

Copyright Infringement การละเมิดลิขสิทธิ์

Fair Use

คดีศึกษาหลักกฎหมายว่าด้วยการละเมิดลิขสิทธิ์
ในสิทธิทางเศรษฐกิจ

รศ.ดร.เจษฎ์ โทณะวณิก

การละเมิดลิขสิทธิ์

เล่มที่ ๓

คดีศึกษาหลักกฎหมายว่าด้วยการละเมิดลิขสิทธิ์ในสิทธิทางเศรษฐกิจ

เจษฎ์ โทณะวณิก

Copyright Infringement

Volume III

Case Book on Doctrine of Infringement of Economic Rights of Copyright

Jade Donovanik

คำนำ

ท่านที่ได้มีโอกาสอ่านหนังสือเล่มอื่นๆ ในชุดการเขียนนี้ของผู้เขียนคงจะทราบว่าผู้เขียนตั้งใจจะเขียนหนังสือในชุดนี้รวม ๓ เล่ม โดยแต่ละเล่มเป็นเรื่องเฉพาะของตัวมันเอง ด้วยเหตุที่เป็นเช่นนั้น เมื่อท่านพลิกอ่านหนังสือเล่มนี้ ท่านจะพบว่าเป็นหนังสือที่โดยรวมแล้วอาจจะเรียกได้ว่าเป็นการแจกแจงในส่วนของกฎหมายทั้งของประเทศไทย และต่างประเทศทั้งหลาย เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา หรือสหภาพยุโรปเพียงไม่กี่มาตราจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศเหล่านั้น ซึ่งสำหรับหนังสือเล่มนี้ในส่วนของประเทศไทย อาจจะกล่าวได้ว่าเขียนถึงเพียง ๒ มาตรา คือ มาตรา ๒๗ ว่าด้วยการละเมิดลิขสิทธิ์ ที่เรียกว่าการละเมิดโดยตรง (direct infringement) และมาตรา ๓๑ ว่าด้วยการละเมิดลิขสิทธิ์ ที่เรียกว่าการละเมิดโดยอ้อม (indirect infringement) ซึ่งในแง่ของจำนวนบทบัญญัติก็ต้องถือว่ามากกว่าอีก ๒ เล่มก่อนหน้านี้จำนวนเท่าตัว เพราะเล่มเหล่านั้นเขียนถึงบทบัญญัติของกฎหมายไทยเพียงเล่มละ ๑ มาตรา ซึ่งการเขียนเช่นนี้เป็นความตั้งใจของผู้เขียน ที่จะมุ่งเน้นไปที่หลักกฎหมาย (legal doctrine) เฉพาะเรื่องโดยเขียนลึกเข้าไปในเรื่องดังกล่าวโดยการอธิบายแบบกรณีศึกษา (case studies) ด้วยวิธีการที่อาศัยคดีแต่ละคดีเป็นเครื่องมือช่วยในการอธิบายหลักกฎหมาย รวมถึงหลักการใช้กฎหมาย (principles of legal usage) ในเรื่องนั้นๆ โดยบางเรื่องก็จะได้มีการอธิบายเพิ่มเติม ทั้งด้วยการอ้างอิงผู้รู้ หรือแหล่งอ้างอิง (references) ในลักษณะต่างๆ เช่น หนังสือ หรือบทความ บางเรื่องก็จะเป็นการอธิบายเองของผู้เขียน และบางเรื่องอาจจะไม่ได้มีการขยายความ หากแต่ใช้คดีแต่ละคดี หรือหลายๆ คดีในเรื่องที่เป็นส่วนย่อยของการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง หรือการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อมเป็นการพรรณนาตัวมันเอง เพื่อให้เข้าใจถึงข้อกฎหมายในแต่ละเรื่องที่ได้มีการหยิบยกขึ้นมาเพื่ออธิบายเรื่องในแง่มุมต่างๆ ของการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง หรือการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม ซึ่งการเขียนในลักษณะนี้จะเป็นส่วนใหญ่ของหนังสือเล่มนี้ เช่นเดียวกับหนังสือ ๒ เล่มก่อนหน้านี้ ที่จะเป็นที่เห็นได้จากการที่คดีแทบทุกคดีที่เขียนถึงในหนังสือเล่มนี้จะค่อนข้างยาว ชี้ให้เห็นถึงรายละเอียดที่ปรากฏในกระบวนการพิจารณา การบอกเล่าข้อเท็จจริง การวิเคราะห์ การวินิจฉัย และการตัดสินของศาล ด้วยการให้เหตุผล ตีความกฎหมาย และวางหลักกฎหมายของบรรดาผู้พิพากษาทั้งหลาย ซึ่งโดยมากจะเป็นคดีจากต่างประเทศ โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกา จึงทำให้มีภาษาอังกฤษปนอยู่ค่อนข้างมาก ด้วย ๒ เหตุผล หนึ่ง แน่นนอน เพราะคดีต้นฉบับเป็นภาษาอังกฤษ สอง เป็นความตั้งใจของผู้เขียนที่จะให้ผู้อ่านได้รับรู้ถึงถ้อยคำ หรือศัพท์อันเป็นต้นฉบับ เพื่อให้รู้ว่าคำที่ผู้เขียนใช้นั้นมาจากคำอะไร รวมถึงเป็นการตรวจสอบผู้เขียนไปในตัว ซึ่งท่านอาจจะเห็นด้วยกับการใช้ภาษาไทยเช่นนั้นของผู้เขียน หรือไม่ก็ได้ อันจะทำให้ท่านอ่านหนังสือเล่มนี้ไป คิดตามไป ซึ่งอาจจะเห็นคิดเห็นเหมือน หรือต่าง หรือ

แย้งผู้เขียนไปด้วยก็ได้ กับทั้งคดีที่ได้มีการสาธยายไว้ในหนังสือเล่มนี้ ที่ผู้เขียนไม่ได้อธิบายเพิ่มเติมด้วยตนเอง หรือโดยอ้างอิงแหล่งความรู้อื่น ก็จะเป็นสิ่งที่อธิบายหลักกฎหมายในลักษณะเหมือนผู้อ่านได้พิเคราะห์การถอดความจากการพิจารณาคดีในศาล หรือการบอกเล่าเรื่องราวต่างๆ ของบรรดาผู้พิพากษาทั้งหลาย โดยทำความเข้าใจจากเนื้อหาเหล่านั้นผ่านสิ่งที่ผู้เขียนได้แจกแจงเอาไว้ และจากการใช้การไตร่ตรอง และใคร่ครวญของผู้อ่านเองด้วย อันเป็นความประสงค์หนึ่งของผู้เขียน ที่จะให้ผู้อ่านได้วิพากษ์ วิจารณ์ และแสดงความคิดเห็นไปพร้อมๆ กับการอ่านถ้อยกระทงความต่างๆ ที่ผู้เขียนได้รจนาเอาไว้ด้วย ซึ่งในท้ายที่สุดด้วยการเขียนแบบนี้ และด้วยการเลือกที่จะนำมาอธิบายเพียงสองเรื่อง ซึ่งบ่อยครั้งผู้อ่านอาจจะรู้สึกว่ น่าจะได้อธิบายเรื่องอื่นที่เกี่ยวข้องเอาไว้ด้วย จะได้ไม่ต้องไปหาอ่านที่อื่น หรือจะได้พลิกไปมาเพื่อทำความเข้าใจ ซึ่งผู้เขียนเชื่อว่า ในเรื่องนั้นๆ ที่เขียนถึง จะมีความลุ่มลึกในตัวมันเอง ถึงแม้บางเรื่องอาจจะอ่านดูแล้วรู้สึกว่ยังขาดอะไรไป หรือเข้าใจยากสักหน่อย ทั้งเพราะเค้าโครงการใช้ภาษาของผู้พิพากษาที่อาจจะซับซ้อน และการถอดความมาของผู้เขียนที่อาจจะไม่สมบูรณ์ประกอบเข้าด้วยกันจึงอาจจะรู้สึกว่แะร่อยยาก ซึ่งนั่นเป็นท่วงทำนองการเขียนลีลาการใช้ภาษา และการร้อยเรียงสำนวนที่เป็นแบบฉบับของผู้เขียน ซึ่งอาจจะรบกวนท่านบ้าง แต่ผู้เขียนเชื่อว่ได้สรรหาเรื่องราวต่างๆ มานำเสนอผู้อ่านในเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง และการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อมอย่างรอบด้าน ผ่านชอกมุ่มต่างๆ และขยายความเป็นอย่างมากในแต่ละเรื่อง ขอให้ท่านพลิกเข้าไปอ่าน แล้วจะพบความหลากหลาย และความเข้าใจในหลักกฎหมายทั้งสองเรื่องดังที่ผู้เขียนตั้งใจนำมาเสนอต่อท่านผู้อ่านด้วยเจตนาอันดี

สารบัญ

การละเมิดลิขสิทธิ์ในสิทธิทางเศรษฐกิจ	หน้า ๑
บทนำ	หน้า ๑
บทที่ ๑ พื้นฐานการละเมิด	หน้า ๑๕
๑.๑ เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์และการทำซ้ำ	หน้า ๑๕
๑.๒ ความเป็นผู้ประพันธ์	หน้า ๓๑
๑.๓ ความคิดริเริ่มหรือความเป็นต้นฉบับ	หน้า ๔๘
บทที่ ๒ การละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง	หน้า ๗๖
ส่วนอันเป็นสาระสำคัญ	หน้า ๗๘
คดี Data Access Corporation v. Powerflex Services	หน้า ๗๙
คดี Robinson c. Films Cinar	หน้า ๘๙
คดี Country Kids 'N City Slicks v. Sheen	หน้า ๙๔
ส่วนอันเป็นนามธรรม	หน้า ๙๖
วิธีการห่อหุ้มสิ่ง	หน้า ๙๗
หลักกระดุกและเนื้อ	หน้า ๙๘
คดี Nichols v. Universal Pictures	หน้า ๙๙
อะไรคือการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง	หน้า ๑๐๑
๒.๑ การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานทั่วไป	หน้า ๑๐๖
๒.๑.๑ ทำซ้ำหรือดัดแปลง	หน้า ๑๐๗
การพิสูจน์การทำซ้ำ	หน้า ๑๐๘
คดี Sid & Marty Kroft v. McDonald's Corp.	หน้า ๑๐๙
คดี Swirsky v. Carey	หน้า ๑๒๔
คดี Rentmeester v. Nike	หน้า ๑๓๘
หลักอัตราส่วนผกผัน	หน้า ๑๕๑
คดี Skidmore v. Led Zeppelin	หน้า ๑๕๑
คดี Williams v. Gaye	หน้า ๑๖๑

การยุติการอาศัยหลักอัตราส่วนผกผัน	หน้า ๑๗๔
คดี Skidmore v. Led Zeppelin (en banc)	หน้า ๑๗๔
สรุปทางพิเคราะห์การละเมิดโดยการทำซ้ำ	หน้า ๑๘๒
คำพิพากษาศาลฎีกา	หน้า ๑๘๕
การดัดแปลง	หน้า ๑๘๖
คดี Théberger v. Galerie d'Art	หน้า ๒๐๒
เปรียบเทียบการดัดแปลงกับงานอันเป็นอนุพันธ์	หน้า ๒๑๘
คดี Worlds of Wonder v. Veritel	หน้า ๒๒๔
การเสกสรรขึ้นโดยผู้ชื่นชอบ (fan fiction)	หน้า ๒๒๖
คดี Popeye	หน้า ๒๓๐
คดี Baigent v. Random House	หน้า ๒๓๘
คดี Norowzian v. Arks Ltd. (No. 2)	หน้า ๒๔๓
สิทธิในงานอันเป็นอนุพันธ์	หน้า ๒๔๖
คดี Gracen v. Bradford	หน้า ๒๕๑
คดี Lewis Galoob v. Nintendo	หน้า ๒๕๔
คดี Gates Rubber v. Bando	หน้า ๒๕๕
คดี Mirage v. Albuquerque	หน้า ๒๕๗
คดี Value Group v. Mendham	หน้า ๒๖๐
คดี Fred Riley v. Cosgrove	หน้า ๒๖๑
คดี Woods v. Bourne	หน้า ๒๖๓
คดี Bates v. Actors Heritage	หน้า ๒๖๖
คดี ERG v. Genesis Creative	หน้า ๒๖๗
คดี Conan Properties v. Mattel	หน้า ๒๗๔
คดี Durham Industries v. Tomy	หน้า ๒๗๗
สรุปคดีอื่นๆ	หน้า ๒๘๒
คำพิพากษาศาลฎีกา	หน้า ๒๘๕
๒.๑.๒ เผยแพร่ต่อสาธารณะ	หน้า ๓๐๕

กฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศไทย	หน้า ๓๐๕
คำพิพากษาศาลฎีกา	หน้า ๓๐๙
กฎหมายระหว่างประเทศ	หน้า ๓๑๕
เปรียบเทียบสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป	หน้า ๓๒๓
ความตั้งใจ (สหรัฐอเมริกา)	หน้า ๓๒๖
คดี Religious Tech v. Netcom	หน้า ๓๒๗
คดี Cartoon Network v. CSC	หน้า ๓๓๐
คดี ABC v. Aereo	หน้า ๓๔๐
คดี Spanski v. Telewizja	หน้า ๓๖๐
การกระทำ และสาธารณชน (สหภาพยุโรป)	หน้า ๓๗๒
สาธารณชนใหม่ คดี Nils Svensson	หน้า ๓๗๒
ข้อผิดพลาดของจำเลย คดี Sanoma	หน้า ๓๘๐
ปัจจัยความผิดพลาด คดี Filmspeler	หน้า ๓๙๗
การแบ่งปัน files คดี The Pirate Bay	หน้า ๔๐๔
บทที่ ๓ การละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม	หน้า ๔๑๓
เปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายแคนาดา	หน้า ๔๑๓
คดี Kraft Canada Inc. v. Euro Excellence Inc.	หน้า ๔๑๖
๓.๑ องค์ประกอบของการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม	หน้า ๔๒๘
๓.๑.๑ ผู้รู้หรือมีเหตุอันควรรู้	หน้า ๔๒๘
๓.๑.๒ งานอันได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น	หน้า ๔๓๙
๓.๑.๓ กระทำเพื่อกำไร	หน้า ๔๔๕
๓.๒ การกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม	หน้า ๔๔๙
๓.๒.๑ ขาย มีไว้เพื่อขาย ให้เช่า-เช่าซื้อ เสนอขาย-ให้เช่า-ให้เช่าซื้อ	หน้า ๔๔๙
๓.๒.๒ เผยแพร่ต่อสาธารณชน	หน้า ๔๖๐
๓.๒.๓ แจกจ่ายในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความเสียหาย	หน้า ๔๖๔
๓.๒.๔ นำหรือส่งเข้ามาในราชอาณาจักร	หน้า ๔๗๔
สรุปการละเมิดโดยอ้อมประกอบมุมมองต่างประเทศ	หน้า ๔๗๗

๓.๓ การละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อมในสหรัฐอเมริกา	หน้า ๔๙๐
๓.๓.๑ การละเมิดลิขสิทธิ์โดยเป็นผู้สนับสนุน	หน้า ๔๙๓
๓.๓.๒ การละเมิดลิขสิทธิ์โดยการกระทำของบุคคลอื่น	หน้า ๕๑๐
บทสรุป	หน้า ๕๑๙

การละเมิดลิขสิทธิ์ในสิทธิทางเศรษฐกิจ

บทนำ

กฎหมายลิขสิทธิ์เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่กว้างกว่าที่เป็นที่รู้จักกันในนาม กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (intellectual property laws) ซึ่งโดยทั่วไปแล้วกล่าวถึงอย่างกว้างเกี่ยวกับการสร้างสรรค์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นโดยความนึกคิด ความคำนึงของจิตใจ หรือภูมิปัญญาของมนุษย์ ในกรอบกว้าง กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งสิทธิดังกล่าวเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของผู้สร้างนวัตกรรม (innovators) หรือผู้สร้างสรรค์ (creators) โดยสิทธินั้นจะอยู่ภายใต้ความคุ้มครองเป็นระยะเวลาอันจำกัดเหนือการสร้างสรรค์ หรือนวัตกรรมของพวกเขา ทั้งนี้ อนุสัญญาจัดตั้งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ค.ศ. ๑๙๖๗ (The Convention Establishing the World Intellectual Property Organization (WIPO) (1967)) ไม่ได้แสวงหาที่จะนิยามทรัพย์สินทางปัญญา แต่แจกแจงบรรดาสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่จะได้รับความคุ้มครองออกเป็น: (๑) งานวรรณกรรม งานศิลปกรรม และงานทางวิทยาศาสตร์ (literary, artistic and scientific works); (๒) การแสดงของศิลปินนักแสดง สิ่งบันทึกเสียง และการแพร่เสียงแพร่ภาพ (performances of performing artists, phonograms and broadcasts); (๓) การประดิษฐ์ในทุกสาขาของความมานะพยายามของมนุษย์ (inventions in all fields of human endeavor); (๔) การค้นพบทางวิทยาศาสตร์ (scientific discoveries); (๕) การออกแบบทางอุตสาหกรรม (industrial designs); (๖) เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ และชื่อและสัญลักษณ์ทางการค้า (trademarks, service marks, and commercial names and designations); (๗) การให้ความคุ้มครองด้านการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม (protection against unfair competition; และ (๘) สิทธิอื่นๆ ที่เป็นผลมาจากกิจกรรมทางภูมิปัญญาในทางอุตสาหกรรม วิทยาศาสตร์ วรรณกรรม หรือศิลปกรรม (all other rights resulting from intellectual activity in the industrial, scientific, literary or artistic fields)¹

ความสำคัญในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้รับการยอมรับเป็นครั้งแรกโดยเอกสารระหว่างประเทศ (international instrument) ที่เรียกโดยย่อว่า อนุสัญญากรุงปารีส (Paris Convention) หรืออนุสัญญากรุงปารีสเพื่อการให้ความคุ้มครองซึ่งทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ค.ศ. ๑๘๘๓ (Paris Convention for the Protection of Industrial Property 1883) และอนุสัญญากรุงเบิร์น (Berne Convention) หรืออนุสัญญากรุงเบิร์นเพื่อการให้ความคุ้มครองซึ่งงานวรรณกรรม และงานศิลปกรรม ค.ศ. ๑๘๘๖ (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 1886) โดยอนุสัญญาทั้งสองฉบับอยู่ภายใต้การบริหาร

¹ Understanding Copyright and Related Rights, World Intellectual Property Organization (2016),

https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_909_2016.pdf at 3.

และจัดการโดยองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization – WIPO)² ซึ่งนั้นเป็นในระดับระหว่างประเทศ ส่วนในระดับประเทศนั้น บรรดาประเทศต่างๆ ก็ให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้กฎหมายของตนเช่นเดียวกัน ซึ่งในประเทศทั้งหลายนั้นก็มีประเทศที่มีประวัติความเป็นมาของการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะต่างๆ มาก่อนอนุสัญญาทั้งสองฉบับที่ได้กล่าวถึงไปนั้น ส่วนอีกหลายประเทศก็พัฒนามาตรฐานของตนขึ้นในระยะเวลาไล่เลี่ยกับอนุสัญญาทั้งสองฉบับนั้น และยังมีประเทศอีกจำนวนมากที่รับเอาแนวความคิดในการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้กฎหมายไปจากอนุสัญญาทั้งสองฉบับนี้ ทั้งนี้ ประเทศต่างๆ มีกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองแก่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาดำเนินการอย่างรวบรัดสองเหตุผล (๑) เพื่อให้เกิดมีการแสดงออกทางตัวบทกฎหมาย (statutory expression) เพื่อให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของผู้สร้างสรรค์ และผู้สร้างนวัตกรรมในบรรดาการสร้างสรรค์ และนวัตกรรมของพวกเขา โดยสร้างสมดุลกับผลประโยชน์สาธารณะในการเข้าถึงการสร้างสรรค์ และนวัตกรรมทั้งหลาย และ (๒) เพื่อส่งเสริมการสร้างสรรค์ และการสร้างนวัตกรรม เพื่อที่จะมีส่วนช่วยในการพัฒนาเศรษฐกิจ และสังคม³

การให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแต่ดั้งเดิม หรืออาจจะเรียกได้ว่าเป็นกระแสหลัก (conventional) มีอยู่สองประเภทของวัตถุแห่งสิทธิ (subject matters) ที่ได้รับการจัดให้มีความคุ้มครอง นั่นคือ – (หนึ่ง) ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (Industrial Property) ซึ่งมีอยู่หลายรูปแบบ รวมถึง: สิทธิบัตรสำหรับการประดิษฐ์ (utility patents) การออกแบบทางอุตสาหกรรม (industrial designs) (อันเป็นการสร้างสรรค์ทางสุนทรียภาพ หรือเชิงความงาม (aesthetic creations) ที่เกี่ยวข้องกับรูปลักษณ์ (appearance) ซึ่งผลิตภัณฑ์ทางอุตสาหกรรม (industrial products)); เครื่องหมายการค้า (trademarks); เครื่องหมายบริการ (service marks) การออกแบบผังภูมิวงจรรวม (layout-designs of integrated circuits) ชื่อและสัญลักษณ์

² See Berne Notification No. 101, Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Accession by the Kingdom of Thailand to the Paris Act (1971),

https://www.wipo.int/treaties/en/notifications/berne/treaty_berne_101.html; Paris Notification No. 217, Paris Convention for the Protection of Industrial Property, Accession by the Kingdom of Thailand to the Paris Convention for the Protection of Industrial Property of March 20, 1883, as revised at Stockholm on July 14, 1967, and as amended on September 28, 1979,

https://www.wipo.int/treaties/en/notifications/paris/treaty_paris_217.html. ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญากรุง Berne เมื่อวันที่ ๒๙ กันยายน ค.ศ. ๑๙๘๐ โดยมีผลเป็นภาคีสมาชิกเมื่อวันที่ ๒๙ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๘๐ และเข้าเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญากรุงปารีสเมื่อวันที่ ๒ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๐๘ โดยมีผลเป็นภาคีสมาชิกเมื่อวันที่ ๒ สิงหาคม ค.ศ. ๒๐๐๘

³ Understanding Copyright and Related Rights, World Intellectual Property Organization (2016), https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_909_2016.pdf at 3.

ทางการค้า (commercial names and designations) สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (geographical indications) และการให้ความคุ้มครองด้านการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม (protection against unfair competition) และ – (สอง) ลิขสิทธิ์ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการสร้างสรรค์ทางวรรณกรรม และศิลปกรรม เช่น หนังสือ ดนตรี ภาพวาด และประติมากรรม ภาพยนตร์และงานที่มีพื้นฐานเกี่ยวกับเทคโนโลยี (technological-based) (เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ และฐานข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์) ซึ่งในบางภาษา ลิขสิทธิ์ได้ถูกเรียกหาเป็น สิทธิของผู้ประพันธ์ (authors' rights) ถึงแม้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะได้นำมาซึ่งการมาบรรจบกัน (convergence) บางประการ ความแตกต่างที่มีระหว่างกันสะท้อนถึงความแตกต่างในภูมิหลังความเป็นมาในวิวัฒนาการของสิทธิต่างๆ เหล่านี้ ซึ่งยังคงสะท้อนอยู่ในระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศทั้งหลาย ส่วนวน “ลิขสิทธิ์” เป็นการอ้างถึงการกระทำอันเป็นการทำซ้ำงานต้นฉบับ (original work) ซึ่งในแง่ของการสร้างสรรค์ทางวรรณกรรม และศิลปกรรม จะสามารถถูกทำลายได้ก็แต่โดยผู้ประพันธ์ หรือโดยความยินยอมของเขา ส่วนวน “สิทธิของผู้ประพันธ์” เป็นการอ้างถึงผู้สร้างสรรค์งานศิลปกรรม ผู้ประพันธ์มัน ดังนี้ เน้นให้เห็นว่า ดังที่ได้รับการยอมรับในกฎหมายส่วนใหญ่ ผู้ประพันธ์มีสิทธิเฉพาะบางประการในการสร้างสรรค์ของพวกเขา ซึ่งมีแต่พวกเขาเท่านั้นที่จะกระทำได้ ที่มักจะถูกกล่าวถึงว่าเป็น “สิทธิโดยธรรม” (moral rights) เช่น สิทธิในอันที่จะขัดขวางการทำซ้ำงานอันเป็นการบิดเบือน (distorted reproduction) ส่วนสิทธิอื่นๆ เช่น สิทธิในการทำสำเนา สามารถที่จะถูกใช้โดยบุคคลที่สามได้ โดยได้รับความยินยอมจากผู้ประพันธ์ เช่น โดยผู้ตีพิมพ์ผู้ที่ได้รับการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (license) ต่อผลลัพธ์นี้จากผู้ประพันธ์⁴

พื้นฐานของการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ คือ การให้ความคุ้มครองเพียงรูปแบบการแสดงออกทางความคิด ไม่ใช่ความคิดโดยตัวพวกมันเอง บรรดางานที่ได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ คือ งานสร้างสรรค์ ด้วยทางเลือก (choice) และการจัดเตรียม (arrangement) ซึ่งตัวกลางในการแสดงออก (medium of expression) เช่น ตัวอักษร ตัวโน้ตเพลง สี และรูปทรง ลิขสิทธิ์ให้สิทธิที่เรียกว่าเป็น สิทธิเด็ดขาด หรือสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive rights) ในทรัพย์สินทางปัญญาที่เรียกว่างานอันมีลิขสิทธิ์ (copyrighted works) เพื่อดำเนินการบรรดาผู้คนที่ทั้งหลายที่จะทำซ้ำ หรือมีเช่นนั้น นำไป และใช้ซึ่งรูปแบบเฉพาะใดๆ ที่ซึ่งงานต้นฉบับ (original work) ได้ถูกแสดงออก (expressed) อย่างไรก็ตาม มีความเป็นไปได้ที่ผู้ประพันธ์ (authors) หรือผู้สร้างสรรค์ (creators) จะสร้างสรรค์ มีสิทธิใน และแสวงหาประโยชน์จากงานที่เหมือนกันของผู้ประพันธ์ หรือผู้สร้างสรรค์คนอื่น โดยไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตราบเท่าที่งานของผู้ประพันธ์ หรือผู้สร้างสรรค์อื่นนั้น ไม่ได้ถูกทำซ้ำ ทั้งนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์โดยทั่วไปให้ความคุ้มครองงานวรรณกรรม และศิลปกรรมเพื่อให้ผู้เป็นเจ้าของงานสามารถที่จะขัดขวางเพียงการใช้ที่ไม่ได้รับอนุญาต (unauthorized use) ซึ่งการแสดงออกทางความคิด (expression of idea) ของเขา นี่จึงเป็นเหตุผลหนึ่งที่ระยะเวลาการให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์อาจจะดูเหมือนเป็นเรื่องที่ยาวนานสักหน่อย โดยเฉพาะเมื่อเทียบกับการให้ความคุ้มครองสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา

⁴ Understanding Copyright and Related Rights, World Intellectual Property Organization (2016),

https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_909_2016.pdf at 4.

อื่นๆ เช่น สิทธิบัตร เป็นต้น ว่ากันว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศส่วนใหญ่อาจจะให้ความคุ้มครองผ่านระบบอย่างง่ายของการเพียงประกาศ (declaratory) นั่นคือ กฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ไม่ได้มีพิธีการหรือแบบ (formalities) รูปแบบ (forms) หรือข้อกำหนดให้ต้องมีการจดทะเบียน (registration) งานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อที่จะให้ได้รับความคุ้มครอง งานสร้างสรรค์จะถือว่าได้รับความคุ้มครองในทันทีเมื่อมันได้ปรากฏตัวขึ้น (exists) หรือได้ถูกสร้างสรรค์ขึ้น (created) หรือได้ถูกทำลง (made) เมื่อนั้นกฎหมายก็ให้ความคุ้มครองโดยผู้ประพันธ์งานต้นฉบับก็จะมีสิทธิในการขัดขวางบุคคลอื่นจากการทำซ้ำ หรือมิเช่นนั้นใช้งานในลักษณะอันเป็นเช่นเดียวกันนั้น⁵

เพื่อจุดประสงค์ในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ วลี “งานวรรณกรรมและศิลปกรรม” รวมถึงทุกงานต้นฉบับซึ่งความเป็นผู้ประพันธ์ (original work of authorship) โดยไม่คำนึงถึง (irrespective of) คุณความดี หรือคุณค่า (merit) ในทางวรรณกรรม หรือศิลปกรรม อย่างไรก็ตาม ความคิดทั้งหลาย (ideas) ในงานไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นต้นฉบับ (original) แต่รูปแบบของการแสดงออกจะต้องเป็นการสร้างสรรค์อันเป็นต้นฉบับ (original creation) โดยผู้ประพันธ์ ดังเช่นที่มาตรา ๒ ของอนุสัญญากรุง เบเน ระบุว่า “การแสดงออกซึ่ง ‘งานวรรณกรรม และงานศิลปกรรม’ จะรวมไว้ซึ่งการผลิตทุกประการในเขตแดนวรรณกรรม วิทยาศาสตร์ และศิลปกรรม (literary, scientific and artistic domain) ไม่ว่าอะไรจะเป็นวิธีการ (mode) หรือรูปแบบ (form) ของการแสดงออกของมัน” โดยอนุสัญญา เบเน ทำรายการอันเป็นตัวอย่างของบรรดางานที่สามารถได้รับความคุ้มครองไว้ ได้แก่: (๑) หนังสือ (books) แผ่นพับ (pamphlets) และงานเขียนอื่น (other writings); (๒) เอกสารการสอน (lectures) สุนทรพจน์ (addresses) เทศนา (sermons); (๓) งานละครหรืองานนาฏกรรม (dramatic) หรืองานละครเพลง (dramatico-musical); (๔) การออกแบบท่าเต้นหรือนาฏยประดิษฐ์ (choreographic) และงานบันเทิงที่เป็นการแสดงใบ้ (dumb show); (๕) การประพันธ์เพลง (musical compositions); โดยมี หรือไม่มีเนื้อ; (๖) งานภาพยนตร์ (cinematographic works) อันเป็นงานที่ถูกทำให้เป็นส่วนหนึ่ง (assimilated) ที่แสดงออกโดยกระบวนการที่เทียบเคียงได้กับภาพยนตร์ (cinematography); (๗) งานวาดเขียน (drawing) วาดภาพ (painting) สถาปัตยกรรม (architecture) ประติมากรรม (sculpture) งานแกะสลัก (engraving) และงานภาพพิมพ์ (lithography); (๘) งานภาพถ่าย (photographic works) อันเป็นงานที่ถูกทำให้เป็นส่วนหนึ่ง (assimilated) ที่แสดงออกโดยกระบวนการที่เทียบเคียงได้กับภาพถ่าย (photography); (๙) งานศิลปะประยุกต์ (applied art); (๑๐) งานภาพประกอบ (illustrations) แผนที่ (maps) แผนดิน (plans) ภาพร่าง (sketches) และสามมิติ (three-dimensional works) ที่เกี่ยวข้องกับภูมิศาสตร์ (geography) ภูมิประเทศ (topography) สถาปัตยกรรม (architecture) หรือวิทยาศาสตร์ (science) นอกจากนั้นยังมี; (๑๑) งาน “การแปล (translations) การดัดแปลง (adaptations) การจัดเตรียมซึ่งเพลง (arrangements of music) และการปรับเปลี่ยนสิ่งอื่นๆ (other alterations) ซึ่งงานวรรณกรรม หรือศิลปกรรม” ที่ “จะต้องได้รับความคุ้มครองเป็นงานต้นฉบับโดยไม่ก่อให้เกิดผลร้าย (without prejudice) ต่อ

⁵ Understanding Copyright and Related Rights, World Intellectual Property Organization (2016),

https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_909_2016.pdf at 6.

ลิขสิทธิ์ในงานต้นฉบับ” และ (๑๒) “การรวบรวม (collections) ซึ่งงานวรรณกรรม หรือศิลปกรรม เช่น งานสารานุกรม (encyclopedias) และการรวบรวมบทประพันธ์ หรือกวีนิพนธ์ (anthologies) ที่ โดยเหตุผลของการคัดเลือก (selection) และการจัดเตรียม (arrangement) ซึ่งเนื้อหาของพวกมัน ประกอบขึ้นเป็นการสร้างสรรค์ทางปัญญา” ซึ่งอนุสัญญากำหนดให้ “จะต้องได้รับความคุ้มครองตามนั้นโดยไม่ก่อให้เกิดผลร้ายต่อลิขสิทธิ์ในแต่ละงานที่ประกอบเป็นส่วนหนึ่งของการรวบรวมนดังกล่าว”⁶

หากพิจารณาบนพื้นฐานของอนุสัญญากรุง Berne เป็นหลัก ประเทศภาคีสมาชิกของสหภาพกรุง Berne (Berne Union) และประเทศอื่นๆ ได้จัดให้มีการคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์แก่บรรดาประเภทงานที่ได้แจกลงไปข้างต้น⁷ อย่างไรก็ตาม บัญชีรายการประเภทงานที่ได้มีการระบุไว้ในมาตรา ๒ ของอนุสัญญากรุง Berne ดังกล่าวไม่ได้มุ่งหมายที่จะให้เป็นที่สิ้นสุด (exhaustive) การให้ความคุ้มครองแก่งานประเภทอื่นอย่างเช่น การออกแบบ ซึ่งเป็นทางเลือก (optional) ก็ได้มีการจัดให้ไว้โดยหลายประเทศ ทั้งนี้ กฎหมายภายในของแต่ละประเทศ สามารถที่จะเลือกให้ความคุ้มครองเพิ่มขึ้นแก่ประเภทงานตามความเหมาะสมได้ รวมถึงอาจจะให้ความคุ้มครองที่ครอบคลุมไปถึงวิธีการ หรือรูปแบบซึ่งการแสดงออก (modes or forms of expression) อื่นๆ ที่เป็นการแสดงออกซึ่งงานที่อยู่ในเขตแดนของวรรณกรรม วิทยาศาสตร์ และศิลปกรรม ซึ่งในแง่นี้ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ (computer program) ถือเป็นตัวอย่างที่ดีของชนิด หรือลักษณะของงานที่ไม่ได้รวมอยู่ในบัญชีรายการประเภทงานที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญากรุง Berne แต่ก็ถือว่างานดังกล่าวมีคุณสมบัติที่ถือเป็นผลผลิตในเขตแดนของวรรณกรรม วิทยาศาสตร์ และวรรณกรรมภายใต้ความหมายของมาตรา ๒ เช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพราะเหตุที่ในการแจกลงบัญญัติรายการประเภทงานที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้มาตรา ๒ นั้น อนุสัญญากรุง Berne ได้ใช้วลีเชื่อมว่า “อาทิ เช่น” หรือ “ยกตัวอย่างเช่น” (such as) เป็นตัวเชื่อมจากถ้อยคำให้ความคุ้มครอง หรือเป็นตัวแสดงให้เห็นถึงว่าสิ่งที่ตามมาเป็นตัวอย่างของสิ่งที่ได้รับความคุ้มครอง เพื่อให้ทราบว่าสิ่งที่ได้มีการแจกลงไว้นั้นไม่ได้เป็นที่สิ้นสุด นอกเหนือจากที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์จะถือว่าเป็นสิ่งที่อยู่ภายใต้กรอบของมาตรา ๒ และประเทศทั้งหลายก็ได้ให้ความคุ้มครองงาน

⁶ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Paris Act of July 24, 1971, as amended on September 28, 1979, https://www.unido.org/sites/default/files/2014-04/Berne_Convention_for_the_Protection_of_Literary_and_Artistic_Works_28.09.1979_0.pdf, Article 2.

⁷ ดู พรบ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ และที่แก้ไขเพิ่มเติม, มาตรา ๖. มาตรา ๖ ระบุไว้ในวรรคหนึ่ง ว่า “งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ ของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธี หรือรูปแบบอย่างใด” และในวรรคสองว่า “การคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึงความคิดหรือขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบ หรือวิธีใช้หรือทำงานหรือแนวความคิด หลักการ การค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์หรือคณิตศาสตร์”

ดังกล่าวภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของตนแล้ว สนธิสัญญาว่าด้วยการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ค.ศ. ๑๙๙๖ (WIPO Copyright Treaty (WCT) 1996) ⁸ ก็ได้แสดงให้เห็นเป็นที่ชัดเจนเช่นนั้น โดยในสถานะของความเป็นข้อตกลงพิเศษภายใต้อนุสัญญากรุง Berne (special agreement) มาตรา ๒๐ ที่เปิดทางให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถเข้าทำความตกลงเพิ่มเติมระหว่างกันได้เพื่อขยายความคุ้มครองในสิทธิต่างๆ ให้แก่ผู้ประพันธ์โดยไม่ขัดหรือแย้งต่ออนุสัญญากรุง Berne ⁹ นอกจากนี้ ในความตกลงว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอันเนื่องเกี่ยวกับการค้าภายใต้กรอบขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization – WTO) หรือความตกลงทริปส์ (The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS) มาตรา ๑๐ ¹⁰ ก็ยังได้ให้ความคุ้มครองในลักษณะเดียวกันกับที่ปรากฏอยู่ในมาตรา ๔ ของ WCT เช่นเดียวกัน

การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้น อาจจะสามารถถูกแบ่งแยกอย่างง่ายออกเป็น ๒ ประเภทใหญ่ของสิทธิที่ให้ความคุ้มครอง ประเภทแรกที่จะมีรายละเอียดน้อยกว่า แต่ไม่ได้มีความสำคัญน้อยกว่าประเภทที่สองที่ได้กล่าวถึงต่อไป คือ สิทธิโดยธรรม (moral rights) ซึ่งเป็นการให้สิทธิที่อนุญาตให้ผู้ประพันธ์งานอันมีลิขสิทธิ์สามารถที่จะขัดขวางมิให้งานของตนถูกปรับเปลี่ยน (altered) ทำให้เป็นที่รับรู้ต่อสาธารณะ (made public) โดยไม่ได้รับความยินยอมของเขา ซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้ได้รับความคุ้มครองภายใต้มาตรา ๖ บิส (Article 6bis) ของอนุสัญญา Berne โดยกำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองแก่ (๑) สิทธิในการอ้างความเป็นผู้ประพันธ์ (right to claim authorship) ในงาน (ซึ่งบ้างก็เรียกว่าเป็น สิทธิในความเป็นบิดา (right of paternity) หรือสิทธิในการแสดงความเป็นเจ้าของ (right of attribution)) และ (๒) สิทธิที่จะคัดค้านการบิดเบือน หรือการดัดแปลงซึ่งงาน หรือการกระทำที่เป็นการวิจารณ์ไปในทางที่ไม่ดี (derogatory action) อื่น โดยสัมพันธ์กับงาน ซึ่งจะเป็นการก่อให้เกิดผลร้ายต่อเกียรติภูมิ (honor) หรือชื่อเสียง (reputation) ของผู้ประพันธ์ (บางครั้งสิทธินี้ถูกเรียกว่า สิทธิในเกียรติศักดิ์ (right of integrity) ซึ่งอนุสัญญากรุง Berne กำหนดให้สิทธิโดยธรรมนี้ได้รับ

⁸ See World Intellectual Property Organization Copyright Treaty, adopted in Geneva on December 20, 1996, https://www.wipo.int/wipolex/en/text/295166#P56_5626, Article 4. มาตรา ๔ ของสนธิสัญญา WCT นี้ ให้ความคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในฐานะที่เป็นงานวรรณกรรมภายใต้ความหมายของมาตรา ๒ ของอนุสัญญากรุง Berne See also WCT Notification No. 105, WIPO Copyright Treaty, Accession by the Kingdom of Thailand, https://www.wipo.int/treaties/en/notifications/wct/treaty_wct_105.html. ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสมาชิก WCT เมื่อวันที่ ๑๓ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๒๒ มีผลเป็นภาคีสมาชิกเมื่อวันที่ ๑๓ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๒๒

⁹ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Paris Act of July 24, 1971, as amended on September 28, 1979, https://www.unido.org/sites/default/files/2014-04/Berne_Convention_for_the_Protection_of_Literary_and_Artistic_Works_28.09.1979_0.pdf, Article 20.

¹⁰ The World Trade Organization, Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf, Article 10.

ความคุ้มครองแยกจากสิทธิทางเศรษฐกิจ (economic rights) ที่จะได้กล่าวถึงต่อไป และเป็นเรื่องหลักที่จะได้กล่าวถึงในหนังสือนี้ โดยสิทธิโดยธรรมนั้นเป็นสิ่งที่มอบให้แก่เพียงผู้ประพันธ์อันเป็นปัจเจก หรือผู้ประพันธ์แต่ละคน (individual authors) และในกฎหมายของประเทศจำนวนมาก สิทธิดังกล่าวนี้จะยังคงเป็นของผู้ประพันธ์ แม้เมื่อได้มีการโอนไปซึ่งสิทธิทางเศรษฐกิจแล้วก็ตาม¹¹ นี่หมายความว่า ยกตัวอย่างเช่น ผู้ผลิตภาพยนตร์ หรือผู้ตีพิมพ์หนังสือ อาจจะได้รับโอนไปซึ่งสิทธิทางเศรษฐกิจในงาน แต่ในเขตอำนาจของบรรดากฎหมายที่กล่าวถึงไปนั้น ผู้ประพันธ์แต่ละคนยังคงไว้ซึ่งความเป็นเจ้าของสิทธิโดยธรรมไม่เปลี่ยนแปลง ซึ่งบางทีก็เรียกว่าเป็น สิทธิอันไม่อาจจะโอนให้แก่กันได้ หรือสิทธิที่ไม่อาจจะแยกออกจากบุคคลได้ (inalienable right)¹²

ส่วนสิทธิที่เป็นหลักที่เราจะได้ศึกษากัน คือ สิทธิทางเศรษฐกิจ (economic rights) นั้น คือ สิทธิที่ให้ความคุ้มครองแก่คุณค่าทางเศรษฐกิจ (economic value) ของงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งเช่นเดียวกันกับทรัพย์สิน หรือสิทธิในทรัพย์สิน (property rights) อื่นใด ที่เจ้าของสามารถที่จะตัดสินใจว่าจะใช้สิทธิในทรัพย์สิน หรือจะใช้ทรัพย์สินของตนอย่างไร และบุคคลอื่นจะสามารถเข้าใช้ทรัพย์สินดังกล่าวของเจ้าของได้โดยชอบด้วยกฎหมายก็แต่เพียงโดยการได้รับความยินยอมของเจ้าของ หรือโดยผลทางกฎหมายบางประการ ซึ่งการได้รับความยินยอมจากเจ้าของก็มักจะเป็นโดยผ่านสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensing agreement) ส่วนโดยผลทางกฎหมายนั้น เช่น กรณีที่กฎหมายยกเว้นให้ หรือกรณีที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ เช่น การใช้อย่างเป็นธรรม (fair use) อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิ หรือทรัพย์สินของเจ้าของนั้น ต้องเป็นไปโดยให้ความเคารพต่อสิทธิตามกฎหมาย และผลประโยชน์อันชอบธรรมของสมาชิกในสังคมด้วย ดังนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศต่างๆ จึงให้สิทธิทางเศรษฐกิจไว้แก่เจ้าของในลักษณะของการมอบให้ซึ่งสิทธิเด็ดขาด หรือสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive rights) ในอันที่จะตัดสินใจในการใช้สิทธิของตนตามแต่ตนจะเห็นสมควร ซึ่งรวมถึงการทำให้สามารถที่จะสงวนกัน (reserve) หรือกันออกไป (exclude) ซึ่งบุคคลอื่นจากการเข้ายุ่งเกี่ยวกับสิทธิ หรือทรัพย์สินของตน โดยไม่ได้รับอนุญาต หรืออีกนัยหนึ่งคือ สิทธิในอันที่จะอนุญาตให้บุคคลอื่นเข้าใช้งานของตนได้ ตามที่เจ้าของจะเห็นสมควร บนเงื่อนไขที่ยังอยู่ภายใต้สิทธิตามกฎหมาย และผลประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลอื่นที่กฎหมายให้ความคุ้มครองด้วย ซึ่งในประการหลังนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์ส่วนใหญ่ให้ความสำคัญเป็นอย่างมาก และอาจจะถือได้ว่าเป็นพื้นฐานที่เป็นสิ่งที่จะต้องพิจารณาโดยให้ความสำคัญลำดับก่อน (priority) นั้น

¹¹ ดู พรบ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ และที่แก้ไขเพิ่มเติม, มาตรา ๑๔. มาตรา ๑๔ ระบุว่า “ผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้มีสิทธิที่จะแสดงว่าตนเป็นผู้สร้างสรรค์งานดังกล่าว และมีสิทธิที่จะห้ามมิให้ผู้รับโอนลิขสิทธิ์ หรือบุคคลอื่นใดบิดเบือน ตัดทอน ดัดแปลงหรือทำโดยประการอื่นใดแก่งานนั้นจนเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียง หรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ และเมื่อผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตายทายาทของผู้สร้างสรรค์มีสิทธิที่จะฟ้องร้องบังคับตามสิทธิดังกล่าวได้ตลอดอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นเป็นลายลักษณ์อักษร”

¹² Understanding Copyright and Related Rights, World Intellectual Property Organization (2016),

https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_909_2016.pdf at 14.

คือ ผลประโยชน์ที่แท้จริงของสาธารณะต้องได้รับการพิจารณาอยู่เหนือผลประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้น หากเกิดการขัดกันของผลประโยชน์ในสองลักษณะนี้ ผลประโยชน์ที่แท้จริงของสาธารณะจะต้องมาก่อน

กฎหมายลิขสิทธิ์ทั้งหลายโดยมากแล้วให้ความคุ้มครองแก่ผู้ประพันธ์ หรือผู้ทรงสิทธิโดยชอบอื่น (other right owners) ในอันที่จะมีสิทธิในการอนุญาต หรือขัดขวางการกระทำบางประการโดยสัมพันธ์กับงาน โดยผู้ประพันธ์ หรือผู้ทรงสิทธิโดยชอบอื่นนั้นสามารถอนุญาต หรือห้าม: (๑) การทำซ้ำซึ่งงานในรูปแบบต่างๆ เช่น การพิมพ์สิ่งตีพิมพ์ หรือสิ่งบันทึกเสียง; (๒) การเผยแพร่สำเนาของงาน; (๓) การแสดงเป็นสาธารณะซึ่งงาน; (๔) การแพร่เสียงแพร่ภาพ หรือการสื่อสารไปในทางอื่นใดซึ่งงานต่อสาธารณะ; (๕) การแปลงานไปสู่ภาษาอื่นๆ และ (๖) การดัดแปลงงาน เช่น เปลี่ยนนวนิยายให้กลายเป็นภาพยนตร์¹³ อันที่จริงแล้ว สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในอันที่จะขัดขวางบุคคลอื่นจากการทำซ้ำซึ่งสำเนา หรือทำซ้ำซึ่งงานของพวกเขาโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นสิทธิอันเป็นพื้นฐานที่สุด (most basic right) ที่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายลิขสิทธิ์ สิทธิในอันที่จะควบคุมการกระทำอันเป็นการทำซ้ำ (reproduction) – ไม่ว่าจะเป็นการทำซ้ำโดยผู้ตีพิมพ์ หรือการผลิตโดยผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงซึ่งแผ่นซีดี (compact discs) ที่บรรจุไว้ซึ่งการแสดงที่ได้ถูกบันทึกเอาไว้ซึ่งงานดนตรีกรรม – เป็นพื้นฐานทางกฎหมายสำหรับรูปแบบจำนวนมากของการแสวงหาประโยชน์ซึ่งงานที่ได้รับความคุ้มครอง บรรดาสิทธิอื่นๆ ที่ได้กล่าวถึงไปนั้น เป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับ หรือรับรองโดยกฎหมายภายในประเทศเพื่อที่จะให้หลักประกันว่าสิทธิอันเป็นพื้นฐานในการทำซ้ำนี้จะได้รับความเคารพ (respected) กฎหมายจำนวนมากรวมถึงสิทธิในการอนุญาตให้มีการจำหน่าย หรือแจกจ่าย (distribution) ซึ่งสำเนาของงาน ทั้งนี้สิทธิในการทำซ้ำจะมีคุณค่าทางเศรษฐกิจที่ค่อนข้างน้อยหากว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่สามารถควบคุมการแจกจ่ายซึ่งสำเนาของงานของพวกเขาที่ได้ทำลงโดยไม่ได้รับความยินยอม สิทธิในการแจกจ่าย (right of distribution)¹⁴

¹³ ดู พรบ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ และที่แก้ไขเพิ่มเติม, มาตรา ๑๕.

มาตรา ๑๕ ... เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวดังต่อไปนี้

(๑) ทำซ้ำหรือดัดแปลง

(๒) เผยแพร่ต่อสาธารณชน

(๓) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ วัสดุทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียง

(๔) ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น

(๕) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตาม (๑) (๒) หรือ (๓) โดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดหรือไม่ก็ได้ แต่เงื่อนไขดังกล่าวจะกำหนดในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมไม่ได้

¹⁴ ดู พรบ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ และที่แก้ไขเพิ่มเติม, มาตรา ๔. เมื่อพิจารณาความหมายของนิยามว่า “การโฆษณา” ในมาตรา ๔ ที่หมายความว่า “การนำสำเนาจำลองของงานไม่ว่าในรูปแบบหรือลักษณะอย่างใดที่สร้างขึ้นโดยความยินยอมของผู้สร้างสรรค์ออกจำหน่าย โดยสำเนาจำลองนั้นมีปรากฏต่อสาธารณชนเป็นจำนวนมากพอสมควรตามสภาพของงานนั้น แต่ทั้งนี้ไม่หมายความรวมถึง การแสดงหรือการทำให้ปรากฏซึ่งนาฏกรรม ดนตรีกรรม หรือภาพยนตร์ การบรรยายหรือการ

โดยมากจะสิ้นสุด หรือยุติลง (terminate) บนการขายครั้งแรก (first sale) หรือการโอนไปซึ่งความเป็นเจ้าของ (transfer of ownership) ซึ่งสำเนาทางกายภาพโดยเฉพาะเจาะจง (particular physical copy) นี้หมายความว่า ยกตัวอย่างเช่น เมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งหนังสือขาย หรือมีเช่นนั้นโอนไปซึ่งความเป็นเจ้าของในสำเนาของหนังสือ เจ้าของสำเนานั้นสามารถที่จะมอบหนังสือดังกล่าวไป หรือแม้จะขายซ้ำ (resell) มันโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ได้ ซึ่งปัญหาของการนำมาปรับใช้ซึ่งแนวความคิดนี้ต่อไฟล์ดิจิทัล (digital files) เป็นสิ่งที่อยู่ภายใต้การพิจารณาในระบบกฎหมายของหลายประเทศ¹⁵

สิทธิอีกประเภทหนึ่งที่ได้รับการยอมรับเพิ่มมากขึ้น และรวมอยู่ใน WCT ด้วย คือ สิทธิในการอนุญาตให้มีการเช่า (right to authorize rental)¹⁶ ซึ่งสำเนาของงานอันมีลิขสิทธิ์บางประเภท เช่น งานดนตรีกรรมในสิ่งบันทึกเสียง (sound recordings) งานโสตทัศนวัสดุ (audiovisual works) และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ สิ่งนี้กลายเป็นความจำเป็นเพื่อที่จะขัดขวางการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม (abuse) ต่อสิทธิในการทำซ้ำของเจ้าของลิขสิทธิ์เมื่อความก้าวหน้าในทางเทคโนโลยีทำให้เป็นการง่ายสำหรับลูกค้าของร้านให้เช่า (rental shop) ที่จะทำซ้ำ หรือทำสำเนาซึ่งงานดังกล่าว และกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศจำนวนหนึ่งยังให้สิทธิในการควบคุมการนำเข้า (right to control importation) ซึ่งสำเนาในฐานะที่เป็นวิธีการที่จะขัดขวางการกัดเซาะ (erosion) ซึ่งหลักการว่าด้วยเขตอำนาจภายในอาณาเขต หรือหลักการว่าด้วยดินแดน (territoriality) ซึ่งลิขสิทธิ์ สิทธิดังกล่าวนี้อยู่บนพื้นฐานของข้อสันนิษฐาน (premise) ที่ว่าผลประโยชน์อันชอบธรรมทางเศรษฐกิจ (legitimate economic interests) ของเจ้าของลิขสิทธิ์จะถูกทำให้เป็นภัย (endangered) หากว่าพวกเขาไม่สามารถที่จะใช้สิทธิในการทำซ้ำ และการแจกจ่ายของพวกเขาบนพื้นฐานของอาณาเขต หรือดินแดน (territorial basis) อย่างก็ตาม รูปแบบการทำซ้ำซึ่งงานบางประการเป็นสิ่งที่อยู่ภายใต้การพ้นจากหรือความเป็นอิสระจากกฎข้อยกเว้น (exemptions) จากหลักทั่วไป (general rule) เพราะสิ่งเหล่านี้ไม่ต้องการความยินยอมจากเจ้าของสิทธิ การพ้นจากเหล่านี้เป็นสิ่งที่รู้จักกันในฐานะเป็นข้อจำกัด (limitations) หรือข้อยกเว้น (exceptions) ต่อสิทธิทั้งหลายของเจ้าของลิขสิทธิ์¹⁷

ปาฐกถา ซึ่งวรรณกรรม การแพร่เสียงแพร่ภาพเกี่ยวกับงานใด การนำศิลปกรรมออกแสดงและการก่อสร้างงานสถาปัตยกรรม” น่าจะเป็นความหมายเดียวกันกับ right of distribution ซึ่งในที่นี้จะแปลตรงตัวว่า “สิทธิในการแจกจ่าย”

¹⁵ Understanding Copyright and Related Rights, World Intellectual Property Organization (2016),

https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_909_2016.pdf at 11.

¹⁶ See World Intellectual Property Organization Copyright Treaty, adopted in Geneva on December 20, 1996, https://www.wipo.int/wipolex/en/text/295166#P56_5626, Article 7.

¹⁷ Understanding Copyright and Related Rights, World Intellectual Property Organization (2016), https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_909_2016.pdf at 11.

สิทธิในการจัดแสดงสาธารณะ (right of public performance) ¹⁸ เป็นอีกสิทธิหนึ่งที่กฎหมายลิขสิทธิ์มอบให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งสิทธิดังกล่าวภายใต้กฎหมายภายในของหลายประเทศรวมถึงการจัดแสดงซึ่งงานในสถานที่ที่

¹⁸ ดู พรบ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ และที่แก้ไขเพิ่มเติม, มาตรา ๔. เมื่อพิจารณาความหมายของนิยามว่า “เผยแพร่ต่อสาธารณชน” ในมาตรา ๔ ที่หมายความว่า “ทำให้ปรากฏต่อสาธารณชน โดยการแสดง การบรรยาย การสวด การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียงและหรือภาพ การก่อสร้าง การจำหน่าย หรือโดยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น” จะเห็นว่าเป็นสิ่งที่มีความหมายใกล้เคียงกับ right of public performance ซึ่งในที่นี้จะแปลตรงตัวว่า “สิทธิในการจัดแสดงสาธารณะ” เป็นอย่างมาก แต่อย่างไรก็ตาม การเผยแพร่ต่อสาธารณะ หรือการเผยแพร่ต่อสาธารณชน นั้น น่าจะตรงกับคำในภาษาอังกฤษ ซึ่งเป็นอีกลักษณะสิทธิหนึ่งที่เรียกว่า right of communication to the public มากกว่า ทั้งนี้ หากพิจารณาบทบัญญัติของอนุสัญญากรุง Berne see Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Paris Act of July 24, 1971 as amended on September 28, 1979 จะพบว่า การเขียนรายละเอียดในมาตรา ๑๑ มาตรา ๑๑ ทวิ และมาตรา ๑๑ ตริ อาจจะทำให้เกิดความสับสนในสิทธิทั้งสอง กล่าวคือ “สิทธิในการจัดแสดงสาธารณะ” กับ “สิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณะ” ซึ่งจะต้องทำความเข้าใจถึงความแตกต่างของสิทธิทั้งสอง และจะต้องแยกประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติทั้งสามมาตรา จึงอาจจะลดความสับสนของการปะปนกันของสิทธิทั้งสองลงได้ ตามทางพิจารณาต่อไปนี้

มาตรา ๑๑ ของอนุสัญญา Berne เป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิบางประการในงานนาฏกรรม และดนตรีกรรม (dramatic and musical works) โดยระบุถึงสิทธิในการจัดแสดงสาธารณะ (right of public performance) และการเผยแพร่ต่อสาธารณะซึ่งการแสดง (right of communication to the public of a performance) โดยมีรายละเอียดดังนี้

(๑) นักประพันธ์ซึ่งงานนาฏกรรม (การละคร) (dramatic) งานละครเพลง (dramatico-musical) และงานดนตรีกรรม (musical) จะได้รับสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการอนุญาต:

(หนึ่ง) การแสดงสาธารณะ (public performance) ซึ่งบรรดางานของพวกเขา รวมถึงการแสดงสาธารณะดังกล่าวโดยวิธีการ หรือกระบวนการใด (any means or process);

(สอง) การเผยแพร่ต่อสาธารณะ (communication to the public) ใดๆ ซึ่งการแสดงซึ่งงานของพวกเขา

....

มาตรา ๑๑ ทวิ ของอนุสัญญา Berne เป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิในการแพร่เสียงแพร่ภาพและสิทธิข้างเคียง (broadcasting and related rights) โดยมี ๓ ย่อหน้า ซึ่งย่อหน้าที่เกี่ยวข้องกับการแสดงสาธารณะ (public performance) และการเผยแพร่ต่อสาธารณะ (communication to the public) คือย่อหน้าที่ ๑ ซึ่งกำหนดสิทธิของผู้ประพันธ์ไว้ดังต่อไปนี้

(๑) ผู้ประพันธ์ซึ่งงานวรรณกรรม และศิลปกรรมจะได้รับสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการอนุญาต:

(หนึ่ง) การแพร่เสียงแพร่ภาพ (broadcasting) ซึ่งงานของพวกเขา หรือการเผยแพร่ (communication) ซึ่งสิ่งเหล่านี้ไปยังสาธารณชน (public) โดยวิธีการอื่นใดซึ่งการแพร่กระจายโดยไร้สาย (any other means of wireless diffusion) ซึ่งเครื่องหมาย (signs) เสียง (sounds) หรือรูปภาพ (images);

สาธารณชนอยู่ หรือสามารถแสดงตนได้ หรือในสถานที่ที่ไม่ได้เปิดให้แก่สาธารณชนแต่เป็นสถานที่ที่คนจำนวนมากที่อยู่ภายนอกวงรอบปกติของครอบครัว (normal circle of a family) และคนที่สนิทชิดเชื้อกัน (close acquaintances) สามารถจะแสดงตนได้ สิทธิในการจัดแสดงสาธารณะให้ความสามารถแก่ผู้ประพันธ์ หรือเจ้าของลิขสิทธิ์อื่นที่จะอนุญาตให้มีการจัดแสดงสด (live performance) ซึ่งงาน เช่น การเล่นโน้ตภาพยนตร์ หรือการจัดแสดงมโหรี (orchestra performance) ซึ่งดนตรีประสานเสียงวงใหญ่ (symphony) ในหอดนตรี (concert hall) การจัดแสดงสาธารณะรวมถึงการแสดงโดยวิธีการของการบันทึกเสียง ดังนั้น งานดนตรีกรรมจะถือว่าได้ถูกจัดแสดงเป็นสาธารณะเมื่อสิ่งบันทึกเสียงของงานนั้น หรือภาพบันทึกเสียง (phonogram) ได้ถูกเล่นผ่านทางอุปกรณ์ขยายเสียง (amplification equipment) เช่น ในไนต์คลับที่เปิด

(สอง) การเผยแพร่ต่อสาธารณะใด (any communication to the public) โดยระบบสาย (wire) หรือโดยการแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ (rebroadcasting) ซึ่งการแพร่เสียงแพร่ภาพซึ่งงาน เมื่อการเผยแพร่นี้ได้ถูกทำลงโดยองค์กร (organization) อื่นนอกเหนือจากองค์กรที่เป็นต้นกำเนิด (original one);

(สาม) การเผยแพร่ต่อสาธารณะ (public communication) โดยเครื่องขยายเสียง (loudspeaker) หรืออุปกรณ์ในการถ่ายทอดที่เทียบเคียงกันได้ (other analogous instrument transmitting) โดยเครื่องหมาย เสียง หรือรูปภาพ การแพร่เสียงแพร่ภาพซึ่งงานนั้น

....

มาตรา ๑๑ ตี ของอนุสัญญา Berne เป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิในการแพร่เสียงแพร่ภาพและสิทธิข้างเคียง (broadcasting and related rights) โดยมี ๒ ย่อหน้า ซึ่งย่อหน้าที่เกี่ยวข้องกับการแสดงสาธารณะ (public performance) และการเผยแพร่ต่อสาธารณะ (communication to the public) คือย่อหน้าที่ ๑ ซึ่งกำหนดสิทธิของผู้ประพันธ์ไว้ดังต่อไปนี้

(๑) ผู้ประพันธ์ซึ่งงานวรรณกรรมจะสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการอนุญาต:

(หนึ่ง) การอ่านออกเสียงเป็นสาธารณะ (public recitation) ซึ่งงานของพวกเขา รวมถึงการอ่านออกเสียงเป็นสาธารณะโดยวิธีการ หรือกระบวนการใดๆ;

(สอง) การเผยแพร่ต่อสาธารณะใด (any communication to the public) ซึ่งการอ่านออกเสียงซึ่งงานของพวกเขา

เมื่อพิจารณาอนุสัญญา Berne ในมาตรา ๑๑ มาตรา ๑๑ ทวิ และมาตรา ๑๑ ตี แล้ว จะพบว่าข้อแตกต่างระหว่างการแสดงสาธารณะ (public performance) กับ การเผยแพร่ต่อสาธารณะ (communication to the public) คือ การแสดงสาธารณะ เป็น การนำงานนั้นๆ มาแสดงโดยตรง เช่น หากเป็นภายใต้มาตรา ๑๑ จะเป็นการแสดงนาฏกรรม (public performance of dramatic work) ส่วนการเผยแพร่ต่อสาธารณะ เป็นการนำเอางานที่ได้ถูกแสดงไปเผยแพร่ต่อสาธารณะ เช่น หากเป็นภายใต้มาตรา ๑๑ จะเป็นการนำการแสดงนาฏกรรมไปเผยแพร่ต่อสาธารณะ ภายใต้มาตรา ๑๑ ทวิ จะเป็นการนำงานแพร่เสียงแพร่ภาพซึ่งงานวรรณกรรมหรือศิลปกรรมไปเผยแพร่ต่อสาธารณะ และภายใต้มาตรา ๑๑ ตี จะเป็นการนำการอ่านออกเสียงซึ่งงานวรรณกรรมไปเผยแพร่ต่อสาธารณะ

แผ่นเสียงให้แขกเต้นรำ (discotheque) บนเครื่องบิน หรือในห้างสรรพสินค้า นอกจากนั้น ยังมีสิทธิอีกสิทธิหนึ่ง นั่น คือ สิทธิในการแพร่เสียงแพร่ภาพ ซึ่งครอบคลุมการส่งสัญญาณ (transmission) สำหรับการรับเข้ามา (reception) ของ สาธารณชน ซึ่งเสียง หรือภาพและเสียง โดยวิธีการไร้สาย (wireless means) ไม่ว่าจะเป็นโดยวิทยุ โทรทัศน์ หรือ ดาวเทียม เมื่องานได้ถูกสื่อสาร (communicated) ไปยังสาธารณชน สัญญาณจะถูกกระจายไปโดยวิธีการที่มีสาย (wire) หรือไร้สายเพื่อการรับเข้ามาเพียงโดยบุคคลทั้งหลายที่ครอบครองซึ่งอุปกรณ์ที่จำเป็นสำหรับการถอดรหัส (decode) สัญญาณ ยกตัวอย่างเช่น การส่งสัญญาณทางสายเคเบิล (cable transmission) ซึ่งการสื่อสารไปยังสาธารณชน ซึ่ง ภายใต้อนุสัญญากรุง Berne ผู้ประพันธ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว หรือสิทธิเด็ดขาดในการอนุญาตการจัดแสดงสาธารณะ การแพร่เสียงแพร่ภาพ และการสื่อสารงานของพวกเขาไปยังสาธารณชน ภายใต้กฎหมายภายในของบางประเทศ สิทธิ แต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของสิทธิในการอนุญาตให้มีการแพร่เสียงแพร่ภาพได้ถูกแทนที่ในบางสถานการณ์โดยสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนที่เป็นธรรม (right to equitable remuneration) ถึงแม้ว่าชนิดของข้อจำกัดต่อสิทธิการแพร่เสียง แพร่ภาพนี้จะได้กลายเป็นสิ่งที่ไม่ค่อยจะพบเห็นแล้วก็ตาม¹⁹

ในหลายปีที่ผ่านมา สิทธิในการแพร่เสียงแพร่ภาพ สิทธิในการจัดแสดงสาธารณะ และสิทธิในการ สื่อสารไปยังสาธารณชนหรือการเผยแพร่ต่อสาธารณะ ได้เป็นประเด็นข้อถกเถียงอยู่พอสมควร คำถาม หรือ ปัญหาใหม่ๆ ได้ก่อเกิดขึ้นโดยเป็นผลลัพธ์มาจากพัฒนาการทางด้านเทคโนโลยี (technological developments) โดยเฉพาะ อย่างยิ่ง เทคโนโลยีดิจิทัลทั้งหลาย (digital technologies) ที่ได้นำมาซึ่งการสื่อสารเชิงโต้ตอบ (interactive communications) ที่ทำให้เกิดความสามารถต่อผู้ใช้ในอันที่จะคัดเลือกรางวัลที่จะถูกส่งต่อไปยังเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือ อุปกรณ์อื่น (other devices) ของพวกเขา ความคิดเห็นแยกทางกันไป (diverge) ในแง่ที่ว่าสิทธิใดควรจะ ได้ ถูกนำมาปรับใช้กับกิจกรรมดังกล่าวนี้ ซึ่งมาตรา ๘ (Article 8) ของ WCT ทำให้เป็นที่เข้าใจว่า มันควรจะ ถูก ครอบคลุมอยู่ภายใต้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว หรือสิทธิเด็ดขาด ซึ่งสนธิสัญญาอธิบายว่าเป็นสิทธิของผู้ประพันธ์ ในอันที่จะอนุญาตให้มีการทำให้เป็นที่เข้าถึงได้ซึ่งงานของพวกเขาต่อสาธารณชน “ในทางที่สมาชิกของสาธารณะ สามารถที่จะเข้าถึงงานเหล่านี้ได้จากสถานที่ และ ณ เวลา ที่สามารถจะถูกเลือกได้อย่างเป็นเอกเทศโดยพวกเขา”²⁰ ซึ่งหลายประเทศทำให้มีผลซึ่งสิทธินี้โดยบรรจุสิทธิดังกล่าวไว้ในกฎหมายของตนเองเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิใน

¹⁹ Understanding Copyright and Related Rights, World Intellectual Property Organization (2016), https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_909_2016.pdf at 12.

²⁰ See World Intellectual Property Organization Copyright Treaty, adopted in Geneva on December 20, 1996, https://www.wipo.int/wipolex/en/text/295166#P56_5626, Article 8. ซึ่งบรรดาอธิบายมาตรา ๘ ที่ระบุว่าเป็นถ้อยแถลง ที่ได้มีการตกลงกัน (agreed statements) เกี่ยวกับมาตรา ๘ กล่าวว่า “มันเป็นที่ยอมรับกันทั่วกันว่าเพียงบทบัญญัติซึ่งสิ่งอำนวยความสะดวกทางกายภาพ (physical facilities) เพื่อการทำให้สามารถ หรือทำให้เกิดการสื่อสาร ไม่ได้ ในตัวมันเอง รวมกัน เป็นการสื่อสารภายในความหมายของสนธิสัญญานี้ หรือของอนุสัญญากรุง Berne”

การสื่อสารหรือเผยแพร่ (right to communicate) ต่อสาธารณะ ถึงแม้ว่าบางประเทศจะทำในรูปแบบของการกำหนดให้เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในการแจกจ่าย (right of distribution)²¹

บรรดาการกระทำต่างดั่งที่ได้กล่าวถึงไปว่าเป็นสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ ไม่ว่าจะเป็นการทำให้การจัดแสดง การแจกจ่าย การนำเข้า การให้เช่า การแพร่เสียงแพร่ภาพ หรือการสื่อสารต่อสาธารณะ เป็นสิ่งที่อาจจะถือได้ว่าเป็นการกระทำต่างดั่งอันมีลิขสิทธิ์ในความเป็นงานนั่นเอง โดยไม่ได้มีการปรับเปลี่ยนอันใดในงาน ซึ่งอาจจะแตกต่างกับอีกสองสิทธิที่เป็นสิทธิอันกฎหมายลิขสิทธิ์มอบให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์เช่นเดียวกัน คือสิทธิในการแปล (right to translate) และสิทธิในการดัดแปลง (right to adaptation) ซึ่งผู้ที่กระทำสิ่งเหล่านี้ต่างดั่งอันมีลิขสิทธิ์จะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์เช่นเดียวกัน แม้ถึงว่าจะเป็นการใช้ที่ถือได้ว่าเป็นการปรับเปลี่ยน (alteration) ต่างดั่งก็ตาม ทั้งนี้ การแปล หมายถึง การแสดงออกซึ่งงานในภาษาอื่นนอกเหนือจากภาษาที่เป็นฉบับอันเป็นต้นฉบับ (original version) ส่วนการดัดแปลง โดยทั่วไป เป็นที่เข้าใจว่าเป็นการปรับเปลี่ยน (modification) ซึ่งงานเพื่อที่จะสร้างงานอีกชิ้นหนึ่งขึ้นมา ยกตัวอย่างเช่น การดัดแปลงนวนิยายไปเป็นภาพยนตร์ หรือการปรับเปลี่ยนงานเพื่อเงื่อนไขการแสวงหาประโยชน์ที่แตกต่างไป เช่น โดยการดัดแปลงตำราที่เขียนไว้เดิม (originally written) สำหรับนักศึกษาในมหาวิทยาลัยเพื่อทำให้มันเหมาะสมกับผู้อ่านที่เป็นระดับต่ำกว่ามหาวิทยาลัย งานแปล และงานดัดแปลงอันที่จริงแล้วเป็นงานที่โดยตัวพวกมันเองได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายลิขสิทธิ์ เพื่อที่จะตีพิมพ์งานแปล หรืองานดัดแปลง ความยินยอมจะต้องได้รับมาจากทั้งเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานต้นฉบับ (original work) และเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานแปล หรืองานดัดแปลง อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของสิทธิในการดัดแปลง (right of adaptation) ได้เป็นประเด็นของการอภิปรายที่มีนัยสำคัญในหลายปีที่ผ่านมา เพราะความเป็นไปได้ที่ถูกทำให้เพิ่มขึ้นเป็นอย่างมากสำหรับการดัดแปลง และการแปลงรูป (transforming) งานในการจัดข้อมูลแบบดิจิทัล (digital formats) ด้วยเทคโนโลยีดิจิทัล ผู้ใช้สามารถที่จะบงการ (manipulate) ใจความ (text) เสียง หรือรูปภาพ เพื่อที่จะสร้างเนื้อหาที่ทำให้เกิดขึ้นโดยผู้ใช้ (user-generated content – UGC) ได้ โดยการอภิปรายเหล่านั้นมุ่งเน้นไปที่การบรรลุถึงความสมดุลที่เหมาะสมระหว่างสิทธิทั้งหลายของผู้ประพันธ์ในอันที่จะควบคุมบูรณภาพ (integrity) ของงานโดยการอนุญาตให้มีการปรับเปลี่ยน (modification) กับสิทธิของผู้ใช้ในอันที่จะทำให้เกิดความเปลี่ยนแปลงที่ดูเหมือนจะเป็นส่วนหนึ่งของการใช้ธรรมดา (normal use) ซึ่งงานในการจัดข้อมูลแบบดิจิทัล คำถามจำนวนหนึ่งวนอยู่รอบประเด็นที่ว่า การอนุญาตจากผู้เป็นเจ้าของสิทธิเป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับการสร้างงานใหม่ที่ได้ใช้บางส่วนของงานที่ได้เป็น

²¹ Understanding Copyright and Related Rights, World Intellectual Property Organization (2016), https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_909_2016.pdf at 12.

ที่ปรากฏมาก่อนหรือไม่ ยกตัวอย่างเช่นงานที่เรียกว่า สุ่มตัวอย่าง (sampling) หรือทำให้เกิดการผสมเข้าด้วยกัน (mash-ups)²²

การกล่าวถึงกฎหมายลิขสิทธิ์ และงานอันมีลิขสิทธิ์ รวมถึงการให้ความคุ้มครองเป็นเบื้องต้น ที่แสดงให้เห็นว่าลิขสิทธิ์จัดให้ผู้ประพันธ์ ซึ่งเครื่องมือในอันที่จะคุ้มครองงานของเขาจากการถูกนำไป ถูกใช้ หรือถูกแสวงหาประโยชน์โดยบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเขา ผู้เป็นเจ้าของงานที่ได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว หรือสิทธิเด็ดขาด (exclusive right) ในอันที่จะทำซ้ำมัน ที่จะเตรียมงานอันเป็นอนุพันธ์ของมัน หรืองานที่มีที่มาจากมัน (derivative works) ที่จะแจกจ่าย (distribute) สำเนาโดยการขาย หรือโดยการโอนไปในลักษณะอื่นใดซึ่งความเป็นเจ้าของ และการจัดแสดง (perform) ที่แสดงให้เห็น (display) เป็นสาธารณะ และที่จะอนุญาตให้บุคคลอื่นกระทำการอันเป็นสิทธิของตน จุดประสงค์พื้นฐานของลิขสิทธิ์ คือ การประเทือง (enrich) ความมั่งคั่ง (wealth) ทางวัฒนธรรม และข้อมูลของสังคม ในขณะที่ลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองงานต้นฉบับอันแสดงออกถึงความเป็นผู้ประพันธ์ (original works of authorship) มันไม่ได้คุ้มครองต่อการสร้างสรรค์อิสระ หรือการสร้างสรรค์ที่ไม่ขึ้นกับใคร (independent creation) ซึ่งงานที่เหมือนในลักษณะคล้ายคลึง (similar) หรือเหมือนกันทุกประการ (identical) ทั้งนี้ ผู้ประพันธ์ไม่ได้ถูกกำหนดให้ต้องตีพิมพ์ หรือจดทะเบียนงานที่ได้ถูกผนึกไว้ (fixed works) เพื่อที่จะได้รับความคุ้มครอง ในชุมชนระบบข้อมูล ลิขสิทธิ์ให้หลักประกันแก่หน่วยทางธุรกิจ เช่น บริษัท ที่การดำรงคงอยู่ของพวกเขาในระดับหนึ่งขึ้นอยู่กับทรัพย์สินทางปัญญา เช่น บริษัทซอฟต์แวร์ (software companies) หรือบริษัทที่มีการตีพิมพ์สิ่งต่างๆ บนพื้นฐานของอินเทอร์เน็ต (internet-based publishing companies) สามารถที่จะแข่งขันได้ในตลาดสินค้า (marketplace) หากขาดไว้ซึ่งความสามารถในการขัดขวางการทำซ้ำ การขาย และการแจกจ่ายที่ไม่ได้รับอนุญาตซึ่งผลิตภัณฑ์ของพวกเขา บรรดาบริษัทเหล่านี้อาจจะไม่สามารถอยู่รอดได้ เช่นนี้ เมื่อได้ทราบถึงความสำคัญของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เรียกว่า ลิขสิทธิ์ และสิ่งที่กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์มอบให้แก่ผู้ประพันธ์ หรือผู้สร้างสรรค์งาน หรือเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์แล้ว สิ่งที่เป็นประเด็นสำคัญที่จะได้ศึกษากันในเชิงลึกที่จะได้กล่าวถึงต่อไปคือการที่งานที่ได้รับการคุ้มครองถูกกระทำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิ หรือผู้ถือครองสิทธิในลิขสิทธิ์ ซึ่งอาจจะเรียกได้ว่าเป็น การละเมิดลิขสิทธิ์ (copyright infringement) จะก่อให้เกิดผลอย่างไร และกฎหมายมีมาตรการอย่างไรในการแก้ปัญหา อันเป็นเรื่องหลักที่เราจะได้ค้นหาไปด้วยกัน

บทที่ ๑ พื้นฐานการละเมิด

๑.๑ เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ และการทำซ้ำ

²² Understanding Copyright and Related Rights, World Intellectual Property Organization (2016),

https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_909_2016.pdf at 13.

ถ้าจะกล่าวถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ สิ่งที่เป็นพื้นฐานที่ง่ายที่สุดในการที่จะสรุปเป็นเบื้องต้นก็คือ จะต้องมีบุคคลหนึ่งที่ได้ทำซ้ำ คัดลอก ทำสำเนา หรือลอกเลียน (copy) การแสดงออกต้นฉบับ (original expression) จากงานอันมีลิขสิทธิ์ (copyrighted work) ในระหว่างที่ยังอยู่ในอายุการคุ้มครองซึ่งลิขสิทธิ์ (term of copyright) นั้น โดยไม่ได้รับความยินยอม (permission) ของผู้ที่เป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ (owner of the copyright) เช่นนี้ บุคคลดังกล่าวจะถือว่าเป็น ผู้ทำการละเมิดลิขสิทธิ์ (infringes copyright) ซึ่งแน่นอนการที่จะเป็นคดีความขึ้นมาได้ จะต้องมีการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาล ซึ่งบุคคลนั้น หรือผู้กระทำการแทนเขา (representative) ซึ่งอาจจะเป็นผู้รับมอบอำนาจ (authorized person) หรืออาจจะเป็นทนายความผู้รับมอบอำนาจ (authorized attorney) ก็จะเป็นผู้ดำเนินการ อันจะถือว่าเป็นบุคคลนั้น หรือผู้กระทำการแทนเขาเป็นฝ่ายที่เริ่มคดี ที่เรียกว่า ง่าย ๆ ว่าเป็น โจทก์ โดยที่ฝ่ายที่เป็นโจทก์ในการกล่าวอ้างถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ก็จะต้องมีข้อกล่าวอ้าง (claims) ข้อโต้แย้ง (arguments) หรือข้อกล่าวหา (contentions) อันเป็นเหตุเป็นผล โดยโจทก์นี้มีภาระการพิสูจน์ (burden of proof) ด้วยพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักยิ่งกว่า (preponderance of evidence) ว่า หนึ่ง โจทก์นั้น เป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีผล หรือซึ่งชอบด้วยกฎหมาย (valid copyright) และ สอง ฝ่ายที่เป็นผู้ถูกฟ้องร้องดำเนินคดี ที่เรียกว่า จำเลย นั้น เป็นผู้ได้ทำการคัดลอก หรือทำซ้ำ (copied) ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นนั้น โดยเป็นการกระทำต่อการแสดงออกต้นฉบับ จากงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ยกอ้างขึ้นมา และอย่างรวบรัด ผู้ที่จะเป็นผู้ตัดสินหากพบว่าเป็นไปโดยเรียบง่ายดังที่กล่าวไปนั้น โดยพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักยิ่งกว่านั้น ได้รับการพิสูจน์ว่าเป็นที่เชื่อถือได้ คำตัดสินก็ควรที่จะเป็นคุณแก่โจทก์ แต่หากเป็นไปในอีกทางหนึ่ง หากโจทก์ล้มเหลวที่จะพิสูจน์ให้เห็นว่าองค์ประกอบทั้งสองดังกล่าวนี้มีอยู่จริง คำตัดสินก็ควรที่จะเป็นคุณแก่จำเลย ซึ่งทั้งหมดเหล่านี้ ดูเหมือนจะเป็นเรื่องง่าย แต่รายละเอียดการดำเนินกระบวนการพิจารณา การให้เหตุผล การวางตรรกะ โดยเฉพาะทฤษฎี หลักการ และคำอธิบายต่างๆ เพื่อนำไปสู่ข้อสรุป และคำตัดสินนั้น เป็นสิ่งที่ลึกซึ้ง และต้องการการศึกษาเป็นอย่างดี ซึ่งจะได้ดำเนินการเช่นนั้นกันเป็นเป็นลำดับๆ จากจุดนี้ไป

ในแง่ที่กล่าวไปนั้น ในคดี Feist Publications v. Rural Telephone Service ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกา ได้ระบุว่าไม่เป็นที่ต้องสงสัยว่า Feist ได้นำไปซึ่งสมุดหน้าขาว (white pages) ซึ่งเป็นสมุดรายนาม (directory) ของ Rural ในปริมาณอันเป็นอย่างสำคัญ (substantial amount) ของข้อมูลอันเป็นข้อเท็จจริง (factual information) ในระดับที่ต่ำที่สุด Feist ได้คัดลอก ชื่อ เมือง และหมายเลขโทรศัพท์จากผู้ที่ยกอ้างเป็นสมาชิก (subscribers) ของ Rural จำนวน ๑,๓๐๙ ราย อย่างไรก็ดี ไม่ใช่ว่าทุกการคัดลอกที่จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เพื่อที่จะแสดงให้เห็นว่าได้มีการละเมิดเกิดขึ้น องค์ประกอบสองอย่างจะต้องได้มีการพิสูจน์ (๑) ความเป็นเจ้าของในลิขสิทธิ์อันชอบด้วยกฎหมาย และ (๒) การคัดลอก หรือทำซ้ำองค์ประกอบอันเป็นส่วนประกอบ (constituent elements) ของงานที่เป็นต้นฉบับ (original)

²³ ในคดีดังกล่าวนี้ องค์ประกอบที่ ๑ ไม่ได้เป็นประเด็น มันดูเหมือนว่า Feist ได้ยอมรับว่าสมุดรายนามของ

²³ Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340, 361 (1991) อ้างถึง Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 548 (1985).

Rural ถูกถือว่าโดยรวมแล้ว เป็นเป้าหมาย (subject) ต่อลิขสิทธิ์อันมีผล (valid copyright) เพราะมันประกอบไปด้วยใจความขึ้นต้น (forward text) บางประการกับทั้งเนื้อหาต้นฉบับ (original material) ในโฆษณาสมุดหน้าเหลืองของเขา คำถามคือ ที่ว่า Rural ได้พิสูจน์ถึงองค์ประกอบที่สองหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ Feist โดยการนำไปซึ่ง ๑,๓๐๙ ชื่อ เมือง และหมายเลขโทรศัพท์จากสมุดหน้าขาวของ Rural ได้ทำซ้ำสิ่งใดที่เป็น “ต้นฉบับ” ของ Rural หรือไม่ ซึ่งแน่นอน ข้อมูลดิบ (raw data) ไม่สามารถเป็นที่พอใจได้ถึงข้อกำหนดด้วยความเป็นต้นฉบับ หรือความคิดริเริ่ม (originality requirement) Rural อาจจะได้เป็นเจ้าของแรกที่ได้นำไป และรายงานชื่อ เมือง และหมายเลขโทรศัพท์ของบรรดาผู้บอกรับเป็นสมาชิกของเขา แต่ข้อมูลนี้ไม่ได้ “เป็นหนี้ที่มาของมัน (owe its origin)” มาจาก Rural ²⁴ แทนที่จะเป็นเช่นนั้น ชิ้นส่วนเหล่านี้ของข้อมูลเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ (uncopyrightable facts) สิ่งเหล่านี้มีมาก่อนที่ Rural จะได้รายงานถึงพวกมัน และจะได้สืบต่อไปที่จะเป็นที่ปรากฏหากแม้ว่า Rural จะไม่เคยได้ตีพิมพ์พวกมันเป็นสมุดรายนามเลยก็ตาม ข้อกำหนดด้วยความความคิดริเริ่ม “ขีดออกไป (rule[s] out) ซึ่งการให้ความคุ้มครอง ... ชื่อ ที่อยู่ และหมายเลขโทรศัพท์ ที่ซึ่งใจท์ โดยไม่ได้มีการยืดขยายออกไปซึ่งจินตนาการ (stretch of the imagination) จะสามารถถูกเรียกว่าเป็น ‘ผู้ประพันธ์’ ได้” ²⁵ ซึ่ง Rural อย่างจำเป็นยิ่งได้ยอมรับประเด็นนี้โดยอ้างถึงชื่อ เมือง และหมายเลขโทรศัพท์ในฐานะที่เป็น “เนื้อหาที่ปรากฏอยู่ก่อนแล้ว” (preexisting material) ว่าลิขสิทธิ์ในการเรียบเรียง (compilation) ไม่ยืดขยายไปถึง “เนื้อหาที่ปรากฏอยู่แล้วที่ได้ถูกใช้ในงาน” (the preexisting material employed in the work) ²⁶

ในคดี Feist Publications v. Rural Telephone Service ศาลฎีกาสหรัฐอเมริการะบุว่า คำถามที่ยังคงอยู่คือ ที่ว่าข้อเท็จจริงที่ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่ Rural ได้คัดเลือก (selected) ทำให้สอดคล้องกัน (coordinated) และจัดเตรียม (arranged) เป็นไปในแนวทางอันมีความคิดริเริ่ม หรือเป็นต้นฉบับ (original) หรือไม่ ดังที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น ความคิดริเริ่ม (originality) ไม่ได้เป็นมาตรฐานที่เข้มงวด (stringent standard) มันไม่ได้ต้องการว่า ข้อเท็จจริงได้ถูกนำเสนอในทางที่เป็นนวัตกรรม หรือน่าประหลาดใจ (innovative or surprising way) อย่างไรก็ตาม มันเป็นจริงพอๆ กัน ที่ว่า การคัดเลือก และการจัดเตรียม ซึ่งข้อเท็จจริงไม่ได้สามารถที่จะเป็นเชิงกลไก (mechanical) หรือเป็นกิจวัตร (routine) อย่างมาก ที่จะไม่ต้องการความคิดสร้างสรรค์ (creativity) อะไรก็ตาม มาตรฐานความคิดริเริ่มเป็นสิ่งที่ต่ำ แต่มันจะต้องมีอยู่ ²⁷ ซึ่งท่านผู้พิพากษา Sandra

²⁴ Burrow-Giles Lithographic Company v. Sarony, 111 U.S. 53, 58 (1884).

²⁵ Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340, 361 (1991) อ้างถึง Patterson & Joyce 776.

²⁶ Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340, 361 – 362 (1991).

²⁷ Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340, 362 (1991) อ้างถึง Patterson & Joyce 760, n. 144. ศาลระบุว่า “ในขณะที่ข้อกำหนดนี้บางครั้งถูกกำหนดคุณลักษณะเป็นพอประมาณ (modest) หรือขีดระดับที่ต่ำ (low threshold) มันไม่ได้จะไม่มีผลกระทบเลย”

Day O'Connor ระบุว่า ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกานี้ได้เคยอธิบายถึงประเด็นนี้ว่า รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา (United States Constitution) สั่งการ (mandate) ให้มีระดับขั้นต่ำบางประการ (some minimal degree) ซึ่งความคิดสร้างสรรค์ (creativity)²⁸ และผู้ประพันธ์ที่อ้างว่าได้มีการละเมิดเกิดขึ้นจะต้องพิสูจน์ “การมีอยู่ซึ่ง ... ผลผลิตทางปัญญา (intellectual production) ซึ่งความคิด (thought) และกรอบความคิด (conception)”²⁹ การคัดเลือก (selection) การทำให้สอดคล้องกัน (coordination) และการจัดเตรียม (arrangement) ซึ่งสมุดหน้าขาวของ Rural ไม่ได้เป็นที่พึงพอใจในแง่มาตรฐานขั้นต่ำของรัฐธรรมนูญสำหรับการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ดังที่กล่าวไปก่อนหน้านี้แล้วว่า สมุดหน้าขาวของ Rural นั้นเป็นสิ่งที่เป็นครมดอย่างสิ้นเชิง (entirely typical) บรรดาบุคคลที่ปรารถนาจะได้รับบริการโทรศัพท์ในเขตการบริการของ Rural ทำการกรอกแบบคำขอ และ Rural ก็ออกหมายเลขโทรศัพท์ให้แก่พวกเขา ในการเตรียม (prepare) สมุดหน้าขาวของพวกเขา Rural อย่างง่าย นำไปซึ่งข้อมูลที่จัดให้โดยผู้บอกรับเป็นสมาชิกของพวกเขา และจัดเรียงข้อมูลเหล่านั้นโดยนามสกุลเรียงลำดับตัวอักษร (alphabetically) ผลผลิตสุดท้าย คือ สมุดรายนามหน้าขาวที่พบเห็นได้ทั่วไป (garden-variety) ซึ่งขาดแคลน (devoid) แม้กระทั่งร่องรอย (trace) อันน้อยนิดของความคิดสร้างสรรค์ (creativity)³⁰

ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาในคดี Feist Publications v. Rural Telephone Service นี้ระบุว่า การคัดเลือกของ Rural ซึ่งการจัดเรียงไม่สามารถที่จะเป็นที่เห็นได้ชัดเจนมากไปกว่านี้แล้ว นั่นคือ เขาได้ตีพิมพ์ข้อสนเทศ หรือข้อมูล (information) ที่เป็นพื้นฐานที่สุด ซึ่งก็คือ ชื่อ เมือง และหมายเลขโทรศัพท์ เกี่ยวกับแต่ละบุคคลที่เข้าสมัครขอรับบริการการใช้โทรศัพท์จากเขา ซึ่งนี่เป็น การคัดเลือก ที่เป็นประเภทหนึ่ง แต่ขาดไว้ซึ่งความพอประมาณ (modicum) ซึ่งความคิดสร้างสรรค์ (creativity) ที่จำเป็นเพื่อแปลงรูป (transform) เพียงการคัดเลือก (mere selection) ไปเป็นการแสดงออกที่สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ (copyrightable expression) Rural ได้ใช้ความอดทนอย่างเพียงพอ (sufficient effort) ที่จะทำให้สมุดรายนามหน้าขาวเป็นสิ่งที่มีความประโยชน์ (useful) แต่ความคิดสร้างสรรค์ที่ไม่เพียงพอ (insufficient creativity) ที่จะทำให้มันเป็นต้นฉบับ (original) ท่านผู้พิพากษา O'Connor ระบุว่าศาลตั้งข้อสังเกตในการผ่านออกมาซึ่งความคิดที่ว่า การคัดเลือกที่ได้ถูกแสดงให้เห็นในสมุดหน้าขาวของ Rural อาจจะล้มเหลวด้วยในแง่ของข้อกำหนดว่าด้วยความคิดริเริ่ม หรือความเป็นต้นฉบับ (originality) ด้วยเหตุผลอื่น³¹ โดย Feist ชี้ให้เห็นว่า Rural ไม่ได้ โดยแท้จริง “คัดเลือก” (select) ที่จะตีพิมพ์ ชื่อ และหมายเลขโทรศัพท์ ของบรรดาผู้บอกรับเป็นสมาชิกของเขา แทนที่จะเป็นเช่นนั้น เขาถูกกำหนดให้ต้องทำโดย Kansas Corporation Commission ในฐานะส่วนหนึ่งของการได้รับสัมปทานผูกขาด (monopoly

²⁸ See Trademark Cases, 100 U.S. 82, 94 (1879).

²⁹ Burrow-Giles Lithographic Company v. Sarony, 111 U.S. 53, 59 – 60 (1884).

³⁰ Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340, 362 (1991).

³¹ Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340, 362 – 363 (1991).

franchise)³² ดังนั้น บุคคลหนึ่งอาจจะสามารถสรุปอย่างพอพึงได้ (plausibly) ว่า การคัดเลือกนี้ได้ถูกบอกจดหรือบัญชา (dictated) โดยกฎหมายแห่งรัฐ ไม่ใช่โดย Rural หรือไม่ที่ Rural จะสามารถอ้างความคิดริเริ่มหรือความเป็นต้นฉบับ (originality) ในการทำให้สอดคล้องกัน (coordination) และการจัดเตรียม (arrangement) ซึ่งข้อเท็จจริง สมุดหน้าขาวไม่ได้ทำอะไรมากไปกว่าทำรายการบรรดาผู้บอกรับเป็นสมาชิกของ Rural เรียงตามลำดับตัวอักษร การจัดเตรียมนี้ กล่าวในเชิงเทคนิค เป็นหน้าที่มาของมันต่อ Rural ไม่มีใครโต้แย้งว่า Rural ได้ดำเนินการในการกิจของการเรียงลำดับตัวอักษรด้วยตนเอง แต่มันไม่มีอะไรที่มีความคิดสร้างสรรค์แม้เพียงเล็กน้อยเกี่ยวกับการจัดเตรียมชื่อเรียงตามลำดับตัวอักษรในสมุดรายนามหน้าขาว มันเป็นทางปฏิบัติที่มีมาช้านาน ผังรากอย่างเหนียวแน่นลงไปในประเทศ และเป็นสิ่งที่พบเห็นได้ทั่วไปที่มันกลายเป็นเรื่องที่คาดหมายได้ว่าเป็นแนวทางปฏิบัติ ไม่ได้เพียงแค่มันเป็นความคิดริเริ่ม หรือไม่มีความเป็นต้นฉบับ (unoriginal) มันเป็นสิ่งที่ในทางปฏิบัติแล้วหลีกเลี่ยงไม่ได้ ประเพณีที่มีประวัติมายาวนาน (time-honored) นี้ไม่ได้ครอบครองซึ่งประกายความคิดสร้างสรรค์ขั้นต่ำที่กำหนดโดยรัฐบัญญัติลิขสิทธิ์ (Copyright Act) และรัฐธรรมนูญ (Constitution) ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาในคดีนี้ จึงสรุปว่า ชื่อ เมือง และหมายเลขโทรศัพท์ที่ได้ถูกคัดลอก หรือทำซ้ำ โดย Feist ไม่ได้เป็นต้นฉบับของ Rural และดังนั้นไม่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายลิขสิทธิ์ในการรวมเข้าด้วยกันซึ่งสมุดรายนามหน้าขาว และหน้าเหลืองของ Rural³³

ในคดี Perfect 10 v. Giganews³⁴ ท่านผู้พิพากษา D.W. Nelson อธิบายว่า การจะแสดงให้เห็นถึงคดีที่มีมูล (prima facie case) ซึ่งการละเมิดโดยตรงนั้น โจทก์ “จะต้องแสดงให้เห็นถึงความเป็นเจ้าของ ซึ่งเนื้อหาที่ได้มีการกล่าวหาว่ามีการละเมิดเกิดขึ้น” และ “แสดงให้เห็นว่าผู้ที่ถูกกล่าวหาว่าทำละเมิดได้จงละเมิดต่ออย่างน้อยหนึ่งสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) ที่ผู้ถือครองลิขสิทธิ์ได้รับมอบให้โดยกฎหมาย”³⁵ นอกจากนั้น การละเมิดโดยตรงยังกำหนดให้โจทก์ต้องแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผล (causation) (ซึ่งถูกอ้างถึงเป็น “พฤติการณ์ตามที่ตั้งใจ” (volitional conduct) ด้วย) โดยจำเลย³⁶ ซึ่งท่านผู้พิพากษา Nelson ระบุว่า ศาลมุ่งหวังที่จะเน้นย้ำว่า คำว่า “ตั้งใจ” (volition) ในบริบทนี้ ไม่ได้หมายความว่า “การกระทำที่จงใจ หรือได้เลือกแล้ว” (act of willing or choosing) หรือ “การกระทำที่ได้มีการตัดสินใจ” (act of deciding) ซึ่งเป็นสิ่งที่พยานุกรมได้ให้ความหมายในนิยามดังกล่าวไว้³⁷ แทนที่จะเป็นเช่นนั้น ดังที่ใช้โดยศาลในคดี Religious Tech. v. Netcom On-Line³⁸ มันอย่างง่ายหมายถึงจุดประสงค์ธรรมดา (unremarkable proposition)

³² Rural Telephone Service Co. v. Feist Publications, 737 F. Supp. 610, 612 (D. Kan. 1990).

³³ Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340, 363 (1991).

³⁴ Perfect 10, Inc. v. Giganews, Inc., 847 F.3d 657 (9th Cir. 2017).

³⁵ A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, 1013 (9th Cir. 2001).

³⁶ See Fox Broad. Co., Inc. v. Dish Network L.L.C., 747 F.3d 1060, 1067 (9th Cir. 2013).

³⁷ See Volition, Webster's Third New International Dictionary (1986).

³⁸ Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Commc'n Servs., Inc., 907 F.Supp. 1361, 1370 (N.D. Cal. 1995).

ที่ความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับเหตุและผล (proximate causation) ตามความเป็นมาแล้วเน้น (underline) ความรับผิดชอบในการละเมิดลิขสิทธิ์ (copyright infringement liability) ไม่มากไปกว่าการละเมิด (torts) อื่นๆ³⁹ ซึ่งในขณะที่ศาลส่วนมากได้มุ่งความสนใจไปที่ภาษาของวลี “พฤติการณ์ตามที่ตั้งใจ” (volitional conduct) นำหนักอันเป็นกุญแจในเชิงวิเคราะห์ (key analytical weight) สามารถที่จะได้มาอย่างดีที่สุดจาก “ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผล” (causation) เพราะเมื่อมันเป็นสิ่งที่ชัดเจนว่าการละเมิดได้เกิดขึ้น ศาลทั้งหลายจะต้องตัดสินว่า “ใครคือคนที่ใกล้เคียงเพียงพอต่อเหตุการณ์การละเมิดที่จะถูกถือว่าเป็นสาเหตุที่สำคัญที่สุด (most important cause) ดังที่ศาลแขวงได้อธิบายอย่างเป็นที่โน้มน้าว (cogently) ว่า “สิ่งที่เรียกว่า องค์ประกอบว่าด้วย ‘ความตั้งใจ’ (volition) ในการละเมิดโดยตรงนั้น ไม่ได้เป็นองค์ประกอบที่ถูกสร้างขึ้นโดยกระบวนการยุติธรรม หรือศาล (judicially-created) ซึ่งเจตนา (intent) หรือความรู้ (knowledge) มันเป็นข้อกำหนดพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผล (causation) ดังที่ข้อนี้ชี้แนะ ความรับผิดชอบโดยตรง (direct liability) จะต้องมีการอ้างหลักฐาน (premise) บนพฤติการณ์ (conduct) ที่สามารถจะถูกอธิบายอย่างเป็นเหตุเป็นผลว่าเป็นสาเหตุโดยตรง (direct cause) ของการละเมิดได้”⁴⁰

ในคดีภายใต้คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๖๓๑/๒๕๖๐ ศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศวินิจฉัยว่า คดีมีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยตามอุทธรณ์ของโจทก์ในข้อแรกว่า พ้องของโจทก์ได้บรรยายว่าโจทก์เป็นผู้มีลิขสิทธิ์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหรือไม่ เห็นว่า การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมผู้สร้างสรรค์ย่อมได้มาทันทีเมื่อได้สร้างสรรค์งานนั้นเสร็จหากว่าผู้สร้างสรรค์เป็นผู้มีสัญชาติไทยหรืออยู่ในประเทศไทยหรือเป็นผู้มีสัญชาติไทยหรืออยู่ในประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย ตลอดระยะเวลาหรือเป็นส่วนใหญ่ในการสร้างสรรค์งานนั้น ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ มาตรา ๔ วรรคหนึ่ง (๑) แม้จะยังมิได้มีการโฆษณาแล้วก็ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว มาตรา ๔ วรรคหนึ่ง (๒) ก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าผู้สร้างสรรค์จะได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมนั้นต่อเมื่อได้โฆษณางานครั้งแรกตามที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางวินิจฉัยมา ส่วนการโฆษณางานครั้งแรกจะมีผลเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในกรณีที่ผู้สร้างสรรค์งานไม่ได้เป็นผู้มีสัญชาติไทยหรือไม่ได้อยู่ในประเทศไทย หรือไม่เป็นผู้มีสัญชาติไทยหรือไม่อยู่ในประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วยตลอดระยะเวลาหรือเป็นส่วนใหญ่ในการสร้างสรรค์งานนั้น แต่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำการโฆษณางานนั้นครั้งแรกในประเทศไทยหรือในประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย ผู้สร้างสรรค์จะได้มาซึ่งลิขสิทธิ์เพราะการโฆษณางานนั้นครั้งแรกตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ มาตรา ๔ วรรคหนึ่ง (๒)

³⁹ 4 Melville B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on Copyright, § 13.08 [C][1] (2016) (Matthew Bender, Rev. Ed.); See also Dallas T. Bullard, Note, The Revolution Was Not Televised: Examining Copyright Doctrine After Aereo, 30 Berkeley Tech. L.J. 899, 922 – 23 (2015).

⁴⁰ Perfect 10, Inc., 2014 WL 8628034, at *7.

เมื่อพิจารณาจากฟ้องและเอกสารท้ายฟ้องซึ่งถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของฟ้องได้ความว่า คดีนี้โจทก์บรรยายฟ้องเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์สุรูปใจความได้ว่า โจทก์เป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดจดทะเบียนกับกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ โจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมบทความ ซึ่งประกอบไปด้วยข่าว ข้อมูล บทสัมภาษณ์ และบทวิเคราะห์ ที่พนักงานลูกจ้างบริษัทโจทก์เป็นผู้จัดทำสร้างสรรค์ขึ้นภายใต้การจ้างงานโดยมีข้อตกลงให้โจทก์ผู้เป็นนายจ้างเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ และโจทก์ได้นำบทความที่เสร็จสมบูรณ์แล้วไปเผยแพร่ในระบบคอมพิวเตอร์ผ่านผู้ให้บริการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตโดยใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ "แอสเพน" (Aspen) ในการประมวลผลรวม เชื่อมต่อและติดต่อระหว่างโจทก์กับลูกค้าของโจทก์ซึ่งเป็นสมาชิกขอรับบริการของโจทก์ ลูกค้าโจทก์สามารถอ่านงานวรรณกรรมบทความของโจทก์ได้ทางระบบคอมพิวเตอร์อินเทอร์เน็ต และโจทก์ได้บรรยายฟ้องถึงงานวรรณกรรมบทความอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ที่กล่าวหาว่าจำเลยทั้งเจ็ดร่วมกันละเมิดลิขสิทธิ์จำนวน ๕ บทความ และข้อมูลหรือบทความที่จำเลยทั้งเจ็ดนำไปเผยแพร่ทางระบบคอมพิวเตอร์อินเทอร์เน็ตผ่านโปรแกรม "BISNEWS Professional" ดังนี้ หากงานบทความที่บริษัทโจทก์ซึ่งเป็นนิติบุคคลกล่าวอ้างนั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทงานวรรณกรรม ก็ย่อมมีอายุแห่งการคุ้มครองห้าสิบปีนับแต่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้น ตามมาตรา ๑๙ วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ ตามคำบรรยายฟ้องของโจทก์ได้ความว่า บทความของโจทก์ที่ได้เผยแพร่ทางเว็บไซต์นั้น มีเนื้อหาใจความเกี่ยวข้องกับข่าวเศรษฐกิจและบทสัมภาษณ์บุคคล ซึ่งล้วนแต่เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในช่วงเดือนมกราคมถึงเดือนมีนาคม ๒๕๕๔ ทั้งสิ้น แม้คำฟ้องไม่ได้ระบุว่าบทความนั้นทำขึ้นเมื่อใด แต่ก็เห็นได้ชัดว่าบทความที่โจทก์อ้างว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์นั้นได้ทำขึ้นในปี ๒๕๕๔ ทั้งสิ้น ดังนั้นในช่วงเวลาระหว่างวันที่ ๑๔ มกราคม ๒๕๕๔ ถึงวันที่ ๑๓ มีนาคม ๒๕๕๔ ที่โจทก์ฟ้องว่า จำเลยทั้งเจ็ดกระทำความผิดจึงยังอยู่ในอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ถือได้ว่า ฟ้องของโจทก์ได้บรรยายแล้วว่าโจทก์เป็นผู้มีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย อันเป็นองค์ประกอบของความผิดข้อหนึ่งแล้ว ในกรณีนี้คำฟ้องของโจทก์ไม่จำเป็นต้องบรรยายวันที่โจทก์โฆษณาครั้งแรกแต่อย่างใดเพราะโจทก์ได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ทันทีที่สร้างสรรค์งานวรรณกรรมบทความดังกล่าวเสร็จตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ มาตรา ๘ วรรคหนึ่ง (๑) ดังได้วินิจฉัยมาข้างต้น ที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางวินิจฉัยว่า ฟ้องของโจทก์มิได้บรรยายว่าโจทก์เป็นผู้มีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องนั้น ศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศไม่เห็นฟ้องด้วยอุทธรณ์ของโจทก์ข้อนี้ฟังขึ้น

มีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยตามอุทธรณ์ของโจทก์ในข้อต่อไปว่า ฟ้องของโจทก์ในส่วนที่บรรยายว่าการกระทำของจำเลยทั้งเจ็ดเป็นความผิดหลายกรรมต่างกันเป็นฟ้องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในปัญหานี้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางวินิจฉัยว่า ฟ้องของโจทก์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากไม่บรรยายว่าการกระทำของจำเลยทั้งเจ็ดเป็นความผิดหลายกรรมต่างกันอย่างไร แม้จะระบุว่าจำเลยทั้งเจ็ดกระทำความผิดหลายกรรมระหว่างวันที่ ๑๔ มกราคม ๒๕๕๔ ถึงวันที่ ๑๓ มีนาคม ๒๕๕๔ แต่ก็ไม่อาจเข้าใจได้ว่าโจทก์ประสงค์จะกล่าวหาจำเลยทั้งเจ็ดว่ากระทำความผิด ๕ กรรม หรือ ๘๐ กรรม ตามที่ทนายโจทก์แถลงต่อศาล ส่วนโจทก์อุทธรณ์ว่า คำฟ้องของโจทก์ได้บรรยายอย่างชัดแจ้งแล้วว่าระหว่างวันที่ ๑๔ มกราคม ๒๕๕๔ ถึงวันที่ ๑๓ มีนาคม ๒๕๕๔ จำเลย

ทั้งเจ็ดกระทำความผิดหลายกรรมต่างกัน เห็นว่า ตามฟ้องของโจทก์ได้บรรยายถึงการกระทำของจำเลยทั้งเจ็ดที่โจทก์อ้างว่าเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์และวันเวลาที่เกิดการกระทำละเมิดดังกล่าวอันเป็นการบรรยายฟ้องเพียงพอ ที่จะให้จำเลยทั้งเจ็ดเข้าใจได้ว่าโจทก์กล่าวหาว่าจำเลยทั้งเจ็ดกระทำความผิดหลายกรรมต่างกันอย่างไรแล้ว ถือได้ว่าเป็นการบรรยายฟ้องถึงการกระทำอันเป็นความผิดหลายกรรมต่างกันโดยชอบ ส่วนการที่คำบรรยายฟ้องของโจทก์อาจไม่มีความชัดเจนว่า โจทก์ประสงค์ให้ลงโทษจำเลยทั้งเจ็ดเป็นจำนวนกี่กรรมนั้น ถือไม่ได้ว่าเป็นการบรรยายฟ้องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะปัญหาว่า การกระทำของจำเลยทั้งเจ็ดจะเป็นความผิดหลายกรรมตามฟ้องหรือไม่ เพียงใด เป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องวินิจฉัยชี้ขาดจากพยานหลักฐานในสำนวนภายหลังที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาสืบพยานหลักฐานของโจทก์และจำเลยทั้งเจ็ดเสร็จสิ้นแล้วโดยศาลต้องไม่พิพากษาหรือสั่งเกินคำขอหรือที่ไม่ได้กล่าวในฟ้อง ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๒๖ ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๙๒ วรรคหนึ่ง ที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางวินิจฉัยว่า ฟ้องของโจทก์ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากไม่บรรยายว่าการกระทำของจำเลยทั้งเจ็ดเป็นความผิดหลายกรรมต่างกันอย่างไรนั้น ไม่ต้องด้วยความเห็นของศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ อุทธรณ์ของโจทก์ข้อนี้ฟังขึ้น

ในแง่ของเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๑๘๙ - ๒๑๙๐/๒๕๔๘ เป็นอีกตัวอย่างของการทำความเข้าใจในเรื่องนี้ได้เป็นอย่างดี โดยเฉพาะเนื่องจากงานที่เป็นข้อพิพาทนั้นถูกสร้างสรรค์ในลักษณะที่มีการคุ้มครองกฎหมายสองฉบับ คือ พรบ. คุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. ๒๕๓๔ และ พรบ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๒๑ เนื่องจากการสร้างสรรค์งานเกิดขึ้นในช่วงปี ๒๕๑๕ ถึง ๒๕๓๔ ดังนั้นจึงต้องมีการแยกการคุ้มครองออกเป็นสองช่วงเช่นเดียวกัน เนื่องจากการได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายคนละฉบับ ซึ่งอันที่จริงในหลายๆ ประเด็นกฎหมายทั้งสองก็ไม่ได้แตกต่างกันถึงขนาดที่จะเป็นมัยสำคัญอันจะถูกถือได้ว่า มีความเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญ หรืออย่างเป็นสาระอันควรจะกล่าวอ้าง แต่ในบางประเด็น เช่น ประเด็นที่จะได้กล่าวถึงในคดีนี้ต่อไป ด้วยความแตกต่างบางประการ อาจจะนำมาซึ่งความเปลี่ยนแปลงต่อการใช้บังคับกฎหมายในเรื่องเฉพาะ เนื่องจากรายละเอียดบางประการที่แตกต่างกันเหล่านั้น โดยข้อเท็จจริงโดยสรุปนั้น โจทก์ที่ ๑ ตกลงวาดภาพนกให้แก่ บ. ตั้งแต่ปี ๒๕๑๕ จนถึงปี ๒๕๓๔ และโจทก์ที่ ๒ ตกลงวาดภาพนกอีกส่วนหนึ่งตั้งแต่ปี ๒๕๒๕ จนถึง ๒๕๓๔ โดยการวาดภาพของโจทก์ที่ ๑ ตั้งแต่ปี ๒๕๑๕ จนถึงวันที่ ๑๘ ธันวาคม ๒๕๒๑ ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พุทธศักราช ๒๕๓๔ มีผลใช้บังคับ ถ้าโจทก์ที่ ๑ ตกลงวาดภาพดังกล่าวในลักษณะเป็นการจ้างแรงงานโดยไม่ มีข้อสัญญาให้ลิขสิทธิ์ตกแก่โจทก์ที่ ๑ ก็จะมีผลให้ลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมภาพวาดนั้นตกเป็นลิขสิทธิ์ของผู้จ้างตามมาตรา ๑๒ (ข) ⁴¹ มิใช่ลิขสิทธิ์ตกเป็นของโจทก์ที่ ๑ ภาพวาดที่โจทก์ที่ ๑ วาดตั้งแต่วันที่ ๑๙ ธันวาคม ๒๕๒๑ และ

⁴¹ พรบ. คุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. ๒๕๓๔ มาตรา ๑๒ (ข). มาตรา ๑๒ ของ พรบ. ดังกล่าว กำหนดว่า “ภายใต้บังคับบทแห่งพระราชบัญญัตินี้ ผู้ประพันธ์วรรณกรรมหรือศิลปกรรม เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์แห่งวรรณกรรมหรือศิลปกรรมนั้น โดยเงื่อนไขดังต่อไปนี้ ... (ข) ถ้าผู้ประพันธ์เป็นลูกจ้างแรงงานหรือเป็นลูกมือฝึกหัด ผู้ประพันธ์ได้ทำวรรณกรรมหรือ

ภาพวาดที่โจทก์ที่ ๒ วาดตั้งแต่ปี ๒๕๒๕ จนถึงปี ๒๕๓๔ ซึ่งอยู่ระหว่างที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พุทธศักราช ๒๕๒๑ มีผลใช้บังคับนั้นในกรณีลูกจ้างเป็นผู้สร้างสรรค์งานศิลปกรรมให้นายจ้างโดยไม่มีข้อสัญญาเป็นอย่างอื่น ลิขสิทธิ์จะเป็นของผู้สร้างสรรค์คือลูกจ้างตามมาตรา ๗ แต่กรณีผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์งานโดยการรับจ้างผู้อื่น ตามสัญญาจ้างทำของโดยไม่มีข้อตกลงเป็นอย่างอื่น ลิขสิทธิ์จะเป็นของผู้ว่าจ้างในงานนั้นตามมาตรา ๘⁴² โจทก์ทั้งสองทำงานวาดภาพตามสัญญาจ้างทำของโดยไม่ปรากฏว่ามีข้อสัญญาเป็นอย่างอื่น ลิขสิทธิ์จึงตกแก่ผู้ว่าจ้างมิใช่โจทก์ทั้งสองซึ่งเป็นผู้รับจ้าง

ในรายละเอียดของคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๑๘๙ - ๒๑๙๐/๒๕๔๔ นี้ โจทก์ฟ้องทั้งสองสำนวนเป็นใจความว่า โจทก์ทั้งสองเป็นผู้สร้างสรรค์และเป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ ประเภทงานศิลปกรรมลักษณะงานจิตรกรรม ภาพวาดนกในหนังสือที่มีชื่อเป็นภาษาอังกฤษว่า "A Guide to the Birds of Thailand" จำเลยทั้งสามเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัด จำเลยที่ ๑ โดยนายบุญส่ง เลขะกุล ว่าจ้างโจทก์ทั้งสองทำงานในฐานะลูกจ้าง ให้ทำการค้นคว้าสร้างสรรค์งานจิตรกรรม โดยวาดภาพนกในประเทศไทย เพื่อรวบรวมทำหนังสือ "A Guide to the Birds of Thailand" ซึ่งเป็นหนังสือคู่มือดูนกพร้อมภาพอธิบายของนกหลากหลายชนิดในประเทศไทย ในรูปลักษณะต่างๆ โจทก์ที่ ๑ วาดภาพนกจำนวน ๑,๔๗๙ ภาพ รวม ๙๖ ต้นแบบแม่พิมพ์ โจทก์ที่ ๒ วาดภาพนกจำนวน ๓๙๙ ภาพ รวม ๓๓ ต้นแบบแม่พิมพ์ เพื่อพิมพ์ลงในหนังสือดังกล่าวซึ่งจัดพิมพ์ขึ้นจำนวน ๒๐,๐๐๐ เล่มแล้วจำเลยที่ ๑ ได้นำหนังสือนี้ออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนตามวัตถุประสงค์แห่งการจ้าง และโจทก์ทั้งสองลาออกจากการงาน ต่อมาจำเลยที่ ๑ ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ที่ ๑ และที่ ๒ โดยนำภาพวาดนกดังกล่าวออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนนอกวัตถุประสงค์แห่งการจ้าง โดยนำหนังสือ "A Guide to the Birds of Thailand" ไปจัดพิมพ์เพิ่มอีก ๓ ครั้ง รวม ๖๐,๐๐๐ เล่ม โดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ที่ ๑ และที่ ๒ ส่วนจำเลยที่ ๒ นำภาพนกซึ่งเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ที่ ๑ และที่ ๒ ดังกล่าวออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนในลักษณะของแผ่นภาพปฏิทินแขวน แจกจ่ายสมนาคุณแก่ลูกค้าที่ซื้อสินค้าของจำเลยที่ ๒ โดยมีการพิมพ์เครื่องหมาย

ศิลปกรรมขึ้นในหน้าที่ผู้รับจ้าง และมีได้มีข้อสัญญาไว้เป็นอย่างอื่น ท่านว่าบุคคลผู้จ้างเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่ถ้าวรรณกรรมหรือศิลปกรรมนั้น เป็นเรื่อง หรือข่าวส่งให้หนังสือพิมพ์แมกกาซีน หรือหนังสือพิมพ์ประจำคาบอันคล้ายคลึงกันไซ้ร้ ถ้ามิได้มีข้อสัญญาเป็นอย่างอื่น ท่านว่าผู้ประพันธ์มีสิทธิจะห้ามการโฆษณาวรรณกรรมหรือศิลปกรรมนั้นๆ ในที่อื่นนอกจากที่เป็นส่วนหนึ่งแห่งหนังสือพิมพ์ แมกกาซีน หรือหนังสือประจำคาบนั้นๆ"

⁴² พรบ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๒๑ มาตรา ๗ และมาตรา ๘.

มาตรา ๗ “งานที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้นในฐานะพนักงานหรือลูกจ้าง ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ให้ลิขสิทธิ์ในงานนั้นเป็นของผู้สร้างสรรค์ แต่นายจ้างมีสิทธิในงานนั้นออกโฆษณาได้ตามที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการจ้างแรงงานนั้น”

มาตรา ๘ “งานที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้นโดยการรับจ้างบุคคลอื่น ให้ผู้ว่าจ้างเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานนั้น เว้นแต่ผู้สร้างสรรค์และผู้ว่าจ้างจะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น”

การค้าและรูปรอยประดิษฐ์อันเป็นสื่อโฆษณาที่ทำให้บุคคลทั่วไปทราบว่าเป็นสินค้าของจำเลยที่ ๒ ไว้ในปฏิทินแขวนนั้นโดยมีจำเลยที่ ๓ ในฐานะบริษัทตัวแทนการทำโฆษณาของจำเลยที่ ๒ เป็นผู้ดำเนินการร่วมกับจำเลยที่ ๒ การที่จำเลยที่ ๒ และที่ ๓ ร่วมกันทำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ที่ ๑ และที่ ๒ ออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ที่ ๑ และที่ ๒ เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ที่ ๑ และที่ ๒ ทำให้โจทก์ทั้งสองได้รับความเสียหาย

ในทางนำสืบนั้น จำเลยที่ ๑ ให้การว่า โจทก์ทั้งสองไม่ใช่ผู้สร้างสรรค์ และไม่มีลิขสิทธิ์ในภาพวาดนกในหนังสือ "A Guide to the Birds of Thailand" เพราะภาพนกที่โจทก์ทั้งสองวาดไม่ได้เกิดจากความคิดริเริ่มของโจทก์ทั้งสองแต่เป็นการเลียนแบบของจริงจากภาพธรรมชาติและดัดแปลงภาพวาดนกจากหนังสือเล่มอื่น โจทก์ทั้งสองไม่เคยเป็นลูกจ้างของจำเลยที่ ๑ โดยแต่เดิมนายบุญส่ง เลขะกุล ได้ว่าจ้างโจทก์ทั้งสองให้วาดภาพนกเพื่อใช้เป็นภาพประกอบในหนังสือ โดยให้ค่าจ้างเหมาตามจำนวนภาพ ต่อมาเมื่อนายบุญส่งป่วยเป็นคนที่ไร้ความสามารถ นางสุภาพ เลขะกุล ในฐานะผู้อนุบาลได้มอบสิทธิในการจัดพิมพ์โฆษณาและจำหน่ายหนังสือดังกล่าวจำนวนพิมพ์ไม่เกิน ๔๐,๐๐๐ เล่มให้แก่จำเลยที่ ๑ ซึ่งจำเลยที่ ๑ ยังจัดพิมพ์หนังสือไม่ถึงจำนวนดังกล่าว ดังนั้นลิขสิทธิ์ในการจัดพิมพ์โฆษณาและจำหน่ายหนังสือจึงยังเป็นของจำเลยที่ ๑ หลังจากนายบุญส่งป่วย จำเลยที่ ๑ เป็นผู้จ้างเหมาโจทก์ทั้งสองต่อไป เมื่อนายบุญส่งถึงแก่ความตาย กองมรดกของนายบุญส่งจึงเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ภาพวาดนกตามคำฟ้องแต่เพียงผู้เดียว จำเลยที่ ๑ ในฐานะผู้รับมอบให้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้โฆษณางานโดยจัดพิมพ์หนังสือ "A Guide to the Birds of Thailand" ออกจำหน่ายทั่วไปในปี ๒๕๓๔ จำเลยที่ ๑ จัดพิมพ์หนังสือ "A Guide to the Birds of Thailand" รวมทั้งสิ้นจำนวน ๓๒,๐๐๐ เล่ม หนังสือยังขายไม่หมด ไม่มีกำไร ขอให้ยกฟ้อง จำเลยที่ ๒ และที่ ๓ ให้การว่า โจทก์ทั้งสองไม่ใช่ผู้สร้างสรรค์และไม่มีลิขสิทธิ์ในภาพวาดนกในหนังสือ "A Guide to the Birds of Thailand" โจทก์รับจ้างวาดภาพนกให้แก่จำเลยที่ ๑ โดยคิดค่าจ้างตามผลงานที่ทำภาพวาดนกทั้งหมดเป็นลิขสิทธิ์ของจำเลยที่ ๑ โดยนายบุญส่ง เลขะกุล ก่อนจำเลยที่ ๓ จะนำภาพวาดนกมาทำเป็นปฏิทินให้แก่จำเลยที่ ๒ เมื่อปี ๒๕๓๗ จำเลยที่ ๓ ติดต่อขออนุญาตจากจำเลยที่ ๑ แล้ว ในหนังสือ "A Guide to the Birds of Thailand" มีข้อความระบุไว้ชัดเจนว่าจำเลยที่ ๑ เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ จำเลยที่ ๓ มิได้กระทำโดยประมาทละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ทั้งสอง ภาพวาดนกของโจทก์ทั้งสองเป็นการเลียนแบบจากธรรมชาติ ไม่ได้เป็นงานสร้างสรรค์ขึ้นใหม่ จึงไม่มีลิขสิทธิ์ จำเลยที่ ๓ นำภาพวาดนกในหนังสือเพียงส่วนน้อยมาทำปฏิทิน จำเลยที่ ๓ จัดทำปฏิทินดังกล่าวเพียงครั้งเดียว เพื่อแจกแก่บุคคลทั่วไปเป็นการให้ความรู้และอนุรักษ์นกในประเทศไทย มิได้ทำเพื่อจำหน่าย ขอให้ยกฟ้อง

ต่อมาผู้ร้องสอดยื่นคำร้องสอดทั้งสองสำนวนว่า ผู้ร้องสอดเป็นผู้จัดการมรดกของนายบุญส่ง เลขะกุล นายบุญส่งเป็นผู้ทำหรือก่อให้เกิดขึ้นซึ่งหนังสือ "A Guide to the Birds of Thailand" ตามคำฟ้องโดยความคิดริเริ่มของนายบุญส่งเอง โดยการนำเอาหนังสือเกี่ยวกับนกในประเทศไทย ๒ เล่ม ที่นายบุญส่งได้เคยจัดทำไว้ มาดัดแปลง

ปรับปรุง แก้ไข เพิ่มเติม คัดลอก และจัดลำดับใหม่ นายบุญส่งจึงเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในหนังสือ "A Guide to the Birds of Thailand" ดังกล่าว ต่อมานายบุญส่งป่วยเป็นโรคเส้นโลหิตไปเลี้ยงสมองอุดตัน ช่วยเหลือตนเองไม่ได้ และในปี ๒๕๒๙ ศาลแพ่งได้มีคำสั่งว่านายบุญส่งเป็นคนไร้ความสามารถ และให้อยู่ในความอนุบาลของผู้ร้องสอด ผู้ร้องสอดในฐานะผู้อนุบาลได้มอบลิขสิทธิ์ในการจัดพิมพ์ โฆษณา และจำหน่ายหนังสือนี้ให้แก่จำเลยที่ ๑ โดยให้มีสิทธิในหนังสือที่จัดพิมพ์จำนวนไม่เกิน ๔๐,๐๐๐ เล่ม ซึ่งจำเลยที่ ๑ จะเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินการทั้งหมด ภายหลังเมื่อนายบุญส่งถึงแก่ความตาย ลิขสิทธิ์ในหนังสือจึงตกเป็นทรัพย์สินของกองมรดกของนายบุญส่ง ในการจัดทำหนังสือ "A Guide to the Birds of Thailand" นี้ นายบุญส่งได้ว่าจ้างโจทก์ทั้งสองซึ่งเป็นเพียงนักวาดภาพธรรมดาให้วาดภาพเหมือนนกจากซากนกที่นายบุญส่งได้รวบรวมเก็บรักษาไว้ และได้ขอยืมจากสถานที่ต่างๆ โจทก์ทั้งสองไม่ใช่เจ้าของลิขสิทธิ์ภาพวาดนกในหนังสือดังกล่าว และเนื่องจากกองมรดกนายบุญส่ง เลขะกุล เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์หนังสือ "A Guide to the Birds of Thailand" และภาพวาดนกในหนังสือตามคำฟ้องผู้ร้องจึงร้องสอดเพื่อให้ได้รับความรับรอง คຸ້ມครอง หรือบังคับตามสิทธิของตนที่มีอยู่ ขอให้ยกฟ้อง และพิพากษาให้กองมรดกนายบุญส่ง เลขะกุล เป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในหนังสือดังกล่าวซึ่งภาพวาดนกตามคำฟ้อง โดยให้จำเลยที่ ๑ เป็นผู้โฆษณาและจำหน่ายตามจำนวนที่ได้รับอนุญาต ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางมีคำสั่งอนุญาตให้ผู้ร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๒๖ ประกอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๕๗ (๑)

ภายหลังจากที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางได้มีคำสั่งอนุญาตให้ผู้ร้องสอดเข้ามาเป็นคู่ความ โจทก์ทั้งสองให้การแก้คำร้องสอดว่า ผู้ร้องสอดไม่ใช่เจ้าของลิขสิทธิ์หนังสือ "A Guide to the Birds of Thailand" นายบุญส่ง เลขะกุล มีฐานะเป็นลูกจ้างของจำเลยที่ ๑ เช่นเดียวกับโจทก์ทั้งสอง นายบุญส่งเป็นผู้ร่วมเขียนและค้นคว้างานอันมีลิขสิทธิ์ในหนังสือ "A Guide to the Birds of Thailand" แต่งงานอันมีลิขสิทธิ์ในหนังสือดังกล่าวหาใช่เป็นลิขสิทธิ์ของนายบุญส่งแต่เพียงผู้เดียว จำเลยที่ ๑ เป็นผู้มิสิทธิในการเผยแพร่หนังสือตามวัตถุประสงค์แห่งการจ้างงานนั้น โจทก์ที่ ๑ และที่ ๒ เป็นผู้สร้างสรรค์งานภาพวาดนกในฐานะลูกจ้างของจำเลยที่ ๑ และจำเลยที่ ๑ ไม่ได้ตกลงเกี่ยวกับงานสร้างสรรค์ให้เป็นอย่างอื่น โจทก์ที่ ๑ และที่ ๒ จึงเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพวาดนกตามส่วนของตน ผู้ร้องสอดไม่ได้เป็นผู้สร้างสรรค์งานภาพวาดนก จึงไม่ใช่เจ้าของลิขสิทธิ์และไม่มีอำนาจร้องสอด ขอให้ยกคำร้องสอด ส่วนจำเลยที่ ๑ ให้การแก้คำร้องสอดว่า จำเลยที่ ๑ ยอมรับว่านายบุญส่ง เลขะกุล เป็นผู้สร้างสรรค์หนังสือ "A Guide to the Birds of Thailand" โดยแก้ไขดัดแปลงจากหนังสือคู่มือดูนกเล่มที่ ๑ และเล่มที่ ๒ กองมรดกของนายบุญส่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ภาพวาดนกแม่พิมพ์ต้นแบบทั้งหมด และหนังสือดังกล่าวแต่เพียงผู้เดียว ผู้ร้องสอดในฐานะผู้อนุบาลของนายบุญส่งได้มอบลิขสิทธิ์ในการนำหนังสือออกโฆษณา จัดพิมพ์และจำหน่ายในจำนวนไม่เกิน ๔๐,๐๐๐ เล่ม ให้แก่จำเลยที่ ๑ จำเลยที่ ๑ ยังจัดพิมพ์หนังสือ "A Guide to the Birds of Thailand" ไม่เกินจำนวนดังกล่าว ลิขสิทธิ์ในการ

โฆษณา จัดพิมพ์และจำหน่ายหนังสือดังกล่าวจึงยังเป็นของจำเลยที่ ๑ ทางด้านจำเลยที่ ๒ และที่ ๓ ไม่ได้ยื่นคำให้การแก้ฟ้องคดี ทั้งนี้ เมื่อรับฟังพยานหลักฐานจากคู่ความทั้งสองฝ่าย และจากผู้ร้องคดีแล้ว ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางพิพากษาให้จำเลยที่ ๑ ชดใช้ค่าเสียหายจำนวน ๓๓๐,๐๐๐ บาท และ ๒๐๐,๐๐๐ บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ ๗.๕ ต่อปี ของต้นเงินแต่ละจำนวนดังกล่าว นับถัดจากวันฟ้อง (วันที่ ๔ มกราคม ๒๕๔๒) จนกว่าจะชำระเสร็จแก่โจทก์ที่ ๑ และที่ ๒ ตามลำดับ ส่วนคำขอของโจทก์ทั้งสองนอกจากนี้และคำร้องคดีให้ยก ให้จำเลยที่ ๑ ใช้ค่าฤชาธรรมเนียมแทนโจทก์ทั้งสอง โดยกำหนดค่าทนายความให้ ๗๐,๐๐๐ บาท เฉพาะค่าขึ้นศาลให้จำเลยที่ ๑ ใช้แทนตามจำนวนทุนทรัพย์ที่โจทก์ชนะคดี ยกฟ้องโจทก์ทั้งสองสำหรับจำเลยที่ ๒ และจำเลยที่ ๓ ค่าฤชาธรรมเนียมระหว่างโจทก์ทั้งสองกับจำเลยที่ ๒ จำเลยที่ ๓ และผู้ร้องคดีให้เป็นพับ ดังนี้ ผู้ร้องคดีและจำเลยที่ ๑ จึงอุทธรณ์ต่อศาลฎีกา

เมื่อคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกา ศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศวินิจฉัยว่า พิเคราะห์แล้ว ในเบื้องต้นเห็นว่า ตามพยานหลักฐานที่โจทก์ทั้งสองนำสืบปรากฏว่าโจทก์ที่ ๑ ตกลงวาดภาพนกตามคำฟ้องหลายภาพให้แก่นายบุญส่ง เลขะกุล ตั้งแต่ปี ๒๕๑๕ จนถึงปี ๒๕๓๔ และโจทก์ที่ ๒ ตกลงวาดภาพนกตามคำฟ้องอีกส่วนหนึ่งตั้งแต่ปี ๒๕๒๕ จนถึงปี ๒๕๓๔ ในส่วนภาพวาดนกที่โจทก์ที่ ๑ วาดขึ้นตั้งแต่ปี ๒๕๑๕ ซึ่งเป็นเวลาที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พุทธศักราช ๒๔๗๔ โดยตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ มาตรา ๑๒ (ข) บัญญัติว่า "ถ้าผู้ประพันธ์เป็นลูกจ้างแรงงานหรือเป็นลูกมือฝึกหัด ผู้ประพันธ์ได้ทำวรรณกรรมหรือศิลปกรรมขึ้นในหน้าที่ผู้รับจ้าง และมีได้มีข้อสัญญาไว้เป็นอย่างอื่น ท่านว่าบุคคลผู้จ้างเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์" ดังนั้นการวาดภาพของโจทก์ที่ ๑ ให้แก่นายบุญส่งตั้งแต่แรกในปี ๒๕๑๕ จนถึงวันที่ ๑๔ ธันวาคม ๒๕๒๑ ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พุทธศักราช ๒๔๗๔ มีผลใช้บังคับอยู่ โจทก์ที่ ๑ กล่าวอ้างในคำฟ้องว่า ข้อตกลงวาดภาพดังกล่าวเป็นการจ้างแรงงานโดยไม่มีข้อสัญญาให้ลิขสิทธิ์ตกแก่โจทก์ที่ ๑ นั้นย่อมมีผลให้ลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมภาพวาดนั้นตกเป็นลิขสิทธิ์ของผู้จ้างตามมาตรา ๑๒ (ข) แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว มิใช่ลิขสิทธิ์ตกเป็นของโจทก์ที่ ๑ แต่อย่างใด ส่วนภาพวาดที่โจทก์ที่ ๑ วาดตั้งแต่วันที่ ๑๙ ธันวาคม ๒๕๒๑ และภาพวาดที่โจทก์ที่ ๒ วาดตั้งแต่ปี ๒๕๒๕ จนถึงปี ๒๕๓๔ ซึ่งอยู่ระหว่างที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พุทธศักราช ๒๕๒๑ มีผลบังคับใช้นั้น ในกรณีผู้จ้างเป็นผู้สร้างสรรค์งานศิลปกรรมให้นายจ้างโดยไม่มีข้อสัญญาเป็นอย่างอื่น ลิขสิทธิ์จะเป็นของผู้สร้างสรรค์คือผู้จ้างตาม มาตรา ๗ กรณีผู้สร้างสรรค์งานโดยการรับจ้างผู้อื่นโดยไม่มีข้อตกลงเป็นอย่างอื่นแล้ว ลิขสิทธิ์จะเป็นของผู้ว่าจ้างในงานนั้นตามมาตรา ๘ กรณีจึงมีปัญหาคือต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับงานศิลปกรรมภาพวาดที่มีการวาดภาพในช่วงนับแต่วันที่ ๑๙ ธันวาคม ๒๕๒๑ เป็นต้นไปดังกล่าว

ศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศเห็นว่าสมควรวินิจฉัยปัญหาตามอุทธรณ์ของจำเลยที่ ๑ ในข้อที่ว่า การที่โจทก์ที่ ๑ และโจทก์ที่ ๒ ตกลงวาดภาพนกประกอบหนังสือ "A

Guide to the Birds of Thailand" ตามคำฟ้องดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำตามสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาว่าจ้างทำของเสียก่อน ปัญหาเห็นได้ว่า สัญญาจ้างแรงงานนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๕๗๕ บัญญัติว่า "อันสัญญาจ้างแรงงานนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าลูกจ้างตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้" ส่วนสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๕๗๗ บัญญัติว่า "อันว่าจ้างทำของนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้รับจ้างตกลงรับจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำงานนั้น" จากบทบัญญัติ ๒ มาตรานี้ เห็นได้ว่า แม้สัญญาจ้างแรงงานกับสัญญาจ้างทำของจะมีลักษณะที่คล้ายกันคือ ลูกจ้างหรือผู้รับจ้างต่างก็ต้องทำงานให้แก่นายจ้างหรือผู้ว่าจ้างและนายจ้างหรือผู้ว่าจ้างตกลงจ่ายสินจ้างแก่ลูกจ้างหรือผู้รับจ้างเป็นการตอบแทนเช่นกัน แต่ก็มีลักษณะที่แตกต่างกันที่สำคัญคือ ตามสัญญาจ้างแรงงานนั้น ลูกจ้างต้องทำงานให้นายจ้างตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญาจ้างแรงงานที่ตกลงกันโดยไม่จำเป็นต้องมีการตกลงกันโดยมุ่งประสงค์ต่อผลสำเร็จของการทำงานอันใดอันหนึ่งโดยเฉพาะ หรือคิดค่าตอบแทนจากผลสำเร็จของการทำงานที่ตกลงกันแต่อย่างใด นายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานมีสิทธิบังคับบัญชามอบหมายและควบคุมกำกับการทำงาน of ลูกจ้างให้ทำงานใดๆ ภายใต้ข้อตกลงเกี่ยวกับหน้าที่และสภาพการจ้างงานนั้นได้ ส่วนสัญญาจ้างทำของนั้นผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างมีเจตนามุ่งประสงค์ต่อความสำเร็จของงานอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างตามข้อตกลงที่ว่าจ้างให้ทำกันโดยถือเอาผลสำเร็จของงานที่ตกลงให้ทำกันนั้นเป็นสาระสำคัญ โดยผู้ว่าจ้างมิได้มีสิทธิบังคับบัญชาสั่งการผู้รับจ้างแต่อย่างใด

สำหรับข้อเท็จจริงในคดีนี้ ปรากฏจากพยานหลักฐานที่โจทก์ทั้งสองนำสืบว่านายบุญส่ง เลขะกุล มีความประสงค์ที่จะปรับปรุงหนังสือทางปักษีวิทยาที่มีรายละเอียดเกี่ยวกับนกชนิดต่างๆ ซึ่งนายบุญส่งเคยเขียนและจัดพิมพ์ขึ้นแล้ว ๑ เล่ม คือ "BIRD GUIDE OF THAILAND" เล่ม ๑ และจะจัดพิมพ์หนังสือดังกล่าวขึ้นใหม่ ซึ่งโดยสภาพของหนังสือดังกล่าวนอกจากจะมีข้อความบรรยายรายละเอียดเกี่ยวกับนกแต่ละชนิดแล้ว ยังต้องมีภาพประกอบคำบรรยายดังกล่าวเพื่อให้ผู้อ่านได้เห็นภาพและข้อความที่บรรยายจนสามารถทำความเข้าใจได้ดี และในตอนแรกนายบุญส่งตกลงกับโจทก์ที่ ๑ ให้โจทก์ที่ ๑ เป็นผู้วาดภาพนกเพื่อนำไปใช้ประกอบข้อความคำบรรยายในหนังสือที่นายบุญส่งประสงค์จะจัดทำขึ้นมานั้น โดยโจทก์ที่ ๑ ไปทำงานช่วงเย็นหลังเลิกทำงานปกติของโจทก์ที่ ๑ ที่สถานที่ทำงานของนายบุญส่ง โดยได้รับค่าตอบแทนเป็นรายเดือน และต่อมาได้มีการตกลงกับโจทก์ที่ ๒ ให้ทำงานวาดภาพนกอีกคนหนึ่ง โดยทำงานที่สถานที่ดังกล่าว และได้รับค่าตอบแทนเป็นรายเดือนเช่นกัน แต่ภายหลังมีการจ่ายค่าตอบแทนที่คิดตามจำนวนภาพนกที่โจทก์แต่ละคนวาดออกมาได้แล้วเสร็จ ตามพฤติการณ์การชำระค่าตอบแทนดังกล่าว โจทก์ทั้งสองอ้างว่าเป็นการจ่ายค่าจ้างเป็นเงินเดือนและนายบุญส่งเป็นผู้จัดหาเครื่องมือและวัสดุอุปกรณ์ในการทำงานของโจทก์ดังกล่าวด้วย ดังนั้นข้อตกลงให้วาดภาพนกดังกล่าวจึงเป็นสัญญาจ้างแรงงาน มิใช่สัญญาจ้างทำ

ของ ในข้อนี้ศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศเห็นว่า พฤติการณ์ที่มีการจ่ายค่าจ้างเป็นรายเดือน และผู้ว่าจ้างจัดหาอุปกรณ์เครื่องมือในการทำงานให้พนักงานนั้น แม้จะเป็นพฤติการณ์ที่มักเกิดขึ้นในกรณีของการจ้างลูกจ้างทำงานให้แก่นายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานก็ตาม แต่ก็มีข้อเท็จจริงที่ทำให้ฟังได้ว่าเป็นกรณีตามสัญญาจ้างแรงงานเสมอไปทั้งหมด

ศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศอธิบายว่าสัญญาจ้างทำของก็อาจมีพฤติการณ์การจ่ายค่าตอบแทนหรือการจัดหาเครื่องมือหรืออุปกรณ์ทำงานเช่นเดียวกันนี้ได้เช่นกัน ซึ่งโดยเฉพาะในกรณีการทำงานวาดภาพนกของโจทก์ทั้งสองนี้ โจทก์ทั้งสองเบิกความทำนองเดียวกันว่าเหตุที่โจทก์แต่ละคนทำงานวาดภาพนกให้นายบุญส่งเนื่องจากนายบุญส่งประสงค์จะจัดทำหนังสือเกี่ยวกับนกซึ่งต้องมีภาพวาดนกประกอบไว้ในหนังสือด้วย ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่สอดคล้องกับนายบุญส่งต้องการผลงานภาพวาดนกสำหรับใช้ประกอบการทำหนังสือดังกล่าวให้สำเร็จ จึงตกลงให้โจทก์แต่ละคนวาดภาพนกให้และยังปรากฏว่าการวาดภาพนกเพื่อประกอบการทำหนังสือนี้จะต้องทำให้สอดคล้องกับข้อมูลทางวิชาการที่เป็นรายละเอียดเกี่ยวกับนกแต่ละวงศ์ แต่ละชนิด ซึ่งต้องศึกษาค้นคว้าข้อมูลโดยนายบุญส่งและนายฟิลิป เดวิด รวอนด์ และใช้ชากนกที่นายบุญส่งเก็บรวบรวมไว้ในสถานที่ทำงานดังกล่าวเป็นจำนวนมาก นอกจากนี้ยังต้องมีการเดินทางไปดูนกในสภาพธรรมชาติ และยังอาจมีการค้นพบนกชนิดที่ยังไม่เคยเห็นมาก่อนแล้วค้นข้อมูลกับภาพประกอบเพื่อให้หนังสือดังกล่าวมีข้อมูลรายละเอียดเกี่ยวกับนกชนิดต่างๆ รวมทั้งมีภาพประกอบที่สมบูรณ์จำนวนมาก ดังจะเห็นได้จากระยะเวลาที่ใช้ไปในการดูนก การค้นหาข้อมูลต่างๆ ดังกล่าว และการวาดภาพนกตามข้อมูลที่ค้นหาได้นั้นใช้เวลานานหลายปี โดยโจทก์ที่ ๑ ทำงานวาดภาพสำหรับใช้ปรับปรุงหนังสือเล่มแรกตั้งแต่ปี ๒๕๑๕ ต่อมาปี ๒๕๑๖ ก็มีการคิดจะทำหนังสือ "BIRD GUIDE OF THAILAND" เล่ม ๒ โดยใช้ภาพในหนังสือเล่มเดิมและวาดภาพใหม่เพิ่มเติมเสร็จในปี ๒๕๑๘ หลังจากนั้นก็มีกรคิดจัดทำหนังสือ "A Guide to the Birds of Thailand" โจทก์ที่ ๑ ก็ตกลงเป็นผู้วาดภาพนกประกอบด้วยอีก โดยทำงานวาดภาพจนถึงปี ๒๕๓๔ จึงแล้วเสร็จ โดยโจทก์ที่ ๒ ได้ร่วมวาดภาพนกด้วยตั้งแต่ปี ๒๕๒๕ จนทำหนังสือเสร็จในปี ๒๕๓๔ เช่นกัน หลังจากวาดภาพเพื่อประกอบการทำหนังสือดังกล่าวแล้วเสร็จ โจทก์ที่ ๑ และโจทก์ที่ ๒ ก็ไม่ได้ทำการวาดภาพหรือทำงานกับนายบุญส่งหรือจำเลยที่ ๑ อีกแต่อย่างใด จึงเห็นได้ว่าสภาพการทำงานดังกล่าวแก่นายบุญส่งจะมุ่งประสงค์ถึงความสำเร็จการจัดทำหนังสือแต่ก็ยากที่จะกำหนดจำนวนงานได้แต่แรกเพราะต้องศึกษาค้นคว้าข้อมูลและศึกษาดูนกกับวาดภาพนกเพิ่มเติมตามสภาพดังกล่าวจนกว่าจะเห็นว่าข้อมูลและภาพวาดที่สมบูรณ์เป็นที่พอใจที่จะรวมจัดพิมพ์เป็นหนังสือได้ อันเป็นกรณีจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องให้โจทก์แต่ละคนทำงานที่สถานที่ทำงานของนายบุญส่งเพื่อสะดวกในการเทียบเคียงข้อมูลและประสานข้อมูลการบรรยายด้วยข้อความกับภาพวาดให้ถูกต้องสอดคล้องกัน และจำเป็นต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่โจทก์แต่ละคนในช่วงระยะเวลาที่ทำงานยาวนานเช่นนี้ การจ่ายค่าตอบแทนเป็นรายเดือนในพฤติการณ์การทำงานดังกล่าวจึงอาจเป็นการแบ่งจ่ายค่าจ้างทำของให้เหมาะสมกับสภาพงานในลักษณะดังกล่าวข้างต้น เพื่อให้เป็นการเอาเปรียบโจทก์แต่ละคนและเป็นประโยชน์แก่โจทก์ทั้งสองที่ไม่ต้องรอรับค่าตอบแทนเมื่องานเสร็จ

สิ้นตามสัญญาจ้างทำของในภายหลังที่เป็นระยะเวลายาวนานมากเช่นนี้ การจ่ายค่าตอบแทนเช่นนี้จึงอาจเป็น การจ่ายค่าตอบแทนตามสัญญาจ้างทำของได้เช่นกัน

เมื่อพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงตามคำเบิกความของโจทก์แต่ละคนแล้วได้ความตามคำเบิก ความของโจทก์ที่ ๑ ว่า นายบุญส่งไม่ได้ยุ่งเกี่ยวกับการวาดภาพของโจทก์ที่ ๑ แต่บางครั้งมีการประชุมกัน และนายบุญส่งจะเร่งรัดงานในบางครั้ง นายบุญส่งไม่ได้กำหนดให้วาดภาพนกเป็นตัวๆ แต่จะกำหนดวงศ์ เช่น วงศ์นกเอี้ยง เป็นต้น แล้วโจทก์ที่ ๑ จะวาดภาพนกในวงศ์นกเอี้ยงเองทั้งหมด อันเป็นการแสดงว่าโจทก์ ที่ ๑ ทำงานวาดภาพโดยมีอิสระในการทำงานมาก การกำกับดูแลของนายบุญส่งเป็นเพียงการเร่งรัดงาน เท่านั้น และไม่ปรากฏว่าการจ้างโจทก์ที่ ๑ นี้มีลักษณะที่โจทก์ที่ ๑ ต้องทำงานภายใต้การบังคับบัญชาของ นายบุญส่งแต่อย่างใด นอกจากนี้โจทก์ที่ ๑ ยังเบิกความอีกว่าโจทก์ที่ ๑ เริ่มวาดภาพนกในหนังสือ "A Guide to the Birds of Thailand" เอกสารหมายเลข ๖๒๕ ตั้งแต่ปี ๒๕๑๘ ตั้งแต่วาดภาพดังกล่าวโจทก์ที่ ๑ ก็ เข้าใจว่าตนเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์แต่ไม่ได้บอกนายบุญส่ง และปรากฏว่าเมื่อมีการจัดพิมพ์หนังสือ "A Guide to the Birds of Thailand" ดังกล่าวออกมาก็มีการระบุว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของจำเลยที่ ๑ และระบุชื่อ โจทก์ที่ ๑ และที่ ๒ ในฐานะเพียงผู้วาดภาพ โจทก์ที่ ๑ ก็ทราบดี แต่ก็ไม่ได้โต้แย้งการระบุชื่อเจ้าของลิขสิทธิ์ ที่ไม่มีชื่อโจทก์ที่ ๑ อยู่ด้วยแต่อย่างใด และในการเดินทางไปดูนกตามธรรมชาติก็ยังปรากฏว่าโจทก์ที่ ๑ เป็นผู้ ออกค่าใช้จ่ายเอง ซึ่งผิดปกติวิสัยของผู้เป็นลูกจ้าง ส่วนโจทก์ที่ ๒ ก็เบิกความว่า โจทก์ที่ ๒ วาดภาพโดย ได้รับคำแนะนำให้ข้อมูลจุดสังเกตของนกจากนายฟิลิปกับคำบรรยายของนายฟิลิป นายบุญส่งจะเข้ามา ดูบ้าง แต่ไม่ได้ให้คำแนะนำหรือให้ข้อสังเกตแต่อย่างใด ในช่วงเร่งงานตั้งแต่ประมาณปี ๒๕๓๒ เป็นต้นมา จะมีการจ่ายค่าตอบแทนตามผลงานภาพวาดนกเป็นรายตัว ตัวละ ๒๗๐ บาท โดยไม่ได้จ่ายค่าตอบแทน เป็นรายเดือนแล้ว ในการวาดภาพนกนั้น การลงสีโจทก์ที่ ๒ ใช้ข้อมูลจากหลายแหล่งประกอบกัน ทั้งดู ตัวอย่างจากซากนกสดกิน จากบันทึกของโจทก์ที่ ๒ และข้อมูลจากหนังสืออื่นๆ หากนายฟิลิปหรือนายบุญส่ง เห็นว่าไม่ถูกต้อง และแจ้งให้โจทก์ที่ ๒ ทราบ ถ้าโจทก์ที่ ๒ เห็นด้วยก็จะแก้ไข แต่ถ้าไม่เห็นด้วย โจทก์ที่ ๒ จะ ไม่แก้ไข ซึ่งแสดงถึงความเป็นอิสระในการทำงานของโจทก์ที่ ๒ ว่ามิใช่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาเยี่ยงที่ นายจ้างมีต่อลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานแต่อย่างใด

นอกจากนี้โจทก์ทั้งสองอ้างว่าในช่วงเวลาที่ได้รับค่าตอบแทนในลักษณะเงินเดือน ก็ไม่ได้ความว่า โจทก์ทั้งสองนำไปยื่นรายการเสียภาษีเงินได้จากค่าจ้าง ยิ่งไปกว่านั้นยังปรากฏว่า เมื่อมีการวาดภาพเสร็จ ในปี ๒๕๓๔ ผู้ร้องสอดซึ่งเป็นภริยานายบุญส่งก็ให้โจทก์ทั้งสองออกไปรับเงิน โดยรวบรวมเงินที่ได้รับไป ก่อนแล้วนั้นให้แก่ผู้ร้องสอด อันเป็นใบเสร็จรับเงินค่าจ้างวาดภาพนกของโจทก์ที่ ๑ กับโจทก์ที่ ๒ ตาม เอกสารหมายเลข ๖๗ และ ๖๘ ตามลำดับ ซึ่งเป็นเอกสารที่แสดงการรับเงินค่าตอบแทนเป็นค่าจ้างใน ลักษณะการจ้างทำของเช่นนี้ ซึ่งย่อมมีผลให้เป็นหลักฐานแสดงว่าการวาดภาพนกของโจทก์ทั้งสองเป็นไป ตามสัญญาจ้างทำของอันเป็นผลให้ลิขสิทธิ์ในงานภาพวาดนกนี้ตกเป็นของผู้ว่าจ้าง ไม่ได้ตกแก่โจทก์ทั้ง

สองแต่อย่างใด ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๒๑ มาตรา ๗ และ ๘ อันเป็นบทกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้นดังกล่าวมาข้างต้น แต่โจทก์ทั้งสองก็ยินยอมทำเอกสารดังกล่าวให้แก่ผู้ร้องสอด อันส่อให้เห็นว่าโจทก์ทั้งสองรู้อยู่แล้วว่าการทำงานวาดภาพนกของตนดังกล่าวมานั้นเป็นการวาดภาพนกตามสัญญาจ้างทำของ มิใช่ตามสัญญาจ้างแรงงานและข้อที่โจทก์ทั้งสองอ้างว่า ที่ทำเอกสารดังกล่าวให้เพราะเข้าใจว่าผู้ร้องสอดจะนำไปใช้เสียภาษีนั้น ก็ขัดต่อเหตุผล เพราะหากโจทก์ทั้งสองยอมทำเช่นนั้นตามที่อ้างมาจริงก็เท่ากับยอมทำเอกสารเท็จทั้งยังเป็นผลเสียหายต่อพยานหลักฐานที่จะแสดงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ของตนอีกด้วย จึงเป็นคำเบิกความที่ไม่น่าเชื่อถือ พยานหลักฐานของโจทก์ทั้งสองที่นำสืบตามข้ออ้างว่าโจทก์ทั้งสองวาดภาพนกตามคำฟ้องตามสัญญาจ้างแรงงานจึงมีน้ำหนักน้อย ในขณะที่จำเลยที่ ๑ และผู้ร้องสอดมีทั้งพยานบุคคลและพยานเอกสารใบเสร็จรับเงินค่าจ้างวาดภาพนกของโจทก์ที่ ๑ และโจทก์ที่ ๒ ดังกล่าวข้างต้นซึ่งมีข้อความและรายละเอียดแสดงถึงการว่าจ้างโจทก์แต่ละคนวาดภาพนกตามสัญญาจ้างทำของ จึงมีน้ำหนักให้รับฟังได้ดีกว่าพยานหลักฐานของโจทก์ทั้งสอง

ศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศสรุปให้เห็นว่า ข้อเท็จจริงฟังได้ว่าโจทก์ทั้งสองทำงานวาดภาพนกตามคำฟ้องตามสัญญาจ้างทำของโดยไม่ปรากฏว่ามีข้อสัญญาเป็นอย่างอื่น ลิขสิทธิ์จึงตกแก่ผู้ว่าจ้าง มิใช่โจทก์ที่ ๑ และโจทก์ที่ ๒ ผู้รับจ้างแต่อย่างใด ดังนั้น แม้หากจะถือตามข้อกล่าวอ้างของโจทก์ทั้งสองว่างานตามคำฟ้องเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ โจทก์ทั้งสองก็ไม่ใช่เจ้าของลิขสิทธิ์ ย่อมไม่มีอำนาจฟ้องเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ตามคำฟ้องแต่อย่างใด อุทธรณ์ของจำเลยที่ ๑ ข้อนี้ฟังขึ้นและไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยปัญหาตามอุทธรณ์ของจำเลยที่ ๑ ข้ออื่นอีกต่อไป เพราะไม่ทำให้ผลคดีเปลี่ยนแปลงไป ส่วนที่ผู้ร้องสอดอุทธรณ์ขอให้พิพากษาว่าลิขสิทธิ์ในหนังสือ "A Guide to the Birds of Thailand" ตามเอกสารหมายเลข ๑๕ เป็นของกรมรดกนายบุญส่ง เลขะกุล ในฐานะที่นายบุญส่งเป็นผู้ว่าจ้างโจทก์ทั้งสองวาดภาพนั้นเนื่องจากในส่วนงานภาพนกที่พิพาทกันนั้นมีจำนวนมากถึง ๑,๘๗๘ ภาพ ก่อนที่จะวินิจฉัยว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของกรมรดกนายบุญส่งหรือของจำเลยที่ ๑ จะต้องพิจารณาเสียก่อนว่างานภาพนกแต่ละภาพเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีการสร้างสรรค์ขึ้นโดยความคิดริเริ่มของผู้สร้างสรรค์และมิได้ลอกเลียนงานอื่นที่มีลิขสิทธิ์อยู่ก่อนแล้ว แต่ข้อเท็จจริงตามพยานหลักฐานในสำนวนไม่มีรายละเอียดที่จะวินิจฉัยได้ในแต่ละภาพเนื่องจากคู่ความนำสืบในลักษณะรวมๆ กันมาเป็นส่วนใหญ่ ไม่อาจวินิจฉัยได้อย่างแน่ชัด จึงควรให้ยกคำร้องสอดโดยไม่ตัดสินคดีพิพาทใหม่ คำพิพากษาแก่เป็นว่า ให้ยกฟ้องโจทก์ทั้งสองสำหรับจำเลยที่ ๑ เสียด้วย นอกจากนี้แก้ไขไปตามคำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง แต่ไม่ตัดสินคดีผู้ร้องสอดที่จะฟ้องใหม่ คำอุทธรณ์เนียมทั้งสองศาลให้เป็นพับ

๑.๒ ความเป็นผู้ประพันธ์

ในลักษณะดั้งเดิมของการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นที่พัฒนาการของมันมาจากความก้าวหน้าในการพิมพ์ หรือเครื่องพิมพ์สิ่งตีพิมพ์ (printing press) ซึ่งเกิดขึ้นในยุโรป⁴³ ในช่วงศตวรรษที่ ๑๕ ถึงศตวรรษที่ ๑๖⁴⁴ สิ่งที่ได้รับคุ้มครองแรกเริ่ม คือ สิ่งพิมพ์ หรือสิ่งตีพิมพ์ (press work) ที่งานได้ถูกทำลงโดยบุคคลที่เรียกว่า “ผู้เขียน” หรือ “ผู้ประพันธ์” (writer or author) ดังนั้น การให้ความคุ้มครองจึงเป็นที่กล่าวถึงว่าเป็นการจัดให้แก่ “ผู้ประพันธ์” (author) และในกาลต่อมาเมื่อลิขสิทธิ์ การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ และกฎหมายลิขสิทธิ์มีขยายการให้ความคุ้มครองไปสู่งานประเภทอื่นๆ มากขึ้น ดังที่ได้กล่าวไปแล้วถึงประเภทของงานต่างๆ ที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์นอกเหนือจากงานเขียน งานประพันธ์ หรือที่มักจะเรียกรวมว่า “งานวรรณกรรม” (literary works) ดังนั้น ประเทศจำนวนมาก ยังคงเรียกผู้ที่เป็นผู้ก่อให้เกิดงาน หรือผู้ที่ได้รับความคุ้มครองขั้นต้น (primary protection) เป็น “ผู้ประพันธ์” หรือ author ซึ่งในเอกสารทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ จำนวนหนึ่งก็ได้เปลี่ยนไปใช้คำว่า “ผู้สร้างสรรค์” (creator) หรือผู้เขียนงานที่เกี่ยวกับลิขสิทธิ์ในประเทศไทยก็มักจะแปล “author” เป็น “ผู้สร้างสรรค์” เนื่องจากการใช้ในบรรดาประเทศจำนวนหนึ่งโดยเฉพาะประเทศที่ใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาหลัก ก็ได้ใช้คำว่า “author” กับงานประเภทอื่นด้วย เช่น งานดนตรีกรรม งานศิลปกรรม⁴⁵ ดังนั้น เพื่อให้คำว่า “author” มีความหมายอย่างกว้าง จึงแปลคำว่า “author” เป็น “ผู้สร้างสรรค์” แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อรักษาความดั้งเดิมของการให้ความคุ้มครองเอาไว้ และเพื่อให้ตรงตามนิยาม หรือศัพท์ที่ใช้ในภาษาอังกฤษว่า “author” หรือ “authorship” ในที่นี้จะแปล “author” ว่า “ผู้ประพันธ์” และ “authorship” ว่า “ความเป็นผู้ประพันธ์” ซึ่งจะรวมความหมายเช่นเดียวกันกับ “creator” หรือ “ผู้สร้างสรรค์” ด้วย เมื่อกล่าวถึงงานที่อาจจะไม่ใช่งานเขียน หรืองานประพันธ์ นอกจากนั้น คำว่า “ประพันธ์” อาจจะหมายรวมได้ถึง การแต่ง การเรียบเรียง การก่อให้เกิดงาน อันอาจจะถือได้ว่าการขีดเขียนซึ่งถือเป็นพื้นฐานของงานอันมีลิขสิทธิ์ทุกประเภทก็ว่าได้ ดังนั้น หากจะเรียกผู้ที่ก่อให้เกิดงาน หรือผู้สร้างงาน ว่า เป็น “ผู้ประพันธ์” ก็คงไม่ผิดนัก อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ หรือในกฎหมายของหลายประเทศ ก็ใช้คำว่า “ผู้

⁴³ Patterson, Copyright in Historical Perspective (Vanderbilt Univ. Press, 1968), p. 136 – 137.

⁴⁴ Joanna Kostylo, “From Gunpowder to Print: The Common Origins of Copyright and Patent,” in Ronan Deazley et al., Privilege and Property: Essays on the History of Copyright (Cambridge: Open Book, 2010) p. 21 – 50, books.openedition.org/obp/1062.

⁴⁵ See U.K. Copyright, Designs and Patents Act 1988, Section 9. มาตรา ๙ ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ การออกแบบและสิทธิบัตร ค.ศ. ๑๙๘๘ ของสหราชอาณาจักร ให้หัวข้อของมาตราว่า “Authorship of work” หรือ “ความเป็นผู้ประพันธ์ในงาน” โดยในอนุมาตรา ๑ ระบุว่า ในส่วนนี้ “ผู้ประพันธ์” โดยสัมพันธ์กับงาน หมายถึง ผู้ที่เป็นผู้สร้างสรรค์มัน (In this Part “author”, in relation to a work, means the person who creates it.)

สร้างสรรค์” หรือ “creator” แทนเพื่อให้สอดคล้องกับสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ คือ “งานสร้างสรรค์” (creative works) ⁴⁶

เมื่อพิจารณาในแง่ของการให้ความคุ้มครองแล้ว ผู้ที่เป็นผู้สร้างสรรค์ หรือผู้ที่ก่อให้เกิดงาน (creator) อันเป็นงานต้นฉบับ (original work) จะถูกเรียกว่าเป็น “ผู้ประพันธ์” (author) ของงานดังกล่าว ซึ่งบุคคลผู้นี้เป็นผู้ที่ริเริ่ม หรือเป็นต้นฉบับ (originates) หรือเป็นผู้บงการ (masterminds) ให้เกิดงานต้นฉบับ ซึ่งบุคคลผู้นี้โดยรวมแล้วจะต้องเป็นผู้ที่ควบคุมการสร้างสรรค หรือการก่อให้เกิดงานทั้งหมดจนกระทั่งมันกลายมาเป็นงานที่สำเร็จ หรือปรากฏเป็นงาน (come into being) ทั้งนี้ บุคคลอื่นอาจจะช่วยเหลือ หรืออาจจะมีส่วนช่วย (contributions) อันมีคุณค่า (valuable) หรือมีความคิดสร้างสรรค์ (creative) ต่องาน แต่ผู้มีส่วนช่วย (contributor) ดังกล่าว ไม่สามารถที่จะเป็นผู้ประพันธ์งานดังกล่าว ยกเว้นแต่ผู้มีส่วนช่วยนั้น หรือผู้มีส่วนช่วยหลายคนนั้น (contributors) ได้ก่อให้เกิดผลลัพธ์ในการทำงานนั้นได้ก่อเกิดขึ้น ซึ่งในบรรดาบุคคลเหล่านี้ อาจจะถูกลือว่าเป็น “ผู้ประพันธ์ร่วม” (joint authors) ก็เป็นไปได้ อย่างไรก็ตาม ผู้ที่จะเป็นผู้สร้างสรรค์งาน ผู้ก่อให้เกิดงาน หรือผู้ประพันธ์งานได้นั้น บุคคลผู้นี้จะต้องได้แปลง (translate) ความคิด (idea) ลงสู่การถูกผนึกไว้ (fixed) ด้วยการแสดงออกที่จับต้องได้ (tangible expression) เพื่อที่จะเป็นผู้ประพันธ์งานดังกล่าว เพียงแค่ให้ความคิดต่อกับบุคคลหนึ่งไม่ได้ทำให้ผู้ที่ให้ความคิดนั้นกลายเป็นผู้ประพันธ์งานที่ได้อบรมรวมเข้าด้วยกัน (embody) ซึ่งความคิดนั้นไว้ด้วย ซึ่งศาลในคดี S.O.S. v. Payday ⁴⁷ ได้ระบุว่า ความเป็นผู้ประพันธ์ เป็นปัญหาในข้อเท็จจริง (question of fact) ⁴⁸ โดยส่วนหนึ่งในข้อเท็จจริงนั้น Sharon Goodman ซึ่งเป็นผู้ควบคุมงาน (controller) ของ Payday เป็นผู้ติดต่อประสานงาน (liaison) ของทีมงานเขียนโปรแกรม (programming team) ซึ่งหน้าที่ของเธอ

⁴⁶ ดู พรบ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ และที่แก้ไขเพิ่มเติม, มาตรา ๔ และมาตรา ๖. มาตรา ๔ ระบุถึง “ผู้สร้างสรรค์” ซึ่งภาษาอังกฤษแปลตรงตัวก็น่าจะเป็น “creator” ว่า หมายความว่า “ผู้ทำหรือผู้ก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์อย่างใดอย่างหนึ่งที่ เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้” (the person who creates or made one of the creative works, which is protected as a copyright work under this Act) และมาตรา ๖ ระบุว่า “งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ งานสร้างสรรค์...” อย่างไรก็ตาม ในช่วงที่ พรบ. คุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. ๒๕๓๔ มีผลใช้บังคับนั้น มาตรา ๔ ของ พรบ. ดังกล่าว ได้นิยามคำว่า “ผู้ประพันธ์” ไว้ โดยให้ความหมาย “ให้กินความถึง ผู้แต่งเพลงดนตรี ผู้ทำหรือก่อให้เกิด ซึ่งศิลปกรรม เช่น ช่างเขียน ช่างภาพหุ่น สถาปนิก ฯลฯ ด้วย” แต่เมื่อกาลล่วงไปแห่งการใช้บังคับ พรบ. คุ้มครองวรรณกรรม และศิลปกรรม พ.ศ. ๒๕๓๔ แล้ว กฎหมายที่ถูกใช้บังคับแทน คือ พรบ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๒๑ ไม่ได้ระบุนิยามคำว่า “ผู้ประพันธ์” เอาไว้ แต่ได้กำหนดนิยามคำว่า “ผู้สร้างสรรค์” ขึ้นในมาตรา ๔ โดยให้ความหมายว่า “ผู้ทำหรือก่อให้เกิดงาน โดยความคิดริเริ่มของตนเอง”

⁴⁷ S.O.S., Inc. v. Payday, Inc., 886 F.2d 1081, 1086 (9th Cir. 1989).

⁴⁸ S.O.S., Inc. v. Payday, Inc., 886 F.2d 1081, 1086 (9th Cir. 1989) อ้างถึง Del Madera Properties v. Rhodes and Gardner, Inc., 820 F.2d 973, 980 (9th Cir. 1987).

ในงานดังกล่าวคือ การอธิบายถึงความต้องการของ S.O.S. ให้แก่ทีมงาน แต่ไม่ได้มีส่วนร่วมในกระบวนการลงรหัส (coding process) [ทั้งนี้ ในส่วนที่เกี่ยวกับลิขสิทธิ์ในงานนั้น เนื่องจากในสหรัฐอเมริกา การที่เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์จะสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ได้นั้น จะต้องได้มีการจดทะเบียน (registration) – ผู้เขียน]⁴⁹ ดังนั้น ในคดี S.O.S. v. Payday นี้ ทางด้าน Payday จึงโต้แย้งว่าการจดทะเบียนของ S.O.S. นั้นไม่มีผล หรือไม่สมบูรณ์ (invalid) เพราะเขาล้มเหลวในอันที่จะระบุถึง Sharon Goodman ซึ่งเป็นลูกจ้างของ Payday ในฐานะเป็นผู้ประพันธ์ร่วม (joint author) ซึ่งประเด็นนี้ไม่ได้ถูกขยายผลโดย Payday เนื่องจาก Payday ยกอ้างประเด็นการจดทะเบียนขึ้นมาเพียงเพื่อการโต้แย้งผลกระทบในแง่ความมีผล หรือความสมบูรณ์ของการจดทะเบียนเท่านั้น แต่ศาลขยายความให้เห็นว่า หากข้อกล่าวอ้างดังกล่าวของ Payday ประสบผลสำเร็จ มันจะได้จำหน่ายมูลคดี (dispose of the merits) เพราะในฐานะผู้ประพันธ์ร่วม Payday (โดยผ่านทาง Goodman) จะได้รับสิทธิในอันที่จะดัดแปลง ทำซ้ำ หรือแจกจ่ายสำเนาของงาน⁵⁰ แต่ศาลเองก็ได้ระบุว่า Payday ไม่ได้นำเสนอพยานหลักฐานที่เพียงพอที่จะยกอ้างซึ่งประเด็นที่แท้จริงซึ่งข้อเท็จจริงอันมีสาระสำคัญ (material fact) เกี่ยวกับความเป็นผู้ประพันธ์ร่วม (joint authorship) Payday กล่าวอ้างเพียงว่า Goodman ได้บอกกับบรรดาผู้เขียนโปรแกรม (programmers) ถึงอะไรที่เป็นภารกิจ (tasks) ที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือซอฟต์แวร์ (software) จะต้องกระทำการ และอย่างไรที่มันควรจะแยกแยะข้อมูล เธอไม่ได้ทำอะไรเกี่ยวกับการลงรหัส และไม่มี ความเข้าใจอันใดในภาษาคอมพิวเตอร์ (computer language) เลย⁵¹

ในคดี Community for Creative Non-Violence v. Reid ศาลชี้ให้เห็นว่า รัฐบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. ๑๙๗๖ (Copyright Act of 1976) กำหนดว่า ความเป็นเจ้าของในลิขสิทธิ์ (copyright ownership) “ในขั้นต้นตกอยู่กับผู้ประพันธ์ หรือบรรดาผู้ประพันธ์ซึ่งงาน”⁵² หลักทั่วไป คือ ผู้ประพันธ์ คือ ฝ่ายที่โดยแท้จริงเป็นผู้สร้างสรรค์งาน นั่นคือ เป็นบุคคลผู้แปลง (translate) ความคิด (idea) ลงสู่การถูกผนึกไว้ (fixed) ด้วย

⁴⁹ U.S. Copyright Act 1976, 17 U.S.C. § 411(a). มาตรา ๔๑๑ (เอ) ของรัฐบัญญัติลิขสิทธิ์สหรัฐอเมริกากำหนดว่า “เว้นแต่สำหรับการฟ้องร้องดำเนินคดีที่ได้ถูกนำไปสู่ศาลเพื่อการละเมิดซึ่งสิทธิของผู้ประพันธ์ภายใต้มาตรา ๑๐๖เอ (เอ) และภายใต้บทบัญญัติของอนุมาตรา (บี) ไม่มีการฟ้องร้องดำเนินคดีทางแพ่งใด (no civil action) สำหรับการละเมิดซึ่งลิขสิทธิ์ในงานของสหรัฐอเมริกาใดจะถูกก่อตั้งขึ้นอย่างเป็นทางการ (instituted) ได้จนกว่าจะได้มีการดำเนินการก่อนจดทะเบียน (preregistration) หรือการจดทะเบียน (registration) ซึ่งการอ้างสิทธิในลิขสิทธิ์ได้ทำลงโดยสอดคล้องกับหัวข้อกฎหมาย (title) นี้ [หัวข้อ ๑๗ ว่าด้วยกฎหมายลิขสิทธิ์]

⁵⁰ S.O.S., Inc. v. Payday, Inc., 886 F.2d 1081, 1086 (9th Cir. 1989) อ้างถึง 17 U.S.C. § 201(a), 106(1)-(3); Pye v. Mitchell, 574 F.2d 476, 480 (9th Cir. 1978).

⁵¹ S.O.S., Inc. v. Payday, Inc., 886 F.2d 1081, 1086 (9th Cir. 1989).

⁵² U.S. Copyright Act 1976, 17 U.S.C. § 201(a).

การแสดงออกที่จับต้องได้ (tangible expression) อันทำให้ได้สิทธิในความคุ้มครองลิขสิทธิ์⁵³ อย่างไรก็ตาม ศาลอธิบายว่า กฎหมายดังกล่าวเจือปนออกมา (carve out) ซึ่งข้อยกเว้นอันสำคัญ สำหรับ “งานที่เกิดจากการจ้างทำของ” (works made for hire) หากว่างานเกิดจากการจ้างทำของ “ผู้ว่าจ้าง หรือบุคคลอื่นสำหรับบุคคลนั้นงานได้ถูกเตรียมเพื่อเขา (other person for whom the work was prepared) จะถูกถือว่าเป็นผู้ประพันธ์ (author)” และเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ เว้นแต่จะได้มีข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรกันเป็นอย่างอื่น⁵⁴ ซึ่งการจัดประเภทงานเป็น “การจ้างทำของ” (made for hire) กำหนดไม่เพียงแต่ความเป็นเจ้าของขั้นต้นในลิขสิทธิ์ของมัน หากแต่ยังเป็นระยะเวลาของลิขสิทธิ์ด้วย⁵⁵ และสิทธิของเจ้าของในการต่ออายุการคุ้มครอง (renewal rights)⁵⁶ สิทธิในการยกเลิก (termination rights)⁵⁷ และสิทธิในการนำเข้าสู่สินค้าบางประการที่รองรับ (bearing) ลิขสิทธิ์นั้น^{58 59} เส้นขอบทั้งหลาย (contours) ของงานที่เกิดจากการจ้างทำของ ดังนั้น ถือไว้ซึ่งนัยสำคัญอันลึกซึ้งสำหรับผู้สร้างสรรค์ที่ทำงานโดยอิสระ (freelance creators) – รวมถึง ศิลปิน นักเขียน ช่างถ่ายภาพ นักออกแบบ ผู้ประพันธ์เพลง และนักเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์ – และสำหรับอุตสาหกรรมการตีพิมพ์ การโฆษณา เพลง และอื่นๆ ที่มอบหมายให้ผู้อื่นทำงาน (commission) อันเป็นงานของพวกเขา⁶⁰

ในคดี Perfect 10 v. Google ศาลอุทธรณ์ภาค ๙ โดยท่านผู้พิพากษา Ikuta ได้อธิบายว่า รัฐบัญญัติลิขสิทธิ์กำหนดว่า “งานจะถูกผนึกไว้ (fixed) ในตัวกลางในการแสดงออกซึ่งจับต้องได้ (tangible medium of expression) เมื่อการแสดงให้เห็นเป็นรูปร่าง (embodiment) ของมันในสำเนา (copy) หรือสิ่งบันทึกเสียง (phonorecord) โดย หรือภายใต้อำนาจของผู้ประพันธ์ เป็นสิ่งที่ถาวร (permanent) หรือมั่นคง (stable) อย่างเพียงพอ ที่จะยินยอมให้มันถูกรับรู้ (perceived) ทำซ้ำ (reproduced) หรือมิเช่นนั้นสื่อสาร (otherwise communicated) ในระยะเวลาที่มากกว่าช่วงเวลาเฉพาะกาล (transitory duration)” นอกจากนั้นศาลยังได้อธิบายนิยามอีกหลายตัว เช่น “สำเนา” (copy) และ “การแสดงให้เห็น” (display)⁶¹ จากนั้นศาลระบุว่าจะต้องมี

⁵³ U.S. Copyright Act 1976, 17 U.S.C. § 102.

⁵⁴ U.S. Copyright Act 1976, 17 U.S.C. § 201(b).

⁵⁵ U.S. Copyright Act 1976, 17 U.S.C. § 302(c).

⁵⁶ U.S. Copyright Act 1976, 17 U.S.C. § 304(a).

⁵⁷ U.S. Copyright Act 1976, 17 U.S.C. § 203(a).

⁵⁸ U.S. Copyright Act 1976, 17 U.S.C. § 601(b)(1).

⁵⁹ See 1 M. Nimmer & D. Nimmer, Nimmer on Copyright § 5.03 [A], pp. 5 – 10 (1988).

⁶⁰ Community for Creative Non-Violence v. Reid, 490 U.S. 730, 737 (1989).

⁶¹ Perfect 10, Inc. v. Google Inc., 508 F.3d 1146, 1160 (9th Cir. 2007). ศาลชี้ให้เห็นว่า รัฐบัญญัติลิขสิทธิ์อธิบายนิยาม “การแสดงให้เห็น” (display) ว่า หมายถึง “เพื่อแสดงสำเนาของมัน ไม่ว่าจะโดยตรง หรือโดยวิธีการซึ่งฟิล์ม สไลด์

การปรับใช้บรรดาคำจำกัดความ (definitions) ทั้งหมดเข้ากับข้อเท็จจริงของคดีนี้ โดยอธิบายว่า รูปภาพจากภาพถ่าย (photographic image) เป็นงานที่ถูก “ผนึกไว้” (fixed) ในตัวกลางในการแสดงออกซึ่งจับต้องได้ (tangible medium of expression) เพื่อจุดประสงค์ทั้งหลายของรัฐบัญญัติลิขสิทธิ์ เมื่อได้ถูกแสดงให้เห็นเป็นรูปร่าง (embodied) (นั่นคือ ถูกเก็บเป็นข้อมูลไว้ (stored)) ในระบบเครือข่ายที่ให้บริการเป็นหลักของเครื่องคอมพิวเตอร์ (computer's server) (หรือจานแม่เหล็กเก็บข้อมูลของคอมพิวเตอร์หรือฮาร์ดดิสก์ (hard disk) หรืออุปกรณ์การเก็บข้อมูลอื่น) รูปภาพที่ถูกเก็บเป็นข้อมูลไว้ในคอมพิวเตอร์เป็น “สำเนา” ของงานเพื่อจุดประสงค์ทั้งหลายของกฎหมายลิขสิทธิ์⁶² เจ้าของคอมพิวเตอร์แสดงสำเนา “โดยวิธีการซึ่ง ... อุปกรณ์ หรือกรรมวิธีหนึ่ง” เมื่อเจ้าของใช้คอมพิวเตอร์เพื่อเติมจอคอมพิวเตอร์ด้วยรูปภาพจากภาพถ่ายที่ได้ถูกเก็บเป็นข้อมูลไว้ในคอมพิวเตอร์นั้น หรือโดยการสื่อสารรูปภาพที่ได้ถูกเก็บเป็นข้อมูลไว้โดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ไปยังคอมพิวเตอร์ของอีกบุคคลหนึ่ง⁶³ โดยสรุป บนพื้นฐานของภาษาธรรมดา (plain language) ของตัวบทกฎหมาย บุคคลหนึ่งแสดงให้เห็นรูปภาพจากภาพถ่ายโดยการใช้คอมพิวเตอร์เพื่อเติมจอคอมพิวเตอร์หนึ่งด้วยสำเนาของรูปภาพจากภาพถ่ายที่ถูกผนึกไว้ในหน่วยความจำของคอมพิวเตอร์ ไม่มีข้อพิพาทว่าคอมพิวเตอร์ทั้งหลายของ Google เก็บเป็นข้อมูลไว้ซึ่งบรรดามิติขนาดเล็กของการแสดงผลภาพ (thumbnail versions) ของรูปภาพอันมีลิขสิทธิ์ของ Perfect 10 และสื่อสารสำเนาของภาพขนาดเล็กของการแสดงผลภาพเหล่านั้นไปยังผู้ใช้ทั้งหลายของ Google ดังนั้น Perfect 10 ได้ทำให้เห็นถึงคดีที่มีมูล (prima facie case) ว่าการสื่อสารของ Google ซึ่งรูปภาพที่เป็นภาพขนาดเล็กของการแสดงผลภาพ (thumbnail images) ที่ถูกเก็บเป็นข้อมูลไว้ของตนเป็นการละเมิดโดยตรงต่อสิทธิในการแสดงให้เห็น (display right) ของ Perfect 10⁶⁴

รูปภาพโทรทัศน์ หรืออุปกรณ์ หรือกรรมวิธีอื่นใด” โดยอ้างถึง 17 U.S.C. § 101 ซึ่งมาตรา ๑๐๑ เดียวกันนี้ให้คำจำกัดความ “สำเนาทั้งหลาย” (copies) เป็น “วัตถุอันเป็นเนื้อหา (material objects) นอกเหนือจากสิ่งบันทึกเสียง ที่ซึ่งงานได้ถูกผนึกไว้ (fixed) โดยวิธีการใดที่เป็นที่รู้จักในปัจจุบัน หรือจะได้อุปกรณ์ขึ้นในอนาคต และจากสิ่งนั้นงานสามารถถูกรับรู้ (perceived) ทำซ้ำ (reproduced) หรือมิเช่นนั้นสื่อสาร (otherwise communicated) ไม่ว่าจะโดยตรง หรือโดยความช่วยเหลือ (aid) ของเครื่อง (machine) หรืออุปกรณ์ (device)

⁶² See *MAI Sys. Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 511, 517 – 518 (9th Cir. 1993). ศาลอุทธรณ์ภาค ๙ ในคดีดังกล่าวอธิบายว่า คอมพิวเตอร์เครื่องหนึ่งทำ “สำเนา” ซึ่งโปรแกรมซอฟต์แวร์ เมื่อมันถ่ายโอนโปรแกรมจากคอมพิวเตอร์ของฝ่ายที่สาม (หรือจากอุปกรณ์การเก็บข้อมูลอื่น) เข้าไปยังหน่วยความจำ (memory) ของมันเอง เพราะสำเนาของโปรแกรมที่ได้ถูกบันทึกไว้ในคอมพิวเตอร์ถูกผนึกไว้ (fixed) ในลักษณะที่ “ถาวร หรือมั่นคงอย่างเพียงพอที่จะยินยอมให้มันถูกรับรู้ ทำซ้ำ หรือมิเช่นนั้นสื่อสารในระยะเวลาที่มากกว่าช่วงเวลาเฉพาะกาล” โดยคัดลอกมาอ้างถึง 17 U.S.C. § 101.

⁶³ U.S. Copyright Act 1976, 17 U.S.C. § 101.

⁶⁴ *Perfect 10, Inc. v. Google Inc.*, 508 F.3d 1146, 1160 (9th Cir. 2007).

ในคดี Aalmuhammed v. Lee ศาลอุทธรณ์ภาค ๙ ได้อธิบายถึงความเป็นผู้ประพันธ์ (authorship) ผ่านทางงานที่มีผู้ประพันธ์ร่วม (joint authors) โดยศาลเริ่มอธิบายประเด็นนี้ โดยชี้ให้เห็นว่า “งานร่วม” (joint work) รวมไว้ซึ่ง “ผู้ประพันธ์สองคน หรือมากกว่า”⁶⁵ ซึ่งศาลพิจารณาข้อเท็จจริงในประเด็นนี้ตามที่เกี่ยวข้องกับคู่ความว่า Aalmuhammed ได้แสดงให้เห็นว่า เขาได้มีส่วนร่วม หรือมีส่วนช่วยอย่างสำคัญ (contributed substantially) ต่อหนัง (film) แต่ไม่ได้เป็นว่าเขาเป็นหนึ่งในผู้ประพันธ์ (authors) ของมัน ศาลเห็นว่า ความเป็นผู้ประพันธ์เป็นสิ่งที่กำหนดไว้ภายใต้คำจำกัดความตามบทบัญญัติของกฎหมาย (statutory definition) ซึ่งงานร่วม และว่า ความเป็นผู้ประพันธ์ไม่ได้เป็นสิ่งเดียวกันกับการมีส่วนร่วมที่มีคุณค่า และสามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ (valuable and copyrightable contribution) ศาลยอมรับว่า ผู้มีส่วนช่วย (contributor) ซึ่งการแสดงออกอาจจะถูกถือว่าเป็น “ผู้ประพันธ์” (author) ซึ่งการแสดงออกนั้นเพื่อจุดประสงค์ทั้งหลายในการตัดสินที่ว่ามันเป็นสิ่งที่สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์เป็นเอกเทศ (independently copyrightable) หรือไม่ สิ่งที่ศาลต้องปฏิบัติตอนนี้เป็นสิ่งที่แตกต่างไป และใหญ่กว่า มันคือ ผู้มีส่วนช่วย เป็น ผู้ประพันธ์ซึ่งงานร่วม ภายใต้อาณัติของมาตรา ๑๐๑ ของรัฐธรรมนูญลิขสิทธิ์ (17 U.S.C. § 101) หรือไม่ ซึ่งท่านผู้พิพากษา Kleinfeld ย้ำว่า โดยคำจำกัดความตามบทบัญญัติของกฎหมาย งานร่วม (joint work) ต้องการให้มี “ผู้ประพันธ์สองคน หรือมากกว่า” ถ้อยคำว่า “ผู้ประพันธ์” (author) ได้ถูกนำมาจากกิจกรรมดั้งเดิม (traditional activity) ของบุคคลหนึ่งซึ่งที่โต๊ะกับปากกา และเขียนบางสิ่งเพื่อการตีพิมพ์ มันเป็นเรื่องที่ค่อนข้างง่ายที่จะปรับใช้คำว่า “ผู้ประพันธ์” (author) ต่อนวนิยาย (novel) มันเป็นการง่ายเช่นกันที่จะปรับใช้ถ้อยคำดังกล่าวกับคนสองคนที่ทำงานด้วยกันในวิถีทางที่ดั้งเดิมพอสมควรของ ปากกาและหมึก (pen-and-ink) เช่น บางที อย่าง Gilbert และ Sullivan ในเพลง “I Am the Very Model of a Modern Major General” ถ้อยคำของ Gilbert และทำนอง (tune) ของ Sullivan ไม่สามารถแบ่งแยกได้ (inseparable) และใครก็ตามที่ได้ยินเพลงนั้นรู้ว่ามันเป็นหนึ่งการปรากฏของมันต่อชายทั้งสองคน Sir William Gilbert และ Sir Authur Sullivan ในฐานะผู้ริเริ่มสร้างสรรค์ หรือผู้สร้างสรรค์ต้นฉบับ (creative originator) แต่เมื่อจำนวนของผู้มีส่วนช่วยเพิ่มขึ้น และงานโดยตัวมันเองได้กลายเป็นน้อยลงซึ่งผลิตผลของบุคคลคนเดียว หรือสองคนที่ได้สร้างสรรค์มันโดยไม่ได้รับความช่วยเหลือเป็นอย่างมาก ถ้อยคำจะเป็นสิ่งที่ยากมากขึ้นในการปรับใช้⁶⁶

ท่านผู้พิพากษาดังกล่าวที่ศาลจะต้องหาคำตอบว่า ใคร เมื่อขาดไว้ซึ่งสัญญากำหนด สามารถที่จะถูกถือว่าเป็น ผู้ประพันธ์ ซึ่งภาพยนตร์ โดยท่านชี้ให้เห็นว่า ถ้อยคำนี้ตามที่ได้ใช้มาแต่ดั้งเดิมหมายถึง ผู้ริเริ่ม หรือผู้เป็นต้นฉบับ (originator) หรือบุคคลผู้ที่ได้ทำให้ (cause) บางสิ่งมีตัวตนขึ้นมา หรือปรากฏเป็นงาน (come into being) หรือแม้กระทั่งเป็นสาเหตุแรก ดังที่เมื่อ Chaucer อ้างถึง “ผู้ประพันธ์แห่งธรรมชาติ” (Author of Nature) สำหรับภาพยนตร์ บุคคลผู้นั้น อาจจะเป็นผู้อำนวยการสร้าง (producer) ซึ่งเป็นผู้

⁶⁵ U.S. Copyright Act 1976, 17 U.S.C. § 101.

⁶⁶ Aalmuhammed v. Lee, 202 F.3d 1227, 1232 (9th Cir. 2000).

รวบรวมนเงิน Eisenstein คิดว่า ผู้ประพันธ์ภาพยนตร์ คือ บรรณาธิการ หรือผู้เรียบเรียง (editor) ทฤษฎี auteur (auteur theory) [ทฤษฎีเกี่ยวกับการสร้างหนังที่ซึ่งผู้กำกับกับการแสดง (director) ถูกมองว่าเป็นแรงสร้างสรรค์หลัก (major creative force) ในภาพยนตร์ (motion picture) – ผู้เขียน] ชี้แนะว่า มันอาจจะเป็นผู้กำกับกับการแสดง อย่างน้อย หากว่าผู้กำกับกับการแสดงมีความสามารถในอันที่จะนำไปใส่ (impose) ซึ่งการตัดสินใจทางศิลปะ (artistic judgments) ของเขา เข้าไปในหนัง ในแบบดั้งเดิม โดยเทียบเคียงกับหนังสือผู้ประพันธ์ ถูกถือว่าเป็นบุคคลผู้เขียนบทหนัง หรือบทภาพยนตร์ (screenplay) แต่บ่อยครั้ง ภาพยนตร์สะท้อนงานของผู้เขียนบทหลายคน Grenier ชี้แนะว่า บุคคลที่มีการควบคุมทางสร้างสรรค์ (creative control) มีแนวโน้มที่จะเป็นคนที่ภายใต้ชื่อของเขาเงินจะได้ถูกรวบรวมมา อาจจะเป็นดารา อาจจะเป็นผู้กำกับกับการแสดง อาจจะเป็นผู้อำนวยการสร้าง ด้วยการควบคุมที่ดึงเข้าหา (gravitating) ดารา เพราะการลงทุนทางการเงินในฉากต่างๆ ได้เติบโตขึ้นแล้ว⁶⁷ เมื่อรูปลักษณะทางสายตา (visual aspect) ของภาพยนตร์เป็นสิ่งที่สำคัญเป็นอย่างยิ่ง หัวหน้าผู้ถ่ายภาพยนตร์ (chief cinematographer) อาจจะถูกถือว่าเป็น ผู้ประพันธ์ และสำหรับ กล่าวได้เช่น ภาพยนตร์ที่เหมือนมีชีวิต (animated movie) ของ Disney เช่น The Jungle Book มันอาจจะบางที่เป็น ผู้สร้างภาพที่เคลื่อนไหวได้ (animators) และผู้ประพันธ์เพลง (composers)⁶⁸

ท่านผู้พิพากษา Kleinfeld ระบุว่า ศาลฎีกาได้รับมือกับปัญหาของการให้คำจำกัดความ “ผู้ประพันธ์” (author) ในสื่อใหม่ (new media) ในคดี Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony⁶⁹ คำถามในคดีนั้นคือ ใครคือผู้ประพันธ์ซึ่งภาพถ่าย: บุคคลผู้ที่ตั้งกล้องขึ้น แล้วกดชัตเตอร์ หรือบุคคลที่ทำภาพพิมพ์ (lithography) จากมัน Oscar Wilde บุคคลซึ่งภาพของเขาเป็นประเด็นอยู่ อย่างไม่มีข้อสงสัยได้ให้ซึ่งคำแนะนำเชิงสร้างสรรค์ (creative advice) เช่นกัน ศาลในคดีนั้นตัดสินว่า ช่างถ่ายภาพคือผู้ประพันธ์ คัดลอกมาอ้างอิงซึ่งต้นตำรับที่หลากหลายจากอังกฤษ (English authorities): “บุคคลผู้ที่ได้อำนวยการ (superintended) การจัดเตรียม (arrangement) ผู้ที่อื่นที่จริงได้ทำให้เป็นรูปเป็นร่างซึ่งภาพโดยจัดวางบุคคลไว้ในตำแหน่ง และจัดเตรียมสถานที่ที่คนทั้งหลายจะต้องอยู่ – คนที่เป็นสาเหตุอันเป็นผลของสิ่งนั้น”; “ผู้ประพันธ์” (author) เกี่ยวข้องกับการริเริ่ม (originating) การทำ (making) การผลิต (producing) ในฐานะที่เป็นผู้คิดค้น (inventive) หรือผู้บงการ (master mind) สิ่งที่จะได้รับความคุ้มครอง”; “คนที่เป็นผู้ที่โดยแท้แล้วแสดงแทน (represents) สร้างสรรค์ (creates) หรือทำให้เกิดผล (gives effect) ต่อความคิด (idea) ความนึกฝัน (fancy) หรือจินตนาการ (imagination)⁷⁰ ซึ่งศาลกล่าวว่า “ผู้ประพันธ์” (author) ในสำนึก หรือในแง่ที่บิดาผู้หล่อหลอม

⁶⁷ See Richard Grenier, Capturing the Culture, 206 – 07 (1991).

⁶⁸ Aalmuhammed v. Lee, 202 F.3d 1227, 1232 (9th Cir. 2000).

⁶⁹ Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, 111 U.S. 53, 61 (1884).

⁷⁰ Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, 111 U.S. 53, 61 (1884) อ้างถึงโดยคัดลอกมาอ้างอิงซึ่ง Nottage v. Jackson, 11 Q.B.D. 627 (1883).

(Founding Fathers) ได้ใช้คำศัพท์ (term) นี้ในรัฐธรรมนูญ⁷¹ คือ “เขาที่ต่อเขาสิ่งใดก็ตามเป็นหนึ่งที่มาของ มัน; ผู้ริเริ่ม (originator); ผู้สร้าง (maker); บุคคลผู้ที่ทำให้เสร็จสิ้นซึ่งงานทางวิทยาศาสตร์ หรือวรรณกรรม”⁷² อย่างไรก็ตาม ในการตอบคำถามที่ต่างไป นั่นคือ อะไรคือ “งาน” ที่สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ (what is a copyrightable “work”) ซึ่งแตกต่างจากคำถามที่ว่า ใครคือ “ผู้ประพันธ์” (who is the “author”) ศาลฎีกาได้ตัดสินในคดี Feist Publications ว่า “บางระดับขั้นต่ำของความคิดสร้างสรรค์” (some minimal level of creativity) หรือ “ความคิดริเริ่ม หรือความเป็นต้นฉบับ” (originality) เพียงพอ (suffices)⁷³ แต่มาตร วัด (measure) ซึ่งงานจะเป็นสิ่งที่กว้างเกินไป และไม่แน่นอน (indeterminate) ที่จะมีประโยชน์ หากว่าได้ ถูกปรับใช้ต่อการตัดสินว่าใครเป็น “บรรดาผู้ประพันธ์” (authors) ซึ่งภาพยนตร์ อาจจะมีคนจำนวนมากที่มี คุณสมบัติที่จะเป็น “ผู้ประพันธ์” (author) หากว่าคำถามถูกจำกัดอยู่ที่ว่าพวกเขาได้มีส่วนช่วยอย่างสำคัญ ในการสร้างสรรค์ (substantial creative contribution) ที่การทดสอบนั้นจะไม่แยกแยะระหว่างบุคคลหนึ่ง กับบุคคลอื่น ทุกคนตั้งแต่ผู้อำนวยการสร้าง (producer) และผู้กำกับการแสดง (director) ไปถึงผู้กำกับการ คัดเลือกนักแสดง (casting director) ช่างทำเสื้อผ้าอาภรณ์ (costumer) ช่างทำผม (hairstylist) และหัวหน้า ผู้ควบคุมการถ่ายทำ (best boy) ได้รับการลงรายชื่อ (listed) ในการระบุฐานะในภาพยนตร์ (movie credits) เพราะการมีส่วนช่วยในการสร้างสรรค์ทั้งหลาย (creative contributions) ของพวกเขาโดยแท้จริง ล้วนมีความหมาย (matter) มันเป็นเรื่องที่น่าทึ่งใน Malcolm X ที่มากขนาดไหนที่บุคคลผู้ได้ควบคุมความมืด หรือความสว่าง (hue) ของการให้แสงได้มีส่วนช่วย แต่ไม่มีใครที่จะใช้คำว่า “ผู้ประพันธ์” (author) ที่จะ แสดงถึง (denote) ความสัมพันธ์ของปัจเจกบุคคลดังกล่าวต่อภาพยนตร์ การมีส่วนช่วยในการสร้างสรรค์ (creative contribution) ไม่ได้เพียงพอที่จะแสดงให้เห็นถึงความเป็นผู้ประพันธ์ในภาพยนตร์⁷⁴

ท่านผู้พิพากษา Kleinfeld ในคดี Aalmuhammed v. Lee อธิบายว่าในคดี Burrow-Giles ในการให้คำ จำกัดความ “ผู้ประพันธ์” (author) กำหนดมากกว่าแค่การสร้างสรรค์ขั้นต่ำ (minimal creative) หรือการมีส่วน ช่วยอันเป็นต้นฉบับ หรือมีส่วนริเริ่ม (original contribution) ต่องาน⁷⁵ ท่านย้ำว่า Burrow-Giles ยังคงเป็น กฎหมายที่เหมาะสม (good law) และ เมื่อไม่นานนี้ ได้รับการยืนยันในคดี Feist Publications⁷⁶ ท่านผู้

⁷¹ U.S. Const, Art. 1, § 8, cl. 8.

⁷² Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, 111 U.S. 53, 58 (1884) อ้างถึงโดยคัดลอกมาอ้างอิงซึ่ง Worcester

⁷³ Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc., 499 U.S. 340, 345 (1991).

⁷⁴ Aalmuhammed v. Lee, 202 F.3d 1227, 1233 (9th Cir. 2000).

⁷⁵ Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, 111 U.S. 53, 58 (1883). [ในส่วนนี้ท่านผู้พิพากษา Kleinfeld อ้างอิงเป็น ปี ค.ศ. ๑๘๘๓ อาจจะเป็นเพราะคดี Burrow-Giles นี้ได้ถูกเสนอต่อศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ ๑๓ ธันวาคม ค.ศ. ๑๘๘๓ และได้ตัดสินเมื่อวันที่ ๑๗ มีนาคม ค.ศ. ๑๘๘๔ – ผู้เขียน]

⁷⁶ Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc., 499 U.S. 340, 346 (1991).

พิพากษา Kleinfeld ชี้ให้เห็นว่า Burrow-Giles และ Feist Publications ตอบสองคำถามที่แตกต่างกัน – ใครคือผู้ประพันธ์ และอะไรคืองานที่สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์⁷⁷ คดี Burrow-Giles ให้คำจำกัดความผู้ประพันธ์ เป็น บุคคลที่ต่อหางานเป็นหนึ่งความคิดริเริ่ม หรือความเป็นต้นตำรับของมัน และเป็นผู้อำนวยการ (superintended) ทั้งหมด เป็น “ผู้บงการ” (master mind)⁷⁸ ในภาพยนตร์ คำนิยามนี้ เมื่อขาดไว้สัญญาที่ระบุเป็นอื่น โดยทั่วไปจะจำกัดความเป็นผู้ประพันธ์อยู่ที่บุคคลหนึ่งที่อยู่ด้านบนสุดของจอร์นฐานะ (screen credits) บางทีเป็นผู้อำนวยการสร้าง (producer) บางทีเป็นผู้กำกับการแสดง (director) เป็นไปได้ที่จะเป็นดารา หรือผู้เขียนบท (screenwriter) – บุคคลหนึ่งผู้ที่มีการควบคุมทางศิลปะ (artistic control) ในที่สุด ใน Burrow-Giles ช่างภาพพิมพ์ (lithographer) ได้ทำการมีส่วนร่วมอย่างสำคัญในการสร้างสรรค์อันสามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ (substantial copyrightable creative contributions) และเช่นเดียวกันกับบุคคลผู้ที่ได้วางท่าทาง (posed) Oscar Wilde แต่ศาลได้ตัดสินว่าช่างถ่ายภาพ (photographer) คือ ผู้ประพันธ์⁷⁹ เช่นเดียวกัน ศาลอุทธรณ์ภาค ๒ และศาลอุทธรณ์ภาค ๗ ได้สรุปว่าการมีส่วนร่วม (contribution) ในเนื้อหาที่สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์อย่างเป็นเอกเทศ (independently copyrightable material) ต่องานที่ได้มุ่งหมายให้เป็นส่วนที่ไม่สามารถแยกออกจากกันทั้งหมด (inseparable whole) จะไม่เพียงพอที่จะแสดงให้เห็นถึงความเป็นผู้ประพันธ์ซึ่งงานร่วม (jointwork)⁸⁰ ถึงแม้ว่าศาลอุทธรณ์ภาคทั้งสองดังกล่าวจะไม่ได้วางคำตัดสินของพวกท่านไว้บนพื้นฐานของคำว่า “ผู้ประพันธ์” (author) ในตัวบทกฎหมาย ผลลัพธ์อันสามารถใช้ได้ในทางปฏิบัติที่พวกท่านไปถึงเป็นไปโดยสอดคล้องกับศาลอุทธรณ์ภาค ๙ บรรดาศาลอุทธรณ์ภาคเหล่านี้ได้ตัดสินว่าบุคคลที่อ้างสิทธิเป็นผู้ประพันธ์ซึ่งงานร่วม (joint work) จะต้องพิสูจน์ว่าทั้งสองฝ่ายมุ่งหมายที่จะให้แต่ละฝ่ายเป็นผู้ประพันธ์ร่วม (joint authors)⁸¹ ในการทำการตัดสินที่ว่าคู่กรณีทั้งหลาย (parties) ได้มีความมุ่งหมายที่จะเป็นผู้ประพันธ์ร่วม ศาลอุทธรณ์ภาค ๒ มองไปที่ใครที่เป็นคนมีอำนาจตัดสินใจ (decision making authority) อย่างไรก็ดีคู่กรณีทั้งหลายให้รายละเอียด (bill) ถึงพวกตน และบรรดาพยานหลักฐานอื่น⁸²

ท่านผู้พิพากษา Kleinfeld อธิบายถึงคดี Thomson v. Larson ว่าในคดีนั้น ผู้เขียนบทละครที่ไม่ใช่ Broadway (off-Broadway playwright) ได้สร้างสรรค์ฉบับทันสมัยของ La Boheme และได้ยื่นกราน

⁷⁷ See Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, 111 U.S. 53 (1884); Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc., 499 U.S. 340 (1991).

⁷⁸ Burrow-Giles, 111 U.S. at 61 (quoting Nottage v. Jackson, 11 Q.B.D. 627 (1883)).

⁷⁹ Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, 111 U.S. 53, 61 (1884).

⁸⁰ Thomson v. Larson, 147 F.3d 195 (2nd Cir. 1998); Erickson v. Trinity Theatre Inc., 13 F.3d 1061 (7th Cir. 1994); Childress v. Taylor, 945 F.2d 500 (2nd Cir. 1991).

⁸¹ Thomson v. Larson, 147 F.3d 195, 202 – 205 (2nd Cir. 1998).

⁸² Thomson v. Larson, 147 F.3d 195, 202 – 205 (2nd Cir. 1998).

(adamant) ตลอดการสร้างสรรคในการเป็นผู้ประพันธ์แต่เพียงผู้เดียว เขาได้จ้างศาสตราจารย์ด้านการละคร เพื่อ “เป็นผู้ช่วย และทำวิจัยด้านองค์ประกอบการละคร และการแสดงถึงความเป็นตัวแทนซึ่งส่วนประกอบของละครบนเวที (dramaturgical)” โดยตกลงที่จะระบุฐานะเธอว่าเป็น “ที่ปรึกษาการละคร” (dramaturg) [โดยมากผู้เป็น dramaturg นี้จะให้คำปรึกษาแก่ผู้กำกับการแสดง (director) และทีมงานการผลิตภาพยนตร์ – ผู้เขียน] แต่ไม่ได้เป็นผู้ประพันธ์ แต่ไม่ได้พูดอะไรเกี่ยวกับงานร่วม (joint work) หรือลิขสิทธิ์⁸³ ผู้เขียนบทละครเสียชีวิตลงอย่างน่าสลดทันทีภายหลังจากการซ้อมใหญ่การสวมใส่ชุด (final dress rehearsal) เพียงแค่ก่อนที่งานละคร (play) ของเขาจะได้กลายเป็นการไปถึง Broadway อย่างยิ่งใหญ่ (tremendous Broadway hit) – Rent จากนั้นที่ปรึกษาการละครได้ฟ้องร้องกองมรดก (estate) ของเขาเพื่อให้มีคำตัดสินแสดงสิทธิ (declaratory judgment) ว่าเธอเป็นผู้ประพันธ์ Rent ในฐานะที่เป็น “งานร่วม” (joint work) และเพื่อการบัญชี (accounting)⁸⁴ ศาลอุทธรณ์ภาค ๒ ได้ตั้งข้อสังเกตว่า ที่ปรึกษาการละครไม่ได้มีอำนาจในการตัดสินใจ ทั้งไม่แสวงหาหรือได้ถูกให้รายละเอียด (billed) ว่าเป็นผู้ประพันธ์ร่วม (co-author) และว่าจำเลยได้เข้าทำสัญญาในฐานะที่เป็นผู้ประพันธ์แต่เพียงผู้เดียว (sole author) และบนการให้เหตุผลนี้ ศาลอุทธรณ์ภาค ๒ ได้ตัดสินว่าไม่ได้มีความมุ่งหมายที่จะเป็นผู้ประพันธ์ร่วมกันโดยคู่กรณีที่มีการเล้าลือกกัน (putative parties) และดังนั้น มันจึงไม่ได้เป็นงานร่วม (joint work)⁸⁵

ศาลอุทธรณ์ภาค ๙ ในคดี Aalmuhammed v. Lee ได้กล่าวถึงว่า เมื่อได้พิจารณาคดี Burrow-Giles คดีที่เพิ่งผ่านไปไม่นานในเรื่องงานร่วมทั้งหลาย (joint works)⁸⁶ (โดยเฉพาะการตัดสินที่รอบคอบ (thoughtful opinion) ใน Thomson v. Larson⁸⁷) และตัวอย่าง Gilbert และ Sullivan ปัจจัยหลายประการชี้แนะตัวพวกมันเองท่ามกลางหลักเกณฑ์สำหรับความเป็นผู้ประพันธ์ร่วม (joint authorship) เมื่อขาดไว้ซึ่งสัญญา ลำดับแรก ผู้ประพันธ์ “อำนวยการ” (superintend[s])⁸⁸ งานโดยใช้การควบคุม⁸⁹ นี้มีความเป็นไปได้ว่าจะเป็นคน “ผู้ที่อื่นที่จริงได้สร้างเป็นรูปเป็นร่าง (formed) ซึ่งสถานการณ์ (picture) โดยจัดวางคนทั้งหลายลงบนตำแหน่ง และจัดเตรียมสถานที่ที่พวกเขาจะอยู่ – คนที่เขาเป็นสาเหตุอันเป็นผล (effective cause) ของสิ่งนั้น” หรือ “ผู้สร้างนวัตกรรม หรือเป็นคนบงการ” ผู้ซึ่ง “สร้างสรรค์ หรือทำให้เกิดผลต่อ

⁸³ Thomson v. Larson, 147 F.3d 195, 197 (2nd Cir. 1998).

⁸⁴ Thomson v. Larson, 147 F.3d 195, 198 (2nd Cir. 1998).

⁸⁵ Thomson v. Larson, 147 F.3d 195, 202 – 204 (2nd Cir. 1998).

⁸⁶ See Thomson v. Larson, 147 F.3d 195 (2nd Cir. 1998); Erickson v. Trinity Theatre, Inc., 13 F.3d 1061 (7th Cir. 1994); Childress v. Taylor, 945 F.2d 500 (2nd Cir. 1991).

⁸⁷ Thomson v. Larson, 147 F.3d 195 (2nd Cir. 1998).

⁸⁸ Burrow-Giles v. Sarony, 111 U.S. at 61 (quoting Nottage v. Jackson, 11 Q.B.div. 627 (1883)).

⁸⁹ Thomson v. Larson, 147 F.3d 195, 202 (2nd Cir. 1998).

ความคิด”⁹⁰ ลำดับที่สอง ผู้ที่เล่าลือกันว่าเป็นผู้ประพันธ์ร่วม (putative coauthors) ที่ได้ทำการสำแดงเชิง
ภาวะวิสัยทั้งหลาย (objective manifestations) ซึ่งจุดมุ่งหมายในการแบ่งปัน (shared intent) เพื่อที่จะเป็น
ผู้ประพันธ์ร่วม เช่น โดยการแสดงถึงความเป็นผู้ประพันธ์ซึ่ง The Pirates of Penzance เหมือน “Gilbert
and Sullivan”⁹¹ ศาลอุทธรณ์ภาค ๙ อธิบายว่าเหตุที่ท่านกล่าวว่าเป็น การสำแดงเชิงภาวะวิสัย เพราะ หาก
ว่าจุดมุ่งหมายร่วมกัน (mutual intent) จะถูกตัดสินโดยจุดมุ่งหมายเชิงอัตวิสัย (subjective intent) มัน
อาจจะได้กลายเป็นเครื่องมือของการฉ้อฉล (instrument of fraud) หากว่าผู้ประพันธ์ร่วมคนหนึ่งจะได้หลบ
ซ่อนจากคนอื่นซึ่งจุดมุ่งหมายที่จะนำไปซึ่งการระบุฐานะแต่เพียงผู้เดียว (sole credit) สำหรับงาน ลำดับที่
สาม ความสนใจที่ผู้ชมมี (audience appeal) ต้องวนกลับไปหาการมีส่วนร่วมทั้งคู่ และ “ส่วนร่วมของแต่ละ
คนในความสำเร็จของมันไม่สามารถที่จะถูกประเมินค่า (appraised)”⁹² การควบคุมในหลายกรณีจะเป็น
ปัจจัยที่สำคัญที่สุด⁹³

การสำแดงเชิงภาวะวิสัย (objective manifestation) ที่ดีที่สุดซึ่งจุดมุ่งหมายในการแบ่งปัน แน่นนอน
เป็นสัญญาที่บอกว่าคู่กรณีได้ตั้งใจที่จะเป็น หรือไม่เป็นผู้ประพันธ์ร่วม (co-authors) เมื่อขาดไว้สัญญา การ
ไต่สวน หรือซักถามจะต้องเป็นการมุ่งเน้นอย่างจำป็นไปที่ข้อเท็จจริง ปัจจัยทั้งหลายที่ได้ถูกสื่อสารชัดถ้อย
ชัดคำ (articulated) ในคำตัดสินนี้ และในคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ภาค ๒ และศาลอุทธรณ์ภาค ๗ ไม่
สามารถจะถูกลดรูป (reduced) ลงเป็นสูตรอันตายตัว (rigid formula) เพราะความสัมพันธ์เชิงสร้างสรรค์
(creative relationships) ที่ซึ่งพวกเขาปรับใช้ผันแปร (vary) มากเกินไป ผู้คนที่แตกต่างกันทำงานสร้างสรรค์ด้วยกัน
ในวิถีทางที่แตกต่างกัน และแม้กระทั่งท่ามกลางผู้คนกลุ่มเดียวกันที่ทำงานด้วยกัน ความสัมพันธ์ของพวกเขาอาจจะ
เปลี่ยนไปเมื่อกาลเวลาล่วงไปตามที่งานได้เคลื่อนไป ในกรณีนี้ Aal Muhammed ไม่ได้เคย ไม่ว่าในเวลาใดมีการ
อำนวยการ (superintendence) ซึ่งงาน ผู้ที่ได้ควบคุมมันคือ Warner Brothers และ Spike Lee ส่วน Aal Muhammed ไม่ได้
เป็นบุคคลดังกล่าว “ผู้ที่อื่นที่จริงได้ทำให้เป็นรูปเป็นร่างซึ่งสถานการณ์ โดยจัดวางคนทั้งหลายลงบนตำแหน่ง
และจัดเตรียมสถานที่ ...”⁹⁴ Spike Lee คือ คนที่ได้ทำเช่นนั้น เท่าที่ศาลจะสามารถบอกได้จากการบันทึก
Aal Muhammed เช่นเดียวกันกับที่ปรึกษาการละคร (dramaturg) ของ Larson สามารถที่จะได้ทำการ
แนะนำที่เป็นประโยชน์เป็นอย่างมาก แต่ Spike Lee ไม่ได้ถูกผูกมัดให้ต้องยอมรับอันใดในบรรดาสิ่ง

⁹⁰ Burrow-Giles v. Sarony, 111 U.S. at 61 (quoting Nottage v. Jackson, 11 Q.B.Div 627 (1883)).

⁹¹ เปรียบเทียบกับ Cf. Thomson v. Larson, 147 F.3d 195, 202 (2nd Cir. 1998).

⁹² Edward B. Marks Music Corp. v. Jerry Vogel Music Co., Inc., 140 F.2d 266, 267 (2nd Cir. 1944) (Hand, J.)
modified by 140 F.2d 268 (1944).

⁹³ Aal Muhammed v. Lee, 202 F.3d 1227, 1234 (9th Cir. 2000).

⁹⁴ See Burrow-Giles v. Sarony, 111 U.S. 53, 61 (1883). [อีกครั้งที่ศาลในคดี Aal Muhammed v. Lee นี้ระบุปี ค.ศ. ของ
คดี Burrow-Giles เป็น ๑๘๘๓ แทนที่จะเป็น ๑๘๘๕]

เหล่านั้น และงานจะไม่ได้รับผลประโยชน์อันใดแม้เพียงน้อยที่สุด เว้นแต่ Spike Lee ได้เลือกที่จะยอมรับสิ่งเหล่านั้น Aalmuhammed ขาดไว้ซึ่งการควบคุมเหนืองาน และการขาดไว้ซึ่งการควบคุมเป็นพยานหลักฐานที่หนักแน่น (strong evidence) ต่อการขาดไว้ซึ่งความเป็นผู้ประพันธ์ร่วม (co-authorship) นอกจากนั้น ไม่ทั้ง Aalmuhammed หรือ Spike Lee หรือ Warner Brothers ที่ได้เคยทำให้เห็นซึ่งการสำแดงเชิงภาวะวิสัยทั้งหลาย (objective manifestations) ซึ่งความมุ่งหมายที่จะเป็นผู้ประพันธ์ร่วม Warner Brothers กำหนดให้ Spike Lee ลงนามในข้อตกลง “จ้างทำของ” (work for hire) เพื่อที่แม้กระทั่ง Lee เองก็จะได้เป็นผู้ประพันธ์ร่วม และเจ้าของร่วม (co-owner) กับ Warner Brothers มันจะเป็นสิ่งที่ไม่สมเหตุสมผลหรือไม่เป็นตรรกะ (illogical) ที่จะสรุปว่า Warner Brothers ในขณะที่ไม่ต้องการที่จะยินยอมให้ Lee เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ จะได้มุ่งหมายที่จะแบ่งปันความเป็นเจ้าของ (ownership) กับปัจเจกบุคคลทั้งหลายเช่น Aalmuhammed ผู้ที่ได้ทำงานภายใต้การควบคุมของ Lee โดยเฉพาะผู้คนที่ ณ เวลานั้น ไม่ได้ทำให้เป็นที่รับรู้ถึงการอ้างสิทธิต่อบทบาทการเป็นผู้ประพันธ์ร่วมอันใด ไม่มีผู้ใดเลย รวมถึง Aalmuhammed ที่ได้แสดงให้เห็นถึงการบ่งชี้ต่อบุคคลใดก่อนหน้าที่จะมีคดีความ (litigation) ว่า Aalmuhammed ได้ตั้งใจที่จะเป็นผู้ประพันธ์ร่วม (co-author) และเจ้าของร่วม (co-owner) ⁹⁵

ในทิศทางเดียวกันกับคำพิพากษาในต่างประเทศ โดยเฉพาะในสหรัฐอเมริกา ศาลในประเทศไทย โดยเฉพาะศาลฎีกา ก็ได้มีการพิจารณาในเรื่องเกี่ยวกับ “ความเป็นผู้ประพันธ์” (authorship) “ผู้ประพันธ์” (author) หรือ “ผู้สร้างสรรค์” (creator) โดยมุ่งมองไปในลักษณะที่สอดคล้องกันของการวางหลักว่า การกล่าวอ้างความเป็นผู้ประพันธ์นั้น ผู้กล่าวอ้าง หรือผู้ที่อ้างว่าตนได้เป็นผู้ประพันธ์ หรือผู้ประพันธ์ร่วม (co-author) นั้นจะต้องสามารถอธิบายได้ว่า ที่ว่าได้มีการ “ร่วม” (join หรือ joint) นั้นเป็นอย่างไร และเป็นไปในลักษณะใด จะเป็นถึงขนาดที่เรียกได้ว่าเป็น ผู้ร่วมประพันธ์ หรือร่วมสร้างสรรค์ หรือไม่ หากไม่ได้เป็นถึงขนาดเช่นนั้น เป็นแต่เพียงมีส่วนช่วย (contribute) บางลักษณะในงานที่ถือว่าการสนับสนุน หรือช่วยเหลือ (assist) ให้เกิดงาน แต่ไม่ได้เป็นไปในลักษณะของการร่วมประพันธ์ (co-authored) หรือร่วมสร้างสรรค์ (co-created) บุคคลที่กล่าวอ้างความเป็นผู้ประพันธ์ย่อมไม่ได้รับสิทธิในความเป็นผู้ประพันธ์ หรือย่อมไม่ถูกถือว่าเป็นผู้ประพันธ์ ดังที่ศาลฎีกาได้อธิบายไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๔๕๗/๒๕๕๐ ที่ศาลชั้นต้น คือ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางได้กล่าวถึงว่า ตาม พ.ร.บ.คุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. ๒๕๗๔ มาตรา ๔ ซึ่งเป็นบทกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่บริษัทโจทก์สร้างสรรค์ผลงานชุดตราแผนบัญญัติว่า “ผู้ประพันธ์” ให้กินความถึงผู้แต่งเพลงดนตรี ผู้ทำหรือก่อให้เกิดซึ่งศิลปกรรม เช่น ช่างเขียน ช่างภาพหุ่น สถาปนิก ฯลฯ ด้วย” และมาตรา ๑๐ บัญญัติว่า “ผู้ประพันธ์มีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะมอบอำนาจให้ผู้อื่นทำวรรณกรรม วิทยาศาสตร์กรรม หรือศิลปกรรมของตนเป็นภาพยนตร์แสดงให้ประชาชนดู” ดังนั้นในการสร้างงานศิลปกรรมหรืองานภาพยนตร์ การมีส่วนร่วมทำหรือร่วมก่อให้เกิดงานศิลปกรรมหรืองานภาพยนตร์จึงเป็นสาระสำคัญของการที่จะได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองการแสดงออกซึ่งความคิด

⁹⁵ Aalmuhammed v. Lee, 202 F.3d 1227, 1235 (9th Cir. 2000).

ในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง แต่ไม่ได้ให้ความคุ้มครองสิ่งที่เป็นเพียงความคิด เมื่อไม่ปรากฏว่าจำเลยที่ ๒ ร่วมสร้างสรรค์ผลงานอุตราแมนพิพาท เพียงการที่จำเลยที่ ๒ อ้างว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับการสร้างสรรค์ผลงานอุตราแมน โดยเสนอความคิดในการสร้างสรรค์ผลงานอุตราแมน อันเป็นการให้ความช่วยเหลือเสนอความคิดในฐานะที่เป็นคนรู้จักสนิทสนมกัน โดยไม่ปรากฏแน่ชัดว่าได้มีการนำแนวความคิดตามที่จำเลยที่ ๒ เสนอไปใช้ในการสร้างผลงานอุตราแมนจริงหรือไม่ ยังรับฟังไม่ได้ว่า จำเลยที่ ๒ ได้ลงทุนลงแรงหรือมีส่วนร่วมทำหรือร่วมก่อให้เกิดผลงานอุตราแมน และฟังไม่ได้ว่าจำเลยที่ ๒ ได้ร่วมกับโจทก์สร้างสรรค์ผลงานอุตราแมนตั้งแต่เริ่มแรก

ในประเด็นเดียวกันนี้ ศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๔๕๗/๒๕๕๐ ดังกล่าวนี้ ได้ชี้ให้เห็นว่า สำหรับปัญหาที่ต้องวินิจฉัยต่อไปตามอุทธรณ์ของโจทก์และอุทธรณ์ของจำเลยที่ ๑ และที่ ๒ นั้น ข้อเท็จจริงในเบื้องต้นตามที่โจทก์และจำเลยทั้งสองไม่ได้โต้แย้งกันรับฟังได้ว่า โจทก์ซึ่งเป็นนิติบุคคลสัญชาติญี่ปุ่นและมีภูมิลำเนาอยู่ที่ประเทศญี่ปุ่นเป็นผู้สร้างสรรค์งานภาพยนตร์และงานศิลปประยุกต์ อุตราแมน หรือยอดมนุษย์ ตามพ้อง และนำออกโฆษณาเผยแพร่เป็นครั้งแรกที่ประเทศญี่ปุ่นในปี ๒๕๐๙ และในปีอื่นๆ ในประเทศญี่ปุ่นสืบเนื่องกันมา โจทก์จึงเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานอุตราแมนตามพ้อง ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไทยเพราะประเทศไทยและประเทศญี่ปุ่นต่างก็เป็นภาคีของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์อนุสัญญาเดียวกัน ขณะเกิดเหตุคดีนี้งานดังกล่าวยังอยู่ในอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ เห็นสมควรยกปัญหาตามอุทธรณ์ของจำเลยที่ ๑ และที่ ๒ ขึ้นวินิจฉัยเสียก่อนว่า จำเลยที่ ๒ ได้ร่วมกับโจทก์สร้างสรรค์ผลงานอุตราแมนตั้งแต่เริ่มแรกหรือไม่ เห็นว่า ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พุทธศักราช ๒๔๗๔ มาตรา ๔ ซึ่งเป็นบทกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่บริษัทโจทก์สร้างสรรค์ผลงานอุตราแมน บัญญัติว่า "ผู้ประพันธ์ให้กินความถึงผู้แต่งเพลงดนตรี ผู้ทำหรือก่อให้เกิดซึ่งศิลปกรรม เช่น ช่างเขียน ช่างภาพหุ่น สถาปนิก ฯลฯ ด้วย" และมาตรา ๑๐ บัญญัติว่า "ผู้ประพันธ์มีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะมอบอำนาจให้ผู้อื่นทำวรรณกรรม วิทยาศาสตร์กรรม หรือศิลปกรรมของตนเป็นภาพยนตร์แสดงให้ประชาชนดู" ดังนั้นในการสร้างงานศิลปกรรมหรืองานภาพยนตร์ การมีส่วนร่วมทำหรือร่วมก่อให้เกิดงานศิลปกรรมหรืองานภาพยนตร์จึงเป็นสาระสำคัญของการที่จะได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองการแสดงออกซึ่งความคิดในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง แต่ไม่ได้ให้ความคุ้มครองสิ่งที่เป็นเพียงความคิด ปัญหาที่นี้จึงมีว่า จำเลยที่ ๒ มีส่วนร่วมในการแสดงออกซึ่งความคิดโดยได้ร่วมทำหรือร่วมก่อให้เกิดผลงานอุตราแมนตามพ้องหรือไม่ข้อเท็จจริงตามทางนำสืบของจำเลยที่ ๑ และที่ ๒ คงอ้างว่าจำเลยที่ ๒ ได้เข้าไปเกี่ยวข้องกับการสร้างสรรค์ผลงานอุตราแมนโดยจำเลยที่ ๒ ซึ่งรู้จักสนิทสนมกับนายเอยิ เพียงแต่เสนอแนวความคิดในการสร้างสรรค์ผลงานอุตราแมนแก่นายเอยิว่าให้สร้างคนรูปร่างใหญ่เพื่อมาปราบก๊อดซิลล่าและสัตว์ประหลาดต่างๆ โดยได้เสนอเค้าโครงหน้าในรูปแบบต่างๆ รวมทั้งพระพุทธรูปยุคสุโขทัยเพื่อให้ดูอ่อนโยน และท่าทางของพระพุทธรูปปางต่างๆ เช่น ปางเปิดโลกเพื่อให้เหมือนท่าทางของซูเปอร์แมน กับปางห้ามญาติเพื่อให้เป็นท่าตอนปล่อยแสงอันเป็นการให้ความช่วยเหลือเสนอความคิดในฐานะที่เป็นคนรู้จักสนิทสนมกันเท่านั้น ทั้งไม่ปรากฏแน่ชัดว่านายเอยิได้นำแนวความคิดตามที่จำเลยที่ ๒ เสนอไปใช้ในการสร้างผลงานอุตราแมนจริงหรือไม่ เห็นว่า โจทก์ริเริ่มสร้างสรรค์