

หลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์

ผ่านมิติเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

The Doctrine of Originality in Copyright Regime Through, Economic, Social, and Cultural Dimension

จตุพล เจริญรื่น¹ และ วริยา ล้ำเลิศ²

Chatupon Chareanroun¹ and Wariya Lamlert²

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

Graduate School of Law, National Institute of Development Administration

Email: Ajbeer_bsru@hotmail.com

Received November 30, 2021; **Revised** February 7, 2022; **Accepted** July 15, 2022

Abstract

Originality is an important principle. 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 the norm of looking at these images that brings about clarity as well as various works of art having differences in originality and level of creativity cannot lead to an inability to view based on any particular criterion. Therefore, in order to determine criteria of originality for any relevant organization or court to exercise discretion through perspectives toward the dimensions of the economy, society, and culture. The research on the principle of originality in the copyright regime through economic, social, and cultural dimensions was qualitative research. Data were collected by documentary research and synthesis results in discussions based on objective research reports. The key element in how a court determines whether an event is original or not is to include such an important element as self-initiation with a little perseverance and originality in creative work.

Keywords: Copyright law, creator, originality, economic, social, and cultural dimensions

บทคัดย่อ

ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ (Originality) เป็นหลักการที่สำคัญ แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันยังไม่มีกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ทั้งในส่วนของการกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศต่างๆ ซึ่งจะมีผลทำให้ในหลายประเทศได้มีการกำหนดความเหมือนหรือความแตกต่างกันอันส่งผลกระทบต่อการตีความ การที่จะยึดถือว่าสิ่งใดควรเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญ หรือส่งผลกระทบต่อบรรทัดฐานในการที่จะมองภาพเหล่านี้ให้เกิดความชัดเจน และรวมไปถึงการที่แต่ละประเภทของงานลิขสิทธิ์ก็มีความคิดริเริ่มและระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่แตกต่างกัน จึงไม่สามารถที่จะมองทางด้านหลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่งเป็นการเฉพาะ ดังนั้น จึงควรมีหลักเกณฑ์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ เพื่อที่จะให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องหรือศาล สามารถใช้ดุลพินิจโดยผ่านมุมมองที่เกี่ยวข้องกับมิติเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม การวิจัยเรื่องหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ผ่านมิติเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ การเก็บรวบรวมข้อมูลโดยการวิจัยเอกสารและสัมภาษณ์ ได้ผลของการอภิปรายตามรายงานผลการวิจัยตามวัตถุประสงค์โดยองค์ประกอบที่เป็นส่วนสำคัญในการที่ศาลจะพิจารณาว่างานนั้นมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่ จะต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบที่สำคัญ คือความคิดริเริ่มด้วยตนเองโดยใช้ความวิริยะอุตสาหะ และความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยในงานสร้างสรรค์

คำสำคัญ: กฎหมายลิขสิทธิ์, ผู้สร้างสรรค์, ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์, มิติเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม

บทนำ

ในปัจจุบันมีการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์จำนวนมาก ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเทคโนโลยีที่พัฒนาแล้ว ยิ่งทำให้เกิดการทำซ้ำได้โดยง่าย ซึ่งการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรงต่องานสร้างสรรค์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้นความสำคัญของลิขสิทธิ์ในปัจจุบันว่ามีการคัดลอกหรือมีการทำซ้ำ ซึ่งส่วนใหญ่เวลาศาลจะตีความว่าเป็นการทำซ้ำหรือไม่ ศาลจะพิจารณาจากเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ (Originality) (Abrams, 1992) ประกอบกับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ว่างานที่แสดงออกมาซึ่งความคิด มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่ เพราะส่วนใหญ่แล้วจำเลยจะโต้แย้งว่าไม่ได้มีการทำซ้ำ งานที่แสดงออกมามีการคิดเพิ่มเติม ปัญหาที่สำคัญที่สุดของการโต้แย้งของจำเลยหรือเป็นกรณีที่โจทก์ที่จะเอามาเพื่อที่จะทำให้จำเลยต้องมีการพิสูจน์ก็คือ ตกกลงแล้วมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์มากจนถือเป็นงานใหม่หรือไม่หรือเป็นเพียงการลอกเลียนมาจากงานเดิม ดังนั้นคำว่า ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จึงเป็นคำที่มีบทบาทหรือมีความสำคัญ ที่ศาลจะใช้ดุลพินิจว่าบุคคลดังกล่าวหรือจำเลยที่ถูกกล่าวหาว่าละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นจริงหรือไม่ ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จะมีผลทำให้งานนั้นเป็นงานชิ้นใหม่ที่แตกต่างจากงานชิ้นดั้งเดิมหรือไม่ ซึ่งในส่วนของการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นก็ถึงข้อโต้แย้งในส่วนของการคำนียามและขอบเขตและรวมไปถึงองค์ประกอบด้วย

เมื่อพิจารณาถึงความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องลิขสิทธิ์ ในเรื่องของการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือภายใต้ระบอบลิขสิทธิ์นั้น ไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) หลักเกณฑ์ว่าด้วยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่ไม่ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนในอนุสัญญากรุงเบอร์นแต่ในเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎหมายหรือ

เอกสารที่มีส่วนต่อการตีความด้วยทฤษฎีกฎหมาย ในการประชุม Brussels Revision Conference ระบุว่าประเด็นเรื่อง intellectual creation (การสร้างสรรคทางปัญญา) ถือเป็นสิ่งที่จะต้องอยู่ภายในแนวคิดของงานด้านวรรณกรรมและศิลปกรรม อาจกล่าวได้ว่าแนวคิดนี้ได้แสดงไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 2 (5) ซึ่งพูดถึงการรวบรวมงานด้านวรรณกรรมและศิลปกรรมว่าเป็นการสร้างสรรคทางปัญญาจากการเลือกและจัดวางเนื้อหา โดยมีนักวิชาการด้านกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กล่าวว่าการระบุอย่างชัดเจนเช่นนี้ถือเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับงานดังกล่าวแต่ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องระบุไว้สำหรับการสร้างสรรคงานหลัก ๆ ในมาตรา 2(1) อย่างไรก็ตามแทบไม่มีหลักเกณฑ์ชัดเจนที่พูดถึงการสร้างสรรคทางปัญญาว่ามองจากอะไร และดังนั้นประเทศสมาชิกอาจจะหรือมีการดำเนินงานที่แตกต่าง กันต่อมาตรฐานที่ต่ำที่สุดในเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ (Ricketson & Ginsburg, 2006)

ในส่วนของความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) และ สนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty) ต่างก็ให้หลักเกณฑ์ของลักษณะของการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์โดยการแสดงออกมาซึ่งความคิดในงานประเภทต่าง ๆ หรือความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้นต้องมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยให้ความหมายในลักษณะนี้เท่านั้น (Correa, 2007) แต่อย่างไรก็ดีความตกลงระหว่างประเทศทั้ง 3 ความตกลงนี้ไม่ได้มีการให้นิยามและคำจำกัดความหรือขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้แต่ถือว่าเป็นประการสำคัญในการที่จะได้มาซึ่งการคุ้มครองภายใต้ระบบลิขสิทธิ์ ดังนั้นประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกในอนุสัญญากรุงเบอร์นวาด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (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) จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการรับรอง (adopt) ในเรื่องหลักเกณฑ์ของการได้มาซึ่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศทั้ง 3 ความตกลงไปใช้ภายในประเทศ (Ilardi & Blakeney, 2004) โดยแต่ละประเทศก็จะใช้ในส่วนของการพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาล การใช้ดุลพินิจของศาล หรือมีการระบุไว้เป็นลักษณะของเกณฑ์ตามแต่ละประเทศเอง ซึ่งหลักการดังกล่าวก็จะทำให้เห็นว่าแต่ละประเทศมีการใช้หลักการอย่างไรบ้างภายใต้มิติเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (Coombe & Turcotte, 2012) อันเนื่องมาจากเป็นเรื่องสำคัญที่จะต้องพิจารณาเป็นคำถามว่าในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานนั้น จะขึ้นอยู่กับบริบททางวัฒนธรรม เศรษฐกิจ สังคม และการเมืองนั้นด้วยๆ ส่วนหนึ่งก็เป็นเพราะว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์สัมพันธ์กับมุมมองของศาลต่อแรงงานและงานที่เป็นผลมาจากแรงงานนั้น ผลจากความคิดเช่นนี้คือมุมมองต่อสิ่งที่ถูกมองว่าเป็นความคิดริเริ่มสร้างสรรค์อาจเปลี่ยนไปเมื่อเวลาเปลี่ยน (Bently et al., 2018)

สำหรับกรณีที่ได้มีการให้คำจำกัดความหรือคำนิยามในเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้ในความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งมีผลทำให้เมื่อแต่ละประเทศนำมาเป็นธรรมเนียมปฏิบัติหรือประเพณีปฏิบัติให้กับศาลในการพิพากษาพิพากษา โดยอาศัยมุมมองของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ซึ่งถือว่าเป็นบรรทัดฐานที่สำคัญอย่างหนึ่งในการที่จะพิจารณาว่าใครละเมิดลิขสิทธิ์ หรือว่างานนั้นจะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ แต่ก็ได้มีการกำหนดตายตัวหรือคำจำกัดความในลักษณะเจาะจงว่าคำไหนจะต้องหมายความว่าอย่างไร ซึ่งในส่วนตรงนี้ก็ก่อให้เกิดกรณีศึกษาต่าง ๆ ขึ้นมามากมาย ซึ่งรวมถึงแนวคำพิพากษาที่ทำให้ต้องมาศึกษาว่าในแต่ละประเทศใช้หลักการ หลักเกณฑ์ หรือเงื่อนไขใด (Correa, 2000) เข้ามาในการที่จะวิเคราะห์หรือให้บรรทัดฐานตรงนี้ ผู้วิจัยจึงได้แบ่งในส่วนนี้ออกเป็นสองส่วนเพื่อที่จะทำให้เกิดการศึกษาในความแตกต่างในส่วนนี้ โดยจะยังไปสู่ผลของการกำหนดความคิดริเริ่มในส่วนของการนิยาม ขอบเขต องค์ประกอบ ระดับและในเรื่องของประเภทของงาน โดยในส่วนแรกคือกลุ่มประเทศที่เศรษฐกิจพัฒนา

แล้ว ซึ่งในส่วนนี้จะศึกษาในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรและประเทศญี่ปุ่น ในส่วนของกลุ่มที่สองคือประเทศที่เศรษฐกิจกำลังพัฒนาซึ่งในส่วนนี้จะศึกษาในส่วนของประเทศไทยและอินเดีย

ดังนั้น การวิจัยนี้จึงเป็นการศึกษาประเด็นดังต่อไปนี้ 1. วิเคราะห์คำนิยามขอบเขตและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ 2. วิเคราะห์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านทฤษฎีทางกฎหมายลิขสิทธิ์ 3. วิเคราะห์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านมิติด้านเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม 4. ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์กับระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ในประเด็นดังกล่าวทั้งหมดทำให้วิจัยต้องการที่จะศึกษาใน 4 ประเด็นตรงนี้ โดยการเปรียบเทียบในส่วนของแต่ละประเทศ และการใช้ดุลพินิจของศาล คำพิพากษา กรณีศึกษาและรวมไปถึงหลักการทางลิขสิทธิ์ เพื่อที่จะทำให้เห็นองค์ประกอบที่สำคัญว่าควรจะมีหลักการหรือหลักเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์อย่างไร เพื่อที่จะให้เหมาะสมกับการที่จะนำไปใช้ไม่ว่าจะเป็นในส่วนของศาลหรือผู้ที่วางนโยบายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ ทั้งนี้มองในด้านมิติเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมมาเป็นองค์ประกอบที่จะแสดงให้เห็นว่า ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ควรจะขึ้นอยู่กับทั้งสามมิติดังกล่าวด้วยหรือไม่

วัตถุประสงค์การวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิด หลักการในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ในระบอบลิขสิทธิ์ รวมถึงประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ เขตอำนาจศาล การใช้ดุลพินิจของศาลในการที่จะพิจารณาเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์

2. เพื่อศึกษากรอบและหลักเกณฑ์การกำหนดของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ในระบอบลิขสิทธิ์ ตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ เพื่อที่จะทำให้เห็นถึงมุมมองของความตกลงที่ประเทศต่าง ๆ มีความคิดร่วมกันในการเข้ามาเป็นภาคีสมาชิกของกฎหมายระหว่างประเทศแต่ละฉบับ โดยทำให้เห็นว่าแต่ละประเทศมีความคิดเห็นอย่างไรในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งจะเป็นแนวทางสำหรับการพิจารณาถึงการกำหนดกรอบและหลักเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ได้อย่างเหมาะสมและสมมูลต่อไป

3. เพื่อศึกษาและเปรียบเทียบความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ในระบอบลิขสิทธิ์ ภายใต้กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย ว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร

4. เพื่อศึกษาปัญหาหรือบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ในระบอบลิขสิทธิ์ ในประเด็นคำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์และทฤษฎีที่นำมาปรับใช้ โดยมีผลกระทบจากมิติเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมต่อการกำหนดระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

5. เพื่อหาข้อเสนอแนะและแนวทางที่จะนำมาพัฒนาหลักการในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ในระบอบลิขสิทธิ์ผ่านมิติเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เพื่อจะทำให้เกิดการพัฒนาให้เป็นมาตรฐานเดียวกันของการพิจารณาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย

ขอบเขตการวิจัย

การวิจัยเรื่องหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบบลิขสิทธิ์ผ่านมิติเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมมีขอบเขตในการศึกษาดังนี้

1. ขอบเขตของเนื้อหา ศึกษาตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ทั้งฉบับ โดยเชื่อมโยงกับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ในอดีตและปัจจุบัน เพื่อให้เห็นถึงเหตุผลที่มาและแนวความคิดของกฎหมาย และพัฒนาการของกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย ทั้งนี้จะศึกษาในรายละเอียดของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ ทั้งในส่วนตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องและคำพิพากษาศาลฎีกาด้วย

2. ในส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น มีขอบเขตของการศึกษาที่เน้นหนักไปในส่วนของอนุสัญญากรุงเบิร์น ว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) เป็นสำคัญ เนื่องจากประเทศไทยได้เข้าร่วมในอนุสัญญาและความตกลงดังกล่าวแล้ว สำหรับในส่วนของสนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty) ก็จะนำมาศึกษาประกอบด้วยเช่นกัน

3. ในส่วนของกฎหมายต่างประเทศ แบ่งขอบเขตการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน คือ ประเทศที่เศรษฐกิจพัฒนาแล้ว ประกอบด้วย สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และญี่ปุ่น และประเทศที่เศรษฐกิจกำลังพัฒนา ประกอบด้วย อินเดีย และไทย จากนั้นจะกล่าวถึงหลักการและแนวความคิดของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ของแต่ละประเทศ ที่ทำให้ได้มาซึ่งงานสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์แต่ละประเภท

ขอบเขตระยะเวลาที่ใช้ในการวิจัยครั้งนี้ ตั้งแต่วันที่ 3 มีนาคม พ.ศ. 2563 ถึงวันที่ 5 มกราคม พ.ศ. 2565

ทบทวนวรรณกรรม

แนวความคิดในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์นั้น มีที่มาจากหลักการในทางเศรษฐกิจที่ว่าผู้ใดได้ทำการสร้างสรรค์สิ่งใดขึ้นมา ก็สมควรเป็นผู้ที่สามารถหาประโยชน์จากสิ่งที่ตนเองได้สร้างสรรค์นั้น เพื่อให้คุ้มค่ากับการใช้ความวิริยะอุตสาหะตลอดจนความคิดในการสร้างสรรค์และการให้ความคุ้มครองประโยชน์นี้จะเป็นแรงจูงใจให้บุคคลทั่วไปสร้างสรรค์งานในลักษณะต่าง ๆ ตามแรงบันดาลใจที่เกิดขึ้น รวมทั้งความปรารถนาที่จะเผยแพร่ผลงานของตนให้สาธารณชนได้มีโอกาสรับอรรถรสทางความคิดในความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์

สำหรับเหตุผลและความจำเป็นของกฎหมายลิขสิทธิ์ มีทฤษฎีลิขสิทธิ์ที่สำนักคิดพยายามหาเหตุผลและความจำเป็นของการมีกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยทฤษฎีที่สำคัญของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ (Bently et al., 2018) ไม่ว่าจะเป็นในส่วนของทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ (Natural right theory) มีสาระสำคัญในส่วนเหตุผลว่ารัฐควรให้ความคุ้มครองงานของผู้สร้างสรรค์ เพราะงานของผู้สร้างสรรค์เป็นผลผลิตจากแรงงาน ความคิด และแรงบันดาลใจของผู้สร้างสรรค์ จนอาจกล่าวได้ว่างานสร้างสรรค์เป็นส่วนขยาย (Extension) ของความเป็นตัวตนของผู้สร้างสรรค์ ผู้สร้างสรรค์จึงควรมีความเป็นเจ้าของงานสร้างสรรค์นั้น ในส่วนของทฤษฎีประโยชน์ตอบแทน (Reward theory) มีสาระสำคัญในส่วนเหตุผลว่ารัฐควรให้ประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้สร้างสรรค์เพื่อเป็นการตอบแทนการที่ผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความอุตสาหะสร้างสรรค์งานนั้นขึ้นให้ สาธารณชนได้ศึกษาเรียนรู้ โดยลิขสิทธิ์เป็นประโยชน์ตอบแทนที่เหมาะสม และทฤษฎีเหตุจูงใจ (Incentive-based theory) มีสาระสำคัญในส่วนเหตุผลว่ารัฐควรให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์

เพราะการ ให้ความคุ้มครองดังกล่าวจะเป็นการกระตุ้นให้เกิดการสร้างสรรคในระดับสูงสุด (Optimum) อันจะ เป็น ประโยชน์ต่อสาธารณชนมากที่สุด ซึ่งหากปราศจากการให้ความคุ้มครองโดยลิขสิทธิ์แล้ว ผู้สร้างสรรค์ย่อมมีความ กังวลว่างานสร้างสรรค์ของตนจะถูกนำไปใช้โดยที่ตนไม่ได้รับประโยชน์ตอบแทนใด ๆ และเลือกที่จะไม่สร้างสรรคงาน ขึ้นมาในที่สุด อันจะทำให้ปริมาณการสร้างสรรคลดน้อยลง หรืออาจไม่มีการสร้างสรรคงานบางประเภทเกิดขึ้นเลย

ในส่วนของหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่เป็นประเด็นสำคัญอีกส่วนหนึ่งก็คือบทบัญญัติ 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 โดยสิ่งต่างๆ เหล่านี้เป็น สิทธิมนุษยชนที่ทุกคนจะได้รับประโยชน์จากศิลปะ และข้อ 27 (2) ผู้สร้างสรรค์จะได้รับการคุ้มครองในสิ่งซึ่งเป็นสิทธิ ในเชิงวัตถุและสิทธิในทางศีลธรรมอันเป็นผลมาจากการวรรณกรรม และศิลปกรรม ดังนั้น ข้อ 27 แห่งปฏิญญาสากลว่า ด้วยสิทธิมนุษยชน จึงเป็นฐานว่าทุกคนมีสิทธิในการที่จะได้รับการคุ้มครอง แต่ฐานแห่งการคุ้มครองดังกล่าวเป็นฐาน แห่งการคุ้มครองโดยปกติ ซึ่งมีได้กล่าวว่าการสร้างสรรค์มีความคิดริเริ่มเป็นอย่างไร หรืองานสร้างสรรค์มีระดับ ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แค่ไหน แต่ปฏิญญาสากลข้อ 27 ไปคุ้มครองงานที่ได้พัฒนาออกไปเป็นงานวรรณกรรมและ ศิลปกรรม ดังนั้นในเมื่อเกิดการคุ้มครองแล้วจะเป็นอย่างไรให้ตรงตามกรอบของลิขสิทธิ์ ซึ่งต้องพิจารณาถึง รายละเอียดอีกครั้ง

ในส่วนของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องลิขสิทธิ์ ไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่าง ประเทศ ได้มีการบัญญัติและกล่าวถึงเพียงว่างานสร้างสรรค์ประเภทใดที่ได้รับความคุ้มครองอย่างงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่ในเนื้อหาของบทบัญญัติของอนุสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวมิได้มีการบัญญัติถึงคำนิยามและขอบเขต และองค์ประกอบความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้อย่างชัดเจนแต่ประการใด ไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ว่าด้วยการ คุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) ซึ่งในมาตรา 2 (1) (3) และ(5) ได้กล่าวถึงการแสดงออกซึ่งความคิดในงานประเภทต่าง ๆ ที่ได้รับความคุ้มครองไว้เท่านั้น หาก พิจารณากล่าวถึงคำว่า “ความคิดริเริ่ม” ตามอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน จะพบว่าเนื้อหาทั้งหมดของอนุสัญญามีได้กล่าวถึง นิยาม ขอบเขต และองค์ประกอบความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้โดยตรง แต่ให้ประเทศภาคีสมาชิกบัญญัติในเรื่อง ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้นเอง ซึ่งส่งผลให้ประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญา ยังคงมีความขัดแย้งในการ ตีความคำว่า ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ทำให้เกิดมาตรฐานที่ไม่เท่ากันในการคุ้มครองสิทธิ ในส่วนของความตกลงว่า ด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) ข้อตกลง TRIPS ก็ได้บัญญัติหรือกำหนดไว้ ในเรื่องของคำนิยาม ขอบเขต และองค์ประกอบความคิดริเริ่ม สร้างสรรค์เช่นเดียวกัน แต่ให้ประเทศภาคีสมาชิกกำหนดหรือบัญญัติขึ้นมาเอง โดยคำนึงถึงหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National treatment) ในการที่จะดำเนินการในเรื่องดังกล่าว โดยพิจารณาถึงความคิดริเริ่มเป็นสำคัญ ในส่วนของ สนธิสัญญาองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ว่าด้วยลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty) ได้มีการดำเนินการโดยใช้ อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม เป็นกฎหมายที่เป็นรูปแบบและนำมา

ประยุกต์ใช้กับเรื่องเทคโนโลยี เป็นสำคัญ ซึ่งมีได้มีการให้คำจำกัดความหรือมิได้อธิบายในตัวของคำนิยาม ขอบเขต และองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้เช่นกัน

เมื่อในส่วนของสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศที่ได้มีการดำเนินการลักษณะดังกล่าวข้างต้น โดยไม่ได้มีการกำหนดคำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อประเทศภาคีสมาชิกในการวางหลักเกณฑ์และหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์ และประเทศภาคีสมาชิกเกิดการวางหลักเกณฑ์และหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่มีความแตกต่างกันออกไป โดยอาศัยทฤษฎีทางกฎหมายลิขสิทธิ์ตามแนวทางการวินิจฉัยของศาลในแต่ละประเทศ ดังนี้

ทางด้านของสหราชอาณาจักร เป็นภาคีสมาชิกของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญากรุงเบอร์ลินว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมและความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (ข้อตกลง TRIPS) ซึ่งว่าด้วยเรื่องการคุ้มครองลิขสิทธิ์ และในส่วนของสหราชอาณาจักร รับการอนุวัติการกฎหมายระหว่างประเทศนี้เข้ามาใช้กับกฎหมายภายในโดยการกำหนดในเรื่องของกฎหมายที่คุ้มครองลิขสิทธิ์ที่ชื่อว่า Copyright Designs and Patents Act 1988 ซึ่งบทบัญญัติในมาตรา 1 (a) (b) ได้กล่าวถึงประเภทของงานลิขสิทธิ์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองไว้เท่านั้น โดยมีได้มีการกล่าวถึงในเรื่องของคำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ว่าเป็นอย่างไร แต่กลับกลายเป็นว่าในส่วนขององค์ประกอบที่ผู้เขียนได้มีการกล่าวถึงแล้วในการที่สหราชอาณาจักรให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์ก็จะต้องอยู่ภายใต้การยึดโยงว่างานนั้นจะต้องมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ทั้งนี้ จึงได้กลายมาเป็นประเด็นที่สหราชอาณาจักร ต้องใช้วิธีวางมาตรการของหลักการความคิดริเริ่มผ่านการวินิจฉัยคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นในกรณีศึกษาจากคำพิพากษาของศาลในคดี *Ladbroke Football Ltd v. William Hill Football Ltd* ซึ่งในคดีดังกล่าวเป็นเพียงแค่เป็นการนำคูปองสำหรับพนันฟุตบอลซึ่งมีเพียงชื่อบริษัทผู้รับพนัน รายชื่อการแข่งขันที่สามารถพนันได้ในวันนั้นและอัตราต่อรอง ศาลได้ตัดสินว่างานดังกล่าวเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรมที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้การคุ้มครองแล้ว โดยถือว่าผู้สร้างสรรค์งานได้ใช้ทักษะแรงงานและวิจารณญาณแล้ว (Skill Labor and Judgement) (Gervais, 2004)

ทางด้านของสหรัฐอเมริกา ก็เป็นภาคีสมาชิกของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญากรุงเบอร์ลินว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมและความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (ข้อตกลง TRIPS) ซึ่งว่าด้วยเรื่องการคุ้มครองลิขสิทธิ์และในส่วนของสหรัฐอเมริกาก็รับการอนุวัติการกฎหมายระหว่างประเทศนี้เข้ามาใช้กับกฎหมายภายในโดยการกำหนดในเรื่องของกฎหมายที่คุ้มครองลิขสิทธิ์ที่ชื่อว่า The Copyright Act 1967 ซึ่งบทบัญญัติในมาตรา 102 (a) (b) นั้นกฎหมายได้บัญญัติเอาไว้เพียงว่าลิขสิทธิ์เป็นงานริเริ่มของผู้สร้างสรรค์ (Original works authorship) และไม่คุ้มครองไปถึงลิขสิทธิ์ของข้อมูลโดยไม่ได้กำหนดเอาไว้ว่าอย่างไรจึงจะถือเป็น “การริเริ่มสร้างสรรค์” อันจะทำให้งานนั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายขึ้นมาได้ ทั้งไม่ได้กล่าวถึงคำนิยามและขอบเขตความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ว่าเป็นอย่างไร แต่กลับกลายเป็นว่าในส่วนขององค์ประกอบที่ผู้เขียนได้มีการกล่าวถึงแล้วในการที่สหรัฐอเมริกาให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์ก็จะต้องอยู่ภายใต้การยึดโยงว่างานนั้นจะต้องมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ทั้งนี้จึงได้กลายมาเป็นประเด็นที่ประเทศสหรัฐอเมริกาต้องใช้วิธีวางมาตรการของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านการวินิจฉัยคดีที่เกิดขึ้นในคดี *Fiest Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Company Inc.* ว่าในกรณีหากเป็นข้อเท็จจริง (Fact) เช่นข้อมูลรายชื่อผู้ใช้โทรศัพท์และข้อมูลที่อยู่ซึ่งเพียงพอที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ นั่น ซึ่งศาลสูงสุดได้วางหลักการหรือหลักเกณฑ์อันเป็นสาระสำคัญว่า หากเป็นเรื่องของข้อเท็จจริง ข่าวสาร หรือสิ่งที่มีอยู่แล้วนั้นไม่สามารถ

ที่จะเกิดความคิดริเริ่มและระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่จะถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ อันเนื่องมาจากการที่นำข้อมูลที่มีอยู่แล้วนำมาประมวลและรวบรวมโดยที่ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงการสรรค์สรรค์แต่อย่างใด (Yen, 1991) ซึ่งจากกรณีศึกษาดังกล่าวมีค่าสำคัญและมีนัยที่แสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ดุลพินิจ โดยการใช้หลักเกณฑ์ศาลกำลังมองว่าทางด้านของข้อเท็จจริง การรวบรวมข้อมูล การรวบรวมความจริงที่เกิดขึ้นในเชิงที่มีการใช้หรือมีการปฏิบัติกันอยู่แล้ว สิ่งดังกล่าวไม่สามารถที่จะแสดงให้เห็นถึงความสร้างสรรค์ หลักเกณฑ์ตรงนี้ที่จะนำมาวัดได้และถึงแม้ว่าจะมีในส่วนของการขาดเหลือและแรงงานที่กระทำออกไปแต่ขาดเหลือแรงงานดังกล่าวนั้นทำให้เกิดงานขึ้น แต่ขาดเหลือและแรงงานดังกล่าวไม่ได้ถูกพัฒนาทำให้เกิดความคิดริเริ่ม แต่เป็นขาดเหลือแรงงานที่มาจากสิ่งที่มีอยู่เดิมเพียงแต่นำมารวบรวม ซึ่งจากตรงนี้แสดงให้เห็นว่า ไม่เข้ากรอบองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

จากคำวินิจฉัยในคดี Fiest Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Company ผู้พิพากษา O'connor ได้วินิจฉัยโดยให้เหตุผลของคำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มไว้ มีสาระสำคัญว่า (Abrams, 1992) “องค์ประกอบพื้นฐานของงานลิขสิทธิ์คือความคิดริเริ่มและแนวความคิดของกฎหมายลิขสิทธิ์ถือว่าความคิดริเริ่มเป็นสิ่งจำเป็นที่งานสร้างสรรค์ในทุกงานต้องมาก่อนที่จะได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยไม่คำนึงรูปแบบใด ๆ ของงานสร้างสรรค์” และในคดีดังกล่าวยังทำให้ได้คำตอบในส่วนที่ว่าความคิดริเริ่ม (Originality) และความคิดสร้างสรรค์ (creativity) ในงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้แสดงออกเป็นคำคำเดียวกันหรือไม่ และมีขอบเขตที่กว้างแคบหรือมีขอบเขตที่ลึกไม่ลึกอย่างไรนั้น ซึ่งศาลสูงสุดวินิจฉัยไว้ในลักษณะว่าความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์เป็นคำที่มีความหมายเดียวกันและมีขอบเขตคำทั้งสองคำดังกล่าวมีขอบเขตที่ทับซ้อนกันเกือบทั้งหมดจนแทบจะถือว่าเป็นเกณฑ์เดียวกันได้ เพียงแต่ให้ความสำคัญกับมุมมองที่แตกต่างกันอยู่บ้างเล็กน้อยเท่านั้น เนื่องจากสหรัฐอเมริกาใช้ทั้งคำว่าความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์ร่วมกัน (Pinyosinwat & Butr-indr, 2021)

ทางด้านของประเทศไทย เป็นภาคีสมาชิกของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญากรุงเบอร์ลินว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (ข้อตกลง TRIPS) ซึ่งว่าด้วยเรื่องการคุ้มครองลิขสิทธิ์ และในส่วนของประเทศไทย ก็รับการอนุวัติการกฎหมายระหว่างประเทศนี้เข้ามาใช้กับกฎหมายภายใน โดยการกำหนดในเรื่องของกฎหมายที่คุ้มครองลิขสิทธิ์ ที่ชื่อว่าพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งบทบัญญัติในมาตรา 6 ได้บัญญัติถึงการแสดงออกซึ่งความคิดในงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทต่าง ๆ ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองไว้เท่านั้น โดยในส่วนของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์นั้นก็มิได้มีการกล่าวถึงในเรื่องของคำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มว่าเป็นอย่างไร แต่กลับกลายเป็นว่าในส่วนขององค์ประกอบที่ผู้เขียนได้มีการกล่าวถึงแล้ว ในการที่ประเทศไทยให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์ จะต้องอยู่ภายใต้การยึดโยงว่างานนั้นจะต้องมีความคิดริเริ่ม ทั้งนี้ จึงได้กลายมาเป็นประเด็นที่ประเทศไทยต้องใช้วิธีวางมาตรการของหลักการความคิดริเริ่มผ่านการวินิจฉัยคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 973/2551 ที่ให้การคุ้มครองหนังสือที่เป็นการหยิบยกคำศัพท์แต่ละคำ และความหมายของคำที่ผู้สร้างสรรค์ให้ไว้ในพจนานุกรมขึ้นมาเป็นวัตถุแห่งการวิจารณ์ โดยการวิจารณ์คำแต่ละคำเริ่มต้นด้วยคำศัพท์และความหมายของคำแต่ละคำ ตลอดจนเนื้อหาของการวิจารณ์ที่มีการอ้างบทกฎหมายและความเห็นทางตำราประกอบ และความหมายของคำที่ควรจะเป็น โดยไม่ปรากฏว่ามีการเลียนแบบผู้ใด นับว่าเป็นงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความรู้ ความสามารถ ความวิริยะอุตสาหะในการค้นคว้าจัดลำดับและเรียบเรียงที่เป็นประโยชน์แก่ผู้อ่าน ถือว่าผู้สร้างสรรค์ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์ด้วยตนเอง จึงให้ความคุ้มครองหนังสือดังกล่าวอย่างงานวรรณกรรม ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 บรรทัดแรก และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 14580/2557 ที่ไม่ให้การคุ้มครองการ ที่นำรูปแบบลายผ้ามาเลียนหรือประกอบเข้าด้วยกันแล้ว

เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมลายโบราณในส่วนของการรายละเอียดเพียงเล็กน้อย มีลักษณะเป็นการคัดลอกหรือเลียนแบบ หรือทำซ้ำ ซึ่งลวดลายของผ้าที่มีมาแต่โบราณ ซึ่งตกเป็นงานสาธารณะแล้วเท่านั้น ไม่ได้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยเปลี่ยนรูปใหม่ หรือปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ งานดังกล่าวจึงไม่ใช่งานดัดแปลงงานที่มีมาแต่โบราณซึ่งตกเป็นงานสาธารณะแล้ว ถึงขนาดที่เรียกได้ว่าเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทงานศิลปะประยุกต์ อันจะถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 และมาตรา 6 โดยคำพิพากษาศาลฎีกา ทั้งสองเรื่องดังกล่าว ศาลมีมติให้คำนิยามและขอบเขตของความคิดริเริ่มไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงว่ามีความหมายว่าอย่างไร แต่ในส่วนของผู้พิพากษานั้น ได้พยายามที่จะสื่อความหมายและอธิบายถึงในส่วนของการคำนิยาม และขอบเขตของหลักการความคิดริเริ่ม ที่จะทำให้ได้รับหรือไม่ได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ซึ่งในเหตุผลของคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองเรื่อง มุ่งหลักการอันเป็นสาระสำคัญว่า “งานลิขสิทธิ์ที่มีหลักการความคิดริเริ่มนั้นต้องเป็นการทำหรือก่อให้เกิดขึ้นด้วยการริเริ่มสร้างสรรค์ด้วยตนเองหรือเป็นการสร้างสรรค์ด้วยตนเอง งานที่จะมีลิขสิทธิ์นั้นเพียงปรากฏว่าเป็นงานที่เกิดจากการสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ โดยผู้รู้ความสามารถและความเชี่ยวชาญระดับหนึ่งในงานนั้น และความวิริยะอุตสาหะจนทำให้งานนั้นสำเร็จ และมีได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต ก็ถือเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์แล้วโดยไม่จำเป็นต้องเป็นงานที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน” ดังนั้นปรัชญา (Philosophy) ที่สำคัญในการกำหนดหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ซึ่งมีบทบาทในระบอบลิขสิทธิ์และทำให้เห็นว่าตัวของจารีตประเพณี จริยธรรมต่าง ๆ ที่มีขึ้นหรือมีอยู่เป็นกรอบความคิด กรอบหลักการหรือแนวคิดของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ (Drahos, 1996) ของแต่ละประเทศและเหตุผลในคำวินิจฉัยประกอบกัน

กล่าวโดยสรุปจากการทบทวนวรรณกรรม เห็นได้ว่าทั้งในส่วนกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในประเทศนั้น มิได้มีการให้คำจำกัดความหรือคำนิยาม ขอบเขต และองค์ประกอบในเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้ ซึ่งมีผลทำให้เมื่อแต่ละประเทศนำมาเป็นธรรมเนียมปฏิบัติหรือประเพณีปฏิบัติให้กับศาลในการพิจารณาพิพากษา โดยอาศัยมุมมองของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ซึ่งถือว่าเป็นบรรทัดฐานที่สำคัญอย่างหนึ่งในการที่จะพิจารณาว่าใครละเมิดลิขสิทธิ์ หรือว่างานนั้นจะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ แต่ก็ได้มีการกำหนดตายตัว หรือคำจำกัดความในลักษณะเจาะจงว่า คำไหนจะต้องหมายความว่าอย่างไร ซึ่งในส่วนตรงนี้ก็ก่อให้เกิดกรณีศึกษาต่าง ๆ ขึ้นมามากมาย ซึ่งรวมถึงแนวคำพิพากษาที่ทำให้ต้องมาศึกษาว่า ในแต่ละประเทศใช้หลักการ หลักเกณฑ์ หรือเงื่อนไขใดเข้ามาในการที่จะวิเคราะห์หรือให้บรรทัดฐานตรงนี้

วิธีการดำเนินการวิจัย

การวิจัยเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ผ่านมิติเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยศึกษาข้อมูลจากเอกสาร (Documentary Research) ตำรา หนังสือ บทความทางวิชาการ ข้อเขียนวิชาการ สารนิพนธ์ วิทยานิพนธ์ งานวิจัย คำพิพากษา ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ รวมถึงอนุสัญญา สนธิสัญญา ความตกลงระหว่างประเทศและกฎหมายภายในแต่ละประเทศ ทั้งยกตัวอย่างประกอบโดยสืบค้นข้อมูลมาจากแหล่งข้อมูลต่าง ๆ เช่น ฐานข้อมูลของกรมทรัพย์สินทางปัญญา และฐานข้อมูลขององค์การระหว่างประเทศที่สำคัญ รวมทั้งความเห็นของผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา แล้วนำข้อมูลที่ได้มาศึกษาวิจัยวิเคราะห์เปรียบเทียบอย่างเป็นระบบ เพื่อเสนอแนะในการแก้ไข ปรับปรุง และพัฒนาความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย ต่อไป

ผลการวิจัย

ผลการวิจัยเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ผ่านมิติเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมนั้น สามารถแยกผลการวิจัยได้เป็น 5 ข้อ ตามวัตถุประสงค์ ดังนี้

1. ผลการวิจัยในส่วนของแนวความคิด หลักการในเรื่องของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้น ก็พบว่าแนวปฏิบัติจากหลักการของทฤษฎีที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาทั้งในสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักร ไม่ว่าจะเป็นทฤษฎี Sweat of the brow ทฤษฎี ทักษะ (Skill) แรงงาน (Labor) และวิจารณ์ญาณ (Judgement) และทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) นั้นล้วนเป็นทฤษฎีที่สามารถที่จะทำให้เกิดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงงานลิขสิทธิ์นั้นจะมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เล็กน้อยที่จะทำให้งานนั้นได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของแต่ละประเทศต่อไป

2. ผลการวิจัยในส่วนของการหรือหลักเกณฑ์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ในประเด็นขอบเขต คำนียาม และองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์กับอนุสัญญากรุงเบอร์นวัดด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) ในส่วนนี้ผู้วิจัยเห็นว่ากรณีที่อนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศมิได้บัญญัติถึงคำนียาม ขอบเขต และองค์ประกอบของความคิดริเริ่มนั้น เนื่องมาจากมีวัตถุประสงค์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ต้องการให้เกิดความยืดหยุ่นของกฎหมาย โดยแต่ละประเทศอาศัยสามารถที่จะนำไปใช้ได้ด้วยตนเองและเกิดมาตรฐานภายในประเทศของตนได้ แต่วิธีการที่จะนำมาสู่การหาหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมและสามารถปรับหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ให้เป็นไปแนวทางเดียวกันก็ต้องอาศัยหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National treatment) จากอนุสัญญากรุงเบอร์นวัดและความตกลงทริปส์ภายใต้การปรับให้สอดคล้องกัน (Harmonization) ของกฎหมายของแต่ละประเทศ โดยนำหลักการจากทฤษฎี Sweat of the brow ทฤษฎี Skill Labor and Judgement และทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) ซึ่งเกิดจากคำวินิจฉัยของศาลสหรัฐอเมริกาและศาลสหราชอาณาจักร มาเป็นแนวทางการสร้างหลักเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้น

3. ผลการวิจัยในส่วนหลักการความคิดริเริ่มภายใต้กฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศนั้น จะเห็นได้ว่าตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ของประเทศไทยนั้นก็ได้มีการกล่าวถึงในเรื่องของคำนียาม ขอบเขตและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ว่าเป็นอย่างไร แต่กลับกลายเป็นว่าในส่วนขององค์ประกอบที่ผู้วิจัยได้มีการกล่าวถึงแล้วในการที่ประเทศไทยให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์ก็จะต้องอยู่ภายใต้การยึดโยงว่างานนั้นจะต้องมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ทั้งนี้ก็จึงได้กลายมาเป็นประเด็นที่ประเทศไทยต้องใช้วิธีวางมาตรการของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านการวินิจฉัยคดีต่าง ๆ ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 973/2551 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 14580/2557 โดยคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองเรื่องดังกล่าวศาลมิได้ให้คำนียามและขอบเขตของความคิดริเริ่มไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงว่ามีความหมายว่าอย่างไร แต่ในส่วนของการเหตุผลตามคำพิพากษานั้นได้พยายามที่จะสื่อความหมายและอธิบายถึงในส่วนของคำนียามและขอบเขตของหลักการความคิดริเริ่มที่จะทำให้งานนั้นได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ซึ่งในเหตุผลของคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองเรื่องมุ่งหลักการอันเป็นสาระสำคัญว่า “งานลิขสิทธิ์ที่มีหลักการความคิดริเริ่มนั้นต้องเป็นการทำหรือก่อให้เกิดขึ้นด้วยการริเริ่มสร้างสรรค์ด้วยตนเองหรือเป็นการสร้างสรรค์ด้วยตนเอง งานที่จะมีลิขสิทธิ์นั้นเพียงปรากฏว่าเป็นงานที่เกิดจากการสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์โดยผู้ใช้ความรู้ความสามารถ และความเชี่ยวชาญ ระดับหนึ่งในงานนั้นและความวิริยะอุตสาหะ จนทำให้งานนั้นสำเร็จ และมีได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของ

ผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต ก็ถือเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์แล้วโดยไม่จำเป็นต้องเป็นงานที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน ซึ่งเมื่อนำไปเปรียบเทียบกับคดี *Ladbroke Football Ltd v. William Hill Football Ltd* ของศาลสหราชอาณาจักรที่ศาลได้ตัดสินว่างานดังกล่าวเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรมที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้การคุ้มครองแล้ว โดยถือว่าผู้สร้างสรรค์งานได้ใช้ทักษะ แรงงานและวิจารณญาณแล้ว (Skill Labor and Judgement) และนำไปเปรียบเทียบกับคดี *Fiest Publication, Inc. V. Rural Telephone Service Company Inc* ของศาลสูงสหรัฐอเมริกาที่ได้วินิจฉัยว่าหากเป็นเรื่องของข้อเท็จจริง ข่าวสาร หรือ สิ่งที่มีอยู่แล้วนั้นไม่สามารถที่จะเกิดความคิดริเริ่มและระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่จะถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ ตามทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) ซึ่งสามารถนำไปใช้เป็นแนวทางการพัฒนาหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของประเทศไทยต่อไป

4. เมื่อหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์มีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ และไม่สามารถที่จะลดความแตกต่างดังกล่าวได้เนื่องจากผลในทางกฎหมาย ทั้งไม่สามารถที่จะบัญญัติกฎหมายกลางในลักษณะที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศขึ้นมาทันทีเพื่อให้แต่ละประเทศปฏิบัติตาม เพราะทุกประเทศมีความวินิจฉัยของศาล ดังนั้นจึงไม่สามารถมีกลไกตรงกลางได้อันเนื่องมาจากบริบทระหว่างประเทศที่แตกต่างกัน การใช้ดุลพินิจควรขึ้นอยู่กับ การปรับมาตรฐานให้เป็นหนึ่งเดียวกัน (Harmonization) โดยใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National treatment) และหลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ คำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ดังนั้นแม้ว่าประเทศอื่นที่มีหลักการที่ต่างกัน แต่ว่าหลักการในการพิจารณาจะมีเกณฑ์ในลักษณะเดียวกันในการมองถึงหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ซึ่งตรงจุดนี้ต่างหากที่จะทำให้เห็นและชี้ให้เห็นถึงปรัชญา (Philosophy) ที่สำคัญในการกำหนดหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ซึ่งมีบทบาทในระบอบลิขสิทธิ์และทำให้เห็นว่าตัวของจารีตประเพณี จริยธรรมต่าง ๆ ที่มีขึ้นหรือมีอยู่เป็นกรอบความคิด กรอบหลักการหรือแนวคิดของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์อย่างไร ซึ่งจะเห็นได้ว่าทำไมในแต่ละประเทศจะไม่มีกำหนดตายตัวว่าหลักเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จะต้องเป็นอย่างไร แต่หลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จะวางหลักเกณฑ์ผ่านในส่วนของการคำพิพากษา แนวจารีตประเพณีต่าง ๆ หรือการปฏิบัติที่เป็นแนวปฏิบัติที่ดีขึ้นมาต่าง ๆ ดังนั้นผู้วิจัยจึงได้มีการกล่าวถึงในแนวที่เป็นการแก้ไขกฎหมายในลักษณะต่าง ๆ ว่าจะต้องเป็นไปในลักษณะนี้หรือลักษณะนั้น แต่จะใช้แนวทางของการปรับมาตรฐานให้เป็นหนึ่งเดียวกัน แนวปฏิบัติจากในส่วนของการจารีตประเพณีนี้ โดยผ่านมิติเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม

5. ผลการวิจัยในส่วนของการเสนอแนวทางที่จะนำไปพัฒนาหลักการเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ผู้วิจัยเห็นว่าเมื่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ หมายถึงสิ่งที่ต้องการคิดอันเป็นลักษณะเฉพาะตนของความคิดนั้นของผู้สร้างสรรค์จึงเรียกว่าสร้างสรรค์งานอันเกิดจากความคิดริเริ่มและเมื่อมีการคิดขึ้นมาแล้ว ความสร้างสรรค์ต้องเกิดขึ้น ความสร้างสรรค์ในระดับใดว่าจะมากหรือน้อยต้องมีการพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งความสร้างสรรค์นี้จะต้องขนาบในสิ่งที่ถือว่ามีความสร้างสรรค์ ก็คือมีความสร้างสรรค์ที่ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะและใช้สติปัญญาที่จะได้มีการดำเนินการดังกล่าวโดยอาศัยความวิริยะอุตสาหะนั้นผลักดันให้งานนั้นสำเร็จไปสู่จุดมุ่งหมายที่จะผลิตงานสร้างสรรค์ออกมา ดังนั้นหลักการและหลักเกณฑ์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ เพื่อที่จะให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องหรือศาลสามารถใช้ดุลพินิจโดยผ่านมุมมองที่เกี่ยวข้องกับมิติเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม คือองค์ประกอบที่เป็นส่วนสำคัญในการที่ศาลจะพิจารณาว่างานนั้นมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่ จะต้องประกอบไปด้วยความคิดริเริ่มด้วยตนเองโดยใช้ความวิริยะอุตสาหะและความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยในงานสร้างสรรค์

อภิปรายผล

การวิจัยเรื่องหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ผ่านมิติเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ การเก็บรวบรวมข้อมูลโดยการวิจัยเอกสารและสังเคราะห์ได้ผลของการอภิปรายตามรายงานผลการวิจัยตามวัตถุประสงค์ดังนี้

จากการศึกษาหลักการในเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ในระบอบลิขสิทธิ์ รวมถึงประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ เขตอำนาจศาล การใช้ดุลพินิจของศาล ในการที่จะพิจารณาเรื่องความคิดริเริ่มของงานอันมีลิขสิทธิ์ คำว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ จากที่ได้มีการศึกษาหรือได้มีการทบทวนวรรณกรรมมาแล้ว จะเห็นได้ว่าปัญหาของคำว่าความคิดริเริ่มสร้างสรรค์คือหลักเกณฑ์ คำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของแต่ละประเทศนั้นมีความแตกต่างกันและในส่วนของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศก็ไม่ได้มีการที่จะให้ในส่วน of คำนิยาม ขอบเขต องค์ประกอบหรือหลักเกณฑ์อย่างชัดเจน (Okediji, 2009) ทำให้ปัญหาจะตกอยู่กับเหตุผลของการใช้คำพิพากษาหรือการใช้แนวปฏิบัติที่แต่ละประเทศต้องยึดถือหรือต้องปฏิบัติตาม แต่อย่างไรก็ดีก็ยังทำให้เกิดปัญหาอื่นตามมาคือ ในเรื่องของเนื้อหาประเภทของงานสร้างสรรค์ที่จะทำให้งานของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตรงนี้ก็ต้องมีการพิจารณาถึงความลึก ความตื้น ความหนา หรือในเรื่องของผลสำเร็จที่แตกต่างกันไปด้วย ทั้งนี้ในการที่จะให้หรือไม่ให้เป็นงานสร้างสรรค์ที่ได้รับการคุ้มครอง

เมื่อพบปัญญัตติของกฎหมายในแต่ละประเทศ มิได้บัญญัติถึงนิยาม ขอบเขต และองค์ประกอบของความคิดริเริ่มแล้ว ผู้วิจัยจึงต้องศึกษาในส่วน of กรณีกฎหมายและคำพิพากษาของประเทศต่าง ๆ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าในส่วน of คำพิพากษาของแต่ละประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา ที่มิได้วางหลักเกณฑ์หรือกำหนดคำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มไว้ แต่วางหลักที่สำคัญในส่วนนี้ไว้ว่าการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจะต้องอาศัยในส่วนของทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) (Hariani & Hariani, 2011) ซึ่งประเทศญี่ปุ่นและประเทศอินเดียก็ใช้หลักการตามทฤษฎีนี้วินิจฉัยคดีที่เกิดขึ้นเช่นกัน เมื่อพิจารณาถึงคำพิพากษาของสหราชอาณาจักร คำพิพากษาของศาลก็ได้กำหนดถึงคำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของคำว่าความคิดริเริ่มไว้อีกเช่นกัน เพียงแต่ในคำพิพากษาของศาลใช้หลักการทักษะแรงงานและวิจารณญาณ (Skill Labor and Judgement) และหลักการหยาดเหงื่อแรงงาน (Sweat of the brow) มาเป็นหลักในการพิจารณาว่างานสร้างสรรค์นั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ (Kotigala, 2016) ซึ่งประเทศอินเดียก็ใช้หลักการตามทฤษฎีนี้วินิจฉัยคดีที่เกิดขึ้นเช่นกัน ส่วนของประเทศไทยไทย นั้นคำพิพากษาของศาลก็ได้ให้คำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มไว้ในคำพิพากษาเช่นกัน แต่ในคำวินิจฉัยได้วางหลักไว้ว่า งานที่จะมีลิขสิทธิ์ได้นั้นต้องเป็นงานสร้างสรรค์ซึ่งผู้สร้างสรรค์ได้ทำหรือก่อให้เกิดขึ้นด้วยการริเริ่มของตนเองโดยใช้ความรู้ความสามารถและความวิริยะอุตสาหะ จนทำให้งานนั้นสำเร็จจนถึงขนาดที่เรียกได้ว่าเป็นงานสร้างสรรค์โดยไม่ได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต

ดังนั้นความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์แม้จะมีบรรทัดฐานจากกรณีศึกษาของประเทศต่าง ๆ โดยจากเนื้อหาของคำพิพากษาของแต่ละประเทศไม่ได้ให้ความความหมายของคำนิยามและขอบเขตไว้ แต่งานสร้างสรรค์ในแต่ละประเภทที่จะมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่ก็ต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์อันเป็นหลักการอันเป็นพื้นฐานของการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ที่กฎหมายได้บัญญัติขึ้น ประกอบกับดุลพินิจของผู้พิพากษาในประเทศต่าง ๆ ที่ได้มีการยึดตามหลักของคำพิพากษาคดีก่อนๆ หรือในความคุ้นเคยกับการที่จะใช้หลักการใดๆ ของกฎหมายลิขสิทธิ์มาเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในแต่ละประเทศ ซึ่งแต่ละประเทศอาจจะไม่เหมือนกันอย่างชัดเจน จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้นในส่วน of คำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ผู้วิจัยเห็นว่าความคิดริเริ่มในงานอันมีลิขสิทธิ์ ควรเป็นคำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบที่หมายรวมทั้งความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์รวมไป

ด้วยกัน เนื่องจากการจะสร้างงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นมานั้น ก็จะต้องพิจารณาทั้งในส่วนของการวางงานนั้นมีความคิดริเริ่มหรือไม่และเมื่อพิจารณาในส่วนของการความคิดริเริ่มและก็ต้องมาพิจารณาในส่วนของการวางงานนั้นมีความคิดสร้างสรรค์ในระดับที่เหมาะสมที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหมายหรือไม่ต่อไป เพราะหากงานนั้นไม่มีความคิดริเริ่ม ความคิดสร้างสรรค์ก็ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ในงานนั้น หรือต่อให้งานนั้นเป็นงานที่มีความคิดริเริ่ม แต่งานนั้นไม่มีความคิดสร้างสรรค์ งานนั้นก็ไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์

ในส่วนของการงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ผู้สร้างสรรค์ได้แสดงออกมานั้นจะต้องเป็นงานที่มีทั้งความคิดริเริ่ม (Originality) และความคิดสร้างสรรค์ (creativity) ในงานหรือไม่นั้น ในส่วนนี้ผู้วิจัยเห็นว่าความคิดริเริ่มนั้นจะมาพร้อมกับความคิดสร้างสรรค์ เนื่องจากคำทั้ง 2 คำดังกล่าวนี้เป็นคำที่เอื้อซึ่งกันและกัน อันเนื่องมาจากหากมีการกล่าวถึงความคิดริเริ่มแล้วก็ต้องมีในส่วนของการความคิดสร้างสรรค์เข้ามาด้วย ซึ่งหลักการที่สำคัญก่อนที่จะมีการสร้างสรรค์คือ จะต้องมีการริเริ่มก่อน ดังนั้นความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์จึงเป็นคำคำเดียวกันที่ครอบคลุมถึงความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์ เนื่องจากเป็นคำนิยามที่หมายรวมทั้งความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์ เพราะการสร้างผลงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นมานั้น ก็จะต้องพิจารณาทั้งในส่วนของการวางงานนั้นมีความคิดริเริ่มหรือไม่และเมื่อพิจารณาในส่วนของการความคิดริเริ่มและก็ต้องมาพิจารณาในส่วนของการวางงานนั้นมีความคิดสร้างสรรค์ในระดับที่เหมาะสมที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหมายหรือไม่ต่อไป เพราะหากงานนั้นไม่มีความคิดริเริ่ม ความคิดสร้างสรรค์ก็ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ในงานนั้น หรือต่อให้งานนั้นเป็นงานที่มีความคิดริเริ่ม แต่งานนั้นไม่มีความคิดสร้างสรรค์ งานนั้นก็ไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้นจึงวิเคราะห์ได้ว่างานที่กฎหมายคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์จะต้องเป็นงานที่มีความคิดริเริ่มและความคิดสร้างสรรค์รวมไปด้วยกันในงานนั้น

ผลการวิจัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยผ่านมิติด้านเศรษฐกิจ มิติด้านสังคม และมิติด้านวัฒนธรรมของแต่ละประเทศ (Coombe & Turcotte, 2012)

เหตุผลทางด้านมิติเศรษฐกิจและต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ จะเห็นได้ว่าในตัวของผลทางด้านเศรษฐกิจของแต่ละประเทศนั้น มิติด้านเศรษฐกิจทำให้ส่งผลกระทบต่อคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ การพิจารณาในการให้ความคุ้มครองดังกล่าวมิติเศรษฐกิจทำให้มีผลต่อการคุ้มครองที่มากขึ้นหรือลดลง เข้มงวดขึ้นหรือหย่อนยานในแต่ละประเทศ อันเนื่องมาจากในแต่ละประเทศพยายามที่จะผลักดันให้เกิดงานลิขสิทธิ์ที่มากขึ้น เพื่อให้เกิดรายได้จากงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือในการที่บางประเทศไม่ได้ให้ความสำคัญอันเนื่องมาจากทุกคนสามารถที่จะเป็นเจ้าของผลงานได้ทั้งสิ้นโดยการนำงานมาแปลงรูปเพียงเล็ก ๆ น้อย ๆ ก็ให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว ดังนั้นมิติเศรษฐกิจจึงเป็นตัวแปรที่มีผลต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของแต่ละประเทศด้วยเช่นกัน

เหตุผลทางด้านมิติสังคมต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ จะเห็นได้ว่าในตัวของผลทางด้านสังคมของประเทศกำลังพัฒนานั้นเป็นสังคมที่พยายามสืบเสาะหาในสิ่งที่เป็นความรู้ต่าง ๆ ดังนั้นประเทศกำลังพัฒนากำลังมองว่าการเข้าสู่องค์ความรู้เป็นสิ่งที่ต้องการในฐานะที่เป็นประเทศผู้ใช้ (User) โดยมีมุมมองในเรื่องของการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไม่ได้อยู่ที่ตัวบุคคลแต่อยู่ที่บุคคลที่เป็นเจ้าของผลงานหรือบุคคลที่เป็นเจ้าของ ดังนั้นก็อาจจะให้ทางด้านการความคิดริเริ่มในส่วนของประเทศกำลังพัฒนาค่อนข้างน้อยกว่าประเทศพัฒนาแล้วอันเนื่องมาจากสังคมของประเทศกำลังพัฒนาเป็นประเทศผู้ใช้ผลงานมากกว่าประเทศผู้สร้างสรรค์ผลงาน และเมื่อเป็นลักษณะแบบนี้แล้วจึงทำให้เกิดผลกระทบต่อหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ต่อคำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ซึ่งทำให้ศาลในแต่ละประเทศใช้ดุลพินิจในการกำหนดรูปแบบของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ผ่านกรณีศึกษาต่าง ๆ โดยพิจารณาถึงสังคมประกอบด้วยเช่นกัน

เหตุผลทางด้านมิติวัฒนธรรมและต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ จะเห็นได้ว่าในตัวของผลงานด้านวัฒนธรรมนั้นของแต่ละประเทศมีผลกระทบต่อความคิดริเริ่มของผู้สร้างสรรค์ด้วย ถึงแม้ว่างานสร้างสรรค์ที่อาศัยความคิดริเริ่ม ความวิริยะอุตสาหะ ความพยายาม ความสร้างสรรค์จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศหนึ่งแต่อีกประเทศหนึ่งก็ไม่ว่าจะให้ความคุ้มครองงานลิขสิทธิ์นั้นได้อันเนื่องจากเหตุผลทางด้านวัฒนธรรมของประเทศ ทั้ง ๆ ที่มีหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและการปรับกฎหมายให้สอดคล้องกันของกฎหมายระหว่างประเทศแล้วก็ตาม ดังนั้นมิติด้านวัฒนธรรมจึงเป็นตัวแปรที่มีผลต่อความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เช่นกัน

ผลการวิจัยโดยพิจารณาถึงหลักการทางกฎหมายลิขสิทธิ์ รายละเอียดของการสร้างสรรค์งานในแต่ละประเภท รวมถึงกรณีศึกษาของแต่ละประเทศที่พอจะนำมาเทียบเคียง สรุปเป็นแนวทางดังนี้

จากผลการวิจัยกลุ่มที่เป็นงาน Traditional Copyright works ในส่วนของงานวรรณกรรมนั้น งานวรรณกรรมแม้จะเป็นในส่วนของประเภทงานวรรณกรรมเหมือนกันแต่งานวรรณกรรมประเภทนิยายกับงานวรรณกรรมประเภทตำราจะมีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่แตกต่างกัน และหากพิจารณาองสีกลงไปในเรื่องรายละเอียดของงานวรรณกรรมประเภทเดียวกัน เช่นนวนิยายอ้างอิงประวัติศาสตร์ กับหนังสือเชิงประวัติศาสตร์นั้นก็มีความแตกต่างในเรื่องของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ซึ่งแม้จะมีการสร้างสรรค์ในการเขียนขึ้นมาแต่ระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไม่เท่ากัน ส่วนโครงเรื่องของผู้ประพันธ์ทั้งสองคนที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่เหมือนกัน โดยการบรรยายฉาก การบรรยายภาพ เป็นความคิดสร้างสรรค์ ส่วนคำพูดของตัวละคร ความนึกคิดของตัวละครเป็นความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ดังนั้นโครงเรื่อง (Plot) ในนวนิยายนั้นไม่ได้ทำลายความคิดริเริ่มของบุคคล อันเนื่องมาจากโครงเรื่องคือรูปแบบหนึ่งของวัฒนธรรม ซึ่งในรายละเอียดของเรื่องก่อให้เกิดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้นมา

ในส่วนของงานศิลปกรรมหากมองถึง ภาพ Portrait กับ ภาพ Abstract ที่สร้างสรรค์ขึ้นโดยผู้วาดได้ใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของตนเองถ่ายทอดภาพวาดขึ้นจึงเป็นงานศิลปกรรมที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ที่เท่าเทียมกันในฐานะที่เป็นงานศิลปกรรมประเภทจิตรกรรมของผู้สร้างสรรค์ โดยงานศิลปกรรมนั้นไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงคุณค่าทางศิลปะ เนื่องจากคุณค่าดังกล่าวมีลักษณะเป็นนามธรรมและไม่สามารถที่จะประเมินค่าได้ในแต่ละชิ้นของงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้นโดยอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของตนเอง เพราะแม้ว่าศิลปกรรมจะเป็นงานที่มีส่วนประกอบให้ชื่นชมคุณค่าทางศิลปะ แต่เนื่องจากคุณค่าทางศิลปะเป็นสิ่งที่รับรู้และประเมินได้แตกต่างกันไปตามแต่ละประสบการณ์และรสนิยมของแต่ละบุคคล ในการพิจารณาว่างานสร้างสรรค์ใด ที่สร้างสรรค์โดยอาศัยความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของตนเข้าข่ายเป็นงานศิลปกรรมที่จะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ กฎหมายจึงกำหนดให้พิจารณาเพียงลักษณะภายนอกของงานนั้นๆ ว่ามีลักษณะเป็นงานประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ โดยไม่ต้องคำนึงถึงคุณค่าทางศิลปะของงานนั้นๆ

ในส่วนของงานดนตรีกรรมนั้น งานดนตรีกรรมที่ถูกสร้างสรรค์ขึ้นโดยอาศัยความคิดริเริ่ม งานดนตรีกรรมนั้นก็จะมีความหลากหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นงานเพลงที่แต่งขึ้น เพื่อบรรเลงหรือขับร้อง แต่หากจะพิจารณาถึงคำว่า เพลง ในงานดนตรีกรรมแล้ว ไม่ว่าจะเป็นเพลงสากล เพลงไทยสากล เพลงไทยเดิม ซึ่งเพลงในแต่ละประเภทก็จะมีลักษณะที่สร้างสรรค์โดยการสะท้อนถึง อารมณ์ ความรู้สึกและวิถีชีวิตที่แตกต่างกันออกไปด้วยตามแต่ผู้ประพันธ์เพลงได้มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในการสร้างสรรค์ขึ้น แต่หากมีการนำงานดนตรีกรรมที่นำไปประกอบกับงานวรรณกรรมประเภทต่าง ๆ นั้นก็มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่แตกต่างกันออกไปตามบริบทของงานวรรณกรรมและงานดนตรีกรรมที่ประกอบเข้ากันเพื่อให้เกิดความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ อนึ่งงานดนตรีกรรมในรูปแบบ Remix ในสหรัฐอเมริกา ซึ่งโดยปกติงานดนตรีกรรมนั้นผู้สร้างสรรค์จะต้องมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ความวิริยะอุตสาหะ ความเพียรพยายาม

ในการสร้างสรรค์เนื้อร้องทำนองและการเรียบเรียงเสียงประสานเพื่อให้เกิดงานดนตรีกรรมขึ้น แต่การ Remix งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงนั้นมีการปรับในส่วนของท่านองในงานดนตรีกรรมเท่านั้น ดังนั้นจะถือว่าผู้สร้างสรรค์มีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่จะได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งในสหรัฐอเมริกาถือว่าการ Remix งานดนตรีกรรมที่มีระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) ก็ย่อมได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์

จากผลวิจัยกลุ่มที่เป็นภาพยนตร์ งานแพร่เสียงแพร่ภาพ ในส่วนของงานภาพยนตร์นั้นมีในส่วนของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่มากกว่างานทางด้านบทละครหรือบทวนิยายธรรมดาอันเนื่องมาจากนวนิยายนั้นผ่านมาจากงานวรรณกรรมที่มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยมีทางด้านสุนทรียศาสตร์ที่อยู่ในบทที่จะถ่ายทอดตรงจุดนี้ แต่ในขณะที่เดียวกันในส่วนของงาน แต่ในขณะที่เดียวกันนั้นในส่วนของงานภาพยนตร์นั้นจะประกอบไปด้วยศาสตร์หลายอย่างในการสร้างสรรค์งานตรงจุดนี้ซึ่งศาสตร์ต่าง ๆ นั้นมิได้หมายความว่าเฉพาะในส่วนของเนื้อหางานวรรณกรรมที่เป็นบทภาพยนตร์เท่านั้น ศาสตร์ต่าง ๆ ยังหมายความว่ารวมถึงการประกอบด้วยการร้อยเรียงทางด้านงานวรรณกรรมกลายเป็นบทละครได้ ประกอบไปด้วยศาสตร์ของการแสดงซึ่งอาจมีในส่วนของงานนาฏกรรมเข้ามาผสมได้ ดังนั้นถ้าหากเป็นศาสตร์ในลักษณะดังนั้นก็จะต้องมองในส่วนของวัตถุประสงค์ของการใช้ศาสตร์เหล่านั้นมา รวมถึงในส่วนของการละเอียดของการร้อยเรียงเรื่องราวตรงนี้ก็จะต้องมีในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตั้งแต่โครงเรื่องไปจนถึงประกอบเข้าด้วยกันว่าฉากตรงในส่วนนี้ต้องมีแสงเข้ามาในลักษณะใด ตัวละครจะต้องพูดตามบทอย่างไรและตัวละครจะต้องมีการแสดงในลักษณะแบบนี้ซึ่งทำให้เกิดสิทธิข้างเคียงก็คือสิทธินักแสดง เพราะฉะนั้นงานภาพยนตร์จึงไม่เป็นการเล่าเรื่องในลักษณะที่เป็นการถ่ายทอดเรื่องราวตามอารมณ์ตามเส้นเรื่องเดียวกันอย่างนวนิยาย แต่ในงานภาพยนตร์จะมีชั้นของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตามประเภทของงานที่อยู่ในงานภาพยนตร์อีกชั้นหนึ่งด้วย

โดยปกตินั้นการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักรนั้น จะต้องอาศัยองค์ประกอบอันเป็นหลักเกณฑ์หรือหลักการของทฤษฎี Sweat of the brow หรือ ทฤษฎี Skill Labor and Judgement มาเป็นหลักเกณฑ์หรือหลักการที่จะเป็นนាំมาพิจารณาว่าเป็นงานสร้างสรรค์ที่เข้าครบองค์ประกอบของงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ แต่หากเป็นงานแพร่เสียงแพร่ภาพในการถ่ายทอดสดการแข่งขันกีฬากลับไม่ได้มองถึงประเด็นนี้เป็นสำคัญแต่อย่างใด แต่เป็นเพียงวิธีการใดวิธีการหนึ่งโดยการตั้งกล้องแล้วก็ถ่ายทอดสดลักษณะอย่างนี้เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้อย่างไร ซึ่งหากมองในมิติเศรษฐกิจการอนุญาตให้มีการถ่ายทอดสดในกีฬาประเภทนี้มีมูลค่าทางเศรษฐกิจมหาศาล เนื่องจากไม่ใช่แค่การขายบัตรการแข่งขันและมานั่งดูในสนามฟุตบอลเท่านั้นแต่การถ่ายทอดสดการแข่งขันฟุตบอลดังกล่าวก็เป็นประเภทหนึ่งของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่สร้างมูลค่าอย่างมหาศาลเหมือนกัน อนึ่งหากการถ่ายทอดสดการแข่งขันฟุตบอลดังกล่าวถ้าปรากฏว่าไม่ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ งานลักษณะแบบนี้ก็จะถูกละเมิดได้โดยง่าย หากหลักในเรื่องการมองเรื่องความคิดริเริ่มสร้างสรรค์กับตัวของมาตรวัดในเรื่องของเศรษฐกิจ ก็ทำให้ต้องมองว่าในส่วนของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แค่ตรงนี้ก็ถือว่าแล้วเพราะว่าเป็นประเภทหนึ่งของงานแพร่เสียงแพร่ภาพอันเนื่องมาจากมีมูลค่าทางเศรษฐกิจ ซึ่งถือได้ว่างานแพร่เสียงแพร่ภาพในการถ่ายทอดสดการแข่งขันฟุตบอลยึดอยู่ซึ่งกันและกันกับมูลค่าทางเศรษฐกิจของสหราชอาณาจักร

จากผลการวิจัยกลุ่มที่เป็นเทคโนโลยี ในส่วนของโปรแกรมคอมพิวเตอร์และฐานข้อมูล โปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นประเภทหนึ่งในงานวรรณกรรม เนื่องจากการเขียนโค้ดก็ถือว่าการใช้ความคิด ความสามารถหรือทางอัลกอริทึมต่างๆ ก็เป็นการใช้ความรู้ความสามารถของบุคคลที่ทำให้เกิดงานสร้างสรรค์ขึ้นมา อนึ่งแม้แต่ในส่วน

ของฐานข้อมูล ฐานข้อมูลที่เราจะนำมาใช้ก็เป็นประเภทเดียวกันกับงานวรรณกรรม เพียงแต่ในลักษณะของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในส่วนของฐานข้อมูลนั้นไม่ได้ถ่ายทอดออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรที่เราจะซึมซับได้ง่าย แต่ว่าเป็นไปในรูปแบบของโค้ดเป็นทางด้านการวิธีการที่จะต้องใช้ตัวอ่านผ่านตัวแปรต่างๆ อย่างไรก็ตามวิธีการดังกล่าวและประเภทของงานดังกล่าวก็ยังคงเป็นงานที่มีความคิดริเริ่มที่ผู้ชำนาญในงานนั้นเป็นบุคคลผู้แสดงออกมา ดังนั้นในส่วนของกลุ่มเทคโนโลยีนี้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์มีลักษณะเดียวกับประเภทของงานวรรณกรรม

สรุป

จากการวิจัยเรื่องหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ผ่านมิติเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมผู้วิจัยสามารถสรุปได้ว่า หลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นเมื่อได้มีการบัญญัติอย่างชัดเจนในส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศแล้วและเมื่อพิจารณาในส่วนกฎหมายของแต่ละประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศไทย อินเดีย ญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักรก็จะพบว่าในแต่ละประเทศล้วนอาศัยหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์มาจากแนวคิดทฤษฎีต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นหลักการจากทฤษฎีหยาดเหงื่อแรงงาน (Sweat of the brow) ทฤษฎีทักษะ แรงงาน และวิจารณญาณ (Skill Labor and Judgement) และทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) ผ่านเหตุผลของคำวินิจฉัยตามคำพิพากษาคดีต่างๆของประเทศตนซึ่งการใช้หลักการแนวคิดทฤษฎีต่าง ๆ นั้นสามารถที่จะนำไปปรับใช้ในการวินิจฉัยหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ได้ เพื่อที่จะได้ทำให้คำวินิจฉัยเป็นไปในทิศทางและเป็นไปในแนวทางเดียวกันมากที่สุดโดยผ่านการปรับมาตรฐานให้เป็นหนึ่งเดียวกัน (Harmonization) โดยใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National treatment) ตามหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยคำนึงถึงมิติด้านเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศด้วย เพราะมิติด้านต่าง ๆ นั้นก็เป็นปัจจัยที่มีผลกระทบต่อข้อกำหนดหลักการหรือหลักเกณฑ์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทต่างๆ ด้วยเช่นกัน โดยหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่จะนำมาเป็นแนวทางในการพิจารณาและวินิจฉัยคดีลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวกับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศรวมถึงหน่วยงานที่เกี่ยวข้องนั้น ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์จะต้องประกอบด้วย ความคิดริเริ่มด้วยตนเองโดยใช้ความวิริยะอุตสาหะและความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยในงานสร้างสรรค์นั้น

ข้อเสนอแนะ

1. ข้อเสนอแนะจากการวิจัยครั้งนี้

จากผลการวิจัยวัตถุประสงค์ที่ 1 เห็นควรเพิ่มเติมให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เพื่อที่ผู้พิพากษาจะนำไปใช้ประกอบดุลพินิจในการพิจารณาคดีลิขสิทธิ์ในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ดังนั้นหน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรดำเนินการ โดยมีหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ...“ร่างหลักเกณฑ์หรือข้อควรพิจารณาของศาลในการที่จะพิจารณาว่าด้วยเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคำนิยาม ขอบเขต และองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ พ.ศ.”... โดยมีเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญว่าองค์ประกอบที่เป็นส่วนสำคัญในการที่ศาลจะพิจารณาวางานนั้นมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่ จะต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบที่สำคัญคือ ความคิดริเริ่มด้วยตนเองโดยใช้ความวิริยะอุตสาหะและความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยในงานสร้างสรรค์

จากผลการวิจัยวัตถุประสงค์ที่ 2 เห็นควรให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์เพื่อที่ผู้พิพากษาจะนำไปใช้ประกอบดุลพินิจในการพิจารณาคดีลิขสิทธิ์ในศาลทรัพย์สินทางปัญญา ดังนั้นหน่วยงานที่

เกี่ยวข้องควรดำเนินการ โดยมีหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ...“ร่างหลักเกณฑ์หรือข้อควรพิจารณาของศาลในการที่จะพิจารณาว่าด้วยเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ พ.ศ.”...โดยมีเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญว่าองค์ประกอบที่เป็นส่วนสำคัญในการที่ศาลจะพิจารณาวางานนั้นมีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์หรือไม่ จะต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบที่สำคัญคือ ความคิดริเริ่มด้วยตนเองโดยใช้ความวิริยะอุตสาหะ และความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยในงานสร้างสรรค์

ผลการวิจัยวัตถุประสงค์ที่ 3 เห็นควรมีบทบัญญัติที่ชัดเจนในเรื่องกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ดังนั้นหน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรดำเนินการโดยบัญญัติไว้ในหมวดแนวนโยบายแห่งรัฐ เพื่อเป็นการให้คำนึกถึงคุณค่าของความคิดริเริ่มในงานลิขสิทธิ์ที่สร้างสรรค์ขึ้นและเป็นการส่งเสริมให้เกิดการพัฒนา งานสร้างสรรค์เพื่อให้เกิดการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศไทย ...รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. หมวดนโยบายแห่งรัฐ มาตรา.....“รัฐพึงส่งเสริมงานทรัพย์สินทางปัญญา ประเภทยานวัตกรรม ส่งเสริมความคิดทางปัญญาหรือทุนทางปัญญา เพื่อพัฒนาเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม โดยการประกันสิทธิแต่เพียงผู้เดียวให้แก่ผู้สร้างสรรค์ ภายใต้ความสมดุลระหว่างผู้สร้างสรรค์และสาธารณะชน ทั้งนี้ภายในระยะเวลาที่จำกัด”

2. ข้อเสนอแนะในการทำวิจัยครั้งต่อไป

จากงานวิจัยนี้ได้ค้นพบ หลักการ และหลักเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ ที่สำคัญคือ แนวทางของการปรับมาตรฐานให้เป็นหนึ่งเดียวกัน (Harmonization) แนวปฏิบัติจากในส่วนของจารีตประเพณีนี้ โดยผ่านมิติเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม แนวปฏิบัติจากหลักการของทฤษฎีที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาทั้งในสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักร ไม่ว่าจะเป็นทฤษฎีหยาดเหงื่อแรงงาน (Sweat of the brow) ทฤษฎีทักษะ (Skill) แรงงาน (Labor) และวิจารณ์ญาณ (Judgement) และทฤษฎีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อย (Modicum of Creativity Doctrine) นั้นล้วนเป็นทฤษฎีที่สามารถที่จะทำให้เกิดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงงานลิขสิทธิ์นั้นจะมีความคิดริเริ่ม และระดับความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่เพียงพอที่จะทำให้งานนั้นได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ต่อไป และสามารถนำไปประยุกต์ใช้กับ หลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของประเทศไทยในการที่ศาลจะใช้ดุลพินิจในการพิจารณาคดีลิขสิทธิ์ สำหรับในประเด็นในการวิจัยครั้งต่อไปควรทำวิจัยในประเด็นเกี่ยวกับในส่วนของการระดับระหว่างประเทศ โดยองค์การทรัพย์สินทางปัญญา (WIPO) ในประเด็นหลักเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นี้ และสร้างหลักเกณฑ์ ขอบเขตความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้นมา เพื่อที่จะทำให้เห็นคุณค่าร่วมกันว่าหลักเกณฑ์ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ควรจะเป็นแบบใด และในแต่ละประเทศจะใช้หลักการใดมาเป็นแนวทาง ดุลพินิจ หรือแนวคิดที่แต่ละประเทศมีอยู่ เพื่อที่จะทำให้หลักเกณฑ์ของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่สอดคล้องกันมากที่สุด

องค์ความรู้ใหม่

จากการวิจัยในเรื่องหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในระบอบลิขสิทธิ์ผ่านมิติเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมนั้นได้มีผลทำให้ได้องค์ความรู้ใหม่ในส่วนของการขอบเขต คำนิยาม และองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ว่าเมื่อในกฎหมายระหว่างประเทศมิได้บัญญัติถึง คำนิยาม ขอบเขตและองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ไว้จึงเป็นเรื่องที่ท้าทายว่าควรกำหนดในส่วนของการคำนิยามหรือควรที่จะเปิดช่องในลักษณะอย่างใดบ้างที่จะสามารถมองได้ว่าตรงส่วนนี้คือองค์ประกอบของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ในส่วนหากพิจารณาถึงหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในประเทศต่าง ๆ ก็ไม่พบว่า มีประเทศใดกำหนดคำนิยามของหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์แบบเฉพาะเจาะจงเช่นกัน ซึ่งในแต่ละประเทศอาจมีมุมมองว่าถ้าหากกำหนดคำนิยามความคิดริเริ่ม

สร้างสรรค์แบบเฉพาะเจาะจงแล้วก็จะทำให้หลักการความคิดริเริ่มในระบอบลิขสิทธิ์ที่ผันจากยุคอะนะล็อกไปสู่ระบอบลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัลแล้วก็จะไม่สามารถที่จะใช้หลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ตามที่บัญญัติให้คำนิยามไว้ได้เมื่อได้วิเคราะห์และพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทยแล้ว ก็จะพบว่าศาลเองก็ไม่ได้กำหนดในส่วน of คำนิยามของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ว่าจะต้องมีลักษณะแบบใด เพียงแต่คำวินิจฉัยของศาลวินิจฉัยว่าวิธีการหรือการกระทำดังกล่าวได้มาในฐานะของผู้สร้างสรรค์หรือไม่และงานนั้นจะต้องเป็นงานสร้างสรรค์ ซึ่งก็จะเห็นได้เลยว่าหลักการความคิดริเริ่มสร้างสรรค์นั้นไม่สามารถที่จะกำหนดเป็นคำนิยามในลักษณะที่เป็นไปในรูปแบบของคำนิยามที่ตายตัวได้ แต่ผู้วิจัยมีมุมมองว่าควรที่จะเปิดช่องให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจประกอบการวินิจฉัยในส่วน of หลักการของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ในลักษณะที่ว่า หลักการความคิดริเริ่มและสร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ผู้สร้างสรรค์ได้ก่อหรือทำขึ้นนั้นจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญอย่างไบบ้าง โดยให้ศาลพิจารณาว่าการกระทำในลักษณะใดของผู้สร้างสรรค์นั้นแสดงให้เห็นถึงความคิดริเริ่ม ซึ่งเมื่อมีความคิดริเริ่มแล้วก็จะต้องประกอบด้วยความคิดสร้างสรรค์ตามมาเนื่องจากคำทั้งสองคำนั้นเอื้อซึ่งกันและกันและก็จะต้องประกอบไปด้วยความวิริยะอุตสาหะด้วย ทั้งจะต้องดูลักษณะของการกระทำในการผลิตชิ้นงานที่แสดงออกมาในรูปแบบของงานสร้างสรรค์ประเภทต่าง ๆ ด้วยรวมถึงจะต้องพิจารณาถึงรายละเอียดตามงานนั้นว่ามีความคิดสร้างสรรค์หรือไม่แล้วขนาดแค่ไหนถึงจะเพียงพอที่จะเป็นการสร้างสรรค์หรือไม่ ก็จะต้องขึ้นอยู่กับที่จะต้องมองถึงภาพว่างงานนั้น มีลักษณะของคำว่าสร้างสรรค์หรือวิริยะอุตสาหะที่เป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่ทำให้เห็นว่ามีแตกต่างจากงานเดิมหรือมีคุณค่าทางด้านมิติเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรมหรือไม่ เพราะว่าถ้าคุณค่าเหล่านั้นได้มาอย่างเพียงพอและเหมาะสม บุคคลที่เข้ามาแสวงงานสร้างสรรค์นั้นหรือเข้าใช้งานนั้นก็ได้รับรู้ในลักษณะเชิงคุณค่าหรือบุคคลที่เป็นเจ้าของสิทธิ์สามารถที่จะได้สิทธิ์แต่ผู้เดียวได้ งานลิขสิทธิ์เหล่านั้นได้สร้างคุณค่าจากตัวของงานลิขสิทธิ์เองจากการที่ผู้สร้างสรรค์มีความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ซึ่งตรงนี้จึงเป็นมุมมองอย่างหนึ่งที่จะทำให้เห็นประโยชน์ที่สำคัญจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์

References

- Abrams, H. B. (1992). Originality and Creativity in Copyright Law. *Law and Contemporary Problems*, 55(2), 3–44. <https://doi.org/10.2307/1191773>
- Bently, L., Sherman, B., Gangjee, D., & Johnson, P. (2018). *Intellectual Property Law* (8th ed.). Oxford University.
- Coombe, R. J., & Turcotte, J. F. (2012). *Cultural, Political, and Social Implications of Intellectual Property Law in An Informational Economy*. https://rcoombe.blog.yorku.ca/files/2014/10/Coombe-and-Turcotte_2012_Cultural-Political-And-Social-Implications-Of-Intellectual-Property-Laws-In-An-Informational-Economy.pdf
- Correa, C. M. (2000). *Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries: The TRIPS Agreement and Policy Options*. Zed Books.
- Correa, C. M. (2007). *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement*. Oxford University.

- Draho, P. (1996). *A Philosophy of Intellectual Property*. Dartmouth.
- Gervais, D. J. (2004). The Compatibility of the 'Skill and Labour' Originality Standard with the Berne Convention and the TRIPs Agreement. *European Intellectual Property Review*, 26(2), 75–80.
- Guterman, A. S., & Anderson, B. J. (1997). *Intellectual Property in Global Markets: A Guide for Foreign Lawyers and Managers*. Kluwer law International.
- Hariani, K., & Hariani, A. (2011). Analyzing 'Originality' in Copyright Law: Transcending Jurisdictional Disparity. *IDEA*, 51, 491. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/idea51&div=19&id=&page=>
- Ilardi, A., & Blakeney, M. (2004). *International Encyclopaedia of Intellectual Property Treaties*. Oxford University.
- Kotigala, M. I. (2016). *Rethinking Originality in Copyright Law Exploring the Potential for a Global Threshold*. https://www.researchgate.net/publication/311377345_Rethinking_Originality_in_Copyright_Law_and_Exploring_the_Potential_for_a_Global_Threshold
- Okediji, R. L. (2009). The Regulation of Creativity Under the WIPO Internet Treaties. *Fordham Law Review*, 77(5), 2379–2410. <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol77/iss5/12>
- Pinyosinwat, J., & Butr-indr, B. (2021). *Intellectual Property Law*. Faculty of Law, Thammasat University.
- Ricketson, S., & Ginsburg, J. C. (2006). International Copyright and Neighboring Rights: The Berne Convention and Beyond. *Faculty Books*, 96. <https://scholarship.law.columbia.edu/books/96>
- Yen, A. C. (1991). The Legacy of Feist: The Consequences of a Weak Connection between Copyright and the Economics of Public Goods. *Ohio State Law Journal*, 52, 1343–1378.