

ข้อจำกัดการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม (Fair use) กรณีผู้ใช้งานในโลกอินเทอร์เน็ต  
สร้างสรรค์ผลงาน โดยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือรวบรวมผลงานของผู้อื่น  
และข้อเสนอแนะการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์\*

Limitations on Using Fair Use Defenses in User-Derived Content and  
Proposals for Copyright Law Amendment

พรกรณ์ย์ เลิศธนพานิชย์

*Ponkarun Lertthanapanit*

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

LL.M Candidate

Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330

Corresponding author E-mail: Ponkarun.l@gmail.com

(Received: May 14, 2023; Revised: July 6, 2023; Accepted: July 18, 2023)

---

บทคัดย่อ

จากสภาพสังคมปัจจุบันที่มีการใช้อินเทอร์เน็ตอย่างแพร่หลาย และเทคโนโลยีต่าง ๆ ที่พัฒนาอย่างรวดเร็ว ทำให้ผู้ใช้งานหรือบุคคลทั่วไปมีส่วนร่วมในการสร้างสรรค์ผลงานและเผยแพร่ลงบนโลกอินเทอร์เน็ต โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลงานที่ผู้ใช้งานดัดแปลงจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์อื่น (User-Derived Content) (“UDC”) ที่มีกนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต อันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และผู้ทำผลงาน UDC ส่วนมากไม่อาจอ้างข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (“พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์”) เพื่อให้รับความคุ้มครองได้ จึงเป็นประเด็นที่ควรศึกษาหาแนวทางการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำผลงาน UDC อย่างเหมาะสม

---

\* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์กรณีผู้ใช้งานในโลกอินเทอร์เน็ตสร้างสรรค์ผลงานโดยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือรวบรวมผลงานของผู้อื่น

เมื่อศึกษาถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลี พบว่า สหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลีกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป ซึ่งสามารถปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองกับ UDC เป็นกรณีได้ หากพิจารณาแล้วว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม ในขณะที่แคนาดา กำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นกรณีเฉพาะสำหรับการทำผลงานสร้างสรรค์ของผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ต (User-Generated Content) (“UGC”) ซึ่งหากผลงาน UDC ได้ปฏิบัติตามเกณฑ์ที่กำหนดไว้แล้วย่อมได้รับความคุ้มครอง

บทความนี้จึงเสนอให้ประเทศไทยแก้ไขเพิ่มเติมข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำผลงาน UDC โดยนำแนวทางการกำหนดข้อยกเว้นของประเทศแคนาดา มาปรับใช้ ประกอบกับการแก้ไขมาตรา 32 ให้เป็นบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการทั่วไป โดยนำแนวทางของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลีมาปรับใช้ เพื่อให้ความคุ้มครองการสร้างสรรค์ของผู้ทำ UDC อันสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ และเพื่อรองรับความก้าวหน้าของเทคโนโลยีต่อไป

**คำสำคัญ :** ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์, หลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม, ผลงานดัดแปลงของผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ต, กฎหมายลิขสิทธิ์

## Abstract

Due to the internet and rapid technological development, internet users and individuals create their own contents, especially contents which derive from other's copyrighted materials called user-derived content (“UDC”), and upload them on internet. In creating UDC, the creators usually use copyright materials without copyright owner's authorization which can be considered as copyright infringement. Despite the large number of UDC, the exceptions of copyright infringement, which are stipulated in Copyright Act B.E. 2537 (1994) (Copyright Act), cannot be used to protect most of UDC creators from copyright infringement. Thus, the research for law amendment should be conducted to find appropriate measures to protect UDC creators.

The exceptions of copyright infringement in Copyright law of the United States, Canada, and South Korea are selected to be studied. It is found that the United States and South Korea have general exceptions of copyright infringement, which can be claimed to protect each UDC creators in the case of which the usage of copyrighted materials is fair use. On the other hand, it is found that Canada has a specific exception of copyright infringement for user-generated content (“UGC”), which can protect UDC creators from copyright infringement if they comply with the conditions set in law.

Therefore, this article proposes that Thailand should amend provisions relating to the exception of copyright infringement in Copyright Act for protecting UDC creators by using Canada’s exception of copyright infringement as a model. Furthermore, Thailand should amend Article 32 of Copyright Act to be the general exception of copyright infringement by using the United States and South Korea exception of copyright infringement as a model. These proposed amendments would promote creator’s creative ideas to achieve the objectives of copyright law and support rapid technological advancement.

**Keywords :** Exception of Copyright Infringement, Fair Use and Fair Dealing, User-Derived Content, Copyright Law

## 1. บทนำ

เนื่องจากในปัจจุบันแพลตฟอร์มที่เป็นพื้นที่สำหรับการทำ User-Generated Content (“UGC”) เช่น YouTube Facebook Instagram หรือ TikTok เป็นที่สนใจสำหรับผู้ใช้งานอย่างมาก ซึ่งแพลตฟอร์มเหล่านี้เป็นพื้นที่สำหรับการแสดงออกซึ่งผลงาน หรือ คอนเทนต์ ที่ผู้ใช้งานได้สร้างขึ้นมา เพื่อตอบสนองและกระตุ้นความต้องการที่จะสร้างสรรค์เนื้อหา หรือผลงานต่าง ๆ<sup>1</sup> ซึ่งผลงาน UGC ประเภทที่สำคัญและมีการทำอย่างแพร่หลายคือ UGC ประเภทผลงานสร้างสรรค์

---

<sup>1</sup> พุทธิตา แยมจินดา, “เมื่อผู้ใช้กลายเป็นผู้สร้าง โมเดล User-Generated Content” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.prachachat.net/columns/news-612000> [12 มีนาคม 2565]

ผลงานโดยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือรวบรวมผลงานของผู้อื่น (User-Derived Content) (“UDC”) อันเป็นกรณีที่ผู้ใช้งานได้นำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาดัดแปลงเพื่อสร้างผลงานใหม่ ซึ่งโดยส่วนมากเป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้โดยไม่ได้รับความยินยอมอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ผลงาน UDC นั้นเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ที่วัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์มุ่งให้ความคุ้มครองเช่นเดียวกัน และสภาพสังคมปัจจุบันก็ปรากฏว่าการทำ UDC ก่อให้เกิดประโยชน์กับหลายฝ่าย เช่น ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ถูกนำเอาผลงานไปทำ UDC อาจทำให้ผู้ชมผลงาน UDC สนใจผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาทำผลงาน UDC โดยจากข้อมูลการสำรวจในปี 2021 ปรากฏว่าผู้ชมมักจะค้นหาเพลงอันเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำไปทำ UDC และเผยแพร่ลงบนเว็บไซต์ TikTok ถึงร้อยละ 67<sup>2</sup> หรือได้รับส่วนแบ่งรายได้จากผลงาน UDC ที่ทำขึ้นจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน<sup>3</sup> ในขณะที่ฝ่ายผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจัดพื้นที่ให้ผู้ทำ UDC ได้แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์อย่างเต็มที่ เนื่องจากผู้ชมจะได้เข้าชมผ่านเว็บไซต์หรือแพลตฟอร์มของตนมากขึ้น ฝ่ายผู้ทำ UDC ได้แสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ และอาจได้รับชื่อเสียงอันสามารถต่อยอดเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจต่อไป และฝ่ายผู้ชมมีความชื่นชอบในการรับชมผลงาน UDC อย่างแพร่หลาย ซึ่ง UDC มีแนวโน้มที่เพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ในปัจจุบันและในอนาคต

การทำ UDC นำมาสู่ปัญหาทางกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของไทยเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ว่าผู้ทำ UDC อาจไม่สามารถอ้างข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีลักษณะเป็นกรณีเฉพาะที่มักไม่สามารถนำมาใช้อ้างเพื่อเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับการทำ UDC ได้ อีกทั้ง พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 เพื่อแก้ไข พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่ได้มีผลบังคับในปัจจุบัน ได้มีเนื้อหาสำคัญเป็นการกำหนดให้ผู้ให้บริการต้องมีมาตรการการยกเลิกการให้บริการแก่ผู้ใช้บริการที่ทำการละเมิดลิขสิทธิ์ และการจัดให้มีมาตรการให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถแจ้งไปยัง

---

<sup>2</sup> Murray Stassen, “75% of Tiktok’s Users Say They Discover New Artists on the Platform,” [online] Available from : <https://www.musicbusinessworldwide.com/tiktok-has-over-800m-active-users-worldwide-75-of-them-say-they-discover-new-artists-on-the-platform/> [26 June 2023]

<sup>3</sup> Starfish Academy, “เรื่องต้องรู้ ก่อน Cover เพลงลงยูทูบ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.starfish-labz.com/blog/542-%E0%B9%80%E0%B8%A3%E0%B8%B7%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%95%E0%B9%89%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%A3%E0%B8%B9%E0%B9%89-%E0%B8%81%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%99-cover-%E0%B9%80%E0%B8%9E%E0%B8%A5%E0%B8%87%E0%B8%A5%E0%B8%87%E0%B8%A2%E0%B8%B9%E0%B8%97%E0%B8%B9%E0%B8%9B> [12 มีนาคม 2565]

ผู้ให้บริการเพื่อให้นำเนื้อหาที่มีลักษณะเข้าข่ายเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบ หรือ Notice and Take Down เป็นการให้ความคุ้มครองกับผู้ให้บริการและคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ในการป้องกันหรือดำเนินการกับผลงานละเมิดลิขสิทธิ์ของตนมากยิ่งขึ้น แต่ในขณะที่กฎหมายลิขสิทธิ์มิได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อให้ความคุ้มครองแก่การทำ UDC แต่อย่างใด

โดยบทความนี้เริ่มจากการนำเสนอระเบียบวิธีวิจัย (2) เพื่อให้ทราบถึงกระบวนการวิจัยของบทความนี้ แล้วจึงอธิบายถึงความหมายและประเภทของ UGC (3) ประชญาและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์และการทำ UDC (4) ต่อมาจึงกล่าวถึงการกำหนดข้อยกเว้นของไทยและต่างประเทศที่อาจนำมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองการทำ UDC (5) แล้วจึงวิเคราะห์ถึงปัญหาการปรับใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไทย และแนวทางการปรับใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของต่างประเทศเพื่อให้ความคุ้มครอง UDC (6) และส่วนสุดท้ายจะเป็นการสรุปผลและเสนอแนะแนวทางการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำ UDC มากยิ่งขึ้น

## 2. ระเบียบวิธีวิจัย

วัตถุประสงค์การวิจัย (2.1) วิธีการศึกษาวิจัย (2.2) สมมติฐานการวิจัย (2.3) ขอบเขตของการศึกษา (2.4) มีดังต่อไปนี้

### 2.1 วัตถุประสงค์การวิจัย การวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์หลัก 3 ประการ ดังต่อไปนี้

- (1) เพื่อศึกษาถึงปัญหาและข้อจำกัดการปรับใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อให้ความคุ้มครองผู้ทำ UDC
- (2) เพื่อศึกษาการปรับใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของกฎหมายต่างประเทศในการให้ความคุ้มครองผู้ทำ UDC
- (3) เพื่อวิเคราะห์และเสนอแนวทางการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เพื่อให้ความคุ้มครองผู้ทำ UDC อย่างเหมาะสม

### 2.2 วิธีการศึกษาวิจัย

วิธีวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยการศึกษาค้นคว้าจากเอกสารทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ในรูปแบบของตำรากฎหมายและบทความทางกฎหมาย ตั๋วบทกฎหมายของไทย และตั๋วบทกฎหมายของต่างประเทศ วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง คำพิพากษาของศาลไทยและ

ศาลต่างประเทศ รวมทั้งข้อมูลเอกสารทางกฎหมายต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่ในรูปของสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เพื่อนำมาเป็นข้อมูลวิเคราะห์หาข้อสรุปและเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมต่อไป

### 2.3 สมมติฐานการวิจัย

ผู้ทำ UGC ในกรณีการทำ UDC จากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยส่วนมากไม่สามารถอ้างข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ดังนั้น การแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะทำให้เหมาะสมกับการทำผลงาน UGC โดยเฉพาะประเภท UDC เพื่อส่งเสริมการแสดงผลออกของผู้ทำ UDC อันส่งผลดีต่อการส่งเสริมผลงานสร้างสรรค์ของผู้ทำ UDC และเหมาะสมกับสภาพการณ์การใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์และการสร้างสรรค์ผลงานในปัจจุบัน

### 2.4 ขอบเขตของการวิจัย

การวิจัยนี้ศึกษาถึงแนวคิดพื้นฐานของลิขสิทธิ์และวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในรูปแบบของลิขสิทธิ์ในข้อกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับ UGC ในกรณีที่มีการนำเอาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาดัดแปลง หรือทำ UDC โดยไม่ได้รับอนุญาต โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และประเทศสาธารณรัฐเกาหลี ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์และข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประกอบการวิเคราะห์ปัญหาข้อกฎหมายและหาแนวทางในการให้ความคุ้มครองผู้ทำผลงาน UDC ที่เหมาะสม

## 3. ลักษณะและประเภทของ UGC

บทความฉบับนี้ เป็นการศึกษาถึงปัญหาการปรับใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำผลงาน UDC ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ดังนั้น เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ถึงปัญหาการปรับใช้ข้อกฎหมาย และเสนอแนะแนวทางการแก้ไขกฎหมาย หัวข้อนี้จึงนำเสนอเกี่ยวกับลักษณะของผลงาน UGC และประเภทของ UGC เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับผลงาน UDC มากยิ่งขึ้น

UGC หมายถึงเนื้อหาที่ถูกสร้างสรรค์ขึ้นและเผยแพร่ผ่านเว็บไซต์ต่าง ๆ โดยอาจจะอยู่ในรูปแบบใดก็ได้ เช่น รูปภาพ วิดีโอ หรือข้อความ เป็นต้น โดยที่ไม่ได้ถูกสร้างขึ้นโดยเจ้าของแบรนด์นั้น ๆ<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Megan Marrs, "Ugc 101: A Guide to User-Generated Content Marketing," [online] Available from : <https://www.wordstream.com/blog/ws/2014/04/28/user-generated-content> [10 October 2021]

คือเป็นผลงานที่ไม่ใช่การทำตามหน้าที่การงานปกติของผู้มีอาชีพ<sup>5</sup> โดยสามารถแบ่งเป็นประเภทตามระดับความคิดสร้างสรรค์ได้ ดังนี้

(1) ผลงานสร้างสรรค์ที่ผู้ใช้งานสร้างสรรค์ขึ้นเอง (User-Authored Content) เป็นผลงานประเภทที่ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ต มิได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงขึ้นจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์อื่น และเผยแพร่ผลงานนั้นไม่ว่าจะเป็นการอนุญาตให้มีการทำซ้ำดัดแปลงต่อหรือไม่<sup>6</sup> ซึ่งเนื้อหาประเภทนี้ไม่อยู่ในขอบเขตการศึกษา เนื่องจากเป็นการสร้างสรรค์ผลงานขึ้นมาเองโดยผู้ใช้งาน มิได้มีการนำผลงานของผู้อื่นมาใช้แต่อย่างใด

(2) ผลงานสร้างสรรค์ที่ผู้ใช้งานดัดแปลงจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์อื่น (User-Derived Content) เป็นกรณีที่ ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตได้นำเอาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาดัดแปลงขึ้นเพื่อสร้างผลงานใหม่<sup>7</sup> เช่นการนำเพลงอันมีลิขสิทธิ์มาทำเป็นผลงานเพลงล้อเลียน ซึ่งหากทำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ อันเป็นประเภทของผลงานที่อยู่ในขอบเขตการศึกษาและจะวิเคราะห์ในบทความนี้

(3) ผลงานที่ผู้ใช้งานทำซ้ำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ (User-Copied Content) เป็นกรณีที่ผู้ใช้งานได้ทำซ้ำซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น<sup>8</sup> ซึ่งเป็นการกระทำที่หากไม่ได้รับความยินยอมจากผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์แล้ว ย่อมเป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์เช่นเดียวกัน แต่ผลงานประเภทนี้ไม่อยู่ในขอบเขตการศึกษาของบทความนี้

#### 4. ปรัชญาและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์และผลงาน UDC

ทฤษฎีแรงงานเกี่ยวกับทรัพย์สิน (Private Property) ทฤษฎีแลกเปลี่ยน หลักแห่งประโยชน์ (Utilitarian) เป็นปรัชญาหรือทฤษฎีหลักในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ผู้สร้างสรรค์ผลงาน นอกจากนี้ยังมีทฤษฎีหรือปรัชญาเกี่ยวกับการทำ UDC และการให้ความคุ้มครอง UDC อันได้แก่ เสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Expression) การรับรู้ความยุติธรรมด้านผลตอบแทน (Distributive Justice)

---

<sup>5</sup> OECD, **Participative Web and User-Created Content Web 2.0, Wikis and Social Networking**, (Paris OECD Publications, 2007), p.18.

<sup>6</sup> Daniel J. Gervais, “The Tangled Web of Ugc: Making Copyright Sense of User-Generated Content”, in **Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law**, 11 (2009), p.858-860.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Ibid.

(1) **ทฤษฎีแรงงานเกี่ยวกับทรัพย์สิน (Private Property)** เป็นแนวคิดว่าผลงานทรัพย์สินและรวมถึงผลงานสร้างสรรค์เป็นผลจากแรงงานของมนุษย์<sup>9</sup> ดังนั้น ผลงานสร้างสรรค์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการใช้แรงงานของมนุษย์คนนั้น ๆ ย่อมมีสิทธิเหนือสิ่งสร้างสรรค์นั้น โดยสามารถกันไม่ให้ผู้อื่นมาใช้ผลงานสร้างสรรค์ของตนได้ ทฤษฎีนี้ จึงเป็นรากฐานของการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์อันเป็นสิทธิเด็ดขาดแก่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งการให้ความคุ้มครองนี้สามารถมีข้อจำกัดภายใต้เงื่อนไขประโยชน์ส่วนรวมได้<sup>10</sup>

(2) **ทฤษฎีแลกเปลี่ยน** อันเป็นแนวคิดที่มีมุมมองว่า มนุษย์แต่ละบุคคลนั้นมีเสรีภาพในการประกอบธุรกิจตามที่เขาปรารถนา โดยแต่ละคนจะมุ่งสนใจในการทำสิ่งต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ของตนเอง ซึ่งสิ่งนี้เป็นแรงกระตุ้นสำคัญในระบบเศรษฐกิจ<sup>11</sup> การคุ้มครองลิขสิทธิ์เป็นการให้สิทธิเด็ดขาดแก่บุคคลที่สร้างสรรค์ผลงาน ซึ่งอาจทำให้มีการผูกขาดทางการค้าเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม การรับรองลิขสิทธิ์นั้นยังมีความจำเป็น เนื่องจากเป็นการให้รางวัลหรือแรงจูงใจแก่ผู้สร้างสรรค์ผลงาน<sup>12</sup> อีกทั้งยังต้องกำหนดสิทธิของผู้สร้างสรรค์ผลงานที่แท้จริงสามารถเปลี่ยนมือในทางเศรษฐกิจได้ เนื่องจากผลงานนั้นนอกจากจะมีคุณค่าที่เกิดจากการใช้ประโยชน์แล้ว ยังมีคุณค่าที่เกิดจากการแลกเปลี่ยนอีกด้วย<sup>13</sup>

(3) **หลักแห่งประโยชน์ (Utilitarian)** เป็นแนวคิดที่กล่าวว่า กฎหมายควรส่งเสริมให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมมากที่สุด และต้องไม่ขัดแย้งกับประโยชน์ของสังคม<sup>14</sup> ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ได้มีการคุ้มครองถึงผลงานสร้างสรรค์เพื่อส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าของวิทยาศาสตร์และศิลปะ โดยการให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวแก่ผู้สร้างสรรค์ผลงานภายในระยะเวลาคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่จำกัด เป็นการจูงใจให้ผู้สร้างสรรค์ผลงานมีแรงจูงใจในการสร้างสรรค์ผลงานมากยิ่งขึ้น<sup>15</sup> และกฎหมายลิขสิทธิ์ต้อง

---

<sup>9</sup> จุลพล ภิภูโยสินวัฒน์ และ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, ประวัติศาสตร์และแนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 80.

<sup>10</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 81.

<sup>11</sup> P. Rinchakorn, “แนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์ของสำนักคลาสสิก : อדם สมิท (Adam Smith)” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.gotoknow.org/posts/468355> [10 พฤษภาคม 2566]

<sup>12</sup> Christian Handke and Paul Stepan Ruth towse, “The Economics of Copyright Law: A Stocktake of the Literature”, in *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 5 (2008), p.2.

<sup>13</sup> จุลพล ภิภูโยสินวัฒน์ และ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, ประวัติศาสตร์และแนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา, หน้า 89.

<sup>14</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 90-91.

<sup>15</sup> Lee W. Lockridge, “The Myth of Copyright’s Fair Use Doctrine as a Protector of Free Speech”, in *Santa Clara High Technology Law Journal*, 24, 1 (2007), p.35-36.

กำหนดให้มีหลักการยกเว้นความรับผิดชอบการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์ เนื่องจากการยินยอมให้บุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้สร้างสรรค์ผลงานสามารถใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นได้ แม้ไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นการส่งเสริมให้เกิดความเป็นไปได้ในการสร้างสรรค์ผลงานสร้างสรรค์ใหม่ ๆ จากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ก่อน อันก่อให้เกิดโอกาสในการสร้างสรรค์ผลงานวิทยาศาสตร์และศิลปะแก่คนในสังคมมากยิ่งขึ้น อันเป็นการสอดคล้องกับประโยชน์ของส่วนรวม<sup>16</sup>

**(4) เสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Expression)** การทำ UDC เป็นการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในรูปแบบหนึ่ง ซึ่งบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น ความคิด ความเป็นตัวเองอย่างเสรี โดยปราศจากการแทรกแซง<sup>17</sup> แม้กฎหมายลิขสิทธิ์จะไม่มีกำหนดไว้โดยตรงถึงเสรีภาพในการแสดงออก แต่การคุ้มครองลิขสิทธิ์ส่งเสริมให้มีแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ เป็นการส่งเสริมให้เกิดเสรีภาพในการแสดงออก เนื่องจากการคุ้มครองให้การแสดงออกอยู่ในอำนาจของผู้แสดงออก หรือผู้สร้างสรรค์<sup>18</sup> อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้นเป็นการจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงออกเช่นเดียวกัน เนื่องจากเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถห้ามมิให้ผู้อื่นกระทำบางอย่างกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนได้ จึงเป็นการจำกัดความสามารถของบุคคลในการแสดงออกซึ่งผลงานอันมีลิขสิทธิ์อันเป็นสิ่งที่เคยถูกแสดงออกไว้แล้ว<sup>19</sup> ดังนั้น ในการปรับใช้หรือในการมีบทบาทปฏิบัติลิขสิทธิ์ จึงจำต้องพิจารณาถึงการทำให้เกิดความสมดุลระหว่างการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออก และการรับรองคุ้มครองผลงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้น

**(5) การรับรู้ความยุติธรรมด้านผลตอบแทน (Distributive Justice)** เป็นแนวคิดที่ว่ากฎหมายหรือการตัดสินใจของรัฐในการออกนโยบายหรือแก้ไขกฎหมายต่าง ๆ นั้น ควรเป็นไปเพื่อแบ่งสรรผลประโยชน์ในด้านต่าง ๆ แก่กลุ่มคนในสังคม<sup>20</sup> ให้เกิดความยุติธรรม กฎหมายจึงต้องเข้ามามีบทบาท ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ต้องมีการดำเนินการจัดการเพื่อแบ่งสรรผลประโยชน์โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสิทธิด้านการให้ความหมายต่อสิ่งต่าง ๆ (Semiotic Power)<sup>21</sup> ที่ไม่ใช่เจ้าของลิขสิทธิ์ ผ่านข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อเพิ่มความสามารถและลดต้นทุนสำหรับผู้ต้องการสร้างสรรค์ที่มี

<sup>16</sup> Ibid., p. 38-39.

<sup>17</sup> Ibid., p. 41.

<sup>18</sup> Ibid., p. 25.

<sup>19</sup> Ibid., p. 48.

<sup>20</sup> Julian and Christi Favor Lamont, "Distributive Justice," [online] Available from : <https://plato.stanford.edu/entries/justice-distributive/#Scope> [10 May 2023]

<sup>21</sup> เป็นการอธิบายถึงการสื่อสารของมนุษย์ว่าการสื่อสารเป็นต้นกำเนิดของการให้ความหมายที่สำคัญในการสร้างความหมายของภาษา วัฒนธรรม ที่หลากหลาย

ต้นทุนการเงินอย่างจำกัด เพื่อส่งเสริมการกระจายอำนาจในการสร้างสรรค์วัฒนธรรม เพื่อเพิ่มโอกาสในการที่บุคคลทั่วไปจะได้มีโอกาสในการสร้างสิ่งแวดล้อมทางสังคมวัฒนธรรม (Socio-Cultural Environment)<sup>22</sup>

## 5. UDC กับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไทยและต่างประเทศ

การทำ UDC นั้น เป็นการนำเอาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้เพื่อเป็นส่วนหนึ่งในการทำผลงาน UDC ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นได้รับความคุ้มครองให้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำหรือดัดแปลงผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน ซึ่งหากทำโดยไม่ได้รับอนุญาตแล้วย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์<sup>23</sup> อย่างไรก็ตาม กฎหมายลิขสิทธิ์ ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้ ซึ่งแนวทางข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเด็นที่มีความเกี่ยวข้องกับ UDC ของไทย สหรัฐอเมริกา แคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลี ปรากฏดังตารางต่อไปนี้

---

<sup>22</sup> Michael McGregor, “Sports, Gifts and Copyright: Is It a Draw between Content Owners and Consumers in the Web 2.0 Era?”, in *UCLA Entertainment Law Review*, 23 (2016), p.17.

<sup>23</sup> มาตรา 15 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 “ภายใต้บังคับมาตรา 9 มาตรา 10 และมาตรา 14 เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวดังต่อไปนี้ (1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง ...”

มาตรา 27 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 “มาตรา 27 การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15 (5) ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำการดังต่อไปนี้ (1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง ...”

## ตารางเปรียบเทียบข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับ UDC

หัวข้อ/ประเทศ	ไทย	สหรัฐอเมริกา	แคนาดา	สาธารณรัฐเกาหลี
ข้อยกเว้นทั่วไป ปรับใช้ได้กับทุกกรณี	ไม่แน่ชัด แต่มีแนวโน้มว่าจะไม่อาจใช้ได้ (มาตรา 32) <sup>24</sup>	✓ (17 U.S. Code §107) <sup>25</sup>	-	✓ (Copyright Act Article 35-5) <sup>26</sup>

<sup>24</sup> มาตรา 32 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 “การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามวรรคหนึ่ง มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำดังต่อไปนี้

- (1) วิจัยหรือศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- (2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท
- (3) ดิจม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว

(6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอน เพื่อประโยชน์ในการสอนของตน อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร

(7) ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอนหรือทำบทสรุปโดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร

- (8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ
- (9) (ยกเลิก)

<sup>25</sup> 17 U.S. Code § 107. “Limitations on exclusive rights: Fair use

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.”

<sup>26</sup> Article 35-5 of Copyright Act “(Fair Use of Works)

(1) Except as provided in Articles 23 through 35-4 and 101-3 through 101-5, where a person does not unreasonably undermine an author’s legitimate interest without conflicting with the normal exploitation of works, he or she is entitled to use such works

(2) In determining whether an act of using works falls under paragraph (1), the following matters shall be considered:

หัวข้อ/ประเทศ	ไทย	สหรัฐอเมริกา	แคนาดา	สาธารณรัฐเกาหลี
ปัจจัยที่นำมาพิจารณาว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม	ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร	1. วัตถุประสงค์หรือลักษณะการใช้งาน รวมถึงการพิจารณาว่าการใช้งานนั้นเป็นการใช้งานเพื่อการค้า หรือเป็นการใช้อย่างไม่แสวงหากำไรเพื่อวัตถุประสงค์ทางการศึกษา 2. ลักษณะของผลงานที่มีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ 3. จำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนที่นำงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เมื่อเทียบกับงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด 4. ผลกระทบต่องานอันมีลิขสิทธิ์ต่อการตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์	ศาลสูงได้วางหลักไว้ในคำพิพากษาว่าต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังนี้ 1. วัตถุประสงค์การใช้งานเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น <sup>27</sup> 2. ลักษณะของการทำงาน 3. ปริมาณการใช้งาน 4. ผลงานอื่นหรือตัวเลือกอื่นที่อาจทำได้แทนการใช้งาน 5. ธรรมชาติของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ 6. ผลกระทบของการใช้งานต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์	1. วัตถุประสงค์และลักษณะการใช้งาน 2. ชนิดและวัตถุประสงค์ของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ 3. จำนวนและความสำคัญของสัดส่วนที่ใช้เมื่อเทียบกับผลงานทั้งหมด 4. ผลที่เกิดจากการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ต่อความเป็นไปได้ทางการตลาดในปัจจุบันและที่อาจเป็นไปได้ หรือมูลค่าของผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น

1. Purposes and characteristics of use;
2. Types and purposes of works;
3. Amount and substantiality of portion used in relation to the whole works;
4. Effect of the use of works on the existing or potential market for the works or current or potential value thereof.”

<sup>27</sup> Article 29 of Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Fair dealing for the purpose of research, private study, education, parody or satire does not infringe copyright.

Article 29.1 of Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Fair dealing for the purpose of criticism or review does not infringe copyright if the following are mentioned:

- (a) the source; and
- (b) if given in the source, the name of the
  - (i) author, in the case of a work,
  - (ii) performer, in the case of a performer’s performance,
  - (iii) maker, in the case of a sound recording, or
  - (iv) broadcaster, in the case of a communication signal

หัวข้อ/ประเทศ	ไทย	สหรัฐอเมริกา	แคนาดา	สาธารณรัฐเกาหลี
ข้อยกเว้นสำหรับ UDC โดยเฉพาะ	-	-	✓ (Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) Article 29.21) <sup>28</sup>	-

<sup>28</sup> Article 29.21 of Copyright Act (R.S.c., 1985 c. C-42) “Non-commercial user-generated content

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

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

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

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

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

#### Definitions

(2) The following definitions apply in subsection (1).

**intermediary** means a person or entity who regularly provides space or means for works or other subject-matter to be enjoyed by the public. (intermédiaire)

**use** means to do anything that by this Act the owner of the copyright has the sole right to do, other than the right to authorize anything. (utiliser)”

## 6. ปัญหาการปรับใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไทย และแนวทางการปรับใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของต่างประเทศเพื่อความคุ้มครอง UDC

แม้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์<sup>๒๙</sup> ได้กำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ แต่บทบัญญัติของกฎหมายไทยนั้น ไม่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อความคุ้มครองกับการทำ UDC ส่วนมากได้ โดยสามารถแบ่งเป็นประเด็นปัญหาการขาดบทบัญญัติที่มีลักษณะทั่วไปในการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยเปรียบเทียบกับแนวทางการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะทั่วไปของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี (6.1) และปัญหาการขาดบทบัญญัติที่มีลักษณะเฉพาะในการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กรณี UDC โดยเปรียบเทียบกับแนวทางการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของแคนาดา (6.2)

### 6.1 ปัญหาการขาดบทบัญญัติที่มีลักษณะทั่วไปในการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

แม้มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์<sup>๒๙</sup> จะกำหนดให้การกระทำแก่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นหากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรแล้ว ไม่ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว แต่การตีความมาตรา 32 วรรคแรกนั้นยังขาดความชัดเจนว่ามีสถานะเป็นบทบัญญัติที่สามารถปรับใช้ได้ทั่วไป หรือเป็นบทบัญญัติที่ต้องปรับใช้ควบคู่กับข้อยกเว้นที่เขียนไว้ในวรรคสองแห่งมาตรา 32 ซึ่งแนวทางและความเห็นของนักกฎหมายส่วนมาก รวมถึงศาลฎีกาของไทย ได้มีแนวทางการตีความในแบบที่สอง<sup>๒๙</sup> ทำให้การปรับใช้มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์<sup>๒๙</sup> จำต้องปรับใช้ควบคู่กับชนิดของการกระทำที่มีให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในวรรคสองด้วย ซึ่งสามารถแบ่งเป็นกลุ่มประเภทการใช้งานที่ถือว่ามิได้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นห้ากลุ่มซึ่งสามารถวิเคราะห์แนวทางการปรับใช้กับเนื้อหา UDC ได้ดังนี้

กลุ่มการใช้เพื่อการศึกษาหรือการสอบ อันปรากฏอยู่ในมาตรา 32 วรรค 2 (1)(6)(7) และ (8) ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงลักษณะของการทำ UDC แล้ว จะเห็นว่า ผู้ใช้งานที่ทำ UDC นั้นมิได้มีวัตถุประสงค์ในการใช้เพื่อการศึกษาหรือการสอบแต่อย่างใด แต่เป็นไปเพื่อการทำเพื่อความสนุกสนาน หรือเป็นการทำเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้ทำ หรือการทำตามกระแสที่เป็นที่นิยม เพื่อให้ผู้ใช้งานคนนั้นเป็นที่นิยมมีผู้ชมเนื้อหาจำนวนมาก ดังนั้นจึงไม่อาจปรับใช้ข้อยกเว้นในกลุ่มนี้เพื่อยกเว้นความรับผิดได้

<sup>๒๙</sup> เช่น อาจารย์จรัสประภา มากกลิ่น และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตีความมาตรา 32 วรรคแรกควบคู่กับกรณีเฉพาะที่กำหนดไว้ในวรรคสอง เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5843/2543 เป็นต้น

กลุ่มการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัว ดังปรากฏในมาตรา 32 วรรค 2 (2) ซึ่งลักษณะของ UDC เป็นการทำขึ้นและถูกเผยแพร่ลงในอินเทอร์เน็ตอย่างแพร่หลาย และมีวัตถุประสงค์ให้เนื้อหา UDC นั้นเข้าถึงผู้คนจำนวนมาก จึงไม่ใช่การนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือใช้ภายในกลุ่มครอบครัวหรือญาติสนิทแต่อย่างใด

กลุ่มการใช้เพื่อการให้ความเห็น ดังปรากฏในมาตรา 32 วรรค 2 (3) ซึ่งเป็นกรณีที่อาจปรับใช้กับ UDC บางประเภทที่เป็นการทำเพื่อการติชม หรือแสดงความคิดเห็นวิจารณ์ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ เช่น การเขียนคำวิจารณ์หนังสือ โดยหยิบยกเนื้อหาบางส่วนของหนังสือเล่มนั้นมาใช้ ซึ่งการทำเช่นนี้หากเป็นการเขียนที่ถูกเผยแพร่ลงในเว็บไซต์ เช่น Blog หรือ Facebook เป็นต้น ทั้งนี้หากจะเป็นกรณีที่อ้างเงื่อนไขในการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะนี้ ต้องเป็นการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นด้วย อย่างไรก็ตาม UDC อีกหลายประเภทที่มีอยู่อย่างแพร่หลาย เช่น การทำเพลงล้อเลียน การถ่ายคลิปลง TikTok หรือการตัดต่อรูปภาพต่าง ๆ เพื่อวัตถุประสงค์อื่น ๆ ย่อมไม่อาจอ้างได้ว่าเป็นการทำเพื่อการแสดงความคิดเห็น หรือการติชมได้ ดังนั้น การทำ UDC ส่วนมากย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครองให้ตามกรณีนี้

กลุ่มการใช้เพื่อรายงานข่าวสาร ดังปรากฏในมาตรา 32 วรรค 2 (4) ซึ่งการทำ UDC นั้นมิใช่การทำเพื่อการเสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชน เพื่อการเสนอรายงานข่าวอันมีลักษณะของการเสนอความจริง เพื่อให้ประชาชนทั่วไปได้รับรู้แต่อย่างใด

กลุ่มการใช้เพื่อการดำเนินการทางกฎหมาย ดังปรากฏในมาตรา 32 วรรค 2 (5) ซึ่งการทำ UDC ย่อมมิใช่การทำเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายแต่อย่างใด เนื่องจากผู้ที่ทำ UDC เป็นบุคคลธรรมดาที่ใช้งานอินเทอร์เน็ต โดยที่มิได้เกี่ยวข้องกับดำเนินการทางศาลหรือเจ้าหน้าที่แต่อย่างใด

จากการวิเคราะห์ถึงกลุ่มข้อยกเว้นในมาตรา 32 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ปรากฏให้เห็นว่า ผลงาน UDC ที่อาจได้รับความคุ้มครองให้ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ไม่อาจให้ความคุ้มครองแก่ผลงาน UDC ส่วนมากได้ เช่น ผลงานเพลงล้อเลียน ผลงานแฟนอาร์ต เป็นต้น เนื่องจากไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์การใช้งานที่ได้กำหนดไว้ โดยจะมีเพียงผลงาน UDC ที่แสดงความคิดเห็นเท่านั้น ที่ได้รับความคุ้มครอง

ในขณะที่เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลีที่ได้มีการกำหนดหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรม (Fair use) ไว้เป็นหลักทั่วไปที่สามารถปรับใช้หรือเป็นหลักในการพิจารณากับกรณีการใช้งานต่าง ๆ เป็นรายกรณี โดยไม่ต้องพิจารณาควบคู่กันกับมาตรา

อื่น ๆ แต่อย่างไรก็ตาม ทำให้ทั้งสองประเทศสามารถใช้ตีความหลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมนี้เพื่อปรับใช้กับการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เพื่อทำ UDC ในกรณีต่าง ๆ เป็นแต่ละกรณีได้ ซึ่งกฎหมายของทั้ง 2 ประเทศได้กำหนดปัจจัยที่ต้องคำนึงถึงเพื่อพิจารณาการใช้นั้นเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมหรือไม่ในลักษณะเดียวกัน แต่ก็มี ความต่างกัน ในรายละเอียดและการตีความ โดยสามารถพิจารณาถึงความแตกต่างและแนวโน้มในการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ กับผลงาน UDC ดังนี้

**ปัจจัยแรก วัตถุประสงค์หรือลักษณะการใช้นั้น** ทั้งสหรัฐอเมริกาและประเทศสาธารณรัฐเกาหลี ได้กำหนดให้ต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์การใช้นั้น เช่น พิจารณาว่าการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเป็นการใช้เพื่อการค้าหรือแสวงหากำไรหรือไม่ หากเป็นการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ไม่แสวงหากำไรแล้ว จะมีแนวโน้มว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม<sup>30</sup> ในขณะที่หากเป็นการใช้เพื่อแสวงหากำไรย่อมมีแนวโน้มจะเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์อย่างไม่เป็นธรรม<sup>31</sup> การกำหนดเช่นนี้ทำให้นำมาใช้พิจารณากับ UDC แต่ละกรณีได้ว่า ผู้ทำ UDC มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรหรือไม่ โดยการนำผลงาน UDC อาจทำได้ทั้งกรณีที่ไม่แสวงหากำไร เช่น การวาดภาพแฟนอาร์ตโดยเรียกเก็บเงินหรือค่าเข้าชม หรือไม่แสวงหากำไร เช่น การวาดภาพแฟนอาร์ตและเผยแพร่เพื่อแสดงความชื่นชอบต่อผลงานต้นฉบับ จากกรณีนี้หากพิจารณาแล้วจะเห็นว่า การวาดภาพแฟนอาร์ตเพื่อแสดงความชื่นชอบโดยไม่เรียกเก็บค่าเข้าชม มีแนวโน้มจะเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม การกำหนดปัจจัยในการพิจารณาเช่นนี้เป็นการให้ความคุ้มครองผู้ทำ UDC เพื่อวัตถุประสงค์ความสนุกสนานโดยไม่แสวงหากำไร หรือเพื่อทำ UDC ตามกระแสที่เป็นที่นิยมในสังคม ณ ขณะนั้น เพื่อให้บัญชีผู้ใช้ของผู้ทำ UDC นั้น ๆ เป็นที่รู้จักอันสามารถต่อยอดในการสร้างโอกาสในเชิงธุรกิจในอนาคตได้

ในส่วนของการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาทำเป็น UDC เพื่อแสวงหากำไร แม้ทั้งสองประเทศจะกำหนดให้มีการใช้งานว่าเป็นแสวงหากำไรหรือไม่แสวงหากำไรเหมือนกัน แต่นักกฎหมายสาธารณรัฐเกาหลีตั้งข้อสังเกตว่าศาลประเทศสาธารณรัฐเกาหลีในทางปฏิบัติอาจมีการนำปัจจัยนี้มาใช้เพื่อพิจารณาว่าการใช้งานใดเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม กล่าวคือ หากเป็นการใช้งานที่ไม่แสวงหากำไรแล้วศาลมักจะพิจารณาว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม อันอาจส่งผลให้การตีความหลัก

<sup>30</sup> Jee Young Hahn and Byoung Kyu Lee, “Brave New World: Issues and Implications of the New Fair Use Clause in the Korean Copyright Act”, in *Journal of the Copyright Society of the USA*, 63 (2016), p.545.

<sup>31</sup> U.S. Copyright Office, “U.S. Copyright Office Fair Use Index,” [online] Available from : <https://www.copyright.gov/fair-use/#:~:text=Section%20107%20of%20the%20Copyright,may%20qualify%20as%20fair%20use.> [19 January 2023]

การใช้งานอย่างเป็นธรรมแคบลงมาก<sup>32</sup> ตามข้อสังเกตนี้ ทำให้ผลงาน UDC ที่แสวงหากำไร มีแนวโน้ม จะไม่ได้รับความคุ้มครองในสาธารณรัฐเกาหลี ในขณะที่สหรัฐอเมริกามีการตีความว่าการใช้งาน อันมีลิขสิทธิ์เพื่อแสวงหากำไรไม่จำเป็นต้องเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรมเสมอไป<sup>33</sup> นอกจากนี้ เมื่อ พิจารณาถึงลักษณะของผลงาน UDC ที่สามารถเข้าถึงผู้ชมได้ทั่วโลกผ่านอินเทอร์เน็ต ทำให้ในบาง กรณีผู้ใช้งานอาจได้รับค่าตอบแทนบางอย่างจากการที่มีผู้เข้าชม เช่น ค่าโฆษณา อาจทำให้เกิด ปัญหาว่ากรณีที่ผู้ทำ UDC มิได้ประสงค์จะให้ UDC ที่ตนทำเป็นที่นิยมและมีผู้คนสนใจเป็นอย่าง มากจนก่อให้เกิดรายได้จากการเข้าชม อาจถูกพิจารณาได้ว่าเป็นการใช้ผลงานเพื่อวัตถุประสงค์ในการ แสวงหากำไรได้ ซึ่งหากเป็นเช่นนี้แล้ว ย่อมทำให้การให้ความคุ้มครองต่อ UDC นั้นแคบลงมาก สำหรับการตีความตามแนวทางการตีความของสาธารณรัฐเกาหลี<sup>34</sup>

นอกจากการพิจารณาวัตถุประสงค์การใช้ว่าแสวงหากำไรหรือไม่แล้ว ทั้งสหรัฐอเมริกาและ สาธารณรัฐเกาหลียังคำนึงถึงปัจจัยความแปลงรูป (Transformative) ของผลงานที่สร้างขึ้นในการ พิจารณาวัตถุประสงค์หรือลักษณะการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ด้วย โดยหากผลงานที่เกิดจากการใช้งาน ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิมมีลักษณะเป็นการเพิ่มสิ่งใหม่ หรือมีวัตถุประสงค์หรือลักษณะที่แตกต่างกับ ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือมีการเปลี่ยนแปลงวิธีการนำเสนอที่ไม่แทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิมแล้ว ย่อมเป็นผลงานแปลงรูปที่มีโอกาสเป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรมมากขึ้น<sup>35</sup> การกำหนดเช่นนี้สามารถ นำมาใช้พิจารณากับ UDC แต่ละกรณีได้<sup>36</sup> ว่าผลงาน UDC แต่ละชนิดมีลักษณะเป็นการแทนที่ ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิมหรือไม่ ซึ่งผลงาน UDC หลาย ๆ กรณีก็เป็นผลงานที่มีลักษณะเป็นผลงาน แปลงรูป เช่น ผลงานเพลงล้อเลียน<sup>37</sup> หรือ การวาดรูปแฟนอาร์ตที่แสดงออกถึงลักษณะเฉพาะตัว ลายเส้นของนักวาดคนนั้น ๆ ซึ่งผู้ชมสามารถทราบได้ถึงความแตกต่างกับผลงานต้นฉบับ<sup>38</sup> ผลงาน

<sup>32</sup> Jee Young Hahn and Byoung Kyu Lee, “Brave New World: Issues and Implications of the New Fair Use Clause in the Korean Copyright Act”, in *Journal of the Copyright Society of the USA*, p.545.

<sup>33</sup> U.S. Copyright Office, “U.S. Copyright Office Fair Use Index,” [online] Available from : <https://www.copyright.gov/fair-use/#:~:text=Section%20107%20of%20the%20Copyright,may%20qualify%20as%20fair%20use.> [19 January 2023]

<sup>34</sup> Jee Young Hahn and Byoung Kyu Lee, “Brave New World: Issues and Implications of the New Fair Use Clause in the Korean Copyright Act”, in *Journal of the Copyright Society of the USA*, p.545.

<sup>35</sup> *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994)

<sup>36</sup> Suh, Jinho, “Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of “Son Dam-Bi” Decision”, in *Seoul Law Journal*, 53, 3 (2012), p.752.

<sup>37</sup> *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994)

<sup>38</sup> Rachel Morgan, “Conventional Protections for Commercial Fan Art under the U.S. Copyright Act”, in *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law*, 31 (2021), p.570.

UDC เหล่านี้ไม่แทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิม แต่เป็นการเสริมสิ่งใหม่ลงไปในการทำ UDC ทำให้ผลงานเหล่านี้มีแนวโน้มที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม ในขณะที่หากเป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ทำ UDC ที่มีลักษณะหรือแนวโน้มที่จะแทนที่ผลงานเดิม โดยไม่ได้เพิ่มสิ่งใหม่ลงไป เช่น การทำคำบรรยายได้ผลงานภาพยนตร์ของผู้อื่น<sup>39</sup> แล้วย่อมมีแนวโน้มที่จะไม่ได้รับความคุ้มครอง อันแสดงให้เห็นว่าการพิจารณาถึงปัจจัยนี้สามารถส่งเสริมการแสดงผลงานสร้างสรรค์เพื่อทำผลงานให้มีลักษณะเป็นผลงานแปลงรูป และเป็นปัจจัยสำหรับการพิจารณาเพื่อให้ความคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย

**ปัจจัยที่สอง ลักษณะของผลงานที่มีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้** ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสาธารณรัฐเกาหลีได้กำหนดให้ต้องคำนึงถึงลักษณะของผลงานที่มีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ คือ พิจารณาถึงระดับความสร้างสรรค์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้ หากเป็นผลงานที่มีระดับความสร้างสรรค์ที่สูง ย่อมพิจารณาว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมได้ยากกว่ากรณีผลงานที่มีระดับความสร้างสรรค์ที่น้อยกว่า<sup>40</sup> ซึ่งการทำ UDC โดยมากมักเป็นการทำต่อผลงานที่มีระดับความสร้างสรรค์ที่สูง เช่น ผลงานเพลง ผลงานนวนิยาย เป็นต้น อันอาจส่งผลให้การทำ UDC ถูกพิจารณาเพิ่มน้ำหนักกว่าเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม แม้ผลงานที่นำมาใช้มักจะเป็นผลงานสร้างสรรค์ แต่นอกจากระดับความสร้างสรรค์ของผลงานที่ถูกนำมาใช้แล้วยังต้องพิจารณาว่าผลงานดังกล่าวได้รับการเผยแพร่แล้วหรือไม่ หากเผยแพร่แล้วก็จะมีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรมได้มากกว่ากรณีที่ยังมิถูกเผยแพร่<sup>41</sup> ซึ่งกรณีการทำ UDC โดยมากแล้ว ก็มักจะเป็นการทำต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับการเผยแพร่แล้ว เช่น การนำเพลงที่ได้เผยแพร่แล้วมาทำเพลงดัดแปลง ซึ่งทำให้การใช้งานนี้มีลักษณะเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม แต่หากเป็นการทำต่อผลงานที่ยังไม่ได้รับการเผยแพร่ ย่อมมีแนวโน้มที่จะไม่ได้รับความคุ้มครองให้เป็นการใช้งานที่เป็นธรรม เช่น แอบนำเอามิวสิควิดีโอที่ยังมิได้เผยแพร่มาใช้ประกอบการทำวิดีโอของตน เป็นต้น

**ปัจจัยที่สาม จำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนที่นำมาใช้เทียบกับผลงานทั้งหมด** ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี ได้กำหนดให้พิจารณาถึงจำนวนหรือความสำคัญของ

---

<sup>39</sup> Khaneungnit Khaosaeng. *Online Re-Creation Culture in the 21<sup>st</sup> Century: The Reconciliation between Copyright Holders, Online Re-Creators and the Public Interest*. (Doctoral Dissertation, University of London, 2016) ; p.145.

<sup>40</sup> U.S. Copyright Office, “U.S. Copyright Office Fair Use Index,” [online] Available from : <https://www.copyright.gov/fair-use/#:~:text=Section%20107%20of%20the%20Copyright,may%20qualify%20as%20fair%20use.> [19 January 2023]

<sup>41</sup> Ibid.

สัดส่วนที่นำมาใช้เมื่อเปรียบเทียบกับผลงานทั้งหมด ทั้งสองประเทศกำหนดให้ต้องเทียบสัดส่วนของผลงานที่นำมาใช้กับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด หากเป็นการใช้งานในสัดส่วนหรือปริมาณที่มากแล้ว หรือส่วนที่นำมาใช้นั้นเป็นสาระสำคัญของผลงานอันมีลิขสิทธิ์แล้วย่อมเป็นการใช้งานที่มีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม<sup>42</sup> การกำหนดเช่นนี้ทำให้นำมาใช้พิจารณาเกี่ยวกับ UDC แต่ละกรณีได้<sup>43</sup> ว่ามีการนำสัดส่วนสำคัญหรือสัดส่วนผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในปริมาณที่มากมาใช้หรือไม่ มีข้อสังเกตว่า ผลงาน UDC ในหลายประเภท มักจะมีการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เป็นจำนวนมาก หรือในบางส่วนสำคัญ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการทำ UDC ประเภทนั้น ๆ ที่จำต้องให้ผู้ชมทราบว่า เป็น UDC จากผลงานต้นฉบับใด เช่น ผลงานเพลงล้อเลียนที่โดยสภาพต้องเป็นการนำส่วนสำคัญของผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่ให้ผู้ชมสามารถทราบได้ว่ากำลังล้อเลียนเพลงใด<sup>44</sup> หรือวิดีโอที่แสดงการเล่นเกมนั้นที่ผู้เล่นได้แสดงออกซึ่งเอกลักษณ์ การตอบสนองเฉพาะตัวของผู้เล่นคนนั้น ๆ ที่โดยสภาพต้องมีการใช้ภาพและเสียงจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในปริมาณมากเพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของวิดีโอดังกล่าว<sup>45</sup> เป็นต้น ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วการใช้งานเหล่านี้เป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ในปริมาณมากก็จริง แต่การคำนึงถึงจำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนผลงานที่นำมาใช้ สหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้พิจารณาโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการใช้งานด้วย เนื่องจากวัตถุประสงค์ในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในประเภทที่ต่างกัน ทำให้การพิจารณาถึงสัดส่วนของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ต่างกัน<sup>46</sup> ทำให้แม้ผลงาน UDC บางประเภทจะนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์จำนวนมากหรือในสัดส่วนที่สำคัญมาใช้ แต่เมื่อพิจารณาควบคู่กับวัตถุประสงค์การใช้งานแล้ว ย่อมอาจถูกพิจารณาได้ว่าเป็นการใช้งานในสัดส่วนที่เหมาะสมไม่มากเกินไปและเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมแล้ว และได้รับความคุ้มครองในการทำ UDC ได้ การพิจารณาถึงสัดส่วนของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ประกอบกับวัตถุประสงค์การใช้งานนี้ จึงสามารถนำมาพิจารณาหรือปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำ UDC เป็นรายกรณีไปได้

ในประเด็นการพิจารณาถึงสัดส่วนของผลงานที่นำมาใช้นั้นนอกจากการพิจารณาเปรียบเทียบสัดส่วนของผลงานที่นำมาใช้กับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมดดังเช่นการพิจารณาในรูปแบบของ

---

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> Suh, Jinho, “Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of “Son Dam-Bi” Decision,” in *Seoul Law Journal*, p.754-755.

<sup>44</sup> *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994)

<sup>45</sup> Dan Hagen, “Fair Use, Fair Play: Video Game Performances and “Let’s Plays” as Transformative Use”, in *Washington Journal of Law, Technology & Arts*, 13, 3 (2018), p.270-271.

<sup>46</sup> ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาของสหรัฐอเมริกาในคดีต่าง ๆ เช่น *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984) และ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994) เป็นต้น

สหรัฐอเมริกาแล้ว ศาลสาธารณรัฐเกาหลีก่อนมีการแก้ไขกฎหมายกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในมาตรา 35-5 ยังเคยพิจารณาถึงจำนวนและความสำคัญของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกใช้เมื่อเทียบกับผลงานที่สร้างขึ้นใหม่ด้วย กล่าวคือหากเทียบแล้วสัดส่วนของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้นั้นเป็นส่วนมากในผลงาน UDC ที่ถูกสร้างขึ้น ย่อมเป็นการใช้งานที่มีแนวโน้มจะไม่เป็นธรรม ทำให้มีการเสนอว่าควรมีการกำหนดเงื่อนไขไว้ในกฎหมาย อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าการพิจารณาถึงจำนวนและความสำคัญของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกใช้เมื่อเทียบกับผลงานที่สร้างขึ้นใหม่นี้อาจเป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาลักษณะการใช้งานที่แปลงรูปในการพิจารณาถึงปัจจัยแรก การเสนอให้กำหนดถึงเงื่อนไขจึงอาจเป็นการซ้ำซ้อนกับการพิจารณาถึงปัจจัยแรกได้<sup>47</sup> คือหากเป็นผลงาน UDC ที่มีการเพิ่มเติมสิ่งใหม่ อันเป็นผลงานแปลงรูป เช่น ผลงานเพลงล้อเลียน<sup>48</sup> แล้วก็อาจถูกพิจารณาได้ว่า สัดส่วนของผลงานที่นำมาใช้เมื่อเทียบกับผลงานใหม่ที่ถูกสร้างขึ้นมีสัดส่วนไม่มากเกินไปแล้ว

**ปัจจัยที่สี่ ผลกระทบต่อตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์** ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี ได้กำหนดให้ต้องพิจารณาถึงผลจากการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตของผู้ใช้งาน ว่าก่อให้เกิดผลเสียทางตลาดของเจ้าของลิขสิทธิ์ผลงานต้นฉบับ<sup>49</sup> หรือผลเสียที่อาจเกิดขึ้นหากงานนั้นเผยแพร่สู่ท้องตลาดอย่างแพร่หลาย หากการใช้งานใดก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบ ย่อมเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม<sup>50</sup> และต้องคำนึงหรือพิจารณาถึงผลกระทบทางการตลาดอันอาจเกิดขึ้นที่สามารถคาดหมายได้โดยทั่วไปในอนาคต เนื่องจากการเสียโอกาสในการตลาดในการทำผลงานดัดแปลงจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์เมื่อถูกนำไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตด้วย<sup>51</sup> หากอาจเกิดผลกระทบอย่างมากแล้ว ย่อมไม่อาจเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมได้<sup>52</sup> การกำหนดเช่นนี้ทำให้นำมาใช้พิจารณากับ UDC แต่ละกรณีได้ว่าการทำ UDC แต่ละ

<sup>47</sup> Suh, Jinho, “Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of “Son Dam-Bi” Decision”, in *Seoul Law Journal*, p.755.

<sup>48</sup> Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)

<sup>49</sup> Suh, Jinho, “Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of “Son Dam-Bi” Decision,” in *Seoul Law Journal*, p.755-756.

<sup>50</sup> U.S. Copyright Office, “U.S. Copyright Office Fair Use Index,” [online] Available from : <https://www.copyright.gov/fair-use/#:~:text=Section%20107%20of%20the%20Copyright,may%20qualify%20as%20fair%20use.> [19 January 2023]

<sup>51</sup> Suh, Jinho, “Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of “Son Dam-Bi” Decision”, in *Seoul Law Journal*, p.756.

<sup>52</sup> Rogers v. Koons, 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992)

กรณีนั้นเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลเสียต่อตลาดของผลงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งมีข้อสังเกตว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มักยินยอมให้ผู้ทำ UDC ใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อการทำ UDC เนื่องจากผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์อาจได้รับประโยชน์จากการที่มีผู้ทำผลงาน UDC และมีการเผยแพร่ผลงานดังกล่าว เพราะเป็นการช่วยโฆษณาให้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนได้เป็นที่รู้จักมากยิ่งขึ้นอันก่อให้เกิดความสนใจต่อผลงานต้นฉบับที่เป็นผลงานมีลิขสิทธิ์ เช่น ในกรณีการทำวิดีโอร้องเพลง Cover ที่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์มักจะยอมให้ใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนเนื่องจากการโฆษณาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ให้เป็นที่รู้จักมากยิ่งขึ้น<sup>53</sup> หรือในกรณีที่มีการทำวิดีโอการเล่นเกมนอนมีลิขสิทธิ์และเผยแพร่ลงในอินเทอร์เน็ต ซึ่งการกระทำดังกล่าวส่งผลดีต่อผลงานเกมต้นฉบับ เนื่องจากสามารถสร้างกระแสต่อผลงานเกมดังกล่าว ให้เป็นที่สนใจมากยิ่งขึ้น<sup>54</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากผู้ทำวิดีโอ นั้นเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียง เป็นต้น ทำให้เมื่อพิจารณาแล้วในกรณีนี้การทำ UDC ก็มีได้ก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อตลาดแต่อย่างใด ประกอบกับผลงาน UDC หลายประเภทมีลักษณะเป็นผลงานแปลงรูป ซึ่งกรณีนี้ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบทางลบต่อตลาดหรือมูลค่าผลงานอันมีลิขสิทธิ์น้อย เนื่องจากการเพิ่มสิ่งใหม่หรือมีวัตถุประสงค์หรือลักษณะที่แตกต่างกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ไม่เป็นการแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เดิม<sup>55</sup> ผลงาน UDC เหล่านี้ก็มีแนวโน้มที่จะถูกพิจารณาได้ว่าเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ในขณะที่หากเป็นผลงาน UDC ที่มีลักษณะก่อให้เกิดผลเสียต่อตลาดหรือมูลค่าของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ เช่น การทำแฟนฟิคชั่นโดยแสวงหากำไรอาจเป็นกรณีที่ส่งผลเสียต่อการตลาด เนื่องจากหากมีการแสวงหากำไรแล้ว อาจเป็นการลดจำนวนการขอสสิทธิในการดัดแปลงผลงานจากเจ้าของลิขสิทธิ์<sup>56</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เนื้อหาของแฟนฟิคชั่นนั้นมีแนวโน้มที่จะเป็นเนื้อหาที่เจ้าของลิขสิทธิ์อาจนำมาใช้ กล่าวคือไม่มีความแปลงรูปของผลงาน และมีการจงใจนำภาษาหรือถ้อยคำของผลงานต้นฉบับมาใช้<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Starfish Academy, “เรื่องต้องรู้ ก่อน Cover เพลงลงยูทูป” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.starfish-labz.com/blog/542-%E0%B9%80%E0%B8%A3%E0%B8%B7%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%95%E0%B9%89%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%A3%E0%B8%B9%E0%B9%89-%E0%B8%81%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%99-cover-%E0%B9%80%E0%B8%9E%E0%B8%A5%E0%B8%87%E0%B8%A5%E0%B8%87%E0%B8%A2%E0%B8%B9%E0%B8%97%E0%B8%B9%E0%B8%9B> [12 มีนาคม 2565]

<sup>54</sup> Dan Hagen, “Fair Use, Fair Play: Video Game Performances and “Let’s Plays” as Transformative Use”, in *Washington Journal of Law, Technology & Arts*, p.272-273.

<sup>55</sup> Suh, Jinho, “Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of “Son Dam-Bi” Decision”, in *Seoul Law Journal*, p.756.

<sup>56</sup> Jacqueline D. Lipton, “Copyright and the Commercialization of Fanfiction”, in *Houston Law Review*, 52, 2 (2014), p.459.

<sup>57</sup> Rachel Morgan, “Conventional Protections for Commercial Fan Art under the U.S. Copyright Act”, in *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law*, p.535.

การกำหนดให้คำนี้ถึงปัจจัยนี้ในการพิจารณาจึงส่งผลให้การนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้ทำ UDC ต้องไม่ส่งผลกระทบต่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่กฎหมายลิขสิทธิ์มุ่งคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์มากเกินไป<sup>58</sup> ซึ่งสามารถนำมาใช้เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างการให้ความคุ้มครองกับเจ้าของลิขสิทธิ์ และการส่งเสริมให้มีการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้เพื่อให้เกิดความสร้างสรรค์ในสังคมได้มากยิ่งขึ้นได้

จากการกำหนดให้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี มีลักษณะเป็นข้อยกเว้นทั่วไปสามารถปรับใช้กับการใช้งานทุกกรณีได้<sup>59</sup> มีข้อดีต่อการให้ความคุ้มครองผลงาน UDC คือ สามารถปรับใช้บทบัญญัตินี้ได้กับการทำ UDC ทุกประเภท โดยพิจารณาเพื่อให้ความคุ้มครองผู้ใช้งานและประโยชน์ของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นรายกรณีไป สามารถรองรับความเปลี่ยนแปลงหรือชนิดของการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบใหม่ ๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต คือหากผลงาน UDC ที่ถูกทำขึ้นเมื่อพิจารณาตามปัจจัยทั้ง 4 ประกอบเข้าด้วยกันแล้ว เป็นการใช้งานที่เป็นธรรมย่อมได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยพิจารณาเป็นรายกรณีไป เช่น การนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อทำเพลงล้อเลียนที่เป็นการนำเพลงอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาดัดแปลงเนื้อร้องที่ส่วนมากไม่ได้มีวัตถุประสงค์เป็นการแสวงหากำไร หรือมีลักษณะเป็นผลงานแปลงรูป หรือไม่แทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ แม้จะมีการนำสัดส่วนผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เป็นจำนวนมาก แต่ก็เกินไปเพื่อวัตถุประสงค์ของการทำผลงานล้อเลียน และการทำผลงานในรูปแบบนี้ไม่ได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่องานอันมีลิขสิทธิ์แต่อย่างใด เนื่องจากผลงานเพลงล้อเลียนไม่ได้เป็นผลงานที่แข่งขันในตลาดเดียวกันกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ ทำให้ผลงานประเภทนี้มีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมที่รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์<sup>59</sup> ในขณะที่หากเป็นผลงานที่พิจารณาทั้ง 4 ปัจจัยแล้วปรากฏว่าเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ เช่น กรณีการทำวิดีโอเพลงรวบรวม ที่มีวัตถุประสงค์การใช้งานเป็นการแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับ กล่าวคือมีโอกาที่ผู้ฟังจะเลือกฟังเพลงจากวิดีโอดังกล่าวแทนที่จะฟังจากผลงานเพลงต้นฉบับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นการทำที่มีการแสวงหาประโยชน์ทางการค้าเช่นเดียวกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์<sup>60</sup> และ

<sup>58</sup> Suh, Jinho, “Ucc (User-Created Contents) and Fair Use in Korea - in Light of “Son Dam-Bi” Decision”, in *Seoul Law Journal*, p.756.

<sup>59</sup> *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994)

<sup>60</sup> เปรียบเทียบคดี *Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith* (598 U.S. \_\_\_\_, 2023) ที่ศาลสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินว่า การใช้ภาพถ่ายของโจทก์ดัดแปลงเป็นรูปภาพเพื่อวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร โดยภาพที่วาดมีลักษณะคล้ายคลึงกับผลงานอันมีลิขสิทธิ์อย่างมากเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากมีวัตถุประสงค์การใช้งานที่แทนที่ผลงานต้นฉบับและเป็นการใช้งานเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า

นำเอาผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ในจำนวนมาก ย่อมก่อให้เกิดผลเสียต่อตลาดของงานอันมีลิขสิทธิ์ ทำให้มีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้งานที่ไม่เป็นธรรม

เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทยที่กำหนดมาตรา 32 ของพระราชบัญญัติฯ ที่มีความไม่แน่ชัดในการตีความและมีแนวโน้มที่ต้องตีความประกอบกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในอนุมาตราของมาตรา 32 แสดงให้เห็นว่า สหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลีได้มีกฎหมายกำหนดเพื่อให้สามารถปรับใช้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำ UDC ได้ ในขณะที่ข้อกฎหมายของไทย มักไม่อาจปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองได้

มีข้อสังเกตว่า แม้ทั้งสองสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลีจะมีการกำหนดถึงปัจจัยที่ต้องพิจารณาสำหรับการใช้งานที่เป็นธรรมในลักษณะเดียวกัน แต่สหรัฐอเมริกาที่เป็นประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ทำให้การกำหนดปัจจัยทั้ง 4 ไว้ในกฎหมายนั้นไม่เป็นการจำกัดอำนาจของศาลในการปรับใช้หรือวางหลักกฎหมายอำนาจในการสร้างหลักกฎหมายที่ศาลมีในระบบคอมมอนลอว์ ดังนั้น ศาลจึงสามารถนำปัจจัยอื่นนอกเหนือจากที่บัญญัติไว้เป็นกฎหมายมาใช้เพื่อพิจารณาว่าการใช้งานใดเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมที่จะไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์<sup>61</sup> ในขณะที่สาธารณรัฐเกาหลีที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์โดยหลักแล้วศาลจะไม่มีอำนาจในการนำปัจจัยอื่นที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายมาใช้เพื่อพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทยที่เป็นระบบซีวิลลอว์เช่นเดียวกันกับสาธารณรัฐเกาหลีแล้ว จะเห็นว่าแม้จะมีการกำหนดให้พิจารณาถึงเพียง 4 ปัจจัยที่กำหนดไว้ในกฎหมาย โดยไม่อาจนำปัจจัยอื่นมาใช้เพื่อพิจารณา แต่ก็เป็นการกำหนดถึงปัจจัยที่เพียงพอแล้วในการใช้เพื่อพิจารณาเพื่อปรับใช้กับข้อเท็จจริงตามแต่ละกรณีไป

## 6.2 ปัญหาการขาดบทบัญญัติที่มีลักษณะเฉพาะในการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของ UDC

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นเป็นกรณีเฉพาะไว้สำหรับการปรับใช้กับกรณีต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ตามที่ปรากฏในมาตรา มาตรา 32/1 ถึงมาตรา 43 ซึ่งจากบทบัญญัติข้อยกเว้นเฉพาะแต่ละกรณี ไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นกรณีเฉพาะสำหรับการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์สำหรับการทำ UDC แต่อย่างใด นอกจากนี้ บทบัญญัติเฉพาะกรณีที่กำหนดไว้ในกฎหมายไทย ส่วนมากก็ไม่อาจนำมาใช้เพื่อให้ความคุ้มครองการทำ UDC ได้ โดยมีเพียงข้อยกเว้น

<sup>61</sup> House of Representatives, "Copyright Law Revision," [online] Available from : [https://www.copyright.gov/history/law/clrev\\_94-1476.pdf](https://www.copyright.gov/history/law/clrev_94-1476.pdf) [10 May 2023]

ตามมาตรา 33 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์<sup>62</sup> ที่อาจนำมาปรับใช้กับบางกรณีได้ ซึ่งแม้ในบางกรณีผู้ทำ UDC อาจอ้างมาตรานี้เพื่อให้ได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่แนวทางการตีความมาตรา 33 ของศาลฎีกานั้นปรากฏว่า การอ้างอิงนั้นต้องเป็นการอ้างอิงในสัดส่วนที่ไม่มากเกินไปและไม่ใช้สาระสำคัญ<sup>63</sup> ในขณะที่การทำ UDC ส่วนมากจะต้องอ้างอิงหรือนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญและใช้ในจำนวนมากเพื่อให้ผู้ชมทราบว่า UDC มีที่มาจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ผลงานใด เช่น ผลงานแฟนอาร์ต ผลงานเพลงล้อเลียน เป็นต้น จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการอ้างอิงถึงผลงานอันมีลิขสิทธิ์บางส่วนได้ ประกอบกับการทำ UDC ในหลาย ๆ กรณีมักจะไม่มี การรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีเนื้อหาครบถ้วนตามที่ศาลฎีกาได้ตีความไว้แต่อย่างใด ทำให้ไม่อาจได้รับความคุ้มครองจากข้อยกเว้นในกรณีนี้ได้

ในขณะที่เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศแคนาดาที่มีการกำหนดบทบัญญัติการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้เป็นกรณีเฉพาะแต่ละกรณี และไม่มีการบัญญัติทั่วไปที่สามารถปรับใช้กับทุกกรณีได้ แต่แคนาดาได้กำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นกรณีเฉพาะสำหรับผลงาน UGC ไว้ โดยมีมุมมองว่าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ว่าเป็นสิทธิของผู้ใช้งานที่กำหนดไว้เพื่อรักษาสมดุลระหว่างสิทธิของผู้ใช้งานและสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ จึงไม่ควรตีความอย่างเคร่งครัดในฐานะข้อยกเว้น แต่ควรตีความเพื่อก่อให้เกิดสมดุลระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ใช้งานในฐานะสิทธิในการใช้ผลงานดังกล่าว<sup>64</sup> โดยมีการกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ต้องทำเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองไม่ให้เป็นกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งหาก UDC ได้มีลักษณะที่เป็นไปตามเงื่อนไขแล้ว ย่อมได้รับความคุ้มครอง ซึ่งเงื่อนไขต่าง ๆ ที่กำหนดนั้น เป็นการกำหนดขอบเขตการให้ความคุ้มครองผู้ใช้งานเพื่อไม่ให้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าของลิขสิทธิ์มากเกินไป ซึ่งสามารถส่งเสริมให้มีการสร้างสรรค์ผลงานมากยิ่งขึ้นอันเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ ดังสามารถเห็นได้จากเงื่อนไขดังนี้

**การกำหนดให้เป็นการใช้งานของบุคคลธรรมดาเท่านั้น** การกำหนดเช่นนี้ ทำให้ผู้ทำ UDC ที่ได้รับความคุ้มครองต้องเป็นบุคคลธรรมดา ไม่ใช่การใช้งานในเชิงธุรกิจการกำหนดเช่นนี้

---

<sup>62</sup> มาตรา 33 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 “การกล่าว คัดลอก เลียน หรืออ้างอิงงานบางตอนตามสมควร จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง”

<sup>63</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1908/2546 ซึ่งศาลฎีกาในคดีดังกล่าวตัดสินว่าการนำวรรณกรรม 30 หน้าจากจำนวนประมาณ 150 หน้ามาใช้เป็นการลอกหรือเลียนวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญและจำนวนมาก และต้องรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของโดยแจ้งให้ทราบถึงชื่อเจ้าของลิขสิทธิ์ ชื่อผลงาน และแหล่งที่มาเพื่อให้ผู้อื่นทราบโดยชัดว่าเนื้อหาส่วนใดเป็นเนื้อหาที่ได้คัดลอกมา

<sup>64</sup> CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC

เป็นการให้ความสำคัญกับผู้ใช้งานเป็นหลักและแสดงให้เห็นว่าผู้ใช้งานที่เป็นบุคคลธรรมดาสามารถมีส่วนร่วมสร้างสรรค์วัฒนธรรม<sup>65</sup> และยังเป็นส่งเสริมให้มีการสร้างสรรค์ผลงานต่าง ๆ อย่างกว้างขวาง นอกจากนี้มีข้อสังเกตว่า การใช้งานของบุคคลธรรมดานี้ยังให้ความสำคัญคุ้มครองไปถึงกรณีที่เป็นการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อสร้างสรรค์ผลงานโดยผู้เป็นมืออาชีพที่สร้างสรรค์ในเวลาว่าง โดยไม่ได้เป็นไปเพื่อการใช้งานเชิงธุรกิจหรือในอุตสาหกรรมได้ อันแสดงให้เห็นว่าการใช้งานของบุคคลธรรมดานี้ไม่ได้วัดจากคุณภาพของผลงาน แต่เป็นวัตถุประสงค์ที่ถูกทำขึ้น<sup>66</sup> อันเป็นการส่งเสริมให้มีผลงานสร้างสรรค์ที่มีคุณภาพสูงให้เกิดขึ้นในสังคมอันเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวม และเงื่อนไขนี้ยังเป็นการป้องกันมิให้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับผลกระทบอย่างเกินสมควร เนื่องจากการถูกนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนไปใช้ในทางธุรกิจโดยไม่ได้รับอนุญาตด้วย

**การกำหนดให้ผลงาน UDC ที่ทำนั้นต้องเป็นผลงานที่สามารถได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้เท่านั้น** ผลงาน UGC ที่จะได้รับความคุ้มครองในกรณีนี้ต้องเป็นผลงานที่มีความสร้างสรรค์เพียงพอต่อการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์เท่านั้น กล่าวคือ ผลงาน UDC ที่เกิดขึ้นนั้นต้องมีความดัดแปลง มีความสร้างสรรค์เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในตัวผลงานใหม่ที่ถูกร่างขึ้น อันเป็นการส่งเสริมให้มีการสร้างสรรค์ผลงานใหม่ ๆ มากยิ่งขึ้น โดยมุ่งให้ความสำคัญคุ้มครองเฉพาะกรณีการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อทำเป็นผลงานใหม่<sup>67</sup> หากเป็นการทำ UGC ผลงานที่ผู้ใช้งานทำซ้ำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ (User-Copied Content) หรือเป็นกรณีที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขในการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว ย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามข้อนี้ อันเป็นการให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ให้ถูกรบกวนมากเกินไปด้วย

**การกำหนดให้การใช้งานต้องไม่ใช่เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า** การทำ UDC ที่จะได้รับความคุ้มครองนั้น จะต้องเป็นการใช้งานที่มีวัตถุประสงค์ไม่เป็นการแสวงหากำไรเท่านั้น หากเป็นการใช้งานเพื่อแสวงหากำไรแล้วย่อมไม่ได้รับความคุ้มครอง<sup>68</sup> อันทำให้ผลงาน UDC ส่วนมากที่มักไม่ได้ทำเพื่อการแสวงหากำไรได้รับความคุ้มครอง เช่น การทำรูปล้อเลียน การทำแฟนฟิคชั่นที่ไม่เก็บค่าเข้าชม เป็นต้น อันเป็นการให้ความสำคัญคุ้มครองผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ใช้งานในเวลาเดียวกัน กล่าวคือ

<sup>65</sup> Mariam Awan, “The User-Generated Content Exception: Moving Away from a Non-Commercial Requirement”, in *Canadian Intellectual Property Review*, 32 (2016), p.17.

<sup>66</sup> Michael Geist, *The Copyright Pentalogy How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, (University of Ottawa Press, 2013), p.438.

<sup>67</sup> Mariam Awan, “The User-Generated Content Exception: Moving Away from a Non-Commercial Requirement”, in *Canadian Intellectual Property Review*, p.17-18.

<sup>68</sup> Ibid., p. 19-20.

สิทธิเจ้าของลิขสิทธิ์จะไม่ถูกระทบกระทบอย่างเกินสมควร จากการที่ผู้ใช้งานอันเป็นบุคคลภายนอกสามารถนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนไปใช้ เพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้า โดยไม่ให้ค่าตอบแทนแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม ในประเด็นวัตถุประสงค์ทางการค้านี้มีข้อสังเกตว่าในการทำ UDC แม้ผู้ทำจะมีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการแสวงหากำไรก็ตาม แต่เมื่อได้ยินยอมให้ตัวกลางอันเป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเผยแพร่แล้วเนื้อหาดังกล่าวอาจเป็นที่นิยม และสร้างรายได้แก่ผู้จัดทำ UDC ได้ จากค่าเข้าชมหรือค่าโฆษณา ดังนั้น อาจเป็นการยากต่อการพิจารณาในหลักเกณฑ์ในข้อนี้<sup>69</sup> และอาจเป็นอุปสรรคในการปรับใช้บทบัญญัตินี้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำผลงาน UDC ที่แม้จะไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการใช้งานเพื่อประโยชน์ทางการค้าแต่ต้นได้

**การกำหนดให้ต้องระบุถึงแหล่งที่มาของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้** การกำหนดเงื่อนไขนี้ ทำให้ผู้ทำ UDC ต้องระบุถึงแหล่งที่มาของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้โดยสมควรแก่เหตุ ทำให้ผู้ชมสามารถรับรู้ได้ว่า ผลงาน UDC ทำขึ้นโดยนำเอาผลงานอันมีลิขสิทธิ์ใดมาใช้ อันสอดคล้องกับสภาพของผลงาน UDC ที่จะมีการทำขึ้นและถูกเผยแพร่ในเว็บไซต์อย่างแพร่หลาย หากไม่ระบุถึงแหล่งที่มาตามสมควรแล้ว อาจยากต่อการระบุหรือทราบถึงเนื้อหาที่เป็นต้นฉบับอันมีลิขสิทธิ์ได้ว่าเป็นผลงานใด<sup>70</sup> นอกจากนี้การระบุถึงแหล่งที่มาอาจทำให้ผู้ชมเกิดความสนใจถึงผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้และอาจติดตามผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้ได้ ซึ่งก่อให้เกิดผลดีต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ และป้องกันไม่ให้ผู้ทำ UDC แอบอ้างว่าเป็นผู้ทำผลงานสร้างสรรค์เองทั้งหมด อันไม่เป็นธรรมต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ การกำหนดให้ต้องระบุถึงแหล่งที่มาจึงเป็นการให้ความคุ้มครองและคุ้มครองแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ว่าผู้ชมผลงาน UDC จะสามารถทราบถึงผลงานลิขสิทธิ์ต้นฉบับได้ และเป็นการให้คุ้มครองแก่ผู้ทำ UDC ที่ระบุถึงแหล่งที่มาเช่นเดียวกันว่าการใช้งานของตนจะไม่เป็นการใช้งานที่ละเมิดลิขสิทธิ์

**การกำหนดให้ต้องเป็นการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์อย่างมีเหตุอันควรเชื่ออย่างสมควรว่าผลงานนั้นไม่ได้เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์** การกำหนดเช่นนี้เป็นการกำหนดเพื่อให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ให้ถูกระทบกระทบมากเกินสมควร โดยกำหนดให้ผู้ใช้งานลิขสิทธิ์มาทำ UDC ต้องระมัดระวังและพิจารณาว่าผลงานที่ตนนำมาใช้จะต้องไม่เป็นผลงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ อันอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับอย่างมาก เนื่องจากสภาพของผลงาน UDC มีลักษณะที่เข้าถึงผู้ชมได้อย่างแพร่หลาย แต่หากเป็นผลงานที่ไม่ละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว ผู้ทำผลงาน UDC ย่อมได้รับความคุ้มครองให้สามารถสร้างสรรค์ผลงาน UDC ของตนได้ อันเป็นการส่งเสริมการทำผลงานสร้างสรรค์มากขึ้นด้วย

<sup>69</sup> Ibid.

<sup>70</sup> Ibid., p. 19.

**การใช้งานต้องไม่ก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่องานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้ และ ไม่เป็นการแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้** การกำหนดให้การใช้งานที่ก่อให้เกิดผลกระทบทางลบอย่างมีนัยสำคัญต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับ หรือเป็นการแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ ย่อมเป็นการใช้งานที่ไม่อาจได้รับความคุ้มครองให้ได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ โดยการกำหนดเช่นนี้ ทำให้สามารถพิจารณาการทำ UDC แต่ละกรณี<sup>71</sup> เพื่อป้องกันมิให้การใช้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ถูกระทบจนเกินสมควร และเป็นการสร้างความสมดุลให้บุคคลอื่นสามารถใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ หากไม่ก่อให้เกิดผลเสียต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ทำให้ผู้ทำ UDC ในกรณีนี้ได้รับความคุ้มครองอันเป็นการส่งเสริมให้มีการทำผลงานสร้างสรรค์เพิ่มมากขึ้น ทำให้มีความยืดหยุ่นเพียงพอต่อการปรับใช้เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์และประโยชน์ของสาธารณะในการมีผลงานสร้างสรรค์เพิ่มมากขึ้นด้วย เช่น แม้จะเป็นการกระทำ UDC ในลักษณะเดียวกัน แต่หากเป็นการวาดรูปแฟนอาร์ตลงในอินเทอร์เน็ตโดยคัดลอกรูปแบบงานศิลปะของผลงานต้นฉบับโดยจงใจให้ผู้ชมสับสนว่าผลงานใดเป็นผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับแล้ว อาจเป็นกรณีที่พิจารณาได้ว่าเป็นการใช้งานที่อาจส่งผลกระทบทางลบต่องานอันมีลิขสิทธิ์และเป็นการแทนที่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์<sup>72</sup> ในขณะที่หากมีความแตกต่างจนไม่เกิดความสับสนแล้ว ย่อมสามารถทำได้อันส่งผลให้มีผลงานสร้างสรรค์มากยิ่งขึ้นในสังคม

หากมีการดำเนินการตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดครบถ้วนแล้ว ผู้ทำ UDC ย่อมได้รับความคุ้มครองให้ใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ได้โดยไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ได้เพื่อทำผลงาน UDC ได้ แต่หากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้แล้ว กฎหมายลิขสิทธิ์แคนาดา ยังเปิดโอกาสให้ปรับใช้บทบัญญัติในมาตราอื่นเพื่อให้ความคุ้มครองการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ หากกรณีที่เป็นไปตามวัตถุประสงค์การใช้งานที่กฎหมายได้กำหนดไว้และพิจารณาแล้วว่าการใช้งานนั้นเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมตามหลักเกณฑ์ที่ศาลแคนาดาได้วางหลักเอาไว้ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยแล้ว จะเห็นว่า แม้ไทยจะมีบทบัญญัติสำหรับการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กำหนดไว้เป็นกรณีเฉพาะ แต่ก็ไม่อาจนำมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำ UDC ที่แม้การใช้งานนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดผลเสียต่อการให้ความคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์เลยก็ตาม ต่างกับประเทศแคนาดาที่มีการกำหนดบทบัญญัติพร้อมเงื่อนไขเพื่อให้ความคุ้มครองต่อผู้ทำ UDC ไว้ โดยมีการกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ เพื่อไม่ให้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ถูกระทบกระเทือนเกินสมควร

<sup>71</sup> Ibid., p. 26.

<sup>72</sup> Rachel Morgan, “Conventional Protections for Commercial Fan Art under the U.S. Copyright Act”, in *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law*, p.571.

## 7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากสภาพสังคมปัจจุบันที่มีการทำ UDC อย่างแพร่หลาย ทำให้เกิดปัญหาการให้ความคุ้มครองผู้ทำ UDC ที่ไม่เพียงพอของบทบัญญัติในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ในการให้ความคุ้มครองต่อผลงาน UDC จากการศึกษาแนวทางของกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลี ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

(1) สมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ให้มีข้อยกเว้นเฉพาะสำหรับการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อการทำผลงาน UDC โดยการกำหนดเช่นนี้ เป็นการกำหนดบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 29.21 ของประเทศแคนาดา โดยกำหนดให้มีเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองดังนี้

1) ต้องเป็นการใช้งานของผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตที่ไม่ใช่ผู้ประกอบการ หรือถูกจ้างงาน โดยผู้ประกอบการ เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าไม่รวมถึงกรณีที่ถูกจ้างให้ทำโดยผู้ประกอบการและไม่รวมถึงกรณีการร่วมกันกับผู้ประกอบการ ซึ่งกรณีนี้กฎหมายแคนาดาได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจ้างหรือการร่วมกันทำของผู้ประกอบการแต่อย่างใด ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า หากไม่มีการกำหนดไว้แล้วบทบัญญัตินี้อาจเป็นช่องทางสำหรับผู้ประกอบการที่ประสงค์จะใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อแสวงหาประโยชน์จากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ จนอาจทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้รับความคุ้มครองที่เพียงพอได้

2) ต้องเป็นการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้เผยแพร่แล้วเท่านั้น โดยผลงานที่นำมาใช้นั้น ต้องมิใช่ผลงานที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ผู้ใช้งานรู้หรือควรรู้ได้ถึงข้อเท็จจริงนั้น ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขนี้เป็นไปตามเงื่อนไขของประเทศแคนาดา เนื่องจากหากไม่กำหนดเช่นนี้แล้ว อาจเป็นการไม่ให้ความคุ้มครองที่เพียงพอต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีได้ประสงค์จะเผยแพร่ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์เผยแพร่ผลงานดังกล่าว การยินยอมให้มีการใช้ผลงานที่ถูกละเมิดหรือยังไม่ได้เปิดเผยย่อมไม่เป็นการให้ความคุ้มครองต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ผลงานต้นฉบับที่เพียงพอ

3) ต้องเป็นผลงาน UGC ที่อาจได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์เท่านั้น ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขนี้เป็นไปตามเงื่อนไขของประเทศแคนาดา เนื่องจากป้องกันมิให้เป็นช่องทางสำหรับการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ทำ User-Copied Content อันอาจทำให้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ต้นฉบับได้รับความเสียหาย โดยผู้ทำ User-Copied Content ไม่ได้ใช้ความสร้างสรรค์แต่อย่างใด ทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่อาจบรรลุได้ ซึ่งหากเป็นกรณีที่เป็นผลงาน UDC ที่มีความสร้างสรรค์เพียงพอที่จะอาจได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว ย่อมได้รับความคุ้มครอง เป็นการส่งเสริมการให้ความคุ้มครองผู้ใช้งานให้สร้างสรรค์ผลงานตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์

4) ต้องระบุถึงแหล่งที่มาของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ตามสมควร ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขนี้เป็นไปตามเงื่อนไขของประเทศแคนาดา เนื่องจากป้องกันไม่ให้เกิดการเข้าใจผิดว่าผลงาน UDC ที่ในบางครั้งอาจเป็นที่แพร่หลายมากกว่าผลงานอันมีลิขสิทธิ์ เป็นผู้สร้างสรรค์ผลงานนั่นเอง ทั้งหมด และการให้การรับรู้ถึงเจ้าของลิขสิทธิ์นี้ยังสามารถช่วยส่งเสริมให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับการเข้าถึงผลงานต้นฉบับมากยิ่งขึ้นด้วย

5) ต้องไม่ใช่การใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในลักษณะที่เป็นวัตถุประสงค์เพื่อหากำไรโดยตรง เพื่อให้สามารถพิจารณาจากเจตนารมณ์การใช้ผลงานที่มีอยู่ขณะทำและขณะเริ่มเผยแพร่ โดยไม่รวมถึงค่าตอบแทนทางอ้อมที่อาจได้มาโดยสภาพการทำ UDC ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขนี้แตกต่างจากประเทศแคนาดา เนื่องจากมีการระบุชัดถึงรายละเอียดการพิจารณาวัตถุประสงค์การใช้งานว่าต้องพิจารณา ณ ขณะทำและเผยแพร่เท่านั้น โดยไม่รวมถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในภายหลังตามสภาพของการทำ UDC เนื่องจากหากไม่กำหนดให้ชัดเจนและมีการตีความว่าการได้รับค่าตอบแทนจากกรณีดังกล่าวแล้ว จะทำให้ข้อยกเว้นนี้ไม่อาจปรับใช้เพื่อความคุ้มครองผู้ทำ UDC ได้จริง เนื่องจากโดยสภาพของผลงาน UDC แล้วย่อมสามารถสร้างรายได้จากการเข้าชมแก่ผู้ทำผลงานได้ เมื่อผลงานนั้นเป็นที่นิยม

6) ต้องเป็นการใช้งานที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อมูลค่าหรือการตลาดของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยกำหนดผ่านเงื่อนไขว่าต้องเป็นการใช้งานที่เป็นไปตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง และวรรคสามที่ได้เสนอแก้ไข เพื่อให้มีความชัดเจนเกี่ยวกับแนวทางการตีความมากยิ่งขึ้น และยังสามรถคำนึงถึงปัจจัยที่กำหนดไว้ในมาตรา 32 วรรคสามที่เสนอให้แก้ไขได้ เนื่องจากหากกำหนดให้การทำให้ UDC สามารถใช้ข้อยกเว้นที่กำหนดไว้โดยเฉพาะเป็นช่องทางเพื่อแสวงหากำไรจากผลงาน UDC ได้โดยไม่ต้องพิจารณาหรือคำนึงถึงผลเสียที่อาจเกิดขึ้นต่อผลงานอันมีลิขสิทธิ์ อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ได้

7) ต้องเป็นการกำหนดให้ผู้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อทำ UDC ต้องเสียค่าตอบแทนที่เป็นธรรมแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งเงื่อนไขนี้ไม่มีการกำหนดไว้ในกฎหมายของแคนาดาแต่อย่างใด แต่ในปัจจุบันผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในบางกรณีได้รับค่าตอบแทนจากการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อทำผลงาน UDC เช่นระบบ Content ID ของ YouTube เป็นต้น การกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดโดยไม่กำหนดให้ผู้ใช้งานต้องเสียค่าตอบแทนที่เป็นธรรม อาจเป็นการกระทบต่อแนวทางการดำเนินธุรกิจของเจ้าของลิขสิทธิ์ในปัจจุบันได้ อีกทั้งยังเป็นช่องทางทำให้ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถพิสูจน์ได้ถึงความเป็นธรรมของจำนวนค่าตอบแทนที่สมควรจะได้รับจากการใช้ผลงานสร้างสรรค์ของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยใช้สิทธิทางศาลได้หากพิจารณาแล้วเห็นว่าจำนวนค่าตอบแทนที่ได้รับมาเป็น

ค่าตอบแทนที่ไม่เป็นธรรมในการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน อันเป็นการให้ความคุ้มครองไม่ให้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ถูกระทบอย่างเกินสมควร

**(2) สมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 32 ให้มีลักษณะเป็นบทบัญญัติการใช้งานอย่างเป็นธรรมกรณีทั่วไปที่สามารถปรับใช้ได้กับทุกกรณี** ตามแนวทางของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี โดยดำเนินการแก้ไขในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

1) ปรับแก้มาตรา 32 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการตีความว่ารายการที่กำหนดในมาตรา 32 วรรค 2 เป็นเพียงตัวอย่างของวัตถุประสงค์ในการใช้งานที่อาจได้รับความคุ้มครองไม่ให้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น โดยแก้ไขมาตรา 32 วรรคสอง ดังนี้

“..... (10) การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นนอกจากที่ระบุไว้ใน (1) ถึง (8) ...”

การเพิ่มถ้อยคำเช่นนี้ ทำให้มาตรา 32 มีลักษณะเป็นข้อยกเว้นที่มีลักษณะทั่วไปสามารถปรับใช้ได้กับทุกกรณีมีความยืดหยุ่นเหมาะสมกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วด้วยเหตุผลความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี ซึ่งการกำหนดเช่นนี้ทำให้ UDC ที่ไม่อาจไม่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติที่ได้รับการยกเว้นโดยเฉพาะสามารถอ้างมาตรา 32 เพื่อได้รับความคุ้มครองไม่ให้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ หากพิจารณาแล้วเป็นการใช้งานที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามสมควร

2) ปรับแก้มาตรา 32 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ โดยแก้ไขให้มีความชัดเจนในหลักการตีความว่า การใช้งานไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามสมควรตามวรรคแรก ต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ใดบ้าง โดยนำหลักเกณฑ์ของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลีมากำหนดเพิ่มเติมไว้ในวรรคสาม โดยกำหนดให้มีปัจจัยที่ต้องพิจารณาร่วมกัน ดังนี้

ก. วัตถุประสงค์หรือลักษณะการใช้งาน รวมถึงพิจารณาว่าเป็นการใช้งานว่าเป็นการใช้งานที่มีลักษณะเป็นผลงานแปลงรูปหรือไม่ ซึ่งการกำหนดเช่นนี้ในประเด็นจะทำให้สามารถพิจารณาถึงองค์ประกอบการใช้งานว่าเป็นการแสวงหากำไรหรือไม่ โดยควรพิจารณาขณะทำผลงานนั้นเพื่อให้สอดคล้องกับธรรมชาติของผลงาน UDC ที่สามารถสร้างรายได้จากการเข้าชมแก่ผู้ทำผลงาน UDC ได้ เมื่อผลงานนั้นเป็นที่นิยม แม้ผู้ทำจะไม่ได้ประสงค์จะแสวงหากำไรก็ตาม

และการกำหนดถึงการพิจารณาว่าความแปดรูปของผลงาน เป็นไปเพื่อยืนยันได้ว่า สิทธิของผู้ใช้งานจะได้รับ ความคุ้มครองหากผลกระทบต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ผลงานต้นฉบับมีน้อยลง จากการใช้งานผลงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อทำผลงานแปดรูป อันเป็นสิ่งที่ควรให้ความคุ้มครองให้ผู้ใช้งานสามารถใช้ผลงานดังกล่าวเพื่อส่งเสริมให้เกิดผลงานสร้างสรรค์ทางศิลปะและวิทยาศาสตร์ อันเป็นวัตถุประสงค์ของการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ซึ่งการกำหนดให้ชัดเจนนี้ทำให้ศาลไทยต้อง พิจารณาถึงความแปดรูปของผลงานที่สร้างขึ้น โดยไม่ให้น้ำหนักหรือพิจารณาเพียงลักษณะการ ใช้งานว่าแสวงหากำไรหรือไม่ อันอาจทำให้ผลงาน UDC ที่แม้จะไม่ได้ส่งผลเสียต่อผลงานอันมี ลิขสิทธิ์ เนื่องจากเป็นผลงานแปดรูปไม่ได้รับความคุ้มครองได้

ข. พิจารณาลักษณะของผลงานที่มีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ อันเป็นการกำหนดสอดคล้อง กับสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี เพื่อให้ความคุ้มครองในระดับที่สูงกว่าสำหรับผลงาน สร้างสรรค์อันเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์

ค. พิจารณาถึงจำนวนหรือความสำคัญของสัดส่วนที่นำมาใช้เทียบกับผลงานอันมี ลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้ทั้งหมด โดยต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ด้วย เนื่องจากการ กำหนดให้ต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ เป็นการกำหนดให้ศาลปรับใช้ กฎหมายข้อนี้เข้ากับข้อเท็จจริงเฉพาะแต่ละกรณีโดยต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์การใช้งานอันมี ลิขสิทธิ์ ทำให้สามารถให้ความคุ้มครอง UDC ที่แม้ส่วนมากจะนำส่วนสำคัญหรือผลงานอันมี ลิขสิทธิ์ ในสัดส่วนที่มาใช้ แต่ก็ยังเป็นสัดส่วนที่เหมาะสมสำหรับการทำตามวัตถุประสงค์นั้น ๆ ได้รับความ คุ้มครองในกรณีที่พิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่นแล้วเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม

ง. พิจารณาถึงผลกระทบต่อตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งสอดคล้องกับ สหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี เพื่อให้ศาลสามารถพิจารณาการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ เป็นรายกรณี สามารถใช้ปัจจัยนี้ในการหาสมดุลระหว่างการให้ความคุ้มครองประโยชน์ทางเศรษฐกิจ อันเป็นหัวใจหลักของการให้ความคุ้มครองต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ได้สร้างสรรค์ผลงาน หากศาล พิจารณาว่าเป็นการใช้งานที่ไม่ส่งผลกระทบต่อตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์ในทางลบแล้ว หรือเป็นผลในทางบวก ศาลก็สามารถพิจารณาให้การใช้งานนั้นเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมได้รับความ คุ้มครองไม่ให้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้

นอกจากนี้การเสนอปรับแก้ไขมาตรา 32 จะทำให้ต้องแก้ไขข้อยกเว้นการละเมิด ลิขสิทธิ์ในมาตราอื่น ที่กำหนดให้ต้องเป็นการกระทำที่ได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง เพื่อให้ ได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ได้แก่ มาตรา 32/4 – 36 และมาตรา 43 โดยต้องแก้ไขให้ต้อง พิจารณาถึงมาตรา 32 วรรคสามว่าด้วยเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาการกระทำที่เป็นไปตามมาตรา

32 วรรคแรกประกอบการตีความด้วย ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 32/4 – 36 และมาตรา 43 โดยเป็นการเพิ่มถ้อยคำในลักษณะที่ว่า “...ได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่งและวรรคสาม”

**โดยสรุป** หากมีการแก้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ตามที่ผู้เขียนได้เสนอในข้อ (1) และ (2) นั้นจะทำให้ผลงาน UDC ได้รับความคุ้มครองมากขึ้นอย่างมาก โดยหากผลงานใดเป็นไปตามเงื่อนไขตามข้อเสนอแนะในข้อ (1) แล้วย่อมสามารถได้รับความคุ้มครองยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้เลยโดยไม่ต้องพิสูจน์เป็นรายกรณี อันอาจใช้ระยะเวลาในการดำเนินการที่นานกว่าและอาจมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการที่สูงกว่า อันเป็นการส่งเสริมให้ผู้ทำ UDC กล้าที่จะทำผลงานสร้างสรรค์ออกมามากยิ่งขึ้น เนื่องจากมีความแน่นอนและชัดเจนทางกฎหมายว่าหากทำครบตามเงื่อนไขแล้วย่อมไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ทำให้มีการสร้างสรรค์ผลงานมากยิ่งขึ้นตามวัตถุประสงค์ แต่หากผู้ทำ UDC ไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามการปรับแก้ไขกฎหมายตามข้อเสนอแนะข้อ (1) แล้ว การกระทำ UDC กรณีดังกล่าวก็อาจได้รับความคุ้มครองหากพิจารณาตามปัจจัยต่าง ๆ ตามที่เสนอแนะในข้อ (2) แล้วเป็นการใช้งานที่เป็นธรรม โดยสามารถอ้างมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ในฐานะบทบัญญัติทั่วไปในการให้ความคุ้มครองการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ อันจะส่งเสริมการให้ความคุ้มครองผลงาน UDC อันเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ของผู้ใช้งานและมีมูลค่าทางเศรษฐกิจ