

การล่อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์กับกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย:
กรณีศึกษาปัญหาการตีความว่าด้วยการใช้งานที่เป็นธรรม

รองศาสตราจารย์ ดร.พิศวาท สุขนธพันธ์
ดร.ณัฐพงศ์ สุวรรณอินทร์

การล้อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์กับกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย:
กรณีศึกษาปัญหาการตีความว่าด้วยการใช้งานที่เป็นธรรม
Parody of a Copyrighted Work and the Thai Copyright Act:
The Study of Fair Use Interpretation

รองศาสตราจารย์ ดร.พิศาวต สุขนธพันธุ์*
Associate Professor Dr.Pisawat Sukonthapan
ดร.ณัฐพงศ์ สุวรรณอินทร์**
Dr.Nattapong Suwan-in

บทคัดย่อ

การล้อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น (“parody”) เป็นประเด็นปัญหาในทางกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ได้รับความสนใจในแวดวงกฎหมายและแวดวงวิชาการในประเทศไทยมาอย่างยาวนาน ประเด็นที่ได้รับการถกเถียงกันอยู่บ่อยครั้งก็คือ “parody” (1) เป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลงที่มีลักษณะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ และ (2) เป็นการกระทำที่ได้รับยกเว้นตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ; น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; LL.M. Institute of Air and Space Law, McGill University, Canada; Graduate Diploma in International Law and Development, Institute of Social Studies, The Hague, The Netherlands; J.S.D., Stanford Law School, USA. E-mail: sukonthapan02@gmail.com.

Lecturer in Law at Thomas Aquinas School of Law, Assumption University; LL.B. Thammasat University; LL.M. Institute of Air and Space Law, McGill University, Canada; Graduate Diploma in International Law and Development, Institute of Social Studies, The Hague, The Netherlands; J.S.D., Stanford Law School, USA.

** อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ; น.บ. มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ; MBA. in Intellectual Property Law and Marketing, National Taiwan University of Science and Technology; Ph.D. in International Trade and Intellectual Property Laws, National Taiwan University, the Republic of China. E-mail: law.ghchen@gmail.com.

Lecturer in Law at Thomas Aquinas School of Law, Assumption University; LL.B. in Business Law, Assumption University; MBA. in Intellectual Property Law and Marketing, National Taiwan University of Science and Technology; Ph.D. in International Trade and Intellectual Property Laws, National Taiwan University, the Republic of China.

ผู้เขียนขอขอบคุณบุคคลซึ่งมีรายนามต่อไปนี้สำหรับความช่วยเหลือด้านเอกสารทางวิชาการและหนังสือ กล่าวคือ นางสาวจิตติมา ศรีธำพร นางสาวธัญสุดา สุวรรณพงษ์ นายณันทน์ อินทนนท์ นายสืบศิริ ทวีผล นางสาววิภา จินต์สวัสดิ์ นางคันสนีย์ ภู่งศ์พัฒนาและ ดร.กานต์ สุริยาศิน.

วันที่รับบทความ (received) 24 กันยายน 2563, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 2 พฤศจิกายน 2563, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 5 พฤศจิกายน 2563.

(ตามที่แก้ไขแล้ว) หรือไม่ นักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่า “parody” เป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของหรือผู้สร้างสรรค์งานนั้น เพราะการล้อเลียนงานของบุคคลใด ย่อมต้องทำซ้ำหรือดัดแปลงงานของบุคคลนั้นเพื่อให้ผู้รับสารสามารถเข้าใจได้ว่าเป็นการล้อเลียนงานใด ประเด็นที่ยังต้องถกเถียงกันจึงอยู่ที่ “การล้อเลียนดังกล่าวสามารถได้รับการยกเว้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามมาตรา 32 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยหรือไม่”

ด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบัน มิได้บัญญัติอย่างชัดเจนให้ “parody” เป็นการกระทำที่ได้รับการยกเว้นว่าไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ ทำให้การอภิปรายเกี่ยวกับเรื่องนี้อยู่ในบริบทของการใช้และการตีความสถานะของมาตรา 32 ซึ่งนักกฎหมายมีความเห็นในประเด็นนี้ต่างกันไปเป็นสองกลุ่มความเห็น

บทความฉบับนี้เสนอแนวทางการตีความสถานะของมาตรา 32 อันเกี่ยวกับกรณีของ parody ภายใต้กรอบความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่ Berne Convention และ TRIPS (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง Article 13) โดยพิจารณาถึงหลักการตีความสนธิสัญญาภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties) การตีความเช่นนี้เป็นอีกมุมมอง/ทัศนะหนึ่งและนำไปสู่ความเห็นที่ว่า การตีความมาตรา 32 ควรเป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง เมื่อเป็นเช่นนั้น parody ไม่อาจอาศัยข้อยกเว้นว่าด้วยการใช้ที่เป็นธรรมตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยได้

คำสำคัญ: การล้อเลียน, การใช้ที่เป็นธรรม, ข้อ 13 ของความตกลงทริปส์

Abstract

Parody of a copyrighted work is a common problem in copyright law that has long gained public attention in Thailand. To parody someone's copyrighted work, a parodist needs to take some or all parts of that work to communicate a particular message or point of view to the public for humorous effect. The controversial issues are then i) whether it is a reproduction or adaptation that amounts to copyright infringement and ii) whether it can be excepted under fair use provisions in the Thai Copyright Act B.E.2537 (as amended) to forestall any liability.

While many agree that parody could possibly be considered as an infringement given that it must make use of another creative work, debate over the issue revolves around the exception defense, particularly Section 32 of the Thai Copyright Act.

Without any specific provisions straightforwardly dealing with the issue, Section 32 is viewed as a solution. However, there are conflicts over its interpretation and discussions on how it should be implemented. The discrepancy has divided positions of lawyers into two groups of different viewpoints.

To demonstrate another possibility of interpretation of Section 32 vis-à-vis parody, this article examines its correlation with the international framework on copyright, namely the Berne Convention and TRIPS Agreement (especially, Article 13), in light of treaty interpretation rules under the Vienna Convention on the Law of Treaties. This article thereby argues that Section 32 shall be interpreted in accordance with relevant international obligations. Thus, parody cannot rely upon the Thai fair use provision so as to forestall any liability.

Keywords: parody, fair use, Article 13 of TRIPS Agreement

1. บทนำ

1.1 นิยามศัพท์

เพื่อความเข้าใจที่ตรงกัน และเพื่อให้การอ่านบทความเป็นไปอย่างราบรื่นจึงขออนุญาต

(1) ใช้คำว่า “พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ฯ” หรือ “พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์” ให้หมายถึงกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบันของประเทศไทย อันได้แก่ พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ที่ได้รับการแก้ไขโดย พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2558 พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2558 และ พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2561

(2) เว้นแต่จะระบุเป็นอื่น ใช้คำว่า “มาตรา” ในบทความนี้เพื่อหมายถึงมาตราใน พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ฯ

(3) ใช้คำในภาษาอังกฤษบางคำ อันได้แก่ “Berne Convention”, “COM”, “free rider”, “parody”, “TRIPS” และ TRIPS Agreement” ดังนี้

“Berne Convention” หมายถึง Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of September 9, 1886, completed at PARIS on May 4, 1896, revised at BERLIN on November 13, 1908, completed at BERNE on March 20, 1914, revised at ROME on June 2, 1928, at BRUSSELS on June 26, 1948, at STOCKHOLM on July 14, 1967, and at PARIS on July 24, 1971¹

“COM (copyrighted original material)” หมายถึง “งานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ถูกล้อเลียนเพื่อความตลกขบขันโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น”

“free rider” หมายถึง “คนซึ่งกระทำการเชิงล้อเลียนเพื่อความตลกขบขันต่องานสร้างสรรค์ของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของสิทธิ์ในงานนั้น”

“parody”² หมายถึง “การกระทำเชิงล้อเลียนเพื่อความตลกขบขันต่องานสร้างสรรค์

¹World Intellectual Property Organization, **Treaties and Contracting Parties (Thailand)** [Online], available URL: https://www.wipo.int/treaties/en/remarks.jsp?cnty_id=1035C, 2019 (April, 12).

²สำหรับตัวอย่างของการล้อเลียนโปรดดู YouTube, **Pretty Woman** [Online], available URL: <https://www.youtube.com/watch?v=QGLD9WFi6Lo>, 2017 (March, 8); YouTube, **Kitty Woman (Pretty Woman Parody)** [Online], available URL: <https://www.youtube.com/watch?v=LTKS-weXlBc>, 2019 (April, 26); YouTube, **เปรียบเทียบตัวล้อเลียนฟรีแลนซ์และตัวอย่างฟรีแลนซ์** [Online], available URL: <https://www.youtube.com/watch?v=Y07Jxuu3QnQ>, 2558 (กันยายน, 3); YouTube,

ของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของสิทธิในงานนั้น” (หรือ ที่บางคนเรียกว่า “การล้อเลียนงานสร้างสรรค์ของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของสิทธิในงานนั้น”) อนึ่ง การกระทำที่ถือเป็น “parody” (ตามที่กล่าวถึงนี้) ต้องเป็นการกระทำที่ถึงระดับที่ก้าวล่วงสิทธิที่ระบุไว้ในกฎหมาย (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิในการทำซ้ำ หรือ สิทธิในการดัดแปลง) ไม่ใช่เป็นเพียงการนำสิ่งที่ไม่อยู่ในข่ายได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ (ตามที่ระบุไว้ในวรรคสองของมาตรา 6)³ ไปใช้ เพราะการกระทำดังกล่าวไม่ต้องห้ามตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์⁴

“TRIPS” หรือ “TRIPS Agreement” หมายถึง Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights⁵

1.2 ความเบื้องต้น

เนื้อหาของบทความนี้ ผู้เขียนพยายามที่จะวิเคราะห์ว่า การล้อเลียนงานสร้างสรรค์ของบุคคลอื่นต้องห้ามตามกฎหมายหรือไม่ ถ้าหากการกระทำนั้นเกิดขึ้นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้สร้างสรรค์หรือ/และเจ้าของสิทธิในงานนั้น การพิจารณาและวิเคราะห์ดังกล่าวจะเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของประเทศไทย รวมทั้งคำพิพากษาที่น่าจะเกี่ยวข้อง

ล้อเลียนเพลงดัง EP.1 | เลิกคุยทั้งอำเภอเพื่อเธอคนเดียว, ขอโสด, คอยถ่า, คาคอ [Online], available URL: <https://www.youtube.com/watch?v=JJFuzaVc3E0>, 2562 (เมษายน, 12).

หมายเหตุ: การยกตัวอย่างข้างต้นเป็นไปเพื่อให้ผู้อ่านซึ่งไม่คุ้นกับการล้อเลียนนิภาพของการกระทำดังกล่าวได้ง่ายขึ้นเท่านั้น การยกตัวอย่างดังกล่าวไม่ได้ตัดสินว่าการล้อเลียนที่ปรากฏในแหล่งข้อมูลถูกหรือผิดกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์

อนึ่ง หากผู้อ่านสนใจที่จะทราบเพิ่มเติมเกี่ยวกับการล้อเลียนเพลง “Pretty Woman” ในคดี Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994) โปรดดู YouTube, 2 Live Crew Discuss Pretty Woman Supreme Court Case 'Campbell v Acuff-Rose' [Online], available URL: <https://www.youtube.com/watch?v=CRssktqjvOk>, 2014 (March, 12).

³วรรคสองของมาตรา 6 บัญญัติว่า “การคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึงความคิด หรือขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบ หรือวิธีใช้หรือทำงาน หรือแนวความคิด หลักการ การค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์ หรือคณิตศาสตร์”.

⁴แม้การใช้ประโยชน์สิ่งทีกล่าวถึงในวรรคสองนี้ไม่ต้องห้ามตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ฯ แต่อาจต้องห้ามตามกฎหมายอื่นหรือหลักเกณฑ์อื่นก็ได้ ขอให้ผู้อ่านตระหนักถึงเรื่องนี้ด้วย.

⁵World Trade Organization, TRIPS [Online], available URL: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf, 2019 (April, 12).

เมื่อกล่าวถึง “parody” บ่อยครั้ง พบว่าความสนใจอยู่ที่ประเด็นว่าด้วย (1) เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ และ (2) เป็นการกระทำที่ได้รับยกเว้นตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์หรือไม่ ด้วยเหตุนี้เนื้อหาของบทความฉบับนี้จึงแบ่งแยกออกเป็น 4 ส่วนดังต่อไปนี้

ส่วนที่หนึ่ง กล่าวถึงลักษณะและสภาพของปัญหาการกระทำเชิงล้อเลียนในบริบทของกฎหมายลิขสิทธิ์ พร้อมทั้งกล่าวถึงหลักการพื้นฐานที่สำคัญของสิทธิทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์และความสำคัญของการละเมิดลิขสิทธิ์อันเป็นสิทธิประโยชน์ของสาธารณะ

ส่วนที่สอง กล่าวโดยสังเขปถึงสิทธิทางเศรษฐกิจในส่วนที่น่าจะเกี่ยวข้องกับ parody และ ข้อยกเว้นการละเมิดสิทธิทางเศรษฐกิจตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ โดยอ้างอิงถึงความเห็น (ที่แตกต่าง) เกี่ยวกับสถานะของวรรคหนึ่งของมาตรา 32 ทั้งนี้ เพื่อเป็นการปูความรู้ที่เกี่ยวข้องสำหรับการอภิปรายต่อจากนั้น

ส่วนที่สาม วิเคราะห์บทบัญญัติของ พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ไทยภายใต้กรอบความตกลงระหว่างประเทศ อันได้แก่ Berne Convention และ TRIPS Agreement โดยมุ่งศึกษาประเด็นการตีความและสถานะของบทบัญญัติในมาตรา 32 วรรคหนึ่ง ของ พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ และความชอบด้วยกฎหมายในการพิจารณาให้การกระทำเชิงล้อเลียนเป็นการกระทำที่ได้รับการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์การวิเคราะห์ในส่วนนี้สะท้อนให้เห็นถึงอีกมุมมองหรือทัศนะหนึ่งที่มีต่อการกระทำเชิงล้อเลียนกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อันเป็นมุมมองที่เกิดจากการวิเคราะห์โดยพิจารณาถึงความเชื่อมโยงและความสัมพันธ์ของหลักกฎหมายไทยภายใต้กรอบพันธกรณีตาม Berne Convention และ TRIPS Agreement

ส่วนที่สี่ เป็นบทสรุปของผู้เขียน

อนึ่ง เนื่องด้วยข้อจำกัดด้านเนื้อที่ บทความฉบับนี้จึงไม่ได้วิเคราะห์ถึงการบังคับใช้ มาตรา 18 (ว่าด้วยธรรมเนียมสิทธิต่อการกระทำเชิงล้อเลียน) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 34 ที่ว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ฯลฯ และกฎหมายอาญาในส่วนว่าด้วยการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาท⁶

ที่ผ่านมา มีการตั้งคำถามว่า การล้อเลียนงานอันเกิดจากการสร้างสรรค์ของผู้อื่น (parody) ผิดกฎหมายหรือมَارยาทหรือไม่ ถ้าผู้ตอบเป็นนักกฎหมายหรือกลุ่มกฎหมายนิยมกลุ่มบุคคลดังกล่าวจะพิจารณาในกรอบของกฎหมาย และบ่อยครั้งจะถามกลับว่า งานนั้นได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ณ เวลาและสถานที่ที่เกิดข้อพิพาทนั้นหรือไม่ (เช่น เป็นทำนองเพลงที่

⁶ สำหรับคดีที่น่าสนใจเกี่ยวกับ parody และ การหมิ่นประมาท (libel) โปรดดู Hustler Magazine, Inc. v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988).

ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่) ถ้าไม่ ก็ไม่สามารถดำเนินการตามกฎหมายได้ แต่ถ้าได้รับความคุ้มครอง ก็ต้องพิจารณาต่อไปว่า การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่กฎหมายลิขสิทธิ์ยอมให้ทำได้หรือไม่ และถ้าเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยมากจะมุ่งประเด็นไปที่ข้อจำกัดสิทธิโดยเด็ดขาด (limitations on exclusive rights) หรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ (exceptions to copyright infringement) ตามที่ปรากฏใน พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์⁷ และอาจได้คำตอบว่า “ไม่ผิดกฎหมาย”

เท่าที่ปรากฏ parody เป็นเรื่องที่ไม่ได้ดึงดูดความสนใจของสาธารณชนอย่างเด่นชัด แต่เกิดขึ้นเรื่อยๆ มาเป็นเวลานานมาแล้ว และเป็นเรื่องยากที่เจ้าของงานจะจัดการ เพราะถ้าจะฟ้องร้องตามกฎหมายก็ไม่คุ้มกับค่าใช้จ่าย อีกทั้งไม่แน่ใจว่าศาลจะคิดเห็นอย่างไรเมื่อนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้ ความไม่แน่ใจนี้ทำให้ผู้เขียนสนใจที่จะพยายามหาคำตอบว่า การกระทำดังกล่าวต้องห้ามตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์หรือไม่ และอย่างไร ด้วยความหวังว่าการวิเคราะห์ในบทความนี้จะช่วยเพื่อนร่วมงานในแวดวงลิขสิทธิ์หรือผู้สนใจแสดงความคิดเห็นในเชิงสร้างสรรค์ (ไม่ว่าความคิดเห็นนั้นจะแตกต่างกันหรือไม่) ทั้งนี้ อย่างน้อยที่สุดเพื่อจะได้มาซึ่งอาหารสมองของผู้เขียนและผู้สนใจ

ในสหรัฐอเมริกา ปัญหาว่าด้วยการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์อันเกิดจากการกระทำเชิงล้อเลียนได้เคยเกิดขึ้นดังปรากฏในคดี *Campbell v. Acuff-Rose Music*⁸ ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ โจทก์กล่าวหาว่าจำเลยได้ทำเพลง Pretty Woman โดยละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ซึ่งคือ เพลง Oh Pretty Woman โดยจำเลยยกข้อต่อสู้ว่าเป็นการล้อเลียนที่เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (Supreme Court of the United States) ได้พิจารณาโดยนำหลักสี่ข้อว่าด้วยการใช้ที่เป็นธรรมตามมาตรา 107 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 (17 U.S.C. Section 107) มาใช้ประกอบการทำคำพิพากษา หลักทั้งสี่คือ (1) ปริมาณของงานลิขสิทธิ์ที่นำไปล้อเลียน (2) ลักษณะของงานลิขสิทธิ์ที่นำไปล้อเลียน (3) จำนวนและสัดส่วนในเนื้อหาของงานลิขสิทธิ์ที่นำไปล้อเลียน และ (4) ผลกระทบต่อตลาดเป้าหมายหรือคุณค่าของงานลิขสิทธิ์ การวินิจฉัยของศาลฯ ได้รับการกล่าวถึงและวิพากษ์วิจารณ์ในแวดวงวิชาการอยู่ไม่น้อย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักเกณฑ์ที่ศาลฯ ใช้พิจารณาในประเด็นการแปลงรูป (transformative work) ที่ได้กล่าวว่ายังมีการแปลงรูปงานมากขึ้นเท่าใด ผลกระทบต่อ COM จะยังมีน้อยลงเท่านั้น จึงถือได้ว่าเป็นการใช้ที่เป็นธรรมและได้รับการยกเว้นไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ กรณีที่เกิดขึ้นก่อให้เกิดคำถามว่า การตีความของ

⁷ เพื่อความกระชับต่อไปในบทความนี้ จะขอเรียก ข้อจำกัดสิทธิโดยเด็ดขาด (limitations on exclusive rights) หรือ ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามที่ปรากฏใน พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์⁷ เหล่านี้ว่า “ข้อยกเว้น”.

⁸ *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994).

ศาลฯ อยู่ภายใต้บริบทของเงื่อนไขที่ว่า “ไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร (do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder)” ซึ่งเป็นหนึ่งในหลักเกณฑ์ของการพิจารณาข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ปรากฏอยู่ในทั้งใน Berne Convention, Article 9 (2) และ TRIPS Agreement, Article 13⁹ หรือที่รู้จักกันในนาม Three-Step-Test (เกณฑ์ทดสอบสามประการ) หรือไม่

ดังนั้น ในการพิจารณาประเด็นศึกษาว่าด้วย “การกระทำที่ได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์” ในบทความนี้จะวิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ของบทบัญญัติในมาตรา 32 วรรคหนึ่ง ของ พร.ลิขสิทธิ์ และ TRIPS, Article 13 ประกอบกับ Berne Convention, Article 9 (2) อันเป็นการนำเสนอมุมมองทางวิชาการที่มีต่อการกระทำเชิงล้อเลียนในบริบทของกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยในอีกทัศนะหนึ่ง ทั้งนี้ เพราะการตีความกฎหมายภายในประเทศควรคำนึงถึงพันธกรณีระหว่างประเทศประกอบด้วย แม้กฎหมายหลายคนจะเชื่อว่า ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไป ประเทศไทยอยู่ในกลุ่มทวินิยม (dualism) ก็ตาม¹⁰

⁹World Trade Organization, op. cit.

¹⁰อนึ่ง นักกฎหมายบางคนเห็นว่ากฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ/พันธกรณีระหว่างประเทศนั้นแยกออกจากกัน ทั้งนี้ ศาลฎีกาในคำพิพากษาฎีกาที่ 873/2523 น่าจะอยู่ในนักกฎหมายกลุ่มนี้ เพราะระบุว่า

“ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2493 มาตรา 33, 38 บัญญัติให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ฝากกักนางแบบคนต่างด้าวซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตไว้ที่สถานีตำรวจเพื่อจะส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักรได้ อนุสัญญาว่าด้วยสภาพของผู้ลี้ภัยและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิลี้ภัยทางชายแดนที่ผู้ร้องอ้างหากมีจริงก็หาไม่ผลบังคับยกเว้นกฎหมายของประเทศไทยไม่ บทบัญญัติแห่งสองมาตรานี้หาได้จำกัดเฉพาะคนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรไม่ การที่เจ้าพนักงานเจ้าหน้าที่ฝากกักนางแบบไว้เพื่อรอส่งกลับจึงเป็นการควบคุมโดยชอบด้วยกฎหมาย” (เน้นโดยผู้เขียน)

โปรดดูบทความเรื่อง “กฎหมายระหว่างประเทศสัมพันธ์กับกฎหมายไทยได้อย่างไร” (โดยเฉพาะอย่างยิ่งหัวข้อที่ 3 (1) และ (5)) ที่เขียนโดยรองศาสตราจารย์พนิต สุริยะ ด้วยบทความนี้ ปรากฏใน “หนังสือกฎหมายเพื่ออาจารย์บุชาแต่อาจารย์พนิต สุริยะ เนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ 65 ปี พ.ศ.2554”. ศูนย์สารสนเทศสิทธิมนุษยชน, คู่มือกฎหมายระหว่างประเทศสำหรับประชาชน [Online], available URL: <http://library.Nhrc.or.th/ulib/document/Fulltext/F05955.pdf>, 2562 (เมษายน, 12).

2. หลักการพื้นฐานที่สำคัญเกี่ยวกับสิทธิทางเศรษฐกิจและข้อยกเว้นการละเมิดสิทธิทางเศรษฐกิจตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์

2.1 สิทธิทางเศรษฐกิจ

เป็นที่ทราบกันดีแล้วว่า พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ บัญญัติถึงสิทธิทางเศรษฐกิจ (ดังปรากฏในมาตรา 15)¹¹ สิทธิเฉพาะตัวหรือกรรมสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ (ดังปรากฏในมาตรา 18) และข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ (ดังปรากฏในส่วนที่ 6 ของหมวด 1)

ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิทางเศรษฐกิจนั้น สิทธิที่น่าจะเกี่ยวข้องกับการถกประเด็นในบทความนี้ คือ “สิทธิในการทำซ้ำ” และ “สิทธิในการดัดแปลง” โดยที่ มาตรา 4 บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้...

“ทำซ้ำ” หมายความว่า รวมถึง คัดลอกไม่ว่าโดยวิธีใดๆ เลียนแบบ ทำสำเนา ทำแม่พิมพ์ บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกเสียงและภาพจากต้นฉบับ จากสำเนา หรือจากการโฆษณาในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ... โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

“ดัดแปลง” หมายความว่า ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบ ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมหรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน...”

เมื่อพูดถึง “การทำซ้ำ” และ “การดัดแปลง” น่าจะมีคำถามว่าการกระทำเชิงล้อเลียนเป็น “การทำซ้ำ” หรือ “การดัดแปลง” ตามคำนิยามในมาตรา 4 หรือไม่ หรือเป็นเพียงการนำสิ่งต่างๆ อย่างละเล็กละน้อยจาก COM ไปใช้เพื่อสร้างสรรค์งานขึ้นใหม่ไปจนถึงขั้นที่ว่า เมื่อเห็นงานที่เกิดขึ้นใหม่แล้ว ทำให้นึกไม่ออกว่าเคยเห็นงานที่เหมือนหรือคล้ายกันมาก่อน (กล่าวคือ ไม่นึกถึง/ไม่เห็นถึงความเกี่ยวพันระหว่างงานที่ free rider ทำขึ้น และ COM) ถ้าเป็นเพียงการนำสิ่งต่างๆ อย่างละเล็กละน้อยมารวมกันดังที่กล่าว ก็ไม่คิดว่าเป็นการทำซ้ำหรือการดัดแปลงอันมีผลทำให้การกระทำนั้นต้องห้ามตามกฎหมาย แต่ถ้ากรณีเข้าหรือเป็นไปตามคำนิยามของคำว่า “ทำซ้ำ” หรือคำนิยามของคำว่า “ดัดแปลง” ก็ถือได้ว่าผู้กระทำได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ (เว้นแต่บุคคลนั้นจะอาศัยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ กำหนดไว้ในส่วนที่ 6

¹¹ มาตรา 15 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 9 มาตรา 10 และมาตรา 14 เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียว ดังต่อไปนี้

(1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน...”

ของหมวด 1 ดังที่จะกล่าวข้างล่างนี้) ทั้งนี้เพราะเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวตามมาตรา 15 ในการทำซ้ำหรือดัดแปลง

ในการวิเคราะห์ประเด็นศึกษานี้ อาจารย์ปริญญา ตีผดุง ในเอกสารประกอบการบรรยายในหัวข้อ “ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์” ได้ให้ความเห็นไว้ว่า

“การสร้างงานวรรณกรรมล้อเลียนงานวรรณกรรมต้นฉบับซึ่งเป็นนวนิยายชีวิตชาบซึ่งกินใจหรือสะเทือนใจผู้อื่นเพื่อความตลกขบขัน...หรืองานภาพถ่ายล้อเลียนงานภาพถ่ายต้นฉบับ... เพื่อให้ผู้ดูภาพนั้นเกิดความขบขัน...ถือได้ว่าเป็นการทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบโดยแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของงานต้นฉบับโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่ เพราะงานล้อเลียนนั้นได้อาส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือจุดเด่นของงานต้นฉบับมาใช้ในการเปลี่ยนรูปแบบจนถึงขนาดทำให้สาธารณชนเข้าใจได้ว่าเป็นงานล้อเลียนดังกล่าวได้สร้างขึ้นเพื่อล้อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์ชิ้นใดของผู้ใดมิใช่งานที่ผู้สร้างได้ริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้นเอง (originality) จึงเป็นการดัดแปลงงานต้นฉบับตามความหมายของคำว่า “ดัดแปลง” ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537”¹²

หากพิจารณาถึงลักษณะของ parody ผู้กระทำก็คงจำเป็นต้องทำซ้ำหรือดัดแปลง COM เพื่อให้ผู้อ่านหรือผู้รับสารสามารถเข้าใจได้ว่าเป็นการล้อเลียนงานใด (แม้ผู้ล้อเลียนไม่แสดงการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์อย่างชัดแจ้ง) จึงมีความเป็นไปได้ที่การกระทำดังกล่าวอาจถูกวินิจฉัยว่าเป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลง ไม่ว่าการล้อเลียนนั้นจะเป็นเพียง “การคัดลอก เลียนแบบ”

¹²ปริญญา ตีผดุง, “ปัญหาการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์,” เอกสารประกอบการบรรยาย โครงการอบรมหลักสูตรพิเศษ ประกาศนียบัตรกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รุ่นที่ 3, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 9 เมษายน - 16 พฤษภาคม 2547.

อนึ่ง เท่าที่ปรากฏ แม้งานเขียนของอาจารย์ปริญญา ตีผดุง ที่อ้างถึงข้างต้นกล่าวถึงคำพิพากษาของ U.S. Supreme Court ในคดี Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc. แต่ไม่ปรากฏว่ามีข้อความใดในงานเขียนฯ ที่แสดงอย่างชัดแจ้งว่า เรื่องของ transformative use มีอิทธิพลต่อความคิดของ อาจารย์ปริญญา ตีผดุง ที่เป็นเช่นนี้ อาจเป็นเพราะเรื่องดังกล่าวเป็นกรณีของกฎหมายภายในของต่างประเทศ (ย่อมไม่ผูกพันหรือมีอิทธิพลต่อการตีความบทบัญญัติของกฎหมายภายในของประเทศไทย) อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนไม่แน่ใจว่า ในปัจจุบัน อาจารย์ปริญญา ตีผดุง ยังมีทัศนะเช่นที่อ้างถึงข้างต้นหรือไม่.

หรือเป็น “การทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบใหม่” ที่ทำให้ผู้บริโภคเข้าใจได้ว่าล้อเลียนหรือสร้างความขบขันต่องานของผู้ใด

หากเปรียบเทียบการดัดแปลงงานตามบทบัญญัติในมาตรา 4 ของ พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ กับกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา กรณีอาจเทียบเคียงได้กับ derivative work (งานดัดแปลง) ซึ่งในคดี *Campbell v. Acuff-Rose Music* ในตอนหนึ่งของคำพิพากษา ศาลได้กล่าวว่า “parody หากมองในมุมมองด้านวรรณกรรม ถือเป็นการดัดแปลงงาน (derivative) โดยการทำให้เนื้อความ/เนื้อหาของงานต้นฉบับปรากฏในงาน parody ในสัดส่วนที่เพียงพอและสำคัญที่ทำให้ผู้รับสารสามารถเข้าใจได้ว่าเป็นการกระทำต่องานใด”¹³ ซึ่งตามบทบัญญัติในมาตรา 106 ของรัฐธรรมนูญด้วยลิขสิทธิ์ ค.ศ.1976 (17 U.S.C. Section 106) สิทธิในการพัฒนา derivative work เป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์ สอดคล้องกับมาตรา 15 ของ พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ไทย

เป็นที่น่าสนใจว่า parody ในสหรัฐอเมริกานอกจากจะมีลักษณะเป็นการดัดแปลงงานที่เป็น derivative แล้ว งานนั้นอาจได้รับการพัฒนาถึงขั้นเป็นการสร้างสรรค์หรือจัดทำงานชิ้นใหม่ที่เรียกว่า “Transformative Use” หรือ “งานแปลงรูป” ที่ปัจจุบันยังไม่ปรากฏหลักการดังกล่าวทั้งใน พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์และคำพิพากษาในประเทศไทยโดยตรง นอกจาก derivative work ในมาตรา 11 แต่เพียงเท่านั้น¹⁴

Parody ในลักษณะที่ได้รับการพัฒนาถึงขั้นเป็น “งานแปลงรูป” นี้ ต้อง (1) เป็นการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยตรงในปริมาณที่เหมาะสมเพื่อการสื่อสารงานของตนออกสู่สาธารณชน¹⁵ (2) โดยเป็นการนำไปใช้ในวัตถุประสงค์ใหม่ที่แตกต่างจากงานเดิม กล่าวคือ เป็นการ

¹³ Aaron Schwabach, “Reclaiming Copyright from the Outside In: What the Downfall Hitler Meme Means for Transformative Works, Fair Use, and Parody,” *Buffalo Intellectual Property Law Journal* 8 (April 2012): 20-21. “Parody is necessarily derivative in a literary sense; as Justice Souter points out in *Campbell*, parody must “conjure up” at least enough of [the] original to make the object of its critical wit recognizable”.

¹⁴ Ibid.: 18-19; ชมพูนุช ศิริสวัสดิ์, “การคุ้มครองงานแปลงรูป (Transformative Works) ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยและต่างประเทศ,” *วารสารวิทยบริการ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์* 30 (กรกฎาคม 2562): 101.

¹⁵ Scott Fruehwald, “The Parody Fair Use Defense After *Campbell*,” *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts* 18 (1993): 125-127. “If a use is transformative, quotes only a reasonable amount of the original, and does not appreciably affect the original’s potential market, then the use should be deemed fair”; Jay Lee, “*Campbell v. Acuff-Rose Music*: The Sword of the Parodist is Mightier than the Shield of the Copyright Holder,” *University of San*

สื่อออกมาในวัตถุประสงค์ บริบท หรือความหมายใหม่ที่แตกต่างจากงานต้นฉบับ¹⁶ (3) โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์¹⁷ และ (4) มีลักษณะการพัฒนาถึงขั้นเป็นการสร้างสรรค์หรือจัดทำงานชิ้นใหม่¹⁸ โดยใช้ความวิริยะ อุตสาหะ และความเพียรพยายาม มิใช่เพียงนำงานของบุคคลอื่นไปใช้ในวัตถุประสงค์ใหม่โดยมิได้เพิ่มเติมความคิดสร้างสรรค์ของตนเอง (originality and creativity) โดยที่ศาลในสหรัฐอเมริกาเคยมีการพิจารณาถึงระดับในการสร้างสรรค์งานโดยแบ่ง “งานแปลงรูป” ออกเป็น งานแปลงรูปที่มีการสร้างสรรค์ในระดับเล็กน้อย และงานแปลงรูปที่มีระดับการสร้างสรรค์สูง ซึ่งหากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่ามีการสร้างสรรค์ที่มากพอ งานแปลงรูปดังกล่าวก็จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา¹⁹

โดยที่ศาลในคดี *Campbell v. Acuff-Rose Music* ได้ยึดโยงหลัก “งานแปลงรูป” นี้ กับหลักการใช้งานที่เป็นธรรม (Fair Use) ตามมาตรา 107 โดยเห็นว่าเมื่อวัตถุประสงค์ในการล้อเลียนนั้นแตกต่างไปจากวัตถุประสงค์ของงานต้นฉบับเดิม จึงเป็นการแปลงรูปงาน และไม่ส่งผลกระทบต่อตลาดเป้าหมายหรือคุณค่าของงานลิขสิทธิ์ต้นฉบับ จึงถือได้ว่าเป็นการใช้ที่เป็นธรรมและได้รับการยกเว้นไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ตามที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น²⁰ หรือที่ปรากฏในคำพิพากษาในคดี *Arrow Productions, LTD v. The Weinstein Company LLC*²¹ ซึ่งได้มีการพิจารณาวินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกัน²²

Francisco Law Review 29 (1994): 303-304. “In addition to claiming that the original work has transformative value, the parody must also comment or criticize the original to some degree”.

¹⁶ ชมพูนุช ศิริสวัสดิ์, เรื่องเดิม, หน้า 101.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน.

¹⁸ Aaron Schwabach, op. cit.,: 21-22. “The central purpose of this investigation is to see... whether the new work merely “supersede[s] the objects” of the original creation or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, whether and to what extent the new work is “transformative”; Scott Fruehwald, op. cit.,:138-139. “The Court found that parody is a transformative use: “(l)ike less ostensibly humorous forms of criticism, it can provide social benefit, by shedding light on an earlier work, and, in the process, creating a new one”.

¹⁹ ชมพูนุช ศิริสวัสดิ์, เรื่องเดิม, หน้า 103.

²⁰ เรื่องเดียวกัน.

²¹ Arrow Productions, LTD. v. Weinstein Co. LLC, 44 F. Supp. 3d 359, 369 (2014).

²² ชมพูนุช ศิริสวัสดิ์, เรื่องเดิม, หน้า 103.

ด้วยไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ว่าด้วย “งานแปลงรูป” ในประเทศไทยและบทความฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงการตีความและการบังคับใช้ พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ไทยฉบับปัจจุบัน กับงาน parody ซึ่งโดยมากมีลักษณะเป็นการ “ทำซ้ำ” หรือ “ดัดแปลงงาน” อันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น บทบัญญัติว่าด้วยข้อยกเว้นดังกล่าวในหน้าที่ 6 ของหมวด 1 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา 32 วรรคหนึ่งแห่ง พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ จึงเข้ามาเกี่ยวข้องอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้และจากการทบทวนงานวรรณกรรมอาจกล่าวได้ว่า ประเด็นที่เกี่ยวข้องมากที่สุด คือ สถานะของมาตรา 32 วรรคหนึ่งว่าวรรคหนึ่งนี้ “เป็นกรอบ/เงื่อนไขของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์” หรือ “เป็นข้อยกเว้นทั่วไป (general exception)”

2.2 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

ปัจจุบัน (1 กันยายน 2563) บทบัญญัติว่าด้วยข้อยกเว้นในหน้าที่ 6 ของหมวด 1 ของ พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ ประกอบด้วยมาตราที่ 32 ถึงมาตราที่ 43 ข้อยกเว้นเหล่านี้อาจถูกแยกออกได้เป็นสองประเภท กล่าวคือ ข้อยกเว้นประเภทที่ถูกกำหนดให้ต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 32 วรรคหนึ่ง และข้อยกเว้นประเภทที่ไม่ได้ถูกกำหนดให้ต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 32 วรรคหนึ่ง²³

2.3 สถานะของมาตรา 32 วรรคหนึ่ง

แม้มาตรา 32 วรรคหนึ่งจะปรากฏมาเกือบเข้าสู่สามทศวรรษแล้วและแม้ว่า พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ จะได้รับการปรับปรุงครั้งสุดท้ายในปี พ.ศ.2561²⁴ ก็ตาม ความชัดเจนเกี่ยวกับสถานะของมาตรา 32 วรรคหนึ่งก็ยังไม่มีความเห็นที่แตกต่างกันอย่างน้อยสองความเห็น กล่าวคือ

ความเห็นที่ 1 เห็นว่า (1) วรรคหนึ่งเป็นกรอบของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือเงื่อนไขของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ และ (2) ข้อยกเว้นที่ปรากฏในมาตรา 32 วรรคสองเรื่อยไปจนถึงมาตราสุดท้ายของส่วนที่ 6 เป็น “certain special cases” (ตามที่ปรากฏใน TRIPS, Article 13) ที่โดยหลักแล้ว จะต้องอยู่ภายใต้บังคับหรือกรอบของมาตรา 32 วรรคหนึ่งที่กำหนดว่าต้อง “ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร”²⁵ โดยใช้คำว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง” หรือ “ถ้าได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง” ดังเช่นที่ปรากฏในมาตรา 32 วรรคสอง มาตรา 33 และ มาตรา 34

²³ ในปัจจุบัน มาตรา 37-42 ไม่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 32 วรรคหนึ่ง.

²⁴ การแก้ไขครั้งสุดท้าย คือ การแก้ไขตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2561.

²⁵ นักกฎหมายบางท่านเรียกเงื่อนไขทั้งสองข้อนี้ว่า “กฎทองสองข้อ” หรือ “the two golden rules”.

หากพิจารณาหรืออนุมานจากข้อความในหนังสือชื่อ “คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์” รองศาสตราจารย์รพรณ พนัสพัฒนา น่าจะอยู่ในกลุ่มนี้โดยในตอนหนึ่งของหนังสือดังกล่าวระบุว่า

“7.2 **เงื่อนไขของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์...** พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 บัญญัติไว้ในมาตรา 32 วรรคหนึ่ง.... จะเห็นได้ว่า มาตรา 32 นี้บัญญัติไว้เป็นทำนองเดียวกันกับ Article 13 ของความตกลง TRIPS ดังนั้น การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นซึ่งจะเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น **มีเงื่อนไขสองประการ** คือ

1) การใช้งานนั้นต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาผลประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์

2) การใช้งานนั้นต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร”²⁶ (ขีดเส้นใต้โดยผู้เขียน)

เช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5843/2543 โดยข้อความตอนหนึ่งระบุว่า

“โจทก์ทั้งสามอุทธรณ์ว่า การทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ร่วมทั้งสามมิใช่การรับจ้างทำซ้ำโดยถ่ายสำเนาเอกสารจากนักศึกษาที่ว่าจ้างจำเลยให้ทำซ้ำขึ้นเพื่อการศึกษาวิจัย โดยไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของโจทก์ร่วมทั้งสาม และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร อันถือเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด... จากพยานหลักฐานของโจทก์และโจทก์ร่วมทั้งสาม... เห็นได้ว่า... จำเลยทำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ร่วมทั้งสาม... โดยการถ่ายสำเนาเอกสาร... ไว้เพื่อขาย เสนอขาย และมีไว้เพื่อขายอันเป็นการที่จำเลยทำขึ้นเองเพื่อการค้าและแสวงหาประโยชน์จากการขายสำเนางานที่จำเลยทำซ้ำขึ้นมา มิใช่เป็นการรับจ้างถ่ายเอกสารจากนักศึกษาที่ต้องการได้สำเนางานที่เกิดจากการทำซ้ำไปใช้ในการศึกษาวิจัยอันเป็นเหตุยกเว้นมิให้ถือว่าการทำซ้ำของจำเลยไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 32 (1) แต่อย่างใด”

ความเห็นที่ 2 เห็นว่า ข้อยกเว้นต่างๆ ที่ปรากฏในส่วนที่ 6 (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง วรรคสองของมาตรา 32) เป็นตัวอย่างของข้อจำกัดสิทธิโดยเด็ดขาดหรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือเป็น

²⁶รพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า 84-85.

ตัวอย่างของ “certain special cases” (ตามที่ปรากฏใน TRIPS, Article 13) เท่านั้น ฉะนั้น ถ้ามีการกระทำใดเกิดขึ้นและถ้าการกระทำนั้นไม่เข้าข้อยกเว้นตัวอย่างที่เขียนไว้แล้วในกฎหมายก็อาจเข้าอยู่ในข้อยกเว้นทั่วไป (general exception) ได้ หากการกระทำนั้นเป็นการใช้ที่เป็นธรรม (fair use of a copyrighted work)

ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายลิขสิทธิ์สามคนได้แก่ อาจารย์ปริญญา ตีผดุง²⁷ อาจารย์นันทอินทนนท์ และ อาจารย์สปีศิริ ทวีผล น่าจะอยู่ในกลุ่มความเห็นที่ 2 ดังอนุมานได้จากงานเขียนต่อไปนี้ที่ระบุว่า

“การที่ผู้สร้างงานที่ทำขึ้นล้อเลียนต้องใช้งานต้นฉบับอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นในเนื้อหาเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้สาธารณชนเข้าใจว่าเป็นงานที่ล้อเลียนงานต้นฉบับอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นใดของผู้ใดเท่านั้น ยังถือได้ว่าเป็นการใช้งานต้นฉบับอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรอีกด้วย การสร้างงานล้อเลียนในลักษณะเช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะถือได้ว่าเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยชอบธรรม (fair use) เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ดังที่บัญญัติไว้เป็นหลักการในมาตรา 32 วรรคหนึ่งได้”²⁸ (เน้นโดยผู้เขียน); และ

*“The first paragraph of Section 32 of the Copyright Act provides the following general exception to copyright infringement...”*²⁹ (เน้นโดยผู้เขียน)

นอกจากนั้นแล้ว หากพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญา ในคดีหมายเลขดำที่ ทป. 145/2545 คดีหมายเลขแดงที่ ทป. 116/2546 ศาลทรัพย์สินทางปัญญา ในคดีดังกล่าวน่าจะอยู่ในกลุ่มความเห็นที่ 2 เพราะในการพิจารณาตัดสินคดีศาลอ้างอิงถึงมาตรา 32 แต่

²⁷ บทความนี้กล่าวถึงความเห็นของอาจารย์ปริญญา ตีผดุง บ่อยครั้ง เนื่องจาก เท่าที่ปรากฏ มีบทความ/งานเขียนเกี่ยวกับ ‘parody’ น้อยมาก ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่า อาจารย์ปริญญา ตีผดุง เป็นหนึ่งในผู้เชี่ยวชาญกฎหมายลิขสิทธิ์.

²⁸ ปริญญา ตีผดุง, เรื่องเดิม.

²⁹ Nandana Indananda and Suebsiri Taweepon, *Fair Use: A Narrow Exception to Copyright Infringement in Thailand* [Online], available URL: <https://www.tilleke.com/resources/fair-use-narrow-exception-copyright-infringement-thailand>, 2010 (November, 30).

อนึ่ง ณ เวลานั้น ไม่แน่ว่าอาจารย์นันทอินทนนท์ และ/หรืออาจารย์สปีศิริ ทวีผล เปลี่ยนความคิดเห็นแล้วหรือไม่

ไม่ได้กล่าวถึงอนุมาตรา (1) ตามวรรคสองเป็นการเฉพาะเจาะจง ดังจะเห็นได้จากข้อความที่ปรากฏในหน้าที่ 24 ถึง 25 ของคำพิพากษา³⁰

ถ้าใช้วิธีคิดแบบความเห็นที่ 2 โอกาสที่การกระทำเชิงล้อเลียนจะเป็นหรือถือว่าเป็นการใช้ที่เป็นธรรมจะสูงขึ้น เพราะถ้าไม่เข้าช้อยกเว้นที่เขียนไว้ในข้ออื่น (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา 32 วรรคสอง) ก็อาจเข้ามาตรา 32 วรรคหนึ่ง “...หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร”

³⁰ ข้อความดังกล่าวระบุว่า

“...ปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยต่อไปมีว่าการกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์หรือไม่ เห็นว่างานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์เป็นเรื่องของการเรียบเรียงถ้อยคำเพื่ออธิบายหรือให้ความหมายศัพท์ การกระทำที่เชื่อว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดังกล่าวจะต้องเป็นเรื่องของการทำซ้ำ หรือดัดแปลงงาน ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญจากเนื้อหาโดยรวมทั้งหมดของงานนั้น การที่จำเลยนำความหมายของถ้อยคำทั้งเจ็ดคำจากหนังสือของโจทก์และนำมาดัดแปลงโดยการให้ความหมายเพิ่ม ตัด หรือ ขยายผลความบางส่วนเข้าไป แล้วนำไปใส่ไว้ในหนังสือของจำเลย แม้จะถือได้ว่าเป็นการทำซ้ำและดัดแปลง แต่เนื่องจากงานที่โจทก์สร้างสรรค์ขึ้นล้วนเกี่ยวข้องกับถ้อยคำในตัวบทกฎหมาย ซึ่งเป็นเรื่องที่ใช้กันโดยทั่วไปในชีวิตประจำวันของคนในสังคมและมีความหมายเพียงประการเดียวไม่อาจอธิบายให้มีความหมายเป็นอย่างอื่นได้ ดังนั้น จึงจำเป็นอยู่เองที่จำเลยซึ่งมีหน้าที่ตามกฎหมายโดยตรงในการให้คำนิยามศัพท์ต่างๆ จะต้องนำถ้อยคำหรือความหมายที่โจทก์เรียบเรียงขึ้นไปใช้ในการให้ความหมายเพื่อความถูกต้องในทางวิชาการ และจำเลยไม่มีหนทางที่จะให้ความหมายถ้อยคำพิพาทให้มีความหมายเป็นอย่างอื่นไปได้ การกระทำของจำเลยจึงเป็นเรื่องที่จำเป็นของการทำหน้าที่ค้นคว้า วิจัยและเผยแพร่ทางวิชาการตามอำนาจหน้าที่ ที่กฎหมายกำหนด ... อีกทั้งจำเลยเป็นนิติบุคคลของรัฐ ... ไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรในเชิงพาณิชย์ เมื่อพิจารณาถึงผลกระทบต่อการแสวงหาประโยชน์ของโจทก์ ก็ปรากฏว่างานของโจทก์ ... เป็นหนังสือที่มีลักษณะเป็นบทความวิจารณ์งานของจำเลยที่มีอยู่ก่อนแล้ว ... ดังนั้น การพิมพ์งานนุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 2 และ ครั้งที่ 3 ... ของจำเลย จึงเป็นเรื่องการเผยแพร่ผลงานทางวิชาการตามปกติและมีลักษณะแตกต่างจากงานของโจทก์ ... อย่างสิ้นเชิง ไม่ขัดกับการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของโจทก์และไม่กระทบกระเทือนต่อประโยชน์ของโจทก์แต่อย่างใดเลย การกระทำของจำเลยจึงเข้าช้อยกเว้นตามกฎหมายไม่เป็นการละเมิด...”

3. "Parody" กับส่วนที่ 6 หมวด 1 ของ พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์: มุมมองของผู้เขียน

3.1 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กับ Parody

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าการกระทำใดเข้าข้อยกเว้นหรือถือว่าเข้าข้อยกเว้นไม่ใช่เรื่องง่าย เพราะการวินิจฉัยทางกฎหมายซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสังคมศาสตร์โน้มไปทางการใช้ดุลยพินิจ ฉะนั้น ความเห็นต่างย่อมเกิดได้ง่ายแต่ต้องสมเหตุสมผลหรือมีคำอธิบายที่น่าเชื่อถือ

ก่อนที่จะพยายามตอบว่า free rider จะอ้าง/อาศัยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามที่ปรากฏในส่วนที่ 6 ของหมวด 1 แห่ง พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ฯ เพื่อให้หลุดพ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้หรือไม่ ผู้ตอบ (ไม่ว่าใครก็ตาม) ควรดำเนินการดังต่อไปนี้ก่อน กล่าวคือ

1) ทำความเข้าใจให้ตรงกันเกี่ยวกับ “parody” หรือที่ถือว่าเป็น “parody” ที่กล่าวถึงในบทความนี้และ

2) ตัด/แยกมาตราในส่วนว่าด้วยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามที่กล่าวข้างล่างนี้เพื่อให้ง่ายต่อการพิจารณา กล่าวคือ แบ่งมาตราในหมวดที่ 6 (อันประกอบด้วยมาตรา 32³¹, 32/1, 32/2, 32/3, 32/4, และ 33 ถึง 43) เป็น 6 กลุ่ม/ระดับ โดยเรียงลำดับจาก “ไม่น่าเกี่ยวข้อง” “ที่น่าจะเกี่ยวข้อง: น้อยมาก” “ที่น่าจะเกี่ยวข้อง: น้อย” “ที่น่าจะเกี่ยวข้อง: ปานกลาง” “ที่น่าจะเกี่ยวข้อง: มาก” และ “ไม่แน่ชัดหรือยังเป็นที่ถกเถียง” ดังปรากฏข้างล่างนี้

³¹ มาตรา 32 การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามวรรคหนึ่ง มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำได้ดังต่อไปนี้

- (1) วิจัยหรือศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- (2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท
- (3) ดิชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว
- (6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอนเพื่อประโยชน์ในการสอนของตน อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- (7) ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอนหรือทำบทสรุปโดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร
- (8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ.

การแบ่งระดับความเป็นไปได้ที่จะถูกอ้าง/นำมาปรับใช้กับกรณี parody

ระดับ	มาตรา	เหตุผล
ไม่น่าเกี่ยว	32 วรรคสอง (8), 32/1, 32/2, 32/3, 34, 36, 37, 38, 39, 41 และ 42	ถ้อยคำที่ปรากฏในมาตราหรืออนุมาตราไม่อำนวยความสะดวก
น้อยมาก	32 วรรคสอง (4) และ (8), 33, 35, 40, และ 43	มีความเป็นไปได้ที่จะมีการกระทำเชิงล้อเลียนเพื่อความตลกขบขันต่อ COM ที่มาตราเหล่านี้กล่าวถึงแต่ความเป็นไปได้ที่น่าจะมีน้อย
น้อย	32 วรรคสอง (3) และ (4), 32/4, และ 33	1. ด้วยเหตุที่มาตรา 32 วรรคสอง (3) และ (4) กำหนดให้มีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้นประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่า (เท่าที่ปรากฏ) ในการล้อเลียน COM บ่อยครั้งพบว่า ผู้ล้อเลียนไม่แสดงการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์อย่างชัดเจน ดังนั้น โอกาสที่จะอ้างวรรคสอง (3) และ/หรือ (4) เพื่อจะให้รอดพ้นจากความรับผิดชอบจะมีน้อย 2. สำหรับมาตรา 32/4 นั้น โอกาสที่องค์กรที่ได้รับอนุญาต/หรือได้รับการยอมรับจะล้อเลียน COM ที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อประโยชน์ของคนพิการน่าจะน้อย 3. ด้วยเหตุที่มาตรา 33 กำหนดให้มีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่า (เท่าที่ปรากฏ) ในการล้อเลียน COM บ่อยครั้งพบว่าผู้ล้อเลียนไม่แสดงการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ไว้อย่างชัดเจน โอกาสที่จะอ้างมาตรา 33 เพื่อจะให้รอดพ้นจากความรับผิดชอบไม่น่าจะมีมากนัก
ปานกลาง	32 วรรคสอง (5), (6) และ (7)	การอ้างอนุมาตรา (5), (6) หรือ (7) อาจเกิดขึ้นได้ แม้ไม่มากนัก เพราะการกระทำ (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การดัดแปลง) เชิงล้อเลียนเพื่อความตลกขบขันต่อ COM เพื่อวัตถุประสงค์ตามระบุในอนุมาตราเหล่านี้เกิดขึ้นได้

ระดับ	มาตรา	เหตุผล
มาก	32 วรรคสอง (1) และ (2)	ก่อนอื่น ควรกล่าวไว้ ณ ที่นี้ว่า ความเห็นของผู้เขียนที่จะปรากฏข้างล่างนี้อาจจะต่างจากความเห็นของนักกฎหมายบางคน (เช่น อาจารย์ปริญญา ตีผดุง)³² ซึ่งเท่าที่ปรากฏคิดว่า parody เป็นการดัดแปลง ฉะนั้น ในการพิจารณามาตรา 32 วรรคสอง จึงพิจารณาอนุมาตราที่มีคำว่า “ทำซ้ำ ดัดแปลง” ที่เกี่ยวข้อง [(อันได้แก่ อนุมาตรา (5), (6) และ (7)] เท่านั้น และเห็นว่า parody ไม่เข้าข่ายกเว้นตามอนุมาตราดังกล่าว³³ จะด้วยประการใดก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำ (จะด้วยการทำซ้ำ หรือ การดัดแปลง) เชิงล้อเลียนเพื่อความตลกขบขันต่อ COM ของบุคคลอื่น หรือ การนำ COM ของคนอื่นมาล้อเลียน ไม่ต้องห้าม ถ้าการกระทำนั้น เป็น 1. การวิจัยหรือศึกษา COM นั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร (ทั้งนี้ เป็นไปตามที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในอนุมาตรา (1) ของมาตรา 32 วรรคสอง³⁴) หรือ 2. ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิทและ 3. สอดคล้องกับบทบัญญัติของมาตรา 32 วรรคหนึ่ง กล่าวคือ “ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร” อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำที่จะเกี่ยวโยงหรืออาศัยวรรคสอง (1) และ (2) อาจเป็นการทำซ้ำหรือการดัดแปลงงานก็ได้³⁵

³²ปริญญา ตีผดุง, เรื่องเดิม.

³³เรื่องเดียวกัน.

³⁴หมายเหตุ: การกล่าว/ความเห็นเช่นนี้ (ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจน) ไม่ได้ขัดกันกับความเห็นที่ปรากฏในช่วงของการอภิปรายของผู้เขียนที่เกี่ยวข้องกับ “มูลเหตุจูงใจในการกระทำเชิงล้อเลียนว่าเป็นเพื่อการแสวงหาประโยชน์ด้านการเงิน” (ก่อนขึ้น ส่วนที่ 4) ของบทความนี้.

³⁵อนุมานจากการพิจารณาของศาลในคดีหมายเลขดำที่ อ. 326/2542 คดีหมายเลขแดงที่ อ. 784/2542 และ คำพิพากษาฎีกาที่ 5843/2543 (ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการถ่ายเอกสารที่อ้างว่าเพื่อการศึกษา ที่พนักงานอัยการ

ระดับ	มาตรา	เหตุผล
ไม่แน่ชัด หรือยัง เป็นที่ ถกเถียง	มาตรา 32 วรรคหนึ่ง ใน ฐา นะ ที่ เป็ น ข้อยกเว้นทั่วไป (general exception)	ถ้าบทบัญญัติของวรรคหนึ่งเป็น “ข้อยกเว้นทั่วไป” บทบัญญัติดังกล่าวจะเปิดโอกาสให้ตีความได้ว่าการล้อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์สามารถกระทำได้ ถ้าไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จาก COM ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ใน COM นั้น และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร แต่ถ้าเป็น “กรอบ” โอกาสที่จะได้รับการยกเว้นจะลดน้อยลงไปมาก จนแทบจะไม่มี เว้นแต่จะอาศัยบทบัญญัติที่มีอยู่ในอนุมาตราหนึ่งอนุมาตราใดของวรรคสองแห่งมาตรา 32 หรือในมาตราอื่นในส่วนที่ 6

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าความเห็นของนักกฎหมายจะมีความแตกต่างในรายละเอียดสำหรับการนำบทบัญญัติว่าด้วยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์มาปรับใช้ต่อ parody เช่นไร อาจกล่าวได้ว่าบ่อยครั้ง พบว่าการพิจารณาข้อกฎหมายจะเกี่ยวพันกับการอ้างถึง/ใช้มาตรา 32 วรรคหนึ่งเป็นส่วนใหญ่ ไม่ว่าจะในฐานะของการเป็น “กรอบ/เงื่อนไข” ตามความเห็นของกลุ่มที่ 1 หรือ “ข้อยกเว้นทั่วไป (general exception)” ตามความเห็นของกลุ่มที่ 2 นอกจากนั้นแล้ว การตีความมาตรา 32 (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง วรรคหนึ่ง) ให้สอดคล้องกับที่มาที่ไปและ/หรือพันธกรณีระหว่างประเทศดูเหมือนเป็นสิ่งที่เลี่ยงไม่ได้ การตีความดังกล่าวจะปรากฏข้างล่างนี้

3.2 แนวการพิจารณาตีความมาตรา 32 วรรคหนึ่ง

ด้วยการบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ภายในประเทศ (รวมทั้งของประเทศไทย) ส่วนหนึ่งมีพื้นฐานจากกรอบความตกลงว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ ประกอบกับเพื่อประโยชน์ในเชิงพันธกรณีระหว่างประเทศและเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ผู้เขียนมีความเห็นว่า การพิจารณาเกี่ยวกับมาตรา 32 (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง วรรคหนึ่ง) กับ parody ควรเป็นไปตามกรอบความตกลงระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง TRIPS, Article 13 และ Berne Convention, Article 9 (2)

และโจทก์ร่วมฟ้องนายกนกชัย เพชรดาวงศ์) และ คดีหมายเลขดำที่ ทป. 145/2545 คดีหมายเลขแดงที่ ทป. 116/2546 (ที่นายไพจิตร บุญญพันธุ์ ฟ้องราชบัณฑิตสถาน).

ในการตีความสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) (“VCLT”)³⁶, Articles 31 and 32 กำหนดให้การตีความ (1) พึงกระทำด้วยความสุจริตตามความหมายปกติทั่วไปของคำที่ปรากฏภายใต้บริบทของบทบัญญัติในข้อตกลงนั้นๆ ที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมาย และ (2) ในกรณีที่มีการตีความตามความหมายทั่วไปมีความกำกวม ไม่ชัดเจน หรือคลุมเครือ อาจพิจารณาเอกสารที่ใช้จัดเตรียมในการร่างข้อตกลง/สนธิสัญญาขณะนั้นหรือสถานการณ์ในเวลาทำข้อสรุป/ข้อตกลงในทางระหว่างประเทศนั้นประกอบการตีความเพิ่มเติมเพื่อเป็นการยืนยันความหมายของคำนั้นๆ อีกทางหนึ่งได้³⁷

3.3 Berne Convention & TRIPS Agreement กับ มาตรา 32 วรรคหนึ่ง

เมื่อเปรียบเทียบความในมาตรา 32 วรรคหนึ่งกับ TRIPS, Article 13 กรณีเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าบทบัญญัติทั้งสองมีความคล้ายคลึงและสอดคล้องกันอันทำให้กล่าวได้ว่าประเทศไทยได้อนุญาตกฎหมายลิขสิทธิ์ว่าด้วยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ภายในประเทศที่สอดคล้องกับมาตรฐานที่กำหนดใน TRIPS (Three-Step-Test)

³⁶United Nation, **Vienna Convention on the Law of Treaties** [Online], available URL: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>, 2019 (November, 30).

³⁷VCLT, Art. 31.1 “A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose...”. And Art. 32 “Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31: (a) leaves the meaning ambiguous or obscure.”

มาตรา 32 พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์	TRIPS, Article 13
การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้... ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง ถ้าได้กระทำได้ต่อไปนี้ (1) วิจัยหรือศึกษางานนั้นอันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร (2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท (3) ตีพิมพ์ วิจัยหรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น (4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น (5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย (6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอนเพื่อประโยชน์ในการสอนของตน อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร (7) ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอนหรือทำบทสรุปโดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร (8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ	Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases
หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และ	which do not conflict with a normal exploitation of the work and
ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์	do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder

ในการตีความ Three-Step-Test (แม้ในระดับระหว่างประเทศ ดังจะกล่าวถึงข้างล่างนี้) โจทย์ที่จะต้องตอบก็คือ การกระทำที่จะได้รับยกเว้นนั้นเป็นไปตามเกณฑ์ทดสอบทั้งสามประการที่กล่าวถึงใน TRIPS, Article 13 หรือไม่ ด้วยหลักเหตุและผล (ตามที่กล่าวถึงข้างล่างนี้) ทั้งนี้ หากมีการตีความมาตรา 32 วรรคหนึ่งของไทย สิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ คือ ผู้เกี่ยวข้องจะต้องตอบโจทย์ที่มีลักษณะเดียวกันกับโจทย์ที่กล่าวถึงข้างต้น

หากพิจารณาถึงที่มาของการยกร่าง TRIPS, Article 13 อาจอ้างอิงไปถึงเอกสารการประชุมสต็อกโฮล์ม เพื่อการแก้ไขอนุสัญญากรุงเบิร์น ปี ค.ศ.1967 (Stockholm Revision Conference of the Berne Convention 1967) ซึ่งเป็นการประชุมเพื่อพิจารณาร่างทบัญญัติว่าด้วยการทำซ้ำและข้อยกเว้นของการทำซ้ำในกฎหมายลิขสิทธิ์เป็นครั้งแรก โดยที่ประเทศภาคีมุ่งสร้างกฎระเบียบในการจำกัดการใช้ข้อยกเว้นในการละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศสมาชิกไม่ให้อำนาจกระทำได้ตามอำเภอใจโดยให้อยู่ภายใต้กรอบของเงื่อนไขทั้งสามข้อหรือเกณฑ์ทั้งสามประการ ซึ่งต่อมาปรากฏอยู่ใน Berne Convention, Article 9 (2), TRIPS, Article 13, WIPO Copyright Treaty (WCT)³⁸, Article 10 และ WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)³⁹, Article 16⁴⁰

³⁸World Intellectual Property Organization, **WIPO Copyright Treaty (WCT)** [Online], available URL: <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=321&plang=EN>, 1996, 2019 (April, 30).

³⁹World Intellectual Property Organization, **WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)** [Online], available URL: <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=322&plang=EN>, 1996, 2019 (April, 30).

⁴⁰Roger Knights, "Limitations and Exceptions under the "Three-Step-Test" and in National Legislation—Differences between the Analog and Digital Environment," in **the Regional Workshop on Copyright and Related Rights in the Information Age** (Moscow: World Intellectual Property Organization, 2001), p. 3. อนึ่ง ประเทศไทยยังมิได้เข้าเป็นภาคีสมาชิก WCT และ WPPT.

Berne Convention, Article 9 (2)	TRIPS, Article 13
(2) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases	Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases
, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work	which do not conflict with a normal exploitation of the work and
and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author	do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder

เกณฑ์ทั้งสามประการดังกล่าวข้างต้นเป็นเงื่อนไขในการพิสูจน์ที่ผู้ประสงค์จะอ้างข้อยกเว้นต้องปฏิบัติให้ครบทั้งสามข้อ (cumulative) เท่าที่ปรากฏ หลักนี้ได้รับการพิจารณาและยืนยันโดย WTO Panel on United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act ในคดีพิพาทระหว่างสหภาพยุโรปและสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับว่า Section 110(5) of the US Copyright Act มีความสอดคล้องกับ TRIPS, Article 13 หรือไม่⁴¹ Panel เดียวกันนี้ได้ยืนยันความสอดคล้องของกรอบเงื่อนไขข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่สอดคล้องกันทั้งใน TRIPS, Article 13 และ Berne Convention, Article 9 (2)⁴²

เมื่อเป็นเช่นนี้ (ขอยกตัวอย่างว่า) ถ้านำความในมาตรา 32 มาเทียบกับ Three-Step-Test จะเห็นได้ว่า เงื่อนไข/เกณฑ์ข้อที่ 1(a special case) อยู่ในวรรคสอง (อนุมาตราหนึ่งอนุมาตราใด) ส่วนเงื่อนไข/เกณฑ์ข้อที่ 2 และ ข้อที่ 3 อยู่ในวรรคหนึ่ง ทั้งนี้เป็นไปตามข้อความที่ว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง...” ที่ปรากฏในส่วนต้นสุดของวรรคสอง

⁴¹World Trade Organization, **WTO Analytical Index: TRIPS Agreement—Article 13 (Jurisprudence)** [Online], available URL: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/trips_art13_jur.pdf, 2000 (June, 15).

⁴²Ibid.

หากพิจารณาบทบัญญัติใน TRIPS, Articles 13, 1, 7 & 8 เป็นที่เข้าใจได้ว่า TRIPS กำหนดกรอบอย่างคร่าวๆ⁴³ โดยให้ประเทศภาคีสมาชิกมีอิสระในการอนุวัติกฎหมายภายในของประเทศตนตามระบอบกฎหมายภายใน⁴⁴ และตามกรอบนโยบายแห่งรัฐเพื่อการสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ของเอกชนและสาธารณชน⁴⁵ อันเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ตราบเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติใน TRIPS (minimum standard of protection) เมื่อเป็นเช่นนี้ จึงเป็นเรื่องปกติที่ประเทศในระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) เช่น ประเทศไทย จะมีการตราบทบัญญัติว่าด้วยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในรูปของพระราชบัญญัติ ดังปรากฏใน มาตรา 32/4 ที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดโดยเพิ่มเหตุว่าด้วยการกระทำโดยองค์กรเพื่อประโยชน์ แก่คนพิการ⁴⁶ ตราบเท่าที่ไม่ขัดกับ TRIPS, Article 13

อนึ่ง ปัญหาในการตีความเงื่อนไข/เกณฑ์ทั้งสาม (Three-Step-Test) [กล่าวคือ (1) ประเทศสมาชิกจะกำหนดข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวได้เฉพาะแต่กรณีพิเศษบางกรณีเท่านั้น (Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases) (2) แต่ต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติจากงานอันมีลิขสิทธิ์ (which do not conflict with a normal exploitation of the work) และ (3) ไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร (and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder)] นั้น จะอยู่ที่ว่าอะไรคือ “กรณีพิเศษบางกรณี (certain special cases)” “การแสวงหาประโยชน์ตามปกติ (normal exploitation)” และ “การกระทบกระเทือนสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายเกินสมควร (unreasonably prejudice the legitimate interests)”⁴⁷

ด้วยเหตุที่ TRIPS กำหนดไว้แต่เพียงว่าข้อยกเว้นที่กำหนดโดยประเทศสมาชิกต้อง “เป็นกรณีพิเศษบางกรณี” เท่านั้น ดังนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยมีสิทธิที่จะกำหนดให้ parody เป็นเหตุได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้แต่ต้องแก้ไขตัวบทกฎหมายให้มีความสอดคล้องกับ พันธกรณีระหว่างประเทศ (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง TRIPS, Article 13) และเนื่องด้วยประเทศไทยเป็น ประเทศในระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (ตามกรอบที่ได้รับอนุญาตตาม TRIPS, Article 1)

⁴³TRIPS, Article 13.

⁴⁴TRIPS, Article 1.1.

⁴⁵TRIPS, Article 7 and 8.1.

⁴⁶โปรดดู พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2561.

⁴⁷World Trade Organization, **WTO Analytical Index: TRIPS Agreement—Article 13 (Jurisprudence)** [Online], available URL: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/trips_art13_jur.pdf, 2000 (June, 15).

การแก้ไขต้องทำในรูปของพระราชบัญญัติ เช่นเดียวกับที่ได้มีการตรา พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2561

การกล่าวเช่นนี้ของผู้เขียนเป็นไปและสอดคล้องกับแนวการตีความของ WTO Panel ในคดีระหว่างสหภาพยุโรปและสหรัฐอเมริกาที่ตั้งขึ้นกล่าวแล้วข้างต้น โดย Panel ได้วินิจฉัยว่า “ข้อยกเว้นจะต้องได้รับการกำหนดอย่างชัดเจน [โดยประเทศสมาชิก] (that exceptions must be clearly defined)” และ “จะต้องมีขอบเขตที่จำกัดหรือจำกัดการเข้าถึง (of narrow scope or reach)” ซึ่งดูเหมือนจะสอดคล้องกับความหมายของคำว่า “certain special cases” อันสื่อให้เห็นว่า การกำหนดข้อยกเว้นของประเทศสมาชิกสามารถกระทำได้ตาม TRIPS, Article 1 แต่ต้องเป็นกรณีเฉพาะในบางกรณีที่พิเศษเท่านั้น กล่าวคือ ไม่ใช่เป็นการกำหนดเหตุยกเว้นตามอำเภอใจ (there must be something exceptional or out of the ordinary in the purpose for which an exception is made, which in turn implies that it will be narrow scope)⁴⁸ ดังนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ในอนาคต หากประเทศไทยจะกำหนดให้ parody เป็นเหตุได้รับการยกเว้น (เช่น บรรจุเข้าไปอยู่ในมาตรา 32 วรรคสอง) ประเทศไทยก็ต้องอธิบายว่า การกำหนดดังกล่าวมีเหตุพิเศษอย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ตามกรอบนโยบายแห่งรัฐและตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ใน TRIPS, Articles 7 & 8 ที่จะสร้างสมดุลเพื่อประโยชน์ของทั้งเอกชนและสาธารณชน ในบริบทเช่นเดียวกับข้อยกเว้นการละเมิดเพื่อประโยชน์ด้านการศึกษา วิจัย หรือเพื่อประโยชน์ของชนพิการ เป็นต้น และต้องไม่ใช่เป็นการเพิ่มเติมโดยการตีความหรือตัดสินของศาล

อนึ่ง ในประเด็นว่าด้วยมูลเหตุจูงใจในการกระทำเชิงล้อเลียนว่าเป็นเพื่อการแสวงหาประโยชน์ด้านการเงินหรือไม่ ท่านอาจารย์ปริญญา ตีผดุง ได้แสดงความเห็นไว้ในเอกสารประกอบการบรรยายว่าด้วยปัญหาการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไว้ว่า

“ส่วนปัญหาว่า [การ]ล้อเลียนงานวรรณกรรมหรืองานศิลปกรรมของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตจะอ้างว่าเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยชอบธรรม (fair use) อันเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้หรือไม่ นั้น ปัญหาที่หากผู้สร้างงานล้อเลียนดังกล่าว ได้ทำและนำสำเนางานนั้นออกขายหรือจำหน่ายเพื่อหากำไร จะเห็นได้ว่าในกรณีเช่นนี้ ด้วยสามัญสำนึกย่อมเป็นการยากที่จะให้ผู้สร้างงานล้อเลียนอ้างได้ว่าการกระทำนั้นเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยชอบธรรม เพราะโดยหลักทั่วไป การกระทำที่จะถือเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยชอบธรรมได้ต้องเป็นการกระทำที่มีได้มี

⁴⁸Roger Knights, op.cit., p. 4.

วัตถุประสงค์เพื่อหาทำไร เนื่องจากการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เพื่อหาทำไร ย่อมเป็นที่เห็นได้ว่าเป็นการกระทำที่เป็นการแข่งขันกันกับเจ้าของลิขสิทธิ์ในการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น”⁴⁹ (เน้นโดยผู้เขียน)

ในประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นต่างเล็กน้อย กล่าวคือ ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำใดก็ตามที่ “ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติจากงานอันมีลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร” (เน้นโดยผู้เขียน) ผู้กระทำย่อมอาศัยข้อยกเว้นได้ แม้ว่ามูลเหตุของการกระทำเป็นไปในเชิงแสวงหาประโยชน์ด้านการเงินหรือเชิงพาณิชย์ และอาจแข่งขันกับเจ้าของ COM ก็ตาม ความเห็นนี้จะสอดคล้องกับ Three-Step-Test⁵⁰ และคำวินิจฉัยของ WTO Panel (ที่กล่าวถึงข้างต้น) ตลอดจนศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาในคดี *Campbell v. Acuff-Rose Music*

4. สรุป

จนถึงปัจจุบันนี้ ก็ไม่สามารถกล่าวได้ด้วยความมั่นใจว่า ข้อยกเว้นใดในส่วนของ 6 จะช่วย free rider ให้พ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ใน COM ที่เขาล้อเลียน แม้กระทั่งข้อยกเว้นในมาตรา 32 วรรคสอง ที่น่าจะปรับใช้กับ parody ได้มากที่สุด และในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรา 32 วรรคสอง นักกฎหมายก็ยังคงเห็นต่างกันอยู่ ฝ่ายหนึ่งดูเหมือนจะมุ่งพิจารณาข้อยกเว้นตามวรรคสอง (5), (6), และ (7) เท่านั้น เพราะมีคำว่า “ทำซ้ำ ดัดแปลง” อีกทั้งยังเห็นต่อไปว่าข้อยกเว้นดังกล่าวใช้ไม่ได้ ในขณะที่อีกฝ่ายเห็นต่าง โดยคิดว่าข้อยกเว้นจะปรับใช้ได้หรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

เนื่องด้วยบทบัญญัติในส่วนที่ 6 ไม่ได้กล่าวถึงข้อยกเว้นสำหรับ “parody” ไว้อย่างแน่ชัด อันมีผลทำให้ free rider ต้องนำสืบพิสูจน์ให้ศาลเชื่อว่า การกระทำของเขาเข้าข้อยกเว้นข้อหนึ่งข้อใดที่กฎหมายเขียนไว้ ถ้าทำไม่ได้ free rider ก็อาจต้องทำให้ศาลยอมรับว่ามาตรา 32 วรรคหนึ่งเป็นข้อยกเว้นทั่วไป (general exception) ซึ่งอาจยกเว้นการล้อเลียนนั้นได้ ทั้งนี้ การทำให้ศาลยอมรับในเรื่องนี้ไม่ใช่เรื่องง่าย เพราะศาลอาจต้องตระหนักถึงพันธกรณีระหว่างประเทศ แม้หลายคนจะเชื่อว่า ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไปประเทศไทยอยู่ในกลุ่มทวินิยม (dualism) ก็ตาม

⁴⁹ ปริญญา ตีผล, เรื่องเดิม.

⁵⁰ ยกเว้นมาตรา 32 วรรคสอง (1) ที่กำหนดให้ การวิจัยหรือศึกษานั้น ต้องเป็นการกระทำที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อหาทำไร.

อนึ่ง บทความฉบับนี้เห็นว่าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในส่วนที่ 6 ในปัจจุบันไม่ครอบคลุมถึง parody และขอเสนอว่า ถ้าประเทศไทยจะสร้างข้อยกเว้นสำหรับ parody ก็ควรต้องตรากฎหมายเพื่อการดังกล่าวเพื่อความสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ กล่าวคือ Berne Convention และ TRIPS

แม้ในปัจจุบันแต่ละประเทศจะมีแนวทางในการพิจารณาการกระทำเชิงล้อเลียนที่หลากหลายและแตกต่างกันออกไป (อาทิ สหรัฐอเมริกา ดังปรากฏในคดี *Campbell v. Acuff-Rose Music*) บทความนี้ผู้เขียนมุ่งนำเสนอมุมมองทางวิชาการในอีกทัศนะหนึ่ง กล่าวคือ การตีความบทบัญญัติว่าด้วยการใช้งานที่เป็นธรรม (Fair Use) ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ที่มีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันต่อการล้อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งเท่าที่ผ่านมายังไม่เคยได้รับการกล่าวถึงมาก่อน ดังนั้น บทความนี้จึงอาจเป็นประโยชน์ต่อนักกฎหมายและนักวิชาการกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยในการนำไปพิจารณาแก้ไขกฎหมายต่อไปในอนาคตเพื่อแก้ไขปัญหaparody นอกเหนือจากหลักอื่นๆ อาทิ การแปลงรูป ที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาซึ่งผู้ที่สนใจอาจพิจารณาทำการศึกษาเปรียบเทียบถึงข้อดี ข้อเสียและความเป็นไปได้ในการนำมาปรับใช้กับกฎหมายไทยต่อไปในอนาคตในอีกรวบรวมหนึ่ง

บรรณานุกรม

- ชมพูนุช ศิริสวัสดิ์. “การคุ้มครองงานแปลงรูป (Transformative Works) ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยและต่างประเทศ.” **วารสารวิทยบริการ มหาวิทยาลัย-สงขลานครินทร์** 30 (กรกฎาคม 2562): 99-108.
- ปริญญา ตีผดุง. “ปัญหาการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์.” เอกสารประกอบการบรรยายโครงการอบรมหลักสูตรพิเศษ ประกาศนียบัตรกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รุ่นที่ 3. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 9 เมษายน - 16 พฤษภาคม 2547.
- พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 (ตามที่แก้ไขแล้ว).
- ศูนย์สารสนเทศสิทธิมนุษยชน. **คู่มือกฎหมายระหว่างประเทศสำหรับประชาชน** [Online]. Available URL: <http://library.nhrc.or.th/ulib/document/Fulltext/F05955.pdf>, 2562 (เมษายน, 12).
- อรพรรณ พันธ์พัฒนา. **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 873/2523.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5843/2543.
- คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ คดีหมายเลขดำที่ ทป. 145/2545 คดีหมายเลขแดงที่ ทป. 116/2546.
- คำพิพากษาศาลอาญาคดีหมายเลขดำที่ อ. 326/2542 คดีหมายเลขแดงที่ อ. 784/2542.
- Arrow Productions, LTD. v. Weinstein Co. LLC, 44 F. Supp. 3d 359, 369 (2014).
- Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569 (1994).
- Fruehwald, Scott. “The Parody Fair Use Defense After Campbell.” **Columbia-VLA Journal of Law & the Arts** 18 (1993): 103-154.
- Hustler Magazine, Inc. v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988).
- Indananda, Nandana and Suebsiri Taweepon. **Fair Use: A Narrow Exception to Copyright Infringement in Thailand** [Online]. Available URL: <https://www.tilleke.com/resources/fair-use-narrow-exception-copyright-infringement-thailand>, 2010 (November, 30).

- Knights, Roger. “Limitations and Exceptions under the “Three-Step-Test” and in National Legislation—Differences between the Analog and Digital Environment.” in **the Regional Workshop on Copyright and Related Rights in the Information Age**. Moscow: World Intellectual Property Organization, 2001.
- Lee, Jay. “Campbell v. Acuff-Rose Music: The Sword of the Parodist is Mightier than the Shield of the Copyright Holder.” **University of San Francisco Law Review** 29 (1994): 279-313.
- Schwabach, Aaron. “Reclaiming Copyright from the Outside In: What the Downfall Hitler Meme Means for Transformative Works, Fair Use, and Parody.” **Buffalo Intellectual Property Law Journal** 8 (April 2012): 1-26.
- United Nation. **Vienna Convention on the Law of Treaties** [Online]. Available URL: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>, 2019 (November, 30).
- World Intellectual Property Organization. **Treaties and Contracting Parties (Thailand)** [Online]. Available URL: https://www.wipo.int/treaties/en/remarks.jsp?cnty_id=1035C, 2019 (April, 12).
- _____. **WIPO Copyright Treaty (WCT)** [Online]. Available URL: <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=321&plang=EN>, 1996, 2019 (April, 30).
- _____. **WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)** [Online]. Available URL: <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=322&plang=EN>, 1996, 2019 (April, 30).
- World Trade Organization. **TRIPS** [Online]. Available URL: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf, 2019 (April, 12).
- _____. **WTO Analytical Index: TRIPS Agreement—Article 13 (Jurisprudence)** [Online]. Available URL: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/trips_art13_jur.pdf, 2000 (June, 15).
- YouTube. **เปรียบเทียบตัวล้อเลียนฟรีแล้วและตัวอย่างฟรีแลนซ์** [Online]. Available URL: <https://www.youtube.com/watch?v=Y07Jxuu3QnQ>, 2558 (กันยายน, 3).

- YouTube. ล้อเลียนเพลงดัง EP.1 | เลิกคุยทั้งอำเภอเพื่อเธอคนเดียว, ขอโสด, คอยถ่า, คาคอ [Online]. Available URL: <https://www.youtube.com/watch?v=JJFuzaVc3E0>, 2562 (เมษายน, 12).
- _____. **Kitty Woman (Pretty Woman Parody)** [Online]. Available URL: <https://www.youtube.com/watch?v=LTkS-weXlBc>, 2019 (April, 26).
- _____. **Pretty Woman** [Online]. Available URL: <https://www.youtube.com/watch?v=QGID9WFi6Lo>, 2017 (March, 8).
- _____. **2 Live Crew Discuss Pretty Woman Supreme Court Case “Campbell v Acuff-Rose”** [Online]. Available URL: <https://www.youtube.com/watch?v=CRscktqvOk>, 2014 (March, 12).

