

ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อันเกี่ยวกับ งานที่สร้างสรรค์ขึ้นใหม่โดยใช้งานของผู้อื่น: บทวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายลิขสิทธิ์ ในประเทศแคนาดาและไทย*

คณิงนิจ ขาวแสง**

บทคัดย่อ

การสร้างสรรค์งานโดยใช้งานของผู้อื่นเป็นวัตถุในการสื่อถึงความคิดและความหมายใหม่ ๆ เป็นพฤติกรรมตามธรรมชาติของมนุษย์ การสร้างสรรค์งานใหม่ในลักษณะนี้เป็นสิทธิของบุคคลทุกคนและเป็นประโยชน์แก่สาธารณะ ดังนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์จึงกำหนดให้มีข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ภายใต้เงื่อนไขตามสมควร ในกรณีอันเกี่ยวกับงานที่สร้างสรรค์ขึ้นใหม่โดยใช้งานของผู้อื่นในโลกอินเทอร์เน็ต (user-generated content) มีเพียงข้อยกเว้นมาตรา 29.21 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศแคนาดาที่บัญญัติเป็นการเฉพาะเจาะจงให้การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเพื่อสร้างสรรค์งานขึ้นใหม่ไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หากได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขทุกข้อที่กำหนด บทความนี้จึงศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศแคนาดาและในประเทศไทย อันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่สำคัญและเกี่ยวข้องโดยตรงกับงานที่สร้างขึ้น

* Copyright Exceptions for User-Generated Content: Comparative Analysis of Copyright Law in Canada and Thailand

** Khanuengnit Khaosaeng

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, น.บ. (เกียรตินิยม) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท., LL.M. (Intellectual Property Law) Queen Mary, University of London, Ph.D. (Intellectual Property Law) Queen Mary, University of London.

โดยใช้งานของผู้อื่น (user-generated content) โดยพิจารณาว่าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ศึกษานั้นเพียงพอและเหมาะสมต่อการสร้างสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์และประโยชน์สาธารณะอันเกี่ยวกับงานที่สร้างขึ้นจากงานของผู้อื่นหรือไม่เพียงใด และองค์ประกอบและการปรับใช้ข้อยกเว้นที่เหมาะสมควรจะเป็นเช่นไร ผลการศึกษาเชิงวิพากษ์ในบทความนี้จะนำไปสู่แนวทางในการสร้างดุลยภาพระหว่างสิทธิที่เป็นธรรมและสอดคล้องกับบริบทการเปลี่ยนแปลงทางสังคมและเทคโนโลยีในโลกปัจจุบัน

คำสำคัญ: ลิขสิทธิ์ ข้อยกเว้น แฟนฟิคชัน แมซอัฟ งานล้อเลียน

Abstract

Creation of new works by using existing materials to express one's self and communicate new meanings is a natural behavior of humans. Such creation is a fundamental human right and is related to public interest. Under reasonable conditions, copyright law allows certain exceptions to copyright infringements. In case of user-generated content, Section 29.21 of the Canadian copyright law is currently the only exception that explicitly and specifically permits creative re-uses of copyrighted works provided that all specified criteria are satisfied. This article analyzes copyright exceptions in Canada and Thailand which are pertinent to user-generated content: whether the provisions are sufficient and suitable for the balance between the interest of copyright holders and the public interest. It will also specify reasonable criteria for a user-generated content exception. The conclusion in this thesis would pave a way to a fair balance of rights in accordance with the change of society and technology in the current situation. Creation of new works by using existing materials to express one's self and communicate new meanings is a natural behavior of humans. Such creation is a fundamental human right and is related to public interest. Under reasonable conditions, copyright law allows certain exceptions to copyright infringements. In case of user-generated content, Section 29.21 of the Canadian copyright law is currently the only exception that explicitly and specifically permits creative re-uses of copyrighted works provided that all specified criteria are satisfied. This article analyzes copyright exceptions in Canada and Thailand which are pertinent to user-generated content: whether the provisions are sufficient and suitable for the balance between the interest of copyright holders and the public



interest. It will also specify reasonable criteria for a user-generated content exception. The conclusion in this thesis would pave a way to a fair balance of rights in accordance with the change of society and technology in the current situation. Creation of new works by using existing materials to express one's self and communicate new meanings is a natural behavior of humans. Such creation is a fundamental human right and is related to public interest. Under reasonable conditions, copyright law allows certain exceptions to copyright infringements. In case of user-generated content, Section 29.21 of the Canadian copyright law is currently the only exception that explicitly and specifically permits creative re-uses of copyrighted works provided that all specified criteria are satisfied. This article analyzes copyright exceptions in Canada and Thailand which are pertinent to user-generated content: whether the provisions are sufficient and suitable for the balance between the interest of copyright holders and the public interest. It will also specify reasonable criteria for a user-generated content exception. The conclusion in this thesis would pave a way to a fair balance of rights in accordance with the change of society and technology in the current situation.

Key words: Copyright, exception, fan fiction, mash-up, parody

1. บทนำ

โดยธรรมชาติมนุษย์เป็นผู้มีความคิดสร้างสรรค์ การสื่อสารและการปฏิสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนก่อให้เกิดความคิดในการสร้างสรรค์งานใหม่ ๆ¹ ทั้งที่เป็นงานที่สร้างขึ้นด้วยความคิดริเริ่มของผู้สร้างเองและงานที่สร้างขึ้นบนฐานของงานของผู้อื่น ในยุคปัจจุบันอินเทอร์เน็ตและเทคโนโลยีมีอิทธิพลอย่างมากต่อการสื่อสารและการสร้างสรรค์ผลงาน ผู้คนมากมายทั่วโลกใช้สื่อสังคมออนไลน์ (social media) ในการแลกเปลี่ยนความคิดเห็น อีกทั้งยังใช้เทคโนโลยีดิจิทัลในการสร้างงานใหม่ ๆ เพื่อแสดงความเป็นตัวตนและความคิดเห็นส่วนบุคคลโดยใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเป็นวัตถุดิบในการสื่อสาร

งานที่สร้างขึ้นใหม่ในโลกออนไลน์โดยใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมีคำศัพท์ในภาษาอังกฤษที่ใช้กันอย่างกว้างขวางว่า “user-generated content” ซึ่งต่อไปในบทความนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงงานในลักษณะนี้โดยใช้คำย่อว่า “UGC”

UGC มีความหมายอย่างกว้างรวมถึงงานสามประเภท² ประเภทแรกคืองานที่ผู้ใช้หรือบุคคลทั่วไปสร้างขึ้นด้วยความริเริ่มสร้างสรรค์ของตนเองโดยไม่ได้ใช้งานของผู้อื่นมาเป็นส่วนประกอบ (user-authored content) เช่น บทวิเคราะห์ การเขียนบล็อก ภาพและวิดีโอที่ถ่ายทำด้วยตนเอง ประเภทที่สองคืองานที่เป็นการทำซ้ำงานของผู้อื่น (user-copied content) ซึ่งมักเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เนื่องจากผู้ใช้เพียงแต่ทำซ้ำงานที่มีอยู่แล้ว เช่น การทำซ้ำนวนิยายทั้งเล่ม เพลงหรือภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่ได้มีการปรับเปลี่ยนเนื้อหาของงานเดิมอย่างมีนัยสำคัญและเผยแพร่งานดังกล่าวบนโลกอินเทอร์เน็ต ส่วนงานประเภทที่สามนั้นคืองานที่สร้างสรรค์ขึ้นใหม่โดยใช้งานของผู้อื่นเป็นส่วนประกอบ (user-derived content) อันเป็นงานที่เกี่ยวข้องกับการทำซ้ำและดัดแปลงบางส่วนของงานเดิม ซึ่งมักเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์เป็นวัตถุดิบเพื่อสร้างงานชิ้นใหม่และเพื่อสื่อข้อความบางอย่างที่ต่างไปจากงานชิ้นเดิม ทั้งนี้ UGC มักถูกกล่าวถึงในบริบทของงานที่สร้างขึ้นใหม่โดยใช้งานของผู้อื่นเป็นส่วนประกอบ (user-derived content) อันเป็นประเด็นปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์ที่ยังคงเป็นข้อโต้แย้งกันถึงความชอบด้วยกฎหมายของงานในลักษณะนี้และความเป็นธรรมของกฎหมายลิขสิทธิ์ในปัจจุบัน ในบทความนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึง UGC โดยมีนัยความถึงงานที่สร้างขึ้นใหม่จากงานของผู้อื่น (user-derived content)

UGC นั้นมีหลากหลายประเภทหลากหลายรูปแบบ โดยในปัจจุบันผู้คนทั่วโลกโดยเฉพาะเด็กและเยาวชนนิยมสร้างงานประเภทนี้โดยใช้เทคโนโลยีสมัยใหม่และเผยแพร่ผลงานของตนในโลกออนไลน์ ทั้งที่เป็นงานวรรณกรรม เช่น งานแฟนฟิกชัน (fan fiction) ซึ่งหมายถึงงานที่เกิดจากการ

¹ David Harrington, “The Ecology of Human Creativity,” in *Theories of Creativity*, ed. Mark Runco and Robert Albert, (Newbury Park: SAGE, 1990), p.144; Rob Pope, *Creativity: Theories, History, Practice* (New York: Routledge, 2005), p.66.

² Daniel Gervais, “The Tangled Web of UGC: Making Copyright Sense of User-Generated Content,” 11 *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law* 841, pp. 858-859 (2009).



ที่ผู้ขึ้นขอบงานนวนิยายดั้งเดิมได้ถ่ายทอดจินตนาการถึงเรื่องราวในนวนิยายนั้นออกมาเป็นตัวหนังสือ แพนฟิกชันเป็นงานเขียนที่มักมีเรื่องราวเนื้อหาแตกต่างจากงานเดิม นอกจากนี้ UGC อาจอยู่ในรูปแบบของงานดนตรีกรรมและสื่อดิจิทัล เช่น แมชอัป (mash-up) ซึ่งเป็นการนำงานที่มีอยู่แล้วมากกว่าหนึ่งงานมาตัดต่อ เรียบเรียงและรวบรวมขึ้นเป็นงานชิ้นใหม่ ยกตัวอย่างเช่น การทำวิดีโอแมชอัปโดยการนำภาพและเสียงจากภาพยนตร์สองเรื่องอย่างแฮร์รี่พ็อตเตอร์ (Harry Potter) และสตาร์วอร์ส (Star Wars) มาตัดต่อเรียบเรียงให้เป็นฉากการต่อสู้กันระหว่างตัวร้ายจากเรื่องแฮร์รี่พ็อตเตอร์และเหล่าอัศวินเจไดจากเรื่องสตาร์วอร์ส³ UGC ยังรวมถึงงานล้อเลียน (parody) ที่ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์เป็นส่วนประกอบในการวิจารณ์ เสียดสี และล้อเลียนสิ่งใดสิ่งหนึ่ง และการสร้างโลกเสมือนจริง (virtual world) ให้ตรงกับสถานที่จริง เช่น สวนสนุกดิสนีย์แลนด์ และการสร้างโลกเสมือนจริงจากสถานที่ในนวนิยายหรือฉากจากภาพยนตร์ที่โด่งดัง เช่น โรงเรียนเวทมนตร์ฮอกวอตส์ (Hogwarts) จากเรื่องแฮร์รี่พ็อตเตอร์ และเมืองทาตูอิน (Tatooine) จากภาพยนตร์เรื่องสตาร์วอร์ส เป็นต้น

งาน UGC ที่สร้างขึ้นในลักษณะเหล่านี้มีคุณค่าในการแสดงออกทางความคิดของบุคคล (free expression) การแสดงถึงตัวตนและการเติมเต็มในจิตใจ (autonomy and self-fulfillment)⁴ อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ โดยมีการนำงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้เป็นวัตถุหรือส่วนประกอบในการสื่อถึงตัวตนและความคิดเห็นของตน นอกจากนี้การสร้างสรรคงานชิ้นใหม่ยังเป็นประโยชน์แก่สาธารณะในการแสดงออกและการแลกเปลี่ยนทางความคิด ทำให้เกิดการสร้างสรรค์งานชิ้นใหม่ๆ จนเกิดเป็นตลาดทางความคิด (marketplace of ideas)⁵ อีกทั้งการวิพากษ์วิจารณ์ในประเด็นต่าง ๆ เช่น ประเด็นทางสังคม การเมืองและความงามทางศิลปะนั้นยังนำไปสู่การพัฒนาทางความคิด การค้นหาความจริง⁶ และการสร้างสรรค์งานชิ้นใหม่ต่อไป

³ ดูตัวอย่างได้จากเว็บไซต์ยูทูบ (YouTube) เช่น “harry potter vs star wars” (Ryan Glosemeyer, “Harry Potter vs Star Wars,” *YouTube*, accessed 20 February 2018, from <https://www.youtube.com/watch?v=I2abRYvjBgw>).

⁴ เสรีภาพในการแสดงออกทางความคิดมิได้เป็นเพียงแค่สิ่งจำเป็นในทางการเมือง แต่ยังเป็นสิ่งจำเป็นต่อจิตวิญญาณของมนุษย์ จิตวิญญาณซึ่งต้องการแสดงออกถึงตัวตน การแสดงออกเช่นนั้นเป็นส่วนสำคัญในการพัฒนาทางความคิดและตัวตนของมนุษย์ การปิดกั้นการแสดงออกเช่นนั้นย่อมเป็นการปฏิเสธความต้องการพื้นฐานของมนุษย์ในการได้รับยอมรับและเป็นการดูหมิ่นคุณค่าและศักดิ์ศรีของปัจเจกชน (Freedom of speech “serves not only the needs of the polity but also those of the human spirit—a spirit that demands self-expression. Such expression is an integral part of the development of ideas and a sense of identity. To suppress expression is to reject the basic human desire for recognition and affront the individual's worth and dignity.” (*Procunier v. Martinez*, 416 US 396, 427 (1974) citing Thomas Emerson, “Toward a General Theory of the First Amendment,” 72 *Yale Law Journal* 877 (1962)).

⁵ *Abrams v United States*, 250 US 616, 630 (1919); *Whitney v California*, 274 US 357 (1927); *Kovacs v Cooper*, 336 US 77 (1949).

⁶ การปะทะกันของความคิดเห็นที่ขัดแย้งกันเท่านั้นที่จะนำไปสู่การค้นพบความจริง (“[I]t is only by the collision of adverse opinions that the remainder of the truth has any chance of being supplied” (John Stuart Mill, *On Liberty* (London: J W Parker and Son, 1859), p.95; John Milton, *Areopagitica: A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing to the Parliament of England of 1644* (California: Bandanna Books, 1992); Eric Barendt, *Freedom of Speech*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2005), p.7).

ด้วยเหตุนี้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการควบคุมการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของตนควรถูกจำกัดตามสมควร เพื่อเป็นการเคารพสิทธิของปัจเจกชนผู้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นและคุ้มครองประโยชน์แห่งสาธารณะในการมีอยู่และการเกิดขึ้นของงานชิ้นใหม่ที่ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเป็นส่วนประกอบ ทั้งนี้ในการที่กฎหมายจะอนุญาตให้การสร้างงานชิ้นใหม่โดยใช้งานของผู้ผู้อื่นนั้นไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่สมเหตุสมผลเพื่อมิให้เป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิและผลประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร

ประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญอันเกี่ยวข้องกับ UGC หรืองานที่ถูกสร้างขึ้นจากงานของผู้ผู้อื่นนั้นว่าด้วยเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากผู้ใช้มักไม่ได้ขออนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ของงานที่ตนนำไปใช้ และแม้ว่ามีความเป็นไปได้ว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่กฎหมายเองก็ยังไม่มีความชัดเจนในการพิจารณาที่ชัดเจนในเรื่องนี้ อีกทั้งคดีความอันเกี่ยวเนื่องกับ UGC นั้นมีการฟ้องร้องคดีขึ้นสู่ศาลน้อยมาก เป็นผลให้ไม่มีคำพิพากษาที่ให้ความกระจ่างในเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์ของงานที่สร้างขึ้นโดยใช้งานของผู้ผู้อื่น⁷ นอกจากนี้ยังมีประเด็นปัญหาต่อไปอีกว่า การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในการสร้างงานชิ้นใหม่นั้นเป็นกรณีที่เข้าข่ายยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่เพียงใด

โดยหลักแล้วการนำงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของงาน เว้นแต่เข้าข่ายยกเว้นตามที่กฎหมายกำหนดข้อจำกัดและข้อยกเว้นของการละเมิดลิขสิทธิ์ (limitations and exceptions to copyright) มีการบัญญัติแตกต่างกันในแต่ละประเทศ ทั้งนี้ การบัญญัติข้อยกเว้นของการละเมิดลิขสิทธิ์มีหลักเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเบิร์นว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม⁸ (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 1886) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า⁹ (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights หรือความตกลง TRIPS) การบัญญัติให้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นหนึ่งในมาตรการที่มุ่งหมายเพื่อสร้างสมดุลระหว่างสิทธิและประโยชน์ที่ขัดแย้งกัน (balance of conflicting rights and interests) อันได้แก่ สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ สิทธิของ

⁷ คดีเกี่ยวกับงานที่สร้างขึ้นจากงานของผู้ผู้อื่นมักมีการฟ้องร้องกันในประเทศสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ดี งานล้อเลียน (parody/satire) กลับเป็นงานประเภทเดียวที่มีการฟ้องร้องกันเป็นคดีขึ้นสู่ศาล ในขณะที่งาน UGC ประเภทอื่นยังไม่มีรายงานการฟ้องร้องเป็นคดีความแต่อย่างใด (*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 584 (1994); *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.*, 137 F.3d 109 (2nd Cir. 1998); *Suntrust v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001); *Blanch v. Koons*, 467 F.2d 206 (2nd Cir. 2006)).

⁸ มาตรา 9 (2) แห่งอนุสัญญากรุงเบิร์น บัญญัติว่า “It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.”

⁹ มาตรา 13 ในความตกลง TRIPS บัญญัติว่า “Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder.”

ผู้ใช้หรือบุคคลทั่วไปในโลกอินเทอร์เน็ต เช่น สิทธิในการแสดงออกซึ่งความคิดของตน และประโยชน์สาธารณะ โดยมีหลักว่าการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์จะต้องเป็นกรณีพิเศษที่มีขอบเขตชัดเจน (certain special case) และไม่ขัดต่อการแสวงหาผลประโยชน์ตามปกติจากงานนั้นของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร

2. ความทั่วไปและบทวิเคราะห์เกี่ยวกับมาตรา 29.21 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศแคนาดา

ประเทศแคนาดามีบทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อยู่หลายมาตรา ทั้งที่อนุญาตให้มีการใช้งานโดยชอบธรรม (fair dealing) เพื่อวัตถุประสงค์ทางการศึกษา และเพื่อสร้างงานล้อเลียน (parody หรือ satire)¹⁰ การใช้งานโดยชอบธรรมเพื่อการวิจารณ์ให้ความเห็น¹¹ และการรายงานข่าวสาร¹² ซึ่งการใช้ดังกล่าวจำเป็นต้องมีการระบุถึงแหล่งที่มาของงานที่นำมาใช้และชื่อของผู้สร้างสรรค์งานดังกล่าวด้วย

แคนาดาเป็นประเทศแรกและประเทศเดียวในปัจจุบันที่ออกข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อันเกี่ยวกับงานที่สร้างสรรค์ขึ้นใหม่โดยใช้งานของผู้อื่นขึ้นเป็นมาตราโดยเฉพาะ ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของแคนาดาที่ถูกบัญญัติขึ้นโดยเฉพาะเกี่ยวกับ UGC นั้นอยู่ในมาตรา 29.21 ซึ่งมีการบัญญัติเพิ่มเติมเข้ามาเมื่อปี ค.ศ. 2012 มาตรานี้มีชื่อเรียกตามตัวบทว่า งานที่สร้างสรรค์ขึ้นใหม่โดยใช้งานของผู้อื่นอันมิใช่เพื่อการค้า (non-commercial user-generated content) ทั้งนี้ มาตรา 29.21 นี้ ยังมีชื่อเรียกอย่างสั้นในวงวิชาการต่างประเทศว่า ข้อยกเว้นแมชอัป¹³ (mash-up exception) และข้อยกเว้นยูทูบ¹⁴ (YouTube exception) อย่างไรก็ดี ชื่อเรียกอย่างไม่เป็นทางการเหล่านี้มิได้มีความหมายสื่อถึงเนื้อหาแห่งมาตรานี้อย่างถูกต้องนัก เนื่องจากมาตรานี้เปิดช่องให้บุคคลธรรมดาสามารถใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นได้โดยไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หากการใช้ดังกล่าวเป็นไปภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดตามกฎหมาย ทั้งนี้ได้จำกัดเพียงงานแมชอัปและงาน UGC ที่มีการเผยแพร่บนเว็บไซต์ยูทูบเพียงเท่านั้น แต่ยังรวมถึงงาน UGC หลากหลายประเภทที่ถูกสร้างขึ้นและเผยแพร่บนเว็บไซต์ต่าง ๆ อีกด้วย

¹⁰ มาตรา 29 ของกฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดาว่าด้วยการใช้งานโดยชอบธรรมเพื่อวัตถุประสงค์ทางการศึกษาและเพื่อสร้างงานล้อเลียนนั้นได้ถูกบัญญัติเพิ่มเติมเข้าไปเมื่อปี ค.ศ. 2012 โดย Copyright Modernization Act.

¹¹ มาตรา 29.1 ของกฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดา.

¹² มาตรา 29.2 ของกฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดา.

¹³ Martin PJ Kratz, "Canada", in *Intellectual Property and the Internet: a Global Guide to Protecting Intellectual Property Online*, ed. Neville Cordell (London: Globe Law & Business, 2014), p.61; Wendy Serres, "To Mix or Not to Mix: Bill C-32 'Mash Up' Provision is Getting Attention", *IP Osgoode* (12 February 2011), accessed 20 February 2018, from <http://www.iposgoode.ca/2011/02/to-mix-or-not-to-mix-bill-c-32/>.

¹⁴ Mistrale Goudreau, *Intellectual Property Law in Canada* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2013), p.48.

มาตรา 29.21 ของแคนาดา¹⁵ มีองค์ประกอบอันเป็นเงื่อนไขสำคัญดังต่อไปนี้

ก. งานชิ้นเดิมที่ถูกนำมาใช้นั้นได้ตีพิมพ์หรือได้มีการเผยแพร่ต่อสาธารณชนแล้ว

เงื่อนไขนี้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานเดิมในการควบคุมการเผยแพร่งานเป็นครั้งแรก ซึ่งตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศแคนาดา หากงานยังไม่เคยถูกตีพิมพ์เผยแพร่มาก่อน เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการตีพิมพ์งานชิ้นนั้น¹⁶ ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศแคนาดาได้รับอิทธิพลบางส่วนมาจากประเทศฝรั่งเศส¹⁷ ข้อกำหนดแห่งกฎหมายนี้จึงมีขึ้นเพื่อคุ้มครองธรรมสิทธิ¹⁸ (moral right) ของผู้สร้างงาน กล่าวคือสิทธิในการเปิดเผยงาน (divulgarion right) ดังที่มีการวางหลักไว้ในกฎหมายฝรั่งเศสว่าผู้สร้างสรรค์งานเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการเปิดเผยงานของตน อีกทั้งยังมีการกำหนดวิธีการและเงื่อนไขในการเปิดเผยงานไว้อีกด้วย¹⁹

¹⁵ “Non-commercial User-generated Content

29.21 (1) It is not an infringement of copyright for an individual to use an existing work or other subject-matter or copy of one, which has been published or otherwise made available to the public, in the creation of a new work or other subject-matter in which copyright subsists and for the individual — or, with the individual’s authorization, a member of their household — to use the new work or other subject-matter or to authorize an intermediary to disseminate it, if

(a) the use of, or the authorization to disseminate, the new work or other subject-matter is done solely for non-commercial purposes;

(b) the source — and, if given in the source, the name of the author, performer, maker or broadcaster — of the existing work or other subject-matter or copy of it are mentioned, if it is reasonable in the circumstances to do so;

(c) the individual had reasonable grounds to believe that the existing work or other subject-matter or copy of it, as the case may be, was not infringing copyright; and

(d) the use of, or the authorization to disseminate, the new work or other subject-matter does not have a substantial adverse effect, financial or otherwise, on the exploitation or potential exploitation of the existing work or other subject-matter — or copy of it — or on an existing or potential market for it, including that the new work or other subject-matter is not a substitute for the existing one.”

¹⁶ มาตรา 3 ของกฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดา.

¹⁷ William Hayhurst, “Intellectual Property Laws in Canada: The British Tradition, the American Influence and the French Factor” 10 *Intellectual Property Journal* 263 (1996); *Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34 at paras.11-12, 15, 62; Daniel Gervais and Elizabeth Judge, *Intellectual Property: the Law in Canada*, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 2011), p.40.

¹⁸ คำว่า “moral rights” นั้นมีคำแปลภาษาไทยในทางวิชาการค่อนข้างหลากหลาย เช่น “ธรรมสิทธิ” (ไชยศ เหมะรัชตะ, *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์* (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2545)) “สิทธิทางศีลธรรม” (คณนทงชัย ฉายไพโรจน์, *กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา* (กรุงเทพฯ: บานานาสวิท, 2555) และ “สิทธิในฐานะผู้สร้างสรรค์” (อำนาจ เนตยสุภา และชาญชัย อารีวิทยาเลิศ, *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558)).

¹⁹ มาตรา L121-2 ของประมวลกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฝรั่งเศส (Code de la propriété intellectuelle).



ข. งานชิ้นใหม่ที่สร้างขึ้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์

การใช้งานชิ้นเดิมที่มีอยู่แล้วนั้นต้องเป็นไปเพื่อการสร้างสรรค์งานชิ้นใหม่ที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งงานชิ้นใหม่จะต้องมีระดับความริเริ่มสร้างสรรค์ (originality) และความอุตสาหะในการสร้างงาน (creative effort) ตามที่กำหนด ทั้งนี้งานที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศแคนาดานั้นจะต้องมีความริเริ่มสร้างสรรค์ที่มีใช่เป็นเพียงการทำซ้ำงานชิ้นอื่น โดยไม่จำเป็นต้องเป็นงานชิ้นใหม่หรือมีลักษณะเฉพาะตัว เพียงแต่ต้องแสดงให้เห็นว่าได้มีการใช้ทักษะและการตัดสินใจ (skill and judgment) อย่างเพียงพอแล้ว²⁰ ยกตัวอย่างเช่น หากผู้สร้างงานแมชอัปได้ผลิตงานแมชอัปขึ้นมาชิ้นหนึ่ง โดยไม่ใช่เป็นเพียงการทำซ้ำงานชิ้นเดิมที่มีอยู่แล้ว แต่ได้มีการคัดเลือก รวบรวมและเรียบเรียงชิ้นส่วนงานแต่ละชิ้นเข้าด้วยกัน ลองปรับเปลี่ยนการจัดวางชิ้นส่วนคลิปวิดีโอแต่ละชิ้น และเลือกรูปแบบการจัดวางด้วยดุลพินิจของตนเอง งานแมชอัปชิ้นใหม่นั้นก็ย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศแคนาดา ซึ่งจะต้องพิจารณาถึงความริเริ่มสร้างสรรค์ (originality) และความคิดสร้างสรรค์ (creativity) ในงานชิ้นใหม่นั้น หรือตัวอย่างเช่น วิดีโอชื่อ *Voldemort: Origins of the Heir* ซึ่งเป็นงาน UGC ประเภทแฟนฟิล์ม (fan film) หรือภาพยนตร์สั้นที่สร้างขึ้นโดยแฟนหรือกลุ่มคนผู้ชื่นชอบผลงานภาพยนตร์หรือวรรณกรรมต้นฉบับ แฟนฟิล์มเรื่องนี้บอกเล่าเรื่องราวภูมิหลังของตัวละครชื่อ Voldemort ซึ่งเป็นตัวร้ายในเรื่องแฮรี่พอตเตอร์ กลุ่มผู้สร้างต้องการบอกเล่าเรื่องราวจากจินตนาการและความคิดสร้างสรรค์ของตนเอง เพื่อตอบคำถามว่าเหตุใดตัวละครตัวนี้จึงได้กลายเป็นวายร้ายของเรื่อง โดยเนื้อหาที่ปรากฏในภาพยนตร์สั้นชิ้นนี้เป็นเรื่องราวที่กลุ่มแฟนผู้สร้างได้เรียบเรียงขึ้นเอง ไม่ใช่เนื้อหาที่ปรากฏในงานต้นฉบับ ในการสร้างภาพยนตร์สั้นเรื่อง *Voldemort: Origins of the Heir* ผู้สร้างแฟนฟิล์มได้ใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์และความอุตสาหะของตนในการคิด เรียบเรียง และถ่ายทอดเรื่องราวผ่านถ้อยคำและการแสดง รวมถึงการใช้ความสามารถด้านเทคนิคทางภาพยนตร์ แฟนฟิล์มชิ้นนี้ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศแคนาดา อันจะนำไปสู่การปรับใช้มาตรา 29.21 ในเงื่อนไขที่ว่างานชิ้นใหม่ที่สร้างขึ้นจะต้องเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์²¹

ค. การใช้งานชิ้นใหม่นั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่มีใช่ทางการค้า (non-commercial purposes)

ตามหลักการใช้งานโดยชอบธรรม (fair dealing) ของแคนาดานั้น หากจำเลยใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเพื่อประโยชน์ทางการค้าแล้ว มีแนวโน้มว่าศาลจะเห็นว่าการใช้งานดังกล่าวเป็นการใช้ที่ไม่ชอบธรรมเมื่อเทียบกับการใช้งานของผู้อื่นเพื่อการกุศล²² โดยในมาตรา 29.21 ของกฎหมาย

²⁰ *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 SCR 339, 2004 SCC 13 para 16).

²¹ Tryangle Films, “Voldemort: Origins of the Heir - An unofficial fanfilm”, *YouTube*, accessed 20 February 2018, from <https://www.youtube.com/watch?v=C6SZA5U8slg>.

²² Barry Sookman, Steven Mason and Daniel Glover, *Intellectual Property Law in Canada: Cases and Commentary*, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 2012), p.287; Martin P J Kratz, *Canada's Intellectual Property Law in a Nutshell*, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 2010), p.39.

ลิขสิทธิ์ของแคนาดาได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนไว้ว่าหากจำเลยต้องการต่อสู้คดีโดยใช้มาตรานี้ การใช้งานชิ้นใหม่นั้นต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่มีใช้ทางการค้า อย่างไรก็ตาม คำว่า “วัตถุประสงค์ที่มีใช้ทางการค้า” นั้นมิได้มีการจำกัดความไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของแคนาดาแต่อย่างใด จึงก่อให้เกิดปัญหาการตีความ เช่น การได้รับรายได้จากการโฆษณาและการบริจาคอันเกี่ยวข้องกับงานชิ้นใหม่ที่สร้างขึ้นโดยใช้งานของผู้อื่นนั้น ถือเป็นการใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าหรือไม่ อีกทั้งยังไม่มีความชัดเจนว่าลักษณะการใช้ที่มีใช้ทางการค้านี้จะต้องพิจารณาเพียงเฉพาะการใช้ครั้งแรก หรือต้องพิจารณาทุกครั้งที่มีการนำงานชิ้นใหม่นั้นไปใช้²³ เป็นต้น

ง. แหล่งที่มาของงานเดิมและชื่อของผู้สร้างสรรค์งานชิ้นนั้น ชื่อนักแสดง ชื่อผู้ผลิตหรือผู้เผยแพร่กระจายเสียง (หากได้มีการระบุไว้ในแหล่งที่มา) ได้มีการกล่าวถึงตามสมควรแก่พฤติการณ์แล้ว

ข้อกำหนดนี้เป็นอีกข้อที่สะท้อนให้เห็นถึงอิทธิพลของกฎหมายฝรั่งเศสที่มีต่อกฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดาในเรื่องกรรมสิทธิ์ กฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดาบัญญัติรับรองอย่างชัดเจนว่าผู้สร้างสรรค์มีกรรมสิทธิ์ในการได้รับการยอมรับว่าตนเป็นผู้สร้างสรรค์งาน (attribution right) ตามสมควรแก่พฤติการณ์²⁴ ทั้งนี้ ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในมาตราอื่นบางมาตราของแคนาดายังกำหนดเงื่อนไขไว้ด้วย เช่น ข้อยกเว้นการใช้งานโดยชอบธรรม (fair dealing) เพื่อการวิจารณ์และให้ความเห็น²⁵ และเพื่อการรายงานข่าวสาร²⁶

ข้อควรสังเกตประการหนึ่งคือ มาตรา 29 ของกฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดาซึ่งเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เรื่องการใช้งานโดยชอบธรรม (fair dealing) เพื่อวัตถุประสงค์ทางการศึกษาวิจัยหรือเพื่อการล้อเลียนนั้น มิได้กำหนดไว้ว่าจะต้องมีการระบุถึงแหล่งที่มาของงานเดิมหรือชื่อของเจ้าของงานเดิมแต่อย่างใด เช่นนี้ บุคคลไม่จำเป็นต้องกล่าวถึงที่มาของงานที่ตนนำมาใช้หากจะใช้มาตรา 29 เพื่ออ้างหลักการการใช้งานโดยชอบธรรม (fair dealing) ว่าตนได้ใช้งานโดยชอบธรรมแล้ว แต่ต้องมีการระบุถึงแหล่งที่มาของงานหากต้องการยกมาตรา 29.21 มากล่าวอ้างเพื่อให้ตนพ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์

จ. บุคคลธรรมดาที่มีเหตุอันสมควรเชื่อได้ว่างานดั้งเดิมที่ตนนำมาใช้นั้นไม่ใช่งานอันละเมิดลิขสิทธิ์

งานที่ถูกนำมาใช้นั้นต้องเป็นงานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เช่น หากจะทำมิวสิกวิดีโอเป็นเรื่องราวความสัมพันธ์ระหว่างตัวละครจากภาพยนตร์เรื่องแฮรี่พ็อตเตอร์ ภาพจากภาพยนตร์ที่ใช้ในการตัดต่อเรียงเรียงนั้นต้องเป็นการทำซ้ำมาจากต้นฉบับที่ถูกลิขสิทธิ์ เช่น เป็นภาพจากทีวีดีที่ผู้ใช้ซื้ออย่างถูกลิขสิทธิ์ อีกทั้งเพลงหรือดนตรีที่นำมาใช้ในมิวสิกวิดีโอนั้นก็ต้องเป็นงานที่ถูกลิขสิทธิ์ด้วยเช่นกัน หากดาวน์โหลดเพลงทางอินเทอร์เน็ตก็ต้องเป็นการดาวน์โหลดหรือซื้อมา

²³ David Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. (Toronto: Irwin Law, 2011), p.233.

²⁴ มาตรา 14.1 ของกฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดา.

²⁵ มาตรา 29.1 ของกฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดา.

²⁶ มาตรา 29.2 ของกฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดา.



อย่างถูกกฎหมายถูกต้องตามลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ เจื่อนไซซอนี้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์และเพื่อให้การสร้างสรรค์งานใหม่นั้นมีความชอบธรรมอีกด้วย

ฉ. การใช้งานชิ้นใหม่ไม่ก่อให้เกิดผลเสียหรือผลกระทบทางการค้าอย่างสำคัญต่อตลาดของงานเดิม

ข้อกำหนดนี้เป็นการคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ ไม่ให้การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อสร้างงานชิ้นใหม่นั้นก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อการขายงานของเจ้าของลิขสิทธิ์ เช่น การใช้งานชิ้นใหม่นั้นต้องไม่ทำให้ผู้ซื้อหรือผู้บริโภคงานชิ้นเดิมนั้นเลือกบริโภคหรือแสวงหาใหม่ แทนที่จะซื้องานของเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นงานต้นฉบับ เป็นต้น

ผลเสียต่อตลาดของงานเดิมมักเกิดขึ้นจากการที่งานชิ้นใหม่ที่สร้างขึ้นเข้าไปแทนที่งานเดิมในตลาดเดียวกัน ทำให้ผู้คนไม่เลือกซื้อหรือบริโภคงานเดิมแต่หันไปบริโภคงานชิ้นใหม่แทน ยกตัวอย่างเช่น งานแฟนฟิกชันที่เขียนเกี่ยวกับเรื่องราวของแฮรี่พ็อตเตอร์ที่เผยแพร่บนเว็บไซต์ในอินเทอร์เน็ตจะต้องไม่ทำให้คนทั่วไปเลือกอ่านงานแฟนฟิกชันนั้นแทนการซื้อและอ่านหนังสือต้นฉบับที่เขียนโดย เจ เค โรว์ลิง (J. K. Rowling) ซึ่งเป็นผู้สร้างสรรค์งานชิ้นเดิม ทั้งนี้โดยทั่วไปแล้วงานที่สร้างขึ้นโดยกลุ่มแฟนหรือกลุ่มคนที่ชื่นชอบงานวรรณกรรมอันโด่งดังนั้น ย่อมไม่สามารถทำให้ผู้อ่านงานต้นฉบับหันมาอ่านงานที่สร้างสรรค์โดยบุคคลอื่นแทนงานที่สร้างสรรค์โดยผู้เขียนงานต้นฉบับได้²⁷ หรืองานที่สร้างขึ้นเพื่อล้อเลียนงานเดิมนั้นย่อมไม่ทำให้ผู้คนเลือกแสวงหางานชิ้นใหม่แทนงานชิ้นเดิมได้ เนื่องจากลักษณะและวัตถุประสงค์ของงานแตกต่างกัน หากงานชิ้นเดิมเป็นเพลงรักที่มีเนื้อหาชื่นชมความงามของผู้หญิง แต่เพลงที่ทำขึ้นล้อเลียนโดยใช้ทำนองเพลงและเนื้อร้องบางท่อนคล้ายกับเพลงเดิมแต่แปลงเนื้อร้องให้เป็นการล้อเลียนรูปลักษณ์ของผู้หญิงย่อมไม่อาจแทนที่งานเพลงชิ้นเดิมได้²⁸ หรือนิยายที่เขียนขึ้นโดยมีตัวละคร โครงเรื่องและฉากสำคัญบางฉากเหมือนในงานต้นฉบับเพื่อวิจารณ์งานต้นฉบับนั้น งานชิ้นใหม่ย่อมไม่อาจใช้แทนที่งานเดิมได้²⁹ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของงานทั้งสองชิ้นนั้นแตกต่างกัน

²⁷ Rebecca Tushnet, "Legal Fictions: Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law" 17 *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review* 651, p.672 (1997); Patrick McKay, "Culture of the Future: Adapting Copyright Law to Accommodate Fan-Made Derivative Works in the Twenty-First Century" 24 *Regent University Law Review* 117, pp.121-122 (2011).

²⁸ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 591 (1994).

²⁹ *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F. 3d 1257, 1274 (11th Cir. 2001).

3. บทวิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรา 29.21 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ ในประเทศแคนาดาและมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะนำมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งเป็นบทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทยที่อาจนำมาปรับใช้ได้ใกล้เคียงที่สุดในประเด็นเกี่ยวกับ UGC หรืองานที่สร้างสรรค์ขึ้นใหม่โดยใช้งานของผู้อื่นมาวิเคราะห์ในเชิงเปรียบเทียบกับมาตรา 29.21 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศแคนาดา

มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537³⁰ นั้นเรียกได้ว่าเป็นมาตราที่ว่าด้วยการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของไทย มาตรา 32 วรรคแรกมีสาระสำคัญเพื่อคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ กล่าวคือ หากการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งสอดคล้องกับเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเบิร์นและความตกลง TRIPS ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น มาตรา 32 วรรคหนึ่งของกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยมีลักษณะเป็นข้อยกเว้นแบบเปิด กล่าวคือเป็นการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างกว้าง อย่างไรก็ตามมาตรา 32 วรรคสองยังมีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงว่าการ

³⁰ “มาตรา 32 การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามวรรคหนึ่ง มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำดังต่อไปนี้

- (1) วิจัยหรือศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- (2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท
- (3) ตีพิมพ์วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว
- (6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอน เพื่อประโยชน์ในการสอนของตน อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- (7) ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอนหรือทำบทสรุปโดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร
- (8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ
- (9) ทำซ้ำ หรือดัดแปลง เพื่อประโยชน์ของคนที่ไม่สามารถเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์อันเนื่องมาจากความบกพร่องทางการเห็น การได้ยิน สติปัญญา หรือการเรียนรู้ หรือความบกพร่องอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร ทั้งนี้ รูปแบบของการทำซ้ำหรือดัดแปลงตามความจำเป็นของคนพิการ และองค์กรผู้จัดทำ รวมทั้งหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการเพื่อทำซ้ำหรือดัดแปลงให้เป็นไปตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา”

ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะและวัตถุประสงค์การใช้ดังเช่นที่กำหนดไว้นั้น ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น การวิจัยหรือศึกษางานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร และการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ของตนเอง ทั้งนี้การกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 วรรคสองต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดในมาตรา 32 วรรคแรกด้วย เป็นต้น

ผู้เขียนได้แบ่งแยกประเด็นกฎหมายเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์มาตรา 29.21 ของแคนาดา โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบกับมาตรา 32 ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของไทยออกได้เป็น 5 ประเด็นหลักดังต่อไปนี้

3.1 นโยบายทางกฎหมายเกี่ยวกับงานที่สร้างสรรค์ขึ้นใหม่โดยใช้งานของผู้อื่นและผลในทางปฏิบัติ

มาตรา 29.21 ของแคนาดาเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์มาตราแรกและยังคงเป็นมาตราเดียวที่มีการบัญญัติเกี่ยวกับงานที่สร้างสรรค์ขึ้นใหม่โดยใช้งานของผู้อื่นหรือ UGC ไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง เพื่อบุคคลธรรมดาในรัฐของตนสามารถใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นในการสร้างสรรค์งานขึ้นใหม่ขึ้นได้โดยไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ ประเทศแคนาดาถือเป็นประเทศแรกที่มีความตื่นตัวในการพยายามสร้างดุลยภาพระหว่างสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ สิทธิของผู้ใช้หรือบุคคลทั่วไปในโลกอินเทอร์เน็ตและประโยชน์สาธารณะ โดยบัญญัติข้อยกเว้นไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงเพื่อยกเว้นมิให้งานที่สร้างสรรค์ขึ้นใหม่โดยใช้งานของผู้อื่นโดยชอบธรรมเป็นงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตามการบังคับใช้มาตรานี้ในทางปฏิบัติจะเป็นเช่นไรนั้นยังคงต้องติดตามต่อไป เนื่องจากนับแต่ปี ค.ศ. 2012 ที่มีการบัญญัติมาตรานี้จนถึงปัจจุบัน ยังไม่มีคดีความที่มีการอ้างถึงมาตรานี้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาล อีกทั้งการอ้างมาตรานี้นอกประเทศแคนาดาโดยเฉพาะการอ้างกับเว็บไซต์ต่าง ๆ เช่น YouTube อาจไม่ได้รับการยอมรับที่ตื้นๆ³¹

ส่วนในประเทศไทยนั้น UGC หรืองานที่มีลักษณะของการนำงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ในการสร้างงานขึ้นใหม่อาจเป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น ทั้งนี้คำว่า “ดัดแปลง” ตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หมายความว่า “ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน...” ดังนั้นเมื่อผู้สร้าง UGC สร้างงานที่เป็นการ

³¹ ยกตัวอย่างเช่นกรณีที่ใช้เว็บไซต์ยูทูบรายหนึ่งอัปโหลดวิดีโอเกี่ยวกับกิจกรรมในงานวันระลึกถึงการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Yom HaShoah) ที่จัดขึ้นในประเทศแคนาดาโดยใช้ดนตรีอันมีลิขสิทธิ์เป็นเสียงประกอบ ดนตรีประกอบดังกล่าวถูกยูทูบปิดเสียงด้วยเหตุผลว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่เมื่อผู้ใช้นี้พยายามอ้างมาตรา 29.21 ของแคนาดาเพื่อโต้แย้งว่าตนไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์งานเพลงดังกล่าวแต่เป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศแคนาดา เว็บไซต์ยูทูบซึ่งมีสำนักงานใหญ่อยู่ในรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกากลับมีท่าทีเพิกเฉยต่อการอ้างมาตรานี้ (Michael Geist, “Canada’s Non-Commercial Copyright Fail: Why Did YouTube Mute a Holocaust Memorial Video?,” *Michael Geist*, accessed April 15, 2015, from <http://www.michaelgeist.ca/2015/04/canadas-non-commercial-copyright-fail-why-did-youtube-mute-a-holocaust-memorial-video/>).

ทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ผู้สร้าง UGC อาจมีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ได้³² มาตรา 32 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็นมาตราหลักที่สามารถนำมาใช้ปรับในกรณีของงานที่สร้างสรรค์ขึ้นใหม่โดยใช้งานของผู้อื่นเพื่อแสดงออกถึงความคิดของตน โดยมาตรา 32 วรรคแรกวางหลักว่า หากการกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นนั้นไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร อย่างไรก็ดี คู่ความในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทยยังมีการใช้อ้างหลักตามมาตรา 32 นี้น้อยมาก³³

ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากศาลไทยปรับใช้มาตรา 32 กับกรณีของงาน UGC โดยตีความในกรอบที่ไม่แคบจนเกินไป โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของสาธารณชนและปัจเจกชนในการสื่อถึงความคิดของตนผ่านการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเพื่อคู่กับสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามสมควรแล้ว มาตรา 32 นี้จักเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการดุลประโยชน์ของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง อีกทั้งยังเป็นการสร้างความชอบธรรมและการยอมรับให้แก่การบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์³⁴ ยกตัวอย่างเช่น

(1) การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในการสร้างงานล้อเลียนเพื่อวิจารณ์งานนั้น (target parody) เช่น การนำเพลงภาษาเกาหลี ‘Gangnum Style’ อันมีลิขสิทธิ์มาแปลงเป็นเพลงล้อเลียนชื่อ

³² มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

³³ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5843/2543.

³⁴ ความเห็นของนักวิชาการในเรื่องการตีความมาตรา 32 นั้นแบ่งออกเป็นสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการพิจารณาข้อยกเว้นมาตรา 32 นั้นจะต้องพิจารณาวรรคแรกและวรรคสองของมาตรานั้นควบคู่กันไป ไม่อาจแยกพิจารณาได้ กล่าวคือการกระทำที่ไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรตามที่กำหนดไว้ในวรรคแรก และการกระทำนั้นยังต้องเป็นการกระทำตามที่กำหนดไว้ในอนุมาตรา (1) ถึง (8) ในวรรคสองอีกด้วย ทั้งนี้เพื่อเป็นไปตามหลักการสากลเรื่องข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือหลัก Three-step test ดังที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเบิร์นและความตกลง TRIPS ซึ่งวางหลักว่าการกระทำที่อาจเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์จะต้องเป็นกรณีพิเศษที่มีขอบเขตชัดเจน (certain special case) ตามที่กฎหมายกำหนด (โปรดดู วัส ดิงสมิตร, ลิขสิทธิ์: ตัวบทพร้อมข้อสังเกตเรียงมาตราและคำพิพากษาศาลฎีกา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2551), น.27) ส่วนนักวิชาการอีกฝ่ายนั้นมีความเห็นว่าข้อยกเว้นมาตรา 32 นั้นอาจพิจารณาวรรคแรกและวรรคสองของมาตราแยกจากกันได้ กล่าวคือ แม้ว่าการกระทำที่กำหนดไว้ในวรรคสองจะต้องเข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในวรรคแรก แต่กรณีที่กำหนดในวรรคสองอนุมาตรา (1) ถึง (8) นั้นเป็นเพียงกรณีตัวอย่างของการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม กฎหมายเพียงบัญญัติการกระทำทั้ง 8 ประการไว้ในเชิงตัวอย่างเท่านั้น ดังนั้นการกระทำใดที่ไม่เข้าลักษณะตามที่กำหนดในวรรคสอง แต่หากพิจารณาการกระทำดังกล่าวแล้วเข้าเงื่อนไขตามที่กำหนดในวรรคหนึ่ง กล่าวคือเป็นการกระทำที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร การกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวย่อมเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 นี้ได้ (โปรดดู ปริญญา ตีผดุง, “ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์,” ใน *ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 2*, (กรุงเทพมหานคร: จีรรัชการพิมพ์, 2547), น.510-524; ปณิธาน พูลรักษ์, “ปัญหาในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานอันมีลักษณะเป็นการล้อเลียนผลงานต้นฉบับ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.176-177; อำนาจ เนตสุภา และชาญชัย อารีวิทยาเลิศ, *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558), น.137)) ทั้งนี้ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับแนวการตีความของนักวิชาการฝ่ายที่สองด้วยเหตุผลดังที่กล่าวไว้ในบทความฉบับนี้.



‘ก้านันสไตน์’ โดยทำเนื้อร้องเป็นภาษาไทยที่มีเนื้อหาต่างไปจากเนื้อร้องต้นฉบับโดยคงทำนองเดิมไว้เพื่อล้อเลียนเพลงนั้น³⁵ หากศาลไทยนำมาตรา 32 วรรคสอง (3) มาปรับใช้โดยประกอบกับมาตรา 32 วรรคแรกแล้ว องค์ประกอบที่ศาลต้องพิจารณาได้แก่ (ก) การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นนั้นเป็นไปเพื่อติชม วิจารณ์ หรือแนะนำงานนั้นหรือไม่ (ข) มีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ของงานนั้นหรือไม่ และ (ค) การใช้งานนั้นขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรหรือไม่

(2) การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในการสร้างงานล้อเลียนเพื่อวิจารณ์สิ่งอื่นที่มีใช้เพื่อล้อเลียนงานที่ถูกนำมาใช้ (weapon parody) เช่น การนำเพลง ‘Part of Your World’ มาแปลงเนื้อร้องและใช้ภาพประกอบจากฉากหนึ่งในภาพยนตร์การ์ตูนของวอลต์ดิสนีย์ (Walt Disney) เรื่อง ‘The Little Mermaid’ เพื่อวิจารณ์เสียดสีสถานการณ์น้ำท่วมในกรุงเทพมหานครฯ เมื่อปี พ.ศ. 2544³⁶ หากนำมาตรา 32 วรรคสอง (3) ประกอบกับมาตรา 32 วรรคแรกมาปรับใช้ จะเห็นว่ากรณีงานล้อเลียนที่มีวัตถุประสงค์เพื่อวิจารณ์สิ่งอื่นที่ไม่ใช่วัตถุนันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้นั้นไม่เข้าองค์ประกอบแรกซึ่งต้องเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นนั้นเป็นไปเพื่อติชม วิจารณ์ หรือแนะนำงานนั้น ทำให้ไม่เข้าข่ายกเว้นมาตรา 32 วรรคสอง (3) อย่างไรก็ดีผู้เขียนเห็นว่าหากศาลต้องการรักษาประโยชน์ของสาธารณชนในการวิพากษ์วิจารณ์สิ่งต่าง ๆ นอกจากงานที่ถูกนำมาใช้ เช่นการวิจารณ์ปัญหาสังคมและการเมือง ศาลสามารถใช้อุดลพิณนำมาตรา 32 วรรคแรกมาปรับใช้ในกรณีนี้ได้

(3) หากมีคดีฟ้องร้องการละเมิดลิขสิทธิ์อันเกี่ยวกับงาน UGC ประเภทอื่น ๆ เช่น แพนฟิกชัน แมซซ์ โลกเสมือนจริง และแฟนฟิคชันเกิดขึ้นในประเทศไทย เป็นที่น่าสนใจอย่างยิ่งว่าศาลไทยจะนำมาตรา 32 มาปรับใช้หรือไม่อย่างไร ในความเห็นของผู้เขียน มาตรา 32 นี้ควรนำมาปรับใช้กับงานที่สร้างสรรค์ขึ้นใหม่โดยใช้งานของผู้อื่น และหลักเกณฑ์สองประการในมาตรา 32 วรรคแรกนั้นสำคัญอย่างยิ่งต่อการดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์และสิทธิของผู้ใช้หรือบุคคลทั่วไปในโลกอินเทอร์เน็ต เนื่องจากหากเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับการคุ้มครองตามสมควรแล้วเมื่อเทียบกับการยกเว้นการละเมิด เพื่อให้บุคคลอื่นสามารถใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในการสร้างสรรค์งานขึ้นใหม่อันเป็นการแสดงออกถึงความคิดและความเห็นของบุคคลนั้นจะทำให้กฎหมายลิขสิทธิ์นั้นมีความชอบธรรมและได้รับการยอมรับและเคารพจากคนในสังคม โดยเฉพาะในปัจจุบันที่กฎหมายควรมีความสอดคล้องกับสภาพสังคม การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีและลักษณะของการสื่อสารบนโลกอินเทอร์เน็ต อีกทั้งยังเป็นการจรรโลงสังคมทำให้มีงานชิ้นใหม่เกิดขึ้นและอำนวยให้มีการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นระหว่างคนในสังคมอันเป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขที่เป็นธรรมว่าการกระทำต่องานดังกล่าวต้องไม่กระทบต่อผลประโยชน์ตามสมควรของเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย

³⁵ วิดีโอชื่อ “PSY – GANGNAM STYLE PARODY – ก้านันสไตน์ (เสีร้องให้)” โดย Tigercrychannel (Tigercrychannel, “PSY – GANGNAM STYLE PARODY – ก้านันสไตน์ (เสีร้องให้)”, YouTube, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2561, จาก <https://www.youtube.com/watch?v=eBQz4AZrNuk>).

³⁶ วิดีโอชื่อ “Part of Your World เจ็อกน้อยน้ำท่วม” โดย Feetmade Production (Feetmade Production, “Part of Your World เจ็อกน้อยน้ำท่วม” YouTube, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2561, จาก <https://www.youtube.com/watch?v=js1k9ET4C4M>).

3.2 ผลกระทบต่อตลาดของงานชิ้นเดิม

ข้อยกเว้นให้มีการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ได้โดยไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นมีเงื่อนไขสำคัญ ดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้น คือ การใช้งานนั้นต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาผลประโยชน์ตามปกติจากงานนั้นของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร ซึ่งหลักเกณฑ์ตามเงื่อนไขทั้งสองข้อนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายลิขสิทธิ์ทั้งในประเทศแคนาดาและในประเทศไทยเพราะเป็นแนวทางในการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์และเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเบิร์นและความตกลง TRIPS ตามที่กล่าวไปแล้วข้างต้น

คณะพิจารณาระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก (WTO dispute settlement panel) วางแนวการตีความไว้ว่าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์จะขัดต่อการแสวงหาผลประโยชน์ตามปกติจากงานนั้นต่อเมื่อเป็นการเข้าแข่งขันทางการค้าจนเป็นผลให้เจ้าของลิขสิทธิ์ขาดรายได้ที่สำคัญจากการแสวงหาประโยชน์ทางการค้าตามปกติ³⁷ ทั้งนี้การแสวงหาผลประโยชน์ตามปกติจากงานนั้นอาจเกิดขึ้นในตลาดที่มีอยู่แล้วในปัจจุบันและตลาดที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตที่ตามปกติธรรมดาแล้วเจ้าของลิขสิทธิ์อาจอนุญาตให้มีการใช้งานของตนในตลาดนั้น ๆ และทำให้ได้รับรายได้ที่สำคัญจากการให้ใช้งานนั้น

ส่วนประเด็นการตีความเกี่ยวกับ “สิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์” นั้น คณะพิจารณาระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกมิได้วางกรอบการพิจารณาไว้ชัดเจน เพียงแต่วางหลักว่าสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายย่อมหมายถึงสิทธิประโยชน์ทั้งที่เป็นประโยชน์ทางเศรษฐกิจและมีประโยชน์ทางเศรษฐกิจ³⁸ นอกจากนี้ การกระทบกระเทือนต่อสิทธิเกินสมควรเกิดขึ้นเมื่อข้อยกเว้นดังกล่าวทำให้เกิดหรืออาจทำให้เกิดการสูญเสียรายได้เกินสมควรแก่เจ้าของลิขสิทธิ์³⁹

3.3 หลักการว่าด้วยสิทธิของผู้ใช้ (user's right)

เมื่อปี ค.ศ. 2012 ศาลสูงสุดแห่งแคนาดาได้วางหลักไว้ในการตัดสินคดีลิขสิทธิ์ 5 คดี⁴⁰ อย่างเป็นเอกฉันท์ว่าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งรวมถึงการใช้งานโดยชอบธรรม (fair dealing) นั้นถือเป็นสิทธิของผู้ใช้หรือบุคคลทั่วไปในโลกอินเทอร์เน็ต (user's right) และพึงตีความอย่างกว้างจากมุมมองของผู้ใช้งานมิใช่จากมุมมองของเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยศาลสูงสุดแห่งแคนาดามองว่า

³⁷ WTO Panel decision (2000), case WT/DS160 para 6.182.

³⁸ WTO Panel decision (2000), case WT/DS160 para 6.223.

³⁹ WTO Panel decision (2000), case WT/DS160 para 6.229.

⁴⁰ *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326; *Entertainment Software Association (ESA) v. Society of Composers, Authors and Music Publishers Canada (SOCAN)*, 2012 SCC 34; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN)*, 2012 SCC 35; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 SCC 37; *Re:Sound v. Motion Picture Theatre Associations of Canada*, 2012 SCC 38.

ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการขับเคลื่อนวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ในการสร้างประโยชน์แก่สาธารณะ อีกทั้งศาลยังสนับสนุนแนวทางในการตีความกฎหมายลิขสิทธิ์ให้ปรับเปลี่ยนออกจากมุมมองของเจ้าของลิขสิทธิ์ (author-centric view) ซึ่งยึดถือสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการควบคุมงานของตน โดยให้มองจากผลประโยชน์ของผู้ใช้งานและสาธารณชนมากยิ่งขึ้น จุดยืนของศาลสูงสุดแห่งแคนาดาในเรื่องนี้แตกต่างกับหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศไทย กล่าวคือโดยหลักมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของไทย การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ เช่น การทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่งานนั้นต่อสาธารณชนเป็นสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียว เว้นแต่การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเข้าข้อยกเว้นซึ่งบัญญัติไว้ตามกฎหมาย ทั้งนี้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เช่นมาตรา 32 นั้นมิได้ก่อให้เกิดสิทธิในการดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นหรือก่อให้เกิดสิทธิอันเป็นฐานในการฟ้องร้องคดีได้ เป็นเพียงแต่ข้อยกเว้นความรับผิดที่บัญญัติไว้โดยกฎหมายเท่านั้น

3.4 การใช้งานของผู้อื่นเพื่อประโยชน์ทางการค้าและแสวงหากำไร

มาตรา 29.21 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศแคนาดาบัญญัติไว้ว่าการใช้งานชิ้นใหม่ที่สร้างขึ้นโดยใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นนั้นต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่มีใช้ทางการค้า (non-commercial purposes) ดังนั้นหากจำเลยใช้งานของผู้อื่นเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือแสวงหากำไรแล้ว การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของจำเลยนั้นมีแนวโน้มอย่างยิ่งว่าไม่เข้าข้อยกเว้นการใช้งานโดยชอบธรรม

ส่วนในประเทศไทยนั้น แม้ว่าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในมาตรา 32 จะมีได้บัญญัติไว้ถึงประเด็นเรื่องการแสวงหาประโยชน์ทางการค้าจากการใช้งานของผู้อื่น แต่ศาลสามารถนำหลักในมาตรา 32 วรคแรกมาใช้ในการตีความได้ กล่าวคือ กฎหมายให้สิทธิเด็ดขาดแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ให้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) ในการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานของตน การที่จำเลยนำงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จึงอาจมีลักษณะเป็นการแทรกแซงสิทธิในทางเศรษฐกิจของเจ้าของลิขสิทธิ์ และอาจเป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรด้วย ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับลักษณะการใช้งานในแต่ละกรณี กล่าวโดยสรุปการใช้งานของผู้อื่นเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้าจากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น การใช้งานดังกล่าวอาจไม่เข้ากรณีการใช้งานโดยชอบธรรมตามมาตรา 32⁴¹

3.5 ธรรมสิทธิว่าด้วยการรับรู้ถึงการเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ (moral right to attribution)

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นว่ามาตรา 29.21 ของแคนาดากำหนดให้ผู้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นในการสร้างงานชิ้นใหม่ต้องระบุถึงแหล่งที่มาของงานเดิมและชื่อของผู้สร้างสรรค์งานชิ้นนั้น

⁴¹ ดูตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1908/2546, 5843/2543 และ 5259/2549.

ไว้ตามสมควรแก่พฤติการณ์ ซึ่งเป็นการเคารพกรรมสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานเดิมในการได้รับการยอมรับว่าตนเป็นผู้สร้างสรรค์งาน สำหรับประเด็นนี้กฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศไทยได้กำหนดเงื่อนไขให้ต้องมีการรับรู้ถึงการเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ของเจ้าของงานเดิมไว้ในข้อยกเว้นบางมาตรา เช่น มาตรา 32 วรรคสอง (3) และ (4) ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 วางหลักว่า การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อตีพิมพ์ วิจารณ์ แนะนำผลงาน หรือเสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ในกรณีของการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อสร้างงานชิ้นใหม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่ากฎหมายควรกำหนดให้ผู้ใช้งานมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานที่ถูกนำมาใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต เพราะนอกจากจะเป็นการเคารพกรรมสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานเดิมแล้ว ยังเป็นการช่วยโฆษณางานต้นฉบับอันเป็นประโยชน์แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ อีกทั้งยังเป็นการป้องกันการสับสนหลงผิดว่าผู้ใดเป็นผู้สร้างสรรค์งานชิ้นใหม่และเจ้าของงานชิ้นเดิมมีความเกี่ยวข้องอย่างไรกับงานชิ้นใหม่นั้น ยกตัวอย่างเช่นในงานแฟนฟิกชันซึ่งมีเรื่องราวเกี่ยวกับการผจญภัยของแฮรี่ พอตเตอร์และผองเพื่อนในโลกแห่งจินตนาการ หากผู้เขียนแฟนฟิกชันเรื่องนี้ได้เขียนบอกกล่าวไว้ในงานของตนด้วยว่าตัวละครและสถานที่ที่ตนนำมาใช้ในการเขียนนิยายนั้นมาจากหนังสือต้นฉบับที่เขียนโดย เจ เค ร์วอลิ่ง ซึ่งเป็นผู้สร้างสรรค์งานเดิม จะช่วยให้ผู้อ่านงานแฟนฟิกชันนั้นรับรู้ได้ว่าตัวละครในเรื่องและภูมิหลังบางประการนั้นเขียนขึ้นโดยเจ เค ร์วอลิ่ง และเรื่องราวที่ตนอ่านนั้นไม่ใช่งานที่เขียนขึ้นโดยเจ เค ร์วอลิ่ง นอกจากนี้ยังทำให้ผู้ที่สนใจสามารถติดตามอ่านหนังสือต้นฉบับได้

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การนำงานของผู้อื่นที่มีอยู่แล้วมาใช้ในการสร้างสรรค์ผลงานชิ้นใหม่เป็นธรรมชาติและสิทธิพื้นฐานของมนุษย์ในการสื่อสารและการแสดงออกถึงความเป็นตัวตนและความคิดของบุคคล อีกทั้งยังเป็นประโยชน์ต่อสังคมและมวลมนุษยชาติในการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นและใช้ประโยชน์จากงานสร้างสรรค์ชิ้นใหม่ กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ควรไปกีดกันขัดขวางการสร้างผลงานในลักษณะนี้ ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขตามสมควรเพื่อให้มีการสร้างสรรค์งานโดยใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นได้อย่างจำกัด และสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องได้รับการคุ้มครองตามสมควร ด้วยเหตุนี้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งต่อการสร้างดุลยภาพระหว่างสิทธิและผลประโยชน์ที่ขัดแย้งกันในกรณีของงานที่สร้างสรรค์ขึ้นใหม่โดยใช้งานของผู้อื่น

จากการศึกษาข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อันเกี่ยวข้องกับ UGC ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของแคนาดา โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย ผู้เขียนสรุปได้ว่าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของแคนาดา มาตรา 29.21 เหมาะสมอย่างยิ่งในการสร้างสมดุลระหว่างการคุ้มครองผลประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์และการปกป้องประโยชน์สาธารณะ แม้ว่ายังคงมีปัญหาการตีความในบางประเด็นและผลในทางปฏิบัติยังไม่ชัดเจนก็ตาม ในขณะที่มาตรา 32 ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของประเทศไทยซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่สามารถนำมาปรับใช้ใน

กรณีของ UGC นั้นยังไม่เพียงพอต่อการเคารพสิทธิของผู้ใช้หรือบุคคลทั่วไปในโลกอินเทอร์เน็ตอย่างสมเหตุสมผล และในบางกรณียังไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองสิทธิตามสมควรของเจ้าของลิขสิทธิ์

มาตรา 29.21 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศไทยเป็นมาตราแรกและมาตราเดียวในปัจจุบันที่มีการบัญญัติอนุญาตให้มีการใช้งานของผู้อื่นในการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นใหม่ได้โดยไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานต้นฉบับ มาตรา 29.21 ของแคนาดากำหนดเงื่อนไขข้อยกเว้นไว้หลายประการซึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานที่ถูกนำมาใช้ทั้งทางธรรมสิทธิ (moral right) และสิทธิทางเศรษฐกิจ (economic right) ธรรมสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานต้นฉบับได้รับการคุ้มครองตามสมควรด้วยหลักเกณฑ์ที่ว่างานชิ้นเดิมที่ถูกนำมาใช้นั้นได้รับตีพิมพ์หรือการเผยแพร่ต่อสาธารณชนแล้ว อันเป็นไปเพื่อคุ้มครองธรรมสิทธิในการเปิดเผยงาน (divulgarion right) ของผู้สร้างสรรค์งานเดิมในการควบคุมการเผยแพร่ครั้งแรกของงานที่ตนสร้างขึ้น นอกจากนี้กฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดาในมาตรานี้ยังกำหนดไว้ว่าแหล่งที่มาของงานเดิมและชื่อของผู้สร้างสรรค์งานชิ้นนั้น ชื่อนักแสดง ชื่อผู้ผลิตหรือผู้เผยแพร่กระจายเสียงต้องมีการกล่าวถึงตามสมควรแก่พฤติการณ์ อันเป็นการรับรองธรรมสิทธิของเจ้าของงานในการได้รับการยอมรับว่าตนเป็นผู้สร้างสรรค์งาน (attribution right) ส่วนเงื่อนไขที่กำหนดว่าการใช้งานชิ้นใหม่นั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่มีใช้ทางการค้า งานดั้งเดิมที่ถูกนำมาใช้นั้นไม่ใช่งานอันละเมิดลิขสิทธิ์ และการใช้งานชิ้นใหม่ไม่ก่อให้เกิดผลเสียหรือผลกระทบทางการค้าอย่างสำคัญต่อตลาดของงานเดิมนั้น ล้วนเป็นเงื่อนไขที่กำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเจ้าของลิขสิทธิ์ทั้งสิ้น

จากการศึกษาและวิเคราะห์ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย เห็นได้ว่ากฎหมายบัญญัติขัดแย้งถึงงาน UGC ไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงเพียงกรณีเดียวคือ กรณีของงานที่สร้างขึ้นเพื่อติชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานต้นฉบับโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของ เช่น การสร้างงานชิ้นใหม่เพื่อล้อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ซึ่งเป็นกรณีที่สามารถเข้าข้อยกเว้นมาตรา 32 วรรคสอง (3) ประกอบมาตรา 32 วรรคแรก อย่างไรก็ตาม ในกรณีของ UGC ประเภทอื่น ๆ นอกเหนือจากงานที่เข้ากรณีในข้อยกเว้นมาตรา 32 วรรคสอง (3) ผู้เขียนเห็นว่าศาลสามารถนำมาตรา 32 วรรคแรกมาใช้ในการพิจารณาตีความว่างานที่ถูกสร้างขึ้นใหม่นั้นมีคุณค่าในการแสดงออกทางความคิดของบุคคลหรือมีคุณค่าต่อสังคมส่วนรวมอันควรได้รับการคุ้มครองหรือไม่ และงานชิ้นใหม่นั้นขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรหรือไม่

ผู้เขียนมีความเห็นว่าข้อกำหนดสำคัญที่ศาลในทุกประเทศควรนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อสร้างสรรค์งานชิ้นใหม่ในแต่ละกรณีนั้นเป็นการใช้งานโดยชอบธรรมหรือไม่ มีดังนี้

ก. งานชิ้นใหม่ที่สร้างขึ้นเป็นงานที่มีความสร้างสรรค์ (creative)

เงื่อนไขนี้สำคัญอย่างมากต่อการคำนึงถึงประโยชน์ต่อสาธารณะและคุณค่าของงานชิ้นใหม่ว่าเพียงพอและสมควรต่อการจำกัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่ โดยงานชิ้นใหม่ที่สร้างขึ้นโดยใช้งานต้นฉบับอันมีลิขสิทธิ์เป็นส่วนประกอบจะต้องมีความคิดสร้างสรรค์อันสื่อถึงข้อความคิด เนื้อหา

และข้อความที่แตกต่างไปจากงานต้นฉบับ มาตรา 29.21 ของประเทศแคนาดาได้ตระหนักถึงหลักเกณฑ์สำคัญข้อนี้โดยกำหนดให้การใช้งานที่ไม่เป็นการละเมิดนั้นต้องเป็นไปเพื่อการสร้างสรรค์งานชิ้นใหม่ที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ กล่าวคือ มีระดับความริเริ่มสร้างสรรค์ (originality) และความอุตสาหะในการสร้างงาน (creative effort) ในระดับที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

ข. ผู้ใช้งานได้รับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ของงานที่ตนนำมาใช้

การระบุชื่อของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ของงานที่ถูกนำมาใช้ไว้ในงานชิ้นใหม่เป็นการแสดงถึงความเคารพและการให้เกียรติผู้สร้างสรรค์งานเดิมและเป็นการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการได้รับการยอมรับว่าตนเป็นเจ้าของผลงาน อีกทั้งยังเป็นประโยชน์แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการช่วยโฆษณางานต้นฉบับ และเป็นการป้องกันการสับสนหลงผิดว่าผู้ใดเป็นผู้สร้างสรรค์งานชิ้นใหม่และเจ้าของงานชิ้นเดิมมีความเกี่ยวข้องอย่างไรกับงานชิ้นใหม่นั้น

ค. การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นไม่ก่อให้เกิดผลเสียแก่ตลาดของงานต้นฉบับ

ข้อกำหนดนี้คุ้มครองผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางในการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเบิร์นและความตกลง TRIPS กล่าวคือ การใช้งานนั้นต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาผลประโยชน์ตามปกติจากงานนั้นของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร

ง. การใช้งานที่สร้างขึ้นใหม่จากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นต้องไม่เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์การค้า

ผู้เขียนไม่เห็นด้วยอย่างยิ่งกับการอนุญาตให้มีการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเพื่อประโยชน์ทางการค้า เช่น การนำงาน UGC ที่สร้างขึ้นออกจำหน่าย โดยมีได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์และโดยมิได้มีการชำระค่าลิขสิทธิ์หรือแบ่งสรรรายได้จากการจำหน่ายงานนั้น เนื่องจากเจ้าของลิขสิทธิ์ของงานเดิมมีสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายในการควบคุมการแสวงหาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากผลงานที่ตนสร้างขึ้น อีกทั้งผู้ใช้งานควรมีขอบเขตในการใช้งานของผู้อื่นโดยชอบธรรมตราบเพียงเพื่อแสดงออกทางความคิด สื่อถึงตัวตน และเติมเต็มความเป็นมนุษย์ในสังคมแห่งการสื่อสารและการแลกเปลี่ยนความคิดเห็น การเปิดช่องให้ผู้ใช้งานสามารถแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นย่อมเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรและเป็นการให้สิทธิแก่ผู้ใช้งานเกินขอบเขต

กล่าวโดยสรุป ในการบัญญัติกฎหมาย การตีความถ้อยคำและการวางแนวทางในการพิจารณากรณีที่เข้าข่ายกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อันเกี่ยวกับงานที่สร้างขึ้นโดยใช้งานของผู้อื่นและการใช้งานโดยชอบธรรม นักกฎหมายควรต้องคำนึงถึงการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิและผลประโยชน์ของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องอย่างเหมาะสม โดยพิจารณาให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมและการสื่อสารบนโลกอินเทอร์เน็ตในยุคปัจจุบัน