



วารสารนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์  
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง: การละเมิดลิขสิทธิ์ในเนื้อหาของวิดีโอเกมในประเทศสหรัฐอเมริกา

ชื่อผู้แต่ง: คณิงนิจ ขาวแสง

การอ้างอิงที่แนะนำ: คณิงนิจ ขาวแสง, “การละเมิดลิขสิทธิ์ในเนื้อหาของวิดีโอเกมในประเทศสหรัฐอเมริกา,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 49, ฉบับที่ 4, 754 (2563)

### ผู้สนับสนุนหลัก

**SATYAPON  
& PARTNERS**  
THAILAND Intellectual Property Law Firm

Tax and Legal Counsellors

*Seri Manop & Doyle*

 **SAIJO DENKI**  
ผู้ว่าเทคโนโลยีความบันเทิงอุตสาหกรรมและแรงงาน

### ผู้สนับสนุนร่วม



**CSBC**  
LAW OFFICES  
[www.csbc.law](http://www.csbc.law)

โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง  
เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 โทร. 02 613 2169 อีเมล [tu.lawjournal@tu.ac.th](mailto:tu.lawjournal@tu.ac.th)

# การละเมิดลิขสิทธิ์ในเนื้อหาของวิดีโอเกมในประเทศ สหรัฐอเมริกา\*

## Copyright Infringement in Video Game Content in the United States of America

คณิงนิจ ขาวแสง

อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

Khanuengnit Khaosaeng

Lecturer, Faculty of Law, Chiang Mai University

วันที่รับบทความ 16 พฤษภาคม 2563; วันแก้ไขบทความ 15 กรกฎาคม 2563; วันตอบรับบทความ 21 กรกฎาคม 2563

### บทคัดย่อ

วิดีโอเกมเป็นงานสร้างสรรค์ที่ประกอบด้วยโปรแกรมเกมอันเป็นพื้นฐานในการทำงานของวิดีโอเกม และงานสร้างสรรค์อื่น ๆ ที่เป็นเนื้อหาในวิดีโอเกม เช่น เค้าโครงเรื่อง ตัวละคร ภาพ และเสียง ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ในวิดีโอเกมนั้นมีได้มีแต่เพียงการทำซ้ำซอฟต์แวร์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์เท่านั้น แต่รวมถึงการลอกเลียนงานสร้างสรรค์ที่เป็นเนื้อหาในวิดีโอเกมอีกด้วย การลอกเลียนงานเหล่านี้มักไม่ใช่การทำซ้ำอย่างเหมือนต้นฉบับ (literal copying) หากแต่เป็นการคัดลอกที่ไม่เหมือนต้นฉบับอย่างชัดแจ้ง (non-literal copying) การลอกเลียนงานสร้างสรรค์ในลักษณะเช่นนี้นำไปสู่ประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าในกรณีที่วิดีโอเกมสองเกมมีเนื้อหาในเกมที่คล้ายคลึงกัน ศาลจะมีหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการวินิจฉัยเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างไร จากการศึกษาตีการละเมิดลิขสิทธิ์ในเนื้อหาของวิดีโอเกมในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลได้วางแนวทางในการพิจารณาประเด็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยจะวินิจฉัยในประเด็นสำคัญสองประการ ได้แก่ ประการแรก งานของโจทก์ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่ และประการที่สอง จำเลยได้ลอกเลียนงานต้นฉบับของโจทก์อย่างคล้ายคลึงกันเป็นอย่างมากอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ ในการวินิจฉัยว่างานของโจทก์ได้รับ

\* บทความนี้เรียบเรียงมาจากรายงานวิจัยเรื่อง, “การละเมิดลิขสิทธิ์ในเนื้อหาของวิดีโอเกม,” รับทุนจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมวิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม, มิถุนายน 2563.

ความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่นั้น ศาลสหรัฐอเมริกาจะพิจารณาถึงหลักกฎหมายลิขสิทธิ์หลายหลักการประกอบกัน กล่าวคือ การพิจารณาถึงการริเริ่มขึ้นเองของผู้สร้างสรรค์ (originality) และการบันทึกไว้ในสื่อที่สามารถจับต้องได้ (fixation) นอกจากนี้ศาลยังพิจารณาถึงการแยกความคิดและการแสดงออกของความคิดออกจากกัน (idea-expression dichotomy) ซึ่งเป็นหลักคิดพื้นฐานอันเป็นสากลของกฎหมายลิขสิทธิ์ กล่าวคือ ลิขสิทธิ์คุ้มครองการแสดงออกของความคิด แต่ไม่คุ้มครองตัวความคิดซึ่งอยู่เบื้องหลัง ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกายังได้สร้างหลักที่สอดคล้องกันกับหลักการแยกความคิดและการแสดงออกของความคิดออกจากกัน อันได้แก่ หลัก merger และหลัก scène à faire โดยศาลมักจะพิจารณาหลักการเหล่านี้ไปพร้อมกัน อันเป็นการสะท้อนถึงหลักคิดที่ว่า การแสดงออกของความคิดที่เป็นธรรมดาสามัญไม่ควรให้ผูกขาดได้ด้วยลิขสิทธิ์ เพราะมีเช่นนั้นบุคคลทั่วไปจะไม่สามารถนำความคิดสามัญในเรื่องนั้นไปใช้ได้อีก ด้วยเหตุนี้ เนื้อหาที่เป็นเพียงความคิดสามัญในวิดีโอเกมจึงไม่อาจได้รับความคุ้มครองผูกขาดตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เช่น กรอบความคิดของเกม (game concept) อาทิเกมแนวต่อสู้และเกมแนวผจญภัย ทำต่อสู้ทั่วไปในเกม และแนวคิดที่ว่าเกมต้องมีการวัดระดับชีพของตัวละครหรือผู้เล่น เป็นต้น แม้ว่าความคิดสามัญอันเป็นเนื้อหาในเกมไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์ แต่การแสดงออกของความคิดนั้นเป็นงานที่อาจได้รับความคุ้มครอง ดังนั้นศาลจะพิจารณาหลักการลอกเลียนจนคล้ายคลึงกันอย่างมาก (substantial similarity) โดยพิเคราะห์ว่าวิญญูชนจะมองว่างานของจำเลยคล้ายคลึงกับงานโจทก์อย่างมากในระดับที่คนทั่วไปย่อมสรุปได้ว่าจำเลยได้คัดลอกงานอันเป็นการแสดงออกทางความคิดของโจทก์โดยมิชอบหรือไม่ ซึ่งหากมีความคล้ายคลึงกันอย่างมากย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้

**คำสำคัญ:** ลิขสิทธิ์ การละเมิดลิขสิทธิ์ วิดีโอเกม สหรัฐอเมริกา

## Abstract

A video game is an electronic game composed of a software package designed to build video games called “game engine” and other creative elements in game content such as plots, characters, visual elements and sounds. Copyright infringements in video games involve both literal copying of game software and non-literal copying of video game content. Two or more video games with similar content can lead to a dispute of non-literal copying of a video game. In this case, to determine whether copyright infringement has occurred, the courts in the United States will firstly consider whether the plaintiff has a valid copyright protection in his work, and secondly, determine whether the non-literal elements of the two or more video games are substantially similar. In determining copyrightability of the plaintiff’s work, the courts in the United States will consider the fundamental concepts of originality and fixation in copyright law. Crucially, the courts will consider the idea-expression dichotomy that copyright protects expression of the idea and not the idea



itself. Alongside the idea-expression dichotomy, the courts will take into account the related doctrines of merger and *scène à faire* which consecutively reflect the notion that when the idea and the expression of the idea coincide, then the expression will not be protected in order to prevent creation of a monopoly on the underlying art. As a result, video game content that is merely an idea or a stock character or scene is not copyrightable as a matter of law e.g. game concepts such as battle and adventure games, normal fighting moves and the idea of displaying health bar of a character. Although game content that is merely an idea is not copyrightable, expressions of the idea can be protected materials. Hence, an infringement has occurred if the accused work is substantially similar to the copyrighted work. Specifically, the ‘substantial similarity’ test is whether the accused work is so similar to the plaintiff’s work that an ordinary reasonable person would conclude that the defendant unlawfully appropriated the plaintiff’s protectable expression by taking material of substance and value.

**Keywords:** copyright, infringement, video game, United States of America

## 1. บทนำ

การละเล่นหรือการเล่นเกมนั้นเป็นกิจกรรมพื้นฐานตามธรรมชาติของมนุษย์ เกมเป็นงานสร้างสรรค์ที่มนุษย์คิดค้นและสร้างขึ้นเพื่อความสนุกสนานและเพื่อการมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างผู้คน<sup>1</sup> ในยุคสมัยที่คอมพิวเตอร์และอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ยังไม่พัฒนามากนัก นอกจากการละเล่นที่มีการเคลื่อนไหวร่างกายโดยทั่วไปแล้ว ยังมีการเล่นเกมกระดาน (board game) เช่น หมากรุก และเกมไพ่ (card game) อย่างไรก็ตามในช่วง ค.ศ. 1970 การพัฒนาของเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์นำไปสู่การผลิตเกมที่เล่นด้วยเครื่องเกมขนาดใหญ่ที่เรียกว่าเกมตู้ (arcade game) ต่อมาเมื่ออุปกรณ์คอมพิวเตอร์มีขนาดเล็กลงวิดีโอเกมก็ได้เปลี่ยนรูปแบบไปสู่ผลิตภัณฑ์ที่เล่นในบ้านได้ด้วยการเชื่อมต่อเครื่องเล่นเกมเข้ากับโทรทัศน์ (เรียกว่า home video game หรือ console game) เช่น เครื่องเพลย์สเตชัน (PlayStation) ของบริษัท Sony และเครื่องวี (Wii) ของบริษัท Nintendo รวมถึงผลิตภัณฑ์วิดีโอเกมที่พกพาสะดวกอย่างเครื่องเกมกต เช่น เกมบอย (Game Boy) ของบริษัท Nintendo เป็นต้น<sup>2</sup> ในปัจจุบันวิดีโอเกมถูกพัฒนาให้เล่นโดยใช้เครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet game) โดยเล่นผ่านเครื่องคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่พกพาสะดวกอย่างแท็บเล็ต (tablet) และโทรศัพท์มือถือซึ่งมักถูกเรียกรวมกันว่า เกมมือถือ (mobile games)<sup>3</sup>

ในช่วงประมาณปี ค.ศ. 1960-1980 เกมหนึ่งเกมสามารถสร้างได้โดยคนกลุ่มเล็ก ๆ เนื่องจากยังเป็นยุคที่เกมไม่ซับซ้อน เช่น เกม Spacewar ถือได้ว่าเป็นวิดีโอเกมแรกที่ถูกสร้างขึ้นโดยใช้เทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ Spacewar เป็นเกมที่ผู้เล่นสองฝ่ายจะยิงกระสุนใส่กันจากยานอวกาศ เกมนี้พัฒนาขึ้นโดยสตีฟ รัสเซล (Steven Russel) และกลุ่มเพื่อนนักศึกษาสถาบันเทคโนโลยีแมสซาชูเซตส์ (Massachusetts Institute of Technology หรือ MIT) ประเทศสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1961<sup>4</sup> เกมในยุคดังกล่าวเป็นเกมที่มีพื้นหลังสีดำ วัตถุที่ใช้ในเกมมีรูปร่างพื้นฐานและมีฟังก์ชันการใช้งานแบบธรรมดา อาทิ การเคลื่อนที่ไปทางซ้ายและขวา ไปข้างหน้าและถอยหลัง หรือการยิงกระสุนและการสะท้อนกลับของวัตถุ เช่น เกมยิงอวกาศอย่างเกม Asteroids และเกมตีปิงปองอย่างเกม Pong เป็นต้น นอกจากนี้การสร้างวิดีโอเกมในช่วงแรกเริ่มนั้นไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้า เนื่องจากอุปกรณ์ทางคอมพิวเตอร์ยังมีราคาสูงมาก<sup>5</sup> อย่างไรก็ตามเมื่อต่อมาคอมพิวเตอร์

<sup>1</sup> Nicole Lazzaro, "Why We Play: Affect and the Fun of Games," in Andrew Sears and Julie A. Jacko (eds), *Human-Computer Interaction: Designing for Diverse Users and Domains*, (New York: CRC Press, 2009), p.155.

<sup>2</sup> Ashley Saunders Lipson and Robert D. Brain, *Videogame Law: Cases, Statutes, Forms, Problems and Materials*, 2<sup>nd</sup> edition, (North Carolina: Carolina Academic Press, 2016), pp.3-4.

<sup>3</sup> Andrea Knezovic, "Mobile Gaming Market Statistics for 2020," Udonis, (27 April 2020) accessed 1 May 2020, from <https://www.blog.udonis.co/mobile-marketing/mobile-games/mobile-gaming-statistics>.

<sup>4</sup> Andy Ramos, et al., "The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches," World Intellectual Property Organization (29 July 2013) accessed 1 May 2020, from [https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/activities/pdf/comparative\\_analysis\\_on\\_video\\_games.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/activities/pdf/comparative_analysis_on_video_games.pdf).

<sup>5</sup> Greg Lastowka, "Minecraft as Web 2.0: Amateur Creativity and Digital Games" in Dan Hunter, Ramon Lobato, Megan Richardson and Julian Thomas (eds), *Amateur Media: Social, Cultural and Legal Perspectives*, (New York: Routledge, 2014), p.155.

และอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์มีราคาต่ำลง และกลายเป็นอุปกรณ์ที่ผู้คนทั่วไปสามารถเข้าถึงและใช้สอยได้ อุตสาหกรรมเกมจึงได้เติบโตอย่างมากโดยเฉพาะในช่วง 20 ปีที่ผ่านมาอันส่งผลให้การใช้ภาพกราฟิก มีความละเอียดและความคมชัดสูงกว่าในอดีตและเนื้อหาในเกมมีความซับซ้อนยิ่งขึ้น ดังนั้นในการผลิต เกมแต่ละเกมจึงประกอบด้วยผู้ร่วมสร้างสรรค์กลุ่มใหญ่ซึ่งอาจเป็นจำนวนหลายร้อยคนขึ้นอยู่กับ ลักษณะของเกม เพื่อร่วมกันสร้างเกมทั้งในส่วนที่เป็นเนื้อหาของเกมและส่วนที่เป็นการสร้างสรรค์ ทางเทคโนโลยีเช่นโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือซอฟต์แวร์และส่วนที่เป็นอุปกรณ์ตัวเครื่องหรือฮาร์ดแวร์

การพัฒนาอย่างรวดเร็วของเทคโนโลยีและอินเทอร์เน็ตทำให้วิดีโอเกมพัฒนาไปถึงระดับเกม ออนไลน์ที่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตหรือผู้เล่นเกมจำนวนมากทั่วโลกสามารถเข้ามาเล่นในแพลตฟอร์ม (platform) หนึ่งได้ในคราวเดียวกันโดยการเคลื่อนไหวเสมือนจริงในร่างอวตาร (avatar) และยังสามารถสื่อสารและมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างกันได้ในขณะที่เล่นเกมเช่น การแชท (chat) หรือการส่งข้อความ และการพูดคุยกันด้วยเสียง เป็นต้น เกมออนไลน์ที่ผู้เล่นจำนวนมากสามารถเข้าเล่นเกมพร้อมกันได้ นี้ เรียกว่า MMOG (massively multiplayer online game) เกม MMOG มักจะกำหนดบทบาทให้ผู้เล่น ที่เข้ามาเล่นพร้อมกันนั้นสวมบทบาทเป็นตัวละครต่าง ๆ (เรียกว่า massively multiplayer online role-playing game หรือ MMORPG) และมีเป้าหมายของการเล่นเกมที่ชัดเจน (goal-based game) เช่น เกม Arena of Valor หรือ ROV ของบริษัท การ์มินา ออนไลน์ ซึ่งเป็นเกมออนไลน์บนมือถือที่ ได้รับความนิยมอย่างมากในประเทศไทย ROV เป็นเกมการต่อสู้กันระหว่างสองฝ่ายโดยที่แต่ละฝ่ายมี จำนวนผู้เล่นหลายคน (multiplayer online battle arena หรือ MOBA) และเกม Grand Theft Auto หรือ GTA ซึ่งเป็นเกมประเภทแอคชั่นผจญภัย (action-adventure) ที่ได้รับความนิยมอย่างมาก ในประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

ในบทความนี้ ผู้เขียนจะใช้คำว่า “วิดีโอเกม” เพื่อกล่าวถึงเกมที่สร้างขึ้นด้วยเทคโนโลยี ซึ่งแสดงภาพและเสียงอย่างงานวิทัศน์ โดยครอบคลุมถึงเกมที่เล่นบนอุปกรณ์ที่จำเป็นต้องเชื่อมต่อกับระบบอินเทอร์เน็ต เช่น เกมกดและเกมที่เล่นกับเครื่องเล่นเกมในบ้าน และยังหมายรวมถึง เกมออนไลน์ (online game) ซึ่งเป็นเกมที่เล่นบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตไม่ว่าด้วยการใช้เครื่อง คอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นใด

บทความนี้มุ่งศึกษาประเด็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในเนื้อหาของวิดีโอเกมซึ่งเกิดจากการคัดลอก อย่างไม่เหมือนต้นฉบับโดยชัดแจ้ง การละเมิดลิขสิทธิ์ในวิดีโอเกมนอกจากประเด็นการทำซ้ำเกม ของผู้อื่นทั้งเกมโดยไม่ได้รับอนุญาต เช่น การทำซ้ำซีดีหรือดีวีดีเกม หรือทำซ้ำเกมที่อยู่ในรูปของ ไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งล้วนแต่เป็นการทำซ้ำอย่างเหมือนต้นฉบับ (literal copying) การละเมิดลิขสิทธิ์ ในวิดีโอเกมยังรวมถึงประเด็นปัญหาที่ซับซ้อนยิ่งขึ้น กล่าวคือการพิพาทในกรณีที่ทำลายคัดลอกเกม ของโจทก์โดยเป็นการคัดลอกที่ไม่เหมือนต้นฉบับอย่างชัดแจ้งแต่มีความเหมือนหรือคล้ายกัน บางประการ (non-literal copying) การลอกเลียนงานสร้างสรรค์ในลักษณะเช่นนี้นำไปสู่ประเด็นที่ต้อง พิจารณาว่าในกรณีที่วิดีโอเกมสองเกมขึ้นไปมีความคล้ายคลึงกันนั้นมีการละเมิดลิขสิทธิ์ในวิดีโอเกม หรือไม่ และศาลจะมีหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการพิจารณาในประเด็นการละเมิดลิขสิทธิ์นี้อย่างไร ผู้เขียนได้เลือกศึกษาแนวการวินิจฉัยคดีของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาในคดีที่พิพาทกันในประเด็น การละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวกับเนื้อหาของวิดีโอเกม เนื่องจากเป็นประเทศที่มีสัดส่วนตลาดเกมที่ใหญ่ที่สุด

ติดอันดับหนึ่งในสามเมื่อพิจารณาถึงอุตสาหกรรมเกมทั่วโลก<sup>6</sup> และเป็นประเทศที่มีกรณีฟ้องร้องเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ในเนื้อหาของเกมหลายคดี ทั้งที่พิพาทกันเกี่ยวกับเกมประเภทเกมไฟ<sup>7</sup> วิดีโอเกมที่ไม่ต้องเชื่อมต่อระบบอินเทอร์เน็ต<sup>8</sup> และเกมที่เล่นบนโลกออนไลน์ในปัจจุบัน<sup>9</sup>

บทความนี้แบ่งเนื้อหาออกเป็นสี่ส่วนโดยจะอธิบายถึงส่วนประกอบของวิดีโอเกมและผู้ที่เกี่ยวข้องในการสร้างวิดีโอเกมเป็นลำดับแรก เพื่อให้เห็นถึงงานสร้างสรรค์ต่าง ๆ ที่อยู่ในวิดีโอเกม อันเกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์และทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ เนื้อหาในส่วนถัดมาเป็นการวิเคราะห์แนวคิดและหลักการที่ศาลสหรัฐอเมริกานำมาใช้ในการพิจารณาคดี และนำเสนอตัวอย่างการพิจารณาคดีในส่วนที่สาม และส่วนสุดท้ายเป็นบทสรุปแนวการพิจารณาประเด็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในเนื้อหาของวิดีโอเกมของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา

## 2. ส่วนประกอบของวิดีโอเกมและกลุ่มคนที่เกี่ยวข้องในการผลิตเกม

วิดีโอเกมถูกออกแบบมาให้ผู้เล่นมีจุดมุ่งหมายในการเล่น ไม่ว่าจะเล่นเกมที่ผู้เล่นรวมกลุ่มกันเพื่อปฏิบัติการกิจบางอย่าง เช่นการรบระหว่างกองทัพหรือการฆ่าสัตว์ประหลาดซึ่งมีลักษณะเป็นเกมต่อสู้และเกมผจญภัย เกมวางแผน เกมเล่นดนตรี เกมเล่นกีฬาชนิดต่าง ๆ เกมจัดวางสิ่งของ และเกมปลูกผักเลี้ยงสัตว์ เป็นต้น แม้ว่าเกมแต่ละเกมอาจจะมีเป้าหมายในเกมที่แตกต่างกัน แต่สิ่งที่วิดีโอเกมทุกเกมมีเหมือนกันคือองค์ประกอบพื้นฐานของเกมอันได้แก่ ซอฟต์แวร์เกม หรือที่เรียกว่า “game engine” ซึ่งคือซอฟต์แวร์ (software) หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีหน้าที่ควบคุมระบบพื้นฐานเบื้องหลังการทำงานทั้งหลายในวิดีโอเกม เช่น การสร้างกราฟิกต่าง ๆ การคำนวณการเคลื่อนไหวทางฟิสิกส์ ปัญญาประดิษฐ์ และการเชื่อมโยงวัตถุต่าง ๆ ในเกมทั้งภาพและเสียง เป็นต้น ระบบพื้นฐานเหล่านี้อาจถูกสร้างขึ้นใหม่โดยบริษัทผู้ผลิตเกมหรือใช้ตัวซอฟต์แวร์เกมที่มีอยู่แล้วจากที่เคยใช้ในการสร้างเกมอื่น หรือได้มาโดยการซื้อหรือขออนุญาตใช้จากเจ้าของซอฟต์แวร์<sup>10</sup>

วิดีโอเกมนั้นนอกจากจะมีองค์ประกอบพื้นฐานคือ ซอฟต์แวร์เกมอันเป็นระบบพื้นฐานเบื้องหลังในการทำงานของวิดีโอเกมดังที่กล่าวไปข้างต้นแล้ว ในการผลิตและจัดจำหน่ายวิดีโอแต่ละเกม

<sup>6</sup> Tom Wijman, “The Global Games Market Will Generate \$152.1 Billion in 2019 as the U.S. Overtakes China as the Biggest Market,” Newzoo, (18 June 2019) accessed 1 May 2020, from <https://newzoo.com/insights/articles/the-global-games-market-will-generate-152-1-billion-in-2019-as-the-u-s-overtakes-china-as-the-biggest-market/>.

<sup>7</sup> *DaVinci Editrice S.R.L. v. Ziko Games, LLC*, 183 F.Supp.3d 820 (2016).

<sup>8</sup> คดีฟ้องละเมิดลิขสิทธิ์ในวิดีโอเกมที่ไม่เล่นโดยเชื่อมต่อเครื่องเล่นเกมกับโทรทัศน์ เช่น *Ahn v. Midway Manufacturing*, 965 F. Supp. 1134 (N.D. Ill. 1997) (คดีเกม Mortal Combat) และ เกมตู้ เช่น *Atari, Inc. v. North American Philips Consumer Electronics Corp.*, 672 F.2d 607 (7th Cir. 1982) (คดีเกม Pac-Man); *M. Kramer Mfg. Co., Inc. v. Andrews*, 783 F. 2d 421 (1986) (คดีเกม Hi-Lo Double Up Joker Poker); *Data East USA, Inc. v. Epyx, Inc.*, 862 F.2d 204 (9th Cir. 1988) (คดีเกม Karate Champ); *Atari Games v. Oman*, 888 F.2d 878 (D.C. Cir. 1989) (คดีเกม Breakout).

<sup>9</sup> *Tetris Holding, LLC v. Xio Interactive, Inc.*, 863 F. Supp. 2d 394 (D.N.J. 2012) (คดีเกม Tetris); *Spry Fox LLC v. Lolapps, Inc.*, 2:12-cv-00147-RAJ (W.D. Wash. Sept. 18, 2012) (คดีเกม Triple Town).

<sup>10</sup> Dan D. Nabel and Bill Chang, *Video Game Law in a Nutshell*, (Minnesota: West Academic Publishing, 2018) pp.41-45.



ยังมีงานสร้างสรรค์อื่น ๆ ที่ประกอบกันเป็นเนื้อหาในวิดีโอเกม เช่น ตัวละครในเกม บทละครหรือเค้าโครงเรื่อง (script or plot) ดนตรีซึ่งเป็นงานบันทึกเสียง และงานศิลปะกรรมเช่น ฉากหลังอันเป็นงานสร้างสรรค์รูปทรง ภาพวาดและภาพถ่าย เป็นต้น รวมทั้งวัตถุที่เกี่ยวข้องในการผลิตเกม อาทิ โลโก้ (logo) และฮาร์ดแวร์ (hardware) สิ่งที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจเกมเหล่านั้นจะได้รับการคุ้มครองด้วยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาหรือกฎหมายอื่นในหลายรูปแบบ เช่น ดนตรีและงานศิลปะในเกมอาจได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ชื่อและโลโก้ของบริษัทเกมและชื่อเกมอาจได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า นอกจากนี้ส่วนประกอบในการออกแบบเกมและเครื่องเล่นเกมที่เป็ฮาร์ดแวร์อาจได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร ส่วนข้อมูลที่เกี่ยวข้องทางการค้าเช่นข้อมูลราคาและรายชื่อลูกค้าอาจได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายเรื่องความลับทางการค้า เป็นต้น

ตารางที่ 1: ธุรกิจเกมกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา<sup>11</sup>

ลิขสิทธิ์	ความลับทางการค้า	เครื่องหมายการค้า	สิทธิบัตร
<ul style="list-style-type: none"> <li>- ดนตรี</li> <li>- โปรแกรมคอมพิวเตอร์</li> <li>- เรื่องราวในเกม</li> <li>- ตัวละคร</li> <li>- งานศิลปะ</li> <li>- การออกแบบบรรจุภัณฑ์</li> <li>- การออกแบบเว็บไซต์</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- รายชื่อลูกค้าและข้อมูลการติดต่อ</li> <li>- ข้อมูลราคา</li> <li>- ข้อมูลติดต่อผู้เผยแพร่เกม (publisher)</li> <li>- ข้อมูลติดต่อผู้พัฒนาเกม</li> <li>- อุปกรณ์ต่าง ๆ ที่ใช้ในการพัฒนาในบริษัท</li> <li>- ข้อตกลงตามสัญญากับบุคคลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ชื่อบริษัท</li> <li>- โลโก้บริษัท</li> <li>- ชื่อเกม</li> <li>- ชื่อรองของเกม</li> <li>- สำนวนหรือถ้อยคำติดปาก (catch phrases) ที่ใช้ในเกมหรือที่บริษัทใช้เกี่ยวกับเกม</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ส่วนประกอบในการออกแบบเกมที่มีชั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น</li> <li>- นวัตกรรมทางเทคโนโลยี เช่น ส่วนประกอบในซอฟต์แวร์ (software)</li> <li>- นวัตกรรมทางเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับฮาร์ดแวร์ (hardware)</li> </ul>

ในการผลิตและจัดจำหน่ายวิดีโอแต่ละเกมมักจะประกอบด้วยผู้ร่วมสร้างสรรค์กลุ่มใหญ่จำนวนคนที่เกี่ยวข้องกับการผลิตและการนำวิดีโอเกมออกจำหน่ายนั้นจะมีจำนวนมาน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับขนาดของโครงการหรือโปรเจกต์เกม (game project) แต่ละโครงการ และยังขึ้นอยู่กับประเภทของเกมและแพลตฟอร์ม (platform) ที่จะสร้างเกมอีกด้วย ผู้ที่เกี่ยวข้องในการสร้างวิดีโอเกมจะแบ่งหน้าที่กันทำเพื่อร่วมกันสร้างสรรค์เนื้อหาในวิดีโอเกมและการจัดการอื่น ๆ โดยอาจแบ่งประเภทบุคคลที่เกี่ยวข้องในการผลิตเกมได้ดังต่อไปนี้<sup>12</sup>

ก. โปรดิวเซอร์ (producer) เป็นผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบและควบคุมการผลิตเกมทุกส่วนทุกขั้นตอน โปรดิวเซอร์เกมจึงมีภาระหน้าที่ที่เทียบได้กับโปรดิวเซอร์ภาพยนตร์หรือผู้จัดละคร นอกจากนี้

<sup>11</sup> David Greenspan, *Mastering the Game: Business and Legal Issues for Video Game Developers*, (Geneva: WIPO Publication, 2013), p.73.

<sup>12</sup> Judd Ethan Ruggill, Ken S. McAllister, Randy Nichols, and Ryan Kaufman, *Inside the Video Game Industry: Game Developers Talk About the Business of Play*, (New York: Routledge 2017); see also Andy Ramos, et al., *supra* note 4.

โปรดิวเซอร์เกมยังมีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการประสานงานด้านการผลิตเกม ทั้งเป็นผู้ช่วยการผลิตและเป็นผู้กำกับการผลิตในแต่ละขั้นตอน

ข. นักโปรแกรมเมอร์หรือวิศวกรคอมพิวเตอร์ (programmer or engineer) เป็นผู้เขียนโปรแกรม (coder) สร้างและปรับใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เป็นพื้นฐานในการทำงานของวิดีโอเกม

ค. นักออกแบบเกม (game designers) เปรียบเสมือนสถาปนิกผู้ออกแบบประสบการณ์ของผู้ใช้หรือผู้เล่นเกม มีหน้าที่ออกแบบเนื้อหาในเกม ด้านเกม ระบบเกม ทั้งยังเป็นผู้ออกแบบการใช้งานของผู้ใช้ (user interface designer) งานศิลป์ และเค้าโครงเนื้อเรื่องในเกม

ง. ศิลปิน (artist) เป็นผู้สร้างกราฟิก แอนิเมชัน (animation) ฉากพื้นหลัง รูปทรงและรูปภาพ และงานศิลปกรรมต่าง ๆ ที่ปรากฏภายในเกม

จ. ผู้ออกแบบเสียง (audio designer) มีหน้าที่สร้างเสียงดนตรีประกอบ (sound effect) รวมถึงเสียงอื่น ๆ ที่ใช้ในเกมนั้น เช่น เสียงสนทนาระหว่างตัวละครและเสียงการต่อสู้

ฉ. ผู้ทดสอบคุณภาพ (quality assurance tester) มีหน้าที่หลักในการทดสอบสุนทรียภาพของเกมและการโต้ตอบของระบบเกม<sup>13</sup>

ช. เจ้าของสิทธิในวัตถุดิบอื่น ๆ ที่ใช้ในเกมนั้น (owners of neighboring rights) หากมีการใช้สิ่งอื่นใดเป็นวัตถุดิบในการผลิตเกม ผู้ผลิตเกมจะต้องได้รับอนุญาตให้ใช้งานเหล่านั้นในเกมได้ เช่น ดาราหรือนักแสดงที่ให้เสียงหรือทำท่าทางประกอบในเกม และผู้ผลิตวิดีโอเกมและสิ่งบันเทิงเสียงที่ถูกนำมาใช้ในเกมนั้น

ซ. บุคคลที่ทำหน้าที่อื่นซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการสร้างเนื้อหาหรืออุปกรณ์เกี่ยวกับเกม (other non-creative positions) นอกจากบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการสร้างสรรค์เนื้อหาในเกมและวัตถุดิบต่าง ๆ เกี่ยวกับเกมแล้ว ในธุรกิจเกมยังจำเป็นต้องมีบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง อันได้แก่ ผู้เผยแพร่วิดีโอเกม (publisher) นักการบัญชี ผู้เชี่ยวชาญด้านการตลาด และผู้จัดการทั่วไป นอกจากนี้ อาจมีบุคคลอื่นอีกที่เกี่ยวข้องกับการผลิตเกม เช่น ผู้ให้คำปรึกษาทางด้านกีฬา หากเกมที่ผลิตนั้นเกี่ยวข้องกับกีฬา เป็นต้น

<sup>13</sup> การทดสอบคุณภาพ (quality assurance) ในธุรกิจการผลิตเกมนั้นเป็นขั้นตอนการทดสอบและปรับปรุง (testing and tuning process) ซึ่งฝ่ายผู้สร้างเกมมักจะดำเนินการในขั้นตอนนี้ก่อนนำเกมออกจำหน่ายเพื่อตรวจสอบให้มั่นใจว่าวิดีโอเกมที่ผลิตออกมามีภาพ เสียง รูปแบบการเล่น และให้ความรู้สึกแก่ผู้เล่นตามที่ผู้พัฒนาเกมตั้งใจไว้ ผู้ทดสอบคุณภาพอาจถูกเรียกว่าเป็นผู้ทดลองเล่น (playtesters) หรือผู้วิเคราะห์คุณภาพ (quality analyst) โดยมีหน้าที่ทดสอบสุนทรียภาพของเกมและการโต้ตอบของระบบเกมว่าควรจะพัฒนาให้ดีขึ้นได้อย่างไร ซึ่งอาจเป็นการทดสอบในระหว่างขั้นตอนการพัฒนาฉากแต่ละฉาก หรือบางครั้งอาจเป็นการทดสอบหลังจากที่ได้ปล่อยเกมสู่ตลาดแล้ว นอกจากนี้ผู้ทดสอบคุณภาพจะทดลองปล่อยบั๊กส์ (bugs) เพื่อรวบรวมข้อผิดพลาดของเกม หากจุดบกพร่องของการออกแบบและการควบคุมเกม บันทึกลงสิ่งผิดปกติที่ปรากฏในองค์ประกอบส่วนที่เป็นกราฟิกหรือเสียง และทำหมายเหตุถึงสิ่งนี้อาจเป็นปัญหาด้วยการพิจารณาเกณฑ์มาตรฐานที่ต้องได้รับการตรวจสอบ ซึ่งเกณฑ์มาตรฐานเหล่านั้นอาจถูกกำหนดไว้โดยผู้ผลิตเอง ผู้เผยแพร่จำหน่ายเกม หรือเจ้าของแพลตฟอร์ม เช่น Microsoft Xbox Live และ Steam หรือกำหนดโดยองค์กรที่มีอำนาจในการจัดเรตของเกม (rating organizations) รวมถึงตรวจสอบเกมให้เป็นไปตามมาตรฐานทางสังคมทั้งเชิงนโยบายและทางกฎหมาย.

### 3. แนวคิดและหลักการที่ศาลสหรัฐอเมริกานำมาใช้ในการพิจารณาคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในเนื้อหาของวิดีโอเกม

โปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นงานสร้างสรรค์ที่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์<sup>14</sup> ดังนั้นการทำซ้ำซอฟต์แวร์เกม (game engine) เพื่อสร้างวิดีโอเกมขึ้นมาใหม่โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในซอฟต์แวร์ต้นฉบับ<sup>15</sup> อย่างไรก็ตาม ปัญหาการละเมิดงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์เกี่ยวกับวิดีโอเกมนั้นมิได้มีเพียงการทำซ้ำซอฟต์แวร์เกม (game engine) เท่านั้น แต่รวมถึงการลอกเลียนงานสร้างสรรค์อื่น ๆ อันประกอบรวมกันเป็นเนื้อหาในวิดีโอเกมอีกด้วย ซึ่งการลอกเลียนงานเหล่านี้ไม่ใช่การทำซ้ำอย่างเหมือนต้นฉบับ (literal copying) หากแต่เป็นการคัดลอกที่ไม่เหมือนต้นฉบับอย่างชัดเจนแต่มีความเหมือนหรือคล้ายบางประการ (non-literal copying) การลอกเลียนงานสร้างสรรค์ในลักษณะเช่นนี้นำไปสู่ประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าในกรณีที่วิดีโอเกมสองเกมขึ้นไปมีความคล้ายคลึงกัน ศาลจะมีหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการพิจารณาในประเด็นการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างไร

จากการศึกษาคดีที่พิพาทเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ในเนื้อหาของวิดีโอเกมอันเป็นการคัดลอกที่ไม่เหมือนต้นฉบับอย่างชัดเจน (non-literal copying) ศาลสหรัฐอเมริกาวางแนวทางในการพิจารณาประเด็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยจะวินิจฉัยในประเด็นสำคัญสองประการ ได้แก่ ประการแรก งานของโจทก์ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่<sup>16</sup> และในประการที่สอง จำเลยได้ลอกเลียนงานต้นฉบับของโจทก์อย่างคล้ายคลึงกันอย่างมาก (substantial similarity) อันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ ในการวินิจฉัยว่างานของโจทก์ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่นั้น ศาลจะพิจารณาเป็นอันดับแรกว่าเนื้อหาหรือวัตถุในเกมทั้งสองที่พิพาทมีความเหมือนกันหรือคล้ายคลึงกันนั้นมีสิ่งใดบ้างและเนื้อหาหรือวัตถุที่เป็นประเด็นพิพาทนั้นเป็นงานที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่ โดยศาลสหรัฐอเมริกามักนำหลักการและแนวคิดดังที่จะกล่าวถึงต่อไปนี้มาใช้ประกอบในการวินิจฉัย

<sup>14</sup> ความตกลงทริปส์ (The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) ลงนามวันที่ 15 เมษายน พ.ศ. 2537, มีผลใช้บังคับวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2538, มาตรา 10.

<sup>15</sup> *Sega Enterprises Ltd. v. Maphia*, 857 F. Supp. 679 (1994).

<sup>16</sup> ในขั้นตอนการพิสูจน์ถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ในประเทศสหรัฐอเมริกา หากโจทก์มีเอกสารการจดทะเบียนลิขสิทธิ์ซึ่งออกภายใน 5 ปีหลังการเผยแพร่ครั้งแรก ให้สันนิษฐานในเบื้องต้นไว้ก่อนว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายดังที่ปรากฏในเอกสารการจดทะเบียนนั้น แต่หากเอกสารดังกล่าวไม่ได้ระบุว่าโจทก์เป็นผู้สร้างสรรค์งาน เช่นนี้โจทก์มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าตนเป็นผู้ได้มาซึ่งลิขสิทธิ์อย่างไร เช่น อาจได้มาจากการโอนสิทธิ์ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม จำเลยอาจโต้แย้งบทสันนิษฐานตามเอกสารการจดทะเบียนลิขสิทธิ์ได้หลายทาง ยกตัวอย่างเช่น การโต้แย้งว่าผู้สร้างสรรค์งานที่ได้รับการระบุชื่อในเอกสารนั้นไม่ใช่ผู้ริเริ่มสร้างสรรค์งานด้วยตนเอง งานที่จดทะเบียนลิขสิทธิ์นั้นแท้จริงแล้วเป็นสมบัติสาธารณะ (public domain) ซึ่งไม่คุ้มครองด้วยกฎหมายลิขสิทธิ์ หรืออาจโต้แย้งว่าผู้สร้างสรรค์ได้ทิ้งลิขสิทธิ์ของตนไปแล้ว โดยการแสดงออกอย่างชัดเจน (overt act) ว่าให้สาธารณชนใช้งานของตนได้โดยไม่หวงกัสิทธิ์อีกต่อไป และผู้สร้างสรรค์ได้โอนสิทธิ์ในงานชิ้นนั้นให้แก่ผู้อื่นไปแล้ว เป็นต้น See Dan D. Nabel and Bill Chang, *supra* note 10, pp.84-85.

### 3.1 หลักการพื้นฐานของลิขสิทธิ์ว่าด้วยการริเริ่มสร้างสรรค์ (originality) และการบันทึกไว้ในสื่อที่สามารถจับต้องได้ (fixation)

เหตุผลเบื้องหลังของการคุ้มครองลิขสิทธิ์และสิทธิบัตรได้ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ว่ากฎหมายสิทธิบัตรและลิขสิทธิ์นั้นมีไว้เพื่อสนับสนุนการพัฒนาทางวิทยาศาสตร์และความเจริญแห่งศิลปะอันทรงคุณค่า โดยการให้สิทธิเด็ดขาดในงานที่ได้สร้างสรรค์และคิดค้นขึ้นแก่ผู้สร้างสรรค์และผู้คิดค้นในช่วงระยะเวลาที่จำกัด<sup>17</sup> กฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศสหรัฐอเมริกาให้ความคุ้มครองงานสร้างสรรค์ประเภทต่าง ๆ เช่น งานวรรณกรรม ดนตรีกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ภาพยนตร์และสิ่งบันทึกเสียง เป็นต้น แต่ไม่ว่าจะเป็งานสร้างสรรค์ประเภทใด งานที่จะได้รับการคุ้มครองจะต้องเป็นงานที่ผู้สร้างสรรค์ริเริ่มสร้างขึ้นด้วยตนเอง (original works of authorship) ซึ่งจะต้องถูกบันทึกไว้ในสื่อที่สามารถจับต้องได้ (fixed in a tangible medium of expression) จึงจะได้รับการคุ้มครอง<sup>18</sup> เช่น การเขียนบทละครลงในกระดาษ หรือเขียนนวนิยายลงบนเว็บไซต์หรือบล็อก (blog) รายการบันทึกเสียงที่สามารถเปิดฟังได้ทางอินเทอร์เน็ตอย่างพ็อดคาสต์ (podcast) และการบันทึกเสียงหรือการแสดง เป็นต้น

ผู้สร้างสรรค์จะต้องเป็นผู้ริเริ่มสร้างงานนั้นด้วยตนเอง มิได้ไปลอกเลียนหรือคัดลอกผู้ใดมา ระดับของความริเริ่มสร้างสรรค์ (originality) อันเป็นระดับขั้นต่ำในการได้มาซึ่งการคุ้มครอง (minimum requirement) ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ในสหรัฐอเมริกานั้นค่อนข้างต่ำ<sup>19</sup> กล่าวคือ เพียงแค่งานชิ้นนั้นแสดงให้เห็นถึงความสร้างสรรค์เพียงเล็กน้อย (modicum of creativity) ก็เพียงพอแล้วที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์<sup>20</sup> กล่าวโดยสรุป งานที่จะได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา จะต้องเป็นงานอันเกิดจากการริเริ่มขึ้นเองของผู้สร้างเองและเป็นการแสดงออกอย่างสร้างสรรค์ ทั้งนี้ จะต้องเป็นงานถูกบันทึกไว้ในสื่อที่สามารถจับต้องได้ด้วย

ในประเด็นเกี่ยวกับงานที่ผู้สร้างสรรค์ริเริ่มสร้างขึ้นด้วยตนเองและเป็นงานถูกบันทึกไว้ในสื่อที่สามารถจับต้องได้ที่พิพาทเกี่ยวกับวิดีโอเกมนั้น ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาถึงการมีลิขสิทธิ์ในภาพที่ปรากฏจากการทำงานของซอฟต์แวร์เกมในคดี *Scramble (Stern Electronics v. Kaufman)*<sup>21</sup> กล่าวคือ เมื่อปี ค.ศ. 1981 บริษัท Stern Electronics ผู้ผลิตเกมตู้ (arcade game) ได้ซื้อลิขสิทธิ์ในเกม Scramble จากบริษัท Konami Industry ผู้ผลิตเกมรายหนึ่งในประเทศญี่ปุ่นเพื่อ

<sup>17</sup> Constitution of the United States, Article I, Section 8, Clause 8. e.g. “To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries.”

<sup>18</sup> Copyright Act of United States 1976, 17 U.S.C. § 102.

<sup>19</sup> Digital Media Law Project, “Copyrightable Subject Matter,” Berkman Klein Center for Internet & Society, (2014) accessed 1 May 2020, from <http://www.dmlp.org/legal-guide/copyrightable-subject-matter>.

<sup>20</sup> *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991).

<sup>21</sup> *Stern Electronics v. Kaufman*, 669 F.2d 852 (2nd Cir. 1982); คดีอื่น ๆ ที่พิจารณาเรื่องการริเริ่มขึ้นเองของผู้สร้างสรรค์ และการบันทึกไว้ในสื่อที่สามารถจับต้องได้ เช่น *Atari Games v. Oman*, 888 F.2d 878 (D.C. Cir. 1989) (คดีเกม Breakout); *Ahn v Midway Manufacturing*, 965 F. Supp. 1134 (N.D. Ill. 1997) (คดีเกม Mortal Combat).

เผยแพร่เกม Scramble ในทวีปอเมริกาเหนือและอเมริกาใต้ เกม Scramble ออกแบบมาเพื่อให้ผู้เล่นควบคุมยานหรือเครื่องบินให้เคลื่อนที่เลื้อนไปมาเพื่อใช้อาวุธปืนยิงศัตรู โดยมีเป้าหมายเพื่อยิงศัตรูให้ได้มากที่สุดก่อนที่เชื้อเพลิงของยานจะหมดลงหรือก่อนที่จะถูกอุปสรรคในเกมพุ่งชน ต่อมาเมื่อเกมดังกล่าวได้รับความนิยมอย่างมาก บริษัท Omni Video Games ได้ผลิตเกม Scramble 2 ออกมาแข่งในตลาดโดยมีลักษณะที่เหมือนและคล้ายกับเกม Scramble บริษัท Stern Electronics จึงเป็นโจทก์ฟ้องว่าบริษัท Omni Video Games ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ในเกม ของโจทก์เนื่องจากการลอกเลียนเสียงและภาพที่ปรากฏในเกม บริษัทจำเลยได้ต่อสู้ว่าโจทก์ไม่มีลิขสิทธิ์ในงานโสตทัศนวัสดุ (audiovisual work) ตามที่โจทก์กล่าวอ้าง โดยให้เหตุผลว่ากฎหมายลิขสิทธิ์คุ้มครองงานอันเกิดจากการริเริ่มขึ้นเองของผู้สร้างสรรค์ (original works of authorship) ทั้งต้องเป็นซึ่งงานถูกบันทึกไว้ในสื่อที่สามารถจับต้องได้ (fixed in a tangible medium of expression) แต่ภาพและเสียงที่อยู่ในเกมนั้นไม่ได้เกิดจากการริเริ่มสร้างขึ้นของโจทก์เอง เพราะภาพที่ปรากฏนั้นเกิดจากการทำงานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์หาโซ่งานที่สร้างสรรค์ขึ้นโดยผู้พัฒนาเกมไม่ อีกทั้งลำดับภาพที่ปรากฏยังเกิดจากการเล่นของผู้เล่นซึ่งเสมือนผู้เล่นได้สร้างงานโสตทัศนวัสดุขึ้นเองเป็นครั้ง ๆ ไป โดยไม่ได้ถูกบันทึกไว้ในสื่อที่สามารถจับต้องได้แต่อย่างใด



ภาพที่ 1: ตัวอย่างเกม Scramble (พัฒนาโดยบริษัท Konami ในปี ค.ศ. 1981)<sup>22</sup>

ศาลอุทธรณ์ในคดีนี้พิจารณาแล้วตัดสินว่าข้อต่อสู้ของจำเลยดังที่กล่าวมานั้นฟังไม่ขึ้น เพราะงานโสตทัศนวัสดุนั้นได้ถูกบันทึกไว้แล้วในหน่วยความทรงจำของเครื่องเกม (memory devices of the game) ซึ่งทำให้รับรู้หรือเห็นประจักษ์ได้ด้วยอุปกรณ์ที่บันทึกไว้ นอกจากนี้ องค์ประกอบทั้งภาพและเสียงที่พิพาทนั้นเกิดจากความริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้พัฒนาเกม แม้ว่าจะถูกทำให้ปรากฏขึ้นด้วยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ก็ตาม โดยศาลได้พิจารณาว่าภาพและเสียงที่ปรากฏในเกมนั้นเป็นกรณีแยกเช่นเดียวกับเพลงหรือดนตรีกรรมซึ่งถูกบันทึกไว้และแสดงเสียงได้ด้วยเครื่องเทป (audio tape)

<sup>22</sup> "Scramble," UVL, accessed 1 May 2020, from <https://www.uvlist.net/game-179-Scramble>.

ยิ่งไปกว่านั้น ข้อต่อสู้ของจำเลยยังขาดการคำนึงถึงกระบวนการสร้างสรรค์งานตามธรรมชาติ กล่าวคือ การจะสร้างงานโสตทัศนวัสดุขึ้นมาได้ ผู้สร้างสรรค์จะต้องคิดริเริ่มว่าจะให้ภาพเช่น ยานอวกาศ ถึงเชื้อเพลิงและภูมิประเทศที่เป็นพื้นหลังมีรูปร่างและลักษณะเป็นเช่นไร และเสียงที่ออกมาเช่น เสียงปืน และเสียงระเบิดเวลาที่ยานของศัตรูระเบิด เสียงเหล่านั้นควรจะเป็นเช่นไร แล้วจึงเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้แสดงผลทั้งภาพและเสียงดังที่คิดไว้ ซึ่งเป็นขั้นตอนที่สะท้อนให้เห็นถึงการริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้พัฒนาเกมแล้ว

### 3.2 การแยกความคิดและการแสดงออกของความคิดออกจากกัน (idea-expression dichotomy)

หลักการพื้นฐานของกฎหมายลิขสิทธิ์อีกประการหนึ่งที่สำคัญคือ หลักการแยกความคิด (idea) และการแสดงออกของความคิด (expression of idea) ออกจากกัน ในทางวิชาการ<sup>23</sup> และจากแนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาเรียกว่า “idea-expression dichotomy” ต่อไปในบทความนี้เรียกว่า “การแยกความคิดและการแสดงออกของความคิดออกจากกัน”<sup>24</sup> ซึ่งมีหลักว่าลิขสิทธิ์คุ้มครองการแสดงออกของความคิด (expression of ideas) แต่ไม่คุ้มครองตัวความคิดซึ่งอยู่เบื้องหลัง ดังนั้นความคิดของผู้สร้างสรรค์ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองที่ความคิดนั้นยังไม่ได้ถ่ายทอดให้ปรากฏออกมา เช่น ความคิดเกี่ยวกับเรื่องราวความรักระหว่างชายหนุ่มและหญิงสาวซึ่งมาจากครอบครัว ซึ่งทั้งสองฝ่ายเป็นศัตรูกันทำให้ความรักมีอุปสรรคและถูกกีดกันนั้น ย่อมไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่หากบุคคลหนึ่งได้เรียบเรียงเรื่องราวโดยประพันธ์เป็นงานเขียนที่มีฉากเบื้องหลังบทพูด ลักษณะเฉพาะที่ชัดเจนของตัวละคร รวมถึงความต่อเนื่องของฉากและเหตุการณ์ในนิยายที่มีรายละเอียด งานนวนิยายดังกล่าวย่อมเป็นการแสดงออกของความคิดของผู้เขียนแล้ว ซึ่งการแสดงออกเช่นนี้ควรได้รับความคุ้มครอง

การแยกความคิดและการแสดงออกของความคิดออกจากกันนี้เป็นหลักการสากลในกฎหมายลิขสิทธิ์ ดังที่ปรากฏตามบทบัญญัติมาตรา 9 วรรคสองของความตกลงทริพส์ (TRIPs Agreement)<sup>25</sup> ซึ่งบัญญัติว่า “การคุ้มครองลิขสิทธิ์ครอบคลุมถึงการแสดงออกทางความคิด แต่ไม่คลุมถึงความคิด...” (“Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas...”) กฎหมายลิขสิทธิ์ในสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติหลักนี้ไว้โดยชัดแจ้งในมาตรา 102 (b) โดยมีใจความโดยสรุปว่า ลิขสิทธิ์นั้นย่อมไม่คุ้มครองความคิด วิธีการ กระบวนการ ระบบ กรอบความคิด หลักการหรือการค้นพบ<sup>26</sup>

<sup>23</sup> J.A.L Sterling, *World Copyright Law*, 3<sup>rd</sup> edition, (London: Sweet & Maxwell, 2008), p.249.

<sup>24</sup> อานาจ เนตยสุภา และชาญชัย อารีวิทยาเลิศ, *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น.45.

<sup>25</sup> The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

<sup>26</sup> Copyright Act of United States 1976, 17 U.S.C. § 102 (b) “In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.”



คำพิพากษาอันเป็นบรรทัดฐานที่ศาลได้พิจารณาถึงการแยกความคิดและการแสดงออกของความคิดออกจากกันปรากฏในคดี *Baker v. Selden*<sup>27</sup> ในปี ค.ศ. 1879 ซึ่งเป็นคดีที่ศาลสหรัฐอเมริกาตัดสินว่า แม้ว่าหนังสือของโจทก์ชื่อ *Selden's Condensed Ledger* หรือ *Book-keeping Simplified* ซึ่งอธิบายถึงระบบการจัดเก็บหนังสืออันประกอบไปด้วยแบบฟอร์มการจัดเก็บหนังสือ ตัวอย่าง และบทหน้านั้น เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งโจทก์ย่อมมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำหรือเผยแพร่หนังสือเล่มดังกล่าว อย่างไรก็ตาม โจทก์ย่อมไม่อาจผูกขาดหวงห้ามมิให้จำเลยหรือผู้อื่นนำระบบการจัดเก็บหนังสือที่ได้อธิบายไว้ในหนังสือเล่มนั้นไปใช้ได้ ทั้งนี้ ศาลยังได้อธิบายเพิ่มเติมถึงความแตกต่างระหว่างสิทธิบัตรและลิขสิทธิ์ว่าระบบ วิธีการ หรือลำดับขั้นตอนนั้นไม่อาจเป็นงานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร

อีกหนึ่งตัวอย่างคือคดี *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian*<sup>28</sup> ซึ่งพิพาทกันว่า จำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์ในเข็มกลัดประดับอัญมณีสรูปผึ้งของโจทก์หรือไม่ ซึ่งศาลในคดีนั้นพิจารณาแล้ว ตัดสินว่าการทำเข็มกลัดอัญมณีเป็นรูปผึ้งนั้นเป็นเพียงความคิด (idea) ซึ่งจำเลยคัดลอกได้เพราะไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้ลิขสิทธิ์ แต่หากการออกแบบเข็มกลัดรูปผึ้งที่มีลักษณะเฉพาะอันเป็นการแสดงออกทางความคิด (expression) ของโจทก์นั้นถูกคัดลอกหรือลอกเลียนจนคล้ายคลึงกันอย่างมาก (substantial similarity) ย่อมเป็นการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ โดยในคดีเข็มกลัดรูปผึ้ง ศาลได้พิจารณาว่าการแยกความคิดและการแสดงออกของความคิดออกจากกันในกรณีการทำเข็มกลัดรูปผึ้งนี้แยกออกจากกันได้ยากยิ่ง ซึ่งศาลเห็นว่าเข็มกลัดของจำเลยไม่ได้คล้ายกันอย่างมากกับเข็มกลัดของโจทก์เมื่อพิจารณาว่าหากบุคคลใดจะผลิตเข็มกลัดอัญมณีสรูปผึ้งแล้วย่อมต้องทำออกมาได้คล้ายคลึงกัน

### 3.3 แนวคิดว่าด้วยงานที่ไม่ควรผูกขาดด้วยลิขสิทธิ์: หลัก merger และ หลัก scène à faire

ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้สร้างหลักที่สอดคล้องกันกับหลักการแยกความคิดและการแสดงออกของความคิดออกจากกัน ได้แก่ หลัก merger และหลัก scène à faire โดยเมื่อมีคดีพิพาทในประเด็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการคัดลอกงานที่มีความคล้ายคลึงกัน (non-literal copying) ศาลมักจะพิจารณาทั้งสามหลักการนี้ไปพร้อมกัน เพื่อสะท้อนถึงหลักการที่สำคัญของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ว่า หากความคิดสามัญในเรื่องใดอาจถูกแสดงออกหรือทำให้ปรากฏได้เพียงรูปแบบหรือในลักษณะเดียวแล้ว การแสดงออกของความคิดดังกล่าวนั้นย่อมไม่ควรให้ถูกผูกขาดได้ด้วยลิขสิทธิ์ เพราะมีเช่นนั้นบุคคลทั่วไปก็จะไม่สามารถนำความคิดสามัญในเรื่องนั้นไปใช้ได้อีก

หลัก merger หรือ merger doctrine นั้นจะถูกนำไปใช้ในการวินิจฉัยคดีเมื่อศาลเห็นว่าการแสดงออกของความคิดนั้นถูกผสมรวมหรือกลืนหาย (merge) กลายเป็นสิ่งเดียวกันกับความคิด

<sup>27</sup> *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99 (1879).

<sup>28</sup> *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian*, 446 F.2d 738 (9th Cir. 1971).

ที่อยู่เบื้องหลัง หลัก merger คล้ายคลึงกันกับหลัก scènes à faire<sup>29</sup> คำว่า scène à faire เป็นศัพท์ภาษาฝรั่งเศสที่แปลได้ว่า “ฉากที่ต้องเป็นเช่นนั้น” (“scenes that must be done”)<sup>30</sup> หลัก scène à faire จึงหมายถึงเหตุการ์ณ ตัวละครหรือองค์ประกอบฉากซึ่งจำเป็นต้องเป็นเช่นนั้นหรือเป็นมาตรฐานของการกล่าวถึงสิ่งใดสิ่งหนึ่ง<sup>31</sup> ดังนั้นจึงไม่ควรมีผู้ใดได้ไปซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการแสดงออกซึ่งความคิดนั้น<sup>32</sup> ดังนั้นหากการแสดงออกของความคิดในเรื่องใดทำให้ปรากฏได้เพียงทางเดียวหรือเพียงไม่กี่ทาง การแสดงออกของความคิดนั้นก็ไม่ควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เพราะการให้สิทธิเด็ดขาดในงานชิ้นนั้นย่อมเป็นการกีดกันมิให้ผู้อื่นใช้ความคิดนั้นในการสร้างสรรค์งานใหม่ในอนาคต<sup>33</sup>

ฉากธรรมดาสามัญ (stock scene) หรือความคิดพื้นฐานซึ่งอาจถือได้ว่าเป็น scènes à faire ที่ไม่อาจได้รับความคุ้มครอง มีตัวอย่างเช่น โครงเรื่องว่าด้วยการผจญภัยของตำรวจผู้สืบสวนและเปิดโปงองค์กรอาชญากรรม<sup>34</sup> โครงเรื่องเกี่ยวกับอาณาจักรใต้บาดาล<sup>35</sup> ฉากที่ตัวละครไปรับประทานอาหารในร้านอาหารฟาสต์ฟู้ดแล้วไปเที่ยวต่อที่ไนท์คลับ<sup>36</sup> หรือการถ่ายภาพขววดอกไม้เพื่อการโฆษณาซึ่งใช้รูปแบบการจัดวางได้เพียงไม่กี่รูปแบบ<sup>37</sup> รวมถึงเรื่องราวแฟนตาซีเกี่ยวกับแม่มดและมังกร<sup>38</sup> เป็นต้น

ในคดี *DaVinci Editrice S.R.L. v. Ziko Games*<sup>39</sup> ศาลในรัฐเท็กซัสได้พิจารณาคดีละเมิดลิขสิทธิ์เกมไพ่ โดยนำหลักการแยกความคิดและการแสดงออกของความคิดออกจากกัน และแนวคิดที่ว่าด้วยตัวละครสามัญ (stock characters) มาใช้ในการวินิจฉัย คดีนี้บริษัท DaVinci Editrice ผู้ผลิตเกมไพ่ชื่อ Bang! ซึ่งเป็นเกมไพ่แนวคาบอย ได้ฟ้องบริษัท Yoka Games ผู้ผลิตเกมไพ่เรื่องสามก๊ก (Legends of the Three Kingdoms) จากสาธารณรัฐประชาชนจีน และบริษัท ZiKo Games ผู้จัดทำจำหน่ายเกมไพ่สามก๊กในสหรัฐอเมริกาเป็นจำเลยในคดีละเมิดลิขสิทธิ์โดยการทำซ้ำหรือลอกเลียนเกมไพ่ของโจทก์

<sup>29</sup> ศาลในสหรัฐอเมริกาได้นำหลัก scènes à faire มาประกอบการวินิจฉัยคดีเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1942 ในคดีที่พิพาทกันเกี่ยวกับฉากหลบฝน โดยโจทก์ฟ้องว่าจำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์ในงานนวนิยายของโจทก์โดยการสร้างฉากหนึ่งในภาพยนตร์ที่เป็นฉากตัวละครหลักในเรื่องหลบฝนด้วยกันในโบสถ์ ศาลมีคำพิพากษาว่าฉากหลบฝนเป็นเพียงฉากธรรมดาสามัญจึงไม่อาจเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ See *Cain v. Universal Pictures Co.*, 47 F. Supp. 1013 (1942).

<sup>30</sup> Dan D. Nabel and Bill Chang, *supra* note 10, p.93.

<sup>31</sup> *Alexander v. Haley*, 460 F. Supp. 40, 45 (S.D.N.Y. 1978); *Hoehling v Universal City Studios, Inc.*, 618 F.2d 972, 979 (2d Cir. 1980).

<sup>32</sup> *Hoehling v. Universal City Studios*, 618 F. 2d 972, 979 (2nd Cir. 1980); *Berkic v. Crichton*, 761 F. 2d 1289, 1293 (9th Cir. 1985).

<sup>33</sup> *Landsberg v. Scrabble Crossword Game Players*, 736 F. 2d 485, 489 (9th Cir. 1984).

<sup>34</sup> *Berkic v. Crichton*, 761 F. 2d 1289 (9th Cir.1985).

<sup>35</sup> *Evans v. Wallace Berrie*, 681 F. Supp. 813 (SD Florida 1988).

<sup>36</sup> *Beal v. Paramount Pictures Corp.*, 20 F. 3d 454 (11th Cir. 1994).

<sup>37</sup> *Ets-Hokin v. Skyy Spirits*, 225 F. 3d 1068 (9th Cir. 2000).

<sup>38</sup> David Greenspan, *supra* note 11, p.82.

<sup>39</sup> *DaVinci Editrice S.R.L. v. Ziko Games*, *supra* note 7.

ในเกม Bang! ของโจทก์ ผู้เล่นจะได้ไพ่ตัวละครและไพ่กำหนดบทบาทของตัวละครซึ่งได้แก่นายอำเภอ (Sheriff) ผู้รักษาการแทน (Deputy) ผู้ร้าย (Outlaw) และคนทรยศ (Renegade) ซึ่งแต่ละบทบาทจะมีวิธีการเล่นเกมนี้ให้ชนะต่างกันออกไป เช่น ผู้เล่นที่ได้รับบทบาทให้เป็นนายอำเภอจะชนะได้หากไม่ถูกฆ่าตายก่อนพวกผู้ร้ายหรือคนทรยศ ส่วนคนที่ได้บทบาทเป็นผู้ร้ายจะชนะได้ก็ต่อเมื่อนายอำเภอถูกฆ่าตาย ส่วนคนทรยศจะชนะเกมนี้หากเป็นผู้เล่นคนสุดท้ายที่เหลือรอดชีวิต เป็นต้น ตัวละครที่ปรากฏบนไพ่ล้วนแต่เป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงในยุคของคาวบอย (wild-West) ซึ่งเป็นที่รู้จักของผู้คนในประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น ตัวละครชื่อ Calamity Janet และ Willy the Kid ซึ่งล้อมาจาก Calamity Jane และ Billy the Kid ซึ่งเป็นบุคคลที่เคยมีตัวตนอยู่จริงในประวัติศาสตร์ยุคคาวบอย

คู่ความทั้งสองฝ่ายในคดีนี้ต่างเห็นตรงกันว่าเกม Bang! และเกมสามก๊กมีกติกาการเล่นที่คล้ายกันอย่างมากจนแทบจะเหมือนกัน ต่างแต่เพียงว่าเกมสามก๊กเปลี่ยนเป็นไพ่ที่มีพื้นหลังเป็นอาณาจักรจินโบราณ และมีบทบาทในเกมไพ่เป็นเรื่องของสามก๊ก โดยทั้ง 4 บทบาทคือ กษัตริย์ (Monarch) รัฐมนตรี (Minister) กบฏ (Rebel) และคนทรยศ (Turncoat) ต่างเป็นบทบาทและมีเป้าหมายเดียวกับนายอำเภอ (Sheriff) ผู้รักษาการแทน (Deputy) ผู้ร้าย (Outlaw) และคนทรยศ (Renegade) ในเกม Bang! อีกทั้งตัวละครในเกมไพ่อีกสามก๊กมีความสามารถพิเศษและแต้มชีวิตเหมือนกับตัวละครในเกม Bang! แต่ชื่อและภาพลักษณะที่ปรากฏบนไพ่ล้วนแตกต่างกันทั้งหมดโดยเปลี่ยนเป็นตัวละครจากวรรณกรรมจีนอิงประวัติศาสตร์เรื่องสามก๊ก เช่น ลิโป้ กวนอู สุมาอี้ เตียวหุย เตียวเหลียว และเตียวเลี้ยว เป็นต้น



ภาพที่ 2<sup>40</sup> และภาพที่ 3<sup>41</sup>: ตัวอย่างเกมไพ่ “Bang!” ผลิตโดยบริษัท DaVinci

<sup>40</sup> Matheus Affonso, “Bang!: Overview,” BGG, (21 May 2016) accessed 1 May 2020, from <https://boardgamegeek.com/thread/1578825/bang-game-could-be-good-not>.

<sup>41</sup> “Games for the Weekend: Bang!,” Techoraming, (20 July 2012) accessed 1 May 2020, from <https://techoraming.wordpress.com/2012/07/20/games-for-the-weekend-bang/>.



ภาพที่ 4 และภาพที่ 5: ตัวอย่างเกมไพ่ “Legends of the Three Kingdoms”  
ผลิตโดยบริษัท Yoka Games<sup>42</sup>

ศาลพิพากษาว่าวิธีการและกฎกติกาในการเล่นเกมนิยายไม่ได้ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ แต่งานสร้างสรรค์ทางศิลปะหรือการออกแบบไพ่และภาพกราฟิกที่มีความเฉพาะนั้นอาจได้รับความคุ้มครองได้ ดังนั้นกฎกติกาและขั้นตอนการเล่นเกมนิยายรวมถึงวิธีการที่ตัวละครแต่ละตัวจะชนะเกมนั้นจึงไม่ใช่งานสร้างสรรค์ทางศิลปกรรมหรือวรรณกรรมที่อาจได้รับความคุ้มครอง การวินิจฉัยเช่นนี้ยังสอดคล้องกับคำพิพากษาของศาลในคดี *Baker v. Selden*<sup>43</sup> ที่ศาลสูงสุดในคดีนี้ได้ตัดสินว่าระบบการจัดเก็บหนังสือไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์ โจทก์จึงไม่อาจผูกขาดหวงห้ามมิให้จำหน่ายหรือผู้อื่นนำระบบการจัดเก็บหนังสือที่ได้อธิบายไว้ในหนังสือเล่มนั้นไปใช้ได้ แต่ถ้อยคำ พรรณนาโวหารและตัวอย่างที่โจทก์เขียนขึ้นเพื่อบรรยายระบบการจัดเก็บหนังสือนั้นย่อมได้รับความคุ้มครอง ศาลในคดีเกมไพ่ Bang! จึงตัดสินว่าแมกติกาและวิธีการเล่นของเกมนิยายทั้งสองจะคล้ายกันมาก แต่รูปภาพและการบรรยายคุณลักษณะของตัวละครที่ปรากฏบนไพ่ในเกมนิยายทั้งสองนั้นไม่ได้คล้ายคลึงกันอย่างมาก (not substantially similar) จึงไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

จากหลักการที่ศาลได้วางไว้ในข้างต้นว่ากติกาในการเล่นเกมนิยายนั้นไม่มีลิขสิทธิ์ แต่งานสร้างสรรค์ที่เป็นการแสดงออกของความคิดที่มีลักษณะเฉพาะเป็นงานที่ได้รับความคุ้มครองได้ ดังนั้นหากเกมบางเกมมีการพัฒนาของฉาก เนื้อเรื่องและตัวละครจนเป็นการแสดงออกของความคิดในลักษณะเดียวกับการพัฒนาของเนื้อเรื่องในหนังสือหรือภาพยนตร์จนมีเนื้อเรื่องในเกมที่มีภูมิหลังเป็นเรื่องราวมีตัวละครที่มีบุคลิก อุปนิสัยและลักษณะพิเศษในรายละเอียด เช่นนี้แล้วเนื้อหาในเกมเหล่านั้นย่อมเป็นงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ได้ แต่เมื่อพิจารณาเกมไพ่ Bang! ในคดีนี้แล้ว เกม Bang! ของโจทก์เทียบได้กับกติกาในการเล่นเกมนิยายบางเกมซึ่งเมื่อไม่ได้มีเนื้อเรื่องเบื้องหลังที่ริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้นเอง เช่นนี้ย่อมเป็นเพียงกติกาการแข่งขันหรือเกมธรรมดาซึ่งไม่ได้รับความคุ้มครอง<sup>44</sup>

<sup>42</sup> Acelion, “Three Kingdoms War Game Cards,” Amazon, accessed 1 May 2020, from <https://www.amazon.com/Three-Kingdoms-Cards-Recreational-Family/dp/B07V3LLNLL>.

<sup>43</sup> *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99, 25 L.Ed. 841 (1879).

<sup>44</sup> See *National Basketball Association v. Motorola*, 105 F.3d 841, 846 (2d Cir. 1997).



ศาลในคดีเกมไฟ้ Bang! ยังได้ยกคดีเกม Street Fighter II ขึ้นมาพิจารณาเทียบเคียง โดยในคดี *Capcom U.S.A. Inc. v. Data East Corp.*<sup>45</sup> โจทก์ฟ้องว่าวิดีโอเกม Fighter's History ของจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์เกม Street Fighter II ของโจทก์ โดยทำทางการต่อสู้ของตัวละครหลายตัวในเกมของจำเลยคล้ายกับที่ปรากฏในตัวละครในเกมของโจทก์ โดยมีทำทางการต่อสู้เช่นการเตะและต่อຍรวมถึงท่าพิเศษอย่างการปล่อยพลังวิเศษที่คล้ายคลึงกัน นอกจากนี้ทั้งสองเกมยังปรากฏแถบแสดงผลการวัดสมรรถภาพของตัวละครในระหว่างการแข่งขัน ซึ่งการต่อสู้จะสิ้นสุดลงหากพลังชีพของตัวละครนั้นลดลงจนหมด ในการจะวินิจฉัยประเด็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลได้พิจารณาโดยแยกส่วนประกอบในเนื้อหาของเกมซึ่งไม่ได้รับการคุ้มครองออกเสียก่อน โดยตัดสินว่าการวัดระดับชีพของตัวละครนั้นเป็นส่วนประกอบธรรมดาของเกมการต่อสู้ซึ่งไม่ได้รับความคุ้มครอง อีกทั้งการเคลื่อนไหวและท่าต่อสู้ต่าง ๆ เช่น การเตะและต่อຍก็ไม่ได้รับความคุ้มครองเช่นกัน เพราะไม่ได้มาจากความริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างเกมเอง แต่เป็นเพียงความคิดพื้นฐานในเกมการต่อสู้ อย่งไรก็ดี ศาลได้ตัดสินว่าทำทางการต่อสู้ซึ่งออกแบบมาเป็นพิเศษนั้นได้รับความคุ้มครอง เช่น ท่าการต่อสู้ของตัวละคร E. Honda ในเกม Street Fighter II ของโจทก์ที่เป็นท่าการตบคู่ต่อสู้ซ้ำ ๆ ด้วยความเร็วเหนือมนุษย์นั้นเป็นการแสดงออกทางความคิดเกี่ยวกับท่าการต่อสู้ซึ่งออกแบบขึ้นจากความริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างเกม อย่งไรก็ดีแม้ว่าจะเป็นงานที่มีลิขสิทธิ์ แต่การละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ผู้ละเมิดจะต้องทำซ้ำหรือดัดแปลงงานได้อย่างคล้ายคลึงกับต้นฉบับอย่างมาก ซึ่งแม้ว่าตัวละครในเกมของจำเลยจะมีภาพลักษณ์และมีท่าต่อสู้พิเศษที่คล้ายคลึงกับตัวละครของโจทก์ แต่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าสิ่งที่คล้ายกันนั้นไม่ได้คล้ายคลึงกันอย่างมาก เช่น การปล่อยพลังที่คล้ายคลึงกันก็มีลักษณะของพลังที่พุ่งออกมาให้เห็นแตกต่างกัน

เมื่อนำหลักในคดีเกม Street Fighter II มาใช้พิจารณาคดีเกม Bang! แล้ว จะเห็นว่า เนื้อหาเกี่ยวกับตัวละครที่ได้ความคุ้มครองในคดีเกม Street Fighter II นั้นต่างจากเนื้อหาเกี่ยวกับตัวละครในเกม Bang! ที่เป็นตัวละครสามัญ (stock characters) อันเทียบได้กับการเตะและต่อຍในเกมคาราเต้ นอกจากนี้ความสามารถทั่วไปของตัวละครในเกมไฟ้ Bang! เช่น การเพิ่มพลังการต่อสู้นั้นไม่ต่างอะไรกับท่าต่อสู้ทั่วไปที่ออกแบบมาให้เป้าหมายคือการฆ่าผู้เล่นคนอื่น ๆ อันเป็นเพียงความคิดพื้นฐานในเกมการต่อสู้ซึ่งความสามารถเหล่านี้บริษัท DaVinci ผู้เป็นโจทก์ไม่ได้ริเริ่มสร้างขึ้นมาเอง ทั้งยังไม่ใช่การแสดงออกทางความคิดที่ควรได้รับความคุ้มครองแยกเช่นท่าทางการต่อสู้ที่ออกแบบขึ้นเป็นพิเศษ อย่งไรก็ดีในคดีเกม Street Fighter II อีกทั้งศาลในคดีนี้ยังเห็นพ้องกับศาลในคดีเกม Street Fighter II ว่าการแสดงพลังชีพของตัวละครที่มีอยู่ทั้งในเกมไฟ้ Bang! และเกมไฟ้สามก๊กนั้น การวัดพลังชีพของตัวละครหรือของผู้เล่นนั้นเป็นความคิดพื้นฐานของเกมอันไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

<sup>45</sup> *Capcom U.S.A. Inc. v. Data East Corp.*, No. C 93-3259 WHO, 1994 WL 1751482 (N.D. Cal. 1994).

### 3.4 ตัวละครในงานต้นฉบับอาจไม่ใช่ในงานอันมีลิขสิทธิ์

ในคดีที่โจทก์กล่าวอ้างว่าจำเลยได้ทำซ้ำหรือลอกเลียนตัวละคร (character) ที่ปรากฏในงานวรรณกรรมหรือภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตจึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ศาลจะต้องพิจารณาในประเด็นแรกก่อนว่าตัวละครเหล่านั้นได้รับความคุ้มครองเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ โดยในประเด็นนี้ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นหลักในการพิจารณาอยู่สองประการคือ หลักการพรรณนาที่มากพอ (“sufficiently delineated” test) และหลักการเป็นเรื่องราวที่เล่า (“story being told” test)

สำหรับหลักการแรกที่ศาลมักจะนำมาใช้คือ หลักการพรรณนาที่มากพอ (“sufficiently delineated” test) โดยจะพิจารณาว่าผู้สร้างสรรค์ได้บรรยายถึงตัวละครที่สร้างขึ้นมากเพียงพอที่ทำให้ตัวละครนั้นเป็นเอกเทศจากเรื่องราวที่ตัวละครนั้นปรากฏอยู่หรือไม่ เช่น ตัวละครทาร์ซาน (Tarzan) ซึ่งมีการบรรยายไว้อย่างเด่นชัดในหนังสือต้นฉบับเรื่อง Tarzan of the Apes จึงเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์<sup>46</sup> ซึ่งผู้เขียนได้พรรณนาถึงทาร์ซานไว้ว่า “ทาร์ซานเป็นมนุษย์ลิง เขาอยู่กับบรรยากาศแวดล้อมในป่าได้อย่างลงตัว สามารถสื่อสารกับสัตว์ทั้งหลายได้แต่ก็ยังมีความรู้สึกแค้นเหมือนมนุษย์ เขาเป็นผู้มีร่างกายกำยำ เป็นผู้อ่อนต่อโลกและอ่อนวัย แต่ก็สุภาพและมีจิตใจอันแข็งแกร่ง เขาคือทาร์ซาน”<sup>47</sup>

ดังนั้นตามหลักการพิจารณาข้อนี้ ตัวละครซึ่งผู้สร้างสรรค์ได้พรรณนาไว้อย่างชัดเจนเช่น ตัวละครแฮร์รี่ พอตเตอร์ในนวนิยายเรื่องแฮร์รี่ พอตเตอร์ (Harry Potter) หรือ ลูค สกายวอล์คเกอร์ (Luke Skywalker) ในเรื่องสตาร์วอร์ส (Star Wars) ย่อมเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับการคุ้มครองได้

หลักในการพิจารณาอีกประการหนึ่งคือ หลักการเป็นเรื่องราวที่เล่า (“story being told” test) โดยพิจารณาว่าตัวละครที่สร้างขึ้นนั้นประกอบเป็นเรื่องราวที่เล่าในเรื่องนั้นหรือไม่ หากตัวละครใดเป็นเพียงแคตัวเดินเรื่อง ตัวละครนั้นอาจไม่ได้รับการคุ้มครอง ดังเช่นในคดี Warner Bros. Pictures v Columbia Broadcasting System<sup>48</sup> ศาลได้ตัดสินว่างานวรรณกรรมเรื่อง The Maltese Falcon เป็นบทประพันธ์ที่ดำเนินเรื่องราวด้วยโครงเรื่องและบรรยากาศในเรื่องเป็นหลัก ดังนั้นเมื่อตัวละคร Sam Spade ซึ่งเป็นตำรวจสืบสวนและเป็นพระเอกของเรื่องนี้เป็นเพียงแคตัวเดินเรื่อง โจทก์จึงไม่อาจอ้างลิขสิทธิ์ในตัวละครนี้ได้

เป็นที่น่าสนใจอย่างยิ่งว่าหากนำหลักการทั้งสองนี้มาปรับใช้ในคดีเดียวกัน อาจได้ผลการพิจารณาที่แตกต่างกันได้ ยกตัวอย่างเช่น ศาสตราจารย์ดัมเบิลดอร์ (Professor Dumbledore) ตัวละครหนึ่งจากนวนิยายเรื่องแฮร์รี่ พอตเตอร์ หากศาลนำหลักการพรรณนาที่มากพอ (“sufficiently delineated” test) มาปรับใช้ ตัวละครนี้ผู้ประพันธ์อาจได้พรรณนาถึงคุณลักษณะของตัวละครไว้อย่างเด่นชัดมากพอที่จะได้รับการรับรองว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ แต่หากปรับใช้ด้วยหลักพิจารณาประการที่สองคือ หลักการเป็นเรื่องราวที่เล่า (“story being told” test) แล้ว ศาสตราจารย์ดัมเบิลดอร์ อาจเป็นเพียงหมากตัวหนึ่งในเรื่องราวทั้งหมด เป็นเพียงตัวเดินเรื่องที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตาม

<sup>46</sup> *Burroughs v Metro-Goldwyn-Mayer*, 683 F. 2d 610 (2nd Cir 1982).

<sup>47</sup> *Burroughs v Metro-Goldwyn-Mayer*, 519 F. Supp. 388, 391 (SDNY 1981).

<sup>48</sup> *Warner Bros. Pictures v Columbia Broadcasting System*, 216 F. 2d 945, 950 (9th Cir 1954).



กฎหมายลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม แนวทางพิจารณาทั้งสองหลักนี้ยังเป็นที่ยกเถียงวิพากษ์วิจารณ์ในวงวิชาการและยังคงเป็นแนวพิจารณาที่ใช้เพียงในประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>49</sup>

ศาลสหรัฐอเมริกาเคยตัดสินให้เจมส์ บอนด์ (James Bond) ก๊อตซิลล่า (Godzilla) และแบ๊ทแมน (Batman) เป็นตัวละครที่มีลิขสิทธิ์ แม้ว่าเจมส์ บอนด์ในแต่ละภาคในภาพยนตร์จะมีรูปร่างหน้าตาแตกต่างกัน แต่เจมส์ บอนด์มีลักษณะเฉพาะตัวที่เป็นคนเลือดเย็น มีการแสดงออกทางเพศที่โจ่งแจ้ง ชอบเครื่องดื่มมาร์ตินี่แบบเขย่าไม่ใช่แบบคน (shaken, not stirred) เป็นนักแม่นปืน ได้รับความอนุญาตให้สังหารและใช้ปืน มีความแข็งแกร่งทางกายภาพ และเป็นผู้ฆ่าของโลก โดยศาลเห็นว่าคุณลักษณะพิเศษของตัวละครเจมส์ บอนด์นั้นแสดงออกมาในภาพยนตร์เจมส์ บอนด์ทุกภาค ผู้คนชมภาพยนตร์อย่างทาร์ซาน ซูเปอร์แมน เซอร์ลีโอค โฮล์ม และเจมส์ บอนด์ เพราะต้องการดูเรื่องราวของตัวละครเหล่านั้น ดังนั้นภาพยนตร์เจมส์ บอนด์ที่ไม่มีเจมส์ บอนด์ ย่อมไม่อาจเป็นภาพยนตร์เจมส์ บอนด์ได้ ซึ่งศาลได้พิจารณาทั้งหลักการพรรณนาที่มากพอ (“sufficiently delineated” test) และหลักการเป็นเรื่องราที่เล่า (“story being told” test)<sup>50</sup> ต่อมาศาลในคดีก๊อตซิลล่า พิจารณาตามแนวที่ศาลในคดีเจมส์ บอนด์ได้วางไว้ว่าตัวละครก๊อตซิลล่ามีลักษณะเฉพาะที่ทำให้ต่างจากตัวละครอื่น และแม้ว่าก๊อตซิลล่าอาจจะมึทั้งดีและชั่วร้าย แต่ก็ยังเป็นตัวละครที่มีลักษณะเฉพาะเหมือนกันในภาพยนตร์ทุกเรื่อง โดยก๊อตซิลล่าเป็นสิ่งมีชีวิตยุคก่อนประวัติศาสตร์ พ่นไฟได้ และเป็นไดโนเสาร์ร่างใหญ่ที่ยังมีชีวิตอยู่ในโลกยุคปัจจุบัน ศาลตัดสินว่าตัวละครก๊อตซิลล่ามีลักษณะที่อธิบายไว้เป็นอย่างดีโดยมีลักษณะเฉพาะที่ชัดเจน จึงเป็นตัวละครที่มีลิขสิทธิ์<sup>51</sup> ส่วนแบ๊ทแมนก็ได้รับความคุ้มครองเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ เพราะมีลักษณะหลายประการ รวมถึงการแต่งกายที่ทำให้แบ๊ทแมนเป็นตัวละครที่มีความเฉพาะ แม้ว่าแบ๊ทแมนจะไม่ใช่ตัวละครตัวแรกและตัวเดียวที่ได้รับแรงบันดาลใจในการสร้างสรรค์มาจากค้างคาวก็ตาม และการแต่งกายของแบ๊ทแมนที่เปลี่ยนแปลงไปบ้างนั้นไม่ได้เปลี่ยนแปลงลักษณะเฉพาะของตัวละครแต่อย่างใด<sup>52</sup>

คำพิพากษาในคดี *DC Comics v. Towle*.<sup>53</sup> ได้สรุปว่าตัวละครซึ่งถูกสร้างขึ้นด้วยความวิริยะอุตสาหะของตนเองอาจมีลิขสิทธิ์ได้ หากตัวละครที่สร้างขึ้นนั้นมีลักษณะดังต่อไปนี้

ก. ประกอบไปด้วยคุณลักษณะทั้งทางรูปร่างภายนอกและสภาพตัวตนภายใน (must generally have physical as well as conceptual qualities)

ข. มีการพรรณนาหรือแสดงภาพที่มากพอที่จะทำให้รู้ได้ว่าเป็นตัวละครใดทุกครั้งที่ตัวละครนั้นปรากฏตัว (must be sufficiently delineated to be recognizable as the same character whenever it appears)

ค. มีลักษณะเฉพาะที่เห็นเด่นชัดและประกอบด้วยการแสดงออกทางความคิดที่เป็นเอกลักษณ์ (must be especially distinctive and contain some unique elements of expression)

<sup>49</sup> Aaron Schwabach, *Fan Fiction and Copyright*, (Surrey: Ashgate, 2011) pp.42-45.

<sup>50</sup> *Metro-Goldwyn-Mayer v. American Honda Motor Co.*, 900 F. Supp. 1287, 1296 (1995).

<sup>51</sup> *Toho Co., Ltd. v. William Morrow and Co., Inc.*, 33 F. Supp. 2d 1206, 1216 (1998).

<sup>52</sup> *Sapon v. DC Comics*, 62 U.S.P.Q.2d (BNA) 1691 (S.D.N.Y. 2002).

<sup>53</sup> *DC Comics v. Towle*, 802 F. 3d 1012, 1021 (2015) (citation omitted).

ดังนั้น ตัวละครที่เป็นสามัญ เช่น มังกรพ่นไฟ ตัวละครคนขี่เม้า และแมงที่พูดได้ ล้วนเป็นลักษณะของตัวละครซึ่งเป็นธรรมดาสามัญอันมาจากความคิดที่ผู้คนอาจนึกคิดได้ทั่วไป ดังนั้น สิ่งซึ่งเป็นสามัญ (stock) อย่างทำต่อสู้อาคราเต้ (ในคดี *Data East USA, Inc. v. Epyx, Inc.*<sup>54</sup>) นักมายากลที่ใส่หน้ากาก (ในคดี *Gaiman v. McFarlane*<sup>55</sup>) และการที่ตัวละครมีเชื้อสายแวมไพร์ (ในคดี *Hogan v. DC Comics*<sup>56</sup>) ที่ไม่มีการพรรณนาที่มากพอจนทำให้ตัวละครหรือสิ่งซึ่งเป็นสามัญนั้นเด่นชัดและเป็นเอกลักษณ์ได้ ย่อมไม่ใช่ตัวละครที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

นอกจากหลักการพรรณนาที่มากพอ (“sufficiently delineated” test) และหลักการเป็นเรื่องราวที่เล่า (“story being told” test) ที่ศาลใช้ในการวินิจฉัยถึงการมีลิขสิทธิ์ในตัวละครแล้ว หลักกฎหมายลิขสิทธิ์อื่นเป็นพื้นฐาน เช่น การแยกความคิดและการแสดงออกของความคิดออกจากกัน หลัก merger และหลัก scène à faire ที่ได้อธิบายไว้ข้างต้นอาจต้องใช้ประกอบในการพิจารณาด้วยการแสดงออกทางความคิดซึ่งเป็นเพียงความคิดสามัญในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ย่อมไม่อาจเป็นงานที่มีลิขสิทธิ์ได้ ยกตัวอย่างเช่น ตัวละครในคดีเกมไฟ Bang! ศาลในคดีนั้นพิจารณาแล้วเห็นว่าตัวละครในเกมเป็นเพียงตัวละครสามัญ ตามแนวการพิจารณาเรื่องตัวละครสามัญ หรือหลัก scène à faire ซึ่งไม่อาจได้รับความคุ้มครองเพราะจะเป็นการผูกขาดไม่ให้ผู้อื่นสามารถใช้ความคิดสามัญหรือตัวละครสามัญเหล่านั้นในการสร้างสรรค์งานใหม่ได้อีก นอกจากนี้ตัวละครบางตัวอาจไม่ได้รับความคุ้มครองเพราะเป็นสมบัติสาธารณะ (in the public domain) เช่น ตัวละครในเกมไฟสามก๊กซึ่งเป็นตัวละครจากนวนิยายอิงประวัติศาสตร์ของจีนอันเป็นงานที่ไม่มีลิขสิทธิ์

### 3.5 งานที่เป็นสมบัติสาธารณะ (public domain) ย่อมไม่มีลิขสิทธิ์

สมบัติสาธารณะ (public domain) คือสิ่งที่ผู้คนทั่วไปในสังคมสามารถใช้ประโยชน์ได้ แต่ไม่มีใครสามารถอ้างสิทธิแต่เพียงผู้เดียวเพื่อหวงกั้นสิ่งนั้นได้ สมบัติสาธารณะที่กล่าวถึงนี้อาจเป็นงานที่ไม่มีลิขสิทธิ์มาตั้งแต่ต้น เพราะกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครองงานเหล่านั้น เช่น ข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์หรือกฎหมายทางธรรมชาติ หรือไม่มีลิขสิทธิ์เพราะเป็นงานที่สร้างสรรค์ขึ้นก่อนการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เช่น ตัวละครอย่างพระอภัยมณี สุนทรภู่ ม้านิลมังกร รวมถึงตัวละครอื่น ๆ และเนื้อเรื่องจากวรรณคดีเรื่องพระอภัยมณี ซึ่งสุนทรภู่ได้ประพันธ์ไว้ก่อนปี พ.ศ. 2400 จึงเป็นการสร้างสรรค์งานก่อนการบังคับใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของไทยมากกว่าร้อยปี หรือวรรณคดีเรื่องรามเกียรติ์ และตัวละครมากมายในเรื่องก็ไม่อาจมีลิขสิทธิ์ แต่เป็นสมบัติสาธารณะที่ทุกคนสามารถนำไปใช้ได้ หรือตัวอย่างงานสร้างสรรค์ในต่างประเทศเช่น Robin Hood ซึ่งเป็นเรื่องราวที่เล่าขานสืบทอดกันมานานจนเรียกได้ว่าเป็นนิยายปรัมปรา อันเป็นสมบัติสาธารณะที่ผู้คนสามารถนำไปใช้ในการแต่งนิยาย ทำภาพยนตร์ หรือแม้แต่ นำ Robin Hood และตัวละครอื่น ๆ ในเรื่องอย่าง Sheriff of Nottingham และ Maid Marian ไปใช้ในการสร้างเนื้อหาในวิดีโอเกมได้<sup>57</sup>

<sup>54</sup> *Data East USA, Inc. v. Epyx, Inc.*, 862 F.2d 204, 209 (9th Cir. 1988).

<sup>55</sup> *Gaiman v. McFarlane*, 360 F. 3d 644, 660 (7th Cir. 2004).

<sup>56</sup> *Hogan v. DC Comics*, 48 F. Supp. 2d 298, 310 (S.D.N.Y. 1999).

<sup>57</sup> ตัวอย่าง เช่น เกม Robin Hood: The Legend of Sherwood พัฒนาโดย Spellbound Studios.



นอกจากนี้ งานที่เป็นสมบัติสาธารณะอาจเป็นงานที่เคยเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่เมื่อพ้นระยะเวลาคุ้มครองสิทธิ์แล้ว งานนั้นย่อมสิ้นการคุ้มครองและกลายเป็นงานที่ผู้คนทั่วไปสามารถนำไปใช้ได้ โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากผู้สร้างสรรค์เดิม เช่น ตัวละครอย่างเชอร์ล็อก โฮล์มส์ (Sherlock Holmes) ซึ่งเป็นนักสืบในนิยายที่เขียนโดย Sir Arthur Conan Doyle ตีพิมพ์ครั้งแรกในปี ค.ศ. 1887 การนำตัวละครเชอร์ล็อก โฮล์มส์ไปใช้ในการเขียนเรื่องราวใหม่ ๆ ทำให้เกิดประเด็นว่า เชอร์ล็อก โฮล์มส์ รวมถึงคู่หูที่ชื่อด็อกเตอร์วัตสัน (Dr. Watson) และเรื่องราวในนิยายที่ตีพิมพ์เมื่อนานมาแล้วนั้น ยังเป็นงานที่มีลิขสิทธิ์อยู่หรือไม่ หรือเป็นสมบัติสาธารณะเพราะสิ้นอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว ซึ่งประเด็นนี้เป็นประเด็นที่ศาลในสหรัฐอเมริกาต้องวินิจฉัยในคดี *Klinger v. Conan Doyle Estate, Ltd.*<sup>58</sup> เมื่อปี ค.ศ. 2014 ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา<sup>59</sup> งานที่ถูกรังสรรค์ขึ้นทั้งในและนอกประเทศสหรัฐอเมริกา ก่อนปี ค.ศ. 1923 เป็นงานที่เป็นสมบัติของสาธารณะ แต่งานที่ทำขึ้นหลังปี ค.ศ. 1923 ยังเป็นงานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ นิยายที่ปรากฏเรื่องการสืบสวนคดีของเชอร์ล็อก โฮล์มส์นั้นตีพิมพ์ครั้งแรกในปี ค.ศ. 1887 และตีพิมพ์ครั้งสุดท้ายในปี ค.ศ. 1927 รวมทั้งหมด 56 เรื่อง และเป็นหนังสือนิยาย 4 เล่ม โดยเรื่องราวของตัวละครนี้จำนวน 10 เรื่องสุดท้าย ถูกตีพิมพ์ในช่วงปี ค.ศ. 1923-1927<sup>60</sup> ศาลจึงได้ตัดสินว่าหนังสือรวมเรื่องเกี่ยวกับเชอร์ล็อก โฮล์มส์ ที่นักเขียนหลายคนเขียนขึ้นนั้น เนื้อหาส่วนใหญ่ที่ถูกนำมาใช้ในการประพันธ์งานชิ้นใหม่นั้นไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะงานส่วนใหญ่ที่ Sir Conan Doyle เขียนขึ้นนั้นอยู่ในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1923 จึงเป็นงานที่ไม่มีลิขสิทธิ์แล้ว อย่างไรก็ตาม ศาลได้วินิจฉัยไว้ว่าเนื้อหาของงานเขียนจำนวน 10 เรื่องสุดท้ายซึ่งถูกตีพิมพ์ในช่วงปี ค.ศ. 1923-1927 นั้นยังไม่ใช่งานที่เป็นสมบัติสาธารณะ เช่นเนื้อหาส่วนที่กล่าวถึงภรรยาคนที่สองของด็อกเตอร์วัตสัน และการที่นักสืบเชอร์ล็อก โฮล์มส์เกษียณจากบริษัทนักสืบของตนเอง ยังเป็นงานที่มีลิขสิทธิ์อยู่<sup>61</sup> การจะใช้นี้อ้างอิงงานในส่วนนี้จึงต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งคือกองทรัพย์สินของ Sir Conan Doyle (หรือ Conan Doyle Estate)

ดังนั้น หากผู้ผลิตเกมจะนำงานที่เป็นสมบัติสาธารณะมาใช้ในเกมของตน ผู้ผลิตเกมจะต้องตรวจสอบให้แน่ชัดว่างานที่จะนำมาใช้นั้นเป็นสมบัติสาธารณะแล้วหรือไม่ นอกจากนั้นผู้ผลิตเกมจะต้องตระหนักด้วยว่าเมื่อนำงานนั้นมาใช้แล้ว ผู้ผลิตเกมย่อมกล่าวอ้างลิขสิทธิ์ในงานที่ตนสร้างสรรค์ขึ้นจากสมบัติสาธารณะได้อย่างจำกัด เพราะกฎหมายลิขสิทธิ์จะให้ความคุ้มครองเพียงการแสดงออกทางความคิดที่ริเริ่มขึ้นเองที่ทำขึ้นใหม่เพิ่มเติมจากงานสมบัติสาธารณะเท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น วิดีโอเกมที่มีตัวละครอย่างซุนหงอคง (Sun Wukong) หรือราชาแห่งลิง (Monkey King) ซึ่งนำมาจากตำนานของจีนอันเป็นสมบัติสาธารณะ ผู้ผลิตเกมที่ใช้ตัวละครนี้ย่อมไม่อาจอ้างได้ว่าตนเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในตัวละคร

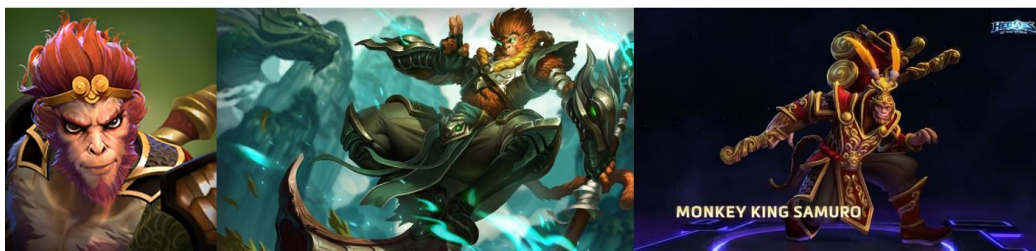
<sup>58</sup> *Klinger v. Conan Doyle Estate, Ltd.*, 755 F. 3d 496 (7th Cir. 2014).

<sup>59</sup> Copyright Term Extension Act of 1998.

<sup>60</sup> *Klinger v. Conan Doyle Estate, Ltd.*, 755 F. 3d 496, 497 (7th Cir. 2014).

<sup>61</sup> ภายใต้กฎหมาย Copyright Term Extension Act 1998 ของสหรัฐอเมริกา ลิขสิทธิ์ในงาน 10 ชิ้นสุดท้ายซึ่งถูกตีพิมพ์ในช่วงปี ค.ศ. 1923-1927 นี้มีระยะเวลาคุ้มครองลิขสิทธิ์ 95 ปีนับแต่การตีพิมพ์ครั้งแรก ดังนั้น ลิขสิทธิ์ในบทประพันธ์ 10 เรื่องนี้จะสิ้นสุดในช่วงปี ค.ศ. 2018-2022 ขึ้นอยู่กับว่างานชิ้นใดได้รับการตีพิมพ์ขึ้นครั้งแรกเมื่อใด.

ซุนหงอคง แต่กล่าวอ้างได้เพียงลิขสิทธิ์ในส่วนที่เป็นการแสดงออกทางความคิดซึ่งได้ริเริ่มสร้างสรรค์เพิ่มเติมเข้าไปเท่านั้น อาทิ การออกแบบรูปร่างของซุนหงอคงที่มีลักษณะเฉพาะในเกมนั้น



ภาพที่ 7: ตัวละครราชาแห่งลิงในเกม Dota2<sup>62</sup> (ซ้าย) เกม League of Legends<sup>63</sup> (กลาง) และเกม Heroes of the Storm<sup>64</sup> (ขวา)

หลักการเดียวกันนี้ยังปรับใช้ในกรณีการนำตัวละครสามัญไปใช้ในเกมด้วย กล่าวคือ หากผู้ผลิตเกมนำตัวละครสามัญซึ่งไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไปใช้เป็นตัวละครในเกม เช่น นางฟ้า แวมไพร์ หรือสัตว์ที่มีอยู่ตามธรรมชาติ เช่น ลิง ช้างและเสือ เป็นต้น ผู้ผลิตเกมย่อมไม่อาจอ้างว่าตนมีสิทธิในตัวละครเหล่านั้นเพื่อผูกขาดไม่ให้ผู้อื่นสร้างตัวละครจากลิงหรือเสือได้ อย่างไรก็ตามผู้ผลิตเกมอาจอ้างถึงความมีลิขสิทธิ์ในเนื้อหาส่วนที่เป็นการแสดงออกทางความคิดที่ริเริ่มสร้างสรรค์เพิ่มเติมเข้าไปในตัวละครสามัญนั้น ซึ่งอาจเป็นรูปร่างท่าทางหรือภาพกราฟิกของตัวละครในรายละเอียด ดังนั้นแม้ว่าตัวละครสามัญอย่างลิง หรืองานที่เป็นสาธารณสมบัติอย่างซุนหงอคงจะเป็นเพียงความคิด เป็นเพียงสิ่งที่ไม่อาจกล่าวอ้างได้ว่าผูกขาดโดยลิขสิทธิ์ แต่หากผู้พัฒนาเกมได้สร้างสรรค์ตัวละครที่เป็นลิงให้มีลักษณะเด่นชัดและมีลักษณะเฉพาะตัวที่เห็นประจักษ์แล้ว การแสดงออกทางความคิดในตัวละครนั้นก็อาจได้รับความคุ้มครองเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้

นอกจากนี้ การสร้างงานอิงประวัติศาสตร์ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับเรื่องราวที่เกิดขึ้นจริง อันเป็นข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ เช่น การสร้างเกมที่มีเรื่องราวสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นภูมิหลัง หรือการประพันธ์นวนิยายที่เป็นการเดินเรื่องเกี่ยวกับผู้คนในช่วงสงครามคราวเสียกรุงศรีอยุธยาครั้งที่สองในปี พ.ศ. 2310 สามารถกระทำได้โดยไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะข้อเท็จจริงไม่อาจเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ อย่างไรก็ตามผู้ผลิตเกมพึงระวังเช่นกันว่า งานที่ตนสร้างขึ้นโดยอิงเรื่องราวจากประวัติศาสตร์นั้นเป็นงานของผู้อื่นอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ เช่น ผู้ผลิตเกมย่อมไม่อาจสร้างเกมที่มีเนื้อหามาจากภาพยนตร์เรื่อง Saving Private Ryan<sup>65</sup> หรือสร้างเกมที่มาจากบทประพันธ์เรื่อง

<sup>62</sup> “Monkey King,” Dota2, accessed 1 May 2020, from [http://www.dota2.com/hero/monkey\\_king/?l=thai](http://www.dota2.com/hero/monkey_king/?l=thai).

<sup>63</sup> League of Legends, “Wukong,” Garena, accessed 1 May 2020, from <https://www.playlol.in.th/champions/detail/MonkeyKing.html>.

<sup>64</sup> “ยอดมือสังหาร Valeera เตรียมร่วมแจมสงคราม Heroes of the Storm,” Play Ultimate, (19 มกราคม 2560), สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2563, จาก <https://www.playulti.com/content/page/587e24ac7c714ae77b99db87>.

<sup>65</sup> ภาพยนตร์เรื่อง Saving Private Ryan ออกฉายในปี ค.ศ.1998 เป็นเรื่องราวเกี่ยวกับทหารที่สู้รบในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 กำกับโดย Steven Spielberg.

สายโลหิต<sup>66</sup> หรือบุพเพสันนิวาส<sup>67</sup> โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของงานได้ เพราะแม้งานเหล่านั้นจะเป็นเรื่องราวอิงประวัติศาสตร์ แต่ก็เป็งานที่ถูกสร้างสรรค์ขึ้นจากความริเริ่มสร้างสรรค์และความวิริยะอุตสาหะของผู้สร้างสรรค์งานเดิมจนมีรายละเอียดเด่นชัด มีเค้าโครงเรื่องและตัวละครที่มีลักษณะเฉพาะ จึงเป็งานที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์แล้ว

#### 4. ตัวอย่างการพิจารณาคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในเนื้อหาของวิดีโอเกม

จากการวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาพบว่าศาลจะนำหลักการแยกความคิดและการแสดงออกของความคิดออกจากกันมาใช้วินิจฉัยเป็นสำคัญ โดยมักจะยกหลัก merger และหลัก scène à faire มาพิจารณาประกอบไปด้วยกัน ศาลจะพิจารณาเนื้อหาในเกมของโจทก์และในเกมของจำเลยโดยละเอียดทั้งภาพที่ปรากฏ เสียง และภาพรวมของเกม เพื่อเปรียบเทียบสิ่งที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกัน จากนั้นศาลจะแยกสิ่งที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองออกจากสิ่งที่ไม่ได้รับความคุ้มครอง เมื่อพิจารณาได้ว่างานของโจทก์ส่วนใดได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์แล้ว ประการต่อมาศาลจะพิจารณาว่าจำเลยได้ลอกเลียนงานต้นฉบับของโจทก์อย่างคล้ายคลึงกันอย่างมาก อันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ อย่างไรตามแม้ว่าความคิดที่อยู่เบื้องหลังนั้นจะไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์และแม้ว่าการทำซ้ำงานที่ไม่มีลิขสิทธิ์ย่อมไม่เป็นการละเมิด แต่ถ้าจำเลยได้ทำซ้ำการแสดงออกทางความคิดของโจทก์ก็อาจเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้หากเป็นการทำซ้ำที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าคล้ายคลึงกันอย่างมากซึ่งศาลจะพิจารณาหลักการลอกเลียนจนคล้ายคลึงกันอย่างมาก (substantial similarity) โดยพิเคราะห์ว่าคนทั่วไปจะมองว่าเกมของจำเลยคล้ายกับเกมของโจทก์อย่างมากหรือไม่ โดยอาจพิจารณาว่าจำเลยได้ทำซ้ำสิ่งที่มองเห็นและสัมผัสได้ (look and feel) หรือทำซ้ำกรอบความคิดและสิ่งที่สัมผัสได้โดยรวม (total concept and feel) ในของเกมโจทก์หรือไม่ ซึ่งหากมีความคล้ายคลึงกันอย่างมากย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้

หลักการพิจารณาว่าด้วยการทำซ้ำสิ่งที่มองเห็นและสัมผัสได้ (look and feel) หรือทำซ้ำกรอบความคิดและสิ่งที่สัมผัสได้โดยรวม (total concept and feel) เป็นการพิจารณาแบบองค์รวมโดยวิเคราะห์ถึงการสะท้อนกรอบความคิดและความรู้สึกของงานทั้งซึ้นยิ่งกว่าการวิเคราะห์ถึงองค์ประกอบแต่ละซึ้นในงานแยกกัน<sup>68</sup> เช่น ในคดีที่มีการฟ้องละเมิดลิขสิทธิ์ในการ์ดอวยพร ศาลเห็นว่าการ์ดอวยพรของจำเลยที่มีการจัดวางตัวอักษรและภาพประกอบในลักษณะเดียวกันกับการ์ดอวยพรของโจทก์เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เพราะจำเลยได้ทำซ้ำกรอบความคิดและสิ่งที่สัมผัสได้โดยรวม (total concept and feel) ในงานของโจทก์ แม้ว่าจำเลยจะไม่ได้ทำซ้ำข้อความหรือภาพประกอบในงานของ

<sup>66</sup> สายโลหิตเป็นผลงานนวนิยายของโสภาค สุวรรณ เป็นนวนิยายอิงประวัติศาสตร์ชาติไทยในช่วงเสียกรุงศรีอยุธยาครั้งที่ 2.

<sup>67</sup> บุพเพสันนิวาสเป็นผลงานนวนิยายของรอมแพง มีเนื้อเรื่องเกี่ยวกับตัวละครเอกที่ข้ามเวลาเข้าไปอยู่ในสมัยรัชกาลของสมเด็จพระนารายณ์มหาราช.

<sup>68</sup> Peter Lee and Madhavi Sunder, "The Law of Look and Feel," *Southern California Law Review*, Vol. 90, 529, pp.539-540 (2017).

โจทก์เลยก็ตาม<sup>69</sup> แนวการพิจารณาถึงการลอกเลียนจนคล้ายคลึงกันอย่างมาก (substantial similarity) โดยใช้หลักการทำซ้ำสิ่งที่มองเห็นและสัมผัสได้ (look and feel) หรือทำซ้ำกรอบความคิดและสิ่งที่สัมผัสได้โดยรวม (total concept and feel) นั้นถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นแนวพิจารณาที่ค่อนข้างกว้างและเป็นนามธรรม<sup>70</sup> เป็นหลักคิดที่คลุมเครือและไม่สอดคล้องกันในแต่ละคดี<sup>71</sup> และการวินิจฉัยอาจอยู่บนฐานของอารมณ์ความรู้สึกที่ได้รับจากชิ้นงานที่พิจารณานั้นเป็นรายกรณีไป<sup>72</sup>

ในบทความนี้ ผู้เขียนได้เลือกพิจารณาคดีที่ฟ้องร้องเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์ในเนื้อหาของเกม Pac-Man เกม Tetris และเกม Triple Town มาเป็นตัวอย่างในการศึกษาแนวการวินิจฉัยคดีของศาลสหรัฐอเมริกาเพื่อแสดงถึงลำดับการคิดในการพิจารณาประเด็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในเนื้อหาวิดีโอเกม และการปรับใช้หลักการทำซ้ำสิ่งที่มองเห็นและสัมผัสได้ (look and feel) หรือทำซ้ำกรอบความคิดและสิ่งที่สัมผัสได้โดยรวม (total concept and feel) ดังนี้

#### 4.1 คดีเกม Pac-Man

คดี *Atari, Inc. v. North American Philips Consumer Electronics Corp.*<sup>73</sup> เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับเกม Pac-Man ในปี ค.ศ. 1982 เป็นตัวอย่างคดีซึ่งศาลได้วินิจฉัยประเด็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในวิดีโอเกมโดยใช้หลักการแยกความคิดและการแสดงออกของความคิดออกจากกันมาประกอบการพิจารณา

โจทก์ในคดีนี้เป็นบริษัทเจ้าของเกม Pac-Man ได้ดำเนินคดีฟ้องบริษัทเจ้าของเกม K.C. Munchkin ซึ่งสร้างเกมแนวเขาวงกตที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันกับเกมของโจทก์ โดยในเกมของทั้งสองฝ่ายนั้น ผู้เล่นเกมจะควบคุม “ตัวกินจุด” (“gobbler” character) ซึ่งเดินกินจุดไปเรื่อย ๆ ในเขาวงกต ในขณะที่ผู้เล่นต้องพยายามไม่ให้ตัวกินจุดที่ตนเองควบคุมอยู่นั้นถูกปีศาจจับได้ นอกจากนี้ ทั้งสองเกมมีลักษณะอื่นที่เหมือนกันเช่น เมื่อตัวกินจุดได้กินแคปซูลพลัง (power capsule) เข้าไปแล้ว ตัวกินจุดจะกลายร่างเป็นผู้ล่าปีศาจได้ในชั่วระยะเวลาหนึ่ง เกมทั้งสองต่างมีเป้าหมายเพื่อให้ผู้เล่นทำแต้มคะแนนให้ได้มากที่สุด โดยจะได้แต้มจากการกินจุด กินแคปซูลพลัง กินผลไม้และกินปีศาจ

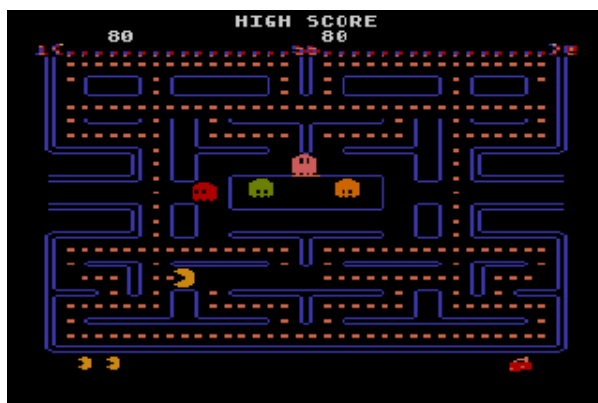
<sup>69</sup> *Roth Greeting Cards v. United Card Co.*, 429 F.2d 1106 (9th Cir. 1970).

<sup>70</sup> Alfred C. Yen, “A First Amendment Perspective on the Idea/Expression Dichotomy and Copyright in a Work’s ‘Total Concept and Feel’,” *Emory Law Journal*, Vol. 38, 393, p.397 (1989).

<sup>71</sup> Neil W. Netanel, *Copyright’s Paradox*, (Oxford: Oxford University Press, 2010) p.60.

<sup>72</sup> *See v. Durang*, 711 F. 2d 141, 144 (1983).

<sup>73</sup> *Atari, Inc. v. North American Philips Consumer Electronics Corp.*, 672 F.2d 607 (7th Cir. 1982).



ภาพที่ 8: ตัวอย่างเกม Pac-Man ในปี ค.ศ. 1982<sup>74</sup>



ภาพที่ 9: ตัวอย่างเกม K.C. Munchkin ในปี ค.ศ. 1982<sup>75</sup>

ศาลชั้นต้นในคดีนี้ยกคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวของโจทก์ (preliminary injunction) ด้วยศาลเห็นว่าโจทก์มิได้แสดงให้เห็นว่าโจทก์มีแนวโน้มที่จะชนะคดี (likelihood of success) ในประเด็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ โจทก์จึงอุทธรณ์คำสั่งยกคำร้องของศาลชั้นต้น

ศาลอุทธรณ์พิจารณาหลักการแยกความคิดและการแสดงออกของความคิดออกจากกันโดยยกตัวอย่างคดี *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian*<sup>76</sup> ซึ่งพิพาทกันว่าจำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์ในเข็มกลัดประดับอัญมณีรูปฝังของโจทก์หรือไม่ ซึ่งศาลในคดีนั้นพิจารณาแล้วพิพากษาว่าการทำเข็มกลัดอัญมณีเป็นรูปฝังนั้นเป็นเพียงความคิด (idea) ซึ่งจำเลยคัดลอกได้เพราะไม่ได้รับความ

<sup>74</sup> "Pac Man (1982)," Emuparadise, accessed 1 May 2020, from [https://www.emuparadise.me/Atari\\_5200\\_ROMs/Pac\\_Man\\_\(1982\)\\_Atari/91776](https://www.emuparadise.me/Atari_5200_ROMs/Pac_Man_(1982)_Atari/91776).

<sup>75</sup> "Munchkin (1982)," Internet Archive, accessed 1 May 2020, from [https://archive.org/details/Munchkin\\_1982\\_Philips\\_EU](https://archive.org/details/Munchkin_1982_Philips_EU).

<sup>76</sup> *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian*, *supra* note 28.

คุ้มครองภายใต้ลิขสิทธิ์ แต่หากการออกแบบเข้มกลักรูปฝังอันเป็นการแสดงออกทางความคิด (expression) ของโจทก์นั้นถูกคัดลอกหรือลอกเลียนจนคล้ายคลึงกันอย่างมาก (substantial similarity) ย่อมเป็นการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ โดยในคดีเข้มกลักรูปฝังศาลได้พิจารณาว่าการแยกความคิดและการแสดงออกของความคิดออกจากกันในกรณีการทำเข้มกลักรูปฝังนี้แยกออกจากกันได้ยากยิ่ง ซึ่งศาลเห็นว่าเข้มกลักรูปฝังของจำเลยไม่ได้คล้ายกันอย่างมากกับเข้ดกลักรูปฝังเมื่อพิจารณาว่าหากบุคคลใดจะผลิตเข้มกลักรูปฝังแล้ว ย่อมต้องทำออกมาได้คล้ายคลึงกัน

ศาลอุทธรณ์ในคดี Pac-Man จึงได้สรุปว่าหากความคิดและการแสดงออกของความคิดนั้นมีอาจจำแนกแยกขาดจากกันได้ชัดเจนแล้ว การแสดงออกของความคิดนั้นย่อมไม่ควรถูกผูกขาดด้วยลิขสิทธิ์ เพราะมีเช่นนั้นจะทำให้กลายเป็นการผูกขาดทางความคิดได้ และเนื้อหาในเกม Pac-Man นั้นเป็นเกมในเขวงกตซึ่งเป็นความคิดที่มีอาจถูกผูกขาดได้ ศาลอุทธรณ์เห็นว่าลักษณะการแสดงออกของความคิดบางประการในเกม Pac-Man นั้นเป็น scène à faire เพราะรูปแบบเกมในเขวงกตและการทำแต้มในเกมนั้นเป็นมาตรฐานของเกมทั่วไป รวมถึงการที่เขวงกตมีทางออกสองทางก็เป็นธรรมดาของการสร้างเกมเขวงกต หรือการใช้จุดซึ่งวางไว้ตลอดทางเดินในเขวงกตนั้นก็มิเพื่อประเมินทักษะการเล่นเกมและเป็นตัววัดคะแนนของผู้เล่น ทั้งหมดนี้เป็นเพียงความคิดว่าด้วยเกมเขวงกตซึ่งเป็นพื้นฐานธรรมดาในการสร้างเกมประเภทเขวงกต จึงไม่อาจได้รับความคุ้มครองภายใต้ลิขสิทธิ์ ดังนั้นจึงควรได้รับการคุ้มครองเฉพาะในกรณีที่มีการทำซ้ำหรือคัดลอกอย่างเหมือนกัน หรือมีการลอกเลียนงานต้นฉบับอย่างคล้ายคลึงกันเป็นอย่างมากเท่านั้น

ประเด็นต่อมา ศาลอุทธรณ์ต้องวินิจฉัยว่าจำเลยได้ลอกเลียนเกม Pac-Man ซึ่งเป็นการแสดงออกทางความคิดของโจทก์ในลักษณะที่คล้ายคลึงกันอย่างมาก (substantial similarity) อันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ ในการพิจารณาประเด็นนี้ ศาลในคดี Pac-Man ได้ตั้งข้อสังเกตว่า ศาลในสหรัฐอเมริกาในหลายคดีที่ผ่านมาจะพิจารณาในสองส่วนสำคัญ กล่าวคือ (1) จำเลยได้คัดลอกงานของโจทก์หรือไม่ และ (2) การลอกเลียนงานดังกล่าวเป็นการนำงานของโจทก์ไปใช้โดยมิชอบหรือไม่<sup>77</sup> ซึ่งศาลนี้เห็นว่าประการที่สำคัญที่สุดคือการวินิจฉัยส่วนที่สองว่าจำเลยได้ลอกเลียนงานของโจทก์จนเรียกได้ว่าเป็นการขโมยงานหรือไม่ โดยพิจารณาว่าวิญญูชนจะมองว่างานของจำเลยคล้ายคลึงกับงานโจทก์อย่างมากในระดับที่คนทั่วไปย่อมสรุปได้ว่าจำเลยได้คัดลอกงานอันเป็นการแสดงออกทางความคิดของโจทก์โดยมิชอบหรือไม่

เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีนี้ศาลอุทธรณ์จึงตัดสินว่าจำเลยไม่ได้เพียงแต่คัดลอกตัวละครพื้นฐานที่เหมือนกันเท่านั้น แต่ยังแสดงออกถึงตัวละครนั้นในลักษณะที่เหมือนกับการแสดงออกในเกม Pac-Man ของโจทก์ ตัวกึ่งจุดของจำเลยมีลักษณะที่คล้ายกับตัวกึ่งจุดของโจทก์อย่างโจ่งแจ้ง ทั้งขนาดที่ใกล้เคียงกัน รูปร่างของตัวกึ่งจุด ปากงับรูปตัววี ท่าทางการกึ่งจุดที่เป็นเอกลักษณ์ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งลักษณะเวลาที่ตัวกึ่งจุดหายตัวไปเมื่อถูกจับได้ และเมื่อพิจารณาถึงตัวปิศาจในเกมทั้งสอง

<sup>77</sup> See *Scott v. WKJG, Inc.*, 376 F.2d 467, 469 (7th Cir.), cert. denied, 389 U.S. 832, 88 S. Ct. 101, 19 L. Ed. 2d 91 (1967); *Amstein v. Porter*, 154 F.2d 464, 468 (2d Cir. 1946); compare *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp.*, 562 F.2d 1157, 1164 (9th Cir. 1977) (extrinsic-intrinsic test).

เห็นได้ชัดว่ามีลักษณะภายนอกที่เหมือนกันอย่างมาก ทั้งขนาด รูปร่าง และลักษณะการเคลื่อนไหวของ ปศาจในเกมของจำเลยยังเหมือนกับปศาจในเกม Pac-Man อย่างมาก เช่น ตัวปศาจของจำเลยมีตา และขาที่เคลื่อนไหวเหมือนกับของโจทก์ นอกจากนี้การกลายร่างของตัวละครในเกมทั้งสองยังมี ลักษณะที่เหมือนกันอย่างมากจนผู้คนที่ทั่วไปยอมสรุปได้เพียงว่าจำเลยได้คัดลอกเกมของโจทก์

นอกจากนี้ศาลอุทธรณ์ยังอธิบายเพิ่มเติมว่าลักษณะเด่นของตัวกินจุดซึ่งเป็นตัวละครหลักและ ตัวปศาจซึ่งเป็นผู้ไล่ล่าในเกม Pac-Man ของโจทก์นั้น ทำให้เกม Pac-Man แตกต่างกับเกมไล่ล่า ในเขาวงกตเกมอื่น ๆ เช่น เกม Rally-X และเกม Take the Money and Run ซึ่งเกมประเภทนี้ ไม่จำเป็นต้องใช้ตัวกินจุดเป็นตัวละครหลัก และไม่จำเป็นต้องใช้ตัวไล่ล่าเป็นปศาจที่เหมือนกับที่โจทก์ ได้สร้างไว้ อันแสดงให้เห็นว่าแนวความคิดการสร้างเกมในรูปแบบเขาวงกตไม่อาจมีลิขสิทธิ์ได้ แต่การ ลอกเลียนการแสดงออกทางความคิดในเกมเขาวงกตของผู้อื่นอย่างคล้ายคลึงกันอย่างมากในระดับที่ คนทั่วไปยอมสรุปได้ว่าจำเลยได้คัดลอกงานของผู้อื่น ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้



ภาพที่ 10: ตัวอย่างเกม Rally-X ในช่วงปี ค.ศ. 1980<sup>78</sup>



ภาพที่ 11: ตัวอย่างเกม Take the Money and Run ในช่วงปี ค.ศ. 1980<sup>79</sup>

<sup>78</sup> "RALLY-X," GH05TED, (10 June 2015), accessed 1 May 2020, from <https://gh05ted.wordpress.com/2015/06/10/rally-x/>.

อีกหนึ่งคดีที่บริษัท Atari เป็นโจทก์ฟ้องละเมิดลิขสิทธิ์ในวิดีโอเกม คือ คดีเกม Asteroids (คดี *Atari, Inc. v. Amusement World, Inc.*)<sup>80</sup> ซึ่งเป็นคดีที่พิพาทกันก่อนคดี Pac-Man คดีนี้ศาลมีหลักในการวินิจฉัยเช่นเดียวกับคดี Pac-Man โดยบริษัท Atari ฟ้องว่าเกม Meteors ของบริษัท Amusement World ละเมิดลิขสิทธิ์ในเกม Asteroids ของตน โดยทั้งสองเกมกำหนดให้ผู้เล่นควบคุมยานอวกาศซึ่งแทนด้วยสัญลักษณ์เล็ก ๆ ที่แสดงขึ้นกลางหน้าจอ ในเกมทั้งสองนี้ จะมีอุกกาบาตพุ่งเข้ามาหายานอวกาศของผู้เล่นจากรอบทิศทาง และในบางช่วงจะมียานอวกาศของศัตรูปรากฏขึ้นและยิงมายังยานอวกาศของผู้เล่น แต่แม้ว่าเกมที่พิพาทจะมีลักษณะหลายประการที่คล้ายคลึงกัน แต่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าความคิดของเกมที่ยานอวกาศยิงอุกกาบาตและยิงต่อสู้กันนั้น เมื่อนำมาทำเป็นวิดีโอเกมย่อมทำได้ในลักษณะเดียวกัน และแม้ว่าศาลจะเห็นว่าจำเลยได้ลอกความคิดของโจทก์ในการสร้างเกมนี้จริง อย่างไรก็ตาม ภายใต้อรรถาธิบายของกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้ห้ามการใช้ความคิดเดียวกัน แต่กฎหมายลิขสิทธิ์คุ้มครองการแสดงออกทางความคิด ไม่ใช่ความคิดที่อยู่เบื้องหลัง ศาลจึงตัดสินว่าเมื่องานของจำเลยไม่ได้คล้ายคลึงกับงานของโจทก์อย่างมาก จำเลยจึงไม่ได้กระทำละเมิด

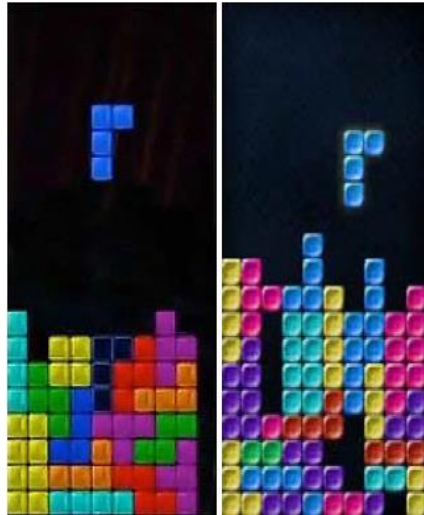
## 4.2 คดีเกม Tetris

เกม Tetris เป็นเกมที่นิยมอย่างมากในช่วงปี ค.ศ. 1980-1990 แรกเริ่มนั้นเป็นวิดีโอเกมที่เล่นบนเครื่องเล่นเกมพกพาของบริษัท Nintendo หรือที่เรียกกันว่า เกมบอย (Gameboy) เกม Tetris เป็นเกมประเภทเกมแก้ปัญหาคณิตศาสตร์ (puzzle game) โดยผู้เล่นมีภารกิจในการเลือกจัดวางรูปเรขาคณิตจากรูปสี่เหลี่ยมจัตุรัสสี่รูปติดต่อกัน หรือที่เรียกว่าเตโตรมินโน (tetrominos) ที่มีรูปร่างหลากหลาย เป้าหมายของการจัดวางคือการทำให้บล็อกแถวแนวนอนที่อยู่ล่างสุดของจอติดกันได้ตลอดทั้งแถว เมื่อผู้เล่นเล่นเกมไปเรื่อย ๆ เกมจะเริ่มซับซ้อนและยากมากขึ้น และจะเหลือพื้นที่ให้ต่อชิ้นส่วนเหล่านั้นน้อยลง เกมนี้ริเริ่มคิดค้นโดยนักเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์ชาวรัสเซียชื่อนาย Alexy Pajitnov ซึ่งต่อมาเป็นหนึ่งในผู้ก่อตั้งบริษัท Tetris Holding ผู้ผลิตเกม Tetris ต่อมาบริษัท Xio ทำเกมคล้ายกับเกม Tetris ที่ผู้เล่นหลายคนสามารถเข้ามาเล่นพร้อมกันได้ชื่อเกม Mino สำหรับเล่นบนโทรศัพท์มือถือไอโฟน (iPhone) บริษัท Tetris Holding จึงฟ้องว่าบริษัท Xio ละเมิดลิขสิทธิ์เกม Tetris ในคดี *Tetris Holding, LLC v. Xio Interactive, Inc.*<sup>81</sup> ในปี ค.ศ. 2012

<sup>79</sup> "Take the Money and Run," The Odyssey Homepage!, accessed 1 May 2020, from <http://www.the-nextlevel.com/odyssey2/db/game/take-the-money-and-run-114>.

<sup>80</sup> *Atari, Inc. v. Amusement World, Inc.*, 547 F. Supp. 222 (D. Md. 1981).

<sup>81</sup> *Tetris Holding, LLC v. Xio Interactive, Inc.*, 863 F. Supp. 2d 394 (D.N.J. 2012).



ภาพที่ 12: เกม Tetris (ซ้าย) และเกม Mino (ขวา)<sup>82</sup>

ศาลตัดสินว่าการออกแบบรูปร่างและการเคลื่อนที่ของชิ้นส่วนในเกม Tetris นั้นเป็นการแสดงออกทางความคิด ไม่ใช่เป็นเพียงความคิด ไม่ใช่กฎหรือวิธีการเล่นเกม ทั้งยังไม่ใช่ว่าสิ่งที่ไม่อาจจำแนกแยกออกจากความคิดได้ ศาลในคดี Tetris ยังพิจารณาเปรียบเทียบเกมที่พิพาทนี้กับเกมอื่นที่เป็นเกมจัดวางวัตถุที่หล่นลงมาในลักษณะเดียวกัน โดยเปรียบเทียบกับเกม Dr. Mario ว่าเกมจัดวางชิ้นส่วนในลักษณะเดียวกันนี้ไม่จำเป็นต้องใช้ชิ้นส่วนที่เหมือนกันกับวัตถุในเกม Tetris



ภาพที่ 13: เกม Dr. Mario โดยบริษัท Nintendo<sup>83</sup>

<sup>82</sup> Kyle Orland, “Defining Tetris: How courts judge gaming clones,” Arstechnica, (21 June 2012) accessed 1 May 2020, from <https://arstechnica.com/gaming/2012/06/defining-tetris-how-courts-judge-gaming-clones/>.

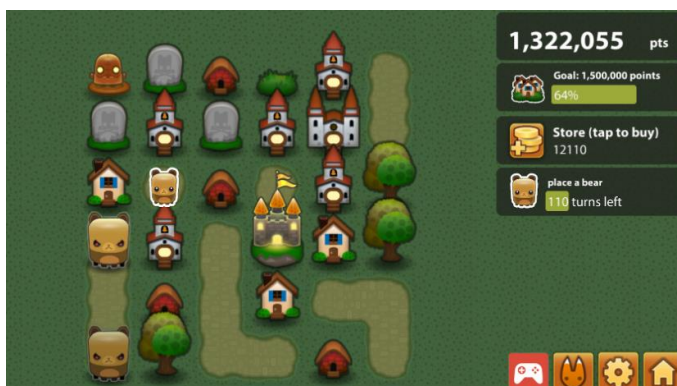
หลังจากที่ศาลได้พิจารณาภาพและเสียงของเกมทีพิพาททั้งสองแล้ว ศาลได้พิพากษาว่าหากให้ผู้เล่นทั่วไปพิจารณาเกมทั้งสองนี้ โดยไม่บอกกล่าวก่อนว่าอันใดเป็นเกมใดแล้ว คนทั่วไปย่อมไม่อาจแยกความแตกต่างระหว่างเกมทั้งสองเกมนี้ได้ ข้อแตกต่างบางประการระหว่างเกมทั้งสองนั้นมีน้อยมากและไม่เป็นสาระสำคัญ เกม Mino ของจำเลยจึงคล้ายคลึงอย่างมากกับเกม Tetris จนทำให้มีสิ่งที่มองเห็นและสัมผัสได้ (look and feel) ในเกมที่เหมือนกัน ความคล้ายคลึงกันอย่างมากที่มองเห็นได้ทางกายภาพนี้แทบจะเรียกได้ว่าเป็นการทำซ้ำที่เหมือนกับต้นฉบับ (literal copying) เลยทีเดียว จึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานของโจทก์

### 4.3 คดีเกม Triple Town

คดี *Spry Fox LLC v. LOLapps, Inc.*<sup>84</sup> หรือคดีเกม Triple Town ในปี ค.ศ. 2012 เป็นอีกตัวอย่างหนึ่งซึ่งศาลต้องแยกความคิดที่ไม่อาจได้รับความคุ้มครองออกจากการแสดงออกของความคิดอันเป็นงานที่มีลิขสิทธิ์ได้ คดีนี้บริษัท Spry Fox ผู้เป็นโจทก์ได้ผลิตเกมที่มีชื่อว่า Triple Town ซึ่งเล่นด้วยแอปพลิเคชัน (application) บนอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ ต่อมาฝ่ายจำเลยได้ทำเกมชื่อ Yeti Town ซึ่งมีกฎกติกาการเล่นและการจัดวางลักษณะวัตถุในเกมที่มองเห็นได้คล้ายคลึงกับเกมของโจทก์ โดยทั้งสองเกมมีพื้นตารางซึ่งเป็นช่องขนาด 6 คูณ 6 ช่อง ในแต่ละเกมผู้เล่นจะได้รับวัตถุต่าง ๆ เพื่อใช้จัดวางลงในช่องของตาราง เมื่อผู้เล่นวางวัตถุชนิดเดียวกันติดกันได้สามชิ้น วัตถุเหล่านั้นจะหายไปแล้วแทนที่ด้วยวัตถุซึ่งอยู่ในระดับสูงขึ้นไปเรื่อย ๆ ในเกม Triple Town ของโจทก์นั้น วัตถุชนิดต่ำสุดคือผืนหญ้า เมื่อผืนหญ้าสามชิ้นวางเรียงกันจะกลายเป็นพุ่มไม้ พุ่มไม้สามพุ่มเรียงกันจะกลายเป็นต้นไม้ และต้นไม้เรียงกันได้สามต้นจะกลายเป็นกระท่อม เป็นต้น ส่วนเกม Yeti Town ของจำเลย วัตถุชนิดที่ต่ำสุดคือต้นไม้ ต้นไม้สามต้นเรียงติดกันกลายเป็นต้นไม้ ต้นไม้สามต้นเรียงต่อกันจะได้เป็นเต็นท์หนึ่งหลัง และถ้าต่อเต็นท์ได้สามหลังติดกันจะกลายเป็นบ้านพัก เป็นต้น นอกจากนี้ เกมยังกำหนดให้มีตัวร้ายที่คอยก่อกวนการวางวัตถุของผู้เล่น โดยในเกม Triple Town ตัวร้ายจะเป็นหมีตัวหนึ่ง ส่วนเกม Yeti Town กำหนดให้ตัวร้ายเป็นตัวyeti (Yeti) ผู้เล่นสามารถดักจับหมีหรือyetiได้ หมีที่ถูกจับได้จะกลายเป็นหลุมฝังศพ ส่วนyetiที่ถูกจับได้จะกลายเป็นก้อนน้ำแข็ง

<sup>83</sup> Kyle James, "Nintendo And LINE Team Up To Bring New Dr. Mario Game To Mobile," Exclusively Games, (10 March 2019) accessed 1 May 2020, from <https://www.exclusivelygames.com/nintendo-and-line-team-up-to-bring-new-dr-mario-game-to-mobile/>.

<sup>84</sup> *Spry Fox LLC v. Lolapps, Inc.*, 2:12-cv-00147-RAJ (W.D. Wash. Sept. 18, 2012).



ภาพที่ 14: เกม Triple Town ปี ค.ศ. 2012<sup>85</sup>



ภาพที่ 15: เกม Yeti Town ปี ค.ศ. 2012<sup>86</sup>

ศาลในคดีนั้นนอกจากจะพิจารณาหลัก *scène à faire* และหลักความคิดจากคำพิพากษาในคดี เข็มกลัดรูปผึ้งเช่นเดียวกับที่ศาลอุทธรณ์ในคดี Pac-Man ยกขึ้นพิจารณาแล้ว ศาลในคดี Triple Town นี้ ยังได้ยกคดี *Data East USA, Inc. v. Epyx, Inc.*<sup>87</sup> ซึ่งพิพาทเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์ในเกม Karate Champ ซึ่งเป็นเกมต่อสู้คาราเต้ขึ้นพิจารณาประกอบอีกตัวอย่างหนึ่งว่า วิดีโอเกมที่ทำขึ้นเป็นเกม

<sup>85</sup> Nothing Viral, "Triple Town: Triple Castle (what it looks like)," Blogspot, (14 July 2017) accessed 1 May 2020, from <http://nothingviral.blogspot.com/2017/07/triple-town-triple-castle-what-it-looks.html>.

<sup>86</sup> James Gilmour, "Spry Fox sues 6waves Lolapps over Triple Town clone Yeti Town," Pocket Gamer, (20 January 2012) accessed 1 May 2020, from <https://www.pocketgamer.com/articles/037366/spry-fox-sues-6waves-lolapps-over-triple-town-clone-yeti-town/>.

<sup>87</sup> คดีนี้เป็นการพิพาทกันระหว่างเกม Karate Champ และเกม World Karate Championship ซึ่งศาลตัดสินว่าเกมทั้งสองไม่ได้คล้ายคลึงกันอย่างมาก (substantial similarity) จึงไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะส่วนที่เกมทั้งสองมีเหมือนกันนั้น มาจากการต่อสู้คาราเต้ และวิดีโอเกมทุกเกมที่ทำขึ้นเป็นเกมการต่อสู้คาราเต้ย่อมต้องมีสิ่งเหล่านั้นเหมือนกันเป็นธรรมดา See *Data East USA, Inc. v. Epyx, Inc.*, 862 F.2d 204, 208 (9th Cir. 1988).

การแข่งขันคาราเต้ไม่อาจอ้างลิขสิทธิ์เพื่อห้ามมิให้ผู้อื่นสร้างเกมในลักษณะเดียวกันได้ กล่าวคือเกมที่มีผู้แข่งขันแต่งกายด้วยชุดคาราเต้ ต่อสู้กันด้วยการเตะและต่อยอย่างคาราเต้ และมีคนกลางเป็นกรรมการผู้ตัดสิน ไม่อาจอ้างลิขสิทธิ์ได้ เพราะสิ่งที่เหมือนกันเหล่านี้ย่อมต้องมีเช่นกันในการแข่งขันคาราเต้

ศาลจึงเห็นว่า บริษัท Spry Fox ฝ่ายโจทก์ได้แสดงออกทางความคิดของตนด้วยการเลือกวัตถุต่าง ๆ ที่จะประกอบกันจนกลายเป็นวัตถุที่มีลำดับขั้นสูงขึ้นไป มีการเลือกใช้หมีเข้ามาเป็นตัวร้ายในเกม ทั้งยังสร้างสรรค์ภาพของวัตถุต่าง ๆ ให้ปรากฏออกมาตามที่ตนนึกคิด สิ่งเหล่านี้ควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ นอกจากนี้ ศาลยังได้เปรียบเทียบว่า วิดีโอเกมก็มีลักษณะเหมือนกับภาพยนตร์ เพราะการสร้างภาพยนตร์ต้องมีบทละครที่กำหนดว่าแต่ละฉากจะทำให้ปรากฏภาพและเสียงออกมาเป็นเช่นไร วิดีโอเกมก็เช่นกัน ย่อมต้องมีเค้าโครง บทกำกับ พื้นหลังของเรื่องราวและตัวละคร ซึ่งโจทก์แสดงให้เห็นแล้วว่าได้สร้างสรรค์วิดีโอเกมซึ่งเป็นการแสดงออกทางความคิดของตนแล้ว จึงย่อมมีลิขสิทธิ์ในงานเหล่านั้น อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ศาลได้วินิจฉัยต่อไปว่าสิ่งที่แสดงออกบางประการนั้น มิอาจได้รับความคุ้มครองตามหลัก scène à faire เช่น การใช้แตรหรือเหรียญให้เป็นของรางวัลแก่ผู้เล่นนั้น เป็นมาตรฐานและเป็นธรรมดาของเกม ดังนั้นแถบด้านข้างที่แสดงถึงแต้มคะแนนของผู้เล่นจึงเป็นส่วนประกอบตามธรรมดาที่มีในเกมอันไม่อาจได้รับความคุ้มครอง

ท้ายที่สุดศาลได้วางหลักในการวินิจฉัยว่าแม้องค์ประกอบบางอย่างในเกมของโจทก์จะไม่ได้ได้รับความคุ้มครอง แต่การแสดงออกของความคิดของโจทก์ที่ทำให้ปรากฏออกมาในเกมเช่น ภาพพื้นหญ้า ต้นไม้ กระท่อมและหิมะที่ได้กล่าวไปข้างต้นนั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ศาลจึงได้พิจารณาในประเด็นต่อไปว่าเกมที่พิพาทนี้มีความคล้ายคลึงกันอย่างมากหรือไม่ ศาลในคดีนี้เห็นว่าเกมของจำเลยมีความคล้ายคลึงกับเกมของโจทก์อย่างมาก โดยศาลได้อธิบายถึงเหตุผลที่ใช้ประกอบการวินิจฉัยในประเด็นนี้ โดยเริ่มด้วยการตั้งข้อสังเกตว่าแม้ว่าชื่อเกม Triple Town ของโจทก์จะไม่มีลิขสิทธิ์ แต่การที่จำเลยเลือกตั้งชื่อเกมว่า Yeti Town ก็เป็นประเด็นที่น่าคิดว่ามีความคล้ายคลึงกัน สื่อให้เห็นถึงความเป็นไปได้ว่าจำเลยเลือกใช้ชื่อดังกล่าวเพราะลอกเลียนมาจากชื่อเกมของโจทก์ และเมื่อพิจารณาในเนื้อหาของเกมแล้ว เห็นว่าการแสดงออกทางความคิดที่คล้ายกันในเกมของจำเลยนั้นได้แก่ การขึ้นลำดับขั้นของวัตถุ (object hierarchy) ที่เริ่มจากต้นหญ้าเป็นพุ่มไม้ แล้วจึงเป็นต้นไม้แล้วกลายเป็นกระท่อม คล้ายกับการขึ้นลำดับขั้นจากต้นกล้าเป็นต้นไม้ แล้วจึงเป็นเต็นท์แล้วกลายเป็นบ้านพัก และเมื่อพิจารณาด้วยการจับคู่วัตถุตามลำดับขั้นไปพร้อมกับฉากในเกมแล้ว (ทั้งสองเกมมีพื้นตารางซึ่งเป็นช่องขนาด 6 คูณ 6 ช่องและการจัดวางองค์ประกอบอื่น ๆ ในเกม) ทำให้เห็นถึงธีมและการจัดฉากที่เหมือนกับเกมของโจทก์ โดยพื้นหลังของเกมที่เป็นลานหิมะไม่ได้ต่างจากทุ่งหญ้าเท่าใดนักเมื่อพิจารณาถึงสิ่งที่ผู้เล่นเกมสัมผัสได้โดยรวมจากเกมทั้งสอง ส่วนหิมะและตัวเวียดต่างก็เป็นสัตว์ร้ายเหมือนกัน ทั้งยังปรากฏแถบแสดงด้านข้างที่คล้ายกัน และแม้ว่าจะมีสิ่งที่ต่างกันอยู่บ้าง เช่น ตัวละครหิมะและเยติมีภาพลักษณะที่ไม่เหมือนกัน แต่ศาลมองว่าในการพิจารณาการคล้ายกันอย่างมากนั้น ศาลต้องพิจารณาถึงสิ่งที่คล้ายกันเป็นสำคัญ ไม่ใช่สิ่งที่ต่างกัน ดังนั้นเมื่อมองภาพรวมแล้ว แม้ว่าจะบอกให้บุคคลทั่วไปที่พิจารณาเกมทั้งสองนี้ให้ไม่ต้องพิจารณาถึงสิ่งที่เหมือนกันอันมาจากความคิดสามัญและกติกาเกม

ซึ่งไม่ได้รับการคุ้มครองแล้ว บุคคลทั่วไปก็ยังคงเห็นว่าเกม Yeti Town นั้นมีกรอบความคิดและสิ่งที่สัมผัสได้โดยรวม (total concept and feel) คล้ายกับเกม Triple Town ของโจทก์เป็นอย่างมาก

## 5. บทสรุป

จากการศึกษาคดีที่พิพาทเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ในเนื้อหาของวิดีโอเกมในประเทศสหรัฐอเมริกา สรุปได้ว่าศาลมีแนวทางในการพิจารณาคดีโดยกำหนดประเด็นสำคัญที่ต้องวินิจฉัยสองประการ ได้แก่ ประการแรก งานของโจทก์ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่ และประการที่สอง จำเลยได้ลอกเลียนงานต้นฉบับของโจทก์อย่างคล้ายคลึงกันเป็นอย่างมากอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ โดยมีสาระสำคัญดังนี้

### ก. งานของโจทก์ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่

ในการวินิจฉัยประเด็นแรกว่างานของโจทก์ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่นั้น โดยพื้นฐานศาลจะพิจารณาถึงหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ว่าด้วยการริเริ่มสร้างสรรค์ (originality) และการบันทึกไว้ในสื่อที่สามารถจับต้องได้ (fixation) โดยศาลได้วางแนวคำพิพากษาไว้อย่างชัดเจนว่า เมื่อผู้พัฒนาเกมได้สร้างองค์ประกอบทั้งภาพและเสียงที่ปรากฏเป็นเนื้อหาในวิดีโอเกมด้วยการริเริ่มสร้างสรรค์ของตน ไม่ว่าจะเป็นวัตถุต่าง ๆ ที่อยู่ในเกม ภาพที่เป็นพื้นหลังและการสร้างเสียงที่ใช้ประกอบในเกม ด้วยการเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้แสดงผลทั้งภาพและเสียงดังที่คิดไว้ เช่นนี้ ผู้ผลิตเกมย่อมมีลิขสิทธิ์ในงานโสตทัศนวัสดุ (audiovisual work) ที่ได้ถูกบันทึกไว้ในหน่วยความทรงจำของเครื่องเกม (memory devices of the game) ซึ่งทำให้รับรู้หรือเห็นประจักษ์ได้ด้วยอุปกรณ์อย่างเครื่องเล่นเกม

นอกจากนี้ ศาลจะพิจารณาถึงหลักคิดสำคัญอันเป็นสากลของกฎหมายลิขสิทธิ์ กล่าวคือ หลักการแยกความคิดและการแสดงออกของความคิดออกจากกัน หรือ “idea-expression dichotomy” ซึ่งมีสาระสำคัญว่าลิขสิทธิ์คุ้มครองการแสดงออกของความคิด แต่ไม่คุ้มครองตัวความคิดซึ่งอยู่เบื้องหลัง ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกายังได้สร้างหลักที่สอดคล้องกันกับหลักการแยกความคิดและการแสดงออกของความคิดออกจากกัน อันได้แก่ หลัก merger และหลัก scène à faire โดยศาลมักจะพิจารณาทั้งสามหลักการนี้ไปพร้อมกัน หลัก merger นั้นจะถูกนำไปใช้ในการวินิจฉัยคดีเมื่อศาลเห็นว่าการแสดงออกนั้นถูกผสานรวมหรือกลืนหาย (merge) กลายเป็นสิ่งเดียวกันกับความคิดที่อยู่เบื้องหลัง หลัก merger คล้ายคลึงกันกับหลัก scènes à faire ซึ่งหมายความถึง เหตุการณ์ตัวละครหรือองค์ประกอบฉากซึ่งจำต้องเป็นเช่นนั้นหรือเป็นมาตรฐานของการกล่าวถึงสิ่งใดสิ่งหนึ่ง การแสดงออกของความคิดดังกล่าวไม่ควรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เพราะการให้สิทธิเด็ดขาดในงานนั้นย่อมเป็นการกีดกันมิให้ผู้อื่นใช้ความคิดนั้นในการสร้างสรรค์งานใหม่ในอนาคต ตัวอย่างของเนื้อหาในวิดีโอเกมอันเป็นเพียงความคิดธรรมดาสามัญที่ไม่อาจได้รับความคุ้มครองผูกขาดตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ได้แก่ กรอบความคิดของเกม (game concept) และกฎกติกาการเล่นเกมที่เป็พื้นฐานทั่วไป เช่น เกมเขาวงกต เกมจัดวางสิ่งของ และเกมช่วยเหลือตัวประกัน ทำต่อสู้อันเป็นลักษณะทั่วไป และการให้แต้มหรือเหรียญเป็นของรางวัลแก่ผู้เล่น เป็นต้น

อีกทั้งหากเป็นประเด็นการฟ้องร้องกันในเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์ในตัวละคร (character) ศาลจะต้องพิจารณาในประเด็นแรกก่อนว่าตัวละครเหล่านั้นได้รับความคุ้มครองเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ ในประเด็นนี้ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นหลักในการพิจารณาอยู่ 2 ประการคือ (1) หลักการพรรณนาที่มากพอ (“sufficiently delineated” test) โดยจะพิจารณาว่าผู้สร้างสรรค์ได้บรรยายถึงตัวละครที่สร้างขึ้นมากเพียงพอที่ทำให้ตัวละครนั้นเป็นเอกเทศจากเรื่องราวที่ตัวละครนั้นปรากฏอยู่หรือไม่ ตัวละครที่ได้รับการพรรณนาจานมีเอกลักษณ์เฉพาะตัวจึงเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ และ (2) หลักการเป็นเรื่องราวที่เล่า (“story being told” test) โดยพิจารณาว่าตัวละครที่สร้างขึ้นนั้นประกอบเป็นเรื่องราวที่เล่าในเรื่องนั้นหรือไม่ หากตัวละครใดเป็นเพียงแค่ตัวเดินเรื่อง ตัวละครนั้นอาจไม่ได้รับการคุ้มครอง

หลักการสำคัญในกฎหมายลิขสิทธิ์อีกประการที่ต้องนำมาใช้พิจารณาในประเด็นการมีลิขสิทธิ์ในงานของโจทก์คือการใช้งานที่เป็นสมบัติสาธารณะ (public domain) สมบัติสาธารณะที่กล่าวถึงนี้อาจเป็นงานที่ไม่มีลิขสิทธิ์มาตั้งแต่ต้น เพราะกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครองงานเหล่านั้น เช่น ข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์หรือกฎหมายทางธรรมชาติ หรือไม่มีลิขสิทธิ์เพราะเป็นงานที่สร้างสรรค์ขึ้นก่อนการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ นอกจากนี้ งานที่เป็นสมบัติสาธารณะอาจเป็นงานที่เคยเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่เมื่อพ้นระยะเวลาคุ้มครองสิทธิ์แล้ว งานนั้นจึงสิ้นการคุ้มครองและกลายเป็นงานที่ผู้คนสามารถนำไปใช้ได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากผู้สร้างสรรค์เดิม ดังนั้น หากผู้ผลิตเกมจะนำงานที่เป็นสมบัติสาธารณะมาใช้ในเกมของตน ผู้ผลิตเกมจะต้องตรวจสอบให้แน่ชัดว่างานที่จะนำมาใช้นั้นเป็นสมบัติสาธารณะแล้วหรือไม่ นอกจากนั้นผู้ผลิตเกมจะต้องตระหนักด้วยว่าเมื่อนำงานนั้นมาใช้แล้วผู้ผลิตเกมย่อมกล่าวอ้างลิขสิทธิ์ในงานที่ตนสร้างสรรค์ขึ้นจากสมบัติสาธารณะได้อย่างจำกัด เพราะกฎหมายลิขสิทธิ์จะให้ความคุ้มครองเพียงการแสดงออกทางความคิดที่ริเริ่มขึ้นเองที่สร้างขึ้นใหม่เพิ่มเติมจากงานสมบัติสาธารณะเท่านั้น

ข. จำเลยได้ลอกเลียนงานต้นฉบับของโจทก์อย่างคล้ายคลึงกันเป็นอย่างมากอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่

แม้ว่าความคิดอันเป็นเนื้อหาในเกมไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์ แต่การแสดงออกของความคิดนั้นอาจเป็นงานที่มีลิขสิทธิ์ได้ ดังนั้น ในการพิจารณาคดีศาลจะแยกสิ่งที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองออกจากสิ่งที่ไม่ได้รับความคุ้มครอง เมื่อพิจารณาได้ว่างานของโจทก์ส่วนใดได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์แล้ว ศาลจะวินิจฉัยในประเด็นต่อมาว่า จำเลยได้ทำซ้ำการแสดงออกทางความคิดของโจทก์จนคล้ายคลึงกันอย่างมากหรือไม่ ในการวินิจฉัยประเด็นนี้ ศาลจะพิจารณาหลักการลอกเลียนจนคล้ายคลึงกันอย่างมาก (substantial similarity) โดยพิจารณาว่าคนทั่วไปจะมองว่าเกมของจำเลยคล้ายกับเกมของโจทก์อย่างมากหรือไม่ โดยอาจพิจารณาว่าจำเลยได้ทำซ้ำสิ่งที่มองเห็นและสัมผัสได้ (look and feel) หรือทำซ้ำกรอบความคิดและสิ่งที่สัมผัสได้โดยรวม (total concept and feel) ในของเกมโจทก์หรือไม่ หลักคิดเหล่านี้เป็นการพิจารณาองค์รวมของชิ้นงานที่พิพาทโดยวิเคราะห์ถึงการสะท้อนกรอบความคิดและความรู้สึกของงานทั้งชิ้นยิ่งกว่าการวิเคราะห์ถึงองค์ประกอบแต่ละชิ้นในงานแยกกัน ซึ่งหากศาลเห็นว่าเกมทั้งสองมีความคล้ายคลึงกันมากย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้