างสรรค์งานนั้นขึ้นมาให้เป็นประโยชน์แก่สังคม แต่ในขณะเดียวกันก็คำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณะหรือของสังคมที่จะได้ใช้งานนั้นด้วย อายุของลิขสิทธิ์จึงถูกกำหนดขึ้นด้วยเกณฑ์ที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นการทดแทนที่พอสมควรแก่ผู้ที่สร้างสรรค์งานนั้น[17]

---

[15] ธัชชัย ศุภผลศิริ, **กฎหมายลิขสิทธิ์ พร้อมด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537**, หน้า 22-23.

[16] จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ และภูมินทร์ บุตรอินทร์, **คำอธิบายกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา** (กรุงเทพมหานคร: เดือนตุลา, 2564), หน้า 195-197.

[17] ธัชชัย ศุภผลศิริ, **กฎหมายลิขสิทธิ์ พร้อมด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537**, หน้า 23-24.

2.2.2.4 ลิขสิทธิ์เป็นสหสิทธิ

หมายความว่า เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิหลายประการในงานชิ้นเดียว ได้แก่ สิทธิในการแปล การทำซ้ำ การเผยแพร่ต่อสาธารณะ การแพร่เสียงแพร่ภาพ การบรรยายในที่สาธารณะ และการดัดแปลง เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะโอนหรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิเหล่านั้นไปทั้งหมดหรือเพียงบางสิทธิก็ได้[18]

2.2.2.5 ลิขสิทธิ์นั้นแยกต่างหากจากกรรมสิทธิ์

เมื่อทรัพย์สินทางปัญญาไม่ผูกติดกับตัวทรัพย์แล้วจึงไม่ติดอยู่กับปริมาณของตัวทรัพย์และไม่มีทางหายไป แม้ว่าตัวทรัพย์จะหาย หรือให้สิทธิผู้อื่นก็ไม่ทำให้ลิขสิทธิ์หายไปแต่อย่างใด นอกจากนี้ หากมีการให้สิทธิในการผลิตสิ่งของที่มีลิขสิทธิ์ สิ่งของนั้นเมื่อจำหน่ายไปแล้วผู้อื่นที่ซื้อจะได้เพียงกรรมสิทธิ์เท่านั้น ไม่ได้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาติดไปกับตัวทรัพย์ที่ซื้อไป แสดงให้เห็นว่าทรัพย์สินทางปัญญาไม่ถูกจำกัดในด้านการใช้และด้านขอบเขต[19]

2.3 ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์

การที่ผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์จะต้องแสดงให้ปรากฏซึ่งความคิดออกมาโดยมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานที่สร้างสรรค์แล้ว ยังจะต้องเป็นประเภทงานที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองด้วย อย่างไรก็ตามเป็นข้อสังเกตได้ว่าอนุสัญญากรุงเบอร์น่าว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมและความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า ได้กล่าวถึงประเภทของงานที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ไว้เป็นกรอบกว้าง ๆ ที่บรรดาประเทศภาคีสมาชิกองค์การการค้าโลกมีพันธกรณีต้องไปออกกฎหมายภายในประเทศของตนให้สอดคล้องกับอนุสัญญากรุงเบอร์น่าว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมและความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าต่อไป

1) อนุสัญญากรุงเบอร์น่าว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)

อนุสัญญากรุงเบอร์น่าว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม เป็นข้อตกลงว่าด้วยการให้ความคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม โดยให้ประเทศสมาชิกตามอนุสัญญานี้บัญญัติกฎหมายภายในให้เป็นไปตามมาตรฐานที่อนุสัญญากรุงเบอร์นกำหนด ซึ่งหลักเกณฑ์อันเกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองในงานวรรณกรรมมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

---

[18] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 24.

[19] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 24.

ประเภทของงานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 2[20] ได้แก่

(1) การแสดงออกซึ่ง งานวรรณกรรม และงานศิลปกรรม ให้รวมถึงงานวรรณกรรม งานในแผนกวิทยาศาสตร์ และงานศิลปกรรม ซึ่งอยู่ในรูปของหนังสือ จุลสาร งานเขียนอื่น ๆ คำบรรยาย สุนทรพจน์ คติธรรม และงานอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกัน การแสดง หรือการแสดงประกอบเพลง การออกแบบท่าเต้น งานบันเทิงในรูปของละครใบ้ งานดนตรีกรรมไม่ว่าจะมีคำร้องหรือไม่ งานภาพยนตร์ ซึ่งแสดงออกในรูปของงานวาดเขียน งานทาสี งานสถาปัตยกรรม งานประติมากรรม งานแกะสลัก ภาพพิมพ์ งานภาพถ่าย งานศิลปะประยุกต์ ภาพประกอบ แผนที่ แบบแผน ภาพสเก็ต งานสามมิติซึ่งเกี่ยวข้องกับ ภูมิศาสตร์ ภูมิประเทศ สถาปัตยกรรม หรือวิทยาศาสตร์

(3) งานแปล งานดัดแปลง การเรียบเรียงใหม่ซึ่งงานดนตรีกรรม หรืองานปรับปรุงของงานวรรณกรรม หรืองานศิลปกรรม ซึ่งไม่กระทบต่องานเดิม ต้องได้รับความคุ้มครองดั่งงานดั้งเดิม

---

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

(3) Translations, adaptations, arrangements of music and other alterations of a literary or artistic work shall be protected as original works without prejudice to the copyright in the original work.

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

(5) งานรวบรวมงานวรรณกรรม ศิลปกรรม อย่างสารานุกรม และหนังสือ รวมงานเขียน หรืองานอื่นใดในทำนองเดียวกัน ซึ่งไม่กระทบต่อลิขสิทธิ์แห่งงานประเภทเดียวกัน ย่อมได้รับความคุ้มครองเป็นงานรวบรวม

2) ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า เป็นมาตรฐานขั้นต่ำของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่กำหนดขึ้น โดยให้ประเทศสมาชิกตามข้อตกลงนี้บัญญัติกฎหมายภายในให้เป็นไปตามมาตรฐานที่ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้ากำหนด ซึ่งหลักเกณฑ์อันเกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์มีสาระสำคัญดังต่อไปนี้ โดยประเภทของงานที่ได้รับความคุ้มครอง TRIPs Agreement หมวด 1 ได้ให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ และสิทธิข้างเคียงตามมาตรา 9.2 มีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

มาตรา 9.1 ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตาม ข้อ 1 ถึง ข้อ 21 ของอนุสัญญากรุงเบอร์น ค.ศ. 1971 และภาคผนวกของอนุสัญญากรุงเบอร์น อย่างไรก็ตาม ประเทศสมาชิกต้องไม่บัญญัติกฎหมายภายในคุ้มครองสิทธิไม่ต่ำกว่าข้อกำหนดใน ข้อ 6 ทวิ ของอนุสัญญากรุงเบอร์น[21]

อนึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ทั่วไปของความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าให้เป็นไปตามอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม โดยมีเนื้อหาสอดคล้องกัน กล่าวคือ การให้ความคุ้มครองแก่การแสดงออก และข้อตกลงนี้มีการบัญญัติเป็นเรื่องเฉพาะแก่งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งบัญญัติไว้ชัดเจนว่า ให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ว่าจะเป็นรหัสโปรแกรมหรือรหัสภาษาเครื่องจะได้รับความคุ้มครองในฐานะเป็นงานวรรณกรรม ภายใต้อนุสัญญาอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม[22] ส่วนฐานข้อมูล ไม่ว่าจะอ่านโดยเครื่องจักรหรือรูปอื่นใดโดยเนื้อหาที่ประกอบขึ้นนั้นเป็นการสร้างสรรค์ย่อมได้รับความคุ้มครองตามนัยแห่งข้อตกลงแห่งข้อตกลงนี้

---

[21] TRIPs Agreement Article 9.1 Members shall comply with Articles 1 through 21 of the Berne Convention (1971) and the Appendix thereto. However, Members shall not have rights or obligations under this Agreement in respect of the rights conferred under Article 6bis of that Convention or of the rights derived therefrom.

[22] TRIPs Agreement Article 10 Computer programs, whether in source or object cord, shall e protected as literary works under the Bern Convention (1971)

3) สนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty)

สนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ งานอันมีลิขสิทธิ์ภายใต้สนธิสัญญาฉบับนี้เป็นไปตามข้อที่ 2 ที่บัญญัติว่า การคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้นต้องเป็นการคุ้มครองการแสดงออก (Expression) แต่จะไม่คุ้มครองความคิด (Ideas) ขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบ หรือการค้นพบทฤษฎีทางคณิตศาสตร์ ส่วนประเภทของงานลิขสิทธิ์ทั่วไปเป็นไปตามอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม โดยผลของข้อ 1 ภายใต้สนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์

นอกจากนี้บทบัญญัติของสนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ได้กล่าวถึงลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยี เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ฐานข้อมูล การบริหารข้อมูล และมาตรการด้านเทคโนโลยีอีกด้วย

จากอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) และสนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty, 1996) สามารถแบ่งกลุ่มงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เกิดจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ออกเป็นประเภทงานต่าง ๆ ได้ 3 กลุ่มดังนี้

2.3.1 กลุ่มงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบดั่งเดิม (Traditional copyright works)

2.3.1.1 งานวรรณกรรม (Literary Works)

มาตรา 2 อนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) กำหนดว่า ผลงานด้านศิลปกรรมและวรรณกรรม รวมถึงผลผลิตงานทุกอย่างในด้านวิทยาศาสตร์ และศิลปกรรม โดยไม่ว่าวิธีการสร้างสรรค์จะเป็นชนิดใดก็ตาม ซึ่งในส่วนของงานวรรณกรรม เป็นผลงานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองเช่น หนังสือ หรือผลงานวรรณกรรมด้านอื่น ๆ คำสอน คำกล่าว คำเทศนา ละครหรือละครเพลง ผลงานการแปล การดัดแปลง การเรียบเรียงผลงานด้านดนตรี หรือการดัดแปลงผลงานด้านวรรณกรรมและศิลปกรรมอื่น ๆ โดยจะได้รับความคุ้มครองในฐานะผลงานสร้างสรรค์ก็ต่อเมื่อผู้สร้างสรรค์ไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ของผลงานที่นำมาแปล ดัดแปลง หรือเรียบเรียง

การรวมงานวรรณกรรม หรือศิลปกรรมต่าง ๆ เช่นสารานุกรม หรือการรวบรวมผลงานของนักเขียนซึ่งสามารถถือเป็นการสร้างสรรค์ทางปัญญาด้วยการเลือกหรือการจัดการเนื้อหาโดยผลงานนั้นไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ผลงานแต่ละชิ้นที่เป็นส่วนหนึ่งของการรวบรวมนั้น

2.3.1.2 งานนาฏกรรม (Dramatic Works)

ตามมาตรา 2 อนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) กำหนดว่า ผลงานด้านศิลปกรรมและวรรณกรรม รวมถึงผลผลิตงานทุกอย่างในด้านวิทยาศาสตร์ และศิลปกรรม โดยไม่ว่าวิธีการสร้างสรรค์จะเป็นชนิดใดก็ตาม ซึ่งในส่วนของงานนาฏกรรม เป็นผลงานการสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครอง เช่น การออกแบบท่าเต้น และการแสดงละครใบ้

2.3.1.3 งานศิลปกรรม (Artistic Works)

ตามมาตรา 2 อนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) กำหนดว่า ผลงานด้านศิลปกรรมและวรรณกรรม รวมถึงผลผลิตงานทุกอย่างในด้านวิทยาศาสตร์ และศิลปกรรม โดยไม่ว่าวิธีการสร้างสรรค์จะเป็นชนิดใดก็ตาม ซึ่งในส่วนของงานศิลปกรรม เป็นผลงานการสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครอง เช่น ผลงานศิลปกรรม จิตรกรรม ภาพวาด ภาพระบายสี งานสถาปัตยกรรม ผลงานประติมากรรม การแกะสลัก หรืองานพิมพ์ ภาพถ่าย และผลงานอื่น ๆ ที่สร้างสรรค์โดยใช้วิธีคล้ายคลึงกับภาพถ่าย ผลงานศิลปะประยุกต์ การแสดงภาพ แผนที่ แผน ภาพร่าง ภาพการแสดงแผนที่สถาปัตยกรรมหรือวิทยาศาสตร์

2.3.1.4 งานดนตรีกรรม (Musical Works)

ตามมาตรา 2 อนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) กำหนดว่า ผลงานด้านศิลปกรรมและวรรณกรรม รวมถึงผลผลิตงานทุกอย่างในด้านวิทยาศาสตร์ และศิลปกรรม โดยไม่ว่าวิธีการสร้างสรรค์จะเป็นชนิดใดก็ตาม ซึ่งในส่วนของงานดนตรีกรรมเป็นผลงานการสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครอง เช่น เพลง ทั้งที่มีคำร้องและไม่มีคำร้อง

2.3.2 กลุ่มงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบที่พัฒนาจากงานดั่งเดิม ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง และงานแพร่เสียงแพร่ภาพ

2.3.2.1 ภาพยนตร์ (Films)

ตามมาตรา 2 อนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) กำหนดว่า ผลงานด้านศิลปกรรมและวรรณกรรม รวมถึงผลผลิตงานทุกอย่างในด้านวิทยาศาสตร์ และศิลปกรรม โดยไม่ว่าวิธีการสร้างสรรค์จะเป็นชนิดใดก็ตาม ซึ่งในส่วนของภาพยนตร์เป็นผลงานการสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครอง เช่น ภาพยนตร์และผลงานอื่น ๆ ที่สร้างสรรค์โดยใช้วิธีสร้างคล้ายคลึงกับการสร้างภาพยนตร์

2.3.2.2 สิ่งบันทึกเสียง (Sound Recording Works)

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) ไม่ได้กำหนดว่า สิ่งบันทึกเสียง หรือการแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นมีความหมายว่าอย่างไร แต่เมื่อข้อ 1 ของข้อตกลง TRIPS ได้ขยายพันธกรณีไปถึงหลักเกณฑ์คุณสมบัติของบุคคลตามสนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ ที่รัฐสมาชิกต้องให้การคุ้มครองแล้ว จึงหมายความว่า จะต้องไปค้นหาความหมายของสิ่งเหล่านี้ที่อยู่ในสนธิสัญญาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพราะงานที่ได้รับการคุ้มครองถือเป็นเกณฑ์ของคุณสมบัติหนึ่งที่จะทำให้บุคคลเจ้าของสิทธิได้รับการคุ้มครอง[23]

คุณสมบัติสิ่งบันทึกเสียงปรากฏตามอนุสัญญากรุงโรม (International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organization, adopted at Rome on 26th October 1961) โดยสิ่งบันทึกเสียง ข้อ 4 ได้ให้ความหมายว่า การบันทึกเสียงใด ๆ แต่เพียงผู้เดียว ของการแสดงหรือเสียงอื่น ๆ และผู้ทำสิ่งบันทึกเสียงหมายถึงบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ที่บันทึกเสียงของการแสดงหรือเสียงอื่นใดนั้นเป็นครั้งแรก

2.3.2.3 งานแพร่เสียงแพร่ภาพ (Broadcasting Works)

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) ไม่ได้กำหนดว่า สิ่งบันทึกเสียง หรือการแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นมีความหมายว่าอย่างไร แต่เมื่อข้อ 1 ของข้อตกลง TRIPS ได้ขยายพันธกรณีไปถึงหลักเกณฑ์คุณสมบัติของบุคคลตามสนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ ที่รัฐสมาชิกต้องให้การคุ้มครองแล้ว จึงหมายความว่า จะต้องไปค้นหาความหมายของสิ่งเหล่านี้ที่อยู่ในสนธิสัญญาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพราะงานที่ได้รับการคุ้มครองถือเป็นเกณฑ์ของคุณสมบัติหนึ่งที่จะทำให้บุคคลเจ้าของสิทธิได้รับการคุ้มครอง

คุณสมบัติการแพร่เสียงแพร่ภาพปรากฏตามอนุสัญญากรุงโรม (International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organization, adopted at Rome on 26th October 1961) การแพร่เสียงแพร่

---

[23] Daniel J. Gervais, “Intellectual Property, Trade & Development: The State of Play,” **Fordham Law Review** 74, 2 (2005): 505-535.

ภาพ หมายถึงการถ่ายทอดสัญญาณเสียง หรือเสียงและภาพ แบบไร้สายไปยังเครื่องรับสัญญาณอันเป็นสาธารณะ[24]

2.3.3 กลุ่มที่เป็นเทคโนโลยี โปรแกรมคอมพิวเตอร์และฐานข้อมูล

2.3.3.1 โปรแกรมคอมพิวเตอร์ (Computer Programs)

ในส่วนของโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นตัวอย่างผลงานการสร้างสรรค์ที่ไม่ได้อยู่ในรายชื่องานที่ได้รับความคุ้มครองอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) แต่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ก็จัดอยู่ในผลงานวรรณกรรม วิทยาศาสตร์และศิลปกรรม ตามความนัยของมาตรา 2 ของอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) ทั้งโดยความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) ได้สร้างความชัดเจนในหลักการคุ้มครองเทคโนโลยีทั้งสองประเภท คือโปรแกรมคอมพิวเตอร์และฐานข้อมูล ทั้งนี้เพื่อทำให้เทคโนโลยีดังกล่าวได้รับความคุ้มครองในหลายประเทศภายใต้มาตรฐานเดียวกันและในส่วนของ สนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty) กำหนดให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ โปรแกรมคอมพิวเตอร์คือชุดคำสั่งที่ควบคุมปฏิบัติการของคอมพิวเตอร์ซึ่งมีผลทำให้คอมพิวเตอร์ทำหน้าที่เฉพาะเจาะจงอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่นการจัดเก็บและแสดงข้อมูล โปรแกรมคอมพิวเตอร์อาจถูกเขียนขึ้นโดยโดยโปรแกรมเมอร์คนเดียวหรือหลายคน แต่ในขั้นสุดท้าย คอมพิวเตอร์เท่านั้นที่จะเข้าใจแบบหรือวีการแสดงออกซึ่งความคิดโดยตรงซึ่งมนุษย์ไม่เข้าใจ

2.3.3.2 ฐานข้อมูล (Database)

โดยที่เทคโนโลยีปัจจุบันมีความก้าวหน้าอย่างมากโดยเฉพาะเทคโนโลยีสารสนเทศและคอมพิวเตอร์ นอกจากนี้ในโลกยุคปัจจุบัน กิจกรรมการรวบรวมข้อมูลในรูปแบบของฐานข้อมูล (Database) หรือธนาคารข้อมูล (Data Bank) ก็มีบทบาทที่เพิ่มมากขึ้นต่อชีวิตความเป็นอยู่ของผู้คน ด้วยเหตุนี้นานาประเทศจึงจำเป็นต้องบังคับใช้กฎหมายในลักษณะต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อรองรับบทบาทและตอบสนองต่อความสำคัญที่เพิ่มมากขึ้นของเทคโนโลยีดังกล่าว โดยความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-

---

[24] Rome Convention, Article 3 Definitions f) “broadcasting” means the transmission by wireless means for public reception of sounds or of images and sounds.

Related Aspects of Intellectual Property Rights) ได้สร้างความชัดเจนในหลักการคุ้มครองเทคโนโลยีทั้งสองประเภท คือโปรแกรมคอมพิวเตอร์และฐานข้อมูล ทั้งนี้เพื่อทำให้เทคโนโลยีดังกล่าวได้รับความคุ้มครองในหลายประเทศภายใต้มาตรฐานเดียวกัน

2.3.4 ความสัมพันธ์ของประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

ในส่วนของความสัมพันธ์ของประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ กลุ่มงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบดั่งเดิม (Traditional Copyright Works) คือ งานวรรณกรรม งานนาฏกรรม งานศิลปกรรมและงานดนตรีกรรม ซึ่งหากพิจารณาในส่วนของอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า และสนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์นั้น ความตกลงประเทศดังกล่าวข้างต้นมิได้กำหนดความสัมพันธ์ของประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้แต่อย่างใด ซึ่งในส่วนของเนื้อหามีเพียงว่า งานสร้างสรรค์ใดเป็นงานสร้างสรรค์ที่ควรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

ในส่วนของความสัมพันธ์ของประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ งานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบที่พัฒนาจากงานดั่งเดิม คือ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียงและงานแพร่เสียงแพร่ภาพ หากพิจารณาในส่วนของอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า สนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ และอนุสัญญากรุงโรมนั้น ความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวมิได้กำหนดความสัมพันธ์ของประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้แต่อย่างใด

ในส่วนของความสัมพันธ์ของประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ กลุ่มที่เป็นเทคโนโลยี คือ โปรแกรมคอมพิวเตอร์และฐานข้อมูล ซึ่งหากพิจารณาในส่วนของอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า และสนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์นั้น ความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวมิได้กำหนดความสัมพันธ์ของประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้แต่อย่างใด

2.4 คำนิยาม หลักการ ขอบเขตและระดับของความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์

2.4.1 คำนิยามของความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์

2.4.1.1 คำนิยามของความคิดริเริ่ม

ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ ได้ให้ความหมายของความคิดริเริ่ม (Originality) ในกฎหมายลิขสิทธิ์ หมายถึง ความเชื่อมโยงอันเกิดเกิดขึ้นระหว่างความนึกคิดของผู้สร้างสรรค์กับงานซึ่งมาจากน้ำมือของบุคคลนั้น

เนื่องจากลิขสิทธิ์เป็นรางวัลตอบแทนแก่ผู้สร้างสรรค์ ดังนั้น สิ่งที่จะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ต้องเป็นการสร้างสรรค์ด้วยตัวผู้สร้างสรรค์เอง กล่าวคือ จะต้องใช้ความรู้ความชำนาญ ความสามารถ (Skill) และความอุตสาหะพยายาม (Labor) ตลอดจนวิจารณญาณ (Judgement) ของตนเอง ไม่ได้คัดลอกมาจากงานที่อื่นหลักนี้ชื่อหลัก Originality[25]

งานอันมีลิขสิทธิ์ งานนั้นเกิดขึ้นจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ด้วยตนเอง โดยงานที่จะได้รับลิขสิทธิ์จะได้รับลิขสิทธิ์ต้องเป็นงานที่เกิดขึ้นจากความคิดสร้างสรรค์ ของผู้สร้างสรรค์โดยตนเอง มิได้ลอกเลียนแบบมาจากลิขสิทธิ์ของผู้อื่น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง งานที่จะได้ลิขสิทธิ์ต้องมาจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ด้วยตนเอง โดยไม่คำนึงถึงบ่อเกิดหรือประกายของความคิดสร้างสรรค์นั้นได้รับมาจากแหล่งใด[26]

ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ งานอันมีลิขสิทธิ์จะต้องเป็นงานที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ (Originality) คำว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์คงยากที่จะให้คำนิยามเพราะยังไม่มีบรรทัดฐานสากลว่าความคิดอย่างไรจึงจะเป็นความคิดที่เรียกว่า ริเริ่มสร้างสรรค์ อันที่จริงคำว่า ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยทั่วไปไม่จำเป็นต้องเป็นความคิดที่ใหม่ (New) หรือเป็นความคิดที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน เหมือนกับการคิดค้นสิ่งประดิษฐ์ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายสิทธิบัตร หรือเป็นการตัดต่อพันธุ์พืชเพื่อก่อให้เกิดสายพันธุ์ใหม่ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาที่ 2750/2537 ซึ่งวางหลักไว้ว่า การเป็นผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ ความสำคัญมิได้อยู่ที่ว่างานที่ได้สร้างสรรค์เป็นงานใหม่หรือไม่ แต่อยู่ที่ว่าบุคคลนั้นได้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยใช้ความวิริยะ อุตสาหะในการสร้างสรรค์งานดังกล่าว มีที่มาหรือต้นกำเนิดจากบุคคลนั้น โดยบุคคลนั้นมิได้คัดลอก หรือทำซ้ำ หรือดัดแปลงมาจากงานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้น ความหมายของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ จึงหมายถึง ความคิด

---

[25] อรพรรณ พนัสพัฒนา, **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์**, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า 26.

[26] จิรศักดิ์ รอดจันทร์, *เรื่องเดิม,* หน้า 38.

ที่จะมีลักษณะแปลกใหม่ซึ่งอาจเกิดจากการต่อยอดองค์ความรู้จากเดิม หรือเป็นการดัดแปลงแนวคิดที่มีลักษณะแตกต่างไปจากเดิมที่มีอยู่ก็ถือได้ว่าเข้าองค์ประกอบของงานที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์[27]

ความหมายจากการพิจารณาโดยอาศัยการตีความจากคำพิพากษาของศาลซึ่งการตีความของศาลเป็นการตีความโดยอาศัยกรอบความคิดที่ค่อนข้างกว้างไม่เคร่งครัดนัก กล่าวคือ งานสร้างสรรค์ไม่จำต้องถึงขนาดมีความเป็นพิเศษ (Uniqe) หรือหรือไม่เคยปรากฏที่ใดมาก่อนเลย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า Originality เป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของรูปแบบหรือวิธีการในการสร้างสรรค์งานซึ่งต้องสร้างสรรค์สรรค์ขึ้นมาโดยมิได้นำสำเนามาจากผู้อื่น ต้องเป็นงานที่มาจากความคิดสร้างสรรค์ของผู้ประพันธ์ หรือผู้สร้างสรรค์ได้แสดงออกมาซึ่งความคิดของตนเองเป็นสำคัญ ดังนั้นโดยหลักเมื่อมีบุคคลอื่นนำงานในส่วนอันเป็นสาระสำคัญที่ผู้ประพันธ์ หรือผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้นมาโดยมิได้รับอนุญาตจากผู้ประพันธ์หรือผู้สร้างสรรค์งานนั้น บุคคลดังกล่าวย่อมเป็นผู้กระทำการอันละเมิดลิขสิทธิ์ในงานของผู้ประพันธ์หรือผู้สร้างสรรค์งานนั้นได้[28]

งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่ได้แสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นต้องเป็นงานที่เกิดจากการริเริ่มขึ้นเอง (Originality) ของผู้สร้างสรรค์ (ขอเน้นว่าเป็นการริเริ่มขึ้นเองมิใช่ความคิดริเริ่มขึ้นเอง) โดยมิได้ทำซ้ำ ลอกเลียน หรือดัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยมิได้รับอนุญาต งานอันมีลิขสิทธิ์ไม่จำเป็นต้องเป็นงานใหม่ (Novelty) ที่ยังไม่เคยมีผู้ใดทำมาก่อนหรือเป็นงานที่ไม่ปรากฏมาก่อน (Prior Art) ดังนี้ หากงานใดได้สร้างขึ้นโดยเข้าเงื่อนไขข้อนี้ แม้งานนั้นจะเหมือนหรือคล้ายกับงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นที่ได้ทำไว้ก่อนแล้ว งานดังกล่าวก็ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์เท่าเทียมกันกับงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น[29]

2.4.1.2 คำนิยามความคิดสร้างสรรค์

ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2554 ได้ให้นิยามของคำว่าความคิด หมายถึง สิ่งที่เกิดขึ้นในใจ ความรู้ที่เกิดขึ้นในใจ ก่อให้เกิดการแสวงหาความรู้ต่อไป เช่น เครื่องบิน เกิดขึ้นได้เพราะความคิดของมนุษย์ สติปัญญาที่จะนำสิ่งใดสิ่งหนึ่งอย่างถูกต้องและสมควร สร้างสรรค์ หมายถึง สร้างให้มีให้เป็นขึ้น เช่น สร้างสรรค์ความสุขความเจริญให้แก่สังคม มีลักษณะริเริ่มในทางที่ดี เช่น ความคิดสร้างสรรค์ ศิลปะสร้างสรรค์ ดังนั้นความคิดสร้างสรรค์ คือ สิ่งที่เกิดขึ้นในใจ ความรู้ที่เกิดขึ้นในใจ ที่ถูกสร้างให้มีให้เป็นขึ้น

---

[27] ปวริศร เลิศธรรมเทวี, **ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), หน้า 43-44.

[28] จิรประภา มากลิ่น, *เรื่องเดิม,* หน้า 72.

[29] ปริญญา ดีผดุง, **หลักกฎหมายลิขสิทธิ์และบทวิเคราะห์** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2563), หน้า 19.

Roger Dennard ให้ความหมายของความคิดสร้างสรรค์ คือ ความสามารถในการผลิตหรือทำบางสิ่งให้เกิดขึ้นโดยสิ่งนั้นไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน เป็นสิ่งใหม่ หรือเป็นส่วนต่อขยายฐานความรู้ในปัจจุบันของเรา

ดร.ศักดิ์ชัย เกียรตินาคิน ให้ความหมายของความคิดสร้างสรรค์ คือ กระบวนการคิดของสมองซึ่งมีความสามารถในการคิดได้หลากหลายและแปลกใหม่จากเดิมโดยสามารถนำไปประยุกต์ทฤษฎีหรือหลักการได้อย่างรอบคอบและมีความถูกต้อง จนนำไปสู่การคิดค้นและสร้างสิ่งประดิษฐ์ที่แปลกใหม่ หรือรูปแบบความคิดใหม่ที่สามารถเชื่อมโยงไปใช้ในชีวิตประจำวันได้ ความคิดสร้างสรรค์มีความหมายที่ค่อนข้างกว้างและสามารถนำไปใช้ประโยชน์ในการผลิตสินค้า การสร้างสิ่งประดิษฐ์ใหม่ ๆ ความคิดสร้างสรรค์เป็นลักษณะของความคิดที่ประกอบด้วยอารมณ์ ความรู้สึก และการรับรู้เข้าใจเชิงเหตุผล จึงเกี่ยวกับศิลปะและวิทยาศาสตร์ ในเชิงรูปธรรม จะเน้นถึงการรู้การเข้าใจบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงตามปรากฏการณ์ที่เป็นไปตามธรรมชาติ ในเชิงนามธรรม จะเน้นการตอบสนองความรู้สึก อารมณ์ ความพอใจ ประสบการณ์หรือความสามารถเฉพาะตัวของผู้คิด โดยไม่คำนึงถึงข้อเท็จจริง

งานที่จะได้รับลิขสิทธิ์จะได้รับลิขสิทธิ์ต้องเป็นงานที่เกิดขึ้นจากความคิดสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์โดยตนเอง มิได้ลอกเลียนแบบมาจากลิขสิทธิ์ของผู้อื่น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง งานที่จะได้ลิขสิทธิ์ต้องมาจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ด้วยตนเอง โดยไม่คำนึงถึงบ่อเกิดหรือประกายของความคิดสร้างสรรค์นั้นได้รับมาจากแหล่งใด เช่นความคิดสร้างสรรค์นั้นอาจได้รับอิทธิพลมาจากท้องฟ้าหรือได้มาจากความนึกคิดหรือข้อเสนอแนะของบุคคลอื่นแต่บุคคลนั้นยังไม่ได้สร้างสรรค์ออกมาเป็นชิ้นงานเป็นต้น แต่สิ่งที่สำคัญก็คือ เมื่อนำบ่อเกิดหรือประกายของความคิดสร้างสรรค์ดังกล่าวมาประยุกต์เพื่อสร้างสรรค์งานของตนแล้ว งานที่ปรากฏออกมานั้นต้องไม่ได้ลอกเลียนแบบโดยตรงมาจากงานของผู้อื่นที่ปรากฏออกมาก่อนหน้านั้น[30]

งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่จะถือเป็นงานสร้างสรรค์ได้ต้องเป็นงานที่เกิดจากความวิริยะอุตสาหะ (Creative Effort) ของผู้สร้างสรรค์ซึ่งได้ทุ่มเทกำลังสติปัญญา ความรู้ ความเชี่ยวชาญ หรือวิจารณญาณ (Labour, Skill and Judgment) จากประสบการณ์ลงไปในงานพอสมควรด้วย มิใช่สักแต่ว่าทำงานนั้นขึ้น หรืองานนั้นเกิดขึ้นโดยบังเอิญ หากเป็นงานที่เข้าลักษณะดังกล่าวแล้ว แม้ผลงานที่ออกมาจะไม่มีคุณค่าหรือไม่มีราคาหรือหากแม้เป็นงานศิลปกรรมแม้งานที่แสดงออกมาจะไม่มีคุณค่าทางศิลปะเลยก็ตามงานนั้นก็ได้รับความคุ้มครองอย่างงานอันมีลิขสิทธิ์ เหตุที่กฎหมายไม่ถือเอาคุณค่าของงานหรือคุณค่าทางศิลปะมาเป็นเงื่อนไขของงานอันมีลิขสิทธิ์ก็เพราะคุณค่าของงานหรือคุณค่าทางศิลปะของงานเป็นเรื่องความรู้สึกนึก

---

[30] จิรศักดิ์ รอดจันทร์, *เรื่องเดิม,* หน้า 38.

คิดของแต่ละคนแต่ละยุคสมัย ในทางกลับกันหากงานนั้นเกิดขึ้นโดยบังเอิญมิได้เกิดจากความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์งาน แม้จะมีคุณค่าหรือมีราคา ก็ไม่อาจถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้[31]

2.4.2 หลักการของความคิดริเริ่ม

2.4.2.1 หลักการ Sweat of the Brow

หลักการ Sweat of the Brow คือ หากผู้สร้างงานได้ลงแรง ลงเงิน ใช้ความชำนาญ (His own Expense, or Skill, or Labor, or Money) เพื่อสร้างสิ่งใดสิ่งหนึ่งขึ้นแม้ว่างานนั้นจะไม่มีคุณภาพ ปริมาณของความคิดสรรค์อยู่ในตัวงานนั้น รัฐเองก็ยังให้ความคุ้มครองงานนั้นภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์เพื่อเป็นการตอบแทนการลงทุนลงแรงของผู้สร้างงาน

เดิมศาลของสหรัฐอเมริกาได้ยึดทฤษฎี “Sweat of the Brow” ในการกำหนดเงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ โดยทฤษฎีดังกล่าวมีสาระสำคัญคือ หากผู้สร้างงานได้ลงแรง ลงเงิน ใช้ความชำนาญ (His own Expense, or Skill, or Labor, or Money) เพื่อสร้างสิ่งใดสิ่งหนึ่งขึ้น แม้ว่างานนั้นจะไม่มีคุณภาพ ปริมาณของความคิดสรรค์อยู่ในตัวงานนั้น รัฐเองก็ยังให้ความคุ้มครองงานนั้นภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์เพื่อเป็นการตอบแทนการลงทุนลงแรงของผู้สร้างงาน แม้ต่อมาจะได้สหรัฐจะได้ออกกฎหมายลิขสิทธิ์ ปี 1976 (Copyright Act 1976) ซึ่งได้ให้นิยามคำของว่าการรวบรวม (Compilation) ซึ่งเป็นครั้งแรกที่กฎหมายได้บัญญัติถึงความสัมพันธ์ระหว่างการรวบรวมข้อมูลและกับหลักงานอันเกิดจากตัวผู้สร้างสรรค์เอง (Original Work of Authorship) แต่ในการพิจารณาว่างานรวบรวมข้อมูลใดเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ก็ยังคงมีแตกเป็น 2 แนวคือ (1) ยังคงยึดหลัก Sweat of the Brow ตามแนวปฏิบัติเดิม (2) ยึดหลัก Original Work of Authorship ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ปี 1976 (Copyright Act 1976) จนกระทั่งศาลได้ตัดสินในคดี Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co. ซึ่งศาลได้วางหลัก Originality ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของงานอันมีลิขสิทธิ์ในสหรัฐทุกประเภท ไม่ใช่แต่เพียงงานรวบรวม (Compilation) เท่านั้น

สำหรับกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเรียกว่า “17 US Copyright Code” มาตรา 10 ได้กำหนดว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ เป็นงานสร้างสรรค์โดยการริเริ่มด้วยตนเอง (original works of authorship) ซึ่งมีหลักพิจารณาดังนี้

ประการแรก งานต้นฉบับที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องมาจาก “การริเริ่มงานด้วยตนเอง” (Originality) ซึ่งหลัก Originality นี้ถือว่าเป็นสาระสำคัญของระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ใช้เป็นหลักการพิจารณาให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งานสร้างสรรค์ประเภทต่าง ๆ หรือเป็นที่เข้าใจกันทั่วไป

---

[31] ปริญญา ดีผดุง, *เรื่องเดิม,* หน้า 21.

ว่า งานสร้างสรรค์เหล่านั้นจะต้องไม่ได้มีการลอกเลียนจากงานสร้างสรรค์ของผู้อื่น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งผู้สร้างสรรค์จะต้องสร้างสรรค์งานขึ้นอย่างเป็นอิสระด้วยตนเองและมีระดับการสร้างสรรค์งานสูงกว่ามาตรฐานขั้นต่ำเป็นอย่างน้อยจึงจะถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์ต้นฉบับ ทั้งนี้ไม่ต้องคำนึงว่างานสร้างสรรค์ดังกล่าวจะเป็นงานใหม่ หรือมีความเหมือนหรือคล้ายคลึงกลับงานสร้างสรรค์ของผู้อื่นซึ่งแตกต่างจากกฎหมายสิทธิบัตรที่ให้ความคุ้มครองความใหม่ของงานหรือเป็นงานที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน[32]

นอกจากนี้สภาคองเกรสไม่เคยบัญญัติคำอธิบายของหลัก Originality ไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์หรือกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับใดที่เคยใช้บังคับมาก่อนเลย[33] แต่หลักการดังกล่าวนี้สำนักงานลิขสิทธิ์แห่งสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติเรื่อง Originality ไว้อย่างชัดเจนว่า “งานประเภทใดประเภทหนึ่งจะถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์โดยการริเริ่มด้วยตนเองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์นั้นจะต้องเป็นงานซึ่งมีแหล่งที่มาจากผู้สร้างสรรค์ทั้งงานสร้างสรรค์ดังกล่าวต้องไม่เป็นสมบัติสาธารณะและทำซ้ำหรือลอกเลียนงานสร้างสรรค์ของบุคคลอื่น ส่วนงานสร้างสรรค์นั้นไม่จำเป็นต้องเป็นงานใหม่ของโลกแต่ต้องเป็นงานที่ใหม่ของผู้สร้างสรรค์โดยไม่ได้คัดลอกมาจากงานของผู้อื่น

ประการที่สอง งานสร้างสรรค์จะต้องแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ (Creativity) เดิมมาตรฐานการให้ความคุ้มครองงานสร้างสรรค์ต้นฉบับภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาจะพิจารณาจากหลักเกณฑ์เรื่อง “Sweat and the Brow” คือ ผู้สร้างสรรค์เพียงใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์งาน ก็ถือได้ว่างานสร้างสรรค์นับเป็นงานต้นฉบับที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้วแม้ว่างานสร้างสรรค์นั้นจะขาดการจินตนาการและการใช้วิจารณญาณก็ตาม[34] ต่อมาในปี ค.ศ. 1991 ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกามีคำพิพากษาคดี Feist Publication, Inc., v. Rural Telephone Service Co. วางหลังว่า “หากผู้สร้างสรรค์ได้คัดเลือก จัดเรียง หรือนำเอาข้อเท็จจริง (Factual) ซึ่งไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์มาแสดงออกให้เห็นถึงความริเริ่มสร้างสรรค์ในรูปแบบของตนเองอย่างอิสระและมีความคิดสร้างสรรค์ในระดับที่สูงกว่ามาตรฐานขั้นต่ำ โดยภาพรวม

---

[32] Arthur R. Miller and Michael H. Davis, **Intellectual Property Patents, Trademarks, and Copyright in a Nutshell** (St. Paul, MN: West Academic, 2000), p. 295.

[33] David Lange, Mary LaFrance and Gray Myers, **Teacher’s Manual to Accompany Intellectual Property Cases and Materials** (St. Paul, MN: Thomson Business, 2003), p. 209.

[34] Howard B. Abrams, “Originality and Creativity in Copyright Law,” **Law and Contemporary Problems** 55, 2 (Spring 1992): 8.

ทั้งหมดของงานสร้างสรรค์ชิ้นนั้นก็ถือได้ว่าเป็นงานสร้างสรรค์อันได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์คดีนี้ปรากฏว่าโจทก์ซึ่งเป็นผู้ให้บริการโทรศัพท์เพียงนำข้อมูลผู้ใช้บริการของตนซึ่งมีอยู่แล้วมาพิมพ์เรียงลำดับตามตัวอักษรนับเป็นรูปแบบที่ใช้กันแพร่หลายอยู่แล้ว การสร้างสรรค์งานของโจทก์จึงไม่ได้เกิดจากการริเริ่มสร้างสรรค์ด้วยตนเอง ดังนั้นสมุดรายชื่อผู้ใช้บริการดังกล่าวจึงไม่ใช่งานสร้างสรรคอันเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์"[35]

สังเกตได้ว่า หลักการเรื่อง Sweat of the Brow ไม่นำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์การพิจารณา Originality อีกต่อไป กล่าวคือศาลไม่ถือว่าความมานะพยายามอย่างเดียวเป็นเกณฑ์ตัดสินว่างานสร้างสรรค์นั้น เป็นการริเริ่มงานด้วยตนเอง หากแต่เห็นว่า จะต้องมีความคิดสร้างสรรคอันเป็นแรงงานทางปัญญา (Intellectual Labor) ใส่ลงไปในงานสร้างสรรค์ด้วยเป็นอย่างน้อย ดังนั้นการปรับใช้หลักการ Originality ของระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาในปัจจุบันจึงมีความชัดเจนแน่นอนและไม่เกิดความสับสน

2.4.2.2 หลักการ Skill Labor and Judgement

หลักการ Skill Labor and Judgement คือ หลักทักษะ ความอุตสาหะ และวิจารณญาณ ซึ่งผู้สร้างสรรค์ได้ใช้สร้างสรรค์งานนั้น กล่าวคือ หากผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ Skill, Labor and Judgement ถึงขนาดแล้ว งานสร้างสรรค์นั้นนั้นย่อมเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครอง

ความหมายของ Originality ในสหราชอาณาจักรนั้น กฎหมาย Copyright Designs and Patents Act 1988 มิได้ให้คำนิยามไว้เช่นเดียวกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกา แต่อย่างไรก็ดี ศาลสหราชอาณาจักรได้ตีความหลักดังกล่าวไว้ว่า การที่จะเข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้นั้น งานนั้นจะต้องเกิดขึ้นโดยผู้สร้างงาน (Author) โดยไม่มีการลอกเลียนแบบ และงานดังกล่าวจะต้องประกอบขึ้นด้วย ทักษะ (Skill) การลงแรง (Labor) หรือ การใช้วิจารณญาณ (Judgement) อย่างเพียงพอในการสร้างงานนั้นขึ้นมา

ศาลในสหราชอาณาจักรได้พัฒนาหลักกฎหมายเรื่อยมา โดยหลักที่จะถูกนำมาใช้ทดสอบระดับความริเริ่มสร้างสรรค์ได้แก่หลัก Skill, Labor and Judgement (หลักทักษะ ความอุตสาหะ และวิจารณญาณ ซึ่งผู้สร้างสรรค์ได้ใช้สร้างสรรค์งานนั้น กล่าวคือ หากผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ Skill, Labor and Judgement ถึงขนาดแล้ว งานสร้างสรรค์นั้นนั้นย่อมเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครอง

อนึ่งศาลสหราชอาณาจักรได้ปรับใช้หลัก Skill, Labor and Judgement เป็นรายกรณีไปโดยไม่ได้วางหลักการวินิจฉัยเอาไว้ตายตัว ดังนั้น การที่จะวินิจฉัยว่างานสร้างสรรค์หนึ่ง ๆ มีความริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่ก็ยังคงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีอยู่นั้นเอง อย่างไรก็ตาม

---

[35] อำนาจ เนตยสุภา และชาญชัย อารีวิทยาเลิศ, *เรื่องเดิม.*

หลัก Skill, Labor and Judgement ได้ถูกพัฒนาอย่างต่อเนื่องเรื่อยมาจนมีแนวทาง การวินิจฉัยเกิดขึ้นจากคำพิพากษาของสาลในหลาย ๆ กรณีซึ่งอาจนำมาปรับใช้กับคดีอื่น ๆ ได้เป็นการทั่วไป เช่น ในคดี Ladbroke Football Ltd v William Hill Football Ltd. 1964 ซึ่งมีสาระสำคัญคือคูปองสำหรับพนันฟุตบอลซึ่งมีเพียงชื่อบริษัทผู้รับพนัน รายชื่อการแข่งขันที่สามารถพนันได้ในวันนั้นและอัตราต่อรอง ถือเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรมที่ผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ Skill, Labor and Judgement ในการสร้างสรรค์แล้ว กล่าวคือ การเลือกคู่แข่งขันที่น่าสนใจ การกำหนดอัตราต่อรอง ตลอดการกำหนดรูปแบบของคูปองก็เพียงพอแล้ว

ซึ่งจากคำพิพากษาในคดีแสดงให้เห็นว่าศาลของสหราชอาณาจักร การนำหลัก Skill, Labor and Judgement ที่ใช้ในการสร้างสรรค์แต่ละงานจะต้องพิจารณาถึงภาพรวมของการสร้างสรรค์งานนั้นทั้งงานว่าได้ใช้ Skill, Labor and Judgement เพียงพอหรือไม่ ไม่ใช่เพียงส่วนใดส่วนหนึ่งของงานนั้น ๆ และระดับของ Skill, Labor and Judgement ไม่จำเป็นต้องอยู่ในระดับสูง

สำหรับตัวอย่างข้อเท็จจริงในคดีที่แสดงให้เห็นถึงหลักกฎหมายดังกล่าว ได้แก่ คดี Interlego AG v. Tyco Industries Inc. (1989) โดยข้อเท็จจริงมีรายละเอียดดังนี้ คดี Interlego เป็นคดีตัวต่อของเล่นเด็ก Lego ได้ถูกลอกเลียนแบบเป็นภาพวาดทางเทคนิค (Technic Drawing) โดยบริษัทจำเลย ศาลได้ตัดสินว่ากรณีดังกล่าวถึงแม้จะมีการลงทุนทั้งทางด้านแรงงาน และทักษะเป็นอย่างมากจากบริษัทจำเลยในการลอกเลียนแบบตัวต่อของเล่นของโจทก์ออกมาเป็นภาพวาด กรณีก็ไม่สามารถทำให้ภาพวาดดังกล่าวได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ เพราะงานที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องเป็นงานที่เกิดขึ้นโดยปราศจากการลอกเลียนแบบ

2.4.3 ขอบเขตและระดับของความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์

2.4.3.1 ขอบเขตและระดับของความคิดริเริ่ม

หลัก Originality ปรากฏอยู่ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา Title 17 U.S.C. Section 102 (a) ที่บัญญัติว่า “Copyright Protection Subsists, in Accordance with this Title, in Original Works of Authorship Fixed in any Tangible Medium of Expression...”

ความคิดริเริ่ม (Originality) ต้องเกิดขึ้นจากการใช้ทักษะความสามารถ กำลังแรงงาน และทรัพยากรตามความเหมาะสม ในกรณีที่ผลงานสร้างสรรค์มีที่มาจากข้อเท็จจริง ธรรมชาติ หรือวัตถุเดียวกัน ยกตัวอย่างเช่น การสร้างสรรค์แผนที่โลกจากข้อมูลทางภูมิศาสตร์ การสร้างสรรค์ภาพถ่ายจากสิ่งแวดล้อมในธรรมชาติ หรือการสร้างสรรค์ภาพวาดเหมือนของวัตถุ หากเป็นการสร้างสรรค์ผลงานขึ้นด้วยทักษะ แรงงาน และทรัพยากรโดยใช้ความคิดสร้างสรรค์ตามความเหมาะสมแล้ว ถึงแม้ผลงานจะออกมามีลักษณะคล้ายคลึง หรือใกล้เคียงกับผลงานของผู้อื่น ซึ่งผู้สร้างสรรค์ไม่ได้ทำการคัดลอกผลงานของผู้อื่นแล้ว ผลงานนั้นย่อมไม่เป็นผลงานที่สร้างสรรค์ขึ้นโดยการกระทำอัน

ละเมิดลิขสิทธิ์ และได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ในทางกลับกันหากผลงานที่เกิดขึ้นใหม่ เกิดจากการนำงานต้นฉบับมาทาซ้ำ หรือดัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิย่อมเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งความคิดริเริ่มเป็นเงื่อนไขสำคัญของการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในการกระทำต่อผลงานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครอง โดยสิทธิแห่งผู้ทรงสิทธิอาจแบ่งออกได้ 5 ประการ ดังนี้ 1) ทำซ้ำผลงานสร้างสรรค์ 2) การดัดแปลงผลงานสร้างสรรค์ 3) การจัดจำหน่าย หรือเผยแพร่ผลงานต่อสาธารณชน 4) การจัดแสดงผลงานต่อสาธารณชน และ 5) การนำเสนอผลงานสร้างสรรค์ต่อสาธารณชน ซึ่งเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right)

หากพิจารณาถึงการริเริ่มสร้างสรรค์สามารถแบ่งออกเป็น 3 ระดับ ได้แก่

1) การริเริ่มสร้างสรรค์โดยใช้ความคิดของตัวเอง อันเป็นการใช้ความคิดสร้างสรรค์ของตนเองในการสร้างสรรค์ผลงานขึ้นโดยคิดขึ้นใหม่ด้วยตนเองทั้งหมด

2) การริเริ่มสร้างสรรค์จากข้อมูลข้อเท็จจริง หรือองค์ความรู้ เป็นการนำข้อมูลข้อเท็จจริงอันเป็นข้อมูลที่คนทั่วไปสามารถรับรู้ เข้าถึงได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หรือการนำองค์ความรู้ซึ่งเป็นหลักการทางวิทยาศาสตร์ และคณิตศาสตร์ซึ่งไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์มาสร้างสรรค์ผลงานโดยใช้ความคิดสร้างสรรค์ และ

3) การริเริ่มสร้างสรรค์โดยการต่อยอดความคิด หรือผลงานของผู้อื่นโดยได้รับอนุญาตให้ต่อยอดจากเจ้าผลงานผลเดิมที่จะทำการต่อยอดแล้วทั้งนี้ไม่ว่าจะมีการริเริ่มสร้างสรรค์ในระดับใดก็ย่อมเป็นผู้สร้างสรรค์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ อันทาให้ผลงานสร้างสรรค์โดยใช้ความคิดริเริ่ม (Originality) ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ซึ่งการพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของการลอกเลียนผลงาน (Plagiarism) และกฎหมายลิขสิทธิ์ต้องไม่กระทบถึงเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดต่อผู้ที่แสดงออกซึ่งความคิดที่กระทาการไปโดยสุจริต ในกฎหมายลิขสิทธิ์ยังไม่มีการกาหนดมาตรฐานขั้นต่ำของความคิดริเริ่ม (Originality) โดยความคิดริเริ่มนั้นเป็นปัจจัยสำคัญที่จะก่อให้เกิดเอกลักษณ์เฉพาะที่ปรากฏในผลงานสร้างสรรค์ อันส่งผลให้ผลงานสร้างสรรค์ถูกคัดลอกหรือเลียนแบบได้ยากขึ้น ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์เพียงกำหนดว่า ผลงานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์จะต้องมีความคิดริเริ่มในปริมาณที่เหมาะสมเท่านั้น กล่าวคือ ต้องมีการใช้ทักษะความสามารถกำลังแรงงาน และทรัพยากรในการสร้างสรรค์ด้วยปริมาณที่เหมาะสม อันก่อให้เกิดเอกลักษณ์เฉพาะในผลงานสร้างสรรค์ โดยไม่ได้ทำการคัดลอกผลงานมาจากผู้อื่น งานสร้างสรรค์ดังกล่าวย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ลิขสิทธิ์ไม่ได้ให้ความคุ้มครองไปถึงส่วนที่เป็นความคิด (Idea) กระบวนการขั้นตอน (Method) และการค้นพบ (Discover) การรวบรวมผลงานอันมีลิขสิทธิ์ก็ถือเป็นการริเริ่มสร้างสรรค์ในรูปแบบหนึ่งอันเป็นองค์ประกอบของการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ซึ่งการรวบรวมผลงานเพื่อนาเสนอในรูปแบบใหม่ต้องได้รับอนุญาตจากผู้ทรงลิขสิทธิ์เสียก่อน หากไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ทรงลิขสิทธิ์ให้จัดทางานรวบรวมเพื่อนาเสนอในรูปแบบใหม่ ย่อมเป็นการกระทาละเมิด

ลิขสิทธิ์ ในส่วนของการดัดแปลงผลงานการทาซ้ำผลงานเดิมบางส่วนและสร้างสรรค์ผลงานใหม่ลงไปในผลงานเดิม ก็ถือเป็นการใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์อันก่อให้เกิดการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์เช่นเดียวกัน แต่การดัดแปลงผลงานต้องมีการนาผลงานอื่นมาประกอบผลงานเดิมซึ่งต้องได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิ์ในผลงานเดิมเสียก่อน หากดัดแปลงผลงานโดยไม่ได้รับอนุญาตย่อมเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์[36]

หลักเกณฑ์อันเป็นองค์ประกอบเกี่ยวกับความริเริ่มในกฎหมายลิขสิทธิ์นี้กว้างกว่าหลักเกณฑ์ในเรื่องสิทธิบัตร โดยสิทธิบัตรใดจะเข้าหลักเกณฑ์ที่จะขอรับการจดสิทธิบัตรการประดิษฐ์ได้นั้นจะต้องมีองค์ประกอบประการหนึ่งคือ ต้องเป็นการประดิษฐ์ใหม่ (Novelty) กล่าวคือจะต้องเป็นสิ่งใหม่และไม่เป็นงานที่ปรากฏอยู่แล้ว อันได้แก่การประดิษฐ์ที่มีหรือใช้แพร่หลายไม่ว่า ณ แห่งใดในโลก ซึ่งหลักเกณฑ์อันเป็นองค์ประกอบความคิดริเริ่มตามกฎหมายลิขสิทธิ์นี้เป็นเช่นเดียวกับหลักดังกล่าวในกฎหมายสิทธิบัตรแล้ว งานสร้างสรรค์ต่าง ๆ จำนวนมากที่มีความคล้ายคลึงกันแม้จะได้รับการสร้างสรรค์จากบุคคลต่าง ๆ ด้วยความคิดสร้างสรรค์ของตนเองก็จะกลายเป็นงานที่ไม่อาจมีลิขสิทธิ์ได้ เพราะปรากฏว่าไปคล้ายคลึงกับงานที่มีการสร้างสรรค์มาก่อนแล้ว

โดยหลักทั่วไปแล้ว ในงานสร้างสรรค์ใด ๆ หากสามารถพิสูจน์ได้ว่า ระดับของความคิดริเริ่มไม่เพียงพอตามมาตรฐานของความพยายาม งานนั้นไม่อาจที่จะมีลิขสิทธิ์ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในงานซึ่งถือว่าเป็นงานพื้นฐาน (Original works) อันได้แก่ งานวรรณกรรม นาฏกรรม ดนตรีกรรม และศิลปกรรม ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เป็นส่วนสำคัญในการที่จะพิจารณาให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งานประเภทนั้น ๆ ในขณะที่งานต่าง ๆ อันเกี่ยวด้วยสิทธิข้างเคียง (Neighbouring Right) เช่น งานบันทึกเสียง งานโสตทัศนวัสดุ งานภาพยนตร์ งานแพร่เสียงแพร่ภาพ เป็นต้น ซึ่งเป็นงานอันประกอบหรือมีที่มาจากงานสร้างสรรค์พื้นฐานเริ่มแรกนั้นได้กำหนดให้งานเหล่านั้นไม่อาจมีลิขสิทธิ์ได้ในกรณีที่มีการลอกเลียนแบบจากงานต้นฉบับ

การกำหนดว่างานใดเป็นงานที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เพียงพอหรือไม่ อาจพิจารณาได้จาก 1) ทักษะ การตัดสินใจในการสร้างสรรค์และแรงงาน หรือ 2) การเลือกสรร การตัดสินใจและประสบการณ์ หรือ 3) แรงงานทักษะและเงินทุนซึ่งได้ใช้ไปโดยผู้สร้างสรรค์ในการสร้างสรรค์งานนั้น โดยทั้งหมดนี้ถือเป็นปัจจัยในการพิจารณาถึงขอบเขตของความคิดริเริ่ม

ในกรณีที่งานสร้างสรรค์ซึ่งสร้างสรรค์โดยการนำข้อมูล วัตถุดิบ มาจากงานสร้างสรรค์เดิมที่มีอยู่ก่อนแล้วไม่ว่าจะนำมารวบรวม ประกอบ หรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขอันก่อให้เกิดงานใหม่

---

[36] Henrik Bengtsson, **EU Harmonisation of the Copyright Originality Criterion**, Retrieved February 16, 2017 from http://www.worldservicesgroup.com/publications.asp?action=article&artid=4597

งานนั้นจะถือว่าเป็นงานอันเกิดจากความคิดริเริ่มซึ่งควรที่จะได้รับลิขสิทธิ์หรือไม่ โดยทั่วไปแล้วงานใด ๆ ซึ่งถูกสร้างสรรค์โดยมีที่มาจากงานอื่นเช่นนี้หากสามารถพิสูจน์ได้ว่า ได้มีการใช้ทักษะ ความพยายามอุตสาหะ แรงงาน ต้นทุนและความคิด ประกอบกันอย่างเพียงพอที่จะก่อให้เกิดงานอันมีลักษณะแตกต่างจากงานเดิม โดยถือว่างานสร้างสรรค์นั้นเป็นงานที่เกิดจากความคิดริเริ่มได้

อย่างไรก็ตามหากว่าได้ใช้ทักษะ แรงงานและความคิด เพียงแต่ลอกเลียนงานเดิมเท่านั้น ก็ไม่อาจเพียงพอในการทำให้งานนั้นเป็นงานที่เกิดจากความคิดริเริ่ม ด้วยเหตุนี้ บางท่านมีความเห็นว่า การนำเรื่องทักษะแรงงานและความคิดมาพิจารณานั้นอาจจะเหมาะกับการพิจารณาว่าสิ่งที่สร้างสรรค์นั้น เข้าลักษณะของ งาน หรือไม่มากกว่าการพิจารณาว่าสิ่งนั้นมาจากความคิดริเริ่มหรือไม่ โดยตัวอย่างที่ศาลสหราชอาณาจักรได้ตัดสินไว้อันเกี่ยวกับกรณีที่ถือว่างานอันดัดแปลงมาจากงานเดิมนั้น ให้ถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ เช่น การที่ข้อสอบคณิตศาสตร์ที่ดัดแปลงโดยอาจารย์ของมหาวิทยาลัยจากข้อสอบเก่าในปีก่อน ๆ นั้นศาลตัดสินว่ามิใช่การลอกเลียนข้อสอบเดิมอย่างสิ้นเชิงจึงสามารถมีลิขสิทธิ์ในข้อสอบที่มีการดัดแปลงขึ้นใหม่ได้ (คดี University of London Press V. University Tutorial Press (1916) 2 ch 601) ในทางตรงกันข้าม ดังที่กล่าวมาแล้วว่าหากการสร้างสรรค์งานใดมาจากงานเก่านั้น มีลักษณะเป็นการลอกเลียนอย่างสิ้นเชิงโดยปราศจากการเปลี่ยนแปลงแก้ไขให้มีลักษณะแตกต่างจากเดิม (Slavish Copy) งานนั้นไม่อาจถือได้ว่าเป็นงานใหม่อันก่อให้เกิดลิขสิทธิ์ เช่น กรณีงานภาพวาดต้นฉบับชุดหนึ่งของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้หมดอายุแห่งการคุ้มครองตามกฎหมายไปแล้ว แต่เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายเพื่อให้งานนั้นได้รับความคุ้มครองต่อไป เจ้าของลิขสิทธิ์จึงจัดทำภาพวาดอีกชุดหนึ่ง ซึ่งแม้จะใช้เวลา ทักษะและแรงงานในการจัดทำงานภาพวาดชุดใหม่นั้นก็ตาม แต่ปรากฏว่างานใหม่นั้นยังคงมีลักษณะไม่แตกต่างไปจากงานชุดก่อนมากนัก ปราศจากการเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือดัดแปลงในส่วนสาระสำคัญ ดังนั้นศาลสหราชอาณาจักรจึงปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครอง โดยไม่ถือว่าเป็นงานอันเกิดจากความคิดริเริ่มใหม่ (คดี Interlego AG V. Tyco Industries Inc. (1989) 1 AC 217)

ด้วยเหตุนี้การพิจารณาว่างานที่สร้างสรรค์อันมีที่มาจากงานเก่านั้นจะถือว่าเป็นงานอันมีความคิดริเริ่มของตนเองหรือไม่ จึงอาจพิจารณาได้จากระดับของความแตกต่างไปจากงานเก่าว่ามีมากน้อยแค่ไหนเพียงใด โดยต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไปตามที่ศาลใช้ดุลยพินิจเป็นสำคัญ

จึงเห็นได้ว่า หากงานใดเป็นการสร้างสรรค์ทั้งหมดด้วยตนเองของผู้สร้างสรรค์โดยมิได้พึ่งพางานเก่าของบุคคลใด ระดับของความคิดริเริ่มจะค่อนข้างต่ำ เมื่อนำไปเปรียบเทียบกับงานอันสร้างสรรค์โดยมีที่มาจากงานเก่า

2.4.3.2 ขอบเขตและระดับของความคิดสร้างสรรค์

Teresa M. Amabile ได้อธิบายไว้ว่า องค์ประกอบของความคิดสร้างสรรค์ ได้แก่ ความเชี่ยวชาญ ทักษะในการคิดสร้างสรรค์ และแรงจูงใจ โดยความเชี่ยวชาญ คือ ความรู้ในด้านเทคนิคและกระบวนการทำงานต่าง ๆ รวมถึงการใช้เหตุผล ส่วนทักษะในการคิดอย่างสร้างสรรค์ คือ การคิดแบบยืดหยุ่นและมีจินตนาการ ท้ายสุดแรงจูงใจ คือแรงจูงใจอาจมาจากภายนอกหรือภายในก็ได้ แรงจูงใจจากภายนอกเกิดจากปัจจัยภายนอก แรงจูงใจภายในหรือแรงจูงใจที่แท้จริงซึ่งเกิดจากความปรารถนา หรือความสนใจภายในของตนเองมีอิทธิพลต่อความคิดสร้างสรรค์มากกว่าแรงจูงใจภายนอก

ดังนี้ ผู้ที่จะสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นมาได้ควรมีการสะสมความรู้ในด้านเทคนิคและกระบวนการทำงานต่าง ๆ รวมถึงการใช้เหตุผล มีการคิดแบบยืดหยุ่นและมีจิตนาการ รวมทั้งมีความปรารถนาที่จะสร้างสรรค์งานที่ไม่ลอกเลียนงานของผู้อื่น

เนื่องด้วยผู้สร้างสรรค์ต้องมีสิทธิในงานที่สร้างสรรค์ โดยสิทธิของผู้สร้างสรรค์มีสิทธิดังนี้

1) มีสิทธิในงานลิขสิทธิ์อันสามารถจับต้องได้ (Property Right) คือ เมื่อมีการสร้างสรรค์มาจากสติปัญญา ความรู้ความสามารถของผู้สร้างสรรค์ งานที่สร้างสรรค์นี้ถือเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งการจะได้รับความคุ้มครองควรที่จะอยู่ในรูปทรัพย์ที่ทำให้สามารถจับต้องได้ ซึ่งจะทำให้ผู้สร้างสรรค์เป็นเจ้าของแต่เพียงผู้เดียวโดยปราศจากข้อแย้ง

2) มีสิทธิแต่ผู้เดียวในงานอันมีลิขสิทธิ์ (Exclusive Right) หรือสิทธิเด็ดขาด เป็นสิทธิเฉพาะตัวของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น ๆ ซึ่งผู้สร้างสรรค์มีอำนาจห้ามบุคคลอื่นใดลอกเลียนงานได้ นอกจากผู้ทรงสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะกระทำบางอย่างเกี่ยวกับงานลิขสิทธิ์ของตนได้อย่างอิสระเพราะสิทธินี้ถือเป็นการตอบแทนที่ผู้สร้างสรรค์ใช้สติปัญญา ความอุตสาหะในการสร้างผลงานนั้น ดังนั้น ผู้สร้างสรรค์จึงเป็นผู้สมควรได้รับสิทธินี้ตามกฎหมายและใช้สิทธินี้เป็นสิทธิเฉพาะบุคคล

3) ผู้สร้างสรรค์มีสิทธิหลายประการเหนือลิขสิทธิ์ (Multiple Rights) ผู้สร้างสรรค์ลิขสิทธิ์มีสิทธิอยู่หลายประการในงานของตนเองซึ่งสิทธิที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับเป็นไปตามกรอบของกฎหมาย

หลักเกณฑ์เบื้องต้นอันเกี่ยวกับการที่จะถือว่า งานสร้างสรรค์ใด ๆ ควรได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์มีสาระสำคัญคือ ต้องเป็นงานที่สร้างสรรค์โดยผู้สร้างสรรค์ สำหรับคำว่าผู้สร้างสรรค์ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 973/2551 ได้ให้ความหมายของคำว่าผู้สร้างสรรค์ที่จะสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ไว้ว่า ผู้สร้างสรรค์ คือผู้ทำหรือผู้ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์ และการสร้างสรรค์ดังกล่าวต้องเป็นการสร้างสรรค์ด้วยตนเอง ดังนั้นงานที่จะมีลิขสิทธิ์นั้นเพียงปรากฏว่าเป็นงานที่เกิดจากการ

สร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์โดยผู้ใช้ความรู้ความสามารถ และความเชี่ยวชาญ ระดับหนึ่งในงานนั้น และมิได้ทำซ้ำหรือ ดัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต ก็ถือเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์แล้วโดยไม่จำเป็นต้องเป็นงานที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน ซึ่งรายละเอียดคำวินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกามีดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 973/2551 ตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 บัญญัติว่า ผู้สร้างสรรค์ คือ ผู้ทำหรือผู้ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์ และการสร้างสรรค์ดังกล่าวต้องเป็นการสร้างสรรค์ด้วยตนเอง ดังนั้นงานที่จะมีลิขสิทธิ์นั้นเพียงปรากฏว่าเป็นงานที่เกิดจากการสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์โดยผู้ใช้ความรู้ความสามารถ และความเชี่ยวชาญ ระดับหนึ่งในงานนั้น และมิได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต ก็ถือเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์แล้วโดยไม่จำเป็นต้องเป็นงานที่ไม่ เคยปรากฏมาก่อน ดังนั้น หากผู้สร้างสรรค์สองคนต่างคนต่างสร้างสรรค์งานโดยมิได้ลอกเลียนซึ่งกันและกัน แม้ว่าผลงาน ที่สร้างสรรค์ของทั้งสองคนออกมาจะมีความเหมือนหรือคล้ายคลึงกัน ผู้สร้างสรรค์ทั้งสองต่างคนต่างก็ได้ลิขสิทธิ์ในงานที่ตนสร้างสรรค์ขึ้นแยกต่างหากจากกัน โจทก์เป็นผู้เขียนและเรียบเรียงหนังสือเรื่อง “ความคลาดเคลื่อนของความหมายในพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 (ในทางนิติศาสตร์) และพจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2537 กับความคลาดเคลื่อน” นั้น หากพิเคราะห์เนื้อหาโดยรวมของหนังสือทั้งเล่ม เป็นการหยิบยกคำศัพท์แต่ละคำ และความหมายของคำที่จำเลยให้ไว้ในพจนานุกรมขึ้นมาเป็นวัตถุแห่งการวิจารณ์ โดยการวิจารณ์คำแต่ละคำเริ่มต้นด้วย คำศัพท์และความหมายของคำแต่ละคำต่อด้วยเนื้อหาของการวิจารณ์ที่มีการอ้างบทกฎหมายและความเห็นทางตำราประกอบ และความหมายของคำที่ควรจะเป็น โดยไม่ปรากฏว่ามีการเลียนแบบผู้ใด นับว่าเป็นงานที่โจทก์ได้ใช้ความรู้ ความสามารถ ความวิริยะอุตสาหะในการค้นคว้า จัดลำดับและเรียบเรียงที่เป็นประโยชน์แก่ผู้อ่าน ถือว่าโจทก์ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์ด้วยตนเอง

ดังนั้น โจทก์จึงย่อมมีลิขสิทธิ์ในงานหนังสือดังกล่าว ตามพ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 วรรคแรก ที่จะได้รับความคุ้มครองงานอันเป็นวรรณกรรมของโจทก์ สำหรับเฉพาะในเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับงานวิจารณ์คำศัพท์ทั้ง 7 คำคือ ครอบครอง ครอบครองปรปักษ์ คู่สัญญา ตัวการ พินัยกรรม คดีดำ คดีแดง ซึ่งเป็นบางส่วนของหนังสือที่โจทก์เป็นผู้เขียนนั้น จำต้องวิเคราะห์เป็นคำ ๆ ไป ซึ่งเนื้อหางานวิจารณ์คำแต่ละคำนั้นประกอบด้วย 3 ส่วน ส่วนที่หนึ่งได้แก่ คำศัพท์และความหมายของคำศัพท์ซึ่งเป็นวัตถุแห่งการวิจารณ์ ส่วนที่สองเนื้อหาการวิจารณ์ และส่วนที่สามซึ่งเป็นส่วนที่พิพาทกันในคดีนี้ คือ ส่วนความหมายของคำศัพท์ ตามที่ควรจะเป็น ดังนั้น เนื้อหาส่วนที่สามซึ่งเป็นบทสรุปดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่โจทก์ต้องการชี้ให้เห็นว่า ความหมาย ที่ถูกต้องตามกฎหมายต้องเป็นอย่างไร ซึ่งเมื่อพิเคราะห์ความหมายของคำที่เป็นบทสรุปของโจทก์ แต่ละความหมายนั้น แล้วก็พบว่าความหมายของคำว่า ครอบครอง ครอบครองปรปักษ์ ตัวการ และพินัยกรรม ล้วนมีเนื้อหาตรงกับ

ความหมาย ที่ปรากฏอยู่แล้วในกฎหมายคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมายอาญา แตกต่างกันบ้างเฉพาะ ถ้อยคำที่เป็นรายละเอียดเล็กน้อย เช่น การเชื่อมโยงคำ หรือการเรียงประโยค ดังนั้น ในส่วนความหมายของคำว่า ครอบครอง ครอบครองปรปักษ์ ตัวการ และพินัยกรรม ในหนังสือของโจทก์นั้น จึงเป็นเนื้อความในตัวบทกฎหมาย โจทก์ย่อม ไม่มีลิขสิทธิ์ในความหมายของคำดังกล่าวตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 7 (2) ส่วนคำว่า “คู่สัญญา” “คดีดำ” และ “คดีแดง” แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติในลักษณะเป็นการให้ความหมายไว้ โดยตรงเช่นเดียวกับคำ 4 คำที่กล่าวมาแล้ว แต่โจทก์ได้มาจากการดูตัวบทกฎหมาย และเป็นถ้อยคำที่อาจารย์ของโจทก์ ใช้ในการสอนในมหาวิทยาลัยและอธิบายความตั้งแต่เมื่อครั้งโจทก์เป็นนักศึกษากฎหมายซึ่งตรงกับความหมายที่โจทก์ได้ ให้ความหมายไว้ จึงทำให้น่าเชื่อว่าความหมายของคำทั้ง 3 คำดังกล่าว ก็ไม่ได้เกิดขึ้นจากการสร้างสรรค์ของโจทก์เองโดยแท้ หากแต่เป็นความหมายที่มีการสร้างสรรค์และเข้าใจกันโดยทั่วไปมาก่อนโดยผู้ปฏิบัติหรือคณาจารย์ทางนิติศาสตร์ท่านอื่น ๆ จากเนื้อหาของกฎหมาย แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาคดีและคำพิพากษาของศาล ซึ่งมีการถ่ายทอดต่อกันมาโดย ทางคำบรรยาย ทางตำรา หรือเอกสารทางวิชาการ แล้วโจทก์เป็นผู้นำความหมายดังกล่าวมารวมไว้เท่านั้น ความหมาย ของคำเหล่านี้จึงไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 ในอันที่จะได้รับความคุ้มครอง

2.4.3.3 กรณีศึกษาในส่วนของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

สำหรับในส่วนของกรณีศึกษาในส่วนของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ผู้เขียนขอแบ่งกรณีศึกษาออกเป็น กรณีศึกษาระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ในงานดั้งเดิม/ต้นฉบับ กรณีศึกษาระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานรวบรวมและกรณีศึกษาระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานดัดแปลง

ในส่วนของกรณีศึกษาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานดั้งเดิม/ต้นฉบับ ตามอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) เป็นข้อตกลงว่าด้วยการให้ความคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม โดยให้ประเทศสมาชิกตามอนุสัญญานี้บัญญัติกฎหมายภายในให้เป็นไปตามมาตรฐานที่อนุสัญญากรุงเบอร์นกำหนดประเภทของงานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 2 (3) คือ

(3) งานแปล งานดัดแปลง การเรียบเรียงใหม่ซึ่งงานดนตรีกรรม หรืองานปรับปรุงของงานวรรณกรรม หรืองานศิลปกรรม ซึ่งไม่กระทบต่องานเดิม ต้องได้รับความคุ้มครองดั่งงานดั้งเดิม

งานที่สร้างสรรค์จากงานดั้งเดิม กล่าวคืองานสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นจากงานที่มีอยู่แล้ว งานที่สร้างสรรค์จะต้องประกอบด้วยส่วนที่เป็นการเปลี่ยนแปลง (Alteration) งานต้นฉบับอย่างมีสาระสำคัญถึงขนาดที่จะทำให้งานทั้งหมดในภาพรวมมีลักษณะเป็นการริเริ่มสร้างสรรค์

นอกจากนี้ การเปลี่ยนแปลงงานดังกล่าวจะต้องเป็นการเปลี่ยนแปลงที่เห็นได้ชัดเจนอย่างมีนัยสำคัญ (Visually Significant) ซึ่งมีตัวอย่างคดีของสหราชอาณาจักรคือ[37]

คดี Interlego v Tyco Industries โจทก์ซึ่งเป็นผู้ผลิตตัวต่อเลโก้ซึ่งได้รับความนิยมได้นำภาพวาดต้นแบบตัวต่อเลโก้ของตนมาดัดแปลงเล็กน้อยโดยประสงค์จะให้เกิดเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นใหม่ซึ่งจะทำให้ภาพวาดต้นแบบนั้นได้รับความคุ้มครองนับแต่วันสร้างสรรค์งานใหม่นั้น ประเด็นในคดีมีอยู่ว่า การกระทำของโจทก์ในคดีนี้เป็นการสร้างสรรค์งานที่ประกอบด้วยความวิริยะอุตสาหะในระดับที่จะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่า แม้การทำซ้ำงานอย่างมีคุณภาพจะต้องอาศัยความวิริยะอุตสาหะสูงเพียงใดก็ไม่ทำให้การทำซ้ำนั้นเป็นการริเริ่มสร้างสรรค์ไปได้ การที่โจทก์เพียงปรับปรุงภาพวาดต้นฉบับของตนเพียงเล็กน้อยไม่ก่อให้เกิดงานใหม่ แต่เป็นเพียงการทำซ้ำหรือเลียนแบบงานต้นฉบับเท่านั้น แม้งานของโจทก์ซึ่งเกิดจากการปรับปรุงจากงานเดิมจะประกอบด้วยความวิริยะอุตสาหะ แต่ความวิริยะอุตสาหะนั้นก็เป็นเพียงความวิริยะอุตสาหะในการทำซ้ำงานต้นฉบับ กล่าวคือ ไม่ใช่ความวิริยะอุตสาหะในการริเริ่มสร้างสรรค์ งานดังกล่าวจึงไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์อันได้รับความคุ้มครอง

การทำซ้ำงานซึ่งเป็นสมบัติสาธารณะโดยไม่มีการสร้างสรรค์สิ่งใดนอกจากการเปลี่ยนรูปแบบสื่อที่บันทึกงานต้นฉบับนั้น เป็นการสร้างงานที่ขาดความริเริ่มสร้างสรรค์อันจะทำให้งานนั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ การทำสำเนางานอันเป็นสมบัติสาธารณะจึงไม่ใช่การสร้างสรรค์งานที่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ แม้จะมีผู้นำเอาสำเนานั้นไปใช้ก็ย่อมไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งมีตัวอย่างคดีของสหรัฐอเมริกาคือ[38]

คดี The Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corporation ซึ่งเป็นคดีขึ้นสู่การพิจารณาของ United States District Court for the Southern District of New York โดยมีประเด็นว่าขึ้นสู่การวินิจฉัยว่า การทำสำเนาภาพซึ่งเป็นสมบัติสาธารณะ (Public Domain) เป็นการสร้างสรรค์งานซึ่งได้รับความคุ้มครองในฐานะงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่การทำสำเนานั้นจำเป็นต้องใช้ความวิริยะอุตสาหะพอสมควรจึงจะได้สำเนาที่สมบูรณ์ เช่น การทำสำเนาภาพถ่ายของภาพวาดซึ่งหมดอายุคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว ซึ่งต้องมีการจัดวางภาพต้นแบบ จัดแสง การจัดมุมกล้อง และการเลือกใช้อุปกรณ์ถ่ายภาพ เป็นต้น ซึ่งในคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยว่าการถ่ายภาพของภาพถ่ายอื่น หรือสิ่งพิมพ์ใด ๆ (รวมถึง ภาพวาด) เป็นเพียงการทำซ้ำภาพต้นแบบเท่านั้น ส่วนการจัดวางงานต้นแบบ การจัดแสง ตลอดจนการเลือกใช้อุปกรณ์ในการถ่ายภาพ เป็นเพียงกรรมวิธีที่จะทำให้การทำซ้ำนั้นสมบูรณ์เหมือนงานต้นแบบ ซึ่งเป็นสมบัติสาธารณะ

---

[37] อำนาจ เนตยสุภา และชาญชัย อารีวิทยาเลิศ, *เรื่องเดิม,* หน้า 42-43.

[38] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 42-43.

ในส่วนของกรณีศึกษาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานรวบรวม ตามอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) เป็นข้อตกลงว่าด้วยการให้ความคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม โดยให้ประเทศสมาชิกตามอนุสัญญานี้บัญญัติกฎหมายภายในให้เป็นไปตามมาตรฐานที่อนุสัญญากรุงเบอร์นกำหนดประเภทของงานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 2 (5) คือ

(5) งานรวบรวมงานวรรณกรรม ศิลปกรรม อย่างสารานุกรม และหนังสือ รวมงานเขียน หรืองานอื่นใดในทำนองเดียวกัน ซึ่งไม่กระทบต่อลิขสิทธิ์แห่งงานประเภทเดียวกัน ย่อมได้รับความคุ้มครองเป็นงานรวบรวม

ในส่วนของการคุ้มครองการรวบรวมข้อมูล การรวบรวมข้อมูล (Compilations of Data) หรือที่เรียกกันว่า (Databases) ได้กลายมาเป็นสิ่งสำคัญยิ่งในโลกยุคข้อมูลข่าวสารดังเช่นในปัจจุบัน ข้อมูลหลายประเภทที่มีการเก็บรวบรวมไว้ เป็นสิ่งที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจ เช่นปริมาณการซื้อขายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ รายชื่อและที่อยู่ของลูกค้าบริษัท รายละเอียดการสำรวจแหล่งพลังงานน้ำมัน การเก็บรวบรวมข้อมูลเป็นกิจกรรมที่ต้องอาศัยการลงทุนสูง ผู้ลงทุนจึงต้องใช้ความชำนาญ แรงงาน และความอุตสาหะเพื่อรวบรวมข้อมูลเหล่านั้น ซึ่งโดยหลักการพื้นฐานของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา บุคคลที่ได้ลงทุนลงแรงกระทำการดังกล่าวควรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย เพื่อมิให้บุคคลอื่นแสวงหาประโยชน์จากสิ่งที่เขาได้สร้างสรรค์ขึ้นนั้น[39]

ปัญหาของการคุ้มครองการรวบรวมข้อมูลก็คือ หากข้อมูลที่มีการรวบรวมเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ในตัวเองอยู่แล้ว เช่นเป็นข้อมูลที่ได้มีการบรรยายไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในลักษณะงานวรรณกรรม ดังเช่นหนังสือสารานุกรม ซึ่งเป็นหนังสือที่รวบรวมเรื่องราวต่าง ๆ กรณีเช่นนี้ผู้รวบรวมจะได้ลิขสิทธิ์ในหนังสือสารานุกรมที่ตนได้จัดทำขึ้นหรือไม่ และกรณีจะแตกต่างจากการรวบรวมข้อมูลที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหรือไม่ เช่นรายชื่อและที่อยู่ของบุคคลซึ่งกฎหมายไม่ถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หากมีการรวบรวมรายชื่อและที่อยู่ดังกล่าวขึ้นเป็นสมุดโทรศัพท์ กรณีจะถือได้หรือไม่ว่าสมุดโทรศัพท์นั้นเป็นงานที่ผู้รวบรวมมีลิขสิทธิ์[40]

ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายในภาคพื้นยุโรป การรวบรวมข้อมูลไม่ถือว่าเป็นงานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายในระบบดังกล่าวมองว่า การรวบรวมข้อมูลไม่ได้เป็นผลงานที่เกิดจากการสร้างสรรค์โดยใช้สติปัญญาของบุคคล หากแต่เป็นเพียงการนำเอาข้อเท็จจริงที่มีอยู่แล้วมารวบรวมไว้ในที่เดียวกันเท่านั้น[41]

---

[39] จักรกฤษณ์ ควรพจน์, *เรื่องเดิม,* หน้า 103.

[40] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 104.

[41] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 104.

สำหรับในส่วนของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์การคุ้มครองการรวบรวมข้อมูลก็ยังคงเป็นประเด็นทางกฎหมายที่ขาดความชัดเจนแน่นอนอยู่โดยในต้นปี พ.ศ. 2534 ศาลสูงสหรัฐ ได้มีคำพิพากษาคดี Feist Publications v. Rural Telephone ว่าการรวบรวมข้อมูลที่ทำกันอยู่เป็นปกติทั่วไป ซึ่งไม่ได้ใช้ความวิริยะอุสาหะของผู้รวบรวมเท่าใดนัก เช่นสมุดโทรศัพท์ ไม่ถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของบุคคล แต่สำหรับการรวบรวมรายชื่อและที่อยู่ในสมุดโทรศัพท์หน้าเหลือง ที่มีการจำแนกประเภทของธุรกิจเอาไว้อย่างชัดเจนและเป็นหมวดหมู่เพื่อการประชาสัมพันธ์สินค้าและบริการ ถือเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์[42]

โดยรายละเอียดของคดี Feist Publication Inc. v. Telephone Service Co. กล่าวคือโจทก์ซึ่งเป็นบริษัทผู้ให้บริการโทรศัพท์และได้นำรายชื่อผู้ใช้บริการของตนมาจัดพิมพ์ตามลำดับอักษรออกเผยแพร่ ฟ้องบริษัทจำเลยซึ่งนำรายชื่อดังกล่าวไปใช้ โดยได้ทำซ้ำรายชื่อดังกล่าวและนำไปรวมเข้ากับรายชื่อของผู้ใช้บริการของผู้ให้บริการรายอื่น ๆ ในพื้นที่ จนเกิดเป็นรายชื่อผู้ใช้บริการโทรศัพท์ของจำเลยเองขึ้น โดยกล่าวหาว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ในรายชื่อผู้ใช้บริการของโจทก์ ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเอาไว้โดยสรุปว่า ข้อเท็จจริง (Facts) ซึ่งเป็นสิ่งไม่มีลิขสิทธิ์อาจถูกนำมาใช้สร้างสรรค์โดยการคัดเลือก การจัดเรียง หรือการกระทำการใด ๆ อันแสดงถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ในการนำเสนอข้อเท็จจริงนั้น ซึ่งจะทำให้งานสร้างสรรค์ชิ้นนั้นในภาพรวมเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้โจทก์ซึ่งเป็นผู้ใช้บริการโทรศัพท์ เพียงนำข้อมูลผู้ใช้บริการของตนซึ่งมีอยู่แล้วมาพิมพ์โดยเรียงลำดับตัวอักษรอันเป็นวิธีการที่ใช้อยู่แพร่หลายอยู่แล้ว การสร้างสรรค์งานของโจทก์จึงไม่ได้มีความริเริ่มสร้างสรรค์ใด ๆ ดังนั้น สมุดรายชื่อผู้ใช้บริการดังกล่าวจึงไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์ การที่จำเลยนำข้อเท็จจริงในสมุดรายชื่อนั้นไปใช้จึงไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

อนึ่งในคดี Key Publ'ns, Inc. v. Chinatown Today Publ'g Enters., Inc. ของสหรัฐอเมริกา โจทก์ซึ่งเป็นผู้จัดทำสมุดหน้าเหลืองซึ่งเป็นการรวบรวมรายชื่อของผู้ประกอบธุรกิจในพื้นที่มาจัดเรียงเข้าด้วยกันฟ้องจำเลยซึ่งนำข้อมูลผู้ประกอบธุรกิจจากสมุดหน้าเหลืองของโจทก์ไปใช้ โดยกล่าวหาว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ในสมุดหน้าเหลืองอันเป็นงานสร้างสรรค์ของโจทก์ คดีนี้ศาลอุทธรณ์ภาค 2 แห่งสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่า การนำข้อเท็จจริงมาจัดเรียงในรูปแบบสมุดหน้าเหลืองเป็นการแสดงถึงความสร้างสรรค์อันจะทำให้งานนั้นในภาพรวมเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์แล้ว อย่างไรก็ตามการพิจารณาว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานนั้นหรือไม่ต้องพิจารณาว่าผู้ละเมิดได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงงานดังกล่าวในส่วนที่เป็นการสร้างสรรค์หรือไม่ ในคดีดังกล่าว ส่วนที่เป็นการสร้างสรรค์คือการคัดเลือกและจัดเรียงรายชื่อผู้ประกอบธุรกิจในพื้นที่ ดังนั้นเมื่อจำเลยเพียงนำรายชื่อบางส่วนไปใช้

---

[42] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 104.

โดยไม่ได้ลอกเลียนสิ่งที่สร้างสรรค์ของโจทก์ จำเลยจึงไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ของโจทก์ ศาลในคดีนี้ได้วางหลักสำคัญเอาไว้ ลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ที่เกิดจากการรวบรวมข้อเท็จจริง (Compilation of Facts) จะเป็นลิขสิทธิ์ที่ บาง (เป็น Thin Copyright) กล่าวคือ การจะพิสูจน์ว่าลิขสิทธิ์นั้นถูกละเมิด จะต้องพิสูจน์ให้ได้ถึงขนาดว่าผู้ละเมิดได้ละเมิดงานในส่วนที่ทำให้ข้อเท็จจริงนั้นมีลิขสิทธิ์ด้วย มิใช่เป็นเพียงการนำเอาข้อเท็จริงซึ่งเป็นส่วนที่ไม่มีลิขสิทธิ์ไปใช้เท่านั้น ดังนั้นจากข้อเท็จจริงในคดีนี้ หากจำเลยทำซ้ำสมุดหน้าเหลืองของโจทก์โดยตรงทั้งเล่มหรือแม้กระทั่งบางส่วนมิใช่เพียงนำข้อมูลในสมุดหน้าเหลืองดังกล่าวไปใช้ เช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกาก็มีประเทศอื่นในกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้วนอกเหนือจากสหรัฐอเมริกาเองในการวิเคราะห์ถึงการวินิจฉัยคดีในลักษณะแบบนี้ ก็ปรากฏอยู่ในสหราชอาณาจักร ซึ่งในสหราชอาณาจักรมีกฎหมายลิขสิทธิ์คุ้มครองฐานข้อมูลในกรณีที่ปรากฏว่า ผู้รวบรวมได้ใช้ความชำนาญ ดุลพินิจ และแรงงานในการรวบรวมข้อมูล ภายใต้กฎหมายสหราชอาณาจักร ฐานข้อมูลเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ผู้ที่ลอกเลียนส่วนที่เป็นสาระสำคัญของงานการรวบรวมนั้นต้องรับผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ โดยไม่คำนึงว่าสิ่งที่ได้รวบรวมมานั้นจะเป็นงานที่มีลิขสิทธิ์อยู่เดิมหรือไม่[43]

ประเทศกำลังพัฒนาอีกประเทศหนึ่งคือประเทศออสเตรเลีย ก็มีคดี Telstra Corporation Ltd. V Phone Directories Company Pty Ltd. กล่าวคือ สมุดโทรศัพท์หน้าเหลือง (สมุดรายชื่อผู้ประกอบการค้าในพื้นที่นั้น ๆ) และสมุดโทรศัพท์หน้าขาว (สมุดรายชื่อผู้ใช้บริการโทรศัพท์ในพื้นที่นั้น ๆ) เป็นวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏกว่า ในการทำสมุดโทรศัพท์หน้าเหลืองและสมุดโทรศัพท์หน้าขาวนั้น โจทก์ได้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งทำงานโดยอัตโนมัติในการเรียบเรียงและจัดรูปแบบแทบทั้งหมด ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่าการสร้างสรรค์วรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์นั้นจะต้องมีระดับความอุตสาหะในการสร้างสรรค์อย่างงานวรรณกรรมถึงขนาด (Sufficient Effort Literary Nature) ด้วย งานที่ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์สร้างขึ้นในลักษณะที่แทบจะปราศจากการแทรกแซงโดยผู้สร้างสรรค์ไม่ถือเป็นงานที่ใช้ความอุตสาหะในการสร้างสรรค์อย่างงานวรรณกรรมถึงขนาดอันจะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายได้ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ศาลในประเทศออสเตรเลียก็ไม่ยอมให้งานที่สร้างสรรค์ขึ้นโดยปราศจากความริเริ่มสร้างสรรค์เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์เช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกา

โดยหลักทั่วไปแล้ว ความหมายของงานสร้างสรรค์นั้นจะต้องเป็นงานที่ทำหรือก่อให้เกิดขึ้นโดยความคิดริเริ่มของผู้สร้างสรรค์ด้วยตนเอง นอกจากนี้การนำงานของบุคคลอื่นมาทำรวบรวมหรือประกอบเข้ากันนั้นแม้จะได้รับลิขสิทธิ์ตามกฎหมายในงานใหม่ดังกล่าว แต่การรวบรวมหรือประกอบงานเดิมเข้ากันจะต้องคำนึกถึงระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้กระทำการเหล่านี้

---

[43] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 105.

ด้วย สำหรับกรณีที่งานสร้างสรรค์ซึ่งสร้างสรรค์โดยการนำข้อมูล วัตถุดิบ มาจากงานสร้างสรรค์เดิมที่มีอยู่ก่อนแล้ว ไม่ว่าจะนำมารวบรวม ประกอบ หรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขอันก่อให้เกิดงานใหม่ งานนั้นจะถือว่าเป็นงานอันเกิดจากความคิดริเริ่มซึ่งควรที่จะได้รับลิขสิทธิ์หรือไม่ โดยทั่วไปแล้วงานใด ๆ ซึ่งถูกสร้างสรรค์โดยมีที่มาจากงานอื่นเช่นนี้หากสามารถพิสูจน์ได้ว่า ได้มีการใช้ทักษะ ความพยายามอุตสาหะ แรงงาน ต้นทุนและความคิด ประกอบกันอย่างเพียงพอที่จะก่อให้เกิดงานอันมีลักษณะแตกต่างจากงานเดิม โดยถือว่างานสร้างสรรค์นั้นเป็นงานที่เกิดจากความคิดริเริ่มได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากว่าได้ใช้ทักษะ แรงงานและความคิด เพียงแต่ลอกเลียนงานเดิมเท่านั้น ก็ไม่อาจเพียงพอในการทำให้งานนั้นเป็นงานที่เกิดจากความคิดริเริ่ม[44] ทั้งการรวบรวมหรือประกอบเข้ากันจะต้องทำโดย การคัดเลือก (Selection) หรือจัดลำดับ (Arrangement) โดยไม่ใช่การลอกเลียนงานของผู้อื่น กล่าวคือจะต้องมีการใช้ความพยายามอุตสาหะในการคัดเลือกและจัดลำดับตามสมควรนั้นเอง[45]

ในคดีของศาลสหราชอาณาจักรในคดี Macmillan & Co Ltd v. K & J Cooper เป็นกรณีที่ผู้รวบรวมจะได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์เพราะได้ใช้สติปัญญาความคิดสร้างสรรค์ (Originality) อย่างเพียงพอ เช่นได้ใช้ทักษะความสามารถพิเศษในการคัดเลือก จัดลำดับข้อมูลที่รวบรวมจนทำให้เกิดความสะดวกหรือง่ายต่อผู้อื่นที่จะค้นคว้า ศึกษาข้อมูลที่เกิดขึ้นจากการรวบรมนั้น กล่าวคือ ทำให้เห็นได้ว่าบางกรณีถึงแม้ว่าการรวบรวม (Compilation) ข้อมูลต่าง ๆ จำนวนมาก หากพิจารณาที่ตัวข้อมูลอาจกล่าวได้ว่าไม่มีความใหม่ในส่วนนั้นเลย อย่างไรก็ตาม การรวบรวมข้อมูลดังกล่าวอาจเป็นสิ่งใหม่ตามวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ กล่าวคือในกรณีดังกล่าวกฎหมายลิขสิทธิ์จะให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ผู้รวบรวมงาน ด้วยเหตุผลที่ว่าบุคคลดังกล่าวได้ใช้ความคิดสร้างสรรค์ ได้ใช้ความคิดพินิจพิจารณา (Judgement) และการคัดเลือก (Selection) ข้อมูลขึ้นมาโดยนำมารวบรวม จัดลำดับ จัดวางใหม่ ทำให้เกิดความสะดวก หรือง่ายต่อการค้นคว้าข้อมูล หรือง่ายต่อการทำความเข้าใจของบุคคลทั่วไปที่จะนำข้อมูลไปใช้ประโยชน์ เช่นนี้ก็ทำให้ผู้รวบรวมได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในฐานะเป็นผู้รวบรวมงานนั้นได้ ดังนั้น เป็นข้อสังเกตว่า หากเป็นเพียงการรวบรวมหรือการสะสม (Collection) ในลักษณะที่มิได้ใช้ทักษะ (Skill) หรือสติปัญญา ความคิดสร้างสรรค์ใดหรือมิได้ใช้การพิเคราะห์ หรือพินิจพิจารณา หรือมิได้ใช้แรงงาน (Labour) ในการสร้างสรรค์งานนั้นอย่างเพียงพอ เช่นนี้ผู้รวบรวม หรือสะสมงานนั้นก็จะมิได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในการรวบรวม (Complilation) งานดังกล่าว

ในส่วนของกรณีศึกษาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานดัดแปลง ตามอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection

---

[44] ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญา**, หน้า 87-88.

[45] อรพรรณ พนัสพัฒนา, *เรื่องเดิม,* หน้า 48.

of Literary and Artistic Works) เป็นข้อตกลงว่าด้วยการให้ความคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม โดยให้ประเทศสมาชิกตามอนุสัญญานี้บัญญัติกฎหมายภายในให้เป็นไปตามมาตรฐานที่อนุสัญญากรุงเบอร์นกำหนด ประเภทของงานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 2 (3) คือ

(3) งานแปล งานดัดแปลง การเรียบเรียงใหม่ซึ่งงานดนตรีกรรม หรืองานปรับปรุงของงานวรรณกรรม หรืองานศิลปกรรม ซึ่งไม่กระทบต่องานเดิม ต้องได้รับความคุ้มครองดั่งงานดั้งเดิม

การดัดแปลง ตามความหมายทั่วไป หมายถึงการปรับเปลี่ยนผลงานเพื่อการสร้างสรรค์ผลงานชิ้นใหม่ การดัดแปลผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก่อน การดัดแปลงเป็นการสร้างสรรค์ผลงานที่ได้รับความคุ้มครองโดยลิขสิทธิ์ด้วยเช่นกัน ดังนั้นการดัดแปลงต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานการดัดแปลงด้วย

ในส่วนของศาลสหราชอาณาจักรในคดี The Duriron Company Inc v. Hugh Jennings & Co Ltd. กล่าวคือหากเป็นการวาดภาพ หรือเขียนภาพที่ต้องใช้ทักษะและใช้ความรู้ความรู้ความสามารถในการวาดภาพของตนเอง งานนั้นผู้สร้างสรรค์ได้แสดงออกมาซึ่งความคิดสร้างสรรค์ของตนเองแล้ว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ งานสร้างสรรค์จะสำเร็จโดยอาศัยทักษะ หรือความชำนาญระดับหนึ่งและต้องเป็นการใช้ความรู้ความสามารถเพื่อสร้างสรรค์งานนั้นด้วยตนเอง (The Degree of Skill and Judgment) งานดังกล่าวจึงเป็นงานที่มี Originality และงานนั้นต้องไม่สำเนา (Copy) มาจากงานของผู้อื่น แต่จะต้องเกิดจากการสร้างสรรค์สรรค์ของตนเอง การสร้างสรรค์ไม่จำต้องเป็นงานใหม่ทั้งหมด กล่าวคืออาจเป็นการสร้างสรรค์เพิ่มเติมมาจากงานที่ปรากฏอยู่ทั่วไป (Commonpiace) หรือจากงานที่มีอยู่ก่อนแล้ว (Pre-exsting) ก็ได้ ซึ่งต้องพิจารณาจากข้อเท็จเป็นเรื่อง ๆ ไป เช่นผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความคิดสร้างสรรค์สิ่งอันเป็นสาระสำคัญของงานขึ้นมาใหม่ด้วยความคิดสร้างสรรค์ของตนเองหรือไม่เป็นต้น

2.5 ความคิดเห็นและข้อโต้แย้งของความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์

2.5.1 ความคิดเห็นและข้อโต้แย้งของความคิดริเริ่ม

ในส่วนของความคิดเห็นและข้อโต้แย้งในประเด็นความคิดริเริ่มในงานลิขสิทธิ์นั้นขอพิจารณาจาก หลัก Originality ของสหรัฐอเมริกาซึ่งแต่เดิมได้ยึดทฤษฎี “Sweat of the Brow หรือ “Skill, Labor and Judgement Principle” ในการกำหนดเงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ โดยทฤษฎีดังกล่าวมีสาระสำคัญคือ หากผู้สร้างงานได้ลงทุนลงแรงเพื่อสร้างสิ่งใดสิ่งหนึ่งขึ้น แม้ว่างานนั้นจะไม่มีคุณภาพหรือปริมาณของความคิดสร้างสรรค์อยู่ในตัวงานนั้น รัฐเองก็ยังให้ความคุ้มครองงานนั้นภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ เพื่อเป็นการตอบแทนการลงทุนลงแรงของผู้สร้างงาน อย่างไรก็ดี หลักดังกล่าวต่อมา

ภายหลังได้ถูกยกเลิกไปโดยคำพิพากษาของศาลฎีกา ของสหรัฐอเมริกาในคดี Feist Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Company โดย ศาลสูงของสหรัฐฯ (Supreme Court) ได้ตีความและระบุเงื่อนไขของ originality ไว้เสียใหม่ว่า การงานจะเข้าเงื่อนไของค์ประกอบของ originality ได้นั้น งานดังกล่าวนอกเหนือจะต้องเป็น การสร้างสรรค์ขึ้นโดยอิสระ (independent Creation) ซึ่งก็คือเป็นงานที่เกิดขึ้นโดยปราศจาก การลอกเลียนแบบแล้ว งานดังกล่าวยังจะต้องมีปริมาณของความคิดสร้างสรรค์ในงานนั้นอย่าง พอเพียง (Modest Quantum of Creativity) ถึงกระนั้นก็ตามงานดังกล่าวนั้นไม่ต้องประกอบขึ้นด้วยความงดงามหรือคุณค่าทางศิลปะ (Artistic Merit or Beauty) อย่างมากมายแต่ประการใดและเพื่อให้เกิดความเข้าใจในหลักกฎหมายในคดี Feist มากยิ่งขึ้น ข้อเท็จจริง โดยสรุปของคดีดังกล่าวดังต่อไปนี้

บริษัท Feist โจทก์ได้ตีพิมพ์สมุดโทรศัพท์ซึ่งบรรจุข้อมูลเกี่ยวกับรายชื่อผู้ใช้โทรศัพท์พร้อมที่อยู่ของจำเลยคือบริษัท Rural Telephone ซึ่งเป็นบริษัทคู่แข่งได้ตีพิมพ์สมุดโทรศัพท์ออก จำหน่าย โดยได้ลอกรายชื่อและที่อยู่ของผู้ใช้โทรศัพท์บางส่วนในสมุดโทรศัพท์ของโจทก์ไป โดยมิได้รับความยินยอมจากโจทก์ ศาลได้ตัดสินว่ากรณีสมุดโทรศัพท์ของโจทก์เป็นเพียงการรวบรวมรายชื่อและที่อยู่ของผู้ใช้โทรศัพท์โดยเรียงตามตัวอักษร รูปแบบในการจัดวางข้อมูลมิได้มีความคิดสร้างสรรค์ในการจัดทำขึ้น ดังนั้น ถึงแม้จะมีการใช้แรงงาน หรือทุนเป็นจำนวนมากในการรวบรวม ก็มิได้ทำให้ข้อมูลเหล่านั้นได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ การจัดวางข้อมูลที่จะให้ได้รับความคุ้มครองนั้นอย่างน้อยจะต้องมีความคิดสร้างสรรค์ในการเลือก (Selection) จัดวาง (Arrangement) และการรวมองค์ประกอบเข้าด้วยกัน (Co-Ordination) การจัดวางข้อมูลโดยเรียงตามตัวอักษรเป็นการจัดวางที่เรียบง่ายเกินไป (Mundane) การลอกข้อมูลของโจทก์ไปโดยจำเลยในคดีนี้จึงไม่มีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์

สำหรับในส่วนความหมายของ Independent Creation ของงานที่ประสงค์จะให้ได้รับความคุ้มครองนั้น ทางศาลเองได้ตีความไว้ว่ากรณีดังกล่าวไม่จำต้องเป็นงานที่เกิดขึ้นเป็นอย่างพิเศษ (Striking Uniqueness) หรือเป็นงานที่เกิดขึ้นใหม่ (Novelty) โดยอาจมีกรณีที่งานสองงานอาจเกิดขึ้นโดยมีความคล้ายคลึงหรือเหมือนกันก็ได้ แต่กรณีทั้งสองงานที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นการเกิดขึ้นโดยอิสระปราศจากการลอกเลียนแบบซึ่งกันและกัน

ในส่วนของการกำหนดว่างานใดเป็นงานที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เพียงพอหรือไม่ อาจพิจารณาได้จาก 1) ทักษะ การตัดสินใจในการสร้างสรรค์และแรงงาน หรือ 2) การเลือกสรร การตัดสินใจและประสบการณ์ หรือ 3) แรงงานทักษะและเงินทุนซึ่งได้ใช้ไปโดยผู้สร้างสรรค์ในการสร้างสรรค์งานนั้น โดยทั้งหมดนี้ถือเป็นปัจจัยในการพิจารณาถึงขอบเขตของความคิดริเริ่มในกรณีที่งานสร้างสรรค์ซึ่งสร้างสรรค์โดยการนำข้อมูล วัตถุดิบ มาจากงานสร้างสรรค์เดิมที่มีอยู่ก่อนแล้วไม่ว่าจะนำมารวบรวม ประกอบ หรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขอันก่อให้เกิดงานใหม่ งานนั้นจะถือว่าเป็นงานอัน

เกิดจากความคิดริเริ่มซึ่งควรที่จะได้รับลิขสิทธิ์หรือไม่ โดยทั่วไปแล้วงานใด ๆ ซึ่งถูกสร้างสรรค์โดยมีที่มาจากงานอื่นเช่นนี้หากสามารถพิสูจน์ได้ว่า ได้มีการใช้ทักษะ ความพยายามอุตสาหะ แรงงาน ต้นทุนและความคิด ประกอบกันอย่างเพียงพอที่จะก่อให้เกิดงานอันมีลักษณะแตกต่างจากงานเดิม โดยถือว่างานสร้างสรรค์นั้นเป็นงานที่เกิดจากความคิดริเริ่มได้

อย่างไรก็ตามข้อโต้แย้งหากว่าได้ใช้ทักษะ แรงงานและความคิด เพียงแต่ลอกเลียนงานเดิมเท่านั้น ก็ไม่อาจเพียงพอในการทำให้งานนั้นเป็นงานที่เกิดจากความคิดริเริ่ม ด้วยเหตุนี้ บางท่านมีความเห็นว่า การนำเรื่องทักษะแรงงานและความคิดมาพิจารณานั้นอาจจะเหมาะกับการพิจารณาว่าสิ่งที่สร้างสรรค์นั้น เข้าลักษณะของงาน หรือไม่มากกว่าการพิจารณาว่าสิ่งนั้นมาจากความคิดริเริ่มหรือไม่ โดยตัวอย่างที่ศาลสหราชอาณาจักรได้ตัดสินไว้อันเกี่ยวกับกรณีที่ถือว่างานอันดัดแปลงมาจากงานเดิมนั้น ให้ถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ เช่น การที่ข้อสอบคณิตศาสตร์ที่ดัดแปลงโดยอาจารย์ของมหาวิทยาลัยจากข้อสอบเก่าในปีก่อน ๆ นั้นศาลตัดสินว่ามิใช่การลอกเลียนข้อสอบเดิมอย่างสิ้นเชิง จึงสามารถมีลิขสิทธิ์ในข้อสอบที่มีการดัดแปลงขึ้นใหม่ได้ (คดี University of London Press V. University tutorial Press (1916) 2 ch 601) ในทางตรงกันข้าม ดังที่กล่าวมาแล้วว่าหากการสร้างสรรค์งานใดมาจากงานเก่านั้น มีลักษณะเป็นการลอกเลียนอย่างสิ้นเชิงโดยปราศจากการเปลี่ยนแปลงแก้ไขให้มีลักษณะแตกต่างจากเดิม (Slavish copy) งานนั้นไม่อาจถือได้ว่าเป็นงานใหม่อันก่อให้เกิดลิขสิทธิ์ เช่น กรณีงานภาพวาดต้นฉบับชุดหนึ่งของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้หมดอายุแห่งการคุ้มครองตามกฎหมายไปแล้ว แต่เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายเพื่อให้งานนั้นได้รับความคุ้มครองต่อไป เจ้าของลิขสิทธิ์จึงจัดทำภาพวาดอีกชุดหนึ่ง ซึ่งแม้จะใช้เวลา ทักษะและแรงงานในการจัดทำงานภาพวาดชุดใหม่นั้นก็ตาม แต่ปรากฏว่างานใหม่นั้นยังคงมีลักษณะไม่แตกต่างไปจากงานชุดก่อนมากนัก ปราศจากการเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือดัดแปลงในส่วนสาระสำคัญ ดังนั้นศาลสหราชอาณาจักรจึงปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครอง โดยไม่ถือว่าเป็นงานอันเกิดจากความคิดริเริ่มใหม่ (คดี Interlego AG V. Tyco Industries Inc. (1989) 1 AC 217) ด้วยเหตุนี้ การพิจารณาว่างานที่สร้างสรรค์อันมีที่มาจากงานเก่านั้นจะถือว่าเป็นงานอันมีความคิดริเริ่มของตนเองหรือไม่ จึงอาจพิจารณาได้จากระดับของความแตกต่างไปจากงานเก่าว่ามีมากน้อยแค่ไหนเพียงใด โดยต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไปตามที่ศาลใช้ดุลยพินิจเป็นสำคัญจึงเห็นได้ว่า หากงานใดเป็นการสร้างสรรค์ทั้งหมดด้วยตนเองของผู้สร้างสรรค์โดยมิได้พึ่งพางานเก่าของบุคคลใด ระดับของความคิดริเริ่มจะค่อนข้างต่ำ เมื่อนำไปเปรียบเทียบกับงานอันสร้างสรรค์โดยมีที่มาจากงานเก่า

2.5.2 ความคิดเห็นและข้อโต้แย้งของความคิดสร้างสรรค์

เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย ที่ได้เกิดปัญหาขึ้นในเรื่องการสร้างสรรค์ที่ยังไม่สอดคล้องกับหลักสากลของกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยเริ่มตั้งแต่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521

มาตรา 4 บัญญัติว่า “ผู้สร้างสรรค์ หมายความว่า ผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยความคิดริเริ่มของตนเอง” จากการบัญญัติความหมายของคำว่า ผู้สร้างสรรค์ตามมาตรา 4 ว่าผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยความคิดริเริ่มของตนเองนั้น ต่อมาทำให้เกิดการตัดสินคดีของศาลฎีกาในปี พ.ศ. 2533 ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6182/2533 ซึ่งได้วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 6 บัญญัติให้ผู้สร้างสรรค์เป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้นและมาตรา 4 ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “ผู้สร้างสรรค์” ไว้ว่าหมายถึง ผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยความคิดริเริ่มของตนเอง จากคำจำกัดความดังกล่าวผู้ที่จะได้ชื่อว่าเป็นผู้สร้างสรรค์นั้น จะต้องเป็นผู้ที่ทำหรือก่อให้เกิดงานขึ้นจากความคิดริเริ่มด้วยตนเองมิใช่เป็นการลอกเลียนแบบจากของจริงจากธรรมชาติ หรือลอกเลียนแบบจากงานของผู้อื่นทั้งที่ปรากฏเป็นรูปร่างหรือภาพถ่าย งานที่โจทก์อ้างว่าโจทก์มีลิขสิทธิ์ตามฟ้องนั้น เป็นงานที่เกิดจากการถอดรูปแบบมาจากของจริงตามธรรมชาติบ้าง ลอกเลียนแบบจากความคิดริเริ่มของผู้อื่นที่ได้สร้างสรรค์ไว้แล้วบ้าง และลอกเลียนแบบจากนิตยสารอื่น ๆ บ้าง งานของโจทก์ดังกล่าวจึงมิใช่เป็นงานที่โจทก์สร้างสรรค์ขึ้นโดยความคิดริเริ่มของโจทก์เองโจทก์จึงมิใช่ผู้สร้างสรรค์ตามความหมายแห่งมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 จึงไม่มีลิขสิทธิ์ในแบบรูปปั้นหล่อทองเหลืองตามฟ้อง

จากคำพิพากษาที่ 6182/2533 ที่วินิจฉัยไว้ดังกล่าวข้างต้น ศาลฎีกาตัดสินโดยอาศัยถ้อยคำที่ว่า การก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์นั้น ผู้สร้างสรรค์ต้องทำด้วยความคิดริเริ่มของตนเอง ซึ่งหากนำไปเทียบกับหลัก Originality แล้วหลักดังกล่าวไม่ได้มุ่งหวังให้ผู้สร้างสรรค์ต้องเป็นของเจ้าของความคิดริเริ่มในสิ่งที่ไม่เคยมีมาก่อนดังเช่นกรณีของกฎหมายสิทธิบัตร เป็นแต่เพียงให้ผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความรู้ความสามารถ แรงงานของตนเองในการสร้างสรรค์งานในระดับหนึ่ง โดยไม่ได้คัดลอกงานจากผู้ใดก็เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองแล้ว ซึ่งจากคำพิพากษาดังกล่าว ทำให้เกิดปัญหาขึ้นว่า ศาลไทยตัดสินคดีลิขสิทธิ์ ในประเด็นผู้สร้างสรรค์ ไม่สอดคล้องกับหลักสากล อันเนื่องมาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติขึ้น

จากคำพิพากษาดังกล่าวจึงได้มีการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ในปี พ.ศ. 2537 ในส่วนของการบัญญัติขึ้นใหม่ ของคำว่า ผู้สร้างสรรค์ในมาตรา 4 ได้ให้ความหมายของผู้สร้างสรรค์ไว้ว่า “ผู้ทำหรือผู้ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์อย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้”ซึ่งหากนำมาพิจารณาประกอบกับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในหมวดที่ 1 ส่วนที่ 1 งานอันมีลิขสิทธิ์ มาตรา 6 ได้บัญญัติว่า “งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ ของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างใด” จากบทบัญญัติของมาตรา 6 แสดงให้เห็นถึง

งานสร้างสรรค์ที่กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยได้กำหนดขึ้นว่าจะต้องเป็นงานประเภทใดบ้างของผู้สร้างสรรค์ที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นถึงจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

อนึ่งมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2750/2537 ได้วินิจฉัยวางหลักในคำพิพากษา ในเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้มีรายละเอียดดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2750/2537 ตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 216 เรื่อง ปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม ลงวันที่ 29 กันยายน 2515 ข้อ 30 และข้อ 29 อันเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่โจทก์ฟ้องคดีนี้ได้บัญญัติให้โจทก์เป็นส่วนราชการอิสระไม่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวงหรือทบวงใด มีฐานะเป็นกรมและให้อยู่ในบังคับบัญชาของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ โจทก์จึงเป็นนิติบุคคลจำพวกทบวงการเมืองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 72 (เดิม) และ 73 (เดิม) ส.นายก ราชบัณฑิตยสถานได้ประชุมราชบัณฑิตทุกสำนักและจัดวางระเบียบการของราชบัณฑิตยสถานว่าด้วยการปฏิบัติงาน ทั่วไปของนายก อุปนายก และเลขาธิการราชบัณฑิตยสถานขึ้น โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 20 (2) ประกอบมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติราชบัณฑิตสถานพ.ศ. 2485 ระเบียบการดังกล่าวจึงชอบด้วยกฎหมาย ไม่เป็นโมฆะตามข้อ 6 ของ ระเบียบการของราชบัณฑิตยสถานกำหนดว่าให้นายกราชบัณฑิตสถานเป็นผู้แทนราชบัณฑิตยสถานซึ่งเป็นนิติบุคคล ดัง นั้นตามกฎหมายและข้อบังคับว่าด้วยการจัดการควบคุมทบวงการเมืองโจทก์จึงถือได้ว่าในขณะฟ้องคดีโจทก์มี บ.นายก ราชบัณฑิตยสถานเป็นผู้แทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 75 (เดิม) โจทก์โดย บ. นายก ราชบัณฑิตยสถานย่อมมีอำนาจฟ้องคดีได้เองโดยตรง ไม่จำต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ ในฐานะผู้บังคับบัญชาก่อนโจทก์จึงมีอำนาจฟ้อง ฎีกาของจำเลยที่ 1 และที่ 2 เป็นข้อที่ไม่ได้ให้การต่อสู้ไว้และเป็นฎีกาใน ปัญหาข้อเท็จจริงเพื่อนำไปสู่การวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายว่าโจทก์มีอำนาจฟ้องหรือไม่ จึงเป็นฎีกาในข้อที่มิได้ยกขึ้นว่า กันมาแล้วโดยชอบในศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ ต้องห้ามมิให้ฎีกาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 249 วรรคแรกศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัย ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 4 ได้ให้บทนิยามคำว่า “ผู้สร้างสรรค์” ไว้ว่า ผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยความคิดริเริ่มของตนเองซึ่งมีความหมายว่า การจะเป็นผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ความสำคัญมิได้อยู่ที่ว่างานที่อ้างว่าได้สร้างสรรค์ขึ้นเป็นงานใหม่หรือไม่ แต่อยู่ที่ว่าบุคคลผู้นั้นได้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดย ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์และงานดังกล่าวมีที่มาหรือต้นกำเนิดจากบุคคลผู้นั้นโดยบุคคลผู้นั้นมิได้คัดลอก หรือทำซ้ำ หรือดัดแปลงมาจากงานอันมีลิขสิทธิ์อื่น ดังนั้น แม้การจัดทำพจนานุกรมจะมีวิธีจัดทำแบบเดียวกับวิธีที่ใช้มาแต่ โบราณ โจทก์ก็อาจเป็นผู้สร้างสรรค์และเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในพจนานุกรมนั้นได้ หากการจัดทำพจนานุกรมของโจทก์เป็น งานที่ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์ด้วยการให้บทนิยามหรือความหมายของคำต่าง ๆ พร้อมภาพประกอบ ความหมายของคำบางคำโดยการแสดงออกซึ่งความคิดริเริ่มตามลีลาของโจทก์เองและ

โดยมิได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงาน อันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยมิได้รับอนุญาต งานจัดทำพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 เป็นงานที่โจทก์ได้ทำ ขึ้นโดยใช้ความอุตสาหะวิริยะในการสร้างสรรค์และมีที่มาจากโจทก์เอง ถือว่าโจทก์เป็นผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยความคิด ริเริ่มของตนเอง และเป็น “ผู้สร้างสรรค์” ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 4 แม้โจทก์จะได้จัดทำพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525ขึ้นตามมติคณะรัฐมนตรีและคำสั่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการแต่โจทก์เป็นส่วนราชการมีฐานะเทียบเท่ากรม โจทก์ย่อมมีลิขสิทธิ์ในงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นในความควบคุมของตนตามพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 12 เมื่อข้อฎีกาของจำเลยที่ 1 และที่ 2 เป็นเรื่องที่มิได้ต่อสู้ไว้ในคำให้การ จึงเป็นข้อที่มิได้ยกขึ้นว่ากันมาแล้วโดยชอบในศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ต้องห้ามมิให้ฎีกาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 249 วรรคแรก ศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัย คำและบทนิยามในพจนานุกรมของจำเลยซ้ำกับคำและบทนิยามใน พจนานุกรมของโจทก์ในลักษณะลอกมาทุกตัวอักษรประมาณ 14,000 คำ และดัดแปลงโดยสลับที่บทนิยามบ้าง เปลี่ยน ตัวอย่างใหม่หรือตัดออกบ้างเพิ่มเติมหรือตัดข้อความในบทนิยามของโจทก์ออกบ้าง ประมาณ 19,000 คำ ส่วนการทำซ้ำ หรือดัดแปลงภาพประกอบบทนิยามในพจนานุกรมของโจทก์มีประมาณ 130 ภาพ การจัดทำรูปเล่มและการพิมพ์ข้อความ ที่ปกนอกและปกในของพจนานุกรมทั้งสองล้วนมีลักษณะลอกเลียนแบบกันแตกต่างกันแต่เพียงสี และก่อนฟ้องคดีจำเลยที่ 5 ในฐานะกรรมการผู้จัดการจำเลยที่ 2 เคยมีหนังสือถึงโจทก์ยอมรับผิดในการละเมิดทั้งปวง ดังนี้ พจนานุกรม ฉบับ เฉลิมพระเกียรติ พ.ศ. 2530 ที่จำเลยที่ 1 เป็นประธานคณะผู้จัดทำและจำเลยที่ 2 โดยจำเลยที่ 5 พิมพ์ออกจำหน่าย จึงได้ ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ของโจทก์อันเป็นงานวรรณกรรมและงานศิลปกรรมรวมอยู่ด้วย ด้วยการทำซ้ำหรือดัดแปลงแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดงาน ขึ้นใหม่และโดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดังกล่าว จำเลยจึงต้องรับผิดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ การละเมิดลิขสิทธิ์อันเป็นทรัพย์สินทางปัญญา ถือเป็นการละเมิดอย่างหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้กระทำละเมิดค่าเสียหายดังกล่าวศาลอาจกำหนดให้ตามควรแก่ พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 438 วรรคแรก ค่าเสียหายที่โจทก์อ้างว่าจำเลยลวงขาย พจนานุกรม ฉบับเฉลิมพระเกียรติ พ.ศ. 2530 โดยทำให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นพจนานุกรมของโจทก์ ทำให้โจทก์เสีย หายทางการค้าคิดเป็นเงิน 1,000,000 บาท นั้น แม้จะฟังว่าจำเลยได้ลวงขายดังกล่าว แต่โจทก์เป็นส่วนราชการ ซึ่งไม่มี วัตถุประสงค์ทางการค้า ย่อมมิใช่ผู้ต้องเสียหายเพราะการลวงขายนั้น ประชาชนที่ถูกหลอกลวงเท่านั้นที่เป็นผู้เสียหายมิใช่ โจทก์ ทั้งความเสียหายเพราะการลวงขายพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ก็มิได้ให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ใน อันที่จะเรียกร้องเอาค่าเสียหายจากผู้กระทำละเมิดได้ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้า

โจทก์จึงไม่มี สิทธิเรียกค่าเสียหายในส่วนนี้ โจทก์มิได้ลงทุนพิมพ์และจำหน่ายหนังสือพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 เอง แต่โจทก์อนุญาตให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด อ.เป็นผู้จัดพิมพ์และจำหน่าย โดยห้างหุ้นส่วนจำกัดดังกล่าวตกลงให้ค่าแห่ง ลิขสิทธิ์แก่โจทก์เป็นเงินร้อยละ 10 ของราคาจำหน่ายต่อเล่มตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ เงินที่ได้จาก การจำหน่ายหนังสือพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ทั้งหมดมิได้ตกเป็นของโจทก์ แม้จะฟังว่าเหตุที่หนังสือพจนานุกรมดังกล่าวยังเหลือค้างจำหน่ายอยู่อีกประมาณ 10,000 เล่ม เป็นเพราะหนังสือพจนานุกรม ฉบับ เฉลิมพระเกียรติ พ.ศ. 2530 ของจำเลยได้แย่งส่วนแบ่งการตลาดของหนังสือพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถานพ.ศ. 2525 ไป โจทก์ก็มิใช่ผู้ต้องเสียหายเพราะเหตุนั้น จึงไม่อาจกำหนดค่าเสียหายส่วนนี้ให้โจทก์ได้ การกระทำของจำเลย เป็นการละเมิดต่อลิขสิทธิ์ของโจทก์แต่ไม่ปรากฏว่าภายหลังที่โจทก์ฟ้องจำเลยยังคงพิมพ์หนังสือพจนานุกรมของจำเลย โดยละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์อยู่ต่อไปจึงไม่มีค่าเสียหายในอนาคตที่โจทก์ต้องขาดประโยชน์อันพึงได้จากการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ในพจนานุกรมของโจทก์ที่ศาลจะกำหนดให้ได้อีก ในพจนานุกรมฉบับเฉลิมพระเกียรติ พ.ศ. 2530 ปรากฏว่าจำเลย ที่ 1 เป็นผู้เขียนคำนำในฐานะประธานคณะผู้จัดทำและคำนำฉบับพิมพ์ครั้งที่ 3 ระบุชัดแจ้งว่า คณะผู้จัดทำเป็นผู้ตรวจสอบ และปรับปรุงแก้ไขข้อบกพร่องจากการพิมพ์ครั้งที่ 1ดังนี้ จำเลยที่ 1 จึงมีส่วนเกี่ยวข้องในการจัดทำพจนานุกรมดังกล่าว และต้องร่วมรับผิดด้วย โจทก์ทราบเรื่องที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ในพจนานุกรมของโจทก์จากรายงานของเจ้าหน้าที่โจทก์เมื่อ วันที่ 14 กรกฎาคม 2531 โจทก์จึงได้ตั้งคณะกรรมการขึ้นพิจารณาปัญหาลิขสิทธิ์และอื่น ๆ เกี่ยวกับพจนานุกรมของจำเลย เมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2531 และโจทก์ฟ้องคดีเมื่อวันที่ 13 กรกฎาคม 2532 ยังไม่พ้นกำหนดสามปีตามพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 คดีโจทก์จึงไม่ขาดอายุความ ปัญหาที่จำเลยที่ 1 และที่ 2 ฎีกาเป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจฟ้องอันเป็นข้อ กฎหมายเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้จำเลยที่ 1 และที่ 2 จะมิได้ให้การในข้อนี้ไว้แต่ศาลฎีกาเห็น สมควรวินิจฉัยให้ การที่ศาลจะมีคำสั่งให้บรรดาสิ่งที่ได้ทำขึ้นอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตกเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ต้อง เป็นกรณีที่โจทก์ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ดำเนินคดีอาญาแก่จำเลยผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์โดยฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยตามพระราชบัญญัติดังกล่าวเท่านั้น เมื่อโจทก์ฟ้องคดีนี้เป็นคดีแพ่ง ศาลจึงไม่อาจสั่งให้บรรดาสิ่งของดังกล่าวตกเป็นของโจทก์และให้จำเลยส่งมอบแก่โจทก์ได้ ที่มาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ นิติบุคคลกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ถือว่ากรรมการ ทุกคนของนิติบุคคลนั้นเป็นผู้ร่วมกระทำผิดกับนิติบุคคล นั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของนิติบุคคลนั้นได้กระทำโดยตนมิได้รู้เห็นหรือยินยอมด้วย” นั้น เป็นบทบัญญัติที่อยู่ ในหมวด 7 บทกำหนดโทษของพระราชบัญญัติดังกล่าวซึ่งใช้บังคับได้เฉพาะแก่คดีอาญาไม่อาจนำมาปรับใช้แก่คดีนี้ ซึ่งเป็นคดีแพ่งได้ เมื่อพจนานุกรม ฉบับเฉลิมพระเกียรติ พ.ศ. 2530 ได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ในพจนานุกรมของโจทก์ และจำเลยที่ 5 มิได้ให้การ

ปฏิเสธว่ามิได้มีส่วนในการจัดทำพจนานุกรมฉบับเฉลิมพระเกียรติ พ.ศ. 2530 จึงฟังได้ว่าจำเลยที่ 5 ได้ร่วมกับจำเลยที่ 1 ประธานคณะผู้จัดทำ และจำเลยที่ 2 จัดทำพจนานุกรม ฉบับเฉลิมพระเกียรติ พ.ศ. 2530 อันเป็นการ ละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์แล้ว จำเลยที่ 5 จึงต้องรับผิดต่อโจทก์ด้วย

ซึ่งจากคำพิพากษาฎีกาได้วางหลักการของคำนิยามเรื่อง ผู้สร้างสรรค์และความคิดริเริ่มไว้ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 4 ได้ให้บทนิยามคำว่า “ผู้สร้างสรรค์” ไว้ว่า ผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยความคิดริเริ่มของตนเองซึ่งมีความหมายว่า การจะเป็นผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ความสำคัญมิได้อยู่ที่ว่างานที่อ้างว่าได้สร้างสรรค์ขึ้นเป็นงานใหม่หรือไม่ แต่อยู่ที่ว่าบุคคลผู้นั้นได้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดย ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์และงานดังกล่าวมีที่มาหรือต้นกำเนิดจากบุคคลผู้นั้นโดยบุคคลผู้นั้นมิได้คัดลอก หรือทำซ้ำ หรือดัดแปลงมาจากงานอันมีลิขสิทธิ์อื่น

2.6 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิขสิทธิ์เพื่อสาธารณะ

2.6.1 แนวคิดประโยชน์สาธารณะ (Public Interest)

คำวา “ประโยชนสาธารณะ” (Public interest) อาจมีการใชในหลากหลายบริบทแต่ในบริบทของกฎหมายลิขสิทธิ์โดยเฉพาะแลว Barbara Ringer ได้อธิบายความหมายของคำดังกล่าวไว้ว่าประโยชนสาธารณะถือเป็นวัตถุประสงค์ขั้นพื้นฐานที่สังคมพึงประสงค์เพื่อประโยชน์ของคนทุกคนในสังคมเท่านั้น อย่างไรก็ตามในเรื่องประโยชน์สาธารณะนี้ได้กลายเป็นประเด็นสำคัญในกฎหมายลิขสิทธิ์ เนื่องจากงานอันมีลิขสิทธิ์ที่กฎหมายได้บัญญัติให้ความคุ้มครองนี้แม้ว่าจะเป็นงานที่มีเจ้าของตามกฎหมายและกฎหมายได้บัญญัติรับรองให้เจ้าของมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในงานดังกล่าวก็ตาม แต่ขณะเดียวกันงานดังกล่าวก็ถือเป็นส่วนสำคัญต่อการพัฒนาการเรียนรู้และส่งเสริมความรู้ของคนทุกคนในสังคม ดังนั้นสาธารณะซึ่งไม่ได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดังกล่าวจึงมีความจำเป็นที่จะต้องเข้าถึงและใช้ประโยชน์ในงานดังกล่าวเช่นกัน แต่จากการที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้คำนึงถึงการแสวงหาประโยชน์จากงานดังกล่าวเพียงฝ่ายเดียว เช่นการกำหนดมูลค่าของการจำหน่ายงานในระดับที่สูงมาก กรณีดังกล่าวส่งผลให้สาธารณะไม่สามารถเข้าถึงและใช้ประโยชน์ในงานดังกล่าวได้อย่างทั่วถึง จึงก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะที่เป็นเจ้าของในงานดังกล่าวและประโยชน์ของสาธารณะซึ่งกรณีนี้รัฐจะต้องเข้าไปกำหนดขอบเขตการใช้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ให้อยู่ในระดับที่เหมาะสม เพื่อเอื้ออำนวยให้สาธารณะสามารถเข้าถึงและใช้ประโยชน์ในงานดังกล่าว

ได้โดยไม่ก่อให้เกิดภาระสาธารณะมากเกินไปและขณะเดียวกันก็ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าของสิขสิทธิ์เกินสมควร[46]

สำหรับแนวคิดประโยชน์สาธารณะถูกนำมาใช้เพื่อรักษาความเป็นธรรมในสังคมมานานแล้ว โดยในสมัยโรมันนักปราชญ์ด้านกฎหมายชื่อ Cicero ได้กล่าวไว้ว่า ผลประโยชน์ของประชาชนคือกฎหมายสำคัญสุด (The Good of the People is Chief Law) กฎหมายสองฉบับแรกเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ที่นำแนวคิดประโยชน์สาธารณะมาบัญญัติไว้คือ Statute of Anne ค.ศ. 1709 ของสหราชอาณาจักรและรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787[47]

ประโยชน์สาธารณะเป็นเรื่องสำคัญที่ต้องนำมาประกอบการพิจารณาคดีและเป็นหลักการทั่วไปของกฎหมายทั่วไป ไม่จำกัดเฉพาะกรณีลิขสิทธิ์ และเมื่อประโยชน์สาธารณะขัดแย้งกับประโยชน์ส่วนบุคคลศาลถือว่าประโยชน์สาธารณะมีความสำคัญเหนือกว่าสิทธิส่วนบุคคล อย่างไรก็ตามการกล่าวอ้างถึงประโยชน์สาธารณะมีความจำเป็นที่จะต้องแยกแยะว่าสิ่งที่สาธารณชนต้องอ้างสิทธิเพื่อให้ได้รับการคุ้มครองนั้นต้องมีลักษณะที่ควรค่าแก่การคุ้มครองหรือไม่ Lord Denning ได้ให้ความเห็นไว้ในคดี Hubbard v Vosper ว่าข้อมูลที่จะเปิดเผยสู่สาธารณะนั้นจะต้องเป็นข้อมูลที่เหมาะสมกับการให้การให้ความคุ้มครอง กล่าวคือไม่ลามกอนาจาร ไม่ดูหมิ่นศาสนา หรือหลอกลวงให้สาธารณชนหลงผิด และมีบางเรื่องที่อาจจำเป็นจะต้องได้รับการเปิดเผยเพื่อประโยชน์สาธารณะหากไม่มีความมั่นใจเพียงพอว่าจะต้องเก็บเรื่องนั้นเป็นความลับ ทั้งนี้ความเห็นของ Lord Denning ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย ศาลสหราชอาณาจักรได้นำความเห็นนี้ไปใช้เพื่อการแยกแยะความแตกต่างระหว่างสิ่งที่สาธารณะชนสนใจกับสิ่งที่สาธารณชนควรจะต้องรับรู้ ซึ่งหากเป็นเพียงสิ่งที่สาธารณชนสนใจจะไม่ได้รับการคุ้มครอง (On Defence) กล่าวคือ ไม่สามารถยกเรื่องประโยชน์สาธารณะมาเป็นข้อต่อสู้คดีได้ แต่หากเป็นกรณีสิ่งที่สาธารณะควรจะต้องรับรู้จะได้รับการคุ้มครอง (Defence Available) กล่าวคือสามารถยกเรื่องประโยชน์สาธารณะมาเป็นข้อต่อสู้คดีได้ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าสาธารณะชนไม่อาจอ้างยกข้ออ้างเรื่องประโยชน์ของสาธารณะให้เป็นประโยชน์ต่อคดีในทุกกรณี หากแต่จะยกเรื่องประโยชน์ของสาธารณะเพื่อเป็นประโยชน์ต่อคดีได้เมื่อเรื่องนั้นเป็นผลประโยชน์ที่สาธารณชนสมควรจะได้รับ

การนำแนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะมาใช้ในกฎหมายลิขสิทธิ์จะช่วยสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์และประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากกฎหมายได้บัญญัติให้ความ

---

[46] เอกรินทร วิริโย, **ลิขสิทธิ์กับการคุมครองประโยชนสาธารณะ**, ค้นวันที่ 16 กรกฎาคม 2560 จาก https://www.krisdika.go.th/data/activity/act133.pdf

[47] Gillian Davies, **Copyright and the Public Interest** (London: Sweet & Maxwell, 2002), p. 4.

คุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ รับรองสิทธิต่าง ๆ ของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการที่จะแสวงหาประโยชน์จากงานดังกล่าวได้แต่เพียงผู้เดียว การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์นี้ได้ก่อให้เกิดอุปสรรคต่อสาธารณะ ในการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยเฉพาะเมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์ได้กำหนดมูลค่าของการจำหน่ายงานดังกล่าวในระดับที่สูงมาก ทำให้สาธารณะไม่สามารถเข้าถึงและใช้ประโยชน์ในงานดังกล่าวได้อย่างทั่วถึง และหากงานดังกล่าวมีความจำเป็นต่อการพัฒนา ก็จะส่งผลกระทบต่อการพัฒนาทรัพยกรบุคคลและพัฒนาฐานความรู้ของสังคม ดังนั้นในขณะที่กฎหมายลิขสิทธิ์ได้บัญญัติรองรับให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนได้แต่เพียงผู้เดียวแล้วนั้น กฎหมายก็จะต้องตระหนักถึงความจำเป็นของสาธารณชนที่สมควรจะได้เข้าถึงและใช้ประโยชน์ในงานดังกล่าวด้วย เพื่อรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์และประโยชน์สาธารณะ จึงต้องบัญญัติให้มีกลไกลต่าง ๆ เพื่อเป็นการกำหนดขอบเขตของการใช้สิทธิดังกล่าวของเจ้าของลิขสิทธิ์ให้อยู่ในระดับที่เหมาะสมต่อไป เพื่อที่จะได้เป็นการเอื้ออำนวยให้สาธารณะสามารถเข้าถึงและใช้ประโยชน์ในงานดังกล่าวได้ ตัวอย่างเช่น การบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในบางกรณี ซึ่งมีผลให้สาธารณชนสามารถใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ โดยไม่ต้องขออนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ รวมไปถึงในเรื่องการกำหนดอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ เพื่อให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถแสงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ได้แต่ผู้เดียวภายในระยะเวลาอันมีจำกัด ซึ่งเมื่ออายุแห่งการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ได้สิ้นสุดลง ก็จะมีผลทำให้งานนั้นตกเป็นสาธารณสมบัติ ซึ่งทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่สามารถอ้างสิทธิความเป็นเจ้าของในงานดังกล่าวได้อีกและสาธารณชนก็สามารถใช้ประโยชน์จากงานนั้นได้ แต่อย่างไรก็ตามการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะต้องไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรเช่นกัน มิฉะนั้นสาธารณะเองก็จะได้รับผลกระทบเมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่มีแรงจูงใจที่จะสร้างสรรค์งานเพิ่มเติม ทำให้ผลงานสร้างสรรค์ลดน้อยลงซึ่งจะส่งผลต่อการพัฒนาสังคมต่อไป

2.6.2 แนวคิดความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order)

สำหรับแนวคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เกิดจากความต้องการรักษาความสงบสุขของสังคม โดยคำว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Policy หรือ Public Order) หมายถึง ภาวะความเป็นอยู่ของประชาชนที่อยู่ร่วมกันในสังคม โดยมีความปลอดภัยในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สิน ในการดำเนินชีวิตโดยปกติสุข ดังนั้นความสงบเรียบร้อยของประชาชนนำมาซึ่งความสงบสุขของสังคมโดยรวม สำหรับในส่วนของคำว่า ศีลธรรมอันดีของประชาชน หมายถึง ธรรมเนียมประเพณีของสังคม ธรรมเนียมประเพณีนั้นอาจเปลี่ยนแปลงไปได้ตามยุคสมัย สิ่งซึ่งสังคมไม่ยอมรับในสมัยหนึ่งอาจกลับกลายเป็นธรรมเนียมประเพณีของสังคมอีกสมัยหนึ่งก็ได้ ดังนั้นการที่จะพิจารณาว่าธรรมเนียมประเพณีของสังคมอันใดเป็นศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงต้องพิจารณาทั้งยุคสมัยและท้องถิ่นประกอบกัน นอกจากนี้ศีลธรรมอันดีของประชาชนกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนมักจะ

เกี่ยวพันกัน เพราะการกระทำที่ขัดขวางต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมจะขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย[48]

ในส่วนของหลักการเกี่ยวกับ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของประเทศฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ซึ่งเป็นเอกสารสำคัญที่เกิดขึ้นในสมัยการปฏิวัติฝรั่งเศส โดยกำหนดให้สิทธิของปัจเจกชนและสิทธิมวลชลเป็นสิทธิสากล คำประกาศฉบับนี้ได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีสิทธิธรรมชาติ มีสาระสำคัญ 17 ข้อ โดยได้กำนดหลักการเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนไว้ในข้อ 5 กล่าวคือ กฎหมายมีสิทธิห้ามการกระทำก็แต่เฉพาะที่เป็นการกระทำให้สังคมเดือดร้อน สิ่งที่กฎหมายไม่ได้ห้ามไว้ย่อมทำได้ และบุคคลไม่อาจถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่กฎหมายไม่ได้สั่งให้กระทำ

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นเรื่องประโยชน์ทั่วไปของประเทศชาติตลอดจนประโยชน์สุขที่สำคัญของสังคมและประชาชนโดยรวม ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการห้ามมิให้เอกชนมีอำนาจอยู่เหนือกว่าสังคม ดังคำกล่าวที่ว่า ความปลอดภัยของประชาชนย่อมเป็นกฎหมายสูงสุด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ประโยชน์สุขของประชาชนย่อมอยู่เหนือ[49] กว่าสิ่งอื่นใด อย่างไรก็ดี การที่จะวางแนวหลักเกณฑ์ของเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นมิใช่เรื่องง่าย เพราะการตัดสินว่า การใดจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ ต้องเป็นไปตามแนวดำเนินแห่งสังคมจึงต้องพิจารณาจากแนวบทบัญญัติของกฎหมายที่วางไว้ตามยุคสมัย

2.6.3 หลักความสมดุลระหว่างสิทธิผู้สร้างสรรค์และประโยชน์สาธารณะ

หากพิจารณาถึงนักคิดและนักวิชาการร่วมสมัยเกี่ยวกับหลักความสมดุลระหว่างสิทธิผู้สร้างสรรค์และประโยชน์สาธารณะ ลอร์เรน เลกซิก (Lawrence Lessig) ได้พยายามเสนอแนวทางการคุ้มครองลิขสิทธิ์และทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น โดยเสนอการกำหนดกรอบความคิดที่สร้างความสมดุลให้แก่เจ้าของสิทธิและประโยชน์สาธารณะให้เหมาะสมมากขึ้น โดยในภาพรวมกล่าวได้ว่า ลอร์เรน เลกซิก ให้ความสำคัญกับประเด็นของการรักษาประโยชน์สาธารณะ หรือ Public Domain ควบคู่ไปกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของเจ้าของสิทธิและลอร์เรน เลกซิกพยายามเสนอแนวทางการปฏิรูประบบลิขสิทธิ์ซึ่งรวมไปถึงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอื่นที่จะสามารถสร้างความสมดุล

---

[48] ศักดิ์ สนองชาติ, **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักฝึกอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2532).

[49] ไชยยศ เหมะรัชตะ, **กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 177.

ระหว่างผลประโยชน์ทั้งสองกลุ่มได้อย่างเหมาะสมขึ้น โดยย้ำความจำเป็นที่ต้องรักษาประโยชน์สาธารณะควบคู่ไปกับการคุ้มครองสิทธิ์ของเจ้าของสิทธิ[50]

สร้างความสมดุล (Need to Balance) ลักษณะเฉพาะสำคัญอีกประการหนึ่งของทรัพย์สินทางปัญญาคือ ความจำเป็นในการสร้างความสมดุล (Need to Balance) สิทธิผูกขาดของทรัพย์สินทางปัญญาเกิดขึ้นเพื่อผลประโยชน์ 2 ฝ่าย คือผลประโยชน์ของสาธารณะฝ่ายหนึ่ง กับผลประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของสิทธิอีกฝ่ายหนึ่ง การใช้และการบังคับสิทธิของทรัพย์สินทางปัญญาจึงต้องให้ความสำคัญกับทั้ง 2 ฝ่าย และสามารถสร้างความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของทั้ง 2 ฝ่ายได้อย่างเหมาะสม ดังนั้น การคานให้เกิดความสมดุลของผลประโยชน์ทั้ง 2 ฝ่ายจึงเป็นลักษณะเฉพาะที่จำเป็นและมีความสำคัญ[51]

ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิผูกขาด (Monopoly Right) ที่กฎหมายสร้างขึ้นให้ผู้สร้างสรรค์งานผูกขาดการใช้ประโยชน์แต่เพียงผู้เดียว เมื่อประกอบลักษณะที่ไม่มีรูปร่าง (Intangible Form) ของทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ย่อมทำให้ขอบเขตของสิทธิกว้างและไม่ชัดเจน ดังนั้น หากไม่สามารถจำกัดในการใช้งานอย่างเหมาะสม สิทธิผูกขาดของทรัพย์สิน ทางปัญญาอาจถูกขยายออกไปเกินขอบเขตได้ ผลที่ตามมาคือ การผูกขาดที่เกินขอบเขตดังกล่าวจะกีดกันบุคคลอื่นหรือสาธารณะมิให้เข้าถึงและใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินทางปัญญานั้น

ปัญหาการขยายสิทธิผูกขาดจนกระทบการเข้าถึงของสาธารณะเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นตลอดเวลาและในทุกประเทศ ยกตัวอย่างเช่น ประวัติศาสตร์ของการต่อสู้เพื่ออ้างสิทธิผูกขาดของลิขสิทธิ์งานวรรณกรรมที่ไม่จำกัดและไม่มีกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดในประเทศ เป็นต้นซึ่งหลังจากการต่อสู้เพื่อขยายและจำกัดสิทธิผูกขาดจบลง การสร้างความสมดุลเกิดขึ้นมาแทนที่โดยมีการคานอำนาจผูกขาดลงให้มีขอบเขตเหมาะสมเพื่อเอื้อต่อประโยชน์ของสาธารณะ

2.7 กฎหมายลิขสิทธิ์กับมุมมองของเศรษฐศาสตร์ เศรษฐกิจ สังคม การเมือง และวัฒนธรรม

ลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินทางปัญญาเป็นผลของความคิดสร้างสรรค์จากภูมิปัญญาของมนุษย์อันก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทั้งทางด้านวัฒนธรรมและด้านอุตสาหกรรมการผลิต เมื่อผลประโยชน์

---

[50] จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ และภูมินทร์ บุตรอินทร์, **ประวัติศาสตร์และแนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา**, หน้า 122-123.

[51] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 149-150.

ทางเศรษฐกิจเริ่มเข้ามามีบทบาทต่อคุณค่าของมนุษย์และการพัฒนาสังคม จึงมีความจำเป็นเพิ่มมากขึ้นในการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์และผู้คิดค้น รวมทั้งบรรดาผู้ประกอบกิจการพาณิชย์ด้วยเหตุนี้ ในแต่ละประเทศจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยความคุ้มครองสิทธิ์ในกฎหมายลิขสิทธิ์ตามแต่ระบบกฎหมายของประเทศนั้น ทั้งนี้ในปัจจุบันกฎหมายที่กำหนดขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในแต่ละประเภท ไม่ว่าภายในประเทศหรือในระดับระหว่างประเทศย่อมขึ้นอยู่กับความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจเป็นสำคัญ[52] ซึ่งยังรวมถึงด้านเศรษศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรมอีกด้วย

ในส่วนของกฎหมายลิขสิทธิ์กับมุมมองของเศรษศาสตร์ เศรษฐกิจ สังคม การเมือง และวัฒนธรรมนั้นสิ่งที่จะสะท้อนมุมมองดังกล่าวได้ดีที่สุดคือผลกระทบทางวัฒนธรรม การเมือง สังคมและเศรษฐกิจของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งผลกระทบในด้านต่างนั้นเป็นประเด็นที่น่ากังวลมากขึ้นเรื่อย ๆ ในช่วงปลายของศตวรรษที่ 20 นักเศรษฐศาสตร์และนักทฤษฎีได้ตระหนักว่าประเทศที่พัฒนาแล้วส่วนใหญ่พึ่งพาเศรษฐกิจในด้านอุตสาหกรรมโดยมีพื้นฐานเป็นการผลิต การจำหน่ายและการบริโภคสินค้าที่จับต้องได้ ซึ่งได้ถูกทำให้มีความสำคัญลดลงต่อสังคมโดยการเกิดขึ้นของระบบเศรษฐกิจที่มีพื้นฐานจากสินค้าการสร้างสรรค์ การแสวงหาผลกำไรและการควบคุมสินค้าที่ไม่สามารถจับต้องได้ (หรือสินค้าที่มีข้อมูลเป็นฐาน) เศรษฐกิจใหม่หรือที่ถูกอธิบายไว้ในหลายทาง เช่น เศรษฐกิจที่มีข้อมูลเป็นฐานสังคมสมัยใหม่ สังคมแห่งเครือข่ายและข้อมูล สังคมยุคหลังอุตสาหกรรม หรือเศรษฐกิจเชิงสร้างสรรค์ เทคโนโลยีใหม่ในการสื่อสารนี้ทำให้เกิดแรงกระตุ้นสู่มิติด้านที่ไม่ใช่วัตถุและไม่สามารถจับต้องได้ของสินค้าและบริการ สูตร องค์ประกอบ เครื่องหมายการค้า การโฆษณา การสร้างแบรนด์ ซอฟต์แวร์ บทภาพยนตร์ การออกแบบ และรูปแบบของการใช้สินค้าและบริการดังกล่าว และโอกาสในการขายสินค้าที่ลูกค้าสามารถจับจ่ายได้ กลายเป็นแรงผลักดัน และเป็นพื้นฐานที่เกิดขึ้นเองสำหรับการสะสมเงินทุนที่มากขึ้น ในระบบเศรษฐกิจที่ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นวิธีการทางกฎหมายขั้นพื้นฐานสำหรับการปกป้องทรัพย์สินเหล่านี้ ทรัพย์สินทางปัญญาที่มีการตีความหมายอย่างกว้าง ๆ ประกอบด้วย ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า และสิทธิในสิทธิบัตร และบางครั้งก็ถูกมองว่าครอบคลุมพื้นที่ที่เกี่ยวข้อง เช่น ความลับทางการค้า ข้อบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ สิทธิในการเผยแพร่ และการคุ้มครองการออกแบบเชิงอุตสาหกรรม ความหลากหลายของพันธุ์พืช ฐานข้อมูล และโครงสร้างภูมิประเทศแบบองค์รวม โดยทั่วไปกฎหมายเหล่านี้ จะแนบสิทธิ์ในกรรมสิทธิ์ของแต่ละบุคคลไปยังสิ่งที่จับต้องไม่ได้ และทำให้สามารถแลกเปลี่ยน

---

[52] ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญา**, หน้า 7.

สิ่งเหล่านี้เป็นสินค้าโภคภัณฑ์ได้ ดังนั้นจึงเป็นพื้นฐานสำหรับการลงทุนในสินค้าที่มุ่งเน้นการให้ข้อมูลความรู้ ได้แก่ ซอฟต์แวร์ ภาพยนตร์ โลโก้ รูปแบบการผลิต สูตรยา เพลง สคริปต์ และแผนธุรกิจ[53]

อย่างไรก็ตามการพิจารณสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทางเศรษฐกิจอย่างท่องแท้ จะมองข้ามผลกระทบทางวัฒนธรรม สังคม และการเมืองของสิทธิเหล่านี้รวมถึงผลที่ตามมาที่อาจเกิดขึ้นไม่ได้ ขอบเขตและจุดแข็งของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญารับประกันผลกระทบที่เป็นปัญหานอกเหนือจากการคุ้มครองสินค้าทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อกฎหมายดังกล่าวได้รับการขยายตัวไปทั่วโลกอย่างมีประสิทธิภาพ ผ่านการขยายตัวและการวางแผนในสนธิสัญญา กฎหมายและข้อตกลงการค้าระหว่างประเทศ การขายกิจการที่เป็นของรัฐจำพวกสินค้าที่มุ่งเน้นการให้ข้อมูลความรู้ และการแสดงออกทางวัฒนธรรม มีความเกี่ยวข้องอย่างมีนัยสำคัญต่อลักษณะของการสื่อสารและรูปแบบของการบรรยายทางการเมืองในสังคมประชาธิปไตย และต่อขีดความสามารถของรัฐในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมที่เป็นอิสระต่อไป ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการเข้าถึงและความเสมอภาคในการกระจายสินค้าที่เกี่ยวข้องกับสินค้าที่สำคัญ เช่น ยา อาหาร และสุขภาพ โดยมีความเกี่ยวข้องมากขึ้นเรื่อย ๆ ทั้งการแสดงออกของตนเอง และการตัดสินใจของชุมชน ความกังวลทางวัฒนธรรม การเมือง และสังคมที่หลากหลายนี้เรียกร้องให้มีแนวทางที่ครอบคลุมมากขึ้นเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งเป็นประเด็นที่ให้ความสำคัญกับวิธีการที่กฎหมายกำหนดรูปแบบการเป็นตัวแทน และความรู้ทางสังคมมีอิทธิพลต่อการรับรู้ของสาธารณชน และความหมายทางสังคมที่กำหนดเงื่อนไขในการเข้าถึงทรัพยากรพื้นฐาน เพื่อสร้างรูปแบบในการรวมทางสังคมเข้าไว้ด้วยกัน มีผลทำให้ลบล้างกระบวนการของข้อจำกัดความคุ้มครองและการทำให้ทำให้ไม่มีความสำคัญ แม้ว่าเราจะมุ่งเน้นไปที่แง่มุมของผลกระทบทางวัฒนธรรม การเมือง และสังคมของทรัพย์สินทางปัญญา ที่ได้รับการสนับสนุนทางการเมือง และความสนใจจากนักวิชาการมากที่สุด ทำให้เกิดการยกเว้นบางประการอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้นเราจึงหลีกเลี่ยงกฎหมายและเศรษฐศาสตร์นีโอคลาสสิกใหม่และการศึกษาวัฒนธรรมของเครื่องหมายการค้า และการสร้างตราสินค้า การศึกษาทางสังคมวิทยาของการวิจัยการพัฒนาและนวัตกรรม การศึกษาความคิดสร้างสรรค์และนวัตกรรมงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการปลอมแปลงผลิตภัณฑ์การตลาดสีเทาและการละเมิดลิขสิทธิ์ในรูปแบบอื่น ๆ เช่นเดียวกับการเชื่อมโยงที่ถูกกล่าวหา ระหว่างการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา เราทำสิ่งนี้ไม่เพียงเพื่อเหตุผลด้าน

---

[53] Rosemary J. Coombe and Joseph F. Turcotte, “Cultural, Political, and Social Implication of Intellectual Property Laws in an Informational Economy,” In **Encyclopedia of Life Support Systems** (Abu Dhabi, U.A.E.: EOLSS, 2012), p. 1-33.

ความเหมาะสมและพื้นที่ แต่เนื่องจากทุนการศึกษาที่กล่าวถึงหัวข้อเหล่านี้แสดงให้เห็นถึงความสนใจในประเด็นความยุติธรรมทางสังคมน้อยลง[54]

การเริ่มต้นด้วยการสร้างแผนภูมิโดยย่อ เกี่ยวกับการจัดตั้งทางประวัติศาสตร์และเหตุผลสำหรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ในรัฐตะวันตกสมัยใหม่ ซึ่งในการโต้แย้งกันนี้ เราได้เน้นย้ำถึงความสนใจส่วนตัวในด้านทรัพย์สินทางปัญญาที่มากขึ้นเรื่อย ๆ เกี่ยวกับความกังวลของสาธารณะ ที่ในอดีตเคยเป็นศูนย์กลางของเหตุผลในการให้ความคุ้มครองดังกล่าว เราแสดงให้เห็นถึงสิ่งนี้โดยอ้างอิงถึงลิขสิทธิ์ ซึ่งเราได้สำรวจความตื่นตระหนกที่เพิ่มมากขึ้นเกี่ยวกับแนวโน้มของทรัพย์สินทางปัญญาในการจำกัดการแสดงออกอย่างสร้างสรรค์ และการสนทนาที่เป็นประชาธิปไตยต่อความสนใจสาธารณะ ในการเข้าถึงความรู้และการแสดงออกอย่างเสรี ประเด็นเหล่านี้ได้ขยายไปสู่ความกังวลทั่วโลก เกี่ยวกับสินค้าสาธารณะ ในแง่ของการขยายตัวของรูปแบบการกำกับดูแลทรัพย์สินทางปัญญาแบบตะวันตก ผ่านการพัฒนาและการบังคับใช้กลไกที่อิงการค้าระหว่างประเทศในการควบคุมทรัพย์สินทางปัญญา สำหรับเรื่องความไม่เท่าเทียมกันทั่วโลกที่เพิ่มขึ้น ในการเข้าถึงสินค้าที่ที่มุ่งเน้นการให้ข้อมูลความรู้ ได้กระตุ้นให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ในวงกว้าง และการสนับสนุนในรูปแบบใหม่ ซึ่งยืนยันว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ได้รับการปฏิรูปเพื่อตอบสนองความต้องการในการพัฒนาสังคม และเศรษฐกิจของประชากรส่วนใหญ่ในโลกให้ดีขึ้นและยิ่งขึ้นไป โดยจะสะท้อนให้เห็นถึงบรรทัดฐานและค่านิยมด้านสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ การเน้นย้ำเรื่องการการรู้แจ้งเห็นจริงของฝั่งยุโรป และอคติของกฎหมายเหล่านี้ยังถูกตั้งคำถามมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อทั่วโลกสันนิษฐานและขึ้นอยู่กับทรัพย์สินทางปัญญา อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อประชากรในภาคใต้ของโลก เช่นเดียวกับชนกลุ่มน้อย และชนพื้นเมืองที่ชุมชนต้องการทรัพยากรทางพันธุกรรมของพืชและมนุษย์ ความรู้ดั้งเดิมและการแสดงออกทางวัฒนธรรมดั้งเดิมไม่ได้รับการแก้ไขโดย สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มุ่งเน้นไปที่สิทธิส่วนบุคคล และสาธารณสมบัติที่ไม่แตกต่าง ข้อกังวลเหล่านี้ชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นในการเจรจาทางกฎหมายแบบพหุนิยมใหม่ เพื่อระบุความหมายและผลที่ตามมาของการปกป้องทรัพย์สินทางปัญญา[55]

หากพิจารณาในส่วนของการให้เหตุผลทางประวัติศาสตร์สำหรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเชื่อมโยงกับสภาพความเป็นจริงของเศรษฐกิจ สังคม การเมืองและวัฒนธรรมในปัจจุบันนั้นก็จะเห็นได้ว่า ประวัติความเป็นมาของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาย้อนหลังไปถึงกฎหมายสิทธิบัตรฉบับแรกกฎเกณฑ์ของเมืองเวนิสในปี ค.ศ. 1474 และกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับแรกของสหราชอาณาจักร คือ Statute of Anne ค.ศ. 1709 การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาสำหรับผู้ที่สร้างสรรค์

---

[54] *Ibid.*

[55] *Ibid.*

ผลงานและนักประดิษฐ์ตลอดจนผู้ที่เผยแพร่ผลิตและจัดจำหน่ายผลงานและนวัตกรรมนั้น เชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับการพัฒนาเทคโนโลยีที่ทำให้ง่ายต่อการทำซ้ำเผยแพร่และทำซ้ำ ผลงานทางด้านวรรณกรรม ศิลปะ วิทยาศาสตร์ และผลงานเชิงพาณิชย์ที่เหมาะสม ตัวอย่างเช่น ด้วยเทคโนโลยีการพิมพ์ ทำให้การทำสำเนาหนังสือทำได้ง่ายมากขึ้นกว่าการคัดลอกด้วยตนเอง จึงจำเป็นต้องมีลิขสิทธิ์เพียงเล็กน้อย ซึ่งเดิมทีจะขยายสิทธิพิเศษในการค้าหนังสือเพื่อปกป้องการลงทุนของผู้ขายหนังสือ ในประวัติศาสตร์ของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ส่วนร่วมกันปัจจัยทางสังคม ทางเทคนิค และทางกฎหมาย เป็นสิ่งที่มีบทบาทอยู่เสมอ แนวความคิดทางการเมืองและสังคมเกี่ยวกับการสร้างสรรค์นวัตกรรม และลักษณะของเทคโนโลยีที่มีอยู่และที่เกิดขึ้นใหม่ กำหนดและถูกกำหนดโดยสถาบันทางกฎหมาย ที่จัดตั้งขึ้นเพื่อปกป้องความสนใจที่โดดเด่นและเพิ่งเริ่มขึ้น หลังจากการถือกำเนิดของแท่นพิมพ์ โดยสื่อที่ตามมา ได้แก่ ภาพถ่าย เพลงที่บันทึกไว้ วิทยุ และวิดีโอกระตุ้นให้เกิดการเปลี่ยนแปลงกฎหมายลิขสิทธิ์เพิ่มเติมเพื่อรักษาและขยายสิทธิพิเศษของผู้ถือสิทธิ์แทนที่จะเป็นผู้เขียน หรือผู้สร้างสรรค์ผลงาน ซึ่งมีแนวโน้มเร่งให้ก่อตัวเร็วขึ้น ตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ยี่สิบจนถึงขอบเขตของสิทธิส่วนบุคคลในขณะนี้เกินกว่าเหตุผลทางประวัติศาสตร์ของพวกเขา

ในช่วงตอนต้นของประวัติศาสตร์ของการพัฒนา ทั้งประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ส่วนตน ในการขยายและการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งอยู่ภายใต้การตรวจสอบทางกฎหมาย การเมือง และสาธารณะ ในการอภิปรายเหล่านี้บางคนมองว่าทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเพียงทรัพย์สินส่วนบุคคลอีกรูปแบบหนึ่งที่ถือครองโดยสิทธิตามธรรมชาติ ในขณะที่คนอื่นมองว่าการเข้าถึงข้อมูลและความรู้เป็นประโยชน์หลักที่จะได้รับการอำนวยความสะดวก โดยสิทธิที่ได้รับจากรัฐในสินค้าที่ใช้ความรู้ซึ่งถูกมองว่าเป็นสิทธิพิเศษเฉพาะ ข้อเท็จจริงของการตีพิมพ์ ทั้งงานวรรณกรรม และนวัตกรรมถือเป็นของขวัญสำหรับสาธารณชน ที่ทำให้งานเป็นเรื่องธรรมดาอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ไม่เห็นหนังสือหรือสิ่งประดิษฐ์ที่แยกออกจากกัน แต่ถูกมองว่าเชื่อมโยงกับเครือข่ายการสื่อสารที่ซับซ้อน ดังนั้นการยอมรับสิทธิในทรัพย์สินตามธรรมชาติซึ่งจะเป็นสิทธิถาวรที่ถูกต้องตามกฎหมายจึงถูกปฏิเสธโดยหลักการเสมอว่าเป็นการขัดขวางความก้าวหน้าของการเรียนรู้และความรู้ อย่างไรก็ตามในส่วนเล็ก ๆ น้อย ๆ เนื่องมาจากการรู้แจ้งเห็นจริงและปรัชญาในช่วงศตวรรษที่สิบแปดความเชื่อในตัวบุคคลในฐานะผู้สร้างมีบทบาทที่โดดเด่นมากขึ้นในกฎหมาย

ท้ายสุดแล้วสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้รับการออกแบบมาเพื่อสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์ส่วนตนและประโยชน์สาธารณะ โดยอนุญาตให้ผู้เขียนและนักประดิษฐ์มีการผูกขาดผลงานที่จำกัด ระยะเวลาที่สามารถมอบหมายให้กับผู้จัดพิมพ์และผู้ผลิตเพื่อปกป้องการลงทุนของพวกเขา เมื่อคำนี้สิ้นสุดลงผลงานที่ได้รับการคุ้มครองจะเข้าสู่สาธารณสมบัติ และพร้อมสำหรับการทำซ้ำการเลียนแบบ ความเหมาะสม และการเปลี่ยนแปลง ความสมดุลทางสังคมนี้ออกแบบมาเพื่อมอบสิ่งจูงใจตามสิทธิให้กับผู้สร้างสรรค์ผลงาน โดยสัญญาว่าจะให้รางวัลเป็นตัวเงินในตลาดเพื่อสังคม อย่างไรก็

ตาม ความเสียหายของการไหลเวียนของความคิด การแสดงออก และเทคโนโลยีอย่างเสรีในพื้นที่สาธารณะของยุโรป และแองโกล-อเมริกันโดยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามักจะให้สิทธิพิเศษแก่บุคคลเป็นส่วนตัวและเมื่อเร็ว ๆ นี้ให้แก่บริษัทต่าง ๆ ภายใต้นิยายทางกฎหมายที่มอบให้พวกเขา สถานะของบุคคลพื้นฐานของการคำนวณซึ่งเป็นประโยชน์เกี่ยวกับผลประโยชน์ทางสังคมขั้นสูงที่จะตามมา ตัวอย่างเช่น สิทธิ์เฉพาะตัวของผู้เขียนภายใต้ลิขสิทธิ์อาจถูกมองว่าเป็นสิ่งชั่วร้ายที่จำเป็นในระบบเศรษฐกิจแบบตลาดเสรี การผูกขาดที่จำกัดเพื่อส่งเสริมการสร้างสรรค์เพื่อจุดประสงค์ในการพัฒนาศิลปะ และวิทยาศาสตร์ การเรียนรู้ที่จำเป็นสำหรับพลเมืองที่รู้แจ้งและต่อเนื่อง การเพิ่มคุณค่าของสาธารณะสมบัติ ลิขสิทธิ์ซึ่งปกป้องเฉพาะการแสดงออกของผลงาน หรือรูปแบบของนวัตกรรม แทนที่จะเป็นแนวคิดพื้นฐานที่มีอยู่เหล่านี้ จึงถือได้ว่าเป็นภาษีประเภทหนึ่งของประชาชนโดย จำกัด เวลาและขอบเขตอย่างเคร่งครัด แต่จำเป็นต้องให้สิ่งจูงใจสำหรับการสร้างสรรค์นวัตกรรม

ถึงแม้ว่าการผูกขาดสิทธิบัตรจะถูกสร้างขึ้นก่อนที่จะมีการออกกฎหมายลิขสิทธิ์ การพัฒนาในอดีตของระบบกฎหมายทั้งสองก็มีวิถีทางที่คล้ายคลึงกัน ในแง่ของลำดับความสำคัญที่ให้กับการบำรุงรักษาและการส่งเสริมแหล่งความรู้สาธารณะ การคุ้มครองสิทธิบัตรมอบ ให้แก่ ผู้ผลิตงานฝีมือและผู้ทำการค้าเพื่อปกป้องผลของแรงงานแต่ละคน และกระตุ้นการประดิษฐ์ที่ตามมาและคู่ขนานกัน สิทธิบัตรได้รับการรับรองเพื่อให้แน่ใจว่าสามารถเข้าถึงรายละเอียดที่สำคัญต่อสาธารณชน ได้ผ่านการเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องที่จำเป็นเพื่อให้สามารถประดิษฐ์ในภายหลังได้ ในขณะเดียวกันสิทธิบัตรจะคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์จากการถูกคู่แข่งลอกเลียนแบบ ดังนั้นผู้ถือสิทธิบัตรจึงได้รับประโยชน์จากสิทธิเฉพาะตัวที่แนบมากับผลงานของพวกเขา ซึ่งพวกเขาสามารถใช้ประโยชน์ได้จนกว่าข้อมูลที่จดสิทธิบัตรจะเหมาะสมโดยสาธารณะ เช่นเดียวกับลิขสิทธิ์ข้อโต้แย้งที่เป็นประโยชน์ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรมีจุดมุ่งหมายเพื่อสร้างแรงจูงใจสำหรับการวิจัย การพัฒนา และการสร้างผลิตภัณฑ์และแนวคิดใหม่ ๆ ประเพณีทางปรัชญาบางอย่าง ทำให้กรรมสิทธิ์ของแต่ละบุคคลอยู่เหนือสิทธิบัตร ซึ่งเป็นหัวใจหลักของทรัพย์สินส่วนบุคคล ในขณะที่คนอื่นมองว่าสิทธิบัตรเป็นการผูกขาดที่จำกัด ซึ่งหากไม่ใช่เพื่อผลประโยชน์ทางสังคมที่พวกเขามอบให้ผ่านการเปิดเผยจะเป็นรูปแบบการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมที่ผิดกฎหมาย ซึ่งจำกัดการค้าเสรี จากนั้นสิทธิ์ที่ได้รับสิทธิบัตรจะรับประกันการผูกขาดในระยะจำกัด ในการสร้างการใช้หรือการขายข้อมูลที่ได้รับการคุ้มครองเท่านั้น ในขณะที่สิทธิ์เหล่านี้ไม่ได้ห้ามนวัตกรรมที่เป็นประโยชน์ต่อสังคมมากเกินไป ความขัดแย้งโดยธรรมชาติระหว่างสิทธิของรัฐและเอกชน ตลอดจนความตึงเครียดระหว่างนวัตกรรมและการผูกขาดยังคงมีความสำคัญต่อการถกเถียงเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาอย่างต่อเนื่อง

ในช่วงปลายศตวรรษที่สิบเก้าทรัพย์สินทางปัญญาได้รับการยกย่องว่าเป็นเครื่องมือสำคัญในการเพิ่มผลประโยชน์ทางสังคม และเศรษฐกิจในสังคมอุตสาหกรรมแทนที่จะเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่จะมอบให้กับผู้สร้างแต่ละคน อันเป็นผลมาจากความพยายามในการสร้างสรรค์เท่านั้น อย่างไรก็ตาม

นักแสดงที่มีความเข้าใจตลาดมักใช้ประโยชน์จากสิทธิดังกล่าว เพื่อแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัวมากกว่าประโยชน์เชิงสาธารณะ ยกตัวอย่างเช่น ประวัติศาสตร์ยุคแรกของการร่างกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา ถือได้ว่าเป็นการสาธิตแบบคลาสสิกของบทบาทเครื่องมือของรัฐในการพัฒนาผลประโยชน์ของเงินทุน และชนชั้นสูงที่อยู่ในแนวเดียวกัน หากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้รับการออกแบบมาเพื่อส่งเสริมการพัฒนาสังคม ผู้รับผลประโยชน์ที่สำคัญคือผู้ที่สะสมทุนส่วนตัว อันเป็นผลมาจากโอกาสในการสร้างผลกำไร ในวันนี้การวิ่งเต้นในภาคเอกชนองค์กรและอุตสาหกรรมที่แข็งแกร่งกำลังผลักดันให้มีการทำสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เข้มงวดมากขึ้นกว้างขวางและยาวนานขึ้น ซึ่งเป็นแนวโน้มที่คาดการณ์ได้จากนักวิจารณ์กฎหมายเหล่านี้ในช่วงต้นรวมถึงผู้ร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา

พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แนวคิดการรู้แจ้งเห็นจริงที่ได้รับสิทธิพิเศษทางอุดมการณ์ของลัทธิปัจเจกนิยมเสรีนิยม และแนวความคิดโรแมนติกของการประพันธ์ส่วนบุคคลและการควบคุมโดยผู้มีอำนาจ แม้ว่าผลประโยชน์ของพวกเขาจะเกิดขึ้นกับกลุ่มองค์กรเป็นหลัก ในฐานะนายจ้างของแรงงานสร้างสรรค์ และผู้รับมอบหมายสิทธิซึ่งผู้สร้างและผู้สร้างสรรค์นวัตกรรมไม่สามารถหาประโยชน์ได้ ด้วยเหตุนี้ทรัพย์สินทางปัญญาจึงดำเนินการส่วนใหญ่เพื่อปกป้องเงินลงทุน อย่างไรก็ตามหากมีเข้าใจในความสัมพันธ์มากขึ้นเกี่ยวกับความคิดสร้างสรรค์และนวัตกรรมได้รับความน่าเชื่อถือมากขึ้นในช่วงปลายศตวรรษที่ยี่สิบเนื่องจากความสามารถของเทคโนโลยีในการเผยแพร่ผลงาน และเทคโนโลยีให้เป็นประชาธิปไตย และเพื่อลดสิทธิในการอนุญาตของแต่ละบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อใช้สิ่งเหล่านี้เพื่อสนับสนุน การตรวจพิจารณาสิ่งพิมพ์ขององค์กร หรือพฤติกรรมการแสวงหาค่าเช่า สำหรับศิลปินนักเคลื่อนไหว นักวิชาการ และผู้บริโภคจำนวนมาก ในปัจจุบันการใช้เทคโนโลยีที่พัฒนาทางสังคมร่วมกัน ทำให้เกิดแหล่งทรัพยากรและบริการที่สร้างสรรค์ได้มากขึ้นกว่าที่มีให้ผ่านการผูกขาดของเอกชน โดยยึดตามอุดมการณ์ของความคิดสร้างสรรค์และนวัตกรรม ความแพร่หลายที่เพิ่มขึ้นของเทคโนโลยีข้อมูลดิจิทัลและการสื่อสาร และขีดความสามารถเหล่านี้สำหรับการทำงานร่วมกันทางสังคมบนเครือข่ายที่มากขึ้นเรื่อย ๆ ในการแสดงออกอย่างสร้างสรรค์และนวัตกรรมทางเทคโนโลยีกำลังทำให้การอ้างสิทธิ์เพิ่มเติมว่าระบบทรัพย์สินทางปัญญาเผชิญกับวิกฤตของความชอบธรรม

2.7.1 กฎหมายลิขสิทธิ์กับมุมมองเศรษฐศาสตร์

กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะกำหมายลิขสิทธิ์โดยสภาพแล้วถือว่าเป็นกฎหมายทางเศรษฐศาสตร์โดยลิขสิทธิ์ถือเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่สำคัญอย่างยิ่งรูปแบบหนึ่ง ซึ่งลักษณะที่โดดเด่นของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาก็คือการคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ ในขณะที่ต้นทุนในการสร้างผลงานภายใต้การคุ้มครองลิขสิทธิ์ เช่น หนังสือ ภาพยนตร์ เพลง ภาพพิมพ์ แผนที่หรือโปรแกรม

ซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์มักจะสูง ค่าใช้จ่ายในการทำซ้ำงานไม่ว่าจะโดยผู้สร้างหรือโดยผู้อื่นทำให้มีมักจะต่ำ และเมื่อสำเนามีให้ผู้อื่นแล้ว มักจะไม่แพงสำหรับผู้ใช้เหล่านี้ในการทำสำเนาเพิ่มเติม หากสำเนาที่ทำโดยผู้สร้างงานมีราคาเท่ากับหรือใกล้เคียงกับต้นทุนส่วนเพิ่ม ผู้อื่นอาจไม่ควรทำสำเนา แต่รายได้รวมของผู้สร้างอาจไม่เพียงพอสำหรับต้นทุนในการสร้างงาน การคุ้มครองลิขสิทธิ์ สิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการป้องกันไม่ให้ผู้อื่นทำสำเนา แลกเปลี่ยนค่าใช้จ่ายในการจำกัดการเข้าถึงผลงานกับผลประโยชน์ของสิ่งจูงใจในการสร้างผลงานตั้งแต่แรก การสร้างสมดุลที่ถูกต้องระหว่างการเข้าถึงและสิ่งจูงใจเป็นปัญหาหลักในกฎหมายลิขสิทธิ์ สำหรับกฎหมายลิขสิทธิ์เพื่อส่งเสริมประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ หลักคำสอนทางกฎหมายหลักนั้น อย่างน้อยต้องประมาณผลประโยชน์สูงสุดจากการสร้างงานเพิ่มเติม ลบทั้งความสูญเสียจากการจำกัดการเข้าถึงและค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ดังนั้นหน้าที่ของลิขสิทธิ์ที่ป้องกันไม่ให้ถูกละเมิด และให้ผู้สร้างสรรค์แสวงหาประโยชน์จากงานสร้างสรรค์ของตนเองได้ โดยมีการสร้างสมดุลว่าจำเป็นต้องสร้างสมดุลระหว่างการเข้าถึงทรัพย์สินทางปัญญาของประชาชน และให้ประโยชน์ที่จูงใจให้เกิดการสร้างสรรค์สิ่งใหม่ ๆ[56]

ในส่วนของกฎหมายลิขสิทธิ์กับมุมมองด้านเศรษศาสตร์ที่จะนำมาพิจารณากล่าวคือหากพิจารณาถึงนักปรัชญาที่สำคัญเกี่ยวกับมุมมองของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่จะเกี่ยวข้องกับมุมมองเศรษศาสตร์ โดยเป็นนักเศรษฐศาสตร์คนสำคัญของโลกคือ อดัม สมิธ (Adam Smith) ซึ่งเป็นคนแรกที่ขยายความทฤษฎีการแลกเปลี่ยน โดยการมองในลักษณะของระบบการแลกเปลี่ยนนี้ อดัม สมิธให้คุณค่าของ ทุน มากกว่าคุณค่าของ แรงงาน โดยอดัม สมิธ อธิบายเรื่อง มูลค่าของสิทธิในทางเศรษฐกิจ ที่ทำให้ทรัพย์ชิ้นหนึ่งมีราคา แต่เหตุใดทรัพย์อีกชิ้นหนึ่งจึงไม่มีราคา โดยอดัม สมิธ อธิบายว่ามูลค่า (Value) มีอยู่ 2 ชนิดคือ มูลค่าที่เกิดจากการใช้ประโยชน์ในการใช้ (Value in Use) และมูลค่าที่เกิดจากการแลกเปลี่ยน (Value in Exchange) มูลค่าที่เกิดจากประโยชน์ในการใช้ คือความสำคัญของสิ่งของในทัศนะของผู้ใช้ ส่วนที่เรียกว่า มูลค่าที่เกิดจากการแลกเปลี่ยน คือ อำนาจของสิ่งของนั้นที่จะเรียกสิ่งของอื่นมาแลกเปลี่ยนกันในตลาด หรือปริมาณของสิ่งของอื่นที่ประชาชนในตลาดยินดีนำมาแลกกับสิ่งนั้น ทั้งนี้มูลค่าจากการแลกเปลี่ยนในมุมมองของอดัม สมิธ คือราคาตลาด โดยราคาตลาดดังกล่าวนี้จะถูกกำหนดโดยสภาพของอุปสงค์และอุปทานของสินค้า ซึ่งอาจมีราคาสูงหรือต่ำกว่าราคาธรรมชาติ ซึ่งก็คือ ราคาที่เท่ากับค่าผลิต[57]

---

[56] William M. Landes and Richard A. Posner, "An Economic Analysis of Copyright Law," **The Journal of Legal Studies** 18, 2 (June 1989): 325-363.

[57] จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ และภูมินทร์ บุตรอินทร์, **ประวัติศาสตร์และแนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา**, หน้า 88.

ในส่วนของการตีความเจตนารมณ์ของกฎหมายในลักษณะของผู้สนับสนุนอดัม สมิธ จึงเป็นการให้คุณค่ากับ ทุน ซึ่งในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาที่เรามุ่งศึกษาก็คืองบประมาณที่ใช้ลงทุนค้นคว้าวิจัยหรือวัตถุดิบในการประดิษฐ์นวัตกรรมในกรณีที่กล่าวถึงทรัพย์สินอุตสาหกรรมและทุนรอนที่จ่ายให้กับตัวศิลปินผู้สร้างสรรค์ผลงานในกรณีของลิขสิทธิ์ มากกว่าแรงงาน ซึ่งในที่นี้คือความสามารถของผู้ประดิษฐ์คิดค้น หรือผู้สร้างสรรค์ รวมไปถึงการใช้ความคิดให้เกิดงานทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านี้ ดังนั้นแนวคิดนี้จึงไม่ได้ให้คุณค่าของสิทธิของผู้ประดิษฐ์ หรือสิทธิของผู้สร้างสรรค์ผลงานมากนัก เพราะยกประโยชน์ให้กับทุนมากกว่าแรงงาน ยิ่งไปกว่านั้นแนวความคิดนี้ไม่สนใจเรื่องความเป็นเจ้าของสิทธิของแรงงาน เพราะให้คุณค่าของทุนมากกว่า ความเป็นเจ้าของสิทธิของผู้ประดิษฐ์ที่แท้จริง หรือสิทธิของผู้สร้างสรรค์ผลงานที่แท้จริงจึงสามารถโอนสิทธิเปลี่ยนมือในทางเศรษฐกิจได้เสมอ เราจะเห็นได้ว่าระบบกฎหมายของหลายประเทศก็ได้รับอิทธิพลความคิดในลักษณะดังกล่าว ดังนั้นจึงไม่ให้ความสำคัญกับ สิทธิของผู้สร้างสรรค์ผลงาน และให้สิทธิเป็นของนายจ้าง หรือนิติบุคคลผู้ลงทุน ภายหลัง[58]

แนวคิดของอดัม สมิธ ยังส่งผลต่อการตีความเรื่องที่ว่า เหตุใดระบบทรัพย์สินทางปัญญาจึงต้องทำให้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นสากล เหตุเพราะการแลกเปลี่ยนถูกจำกัดด้วยขนาดของตลาด ดังนั้นการแบ่งงานกันทำก็ถูกจำกัดด้วยขนาดของตลาดเช่นกัน ถ้าตลาดมีขนาดเล็ก ผู้ผลิตก็ไม่ปรารถนาที่จะผลิตสินค้าชนิดเดียว เพราะเขาไม่มีตลาดใหญ่พอที่จะรับซื้อสินค้าชนิดเดียวกับที่เขาผลิตเป็นจำนวนมาก ดังนั้นตลาดจะใหญ่เพียงใดจึงขึ้นอยู่กับเสรีภาพในการแลกเปลี่ยน แนวความคิดทางเศรษฐกิจนี้เองที่มีอิทธิพลต่อการจัดทำกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวในเวลาถัดมา เช่น อนุสัญญากรุงเบอร์น เพราะภายหลังจากการปฏิวัติอุตสาหกรรม การค้าระหว่างประเทศมีบทบาทสำคัญในยุโรป[59]

ในส่วนของเสรีนิยมใหม่และเศรษฐกิจแห่งข้อมูลข่าวสาร เพื่อการสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์ส่วนตนและสินค้าสาธารณะ นักทฤษฎีของสังคมเครือข่ายทั่วโลก ได้แสดงให้เห็นว่าเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารและสื่อที่เกิดขึ้นใหม่กำลังปรับทิศทางเศรษฐกิจในรูปแบบใหม่ของการพัฒนาที่มีรากฐานมาจากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี ที่กระตุ้นการพัฒนาของอุตสาหกรรมที่ขึ้นอยู่กับการสร้าง การสะสม การแบ่งปันที่เลือกสรร และการคุ้มครองข้อมูล ดังนั้น จึงมีส่วนช่วยในการปรับโครงสร้างพื้นฐานของรูปแบบการผลิตแบบทุนนิยมจำนวนมาก รูปแบบการผลิตที่เน้นรัฐเป็นศูนย์กลางโดยอาศัยความสัมพันธ์ในระดับประเทศและระหว่างประเทศ กำลังให้แนวทางไปสู่รูปแบบการผลิตที่มุ่งเน้นในระดับสากล ซึ่งอำนวยความสะดวกโดยโครงสร้างองค์กรแบบเครือข่ายและ

---

[58] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 89.

[59] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 88.

กระบวนการผลิตแบบ “การจัดจ้างคนภายนอก” ภายใต้โครงสร้างเครือข่ายระหว่างประเทศนี้ การรวมศูนย์ของรัฐจะถูกแทนที่ในระดับใหญ่โดยกลไกระหว่างประเทศตามสถานที่ของการควบคุมและตามกฎระเบียบ

เทคโนโลยีสารสนเทศไม่เพียงแต่เอื้อให้เกิดความเป็นไปได้ใหม่ ๆ สำหรับตลาดโลกาภิวัตน์ แต่ภายในตลาดนั้นยังช่วยเพิ่มความสำคัญของสินค้าที่มีการให้ข้อมูลและสินค้าเชิงสัญลักษณ์ อย่างไรก็ตามสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีความจำเป็น เพื่อให้สินค้าดังกล่าวมีมูลค่า หากไม่มีทรัพย์สินทางปัญญาทรัพยากรความรู้ก็มีแนวโน้มที่จะพร้อมใช้งานอย่างกว้างขวางโดยเป็นส่วนหนึ่งของแหล่งกักเก็บสินค้าที่จับต้องไม่ได้ทางสังคมสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะขยายเงื่อนไขทางการตลาดของการผูกขาดจากการเปิดใช้งานสินค้าดังกล่าว โดยการทำให้สินค้าดังกล่าวหายากขึ้น สมมติว่าสินค้าที่แสดงออกและสร้างสรรค์จะไม่ถูกสร้างขึ้นโดยไม่มีสิ่งจูงใจทางตลาด และด้วยเหตุนี้มนุษย์จะดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจอย่างมีเหตุผลตามธรรมชาติของมนุษย์ กฎหมายจึงจินตนาการและทำให้วัตถุของมนุษย์เป็นธรรมชาติในรูปแบบของมนุษย์ เศรษฐศาสตร์ที่ทุกมิติของชีวิตมนุษย์ถูกโยนทำนายในแง่ของความเป็นเหตุเป็นผลของตลาด ดังนั้นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจึงแสดงให้เห็นถึงอุดมการณ์ของการควบคุมทรัพยากรโดยเอกชนอย่างไม่มีข้อจำกัด โดยส่งเสริมการกระจายทรัพยากรเหล่านี้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด และทำให้เกิดผลดีต่อสาธารณะมากขึ้น นั่นคือการเพิ่มจำนวนผลิตภัณฑ์และบริการมากมาย การยอมรับตรรกะเสรีนิยมใหม่นี้ และการขยายตัวทั่วโลกของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ทำให้มั่นใจได้ว่าการเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาและการควบคุมเครือข่ายที่กระแสทรัพย์สินทางปัญญากลายเป็นแกนหลักของอำนาจทางเศรษฐกิจและการเมืองภายใต้ระบบทุนนิยมสารสนเทศ

กระบวนการความเป็นโลกาภิวัตน์ทางเศรษฐกิจได้ปรับการเข้าถึงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ขยายตัว และสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคลทั้งในเขตอำนาจศาลใหม่ และสู่อาณาจักรใหม่ของชีวิตมนุษย์และการดำรงชีวิต ซึ่งเป็นปรากฏการณ์ที่เปลี่ยนแปลงทั้งการปกครองระหว่างประเทศและความสัมพันธ์ทางสังคมของอำนาจ เทคโนโลยีเดียวกันที่ให้เงินทุนเพื่อเพิ่มการเข้าถึงและประสิทธิภาพยังก่อให้เกิดความเสี่ยงที่มากขึ้น ผลกำไรจากเงินทุนมากที่แน่ชัดว่านวัตกรรมทางสถาบันและทางเทคนิคใหม่ ๆ มีความจำเป็นเพื่อปกป้องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา จากความก้าวหน้าอย่างรวดเร็วของเทคโนโลยีข้อมูลแบบดิจิทัล ในขอบเขตที่เทคโนโลยีดังกล่าว ช่วยให้สามารถเผยแพร่ข้อมูลและการผลิตซ้ำของสินค้าที่การให้ข้อมูลได้อย่างรวดเร็วมากขึ้น โดยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา บางคนมองว่าต้องการความแข็งแกร่งและการบังคับใช้ที่มากขึ้นทั้งสองอย่าง เพื่อเพิ่มผลประโยชน์ที่ได้รับจากการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไปและเพื่อคุ้มครองการลงทุน กับคนที่เอาเปรียบคนอื่นในสังคมที่สามารถดำเนินงานได้ในระยะทางที่ไกลขึ้นและด้วยความเร็วที่มากขึ้นกว่าเดิม ในตอนแรกหลายประเทศ พยายามปรับสมดุลความต้องการภายในประเทศกับผลประโยชน์ระหว่างประเทศ

ที่เพิ่มขึ้นของผู้ถือทรัพย์สินทางปัญญาที่ดำเนินงานในตลาดโลก แต่ความพยายามเหล่านี้ได้รับการตอบสนองจากกลุ่มผู้รณรงค์หาเสียงสนับสนุนเกี่ยวกับนิติบัญญัติที่แข็งแกร่ง และกลุ่มผลประโยชน์ข้ามชาติ ที่ผลักดันให้มีการแก้ปัญหาทั่วโลกผ่านกฎหมายระหว่างประเทศ

นักเศรษฐศาสตร์การเมืองที่มีวิจารณญาณได้เสนอว่า ตั้งแต่ต้นทศวรรษ 1980 เป็นต้นมา กฎหมายระหว่างประเทศได้เติบโตขึ้นอย่างมาก ในฐานะเครื่องมือหลักผ่านกฎของทรัพย์สินส่วนบุคคลได้ถูกขยายออกมากขึ้นในเศรษฐกิจโลก และวิธีการที่สิทธิของเงินทุนข้ามชาติได้รับการปกป้องผ่านทางอุดมการณ์ หรือการประสานกัน การกำหนดมาตรฐาน และความสม่ำเสมอของกฎระเบียบและการบังคับใช้ ซึ่งทั้งสองเข้าใจผิดถึงปรากฏการณ์ของการพัฒนาที่ไม่สม่ำเสมอ และทำหน้าที่ทำให้รุนแรงขึ้น โลกาภิวัตน์ถูกกำหนดโดยการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเอื้อประโยชน์ต่อประเทศทุนนิยมขั้นสูง ทุนข้ามชาติที่เป็นอิสระจากข้อจำกัดเชิงพื้นที่และชั่วคราว และจริยธรรมของตลาดที่เป็นเอกสิทธิ์ ในขณะที่ขจัดความกังวลด้านความเสมอภาค จากความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ผ่านการกำหนดกลไกการบังคับใช้ของรัฐ ที่รับประกันระบบทุนนิยมในสินค้าที่มีฐานความรู้ โดยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา มีบทบาทพื้นฐานและเป็นตัวกระตุ้นในเศรษฐกิจฐานความรู้ การกำหนดสิทธิ์การเข้าถึง และเงื่อนไขการเข้าถึง ราคาที่ต้องจ่ายสำหรับทรัพยากรข้อมูลและรูปแบบธุรกิจที่เป็นไปได้สำหรับองค์กรที่มีความสามารถในการแข่งขัน ไม่เป็นที่น่าแปลกใจที่อำนาจของบริษัทที่ขายสินค้าดังกล่าวได้เพิ่มขึ้นอย่างมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งในขอบเขตที่พวกเขามีอิทธิพลต่อการจัดตั้งและบังคับใช้กฎหมายการค้าระหว่างประเทศฉบับใหม่ เพื่อปกป้องการลงทุนและเปลี่ยนประเทศให้เป็นตัวแทนของพวกเขา เพื่อผลประโยชน์ของพวกเขา มาตรการคุ้มครองขององค์การการค้าโลก (WTO) แสดงให้เห็นถึง การเปลี่ยนแปลงในสิ่งที่เรียกว่า การปฏิวัติเสรีนิยมใหม่และการรวมตัวกันของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา อาจแสดงให้เห็นได้ชัดเจนที่สุด

การรวมสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเข้ากับกรอบการค้าระหว่างประเทศ เป็นเป้าหมายแรกที่ต้องการโดยผลประโยชน์ขององค์กรและนักวิ่งเต้นของสหรัฐ ผู้ซึ่งสามารถสร้างและใช้ประโยชน์จากความกลัวทางสังคมที่แพร่หลาย เกี่ยวกับการลดอุตสาหกรรม และการสูญเสียความสามารถในการแข่งขันของสหรัฐฯในทศวรรษที่ 1980 การคุ้มครองที่เพิ่มขึ้นและความสอดคล้องของกฎหมายทั่วโลกในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญา เป็นวาระของผู้ส่งออกเนื้อหาและเทคโนโลยีชั้นนำของโลก (บริษัทข้ามชาติในอุตสาหกรรมยา วิทยาศาสตร์ชีวภาพ เคมีภาพเคลื่อนไหว คอมพิวเตอร์ และซอฟต์แวร์) และเรื่องของการรณรงค์เรื่องการวิ่งเต้นเชิงรุกทั้งในประเทศและต่างประเทศ ภายในระบบของสหประชาชาติและอนุสัญญาระหว่างประเทศ ที่บริหารจัดการโดย องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) สหรัฐอเมริกา และประเทศหลังอุตสาหกรรมอื่น ๆ ที่ขาดอำนาจ ภายใต้ระบบ “หนึ่งประเทศหนึ่งโหวต” พวกเขาอาจได้รับคะแนนโหวตจากประเทศที่กำลังพัฒนา ยิ่งไปกว่านั้นองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ไม่มีกลไกการบังคับใช้และไม่รับพิจารณาความขัดแย้งพื้นฐานระหว่างประเทศสมาชิก

เกี่ยวกับวิธีการที่ควรส่งเสริมสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยประเทศที่พัฒนาแล้วและกำลังพัฒนามักไม่เห็นด้วยเกี่ยวกับวิธีการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาตามความต้องการในการพัฒนาสังคมและเศรษฐกิจในประเทศที่แตกต่างกัน ในทางตรงกันข้าม ภายใต้ระบบองค์การการค้าโลก สหรัฐอเมริกาและประเทศพันธมิตรที่พัฒนาแล้ว มีอำนาจมากในฐานะตลาดที่สำคัญที่สุดสำหรับการส่งออกของประเทศกำลังพัฒนา ภาคธุรกิจของสหรัฐฯสนับสนุนการใช้อำนาจทั้งหมดของสหรัฐฯ (ตั้งแต่ความช่วยเหลือจากต่างประเทศ ไปจนถึงการปรับโครงสร้างเงินกู้) เพื่อให้เกิดการบังคับใช้ทรัพย์สินทางปัญญาทั่วโลกมากขึ้น การแสดงหลักฐานของความเสียหายโดยประมาณ เนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์ คณะกรรมการทรัพย์สินทางปัญญาของสภาธุรกิจระหว่างประเทศ แห่งสหรัฐอเมริกา ได้สร้างความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับชุมชนธุรกิจต่างประเทศ เพื่อกดดันให้รัฐบาลอื่น ๆ รวมสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เข้าไว้ในการเจรจาการค้า ซึ่งความเชี่ยวชาญด้านทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศที่พัฒนาแล้วสัมพันธ์กับคู่สัญญาที่กำลังพัฒนาจะวางไว้ เป็นข้อได้เปรียบที่ชัดเจน กรอบการค้าที่มีอยู่ช่วยให้สามารถเจรจาข้อตกลงได้อย่างเสรี เพื่อให้ประเทศกำลังพัฒนาได้รับผลประโยชน์ในบางพื้นที่ (เช่น เงื่อนไขที่ดีสำหรับการส่งออกสิ่งทอ และการเกษตร) หากพวกเขายอมแพ้ในการคัดค้านอื่น ๆ (เช่น การขยายสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา) ประเทศกำลังพัฒนาเห็นพ้องกับข้อได้เปรียบทางการค้าที่ไม่ใช่ทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้สมมติฐานที่ว่า พวกเขามีค่ามากกว่าค่าใช้จ่ายของมาตรการทรัพย์สินทางปัญญาใหม่ แม้ว่าประเทศเหล่านี้จะขาดความเชี่ยวชาญด้านทรัพย์สินทางปัญญาในขณะนี้ ทำให้พวกเขาเสียเปรียบในการทำความเข้าใจว่าค่าใช้จ่ายเหล่านั้นอาจเป็นอย่างไร

ระบบองค์การการค้าโลก (WTO) เริ่มมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1995 ซึ่งตอนนี้ได้รวมเอาประเทศเกือบทั้งหมดของโลก นำการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้การคุ้มครองทางการค้า ดังนั้นความล้มเหลวของประเทศในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของชาวต่างชาติ ถือเป็นการกีดกันทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษี และอาจถูกคว่ำบาตรในด้านการค้าอื่น ๆ เช่น การส่งออกสินค้าเกษตร รวมถึงค่าปรับจากประเทศอื่น ๆ ที่พยายามบังคับให้ปฏิบัติตามข้อกำหนดทรัพย์สินทางปัญญาผ่านองค์การการค้าโลก ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (ข้อตกลง TRIPS) ทั่วโลกได้กำหนดหลักการสำหรับระดับการคุ้มครอง IP ขั้นต่ำอย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากประเทศส่วนใหญ่ในโลกเป็นหรือต้องการเป็นสมาชิกของ แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับเกือบทั้งหมดของประเทศเหล่านี้ การคุ้มครอง “ขั้นต่ำ” ดังกล่าวสูงกว่าประเทศใด ๆ ที่ได้รับการยอมรับ หรือบังคับใช้มาจนบัดนี้ ทำให้ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการบริหารและกฎหมายจำนวนมหาศาลในประเทศเหล่านี้ เพื่อคุ้มครองสิทธิพิเศษในการผูกขาดผลประส่วนส่วนตนจากต่างประเทศ ซึ่งพวกเขาได้รับผลประโยชน์เพียงเล็กน้อย การรวบรวมกระบวนการกำกับดูแลระดับโลก สำหรับการกำหนดมาตรฐานทรัพย์สินทางปัญญาโดยผลประโยชน์ส่วนตน ได้ทำลายความสามารถของรัฐบาลในประเทศ

กำลังพัฒนา ในการส่งเสริมระบบนวัตกรรมแห่งชาติของตนเอง และทำลายการควบคุมของประเทศในการจัดหาสินค้าสาธารณะที่หลากหลาย

แนวโน้มสองประการที่เห็นได้ชัด หลังจากข้อตกลง TRIPS หลังปี ค.ศ. 1995 ตัวแทนจากภาคอุตสาหกรรมได้รักษาสถานะภายใต้การเฝ้าระวังอย่างเข้มงวดเพื่อให้แน่ใจว่าเป็นไปตามข้อตกลง TRIPS โดยระบบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทั่วโลก สะท้อนให้เห็นถึงการกระทำ อำนาจ และคุณค่าขององค์กรขนาดเล็ก ที่ยังคงมีอิทธิพลต่อนโยบายระดับโลก ผ่านการสนับสนุนข้อตกลงการค้าทวิภาคีใหม่ ซึ่งพวกเขาติดตามอย่างใกล้ชิดในฐานะสมาชิกของหน่วยงานที่ปรึกษาของสำนักงานผู้แทนการค้าสหรัฐ ที่ให้การประเมินโดยละเอียดของการปฏิบัติตามข้อกำหนดทรัพย์สินทางปัญญา ในต่างประเทศ ในขณะเดียวกันก็ส่งเสริมมาตรฐานทรัพย์สินทางปัญญาที่แข็งแกร่ง ซึ่งตรงกับความต้องการของตน ในขณะเดียวกัน การเคลื่อนไหวภาคประชาสังคมทั่วโลกได้รวมตัวกันเพื่อต่อต้าน ข้อตกลง TRIPS โดยมุ่งเน้นไปที่ประเด็นต่าง ๆ เช่น เสรีภาพซอฟต์แวร์ การเข้าถึงยา สิทธิบัตรในรูปแบบชีวิต สิทธิของเกษตรกร ความมั่นคงทางอาหาร และสิทธิทางวัฒนธรรมของชนพื้นเมือง เพื่อสร้างความมั่นใจในสภาพแวดล้อมของนโยบายระดับโลกที่เป็นการเมืองและที่มีการแบ่งฝ่าย

ความขัดแย้งอย่างรุนแรงทั่วโลกมุ่งเน้นไปที่แนวทางปฏิบัติในการเปลี่ยนสินค้าสาธารณะให้กลายเป็นทรัพย์สินส่วนบุคคล ตัวอย่างเช่น มาตรการคุ้มครองความรู้ ข้อมูลและข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ การใช้แบบจำลองทรัพย์สินที่เน้นถึงความต้องการของสิทธิที่บังคับใช้ทางสังคม เพื่อยกเว้นผู้บุกรุกซึ่งจะนำไปสู่นโยบายทางเศรษฐกิจในการวิจัยทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ที่เน้นด้านพลังงานและการลงทุนในงานที่ก่อให้เกิดการประยุกต์เชิงพาณิชย์ในขณะที่ยกเลิกความชอบธรรมในการแสวงหาวิทยาศาสตร์แบบเปิด ที่ต้องได้รับการสนับสนุนจากแหล่งทุนและสัญญาที่หลากหลาย การจัดการความเสี่ยงจากการแพร่ระบาดทั่วโลกที่ถูกทำลายโดยระบบสิทธิบัตร ซึ่งในบางกรณีได้ป้องกันไม่ให้ประเทศที่มีความเสี่ยงมากที่สุดจากการกักตุนยาที่จำเป็นหรือจากการนำเข้า หรือผลิต คาดว่าการแพร่กระจายของเทคโนโลยีการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ จะได้รับผลกระทบอย่างมากจากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

ในขณะที่สถาบันระดับโลกและเวทีแสดงความคิดเห็นพหุภาคี กลายเป็นสภาพแวดล้อมทางการเมืองอย่างมากที่ซึ่งการเติบโตและการขยายสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ถูกโต้แย้งมากขึ้น ผลประโยชน์ขององค์กรข้ามชาติจึงเปลี่ยนความสนใจไปที่ประเด็นอื่น ๆ ของการใช้ประโยชน์ทางการค้า การไม่ลงรอยกันในองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) และ องค์การการค้าโลก (WTO) ส่งผลให้เกิด “การเปลี่ยนเวทีแสดงความคิดเห็น” ซึ่งประเทศที่พัฒนาแล้วต่างพยายามเพิ่มการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ผ่านการเจรจาข้อตกลงการค้าเสรีทวิภาคีและพหุภาคี กลยุทธ์ดังกล่าวมีความเด่นชัดมากขึ้นตั้งแต่ช่วงเปลี่ยนศตวรรษ บ่อยครั้งที่เกิดขึ้นนอกโครงการพหุภาคี เช่น ระบบองค์การการค้าโลกและก้าวไปไกลกว่ามาตรฐานขององค์กร ด้วยการยืนยันถึงการคุ้มครองทรัพย์สิน

ทางปัญญาที่มากกว่าที่เรียกร้องใน การริเริ่มของข้อตกลง TRIPS เช่น ข้อตกลงการค้าต่อต้านการปลอมแปลงข้ามสถาบันพหุภาคีที่มีอยู่ และสร้างเว็บนโยบายที่ซับซ้อน ซึ่งไม่รวมทั้งตัวแทนประเทศกำลังพัฒนาและภาคประชาสังคมในการเจรจาพร้อมทั้งเพิ่มมาตรฐานทรัพย์สินทางปัญญาอย่างมีประสิทธิภาพ กฎสากลเหล่านี้ถูกกำหนดขึ้นระหว่างประเทศที่แสดงถึงผลประโยชน์ในการถือครองทรัพย์สินทางปัญญาที่โดดเด่น ซึ่งถือว่าข้อตกลงเหล่านี้เป็นวิธีที่จะขยายและบังคับใช้การบังคับใช้ทรัพย์สินทางปัญญาที่เข้มแข็งต่อไป โดยไม่จำเป็นต้องมีการพิจารณาและการอภิปรายระหว่างประเทศในระดับสาธารณะ ดังนั้นวิถีของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ จึงยังคงดำเนินต่อไปอย่างต่อเนื่องในประวัติศาสตร์และความไม่เท่าเทียมที่เกิดขึ้นเรื่อย ๆ นั่นคือ อย่างไรก็ตาม มันกลายเป็นเรื่องการเมืองมากขึ้นเรื่อย ๆ

ในส่วนของมุมมองด้านเศรษศาสตร์กับกฎหมายลิขสิทธิ์ได้ว่า ลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง ทั้งยังเป็นสิทธิในลักษณะของการผูกขาด ย่อมเกิดปัญหาในด้านเศรษฐศาสตร์เป็นสืบเนื่อง จึงจำเป็นต้องรักษาสมดุลของการผูกขาด การรักษาสมดุลดังกล่าวทำได้โดยการจำกัดระยะเวลาการคุ้มครอง เป็นที่ทราบโดยทั่วไปว่าลิขสิทธิ์ เป็นการสร้างแรงจูงใจให้ถึงขนาดเพื่อให้บุคคลใด ๆ สร้างสรรค์ผลงานขึ้นมา และยินยอมให้งาน สร้างสรรค์นั้นตกเป็นทรัพย์สินสาธารณะ (Public Domain) ได้ในเวลาต่อมาเมื่อสิ้นอายุการคุ้มครองแล้ว โดยเข้าสู่กระบวนการทำให้เป็นสาธารณะ ทำให้บุคคลใด ๆ สามารถนำไปใช้ประโยชน์ รวมถึงการต่อยอดจากผลงานดังกล่าว ส่งผลให้สินค้าที่ใช้ทรัพย์สินทางปัญญาที่สิ้นสุดอายุการคุ้มครองนั้นมีราคาถูกลงเป็นผลสืบเนื่องด้วย[60]

ด้วยลักษณะของลิขสิทธิ์ที่เป็นสิ่งไม่มีรูปร่าง ทำให้ไม่เปลืองเปล่าหมดไป ดังนั้นสินค้าที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาจึงมักเป็นสินค้าที่ไม่ทำให้อุปทานของผู้ใช้ในสังคม ลดลง แม้จะมีความต้องการใช้งานมากเพียงใด หรือไม่เกิดความเปลืองเปล่าหมดไป และไม่เป็นการ กีดกันการใช้งานของบุคคลอื่น ๆ ด้วย ซึ่งในทางเศรษฐศาสตร์เรียกว่าเป็นสินค้าสาธารณะ (Public Goods)[61] ปัญหาประการสำคัญของสินค้าสาธารณะคือ ปัญหาจากผู้ฉวยโอกาส (Free-rider) ซึ่งเป็น ผู้ที่พยายามแสวงประโยชน์จากสินค้าสาธารณะโดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทนใด ๆ อันเป็นปัญหาจาก ลักษณะที่ไม่เป็นการกีดกันการใช้ของบุคคลอื่น ๆ ของสินค้าสาธารณะ หากไม่มีการแก้ปัญหานี้ จะทำให้ผู้ประกอบการผลิตสินค้าหรือบริการที่มีมูลค่าสูงซึ่งผู้บริโภคต้องชำระค่าใช้สินค้าหรือบริการ ไม่ ผลิต

---

[60] จิรประภา มากลิ่น, *เรื่องเดิม,* หน้า 32-33.

[61] Stan Liebowitz, **Intellectual Property**, Retrieved February 15, 2016 from http://www.econlib.org/library/Enc/IntellectualProperty.html

สินค้าหรือบริการต่าง ๆ เหล่านี้สู่สังคมได้[62] ดังนั้นรัฐจึงต้องเป็นผู้แก้ไขปัญหานี้เพื่อไม่ให้ผู้ฉวยโอกาสแสวงประโยชน์จากสินค้าสาธารณะได้โดยง่าย

2.7.2 กฎหมายลิขสิทธิ์กับมุมมองเศรษฐกิจ

หากพิจารณาถึงนักคิดและนักวิชาการร่วมสมัยเกี่ยวกับมุมมองของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีมุมมองด้านเศรษฐกิจ คือ ปีเตอร์ ดราโฮส ซึ่งได้นำเสนอแนวคิดให้ปรับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไปอยู่ในกรอบความคิดที่เรียกว่า Instumentalism แทนการมองทรัพย์สินทางปัญญาในกรอบของ Proprietarianism ในหนังสือ A Philosophy of Intellectual Property โดยปีเตอร์ ดราโฮส เสนอว่า ทรัพย์สินทางปัญญาตามกรอบของ Proprietarianism อย่างที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน จะให้ความสำคัญกับการถือครองสิทธิในทรัพย์ไม่มีรูปร่างให้มากที่สุดเพื่อที่จะสามารถควบคุมตลาดได้อย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด เมื่อสิทธิผูกขาดที่เป็นนามธรรมนี้เป็นรูปแบบหนึ่งของทุน (Capital) และสามารถเป็นที่มาของทุนอื่นได้ในลักษณะเดียวกันกับทรัพย์ที่มีรูปร่าง (Property Right) กลุ่มบุคคลที่สามารถถือสิทธิผูกขาดนี้ย่อมสามารถใช้ประโยชน์จากลักษณะของสิทธิที่กว้างขวางและไม่มีขอบเขตที่ชัดเจนเพื่อสร้างความได้เปรียบเหนือคู่แข่งทางการค้า ขยายสิทธิผูกขาดออกให้มากเท่าที่จะเป็นได้ ซึ่งสภาพดังกล่าวย่อมเป็นอันตรายคุกคามที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสาธารณะหรือสังคมได้เป็นอย่างมาก ซึ่งปีเตอร์ ดราโฮส ยังกล่าวว่า ทรัพย์สินทางปัญญาตามกรอบของ Proprietarianism จึงไม่เหมาะสมและก่อให้เกิดผลเสียกับสังคมโดยรวมได้ง่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สภาพของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิในรูปนามธรรม ไม่ผูกติดกับทรัพย์ที่มีรูปร่างและไม่มีขอบเขตที่ชัดเจน การขยายขอบเขตของสิทธิทำได้อย่างไม่จำกัด[63]

ปีเตอร์ ดราโฮส ได้เสนอการมองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามกรอบ Instumentalism เป็นแนวทางที่ถูกต้องและเหมาะสมมากกว่า โดยกรอบ Instumentalism เป็นกรอบการมองที่ให้ความสำคัญกับสังคมในภาพรวมหรือมหภาคเป็นหลัก โดยสิ่งอื่นรวมทั้งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาต่างย่อมเป็นส่วนย่อยของสังคมหรือเป็นส่วนประกอบที่ทำให้สังคมสามารถดำเนินไปได้อย่างเหมาะสม การมองภายใต้กรอบ Instumentalism จึงต้องเป็นการพิจารณาภาพใหญ่ที่ต้องคำนึงทั้ง

---

[62] Tyler Cowen, **Public Goods**, Retrieved February 15, 2016 from http://www.econlib.org/library/Enc/PublicGoods.html

[63] จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ และภูมินทร์ บุตรอินทร์, **ประวัติศาสตร์และแนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา**, หน้า 120.

ประโยชน์สาธารณะและบทบาทของทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อให้ทุกส่วนทุกเรื่องประสานได้อย่างเหมาะสม[64]

ในส่วนของมุมมองด้านเศรษกิจกับกฎหมายลิขสิทธิ์ ความเจริญก้าวหน้าและการใช้เทคโนโลยีต่าง ๆ ทำให้การแข่งขันในทางการค้าและการลงทุนมีสูงมากขึ้น ดังนั้น การที่บุคคลใดสร้างสรรค์งานขึ้นมาไม่ว่าจะเป็นงานวรรณกรรม ศิลปกรรม หรืองานอื่นใดตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดไว้และเมื่อสร้างสรรค์สิ่งนั้นขึ้นมาด้วยการใช้เวลา กำลังกายซึ่งต้องอาศัยความวิริยะอุตสาหะและกำลังทุนทรัพย์และบางครั้งงานบางอย่างต้องอาจต้องใช้ทุนทรัพย์จำนวนมากในการสร้างสรรค์ผลงานขึ้นมาในการสร้างสรรค์ผลงานแต่ละชิ้น ดังนั้นหากไม่มีกฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดหลักเกณฑ์ใดขึ้นมาเพื่อให้ความคุ้มครองสิ่งที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ย่อมทำให้ผู้สร้างสรรค์ผลงานเหล่านั้นหมดกำลังใจในการสร้างสรรค์ผลงานขึ้นมา เพราะหากมีบุคคลอื่นนำงานนั้นไปใช้ประโยชน์โดยมิได้รับอนุญาต เช่น นำงานวรรณกรรมของผู้สร้างสรรค์ไปทำซ้ำจำนวนมากและนำมาจำหน่ายในราคาถูกกว่างานของผู้สร้างสรรค์ย่อมมีผลทำให้ผู้สร้างสรรค์เกิดความเสียหายและหมดกำลังใจที่จะสร้างสรรค์ผลงานต่อไป เพราะงานที่ตนวางจำหน่ายอาจมีผู้ซื้อไม่มากนัก เนื่องจากใช้ต้นทุนการผลิตที่สูงกว่าราคาแพงกว่างานที่นำมาวางจำหน่ายโดยผู้ทำสำเนาเป็นต้น ดังนั้นกฎหมายลิขสิทธิ์จึงจำต้องให้ความคุ้มครองสิทธิกับผู้สร้างสรรค์ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เพราะเขาได้ลงทุน ลงแรงและใช้เวลาในการสร้างสรรค์งาน กล่าวคือหากบุคคลอื่นจะนำงานเขาไปใช้ก็ควรเสียค่าตอบแทนให้กับผู้สร้างสรรค์หรือผู้เป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวด้วยซึ่งค่าตอบแทนดังกล่าวอาจคำนวณได้เป็นตัวเงิน หรือมิใช่ตัวเงินก็ได้[65]

โดยทางด้านเศรษฐกิจ การสร้างสรรค์งานบางอย่างนั้นจำเป็นต้องใช้การลงทุนค่อนข้างสูง เช่น สถาปัตยกรรม ภาพยนตร์ เป็นต้น และการที่จะให้งานนั้นสามารถแพร่หลายไปสู่สาธารณชนได้ก็ต้องใช้ค่าใช้จ่ายที่สูงเช่นเดียวกัน คงจะไม่มีใครลงทุนสร้างสรรค์งานขึ้นถ้าหากคาดหวังไม่ได้เลยว่าจะได้คืนทุนและได้กำไรบ้างตามสมควร[66]

2.7.3 กฎหมายลิขสิทธิ์กับมุมมองสังคมและการเมือง

หากพิจารณาถึงนักคิดและนักวิชาการร่วมสมัยเกี่ยวกับมุมมองของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีมุมมองด้านสังคมและการเมือง คือ ลอร์เรน เลกซิก (Lawrence Lessig) โดยงานเขียนของลอร์เรน

---

[64] *เรื่องหน้าเดียว,* หน้า 120.

[65] จิรประภา มากลิ่น, *เรื่องเดิม,* หน้า 35.

[66] ธัชชัย ศุภผลศิริ, **กฎหมายลิขสิทธิ์ พร้อมด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537**, หน้า 13.

เลกซิก ได้วิเคราะห์ที่มาและการเปลี่ยนแปลงของการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของลิขสิทธิ์ รวมทั้งได้พยายามเสนอแนวทางการคุ้มครองลิขสิทธิ์และทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น โดยเสนอการกำหนดกรอบความคิดที่สร้างความสมดุลให้แก่เจ้าของสิทธิและประโยชน์สาธารณะให้เหมาะสมมากขึ้น[67]

ลอร์เรน เลกซิกยังให้ความสำคัญประเด็นปัญหากลไกลการบัญญัติกฎหมายที่ไม่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพแทน โดยลอร์เรน เลกซิกได้มองภาพรวมของปัญหาที่กว้างขึ้นและเน้นเสนอแนะแนวทางการแก้ไขกระบวนการร่างกฎหมายในรัฐสภาของสหรัฐอเมริกา ซึ่งลอร์เรน เลกซิกเห็นว่ากระบวนการและกลไกลในรัฐสภาของสหรัฐอเมริกาเป็นจุดเริ่มต้นของปัญหาหลายประการ และปล่อยให้มีการบัญญัติกฎหมายที่ส่งผลเสียต่อสาธารณะในภาพรวมโดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา ยิ่งไปกว่านั้นในระบบที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน รัฐสภาค่อยๆ สร้างแนวปฏิบัติที่เน้นให้สมาชิกทำหน้าที่หาเสียงสนับสนุนเป็นงานหลัก กระบวนการแบบนี้จะจำกัดและกีดกันไม่ให้คนอเมริกันที่ไม่ใช่นักการเมืองอาชีพสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในรัฐสภารวมทั้งการร่างกฎหมายได้ กฎหมายส่วนใหญ่ที่ผ่านรัฐสภาได้จึงเป็นกฎหมายที่ร่างกันตามรูปแบบ โดยไม่ให้ความสำคัญในสารพสำคัญของเนื้อกฎหมาย ยกตัวอย่างของการบัญญัติกฎหมายขยายอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามกันในประเทศต่าง ๆ ซึ่งเริ่มจากการที่มีประเทศหนึ่งแก้ไขขยายระยะเวลาคุ้มครองลิขสิทธิ์ ประเทศอื่นก็ทยอยแก้ไขกำหมายตามประเทศแรกไปเรื่อย ๆ โดยอาจไม่มีประเทศใดสนใจวิเคราะห์ด้วยซ้ำว่ามีความจำเป็นที่จะต้องขยายระเวลาดังกล่าวเพียงใด การขยายระยะเวลาช่วยสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์ของเจ้าของสิทธิและประโยชน์ของสาธารณะหรือไม่ เพียงใด การบัญญัติกฎหมายตามประเทศอื่นในลักษณะนี้ในทางปฏิบัติเป็นเพียงเพราะสนับสนุนรัฐสภาเกิดความเข้าใจว่าถ้าแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ตามกันจะลดการได้เปรียบเสียเปรียบกับประเทศอื่น แต่หากมีการศึกษาวิเคราะห์ตามหลักเหตผลของการคุ้มครองลิขสิทธิ์อย่างเหมาะสมแล้ว ความเข้าใจผิดดังกล่าวน่าจะเป็นการสร้างปัญหาในระยะยาวมากกว่า[68]

ในส่วนของมุมมองด้านสังคมกับกฎหมายลิขสิทธิ์ มุมมองที่เห็นว่าผู้สร้างสรรค์ก็คือส่วนหนึ่งของสังคม ดังนั้น เมื่อคิดสร้างสรรค์งานขึ้นมาก็น่าจะให้ประชาชนในสังคมนั้นได้ใช้ประโยชน์บ้าง แต่อย่างไรก็ตามมีสิ่งที่จะต้องพิจารณาคือการนำงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์มาใช้ประโยชน์ควรใช้แค่ไหน เพียงใด ที่สังคมจะสามารถนำงานของผู้สร้างสรรค์มาใช้ประโยชน์ได้อย่างเหมาะสม กล่าวคือก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมส่วนรวมมากขึ้น ขณะเดียวกันก็ไม่ควรทำให้ผู้สร้างสรรค์งานนั้นหมด

---

[67] จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ และภูมินทร์ บุตรอินทร์, **ประวัติศาสตร์และแนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา**, หน้า 122.

[68] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 123.

กำลังใจที่จะสร้างสรรค์งานต่อไป แต่ในความเป็นจริงแล้วเราจะเห็นได้ว่าหากสังคมได้นำงานต่าง ๆ มาใช้ประโยชน์มากยิ่งขึ้นเท่าใด สาธารณชน หรือสังคมส่วนรวมย่อมได้รับประโยชน์มากขึ้นเท่านั้น เช่นการนำงานวิจัยซึ่งเป็นผลงานทางวิชาการของผู้สร้างสรรค์เดิมอันเป็นงานวรรณกรรมอย่างหนึ่งมาศึกษา ค้นคว้า วิจัย สำหรับนักศึกษาหรือนักวิจัยในมหาวิทยาลัย เพื่อใช้ประกอบการเรียนการสอนในห้องเรียน เป็นต้น กรณีดังกล่าวย่อมจะเป็นการใช้ประโยชน์ที่น่าจะเป็นสิ่งดีมากกว่าที่คน ๆ หนึ่งซึ่งเป็นผู้สร้างสรรค์จะนำงานของตนไปใช้ประโยชน์แต่เฉพาะตนหรือครอบครัวตนเองเท่านั้น ด้วยเหตุผลเหล่านี้ทำให้ต้องพิจารณาว่าการบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์จำต้องมีขึ้นและมิใช่เพียงเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์เท่านั้น แต่จำเป็นต้องคำนึกถึงประโยชน์ที่สาธารณชน หรือสังคมควารจะได้รับประโยชน์ด้วย ไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม ทั้งนี้สาธารณชน หรือสังคมต้องนำงานไปใช้ให้เกิดประโยชน์โดยมิได้ทำให้ผู้สร้างสรรค์เกิดความเสียหายและหมดกำลังใจที่จะสร้างสรรค์ผลงานให้เกิดขึ้นในสังคมต่อไปด้วย[69]

โดยด้านสังคม การเผยแพร่ของงานไปสู่คนจำนวนมากจะทำให้เกิดความเชื่อมโยงกันได้ระหว่างชนชั้น ชนชาติ และกลุ่มผู้มีวัยต่างกัน และทำให้สังคมมีความมั่นคงยิ่งขึ้นผู้สร้างสรรค์งานจึงถือได้ว่าเป็นผู้ให้บริการแก่สังคม หากว่างานของเขานั้นได้เข้าถึงประชาชนทั่วไป และสร้างความก้าวหน้าให้กับสังคมได้[70]

หากกล่าวถึงมุมมองของคำว่า การเมืองคือทางเลือกและการดำเนินการตามทางเลือกนั้นเพื่อเป้าหมายโดยทั่วไปของสังคม ดังนั้น การเมืองจึงมีความเกี่ยวข้องใกล้ชิดกับกฎหมาย เพราะกฎหมายเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของการเมือง ทั้งกฎเกณฑ์ของกฎหมายยังเป็นผลของทางเลือกทางการเมืองเสมอไม่ว่าประชาชนจะรู้หรือไม่ก็ตาม[71] นอกจากนี้การอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและการเมืองอาจอธิบายได้ด้วยความเป็นมาทางประวัติศาสตร์อีกด้วย โดยหากพิจารณาถึงยุคโบราณที่ใช้กฎหมายประเพณีซึ่งมาจากการถือปฏิบัติ การเมืองอาจมีผลต่อกฎหมายได้ยาก เพราะกฎหมายประเพณีแรกเริ่มมาจากศีลธรรม ความรู้สึกผิดชอบชั่วดีที่คนในสังคมมีร่วมกัน การเมืองจึงไม่อาจเข้าไปมีอิทธิพลต่อกฎหมายได้ กฎหมายกับความยุติธรรมจึงเป็นสิ่งเดียวกัน แต่เมื่อสภาพสังคม เศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงไป กฎหมายประเพณีไม่เพียงพอต่อความจำเป็นในการใช้ชีวิตของคนในสังคม จึงมีการบัญญัติกฎหมายบ้าง แต่ก็บัญญัติเฉพาะเรื่องเท่าที่จำเป็นโดยไม่กระทบต่อกฎหมายประเพณีกฎหมาย

---

[69] จิรประภา มากลิ่น, *เรื่องเดิม,* หน้า 38.

[70] Stephen M. Stewart, **International Copyright and Neighbouring Rights** (London: Butterworths, 1983), pp. 3-4.

[71] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธ์, **คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2562), หน้า 111.

จึงยังอยู่เหนือการเมือง ต่อเมื่อเข้าสู่ยุคใหม่ที่ตามแนวคิดของยุคเห็นว่ามนุษย์สามารถสร้างกฎหมายได้ มีการบัญญัติกฎหมาย มีองค์กรนิติบัญญัติ กฎหมายที่เกิดขึ้นเรียกว่า กฎหมายบ้านเมืองเป็น Positive Law[72] กฎหมายมาจากการเมือง องค์กรทางการเมืองที่ใช้อำนาจรัฐใช้กฎหมายเพื่อเป้าหมายทางการเมือง ซึ่งทำให้การเมืองอยู่เหนือกฎหมาย เพราะองค์กรทางการเมืองเป็นผู้พิจารณาว่าควรมีกฎหมายอะไรและอย่างไร จึงมีผู้ให้ความหมายกฎหมายว่า เป็นคำสั่งของรัฏฐาธิปัตย์ กฎหมายที่เกิดจากการเมืองจึงอาจไม่ได้รับการยอมรับเหมือนกฎหมายประเพณี จึงมีปัญหาตามมาว่า กฎหมายนั้นเป็นธรรมหรือไม่[73]

หากพิจารณาในส่วนของมาตรการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและความไม่เท่าเทียมกันที่เกิดขึ้นทั่วโลกเพื่อให้เกิดสิทธิมนุษยชนและการพัฒนาในสังคมนั้น กฎหมายระหว่างประเทศมีบทบาทอย่างไม่เคยปรากฏมาก่อนในการสร้างและแก้ไขความไม่เท่าเทียมกัน ในระบบการกำกับดูแลระหว่างประเทศและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ ถือเป็นภาพประกอบที่สำคัญของกระบวนการนี้ การอภิปรายระหว่างประเทศเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา มุ่งเน้นไปที่ผลกระทบทางเศรษฐกิจและสังคมในเชิงลบของเศรษฐกิจข้อมูลแบบเสรีนิยมโลกาภิวัตน์ ที่อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ในการตอบสนอง ผู้ดำเนินการต่าง ๆ ของประเทศ ตลอดจนองค์กรพัฒนาเอกชน (NGO) และองค์กรของรัฐบาลระหว่างประเทศ ที่อยู่เบื้องหน้าการพัฒนาและความกังวลด้านสิทธิมนุษยชน เมื่อกล่าวถึงอนาคตของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทั่วโลก ในขณะเดียวกันเหตุผลทางปรัชญาตะวันตกที่ใช้ในอดีตเพื่อปรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่า มีความลำเอียงต่อชุดค่านิยมเฉพาะและแคบ ในขณะที่ข้อตกลงและองค์กรระหว่างประเทศพยายามที่จะทำให้บรรทัดฐานซึ่งมีบทบาทสำคัญเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีความเป็นสากล แต่สิ่งเหล่านี้ไม่เป็นสากลและไม่ได้รับการยอมรับในระดับสากล ความเชื่อที่ว่า เหตุผลสำหรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้รับการเปิดเผยในระดับสากล บดบังวิธีการดึงดูดความสนใจของสิ่งที่เรียกว่าความเท่าเทียมกันในงานด้านการค้าในเชิงอุดมคติ ทั้งเพื่อยกเว้นรูปแบบที่สำคัญของความคิดสร้างสรรค์ทางสังคมในประเทศในซีกโลกใต้ รวมทั้งสร้างความไม่เท่าเทียมกันพื้นฐานของการต่อรอง อำนาจในเวทีระหว่างประเทศ

ประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งส่วนใหญ่เป็นผู้ส่งออกเนื้อหาและเทคโนโลยีสารสนเทศรายใหญ่ ได้พยายามขยายการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในระดับสากล เพื่อรักษาความปลอดภัยในตลาดส่งออก ประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นผู้นำเข้าสินค้าที่มีการให้ข้อมูลสุทธิ และพึ่งพาการเข้าถึงเพื่อการพัฒนาของตนเอง แสวงหาการเข้าถึงสินค้าเหล่านี้มากขึ้น เพื่อกระตุ้นการเติบโตทางเศรษฐกิจของ

---

[72] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 112.

[73] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 112.

ตนเอง อย่างไรก็ตามประเทศที่พัฒนาแล้วและกำลังพัฒนาไม่ใช่กลุ่มที่มีลักษณะเดียวกัน และแม้แต่ประเทศที่พัฒนาแล้วก็อาจลังเลที่จะสนับสนุนการขยายตัวของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยอาศัยการวิ่งเต้นจากต่างประเทศ เนื่องจากอำนาจสัมพัทธ์ของอุตสาหกรรมในประเทศของตน ที่เรียกว่าประเทศกำลังพัฒนา ได้แก่ ประเทศเศรษฐกิจเกิดใหม่ เช่น บราซิล อินเดีย และจีน ซึ่งกลายเป็นประเทศที่มีความโดดเด่นมากขึ้นในกิจการระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับประเทศที่พัฒนาแล้วน้อยที่สุด ที่มีความต้องการทางสังคมและเศรษฐกิจที่เลวร้าย ในส่วนของชุมชนพื้นเมืองที่มีคุณค่าทางวัฒนธรรมที่โดดเด่นยิ่งไปกว่านั้น ยังมีอยู่ทั้งในประเทศที่พัฒนาแล้ว และกำลังพัฒนาทำให้เกิดปัญหาต่อไปว่าทรัพย์สินทางปัญญาจะได้รับการปรองดองหรือว่าได้บรรลุความชอบธรรมสากล สิ่งนี้นำไปสู่การพิจารณาเชิงนโยบายที่มีการโต้แย้งกันอย่างมาก ซึ่งขับเคลื่อนโดยเครือข่ายนักเคลื่อนไหวภาคประชาสังคมทั่วโลก

ในขณะเดียวกันความพยายามครั้งใหม่เกี่ยวกับการตีความและการปฏิบัติตามข้อกำหนดของข้อตกลง TRIPS กำลังเป็นที่รู้จัก เนื่องจากประเทศต่าง ๆ เริ่มตระหนักถึงผลที่ตามมาของข้อตกลงนี้อย่างถ่องแท้มากขึ้น โครงการพัฒนาของสหประชาชาติได้เน้นถึงวิธีการที่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอันอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของข้อตกลง TRIPS ทำให้มีแนวโน้มรุนแรงขึ้น ซึ่งทำให้ประเทศที่มีรายได้ต่ำและประเทศกำลังพัฒนาย่ำแย่ลงด้วยการนำเทคโนโลยีที่จำเป็นมากเกินไปออกไปให้พ้นมือ กลุ่มผู้เคลื่อนไหวพยายามที่จะตรวจสอบให้แน่ใจว่า ข้อกังวลด้านการพัฒนา บรรทัดฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และพันธสัญญาด้านสิ่งแวดล้อม ไม่ได้ถูกแย่งชิงโดยการมุ่งเน้นที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจการค้าอย่างแท้จริง (โดยมากมักจะเปลี่ยนสถานที่การอภิปรายจากระบบองค์การการค้าโลกไปยังองค์กรอื่น ๆ ที่มีความเห็นอกเห็นใจมากกว่าในระบบสหประชาชาติ) แท้จริงแล้ว แรงจูงใจอย่างหนึ่งสำหรับประเทศกำลังพัฒนาที่ลงนามในข้อตกลง TRIPS คือคำมั่นสัญญาในการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่มากขึ้นซึ่งส่วนใหญ่ถูกละเลย ปัจจุบันเป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าความพร้อมใช้งาน และความสามารถในการบังคับใช้ของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ทำให้เกิดแรงจูงใจเพียงเล็กน้อยสำหรับการถ่ายโอนเทคโนโลยี มาตรการคุ้มครองทางการค้าและการลงทุนแบบเปิด ส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาและการเปลี่ยนแปลงเชิงโครงสร้างก็ต่อเมื่อตลาดสำหรับข้อมูลและเทคโนโลยีมีการแข่งขันกันในรูปแบบที่อนุญาตให้นวัตกรรม การเรียนรู้ และการแพร่กระจายเติบโต ซึ่งหมายความว่า ประเทศยากจนจำเป็นต้องดูดซึมซับ นำไปใช้ ปรับใช้ และพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ ๆ การคุ้มครองสิทธิ์ที่มากขึ้นและราคาที่ปรับสูงขึ้นสำหรับสินค้า และเทคโนโลยีที่ใช้ข้อมูลเป็นพื้นฐาน เนื่องจากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เข้มงวดจึงลดความสามารถของประเทศกำลังพัฒนา และอุตสาหกรรมของตนในการจัดหาสินค้าดังกล่าวด้วยต้นทุนที่สามารถจัดการได้ ทำให้เกิดอุปสรรคสำคัญในการเข้าสู่ภาครัฐและอุตสาหกรรมในประเทศ การพัฒนาระหว่างประเทศดังกล่าว มีความสัมพันธ์เพียงเล็กน้อยกับวัตถุประสงค์ดั้งเดิมของระบบทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งต้องการความสมดุลที่เหมาะสม ระหว่าง

ความสามารถในการทำกำไรทางการค้าและความกังวลเกี่ยวกับผลประโยชน์สาธารณะ ความไม่สมดุลที่กำหนดไว้ทั่วโลกนี้ ทำให้ประเทศกำลังพัฒนาได้รับปัจจัยที่จำเป็นยากขึ้นและขจัดขั้นตอนที่จำเป็นบนบันไดสู่ความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพ ยิ่งไปกว่านั้น การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศหรือการย้ายถิ่นขององค์กรข้ามชาติ ไม่จำเป็นต้องได้รับการอำนวยความสะดวกโดยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เข้มแข็งขึ้น ในอดีตประเทศต่าง ๆ สามารถนำเข้า หรือทำซ้ำเทคโนโลยีซึ่งเจ้าของต่างชาติไม่ได้ใช้ หรือทำการค้าในดินแดนของตนอย่างจริงจัง และนี่เป็นขอบเขตที่สำคัญสำหรับการออกใบอนุญาตภาคบังคับ เพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมายในการพัฒนาภายในประเทศ

ในส่วนการวางแผนแนวคิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแบบตะวันตกนั้นไม่เหมาะสมสำหรับวาระการประชุมระดับโลก เนื่องจากสังคมที่แตกต่างกันย่อมมีความต้องการที่แตกต่างกันในสถานการณ์ทั่วโลกที่ประกอบด้วย รัฐตะวันตก และรัฐที่ไม่ใช่ตะวันตกในระดับการพัฒนาที่แตกต่างกันโดยคำนึงถึงภาคอุตสาหกรรม และภาคบริการที่แตกต่างกัน การส่งเสริมทรัพย์สินทางปัญญาในรูปแบบ “ใช้ได้ทุกสถานการณ์” มีทั้งแบบที่ไม่สามารถคุ้มครองได้และไม่มียุติธรรม การพัฒนาในประศาสตร์ที่ผ่านมา เรียกว่า รัฐที่พัฒนาแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเกาหลี สหรัฐอเมริกา ประเทศในยุโรป และญี่ปุ่น เทคโนโลยีที่เลียนแบบและคัดลอกมีมากเกินไปเพื่อเข้าถึงความรู้ซึ่งจะเป็นสิ่งต้องห้ามในมาตรการคุ้มครองทางสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาร่วมสมัย ซึ่งเป็นสิ่งที่สังคมที่ยากจนกำลังต่อสู้กันอยู่ในขณะนี้ ในอดีต การป้องกันทรัพย์สินทางปัญญา ระหว่างประเทศที่ค่อนข้างอ่อนแอ ทำให้รัฐที่กำลังพัฒนาสามารถสร้างอุตสาหกรรมภายในประเทศได้อย่างรวดเร็ว โดยการยืมและนำเทคโนโลยีมาปรับใช้ บ่อยครั้งที่การกระทำเช่นนี้กลายเป็นคู่แข่งหรือผู้นำระดับนานาชาติ โอกาสเดียวกันนี้ก็เป็นการขัดขวางประเทศที่กำลังพัฒนาในปัจจุบัน ซึ่งอุตสาหกรรมในประเทศมีแนวโน้มที่ไม่เจริญ ภายใต้มาตรการการคุ้มครองที่เข้มแข็งและการสูญเสียอำนาจอธิปไตยจากนโยบายด้านนวัตกรรม เนื่องจากภาระต้นทุนทางการเงินและธุรกรรมที่สูงขึ้น เพื่อให้ได้มาซึ่งเทคโนโลยีมีแนวโน้มที่จะชดเชยผลประโยชน์ใด ๆ ที่มีประสิทธิภาพ ที่ความสอดคล้องกันของทรัพย์สินทางปัญญาทั่วโลกอาจเกิดขึ้น ผลพลอยได้อีกประการหนึ่ง คือ การกัดกร่อนของการควบคุมระดับชาติที่มีต่อการจัดหาสินค้าสาธารณะ เช่น ด้านสุขภาพ ความหลากหลายทางชีวภาพ ทรัพยากรพันธุกรรมพืช มรดกทางวัฒนธรรม ซึ่งไม่มีการควบคุมอย่างชัดเจน โดยข้อตกลง TRIPS ซึ่งทั้งหมดนี้ได้รับผลเสียจากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ขยายออกไปเพื่อให้บริการผลประโยชน์ส่วนตัวจากต่างประเทศ ความพยายามในการจัดการกับความไม่เท่าเทียมกัน และความไม่เท่าเทียมเหล่านี้ รวมทั้งเพื่อสร้างสมดุลระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวของผู้ถือทรัพย์สินทางปัญญากับวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะที่ใหญ่กว่าได้มุ่งเน้นความสนใจใหม่ ๆ เกี่ยวกับการพัฒนา และกรอบสิทธิมนุษยชนเพื่อให้สามารถสนทนานโยบายทั่วโลกได้กว้างขึ้น เกี่ยวกับผลกระทบของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีต่อสุขภาพ

การศึกษา อาหาร ความมั่นคง ความหลากหลายทางชีวภาพ การเกษตร และความรู้ดั้งเดิม และการแสดงออกทางวัฒนธรรม

ในส่วนการจัดการสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาผ่านมุมมองด้านการพัฒนาและสิทธิมนุษยชน เรียกร้องให้พวกเขาให้ความสนใจกับผลกระทบที่ใหญ่กว่าทางสังคม วัฒนธรรม และการเมือง ความพยายามเหล่านี้ได้จุดชนวนให้เกิดการถกเถียงอย่างมีนัยสำคัญ เกี่ยวกับขีดจำกัด และหน้าที่ที่เหมาะสมของ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในสถานการณ์โลกที่แตกต่างกันซึ่งความต้องการที่หลากหลายอยู่ร่วมกัน และประเทศกำลังพัฒนาและประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดจำนวนมากต้องเผชิญกับข้อเสียเปรียบที่ร้ายแรงและเป็นพื้นฐาน ในการตอบสนองขององค์การสหประชาชาติได้รับรองวาระการพัฒนา องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ซึ่งเป็นความคิดริเริ่มที่เกิดจากข้อเสนอในปี ค.ศ. 2004 จากบราซิลและอาร์เจนตินา (ได้รับการสนับสนุนจากหลายประเทศ และองค์กรพัฒนาเอกชนที่มีชื่อเสียง) เพื่อให้องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก เป็นหน่วยงานขององค์การสหประชาชาติ เพื่อจัดการกับข้อกังวลด้านการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศต่าง ๆ ใน ประเทศทางซีกโลกใต้ อย่างไรก็ตาม ตามที่นักวิจารณ์เตือนเรื่องการตัดสินใจนำคำแนะนำดังกล่าวมาใช้นั้นเป็นผลเพียงเล็กน้อยหากไม่มีรูปแบบการนำไปปฏิบัติที่เป็นรูปธรรม แม้ว่าจะมีพื้นที่สำหรับการมองโลกในแง่ดีสำหรับผู้ที่มุ่งมั่นในการอภิปรายนโยบายสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ในวงกว้างในทุกภาคส่วน วาระนี้อาจให้โอกาสแก่ทางภาครัฐ ในการกำหนดนโยบายทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศของตนเพื่ออ้างสิทธิ์ในการตอบสนองความต้องการขั้นพื้นฐานด้านอาหารและสุขภาพ ในขณะที่เพิ่มขีดความสามารถด้านการศึกษา การคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรม และรักษาสิ่งแวดล้อมให้กับคนรุ่นต่อไปในอนาคต การบรรยายและแนวปฏิบัติด้านการพัฒนาและสิทธิมนุษยชน ให้ค่านิยมและบรรทัดฐานที่ถูกต้องตามกฎหมายทั่วโลก มีการเพิ่มพลังทางศีลธรรมให้กับความพยายามที่จะขยายขอบเขตของการอภิปรายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศเพื่อให้ความสำคัญกับประเด็นการเข้าถึงสินค้า บริการ และเทคโนโลยี ตลอดจนสิทธิในความรู้มากขึ้น

มุมมองด้านสิทธิมนุษยชนกำลังมีความสำคัญมากขึ้นในการเสนอการปฏิรูปกฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างการให้สิทธิ์สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เฉพาะกับสิทธิในการเข้าถึงผลประโยชน์ของวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี พันธกิจที่เกือบทุกประเทศได้ทำตามพันธสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนทั่วโลกซึ่งควรให้ความสำคัญเหนือข้อพิจารณาทางการค้าตามกฎหมายระหว่างประเทศ น่าเสียดายที่มาตรการคุ้มครองทางการค้าระหว่างประเทศมีทั้งอำนาจในการบังคับใช้ที่แข็งแกร่งขึ้น และยังตอบสนองความกังวลขององค์กรทั่วโลก ผลประโยชน์ที่กำหนดผลสาธารณะประโยชน์ในเงื่อนไขที่จำกัด เพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์ส่วนตัวของตนเอง การต่อสู้กับการตีความดังกล่าวได้เกิดขึ้นในหลาย ๆ ด้าน

ตามแนวทางของสาธารณสุขการริเริ่มการพัฒนาจะประสบความสำเร็จในสภาพแวดล้อมที่การเข้าถึงศึกษาและความรู้พื้นฐานอย่างปลอดภัย พลเมืองที่มีข้อมูลดี มีการศึกษา และมีทักษะเป็นสิ่งที่ขาดไม่ได้ในกระบวนการพัฒนา และผลกระทบของการมีหนังสือเรียนเกี่ยวกับการเรียนรู้ขั้นพื้นฐานนั้นได้รับการยอมรับอย่างดี ตั้งแต่ทศวรรษ ค.ศ. 1970 ผู้เชี่ยวชาญทั่วโลกตระหนักดีว่าการมีหนังสือเรียนเป็นความสัมพันธ์ที่สอดคล้องกันมากที่สุดของผลสัมฤทธิ์ทางการศึกษาในประเทศกำลังพัฒนาและการลงทุนของภาครัฐในสื่อการอ่านเพื่อการศึกษาเป็นสิ่งที่จำเป็นและเป็นธรรม เนื่องจากตลาดไม่สามารถส่งมอบคุณภาพ ประสิทธิภาพของการกระจายหรือ ราคาที่เหมาะสมที่สุด อย่างไรก็ตามการขาดการจัดเตรียมตำราเรียนที่เพียงพอสำหรับการศึกษาขั้นพื้นฐานในประเทศกำลังพัฒนานั้นได้รับการจัดทำเป็นเอกสารไว้เป็นอย่างดี และสำหรับนักเรียนส่วนใหญ่ทั่วโลก การเข้าถึงเครื่องมือพื้นฐานสำหรับการเรียนรู้นั้นยังจำกัดมาก จนก่อให้เกิดวิกฤตครั้งใหญ่ โลกาภิวัตน์ของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทำให้วิกฤตครั้งนี้ทวีความรุนแรงมากขึ้น ซึ่งนำไปสู่การกระจุกตัวของผู้จัดพิมพ์หนังสือเรียนในประเทศอุตสาหกรรม ทำให้ผู้สำนักพิมพ์ข้ามชาติล้มเหลวในการมีส่วนร่วมในการกำหนดราคาที่แตกต่างกัน เนื่องจากการขาดความสนใจในตลาดของประเทศกำลังพัฒนา การครอบงำของการเผยแพร่ในภาษาต่างประเทศที่สำคัญ ทำให้เกิดการพึ่งพาของประเทศกำลังพัฒนามากขึ้นกับสำนักพิมพ์ที่มีแรงจูงใจเพียงเล็กน้อยในการเจรจาต่อรองเรื่องลิขสิทธิ์การแปล สถานการณ์เหล่านี้ทำให้ประเทศเหล่านี้เปิดกว้างสำหรับการต่อต้าน การตำหนิ และการวิจารณ์อย่างรุนแรงเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์ หากพวกเขาพยายามจัดทำสื่อการเรียนรู้ที่จำเป็นในท้องถิ่นในภาษาที่เข้าถึงได้ ด้วยเหตุนี้ความต้องการที่ชัดเจนในการสร้างขีดความสามารถในท้องถิ่นในการเผยแพร่เพื่อการศึกษาจึงไม่ได้รับการแก้ไข แม้แต่ในประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งสามารถทนกับภาระการกระจายได้ง่ายกว่า มีการถกเถียงกันอย่างต่อเนื่องว่ากฎหมายลิขสิทธิ์นั้นสำนักพิมพ์มีสิทธิพิเศษมากเกินไปหรือไม่ และทำให้ความต้องการของนักเรียนและผู้อ่านถูกกดไว้หรือไม่

กฎหมายลิขสิทธิ์สร้างอุปสรรคในการเข้าถึงอย่างชัดเจนโดยการเพิ่มราคาวัสดุให้อยู่ในระดับที่ไม่สามารถเข้าถึงได้จากสถาบันการศึกษาของรัฐหลายแห่ง แม้ว่าจะมีข้อ 10 (2) ของอนุสัญญากรุงเบอร์น (รวมอยู่ในข้อตกลง TRIPS) อนุญาตให้สำหรับข้อยกเว้นของกฎหมายลิขสิทธิ์ภายในเพื่อวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมและการเข้าถึงสื่อการศึกษา ไม่ว่าหนังสือเรียนและสื่อการศึกษาอื่น ๆ ยังคงเป็นสินค้าที่หายากในหลายประเทศที่กำลังพัฒนา ซึ่งการนำเข้ามีทั้งความจำเป็นและราคาแพง เนื่องจากการใช้ความยืดหยุ่นของข้อตกลง TRIPS นั้น ไม่ได้รับการสนับสนุนจากประเทศอุตสาหกรรมและภาคอุตสาหกรรมที่มีอิทธิพลเหนือมาตรการคุ้มครองทางการค้า การเพิ่มขึ้นของเทคโนโลยีดิจิทัลและแนวทางปฏิบัติในการเผยแพร่ทำให้เกิดโอกาสในการเข้าถึงสื่อการเรียนรู้ที่สามารถนำเข้าได้มากขึ้นด้วยต้นทุนที่ต่ำลง แต่สิ่งเหล่านี้มาพร้อมกับอุปสรรคเพิ่มเติม เช่น เทคโนโลยีที่ในหลาย ๆ กรณีไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

เพื่อให้หลักการเข้าถึงสื่อการเรียนรู้เพื่อจุดประสงค์ด้านการศึกษาอย่างถูกต้องตามกฎหมายและเพื่อความมั่นคง นักเคลื่อนไหวเสนอข้อยกเว้นขั้นต่ำที่จำเป็นสำหรับลิขสิทธิ์ใหม่เพื่อส่งเสริมการศึกษา ห้องสมุดสาธารณะ และหอจดหมายเหตุ ตลอดจนเพื่อตอบสนองความต้องการด้านการศึกษาของคนพิการ ผู้ให้การสนับสนุนสำหรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่สมดุลให้เหตุผลว่าต้องมีมาตรการคุ้มครองใหม่ทั่วโลกสำหรับข้อจำกัดด้านลิขสิทธิ์และข้อยกเว้น เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรการคุ้มครองใหม่ของการคุ้มครองแบบขั้นต่ำสำหรับผู้ถือสิทธิ์และเพื่อคืนความสมดุล ซึ่งเดิมมีอยู่ในแนวคิดของกฎหมายลิขสิทธิ์ในตามสัญญาทางสังคม ตามหลักสิทธิมนุษยชน เครื่องมือดังกล่าวจำเป็นต้องมีข้อจำกัดเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคล เพื่อตอบสนองความต้องการที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงออก ตลอดจนความต้องการของคนอ่อนแอและผู้ด้อยโอกาส โดยเฉพาะผู้ที่มีความบกพร่องทางการรับรู้

ในเรื่องนี้เช่นเดียวกับในพื้นที่อื่น ๆ ประเทศที่กำลังพัฒนา องค์กรที่ไม่ใช่องค์กรของรัฐและนักเคลื่อนไหวได้เปลี่ยนการอภิปรายและการเจรจาไปสู่มาตรการคุ้มครองทางกฎหมายระหว่างประเทศใหม่ เพื่อวิเคราะห์แง่มุมเหล่านั้นของหลักเกณฑ์ของข้อตกลง TRIPS ที่พวกเขาพบว่ามีปัญหามากที่สุด และเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลและแบ่งปันแนวคิดเชิงนโยบายเกี่ยวกับวิธีการแก้ไข ปฏิเสธ หลีกเลี่ยง ล้มล้าง หรือส่วนเพิ่มเติมของกฎทางทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งจะช่วยอำนวยความสะดวกในการสร้างบรรทัดฐานและค่านิยมทางเลือกที่ตอบสนองความต้องการในการพัฒนาและบรรทัดฐานด้านสิทธิมนุษยชนได้อย่างเต็มที่มากขึ้น โดยการพัฒนาเหล่านี้อาจแสดงถึงกลยุทธ์ระดับกลางที่เป็นรากฐานทางการเมืองสำหรับการมีอิทธิพลต่อการร่างกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญารอบใหม่ในอนาคต ตลอดจนการแสดงหลักฐานเกี่ยวกับความกังวลร่วมสมัยของชุมชนของประเทศ ซึ่งอาจช่วยในการตีความความหมายของบทบัญญัติวิวัฒนาการในข้อตกลง TRIPS เอง

2.7.4 กฎหมายลิขสิทธิ์กับมุมมองวัฒนธรรม

มุมมองทางด้านวัฒนธรรม งานที่สร้างสรรค์ขึ้นมานั้นอาจมองได้ว่าเป็นสมบัติทางวัฒนธรรมของชาติ ทั้งในแง่ที่จะอบรมหรือสะท้อนให้เห็นวัฒนธรรมในรูปแบบต่าง ๆ และทั้งในแง่เปลี่ยนแปลงสังคม ไปสู่ความเจริญก้าวหน้าทางวัฒนธรรมยิ่งขึ้น[74]

หากพิจารณาถึงกระแสแห่งการขับเคลื่อนก่อให้เกิดความคิดสร้างสรรค์ในการพัฒนาทางศิลปวัฒนธรรมมีทฤษฎีที่สะท้อนถึงวัฒนธรรมคือ ทฤษฎีเสรีนิยม ซึ่งแนวความคิดตามทฤษฎีนี้นักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้ให้แนวคิดในเชิงเสรีนิยมนี้ไว้ อันเกิดขึ้นจากความนึกคิดในการ

---

[74] ธัชชัย ศุภผลศิริ, **กฎหมายลิขสิทธิ์ พร้อมด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537**, หน้า 13.

สร้างสรรค์ของมวลมนุษยชาติเกิดจากความคิดริเริ่มของเหล่าบรรพบุรุษ ซึ่งเกิดจากผลผลิตทางความคิดที่ตกผลึกทางความคิดและสร้างสรรค์งาน ไม่น่าจะเกิดขึ้นเป็นเอกเทศ นักกฎหมายจึงมีความเห็นในแนวคิดนี้ว่า เป็นผลผลิตที่เกิดจากความคิดริเริ่มของสังคม ให้ถือว่าเป็นทรัพย์สินของมวลมนุษยชาติ เมื่อมีการคิดและสร้างสรรค์ขึ้นมา ทรัพย์สินเหล่านั้นควรตกเป็นสมบัติสาธารณะประโยชน์โดยเสรี เพื่อเป็นกระแสแห่งการขับเคลื่อนก่อให้เกิดความคิดสร้างสรรค์ในการพัฒนาทางศิลปวัฒนธรรม[75]

เนื่องจากลิขสิทธิ์เป็นเรื่องเกี่ยวกับงานสร้างสรรค์ในแผนกวรรณกรรมและศิลปกรรมซึ่งเกี่ยวกับการสร้างสรรค์วัฒนธรรมเป็นหลัก โดยแม้ว่าการพัฒนากฎหมายอันเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์จะเกิดควบคู่กับการพัฒนากฎหมายสิทธิบัตร แต่เจตนารมณ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นเพื่อสนับสนุนและคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์ซึ่งมุ่งถึงมรดกทางวัฒนธรรม ดังเช่น งานนิพนธ์ต่าง ๆ ทางวรรณกรรม หรืองานภาพเขียนอันมีคุณค่าทางศิลปกรรม หรืองานประพันธ์บทเพลงอันเปี่ยมด้วยความไพเราะ[76]

การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศที่ดีจะเป็นการส่งเสริมการเผยแพร่งานสร้างสรรค์ต่าง ๆ ไปยังประเทศต่าง ๆ ตลอดจนเป็นการเผยแพร่วัฒนธรรมของรัฐภาคีหนึ่งไปยังรัฐภาคีอื่น ๆ ได้ด้วย เนื่องจากในกรณีที่การอนุญาตให้ใช้สิทธิมีการคุ้มครองสิทธิที่ดี ทั้งการทำซ้ำ การแพร่เสียงแพร่ภาพ หรือการแสดงต่อสาธารณะ เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมไม่กังวลที่จะอนุญาตให้บุคคลในรัฐอื่นนำงานสร้างสรรค์ของตนไปเผยแพร่ได้ ซึ่งหากงานเหล่านั้นเป็นงานเกี่ยวกับวัฒนธรรมของชาติ เช่น ใช้เครื่องดนตรีไทยบรรเลงเพลง ย่อมเป็นการส่งเสริมการเผยแพร่วัฒนธรรมไปยังรัฐอื่น ๆ ไปในตัวส่งผลให้เกิดการแลกเปลี่ยนวัฒนธรรมต่าง ๆ ในสังคมระหว่างประเทศเป็นผลสืบเนื่องอีกด้วย

ในส่วนมุมมองของกฎหมายลิขสิทธิ์ผ่านมิติด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมืองและวัฒนธรรมนั้น เมื่อนำมาเชื่อมโยงกับทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้น สามารถสรุปผลกระทบทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และทางการเมืองหลายประการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งแสดงให้เห็นว่าระบบสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่พึ่งพิงการทำงานของตลาดมีความไม่สมดุลมากขึ้นอย่างไร การทวีความรุนแรงของเศรษฐกิจแห่งข้อมูลข่าวสาร การเข้าถึงข้อมูล ความรู้ และเทคโนโลยีกลายเป็นสิ่งสำคัญมาก ไม่เพียงแต่สำหรับตลาดเท่านั้น แต่ยังเพื่อตอบสนองความต้องการของการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมด้วย โดยการทำงานขั้นพื้นฐานของสิทธิในทรัพย์สิน

---

[75] ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ชุดย่อหลักกฎหมายลิขสิทธิ์** (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2543), หน้า 8.

[76] ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญา**, หน้า 22.

ทางปัญญาเพื่อพัฒนาประโยชน์ส่วนตนมากกว่าประโยชน์สาธารณะ โดยมักใช้อุดมการณ์ที่ถือว่าประโยชน์สาธารณะได้รับการบริการที่ดีที่สุดโดยการแลกเปลี่ยนตลาดโดยอิสระ

การทบทวนความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ส่วนตน เป็นประโยชน์ในเชิงเหตุผลในการพิจารณาข้อจำกัดของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา โดยคำเปรียบเทียบของสัญญาทางสังคมระหว่างสินค้าบุคคลและสินค้าสาธารณะ ทำหน้าที่ในการปรับทิศทางการอภิปรายเกี่ยวกับนโยบาย จากมุมมองของนโยบายที่แตกต่างกัน ความสัมพันธ์ระหว่างสาธารณสมบัติและระบบทรัพย์สินทางปัญญาอาจมีลักษณะที่หลากหลาย เช่น การทำงานร่วมกันที่กลมกลืน การยินยอมในทางปฏิบัติ หรือความตึงเครียดโดยธรรมชาติ แต่การใช้คำศัพท์เหล่านี้ ไม่ได้ทำให้เกิดการไต่สวนเชิงวิพากษ์ ตัวเลือกของเราไม่เคยถูกจำกัดด้วยทางเลือกง่าย ๆ ระหว่างการผูกขาดส่วนบุคคลแบบสมบูรณ์ และสาธารณสมบัติที่ไม่มีขอบเขต

การแบ่งฝ่ายของสิทธิส่วนบุคคลและสาธารณสมบัติอาจทำให้เราไม่เห็นตัวเลือกนโยบายที่มีอยู่ทั้งหมด เนื่องจากจะช่วยลดทางเลือกของนโยบายเกี่ยวกับทรัพยากรและลำดับความสำคัญ ที่ต้องจัดทำขึ้นเพื่อส่งเสริมสินค้าสาธารณะที่เหมาะสม และมีความรู้สึกเชิงบวกต่อสาธารณะของความเป็นเจ้าของและความรับผิดชอบที่อาจเกิดขึ้นมากขึ้น จากการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม การส่งเสริมกิจกรรมทางวัฒนธรรม การใช้เทคโนโลยีใหม่ การส่งเสริมภาษาที่แสดงออกอย่างถูกต้องในตลาด หรือการส่งเสริมความหลากหลายในการแสดงออก และการรักษาสมบัติอันเป็นมรดกทางวัฒนธรรม การสร้างสินค้าสาธารณะในลำดับที่สูงขึ้น มีความต้องการในการแทรกแซงทางนโยบายเพื่อให้สอดคล้องกับผลประโยชน์ และกระจายสินค้ามากกว่าสาธารณสมบัติที่ไม่แตกต่างจะมีการรับพิจารณา การพิจารณาดังกล่าวต้องเกี่ยวข้องกับความเสมอภาคและความไม่เท่าเทียมกันชุมชนและความหลากหลายไม่เพียงแต่ยึดติดกับผลประโยชน์สาธารณะในวงกว้าง

สิ่งสำคัญคือต้องตระหนักว่าสาธารณะหรือส่วนบุคคลนั้นเป็นผลผลิตของความทันสมัยของยุโรป และไม่ได้เป็นธรรมชาติหรือเป็นสากลและครอบคลุมทั้งหมด แผนกนี้ไม่ได้ใช้ทรัพยากรของระบบคุณค่าทั้งหมดที่ผลิตสินค้ามีค่า และไม่ได้แนะนำตัวเลือกนโยบายมากมายที่ผ่านขอบข่ายงานทางเลือก โดยอาจทำให้เกิดความคิดสร้างสรรค์และนวัตกรรมทางสังคม ซึ่งจะมีหลายรูปแบบที่จะไม่ได้รับการสนับสนุนจากการขยายสิทธิส่วนบุคคลหรือโดยการผลักไสให้เป็นสาธารณสมบัติ ตัวอย่างเช่น ชนพื้นเมืองดั้งเดิมไม่เคยมอบสิ่งใดให้เป็นสาธารณสมบัติ ข้อกำหนดที่มีความหมายเพียงเล็กน้อยสำหรับพวกเขาและในอดีตได้ลิดรอนสิทธิ์ในที่ดิน ทรัพยากร และตัวแทนทางการเมือง ยิ่งไปกว่านั้นข้อกำหนดนี้ไม่คำนึงถึงขอบเขต และคุณค่าของกฎหมาย จารีตประเพณี และกฎหมายดั้งเดิมและความรับผิดชอบ และภาระหน้าที่เหล่านี้

แนวทางการพัฒนามนุษย์สู่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ส่งเสริมสภาพแวดล้อมที่ผู้คนสามารถพัฒนาศักยภาพสูงสุดและนำไปสู่ชีวิตที่ประสิทธิภาพและสร้างสรรค์ตามความต้องการและความสนใจ

ของพวกเขา แนวทางดังกล่าวยังเพิ่มทางเลือกให้ผู้คนที่ต้องดำเนินชีวิตตามค่านิยมของตนเอง พื้นฐานในการเพิ่มทางเลือกเหล่านี้ คือ การสร้างขีดความสามารถของมนุษย์ ซึ่งเป็นสิ่งที่ผู้คนสามารถทำได้หรือเป็นอยู่ในชีวิต โดยมุมมองความสามารถของมนุษย์ได้เน้นถึงคุณค่าของคุณค่าทางวัฒนธรรมที่หลากหลาย และระบบความรู้ร่วมกัน และความต้องการแนวทางที่กว้างขึ้นในประเด็นทรัพย์สินทางปัญญา โดยแนวทางด้านสิทธิมนุษยชนให้ความสำคัญกับความหลากหลายทางวัฒนธรรมมากยิ่งขึ้นตามความดีของมนุษย์ ความสมบูรณ์ทางวัฒนธรรมตามคุณค่า และสิทธิในมรดกตามแหล่งที่มาของอัตลักษณ์และการพัฒนาที่ยั่งยืน ในแง่ของบรรทัดฐานเหล่านี้ รวมทั้งการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีที่เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง เราขอแนะนำว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องมีการพัฒนาในรูปแบบพหุนิยมมากขึ้น เพื่อให้มีส่วนร่วมกับผู้คน ค่านิยม และข้อผูกพันที่หลากหลาย

2.8 มุมมองของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านมิติด้านเศรษฐศาสตร์ เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

ความเปลี่ยนแปลงทางด้านเศรษฐกิจ การค้า การลงทุนและการพัฒนาด้านต่าง ๆ ทั้งทางด้านเทคโนโลยี ความรู้ ความสามารถในการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์มีเพิ่มมากขึ้นในปัจจุบันอาจเนื่องมาจากจำนวนประชากรในแต่ละประเทศเพิ่มจำนวนมากขึ้น การพัฒนาด้านต่าง ๆ เช่นการพัฒนาด้านเทคโนโลยี รวมทั้งการแข่งขันทางการค้า การลงทุนมีการแข่งขันค่อนข้างสูง ดังนั้นความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ย่อมมีความสัมพันธ์และเชื่อมโยงกับมิติด้านเศรษฐศาสตร์ เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของประเทศนั้น ๆ ด้วย

2.8.1 มุมมองของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านมิติด้านเศรษฐศาสตร์

ในส่วนของมุมมองของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านมิติด้านเศรษฐศาสตร์ เมื่อพิจารณาโดยทั่วไปถึงต้นทุนในการผลิตหนังสือหรืองานที่มีลิขสิทธิ์อื่น ๆ มีสององค์ประกอบ ประการแรกคือค่าใช้จ่ายในการสร้างสรรค์ผลงานคิดว่าไม่แตกต่างกับจำนวนสำเนาที่ผลิตหรือขายเนื่องจากประกอบด้วยเวลาและความพยายามของผู้เขียนเป็นหลัก บวกกับค่าใช้จ่ายสำหรับผู้จัดพิมพ์ในการชักชวนและแก้ไขต้นฉบับและตั้งค่าให้เป็นแบบสอดคล้องกับการใช้ลิขสิทธิ์เรียกผลรวมของค่าใช้จ่ายเหล่านี้ว่า “ต้นทุนในการแสดงออก” (Cost of Expression) องค์ประกอบที่สองของต้นทุนในการผลิตงานจะเพิ่มขึ้นตามจำนวนสำเนาที่ผลิต เนื่องจากเป็นต้นทุนการพิมพ์ เข้าเล่ม และแจกจ่ายสำเนา

แต่ละชุด ค่าใช้จ่ายในการแสดงออกไม่ได้รวมอยู่ในการทำสำเนาเพราะเมื่องานถูกสร้างขึ้นแล้ว ความพยายามของผู้เขียนสามารถรวมเข้ากับสำเนาอื่นได้โดยแทบไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย[77]

มุมมองของมิติเศรษฐศาสตร์กับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในกฎหมายลิขสิทธิ์มีความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกัน หากพิจารณาว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นเป็นประโยชน์ทางด้านเศรษฐศาสตร์ได้หมายความว่า การที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างหรือผลิตผลงานสร้างสรรค์ขึ้นมาแล้ว งานสร้างสรรค์ดังกล่าวได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ อันเนื่องมาจากงานนั้นมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และงานนั้นก็สามารถทำให้เกิดประโยชน์ได้ ซึ่งก็คือประโยชน์ทางด้านการเงิน (Cost of Expression) กล่าวคือเป็นการแสดงออกมาซึ่งให้ได้ค่าของเงินซึ่งถือได้ว่าคือคุณค่าทางเศรษฐศาสตร์ที่ตัวของลิขสิทธิ์ให้มา ดังนั้นในส่วนของลิขสิทธิ์นั้นการแสดงออกซึ่งความคิดนั้นไม่สามารถที่จะขาดในส่วนของหลักการความคิดริเริ่มและหลักการของความคิดสร้างสรรค์ในงานที่สร้างสรรค์ขึ้น การแสดงออกซึ่งความคิดดังกล่าวยังมีผลทำให้ผู้สร้างสรรค์ได้รับรายได้เป็นเงินไม่ว่าจะเป็น รายได้จากการขายหนังสือ รายได้จากงานภาพยนตร์หรือรายได้จากการอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งถือว่ารายได้ดังกล่าวที่ผู้สร้างสรรค์ได้มาในลักษณะประโยชน์ทางด้านการเงิน ซึ่งในส่วนนี้ถือได้ว่าเป็นคุณค่าทางเศรษฐศาสตร์ที่ลิขสิทธิ์ให้มา

2.8.2 มุมมองของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านมิติด้านเศรษฐกิจ

ในส่วนของมุมมองของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านมิติด้านเศรษฐกิจ หากพิจารณาจากเหตุผลทางด้านเศรฐกิจ (Economic Argument) เนื่องจากการสร้างสรรค์งานนั้นจำต้องมีการลงทุนไม่ว่าในขณะสร้างงานหรือการนำงานสร้างสรรค์ออกเผยแพร่ต่อสาธารณชน ผู้ลงทุนย่อมคาดหวังผลกำไรจากการลงทุนดังกล่าว จึงจำเป็นต้องให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลงทุน[78]

เป็นข้อสังเกตว่าเหตุผลทางเศรษฐกิจ หรือสิทธิทางเศรษฐกิจเป็นเรื่องที่คำนึงถึงผลประโยชน์ในทางการค้า การลงทุน ทางธุรกิจ อุตสาหกรรม กล่าวคือเมื่อผู้สร้างสรรค์ลงทุน ลงแรงไปแล้วผู้สร้างสรรค์ควรได้รับผลตอบแทนจากการที่มีบุคคลอื่นมาทำซ้ำ หรือดัดแปลงงานของผู้สร้างสรรค์ แต่สิทธิทางเศรษฐกิจนี้จะไม่เกี่ยวพันไปถึงเรื่องของความเสื่อมเสียชื่อเสียงของผู้สร้างสรรค์ หรือไม่รวมไปถึงเรื่องคุณธรรม หรือความเป็นธรรมดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จึงกล่าวได้ว่าระหว่างสิทธิทางศีลธรรมและสิทธิทางเศรษฐกิจนั้นมีความแตกต่างกัน โดยสิทธิทางศีลธรรมมองว่าการให้ความคุ้มครองผู้สร้างสรรค์จำต้องคำนึงถึงจิตใจ หรือเป็นการให้กำลังใจผู้สร้างสรรค์มากกว่ามองในเรื่องของผลประโยชน์ตอบแทน ดังนั้นผู้สร้างสรรค์มิได้ลงทุนทรัพย์ใดเลยในการสร้างสรรค์ผลงานขึ้นมาแต่หาก

---

[77] William M. Landes and Richard A. Posner, *op cit.*

[78] ธัชชัย ศุภผลศิริ, **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์** (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2539), หน้า 13.

ผู้สร้างสรรค์ได้ใช้สติปัญญาของตนสร้างสรรค์ผลงานขึ้นมาแล้ว กฎหมายควรให้การคุ้มครองผู้สร้างสรรค์ เพื่อความเป็นธรรมและเพื่อให้ผู้สร้างสรรค์เกิดกำลังใจที่จะสร้างสรรค์ผลงานต่อไป[79]

2.8.3 มุมมองของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านมิติด้านสังคม

ในส่วนมุมมองของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านมิติด้านสังคม หากพิจารณาจากเหตุผลทางด้านสังคม (Social Argument) การเผยแพร่งานสร้างสรรค์ต่อสาธารณชนทำให้เกิดความเชื่อมโยงและหล่อหลอมความรู้ของคนในสังคมทุกฐานะ เพศ อายุ และผิว การให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์จึงก่อให้เกิดความมั่นคงและเป็นปึกแผ่นของสังคม[80]

สำหรับในส่วนของการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ด้วยคำนึงถึงเหตุผลทางสังคมมีข้อสังเกตว่าการใช้ประโยชน์ หรือการได้ประโยชน์อันเกิดจากการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์มักจะมีความขัดแย้งกันในแนวความคิดและประโยชน์ที่ควรจะได้รับว่าควรให้ประโยชน์ระหว่างผู้ใช้ซึ่งอาจเป็นองค์กรภาครัฐเอกชน และสังคมกับผู้ประพันธ์หรือผู้สร้างสรรค์และหรือเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์มากน้อยแค่ไหนเพียงใดจึงจะเหมาะสมและเป็นข้อสังเกตว่าความขัดแย้งในเรื่องของผลประโยชน์ดังกล่าวเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นทั้งระดับภายในประเทศและระหว่างประเทศ ซึ่งความขัดแย้งเหล่านี้อาจเกี่ยวพันไปถึงเรื่องของการเมืองและเศรษฐกิจระหว่างรัฐด้วย ด้วยเหตุนี้จึงมีความพยายามที่จะหามาตรการหรือกลไกลทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้กฎหมายระหว่างประเทศ (International Law) เป็นเครื่องมือเพื่อช่วยแก้ปัญหาความขัดแย้งต่าง ๆ เหล่านี้ เช่น การนำหลักการตามอนุสัญญาเบริน์มาปรับใช้โดยอนุวัตรการกฎหมายภายใน (Domestic Law) ให้สอดคล้องกับหลักการตามอนุสัญญาดังกล่าวเป็นต้น อย่างไรก็ดีแม้ในทางปฏิบัติจะเกิดความขัดแย้งในเรื่องผลประโยชน์ระหว่างผู้ใช้ประโยชน์ในงานอันมีลิขสิทธิ์กับผู้สร้างสรรค์ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่การบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์ก็ได้คำนึงถึงกรณีการนำไปใช้เพื่อให้เกิดการส่งเสริมด้านการเรียนรู้อันจะเป็นประโยชน์ต่อสังคม หรือส่งเสริมทางด้านวัฒนธรรมโดยสนับสนุนให้เกิดการผลิตผลงานวรรณกรรม ดนตรีกรรม ศิลปกรรมเพื่อสืบสานศิลปะวัฒนธรรมเป็นต้น[81]

ในส่วนของประเด็นที่ควรนำมาพิจารณาระหว่างสิทธิของผู้สร้างสรรค์และสังคมคือการพิจารณาว่าสังคม หรือชุมชนทำให้เกิดการสร้างหรือก่อให้เกิดศิลปิน นักเขียน หรือสิ่งต่าง ๆ ขึ้นมาอันจะเป็นประโยชน์ต่อสังคมส่วนรวม ในขณะที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสิ่งต่าง ๆ ที่มีคุณค่าสู่สังคมโดยได้รับผลประโยชน์ตอบแทน เช่นค่าลิขสิทธิ์ เป็นต้น ดังนั้น หากต้องพิจารณาการประเมินค่าถึง

---

[79] จิรประภา มากลิ่น, *เรื่องเดิม,* หน้า 35-36.

[80] ธัชชัย ศุภผลศิริ, **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์**, หน้า 13.

[81] จิรประภา มากลิ่น, *เรื่องเดิม,* หน้า 38.

ประโยชน์ที่สังคมจะได้รับก็ควรคำนึงถึงประโยชน์ของสังคมมากกว่าผลประโยชน์ของบุคคล หรือของผู้สร้างสรรค์ซึ่งเป็นผลประโยชน์เฉพาะตัวของบุคคลคนนั้น ซึ่งในความเป็นจริงก็เป็นเรื่องยากเหมือนกันที่จะกำหนดให้ชัดเจนว่า ผู้สร้างสรรค์มีสิทธิ์ที่จะได้รับ ค่าลิขสิทธิ์หรือค่าชดเชยเพียงใดต่อการที่ต้องให้สังคมได้ใช้ประโยชน์ต่าง ๆ อย่างมากมายในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนโดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้ประโยชน์ในงานนั้นกับงานทางด้านการศึกษา หรือประโยชน์ทางราชการ[82]

2.8.4 มุมมองของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านมิติด้านวัฒนธรรม

ในส่วนของมุมมองของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านมิติด้านวัฒนธรรม หากพิจารณาจากเหตุผลทางด้านวัฒนธรรม (Cultural Argument) งานสร้างสรรค์จะกลายเป็นสมบัติทางวัฒนธรรมของชาติทั้งในแง่การสะท้อนหรือบ่มเพาะให้เห็นวัฒนธรรมในรูปแบบต่าง ๆ รวมทั้งแสดงให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงทางสังคม จึงเป็นประโยชน์แก่สาธารณะในการสร้างเสริมวัฒนธรรมให้เจริญก้าวหน้ายิ่งขึ้น ผู้สร้างสรรค์งานสร้างสรรค์จึงควรได้รับความคุ้มครอง[83]

หากกล่าวถึงคำว่า วัฒนธรรม โดยทั่วไปหมายถึง รูปแบบของกิจกรรมมนุษย์และโครงสร้างเชิงสัญลักษณ์ที่ทำให้กิจกรรมนั้นเด่นชัดและมีความสำคัญ วิถีการดำเนินชีวิต ซึ่งเป็นพฤติกรรมและสิ่งที่คนในหมู่ผลิตสร้างขึ้น ด้วยการเรียนรู้จากกันและกัน และร่วมใช้อยู่ในหมู่พวกของตน ซึ่งสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัย และ ความเหมาะสม แต่ถ้าเป็นในวิชาหน้าที่พลเมืองจะแปลว่าสิ่งที่มนุษย์เปลี่ยนแปลงเพื่อความเจริญงอกงาม และสืบต่อกันมา วัฒนธรรมในภูมิภาคต่าง ๆ อาจได้รับอิทธิพลจากการติดต่อกับภูมิภาคอื่น เช่น การเป็นอาณานิคม การค้าขาย การย้ายถิ่นฐาน การสื่อสารมวลชน และศาสนา อีกทั้งระบบความเชื่อ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องศาสนามีบทบาทในวัฒนธรรมในประวัติศาสตร์ของมนุษยชาติมาโดยตลอด

เมื่อพิจารณาถึงวัฒนธรรมนั้น ส่วนหนึ่งสามารถแสดงออกผ่าน ดนตรี วรรณกรรม จิตรกรรม ประติมากรรม การละครและภาพยนตร์ แม้บางครั้งอาจมีผู้กล่าวว่าวัฒนธรรมคือเรื่องที่ว่าด้วยการบริโภคและสินค้าบริโภค เช่น วัฒนธรรมระดับสูง วัฒนธรรมระดับต่ำ วัฒนธรรมพื้นบ้าน หรือวัฒนธรรมนิยม เป็นต้น แต่นักมานุษยวิทยาโดยทั่วไปมักกล่าวถึงวัฒนธรรมว่า มิได้เป็นเพียงสินค้าบริโภค แต่หมายรวมถึงกระบวนการในการผลิตสินค้าและการให้ความหมายแก่สินค้านั้น ๆ ด้วย ทั้งยังรวมไปถึงความสัมพันธ์ทางสังคมและแนวการปฏิบัติที่ทำให้วัตถุและกระบวนการผลิตหลอมรวมอยู่ด้วยกัน ในสายตาของนักมานุษยวิทยาจึงรวมไปถึงเทคโนโลยี ศิลปะ วิทยาศาสตร์รวมทั้งระบบศีลธรรม

---

[82] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 39.

[83] ธัชชัย ศุภผลศิริ, **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์**, หน้า 13.

เมื่อมองถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านมุมมองด้านวัฒนธรรมของแต่ละประเทศย่อมแสดงออกได้โดยผ่านงาน ศิลปกรรม ดนตรีกรรม นาฏกรรม และงานวรรณกรรม ของแต่ละประเทศได้อย่างเห็นได้ชัด ซึ่งหากพิจารณาถึงงานศิลปกรรม ที่มีลักษณะที่แตกต่างกันโดยจัดแบ่งออกได้เป็นหลายประเภทด้วยกัน เช่นงานประติมากรรม งานสถาปัตยกรรม งานภาพถ่าย โดยงานแต่ละประเภทดังกล่าวนี้จัดเป็นงานศิลปกรรม ซึ่งจะมีความแตกต่างกันออกไปในรายละเอียดของแต่ละประเภทงานและเป็นข้อสังเกตว่าประเภทของงานศิลปกรรมของแต่ละประเทศย่อมสื่อถึงวัฒนธรรมของแต่ละประเทศ ในส่วนของงานนาฏกรรม ได้แก่งานที่ต้องมีการเคลื่อนไหวเป็นเรื่องราว มีการแสดงอากัปกิริยาท่าทาง หรือการกระทำขึ้น ซึ่งรวมถึงการเต้นรำ ท่าเต้นและแสดงละครใบ้ ซึ่งเป็นงานที่แสดงออกซึ่งวัฒนธรรมของประเทศนั้น ๆ ได้ ดนตรีกรรมก็เป็นส่วนที่จะสร้างสรรค์ขึ้นและแสดงให้เห็นถึงวัฒนธรรมของแต่ละประเทศผ่านงานที่เกี่ยวกับเพลงซึ่งได้ทำการเรียบเรียงขึ้นเพื่อการบรรเลง หรือการขับร้องไม่ว่าจะมีทำนองและคำร้อง หรือมีแต่เพียงทำนองเพียงอย่างเดียวก็ตาม ทั้งนี้ให้รวมถึงการเรียบเรียงเสียงประสานและโน้ตเพลง หรือแผนภูมิเกี่ยวกับดนตรีด้วย

ส่วนงานสร้างสรรค์ประเภทภาพยนตร์ เป็นงานโสตทัศนวัสดุที่ประกอบด้วยลำดับภาพซึ่งสามารถนำออกฉายต่อเนื่องได้ หรือสามารถบันทึกลงบนวัสดุอื่นใดได้ เพื่อนำออกฉายต่อเนื่องอย่างภาพยนตร์ และให้หมายความรวมถึงเสียงประกอบภาพยนตร์นั้นด้วย โดยงานสร้างสรรค์ภาพยนตร์ก็เป็นงานสร้างสรรค์ที่สะท้อนถึงวัฒนธรรมของแต่ละประเทศหนึ่ง ๆ ได้เป็นอย่างดี เพราะภาพยนตร์ที่แสดงออกมานั้น จะนำวัฒนธรรมของประเทศตนเองมาเป็นแนวทางการสร้างสรรค์งานภาพยนตร์ให้เกิดขึ้นมา

2.9 สรุปประเด็นสำคัญท้ายบท

จากการศึกษาแนวคิดทฤษฎีที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 จะเห็นได้เลยว่าแนวคิดที่มีความเหมาะสมและสามารถนำไปใช้ได้คือ ทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Right Theory) ทฤษฎีประโยชน์ตอบแทน (Reward Theory) ทฤษฎีเหตุจูงใจ (Incentive-Based Theory) ทฤษฎีของเศรษฐศาสตร์สำนักคลาสสิกใหม่ (Neo-classical Economics) และทฤษฎีประชาธิปไตย (Democratic Theory) กล่าวคือ ทฤษฎีดังกล่าวแม้จะมิได้กล่าวถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ไว้โดยตรง แต่จากการปรับใช้ทฤษฎีกับการคุ้มครองงานสร้างสรรค์ของผู้ทรงสิทธิ จะเห็นได้เลยว่าทฤษฎีเหล่านี้เป็นทฤษฎีที่ทำให้กรอบชัดขึ้นมาว่า การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์หรือใครก็ตามที่คิดงานสร้างสรรค์ขึ้นมาโดยมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ผู้สร้างสรรค์ก็เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานประเภทดังกล่าว แต่ว่าทฤษฎีเหล่านี้ก็ไม่ได้มีการกำหนดคำนิยามหรือจำกัดความของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้แต่อย่างใด แต่ก็ถือว่าการ

จะได้มาซึ่งคนที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นหลักก็คือต้องมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้น

มีข้อสังเกตสำคัญในส่วนของหลักการที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติ ข้อ 27 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Article 27 of The Universal Declaration of Human Rights) ซึ่งถือได้ว่าเป็นเจตนารมณ์ของการคุ้มครองสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ว่า ตามวรรคสองของข้อ 27 ได้กำหนดให้ผู้สร้างสรรค์ มีสิทธิเรียกร้องทางทรัพย์สินจากงานที่ตนได้สร้างสรรค์นั้น แต่ในวรรคแรกกลับเน้นถึงสาธารณประโยชน์ซึ่งมีความจำเป็นในการมิให้มีการจำกัดผลประโยชน์ของสังคมจากการใช้ประโยชน์ในงานสร้างสรรค์ เพราะผลประโยชน์ของประชาชนย่อมเป็นสิ่งสูงสุด ด้วยเหตุผลเช่นนี้ จึงเป็นสิ่งสำคัญในการที่จะต้องกำหนดให้กฎหมายลิขสิทธิ์มีบทบัญญัติอันเอื้ออำนวยต่อการทำให้เกิดความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์และสาธารณชน รวมทั้งผู้มีกรรมสิทธิ์ในลิขสิทธิ์ของงานที่แตกต่างออกไป

สำหรับแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์เพื่อสาธารณะก็จะศึกษาถึงแนวคิดประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) และ แนวคิดความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order) ควบคู่กันไป เพื่อที่จะหาหลักความสมดุลระหว่างสิทธิผู้สร้างสรรค์และประโยชน์สาธารณะ (Need to Balance) ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ว่าระดับใดจะมีความสมดุลระหว่างผู้สร้างสรรค์และประโยชน์สาธารณะนั้น เห็นว่า การรักษาสมดุลระหว่างผู้สร้างสรรค์และประโยชน์สาธารณะมีความสำคัญมากต่อระบอบลิขสิทธิ์ เนื่องจากความสมดุลจะเป็นตัวกำหนดทิศทางของการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ให้เกิดขึ้นในสังคมว่าจะมีงานสร้างสรรค์ที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์มากน้อยเพียงใดกับงานอันมีลิขสิทธิ์ที่สร้างสรรค์ขึ้น

ในขณะเดียวกันความสัมพันธ์ในส่วนของมุมมองทางด้านเศรษฐศาสตร์ เศรษกิจ สังคม การเมือง และวัฒนธรรม มีผลกระทบต่อการพัฒนากฎหมายคือ บริบทของเศรษฐศาสตร์ เศรษฐกิจ สังคม การเมือง และวัฒนธรรม จะมีผลในเรื่องของการกำหนดระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งจะไปเชื่อมโยงในเรื่องของความเชื่อหรือการสร้างขึ้นมาซึ่งแนวคิดและทฤษฎี ซึ่งก็จะมีความแตกต่างกันตามหลักการหรือตามนักคิดด้านทรัพย์สินทางปัญญาที่มีแนวความคิดแตกต่างกันออกไปในแต่ละยุคแต่ละสมัยของแต่ละช่วงวิวัฒนาการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

สำหรับในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จากการที่ศึกษามาเป็นลักษณะของการที่จะต้องยึดถือคำพิพากษาเป็นหลัก จะเห็นได้จากในส่วนของเหตุผลในคำพิพากษา แต่มิได้กำหนดเป็นคำนิยามเฉพาะหรือคำนิยามตายตัว ดังนั้นจึงขึ้นอยู่กับแต่ละศาลแต่ละประเทศในการตีความให้เหมาะสมกับบริบทภายในประเทศของตน โดยยึดเอากรอบกฎหมายหรือหลักการภายในประเทศของตนเป็นสำคัญ ซึ่งในประเด็นดังกล่าวศาลของสหราชอาณาจักรนำหลักหยาดเหงื่อแรงงาน (Sweat of

the Brow) และหลักทักษะ แรงงานและวิจารณญาณ (Skill Labor and Judgement) ที่ใช้ในการสร้างสรรค์แต่ละงานจะต้องพิจารณาถึงภาพรวมของการสร้างสรรค์งานนั้นทั้งงานว่าได้ใช้ทักษะแรงงานและวิจารณญาณเพียงพอหรือไม่ ไม่ใช่เพียงส่วนใดส่วนหนึ่งของงานนั้น ๆ และระดับของทักษะ แรงงานและวิจารณญาณ ไม่จำเป็นต้องอยู่ในระดับสูง ในส่วนของสหรัฐอเมริกานั้นหลักการเรื่องหยาดเหงื่อแรงงานตามทฤษฎี Sweat of the Brow ไม่นำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์การพิจารณาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของสหรัฐอเมริกาอีกต่อไป กล่าวคือ ศาลสูงสหรัฐอเมริกาไม่ถือว่าความมานะพยายามอย่างเดียวเป็นเกณฑ์ตัดสินว่างานสร้างสรรค์นั้นเป็นการริเริ่มสร้างสรรค์งานด้วยตนเอง หากแต่จะเป็นงานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุมครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์จะต้องประกอบด้วยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยมีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity) ใส่ลงไปในงานสร้างสรรค์ด้วย ดังนั้นการปรับใช้หลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาในปัจจุบันจึงมีความชัดเจน แน่นอนและไม่เกิดความสับสน

ในประเด็นถัดมาผู้เขียนก็ได้ใช้แนวคิด ทฤษฎีเหล่านี้ไปวิเคราะห์ต่อในบทที่ 5 ต่อไป ส่วนในบทที่ 4 ทฤษฎีเหล่านี้ก็จะถูกนำมาพัฒนาเป็นกฎหมายในแต่ละประเทศ โดยอาศัยตัวบทกฎหมาย คำพิพากษาและการอ้างอิงทฤษฎีเหล่านี้ต่อไป

บทที่ 3

ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

เนื่องด้วยกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลิขสิทธิ์ เป็นกฎหมายที่มีความเป็นสากลและนานาประเทศให้การยอมรับถึงหลักปฏิบัติ หากประเทศใดเข้าร่วมในอนุสัญญาหรือความตกลงแล้วก็ต้องปฏิบัติตามความตกลงที่ประเทศของตนได้เข้าร่วม ดังนั้นเมื่อประเทศไทยประเทศไทยได้เข้าร่วมใน อนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) แล้วประเทศไทยจึงมีหน้าที่ที่จะทำให้เกิดระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ที่เป็นมาตรฐานเดียวกันและมีความเป็นสากลของกฎหมายลิขสิทธิ์อีกด้วย เพราะหากนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ที่มีความเป็นมาตราฐานสากลและได้รับการยอมรับนำมาเป็นเกณฑ์การพัฒนากฎหมายภายในให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศและก็จะทำให้กฎหมายมีระบบแบบแผนในการพัฒนาที่ชัดเจนและแน่นอน ทั้งกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวก็มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องให้สอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไปอีกด้วย

ในส่วนของบทที่ 3 หลักเกณฑ์การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอันเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ที่จะนำมาเป็นข้อมูลแนวทางในการพิจารณาและวิเคราะห์ในเรื่องความคิดสร้างสรรค์และความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบบลิขสิทธิ์ คือกฎหมายระหว่างประเทศที่อยู่ในรูปสนธิสัญญา 3 ฉบับ คือ

1) อนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)

2) ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)

3) สนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ (Wipo Copyright Treaty)

3.1 หลักกฎหมายที่สำคัญของการคุ้มครองกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ

หลักกฎหมายที่สำคัญของการคุ้มครองกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ ประกอบด้วย 1) หลักดินแดน (Territoriality Principle) 2) หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) 3) หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favoured Nation Treatment)

3.1.1 หลักดินแดน (Territoriality Principle)

หลักดินแดนของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา มีความสำคัญยิ่งต่อการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ โดยภายใต้หลักดินแดน สิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญาโดยทั่วไปจะเกิดขึ้นจากการรับรองโดยกฎหมายภายในของรัฐ สิทธิตามกฎหมายจะเกิดขึ้นภายหลังจากที่มีการยื่นคำขอและมีการรับจดทะเบียนโดยเจ้าหน้าที่รัฐแล้ว (ข้อยกเว้นสำหรับเรื่องนี้คือ กรณีการได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ผู้ที่สร้างสรรค์งานจะได้รับความคุ้มครองทันที โดยไม่ต้องปฏิบัติตามแบบใด ๆ ทั้งสิ้น) กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะถูกกำหนดโดยกฎหมายภายในของประเทศที่ให้ความคุ้มครอง กฎหมายภายในของแต่ละประเทศจะเป็นตัวกำหนดสาระสำคัญของการคุ้มครองไม่ว่าจะเป็นสาระสำคัญในเรื่องเงื่อนไขการคุ้มครอง ขอบเขตของสิทธิ การใช้สิทธิ

ในส่วนของการบังคับใช้สิทธิ สิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญาสามารถใช้บังคับได้เฉพาะแต่ภายในเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐที่ให้การคุ้มครองเท่านั้น ผู้ทรงสิทธิไม่สามารถบังคับสิทธิของตนต่อการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรได้ และเช่นเดียวกันการกระทำที่เกิดขึ้นภายในประเทศจะไม่เป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ต่างประเทศ ซึ่งแนวคิดเรื่องความเป็นอิสระของสิทธินี้ ถือเป็นหัวใจสำคัญของระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยจุดมุ่งหมายของหลักดินแดนก็คือ เพื่อให้การรับรองอำนาจอธิปไตยของประเทศต่าง ๆ ในอันที่จะคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาภายในประเทศของตน

ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศใดประเทศหนึ่ง สิทธิต่าง ๆ ที่แต่ละประเทศให้การรับรองจะมีความเป็นอิสระจากกัน ทั้งนี้แม้ว่าจะเป็นการคุ้มครองวัตถุแห่งสิทธิอันเดียวกันก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเดียวกัน การประดิษฐ์เดียวกัน หรืองานอันมีลิขสิทธิ์เดียวกันก็ตาม

สิทธิที่มีอยู่ในประเทศหนึ่งจะมีความสมบูรณ์ต่างหากจากสิทธิที่ผู้ทรงสิทธินั้นมีอยู่ในต่างประเทศ การที่ผู้ทรงสิทธิไม่ได้รับความคุ้มครองในประเทศหนึ่ง หรือการที่ความคุ้มครองในประเทศหนึ่งมีข้อบกพร้องอย่างหนึ่งอย่างใด จะไม่ส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเดียวกันนั้นในอีกประเทศหนึ่งด้วย

กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ สถานะของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ในแต่ละประเทศจะเป็นอิสระต่อกัน และจะไม่มีอิทธิพลต่อการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่ในต่างประเทศ

3.1.2 หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment)

หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หรือ National treatment เป็นหลักกฎหมายที่กำหนดให้มีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันระหว่างคนต่างชาติและคนชาติของรัฐ โดยทุกประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกจะต้องให้สิทธิแก่คนชาติของประเทศภาคีอื่นไม่ด้อยไปกว่าสิทธิที่ตนให้แก่คนชาติของตนเอง การกำหนดเงื่อนไขหรือมาตรการใด ๆ เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่มีลักษณะเป็นการช่วยเหลือคนชาติของตนเองนั้นเป็นสิ่งที่กระทำมิได้

กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ รัฐภาคีขององค์การการค้าโลกจะต้องให้สิทธิในทรัพย์สินท่างปัญญาแก่คนของชาติตนและแก่คนต่างชาติอย่างเสมอกัน คำว่า สิทธิ ในที่นี้หมายถึงสิทธิทุกประการภายใต้กฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการได้รับความคุ้มครอง สิทธิในการรักษาสิทธิ สิทธิในการบังคับสิทธิ และสิทธิในการโอนและการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิของตนเป็นต้น

3.1.3 หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favoured Nation Treatment)

หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งมิใช่หลักกฎหมายใหม่ หากแต่เป็นหลักกฎหมายที่ใช้อยู่ในระเบียบการค้าระหว่างประเทศ ทั้งภายใต้ความตกลงแกตต์ ฉบับปี ค.ศ. 1947 และความตกลงทวิภาคีด้านการค้าที่ทำขึ้นระหว่างประเทศต่าง ๆ มาเป็นเวลานานแล้ว

หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง มีเจตนารมณ์ที่จะทำให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่ารัฐภาคีในเรื่องการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา คนชาติของรัฐภาคีขององค์การการค้าโลกไม่ว่าประเทศใด จะได้รับการปฏิบัติในการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเสมอภาคกัน

การที่รัฐภาคีขององค์การการค้าโลกได้ทำความตกลงทวิภาคีกับประเทศหนึ่งประเทศใดไม่ว่าประเทศคู่สัญญานั้นจะเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลกหรือไม่ก็ตาม หากการทำความตกลงทวิภาคีนั้น ทั้งสองฝ่ายยินยอมที่จะให้ข้อได้เปรียบ (Advantage) ความอนุเคราะห์ (Favour) เอกสิทธิ์ (Privilege) หรือความคุ้มกัน (Immunity) เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่งอย่างใด

แก่กัน สิทธิประโยชน์ที่รัฐภาคีแห่งองค์การการค้าโลกได้ให้แก่ประเทศอื่นตามความตกลงทวิภาคีนั้น จะต้องขยายผลไปถึงรัฐภาคีอื่น ๆ ที่มิได้เป็นคู่สัญญาด้วย

3.1.4 ความสัมพันธ์ระหว่างหลักกฎหมายที่สำคัญของการคุ้มครองกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศกับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์

จากหลักดินแดน (Territoriality Principle) หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) และหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favoured Nation Treatment) สามารถสรุปวิเคราะห์ได้ว่า

ในส่วนของหลักดินแดน สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้น หลักดินแดนตามกฎหมายระหว่างประเทศสิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญาโดยทั่วไปจะเกิดขึ้นจากการรับรองโดยกฎหมายภายในของรัฐ สิทธิตามกฎหมายจะเกิดขึ้นภายหลังจากที่มีการยื่นคำขอและมีการรับจดทะเบียนโดยเจ้าหน้าที่รัฐแล้ว (ข้อยกเว้นสำหรับเรื่องนี้คือ กรณีการได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ผู้ที่สร้างสรรค์งานจะได้รับความคุ้มครองทันที โดยไม่ต้องปฏิบัติตามแบบใด ๆ ทั้งสิ้น)

ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แม้จะเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่ทำให้ได้มาซึ่งลิขสิทธิ์และงานสร้างสรรค์นั้นจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่ แต่ความสำคัญของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์คำจำกัดความดังกล่าวก็ขึ้นอยู่กับแต่ละอำนาจอธิปไตยของแต่ละประเทศที่จะไปกำหนดกฎหมายลิขสิทธิ์ภายในประเทศของตน ซึ่งก็จะมีผลทำให้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ก็จะมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับบริบทของเศรษฐศาสตร์ เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมภายในประเทศของตน

ส่วนหลักปฏิบัติเยี่ยงตนชาติ เมื่อประเทศใดให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์ ประเทศนั้นก็ย่อมได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกัน หากอยู่ภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมและความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าหรือสนธิสัญญาที่เป็นภาคีร่วมกัน หากมีการคุ้มครองตามหลักปฏิบัติเยี่ยงตนชาติแล้ว การพิจารณาถึงระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ก็ต้องเป็นไปตามหลักดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ก็จะต้องไม่ขัดต่อหลักศาสนโยบายของประเทศนั้นด้วย เช่น หากมีบุคคลที่เป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายของประเทศของตนแล้ว นำงานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าว เข้ามาเผยแพร่งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ประเทศไทย ประเทศไทยในฐานะประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกของ ของอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าแล้ว ก็ย่อมต้องให้สิทธิในการคุ้มครองในงานอันมีลิขสิทธิ์เช่นว่านั้นด้วย โดยที่ไม่ได้มองว่างานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลดังกล่าวมีระดับความคิดสร้างสรรค์หรือไม่ อันเนื่องจากบุคคลที่เป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ บุคคลดังกล่าวได้รับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ประเทศของตนมาแล้ว

อนึ่งหากมีการนำเข้ามาซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา โดยงานที่นำเข้ามาในประเทศไทย มีลักษณะเป็นงานที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งตามบทบัญญัติของกฎหมายไทยตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้นไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า งานที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี เช่น งานที่ก่อให้เกิดความไม่สงบภายในประเทศ งานลามกอนาจาร จะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ แต่ประทศไทยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3705/2530 ซึ่งได้วินิจฉัยไว้ว่า ลิขสิทธิ์ที่บุคคลสามารถเป็นเจ้าของได้ จะต้องเป็นลิขสิทธิ์ในงานที่ตนสร้างสรรค์โดยชอบด้วยกฎหมาย งานที่มีภาพลามกอนาจาร ไม่ใช่งานสร้างสรรค์

แต่หากพิจารณาถึงสหรัฐอเมริกา ศาลในสหรัฐอเมริกาเคยพิพากษาไว้ในคดี Mitchel Brothers Film Group V. Cinema Adult Theater ว่าตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกานั้นจะให้ความคุ้มครองลิสิทธิ์แก่งานโดยไม่คำนึงถึงข้อจำกัด และการใดจะเป็นสิ่งลามกอนาจารหรือไม่นั้นศาลไม่อาจตัดสินได้ เพราะเป็นดุลยพินิจของสังคมในแต่ละยุคสมัย ดังนั้นสื่อลามกอนาจาร คือ ภาพยนตร์เรื่อง Behind the Green Door ของโจทก์จึงเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย แม้จะเป็นงานอันลามกอนาจาร (Obscene) ก็ตาม การที่จำเลยทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์จึงถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์นั่นเอง

จากคำพิพากษาของประเทศไทยและสหรัฐอเมริกาข้างต้น มีความแตกต่างกันในเรื่อง การให้ความคุ้มครอง งานอันมีลิขสิทธิ์ที่แตกต่างกันโดย ประเทศไทยไม่ให้ความคุ้มครอง งานที่มีภาพลามกอนาจาร ไม่ใช่งานสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่สหรัฐอเมริกาให้ความคุ้มครองงานอันลามกอนาจาร ดังนั้นหากมีความแตกต่างของกฎหมายที่ใช้บังคับในแต่ละประเทศในการให้ความคุ้มครอง งานที่มีภาพลามกอนาจาร ซึ่งประเทศหนึ่งไม่ให้ความคุ้มครองเพราะไม่ใช่งานสร้างสรรค์และอีกประเทศหนึ่งให้ความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

จากความแตกต่างของการให้ความคุ้มครองงานสร้างสรรค์ในแต่ละประเทศ หากมีข้อเสนอแนะเพื่อนำไปสู่การแก้ไขปัญหาดังกล่าวคือควรมีการพัฒนากฎหมายในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ หรือพัฒนาด้านมาตรการหนึ่งขึ้นมาเพื่อให้เกิดฐานของการปฏิบัติเป็นไปในทิศทางเดียวกันของแต่ละประเทศ

โดยสรุปแล้วแม้จะเป็นงานที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์อันได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศหนึ่ง แต่งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นไปขัดต่อศาสนโยบายและขัดต่อวัฒนธรรมและความสงบเรียบร้อยของอีกประเทศหนึ่ง ซึ่งก็ไม่สามารถให้เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ในอีกประเทศได้

ในส่วนของหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง มีเจตนารมณ์ที่จะทำให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่ารัฐภาคีในเรื่องการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา คนชาติของรัฐภาคีขององค์การการค้าโลกไม่ว่าประเทศใดจะได้รับการปฏิบัติในการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเสมอภาคกัน ดังนั้นความคิดริเริ่ม

สร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ แม้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง มีเจตนารมณ์ที่จะทำให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างรัฐภาคีในเรื่องการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา แต่ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ก็ยังคงขึ้นอยู่กับของกฎหมายภายในประเทศของตนว่าจะให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ให้อยู่ระดับใดภายใต้บริบทของเศรษฐศาสตร์ เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของประเทศนั้นด้วย

3.2 กฎหมายระหว่างประเทศ หลักเกณฑ์ในการกำหนดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

สำหรับกฎหมายระหว่างประเทศ ที่จะนำมาพิจารณาหลักเกณฑ์ในการกำหนดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ที่อยู่ในรูปสนธิสัญญา 3 ฉบับ คือ 1) อนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) 2) ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights) 3) สนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty)

3.2.1 อนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (The Berne Convention for Protection of Literary and Artistic Works)

3.2.1.1 เจตนารมณ์และขอบเขตการให้ความคุ้มครอง

เจตนารมณ์ดังเดิมของการจัดทำอนุสัญญากรุงเบอร์นก็คือ เพื่อสร้างกฎเกณฑ์ในการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Literary and Artistic Work) ที่เป็นการสร้างสรรค์งานในด้านความสวยงามและสุนทรียภาพเป็นสำคัญ แต่ในปัจจุบันขอบเขตของการให้ความคุ้มครองได้ขยายออกไปสู่งานในลักษณะอื่น รวมทั้งการคุ้มครองงานที่เน้นในด้านหน้าที่ปฏิบัติการ เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ และเทคโนโลยีโทรคมนาคมด้วย

อนุสัญญากรุงเบอร์นได้ก่อตั้งสหภาพเบอร์น (Berne Union) ขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ประเทศสมาชิกในการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ภายใต้หลักการที่เป็นหนึ่งเดียวกัน อนุสัญญากรุงเบอร์นได้กำหนดมาตรฐานการคุ้มครองลิขสิทธิ์ เพื่อเป็นบรรทัดฐานสำหรับรัฐภาคีที่จะรับไปบัญญัติไว้ในกฎหมายภายใน มาตรฐานการคุ้มครองนี้รวมถึงหลักการพื้นฐานของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ อันได้แก่หลักดินแดนของการคุ้มครอง หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ขอบเขตของสิทธิที่

เจ้าของลิขสิทธิ์มีตามกฎหมาย ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ การกำหนดสิทธิขั้นต่ำ อายุการคุ้มครอง

หลักการส่วนใหญ่ภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์นจะใช้กับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ โดยไม่ใช้กับการคุ้มครองงานที่มีลักษณะเป็นการภายใน เช่น งานที่คนไทยสร้างสรรค์ขึ้นและที่ได้มีการโฆษณางานเป็นครั้งแรกในประเทศไทยนั้น ไม่ได้เป็นสิ่งที่อนุสัญญานี้ต้องการจะคลอบคลุมไปถึง หลักเกณฑ์ภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์นมีเป้าหมายที่จะคุ้มครองงานของคนต่างชาติและเป็นงานซึ่งมีแหล่งกำเนิดในต่างประเทศเป็นสำคัญ ทั้งนี้จะเห็นได้จากการที่บัญญัติในข้อ 5 (1) ของอนุสัญญากรุงเบอร์นกำหนดให้ใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและหลักสิทธิขั้นต่ำ เฉพาะในกรณีที่ผู้สร้างสรรค์มิได้เป็นคนชาติของประเทศที่ให้ความคุ้มครองเท่านั้น

ในส่วนของขอบเขตของการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ ขอบเขตการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ตามมาตรา 2[84] มีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

---

[84] Berne Convention Article 2 (2) It shall, however, be a matter for legislation in the countries of the Union to prescribe that works in general or any specified categories of works shall not be protected unless they have been fixed in some material form.

(4) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to determine the protection to be granted to official texts of a legislative, administrative and legal nature, and to official translations of such texts.

(6) The works mentioned in this Article shall enjoy protection in all countries of the Union. This protection shall operate for the benefit of the author and his successors in title.

(7) Subject to the provisions of Article 7(4) of this Convention, it shall be a matter for legislation in the countries of the Union to determine the extent of the application of their laws to works of applied art and industrial designs and models, as well as the conditions under which such works, designs and models shall be protected. Works protected in the country of origin solely as designs and models shall be entitled in another country of the Union only to such special prote

(8) The protection of this Convention shall not apply to news of the day or to miscellaneous facts having the character of mere items of press information.

(2) ประเทศภาคีต้องบัญญัติกฎหมายให้คุ้มครองงานประเภทต่าง ๆ โดยไม่มีแบบการจดทะเบียน

(4) ประเทศภาคีต้องบัญญัติกฎหมายให้มีหน่วยงานทางปกครองซึ่งให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์

(6) การอ้างอิงงานของผู้สร้างสรรค์คนอื่นภายใต้มาตรานี้ย่อมได้รับความคุ้มครองในประเทศภาคี เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์ และผลงานของผู้สร้างสรรค์

(7) วัตถุประสงค์แห่งมาตรา 7(4) แห่งอนุสัญญานี้ ถือเป็นหลักเกณฑ์ในการบัญญัติกฎหมายของประเทศภาคี เพื่อคุ้มครองงานศิลปประยุกต์ การออกแบบทางอุตสาหกรรม ทั้ง ภายในประเทศที่ผู้สร้างสรรค์มีถิ่นที่อยู่ และประเทศภาคี โดยทุกประเทศต้องให้ความคุ้มครองอย่าง เท่าเทียมกัน

(8) ความคุ้มครองตามอนุสัญญานี้ ไม่ให้ใช้กับข่าวสารประจำวัน ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นข้อมูล บุคคล หรือสิ่งต่าง ๆ ที่ปรากฏในข้อเท็จจริง

บทบัญญัติให้ความคุ้มครองอนุสัญญากรุงเบอร์น 1886 ประกอบด้วยบทบัญญัติ 2 ส่วนดังนี้

1) บทบัญญัติทางสารบัญญัติ (Substance) แบ่งได้ 2 ประเภทดังนี้

(1) ใช้บังคับทั่วไป (Convention Rules) ได้แก่ หลักการที่กำหนดไว้อย่างเดียวโดยเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศให้มีประสิทธิภาพและไม่น้อยกว่าเกณฑ์มาตรฐานระหว่างประเทศและประเทศภาคีต้องบัญญัติกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับบทบัญญัตินี้

(2) ให้อำนาจประเทศที่พึงให้การคุ้มครองเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์เอง (Rules which Refer Back)[85]

2) บทบัญญัติบริหารและโครงสร้าง (Administration and Structure)

เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการบริหารสหภาพเบอร์น เช่น ค่าบำรุงสหภาพ การใช้บังคับอนุสัญญาต่อประเทศภาคีอื่น และการภาคยานุวัติอนุสัญญาเบอร์น ประเทศต่าง ๆ สามารถขอภาคยานุวัติแต่ละภาคต่างฉบับกันได้ และในบางครั้งแต่ละฉบับการแก้ไขมีความแตกต่างกัน ดังนั้นในอนุสัญญาฉบับหลัง ๆ จึงมีข้อกำหนดให้ใช้อนุสัญญาฉบับหลังแทนอนุสัญญาฉบับก่อน ๆ ได้รวมทั้งฉบับที่เพิ่มเติมแก้ไขต่อ ๆ กันมาในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศภาคีสมาชิก

---

[85] World Intellectual Property Organization (WIPO), **Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act 1971)**, (Geneva: WIPO, 1978), p. 5.

แห่งสหภาพและขอบเขตที่ใช้โดยอนุสัญญาฉบับก่อนจะใช้อยู่ต่อไปทั้งฉบับหรือในส่วนที่อนุสัญญาฉบับใหม่ไม่สามารถใช้แทนได้ เช่น มาตรา 27 แห่งอนุสัญญาเบอร์น ฉบับแก้ไข ณ กรุงบรัสเซลส์ ค.ศ. 1948 ไม่สามารถใช้แทนมาตรา 27 แห่งอนุสัญญาเบอร์น ฉบับแก้ไข ณ กรุงโรม ค.ศ. 1928 เป็นต้น อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาทุกฉบับยังคงถือว่า เป็นอนุสัญญาฉบับเดียวกัน

ลักษณะพิเศษของอนุสัญญาเบอร์น อนุสัญญาเบอร์นไม่ว่าจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาแล้วหลายครั้งและหลายฉบับก็ยังคง ลักษณะพิเศษหลายประการ เช่น เปิดโอกาสให้มีข้อสงวน (Reservation) และให้มีการแก้ไข เพิ่มเติม เพื่อรับความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นจากวิวัฒนาการด้านเทคนิค การเมืองและเศรษฐกิจ และอนุสัญญานี้ได้เป็นบ่อเกิดของการจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศโดยได้มีการอนุมัติให้ก่อตั้งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (The World Intellectual Property Organization WIPO)[86] ขึ้นและประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญานี้ด้วย[87] นอกจากนี้อนุสัญญาเบอร์นได้ก่อให้เกิดสหภาพเบอร์น (Berne Union)[88] เป็นองค์กรเปิดสำหรับประเทศต่าง ๆ ที่จะเข้าเป็นภาคีและเป็นองค์การสากลที่มีอิสระและเป็นองค์กรเดียว (Single Entity) ซึ่งมีสภา (Assembly) คณะกรรมการบริหารและงบประมาณเดียว แม้ว่าอนุสัญญาเบอร์น จะมีการแก้ไขหลายครั้งก็ตาม และลักษณะพิเศษที่สำคัญของอนุสัญญาเบอร์นอีกประการ คือ เป็นแม่บทของหลักการสำคัญ ๆ ทางกฎหมายการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ เช่น หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เป็นต้น

มาตรฐานการให้ความคุ้มครอง

มาตรฐานการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้อนุสัญญาเบอร์นจัดได้ว่า เป็นแม่บท ในการวางหลักการพื้นฐานไว้และกำหนดมาตรฐานการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่สำคัญ ๆ ไว้ดังนี้

1) หลักการพื้นฐาน[89] 3 ประการ (Three Basic Principles) มีสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

(1) หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment)

---

[86] ฉบับที่ 7 อนุสัญญากรุงเบอร์น แก้ไข ณ สต็อคโฮล์ม ค.ศ. 1967.

[87] ฉบับที่ 3 อนุสัญญากรุงเบอร์น ฉบับแก้ไข ณ กรุงเบอร์ลิน 1908.

[88] Article 1 of Berne Convention 1886 "The Contracting States are constituted into a union for the protection of the rights of authors over their literary and artistic works."

[89] World Intellectual Property Organization (WIPO), **Summary of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1886)**, WIPO Publication, 287 (Geneva: WIPO, 1999), p. 1.

หลักการนี้มีสาระสำคัญว่า งานลิขสิทธิ์ของรัฐใดได้รับความคุ้มครองอย่างไร หากรัฐนั้นเป็นภาคีของอนุสัญญานี้ต้องให้ความคุ้มครองในงานลักษณะเดียวกัน แก่ภาคีของรัฐอื่นเสมอเหมือนกับให้แก่คนชาติของรัฐตน

(2) หลักการคุ้มครองอัตโนมัติ (Automatic Protection)

หลักการนี้เป็นการยืนยันว่า “ผู้สร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์จะได้รับความคุ้มครองโดยอัตโนมัติหรือทันทีที่ได้สร้างสรรค์งานนั้นขึ้น โดยไม่จำต้องจดทะเบียนหรือผ่านขั้นตอนใด ๆ ทั้งสิ้น”

(3) หลักการคุ้มครองอิสระ (Independence of Protection)

หลักนี้เป็นการเน้นว่า หากมีการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศจะต้องไม่มีข้อจำกัดอื่นใด นอกจากที่อนุสัญญาเบอร์นกำหนดไว้

2) มาตรฐานการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ขั้นต่ำ (Minimum Standards)

อนุสัญญาเบอร์นได้กำหนดมาตรฐานการให้ความคุ้มครองขั้นต่ำไว้ดังต่อไปนี้

(1) งานอันมีลิขสิทธิ์

งานที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญาเบอร์นจำกัดเฉพาะแต่ “งานวรรณกรรมและศิลปกรรม” (Literary and Artistic Works) เท่านั้น ซึ่งระยะแรก ๆ ตั้งแต่ 1886-1914 ขอบเขตของงานลิขสิทธิ์มีไม่กว้าง กล่าวคือ ความหมายของงานที่ระบุไว้ในอนุสัญญาเบอร์นมิได้หมายรวมถึงงานภาพยนตร์และงานที่แสดงออกโดยกระบวนการที่คล้ายคลึงกับการถ่ายทำภาพยนตร์โดยตรง แต่ต่อ ๆ มาได้มีการแก้ไขปรับปรุงหลาย ๆ ครั้งตั้งแต่ปี 1914 ได้ขยายขอบเขตคำจำกัดความของคำว่า “งานวรรณกรรมและศิลปกรรม” ให้กว้างขึ้นดังเช่น อนุสัญญาเบอร์น 1971 ข้อ 2 (1) กล่าวว่า “งานวรรณกรรมและศิลปกรรมหมายรวมถึงงานทุก ๆ อย่างเกี่ยวกับวรรณกรรม, วิทยกรรมและศิลปกรรม ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดก็ตาม ซึ่งนิยามข้างต้นให้หมายรวมถึงผลงานการถ่ายทำภาพยนตร์

(2) สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้สร้างสรรค์

สิทธิพิเศษของผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ภายใต้ข้อสงวน (Reservations) ข้อจำกัด (Limitation) หรือข้อยกเว้น (Exceptions) ตามอนุสัญญาเบอร์นมีดังต่อไปนี้[90]

(2.1) สิทธิในการแปล

(2.2) สิทธิในการดัดแปลงและเรียบเรียงงานของตน

---

[90] *Ibid.,* pp. 2-3.

(2.3) สิทธิในการแสดงต่อสาธารณชนในงานนาฏกรรมและงานดนตรีกรรม

(2.4) สิทธิในการอ่านต่อสาธารณชนในงานวรรณกรรม

(2.5) สิทธิในการแพร่เสียงแพร่ภาพ

(2.6) สิทธิในการอนุญาตให้ใช้สิทธิ

(2.7) สิทธิในการทำซ้ำไม่ว่ารูปแบบหรือลักษณะใด ๆ รวมถึงการแสวงหาประโยชน์ส่วนตัว

(2.8) สิทธิในการใช้งานบันทึกเสียง ทำซ้ำ จำหน่าย แสดงหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนเกี่ยวกับงานบันทึก

3) ระยะเวลาการให้ความคุ้มครอง

อายุการให้ความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญาเบอร์นโดยหลักการทั่วไปกำหนดที่ 50 ปีนับจากผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ชีวิต แต่มีข้อยกเว้นในกรณีเป็นงานภาพถ่ายจะได้รับความคุ้มครองเพียง 25 ปีนับจากได้สร้างสรรค์ผลงานนั้น

จากหลักการและมาตรการดังกล่าวมาแล้วข้างต้น สามารถสรุปได้ว่า อนุสัญญาเบอร์น เปรียบเสมือนแม่บทของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในภายหลัง มักมีการกล่าวอ้างถึงเสมอไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกหรือข้อตกลง TRIPS ก็ตามต่างได้มีการกล่าวถึงอนุสัญญาเบอร์นไว้ในอารัมภบทและอีกหลายมาตรา เช่น สนธิสัญญาลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ได้กล่าวถึงความสัมพันธ์กับอนุสัญญาเบอร์นโดยแท้จริงและ ถือเป็นที่มาทางกฎหมายของสนธิสัญญานี้ไว้ในมาตรา 1 สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้ สนธิสัญญานี้เป็นข้อตกลงพิเศษภายใต้คำจำกัดความข้อ 20 ของอนุสัญญาเบอร์นในส่วนที่เกี่ยวกับประเทศภาคีซึ่งเป็นประเทศในสหภาพจัดตั้งขึ้นโดยอนุสัญญาดังกล่าวและสนธิสัญญาฉบับนี้จะไม่มีความเกี่ยวข้องใด ๆ กับสนธิสัญญาอื่น ๆ นอกเหนือไปจากอนุสัญญากรุงเบอร์น

3.2.1.2 หลักการพิจารณาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

หากพิจารณาถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตามอนุสัญญากรุงเบอร์น ก็จะพบว่าในเนื้อหาของอนุสัญญามิได้กล่าวถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้โดยตรง แต่ให้ประเทศภาคีสมาชิกบัญญัติในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้นเอง ซึ่งส่งผลให้ประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญา ยังคงมีความขัดแย้งในการตีความคำว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ทำให้เกิดมาตรฐานที่ไม่เท่ากันในการคุ้มครองสิทธิ์

สำหรับหลักการพิจารณาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม ซึ่งเป็นข้อตกลงว่าด้วยการให้ความคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม โดยให้ประเทศสมาชิกตามอนุสัญญานี้บัญญัติกฎหมายภายในให้เป็นไป ตามมาตรฐาน

ที่อนุสัญญากรุงเบอร์นกำหนด ซึ่งหลักเกณฑ์อันเกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองในงานวรรณกรรมมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

โดยประเภทของงานที่ได้รับความคุ้มครอง มีประเภทของงานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 2[91] ได้แก่ (1) การแสดงออกซึ่ง งานวรรณกรรม และงานศิลปกรรม ให้รวมถึงงาน วรรณกรรม งานในแผนกวิทยาศาสตร์ และงานศิลปกรรม ซึ่งอยู่ในรูปของหนังสือ จุลสาร งานเขียนอื่น ๆ คำบรรยาย สุนทรพจน์ คติธรรม และงานอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกัน การแสดงหรือการแสดง ประกอบเพลง การออกแบบท่าเต้น งานบันเทิงในรูปของละครใบ้ งานดนตรีกรรมไม่ว่าจะมีคำร้องหรือไม่ งานภาพยนตร์ ซึ่งแสดงออกในรูปของงานวาดเขียน งานทาสี งานสถาปัตยกรรม งานประติมากรรม งานแกะสลัก ภาพพิมพ์ งานภาพถ่าย งานศิลปะประยุกต์ ภาพประกอบ แผนที่ แบบ แผน ภาพสเก็ต งานสามมิติซึ่งเกี่ยวข้องกับ ภูมิศาสตร์ ภูมิประเทศ สถาปัตยกรรม หรือวิทยาศาสตร์

---

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

(3) Translations, adaptations, arrangements of music and other alterations of a literary or artistic work shall be protected as original works without prejudice to the copyright in the original work.

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

(3) งานแปล งานดัดแปลง การเรียบเรียงใหม่ซึ่งงานดนตรีกรรม หรืองาน ปรับปรุงของงานวรรณกรรม หรืองานศิลปกรรม ซึ่งไม่กระทบต่องานเดิม ต้องได้รับความคุ้มครองดั่งงานดั้งเดิม

(5) งานรวบรวมงานวรรณกรรม ศิลปกรรม อย่างสารานุกรม และหนังสือ รวมงานเขียน หรืองานอื่นใดในทำนองเดียวกัน ซึ่งไม่กระทบต่อลิขสิทธิ์แห่งงานประเภทเดียวกัน ย่อมได้รับความคุ้มครองเป็นงานรวบรวม

3.2.1.3 ระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์

สำหรับในส่วนของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ตามอนุสัญญากรุงเบอร์น ไม่ได้กำหนดเอาไว้สำหรับในเรื่องของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ เพียงแต่กำหนดหลักการไว้ในเรื่องหลักการพื้นฐาน 3 ประการ (Three Basic Principles) สำหรับให้ประเทศภาคีสมาชิกนำไปใช้บังคับกับกฎหมายภายในประเทศของตน

1) หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment)

หลักการนี้มีสาระสำคัญว่า งานลิขสิทธิ์ของรัฐใดได้รับความคุ้มครองอย่างไร หากรัฐนั้นเป็นภาคีของอนุสัญญานี้ต้องให้ความคุ้มครองในงานลักษณะเดียวกัน แก่ภาคีของรัฐอื่นเสมอเหมือนกับให้แก่คนชาติของรัฐตน

2) หลักการคุ้มครองอัตโนมัติ (Automatic Protection)

หลักการนี้เป็นการยืนยันว่า “ผู้สร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์จะได้รับความคุ้มครองโดยอัตโนมัติหรือทันทีที่ได้สร้างสรรค์งานนั้นขึ้น โดยไม่จำต้องจดทะเบียนหรือผ่านขั้นตอนใด ๆ ทั้งสิ้น”

3) หลักการคุ้มครองอิสระ (Independence of Protection)

หลักนี้เป็นการเน้นว่า หากมีการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศจะต้องไม่มีข้อจำกัดอื่นใด นอกจากที่อนุสัญญาเบอร์นกำหนดไว้

3.2.2 ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights)

3.2.2.1 เจตนารมณ์และขอบเขตการให้ความคุ้มครอง

ในประเด็นการคุ้มครองทรัพย์สินถือว่าเป็นหัวข้อการเจรจาที่มีความสำคัญและมีความยุ่งยากมากที่สุดหัวข้อหนึ่งของการเจรจารอบอุรุวัย ความยุ่งยากดังกล่าวมีผลเนื่องมาจากความแตกต่างของความคิดระหว่างรัฐภาคีที่เป็นประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนา ความสำเร็จของการเจรจาในประเด็นนี้จึงขึ้นอยู่กับสาระสำคัญของความตกลงที่จะจัดทำขึ้นเป็นสำคัญ โดยความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่จะจัดทำขึ้นนั้นจะต้องมีลักษณะที่ค่อนข้างเป็นกลาง สามารถ

เอื้ออำนวยประโยชน์ต่อรัฐภาคีทุกฝ่ายได้พอสมควรกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ความตกลงระหว่างประเทศนั้นต้องไม่กำหนดระดับการคุ้มครองที่ต่ำเกินไปจนเกิดความเสียหายต่อผู้ทรงสิทธิ แต่ในขณะเดียวกันก็จะต้องไม่กำหนดขอบเขตการคุ้มครองและวิธีการใช้สิทธิที่กว้างขวางเกินสมควร จนทำให้เกิดการจำกัดทางการค้าและก่อให้เกิดผลที่เป็นการบิดเบือนตลาดการค้าของประเทศที่ให้ความคุ้มครอง

ผู้เสนอร่างข้อตกลง TRIPS ได้ตระหนักถึงปัญหาที่กล่าวมาเป็นอย่างดี จึงได้จัดทำร่างความตกลงที่มีลักษณะประนีประนอมไม่เอนเอียงไปทางใดทางหนึ่งมากเกินไป ดังจะเห็นได้จากข้อความในส่วนอารัมภบท (Preamble) ของความตกลงที่กล่าวถึงความสำคัญของการมีกฎเกณฑ์และระเบียบวินัยแนวใหม่เกี่ยวกับการกำหนดมาตรฐานและหลักการที่เพียงพอต่อการได้มาและการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า นอกจากนี้ในอารัมบทของข้อตกลง TRIPS ยังได้กำหนดหลักการให้ความสำคัญต่อวัตถุประสงค์ด้านนโยบายสาธารณในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา รวมทั้งวัตถุประสงค์ด้านการพัฒนาและเทคโนโลยี

ข้อตกลง TRIPS ยังได้ยอมรับถึงความจำเป็นพิเศษของรัฐภาคีที่เป็นประเทศพัฒนาน้อยที่สุด ในการที่ต้องได้รับการปฏิบัติที่ยืดหยุ่นมากที่สุดต่อการอนุวัตรการในกฎหมายและระเบียบข้อบังคับภายใน เพื่อที่จะทำให้ประเทศเหล่านั้นสามารถสร้างพื้นฐานทางเทคโนโลยีที่มั่นคงและเหมาะสมขึ้นมาได้

วัตถุประสงค์และหลักการของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาได้ถูกกล่าวย้ำไว้อีกครั้งในข้อที่ 7 และข้อที่ 8 ของข้อตกลง TRIPS ว่า

ข้อที่ 7 ได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ว่า การคุ้มครองและการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ควรจะเกื้อหนุนต่อการส่งเสริมนวัตกรรมทางเทคโนโลยี และต่อการถ่ายทอดและแพร่ขยายของเทคโนโลยี ต่อประชาชนอันร่วมกันของผู้ผลิตและผู้ใช้ความรู้ทางเทคโนโลยีและในลักษณะที่เอื้ออำนวยผลต่อสวัสดิการทางสังคมและทางเศรษฐกิจ และต่อความสมดุลของสิทธิและพันธกรณี

ส่วนข้อที่ 8 ได้กำหนดหลักการไว้ว่า 1) ในการออกหรือการแก้ไขกฎหมายและกฎระเบียบข้อบังคับภายในของตน บรรดารัฐภาคีอาจใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองสาธารณสุขและโภชนาการ และเพื่อส่งเสริมประโยชน์สาธารณะในสาขาต่าง ๆ ที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการพัฒนาด้านเศรษกิจสังคมและเทคโนโลยีของตน ภายใต้เงื่อนไขว่า มาตรการดังกล่าวสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งความตกลงนี้ 2) ภายใต้เงื่อนไขว่ามาตรการมีความสอดคล้องกับบทบัญญัติของความตกลงนี้ บรรดารัฐภาคีอาจจำต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อป้องกันการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยมิชอบโดยผู้ทรงสิทธิ หรือเพื่อป้องกันการใช้แนวทางปฏิบัติที่เป็นการจำกัดทางการค้าโดยไม่มีเหตุผล หรือที่เป็นผลเสียหายต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างประเทศ

ขอบเขตของข้อตกลง TRIPS

ข้อตกลง TRIPS เป็นข้อตกลงที่มีลักษณะพิเศษในการรวมเอากฎหมายให้สัมพันธ์กับการค้า และขยายการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญากว้างขวางกว่าอนุสัญญาเบอร์นอีกทั้งมีการบัญญัติเรื่องการบังคับใช้สิทธิซึ่งอนุสัญญาเบอร์นไม่มี โดยเนื้อหาของข้อตกลง TRIPS แบ่งเป็น 7 ส่วน โดยส่วนที่หนึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปและ หลักเกณฑ์พื้นฐาน ส่วนที่ 2 เป็นเรื่องมาตรฐานเกี่ยวกับการมีไว้ ขอบเขตและการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ส่วนที่ 3 เป็นการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ส่วนที่ 4 เป็นเรื่องเกี่ยวกับมาตรการชั่วคราว ส่วนที่ 5 เป็นการป้องกันและการระงับข้อพิพาท ส่วนที่ 6 เป็นบทที่ใช้ในช่วงการปรับเปลี่ยนและส่วนสุดท้ายเป็นบทที่ใช้สำหรับสถาบัน โดยเนื้อหาจะสังเกตได้ว่า นี้ข้อตกลง TRIPS มีการกำหนดมาตรฐานของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาชัดเจนมากกว่าข้อตกลงระหว่างประเทศอื่น ๆ เช่น อนุสัญญาเบอร์น หรืออนุสัญญาปารีส และบทบัญญัติที่พิเศษซึ่งข้อตกลงระหว่างประเทศอื่น ๆ ไม่มี ได้แก่ การมีบทบัญญัติเกี่ยวกับบังคับใช้และบทบัญญัติในช่วงการปรับเปลี่ยน

จุดมุ่งหมายของข้อตกลง TRIPS[92] เป็นไปเพื่อเป็นการลดการบิดเบือนและอุปสรรคต่อ การค้าระหว่างประเทศ และเป็นการคำนึงถึงความจำเป็นที่จะส่งเสริมให้การคุ้มครองมีประสิทธิภาพ และเพียงพอ อีกทั้งมาตรการและวิธีการต้องไม่เป็นอุปสรรค ยอมรับความจำเป็น ต้องมีกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เช่น หลักการของ GAT 1994 ข้อตกลงระหว่างประเทศอื่น ๆ เช่น อนุสัญญาเบอร์น นอกจากนี้ยอมรับวิธีที่เหมาะสมต่อการใช้บังคับสิทธิ บทปรับเปลี่ยน และมาตรฐานต่าง ๆ เป็นต้น และยอมรับความจำเป็นในเรื่องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะสิทธิส่วนบุคคล นโยบายสาธารณะของระบบแห่งชาติสำหรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญารวมถึงการพัฒนาทางเทคโนโลยี รวมทั้งต้องการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของสมาชิก GATT เป็นไปในทางเดียวกัน มิได้จำกัดเฉพาะลิขสิทธิ์ อีกทั้งต้องการ ให้มีพันธกรณีทั่วไปตามข้อตกลงให้มีผลทันทีและโดยปราศจากเงื่อนไขซึ่งได้วางหลักเรื่องของหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ในข้อ 3 และหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งไว้ในข้อ 4

มาตรฐานการให้ความคุ้มครอง ลักษณะการให้ความคุ้มครองภายใต้ข้อตกลง TRIPS จะครอบคลุมถึงงานทรัพย์สินทางปัญญาไว้ทั้งหมด โดยเรื่องลิขสิทธิ์มีการบัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 9 ถึงมาตรา 14 ซึ่งมีเนื้อหาสามารถ สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

---

[92] Doris Estelle Long and Anthony D'Amato, **International Intellectual Property Law** (London: Kluwer Law International, 1997), p. 591.

1) หลักการทั่วไป

ในระบบการค้าและข้อตกลงเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้ข้อตกลง TRIPS นี้มีการนำหลักการของ GATT และ GATS มาใช้ เช่น หลักดินแดน (Territoriality Principle) หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Nation Treatment)[93] (หลักการนี้มีความสำคัญยิ่งต่อการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยมีบัญญัติไว้ในอนุสัญญาเบอร์นทำให้ภาคีขององค์การการค้าโลกที่ไม่ได้เข้าเป็นอนุสัญญาเบอร์นต้องยอมรับหลักการพื้นฐานทั้งหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หลักการคุ้มครองอัตโนมัติ และหลักการคุ้มครองอิสระเช่นกัน) และหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favoured Nation Treatment)[94] นอกจากนี้มีบทบัญญัติให้ภาคียอมรับหลักการรักษาสมดุลเพื่อสนับสนุนและกระตุ้นให้เกิดความคิดสร้างสรรค์และให้มีการถ่ายโอนพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีเพื่อให้ผู้ผลิตและผู้ใช้ได้รับประโยชน์ร่วมกัน อีกทั้งเพื่อให้เกิดการพัฒนาทั้งด้านเศรษฐกิจและสังคม

(1) หลักดินแดน (Territoriality Principle)

หลักดินแดนเป็นหลักสำคัญในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยทั่วไป ปรากฏตามข้อ 1 วรรค 1 ตอนท้าย แม้ว่าจะมิได้บ่งบอกโดยตรงเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา แต่บ่งบอกถึงความต้องการให้แต่ละรัฐต้องอนุวัติการกฎหมายของตนตามกรอบของ สนธิสัญญา ตามความเหมาะสมของกฎหมายภายในแต่ละรัฐ และแสดงให้เห็นถึงการยอมรับอำนาจ อธิปไตยของรัฐภาคีแต่ละรัฐ หลักนี้เป็นเหตุผลสำคัญที่ทำให้มีรัฐจำนวนมากเห็นชอบและต้องการเข้า ร่วมเป็นภาคีผ่านการเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลกจำนวนมาก[95]

(2) หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favoured Nation Treatment)

หลักนี้ปรากฏตามข้อ 4 ของข้อตกลง TRIPS ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานที่ปรากฏในแกตต์ และปรากฏในความตกลงด้านเศรษฐกิจฉบับอื่น ๆ หลักนี้มีสาระสำคัญคือ บรรดาสิทธิประโยชน์ การสนับสนุน สิทธิพิเศษ หรือความคุ้มกันใด ๆ ที่รัฐภาคีหนึ่งให้กับคนชาติของรัฐภาคีอื่นรัฐหนึ่งต้องให้แก่คนชาติของรัฐภาคีอื่น ๆ ด้วย เป็นหลักที่พยายามทำให้เกิดรูปแบบเดียวกันในสภาพแวดล้อมแบบการค้าหลายฝ่าย[96]

---

[93] National Treatment means treating one's own nationals and foreigners equally.

[94] Most Favoured Nation Treatment means equal treatment for nationals of all trading partners in the WTO.

[95] TRIPS Agreement, Article 1

[96] TRIPS Agreement, Article 4

(3) หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Nation treatment)

หลักนี้ปรากฏตามข้อ 3 ของข้อตกลง TRIPS เป็นหลักพื้นฐานที่ปรากฏในแกตต์ และปรากฏในความตกลงทางเศรษฐกิจอื่น ๆ เช่นกัน มีสาระสำคัญคือ รัฐภาคีต้องปฏิบัติต่อคนชาติของรัฐภาคีอื่น ๆ ให้เป็นอย่างเดียวกับที่ปฏิบัติต่อคนชาติของตนในด้านการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ภายใต้ข้อยกเว้นซึ่งปรากฏในอนุสัญญากรุงปารีส อนุสัญญากรุงเบอร์น อนุสัญญากรุงโรม หรือสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับผังวงจรร่วม แสดงให้เห็นว่าข้อตกลง TRIPS ได้คล้อยตามแนวทางของสนธิสัญญาอื่น ๆ เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ทำขึ้นก่อนหน้าเพื่อให้เกิดผลที่ดี และไม่ทำลายการคุ้มครองที่ปรากฏในสนธิสัญญาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาฉบับอื่น ๆ ที่ทำขึ้นก่อนแล้ว เป็นการผสมผสานทั้งสนธิสัญญาฉบับที่มีอยู่เดิม และพันธกรณีในข้อตกลง TRIPS ที่เกิดขึ้นใหม่[97]

2) มาตรฐานการให้ความคุ้มครองขั้นต่ำ

ข้อตกลง TRIPS ได้บัญญัติมาตรฐานเกี่ยวกับการมีไว้ ขอบเขตและการใช้สิทธิ ซึ่งจะแตกต่างกันไปตามชนิดและประเภทของทรัพย์สินทางปัญญา ดังเช่น การกล่าวถึงลิขสิทธิ์จะมีการบัญญัติไว้ในข้อ 9-14 และมีการอ้างถึงอนุสัญญาเบอร์น 1886 โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

(1) งานอันมีลิขสิทธิ์

งานอันมีลิขสิทธิ์ทั่วไปให้เป็นไปตามอนุสัญญาเบอร์นโดยมีเนื้อหาสอดคล้องกัน กล่าวคือ การให้ความคุ้มครองแก่การแสดงออกไม่คุ้มครองความคิด ขั้นตอน หรือวิธีการซึ่งเป็นเรื่องของสิทธิบัตรไว้ในข้อ 9 วรรค และข้อตกลงนี้ได้มีการบัญญัติเป็นเรื่องเฉพาะแก่งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์[98] ซึ่งบัญญัติไว้ชัดเจนว่า ให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้รับ ความคุ้มครองในฐานะงานวรรณกรรม ส่วนฐานข้อมูล[99] ไม่ว่าจะอ่านโดยเครื่อง จักรหรือรูปอื่นใดโดยที่เนื้อหาที่ประกอบขึ้นนั้นเป็นการสร้างสรรค์ย่อมได้รับความคุ้มครองตามนัย แห่งข้อตกลงนี้

---

[97] TRIPS Agreement, Article 3

[98] ภายใต้ข้อตกลง TRIPS ข้อ 10 บัญญัติว่า “1. Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971)”

[99] “ภายใต้ข้อตกลง TRIPS ข้อ 10 บัญญัติว่า “2. Compilations of data or other material, whether in machine readable or other form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations shall be protected as such. Such protection, which shall not extend to the data or material

(2) สิทธิของผู้สร้างสรรค์

ข้อตกลงนี้ได้มีการขยายหลักการเกี่ยวกับสิทธิในการให้เช่า[100] ซึ่ง อนุญาตให้แก่ผู้สร้างสรรค์งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ และผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงเท่านั้นในการที่จะห้ามมิให้เช่าเชิงพาณิชย์ต่อสาธารณะซึ่งต้นฉบับหรือสำเนาจากงานอันมีลิขสิทธิ์ นอกจากนี้ให้นำบทบัญญัตินี้ใช้กับงานภาพยนตร์ด้วยแต่มีข้อยกเว้นว่า หากการเช่างานนี้นำไปสู่การลอกเลียนและทำให้เสื่อมเสียสิทธิแต่ผู้เดียวในการทำซ้ำที่ให้แก่ผู้สร้างสรรค์ย่อมถือว่าเป็นการละเมิด

(3) อายุการคุ้มครอง

อายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้ข้อตกลงนี้ โดยทั่วไปคุ้มครองไม่น้อยกว่า 50 ปีนับจากวันสิ้นสุดปีปฏิทินของการจัดพิมพ์ที่ได้รับอนุญาตหรือหากไม่มีการจัดพิมพ์ภายใน 50 ปี ให้นับ 50 ปี จากวันสิ้นสุดปีปฏิทินที่สร้างสรรค์งาน[101] นอกจากนี้อายุการคุ้มครองสำหรับผู้ผลิต

---

itself, shall be without prejudice to any copyright subsisting in the data or material itself"

[100] ภายใต้ข้อตกลง TRIPS ข้อ 11 บัญญัติว่า "In respect of at least computer programs and cinematographic works, a Member shall provide authors and their successors in title the right to authorize or to prohibit the commercial rental to the public of originals or copies of their copyright works. A Member shall be excepted from this obligation in respect of cinematographic works unless such rental has led to widespread copying of such works which is materially impairing the exclusive right of reproduction conferred in that Member on authors and their successors in title. In respect of computer programs, this obligation does not apply to rentals where the program itself is not the essential object of the rental"

[101] ภายใต้ข้อตกลง TRIPS ข้อ 12 บัญญัติว่า "Whenever the term of protection of a work, other than a potographic work or a work of applied art, is calculated on a basis other than the life of a natural person, such term shall be no less than 50 years from the end of the calendar year of authorized publication, or, failing such authorized publication within 50 years from the making of the work, 50 years from the end of the calendar year of making"

สิ่งบันทึกเสียงอย่างน้อยที่สุดจนถึงเวลาสิ้นสุดระยะเวลา 50 ปีนับจากวันสิ้นสุด ปีปฏิทินซึ่งได้มีการบันทึก[102]

(4) การบังคับใช้สิทธิ

กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีการบังคับใช้อยู่ไม่เพียงพอจึงเป็นผลให้เกิดแนวความคิดในเรื่องนี้และมีการบัญญัติไว้ในส่วนที่ 3 ของข้อตกลงนี้ซึ่งสรุปสาระได้ว่า ภาคีต้องมีการปรับปรุงกฎหมายภายในที่ทำให้การบังคับใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานี้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้งควรมีมาตรการตอบโต้การละเมิดลิขสิทธิ์ที่ได้ผลเพียงพอและบทบัญญัติเหล่านี้ต้องมีลักษณะเป็นธรรมและเท่าเทียมไม่ซับซ้อน นอกจากนี้ผู้ทรงสิทธิมีสิทธิเข้าสู่กระบวนการดำเนินการทางแพ่งและทางบริหาร

(5) บทบัญญัติเฉพาะ

ขณะที่ข้อตกลงนี้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม 1995 ประเทศพัฒนาแล้วต้องใช้บทนี้ก่อนการสิ้นสุดกำหนดเวลาทั่วไปหนึ่งปีนับจากวันที่ความตกลงนี้มีผลบังคับใช้ ส่วนประเทศกำลังพัฒนามีกำหนดเวลาในการปรับเปลี่ยนอีก 5 ปี นับจากวันที่ความตกลงนี้ มีผลใช้บังคับ และประเทศพัฒนาน้อยที่สุดมีกำหนดเวลาในการปรับเปลี่ยนอีก 10 ปี นับจากวันที่ความตกลงนี้มีผลใช้บังคับ

3.2.2.2 หลักการพิจารณาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (ข้อตกลง TRIPS) ก็มิได้บัญญัติหรือกำหนดไว้ในเรื่องของหลักเกณฑ์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เช่นเดียวกัน แต่ให้ประเทศภาคีสมาชิกกำหนดหรือบัญญัติขึ้นมาเอง โดยคำนึกถึงหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ในการที่จะดำเนินการในเรื่องดังกล่าว โดยพิจารณาถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เป็นสำคัญ

ข้อตกลง TRIPS เป็นมาตรฐานขั้นต่ำของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ที่กำหนดขึ้นโดยให้ประเทศสมาชิกตามข้อตกลงนี้บัญญัติกฎหมายภายในให้เป็นไปตามมาตรฐานที่ข้อตกลง TRIPS กำหนด ซึ่งหลักเกณฑ์อันเกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์มีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

ประเภทของงานที่ได้รับความคุ้มครอง ข้อตกลง TRIPS หมวด 1 ได้ให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ และสิทธิข้างเคียง ตาม มาตรา 9.2 มีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

---

[102] “ภายใต้ข้อตกลง TRIPS ข้อ 14 บัญญัติว่า “The term of the protection available under this Agreement to performers and producers of phonograms shall last at least until the end of a period of 50 years computed from the end of the calendar year in which the fixation was made or the performance took place"

มาตรา 9.1 ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตาม ข้อ 1 ถึง ข้อ 21 ของอนุสัญญากรุงเบอร์น ค.ศ. 1971 และภาคผนวกของอนุสัญญากรุงเบอร์น อย่างไรก็ตาม ประเทศสมาชิกต้องไม่บัญญัติ กฎหมายภายในคุ้มครองสิทธิไม่ต่ำกว่าข้อกำหนดใน ข้อ 6 ทวิ ของอนุสัญญากรุงเบอร์น[103]

สำหรับในส่วนของขอบเขตของการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ ขอบเขตการคุ้มครองตามมาตรา 9.2 และระยะเวลาในการคุ้มครองตามมาตรา 12 มีสาระสำคัญดังต่อไปนี้ มาตรา 9.2 ความคุ้มครองลิขสิทธิ์คุ้มครองการแสดงออกซึ่งความคิด ไม่คุ้มครอง ความคิด กระบวนการ วิธีการ หรือหลักการของคณิตศาสตร์[104]

3.2.2.3 ระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์

สำหรับในส่วนของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ตามข้อตกลง TRIPS ไม่ได้กำหนดเอาไว้สำหรับในเรื่องของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์เพียงแต่กำหนดหลักการไว้ในเรื่องหลักการพื้นฐานที่จะให้ประเทศภาคีสมาชิกนำไปใช้คือ หลักดินแดน (Territoriality Principle) หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Nation Treatment) (หลักการนี้มีความสำคัญยิ่งต่อการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยมีบัญญัติไว้ในอนุสัญญาเบอร์นทำให้ภาคีขององค์การการค้าโลกที่ไม่ได้เข้าเป็นอนุสัญญาเบอร์นต้องยอมรับหลักการพื้นฐานทั้งหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หลักการคุ้มครองอัตโนมัติ และหลักการคุ้มครองอิสระเช่นกัน) และหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favoured Nation Treatment) นอกจากนี้มีบทบัญญัติให้ภาคียอมรับหลักการรักษาสมดุลเพื่อสนับสนุนและกระตุ้นให้เกิดความคิดสร้างสรรค์และให้มีการถ่ายโอนพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีเพื่อให้ผู้ผลิตและผู้ใช้ได้รับประโยชน์ร่วมกัน อีกทั้งเพื่อให้เกิดการพัฒนาทั้งด้านเศรษฐกิจและสังคม

---

[103] TRIPS Agreement Article 9.1 Members shall comply with Articles 1 through 21 of the Berne Convention (1971) and the Appendix thereto. However, Members shall not have rights or obligations under this Agreement in respect of the rights conferred under Article 6bis of that Convention or of the rights derived therefrom.

[104] TRIPS Agreement Article 9.2 Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.

3.2.3 สนธิสัญญาขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ (The WIPO Copyright Treaty)

3.2.3.1 เจตนารมณ์และขอบเขตการให้ความคุ้มครอง

หากพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของสนธิสัญญาขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ ในส่วนที่บัญญัติไว้ในอารัมภบท (Preamble) ซึ่งมีจำนวน 5 ข้อคือ

ข้อที่ 1 เป็นความปรารถนาที่จะพัฒนาและรักษาการคุ้มครองสิทธิต่าง ๆ ของผู้สร้างสรรค์ให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

ข้อที่ 2 เป็นการยอมรับกฎเกณฑ์ใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้นภายใต้สนธิสัญญาฉบับนี้ เช่น มาตรการด้านเทคโนโลยี การบริหารข้อมูล สิทธิการจำหน่าย และสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชน ซึ่งภาคีจำต้องปฏิบัติเพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณี

ข้อที่ 3 กล่าวถึง การยอมรับผลกระทบที่เกิดจากการพัฒนาและความสัมพันธ์ของเทคโนโลยีด้านข้อมูลข่าวสารและด้านการติดต่อสื่อสารต่องานอันมีลิขสิทธิ์ภายใต้สนธิสัญญาฉบับนี้ ดังนั้นจึงมีการปรับปรุงแก้ไขรูปแบบของการให้ความคุ้มครองที่เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น

ข้อที่ 4 เป็นการเน้นให้เห็นถึงความสำคัญของการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่มุ่งให้เกิดแรงจูงใจที่ให้ผู้สร้างสรรค์ได้ใช้สติปัญญาในการสร้างสรรค์ผลงานวรรณกรรมและศิลปกรรมมาก เนื่องจากเป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่า ทรัพย์สินทางปัญญาโดยมากจะตกแก่ประเทศพัฒนาแล้ว ซึ่งเป็นกลุ่มที่สร้างสรรค์ผลงานและเห็นความสำคัญต่องานลิขสิทธิ์เพราะงานเหล่านั้นก่อให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ดังนั้น การออกกฎหมายให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์จึงเป็นการตอบแทนให้ผู้สร้างสรรค์เป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว

ข้อที่ 5 เป็นการยอมรับเกี่ยวกับการรักษาสมดุลระหว่างสิทธิของผู้สร้างสรรค์และประโยชน์สาธารณชนโดยเฉพาะหากเป็นเรื่องการศึกษา ค้นคว้าวิจัย และการเข้าถึงข้อมูล ซึ่งเป็นไปตามเจตนารมณ์ของประเทศกำลังพัฒนาโดยเฉพาะกลุ่มเอเชียที่ประสงค์ให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์ควรคำนึงถึง การรักษาความสมดุลแห่งประโยชน์ ในทางปฏิบัติถือว่าเป็นบทพื้นฐานของการบังคับใช้สิทธิต่าง ๆ ของสนธิสัญญานี้และเป็นข้อยกเว้นของสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้สร้างสรรค์

จากทั้ง 5 ข้อของวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของสนธิสัญญาอย่างชัดเจน

ขอบเขตของสนธิสัญญาในการให้ความคุ้มครอง สนธิสัญญาฉบับนี้มีทั้งสิ้น 25 ข้อโดยข้อ 1-14 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ซึ่งกล่าวถึงความสัมพันธ์กับอนุสัญญาเบอร์น ส่วนข้อ 15-25 เป็นภาคบริหารที่อยู่ภายใต้สนธิสัญญาฉบับนี้และที่สำคัญและทำให้สนธิสัญญาฉบับนี้ มีลักษณะพิเศษต่างจากความคุ้มครองลิขสิทธิ์ฉบับอื่นคือ การมีข้อความอันเป็นที่

ยอมรับ (Agreed Statements) ที่ขยายเพิ่มเติมทั้งเรื่องการตีความและคำจำกัดความของข้อต่าง ๆ ของสนธิสัญญานี้รวมถึงคำรายงานของที่ประชุมทางการ

มาตรฐานการให้ความคุ้มครอง ภายใต้การคุ้มครองลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกได้มีการกำหนดเนื้อหามาตรฐานการ ให้ความคุ้มครองแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ดังต่อไปนี้

1) มาตรฐานการให้ความคุ้มครองทั่วไป

สนธิสัญญานี้ได้นำบทบัญญัติของอนุสัญญาเบอร์น ทำให้หลักการในการให้ความคุ้มครองทั่วไปจึงคล้ายคลึงกับอนุสัญญาเบอร์นกล่าวคือ ภาคีสนธิสัญญานี้ยอมรับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Nation Treatment) หลักการคุ้มครองอัตโนมัติและหลักการคุ้มครอง อิสระโดยปริยาย แต่มิได้บังคับให้ภาคีต้องรับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตามในข้อ 3[105] ของสนธิสัญญานี้ได้บัญญัติให้ภาคีต้องยอมรับและปฏิบัติตามข้อ 2-6 ของอนุสัญญาเบอร์น กล่าวคือ เมื่อประเทศ A เป็นภาคีของสนธิสัญญานี้ และเป็นภาคีของอนุสัญญาเบอร์นและข้อตกลง TRIPS ทำให้สามารถสันนิษฐานได้ว่า ประเทศ A ยอมรับและตกลงปฏิบัติตามหลักการนี้ต่อภาคีอื่นภายใต้อนุสัญญาเบอร์น ข้อตกลง TRIPS และสนธิสัญญานี้ หากกรณีที่เกิดข้อพิพาทใด ๆ ขึ้น ทางปฏิบัติของการประยุกต์ใช้ข้อตกลงใด ให้เป็นไปตามภาคีของข้อตกลงนั้น

ส่วนหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งในข้อ 4 ของข้อตกลง TRIPS มิได้มีบัญญัติไว้ในอนุสัญญาเบอร์นและสนธิสัญญานี้ เนื่องจากภาคีของสนธิสัญญานี้โดย มากเป็นภาคีของข้อตกลง TRIPS อยู่เดิม ดังนั้นการยอมรับหรือไม่ยอมรับหลักการนี้จึงไม่มีผลกระทบต่อสนธิสัญญานี้แต่อย่างใด[106]

2) มาตรฐานการให้ความคุ้มครองโดยเฉพาะ

การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้สนธิสัญญานี้มุ่งที่จะให้ ความคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งพบได้จากคำปรารภที่ว่า “ปรารถนาให้เกิด การพัฒนาและรักษาการคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์ (Rights of Authors) ที่มีผลใช้บังคับอย่างแท้ จริงและในรูปแบบที่เสมอกันและคล้ายกันมากที่สุด นอกจากนี้ลักษณะของการคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญานี้ได้นำหลักการของอนุสัญญาเบอร์นมาบัญญัติไว้ด้วยในข้อ 1 (4) อย่างไรก็ตามสนธิสัญญานี้ได้มีการ

---

[105] Article 3 of WIPO Copyright Treaty, 1996: “Contracting Parties shall apply mutatis mutandis the provisions of Articles 2 to 6 of the Berne Convention in respect of the protection provided for in this Treaty.”

[106] J.A.L Sterling LLB., **WIPO Copyright Treaty (1996)** (London: Sweet & Maxwell, 1998), p. 563.

เพิ่มเติมมาตร ฐานการให้ความคุ้มครองเรื่องใหม่ ๆ ซึ่งเหนือกว่ามาตรฐานการให้ความคุ้มครองตามอนุสัญญาเบอร์นไว้หลายเรื่อง

(1) งานอันมีลิขสิทธิ์

ขอบเขตของงานอันมีลิขสิทธิ์ภายใต้สนธิสัญญาฉบับนี้เป็นไปตามข้อ 2 ที่บัญญัติว่า การคุ้มครองลิขสิทธิ์การคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้นต้องเป็นการคุ้มครองการแสดงออก (Expression) แต่จะไม่คุ้มครองความคิด (ideas) ขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบ หรือการค้นพบทฤษฎีทางคณิตศาสตร์ ส่วนประเภทของงานลิขสิทธิ์ทั่วไปเป็นไปตามอนุสัญญาเบอร์น โดยผลของข้อ 1 ภายใต้สนธิสัญญานี้ นอกจากนี้บทบัญญัติของสนธิสัญญานี้ได้ กล่าวถึงลิขสิทธิ์แนวใหม่ เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ฐานข้อมูล การบริหารข้อมูล และมาตรการ ด้านเทคโนโลยี ซึ่งจะกล่าวในบทต่อไปที่ทำให้มาตรฐานการคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญา ลิขสิทธิ์นี้สูงกว่าอนุสัญญาเบอร์น

(2) สิทธิของผู้สร้างสรรค์

สิทธิในทางเศรษฐกิจที่ให้แก่ผู้สร้างสรรค์ภายใต้สนธิสัญญาฉบับนี้ที่เพิ่มขึ้นจากอนุสัญญาเบอร์นมีด้วยกัน 3 เรื่อง กล่าวคือ สิทธิในการจำหน่าย (ข้อ 6) สิทธิในการให้เช่า (ข้อ 7) และสิทธิในการเผยแพร่ (ข้อ 8)

(3) อายุการคุ้มครอง

อายุการคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์เป็นไปตามหลักทั่วไป กล่าวคือ ผู้สร้างสรรค์จะได้รับความคุ้มครองตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์บวกไปอีก 50 ปีหลังจากสิ้นชีวิต นอกจากนี้สนธิสัญญานี้ได้ระบุเป็นการเฉพาะสำหรับงานภาพถ่ายไว้ที่ข้อ 9 โดยบัญญัติว่า “In Respect of Photographic Works, the Contracting Parties shall not apply the Provisions of Article 7(4) of the Berne Convention.” ซึ่งสรุปได้ว่า ภาคีของสนธิสัญญานี้ต้องไม่นำบทบัญญัติข้อ 7(4) ของอนุสัญญา เบอร์นมาปรับใช้ กล่าวคือ จะไม่ให้ใช้อายุ การคุ้มครองงานภาพถ่ายที่อนุสัญญาเบอร์นกำหนดไว้ 25 ปีมาปรับใช้ ดังนั้น บทบัญญัติภายใต้ข้อ 9 ของสนธิสัญญานี้เป็นการย้ำว่า การให้ความคุ้มครองงาน ภาพถ่ายต้องให้อายุการคุ้มครองมากกว่า 25 ปีขึ้นไปซึ่งหมายความว่า งานภาพถ่ายมีอายุการคุ้มครองเป็นไปตามหลักทั่วไป คือ บวก 50 ปี[107]

(4) การบังคับใช้สิทธิ

บทบัญญัติ 14 (1) ของสนธิสัญญานี้ระบุว่า ภาคีจำต้องนำบทบัญญัติทั้งหลายภายใต้สนธิสัญญาฉบับนี้ไปบังคับใช้ภายในประเทศของตน และต้องมีมาตรการที่จำเป็น เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้แก่ภาคีของสนธิสัญญานี้ ประกอบกับจำต้องหามาตรการบังคับใช้ที่เหมาะสม

---

[107] *Ibid.,* p. 571.

ภายใต้กฎหมายของตนเพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิของผู้สร้างสรรค์รวมถึงจัดหาวิธีการเยียวยาเพื่อป้องกันการละเมิดเช่นว่าและมีการเยียวยาให้แก่ผู้สร้างสรรค์เมื่อได้รับความเสียหาย

(5) ข้อจำกัดและข้อยกเว้น

ข้อ 10 (1) ของสนธิสัญญาเป็นการอนุญาตให้ภาคีสามารถกำหนดข้อจำกัดและ ข้อยกเว้นของสิทธิที่ผู้สร้างสรรค์ได้รับภายใต้สนธิสัญญานี้เพื่อปรับใช้ต่อกฎหมายภายในภาคีของรัฐ นั้นได้ แต่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่สนธิสัญญานี้กำหนดไว้ กล่าวคือ ต้องไม่เป็นการขัดต่อการแสวง หาประโยชน์โดยปกติของงานและไม่กระทบกระเทือนต่อประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ ภาคีเมื่อใช้อนุสัญญาเบอร์นต้องกำหนดข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นใด ๆ สำหรับสิทธิต่าง ๆ ที่อนุสัญญาดังกล่าวได้ระบุไว้ เฉพาะกับบางกรณีพิเศษซึ่งไม่ขัดต่อการแสวงประโยชน์ โดยปกติจากงานและไม่กระทบกระเทือนเกินสมควรต่อประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของผู้สร้างสรรค์

3.2.3.2 หลักการพิจารณาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

สนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty) ได้มีการดำเนินการโดยใช้อนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม เป็นกฎหมายที่เป็นรูปแบบและนำมาประยุกต์ใช้กับเรื่องเทคโนโลยีเป็นสำคัญ ซึ่งก็มิได้มีการให้คำจำกัดความ หรือมิได้อธิบายในตัวของคำว่า ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้แต่อย่างใด

หลักการพิจารณาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของสนธิสัญญาลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก เป็นสนธิสัญญาว่าด้วยการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยให้ประเทศสมาชิกตามอนุสัญญานี้บัญญัติกฎหมายภายในให้เป็นไปตามมาตรฐานที่สนธิสัญญาลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ซึ่งหลักเกณฑ์อันเกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองในงานวรรณกรรมมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

โดยมีประเภทของงานที่ได้รับความคุ้มครอง ตามมาตรา 3 ได้กำหนดให้ประเภทของงานที่ได้รับความคุ้มครองเป็นไปตาม อนุสัญญากรุงเบอร์น ได้แก่ งานวรรณกรรม และงานศิลปกรรม ให้รวมถึงงานวรรณกรรม งานในแผนก วิทยาศาสตร์ และงานศิลปกรรม ซึ่งอยู่ในรูปของหนังสือ จุลสาร งานเขียนอื่น ๆ คำบรรยาย สุนทร พจน์ คติธรรม และงานอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกัน การแสดง หรือการแสดงประกอบเพลง การ ออกแบบท่าเต้น งานบันเทิงในรูปของละครใบ้ งานดนตรีกรรมไม่ว่าจะมีคำร้อง หรือไม่ งาน ภาพยนตร์ ซึ่งแสดงออกในรูปของงานวาดเขียน งานทาสี งานสถาปัตยกรรม งานประติมากรรม งาน แกะสลัก ภาพพิมพ์ งานภาพถ่าย งานศิลปประยุกต์

ภาพประกอบ แผนที่ แบบแผน ภาพสเก็ต งานสามมิติซึ่งเกี่ยวข้องกับภูมิศาสตร์ ภูมิประเทศ สถาปัตยกรรม หรือวิทยาศาสตร์[108]

สำหรับในส่วนของขอบเขตของการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ มาตรา 2 ได้กำหนดขอบเขตของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ไว้ โดยคุ้มครองเฉพาะในส่วนของการแสดงออกซึ่งความคิด ไม่รวมถึง ความคิด วิธีการ หรือหลักการทางวิทยาศาสตร์[109]

3.2.3.3 ระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์

ในส่วนของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ตามสนธิสัญญาลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกไม่ได้กำหนดเอาไว้สำหรับในเรื่องของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์เพียงแต่สนธิสัญญานี้ได้นำบทบัญญัติของอนุสัญญาเบอร์นทำให้หลักการในการให้ความคุ้มครองทั่วไปจึงคล้ายคลึงกับอนุสัญญาเบอร์นกล่าวคือ ภาคีสนธิสัญญานี้ยอมรับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Nation Treatment) หลักการคุ้มครองอัตโนมัติและหลักการคุ้มครองอิสระโดยปริยาย แต่มิได้บังคับให้ภาคีต้องรับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้แต่อย่างใด

3.3 สรุปประเด็นสำคัญท้ายบท

กฎหมายระหว่างประเทศหรือความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ที่นำมาเป็นแนวทางในการศึกษาและวิเคราะห์ถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ที่สร้างสรรค์ขึ้น มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่ ในส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศและข้อตกลงระหว่างประเทศก็มิได้มีการให้คำนิยามและคำจำกัดความอย่างชัดเจนในเรื่องนี้แต่อย่างใด ทั้งยังไม่มีการบอกขอบเขต เพียงแต่บอกว่าลักษณะของการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์หรือความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์งานนั้นต้องมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยให้ความหมายในลักษณะนี้เท่านั้น ซึ่งในแต่ละประเทศเองที่เป็นภาคีสมาชิกต่างก็ได้อนุวัตรการไป และไปกำหนดในเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในแต่ละประเทศเอง ทำให้หลายครั้งจะประสบปัญหาก็คือว่า มีข้อโต้แย้งว่าความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์เป็นสิ่งที่จะต้องเกิดคู่กันหรือไม่ หรือเป็นเรื่องที่จะพิจารณาเพียงคำใดคำหนึ่งเท่านั้น ไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครอง

---

[108] WIPO Copyright Treaty 1996 Article 3 Contracting Parties shall apply mutatis mutandis the provisions of Articles 2 to 6 of the Berne Convention in respect of the protection provided for in this Treaty.

[109] WIPO Copyright Treaty 1996 Article 2 Copyright protection extends to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.

วรรณกรรมและศิลปกรรม หากพิจารณากล่าวถึงคำว่า ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตามอนุสัญญากรุงเบอร์น ก็จะพบว่าในเนื้อหาของอนุสัญญามิได้กล่าวถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้โดยตรง แต่ให้ประเทศภาคีสมาชิกบัญญัติในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้นเอง ซึ่งส่งผลให้ประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญา ยังคงมีความขัดแย้งในการตีความคำว่า ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ทำให้เกิดมาตรฐานที่ไม่เท่ากันในการคุ้มครองสิทธิ์

ในส่วนของความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (ข้อตกลง TRIPS) ก็มิได้บัญญัติหรือกำหนดไว้ในเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เช่นเดียวกัน แต่ให้ประเทศภาคีสมาชิกกำหนดหรือบัญญัติขึ้นมาเอง โดยคำนึกถึงหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ในการที่จะดำเนินการในเรื่องดังกล่าวโดยพิจารณาถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เป็นสำคัญ

สนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ ได้มีการดำเนินการโดยใช้อนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม เป็นกฎหมายที่เป็นรูปแบบและนำมาประยุกต์ใช้กับเรื่องเทคโนโลยีเป็นสำคัญ ซึ่งก็มิได้มีการให้คำจำกัดความ หรือมิได้อธิบายในตัวของคำว่า ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้แต่อย่างใด

ดังนั้น จึงกลายเป็นกรอบอย่างกว้างให้กับประเทศภาคีสมาชิกที่จะไปอนุวัตรการให้มีความเหมาะสมกับประเทศของตน โดยพิจารณาจากเศรษฐศาสตร์ เศรษฐกิจ สังคม การเมือง และวัฒนธรรม เพื่อที่จะคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น หากพิจารณาถึง กรณีภาพลามกอนาจารนั้น บางประเทศให้เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์แต่บางประเทศไม่ถือเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่ในขณะเดียวกันบางสังคมและบางวัฒนธรรมก็จะมีมุมมองที่แตกต่างและหลากหลายตามความเชื่อและจารีตประเพณีของชาติตน ตัวอย่างเช่น ลักษณะรูปที่มีลักษณะการเขียนพระพุทธรูปของประเทศไทยนั้น เมื่อมีการสร้างสรรค์ขึ้นมีมุมมองว่าไม่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ แต่หากเป็นประเทศอื่นกลับถือว่ามีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่จะในรูปแบบของสี ใส่รูปแบบต่าง ๆ ในภาพได้ หรือปั้นเป็นปฏิมากรรม หรือมีการนำไปประยุกต์เป็นภาพในที่รองแก้วที่มีลักษณะเป็นศิลปะประยุกต์อีกด้วย ซึ่งในส่วนของประเทศไทยไม่สามารถที่จะกระทำได้ ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับวัฒนธรรมนั่นเอง อนึ่งแม้จากสภาพเศรษฐกิจของประเทศจะเอื้อให้เกิดงานขึ้นมาได้ แต่หากไปขัดต่อบริบทของสังคมและวัฒนธรรมของประเทศนั้น ๆ ก็ไม่สามารถที่จะกระทำได้

ดังนั้น เศรษฐศาสตร์ เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม จึงเข้ามามีบทบาทต่อกรณีที่จะออกกฎหมายในการคุ้มครองหรือเลือกที่จะรักษาข้อจำกัดหรือข้อสงวนสิทธิ์ ซึ่งต่อให้มีหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หรือหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งก็ตาม แต่ท้ายที่สุดแล้วก็ย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของประเทศเช่นกัน

บทที่ 4

ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ของต่างประเทศและประเทศไทย

เนื่องด้วยบทบัญญัติกฎหมายภายในของแต่ละประเทศในเรื่องลิขสิทธิ์ มีบทบัญญัติของกฎหมายที่แตกต่างกันออกไป โดยเนื้อหาของบทที่ 4 นี้จะมุ่งเน้นให้ความสำคัญในการศึกษากฎหมายลิขสิทธิ์ของแต่ละประเทศ โดยมุ่งเน้นศึกษาหลักการพื้นฐานเบื้องต้นของกฎหมายลิขสิทธิ์ การศึกษากฎหมายในลักษณะในเชิงเปรียบเทียบของกฎหมายในแต่ละประเทศ ซึ่งการศึกษาดังกล่าวในส่วนนี้นับว่ามีความสำคัญ ทั้งนี้เนื่องมาจากคุณสมบัติพิเศษของกฎหมายที่มีลักษณะของการใช้บังคับเฉพาะภายในแต่ละประเทศ (Territoriality) ถึงแม้กรณีจะได้ทำความตกลงระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าวไว้ในรูปแบบของสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาแล้วก็ตามเช่น อนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) หรือ ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงองค์กรการค้าโลก (WTO)

อนึ่งอย่างไรก็ตามการบังคับใช้และการทำให้หลักเกณฑ์การคุ้มครองลิขสิทธิ์ดังกล่าวข้างต้นก็ยังไม่มีผลสมบูรณ์เต็มที่ เนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวเป็นเพียงการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของกฎหมายลิขสิทธิ์ในบางเรื่องและบังคับใช้เฉพาะประเทศที่เป็นสมาชิกเท่านั้น และในกรณีความแตกต่างของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศในบางเรื่องยังคงปรากฏอยู่ ด้วยเหตุนี้จึงเป็นประเด็นสำคัญที่ส่งผลให้ผู้สร้างสรรค์งานที่มีความประสงค์ที่จะได้รับความคุ้มครองงานของตนด้วยกฎหมายลิขสิทธิ์ในหลาย ๆ ประเทศในคราวเดียวกันจำเป็นจะต้องเรียนรู้ขอบเขต เงื่อนไข รวมถึงการการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของงานประเภทต่าง ๆ ในแต่ละประเทศ เพื่อให้เกิดการคุ้มครองอย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพ มิฉะนั้นแล้วงานสร้างสรรค์ชิ้นเดียวกันที่ได้รับการแพร่หลายไปในหลาย ๆ ประเทศอาจได้รับความคุ้มครองในประเทศหนึ่ง แต่ขณะเดียวกันอาจไม่ได้รับความคุ้มครองในอีกประเทศหนึ่ง ซึ่งท้ายที่สุดแล้วอาจจะส่งผลทำให้เกิดความเสียหายทั้งด้านเศรษฐกิจและผลเสียต่อผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ตามมา

ในส่วนของบทที่ 4 มีสาระสำคัญในส่วนของกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยและต่างประเทศ ซึ่งจะแบ่งออกเป็น 2 ส่วนคือ ประเทศที่เศรษฐกิจพัฒนาแล้วซึ่งประกอบด้วย สหรัฐอเมริกา สหราช

อาณาจักร และประเทศญี่ปุ่น และประเทศที่เศรษฐกิจกำลังพัฒนา ซึ่งประกอบด้วยสาธารณรัฐอินเดีย และประเทศไทย โดยเนื้อหาจะแสดงให้เห็นว่า กฎหมายลิขสิทธิ์แต่ละประเทศนั้นมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานประเภทใดจึงจะถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์รวมถึงประเด็นอื่น ๆ ที่สำคัญด้วย

4.1 ประเทศที่เศรษฐกิจพัฒนาแล้ว

4.1.1 สหรัฐอเมริกา

4.1.1.1 เหตุผล ที่มาและความสำคัญของการตรากฎหมายลิขสิทธิ์

ในสหรัฐอเมริกาที่มาของกฎหมายลิขสิทธิ์ระดับสหรัฐ (Federal Law) มาจากรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาซึ่งบังคับใช้ตั้งแต่ ค.ศ.1789 กล่าวคือ มีบทบัญญัติให้อำนาจรัฐสภา (Congress) ในการออกกฎหมายเพื่อส่งเสริมความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ และศาสตร์อันเป็นคุณประโยชน์ โดยให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวซึ่งมีระยะเวลาจำกัดแก่ผู้สร้างสรรค์หรือผู้ประดิษฐ์ในการเขียนและการค้นพบนั้น ซึ่งรัฐสภาของสหรัฐอเมริกาก็ได้มีการออกกฎหมายตามอำนาจดังกล่าวซึ่งเป็นกฎหมายระดับสหรัฐและพัฒนาเรื่อยมาจนเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ในปัจจุบัน

กฎหมายลิขสิทธิ์สหรัฐอเมริกา ได้มีพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2519 ซึ่งมีผลใช้บังคับ เมื่อวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ. 2519 (“พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์”) และ Digital Millennium Copyright Act และ Vessel Hull Design Protection Act ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม พ.ศ. 2541 รองรับในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์ โดยสหรัฐอเมริกามีระบบการคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีอยู่ด้วยกันหลายฉบับ ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม ณ กรุงเบอร์น พ.ศ. 2429 (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 1886) อนุสัญญาลิขสิทธิ์สากล พ.ศ. 2495 (Universal Copyright Convention, 1952) Convention for the Protection of Producers of Phonograms Against Unauthorized Duplication of Their Program, 1971 ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า รวมทั้งการค้าสินค้าปลอมแปลง (มาร์ราเดช พ.ศ. 2537) (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 1994) WIPO Copyright Treaty พ.ศ. 2539 WIPO Performances and phonograms treaty W.M. 2539 และความตกลงร่วมกันทางด้านลิขสิทธิ์ ระหว่างสหรัฐอเมริกาและประเทศไทย ณ วันที่ 1 กันยายน พ.ศ. 2464 นอกจากนี้สหรัฐอเมริกายังมีความตกลงร่วมกันทางด้านลิขสิทธิ์กับประเทศ

อื่น ๆ ด้วย อีกหลายประเทศ ซึ่งการได้รับความคุ้มครองย่อมเกิดขึ้นในทันทีที่สร้างสรรค์งานนั้นเสร็จ งานดังกล่าวนั้นหมายถึงงานใด ๆ ที่สามารถเห็นเป็นรูปร่างได้[110]

ในส่วนของเหตุผล ที่มา และความสำคัญของการตรากฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกานั้นการคุ้มครองงานภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกามาตรา 1 อนุมาตรา 8 ข้อย่อยที่ 8 (Article 1, Section 8, Clause 8) ในมาตราดังกล่าวได้ระบุเป็นนัยสำคัญที่มาและเหตุผลของทั้งกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายสิทธิบัตรในประเทศสหรัฐอเมริกาไว้ดังนี้

“เพื่อที่จะทำให้เกิดความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ และศิลปวิทยาที่ยังประโยชน์ จึงมีความ จำเป็นที่จะต้องมอบสิทธิผูกขาดในความเป็นเจ้าของในช่วงระยะเวลาหนึ่ง แก่ผู้ประพันธ์และนักประดิษฐ์ต่องานเขียนและการค้นพบของพวกเขาเหล่านั้น”[111]

อย่างไรก็ตามเนื่องจากบทบัญญัติมาตราดังกล่าวในรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติถึงรายละเอียด ของเงื่อนไขการคุ้มครองและได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ รัฐบาลกลาง ของสหรัฐอเมริกาจึงจำต้องบัญญัติ กฎหมายลำดับรองคือ The Copyright Act ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ในสหพันธรัฐ (Federal Law) ขึ้นมาเพื่อทำให้วัตถุประสงค์ที่ระบุไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญสัมฤทธิ์ผล โดยกฎหมาย The Copyright Act ดังกล่าวนั้นได้มีการบัญญัติขึ้นครั้งแรกตั้งแต่ปี ค.ศ. 1790 จนกระทั่งมาถึงปัจจุบันคือ The Copyright Act 1976 ทั้งนี้ในกฎหมายฉบับล่าสุดได้ระบุเงื่อนไขของหลักการ ได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ไว้ในมาตรา 102 (b) ดังต่อไปนี้

การที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ งานนั้นจะต้องเป็นงานซึ่งมีการสร้างสรรค์ขึ้นด้วยตัวของผู้สร้างสรรค์งานเอง (Originality) และงานดังกล่าวจะต้องมีการบันทึก ลงในสื่อใด ๆ ก็ตามซึ่งสามารถที่จะนำเสนองานนั้นออกมาให้ปรากฏ (Fixation)[112]

---

[110] กรมทรัพย์สินทางปัญญา, **กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา**, ค้นวันที่ 1 ธันวาคม 2561 จาก https://www.ipthailand.go.th/th

[111] “To promote the progress of science and the useful arts, by securing for limited times, to authors and inventors, the exclusive right to their respective writing and discoveries”

[112] In the 1976 Copyright Act, section 102 (a) states that “Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression…”

จากบทบัญญัติของมาตราดังกล่าวข้างต้น ศาลสหรัฐอเมริกาได้ตีความและสรุปเงื่อนไข รายละเอียดในการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ไว้ทั้ง 2 ประการไว้ดังนี้ ประการแรกหลักความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ (Originality) และประการที่สองงานลิขสิทธิ์จะต้องมีการบันทึก (Fixation)

ประการแรก ในส่วนของหลักความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ (Originality)

หลักความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของสหรัฐอเมริกาแต่เดิมได้ยึดทฤษฎี “Sweat of the Brow” หรือ “Skill Labor and Judgement Principle” ในการกำหนดเงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ โดยทฤษฎีดังกล่าวมีสาระสำคัญคือ หากผู้สร้างงานได้ลงทุนลงแรงเพื่อสร้างสิ่งใดสิ่งหนึ่งขึ้น แม้ว่างานนั้นจะไม่มีคุณภาพ หรือปริมาณของความคิดสร้างสรรค์อยู่ในตัวงานนั้น รัฐเองก็ยังให้ความคุ้มครองงานนั้นภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ เพื่อเป็นการตอบแทนการลงทุนลงแรงของผู้สร้างงาน

อย่างไรก็ดีหลักดังกล่าวต่อมาภายหลังได้ถูกยกเลิกไปโดยคำพิพากษาของศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาในคดี Feist Publication Inc. V. Rural Telephone Service Company Inc. โดย ศาลสูงของสหรัฐฯ (Supreme Court) ได้ตีความและระบุเงื่อนไขของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ (Originality) ไว้เสียใหม่ว่า การงานจะเข้าเงื่อนไของค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ได้นั้น งานดังกล่าวนอกเหนือจะต้องเป็น การสร้างสรรค์ขึ้นโดยอิสระ (Independent Creation) ซึ่งก็คือเป็นงานที่เกิดขึ้นโดยปราศจาก การลอกเลียนแบบแล้ว งานดังกล่าวยังจะต้องมีปริมาณของความคิดสร้างสรรค์ในงานนั้นอย่างพอเพียง (Modest Quantum of Creativity) ถึงกระนั้นก็ตามงานดังกล่าวนั้นไม่ต้องประกอบขึ้นด้วยความงดงามหรือคุณค่าทางศิลปะ (Artistic Merit or Beauty) อย่างมากมายแต่ประการใด

สำหรับในส่วนความหมายของ Independent Creation ของงานที่ประสงค์จะให้ได้รับความคุ้มครองนั้น ทางศาลเองได้ตีความไว้ว่ากรณีดังกล่าวไม่จำต้องเป็นงานที่เกิดขึ้นเป็นอย่างพิเศษ (Striking Uniqueness) หรือเป็นงานที่เกิดขึ้นใหม่ (Novelty)[113] โดยอาจมีกรณีที่งานสองงานอาจเกิดขึ้นโดยมีความคล้ายคลึงหรือเหมือนกันก็ได้ แต่กรณีทั้งสองงานที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นการเกิดขึ้นโดยอิสระปราศจากการลอกเลียนแบบซึ่งกันและกัน ตัวอย่างในเรื่องดังกล่าวได้แก่กรณีภาพถ่ายทำเนียบขาว หากนาย ก. และนาย ข. ได้ถ่ายรูปทำเนียบขาวโดยใช้กล้องชนิดเดียวกันถ่ายในมุมและที่ตั้งเดียวกัน ภาพที่ได้จากการถ่ายภาพของแต่ละคนย่อมออกมาเหมือนกัน กรณีจะถือว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นไม่ได้เพราะทั้งนาย ก. และ นาย ข. ต่างมีลิขสิทธิ์ในภาพถ่ายของตน เนื่องจากเป็นภาพถ่ายซึ่งแต่ละคนสร้างสรรค์ขึ้นโดยอิสระ การที่จะถือว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ก็ต่อเมื่อมีการนำภาพถ่ายของคนหนึ่งคนใดมาทำซ้ำเท่านั้น

---

[113] Alfred Bell & Co. V. Catalda Fine Arts, Inc., 191 F.2d 99 (2d Cir. 1951)

ประการที่สอง ในส่วนของงานลิขสิทธิ์จะต้องมีการบันทึก (Fixation)

ในส่วนของ Fixation นั้น ศาลสหรัฐอเมริกาได้ให้ความหมายว่ากรณีที่จะเข้าเงื่อนไขนี้ต้องเป็นการบันทึกการสร้างสรรค์งานลงไปในสื่อทางกายภาพ (Physical Rendering of the Fruit of Authors Creativity)[114] ซึ่งทั้งนี้ไม่จำต้องคำนึงถึงรูปแบบของสื่อทางกายภาพแต่อย่างใด ตัวอย่างของการบันทึกตามเงื่อนไขดังกล่าวนี้อาจเป็นการบันทึกลงในแผ่นเสียง กระดาษ วีดีโอเทป แผ่นฟิล์ม ภาพยนตร์ ฯลฯ ก็ได้ แต่กรณีที่ควรต้องตั้งข้อสังเกตไว้ก็คือในกรณีของการแสดงดนตรี สด หรือการเล่นละคร โดยไม่มีการบันทึกภาพหรือเสียง ถึงแม้ผลงานของการแสดงดังกล่าวจะ มีความสวยงามหรือมีความเป็นอัจฉริยะ เพียงใด งานดังกล่าวก็จะไม่ได้ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาเนื่องจากขาดองค์ประกอบในส่วนของการบันทึก อนึ่งสำหรับช่วงระยะเวลาในการบันทึกงานลงไปนั้น ศาลในคดี MAI ได้ให้หลักกฎหมายไว้ว่า “การบันทึกลงไปนั้นไม่จำต้องใช้ช่วงระยะเวลานาน การป้อนข้อมูลในงาน Software ซึ่งมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ลงในหน่วยความจำ RAM Memory ของคอมพิวเตอร์ก็เพียงพอแล้วที่จะถือได้มีการบันทึกเกิดขึ้น”

4.1.1.2 มุมมองเศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรม กับการตรากฎหมายลิขสิทธิ์

ในส่วนของมุมมองเศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรม กับการตรากฎหมายลิขสิทธิ์นั้นผู้เขียนขอนำเสนอในส่วนของประวัติศาสตร์ของสหรัฐอเมริกาผ่านทางมุมมองของกฎหมายที่สำคัญคือ ในส่วนของกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาที่ให้ความสำคัญกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอย่างกฎหมายลิขสิทธิ์ ซึ่งถือได้ว่าเป็นพัฒนาการสำคัญที่สุดที่ถือเป็นลักษณะเฉพาะในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือการกำหนดกรอบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งยกร่างแล้วเสร็จใน ค.ศ. 1787 และมีผลใช้บังคับในปีถัดมาคือ ค.ศ. 1788 ซึ่งการนำนำหลักการของการสร้างความสมดุลในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญดังกล่าวกลายเป็นลักษณะเฉพาะของสหรัฐอเมริกาที่แตกต่างไปจากสหราชอาณาจักรและประเทศอื่นในภาคพื้นยุโรป บทบัญญัติดังกล่าวในรัฐธรรมนูญกลายเป็นกรอบพื้นฐานที่สำคัญที่สุดในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของสหรัฐอเมริกา โดยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาเทคโนโลยีและงานศิลปะให้แก่ประเทศหรือสาธารณะเป็นสำคัญ และในสหรัฐอเมริกานิยมเรียกบทบัญญัตินี้ว่า Progress Clause ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของสรัฐอเมริกา มาตรา 8 ส่วนที่ 8 ข้อ 8 บัญญัติว่า รัฐสภามีอำนาจหน้าที่ส่งเสริมความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และงานศิลปะที่เป็นประโยชน์ โดยการประกันสิทธิแต่ผู้เดียวให้แก่ผู้สร้างสรรค์งานวรรณกรรมและผู้ประดิษฐ์สิ่งประดิษฐ์ ทั้งนี้ภายในระยะเวลาที่จำกัด

---

[114] GoldStein v. California, 412 U.S. 646 (1973)

สำหรับการตรากฎหมายลิขสิทธิ์ผ่านมุมมองเศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรมของสหรัฐอเมริกานั้น การออกกฎหมาย The Copyright Act 1976 สะท้อนถึงมุมมองทางด้านเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของสหรัฐอมริกากล่าวคือ ในปัจจุบันสำหรับ “ลิขสิทธิ์” นั้น หมายถึง รูปแบบการให้ความคุ้มครองที่กฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้ให้กับผู้สร้างสรรค์ โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกานั้น มีบทบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา ลักษณะ 17 ลิขสิทธิ์ United State Code Title 17: Copyright ซึ่งมีสาระสำคัญ 4 ประการ ดังต่อไปนี้

ประการแรก ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครอง

ตามมาตรา 102 (a)[115] นั้นลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองในงานที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ขึ้นโดยผู้สร้างสรรค์ ซึ่งปรากฏอยู่ในรูปของทรัพย์ที่จับต้องได้ ทั้งนี้ผู้ทรงลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะนำงานออก เผยแพร่ต่อสาธารณชน ทำซ้ำ หรือเผยแพร่ด้วยวิธีอื่นใด โดยงานที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ได้แก่

1) งานวรรณกรรม โดยงานวรรณกรรมตามมาตรานี้ให้หมายความรวมถึงนวนิยายด้วย
2) งานดนตรีกรรม ไม่ว่าจะมีคำร้องหรือไม่
3) งานที่เกี่ยวกับการแสดง ไม่ว่าจะมีดนตรีประกอบหรือไม่
4) การแสดงท่าทางบรรยายเรื่องราว และท่าเต้นที่ถูกออกแบบขึ้น (งานนาฏกรรม)
5) ภาพร่าง งานจิตรกรรม และงานประติมากรรม
6) งานภาพยนตร์ และงานโสตทัศนูปกรณ์อื่น ๆ
7) สิ่งบันทึกเสียง
8) งานสถาปัตยกรรม

---

[115] United State Code Title 17 § 102 (a) Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. Works of authorship include the following categories: (1) literary works; (2) musical works, including any accompanying words; (3) dramatic works, including any accompanying music; (4) pantomimes and choreographic works; (5) pictorial, graphic, and sculptural works; (6) motion pictures and other audiovisual works; (7) sound recordings; and (8) architectural works.

ประการที่สองขอบเขตของการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 102 (b)[116]

สำหรับของเขตของการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ไม่ครอบคลุมถึงความคิด วิธีการ การจัดการ ระบบ วิธีการดำเนินการ แนวคิด หลักการ การค้นพบ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของการบรรยาย คำอธิบาย ภาพประกอบ หรือสิ่งอื่นใดที่แสดงให้เห็นซึ่งความคิดในงานอันมีลิขสิทธิ์ มาตรา 103 ได้กำหนดถึงวัตถุแห่งหนี้ของลิขสิทธิ์ ความยินยอม และการได้มาซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้ดังต่อไปนี้[117]

(a) วัตถุแห่งนี้ของลิขสิทธิ์ที่ระบุในมาตรา 102 งานดัดแปลง และงานที่ถูก รวบรวมและเรียบเรียงขึ้นใหม่ย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ไม่รวมถึงงานที่เกิดขึ้นโดยไม่ชอบด้วย กฎหมายไม่ว่าทั้งหมด หรือบางส่วน

(b) ลิขสิทธิ์ในงานดัดแปลง หรืองานรวบรวม ผู้สร้างสรรค์ย่อมได้รับความคุ้มครองในส่วนที่ตนได้ใช้ความริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้นมาใหม่แต่ไม่ได้รับความคุ้มครองในงานที่มีอยู่ตั้งแต่ต้น การให้ความคุ้มครองงานรวบรวมนั้นเป็นการให้ความคุ้มครองแยกต่างหากออกมาจากงานเดิม ไม่ส่งผลในการขยายระยะเวลาในการคุ้มครองงานเดิมที่มีอยู่แล้ว

---

[116] United State Code Title 17 § 102 (b) In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.

[117] United State Code Title 17 § 103 (a) The subject matter of copyright as specified by section 102 includes compilations and derivative works, but protection for a work employing preexisting material in which copyright subsists does not extend to any part of the work in which such material has been used unlawfully. (b) The copyright in a compilation or derivative work extends only to the material contributed by the author of such work, as distinguished from the preexisting material employed in the work, and does not imply any exclusive right in the preexisting material. The copyright in such work is independent of, and does not affect or enlarge the scope, duration, ownership, or subsistence of, any copyright protection in the preexisting material.

มาตรา 302 (a)[118] ได้กำหนดให้ลิขสิทธิ์มีอายุการคุ้มครองเท่ากับตลอดชีวิตของผู้สร้างสรรค์ และคุ้มครองต่อไปอีก 70 ปี นับจากวันที่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย

ประการที่สามสิทธิแต่งเพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์

เมื่อผู้สร้างสรรค์งานได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว ย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิในงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นแต่เพียงผู้เดียว โดยสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 106 ได้กำหนดสิทธิแต่งเพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ไว้ดังต่อไปนี้[119]

1) ทำซ้ำ หรือทำสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์

2) ทำการดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์

3) แจกจ่ายงานที่ทำซ้ำขึ้น หรือสำเนาของงานอันมีลิขสิทธิ์ต่อสาธารณชนโดยการขาย หรือการแลกเปลี่ยนด้วยวิธีอื่นใด หรือการให้เช่าโดยมีการเก็บค่าเช่า หรือให้ยืม

4) ทำการแสดงงานอันมีลิขสิทธิ์ต่อสาธารณะ ในกรณีที่เป็นการงานวรรณกรรม งานดนตรีกรรม และการออกแบบท่าเต้น ละครใบ้ หรืองานภาพยนตร์ และงานโสตทัศนูปกรณ์อื่น ๆ

---

[118] United State Code Title 17 § 302 (a) Copyright in a work created on or after January 1, 1978, subsists from its creation and, except as provided by the following subsections, endures for a term consisting of the life of the author and 70 years after the author's death.

[119] United State Code Title 17 § 106 Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following: (1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords; (2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work; (3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending; (4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly; (5) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and pictorial, graphic, or sculptural works, including the individual images of a motion picture or other audiovisual work, to display the copyrighted work publicly; and (6) in the case of sound recordings, to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission.

5) ทำการเรียบเรียงงานขึ้นใหม่ในรูปของภาพเคลื่อนไหว หรืองานโสตทัศนูปกรณ์อื่น ๆ เพื่อนำงานออกแสดงต่อที่สาธารณะ ในกรณีที่เป็นการงานวรรณกรรม งานดนตรีกรรม และการออกแบบท่าเต้น ละครใบ้ หรืองานภาพร่าง งานจิตรกรรม หรืองานประติมากรรม และ

6) นำงานอันมีลิขสิทธิ์ออกแสดงต่อสาธารณชนในรูปสื่อดิจิทัล ในกรณีเป็นสิ่งบันทึกเสียง

ประการที่สี่การกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

การละเมิดลิขสิทธิ์ การกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 501 มีใจความสำคัญดังต่อไปนี้[120]

---

[120] United State Code Title 17 § 501 (a) Anyone who violates any of the exclusive rights of the copyright owner as provided by sections 106 through 122 or of the author as provided in section 106A (a), or who imports copies or phonorecords into the United States in violation of section 602, is an infringer of the copyright or right of the author, as the case may be. For purposes of this chapter (other than section 506), any reference to copyright shall be deemed to include the rights conferred by section 106A (a). As used in this subsection, the term “anyone” includes any State, any instrumentality of a State, and any officer or employee of a State or instrumentality of a State acting in his or her official capacity. Any State, and any such instrumentality, officer, or employee, shall be subject to the provisions of this title in the same manner and to the same extent as any nongovernmental entity.

(b) The legal or beneficial owner of an exclusive right under a copyright is entitled, subject to the requirements of section 411, to institute an action for any infringement of that particular right committed while he or she is the owner of it. The court may require such owner to serve written notice of the action with a copy of the complaint upon any person shown, by the records of the Copyright Office or otherwise, to have or claim an interest in the copyright, and shall require that such notice be served upon any person whose interest is likely to be affected by a decision in the case. The court may require the joinder, and shall permit the intervention, of any person having or claiming an interest in the copyright.

(c) For any secondary transmission by a cable system that embodies a performance or a display of a work which is actionable as an act of infringement under subsection (c) of section 111, a television broadcast station holding a copyright or other license to transmit or perform the same version of that work shall, for purposes of subsection (b) of this section, be treated as a legal or beneficial owner if such secondary transmission occurs within the local service area of that television station.

(d) For any secondary transmission by a cable system that is actionable as an act of infringement pursuant to section 111 (c) (3), the following shall also have standing to sue: (i) the primary transmitter whose transmission has been altered by the cable system; and (ii) any broadcast station within whose local service area the secondary transmission occurs.

(e) With respect to any secondary transmission that is made by a satellite carrier of a performance or display of a work embodied in a primary transmission and is actionable as an act of infringement under section 119 (a) (5), [1] a network station holding a copyright or other license to transmit or perform the same version of that work shall, for purposes of subsection (b) of this section, be treated as a legal or beneficial owner if such secondary transmission occurs within the local service area of that station.

(f) (1) With respect to any secondary transmission that is made by a satellite carrier of a performance or display of a work embodied in a primary transmission and is actionable as an act of infringement under section 122, a television broadcast station holding a copyright or other license to transmit or perform the same version of that work shall, for purposes of subsection (b) of this section, be treated as a legal or beneficial owner if such secondary transmission occurs within the local market of that station.

(2) A television broadcast station may file a civil action against any satellite carrier that has refused to carry television broadcast signals, as required under section 122 (a) (2), to enforce that television broadcast station's rights under section 338 (a) of the Communications Act of 1934.

(a) ผู้ใดก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิตาม บทบัญญัติในมาตรา 106 ถึง 122 หรือตามข้อกำหนดแห่งผู้ทรงสิทธิ์ในมาตรา 106A (a) หรือนำเข้าซึ่งงานที่ทำซ้ำ หรือสำเนาเข้ามาในสหรัฐอเมริกาซึ่งละเมิดต่อมาตรา 602 ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือสิทธิของผู้สร้างสรรค์

(b) การกระทำใด ๆ ที่ขัดต่อกฎหมายลิขสิทธิ์ หรือผลประโยชน์ปกติของผู้ทรงสิทธิซึ่งขัดต่อมาตรา 411 ให้ถือว่าผู้กระทำการดังกล่าวเป็นผู้ละเมิดลิขสิทธิ์

(c) การถ่ายทอดโดยระบบเคเบิ้ล ซึ่งแสดงออกถึงงานการแสดง หรือการแสดงงานอันมีลิขสิทธิ์ ให้ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรอง หากการแสดงนั้นไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์

(d) การถ่ายทอดงานอันมีลิขสิทธิ์ผ่านระบบเคเบิ้ล ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรอง

(e) การถ่ายทอดผ่านระบบดาวเทียมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรอง

(f) (1) การถ่ายทอดผ่านระบบดาวเทียมซึ่งกระทำไปเพื่อประโยชน์ทางการค้าซึ่งกระทบต่อกฎหมาย และสิทธิของผู้ทรงลิขสิทธิ์ ให้ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรอง

(2) การถ่ายทอดผ่านระบบดาวเทียมซึ่งส่งผลกระทบต่อการออกอากาศตามปกติของสถานีโทรทัศน์ ซึ่งเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ ให้บังคับตามกฎหมายภายใต้ พระราชบัญญัติโทรคมนาคม ค.ศ. 1934 มาตรา 338 (a)

4.1.1.3 ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภท

ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ (Originality) ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกานั้นได้บัญญัติอยู่ในมาตรา 102 (a) ที่บัญญัติไว้ชัดเจนว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เป็นองค์ประกอบสำคัญของงานลิขสิทธิ์ โดยหลักความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ซึ่งเป็นองค์ประกอบพื้นฐานในงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์เป็นหลักการที่หมายความว่า งานนั้นเป็นงานที่มีที่มาหรือต้นกำเนิดจากผู้สร้างสรรค์ โดยผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และไม่ได้ลอกเลียนมาจากงานอื่นใด[121] หากพิจารณาถึงถ้อยคำหรือคำจำกัดความของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่ท่านผู้พิพากษาได้วินิจฉัยไว้ในคดีสำคัญของสหรัฐอเมริกาแล้วโดยในส่วนของท่านผู้พิพากษา O'Cornor ได้กล่าวไว้ว่าในคดี Feist Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Co., Inc., "องค์ประกอบพื้นฐานของงานลิขสิทธิ์คือความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และแนวความคิดของกฎหมายลิขสิทธิ์ถือว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เป็นสิ่งจำเป็นที่งานสร้างสรรค์ในทุกงานต้องมีก่อนที่จะได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยไม่คำนึงรูปแบบ

[121] Feist Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Co., Inc.,

ใด ๆ ของงานสร้างสรรค์” ในส่วนของท่านผู้พิพากษา Byrne[122] ได้กล่าวว่า “เพื่อที่จะเป็นงานลิขสิทธิ์งานนั้นต้องเป็นงานดั้งเดิม (Original) ในลักษณะที่ว่าเจ้าของหรือผู้สร้างสรรค์สร้างงานขึ้นมาด้วยทักษะ แรงงานหรือการตัดสินใจของเขาเอง”อนึ่งในส่วนของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไม่ใช่มาตรฐานที่เป็นรูปธรรม ศาลจึงต้องทำการตีความหรือพิจารณาถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานสร้างสรรค์โดยต้องทำการพิสูจน์ให้ได้ว่างานนั้นเป็นงานที่มีที่มาหรือต้นกำเนิดจากผู้สร้างสรรค์โดยผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ด้วยตัวของตัวเองและไม่ได้ลอกเลียนมาจากงานอื่นใด[123]

ในส่วนของมาตรฐานที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาถึงระดับของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นได้พัฒนาโดยแนวคำพิพากษาศาลในสหรัฐอเมริกา ได้แก่ มาตรฐาน “More than mere trivial” โดย Jude Frank ซึ่งสร้างมาตรฐาน “More than mere trivial” ใช้ในคดี Alfred Bell & Co. V. catalda Fine Art, Inc. ที่ได้กล่าวว่า ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในกฎหมายลิขสิทธิ์จะต้องมีมากพอสมควรหรือมากกว่าที่จะคุ้มครองไม่ให้มีการลอกเลียนงานเกิดขึ้น ซึ่งไม่สำคัญว่าสิ่งที่ผู้สร้างงานสืบเนื่อง (Derivative Works) เพิ่มเข้าไปนั้นจะมีคุณภาพแย่แค่ไหน มันก็เพียงพอแล้วถ้ามันมาจากความพยายามของเขาเอง[124] สำหรับมาตรฐาน “More than mere trivial” ดังกล่าวน่าจะเป็นอย่างเดียวกับมาตรฐาน “Merely Trivial” ที่ใช้ในคดี Santa Claus โดยโจทก์คือ Doran เป็นคนแรกที่ผลิต Santa Claus ในลักษณะตามแบบฉบับในรูปแบบเฉพาะของตนออกขาย แต่จำเลยคือ Sunset House ก็ได้นำ Santa Claus ดังกล่าวมาผลิตขายด้วย ดังนั้น Doran จึงฟ้อง Sunset โดย Sunset ต่อสู้ว่า Santa Claus ถือว่าเป็นงานอันเป็นสาธารณะ ซึ่งศาลได้ตัดสินว่า เมื่อพิจารณางานของ Doran ที่ได้ใช้ Skill Labor and Judgment ของเขาในการผลิต Santa Claus รูปทรง 3 มิติที่ผลิตจากพลาสติก กรณีนี้ถือว่ามีระดับของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่เพียงพอสำหรับการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ดังนั้น Sunset จะผลิตมาออกขายไม่ได้[125]

โดยทั่วไปการพิจารณาระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์จะพิจารณาจากความพยายามด้วยตนเองของผู้สร้างสรรค์ว่ามีส่วนประกอบทางด้านความรู้และความชำนาญที่เพียง

---

[122] Dorsey V. old sur. Life lns. Co., และ Smith V. George E. Muehlebach Brewing Co.,

[123] Feist Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Co., Inc.,

[124] Alfred Bell & Co. V. Catalda Fine Arts, Inc.

[125] Steven S. Boyd. “Deriving Originality in Derivative Works: Considering the Quantum of Originality Needed to Attain Copyright Protection in Derivative Work,” **Santa Clara Law Review** 325 (2000): 20.

พอที่จะไปกระตุ้นให้เกิดการทำซ้ำโดยบุคคลอื่น ก็จะถือว่างานนั้นมีระดับของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่เพียงพอที่จะได้รับการคุ้มครองทางลิขสิทธิ์แล้ว[126]

อย่างไรก็ตามความพยายามเล็กน้อย (Trivial Efforts) ที่ได้กล่าวมานั้นไม่รวมถึงความพยายามโดยไม่ตั้งใจ ดังนั้นการตีความหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไม่เพียงแค่ต้องพิสูจน์ว่าอย่างน้อยมีความพยายามโดยอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เท่านั้น แต่ยังต้องพิสูจน์ว่ามีความตั้งใจในระดับหนึ่งที่จะผลิตผลงานดังกล่าวออกมา Circuit Judge Frank อธิบายว่าการกระทำที่ไม่ตั้งใจอาจจะประกอบไปด้วยการสร้างสรรค์งานด้วยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ได้ ในขณะที่ภายใต้สถานการณ์อื่น ๆ นั้น ความพยายามที่ไม่ตั้งใจหรือความพยายามแบบลวก ๆ ในการสร้างสรรค์งานด้วยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ อาจจำทำให้ผลงานที่สร้างสรรค์ไม่เป็นงานสร้างสรรค์ที่เกิดจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์[127]

นอกจากงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์จะต้องมีที่มาหรือมีต้นกำเนิดจากผู้สร้างสรรค์โดยไม่ได้ลอกเลียนมาจากงานอื่นใดแล้ว หลักการความคิดริเริ่มยังต้องประกอบไปด้วยหลักการที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือหลักในเรื่องความคิดสร้างสรรค์ (Creativity) เพราะว่างานที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ นอกจากจะต้องไม่ถูกสร้างสรรค์ขึ้นในลักษณะคัดลอกจากงานที่มีอยู่แล้ว อย่างน้อยที่สุดจะต้องได้ใช้ความคิดสร้างสรรค์ในการสร้างงานดังกล่าวด้วย โดยใช้คำว่าความคิดสร้างสรรค์ (Creative) ถูกนิยามไว้ว่าเป็นการประดิษฐ์ จิตนาการ (Invention Imaginative) ซึ่งแสดงถึงจิตนาการและสติปัญญา ดังนั้นงานที่มีความคิดสร้างสรรค์ คืองานที่ต้องประกอบด้วยหรือต้องใช้สติปัญญาพอสมควรในการสร้างสรรค์ (Some Modest Amount of Intellectual Labor) ดังนั้นหากผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความพยายามในการสร้างสรรค์ลิขสิทธิ์ที่น้อยเท่าไรก็จะต้องใช้ระดับความคิดสร้างสรรค์ในการสร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์มากขึ้นเท่านั้น (Smaller the Effort, the Greater the Creativity Necessary for Protection)[128]

อย่างไรก็ตามในเรื่องหลักการความคิดริเริ่มนั้นมักจะเกิดความสับสนระหว่างแนวความคิดเรื่องความคิดสร้างสรรค์ (Creativity) ความคิดริเริ่ม (Originality) และความใหม่ (Novelty) สิ่งสำคัญในการแยกความแตกต่างระหว่างสามแนวความคิดดังกล่าว คือ งานที่เป็น Original ได้ถ้าเป็นการสร้างสรรค์ด้วยตนเองของผู้สร้างสรรค์งานนั้น (If it the Independent

---

[126] Drop Dead Co. V. S.C. Johnson & Son., Inc.,

[127] Alfred Bell & Co. V. Catalda Fine Arts, Inc

[128] American Dental Ass'n V. Delta Dental Plans Ass'n; Feist Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Co.,Inc.,and see also Brian Dahl, Comment, Originality and Creativity in Reporter Pagination: A Contradiction in Terms.

Creation of its Author) และงานที่เป็น Creative ได้ถ้าประกอบไปด้วยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์พอสมควร (If It Embodies Some Modest Amount of Intellectual Labor) และงานที่เป็น Novel ได้ถ้าแตกต่างจากงานที่มีอยู่ในแง่มุมใดแง่มุมหนึ่ง สำหรับงานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้จะต้องประกอบไปด้วยความคิดสร้างสรรค์และความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แต่ไม่จำเป็นต้องมีความใหม่[129] เนื่องจากในหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้แฝงความหมายถึงความใหม่ด้วย ดังนั้นความใหม่ในงานสร้างสรรค์จึงไม่ใช่สิ่งที่สำคัญ งานลิขสิทธิ์ส่วนมากจึงสามารถพิสูจน์ได้ง่ายหากว่างานนั้นมีความคิดสร้างสรรค์อยู่บ้าง (Some Creative) และแม้ว่างานนั้นไม่มีความประณีตหรือเรียบง่ายเพียงใด ก็ไม่ใช่สิ่งสำคัญที่จะนำมาปฏิเสธการมีลิขสิทธิ์[130] โดย Circuit Judge Eschbach ในคดี Baltimore Orioles, Inc. V. Major League Baseball Players Ass'n ได้ทำให้ชัดเจนว่าเราควรที่จะใช้คำว่า Originality ให้หมายถึง การสร้างสรรค์ด้วยตนเอง (Independent Authorship) และ Creativity ที่แสดงถึงการลงแรงทางปัญญา (Intellectual Labor)[131]

นอกจากนี้ยังเกิดข้อถกเถียงว่า องค์ประกอบที่น้อยที่สุดของความคิดสร้างสรรค์ที่เป็นส่วนประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ "Minimal Element Of Creativity Over And Above The Requirement Of Independent Effort" ในแนวความคิดเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์มีเพียงใด ซึ่งปัญหาดังกล่าว Justice O'Connor ได้ให้ความเห็นไว้ในคดี Feist Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Co., Inc., ว่า "แม้ว่าจะมีระดับของความคิดสร้างสรรค์ในงานสร้างสรรค์ที่น้อยมาก ๆ ก็ถือว่าเพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เนื่องจากศาลต้องการพียงแค่ความคิดสร้างสรรค์จำนวนเล็กน้อยในงานสร้างสรรค์เพื่อที่จะทำให้งานนั้นได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

อย่างไรก็ตาม แนวความคิดของสิทธิข้างเคียงว่าวิวัฒนาการของงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเริ่มต้นมาจากการคุ้มครองงานสร้างสรรค์ในประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ดนตรีกรรม และศิลปกรรม ดังเช่นอนุสัญญากรุงเบอร์นฉบับแรก ได้มุ่งคุ้มครองงานในกลุ่มนี้ โดยถือว่าเป็นงานอันก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้สร้างสรรค์ หรือเรียกงานในกลุ่มนี้ว่าเป็นงานเริ่มแรก (Original Works) อันเป็นงานพื้นฐานซึ่งก่อให้เกิดการสร้างสรรค์ในรูปแบบใหม่ ๆ ตามผลของการพัฒนาการทางเทคโนโลยี

---

[129] Baltimore Orioles,Inc V. Major League Baseball Players Ass'n.

[130] Weissmann V. Freeman, Urantia Found. V. Maaherra, and CMM Cable Rep. Inc. V. Ocean Coast Properties, Inc.

[131] Atari Game Corp. V. Oman (citing Baltimore Orioles, Inc V. Major League Baseball Players Ass'n)

อันได้แก่ งานโสตทัศนวัสดุ งานภาพยนตร์ สิ่งบรรทุกเสียง และงานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยที่งานในกลุ่มนี้เป็นงานอันเกี่ยวกับสิทธิข้างเคียง หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเป็นงานสืบเนื่อง (Derivative Work) ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของงานสร้างสรรค์ที่เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงงานเดิมที่มีอยู่แล้วซึ่งได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายลิขสิทธิ์หรืองานที่ตกเป็นสมบัติสาธารณะ[132] โดยในส่วนของ Copyright Act 1976 มาตรา 101 ให้ความหมายของงานสืบเนื่อง (Derivative Work) หมายถึง งานสร้างสรรค์ที่เกิดขึ้นจากงานสร้างสรรค์ที่มีอยู่แล้ว เช่นการแปล การเรียบเรียงทางดนตรี การเปลี่ยนแปลงเป็นนาฏกรรม การเปลี่ยนแปลงเป็นนวนิยาย งานภาพเคลื่อนไหว งานสิ่งบันทึกเสียง การทำซ้ำงานทางศิลปะ การสรุปความ หรืองานรูปแบบอื่น ๆ ที่ถูกแปลงหรือเปลี่ยนรูปใหม่ หรือเปลี่ยนแปลงใหม่ งานที่ประกอบไปด้วยการปรับปรุงใหม่ การให้คำจำกัดความประกอบ การให้รายละเอียดเพิ่มเติม หรือรูปแบบการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงอื่นซึ่งแสดงถึงงานดั้งเดิมของเจ้าของลิขสิทธิ์[133]

เมื่อพิจารณาความหมายของงานสืบเนื่อง (Derivative Work) ตาม Copyright Act 1976 มาตรา 101 แล้วก็จะเห็นได้ว่างานแพร่เสียงแพร่ภาพ ถือเป็นงานสืบเนื่องอันเป็นงานลิขสิทธิ์ประเภทหนึ่งของกฎหมายลิขสิทธิ์สหรัฐอเมริกา เนื่องจากเป็นงานสร้างสรรค์ที่เกิดจากงานสร้างสรรค์ที่มีอยู่แล้ว โดยการนำงานโสตทัศนวัสดุ งานนาฏกรรม งานดนตรีกรรม หรืองานรูปแบบอื่น ๆ มาแปลงหรือเปลี่ยนรูปใหม่ โดยใช้เทคนิคและเทคโนโลยีการถ่ายทอดงานพื้นฐานเริ่มแรกดังกล่าวผ่านสื่อตัวนำในอากาศหรือผ่านสายเคเบิลผ่านเข้าวิทยุหรือโทรทัศน์เพื่อให้เกิดเสียงและหรือภาพปรากฏต่อผู้รับชมรับฟังกลายเป็นงานแพร่เสียงแพร่ภาพ

---

[132] US. Copyright Act 1976 Section 101 “A derivative work on the other hand, requires a process of recasting, transforming, or adapting ‘one or more preexisting work’; the ‘preexisting work’ must come within the general subject matter of copyright set forth in section 102, regardless of whether it is or was ever copyrighted.”

[133] US. Copyright Act 1976 Section 101 defines A derivative work as a work based upon one more Preexisting works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction, abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted. A work consisting of editorial revisions, annotations, elaborations, or other modifications which, as a whole, represent an original work of authorship, is a “derivative work”

โดยขอบเขตของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานสืบเนื่องจะครอบคลุมเพียงแค่ส่วนของงานสร้างสรรค์ที่ถูกทำขึ้นมาโดยผู้สร้างสรรค์งานนั้น ที่นอกเหนือหรือเพิ่มเติมจากงานดั้งเดิมหรืองานเริ่มแรกเท่านั้น[134]

ในส่วนของปัญหาที่น่าสนใจว่านอกจากงานดั้งเดิม (Original Works) อันเป็นงานพื้นฐานตามกฎหมายลิขสิทธิ์จะต้องประกอบไปด้วยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ในส่วนของงานแพร่เสียงแพร่ภาพซึ่งเป็นงานสืบเนื่องตามแนวความคิดของสหรัฐอเมริกาจะต้องเป็นงานที่เกิดจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ด้วยหรือไม่ โดยปัญหาดังกล่าวมีคำพิพากษาศาลอธิบายว่างานสืบเนื่องยังคงต้องเป็นงานที่เกิดจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ด้วยเช่นกัน เนื่องจากผู้สร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ใด ๆ สามารถที่จะขอให้มีการคุ้มครองงานสร้างสรรค์ของเขาได้ หากเขาได้เพิ่มเติมบางสิ่งที่มีจากตัวเองในการแสดงออกของงานนั้น ดังนั้นความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จึงเป็นสิ่งที่จำเป็นกับงานสืบเนื่อง โดยไม่คำนึงถึงลักษณะพื้นฐานของงานนั้น[135]

ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่า งานแพร่เสียงแพร่ภาพซึ่งเป็นงานสืบเนื่องตามแนวทางของสหรัฐอเมริกานั้นจะต้องเป็นงานที่เกิดจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ด้วยเช่นกัน ในการที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น งานสืบเนื่องจะต้องแสดงให้เห็นว่ามีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์อย่างเพียงพอในการเปลี่ยนแปลงงานจนสามารถที่จะแยกความแตกต่างจากงานพื้นฐานเริ่มแรกได้ ซึ่งความแตกต่างนั้นถือว่าเป็นผลงานของความพยายามในการสร้างสรรค์ของผู้สร้างงานสืบเนื่องนั้น โดยจะต้องได้รับการยอมรับหรือพิสูจน์ว่างานดังกล่าวอยู่ในมาตรฐานที่จะได้รับความคุ้มครองได้

อย่างไรก็ตาม ยังมีข้อถกเถียงถึงมาตรฐานของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานสืบเนื่องโดยมาตรฐานหนึ่งที่ใช้ในการพิจารณาระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานสืบเนื่อง คือ More Than Merely Trivial ซึ่งหมายความว่า มิใช่แค่เพียงการดัดแปลงเล็ก ๆ น้อย ๆ จากงานพื้นฐานเริ่มแรก เนื่องจากการให้ความคุ้มครองงานสืบเนื่องจะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ 2 ข้อคือการให้ความคุ้มครองงานสืบเนื่องดังกล่าวจะต้องเป็นไปเพื่อสนับสนุนงานลิขสิทธิ์ ซึ่งลักษณะของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานสืบเนื่องจะต้องอยู่ในระดับของ More Than Merely Trivial และข้อสองขอบเขตของการคุ้มครองของงานสืบเนื่องจะต้องสะท้อนถึงระดับที่งานสืบเนื่องขึ้นอยู่กับงานพื้นฐานเริ่มแรก และต้องไม่ไปกระทบขอบเขตของการคุ้มครองในงานเริ่มแรกนั้น ในคดี Durham

---

[134] US. Copyright Act 1976 Section 101 The scope of copyright protection of a derivative work, however, extends only to the material contributed by the author of such work, as distinguished from preexisting material.

[135] Kamar Int'l. Inc. V. Russ Berrie & Co.,

Industries ซึ่งเป็นการทดสอบหลักเกณฑ์ทั้งสองดังกล่าว โดยการพิสูจน์โดยใช้มาตรฐาน More Than Merely Trivial

อนึ่งแต่ก็ยังคงเกิดข้อถกเถียงในหลักกเกณฑ์ 2 ข้อดังกล่าว จึงมีบางกรณีที่ไม่ได้ใช้มาตรฐานดังกล่าวเป็นหลักในการพิจารณาถึงระดับของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์[136] แต่ใช้อีกมาตรฐานหนึ่งซึ่งเห็นว่าควรจะใช้มาตรฐานในการพิจารณาถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานสืบเนื่องที่สูงกว่ามาตรฐานแรก ดั่งเช่นในคดี Gracen V. Bradford Exchange[137] ซึ่งใช้มาตรฐานที่สูงกว่าในการพิสูจน์ถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ เนื่องจากศาลต้องการให้งานสืบเนื่องมีความแตกต่างในระดับที่มากพอสมควรจากงานพื้นฐานเริ่มแรก โดยศาลได้กล่าวว่าความแตกต่างจากงานพื้นฐานเริ่มแรกนั้นเป็นสิ่งจำเป็นเพราะว่าในการตัดสินว่าจะต้องให้ความคุ้มครองทางลิขสิทธิ์กับงานสืบเนื่องใด ๆ ศาลจะต้องตระหนักหรือพิจารณาถึงผลกระทบของลิขสิทธิ์ในงานสืบเนื่องที่จะมีต่อสิทธิพิเศษ (The Copyright Privileges) และสิทธิของเจ้าของงานพื้นฐานเริ่มแรกนั้น โดยในคดีดังกล่าวศาลตัดสินไม่ให้การคุ้มครองแก่งานสืบเนื่อง เพราะว่างานนั้นมีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่น้อย เนื่องจากศาลเห็นว่าหากให้ความคุ้มครองดังกล่าวแก่เจ้าของงานสืบเนื่องตามกฎหมายลิขสิทธิ์แล้วอาจทำให้เจ้าของงานสืบเนื่องปฏิเสธไม่ให้มีการสร้างงานสืบเนื่องโดยบุคคลอื่นจากงานต้นกำเนิดหรืองานเริ่มแรกนั้นอีก

4.1.1.4 กรณีศึกษาและข้อโต้แย้งความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์

ในส่วนของสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่ถือได้ว่าเป็นประเทศที่เศรษฐกิจพัฒนาแล้ว กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกามี Copyright Act 1976 ซึ่งกฎหมายได้กำหนดเอาไว้เพียงว่าลิขสิทธิ์จะมีอยู่ในงานที่ริเริ่มของผู้สร้างสรรค์ (Original Works of Authorship) โดยไม่ได้กำหนดเอาไว้ว่าอย่างไรจึงจะถือเป็น “ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์” (Originality) อันจะทำให้งานนั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายขึ้นมาได้ โดยหลักเรื่องระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1991 ในคดี Feist Publication Inc. V. Rural Telephone Service Company, Inc.[138] ซึ่งถือว่าเป็นคดีสำคัญที่ใช้เป็นกรณีศึกษาเพื่อที่จะใช้วิเคราะห์ระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ในสหรัฐอเมริกา โดยมีข้อโต้แย้งความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ซึ่งสาระสำคัญของข้อเท็จจริงในคดีดังนี้

---

[136] Judge Meskill cited an earlier decision from the Second Circuit, L. Batlin & Son, Inc. V. Snyder.

[137] Gracen V. Bradford Exchange

[138] Feist Publication Inc. V. Rural Telephone Service Company, Inc.

บริษัท Rural Telephone Service เป็นผู้รับสัมปทานการให้บริการโทรศัพท์บ้านของพื้นที่บางส่วนในมลรัฐแคนซัส สหรัฐอเมริกา และมีหน้าที่ต้องจัดพิมพ์ข้อมูลชื่อและเบอร์โทรศัพท์ของผู้ใช้บริการเพื่อแจกจ่ายให้ผู้ใช้บริการโทรศัพท์ ซึ่งแยกเป็นกระดาษสีปกติเรียกว่าหน้าขาว (White Pages) กับกระดาษสีเหลืองเรียกว่าหน้าเหลือง (Yellow Pages) ส่วนหน้าขาว เป็นรายชื่อของผู้ขอใช้โทรศัพท์เรียงตามตัวอักษร ชื่อเมือง และเบอร์โทรศัพท์ทั้งนี้ บริษัท Rural Telephone Service จำกัด ได้รับข้อมูลชื่อและเบอร์โทรศัพท์ดังกล่าวจากผู้ขอใช้บริการโทรศัพท์แต่ละคนที่ต้องยื่นใบสมัครขอใช้บริการ สำหรับหน้าเหลืองเป็นรายชื่อขององค์กรธุรกิจที่ขอใช้บริการเรียงตามตัวอักษร รวมถึงโฆษณาที่องค์กรธุรกิจเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มซึ่งมีขนาดพื้นที่พิมพ์แตกต่างกันและมีการจัดวางไว้แต่ละหน้ากระดาษแตกต่างกัน

ต่อมาบริษัท Feist Publication ได้รับสัมปทานให้บริการโทรศัพท์ระหว่างมลรัฐครอบคลุมพื้นที่ 11 พื้นที่การให้บริการโทรศัพท์ อยู่ในพื้นที่ของ 15 ประเทศ ซึ่งครอบคลุมถึงหลายมลรัฐในสหรัฐอเมริกา รวมถึงพื้นที่ในมลรัฐแคนซัสทั้งหมด พื้นที่ในมลรัฐแคนซัสส่วนหนึ่งซ้อนกับพื้นที่ที่ บริษัท Rural Telephone Service รับสัมปทานอยู่เดิม บริษัท Feist Publication ได้ติดต่อขออนุญาตใช้ข้อมูลจากผู้ให้บริการโทรศัพท์ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด 11 บริษัท ซึ่งรวมทั้งบริษัท Rural Telephone Service และสามารถทำความตกลงกับบริษัทต่าง ๆ สำเร็จครบถ้วนยกเว้นบริษัท Rural Telephone Service ซึ่งเป็นเพียงบริษัทเดียวที่ไม่ยอมตกลงให้ใช้ข้อมูล

เมื่อการติดต่อขออนุญาตไม่สำเร็จบริษัท Feist Publication ได้จ้างบริษัทภายนอกให้รวบรวมข้อมูลชื่อผู้ใช้บริการโทรศัพท์ บริษัทภายนอกดังกล่าวนำข้อมูลชื่อและเบอร์โทรศัพท์ในหน้าขาวของบริษัท Rural Telephone Service มาแยกและพบว่ามีรายชื่อผู้ใช้บริการโทรศัพท์ทางไกลรวม 4,935 รายชื่อ จากนั้นบริษัทภายนอกเปลี่ยนแปลงรายละเอียดโดยเพิ่มชื่อถนนของผู้ใช้โทรศัพท์แต่ละหมายเลขและบริษัท Feist Publication นำข้อมูลที่เพิ่มชื่อถนนแล้วดังกล่าวไปใช้

บริษัท Rural Telephone Service เป็นโจทก์ฟ้องคดีนี้ว่าบริษัท Feist Publication ได้นำข้อมูลชื่อและเบอร์โทรศัพท์ของผู้ใช้บริการโทรศัพท์ในหน้าขาวไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะเมื่อบริษัท Rural Telephone Service ที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่อนุญาตให้ใช้ บริษัท Feist Publication ก็ใช้ข้อมูลดังกล่าวไม่ได้ เพราะหากต้องการใช้ข้อมูลดังกล่าวก็จะต้องไปดำเนินการเก็บข้อมูลทั้งหมดใหม่เองซึ่งสามารถทำได้ในหลากหลายวิธี เช่น อาจจ้างคนไปเคาะประตูสอบถามเบอร์โทรศัพท์ใหม่เป็นรายบ้าน หรือจะไปทำโดยวิธีการใดก็สุดแล้วแต่ ในขณะที่จำเลยหรือบริษัท Feist Publication อ้างว่าวิธีการดังกล่าวไม่สมเหตุสมผลและเป็นไปไม่ได้ในทางปฏิบัติ ยิ่งไปกว่านั้น บริษัท Feist Publication เห็นว่าข้อมูลชื่อและหมายเลขโทรศัพท์ในคดีนี้ไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์และไม่สามารถผูกขาดการใช้ข้อมูลได้

คำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นคือ ศาลชั้นต้นคือ District court for District Kansas พิพากษาว่า ข้อมูลในหน้าขาวดังกล่าว เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ และจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์

คำวินิจฉัยศาลอุทธรณ์คือ United States Court of Appeals for Tenth Circuit พิพากษายืน

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา (U.S. Supreme Court) พิพากษากลับคำพิพากษาของศาลล่างทั้งสองศาล โดยวินิจฉัยว่า ข้อมูลชื่อและเบอร์โทรศัพท์ของผู้ใช้บริการในหน้าขาวของ บริษัท Rural Telephone Service นั้นไม่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้น บริษัท Feist Publication นำไปใช้ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ อันเนื่องมาจากเหตุผลดังนี้

ประการแรก รัฐธรรมนูญ Article 1, Section 8, Clause 8 วางกรอบให้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ (Originality) เป็นองค์ประกอบของงานที่จะได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ไม่ใช่ความพากเพียรหรือความอุตสาหะที่เรียกว่า Sweat of the Brow โดยเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ถือว่าการสร้างสรรค์งานที่มีระดับของการสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of creativity) ซึ่งต้องการการริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์งานในระดับที่ต่ำมาก ขอเพียงมีระดับของการสร้างสรรค์เพียงเล็กน้อยก็พอแล้ว ในส่วนนี้ศาลสุงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาสรุปไว้ว่า “To be Sure, The Requisite Level of Creativity is Extremely Low; Even a Slight Amount will Suffice.”

โดยระดับของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ (Originality) ไม่ต้องถึงขนาดมีความใหม่ แม้มีงานสร้างสรรค์อื่นที่เหมือนกันมาก่อน ก็อาจถือว่างานที่ทำในภายหลังมี Originality ได้ หากไม่ได้ทำจากการลอกเลียนงานเดิม ยกตัวอย่างเช่น บทกวีสั้น ๆ ที่ต่างคนต่างแต่งแต่แต่งออกมาแล้วเหมือนกันทั้งหมกหรือเกือบทั้งหมด แบบนี้แม้งานจะไม่มีความใหม่ แต่งานทุกชิ้นก็มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และต่างมีลิขสิทธิ์ได้

แต่หน้าขาว ที่พิพาทกันในคดีนี้ไม่เป็นข้อมูลที่แสดงให้เห็นการริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์เลย และไม่อาจถือเป็นงานอันจะได้รับความคุ้มครองในฐานะลิขสิทธิ์ สิ่งที่เป็นข้อมูลสามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้หากว่ามีองค์ประกอบของการริเริ่มสร้างสรรค์ โดยอาจเป็นการคัดเลือกข้อมูลที่ใช้ อาจจัดลำดับข้อมูล หรือการจัดการข้อมูลให้ผู้อ่านหรือผู้ใช้งานสามารถใช้งานได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในกรณีเหล่านี้ความคุ้มครองของลิขสิทธิ์สามารถขยายมาถึงส่วนที่เป็นการจัดการข้อมูลที่มีการริเริ่มสร้างสรรค์ได้ แต่ไม่ใช่สิ่งที่เป็นข้อมูลนั้นเองอย่างข้อมูลของหน้าขาวในคดีนี้ การแบ่งแยกสิ่งที่เป็นข้อมูล (Fact) กับการแสดงออกของงาน (Expression) จึงมีความชัดเจนว่างานที่เป็นเรื่องของข้อมูลอย่างเดียว (Fact) ไม่ได้รับความคุ้มครองในฐานะของงานอันมีลิขสิทธิ์

ประการที่สอง The Copyright Act 1976 มาตรา 102 (a) บัญญัติให้ลิขสิทธิ์เป็นงานริเริ่มของผู้สร้างสรรค์ (Original Works of Authorship) และไม่คุ้มครองไปถึงลิขสิทธิ์ของข้อมูล ตาม มาตรา 102 (b) ดังนั้นการรวบรวมข้อมูลไม่เป็นลิขสิทธิ์ในตัวอง แต่อาจเป็นงานลิขสิทธิ์ได้

หากข้อมูลดังกล่าวมีการคัดเลือก รวบรวม หรือจัดการในลักษณะที่ทำให้ชิ้นงานทั้งชิ้นเป็นงานที่มีการริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ตามมาตรา 101 บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าการคัดเลือก รวบรวม หรือจัดการที่ได้รับลิขสิทธิ์ ลิขสิทธิ์นั้นจำกัดเฉพาะส่วนของการริเริ่มสร้างสรรค์ที่แสดงออกนั้น แต่ไม่ครอบคลุมไปถึงข้อมูลที่ถูกคัดเลือก รวบรวม หรือจัดการ การที่ศาลล่างนำหลักความพากเพียรหรือความอุตสาหะที่เรียกว่า Sweat of the Brow มาปรับใช้นั้น เป็นการขยายการคุ้มครองลิขสิทธิ์ออกไปเกินกว่าการคัดเลือกและการจัดการข้อมูลตามกฎหมายและไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ไม่คุ้มครองสิ่งที่เป็นข้อมูลและแนวความคิด

ประการที่สาม ข้อมูลในหน้าขาวของบริษัท Rural Telephone Service ไม่ถึงระดับของงานที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายลิขสิทธิ์ รายการในข้อมูลดังกล่าวเป็นเพียงรายชื่อของผู้ขอใช้โทรศัพท์เรียงตามตัวอักษร ชื่อเมือง และเบอร์โทรศัพท์ ซึ่งเห็นได้ชัดเจนว่าไม่ถึงขนาดการสร้างสรรค์ที่มีระดับของการสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity) ที่จะกลายเป็นการแสดงออกของงานอันมีลิขสิทธิ์และความจริงแล้วการที่จำเลยรวบรวมรายชื่อดังกล่าวเป็นการดำเนินการไปตามที่กำหมายบัญญัติให้ทำเท่านั้น สำหรับข้อมูลของรายชื่อในหน้าเหลืองนั้น มีส่วนที่ทำเป็นสารบัญของรายการสินค้าและมีการกำหนดพื้นที่และออกแบบเนื้อความที่มีความเฉพาะ สามารถได้รับการคุ้มครองอย่างงานอันมีลิขสิทธิ์ได้เพราะมีการคัดเลือกจัดการข้อมูลและเนื้อหาเพิ่มเติมถือเป็นการริเริ่มสร้างสรรค์ได้

ดังนั้น การที่ศาลสูงสุดได้ตัดสินว่ากรณีสมุดโทรศัพท์ของโจทก์เป็นเพียงการรวบรวมรายชื่อและที่อยู่ของผู้ใช้โทรศัพท์โดยเรียงตามตัวอักษร รูปแบบในการจัดวางข้อมูลมิได้มีความคิดสร้างสรรค์ในการจัดทำขึ้น ดังนั้น ถึงแม้จะมีการใช้แรงงาน หรือทุนเป็นจำนวนมากในการรวบรวมก็มิได้ทำให้ข้อมูลเหล่านั้นได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ การจัดวางข้อมูลที่จะให้ได้รับความคุ้มครองนั้นอย่างน้อยจะต้องมีความคิดสร้างสรรค์ในการเลือก (Selection) จัดวาง (Arrangement) และการรวมองค์ประกอบเข้าด้วยกัน (Co-ordination) การจัดวางข้อมูลโดยเรียงตามตัวอักษรเป็นการจัดวางที่เรียบง่ายเกินไป (Mundane) การลอกข้อมูลของโจทก์ไปโดยจำเลยในคดีนี้จึงไม่มีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ จากคำพิพากษาในคดีแสดงให้เห็นว่าศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเอาไว้ว่า งานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ไม่จำเป็นต้องเป็นงานที่ไม่เคยมีมาก่อนหรือเป็นงานที่มีระดับความริเริ่มสร้างสรรค์อยู่ในระดับสูง แต่อย่างน้อยจะต้องเป็นงานที่มีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์สูงกว่าเกณฑ์มาตรฐานขั้นต่ำ (At Least Some Minimal Degree of Creativity) ส่วนการสร้างสรรค์จะเป็นอย่างไรจึงจะมีระดับความริเริ่มสร้างสรรค์เพียงพอนั้นจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป ซึ่งศาลในคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยว่า การจัดทำสมุดโทรศัพท์โดยการนำข้อมูลอันเป็นเป็นข้อเท็จจริงที่มีอยู่แล้วมาจัดเรียงตามลำดับตัวอักษรเป็นการสร้างสรรค์ที่มีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไม่ถึงขั้นที่จะได้รับความคุ้มครอง

ในส่วนของกรณีศึกษาและข้อโต้แย้งความคิดริเริ่มและระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพมีคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องคือในคดี National Broadcasting Co., Inc. V. Sonneborn[139] ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้ ในปี 1985 โจทก์คือ NBC ได้รับอนุญาตจาก Walt Disney Productions ซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ของละครเพลง Broadway Musical เรื่อง Peter Pan และ NBC ได้เจรจาทำสัญญากับนักแสดงและศิลปินทั้งหลายที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการผลิตละครเพลง Peter Pan ดังกล่าว โดยบางรายทำสัญญาโอนลิขสิทธิ์ให้กับ NBC แต่บางรายเป็นการทำสัญญาอนุญาตให้ NBC ใช้สิทธิในการแพร่เสียงแพร่ภาพวีดีโอที่บันทึกภาพสีของ The Broadway Musical เรื่อง Peter Pan ที่มีการแสดงในวันที่ 7 มีนาคม 1955 และ 9 มกราคม 1956 ในจำนวนครั้งที่จำกัด โดยโจทก์ได้ทำการบันทึก Peter Pan ในขณะที่เขาทำการถ่ายทอดงานดังกล่าวเพื่อที่จะให้กับบริษัทเครือข่ายนำไปถ่ายทอดต่อไปในภายหลัง

ส่วนจำเลยคือ Reel Images ซึ่งเป็นผู้จำหน่ายงานโสตทัศนวัสดุซึ่งเป็นงานสาธารณะและงานที่อยู่ภายใต้สัญญา โดยเจ้าของบริษัทชื่อว่า Jonat Han Sonneborn ซึ่งได้ Kinescope (เป็นการบันทึกแบบขาวดำเป็นเทคโนโลยียุคสมัยนั้น) ของ Peter Pan ซึ่ง NBC เคยทำข้อตกลงให้ Kinescope กับ Museum of Broadcasting เพื่อการใช้งานยกเว้นด้านที่เป็นการค้า ดังนั้นบริษัท Jonat Han Sonneborn จึงได้ทำการปรับปรุง Kinescope ที่อยู่กับห้องสมุดนั้นให้ดีขึ้น เพื่อที่จะขอมีสิทธิในการทำซ้ำและจำหน่ายงานนั้น

ต่อมาบริษัท Jonat Han Sonneborn ได้จำหน่ายวีดีโอบันทึก Peter Pan ดังกล่าวในฤดูใบไม้ผลิของปี 1980 ซึ่งเป็นการขายสำเนา A Kinescope ของต้นฉบับงานแพร่เสียงแพร่ภาพปี 1960 ของ Peter Pan และมีสัญลักษณ์ NBC อยู่ที่หัวและท้ายของวีดีโอเทปดังกล่าว และในเดือนมีนาคม 1980 NBC ก็ได้ขอจดทะเบียนลิขสิทธิ์ของ Peter Pan ต่อมา NBC ได้พบว่าบริษัท Jonat Han Sonneborn ได้กระทำการขายวีดีโอเทปดังกล่าว จึงได้ทำการฟ้องคดีในเดือนเมษายนของปี 1980 ซึ่งหาก NBC จะชนะคดีนั้นเขาจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า NBC เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และบริษัท Jonat Han Sonneborn ได้กระทำการอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แต่ผู้เดียวในการทำซ้ำงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น

จำเลยให้การต่อสู้ว่าข้อเรียกร้องดังกล่าวของ NBC ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะว่า NBC ไม่ได้เป็นผู้สร้างสรรค์งานสืบเนื่องดังกล่าวและไม่ได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในวีดีโอเทปปี 1960 และการกระทำของ NBC เป็นการเพิ่มเติมเล็ก ๆ น้อย ๆ ต่อส่วนพื้นฐานในงานละครเพลงดังกล่าวเท่านั้น และ NBC ก็ไม่ได้สงวนโดยชัดแจ้งซึ่งการเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดังกล่าวในฐานะนักแสดง นักเขียน

---

[139] National Broadcasting Co., Inc. V. Sonneborn (630 F.supp.524 D.Conn.,198) November 15,1985

และผู้สร้างสรรค์ด้านอื่น ๆ อันเกี่ยวกับการผลิต Peter Pan ในเวอร์ชั่นปี 1960 ดังนั้น NBC จึงไม่ได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดังกล่าว

ศาลตัดสินว่า Peter Pan ที่ NBC ได้ผลิตในเวอร์ชั้นปี 1960 ถือเป็นงานสืบเนื่องตามคำนิยามของ A Derivative Work NBC ไม่จำเป็นต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของการสร้างละครเพลงเรื่อง Peter Pan ดังกล่าวเพื่อที่จะให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ในงานโสตทัศนวัสดุ แท้ที่จริงแล้วการผลิตงานโทรทัศน์โดยตัวของมันเองถือว่าเป็นการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงงานดั้งเดิม ซึ่งเมื่อพิจารณา Peter Pan ในเวอร์ชั่นปี 1960 และปี 1956 ทั้งสองเวอร์ชั่นมีความแตกต่างอย่างเห็นได้ชัดในด้านมุมกล้อง ทิศทางของเวที และการแก้ไขมุมมองของกล้อง โดยความแตกต่างนี้มีอยู่ในเวอร์ชั้นปี 1960 ซึ่งทำให้ระบุได้ว่าเวอร์ชั่นนี้มีการปรับปรุงและถือเป็นงานดั้งเดิม (A Original Work)

ยิ่งไปกว่านั้น ความแตกต่างระหว่าง Peter Pan ในเวอร์ชั่นปี 1956 และปี 1960 ถือว่าเพียงพอที่จะทำให้งานนี้เป็นงานสืบเนื่องที่เป็นงานที่เกิดจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ โดยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานสืบเนื่องจะต้องเป็นไปตามหลัก More Than Trivial ในคดี Durham Industries, Inc. V. Tomy Corp. โดยในส่วนของความใหม่ (Novelty) ความแปลก (Uniqueness) และความสามารถในการสร้างสรรค์ไม่ได้เป็นสิ่งสำคัญในการสร้างงานลิขสิทธิ์ แต่ว่าจะต้องมีในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ซึ่งความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นไม่สามารถที่จะลอกเลียนได้ ในกรณีของ NBC นั้น NBC ไม่ได้ทำซ้ำการผลิตงานละครเพลงดังกล่าว แต่ NBC ได้ผลิตงานโสตทัศนวัสดุซึ่งมีความหมายแตกต่างจากงานละครเพลงและงานโสตทัศนวัสดุปี 1956 โดยส่วนองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ คือ ทิศทางกล้อง การผสมผสานสีเวที และการใช้เทคนิคพิเศษในการถ่ายทำ

จากคดีดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การถ่ายทอดละครเพลง Peter Pan ทางโทรทัศน์ของ NBC ถือว่าเป็นการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงงานละครเพลง Peter Pan ซึ่งถือว่าเป็นงานดั้งเดิมโดยเวอร์ชั่นที่ NBC เป็นผู้ถ่ายทอดมีความแตกต่างอย่างเห็นได้ชัดกับเวอร์ชั่นปี 1956 ทั้งในด้านมุมกล้อง ทิศทางของเวที การใช้เทคนิคพิเศษในการถ่ายทำ และการแก้ไขมุมมองของกล้อง จึงเป็นการปรับปรุงงานละครเพลงดังกล่าวในระดับที่ถือว่าเพียงพอที่จะทำให้งานนี้เป็นงานสืบเนื่องที่เกิดจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า งานแพร่เสียงแพร่ภาพซึ่งเป็นงานสืบเนื่องตามแนวความคิดของกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกานั้นเป็นงานที่เกิดจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ซึ่งหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ดังกล่าวจะต้องประกอบไปด้วยสาระสำคัญสำคัญ 2 ประการ คือ งานสร้างสรรค์ดังกล่าวต้องมีที่มาหรือต้นกำเนิดจากผุ้สร้างสรรค์ โดยผู้สร้างสรรค์มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และไม่ได้ลอดเลียนมาจากงานอื่นใด และผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ทักษะ แรงงานและวิจารณญาณ (Skill Labor and Judgment) รวมทั้งความคิดสร้างสรรค์ (Creativity) ในการ

สร้างสรรค์งานนั้นแต่อย่างไรก็ตาม ยังมีข้อถกเถียงถึงมาตรฐานในการพิจารณาระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานสืบเนื่อง บางคดีใช้มาตรฐาน Merely Trivial ในการพิจารณาถึงระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ โดยหากงานสืบเนื่องดังกล่าวมี ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ (Originality) เพียงเล็กน้อย งานสืบเนื่องดังกล่าวก็ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายลิขสิทธิ์แล้ว แต่บางคดีเห็นว่าควรจะใช้ระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานสืบเนื่องที่สูงกว่ามาตรฐานแรก โดยเห็นว่างานสืบเนื่องต้องมีความแตกต่างในระดับที่มากพอสมควรจากงานพื้นฐานเริ่มแรก จึงจะได้รับความคุ้มครองจากกำหมายลิขสิทธิ์ โดยลักษณะของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ ได้แก่ การสร้างสรรค์มุมกล้อง ทิศทางของเวที และการใช้เทคนิคพิเศษในการถ่ายทอด ประเภทของการจับภาพ (Types of Shots) เป็นต้น

4.1.2 สหราชอาณาจักร

4.1.2.1 เหตุผล ที่มาและความสำคัญของการตรากฎหมายลิขสิทธิ์

ในสหราชอาณาจักร กฎหมายลิขสิทธิ์เป็นกฎหมายที่ถูกพัฒนามาจากแนวความคิดของสำนักพิมพ์ที่จะถูกควบคุมการค้าหนังสือ (Book Trade) โดยกลุ่มสำนักพิมพ์ประสงค์จะจำกัดให้ผู้ประพันธ์หนังสือเท่านั้นที่มีสิทธิในการพิมพ์หนังสือที่ประพันธ์ขึ้น จนแนวความคิดดังกล่าวได้ถูกพัฒนาต่อมาเป็นกฎหมายคือ Statute of Anne ในปี ค.ศ. 1710 อันถือได้ว่าเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ยุคใหม่ฉบับแรกของประเทศสหราชอาณาจักร กล่าวคือเป็นกฎหมายที่กำหนดให้รัฐและศาลเป็นผู้ควบคุมลิขสิทธิ์ซึ่งแตกต่างจากเดิมที่มีสมาคมสำนักพิมพ์เป็นผู้ควบคุมสิทธิในการพิมพ์ โดยในยุคแรกเริ่มลิขสิทธิ์เป็นสิ่งที่ใช้บังคับกับหนังสือเท่านั้น จนกระทั่งได้ถูกพัฒนาเรื่อยมาจนงานอันมีลิขสิทธิ์ได้รวมถึงงานอันมีลิขสิทธิ์อื่น ๆ ทั้งหลายในปัจจุบัน

กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักร ได้มีพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ การออกแบบผลิตภัณฑ์ และสิทธิบัตร พ.ศ. 2531 (Copyright Design and Patents Act 1988) เป็นกฎหมายที่ใช้ในปัจจุบันสำหรับงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นหลังวันที่ 1 สิงหาคม พ.ศ. 2532 อย่างไรก็ตาม งานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นก่อนวันที่ 1 สิงหาคม พ.ศ. 2532 ยังคงได้รับความคุ้มครองก่อนพระราชบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับ โดยสหราชอาณาจักรมีระบบการคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีอยู่ด้วยกันหลายฉบับ ได้แก่ อนุสัญญากรุงเบอร์น (Berne Convention 1883) อนุสัญญากรุงโรม (Rome Convention 1928) อนุสัญญาลิขสิทธิ์สากล (Universal Copyright Convention 1971) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (ข้อตกลง TRIPS) ซึ่งการได้รับ

ความคุ้มครองในการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ย่อมเกิดขึ้นทันทีที่ผู้สร้างสรรค์สร้างงานนั้นเสร็จ[140]

ในส่วนของเหตุผล ที่มา และความสำคัญของการตรากฎหมายลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักรนั้นจะไม่มีบทบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญอย่างสหรัฐอเมริกา ในปัจจุบันการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ตามกฎหมายภายใต้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ กรณีการคุ้มครองงานภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ในสหราชอาณาจักร โดยสหราชอาณาจักรเองก็ได้มีการบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้เฉพาะในกฎหมายลำดับรองซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับแรกของสหราชอาณาจักรได้มีการบัญญัติขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1710 ต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนไปจนมาเป็น The Copyright, Designs and Patent Act 1988 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนี้ สำหรับกฎหมายฉบับนี้ในมาตรา 1 และ 3A ได้กำหนดแบ่งประเภทของงานที่มีสิทธิจะได้ รับลิขสิทธิ์ออกเป็น 10 ประเภทด้วยกันคือ งานวรรณกรรม งานนาฏกรรม ดนตรีกรรม งานศิลป์ งานบันทึกเสียง ภาพยนตร์ การแพร่ภาพโดยกระจายเสียง การแพร่ภาพด้วยระบบเคเบิ้ล การจัดเรียงรูปแบบตัวอักษรของงานที่เคยมีการตีพิมพ์มาก่อนแล้ว และฐานข้อมูล[141] ซึ่งรูปแบบของการจัดประเภทของงานที่เอ่ยมาข้างต้นนี้เป็นการออกกฎหมายขึ้นมาจำกัดประเภทของงานที่จะได้รับความคุ้มครองซึ่งถือได้ว่าเป็นการจัดในรูปแบบปิด (Closed List) นั่นก็คือหากงานใดไม่สามารถ จัดอยู่ภายใต้งานหนึ่งงานใดของงาน 10 ประเภท งานดังกล่าวก็ไม่มีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองภายในภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ในทันที แม้ว่างานนั้นจะมีการลงทุนลงแรงหรือมีความคิดสร้างสรรค์ในตัวของงานนั้น ดังนั้นคำจำกัดความของงานทั้ง 10 ประเภทในกฎหมายดังกล่าวจึงมีความสำคัญมากในการพิจารณาในเบื้องต้นว่า งานนั้น ๆ จะได้รับความคุ้มครองหรือไม่

กรณีการจัดประเภทของงานในรูปแบบปิดดังกล่าวในสหราชอาณาจักรข้างต้นนั้นนับว่ามีสาระสำคัญที่แตกต่างกันออกไปจากการจัดประเภทของงานในสหรัฐอเมริกาซึ่งจะจัดอยู่ในรูปแบบเปิด (Open List) โดยในกฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้ระบุเพียงว่า งานของผู้สร้างสรรค์งาน (Work of Authorship) เท่านั้นถึงจะได้รับความคุ้มครอง ฉะนั้นงานประเภทใด ๆ ก็ตามในสหรัฐอเมริกา หากครบองค์ประกอบในเรื่องของ Originality และ Fixation ก็จะได้รับความคุ้มครองในทันทีโดยประเภทของงานมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องในการวินิจฉัยแต่อย่างใด

---

[140] กรมทรัพย์สินทางปัญญา, **กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักร**, ค้นวันที่ 1 ธันวาคม 2561 จาก https://www.ipthailand.go.th/th

[141] literary works, dramatic works, musical works, artistic works, sound recordings, films, broadcasts cable programmes, typographical arrangement of published editions and database.

ในส่วนของงานที่เป็นงานวรรณกรรม นาฏกรรมและดนตรีกรรมตามกฎหมายสหราชอาณาจักรนั้น กฎหมายได้บัญญัติเฉพาะเป็นพิเศษไว้ในมาตรา 3 (2) ว่าในการที่จะได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของงานประเภทดังกล่าว กรณีจะต้องมีการบันทึก (Fixation) ลงในสื่อที่จับต้องได้เป็นลายลักษณ์อักษร หรือบันทึกด้วยวิธีอื่นใดจึงจะได้รับความคุ้มครอง ส่วนกรณีว่าใครจะเป็นผู้บันทึกงานแล้วงานดังกล่าวจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น ศาลในคดี Water V Lane[142] ได้วางหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ที่มาของคดีนี้เกิดขึ้นจากการที่บริษัท The Times ได้ไปบันทึกสุนทรพจน์ของ Lord Rosebery ในงานแห่งหนึ่ง กรณีเกิดประเด็นจะต้องวินิจฉัยว่าสุนทรพจน์ดังกล่าว จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแล้วหรือไม่ และใครจะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ของสุนทรพจน์นั้น ศาลได้วินิจฉัยว่าสุนทรพจน์ดังกล่าวได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์แล้ว เงื่อนไขของการบันทึกนั้นไม่ จำต้องเกิดขึ้นจากตัวเจ้าของงานเอง การบันทึกอาจเกิดขึ้นได้โดยบุคคลอื่นซึ่งไม่ได้รับอนุญาตให้บันทึกจากเจ้าของงานก็ได้ และในกรณีของคดีนี้ลิขสิทธิ์ของสุนทรพจน์ยังเป็นของ Lord Rosebery อยู่เนื่องจาก Lord Rosebery เป็นผู้สร้างสรรค์งานดังกล่าว

ส่วนงานประเภทอื่นนอกเหนือจากงานวรรณกรรม นาฏกรรม และดนตรีกรรม กฎหมาย มิได้ระบุว่าการบันทึกก็มิได้เป็นเงื่อนไขของการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์แต่อย่างใด

นอกจากนี้ยังมีหลักประการสำคัญที่มีจุดเกาะเกี่ยวกันของงานทั้ง 9 ประเภทแรกในการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์นั่นก็คือ งานทั้ง 9 ประเภทในการที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องเข้าหลักเกณฑ์เงื่อนไขของ Originality โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวนั้นถึงแม้จะมีการใช้คำศัพท์คำเดียวกับคำศัพท์ คำว่า Originality ในกฎหมายสหรัฐอเมริกาก็ตาม แต่คำศัพท์ดังกล่าวก็มีแนวความคิดและคำจำกัดความในทางกฎหมายที่แตกต่างไปจากกฎหมายของสหรัฐอเมริกาโดยเฉพาะอย่างยิ่งภายหลังการได้มีการเปลี่ยนแนวการตีความของศาลในคดี Feist Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Company Inc.

สำหรับความหมายในทางกฎหมายของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ (Originality) ในสหราชอาณาจักรนั้น กฎหมาย Copyright Designs and Patents Act 1988 มิได้ให้คำนิยามไว้เช่นเดียวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ดีศาลสหราชอาณาจักรได้ตีความหลัก ดังกล่าวไว้ว่าการที่จะเข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้นั้น งานนั้นจะต้องเกิดขึ้นโดยผู้สร้างงาน (Author) โดยไม่มีการลอกเลียนแบบ[143] และงานดังกล่าวจะต้องประกอบขึ้นด้วย ทักษะ (Skill) การลงแรง (Labor) หรือ

---

[142] Water V. Lane (1900) AC 539.

[143] Ladbroke (Football) Ltd V. William Hill (Football) Ltd, (1964) 1 WLR 273 at 291

การใช้วิจารณญาณ (Judgement) อย่างเพียงพอในการสร้างงานนั้นขึ้นมา[144] ตัวอย่าง ข้อเท็จจริงในคดีที่แสดงให้เห็นถึงหลักกฎหมายดังกล่าวได้แก่คดี Interlego โดยข้อเท็จจริงของคดี ดังกล่าวมีดังนี้ ในคดีดังกล่าว ตัวต่อของเล่นเด็ก Lego ได้ถูกลอกเลียนแบบเป็น ภาพวาดทางเทคนิค (Technical Drawing) โดยบริษัทจำเลย ศาลได้ตัดสินว่ากรณีดังกล่าวถึงแม้จะมีการลงทุนทั้งทางด้านแรงงาน และทักษะเป็นอย่างมากจากบริษัทจำเลยในการลอกเลียนแบบตัวต่อของเล่นของโจทก์ออกมาเป็นภาพวาด กรณีก็ไม่สามารถทำให้ภาพวาดดังกล่าวได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ เพราะงานที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องเป็นงานที่เกิดขึ้นโดยปราศจากการลอกเลียนแบบ

ในส่วนของงานประเภทฐานข้อมูลนั้นเนื่องจากเป็นงานที่ได้มีการตกลงกันระหว่างสหภาพยุโรปว่าด้วยฐานข้อมูลเมื่อปี ค.ศ. 1996[145] จึงทำให้งานดังกล่าวที่มีความพิเศษเฉพาะแตกต่างไป จากงานทั้ง 9 ประเภทแรกนั่นก็คือ นอกเหนือจากงานดังกล่าวจะต้องเข้าเงื่อนไขในหลัก Originality ถึงจะได้รับความคุ้มครองแล้ว งานดังกล่าวยังจะต้องเป็นงานซึ่งเกิดขึ้นจากความคิดสร้างสรรค์ของผู้สร้างงาน (Author's Own Intellectual Creation) ด้วยซึ่งหลักดังกล่าวจะมีแนวความคิดที่เหมือนกับหลักการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในสหรัฐอเมริกา และกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ในยุโรปเป็นอย่างมาก

นอกจากนี้กรณีอาจมีปัญหาข้อสงสัยเกิดขึ้นว่า งานประเภทคำขวัญ (Slogan) คำโฆษณา (Advertisement) ชื่อเรื่อง (Title) ว่าจะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ตามกฎหมายลิขสิทธิ์สำหรับ ในเรื่องดังกล่าว ศาลในคดี Exxon[146] ได้ให้คำตัดสินกรณีดังกล่าวไว้ว่า

"ในกรณีที่มีการลงทุน คิดค้นประดิษฐ์คำขึ้นมาเพื่อประโยชน์ในทางการค้าเช่น เครื่อง หมายการค้า ไม่ว่าการคิดค้นหรือประดิษฐ์คำดังกล่าวจะมีการลงทุนลงแรงมากสักเพียงใด คำดังกล่าวก็ไม่สามารถที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้ในคดีนี้ คำว่า Exxon ซึ่งถูกประดิษฐ์คิดค้นเพื่อใช้เป็นเครื่องหมายการค้าในกิจการค้าน้ำมันของโจทก์ ศาลได้วินิจฉัยว่าเป็นคำซึ่งไม่สื่อถึงข้อมูล ไม่ได้ให้รายละเอียด และความสุนทรีย์ทางวรรณกรรม (Conveyed no Information, Provided no Instruction and Give no Pleasure) จึงไม่ได้รับความคุ้มครอง"

---

[144] Interlego AG v. Tyco Industries Inc. (1989) 1 AC 217 at 262

[145] Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of database

[146] Exxon Corpn. V. Exxon Insurance Consultants International Ltd. (1982) R.P.C. 69, CA.

4.1.2.2 มุมมองเศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรมกับการตรากฎหมายลิขสิทธิ์

ในส่วนของมุมมองเศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรม กับการตรากฎหมายลิขสิทธิ์นั้นผู้เขียนขอนำเสนอในส่วนของประวัติศาสตร์ของประเทศสหราชอาณาจักรผ่านกฎหมายที่สำคัญคือ Statute of Anne ซึ่งถือได้ว่าเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับแรกของประเทศสหราชอาณาจักรที่ผ่านการพิจารณาโดยรัฐสภา และเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับแรกของสหราชอาณาจักร ที่สามารถสะท้อนให้เห็นถึงมุมมองของเศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรมได้เป็นอย่างดี กล่าวคือ Statute of Anne นั้นเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อปรับเปลี่ยนสิทธิผูกขาดในกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ก่อน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของ Licensing Act of 1662 และ Star Chamber Decree of 1637 ทั้งนี้วัตถุประสงค์ของ Statute of Anne ได้ถูกระบุไว้อย่างชัดเจนตั้งแต่ในคำปรารภของกฎหมาย ดังนั้นภาพรวมของการบัญญัติ Statute of Anne จึงเกิดขึ้นเพื่อเปลี่ยนแปลงหลักการสนับสนุนสิทธิผูกขาดการพิมพ์และการจำหน่ายงานวรรณกรรมใน Licensing Act of 1662 และ Star Chamber Decree of 1637 ที่ให้อำนาจแก่สมาชิกกลุ่มผู้พิมพ์ในการตรวจสอบและควบคุมการพิมพ์หนังสือของโรงพิมพ์ที่ไม่ใช่สมาชิก มาเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อควบคุมดูแลสิทธิในการพิมพ์และจำหน่ายหนังสือของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นผู้แต่ง ผู้สร้างสรรค์ หรือเจ้าของสิทธิ์ในหนังสือนั้น ซึ่งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวมีสาระสำคัญอยู่ 2 ประการดังนี้

ประการแรก Statute of Anne ได้บัญญัติรับรองสิทธิผูกขาดของกลุ่มผู้พิมพ์ในรูปบทบัญญัติของกฎหมายและบัญญัติชัดเจนให้เป็นลิขสิทธิ์ที่ใช้กับทุกคนเป็นการทั่วไป โดยจากเดิมที่สิทธิผูกขาดในการพิมพ์ลักษณะนี้เป็นสิทธิพิเศษสำหรับสมาชิกกลุ่มผู้พิมพ์เท่านั้นและสมาชิกกลุ่มผู้พิมพ์สามารถปรับเปลี่ยนกฎเกณฑ์นี้กันเองได้

ประการที่สอง Statute of Anne ได้เพิ่มสิทธิในลิขสิทธิ์สำหรับผู้แต่งหรือผู้สร้างสรรค์งาน ซึ่งเป็นลิขสิทธิ์ที่บัญญัติขึ้นมาใหม่เป็นครั้งแรก โดยไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อนไม่ว่าทางกฎหมายหรือทางปฏิบัติ โดยเหตุผลที่ได้บัญญัติลิขสิทธิ์สำหรับผู้แต่งหรือผู้สร้างสรรค์งานขึ้นมาก็เพื่อให้เอาคานหรือถ่วงดุลกับลิขสิทธิ์ของกลุ่มผู้พิมพ์

ดังนั้นลิขสิทธิ์ของงานวรรณกรรมตาม Statute of Anne จึงถูกแบ่งออกเป็นสิทธิ 2 ประเภทคือ 1) ลิขสิทธิ์ของกลุ่มผู้พิมพ์ ซึ่งเป็นสิทธิอย่างที่มีอยู่เดิมโดยให้ลิขสิทธิ์แก่งานวรรณกรรมทุกเล่มที่ปรากฏ ทั้งที่พิมพ์เผยแพร่มาแล้วและที่พิมพ์เผยแพร่หลังการบังคับใช้ Statute of Anne โดยลิขสิทธิ์ของกลุ่มผู้พิมพ์นี้เรียกว่า Stationer’s Copyright หรือ Publisher’s Right และ 2) ลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ ซึ่งเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นใหม่และเป็นสิทธิในหนังสือและวรรณกรรมที่พิมพ์เผยแพร่หลังจากการบังคับใช้ Statute of Anne โดยลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์งานนี้เรียกว่า Statutory Copyright หรือ Author’s Right

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักรนั้น มีบทบัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ การออกแบบ และสิทธิบัตร ค.ศ. 1988 (Copyright Design and Patent Act 1988) ซึ่งมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

ประการแรก ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครอง

ประเภทของงานที่ได้รับความคุ้มครองตามนิยามของลิขสิทธิ์ และงานอันมีลิขสิทธิ์ตามมาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ การออกแบบ และสิทธิบัตร ค.ศ. 1988 มีใจความสำคัญดังต่อไปนี้[147]

(1) ลิขสิทธิ์ คือ สิทธิในทรัพย์สินซึ่งมีอยู่ในงานสร้างสรรค์ ดังต่อไปนี้

(a) งานวรรณกรรมต้นฉบับ (งานวรรณกรรมตามมาตรานี้ให้หมายความรวมถึงนวนิยายด้วย) งานนาฏกรรม งานดนตรีกรรม หรืองานศิลปกรรม

(b) สิ่งบันทึกเสียง ภาพยนตร์ หรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพ และ

(c) งานดัดแปลงใหม่ที่จัดทำขึ้นในรูปของสื่อสิ่งพิมพ์เพื่อเผยแพร่ต่อสาธารณชน

(2) ภายใต้มาตรานี้ งานอันมีลิขสิทธิ์ หมายถึง งานใด ๆ ที่มีลักษณะของงานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

(3) ลิขสิทธิ์ย่อมไม่ให้ความคุ้มครองงานที่มีลักษณะที่ไม่ได้รับความคุ้มครอง (ดูเพิ่มในมาตรา 153)

ประการที่สองลักษณะของงานอันมีลิขสิทธิ์ตามมาตรา 3 มีใจความสำคัญดังต่อไปนี้[148]

---

[147] Copyright Design and Patent Act 1988 Article 1: Copyright and copyright works.

(1) Copyright is a property right which subsists in accordance with this Part in the following descriptions of work (a) Original literary, dramatic, musical or artistic works, (b) Sound recordings, films or broadcasts and (c) The typographical arrangement of published editions.

(2) In this Part “copyright work” means a work of any of those descriptions in which copyright subsists.

(3) Copyright does not subsist in a work unless the requirements of this Part with respect to qualification for copyright protection are met (see section 153 and the provisions referred to there).

(1) ตามมาตรานี้ งานวรรณกรรม หมายถึง งานใด ๆ นอกเหนือไปจากการ แสดง หรืองานดนตรีกรรม ซึ่งเป็นงานเขียน คำพูด หรือคำร้อง และประกอบขึ้นอย่างลงตัว

(a) ตาราง หรือข้อมูลที่ถูกรวบรวมขึ้น (นอกเหนือจากฐานข้อมูล)

(b) โปรแกรมคอมพิวเตอร์

(c) ต้นร่างของการออกแบบโปรแกรมคอมพิวเตอร์

(d) ฐานข้อมูล

งานแสดง ให้หมายความรวมถึงงานที่เกี่ยวกับการเต้น และละครใบ้ และงานดนตรีกรรม หมายถึง งานที่ประกอบไปด้วยดนตรี เนื้อร้อง รวมถึงการแสดง ประกอบเพลง

(2) ลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครองงานวรรณกรรม งานแสดง หรือดนตรีกรรม จนกว่าจะมีการแสดงออกมาในรูปของงานเขียน สื่อบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือการแสดงออกในรูปแบบอื่นใด

(3) สิ่งที่ไม่มีรูปร่างตาม (2) ไม่ว่าจะมีการบันทึก หรือการแสดงออกโดยผู้ สร้างสรรค์ ย่อมได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานโสตทัศนูปกรณ์

---

[148] Copyright Design and Patent Act 1988 Article 3: Literary, dramatic and musical works

(1) In this Part—"literary work" means any work, other than a dramatic or musical work, which is written, spoken or sung, and accordingly includes—(a) a table or compilation [other than a database], (b) a computer program; (c) preparatory design material for a computer program and (d) a database

"dramatic work" includes a work of dance or mime; and "musical work" means a work consisting of music, exclusive of any words or action intended to be sung, spoken or performed with the music.

(2) Copyright does not subsist in a literary, dramatic or musical work unless and until it is recorded, in writing or otherwise; and references in this Part to the time at which such a work is made are to the time at which it is so recorded.

(3) It is immaterial for the purposes of subsection (2) whether the work is recorded by or with the permission of the author; and where it is not recorded by the author, nothing in that subsection affects the question whether copyright subsists in the record as distinct from the work recorded.

ประการที่สามในส่วนของขอบเขตของการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ขอบเขตของการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ การคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 16 มีใจความสำคัญดังต่อไปนี้[149]

(1) เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ มีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะกระทำการ

(a) การคัดลอกงาน (ดูมาตรา 17)

(b) การเผยแพร่งานต่อสาธารณชน (ดูมาตรา 18)

(ba) ให้เช่างาน หรือให้ยืมงานต่อสาธารณชน (ดูมาตรา 18A)

(c) แสดงงานต่อสาธารณชน (ดูมาตรา 19)

(d) นำเสนองานต่อสาธารณชน (ดูมาตรา 20)

---

[149] Copyright Design and Patent Act 1988 Article 16: The acts restricted by copyright in a work.

(1) The owner of the copyright in a work has, in accordance with the following provisions of this Chapter, the exclusive right to do the following acts in the United Kingdom—

(a) to copy the work (see section 17); (b) to issue copies of the work to the public (see section 18); (ba) to rent or lend the work to the public (see section 18A) (c) to perform, show or play the work in public (see section 19); (d) to communicate the work to the public (see section 20) (e) to make an adaptation of the work or do any of the above in relation to an adaptation (see section 21); and those acts are referred to in this Part as the "acts restricted by the copyright".

(2) Copyright in a work is infringed by a person who without the license of the copyright owner does, or authorizes another to do, any of the acts restricted by the copyright.

(3) References in this Part to the doing of an act restricted by the copyright in a work are to the doing of it—(a) in relation to the work as a whole or any substantial part of it, and (b) either directly or indirectly; and it is immaterial whether any intervening acts themselves infringe copyright.

(4) This Chapter has effect subject to—(a) the provisions of Chapter III (acts permitted in relation to copyright works), and (b) the provisions of Chapter VII (provisions with respect to copyright licensing).

(e) ดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ (ดูมาตรา 21)

(2) การกระทำตามมาตรานี้โดยผู้ที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ถือเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์

(3) ภายใต้บังคับตามมาตรานี้ การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ให้รวมถึง

(a) กระทำกับงานไม่ว่าทั้งหมด หรือบางส่วน และ

(b) ไม่ว่าโดยตรง หรือทางอ้อมและรวมถึงการกระทำต่อสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง

(4) หมวดนี้มีผลรวมถึง

(a) บทบัญญัติในหมวด III (การกระทำที่สัมพันธ์ต่องานอันมีลิขสิทธิ์)

(b) บทบัญญัติในหมวด VII (บทบัญญัติว่าด้วยการอนุญาตให้ใช้สิทธิ)

ลิขสิทธิ์มีอายุความคุ้มครองเท่ากับตลอดชีวิตของผู้สร้างสรรค์ และคุ้มครองต่อไปอีก 70 ปี นับแต่วันที่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตายตามมาตรา 12 (2)[150]

ประการที่สี่ สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ตามมาตรา 2 มีใจความสำคัญดังต่อไปนี้[151]

(1) ผู้ทรงสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะกระทำต่องาน ตามหมวด II แห่งพระราชบัญญัตินี้

---

[150] Copyright Design and Patent Act 1988 Article 12 (2) Copyright expires at the end of the period of 70 years from the end of the calendar year in which the author dies, subject as follows.

[151] Copyright Design and Patent Act 1988 Article 2: Rights subsisting in copyright works.

(1) The owner of the copyright in a work of any description has the exclusive right to do the acts specified in Chapter II as the acts restricted by the copyright in a work of that description.

(2) In relation to certain descriptions of copyright work the following rights conferred by Chapter IV (moral rights) subsist in favor of the author, director or commissioner of the work, whether or not he is the owner of the copyright—(a) section 77 (right to be identified as author or director), (b) section 80 (right to object to derogatory treatment of work), and (c) section 85 (right to privacy of certain photographs and films).

(2) ภายใต้หมวด IV (หลักธรรมสิทธิ) ผู้สร้างสรรค์ ผู้กำกับ หรือผู้สร้างสรรค์ร่วมงานอันมีลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิในลิขสิทธิ์แห่งงานที่สร้างสรรค์ขึ้น

(a) มาตรา 77 (สิทธิที่จะใส่ชื่อเป็นผู้สร้างสรรค์หรือผู้กำกับ)

(b) มาตรา 80 (สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาจากความเสียหายที่ เกิดขึ้นต่องานอันมีลิขสิทธิ์)

(c) มาตรา 85 (สิทธิที่จะใช้ประโยชน์ส่วนตัวจากงานภาพถ่าย และภาพยนตร์)

ประการที่ห้าในส่วนของการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น การละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 17 มีใจความสำคัญดังต่อไปนี้[152]

(1) การคัดลอกซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทใด ๆ ถือเป็นการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น

---

[152] Copyright Design and Patent Act 1988 Article 17: Infringement of copyright by copying.

(1) The copying of the work is an act restricted by the copyright in every description of copyright work; and references in this Part to copying and copies shall be construed as follows.

(2) Copying in relation to a literary, dramatic, musical or artistic work means reproducing the work in any material form. This includes storing the work in any medium by electronic means.

(3) In relation to an artistic work copying includes the making of a copy in three dimensions of a two-dimensional work and the making of a copy in two dimensions of a three dimensional work.

(4) Copying in relation to a film or broadcast includes making a photograph of the whole or any substantial part of any image forming part of the film or broadcast. (5) Copying in relation to the typographical arrangement of a published edition means making a facsimile copy of the arrangement. (6) Copying in relation to any description of work includes the making of copies which are transient or are incidental to some other use of the work.

(2) การคัดลอกงานวรรณกรรม การแสดง งานดนตรีกรรม หรืองานศิลปกรรม หมายถึง การซ้ำทำต่อตัวงาน ไม่ว่าจะทำซ้ำในรูปแบบใด รวมถึงการจัดทำให้อยู่ในรูปของสื่ออิเล็กทรอนิกส์ด้วย

(3) การคัดลอกงานศิลปกรรม ให้รวมถึงงานคัดลอกงานรูปแบบ 3 มิติเป็น 2 มิติ และการคัดลอกงานรูปแบบ 2 มิติ เป็น 3 มิติ ด้วย

(4) การคัดลอกงานภาพยนตร์ ให้รวมถึงการถ่ายภาพ หรือสร้างรูปภาพซึ่ง เป็นส่วนใดส่วนหนึ่งของภาพยนตร์

(5) การคัดลอกงานดัดแปลงใหม่ที่จัดทำขึ้นในรูปของสื่อสิ่งพิมพ์เพื่อเผยแพร่ต่อสาธารณชน การทำสำเนา และเรียบเรียงขึ้นใหม่

(6) การคัดลอกงานอันมีลิขสิทธิ์ใด ๆ ให้รวมถึงการคัดลอกแบบชั่วคราว หรือสิ่งที่เกี่ยวข้องกับการใช้งานนั้น

การละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรองโดยการสร้างสรรค์ตามมาตรา 24 มีใจความสำคัญดังต่อไปนี้[153]

(1) ผู้ใดกระทำการโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิ โดยการ

(a) การสร้างสรรค์

(b) นำเข้ามาในสหราชอาณาจักร

(c) ครอบครองเพื่อประโยชน์ทางธุรกิจ หรือ

---

[153] Copyright Design and Patent Act 1988 Article 24: Secondary infringement: providing means for making infringing copies.

(1) Copyright in a work is infringed by a person who, without the license of the copyright owner—(a) makes, (b) imports into the United Kingdom, (c) possesses in the course of a business, or (d) sells or lets for hire, or offers or exposes for sale or hire, an article specifically designed or adapted for making copies of that work, knowing or having reason to believe that it is to be used to make infringing copies.

(2) Copyright in a work is infringed by a person who without the license of the copyright owner transmits the work by means of a telecommunications system (otherwise than by communication to the public), knowing or having reason to believe that infringing copies of the work will be made by means of the reception of the transmission in the United Kingdom or elsewhere.

(d) ขาย หรือให้เช่า หรือเสนอ หรือนำออกแสดง เพื่อขาย หรือให้ เช่า ทั้งให้หมายความรวมถึงการออกแบบ หรืองานดัดแปลงที่ละเมิดต่อลิขสิทธิ์ด้วย

(2) ผู้ใดกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิ ไม่ว่าจะกระทำในสหราชอาณาจักร หรือประเทศใด ๆ ผู้นั้นได้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว

การละเมิดต่อสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์มาตรา 27 มีใจความสำคัญดังต่อไปนี้[154]

(1) ตามมาตรานี้ การละเมิดต่อสำเนา ต้องกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์

(2) การละเมิดต่อสำเนาให้สัมพันธ์กับการละเมิดลิขสิทธิ์

(3) ให้บังคับใช้หลักเกณฑ์ตามการละเมิดลิขสิทธิ์ เมื่อ

(a) มีการนำเข้ามาในสหราชอาณาจักร และ

---

[154] Copyright Design and Patent Act 1988 Article 27: Meaning of “infringing copy”.

(1) In this Part “infringing copy”, in relation to a copyright work, shall be construed in accordance with this section.

(2) An article is an infringing copy if its making constituted an infringement of the copyright in the work in question.

(3) An article is also an infringing copy if—(a) it has been or is proposed to be imported into the United Kingdom, and (b) its making in the United Kingdom would have constituted an infringement of the copyright in the work in question, or a breach of an exclusive license agreement relating to that work.

(4) Where in any proceedings the question arises whether an article is an infringing copy and it is shown—(a) that the article is a copy of the work, and (b) that copyright subsists in the work or has subsisted at any time, it shall be presumed until the contrary is proved that the article was made at a time when copyright subsisted in the work.

(5) Nothing in subsection (3) shall be construed as applying to an article which may lawfully be imported into the United Kingdom

(6) In this Part “infringing copy” includes a copy falling to be treated as an infringing copy by virtue of any of the following provisions —any provision of an order under section 141 (statutory license for certain reprographic copying by educational establishments).

(b) กระทำละเมิดต่อสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของสิทธิและผู้ที่ได้รับการอนุญาตให้ใช้สิทธิ

(4) การละเมิดต่อสำเนาปรากฏให้เห็นถึง

(a) การกระทำต่อสำเนาของงานอันมีลิขสิทธิ์

(b) งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครอง

(5) การนำเข้าตามอนุมาตรา (3) ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติสหภาพยุโรป ค.ศ. 1972 มาตรา 2 (1)

(6) การละเมิดสำเนาให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด

4.1.2.3 ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภท

ในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ (Originality) ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักรนั้น หากพิจารณาถึง กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักรคือ Copyright Designs and Patents Act 1988 มาตรา 1 (1) (a) ให้การคุ้มครอง งานวรรณกรรม นาฏกรรม ดนตรีกรรม ศิลปกรรม ที่ได้รับความคุ้มครองจะต้องเป็นงานสร้างสรรค์ที่เป็นงานดั้งเดิม (Original) แม้ว่า Copyright Designs and Patents Act 1988 จะไม่ได้กำหนดในส่วนของบทนิยามของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ (Originality) ไว้ แต่อาจกล่าวได้ว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์มีความหมายว่า การสร้างสรรค์งานจากสิ่งที่เชื่อมโยงโดยตรงระหว่างความคิดของผู้สร้างสรรค์กับผลงานที่เกิดขึ้นจากมือของเขา[155] ซึ่งหากพิจารณาหลักกเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ได้ 2 ประการดังนี้

ประการแรก การที่จะเป็นงานดั้งเดิม (Original) นั้น งานสร้างสรรค์ดังกล่าวต้องมีที่มาหรือถือกำเนิดมาจากผู้สร้างสรรค์งาน โดยที่ไม่เป็นงานที่ลอกเลียนงานสร้างสรรค์อื่นที่มีอยู่ก่อน ตัวอย่างเช่นในคดี University of London Press V. University Tutorial Press (1916)[156] โดยศาลได้ตัดสินให้ข้อสอบที่ได้ดัดแปลงจากข้อสอบเก่าของอาจารย์มหาวิทยาลัยเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ เนื่องจากไม่ได้เป็นการลอกเลียนข้อสอบเก่าอย่างสิ้นเชิง

ดังนั้นโดยคำว่า Original ในกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้ให้ความคุ้มครองแนวคิดที่ไม่ซ้ำใคร แต่กฎหมายลิขสิทธิ์คุ้มครองการแสดงออกซึ่งความคิด งานที่ได้รับลิขสิทธิ์จะต้องไม่ได้คัดลอกมาจากงานอื่น ๆ แต่ควรจะเกิดขึ้นมาจากผู้สร้างสรรค์ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวแตกต่างกับกฎหมายสิทธิ์บัตรที่ให้ความคุ้มครองแนวความคิดและสิ่งประดิษฐ์ที่ไม่ซ้ำใคร

---

[155] Jeremy Phillips and Alison Firth, **Introduction to Intellectual Property Law**, 2nd ed. (London: Butterworths, 1989), p. 117.

[156] University of London press V. University Tutorial Press (1916)

หากสรุปในส่วนของสาระสำคัญของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ (Originality) ก็จะก่อให้เกิดผลที่สำคัญดังต่อไปนี้[157]

1) คุณภาพของงานไม่ใช่สิ่งที่นำมาพิจารณาในการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์

2) ความคุ้มครองที่มีขึ้นเพื่อความอุตสาหะของผู้สร้างสรรค์ พอ ๆ กันกับความสามารถในการสร้างสรรค์ผลงาน (Creativity) ซึ่งทำให้เกิดผลเป็นการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในบางสถานการณ์ และขยายความคุ้มครองไปยังงานที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับสุนทรียศาสตร์[158]

3) ป้องกันการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์โดยไม่มีระยะเวลาสิ้นสุด

ประการที่สอง งานสร้างสรรค์ที่จะถือได้ว่าเป็นงานดั้งเดิมถึงแม้ว่างานนั้นจะมีที่มาจากงานอื่นก็ตาม หากว่าได้ใช้ทักษะ แรงงาน และความคิดในการสร้างสรรค์[159] หรือพิจารณาจากทักษะ การตัดสินใจ และแรงงาน หรือการเลือกสรร การตัดสินใจ และประสบการณ์ หรือแรงงาน ทักษะและเงินทุน ว่าผู้สร้างสรรค์มีระดับของสิ่งต่าง ๆ เหล่านี้เพียงพอในการสร้างสรรค์งานหรือไม่[160]

อย่างไรก็ตามไม่เพียงแต่ที่ต้องมีการสร้างสรรค์ทางปัญญาในการสร้างงานแต่ละประเภทแต่สิ่งที่ใส่เข้าไปจะต้องเพียงพอกับมาตรฐานขั้นต่ำของความพยายามในการสร้างสรรค์ด้วย[161] โดยในการสร้างสรรค์งานผู้สร้างสรรค์จะใช้ แรงงาน ทักษะ และความสามารถที่แตกต่างกันออกไปตามประเภทของงานดั่งเช่นในคดี Interlego AG v. Tyco Industries Inc. (1989)[162] 1 AC 217 ศาลได้ปฏิเสธที่จะไม่ให้การคุ้มครองภาพวาดของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่เกิดจากการนำภาพวาดชุดเดิมที่หมดอายุการคุ้มครองแล้วมาจัดทำเป็นภาพวาดชุดใหม่เพื่อต้องการขยายการคุ้มครองดังกล่าว ซึ่งแม้จะได้ใช้เวลา ทักษะ และแรงงานในการทำภาพวาดชุดใหม่ก็ตาม แต่ว่าไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของงาน จึงถือได้ว่างานดังกล่าวขาดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ด้วยตนเอง ซึ่ง Lord Oliver ได้กล่าวไว้ในคดี Interlego AG v. Tyco Industries Inc. (1989) ว่า เนื่องจากความคิดริเริ่ม

---

[157] Catherine Colston, **Principles of Intellectual Property Law** (London: Cavendish Publishing, 1999), p. 170.

[158] The Newspaper Game Grids in Express Newspapers V. Liverpool Daily Post(1985).

[159] Catherine Colston, *op cit.,* p. 171.

[160] W. R. Cornish, **Intellectual Property: Patents, Copyright, Trademark and Allied Rights**, 3rd ed. (London: Sweet & Maxell, 1996), p. 333.

[161] *Ibid.,* p. 333.

[162] Interlego AG v. Tyco Industries Inc. (1989)

สร้างสรรค์เกิดมาจากทักษะ แรงงานและความพยายามที่ถูกใช้โดยผู้สร้างสรรค์และมีผลต่องานที่แสดงออกมา แต่ไม่ใช่ว่าทุกชนิดทุกรูปแบบของแรงงาน ทักษะและความพยายามจะทำให้เป็นงานดั้งเดิม สิ่งที่ยากคือการแยกความแตกต่างระหว่างแรงงาน ทักษะ และความพยายามว่าอันใหนทำให้งานเป็นงานดั้งเดิม และแรงงาน ทักษะ และความพยายามที่ไม่ได้ทำให้งานสร้างสรรค์เป็นงานดั้งเดิม เนื่องจากไม่ได้มีการให้คำนิยามอย่างชัดเจนว่าความพยายาม ทักษะ หรือการตัดสินที่จะทำให้งานเป็นงานดั้งเดิมคืออะไร ทั้งนี้การพิจารณาถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ จึงจะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงของแต่ล่ะกรณีไป[163]

อย่างไรก็ตามแนวความคิดเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ (Originality) ของสหราชอาณาจักร แม้ว่างานสร้างสรรค์นั้นจะไม่ได้ใช้ความคิดสร้างสรรค์ (Creativity) ในการสร้างงานลิขสิทธิ์ก็ตามแต่ก็ถือว่างานดังกล่าวเป็นงานที่ได้มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แล้ว ซึ่งในกรณีดังกล่าวจะมีความแตกต่างกับแนวความคิดเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตามกฎหมายของประเทศเยอรมันที่ถือว่างานสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นจะต้องประกอบไปด้วยความคิดสร้างสรรค์อย่างน้อยในระดับหนึ่ง และแนวความคิดเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศษที่ถือว่างานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ที่จะถือว่ามีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นต้องสามารถพิสูจน์ได้ว่างานนั้นได้ประกอบไปด้วยลักษณะเฉพาะตัวหรือแสดงบุคคลภาพของผู้สร้างสรรค์[164] นอกจากนี้แล้วหลักการเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของกฎหมายสหราชอาณาจักรยังมีความแตกต่างจากหลักการเรื่องความคดริเริ่มตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาอีกด้วย[165] ซึ่งศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้กล่าวไว้ในคดี Feist Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Company Inc.[166] ว่างานสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์จะต้องมีระดับความคิดสร้างสรรค์อย่างน้อยในระดับที่น้อยที่สุดจึงจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

อนึ่งหากพิจารณาถึง Copyright Designs and Patents Act 1988 มาตรา 1 (1) (a) ที่ให้การคุ้มครอง งานวรรณกรรม งานนาฏกรรม งานดนตรีกรรม และงานศิลปกรรม โดยงานตามมาตรา 1(1) (a) นั้นจะต้องเป็นงานที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ในการสร้างสรรค์งานนั้นด้วย แต่เมื่อนำไปเปรียบเทียบกับงานที่อยู่ในมาตรา 1 (1) (b) ที่ให้การคุ้มครองในส่วนของงานภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง และงานแพร่เสียงแพร่ภาพ งานในกลุ่มนี้จึงถูกตั้งข้อสังเกตว่า เป็นงานในกลุ่มที่ต้องมี

---

[163] Lionel Bently and Brad Sherman, **Intellectual Property Law** (New York: Oxford University Press, 2001), p. 85.

[164] *Ibid.,* p. 93.

[165] *Ibid.,* p. 93.

[166] Feist Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Company Inc.

ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เช่นเดียวกับงานวรรณกรรม งานนาฏกรรม งานดนตรีกรรม และงานศิลปกรรม หรือไม่

โดยที่งานวรรณกรรม งานนาฏกรรม งานดนตรีกรรม และงานศิลปกรรมถือว่าเป็นงานลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์หรือของผู้ประพันธ์ (Authorial Works) ส่วนงานสิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ และงานจัดเรียงลักษณะและรูปแบบการพิมพ์เป็นงานลิขสิทธิ์ของผู้ลงทุน (Entrepreneurial Works) ซึ่งการแยกความแตกต่างระหว่างงานทั้ง 2 กลุ่มนี้ได้มีอยู่ในระบบกฎหมายหลายระบบ โดยในระบบประมวลกฎหมาย เช่นประเทศฝรั่งเศสจะแยกความแตกต่างโดยใช้คำว่าสิทธิของผู้ประพันธ์ในความหมายหมายถึงงานวรรณกรรม งานนาฏกรรม งานดนตรีกรรม และงานศิลปกรรม และใช้คำว่าสิทธิข้างเคียงให้หมายถึงสิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพและนักแสดง นอกจากนี้ความแตกต่างของการคุ้มครองสิทธิของงานทั้ง 2 กลุ่มนี้ยังมีอยู่ในอนุสัญญาระหว่างประเทศ โดยที่งานที่เป็นสิทธิของผู้ประพันธ์จะปรากฏอยู่ในอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) ค.ศ. 1986 ส่วนงานที่เป็นสิทธิข้างเคียงจะถูกปรากฏในอนุสัญญากรุงโรม ค.ศ. 1961 และภายใต้กฎหมายของสหภาพยุโรป คำว่า สิทธิข้างเคียง จะถูกเรียกว่า สิทธิเกี่ยวเนื่อง (Related Rights)

ดังนั้นในส่วนของสหราชอาณาจักรแม้ว่าบทบัญญัติของ Copyright Designs and Patents Act 1988 จะไม่ได้แยกความแตกต่างของงานทั้ง 2 กลุ่มดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน แต่อาจกล่าวได้ว่ามีการแยกความแตกต่างระหว่างงานของผู้สร้างสรรค์หรืองานของผู้ประพันธ์ และงานของผู้ลงทุนหรือสิทธิข้างเคียงเช่นกัน โดยการแยกความแตกต่างของงานทั้ง 2 กลุ่มในแนวคิดของกฎหมายลิขสิทธิ์สหราชอาณาจักรจะเห็นได้จากบทบัญญัติของ Copyright Designs and Patents Act 1956 ที่ได้มีการแยกส่วนของงานที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ออกเป็น 2 ส่วน โดยส่วนที่ 1 หมายถึงงานวรรณกรรม งานนาฏกรรม งานดนตรีกรรม และงานศิลปกรรม และในส่วนที่ 2 ได้บัญญัติว่า สิ่งที่ได้รับความคุ้มครอง (Subject Matter) หมายถึง งานภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ งานเคเบิลทีวี และงานการจัดเรียงลักษณะและรูปแบบการพิมพ์ (Typographical Arrangement of Published Editions)

อนึ่งปัญหาว่างานสร้างสรรค์ที่ต้องการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ตามแนวความคิดของสหราชอาณาจักรนั้นจะมีความหมายครอบคลุมงานลิขสิทธิ์เพียงใด ในทางตำราแล้วได้มีนักวิชาการได้ให้ความเห็นไว้คือ David Bainbridge[167] ได้ให้ความเห็นในกรณีนี้ไว้ว่า “หากเปรียบเทียบกับลิขสิทธิ์

---

[167] David Bainbridge, **Intellectual Property**, 3rd ed. (London: Pitman, 1996), p. 49.

ของงานดั่งเดิมแล้ว งานสืบเนื่องจะมีปัญหามากกว่าในด้านตัวลิขสิทธิ์ของงาน เพราะว่ายังไม่มีข้อกำหนดหรือข้อบังคับว่างานสืบเนื่องต้องเป็น Original เพราะว่าถ้ามีข้อกำหนดเช่นนั้นจะมีงานหลายประเภทมากที่ไม่เข้าข่ายกฎหมายลิขสิทธิ์ เช่น การแพร่เสียงแพร่ภาพงานนาฏกรรม โดยตัวงานนาฏกรรมถือเป็นงานดั้งเดิมตามความหมายของกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่ว่างานแพร่เสียงแพร่ภาพไม่เป็นงานดั้งเดิมในความหมายโดยทั่วไป”

ในส่วนหนังสือของ Lionel Bently and Brad Sherman[168] ได้กล่าวถึงกรณีดังกล่าวว่า “การแยกประเภทของงานลิขสิทธิ์เป็น 2 ประเภทดังกล่าว เนื่องจากสิทธิข้างเคียงหรือสิทธิของผู้ลงทุนถือได้ว่าเป็นงานสืบเนื่องเพราะเป็นงานที่เกิดจากการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงพื้นฐานเริ่มแรกของผู้สร้างสรรค์หรืองานของผู้ประพันธ์ (Existing Authorial Works) หรืออาจกล่าวได้ว่างานสืบเนื่องเป็นผลผลิตของทักษะทางด้านเทคนิคและการบริหารจัดการ แทนที่จะเป็นทักษะทางด้านการสร้างสรรค์งานด้วยตนเองเหมือนกับงานในประเภทของสิทธิของผู้ประพันธ์ และสิทธิเหล่านี้ในทางเบื้องต้นไม่ได้เป็นการให้แก่ตัวบุคคลผู้สร้างสรรค์ แต่ว่าให้กับองค์กรหรือบุคคลที่รับผิดชอบทางการเงินหรือการบริหารจัดการในการผลิตงานเหล่านี้ ซึ่งแม้ว่า Copyright Designs and Patents Act 1988 จะได้เรียกสิ่งที่ได้รับการคุ้มครองทั้งหมดว่างานสร้างสรรค์ (Works) แต่ก็ไม่ใช่ว่างานทั้งหมดผู้ลงทุน (Entrepreneurial Works) ซึ่งได้แก่ งานบันทึกเสียง งานภาพยนตร์ งานแพร่เสียงแพร่ภาพและงานการจัดเลียงลักษณะและรูปแบบการพิมพ์นั้นไม่จำเป็นว่างานดังกล่าวจะต้องเป็นงานดั้งเดิมก็ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์สหราชอาณาจักร โดยให้เหตุผลว่าเนื่องจากขอบเขตของสิทธิที่ให้กับกลุ่มของงานสิทธิของผู้ประพันธ์จะมากกว่าสิทธิที่ให้แก่งานในกลุ่มงานของผู้ลงทุน ทั้งนี้เพราะว่ามาตรฐานการตรวจสอบทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองกลุ่มงานสิทธิของผู้ประพันธ์จะมากกว่างานในกลุ่มของผู้ลงทุน อย่างไรก็ตามแม้ว่าการคุ้มครองงานสร้างสรรค์ของผู้ลงทุนนั้นไม่จำเป็นว่างานดังกล่าวจะต้องเป็น Original ก็ตาม แต่งานสร้างสรรค์ดังกล่าวจะต้องไม่ใช่งานที่ทำขึ้นจากการลอกเลียนหรือทำซ้ำจากงานพื้นฐานเริ่มแรกที่เป็นงานประเภทเดียวกัน โดยในส่วนของงานแพร่เสียงแพร่ภาพและงานเคเบิลจะไม่ได้รับความคุ้มครองทางลิขสิทธิ์ หากเป็นงานที่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพหรือเคเบิลทีวีอื่น หรือในกรณีของงานภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานการจัดเรียงลักษณะ และรูปแบบการพิมพ์ จะไม่ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายลิขสิทธิ์หากงานดังกล่าวไปลอกเลียนมาจากงานพื้นฐานเริ่มแรกที่เป็นงานภาพยนตร์ งานสิ่งบันทึกเสียงหรืองานการจัดเรียงลักษณะและรูปแบบการพิมพ์ ซึ่งเป็นงานประเภทเดียวกันตามลำดับ”

---

[168] Lionel Bently and Brad Sherman, **Intellectual Property Law**, p. 93.

ในส่วนของ Jeremy Phillip และ Alison Firth[169] ได้กล่าวถึงกรณีดังกล่าวว่า “ตามกฎหมายลิขสิทธิ์แล้วงานดั้งเดิมและงานสืบเนื่องมีความเท่าเทียมกันภายใต้ Copyright Designs and Patents Act 1988 แต่ว่าข้อกำหนดหรือข้อบังคับเกี่ยวกับหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานสืบเนื่องจะมีความเข้มงวดน้อยกว่าและมีระดับของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่เฉพาะกว่างานดั้งเดิม โดยการที่งานวรรณกรรม งานนาฏกรรม งานดนตรีกรรม และงานศิลปกรรมนั้นจะได้รับลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย งานเหล่านั้นจะต้องเป็นงานดั้งเดิมคืองานสร้างสรรค์ดังกล่าวต้องมีที่มาหรือกำเนิดมาจากผู้สร้างสรรค์ซึ่งได้ใช้ทักษะและแรงงานของตัวเขาเอง ไม่ใช่เพียงแค่การลอกเลียนงานอื่น ส่วนงานสืบเนื่องก็ต้องมีการสร้างสรรค์ด้วยตนเองในแบบหนึ่งเช่นกัน ซึ่งแสดงออกมาในแต่ละงาน ดังนั้น งานบันทึกเสียง งานภาพยนตร์ที่ลอกเลียนมาจากงานบันทึกเสียงหรืองานภาพยนตร์ก่อนหน้านี้จะไม่ได้รับลิขสิทธิ์ ไม่ว่างานเหล่านี้จะละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ก็ตาม ส่วนงานแพร่เสียงแพร่ภาพก็เช่นเดียวกันจะไม่ได้รับลิขสิทธิ์ หากได้ละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพอื่น”

จากเหตุผลของนักวิชาการข้างต้นในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานงานวรรณกรรม งานนาฏกรรม งานดนตรีกรรม และงานศิลปกรรม ซึ่งถือว่าเป็นงานดั้งเดิม กับงานภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ ซึ่งถือว่าเป็นงานที่พัฒนามาจากงานดั้งเดิมมีการให้ความเห็นที่แตกต่างกันออกไปหลากหลาย

4.1.2.4 กรณีศึกษาและข้อโต้แย้งความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์

ในส่วนของสหราชอาณาจักร เป็นประเทศที่เศรษฐกิจพัฒนาแล้วอีกประเทศหนึ่ง กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักร คือ Copyright Designs and Patents Act 1988 กำหนดว่าลิขสิทธิ์ย่อมมีอยู่ในงานริเริ่มสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ดนตรีกรรม และศิลปกรรม โดยไม่ได้กล่าวถึงรายละเอียดของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์ว่าจะต้องมีมากน้อยเพียงใดจึงจะทำให้งานสร้างสรรค์กลายเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นมาได้ โดยในเรื่องนี้ ศาลในสหราชอาณาจักรได้พัฒนาหลักกฎหมายผ่านคดีต่าง ๆ เรื่อยมาดังนี้

ในคดี Walter v. Lane (1900) AC 539 Earl of Roseberry (เขาไม่ได้มีข้อเรียกร้องใด ๆ ในคดีนี้) ได้กล่าวสุนทรพจน์ในโอกาสต่าง ๆ 5 ครั้ง ผู้รายงานข่าวของหนังสือพิมพ์ The Times จดสุนทรพจน์ไปแล้วเอาไปตีพิมพ์ต่อโดยเติมเครื่องหมายวรรคตอน ปรับเปลี่ยน และแก้ไข จากนั้นจำเลยในคดีนี้เอาสุนทรพจน์นี้ไปพิมพ์ต่อในหนังสือ (หลัก ๆ เอาของ The Times ไปพิมพ์ต่ออีกที) The Times เลยฟ้องว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้ Literary Copyright Act 1842 ประเด็นที่เกิดขึ้นคือผู้รายงานข่าวของ The Times ถือเป็นเจ้าของผลงานหรือไม่ ถ้าเป็น The Times ก็มีสิทธิ์

---

[169] Jeremy Phillips and Alison Firth, *op cit.,* pp. 114, 132, 142.

ต่อลิขสิทธิ์เพราะผู้รายงานข่าวเป็นลูกจ้างและให้สิทธิ์นั้นแก่หนังสือพิมพ์ ในขณะที่ Court of Appeal กล่าวว่าผู้รายงานข่าวไม่ใช่เจ้าของผลงาน แต่ the House of Lords กลับกลับคำตัดสินดังกล่าว[170] ดังนั้นในคดี Walter v. Lane ผู้สื่อข่าวจากหนังสือพิมพ์เดอร์ไทม์ ชื่อ Lane ได้จดบันทึกย่อคำกล่าวสุนทรพจน์ของ Earl of Roseberry ซึ่งเป็นนักการเมืองที่มีชื่อเสียงและต่อมาได้ทำการคัดลอกข้อความเหล่านี้เพิ่มเครื่องหมายวรรคตอนและทำซ้ำคำพูดต่อคำพูดเพื่อตีพิมพ์ในหนังสือพิมพ์เดอะไทม์ โดยประเด็นที่ศาลต้องพิจารณาคือ ผู้สื่อข่าว Lane ถือว่าเป็นผู้สร้างสรรค์ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักรหรือไม่ และศาลก็ตัดสินว่าผู้สื่อข่าว Lane ถือเป็นผู้เขียนภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักร โดยความพยายามทักษะและเวลาที่ใช้ไปก็เพียงพอที่จะทำให้เป็นงานสร้างสรรค์ได้ แม้ว่างานนั้นจะเป็นการนำเอาคำพูดนั้นมาตีพิมพ์ในวารสารอีกครั้งก็ตาม เพราะศาลพิจารณาถึงความยากลำบากในการจดทบันทึกและบันทึกคำพูดนั้นถ่ายทอดมาเป็นตัวอักษรซึ่งมาจากตัวผู้แต่งเอง

ในคดี Ladbroke V William Hill จำเลยคือ William Hill อ้างว่าเขาลิขสิทธิ์ต่อคูปองพนันบอลหรือกล่าวหาว่า Ladbroke ผลิตคูปองที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ในตอนแรกผู้พิพากษาไม่เห็นด้วยกับจำเลย แต่ Court of Appeal กลับคำตัดสินโดยบอกว่าคูปองของจำเลยนั้นได้รับการคุ้มครองทางลิขสิทธิ์ พอมาอุทธรณ์กับ House of Lords ทาง Ladbroke แย้งว่าคูปองนั้นไม่ใช่งานเขียน original ตาม s.2 (1) ของ The Copyright Act 1956 พวกเขากล่าวว่าการคิดเงื่อนไขที่จะระบุในคูปองใช้ทักษะ ความคิด และแรงงานที่มากก็จริง แต่สำนวนการเขียนที่อยู่บนคูปองนั้นไม่ได้ใช้ทักษะ ความคิดและแรงงานอะไรเลยเป็นแค่การเขียนลงไปเท่านั้น[171] ดังนั้นในคดี Ladbroke Football Ltd v William Hill Football Ltd 1964 คูปองสำหรับพนันฟุตบอลซึ่งมีเพียงชื่อบริษัทผู้รับพนัน รายชื่อการแข่งขันที่สามารถพนันได้ในวันนั้นและอัตราต่อรอง ถือเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรมที่ผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ Skill Labor and Judgement ในการสร้างสรรค์แล้ว กล่าวคือ การเลือกคู่แข่งขันที่น่าสนใจ การกำหนดอัตราต่อรอง ตลอดการกำหนดรูปแบบของคูปองก็เพียงพอแล้ว ซึ่งจากคำพิพากษาในคดีแสดงให้เห็นว่าศาลของสหราชอาณาจักร การนำหลัก Skill Labor and Judgement ที่ใช้ในการสร้างสรรค์แต่ละงานจะต้องพิจารณาถึงภาพรวมของการสร้างสรรค์งานนั้นทั้งงานว่าได้ใช้ Skill Labor and Judgement เพียงพอหรือไม่ ไม่ใช่เพียงส่วนใดส่วนหนึ่งของงานนั้น ๆ และระดับของ Skill Labor and Judgement ไม่จำเป็นต้องอยู่ในระดับสูง

---

[170] Tanya Aplin and Jennifer Davis, **Intellectual Property Law: Text, Cases, and Materials**, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2013), p. 73.

[171] *Ibid.,* p. 77.

4.1.3 ประเทศญี่ปุ่น

4.1.3.1 เหตุผล ที่มาและความสำคัญของการตรากฎหมายลิขสิทธิ์

กฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศญี่ปุ่น ได้มีพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2513 (ค.ศ. 1970) และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ แก้ไขเพิ่มเติม เมื่อเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2545 (“พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์”) คำสั่งการบังคับคดีตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ระเบียบข้อบังคับภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ คำสั่งการบังคับคดีเกี่ยวกับข้อยกเว้นกฎหมายลิขสิทธิ์ในส่วนของการบังคับคดีตามอนุสัญญาลิขสิทธิ์สากล และกฎหมายเกี่ยวกับข้อยกเว้นกฎหมายลิขสิทธิ์ในส่วนของการบังคับคดีตามอนุสัญญาลิขสิทธิ์สากล เป็นกฎหมายที่คุ้มครองให้ผู้สร้างสรรค์ผลงานลิขสิทธิ์

ประเทศญี่ปุ่นมีระบบการคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีอยู่ด้วยกันหลายฉบับ ได้แก่อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม ณ กรุงเบอร์น พ.ศ. 2429 (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 1886, Berne) อนุสัญญาลิขสิทธิ์สากล พ.ศ. 2495 (Universal Copyright Convention, 1952) Convention for the Protection of Producers of Phonograms Against Unauthorized Duplication of their Program, 1971 International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organization 1961ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, 1994, Marrakesh) WIPO Copyright Treaty พ.ศ. 2539 (ค.ศ. 1996) และWIPO Performances and Phonograms Treaty พ.ศ. 2539 (ค.ศ. 1996)[172]

การได้รับความคุ้มครองนั้น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ทันทีที่ สร้างสรรค์งานแล้วเสร็จ ทั้งนี้ ประเทศญี่ปุ่นไม่มีระบบการจดทะเบียนลิขสิทธิ์ แต่อย่างไรก็ตามตามเจ้าของลิขสิทธิ์อาจยื่นขอจดแจ้งบันทึกข้อมูลลิขสิทธิ์กับ Agency for Cultural Affairs ได้

สำหรับ “ลิขสิทธิ์” หมายถึง สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการเสนอหรือทำให้งานปรากฏต่อสาธารณชน สิทธิใน การทำซ้ำ แสดง เผยแพร่ต่อสาธารณชน การอ้างอิง จำหน่าย โอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในงาน การให้ยืม การแปล การดัดแปลง การใช้ประโยชน์ในงานประเภท Derivative Works โดยงานที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้มาตรา 10 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของญี่ปุ่น ได้แก่ งานวรรณกรรม งานดนตรีกรรม งานนาฏกรรม งานศิลปกรรม งานสถาปัตยกรรม งานสิ่ง บันทึกเสียง งานภาพถ่าย งานภาพยนตร์ งานแพร่เสียงแพร่ภาพโปรแกรมคอมพิวเตอร์ งานประเภท Derivative

---

[172] กรมทรัพย์สินทางปัญญา, **กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่น**, ค้นวันที่ 1 ธันวาคม 2561 จาก https://www.ipthailand.go.th/th

Works ซึ่งไม่รวมถึงงานแปล หรืองานที่ได้รับการจัดเตรียมขึ้นใหม่ หรืองานที่เปลี่ยนแปลงรูปแบบของงานเดิม หรืองานดัดแปลง และงานรวบรวม (Competition Work)

สิทธิข้างเคียงที่ได้รับความคุ้มครองคือ สิทธินักแสดง (Rights of Producers of Phonograms), สิทธิ ขององค์กรแพร่ภาพแพร่เสียง (Rights of Broadcasting Organizations), สิทธิขององค์กรวิทยุกระจายเสียง (Rights of Wire Diffusion Organizations)

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญ สนธิสัญญา กฎหมาย คำสั่ง เทศบัญญัติ หลักเกณฑ์ กฎเกณฑ์ต่าง ๆ กฎข้อบังคับ กฎ การประกาศ คำสั่ง คำอธิบาย จดหมายถึงกระทรวง สำนักงาน กรม และตัวแทนต่าง ๆ ของรัฐหรือเขตอำนาจประจำท้องถิ่น คำพิพากษา คำสั่ง คำตัดสิน รายงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐบาล รวมทั้งข่าวประจำวัน หรือข้อเท็จจริงที่ตามลักษณะของมันแล้วเป็นเพียงแต่ข่าว และไม่ได้อยู่ในงาน วรรณกรรม งานวิทยาศาสตร์ หรืองานศิลปกรรม ตลอดจนคำแปลและการรวบรวมสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดทำโดยรัฐ หรือหน่วยงานท้องถิ่น เหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์

4.1.3.2 มุมมองเศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรม กับการตรากฎหมายลิขสิทธิ์

ในส่วนของมุมมอง เศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรมกับการตรากฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่นนั้นกฎหมายลิขสิทธิ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของประเทศญี่ปุ่นนั้นเรียกว่า Publishing Ordinance of 1869 หรือ Shuppan Jorel โดยเป็นกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับการดำเนินธุรกิจและกิจการหนังสือพิมพ์ สำหรับในส่วนของผู้สร้างสรรค์งานเขียนต่าง ๆ ที่ต้องการสิทธิหรือการได้รับความคุ้มครองในหนังสือที่สร้างสรรค์ขึ้น จะต้องไปดำเนินการแจ้งรายละเอียดเพื่อขอออกใบอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐ จากนั้นผู้สร้างสรรคดังกล่าวจะได้รับความคุ้มครองจากรัฐสำหรับงานนั้นไปตลอดชีวิตของผู้สร้างสรรค์ สำหรับกำหนดระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวต่อมาได้ถูกแก้ไขใน ค.ศ. 1875 ให้มีความแน่นอนมากขึ้น โดยกฎหมายที่แก้ไขนี้บัญญัติให้สิทธิผู้ขาด (Monopoly Right) แก่หนังสือต่าง ๆ เป็นระยะเวลา 30 ปีนับแต่วันที่สร้างสรรค์งานเสร็จหรือวันที่ทำการแปลหนังสือที่ใช้ภาษาต่างประเทศแล้วเสร็จ กำหนดระยะเวลาคุ้มครองดังกล่าวได้ถูกแก้ไขต่อมาอีกหลายครั้งโดยเป็นการแก้ไขเพื่อขยายกำนดเวลาออกไปให้สอดคล้องกับระบบกฎหมายลิขสิทธิ์และมาตรฐานของกฎหมายระหว่างประเทศด้วยซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงว่าสังคมของประเทศญี่ปุ่นมีการปรับเปลี่ยนการตรากฎหมายให้สอดคล้องกับกฎหมายที่เป็นสากลอยู่เสมอ ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่นภาตใต้ระบบลิขสิทธิ์สมัยใหม่ คือกฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1899 ซึ่งเป็นการบัญญัติให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ในอนุสัญญากรุงเบอร์น กฎหมายลิขสิทธิ์ดังกล่าวได้ถูกบังคับใช้และแก้ไขหลายครั้ง จนกระทั่งได้ถูกยกเลิกโดยกฎหมายลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1970 ซึ่งเป็นฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบันคือ Copyright Act (Law No. 14 of 1970)

ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ งานต่าง ๆ ที่ผู้สร้างสรรค์ได้รับความคุ้มครองทางลิขสิทธิ์แล้วย่อมเป็นสิทธิของผู้สร้างสรรค์ผู้เดียวในกรณีต่อไปนี้

1) สิทธิในการใช้ประโยชน์จากงานที่สร้างสรรค์ขึ้น ซึ่งรวมถึง การทำซ้ำ การแสดงงานของตนต่อ สาธารณชน การแสดงงานภาพยนตร์ การเผยแพร่เสียงแพร่ภาพต่อสาธารณชน การอ้างอิงงาน การจัดนิทรรศการ การ จำหน่ายงานภาพยนตร์ การโอนสิทธิ การให้ยืม

2) สิทธิในการแปล และการดัดแปลงงาน

3) สิทธิของผู้สร้างสรรค์เดิม ในการใช้ประโยชน์จากงานประเภท Derivative Work นอกจากนี้ ผู้สร้างสรรค์ยังได้รับความคุ้มครองในส่วนของธรรมสิทธิ (Moral Right) อีกด้วย

อายุในการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ในประเทศญี่ปุ่น โดยหลักแล้วอายุความคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยทั่วไป คือ ตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์และมีอายุต่อไปอีก 50 ปี นับแต่วันที่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่กรรม แต่มีข้อยกเว้นอยู่ด้วยกัน 3 ประการ ในกรณีต่อไปนี้

1) งานที่ไม่ปรากฏชื่อผู้สร้างสรรค์ (Anonymous Work) อายุความคุ้มครอง คือ 50 ปี ภายหลัง จากประกาศ โฆษณางานครั้งแรก หากไม่ได้ประกาศโฆษณา ให้ลิขสิทธิ์มีอายุความคุ้มครอง 50 ปี นับแต่วันที่ได้ สร้างสรรค์งานนั้น

2) งานที่ผู้สร้างสรรค์เป็นนิติบุคคล ให้ลิขสิทธิ์มีอายุความคุ้มครอง 50 ปี นับแต่ผู้สร้างสรรค์ได้ ประกาศ โฆษณาครั้งแรก หากไม่ได้ประกาศโฆษณา ให้ลิขสิทธิ์มีอายุ 50 ปี นับแต่วันที่ได้สร้างสรรค์งานนั้นขึ้น

3) งานภาพยนตร์ (Cinematographic Works) ให้ลิขสิทธิ์มีอายุ 70 ปี นับแต่วันที่ได้โฆษณาครั้งแรก

4.1.3.3 ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภท

ในส่วนของระดับความคิดสร้างสรรค์และความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภทไม่ว่าจะเป็นงานวรรณกรรม งานดนตรีกรรม งานนาฏกรรม งานศิลปกรรม งานสถาปัตยกรรม งานสิ่ง บันทึกเสียง งานภาพถ่าย งานภาพยนตร์ งานแพร่เสียงแพร่ภาพโปรแกรมคอมพิวเตอร์ งานประเภท Derivative Works ซึ่งไม่รวมถึงงานแปล หรืองานที่ได้รับการจัดเตรียมขึ้นใหม่ หรืองานที่เปลี่ยนแปลงรูปแบบของงานเดิม หรืองานดัดแปลง และงานรวบรวม (Competition Work) กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นก็มิได้กำหนดระดับความคิดสร้างสรรค์และความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้

4.1.3.4 กรณีศึกษาและข้อโต้แย้งความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์

ศาลสูงประเทศญี่ปุ่นมีคำพิพากษารับรองว่า งานอันมีลิขสิทธิ์ต้องเป็นการแสดงออกทางความคิด (Thoughts) หรืออารมณ์ความรู้สึก (Sentiments) ของผู้สร้างสรรค์ ดังปรากฏตามคำพิพากษาของศาลสูง เมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 2000 ว่า จดหมายส่วนตัว แม้ว่าผู้เขียนจะไม่มีเจตนาเผยแพร่ข้อมูลในจดหมายก็ตาม เมื่อผู้เขียนจดหมายได้เขียนจดหมายขึ้นสมบูรณ์ จดหมายนั้น

ย่อมเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ เพราะตามกฎหมายลิขสิทธิ์การแสดงออกซึ่งความคิดตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น กฎหมายมิได้กำหนดรูปแบบวิธีการไว้ เพียงแต่ผู้แสดงออกทางความคิดหรืออารมณ์ดังกล่าวต้องเป็นมนุษย์เท่านั้น

การแสดงออกซึ่งความคิดหรืออารมณ์ต้องอยู่ในรูปความคิดสร้างสรรค์(creative) ด้วยเหตุนี้งานใดเกิดการลอกเลียนแบบงานของบุคคลอื่นแล้ว แม้ว่าผู้ลอกเลียนแบบจะใช้ทักษะความเชี่ยวชาญเพียงใด งานดังกล่าวย่อมไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย ซึ่งศาลสูงญี่ปุ่นได้มีคำพิพากษารับรองหลักการดังกล่าวไว้ ดังปรากฏตามคำพิพากษาเมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน ค.ศ. 1998 ว่า การที่นักประวัติศาสตร์พูดถึงเนื้อหาประวัติศาสตร์จากหนังสือเล่มหนึ่ง งานพูดเช่นนี้ย่อมไม่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ เพราะงานพูดดังกล่าวหาใช่ความคิดสร้างสรรค์ของผู้พูดแต่อย่างใด

นอกจากนี้แม้ว่าหลักกฎหมายเรื่อง ความคิดสร้างสรรค์ (Creative) ไม่ปรากฏอยู่ตามบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ก็ตาม แต่ศาลสูงประเทศญี่ปุ่นก็ได้รับรองหลักการเรื่องความคิดสร้างสรรค์ (Creative) ไว้ในคำพิพากษา โดยศาลสูงวางแนวคำพิพากษาว่า งานอันมีลิขสิทธิ์ต้องเป็นงานในแผนกวรรณคดี ศิลปะ และดนตรี โดยผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้น

4.1.4 สรุปเปรียบเทียบประเทศที่เศรษฐกิจพัฒนาแล้ว

ประเทศที่เศรษฐกิจพัฒนาแล้ว ซึ่งในส่วนนี้จะศึกษาในส่วนของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และประเทศญี่ปุ่น

สหรัฐอเมริกาในส่วนของกฎหมายลิขสิทธิ์มี Copyright Act 1967 ซึ่งกฎหมายได้กำหนดเอาไว้เพียงว่าลิขสิทธิ์จะมีอยู่ในงานที่ริเริ่มสร้างสรรค์ (Original Work of Authorship) โดยไม่ได้กำหนดเอาไว้ว่าอย่างไรจึงจะถือเป็น “การริเริ่มสร้างสรรค์” (Originality) อันจะทำให้งานนั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายขึ้นมาได้ โดยหลักเรื่องระดับของความริเริ่มสร้างสรรค์ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1991 ในคดี Feist Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Company ซึ่งถือว่าเป็นคดีสำคัญที่ใช้วิเคราะห์ระดับการสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ในสหรัฐอเมริกา โดยมีสาระสำคัญของคดีดังนี้ บริษัท Feist โจทก์ได้ตีพิมพ์สมุดโทรศัพท์ซึ่งบรรจุข้อมูลเกี่ยวกับรายชื่อผู้ใช้โทรศัพท์พร้อมที่อยู่ของจำเลยคือบริษัท Rural Telephone ซึ่งเป็นบริษัทคู่แข่งได้ตีพิมพ์สมุดโทรศัพท์ออกจำหน่ายโดยได้ลอกรายชื่อและที่อยู่ของผู้ใช้โทรศัพท์บางส่วนในสมุดโทรศัพท์ของโจทก์ไป โดยมิได้รับความยินยอมจากโจทก์ ศาลได้ตัดสินว่ากรณีสมุดโทรศัพท์ของโจทก์เป็นเพียงการรวบรวมรายชื่อและที่อยู่ของผู้ใช้โทรศัพท์โดยเรียงตามตัวอักษร รูปแบบในการจัดวางข้อมูลมิได้มีความคิดสร้างสรรค์ในการจัดทำขึ้น ดังนั้น ถึงแม้จะมีการใช้แรงงาน หรือทุนเป็นจำนวนมากในการรวบรวม ก็มิได้ทำให้ข้อมูลเหล่านั้นได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ การจัดวางข้อมูลที่จะให้ได้รับความคุ้มครองนั้นอย่างน้อยจะต้องมีความคิดสร้างสรรค์ในการเลือก

(Selection) จัดวาง (Arrangement) และการรวมองค์ประกอบเข้าด้วยกัน (Co-ordination) การจัดวางข้อมูลโดยเรียงตามตัวอักษรเป็นการจัดวางที่เรียบง่ายเกินไป (Mundane) การลอกข้อมูลของโจทก์ไปโดยจำเลยในคดีนี้จึงไม่มีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์

จากคำพิพากษาในคดีแสดงให้เห็นว่าศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเอาไว้ว่า งานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ไม่จำเป็นต้องเป็นงานที่ไม่เคยมีมาก่อนหรือเป็นงานที่มีระดับความริเริ่มสร้างสรรค์อยู่ในระดับสูง แต่อย่างน้อยจะต้องเป็นงานที่มีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์สูงกว่าเกณฑ์มาตรฐานขั้นต่ำ (At Least Some Minimal Degree of Creativity) ส่วนการสร้างสรรค์จะเป็นอย่างไรจึงจะมีระดับความริเริ่มสร้างสรรค์เพียงพอนั้นจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป ซึ่งศาลในคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยว่า การจัดทำสมุดโทรศัพท์โดยการนำข้อมูลอันเป็นเป็นข้อเท็จจริงที่มีอยู่แล้วมาจัดเรียงตามลำดับตัวอักษรเป็นการสร้างสรรค์ที่มีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไม่ถึงขั้นที่จะได้รับความคุ้มครอง

อนึ่งแต่หากคดีดังกล่าวข้างต้นเกิดขึ้นในสหราชอาณาจักร กฎหมายลิขสิทธิ์คุ้มครองฐานข้อมูลในกรณีที่ปรากฏว่า ผู้รวบรวมได้ใช้ความชำนาญ ดุลพินิจ และแรงงานในการรวบรวมข้อมูลภายใต้กฎหมายสหราชอาณาจักร ฐานข้อมูลเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ผู้ที่ลอกเลียนส่วนที่เป็นสาระสำคัญของงานการรวบรวมนั้นต้องรับผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ โดยไม่คำนึงว่าสิ่งที่ได้รวบรวมมานั้นจะเป็นงานที่มีลิขสิทธิ์อยู่เดิมหรือไม่

ในส่วนของในสหราชอาณาจักร กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักรคือ Copyright Designs and Patents Act 1988 กำหนดว่า ลิขสิทธิ์ย่อมมีอยู่ในงานริเริ่มสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ดนตรีกรรม และศิลปกรรม โดยไม่ได้กล่าวถึงระดับหรือรายละเอียดว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์มากน้อยเพียงใดจึงจะทำให้งานสร้างสรรค์กลายเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นมาได้ โดยในเรื่องนี้ ศาลในสหราชอาณาจักรได้พัฒนาหลักกฎหมายเรื่อยมา โดยหลักที่จะถูกนำมาใช้ทดสอบระดับความริเริ่มสร้างสรรค์ได้แก่หลักทักษะ แรงงานและวิจารณญาณ (Skill Labor and Judgement) ซึ่งผู้สร้างสรรค์ได้ใช้สร้างสรรค์งานนั้น กล่าวคือ หากผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ทักษะ แรงงานและวิจารณญาณถึงขนาดแล้ว งานสร้างสรรค์นั้นนั้นย่อมเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครอง อนึ่งศาลของสหราชอาณาจักรได้ปรับใช้หลักทักษะ แรงงานและวิจารณญาณเป็นรายกรณีไปโดยไม่ได้วางหลักการวินิจฉัยเอาไว้ตายตัว ดังนั้น การที่จะวินิจฉัยว่างานสร้างสรรค์หนึ่ง ๆ มีความริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่ก็ยังคงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีอยู่นั้นเอง

อย่างไรก็ตามหลักทักษะ แรงงานและวิจารณญาณได้ถูกพัฒนาอย่างต่อเนื่องเรื่อยมาจนมีแนวทาง การวินิจฉัยเกิดขึ้นจากคำพิพากษาของสาลในหลาย ๆ กรณีซึ่งอาจนำมาปรับใช้กับคดีอื่น ๆ ได้เป็นการทั่วไป เช่น ในคดี Ladbroke Football Ltd v William Hill Football Ltd. 1964 ซึ่งมีสาระสำคัญคือ คูปองสำหรับพนันฟุตบอลซึ่งมีเพียงซื่อบริษัทผู้รับพนัน รายชื่อการแข่งขันที่สามารถ

พนันได้ในวันนั้นและอัตราต่อรอง ถือเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรมที่ผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ทักษะแรงงานและวิจารณญาณ (Skill Labor and Judgement) ในการสร้างสรรค์แล้ว กล่าวคือการเลือกคู่แข่งขันที่น่าสนใจ การกำหนดอัตราต่อรอง ตลอดการกำหนดรูปแบบของคูปองก็เพียงพอแล้ว

จากคำพิพากษาในคดีแสดงให้เห็นว่าศาลของสหราชอาณาจักร การนำหลักทักษะ แรงงานและวิจารณญาณที่ใช้ในการสร้างสรรค์แต่ละงานจะต้องพิจารณาถึงภาพรวมของการสร้างสรรค์งานนั้นทั้งงานว่าได้ใช้ทักษะ แรงงานและวิจารณญาณเพียงพอหรือไม่ ไม่ใช่เพียงส่วนใดส่วนหนึ่งของงานนั้น ๆ และระดับของทักษะ แรงงานและวิจารณญาณไม่จำเป็นต้องอยู่ในระดับสูง

จากคดีของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร เป็นเรื่องที่น่าคิดว่าจะใช้ทฤษฎีใดมาวัดในเรื่องของความคิดสร้างสรรค์ ทั้งประเทศระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law) ก็จะพิจารณาในส่วนของตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้และจะมีช่องในการให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดขึ้น ซึ่งในส่วนนี้ก็จะทำให้เกิดความแตกต่างกันของแต่ละประเทศและทำให้ศาลต้องตีความโดยใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาไปแต่ละคดีไป ซึ่งการใช้ดุลพินิจดังกล่าวทำให้เกิดความแตกต่างกันที่ไม่สามารถยอมรับในอีกประเทศหนึ่งได้ในบางกรณี ซึ่งจากตัวอย่างเช่นในคดี ในคดี Feist Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Company ซึ่งกรณีนี้ สหรัฐอเมริกายอมรับได้ถึงผลการตัดสิน แต่หากคดีนี้เกิดขึ้นในสหราชอาณาจักร สหราชอาณาจักรกลับยอมรับไม่ได้ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงมุมองที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศ

ในส่วนของประเทศญี่ปุ่น ศาลสูงประเทศญี่ปุ่นมีคำพิพากษารับรองว่า งานอันมีลิขสิทธิ์ต้องเป็นการแสดงออกทางความคิด (Thoughts) หรืออารมณ์ความรู้สึก (Sentiments) ของผู้สร้างสรรค์ ดังปรากฏตามคำพิพากษาของศาลสูง เมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 2000 ว่าจดหมายส่วนตัว แม้ว่าผู้เขียนจะไม่มีเจตนาเผยแพร่ข้อมูลในจดหมายก็ตาม เมื่อผู้เขียนจดหมายได้เขียนจดหมายขึ้นสมบูรณ์ จดหมายนั้นย่อมเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ เพราะตามกฎหมายลิขสิทธิ์การแสดงออกซึ่งความคิดตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น กฎหมายมิได้กำหนดรูปแบบวิธีการไว้ เพียงแต่ผู้แสดงออกทางความคิดหรืออารมณ์ดังกล่าวต้องเป็นมนุษย์เท่านั้น นอกจากนี้แม้ว่าหลักกฎหมายเรื่อง ความคิดสร้างสรรค์ (Creative) ไม่ปรากฏอยู่ตามบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ก็ตาม แต่ศาลสูงประเทศญี่ปุ่นก็ได้รับรองหลักการเรื่องความคิดสร้างสรรค์ (Creative) ไว้ในคำพิพากษา โดยศาลสูงวางแนวคำพิพากษาว่างานอันมีลิขสิทธิ์ต้องเป็นงานในแผนกวรรณคดี ศิลปะ และดนตรี โดยผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้น

4.2 ประเทศที่เศรษฐกิจกำลังพัฒนา

4.2.1 สาธารณรัฐอินเดีย

4.2.1.1 เหตุผล ที่มาและความสำคัญของการตรากฎหมายลิขสิทธิ์

กฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐอินเดีย ได้มีพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2500 (The Copyright Act, 1957) และ กฎระเบียบเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2501 (The Copyright Rules, 1958) รองรับในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์ โดยสาธารณรัฐอินเดียมีระบบการคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีอยู่ด้วยกันหลายฉบับ ได้แก่ ข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (ข้อตกลง TRIPS), อนุสัญญากรุงปารีส (Paris Convention), อนุสัญญากรุงเบอร์น (The Berne Convention) และอนุสัญญาลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ (The International Copyright Convention) โดยงานสร้างสรรค์จะได้รับความคุ้มครองทันทีที่งานสร้างสรรค์ได้ทำขึ้น นอกจากนี้ยังใช้ระบบจดแจ้งข้อมูลลิขสิทธิ์[173]

ลิขสิทธิ์ หมายถึง สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการกระทำหรืออนุญาตให้มีการกระทำ โดยเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิกระทำหรืออนุญาตให้มีการกระทำที่เกี่ยวกับงานหรือส่วนที่เป็นสาระสำคัญของงานในประการต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง ในงานวรรณกรรม งานนาฏกรรม หรืองานดนตรีกรรมที่ไม่ใช่งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์

1) ทำซ้ำซึ่งงานไม่ว่าในรูปแบบใดรวมถึงการจัดเก็บงานในรูปของสื่อใด ๆ โดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์

2) เผยแพร่สำเนาของงานออกสู่สาธารณชน ซึ่งไม่ใช่สำเนาที่มีการเผยแพร่แล้ว

3) นำงานออกแสดงต่อสาธารณชน หรือถ่ายทอดงานสู่สาธารณชน

4) ทำขึ้นซึ่งงานภาพยนตร์ หรือสิ่งบันทึกเสียงใด ๆ ที่เกี่ยวกับงาน

5) ทำการแปลงานใด ๆ

6) ทำการดัดแปลงงานใด ๆ

7) กระทำการที่เกี่ยวกับการแปล หรือการดัดแปลงงาน การกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวกับงานดังที่ระบุไว้ในข้อ 1. – ข้อ 6.

---

[173] กรมทรัพย์สินทางปัญญา, **กฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐอินเดีย**, ค้นวันที่ 1 ธันวาคม 2561 จาก https://www.ipthailand.go.th/th

ประการที่สอง ในงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิกระทำการใด ๆ ดังที่ระบุไว้ในกรณีที่หนึ่ง รวมทั้งการขาย ให้ หรือให้เช่า หรือเสนอขาย หรือเสนอให้เช่าซึ่งสำเนางานโปรแกรม คอมพิวเตอร์ โดยไม่คำนึงว่าสำเนางานดังกล่าวจะได้มีการขาย ให้ หรือให้เช่ามาก่อนหน้านี้แล้วหรือไม่

ประการที่สาม ในงานศิลปกรรม เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิทำซ้ำซึ่งงานไม่ว่าอยู่ในรูปแบบใด รวมถึงการบรรยายในรูป3 มิติ ซึ่งงานที่มีลักษณะ 2 มิติ หรือบรรยายในรูป 2 มิติ ซึ่งงานที่มีลักษณะ 3 มิติ เผยแพร่งานออกสู่สาธารณะ เผยแพร่สำเนาของงานออกสู่สาธารณชน ซึ่งไม่ใช่สำเนางานที่มีการเผยแพร่แล้ว นำงานนั้น รวมเข้ากับงานภาพยนตร์ ทำการดัดแปลงงานใด ๆ กระทำการที่เกี่ยวกับการดัดแปลงงาน

ประการที่สี่ ในงานภาพยนตร์ เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิ ทำสำเนางานภาพยนตร์ รวมไปถึงการทำสำเนาภาพในงาน ภาพยนตร์อันเป็นส่วนประกอบของภาพยนตร์นั้น รวมทั้งมีสิทธิขาย ให้ หรือให้เช่า หรือ เสนอขาย หรือเสนอให้เช่าซึ่งสำเนางานภาพยนตร์ โดยไม่คำนึงว่าสำเนาดังกล่าวจะได้มีการขาย ให้ หรือให้เช่ามา ก่อนหน้านี้แล้วหรือไม่ และเผยแพร่งานนั้นสู่สาธารณชน และ

ประการสุดท้าย ในงานสิ่งบันทึกเสียง เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิทำการรวบรวมสิ่งบันทึกเสียงดังกล่าว ขาย ให้ หรือให้เช่า หรือเสนอขาย หรือเสนอให้เช่าซึ่งสำเนางานของสิ่งบันทึกเสียง โดยไม่ คำนึงว่าสำเนางานดังกล่าวจะได้มีการขาย ให้ หรือให้เช่ามาก่อนหน้านี้แล้วหรือไม่ เผยแพร่สิ่งบันทึกเสียงดังกล่าวสู่สาธารณชน อนึ่ง สำเนาที่ได้ถูกขายมาแล้วครั้งหนึ่ง จะถือว่าสำเนางานดังกล่าวได้มีการเผยแพร่แล้ว

4.2.1.2 มุมมองเศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรม กับการตรากฎหมายลิขสิทธิ์

หากพิจารณาถึงมุมมอง เศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรม กับการตรากฎหมายลิขสิทธิ์สมัยใหม่ ค.ศ. 2000 ถึงปัจจุบันของสาธารณรัฐอินเดียนั้น หลังจากการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ในปี ค.ศ. 1999 ที่เพิ่มความคุ้มครองข้อมูลดิจิตอลและการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์อีกหลาย ๆ ครั้งต่อมา จนกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบันเกิดขึ้นภายใต้รูปลักษณ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีเนื้อหาสอดคล้องกับสนธิสัญญาลิขสิทธิ์สากลขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) หลายอย่าง ตัวอย่างเช่นกฎหมายลิขสิทธิ์อินเดียมีคำจำกัดความคำว่า “การสื่อสารกับสาธารณชน” (Communication to the Public) หมายความถึงการแสดงและการบริหารจัดการสิทธิ์ เป็นต้นยิ่งไปว่านั้นกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับแก้ไขใหม่นี้ยังสร้างคำจำกัดความคำว่า “สิทธิในข้อมูลข่าวสาร” และเพิ่มมาตรการทางกฎหมายที่สำคัญ คือการเพิ่มโทษทางอาญาแก่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์รวมทั้งสิทธิในการบริการจัดการข้อมูลข่าวสาร (Rights Management Information) เมื่อเทคโนโลยีของโลกก้าวเข้าสู่ยุคอินเทอร์เน็ตการที่กฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐอินเดียฉบับปัจจุบันได้เพิ่มความคุ้มครองในงานต่าง ๆ มากขึ้นนี้ สิ่งนี้เกิดขึ้นจากการศึกษาวิจัยของภาคการศึกษาของสาธารณรัฐอินเดีย คือ หน่วยงาน 254

India’s Copyright Office ซึ่งหน่วยงานนี้เป็นแผนกหนึ่งของ Department and Secondary and Higher Education โดยหน่วยงานดังกล่าวมีอิทธิพลสำคัญต่อแนวความคิดของกฎหมายลิขสิทธิ์จนกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบันมุ่งคุ้มครองสิทธิของสังคมมากกว่าสิทธิทางเศรษฐกิจหรือสิทธิทางการค้าและทำให้การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อการศึกษาไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ต่อมาเมื่ออุตสาหกรรมภาพยนตร์ของสาธารณรัฐอินเดียมีความรุ่งเรืองสูงสุด จนคนทั่วโลกเรียกอุตสาหกรรมภาพยนตร์ในสาธารณรัฐอินเดียว่าเป็น ฮอลลีวู๊ดตะวันออก แต่การแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ผ่านมากลับไม่อาจรองรับความเปลี่ยนแปลงของสาธารณรัฐอินเดียและสนธิสัญญาลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) เช่น กฎหมายลิขสิทธิ์อินเดียไม่มีบทบัญญัติห้ามการขายหรือเผยแพร่งานภาพยนตร์ผ่านอุปกรณ์ต่าง ๆ เป็นต้นแม้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐอินเดียไม่มีหลักกฎหมายรองรับงานอุตสาหกรรมภาพยนตร์มากพอก็ตาม แต่ทว่าหากสังเกตพัฒนาการกฎหมายลิขสิทธิ์มาโดยตลอดแล้วย่อมพบว่าสาธารณรัฐอินเดียได้แก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์มาเป็นลำดับ โดยจุดมุ่งหมายของการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ก็คือ การดึงการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในอุตสาหกรรมบันเทิงของสาธารณรัฐอินเดียโดยการใช้ผลประโยชน์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์เป็นเครื่องมือ เช่นเดียวกับที่สาธารณรัฐอินเดียได้ใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ เพื่อดึงดูดนักลงทุนในอุตสาหกรรมเพลง ภาพยนตร์ และล่าสุดคืออุตสาหกรรมโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ดังนั้นในอนาคตสาธารณรัฐอินเดียอาจดำเนินการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์อีกครั้ง โดยครั้งนี้คงเป็นไปเพื่ออุตสาหกรรมภาพยนตร์ในประเทศตนมากขึ้นเพียงเท่าที่กรอบสนธิสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) เปิดช่องให้

งานอันมีลิขสิทธิ์ที่จะได้รับความคุ้มครอง สาธารณรัฐอินเดียได้กำหนดเงื่อนไขของงานไว้ดังต่อไปนี้ (เว้นแต่เป็นกรณีของงานต่างประเทศ)

1) งานนั้นมีการโฆษณาเป็นครั้งแรกในสาธารณรัฐอินเดีย

2) ถ้าเป็นกรณีที่การโฆษณาครั้งแรกเกิดขึ้นนอกสาธารณรัฐอินเดีย แต่ผู้สร้างสรรค์ ณ วันที่มีการโฆษณาจะต้องเป็นผู้มีสัญชาติอินเดีย แต่ถ้าหากการโฆษณางานเกิดขึ้นหลังจากที่ผู้ สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย ในเวลาที่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตายนั้นผู้สร้างสรรค์จะต้องมีสัญชาติอินเดีย

3) กรณีที่งานอันมีลิขสิทธิ์ไม่ได้มีการโฆษณา ผู้สร้างสรรค์จะต้องมีสัญชาติอินเดีย หรือมีภูมิลำเนาในสาธารณรัฐอินเดียในวันที่มีการสร้างสรรค์งานดังกล่าว กรณีนี้ไม่นำไปใช้กับงาน สถาปัตยกรรม

เงื่อนไขตามที่กล่าวมาข้างต้นไม่นำไปใช้กับงานลิขสิทธิ์ของต่างประเทศหรืองานขององค์การระหว่างประเทศ

4) กรณีของงานสถาปัตยกรรมงานนั้นต้องมีสถานที่ตั้งอยู่ในสาธารณรัฐอินเดีย

ในส่วนของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่จะได้รับความคุ้มครองนั้น จะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติไว้ เว้นแต่กรณีดังต่อไปนี้

1) กรณีงานที่ได้มีการโฆษณางานแล้ว งานดังกล่าวได้มีการโฆษณางานเป็นครั้งแรกในสาธารณรัฐอินเดีย หรือถ้าเป็นการโฆษณานอกสาธารณรัฐอินเดีย ในวันที่มีการโฆษณางานนั้น หรือวันที่ผู้ สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย ผู้สร้างสรรค์จะต้องมีสัญชาติอินเดีย

2) กรณีงานนั้นยังไม่ได้มีการโฆษณา (นอกเหนือไปจากงานสถาปัตยกรรม) ผู้สร้างสรรค์จะต้องมีสัญชาติอินเดีย หรือมีถิ่นที่อยู่ในสาธารณรัฐอินเดียในวันที่มีการสร้างสรรค์งานดังกล่าวและ

3) กรณีของงานสถาปัตยกรรมงานนั้นต้องมีสถานที่ตั้งในสาธารณรัฐอินเดีย

สำหรับงานภาพยนตร์ ซึ่งส่วนอันเป็นสาระสำคัญของงานภาพยนตร์นั้นได้ละเมิดลิขสิทธิ์ของงานอื่น และ สิ่งบันทึกเสียงใด ๆ ที่ทำขึ้นโดยเกี่ยวข้องกับงานวรรณกรรม งานนาฏกรรม หรืองานดนตรีกรรม หากในการทำขึ้นซึ่งสิ่งบันทึกเสียงนั้นได้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดังกล่าว ไม่ถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ ลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ หรือสิ่งบันทึกจะต้องไม่ส่งผลกระทบต่อลิขสิทธิ์ในงานแต่ละส่วนที่เกี่ยวข้องกับงานภาพยนตร์ หรือส่วนอันเป็นสาระสำคัญของงานภาพยนตร์นั้น

ในกรณีงานสถาปัตยกรรม ลิขสิทธิ์นั้นจะให้ความคุ้มครองเพียงเฉพาะในลักษณะที่เกี่ยวกับศิลปะและการออกแบบเท่านั้น แต่จะไม่ขยายไปครอบคลุมถึงกระบวนการ หรือวิธีการของการก่อสร้าง ตามแบบงานสถาปัตยกรรมนั้น

4.2.1.3 ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภท

ในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ในงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภทงานของกฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐอินเดียนั้น ในบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐอินเดียตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ปี ค.ศ. 1957 นั้นมิได้กำหนดหลักการหรือหลักเกณฑ์ในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และในส่วนของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้ในงานวรรณกรรม งานนาฏกรรม หรืองานดนตรีกรรมที่ไม่ใช่งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ในงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ งานศิลปกรรม งานภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง ดังนั้นจึงเป็นเรื่องที่ศาลอินเดียใช้ดุลพินิจในการกำหนดการหรือหลักเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการพิจารณาพิพากษาคดีลิขสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้สร้างสรรค์ขึ้น

ในส่วนของบทบัญญัติมาตรา 13 (1) (a) แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์อินเดีย ปี 1957 กล่าวถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในฐานะข้อกำหนดสำหรับการคุ้มครองลิขสิทธิ์สำหรับงานวรรณกรรม นาฏกรรม ดนตรี และศิลปกรรม ศาลได้ตีความข้อกำหนดของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นี้ไปในแง่ต่าง ๆ สิ่งนี้ทำให้เกิดหลักทฤษฎีและการตรวจสอบต่าง ๆ ที่อาจเป็นประโยชน์ในการพิจารณาว่างาน

ตรงตามเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่ คดีที่โดดเด่นที่สุดเกี่ยวกับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของอินเดียคือคดีของ Eastern Book Company กับ DCB Modak[174] การตัดสินนี้ทำให้เกิดหลักทฤษฎีสองข้อ กล่าวคือ ความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) และหลักทักษะและวิจารณญาณ (Skill and Judgment) สิ่งนี้ยังคงเป็นที่ยอมรับและอยู่ในตำแหน่งปัจจุบันของกฎหมายในอินเดีย ณ ตอนนี้ อย่างไรก็ตาม ก่อนหน้านี้ ศาลอินเดียเคยปฏิบัติตามแนวทาง Sweat of the Brow มาก่อน

ในส่วนของทฤษฎี Sweat of the Brow นี้ใช้ฐานการคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามความพยายามและแรงงานที่ผู้ประพันธ์ใช้ในการเขียนงานโดยมีความคิดสร้างสรรค์เข้ามาเกี่ยวข้องกับทฤษฎีแรงงานเกี่ยวกับทรัพย์สินของล็อก ที่ถูกขยายออกไปโดยเป็นพื้นฐานทางนิติศาสตร์แก่ทฤษฎีทางกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยในคดี V. Govindam v. E. M. Gopalakrishnakone ซึ่งถือว่าการรวบรวมข้อมูลจะเป็นไปตามเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของอินเดีย เนื่องจากเกี่ยวข้องกับ ทักษะและแรงงาน สติปัญญาในระดับหนึ่ง โดยมีการนำบรรทัดฐานเหตุผลที่คล้ายกันมาใช้ในกรณีของคดี Burling Home Shipping pvt Ltd v. Rajnish Chibber ซึ่งฐานข้อมูลถูกจัดให้มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองกฎหมายลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายอินเดีย แต่อย่างไรก็ตามเช่นเดียวกับในเขตอำนาจศาลอื่น ๆ ทฤษฎีนี้ได้ถูกศาลอินเดียปฏิเสธที่จะใช้และศาลอินเดียกลับไปให้ความสนใจกับความคิดสร้างสรรค์ในงานต่าง ๆ

4.2.1.4 กรณีศึกษาและข้อโต้แย้งความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์มาตรา 13 (1) (a) ของสาธารณรัฐอินเดียได้กล่าวถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เป็นข้อกำหนดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์สำหรับงานวรรณกรรม นาฏกรรม งานดนตรีกรรมและงานศิลปกรรม โดยศาลได้ตีความข้อกำหนดของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในรูปแบบที่แตกต่างกัน ซึ่งก่อให้เกิดหลักการ ที่เป็นประโยชน์ในการพิจารณาว่างานนั้นตรงตามเกณฑ์ว่างานนั้นเป็นงานที่มีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่ ซึ่งคดีที่เกี่ยวกับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่สำคัญภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของอินเดียคือคดี Eastern Book Company v. DCB Mudak ซึ่งการตัดสินคดีนี้ของศาลอินเดียก่อให้เกิดหลักการความคิดสร้างสรรค์ที่เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) และหลักทักษะและวิจารณญาณ (Skill and Judgment) เกิดขึ้นในหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ ซึ่งหลักการดังกล่าวยังคงเป็นที่ยอมรับในปัจจุบันของกฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐอินเดีย

ในคดี Eastern Book Company และ Ors. v. D.B. Modak and Anr. (2008) 1 SCC 1 มีรายละเอียดของข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้อุทธรณ์มีส่วนเกี่ยวข้องในการพิมพ์และจัดพิมพ์หนังสือต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสาขากฎหมาย หนึ่งในสิ่งพิมพ์ที่รู้จักกันดีคือรายงานกฎหมาย “คดีใน

---

[174] Eastern Book Company และ Ors. v. D.B. Modak and Anr. (2008) 1 SCC 1

ศาลฎีกา” คำพิพากษาดั้งเดิมถูกคัดลอกแก้ไขโดยทีมผู้ช่วยพนักงานของผู้อุทธรณ์และนำข้อมูลต่าง ๆ มาบรรจุลงในคำพิพากษาและคำสั่งเพื่อให้เป็นมิตรต่อผู้ใช้ โดยการเพิ่มรายการโยง การกำหนดมาตรฐานหรือการจัดรูปแบบข้อความ การกำหนดหมายเลขย่อหน้า การตรวจสอบ และการป้อนข้อมูลอื่น ๆ ผู้อุทธรณ์ยังได้เตรียมบันทึกย่อส่วนหน้าที่ประกอบด้วยสองส่วน ได้แก่ บันทึกย่อประกอบด้วย Catch/Lead Word ที่เขียนด้วยตัวหนา และบันทึกย่อซึ่งประกอบด้วยการอภิปรายสั้น ๆ เกี่ยวกับข้อเท็จจริงและข้อความที่เกี่ยวข้องกับคำพิพากษาและคำสั่งของศาล

ตามข้อโต้แย้งของผู้อุทธรณ์ SCC เป็นรายงานกฎหมายที่จัดทำรายงานคดีที่ประกอบด้วยฉบับของผู้อุทธรณ์หรือการนำเสนอคำพิพากษาและคำสั่งของศาลฎีกาเหล่านี้หลังจากบรรจุข้อมูลต่าง ๆ ในข้อความดิบและถือเป็น ‘งานวรรณกรรมต้นฉบับ’ ของผู้อุทธรณ์ซึ่งมีลิขสิทธิ์อยู่ภายใต้หมวด 13 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ปี 1957 (ต่อจากนี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติ”) และด้วยเหตุนี้ผู้อุทธรณ์จึงมีสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวในการพิมพ์สิ่งพิมพ์และสำเนาอิเล็กทรอนิกส์ของสิ่งเดียวกันภายใต้หมวด 14 ของพระราชบัญญัติ การสแกนหรือคัดลอกหรือทำซ้ำใด ๆ หรือทำจากรายงานหรือหน้าหรือย่อหน้าหรือบางส่วนของเล่มใด ๆ ของ SCC โดยบุคคลอื่นถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ใน SCC ตามความหมายของหมวด 51 ของพระราชบัญญัติ

จำเลยหมายเลข 1 ได้เปิดตัวซอฟต์แวร์ชื่อ “Grand Jurix” ที่เผยแพร่ในรูปแบบซีดีรอม และจำเลยหมายเลข 2 ได้นำแพ็คเกจซอฟต์แวร์ชื่อ “The Laws” ออกมาเผยแพร่ในรูปแบบซีดีรอม

ตามคำร้องของผู้อุทธรณ์ ส่วนประกอบทั้งหมดในแพ็คเกจซอฟต์แวร์ของจำเลยได้ยกทุกตัวอักษรมาจากงานของผู้อุทธรณ์ จำเลยได้คัดลอกลำดับ การคัดเลือก และการจัดเรียงคดีของผู้อุทธรณ์ควบคู่ไปกับข้อความทั้งหมดของคำพิพากษาที่มีการคัดลอกแก้ไขตามที่ตีพิมพ์ใน SCC รายงานกฎหมายของผู้อุทธรณ์ พร้อมด้วยและรวมถึงรูปแบบและการจัดรูปแบบ หมายเลขย่อหน้าที่มีการคัดลอกแก้ไข หมายเลขเชิงอรรถ รายการโยง ฯลฯ และการกระทำดังกล่าวของจำเลยถือเป็นการละเมิดสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวของผู้อุทธรณ์ในเรื่องนี้

ในส่วนของข้อโต้แย้งของผู้อุทธรณ์ ผู้อุทธรณ์ไม่ได้อ้างสิทธิ์ผูกขาดในการเผยแพร่คำพิพากษาของศาลฎีกาเนื่องจากมันกำลังถูกตีพิมพ์โดยสำนักพิมพ์รายอื่นโดยไม่ได้คัดลอกจากสิ่งพิมพ์ของกันและกัน ผู้อุทธรณ์อ้างว่าลิขสิทธิ์ของตนอยู่ในฉบับที่มีการคัดลอกแก้ไขข้อความคำพิพากษาตามที่ตีพิมพ์ใน SCC ซึ่งเป็นการสร้างที่มาจากทักษะ แรงงาน และทุนของผู้อุทธรณ์ และมีการสนับสนุน/ข้อมูล/ส่วนเพิ่มเติมของผู้อุทธรณ์ในการสร้างข้อความของคำพิพากษาฉบับของตนที่ตีพิมพ์ใน SCC

ในส่วนของข้อโต้แย้งของจำเลย คำพิพากษาที่ตีพิมพ์ในคดีของศาลฎีกาไม่ได้เป็นอะไรมากไปกว่างานลอกเลียนแบบตามคำพิพากษาของศาลนั้นขาดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เนื่องจาก

ไม่ได้แสดงถึงการสร้างสรรค์ที่เป็นอิสระแม้เพียงความคิดสร้างสรรค์เพียงเล็กน้อย ข้อมูลที่ผู้อุทธรณ์บรรจุไว้ไม่ได้เป็นอะไรมากไปกว่าการแสดงความคิดที่สามารถแสดงออกได้ในแบบที่จำกัด และด้วยเหตุนี้จึงไม่มีลิขสิทธิ์ สำหรับการอ้างสิทธิ์ในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานลอกเลียนแบบ ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ถือเป็นเงื่อนไขเบื้องต้น ทั้งนี้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หมายถึงงานที่สร้างขึ้นอย่างอิสระโดยผู้สร้างเท่านั้น ซึ่งต่างจากการคัดลอกมาจากงานอื่น และเป็นงานที่อย่างน้อยก็มีระดับความคิดสร้างสรรค์ขั้นต่ำอยู่บ้าง

ประเด็นปัญหา (1) สิ่งใดควรจะเป็นมาตรฐานของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในคำพิพากษาที่คัดลอกแก้ไขของศาลฎีกาที่เป็นงานลอกเลียนแบบ และสิ่งใดมีความจำเป็นในงานลอกเลียนแบบเพื่อปฏิบัติต่องานต้นฉบับของผู้สร้าง และด้วยเหตุนี้จึงมีการให้สิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ปี 1957 แก่ผู้สร้างงานลอกเลียนแบบใช่หรือไม่ และ (2) ไม่ว่าข้อความที่คัดลอกแก้ไขของคำพิพากษาทั้งฉบับที่ตีพิมพ์ในรายงานกฎหมายของผู้อุทธรณ์ SCC จะมีสิทธิ์ได้รับลิขสิทธิ์เป็นงานวรรณกรรมต้นฉบับหรือไม่ คำพิพากษาที่คัดลอกแก้ไขได้รับการอ้างสิทธิ์ในฐานะที่เป็นผลมาจากส่วนผสมที่แยกจากกันไม่ออกระหว่างงข้อมูลที่คัดลอกแก้ไขและข้อความดิบที่นำมารวมกัน และซึ่งเป็นผลมาจากการแทรกข้อมูลที่คัดลอกแก้ไขของ SCC ทั้งหมดลงในข้อความดิบหรือไม่ หรือว่าผู้อุทธรณ์จะได้รับลิขสิทธิ์ในข้อมูลบางส่วนที่ถูกบรรจุไว้ในข้อความดิบ

ข้อสังเกตของศาล คำพิพากษาของศาลฎีกาจะเป็นงานของรัฐบาล และหากไม่มีข้อตกลงใด ๆ ที่ขัดแย้งกัน รัฐบาลจะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์คำพิพากษาของศาลฎีการายแรก

มาตรา 52 (1) ระบุไว้อย่างชัดแจ้งว่าการกระทำบางอย่างที่ระบุไว้ในนั้นจะไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และภายใต้ข้อกำหนด (iv) ของข้อกำหนด (q) ไม่รวมถึงการทำซ้ำหรือตีพิมพ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ศาลชำนัญพิเศษ หรืออำนาจตุลาการอื่น ๆ เว้นแต่ศาล ศาลชำนัญพิเศษหรือหน่วยงานตุลาการอื่น ๆ ซึ่งมีสิทธิ์ในลิขสิทธิ์ ห้ามมิให้ทำซ้ำหรือตีพิมพ์คำพิพากษาหรือคำสั่งดังกล่าว คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดจะเป็นสาธารณสมบัติ และการทำซ้ำหรือตีพิมพ์จะไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ การทำซ้ำหรือตีพิมพ์คำพิพากษาของศาลฎีกาโดยบุคคลจำนวนเท่าใดก็ได้ ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของคนแรก กล่าวคือ รัฐบาล เว้นแต่จะมีการห้ามไว้

ดังนั้น คำถามก็คือ การนำข้อมูลบางอย่างมาใช้ในคำพิพากษาของศาล จะกลายเป็น “คำพิพากษาดั้งเดิมที่มีการคัดลอกแก้ไข” หรือไม่ และบุคคลหรือผู้มีอำนาจหรือหน่วยงานที่ทำเช่นนั้นสามารถอ้างว่าได้รวบรวมความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้ในคำพิพากษาดังกล่าว และคำพิพากษาใช้ลักษณะของคำพิพากษาดั้งเดิมที่มีลิขสิทธิ์อยู่ในนั้นของสำนักพิมพ์

ในหลายกรณี งานมาจากงานที่มีอยู่ก่อน แม้แต่ในงานลอกเลียนแบบ งานลิขสิทธิ์ใหม่ก็อาจถูกสร้างขึ้นใหม่ได้ โดยขึ้นอยู่กับหลายปัจจัย การต้องใช้ทักษะของตนเอง แรงงาน และทุนใน

การสร้าง โดยผู้สร้างจะทำให้ตนเองมีคุณสมบัติสำหรับการได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานลอกเลียนแบบ

ลิขสิทธิ์มีอยู่ในฉบับคัดลอกแก้ไขข้อความคำพิพากษาของศาลตามที่ตีพิมพ์ในรายงานกฎหมาย ซึ่งสร้างขึ้นจากการใช้ทักษะ แรงงาน และทุน ซึ่งไม่เล็กน้อยหรือไม่สำคัญ ข้อมูลที่บรรจุไว้ในคำพิพากษาที่มีการคัดลอกแก้ไขใน SCC เป็นงานวรรณกรรมลอกเลียนแบบที่สร้างขึ้นจากเนื้อหาที่มีอยู่ก่อนหน้าของคำพิพากษาของศาลซึ่งเป็นสาธารณสมบัติ การใช้ทักษะของตนเอง แรงงาน และทุน ในการสร้างสรรค์ของผู้สร้างงานดังกล่าว และงานวรรณกรรมลอกเลียนแบบที่สร้างขึ้นโดยการใช้ทักษะของตนเอง แรงงาน และทุน ของผู้อุทธรณ์ทำให้พวกเขามีลิขสิทธิ์ในการสร้างสรรค์ดังกล่าว ไม่จำเป็นว่างานที่สร้างขึ้นจะต้องมีความดีงามด้านวรรณกรรม ศาลสามารถสามารถประเมินได้เพียงว่าทักษะ แรงงาน และทุนที่ใช้จริงที่จำเป็นในการสร้างงานนั้นเล็กน้อยหรือไม่สำคัญ

คำว่า ต้นฉบับ (Original) ไม่ได้หมายความว่างานจะต้องเป็นการแสดงออกถึงความเป็นต้นฉบับหรือความคิดสร้างสรรค์ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ไม่เกี่ยวข้องกับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ แต่เกี่ยวข้องกับการแสดงออกทางความคิดและเกี่ยวข้องกับการแสดงออกทางความคิดในการพิมพ์หรือการเขียนในกรณีของงานวรรณกรรม ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่จำเป็นเกี่ยวข้องกับการแสดงออกทางความคิด แต่พระราชบัญญัติไม่ได้กำหนดให้การแสดงออกต้องมีความเป็นต้นแบบหรือแปลกใหม่ แต่งานจะต้องไม่คัดลอกมาจากงานอื่น ดังนั้นในการตัดสินใจ ไม่ว่างานในลักษณะของการรวบรวมจะเป็นต้นฉบับหรือไม่ การพิจารณาแต่ละส่วนของงานมากกว่าเนื้องานทั้งหมดนั้นถือว่าผิด สำหรับงานรวบรวมงานหลายชิ้นที่ไม่มีอะไรที่เป็นต้นฉบับในส่วนของตัวเอง ยอดรวมของการรวบรวมอาจถือเป็นต้นฉบับได้ ในกรณีเช่นนี้ ศาลได้พิจารณาดูว่าการรวบรวมเนื้อหาที่ไม่เป็นต้นฉบับนั้นถือเป็นงานหรือการใช้ทักษะหรือค่าใช้จ่ายหรือไม่ ถ้าเป็นเช่นนั้นก็ถือว่างานเป็นต้นฉบับ

การตัดสินใจก่อนหน้านี้เป็นอำนาจในข้อเสนอที่ว่า งานที่มีต้นกำเนิดมาจากผู้สร้างและเป็นมากกว่าสำเนาของงานต้นฉบับเท่านั้น ก็เพียงพอที่จะก่อให้เกิดลิขสิทธิ์ แนวทางนี้สอดคล้องกับมาตรฐานทฤษฎี “Sweat of the Brow” ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ การสร้างผลงานที่เกิดจากทักษะ แรงงาน และทุนเพียงเล็กน้อยก็เพียงพอแล้วสำหรับลิขสิทธิ์ในงานลอกเลียนแบบของผู้สร้าง การตัดสินใจที่ถูกเสนอมีทฤษฎีที่ว่า ผู้สร้างสมควรได้รับการคุ้มครองจากความพยายามในการผลิตผลงาน

งานลอกเลียนแบบที่ผลิตโดยผู้สร้างต้องมีลักษณะและรสสัมผัสที่แตกต่างกับข้อความดิบของคำพิพากษาของศาล การเปลี่ยนแปลงเล็กน้อยหรือข้อมูลที่บรรจุไว้ในการพิจารณาคดีจะไม่เป็นไปตามการตรวจสอบลิขสิทธิ์ของผู้สร้าง ข้อมูลที่ผู้อุทธรณ์บรรจุไว้ในคำพิพากษาจะมีลิขสิทธิ์หากเรายอมรับหลักการที่ว่าใครก็ตามที่ใช้ทักษะและแรงงานของตนเองสร้างงานต้นฉบับที่มีลักษณะใด ๆ จะได้รับสิทธิพิเศษในการคัดลอกงานนั้นและไม่มีใครได้รับอนุญาตให้เก็บเกี่ยวผลประโยชน์ที่เจ้าของ

ลิขสิทธิ์ได้หว่านไว้ ไม่ต้องสงสัยเลยว่าผู้อุทธรณ์ได้รวบรวมเนื้อหาและปรับปรุงการการพิจารณาคดีให้อ่านง่าย โดยบรรจุข้อมูลในข้อความต้นฉบับของคำพิพากษาลงไปโดยแรงงานจำนวนมากและจัดเรียงในรูปแบบของตนเอง แต่นั่นไม่ได้ให้รสสัมผัสขั้นต่ำของความคิดสร้างสรรค์ การใช้ทักษะและการประเมินที่จำเป็นในการผลิตงานนั้นเป็นเรื่องเล็กน้อยและขึ้นอยู่กับแรงงานและทุนที่ลงทุนไป และอาจมีลักษณะเป็นงานล้วน ๆ ที่เกิดจากการใช้แรงงานจำนวนหนึ่งโดยผู้อุทธรณ์ ในการจัดตั้งลิขสิทธิ์ แม้มาตรฐานความคิดสร้างสรรค์ที่ใช้พิจารณาไม่ได้กำหนดว่าต้องเป็นอะไรที่แปลกใหม่หรือไม่ชัดเจน แต่ก็ต้องมีความคิดสร้างสรรค์ในงานเล็กน้อยเพื่ออ้างสิทธิ์ในลิขสิทธิ์ กล่าวคือ ต้องมีความคิดสร้างสรรค์ขั้นต่ำเป็นอย่างน้อย การจัดเรียงข้อเท็จจริงหรือข้อมูลหรือหลักกฎหมายรวมอยู่ในคำพิพากษาของศาลแล้ว ดังนั้นความคิดสร้างสรรค์ของ SCC จะเป็นเพียงการเพิ่มข้อเท็จจริงหรือเนื้อหาบางอย่างที่ตีพิมพ์แล้ว หลักกฎหมายที่ตีพิมพ์ในรายงานกฎหมายอื่นพร้อมการจัดเรียงในรูปแบบของตนเอง และการนำเสนอคำพิพากษาของศาลในรูปแบบของตัวเอง เพื่อให้เป็นมิตรต่อผู้ใช้มากขึ้น การคัดเลือกและการจัดเรียงสามารถมองได้ว่าเป็นเรื่องปกติและเป็นผลที่ดีที่สุดของแรงงาน ทักษะ และการลงทุนของเงินทุนที่ขาดความคิดสร้างสรรค์ขั้นต่ำ ไม่ได้เป็นการแสดงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ทั้งหมดที่มากเท่ากับงานต้นฉบับของผู้แต่ง ในการที่จะถือลิขสิทธิ์ จะต้องมีความแตกต่างที่สำคัญบางอย่างและไม่ใช่แค่ความแตกต่างเล็กน้อยเท่านั้น ไม่ใช่ความแตกต่างของประเภทที่จำกัดวิธี/ลักษณะเฉพาะในการแสดงออก และผู้สร้างเลือกความต่างใดความต่างหนึ่งที่สามารถกล่าวได้ว่าเป็นเรื่องปกติธรรมดา ความแปลกใหม่หรือการประดิษฐ์หรือความคิดสร้างสรรค์ไม่ใช่ข้อกำหนดสำหรับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ แต่ต้องมีระดับความคิดสร้างสรรค์ขั้นต่ำเป็นอย่างน้อย ในความเห็นของเรา ข้อมูลดังกล่าวที่ผู้อุทธรณ์บรรจุไว้ในคำพิพากษาที่มีการคัดลอกแก้ไขสำเนาไม่ได้กระทบมาตรฐานของความคิดสร้างสรรค์ที่จำเป็นสำหรับลิขสิทธิ์

อย่างไรก็ตาม ข้อมูลที่บรรจุในข้อความต้นฉบับโดยผู้อุทธรณ์ใน (i) การแยกย่อหน้าที่มีอยู่ในข้อความต้นฉบับโดยแบ่งเป็นย่อหน้าแยกกัน (ii) การเพิ่มการกำหนดหมายเลขย่อหน้าภายในคำพิพากษาหลังจากที่ได้กำหนดหมายเลขย่อหน้าที่มีรูปแบบเดียวกันให้แก่คำพิพากษาหลายคดี และ (iii) การระบุในคำพิพากษาว่าผู้พิพากษาไม่เห็นด้วยหรือเห็นด้วยโดยแนะนำวลีเช่น ‘เห็นพ้องกัน’ ‘เห็นพ้องบางส่วน’ ‘ไม่เห็นพ้องบางส่วน’ ‘ไม่เห็นพ้องกัน’ ‘การผนวก’ ‘ส่วนใหญ่ไม่แสดงความคิดเห็น’ ฯลฯ จะต้องมองในมุมที่ต่างออกไป งานการกำหนดหมายเลขย่อหน้าและการอ้างอิงภายในต้องใช้ทักษะและวิจารณญาณอย่างมาก ผู้เรียบเรียงที่ใส่เลขย่อหน้าต้องรู้ว่ามีการดำเนินการโต้แย้งทางกฎหมายและวาทกรรมทางกฎหมายอย่างไร และต้องอ่านคำพิพากษาของศาลอย่างไร บ่อยครั้งที่ข้อโต้แย้งทางกฎหมายหรือข้อสรุปถูกรวมไว้ในย่อหน้าเดียวในคำพิพากษาดั้งเดิม หรือบางส่วนของการโต้แย้งเดียวกันปรากฏอยู่ในย่อหน้าแยกกัน ต้องใช้ดุลยพินิจและความสามารถในการหยั่งรู้ในการตัดสินใจว่าในคำพิพากษาดั้งเดิมของศาลนั้น เราจะแยกย่อหน้าออกจากย่อหน้าที่มีอยู่ หรือรวมย่อ

หน้าที่แยกไว้เข้าด้วยกัน การกำหนดย่อหน้าในคำพิพากษาโดยผู้อุทธรณ์เองประกอบด้วยการใช้สมอง การอ่าน และการทำความเข้าใจเรื่องของข้อพิพาท ประเด็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง บทบัญญัติทางกฎหมายที่บังคับใช้ และการตีความเรื่องเดียวกัน แล้วจึงแบ่งเป็นย่อหน้าต่าง ๆ เพื่อให้ห่วงโซ่แห่งความคิด และกระบวนการชี้แจงข้อเท็จจริง และการใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหัวข้อที่อภิปรายไม่ถูกรบกวน โดยจะต้องมีความเข้าใจอย่างถ่องแท้ในเรื่องทั้งหมดของคำพิพากษา การสร้างย่อหน้าในคำพิพากษาไม่สามารถเรียกได้ว่าเป็นกระบวนการเชิงกล ต้องมีการใช้วิจารณญาณ การหยั่งรู้ และการเลือกอย่างรอบคอบ จึงเรียกได้ว่าเป็นงานของผู้สร้าง เห็นได้ชัดว่าการสร้างย่อหน้าจะต้องมีการอ่านอย่างถี่ถ้วน ศึกษาเนื้อหาอย่างละเอียด และใช้วิจารณญาณในการจัดทำย่อหน้าที่กล่าวถึงแง่มุมเฉพาะของคดี และการแยกการผสมผสานระหว่างหัวข้อที่แตกต่างกัน การสร้างย่อหน้าโดยแยกย่อหน้าออกจากเนื้อเรื่อง จะต้องมีความรู้ วิจารณญาณที่ดี และทักษะทางกฎหมาย ในความเห็นของเรา การดำเนินการและการสร้างสิ่งนี้มีความคิดสร้างสรรค์น้อยที่สุด หลักการดังกล่าวยังจะใช้บังคับเมื่อผู้เรียบเรียงใส่ข้อมูลโดยที่มีความเห็นของผู้พิพากษาที่ต่างกันทั้งไม่เห็นพ้อง หรือไม่เห็นพ้องบางส่วน หรือเห็นพ้องต้องกัน เป็นต้น นอกจากนี้ ยังกำหนดให้ต้องอ่านคำพิพากษาทั้งหมดและทำความเข้าใจคำถามที่เกี่ยวข้อง จากนั้นจึงหาว่าผู้พิพากษาไม่เห็นพ้อง หรือมีความคิดเห็นที่ไม่เห็นพ้องกัน หรือไม่เห็นพ้องบางส่วนและเห็นพ้องบางส่วนต่อความคิดเห็นในประเด็นกฎหมายหนึ่งๆ หรือแม้แต่ข้อเท็จจริงหรือไม่ ข้อมูลเหล่านี้ที่ผู้อุทธรณ์ยื่นในคำพิพากษาที่รายงานใน SCC ถือว่าผู้อุทธรณ์มีลิขสิทธิ์ตรงนี้และไม่มีใครได้รับอนุญาตให้ใช้ข้อมูลเดียวกัน

คำตัดสินของศาลสูงอินเดีย”ด้วยเหตุผลที่ระบุไว้ในการอภิปรายดังกล่าว การอุทธรณ์จะได้รับอนุญาตบางส่วน ศาลสูงได้ให้วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาแก่โจทก์-ผู้อุทธรณ์แล้ว โดยสั่งว่าแม้จำเลย-ผู้กระทำผิดจะมีสิทธิ์ขายซีดีรอมของตนพร้อมข้อความในคำพิพากษาของศาลฎีกาพร้อมกับบักทึกย่อส่วนหน้าและบทบรรณาธิการของตัวเอง แต่ก็ไม่ควรคัดลอกบันทึกย่อส่วนหน้าของโจทก์-ผู้อุทธรณ์ในทางใดทางหนึ่ง และจำเลย-ผู้กระทำผิดต้องไม่คัดลอกเชิงอรรถและบทบรรณาธิการที่ปรากฏในบันทึกประจำวันของโจทก์-ผู้อุทธรณ์ด้วย เรายังได้มีคำสั่งเพิ่มเติมว่าจำเลย-ผู้กระทำผิดจะไม่ใช้ย่อหน้าที่ผู้อุทธรณ์สร้างในฉบับคัดลอกแก้ไขสำหรับการอ้างอิงภายในและการพิจารณาของผู้เรียบเรียงเกี่ยวกับความคิดเห็นที่แสดงออกโดยผู้พิพากษาโดยใช้วลี เช่น ‘เห็นพ้องกัน’ ‘ไม่เห็นพ้องบางส่วน ‘ ฯลฯ บนพื้นฐานของการพิจารณาคดีที่รายงานใน SCC นอกจากคำพิพากษาของศาลสูงได้รับการแก้ไขตามขอบเขตที่นอกเหนือจากวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาที่ได้รับจากศาลสูงแล้ว เรายังให้คำขอบังคับเพิ่มเติมที่กล่าวถึงข้างต้นแก่ผู้อุทธรณ์ด้วย”

4.2.2 ประเทศไทย

4.2.2.1 เหตุผล ที่มาและความสำคัญของการตรากฎหมายลิขสิทธิ์

ในส่วนของเหตุผล ที่มาและความสำคัญของการตรากฎหมายลิขสิทธิ์นั้น หากพิจารณาถึงเหตุผล ที่มาและความสำคัญของกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบันแล้วก้จะพบว่ากฎหมายเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ของประเทศไทยปรากฏขึ้นครั้งแรกในประกาศหอสมุดวชิรญาณ ร.ศ. 111 ซึ่งกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดนำเรื่องราวต่าง ๆ ที่ลงพิมพ์ในหนังสือวชิรญาณวิเศษไปพิมพ์ซ้ำ นอกจากจะขออนุญาตต่อกรรมการสัมปาทิกสภา ต่อมาได้มีการให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนซึ่งเป็นผู้ประพันธ์โดยทั่วไปนอกจากผู้ประพันธ์เรื่องที่ลงพิมพ์ในหนังสือวชิรญาณวิเศษ โดยประเทศไทยได้ประกาศใช่ พระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือ ร.ศ. 120 (พ.ศ. 2544) เนื่องจากเห็นความจำเป็นในการคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานหนังสือเป็นการทั่วไป โดยเหตุผลในการบัญญัติกฎหมายฉบับนี้ปรากฏในคำปรารภที่ว่า “ทุกวันนี้เมื่อมีผู้ใดได้อุสาหะแต่หนังสือขึ้นด้วยสติปัญญาและวิชาความรู้ของตน เพื่อพิมพ์จำหน่ายให้เกิดประโยชน์ ถ้าหนังสือเรื่องใดจำหน่ายได้มากก็มักมีผู้อื่นบังอาจเอาหนังสือเรื่องนั้นไปพิมพ์ขึ้นขายโดยพลการกระทำให้เสื่อมทรามผลประโยชน์ ซึ่งสมควรจะได้แก่ผู้แต่โดยความชอบธรรม มีอยู่เนื่อง ๆ แลการอย่างนี้ในนา ๆ ประเทศโดยมากย่อมีกฎหมายห้ามปรามมิให้ผู้อื่นคัดลอกหรือพิมพ์จำหน่ายหนังสือซึ่งผู้แต่งมิได้อนุญาต ทรงพระดำริเห็นว่าสมควรจะมีพระราชบัญญัติตั้งขึ้นไว้ในพระราชอาณาจักร สำหรับคุ้มครองป้องกันผลประโยชน์ของผู้แต่งหนังสือตามสมควรแก่ความยุติธรรม” โดยสาระสำคัญของพระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่หนังสือ ร.ศ. 120 บางส่วนคือ มาตรา 4 บัญญัติให้ผู้มีกรรมสิทธิ์ในหนังสือมีอำนาจที่จะพิมพ์ คัด แปล จำหน่าย หรือขายหนังสือที่ตนมีกรรมสิทธิ์นั้นได้แต่ผู้เดียว และมาตรา 6 บัญญัติให้ระยะเวลาของกรรมสิทธิ์คือตลอดอายุของผู้แต่หนังสือและอีก 7 ปีหลังจากผู้แต่งถึงแก่ความตาย แต่ถ้ารวมเวลาได้กรรมสิทธิ์ทั้งหมดจนถึงภายหลังผู้แต่งถึงแก่ความตายแล้วไม่ถึง 42 ปีก็ให้กรรมสิทธิ์ยังคงมีอยู่ต่อไปจนครบ 42 ปีนับแต่วันเริ่มได้รับกรรมสิทธิ์ อนึ่งมีข้อสังเกตว่า ชื่อของพระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่หนังสือ ร.ศ. 120 และเนื้อหาของกฎหมายขณะนั้นเรียกสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานหนังสือว่ากรรมสิทธิ์ ซึ่งเป็นการใช้คำเดียวกับทรัพยสิทธิประเภทหนึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ทรัพย์สินอันเป็นกฎหมายว่าด้วยทรัพย์มีรูปร่าง ซึ่งเป็นคำที่ไม่ตรงกับสิทธิของกฎหมายลิขสิทธิ์สมัยปัจจุบัน แต่ทั้งนี้การใช้คำปะปนกันกับทรัพยสิทธิดังกล่าวน่าจะเป็นเพราะในขณะนั้นยังไม่มีการกำหนดชื่อของสิทธิผุกขาดที่ในสมัยต่อมาเรียกกันว่าลิขสิทธิ์ หลังจากนั้นต่อมาพระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่หนังสือ ร.ศ. 120 ได้รับการแก้ไขใน พ.ศ. 2457 เรียกว่าพระราชบัญญัติแก้ไขพระราชบัญญัติกรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือ โดยการละเมิดกรรมสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้อาจถูกดำเนินคดีแพ่ง โดยอาจเรียกค่าสินไหมทดแทนหรือค่าทำขวัญได้ตามสมควร

ต่อมาเมื่อประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกในอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม ค.ศ. 1886 แล้ว ประเทศไทยได้มีการปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์ให้ทันสมัยและได้ประกาศใช้ พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 ซึ่งเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับสำคัญที่ขยายความคุ้มครองออกไปครอบคลุมงานวรรณกรรมและศิลปกรรมหลายประเภท ซึ่งรวมทั้งงานวรรณกรรมและศิลปกรรมที่มีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของต่างประเทศด้วย สำหรับพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 ได้ใช้บังคับต่อมาเป็นระยะเวลา 47 ปี ซึ่งหลังจากนั้นได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 แทน เพื่อปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยให้ทันสมัยขึ้น โดยได้ขยายขอบเขตการคุ้มครองให้กว้างขึ้นและขยายอายุการคุ้มครองให้ยาวขึ้น โดยมีเหตุผลในการประกาศใช้คือ

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ พระราชบัญญัติ คุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พุทธศักราช 2474 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์จึงล้าสมัยและไม่ให้ความคุ้มครองได้กว้างขวางเพียงพอ นอกจากนั้นอัตราโทษที่กำหนดไว้เดิมก็ต่ำมากทำให้มีการละเมิดกฎหมายอยู่เสมอ สมควรปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น

สำหรับในส่วนของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 นั้น มาตรา 4 ได้ให้คำนิยามของคำว่า

“ผู้สร้างสรรค์” หมายความว่า ผู้ทำหรือก่อให้เกิดงาน โดยความคิดริเริ่มของตนเอง และยังให้ความหมายของคำว่า “งาน” หมายความว่า งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใด อันเป็นงานในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลป์ ทั้งยังให้ความหมายของคำว่า “ลิขสิทธิ์” หมายความว่า สิทธิแต่ผู้เดียวที่จะกระทำใด ๆ เกี่ยวกับงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้น

ต่อมาเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 2537 ประเทศไทยได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แทนพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 และใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน โดยมีเหตุผลในการประกาศใช้คือ

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติต่าง ๆ จึงไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ทั้งภายในและภายนอกประเทศที่ได้เปลี่ยนแปลงไป โดยเฉพาะการพัฒนาและการขยายตัวทางเศรษฐกิจ การค้าและอุตสาหกรรมของประเทศและระหว่างประเทศ สมควรที่จะได้มีการปรับปรุงมาตรการคุ้มครองด้านลิขสิทธิ์ให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เพื่อรองรับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวและเพื่อส่งเสริมให้มีการสร้างสรรค์งานในด้านวรรณกรรม ศิลปกรรม และงานด้านอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องมากยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

สำหรับในส่วนของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้น มาตรา 4 ได้ให้คำนิยามของคำว่า “ผู้สร้างสรรค์” หมายความว่า ผู้ทำหรือผู้ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์อย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ และได้ให้ความหมายของคำว่า “ลิขสิทธิ์” หมายความว่า สิทธิแต่ผู้เดียวที่จะทำการใด ๆ ตามพระราชบัญญัตินี้เกี่ยวกับงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้น โดยลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง โดยให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะกระทำการใด ๆ เกี่ยวกับงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้น ซึ่งงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้นจะต้องเป็นงานที่กฎหมายให้การรับรองว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ มิได้หมายความว่างานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นทั้งหมดนั้นจะได้รับความคุ้มครอง โดยงานสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องเป็นงานตามประเภทที่กฎหมายให้การรับรองซึ่งปรากฏตามความในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

ทั้งนี้เงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ต่างจากทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ได้แก่ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า กล่าวคือ ลิขสิทธิ์เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติเมื่อได้สร้างสรรค์งานขึ้นโดยไม่ต้องจดทะเบียน ไม่มีแบบพิธี ซึ่งเมื่อนำไปเปรียบเทียบกับสิทธิบัตรนั้นกฎหมายกำหนดให้ใช้ระบบจดทะเบียนและตรวจสอบ จึงจะได้รับความคุ้มครอง ส่วนเครื่องหมายการค้าและเครื่องหมายบริการ มีทั้งระบบจดทะเบียนและไม่จดทะเบียน แต่หากไม่ได้จดทะเบียนการได้รับความคุ้มครองย่อมจำกัด อย่างไรก็ตาม การที่ผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ได้แจ้งต่อ กรมทรัพย์สินทางปัญญาว่าได้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้น มิใช่เป็นการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ แต่เป็นการแจ้งเพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานหากมีคดีพิพาทว่าผู้ใดเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์

จากเหตุผลและที่มาของการตรากฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยในแต่ละยุคแต่ละสมัยนั้นล้วนแสดงให้เห็นความเชื่อมโยงกับเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมของประเทศไทยทั้งสิ้น ดังนั้นการให้ความคุ้มครองและสนับสนุนให้มีการตระหนักถึงความสำคัญแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ยังมีเหตุผลพื้นฐานที่พอจะอนุมานได้ว่าลิขสิทธิ์ควรได้รับความคุ้มครอง เนื่องจากผลงานที่สร้างสรรค์ขึ้นเกิดมีมูลค่าทางเศรษฐกิจ เมื่อมูลค่าของงานสร้างสรรค์สามารถตีเป็นตัวเงินได้ ก็ย่อมจะต้องมีการลงทุนในตัวผลงานนั้น ๆ ผลที่ตามมาเกิดเป็นอุตสาหกรรมเชิงพาณิชย์ที่มีนักลงทุนและเกิดความคาดหวังที่จะแสวงหาผลประโยชน์จากงานที่สร้างสรรคขึ้นแต่เพียงผู้เดียว จึงเป็นอีกเหตุผลหนึ่งในการให้ความคุ้มครองงานสร้างสรรค์ซึ่งเรียกว่าเหตุผลทางเศรษฐกิจ ในส่วนของเหตุผลทางสังคมและวัฒนธรรม งานสร้างสรรค์หลายประเภทสร้างขึ้นมาเพื่อประโยชน์ต่อสังคมในการช่วยให้เกิดความสามัคคีมีความเป็นหนึ่งเดียวกันหรือหล่อหลอมความรู้สึกของคนในชาติได้เช่น งานสร้างสรรค์ประเภทสื่อภาพยนตร์หรือดนตรีกรรมหรือวรรณกรรมที่สามารถถ่ายทอดความรู้สึกนึกคิดปลุกเร้าอารมณ์ให้เกิดความรักชาติ เหตุผลทางด้านวัฒนธรรมและชื่อเสียงเกียรติคุณของประเทศก็เป็นเหตุผลอีกประการหนึ่งในการปกป้องคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งานสร้างสรรค์เนื่องจากงานสร้างสรรค์ที่ปรากฏนั้นจะสะท้อนให้เห็นถึงปรัชญาและคุณลักษณะ ตลอดจนขนบธรรมเนียมประเพณีของชนชาติหรือประเทศ

นั้น ๆ ยิ่งมีผลงานสร้างสรรค์เท่าไร สังคมนั้นมีความก้าวหน้าทางวัฒนธรรมมากยิ่งขึ้น อีกทั้งงานสร้างสรรค์เหล่านั้นก็จะตกทอดเป็นสมบัติของแผ่นดินต่อไปเพื่อให้อนุชนคนรุ่นหลังสืบทอดและต่อยอดกันต่อไปจนไม่มีที่สิ้นสุด

4.2.2.2 มุมมอง เศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรม กับการตรากฎหมายลิขสิทธิ์

ในส่วนของมุมมองเศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรม กับการตรากฎหมายลิขสิทธิ์ ผู้เขียนขอนำเสนอในส่วนของการตรากฎหมายลิขสิทธิ์ในฉบับปัจจุบัน เพื่อแสดงให้เห็นถึงการบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ให้ความสำคัญเชื่อมโยงถึงเศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรมของประเทศในการบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์มาใช้บังคับภายในประเทศ เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 2537 ประเทศไทยได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยมีเหตุผลในการประกาศใช้คือ

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติต่าง ๆ จึงไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ทั้งภายในและภายนอกประเทศที่ได้เปลี่ยนแปลงไป โดยเฉพาะการพัฒนาและการขยายตัวทางเศรษฐกิจ การค้าและอุตสาหกรรมของประเทศและระหว่างประเทศ สมควรที่จะได้มีการปรับปรุงมาตรการคุ้มครองด้านลิขสิทธิ์ให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เพื่อรองรับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวและเพื่อส่งเสริมให้มีการสร้างสรรค์งานในด้านวรรณกรรม ศิลปกรรม และงานด้านอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องมากยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

จากเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่ว่าบทบัญญัติต่าง ๆ จึงไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ทั้งภายในและภายนอกประเทศที่ได้เปลี่ยนแปลงไป โดยเฉพาะการพัฒนาและการขยายตัวทางเศรษฐกิจ การค้า และอุตสาหกรรมของประเทศและระหว่างประเทศ แสดงให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงของสังคมและเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นภายในประเทศไทยและต่างประเทศ จึงมีเหตุผลและความจำเป็นการประกาศใช้กฎหมายลิขสิทธิ์เพื่อให้ทันสมัย ทันสถานการณ์ในสังคมโลกที่เปลี่ยนแปลงไปด้วย

ในส่วนขององค์ประกอบการได้มาซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ของไทยจะต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1) ต้องมีการแสดงออกซึ่งความคิด กล่าวคือกฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองแก่การแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea) เท่านั้น ไม่ได้คุ้มครองแนวความคิด (Concept) ความคิด (Idea) โครงเรื่อง (Plot) ทั้งนี้ตามมาตรา 6 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติไว้ชัดเจนว่า “กรคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึงความคิด หรือขั้นตอน กรรมวิธี หรือระบบ หรือวิธีใช้หรือทำงาน หรือแนวความคิด หลักการ การค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์หรือคณิตศาสตร์” ฉะนั้น เมื่อลิขสิทธิ์ไม่ได้คุ้มครองแนวความคิด ความคิด หรือโครงเรื่อง สิ่งที่เป็น

แนวความคิดหรือโครงเรื่อง จึงอาจถูกนำไปใช้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นได้โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

บทบัญญัติในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ดังกล่าวสอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้า (ข้อตกลง TRIPS) ข้อ 9 (2)[175] ที่ได้บัญญัติไว้โดยชัดเจนว่า “การคุ้มครองลิขสิทธิ์จะคลุมถึงการแสดงออก แต่ไม่รวมถึงความคิด กรรมวิธี หรือวิธีปฏิบัติ หรือแนวความคิดทางคณิตศาสตร์” กล่าวคือ การคุ้มครองลิขสิทธิ์จะคุ้มครองเฉพาะการแสดงออกทางความคิด แต่ไม่ได้คุ้มครองความคิดที่อยู่เบื้องหลังการแสดงออกนั้น เช่น การคัดลอกงานของผู้อื่นถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่การแสดงออกถึงความคิดที่คล้ายคลึงกันด้วยวิธีการที่แตกต่างกันไปไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์[176]

2) ต้องเป็นงานที่สร้างสรรค์ด้วยตนเอง กล่าวคือการแสดงออกซึ่งความคิดของงานอันมีลิขสิทธิ์จะต้องมีการสร้างสรรค์ขึ้นโดยตนเอง ซึ่งงานอันจะได้รับลิขสิทธิ์นั้นผู้สร้างสรรค์ต้องเป็นผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์ด้วยการริเริ่มของตนเอง (Originality) มิได้เกิดจากการทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยมิได้รับอนุญาต การแสดงออกซึ่งความคิดต้องถึงขนาด ซึ่งการถึงขนาดที่ถือว่าเป็นการสร้างสรรค์โดยตนเองต้องใช้ปัจจัย 3 ประการประกอบเข้าด้วยกัน คือ 1. แรงกาย (Labor) 2. ทักษะ (Skill) และ 3. วิจารณญาณ (Judgement) หมายถึงต้องใช้ทั้งแรงกาย ใช้ทักษะ และใช้วิจารณญาณในการสร้างสรรค์งาน ทั้งนี้ งานอันีลิขสิทธิ์นั้นไม่จำต้องเป็นงานที่ใหม่ (Novelty)

3) ต้องเป็นงานที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง กล่าวคือพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 วรรคแรก ให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ ได้แก่ งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างใด

ในส่วนของลักษณะของงานอันมีลิขสิทธิ์ งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 วรรคแรก ได้แก่งาน 9 ประเภท ดังนี้

---

[175] Article 9 (2) of TRIPs Agreement “Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.”

[176] พัฒนรัชต์ ฟักจันทร์, ความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement), ใน **กฎกติกา WTO เล่มที่ห้า : ทรัพย์สินทางปัญญา**, รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์ และสมบูรณ์ ศิริประชัย, บรรณาธิการ, (กรุงเทพมหานคร: สามลดา, 2552), หน้า 18.

(1) งานวรรณกรรม หมายถึง งานนิพนธ์ที่ทำขึ้นทุกชนิด เช่น หนังสือ จุลสาร สิ่งเขียน สิ่งพิมพ์ ปาฐกถา เทศนา คำปราศรัย สุนทรพจน์ และให้หมายความรวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย

(2) งานนาฏกรรม หมายถึง งานเกี่ยวกับการรำ การเต้น การทำท่าหรือการแสดงที่ประกอบขึ้นเป็นเรื่องราว และให้หมายความรวมถึงการแสดงโดยวิธีใบ้ด้วย

(3) งานศิลปกรรม หมายถึง งานจิตรกรรมงานประติมากรรมงานภาพพิมพ์ งานสถาปัตยกรรม งานภาพถ่าย และงานศิลปประยุกต์

(4) งานดนตรีกรรม หมายถึง งานเกี่ยวกับเพลงที่แต่งขึ้นเพื่อบรรเลงหรือขับร้องไม่ว่าจะมีทำนองและคำร้อง หรือมีทำนองอย่างเดียว และให้หมายความรวมถึงโน้ตเพลงหรือแผนภูมิเพลงที่ได้แยกและเรียบเรียงเสียงประสานแล้ว

(5) งานโสตทัศนวัสดุ หมายถึง โสตทัศนวัสดุอันประกอบด้วยลำดับของภาพซึ่งสามารถนำออกฉายต่อเนื่องได้อย่างภาพยนตร์หรือสามารถบันทึกลงบนวัสดุอื่นเพื่อนำออกฉายต่อเนื่องได้อย่างภาพยนตร์ และให้หมายความรวมถึงเสียงประกอบภาพยนตร์ นั้นด้วย ถ้ามี

(6) งานภาพยนตร์ หมายถึง โสตทัศน์วัสดุประกอบด้วยลำดับของภาพซึ่ง สามารถนำออกฉายต่อเนื่องได้อย่างภาพยนตร์ หรือสามารถบันทึกลงบนวัสดุอื่นเพื่อนำออกฉาย ได้อย่างต่อเนื่องและให้รวมถึงเสียงประกอบภาพยนตร์ด้วย

(7) งานสิ่งบันทึกเสียง หมายถึง งานอันประกอบด้วยลำดับของดนตรีเสียง การแสดง หรือเสียงอื่นใด โดยบันทึกลงในวัสดุไม่ว่าจะมีลักษณะใด ๆ อันสามารถที่จะนำมาเล่นซ้ำได้อีกโดยใช้เครื่องมือที่จำเป็นสำหรับการใช้วัสดุนั้น แต่ทั้งนี้ มิให้หมายความรวมถึงเสียงประกอบภาพยนตร์ หรือเสียงประกอบโสตทัศนวัสดุอย่างอื่น

(8) งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หมายถึง งานที่นำออกสู่สาธารณชนโดยการแพร่เสียงทางวิทยุกระจายเสียง การแพร่เสียงและหรือภาพทางวิทยุโทรทัศน์ หรือโดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน

(9) งานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างใด

ในส่วนของการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้บัญญัติการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ โดยมีเงื่อนไข ดังนี้

1) การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ด้วยการสร้างสรรค์งาน

ตามความในมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้กำหนดการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ด้วยการสร้างสรรค์งาน แบ่งเป็น 2 กรณี ดังนี้

(1) ในกรณีที่ยังไม่ได้มีการโฆษณางาน ตามมาตรา 8 (1) ในกรณีที่ยังไม่ได้มีการโฆษณางานผู้สร้างสรรค์ต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทยหรือ เป็นผู้มีสัญชาติประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย หากผู้สร้างสรรค์มิได้มีสัญชาติไทยหรือมิได้มีสัญชาติของประเทศที่เป็นภาคีตลอด ระยะเวลาในการสร้างสรรค์งาน

(2) ในกรณีที่มีการโฆษณางานแล้ว ตามมาตรา 8 (2) 1. การโฆษณางานครั้งแรกได้กระทำขึ้นในราชอาณาจักร หรือในประเทศที่เป็นภาคี 2. กรณีที่การโฆษณาครั้งแรกได้กระทำนอกราชอาณาจักรหรือในประเทศอื่น ที่ไม่เป็นภาคี หากต่อมาภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้มีการโฆษณาครั้งแรกนอกราชอาณาจักรได้มี การโฆษณางานดังกล่าวในราชอาณาจักรหรือในประเทศที่เป็นภาคี หรือ 3. ไม่ว่าจะโฆษณาครั้งแรกที่ใด หากผู้สร้างสรรค์มีสัญชาติไทย หรืออยู่ในราชอาณาจักรไทย หรือมีสัญชาติ หรืออยู่ในประเทศที่เป็นภาคีตลอดระยะเวลา หรือส่วนใหญ่ใน การสร้างสรรค์งานนั้นในขณะที่มีการโฆษณางานครั้งแรก

2) การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในฐานะพนักงานหรือลูกจ้าง

ตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กำหนดให้ลิขสิทธิ์ในงานนั้นเป็น ของผู้สร้างสรรค์ แต่นายจ้างมีสิทธินำงานนั้นออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนได้ตามที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการจ้างแรงงานนั้น เว้นแต่จะได้ทำหนังสือตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น

ในกรณีนี้นายจ้างมีสิทธินำงานนั้นออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนได้ตามวัตถุประสงค์แห่งการจ้างแรงงานนั้น เป็นข้อยกเว้นในเรื่องสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามมาตรา 15 แต่ทั้งนี้ให้สิทธินายจ้างเฉพาะการนำออก เผยแพร่ต่อสาธารณชนเท่านั้น แต่มิได้ให้สิทธินายจ้างในการทำซ้ำหรือดัดแปลงงาน

3) การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ด้วยการรับจ้างบุคคลอื่น

ตามความในมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กำหนดให้งานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ สร้างสรรค์ขึ้นโดยการรับจ้างบุคคลอื่นให้ผู้ว่าจ้างเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานนั้น เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้ เป็นอย่างอื่น

สัญญาจ้างในกรณีนี้ ก็คือ สัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 ที่บัญญัติว่า “จ้างทำของ นั้น คือ สัญญา ซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับจ้างตกลงรับจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้าง ตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น ทั้งนี้การตกลงยกเว้นมาตรานี้ไม่จำต้องทำเป็นหนังสือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง จึงอาจตกลงกันด้วยวาจาได้

4) การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ด้วยการดัดแปลงงานของผู้อื่น

ตามความในมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติว่าการดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์โดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ให้ผู้ที่ได้ดัดแปลงนั้นมีลิขสิทธิ์ใน

งานที่ได้ดัดแปลงตามพระราชบัญญัตินี้ แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ในงานของผู้สร้างสรรค์เดิมที่ถูกดัดแปลง

ซึ่งคำว่า “ดัดแปลง” “ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หมายความว่า ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปใหม่ ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

(1) ในส่วนที่เกี่ยวกับวรรณกรรม ให้หมายความรวมถึงแปลวรรณกรรม เปลี่ยนรูปวรรณกรรมหรือรวบรวมวรรณกรรมโดยคัดเลือกและจัดลำดับใหม่

(2) ในส่วนที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ให้หมายความรวมถึงทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปใหม่ ปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติมโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มี ลักษณะเป็นการจัดทำขึ้นใหม่

(3) ในส่วนที่เกี่ยวกับนาฏกรรม ให้หมายความรวมถึงเปลี่ยนงานที่มิใช่นาฏกรรมให้เป็นนาฏกรรม หรือเปลี่ยนนาฏกรรมให้เป็นงานที่มิใช่นาฏกรรม ทั้งนี้ ไม่ว่าในภาษาเดิม หรือต่างภาษากัน

(4) ในส่วนที่เกี่ยวกับศิลปกรรม ให้หมายความรวมถึงเปลี่ยนงานที่เป็นรูปสองมิติหรือสามมิติให้เป็นรูปสามมิติหรือสองมิติ หรือทำหุ่นจำลองจากงานต้นฉบับ

(5) ในส่วนที่เกี่ยวกับดนตรีกรรม ให้หมายความรวมถึงจัดลำดับเรียบเรียงเสียงประสานหรือเปลี่ยนคำร้องหรือทำนองใหม่

อนึ่ง การดัดแปลงตามมาตรานี้จะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์และต้องไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ในงานของผู้สร้างสรรค์เดิมที่ถูกดัดแปลง

5) การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์โดยการรวบรวมงานของผู้อื่น

ตามความในมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กำหนดให้นำเอางานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ มารวบรวมหรือประกอบเข้ากันโดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือเป็นการนำเอาข้อมูลหรือสิ่งอื่นใดซึ่งสามารถอ่านหรือถ่ายทอดได้โดยอาศัยเครื่องกลหรืออุปกรณ์อื่นใดมารวบรวมหรือประกอบเข้ากัน หากผู้ที่ได้รวบรวมหรือประกอบเข้ากันได้รวบรวมหรือประกอบเข้ากันซึ่งงานดังกล่าวขึ้นโดยการคัดเลือกหรือจัดลำดับในลักษณะซึ่งมิได้ลอกเลียนงานของบุคคลอื่น ให้ผู้ที่ได้รวบรวมหรือประกอบเข้ากันนั้นมีลิขสิทธิ์ในงานที่ได้รวบรวมหรือประกอบเข้ากันตามพระราชบัญญัตินี้ แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ในงาน หรือข้อมูลหรือสิ่งอื่นใดของผู้สร้างสรรค์เดิมที่ถูกนำมารวบรวมหรือประกอบเข้ากัน

6) การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์โดยการจ้างหรือตามคำสั่งหรือในความ ควบคุมของหน่วยงานของรัฐ

ตามความในมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กำหนดให้กระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐมีลิขสิทธิ์ในงานที่สร้างสรรค์ขึ้นโดยการจ้างหรือตามคำสั่งหรือใน ความควบคุมของตน เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นเป็นลายลักษณ์อักษร

7) การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์โดยการเป็นผู้รับโอนลิขสิทธิ์

ตามความในมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์อาจโอนลิขสิทธิ์ของตนทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่บุคคลอื่นได้ และจะโอนให้โดยมีกำหนดเวลาหรือ ตลอดอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ก็ได้ ทั้งนี้ การโอนลิขสิทธิ์ซึ่งมิใช่ทางมรดกต้องทำเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอน ถ้าไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้ในสัญญาโอนให้ถือว่าเป็นการโอนมีกำหนดระยะเวลาสิบปี

ในส่วนของสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้สร้างสรรค์ มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ให้ความคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผู้สร้างสรรค์งาน โดยทรงซึ่งสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะกระทำการใด ๆ แก่งานอันมีลิขสิทธิ์ ทั้ง 9 ประเภท ดังต่อไปนี้

1) สิทธิในการทำซ้ำหรือดัดแปลง ซึ่งความหมายอยู่ในมาตรา 4 โดยหมายความรวมถึง “คัดลอกไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ เลียนแบบ ทำสำเนา ทำแม่พิมพ์ บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกเสียงและภาพ จากต้นฉบับ จากสำเนา หรือจากการโฆษณาในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้หมายความถึง คัดลอกหรือทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากสื่อบันทึกใด ไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน”

“ดัดแปลง” คือ ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปใหม่ ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

2) “เผยแพร่ต่อสาธารณชน” หมายความว่า การนำงานสร้างสรรค์ออกเผยแพร่ทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนโดยวิธีใด ๆ เช่น การแสดง การบรรยาย การทำให้ปรากฏด้วยเสียงด้วยภาพ การก่อสร้าง หรือการจำหน่าย เป็นต้น ทั้งนี้ หากกระทำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียง

4) ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น

5) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิ โดยจะกำหนดเงื่อนไขหรือไม่ก็ได้ แต่เงื่อนไขที่กำหนดนั้นจะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมไม่ได้

4.2.2.3 ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภท

ในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภทในบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้นมิได้กำหนดหลักการหรือหลักเกณฑ์ในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และในส่วนของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้ในงานสร้างสรรค์ประเภทต่าง ๆ สำหรับงานวรรณกรรม งานนาฏกรรม งานศิลปกรรม งานดนตรีกรรม งานโสตทัศนวัสดุ งานภาพยนตร์ งานสิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ งานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างใด ดังนั้นจึงเป็นเรื่องที่ศาลไทยใช้ดุลพินิจ ในการกำหนดหลักการหรือหลักเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการพิจารณาพิพากษาคดีลิขสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้สร้างสรรค์ขึ้น

เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยในอดีต ที่ได้เกิดปัญหาขึ้นในเรื่องการสร้างสรรค์ ที่ยังไม่สอดคล้องกับหลักสากลของกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยเริ่มตั้งแต่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 4 บัญญัติว่า “ผู้สร้างสรรค์ หมายความว่า ผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยความคิดริเริ่มของตนเอง” จากการบัญญัติความหมายของคำว่า ผู้สร้างสรรค์ตามมาตรา 4 ว่าผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยความคิดริเริ่มของตนเองนั้น ซึ่งต่อมาทำให้เกิดการตัดสินคดีของศาลฎีกาในปี พ.ศ. 2533 ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6182/2533 ซึ่งได้วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 6 บัญญัติให้ผู้สร้างสรรค์เป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้นและมาตรา 4 ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “ผู้สร้างสรรค์” ไว้ว่าหมายถึง ผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยความคิดริเริ่มของตนเอง จากคำจำกัดความดังกล่าวผู้ที่จะได้ชื่อว่าเป็นผู้สร้างสรรค์นั้น จะต้องเป็นผู้ที่ทำหรือก่อให้เกิดงานขึ้นจากความคิดริเริ่มด้วยตนเองมิใช่เป็นการลอกเลียนแบบจากของจริงจากธรรมชาติ หรือลอกเลียนแบบจากงานของผู้อื่นทั้งที่ปรากฏเป็นรูปร่างหรือภาพถ่าย งานที่โจทก์อ้างว่าโจทก์มีลิขสิทธิ์ตามฟ้องนั้น เป็นงานที่เกิดจากการถอดรูปแบบมาจากของจริงตามธรรมชาติบ้าง ลอกเลียนแบบจากความคิดริเริ่มของผู้อื่นที่ได้สร้างสรรค์ไว้แล้วบ้าง และลอกเลียนแบบจากนิตยสารอื่น ๆ บ้าง งานของโจทก์ดังกล่าวจึงมิใช่เป็นงานที่โจทก์สร้างสรรค์ขึ้นโดยความคิดริเริ่มของโจทก์เองโจทก์จึงมิใช่ผู้สร้างสรรค์ตามความหมายแห่งมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 จึงไม่มีลิขสิทธิ์ในแบบรูปปั้นหล่อทองเหลืองตามฟ้อง

จากคำพิพากษาที่ 6182/2533 ที่วินิจฉัยไว้ดังกล่าวข้างต้น ศาลฎีกาตัดสินโดยอาศัยถ้อยคำที่ว่า การก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์นั้น ผู้สร้างสรรค์ต้องทำด้วยความคิดริเริ่มของตนเอง ซึ่งหาก

นำไปเทียบกับหลัก Originality แล้วหลักดังกล่าวไม่ได้มุ่งหวังให้ผู้สร้างสรรค์ต้องเป็นของเจ้าของความคิดริเริ่มในสิ่งที่ไม่เคยมีมาก่อนดังเช่นกรณีของกฎหมายสิทธิบัตร เป็นแต่เพียงให้ผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความรู้ความสามารถ แรงงานของตนเองในการสร้างสรรค์งานในระดับหนึ่ง โดยไม่ได้คัดลอกงานจากผู้ใดก็เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองแล้ว ซึ่งจากคำพิพากษาดังกล่าว ทำให้เกิดปัญหาขึ้นว่าศาลไทยตัดสินคดีลิขสิทธิ์ ในประเด็นผู้สร้างสรรค์ ไม่สอดคล้องกับหลักสากล อันเนื่องมาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติขึ้น

คำพิพากษาดังกล่าวที่ถูกมองว่าตัดสินคดีไม่สอดคล้องกับหลักสากล จึงได้มีการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ในปี พ.ศ. 2537 ในส่วนของการบัญญัติขึ้นใหม่ ของคำว่า ผู้สร้างสรรค์ในมาตรา 4 ได้ให้ความหมายของผู้สร้างสรรค์ไว้ว่า “ผู้ทำหรือผู้ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์อย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้” ซึ่งหากนำมาพิจารณาประกอบกับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในหมวดที่ 1 ส่วนที่ 1 งานอันมีลิขสิทธิ์ มาตรา 6 ได้บัญญัติว่า “งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ ของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างใด” จากบทบัญญัติของมาตรา 6 แสดงให้เห็นถึงงานสร้างสรรค์ที่กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยได้กำหนดขึ้นว่าจะต้องเป็นงานประเภทใดบ้างของผู้สร้างสรรค์ที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นถึงจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ดังนั้น งานสร้างสรรค์ที่สร้างสรรค์ขึ้นตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดไว้ จึงจะเป็นงานสร้างสรรค์ที่ได้รับการคุ้มครอง

เมื่อมีการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในส่วนของความหมายของคำว่าผู้สร้างสรรค์ หมายความว่า “ผู้ทำหรือผู้ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์” โดยตัดคำว่า “โดยความคิดริเริ่มของตนเอง” ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ออก การที่จะพิจารณาว่างานประเภทต่าง ๆ เป็นงานสร้างสรรค์ตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองหรือไม่ ก็ต้องนำหลักความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์มาพิจารณากับงานวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม ว่างานดังกล่าวมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่สมควรได้รับความคุ้มครองหรือไม่

สำหรับประเด็นปัญหาที่มีความจำเป็นที่จะต้องวิเคราะห์ต่อไปมีว่า เมื่อพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติไว้เพียงว่า งานที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์จะต้องเป็นงานสร้างสรรค์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง ซึ่งคำว่า “งานสร้างสรรค์” โดยงานสร้างสรรค์มิได้มีบทบัญญัติกำหนดไว้ว่า จะต้องเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีมาตรฐานระดับของความคิดสร้างสรรค์และความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระดับใด ถึงจะเป็นงานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองตาม

กฎหมายลิขสิทธิ์ จึงทำให้เกิดปัญหาการตีความในเรื่องมาตรฐานระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่แตกต่างกันออกไป

เมื่องานอันมีลิขสิทธิ์เป็นงานสร้างสรรค์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองมีความจำเป็นจะต้องมีระดับของความคิดสร้างสรรค์และความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการให้ความคุ้มครองไว้ แต่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กลับไม่ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับมาตรฐานระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองไว้อย่างชัดเจน จึงเป็นเรื่องที่ควรศึกษาว่างานอันมีลิขสิทธิ์ที่เกิดจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ควรมีระดับความคิดริเริ่มสร้างสร้างสรรค์อยู่ในระดับใดจึงจะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เหมาะสมและควรค่าที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ต่อไป

เมื่อบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย ในเรื่องของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ ยังขาดมาตรฐานที่ชัดเจนและแน่นอน ย่อมส่งผลกระทบต่อการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลไทย กล่าวคือเมื่อมีคดีลิขสิทธิ์ขึ้นสู่การพิจารณาและพิพากษา ศาลมีความจำเป็นจะต้องใช้ดุลพินิจในการตีความและวางแนวทางในการวินิจฉัย เพื่อพิจารณาและพิพากษาคดีลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้น ซึ่งการใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาพิพากษาคดีลิขสิทธิ์ย่อมก่อให้เกิดความแตกต่างของการพิจารณาพิพากษาว่าประเภทของงานใดจะเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งในบางคดีศาลวางระดับความสร้างสรรค์ของงานไว้สูงมาก บางคดีศาลได้เพิ่มเติมนอกเหนือเกณฑ์ที่มีในกฎหมายลิขสิทธิ์และบางคดีกลับกำหนดขั้นของงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้ต่ำมาก

ในส่วนของคำพิพากษาของศาลไทยในคำพิพากษาฎีกาที่ผ่านมาจะพบว่าศาลฎีกาวางระดับของการสร้างสรรค์ไว้สูงมาก โดยศาลฎีกากำหนดคำว่า “ระดับความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์” ขึ้นมาเพิ่มเติมนอกเหนือเกณฑ์ที่มีในกฎหมายลิขสิทธิ์ คือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19305/2555 และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7121/2552 ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที 19305/2555 การที่จะเป็นผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นความสำคัญมิได้อยู่ที่ว่า งานที่อ้างว่าได้สร้างสรรค์นั้นเป็นงานใหม่หรือไม่ แต่อยู่ที่ว่าบุคคลนั้นได้ทำหรือก่อ ให้เกิดงานโดยได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์ และงานดังกล่าวมีที่มา หรือต้นกำเนิดจากบุคคลนั้น มิได้คัดลอกหรือทำซ้ำหรือดัดแปลงมาจากงานอันมี ลิขสิทธิ์อื่น เมื่อพิจารณาตุ๊กตารูปช้างของโจทก์ร่วมเปรียบเทียบกับภาพธงราชนาวีไทย และธงชาติไทยในอดีตที่มีรูปช้างทรงเครื่องอยู่กลางธง ซึ่งมีมาช้านานแล้ว เห็นว่า มีการตกแต่งเครื่องทรงตัวช้างที่คล้ายคลึงกัน แสดงว่างานที่โจทก์ร่วมอ้างว่าโจทก์ร่วม มีลิขสิทธิ์ตามฟ้องนั้น เป็นการปรับปรุงเล็กน้อยโดยลอกเลียนแบบมาจากรูปช้าง ทรงเครื่องที่มีมาตั้งแต่ครั้งโบราณเช่นที่ปรากฏอยู่ในธงราชนาวีไทยและธงชาติไทยในอดีต งานของโจทก์ร่วมดังกล่าวจึงถือไม่ได้ว่าเป็นงานที่โจทก์ร่วมได้ทำขึ้นโดยใช้ความ วิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์งานของโจทก์ร่วมเอง โจทก์ร่วมจึงมิใช่ผู้สร้างสรรค์ ตามความหมายแห่ง มาตรา 4

ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ การรับแจ้งข้อมูลลิขสิทธิ์ของกรมทรัพย์สินทางปัญญามิใช่เป็นการจดทะเบียน รับรองสิทธิหรือยืนยันลิขสิทธิ์ของผู้แจ้ง แต่เป็นเพียงหลักฐานเบื้องต้นของผู้แจ้ง ว่าเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เท่านั้น หากมีการโต้แย้งว่าผู้ใดเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่ ต้องมีการพิสูจน์ เมื่อฟังว่าโจทก์ร่วมมิใช่ผู้สร้างสรรค์ดังวินิจฉัยแล้ว โจทก์ร่วมจึงไม่มี ลิขสิทธิ์ในงานตุ๊กตารูปช้างตามที่กล่าวอ้าง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7121/2552 พฤติการณ์แห่งคดีมีเหตุให้สงสัยตามสมควรว่าเป็นไปได้ที่โจทก์ร่วมวาดแม่แบบ ก่อนการแกะแบบโดยลอกแบบส่วนใหญ่หรือทั้งหมดมาจากงานประติมากรรม นางรำคู่ชิ้นใดชิ้นหนึ่งที่ปรากฏอยู่ที่เสาของโบราณปราสาทบายน จากนั้นจึงทำบล็อกและแกะแบบต่อไปตามลำดับ หรือไม่ก็อาจนำลายที่ลอกจากงานศิลปะที่พบเห็นได้ ทั่วไปทั้งที่เป็นศิลปะไทยหรือศิลปะขอมซึ่งสามารถเขียนลอกลายกันได้อย่างง่ายดาย มาเขียนลอกลงไปในส่วนที่เป็นรายละเอียดของงานประติมากรรมนางรำคู่ที่ปรากฏ อยู่ที่เสาของโบราณสถานปราสาทบายนอีกเพียงเล็กน้อย ซึ่งหากลักษณะการสร้างงาน ของโจทก์ร่วมเป็นเช่นนั้น ก็ไม่อาจถือได้ว่าการสร้างงานประติมากรรมนางรำคู่ ของโจทก์ร่วมเป็นการสร้างงานที่มีความคิดริเริ่มด้วยตนเองหรือใช้ความวิริยะอุตสาหะ ที่เพียงพอแม้แต่เพียงขั้นเล็กน้อย แม้การทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานประติมากรรมนางรำคู่ตามโบราณสถาน จะต้องใช้ความวิริยะอุตสาหะอยู่บ้าง แต่ก็เป็นความวิริยะอุตสาหะในการทำซ้ำหรือดัดแปลง มิอาจถือเป็นความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์งานถึงขนาดจะได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ตามความหมายของกฎหมาย ดังนั้น ไม่ว่าจำเลยจะได้ขายงานที่ทำซ้ำ หรือดัดแปลงจากงานประติมากรรมนางรำคู่ตามวัตถุพยานของโจทก์ร่วมหรือไม่ก็ตาม การกระทำของจำเลยย่อมไม่อาจเป็นความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ร่วม

โดยดร.จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ ได้ให้หมายเหตุไว้ท้ายคำพิพากษาว่า จากคำพิพากษาในปัจจุบันดูเหมือนมีการวางแนวหรือกำหนดเงื่อนไขของงานอันมีลิขสิทธิ์ ในคำพิพากษาศาลฎีกาบางฉบับ และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในคำพิพากษาแต่ละฉบับดูจะมีความแตกต่างกันด้วยยกตัวอย่างเช่น คดีนางอัปสร (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7121/2552) โจทก์ร่วมอ้างลิขสิทธิ์งานประติมากรรมผนังดินเผานูนต่ำ ที่โจทก์ร่วมสร้างขึ้นโดยนำแบบจากรูปนางอัปสรในงานขอมโบราณมาดัดแปลง งานประติมากรรมของโจทก์ร่วมจึงเป็นงานสร้างสรรค์ที่เปลี่ยนรูปแบบของงานจากภาพจิตรกรรมเดิมมาเป็นงานประติมากรรมใหม่ โดยมีการดัดแปลงงานบางส่วน อย่างใดก็ตาม คดีนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าโจทก์ร่วมไม่ได้ลิขสิทธิ์งานประติมากรรมดังกล่าว เพราะเป็นความวิริยะอุตสาหะในการทำซ้ำหรือดัดแปลง มิอาจถือเป็นความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์งานถึงขนาดที่จะได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งดูเหมือนเป็นการวางเงื่อนไขเพิ่มเติมจากกฎหมายว่า ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์จะเป็นการดัดแปลงไม่ได้ แม้ถึงขนาดมีการเปลี่ยนรูปแบบของงานจากภาพเป็นงานประติมากรรมก็ยังไม่เพียงพอและในคดีตุ๊กตารูปช้าง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19305/2555) โจทก์ร่วมทำตุ๊กตารูปช้างจากผ้าไหมและผ้าฝ้ายโดยนำแบบจากรูปช้างทรงเครื่องที่อยู่ในธงราชนาวีไทยและธงชาติไทยในอดีตมา

ดัดแปลง งานตุ๊กตาช้างผ้าของโจทก์ร่วมจึงเป็นการสร้างงานใหม่ที่เปลี่ยนรูปแบบของงานเดิมที่เป็นภาพในธงมาเป็นตุ๊กตาผ้าใหม่เลยโดยมีการดัดแปลงงาน บางส่วน คดีนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าความสำคัญอยู่ที่ได้ทำงานโดยใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์หรือไม่ และงานมีที่มาหรือต้นกำเนิดจากบุคคลนั้นโดยมิได้คัดลอก ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานอื่นหรือไม่ และศาลฎีกาวินิจฉัยว่าตุ๊กตารูปช้างดังกล่าว ถือไม่ได้ว่าเป็นงานที่ทำขึ้นโดยใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์ของโจทก์ร่วม จึงไม่ใช่ผู้สร้างสรรค์ ซึ่งดูเหมือนเป็นการวางเงื่อนไขเพิ่มเติมจากกฎหมาย 2 ประการ ว่า (1) ได้ทำงานโดยใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์หรือไม่ และ (2) งานนั้นมีที่มาหรือต้นกำเนิดจากบุคคลนั้น โดยมิได้คัดลอกหรือดัดแปลงจากงานอื่น งานของโจทก์ร่วมในคดีนี้ แม้ถึงขนาดมีการเปลี่ยนรูปแบบของงานจากภาพช้างมาเป็นตุ๊กตาผ้าโดยมีการดัดแปลงบางส่วน ก็ยังไม่เพียงพอ

การกำหนดเงื่อนไขเพิ่มดังกล่าวอาจมีข้อโต้แย้งทางวิชาการว่าเป็นการ สร้างเงื่อนไขของงานลิขสิทธิ์ไว้สูงกว่าในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และมาตรฐานสากล โดยเงื่อนไขที่เพิ่มขึ้นน่าจะก่อให้เกิดความไม่แน่นอนแก่ผู้สร้างสรรค์งานมากพอสมควร ยิ่งหากเงื่อนไขถูกปรับเปลี่ยนไปในแต่ละคดีน่าจะเป็นภาระมาก ยิ่งกว่านั้นเงื่อนไขที่ถึงขนาด “ห้ามดัดแปลงงาน” เป็นการสร้างมาตรฐานงานอันมีลิขสิทธิ์ที่สูงมาก เพราะงานที่ถึงขนาด “มีที่มาหรือต้นกำเนิดจากบุคคลนั้น” น่าจะหายากมากขึ้นทุกวัน

อนึ่งสำหรับการใช้ดุลพินิจของศาลในการพิจารณาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ในงานอันมีลิขสิทธิ์คำพิพากษาของศาลฎีกาของประเทศไทยในปัจจุบันงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีระดับหรือมาตรฐานที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีระดับหรือมาตรฐานงานที่ได้รับความคุ้มครอง จะมีลักษณะเป็นแนวทาง 5 ประการดังต่อไปนี้

ประการที่ 1 งานสร้างสรรค์ที่สร้างสรรค์ขึ้น ไม่จำเป็นต้องเป็นงานที่สร้างสรรค์ที่ใหม่แต่จะต้องแสดงถึงความวิริยะอุสาหะของผู้สร้างสรรค์ กล่าวคือ งานสร้างสรรค์ไม่จำเป็นต้องเป็นงานใหม่ที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน อาจเป็นงานที่มีอยู่แล้วก็ได้แต่งานนั้นจะต้องเกิดจากการสร้างสรรค์ด้วยความวิริยะอุสาหะ ซึ่งแสดงออกซึ่งความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ โดยเป็นงานที่มีมาจากตัวผู้สร้างสรรค์นั่นเอง และเป็นงานที่ไม่ได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงมาจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต

ประการที่ 2 งานสร้างสรรค์ที่สร้างสร้างสรรค์ขึ้น ต้องมีลักษณะเป็นงานที่แสดงถึงการใช้ความรู้ความสามารถ สติปัญญาที่เพียงพอถึงขนาดของผู้สร้างสรรค์

ประการที่ 3 งานสร้างสรรค์ที่สร้างสรรค์ขึ้น ผู้สร้างสรรค์จะต้องสร้างสรรค์ด้วยตนเองโดยใช้ความรู้ ความสามารถในฐานะผู้สร้างสรรค์งานด้วยการทุ่มเทความรู้ วิจารณญาณ ฝีมือ แรงงาน

ประกาที่ 4 งานสร้างสรรค์ที่สร้างสรรค์ขึ้น มีลักษณะเป็นงานสร้างสรรค์อันควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย กล่าวคือ ต้องไม่เป็นเพียงงานที่มีลักษณะในทำนองเดียวกับสิ่งสามัญที่มีอยู่แล้วโดยทั่วไปโดยไม่ได้มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์รวมอยู่ด้วยอย่างมีนัยสำคัญ

ประการที่ 5 งานสร้างสรรค์ที่สร้างสรรค์ขึ้นต้องมีความริเริ่มสร้างสรรค์ ไม่ใช่เป็นเพียงงานลอกเลียนทำซ้ำงานที่มีอยู่แล้ว กล่าวคือ ต้องมีส่วนที่เป็นความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ในงานนั้นด้วย การนำงานสร้างสรรค์ของบุคคลอื่นมาใช้ แม้จะมีการกระทำกับงานนั้นแต่ไม่ถึงขนาดเป็นการสร้างสรรค์สิ่งใดขึ้น กรณียังไม่ใช่งานสร้างสรรค์ที่อาจได้รับความคุ้มครอง

4.2.2.4 กรณีศึกษาและข้อโต้แย้งความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์

ในส่วนของกรณีศึกษาและข้อโต้แย้ง ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์มีคำพิพากษาที่สำคัญคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7121/2552 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19305/2555

ในส่วนของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7121/2552 มีรายละเอียดและข้อเท็จจริงดังนี้ คดีนี้ฟ้องเป็นคดีอาญาในความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ กล่าวคือ โจทก์ร่วมและจำเลยต่างขายประติมากรรมนางรำ ต่อมาโจทก์ร่วมให้พนักงานอัยการฟ้องจำเลยเป็นคดีอาญาฐานละเมิดลิขสิทธิ์ ประเด็นที่ศาลฎีกาวินิจฉัยคือ จำเลยกระทำความผิดตามฟ้องหรือไม่ ซึ่งนำไปสู่ประเด็นที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า โจทก์ร่วมเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ของงานประติมากรรมที่นำมาใช้ฟ้องจำเลยหรือไม่

ข้อเท็จจริงในคดีนี้โจทก์ร่วมสร้างงานประติมากรรมผนังดินเผานูนต่ำเรียกว่าชุดนางรำคู่ ตามวัตถุพยานหมายเลข วจร.2 และโจทก์ให้อัยการฟ้องจำเลยเป็นคดีอาญาฐานละเมิดลิขสิทธิ์ โดยอ้างในคำฟ้องว่าโจทก์ร่วมเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ จำเลยโต้แย้งว่างานดังกล่าวไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ เพราะงานประติมากรรมนางรำคู่นั้นเป็นงานที่ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานศิลปะขอมที่มีมานานแล้ว พบเห็นได้ตามเสาต่าง ๆ ของประสาทบายน ตามปราสาทต่าง ๆ ในราชอาณาจักรกัมพูชาเป็นพัน ๆ ต้น รัฐบาลของราชอาณาจักรกัมพูชาส่งเสริมให้ประชาชนเรียนและแกะสลักขาย มีชาวบ้านแกะสลักขายมากมาย ซื้อขายกันมานานกว่า 50 ถึง 60 ปี ตลอดทางตั้งแต่เมืองปอยเปตถึงเมืองเสียมเรียบ

คดีจึงมีประเด็นว่าโจทก์ต้องพิสูจน์ว่า งานประติมากรรมผนังดินเผานูนต่ำชุดนางรำคู่ตามฟ้องเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์และโจทก์ร่วมเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่

คำวินิจฉัยของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางพิพากษาว่า จำเลยมีความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 มาตรา 6 วรรคหนึ่ง มาตรา 31(1) มาตรา 70 วรรคสอง มาตรา 75 และมาตรา 76 ลงโทษจำคุก 3 เดือนและปรับ 60,000 บาท โทษจำคุกให้รอการลงโทษไว้มีกำหนด 1 ปีตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 56

ศาลฎีกาพิพากษากลับ ให้ยกฟ้องโจทก์ โดยเห็นว่า โจทก์ร่วมไม่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์งานประติมากรรมของโจทก์ร่วม

ในส่วนของประเด็นของงานอันมีลิขสิทธิ์ คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้วินิจฉัยว่า “แม้โจทก์ไม่จำต้องนำสืบให้ได้ความว่างานสร้างสรรค์ของโจทก์ร่วมเป็นงานใหม่ที่ไม่เคยมีมาก่อน เพราะงานสร้างสรรค์ที่จะได้ลิขสิทธิ์ไม่จำต้องเป็นงานที่ทำขึ้นใหม่อย่างงานที่จะพึงได้สิทธิบัตร แต่โจทก์ก็จะต้องนำสืบให้ได้ความชัดแจ้งว่า โจทก์ร่วมได้สร้างสรรค์งานด้วยตนเอง โดยไม่ได้เป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลง ตามความหมายของการทำซ้ำหรือดัดแปลงที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กล่าวคือ ไม่ได้ทำซ้ำโดยคัดลอกไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ เลียนแบบ ทำสำเนา ทำแม่พิมพ์จากต้นฉบับหรือจากสำเนาในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน และมาได้ดัดแปลงโดยการทำซ้ำโดยการเปลี่ยนรูปใหม่ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมหรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน”

ในส่วนของข้อเท็จจริงที่รับฟังได้จากพยานหลักฐานในคดีนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้เห็นว่า “โจทก์และโจทก์ร่วมมีลำพังเพียงโจทก์ร่วมมาเป็นพยานเบิกความลอย ๆ ถึงการเริ่มสร้างงานดังกล่าวว่า โจทก์ร่วมเป็นผู้คิดและสร้างสรรค์งานประติมากรรมพิพาทด้วยตนเอง โดยการออกแบบงานประติมากรรมให้มีรูปแบบ เอกลักษณ์ สัดส่วน รูปทรง ลวดลายใหม่ แตกต่างจากงานขอมโบราณรูปนางอัปสรหรืออัปสรา นำความเป็นพื้นบ้านของตนซึ่งเป็นงานดินเผาด่านเกวียนมาเป็นจุดเด่นสร้างงานขึ้นมาจากแรงบันดาลใจและสร้างสรรค์ทางด้านธุรกิจ โดยที่โจทก์ร่วมไม่เคยเห็นงานประติมากรรมที่ราชอาณาจักรกัมพูชามาก่อน งานดังกล่าวจึงมีรูปแบบที่สวยงามดัดแปลงลวดลายผสมผสานกับลายกนกบ้าง ลายไทยอื่น ๆ บ้าง เกิดเป็นงานใหม่ขึ้น ทำการวาดแบบและแกะแบบลงบนดินน้ำมัน

ส่วยจำเลยมีจำเลยมาเบิกความปฏิเสธว่า โจทก์ร่วมไม่ได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานประติมากรรมดินเผานางรำคู่ ตามวัตถุพยานหมาย วจร.2 เพราะทำซ้ำหรือลอกเลียนแบบมาจากงานประติมากรรมที่ปรากฏตามเสาบายนที่มีเป็นพัน ๆ ต้นตามปราสาทโบราณที่ตั้งอยู่ในราชอาณาจักรกัมพูชา งานตามวัตถุพยานหมายเลข วจ.1 ที่โจทก์ร่วมกล่าวหาว่าจำเลยเสนอขายโดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นงานที่ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของงานตามวัตถุพยานหมายเลข วจร.2 นั้น จำเลยซื้อมาจากราชอาณาจักรกัมพูชาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2542 เพื่อประดับร้าน ไม่ได้มีไว้ขาย โดยมีเพียงชิ้นเดียวและแขวนไว้อยู่ที่กึ่งกลางฝาผนังของร้านด้านบนสุด ไม่สามารถหยิบถึงได้ง่าย นอกจากนี้จำเลยยังมีรูปถ่ายและสำเนารูปถ่ายของงานประติมากรรมนางรำคู่ตามเสาต่าง ๆ ของโบราณสถานปราสาทบายนรวม 16 รูป สำเนาหนังสือนครวัดตามหานครธมของพิษณุ สำเนาหนังสือประติมากรรมขอบของศาสตราจารย์หม่อมเจ้าสุภัทรดิสเรียบเรียงจากบทความของศาสตราจารย์ชอง ซึ่งในรูปประกอบท้ายเล่มรูปที่ 114 เป็นสำเนารูปถ่ายงานประติมากรรมนางอัปสรฟ้อนรำบนฐานเสาระเบียงชั้นนอกของปราสาทบายน ศิลปะขอมแบบบายน สำเนาหนังสือนิราศนครวัดของสมเด็จ ฯ กรมพระยาดำรงราชานุภาพ และสำเนารูปถ่ายประติมากรรม นางรำคู่ที่ถ่ายจากปราสาทบายนในราชอาณาจักรกัมพูชาจากหนังสือชื่อ

Angkor ใต้ภาพมีคำว่า At The Bayon ซึ่งจากรูปภาพจำนวนหลายรูปที่ปรากฏจากพยานหลักฐานต่าง ๆ ดังกล่าวนั้น แสดงว่าประติมากรรมภาพนางรำคู่ที่เรียกว่านางอัปสรหรืออัปสราหรือ Apsara เป็นงานประติมากรรมที่ปรากฏอยู่มากมายมาหลายร้อยปีตามเสาหรือผนังของปราสาทต่าง ๆ ที่เป็นศิลปะขอมโดยเฉพาะอย่างยิ่งปราสาทที่อยู่ในราชอาณาจักรกัมพูชา ลักษณะประติมากรรมต่าง ๆ เหล่านั้นมีลักษณะทั้งเหมือนกันและคล้ายกันประติมากรรมที่มีลักษณะที่คล้ายกันนั้นล้วนมีสาระสำคัญเหมือนกันโดยมีโครงร่างเดียวกัน เพียงแตกต่างกันในรายละเอียดหรือสัดส่วน ซึ่งน่าเชื่อว่าเป็นเพราะการสร้างสรรค์งานทำขึ้นโดยช่างต่างคนกัน หรือสร้างสรรค์งานต่างช่วงเวลากัน ความเก่าแก่ของรูปและการเสื่อมสลายไปตามกาลเวลาก็ทำให้รูปภาพมีลักษณะที่แตกต่างกันในรายละเอียด”

จากข้อเท็จจริงที่รับฟังได้ข้างต้น คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้วินิจฉัยว่า โจทก์ร่วมน่าจะลอกเลียนแบบมาไม่อาจถือว่ามีความคิดริเริ่มด้วยตนเองหรือใช้ความวิริยะอุตสาหะที่เพียงพอ โดยวินิจฉัยต่อว่า “เมื่อศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศได้พิเคราะห์งานประติมากรรมนางรำคู่ที่ปรากฏบนเสาหรือผนังต่าง ๆ จากภาพเพียงบางภาพโดยเฉพาะอย่างยิ่งตามรูปภาพที่ 114 ในสำเนาหนังสือประติมากรรมขอมของศาสตราจารย์หม่อมเจ้าสุภัทรดิสเรียบเรียงจากบทความของศาสตราจารย์ชองและรูปถ่ายที่ 3 ที่ 6 ที่ 10 ที่ 11 ที่ 12 ที่ 13 ที่ 14 ที่ 15 และที่ 16 แล้วเห็นว่างานประติมากรรมนางรำคู่ศิลปะขอมโบราณมีองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของงานแยกเป็นสามส่วนคือ ส่วนแรก ฐานของนางรำที่เป็นฐานดอกบัวและมีดอกบัวตูมชูช่ออยู่ 2 ดอก ส่วนที่สอง นางรำที่สวมชาซึ่งอยู่ในท่ารำ ยกขาข้างหนึ่งสูง และส่วนที่สามคือ ซุ้มประตูที่คลุมนางรำอยู่ องค์ประกอบทั้งสามส่วนนี้มีลักษณะเหมือนกันกับงานวัตถุพยานหมาย วรจ.2 ของโจทก์ร่วม ส่วนรายละเอียดอื่น ๆ ซึ่งเป็นส่วนประกอบของสาระสำคัญทั้งสามส่วน ได้แก่ ลายเส้นโค้งของประตูซุ้มประตูที่มีอยู่ 4 ถึง 5 เส้นก็ดี ลายดอกไม้ 3 ดอก และตำแหน่งของแต่ละดอกระหว่างเส้นโค้งของซุ้มก็ดี ลายที่อยู่เหนือเส้นโค้งของซุ้มประตูพร้อมกับลายดอกไม้ก็ดี และลักษณะลายผ้าชายไหวชายแคลงที่นางรำนุ่ง รวมทั้งชฎาหรือต่างหูที่นางรำสวมใส่ก็ดีก็เหมือนกันหรือคล้ายกัน ส่วนที่คล้ายกันแต่ไม่เหมือนกันนั้นก็น่าจะเป็นเพราะต่างกันในเรื่องความชัดเจนตามสภาพความเก่าแก่หรือเสื่อมสลายของงาน ในเรื่องการวางตำแหน่งต่าง ๆ ของรูปและตำแหน่งของลวดลายต่าง ๆ ส่วนใหญ่ก็อยู่ในตำแหน่งเดียวกัน โจทก์ร่วมก็เบิกความยอมรับว่า โจทก์ร่วมวาดภาพแม่พิมพ์ของงานดังกล่าวนั้นจากงานขอมโบราณรูปรางอัปสรหรืออัปสรา แต่ก็ไม่ได้นำสืบให้เห็นได้ว่าต้นแบบงานขอมโบราณรูปนางอัปสรหรืออัปสราที่นำมาเป็นแบบตามที่อ้างถึงนั้นมีลักษณะอย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากต้นแบบเป็นงานตามโบราณสถานปราสาทบายนภายในประเทศหรือประเทศเพื่อนบ้าน การพิเคราะห์ว่าเป็นงานทำซ้ำหรือดัดแปลงจากต้นแบบงานตามโบราณสถานดังกล่าวหรือไม่ก็ยิ่งต้องพิเคราะห์ด้วยความระมัดระวังยิ่ง เพราะอาจมีผลกระทบต่อสิทธิของสาธารณชนที่มีต่องานดังกล่าวหรือความสัมพันธ์ที่ดีต่อประเทศ

เพื่อนบ้าน ดังนั้นที่โจทก์ร่วมเบิกความว่า โจทก์ร่วมวาดภาพแม่พิมพ์ของงานดังกล่าวโดยวาดรูปแบบเอกลักษณ์ สัดส่วน รูปทรง ลวดลายใหม่ แตกต่างไปจากงานประติมากรรมรูปนางรำคู่หรือนางอัปสรหรืออัปสราที่ปรากฏที่โบราณสถาน โดยไม่เคยเห็นของเก่าดั้งเดิมที่แท้จริงของศิลปะขอมว่าเป็นอย่างไรมาก่อน แต่วาดภาพผสมผสานกับลายกนกบ้าง ลายไทยอื่น ๆ บ้าง เกิดเป็นงานขึ้นมาใหม่ โดยมีเพียงโจทก์ร่วมมาเบิกความลอย ๆ ยืนยันถึงเรื่องนี้ จึงไม่น่าเชื่อถือ ทั้งจำเลยยังมีนายชรินทร์ นายช่างศิลปกรรม สำนักสิบหมู่ กรมศิลปากรซึ่งมีหน้าที่คิดริเริ่มค้นคว้าและสร้างสรรค์งานด้านศิลปกรรม รวมทั้งซ่อมแซมผลงานวัตถุโบราณที่สึกหรอของประเทศมานาน ในฐานะผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความเป็นพยานด้วยว่า โครงร่างของภาพนางรำตามประติมากรรมวัตถุพยานหมายเลข วจร.2 นั้นเป็นศิลปะขอม ดูจากลวดลายแล้วก็เป็นลวดลายศิลปะขอม เครื่องทรงส่วนประกอบของนางรำมีลักษณะเป็นลวดลายศิลปะขอม ส่วนดอกบัวก็เป็นศิลปะขอมเช่นกัน ซึ่งเป็นดอกบัวตูม และแบ่งกลีบออกเป็นชั้น ทรงของดอกบัวจะยาวผิดแผกไปจากแบบดอกบัวของไทย ส่วนที่เป็นซุ้มเหนือนางรำทั้งคู่มีลายกนกและลายประจำยาม ซึ่งในส่วนของปลายลายมีลักษณะแข็งไม่สะบัดตามลักษณะลายของขอม ซึ่งโดยสรุปลวดลายศิลปกรรมในวัตถุพยานหมาย วจร.2 ทั้งหมดเป็นลวดลายศิลปะขอม นอกจากนี้โจทก์ร่วมเองก็เบิกความยอมรับว่า ผลงานคล้ายงานประติมากรรมนางรำคู่วัตถุพยานหมายเลข วจร.2 นั้นโจทก์ร่วมเห็นมีบุคคลต่าง ๆ ทำขายอยู่มากทั้งที่จังหวัดนครราชสีมาและตลาดนัดสวนจตุจักรและทั่ว ๆ ไปด้วย โดยเห็นมาตั้งแต่ 5 ถึง 6 ปี ก่อนที่โจทก์ร่วมมาเบิกความในปี พ.ศ. 2548

พฤติการณ์แห่งคดีจึงมีเหตุให้สงสัยตามสมควรว่า เป็นไปได้ที่โจทก์ร่วมวาดแม่แบบก่อนการแกะแบบโดบลอกแบบส่วนใหญ่หรือทั้งหมดมาจากงานประติมากรรมนางรำคู่ชิ้นใดชิ้นหนึ่งที่ปรากฏอยู่ที่เสาของโบราณสถานปราสาทบายน จากนั้นจึงทำบล็อกและแกะแบบต่อไปตามลำดับ หรือไม่ก็อาจนำลายที่ลอกจากงานศิลปะที่พบเห็นได้ทั่วไปทั้งที่เป็นศิลปะไทยหรือศิลปะขอม ซึ่งสามารถเขียนลอกลายกันได้อย่างง่ายดายมาเขียนลอกลายลงไปในส่วนที่เป็นรายละเอียดของงานประติมากรรมนางรำคู่ที่ปรากฏอยู่ที่เสาของโบราณสถานปราสาทบายนอีกเพียงเล็กน้อย ซึ่งหากลักษณะการสร้างงานของโจทก์ร่วมเป็นเช่นนั้น ก็ไม่อาจถือได้ว่าการสร้างงานประติมากรรมนางรำคู่ของโจทก์ร่วมเป็นการสร้างงานที่มีความคิดริเริ่มด้วยตนเองหรือใช้ความวิริยะอุตสาหะที่เพียงพอแม้แต่เพียงขั้นเล็กน้อย และเมื่อลักษณะที่ปรากฏของงานที่ออกจากบล็อกงานหรือแม่แบบของงานตามวัตถุพยานหมาย วจร.1 อันได้แก่งานประติมากรรมตามวัตถุพยานหมายเลข วจร.2 นั้น มีเหตุให้หายสงสัยตามสมควรว่ามีลักษณะที่ทำซ้ำหรือดัดแปลงมาจากงานประติมากรรมนางรำคู่ตามโบราณสถายดังกล่าว แม้การทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานประติมากรรมนางรำคู่ตามโบราณสถานจะต้องใช้ความวิริยะอุตสาหะอยู่บ้าง แต่ก็เป็นความวิริยะอุตสาหะในการทำซ้ำหรือดัดแปลง มิอาจถือเป็นความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์งานที่ถึงขนาดที่จะได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ตามความหมายของกฎหมาย

ดังนั้นไม่ว่าจำเลยจะได้ขายงานที่ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานประติมากรรมนางรำคู่ตามวัตถุพยานหมายเลข วจร.2 หรือไม่ก็ตาม การกระทำของจำเลยย่อมไม่อาจเป็นความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ร่วมไปได้ คดีไม่จำต้องวินิจฉัยในปัญหาข้ออื่นอีกต่อไปเพราะไม่ทำให้ผลแห่งคดีเปลี่ยนไป ” ศาลฎีกาจึงพิพากษากลับให้ยกฟ้องโจทก์

ในส่วนของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19305/2555 มีรายละเอียดและข้อเท็จจริงดังนี้ โดยคดีนี้ฟ้องเป็นคดีอาญาในความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ โดยโจทก์ร่วมและจำเลยต่างผลิตและขายตุ๊กตาผ้ารูปช้างจากผ้าไหมและผ้าฝ้าย โจทก์ร่วมให้อัยการฟ้องจำเลยเป็นคดีอาญาฐานละเมิดลิขสิทธิ์ ประเด็นที่ศาลฎีกาวินิจฉัยคือ จำเลยกระทำความผิดตามฟ้องหรือไม่ ซึ่งนำไปสู่ประเด็นที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าตุ๊กตาผ้ารูปช้างของโจทก์เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่โดยเปรียบเทียบกับธงราชนาวีไทย

ข้อเท็จจริงของคดีนี้คือ โจทก์ร่วมประกอบอาชีพทำผ้าไหม ผ้าขิดและตุ๊กตาผ้ารูปช้างจากผ้าไหมและผ้าฝ้าย จำเลยประกอบอาชีพค้าขายผ้าไหมและผลิตภัณฑ์ของผ้าไหมเช่นเดียวกัน ต่อมาโจทก์ร่วมไปซื้อตุ๊กตาผ้ารูปช้างจากร้านจำเลยและอ้างว่ามีลักษณะคล้ายตุ๊กตาผู้รูปช้างที่โจทก์ร่วมผลิตและขายราคาตัวล่ะ 100 บาท จากนั้นโจทก์ร่วมได้พาตำรวจไปตรวจยึดตุ๊กตาผ้ารูปช้างที่ร้านของจำเลยได้อีก 6 ตัวและกล่าวหาว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ประเภทงานศิลปกรรม (ศิลปะประยุกต์) ตุ๊กตาผ้ารูปช้างของโจทก์ร่วม โดยมีการเสนอขาย มีไว้เพื่อขายซึ่งตุ๊กตาผ้ารูปช้างซึ่งมีผู้ทำซ้ำหรือดัดแปลงขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของดจทก์ร่วมต่อมาพนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องคดีนี้

ศาลได้มีคำวินิจฉัย โดยศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางพิพากษายกฟ้อง ศาลฎีกาพิพากษายืน โดยคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ได้วินิจฉัยประเด็นของงานอันมีลิขสิทธิ์ว่า “มีปัญหาวินิจฉัยตามอุทธรณ์ของโจทก์ร่วมว่า จำเลยกระทำความผิดตามฟ้องหรือไม่ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 ได้ให้คำจำกัดความว่า ผู้สร้างสรรค์ ไว้ว่า หมายความถึงผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์อย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งมีความหมายว่า การจะเป็นผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ความสำคัญมิได้อยู่ที่ว่างานที่อ้างว่าได้สร้างสรรค์นั้นเป็นงานใหม่หรือไม่ แต่อยู่ที่ว่าบุคคลนั้นได้ทำหรือก่อให้เกิดงานโยใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์ และงานดังกล่าวมีที่มาหรือต้นกำเนิดจากบุคคลนั้น มิได้คัดลอกหรือทำซ้ำหรือดัดแปลงมาจากงานอันมีลิขสิทธิ์อื่น เมื่อพิจารณาตุ๊กตารูปช้างของโจทก์ร่วมเปรียบเทียบกับภาพธงราชนาวีไทยและธงชาติไทยในอดีตที่มีรูปช้างทรงเครื่องอยู่กลางธงซึ่งมีมาช้านานแล้ว ก็เห็นว่ามีการตกแต่งเครื่องทรงตัวช้างที่คล้ายคลึงกัน แสดงให้เห็นว่างานที่โจทก์ร่วมกล่าวอ้างว่าโจทก์ร่วมมีลิขสิทธิ์ตามฟ้องนั้น เป็นการปรับปรุงเล็กน้อยโดยลอกเลียนแบบมาจากรูปช้างทรงเครื่องที่มีมาตั้งแต่โบราณ เช่นที่ปรากฏอยู่ในธงราชนาวีไทยและธงชาติไทยในอดีต งานของโจทก์ร่วมจึงถือไม่ได้ว่าเป็นงานที่โจทก์ร่วมได้ทำขึ้นโดยใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์งานของโจทก์ร่วมเอง โจทก์ร่วมจึงมิใช่ผู้สร้างสรรค์ตามความหมายแห่งมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537”

ในส่วนของรายละเอียดคำพิพากษาของศาลฎีกาของประเทศไทยในปัจจุบัน ที่แสดงให้เห็นถึงระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภท โดยงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีระดับหรือมาตรฐานการสร้างสรรค์ที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครอง และงานสร้างสรรค์ที่มีลักษณะเช่นใดที่ไม่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ผู้เขียนนำเสนอโดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) งานสร้างสรรค์ที่สร้างสรรค์ขึ้น ไม่จำเป็นต้องเป็นงานที่สร้างสรรค์ที่ใหม่ แต่จะต้องแสดงถึงความวิริยะอุสาหะของผู้สร้างสรรค์ กล่าวคืองานสร้างสรรค์ไม่จำเป็นต้องเป็นงานใหม่ที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน อาจเป็นงานที่มีอยู่แล้วก็ได้แต่งานนั้นจะต้องเกิดจากการสร้างสรรค์ด้วยความวิริยะอุสาหะ ซึ่งแสดงออกซึ่งความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ โดยเป็นงานที่มีมาจากตัวผู้สร้างสรรค์นั่นเอง และเป็นงานที่ไม่ได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงมาจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยวางหลักเรื่องการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์หากผู้สร้างสรรค์ด้วยตนเอง จากความรู้ ความสามารถ ความวิริยะอุตสาหะไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11047/2551 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5306/2550และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2750/2537 โดยมีรายละเอียดดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11047/2551 บทความเกี่ยวกับวิตามิน อี ที่โจทก์จัดทำขึ้นตามเอกสารหมาย จ.4 ถึง จ.6 เป็นบทความที่จัดทำขึ้นด้วยการใช้ข้อความที่แตกต่างกัน แม้จะประกอบด้วยข้อมูล เพียง 3 ถึง 5ย่อหน้าสั้นๆ แต่บทความดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าเป็นการเรียบเรียงขึ้น โดยอาศัยข้อมูลเกี่ยวกับวิตามิน อี ไม่ได้มีลักษณะเป็นเพียงการรวบรวมข้อมูลหรือ เป็นการแปลข้อมูลจากบทความอื่นโดยตรง แต่ได้แสดงให้เห็นถึงทักษะ การตัดสินใจ และความวิริยะอุตสาหะในการนำข้อมูลที่มีอยู่มาเรียบเรียงเป็นบทความ จึงเป็นงาน สร้างสรรค์และถือได้ว่าเป็นงานวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย

กฎหมายลิขสิทธิ์มุ่งประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองการแสดงออก ไม่ได้ให้ความคุ้มครองความคิด ดังนั้น แม้บทความเอกสารหมาย จ.7 ถึง จ.9 จะมีเนื้อหา เกี่ยวกับวิตามิน อี แต่ฝ่ายจำเลยนำสืบให้เห็นว่า แนวคิดเกี่ยวกับการนำเสนอข้อมูล เกี่ยวกับวิตามิน อี มีอยู่แล้วในบทความต่าง ๆ ซึ่งมีปรากฏเป็นที่รู้จักอย่างแพร่หลาย ทั่วไป ข้อมูลดังกล่าวจึงไม่จำเป็นต้องนำมาจากบทความเอกสารหมาย จ.4 ถึง จ.6 ทั้งบทความตามเอกสารหมาย จ.7 ถึง จ.9 มีการระบุถึงแหล่งที่มาของบทความ อ้างอิงไว้ด้วย เมื่อเปรียบเทียบบทความเอกสารหมาย จ.7 ถึง จ.9 กับบทความ เอกสารหมาย จ.4 ถึง จ.6 แล้ว ไม่ปรากฏว่ามีการนำข้อความที่เป็นสาระสำคัญใน เนื้อหาของบทความเอกสารหมาย จ.4 ถึง จ.6 มาใช้โดยตรง หรือเป็นการดัดแปลง บทความดังกล่าวเพียงเล็กน้อยหรือในส่วนที่ไม่สำคัญ จึงไม่อาจรับฟังได้ว่า จำเลยที่ 1 ละเมิดลิขสิทธิ์ในบทความเอกสารหมาย จ.4 ถึง จ.6 ของโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5306/2550 โจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ข้อมูลการออกแบบ สร้าง ประกอบ ติดตั้งระบบ กรองน้ำ เครื่องกรองน้ำ และสารเคมีสำหรับปรับสภาพน้ำ ซึ่งมีข้อความเกี่ยวกับ ข้อมูลของบริษัทโจทก์ ข้อมูลผลิตภัณฑ์หรือสินค้า ตัวเลขแสดงประสิทธิภาพ ของผลิตภัณฑ์ และรูปภาพผลิตภัณฑ์ประกอบ โดยโจทก์เป็น ผู้สร้างสรรค์ด้วยตนเอง จากความรู้ความสามารถ ความวิริยะอุตสาหะ และประสบการณ์ในธุรกิจประเภทนี้ มาคิดคำนวณออกแบบผลิตภัณฑ์จนสามารถใช้งานได้มีประสิทธิภาพสัมฤทธิ์ผล ได้ตามความต้องการของลูกค้า โดยมิได้ลอกเลียนมาจากผู้อื่น และโจทก์ได้แสดงออก ซึ่งข้อมูลนั้นโดยนำมาลงในเว็บไซต์ของโจทก์เอง กับจัดพิมพ์เป็นเอกสารภาษาอังกฤษเป็นเล่มซึ่งประกอบด้วยแค็ตตาล็อก โบรชัวร์ ประวัติความเป็นมาของบริษัท รายละเอียดคำอธิบายสินค้า และรูปภาพประกอบ โจทก์จึงย่อมได้ลิขสิทธิ์ในข้อมูล ดังกล่าวซึ่งเป็นงานวรรณกรรม ทั้งนี้ไม่ว่าข้อมูลซึ่งเป็นงานวรรณกรรมนั้น จะมีคุณภาพหรือไม่ มีคุณค่าทางสุนทรียภาพ มีอรรถรส มีคนอ่านหรือไม่มีใครอ่าน ก็ยังถือเป็นงานที่มีลิขสิทธิ์ในเมื่องานนี้เป็นงานที่สร้างสรรค์ขึ้นด้วยตัวโจทก์เอง กรณีหาจำต้องมีอรรถรสหรือสุนทรีทางภาษาแต่อย่างใดไม่ งานข้อมูลการออกแบบ สร้าง ประกอบ ติดตั้งระบบกรองน้ำ เครื่องกรองน้ำ สารเคมีสำหรับปรับสภาพน้ำ และรูปภาพประกอบ ในเว็บไซต์ของโจทก์จึงเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 4 และมาตรา 6 วรรคหนึ่ง

จำเลยทั้งสามละเมิดลิขสิทธิ์งานวรรณกรรมของโจทก์ โดยทำซ้ำ ดัดแปลงข้อมูล รูปภาพในเว็บไซต์และในเอกสารโฆษณาสินค้า การทำซ้ำ ดัดแปลงข้อมูล ต่าง ๆ ของเครื่องกรองน้ำในเว็บไซต์ มิใช่เป็นการทำซ้ำ ดัดแปลงงานโปรแกรม คอมพิวเตอร์ แต่เป็นเพียงการทำซ้ำดัดแปลงข้อมูลต่าง ๆ ของเครื่องกรองน้ำ ซึ่งเป็นงานวรรณกรรมต่างหากจากงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ การกระทำของจำเลย ทั้งสามจึงเป็นการกระทำละเมิดตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 27 และมาตรา 31 มิใช่ละเมิดงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 30 เมื่อปรากฏว่าจำเลยทั้งสามร่วมกันละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์โดยการนำข้อมูลเกี่ยวกับเครื่องกรองน้ำของโจทก์ไปทำซ้ำเป็นรูปเล่มสินค้าเครื่องกรองน้ำออกเผยแพร่ให้ลูกค้าของจำเลยทั้งสาม คดีโจทก์จึงมีมูลเฉพาะการละเมิดลิขสิทธิ์ตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 27 และ มาตรา 31 ส่วนงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 30 มิได้ถูกละเมิด จึงไม่มีมูล

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2750/2537 ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 4 ได้ให้บทนิยามคำว่า “ผู้สร้างสรรค์” ไว้ว่า ผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยความคิดริเริ่มของตนเองซึ่งมีความหมายว่า การจะเป็นผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ความสำคัญมิได้อยู่ที่ว่างานที่อ้างว่าได้สร้างสรรค์ขึ้นเป็นงานใหม่หรือไม่ แต่อยู่ที่ว่าบุคคลผู้นั้นได้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดย ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์และงานดังกล่าวมีที่มาหรือต้นกำเนิดจากบุคคลผู้นั้นโดยบุคคลผู้นั้นมิได้คัดลอก หรือทำซ้ำ หรือดัดแปลงมาจากงานอันมีลิขสิทธิ์อื่น ดังนั้น แม้การจัดทำพจนานุกรม

จะมีวิธีจัดทำแบบเดียวกับวิธีที่ใช้มาแต่ โบราณ โจทก์ก็อาจเป็นผู้สร้างสรรค์และเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในพจนานุกรมนั้นได้ หากการจัดทำพจนานุกรมของโจทก์เป็น งานที่ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์ด้วยการให้บทนิยามหรือความหมายของคำต่าง ๆ พร้อมภาพประกอบ ความหมายของคำบางคำโดยการแสดงออกซึ่งความคิดริเริ่มตามลีลาของโจทก์เองและโดยมิได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงาน อันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยมิได้รับอนุญาต งานจัดทำพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 เป็นงานที่โจทก์ได้ทำขึ้นโดยใช้ความอุตสาหะวิริยะในการสร้างสรรค์และมีที่มาจากโจทก์เอง ถือว่าโจทก์เป็นผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยความคิดริเริ่มของตนเอง และเป็น “ผู้สร้างสรรค์” ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 4 แม้โจทก์จะได้จัดทำพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525ขึ้นตามมติคณะรัฐมนตรีและคำสั่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ แต่โจทก์เป็นส่วนราชการมีฐานะเทียบเท่ากรม โจทก์ย่อมมีลิขสิทธิ์ในงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นในความควบคุมของตนตามพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 12 เมื่อข้อฎีกาของจำเลยที่ 1 และที่ 2 เป็นเรื่องที่มิได้ต่อสู้ไว้ในคำให้การ จึงเป็นข้อที่มิได้ยก ขึ้นว่ากันมาแล้วโดยชอบในศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ต้องห้ามมิให้ฎีกาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 249 วรรคแรก ศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัย คำและบทนิยามในพจนานุกรมของจำเลยซ้ำกับคำและบทนิยามในพจนานุกรมของโจทก์ในลักษณะลอกมาทุกตัวอักษรประมาณ 14,000 คำ และดัดแปลงโดยสลับที่บทนิยามบ้าง เปลี่ยน ตัวอย่างใหม่หรือตัดออกบ้างเพิ่มเติมหรือตัดข้อความในบทนิยามของโจทก์ออกบ้างประมาณ 19,000 คำ ส่วนการทำซ้ำ หรือดัดแปลงภาพประกอบบทนิยามในพจนานุกรมของโจทก์มีประมาณ 130 ภาพ การจัดทำรูปเล่มและการพิมพ์ข้อความ ที่ปกนอกและปกในของพจนานุกรมทั้งสองล้วนมีลักษณะลอกเลียนแบบกันแตกต่างกันแต่เพียงสี และก่อนฟ้องคดีจำเลยที่ 5 ในฐานะกรรมการผู้จัดการจำเลยที่ 2 เคยมีหนังสือถึงโจทก์ยอมรับผิดในการละเมิดทั้งปวง ดังนี้ พจนานุกรม ฉบับ เฉลิมพระเกียรติ พ.ศ. 2530 ที่จำเลยที่ 1 เป็นประธานคณะผู้จัดทำและจำเลยที่ 2 โดยจำเลยที่ 5 พิมพ์ออกจำหน่าย จึงได้ ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ของโจทก์อันเป็นงานวรรณกรรมและงาน ศิลปกรรมรวมอยู่ด้วย ด้วยการทำซ้ำหรือดัดแปลงแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดงาน ขึ้นใหม่และโดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดังกล่าว จำเลยจึงต้องรับผิดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ การละเมิดลิขสิทธิ์อันเป็นทรัพย์สินทางปัญญา ถือเป็นการละเมิดอย่างหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้กระทำละเมิดค่าเสียหายดังกล่าวศาลอาจกำหนดให้ตามควรแก่ พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 438 วรรคแรก ค่าเสียหายที่โจทก์อ้างว่าจำเลยลวงขาย พจนานุกรม ฉบับเฉลิมพระเกียรติ พ.ศ. 2530 โดยทำให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นพจนานุกรมของโจทก์ ทำให้โจทก์เสีย หายทางการค้าคิดเป็นเงิน 1,000,000 บาท นั้น แม้จะฟังว่าจำเลยได้ลวงขายดังกล่าว แต่โจทก์เป็นส่วนราชการ

ซึ่งไม่มีวัตถุประสงค์ทางการค้า ย่อมมิใช่ผู้ต้องเสียหายเพราะการลวงขายนั้น ประชาชนที่ถูกหลอกลวงเท่านั้นที่เป็นผู้เสียหายมิใช่ โจทก์ ทั้งความเสียหายเพราะการลวงขายพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ก็มิได้ให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ใน อันที่จะเรียกร้องเอาค่าเสียหายจากผู้กระทำละเมิดได้ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้าโจทก์จึงไม่มี สิทธิเรียกค่าเสียหายในส่วนนี้ โจทก์มิได้ลงทุนพิมพ์และจำหน่ายหนังสือพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 เอง แต่โจทก์อนุญาตให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด อ.เป็นผู้จัดพิมพ์และจำหน่าย โดยห้างหุ้นส่วนจำกัดดังกล่าวตกลงให้ค่าแห่ง ลิขสิทธิ์แก่โจทก์เป็นเงินร้อยละ 10 ของราคาจำหน่ายต่อเล่มตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์ เงินที่ได้จากการจำหน่ายหนังสือพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ทั้งหมดมิได้ตกเป็นของโจทก์ แม้จะฟังว่าเหตุที่ หนังสือพจนานุกรมดังกล่าวยังเหลือค้างจำหน่ายอยู่อีกประมาณ 10,000 เล่ม เป็นเพราะหนังสือพจนานุกรม ฉบับ เฉลิมพระเกียรติ พ.ศ. 2530 ของจำเลยได้แย่งส่วนแบ่งการตลาดของหนังสือพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ไป โจทก์ก็มิใช่ผู้ต้องเสียหายเพราะเหตุนั้น จึงไม่อาจกกหนดค่าเสียหายส่วนนี้ให้โจทก์ได้ การกระทำของจำเลย เป็นการละเมิดต่อลิขสิทธิ์ของโจทก์แต่ไม่ปรากฏว่าภายหลังที่โจทก์ฟ้องจำเลยยังคงพิมพ์หนังสือพจนานุกรมของจำเลย โดยละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์อยู่ต่อไปจึงไม่มีค่าเสียหายในอนาคตที่โจทก์ต้องขาดประโยชน์อันพึงได้จากการอนุญาตให้ใช้ ลิขสิทธิ์ในพจนานุกรมของโจทก์ที่ศาลจะกำหนดให้ได้อีก ในพจนานุกรมฉบับเฉลิมพระเกียรติ พ.ศ. 2530 ปรากฏว่าจำเลย ที่ 1 เป็นผู้เขียนคำนำในฐานะประธานคณะผู้จัดทำและคำนำฉบับพิมพ์ครั้งที่ 3 ระบุชัดแจ้งว่า คณะผู้จัดทำเป็นผู้ตรวจสอบ และปรับปรุงแก้ไขข้อบกพร่องจากการพิมพ์ครั้งที่ 1ดังนี้ จำเลยที่ 1 จึงมีส่วนเกี่ยวข้องในการจัดทำพจนานุกรมดังกล่าว และต้องร่วมรับผิดด้วย

การที่ศาลจะมีคำสั่งให้บรรดาสิ่งที่ได้ทำขึ้นอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตกเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ต้อง เป็นกรณีที่โจทก์ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ดำเนินคดีอาญาแก่จำเลยผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์โดยฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยตามพระราชบัญญัติดังกล่าวเท่านั้น เมื่อโจทก์ฟ้องคดีนี้เป็นคดีแพ่ง ศาลจึงไม่อาจสั่งให้บรรดาสิ่งของดังกล่าวตกเป็น ของโจทก์และให้จำเลยส่งมอบแก่โจทก์ได้ ที่มาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ นิติบุคคลกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ถือว่ากรรมการ ทุกคนของนิติบุคคลนั้นเป็นผู้ร่วมกระทำผิดกับนิติบุคคล นั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของนิติบุคคลนั้นได้กระทำโดยตนมิได้รู้เห็นหรือยินยอมด้วย” นั้น เป็นบทบัญญัติที่อยู่ ในหมวด 7 บทกำหนดโทษของพระราชบัญญัติดังกล่าวซึ่งใช้บังคับได้เฉพาะแก่คดีอาญาไม่อาจนำมาปรับใช้แก่คดีนี้ซึ่งเป็นคดีแพ่งได้ เมื่อพจนานุกรม ฉบับเฉลิมพระเกียรติ พ.ศ. 2530 ได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ในพจนานุกรมของโจทก์ และ จำเลยที่ 5 มิได้ให้การปฏิเสธว่ามิได้มีส่วนในการจัดทำพจนานุกรมฉบับเฉลิมพระเกียรติ พ.ศ. 2530 จึงฟังได้ว่าจำเลยที่ 5 ได้ร่วมกับ

จำเลยที่ 1 ประธานคณะผู้จัดทำ และจำเลยที่ 2จัดทำพจนานุกรม ฉบับเฉลิมพระเกียรติ พ.ศ. 2530 อันเป็นการ ละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์แล้ว จำเลยที่ 5 จึงต้องรับผิดต่อโจทก์ด้วย

สำหรับคำพิพากษาศาลฎีกาในส่วนของคำพิพากษาที่วินิจฉัยว่า ไม่ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะถึงขนาด ในการสร้างสรรค์งาน ศาลฎีกาได้วินิจฉัยในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19305/2555 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7121/2552 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7121/2552 ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19305/2555 การที่จะเป็นผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ความสำคัญมิได้อยู่ที่ว่า งานที่อ้างว่าได้สร้างสรรค์นั้นเป็นงานใหม่หรือไม่ แต่อยู่ที่ว่าบุคคลนั้นได้ทำหรือก่อ ให้เกิดงานโดยได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์ และงานดังกล่าวมีที่มาหรือต้นกำเนิดจากบุคคลนั้น มิได้คัดลอกหรือทำซ้ำหรือดัดแปลงมาจากงานอันมี ลิขสิทธิ์อื่น เมื่อพิจารณาตุ๊กตารูปช้างของโจทก์ร่วมเปรียบเทียบกับภาพธงราชนาวีไทย และธงชาติไทยในอดีตที่มีรูปช้างทรงเครื่องอยู่กลางธง ซึ่งมีมาช้านานแล้ว เห็นว่า มีการตกแต่งเครื่องทรงตัวช้างที่คล้ายคลึงกัน แสดงว่างานที่โจทก์ร่วมอ้างว่าโจทก์ร่วม มีลิขสิทธิ์ตามฟ้องนั้น เป็นการปรับปรุงเล็กน้อยโดยลอกเลียนแบบมาจากรูปช้าง ทรงเครื่องที่มีมาตั้งแต่ครั้งโบราณเช่นที่ปรากฏอยู่ในธงราชนาวีไทยและธงชาติไทยในอดีต งานของโจทก์ร่วมดังกล่าวจึงถือไม่ได้ว่าเป็นงานที่โจทก์ร่วมได้ทำขึ้นโดยใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์งานของโจทก์ร่วมเอง โจทก์ร่วมจึงมิใช่ผู้สร้างสรรค์ ตามความหมายแห่ง มาตรา 4 ของ พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ฯ

การรับแจ้งข้อมูลลิขสิทธิ์ของกรมทรัพย์สินทางปัญญามิใช่เป็นการจดทะเบียน รับรองสิทธิหรือยืนยันลิขสิทธิ์ของผู้แจ้ง แต่เป็นเพียงหลักฐานเบื้องต้นของผู้แจ้ง ว่าเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เท่านั้น หากมีการโต้แย้งว่าผู้ใดเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่ ต้องมีการพิสูจน์ เมื่อฟังว่าโจทก์ร่วมมิใช่ผู้สร้างสรรค์ดังวินิจฉัยแล้ว โจทก์ร่วมจึงไม่มีลิขสิทธิ์ในงานตุ๊กตารูปช้างตามที่กล่าวอ้าง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7121/2552 พฤติการณ์แห่งคดีมีเหตุให้สงสัยตามสมควรว่า เป็นไปได้ที่โจทก์ร่วมวาดแม่แบบ ก่อนการแกะแบบโดยลอกแบบส่วนใหญ่หรือทั้งหมดมาจากงานประติมากรรม นางรำคู่ชิ้นใดชิ้นหนึ่งที่ปรากฏอยู่ที่เสาของโบราณปราสาทบายน จากนั้นจึงทำบล็อก และแกะแบบต่อไปตามลำดับ หรือไม่ก็อาจนำลายที่ลอกจากงานศิลปะที่พบเห็นได้ ทั่วไปทั้งที่เป็นศิลปะไทยหรือศิลปะขอมซึ่งสามารถเขียนลอกลายกันได้อย่างง่ายดาย มาเขียนลอกลงไปในส่วนที่เป็นรายละเอียดของงานประติมากรรมนางรำคู่ที่ปรากฏ อยู่ที่เสาของโบราณสถานปราสาทบายนอีกเพียงเล็กน้อย ซึ่งหากลักษณะการสร้างงาน ของโจทก์ร่วมเป็นเช่นนั้น ก็ไม่อาจถือได้ว่าการสร้างงานประติมากรรมนางรำคู่ ของโจทก์ร่วมเป็นการสร้างงานที่มีความคิดริเริ่มด้วยตนเองหรือใช้ความวิริยะอุตสาหะ ที่เพียงพอแม้แต่เพียงขั้นเล็กน้อย แม้การทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานประติมากรรมนางรำคู่ตามโบราณสถาน จะต้องใช้ความวิริยะอุตสาหะอยู่บ้าง แต่ก็เป็นความวิริยะอุตสาหะในการทำซ้ำ

หรือดัดแปลง มิอาจถือเป็นความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์งานถึงขนาดจะได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ตามความหมายของกฎหมาย ดังนั้น ไม่ว่าจำเลยจะได้ขายงานที่ทำซ้ำ หรือดัดแปลงจากงานประติมากรรมนางรำคู่ตามวัตถุพยานของโจทก์ร่วมหรือไม่ก็ตาม การกระทำของจำเลยย่อมไม่อาจเป็นความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ร่วม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6528/2546 การที่โจทก์จะได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในงานรวบรวมตามเอกสารที่โจทก์จัดทำขึ้น เพื่อประกอบการเสนอราคารถยนต์ปฏิบัติการตามเก็บกู้วัตถุระเบิดต่อสำนักงานตำรวจแห่งชาตินั้น จะต้องได้ความว่าโจทก์เป็นผู้สร้างสรรค์ขึ้นมาตามส่วนที่ 2 ว่าด้วยการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์แห่ง พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ฯ

เอกสารที่โจทก์จัดทำขึ้นเป็นแต่เพียงโจทก์นำภาพและข้อความมาจาก แคตตาล็อกในหนังสือแคตตา ล็อกที่บริษัท พ. จัดทำขึ้นเพื่อโฆษณาสินค้าของ บริษัท พ. มาจัดเรียงขึ้นใหม่ให้สวยงามเพื่อสะดวกแก่สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ในการพิจารณาตามงบเสนอราคาของโจทก์เท่านั้น ซึ่งตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ มาตรา 12 ผู้ที่จะได้ลิขสิทธิ์จากการนำลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมารวบรวมหรือประกอบ เข้าด้วยกัน ต้องใช้ความรู้ความสามารถหรือความวิริยะอุตสาหะในระดับหนึ่งโดย มิใช่มีลักษณะเป็นการลอกเลียนงานอันเป็นลิขสิทธิ์ของผู้อื่น แต่การที่โจทก์จัดทำเอกสารประกอบการเสนอราคาในส่วนที่โจทก์อ้างว่าจำเลยทั้งสองทำงานตาม เอกสารประกอบการเสนอราคาของโจทก์นั้น โจทก์ลอกเลียนมาจากแคตตาล็อก ในหนังสือแคตตาล็อกทั้งหมด มิได้มีส่วนใดที่จะถือได้ว่าโจทก์ได้ทำหรือก่อขึ้น อันมีลักษณะสร้างสรรค์งานใหม่เลย ส่วนการคัดเลือกและจัดลำดับภาพงาน ลิขสิทธิ์ของบริษัท พ. ใหม่นั้น เป็นการจัดเรียงองค์ประกอบให้สวยงามขึ้นเท่านั้น จึงเป็นการปรับปรุงจากงานเดิมเพียงเล็กน้อย ยังไม่ถือว่าโจทก์ได้ใช้ความริเริ่มของตนเองเพียงพอจนเป็นส่วนสำคัญก่อให้เกิดงานรวบรวมขึ้น

2) งานสร้างสรรค์ที่สร้างสร้างสรรค์ขึ้น ต้องมีลักษณะเป็นงานที่แสดงถึงการใช้ความรู้ความสามารถ สติปัญญาที่เพียงพอถึงขนาดของผู้สร้างสรรค์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13535/2557 ในการจัดทำแผนที่ประกอบด้วยการดำเนินการในขั้นตอนของการสำรวจ รวบรวมข้อมูล วิเคราะห์เรียบเรียง และ เลือกใช้ข้อมูล แล้วนำข้อมูลดังกล่าวมานำเสนออันเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดในรูปแบบของแผนที่ แม้ถนน ซอย และสถานที่ต่าง ๆ ที่ลงในแผนที่จะเป็นข้อเท็จจริงที่มีอยู่จริง แต่ก็ต้องใช้ความอุตสาหะวิริยะและความรู้ความสามารถในการ สำรวจวัดระยะและจำลองรูปแผนที่โดยใช้มาตราส่วนที่เหมาะสมเพื่อให้ได้รูปแผนที่ถูกต้องมีประโยชน์ในการใช้งานย่อม เป็นการสร้างสรรค์งานแผนที่ขึ้น อันเป็นงานศิลปกรรมอย่างหนึ่งและเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4, 6 วรรคหนึ่ง และ 15 วรรคหนึ่ง

แม้การทำแผนที่ออกมาเหมือนกัน โดยบุคคลคนละคนกันอาจเป็นเพราะเป็นการจัดทำจากสภาพพื้นที่ที่มีอยู่จริง โดยไม่ได้ลอกเลียนกันอันไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่หากการทำแผนที่เหมือนกันโดยใช้แผนที่ที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ของผู้อื่นมาเป็นต้นแบบในคัดลอก ทำซ้ำ หรือดัดแปลง ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เมื่อเปรียบเทียบแผนที่ที่เป็นลิขสิทธิ์ ของโจทก์กับแผนที่ของจำเลยที่ 1 และที่ 2 แล้ว พบส่วนที่คลาดเคลื่อนเหมือนกัน 3 รายการ ย่อมแสดงได้ว่าเป็นการลอก เลียนจากแผนที่ที่โจทก์มีลิขสิทธิ์ แต่โจทก์มีลิขสิทธิ์เฉพาะงานแผนที่ที่สร้างสรรค์ขึ้นตั้งแต่ปี พ.ศ. 2529 การที่จำเลยที่ 1 และที่ 2 ลอกเลียนแผนที่ตามเอกสารหมาย จ.18 ที่พัฒนามาจากแผนที่เอกสารหมาย จ.28 มาก จนไม่อาจฟังได้ว่าเป็นการทำซ้ำ โดยการคัดลอกงานแผนที่ตามเอกสารหมาย จ.28 คงถือได้ว่าเป็นเพียงการดัดแปลงเท่านั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7772/2557 การที่โจทก์ร่วมนำตัวเลข รูปภาพและเครื่องหมายต่าง ๆ มาปรับใช้เป็นโจทย์ปัญหาในวิชาคณิตศาสตร์เพื่อให้ นักเรียนสามารถคิดวิธีทำและหาคำตอบได้ในเวลาอันรวดเร็วในหนังสือ “Smart Center Mental Arithmetic System Course 1 Book 1” และ “Smart Center Mental Arithmetic System Course 1 Book 2” นั้น มิได้มีเพียงทฤษฎีทาง คณิตศาสตร์ หนังสือของโจทก์ร่วมทั้งสองเล่มดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นงานนิพนธ์ที่โจทก์ร่วมได้สร้างสรรค์ขึ้นเป็นเรื่องราว ในรูปของหนังสือด้วยความวิริยะอุตสาหะโดยใช้ความรู้ความสามารถและประสบการณ์ด้วยการแสดงออกซึ่งการริเริ่มของโจทก์ร่วมเองโดยมิได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นอันเป็นงานวรรณกรรมตามความหมายในมาตรา 4 แห่ง พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หาใช่เป็นเพียงความคิด หรือขั้นตอนกรรมวิธี หรือระบบ หรือวิธีใช้หรือทำงาน หรือแนว ความคิด หลักการ การค้นพบ หรือทฤษฎีทางคณิตศาสตร์อันไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 6 วรรคสอง และโจทก์ร่วม มีสำเนาหนังสือรับรองการแจ้งข้อมูลลิขสิทธิ์ที่กรมทรัพย์สินทางปัญญาออกให้เพื่อแสดงว่าโจทก์ร่วมได้แจ้งข้อมูลลิขสิทธิ์ผลงานหนังสือของโจทก์ร่วมทั้งสองเล่มดังกล่าวต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญา ข้อเท็จจริงย่อมรับฟังได้ว่า โจทก์ร่วมเป็นผู้ สร้างสรรค์งานวรรณกรรมหนังสือทั้งสองเล่มดังกล่าว จึงเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และเป็นผู้เสียหายย่อมมีอำนาจฟ้องจำเลยที่ 1 ซึ่งละเมิดลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมหนังสือทั้งสองเล่มนั้น

3) งานสร้างสรรค์ที่สร้างสรรค์ขึ้น ผู้สร้างสรรค์จะต้องสร้างสรรค์ด้วยตนเอง โดยใช้ความรู้ ความสามารถในฐานะผู้สร้างสรรค์งานด้วยการทุ่มเทความรู้ วิจารณญาณ ฝีมือแรงงาน ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5259/2549 โดยมีรายละเอียดดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5259/2549 โจทก์เป็นผู้ทำหรือก่อให้เกิดหนังสือชื่อผลไม้ชุดที่ 1 ด้วย ตนเอง โดยใช้ความรู้ความสามารถในฐานะสำนักพิมพ์สร้างสรรค์ งานด้วยการทุ่มเทความรู้ วิจารณญาณ ฝีมือ แรงงาน โดยขั้นตอนถ่ายรูปผลไม้ต้องคัดสรรผลไม้ที่มีผลสมบูรณ์จากจังหวัดระยองและ จันทบุรีมาทำความสะอาด จัดวางตำแหน่งผลไม้จากนั้นมีทีมงานช่าง ถ่ายภาพรูป

ลงในฟิล์มใหญ่แล้วนำภาพไปสแกนโดยระบบคอมพิวเตอร์ เสร็จแล้วมีข้อมูลอธิบายเกี่ยวกับผลไม้ประกอบรูปผลไม้ จึงถือได้ว่า โจทก์ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะในการจัดทำหนังสือผลไม้ชุดที่ 1 แล้ว ภาพถ่ายรูปผลไม้จึงเป็นงานศิลปกรรมประเภทงานภาพถ่าย ส่วนข้อมูลอธิบายผลไม้เป็นงานวรรณกรรมประเภทสร้างสรรค์อันมี ลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 โจทก์จึงเป็นผู้เสียหายและมีอำนาจฟ้อง

จำเลยที่ 2 เป็นผู้จัดหาหรือออกแบบรูปผลไม้โดยจำเลย ที่ 1 ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือเข้าไปสั่งการให้จำเลยที่ 2 ทำซ้ำหรือ ดัดแปลงรูปภาพผลไม้จากหนังสือของโจทก์จำเลยที่ 1 จึงมิได้ กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ ภาพผลไม้ตั้งแต่เดือนมกราคมถึงตุลาคม 2545 ของปฏิทิน ที่จำเลยที่ 2 ทำขึ้นเป็นการทำซ้ำและดัดแปลงมาจากหนังสือผลไม้ ชุดที่ 1 จึงละเมิดลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมภาพถ่ายของโจทก์ ส่วนข้อมูลอธิบายผลไม้อันเป็นงานวรรณกรรมของโจทก์เมื่อเปรียบเทียบข้อมูลในปฏิทินกับในหนังสือแล้วแตกต่างกัน จำเลยที่ 2 จึงมิได้ ละเมิดลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมของโจทก์

โจทก์จัดทำหนังสือชื่อผลไม้ชุดที่ 1 แล้วยังพิมพ์งานปฏิทิน ชุดผลไม้ให้แก่ลูกค้าต่างประเทศ การที่จำเลยที่ 2 นำไปดัดแปลงย่อมทำให้โจทก์ขาดรายได้ การที่จำเลยที่ 2 แจกจ่ายให้ลูกค้าแม้ จะมิได้ขายก็ก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่โจทก์และมิใช่เป็นการใช้ เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลในครอบครัวกับไม่เข้าข้อยกเว้น กรณีอื่นตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32 วรรคสอง ทั้งยังขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 วรรคแรก การกระทำของจำเลยที่ 2 จึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ตามมาตรา 27 (1)

4) งานสร้างสรรค์ที่สร้างสรรค์ขึ้น มีลักษณะเป็นงานสร้างสรรค์อันควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย กล่าวคือ ต้องไม่เป็นเพียงงานที่มีลักษณะในทำนองเดียวกับสิ่งสามัญที่มีอยู่แล้วโดยทั่วไปโดยไม่ได้มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์รวมอยู่ด้วยอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5202/2552 โดยมีรายละเอียดดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกา 5202/2552 งานที่จะได้รับความคุ้มครองในลักษณะของงานศิลปกรรม แม้กฎหมายจะไม่ได้ มุ่งประสงค์ให้งานนั้นต้องมีคุณค่าทางศิลปะ แต่ก็ต้องเป็นงานที่ถูกสร้างสรรค์ขึ้นด้วย ตนเอง (Originality) ในลักษณะที่ควรจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย หาใช่เป็น เพียงงาน (Work) ซึ่งทำขึ้นโดยทั่วไปเท่านั้น ภาพกราฟฟิกรูปประกายดาว (Starburst) ของโจทก์ทั้งสอง แม้นาย ม. จะเป็นผู้สร้างขึ้นด้วยตนเอง โดยอ้างว่าสร้างสรรค์จากมโนภาพการระเบิดของดาวหางพุ่งชน “กับวัตถุที่โคจรอยู่ในระบบจักรวาลแต่พยานหลักฐานที่จำเลยทั้งสองนำสืบจะเห็นได้ว่า สินค้าที่เกี่ยวข้องกับการทำความสะอาดต่างก็ใช้รูปประกายดาวเป็นภาพประกอบเช่นกัน ซึ่งน่าจะเป็นการสื่อให้เห็นถึงคุณสมบัติในการทำความสะอาดของสินค้านั่นเอง แนวคิด หรือมโนภาพ

ที่นาย ม. กล่าวอ้างจึงเป็นแนวคิดที่ใช้กันอยู่สำหรับสินค้าประเภทนี้ นอกจากนี้ภาพกราฟฟิกรูปประกายดาวของโจทก์ทั้งสอง แม้จะมีความแตกต่าง จากรูปประกายดาวตามที่จำเลยทั้งสองนำสืบมา แต่ความแตกต่างดังกล่าวยังเป็น เพียงส่วนเล็กน้อยและไม่เป็นสาระสำคัญถึงขนาดที่จะเป็นงานสร้างสรรค์อันควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

ส่วนภาพกราฟฟิกบลูเพาเวอร์แม้จะเป็นรูปทรงกลมอันเป็นรูปทรงเรขาคณิต ทั่วไปและภาพวาดรูปมือมีลักษณะของการจัดวางมือสองข้างที่จับอยู่บนเสื้อ ก็เป็นงานสร้างสรรค์รูปทรงที่ประกอบด้วยเส้นและสี โดยไม่ปรากฏว่าได้ลอกเลียนหรือดัดแปลง มาจากงานที่มีอยู่เดิม จึงแสดงให้เห็นถึงความเป็นงานสร้างสรรค์ที่สร้างขึ้นด้วยตนเอง คนดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นงานศิลปกรรมลักษณะงานจิตรกรรม อันได้รับความคุ้มครองความ พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์แล้ว แม้ต่อมามีการนำงานนี้ไปใช้ในทางการค้า ก็ไม่เป็นเหตุให้คนดังกล่าวขาดคุณสมบัติที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

ส่วนข้อความที่ว่า สูตรมาตรฐาน สำหรับซักมือ เป็นเพียงคำสามัญทั่วไปที่ระบุถึง คุณสมบัติของสินค้าผงซักฟอก ทั้งลักษณะที่ใช้ก็มุ่งเน้นสื่อให้เห็นถึงคุณสมบัติของ สินค้ามากกว่าที่จะสร้างคำบรรยายดังกล่าวในแง่งานศิลปกรรมลักษณะงานจิตรกรรม ในตัวเอง จึงไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

ตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 4 บัญญัติเกี่ยวกับงานศิลปประยุกต์ไว้โดย วัตถุประสงค์ของการให้ความคุ้มครองงานศิลปประยุกต์ คือการนำงานศิลปกรรม ลักษณะต่าง ๆ มาใช้ในลักษณะที่เกิดประโยชน์อย่างอื่นนอกเหนือจากการชื่นชมในคุณค่าของตัวงานดังกล่าว เมื่อรับฟังได้ว่า ภาพกราฟฟิกบลูเพาเวอร์กับภาพวาดรูปมือ เป็นงานศิลปกรรมลักษณะงานจิตรกรรม และเมื่อภาพดังกล่าวถูกนำไปใช้ประกอบกัน บนซองบรรจุภัณฑ์เพื่อประกอบเครื่องหมายการค้า อันเป็นการนำเอางานศิลปกรรม ไปใช้เพื่อประโยชน์ทางการค้า การออกแบบซองบรรจุภัณฑ์ดังกล่าวจึงเป็นงานศิลปประยุกต์

5) งานสร้างสรรค์ที่สร้างสรรค์ขึ้น ต้องมีความริเริ่มสร้างสรรค์ไม่ใช่เป็นเพียงงานลอกเลียนทำซ้ำงานที่มีอยู่แล้ว กล่าวคือ ต้องมีส่วนที่เป็นความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ในงานนั้นด้วย การนำงานสร้างสรรค์สรรค์ของบุคคลอื่นมาใช้ แม้จะมีการกระทำกับงานนั้นแต่ไม่ถึงขนาดเป็นการสร้างสรรค์สิ่งใดขึ้น กรณียังไม่ใช่งานสร้างสรรค์ที่อาจได้รับความคุ้มครอง ซึ่งมีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6528/2546 คำพิพากษาศาลฎีกา 7036/2543 และคำพิพากษาศาลฎีกา 4486/2539 โดยมีรายละเอียดดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกา 6528/2546 การที่โจทก์จะได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในงานรวบรวมตามเอกสารที่โจทก์จัดทำขึ้น เพื่อประกอบการเสนอราคารถยนต์ปฏิบัติการตามเก็บกู้วัตถุระเบิดต่อสำนักงานตำรวจแห่งชาตินั้น จะต้องได้ความว่าโจทก์เป็นผู้สร้างสรรค์ขึ้นมาตามส่วนที่ 2 ว่า

ด้วยการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์แห่ง พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ เอกสารที่โจทก์จัดทำขึ้นเป็นแต่เพียงโจทก์นำภาพและข้อความมาจาก แคตตาล็อกในหนังสือแคตตา ล็อกที่บริษัท พ. จัดทำขึ้นเพื่อโฆษณาสินค้าของ บริษัท พ. มาจัดเรียงขึ้นใหม่ให้สวยงามเพื่อสะดวกแก่สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ในการพิจารณาตามงบเสนอราคาของโจทก์เท่านั้น ซึ่งตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ มาตรา 12 ผู้ที่จะได้ลิขสิทธิ์จากการนำลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมารวบรวมหรือประกอบ เข้าด้วยกัน ต้องใช้ความรู้ความสามารถหรือความวิริยะอุตสาหะในระดับหนึ่งโดย มิใช่มีลักษณะเป็นการลอกเลียนงานอันเป็นลิขสิทธิ์ของผู้อื่น แต่การที่โจทก์จัดทำ เอกสารประกอบการเสนอราคาในส่วนที่โจทก์อ้างว่าจำเลยทั้งสองทำงานตาม เอกสารประกอบการเสนอราคาของโจทก์นั้น โจทก์ลอกเลียนมาจากแคตตาล็อก ในหนังสือแคตตาล็อกทั้งหมด มิได้มีส่วนใดที่จะถือได้ว่าโจทก์ได้ทำหรือก่อขึ้น อันมีลักษณะสร้างสรรค์งานใหม่เลย ส่วนการคัดเลือกและจัดลำดับภาพงานลิขสิทธิ์ของบริษัท พ. ใหม่นั้น เป็นการจัดเรียงองค์ประกอบให้สวยงามขึ้นเท่านั้น จึงเป็นการปรับปรุงจากงานเดิมเพียงเล็กน้อย ยังไม่ถือว่าโจทก์ได้ใช้ความริเริ่ม ของตนเองเพียงพอจนเป็นส่วนสำคัญก่อให้เกิดงานรวบรวมขึ้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7036/2543 หนังสือแบบฝึกคณิตคิดเลขเร็วของโจทก์เป็นตำราเรียนของนักเรียนชั้น ประถมศึกษาปีที่ 1 ถึงปีที่ 6 โดยวางรากฐานการเรียนการสอนเป็นขั้นตอนเพื่อให้ สอดคล้องกับหลักสูตรชั้นประถมศึกษา มีเนื้อหาสาระของตัวอย่างการคิดและวิเคราะห์ แบบทดสอบคิดเลขเร็ว และโจทย์ปัญหาในภาคผนวก เพื่อพัฒนาและเสริมสร้างทักษะในสายการเรียนการสอนวิชาคณิตศาสตร์ โดยให้นักเรียนมีแนวการคิด และมีการวิเคราะห์หาคำตอบได้รวดเร็ว และดัดแปลงวิธีการคิดให้เป็นแนวทางของ ตนเองได้ ทั้งเป็นงานที่ทำให้เกิดความเข้าใจในการคิดเลข มีความสัมพันธ์กันตามลำดับ ความง่ายยากตามขั้นตอน จูงใจให้เกิดความสนุกสนานในการเรียนรู้และทำความ เข้าใจเพื่อให้มีความสามารถในการคิดเลขได้รวดเร็วยิ่งขึ้น การที่โจทก์นำตัวเลข รูปภาพสัญลักษณ์ โจทย์ปัญหาและเครื่องหมายต่าง ๆ กันมาปรับใช้โดยมีวิธีการคิด ตามลำดับเพื่อให้เข้ากับหลักสูตรและพัฒนาเสริมสร้างทักษะในการเรียนตามวัยของ เด็กนักเรียนในลำดับชั้นประถมศึกษาปีที่ 1 ถึงปีที่ 6 โดยอาศัยข้อมูลและ ประสบการณ์จากการใช้สอนในโรงเรียนมาเป็นเวลานานหลายปี เป็นการริเริ่ม สร้างสรรค์งานของโจทก์เพื่อให้นักเรียนสามารถคิดคำนวณเลขได้รวดเร็วยิ่งขึ้น ถือได้ว่าเป็นงานนิพนธ์ที่โจทก์ได้สร้างสรรค์ขึ้น โดยแสดงออกซึ่งการริเริ่มของโจทก์เอง อันเป็นงานวรรณกรรมตามความหมายในมาตรา 4 แห่ง พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่โจทก์สร้างสรรค์งานดังกล่าว หาใช่เป็น เพียงความคิด ขั้นตอน กรรมวิธี ระบบวิธีใช้หรือทำงาน แนวความคิด หลักการ การค้นพบ หรือทฤษฎีทางคณิตศาสตร์ อันไม่ได้รับความคุ้มครองแต่อย่างใดไม่ หนังสือแบบฝึกคณิตคิดเลขเร็วจึงเป็นงานวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์

แม้หนังสือแบบฝึกคณิตคิดเลขเร็วของโจทก์จะมีการปรับปรุงใหม่โดยโจทก์และนักวิชาการของจำเลยที่ 1 ในระหว่างที่โจทก์เป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 1 แต่เป็นการปรับปรุงโดย

เปลี่ยนรูปแบบปกหนังสือใหม่และจัดรูปแบบหนังสือโดย แยกคำเฉลยออกพิมพ์ต่างหาก ส่วนเนื้อหาของหนังสือยังเหมือนเดิม หนังสือที่ปรับปรุงใหม่จึงไม่ใช่เป็นงานสร้างสรรค์ที่โจทก์ได้สร้างสรรค์ขึ้นมาใหม่หรือ ดัดแปลงโดยปรับปรุงงานเดิมในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ แต่เป็นงานสร้างสรรค์ หรืองานวรรณกรรมเดียวกันกับหนังสือฉบับเดิมนั่นเอง หนังสือที่ปรับปรุงใหม่จึง มิใช่เป็นงานที่โจทก์สร้างสรรค์ขึ้นใหม่ในฐานะที่เป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 1 จำเลย ที่ 1 จึงไม่มีสิทธินำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ที่ปรับปรุงใหม่ออกโฆษณาหรือ เผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยพิมพ์ออกจำหน่ายในฐานะที่เป็นนายจ้างของโจทก์ได้ ตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 7

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4486/2539 แผนที่ทางหลวงเป็นเอกสารราชการของกรมทางหลวง โจทก์ได้ขออนุมัติกรมทางหลวงเพื่อจัดพิมพ์ โดยโจทก์ได้ นำแผนที่ของกรมทางหลวงมาปรับปรุงเพิ่มเติมให้สวยงามเพื่อความเหมาะสมในการใช้ แต่โจทก์มิได้ปรับปรุงแก้ไขเพิ่ม เติมอันเป็นสาระสำคัญจากแผนที่เดิมแต่อย่างใด สำหรับสัญลักษณ์ต่าง ๆ รวมทั้งรูปแบบเข็มทิศและเส้นมาตราส่วน ตลอดจนแผนภูมิระยะทางระหว่างจังหวัดในแผนที่ทางหลวงในประเทศไทยก็เป็นสัญลักษณ์สากลและใช้กันทั่วไปในแผนที่ต่าง ๆ ซึ่งบุคคลทั่วไปก็ย่อมมีสิทธิใช้ได้ งานที่โจทก์ทำจึงเป็นการปรับปรุงเล็กน้อยโดยลอกเลียนมาจากของเดิมที่มีอยู่แล้วและใช้ กันทั่วไป โจทก์ไม่ใช่ผู้คิดค้นหรือสร้างสรรค์ขึ้นโดยความคิดริเริ่มของโจทก์เอง จึงไม่มีลิขสิทธิ์ในสัญลักษณ์ แผนภูมิระยะ กาง รูปเข็มทิศ และมาตราส่วนในแผนที่ทางหลวงในประเทศไทย การที่โจทก์เพียงแต่ได้นำแผนที่ของกรมทางหลวงมาแบ่ง ส่วนใหม่รวมเป็นรูปเล่มและให้สีเท่านั้น ถือไม่ได้ว่าโจทก์ได้ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมแผนที่ทางหลวงของกรมทางหลวงใน สาระสำคัญถึงขนาดสร้างสรรค์ขึ้นใหม่อันจะพอถือได้ว่าเป็นการดัดแปลง โจทก์จึงไม่ได้ลิขสิทธิ์ในรูปแผนที่ทางหลวงในประเทศไทยตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 9 ประกอบมาตรา 4

จากแนวทางของคำพิพากษาของศาลไทยในปัจจุบันได้วางแนวคำพิพากษาไว้เป็นแนวทางในการพิเคราะห์ว่า งานสร้างสรรค์ที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้น ในลักษณะใด ถึงจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ซึ่งในมุมมองของแต่ละฝ่ายอาจจะมองแตกต่างกันในการพิจารณาว่างานใดเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ เพราะในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยไม่ได้กำหนดมาตรฐานหรือระดับความคิดสร้างสรรค์และความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้ชัดเจนในตัวบทบัญญัติกฎหมาย ซึ่งหากกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยมีความชัดเจนในส่วนนี้ ก็จะเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาว่างานใดเป็นงานที่สร้างสรรค์ขึ้นแล้วมีมาตรฐานระดับความคิดร้างสรรค์และความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่เหมาะสมที่สมควรได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ก็จะได้นำไปเป็นแนวทางในการสร้างสรรค์สรรค์ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต่อไป ทั้งยังเป็นการที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่างานใดเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ จะได้ไม่ก่อให้เกิดการละเมิดกฎหมายลิขสิทธิ์ต่อไปด้วย ซึ่งย่อมส่งผลดีต่อผู้สร้างสรรค์เองและสาธารณะประโยชน์ส่วนร่วมด้วย

ดังนี้หากกฎหมายไทยได้กำหนดเกณฑ์หรือกำหนดบทกฎหมายไว้อย่างชัดเจนแล้วก็จะเป็นการพัฒนากฎหมายลิขสิทธิ์ให้มีความก้าวหน้าต่อไป ในเรื่องของพัฒนามาตรฐานระดับความคิดสร้างสรรค์และความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายต่อไป

4.2.3 สรุปเปรียบเทียบประเทศที่เศรษฐกิจกำลังพัฒนา

ประเทศที่เศรษฐกิจกำลังพัฒนาซึ่งในส่วนนี้จะศึกษาในส่วนของประเทศไทยและสาธารณรัฐอินเดีย

ในสาธารณรัฐอินเดียมีคดี Eastern Book Company v. DCB Mudak ซึ่งการตัดสินคดีนี้ของศาลอินเดียก่อให้เกิดหลักการความคิดสร้างสรรค์ที่เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine)และหลักทักษะและวิจารณญาณ (Skill and Judgment) เกิดขึ้นในหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ ซึ่งหลักการดังกล่าวยังคงเป็นที่ยอมรับในปัจจุบันของกฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐอินเดีย และมีคดี Kartar Singh Giani v. Ladha Singh โดยศาลสูงสุดกล่าวว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้ห้ามเราจากการดัดแปลงหรือเสริมเติมแต่งงานต้นฉบับของคนอื่น ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการนำงานสร้างสรรค์ของบุคคลอื่นมาดัดแปลงหรือเสริมแต่งงานต้นฉบับของบุคคลอื่นย่อมกระทำได้

ในส่วนของประเทศไทยในเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ เมื่อบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย ในเรื่องของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ ยังขาดมาตรฐานของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่ชัดเจนและแน่นอน ย่อมส่งผลกระทบต่อการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลไทย กล่าวคือเมื่อมีคดีลิขสิทธิ์ขึ้นสู่การพิจารณาและพิพากษา ศาลมีความจำเป็นจะต้องใช้ดุลยพินิจในการตีความและวางแนวทางในการวินิจฉัย เพื่อพิจารณาและพิพากษาคดีลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้น ซึ่งการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาพิพากษาคดีลิขสิทธิ์ย่อมก่อให้เกิดความแตกต่างของการพิจารณาพิพากษาว่าประเภทของงานใดจะเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งในบางคดีศาลวางระดับความสร้างสรรค์ของงานไว้สูงมาก บางคดีศาลได้เพิ่มเติมนอกเหนือเกณฑ์ที่มีในกฎหมายลิขสิทธิ์และบางคดีกลับกำหนดขั้นของงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้ต่ำมาก

ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลไทยในคำพิพากษาฎีกาที่ผ่านมาจะพบว่าศาลฎีกาวางระดับของการสร้างสรรค์ไว้สูงมาก โดยศาลฎีกากำหนดคำว่า “ระดับความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์” ขึ้นมาเพิ่มเติมนอกเหนือเกณฑ์ที่มีในกฎหมาย โดย ดร.จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ ได้ให้หมายเหตุไว้ท้ายคำพิพากษาว่า จากคำพิพากษาในปัจจุบันดูเหมือนมีการวางแนวหรือกำหนดเงื่อนไขของงานอันมีลิขสิทธิ์ ในคำพิพากษาศาลฎีกาบางฉบับ และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในคำพิพากษาแต่ละฉบับดูจะมีความแตกต่างกันด้วยยกตัวอย่างเช่น คดีนางอัปสร (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7121/2552) โจทก์ร่วมอ้างลิขสิทธิ์งานประติมากรรมผนังดินเผานูนต่ำ ที่โจทก์ร่วมสร้างขึ้นโดยนำแบบจากรูปนางอัปสรในงานขอมโบราณมาดัดแปลง งานประติมากรรมของโจทก์ร่วมจึงเป็นงานสร้างสรรค์ที่เปลี่ยนรูปแบบของ

งานจากภาพจิตรกรรมเดิมมาเป็นงานประติมากรรมใหม่ โดยมีการดัดแปลงงานบางส่วน อย่างใดก็ตาม คดีนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าโจทก์ร่วมไม่ได้ลิขสิทธิ์งานประติมากรรมดังกล่าว เพราะเป็นความวิริยะอุตสาหะในการทำซ้ำหรือดัดแปลง มิอาจถือเป็นความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์งานถึงขนาดที่จะได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งดูเหมือนเป็นการวางเงื่อนไขเพิ่มเติมจากกฎหมายว่า ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์จะเป็นการดัดแปลงไม่ได้ แม้ถึงขนาดมีการเปลี่ยนรูปแบบของงานจากภาพเป็นงานประติมากรรมก็ยังไม่เพียงพอและในคดีตุ๊กตารูปช้าง (คำพิพากษาศาลฎีกาที 19305/2555) โจทก์ร่วมทำตุ๊กตารูปช้างจากผ้าไหมและผ้าฝ้ายโดยนำแบบจากรูปช้างทรงเครื่องที่อยู่ในธงราชนาวีไทยและธงชาติไทยในอดีตมาดัดแปลง งานตุ๊กตาช้างผ้าของโจทก์ร่วมจึงเป็นการสร้างงานใหม่ที่เปลี่ยนรูปแบบของงานเดิมที่เป็นภาพในธงมาเป็นตุ๊กตาผ้าใหม่เลยโดยมีการดัดแปลงงาน บางส่วน คดีนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ความสำคัญอยู่ที่ได้ทำงานโดยใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์หรือไม่ และงานมีที่มาหรือต้นกำเนิดจากบุคคลนั้นโดยมิได้คัดลอก ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานอื่นหรือไม่ และศาลฎีกาวินิจฉัยว่าตุ๊กตารูปช้างดังกล่าว ถือไม่ได้ว่าเป็นงานที่ทำขึ้นโดยใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์ของโจทก์ร่วม จึงไม่ใช่ผู้สร้างสรรค์ ซึ่งดูเหมือนเป็นการวางเงื่อนไขเพิ่มเติมจากกฎหมาย 2 ประการ ว่า (1) ได้ทำงานโดยใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์หรือไม่ และ (2) งานนั้นมีที่มาหรือต้นกำเนิดจากบุคคลนั้น โดยมิได้คัดลอกหรือดัดแปลงจากงานอื่น งานของโจทก์ร่วมในคดีนี้ แม้ถึงขนาดมีการเปลี่ยนรูปแบบของงานจากภาพช้างมาเป็นตุ๊กตาผ้าโดยมีการดัดแปลงบางส่วน ก็ยังไม่เพียงพอ

การกำหนดเงื่อนไขเพิ่มดังกล่าวอาจมีข้อโต้แย้งทางวิชาการว่าเป็นการ สร้างเงื่อนไขของงานลิขสิทธิ์ไว้สูงกว่าในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และมาตรฐานสากล โดยเงื่อนไขที่เพิ่มขึ้นน่าจะก่อให้เกิดความไม่แน่นอนแก่ผู้สร้างสรรค์งานมากพอสมควร ยิ่งหากเงื่อนไขถูกปรับเปลี่ยนไปในแต่ละคดีน่าจะเป็นภาระมาก ยิ่งกว่านั้นเงื่อนไขที่ถึงขนาด “ห้ามดัดแปลงงาน” เป็นการสร้างมาตรฐานงานอันมีลิขสิทธิ์ที่สูงมาก เพราะงานที่ถึงขนาด “มีที่มาหรือต้นกำเนิดจากบุคคลนั้น” น่าจะหายากมากขึ้นทุกวัน นอกจากคำพิพากษา 2 คำพิพากษาฎีกาข้างต้น ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาหลายฉบับที่วินิจฉัยระดับการสร้างสรรค์ไปในทางเดียวกัน เป็นผลต่อเนื่องให้งานสร้างสรรค์ที่จะถึงขนาดได้รับลิขสิทธิ์ของไทยเป็นเรื่องยากและกลายเป็นความเสี่ยงทางกฎหมายของทุกฝ่ายที่ไม่อาจแน่ใจได้ว่างานที่เห็นกันมาช้านานแต่ละชิ้นจะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ จนกว่าจะมีการฟ้องคดีและจนกว่าจะได้คำวินิจฉัยเป็นที่สุดเป็นกรณี ๆ ไป ผลกระทบในระยะยาว น่าจะกระทบต่อการสร้างสรรค์งานใหม่มากขึ้นตามลำดับ และกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยจำเป็นต้องพัฒนาไปในทางที่สอดคล้องกับมาตรฐานสากลมากขึ้นและเชื่อว่าศาลไทยจะปรับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์โดยคำนึงถึงมาตรฐานสากลมากขึ้นตามลำดับ

4.3 ศึกษาเชิงเปรียบเทียบหลักการและแนวคิดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ของประเทศเศรษฐกิจพัฒนาแล้วและประเทศเศรษฐกิจกำลังพัฒนา

ประเทศที่พัฒนาแล้วหรือประเทศที่กำลังพัฒนา เมื่อมองในมุมของมิติเศรษฐศาสตร์เข้ามามีบทบาทในเรื่องการแสดงออกซึ่งความคิดในงานลิขสิทธิ์ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงมูลค่าของการแสดงออกซึ่งความคิดของแต่ละประเทศ ทั้งประเทศที่พัฒนาแล้วหรือประเทศที่กำลังพัฒนามีความแตกต่างกันนอกเหนือจากระบบของเศรษฐกิจที่แตกต่างกันแล้ว ยังรวมไปถึงในส่วนของสังคม การเมือง และวัฒนธรรมอีกด้วย ซึ่งปัจจัยตรงนี้เป็นส่วนสร้างให้เห็นถึงมุมองความแตกต่างในการกำหนดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ดังนี้

ยกตัวอย่างประเทศกลุ่มพัฒนาแล้วกับกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาในด้านมิติด้านเศรษฐกิจ กล่าวคือด้านเศรษฐกิจเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้เห็นว่ามีมุมองที่แตกต่างกันออกไป ด้วยความที่ประเทศพัฒนาแล้วอย่างสหรัฐอเมริกา เน้นว่าเมื่อใดก็ตามที่ลิขสิทธิ์สามารถที่จะเป็นองค์ประกอบสำคัญในการที่จะอนุญาตให้ใช้สิทธิ์ หรือมีเงินที่จะให้เป็นการตอบแทนความวิริยะ อุตสาหะ ความพยายามจากความคิดสร้างสรรค์ของผู้ที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ยิ่งให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์มากเท่าไร เจ้าของสิทธิก็จะได้รับประโยชน์มากเท่านั้นก็จะทำให้เกิดการละเมิดได้น้อยลง และมีผลทำให้เศรษฐกิจภายในประเทศ โดยเฉพาะอุตสาหกรรมดนตรี และอุตสาหกรรมภาพยนตร์ ซึ่งถือเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทหลักของสหรัฐอเมริกาที่ทำรายได้ให้กับประเทศที่สูงมาก ดังนั้น การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาจึงมีความสำคัญ โดยเฉพาะภาพยนตร์ บทภาพยนตร์ เสียงประกอบภาพยนตร์ต่าง ๆ ที่รวมกันเป็นภาพยนตร์ หรือแม้กระทั่งดนตรีประกอบงานดนตรีต่าง ๆ ที่ทำให้ได้รับลิขสิทธิ์ โดยฐานความพยายามที่จะมีความคิดสร้างสรรค์ขึ้นมา

สำหรับประเทศกำลังพัฒนาอย่างประเทศไทยแล้ว ทำนองหรือเสียงดนตรีต่าง ๆ ก็ได้รับแรงบันดาลใจมาจากงานดนตรีของประเทศที่พัฒนาแล้ว ซึ่งการสร้างสรรค์งานดนตรีที่เกิดขึ้นนั้นมีลักษณะที่คล้ายและได้รับแรงบันดาลใจมาจากเพลงต่างประเทศ ซึ่งถือได้ว่ามีการปรับเปลี่ยนงานสร้างสรรค์แล้ว ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาก็อ้างว่า การปรับเปลี่ยนในกรณีดังกล่าว ไม่มีระดับที่เพียงพอที่จะเป็นงานที่มีความคิดสร้างสรรค์ได้ แต่ยังคงมีการลอกเลียนงานอยู่ดี ซึ่งแสดงให้เห็นได้ว่ามุมมองในประเด็นด้านเศรษฐกิจของกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนามีความแตกต่างกันในเรื่องของระดับความคิดสร้างสรรค์

อนึ่งอีกมิติหนึ่งก็คือเนื่องจากสหรัฐอเมริกา มีการผลิตงานสร้างสรรค์ออกมาจำนวนมากในแต่ละปี จึงมีการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิเป็นสำคัญ เพื่อที่จะได้มาซึ่งผลประโยชน์จากการคุ้มครองในลักษณะดังกล่าว แต่ในขณะที่ประเทศกำลังพัฒนาทางด้านอุตสาหกรรมเล่านี้หรือว่างานอันมีลิขสิทธิ์ส่วนใหญ่

มีการอ้างอิงหรือมักจะใช้งานของประเทศที่พัฒนาแล้วมาเป็นต้นแบบเป็นสำคัญ จึงมีผลทำให้ระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนาจึงมีความแตกต่างกัน โดยมีมิติทางเศรษฐกิจเป็นฐานความคิดในการให้ความคุ้มครอง

ในส่วนของมิติทางด้านสังคมของประเทศที่พัฒนาแล้วกับประเทศที่กำลังพัฒนานั้น ในส่วนของประเทศที่กำลังพัฒนาก็เป็นประเทศ ผู้ที่ใช้ผลงานหรือข้อมูลข่าวสารของประเทศที่พัฒนาแล้วมาเป็นแนวทางในการสร้างสรรค์งาน แต่ในส่วนของประเทศที่พัฒนาแล้ว เป็นประเทศที่มีผลงานหรือข้อมูลข่าวสารและองค์ความรู้จำนวนมาก ดังนั้นในประเทศที่กำลังพัฒนา จึงยังเป็นประเทศที่ยังต้องการองค์ความรู้ต่าง ๆ จำนวนมาก ทั้งในส่วนองผู้ผลิตก็มีจำนวนน้อย หรือศักยภาพก็ยังไม่เพียงพอต่อการสร้างสรรค์ เพราะฉะนั้นงานสร้างสรรค์ใด ๆ ของประเทศกำลังพัฒนาจึงมักจะไปอ้างอิงงานต่าง ๆ มาจากจากประเทศที่เป็นผู้ผลิตงานสร้างสรรค์มากกว่า เพราะสังคมมีความแตกต่างกันในระดับของประเทศที่เป็นผู้ใช้กับประเทศที่เป็นผู้ผลิตหรือผู้สร้างสรรค์ จึงมีผลต่อระดับความสร้างสรรค์ โดยทีประเทศพัฒนาแล้วจะมีความเข้มข้นมากกว่าประเทศกำลังพัฒนา แต่ในส่วนของประเทศที่เป็นผู้ใช้ข้อมูล พอมีการปรับเปลี่ยนเล็กน้อย ระดับของความสร้างสรรค์ก็จะไปมีผลต่อการที่จะได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ เนื่องจากเป็นการดัดแปลงงานมากกว่าการสร้างสรรค์งานขึ้นมา เพื่อที่จะให้แตกต่างในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ดังนั้นสังคมของประเทศที่กำลังพัฒนาหรือประเทศผู้ใช้ข้อมูล กับประเทศพัฒนาแล้ว ประเทศของผู้ทรงสิทธิ จึงมีความแตกต่างกัน ในเรื่องระดับความคิดสร้างสรรค์และความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และการได้มาซึ่งการคุ้มครองตามกฎหมาย

ในส่วนของมิติทางด้านวัฒนธรรมนั้น ก็จะต้องนำใส่วนของ แนวคิดประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) และ แนวคิดความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order) มาเป็นหลักในการพิจารณา โดยประโยชนสาธารณะ ถือเป็นวัตถุประสงคขั้นพื้นฐานที่สังคมพึงประสงคเพื่อประโยชนของคนทุกคนในสังคม แต่ความสงบเรียบร้อยของประชาชน เกิดจากต้องรักษาความสงบสุขของสังคม ซึ่งมิติด้านวัฒนธรรมที่สะท้อนได้ดีที่สุดของงานสร้างสรรค์ประเภทภาพยนตร์ หากมีการนำเข้ามาซึ่งงานภาพยนต์ลามกอนาจารอันมีลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา โดยงานที่นำเข้ามาในประเทศไทย มีลักษณะเป็นงานที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งตามบทบัญญัติของกฎหมายไทยตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้นไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า งานที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี เช่น งานที่ก่อให้เกิดความไม่สงบภายในประเทศ งานลามกอนาจาร จะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ แต่ประทศไทยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3705/2530 ซึ่งได้วินิจฉัยไว้ว่า ลิขสิทธิ์ที่บุคคลสามารถเป็นเจ้าของได้ จะต้องเป็นลิขสิทธิ์ในงานที่ตนสร้างสรรค์โดยชอบด้วยกฎหมาย งานที่มีภาพลามกอนาจาร ไม่ใช่งานสร้างสรรค์ แต่หากพิจารณาถึงสหรัฐอเมริกา ศาลในสหรัฐอเมริกาเคยพิพากษาไว้ในคดี Mitchel Brothers Film Group V. Cinema Adult Theater ว่าตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกานั้นจะให้ความคุ้มครองลิ

สิทธิ์แก่งานโดยไม่คำนึงถึงข้อจำกัด และการใดจะเป็นสิ่งลามกอนาจารหรือไม่นั้น ศาลไม่อาจตัดสินได้ เพราะเป็นดุลยพินิจของสังคมในแต่ละยุคสมัย ดังนั้นสื่อลามกอนาจาร คือภาพยนตร์เรื่อง Behind the Green Door ของโจทก์จึงเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย แม้จะเป็นงานอันลามกอนาจาร (Obscene) ก็ตาม การที่จำเลยทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์จึงถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์นั่นเอง

จากคำพิพากษาของประเทศไทยและสหรัฐอเมริกาข้างต้น มีความแตกต่างกันในเรื่อง การให้ความคุ้มครอง งานอันมีลิขสิทธิ์ที่แตกต่างกันโดย ประเทศไทยไม่ให้ความคุ้มครอง งานที่มีภาพลามกอนาจาร ไม่ใช่งานสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่สหรัฐอเมริกาให้ความคุ้มครองงานอันลามกอนาจาร

ดังนั้นหากมีความแตกต่างของกฎหมายที่ใช้บังคับในแต่ละประเทศในการให้ความคุ้มครองงานที่มีภาพลามกอนาจาร ซึ่งประเทศหนึ่งไม่ให้ความคุ้มครองเพราะไม่ใช่งานสร้างสรรค์และอีกประเทศหนึ่งให้ความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

4.4 สรุปประเด็นสำคัญท้ายบท

จากการศึกษาประเทศที่เศรษฐกิจพัฒนาแล้ว ซึ่งในส่วนนี้จะศึกษาในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรและประเทศญี่ปุ่น โดยสหรัฐอเมริกาในส่วนของกฎหมายลิขสิทธิ์มี Copyright Act 1967 ซึ่งกฎหมายได้กำหนดเอาไว้เพียงว่าลิขสิทธิ์จะมีอยู่ในงานที่ริเริ่มสร้างสรรค์ (Original Work of Authorship) โดยไม่ได้กำหนดเอาไว้ว่าอย่างไรจึงจะถือเป็น “การริเริ่มสร้างสรรค์” (Originality) อันจะทำให้งานนั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายขึ้นมาได้ โดยหลักเรื่องระดับของความริเริ่มสร้างสรรค์ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1991 ในคดี Feist Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Company ซึ่งถือว่าเป็นคดีสำคัญที่ใช้วิเคราะห์ระดับการสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ในสหรัฐอเมริกา โดยมีสาระสำคัญของคดีดังนี้ บริษัท Feist โจทก์ได้ตีพิมพ์สมุดโทรศัพท์ซึ่งบรรจุข้อมูลเกี่ยวกับรายชื่อผู้ใช้โทรศัพท์พร้อมที่อยู่ของจำเลยคือบริษัท Rural Telephone ซึ่งเป็นบริษัทคู่แข่งได้ตีพิมพ์สมุดโทรศัพท์ออกจำหน่ายโดยได้ลอกรายชื่อและที่อยู่ของผู้ใช้โทรศัพท์บางส่วนในสมุดโทรศัพท์ของโจทก์ไป โดยมิได้รับความยินยอมจากโจทก์ ศาลได้ตัดสินว่ากรณีสมุดโทรศัพท์ของโจทก์เป็นเพียงการรวบรวมรายชื่อและที่อยู่ของผู้ใช้โทรศัพท์โดยเรียงตามตัวอักษร รูปแบบในการจัดวางข้อมูลมิได้มีความคิดสร้างสรรค์ในการจัดทำขึ้น ดังนั้น ถึงแม้จะมีการใช้แรงงาน หรือทุนเป็นจำนวนมากในการรวบรวม ก็มิได้ทำให้ข้อมูลเหล่านั้นได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ การจัดวางข้อมูลที่จะให้ได้รับความคุ้มครองนั้นอย่างน้อยจะต้องมีความคิดสร้างสรรค์ในการเลือก (Selection) จัดวาง (Arrangement) และการรวม

องค์ประกอบเข้าด้วยกัน (Co-ordination) การจัดวางข้อมูลโดยเรียงตามตัวอักษรเป็นการจัดวางที่เรียบง่ายเกินไป (Mundane) การลอกข้อมูลของโจทก์ไปโดยจำเลยในคดีนี้จึงไม่มีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ จากคำพิพากษาในคดีแสดงให้เห็นว่าศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเอาไว้ว่า งานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ไม่จำเป็นต้องเป็นงานที่ไม่เคยมีมาก่อนหรือเป็นงานที่มีระดับความริเริ่มสร้างสรรค์อยู่ในระดับสูง แต่อย่างน้อยจะต้องเป็นงานที่มีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์สูงกว่าเกณฑ์มาตรฐานขั้นต่ำ (At Least Some Minimal Degree of Creativity) ส่วนการสร้างสรรค์จะเป็นอย่างไรจึงจะมีระดับความริเริ่มสร้างสรรค์เพียงพอนั้นจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป ซึ่งศาลในคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยว่า การจัดทำสมุดโทรศัพท์โดยการนำข้อมูลอันเป็นเป็นข้อเท็จจริงที่มีอยู่แล้วมาจัดเรียงตามลำดับตัวอักษรเป็นการสร้างสรรค์ที่มีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไม่ถึงขั้นที่จะได้รับความคุ้มครอง จากคดีดังกล่าวนั้นก่อให้เกิดหลักการความคิดสร้างสรรค์ที่เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) ที่นำมาใช้ในการพิจารณาหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

ในส่วนของสหราชอาณาจักร กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักรคือ Copyright Designs and Patents Act 1988 กำหนดว่า ลิขสิทธิ์ย่อมมีอยู่ในงานริเริ่มสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ดนตรีกรรม และศิลปกรรม โดยไม่ได้กล่าวถึงระดับหรือรายละเอียดว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์มากน้อยเพียงใดจึงจะทำให้งานสร้างสรรค์กลายเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นมาได้ โดยในเรื่องนี้ศาลในสหราชอาณาจักรได้พัฒนาหลักกฎหมายเรื่อยมา โดยหลักที่จะถูกนำมาใช้ทดสอบระดับความริเริ่มสร้างสรรค์ได้แก่หลักทักษะ แรงงานและวิจารณญาณ (Skill Labor and Judgement) ซึ่งผู้สร้างสรรค์ได้ใช้สร้างสรรค์งานนั้น กล่าวคือหากผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ หลักทักษะ แรงงานและวิจารณญาณถึงขนาดแล้ว งานสร้างสรรค์นั้นนั้นย่อมเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครอง

อนึ่งศาลของสหราชอาณาจักรได้ปรับใช้หลักหลักทักษะ แรงงานและวิจารณญาณ เป็นรายกรณีไปโดยไม่ได้วางหลักการวินิจฉัยเอาไว้ตายตัว ดังนั้นการที่จะวินิจฉัยว่างานสร้างสรรค์หนึ่ง ๆ มีความริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่ก็ยังคงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีอยู่นั้นเอง อย่างไรก็ตาม หลักทักษะ แรงงานและวิจารณญาณได้ถูกพัฒนาอย่างต่อเนื่องเรื่อยมาจนมีแนวทาง การวินิจฉัยเกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลในหลาย ๆ กรณีซึ่งอาจนำมาปรับใช้กับคดีอื่น ๆ ได้เป็นการทั่วไป เช่น ในคดี Ladbroke Football Ltd v William Hill Football Ltd 1964 ซึ่งมีสาระสำคัญคือ คูปองสำหรับพนันฟุตบอลซึ่งมีเพียงชื่อบริษัทผู้รับพนัน รายชื่อการแข่งขันที่สามารถพนันได้ในวันนั้นและอัตราต่อรอง ถือเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรมที่ผู้สร้างสรรค์ได้ใช้หลักทักษะ แรงงานและวิจารณญาณในการสร้างสรรค์แล้ว กล่าวคือการเลือกคู่แข่งขันที่น่าสนใจ การกำหนดอัตราต่อรองตลอดการกำหนดรูปแบบของคูปองก็เพียงพอแล้ว จากคำพิพากษาในคดีแสดงให้เห็นว่าศาลของสหราชอาณาจักร การนำหลักทักษะ แรงงานและวิจารณญาณที่ใช้ในการสร้างสรรค์แต่ละงานจะต้องพิจารณาถึงภาพรวมของการสร้างสรรค์งานนั้นทั้งงานว่าได้ใช้หลักทักษะ แรงงานและวิจารณญาณ

เพียงพอหรือไม่ ไม่ใช่เพียงส่วนใดส่วนหนึ่งของงานนั้น ๆ และระดับของ หลักทักษะ แรงงานและวิจารณญาณไม่จำเป็นต้องอยู่ในระดับสูง

จากคดีของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรเป็นเรื่องที่น่าคิดว่าจะใช้ทฤษฎีใดมาวัดในเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ทั้งประเทศระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ก็จะพิจารณาในส่วนของตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้และจะมีช่องในการให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดขึ้น ซึ่งในส่วนนี้ก็จะทำให้เกิดความแตกต่างกันของแต่ละประเทศและทำให้ศาลต้องตีความโดยใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาไปแต่ละคดีไป ซึ่งการใช้ดุลพินิจดังกล่าวทำให้เกิดความแตกต่างกันที่ไม่สามารถยอมรับในอีกประเทศหนึ่งได้ในบางกรณี ซึ่งจากตัวอย่างเช่นในคดี ในคดี Feist Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Company ซึ่งกรณีนี้สหรัฐอเมริกายอมรับได้ถึงผลการตัดสิน แต่หากคดีนี้เกิดขึ้นในสหราชอาณาจักร สหราชอาณาจักรกลับยอมรับไม่ได้ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงมุมองที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศ

ในส่วนของประเทศญี่ปุ่น ศาลสูงประเทศญี่ปุ่นมีคำพิพากษารับรองว่า งานอันมีลิขสิทธิ์ต้องเป็นการแสดงออกทางความคิด (Thoughts) หรืออารมณ์ความรู้สึก (Sentiments) ของผู้สร้างสรรค์ดังปรากฏตามคำพิพากษาของศาลสูง เมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 2000 ว่า จดหมายส่วนตัว แม้ว่าผู้เขียนจะไม่มีเจตนาเผยแพร่ข้อมูลในจดหมายก็ตาม เมื่อผู้เขียนจดหมายได้เขียนจดหมายขึ้นสมบูรณ์จดหมายนั้นย่อมเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ เพราะตามกฎหมายลิขสิทธิ์การแสดงออกซึ่งความคิดตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น กฎหมายมิได้กำหนดรูปแบบวิธีการไว้ เพียงแต่ผู้แสดงออกทางความคิดหรืออารมณ์ดังกล่าวต้องเป็นมนุษย์เท่านั้น นอกจากนี้แม้ว่าหลักกฎหมายเรื่อง ความคิดสร้างสรรค์ (Creative) ไม่ปรากฏอยู่ตามบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ก็ตาม แต่ศาลสูงประเทศญี่ปุ่นก็ได้รับรองหลักการเรื่องความคิดสร้างสรรค์ (Creative) ไว้ในคำพิพากษา โดยศาลสูงวางแนวคำพิพากษาว่า งานอันมีลิขสิทธิ์ต้องเป็นงานในแผนกวรรณคดี ศิลปะ และดนตรี โดยผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้น

ในส่วนของมุมมองของประเทศกำลังพัฒนาอย่างเช่นสาธารณรัฐอินเดียและประเทศไทยนั้นหากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าในสาธารณรัฐอินเดียมีคดี ในกรณี Kartar singh giani v. Ladha singh ในอินเดีย ศาลสูงสุดกล่าวว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้ห้ามเราจากการดัดแปลงหรือเสริมเติมแต่งงานต้นฉบับของคนอื่น ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการนำงานสร้างสรรค์ของบุคคลอื่นมาดัดแปลงหรือเสริมแต่งงานต้นฉบับของบุคคลอื่นย่อมกระทำได้ และคดี Eastern Book Company v. DCB Mudak ซึ่งการตัดสินคดีนี้ของศาลอินเดียก่อให้เกิดหลักการความคิดสร้างสรรค์ที่เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) และหลักทักษะและวิจารณญาณ (Skill and Judgment) เกิดขึ้นในหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ ซึ่งหลักการดังกล่าวยังคงเป็นที่ยอมรับในปัจจุบันของกฎหมายลิขสิทธิ์สาธารณรัฐอินเดีย

สำหรับประเทศไทยในเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้น เมื่อมีการบัญญัติกฎหมายตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในส่วนของความหมายของคำว่าผู้สร้างสรรค์หมายความว่า “ผู้ทำหรือผู้ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์” การที่จะพิจารณาว่างานประเภทต่าง ๆ เป็นงานสร้างสรรค์ตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองหรือไม่ ก็ต้องนำหลักความคิดสร้างสรรค์มาพิจารณากับงานวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม ว่างานดังกล่าวมีความคิดสร้างสรรค์ที่มีระดับที่สมควรได้รับความคุ้มครองหรือไม่

สำหรับประเด็นปัญหาที่มีความจำเป็นที่จะต้องวิเคราะห์ต่อไปมีว่า เมื่อพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติไว้เพียงว่า งานที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์จะต้องเป็นงานสร้างสรรค์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง ซึ่งคำว่า “งานสร้างสรรค์” โดยงานสร้างสรรค์มิได้มีบทบัญญัติกำหนดไว้ว่า จะต้องเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีมาตรฐานระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระดับใด ถึงจะเป็นงานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ จึงทำให้เกิดปัญหาการตีความในเรื่องมาตรฐานระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่แตกต่างกันออกไป เมื่อบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย ในเรื่องของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ ยังขาดมาตรฐานชัดเจนและแน่นอน ย่อมส่งผลกระทบต่อการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลไทย กล่าวคือเมื่อมีคดีลิขสิทธิ์ขึ้นสู่การพิจารณาและพิพากษา ศาลมีความจำเป็นจะต้องใช้ดุลยพินิจในการตีความและวางแนวทางในการวินิจฉัย เพื่อพิจารณาและพิพากษาคดีลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้น ซึ่งการใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาพิพากษาคดีลิขสิทธิ์ย่อมก่อให้เกิดความแตกต่างของการพิจารณาพิพากษาว่าประเภทของงานใดจะเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งในบางคดีศาลวางระดับความสร้างสรรค์ของงานไว้สูงมาก บางคดีศาลได้เพิ่มเติมนอกเหนือเกณฑ์ที่มีในกฎหมายลิขสิทธิ์และบางคดีกลับกำหนดขั้นของงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้ต่ำมาก

จากการศึกษาและเปรียบเทียบความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ในระบอบลิขสิทธิ์ ภายใต้กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไรพบว่าในแต่ละประเทศมีหลักการของการพิจารณาในเรื่องระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่แตกต่างกันออกไป แต่ก็มีจุดที่สามารถเป็นจุดร่วมกันของแต่ละประเทศที่จะสามารถนำมาใช้เป็นหลักการสำหรับการพัฒนาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ ซึ่งจะนำไปใช้วิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป

บทที่ 5

วิเคราะห์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์

ในส่วนของบทที่ 5 นี้ผู้เขียนต้องการวิเคราะห์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ โดยผู้เขียนได้จำแนกหัวข้อที่นำมาเป็นประเด็นศึกษาวิเคราะห์ ได้แก่ การวิเคราะห์คำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ เพื่อที่จะได้วิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบในส่วนของความตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย การวิเคราะห์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านทฤษฎีทางกฎหมายลิขสิทธิ์ ผ่านมุมมองของทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเจ้าของสิทธิจากงานสร้างสรรค์ จากนั้นผู้เขียนจะมุ่งวิเคราะห์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านมิติด้านเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรม เพื่อที่จะนำไปสู่การกำหนดระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภท

ในส่วนของการวิเคราะห์ในประเด็นที่มีการกล่าวถึงมาทั้งหมดนี้ คำว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ (Originality) จากที่ได้มีการศึกษาหรือได้มีการทบทวนวรรณกรรมมาแล้ว จะเห็นได้เลยว่าปัญหาของคำว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์คือหลักเกณฑ์ คำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของแต่ละประเทศนั้นมีความแตกต่างกันและในส่วนของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศก็ไม่ได้มีการที่จะให้ในส่วนของคำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบหรือหลักเกณฑ์อย่างชัดเจน ทำให้ปัญหาจะตกอยู่กับเหตุผลของการใช้คำพิพากษาหรือการใช้แนวปฏิบัติที่แต่ละประเทศต้องยึดถือหรือต้องปฏิบัติตาม แต่อย่างไรก็ดีก็ยังทำให้เกิดปัญหาอื่นตามมาก็คือ ในเรื่องของเนื้อหาประเภทของงานสร้างสรรค์ที่จะทำให้เรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตรงนี้ก็ต้องมีการพิจารณาถึงความลึก ความตื้น ความหนา หรือในเรื่องของผลสำเร็จที่แตกต่างกันไปด้วย ทั้งนี้ในการที่จะให้หรือไม่ให้เป็นงานสร้างสรรค์ที่ได้รับการคุ้มครอง การที่จะพิจารณาตรงจุดนี้ก็จะเป็นประเด็นที่ผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ต่อไป ทั้งนี้ในส่วนของหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่เป็นประเด็นสำคัญอีกส่วนหนึ่งก็คือบทบัญญัติ ข้อ 27 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights) ซึ่งกำหนดไว้ว่า

1) ทุกคนมีสิทธิที่จะเข้าร่วมในชีวิตทางวัฒนธรรมของประชาชนโดยอิสระ ที่จะบันเทิงใจในศิลปะและที่จะมีส่วนในความรุดหน้าและคุณประโยชน์ทางวิทยาศาสตร์

2) ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองผลประโยชน์ทางศีลธรรมและวัตถุอันเป็นผลจากการประดิษฐ์กรรมใด ๆ ทางวิทยาศาสตร์ วรรณกรรม และศิลปกรรม ซึ่งตนเป็นผู้สร้าง

จากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนใน ข้อ 27 (1) แสดงให้เห็นถึงสิ่งที่เป็นสังคม โดยสิ่งต่าง ๆ เหล่านี้เป็นสิทธิมนุษยชนที่ทุกคนจะได้รับประโยชน์จากศิลปะ และข้อ 27 (2) ผู้สร้างสรรค์จะได้รับการคุ้มครองในสิ่งซึ่งเป็นสิทธิในเชิงวัตถุและสิทธิในทางศีลธรรมอันเป็นผลมาจากวรรณกรรมและศิลปกรรม ดังนั้น ข้อ 27 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจึงเป็นฐานว่าทุกคนมีสิทธิในการที่จะได้รับการคุ้มครอง แต่ฐานแห่งการคุ้มครองดังกล่าวเป็นฐานแห่งการคุ้มครองโดยปกติซึ่งมิได้กล่าวว่างานสร้างสรรค์มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เป็นอย่างไรหรืองานสร้างสรรค์มีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แค่ไหน แต่ปฏิญญาสากลข้อ 27 ไปคุ้มครองงานที่ได้พัฒนาออกไปเป็นงานวรรณกรรมและศิลปกรรม ดังนั้นในเมื่อเกิดการคุ้มครองแล้วจะเป็นอย่างไรให้ตรงตามกรอบของลิขสิทธิ์ซึ่งก็จะต้องพิจารณาถึงรายละเอียดอีกครั้ง

5.1 วิเคราะห์คำนิยาม ขอบเขต และองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

สำหรับการวิเคราะห์นี้ ผู้เขียนวิเคราะห์ถึงถึงคำนิยาม ขอบเขต และองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ ทั้งในส่วนเนื้อหาของกฎหมายระหว่างประเทศในส่วนของความตกลงระหว่างประเทศและกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศต่าง ๆ รวมทั้งกรณีศึกษาและคำพิพากษาที่สำคัญของประเทศไทยและต่างประเทศ มาเป็นแนวทางในการวิเคราะห์

5.1.1 คำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

เรื่องของคำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ เป็นเรื่องที่ท้าทายอย่างมากโดยทุก ๆ ประเทศ องค์กรระหว่างประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ได้มีการกำหนดเรื่องนี้ไว้ แต่อย่างไรก็ตามในลักษณะของการที่จะให้มีการกำหนดในส่วนของคำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของแต่ละประเทศไว้อย่างชัดเจนนั้น ประเทศต่าง ๆ ก็มีข้อโต้แย้งว่าการให้คำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติของกฎหมายก็จะเป็นการบัญญัติที่เฉพาะเจาะจงจนเกินไป แต่พอไม่ได้ให้คำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์อย่างชัดเจน ก็จะต้องใช้ในส่วนของการพิจารณาของศาลนั้นก็มีผลทำให้เกิดความไม่แน่ใจในเรื่องของการตีความหรือการสร้างเงื่อนไขในหลักเกณฑ์ที่มาประกอบการพิจารณา ดังนั้นในส่วนนี้เองทำให้ในเรื่องของคำนิยามและขอบเขตของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ จึงต้องอาศัยแนวคำพิพากษาศาล

ฎีกาหรือแนวปฏิบัติของแต่ละประเทศ ดังนั้นในการที่จะกล่าวถึงเรื่องนี้จึงต้องอาศัยกรณีศึกษาโดยผู้เขียนจะขอวิเคราะห์ดังนี้

ในส่วนของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องลิขสิทธิ์ ไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศได้มีการบัญญัติและกล่าวถึงเพียงว่างานสร้างสรรค์ประเภทใดที่ได้รับความคุ้มครองอย่างงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่ในเนื้อหาบทบัญญัติของอนุสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวมิได้มีการบัญญัติถึงคำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้อย่างชัดเจนแต่ประการใด ไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) ซึ่งในมาตรา 2 (1) (3) และ(5) ได้กล่าวถึงการแสดงออกซึ่งความคิดในงานประเภทต่าง ๆ ที่จะได้รับความคุ้มครองไว้เท่านั้น หากพิจารณากล่าวถึงคำว่า ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตามอนุสัญญากรุงเบอร์นก็จะพบว่าในเนื้อหาทั้งหมดของอนุสัญญามิได้กล่าวถึงนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้โดยตรง แต่ให้ประเทศภาคีสมาชิกบัญญัติในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้นเอง ซึ่งส่งผลให้ประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญา ยังคงมีความขัดแย้งในการตีความคำว่า ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ทำให้เกิดมาตรฐานที่ไม่เท่ากันในการคุ้มครองสิทธิ์

อนึ่งหลักเกณฑ์ว่าด้วยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่ไม่ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนในอนุสัญญากรุงเบอร์นแต่ในเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎหมายหรือเอกสารที่มีส่วนต่อการตีความตัวบทกฎหมายในการประชุม Brussels Revision Conference ระบุว่าประเด็นเรื่อง Intellectual Creation (การสร้างสรรค์ทางปัญญา) ถือเป็นสิ่งที่ต้องอยู่ภายในแนวคิดของงานด้านวรรณกรรมและศิลปกรรม อาจกล่าวได้ว่าแนวคิดนี้ได้แสดงไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 2 (5) ซึ่งพูดถึงการรวบรวมงานด้านวรรณกรรมและศิลปกรรมว่าเป็นการสร้างสรรค์ทางปัญญาจากการเลือกและจัดวางเนื้อหา โดยมีนักวิชาการด้านกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กล่าวว่าการระบุอย่างชัดเจนเช่นนี้ถือเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับงานดังกล่าวแต่ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องระบุไว้สำหรับการสร้างสรรค์งานหลัก ๆ ในมาตรา 2 (1) อย่างไรก็ตามแทบไม่มีหลักเกณฑ์ชัดเจนที่พูดถึงการสร้างสรรค์ทางปัญญาว่ามองจากอะไร และดังนั้นประเทศสมาชิกอาจจะหรือมีการดำเนินงานที่แตกต่างกันต่อมาตรฐานที่ต่ำที่สุดในเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์[177]

ในส่วนของความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights) ข้อตกลง TRIPS ก็มิได้บัญญัติหรือ

---

[177] Sam Ricketson and Jane C. Ginsburg, **International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond**, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2005).

กำหนดไว้ในเรื่องของคำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เช่นเดียวกัน แต่ให้ประเทศภาคีสมาชิกกำหนดหรือบัญญัติขึ้นมาเอง โดยคำนึกถึงหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ในการที่จะดำเนินการในเรื่องดังกล่าว โดยพิจารณาถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เป็นสำคัญ ในส่วนของสนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty) ได้มีการดำเนินการโดยใช้อนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม เป็นกฎหมายที่เป็นรูปแบบและนำมาประยุกต์ใช้กับเรื่องเทคโนโลยีเป็นสำคัญ ซึ่งก็มิได้มีการให้คำจำกัดความหรือมิได้อธิบายในตัวของคำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้เช่นกัน

เมื่อในส่วนของสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศที่ได้มีการดำเนินการลักษณะดังกล่าวข้างต้นโดยไม่ได้มีการกำหนดคำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อประเทศภาคีสมาชิกในการวางหลักเกณฑ์และหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์และประเทศภาคีสมาชิกเกิดการวางหลักเกณฑ์และหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่มีความตกต่างกันออกไปโดยอาศัยทฤษฎีทางกฎหมายลิขสิทธิ์ตามแนวทางการวินิจฉัยของศาลในแต่ละประเทศดังนี้

ทางด้านของสหราชอาณาจักร ก็เป็นภาคีสมาชิกของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมและความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (ข้อตกลง TRIPS) ซึ่งว่าด้วยเรื่องการคุ้มครองลิขสิทธิ์และในส่วนของสหราชอาณาจักรก็รับการอนุวัตรการกฎหมายระหว่างประเทศนี้เข้ามาใช้กับกฎหมายภายในโดยการกำหนดในเรื่องของกฎหมายที่คุ้มครองลิขสิทธิ์ที่ชื่อว่า Copyright Designs and Patents Act 1988 ซึ่งบทบัญญัติในมาตรา1 (1) (a)[178] (b)[179] ได้กล่าวถึงประเภทของงานลิขสิทธิ์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองไว้เท่านั้น โดยมิได้มีการกล่าวถึงในเรื่องของคำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ว่าเป็นอย่างไร แต่กลับกลายเป็นว่าในส่วนขององค์ประกอบที่ผู้เขียนได้มีการกล่าวถึงแล้วในการที่สหราชอาณาจักรให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์ก็จะต้องอยู่ภายใต้การยึดโยงว่างานนั้นจะต้องมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ทั้งนี้ก็จึงได้กลายมาเป็นประเด็นที่สหราชอาณาจักรต้องใช้วิธีวางมาตรการของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านการวินิจฉัยคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นในกรณีศึกษาจากคำพิพากษาของศาลในคดี Ladbroke Football Ltd v. William Hill Football Ltd.[180] ซึ่งในคดีดังกล่าวเป็นเพียงแค่เป็นการนำคูปองสำหรับพนันฟุตบอลซึ่งมีเพียงชื่อบริษัทผู้รับ

---

[178] ให้การคุ้มครอง งานวรรณกรรม งานนาฏกรรม งานดนตรีกรรม และงานศิลปกรรม

[179] ให้การคุ้มครองในส่วนของงานภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง และงานแพร่เสียงแพร่ภาพ

[180] คดี Ladbroke Football Ltd v William Hill Football Ltd ซึ่งมีสาระสำคัญคือคูปองสำหรับพนันฟุตบอลซึ่งมีเพียงชื่อบริษัทผู้รับพนัน รายชื่อการแข่งขันที่สามารถพนันได้ในวันนั้นและ

พนัน รายชื่อการแข่งขันที่สามารถพนันได้ในวันนั้นและอัตราต่อรอง ศาลได้ตัดสินว่างานดังกล่าวเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรมที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้การคุ้มครองแล้ว โดยถือว่าผู้สร้างสรรค์งานได้ใช้ทักษะ แรงงานและวิจารณญาณแล้ว (Skill Labor and Judgement)

ในส่วนของสหรัฐอเมริกาก็เป็นภาคีสมาชิกของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมและความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (ข้อตกลง TRIPS) ซึ่งว่าด้วยเรื่องการคุ้มครองลิขสิทธิ์ และในส่วนของสหรัฐอเมริกาก็รับการอนุวัตรการกฎหมายระหว่างประเทศนี้เข้ามาใช้กับกฎหมายภายในโดยการกำหนดในเรื่องของกฎหมายที่คุ้มครองลิขสิทธิ์ที่ชื่อว่า The Copyright Act 1967 ซึ่งบทบัญญัติในมาตรา 102 (a) (b) นั้นกฎหมายได้บัญญัติเอาไว้เพียงว่าลิขสิทธิ์เป็นงานริเริ่มของผู้สร้างสรรค์ (Original Works Authorship) และไม่คุ้มครองไปถึงลิขสิทธิ์ของข้อมูลโดยไม่ได้กำหนดเอาไว้ว่าอย่างไรจึงจะถือเป็น “การริเริ่มสร้างสรรค์” อันจะทำให้งานนั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายขึ้นมาได้ ทั้งไม่ได้กล่าวถึงคำนิยามและขอบเขตความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ว่าเป็นอย่างไร แต่กลับกลายเป็นว่าในส่วนขององค์ประกอบที่ผู้เขียนได้มีการกล่าวถึงแล้วในการที่สหรัฐอเมริกาให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์ก็จะต้องอยู่ภายใต้การยึดโยงว่างานนั้นจะต้องมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ทั้งนี้ก็จึงได้กลายมาเป็นประเด็นที่สหรัฐอเมริกาต้องใช้วิธีวางมาตรการของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านการวินิจฉัยคดีที่เกิดขึ้นในคดี Feist Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Company Inc.[181] ว่าในกรณีหากเป็นข้อเท็จริง (Fact) เช่นข้อมูลรายชื่อผู้ใช้

อัตราต่อรอง ถือเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรมที่ผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ Skill Labor and Judgement ในการสร้างสรรค์แล้ว กล่าวคือ การเลือกคู่แข่งขันที่น่าสนใจ การกำหนดอัตราต่อรอง ตลอดการกำหนดรูปแบบของคูปองก็เพียงพอแล้ว จากคำพิพากษาในคดีแสดงให้เห็นว่าศาลของสหราชอาณาจักร การนำหลัก Skill Labor and Judgement ที่ใช้ในการสร้างสรรค์แต่ละงานจะต้องพิจารณาถึงภาพรวมของการสร้างสรรค์งานนั้นทั้งงานว่าได้ใช้ Skill, Labor and Judgement เพียงพอหรือไม่ ไม่ใช่เพียงส่วนใดส่วนหนึ่งของงานนั้น ๆ และระดับของ Skill Labor and Judgement ไม่จำเป็นต้องอยู่ในระดับสูง

[181] คดี Feist Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Company ที่ได้วินิจฉัยไว้ว่า ข้อมูลชื่อและเบอร์โทรศัพท์ของผู้ใช้บริการโทรศัพท์ใน หน้าขาว ของ Rural Telephone Service Company ไม่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้นการที่ Feist Publication นำข้อมูลดังกล่าวไปใช้ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยมีเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยสรุปได้ว่า รัฐธรรมนูญ Article 1,Section 8, Clause 8 วางกรอบให้ Originality เป็นองค์ประกอบของงานที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ โดยเกณฑ์ของ Originality ถือการสร้างสรรค์งานที่มีระดับการสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum creativity) ซึ่ง

โทรศัพท์และข้อมูลที่อยู่นั้นเพียงพอที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่นั้น ซึ่งศาลสูงสุดได้วางหลักการหรือหลักเกณฑ์อันเป็นสาระสำคัญว่า หากเป็นเรื่องของข้อเท็จจริง ข่าวสาร หรือสิ่งที่มีอยู่แล้วนั้นไม่สามารถที่จะเกิดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่จะถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ อันเนื่องมาจากการที่นำข้อมูลที่มีอยู่แล้วนำมาประมวลและรวบรวมโดยที่ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงการสร้างสรรค์แต่อย่างใด ซึ่งจากกรณีศึกษาดังกล่าวมีคำสำคัญและมีนัยที่แสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ดุลพินิจ โดยการใช้หลักเกณฑ์ศาลกำลังมองว่าทางด้านของข้อเท็จจริง การรวบรวมข้อมูล การรวบรวมความจริงที่เกิดขึ้นในเชิงที่มีการใช้หรือมีการปฏิบัติกันอยู่แล้ว สิ่งดังกล่าวไม่สามารถที่จะแสดงให้เห็นถึงความสร้างสรรค์ หลักเกณฑ์ตรงนี้ที่จะนำมาวัดได้และถึงแม้ว่าจะมีในส่วนของหยาดเหงื่อและแรงงานที่กระทำออกไปแต่หยาดเหงื่อแรงงานดังกล่าวนั้นทำให้เกิดงานขึ้น แต่หยาดเหงื่อและแรงงานดังกล่าวนั้นไม่ได้ถูกพัฒนาว่าให้เกิดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ แต่เป็นหยาดเหงื่อแรงงานที่มาจากสิ่งที่มีอยู่เดิมเพียงแค่นำมารวบรวม ซึ่งจากตรงนี้แสดงให้เห็นว่า ไม่เข้าครบองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

จากคำวินิจฉัยในคดี Feist Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Company ผู้พิพากษา O'Cornor ได้วินิจฉัยโดยให้เหตุผลของคำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้มีสาระสำคัญว่า"องค์ประกอบพื้นฐานของงานลิขสิทธิ์คือความคิดริเริ่มและแนวความคิดของกฎหมายลิขสิทธิ์ถือว่าความคิดริเริ่มเป็นสิ่งจำเป็นที่งานสร้างสรรค์ในทุกงานต้องมีก่อนที่จะได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยไม่คำนึงรูปแบบใด ๆ ของงานสร้างสรรค์" และในคดีดังกล่าวยังทำให้ได้คำตอบในส่วนของคำว่าความคิดริเริ่ม (Originality) และความคิดสร้างสรรค์ (Creativity) ใน

ต้องการการริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์งานในระดับที่ต่ำมาก ขอเพียงมีระดับของความสร้างสรรค์เพียงเล็กน้อยก็พอแล้วและระดับของการริเริ่มสร้างสรรค์ไม่ต้องถึงขนาดมีความใหม่ แม้มีงานสร้างสรรค์อื่นที่เหมือนกันมาอยู่ก่อนก็อาจถือว่างานที่ทำในภายหลังมี Originalityได้ หากไม่ได้ทำจากการลอกเลียนงานเดิม แต่หน้าขาว ที่พิพาทกันในคดีนี้ไม่เป็นข้อมูลที่แสดงให้เห็นการริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์เลยและไม่อาจถือเป็นงานอันจะได้รับความคุ้มครองในฐานะงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยสิ่งที่เป็นข้อมูลสามารถได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้หากว่ามีองค์ประกอบของความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์ โดยอาจเป็นการคัดเลือกข้อมูลที่ใช้ อาจมีการจัดลำดับข้อมูล หรือการจัดข้อมูลให้ผู้อ่านหรือผู้ใช้งานสามารถใช้งานได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในกรณีเหล่านี้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์สามารถขยายมาถึงส่วนที่เป็นการจัดข้อมูลที่มีการริเริ่มสร้างสรรค์ได้ แต่ไม่ใช่สิ่งที่เป็นข้อมูลนั้นเองอย่างข้อมูลของหน้าขาวในคดีนี้ การแบ่งแยกสิ่งที่เป็นข้อมูลกับการแสดงออกของงาน จึงมีความชัดเจนว่า งานที่เป็นเรื่องข้อมูลเพียงอย่างเดียวไม่ได้รับความคุ้มครองในฐานะของงานอันมีลิขสิทธิ์

งานที่ผู้สร้างสรรค์ได้แสดงออกเป็นคำคำเดียวกันหรือไม่ และมีขอบเขตที่กว้างแคบหรือมีขอบเขตที่ลึกไม่ลึกอย่างไรนั้น ซึ่งศาลสูงสุดวินิจฉัยไว้ในลักษณะว่าความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์ เป็นคำที่มีความหมายเดียวกันและมีขอบเขตคำทั้งสองคำดังกล่าวมีขอบเขตที่ทับซ้อนกันเกือบทั้งหมดจนแทบจะถือว่าเป็นเกณฑ์เดียวกันได้เพียงแต่ให้ความสำคัญกับมุมมองที่แตกต่างกันอยู่บ้างเล็กน้อยเท่านั้น เนื่องจากสหรัฐอเมริกาใช้ทั้งคำว่าความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์ร่วมกัน[182]

ในส่วนของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ผู้สร้างสรรค์ได้แสดงออกมานั้นจะต้องเป็นงานที่มีทั้งความคิดริเริ่ม (Originality) และความคิดสร้างสรรค์ (Creativity) ในงานหรือไม่นั้น ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่าความคิดริเริ่มนั้นจะมาพร้อมกับความคิดสร้างสรรค์ เนื่องจากคำทั้ง 2 คำดังกล่าวนั้นเป็นคำที่เอื้อซึ่งกันและกัน อันเนื่องมาจากหากมีการกล่าวถึงความคิดริเริ่มแล้วก็จะต้องมีในส่วนของความคิดสร้างสรรค์เข้ามาด้วย ซึ่งหลักการที่สำคัญก่อนที่จะมีการสร้างสรรค์คือจะต้องมีการริเริ่มก่อน ดังนั้นความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์จึงเป็นคำคำเดียวกันที่ครอบคลุมถึงความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์ เนื่องจากเป็นคำนิยามที่หมายความรวมทั้งความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์ เพราะการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นมานั้น ก็จะต้องพิจารณาทั้งในส่วนของงานว่างานนั้นมีความคิดริเริ่มหรือไม่และเมื่อพิจารณาในส่วนของความคิดริเริ่มและก็ต้องมาพิจารณาในส่วนของงานว่างานนั้นมีความคิดสร้างสรรค์ในระดับที่เหมาะสมที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหมายหรือไม่ต่อไป เพราะหากงานนั้นไม่มีความคิดริเริ่ม ความคิดสร้างสรรค์ก็ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ในงานนั้น หรือต่อให้งานนั้นเป็นงานที่มีความคิดริเริ่ม แต่งานนั้นไม่มีความคิดสร้างสรรค์ งานนั้นก็ไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้นจึงวิเคราะห์ได้ว่างานที่กฎหมายคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์จะต้องเป็นงานที่มีความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์รวมไปด้วยกันในงานนั้น

อนึ่งหากเป็นการรวมบรวมข้อมูลต่าง ๆ แล้วนำข้อมูลนั้นมาจำแนกประเภทและจัดหมวดหมู่ของข้อมูลที่ได้มีการรวบรวมมานั้นก็แสดงให้เห็นถึงความวิริยะอุตสาหะและหยาดเหงื่อแรงงานของผู้สร้างสรรค์ที่ได้นำไปใช้เพิ่มเติมต่องานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้น ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นถึงการสร้างสรรค์ที่มีขึ้นในงานที่รวบรวม หากผู้เขียนนำคดี Macmillan & Co Ltd v. K & J Cooper[183] ของศาลสหราช

---

[182] จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ และภูมินทร์ บุตรอินทร์, **คำอธิบายกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**, หน้า 207.

[183] คดี Macmillan & Co Ltd v. K & J Cooper ของศาลสหราชอาณาจักรมาวิเคราะห์เปรียบเทียบก็จะพบว่า การรวบรวมงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น ถึงแม้ว่าเป็นการรวบรวมข้อมูลต่าง ๆ จำนวนมาก ซึ่งหากพิจารณาที่ตัวข้อมูลแล้วอาจกล่าวได้ว่าไม่มีความใหม่เลย แต่การรวบรวมข้อมูลดังกล่าวอาจเป็นสิ่งใหม่ตามวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ กล่าวคือในกรณีดังกล่าวกฎหมายลิขสิทธิ์จะให้ความคุ้มครองแก่ผู้รวบรวมด้วยเหตุผลที่ว่า บุคคลดังกล่าวได้ใช้ความคิดริเริ่มและ

อาณาจักรมาวิเคราะห์เปรียบเทียบก็จะพบว่า การรวบรวมงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น ซึ่งหากพิจารณาที่ตัวข้อมูลแล้วอาจกล่าวได้ว่าไม่มีความใหม่เลย แต่การรวบรวมข้อมูลดังกล่าวอาจเป็นสิ่งใหม่ตามวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ บุคคลดังกล่าวได้ใช้ความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์ในการคิดพิจารณาและคัดเลือกข้อมูลขึ้นมาโดยการนำมารวบรวม จัดลำดับ จัดวางใหม่ทำให้เกิดความสะดวกหรือง่ายต่อการค้นคว้าข้อมูล หรือง่ายต่อการทำความเข้าใจของบุคคลทั่วไปที่จะนำข้อมูลไปใช้ประโยชน์เช่นนี้ก็ทำให้ผู้รวบรวมได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในฐานะเป็นผู้รวบรวมงานได้

ในส่วนของประเทศญี่ปุ่นก็เป็นภาคีสมาชิกของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมและความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (ข้อตกลง TRIPS) ซึ่งว่าด้วยเรื่องการคุ้มครองลิขสิทธิ์ และในส่วนของประเทศญี่ปุ่นก็รับการอนุวัตรการกฎหมายระหว่างประเทศนี้เข้ามาใช้กับกฎหมายภายในโดยการกำหนดในเรื่องของกฎหมายที่คุ้มครองลิขสิทธิ์ที่ชื่อว่า พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2513 แก้ไขเพิ่มเติมพ.ศ. 2545 ซึ่งบทบัญญัติในมาตรา 10 (1)[184] ได้กล่าวถึงประเภทของงานลิขสิทธิ์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองไว้เท่านั้น โดยมิได้มีการกล่าวถึงในเรื่องของคำนิยามและขอบเขตของ

ความคิดสร้างสรรค์ ในการคิดพิจารณาและคัดเลือกข้อมูลขึ้นมาโดยการนำมารวบรวม จัดลำดับ จัดวางใหม่ทำให้เกิดความสะดวกหรือง่ายต่อการค้นคว้าข้อมูล หรือง่ายต่อการทำความเข้าใจของบุคคลทั่วไปที่จะนำข้อมูลไปใช้ประโยชน์เช่นนี้ก็ทำให้ผู้รวบรวมได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในฐานะเป็นผู้รวบรวมงานได้ แต่หากเป็นเพียงการรวบรวมหรือการสะสมในลักษณะที่ไม่ได้ใช้ทักษะหรือสติปัญญาความคิดสร้างสรรค์ใด หรือมิได้ใช้การพิเคราะห์หรือพินิจพิจารณาหรือมิได้ใช้แรงงานในการสร้างสรรค์นั้นอย่างเพียงพอ ผู้รวบรวมหรือสะสมงานนั้นก็มิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ซึ่งงานดังกล่าวจะแตกต่างจากคดีข้างต้นที่ผู้รวบรวมได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ เพราะได้ใช้สติปัญญาความคิดสร้างสรรค์อย่างเพียงพอ โดยได้ใช้ทักษะความสามารถในการคัดเลือก การจัดลำดับข้อมูลจนทำให้เกิดความสะดวกหรือง่ายต่อการค้นคว้าข้อมูลที่เกิดจากการรวบรวมนั้น ดังนั้นงานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักรจึงพิจารณาถึงเรื่อง การลงทุน ลงแรงเป็นสำคัญและหลักในการตัดสินคดีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าลิขสิทธิ์ไม่ได้มีความมุ่งหมายในการปกป้องความคิดของบุคคล แต่ให้ความคุ้มครองงานที่เกิดจากหยาดเหงื่อแรงงานในการลงทุนสร้างสรรค์มากกว่า กล่าวคือบุคคลสามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานที่สร้างสรรค์ขึ้นโดยมีการลงทุน ใช้ทักษะเพิ่มเติม การใช้แรงงานของตน แม้จะไม่ได้เกิดขึ้นจากความคิดของตนทั้งหมดก็ตาม

[184] งานลิขสิทธิ์ได้แก่ งานวรรณกรรม งานดนตรีกรรม งานนาฏกรรม งานศิลปกรรม งานสถาปัตยกรรม งานสิ่งบันทึกเสียง งานภาพถ่าย งานภาพยนตร์ งานแพร่เสียงแพร่ภาพโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งงานที่สร้างสรรค์ขึ้น

ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ว่าเป็นอย่างไรแต่กลับกลายเป็นว่าในส่วนขององค์ประกอบที่ผู้เขียนได้มีการกล่าวถึงแล้วในการที่ประเทศญี่ปุ่นให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์ก็จะต้องอยู่ภายใต้การยึดโยงว่างานนั้นจะต้องมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ทั้งนี้ก็จึงได้กลายมาเป็นประเด็นที่ประเทศญี่ปุ่นต้องใช้วิธีวางมาตรการของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านการวินิจฉัยคดีที่เกิดขึ้นในคำพิพากษารับรองว่างานอันมีลิขสิทธิ์ต้องเป็นการแสดงออกทางความคิด (Thoughts) หรืออารมณ์ความรู้สึก (Sentiments) ของผู้สร้างสรรค์ จดหมายส่วนตัวเมื่อผู้เขียนจดหมายได้เขียนจดหมายขึ้นสมบูรณ์จดหมายนั้นย่อมเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ เพราะตามกฎหมายลิขสิทธิ์การแสดงออกซึ่งความคิดตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น กฎหมายมิได้กำหนดรูปแบบวิธีการไว้ เพียงแต่ผู้แสดงออกทางความคิดหรืออารมณ์ดังกล่าวต้องเป็นมนุษย์เท่านั้น นอกจากนี้แม้ว่าหลักกฎหมายเรื่องความคิดสร้างสรรค์ (Creative) ไม่ปรากฏอยู่ตามบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ก็ตาม แต่ศาลสูงประเทศญี่ปุ่นก็ได้รับรองหลักการเรื่องความคิดสร้างสรรค์ (Creative) ไว้ในคำพิพากษาโดยศาลสูงวางแนวคำพิพากษาว่า งานอันมีลิขสิทธิ์ต้องเป็นงานในแผนกวรรณคดี ศิลปะ และดนตรี โดยผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้น

ในขณะเดียวกันเมื่อมองไปที่สาธารณรัฐอินเดียก็เป็นภาคีสมาชิกของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญากรุงเบอร์น่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมและความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (ข้อตกลง TRIPS) ซึ่งว่าด้วยเรื่องการคุ้มครองลิขสิทธิ์และในส่วนของสาธารณรัฐอินเดียก็รับการอนุวัตรการกฎหมายระหว่างประเทศนี้เข้ามาใช้กับกฎหมายภายในโดยการกำหนดในเรื่องของกฎหมายที่คุ้มครองลิขสิทธิ์ที่ชื่อว่าพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2500 ซึ่งบทบัญญัติในมาตรา 13 (1) (a)[185] ได้กล่าวถึงประเภทของงานลิขสิทธิ์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองไว้เท่านั้น โดยในส่วนของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์นั้นก็มิได้มีการกล่าวถึงในเรื่องของคำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ว่าเป็นอย่างไร แต่กลับกลายเป็นว่าในส่วนขององค์ประกอบที่ผู้เขียนได้มีการกล่าวถึงแล้วในการที่สาธารณรัฐอินเดียให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์ก็จะต้องอยู่ภายใต้การยึดโยงว่างานนั้นจะต้องมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ทั้งนี้ก็จึงได้กลายมาเป็นประเด็นที่สาธารณรัฐอินเดียต้องใช้วิธีวางมาตรการของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านการวินิจฉัยคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นในคดี Eastern Book Company v. DB Modak[186]

---

[185] ให้การคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ ในงานวรรณกรรม งานนาฏกรรม หรืองานดนตรีกรรมที่ไม่ใช่งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ งานศิลปกรรม งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ งานภาพยนตร์ และงานสิ่งบันทึกเสียง

[186] คดี Eastern Book Company v. DB Modak เป็นกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์จากการเปิดตัวซอฟต์แวร์ที่มีคำตัดสิน ที่แก้ไขโดยบรรณาธิการข่าวในส่วนของการอ้างอิงโยง บันทึกย่อ

ที่ศาลได้ตัดสินว่าการสร้างสรรค์ในส่วนของการอ้างอิงโยง บันทึกย่อประกอบคำนำ บันทึกยาวซึ่งประกอบด้วยคำอธิบายสั้น ๆ ของข้อเท็จจริงและข้อความที่เกี่ยวข้องจากคำตัดสินของศาลและมาตรฐานและการจัดรูปแบบข้อความในส่วนคำพิพากษาของศาลสามารถได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์เนื่องจากงานดังกล่าวต้องใช้ความรู้ทางกฎหมาย ทักษะและวิจารณาญาณ (Skill and Judgment) และถือได้ว่าเป็นการสร้างสรรค์เป็นไปตามมาตรฐานขั้นต่ำหรือความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity) ในงานที่สร้างสรรค์ด้วย

ทางด้านของประเทศไทยก็เป็นภาคีสมาชิกของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมและความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (ข้อตกลง TRIPS) ซึ่งว่าด้วยเรื่องการคุ้มครองลิขสิทธิ์และในส่วนของประเทศไทยก็รับการอนุวัตรการกฎหมายระหว่างประเทศนี้เข้ามาใช้กับกฎหมายภายในโดยการกำหนดในเรื่องของกฎหมายที่คุ้มครองลิขสิทธิ์ที่ชื่อว่าพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งบทบัญญัติในมาตรา 6[187] ได้บัญญัติถึงการแสดงออกซึ่งความคิดในงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทต่าง ๆ ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองไว้เท่านั้น โดยในส่วนของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์นั้นก็มิได้มีการกล่าวถึงในเรื่องของคำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ว่าเป็นอย่างไร แต่กลับกลายเป็นว่าในส่วนขององค์ประกอบที่ผู้เขียนได้มีการกล่าวถึงแล้วในการที่ประเทศไทยให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์ก็จะต้องอยู่ภายใต้การยึดโยงว่างานนั้นจะต้องมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ทั้งนี้ก็จึงได้กลายมาเป็นประเด็นที่ประเทศไทยต้องใช้วิธีวางมาตรการของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่าน

ประกอบคำนำ บันทึกยาวซึ่งประกอบด้วยคำอธิบายสั้น ๆ ของข้อเท็จจริงและข้อความที่เกี่ยวข้องจากคำตัดสินของศาลและมาตรฐานและการจัดรูปแบบข้อความ ศาลเห็นว่าข้อมูลเหล่านี้จัดทำโดยบรรณาธิการ สามารถได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์เนื่องจากงานดังกล่าวต้องใช้ความรู้ทางกฎหมาย ทักษะและวิจารณาญาณ (Skill and Judgment) ของบรรณาธิการ ดังนั้นในส่วนของการสร้างสรรค์สิ่งเหล่านี้เพิ่มเติมจากเนื้อหาของคำพิพากษา ย่อมได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ เนื่องจากเป็นการสร้างสรรค์เป็นไปตามมาตรฐานขั้นต่ำของความคิดสร้างสรรค์ ซึ่งถือได้ว่าศาลได้นำหลักการตามทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) มาใช้เป็นหลักการและหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยคดีด้วย

[187] งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ ของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างใด

การวินิจฉัยคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 973/2551[188] ที่ให้การคุ้มครองหนังสือที่เป็นการหยิบยกคำศัพท์แต่ละคำและความหมายของคำที่ผู้สร้างสรรค์ให้ไว้ในพจนานุกรมขึ้นมาเป็นวัตถุแห่งการวิจารณ์ โดยการวิจารณ์คำแต่ละคำเริ่มต้นด้วยคำศัพท์และความหมายของคำแต่ละคำ ต่อด้วยเนื้อหาของการวิจารณ์ที่มีการอ้างบทกฎหมายและความเห็นทางตำราประกอบ และความหมายของคำที่ควรจะเป็น โดยไม่ปรากฏว่ามีการเลียนแบบผู้ใด นับว่าเป็นงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความรู้ ความสามารถ ความวิริยะอุตสาหะในการค้นคว้า จัดลำดับและเรียบเรียงที่เป็นประโยชน์แก่ผู้อ่าน ถือว่าผู้สร้างสรรค์ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์ด้วยตนเอง จึงให้ความคุ้มครองหนังสือดังกล่าวอย่างงานวรรณกรรม ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 วรรคแรกและคำพิพากษาฎีกาที่ 14580/2557[189] ที่ไม่ให้การคุ้มครองการที่นำรูปแบบลายผ้ามาเลียนหรือประกอบเข้าด้วยกันแล้ว

---

[188] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 973/2551 ตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 บัญญัติว่า ผู้สร้างสรรค์ คือ ผู้ทำหรือผู้ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์ และการสร้างสรรค์ดังกล่าวต้องเป็นการสร้างสรรค์ด้วยตนเอง ดังนั้นงานที่จะมีลิขสิทธิ์นั้นเพียงปรากฏว่าเป็นงานที่เกิดจากการสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์โดยผู้ใช้ความรู้ความสามารถ และความเชี่ยวชาญ ระดับหนึ่งในงานนั้น และมิได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต ก็ถือเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์แล้วโดยไม่จำเป็นต้องเป็นงานที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน ดังนั้นหากผู้สร้างสรรค์สองคนต่างคนต่างสร้างสรรค์งานโดยมิได้ลอกเลียนซึ่งกันและกัน แม้ว่าผลงานที่สร้างสรรค์ของทั้งสองคนออกมาจะมีความเหมือนหรือคล้ายคลึงกัน ผู้สร้างสรรค์ทั้งสองต่างคนต่างก็ได้ลิขสิทธิ์ในงานที่ตนสร้างสรรค์ขึ้นแยกต่างหากจากกัน โจทก์เป็นผู้เขียนและเรียบเรียงหนังสือเรื่อง “ความคลาดเคลื่อนของความหมายในพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 (ในทางนิติศาสตร์) และพจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2537 กับความคลาดเคลื่อน” นั้น หากพิเคราะห์เนื้อหาโดยรวมของหนังสือทั้งเล่ม เป็นการหยิบยกคำศัพท์แต่ละคำและความหมายของคำที่จำเลยให้ไว้ในพจนานุกรมขึ้นมาเป็นวัตถุแห่งการวิจารณ์ โดยการวิจารณ์คำแต่ละคำเริ่มต้นด้วยคำศัพท์และความหมายของคำแต่ละคำ ต่อด้วยเนื้อหาของการวิจารณ์ที่มีการอ้างบทกฎหมายและความเห็นทางตำราประกอบ และความหมายของคำที่ควรจะเป็น โดยไม่ปรากฏว่ามีการเลียนแบบผู้ใด นับว่าเป็นงานที่โจทก์ได้ใช้ความรู้ ความสามารถ ความวิริยะอุตสาหะในการค้นคว้า จัดลำดับและเรียบเรียงที่เป็นประโยชน์แก่ผู้อ่าน ถือว่าโจทก์ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์ด้วยตนเอง ดังนั้น โจทก์จึงย่อมมีลิขสิทธิ์ในงานหนังสือดังกล่าว ตามพ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 วรรคแรก ที่จะได้รับความคุ้มครองงานอันเป็นวรรณกรรมของโจทก์

[189] คำพิพากษาฎีกาที่ 14580/2557 งานที่จะมีลิขสิทธิ์ได้นั้นต้องเป็นงานสร้างสรรค์ซึ่งผู้สร้างสรรค์ได้ทำหรือก่อให้เกิดขึ้นด้วยการริเริ่มของตนเองโดยใช้ความรู้ความสามารถและความวิริยะ

เปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมลายโบราณในส่วนของรายละเอียดเพียงเล็กน้อย มีลักษณะเป็นการคัดลอกหรือเลียนแบบหรือทำซ้ำซึ่งลวดลายของผ้าที่มีมาแต่โบราณซึ่งตกเป็นงานสาธารณะแล้วเท่านั้น ไม่ได้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยเปลี่ยนรูปใหม่หรือปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ งานดังกล่าวจึงไม่ใช่งานดัดแปลงงานที่มีมาแต่โบราณซึ่งตกเป็นงานสาธารณะแล้วถึงขนาดที่เรียกได้ว่าเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทงานศิลปประยุกต์อันจะถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 และมาตรา 6

คำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองเรื่องดังกล่าวศาลมิได้ให้คำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงว่ามีความหมายว่าอย่างไร แต่ในส่วนของเหตุผลตามคำพิพากษานั้นได้พยายามที่จะสื่อความหมายและอธิบายถึงในส่วนของคำนิยามและขอบเขตของหลักการความคิดริเริ่มที่จะทำให้ได้รับหรือไม่ได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ซึ่งในเหตุผลของคำพิพากษาฎีกาทั้งสองเรื่องมุ่งหลักการอันเป็นสาระสำคัญว่า “งานลิขสิทธิ์ที่มีหลักการความคิดริเริ่มนั้นต้องเป็นการทำหรือก่อให้เกิดขึ้นด้วยการริเริ่มสร้างสรรค์ด้วยตนเองหรือเป็นการสร้างสรรค์ด้วยตนเอง งานที่จะมีลิขสิทธิ์นั้นเพียงปรากฏว่าเป็นงานที่เกิดจากการสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์โดยผู้ใช้ความรู้ความสามารถ และความเชี่ยวชาญ ระดับหนึ่งในงานนั้นและความวิริยะอุตสาหะ จนทำให้งานนั้นสำเร็จ และมิได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต ก็ถือเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์แล้วโดยไม่จำเป็นต้องเป็นงานที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน”

การที่ไม่มีคำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ก็จะต้องใช้ในส่วนของการพิจารณาของศาลนั้นก็มีผลทำให้เกิดความไม่แน่ใจในเรื่องของการตีความหรือการสร้างเงื่อนไขใน

อุตสาหะ จนทำให้งานนั้นสำเร็จจนถึงขนาดที่เรียกได้ว่าเป็นงานสร้างสรรค์โดยไม่ได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต ลายผ้าของโจทก์ร่วมเป็นเพียงการนำลายโบราณมาปรับเปลี่ยนขนาดและเพิ่มเติมรายละเอียดของลายเพียงเล็กน้อยเพื่อให้ได้จำนวนลายที่สมบูรณ์บนผ้าและเหมาะกับเครื่องทอผ้า โดยยังคงเค้าโครงหลักของลายโบราณ เป็นเพียงงานคลี่คลายลายโบราณ แต่ไม่ได้ใช้ความสามารถและจินตนาการของตนผูกลายเพิ่มขึ้นมาใหม่ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ การที่โจทก์ร่วมเพียงแต่นำรูปแบบลายผ้ามาเลียนหรือประกอบเข้าด้วยกันแล้วเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมลายโบราณในส่วนของรายละเอียดเพียงเล็กน้อยมีลักษณะเป็นการคัดลอกหรือเลียนแบบหรือทำซ้ำซึ่งลวดลายของผ้าที่มีมาแต่โบราณซึ่งตกเป็นงานสาธารณะแล้วเท่านั้น ไม่ได้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยเปลี่ยนรูปใหม่หรือปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ งานดังกล่าวจึงไม่ใช่งานดัดแปลงงานที่มีมาแต่โบราณซึ่งตกเป็นงานสาธารณะแล้วถึงขนาดที่เรียกได้ว่าเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทงานศิลปประยุกต์อันจะถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 และมาตรา 6

หลักเกณฑ์ที่มาประกอบการพิจารณาซึ่งก็เห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 19305/2555[190] (คดีตุ๊กตารูปช้าง) ที่ไม่ให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์อันเนื่องมาจากเป็นการปรับปรุงเล็กน้อยโดยลอกเลียนแบบมาจากรูปช้างทรงเครื่องที่ปรากฏอยู่ในธงราชนาวีไทย จึงถือไม่ได้ว่างานที่ทำขึ้นได้ใช้ระดับความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์งานและ คำพิพากษาฎีกาที่ 7121/2552[191] (คดีนางอัปสร) ที่ไม่ให้การคุ้มครองงานประติมากรรมนางรำคู่อันเนื่องมาจากเป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลงที่มิอาจถือเป็นความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์งานถึงขนาดจะได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ตามความหมายของกฎหมาย ซึ่งเหตุผลในคำพิพากษาฎีกาทั้งสองเรื่องนั้นได้มีการตีความขยายคำนิยามและขอบเขตของงานอันมีลิขสิทธิ์ออกไปจนดูเหมือนว่าศาลฎีกาสร้างเงื่อนไขในหลักเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการแสดงออกของงานไว้กว้างจนเกินไป โดยศาลฎีกากำหนดคำว่า “ระดับความวิริยะอุตสาหะ” และกำหนดระดับคำว่า “ความวิริยะอุตสาหะต้องถึงขนาด” ในการสร้างสรรค์ขึ้นมาเพิ่มเติมนอกเหนือเกณฑ์ที่มีในกฎหมายลิขสิทธิ์ ทั้งยังตีความในลักษณะที่ขอให้มีการแสดงออกมาซึ่งความคิดซึ่งกว้างและไม่มีข้อจำกัด ซึ่งไม่สอดคล้องกับลักษณะของลิขสิทธิ์ที่เป็นลักษณะที่ไม่มีรูปร่าง (Intangible Form) และการแสดงออกซึ่งความคิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537[192] อนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรม[193] และข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า[194] ที่การตีความถึง

---

[190] คำพิพากษาฎีกาที่ 19305/2555 โจทก์ร่วมผลิตตุ๊กตาช้างผ้าเพื่อจำหน่าย โดยโจทก์ร่วมทำทั้งออกแบบ ตัดเย็บ ผลิต จนได้เป็นตุ๊กตาช้างผ้าขึ้นมา และวางจำหน่ายมาหลายปีจนกระทั่งจำเลยผลิตตุ๊กตาช้างผ้าเลียนแบบออกมาจำหน่าย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การสร้างสรรค์งานของโจทก์ร่วม ไม่ถึงระดับความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์ เพราะมีส่วนคล้ายภาพของช้างในธงราชนาวีไทยและธงชาติไทยในอดีต ศาลฎีกาวินิจฉัยต่อว่า โจทก์ร่วมจึงมิใช่ผู้สร้างสรรค์และไม่มีลิขสิทธิ์ในตุ๊กตารูปช้างที่ทำขึ้น

[191] คำพิพากษาฎีกาที่ 7121/2552 โจทก์ร่วมในคดีนี้เป็นผู้ออกแบบและสร้างงานประติมากรรมผนังดินเผานูนต่ำขึ้นมาทั้งชิ้น เป็นงานในลักษณะ 3 มิติ ศาลฎีกาเห็นว่าเป็นการนำแบบจากภาพนางอัปสรในงานขอมโบราณมาดัดแปลง และศาลฎีกาวินิจฉัยว่า โจทก์ร่วมไม่ได้ลิขสิทธิ์งานประติมากรรมดังกล่าว เพราะความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์งานยังไม่ถึงขนาดที่จะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์

[192] มาตรา 6 วรรค 1 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติว่า “ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างใด”

[193] ข้อ 2 (1) ที่กำหนดว่า “งานอันมีลิขสิทธิ์ขอให้แสดงออกมาก็พอ จะเป็นรูปแบบใดก็ได้”

[194] มาตรา 9.2 ได้บัญญัติว่า “ความคุ้มครองลิขสิทธิ์คุ้มครองการแสดงออกซึ่งความคิด ไม่คุ้มครอง ความคิด กระบวนการ วิธีการ หรือหลักการของคณิตศาสตร์”

ขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นย่อมต้องตีความให้ออกมาเป็นแนวทางเดียวกัน โดยขอเพียงให้แสดงออกของงานเป็นสำคัญและไม่ควรขยายความในส่วนของคำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ออกไปจนเกินสมควรด้วย

อนึ่งหากนำคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19305/2555 (ในคดีนางอัปสร) ไปเปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19350/2557[195] (คดีพระพักตร์พระพุทธเจ้า) เพื่อดูถึงคำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการตีความและพิจารณาถึงจุดที่เกิดการสร้างสรรค์ในงาน โดยผู้เขียนมีความเห็นว่าลักษณะของข้อเท็จจริงของทั้ง 2 คำพิพากษาดังกล่าวนั้นมีลักษณะของข้อเท็จจริงที่ใกล้เคียงกัน แต่ผลของคำพิพากษาของคดีมีความแตกต่างกัน อันเนื่องมาจากในคดีพระพักตร์พระพุทธเจ้ามีการจุดประกายความคิดสร้างสรรค์ขึ้น โดยผู้สร้างสรรค์งานรูปปั้นพระพักตร์พระพุทธรูปโดยให้อยู่บนใบโพธิ์ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการใส่ความคิดสร้างสรรค์ลงไปในงานสร้างสรรค์นั้นด้วยประกอบกับอาศัยความวิริยะอุตสาหะและความคิดริเริ่มของตนเองด้วย ทั้งนี้ผู้เขียนมีมุมองเพิ่มเติมว่า แบบจากภาพนางอัปสรในงานขอมโบราณและพระพักตร์พระพุทธเจ้าหรือพระพุทธรูปซึ่งมีอยู่มานานนับพันปีแล้ว น่าจะกลายเป็นสมบัติสาธารณะ (Public Domain) ที่บุคคลสามารถจะนำมาเป็นแบบอย่างในการสร้างสรรค์งานโดยอาศัยความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์ของตนเพื่อให้เกิดงานสร้างสรรค์ขึ้นมาได้

จากการวิเคราะห์ในส่วนของคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้น ในลักษณะดังกล่าวที่เห็นเป็นของศาลไทย หากเมื่อปรากฏว่าอยู่ภายใต้กฎหมายของสาธารณรัฐอินเดีย ประเทศญี่ปุ่น สหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกาในส่วนคำนิยามและขอบเขตความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จะมีความเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าในคำพิพากษาฎีกาที่ 19305/2555 (คดีตุ๊กตารูปช้าง) คำพิพากษาฎีกาที่

---

[195] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19350/2557 ได้วินิจฉัยว่า ปรากฏตามสินค้าของโจทก์ว่าเป็นรูปปั้นพระพักตร์พระพุทธรูปบนใบโพธิ์ซึ่งมีลักษณะเป็นงานสร้างสรรค์รูปทรงที่เกี่ยวกับปริมาตรที่สัมผัสและจับต้องได้เป็นรูปสามมิติ รูปปั้นพระพักตร์พระพุทธรูปบนใบโพธิ์นั้นจึงเป็นงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้แสดงออกโดยรูปแบบของงานประติมากรรมอันเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทศิลปกรรมอย่างหนึ่งตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 แม้จะรับฟังข้อเท็จจริงที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางวินิจฉัยมาว่ารูปปั้นนั้นผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้นโดยเลียนแบบธรรมชาติหรือสิ่งที่ปรากฏมีอยู่ก่อนแล้วคือพระพักตร์พระพุทธเจ้าหรือพระพุทธรูปซึ่งมีอยู่มานานนับพันปีแล้วก็ตาม ก็ถือได้ว่าผู้สร้างสรรค์งานรูปปั้นพระพักตร์พระพุทธรูปบนใบโพธิ์ได้สร้างสรรค์งานนั้นด้วยการริเริ่มขึ้นเองและด้วยความวิริยะอุตสาหะแล้ว เพราะมิใช่การสร้างงานนั้นขึ้นโดยทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานประติมากรรมรูปปั้นพระพักตร์พระพุทธรูปอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น โจทก์ย่อมเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานประติมากรรมนั้น

7121/2552 (คดีนางอัปสร) และในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19350/2557 (คดีพระพักตร์พระพุทธเจ้า) ของประเทศไทยข้อเท็จจริงในลักษณะดังกล่าวตามคำพิพากษาทั้งสามคดีนั้น หากเมื่อไปปรากฏอยู่ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐอินเดียแล้ว ในส่วนของคำนิยามและขอบเขตของความวิริยะอุตสาหะและหยาดเหงื่อแรงงานของผู้สร้างสรรค์กับงานที่สร้างสรรค์ขึ้นแล้วก็ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐอินเดีย เนื่องจากศาลของทั้งสองประเทศดังกล่าวมุ่งเน้นไปที่ความวิริยะอุตสาหะที่พึงมีและหยาดเหงื่อแรงงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ลงไปในงานที่สร้างสรรค์เป็นสำคัญ และหากนำข้อเท็จริงดังกล่าวมาวิเคราะห์ภายใต้หลักความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยที่สหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่นใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาถึงว่าคิดริเริ่มสร้างสรรค์ว่าลำพังเพียงข้อเท็จริงหรือข้อมูลที่มีอยู่แล้วไม่ถือว่าเป็นความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ดังนั้นจากคำพิพากษาทั้งสามคดีของไทยปรากฏว่าผู้สร้างสรรค์ได้นำงานที่มีอยู่ไม่ว่าจะเป็นภาพนางอัปสร ภาพช้างทรงเครื่องในธงชาติและพระพระพักตร์พระพุทธเจ้าบนใบโพธิ์มาสร้างสรรค์เพิ่มเติมจากสิ่งที่มีอยู่เดิมโดยอาศัยความคิดริเริ่มของตนเองให้เกิดงานนั้นขึ้นมาโดยใช้ทั้งความวิริยะอุตสาหะและความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยแล้วย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่นแล้ว

จากคำนิยามและขอบเขตของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์แม้จะมีบรรทัดฐานจากกรณีศึกษาของประเทศต่าง ๆ โดยจากเนื้อหาของคำพิพากษาของแต่ละประเทศไม่ได้ให้ความความหมายของคำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้โดยตรง แต่งานสร้างสรรค์ในแต่ละประเภทที่จะมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่ ก็จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์อันเป็นหลักการอันเป็นพื้นฐานของการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ที่กฎหมายได้บัญญัติขึ้น ประกอบกับดุลพินิจของผู้พิพากษาในประเทศต่าง ๆ ที่ได้มีการยึดตามหลักของคำพิพากษาคดีก่อนๆหรือในความคุ้นเคยกับการที่จะใช้หลักการใดๆของกฎหมายลิขสิทธิ์มาเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในแต่ละประเทศ ซึ่งแต่ละประเทศอาจจะไม่เหมือนกันอย่างชัดเจน แต่จะมีลักษณะเป็นไปในทิศทางหรือเป็นไปในแนวทางเดียวกันเพื่อให้สอดคล้องกับข้อตกลงหรือความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายสากลเป็นสำคัญ

5.1.2 องค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

ในส่วนขององค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นจะมีความสัมพันธ์กับในส่วนของคำนิยามและขอบเขตด้วย เนื่องจากการที่ในปัจจุบันไม่ได้กำหนดคำนิยามไว้อย่างชัดเจนโดยเฉพาะแล้วทั้งในส่วนของขอบเขตที่จะระบุว่ามีแค่ไหนหรืออย่างไรนั้นก็ยังไม่แน่ชัด ทั้งในหลายประเทศก็เห็นว่ายังไม่ควรที่จะกำหนดในส่วนของคำนิยามและขอบเขตในลักษณะดังกล่าว เพื่อให้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีการผันจากยุคแอนะล็อกสู่ยุคดิจิทัลนั้นสามารถที่จะปรับเปลี่ยนไปในการใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และการใช้ความคิดสร้างสรรค์ในการผลิตผลงานได้มากขึ้น ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการ

พิจารณาในเรื่องขององค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยการพิจารณาร่วมกับคำนิยามและขอบเขตในลักษณะดังกล่าวที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้ว ซึ่งการวิเคราะห์ถึงองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นก็จะต้องถึงพิจารณาถึงว่าแต่ละประเทศนั้นอาศัยหลักการและหลักเกณฑ์ใดมาเป็นองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ โดยหลักการและหลักเกณฑ์ดังกล่าวนั้นจะกลายเป็นสิ่งสามัญที่ทุกประเทศจะต้องมีการยึดถือให้ต้องปฏิบัติตามและหลักการหรือหลักเกณฑ์ที่เป็นองค์ประกอบที่สำคัญนั้นจะถูกผันมาเป็นการแสดงให้เห็นถึงคำนิยามและขอบเขตได้หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนขอวิเคราะห์ในแต่ละประเด็นดังนี้

ในส่วนของการวิเคราะห์ถึงองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่ศาลของแต่ละประเทศนำไปใช้วินิจฉัยคดีนั้นก็จะมีความแตกต่างกันอออกไปตามหลักการและทฤษฎีที่ประเทศนั้นยึดถือ โดยสหราชอาณาจักรนั้นยึดถือ หลักหยาดเหงื่อแรงงาน หลักทักษะ (Skill) แรงงาน (Labor) และวิจารณญาณ (Judgement)[196] ซึ่งหลักการดังกล่าวนั้นจะกลายเป็นสิ่งสามัญที่ทุกประเทศต่างต้องยึดโยงเป็นแนวทางที่จะต้องปฏิบัติตามได้ ทั้งหลักทักษะ (Skill) แรงงาน (Labor) และวิจารณญาณ (Judgement) เป็นองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่สำคัญซึ่งสามารถที่จะถูกผันมาเป็นการแสดงให้เห็นถึงขอบเขตของความคิดริเริ่มได้อีกด้วยหรือจะสามารถที่จะถูกผันในส่วนของการกำหนดคำนิยามของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์อย่างคร่าว ๆ ด้วยเช่นกัน อนึ่งสำหรับองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ยังมีในส่วนของคำว่า Work (งาน) Capital (ทุนซึ่งอาจพูดถึงทุนทางปัญญาทางงานหรือทางสังคมก็ได้ คำนี้ความหมายกว้างมาก) Effort (ความพยายาม) Industry (ความอุตสาหะ) Time (เวลา) Knowledge (ความรู้) Taste (รสนิยม) Ingenuity (ความฉลาด) Experience (ประสบการณ์) หรือ Investment (การลงทุนหรือความทุ่มเท) ที่ศาลสหราชอาณาจักรนำมาเป็นองค์ประกอบวินิจฉัยในส่วนของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ด้วย

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของความคิดริเริ่มของสาธารณรัฐอินเดียก็จะเห็นได้ว่าได้นำแนวทางของหลักการทักษะและวิจารณาญาณ (Skill and Judgment)[197]ตามแนวทางของศาลในสหราชอาณาจักรไปใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยด้วย ดังนั้นหลักการทักษะ (Skill) และวิจารณญาณ (Judgement) เป็นองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่สำคัญซึ่งสามารถที่จะถูกผันมาเป็นการแสดงให้เห็นถึงขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ได้อีกด้วยหรือจะสามารถที่จะถูกผันในส่วนของการกำหนดคำนิยามของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์อย่างคร่าว ๆ ของการวินิจฉัยคดีลิขสิทธิ์ด้วยเช่นกัน

---

[196] คดี Ladbroke Football Ltd v William Hill Football Ltd

[197] คดี Eastern Book company v. DB Modak

ในขณะที่พิจารณาองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของสหรัฐอเมริกานั้น เห็นได้ว่างานสร้างสรรค์ที่จะได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์จะต้องมีองค์ประกอบของหลักหยาดเหงื่อและแรงงานที่กระทำออกไปกับงานสร้างสรรค์โดยตรงและถูกพัฒนาว่าให้เกิดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานด้วย โดยมีระดับความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย[198] ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าหลักการดังกล่าวนั้นจะกลายเป็นสิ่งสามัญที่ทุกประเทศต่างต้องยึดโยงเป็นแนวทางที่จะต้องปฏิบัติตามได้ ทั้งหลักการความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยมาเป็นองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่สำคัญซึ่งสามารถที่จะถูกผันมาเป็นการแสดงให้เห็นถึงขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ได้อีกด้วยหรือจะสามารถที่จะถูกผันในส่วนของการกำหนดคำนิยามของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์อย่างคร่าว ๆ ด้วยเช่นกัน

ในส่วนของหลักการความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) อันเป็นองค์ประกอบความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของสหรัฐอเมริกานี้ ศาลของประเทศญี่ปุ่นและศาลของสาธารณรัฐอินเดียได้นำหลักการดังกล่าวไปใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยถึงองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ด้วยเช่นกัน ซึ่งแสดงให้เห็นว่าหลักการดังกล่าวนั้นจะกลายเป็นสิ่งสามัญที่ทุกประเทศต่างต้องยึดโยงเป็นแนวทางที่จะต้องปฏิบัติตามได้ ทั้งหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เล็กน้อยมาเป็นองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่สำคัญซึ่งสามารถที่จะถูกผันมาเป็นการแสดงให้เห็นถึงขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ได้อีกด้วยหรือจะสามารถที่จะถูกผันในส่วนของการกำหนดคำนิยามของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์อย่างคร่าว ๆ ในการวินิจฉัยคดีลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่นและสาธารณรัฐอินเดีย

การวิเคราะห์ถึงองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ผู้เขียนได้วิเคราะห์ในส่วนของคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยที่ได้มีคำวินิจฉัยถึงลักษณะขององค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และผู้เขียนได้วิเคราะห์เชื่อมโยงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จากคำพิพากษากับมุมมองมิติเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรมเพื่อที่จะได้นำไปใช้เป็นแนวทางของข้อเสนอแนะต่อไปดังนี้

สำหรับแนวทางคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยที่ผู้เขียนเห็นว่าเหมาะสมต่อการพิจารณาถึงหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ก็คือ ในส่วนของคำพิพากษาที่แสดงให้เห็นถึงในส่วนขององค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่ผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทงานวรรณกรรมจะต้องมีก็คือบทความวิตามินอี ที่ประกอบด้วยข้อมูลเพียง 3-4 ย่อหน้าสั้น ๆ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความวิริยะอุตสาหะ ทักษะและการตัดสินใจ ในการเรียบเรียงข้อมูล (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11047/2551)[199] ข้อมูลการออกแบบ สร้างประกอบ ติดตั้งระบบเครื่องกรองน้ำและสารเคมีสำหรับ

---

[198] คดี Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.,

[199] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11047/2551 บทความเกี่ยวกับวิตามิน อี ที่โจทก์จัดทำขึ้นตามเอกสารหมาย จ.4 ถึง จ.6 เป็นบทความที่จัดทำขึ้นด้วยการใช้ข้อความที่แตกต่างกัน แม้จะ

ปรับสภาพน้ำ ซึ่งมีข้อความเกี่ยวกับข้อมูลบริษัทของผู้สร้างสรรค์ ข้อมูลผลิตภัณฑ์หรือสินค้า ตัวเลขแสดงประสิทธิภาพของผลิตภัณฑ์และรูปภาพผลิตภัณฑ์ประกอบ โดยผู้สร้างสรรค์มีความคิดริเริ่มด้วยตนเอง มีความวิริยะอุตสาหะ ความรู้ ความสามารถและประสบการณ์ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5306/2550)[200] การจัดทำพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน ที่ใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์และมีที่มาจากผู้สร้างสรรค์ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2750/2537)[201] ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์และบรรทัดฐานในการที่จะมองภาพเหล่านี้ให้เกิดความชัดเจนขึ้น

ประกอบด้วยข้อมูล เพียง 3 ถึง 5 ย่อหน้าสั้น ๆ แต่บทความดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าเป็นการเรียบเรียงขึ้น โดยอาศัยข้อมูลเกี่ยวกับวิตามินอี ไม่ได้มีลักษณะเป็นเพียงการรวบรวมข้อมูลหรือ เป็นการแปลข้อมูลจากบทความอื่นโดยตรง แต่ได้แสดงให้เห็นถึงทักษะ การตัดสินใจ และความวิริยะอุตสาหะในการนำข้อมูลที่มีอยู่มาเรียบเรียงเป็นบทความ จึงเป็นงานสร้างสรรค์และถือได้ว่าเป็นงานวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย

[200] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5306/2550 โจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ข้อมูลการออกแบบ สร้าง ประกอบ ติดตั้งระบบ กรองน้ำ เครื่องกรองน้ำ และสารเคมีสำหรับปรับสภาพน้ำ ซึ่งมีข้อความเกี่ยวกับ ข้อมูลของบริษัทโจทก์ ข้อมูลผลิตภัณฑ์หรือสินค้า ตัวเลขแสดงประสิทธิภาพ ของผลิตภัณฑ์และรูปภาพผลิตภัณฑ์ประกอบ โดยโจทก์เป็นผู้สร้างสรรค์ด้วยตนเอง จากความรู้ ความสามารถ ความวิริยะอุตสาหะ และประสบการณ์ในธุรกิจประเภทนี้ มาคิดคำนวณออกแบบผลิตภัณฑ์จนสามารถใช้งานได้มีประสิทธิภาพสัมฤทธิ์ผล ได้ตามความต้องการของลูกค้า โดยมิได้ลอกเลียนมาจากผู้อื่น และโจทก์ได้แสดงออก ซึ่งข้อมูลนั้นโดยนำมาลงในเว็บไซต์ของโจทก์เอง กับจัดพิมพ์เป็นเอกสารภาษา อังกฤษเป็นเล่มซึ่งประกอบด้วยแค็ตตาล็อก โบรชัวร์ ประวัติความเป็นมาของบริษัท รายละเอียดคำอธิบายสินค้า และรูปภาพประกอบ โจทก์จึงย่อมได้ลิขสิทธิ์ในข้อมูล ดังกล่าวซึ่งเป็นงานวรรณกรรม ทั้งนี้ไม่ว่าข้อมูลซึ่งเป็นงานวรรณกรรมนั้น จะมีคุณภาพหรือไม่ มีคุณค่าทางสุนทรียภาพ มีอรรถรส มีคนอ่านหรือไม่มีใครอ่าน ก็ยังถือเป็นงานที่มีลิขสิทธิ์ในเมื่องานนี้เป็นงานที่สร้างสรรค์ขึ้นด้วยตัวโจทก์เอง กรณีหาจำต้องมีอรรถรสหรือสุนทรีทางภาษาแต่อย่างใดไม่ งานข้อมูลการออกแบบ สร้าง ประกอบ ติดตั้งระบบกรองน้ำ เครื่องกรองน้ำ สารเคมีสำหรับปรับสภาพน้ำ และรูปภาพประกอบ ในเว็บไซต์ของโจทก์จึงเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 4 และมาตรา 6 วรรคหนึ่ง

[201] คำพิพากษาฎีกาที่ 2750/2537 การที่โจทก์ประพันธ์พจนานุกรมโดยการให้บทนิยามหรือความหมายของคำต่าง ๆ พร้อมภาพประกอบความหมายของคำบางคำโดยการแสดงออกซึ่งความคิดริเริ่มตามลีลาของโจทก์เอง และมิได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยมิได้อนุญาต เป็นการใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์แล้ว ดังนั้นแม้วิธีการในการจัดทำพจนานุกรมของ

ในส่วนของเหตุผลของคำวินิจฉัยในคำพิพากษาแนวทางนี้ ยังให้เหตุผลที่สำคัญว่า งานสร้างสรรค์ประเภทงานวรรณกรรมดังกล่าว เป็นงานสร้างสรรค์ที่มีความคิดริเริ่มด้วยตนเอง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5306/2550) เป็นงานสร้างสรรค์ที่มีที่มาจากผู้สร้างสรรค์ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2750/2537) ซึ่งแสดงให้ถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เกิดจากการริเริ่มด้วยตนเองของผู้สร้างสรรค์เป็นสำคัญ เมื่อพิจารณาถึงในส่วนของคำวินิจฉัยของคำพิพากษาก็จะเห็นได้เลยว่า เหตุผลในส่วนของคำวินิจฉัยแสดงให้เห็นถึงมุมองของศาลที่ใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของศาลไทยนั้น ก็จะพบว่าอยู่บนพื้นฐานของหลักการที่ว่า งานวรรณกรรมที่สร้างสรรค์โดยผู้สร้างสรรค์นั้น มีทั้งในส่วนของการริเริ่มด้วยตนเอง กล่าวคือการริเริ่มสร้างสรรค์งานด้วยตนเองประกอบกับความวิริยะอุตสาหะที่เป็นองค์ประกอบสำคัญ ทั้งผู้สร้างสรรค์ยังต้องใช้ความคิดสร้างสรรค์ลงไปในงานนั้นด้วย ซึ่งก็จะมีความสอดคล้องหรือเป็นไปตามแนวทางเดียวกับคำนิยามของคำว่า ผู้สร้างสรรค์ ตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่ได้ให้คำนิยามของผู้สร้างสรรค์ว่าหมายความว่า ผู้ทำหรือผู้ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์อย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งจากความหมายของคำนิยามดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า การที่จะสร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ขึ้นมานั้นก็มีความจำเป็นที่จะต้องอาศัยหลักการความคิดสร้างสรรค์ประกอบเข้ามาด้วย

ตามแนวคำพิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงลักษณะองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่สำคัญไว้ในคำพิพากษาดังกล่าวก็คือ ความวิริยะอุตสาหะ ที่ผู้สร้างสรรค์จะต้องมีในการสร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ ซึ่งความวิริยะอุตสาหะที่มีการใช้ในการพิจารณาของศาลนั้นก็จะไปตรงกับหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตามทฤษฎีหยาดเหงื่อแรงงาน (Sweat of the Brow) หลักการทฤษฎีทักษะ แรงงานและวิจารณญาณ (Skill Labor and Judgement) กล่าวคือผู้สร้างสรรค์ได้ใช้หยาดเหงื่อและแรงงานของลงไปในงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้นแล้ว ซึ่งก็จะเห็นได้ว่าเป็นไปตามแนวทางเดียวกันกับคดี Ladbroke Football Ltd v William Hill Football Ltd. ที่ผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ทักษะการลงแรงงานและวิจารณญาณของตนลงไปในงานแล้วด้วยเช่นกัน ดังนั้นความวิริยะอุตสาหะดังกล่าวนั้นก็มีความสอดคล้องกับทฤษฎีหยาดเหงื่อแรงงานและหลักทักษะ แรงงานและวิจารณญาณของสหราชอาณาจักรนั้นเอง

หากนำแนวทางขอคำพิพากษานี้ไปพิจารณาประกอบกับคดีของสหรัฐอเมริกาแล้วก็จะพบว่าเหตุผลที่ศาลได้วินิจฉัยในกรณีนี้ จะเห็นได้ว่าไม่ใช่เป็นไปในลักษณะข้อเท็จจริงหรือไม่ใช่ข้อมูลที่มีอยู่ทั่วไปแต่จะมีการจัดลำดับหรือการเรียงลำดับซึ่งมิใช่เป็นไปในลักษณะที่มีการรวบรวมเพียงอย่างเดียว

โจทก์จะเป็นวีการแบบเดิมที่มีมาแต่โบราณ ไม่ได้คิดค้นขึ้นใหม่ พจนานุกรมของโจทก์ก็เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์

ซึ่งจะมีความแตกต่างกับคดี Feist Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Company ซึ่งเป็นการรวบรวมเท่านั้น โดยการรวบรวมดังกล่าวไม่เกิดความคิดสร้างสรรค์ แต่ในคำพิพากษาศาลฎีกาคดีแนวทางนี้ จะทำให้เห็นถึงความคิดสร้างสรรค์โดยก็จะพบว่าในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11047/2551 แม้บทความเกี่ยวกับวิตามินอีนั้นจะมีลักษณะที่เป็นการรวบรวมข้อมูลหรือเป็นการแปลข้อมูลจากบทความอื่นโดยตรง แต่เมื่อศาลพิจารณะแล้วพบว่าบทความดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการเรียบเรียงขึ้นโดยอาศัยข้อมูลจากวิตามินอี ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นกรณีผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์บทความดังกล่าวโดยอาศัยความคิดสร้างสรรค์ลงในงานที่สร้างสรรค์แล้วซึ่งมิใช่เป็นการรวบรวมข้อมูลเพียงอย่างเดียวเท่านั้น หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5306/2550 ข้อมูลการออกแบบ สร้างประกอบติดตั้งระบบเครื่องกรองน้ำและสารเคมีสำหรับปรับสภาพน้ำ ก็แสดงให้เห็นถึงความสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ลงไปในการจัดข้อมูลดังกล่าวแล้ว ทั้งในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2750/2537 ในเรื่องของการจัดทำพจนานุกรมดังกล่าวก็แสดงให้เห็นถึงความคิดสร้างสรรค์ในการให้บทนิยามหรือความหมายต่าง ๆ ของคำต่าง ๆ พร้อมภาพประกอบความหมายของคำบางคำด้วย จากความสร้างสรรค์ที่เกิดขึ้นกับงานวรรณกรรมดังกล่าว ดังนั้นจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่กล่าวมานั้นจะแสดงให้เห็นถึงความวิริยะอุตสาหะที่ถูกผนวกเข้ากับความคิดสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ด้วย ซึ่งหากพิจารณาตั้งแต่จุดเริ่มต้นของการสร้างสรรค์งานแล้วก็จะพบว่าลำพังแต่ความวิริยะอุตสาหะของผู้สร้างสรรค์นั้นยังไม่เพียงพอหรือยังไม่เป็นผลที่จะทำให้งานที่สร้างสรรค์ขึ้นตามหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่ในกรณีนี้ผู้สร้างสรรค์นั้นได้ใส่ความคิดสร้างสรรค์แม้เพียงเล็กน้อยลงไปในงานวรรณกรรมดังกล่าวแล้วก็ย่อมถือได้ว่างานวรรณกรรมเป็นงานที่มีทั้งความคิดริเริ่ม ความวิริยะอุตสาหะและความคิดสร้างสรรค์ซึ่งองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แล้ว ซึ่งก็จะสอดคล้องกับหลักการความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยตามแนวทางของสหรัฐอเมริกานั่นเอง

ในส่วนของการวิเคราะห์แนวคำพิพากษาดังกล่าวกับมุมมองทางด้านเศรษฐกิจ ก็จะเห็นได้เลยว่า ในส่วนของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในคำวินิจฉัยของศาลฎีกานั้นมีลักษณะที่ไม่สูงเกินไปจนกระทั่งไม่สามารถที่จะเข้าถึงงานนั้นได้และก็ไม่สูงเกินกว่าที่จะกำหนดมาตรฐานว่า ถ้ามีงานลิขสิทธิ์ในลักษณะใดลักษณะหนึ่งที่มีการคิดสร้างสรรค์ในรูปแบบเดียวกัน ก็สามารถเป็นงานที่ได้รับการคุ้มครองได้เช่นเดียวกันอันเนื่องมาจากระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานนี้ไม่สูงเกินไปนัก แต่หากมองในอีกมุมมองหนึ่งก็จะพบว่างานสร้างสรรค์ดังกล่าวระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นก็ไม่ได้ต่ำหรือก็ไม่ได้ง่ายเกินไปที่จะทำให้ได้มาซึ่งงานลิขสิทธิ์[202] อันเนื่องมาจากศาลได้พิจารณาโดยอยู่บนพื้นฐานของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์อันเป็นที่ยอมรับได้ ซึ่งมีผลทำให้บุคคลใดก็ไม่สามารถที่

[202] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2750/2537 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5306 /2550 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11047/2551

จะมาละเมิดงานลิขสิทธิ์ดังกล่าวได้ เพราะว่าถ้างานนั้นขาดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือความวิริยะอุตสาหะอันเป็นองค์ประกอบสำคัญของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ดังกล่าว บุคคลที่เข้ามาในการใช้งานนั้นก็จะกลายเป็นบุคคลที่กระทำการอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในทันทีนั่นเอง

หากพิจารณาถึงลักษณะของข้อเท็จจริงจากคำพิพากษาศาลฎีกาเหล่านี้ที่เกิดขึ้นแล้ว หากมองในมุมมองในลักษณะเดียวกันกับประเทศอื่น ๆ ที่มองถึงหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่ถือว่าเป็นองค์ประกอบหลักในการที่จะพิจารณาว่างานนั้นสามารถที่จะคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือว่าระบอบลิขสิทธิ์ในประเทศนั้น ๆ ได้หรือไม่ ซึ่งก็จะไปผูกติดกับระบบเศรษฐกิจของประเทศนั้น ๆ ด้วย โดยสามารถมองได้ว่า ถ้ายิ่งให้มีการคุ้มครองในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญามากหรือว่าให้การคุ้มครองประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์มาก ไม่ว่าจะเป็นงานวรรณกรรม งานศิลปกรรม งานภาพยนตร์และงานดนตรีกรรมต่าง ๆ ที่ได้สร้างสรรค์ขึ้น เมื่อมีการให้การคุ้มครองตากกฎหมายลิขสิทธิ์แล้วก็จะส่งผลให้เกิดการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์น้อยลง ซึ่งมีผลทำให้เห็นถึงคุณค่าของงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้น โดยจะส่งผลให้ประเทศเหล่านั้นสามารถที่จะใช้งานหรือผลิตงานลิขสิทธิ์เพื่อที่จะเป็นการต่อยอดงานหรือรวมไปถึงเพื่อที่จะได้ผลจากการที่ได้อนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ในลักษณะแบบนี้ได้มากขึ้น ซึ่งมีผลทำให้ในส่วนของทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์ประเภทเศรษฐกิจซึ่งจะเพิ่มมูลค่าได้มากขึ้นตามประเภทของงานนั้น ๆ และยังรวมไปถึงงานต่าง ๆ ก็จะได้รับความนิยมในการเข้าถึงงานมากขึ้นอีกด้วย แต่ในขณะเดียวกันหากมองในมุมตรงกันข้ามหากการพิจารณาของศาลให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์มากเกินไป ซึ่งจะมีผลทำให้การเข้าถึงงาน การจำหน่ายงานหรือแม้กระทั่งการเข้าใช้งานในส่วนของอุตสาหกรรมต่าง ๆ ก็จะเป็นไปได้ยาก โดยลักษณะแล้วอาจจะเป็นเป็นสร้างการคุ้มครองทางด้านเศรษฐกิจในลักษณะที่ให้สิทธิแต่ผู้เดียวกับเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งถ้าหากมีมากจนเกินไปทำให้เกิดสิทธิผูกขาดจนกระทำให้งานนั้นไม่สามารถที่จะสร้างคุณค่าในตัวของงานลิขสิทธิ์เองต่อสาธารณะชน ซึ่งเป็นในระดับของประโยชน์สาธารณะ โดยการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิทางเศรษฐกิจหรือสิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์กับสาธารณชนในลักษณะที่เป็นผู้ใช้งานลิขสิทธิ์ หากไม่เกิดลักษณะดังกล่าวแบบนี้แล้ว ย่อมส่งผลให้คุณค่าทางด้านเศรษฐกิจนั้นก็จะสูญหายไปจากในส่วนของประโยชน์สาธารณะซึ่งก็จะเหลือเพียงแต่สิทธิผูกขาดที่จะเป็นประโยชน์ทางเศรษฐกิจต่อผู้ใช้เพียงอย่างเดียว ดังนั้นในส่วนนี้ก็ถือได้ว่าเป็นตัวแปรในระบบหรือในมิติเศรษฐกิจได้

ในส่วนของการวิเคราะห์แนวคำพิพากษาดังกล่าวกับมุมมองทางด้านสังคมนั้น ผู้เขียนจะพิจารณาถึงระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่ศาลได้วางหลักเกณฑ์เป็นองค์ประกอบหลักที่สำคัญ ซึ่งคำพิพากษาฎีกานี้สามารถที่จะนำมาเป็นบรรทัดฐานในมุมมองของมิติสังคมโดยมองถึง คุณค่าทางสังคมของงานที่สร้างสรรค์ขึ้นโดยงานบางงานนั้นแม้จะไม่ได้สร้างคุณค่าทางเศรษฐกิจ แต่งานนั้นกลับมีอีกมุมมองนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงการสร้างในส่วนของคุณค่าทางสังคมซึ่งสิ่งเหล่านี้เองในเนื้อหาของคำพิพากษานั้นได้สร้างในส่วนของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ทำให้มองเห็นว่าองค์ประกอบหรือสิ่งที่

สำคัญต่อความคิดริเริ่มตรงนี้มีผลทำให้สังคมรับรู้ได้ในการเข้าถึงงานว่า งานนั้นมีประโยชน์ แต่การที่บุคคลจะเข้าถึงโดยที่ไม่ทำให้เกิดการละเมิดต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของบุคคลที่เป็นเจ้าของสิทธิอย่างไรบ้าง โดยงานนี้มีลักษณะมีคุณค่าทางสังคมต่อการให้องค์ประกอบ โดยการให้องค์ความรู้ในเรื่องของการที่จะทำให้เราเข้าใจในงานประเภทงานวรรณกรรมในลักษณะแบบนั้น ดังนั้นการที่จะดำเนินการต่อยอดโดยวิธีการอื่นใด หมายถึงจะต้องพิจารณาว่า ระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จะต้องมีความแตกต่างจากงานนั้นหรือมีมากกว่างานนั้นในระดับใดที่จะทำให้งานนั้น ที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างขึ้นมาโดยไม่ได้เป็นการคัดลอก ทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันทำให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าของบทประพันธ์ก่อนหน้าและรวมไปถึงทำให้ได้มีโอกาสได้รับการคุ้มครองในฐานะที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้สร้างสรรค์ในงานอันเกิดจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และความวิริยะอุตสาหะเป็นองค์ประกอบที่สำคัญ

อนึ่งในมุมมองของสังคมข้างต้นจะเห็นได้ว่า งานสร้างสรรค์ประเภทต่าง ๆ สามารถที่จะทำให้เกิดองค์ความรู้และสร้างคุณค่าทางสังคมได้อย่างชัดเจน แต่ในอีกมุมมองสำหรับงานสร้างสรรค์ในบางประเภทอาจเป็นงานสร้างสรรค์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีในมุมของมิติด้านวัฒนธรรมได้ เช่นงานประพันธ์ประเภทที่มีการวิพากษ์วิจารณ์การเมืองหรือการะกระทำอันเป็นการเสียดสี ดูแคลนต่าง ๆ ซึ่งแสดงให้เห็นว่างานประพันธ์ดังกล่าวมิได้ให้คุณค่าทางเศรษฐกิจแต่หากพิจารณาแล้วงานดังกล่าวก็สามารถที่จะทำให้เห็นคุณค่าทางสังคมหรือการวิพากษ์วิจารณ์ได้ซึ่งถือได้ว่ามีคุณค่าตรงจุดนี้ ทั้งงานประพันธ์ดังกล่าวยังทำให้เห็นถึงมุมมองความรู้ใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมด้วย ดังนั้นงานทุกประเภทแม้จะมีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่มากหรือน้อยนั้นก็จะเป็นประโยชน์ทางด้านเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม แต่อย่างไรก็ตาม งานวรรณกรรมที่เขียนขึ้นเพื่อวิพากษ์วิจารณ์การเมืองซึ่งไม่ได้รับการคุ้มครองอันเนื่องมาจากในเนื้อหาของงานนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประเทศไทย ซึ่งไม่สามารถที่จะได้รับการคุ้มครองได้ทั้ง ๆ ที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และสร้างคุณค่าทางสร้างสังคมและเป็นองค์ความรู้ให้กับสังคมเช่นกันได้

ในส่วนของการวิเคราะห์แนวคำพิพากษาดังกล่าวกับมุมมองทางด้านวัฒนธรรมนั้น ผู้เขียนมีมุมมองว่าการสร้างสรรค์ในลักษณะรูปแบบใดที่ไม่ขัดต่อวัฒนธรรมและไม่ขัดต่อธรรมเนียมประเพณีปฏิบัติ ทั้งยังจะต้องมองไปถึงว่าการสร้างสรรค์งานจะต้องไม่ขัดต่อศาสนโยบาย ไม่ขัดต่อสิ่งใดที่เป็นวัฒนธรรมที่ผูกติดกันมาเป็นระยะเวลานานของประเทศไทยด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงเนื้อหาตามคำพิพากษาศาลฎีกา ที่วินิจฉัยให้การคุ้มครองงานสร้างสรรค์ประเภทงานวรรณกรรม ซึ่งงานดังกล่าวเป็นงานที่ให้องค์ความรู้ ซึ่งสามารถที่จะทำให้เกิดมุมมองในมิติที่จะเกี่ยวกับทางด้านวิชาการและความรู้โดยทั่วไปในมิติใดมิติหนึ่ง โดยที่บุคคลที่จะสืบเสาะหรือบุคคลที่จะเสพความรู้ดังกล่าวได้ในการเข้าถึงงานวรรณกรรม แต่ในขณะเดียวกันในงานบางประเภทแม้จะได้ความรู้ แต่เป็นงานในลักษณะที่มีการวิพากษ์วิจารณ์ การทำให้มีลักษณะเป็นการติฉิน หรือการทำให้เกิดการเหยียดหยามหรือดูหมิ่นใน

ลักษณะเผ่าพันธ์แบบนี้ ซึ่งจะมีผลต่อแสดงให้เห็นว่าจะขัดต่อในเนื้อหาของมิติด้านวัฒนธรรมและขัดกับด้านสังคมด้วยเช่นกัน แต่เนื่องจากมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานนั้น แม้ผลที่จะได้จากงานนั้นอาจจะก่อให้เกิดอคติ ความเหยียดหยาม การดูถูก ความชิงชังในเรื่องเชื้อชาติ เผ่าพันธ์หรือแม้แต่ในเรื่องการวิพากษ์วิจารณ์ทางการเมืองโดยใช้คำพูดที่รุนแรง แม้ในส่วนนั้นจะเป็นการริเริ่มสร้างสรรค์ในการแสดงออกมาในมิติใดมิติหนึ่งแต่งานนั้นอาจจะขัดต่อศาสนโยบายหรือขัดต่อธรรมเนียมประเพณีปฏิบัติในชนชาตินั้น ๆ ดังนั้น งานนี้จึงไม่สามารถที่จะปฏิเสธได้ว่าไม่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่มีความวิริยะอุตสาหะ ซึ่งหากพิจารณาแล้วก็ต้องถือว่ามีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แต่ที่ไม่สามารถที่จะให้การคุ้มครองได้นั้น เพราะความวิริยะอุตสาหะนั้นไปขัดต่อวัฒนธรรมหรือขัดในเชิงรูปแบบปฏิบัติตามธรรมเนียมประเพณีเดิม แต่ในคำพิพากษานี้จะเห็นได้ว่า ศาลได้วินิจฉัยให้มีการอนุญาตให้มีการได้รับความคุ้มครองเพราะงานดังกล่าวเป็นงานสร้างสรรค์ที่ถูกต้องตามกฎหมายไม่ขัดต่อนโยบายสาธารณะและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยใด ๆ เลย

เมื่อมองถึงมิติด้านวัฒนธรรมกับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แล้ว มิติด้านวัฒนธรรมนั้นสามารถที่จะทำให้เกิดการรับรู้รับทราบและเข้าใจผ่านความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการแสดงออกซึ่งความคิดผ่านกระบวนการในส่วนของตัวอักษรหรือตัวหนังสือด้วย ไม่ว่าจะเป็นกรถ่ายทอดวัฒนธรรมผ่านงานวรรณกรรม งานศิลปกรรม หรือในงานภาพยนตร์ในแต่ละยุคและละสมัย ซึ่งวัฒนธรรมซึ่งเกิดขึ้นในแต่ละยุคแต่ละสมัยนั้นก็จะสะท้อนหรือสื่อผ่านงานที่เกิดขึ้นได้ ดังนั้นความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในแต่ละยุคแต่ละสมัยก็จะมีรูปแบบที่แตกต่างกันออกไปตามบริบทของวัฒนธรรมในยุคนั้น ๆ และรูปแบบของวัฒนธรรมดังกล่าวก็จะคงอยู่ตามระยะเวลาต่อมาอีกด้วย ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวก็จะอาศัยเหตุและปัจจัยทางด้านวัฒนธรรม สังคม และเศรษฐกิจช่วงนั้น ๆ ด้วย ซึ่งผู้เขียนขอยกตัวอย่าง นวนิยายเรื่องสี่แผ่นดิน ที่สะท้อนถึงสภาพของช่วงประวัติศาสตร์สมัยรัชกาลที่ 5-8 ที่ประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงทางด้านวัฒนธรรมที่เริ่มรับอารยธรรมตะวันตกเข้ามาในประเทศ รวมถึงสภาพเศรษฐกิจและสังคมในยุคนั้นด้วย โดยผู้ประพันธ์ได้อาศัยความคิดสร้างสรรค์ในการสอดแทรกวัฒนธรรมไทยที่ค่อย ๆ มีการเปลี่ยนแปลงผ่านเหตุการณ์และเรื่องราวต่าง ๆ ที่ได้รับอิทธิพลจากวัฒนธรรมตะวันตกเข้ามาในช่วงยุครัชกาลต่าง ๆ ผ่านชีวิตของบุคคลในประเพณีและวัฒนธรรมไทยได้อย่างเข้าใจ โดยวัฒนธรรมที่เกิดขึ้นนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตามยุคตามสมัย แต่ว่าผู้ประพันธ์หรือบุคคลที่เขียนวรรณกรรมเป็นบุคคลที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยนำเรื่องราวที่เกิดขึ้นตามยุคตามสมัยมาถ่ายทอดโดยใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านวิธีการเรียงร้อยถ้อยคำ การยกเปรียบเทียบหรือการบรรยายให้เห็นในแต่ละส่วน ซึ่งคำเหล่านั้นเป็นความคิดริเริ่มที่ทำให้ผู้อ่านสามารถจินตนาการในส่วนที่ผู้ประพันธ์ได้หยิบยกประเด็นต่างต่างขึ้นมาเป็นบทประพันธ์ที่สร้างสรรค์มีลักษณะเฉพาะเรื่องแม้จะเป็นเรื่องราวที่เกิดขึ้นตามยุคตามสมัยนั้น ๆ ที่เป็นในลักษณะข้อเท็จจริงก็ตาม

ในส่วนของแนวทางนี้ทำให้ผู้เขียนได้ข้อเสนอแนะที่จะเป็นประโยชน์ต่อในส่วนของวงการวิชาการ ว่ามีเหตุผลเพียงพอที่จะกำหนดหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เป็นไปในลักษณะการกำหนดคำนิยามหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาแล้วศาลเองก็ไม่ได้กำหนดในส่วนของคำนิยามของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ว่าจะต้องมีลักษณะแบบใด เพียงแต่คำวินิจฉัยของศาลวินิจฉัยว่าวิธีการหรือการกระทำดังกล่าวได้มาในฐานะของผู้สร้างสรรค์หรือไม่และงานนั้นจะต้องเป็นงานสร้างสรรค์ ซึ่งก็จะเห็นได้เลยว่า หลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นไม่สามารถที่จะกำหนดเป็นคำนิยามในลักษณะที่เป็นไปในรูปแบบของคำนิยามที่ตายตัวได้ แต่ผู้เขียนมีมุมมองว่าควรที่จะเปิดช่องให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจประกอบการวินิจฉัยในส่วนของหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในลักษณะที่ว่า หลักการความคิดริเริ่มและสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ผู้สร้างสรรค์ได้ก่อหรือทำขึ้นนั้นจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญอย่างไรบ้าง โดยให้ศาลพิจารณาว่าการกระทำในลักษณะใดของผู้สร้างสรรค์นั้นแสดงให้เห็นถึงความคิดริเริ่ม ซึ่งเมื่อมีความคิดริเริ่มแล้วก็จะต้องประกอบด้วยความคิดสร้างสรรค์ตามมาและก็จะต้องประกอบไปด้วยความวิริยะอุตสาหะด้วย ทั้งจะต้องดูลักษณะของการกระทำในการผลิตชิ้นงานที่แสดงออกมาในรูปแบบของงนสร้างสรรค์ประเภทต่าง ๆ ด้วย รวมถึงจะต้องพิจารณาถึงรายละเอียดตามงานนั้นว่ามีความคิดสร้างสรรค์หรือไม่แล้วขนาดแค่ไหนถึงจะเพียงพอที่จะเป็นการสร้างสรรค์หรือไม่และจะต้องถึงขนาดใหนถึงจะมีความเพียงพอเป็นงานสร้างสรรค์ก็จะต้องขึ้นอยู่กับการที่จะต้องมองถึงภาพว่างานนั้น มีลักษณะของคำว่าสร้างสรรค์หรือวิริยะอุตสาหะที่เป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่ทำให้เห็นว่ามีความแตกต่างจากงานเดิมหรือมีคุณค่าทางด้านมิติเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมหรือไม่ เพราะว่าถ้าคุณค่าเหล่านั้นได้มาอย่างเพียงพอและเหมาะสมบุคคลที่เข้ามาเสพงานสร้างสรรค์นั้นหรือเข้าใช้งานนั้นก็จะได้รับรู้ในลักษณะเชิงคุณค่าหรือบุคคลที่เป็นเจ้าของสิทธิสามารถที่จะได้สิทธิแต่ผู้เดียวได้ เพราะงานลิขสิทธิ์เหล่านั้นได้สร้างคุณค่าจากตัวของงานลิขสิทธิ์เองจาการที่ผู้สร้างสรรค์มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ซึ่งตรงนี้จึงเป็นมุมมองอย่างหนึ่งที่จะทำให้เห็นประโยชน์ที่สำคัญจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ดังนั้นจึงเป็นเรื่องที่ท้าทายว่าควรจะกำหนดในส่วนของคำนิยามหรือควรที่จะเปิดช่องในลักษณะอย่างใดบ้างที่จะสามารถมองได้ว่า ตรงส่วนนี้คือองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ซึ่งตรงในส่วนนี้ผู้เขียนขอให้เหตุผลเพิ่มเติมว่า เมื่อผู้เขียนได้พิจารณาถึงหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในประเทศต่าง ๆ ก็ไม่พบว่า มีประเทศใดกำหนดคำนิยามของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แบบเฉพาะเจาะจงเช่นกัน ซึ่งในต่างประเทศอาจมีมุมมองว่าถ้าหากำหนดคำนิยามความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แบบเฉพาะเจาะจงแล้วก็จะทำให้หลักการความคิดริเริ่มในระบอบลิขสิทธิ์ที่ผันจากยุคอะนะล็อกไปสู่ระบอบลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัลแล้วก็จะไม่สามารถที่จะใช้หลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตามทีบัญญัติให้คำนิยามไว้ได้

จากแนวทางดังกล่าวทำให้ผู้เขียนพบว่าการสร้างสรรค์งานวรรณกรรมนั้นจะต้องประกอบด้วย หลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ โดยเมื่อมีความคิดริเริ่มแล้วจะต้องตามมาด้วย

ความคิดสร้างสรรค์ เนื่องจากคำทั้งสองคำนั้นเอื้อซึ่งกันและกัน ซึ่งความสร้างสรรค์ดังกล่าวจะต้องมาจาก ความวิริยะอุตสาหะ สติปัญญาและวิจารญาณที่แสดงออกมา ดังนั้น ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หมายถึง สิ่งที่ต้องการคิดอันเป็นลักษณะเฉพาะตนของความคิดนั้นของผู้สร้างสรรค์จึงเรียกว่าสร้างสรรค์งานอันเกิดจากความคิดริเริ่ม และเมื่อมีการคิดขึ้นมาแล้ว ความสร้างสรรค์ต้องเกิดขึ้น ซึ่งความสร้างสรรค์ในระดับใดว่าจะมากหรือน้อยต้องมีการพิจารณาอักครั้งหนึ่ง ซึ่งความสร้างสรรค์ตรงนี้จะต้องขนาดไหนที่ถือว่ามีความสร้างสรรค์ ก็คือมีความสร้างสรรค์ที่ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะและใช้สติปัญญาที่จะได้มีการดำเนินการดังกล่าวโดยอาศัยความวิริยะอุตสาหะนั้นผลักดันให้งานนั้นสำเร็จไปสู่จุดมุ่งหมายที่จะผลิตงานสร้างสรรค์ออกมา แต่สำหรับในงานบางประเภทนอกเหนือจากความวิริยะอุตสาหะและการสร้างสรรค์แล้วยังจะต้องมีในส่วนของสุนทรียศาสตร์ที่จะต้องเข้าไปผนวกด้วย ซึ่งศาลจะพิจารณประเด็นนี้น้อยกว่าประเด็นอื่นเพราะจะมีแต่เฉพาะในงานบางประเภทเช่น งานวรรณกรรมประเภทนวนิยาน งานศิลปกรรมและงานดนตรีกรรม แต่ในส่วนของโปรแกรมคอมพิวเตอร์และฐานข้อมูลจะไม่พบในส่วนนี้

ดังนั้นหลักเกณฑ์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ เพื่อที่จะให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องหรือศาลสามารถใช้ดุลพินิจโดยผ่านมุมมองที่เกี่ยวข้องกับมิติเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ทั้งนี้เพื่อเสนอแนวทางที่จะนำมาพัฒนาหลักการในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ในระบอบลิขสิทธิ์ คือองค์ประกอบที่เป็นส่วนสำคัญในการที่ศาลจะพิจารณาว่างานนั้นมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่จะต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบที่สำคัญคือ ความคิดริเริ่มด้วยตนเอง โดยใช้ความวิริยะอุตสาหะและความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยในงานสร้างสรรค์

5.2 วิเคราะห์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านทฤษฎีทางกฎหมายลิขสิทธิ์

ในส่วนของการวิเคราะห์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ โดยผ่านทฤษฎีทางกฎหมายลิขสิทธิ์ผู้เขียนจะแบ่งการศึกษาวิเคราะห์ออกเป็น 2 ประเด็นกล่าวคือทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเจ้าของสิทธิจากงานสร้างสรรค์ ซึ่งจะทำให้เห็นว่าทฤษฎีทางกฎหมายลิขสิทธิ์มีความเชื่อมโยงกับความคิดริเริ่มอย่างไร เพื่อที่จะได้นำไปสู่ฐานความคิดที่สำคัญในการวิเคราะห์ถึงการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์และสิทธิของผู้ที่จะสร้างสรรค์งานได้อย่างเหมาะสมต่อไป โดยทฤษฎีที่จะนำมาวิเคราะห์ประกอบด้วย ทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights Theory) ทฤษฎีประโยชน์ตอบแทน (Reward Theory) ทฤษฎีเหตุจูงใจ (Incentive-based Theory) และทฤษฎีของเศรษฐศาสตร์สำนักคลาสสิกใหม่ (Neo-classical Economics) หลักการทฤษฎีหยาดเหงื่อแรงงาน (Sweat of the Brow) หลักการทฤษฎีทักษะ แรงงานและวิจารณญาณ (Skill Labor and Judgement) หรือหลักการทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of

Creativity Doctrine) ซึ่งในส่วนของทฤษฎีทั้งหมดจะเห็นได้ว่าทฤษฎีดังกล่าวแม้จะมิได้กล่าวถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ไว้โดยตรง แต่จากการปรับใช้ทฤษฎีกับการคุ้มครองงานสร้างสรรค์ของผู้ทรงสิทธิ จะเห็นได้เลยว่าทฤษฎีเหล่านี้เป็นทฤษฎีที่ทำให้กรอบชัดขึ้นมาว่าการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์หรือบุคคลใดก็ตามที่คิดงานสร้างสรรค์ขึ้นมาโดยมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ผู้สร้างสรรค์ก็เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานประเภทดังกล่าว แต่ว่าทฤษฎีเหล่านี้ก็ไม่ได้มีการกำหนดคำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้แต่อย่างใด แต่ก็ถือว่าการจะได้มาซึ่งคนที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นหลักก็คือต้องมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้น แต่หากนำมุมมองของทฤษฎีดังกล่าวทั้งหมดวิเคราะห์ในมุมมองของทฤษฎีกับการคุ้มครองงานและการคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานผู้เขียนสามารถวิเคราะห์ได้ดังนี้

5.2.1 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเจ้าของสิทธิจากงานสร้างสรรค์

การคุ้มครองเจ้าของสิทธิจากงานสร้างสรรค์เกิดขึ้นโดยอาศัยทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติซึ่งสิทธิตามธรรมชาติเกิดขึ้นโดยจากแนวความคิดของระบบภาคพื้นยุโรป (Continental European System) จากประเทศฝรั่งเศส ซึ่งการคุ้มครองของแนวคิดดังกล่าวมุ่งคุ้มครองธรรมสิทธิ์หรือสิทธิทางศีลธรรม (Moral Rights) อันเนื่องมาจากมองว่างานอันมีลิขสิทธิ์เหล่านี้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากบุคคลที่มีความตั้งใจที่จะคิดโดยการใช้ความคิดของตนมาสร้างสรรค์งานอันเป็นประโยชน์ ดังนั้นเมื่อมีงานลิขสิทธิ์เกิดขึ้นตรงนี้ก็จะต้องมีการคุ้มครองให้กับบุคคลที่มีการคิดสร้างสรรค์ พอมีมุมองในลักษณะนี้ขึ้นมาก็จะเกิดการโต้แย้งจากอีกกลุ่มที่มองว่า สิทธิที่ดีที่สุดควรให้กับผู้สร้างสรรค์ เพื่อที่จะเป็นรางวัลตอบแทนและสิทธิทางเศรษฐกิจ (Economic Rights) ก็จะมีส่วนเข้ามาในส่วนนี้ด้วย ซึ่งความสร้างสรรค์นั้นทำให้เกิดมุมมองใน 2 ประการคือ มุมมองแรกมองในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จากการสร้างสรรค์งานโดยใช้สิทธิตามธรรมชาติเป็นหลัก มุมมองที่สองประโยชน์ตอบแทนจากการสร้างสรรค์งานดังกล่าวโดยมองว่าถ้างานนั้นมีการแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea) ก็ย่อมที่จะได้รับการคุ้มครองโดยมีรางวัลตอบแทน จึงเกิดสิทธิทางเศรษฐกิจขึ้นมาหรือเกิดสิทธิในการให้รางวัลผู้สร้างสรรค์ขึ้นมา ดังนั้นจะเห็นได้เลยว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นมุ่งประโยชน์ต่อการคุ้มครองผู้สร้างสรรค์มากกว่าที่จะมุ่งประโยชน์ต่อการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์จากการสร้างสรรค์

จากแนวความคิดของทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเจ้าของสิทธิ์จากงานสร้างสรรค์ผู้เขียนจะอภิปรายและนำเสนอไว้ดังนี้

ประการแรก จากการปรับใช้ทฤษฎีกับการคุ้มครองงานสร้างสรรค์ของผู้ทรงสิทธิ จะเห็นได้เลยว่าทฤษฎีเหล่านี้เป็นทฤษฎีที่ทำให้กรอบชัดขึ้นมาว่า การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์หรือใครก็ตามที่คิดงานสร้างสรรค์ขึ้นมาโดยมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ผู้สร้างสรรค์ก็เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานประเภทดังกล่าว แต่ว่าทฤษฎีเหล่านี้ก็ไม่ได้มีการกำหนดคำนิยามหรือจำกัดความของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

ไว้แต่อย่างใด แต่ก็ถือว่าการจะได้มาซึ่งบุคคลที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นหลักการสำคัญก็คือต้องมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

ประการที่สอง เมื่อศึกษาถึงทฤษฎีเหล่านี้ ก็จะพบว่าทฤษฎีเหล่านี้เป็นการให้ความคุ้มครองโดยอัตโนมัติจากการที่บุคคลแสดงออกซึ่งความคิด เพราะฉะนั้นจุดย้ำของลิขสิทธิ์คือการแสดงออกซึ่งความคิด แต่อย่างไรก็ดีในเนื้อหาของทฤษฎีดังกล่าวงานมีการแสดงออกซึ่งความคิด ดังนั้นการแสดงออกซึ่งความคิดแค่ไหนถึงจะพบซึ่งการแสดงออกซึ่งความคิดออกมาก็จะต้องมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แต่ในส่วนของทฤษฎีดังกล่าวไม่ได้กำหนดในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้ แต่เป็นการคุ้มครองผู้สร้างสรรค์ ดังนั้นโดยการตีความผู้สร้างสรรค์ โดยไม่ได้ใช้คำว่า Creator แต่ใช้คำว่า Author คือคุ้มครองผู้ประพันธ์ ดังนั้นเมื่อเป็นผู้ประพันธ์แล้วก็ไม่ได้พิจารณาว่าผู้ประพันธ์มีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แค่ไหน แต่เมื่อได้มีการแสดงออกซึ่งความคิดก็เท่ากับได้หลักในเรื่องการคุ้มครองแล้ว และเมื่อมาดูในส่วนของทฤษฎีเพื่อที่จะนำมาเป็นองค์ประกอบสำคัญที่จะวัดฐานในส่วนของคำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ก็จะเห็นได้เลยว่าในเนื้อหาของทฤษฎีก็มิได้กล่าวถึงหรือโยงลึกไปถึงขอบเขต คำนิยาม หรือการพิจารณาถึงระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แต่อย่างใด แต่เป็นการคุ้มครองบุคคลผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์จากการแสดงออกซึ่งความคิด ซึ่งเมื่อบุคคลใดแสดงออกมาก็เป็นสิทธิตามธรรมชาติและหากเป็นประโยชน์ตอบแทนก็เป็นประโยชน์ตอบแทนในแง่เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ดังกล่าวหรืองานที่คิดขึ้นมาดังกล่าว

ประการที่สาม ทฤษฎีเหล่านี้มุ่งหมายในการคุ้มครองเข้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้นการที่จะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ องค์ประกอบที่สำคัญก็คือจะต้องมีการสร้างสรรค์งานออกมา งานนั้นต้องเป็นงานที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และก็ต้องใช้ความวิริยะอุตสาหะด้วยความพากเพียร งานนั้นถึงจะสามารถได้รับความคุ้มครองและอยู่ภายใต้คำว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ อนึ่งหากพิจารณาในส่วนนี้ ตัวทฤษฎีจะโยงให้ให้เห็นว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่แทรกออกมาว่า บุคคลที่เป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ต้องมีลักษณะดังกล่าวข้างต้น แต่อย่างไรก็ดีการคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องมีในส่วนของอายุแห่งการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ด้วย ซึ่งอายุการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น จะถูกแยกออกมาจากตัวลิขสิทธิ์ เพราะฉะนั้นการคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์จะอยู่ภายใต้หรือการจำกัดอายุแห่งการคุ้มครอง ดังนั้นฐานของการคุ้มครองจะต้องเท่ากัน กล่าวคือ ตลอดอายุของเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์และนับต่อไปอีกห้าสิบปีนับแต่ผู้สร้างสรรค์งานถึงแก่ความตาย ดังนั้นจึงเห็นว่าการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจะมุ่งคุ้มครองที่ตัวงานเป็นสำคัญ เพราะเมื่อพิจารณาถึงฐานที่กำหนดเงื่อนไขการได้มาซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ ว่าอะไรคือเหตุและปัจจัยที่ทำให้ได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ที่จะถือว่าอยู่ภายใต้การคุ้มครอง

ดังนั้นในส่วนนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่างานอันมีลิขสิทธิ์ไม่ว่าจะเป็นงานวรรณกรรม ศิลปกรรม นาฏกรรม ดนตรีกรรม งานภาพยนตร์ งานแพร่เสียงแพร่ภาพ สิ่งบันทึกเสียง โปรแกรมคอมพิวเตอร์และฐานข้อมูลนั้น ในส่วนของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และประเภทก็จะมีความแตกต่างกันอีก

โดยขึ้นอยู่กับแต่ละประเภทที่ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ในหัวข้อต่อไป แต่ในส่วนของตัวทฤษฎีก็จะมากำกับว่าทุกประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ต้องเริ่มต้นด้วยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของบุคคลที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งตัวทฤษฎีของการคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ทฤษฎีเหล่านี้ก็มีการผนวกเข้ามาในตัวลิขสิทธิ์โดยอัตโนมัติ แต่ในส่วนของทฤษฎีการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ก็จะมีการคุ้มครองไว้โดยตรง ซึ่งจะวิเคราะห์ต่อไปในหัวข้อ 5.2.2

5.2.2 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์

ในประเด็นทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์จะเกิดการคุ้มครองก็ต่อเมื่อทางด้านของเจ้าของงานได้รับการคุ้มครองด้วย ดังนั้นเมื่อสิทธิตรงนี้มีการเอื้อประโยชน์ต่อกัน แนวคิดดังกล่าวก็เลยมองว่าจะคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ตัวของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้มีความวิริยะอุตสาหะในการดำเนินการตรงนี้แค่ไหน ฐานของการวัดจึงเกิดจากการใช้หลักการของหยาดเหงื่อแรงงานตามทฤษฎี Sweat of the Brow หลักการทักษะ การลงแรงงานและการใช้วิจารณญาณ ตามทฤษฎี Skill Labor and Judgement หรือ หลักการของทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) ก็จะเห็นได้เลยว่าหลักการหรือแนวคิดตรงนี้ถูกแบ่งออกมาเป็นสองส่วน โดยสองส่วนที่จะมีการกล่าวถึงคือ ส่วนที่หนึ่งมุ่งที่จะคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ ส่วนที่สองต้องมาพิจารณาก่อนว่างานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเป็นงานที่เกิดจากการสร้างสรรค์ได้หรือไม่ เพราะว่าไม่สามารถคุ้มครองงานที่เกิดขึ้นโดยให้เหตุผลว่าทั้งหมดว่างานนั้นมีการแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea) แล้วจะได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์แต่จะต้องมาจากหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เป็นสำคัญ

จากแนวความคิดของทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ ผู้เขียนจะอภิปรายและนำเสนอไว้ดังนี้

ประการแรก ทฤษฎีดังกล่าวเป็นทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์โดยตรง เนื่องจากทฤษฎีดังกล่าวทำให้เกิดผลต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ทั้งยังจะเห็นได้ว่าในส่วนของตัวทฤษฎีที่คุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ จะเป็นทฤษฎีที่เน้นในเรื่องของการคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยตรง ดังนั้นการที่จะปรากฏคำว่างานอันมีลิขสิทธิ์ภายใต้การคุ้มครองได้ ก็จะต้องย้อนไปพิจารณาในส่วนของคำว่าเข้าครบองค์ประกอบในงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งในส่วนของความคิดริเริ่มก็จะเป็นหลักการที่สำคัญเพื่อที่จะตอบกลับมาทันทีว่า งานในลักษณะดังกล่าวมีคุณค่าที่จะได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ที่กฎหมายจะให้ความคุ้มครอง

ประการที่สอง ทฤษฎีทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เป็นทฤษฎีที่เป็นหลักการที่แต่ละประเทศให้การยอมรับว่ามีความเป็นสากล เพราะหลักการของทฤษฎีมุ่งส่งที่คุณค่าของงานที่สร้างสรรค์ขึ้นมาโดยอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จากผู้สร้างสรรค์ ทั้งแต่ละประเทศก็สามารถนำทฤษฎีเหล่านี้ไปเป็นแนวทางในการส่งเสริมหรือก่อให้เกิดการพัฒนางานต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับลิขสิทธิ์

ขึ้นมาได้ภายในประเทศของตน แต่ในส่วนของเนื้อหาที่เป็นรายละเอียดของงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น งานที่แสดงออกมาไม่ใช่ทุกประเภทของงานที่จะได้มาซึ่งการคุ้มครองตามหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ กล่าวคือ งานที่แสดงออกมานั้นต้องเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่กฎหมายแต่ละประเทศกำหนดไว้ว่าให้ความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์และงานประเภทใดกฎหมายไม่ให้ความคุ้มครอง ซึ่งในส่วนตรงนี้ก็จะมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเภทของงานและประเทศต่าง ๆ ด้วย โดยประเภทของงานลิขสิทธิ์ที่แต่ละประเทศให้การยอมรับว่างานประเภทใดบ้างที่จะถือว่าได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ ดังนั้นในเนื้อหาของทฤษฎีนี้เป็นบรรทัดฐานเบื้องต้นในแง่การคุ้มครองหรือว่าในลักษณะของการที่จะนำมาใช้ในการวางหลักในการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ไม่ใช่เป็นสิ่งที่ทุกประเทศจะต้องมีการดำเนินการเหมือนกันทุกประการ แต่จะต้องอาศัยในส่วนของปัจจัยอื่นๆมาประกอบด้วย ซึ่งอาจจะไปขึ้นอยู่กับการใช้ทฤษฎีแล้วมีปัจจัยพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐศาสตร์ เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมร่วมเข้ามาด้วย เพราะการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์จะต้องไปพิจารณาถึงประเภทของงานที่ได้รับการคุ้มครองด้วย ตัวอย่างเช่นประเทศไทยไม่ใช่ทุกงานที่มีการแสดงออกซึ่งความคิดโดยมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ก็จะได้รับความคุ้มครอง แม้ในส่วนของทฤษฎีจะให้การคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ก็ตาม ในคดีภาพยนตร์อาถรรพ์น้ำมันพรายเป็นต้น ซึ่งหากพิจารณาแล้วเป็นประเภทหนึ่งของงานภาพยนตร์ แต่ประเทศไทยไม่ให้ความคุ้มครองงานดังกล่าว เนื่องจากจะไปขัดต่อศาสนโยบายหรือ Pubic order ทั้งหลาย กล่าวคือหากพิจารณาแล้วว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ ก็ต้องตอบว่ามี แต่ที่ไม่สามารถคุ้มครองได้ ดังนั้นในส่วนนี้จึงไปขึ้นอยู่กับปัจจัยทางเศรษฐศาสตร์ เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมที่แต่ละประเทศยึดถือด้วย แต่โดยทฤษฎีเหล่านี้โดยปกติให้การคุ้มครอง แต่ไม่ได้หมายความว่า งานทุกประเภทภายใต้การแสดงออกซึ่งความคิดแล้วนั้นจะได้รับการคุ้มครองในฐานะของงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมดเมื่อมีทฤษฎีที่ว่าด้วยเรื่องนี้โดยตรง

จากการวิเคราะห์ความคิดริเริ่มโดยผ่านทฤษฎีทางกฎหมายลิขสิทธิ์ หากนำมาวิเคราะห์เพื่อให้เกิดการสื่อออกมาเป็นรูปธรรม ผู้เขียนจึงได้วิเคราะห์ทฤษฎีทางกฎหมายลิขสิทธิ์ผ่านคดี Feist publications, Inc., v. Rural telephone service Co.,[203] เมื่อพิจารณาถึงทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการ

---

[203] คดี Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.,โดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเกณฑ์งานสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้นจะต้องมีองค์ประกอบของความคิดริเริ่มและระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เล็กน้อยในงานที่สร้างสรรค์นั้น หากเป็นเรื่องของข้อเท็จจริง ข่าวสาร หรือ สิ่งที่มีอยู่แล้วนั้นไม่สามารถที่จะเกิดความคิดริเริ่มและระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่จะถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ อันเนื่องมาจากการที่นำข้อมูลที่มีอยู่แล้วนำมาประมวลและรวบรวมโดยที่ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงการสร้างสรรค์แต่อย่างใด ซึ่งจากกรณีศึกษาดังกล่าวมีคำสำคัญและมีนัยที่แสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ดุลพินิจ โดยการใช้หลักเกณฑ์ศาล

คุ้มครองเจ้าของสิทธิจากงานสร้างสรรค์โดยผู้สร้างสรรค์จะได้รับความคุ้มครองสิทธิผู้สร้างสรรค์ก็จะต้องใช้หยาดเหงื่อแรงงานและความคิดสร้างสรรค์ของตนไปกับงานที่สร้างสรรค์ขึ้นมาด้วย ดังนั้นเมื่อคดีนี้เป็นเรื่องของข้อเท็จจริง ข่าวสาร หรือสิ่งที่มีอยู่แล้วนั้นจึงไม่สามารถที่จะเกิดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่จะถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ อันเนื่องมาจากการที่นำข้อมูลที่มีอยู่แล้วนำมาประมวลและรวบรวมโดยที่ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงการสร้างสรรค์แต่อย่างใด ซึ่งจากตรงนี้แสดงให้เห็นว่า ไม่เข้าครบองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ดังนั้นก็จะเห็นได้ว่าข้อเท็จจริงที่นำมารวบรวมไม่สามารถให้การคุ้มครองอย่างงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ เพราะถือได้ว่าไม่มีความคิดริเริ่มเลย ดังนั้นการสร้างสรรค์ที่ไม่ครบองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จึงไม่เป็นผู้สร้างสรรค์

เมื่อพิจารณาถึงทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์และผลของทฤษฎีต่อความคิดริเริ่มในการคุ้มครองแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าการรวบรวมงานในคดีดังกล่าวมิได้ใช้ความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์ลงไปในงานเลย เพียงแต่ไปรวบรวมมาจากข้อมูลที่มีอยู่แล้วเท่านั้น ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงคุณค่าของงานแล้วก็ยังขาดคุณค่าที่จะได้รับความคุ้มครอง ซึ่งส่งผลให้การรวบรวมงานดังกล่าวยังไม่ได้รับการคุ้มครองดั่งเช่นงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งเมื่อนำไปเปรียบเทียบกับ งานวรรณกรรม งานดนตรีกรรมและงานภาพยนตร์แล้วงานดังกล่าวที่สร้างสรรค์ขึ้นนั้นอาศัยทั้งความวิริยะอุตสาหะและหยาดเหงื่อแรงงานลงไปในงานที่สร้างสรรค์นั้นทั้งยังสร้างสรรค์ออกมาโดยอาศัยความคิดสร้างสรรค์ให้เกิดขึ้นกับงานด้วย ดังนี้คุณค่าจาการรวบรวมงานกับคุณค่าในงานวรรณกรรมและงานภาพยนตร์จึงมีคุณค่าที่แตกต่างกันอย่างชัดเจน

กำลังมองว่าทางด้านของข้อเท็จจริง การรวบรวมข้อมูล การรวบรวมความจริงที่เกิดขึ้นในเชิงที่มีการใช้หรือมีการปฏิบัติกันอยู่แล้ว สิ่งดังกล่าวไม่สามารถที่จะแสดงให้เห็นถึงความสร้างสรรค์ หลักเกณฑ์ตรงนี้ที่จะนำมาวัดได้และถึงแม้ว่าจะมีในส่วนของหยาดเหงื่อและแรงงานที่กระทำออกไปแต่หยาดเหงื่อแรงงานดังกล่าวนั้นทำให้เกิดงานขึ้น แต่หยาดเหงื่อและแรงงานดังกล่าวนั้นไม่ได้ถูกพัฒนาว่าให้เกิดความคิดริเริ่ม แต่เป็นหยาดเหงื่อแรงงานที่มาจากสิ่งที่มีอยู่เดิมเพียงแค่นำมารวบรวม ซึ่งจากตรงนี้แสดงให้เห็นว่า ไม่เข้าครบองค์ประกอบของความคิดริเริ่ม ดังนั้นก็จะเห็นได้ว่าข้อเท็จจริงที่นำมารวบรวมไม่สามารถให้การคุ้มครองอย่างงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ เพราะถือได้ว่าไม่มีความคิดริเริ่มเลย

5.3 วิเคราะห์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านมิติด้านเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรม

จากการที่ได้วิเคราะห์ในส่วนของคำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ก็จะพบว่าในส่วนของขอบเขตและคำนิยามและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นจะมีความสัมพันธ์กันเนื่องจากการที่ในปัจจุบันไม่ได้กำหนดคำนิยามไว้อย่างชัดเจนโดยเฉพาะแล้วทั้งในส่วนของขอบเขตที่จะระบุว่ามีแค่ไหนหรืออย่างไรนั้นก็ยังไม่แน่ชัด โดยที่ส่วนขององค์ประกอบก็จะมีหลักหลักการที่มีความแตกต่างกันของแต่ละประเทศด้วยแต่องค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ก็สามารถที่จะผันไปเป็นคำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ได้ด้วยเช่นกัน แต่ในอีกมุมมองหนึ่งที่มีความสัมพันธ์ต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ของแต่ละประเทศก็คือบริบทมิติเศรษฐศาสตร์ สังคม วัฒนธรรมก็จะมีความสัมพันธ์กับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ด้วย

เป็นเรื่องสำคัญที่จะต้องพิจารณาเป็นคำถามว่าในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานนั้นจะขึ้นอยู่กับบริบททางวัฒนธรรม เศรษฐกิจ สังคม และการเมืองนั้นด้วย ๆ ส่วนหนึ่งก็เป็นเพราะว่าความคิดสร้างสรรค์สัมพันธ์กับมุมมองของศาลต่อแรงงานและงานที่เป็นผลมาจากแรงงานนั้น ผลจากความคิดเช่นนี้คือมุมมองต่อสิ่งที่ถูกมองว่าเป็นความคิดริเริ่มสร้างสรรค์อาจเปลี่ยนไปเมื่อเวลาเปลี่ยน[204] ดังนั้นจึงควรมีหลักเกณฑ์เพื่อที่จะให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องหรือศาลสามารถใช้ดุลพินิจโดยผ่านมุมมองที่เกี่ยวข้องกับมิติเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรม

ในส่วนของการวิเคราะห์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านมิติด้านเศรษศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรมนั้น ผู้เขียนเห็นว่ามิติดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับพลวัตโลก กล่าวคือการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาทางเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมของทุกประเทศ ไม่ว่าประเทศนั้นจะเป็นประเทศที่มีการพัฒนาทางเศรษฐกิจอยู่ในระดับใด ทั้งยังส่งผลต่อสังคมของแต่ละประเทศอีกด้วย กล่าวคือหากมีการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นประโยชน์ต่อสังคมจำนวนมากย่อมส่งผลต่อประชาชนที่จะได้รับข้อมูลและผลงานสร้างสรรค์ที่ปรากฏขึ้นอยู่ในสังคม ทั้งยังทำให้มีการเผยแพร่งานอันมีลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมสู่ประเทศต่าง ๆ อีกด้วย ดังนั้นในส่วนนี้จึงมีความสัมพันธ์ในแง่มุมของการพัฒนาองค์ความรู้และองค์ความรู้ดังกล่าวอยู่ภายใต้การคุ้มครองเชิงลิขสิทธิ์

โดยกฎหมายลิขสิทธิ์ เป็นทรัพย์สินทางปัญญาเป็นผลของความคิดสร้างสรรค์จากภูมิปัญญาของมนุษย์ อันก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทั้งทางด้านวัฒนธรรมและด้านอุตสาหกรรมการผลิต เมื่อ

---

[204] Lionel Bently and Brad Sherman, **Intellectual Property Law**, p. 96.

ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจเริ่มเข้ามามีบทบาทต่อคุณค่าของมนุษย์และการพัฒนาสังคม จึงมีความจำเป็นเพิ่มมากขึ้นในการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์และผู้คิดค้น รวมทั้งบรรดาผู้ประกอบกิจการพาณิชย์ ด้วยเหตุนี้ในแต่ละประเทศจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยความคุ้มครองสิทธิ์ในกฎหมายลิขสิทธิ์ตามแต่ระบบกฎหมายของประเทศนั้น ทั้งนี้ในปัจจุบันกฎหมายที่กำหนดขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในแต่ละประเภท ไม่ว่าภายในประเทศหรือในระดับระหว่างประเทศย่อมขึ้นอยู่กับความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจเป็นสำคัญ ซึ่งยังรวมถึงด้านเศรษศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรมอีกด้วย

หากพิจารณาวิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ในส่วนของมุมมองทางด้านเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรมมีผลกระทบต่อการพัฒนากฎหมายคือ บริบทของเศรษฐศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรม จะมีผลในเรื่องของการกำหนดระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งจะไปเชื่อมโยงในเรื่องของความเชื่อหรือการสร้างขึ้นมาซึ่งแนวคิดและทฤษฎีซึ่งมีความแตกต่างกันตามหลักการหรือตามนักคิดด้านทรัพย์สินทางปัญญาที่มีแนวความคิดแตกต่างกันออกไปในแต่ละยุคแต่ละสมัยของแต่ละช่วงวิวัฒนาการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

5.3.1 ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านมิติด้านเศรษฐศาสตร์

กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาโดยสภาพแล้ว ถือว่าเป็นกฎหมายทางเศรษฐศาสตร์โดยลิขสิทธิ์ถือเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่สำคัญอย่างยิ่งรูปแบบหนึ่ง ซึ่งลักษณะที่โดดเด่นของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาก็คือการคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ ในขณะที่ต้นทุนในการสร้างผลงานภายใต้การคุ้มครองลิขสิทธิ์ เช่น หนังสือ ภาพยนตร์ เพลง ภาพพิมพ์ แผนที่หรือโปรแกรมซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ มักจะสูง ค่าใช้จ่ายในการทำซ้ำงานไม่ว่าจะโดยผู้สร้างหรือโดยผู้อื่นทำให้มีมักจะต่ำ และเมื่อสำเนามีให้ผู้อื่นแล้ว มักจะไม่แพงสำหรับผู้ใช้เหล่านี้ในการทำสำเนาเพิ่มเติม หากสำเนาที่ทำโดยผู้สร้างงานมีราคาเท่ากับหรือใกล้เคียงกับต้นทุนส่วนเพิ่ม ผู้อื่นอาจไม่ควรทำสำเนา แต่รายได้รวมของผู้สร้างอาจไม่เพียงพอสำหรับต้นทุนในการสร้างงาน การคุ้มครองลิขสิทธิ์ สิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการป้องกันไม่ให้ผู้อื่นทำสำเนา แลกเปลี่ยนค่าใช้จ่ายในการจำกัดการเข้าถึงผลงานกับผลประโยชน์ของสิ่งจูงใจในการสร้างผลงานตั้งแต่แรก การสร้างสมดุลที่ถูกต้องระหว่างการเข้าถึงและสิ่งจูงใจเป็นปัญหาหลักในกฎหมายลิขสิทธิ์ สำหรับกฎหมายลิขสิทธิ์เพื่อส่งเสริมประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ หลักคำสอนทางกฎหมายหลักนั้น อย่างน้อยต้องประมาณผลประโยชน์สูงสุดจากการสร้างงานเพิ่มเติม ลบทั้งความสูญเสียจากการจำกัดการเข้าถึงและค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ดังนั้นหน้าที่ของลิขสิทธิ์ที่ป้องกันไม่ให้ถูกละเมิด และให้ผู้สร้างสรรค์แสวงหาประโยชน์จากงานสร้างสรรค์ของ

ตนเองได้ โดยมีการสร้างสมดุลว่าจำเป็นต้องสร้างสมดุลระหว่างการเข้าถึงทรัพย์สินทางปัญญาของประชาชน และให้ประโยชน์ที่จูงใจให้เกิดการสร้างสรรค์สิ่งใหม่ ๆ[205]

เมื่อพิจารณาโดยทั่วไปถึงต้นทุนในการผลิตหนังสือหรืองานที่มีลิขสิทธิ์อื่น ๆ มีสององค์ประกอบ ประการแรกคือค่าใช้จ่ายในการสร้างสรรค์ผลงานคิดว่าไม่แตกต่างกับจำนวนสำเนาที่ผลิตหรือขายเนื่องจากประกอบด้วยเวลาและความพยายามของผู้เขียนเป็นหลัก บวกกับค่าใช้จ่ายสำหรับผู้จัดพิมพ์ในการชักชวนและแก้ไขต้นฉบับและตั้งค่าให้เป็นแบบสอดคล้องกับการใช้ลิขสิทธิ์ เรียกผลรวมของค่าใช้จ่ายเหล่านี้ว่า “ต้นทุนในการแสดงออก” (Cost of Expression) องค์ประกอบที่สองของต้นทุนในการผลิตงานจะเพิ่มขึ้นตามจำนวนสำเนาที่ผลิต เนื่องจากเป็นต้นทุนการพิมพ์ เข้าเล่ม และแจกจ่ายสำเนาแต่ละชุด ค่าใช้จ่ายในการแสดงออกไม่ได้รวมอยู่ในการทำสำเนาเพราะเมื่องานถูกสร้างขึ้นแล้ว ความพยายามของผู้เขียนสามารถรวมเข้ากับสำเนาอื่นได้โดยแทบไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย[206]

มุมมองของมิติเศรษฐศาสตร์กับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในกฎหมายลิขสิทธิ์มีความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกัน หากพิจารณาว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นเป็นประโยชน์ทางด้านเศรษฐศาสตร์ได้หมายความว่า การที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างหรือผลิตผลงานสร้างสรรค์ขึ้นมาแล้ว งานสร้างสรรค์ดังกล่าวได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ อันเนื่องมาจากงานนั้นมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และงานนั้นก็สามารถทำให้เกิดประโยชน์ได้ ซึ่งก็คือประโยชน์ทางด้านการเงิน (Cost of Expression) กล่าวคือเป็นการแสดงออกมาซึ่งให้ได้ค่าของเงินซึ่งถือได้ว่าคือคุณค่าทางเศรษฐศาสตร์ที่ตัวของลิขสิทธิ์ให้มา ดังนั้นในส่วนของลิขสิทธิ์นั้นการแสดงออกซึ่งความคิดนั้นไม่สามารถที่จะขาดในส่วนของหลักการความคิดริเริ่มและหลักการของความคิดสร้างสรรค์ในงานที่สร้างสรรค์ขึ้น การแสดงออกซึ่งความคิดดังกล่าวยังมีผลทำให้ผู้สร้างสรรค์ได้รับรายได้เป็นเงินไม่ว่าจะเป็น รายได้จากการขายหนังสือ รายได้จากงานภาพยนตร์หรือรายได้จากการอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งถือว่ารายได้ดังกล่าวที่ผู้สร้างสรรค์ได้มาในลักษณะประโยชน์ทางด้านการเงิน ซึ่งในส่วนนี้ถือได้ว่าเป็นคุณค่าทางเศรษฐศาสตร์ที่ลิขสิทธิ์ให้มา ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนขอวิเคราะห์ออกเป็น 5 ประเด็นดังนี้

1) ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์กับการนำมาใช้เป็นหลักประกันทางธุรกิจ

การแสดงออกซึ่งความคิดโดยอาศัยหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แล้วแต่ในขณะเดียวกันนั้นเมื่อมีงานสร้างสรรค์ขึ้นมาก็ก่อให้เกิดประโยชน์ทางด้านการเงิน (Cost of Expression) สำหรับบุคคลที่เป็นเจ้าของผลงานด้วยซึ่งในส่วนนี้ก็สามารถทำให้เห็นคุณค่าในตัวของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นประเภทหนึ่งของทรัพย์สินทางปัญญาที่สามารถนำไปใช้ในแง่มุมของการเป็น

---

[205] William M. Landes and Richard A. Posner, *op cit.*

[206] *Ibid.*

หลักประกันทางธุรกิจได้ ซึ่งในส่วนนี้ทำให้เห็นถึงความสำคัญที่ชัดเจนในมุมมองทางด้านเศรษฐศาสตร์ด้วยเช่นกัน หากพิจารณาถึงในส่วนของลิขสิทธิ์ซึ่งได้ถูกนำมาใช้เป็นหลักประกันทางธุรกิจ ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 กฎหมายดังกล่าวสามารถที่จะนำงานสร้างสรรค์ที่เกิดขึ้นจากการแสดงออกซึ่งความคิดโดยอาศัยความวิริยะอุตสาหะและความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์หรือบุคคลที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถที่จะนำงานสร้างสรรค์ไปเป็นหลักประกันทางธุรกิจ ในส่วนนี้เองแสดงให้เห็นว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์มีบททบาทสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นการประกอบธุรกิจหรือกิจการใด ๆ ซึ่งมีผลทำให้ผู้ประกอบการต่างหันมาให้ความสำคัญกับงานลิขสิทธิ์มากขึ้น เพื่อรักษาผลประโยชน์ของตนผู้เป็นเจ้าของสิทธิในลิขสิทธิ์ ดังนั้นการที่พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้มีการกำหนดให้สามารถนำงานลิขสิทธิ์มาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ จึงมีความสำคัญในการเปิดโอกาสให้บุคคลที่ต้องการนำงานลิขสิทธิ์มาเป็นหลักประกันทางธุรกิจเพื่อที่จะเข้าถึงแหล่งเงินทุนเพื่อพัฒนาต่อยอดและขยายกิจการได้ อันเป็นการกระตุ้นการขยายตัวทางเศรษฐกิจและส่งเสริมความสามารถในการแข่งขันทางการค้าของธุรกิจด้วยนั้นเอง

ในส่วนของสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักรนั้น ก็มีการนำมูลค่าของการแสดงออกซึ่งความคิดในงานอันมีลิขสิทธิ์ไปเป็นหลักประกันทางธุรกิจหรือประกันการชำระหนี้เช่นกัน โดยสหราชอาณาจักรนั้นถือได้ว่าเป็นต้นแบบในการนำมูลค่าการแสดงออกซึ่งความคิดผ่านหลักการประกันทางธุรกิจ ซึ่งลิขสิทธิ์สามารถที่จะนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ ซึ่งอาจทำในรูปแบบสัญญาหลักประกันแบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) หรือสัญญาหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) เหนือลิขสิทธิ์ต่อสำนักงานทรัพย์สินทางปัญญา ในสหรัฐอเมริกาลิขสิทธิ์ก็สามารถที่จะนำมาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ตาม UUC ข้อ 9 คือลิขสิทธิ์ได้มีการจดทะเบียนต่อสำนักงานลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา (US Copyright Office) และต้องมีการบันทึกสัญญาบังคับแก่ทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันต่อสำนักงานลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาโดยจะอยู่ในรูปสัญญาหลักประกันแบบสั้น (Short-form Security Agreement)

2) ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจในระดับประเทศ

เมื่อพิจารณาว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจในระดับประเทศแล้ว เมื่อถูกอุปสรรคในการที่จะมีการขยายอายุในการคุ้มครองลิขสิทธิ์หรือขยายเครื่องมือสำหรับผู้ทรงสิทธิในการคุ้มครองงานของผู้สร้างสรรค์มากจนเกินไปแม้งานนั้นจะมีทั้งในส่วนของความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์ก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวก็มีผลทำให้เกิดอุปสรรคที่เกิดการพัฒนาด้านสังคมซึ่งผู้เขียนจะวิเคราะห์ในหัวข้อถัดไป แต่ในขณะเดียวกันในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์นี้ทำให้เห็นเป็นประจักษ์ชัดว่าประเทศที่ให้การคุ้มครองหรือพัฒนาหลักการดังกล่าวขึ้นมาเพื่อประโยชน์ทางด้านเศรษฐกิจกับในส่วนของหลักการในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ให้นาน

ที่สุด ตัวอย่างเช่นประเทศพัฒนาแล้วอย่างสหรัฐอเมริกามีการ์ตูนมิกกี้เมาส์ที่สร้างสรรค์ขึ้นโดยอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และยังมีการเพิ่มมูลค่าของงานสร้างสรรค์ผ่านงานสร้างสรรค์ประเภทต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นงานภาพยนตร์ หรือนำไปใช้ประโยชน์ในสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ต่าง ๆ นำรายได้เข้าสู่สหรัฐอเมริกาอย่างมากมาย แต่ดูเหมือนว่ามีการพยายามขยายอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในการ์ตูนมิกกี้เมาส์ในออกไปเรื่อย ๆ ด้วยเหตุผลทางด้านเศรษฐกิจที่ยังคงสร้างมูลค่าจากรายได้จากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ให้ยังคงอยู่ต่อไปให้นานที่สุด ซึ่งการขยายอายุการคุ้มครองออกไปทำให้การกระทำดังกล่าวไม่สอดคล้องกับอนุสัญญากรุงเบอร์น่าว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม ในข้อ 7 (1) ที่ให้อายุการคุ้มครองทั่วไปมีกำหนดตลอดอายุผู้สร้างสรรค์และอีก 50 ปี หลังจากที่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย และไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา มาตรา 1[207] ส่วนที่ 8 ข้อ 8 ที่ประกันสิทธิแต่เพียงผู้เดียวให้แก่ผู้สร้างสรรค์งานวรรณกรรม ทั้งนี้ภายในระยะเวลาที่จำกัด ดังนั้นการพยายามขยายอายุการคุ้มครองดังกล่าวก็ส่งผลกระทบต่อประเทศกำลังพัฒนาได้

3) ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่มีมูลค่าในเรื่องการเป็นสิทธิทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์

ในส่วนนี้ผู้เขียนขอเริ่มต้นกล่าวถึง การแสดงออกซึ่งความคิดที่อาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ในงานสร้างสรรค์ประเภทศิลปกรรมที่สร้างมูลค่าตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ในส่วนของภาพวาดสีน้ำมันโมนาลิซา ที่เลโอนาโด ดา วินชีได้สร้างสรรค์โดยการวาดขึ้นในคริสต์ศตวรรษที่ 16 ซึ่งเป็นภาพที่มีชื่อเสียงทั่วโลกภาพหนึ่ง การวาดดังกล่าวนั้นเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดโดยอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้วาดที่ภาพวาดดังกล่าวในลักษณะเป็นภาพสตรีที่มีรอยยิ้มอันเป็นปริศนาที่ไม่ว่าเธอจะยิ้ม หัวเราะ หรือร้องไห้กันแน่ ซึ่งถือได้ว่าภาพวาดดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงอัตลักษณ์ของผู้วาดที่ใส่ความคิดสร้างสรรค์ลงไปในภาพดังกล่าว ซึ่งมีผลทำให้ในปัจจุบันมีมูลค่าทางเศรษฐศาสตร์เป็นอย่างมาก อันเนื่องมาจากภาพวาดดังกล่าวอยู่ที่พิพิธภัณฑ์ลูฟวร์ กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศษ ซึ่งเป็นภาพวาดที่ได้รับความนิยมของประชาชนที่จะเข้าไปชื่นชมและมองถึงคุณค่าของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่แสดงออกมาผ่านงานภาพวาดดังกล่าวและนำมาซึ่งรายได้จากการเข้าชมพิพิธภัณฑ์ลูฟวร์ตลอดระยะเวลาหลายปีและในอนาคตต่อไป ซึ่งในส่วนนี้แสดงให้ให้ว่าความคิดริเริ่ม

---

[207] มาตรา 1 ส่วนที่ 8 ข้อ 8 ได้บัญญัติว่า รัฐสภามีอำนาจหน้าที่ ส่งเสริมความก้าวทางวิทยาศาสตร์และงานศิลปะที่เป็นประโยชน์ โดยการประกันสิทธิแต่เพียงผู้เดียวให้แก่ผู้สร้างสรรค์งานวรรณกรรมและผู้ประดิษฐ์ ทั้งนี้ภายในระยะเวลาที่จำกัด ซึ่งจะเห็นได้ว่าในรัฐธรรมนูญได้กำหนดการประกันสิทธิผู้เดียวของผู้สร้างสรรค์ภายในระเวลาอันจำกัดไว้อย่างชัดเจนแล้ว เพื่อเป็นการักษาสมดุลให้เกิดขึ้นในสังคม

สร้างสรรค์ในงานนั้นสามารถที่จะสร้างรายได้ในระบบเศรษกิจได้อย่างต่อเนื่องในผลงานสร้างสรรค์ประเภทงานศิลปกรรม

หากพิจารณาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่มีมูลค่าในเรื่องการเป็นสิทธิทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์ในประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ประเทศญี่ปุ่นและสาธารณรัฐอินเดียแล้วก็จะพบว่าการแสดงออกซึ่งความคิดในมุมมองและคุณค่าของอุตสาหกรรมการสร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ประเภทต่าง ๆ นั้นนำมาซึ่งรายได้ทางเศรษฐกิจของประเทศต่าง ๆ ดังนี้

ในส่วนของรายได้ทางเศรษฐกิจจากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นสหรัฐอเมริกาเน้นว่าเมื่อใดก็ตามที่ลิขสิทธิ์สามารถที่จะเป็นองค์ประกอบสำคัญ ในการที่จะอนุญาตให้ใช้สิทธิ์หรือมีเงินที่จะให้เป็นการตอบแทนความวิริยะอุตสาหะ ความพยายามจากความคิดสร้างสรรค์ของผู้ที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ยิ่งให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์มากเท่าไร เจ้าของสิทธิก็จะได้รับประโยชน์มากเท่านั้น และมีผลทำให้เศรษฐกิจภายในประเทศ โดยเฉพาะอุตสาหกรรมดนตรี บทภาพยนตร์ อุตสาหกรรมภาพยนตร์ โดยเฉพาะภาพยนตร์ของ Hollywood ที่ในแต่ละปีมีผลงานสร้างสรรค์ออกมาหลากหลายเรื่อง ถือเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทหลักของสหรัฐอเมริกาที่ทำรายได้ให้กับประเทศที่สูงมาก ซึ่งถือได้ว่ามีมูลค่าทางเศรษฐกิจ ดังนั้นจะเห็นได้เลยว่าสหรัฐอเมริกามุ่งคุ้มครองลิขสิทธิ์กับเจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อที่จะคุ้มครองระบบลิขสิทธิ์ภายใต้ระบบเศรษฐกิจที่พัฒนาไปด้วยกันได้ ทั้งยังให้ความสำคัญกับการคุ้มครองผู้ประกอบการที่ได้ใบอนุญาต (License) จากการสร้างภาพยนตร์อีกด้วย

สำหรับสหราชอาณาจักรก็เช่นกันรายได้ที่พัฒนาเศรษฐกิจส่วนใหญ่มาจากงานวรรณกรรมที่มีชื่อเสียง บทกวีและบทนิพนธ์ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันที่มาจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้ประพันธ์ในการสร้างสรรค์งาน อย่างเช่นบทประพันธ์นวนิยายเรื่อง แฮรรี่ พอตเตอร์ ของนักประพันธ์ เจ. เค. โรว์ลิ่ง ซึ่งนวนิยายดังกล่าวใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการสร้างสรรค์บทที่ทำให้ผู้คนสนใจและได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก ซึ่งก่อให้เกิดรายได้ต่อผู้สร้างสรรค์และรายได้ในระดับประเทศ ทั้งต่อมานวนิยายดังกล่าวก็ได้ถูกนำไปสร้างเป็นงานภาพยนตร์และนำออกฉายไปยังประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกก็ถือเป็นรายได้ก่อให้เกิดมูลค่าจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์เช่นกัน

ในส่วนประเทศญี่ปุ่นมีเศรษฐกิจที่นำมาซึ่งรายได้เข้าสู่ประเทศโดยอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในส่วนของภาพยนตร์โดยเฉพาะในเรื่องของการ์ตูนอนิเมะ ที่ได้รับความนิยมอย่างกว้างขวางในญี่ปุ่นและในประเทศอื่น ๆ ด้วย มีผลทำให้ธุรกิจการสร้างการ์ตูนอนิเมะเจริญเติบโตอย่างรวดเร็ว ซึ่งหากพิจารณาถึงที่มาแล้ว ก็จะพบว่าการ์ตูนอนิเมะนั้นเป็นงานสร้างสรรค์ขึ้นที่เกิดจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ เมื่อการ์ตูนอนิเมะมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ก็จะมีผลทำให้บุคคลชื่นชอบในความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้น อันเนื่องมาจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์สามารถที่จะสร้างรายได้ จากจุดเริ่มต้นของงานอนิเมะซึ่งอยู่ในรูปของงานประเภทงานวรรณกรรม หลังจากได้รับความนิยมจากทางด้านตลาดการ์ตูนอนิเมะของประเทศญี่ปุ่นก็ได้รับการพัฒนามากขึ้นจากงานวรรณกรรมเป็นความ

ชื่นชอบในอนิเมะและได้ถูกพัฒนาเปลี่ยนแปลงมาเป็นศิลปะที่มีรูปร่าง โดยสร้างสรรค์กลายมาเป็นศิลปะประยุกต์ขึ้นมาและก็ถูกนำมาสร้างสรรค์โลดแล่นเป็นงานภาพยนตร์ เมื่อมีงานภาพยนตร์ก็ก่อให้เกิดงานดนตรีกรรมประกอบเข้ามาด้วย ทั้งยังเกิดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงาน Artwork ต่าง ๆ ที่มาเกี่ยวข้องตรงนี้อีกด้วย จะเห็นได้เลยว่าเศรษฐกิจได้ถูกพัฒนาขึ้นมาไม่ว่าจะเป็น เศรษฐกิจในรูปแบบอุตสาหกรรมวรรณกรรม เศรษฐกิจในรูปแบบอุตสาหกรรมศิลปะประยุกต์ เศรษฐกิจในรูปแบบการนำการ์ตูนอนิเมะไปใช้ในการสร้างมูลค่าให้กับผลิตภัณฑ์ต่าง ๆ รวมถึงในปัจจุบันมีการนำมาสร้างมูลค่าเป็นการ์ตูนอนิเมะในเทคโนโลยีการสื่อสารในรูปแบบของการ์ตูนอนิเมะในแอพพลิเคชั่นไลน์ด้วย ดังนั้นความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์มีผลในแง่ของการพัฒนารูปแบบอุตสาหกรรมประเภทต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น โดยสิ่งที่พัฒนาในส่วนของกระบวนการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการต่อยอดงานประเภทต่าง ๆ ทำให้เกิดการพัฒนาในระบบเศรษฐกิจได้ด้วย

ในส่วนสาธารณรัฐอินเดียหากพิจารณาถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานภาพยนตร์โดยเฉพาะภาพยนตร์ Bollywood นั้นก็จะพบว่ารูปแบบของภาพยนตร์นั้นจะมีลักษณะที่มีโครงเรื่อง (Plot) ที่คล้ายกันมาก โดยหลายเรื่องที่สร้างออกมาจะมีลักษณะรูปแบบเดิม ๆ มิได้มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือมีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ อันเนื่องจากภาพยนตร์ที่สร้างออกมานั้นจะอิงมาจากธรรมเนียมและจารีตประเพณีของสาธารณรัฐอินเดีย เช่น โครงเรื่องเกี่ยวกับการเคารพนับถือที่อิงมาจากศาสนาพราหมณ์และฮินดู ซึ่งให้ความเคารพนับถือดังกล่าวนั้นมีอิทธิพลต่อการสร้างค่านิยม การสร้างความรู้สึกในการที่จะเทิดทูนบูชาก็จะถูกนำมาผลิตทางด้านนี้ก็จะไปโยงกับคุณค่าทางสังคมและมีประโยชน์ทางด้านเศรษฐกิจได้ด้วยอันเนื่องมาจากประชากรอินเดียก็จะกระจายไปอยู่หลาย ๆ ประเทศในโลก หรือโครงเรื่องที่มีการเต้นและท่าเต้นประกอบเพลงอินเดียไปตามสถานที่ต่าง ๆ ก็เป็นไปตามวัฒนธรรมของสาธารณรัฐอินเดีย ดังนั้นการให้ให้ความคุ้มครองงานภาพยนตร์ในลักษณะดังกล่าวจึงอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่น้อยมากแต่หากมองในแง่ของการพัฒนาว่างานภาพยนตร์ที่สร้างมานั้นมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือใส่ความสร้างสรรค์ลงไปในเนื้อหาของภาพยนตร์อย่างไรบ้างกลับไม่พบในงานภาพยนตร์อินเดียเลย ซึ่งการให้ความคุ้มครองความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตรงนี้ก็จะโยงไปในส่วนของระบบเศรษฐกิจว่าหากไม่ให้ความคุ้มครองแล้วก็อาจมีการนำงานไปทำให้เสียประโยชน์ได้โดยง่าย

แม้ว่าจะมีการฉายภาพยนตร์และได้รับรายได้มากมายที่เป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจ แต่การทำซ้ำภาพยนตร์แสดงให้เห็นว่างานภาพยนตร์ดังกล่าวถ้าตามหลักสากลแล้วไม่สามารถที่จะได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้เนื่องมาจากไม่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ด้วยตนเองแต่เป็นไปในลักษณะของการทำซ้ำภาพยนตร์ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าจึงเป็นเรื่องที่สวนทางกันระหว่างเศรษฐกิจที่พึงจะได้รับว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นไม่อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีเช่นนี้

ในปัจจุบันการทำซ้ำภาพยนตร์ของสาธารณรัฐอินเดียเกิดการทำซ้ำภาพยนตร์ของประเทศอื่น เช่นการทำซ้ำภาพยนตร์ Hollywood ของสหรัฐอเมริกา หรือการทำซ้ำภาพยนตร์ไทยในเรื่องพี่มากพระโขนง ซึ่งประเทศไทยก็ได้ยื่นเรื่องการทำซ้ำภาพยนตร์ดังกล่าวถึงสาธารณรัฐอินเดียแล้วแต่ก็ไม่ได้รับการแก้ไข ในมุมนี้ผู้เขียนเห็นว่าสาธารณรัฐอินเดียไม่ให้ความสำคัญต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เลย โดยมองแค่ว่าขณะนี้ภาพยนตร์ของประเทศอื่นกำลังได้รับความนิยม การนำมาทำซ้ำทำให้ได้ตลาดในระบบเศรษฐกิจในประเทศของตนและมองแค่ว่าหากเป็นการสร้างภาพยนตร์ขึ้นมาโดยเป็นบุคคลของสาธารณรัฐอินเดียแล้วก็สามารถใช้ได้มีความเป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าว แต่ทำซ้ำงานภาพยนตร์ดังกล่าวกลับเป็นการลดทอนคุณค่าของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ให้ลดน้อยถอยลงไปเพื่อการเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ เพื่อพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศเท่านั้น ทั้งการทำซ้ำดังกล่าวยังส่งผลกระทบต่อสิทธินักแสดงและบทภาพยนตร์ และยังส่งผลถึงวัฒนธรรมของประเทศไทยที่เป็นองค์ประกอบสำคัญในเนื้อเรื่องพี่มากพระโขนงเพราะการทำซ้ำโดยการนำไปเปลี่ยนแปลงเป็นวัฒนธรรมอินเดียก็จะมีผลกระทบต่อเศรษฐกิจและวัฒนธรรมควบคู่กันไปด้วย ดังนั้นเมื่ออุตสาหกรรมภาพยนตร์ Bollywood โด่งดังมากเนื่องจากประชากรของสาธารณรัฐอินเดียมีทั่วโลก จึงมีผลทำให้จำนวนของคนที่จะรับชมภาพยนตร์ Bollywood จึงมีอัตราที่สูงตามไปด้วย ซึ่งบุคคลเหล่านั้นมิได้เสพในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ บุคคลเหล่านั้นดูเพื่อความสนุกของภาพยนตร์ ก็เลยทำให้สาธารณรัฐอินเดียมองในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เป็นส่วนน้อย แต่มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ทางด้านเศรษฐกิจเป็นสำคัญ ก็มีผลทำให้เศรษฐกิจในเรื่องของภาพยนตร์ Bollywood มีการเจริญเติบโตเพิ่มขึ้นแต่กับสวนทางกับการคุ้มครองความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของลิขสิทธิ์ที่กลับลดลง ซึ่งถือได้ว่ามีลักษณะที่ย้อนแย้งกันระหว่างในเรื่องการคุ้มครองความคิดริเริ่มสร้างสรรค์กับระบบเศรษฐกิจของสาธารณรัฐอินเดีย แต่เมื่อนำไปเปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกาแล้ว สหรัฐอเมริการะบบเศรษฐกิจมีความสำคัญต่อลิขสิทธิ์และความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ โดยการเจริญเติบโตของระบบเศรษฐกิจจะมีความสัมพันธ์กับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไปพร้อม ๆ กันนั่นเอง

จากเหตุผลที่ได้ประมวลมาทั้งหมดแล้ว ผู้เขียนพบว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นมีคุณค่ากี่แบบกับเศรษฐกิจ ซึ่งเมื่อพิจารณาดูแล้วเท่ากับว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์มีคุณค่าต่อการช่วยเหลือทางด้านเศรษฐกิจและมีคุณค่าทำหน้าที่ในการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ เพื่อให้ทางด้านระบบของเศรษฐกิจเกิดความรู้สึกว่าเป็นการให้รางวัลตอบแทนกับบุคคลที่เป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่ในขณะเดียวกันความคิดริเริ่มสร้างสรรค์อาจจะเป็นการลดทอนคุณค่าได้ ถ้าหากระบบเศรษฐกิจดำรงอยู่ด้วยในการที่ต้องการขยายหรือพัฒนามากจนลืมมองถึงในเรื่องของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ซึ่งเป็นสิ่งที่สามารถเห็นภาพเหล่านี้ได้อย่างเช่นสาธารณรัฐอินเดียที่ได้วิเคราะห์ไว้ข้างต้น

1) การบังคับสิทธิทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์

ในมิติเศรษฐศาสตร์นั้นจะมุ่งถึงการแก้ไขเยียวยาให้กับผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์ โดยคดีลิขสิทธิ์นั้นเป็นคดีที่ยอมความกันได้ เพื่อที่จะนำมาปกป้องสิทธิทางเศรษฐกิจที่รัฐได้มอบสิทธิแต่ผู้เดียวให้กับผู้สร้างสรรค์หรือบุคคลที่เป็นเจ้าของงานลิขสิทธิ์ประเภทต่าง ๆ ดังนั้นภาครัฐจึงนำเรื่องการบังคับสิทธิมาใช้บังคับกับผู้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยคดีที่มีการฟ้องร้องกันส่วนใหญ่นั้นจะมีประเด็นว่างานสร้างสรรค์ที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้นนั้นได้อาศัยความวิริยะอุตสาหะและความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่ งานสร้างสรรค์มีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่ควรจะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ ซึ่งหากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่างานมีลักษณะที่เป็นการทำซ้ำและมิได้อาศัยหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แล้วก็จะวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และบังคับสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์ต่อไป

เมื่อพิจารณาถึงความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องลิขสิทธิ์ ในเรื่องการบังคับสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นมีการบังคับสิทธิอย่างไร ไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมนั้น ได้บัญญัติถึงการเรียกร้องค่าเสียหายทางแพ่ง โดยการกำหนดสิทธิให้ผู้สร้างสรรค์สามารถได้ค่าตอบแทนที่เหมาะสมอยู่ในข้อ 9 และข้อ 12 และการยึดสิ่งของอยู่ในข้อ 16 เป็นต้น โดยไม่มีบทบัญญัติใดได้กล่าวถึงการฟ้องคดีอาญา[208] ในส่วนของความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights) ได้บัญญัติถึงการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Part III. Enforcement of Intellectual Property Rights) ไว้ในข้อที่ 41 ถึงข้อ 61 ครอบคลุมการบังคับสิทธิทุกรูปแบบคือ การบังคับสิทธิทางแพ่ง การดำเนินการทางปกครองและการดำเนินคดีอาญา ซึ่งมีการกล่าวถึงการดำเนินคดีอาญาไว้ในข้อที่ 61 ซึ่งบัญญัติว่า บรรดาประเทศสมาชิกต้องจัดให้มีกระบวนการดำเนินคดีอาญาและมีกำหนดโทษอาญาอย่างน้อยที่สุดสำหรับการปลอมแปลงเครื่องหมายการค้าหรือการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำอย่างจงใจและโดยมีขนาดของการกระทำผิดในเชิงพาณิชย์ บทกำหนดโทษต้องรวมถึงโทษจำคุกและ/หรือโทษปรับที่เพียงพอในการยับยั้งการกระทำผิด โดยโทษอาญาต้องสอดคล้องกับระดับการกระทำความผิดที่มีความรุนแรงลักษณะใกล้เคียงกัน ในกรณีที่เหมาะสม การเยียวยาต้องรวมถึงการยึด ริบ หรือทำลายสิ่งของที่ละเมิด และรวมถึงสิ่งของหรือส่วนประกอบที่เป็นสิ่งสำคัญที่ต้องใช้ในการกระทำความผิดนั้น ประเทศสมาชิกอาจจะจัดให้มีกระบวนการดำเนินคดีอาญาและมีกำหนดโทษอาญาสำหรับคดีละมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างอื่นอีกที่เป็นการกระทำความผิดอย่างจงใจและโดยมีขนาดของการกระทำความผิดในเชิงพาณิชย์

---

[208] จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ และภูมินทร์ บุตรอินทร์, **คำอธิบายกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**, หน้า 223.

บทบัญญัติของความตกลงระหว่างประเทศทั้งสองฉบับดังกล่าว เมื่อพิจารณาถึงการบังคับสิทธิในกฎหมายลิขสิทธิ์ตามข้อตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศต่าง ๆ ได้เข้าเป็นภาคีสมาชิก อันมีผลทำให้ประเทศต่าง ๆ ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีก็ตาม แต่ความตกลงดังกล่าวนั้นมีเพียงข้อตกลงขั้นต่ำที่ให้ประเทศสมาชิกกำหนดให้มีกระบวนการทางอาญาในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ที่กระทำโดยจงใจและมีปริมาณในเชิงพาณิชย์เท่านั้นและให้ความสำคัญกับการบังคับสิทธิในทางแพ่งมากกว่า โดยกฎหมายมิได้มุ่งเน้นให้มีการลงโทษทางอาญาเป็นสำคัญ แต่มุ่งเน้นให้ความสำคัญกับการบังคับสิทธิทางแพ่งที่มีประสิทธิภาพ เพื่อให้เกิดการชดใช้และแก้ไขเยียวยากับผู้ถูกละเมิดลิขสิทธิ์

ในส่วนของประเทศพัฒนาแล้วอย่างสหรัฐอเมริกา มีมุมมองที่มุ่งเน้นในการการบังคับสิทธิในกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มุ่งเน้นถึงการบังคับสิทธิในทางแพ่งมากกว่าการบังคับสิทธิในทางอาญา อันเนื่องมาจากหากรัฐดำเนินคดีอาญาไม่ว่าจะเป็นการปรับหรือการจำคุกกับการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว ผู้เสียหายได้ไม่ได้รับการแก้ไขเยียวยาเท่ากับมาตรการบังคับคดีทางแพ่งอันเนื่องมาจากการบังคับคดีทางแพ่งนั้นมีมูลค่าทางทรัพย์ทางปัญญาที่สูงมาก แต่ในขณะเดียวกันนั้นหากมีการมุ่งเน้นที่จะบังคับสิทธิในทางอาญาเท่ากับมีมุมองว่าเป็นการนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษเพื่อบังคับปราบปรามพฤติกรรมที่มีการกระทำความผิดเท่านั้น

ในส่วนการบังคับสิทธิในการเยียวยาความเสียหายทางแพ่งกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา ลักษณะที่ 17 บทที่ 5 เรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์และการเยียวยาความเสียหาย (United State Code, Title 17 Copyright, Chapter 5 Copyright Infringement and Remedies) โดยแบ่งการเยียวยาที่ไม่ใช่ตัวเงินและการเยียวยาที่เป็นตัวเงิน ซึ่งส่วนที่เป็นการเยียวยาที่ไม่ใช่ตัวเงินนั้นได้นำเรื่องคำสั่งคุ้มครองและคำสั่งยึดสินค้าที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ส่วนการเยียวยาที่เกี่ยวกับตัวเงินนั้นแบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ ประเภทแรก คือการเยียวยาค่าเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรของผู้ละเมิด (Actual Damages and Account of Profits) โดยเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถเรียกค่าชดเชยความเสียหายได้ ซึ่งเป็นค่าเสียหายที่แท้จริงที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับผลกระทบจากการละเมิดลิขสิทธิ์และผลกำไรใด ๆ ที่จำเลยได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยกฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติไว้ในมาตรา 504 (a) (1) ว่า ในกรณีทั่วไป เว้นแต่จะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นตามกฎหมายนี้ ผู้ละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์จะต้องรับผิดในค่าเสียหายที่แท้จริงของเจ้าของลิขสิทธิ์และผลกำไรใด ๆ ที่เพิ่มขึ้นของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ตามที่กำหนดไว้ในข้อ (b) และมาตรา 504 (b) บัญญัติว่า เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายที่แท้จริงซึ่งตนต้องเสียหายจากการกระทำละเมิดนั้น และผลกำไรของผู้กระทำละเมิดที่ได้มาจากการละเมิดลิขสิทธิ์และยังมิได้คำนวณรวมในค่าเสียหายที่แท้จริง ในการพิสูจน์ถึงกำไรของผู้ละเมิด เจ้าของลิขสิทธิ์เพียงแสดงหลักฐานพิสูจน์ถึงรายได้รวมของผู้ละเมิด และผู้ละเมิดต้องพิสูจน์ถึงค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่สามารถนำมาหักออกได้และองค์ประกอบของกำไรที่ได้จากปัจจัยอื่นนอกเหนือจากงานอันมีลิขสิทธิ์อื่น

จากบทบัญญัติข้างต้น เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องมีหน้าที่พิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ค่าเสียหายที่แท้จริงได้แก่ ค่าสูญเสียยอดขาย ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์อาจได้รับหากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือค่าลิขสิทธิ์เป็นต้น ซึ่งค่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความเสียหายที่แท้จริงนั้น บางครั้งเป็นจำนวนที่ไม่แน่นอน ทั้งนี้เจ้าของลิขสิทธิ์เพียงแต่นำสืบถึงความเสียหายตามความเป็นจริงโดยไม่จำเป็นต้องกำหนดจำนวนค่าเสียหายที่แน่นอน ส่วนการเรียกร้องค่าเสียหายจากผลกำไรของผู้ละเมิดนั้น ไม่ใช่การเรียกที่ซ้ำซ้อนในค่าขาดกำไรของเจ้าของลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์อาจเยียวยาความเสียหาย โดยเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมจากผลกำไรของผู้ละเมิดที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งเรียกว่าค่าผลกำไรนั้น เป็นการป้องกันผู้ทำละเมิดจากการแสวงหาประโยชน์จากการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่หากเป็นกรณีที่ผลกำไรของผู้ละเมิดไม่ได้มากกว่าค่าความเสียหายของเจ้าของลิขสิทธิ์ ไม่ควรที่จะกำหนดให้ทั้งค่าเสียหายและกำไรให้เพิ่มขึ้น เพราะว่าทั้งค่าเสียหายและผลกำไรนั้นเป็นอย่างเดียวกัน[209] ประเภทที่สอง คือการเยียวยาค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนด (Statutory Damages) ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 504 (c) (1) ดังนี้ เจ้าของลิขสิทธิ์อาจเลือกที่รับการเยียวยาค่าเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดแทนค่าเสียหายที่แท้จริงและกำไรก็ได้ ไม่ว่าเวลาใด ๆ ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาคดีถึงที่สุด จากบทบัญญัตินี้ได้บัญญัติให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิเลือกที่จะใช้การเยียวยาค่าเสียหายเป็นค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดได้ โดยกฎหมายกำหนดให้ต้องร้องขอต่อศาลในเวลาใด ๆ ก่อนที่จะมีคำพิพากษาคดีถึงที่สุด ตัวอย่างเช่น ตอนเริ่มต้นคดีเจ้าของลิขสิทธิ์อาจเลือกการเยียวยาความเสียหายจากค่าเสียหายที่แท้จริงและผลกำไรของผู้ละเมิด แต่ต่อมาหากเจ้าของลิขสิทธิ์เห็นว่าค่าเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดน่าจะทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีความพึงพอใจได้มากกว่า เจ้าของลิขสิทธิ์ก็สามารถที่จะร้องขอต่อศาลให้กำหนดค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดให้ได้ แต่ทั้งนี้หากโจทก์ได้เปลี่ยนมาเลือกเป็นค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดแล้ว จะไม่สามารถกลับไปเลือกค่าเสียหายตามปกติได้อีก[210]

อนึ่งในสหรัฐอเมริกานั้นก็มีในส่วนของการบังคับสิทธิในทางอาญาเช่นกัน โดยกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกาลักษณะที่ 17 (Title 17 of United States Code) ได้กำหนดความผิดอาญาสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในมาตรา 506 โดยความรับผิดทางอาญาจะต้องเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่กระทำโดยจงใจและกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์หรือการหากำไร ส่วนบทกำหนดโทษสำหรับความผิดการละเมิดลิขสิทธิ์จะ

---

[209] Sheldon W. Halpern, Craig Allen Nard and Kenneth L. Port, **Fundamentals of United States Intellectual Property Law: Copyright, Patent, Trademark**, 2nd ed. (Netherland: Kluwer Law International, 2007). pp. 176-177.

[210] *Ibid.,* p. 72.

บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกาลักษณะที่ 18 (Title 18-Crimes and Criminal Procedure) ซึ่งตามมาตรา 506 (a) (1) บัญญัติว่าผู้กระทำความผิดต้องรับโทษตามมาตรา 2319 แห่งลักษณะ 18 ซึ่งกฎหมายกำหนดบทลงโทษที่รุนแรงเนื่องจากเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดที่เป็นไปเพื่อการค้าหรือที่ส่งผลกระทบรุนแรงต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งสอดคล้องกับหลักการบังคับสิทธิในทางอาญาของความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าที่มุ่งเน้นการบังคับสิทธิในทางอาญากับกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ที่กระทำโดยจงใจและมีปริมาณในเชิงพาณิชย์เท่านั้น

หากพิจารณาในส่วนของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้นในหมวดที่ 8 บทกำหนดโทษ ตามบทบัญญัติมาตรา 69 ได้บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดงตามมาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 หรือมาตรา 52 ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสี่ปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงแปดแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และมาตรา 70 ได้บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 31 ต้องระวางโทษปรับตั้งปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสองปี หรือปรับตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ จากบทบัญญัติในเรื่องของหมวดที่ 8 บทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ผู้เขียนขอแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 2 กรณี

2) การบังคับสิทธิตามบทบัญญัติมาตรา 69 และ มาตรา 70 นั้นจะเห็นได้เลยว่ามีการบัญญัติให้มีการลงโทษในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นคดีอาญาที่มีการกำหนดโทษที่ค่อนข้างรุนแรงและเป็นการบัญญัติความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ทั้งการละเมิดในรูปแบบที่ไม่ใช่การค้าและที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าไว้รวมกัน มีผลเท่ากับว่าการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นความผิดอาญาทั้งหมดนั่นเอง ซึ่งถือได้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยนั้นมุ่งที่จะบังคับสิทธิทางอาญาเป็นสำคัญ ทั้งยังไม่สอดคล้องกับการบังคับสิทธิตามอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมที่มุ่งให้มีการบังคับสิทธิในทางแพ่งในลักษณะการแก้ไขเยียวยาค่าเสียหายให้กับผู้เสียหาย และไม่เป็นไปตามหลักการบังคับสิทธิในทางอาญาของความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าที่มุ่งเน้นการบังคับสิทธิในทางอาญากับกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ที่กระทำโดยจงใจและมีปริมาณในเชิงพาณิชย์เท่านั้น

3) เมื่อพิจารณาถึงการละมิดลิขสิทธิ์ที่มิใช่การกระทำความผิดเพื่อการค้าและพิจารณาจากหลักการในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว ก็จะเห็นได้เลยว่าการที่กฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติขึ้นมานั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิในทางเศรษฐกิจของเจ้าของลิขสิทธิ์ให้ได้รับประโยชน์จากการที่ผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะ ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของตนในการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นมา ดังนั้นเมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์ย่อมมีผลทำให้ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของงานอันมี

ลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหายจากการขาดประโยชน์ที่ตนสมควรจะได้รับ จึงเห็นได้ว่าโดยหลักทั่วไปแล้ว การกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่ใช่เพื่อการค้าเป็นการกระทำละเมิดต่อสิทธิของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์กับผู้กระทำละเมิด ซึ่งถือได้ว่าเป็นเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชนโดยแท้ ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจหรือการค้าระหว่างประเทศหรือความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐแต่ประการใด ดังนั้นเมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มิใช่เป็นการละเมิดเพื่อการค้าแล้วไม่ได้ก่อให้เกิดผลร้ายต่อสังคมโดยรวม การที่กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยมีการบัญญัติโทษในทางอาญาเพื่อที่จะนำมาใช้บังคับเพื่อคุ้มครองเฉพาะประโยชน์ระหว่างเอกชนกับเอกชนแล้ว แสดงให้เห็นได้ว่าย่อมผิดต่อหลักการในการกำหนดทางอาญาที่มุ่งเน้นคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและรักษาความสงบให้กับสังคมโดยรวม ทั้งการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอาญาในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทยย่อมมีต้นทุนที่สูงกว่าในการดำเนินกระบวนพิจารณาทางแพ่ง อันเนื่องมาจากการดำเนินกระบวนพิจารณาทางอาญานั้นเป็นการดำเนินการโดยรัฐทั้งหมด

ดังนั้นในส่วนของประเทศไทยนั้นเป็นประเทศผู้ใช้ การที่ประเทศไทยจะให้ความสำคัญในส่วนของผู้ทรงสิทธิจึงน้อยกว่ากับการที่ประเทศไทยจะไปปราบปรามการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยมีเหตุผลเพื่อให้ประเทศอื่นมั่นใจในระบบกฎหมายและมีกลไกลในการปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ได้มีประสิทธิ์ภาพ หากต่างประเทศมั่นใจแล้วก็จะนำมาซึ่งการขยายฐานในการเผยแพร่หรือขายในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศไทยได้อันเนื่องมาจากมีการป้องกันและปราบปรามได้ดีกว่า ในส่วนนี้จึงเป็นเหตุผลที่ประเทศไทยมุ่งเน้นมาตรการบังคับผลในทางอาญาแต่ในขณะที่ต่างประเทศใช้มาตราการบังคับคดีทางแพ่งมากกว่า ซึ่งตามหลักการแล้วสิ่งที่สำคัญที่สุดคือการบังคับคดีทางแพ่ง ซึ่งประเทศไทยตีค่าคำนี้ผิด สำหรับเหตุผลของการบังคับคดีทางแพ่งถึงมีความจำเป็นสำหรับเรื่องของลิขสิทธิ์ เนื่องจากลิขสิทธิ์นั้นมีมูลค่าที่จะทำให้เกิดการเยียวยาบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดสูงซึ่งจะมีลักษณะต้นทุนทางเศรษฐศาสตร์ (Economic Cost) เกิดขึ้น ซึ่งในส่วนนี้ทำให้ต่างประเทศจึงมีเหตุผลในส่วนของค่าเสียหายในเชิงลงโทษ ซึ่งประเทศไทยได้มีการปรับแก้ไขกฎหมายในส่วนนี้ในปี พ.ศ. 2558 โดยเพิ่มเติมในส่วนของค่าเสียหายในเชิงลงโทษเข้ามาในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แก้ไขฉบับที่ 2 ปี พ.ศ. 2558 โดยเพิ่มให้มีมูลค่าที่ไม่สูงกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ซึ่งมีลักษณะเป็นการเยียวยาในการบังคับคดีทางแพ่งโดยให้มีการถ่วงดุลยภาพในเรื่องการลงโทษทางอาญาให้มากขึ้นกว่าเดิม

5.3.2 ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านมิติด้านสังคม

ในส่วนของมิติด้านสังคมกับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้น หากพิจารณาถึงในเรื่องการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ในส่วนของบทบัญญัติ ข้อ 27 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights) แล้วถ้าหากมีการสนับสนุนหรือส่งเสริมให้มี

การคุ้มครองบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา ในผลงานสร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์ประเภทต่าง ๆ ในขณะเดียวกันการรักษาให้เกิดความสมดุลให้กับบุคคลที่เป็นเจ้าของและผู้ใช้ให้เข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ตรงนี้ก็จะแสดงให้เห็นได้เลยว่างานที่เกิดขึ้นไม่ใช่หมายถึงว่าพอมีการแสดงออกซึ่งความคิดงานนั้นจะได้มาซึ่งลิขสิทธิ์โดยประการเดียว แต่ว่าเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดที่จะต้องไปผูกติดว่าการแสดงออกซึ่งความคิดออกมาอย่างมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ พอมีการแสดงออกมาในลักษณะนี้ก็จะเป็นการสร้างคุณค่าให้กับงานดังกล่าวในสังคมที่มีการผลิตทางด้านงานอันมีลิขสิทธิ์มากขึ้นและบุคคลในสังคมสามารถที่จะเข้าถึงงานลิขสิทธิ์ในลักษณะดังกล่าวได้โดยที่อยู่บนพื้นฐานหลักเกณฑ์ทางลิขสิทธิ์ได้ดี

ประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งส่วนใหญ่เป็นผู้ส่งออกเนื้อหาและเทคโนโลยีสารสนเทศรายใหญ่ ได้พยายามขยายการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในระดับสากล เพื่อรักษาความปลอดภัยในตลาดส่งออก ประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นผู้นำเข้าสินค้าที่มีการให้ข้อมูลสุทธิและพึ่งพาการเข้าถึงเพื่อการพัฒนาของตนเอง แสวงหาการเข้าถึงสินค้าเหล่านี้มากขึ้น เพื่อกระตุ้นการเติบโตทางเศรษฐกิจของตนเอง อย่างไรก็ตามประเทศที่พัฒนาแล้วและกำลังพัฒนาไม่ใช่กลุ่มที่มีลักษณะเดียวกัน และแม้แต่ประเทศที่พัฒนาแล้วก็อาจลังเลที่จะสนับสนุนการขยายตัวของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยอาศัยการวิ่งเต้นจากต่างประเทศ เนื่องจากอำนาจสัมพัทธ์ของอุตสาหกรรมในประเทศของตน ที่เรียกว่าประเทศกำลังพัฒนา ได้แก่ ประเทศเศรษฐกิจเกิดใหม่ เช่น บราซิล อินเดีย ซึ่งกลายเป็นประเทศที่มีความโดดเด่นมากขึ้นในกิจการระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับประเทศที่พัฒนาแล้วน้อยที่สุด ที่มีความต้องการทางสังคมและเศรษฐกิจที่เลวร้าย ในส่วนของชุมชนพื้นเมืองที่มีคุณค่าทางวัฒนธรรมที่โดดเด่นยิ่งไปกว่านั้น ยังมีอยู่ทั้งในประเทศที่พัฒนาแล้วและกำลังพัฒนา ทำให้เกิดปัญหาต่อไปว่าทรัพย์สินทางปัญญาจะได้รับการปรองดองหรือว่าได้บรรลุความชอบธรรมสากล สิ่งนี้นำไปสู่การพิจารณาเชิงนโยบายที่มีการโต้แย้งกันอย่างมาก ซึ่งขับเคลื่อนโดยเครือข่ายนักเคลื่อนไหวภาคประชาสังคมทั่วโลก[211]

ในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์กับมิติทางด้านสังคมของประเทศที่พัฒนาแล้วกับประเทศที่กำลังพัฒนาผู้เขียนขอแบ่งการวิเคราะห์เป็น 2 ประการดังนี้

1) ประเทศที่พัฒนาแล้วไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ล้วนเป็นประเทศที่มีผลงาน ข้อมูลข่าวสารและองค์ความรู้จำนวนมาก ในการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ให้เกิดขึ้นในสังคม ทั้งยังเป็นประเทศที่เป็นรากฐานในการออกกฎหมายให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้กับผู้สร้างสรรค์หรือบุคคลที่เป็นเจ้าของเกิดขึ้นและเมื่อพิจารณาในส่วนของความเข้มข้นในการพิจารณาว่างานสร้างสรรค์นั้นเป็นงานสร้างสรรค์ที่อาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่ ประเทศพัฒนาแล้วก็

---

[211] Rosemary J. Coombe and Joseph F. Turcotte, *op cit.*

จะมีหลักการหรือหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณานั้นก็จะมีความเข้มข้น ซึ่งจะเห็นได้จากแนวคิดทฤษฎีทางกฎหมายลิขสิทธิ์ในเรื่องของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นไม่ว่าจะเป็น หลักการตามทฤษฎีหยาดเหงื่อแรงงาน (Sweat of the Brow) หรือหลักการทักษะ แรงงาน และการใช้วิจารณญาณ (Skill Labor and Judgement) ของสหราชอาณาจักร ทั้งในสหรัฐอเมริกาก็มีหลักการความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยที่นำมาเป็นหลักในการพิจารณางานสร้างสรรค์ที่เกิดขึ้นในสังคมด้วย

2) ประเทศที่กำลังพัฒนาไม่ว่าจะเป็นสาธารณรัฐอินเดีย ประเทศไทย เป็นประเทศผู้ที่ใช้ผลงานหรือข้อมูลข่าวสารจากประเทศที่พัฒนาแล้วมาเป็นแนวทางในการสร้างสรรค์งาน เนื่องจากยังต้องการองค์ความรู้ต่าง ๆ จำนวนมาก ทั้งในส่วนของผู้ผลิตก็มีจำนวนน้อย หรือศักยภาพก็ยังไม่เพียงพอต่อการสร้างสรรค์ เพราะฉะนั้น งานสร้างสรรค์ใดๆ ของประเทศกำลังพัฒนาจึงมักจะไปอ้างอิงงานต่าง ๆ มาจากจากประเทศที่เป็นผู้ผลิตงานสร้างสรรค์มากกว่า เพราะสังคมมีความแตกต่างกันในระดับของประเทศที่เป็นผู้ใช้กับประเทศที่เป็นผู้ผลิตหรือผู้สร้างสรรค์ จึงมีผลต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ โดยที่ประเทศพัฒนาแล้วจะมีความเข้มข้นมากกว่าประเทศกำลังพัฒนา แต่ในส่วนของประเทศที่เป็นผู้ใช้ข้อมูล พอมีการปรับเปลี่ยนเล็กน้อย ระดับของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ก็จะไปมีผลต่อการที่จะได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ เนื่องจากเป็นการดัดแปลงงานมากกว่าการสร้างสรรค์งานขึ้นมา เพื่อที่จะให้แตกต่างในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ดังนั้นสังคมของประเทศที่กำลังพัฒนาหรือประเทศผู้ใช้ข้อมูล กับประเทศพัฒนาแล้ว ประเทศของผู้ทรงสิทธิจึงมีความแตกต่างกันในเรื่องระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และการได้มาซึ่งการคุ้มครองตามกฎหมาย

อนึ่งกรณีที่ผู้เขียนได้เคยวิเคราะห์ในส่วนของมิติทางเศรษฐศาสตร์ถึงกรณีที่สหรัฐอเมริกาได้พยายามขยายอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในการ์ตูนมิกกี้เมาส์นั้นอันเนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า การขยายอายุการคุ้มครองดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่สหรัฐยังจะคงไว้ซึ่งความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อที่จะแสวงหารายได้จากงานดังกล่าวในลักษณะที่ต่อเนื่องไป ซึ่งการกระทำดังกล่าวนั้นก็จะเกิดผลกระทบต่อสังคมของประเทศกำลังพัฒนาที่ยังคงต้องการองค์ความรู้จากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์

ในส่วนของงานที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นหากพิจารณาในมุมมองทางสังคม ผู้เขียนขอแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 2 ประการดังนี้

ประการแรก งานที่ตกเป็นสมบัติสาธารณะแต่มีคุณค่าต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และมีคุณค่าต่อสังคม

งานสร้างสรรค์ประเภทงานวรรณกรรมที่สร้างสรรค์โดยอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้ประพันธ์อย่างวิลเลียม เชกเปียร์ แม้งานดังกล่าวจะตกเป็นสมบัติสาธารณะแล้วก็ตามแต่คุณค่าและองค์ความรู้ที่เกิดจากงานวรรณกรรมมิได้สิ้นสุดลงไปด้วยยังคงเป็นประโยชน์ต่อสังคม ในการที่บุคคล

ในสังคมสามารถที่จะเข้าถึงและได้รับองค์ความรู้จากงานวรรณกรรมต่าง ๆ โดยผลงานประพันธ์ได้สร้างให้เกิดความประทับใจอันเป็นระยะเวลายาวนานในวงการละครและวรรณกรรม เชกเปียร์ได้ขยายศักยภาพของการละครออกไปทั้งในด้านการสร้างลักษณะและบทบาทของตัวละคร โครงเรื่องที่แปลกใหม่ ภาษาและรูปแบบของการแสดงละครผ่านเนื้อหาวรรณกรรม ซึ่งผลงานประพันธ์ยังเป็นแรงบันดาลใจต่อกวีในยุคต่อมาเป็นอย่างมากซึ่งแสดงให้ถึงคุณค่าของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานนั้นยังคงอยู่และเป็นแนวทางในการสร้างสรรค์ในสังคมยุคต่อ ๆ มาได้

ประการที่สอง งานที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แต่อาจกกระทบกับสังคมในกรณีที่เป็นการวิพากษ์วิจารณ์ทางวัฒนธรรม

ถึงแม้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์จะมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้แน่ใจว่ามีการเข้าถึงสินค้าทางวัฒนธรรมได้อย่างยุติธรรม แต่กฎหมายในปัจจุบันยังมีอุปสรรคที่เฉพาะต่อความคิดสร้างสรรค์ การวิพากษ์วิจารณ์ทางวัฒนธรรม และการสนทนาที่เป็นประชาธิปไตย เนื่องจากการใช้งานที่เหมาะสมอย่างจำกัด และการยกเว้นข้อตกลงที่เป็นธรรม ซึ่งได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางว่าจำเป็นต้องมีการปรับแนวคิดใหม่และมีการปฏิรูป แม้ว่าสิ่งเหล่านี้จะเป็นลักษณะสำคัญของการแสดงออกของมนุษย์ แต่การคัดลอกและการทำซ้ำ จะถูกควบคุมโดยกฎหมายลิขสิทธิ์และการยอมรับข้อยกเว้นที่จำกัด ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกันอย่างมีนัยสำคัญกับความเป็นจริงของการแสดงออกเชิงสร้างสรรค์[212]

ในส่วนของงานวรรณกรรมนั้น หากเป็นงานวรรณกรรมประเภทที่มีการเขียนในลักษณะที่มีการวิพากษ์วิจารณ์การเมืองหรือศาสนา เมื่อพิจารณาในส่วนของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แล้ว ในกรณีนี้ก็ไม่สามารถที่จะปฏิเสธว่าการเขียนงานวรรณกรรมในลักษณะดังกล่าวนั้น ก็เป็นงานที่สร้างสรรค์โดยอาศัยความวิริยะอุตสาหะและความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ในการถ่ายทอดองค์ความรู้เพื่อให้สังคมได้รับรู้ในแง่มุมต่าง ๆ ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อสังคม แต่งานวรรณกรรมที่วิพากษ์วิจารณ์การเมืองหรือศาสนานี้อาจจะไปขัดกับศาสนโยบาย (Public Policy) ซึ่งไปกระทบกับสังคมของประเทศใดประเทศหนึ่งได้ หรือมีผลกระทบต่อบุคคลในสังคมที่จะถูกปิดกันในการที่จะรับรู้ถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานวรรณกรรมประเภทนี้ได้เช่นกัน

ความแตกต่างในมุมของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ของประเทศกำลังพัฒนา แม้ประเทศไทยและสาธารณรัฐอินเดียจะเป็นประเทศกำลังลังพัฒนาเหมือนกัน แต่มุมมองในการคุ้มครองสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ยังมีมุมองคนละแบบกล่าวคือในส่วนของสังคมไทย สังคมคือการเผยแพร่องค์ความรู้ต่าง ๆ ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ควรมีระดับและเป็นอย่างไร ในขณะที่สังคมของสาธารณรัฐอินเดีย มีการละเมิดลิขสิทธิ์ที่สูงกว่าประเทศไทยหลาย ๆ เท่า ทั้งที่สาธารณรัฐอินเดียมีมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อที่จะนำมา

---

[212] *Ibid.*

คุ้มครองงานที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แต่กลับกลายเป็นว่าสาธารณรัฐอินเดียมีการละเมิดลิขสิทธิ์อยู่ในระดับที่สูงมาก รวมทั้งมีการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่เยอะมากอีกด้วย ซึ่งหากพิจารณาแล้วก็จะพบว่าไม่ใช่เพราะสาธารณรัฐอินเดียไม่เห็นถึงความสำคัญของปัญหาดังกล่าว สาธารณรัฐอินเดียเห็นถึงปัญหาสำคัญดังกล่าวแต่เป็นการเห็นถึงความสำคัญในมุมที่น้อยกว่าประเทศไทยเมื่อนำมาเปรียบเทียบกัน แม้ว่ารัฐบาลอินเดียจะออกมาตรการต่าง ๆ ขึ้นมามากมายแต่มาตราการดังกล่าวก็ไม่สามารถที่จะดึงคุณค่าของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ได้ เพราะสังคมสาธารณรัฐอินเดียมองว่าสิทธิในการเข้าถึงงานเหล่านี้ค่อนข้างเข้าถึงได้น้อย เนื่องมาจากประชากรของสาธารณรัฐอินเดียส่วนใหญ่จะยากจน ดังนั้นในส่วนของขอบเขตเหล่านี้ทำให้ประชากรในสังคมอินเดียมองในเรื่องความสำคัญในส่วนนี้ก็พอมีบ้างแต่น้อย แต่ในขณะที่ประเทศไทยตอนนี้สังคมของประเทศไทยมีวงการทางด้านวิชาการที่เกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเกิดขึ้น ทั้งสังคมประเทศไทยยังมีการพัฒนาไปถึงการบริหารจัดการสิทธิ์ให้เกิดขึ้นในสังคมของการศึกษา ดังนั้นในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์จึงแผ่ขยายมากขึ้นทั้ง ๆ ที่เป็นประเทศกำลังพัฒนาเหมือนกับสาธารณรัฐอินเดีย

ในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์กับมิติทางด้านสังคมกับคุณค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์ ผู้เขียนขอแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 2 ประการดังนี้

1) มุมมองคุณค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นในสังคม

เมื่อพิจารณาถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์กับมิติสังคมในส่วนของสังคม ที่สร้างสรรค์จากผู้สร้างสสรรค์หรือบุคคคลผู้เป็นเจ้าของผลงานผ่านออกการแสดงออกซึ่งความคิดโดยอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรหรือตัวหนังสือผ่านงานวรรณกรรม ผ่านงานศิลปกรรม ผ่านงานภาพยนตร์ ซึ่งคุณค่าของงานลิขสิทธิ์เป็นสำคัญที่จะทำให้สังคมนั้นนึกถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นสำคัญ พอความแตกต่างจากตรงนี้เวลาที่เรานึกถึงสิทธิของเจ้าของสิทธิ์ในด้านความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และความวิริยะอุตสาหะที่ผู้สร้างสรรค์ได้คิดขึ้นมาก็จะมองตรงส่วนนี้เป็นประการที่สำคัญในการที่จะพิจารณางานอันมีลิขสิทธิ์ที่หยั่งลึกได้มากกว่า แต่ถ้าหากว่าสังคมถูกนำหน้าไปด้วยเทคโนโลยีหรือมีการเข้าถึงง่ายจนมากเกินไป ผู้ใช้จะไม่ได้สนใจว่างานนั้นมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่ เพราะสิ่งที่ผู้ใช้สนใจคือเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ได้หรือไม่และนำมาทำซ้ำหรือดัดแปลงโดยไม่ได้คำนึงถึงผู้สร้างสรรค์และบุคลผู้เป็นเจ้าของ ซึ่งย่อมส่งผลต่อประเด็นความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ถูกทำให้เสื่อมค่าลงหรืออ่อนค่าลงในบางกรณี

2) มุมมองการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ในสังคม

ในสภาพของสังคมที่ดำเนินไปโดยที่ทุกคนยึดถือคุณค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นสำคัญ สังคมจะถูกพัฒนาในรูปแบบหนึ่ง แต่ถ้าสังคมถูกพัฒนาโดยที่ว่าทุกคนเข้าถึงได้ง่าย ตัวประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์เกิดขึ้นมากมาย มีการแพร่หลายมากยิ่งขึ้น การเข้าถึงงานดังกล่าวจึงเป็นการ

เข้าถึงเพื่อเสพงานอันมีลิขสิทธิ์เพียงอย่างเดียว แต่คุณค่าในการมองว่าผู้สร้างสรรค์มีความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์หรือไม่จะมีคุณค่าที่น้อยลง ซึ่งการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานั้นเกิดขึ้นจากความเชื่อพื้นฐานที่ว่าการให้ความคุ้มครองโดยรัฐเป็นการรับรู้ถึงสิทธิทางศีลธรรมที่เจ้าของงานลิขสิทธิ์มีอยู่เหนือผลงานสร้างสรรค์ของตน เมื่อบุคคลใดได้สร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ขึ้นมาโดยอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ผลผลิตทางความคิดดังกล่าวก็ควรจะตกเป็นทรัพย์สินของบุคคลนั้น ด้วยเหตุนี้การที่บุคคลอื่นนำเอาผลงานสร้างสรรค์ที่เกิดจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไปแสวงหาประโยชน์โดยไม่มีอำนาจจึงถือได้ว่าเป็นการกระทำละเมิดอย่างร้ายแรงซึ่งเป็นมุมองของประเทศพัฒนาแล้ว

5.3.3 ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านมิติด้านวัฒนธรรม

ในส่วนของการวิเคราะห์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านมิติเศรษฐศาสตร์ มิติสังคมที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นก็จะเห็นได้เลยว่ามิติเศรษฐศาสตร์ มิติสังคมมีความสัมพันธ์หรือมีผลต่อหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของแต่ละประเทศและอีกมิติที่สำคัญก็คือมิติด้านวัฒนธรรมของแต่ละประเทศที่มีความแตกต่างกันทั้งในเรื่องของสถานที่และเวลาก็จะมีผลต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์ด้วย

การวิเคราะห์ถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์กับมิติด้านวัฒนธรรมนั้น หากนำในส่วนของแนวคิดประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) และแนวคิดความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order) มาเป็นหลักในการพิจารณาเพื่อทำให้เห็นถึงมุมมองของแต่ละประเทศต่อการมองถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์ภายใต้บริบทของวัฒนธรรมที่แตกต่างกันโดยผู้เขียนขอแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 4 ประเด็น ดังนี้

1) ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ภายใต้แนวคิดความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order)

ในส่วนของอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights) ก็ไม่ได้มีการบัญญัติหรือกล่าวถึงในเรื่องของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไว้ เนื่องจากในเรื่องของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นเรื่องของพลวัตที่มีการเปลี่ยนแปลงไปตามกาลสมัย เพราะฉะนั้นในสังคมหนึ่งอาจมองว่าเป็นศิลปะหรือเป็นความสวยงามทางด้านสรีระหรือเป็นความสวยงามทางด้านการแสดงออกกับอีกวัฒนธรรมหนึ่งมองว่าเป็นเรื่องลามกอนาจารก็เป็นได้ เพราะต่างกันในเรื่องศีลธรรมอันดีที่อิงมาจากวัฒนธรรมและอิงมาจากศาสนา

หากพิจารณาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทต่าง ๆ ที่ตกอยู่ภายใต้แนวแนวคิดความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้วก็จะพบว่า การที่ผู้สร้างสรรค์หรือบุคคลที่เป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ได้สร้างสรรค์งานขึ้นมานั้นโดยอาศัยหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และความวิริยะอุตสาหะของตนแล้วก็ย่อมมีผลทำให้งานนั้นได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้หลักเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้น แต่ก็อาจมีปัจจัยอื่นที่มีผลทำให้งานของผู้สร้างสรรค์ไม่รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ ตัวอย่างเช่น ประเทศไทยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3705/2530[213] (คดีอาถรรพ์น้ำมันพราย) ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่างานลิขสิทธิ์ที่บุคคลสามารถเป็นเจ้าของได้จะต้องงานลิขสิทธิ์ที่ตนได้สร้างสรรค์โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการวินิจฉัยของศาลฎีกาดังกล่าวนั้น เป็นเรื่องที่ศาลฎีกาสร้างเงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ตามกฎหมายไทยว่า งานอันมีลิขสิทธิ์นอกจากจะต้องเป็นงานที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และความวิริยะอุตสาหะของผู้สร้างสรรค์แล้ว ยังต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย โดยศาลฎีกามองว่างานสร้างสรรค์จะต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีซึ่งเป็นการตีความในลักษณะของความหมายธรรมดาของคำว่าสร้างสรรค์ ดังนั้นผลจากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวจึงจะต้องตีความว่างานอันมีลิขสิทธิ์ทุกประเภทที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่ใช่งานสร้างสรรค์ตามกฎหมายไทยไปด้วย อนึ่งคำพิพากษาฎีกา 3705/2530 นี้ยังได้วินิจฉัยถึงการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 ด้วยซึ่งทำให้มองเห็นได้ว่าประเทศไทยนั้นใช้หลักกฎหมายอาญา คือการใช้โทษทางอาญาในการกำหนดบทลงโทษผู้กระทำความผิด ซึ่งก็เลยทำให้เห็นมุมมองอย่างหนึ่งว่า ทำไมประเทศไทยถึงไม่กล้าที่จะกำหนดในลักษณะที่ตายตัวหรือให้ชัดเจน แต่ว่าให้มีลักษณะที่ต้องใช้แนวทางในการพิจารณามากกว่า

หากนำคดีอาถรรพ์น้ำมันพรายไปพิจารณาเปรียบเทียบกับคดี Mitchel Brothers Film Group V. Cinema Adult Theater[214] ของสหรัฐอเมริกาแล้วก็จะพบว่า ผลแห่งการวินิจฉัยคดี

---

[213] คำพิพากษศาลฎีกาที่ 3705/2530 ซึ่งได้วินิจฉัยว่าวีดีโอเทปซึ่งมีบทแสดงการร่วมเพศระหว่างหญิงชายบางตอนเป็นภาพลามกอนาจาร ซึ่งผู้ใดทำหรือมีไว้หรือมีส่วนเกี่ยวข้องในการค้าเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 งานของโจทก์ดังกล่าวจึงมิใช่งานสร้างสรรค์ตามความหมายแห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 โจทก์จะจะอ้างว่าเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้

[214] Mitchel Brothers Film Group V. Cinema Adult Theater ว่าตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกานั้นจะให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งานโดยไม่คำนึงถึงข้อจำกัดและการใดจะเป็นสิ่งลามกอนาจารหรือไม่นั้น ศาลไม่อาจตัดสินได้ เพราะเป็นดุลยพินิจของสังคมในแต่ละยุคสมัย ดังนั้นสื่อลามกอนาจารคือภาพยนตร์เรื่อง Behind the Green Door ของโจทก์จึงเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตาม

จะมีความแตกต่างกัน อันเนื่องมาจากตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกานั้นจะให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งานโดยไม่คำนึงถึงข้อจำกัดและการใดจะเป็นสิ่งลามกอนาจารหรือไม่นั้น ศาลไม่อาจตัดสินได้ เพราะเป็นดุลยพินิจของสังคมในแต่ละยุคสมัย ดังนั้นสื่อลามกอนาจารคือภาพยนตร์เรื่อง Behind the Green Door ของโจทก์จึงเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย แม้จะเป็นงานอันลามกอนาจาร (Obscene) ก็ตาม

จากคำพิพากษาของประเทศไทยและสหรัฐอเมริกาข้างต้นมีความแตกต่างกันในเรื่องการให้ความคุ้มครองงานภาพยนตร์ลามกอนาจารที่แตกต่างกัน โดยประเทศไทยไม่ให้ความคุ้มครองงานที่มีภาพลามกอนาจารไม่ใช่งานสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่สหรัฐอเมริกาให้ความคุ้มครองงานภาพยนตร์อันลามกอนาจาร เนื่องจากศาลไม่อาจตัดสินได้เพราะเป็นดุลยพินิจของสังคมในแต่ละยุคสมัย ดังนั้นเหตุที่แสดงถึงความแตกต่างในมุมมองของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ก็คือบริบทด้านวัฒนธรรมของแต่ละประเทศนั่นเอง

จากเหตุผลทางด้านมิติวัฒนธรรมและต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ข้างต้น จะเห็นได้ว่าในตัวของผลทางด้านวัฒนธรรมนั้นของแต่ละประเทศมีผลกระทบต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ด้วย ถึงแม้ว่างานสร้างสรรค์ที่อาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ความวิริยะอุตสาหะ ความพยายาม ความสร้างสรรค์จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศหนึ่งแต่อีกประเทศหนึ่งก็ไม่อาจให้ความคุ้มครองงานลิขสิทธิ์นั้นได้อันเนื่องจากเหตุผลทางด้านวัฒนธรรมของประเทศ ทั้ง ๆ ที่มีหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและการปรักกฎหมายให้สอดคล้องกันของกฎหมายระหว่างประเทศแล้วก็ตาม ดังนั้นมิติด้านวัฒนธรรมจึงเป็นตัวแปรที่มีผลต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เช่นกัน

2) ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ภายใต้แนวคิดประโยชน์สาธารณะ (Public Interest)

จากคำพิพากษาฎีกา 3705/2530 (คดีอาถรรพ์น้ำมันพราย) หากนำหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์มาพิจารณาว่า งานภาพยนตร์ดังกล่าว เป็นงานที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่ ก็คงจะปฏิเสธไม่ได้ว่า งานภาพยนตร์เรื่องอาถรรพ์น้ำมันพรายที่มีฉากร่วมเพศนั้น เกิดจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์แล้ว ดังนั้นผลแห่งคำวินิจฉัยในคดีอาถรรพ์น้ำมันพรายย่อมมีลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิของผู้สร้างสรรค์มากจนเกินไป

หากนำมาพิจารณาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ภายใต้แนวคิดประโยชน์สาธารณะ โดยหลักการดังกล่าวนั้นเป็นวัตถุประสงค์ขั้นพื้นฐานที่สังคมของแต่ละประเทศพึงประสงค์เพื่อประโยชน์ของคนทุกคนในสังคมเป็นสำคัญ และเมื่อนำมาพิจารณาประกอบกับคุณค่าในสังคม (Social Values) ที่มีมุมมองว่างานสร้างสรรค์นั้นมีประโยชน์ต่อประชาชนที่จะได้เสพงานสร้างสรรค์ประเภทหนึ่ง

กฎหมาย แม้จะเป็นงานอันลามกอนาจาร (Obscene) ก็ตาม การที่จำเลยทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์จึงถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์นั่นเอง

อันเนื่องมาจากเป็นงานสร้างสรรค์ที่เกิดจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แล้ว เพราะการสร้างงานภาพยนตร์ขึ้นมานั้นก็จะต้องอาศัยในส่วนขององค์ประกอบหลาย ๆ ส่วนมาประกอบกันด้วยไม่ว่าจะเป็นในส่วนของเนื้อเรื่องที่มาจากงานวรรณกรรม บทเพลงก็มาจากงานดนตรีกรรม ทั้งมองในเรื่องของสรีระของบุคคลนั้นเป็นงานศิลปะซึ่งเป็นประเภทหนึ่งของงานศิลปกรรมเพื่อประกอบเข้าไปในงานภาพยนตร์เพื่อให้งานภาพยนตร์มีมุมมองที่หลากหลายต่อการที่ประชาชนที่จะได้เสพงานนั้น ซึ่งในส่วนนี้เองก็ถือได้ว่างานนั้นเกิดคุณค่าต่อสาธารณชนได้เช่นกัน

3) ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการตีค่าวัฒนธรรมที่แตกต่างกัน

หากพิจารณาถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการตีค่าวัฒนธรรมที่รับรู้และเข้าใจว่ามีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ความจริงแล้ววัฒนธรรมนั้นมิใช่เป็นไปตามที่รับรู้และเข้าใจ ตัวอย่างเช่น ในงานภาพยนตร์ประวัติศาสตร์ระหว่างประเทศไทยและประเทศพม่า ซึ่งเมื่อถูกสร้างสรรค์ขึ้นมาแล้วโดยอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตั้งแต่การเขียนบทประพันธ์จนถึงการถ่ายทำภาพยนตร์ที่มีลักษณะเป็นการถ่ายทอดข้อเท็จจริงในเชิงประวัติศาสตร์การรบและการทำสงครามระหว่างประเทศไทยกับประเทศพม่าในสมัยต่าง ๆ หากภาพยนตร์ที่สร้างสรรค์ออกมาแล้วมีข้อเนื้อหาผิดเพี้ยน บิดเบือนประวัติศาสตร์ในวัฒนธรรมไทยในเรื่องของมุมมองว่าประเทศไทยเคยเป็นเมืองขึ้นของประเทศพม่าแล้วก็จะไม่ได้รับการฉายภาพยนตร์ดังกล่าวในประเทศไทย ซึ่งในเรื่องดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ามิติทางด้านวัฒนธรรมในมุมมองของการตีค่างานสร้างสรรค์ของแต่ละประเทศนั้นมีความแตกต่างกันแตกต่างกันและเมื่อมองถึงหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสร้างสรรค์ในเนื้องของงานแล้วก็ต้องยอมรับว่างานสร้างสรรค์ลักษณะดังกล่าวมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

4) ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในช่วงยุคสมัยของวัฒนธรรม

หากพิจารณาถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในช่วงยุคสมัยของวัฒนธรรมต่าง ๆ อาจได้รับการยอมรับในลักษณะในลักษณะคุณค่าของงานที่แสดงออกมาจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในวัฒนรรมในช่วงนั้น ๆ แต่อาจจะไม่ได้รับการยอมรับหรือความนิยมในช่วงยุคสมัยอื่นก็ได้ แม้ว่างานนั้นจะมีในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ตัวอย่างเช่น ในงานศิลปกรรมประเภทภาพวาดจิตกรรมหรือประติมากรรมที่มีการใช้โครงสร้างหรือร่างกายของมนุษย์มาเป็นสื่อในการแสดงออกและผสมผสานกับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของศิลปินในผลงานซึ่งเรียกว่า ศิลปะภาพเปลือย หลักฐานที่เป็นตำราทางวิชาการปรากฏครั้งแรกในยุคเรอนาซอง (Renaissance) ซึ่งในยุคดังกล่าวจะเห็นได้ชัดว่ามีการนำรูปร่างกายมนุษย์มานำเสนอโดยผ่านการสร้างสรรค์ในรูปแบบอุดมคติดังเช่นงานประติมากรรมของไมเคิล แองเจโลที่ชื่อเดวิดเป็นประติมากรรมแกะสลักหินอ่อนซึ่งเป็นรูปผู้ชายเปลือยเปล่าไม่สวมเสื้อผ้าตามแบบศิลปะกรีกและโรมันโบราณที่เน้นกายวิภาคที่สมจริงตามสัดส่วนของมนุษย์กล้ามเนื้อที่เป็นก้อนมัดแสดงให้เห็นถึงพลังที่แฝงอยู่ในตัวของหุ่นโดยการเน้นรายละเอียดของส่วนต่าง ๆ ตามร่างกายให้ดูเนื้อหนัง มีเส้นเลือดและโครงสร้างของกระดูกที่ถูกต้องสมส่วนสมจริง

ราวกับมีชีวิตนั้น แสดงให้เห็นถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของศิลปินที่สร้างสรรค์ผลงานศิลปกรรมออกมา ซึ่งได้รับการยอมรับและได้รับความนิยมถึงคุณค่าของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในยุคนั้นเป็นอย่างมาก แต่หากงานศิลปกรรมในลักษณะดังกล่าวนั้นมีการสร้างสรรค์ที่เกิดขึ้นในยุคปัจจุบันแล้วบริบททางวัฒนธรรมก็จะเกิดการตีค่าผลงานดังกล่าวว่าเป็นการสร้างสรรค์งานในลักษณะมีเป็นภาพโป๊เปลือยขัดต่อศีลธรรม ดังนั้นมิติทางด้านวัฒนธรรมในมุมมองในช่วงยุคสมัยหนึ่งเป็นงานสร้างสรรค์ที่ได้รับการยอมรับถึงคุณค่าของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แต่ในอีกช่วงยุคสมัยหนึ่งอาจไม่ได้รับการยอมรับก็เป็นไปได้

5.4 ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

จากการที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงในของคำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในหัวข้อที่ 5.1 นั้น ผู้เขียนได้พบว่าคำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นมีความสัมพันธ์กันโดยที่องค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นสามารถที่จะผันไปในส่วนของคำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ได้ ทั้งนี้ก็จะขึ้นอยู่กับบริบทของมิติเศรษฐศาสตร์ เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศที่จะเป็นปัจจัยที่มีผลต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ด้วย และในประการสุดท้ายประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ในแต่ละกลุ่มงานก็จะมีผลกับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ด้วยเช่นกัน ดังนั้นในส่วนของคำว่าระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ เป็นเรื่องที่อธิบายได้ยากมาก เพราะไม่มีองค์ประกอบที่ชัดแจ้ง ไม่มีขั้น การไม่มีสิ่งเหล่านี้ ทำให้ผู้เขียนต้องมาคิดวิเคราะห์โดยอาศัยในส่วนของทฤษฎี หลักการ หรือที่มา รวมถึงได้มาจากการที่ศาลได้วางหลักเป็นดุลยพินิจไว้ในแต่ละประเทศโดยอาศัยกรณีศึกษาเข้ามาเป็นหลัก จึงทำให้เกิดความยากในส่วนที่จะมากำหนดลำดับขั้นหรือระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ซึ่งเป็นความยากที่แต่ละศาสตร์ที่จะให้ความเห็นตรงส่วนนี้ไม่เหมือนกัน ผู้เขียนจึงนำข้อมูลที่ศาลได้วินิจฉัยนำมาเป็นแนวทางเพื่อให้เห็นถึงระดับของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์ต่อไป

ในส่วนของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในสหราชอาณาจักรนั้นตาม Copyright Designs and Patents Act 1988 มาตรา 1 (1) (a) ได้บัญญัติว่าลิขสิทธิ์ย่อมมีอยู่ในงานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ดนตรีกรรม ศิลปกรรมและมาตรา 1 (1) (b) ได้บัญญัติว่าลิขสิทธิ์ย่อมมีอยู่ในงานสร้างสรรค์ประเภท งานภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง และงานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยในเนื้อหาของบทบัญญัติไม่ได้กล่าวถึงระดับหรือรายละเอียดว่าระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์มากน้อยเพียงใดจึงจะทำให้งานสร้างสรรค์กลายเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นมาได้ ในเรื่องนี้ศาลของสหราชอาณาจักรได้พัฒนาหลักกฎหมายเรื่อยมาโดยหลักที่จะถูกนำมาใช้ทดสอบระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ได้แก่ หลักของ

ทฤษฎีหยาดเหงื่อแรงงาน (Sweat of Brow) ในคดี Walter v. Lane[215] หากผู้สร้างสรรค์ได้ใช้หยาดเหงื่อแรงงานของตนในการสร้างสรรค์ก็ย่อมได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ หลักทักษะ ความอุตสาหะและวิจารณญาณ (Skill Labor and Judgement) ในคดี Ladbroke Football Ltd v. William Hill Football Ltd.[216] หากผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ทักษะ ความอุตสาหะ และวิจารณญาณถึงขนาดแล้วงานสร้างสรรค์นั้นนั้นย่อมเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครอง

ในบางกรณีเกณฑ์ที่จะถือว่าเป็นระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของสหราชอาณาจักรถูกกำหนดไว้ในระดับที่ต่ำมาก หลาย ๆ กรณีดูแล้วแปลกใจที่ศาลยอมรับว่าตารางเวลาของรถไฟและข้อสอบ (ซึ่งไปเอามาจากความรู้ที่เป็นที่รู้กันทั่วไปสำหรับนักคณิตศาสตร์และถูกเขียนขึ้นมาอย่างรวดเร็วและยังไปเอาคำถามมาจากข้อสอบของคนอื่นที่มีมาก่อนหน้า) ก็ถือว่าเป็นงานที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ผลที่เกิดจากการตั้งเกณฑ์ไว้ในระดับต่ำมากอย่างนี้ คือ แทบไม่ค่อยมีผลงานใดถูกมองว่าไม่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เลย[217] เช่นกันในส่วนของสาธารณรัฐอินเดียเองนั้นตาม

---

[215] คดี Walter v. Lane ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า ผู้สื่อข่าวจากหนังสือพิมพ์เดอร์ไทม์ ชื่อ Lane ได้จดบันทึกย่อคำกล่าวสุนทรพจน์ของ Earl of Roseberry ซึ่งเป็นนักการเมืองที่มีชื่อเสียงและต่อมาได้ทำการคัดลอกข้อความเหล่านี้เพิ่มเครื่องหมายวรรคตอนและทำซ้ำคำพูดต่อคำพูดเพื่อตีพิมพ์ในหนังสือพิมพ์เดอะไทม์ โดยประเด็นที่ศาลต้องพิจารณาคือ ผู้สื่อข่าว Lane ถือว่าเป็นผู้สร้างสรรค์ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักรหรือไม่ และศาลก็ตัดสินว่าผู้สื่อข่าว Lane ถือเป็นผู้เขียนภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักร โดยความพยายามทักษะและเวลาที่ใช้ไปก็เพียงพอที่จะทำให้เป็นงานสร้างสรรค์ได้ แม้ว่างานนั้นจะเป็นการนำเอาคำพูดนั้นมาตีพิมพ์ในวารสารอีกครั้งก็ตาม เพราะศาลพิจารณาถึงความยากลำบากในการจดทบันทึกและบันทึกคำพูดนั้นถ่ายทอดมาเป็นตัวอักษรซึ่งมาจากตัวผู้แต่งเอง

[216] คดี Ladbroke Football Ltd v. William Hill Football Ltd 1964 ซึ่งมีสาระสำคัญคือ คูปองสำหรับพนันฟุตบอลซึ่งมีเพียงชื่อบริษัทผู้รับพนัน รายชื่อการแข่งขันที่สามารถพนันได้ในวันนั้นและอัตราต่อรอง ถือเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรมที่ผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ Skill Labor and Judgement ในการสร้างสรรค์แล้ว กล่าวคือ การเลือกคู่แข่งขันที่น่าสนใจ การกำหนดอัตราต่อรองตลอดการกำหนดรูปแบบของคูปองก็เพียงพอแล้ว จากคำพิพากษาในคดีแสดงให้เห็นว่าศาลของสหราชอาณาจักรการนำหลัก Skill Labor and Judgement ที่ใช้ในการสร้างสรรค์แต่ละงานจะต้องพิจารณาถึงภาพรวมของการสร้างสรรค์งานนั้นทั้งงานว่าได้ใช้ Skill Labor and Judgement เพียงพอหรือไม่ ไม่ใช่เพียงส่วนใดส่วนหนึ่งของงานนั้น ๆ และระดับของ Skill Labor and Judgement ไม่จำเป็นต้องอยู่ในระดับสูง

[217] Lionel Bently and Brad Sherman, **Intellectual Property Law**, p. 96.

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2500 มาตรา 13 (1) (a) ก็ให้การคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ ในงานวรรณกรรม งานนาฏกรรม หรืองานดนตรีกรรมที่ไม่ใช่งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ งานศิลปกรรม งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ งานภาพยนตร์ และงานสิ่งบันทึกเสียง โดยในเนื้อหาของบทบัญญัติก็มิได้กล่าวถึงระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภทไว้เช่นกัน ทั้งในคดี Kartar singh giani v. Ladha singh ศาลสูงสุดกล่าวว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้ห้ามเราจากการดัดแปลงหรือเสริมเติมแต่งงานต้นฉบับของคนอื่น ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการนำงานสร้างสรรค์ของบุคคลอื่นมาดัดแปลงหรือเสริมแต่งงานต้นฉบับของบุคคลอื่นย่อมกระทำได้ซึ่งดูเหมือนว่าศาลยอมรับการนำงานสร้างสรรค์ของบุคคลอื่นมาดัดแปลงก็ย่อมได้รับการคุ้มครองแล้วซึ่งแสดงให้เห็นว่าการกำหนดระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้ในระดับต่ำมากเช่นกัน

ในส่วนของประเทศไทยนั้นตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 ได้บัญญัติว่า งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ จากบทบัญญัติของกฎหมายได้บัญญัติถึงประเภทของงานลิขสิทธิ์ที่กฎหมายให้การคุ้มครองไว้เท่านั้น โดยไม่ได้กล่าวถึงระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ว่ามีมากน้อยเพียงใด จึงจะทำให้งานสร้างสรรค์กลายเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นมาได้ และเมื่อพิจารณาถึงในส่วนของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ก็จะพบว่าศาลฎีกาได้สร้างเกณฑ์และตีความเกณฑ์งานอันมีลิขสิทธิ์ไว้สูงโดยมีการตีความขยายขอบเขตของงานอันมีลิขสิทธิ์ออกไป โดยศาลฎีกากำหนดคำว่าระดับความวิริยะอุตสาหะ[218] และความวิริยะอุตสาหะจะต้องถึงขนาด[219] ในการสร้างสรรค์ขึ้นมาเพิ่มเติมนอกเหนือเกณฑ์ที่มีในกฎหมายลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นการตีความขยายความในส่วนของระดับความคิดริเริ่ม

---

[218] คำพิพากษาฎีกาที่ 19305/2555 โจทก์ร่วมผลิตตุ๊กตาช้างผ้าเพื่อจำหน่าย โดยโจทก์ร่วมทำทั้งออกแบบ ตัดเย็บ ผลิต จนได้เป็นตุ๊กตาช้างผ้าขึ้นมา และวางจำหน่ายมาหลายปีจนกระทั่งจำเลยผลิตตุ๊กตาช้างผ้าเลียนแบบออกมาจำหน่าย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การสร้างสรรค์งานของโจทก์ร่วม ไม่ถึงระดับความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์ เพราะมีส่วนคล้ายภาพของช้างในธงราชนาวีไทยและธงชาติไทยในอดีต ศาลฎีกาวินิจฉัยต่อว่า โจทก์ร่วมจึงมิใช่ผู้สร้างสรรค์และไม่มีลิขสิทธิ์ในตุ๊กตารูปช้างที่ทำขึ้น

[219] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7121/2552 โจทก์ร่วมในคดีนี้เป็นผู้ออกแบบและสร้างงานประติมากรรมผนังดินเผานูนต่ำขึ้นมาทั้งชิ้น เป็นงานในลักษณะ 3 มิติ ศาลฎีกาเห็นว่าเป็นการนำแบบจากภาพนางอัปสรในงานขอมโบราณมาดัดแปลง และศาลฎีกาวินิจฉัยว่า โจทก์ร่วมไม่ได้ลิขสิทธิ์งานประติมากรรมดังกล่าว เพราะความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์งานยังไม่ถึงขนาดที่จะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์

สร้างสรรค์ไว้สูงมากทำให้มีผลกระทบและเป็นความเสี่ยงของผู้สร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ จะได้ทราบว่างานของตนมีลิขสิทธิ์หรือไม่ก็ต่อเมื่อมีการฟ้องร้องคดีจนมีคำวินิจฉัยถึงที่สุดของศาล[220] ดังนั้นความเสี่ยงของผู้สร้างสรรค์ดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่จะหาแนวทางหรือมุมมองที่เหมาะสมต่อไปสำหรับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่เหมาะสมว่าควรจะมีในระดับใด

ในส่วนของสหรัฐอเมริกาตาม Copyright Act 1967 กฎหมายได้กำหนดเอาไว้เพียงว่าลิขสิทธิ์จะมีอยู่ในงานที่ริเริ่มสร้างสรรค์ (Original Work of Authorship) โดยไม่ได้กำหนดเอาไว้ว่าอย่างไรจึงจะถือเป็น “การริเริ่มสร้างสรรค์” อันจะทำให้งานนั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายขึ้นมาได้ โดยหลักเรื่องระดับของความริเริ่มสร้างสรรค์ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1991 ในคดี Feist Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Company[221] ซึ่งถือว่าเป็นคดีสำคัญที่ใช้วิเคราะห์ระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ในสหรัฐอเมริกา ซึ่งศาลสูงสุดได้วางหลักการหรือหลักเกณฑ์อันเป็นสาระสำคัญว่า หากเป็นเรื่องของข้อเท็จจริง ข่าวสาร หรือ สิ่งที่มีอยู่แล้วนั้นไม่สามารถที่จะเกิดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่จะถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ อันเนื่องมาจากการที่นำข้อมูลที่มีอยู่แล้วนำมาประมวลและรวบรวมโดยที่ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงการสร้างสรรค์ขึ้นมาแต่อย่างใด จากกรณีศึกษาดังกล่าวมีคำสำคัญและมีนัยที่แสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ดุลพินิจ โดยการใช้หลักเกณฑ์ศาลกำลังมองว่าทางด้านของข้อเท็จจริง การรวบรวมข้อมูล การรวบรวมความจริงที่เกิดขึ้นในเชิงที่มีการ

---

[220] จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ และภูมินทร์ บุตรอินทร์, **คำอธิบายกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**, หน้า 208

[221] คดี Feist Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Company โดยมีสาระสำคัญของคดีดังนี้ บริษัท Feist โจทก์ได้ตีพิมพ์สมุดโทรศัพท์ซึ่งบรรจุข้อมูลเกี่ยวกับรายชื่อผู้ใช้โทรศัพท์พร้อมที่อยู่ของจำเลยคือบริษัท Rural Telephone ซึ่งเป็นบริษัทคู่แข่งได้ตีพิมพ์สมุดโทรศัพท์ออกจำหน่ายโดยได้ลอกรายชื่อและที่อยู่ของผู้ใช้โทรศัพท์บางส่วนในสมุดโทรศัพท์ของโจทก์ไป โดยมิได้รับความยินยอมจากโจทก์ ศาลได้ตัดสินว่ากรณีสมุดโทรศัพท์ของโจทก์เป็นเพียงการรวบรวมรายชื่อและที่อยู่ของผู้ใช้โทรศัพท์โดยเรียงตามตัวอักษร รูปแบบในการจัดวางข้อมูลมิได้มีความคิดสร้างสรรค์ในการจัดทำขึ้น ดังนั้นถึงแม้จะมีการใช้แรงงานหรือทุนเป็นจำนวนมากในการรวบรวม ก็มิได้ทำให้ข้อมูลเหล่านั้นได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ การจัดวางข้อมูลที่จะให้ได้รับความคุ้มครองนั้นอย่างน้อยจะต้องมีความคิดสร้างสรรค์ในการเลือก (Selection) จัดวาง (Arrangement) และการรวมองค์ประกอบเข้าด้วยกัน (Co-ordination) การจัดวางข้อมูลโดยเรียงตามตัวอักษรเป็นการจัดวางที่เรียบง่ายเกินไป (Mundane) การลอกข้อมูลของโจทก์ไปโดยจำเลยในคดีนี้จึงไม่มีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์

ใช้หรือมีการปฏิบัติกันอยู่แล้ว สิ่งดังกล่าวไม่สามารถที่จะแสดงให้เห็นถึงความสร้างสรรค์ หลักเกณฑ์ตรงนี้ที่จะนำมาวัดได้และถึงแม้ว่าจะมีในส่วนของหยาดเหงื่อและแรงงานที่กระทำออกไปแต่หยาดเหงื่อแรงงานดังกล่าวนั้นทำให้เกิดงานขึ้น แต่หยาดเหงื่อและแรงงานดังกล่าวนั้นไม่ได้ถูกพัฒนาว่าให้เกิดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ แต่เป็นหยาดเหงื่อแรงงานที่มาจากสิ่งที่มีอยู่เดิมเพียงแค่นำมารวบรวม ซึ่งจากตรงนี้แสดงให้เห็นว่า ไม่เข้าครบองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ดังนั้นคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาข้างต้น ทำให้เกิดหลักการของทฤษฎีที่สำคัญคือ หลักการของทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) โดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเกณฑ์ว่าการที่ผู้ใดสร้างสรรค์งานของตนขึ้นจากการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมารวบรวม โดยปราศจากความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยงานนั้นย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากจะพิจารณาถึงประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์สามารถนำหลักการของคดีนี้ไปเป็นเกณฑ์การพิจารณาถึงระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ทุกประเภท

จากคดีของศาลสหรัฐอเมริกาและศาลสหราชอาณาจักร เป็นเรื่องที่น่าคิดว่าจะใช้ทฤษฎีใดมาวัดในเรื่องของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ แต่หากเป็นในส่วนของประเทศไทยก็จะพิจารณาในส่วนของตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้และจะมีช่องในการให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดขึ้น ซึ่งในส่วนนี้ก็จะทำให้เกิดความแตกต่างกันของแต่ละประเทศและทำให้ศาลต้องตีความโดยใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาไปแต่ละคดีไป ซึ่งการใช้ดุลพินิจดังกล่าวทำให้เกิดความแตกต่างกันที่ไม่สามารถยอมรับในอีกประเทศหนึ่งได้ในบางกรณี ซึ่งจากตัวอย่างเช่นในคดี ในคดี Feist Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Company ซึ่งกรณีนี้สหรัฐอเมริกายอมรับได้ถึงผลการตัดสิน แต่หากคดีนี้เกิดขึ้นในสหราชอาณาจักรกลับยอมรับไม่ได้ถึงผลการตัดสิน ซึ่งแสดงให้เห็นถึงมุมองที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศ

เมื่อวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ในระบอบลิขสิทธิ์ ภายใต้กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไรพบว่าในแต่ละประเทศมีหลักการของการพิจารณาในเรื่องระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่แตกต่างกันออกไป แต่ก็มีจุดที่สามารถเป็นจุดร่วมกันของแต่ละประเทศที่จะสามารถนำมาใช้เป็นหลักการสำหรับการพัฒนาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ได้

ในส่วนประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ผู้เขียนแบ่งประเด็นการวิเคราะห์ออกเป็น 3 ส่วน กล่าวคือ 1. ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ กลุ่มงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบดั่งเดิม (Traditional Copyright Works) ซึ่งประกอบด้วยงานวรรณกรรม งานศิลปกรรม งานนาฏกรรมและงานดนตรีกรรม 2. ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ กลุ่มงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบที่พัฒนามาจากงานดั่งเดิม

ซึ่งประกอบด้วยภาพยนตร์และงานแพร่เสียงแพร่ภาพ 3. ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์กลุ่มที่เป็นเทคโนโลยี ซึ่งประกอบด้วยโปรแกรมคอมพิวเตอร์และฐานข้อมูล เมื่อพิจารณาในส่วนของอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights) และสนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty) ความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวมิได้กำหนดระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในแต่ละประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้แต่อย่างใด ซึ่งในส่วนของเนื้อหามีเพียงว่างานสร้างสรรค์ใดเป็นงานสร้างสรรค์ที่ควรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์เท่านั้น ดังนั้นในส่วนนี้ผู้เขียนจะมุ่งพิจารณาถึงประเภทของงานและรายละเอียดของประเภทของงานผ่านการสร้างสรรค์ให้เกิดในประเภทของงานนั้น ๆ ว่ามีผลต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์อย่างไรบ้าง

5.4.1 ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ กลุ่มที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบดั่งเดิม (Traditional Copyright Works)

ประการแรก งานวรรณกรรม ในส่วนของงานวรรณกรรมนั้นแม้จะเป็นประเภทงานวรรณกรรมเหมือนกัน แต่งานวรรณกรรมประเภทนิยายกับงานวรรณกรรมประเภทตำราก็จะมีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่แตกต่างกัน เมื่อพิจารณาถึงรายละเอียดของงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภท โดยเฉพาะในส่วนของงานวรรณกรรมประเภทตำรา หากพิจารณาถึงรายเอียดในงานวรรณกรรมประเภทตำราแล้วก็จะพบว่าความสร้างสรรค์จะน้อยเนื่องจากจะต้องใส่ข้อเท็จจริง ใช้ความคิด ทฤษฎี หลักการเข้ามาปรับใช้ เพื่อที่จะทำให้งานตำรานั้นมีความน่าเชื่อถือและทำให้เราเห็นในแง่ของความรู้ เพราะฉะนั้นแล้วถึงจะทำให้เห็นลักษณะของความคิดสร้างสรรค์ แต่การสร้างสรรค์ในลักษณะของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์การเขียนขึ้นมาใหม่แทบจะไม่พบในงานลักษณะเช่นนี้ โดยเฉพาะสุนทรียศาสตร์แทบจะไม่ปรากฏในงานประเภทตำราหรือในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหนังสือที่ใช้ในวงวิชาการ ยกเว้นว่าจะนำมาปรับปรุง รวบรวม โดยใช้ความวิริยะอุตสาหะ แต่หากเป็นงานวรรณกรรมอีกประเภทหนึ่ง คืองานวรรณกรรมประเภทนิยายหรือนวนิยายเหล่านี้เป็นงานที่จะต้องอาศัยทางด้านความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ซึ่งเริ่มตั้งแต่ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตั้งแต่เค้าโครงเรื่องทั้งหลายที่จะต้องทำให้มีการเกิดแนวเรื่องขึ้นมาว่า จะต้องเป็นในลักษณะแบบนี้ มีการพบเจอกัน การพูดคุยกัน ลักษณะของบทสนทนา รวมไปถึงเส้นเรื่องที่จะต้องมีการกำหนดสถานที่ ซึ่งเรื่องเหล่านี้โดยเฉพาะในเรื่องของภาษา คำของภาษา การจินตนาการเหล่านี้ล้วนแต่เป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ทั้งสิ้น ดังนั้นจากประเภทของงานวรรณกรรมประเภทเดียวกันข้างต้น ก็จะเห็นได้เลยว่าแม้จะเป็นงานวรรณกรรมในประเภทเดียวกันแต่ก็จะต้องอาศัยในส่วนของ

ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่แตกต่างกัน ซึ่งขึ้นอยู่กับประเภทของงานนั้น ๆ ในแต่ละประเภท กล่าวคือ จะต้องพิจารณาถึงงานย่อยที่อยู่ในประเภทของงานใหญ่ประกอบเข้ามาด้วย จึงมีความแตกต่างกับงานสร้างสรรค์ในส่วนของงานวรรณกรรมประเภทตำราที่จะต้องอาศัยแนวคิดหรือทฤษฎีต่าง ๆ เข้ามาเป็นส่วนประกอบในงานนั้น

ผู้เขียนจึงเห็นว่าระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานวรรณกรรมประเภทนิยาย ผู้ประพันธ์ได้แสดงออกซึ่งความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านภาษาที่ใช้และรูปแบบของการบรรยายภาพให้เห็นรวมทั้งการใช้สุนทรียศาสตร์ที่ใส่ลงไปในคำแต่ละคำ ทำให้ผู้อ่านเกิดจินตนาการกับงานวรรณกรรม ซึ่งตรงนี้จะเห็นได้เลยว่าผู้ประพันธ์พยายามที่จะสร้างสรรค์เพื่อที่จะให้ผู้อ่านคล้อยตามในสิ่งที่ตนเขียน ดังนั้นงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทงานวรรณกรรมนี้มีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ได้มากในการถ่ายทอดบทประพันธ์ที่มีคุณค่าผ่านงานนวนิยาย

หากพิจารณาโครงเรื่อง (Plot) ในนวนิยายของประเทศไทยนั้น จะเห็นได้ว่าหากผู้สร้างสรรค์งานนวนิยายนำโครงเรื่องที่มีลักษณะเดียวกันมาถ่ายทอดด้วยความคิดริเริ่มของตนเอง และได้เพิ่มเติมในส่วนของเหตุการณ์ต่างหรือลำดับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในชีวิตจริงเข้าไปในงานนวนิยาย หรือจะเป็นการเพิ่มเติมรายละเอียดของงานเข้าไปในงานนวนิยาย ก็จะทำให้งานสร้างสรรค์ดังกล่าวเป็นงานที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแล้ว ทั้งยังจะไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นด้วย ตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6656/2549 กรณีนวนิยายสองเรื่องที่มีเพียงเค้าโครงเรื่องที่คล้ายกันคือ เป็นเรื่องของหญิงสาวคนหนึ่งต้องการเป็นนักร้องแต่ตนมีฐานะยากจนจึงยอมมีความสัมพันธ์กับผู้สื่อข่าวและจำเลยเองก็ได้นำสืบด้วยว่าจำเลยเขียนนวนิยายขึ้นมาด้วยการนำชีวิตจริงของนักร้องคนหนึ่ง ชื่อนาง ว. มาเขียนซึ่งเป็นข้อเท็จจริงหรือเป็นความจริงที่เกิดขึ้น มิได้ลอกเลียนหรือทำซ้ำนวนิยายโจทก์ เช่นนี้จึงยังฟังไม่ได้ว่าจำเลยกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมของโจทก์

จากคำพิพากษาจะเห็นได้ว่าหากพิจารณาถึงผลงานนวนิยายซึ่งเป็นงานวรรณกรรมอาจต้องพิจารณาเค้าโครงเรื่อง ลำดับการนำเสนอเนื้อเรื่องการแสดงให้เห็นถึงความคิดที่สำคัญๆ ในนวนิยายเรื่องนั้น หรือรายละเอียดการนำเสนอในส่วนของตัวละครและสำนวนการเขียนประกอบกัน ดังนั้นหากนำเพียงส่วนใดส่วนหนึ่งในงานวรรณกรรมมายังไม่ถึงกับเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานนั้น ตัวอย่างของความคล้ายคลึงกันในโครงเรื่อง (Plot) ในนวนิยายของไทยนั้น จะเห็นได้จากแนวความคิดในนวนิยายเรื่องสี่แผ่นดินของ ม.ร.ว.คึกฤทธิ์ ปราโมช กับนวนิยายเรื่องร่มฉัตร ของทมยันตี ซึ่งเป็นเรื่องของสตรีที่เติบโตขึ้นในวังและใช้ชีวิตอยู่ในช่วงสมัยรัชกาลที่ 5-8 ซึ่งประเทศมีความเปลี่ยนแปลงมากทั้งในทางสังคมและวัฒนธรรมและการเมืองเป็นต้น

ผู้เขียนเห็นว่าโครงเรื่องของผู้ประพันธ์ทั้งสองคนดังกล่าวมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่เหมือนกัน โดยการบรรยายฉาก การบรรยายภาพ เป็นความคิดสร้างสรรค์ ส่วนคำพูดของตัวละคร

ความนึกคิดของตัวละครเป็นความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ดังนั้นโครงเรื่อง (Plot) ในนวนิยายนั้นไม่ได้ทำลายความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของบุคคล อันเนื่องมาจากโครงเรื่องคือรูปแบบหนึ่งของวัฒนธรรม ซึ่งในรายละเอียดของเรื่องก่อให้เกิดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้นมา

อนึ่งหากพิจารณามองลึกลงไปในรายละเอียดของงานวรรณกรรมประเภทเดียวกัน เช่น นวนิยายอ้างอิงประวัติศาสตร์ กับหนังสือเชิงประวัติศาสตร์นั้นก็จะมีความแตกต่างในเรื่องของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ เช่นนวนิยายเรื่องบุพเพสันนิวาสที่ประพันธ์โดยรอมแพง ผู้ประพันธ์ได้ศึกษาประวัติศาสตร์ก่อนแล้วนำประวัติศาสตร์มาเล่าเรื่องโดยจะมีการแทรกรูปแบบของความคิดริเริ่มเข้าไปในรูปแบบนวนิยาย ซึ่งการแทรกรูปแบบดังกล่าวจะต้องมีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้นมาก่อนว่าจะมีบทพูดว่าอย่างไร แต่ในขณะเดียวกันหนังสือเชิงประวัติศาสตร์นั้นก็จะมีการเล่าเรื่องไปตามยุคตามสมัยว่าแต่ละยุคแต่ละสมัยมีเหตุการณ์อย่างไรเกิดขึ้นเท่านั้น ดังนั้นแม้จะมีการสร้างสรรค์ในการเขียนขึ้นมาแต่ระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไม่เท่านั้น

ประการที่สอง งานดนตรีกรรม เมื่อพิจารณาถึงงานดนตรีกรรมที่ถูกสร้างสรรค์ขึ้นโดยอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นี้ งานดนตรีกรรมนั้นก็จะมีหลากหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะงานเพลงที่แต่ขึ้นเพื่อบรรเลงหรือขับร้อง แต่หากจะพิจารณาถึงคำว่า เพลง ในงานดนตรีกรรมแล้ว ไม่ว่าจะเป็นเพลงสากล เพลงไทยสากล เพลงไทยเดิม ซึ่งเพลงในแต่ละประเภทก็จะมีลักษณะที่สร้างสรรค์โดยการสะท้อนถึง อารมณ์ ความรู้สึกและวิถีชีวิตที่แตกต่างกันออกไปด้วยตามแต่ผู้ประพันธ์เพลงได้มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการสร้างสรรค์ขึ้น แต่หากมีการนำงานดนตรีกรรมที่นำไปประกอบกับงานวรรณกรรมประเภทต่าง ๆ นั้นก็จะมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่แตกต่างกันออกไปตามบริบทของงานวรรณกรรมและงานดนตรีกรรมที่ประกอบเข้ากันเพื่อให้เกิดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ กล่าวคือ ในงานดนตรีกรรม ในส่วนของเพลงปลุกใจหรือเพลงรักชาติ เป็นเพลงที่เกี่ยวข้องกับความรักหรือการแสดงอารมณ์ต่าง ๆ ซึ่งจะต้องใช้ในเรื่องของศิลปะ การจินตนาการในเรื่องของการสร้างสรรค์เข้ามาสร้างสรรค์งานด้วย แต่ถ้าหากเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทอื่น อย่างเช่นในส่วนของหนังสือธรรมมะหรือเพลงธรรมมะ ถ้าต้องการทำในเรื่องของทำนอง ก็ยังคงเป็นทำนองพลงที่จะต้องอาศัยจินตนาการหรืออาศัยความสามารถพิเศษในการสร้างสรรค์ทำนองอยู่ดี

ในปัจจุบันมีการนำงานดนตรีกรรมมา Remix โดยเฉพาะในสหรัฐอเมริกา ซึ่งโดยปกติงานดนตรีกรรมนั้นผู้สร้างสรรค์จะต้องมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ความวิริยะอุตสาหะ ความเพียรพยายามในการสร้างสรรค์เนื้อร้องทำนองและการเรียบเรียงเสียงประสานเพื่อให้เกิดงานดนตรีกรรมขึ้น แต่การ Remix งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงนั้นมีการปรับในส่วนของทำนองในงานดนตรีกรรมเท่านั้น ดังนั้นจะถือว่าผู้สร้างสรรค์มีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่จะได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งในสหรัฐอเมริกาถือว่าการ Remix งานดนตรีกรรม ที่มีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่เล็กน้อยย่อมได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ แต่ถ้าหากว่าการ Remix งานดนตรีกรรมที่มีระดับความคิดริเริ่ม

สร้างสรรค์อยู่ในระดับที่น้อยย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองดังเช่นในคดี Durham Industries, Inc., v. Tomy Corporation.[222] ที่ผู้ Remix ไม่ได้เปลี่ยนแปลงเสียงประสานเดิมเปลี่ยนแต่เพียงข้อความสั้นยาวของโน้ตบางตัวเท่านั้นจึงถือได้ว่ามีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์อยู่ในระดับที่น้อย

ประการที่สาม งานศิลปกรรม หากพิจารณาถึงมุมมองของงานศิลปกรรมประเภทงานจิตกรรมที่มีความหมายครอบคลุมถึง งานสร้างสรรค์รูปทรงที่ประกอบด้วยเส้น แสง สี หรือสิ่งอื่นอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกันลงบนวัสดุอย่างเดียวหรือหลายอย่าง เช่น ภาพ Portrait กับ ภาพ Abstract ที่สร้างสรรค์ขึ้นโดยผู้วาดได้ใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของตนเองถ่ายทอดภาพวาดดังกล่าวนั้น ผู้เขียนเห็นว่าจะนำความยากง่ายในการวาดมาวัดว่าภาพใดมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์กว่ากันนั้นซึ่งมาจากหลักการสำคัญที่ว่า โดยงานศิลปกรรมนั้นไม่จำเป็นจะต้องคำนึงถึงคุณค่าทางศิลปะเนื่องจากคุณค่าดังกล่าวมีลักษณะเป็นนามธรรมและไม่สามารถที่จะประเมินค่าได้ในแต่ละชิ้นของงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้นโดยอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของตนเอง เพราะแม้ว่าศิลปกรรมจะเป็นงานที่มีส่วนประกอบให้ชื่นชมคุณค่าทางศิลป์ แต่เนื่องจากคุณค่าทางศิลป์เป็นสิ่งที่รับรู้และประเมินได้แตกต่างกันไปตามแต่ละประสบการณ์และรสนิยมของแต่ล่ะบุคคล ในการพิจารณาว่างานสร้างสรรค์ใดที่สร้างสรรค์โดยอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของตนเข้าข่ายเป็นงานศิลปกรรมที่จะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ กฎหมายจึงกำหนดให้พิจารณาเพียงลักษณะภายนอกของงานนั้น ๆ ว่ามีลักษณะเป็นงานประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ โดยไม่ต้องคำนึงถึงคุณค่าทางศิลปะของงานนั้น ๆ ดังนั้น ภาพ Portrait กับ ภาพ Abstract ที่สร้างสรรค์ขึ้นโดยผู้วาดได้ใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของตนเองถ่ายทอดภาพวาดขึ้นจึงเป็นงานศิลปกรรมที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ที่เท่าเทียมกันในฐานะที่เป็นงานศิลปกรรมประเภทจิตกรรมของผู้สร้างสรรค์

ในปัจจุบันสหรัฐอเมริกาได้พัฒนางานสร้างสรรค์ที่เรียกว่า งานแปลงรูป (Transformative Works) ซึ่งระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานแปลงรูปก็เป็นสิ่งที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบด้วยว่างานแปลงรูปดังกล่าวใช้ความวิริยะอุตสาหะ ความเพียรพยายามของผู้แปลงรูปงานหรือไม่ มิใช่เพียงนำงานของบุคคลอื่นไปใช้ในวัตถุประสงค์ใหม่โดยมิได้เพิ่มเติมระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของตนเองลงไปในงานนั้นเลย เนื่องจากงานแปลงรูปที่เกิดขึ้นถือเป็นงานใหม่ที่ได้รับ

---

[222] คดี Durham Industries, Inc., v. Tomy Corporation. วางหลักความคิดริเริ่มในงานดัดแปลงโดยกำหนดเงื่อนไขว่า ความคิดริเริ่มของงานดัดแปลงจะต้องมากกว่าเรื่องเล็กน้อย (The original aspect of a derivative work must be more than trivia) กล่าวคือ ความสามารถในการสร้างสรรค์งานดัดแปลงจะต้องสูงกว่างานต้นฉบับเดิมหรือต้องมีระดับของความคิดริเริ่มเพียงพอที่จะกลายเป็นงานชิ้นใหม่มากกว่าที่จะเป็นเพียงนำผลงานชิ้นเก่ามาดัดแปลงเพียงเล็กน้อยซึ่งอาจกระทำได้โดยนกดนตรีฝีมือ

ลิขสิทธิ์เช่นเดียวกันกับการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ทั่วไป ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่างานแปลงรูปก็ต้องมีการใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตามทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) ด้วยหากนำกรณีศึกษาในคดี Rogers v. Koons[223] ซึ่งศาลสหรัฐอเมริกาตัดสินว่าตัวผลงานรูปปั้น (Sculpture) ไม่ได้มีเป้าหมายงานเพื่อการล้อเลียนและงานดังกล่าวเป็นการลอกเลียนจนเห็นได้ชัด ไม่มีการเพิ่มเติมระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เล็กน้อยลงไปในงานนั่นเอง จากคดีดังกล่าวศาลสหรัฐอเมริกาไม่ให้ความคุ้มครองงานรูปปั้นของ Koons เนื่องจากสหรัฐอเมริกายังคงมีความคิดว่าแม้งาน 2 ประเภทที่แตกต่างกัน (ประเภทงานภาพถ่ายประเภทงานปั้น) แต่ในส่วนของรูปแบบของงานที่แสดงออกมายังคงมีความเหมือนกันหรือซ้ำกันทุกประการ โดยมีความแตกต่างกันเพียงรายละเอียดเล็กน้อยก็ไม่ถือว่าเป็นงานที่มีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

งานศิลปกรรมประเภทงานภาพถ่าย งานภาพถ่ายซึ่งเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทศิลปกรรม ซึ่งการคุ้มครองงานศิลปกรรมดังกล่าวจะต้องพิจารณาว่างานดังกล่าวมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยมีการถ่ายทอดในลักษณะของสุนทรียศาสตร์ ทั้งนี้ ขอบเขตของการพิจารณาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จะมุ่งพิจารณาจากหลายปัจจัยประกอบเข้าด้วยกัน อาทิ องค์ประกอบภาพ ตัวแบบ หรือวัตถุในภาพ แสง เงา รวมถึงบรรยากาศต่าง ๆ ของภาพ โดยผู้ถ่ายภาพจะต้องใช้ความรู้ ความสามารถ และจินตนาการในการจัดองค์ประกอบเหล่านั้นเพื่อสร้างสรรค์ถ่ายภาพที่สะท้อนถึงความงดงามของภาพตามที่ตนได้คิดเอาไว้ บุคคลที่เป็นเจ้าของสามารถคาดหวังได้ว่างานดังกล่าวที่แสดงออกมานั้นมีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่เล็กน้อยในการที่จะได้รับการคุ้มครองภายใต้การคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการให้ความคุ้มครองงานสร้างสรรค์ทางศิลปะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นมาเป็นระยะเวลานาน โดยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ถือเป็นงานสร้างสรรค์อย่างหนึ่งที่มีพัฒนาการของความพยายามในการให้ความคุ้มครองภายใต้กฎหมาย และถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์มีความสำคัญอย่างมากในโลกยุคปัจจุบัน ส่งผลให้เกิดการสร้างสรรค์ซอฟต์แวร์เป็นจำนวนมากเมื่ออำนวยความสะดวกให้แก่การดำรงชีวิตของมนุษย์ นอกจากนี้ ยังมีการพัฒนาซอฟต์แวร์เพื่อทำให้การถ่ายภาพมีคุณภาพดียิ่งขึ้น

---

[223] Rogers v. Koons เป็นกรณีศิลปินชื่อ Koons นำรูปภาพคนอุ้มสุนัขซึ่งเป็นภาพที่มีลิขสิทธิ์ของ Rogers มาเป็นต้นแบบในการสร้างรูปปั้น Koons โดยสร้างรูปปั้นเหมือนภาพต้นฉบับโดยใส่รายละเอียดเพิ่มเติมเล็กน้อย คือเพิ่มดอกไม้ที่หูทั้งสองข้างเข้าไปในรูปปั้น ซึ่ง Koons อ้างว่าตนสร้างรูปปั้นนี้ขึ้นมาเพื่อต้องกาล้อเลียนสังคมเท่านั้น ไม่ได้มีเจตนาที่จะลอกเลียนแบบภาพถ่ายดังกล่าว แต่ศาลตัดสินว่า การกระทำของ Koons เป็นการลอกเลียนแบบงานของผู้อื่นมากจนเกินไป เพราะงานนั้นมีลักษณะหน้าตาเหมือนกันมาก จนคนทั่วไปมองแล้วสามารถทราบได้ว่าเป็นการลอกเลียนแบบ งานดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ยังไม่ถือว่าเป็นงานแปลงรูป (Transformative Works)

ทั้งในรูปแบบที่เป็นซอฟต์แวร์ที่ประกอบอยู่ในกล้องถ่ายรูป และโปรแกรมหรือแอพพลิเคชันที่ใช้ในการปรับแต่งรูปภาพ เช่น ซอฟต์แวร์ที่ทำหน้าที่ลดการสั่นของภาพ ซอฟต์แวร์ที่ช่วยปรับความเข้มและค่าของความอิ่มสี (Saturation) และความสดของสี (Vibrance) หรือแม้กระทั่งซอฟต์แวร์ที่ช่วยอำนวยความสะดวกในการจัดองค์ประกอบของภาพ เป็นต้น

โปรแกรมคอมพิวเตอร์ถือเป็นงานสร้างสรรค์รูปแบบหนึ่งซึ่งกฎหมายหลายประเทศให้การคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ แม้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะมีลักษณะที่แตกต่างจากงานสร้างสรรค์ทางศิลปะรูปแบบอื่นก็ตาม แต่หลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ จะต้องปรากฏว่าจะต้องมีความเป็นเอกลักษณ์ ไม่ได้เกิดจากการลอกเลียนงานของผู้อื่น หากแต่เกิดจากการใช้ความรู้ ความสามารถ และความพยายามที่เพียงพอ ด้วยเหตุนี้ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะการทำงานเพียงแค่ใช้ Proliferation Algorithms ซึ่งมีลักษณะเป็นการทำซ้ำเท่านั้น ก็จะไม่ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์[224]

อย่างไรก็ตาม เทคโนโลยีที่ใช้ถ่ายภาพในยุคปัจจุบันล้วนมีการเพิ่มเติมซอฟต์แวร์ที่ช่วยทำให้การถ่ายภาพมีความสะดวก สวยงาม และได้ภาพมีคุณภาพยิ่งขึ้น ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นประเด็นปัญหาเกี่ยวกับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการสร้างสรรค์ภาพถ่ายของมนุษย์อันจะทำให้ได้มาซึ่งลิขสิทธิ์นั้นเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์เข้ามามีบทบาทต่อการสร้างสรรค์ภาพถ่ายจะถือว่าภาพถ่ายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นการสร้างโดยมนุษย์หรือถูกสร้างโดยคอมพิวเตอร์ (Computer Generated Works) หากพิจารณาจากคำกล่าวของ Clark and Smyth นักวิชาการด้านทรัพย์สินทางปัญญา ที่ได้กล่าวถึงปัญหาซึ่งเกิดขึ้นโดยเฉพาะกับงานที่ผลิตโดยคอมพิวเตอร์ว่า “ถ้าบางสิ่งบางอย่างถูกผลิตโดยพลังแห่งธรรมชาติที่เป็นการกระทำโดยสิ่งที่ไม่ใช่มนุษย์แล้ว สิ่งที่ผลิตขึ้นมาไม่สามารถถือเป็นชิ้นงานได้ เพราะชิ้นงานจะต้องอยู่บนพื้นฐานของการมีผู้ประพันธ์ (Author) ปัญหาหลักก็คืองานที่ผลิตโดยคอมพิวเตอร์จะไม่สัมพันธ์และถูกแยกออกจากตัวของผู้สร้างสรรค์งานของคอมพิวเตอร์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น และจริงๆแล้วในส่วนนี้ก็คือคอมพิวเตอร์ซึ่งสร้างสรรค์งานใหม่ขึ้นมาโดยไม่มีผู้ทำ ในกรณีนี้ Clark และ Smyth ได้ขยายความต่อไปอีกว่า” ชิ้นงานซึ่งถูกผลิตโดยมนุษย์ผู้ซึ่งสร้างงานขึ้นมาโดยใช้เครื่องพิมพ์ดีดหรือ Word Processor (เครื่องมือประมวลคำ) จะไม่ถือว่าขาดจากลิขสิทธิ์เพียงเพราะกระบวนการของเครื่องจักรซึ่งใช้ในการทำงาน (สรุปก็คือยังได้รับการคุ้มครองทางลิขสิทธิ์อยู่) แต่ปัญหาจะเกิดขึ้นเมื่องานถูกสร้าง

---

[224] Rai D., **Copyright Protection for Computer Generated Works in the Light of End User Licensing Agreement**, Retrieved December 1, 2018 from https://blog.ipleaders.in/copyright-protection-for-computer-generated-works-in-the-light-of-end-user-licensing-agreement/?amp=1

หลังจากคอมพิวเตอร์ได้ผลิตชิ้นงานนั้นเองโดยทำตามโปรแกรมซึ่งถูกเขียนขึ้นมาและถูกใช้เพื่อผลิตงานนั้น (ปัญหาเรื่องลิขสิทธิ์จะเกิดตอนที่คอมพิวเตอร์ทำงานทั้งหมดโดยไม่มีมนุษย์)"[225] ทั้งนี้ในประเด็นดังกล่าวผู้เขียนจะทำการแยกพิจารณาออกเป็น 2 กรณีดังต่อไปนี้

1) กรณีที่งานภาพถ่ายถูกสร้างสรรค์โดยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งถูกบรรจุเอาไว้ในกล้องถ่ายรูป

กรณีดังกล่าว หมายถึงการที่มีการบรรจุซอฟต์แวร์เพื่ออำนวยความสะดวกในการถ่ายภาพโดยกล้องถ่ายภาพจะทำงานร่วมกับระบบปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence) ซึ่งช่วยในการตั้งค่าต่าง ๆ อาทิ การตั้งค่า Shutter Speed ค่าความไวแสง (ISO) และรูรับแสง เป็นต้น

ด้วยลักษณะการทำงานดังที่ได้กล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าภาพถ่ายที่ถูกสร้างด้วยคอมพิวเตอร์ (Computer Generated Works) ที่ทำหน้าที่เป็นเพียงเครื่องมือช่วยในการสร้างภาพให้มีคุณภาพดียิ่งขึ้นเท่านั้น โดยการทำงานผ่านอัลกอริทึมร่วมกับเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์ที่ช่วยให้การตั้งค่าต่าง ๆ ของกล้องถ่ายภาพโดยที่ผู้ถ่ายไม่จำต้องมีความรู้ และความชำนาญในการตั้งค่าต่าง ๆ ของกล้อง อาทิ การตั้งค่า Shutter Speed ค่าความไวแสง (ISO) และรูรับแสง เป็นต้น ซึ่งค่าเหล่านี้มีผลต่อความคมชัด และคุณภาพของภาพถ่ายเป็นสำคัญ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ทำหน้าที่เป็นเพียงเครื่องมือที่ช่วยอำนวยความสะดวกในการถ่ายภาพและถ่ายทอดจินตนาการของผู้ถ่ายภาพเท่านั้น แต่ในส่วนของการจัด Composition ของภาพซึ่งมีส่วนทำให้ภาพดูน่าสนใจ มีความสวยงาม สร้างสรรค์ และสะท้อนถึงสุนทรียศาสตร์นั้น ผู้ถ่ายภาพยังได้อาศัยความวิริยะอุตสาหะหยาดเหงื่อแรงงานของตนตามหลักการของทฤษฎี Sweat of the Brow และ ทักษะและวิจารณญาณที่สะสมประสบการณ์ที่ตนเป็นศิลปินด้านศิลปะตามหลักการทฤษฎี Skill Labor and Judgement ตลอดจนความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้ถ่ายภาพในการถ่ายทอดสิ่งนั้นออกมาเป็นภาพถ่าย ทั้งนี้ สามารถเทียบเคียงได้จากคำพิพากษาในคดี Express Newspaper plc v. Liverpool Daily Post & Echo 1985[226] ของศาลสหราชอาณาจักรในกรณีนี้ผลงานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์

---

[225] Paul Lambert, **Computer Generated Works and Copyright: Selfies, Traps, Robots, AI and Machine Learning**, Retrieved December 1, 2018 from https://www.researchgate.net/publication/326126398

[226] คดี Express Newspaper plc v Liverpool Daily post & Echo1985 โดยคดีนี้ได้วางบรรทัดฐานสำคัญว่า งานสร้างสรรค์ที่จะมีลิขสิทธิ์ได้จะต้องพิจารณาก่อนว่าการนำเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์มาช่วยสร้างสรรค์ผลงานเป็นไปในลักษณะใด ถ้าเป็นการนำเทคโนโลยีมาช่วยในการทำงานโดยการใช้โปรแกรมแปลงเสียงที่บันทึกไว้ให้กลายเป็นตัวอักษรโดยเทคโนโลยีเสียงเป็นตัวอักษร ซึ่งการสร้างสรรค์ดังกล่าว ความคิดสร้างสรรค์ต่าง ๆ การวางโครงสร้างของการถ่ายทอด

ได้รับความคุ้มครอง โดยคอมพิวเตอร์ถือเป็นเครื่องมือ ซึ่งงานวรรณกรรมสามารถถูกผลิตขึ้นมาได้โดยผ่านการปฏิบัติงานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์[227] ที่ผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์ในส่วนนี้ยังคงเป็นบุคคลที่สร้างสรรค์งานนั้นขึ้นมา

2) กรณีที่งานภาพถ่ายถูกสร้างสรรค์โดยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ไม่ได้อยู่ในกล้องถ่ายรูป

กรณีดังกล่าวหมายถึงการที่ภาพถ่ายได้เกิดจากกระบวนการถ่ายภาพจนเสร็จสิ้นแล้ว แต่มีการนำภาพดังกล่าวไปปรับแต่งเพิ่มเติมในคอมพิวเตอร์ผ่านโปรแกรมที่ใช้สำหรับการปรับแต่งรูปภาพ อาทิ Adobe Photoshop, Adobe Lightroom หรือโปรแกรมในลักษณะเดียวกัน รวมทั้งการปรับแต่งผ่านอุปกรณ์อื่น (Devices) เช่น โทรศัพท์มือถือ แทปเล็ต ผ่านแอพพลิเคชันต่าง ๆ

ในกรณีดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าเป็นประเด็นที่มีความซับซ้อนในการพิจารณาโดยผู้เขียนจะแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี ได้แก่

กรณีที่หนึ่ง กรณีที่ผู้ถ่ายภาพได้นำภาพดังกล่าวเข้าสู่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ และได้ใช้ความรู้ ความสามารถเกี่ยวกับการถ่ายภาพ แสง และสีร่วมกับทักษะ และความชำนาญในการใช้เครื่องมือ (Tools) ต่าง ๆ ในโปรแกรมเหล่านี้ กรณีดังกล่าวย่อมถือว่าภาพที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการสร้างสรรค์โดยผู้ปรับแต่งผู้นั้น และถือว่าโปรแกรมดังกล่าวทำหน้าที่เป็นเครื่องมืออำนวยความสะดวกในการสร้างสรรค์ผลงานตามจินตนาการและความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้ปรับแต่งเท่านั้น

กรณีที่สอง กรณีที่ผู้ถ่ายภาพได้นำภาพเข้าสู่โปรแกรมคอมพิวเตอร์และได้เลือกใช้ฟิลเตอร์ที่มีการตั้งค่าเอาไว้สำเร็จรูปแล้วในโปรแกรมหรือแอพพลิเคชัน โดยในกรณีดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าหากเป็นกรณีที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรือแอพพลิเคชันมีคำสั่งการเล่นเอฟเฟกต่าง ๆ สำหรับรูปภาพและวัตถุ หรือที่เรียกว่า Filter ให้ผู้ใช้โปรแกรมหรือแอพพลิเคชันเลือกใช้ จะเห็นได้ว่าผู้ปรับแต่งภาพมิได้กระทำการใดมากไปกว่าการเลือกฟิลเตอร์ที่ถูกตั้งค่าไว้สำเร็จรูปแล้วภายในโปรแกรมหรือแอพลิเคชันเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ จะเห็นได้ว่ากรณีดังกล่าวระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้ปรับแต่งภาพย่อมน้อยกว่าบุคคลที่ดำเนินการปรับแต่งภาพด้วยตนเองอย่างเช่นกรณีที่หนึ่ง อย่างไรก็ตาม แม้ระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการปรับแต่งภาพจะไม่สูงมากนัก แต่คงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าภาพถ่ายที่เกิดขึ้นนั้นยังคงเกิดจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้ถ่ายภาพในกระบวนการถ่ายภาพอยู่นั่นเอง

ความรู้ การลำดับความคิด รูปประโยคที่ใช้ในการอรรถาธิบายมาจากมนุษย์ ดังนั้นงานดังกล่าวจึงเป็นงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ได้เนื่องจากมนุษย์เป็นสาระสำคัญให้เกิดงานสร้างสรรค์ขึ้นอย่างแท้จริง ดังนั้นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์ในส่วนนี้ยังคงเป็นบุคคลที่สร้างสรรค์งานนั้นขึ้น

[227] Paul Lambert, *op cit.*

โดยสรุปแม้การภาพถ่ายที่เกิดขึ้นจะมีการทำงานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์เข้ามาเกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นในขั้นตอนของการถ่ายภาพ หรือในขั้นตอนการปรับแต่งภาพหลังการถ่ายภาพก็ตาม แต่ก็ต้องถือว่าผู้ถ่ายภาพเป็นบุคคลที่ได้แสดงออกซึ่งความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในกระบวนการถ่ายภาพโดย ถือว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นเพียงเครื่องมือที่ทำหน้าที่อำนวยความสะดวก และส่งเสริมให้คุณภาพของภาพถ่ายดียิ่งขึ้นเท่านั้น

5.4.2 ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ กลุ่มงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบที่พัฒนาจากงานดั่งเดิม

ประการแรก ในส่วนของงานภาพยนตร์จะเห็นได้ว่างานภาพยนตร์นั้นมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ยิ่งกว่างานสร้างสรรค์ประเภทอื่น ๆ เนื่องจากในงานภาพยนตร์นั้น มีทั้งภาพและเสียง มีวิธีการจัดเรียบเรียงลำดับ เสียงในภาพ รวมถึงมีเพลงประกอบภาพยนตร์อีกด้วย ซึ่งการสร้างงานภาพยนตร์ในหนึ่งเรื่อง ทำให้เห็นว่างานภาพยนตร์จะประกอบไปด้วยความคิดสร้างสรรค์ในหลาย ๆ มุม ทั้งยังประกอบไปด้วยงานอันมีลิขสิทธิ์หลาย ๆ ประเภท ซึ่งจากลักษณะแบบนี้จะทำให้เห็นภาพได้ว่าความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์ในงานภาพยนตร์จะสูงกว่างานสร้างสรรค์ประเภทอื่น ๆ หากพิจารณาถึงงานดนตรีกรรมเป็นงานที่มีเพียงแค่ชิ้นเดียว แต่หากเรานำมาประกอบเข้ากันในงานภาพยนตร์แล้ว หากมีการละเมิด ก็จะเป็นการละเมิดในงานดนตรีกรรมด้วย ในขณะเดียวกันก็ถือว่าเป็นการละเมิดงานดนตรีกรรมที่ปรากฏในงานภาพยนตร์นั้นด้วย ซึ่งถือได้ว่าเป็นการละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งสองประเภท

อนึ่งหากพิจารณาถึงงานภาพยนตร์แล้ว หมายถึงสิ่งที่ได้มาหลาย ๆ อย่างที่จะทำให้ได้มาซึ่งความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เกิดขึ้น เนื่องจากภาพยนตร์มีหลายองค์ประกอบในการที่จะได้มาซึ่งความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์ ซึ่งหากมองดูแล้วสามารถที่ภาพยนตร์หนึ่งเรื่องสามารถมีงานที่อยู่ในงานภาพยนตร์ได้หลายส่วนไม่ว่าจะเป็น เสียงประกอบภาพยนตร์ บทภาพยนตร์ ดังนั้นหากพิจารณาถึงรายละเอียดของการที่จะมีงานอันมีลิขสิทธิ์อื่นประกอบอยู่ในงานภาพยนตร์นั้นด้วยแล้ว เมื่องานภาพยนตร์สิ้นสุดอายุการคุ้มครองไปแล้วตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนด งานลิขสิทธิ์ในส่วนอื่นไม่ว่าจะเป็นเสียงประกอบภาพยนตร์หรือบทภาพยนตร์ ก็จะต้องพิจารณาแยกออกไปด้วยสำหรับการสิ้นสุดอายุการคุ้มครอง เพราะถือได้ว่าส่วนประกอบอื่นของงานภาพยนต์ก็มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานที่นำมาประกอบรวมกันเป็นงานภาพยนตร์ให้มีความสมบูรณ์และสร้างสุนทรียศาสตร์เพิ่มมากขึ้นให้กับผู้ชมงานภาพยนตร์นั้น

ดังนั้นผู้เขียนจึงมองว่าในส่วนของงานภาพยนตร์นั้นมีในส่วนของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่มากกว่างานทางด้านบทละครหรือบทนวนิยายธรรมดาอันเนื่องมาจากนวนิยายนั้นผ่านมาจากงานวรรณกรรมที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยมีทางด้านสุนทรียศาสตร์ที่อยู่ในบทที่จะถ่ายทอด

ตรงจุดนี้ แต่ในขณะเดียวกันในส่วนของงาน แต่ในขณะเดียวกันนั้นในส่วนของงานภาพยนตร์นั้นจะประกอบไปด้วยศาสตร์หลายอย่างในการสร้างสรรค์งานตรงจุดนี้ซึ่งศาสตร์ต่าง ๆ นั้นมิได้หมายความเฉพาะในส่วนของเนื้อหางานวรรณกรรมที่เป็นบทภาพยนตร์เท่านั้น ศาสตร์ต่าง ๆ ยังหมายความรวมถึงการประกอบด้วยงานดนตรีกรรม การลำดับภาพและการเล่าเรื่องราวต่าง ๆ ทั้งยังมีในส่วนของแสง สีที่จะมีส่วนในการเสริมให้งานภาพยนตร์มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น ดังนั้นการสร้างสรรค์งานภาพพยนตร์ที่เกิดขึ้นมาได้นั้นจึงต้องประกอบด้วยการร้อยเรียงทางด้านงานวรรณกรรมกลายมาเป็นบทละครได้ ประกอบไปด้วยศาสตร์ของการแสดงซึ่งอาจมีในส่วนของงานนาฏกรรมเข้ามาผสมได้ ดังนี้ถ้าหากเป็นศาสตร์ในลักษณะดังนี้ก็จะต้องมองในส่วนของวัตถุประสงค์ของการใช้ศาสตร์เหล่านั้นมารวมถึงในส่วนของรายละเอียดของการร้อยเรื่องราวตรงนี้ก็จะต้องมีในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตั้งแต่โครงเรื่องไปอันไปประกอบเข้าด้วยกันว่าฉากตรงในส่วนนี้ต้องมีแสงเข้ามาในลักษณะใด ตัวละครจะต้องพูดตามบทอย่างไรและตัวละครจะต้องมีการแสดงในลักษณะแบบนี้ซึ่งทำให้เกิดสิทธิข้างเคียงก็คือสิทธินักแสดง เพราะฉะนั้นงานภาพยนตร์จึงไม่เป็นการเล่าเรื่องในลักษณะที่เป็นการถ่ายทอดเรื่องราวตามอารมณ์ตามเส้นเรื่องเดียวกันอย่างนวนิยาย แต่ในงานภาพยนตร์จะมีชั้นของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตามประเภทของงานที่อยู่ในงานภาพยนตร์อีกชั้นหนึ่งด้วย

ในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่เกิดขึ้นในงานภาพยนตร์แล้วต่อมามีการนำภาพในงานภาพยนตร์ไปลอกเลียนโดยมิได้รับอนุญาต ก็ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้เช่นกันดั่งในคดี Walt Disney Productions v. Air Pirates โดยศาลได้ลงความเห็นว่า กรณีที่จำเลยได้นำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์มาใช้ประโยชน์ในงานของตนในลักษณะลอกเลียนงานของโจทก์โดยมิได้รับอนุญาต กล่าวคือจำเลยได้ลอกเลียนภาพการ์ตูนของโจทก์ ถือเป็นการละเมิดสิทธิของโจทก์ โดยศาลมองว่าภาพเหล่านั้นเป็นการผลิตงานในเชิงพาณิชย์ที่โจทก์ประสงค์จะมีรายได้และผลกำไรจากสิ่งนั้น รวมไปถึงงานภาพยนตร์ที่โจทก์สร้างขึ้นและการได้รายได้จากการจำหน่ายสิ่งเหล่านั้นในฐานะที่เป็นสินค้าด้วย นอกจากนั้นภาพดังกล่าวของโจทก์ยังเป็นที่ชื่นชอบของเหล่าบรรดานักศิลปะทั้งหลายซึ่งเป็นภาพการ์ตูนในภาพยนตร์ เช่น Mickey and Minnie Mouse, Donald Duck Goofy

ประการที่สอง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ เมื่อลิขสิทธิ์มีวัตถุประสงค์เพื่อรับประกันผลตอบแทนทางเศรษฐกิจเพื่อจูงใจให้ผู้สร้างสรรค์หรือผู้มีส่วนร่วมในทางวิทยุและโทรทัศน์ผลิตผลงานสร้างสรรค์ ดังนั้น หากปราศจากการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่เพียงพอต่อโปรแกรมและสัญญาณแล้ว ย่อมกระทบต่อผู้เผยแพร่ไม่แต่เฉพาะการให้บริการการออกอากาศ แต่ยังรวมถึงความอยู่รอดของผู้เผยแพร่เหล่านี้อีกด้วย การแพร่เสียงแพร่ภาพเป็นอุตสาหกรรมที่ต้องพึ่งพานวัตกรรม ความคิดสร้างสรรค์ รวมถึงลิขสิทธิ์ก็ถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญ กำหนดความสามารถของผู้แพร่ภาพกระจายเสียงแต่ละรายในการลงทุนในการจัดหาหรือผลิตเนื้อหาและในการจัดระเบียบ ส่งเสริม และแจกจ่ายเนื้อหานั้นสู่สาธารณะ ในแต่ละปีผู้แพร่ภาพกระจายเสียงสาธารณะลงทุนมูลค่ามหาศาลในด้านคุณภาพและความ

หลากหลาย การศึกษาล่าสุดโดยโลกองค์การทรัพย์สินทางปัญญา (WIPO) แสดงให้เห็นว่าการออกอากาศเป็นไปทั่วโลกผู้สนับสนุนทางเศรษฐกิจที่ใหญ่เป็นอันดับสามในการสร้างสรรค์อุตสาหกรรมเกือบสามเท่าของผลงานจากภาคดนตรีและมากกว่าผลงานของอุตสาหกรรมภาพยนตร์ ความเกี่ยวข้องของกิจกรรมของผู้แพร่ภาพกระจายเสียง ซึ่งไม่สามารถปฏิเสธได้ว่างานดังกล่าวหมายถึงผลผลิตทางวัฒนธรรมโดยรวมของประเทศ[228]

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 ได้ให้ความหมายของ งานแพร่เสียงแพร่ภาพ (Broadcasting Work) หมายความว่า งานที่นำออกสู่สาธารณชนโดยการแพร่เสียงทางวิทยุกระจายเสียง การแพร่เสียงและภาพทางวิทยุโทรทัศน์ หรือโดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน แต่ในส่วนของ Copyright Designs and Patents Act 1988 นั้นให้ความหมายของ การแพร่เสียงแพร่ภาพ (Broadcasting) หมายถึง การสื่อสารโดยแถบคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าซึ่งเป็นการสื่อสารไร้สายโดยเป็นการถ่ายทอดภาพ เสียงหรือข้อมูลอื่น ๆ ซึ่งสมาชิกทั่วไปสามารถรับสัญญาณการถ่ายทอดนั้นได้อย่างถูกต้องตามกฎหมายหรือการถ่ายทอดสำหรับการนำเสนอมายังสมาชิกทั่วไป

ด้วยเหตุนี้ จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และ Copyright Designs and Patents Act 1988 มีการเลือกใช้ถ้อยคำ และกำหนดนิยามที่แตกต่างกัน โดยในส่วนนี้ ผู้ศึกษาจะได้วิเคราะห์ถึงความแตกต่าง และผลของความแตกต่างดังกล่าว โดยแยกการพิจารณาออกเป็น 2 ประเด็น ดังนี้

1) พิจารณาในส่วนของคำว่า “งาน” และ คำว่า “การ” แพร่เสียงแพร่ภาพแล้วจะพบว่า เมื่อเปรียบเทียบการใช้คำแล้ว ประเทศไทยตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 ใช้คำว่า “งานแพร่เสียงแพร่ภาพ” (Broadcasting Work) แต่ในส่วนของสหราชอาณาจักรตาม Copyright Designs and Patents Act 1988 นั้นมาตรา 6 (1) ใช้คำว่า “การแพร่เสียงแพร่ภาพ” (Broadcasting) ซึ่งการใช้คำดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ามีความหมายครอบคลุมรวมทั้งในส่วนของอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งเป็นวิธีการหรือกลไกทางอิเล็กทรอนิกส์ในการที่จะดำเนินการในเรื่องดังกล่าวได้ ขณะที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ของประเทศไทยจะใช้คำว่า “งาน” ซึ่งเมื่อใช้คำนี้แล้ววิธีการดังกล่าวจะทำให้คำว่าความคิดสร้างสรรค์นั้นลดน้อยลงอันเนื่องมาจากมีมุมมองว่าเป็นงานสร้างสรรค์ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการให้ความคุ้มครองที่ค่อนข้างจำกัดในส่วนที่จะเป็นเฉพาะงานเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม หากมองว่าการแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นคือ กลไกทางอิเล็กทรอนิกส์ในการที่จะดำเนินการดังกล่าวได้จะมีลักษณะที่กว้างกว่าในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ ซึ่งในส่วนของกลไกทางอิเล็กทรอนิกส์ที่จะเข้ามามีส่วนในรูปแบบของการแพร่เสียงแพร่ภาพ ไม่ว่าจะเป็นในลักษณะการ

---

[228] The European Broadcasting Union, **Copyright Guide Practical Information for Broadcasters** (Brussels, Belgium: European Broadcasting Union, 2021).

ส่งสัญญาณไปยังดาวเทียม ซึ่งเป็นการนำเอาทฤษฎีการแพร่เสียงแพร่ภาพมาใช้ หรือ Emission Theory กล่าวคือ เมื่อมีการส่งสัญญาณขึ้นไปยังดาวเทียมแล้ว ก็ถือว่ามีการแพร่เสียงแพร่ภาพเกิดขึ้น หรือการส่งสัญญาณจากสถานีภาคพื้นดิน (Earth Station) ไปยังดาวเทียม ซึ่งเรียกว่าการส่งสัญญาณขาขึ้นหรือ Up Leg/ Up Link ตลอดจนถึงส่งกลับมายังพื้นโลก (Footprint) เรียกว่า การส่งสัญญาณขาลง หรือ Down Leg/Down Link สาธารณชนสามารถรับสัญญาณได้โดยใช้อุปกรณ์รับสัญญาณจึงจะถือว่าเป็นการแพร่เสียงแพร่ภาพ ซึ่งจากการกระทำการอันเป็นลักษณะของการแพร่เสียงแพร่ภาพดังล่าวนั้นแสดงให้เห็นว่าระบบกลไกทางอิเล็กทรอนิกส์เข้ามามีส่วนช่วยในการส่งสัญญาณเข้าไปสู่การแพร่เสียงแพร่ภาพเป็นสำคัญซึ่งมิได้ใช้ในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในส่วนของผู้ทำการแพร่เสียงแพร่ภาพแต่อย่างใด

2) พิจารณาในแง่ของเนื้อหาของคำนิยามนั้น ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 ได้ให้ความหมายของ งานแพร่เสียงแพร่ภาพ (Broadcasting Work) หมายความว่า งานที่นำออกสู่สาธารณชนโดยการแพร่เสียงทางวิทยุกระจายเสียง การแพร่เสียงและภาพทางวิทยุโทรทัศน์ หรือโดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน ทั้งนี้ จากคำจำกัดความของคำนิยามดังกล่าวที่ใช้คำว่า “โดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน” นั้นแสดงให้เห็นว่าถ้อยคำดังกล่าวให้ความหมายไว้ในลักษณะที่มีความกว้างขวาง ซึ่งก็จะครอบคลุมถึงเทคโนโลยีการแพร่เสียงแพร่ภาพที่เกิดขึ้นในยุคปัจจุบันที่มีความเจริญก้าวหน้าด้านเทคโนโลยี เช่นเทคโนโลยีสตีมมิ่ง (Streaming Technology) เข้ามาใช้ประโยชน์ในการชมเสียงและวิดีโอจาก Streaming Media Server จากผู้ให้บริการเช่น Netflix Disney Hotstar แต่เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติในคำนิยามของ Copyright Designs and Patents Act 1988 ของสหราชอาณาจักรแล้วก็จะพบว่าได้ให้ความหมายหรือคำนิยามของ การแพร่เสียงแพร่ภาพ (Broadcasting) หมายถึง การสื่อสารโดยแถบคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าซึ่งเป็นการสื่อสารไร้สาย ซึ่งการให้คำนิยามดังกล่าวดูเหมือนว่าจะมีความหมายแคบ อันเนื่องมาจากจำกัดไว้เฉพาะ การสื่อสารโดยแถบคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าเท่านั้น

นอกจากนี้ หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 ได้บัญญัติว่า งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ได้แก่ งานสร้างสรรค์ประเภท วรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ จากบทบัญญัติในมาตรา 6 นี้เองได้บัญญัติให้งานแพร่เสียงแพร่ภาพเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์เฉกเช่นเดียวกับงานสร้างสรรค์ประเภทอื่น ๆ ซึ่งได้ถูกบัญญัติไว้ในหมวด 1 ซึ่งเป็นหมวดของลิขสิทธิ์ แยกต่างหากจากหมวดที่ 2 ซึ่งได้บัญญัติรับรองสิทธินักแสดงอันเป็นสิทธิข้างเคียง ดังนั้นการตีความถึงการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพจึงต้องตีความภายใต้เงื่อนไขการการได้มาตาม พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เหมือนเช่นงานสร้างสรรค์ในหมวด 1 ประเภทอื่น ๆ ด้วย กล่าวคือ ผู้สร้างสรรค์ที่จะมีลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพงานใดงานหนึ่งจะต้องมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของตนในงาน

นั้นโดยอาศัยความวิริยะอุตสาหะซึ่งถือได้ว่าเป็นองค์ประกอบของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ทั้งยังจะต้องใส่ความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยลงไปในงานนั้นด้วยเช่นกัน แต่เมื่อนำมาพิจารณาประกอบกับการถ่ายทอดสดการแข่งขันกีฬาแล้วก็จะพบว่า การถ่ายทอดสดดังกล่าวนั้นมีลักษณะที่เป็นการตั้งกล้องถ่ายภาพและอาศัยในส่วนของกลไกทางอิเล็กทรอนิกส์ที่มีอยู่ในกล้องเท่านั้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวมิได้อาศัยในส่วนของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์มาใช้ในการพิจารณาว่างานนั้นมีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่จะได้รับการคุ้มครองหรือไม่แต่อย่างใด

ในส่วนของการแข่งขันกีฬาโดยเฉพาะกีฬายอดนิยมโดยเฉพาะการแข่งขันกีฬาที่เป็นการรวมทีมชาติมาแข่งขัน ซึ่งดึงดูดผู้ชมจำนวนมากสู่ช่องทางการแพร่เสียงแพร่ภาพ หากพิจารณาเฉพาะในส่วนของการแข่งขันกีฬาเพียงอย่างเดียว ก็จะไม่ได้รับการคุ้มครองภายใต้ลิขสิทธิ์ เพราะในการแข่งกีฬาย่อมไม่อาจกำหนดไว้ว่านักกีฬาจะต้องกระทำการอย่างใด จึงต้องถือว่าการแข่งกีฬาเป็นการแสดงออกโดยอิสระของนักกีฬาโดยปราศจากการควบคุม หรือการกำหนดรูปแบบอย่างตายตัว และต้องถือว่าไม่ใช่ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ตัวอย่างเช่น การแข่งขันฟุตบอลอยู่ภายใต้กฎกติกาของเกมการแข่งขันกัน ทำให้ไม่มีส่วนใดของการแข่งขันจะมีลักษณะที่เป็นการสร้างสรรค์ขึ้นมาได้ และเมื่อมีการแพร่เสียงแพร่ภาพออกไปก็ยังคงได้รับความคุ้มครองแต่เป็นการได้รับความคุ้มครองในระดับที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระดับที่ไม่สูงมากนัก อย่างไรก็ตาม การแข่งขันกีฬาแต่ละส่วนอาจได้รับการคุ้มครองที่แยกจากกัน เช่น เพลงที่ใช้ในการแนะนำการแข่งขัน[229] การวิเคราะห์วิจารณ์ก่อนหรือระหว่างการแข่งขัน หรือการนำเสนอแผนภาพและกราฟฟิกต่าง ๆ ประกอบการวิเคราะห์ เป็นต้น ทั้งนี้ ในประเด็นดังกล่าวผู้ศึกษาจะขอแบ่งพิจารณาออกเป็น 2 ประเด็นดังต่อไปนี้

1) การถ่ายทอดโดยไม่ได้มีการกระทำใด ๆ เพิ่มเติม

กรณีดังกล่าว หมายถึง กรณีที่เป็นการถ่ายทอดสดการแข่งขันกีฬาประเภทต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการแข่งขันฟุตบอล วอลเล่ย์บอลและเทนนิส เป็นต้น ก็จะเห็นได้เลยว่าผู้แข่งขันนั้นก็ดำเนินการแข่งขันไปอย่างอิสระภายใต้กติกาที่กำหนดไว้ โดยผู้แพร่เสียงแพร่ภาพนั้นไม่สามารถที่จะไปกำกับ ควบคุมหรือใส่ความคิดสร้างสรรค์ลงไปในการแข่งขันกีฬาประเภทนั้น ๆ ได้เลย ซึ่งทำให้เห็นว่าการแพร่เสียงแพร่ภาพในการแข่งขันกีฬาดังกล่าวเกือบจะไม่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงาน เพราะผู้ทำการแพร่เสียงแพร่ภาพมิได้กระทำการใด ๆ นอกเสียจากการใช้เทคโนโลยีและอุปกรณ์ที่จำเป็นทำการจับภาพการแข่งขันที่เป็นไปเท่านั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วไม่ถือว่าเป็นไปตามหลักการของทฤษฎีหยาดเหงื่อแรงงาน (Sweat of the Brow) ทฤษฎีทักษะ แรงงาน และวิจารณญาณ (Skill Labor and Judgement) ทั้งไม่เกิดความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพกีฬาดังกล่าวด้วย

---

[229] *Ibid.*

2) การถ่ายทอดโดยมีการเพิ่มเติมองค์ประกอบต่าง ๆ เพื่ออรรถรสในการรับชม

กรณีดังกล่าว หมายถึง กรณีการถ่ายทอดการแข่งขันกีฬาโดยมีการตัดภาพบางช่วงบางตอนที่มีความสำคัญ (Highlight) และทำการแทรกภาพดังกล่าวในระหว่างการแข่งขัน หรือในช่วงเวลาที่มีการพัก เช่น จังหวะการทำประตู หรือจังหวะการเข้าปะทะในกีฬาฟุตบอล เป็นต้น โดยวิธีการดังกล่าวเป็นวิธีการที่นิยมใช้ประกอบการแพร่เสียงแพร่ภาพการแข่งขันกีฬาเพื่อเพิ่มอรรถรสในการรับชม ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการกำกับภาพประกอบกับเทคนิคต่าง ๆ ที่ถือได้ว่าเป็นทักษะของผู้เผยแพร่ภาพ

แม้การตัดภาพจังหวะสำคัญจะต้องใช้ความรู้ ความสามารถของผู้กำกับภาพประกอบกับการใช้เทคโนโลยีต่าง ๆ ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวข้างต้นก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่าหากเป็นการกระทำในอดีตที่มีเทคโนโลยีไม่มากนัก ประกอบกับยังไม่มีการแข่งขันในการสร้างสรรค์การถ่ายทอดอย่างกว้างขวางดังเช่นในปัจจุบัน ก็อาจถือได้ว่าผู้แพร่เสียงแพร่ภาพนั้นมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จากกระทำที่คิดสร้างสรรค์ขึ้น อย่างไรก็ตาม เมื่อการถ่ายทอดสดมีการพัฒนาเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน รูปแบบของการถ่ายทอด และการนำเสนอต่าง อาทิ การตัดภาพไปที่ผู้ชมในสนามเพื่อให้ผู้ชมในสนามได้รู้สึกมีส่วนร่วมกับการแข่งขัน หรือการตัดภาพจังหวะสำคัญเพื่อแทรกประกอบการแพร่เสียงแพร่ภาพเป็นสิ่งที่มีการทำเรื่อยมาอย่างสม่ำเสมอ หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำในรูปแบบเดิม ๆ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าระดับความสร้างสรรค์ย่อมลดน้อยถอยลงอย่างมากเมื่อเทียบกับในอดีต เนื่องจากในส่วนของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นไม่ได้ถูกพัฒนาขึ้น โดยยังคงเป็นในรูปแบบเดิม ๆ

อนึ่งในการถ่ายทอดสดการแข่งขันกีฬานั้น ในความเป็นจริงอาจไม่ได้มีการถ่ายทอดสดทั้งหมดเนื่องจากบางครั้งจะมีการบันทึกไว้ล่วงหน้าประมาณ 5 นาทีก่อน และหลังจากนั้นอาจมีการแพร่เสียงแพร่ภาพล่วงหน้า 5 นาที ดังนี้จึงไม่ถือว่าเป็นการถ่ายทอดสดทั้งหมด ซึ่งการบันทึกงานไว้แล้วต่อมามีการนำงานออกแพร่เสียงแพร่ภาพในภายหลังนั้นก็ยังคงเป็นคำถามอยู่ว่าลักษณะดังกล่าวอยู่ภายใต้การบันทึกและมีการถ่ายทอดในภายหลังโดยบุคคลผู้เป็นเจ้าของซึ่งการแพร่เสียงแพร่ภาพดังกล่าวจะสามารถที่จะถือว่างานแพร่เสียงแพร่ภาพเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งก็ยังมีความคลุมเครืออยู่ว่ามีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และมีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานลักษณะดังกล่าวมากน้อยแค่ไหน ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่า แม้จะมีการบันทึกไว้ล่วงหน้าประมาณ 5 นาทีก่อนการแข่งขันแล้วนำมาแพร่เสียงแพร่ภาพในภายหลัง การแพร่เสียงแพร่ภาพในลักษณะดังกล่าวก็ยังคงเป็นการถ่ายทอดลักษณะการแข่งขันกีฬาในสนามที่ผู้เล่นแข่งขันกันไปตามกติกา โดยมิได้อาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการถ่ายทอดงานเลย เพียงแต่ถ่ายไว้แล้วรอเวลาในการออกอากาศแพร่เสียงแพร่ภาพไปตามระบบเท่านั้น

ดังนั้นในส่วนของการแข่งขันกีฬาที่มีลักษณะเป็นการถ่ายทอดสด การกำหนดให้งานแพร่เสียงแพร่ภาพเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นย่อมขัดกับสภาพของงานแพร่เสียงแพร่ภาพ อันเนื่องมาจากงาน

แพร่เสียงแพร่ภาพนั้นมิได้ใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานนั้นเลย ทั้งระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานก็อยู่ในระดับที่น้อยมาก โดยส่วนมากเป็นเพียงการใช้กลไกทางอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น นอกจากนี้ การถ่ายทอดสดการแข่งขันกีฬาดังกล่าวเป็นการถ่ายทอดสดหรือส่งสัญญาณเสียงและภาพในลักษณะแบบนี้จะอยู่ภายใต้ข้อตกลงร่วมกันในลักษณะผูกพันตามสัญญาซึ่งเป็นความจำเป็นทางด้านเศรษฐกิจ แต่หากพิจารณาตามหลักการ ขอบเขต คำนิยามและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยตรงแล้ว ก็ยังมิใช่งานที่สมควรจะได้รับความคุ้มครองอย่างงานอันมีลิขสิทธิ์ดังเช่นงานภาพยนตร์ที่ผู้สร้างสรรค์จำเป็นต้องใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์อย่างมาก นับตั้งแต่กระบวนการเขียนบท การจัดทำสตอรี่บอร์ด การบันทึกภาพและเสียง รวมถึงการตัดต่อการดำเนินเรื่องราวต่าง ๆ

หากพิจารณาปัญหาดังกล่าวข้างต้นผ่านพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักรที่กำหนดให้ความคุ้มครองแก่ “การแพร่เสียงแพร่” จะเห็นได้ว่าจะต้องอาศัยองค์ประกอบอันเป็นหลักเกณฑ์หรือหลักการของทฤษฎีหยาดเหงื่อแรงงาน (Sweat of the Brow) หรือ ทฤษฎีทักษะแรงงาน และวิจารณญาณ (Skill Labor and Judgement) มาเป็นหลักการหรือหลักเกณฑ์ที่จะเป็นนำมาพิจารณาว่าเป็นงานสร้างสรรค์ที่เข้าครบองค์ประกอบของงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีของการถ่ายทอดสดกีฬาก็มิได้มองหรือให้ความสำคัญแก่หลักเกณฑ์และทฤษฎีข้างต้นแต่อย่างใด จึงเกิดปัญหาว่าการถ่ายทอดในลักษณะที่มีระดับความสร้างสรรค์ต่ำเป็นอย่างมากดังเช่นในยุคปัจจุบันจะถือเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้อย่างไร ทั้งนี้ ในประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าหากมองในมิติเศรษฐกิจการอนุญาตให้มีการถ่ายทอดสดในกีฬาประเภทนี้มีมูลค่าทางเศรษฐกิจมหาศาล โดยรายได้จากการแข่งขันกีฬามิได้มีเพียงการขายบัตรการแข่งขันและมานั่งดูในสนามกีฬาเท่านั้น แต่ยังรวมถึงรายได้จากการขออนุญาตใช้สิทธิเพื่อถ่ายทอดต่อไปยังประเทศอื่น ๆ อีกสร้างเม็ดเงินได้อย่างมหาศาลอีกด้วย เช่นนี้ หากปราศจากการให้ความคุ้มครองแก่การแพร่เสียงแพร่ภาพการแข่งขันกีฬาแล้ว ย่อมส่งผลให้เกิดการละเมิดได้โดยง่าย

ด้วยเหตุที่ได้กล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่การแพร่เสียงแพร่ภาพเป็นการมุ่งให้ความสำคัญแก่ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในมิติทางเศรษฐกิจเป็นหลัก ดังนั้น แม้จะมีระดับการสร้างสรรค์ที่ไม่สูงมากนัก แต่ก็ต้องถือว่าเพียงพอจะได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานแพร่เสียงแพร่ภาพแล้วเนื่องจากมูลค่าทางเศรษฐกิจ ซึ่งถือได้ว่าการแพร่เสียงแพร่ภาพในการถ่ายทอดสดการแข่งขันกีฬายึดอยู่ซึ่งกันและกันกับมูลค่าทางเศรษฐกิจของสหราชอาณาจักรและประเทศอื่น ๆ

นอกจากนี้ หากพิจารณาในกรณีสาธารณรัฐอินเดียจะเห็นได้ว่าการแพร่เสียงแพร่ภาพมีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่อาจกระทบกระเทือนถึงรายได้ของผู้แพร่เสียงแพร่ภาพได้ ในสาธารณรัฐอินเดียปัญหาที่เกิดอย่างต่อเนื่องสำหรับอุตสาหกรรมสื่อและการแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านกีฬาและการแข่งขันสด คือการรายงานข่าวพร้อมกัน หรือพร้อมกันหน้าเว็บไซต์ และแอบพลิเคชันบน

อุปกรณ์เคลื่อนที่ของเหตุการณ์ดังกล่าว ซึ่งออกอากาศโดยผู้ประกาศอย่างเป็นทางการที่ได้รับอนุญาต ซึ่งการลงทุนในสิทธิการออกอากาศแพร่เสียงแพร่ภาพ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาในคดี Star India v. Piyush Agarwal (2013) ที่ศาลสูงสาธารณรัฐอินเดียได้ออกคำสั่งห้ามไม่ให้จำเลยเผยแพร่ข้อมูลการแข่งขันสดในรูปแบบของการอัพเดทคะแนนทีละลูกหรือแบบนาทีต่อนาทีและการแจ้งเตือนการจับคู่โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากคณะกรรมการควบคุมคริกเก็ตในสาธารณรัฐอินเดีย (BCCI หน่วยงานที่ควบคุมจัดระเบียบและส่งเสริมการแข่งขันคริกเก็ตในสาธารณรัฐอินเดีย) โดยโจทก์ได้รับอนุญาตในการแพร่ภาพโทรทัศน์จาก BCCI และขอคำสั่งห้ามจำเลยในการรายงานการแข่งขันคริกเก็ตผ่านข้อความในแอปบนอุปกรณ์เคลื่อนที่พร้อมกัน ศาลจึงมีคำสั่งห้ามไม่ให้จำเลยรายงานการออกอากาศจริง 15 นาที ซึ่งจะทำให้ผู้ประกาศอย่างเป็นทางการสามารถเก็บเกี่ยวผลประโยชน์ในการลงทุนได้ ต่อมาศาลอุทธรณ์ได้กลับคำตัดสิน โดยถือว่าข้อมูลและการอัพเดทที่ตรงกันนั้นเป็นข้อเท็จจริงโดยพื้นฐานและไม่มีการคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ดังนั้น การเผยแพร่หรือแบ่งปันข้อมูลหรือข้อเท็จจริงที่ตรงกันโดยไม่คำนึงถึงการใช้ในเชิงพาณิชย์หรือที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์จึงไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมหรือการเพิ่มคุณค่าที่ไม่เป็นธรรม ต่อมาคำตัดสินดังกล่าวได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลฎีกา ซึ่งศาลฎีกาจะฟื้นฟูข้อตกลงชั่วคราวที่ผ่านโดยผู้พิพากษาคนเดียว แต่ประเด็นนี้ก็ยังไม่สามารถตัดสินได้ในที่สุด จากคดีตัวอย่างข้างต้นนั้นแสดงให้เหตุถึงการแพร่เสียงแพร่ภาพการแข่งขันสดกีฬาว่า การแพร่ภาพแพร่เสียงดังกล่าวนั้นเหตุผลที่กฎหมายให้การคุ้มครองนั้นมุ่งไปที่การลงทุน การเก็บผลประโยชน์ในการลงทุนเป็นสำคัญ โดยมีข้อโต้แย้งของฝ่ายโจทก์ว่าการกระทำของจำเลยทำให้การเก็บเกี่ยวผลประโยชน์จากการลงทุนลดน้อยถอยลง เมื่อจำเลยมีการรายงานการแข่งขันผ่านแอปอุปกรณ์เคลื่อนที่ ซึ่งแสดงให้เห็นได้ว่ามิได้มีหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือมิได้พิจารณาระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์มาว่ามีมากน้อยเพียงใดในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่างานแพร่เสียงแพร่ภาพในส่วนนี้มิได้เป็นไปตามหลักการของทฤษฎี Sweat of the Brow หรือ ทฤษฎี Skill Labor and Judgement หลักการของทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) อีกด้วย แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองอันเนื่องมาจากมูลค่าทางเศรษฐกิจจากการแพร่เสียงแพร่ภาพ

ในส่วนของสหรัฐอเมริกานั้น กฎหมายลิขสิทธิ์จะให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งานสร้างสรรค์ที่เป็นงานดั้งเดิมที่ได้แสดงออกมาให้ปรากฏ โดยมีการบันทึกงานดังกล่าวลงในสื่อที่สามารถจับต้องได้ ตัวอย่างเช่น ภาพยนตร์ซึ่งภาพยนตร์ที่สร้างสรรค์ขึ้นในสหรัฐอเมริกานั้นก็จะต้องอาศัยในส่วนของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานที่ตนได้สร้างสรรค์ทั้งยังจะต้องนำหลักการของทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) มาพิจารณาด้วยว่าเป็นงานสร้างสรรค์ที่จะได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการสร้างสรรค์งานภาพยนตร์ขึ้นมาแต่ละเรื่องนั้นผู้สร้างสรรค์ได้อาศัยในส่วนขอความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และงานภาพยนตร์ก็จะมีในส่วนของความคิด

สร้างสรรค์เล็กน้อยที่จะได้รับการคุ้มครองแล้ว แต่หากนำหลักการของทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยมาวิเคราะห์ในส่วนของการถ่ายทอดสดการแข่งขันกีฬา ซึ่งถือว่าเป็นงานแพร่เสียงแพร่ภาพของสหรัฐอเมริกาแล้วก็จะพบว่า การถ่ายทอดสดการแข่งขันกีฬานั้นมิได้มีในส่วนของหลักการตามทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยเลย เนื่องจากการถ่ายทอดสดกีฬานั้นเป็นการตั้งกล้องถ่ายไว้และอาศัยกลไกทางอิเล็กทรอนิกส์เข้ามาช่วยในการถ่ายทอดสด โดยผู้สร้างสรรค์มิได้ใช้ความคิดสร้างสรรค์ในการถ่ายทอดสดเลย ดังนั้นสาเหตุที่สหรัฐอเมริกาให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพก็คงมีสาเหตุมาจากการลงทุนลงแรงในการกระทำการถ่ายทอดสดซึ่งเป็นเหตุผลทางด้านเศรษฐกิจนั่นเอง

5.4.3 ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ กลุ่มที่เป็นเทคโนโลยี

ประการแรก โปรแกรมคอมพิวเตอร์ เมื่อโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นประเภทหนึ่งในของงานวรรณกรรม เพียงแต่จะมีสิ่งที่มีความแตกต่างจากงานวรรณกรรมก็คือในส่วนของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นเป็นงานที่มิได้มีการเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร แต่จะใช้วิธีการเขียนโดยการทำรหัสชุดคำสั่งขึ้นมา ซึ่งสามารถที่จะคุ้มครองได้โดยผ่านรูปแบบชุดคำสั่งของคอมพิวเตอร์ เพราะสิ่งที่จะถือว่าเป็นความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ได้ก็คือฐานของชุดคำสั่งเพราะชุดคำสั่งแต่ละคำสังนั้นก็อาจจะได้ผลลัพธ์ที่มีความแตกต่างกันได้ โดยขึ้นอยู่กับการสร้างสรรค์ของโปรแกรมเมอร์ หากมีการละเมิดโดยโดยการโหลดฮาร์ดดิส หรือการเช่าโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือมีการทำซ้ำซอฟต์แวร์ (Software) ก็เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์อันเนื่องมาจากสิ่งหล่านั้นได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในตัวเองแล้ว ดังนั้น จะเห็นได้เลยว่าอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์จะต้องมีการคุ้มครองอย่างเข้มงวดเนื่องจากมีการละเมิดได้โดยง่ายด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นที่จะต้องทำให้ผู้สร้างสรรค์เป็นบุคคลที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างดีที่สุดอันเนื่องมาจากเป็นบุคคลที่สร้างสรรค์สิ่งเหล่านั้นขึ้นมาโดยอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานเหล่านี้ขึ้นมาและสร้างมูลค่าทางธุรกิจอย่างมหาศาล

แต่เดิมไม่ได้มีแนวคิดที่จะให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาตั้งแต่ต้น แต่เนื่องจากได้มีการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีขึ้นมาเป็นระบบคอมพิวเตอร์ได้ถูกพัฒนาและมีระบบที่ทันสมัยขึ้นมา โดยต่างประเทศเช่น สหรัฐอเมริกาก็ให้การคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ส่วนประเทศไทยนั้นตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 นั้นยังไม่ให้การคุ้มครอง แต่ก็ได้มีการปรับเปลี่ยนให้มีการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้นตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นก็จะเป็นการคุ้มครองการใช้ในลักษณะรหัสโปรแกรม (Source Code) รหัสภาษาเครื่อง (Object Code) หรือการเข้ารหัสโปรแกรม ซึ่งชุดคำสั่งเหล่านี้สามารถดำเนินการได้อย่างอิสระ โดยพื้นฐานการคิดของโปรแกรมเมอร์นั้นก็จะมีการสร้างในส่วนของรหัสชุดคำสั่งใหม่ ๆ

ขึ้นมาหรือมีการประกอบกันขึ้นมาเพื่อที่จะทำให้เกิดขึ้นเป็นในส่วนของรูปแบบหรือคำสั่งขึ้นมา โดยวิธีการที่จะป้องกันโดยการคิดรหัสชุดคำสั่งหรืออัลกอริทึมภายในโปรแกรม ซึ่งจะก่อให้เกิดคำสั่งหรือก่อให้เกิดการดำเนินการต่าง ๆ ให้ตัวของการทำงานเสร็จสิ้นไปในลักษณะของชุดคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนและความจำเป็นในการประมวลผลคอมพิวเตอร์ ซึ่งในลักษณะแบบนี้จะมีลำดับการดำเนินการ ถือได้ว่ามีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ประเภทหนึ่งเช่นกัน ตามบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐอินเดียรวมถึงประเทศไทยก็มีการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือฐานข้อมูลคอมพิวเตอร์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์อยู่แล้ว

เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงทางด้านเทคโนโลยีขึ้นมาอย่างรวดเร็วในสังคมยุคปัจจุบัน งานสร้างสรรค์ถูกสร้างสรรค์ขึ้นโดยผู้สร้างสรรค์และผู้สร้างสรรค์ได้อาศัยเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์ให้งานสร้างสรรค์เกิดขึ้นมาในสังคม ในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นจะมีความผันผวนหรือถูกลดบทบาทลงหรือไม่อย่างไรนั้น ในส่วนนี้เขียนเห็นว่าแม้จะมีความเจริญก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีและนวัตกรรมต่าง ๆ เกิดขึ้น ซึ่งถือได้ว่ามีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของนวัตกรรมและเทคโนโลยีต่าง ๆ ขึ้นมา โดยความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนั้น ก็มิได้ทำให้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ลดบทบาทและความสำคัญลงไปเลย กล่าวคือความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ยังคงมีความสำคัญและมีบทบาทที่จะนำไปใช้ในการพิจารณาว่างานลิขสิทธิ์ที่ถูกสร้างสรรค์ออกมาโดยผู้สร้างสรรค์เข้าครบองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่ เพราะหากพิจารณาจากกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีเจตนารมณ์ดั่งเดิมในการคุ้มครองสิ่งพิมพ์และงานวรรณกรรม แต่ในปัจจุบันได้ขยายไปยังสื่อและเทคโนโลยีประเภทอื่น ไม่ว่าจะเป็นดนตรี ภาพยนตร์ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ทั้งในปัจจุบันยังมีเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์มาช่วยหรือร่วมในการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ด้วย เช่น งานกราฟฟิกแทนตน (Avatars) ซึ่งเกิดจากโปรแกรมเมอร์และบุคคลผู้ใส่ข้อมูลบุคลิกลักษณะของตนลงไปในโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือแอฟพลิเคชันเฟซบุ๊ก โดยผู้ใส่ข้อมูลนั้นจะต้องเลือกโครงสร้างหน้าเพื่อสร้างใบหน้า รวมถึงเลือกทรงผมและสีผิวและการแต่งหน้าให้กับอวาตาร์ จากนั้นโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะประมวลผลออกมาเป็นการ์ตูนอวาตาร์ ที่มีบุคลิกลักษณะที่ตนได้คิดสร้างสรรค์ขึ้นโดยอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของตนกับงานสร้างสรรค์ภาพการ์ตูน ซึ่งหากพิจารณาถึงว่าบุคคลใดจะเป็นเจ้าของงานสร้างสรรค์และความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นเกิดจากบุคคลใดระหว่าง โปรแกรมเมอร์ผู้เขียนรหัสชุดคำสั่งกับบุคคลที่นำบุคลิกลักษณะของตนเข้าไปสร้างสรรค์ให้ออกมาเป็นการ์ตูนอวาตาร์ ซึ่งในส่วนนี้ก็มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าสิ่งที่บุคคลได้มีการกระทำดังกล่าวนั้นได้มีการใช้ปัญญาประดิษฐ์หรืออัลกอริทึมในการสร้างสรรค์งานดังกล่าวหรือไม่และการสร้างสรรค์งานดังกล่าวนั้นได้อาศัยปัญญาประดิษฐ์มากน้องเพียงใดประกอบเข้ามาด้วยในการพิจารณางานสร้างสรรค์ภาพอวาตาร์

การวิเคราะห์ในส่วนของงานสร้างสรรค์ภาพอวาตาร์ ในประเด็นดังกล่าวผู้เขียนจะขอแบ่งพิจารณาออกเป็น 3 ประเด็นดังต่อไปนี้

1) ในส่วนโปรแกรมเมอร์ผู้คิดรหัสชุดคำสั่งไม่ว่าจะเป็นในส่วนของรหัสโปรแกรม (Source Code) รหัสภาษาเครื่อง (Object Code) หรือการเข้ารหัสโปรแกรม ซึ่งชุดคำสั่งเหล่านี้สามารถดำเนินการได้อย่างอิสระ ทั้งโปรแกรมเมอร์ผู้คิดจะต้ออาศัยความวิริยะอุตสาหะ หยาดเหงื่อแรงงาน ทักษะและวิจารณญาณของตนคิดสร้างสรรค์รหัสชุดคำสั่งที่มีความซับซ้อนและมีมาตรฐานคุณภาพที่สูงซึ่งแสดงให้เห็นถึงความเฉลียวฉลาดของโปรแกรมเมอร์ในการที่จะคิดสร้างสรรค์สิ่งใดสิ่งหนึ่งขึ้นมาโดยอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของตนซึ่งเป็นไปตามหลักการของของทฤษฎี Sweat of the Brow หรือ ทฤษฎี Skill Labor and Judgement และหลักการของทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) ในงานที่สร้างสรรค์ขึ้น ดังนั้นในส่วนนี้โปรแกรมเมอร์ย่อมได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์

2) ในส่วนเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์ ผู้เขียนมีความเห็นว่าเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์เข้ามามีส่วนเป็นอย่างมากในงานสร้างสรรค์ภาพการ์ตูนอวาตาร์ เนื่องจากการประมวลผลของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นอาศัยเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์เข้ามาสร้างสรรค์งานในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของภาพการ์ตูนอวาต้าร์ อย่างไรก็ตามถ้าภาพการ์ตูนอวาตาร์ดังกล่าวถูกสร้างสรรค์ขึ้นโดยใช้เทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือทั้งหมดของงาน โดยไม่มีการแทรกแซงหรือควบคุมหรือกำหนดโดยมนุษย์เลย งานดังกล่าวอาจถูกตีความได้ว่าเป็นงานที่ไม่มีลิขสิทธิ์ได้ในภายหลัง เนื่องจากงานลิขสิทธิ์ที่สร้างสรรค์ขึ้นนั้นจะต้องถูกสร้างสรรค์โดยบุคคลถึงกฎหมายจะให้ความคุ้มครองโดยไม่รวมถึงเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์

ในกรณีนี้มีการยอมรับความจริงที่เกิดขึ้นในการขยายลิขสิทธิ์ให้ครอบคลุมชิ้นงานซึ่งถูกผลิตโดยคอมพิวเตอร์ ความจริงนี้คืองานซึ่งถูกผลิตโดยคอมพิวเตอร์ไม่ได้รับความคุ้มครองด้านลิขสิทธิ์ (จึงทำให้ต้องคิดที่จะขยายการครอบคลุมเชิงลิขสิทธิ์ไปให้ถึงชิ้นงานดังกล่าวนี้) อย่างไรก็ตามอะไรคือความเข้าใจต่องานที่ผลิตโดยคอมพิวเตอร์ในระยะเวลานั้นและอะไรคือความหมายของการขยายความคุ้มครองด้านลิขสิทธิ์ ความเข้าใจแต่เดิมได้รับการแสดงออกมาบางส่วนโดย Clark นักวิชาการด้านทรัพย์สินทางปัญญา ได้กล่าวถึงการขยายว่า “การยอมรับว่างานที่ผลิตโดยคอมพิวเตอร์ควรได้รับลิขสิทธิ์ถือเป็นเรื่องสำคัญต่อกลุ่มคนผู้สร้างงานศิลปะ” แนวคิดดังกล่าวค่อนข้างแสดงถึงมุมมองด้านการตระหนักถึงคุณค่าของศิลปะในจิตใจ ดังนั้นสถานการณ์ทางเทคโนโลยีใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้นในยุคปัจจุบันจากเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์ กฎหมายลิขสิทธิ์ยังไม่ให้การ

คุ้มครอง ซึ่งในมุมนี้แสดงให้เห็นได้ว่าเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์นั้นไปเกินกว่าการพัฒนากฎหมายที่จะให้ความคุ้มครองแล้ว[230]

3) ในส่วนบุคคลที่ใส่ข้อมูลบุคลิกลักษณะของตนลงไปในโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือแอฟพลิเคชันเฟซบุ๊ก

หากพิจารณาประกอบกับตัวอย่างในคดี Infopap International A/S v. Danske Daagblades Foreing[231] โดยประเด็นสำคัญที่ศาลตีความคือการขยายความหลักการตามทฤษฎีทักษะ แรงงานและวิจารณญาณ หมายความว่าผู้สร้างสรรค์ผลงานจะกล่าวอ้างว่างานดังกล่าวเป็นลิขสิทธิ์ของตนได้ก็ต่อเมื่อผู้สร้างสรรค์นั้นได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์งานดังกล่าวด้วยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของตนสำหรับการนำเอาเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์มาใช้ในการเขียนบทวิเคราะห์ข่าวซึ่งเป็นงานวรรณกรรมที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย จากคดีดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่าแม้ในสังคมยุคปัจจุบันจะมีการนำเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์มาช่วยในการสร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ก็ย่อมจะต้องพิจารณาและให้ความสำคัญของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เป็นองค์ประกอบสำคัญว่าผู้สร้างสรรค์และเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์นั้นมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ด้วยหรือไม่ประกอบกัน

อย่างไรก็ตาม ในส่วนบุคคลที่ใส่ข้อมูลบุคลิกลักษณะของตนลงไปในโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือแอฟพลิเคชันเฟซบุ๊กจนทำให้เกิดผลงานภาพอวาตาร์นั้น จะเห็นได้เลยว่าการใส่ข้อมูลต่าง ๆ ลงไปในระบบมิได้ทำให้บุคคลที่ใส่ข้อมูลกระทำการในลักษณะที่อาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ลงไปในงานดังกล่าวเลย ดังนั้นหากจะพิจารณาว่าบุคคลที่ใส่ข้อมูลงไปในระบบนั้นจะถือได้ว่าเป็นผู้สร้างสรรค์และเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้หรือไม่นั้น ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่าตอบได้ยากอันเนื่องมาจากไม่เข้าครบองค์ประกอบของการได้มาซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่ในส่วนของการเกิดขึ้นมาเป็นภาพอวาตาร์แล้วบุคคลดังกล่าวย่อมเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในภาพการ์ตูนอวตาร์นั้นได้ เว้นเสียแต่ว่าบุคคลผู้ใส่ข้อมูลจะมีการสร้างสรรค์โดยการคัดเลือก (Select) ใส่ข้อมูลลงไปในงานภาพการ์ตูนอวาตาร์นั้นด้วย ซึ่งจะถือ

---

[230] Paul Lambert, *op cit.*

[231] Infopap International A/S v Danske Daagblades Foreing โดยศาลได้วางบรรทัดฐานว่า การนำเอาเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์มาช่วยรวบรวมและเรียบเรียงเพื่อใช้ในการเขียนบทวิเคราะห์ข่าวหนังสือพิมพ์ งานสร้างสรรค์ดังกล่าวเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์และเป็นงานของเจ้าของเทคโนโลยีที่ใช้ในการสร้างสรรค์ผลงาน โดยผลของคดีนี้ได้ข้อสรุปว่างานที่สร้างสรรค์ขึ้นเป็นงานวรรณกรรมที่แท้จริงโดยเป็นงานที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ เพราะถึงแม้ว่าจะให้เทคโนโลยีช่วยสร้างสรรค์ออกมาก แต่งานดังกล่าวก็สะท้อนถึงบุคลิกภาพของตัวผู้สร้างสรรค์ผลงานและผู้สร้างสรรค์ผลงานก็เป็นผู้รวบรวมเรียบเรียงและสร้างสรรค์งานในลำดับแรก

ได้ว่ามีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยในงานนั้นแล้ว ตามหลักการของทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity)

ประการที่สอง เมื่องานอันมีลิขสิทธิ์มีการการผันจากยุคแอนะล็อก (Analog) สู่ยุคดิจิทัล (Digital) งานอันมีลิขสิทธิ์ดั่งเดิมไม่ว่าจะเป็นงานวรรณกรรม งานดนตรีกรรม งานภาพยนตร์และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานนั้นจะมีลักษณะแยกชิ้นกันโดยไม่มีการผสมกัน แต่ในปัจจุบันงานลิขสิทธิ์ดั่งเดิมดังกล่าวได้ถูกสร้างสรรค์กลายเป็นงานที่อยู่ในรูปแบบมัลติมีเดีย ซึ่งใช้ดิจิทัลเข้ามาในเพื่อให้งานดั่งเดิมหลอมรวมตัวกันหรือมีการผสมกันของงานหลายประเภท โดยการแปลงรูปดิจิทัลงานทั้งหมดจะอยู่ในรูปของ ไบนารีบิด และเป็นการพัฒนามาตรฐานทางด้านเทคโนโลยีทั่วไปสำหรับข้อความ เสียงแลวีดีโอที่อยู่ในรูป MP3 MPEG และ html หรือเนื้อหาดิจิทัลที่อยู่ในรูปแบบที่หลาย ๆ บุคคลสามารถที่จะแชร์หรือใช้ร่วมกันได้ รวมถึงมีการช่วยกันคิดสร้างสรรค์ขึ้นมา กลายเป็นว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นเกิดจากบุคคลหลายคนมาร่วมช่วยกันคิดสร้างสรรค์และช่วยกันพัฒนางานนั้นขึ้นมา จึงเป็นเรื่องที่น่าสนใจว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานหลอมรวมตัวกันหรือมีการผสมกันของงานหลายประเภทในรูปแบบดิจิทัลนั้นจะถูกมองได้เป็นอีกแบบหนึ่งซึ่งมีความแตกต่างกับงานดั่งเดิมที่มองความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จากประเภทของงานแต่ละงาน

ประการที่สาม ฐานข้อมูล (Databases) ในส่วนของประเทศพัฒนาแล้วที่ให้การคุ้มครองฐานข้อมูลนั้น อันเนื่องมาจากเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าเนื่องจากอันที่จริงแล้วฐานข้อมูลนั้นคือการรวบรวมโดยการที่เลือกหรือนำหลาย ๆ สิ่งมารวมกันแล้วได้เป็นฐานข้อมูลขนาดใหญ่ ซึ่งการรวบรวมนั้นต้องใช้แรงงานและทุนมหาศาลในการกระทำ ซึ่งในประเทศพัฒนาแล้วไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกาก็จะให้การคุ้มครองฐานข้อมูลในส่วนนี้ แต่เมื่อพิจารณาถึงในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานก็พบว่าแทบจะไม่มีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานเลย

การให้ความคุ้มครองฐานข้อมูลของสหรัฐอเมริกานั้น จะอยู่ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา (Copyright Act of 1976) ได้บัญญัติคำนิยามของคำว่างานรวบรวมไว้ในมาตรา 101 ว่า งานรวบรวมคือ การรวบรวมที่ได้ก่อขึ้นโดยการรวบรวมหรือประกอบด้วยเนื้อหาสาระของงานที่มีอยู่ก่อนหรือข้อมูลที่มีการคัดเลือก รวบรวมเข้ากัน หรือเรียบเรียงในวิธีซึ่งก่อให้เกิดงานชิ้นใหม่ ซึ่งเป็นงานสร้างสรรค์พื้นฐาน ทั้งงานรวบรวมนี้ให้หมายความรวมถึงงานที่รวบรวมงานอื่นเข้าด้วยกัน

จากบทบัญญัติของกฎหมายสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่างานรวบรวมนี้เป็นการทำหรือก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์โดยการคัดเลือกส่วนประกอบต่าง ๆ หรือการจัดหมวดหมู่ของเนื้อหาสาระของงานที่มีอยู่ก่อนด้วยวิธีที่เป็นเอกลักษณ์และแตกต่างจากงานสร้างสรรค์อื่น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง งานรวบรวมที่จะได้รับการคุ้มครองนั้นจะต้องเกิดจากการคัดเลือกหรือจัดเรียงเนื้อหาสาระที่มีอยู่ก่อนของผู้สร้างสรรค์ โดยจะมีการแบ่งงานรวบรวมออกเป็น 2 ประเภทดังนี้

1) การรวบรวมข้อเท็จจริง กล่าวคือเป็นการคัดเลือกข้อมูลซึ่งปรากฏอยู่ในสาธารณะไม่ว่าข้อเท็จจริงนั้นจะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์หรือไม่ ตัวอย่างเช่น รายชื่อ ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ และรูปภาพต่าง ๆ รวมทั้งการจัดเรียงข้อมูลในวิธีที่สร้างสรรค์เป็นอย่างน้อยจะเห็นได้จากลักษณะงานรวบรวม เช่น Almanacs แค็ตตาล็อก และฐานข้อมูลอื่น ๆ เป็นต้น[232]

2) งานรวบรวมซึ่งถือว่า เป็นงานรวบรวมประเภทหนึ่งซึ่งอยู่ภายใต้งานรวบรวม (Compilation) ซึ่งงานประเภทนี้จะเกิดจากการคัดเลือกและการเรียบเรียงงานอันมีลิขสิทธิ์จนกลายเป็นงานชิ้นใหม่ขึ้นมาอีกชิ้นหนึ่งเช่น หนังสือรวบรวมบทกลอน หนังสือรวบรวมเรื่องสั้น นิตยสาร ซึ่งรายละเอียดเนื้อหาของตัวอย่างงานรวบรวมดังกล่าว ตัวอย่างเช่นโคลงหรือกลอนแต่ละบทในหนังสือรวบรวมบทกลอน เรื่องสั้นแต่ละเรื่องในหนังสือรวบรวมเรื่องสั้น บทความแต่ละบทความในหนังสือพิมพ์ ยังคงมีลิขสิทธิ์ในงานแต่ละงานแยกจากงานรวบรวมที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำหรือก่อขึ้นซึ่งงานรวบรวมดังกล่าวอันถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์อีกชิ้นหนึ่งในฐานะเป็นงานรวบรวมกลุ่ม

เมื่อพิจารณาคำนิยามของมาตรา 101 ประกอบกับมาตรา 103 กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา (Copyright Act of 1976) กฎหมายดังกล่าวให้การรับรองสิทธิและคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานรวบรวมเช่นเดียวกับงานสร้างสรรค์ประเภทอื่น ๆ ตามมาตรา 102 ดังนั้นจึงถือได้ว่างานรวบรวมเป็นงานที่สร้างสรรค์มาจากงานพื้นฐานประเภทหนึ่ง แต่ทั้งนี้ไม่รับรองและคุ้มครองลิขสิทธิ์ในเนื้อหาสาระสำคัญของงานสร้างสรรค์ของผู้อื่นที่รวมหรือประกอบอยู่ในงานรวบรวมตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 103 (a) ตอนท้ายว่า หากผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานรวบรวมโดยใช้หรือไปหยิบยืมเนื้อหาสาระอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาโดยไม่ได้รับอนุญาต ถึงแม้ว่างานรวบรวมจะได้ใส่เนื้อหาสาระสำคัญของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม ตามมาตรา 103 (b) ตอนต้น ได้บัญญัติในเรื่องการให้ความคุ้มครองงานรวบรวม ซึ่งให้ความคุ้มครองแต่ในเฉพาะเนื้อหาสาระที่แตกต่างจากงานพื้นฐานที่มีอยู่ก่อนเท่านั้น ดังนั้นจึงกล่าวสรุปได้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาให้การรับรองและคุ้มครองลิขสิทธิ์งานรวบรวม แต่เฉพาะส่วนที่เป็นเนื้อหาสาระที่ผู้รวบรวมได้ใส่ลงไปในงานรวบรวมและต้องมาจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้รวบรวมโดยไม่ได้ลอกเลียนมาจากงานสร้างสรรค์อื่นและงานรวบรวมต้องแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างอย่างชัดเจนจากงานพื้นฐานที่มีอยู่ก่อนแล้ว

ดังนั้นฐานข้อมูล จึงเป็นวิธีการรวบรวมโดยวิธีการจัดวาง การวางองค์ประกอบหรือการเรียบเรียงในส่วนของเนื้อหาให้เป็นไปในทิศทางของผู้ที่ต้องการรวบรวมฐานข้อมูลตามที่ได้มีการดำเนินการ ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับคดี คดี Feist Publication, Inc. V. Rural Telephone Service

---

[232] USLegal, **Compilations, Collective and Derivative Works**, Retrieved December 1, 2018 from https://copyright.uslegal.com/enumerated-categories-of-copyrightable-works/compilations-collective-and-derivative-works/

Company แล้วก็จะพบว่าในคดีดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นงานรวบรวมที่ไม่มีการคัดเลือกแต่อย่างใด ซึ่งหากงานรวบรวมดังกล่าวจะได้รับการคุ้มครองนั้นจะต้องทำให้ปรากฏด้วยการนำงานที่รวบรวมมาทำการคัดเลือกงานด้วย หรือจะต้องนำมา รวบรวม เรียบเรียง จัดวาง หรือวางโครงในลักษณะแบบใดแบบหนึ่ง จึงจะถือได้ว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ในประเภทของงานรวบรวม แต่ในขณะเดียวกันฐานข้อมูลนั้นถูกมองว่าเป็นงานรวบรวมประเภทหนึ่ง ดังนั้น งานรวบรวม ตัวบุคคลที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์จะได้งานดังกล่าวจะต้องมีการคัดเลือก การจัดวาง การเรียบเรียงให้ถูกองค์ประกอบตามที่ได้มีการคิดสร้างสรรค์ขึ้นมาซึ่งก็คือการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ โดยอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยตามทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) ด้วย ด้วยเหตุผลข้างต้นสหรัฐอเมริกาจะมองว่า ฐานข้อมูล จึงเป็นงานที่มีการคัดเลือกแล้ว โดยมีที่มาในลักษณะของ งานรวบรวม

อนึ่งสาเหตุที่สหรัฐอเมริกาให้การคุ้มครองฐานข้อมูลอันเนื่องมาจากเป็นการรวบรวมโดยการคัดเลือกหรือการสร้างสรรค์ซึ่งถือได้ว่าเป็นการรวบรวมแล้ว โดยฐานข้อมูลนั้นจะมีอยู่ในรูปแบบของรหัสและอยู่ในรูปของงานเขียน โดยทั้งสองรูปแบบดังกล่าวจะเป็นไปในลักษณะของคำว่า Database ทั้งสิ้น ดังนั้นเมื่อให้การคุ้มครองโค้ดและโปรแกรมคอมพิวเตอร์แล้วก็ควรให้การคุ้มครองฐานข้อมูลด้วย ซึ่งหากบุคคลใดเป็นเจ้าของฐานข้อมูลก็ย่อมได้รับความคุ้มครอง แต่ถ้าหากมีการให้บุคคลอื่นเข้ามาเปลี่ยนรูปโค้ดใหม่บุคคลที่สามนั้นก็เป็นเจ้าของ

เมื่อสหรัฐอเมริกานั้นให้ฐานข้อมูลที่มีการนำมารวบรวมและมีการคัดเลือกซึ่งถือได้ว่าเกิดความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยแล้วอันเนื่องมาจากมิใช่เป็นการนำข้อมูลมารวบรวมเท่านั้น แต่เกิดจากการรวบรวมดังกล่าวมีการคัดเลือกและการจัดวางอย่างเหมาะสมอย่างสร้างสรรค์และใช้วิจารณญาณความวิริยะอุตสาหะ ซึ่งถือได้ว่าฐานข้อมูลของประเทศต่าง ๆ ได้รับการคุ้มครองนอกเหนือจากการมีมูลค่าทางเศรษฐกิจแล้วก็ยังมีมูลค่าต่อผู้สร้างสรรค์ เป็นการตอบแทนที่ผู้สร้างสรรค์ที่ได้ลงทุนลงแรงในการเก็บและรวบรวมฐานข้อมูลนั้นมาจัดลำดับเพื่อที่จะนำไปใช้ประโยชน์ต่อไป

ในส่วนของกฎหมายประเทศไทยที่เกี่ยวกับฐานข้อมูลนั้น ลักษณะของฐานข้อมูลนั้นพอจะเทียบเคียงได้กับงานรวบรวมตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่ได้บัญญัติเกี่ยวกับงานรวบรวมไว้ว่า เป็นการนำเอาข้อมูลหรือสิ่งอื่นใดซึ่งสามารถอ่านหรือถ่ายทอดได้โดยอาศัยเครื่องกลหรืออุปกรณ์อื่นใดมารวบรวมหากผู้ที่ได้รวบรวมได้รวบรวมซึ่งงานดังกล่าวขึ้น โดยการคัดเลือก หรือจัดลำดับในลักษณะซึ่งมิได้ลอกเลียนงานของบุคคลอื่น ให้ผู้ที่ได้รวบรวมนั้นมีลิขสิทธิ์ในงานที่ได้รวบรวมตามพระราชบัญญัตินี้

แม้บทบัญญัติของงานรวมรวมตากฎหมายไทยนั้น มิได้ให้คำนิยามหรือคำจำกัดความของงานรวบรวมไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายว่างานรวบรวมหมายถึงงานในลักษณะใดบ้าง แต่เมื่อบทบัญญัติมาตรา 12 บัญญัติไว้ชัดเจนว่า งานรวบรวมนั้นหากนำมาคัดเลือกหรือจัดลำดับแล้วย่อมได้รับความ

คุ้มครองลิขสิทธิ์ ดังนั้นก็เป็นเรื่องที่ผู้เขียนเห็นว่าหลักการเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์ที่ใช้เป็นหลักในการพิจารณาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้น จะต้องนำหลักการดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาว่า ฐานข้อมูลซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของงานรวบรวมจะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์หรือไม่ด้วยเช่นกัน

โดยหลักทั่วไปแล้ว ความหมายของงานสร้างสรรค์นั้นจะต้องเป็นงานที่ทำหรือก่อให้เกิดขึ้นโดยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ นอกจากนี้การนำงานของบุคคลอื่นมาทำรวบรวมเข้ากันนั้นแม้จะได้รับลิขสิทธิ์ตามกฎหมายในงานใหม่ดังกล่าว แต่การรวบรวมหรือประกอบงานเดิมเข้ากันจะต้องคำนึกถึงระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้กระทำการเหล่านี้ด้วย

สำหรับกรณีที่งานสร้างสรรค์ซึ่งสร้างสรรค์โดยการนำข้อมูล วัตถุดิบ มาจากงานสร้างสรรค์เดิมที่มีอยู่ก่อนแล้ว ไม่ว่าจะนำมารวบรวมหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขอันก่อให้เกิดงานใหม่ งานนั้นจะถือว่าเป็นงานอันเกิดจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ซึ่งควรที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์หรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าโดยทั่วไปแล้วงานใด ๆ ซึ่งถูกสร้างสรรค์โดยมีที่มาจากงานอื่นเช่นนี้ หากสามารถพิสูจน์ได้ว่า มีการใช้ความวิริยะอุตสาหะ หยาดเหงื่อแรงงานของตนตามหลักการของทฤษฎี Sweat of the Brow และใช้ทักษะและวิจารณญาณในการรวบรวมงานตามหลักการทฤษฎี Skill Labor and Judgement ตลอดจนอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เล็กน้อยที่จะก่อให้เกิดงานอันมีลักษณะแตกต่างจากงานเดิมก็จะถือได้ว่างานสร้างสรรค์นั้นเป็นงานที่เกิดจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ได้ แต่อย่างไรก็ตามหากว่าได้ใช้แรงงานโดยลอกเลียนงานเดิมเท่านั้น ก็ไม่อาจเพียงพอในการทำให้งานนั้นเป็นงานที่เกิดจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ทั้งการรวบรวมหรือประกอบเข้ากันจะต้องทำโดย การคัดเลือก (Selection) หรือจัดลำดับ (Arrangement) โดยไม่ใช่การลอกเลียนงานของผู้อื่น กล่าวคือจะต้องมีการใช้ความวิริยะอุตสาหะในการคัดเลือกและจัดลำดับตามสมควรซึ่งเป็นแนวทางเดียวกับสหรัฐอเมริกานั่นเอง

จากการวิเคราะห์ของผู้เขียนในประเด็นประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ โดยศึกษาวิเคราะห์จากกรณีศึกษาและคำพิพากษาของประเทศพัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนาเพื่อให้ได้ทฤษฎีในการนำมาใช้วางหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่เหมาะสมและสามารถใช้บังคับได้จริงในทางปฏิบัติ ผู้เขียนมีความเห็นว่ามาตรฐานของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ที่ปรากฏอยู่หลากหลายตามเขตอำนาจของศาลต่าง ๆ และมีการกล่าวถึงการเรียกร้องและความต้องการต่อมาตรฐานที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน อย่างไรก็ตามก็ยังเกิดคำถามว่าควรเลือกใช้มาตรฐานแบบใด หรือควรจะสร้างมาตรฐานใหม่ขึ้นมาทั้งหมด ทั้งนี้การพัฒนามาตรฐานขึ้นมาใหม่ทั้งหมดไม่ทำให้เกิดประโยชน์ใด ๆ ในทางปฏิบัติ ทั้งอาจเป็นกฎที่มีข้อจำกัดหรือกลายเป็นการเข้มงวดมากเกินไปยากที่จะใช้ได้ในทางปฏิบัติและไม่สามารถใช้บังคับได้ภายในระยะเวลาอันสั้นจะต้องรอการพัฒนาของกฎหมายในระยะยาว ดังนั้นเกณฑ์ที่เหมาะสมที่สุดคือ การนำหลักการจากทฤษฎีต่าง ๆ

ไม่ว่าจะเป็นทฤษฎีหยาดเหงื่อแรงงาน (Sweat of the Brow) ทฤษฎีทักษะ แรงงานและวิจารณญาณ (Skill Labor and Judgement) และทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) ที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยของศาลมาปรับใช้ร่วมกับการสร้างสรรค์ทางปัญญาของเจ้าของผลงาน (Author's Own Intellectual Creation) โดยมีเหตุผลสนับสนุนความคิดนี้ดังต่อไปนี้[233]

ประการแรก การสร้างสรรค์ทางปัญญาได้รับการกล่าวไว้ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งใช้เป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ทางปัญญาระหว่างประเทศ ในส่วนของอนุสัญญากรุงเบอร์น่าว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าและสนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ ดังนั้นสำหรับประเทศที่ได้ให้สัตยาบันสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศเหล่านี้ การนำมาตรฐานดังกล่าวไปใช้ในระบบกฎหมายในประเทศซึ่งจะไม่มีต้นทุนหรือต้นทุนทางเวลาใด ๆ มากนัก ทั้งนี้ประเทศต่าง ๆ จะต้องทำให้เกิดการปรับให้สอดคล้องกัน (Harmonization) ในการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทต่าง ๆ ในเรื่องของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ผ่านหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ด้วย ทั้งนี้การยึดการสร้างหลักเกณฑ์จากทฤษฎีของแต่ละประเทศ เพื่อที่จะให้เกิดการยืดหยุ่นในการบังคับใช้กฎหมายและสามารถพัฒนาขึ้นมาอย่างรวดเร็ว ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะสามารถนำไปปรับใช้ได้จริงในทางปฏิบัติต่อไป

ประการที่สอง หลักเกณฑ์เรื่องการสร้างสรรค์ทางปัญญาถือเป็นหลักเกณฑ์ที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงน้อยที่สุดในระบบกฎหมายที่มีอยู่ ไม่ว่าประเทศนั้นจะเคยใช้เกณฑ์ทักษะ แรงงานและวิจารณญาณ อย่างสหราชอาณาจักรหรือจะใช้มาตรฐานขั้นต่ำของความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยอย่างสหรัฐอเมริกา หลักเกณฑ์เรื่องการสร้างสรรค์ทางปัญญาจะไม่ทำให้พฤติการณ์ทางกฎหมายที่มีอยู่เดิมของโครงสร้างศาลของประเทศเปลี่ยนแปลง เพราะหลักเกณฑ์นี้ก่อให้เกิดองค์ประกอบต่าง ๆ ทั้งทักษะ ความวิริยะอุตสาหะและวิจารณญาณ อนึ่งความคิดสร้างสรรค์นั้นเป็นตัวนำไปสู่องค์ประกอบอื่น ๆ เช่น ทักษะ ความวิริยะอุตสาหะและวิจารณญาณ ดังนั้นถ้าใช้เกณฑ์เรื่องความคิดสร้างสรรค์ก็จะไม่ขัดแย้งกับเกณฑ์เดิมที่เคยใช้อยู่ในปัจจุบัน อันเนื่องมาจากเกณฑ์อื่น ๆ ก็มีจุดเริ่มต้นมาจากความคิดสร้างสรรค์อยู่ดี

ประการที่สาม ผู้เขียนเชื่อว่าเกณฑ์นี้เหมาะสมและเสริมสร้างวัตถุประสงค์ของการมีกฎหมายลิขสิทธิ์ และมีความเชื่อว่าหากต้องการให้เกิดความสร้างสรรค์หรือสิ่งใหม่ ๆ เกิดขึ้น เราจะต้องรักษา

---

[233] Manoj Isuru Kotigala, **Rethinking Originality in Copyright Law and Exploring the Potential for a Global Threshold**, Retrieved December 1, 2018 from https://www.researchgate.net/publication/311377345_Rethinking_Originality_in_Copyright_Law_and_Exploring_the_Potential_for_a_Global_Threshold

ความคิดสร้างสรรค์ให้อยู่ในระดับที่สามารถเป็นไปได้แต่ก็ยังมีความท้าทายให้บรรลุผลในทางปฏิบัติด้วย โดยประเภทของงานลิขสิทธิ์กับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จะต้องไม่สูงจนทำไม่ได้หรือไม่ต่ำจนง่ายเกินไป ผู้เขียนเห็นว่าการสร้างสรรค์ที่มีระดับของการสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity) ซึ่งต้องการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ในระดับที่ต่ำมาก ขอเพียงมีระดับของการสร้างสรรค์เพียงเล็กน้อยก็พอแล้ว ระดับของการริเริ่มสร้างสรรค์ไม่ต้องถึงขนาดมีความใหม่ มีความเหมาะสมที่จะนำใช้เป็นหลักเกณฑ์ของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

ด้วยเหตุผลการวิเคราะห์ของคำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ การวิเคราะห์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านทฤษฎีลิขสิทธิ์ ผ่านมิติเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรม และประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ผู้เขียนมีแนวทางที่จะนำไปวิเคราะห์ในส่วนของการทำให้หลักเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ควรจะเป็นไปในแนวทางหรือในลักษณะใด ผู้เขียนขอนำเสนอเป็นแนวทางและอภิปรายได้ดังนี้

ประการแรก หลักเกณฑ์ในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ควรนำมาปรับให้สอดคล้องตรงกันในแต่ละประเทศหรือไม่ ซึ่งหากมองในมุมมองเรื่องลิขสิทธิ์ว่าเป็นสิทธิมนุษยชน เหตุผลหลักโดยหลักการเชื่อว่าการทดสอบเพื่อประเมินความคิดริเริ่มควรจะปรับให้ตรงกัน เพราะลิขสิทธิ์ควรได้รับการพิจารณาว่าเป็นสิทธิมนุษยชนตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Declaration of Human Right) โดย Article 27 (2) บัญญัติไว้ว่า มนุษย์ทุกคนมีสิทธิ์ที่จะได้รับการคุ้มครองผลประโยชน์ทางศีลธรรมและวัตถุอันเป็นผลจากการประดิษฐ์กรรมใด ๆ ทางวิทยาศาสตร์ วรรณกรรม หรือศิลปกรรมซึ่งผู้นั้นเป็นผู้สร้างสรรค์ขึ้น โดยมาตรฐานดังกล่าวได้รับการตอกย้ำอยู่ใน Article 15 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic Social and Cultural Right) เหตุผลที่ทำไมถึงต้องเชื่อว่าหลักเกณฑ์ในเรื่อง ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ถึงควรได้รับการปรับให้สอดคล้องตรงกัน อาจจะเนื่องมาจากจะเป็นเกณฑ์เดียวซึ่งประเมินมนุษย์ผู้สร้างสรรค์ผลงานโดยตรง ในความเป็นจริงผู้สร้างสรรค์ผลงานลิขสิทธิ์ในสหราชอาณาจักรจะถูกตัดสินโดยอาศัยเกณฑ์เรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยมีพื้นฐานอยู่บนทักษะแรงงาน และวิจารณญาณที่ใช้ ในขณะที่คนคนเดียวกันเมื่ออยู่ในสหภาพยุโรปจะถูกตัดสินด้วยการแสดงออกทางสติปัญญาดังปรากฏในผลงานอันถือว่าเป็นมาตรฐานที่สูงกว่าในสหรัฐอเมริกาซึ่งมาตรฐานก็ยิ่งสูงขึ้นไปอีก ในจุดนี้ผู้สร้างสรรค์อาจรู้สึกว่าตัวเองเผชิญกับความยากลำบากเมื่อมองว่าปัจเจกบุคคลได้รับสิทธิพื้นฐานที่เท่าเทียมกันเช่นเดียวกับสิทธิในการเกิด แต่กลายเป็นว่าต้องถูกตัดสินอย่างแตกต่างกันสำหรับผลงานที่ตัวเองได้สร้างสรรค์ขึ้นมาตามขอบเขตอำนาจของกฎหมายของ

ประเทศที่สร้างสรรค์งานนั้น หรืออีกนัยหนึ่งผลงานทางปัญญาชิ้นเดียวกันกลับถูกตัดสินอย่างแตกต่างขึ้นอยู่กับสถานที่ที่สร้างสรรค์งานขึ้นมา[234]

ดังนั้นเพื่อให้เป็นไปตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมและมุมมองด้านสิทธิมนุษยชนต่อลิขสิทธิ์และทรัพย์สินทางปัญญาโดยรวมต้องการประเภทและระดับของความคุ้มครองที่กำหนดมาโดยตรงเพื่อส่งเสริมประเด็นเหล่านี้และก่อให้เกิดประโยชน์กับสังคม ปัจเจกบุคคลและองค์รวม เมื่อมองย้อนกลับไปนี่ถือเป็นเป้าหมายเดียวกันกับกฎหมายลิขสิทธิ์ทั้งในด้านการสนับสนุนความคิดสร้างสรรค์และการคุ้มครองสิทธิของผู้ทำและเจ้าของผลงาน เมื่อพิจารณาแล้ววิธีที่จะบรรลุเป้าหมายเหล่านี้อย่างมีประสิทธิผลที่สุดคือการมีมาตรฐานที่ตรงกันสำหรับคุณสมบัติของลิขสิทธิ์ ทั้งนี้มีข้อสังเกตคือ เกณฑ์ข้อที่สองเรื่องบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือรูปแบบอื่นๆนั้นเป็นมาตรฐานที่ยอมรับกันโดยทั่วไป นั้นแทบจะใช้ไม่ได้หลังจากการเกิดขึ้นของอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมและองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) สุดท้ายภาระก็จะตกอยู่ที่ผู้บัญญัติกฎหมายที่จะต้องปรับให้มาตรฐานของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นตรงกันในแต่ละประเทศ[235]

ประการที่สอง กฎหมายระหว่างประเทศทั้งอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมและความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้ามีที่มาและการพัฒนาอย่างไรในการปรับใช้หลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ให้เป็นไปในหลักเกณฑ์เดียวกันในแต่ละประเทศ ในส่วนนี้สาเหตุอีกหนึ่งสาเหตุสำหรับการปรับมาตรฐานให้เป็นหนึ่งเดียวกันคืออิทธิพลระหว่างประเทศ หลายปีที่ผ่านมาสนธิสัญญาระหว่างประเทศได้เรียกร้องให้มีความเป็นหนึ่งเดียวกันมากขึ้นระหว่างชาติสมาชิกที่เข้าร่วม โดยสนธิสัญญาแรกและสำคัญมากที่สุดที่บังคับใช้คือ อนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม ซึ่งกล่าวถึงเรื่องลิขสิทธิ์สำหรับการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม โดยระบุสองมาตรการหลักของสนธิสัญญาซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงกับการปรับมาตรฐานให้เป็นหนึ่งเดียวกัน ประการแรกคือการใช้หลักการเรื่องหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ใน Article 5 ของสนธิสัญญากล่าวว่าประเทศไม่ควรแบ่งแยกประชาชนของตนเองกับประชาชนของประเทศสมาชิกอื่น ๆ และประการที่สองมีการกล่าวว่าการได้รับและการใช้ลิขสิทธิ์ของสนธิสัญญาต้องไม่ตกอยู่ภายใต้ระเบียบที่เป็นแบบแผน อาจมองว่าประเด็นนี้ถูกละเมิดโดยหลายชาติซึ่งต้องการการจดทะเบียนงานเพื่อให้ได้รับความคุ้มครอง เช่น สหรัฐอเมริกา

---

[234] *Ibid.*

[235] *Ibid.*

อนึ่งก้าวสำคัญในการขยายหลักการของอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม สามารถพบได้ในความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า ซึ่งกล่าวว่าสมาชิกจะต้องบังคับใช้ Article 1-21 ตามอนุสัญญากรุงเบอร์น (Barring Article 6bis) ลักษณะเด่นที่สำคัญที่สุดของข้อตกลงTRIPS คือข้อโต้แย้งใด ๆ ต่อข้อกำหนดในอนุสัญญากรุงเบอร์นสามารถนำไปถกเถียงและนำเข้ามาอยู่ในองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกซึ่งก่อให้เกิดนัยทางกฎหมายที่เพิ่มขึ้น

ประการที่สาม หลักเกณฑ์ที่เหมาะสมในการบังคับใช้ความคิดริเริ่มในงานอันมีลิขสิทธิ์ในแต่ละประเทศ ควรเป็นไปในลักษณะใดและอาศัยหลักการใดมาใช้ในการวิเคราะห์เพื่อหาหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมต่อไปในทางปฏิบัติ จากวัตถุประสงค์ของหลังจากอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม ได้ก่อตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ประเทศสมาชิกให้การคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ภายใต้หลักการที่เป็นหนึ่งเดียวกัน โดยหลังจากอนุสัญญากรุงเบอร์นได้กำหนดมาตรฐานการคุ้มครองลิขสิทธิ์ เพื่อเป็นบรรทัดฐานสำหรับรัฐภาคีที่จะรับไปบัญญัติไว้เป็นกฎหมายภายในโดยมาตรการคุ้มครองนี้รวมถึงหลักการพื้นฐานของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ ซึ่งหลักการที่สำคัญคือ หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ที่อยู่ในอนุสัญญากรุงเบอร์น ซึ่งต่อมาหลักการนี้ถูกนำไปอ้างอิงในความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า โดยหลักการในข้อตกลง TRIPS ถึงแม้จะว่าจะมีผลใช้บังคับหลังจากอนุสัญญากรุงเบอร์น แต่หลักการต่าง ๆ ในข้อตกลง TRIPS ก็ไม่ได้ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายที่กีดขวางห้ามปรามการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์น โดยข้อตกลง TRIPS ได้รับรองหลักการในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดแจ้งในบทบัญญัติข้อ 2 (2) ซึ่งบัญญัติว่า บทบัญญัติในภาค 1-4 ของความตกลงนี้ จะไม่ลิดรอนพันธกรณีบรรดาสมาชิกมีต่อกันภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์น ดังนั้นจะเห็นได้ว่าข้อตกลง TRIPS ทำหน้าที่เป็นส่วนเสริมหลักการที่มีอยู่แล้ว โดยหลักการที่มีอยู่แล้วในอนุสัญญากรุงเบอร์นที่สำคัญในการปรับใช้เพื่อที่จะทำให้เกิดการปรับให้สอดคล้องกัน (Harmonization) ของกฎหมายของแต่ละประเทศ คือหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ที่กำหนดว่าประเทศสมาชิกต้องให้สิทธิแก่ผู้สร้างสรรค์เป็นคนชาติรัฐภาคีอื่นเช่นเดียวกันกับที่ได้ให้สิทธิแก่คนชาติของตนเอง ดังนั้นงานสร้างสรรค์ที่เกิดจากความคิดริเริ่มที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร หรือประเทศไทยซึ่งเป็นภาคีสมาชิกของข้อตกลง TRIPS ก็จะต้องปรับใช้เพื่อที่จะทำให้เกิดการปรับให้สอดคล้องกันในการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ผ่านหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติได้เช่นกัน

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้จำแนกการวิเคราะห์ออกเป็น 4 ประเด็นหลักที่สำคัญคือขอบเขต คำนิยาม และองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านทฤษฎีทางกฎหมายลิขสิทธิ์ ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านมิติด้านเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรม และประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ซึ่งมีบทสรุปและข้อเสนอแนะดังนี้

6.1 บทสรุป

ในส่วนของบทสรุปนี้ ผู้เขียนได้จำแนกออกเป็น 4 หัวข้อย่อยได้แก่ บทสรุปขอบเขต คำนิยามและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ บทสรุปความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านทฤษฎีทางกฎหมายลิขสิทธิ์ บทสรุปความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านมิติด้านเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรม และบทสรุปประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ซึ่งบทสรุปทั้งหมดแสดงให้เห็นถึงประเด็นหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ของแต่ละประเทศที่ใช้เป็นหลักการอยู่ปัจจุบันโดยมีมิติเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรมที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ เพื่อที่จะนำไปพัฒนาหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่มีความเหมาะสมภายใต้หลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่สามารถนำมาใช้ได้ในทางปฏิบัติร่วมกัน

6.1.1 บทสรุปขอบเขต คำนิยามและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

ผลการศึกษาในส่วนของอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศกับคำนิยาม ขอบเขต และองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้น เมื่อพิจารณาจากกอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศได้มีการบัญญัติและกล่าวถึงเพียงว่างานสร้างสรรค์ประเภทใดที่ได้รับความคุ้มครองอย่างงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่อนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวมิได้มีการบัญญัติถึงคำนิยาม ขอบเขต และองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้อย่างชัดเจนแต่ประการใด ไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) หากพิจารณากล่าวถึงคำว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

ตามอนุสัญญากรุงเบอร์น ก็จะพบว่าในเนื้อหาของอนุสัญญามิได้กล่าวถึงนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้โดยตรง แต่ให้ประเทศภาคีสมาชิกบัญญัติในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้นเอง ซึ่งส่งผลให้ประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญา ยังคงมีความขัดแย้งในการตีความคำว่า ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ทำให้เกิดมาตรฐานที่ไม่เท่ากันในการคุ้มครองสิทธิ์ ในส่วนของความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights) ข้อตกลง TRIPS ก็มิได้บัญญัติหรือกำหนดไว้ในเรื่องของคำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ แต่ให้ประเทศภาคีสมาชิกกำหนดหรือบัญญัติขึ้นมาเอง โดยคำนึกถึงหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในการที่จะดำเนินการในเรื่องดังกล่าว โดยพิจารณาถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เป็นสำคัญ ในส่วนของสนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty) ได้มีการดำเนินการโดยใช้อนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมเป็นกฎหมายที่เป็นรูปแบบและนำมาประยุกต์ใช้กับเรื่องเทคโนโลยีเป็นสำคัญเท่านั้น มิได้ให้ความหมายของคำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้เช่นกัน ดังนั้นเมื่อในส่วนของสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศที่ได้มีการดำเนินการลักษณะดังกล่าวข้างต้นโดยไม่ได้มีการกำหนดคำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อประเทศภาคีสมาชิกในการวางหลักเกณฑ์และหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์และประเทศภาคีสมาชิกเกิดการวางหลักเกณฑ์และหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่มีความตกต่างกันออกไปโดยอาศัยทฤษฎีทางกฎหมายลิขสิทธิ์ตามแนวทางการวินิจฉัยของศาลในแต่ละประเทศ

ในส่วนของบทบัญญัติว่าด้วยกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา ในส่วนของบทบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา ลักษณะ 17 ลิขสิทธิ์ (United State Code Title 17 Copyright) กฎหมายลิขสิทธิ์ขอสหราชอาณาจักร ในส่วนของบทบัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์การออกแบบและสิทธิบัตร ค.ศ. 1988 (Copyright Design and Patent Act 1988) กฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศญี่ปุ่น ในส่วนของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2513 กฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐอินเดียในส่วนของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2500 และกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยในส่วนพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ก็ไม่ได้บัญญัติถึงคำนิยาม ขอบเขต และองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้แต่อย่างใดเช่นกัน โดยบัญญัติว่างานสร้างสรรค์ประเภทใดบ้างที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง

เมื่อบทบัญญัติของกฎหมายในแต่ละประเทศมิได้บัญญัติถึงนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แล้ว ผู้เขียนจึงต้องศึกษาในส่วนของกรณีศึกษาและคำพิพากษาของประเทศต่าง ๆ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าในส่วนของคำพิพากษาของแต่ละประเทศไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกาที่มิได้วางหลักเกณฑ์หรือกำหนดคำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของความคิดริเริ่ม

ไว้ แต่วางหลักที่สำคัญในส่วนนี้ไว้ว่าการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจะต้องอาศัยในส่วนของทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) ซึ่งประเทศญี่ปุ่นและสาธารณรัฐอินเดียก็ใช้หลักการตามทฤษฎีนี้วินิจฉัยคดีที่เกิดขึ้นเช่นกัน เมื่อพิจารณาถึงคำพิพากษาของสหราชอาณาจักร คำพิพากษาของศาลก็มิได้กำหนดถึงคำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของคำว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้อีกเช่นกัน เพียงแต่ในคำพิพากษาของศาลใช้หลักการทักษะ แรงงานและวิจารณญาณ (Skill Labor and Judgement) และหลักการหยาดเหงื่อแรงงาน (Sweat of the Brow) มาเป็นหลักในการพิจารณาว่างานสร้างสรรค์นั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งสาธารณรัฐอินเดียก็ใช้หลักการตามทฤษฎีนี้วินิจฉัยคดีที่เกิดขึ้นเช่นกัน

ส่วนของประเทศไทยคำพิพากษาของศาลก็มิได้ให้คำนิยาม ขอบเขตและองค์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้ในคำพิพากษาเช่นกันแต่ในคำวินิจฉัยได้วางหลักไว้ว่า งานที่จะมีลิขสิทธิ์ได้นั้นต้องเป็นงานสร้างสรรค์ซึ่งผู้สร้างสรรค์ได้ทำหรือก่อให้เกิดขึ้นด้วยการริเริ่มของตนเองโดยใช้ความรู้ความสามารถและความวิริยะอุตสาหะ จนทำให้งานนั้นสำเร็จจนถึงขนาดที่เรียกได้ว่าเป็นงานสร้างสรรค์โดยไม่ได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต

ดังนั้นความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์แม้จะมีบรรทัดฐานจากกรณีศึกษาของประเทศต่าง ๆ โดยจากเนื้อหาของคำพิพากษาของแต่ละประเทศไม่ได้ให้ความความหมายของคำนิยามไว้ แต่งานสร้างสรรค์ในแต่ละประเภทที่จะมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่ก็จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์อันเป็นหลักการอันเป็นพื้นฐานของการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ที่กฎหมายได้บัญญัติขึ้น ประกอบกับดุลยพินิจของผู้พิพากษาในประเทศต่าง ๆ ที่ได้มีการยึดตามหลักของคำพิพากษาคดีก่อน ๆ หรือในความคุ้นเคยกับการที่จะใช้หลักการใด ๆ ของกฎหมายลิขสิทธิ์มาเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในแต่ละประเทศ ซึ่งแต่ละประเทศอาจจะไม่เหมือนกันอย่างชัดเจน ผู้เขียนได้พบว่าคำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นมีความสัมพันธ์กันโดยที่องค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นสามารถที่จะผันไปในส่วนของคำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ได้

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้นในส่วนของคำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ผู้เขียนเห็นว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ ควรเป็นคำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบที่หมายความรวมทั้งความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์ เนื่องจากคำทั้งสองคำดังกล่าวนั้นมีลักษณะที่เอื้อซึ่งกันและกัน และการที่จะสร้างงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นมานั้นก็จะต้องพิจารณาทั้งในส่วนของงานว่างานนั้นมีความคิดริเริ่มหรือไม่และเมื่อพิจารณาในส่วนของความคิดริเริ่มแล้วก็ต้องมาพิจารณาในส่วนของงานว่างานนั้นมีความคิดสร้างสรรค์ในระดับที่เหมาะสมที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหมายหรือไม่ต่อไป เพราะหากงานนั้นไม่มีความคิดริเริ่ม ความคิดสร้างสรรค์ก็ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ในงานนั้น หรือต่อให้งานนั้นเป็นงานที่มีความคิดริเริ่มแต่งานนั้นไม่มีความคิดสร้างสรรค์งานนั้นก็ไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์

6.1.2 บทสรุปความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านทฤษฎีทางกฎหมายลิขสิทธิ์

ผลการศึกษาในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านทฤษฎีทางกฎหมายลิขสิทธิ์ ผู้เขียนศึกษาแล้วพบว่าการคุ้มครองเจ้าของสิทธิจากงานสร้างสรรค์เกิดขึ้นโดยอาศัยทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ ซึ่งสิทธิตามธรรมชาติเกิดขึ้นโดยจากแนวความคิดของระบบภาคพื้นยุโรป (Continental European System) จากประเทศฝรั่งเศส ซึ่งการคุ้มครองของแนวคิดดังกล่าวมุ่งคุ้มครองธรรมสิทธิ์หรือสิทธิทางศีลธรรม (Moral Rights) อันเนื่องมาจากมองว่างานอันมีลิขสิทธิ์เหล่านี้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากบุคคลที่มีความตั้งใจที่จะคิดโดยการใช้ความคิดของตนมาสร้างสรรค์งานอันเป็นประโยชน์ ดังนั้นเมื่อมีงานลิขสิทธิ์เกิดขึ้นตรงนี้ก็จะต้องมีการคุ้มครองให้กับบุคคลที่มีการคิดสร้างสรรค์ พอมีมุมองในลักษณะนี้ขึ้นมาก็จะเกิดการโต้แย้งจากอีกกลุ่มที่มองว่า สิทธิที่ดีที่สุดควรให้กับผู้สร้างสรรค์ เพื่อที่จะเป็นรางวัลตอบแทนและสิทธิทางเศรษฐกิจ (Economic Rights) ก็จะมีส่วนเข้ามาในส่วนนี้ด้วย ซึ่งความสร้างสรรค์นั้นทำให้เกิดมุมมองใน 2 ประการคือ มุมมองแรกมองในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จากการสร้างสรรค์งานโดยใช้สิทธิตามธรรมชาติเป็นหลัก มุมมองที่สองประโยชน์ตอบแทนจากการสร้างสรรค์งานดังกล่าวโดยมองว่าถ้างานนั้นมีการแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea) ก็ย่อมที่จะได้รับการคุ้มครองโดยมีรางวัลตอบแทน จึงเกิดสิทธิทางเศรษฐกิจขึ้นมาหรือเกิดสิทธิในการให้รางวัลผู้สร้างสรรค์ขึ้นมา ดังนั้นจะเห็นได้เลยว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นมุ่งประโยชน์ต่อการคุ้มครองผู้สร้างสรรค์มากกว่าที่จะมุ่งประโยชน์ต่อการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์จากการสร้างสรรค์

ในประเด็นทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์จะเกิดการคุ้มครองก็ต่อเมื่อทางด้านของเจ้าของงานได้รับการคุ้มครองด้วย ดังนั้นเมื่อสิทธิตรงนี้มีการเอื้อประโยชน์ต่อกัน แนวคิดดังกล่าวก็เลยมองว่าจะคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ตัวของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้มีความวิริยะอุตสาหะในการดำเนินการตรงนี้แค่ไหน ฐานของการวัดจึงเกิดจากการใช้หลักการของหยาดเหงื่อแรงงานตามทฤษฎี Sweat of the Brow หลักการทักษะ การลงแรงงานและการใช้วิจารณญาณ ตามทฤษฎี Skill Labor and Judgement หรือหลักการของทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) ก็จะเห็นได้เลยว่าหลักการหรือแนวคิดตรงนี้ถูกแบ่งออกมาเป็นสองส่วน โดยสองส่วนที่จะมีการกล่าวถึงคือ ส่วนที่หนึ่งมุ่งที่จะคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ ส่วนที่สองต้องมาพิจารณาก่อนว่างานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเป็นงานที่เกิดจากการสร้างสรรค์ได้หรือไม่ เพราะว่าไม่สามารถคุ้มครองงานที่เกิดขึ้นโดยให้เหตุผลว่าทั้งหมดว่างานนั้นมีการแสดงออกซึ่งความคิดแล้วจะได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์แต่จะต้องมาจากหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เป็นสำคัญ

6.1.3 บทสรุปความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านมิติด้านเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรม

ผลการศึกษาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านมิติด้านเศรษฐศาสตร์ มิติด้านสังคม และมิติด้านวัฒนธรรมของแต่ล่ะประเทศ

เหตุผลทางด้านมิติเศรษฐศาสตร์และต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ จะเห็นได้ว่ามุมมองของมิติเศรษฐศาสตร์กับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในกฎหมายลิขสิทธิ์มีความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกัน หากพิจารณาว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นเป็นประโยชน์ทางด้านเศรษฐศาสตร์ได้ หมายความว่า การที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างหรือผลิตผลงานสร้างสรรค์ขึ้นมาแล้ว งานสร้างสรรค์ดังกล่าวได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ อันเนื่องมาจากงานนั้นมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และงานนั้นก็สามารถทำให้เกิดประโยชน์ได้ ซึ่งก็คือประโยชน์ทางด้านการเงิน (Cost of Expression) กล่าวคือเป็นการแสดงออกมาซึ่งให้ได้ค่าของเงินซึ่งถือได้ว่าคือคุณค่าทางเศรษฐศาสตร์ที่ตัวของลิขสิทธิ์ให้มา ดังนั้นในส่วนของลิขสิทธิ์นั้นการแสดงออกซึ่งความคิดนั้นไม่สามารถที่จะขาดในส่วนของหลักการความคิดริเริ่มและหลักการของความคิดสร้างสรรค์ในงานที่สร้างสรรค์ขึ้น การแสดงออกซึ่งความคิดดังกล่าวยังมีผลทำให้ผู้สร้างสรรค์ได้รับรายได้เป็นเงินไม่ว่าจะเป็น รายได้จากการขายหนังสือ รายได้จากงานภาพยนตร์ หรือรายได้จากการอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งถือว่ารายได้ดังกล่าวที่ผู้สร้างสรรค์ได้มาในลักษณะประโยชน์ทางด้านการเงิน ซึ่งในส่วนนี้ถือได้ว่าเป็นคุณค่าทางเศรษฐศาสตร์ที่ลิขสิทธิ์ให้มา ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์กับการนำมาใช้เป็นหลักประกันทางธุรกิจ ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจในระดับประเทศ ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่มีมูลค่าในเรื่องการเป็นสิทธิทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์ และการบังคับสิทธิทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์ ดังนั้นมิติเศรษฐศาสตร์จึงเป็นปัจจัยและตัวแปรที่มีผลต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของแต่ละประเทศด้วยเช่นกัน

เหตุผลทางด้านมิติด้านสังคมต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ในส่วนของมิติด้านสังคมกับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้น หากพิจารณาถึงในเรื่องการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ในส่วนของบทบัญญัติข้อ 27 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแล้ว ถ้าหากมีการสนับสนุนหรือส่งเสริมให้มีการคุ้มครองบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา ในผลงานสร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์ประเภทต่าง ๆ ในขณะเดียวกันการรักษาให้เกิดความสมดุลให้กับบุคคลที่เป็นเจ้าของและผู้ใช้ให้เข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ตรงนี้ก็จะแสดงให้เห็นได้เลยว่างานที่เกิดขึ้นไม่ใช่หมายถึงว่าพอมีการแสดงออกซึ่งความคิดงานนั้นจะได้มาซึ่งลิขสิทธิ์โดยประการเดียว แต่ว่าเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดที่จะต้องไปผูกติดว่าการแสดงออกซึ่งความคิดออกมาอย่างมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ พอมีการแสดงออกมาในลักษณะนี้ก็จะเป็นการสร้างคุณค่าให้กับงานดังกล่าวในสังคมที่มีการผลิตทางด้านงานอันมีลิขสิทธิ์มากขึ้นและบุคคลในสังคมสามารถที่จะเข้าถึงงานลิขสิทธิ์ในลักษณะดังกล่าวได้โดยที่อยู่บนพื้นฐานหลักเกณฑ์ทางลิขสิทธิ์ได้ดี ประเทศที่พัฒนาแล้วไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ประเทศญี่ปุ่น ล้วนเป็น

ประเทศที่มีผลงาน ข้อมูลข่าวสารและองค์ความรู้จำนวนมาก ในการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ให้เกิดขึ้นในสังคม ทั้งยังเป็นประเทศที่เป็นรากฐานในการออกกฎหมายให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้กับผู้สร้างสรรค์หรือบุคคลที่เป็นเจ้าของเกิดขึ้นและเมื่อพิจารณาในส่วนของความเข้มข้นในการพิจารณาว่างานสร้างสรรค์นั้นเป็นงานสร้างสรรค์ที่อาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่ ประเทศพัฒนาแล้วก็จะมีหลักการหรือหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณานั้นก็จะมีความเข้มข้น ในส่วนของประเทศที่กำลังพัฒนาไม่ว่าจะเป็นสาธารณรัฐอินเดีย ประเทศไทย เป็นประเทศผู้ที่ใช้ผลงานหรือข้อมูลข่าวสารจากประเทศที่พัฒนาแล้วมาเป็นแนวทางในการสร้างสรรค์งาน เนื่องจากยังต้องการองค์ความรู้ต่างๆ จำนวนมาก ทั้งในส่วนของผู้ผลิตก็มีจำนวนน้อย หรือศักยภาพก็ยังไม่เพียงพอต่อการสร้างสรรค์ เพราะฉะนั้น งานสร้างสรรค์ใด ๆ ของประเทศกำลังพัฒนาจึงมักจะไปอ้างอิงงานต่าง ๆ มาจากจากประเทศที่เป็นผู้ผลิตงานสร้างสรรค์มากกว่า เพราะสังคมมีความแตกต่างกันในระดับของประเทศที่เป็นผู้ใช้กับประเทศที่เป็นผู้ผลิตหรือผู้สร้างสรรค์ จึงมีผลต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในตัวของผลทางด้านสังคมของประเทศกำลังพัฒนานั้นเป็นสังคมที่พยายามสืบเสาะหาในสิ่งที่เป็นความรู้ต่าง ๆ และกำลังมองว่าการเข้าสู่องค์ความรู้เป็นสิ่งที่ต้องการในฐานะที่เป็นประเทศผู้ใช้ (User) ในเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไม่ได้อยู่ที่ตัวเราแต่อยู่ที่บุคคลที่เป็นเจ้าของผลงาน ซึ่งอาจจะทำให้หลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในส่วนของประเทศกำลังพัฒนาค่อนข้างจะน้อยกว่าประเทศพัฒนาแล้ว และเมื่อเป็นลักษณะแบบนี้แล้วจึงทำให้เกิดผลกระทบต่อหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และผลกระทบต่อคำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ซึ่งทำให้ศาลในแต่ละประเทศใช้ดุลพินิจในการกำหนดรูปแบบของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านกรณีศึกษาต่าง ๆ โดยพิจารณาถึงสังคมประกอบด้วยเช่นกัน

เหตุผลทางด้านมิติวัฒนธรรมและต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ จะเห็นได้ว่าในตัวของผลทางด้านวัฒนธรรมของแต่ละประเทศมีผลกระทบต่อความคิดริเริ่มของผู้สร้างสรรค์ด้วย โดยมิติด้านวัฒนธรรมของแต่ละประเทศที่มีความแตกต่างกันทั้งในเรื่องของสถานที่และเวลาก็จะมีผลต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์ด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วก็จะพบว่า ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ภายใต้แนวคิดความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order) ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ภายใต้แนวคิดประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการตีค่าวัฒนธรรมที่แตกต่างกัน และความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในช่วงยุคสมัยของวัฒนธรรมล้วนเป็นปัจจัยและตัวแปรที่มีผลต่อหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของแต่ละประเทศ ดังนั้นถึงแม้ว่างานสร้างสรรค์ที่อาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ความวิริยะอุตสาหะ ความพยายาม และความสร้างสรรค์จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศหนึ่งแต่อีกประเทศหนึ่งก็ไม่อาจให้ความคุ้มครองงานลิขสิทธิ์นั้นได้อันเนื่องจากเหตุผลทางด้านวัฒนธรรมของประเทศ ทั้ง ๆ ที่มีหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

และการปรับกฎหมายให้สอดคล้องกันของกฎหมายระหว่างประเทศแล้วก็ตาม ดังนั้นมิติด้านวัฒนธรรมจึงเป็นตัวแปรที่มีผลต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เช่นกัน

6.1.4 บทสรุปประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

ผลการศึกษาในส่วนประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ กลุ่มที่เป็นงาน Traditional Copyright Works กลุ่มที่เป็นภาพยนตร์และงานแพร่เสียงแพร่ภาพ กลุ่มที่เป็นเทคโนโลยี โปรแกรมคอมพิวเตอร์และฐานข้อมูลนั้น ในส่วนของอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights) และสนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty) ความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวมิได้กำหนดระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้แต่อย่างใด ซึ่งในส่วนของเนื้อหามีเพียงว่างานสร้างสรรค์ใดเป็นงานสร้างสรรค์ที่ควรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

ผลการศึกษาในส่วนประเทศไทยการวินิจฉัยในเรื่องระดับความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์จากคำวินิจฉัยในคำพิพากษาฎีกาที่ 19305/2555 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7121/2552 ได้วินิจฉัยในส่วนระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้สูง ซึ่งการสร้างเกณฑ์และตีความเกณฑ์งานอันมีลิขสิทธิ์ไว้สูง ก่อให้เกิดความเสี่ยงทางกฎหมายสำหรับผู้สร้างสรรค์ที่ไม่อาจทราบได้ว่างานของตนมีลิขสิทธิ์หรือไม่จนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาล ในส่วนสาธารณรัฐอินเดีย ศาลสูงสุดกล่าวว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้ห้ามการดัดแปลงหรือเสริมเติมแต่งงานต้นฉบับของคนอื่น ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการนำงานสร้างสรรค์ของบุคคลอื่นมาดัดแปลงหรือเสริมแต่งงานต้นฉบับของบุคคลอื่นย่อมกระทำได้ซึ่งแสดงให้เห็นว่างานสร้างสรรค์มีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่ต่ำมาก

ในส่วนของสหราชอาณาจักร ศาลของสหราชอาณาจักร ได้ใช้หลักการทักษะ แรงงานและวิจารณญาณ (Skill Labor and Judgement) และหลักการหยาดเหงื่อแรงงาน (Sweat of the Brow) มาหลักในการวินิจฉัยระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ซึ่งในบางคดีที่เกิดขึ้นศาลสหราชอาณาจักรให้การคุ้มครองตารางเวลารถไฟหรือข้อสอบด้วยซึ่งดูเหมือนว่าจะมีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่ต่ำมากเช่นกัน ในส่วนของสหรัฐอเมริกา ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเอาไว้ว่าหากเป็นเรื่องของข้อเท็จจริง ข่าวสาร หรือ สิ่งที่มีอยู่แล้วนั้นไม่สามารถที่จะเกิดความคิดริเริ่มและระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่จะถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ อันเนื่องมาจากการที่นำข้อมูลที่มีอยู่แล้วนำมาประมวลและรวบรวมโดยที่ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงการสรรค์สรรค์แต่อย่างใด แสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ดุลพินิจ โดยการใช้หลักเกณฑ์ศาลกำลังมองว่าทางด้านของข้อเท็จจริง การรวบรวมข้อมูล การรวบรวมความจริงที่เกิดขึ้นในเชิงที่มีการใช้หรือมีการปฏิบัติกันอยู่แล้ว

สิ่งดังกล่าวไม่สามารถที่จะแสดงให้เห็นถึงความสร้างสรรค์ หลักเกณฑ์ตรงนี้ที่จะนำมาวัดได้และถึงแม้ว่าจะมีในส่วนของหยาดเหงื่อและแรงงานที่กระทำออกไปแต่หยาดเหงื่อแรงงานดังกล่าวนั้นทำให้เกิดงานขึ้น แต่หยาดเหงื่อและแรงงานดังกล่าวนั้นไม่ได้ถูกพัฒนาว่าให้เกิดความคิดริเริ่ม แต่เป็นหยาดเหงื่อแรงงานที่มาจากสิ่งที่มีอยู่เดิมเพียงแค่นำมารวบรวม ซึ่งจากตรงนี้แสดงให้เห็นว่า ไม่เข้าครบองค์ประกอบของความคิดริเริ่ม ดังนั้นคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาข้างต้น ทำให้เกิดหลักการของทฤษฎีที่สำคัญคือหลักการของทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) ในส่วนของประเทศญี่ปุ่นศาลสูงประเทศญี่ปุ่นก็ได้รับรองหลักการเรื่องความคิดสร้างสรรค์ (Creative) ไว้ในคำพิพากษา โดยศาลสูงวางแนวคำพิพากษาว่า งานอันมีลิขสิทธิ์ต้องเป็นงานในแผนกวรรณคดี ศิลปะ และดนตรี โดยผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้น และประเทศญี่ปุ่นนั้นก็ใช้หลักการของทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) ตามแบบของสหรัฐอเมริกา

เมื่อศึกษาโดยพิจารณาถึงหลักการทางกฎหมายลิขสิทธิ์ รายละเอียดของการสร้างสรรค์งานในแต่ละประเภท รวมถึงกรณีศึกษาของแต่ละประเทศที่พอจะนำมาเทียบเคียงได้ พอสรุปได้เป็นแนวทางดังนี้

จากผลการศึกษากลุ่มงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบดั่งเดิม (Traditional Copyright Works) ในส่วนของงานวรรณกรรมนั้น งานวรรณกรรมแม้จะเป็นในส่วนของประเภทงานวรรณกรรมเหมือนกันแต่งานวรรณกรรมประเภทนิยายกับงานวรรณกรรมประเภทตำราก็จะมีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่แตกต่างกัน และหากพิจารณามองลึกลงไปในรายละเอียดของงานวรรณกรรมประเภทเดียวกัน เช่นนวนิยายอ้างอิงประวัติศาสตร์ กับหนังสือเชิงประวัติศาสตร์นั้นก็จะมีความแตกต่างในเรื่องของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ซึ่งแม้จะมีการสร้างสรรค์ในการเขียนขึ้นมาแต่ระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไม่เท่านั้น ส่วนโครงเรื่องของผู้ประพันธ์ทั้งสองคนที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่เหมือนกัน โดยการบรรยายฉาก การบรรยายภาพ เป็นความคิดสร้างสรรค์ ส่วนคำพูดของตัวละคร ความนึกคิดของตัวละครเป็นความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ดังนั้นโครงเรื่อง (Plot) ในนวนิยายนั้นไม่ได้ทำลายความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของบุคคล อันเนื่องมาจากโครงเรื่องคือรูปแบบหนึ่งของวัฒนธรรม ซึ่งในรายละเอียดของเรื่องก่อให้เกิดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้นมา

ในส่วนของงานศิลปกรรมหากมองถึง ภาพ Portrait กับภาพ Abstract ที่สร้างสรรค์ขึ้นโดยผู้วาดได้ใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของตนเองถ่ายทอดภาพวาดขึ้นจึงเป็นงานศิลปกรรมที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ที่เท่าเทียมกันในฐานะที่เป็นงานศิลปกรรมประเภทจิตกรรมของผู้สร้างสรรค์ โดยงานศิลปกรรมนั้นไม่จำเป็นจะต้องคำนึงถึงคุณค่าทางศิลปะ เนื่องจากคุณค่าดังกล่าวมีลักษณะเป็นนามธรรมและไม่สามารถที่จะประเมินค่าได้ในแต่ละชิ้นของงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้นโดยอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของตนเอง เพราะแม้ว่าศิลปกรรมจะเป็นงานที่มี

ส่วนประกอบให้ชื่นชมคุณค่าทางศิลป์ แต่เนื่องจากคุณค่าทางศิลป์เป็นสิ่งที่รับรู้และประเมินได้แตกต่างกันไปตามแต่ละประสบการณ์และรสนิยมของแต่ล่ะบุคคล ในการพิจารณาว่างานสร้างสรรค์ใด ที่สร้างสรรค์โดยอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของตนเข้าข่ายเป็นงานศิลปกรรมที่จะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ กฎหมายจึงกำหนดให้พิจารณาเพียงลักษณะภายนอกของงานนั้น ๆ ว่ามีลักษณะเป็นงานประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ โดยไม่ต้องคำนึงถึงคุณค่าทางศิลปะของงานนั้น ๆ

งานภาพถ่ายซึ่งเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทศิลปกรรม ซึ่งการคุ้มครองงานศิลปกรรมดังกล่าวจะต้องพิจารณาว่างานดังกล่าวมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยมีการถ่ายทอดในลักษณะของสุนทรียศาสตร์ ทั้งนี้ ขอบเขตของการพิจารณาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ จะมุ่งพิจารณาจากหลายปัจจัยประกอบเข้าด้วยกัน อาทิ องค์ประกอบภาพ ตัวแบบ หรือวัตถุในภาพ แสง เงา รวมถึงบรรยากาศต่าง ๆ ของภาพ โดยผู้ถ่ายภาพจะต้องใช้ความรู้ ความสามารถ และจินตนาการในการจัดองค์ประกอบเหล่านั้นเพื่อสร้างสรรค์ถ่ายภาพที่สะท้อนถึงความงดงามของภาพตามที่ตนได้คิดเอาไว้ บุคคลที่เป็นเจ้าของสามารถคาดหวังได้ว่างานดังกล่าวที่แสดงออกมานั้นมีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่เล็กน้อยในการที่จะได้รับการคุ้มครองภายใต้การคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตามเทคโนโลยีที่ใช้ถ่ายภาพในยุคปัจจุบันล้วนมีการเพิ่มเติมซอฟต์แวร์ที่ช่วยทำให้การถ่ายภาพมีความสะดวก สวยงาม และได้ภาพมีคุณภาพยิ่งขึ้น ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นประเด็นปัญหาเกี่ยวกับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการสร้างสรรค์ภาพถ่ายของมนุษย์อันจะทำให้ได้มาซึ่งลิขสิทธิ์นั้นเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์เข้ามามีบทบาทต่อการสร้างสรรค์ภาพถ่ายจะถือว่าภาพถ่ายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นการสร้างโดยมนุษย์หรือถูกสร้างโดยคอมพิวเตอร์ (Computer Generated Works) กรณีที่งานภาพถ่ายถูกสร้างสรรค์โดยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งถูกบรรจุเอาไว้ในกล้องถ่ายรูป กรณีดังกล่าวหมายถึงการที่มีการบรรจุซอฟต์แวร์เพื่ออำนวยความสะดวกในการถ่ายภาพโดยกล้องถ่ายภาพจะทำงานร่วมกับระบบปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence) ซึ่งช่วยในการตั้งค่าต่าง ๆ อาทิ การตั้งค่า Shutter Speed ค่าความไวแสง (ISO) และรูรับแสง เป็นต้น

ด้วยลักษณะการทำงานดังที่ได้กล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าภาพถ่ายที่ถูกสร้างด้วยคอมพิวเตอร์ (Computer Generated Works) ที่ทำหน้าที่เป็นเพียงเครื่องมือช่วยในการสร้างภาพให้มีคุณภาพดียิ่งขึ้นเท่านั้น โดยการทำงานผ่านอัลกอริทึมร่วมกับเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์ที่ช่วยให้การตั้งค่าต่าง ๆ ของกล้องถ่ายภาพโดยที่ผู้ถ่ายไม่จำต้องมีความรู้ และความชำนาญในการตั้งค่าต่าง ๆ ของกล้อง อาทิ การตั้งค่า Shutter Speed ค่าความไวแสง (ISO) และรูรับแสง เป็นต้น ซึ่งค่าเหล่านี้มีผลต่อความคมชัด และคุณภาพของภาพถ่ายเป็นสำคัญ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ทำหน้าที่เป็นเพียงเครื่องมือที่ช่วยอำนวยความสะดวกในการถ่ายภาพและถ่ายทอดจินตนาการของผู้ถ่ายภาพเท่านั้น แต่ในส่วนของการจัด Composition ของภาพซึ่งมีส่วนทำให้ภาพดูน่าสนใจ มีความ

สวยงาม สร้างสรรค์ และสะท้อนถึงสุนทรียศาสตร์นั้น ผู้ถ่ายภาพยังได้อาศัยความวิริยะอุตสาหะ หยาดเหงื่อแรงงานของตนตามหลักการของทฤษฎี Sweat of the Brow และ ทักษะและวิจารณญาณที่สะสมประสบการณ์ที่ตนเป็นศิลปินด้านศิลปะตามหลักการทฤษฎี Skill Labor and Judgement ตลอดจนความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้ถ่ายภาพในการถ่ายทอดสิ่งนั้นออกมาเป็นภาพถ่าย

ในส่วนของงานดนตรีกรรมนั้น งานดนตรีกรรมที่ถูกสร้างสรรค์ขึ้นโดยอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ งานดนตรีกรรมนั้นก็จะมีหลากหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะงานเพลงที่แต่ขึ้น เพื่อบรรเลงหรือขับร้อง แต่หากจะพิจารณาถึงคำว่า เพลง ในงานดนตรีกรรมแล้ว ไม่ว่าจะเป็นเพลงสากล เพลงไทยสากล เพลงไทยเดิม ซึ่งเพลงในแต่ละประเภทก็จะมีลักษณะที่สร้างสรรค์โดยการสะท้อนถึง อารมณ์ความรู้สึกและวิถีชีวิตที่แตกต่างกันออกไปด้วยตามแต่ผู้ประพันธ์เพลงได้มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการสร้างสรรค์ขึ้น แต่หากมีการนำงานดนตรีกรรมที่นำไปประกอบกับงานวรรณกรรมประเภทต่าง ๆ นั้นก็จะมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่แตกต่างกันออกไปตามบริบทของงานวรรณกรรมและงานดนตรีกรรมที่ประกอบเข้ากันเพื่อให้เกิดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ งานดนตรีกรรมในรูปแบบ Remix ในสหรัฐอเมริกา ซึ่งโดยปกติงานดนตรีกรรมนั้นผู้สร้างสรรค์จะต้องมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ความวิริยะอุตสาหะ ความเพียรพยายามในการสร้างสรรค์เนื้อร้องทำนองและการเรียบเรียงเสียงประสานเพื่อให้เกิดงานดนตรีกรรมขึ้น แต่การ Remix งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงนั้นมีการปรับในส่วนของทำนองในงานดนตรีกรรมเท่านั้น ดังนั้นจะถือว่าผู้สร้างสรรค์มีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่จะได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งในสหรัฐอเมริกาถือว่าการ Remix งานดนตรีกรรมที่มีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) ย่อมได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์

จากผลการศึกษากลุ่มงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบที่พัฒนามาจากงานดั่งเดิมที่เป็นภาพยนตร์และงานแพร่เสียงแพร่ภาพ ในส่วนของงานภาพยนตร์นั้นมีในส่วนของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่มากกว่างานทางด้านบทละครหรือบทนวนิยายธรรมดาอันเนื่องมาจากนวนิยายนั้นผ่านมาจากงานวรรณกรรมที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยมีทางด้านสุนทรียศาสตร์ที่อยู่ในบทที่จะถ่ายทอดตรงจุดนี้ แต่ในขณะเดียวกันในส่วนของงานภาพยนตร์นั้นจะประกอบไปด้วยศาสตร์หลายอย่างในการสร้างสรรค์งานตรงจุดนี้ซึ่งศาสตร์ต่าง ๆ นั้นมิได้หมายความเฉพาะในส่วนของเนื้อหางานวรรณกรรมที่เป็นบทภาพยนตร์เท่านั้น ศาสตร์ต่าง ๆ ยังหมายความรวมถึงการประกอบด้วยงานดนตรีกรรม การลำดับภาพและการเล่าเรื่องราวต่าง ๆ ทั้งยังมีในส่วนของแสง สีที่จะมีส่วนในการเสริมให้งานภาพยนตร์มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น ดังนั้นการสร้างสรรค์งานภาพพยนตร์ที่เกิดขึ้นมาได้นั้นจึงต้องประกอบด้วยการร้อยเรียงทางด้านงานวรรณกรรมกลายมาเป็นบทละครได้ ประกอบไปด้วยศาสตร์ของการแสดงซึ่งอาจมีในส่วนของงานนาฏกรรมเข้ามาผสมได้ ดังนี้ถ้าหากเป็นศาสตร์ในลักษณะดังนี้ก็

จะต้องมองในส่วนของวัตถุประสงค์ของการใช้ศาสตร์เหล่านั้นมา รวมถึงในส่วนของรายละเอียดของการร้อยเรื่องราวตรงนี้ก็จะต้องมีในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตั้งแต่โครงเรื่องไปอันไปประกอบเข้าด้วยกันว่าฉากตรงในส่วนนี้ต้องมีแสงเข้ามาในลักษณะใด ตัวละครจะต้องพูดตามบทอย่างไรและตัวละครจะต้องมีการแสดงในลักษณะแบบนี้ซึ่งทำให้เกิดสิทธิข้างเคียงก็คือสิทธินักแสดง เพราะฉะนั้นงานภาพยนตร์จึงไม่เป็นการเล่าเรื่องในลักษณะที่เป็นการถ่ายทอดเรื่องราวตามอารมณ์ตามเส้นเรื่องเดียวกันอย่างนวนิยาย แต่ในงานภาพยนตร์จะมีชั้นของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตามประเภทของงานที่อยู่ในงานภาพยนตร์อีกชั้นหนึ่งด้วย

ในส่วนของงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น โดยเฉพาะการแข่งขันกีฬาที่มีลักษณะเป็นการถ่ายทอดสด การกำหนดให้งานแพร่เสียงแพร่ภาพเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นย่อมขัดกับสภาพของงานแพร่เสียงแพร่ภาพ อันเนื่องมาจากงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นมิได้ใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานนั้นเลย ทั้งระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานก็อยู่ในระดับที่น้อยมาก โดยส่วนมากเป็นเพียงการใช้กลไกทางอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น นอกจากนี้ การถ่ายทอดสดการแข่งขันกีฬาดังกล่าวเป็นการถ่ายทอดสดหรือส่งสัญญาณเสียงและภาพในลักษณะแบบนี้จะอยู่ภายใต้ข้อตกลงร่วมกันในลักษณะผูกพันตามสัญญาซึ่งเป็นความจำเป็นทางด้านเศรษฐกิจ แต่หากพิจารณาตามหลักการ ขอบเขตคำนิยามและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยตรงแล้ว ก็ยังมิใช่งานที่สมควรจะได้รับความคุ้มครองอย่างงานอันมีลิขสิทธิ์ดังเช่น งานภาพยนตร์ที่ผู้สร้างสรรค์จำเป็นต้องใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์อย่างมาก นับตั้งแต่กระบวนการเขียนบท การจัดทำสตอรี่บอร์ด การบันทึกภาพและเสียง รวมถึงการตัดต่อการดำเนินเรื่องราวต่าง ๆ

หากพิจารณาปัญหาดังกล่าวข้างต้นผ่านพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักรที่กำหนดให้ความคุ้มครองแก่ “การแพร่เสียงแพร่” จะเห็นได้ว่าจะต้องอาศัยองค์ประกอบอันเป็นหลักเกณฑ์หรือหลักการของทฤษฎีหยาดเหงื่อแรงงาน (Sweat of the Brow) หรือ ทฤษฎีทักษะแรงงาน และวิจารณญาณ (Skill Labor and Judgement) มาเป็นหลักการหรือหลักเกณฑ์ที่จะเป็นนำมาพิจารณาว่าเป็นงานสร้างสรรค์ที่เข้าครบองค์ประกอบของงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีของการถ่ายทอดสดกีฬาก็มิได้มองหรือให้ความสำคัญแก่หลักเกณฑ์และทฤษฎีข้างต้นแต่อย่างใด จึงเกิดปัญหาว่าการถ่ายทอดในลักษณะที่มีระดับความสร้างสรรค์ต่ำเป็นอย่างมากดังเช่นในยุคปัจจุบันจะถือเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้อย่างไร ทั้งนี้ ในประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าหากมองในมิติเศรษฐกิจการอนุญาตให้มีการถ่ายทอดสดในกีฬาประเภทนี้มีมูลค่าทางเศรษฐกิจมหาศาล โดยรายได้จากการแข่งขันกีฬามิได้มีเพียงการขายบัตรการแข่งขันและมานั่งดูในสนามกีฬาเท่านั้น แต่ยังรวมถึงรายได้จากการขออนุญาตใช้สิทธิเพื่อถ่ายทอดต่อไปยังประเทศอื่น ๆ อีกสร้างเม็ดเงินได้อย่างมหาศาลอีกด้วย เช่นนี้ หากปราศจากการให้ความคุ้มครองแก่การแพร่เสียงแพร่ภาพการแข่งขันกีฬาแล้ว ย่อมส่งผลให้เกิดการละเมิดได้โดยง่าย ด้วยเหตุที่ได้กล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการให้ความ

คุ้มครองลิขสิทธิ์แก่การแพร่เสียงแพร่ภาพเป็นการมุ่งให้ความสำคัญแก่ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในมิติทางเศรษฐกิจเป็นหลัก ดังนั้น แม้จะมีระดับการสร้างสรรค์ที่ไม่สูงมากนัก แต่ก็ต้องถือว่าเพียงพอจะได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานแพร่เสียงแพร่ภาพแล้วเนื่องจากมูลค่าทางเศรษฐกิจ ซึ่งถือได้ว่าการแพร่เสียงแพร่ภาพในการถ่ายทอดสดการแข่งขันกีฬายึดอยู่ซึ่งกันและกันกับมูลค่าทางเศรษฐกิจของสหราชอาณาจักรและประเทศอื่น ๆ

จากผลการศึกษากลุ่มงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทเทคโนโลยี ในส่วนของโปรแกรมคอมพิวเตอร์และฐานข้อมูล โดยโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นประเภทหนึ่งในงานวรรณกรรม เนื่องจากการเขียนโค้ดก็ถือว่าเป็นการใช้ความคิด ความสามารถหรือทางอัลกอริทึมต่าง ๆ ก็เป็นการใช้ความรู้ความสามารถของบุคคลที่ทำให้เกิดงานสร้างสรรค์ขึ้นมา อนึ่งแม้แต่ในส่วนของฐานข้อมูล ฐานข้อมูลที่เราจะนำมาใช้ก็เป็นประเภทเดียวกับงานวรรณกรรม เพียงแต่ในลักษณะของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในส่วนของฐานข้อมูลนั้นไม่ได้ถ่ายทอดออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรที่เราจะซึมซับได้ง่าย แต่ว่าเป็นไปในรูปแบบของโค้ดเป็นทางด้านของวิธีการที่จะต้องใช้ตัวอ่านผ่านตัวแปรต่าง ๆ อย่างไรก็ดีวิธีการดังกล่าวและประเภทของงานดังกล่าวก็ยังคงเป็นงานที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผู้ชำนาญในงานนั้นเป็นบุคคลผู้แสดงออกมา ดังนั้นในส่วนของกลุ่มเทคโนโลยีนี้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์มีลักษณะเดียวกับประเภทของงานวรรณกรรม

ในปัจจุบันยังมีเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์มาช่วยหรือร่วมในการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ด้วย เช่น งานกราฟฟิกแทนตน (Avatars) ซึ่งเกิดจากโปรแกรมเมอร์และบุคคลผู้ใส่ข้อมูลบุคลิกลักษณะของตนลงไปในโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือแอฟพลิเคชันเฟซบุ๊ก โดยผู้ใส่ข้อมูลนั้นจะต้องเลือกโครงสร้างหน้าเพื่อสร้างใบหน้า รวมถึงเลือกทรงผมและสีผิวและการแต่งหน้าให้กับอวาตาร์ จากนั้นโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะประมวลผลออกมาเป็นการ์ตูนอวาตาร์ ที่มีบุคลิกลักษณะที่ตนได้คิดสร้างสรรค์ขึ้นโดยอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของตนกับงานสร้างสรรค์ภาพการ์ตูน ซึ่งหากพิจารณาถึงว่าบุคคลใดจะเป็นเจ้าของงานสร้างสรรค์และความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นเกิดจากบุคคลใดระหว่าง โปรแกรมเมอร์ผู้เขียนรหัสชุดคำสั่งกับบุคคลที่นำบุคลิกลักษณะของตนเข้าไปสร้างสรรค์ให้ออกมาเป็นการ์ตูนอวาตาร์ ซึ่งในส่วนนี้ก็มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าสิ่งที่บุคคลได้มีการกระทำดังกล่าวนั้นได้มีการใช้ปัญญาประดิษฐ์หรืออัลกอริทึมในการสร้างสรรค์งานดังกล่าวหรือไม่และการสร้างสรรค์งานดังกล่าวนั้นได้อาศัยปัญญาประดิษฐ์มากน้อยเพียงใดประกอบเข้ามาด้วยในการพิจารณางานสร้างสรรค์ภาพอวาตาร์ ในส่วนโปรแกรมเมอร์ผู้คิดรหัสชุดคำสั่งไม่ว่าจะเป็นในส่วนของรหัสโปรแกรม (Source Code) รหัสภาษาเครื่อง (Object Code) หรือการเข้ารหัสโปรแกรม ซึ่งชุดคำสั่งเหล่านี้สามารถดำเนินการได้อย่างอิสระ ทั้งโปรแกรมเมอร์ผู้คิดจะต้ออาศัยความวิริยะอุตสาหะ หยาดเหงื่อแรงงาน ทักษะและวิจารณญาณของตนคิดสร้างสรรค์รหัสชุดคำสั่งที่มีความซับซ้อนและมีมาตรฐานคุณภาพที่สูงซึ่งแสดงให้เห็นถึงความเฉลียวฉลาดของโปรแกรมเมอร์ในการที่

จะคิดสร้างสรรค์สิ่งใดสิ่งหนึ่งขึ้นมาโดยอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของตนซึ่งเป็นไปตามหลักการของของทฤษฎี Sweat of the Brow หรือ ทฤษฎี Skill Labor and Judgement และหลักการของทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) ในงานที่สร้างสรรค์ขึ้น ดังนั้นในส่วนนี้โปรแกรมเมอร์ย่อมได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ในส่วนเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์ ผู้เขียนมีความเห็นว่าเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์เข้ามามีส่วนเป็นอย่างมากในงานสร้างสรรค์ภาพการ์ตูนอวาตาร์ เนื่องจากการประมวลผลของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นอาศัยเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์เข้ามาสร้างสรรค์งานในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของภาพการ์ตูนอวาต้าร์ อย่างไรก็ตามถ้าภาพการ์ตูนอวาตาร์ดังกล่าวถูกสร้างสรรค์ขึ้นโดยใช้เทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือทั้งหมดของงาน โดยไม่มีการแทรกแซงหรือควบคุมหรือกำหนดโดยมนุษย์เลย งานดังกล่าวอาจถูกตีความได้ว่าเป็นงานที่ไม่มีลิขสิทธิ์ได้ในภายหลัง เนื่องจากงานลิขสิทธิ์ที่สร้างสรรค์ขึ้นนั้นจะต้องถูกสร้างสรรค์โดยบุคคลถึงกฎหมายจะให้ความคุ้มครองโดยไม่รวมถึงเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์

อนึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ดั่งเดิมไม่ว่าจะเป็นงานวรรณกรรม งานดนตรีกรรม งานภาพยนตร์และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานนั้นจะมีลักษณะแยกชิ้นกันโดยไม่มีการผสมกัน แต่ในปัจจุบันงานลิขสิทธิ์ดั่งเดิมดังกล่าวได้ถูกสร้างสรรค์กลายเป็นงานที่อยู่ในรูปแบบมัลติมีเดีย ซึ่งใช้ดิจิทัลเข้ามาในเพื่อให้งานดั่งเดิมหลอมรวมตัวกันหรือมีการผสมกันของงานหลายประเภท โดยการแปลงรูปดิจิทัลงานทั้งหมดจะอยู่ในรูปของ ไบนารีบิด และเป็นการพัฒนามาตรฐานทางด้านเทคโนโลยีทั่วไปสำหรับข้อความ เสียงแลวีดีโอที่อยู่ในรูป MP3 MPEG และ html หรือเนื้อหาดิจิทัลที่อยู่ในรูปแบบที่หลาย ๆ บุคคลสามารถที่จะแชร์หรือใช้ร่วมกันได้ รวมถึงมีการช่วยกันคิดสร้างสรรค์ขึ้นมา กลายเป็นว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นเกิดจากบุคคลหลายคนมาร่วมช่วยกันคิดสร้างสรรค์และช่วยกันพัฒนางานนั้นขึ้นมา จึงเป็นเรื่องที่น่าสนใจว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานหลอมรวมตัวกันหรือมีการผสมกันของงานหลายประเภทในรูปแบบดิจิทัลนั้นจะถูกมองได้เป็นอีกแบบหนึ่งซึ่งมีความแตกต่างกับงานดั่งเดิมที่มองความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จากประเภทของงานแต่ละงาน

กล่าวโดยสรุปแล้วผู้เขียนเห็นว่าเมื่อหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์มีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ เมื่อไม่สามารถที่จะลดความแตกต่างดังกล่าวได้เนื่องจากผลในทางกฎหมาย ทั้งก็ไม่สามารถที่จะบัญญัติกฎหมายกลางในลักษณะที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศขึ้นมาทันที เพื่อให้แต่ละประเทศปฏิบัติตาม เพราะทุกประเทศมีคำวินิจฉัยของศาล การใช้อำนาจศาลในการที่ใช้ดุลพินิจก็จะมีความแตกต่างกันของศาลที่เป็นศาลชำนัญพิเศษกับบริบทของศาลที่เป็นศาลยุติธรรม ดังนั้นจึงไม่สามารถมีกลไกลตรงกลางได้อันเนื่องมาจากบริบทระหว่างประเทศก็แตกต่างกัน บริบทในประเทศก็แตกต่างกัน ทั้งในส่วนของผู้พิพากษาก็มีความคิดเห็นที่แตกต่างกันในจุดนี้ ดังนั้นเมื่อไม่สามารถที่จะแก้ไขโดยการบัญญัติกฎหมายกลางที่ให้ทุกประเทศใช้ร่วมกันได้ แต่เมื่อพิจารณาถึงภาพที่เห็นตรงนี้

แม้ว่าจะไม่ทำให้เห็นเป็นมาตรฐานกลางที่ใช้ร่วมกันทุกประเทศได้ แต่ในขณะเดียวกันสิ่งที่ทำให้เห็นว่าการใช้ดุลพินิจควรขึ้นอยู่กับอะไรบ้างจะทำให้เกิดการปรับมาตรฐานให้เป็นหนึ่งเดียวกัน (Harmonization) ร่วมกันว่าสิ่งหนึ่งในการที่จะพิจารณาได้แม้จะมีการใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติก็ตาม แต่หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะมาก่อนว่าในประเทศมองอะไรเป็นหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์คืออะไร ดังนั้นแม้ว่าประเทศอื่นที่มีหลักการที่แตกต่างกัน แต่ว่าหลักการในการพิจารณาจะมีเกณฑ์ในลักษณะเดียวกันในการมองถึงความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และอะไรคือประเด็นสำคัญในการมองตรงจุดนี้ตรงนี้ต่างหากที่จะทำให้เห็นและชี้ให้เห็นถึงปรัชญา (Philosophy) ที่สำคัญในการกำหนดตรงนี้ ซึ่งมีบทบาทอย่างไรในการใช้ในระบอบลิขสิทธิ์และก็ยังทำให้เห็นว่าตัวของจารีตประเพณี จริยธรรมต่าง ๆ ที่มีขึ้นหรือมีอยู่เป็นกรอบความคิด กรอบหลักการหรือแนวคิดของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์อย่างไร ซึ่งจะเห็นได้เลยว่าทำไมในแต่ละประเทศจะไม่มีการกำหนดตายตัวเลยว่าหลักเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จะต้องเป็นอย่างไร แต่หลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จะวางหลักเกณฑ์ผ่านในส่วนของคำพิพากษา แนวจารีตประเพณีต่าง ๆ หรือการปฏิบัติที่เป็นแนวปฏิบัติที่ดีขึ้นมาต่าง ๆ ดังนั้นผู้เขียนจึงมิได้มีการกล่าวถึงในแนวที่เป็นการแก้ไขกฎหมายในลักษณะต่าง ๆ ว่าจะต้องเป็นไปในลักษณะนี้หรือลักษณะนั้น แต่จะใช้แนวทางของการปรับมาตรฐานให้เป็นหนึ่งเดียวกัน (Harmonization) แนวปฏิบัติจากในส่วนของจารีตประเพณีนี้ โดยผ่านมิติเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรม แนวปฏิบัติจากหลักการของทฤษฎีที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาทั้งในสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักร ไม่ว่าจะเป็นทฤษฎีหยาดเหงื่อแรงงาน (Sweat of the Brow) ทฤษฎีทักษะ แรงงาน และวิจารณญาณ (Skill Labor Judgement) และทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) นั้นล้วนเป็นทฤษฎีที่สามารถที่จะทำให้เกิดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงงานลิขสิทธิ์นั้นจะมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่เล็กน้อยที่จะทำให้งานนั้นได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ต่อไป ทั้งนี้ประเทศต่างๆจะต้องทำให้เกิดการปรับให้สอดคล้องกัน (Harmonization) ในการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ผ่านหลักหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ด้วย ทั้งนี้การยึดการสร้างหลักเกณฑ์จากทฤษฎีของแต่ละประเทศ เพื่อที่จะให้เกิดการยืดหยุ่นในการบังคับใช้กฎหมายและทำให้เห็นว่าเวลาที่แต่ละประเทศมองในเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์อะไรที่เป็นจุดเด่นสำคัญที่จะทำให้เห็นว่าเป็นหลักการร่วมกันได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จะสามารถนำไปปรับใช้ได้จริงในทางปฏิบัติต่อไป

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากข้อสรุปที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ มาใช้เป็นแนวทางที่จะนำมาพัฒนาหลักการเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ผ่านมิติเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรม เพื่อจะทำให้เกิดการพัฒนาในแนวทางเดียวกัน สำหรับการพิจารณาถึงมาตรฐานของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ ข้อเสนอแนะที่ผู้เขียนนำเสนอโดยการวางหลักการและแนวทางในการพิจารณาหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และข้อเสนอแนะในเชิงหลักการให้นำไปใช้ให้เกิดประโยชน์ทั้งภาครัฐและเอกชนเพื่อให้เกิดการพัฒนาต่อไป โดยผู้เขียนได้จำแนกข้อเสนอแนะดังกล่าวเป็นประเด็น โดยมีรายละเอียดดังนี้

6.2.1 ข้อเสนอแนะในส่วนของคำนิยาม ขอบเขต และองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

ข้อเสนอแนะในส่วนของขอบเขต คำนิยาม และองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์กับอนุสัญญากรุงเบอร์น่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights) ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่าการที่ในอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศมิได้บัญญัติถึงคำนิยาม ขอบเขต และองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้น อันเนื่องมาจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ต้องการให้เกิดความยืดหยุ่นของกฎหมาย โดยแต่ละประเทศภาคีสมาชิกสามารถที่จะนำไปใช้ได้ด้วยตนเองและเกิดมาตรฐานภายในประเทศของตนได้ แต่วิธีการที่จะนำมาสู่การหาหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมและสามารถปรับหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ให้เป็นไปแนวทางเดียวกันก็ต้องอาศัยหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) จากอนุสัญญากรุงเบอร์นและข้อตกลง TRIPS ภายใต้การปรับให้สอดคล้องกัน (Harmonization) ของกฎหมายของแต่ละประเทศ โดยนำหลักการจากทฤษฎีหยาดเหงื่อแรงงาน (Sweat of the Brow) ทฤษฎีทักษะ แรงงาน และวิจารณญาณ (Skill Labor and Judgement) และทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) ซึ่งเกิดจากคำวินิจฉัยของศาลสหราชอาณาจักรและศาลสหรัฐอเมริกามาเป็นแนวทางการสร้างหลักเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้น

เมื่อในกฎหมายระหว่างประเทศมิได้บัญญัติถึง คำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้นเพื่อที่จะได้ให้ประเทศภาคีสมาชิกรับรองนำไปอนุวัตรการใช้ภายในประเทศของตนแล้ว จึงเป็นเรื่องที่ท้าทายว่าควรจะกำหนดในส่วนของคำนิยามหรือควรที่จะเปิดช่องในลักษณะอย่างใดบ้างที่จะสามารถมองได้ว่าตรงส่วนนี้คือองค์ประกอบของความคิดริเริ่ม

สร้างสรรค์ ในส่วนนี้ผู้เขียนขอให้เหตุผลเพิ่มเติมว่า เมื่อผู้เขียนได้พิจารณาถึงหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในประเทศต่าง ๆ ก็ไม่พบว่า มีประเทศใดกำหนดคำนิยามของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แบบเฉพาะเจาะจงเช่นกัน ซึ่งในต่างประเทศอาจมีมุมมองว่าถ้าหากำหนดคำนิยามความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แบบเฉพาะเจาะจงแล้วก็จะทำให้หลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ที่ผันจากยุคอะนะล็อกไปสู่ระบอบลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัลแล้วก็จะไม่สามารถที่จะใช้หลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตามทีบัญญัติให้คำนิยามไว้ได้

เมื่อผู้เขียนได้วิเคราะห์และพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทยแล้ว ก็จะพบว่าศาลเองก็ไม่ได้กำหนดในส่วนของคำนิยามของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ว่าจะต้องมีลักษณะแบบใด เพียงแต่คำวินิจฉัยของศาลวินิจฉัยว่าวิธีการหรือการกระทำดังกล่าวได้มาในฐานะของผู้สร้างสรรค์หรือไม่และงานนั้นจะต้องเป็นงานสร้างสรรค์ ซึ่งก็จะเห็นได้ว่าหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นไม่สามารถที่จะกำหนดเป็นคำนิยามในลักษณะที่เป็นไปในรูปแบบของคำนิยามที่ตายตัวได้ แต่ผู้เขียนมีมุมมองว่าควรที่จะเปิดช่องให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจประกอบการวินิจฉัยในส่วนของหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในลักษณะที่ว่า หลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ผู้สร้างสรรค์ได้ก่อหรือทำขึ้นนั้นจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญอย่างไรบ้าง โดยให้ศาลพิจารณาว่าการกระทำในลักษณะใดของผู้สร้างสรรค์นั้นแสดงให้เห็นถึงความคิดริเริ่ม ซึ่งเมื่อมีความคิดริเริ่มแล้วก็จะต้องประกอบด้วยความคิดสร้างสรรค์ตามมาเนื่องจากคำทั้งสองคำนั้นเอื้อซึ่งกันและกันและก็จะต้องประกอบไปด้วยความวิริยะอุตสาหะด้วย ทั้งจะต้องพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำในการผลิตชิ้นงานที่แสดงออกมาในรูปแบบของงานสร้างสรรค์ประเภทต่าง ๆ ด้วยรวมถึงจะต้องพิจารณาถึงรายละเอียดตามงานนั้นว่ามีความคิดสร้างสรรค์หรือไม่แล้วขนาดแค่ไหนถึงจะเพียงพอที่จะเป็นการสร้างสรรค์หรือไม่ ก็จะต้องขึ้นอยู่กับการที่จะต้องมองถึงภาพว่างานนั้นมีลักษณะของคำว่าสร้างสรรค์หรือวิริยะอุตสาหะที่เป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่ทำให้เห็นว่ามีความแตกต่างจากงานเดิมหรือมีคุณค่าทางด้านมิติเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมหรือไม่ เพราะว่าถ้าคุณค่าเหล่านั้นได้มาอย่างเพียงพอและเหมาะสม บุคคลที่เข้ามาเสพงานสร้างสรรค์นั้นหรือเข้าใช้งานนั้นก็จะได้รับรู้ในลักษณะเชิงคุณค่าหรือบุคคลที่เป็นเจ้าของสิทธิ์สามารถที่จะได้สิทธิแต่ผู้เดียวได้ งานลิขสิทธิ์เหล่านั้นได้สร้างคุณค่าจากตัวของงานลิขสิทธิ์เองจากการที่ผู้สร้างสรรค์มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ซึ่งตรงนี้จึงเป็นมุมมองอย่างหนึ่งที่จะทำให้เห็นประโยชน์ที่สำคัญจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

เมื่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หมายถึงสิ่งที่ต้องการคิดอันเป็นลักษณะเฉพาะตนของความคิดนั้นของผู้สร้างสรรค์จึงเรียกว่าสร้างสรรค์งานอันเกิดจากความคิดริเริ่มและเมื่อมีการคิดขึ้นมาแล้วความคิดสร้างสรรค์ต้องเกิดขึ้น ซึ่งความคิดสร้างสรรค์ในระดับใดว่าจะมากหรือน้อยต้องมีการพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งความคิดสร้างสรรค์ตรงนี้จะต้องขนาดไหนที่ถือว่ามีความคิดสร้างสรรค์ ก็คือมีความคิดสร้างสรรค์ที่ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะและใช้สติปัญญาที่จะได้มีการดำเนินการดังกล่าวโดย

อาศัยความวิริยะอุตสาหะนั้นผลักดันให้งานนั้นสำเร็จไปสู่จุดมุ่งหมายที่จะผลิตงานสร้างสรรค์ออกมา ดังนั้นหลักการและแนวทางความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ เพื่อที่จะให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องหรือศาลสามารถใช้ดุลพินิจโดยผ่านมุมมองที่เกี่ยวข้องกับมิติเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรม คือองค์ประกอบที่เป็นส่วนสำคัญในการที่ศาลจะพิจารณาว่างานนั้นมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่ จะต้องประกอบไปด้วยความคิดริเริ่มด้วยตนเองโดยใช้ความวิริยะอุตสาหะและความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยในงานสร้างสรรค์

ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะว่าให้มีการกำหนดหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ เพื่อที่ผู้พิพากษาจะนำไปใช้เป็นแนวทางประกอบดุลพินิจในการพิจารณาคดีลิขสิทธิ์ในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ

... “ร่างแนวทางข้อควรพิจารณาของศาลในการพิจารณา ว่าด้วยเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคำนิยาม ขอบเขต และองค์ประกอบของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ พ.ศ.”....

ข้อ 1 คำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ หมายความว่า สิ่งที่ต้องการคิดอันเป็นลักษณะเฉพาะตนของความคิดนั้นโดยเกิดจากความคิดริเริ่มของตนเองและความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยในลักษณะที่เอื้อซึ่งกันและกัน โดยความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยดังกล่าวจะต้องมิใช่ข้อเท็จจริง ข่าวสาร หรือ สิ่งที่มีอยู่โดยปกติแล้วเท่านั้น

ข้อ 2 องค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานสร้างสรรค์ที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ต้องมีความคิดริเริ่มด้วยตนเองและใช้ความวิริยะอุตสาหะในความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยในงานนั้น

6.2.2 ข้อเสนอแนะความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านมิติด้านเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรม

ข้อเสนอแนะในส่วนของมุมมองทางด้านเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรมกับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์สำหรับประเทศกำลังพัฒนาอย่างประเทศไทย หากมีบทบัญญัติที่ชัดเจนในเรื่องกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา โดยบัญญัติไว้ในหมวดแนวนโยบายแห่งรัฐ เพื่อเป็นการให้คำนึกถึงคุณค่าของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์ที่สร้างสรรค์ขึ้นและเป็นการส่งเสริมให้เกิดการพัฒนางานสร้างสรรค์เพื่อให้เกิดการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศไทย

...ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. .... หมวด นโยบายแห่งรัฐ มาตรา..... “รัฐพึงส่งเสริมงานทรัพย์สินทางปัญญา ประเภทงานสร้างสรรค์ ส่งเสริมความคิดทางปัญญาหรือทุนทาง

ปัญญา เพื่อพัฒนาเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม โดยการประกันสิทธิแต่เพียงผู้เดียวให้แก่ผู้สร้างสรรค์ ภายใต้ความสมดุลระหว่างผู้สร้างสรรค์และสาธารณะชน ทั้งนี้ภายในระยะเวลาที่จำกัด”

ดังนั้นเมื่อมีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านมิติด้านเศรษฐศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรมในส่วนแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ เพื่อเข้ามาคุ้มครองตรงจุดนี้ผ่านกฎหมายสูงสุดของประเทศแล้ว หลังจากนั้นหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นกรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ ซึ่งแต่ละหน่วยงานก็สามารถนำไปปรับใช้กฎหมายลำดับรองลงมา หรือนำไปปรับใช้ในรูปแบบของกฎกระทรวง หรือในส่วนของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศก็ควรให้การส่งเสริมบทบาทในส่วนนี้ เพื่อให้เกิดเป็นการกำหนดนโยบายยุทธศาสตร์ชาติว่าด้วยการส่งเสริมทางเศรษฐกิจและสังคมต่อไป

6.2.3 ข้อเสนอแนะประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

ผู้เขียนขอนำเสนอหลักเกณฑ์ในส่วนของประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ที่ได้นำหลักเกณฑ์จากทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) ทฤษฎีหยาดเหงื่อแรงงาน (Sweat of the Brow) และ ทฤษฎีทักษะ แรงงาน และวิจารณญาณ (Skill Labor and Judgement) ซึ่งเกิดจากคำวินิจฉัยของศาลสหรัฐอเมริกาและศาลสหราชอาณาจักรมาเป็นแนวทางการสร้างหลักการและหลักเกณฑ์ที่มีความเหมาะสมที่สุด ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะว่าควรจะแยกประเภทของงานออกจากกัน เพื่อจะพิจารณาระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ให้แตกต่างกัน และมีข้อเสนอแนะว่าให้มีการกำหนดแนวทางหรือหลักการของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ เพื่อที่ผู้พิพากษาจะนำไปใช้เป็นแนวทางประกอบดุลพินิจในการพิจารณาคดีลิขสิทธิ์ในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศต่อไป

...“ร่างแนวทางข้อควรพิจารณาของศาลในการที่จะพิจารณาว่าด้วยเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหลักการของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ พ.ศ.”....

ข้อ 1 กลุ่มงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบดั่งเดิม (Traditional Copyright Works)

(1) งานวรรณกรรมกับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

งานวรรณกรรมที่ผู้สร้างสรรค์ได้แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ โดยมีระดับความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย ซึ่งไม่ได้มีการกระทำอันมีลักษณะเป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลงอย่างหนึ่งอย่างใดในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของงานบุคคลอื่น ย่อมถือได้ว่าเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีระดับที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองได้ ทั้งนี้แนวความคิดของเรื่อง (Plot) ในนวนิยายสามารถเป็นไปในแนวทางเดียวกันได้

(2) งานศิลปกรรมกับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

งานศิลปกรรมที่ผู้สร้างสรรค์ได้แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ โดยมีระดับความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย ซึ่งไม่ได้มีการกระทำอันมีลักษณะเป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลงอย่างหนึ่งอย่างใดในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของงานบุคคลอื่น ย่อมถือได้ว่าเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีระดับที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองได้ ทั้งนี้งานศิลปกรรมนั้นไม่จำเป็นจะต้องคำนึงถึงคุณค่าทางศิลปะ

(3) งานดนตรีกรรมกับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

งานดนตรีกรรมที่ผู้สร้างสรรค์ได้แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ โดยมีระดับความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย ในงานที่เกี่ยวกับเพลงที่แต่งขึ้นเพื่อบรรเลงหรือขับร้องไม่ว่าจะมีทำนองและคำร้องหรือมีทำนองอย่างเดียวและให้หมายความรวมถึงโน๊ตเพลงหรือแผนภูมิเพลงที่ได้แยกและเรียบเรียงเสียงประสานแล้ว ซึ่งไม่ได้มีการกระทำอันมีลักษณะเป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลงอย่างหนึ่งอย่างใดในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของงานบุคคลอื่น ย่อมถือได้ว่าเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีระดับที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองได้

(4) งานนาฏกรรมกับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

งานนาฏกรรมที่ผู้สร้างสรรค์ได้แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ไม่ว่าโดยงานที่เกี่ยวกับการรำ การเต้น การทำท่า หรือการแสดงที่ประกอบขึ้นเป็นเรื่องราวและให้หมายความรวมถึงการแสดงโดยวิธีใบ้ด้วย โดยมีระดับความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย ซึ่งไม่ได้มีการกระทำอันมีลักษณะเป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลงอย่างหนึ่งอย่างใดในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของงานบุคคลอื่น ย่อมถือได้ว่าเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีระดับที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองได้

ข้อ 2 กลุ่มงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบที่พัฒนามาจากงานดั่งเดิม ภาพยนตร์และงานแพร่เสียงแพร่ภาพกับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

(1) ภาพยนตร์ที่ผู้สร้างสรรค์ได้แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ซึ่งรวมถึงงานบันทึกและลำดับภาพที่เคลื่อนไหวอย่างต่อเนื่อง และให้หมายความรวมถึงเสียงประกอบภาพยนตร์นั้นด้วย โดยมีระดับความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย ซึ่งไม่ได้มีการกระทำอันมีลักษณะเป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลงอย่างหนึ่งอย่างใดในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของงานบุคคลอื่น ย่อมถือได้ว่าเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีระดับที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองได้

(2) งานแพร่เสียงแพร่ภาพที่ผู้สร้างสรรค์ได้แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ในลักษณะงานที่นำออกสู่สาธารณชนโดยการแพร่เสียงแพร่ภาพหรือโดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน โดยมีระดับความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย ซึ่งไม่ได้มีการกระทำอันมีลักษณะเป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลงอย่างหนึ่งอย่างใดในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของงานบุคคลอื่น ย่อมถือได้ว่าเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีระดับที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองได้

ข้อ 3 กลุ่มงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทเป็นเทคโนโลยี โปรแกรมคอมพิวเตอร์และฐานข้อมูลกับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

(1) โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผู้สร้างสรรค์ได้แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ โดยมีระดับความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย ซึ่งไม่ได้มีการกระทำอันมีลักษณะเป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลงอย่างหนึ่งอย่างใดในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของงานบุคคลอื่น ย่อมถือได้ว่าเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีระดับที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองได้

(2) ฐานข้อมูลที่ผู้สร้างสรรค์ได้แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ โดยมีระดับความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยในลักษณะของการจัดวาง เรียบเรียงหรือการคัดเลือกข้อมูล โดยการรวบรวมที่ได้ก่อขึ้นโดยการรวบรวมหรือประกอบด้วยเนื้อหาสาระของงานที่มีอยู่ก่อนหรือข้อมูลที่มีการคัดเลือกรวบรวมเข้ากัน หรือเรียบเรียงในวิธีซึ่งก่อให้เกิดงานชิ้นใหม่ และให้หมายความรวมถึงงานที่รวบรวมงานอื่นเข้าด้วยกัน ซึ่งไม่ได้มีการกระทำอันมีลักษณะเป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลงอย่างหนึ่งอย่างใดในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของงานบุคคลอื่น ย่อมถือได้ว่าเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีระดับที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองได้

6.2.4 ข้อเสนอแนะในส่วนของระดับระหว่างประเทศ

ในส่วนของระดับระหว่างประเทศ โดยองค์การทรัพย์สินทางปัญญา (WIPO) ซึ่งเป็นทบวงการชำนัญพิเศษของสหประชาชาติ ก่อตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาระบบทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศที่มีความสมดุลระหว่างการตอบแทนผู้ทรงสิทธิ์ซึ่งนำไปสู่การพัฒนานวัตกรรมใหม่ ๆ และการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ และปกป้องผลประโยชน์ของสาธารณะ โดยมีผลเป็นรูปธรรมคือความตกลงระหว่างประเทศที่สมาชิกเลือกเข้าเป็นภาคีโดยความสมัครใจ ดังนั้นองค์การทรัพย์สินทางปัญญาควรจะจัดให้มีการประชุมระหว่างประเทศเพื่อที่จะถกเถียงกันในประเด็นหลักเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นี้และสร้างหลักเกณฑ์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้นมาหรือสร้างในส่วนขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ เพื่อที่จะทำให้เห็นคุณค่าร่วมกันว่าหลักเกณฑ์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ควรจะเป็นแบบใดและในแต่ละประเทศจะใช้หลักการใดมาเป็นแนวทาง ดุลพินิจ หรือแนวคิดที่แต่ละประเทศมีอยู่ เพื่อที่จะทำให้หลักเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์สอดคล้องกันมากที่สุด โดยองค์การทรัพย์สินทางปัญญาอาจนำเสนอในรูปแบบของความตกลงระหว่างประเทศเพื่อที่จะเป็นกรอบในการกำหนดทิศทางของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์

บรรณานุกรม

กรมทรัพย์สินทางปัญญา. **กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่น**. ค้นวันที่ 1 ธันวาคม 2561 จาก https://www.ipthailand.go.th/th

กรมทรัพย์สินทางปัญญา. **กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา**. ค้นวันที่ 1 ธันวาคม 2561 จาก Available https://www.ipthailand.go.th/th

กรมทรัพย์สินทางปัญญา. **กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักร**. ค้นวันที่ 1 ธันวาคม 2561 จาก https://www.ipthailand.go.th/th

กรมทรัพย์สินทางปัญญา. **กฎหมายลิขสิทธิ์ของสาธารณรัฐอินเดีย**. ค้นวันที่ 1 ธันวาคม 2561 จาก https://www.ipthailand.go.th/th

จักรกฤษณ์ ควรพจน์. **กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2555.

จิรประภา มากลิ่น. **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560.

จิรศักดิ์ รอดจันทร์. **ลิขสิทธิ์ หลักกฎหมายและแนวปฏิบัติ เพื่อการคุ้มครองและการแสวงหาประโยชน์จากงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.

จุมพล ภิญโญสินวัฒน์. **หลักเหตุผลของการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา**. วิทยานิพนธ์ปริญญาดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ และภูมินทร์ บุตรอินทร์. **ประวัติศาสตร์และแนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา**. กรุงเทพมหานคร: เดือนตุลา, 2560.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. **กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. **ชุดย่อหลักกฎหมายลิขสิทธิ์**. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2543.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. **ลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร:นิติธรรม, 2559.

ธัชชัย ศุภผลศิริ. **กฎหมายลิขสิทธิ์ พร้อมด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537**. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2544.

ธัชชัย ศุภผลศิริ. **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์**. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2539.

ปริญญา ดีผดุง. **หลักกฎหมายลิขสิทธิ์และบทวิเคราะห์**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2563.

ปวริศร เลิศธรรมเทวี. **ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน,

2559.

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537. **ราชกิจจานุเบกษา**. 111, 59 ก (21 ธันวาคม 2537).

พัฒนรัชต์ ฟักจันทร์. ความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement). ใน **กฎกติกา WTO เล่มที่ห้า : ทรัพย์สินทางปัญญา**. รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์ และสมบูรณ์ ศิริประชัย, บรรณาธิการ. กรุงเทพมหานคร: สามลดา, 2552.

ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธ์. **คำอธิบายหลักพื้นฐานของกฎหมายเอกชน**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2562.

ศักดิ์ สนองชาติ. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักฝึกอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2532.

อรพรรณ พนัสพัฒนา. **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.

อำนาจ เนตยสุภา และชาญชัย อารีวิทยาเลิศ. **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558.

เอกรินทร วิริโย. **ลิขสิทธิ์กับการคุมครองประโยชนสาธารณะ**. ค้นวันที่ 16 กรกฎาคม 2560 จาก https://www.krisdika.go.th/data/activity/act133.pdf

Abrams, Howard B. Originality and Creativity in Copyright Law. **Law and Contemporary Problems**. 55, 2 (Spring 1992): 8.

Aplin, Tanya and Davis, Jennifer. **Intellectual Property Law: Text, Cases, and Materials**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Bainbridge, David. **Intellectual Property.** 3rd ed. London: Pitman, 1996.

Bengtsson, Henrik. **EU Harmonisation of the Copyright Originality Criterion**. Retrieved February 16, 2017 from http://www.worldservicesgroup.com/publications.asp?action=article&artid=4597

Benlty, Lionel and Sherman, Brad. **Intellectual Property Law**. New York: Oxford University Press, 2001.

Bently, Lionel and Sherman, Brad. **Intellectual Property Law**. 3rd ed. New York: Oxford University, 2008.

Boyd, Steven S. Deriving Originality in Derivative Works: Considering the Quantum of Originality Needed to Attain Copyright Protection in Derivative Work. **Santa Clara Law Review**. 325 (2000): 20.

Colston, Catherine. **Principles of Intellectual Property Law**. London: Cavendish

Publishing, 1999.

Coombe Rosemary J. and Turcotte, Joseph F. Cultural, Political, and Social Implication of Intellectual Property Laws in an Informational Economy. In **Encyclopedia of Life Support Systems**. Abu Dhabi, U.A.E.: EOLSS, 2012.

Cornish, W. R. I**ntellectual Property: Patents, Copyright, Trademark and Allied Rights**. 3rd ed. London: Sweet & Maxell, 1996.

Cowen, Tyler. **Public Goods**. Retrieved February 15, 2016 from http://www.econlib.org/library/Enc/PublicGoods.html

D., Rai. **Copyright Protection for Computer Generated Works in the Light of End User Licensing Agreement**. Retrieved December 1, 2018 from https://blog.ipleaders.in/copyright-protection-for-computer-generated-works-in-the-light-of-end-user-licensing-agreement/?amp=1

Davies, Gillian. **Copyright and the Public Interest**. London: Sweet & Maxwell, 2002.

Drahos, Peter. **A Philosophy of Intellectual Property**. London: Dartmouth, 2001.

The European Broadcasting Union. **Copyright Guide Practical Information for Broadcasters**. Brussels, Belgium: European Broadcasting Union, 2021.

Garon, Jon M. Normative Copyright: A Conceptual Framework for Copyright Philosophy. **Cornell Law Review**. 88, 5 (July 2003): 1296.

Gervais, Daniel J. Intellectual Property, Trade & Development: The State of Play. **Fordham Law Review**. 74, 2 (2005): 505-535.

Halpern, Sheldon W.; Nard, Craig Allen and Port, Kenneth L. **Fundamentals of United States Intellectual Property Law: Copyright, Patent, Trademark**. 2nd ed. Netherland: Kluwer Law International, 2007.

Hepburn, Samantha J. **Principles of Property Law**. 3rd ed. London: Cavendish, 2006.

J.A.L Sterling LLB. **WIPO Copyright Treaty (1996)**. London: Sweet & Maxwell, 1998.

Kotigala, Manoj Isuru. **Rethinking Originality in Copyright Law and Exploring the Potential for a Global Threshold**. Retrieved December 1, 2018 from https://www.researchgate.net/publication/311377345_Rethinking_Originality_in_Copyright_Law_and_Exploring_the_Potential_for_a_Global_Threshold

Lambert, Paul. **Computer Generated Works and Copyright: Selfies, Traps, Robots,**

AI and Machine Learning. Retrieved December 1, 2018 from https://www.researchgate.net/publication/326126398

Landes, William M. and Posner, Richard A. An Economic Analysis of Copyright Law. **The Journal of Legal Studies**. 18, 2 (June 1989): 325-363.

Lange, David; LaFrance, Mary and Myers, Gray. **Teacher's Manual to Accompany Intellectual Property Cases and Materials**. St. Paul, MN: Thomson Business, 2003.

Liebowitz, Stan. **Intellectual Property**. Retrieved February 15, 2016 from http://www.econlib.org/library/Enc/IntellectualProperty.html

Long, Doris Estelle and D'Amato, Anthony. **International Intellectual Property Law**. London: Kluwer Law International, 1997.

Miller, Arthur R. and Davis, Michael H. **Intellectual Property Patents, Trademarks. and Copyright in a Nutshell**. St. Paul, MN: West Academic, 2000.

Moore, Adam D. A Lockean Theory of Intellectual Property. **Hamline Law Review**. 21 (Fall 1997): 65-108.

Phillips, Jeremy and Firth, Alison. **Introduction to Intellectual Property Law**. 2nd ed. London: Butterworths, 1989.

Ricketson, Sam and Ginsburg, Jane C. **International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

Stewart, Stephen M. **International Copyright and Neighbouring Rights**. London: Butterworths, 1983.

USLegal. **Compilations, Collective and Derivative Works**. Retrieved December 1, 2018 from https://copyright.uslegal.com/enumerated-categories-of-copyrightable-works/compilations-collective-and-derivative-works/

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

World Intellectual Property Organization (WIPO). **Summary of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1886)**. WIPO Publication, 287. Geneva: WIPO, 1999.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล นายจตุพล เจริญรื่น

ประวัติการศึกษา นิติศาสตรบัณฑิต
มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
นิติศาสตรมหาบัณฑิต
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
เนติบัณฑิตไทยสมัยที่ 56
สำนักฝึกอบรมวิชากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

ประสบการณ์การทำงาน อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยราชภัฏบ้านสมเด็จเจ้าพระยา