

บทความวิชาการ (Academic Article)

กฎหมายลิขสิทธิ์ไทยเปิดโอกาสให้ศาลสร้างข้อยกเว้น การละเมิดลิขสิทธิ์ใหม่หรือไม่*

Does the Thai Copyright Law Permit Courts to Create
New Exceptions to Copyright Infringement?

พิศวาท สุขธนพันธุ์**

รองศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

Pisawat Sukonthapan

Associate Professor, School of Law, Assumption University

วันที่รับบทความ 8 สิงหาคม 2564; วันที่แก้ไขบทความ 11 กันยายน 2564; วันที่ตอบรับบทความ 15 กันยายน 2564

* บทความนี้อ้างความเห็นของท่านอาจารย์ปริญญา ตีผดุง หลายครั้ง (มากกว่าความเห็นของนักวิชาการท่านอื่น) เนื่องจากความคิดเห็นของท่านอาจารย์ปริญญา มีเนื้อความที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของบทความนี้ ผู้เขียนจึงขอถือโอกาสขอบคุณและขออภัยหากมีข้อความใดที่ล่วงเกินท่านอาจารย์ปริญญา มา ณ ที่นี้ด้วย

ผู้เขียนขอขอบคุณบุคคลซึ่งมีรายนามต่อไปนี้สำหรับความช่วยเหลือด้านเอกสารทางวิชาการและอื่น ๆ กล่าวคือ นางคันศนีย์ ภูพงศ์พัฒนา นางสาวปวีณา จินต์สวัสดิ์ นางสาวแววตา กิตติวัธนา นางภูมิจิต ศิริวงศ์ประเสริฐ นางสาวพัชรากร มณีขาว นางวิไล พฤษปัญจะ นายแพทย์ภาณุทัต เตชะเสน นายรักษิต ภูพงศ์พัฒนา นายชลธาร ทรัพย์ไพฑูรย์เลิศ Mrs. Margaret Elaine Duffy Brown และ Mr. Clarence C. Wong นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณอาจารย์ ดร.ณัฐพงศ์ สุวรรณอินทร์ ซึ่งได้กรุณาอนุญาตให้ล่วงหน้าหากผู้เขียนใช้ Expression of Ideas ของอาจารย์ ดร.ณัฐพงศ์ฯ โดยไม่ได้ตั้งใจ

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

บทคัดย่อ

ในบทความนี้ ผู้เขียนพยายามหาคำตอบว่าพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (ตามที่แก้ไขแล้ว) เปิดโอกาสให้ศาลสร้างข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ใหม่หรือไม่ โดยเน้นพิจารณา มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

เพื่อให้การพิจารณาข้างต้นครอบคลุมมากขึ้น ผู้เขียนอ้างอิงโดยสังเขปถึงเงื่อนไขสามประการของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ Berne Convention (Paris Act, 1971), Article 9 (2) และ TRIPS Agreement, Article 13 ได้กำหนดไว้ (หรือที่เรียกว่า “3-Step Test”) ด้วย ทั้งนี้ เพราะความตกลงระหว่างประเทศทั้งสองฉบับมีผลผูกพันประเทศไทย นอกจากนั้นแล้ว ด้วยเหตุที่ไม่มีแนวปฏิบัติว่าด้วยการปรับใช้เงื่อนไขตาม 3-Step Test ที่ผูกพันประเทศสมาชิกของ Berne Convention และ TRIPS Agreement ผู้เขียนจึงนำความเห็นของ WTO Panel on United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act (WT/DS160/R, 15 June 2000) และคำอธิบายเกี่ยวกับ 3-Step Test มาประกอบการพิจารณาด้วย คำอธิบายดังกล่าวปรากฏใน A Handbook on the WTO TRIPS Agreement (2020) และ Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)

ผลของการวิเคราะห์ทำให้ผู้เขียนสรุปว่า พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ไม่เปิดโอกาสให้ศาลมีดุลยพินิจกว้าง ข้อสรุปนี้ทำให้ผู้เขียนเสนอว่า ตราบใดที่ยังไม่มีการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น จำเลยควรตรวจสอบดูว่าจะอาศัยข้อยกเว้นหนึ่งข้อยกเว้นใดที่ปรากฏอย่างแจ้งชัดในกฎหมายได้หรือไม่

คำสำคัญ: Article 9 (2) of the Berne Convention (Paris Act), Article 13 of TRIPS Agreement, พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (ตามที่แก้ไขแล้ว) มาตรา 32, ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์, การใช้โดยธรรม

Abstract

In this article, the author attempts to determine whether the Copyright Act, B.E. 2537 (as amended) permits Thai courts to create new exceptions to copyright infringement, focusing on Section 32 of the Act.

To make the above-mentioned consideration more complete, the author refers to the three conditions on copyright exceptions stipulated in the Berne Convention (Paris Act, 1971), Article 9 (2), and the TRIPS Agreement, Article 13 (or the so-called “3-Step Test”), as these two international agreements bind Thailand. Additionally, due to the lack of binding guidelines on how to apply the 3-Step Test to the conditions or transform them into national laws, the author deems it necessary to make reference to the opinion rendered by the WTO Panel on United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act (WT/DS160/R, 15 June 2000) and the explanations on the 3-Step Test. The explanations are contained in a Handbook on the WTO TRIPS Agreement (2020) and the Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971).

The result of this analysis has led the author to conclude that the Copyright Act does not grant Thai courts latitude to interpret it broadly. Based on this conclusion, the author suggests that, as long as amendment to the Copyright Act is pending, if there is any dispute, the defendant should look to the explicitly stated existing exceptions for legal authority.

Keywords: Article 9 (2) of the Berne Convention (Paris Act), Article 13 of TRIPS Agreement, Section 32 of Copyright Act, B.E. 2547 (as amended), Exceptions to Copyright Infringement, Fair Use

1. บทนำ

1.1 ความเบื้องต้น บทความนี้ซึ่งพัฒนาจากงานวิจัยเรื่อง “Copyright Related International Agreements and the Thai Copyright Law: Do They Permit Flexible Exceptions?”^{1, 2} พยายามหาคำตอบว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ไทยฉบับปัจจุบัน (กล่าวคือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ตามที่แก้ไขแล้ว ที่ต่อไปนี้จะเรียกว่า “พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์”³) **เปิดโอกาสให้ศาลสร้างข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ใหม่หรือไม่**⁴ โดยเน้นวิเคราะห์

¹ ความตกลงระหว่างประเทศที่กล่าวถึงนี้คือ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Paris Act (1971); Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement) that is Annex 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, signed in Marrakesh, Morocco on 15 April 1994; WIPO Copyright Treaty (WCT); & WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)

สำเนาความตกลงระหว่างประเทศข้างต้นหาได้จาก: World Intellectual Property Organization, **Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Paris Act (1971)** [Online], 5 May 2021. Source: http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283698; World Trade Organization, **Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights** [Online], 3 April 2021. Source: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm; World Intellectual Property Organization, **WIPO Copyright Treaty** [Online], 14 April 2021. Source: <https://wipolex.wipo.int/en/text/295166>; & World Intellectual Property Organization, **WIPO Performances and Phonograms Treaty** [Online], 14 April 2021. Source: <https://wipolex.wipo.int/en/text/295578>

² คำตอบที่ได้รับจากการทำวิจัยเรื่อง “Copyright Related International Agreements and the Thai Copyright Law: Do They Permit Flexible Exceptions?” คือ ความตกลงที่กล่าวถึงยอมให้มีข้อยกเว้นที่ยืดหยุ่นได้ระดับหนึ่ง หากข้อยกเว้นนั้นสอดคล้องกันกับหลัก 3-Step Test ตามที่ปรากฏในความตกลงดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง TRIPS Agreement, Article 13

³ ตามที่ได้มีการแก้ไขจนครั้งสุดท้ายในปี พ.ศ. 2561 โดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2561 สำหรับบทบัญญัติของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (ตามที่แก้ไขแล้ว) [ออนไลน์], 2 เมษายน 2564. แหล่งที่มา: <https://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=686804&ext=htm>

⁴ เหตุผลของการสร้างข้อยกเว้นใหม่คือ เพื่อเพิ่มการยกเว้นการกระทำหรือกรณีที่ไม่ถูกกล่าวถึงในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์

มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว⁵ ทั้งนี้ เพราะผู้เขียนบทความเห็นว่าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นกลไกหรือเครื่องมือที่ช่วยรักษาดุลแห่งผลประโยชน์ระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์⁶ กับสาธารณชนที่จะมีโอกาสเข้าถึงงานนั้น⁷

ด้วยเหตุที่ Berne Convention (Paris Act, 1971), Article 9 (2) และ TRIPS Agreement, Article 13 (ดังปรากฏในตารางที่ 1 ข้างล่างนี้)⁸ มีผลผูกพันประเทศไทย ผู้เขียนจึงเห็นควรที่จะ

อนึ่ง ตัวอย่างของการกระทำที่กล่าวถึงนี้คือ การล้อเลียนเชิงตลกขบขันต่องานอันมีลิขสิทธิ์ (Parody) สำหรับงานเขียนเกี่ยวกับ Parody ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยขอให้ดู เช่น พิศาวท สุนทรพันธุ์ และณัฐพงศ์ สุวรรณอินทร์, การล้อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์กับกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย: กรณีศึกษาปัญหาการตีความว่าด้วยการใช้งานที่เป็นธรรม, วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์, ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2563), หน้า 1-30.

⁵ บทบัญญัติว่าด้วยข้อยกเว้นปรากฏอยู่ในส่วนที่ 6 ของหมวด 1 แห่ง พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ฯ

⁶ เจ้าของลิขสิทธิ์บางคนเป็นผู้สร้างสรรค์งานที่เกี่ยวข้องนั้น

⁷ ผู้เขียนเห็นว่าการพิจารณาและวิเคราะห์ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างสม่ำเสมอ (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อมีแนวคิดใหม่/ร่วมสมัยเกิดขึ้นและ/หรือมีเทคโนโลยีที่อาจมีผลกระทบต่อการใช้ประโยชน์งานอันมีลิขสิทธิ์เกิดขึ้น) เป็นเรื่องจำเป็น

อย่างไรก็ตาม บทความนี้เหมาะสำหรับบุคคลซึ่งมีความรู้เกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ อย่างน้อยในระดับเบื้องต้น

⁸ นอกจาก Berne Convention (Paris Act, 1971) และ TRIPS Agreement แล้ว ประเทศไทยยังเป็นภาคีของ Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who Are Blind, Visually Impaired, or Otherwise Print Disabled adopted by the Diplomatic Conference to Conclude a Treaty to Facilitate Access to Published Works by Visually Impaired Persons and Persons with Print Disabilities in Marrakesh, on June 27, 2013 (Marrakesh Treaty) ด้วย (หมายเหตุ Article 11 ของสนธิสัญญานี้ฉบับนี้อ้างถึง 3-Step Test ด้วย)

ประเทศไทยภาคยานุวัติ Marrakesh Treaty เมื่อวันที่ 28 มกราคม 2562 (2019) [ออนไลน์], 10 เมษายน 2564. แหล่งที่มา: https://wipo.lex.wipo.int/en/treaties/ShowResults?search_what=C&treaty_id=843 โดยสนธิสัญญานี้เริ่มมีผลบังคับกับประเทศไทยในวันที่ 28 เมษายน 2562 (2019)

บทบัญญัติใน มาตรา 32/4 สะท้อนให้เห็นถึงการที่ประเทศไทยใช้ประโยชน์จากการเป็นภาคีของ Marrakesh Treaty

สำหรับบทบัญญัติของ Marrakesh Treaty โปรดดูจาก World Intellectual Property Organization, Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who Are

อ้างอิงถึงเงื่อนไขสามประการของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือกรอบของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ (“3-Step Test”) ที่ Article 9 (2) และ Article 13 ดังกล่าวได้กำหนดไว้ และด้วยเหตุที่ไม่มีแนวปฏิบัติว่าด้วยการปรับใช้เงื่อนไขตาม 3-Step Test ที่ผูกพันประเทศสมาชิกของ Berne Convention และ TRIPS Agreement ผู้เขียนจึงนำความเห็นและคำอธิบายเกี่ยวกับ 3-Step Test (ที่น่าจะถือได้ว่าเป็น Soft Law)⁹ ที่จะกล่าวถึงต่อไปนี้มาประกอบการพิจารณาด้วย ความเห็นและคำอธิบายที่กล่าวถึงคือ ความเห็นของ WTO Panel on United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act (WT/DS160/R, 15 June 2000)¹⁰ และคำอธิบายที่ปรากฏใน A Handbook on the WTO TRIPS Agreement (2020)¹¹ และ Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)¹²

Blind, Visually Impaired, or Otherwise Print Disabled [Online], 2 April 2021. Source: <https://wipolex.wipo.int/en/text/301016>

⁹ หัวข้อย่อย 1.4 ที่ปรากฏข้างล่างนี้จะกล่าวถึงคำอธิบายเกี่ยวกับหลัก 3-Step Test

สำหรับคำอธิบายเกี่ยวกับ Soft Law นั้น ผู้อ่านอาจศึกษาได้จากธรรมนิธย์ สุมนต์กุล, **New Legislative Culture: Soft Law** [ออนไลน์], 24 มิถุนายน 2564. แหล่งที่มา: <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act90.pdf>; Dinah L. Shelton, **Soft Law in HANDBOOK OF INTERNATIONAL LAW** [Online], 24 June 2021. Source: https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2048&context=faculty_publications#:~:text=Common%20forms%20of%20soft%20law,of%20understanding%2C%20executive%20political%20agreements%2C

¹⁰ World Trade Organization, **Report of the WTO Panel on (the Case of) United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act (WT/DS160/R, 15 June 2000)**, especially, pp. 31-33, and 69 [Online], 12 April 2021. Source: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/1234da.pdf

¹¹ World Trade Organization, **A Handbook on the WTO TRIPS Agreement**, 2 ed. (Cambridge: 2020), (edited by Antony Taubman, Hannu Wager, and Jayashree Watal), especially, pp. 49-53.

¹² World Intellectual Property, **Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)**, Geneva, 1978, especially, pp. 55-57 [Online],

ตารางที่ 1

ตารางเปรียบเทียบบทบัญญัติที่แสดงถึง 3-Step Test ใน Berne Convention & TRIPS Agreement

Berne Convention (Paris Act, 1971), Article 9 (2)	TRIPS, Article 13
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. ¹³ (เน้นโดยผู้เขียน)	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. ¹⁴ (เน้นโดยผู้เขียน)

ด้วยเนื้อหาของบทความนี้มีอย่างจำกัด การอ้างอิงข้างต้นจึงเป็นไปโดยสังเขป
นอกจากนั้นแล้ว ข้อจำกัดดังกล่าวยังทำให้ผู้เขียนไม่สามารถ (1) กล่าวถึงความเป็นมาของ

1 May 2021. Source: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/615/wipo_pub_615.pdf

¹³ นำมาจาก World Intellectual Property Organization, **Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Paris Act (1971)** [Online], 5 May 2021. Source: http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283698#P140_25350

¹⁴ นำมาจาก World Trade Organization, **Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights** [Online], 3 April 2021. Source: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/trips_e.htm#art1

Berne Convention (Paris Act, 1971) และ TRIPS Agreement และ (2) อธิบายเกี่ยวกับสถานะของ Soft Law ไว้ในที่นี้ได้

1.2 กรอบของบทความ บทความนี้จะกล่าวถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายที่คุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม¹⁵ ของประเทศไทยที่บังคับใช้ในช่วงปี พุทธศักราช 2435 (หรือรัตนโกสินทรศก 111) จนถึงปัจจุบัน (เมษายน 2564) ทั้งนี้ เนื่องด้วย พ.ศ. 2435 เป็นปีแรกที่ประเทศไทย (หรือสยาม) มีกฎหมายห้ามบุคคลคัดลอกบทความที่พิมพ์เผยแพร่ในหนังสือวรรณคดีพิเศษโดยไม่ได้รับคำอนุญาต กฎหมายฉบับดังกล่าวคือ ประกาศหอพระสมุดวชิรญาณ ร.ศ. 111¹⁶

1.3 การแบ่งส่วนของบทความ ผู้เขียนขอลำดับการเขียนในบทความไว้ดังนี้

ส่วนที่ 1 บทนำ ซึ่งประกอบด้วย 4 หัวข้อย่อย ดังนี้ 1.1 ความเบื้องต้น; 1.2 กรอบของบทความ; 1.3 การแบ่งส่วนของบทความ; และ 1.4 หลัก “3-Step Test” กับประเทศไทย

ส่วนที่ 2 บททั่วไปเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย ส่วนนี้ประกอบด้วย 2 หัวข้อย่อย อันได้แก่ 2.1 ในอดีต; และ 2.2 ปัจจุบัน: พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ตามที่แก้ไขแล้ว (พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ)

ส่วนที่ 3 การพิเคราะห์มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ส่วนนี้เน้นพิเคราะห์มาตรา 32 โดยแยกเป็น 2 หัวข้อย่อย อันได้แก่ 3.1 สถานะของมาตรา 32 วรรคหนึ่ง; และ 3.2 ความชัดเจนของบทบัญญัติในมาตรา 32 วรรคสอง

ส่วนที่ 4 การนำมาตรา 32 มาพิเคราะห์ว่าสถานการณ์หรือการกระทำที่ผู้เขียนสมมติขึ้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ ส่วนนี้จะประกอบด้วย 3 หัวข้อย่อย ดังนี้ 4.1 การกระทำที่ผู้เขียนสมมติขึ้น; 4.2 การพิเคราะห์เพื่อตอบคำถามว่าการกระทำที่ผู้เขียน

¹⁵ สำหรับคำนิยามของคำว่า “งานวรรณกรรมและศิลปกรรม (Literary and Artistic Works)” ตามที่ปรากฏใน Berne Convention, Article 2 (1) โปรดดูได้จาก World Intellectual Property Organization, *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Paris Act (1971)* [Online], 2 April 2021. Source: <https://wipolex.wipo.int/en/text/283698> เป็นต้น

¹⁶ สำเนาของประกาศนี้หาได้จาก *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 9 ตอนที่ 23 (4 กันยายน 2435), หน้า 180-181.

สมมติขั้นนั้นจะเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่; และ 4.3 ถ้าบทบัญญัติว่าด้วยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ต่างไปจากที่เป็นอยู่ในปัจจุบันผลของการพิเคราะห์จะต่างไปหรือไม่

ส่วนที่ 5 สรุปและเสนอแนะ

หมายเหตุ ในบทความนี้เว้นแต่จะระบุเป็นอย่างอื่น (1) คำว่า “มาตรา” หมายถึง มาตราในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ และ (2) คำว่า “อนุวรรค” หมายถึง อนุของวรรค (ในมาตรา)¹⁷

1.4 หลัก 3-Step Test กับประเทศไทย

ตามที่ปรากฏในตารางที่ 1 ข้างต้น Berne Convention, Article 9 (2) และ TRIPS Agreement, Article 13 ได้กำหนดเงื่อนไขสามประการของข้อยกเว้นสิทธิทางเศรษฐกิจหรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศสมาชิกไว้ อันได้แก่ (1) “certain special cases (กรณีพิเศษบางกรณี)”¹⁸, (2) “does/do not conflict with a normal exploitation of the work ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานตามปกติ (ของเจ้าของลิขสิทธิ์)” & (3) “does/do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right author/holder (ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร)” ดังเช่นที่ปรากฏในส่วนที่ 6 หมวด 1 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ (ที่จะพิจารณาต่อไปข้างล่างนี้)

จากการค้นคว้า ไม่ปรากฏว่ามีข้อกำหนดหรือแนวปฏิบัติว่าด้วยการปรับใช้เงื่อนไขตาม 3-Step Test ที่ผูกพันประเทศสมาชิกของ Berne Convention และ TRIPS Agreement ไม่มีแม้กระทั่ง Agreed Statements เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว มีเพียงความเห็นของ WTO Panel on United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act (ปี ค.ศ. 2000)

¹⁷ เพื่อความถูกต้อง ชัดเจน และกระชับ ผู้เขียนจึงใช้คำว่า “อนุวรรค” แม้ว่าคำนี้จะไม่ใช่ที่คุ้นเคยของผู้อ่านบางคนก็ตาม

ตัวอย่างของการใช้คำนี้ เช่น “มาตรา 32 วรรคสอง อนุวรรค (1)” ซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกันกับ “มาตรา 32 วรรคสอง (1)”

¹⁸ มีการใช้คำนี้มาก่อน โปรดดู พิศาวท สุคนธพันธุ์ และณัฐพงศ์ สุวรรณอินทร์, การล้อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์กับกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย: กรณีศึกษาปัญหาการตีความว่าด้วยการใช้งานที่เป็นธรรม, เช่น หน้า 10.

เกี่ยวกับ TRIPS Agreement, Article 13¹⁹ และความพยายามในการอธิบายเกี่ยวกับเงื่อนไขทั้ง 3 ประการ ดังเช่นที่ปรากฏใน Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)²⁰ (Guide to the Berne Convention) และ A Handbook on the WTO TRIPS Agreement²¹ (Handbook on TRIPS) ด้วยเหตุข้างต้น ผู้เขียนจึงต้องนำความเห็นของ WTO Panel และคำอธิบายใน Guide to the Berne Convention และ Handbook on TRIPS มาประกอบการแสดงความคิดเห็นในบทความนี้

คำอธิบายและความเห็นที่ปรากฏข้างล่างนี้สะท้อนให้เห็นว่าผู้เขียนคำอธิบายใน Guide to the Berne Convention และ WTO Panel คิดว่าประเทศสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขทั้งสามประการ (the three conditions apply on a cumulative basis)

Guide to the Berne Convention ระบุว่า

“... Article 9, paragraph (2) Exceptions ...

9.6. This provision gives to member countries the power to cut down this exclusive right of reproduction and permit works to be reproduced **"in certain special cases"**. But the freedom allowed them is not total. **The Convention adds two conditions in a formula**, the drafting of which, in Stockholm (1967), led to prolonged debate, and the interpretation of which produces much difference of opinion. **It consists of two phrases which apply cumulatively:** the reproduction **must not conflict with a normal exploitation of the work** and **must not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author ...**²² (เน้นโดยผู้เขียน)

¹⁹ WTO, Report of the Panel on United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act, especially, pp. 31-33, and 69.

²⁰ WIPO, Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971), especially, pp. 55-57.

²¹ WTO, A Handbook on the WTO TRIPS Agreement, pp. 49-53.

²² WIPO, Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971), p. 55.

WTO Panel กล่าวว่า

“6.97 Article 13 of the TRIPS Agreement requires that limitations and exceptions to exclusive rights (1) be confined to certain special cases, (2) do not conflict with a normal exploitation of the work, and (3) do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the rights holder. The principle of effective treaty interpretation requires us to give a distinct meaning of each of the three conditions and to avoid a reading that could reduce any of the conditions to “redundancy or inutility”. The three conditions apply on a cumulative basis, each being separate and independent requirement that must be satisfied. Failure to comply with any one of the three conditions results in the Article 13 exception being disallowed. Both parties agree on the cumulative nature of the three conditions. The Panel shares their view. It may be noted at the outset that Article 13 cannot have more than a narrow or limited operation. Its tenor, consistent as it is with the provisions of Article 9 (2) of the Berne Convention (1971), discloses that it was not intended to provide for exceptions or limitations except for those of a limited nature...”²³ (เน้นโดยผู้เขียน)

ผู้เขียนเห็นว่า ถ้าศาลไทยตีความข้อยกเว้นในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ไปในทางเดียวกันกับคำอธิบายใน Guide to the Berne Convention และความเห็นของ WTO Panel ข้างต้น (กล่าวคือ ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขทั้งสามประการ) ขอบข่ายของข้อยกเว้นตามกฎหมายพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ น่าจะแคบหรือเคร่งครัด เพราะศาลจะต้องพิจารณาก่อนว่า การกระทำที่พิพาทนั้นเข้าข้อยกเว้นที่กฎหมายได้กำหนดไว้แล้วหรือไม่ เช่น เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 32 วรรคสอง อนุวรรค (1) หรือไม่ (อันเป็นไปตามเงื่อนไขประการที่ 1) และถ้าการ

²³ WTO, Report of the Panel on United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act, especially, p. 31.

กระทำนั้นเข้าข่ายกเว้นที่กำหนดไว้แล้ว การกระทำดังกล่าวสอดคล้องกับเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่งของมาตรา 32 (เงื่อนไขประการที่ 2 และเงื่อนไขประการที่ 3) หรือไม่²⁴

2. บททั่วไปเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย

2.1 ในอดีต

ดังที่จะปรากฏข้างล่างนี้ อาจกล่าวได้ว่า ในช่วงแรกของการให้ความคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม ประเทศไทยไม่ได้บัญญัติถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ อย่างไรก็ตามนับตั้งแต่วันที่ 17 กรกฎาคม พ.ศ. 2474²⁵ (ซึ่งเป็นวันที่ Berne Convention เริ่มมีผลผูกพันประเทศไทย) เป็นต้นมา ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายไทยด้วยขอบเขตที่แตกต่างกัน และเท่าที่ปรากฏ ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อยกเว้นที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ สอดคล้องกับกรอบที่ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ซึ่งประเทศไทยเป็นสมาชิก (เช่น Berne Convention, TRIPS Agreement และ Marrakesh Treaty²⁶) กำหนดไว้

²⁴ โปรดดู พิศวาท สุขธนพันธุ์ และณัฐพงศ์ สุวรรณอินทร์, การล้อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์กับกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย: กรณีศึกษาปัญหาการตีความว่าด้วยการใช้งานที่เป็นธรรม, หน้า 23-29 เพิ่มเติม

²⁵ วันที่ 17 กรกฎาคม พ.ศ. 2474 คือวันที่ Berne Convention (ซึ่งได้แก้ไข ณ กรุงเบอร์ลิน เมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน ค.ศ. 1908 และสำเร็จบริบูรณ์ด้วยโปรโตคอลเพิ่มเติม ลงนาม ณ กรุงเบอร์ลินเมื่อวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1914) เริ่มมีผลผูกพันประเทศไทย ทั้งนี้ ตามประกาศกระทรวงการต่างประเทศ เรื่องกรุงสยามเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม ทำ ณ กรุงเบอร์ลิน เมื่อเดือนกันยายน ค.ศ. 1886 แก้ไข ณ กรุงเบอร์ลิน เมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน ค.ศ. 1908 และสำเร็จบริบูรณ์ด้วยโปรโตคอลเพิ่มเติม ลงนาม ณ กรุงเบอร์ลินเมื่อวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1914 ประกาศใน ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 48 (9 สิงหาคม 2474), หน้า 172-176 [ออนไลน์], 2 เมษายน 2562. แหล่งที่มา: http://www.ratchakitcha.soc.go.th/RKJ/announce/search_result.jsp?SID=7BE202E73EDE45B3E69732315E439228

²⁶ โปรดดู Marrakesh Treaty, Article 11 ซึ่งหาได้จาก World Intellectual Property Organization, Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who Are Blind, Visually Impaired, or Otherwise Print Disabled [Online], 10 April 2021. Source: <https://wipolex.wipo.int/en/text/301016>

เพื่อให้ผู้อ่านได้ทราบถึงขอบเขตของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในกฎหมายลิขสิทธิ์แต่ละฉบับว่าเป็นเช่นไร ผู้เขียนจึงขอกล่าวเรียงลำดับดังนี้

2.1.1 พระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือ รัตนโกสินทรศก 120 (พ.ศ. 2444)^{27, 28} กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรม (หนังสือ) ฉบับแรกของประเทศไทย กล่าวคือ พระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือฯ ไม่ได้บัญญัติถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

2.1.2 พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พุทธศักราช 2474 ซึ่งยกเลิกพระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือฯ²⁹ เป็นกฎหมายฉบับแรกที่บัญญัติถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้อย่างชัดเจนและระบุถึง “การใช้โดยธรรม” ด้วย ดังปรากฏข้างล่างนี้

“มาตรา 20 ผู้ใดมิได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ กระทำการซึ่งพระราชบัญญัตินี้ให้สิทธิแต่เจ้าของลิขสิทธิ์แต่ผู้เดียว ท่านว่าผู้นั้นละเมิดลิขสิทธิ์ แต่การกระทำต่อไปนี้ ท่านมิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

(1) การใช้โดยธรรมซึ่งสิ่งมีลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์แห่งการรำเรียนส่วนตัว การค้นหาความรู้ การติชมการวิจารณ์หรือการย่องหนังสือพิมพ์

(2) การทำหรือโฆษณาภาพพระบายสี ภาพวาดเขียน ภาพแกะ หรือรูปถ่ายแห่งภาพหุ่นหรือการช่างทางศิลป ถ้าภาพหุ่นหรือการช่างทางศิลปนั้น ๆ ตั้งประจำอยู่ ณ ที่สาธารณะหรือในโรงเรือนสาธารณะ หรือการทำ หรือการโฆษณาภาพพระบายสี ภาพวาดเขียน ภาพแกะ หรือรูปถ่าย แห่งสถาปัตยกรรมซึ่งเป็นศิลปะ

²⁷ สำเนาของพระราชบัญญัติฉบับนี้หาได้จาก **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 18 (18 สิงหาคม ร.ศ. 120), หน้า 286-288.

พระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือฯ ถูกแก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขพระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือ พ.ศ. 2457 โปรดดู **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 31 (20 ธันวาคม 2457), หน้า 462-470.

²⁸ ขอให้ดูประกาศขอพระสมุทวชิรญาณตามที่ปรากฏใน **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 9 ตอนที่ 23 (4 กันยายน 2435), หน้า 180-181 ด้วย

²⁹ โปรดดูมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมฯ ที่ปรากฏใน **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 48 (21 มิถุนายน 2474), หน้า 128.

(3) การนำมาโฆษณาร่วมกันเพื่อประโยชน์การศึกษาวิทยาศาสตร์ หรือ ประชุมขึ้นวรรณคดี ซึ่งความอันคัดมาสังเขป หรือคำแปลสังเขปอันยาวพอสมควรจาก วรรณกรรมหรือศิลปกรรม หรือทำซ้ำซึ่งรูปศิลปะและรูปถ่ายในเมื่อการทำซ้ำนั้นเป็นเครื่องให้ เข้าใจคำที่อธิบายเป็นหนังสือ แต่การกระทำเช่นนี้ต้องแสดงที่มาแห่งสิ่งซึ่งมีลิขสิทธิ์นั้นไว้ด้วย

(4) การโฆษณาสิ่งเหล่านี้ในหนังสือพิมพ์ คือ รายงานปาฐกถา กถาอื่นหรือ เทศนาที่ได้แสดงต่อประชาชน หรือคำแถลงการณ์ที่ได้กล่าวในทางอรรถคดี แต่ผู้ประพันธ์ ทรงไว้ซึ่งสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะโฆษณาโดยวิธีอื่น”³⁰ (เน้นโดยผู้เขียน)

2.1.3 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521³¹ ซึ่งยกเลิกและถูกใช้แทน พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมฯ ตั้งแต่วันที่ 19 ธันวาคม 2521³² บัญญัติ ถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในหมวดที่ 5 (ซึ่งประกอบด้วยมาตรา 30 - 41) ข้อยกเว้นใน หมวดนี้กว้างมาก³³ แม้ว่าข้อยกเว้นบางข้อมีกรอบกำกับขอบเขตไว้ก็ตาม กรอบที่กล่าวถึงนี้ ปรากฏในมาตรา 30 (7), 31 และ 34 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ที่บัญญัติว่า

“มาตรา 30 การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ มิให้ถือว่าเป็น การละเมิดลิขสิทธิ์ หากมีวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

...

(7) คัดลอก ทำสำเนา ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอนหรือทำบทสรุป โดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษา ตามความเหมาะสมและตามจำนวนที่จำเป็นเพื่อแจกจ่ายหรือ จำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา แต่ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการจัดทำขึ้นหรือ ดำเนินการเพื่อหากำไร และไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมแก่สังคมในการให้ประโยชน์แก่เจ้าของลิขสิทธิ์กับความจำเป็น ทางการศึกษาของประชาชนด้วย

...

³⁰ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 48 (21 มิถุนายน 2474), หน้า 138-139.

³¹ โปรดดู ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 95 ตอนที่ 143 ฉบับพิเศษ (18 ธันวาคม 2521), หน้า 22-41.

³² โปรดดูมาตรา 2 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521

³³ มาตรา 32 (ที่ว่าด้วยสิ่งที่ไม่ถือเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์) น่าจะอยู่ในส่วนอื่นของกฎหมายแทนที่จะ อยู่ในส่วนว่าด้วยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

มาตรา 31 การกล่าว คัดลอก เลียน หรืออ้างอิงงานบางตอนตามสมควร จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

...

มาตรา 34 การนำโสตทัศนวัสดุหรือภาพยนตร์ออกโฆษณาตามความเหมาะสม โดยมีได้จัดทำขึ้นหรือดำเนินการเพื่อกำไรเนื่องจากการจัดให้มีการโฆษณานั้น ...”³⁴ (เน้น โดยผู้เขียน)

ข้อยกเว้นที่ค่อนข้างกว้างนี้น่าจะเป็นผลของการที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ไม่ได้รับรอง 3-Step Test ตาม Berne Convention (Paris Act, 1971), Article 9 (2) โดยตรง Articles 1 – 21 of Berne Convention (Paris Act, 1971) เริ่มมีผลผูกพัน ประเทศไทย ในวันที่ 2 กันยายน 2538³⁵ ดังนั้น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 จึงไม่อาจที่จะรับรอง 3-Step Test ตาม Article 9 (2) ได้โดยสภาพ

อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้ว่า ในส่วนที่เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ (Purposes) ของการกระทำที่ได้รับการยกเว้นนั้น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 30 มีบทบัญญัติที่ชัดเจนกว่าบทบัญญัติของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (ตามที่แก้ไขแล้ว) มาตรา 32 เพราะมาตรา 30 มีข้อความว่า “หากมีวัตถุประสงค์” ในขณะที่มาตรา 32 ไม่มีข้อความดังกล่าว (ดังจะเห็นจากตารางเปรียบเทียบข้างล่างนี้) ความมีอยู่ของข้อความดังกล่าว อาจมีผลต่อการตีความบทบัญญัติว่าด้วยข้อยกเว้นได้

³⁴ โปรดดู ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 95 ตอนที่ 143 ฉบับพิเศษ (18 ธันวาคม 2521), หน้า 34-37.

³⁵ โปรดดู World Intellectual Property Organization, **Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works** [Online], 5 May 2021. Source: <https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/berne.pdf>

ตารางที่ 2

ตารางเปรียบเทียบมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521

และมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ

มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521	มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ
“การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หากมีวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ (1) วิจัยหรือศึกษา (2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลในครอบครัวหรือญาติมิตร (3) ดิชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น (4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของ	“การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามวรรคหนึ่ง มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำดังต่อไปนี้ (1) วิจัยหรือศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร (2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท (3) ดิชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น (4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของ

ลิขสิทธิ์ในงานนั้น

(5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว

(6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอน เพื่อประโยชน์ในการสอนของตน

(7) คัดลอก ทำสำเนา ดัดแปลง บางส่วนของงาน หรือตัดทอนหรือทำบทสรุป โดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษา ตามความเหมาะสมและตามจำนวนที่จำเป็น เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียน หรือในสถาบันศึกษา แต่ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำขึ้นหรือดำเนินการเพื่อหากำไรและไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ เกินความสมควรโดยคำนึงถึงความเป็นธรรม แก่สังคมในการให้ประโยชน์แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ กับความจำเป็นทางการศึกษาของประชาชน ด้วย

ลิขสิทธิ์ในงานนั้น

(5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว

(6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอนเพื่อประโยชน์ในการสอนของตนอันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร

(7) ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอนหรือทำบทสรุปโดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร

(8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ” ³⁶ (เน้นโดยผู้เขียน)	(8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ...” ³⁷ (เน้นโดยผู้เขียน)
--	---

2.2 ปัจจุบัน: พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ตามที่แก้ไขแล้ว (พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ)³⁸

การร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เกิดขึ้นมาพร้อม ๆ กับ TRIPS Agreement ที่กำหนดว่า “... 9.1 Members shall comply with Articles 1 through 21 of the Berne Convention (1971) and the Appendix thereto. However, Members shall not have rights or obligations under this Agreement in respect of the rights conferred under Article 6bis of that Convention or of the rights derived therefrom. ... 13. 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.”³⁹ (เน้นโดยผู้เขียน) อาจจะเป็นด้วยเหตุนี้ 3-Step Test (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เงื่อนไขประการที่ 2 และ 3) จึงปรากฏอยู่ในส่วนที่ 6 ของหมวด 1 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (ดังจะกล่าวข้างล่างนี้)

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้รับการแก้ไขแล้ว 4 ครั้ง โดยการแก้ไขครั้งที่ 4 เกิดขึ้นเพื่อเพิ่มข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ของบุคคลซึ่งมีข้อจำกัดบางประการตาม Marrakesh Treaty (ที่อ้างอิงถึง 3-Step Test ด้วย)

³⁶ โปรดดู ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 95 ตอนที่ 143 ฉบับพิเศษ (18 ธันวาคม 2521), หน้า 34-35.

³⁷ นำมาจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (ตามที่แก้ไขแล้ว) [ออนไลน์], 6 เมษายน 2564. แหล่งที่มา: <https://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=686804&ext=htm>

³⁸ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ยกเลิก พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521

³⁹ นำมาจาก World Trade Organization, **Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights** [Online], 3 April 2021. Source: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm

2.2.1 ส่วนประกอบของส่วนที่ 6 ของหมวด 1 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ กับ 3-Step Test

หมวดที่ 6 ประกอบด้วยมาตรา 32 - 43 โดยกำหนดให้มาตรา 32 วรรคสอง, มาตรา 32/4, มาตรา 33, มาตรา 34, มาตรา 35, มาตรา 36, และมาตรา 43 อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 32 วรรคหนึ่งที่บัญญัติถึงเงื่อนไขประการที่ 2 และประการที่ 3 ของ 3-Step Test ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติที่ระบุว่า “การกระทำความงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ...” (เน้นโดยผู้เขียน)

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขประการที่ 1 ของ 3-Step Test นั้น อาจกล่าวได้ว่าปรากฏอยู่ในรูปของข้อยกเว้นเฉพาะที่บัญญัติไว้ในหมวดที่ 6 นี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อยกเว้นที่ต้องอยู่ในบังคับของวรรคหนึ่งของมาตรา 32 ดังที่กล่าวถึงข้างต้น

3. การพิเคราะห์มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์

ด้วยเหตุที่มาตรา 32 (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง วรรคหนึ่ง) เป็นหัวใจสำคัญของบทบัญญัติว่าด้วยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้เขียนจึงขอพิเคราะห์มาตรานี้ก่อนที่จะพยายามตอบคำถามว่าการกระทำที่ผู้เขียนสมมติขึ้นในส่วนที่ 4 เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ ถ้ากระทำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์⁴⁰

⁴⁰ในที่นี้ ผู้เขียนจะไม่กล่าวถึงสิทธิเฉพาะตัวหรือธรรมสิทธิของผู้สร้างสรรค์ตามมาตรา 18 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ และมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 ซึ่งน่าจะเป็นเรื่องที่ควรได้รับการพิจารณาในบทความที่แยกต่างหาก

มาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ บัญญัติว่า “ผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ ... สิทธิที่จะห้ามมิให้ผู้รับโอนลิขสิทธิ์หรือบุคคลอื่นใดบิดเบือน ตัดทอน ดัดแปลงหรือทำโดยประการอื่นใดแก่งานนั้นจนเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียง หรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ ...” ดังที่ปรากฏในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (ตามที่แก้ไขแล้ว) [ออนไลน์], 6 เมษายน 2564. แหล่งที่มา: <https://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=686804&ext=htm>

เพื่อให้ง่ายต่อการอ่าน ผู้เขียนขอแบ่งส่วนที่ 3 นี้ออกเป็นสองหัวข้อย่อย อันได้แก่

3.1 สถานะของมาตรา 32 วรรคหนึ่ง และ 3.2 ความชัดเจนของบทบัญญัติในมาตรา 32 วรรคสอง โดยหัวข้อย่อยแรกเป็นเรื่องหลักเพราะผู้เขียนจะนำความเห็นที่ได้รับจากการพิเคราะห์ในหัวข้อย่อยนี้ไปใช้ในส่วนที่ 4

3.1 สถานะของมาตรา 32 วรรคหนึ่ง เท่าที่ปรากฏ นักกฎหมายมีความเห็นต่างกันเกี่ยวกับสถานะของมาตรา 32 วรรคหนึ่งว่า (นอกจากจะทำหน้าที่เป็นกรอบของข้อยกเว้นเฉพาะแล้ว) วรรคหนึ่งนี้เป็นข้อยกเว้นทั่วไป (General Exception) ด้วยหรือไม่ กล่าวคือ ถ้ามีการกระทำใดที่เกิดขึ้นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้นและถ้าการกระทำนั้นไม่เข้าข้อยกเว้นที่บัญญัติไว้อย่างแจ้งชัดในส่วนที่ 6 ศาลจะยกเว้นการกระทำดังกล่าวโดยอาศัยมาตรา 32 วรรคหนึ่งได้หรือไม่ อนุมานจากความเห็นที่ปรากฏข้างล่างนี้ ท่านอาจารย์ปริญญา ตีผดุง น่าจะเป็นหนึ่งในนักกฎหมายซึ่งเห็นว่ามาตรา 32 วรรคหนึ่งเป็น General Exception ท่านอาจารย์ปริญญา ได้กล่าวว่า

“การที่ผู้สร้างงานที่ทำขึ้นลือเลียนต้องใช้งานต้นฉบับอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นในเนื้อหาเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้สาธารณชนเข้าใจว่าเป็นงานที่ลือเลียนงานต้นฉบับอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นใดของผู้ใดเท่านั้น ยังถือได้ว่าเป็นการใช้งานต้นฉบับอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรอีกด้วย การสร้างงานลือเลียนในลักษณะเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะถือได้ว่าเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยชอบธรรม (fair use) เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ดังที่บัญญัติไว้เป็นหลักการในมาตรา 32 วรรคหนึ่งได้เช่นเดียวกับที่ศาลสูงสุดสหรัฐวินิจฉัยไว้ในคดี Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc. ดังกล่าวข้างต้น”⁴¹ (เน้นโดยผู้เขียน)

มาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่ ...” ดังที่ปรากฏในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย [ออนไลน์], 18 มิถุนายน 2564. แหล่งที่มา: <https://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=774606&ext=htm>

⁴¹ ปริญญา ตีผดุง, ปัญหาการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547), หน้า 11.

ท่านอาจารย์นนทน อินทนนท์ และท่านอาจารย์สืบศิริ ทวีผล น่าจะมีความเห็นคล้ายกับของท่านอาจารย์ปริญญาฯ ทั้งนี้อนุมานได้จากงานเขียนที่ระบุว่า “The first paragraph of Section 32 of the Copyright Act provides the following general exception to copyright infringement ...”⁴² (เน้นโดยผู้เขียน) ผู้พิพากษาในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางซึ่งตัดสินคดีหมายเลขดำที่ ทป. 145/2545 คดีหมายเลขแดงที่ ทป. 116/2546 น่าจะมีความเห็นคล้ายกับท่านอาจารย์ปริญญาฯ เช่นกัน เพราะในการพิจารณาตัดสินคดี ศาลอ้างมาตรา 32 โดยไม่ได้กล่าวถึงวรรคสอง อนุวรรค (1) เป็นการเฉพาะเจาะจง ดังจะเห็นได้จากข้อความที่ระบุว่า

“...ปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยต่อไปมีว่าการกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์หรือไม่ เห็นว่า งานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์เป็นเรื่องของการเรียบเรียงถ้อยคำเพื่ออธิบายหรือให้ความหมายศัพท์ การกระทำที่จะถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดังกล่าวจะต้องเป็นเรื่องของการทำซ้ำ หรือดัดแปลงงาน ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญจากเนื้อหาโดยรวมทั้งหมดของงานนั้น การที่จำเลยนำความหมายของถ้อยคำทั้งเจ็ดคำจากหนังสือของโจทก์และนำมาดัดแปลงโดยการให้ความหมายเพิ่มเติม ตัด หรือขยายผลความบางส่วนเข้าไป แล้วนำไปใส่ไว้ในหนังสือของจำเลย แม้จะถือได้ว่าเป็นการทำซ้ำและดัดแปลง แต่เนื่องจากงานที่โจทก์สร้างสรรค์ขึ้นล้วนเกี่ยวข้องกับถ้อยคำในตัวบทกฎหมาย ซึ่งเป็นเรื่องที่ใช้กันโดยทั่วไปในชีวิตประจำวันของคนในสังคมและความหมายเพียงประการเดียวไม่อาจอธิบายให้มีความหมายเป็นอย่างอื่นได้ ดังนั้น จึงจำเป็นอยู่เองที่จำเลยซึ่งมีหน้าที่ตามกฎหมายโดยตรงในการให้คำนิยามศัพท์ต่าง ๆ จะต้องนำถ้อยคำหรือความหมายที่โจทก์เรียบเรียงขึ้นไปใช้ในการให้ความหมายเพื่อความถูกต้องในทางวิชาการ และจำเลยไม่มีหนทางที่จะให้ความหมายถ้อยคำพิพาทให้มีความหมายเป็นอย่างอื่นไปได้ การกระทำของจำเลยจึงเป็นเรื่องที่จำเป็นของการทำหน้าที่ค้นคว้า วิจัย และเผยแพร่ทางวิชาการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด ... อีกทั้งจำเลยเป็นนิติบุคคลของรัฐ ... ไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรในเชิงพาณิชย์ เมื่อพิจารณาถึงผลกระทบต่อการแสวงหาประโยชน์ของโจทก์ ก็ปรากฏว่างานของโจทก์ ... เป็น

⁴² Nandana Indananda and Suebsiri Taweepoon, **Fair Use: A Narrow Exception to Copyright Infringement in Thailand** [Online], 4 April 2021. Source: <https://www.tilleke.com/resources/fair-use-narrow-exception-copyright-infringement-thailand>

หนังสือที่มีลักษณะเป็นบทความวิจารณ์งานของจำเลยที่มีอยู่ก่อนแล้ว ... ดังนั้น การพิมพ์พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 2 และครั้งที่ 3 ... ของจำเลย จึงเป็นเรื่องการเผยแพร่ผลงานทางวิชาการตามปกติ และมีลักษณะแตกต่างจากงานของโจทก์ ... อย่างสิ้นเชิง ไม่ขัดกับการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของโจทก์และไม่กระทบกระเทือนต่อประโยชน์ของโจทก์แต่อย่างใดเลย การกระทำของจำเลยจึงเข้าข่ายยกเว้นตามกฎหมาย ไม่เป็นการละเมิด...”⁴³ (เน้นโดยผู้เขียน)

ถ้าพิจารณาตามความเห็นของ WTO Panel ที่เห็นว่า “ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขทั้งสามประการ (the three conditions apply on a cumulative basis)” (ที่อ้างถึงข้างต้น) การยอมให้วรรคหนึ่งเป็น General Exception (ที่จะเปิดโอกาสให้ศาลสร้างข้อยกเว้นเพิ่มเติมเอง) โดยไม่มีการตรากฎหมายบัญญัติถึงข้อยกเว้นเฉพาะหรืออย่างชัดเจน (ตามเงื่อนไขประการที่ 1 ซึ่งกล่าวถึง “กรณีพิเศษบางกรณี (Certain Special Cases)”) น่าจะไม่สอดคล้องกับ 3-Step Test เพราะเงื่อนไขประการที่ 1 ขาดหายไป⁴⁴

น่าจะถือได้ว่าความเห็นของท่านอาจารย์ปริญญาฯ และของนักกฎหมายซึ่งมีความเห็นคล้ายกับท่านอาจารย์ปริญญาฯ (ที่เห็นว่ามาตรา 32 วรรคหนึ่งเป็น General Exception) เป็นการตีความแบบยืดหยุ่นหรือแบบไม่เคร่งครัด (ในที่นี้ขอเรียกว่า “กลุ่มตีความแบบยืดหยุ่น”)

ความเห็นที่ต่างไปจากความเห็นของกลุ่มตีความแบบยืดหยุ่น: อนุมานจากความเห็นที่ปรากฏข้างล่างนี้ รองศาสตราจารย์อรพรรณ พันธ์พัฒนา และศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5843/2543 มีความเห็นต่างไปจากความเห็นของท่านอาจารย์ปริญญาฯ เพราะท่านอาจารย์อรพรรณฯ กล่าวว่า

“7.2 เงื่อนไขของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ... พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติไว้ในมาตรา 32 วรรคหนึ่ง ... จะเห็นได้ว่ามาตรา 32 นี้บัญญัติไว้เป็นทำนองเดียวกันกับ

⁴³ โปรดดูคำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง คดีหมายเลขคำที่ ทป. 145/2545 คดีหมายเลขแดงที่ ทป. 116/2546 หน้า 24-25.

⁴⁴ โปรดดู พิศวาท สุคนธพันธุ์ และณัฐพงศ์ สุวรรณอินทร์, การล้อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์กับกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย: กรณีศึกษาปัญหาการตีความว่าด้วยการใช้งานที่เป็นธรรม, หน้า 23-29 เพิ่มเติม

Article 13 ของความตกลง TRIPS ดังนั้น การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นซึ่งจะเข้าข่ายกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น มีเงื่อนไข 2 ประการ คือ

1) การใช้งานนั้นต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาผลประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์

2) การใช้งานนั้นต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร”⁴⁵ (ขีดเส้นใต้โดยผู้เขียน)

และศาลฎีการะบุว่า

“โจทก์ทั้งสามอุทธรณ์ว่า การทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ร่วมทั้งสามมิใช่การรับจ้างทำซ้ำโดยถ่ายสำเนาเอกสารจากนักศึกษาที่ว่าจ้างจำเลยให้ทำซ้ำขึ้นเพื่อการศึกษา วิจัยโดยไม่ขัดต่อการแสวงหาผลประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของโจทก์ร่วมทั้งสาม และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร อันถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด ... จากพยานหลักฐานของโจทก์และโจทก์ร่วมทั้งสาม ... เห็นได้ว่า ... จำเลยทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ร่วมทั้งสาม ... โดยการถ่ายสำเนาเอกสาร ... ไว้เพื่อขาย เสนอขาย และมีไว้เพื่อขายอันเป็นการที่จำเลยทำขึ้นเองเพื่อการค้าและแสวงหาประโยชน์จากการขายสำเนางานที่จำเลยทำซ้ำขึ้นมา มิใช่เป็นการรับจ้างถ่ายเอกสารจากนักศึกษาที่ต้องการได้สำเนางานที่เกิดจากการทำซ้ำไปใช้ในการศึกษาวิจัยอันเป็นเหตุยกเว้นมิให้ถือว่าการทำซ้ำของจำเลยไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32 (1) แต่อย่างใด”⁴⁶

การตีความตามแนวของท่านอาจารย์อรพรรณฯ น่าจะถือได้ว่าเป็นการตีความอย่างเคร่งครัด (ในที่นี้ ขอเรียกว่า “กลุ่มตีความอย่างเคร่งครัด”)

การพิเคราะห์เกี่ยวกับเงื่อนไขที่อยู่ในมาตรา 32 วรรคหนึ่ง ก่อนจะพิเคราะห์มาตรา 32 วรรคสองต่อไป ผู้เขียนขอกล่าวไว้ ณ ที่นี้ว่า การชี้ขาดว่าการกระทำใดเป็นไปตามเงื่อนไขในมาตรา 32 วรรคหนึ่งหรือไม่ (กล่าวคือ การกระทำใดขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติและไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายเกินสมควรหรือไม่) เป็นเรื่องที่กระทำได้ยาก

⁴⁵โปรดดู อรพรรณ พันธ์พัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า 84-85.

⁴⁶โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5843/2543 หน้า 8-11.

เพราะพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ไม่ได้กำหนดมาตรหรือตัววัดสำหรับการชี้ขาดดังกล่าวไว้ ฉะนั้น การชี้ขาดจึงเป็นดุลยพินิจของศาล ซึ่งอาจมีความเห็นที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้ว่า “หากการนำงานลิขสิทธิ์ของคนอื่นมาใช้ในปริมาณมาก ก็ถือว่าเป็นการใช้ที่ไม่เป็นธรรม หรือ ในกรณีที่นำงานลิขสิทธิ์ของคนอื่นมาใช้ แม้ปริมาณน้อยก็อาจเป็นการละเมิดได้ หากส่วนนั้น เป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือหัวใจของงานชิ้นนั้น”⁴⁷

3.2 ความชัดเจนของบทบัญญัติในมาตรา 32 วรรคสอง

ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติของมาตรา 32 วรรคสองไม่มีความชัดเจน ดังที่จะอนุมานได้จากที่จะกล่าวข้างล่างนี้ ความไม่ชัดเจนอาจทำให้เกิดคำถามและความเห็นที่แตกต่างกันได้ กล่าวคือ

คำถามที่ 1: อนุวรรค (1) - (4) และอนุวรรค (8) แตกต่างจากอนุวรรค (5) - (7) หรือไม่

คำถามที่ 2: อนุวรรค (1) - (4) และอนุวรรค (8) เป็นวัตถุประสงค์ (Purposes) ของ การกระทำที่ได้รับการยกเว้นหรือไม่

คำถามที่ 3: การกระทำดังต่อไปนี้ (ซึ่งเป็นสถานการณ์สมมติ) เข้าข่ายยกเว้นที่ปรากฏ ในมาตรา 32 วรรคสองหรือไม่ กระทำดังกล่าวคือ ดำทำสำเนา 2 บทจากจำนวน 12 บท (หรือ ประมาณ 17%) ของหนังสือชื่อ “กฎหมายว่าด้วยมรดก” (ที่อาจารย์แดงเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์) เพื่อใช้ประกอบการศึกษาวิชากฎหมายว่าด้วยมรดก การทำสำเนานั้นเกิดขึ้นโดยไม่ได้รับ อนุญาตจากอาจารย์แดง และถ้าถูกดำเนินคดี เขาจะอาศัยอนุวรรค (1) ของมาตรา 32 วรรคสอง ได้หรือไม่

ก่อนที่จะกล่าวต่อไป ผู้เขียนขอเรียนไว้ล่วงหน้าว่า คำตอบสำหรับคำถามที่ 3 มี มากกว่าหนึ่งคำตอบ ดังปรากฏจากการพิจารณาข้างล่างนี้

ในส่วนที่เกี่ยวกับคำถามที่ 1 และคำถามที่ 2 นั้น ผู้เขียนเห็นว่า อนุวรรค (5) - (7) ระบุอย่างชัดเจนถึง

⁴⁷ โปรตตุ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, *คู่มือการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม* [ออนไลน์], 25 มิถุนายน 2564. แหล่งที่มา: <http://www.ipthailand.go.th/th/dip-news/item/คู่มือการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม-2.html> หน้า 11.

(1) การกระทำที่ได้รับการยกเว้น อันได้แก่ “ทำซ้ำ” “ดัดแปลง” “นำออกแสดง” “ทำให้ปรากฏ” “ดัดแปลงบางส่วนของงาน” “ตัดทอน” และ “ทำบทสรุป” ในขณะที่อนุวรรค (1) - (4) และอนุวรรค (8) ไม่ระบุถึงการกระทำใดเลย

หมายเหตุ การกระทำที่อนุวรรค (5) - (7) กล่าวถึงนั้น อยู่ในคำนิยามของคำว่า “ทำซ้ำ” “ดัดแปลง” และ “เผยแพร่ต่อสาธารณชน” (ที่ปรากฏในมาตรา 4) คำทั้งสามเป็นสิทธิที่มาตรา 15 วรรคหนึ่งระบุไว้

(2) **วัตถุประสงค์ (Purposes)** ของการกระทำที่ได้รับการยกเว้น อันได้แก่ “เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว” “เพื่อประโยชน์ในการสอนของตน อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร” และ “เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ...” ในขณะที่ไม่มีความชัดเจนว่าอนุวรรค (1) - (4) และอนุวรรค (8) เป็นการกระทำหรือเป็น**วัตถุประสงค์ของการกระทำ**

หมายเหตุ ในส่วนที่เกี่ยวกับ “**วัตถุประสงค์**” นั้น ผู้เขียนจะกล่าวเพิ่มเติมในส่วนท้ายของหัวข้อย่อย 3.2 นี้

สำหรับคำตอบของคำถามที่ 3 นั้น ผู้เขียนขอพิจารณาดังนี้

ขั้นตอนที่ 1 (การแยก/ตัดมาตราที่ไม่เกี่ยวข้องออกก่อน) ในเบื้องต้น ผู้เขียนคิดว่าควรพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยข้อยกเว้นในส่วนที่ 6 ทั้งหมดเพื่อแยกมาตราที่ไม่เกี่ยวข้องออก ถ้าดำเนินการเช่นนี้ จะเห็นว่ามาตราที่ไม่เกี่ยวข้องกับการทำสำเนาของคำคือ มาตรา 32 วรรคสอง อนุวรรค (3) - (8), มาตรา 32/1, มาตรา 32/2, มาตรา 32/3, มาตรา 32/4, มาตรา 33, มาตรา 34, มาตรา 35, มาตรา 36, มาตรา 37, มาตรา 38, มาตรา 39, มาตรา 40, มาตรา 41, มาตรา 42 และมาตรา 43

ขั้นตอนที่ 2 (การนำบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องมาวินิจฉัย) การพิจารณาในขั้นตอนที่ 1 ทำให้เห็นว่ามีเพียงมาตรา 32 วรรคสอง อนุวรรค (1) และอนุวรรค (2) ที่จะนำมาวินิจฉัยการทำสำเนาของคำได้ อย่างไรก็ตาม ถ้าพิจารณาจากคำกล่าวข้างล่างนี้ ท่านอาจารย์ปริญญา ตีผลคงน่าจะมีความเห็นต่างจากผู้เขียน เพราะท่านอาจารย์ปริญญาฯ เห็นว่า **การทำซ้ำ**และการ

ดัดแปลงเป็นเรื่องของมาตรา 32 วรรคหนึ่ง และมาตรา 32 วรรคสอง อนุวรรค (5), (6) และ (7) เท่านั้น ท่านอาจารย์ปริญญาฯ กล่าวว่า⁴⁸

“เมื่อหันมาพิจารณาปัญหานี้ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ของประเทศไทย การสร้างงานที่มีเป้าหมายล่อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเพื่อความตลกขบขันอย่างแท้จริง โดยใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นในเนื้อหาเท่าที่จำเป็นเพื่อให้สาธารณชนเข้าใจได้ว่าเป็นงานที่ ล่อเลียนมาจากการงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นใดของผู้ใด โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในงาน ต้นฉบับที่นำมาล่อเลียนนั้น น่าจะถือได้ว่าเป็นทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบ แก้ไขเพิ่มเติมงาน ต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่อันเป็นการ ดัดแปลงงานต้นฉบับอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นตามความหมายของคำว่า “ดัดแปลง” ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติดังกล่าว ... เมื่อผู้สร้างงานล่อเลียนที่ดัดแปลงนั้นไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของ ลิขสิทธิ์ในงานต้นฉบับ การสร้างงานล่อเลียนนั้นย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ ในงานต้นฉบับ มีปัญหาต่อไปว่า การสร้างงานล่อเลียนในลักษณะดังกล่าวเข้าข่ายกเว้นการ ละเมิดลิขสิทธิ์ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 32 ถึง 43 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือไม่ ปัญหานี้จะเห็นได้ว่าการดัดแปลงงานวรรณกรรมหรืองานศิลปกรรมอันมีลิขสิทธิ์ของ ผู้อื่นที่เข้าข่ายกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์มีบัญญัติไว้เฉพาะในมาตรา 32 วรรคหนึ่ง และ มาตรา 32 วรรคสอง (5) (6) และ (7) ดังนี้

‘มาตรา 32 การกระทำความงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หาก ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และ ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็น การละเมิดลิขสิทธิ์

ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ ตามวรรคหนึ่งมิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำได้ดังต่อไปนี้ ...

(5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของ ศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว

⁴⁸ เพื่อให้ผู้อ่านเห็นถึงกระแสดวงความคิดของท่านอาจารย์ปริญญาฯ ข้อความที่จะคัดข้างล่างนี้จึง ค่อนข้างยาว แต่ก็ไม่ได้ยาวจนเกินความจำเป็น

(6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอน เพื่อประโยชน์ในการสอนของตนอันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร

(7) ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอนหรือทำบทสรุปโดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร ...’

การสร้างงานล้อเลียนงานวรรณกรรมหรืองานศิลปกรรมอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเพื่อความตลกขบขันโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้นคงเห็นได้ชัดว่ามิใช่การดัดแปลงงานนั้นเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายหรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว และมีใช้การดัดแปลงงานนั้นโดยผู้สอนเพื่อประโยชน์ในการสอนของตนอันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร ตลอดจนมิใช่การดัดแปลงบางส่วนของงานโดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษาเพื่อแจกจ่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษาอันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร ตามมาตรา 32 วรรคสอง (5) (6) และ (7) ดังกล่าวแต่อย่างใด”⁴⁹ (เน้นโดยผู้เขียน)

ผู้เขียนเห็นว่าการตีความของท่านอาจารย์ปริญญาฯ ข้างต้นเป็นการตีความตามตัวอักษรที่จะมีผลทำให้บทบัญญัติของมาตรา 32 วรรคสองแคบ ความเห็นของท่านอาจารย์ปริญญาฯ จะทำให้คำไม่น่าจะสามารถอาศัยอนุวรรค (1) และ (2) ได้ เพราะอนุวรรคดังกล่าวไม่ได้บัญญัติถึงการทำซ้ำ (ทำสำเนา) ไว้

ด้วยความเคารพ ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับความเห็นของท่านอาจารย์ปริญญาฯ เพราะผู้เขียนเห็นว่า นักกฎหมายไม่ควรตีความตามตัวอักษรถ้าการตีความเช่นนั้นจะทำให้เกิดคำถามอื่นหรือความไม่สมเหตุสมผลตามมา ผู้เขียนเห็นว่า ในการตีความควรดูเจตนาของกฎหมายถ้าเป็นไปตามความเห็นเช่นนี้ อาจจะกล่าวต่อไปได้ว่า

1. พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ เกิดขึ้นเพื่อมุ่งให้มีการสร้างสรรค์งานที่เป็นประโยชน์ต่อสังคมและที่สาธารณชนสามารถใช้ประโยชน์ได้โดยผ่านการใช้โดยธรรม (Fair Use) ด้วยการ

⁴⁹ ปริญญา ศิผดุง, ปัญหาการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 5-6.

ให้ความคุ้มครองทางกฎหมายในรูปของสิทธิ (ทั้งสิทธิทางเศรษฐกิจ⁵⁰ และสิทธิเฉพาะตัว/ ธรรมชาติ⁵¹) เป็นการตอบแทน ด้วยเหตุนี้ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ จึง

1.1 มอบสิทธิทางเศรษฐกิจ (ที่ปรากฏในมาตรา 15 วรรคหนึ่ง) ให้แก่เจ้าของ ลิขสิทธิ์และระบุว่า (เว้นแต่กรณีจะเข้ามาตรา 9, 10 และ 14) เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่ผู้เดียว ที่จะใช้สิทธินั้น และ

1.2 อนุญาตให้มีการใช้สิทธิทางเศรษฐกิจได้ แม้เจ้าของสิทธิไม่ได้ให้ คำอนุญาตก็ตาม ทั้งนี้ เพื่อให้สาธารณชนเข้าถึงงานที่ได้รับความคุ้มครอง การอนุญาตโดย กฎหมายนี้ปรากฏในบัญญัติว่าด้วยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งรวมถึงมาตรา 32 วรรคสอง

2. ถ้าเป็นไปตามที่กล่าวข้างต้น การที่ดําทำสำเนาหนังสือโดยไม่ได้รับอนุญาตจาก อาจารย์แดงนั้น ดํ่าจะหลุดพ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ก็ต่อเมื่อ

2.1 ดํ่าสามารถอาศัยข้อยกเว้นหนึ่งข้อยกเว้นใดในมาตรา 32 วรรคสองได้ และ

2.2 การทำสำเนาของดํ่าสอดคล้องกันกับเงื่อนไขในมาตรา 32 วรรคหนึ่ง

เมื่อพิจารณามาตรา 32 วรรคสอง อนุวรรค (1) และอนุวรรค (2) ผู้เขียนเห็นว่าดํ่า น่าจะอาศัยอนุวรรค (1) ที่ระบุว่า “วิจัยหรือศึกษางานนั้นอันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร” ได้ แม้ว่าอนุวรรค (1) ไม่ได้ระบุคำว่า “ทำซ้ำ” ไว้ก็ตาม

สมมติว่า ดํ่าสามารถอาศัยอนุวรรค (1) ได้ ลำดับต่อไปคือ ต้องพิจารณาว่าการทำ สำเนาของดํ่าสอดคล้องกันกับเงื่อนไขในมาตรา 32 วรรคหนึ่งหรือไม่ เงื่อนไขดังกล่าวคือ “หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และ ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร” (เน้นโดยผู้เขียน) ถ้าพิจารณาจากจำนวนบทของหนังสือที่ดํ่าทำสำเนา กล่าวคือ เพียง 2 บทจากจำนวน 12 บท ผู้เขียนเห็นว่าการทำสำเนาของดํ่าสอดคล้องกับเงื่อนไขในวรรคหนึ่งของมาตรา 32

จากที่กล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า ถ้าพิจารณาและวินิจฉัยตามความเห็นของท่าน อาจารย์ปริญญาฯ การทำสำเนาของดํ่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของอาจารย์แดง เพราะไม่เข้า

⁵⁰ สำหรับสิทธิทางเศรษฐกิจ โปรดดูมาตรา 15

⁵¹ สำหรับสิทธิเฉพาะตัวหรือธรรมชาติของผู้สร้างสรรค์ โปรดดูมาตรา 18

ช้อยกเว้นใดเลย แต่ถ้าพิจารณาและวินิจฉัยตามจุดมุ่งหมายของกฎหมาย โอกาสที่การทำสำเนาของคำได้รับการยกเว้นจะสูงขึ้น

ประเด็นที่เสนอพิจารณาเกี่ยวกับมาตรา 32 วรรคสอง ตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่ามีความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับสถานะของอนุวรรค (1) - (4) และ (8) ว่าเป็นการกระทำที่กฎหมายยกเว้นให้ หรือเป็น**วัตถุประสงค์ (Purposes)** ของการกระทำ ความไม่ชัดเจนนี้สามารถทำให้การกระทำการกระทำการเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ดังจะเห็นได้จากการทำสำเนาของคำที่ผู้เขียนสมมติขึ้นและยกเป็นตัวอย่างข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าความไม่ชัดเจนที่กล่าวถึงนี้อาจจะลดหรือหมดไปได้ ถ้ามาตรา 32 กล่าวอย่างชัดเจนเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ ดังนั้น หน่วยงานที่เกี่ยวข้องน่าจะพิจารณาว่า**ควรแก้ไขบทบัญญัติของมาตรา 32 ให้คล้ายกันกับมาตรา 30** ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ในส่วนว่าด้วย**วัตถุประสงค์หรือไม่**

4. การนำมาตรา 32 มาวิเคราะห์ว่าสถานการณ์หรือการกระทำที่ผู้เขียนสมมติขึ้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่

เพื่อทดสอบว่าบทบัญญัติของมาตรา 32 เข้มงวดหรือยืดหยุ่น ผู้เขียนจึงสมมติสถานการณ์หรือการกระทำขึ้น (ต่อไปนี้จะขอใช้คำว่า “การกระทำฯ”) จากนั้นก็จะนำมาตรา 32 (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง วรรคหนึ่ง) มาวิเคราะห์ว่าแต่ละการกระทำฯ เข้าช้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ และถ้าคำตอบเป็นเชิงปฏิเสธ ควรมีการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา 32) หรือไม่ และอย่างไร ด้วยเหตุนี้ ส่วนที่ 4 จะถูกแบ่งเป็นหัวข้อย่อยดังนี้ 4.1 การกระทำที่ผู้เขียนสมมติขึ้น 4.2 การวิเคราะห์และพยายามตอบคำถามว่าการกระทำที่ผู้เขียนสมมติขึ้นนั้นเข้าช้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ และ 4.3 ถ้าบทบัญญัติว่าด้วยช้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ต่างไปจากที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน คำตอบจะแตกต่างหรือไม่

หมายเหตุ แม้ส่วนที่ 4 จะเน้นพิจารณามาตรา 32 วรรคหนึ่ง ก็ตาม แต่ผู้เขียนจะกล่าวถึงช้อยกเว้นอื่นเมื่อเกี่ยวข้องหรือจำเป็น

4.1 การกระทำที่ผู้เขียนสมมติขึ้น: เพื่อให้การพิเคราะห์ว่าการกระทำใดเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ ผู้เขียนขอสมมติสถานการณ์หรือการกระทำขึ้น (ดังปรากฏข้างล่างนี้)

การกระทำสมมติที่ 1 การแปลงหรือเปลี่ยนรูปของเพลงเพื่อผู้ฟังต่างกลุ่ม เช่น ในคดี Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.⁵² ซึ่งมีการแปลงเพลงต้นฉบับที่เป็นเพลง Rock Ballad เป็น Rap Music และศาลเห็นว่าเป็น Transformative Use และเป็นการใช้โดยธรรม (Fair Use) เพราะเป็นการเปลี่ยนรูปสำหรับกลุ่มผู้ฟังซึ่งต่างไปจากผู้ฟังเพลงต้นฉบับ

การกระทำสมมติที่ 2 การสแกนหนังสือเพื่อให้ผู้สนใจค้นหาหนังสือหรือเนื้อหาที่ถูกสแกนได้ง่ายหรือสะดวกขึ้น เช่น กรณีของ Google Book Search/Google Print Library Partner Project ในคดี Authors Guild, et al, v. Google Inc.⁵³ ที่จำเลยให้เหตุผลว่าทำขึ้นเพื่อให้ผู้สนใจค้นหาหนังสือหรือเนื้อหาที่ถูกสแกนได้ง่ายหรือสะดวกขึ้น

⁵² ข้อเท็จจริงบางส่วนเกี่ยวกับคดีนี้ซึ่งเป็นที่เชื่อกันว่าเป็นการล้อเลียนเพลง (รวมทั้งการเปรียบเทียบเพลงทั้งสองเพลงซึ่งได้แก่ เพลง “Oh, Pretty Woman” และ เพลง “Pretty Woman”) หาได้จาก YouTube, 2 Live Crew Discuss Pretty Women Supreme Court Case ‘Campbell v Acuff-Rose’ (13 March 2014) [Online], 14 April 2021. Source: <https://www.youtube.com/watch?v=CRssktqjvOk>

อนึ่ง เท่าที่ปรากฏ นักกฎหมายบางคนเห็นว่าการล้อเลียนงาน (Parody) เป็นหนึ่งในรูปแบบของ Transformative Use โปรดดู PROFILETREE, Fare Use Copyright: Understanding Business Law [Online], 5 April 2021. Source: <https://profielertree.com/faPir-use-copyright/>

⁵³ ความเห็นของ U.S. Court of Appeals for the Second Circuit ในคดี Authors Guild, et al, v. Google Inc. สำเนาของคำพิพากษาของคดีนี้หาได้จาก Justia, The Authors Guild Inc., et al v. Google, Inc., No. 12-3200 (2d Cir. 2013) [Online], 8 April 2021. Source: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/12-3200/12-3200-2013-07-01.html>

สำหรับบทความภาษาไทยเกี่ยวกับเรื่องนี้โปรดดู เช่น สมชาย รัตนเชื้อสกุล, การแปรรูปสำเนาในงานอันมีลิขสิทธิ์: ข้อพิจารณาจากคดีกูเกิ้ล (Transformation on Copyright Work: Consideration from the Google’s Case), วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย, ปีที่ 8 เล่มที่ 1 (มิถุนายน 2559), หน้า 148-169 หมายเหตุ สำเนาของบทความนี้อ้างหาได้จากมหาวิทยาลัยหอการค้าไทย, การแปรรูปสำเนาในงานอันมีลิขสิทธิ์: ข้อพิจารณาจากคดีกูเกิ้ล (Transformation on Copyright Work: Consideration from the Google’s Case) [ออนไลน์], 8 เมษายน 2564. แหล่งที่มา: <http://utcc2.utcc.ac.th/lawjournal/81/Somchai.pdf>

การกระทำสมมติที่ 3 การใช้ประโยชน์งานเพื่อวัตถุประสงค์ที่ต่างไปจากวัตถุประสงค์เดิมของงานนั้น เช่น การนำเพลง (ที่ทำขึ้นเพื่อความบันเทิงหรือความรื่นรมย์ของผู้ฟัง) ไปร้องหรือเล่นในงานฉาบฉวย⁵⁴

การกระทำสมมติที่ 4 “การแต่งกายเลียนแบบ”⁵⁵ หรือ “Cosplay” ที่ Oxford Dictionary อธิบายว่าหมายถึง “the activity of dressing up as a character from a film, book or video game”⁵⁶

หมายเหตุ (1) การกระทำสมมติที่ 1 และ 2 นับได้ว่าเป็น “การใช้งานด้วยการแปร/เปลี่ยนรูปหรือเพิ่มเติมงานนั้นอันมีผลทำให้เกิดหรือได้มาซึ่งงานที่มีรูปแบบ ลักษณะ หรือ จุดมุ่งหมายที่แตกต่างไปเดิม (Transformative Uses)” ที่ U.S. Copyright Office’s website ให้คำอธิบายคำว่าหมายถึง การใช้ที่ “... add something new, with a further purpose or different character, and do not substitute for the original use of the work ...”⁵⁷

(2) เมื่อกล่าวถึง Transformative Uses แล้ว เพื่อให้ส่วนนี้ครบถ้วนมากขึ้น ผู้เขียนจะกล่าวถึงการทำสำเนาอย่างจำกัดหรือเท่าที่จำเป็นซึ่ง “ส่วนต่อประสานโปรแกรมประยุกต์ (Application Programming Interface - API)” อย่างเช่นที่ปรากฏในคดี Google LLC v. Oracle America, Inc.⁵⁸ ที่ U.S. Supreme Court (เสียงข้างมาก) เห็นว่าการทำสำเนาอย่าง

⁵⁴ เท่าที่ปรากฏ งานฉาบฉวยในภาคเหนือของประเทศไทยบางงาน หลังจากประชุมเพลิงแล้ว มีการเปิดเพลง (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เปิดจากสื่อบันทึกเสียง เช่น จาก compact disk - CD) โดยเพลงเหล่านั้นไม่ได้ผลิตเพื่อใช้ในงานฉาบฉวยโดยตรง คำถามคือ การเปิดเพลงเช่นนี้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่

⁵⁵ โปรดดู amayatvcosplay.blogspot.com, **Cosplay** [ออนไลน์], 18 มิถุนายน 2564. แหล่งที่มา: http://amayavcosplay.blogspot.com/p/blog-page_2.html

⁵⁶ โปรดดู Oxford Learner’s Dictionaries, **Cosplay** [Online], 18 June 2021. Source: https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/cosplay_1

⁵⁷ โปรดดู U.S. Copyright Office, **More Information on Fair Use** [Online], 29 April 2021. Source: <https://www.copyright.gov/fair-use/more-info.html>

⁵⁸ สำหรับการตีความ 17 U.S. Code Section 107 ของ U.S. Supreme Court ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ Transformative Use ที่เกิดขึ้นเมื่อไม่นานมานี้ (5 เมษายน 2564) หาได้จากคดี Google LLC v. Oracle America, Inc. 593 U.S. _____ (2021) ที่หาได้จาก Supreme Court of the United States, **Google LLC v. Oracle America, Inc.** [Online], 8 April 2021. Source: https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf

จำกัดหรือเท่าที่จำเป็นซึ่ง “ส่วนต่อประสานโปรแกรมประยุกต์ (Application Programming Interface - API)”⁵⁹ เป็น Transformative Use และเป็นการใช้โดยธรรม (Fair Use)⁶⁰

4.2 การวิเคราะห์และพยายามตอบคำถามว่าการกระทำที่ผู้เขียนสมมติขึ้นนั้นเข้าข่ายกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่: ในหัวข้อย่อย 4.2 นี้ ผู้เขียนขอสมมติด้วยว่างานที่ถูกใช้ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์⁶¹ และการกระทำที่เกิดขึ้นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น

ดังที่จะเห็นได้จากข้อเขียนข้างล่างนี้ ถ้าผู้ตอบคำถามหรือวินิจฉัย (ต่อไปในนี้ขอเรียกว่า “ศาล”) อยู่ใน**กลุ่มตีความอย่างเคร่งครัด**⁶¹ โอกาสที่การกระทำฯ จะได้รับการยกเว้นน่าจะน้อยกว่าในกรณีที่ศาลใน**กลุ่มตีความแบบยืดหยุ่น**⁶² ตอบคำถาม

⁵⁹ สำหรับความหมายของคำว่า “Application Programming Interface (API)” นั้น ได้มีการอธิบายไว้ดังนี้ “... API is the acronym for Application Programming Interface, which is a software intermediary that allows two applications to talk to each other. Each time you use an app like Facebook, send an instant message, or check the weather on your phone, you’re using an API. ...” [Online], 11 June 2021. Source: <https://www.mulesoft.com/resources/api/what-is-an-api> และ “... Application Program Interface (API) ... คือคำสั่ง (Code) ที่อนุญาตให้ software program สามารถสื่อสารระหว่างกันได้ ถ้าจะพูดในภาษาคนเขียน program แล้ว API เป็นช่องทางสำหรับขอใช้บริการคำสั่งจาก operation system (OS) หรือ application อื่น ๆ ซึ่งใช้งานโดยติดตั้ง function และเรียกใช้งานตาม document (คัดมาอย่างถูกต้อง) ที่เขียนไว้ ... APIs สร้างขึ้นจากส่วนสำคัญ 2 อย่างคือ * ข้อกำหนดที่จะอธิบายการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่าง program ซึ่งทำออกมาในลักษณะ document เพื่อบอกว่า request/response ต้องเป็นอย่างไร * Software ที่เขียนขึ้นตามข้อกำหนด และทำการเผยแพร่ออกไปให้ใช้งาน ...” [ออนไลน์], 11 มิถุนายน 2564. แหล่งที่มา: <https://saixiii.com/what-is-api/>

⁶⁰ โปรดดู Google LLC v. Oracle America, Inc. 593 U.S. _____ (2021), Syllabus, pp. 3-4 ที่หาได้จาก Supreme Court of the United States, **Google LLC v. Oracle America, Inc.** [Online], 8 April 2021. Source: https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf

⁶¹ หมายถึงกลุ่มที่ตีความบทบัญญัติว่าด้วยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์แบบเข้มงวด ดังที่ได้กล่าวถึงแล้วในส่วนที่ 3 ข้างต้น

⁶² สำหรับความเห็นของกลุ่มตีความแบบยืดหยุ่น กรุณาดูส่วนที่ 3 ข้างต้น

จะด้วยประการใดก็ตาม ขอให้ผู้อ่านตระหนักว่าแม้ท่านอาจารย์ปริญญาฯ จะเห็นว่า มาตรา 32 วรรคหนึ่งเป็น General Exception แต่ท่านอาจารย์ปริญญาฯ ตีความวรรคสอง ของมาตรา 32 ค่อนข้างแคบ ฉะนั้น ถ้านำความเห็นของท่านอาจารย์ปริญญาฯ (ในส่วนที่ เกี่ยวกับมาตรา 32 วรรคสอง) มาวินิจฉัย ข้อยกเว้นที่อยู่ในวรรคสองอาจลดลง ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับ ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้อง

4.2.1 การตอบคำถามโดยกลุ่มตีความอย่างเคร่งครัด ด้วยเหตุที่กลุ่มตีความ อย่างเคร่งครัดเห็นว่ามาตรา 32 วรรคหนึ่งเป็นกรอบของข้อยกเว้น และข้อยกเว้นอื่นที่บัญญัติ ไว้ในวรรคสองของมาตรา 32 และในมาตราอื่นในส่วนที่ 6 ของหมวด 1 แห่งพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ฯ เป็นข้อยกเว้นเฉพาะที่กฎหมายยอมรับ ฉะนั้น เมื่อนำข้อยกเว้นเฉพาะแต่ละข้อ มาพิจารณาแล้ว ถ้าการกระทำ นั้นเข้าข้อยกเว้นหนึ่งข้อยกเว้นใด และอยู่ในกรอบที่กำหนดไว้ ในมาตรา 32 วรรคหนึ่ง (ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ข้อยกเว้นนั้นอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 32 วรรคหนึ่ง) การกระทำ ดังกล่าวไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ถ้าการกระทำ นั้นไม่เข้าข้อยกเว้นใด ในวรรคสองของมาตรา 32 และในมาตราอื่นในส่วนที่ 6 แสดงว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น (โดยไม่ต้องพิจารณามาตรา 32 วรรคหนึ่งแต่อย่างใด)

4.2.2 การพิจารณาโดยกลุ่มตีความแบบยืดหยุ่น เนื่องจากกลุ่มนี้เห็นว่าวรรคหนึ่ง ของมาตรา 32 เป็น General Exception ด้วย ฉะนั้น แม้การกระทำ ที่พิพาทไม่เข้าข้อยกเว้นเฉพาะ ที่หมวดที่ 6 บัญญัติไว้ การกระทำ นั้นอาจอาศัย General Exception ได้

ผู้เขียนขอเรียนว่า เหตุผลหลักของผู้เขียนที่นำความเห็นของกลุ่มตีความแบบ ยืดหยุ่นมาวิเคราะห์ด้วยคือ ความประสงค์ของผู้เขียนจะแสดงให้เห็นถึงโอกาสที่ศาลจะสร้าง ข้อยกเว้นเพิ่มด้วยการตีความกฎหมายแบบยืดหยุ่น

4.2.3 การวิเคราะห์ว่าการกระทำฯ ตามที่กล่าวถึงข้างต้นเข้าข้อยกเว้นการ ละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ ก่อนที่จะกล่าวต่อไป ผู้เขียนขอเรียนว่า ด้วยเนื้อที่ที่จำกัด การวิเคราะห์ เพื่อหาคำตอบจะเป็นไปโดยสังเขปเท่านั้น

4.2.3.1 การกระทำสมมติที่ 1 การแปลงหรือเปลี่ยนรูปของเพลง จากแนวหนึ่งไปเป็นอีกแนวหนึ่งสำหรับผู้ฟังที่ต่างกัน (เช่น จาก Rock Ballad เป็นแนว Rap Music) นั้น น่าจะเป็นเรื่องของการ “ดัดแปลง” ที่มาตรา 4 นิยามว่าให้หมายถึง “ทำซ้ำโดย เปลี่ยนรูปใหม่ ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม ... งานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะ

เป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ... (5) ในส่วนที่เกี่ยวกับดนตรีกรรม ให้หมายความรวมถึง จัดลำดับเรียบเรียงเสียงประสานหรือเปลี่ยนคำร้องหรือทำนองใหม่”⁶³

ถ้าศาลอยู่ในกลุ่มตีความอย่างเคร่งครัด ศาลน่าจะนำบัญญัติต่อไปนี้ มาพิจารณา กล่าวคือ มาตรา 32 วรรคสอง อนุวรรค (1), อนุวรรค (2), อนุวรรค (5), อนุวรรค (6) และอนุวรรค (7) โดยศาลจะใช้ข้อยกเว้นที่เกี่ยวข้องมากที่สุด

อนึ่ง มีความเป็นไปได้น้อยมากที่ศาลจะนำอนุวรรค (8) มาพิจารณา เพราะอนุวรรคนี้เป็นเรื่องของการ “นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการ สอบ” นอกจากนั้นแล้ว ผู้เขียนเห็นว่ามาตรา 36 ไม่น่าถูกนำมาปรับใช้กับการดัดแปลงเพลง ตามสถานการณ์สมมติข้างต้นได้ เพราะมาตรา 36 บัญญัติว่า

“การนำ ... ดนตรีกรรมออกแสดงเพื่อเผยแพร่ต่อสาธารณชนตาม ความเหมาะสมโดยมิได้จัดทำขึ้นหรือดำเนินการเพื่อกำไรเนื่องจากการจัดให้มีการเผยแพร่ ต่อสาธารณชนนั้นและมิได้จัดเก็บค่าเข้าชมไม่ว่าโดยทางตรง หรือโดยทางอ้อมและนักแสดง ไม่ได้รับค่าตอบแทนในการแสดงนั้น มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หากเป็นการดำเนินการ โดยสมาคม มูลนิธิ หรือองค์การอื่นที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการสาธารณกุศล การศึกษา การ ศาสนา หรือการสังคมสงเคราะห์ และได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง”⁶⁴

อย่างไรก็ตาม แม้ศาลจะพิจารณาให้การกระทำ ข้ำข้อยกเว้นตาม มาตรา 32 วรรคสอง (ไม่ว่าจะเป็นอนุวรรคหนึ่งอนุวรรคใดก็ตาม) หรือมาตรา 36 การกระทำ นั้น จะได้รับการยกเว้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ก็ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 32 วรรคหนึ่งด้วย ถ้าการดัดแปลงเพลงข้างต้นไม่เข้าข้อยกเว้นใด ๆ ในวรรคสอง การดัดแปลง เพลงนั้นย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

แต่ถ้าศาลอยู่ในกลุ่มตีความแบบยืดหยุ่นเป็นผู้วินิจฉัยการกระทำ โอกาสที่การดัดแปลงเพลงนั้นจะเข้าข้อยกเว้นก็น่าจะเพิ่มขึ้น เพราะ General Exception จะ เปิดโอกาสให้ศาลสร้างข้อยกเว้นเพิ่ม อย่างไรก็ตาม แม้ศาลจะสร้างข้อยกเว้นเพิ่ม ศาลควรต้อง

⁶³ นำมาจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (ตามที่แก้ไข แล้ว) [ออนไลน์], 15 มิถุนายน 2564. แหล่งที่มา: <https://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=686804&ext=htm>

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน

คำนึงด้วยว่าการดัดแปลงนั้นต้องไม่ “... ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร”⁶⁵ ทั้งนี้ เพื่อความเป็นธรรมแก่เจ้าของลิขสิทธิ์และเพื่อสอดคล้องกับ 3-Step Test

หากศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่าการแปลงเพลงเพื่อผู้ฟังต่างไปจากกลุ่มผู้ฟังของเพลงดั้งเดิมไม่น่าจะขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่น่าจะกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร เพราะไม่ได้แย่งตลาดหรือผู้ฟังไปจากเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่น่าจะทำให้รายได้ของเจ้าของลิขสิทธิ์ลดลง ฉะนั้น การแปลงเพลงตามสถานการณ์ที่ผู้เขียนสมมติขึ้นจะไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์⁶⁶ แต่ถ้าศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่าการแปลงเพลงดังกล่าวไม่เป็นไปตามเงื่อนไขข้อหนึ่งข้อใด การแปลงเพลงนั้นย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

4.2.3.2 การกระทำสมมติที่ 2 การสแกนหนังสือหรือเอกสาร (รวมทั้งภาพถ่าย) สำหรับกรณีนี้ ในเบื้องต้นควรพิจารณาถึงความหมายของคำว่า “Scan” ก่อน จากคำอธิบายที่ปรากฏ คำว่า “Scan” เป็นคำที่ “... describes digitizing an image, allowing it to be stored on or modified by a computer. The most common method of scanning is with an optical scanner.”⁶⁷ นอกจากนั้นแล้ว Cambridge Dictionary ได้นิยามคำว่า “Scan” ไว้ว่าหมายถึง “to use a machine to put a picture of a document into a computer ...”⁶⁸

ถ้าพิจารณาจากคำอธิบายข้างต้น การสแกนหนังสือหรือเอกสารเป็นเรื่องของการทำซ้ำหรือดัดแปลง (แม้ว่าหลังจากนั้น อาจมีการเผยแพร่ต่อสาธารณชน

⁶⁵ โปรดดูพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 32 วรรคหนึ่ง

⁶⁶ **หมายเหตุ** เจ้าของลิขสิทธิ์ (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งประพันธ์เพลงที่เกี่ยวข้อง) อาจจะไม่เห็นด้วยกับแนวโน้มจี้เช่นนี้ เพราะกลุ่มผู้ฟังซึ่งแตกต่างอาจจะเป็นผู้ฟังหรือลูกค้าในอนาคตของเขาก็เป็นไปได้

⁶⁷ โปรดดู Computer Hope, **Scan** [Online], 18 June 2021. Source: <https://www.computerhope.com/jargon/s/scan.htm>

⁶⁸ โปรดดู Cambridge Dictionary, **Scan** [Online], 18 June 2021. Source: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/scan>

ก็ตาม) ในส่วนว่าด้วยการทำซ้ำและดัดแปลงนั้นพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ บัญญัติว่า “มาตรา 4 ... ‘ทำซ้ำ’ หมายความว่าความรวมถึง คัดลอกไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ เลียนแบบ ทำสำเนา ... บันทึกภาพ ... จากต้นฉบับ จากสำเนา ... ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ... ‘ดัดแปลง’ หมายความว่า ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปใหม่ ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมหรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ... มาตรา 15 ... เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวดังต่อไปนี้ (1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง ...”⁶⁹

คำถามที่เกี่ยวข้องในส่วนนี้คือ ถ้ามีการสแกนหนังสือทั้งเล่มเป็นสำเนาดิจิทัลเพื่อให้การสืบค้นได้ง่ายและสะดวกขึ้นอย่างเช่นกรณีที่เกิดในคดี Google Book ที่กล่าวถึงข้างต้น การสแกนนี้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ ถ้าศาลอยู่ในกลุ่มตีความอย่างเคร่งครัด ศาลน่าจะพิจารณามาตรา 32 วรรคสอง อนุวรรค (1), อนุวรรค (2), อนุวรรค (5), อนุวรรค (6), อนุวรรค (7), และอนุวรรค (8) โดยใช้ข้อยกเว้นที่เกี่ยวข้องที่สุด ไม่ว่าจะเป็นการกระทำ นั้นจะเข้าอนุมาตราใดก็ตาม การกระทำ นั้นต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 32 วรรคหนึ่งด้วย

นอกจากมาตรา 32 แล้ว มาตรา 32/4 และมาตรา 34 อาจนำมาปรับใช้ได้

ถ้าคำตอบที่ได้จากการพิจารณาข้างต้นคือ ไม่เข้าข้อยกเว้นใด ๆ ในมาตรา 32 วรรคสอง มาตรา 32/4 หรือมาตรา 34 การสแกนหนังสือก็จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

แต่ถ้าศาลอยู่ในกลุ่มตีความแบบยืดหยุ่น โอกาสที่การกระทำจะเข้าข้อยกเว้นก็อาจจะเพิ่มขึ้น ถ้ากรณีเป็นเช่นนี้ ศาลควรต้องคำนึงด้วยการดัดแปลงนั้นต้องไม่ “... ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร”⁷⁰ ทั้งนี้ เพื่อความเป็นธรรมแก่เจ้าของลิขสิทธิ์และเพื่อสอดคล้องกับ 3-Step Test

⁶⁹ นำมาจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (ตามที่แก้ไขแล้ว) [ออนไลน์], 6 เมษายน 2564. แหล่งที่มา: <https://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=686804&ext=htm>

⁷⁰ โปรดดูพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 32 วรรคหนึ่ง

ถ้าศาลเห็นว่าการสแกนหนังสือทั้งเล่มเกิดขึ้นเพื่อให้การสืบค้นเป็นไปได้ง่ายและสะดวกขึ้นอันเป็นจุดมุ่งหมายที่ต่างไปจากจุดมุ่งหมายเดิม (อันได้แก่การจำหน่ายเพื่อหารายได้ให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์) การสแกนนั้นไม่น่าจะขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่น่าจะกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร เพราะไม่ได้แย่งตลาดหรือผู้อ่านไปจากเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่น่าจะทำให้รายได้ของเจ้าของลิขสิทธิ์ลดลง ฉะนั้น การสแกนหนังสือตามสถานการณ์ที่ผู้เขียนสมมติขึ้นย่อมไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ถ้าศาลเห็นว่าการสแกนหนังสือดังกล่าวไม่เป็นไปตามเงื่อนไขข้อหนึ่งข้อใด การสแกนหนังสือนั้นย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

4.2.3.3 การกระทำสมมติที่ 3 (การใช้ประโยชน์งานเพื่อวัตถุประสงค์ที่ต่างไปจากวัตถุประสงค์เดิมของงานนั้น) ถ้ามีการนำเพลงที่สร้างขึ้นเพื่อความบันเทิงไปเปิดหรือเล่นในงานที่ไม่เกี่ยวกับการความบันเทิง (เช่น งานฌาปนกิจ) การกระทำเช่นนั้นจะละเมิดลิขสิทธิ์ในคำร้อง ทำนองเพลง และ/หรือสิ่งบันทึกเสียงหรือไม่ บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้คือ “มาตรา 15 ... เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวดังต่อไปนี้ ... (2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน ...”⁷¹ และ “มาตรา 4 ... ‘เผยแพร่ต่อสาธารณชน’ หมายความว่า ทำให้ปรากฏต่อสาธารณชน โดยการแสดง ... การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียง ... โดยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น ...”⁷²

ถ้าศาลอยู่ในกลุ่มตีความอย่างเคร่งครัด บทบัญญัติที่ศาลน่าจะนำมาพิจารณาคือ มาตรา 32 วรรคสอง อนุวรรค (2) โดยการเปิดเพลงนั้นต้องเป็นไปตามเงื่อนไขในมาตรา 32 วรรคหนึ่งด้วย

ถ้าคำตอบที่ได้จากการพิจารณาข้างต้นคือ การเปิดเพลงในงานฌาปนกิจไม่เข้าข่ายยกเว้นในวรรคสอง การเปิดเพลงย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์⁷³

⁷¹ นำมาจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (ตามที่แก้ไขแล้ว) [ออนไลน์], 6 เมษายน 2564. แหล่งที่มา: <https://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=686804&ext=htm>

⁷² เรื่องเดียวกัน

⁷³ ด้วยเหตุที่ผู้เขียนเห็นว่ามาตรา 36 ไม่น่าจะนำมาปรับใช้กับสถานการณ์สมมตินี้ได้ ประกอบกับเนื้อหาของบทความมีจำกัด ผู้เขียนจึงจะไม่วิเคราะห์เกี่ยวกับมาตรา 36

แต่ถ้าศาลเห็นว่ามาตรา 32 วรรคหนึ่งเป็น General Exception ซึ่งยอมให้ศาลสร้างข้อยกเว้นเพิ่ม โอกาสที่การเปิดเพลงจะได้รับการยกเว้นก็จะเพิ่มขึ้น ถ้าศาลยกเว้นการเปิดเพลงดังกล่าว ศาลควรต้องคำนึงด้วยว่าการเปิดเพลงนั้นต้องไม่ “... ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร” ทั้งนี้ เพื่อความเป็นธรรมแก่เจ้าของลิขสิทธิ์และเพื่อสอดคล้องกับ 3-Step Test

ในกรณีของการเปิดเพลงในงานฉาบงานนั้น ความเป็นไปได้อย่างสูงที่ศาลจะเห็นว่าเข้า General Exception และเป็น Fair Use การเปิดเพลงในงานดังกล่าวไม่น่าจะ “ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์” และไม่น่าจะ “กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร” เพราะการเปิดนั้นไม่ได้แย่งชิงผู้ฟังซึ่งเป็นกลุ่มเป้าหมายดั้งเดิมของเพลงที่ถูกเปิดและไม่น่าจะทำให้รายได้ของเจ้าของลิขสิทธิ์ลดลง การเปิดเพลงตามสถานการณ์ที่ถูกสมมติขึ้นจึงไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ถ้าการเปิดเพลงนั้นไม่เป็นไปตามเงื่อนไขข้อหนึ่งข้อใด การเปิดเพลงดังกล่าวย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

4.2.3.4 Cosplay⁷⁴ ในเรื่องของ Cosplay นี้ ถ้าศาลอยู่ในกลุ่มตีความอย่างเคร่งครัด บทบัญญัติที่ศาลน่าจะนำมาพิจารณาปรับใช้กับการทำซ้ำหรือดัดแปลงแบบของ Costume คือ มาตรา 32 วรรคสอง อนุวรรค (1), อนุวรรค (2), อนุวรรค (5), และอนุวรรค (6) โดยศาลจะนำข้อยกเว้นที่เกี่ยวข้องมากที่สุดมาปรับใช้ อย่างไรก็ตาม โอกาสที่ศาลจะนำอนุวรรค (7) และอนุวรรค (8) มาปรับใช้น่าจะมีน้อย

ถ้าการทำซ้ำหรือดัดแปลงแบบของ Costume เข้าข้อยกเว้น (ข้อยกเว้นหนึ่งข้อยกเว้นใด) การทำซ้ำหรือดัดแปลงนั้นต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่อยู่ในมาตรา 32 วรรคหนึ่งด้วย

ถ้าคำตอบที่ได้จากการพิเคราะห์ข้างต้นคือ การทำซ้ำหรือดัดแปลงแบบของ Costume ไม่เข้าข้อยกเว้นใด ๆ ในวรรคสอง การทำซ้ำหรือดัดแปลงนั้นย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

⁷⁴ เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีกะทำฯ อื่น Cosplay น่าจะเป็นเรื่องค่อนข้างใหม่สำหรับผู้อ่านบางคน ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงต้องลงรายละเอียดในเรื่องนี้มากกว่าในเรื่องอื่น ๆ

แต่ถ้าศาลเห็นว่ามาตรา 32 วรรคหนึ่งเป็น General Exception โอกาสที่การทำซ้ำหรือดัดแปลงแบบของ Costume จะเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ก็น่าจะเพิ่มขึ้น ถ้าศาลใช้ General Exception สร้างข้อยกเว้นเพิ่มเพื่อยกเว้นการทำซ้ำหรือดัดแปลงแบบของ Costume ศาลก็ควรต้องคำนึงด้วยว่าการทำซ้ำหรือดัดแปลงนั้นต้องไม่ “... ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร”⁷⁵ ทั้งนี้ เพื่อความเป็นธรรมแก่เจ้าของลิขสิทธิ์และเพื่อสอดคล้องกับ 3-Step Test

เท่าที่ปรากฏ การทำซ้ำหรือดัดแปลงแบบของ Costume เกิดขึ้นเพื่อความสนุกสนานของบุคคลซึ่งทำซ้ำหรือดัดแปลงแบบนั้น เช่น ทำขึ้นเพื่อสวมใส่ไปงานรื่นรมย์ ถ้ากรณีเป็นเช่นนี้ การกระทำฯ นั้นน่าจะได้รับการยกเว้นตามมาตรา 32 วรรคสองอนุวรรค (2) โดยต้องเป็นไปตามเงื่อนไขตามมาตรา 32 วรรคหนึ่งด้วย

ในส่วนที่เกี่ยวกับว่าการเป็นไปตามเงื่อนไขในมาตรา 32 วรรคหนึ่งหรือไม่นั้น การทำซ้ำหรือดัดแปลงนั้นอาจไม่เข้าเงื่อนไขก็ได้ ถ้าเจ้าของลิขสิทธิ์ในแบบของ Costume มีสินค้าที่ผลิตตามแบบนั้นขายอยู่แล้ว การทำซ้ำหรือดัดแปลงน่าจะ “ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์” หรือ “กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร” ในกรณีเช่นนี้ การทำซ้ำ หรือดัดแปลงดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

4.2.3.5 การทำสำเนา API ด้วยเหตุที่ API เป็นเรื่องของหรือเกี่ยวข้องกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ประกอบกับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้โดยเฉพาะเจาะจงสำหรับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้แล้ว อันได้แก่ มาตรา 35 ผู้เขียนจึงจะไม่นำมาตรา 32 มาปรับกับกรณีการทำสำเนา API อย่างไรก็ตาม ถ้าพิจารณาตามมาตรา 35 และถ้าการทำซ้ำหรือดัดแปลง API เกิดขึ้นเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์หรือหากำไร การกระทำซ้ำ/ดัดแปลงนั้นไม่น่าจะเข้าข้อยกเว้นเพราะมาตรา 35 บัญญัติว่า “การกระทำแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์อันมี

⁷⁵ โปรดดูพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 32 วรรคหนึ่ง

ลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หากไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหา
กำไรและได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง ...”⁷⁶ (เน้นโดยผู้เขียน)

นอกจากมาตรา 35 แล้ว มาตรา 32/2⁷⁷ ก็อาจถูกนำมาปรับใช้กับ
กรณีที่เกิดขึ้นได้ ทั้งนี้ ย่อมขึ้นกับข้อเท็จจริงที่จะเกิด อย่างไรก็ตาม ถ้าศาลเห็นว่าบทบัญญัติ
ในมาตรา 32 วรรคหนึ่งเป็น General Exception ศาลอาจนำมาตรา 32 วรรคหนึ่ง มาปรับใช้

**4.3 ถ้าบทบัญญัติว่าด้วยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ต่างไปจากที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน
คำตอบจะแตกต่างหรือไม่:** อนุมานจากการพิเคราะห์ในข้อ 4.2 อาจกล่าวได้ว่า ข้อยกเว้นการ
ละเมิดลิขสิทธิ์ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ไม่ยืดหยุ่นเพียงพอที่จะให้ศาลยกเว้นการกระทำ
บางอย่างที่ไม่เข้าข้อยกเว้นเฉพาะซึ่งบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย ฉะนั้น ถ้าเหตุการณ์
ดังจะกล่าวต่อไปนี้จะเกิดขึ้น ศาลก็น่าจะสามารถใช้ดุลยพินิจได้มากขึ้น

4.3.1 ถ้ามาตรา 32 วรรคสองใช้ถ้อยคำอย่างเช่น 17 U.S. Code Section
107 ที่ระบุว่า “for purposes such as ...” (ตามที่ปรากฏในตารางที่ 3 ข้างล่างนี้)

⁷⁶ นำมาจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (ตามที่แก้ไข
แล้ว) [ออนไลน์], 6 เมษายน 2564. แหล่งที่มา: <https://www.krisdika.go.th/librarian/get?sysid=686804&ext=htm>

⁷⁷ เรื่องเดียวกัน

มาตรา 32/2 บัญญัติว่า “การกระทำงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ทำหรือได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย
ในระบบคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะเป็นการทำซ้ำที่จำเป็นต้องมีสำหรับการนำมาใช้เพื่อให้อุปกรณ์ที่ใช้
ในระบบคอมพิวเตอร์ หรือกระบวนการส่งงานอันมีลิขสิทธิ์ทางระบบคอมพิวเตอร์ทำงานได้ตามปกติ มิให้ถือว่าเป็น
การละเมิดลิขสิทธิ์”

ตารางที่ 3

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 32 และ 17 U.S. Code Section 107

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 32	17 U.S. Code Section 107
“การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์<u>และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร</u> มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามวรรคหนึ่ง มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำได้ต่อไปนี้ (1) วิจัยหรือศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อกำไร (2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท (3) ดิชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงาน โดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น (4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น	“Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include— (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work;

(5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว (6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอนเพื่อประโยชน์ในการสอนของตนอันมิใช่การกระทำเพื่อกำไร (7) ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอนหรือทำบทสรุปโดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อกำไร (8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ” (เน้นโดยผู้เขียน)	(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work. The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.”^{78, 79} (เน้นโดยผู้เขียน)
---	--

⁷⁸ นำมาจาก US Copyright Office, **Chapter 1: Subject Matter and Scope of Copyright** [Online], 5 April 2021. Source: <https://www.copyright.gov/title17/92chap1.html>

⁷⁹ สำหรับการตีความ 17 U.S. Code Section 107 ของ U.S. Supreme Court หลังสุด (5 April 2021) โปรดดู Google LLC v. Oracle America, Inc. ที่หาได้จาก Supreme Court of the United States, **Google LLC v. Oracle America, Inc.** [Online], 8 April 2021. Source: https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf

4.3.2 ถ้าบทบัญญัติในมาตรา 32 ให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจเป็นกรณี ๆ ไป (ดังเช่น 17 U.S. Code Section 107) โดยดุลยพินิจนั้นต้องอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติที่ว่า “ต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์และต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร” อย่างเช่นที่ปรากฏในมาตรา 32 วรรคหนึ่งในปัจจุบัน

ถ้ากฎหมายยอมให้ศาลใช้ดุลยพินิจเป็นกรณี ๆ ไป ดังเช่นที่กล่าวถึงข้างต้น เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นจะคัดค้าน โดยอ้างว่าไม่สอดคล้องกับ 3-Step Test เพราะไม่มีการระบุถึงข้อยกเว้นเฉพาะ “certain special cases” ไว้อย่างชัดเจน การไม่ระบุไว้อย่างชัดเจน ย่อมเปิดโอกาสให้ศาลสร้างข้อยกเว้นได้ตามที่ศาลเห็นสมควร การเปิดโอกาสเช่นนี้จะทำให้เกิดการลွ่งล้าสิทธิทางเศรษฐกิจของเจ้าของลิขสิทธิ์มากขึ้น

4.3.3 ถ้าส่วนที่ 6 ของหมวด 1 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์⁸⁰ มีข้อยกเว้นเพิ่มขึ้น โดยถูกบัญญัติไว้อย่างชัดเจน (อย่างเช่นที่ปรากฏในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 32/4) กรณีนี้น่าจะทำได้ยาก เพราะต้องมีเหตุผลอันเป็นที่ยอมรับได้ทั้งฝ่ายเจ้าของลิขสิทธิ์และสาธารณชน นอกจากนั้นแล้ว การเขียนบทบัญญัติที่ครอบคลุมโดยไม่รูล้าสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์จนเกินไปนั้นเป็นไปค่อนข้างยาก

การเสนอแก้ไขกฎหมายตามกรณีนี้ต้องทำอย่างระมัดระวังเพื่อหลีกเลี่ยงข้อพิพาทเช่นที่เกิดขึ้นระหว่าง European Communities v. United States (17 U.S. Code Section 110 (5)⁸⁰: DS 160) ที่ WTO Panel วินิจฉัยว่า Section 110 (5) (B) ขัดกับ TRIPS Agreement, Article 13 เพราะ WTO Panel เห็นว่า

“6.97 Article 13 of the TRIPS Agreement requires that limitations and exceptions to exclusive rights (1) be confined to certain special cases, (2) do not conflict with a normal exploitation of the work, and (3) do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the rights holder. The principle of effective treaty interpretation requires us to give a distinct meaning of each of the three conditions and to avoid a reading that could reduce any of the

⁸⁰ สำหรับบทบัญญัติของ Section 110 (5) (A) & (B) โปรดดู WTO, *United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act*, pp. 3-4.

conditions to “redundancy or inutility”. **The three conditions apply on a cumulative basis**, each being separate and independent requirement that must be satisfied. Failure to comply with any one of the three conditions results in the Article 13 exception being disallowed. **Both parties agree on the cumulative nature of the three conditions. The Panel shares their view.** It may be noted at the outset that Article 13 cannot have more than a narrow or limited operation. Its tenor, consistent as it is with the provisions of Article 9 (2) of the Berne Convention (1971), discloses that it was not intended to provide for exceptions or limitations except for those of a limited nature...”^{81, 82} (Emphasis added)

นักกฎหมายซึ่งน่าจะสนับสนุนการแก้ไขข้างต้นคือ อาจารย์ ดร.ณัฐพงศ์ สุวรรณอินทร์ และผู้เขียน ทั้งนี้ อนุมานได้จากบทความเรื่อง “การล้อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์กับกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย: กรณีศึกษาปัญหาการตีความว่าด้วยการใช้งานที่เป็นธรรม” ที่ระบุว่า “... บทความฉบับนี้เห็นว่า ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในส่วนที่ 6 ในปัจจุบันไม่ครอบคลุมถึง parody และขอเสนอว่า ถ้าประเทศไทยจะสร้างข้อยกเว้นสำหรับ parody ก็ควรต้องตรากฎหมายเพื่อการดังกล่าวเพื่อความสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ กล่าวคือ Berne Convention และ TRIPS”⁸³

5. สรุปและข้อเสนอแนะ

การพิเคราะห์ข้างต้นทำให้ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติในส่วนที่ 6 หมวด 1 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ มีความยืดหยุ่นน้อย เพราะไม่เปิดโอกาสให้ศาลมีดุลยพินิจกว้างอย่างเช่นที่ 17 U.S. Code Section 107 ให้แก่ศาลในสหรัฐอเมริกา ด้วยเหตุนี้ ตราบใดที่ยังไม่มีการแก้ไขพระราชบัญญัติ

⁸¹ WTO, Report of the Panel on United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act, p. 31.

⁸² โปรดดู WTO, A Handbook on the WTO TRIPS Agreement, pp. 49-53 และ WTO, Report of the Panel on United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act, p. 69.

⁸³ พิศวาท สุนทรพันธุ์ และณัฐพงศ์ สุวรรณอินทร์, การล้อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์กับกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย: กรณีศึกษาปัญหาการตีความว่าด้วยการใช้งานที่เป็นธรรม, หน้า 30.

ลิขสิทธิ์ฯ หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น จำเลยคงต้องพยายามดูว่าการกระทำของตนจะอาศัย
ข้อยกเว้นหนึ่งข้อยกเว้นใดที่กฎหมายได้บัญญัติไว้อย่างแน่ชัดได้หรือไม่⁸⁴

กรมทรัพย์สินทางปัญญาน่าจะพิจารณาว่าควรเสนอแก้มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติ
ลิขสิทธิ์ฯ เพื่อระบุว่า อนุวรรค (1) - (8) เป็นวัตถุประสงค์ (Purposes) ของการกระทำที่
ได้รับยกเว้นหรือไม่ (ตัวอย่างของข้อเสนอแนะปรากฏข้างล่างนี้) ทั้งนี้ เพื่อลดโอกาสที่จะมีการ
ตีความมาตรา 32 วรรคสองแตกต่างกัน

“ร่างมาตรา 32 การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้
หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และ
ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็น
เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง การกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดแก่งานอันมีลิขสิทธิ์
ตามวรรคหนึ่ง มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หากมีวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) วิจัยหรือศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร

...”

⁸⁴ อนึ่ง อาจมีความเป็นไปได้ที่จะอาศัยกฎหมายอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพ
ในการแสดงความคิดเห็น ดังเช่นที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 34 ที่ว่าด้วย
เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ซึ่งตามที่ได้เรียนไว้ข้างต้นแล้วว่าบทความนี้ไม่ครอบคลุมถึง

รายการอ้างอิง

- พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พุทธศักราช 2474
- พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521
- พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ตามที่แก้ไขแล้ว
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5843/2543
- คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง คดีหมายเลขดำที่ ทป. 145/2545 คดีหมายเลขแดงที่ ทป. 116/2546
- กรมทรัพย์สินทางปัญญา, คู่มือการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม [ออนไลน์], แหล่งที่มา: http://www.ipthailand.go.th/images/781/manual_copyright.pdf
- ปริญญา ดิผดุง, ปัญหาการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์, เอกสารประกอบการบรรยายโครงการอบรมหลักสูตรพิเศษ ประกาศนียบัตรกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รุ่นที่ 3, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 9 เมษายน - 16 พฤษภาคม 2547.
- พิศวาท สุคนธ์พันธุ์ และณัฐพงศ์ สุวรรณอินทร์, การล้อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์กับกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย: กรณีศึกษาปัญหาการตีความว่าด้วยการใช้งานที่เป็นธรรม, วารสารรวมคำแหง ฉบับนิติศาสตร์, ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2563).
- สมชาย รัตนเชื้อสกุล, การแปรรูปสัณฐานในงานอันมีลิขสิทธิ์: ข้อพิจารณาจากคดีกูเกิ้ล (Transformation on Copyright Work: Consideration from the Google's Case, วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย, ปีที่ 8 ฉบับที่ 1 (มิถุนายน 2559): 148, 167. [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <http://utcc2.utcc.ac.th/lawjournal/81/Somchai.pdf>
- อรพรรณ พันธ์พัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557).
- World Trade Organization, Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement) that is Annex 1 C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, signed in Marrakesh, Morocco on 15 April 1994 [Online], Source: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm

- World Intellectual Property Organization, **Berlin Act, 1908 Revised Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of November 13, 1908 and Berne Additional Protocol, 1914 Additional Protocol to the Revised Berne Convention of November 13, 1908 of March 20, 1914** [Online], Source: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_berne_birpi.pdf

- World Intellectual Property Organization, **Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Paris Act (1971)** [Online]. Source: <https://wipolex.wipo.int/en/text/283698>

- US Copyright Office, **Chapter 1: Subject Matter and Scope of Copyright** [Online], Source: <https://www.copyright.gov/title17/92chap1.html>

- Justia, **The Authors Guild Inc., et al. v. Google, Inc., No. 12-3200 (2d Cir. 2013)** [Online], Source: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/12-3200/12-3200-2013-07-01.html>

- Justia, **Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569 (1994)** [Online], Source: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/569/case.pdf>

- Supreme Court of the United States, **Google LLC v. Oracle America, Inc., 593 U.S. _____ (2021)** (U.S. Supreme Court; decided on 5 April 2021) [Online], Source: https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf

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

- World Intellectual Property, **Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)** [Online], Source: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/615/wipo_pub_615.pdf

- World Trade Organization, **A Handbook on the WTO TRIPS Agreement**, 2nd Edition, (Cambridge: 2020), (edited by Antony Taubman, Hannu Wager, and Jayashree Watal).

- World Trade Organization, **Report of the WTO Panel on (the Case of) Unites States – Section 110 (5) of the US Copyright Act (WT/DS160/R, 15 June 2000)** [Online], Source: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/1234da.pdf