เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามกฎหมายลิขสิทธิ์*
Freedom of Panorama in Copyright Law

คนึงนิจ ขาวแสง

Khanuengnit Khaosaeng

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
Assistant Professor Dr.
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author E-mail: khanuengnit@law.chula.ac.th

(Received: August 14, 2025; Revised: October 1, 2025; Accepted: October 3, 2025)

บทคัดย่อ

เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ (freedom of panorama) เป็นหลักการที่ถูกพัฒนาขึ้นในลักษณะของการเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เพื่อทำให้บุคคลสามารถบันทึกภาพอาคารสิ่งปลูกสร้างประติมากรรม หรืองานศิลปกรรมอันมีลิขสิทธิ์ที่ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ หลักการนี้มุ่งที่จะสร้างสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของผลงานที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะกับประโยชน์ของสาธารณชนและคุณค่าทางศิลปะในทัศนียภาพ แม้เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพจะได้รับการยอมรับและบัญญัติเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในกฎหมายหลายประเทศทั่วโลก แต่กลับไม่มีนิยามและขอบเขตที่แน่ชัดและเป็นหนึ่งเดียวกัน ทั้งนี้การกำหนดขอบเขตของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพให้กว้างย่อมเป็นการจำกัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่การให้ขอบเขตของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพที่แคบเกินไปก็จะเป็นการจำกัดเสรีภาพของปัจเจกชนและกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ บทความวิจัยนี้นำเสนอที่มา หลักการและแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ โดยศึกษาวิเคราะห์บทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามกฎหมายในต่างประเทศจำนวน 20 ประเทศและบทบัญญัติของประเทศไทย บทความวิจัยนี้เสนอบทวิเคราะห์ในประเด็นการกำหนดขอบเขต การปรับใช้และการตีความบทบัญญัติเพื่อให้สอดคล้องกับหลักคิดพื้นฐานของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพและหลักการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยคำนึงถึงการถ่วงดุลอย่างเหมาะสมระหว่างสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์กับคุณค่าของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพในประเด็นสำคัญ 5 ประการ ได้แก่ การกำหนดประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ลักษณะการตั้งอยู่ของงานนั้น ลักษณะการกระทำที่อนุญาตให้กระทำต่องานเหล่านั้น ขอบเขตการนำงานไปใช้ในทางพาณิชย์ และการกำหนดเงื่อนไขอื่นเพิ่มเติม

คำสำคัญ: เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ, การถ่ายภาพ, ลิขสิทธิ์, การละเมิดลิขสิทธิ์, ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

* บทความวิจัยนี้จัดทำขึ้นเพื่อเผยแพร่ผลการศึกษาวิจัยเรื่อง “เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ (Freedom of Panorama) ตามกฎหมายลิขสิทธิ์” ได้รับทุนสนับสนุนการวิจัยจากทุนพัฒนาอาจารย์ใหม่/นักวิจัยใหม่ กองทุนรัชดาภิเษกสมโภช ปีงบประมาณ พ.ศ. 2568 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Abstract

Freedom of panorama is a principle developed as a copyright infringement exception, allowing individuals to reproduce images of copyrighted buildings, sculptures, or other artistic works permanently situated in public spaces without obtaining permission from the copyright holder. This principle aims to strike a balance between the rights of authors of works located in public spaces and the public interest as well as the artistic value inherent in the surrounding scenery. Although freedom of panorama has been recognized and codified as a copyright exception in the legislation of numerous countries worldwide, there remains no universally accepted or clearly defined scope and definition. A broad formulation of this freedom would limit the rights of copyright holders, whereas an overly narrow scope would restrict individuals' freedom and undermine the public interest. This research article examines the origins and theoretical foundations of freedom of panorama, conducting a comparative analysis of copyright infringement exceptions relating to this principle under the laws of 20 foreign jurisdictions and Thailand. It offers a critical assessment regarding the determination of scope, application, and interpretation of such provisions to ensure consistency with both the underlying rationale of freedom of panorama and the general principles governing copyright exceptions. The analysis emphasizes the need for an appropriate balance between the rights of copyright owners and the societal value of freedom of panorama, focusing on five key aspects: (1) the categories of copyrighted works covered under the exception; (2) the manner in which such works are situated; (3) the types of acts permitted with respect to those works; (4) the extent of permissible commercial use; and (5) the inclusion of any additional requirements.

Keywords: Freedom of Panorama, Photography, Copyright, Copyright Infringement, Copyright Exception

1. บทนำ

วิวทิวทัศน์ธรรมชาติ ตึก อาคาร และสิ่งก่อสร้างอันเป็นงานสถาปัตยกรรม รูปปั้นหรืองานประติมากรรมที่จัดแสดงในสวนสาธารณะ ภาพจิตรกรรมฝาผนังบนอาคารในเขตเมืองล้วนเป็นทัศนียภาพในพื้นที่ชุมชนหรือเมืองโดยทั่วไปที่ประชาชนสามารถมองเห็นได้เป็นปกติ การเสพบรรยากาศและสภาพแวดล้อมเช่นนี้เป็นสิ่งที่คนทุกคนพึงกระทำได้ แต่นอกจากการมองและชื่นชมบรรยากาศแล้ว ทิวทัศน์และงานที่ปรากฏในทัศนียภาพเหล่านี้มักถูกบันทึกไว้ในหลากหลายรูปแบบ ทั้งที่เป็นการเก็บไว้เป็นความทรงจำส่วนตัวของผู้บันทึก และการบันทึกเพื่อนำเสนอภาพบรรยากาศของพื้นที่สาธารณะและผู้คนในเมือง

ซึ่งภาพเหล่านี้อาจปรากฏในลักษณะที่หลากหลาย เช่น การวาดเขียน การถ่ายภาพด้วยกล้องถ่ายรูป และการบันทึกเป็นภาพยนตร์และโสตทัศนวัสดุ โดยผู้บันทึกภาพอาจเป็นนักท่องเที่ยวหรือช่างภาพทั้งมือสมัครเล่นและมืออาชีพ อย่างไรก็ดี วัตถุที่ปรากฏในทัศนียภาพเหล่านั้นอาจเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ การบันทึกภาพงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ เมื่อกระทำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์จึงอาจเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการนำภาพที่บันทึกเหล่านั้นไปเผยแพร่ในสื่อต่าง ๆ เช่น การนำเสนอภาพบนอินเทอร์เน็ตทางเว็บไซต์และสื่อสังคมออนไลน์ การตีพิมพ์ภาพลงในสื่อสิ่งพิมพ์อย่างหนังสือพิมพ์ นิตยสาร โปสการ์ดและโปสเตอร์ และการเผยแพร่ภาพของงานเหล่านั้นซึ่งปรากฏในภาพยนตร์และโสตทัศนวัสดุ ยิ่งไปกว่านั้น อาจมีการนำภาพที่บันทึกได้ไปใช้เพื่อประกอบการโฆษณาสินค้า พิมพ์ลงบนเสื้อยืด หรือดัดแปลงเป็นงานโมเดลวัตถุเพื่อการค้าหรือแสวงหากำไร

การบันทึกภาพในทัศนียภาพทำให้เกิดการขัดแย้งกันระหว่างสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะและสิทธิและเสรีภาพของประชาชนทั่วไปในการบันทึกและเผยแพร่ทัศนียภาพที่มีงานอันมีลิขสิทธิ์ปรากฏอยู่ ด้วยเหตุนี้เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ (freedom of panorama) จึงเป็นหลักการที่ถูกพัฒนาขึ้นในลักษณะของการเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เพื่อทำให้บุคคลสามารถบันทึกภาพสิ่งปลูกสร้างหรือประติมากรรม และ/หรือ งานศิลปะอันมีลิขสิทธิ์ที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ดี แม้เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพจะได้รับการยอมรับและบัญญัติเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในกฎหมายหลายประเทศทั่วโลก แต่กลับไม่มีนิยามและขอบเขตที่แน่ชัดและเป็นหนึ่งเดียวกัน ทั้งนี้การกำหนดขอบเขตของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพให้กว้างย่อมเป็นการจำกัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ และในขณะเดียวกันการให้ขอบเขตของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพที่แคบเกินไปก็จะเป็นการจำกัดเสรีภาพของปัจเจกชนและกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

ความตระหนักของสาธารณชนเกี่ยวกับลิขสิทธิ์และสิทธิของผู้ใช้นั้นเริ่มเพิ่มขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคที่เทคโนโลยีด้านการสื่อสารพัฒนาไปอย่างมาก กลุ่มโครงการข้ามชาติ เช่น โครงการของ Wikimedia Foundation ซึ่งเป็นองค์กรไม่แสวงหากำไรที่สนับสนุนโครงการเผยแพร่ความรู้เสรี เช่น เว็บไซต์ Wikipedia หรือโครงการของ Google เช่น Google Street View ที่ให้ผู้ใช้งานสามารถมองเห็นภาพถ่ายแบบ 360 องศาของสถานที่จริงทั่วโลกในระดับถนน โดยสามารถเดินทางเสมือนจริงไปตามถนน หน้าร้านค้า อาคาร หรือจุดท่องเที่ยวต่าง ๆ ได้ผ่านหน้าจออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ และโครงการของ Niantic ซึ่งเป็นบริษัทพัฒนาซอฟต์แวร์จากสหรัฐอเมริกาที่มีชื่อเสียงจากการสร้างเกมมือถือแบบเสมือนจริง (Augmented Reality หรือ AR) ที่ใช้แผนที่และจำลองสถานที่จริงในโลกเป็นส่วนหนึ่งของการเล่นเกม เช่น เกม Pokémon Go เทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงและพัฒนาไปอย่างก้าวกระโดดนี้ทำให้โครงการเหล่านี้มีบทบาทสำคัญในการทำให้เกิดแนวคิดในการผลักดันและสนับสนุนเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ[1]

[1] Mélanie Dulong de Rosnay and Pierre-Carl Langlais, “Public artworks and the freedom of panorama controversy: a case of Wikimedia influence,” *Internet Policy Review* 6, no. 1 (2017): 9-10.

1.1 เค้าโครงการวิจัย

งานวิจัยชิ้นนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาที่มา หลักการและแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ (freedom of panorama) บทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามกฎหมายในต่างประเทศและประเทศไทย เพื่อเสนอบทวิเคราะห์ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในประเด็นการกำหนดขอบเขต การปรับใช้ และการตีความบทบัญญัติเพื่อให้สอดคล้องกับหลักคิดพื้นฐานของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพและหลักการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยคำนึงถึงการถ่วงดุลอย่างเหมาะสมระหว่างสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์กับคุณค่าของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ

ผู้วิจัยได้ศึกษาขอบเขตข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพในกฎหมายของต่างประเทศจำนวน 20 ประเทศ โดยศึกษากฎหมายของสหรัฐอเมริกา กฎหมายของประเทศในเครือจักรภพ (Commonwealth countries) 4 ประเทศ ได้แก่ สหราชอาณาจักร ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และแคนาดา กฎหมายของกลุ่มประเทศนอร์ดิก (Nordic countries) 4 ประเทศ ได้แก่ สวีเดน นอร์เวย์ เดนมาร์ก และฟินแลนด์ และกฎหมายของประเทศที่เป็นสมาชิกสหภาพยุโรป (European Union) อีก 11 ประเทศ ได้แก่ ฝรั่งเศส เยอรมนี เบลเยียม ฮังการี ออสเตรีย สเปน กรีซ ลักเซมเบิร์ก เอสโทเนีย ลิทัวเนีย และอิตาลี และศึกษาวิเคราะห์บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย

บทความวิจัยนี้แบ่งออกเป็น 5 ส่วน โดยส่วนแรกเป็นการนำเสนอเค้าโครงการวิจัย นิยามและที่มาของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ แนวคิดและหลักการที่สนับสนุนเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ และภาพรวมของปัญหาในการบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ ส่วนที่ 2 นำเสนอประเด็นที่ต้องพิจารณาในการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพซึ่งมีอยู่ 5 ประการ ได้แก่ การกำหนดประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ลักษณะการตั้งอยู่ของงานอันมีลิขสิทธิ์ ลักษณะการกระทำที่อนุญาตให้กระทำต่องานเหล่านั้น ขอบเขตการนำงานไปใช้ในทางพาณิชย์ และการกำหนดเงื่อนไขอื่นเพิ่มเติม ส่วนที่ 3 ของบทความแสดงตารางเปรียบเทียบกฎหมายของต่างประเทศทั้งหมด 20 ประเทศตามประเด็นที่ได้อธิบายไปในส่วนที่ 2 ต่อมาในส่วนที่ 4 ผู้วิจัยได้นำประเด็นและข้อควรพิจารณาที่ได้จากการศึกษาในส่วนที่ 1 ถึงส่วนที่ 3 มาใช้ในการวิเคราะห์ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพในกฎหมายไทย และส่วนที่ 5 นำเสนอบทสรุปและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ

1.2 นิยามและที่มาของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ

เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ (freedom of panorama) เป็นหลักการที่อนุญาตให้ผู้คนสามารถบันทึกภาพจากทัศนียภาพได้ แม้ว่าการทำเช่นนั้นอาจบันทึกติดงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น เช่น การวาดรูปตึกอาคารอันเป็นงานสถาปัตยกรรม การถ่ายภาพรูปปั้นอันเป็นงานประติมากรรม และการถ่ายภาพยนตร์ที่เห็นบรรยากาศของเมืองซึ่งอาจถ่ายติดงานศิลปกรรมอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น ก็เป็นเสรีภาพที่ปัจเจกชนสามารถกระทำได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานเหล่านั้น เสรีภาพใน

การบันทึกทัศนียภาพถูกนำไปบัญญัติเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในหลายประเทศทั่วโลกภายใต้เงื่อนไขสำคัญอันเป็นพื้นฐานว่างานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจะต้องตั้งอยู่เป็นการถาวรในที่สาธารณะ

แนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ หรือที่เรียกว่า *panoramafreiheit* (panorama freedom)[2] เมื่อแรกเริ่มนั้นถูกพัฒนาขึ้นภายในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี[3] โดยในปี ค.ศ. 1840 ราชอาณาจักรบาวาเรียออกกฎหมายรับรองให้การบันทึกภาพงานสถาปัตยกรรมในลักษณะภายนอกและอนุสาวรีย์ที่ตั้งอยู่ในพื้นที่สาธารณะเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์[4] ความริเริ่มนี้ได้รับการยอมรับโดยรัฐอื่น ๆ จนนำไปสู่การถกเถียงในระดับประเทศระหว่างกระบวนการรวมชาติของเยอรมนีในขณะนั้น โดยเนื้อหาการถกเถียงมุ่งเน้นถึงความสมดุลที่เหมาะสมระหว่างสิทธิของศิลปินในการควบคุมการเผยแพร่งานของตน และการรักษาพื้นที่สาธารณะให้เป็น “สมบัติส่วนรวม” (*Gemeingut*)[5] ต่อมาแนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพได้รับการยอมรับภายในประเทศ จนเมื่อปี ค.ศ. 1876 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อันเกี่ยวด้วยเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมนี[6] จากนั้นแนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางและถูกนำไปบัญญัติเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในหลายประเทศ ทั้งกฎหมายในระดับสหภาพยุโรป กฎหมายภายในของหลายประเทศทั่วทวีปยุโรป กฎหมายในสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักร รวมถึงในประเทศไทยด้วย

---

[2] นักวิชาการฝรั่งเศส Mélanie Dulong de Rosnay และ Pierre-Carl Langlais ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการเรียกชื่อแนวคิดนี้ไว้ว่า “ที่น่าสังเกตคือ แม้แต่ในประเทศเยอรมนีเองก็ยังไม่มีชื่อที่เป็นที่ยอมรับอย่างเป็นทางการและสม่ำเสมอในการเรียกข้อยกเว้นและข้อจำกัดเหล่านี้ แม้แนวคิดจะมีอายุยาวนานกว่า 170 ปี แต่คำศัพท์ที่ใช้เรียกแนวคิดนี้เพิ่งปรากฏขึ้นในช่วงทศวรรษ 1990 โดยคำว่า “Panoramafreiheit” น่าจะมีต้นกำเนิดมาจากประเทศสวิตเซอร์แลนด์ เป็นภาษาพูดที่แพร่กระจายอย่างรวดเร็วในประเทศที่ใช้ภาษาเยอรมันและฝรั่งเศส ความสำเร็จในระยะแรกนี้เกิดจากการเปลี่ยนมุมมองเชิงภาษาศาสตร์ที่เหมาะสมซึ่งสอดคล้องกับการถกเถียงเรื่องการประยุกต์ใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยเปลี่ยนไปเน้นที่มุมมองของผู้ใช้เป็นหลัก ขณะที่คำว่า “ข้อยกเว้น” เน้นถึงข้อจำกัดที่มีต่อกรอบการคุ้มครองของเจ้าของสิทธิ คำว่า “เสรีภาพ” กลับเน้นความสามารถในการนำผลงานทางปัญญากลับมาใช้ใหม่ (หรือไม่ใช้เลยก็ได้) ดังนั้น คำนี้จึงปรากฏในผลงานวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศและการปฏิบัติในยุคดิจิทัลตั้งแต่ช่วงเริ่มต้น” (Mélanie Dulong de Rosnay and Pierre-Carl Langlais, “Public artworks and the freedom of panorama controversy: a case of Wikimedia influence,” 5 (citations omitted)).

[3] Pauline Combe, “Copyright Protection of Work Displayed in Public Places: Challenges over the Freedom of Panorama Exception,” *Art Antiquity and Law* 23, no. 4 (2018): 317.

[4] Gesetzblatt für das Königreich Bayern 1840, No. 4, Art. II, Nr. 1, accessed 14 August 2025, https://www.bavarikon.de/object/bav:BSB-MDZ-00000BSB10345295.

[5] Mélanie Dulong de Rosnay and Pierre-Carl Langlais, “Public artworks and the freedom of panorama controversy: a case of Wikimedia influence,” 5.

[6] Law relating to Copyright in Works of Fine Art, 1876 (Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, 1876), § 6 Nr. 3: “Als verbotene Nachbildung ist nicht anzusehen: ... die Nachbildung von Werken der bildenden Künste, welche auf oder an Straßen oder öffentlichen Plätzen bleibend sich befinden. Die Nachbildung darf jedoch nicht in derselben Kunstform erfolgen...” (“การกระทำต่อไปนี้ไม่ถือว่าเป็นการทำซ้ำที่ต้องห้าม: ...การทำซ้ำผลงานศิลปกรรมที่ตั้งอยู่ถาวรบนหรือบริเวณถนนหรือสถานที่สาธารณะ อย่างไรก็ตาม การทำซ้ำนั้นต้องไม่กระทำในรูปแบบศิลปะเดียวกันกับต้นฉบับ...”).

กฎหมายลิขสิทธิ์จะเป็นกฎหมายที่เป็นธรรม เหมาะสม และสอดคล้องกับบริบททางสังคมได้ก็ต่อเมื่อมีการสร้างสมดุลอย่างเป็นธรรมระหว่างสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์และสิทธิของผู้ใช้ผลงานที่ได้รับการคุ้มครอง ดังนั้น แม้ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์จะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้ประโยชน์จากผลงานของตนตามกฎหมาย แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ในหลายประเทศก็ได้บัญญัติข้อยกเว้นบางประการที่อนุญาตให้บุคคลทั่วไปใช้ผลงานที่มีลิขสิทธิ์ได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากเจ้าของสิทธิ์ ข้อยกเว้นเหล่านี้มักมีลักษณะเฉพาะเจาะจงและขอบเขตจำกัด และโดยทั่วไปจะสะท้อนหลักการของการใช้งานอย่างเป็นธรรม

ในระดับนานาชาติ อนุสัญญากรุงเบิร์นว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม หรือ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works[7] (อนุสัญญากรุงเบิร์น) ซึ่งเป็นกรอบมาตรฐานขั้นต่ำของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในหมู่ประเทศภาคี แม้ไม่ได้ระบุโดยตรงถึงเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ แต่ก็เปิดโอกาสให้ประเทศภาคีสามารถบัญญัติข้อยกเว้นดังกล่าวได้ตามหลักที่เรียกว่า Three-step test ใน ข้อ 9(2) ซึ่งบัญญัติว่า

> “... ให้เป็นไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศภาคีของสหภาพในการอนุญาตให้ทำซ้ำผลงานดังกล่าวในกรณีเฉพาะบางกรณี โดยมีเงื่อนไขว่าการทำซ้ำนั้นต้องไม่ขัดต่อการใช้ประโยชน์ตามปกติของผลงาน และต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของผู้สร้างสรรค์ผลงานเกินสมควร ...”[8]

ในสหภาพยุโรป เสรีภาพในการถ่ายภาพทิวทัศน์ถือเป็นหนึ่งในข้อยกเว้นที่ได้รับการกล่าวถึงภายใต้ Directive 2001/29/EC (ต่อไปเรียกว่า “InfoSoc Directive”)[9] กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อปรับให้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปมีความสอดคล้องกัน โดยเฉพาะในบริบทของการใช้ผลงานลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัลและสังคมสารสนเทศ เช่น การทำสำเนาแบบดิจิทัล การเผยแพร่ผลงานผ่านอินเทอร์เน็ต และข้อยกเว้นในการใช้งาน เช่น การศึกษา การวิจารณ์ และการบันทึกทัศนียภาพ ข้อ 5(3)(h) ของ InfoSoc Directive บัญญัติว่า

---

[7] Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 1886 (Berne Convention).

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

[9] Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (InfoSoc Directive).

> "... รัฐสมาชิกอาจกำหนดข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดต่อสิทธิที่กำหนดไว้ในข้อ 2 และข้อ 3 ได้ในกรณีต่อไปนี้:
>
> ...การใช้ผลงานเช่นงานสถาปัตยกรรมหรือประติมากรรมที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อให้ตั้งอยู่ถาวรในพื้นที่สาธารณะ; ..."[10]

แม้ว่า InfoSoc Directive ของสหภาพยุโรปมีวัตถุประสงค์ในการสร้างความกลมกลืนของกฎหมายในกลุ่มประเทศสมาชิก รวมถึงการปฏิบัติตามอนุสัญญากรุงเบิร์น แต่ข้อ 5(3)(h) ของ InfoSoc Directive ไม่ได้มีสภาพบังคับให้ประเทศสมาชิกต้องบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อันเกี่ยวด้วยเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพข้อนี้ไว้เป็นกฎหมายภายในประเทศแต่อย่างใด โดยในปัจจุบันประเทศอิตาลีเป็นหนึ่งประเทศที่ไม่มีการบัญญัติรับรองข้อยกเว้นตามแนวทางในข้อ 5(3)(h) ของ InfoSoc Directive[11] และแม้ประเทศสมาชิกส่วนมากจะรับหลักการนี้และนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในประเทศตน แต่แต่ละประเทศมีอิสระในการกำหนดขอบเขตของข้อยกเว้นด้านลิขสิทธิ์ของตนเอง ส่งผลให้ข้อกำหนดเกี่ยวกับเสรีภาพในการถ่ายภาพทิวทัศน์ในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปมีความแตกต่างกันอย่างมาก ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เกิดปัญหาความไม่แน่นอนเกี่ยวกับการปรับใช้ข้อยกเว้นทางลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพภายในกลุ่มประเทศสมาชิกยุโรปในบางกรณี โดยเฉพาะเมื่อการบันทึกทัศนียภาพนั้นมีลักษณะของการเข้าถึงและใช้เนื้อหาที่มีลิขสิทธิ์ข้ามพรมแดน กล่าวคือ แม้การใช้ผลงานที่มีลิขสิทธิ์บางประเภทอาจได้รับการยกเว้นให้ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปประเทศหนึ่ง แต่การกระทำเดียวกันนั้นอาจถูกตีความว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายของอีกประเทศสมาชิกหนึ่งได้[12]

---

[10] InfoSoc Directive, Article 5: "Member States may provide for exceptions or limitations to the rights provided for in Articles 2 and 3 in the following cases:

...3. Member States may provide for exceptions or limitations to the rights provided for in Articles 2 and 3 in the following cases:

...(h) use of works, such as works of architecture or sculpture, made to be located permanently in public places; ..."

[11] กฎหมายลิขสิทธิ์ของอิตาลีไม่มีข้อยกเว้นที่เกี่ยวด้วยเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ อย่างไรก็ดี อิตาลีมีประมวลกฎหมายว่าด้วยมรดกทางวัฒนธรรมและภูมิทัศน์ (Code of Cultural Heritage and Landscape, Legislative Decree no. 42 of January 22, 2004) ที่บัญญัติให้ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมอาจถูกทำซ้ำได้ตามหลักเกณฑ์และภายใต้ข้อจำกัดที่บัญญัติไว้ในกฎหมายนี้ โดยต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานผู้มีอำนาจออกใบอนุญาต และต้องชำระค่าธรรมเนียม เว้นแต่ในกรณีที่การทำซ้ำดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อการใช้ส่วนบุคคล เพื่อการศึกษา หรือเพื่อการที่มิใช่เชิงพาณิชย์ (See e.g., Marco Francetti, "Italy," in *Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions*, eds. Bruce Kilpatrick, Pierre Kobel, and Pranvera Këllezi (Springer, 2018), 500).

[12] Eleonora Rosati, "Non-Commercial Quotation and Freedom of Panorama: Useful and Lawful?," *JIPITEC* 8, no. 4 (2017): 315, para 16.

1.3 แนวคิดและหลักการที่สนับสนุนเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ

เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพมีรากฐานมาจากแนวคิดที่ว่า หากผลงานใดถูกจัดแสดงตั้งอยู่ในที่สาธารณะเพื่อให้คนทั่วไปได้ชื่นชมในเชิงสุนทรียะ ใช้ในการเรียนรู้ หรือเพื่อการเสริมสร้างการพัฒนาทางปัญญาแล้ว สาธารณชนก็ควรมีสิทธิในการทำซ้ำผลงานนั้นในขอบเขตที่เหมาะสมเพื่อส่งเสริมวัตถุประสงค์เหล่านั้นต่อไปได้[13] เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพมุ่งที่จะสร้างสมดุลระหว่างสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สินและผลประโยชน์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความสำคัญของการอนุญาตให้ประชาชนสามารถถ่ายภาพในพื้นที่สาธารณะได้อย่างเสรีในระดับที่เหมาะสม[14]

แนวคิดข้างต้นนี้สอดคล้องกับความเห็นของผู้ร่างกฎหมายและศาลในต่างประเทศ เช่น หน่วยงานรัฐที่เสนอร่างกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศนอร์เวย์เห็นว่าข้อเสนอเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ตั้งอยู่ในพื้นที่สาธารณะมีพื้นฐานมาจากข้อเท็จจริงที่ว่างานดังกล่าวเสมือนเป็นสมบัติสาธารณะในแง่หนึ่ง และไม่ควรมีผู้สร้างสรรค์คนใดมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำส่วนหนึ่งส่วนใดของสภาพแวดล้อมภายนอกที่งานศิลปะหรืออาคารนั้นได้กลายเป็นองค์ประกอบร่วมอยู่ในนั้นโดยอาศัยการติดตั้งหรือก่อสร้างไว้ในสถานที่ดังกล่าว[15] ศาลในประเทศเยอรมนีที่ได้ให้ความเห็นในลักษณะเดียวกันว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ได้คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะในเสรีภาพทางทัศนียภาพ โดยมีพื้นฐานมาจากแนวคิดที่ว่างานสร้างสรรค์ที่ตั้งอยู่โดยถาวรบนถนนหรือจัตุรัสสาธารณะนั้น ได้กลายเป็นทรัพย์สินสาธารณะในแง่หนึ่ง และสอดคล้องกับแนวคิดที่ว่า เมื่อผู้สร้างสรรค์ยินยอมให้มีการติดตั้งหรือก่อสร้างผลงานของตนในสถานที่สาธารณะ ย่อมถือว่าเขาได้อุทิศผลงานนั้นให้แก่สาธารณชนในระดับหนึ่ง[16] ศิลปินที่สร้างสรรค์ผลงานเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวจะต้องคาดหมายได้ว่าผลงานเหล่านั้นจะถูกมองเห็นในพื้นที่สาธารณะ การชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ของแต่ละฝ่ายนำไปสู่ข้อสรุปว่า โดยหลักแล้ว เจ้าของสิทธิ์จะต้องยอมรับได้ว่าผลงานอาจถูกถ่ายภาพหรือบันทึกวิดีโอในสถานที่สาธารณะโดยไม่ได้รับความยินยอมจากตน[17] และตามที่ศาลสูงสุดของสวีเดนได้อธิบายไว้ว่าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพนั้นมีรากฐานมาจากประโยชน์สาธารณะในการที่ประชาชนสามารถทำซ้ำภาพทิวทัศน์ของเมืองหรือภูมิทัศน์ได้อย่างเสรี โดยไม่กระทบต่อสิทธิในผลงานศิลปะที่ปรากฏอยู่ในนั้น[18] นอกจากนี้ ผู้พิพากษาในนิวซีแลนด์ยังเคยให้ความเห็นในการวินิจฉัยคดีหนึ่งว่า “หากศิลปินสร้างประติมากรรมหรืออาคารที่ตั้ง

---

[13] Barron Oda, “Mobile Devices, Public Spaces, and Freedom of Panorama: Reconciling the Copyright Act with Technological Advances and Social Norms Regarding Content Creation and Online Sharing,” *SciTech Lawyer* 14, no. 2 (2018).

[14] Bryce Clayton Newell, “Freedom of Panorama: a Comparative Look at International Restrictions on Public Photography,” *Creighton Law Review* 44, no. 2 (2011): 406.

[15] Prop. 104 L (2016 –2017) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven), at 5.8.5, p.137 (เอกสารการเสนอร่างกฎหมายลิขสิทธิ์ของนอร์เวย์).

[16] Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 192/00, 5 June 2003, *Hundertwasser-Haus*.

[17] Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 247/15, 27 April 2017, *AIDA Kussmund*, para 29.

[18] Högsta Domstolen (Supreme Court of Sweden), 4 April 2016, Case no. Ö 849-15, *BUS v Wikimedia Sverige*, para 14, p.9.

อยู่ในที่สาธารณะอย่างถาวร โอกาสเดียวที่ศิลปินจะได้รับผลตอบแทนคือจากการสร้างผลงานนั้นตั้งแต่แรกเท่านั้น”[19] ดังนั้น การบันทึกภาพและนำภาพงานนั้นไปใช้จึงไม่ควรเป็นการกระทบสิทธิของศิลปินหรือเจ้าของผลงานที่เลือกตั้งผลงานของตนเองไว้ในที่สาธารณะ การที่ศาลได้วางแนวการพิจารณาเช่นนี้สะท้อนว่าศาลให้น้ำหนักในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะมากกว่าประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์ผลงานหรือเจ้าของลิขสิทธิ์[20]

นอกจากนี้ ลักษณะการสร้างสรรค์งานด้วยภาพและสื่อทัศนวัสดุในปัจจุบันมีรูปแบบที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมเมื่อเทียบกับการสร้างสรรค์งานและเทคโนโลยีในยุคเริ่มแรกที่มีการให้การคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์ผลงานและเจ้าของลิขสิทธิ์ แม้การจัดแสดงงานศิลปะในพื้นที่สาธารณะจะก่อให้เกิดประโยชน์ทางสังคมและวัฒนธรรม แต่หากกฎหมายให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่เข้มงวดอย่างไม่สมเหตุสมผล กลับจะส่งผลให้พื้นที่สาธารณะถูกจำกัดมากขึ้น เพราะเมื่อมีการติดตั้งงานศิลปะที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ในพื้นที่เหล่านั้น สิทธิของสาธารณชนในการถ่ายภาพและเผยแพร่ภาพของสถานที่และสภาพแวดล้อมอาจถูกจำกัดหรือยกเลิกไปโดยสิ้นเชิง

ในประเด็นนี้ Julia Reda นักวิชาการชาวเยอรมันและอดีตสมาชิกรัฐสภายุโรป (Member of the European Parliament) จากประเทศเยอรมนี ได้ให้ความเห็นไว้ในเอกสารข้อเสนอให้รัฐสภายุโรป (European Parliament) พิจารณาปรับปรุง InfoSoc Directive ให้สอดคล้องกับยุคดิจิทัลและสังคมสารสนเทศเพื่อรองรับเทคโนโลยีใหม่และรับรองสิทธิของผู้ใช้งานในยุคอินเทอร์เน็ต โดยมีสาระสำคัญว่าในกรณีการคุ้มครองลิขสิทธิ์และเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ เดิมทีกฎหมายมุ่งป้องกันการใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์อย่างไม่เหมาะสม เช่น การขายโปสการ์ดจำนวนมาก โดยไม่กังวลต่อการถ่ายภาพส่วนตัวของนักท่องเที่ยวทั่วไป แต่ในปัจจุบัน นักท่องเที่ยวสามารถถ่ายภาพดิจิทัลและเผยแพร่ลงสื่อสังคมออนไลน์ซึ่งอาจเข้าถึงได้โดยผู้คนทั่วโลก ด้วยพฤติกรรมเช่นนี้ของชาวยุโรปนับล้านคน กฎหมายลิขสิทธิ์จะมีความยุติธรรมและใช้ได้จริง ก็ต่อเมื่อการถ่ายภาพอาคารหรือประติมากรรมในที่สาธารณะได้รับการยกเว้นจากลิขสิทธิ์ มิฉะนั้นจะเป็นภาระเกินควรต่อกิจกรรมออนไลน์ประจำวัน นอกจากนี้ การหลอมรวมกันของสื่อ (media convergence) ได้เปลี่ยนแปลงวิธีที่ผู้คนสร้างและบริโภคเนื้อหาอย่างมาก แต่กฎหมายยุโรปยังไม่ทันต่อการเปลี่ยนแปลงนี้ หากข้อยกเว้นทางกฎหมายจะสามารถปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกในยุคดิจิทัลได้จริง ก็ต้องไม่จำกัดแค่เนื้อหาที่เป็นข้อความ แต่ต้องครอบคลุมถึงสื่อภาพและเสียง และบัญญัติไว้ให้ยืดหยุ่นพอที่จะรองรับรูปแบบการแสดงออกทางวัฒนธรรมใหม่ ๆ ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต[21]

---

[19] *Radford v Hallensteins Bros Ltd*, (District Court) Auckland CIV 2005-004-3008, 17 July 2006, Judge Hubble; *Radford v Hallenstein Bros Ltd*, (High Court of New Zealand) Auckland CIV 006-404-004881, [2007] BCL 363, Keane J, para [4].

[20] Aura Bertoni and Maria Lillà Montagnani, “Public Art and Copyright Law: How the Public Nature of Architecture Changes Copyright Protection,” *Future Anterior: Journal of Historic Preservation History, Theory, and Criticism* 12, no. 1 (2015): 49-50

[21] Julia Reda, Draft report on the implementation of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (2014/2256 (INI)), 15 January 2015, p.11.

ความเห็นของ Julia Reda สอดคล้องกับความเห็นของนักวิชาการท่านอื่นที่สะท้อนว่า เทคโนโลยีสมัยใหม่กำลังทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงต่อกระบวนการสร้างสรรค์และการจัดการภาพถ่ายอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องด้วยการสร้างภาพถ่ายโดยบุคคลทั่วไปในพื้นที่สาธารณะมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว ประกอบกับการเผยแพร่ภาพดังกล่าวอย่างแพร่หลายผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต กฎหมายที่กำหนดข้อจำกัดในการถ่ายภาพหรือเผยแพร่ภาพในพื้นที่สาธารณะจึงมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดข้อจำกัดต่อเสรีภาพทางความคิดสร้างสรรค์มากยิ่งขึ้น เมื่อเทียบกับบริบทในช่วงเวลาที่กฎหมายลิขสิทธิ์เริ่มมีผลบังคับใช้ในระยะแรกเริ่ม[22] ดังนั้น การบัญญัติคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่ให้มีการบันทึกและเผยแพร่ภาพที่บันทึกได้จากทัศนียภาพอาจกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกได้ เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพจึงอาจถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการแสดงออก (freedom of expression)[23] และเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร (freedom of information)[24] อันเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองโดยอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Convention on Human Rights หรือ ECHR) ปี ค.ศ. 1950[25] และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR)[26]

นอกจากแนวคิดข้างต้นที่ว่าสิทธิของผู้สร้างสรรค์และเจ้าของลิขสิทธิ์ควรถูกจำกัดด้วยเหตุที่ได้ยินยอมให้จัดแสดงผลงานไว้ในที่สาธารณะ และรูปแบบการสร้างสรรค์ภาพและเผยแพร่ทัศนียภาพควรได้รับการรับรองภายใต้เสรีภาพในการแสดงออกนั้น หลักการอีกประการหนึ่งที่สามารถสนับสนุนหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพได้ คือ สิทธิมนุษยชนในการมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรม (to participate in the cultural life of the community) ดังที่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) ข้อ 27 วรรคหนึ่งได้บัญญัติว่า “ทุกคนมีสิทธิที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในชีวิตทางวัฒนธรรมของชุมชนอย่างเสรี มีสิทธิที่จะเพลิดเพลินกับศิลปะ และมีสิทธิที่จะแบ่งปันความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และประโยชน์ที่เกิดจากสิ่งนั้น” ภายใต้หลักการดังกล่าว การบันทึกและเผยแพร่ภาพถ่ายจากทัศนียภาพในพื้นที่สาธารณะ แม้จะมีผลงานที่อยู่ภายใต้ลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นปรากฏอยู่ในภาพด้วย ก็ควรได้รับการคุ้มครองในระดับที่ไม่ด้อยไปกว่าสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ ทั้งนี้เพื่อส่งเสริมเสรีภาพในการเข้าถึงวัฒนธรรม ความคิดสร้างสรรค์ และการสื่อสารของประชาชนในสังคม

---

[22] Andrew Inesi, “Images of Public Places: Extending the Copyright Exemption for Pictorial Representations of Architectural Works to Other Copyrighted Works,” *Journal of Intellectual Property Law* 13, no. 1 (2005): 63; Bryce Clayton Newell, “Freedom of Panorama: a Comparative Look at International Restrictions on Public Photography,” 409.

[23] Pauline Combe, “Copyright Protection of Work Displayed in Public Places: Challenges over the Freedom of Panorama Exception,” 327, 330-331; Joshua Lobert, et.al., “The EU Public Interest Clinic and Wikimedia Present: Extending Freedom of Panorama in Europe,” *HEC Paris Research Paper No. LAW-2015-1092* (April 2015), accessed 14 August 2025, http://ssrn.com/abstract=2602683; Alifia Qonita Sudharto, “Freedom of Expresssion and Right to Privacy in the European Union: The Right to Photographs Private Properties,” *Indonesian Journal of International Law* 11, no. 4 (2014): 511-536.

[24] Prop. 104 L (2016 –2017) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven), at 5.8.5, p.137 (เอกสารการเสนอร่างกฎหมายลิขสิทธิ์ของนอร์เวย์)

[25] ECHR, Article 10.

[26] UDHR, Article 19.

1.4 ปัญหาในการบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ

แม้ว่าแนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพจะได้รับการยอมรับและถูกนำไปบัญญัติเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในหลายประเทศ แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ที่บัญญัติถึงเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพในนานาประเทศนั้นกลับไม่มีแนวทางในการกำหนดขอบเขตของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพที่เป็นอันหนึ่งเดียวกัน[27] ในทางตรงข้าม เงื่อนไขในการอนุญาตให้บันทึกทัศนียภาพกลับมีความแตกต่างกันในหลายประการ ดังนี้

ประการแรก ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพในหลายประเทศกำหนดแตกต่างกัน กล่าวคือ บางประเทศบัญญัติอนุญาตเฉพาะงานสถาปัตยกรรมเพียงประเภทเดียว บางประเภทอนุญาตเฉพาะงานสถาปัตยกรรมและประติมากรรม บางประเทศอนุญาตทั้งงานสถาปัตยกรรม ประติมากรรมและงานประเภทจิตรกรรม และบางประเทศบัญญัติอนุญาตครอบคลุมงานศิลปกรรมทุกประเภท

ประการที่สอง การกำหนดลักษณะการตั้งอยู่ของงานอันมีลิขสิทธิ์มีความแตกต่างกัน เช่น หลายประเทศกำหนดให้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นต้องตั้งอยู่เป็นการถาวรในที่สาธารณะ ในขณะที่บางประเภทบัญญัติเพียงว่าต้องเป็นงานที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะ โดยไม่ได้กำหนดว่าต้องเป็นการตั้งอยู่เป็นการถาวรแต่อย่างใด นอกจากนี้ นิยามของคำว่า “ที่สาธารณะ” และ “ตั้งอยู่เป็นการถาวร” มีขอบเขตและการตีความที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ

ประการที่สาม ลักษณะการกระทำที่อนุญาตให้บุคคลสามารถทำได้ภายใต้หลักดังกล่าวมีขอบเขตที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ประเทศที่ศึกษาส่วนมากอนุญาตให้บุคคลสามารถบันทึกภาพได้เพียงในรูปแบบสองมิติ (visual or pictorial form) เท่านั้น ในขณะที่บางประเทศบัญญัติให้บุคคลสามารถ “ทำซ้ำ” (reproduce) งานที่เข้าเงื่อนไขตามข้อยกเว้นได้โดยไม่ได้บัญญัติจำกัดรูปแบบในการทำซ้ำไว้

ประการที่สี่ บางประเทศบัญญัติห้ามไม่ให้บุคคลที่ได้รับอนุญาตให้กระทำตามข้อยกเว้นเกี่ยวด้วยเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพนำงานที่ได้บันทึกนั้นไปใช้เพื่อหากำไร (for profit) หรือเพื่อประโยชน์ในทางพาณิชย์หรือทางการค้า (commercial use) แต่บางประเทศไม่บัญญัติห้าม นอกจากนี้ ลักษณะการใช้ในทางการค้านั้นมีปัญหาในการตีความโดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้งานที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่งานในสื่อออนไลน์

ประการสุดท้าย นอกจากเงื่อนไขพื้นฐานอันเป็นองค์ประกอบการบัญญัติข้อยกเว้นภายใต้หลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพที่ได้กล่าวข้างต้น 4 ประการ อันได้แก่ การกำหนดประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ลักษณะการตั้งอยู่ของงานนั้น ลักษณะการกระทำต่องาน

---

[27] See e.g., Benoit Michaux, “International Report,” in *Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions*, eds. Bruce Kilpatrick, Pierre Kobel, and Pranvera Këllezi (Springer, 2018), 320.

เหล่านั้น และขอบเขตการนำงานไปใช้ในทางพาณิชย์แล้ว บางประเทศยังได้กำหนดเงื่อนไขอื่นเพิ่มเติม เช่น การจำกัดบุคคลที่สามารถใช้เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ การกำหนดให้ต้องพิจารณาถึงหลัก Three-step test ด้วยว่าการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์นั้นขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรหรือไม่ และการกำหนดว่าการบันทึกภาพงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจะต้องไม่เป็นวัตถุหลักที่ปรากฏ (primary or main subject) ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อนุญาตเพียงการบันทึกภาพที่ปรากฏงานอันมีลิขสิทธิ์โดยบังเอิญ (incidental inclusion) เท่านั้น เป็นต้น

2. ประเด็นที่ต้องพิจารณาในการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ

จากการศึกษาวิจัยพบว่าการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพในหลายประเทศทั่วโลกมีความแตกต่างกัน โดยสามารถสรุปได้เป็น 5 ประเด็น ได้แก่ การกำหนดประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ลักษณะการตั้งอยู่ของงานอันมีลิขสิทธิ์ ลักษณะการกระทำที่อนุญาตให้กระทำต่องานเหล่านั้น ขอบเขตการนำงานไปใช้ในทางพาณิชย์ และการกำหนดเงื่อนไขอื่นเพิ่มเติม โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.1 ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

จากการศึกษากฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ พบว่าประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นนี้มีการบัญญัติแตกต่างกัน ประเทศที่กำหนดประเภทงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อนุญาตตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพโดยมีขอบเขตที่แคบที่สุดคือ สหรัฐอเมริกา ซึ่งอนุญาตเฉพาะงานสถาปัตยกรรมเพียงประเภทเดียว บางประเทศอนุญาตเฉพาะงานสถาปัตยกรรมและประติมากรรม เช่น ประเทศฝรั่งเศสและลิทัวเนีย และหลายประเทศบัญญัติอนุญาตครอบคลุมงานสถาปัตยกรรม ประติมากรรม และงานศิลปกรรมทุกประเภท เช่น เยอรมนี ออสเตรีย สวีเดน เดนมาร์ก นอร์เวย์ ฟินแลนด์ สเปน กรีซ ลักเซมเบิร์ก และฮังการี

2.1.1 บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่อนุญาตให้บันทึกภาพได้เฉพาะงานสถาปัตยกรรม

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่สะท้อนถึงเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพในสหรัฐอเมริกาปรากฏอยู่ในมาตรา 120(a) ของกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งบัญญัติว่า

> “ลิขสิทธิ์ในงานสถาปัตยกรรมที่ได้ก่อสร้างขึ้นแล้ว ไม่รวมถึงสิทธิในการห้ามมิให้มีการจัดทำ แจกจ่าย หรือแสดงต่อสาธารณะซึ่งภาพ ภาพวาดเขียน ภาพถ่าย หรือการแสดงภาพในรูปแบบอื่นของงานนั้น หากอาคารซึ่งเป็นที่แสดงของงานดังกล่าวตั้งอยู่ในหรือสามารถมองเห็นได้ตามปกติจากสถานที่สาธารณะ”[28]

จากถ้อยคำในบทบัญญัตินี้ กฎหมายของสหรัฐอเมริกาอนุญาตให้การบันทึกทัศนียภาพครอบคลุมถึงเพียง “งานสถาปัตยกรรม” (architectural work) เพียงเท่านั้น คำว่า “งานสถาปัตยกรรม” มีนิยามตามกฎหมายว่า “การออกแบบของอาคาร (building) ซึ่งแสดงออกในสื่อที่จับต้องได้ รวมถึงตัวอาคาร แผนผังทางสถาปัตยกรรม หรือแบบร่าง งานดังกล่าวรวมถึงรูปแบบโดยรวม ตลอดจนการจัดวางและองค์ประกอบของพื้นที่และองค์ประกอบต่าง ๆ ในการออกแบบ แต่ไม่รวมถึงลักษณะมาตรฐานที่เป็นส่วนเฉพาะแต่ละรายการ”[29]

มาตรา 120(a) ถูกเพิ่มเข้าไปในกฎหมายลิขสิทธิ์โดยกฎหมาย Architectural Works Copyright Protection Act (AWCPA) ในปี ค.ศ. 1990 รัฐสภาสหรัฐอเมริกาได้ตรากฎหมาย AWCPA ขึ้น เพื่อให้สหรัฐอเมริกาปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญากรุงเบิร์น ซึ่งกำหนดให้ประเทศภาคีต้องให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งานสถาปัตยกรรม จึงเป็นที่น่าสังเกตว่าถ้อยคำในข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ปรากฏในมาตรา 120(a) นี้จึงระบุไว้เพียง “งานสถาปัตยกรรม” ตามความมุ่งหมายของกฎหมาย AWCPA อย่างไรก็ดี นิยามของคำว่า “งานสถาปัตยกรรม” ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นนี้กลับหมายมุ่งถึงสิ่งก่อสร้างเฉพาะ “อาคาร” (building) โดยในการยกร่างกฎหมาย AWCPA รัฐสภามองว่า “อาคาร” คือสิ่งก่อสร้างที่มนุษย์สามารถพักอาศัยได้ ซึ่งมีความหมายที่แคบและไม่ครอบคลุมถึงสิ่งก่อสร้างอื่น ๆ เช่น อนุสาวรีย์ สะพาน และงานประติมากรรมอื่น ๆ[30] Jane Ginsburg นักวิชาการลิขสิทธิ์ได้ให้ความเห็นต่อร่างกฎหมายฉบับนี้ว่าการบัญญัติกฎหมายเช่นนี้จะทำให้มีปัญหาในการปรับใช้โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่ออาคารประกอบด้วยองค์ประกอบที่อาจได้รับความคุ้มครองแยกต่างหากในลักษณะงานจิตรกรรม หรือประติมากรรม เช่น รูปปั้นการ์กอยล์ การทำภาพหรือบันทึกภาพสิ่งเหล่านั้นโดยไม่ได้รับอนุญาตอาจถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของงานจิตรกรรมหรือประติมากรรมดังกล่าว แม้ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์งานสถาปัตยกรรมที่ตั้งอยู่ใกล้เคียง[31]

---

[28] United States, 17 U.S. Code § 120(a): “The copyright in an architectural work that has been constructed does not include the right to prevent the making, distributing, or public display of pictures, paintings, photographs, or other pictorial representations of the work, if the building in which the work is embodied is located in or ordinarily visible from a public place.”

[29] United States, 17 U.S. Code §101.

[30] Mary LaFrance, “Public Art, Public Space, and the Panorama Right,” *Wake Forest Law Review* 55 (2020): 603-604 (citing H.R. REP. No 101-735 (1990), at 20).

[31] Jane C. Ginsburg, “Copyright in the 101st Congress: Commentary on the Visual Artists Rights Act and the Architectural Works Copyright Protection Act of 1990,” *Columbia-VLA Journal or Law & the Arts* 14 (1990): 495.

ส่วนสำคัญในการปรับใช้และการตีความมาตรา 120(a) จึงอยู่ที่คำว่า “งานสถาปัตยกรรม” (architectural work) ซึ่งมีนัยที่มุ่งหมายถึง “อาคาร” (building) ที่ผู้คนพักอาศัยอยู่ได้ หากไม่ใช่อาคารที่คนสามารถพักอาศัยได้ สิ่งนั้นย่อมไม่ใช่ “อาคาร” และจึงไม่เป็น “งานสถาปัตยกรรม” ที่อยู่ภายใต้เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามมาตรา 120(a) เช่น ในคดี *Gaylord v. United States*[32] การจัดพิมพ์และจำหน่ายแสตมป์ที่ปรากฏภาพงานประติมากรรมไม่เข้าข้อยกเว้นมาตรา 102(a) เพราะงานประติมากรรมไม่ใช่อาคาร จึงไม่ใช่งานสถาปัตยกรรม



รูปที่ 1: แสตมป์ที่แสดงภาพประติมากรรมชื่อ “The Column”[33]

โจทก์ในคดีนี้เป็นผู้สร้างประติมากรรมชื่อ “The Column” ซึ่งตั้งอยู่ที่อนุสรณ์สถานทหารผ่านศึกสงครามเกาหลีในกรุงวอชิงตัน ดี.ซี. ประติมากรรมดังกล่าวประกอบด้วยรูปปั้นทหารอเมริกันจำนวน 19 นาย แสดงภาพทหารเดินแถวในสนามรบช่วงสงครามเกาหลี เมื่อปี ค.ศ. 2005 ที่ทำการไปรษณีย์แห่งสหรัฐอเมริกา (U.S. Postal Service) ได้ออกแสตมป์เพื่อรำลึกครบรอบ 50 ปีของการลงนามสงบศึกในสงครามเกาหลี โดยมีภาพถ่ายประติมากรรมดังกล่าวซึ่งปรากฏรูปปั้นทหาร 14 นายจากทั้งหมด 19 นาย คดีนี้ Court of Federal Claims[34] ซึ่งเป็นศาลชั้นต้นตัดสินว่าประติมากรรมดังกล่าวไม่ถือเป็น “อาคาร” จึงไม่เข้าข่ายเป็น “งานสถาปัตยกรรม” ตามความหมายของกฎหมาย AWCPA[35] โดยศาลให้เหตุผลว่า ผลงานชิ้นนี้เป็นการแสดงออกทางศิลปะที่มีจุดประสงค์เพื่อสื่อสารข้อความหรือความรู้สึกมากกว่าที่จะถูกใช้เป็นพื้นที่สำหรับการอยู่อาศัยของคนทั่วไป ศาลอธิบายเพิ่มเติมว่า อนุสรณ์สถานแห่งนี้

---

[32] *Gaylord v. United States*, 85 Fed. Cl. 59 (2008); *Gaylord v. United States*, 595 F.3d 1364 (Fed. Cir. 2010).

[33] *Gaylord v. United States*, 595 F.3d 1364 (Fed. Cir. 2010), at 1371.

[34] United States Court of Federal Claims เป็นศาลของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา มีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับข้อเรียกร้องค่าเสียหายต่อรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา

[35] นอกเหนือจากการยกข้อต่อสู้โดยอาศัยหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามบทบัญญัติมาตรา 120(a) แล้ว จำเลยในคดีนี้ยังได้ยกข้อต่อสู้อื่นเพิ่มเติมด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการโต้แย้งว่าการใช้ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นของหลัก “fair use” อย่างไรก็ตาม ประเด็นเกี่ยวกับการพิจารณาเรื่อง fair use นั้น อยู่นอกเหนือขอบเขตของงานวิจัยฉบับนี้ ผู้วิจัยจึงไม่ได้นำมาวิเคราะห์โดยละเอียดในที่นี้

อนุญาตให้บุคคลเดินผ่านหรือเข้าถึงได้เช่นเดียวกับทางเดินหรือสะพาน แต่ไม่ได้ถูกออกแบบมาเพื่อให้เข้าอยู่อาศัย (not intended for occupancy) แต่อย่างใด[36] ศาลอุทธรณ์เห็นชอบด้วยคำตัดสินข้างต้นของศาลชั้นต้น[37] นอกจากนี้ ศาลอุทธรณ์ยังได้อ้างอิงถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความหมายของ “อาคาร” (building) ตามที่บัญญัติไว้ในข้อบังคับของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา หรือ Code of Federal Regulations (CFR) ว่า “อาคาร” คือ “โครงสร้างที่มนุษย์สามารถอยู่อาศัยได้ ซึ่งถูกออกแบบให้มีลักษณะถาวรและไม่เคลื่อนที่ เช่น บ้านและอาคารสำนักงาน รวมถึงโครงสร้างถาวรและไม่เคลื่อนที่อื่น ๆ ที่ออกแบบมาเพื่อการอยู่อาศัยของมนุษย์ เช่น โบสถ์ พิพิธภัณฑ์ ศาลา และศาลาในสวน”[38] คำจำกัดความนี้ไม่รวมถึง “โครงสร้างที่ไม่ใช่อาคาร” เช่น สะพาน ทางแยก เขื่อน ทางเดิน เต็นท์ ยานพาหนะเพื่อการพักผ่อน บ้านเคลื่อนที่ และเรือ[39] จากนิยามนี้ จะเห็นได้ว่าประติมากรรมกลางแจ้งที่ไม่ได้ออกแบบมาเพื่อการอยู่อาศัย ไม่เข้าเกณฑ์ของคำว่า “อาคาร” และจึงไม่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของกฎหมาย AWCPA

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกาในประเด็นการปรับใช้มาตรา 120(a) พบว่า ศาลได้วางแนวการตีความคำว่า “งานสถาปัตยกรรม” (architectural work) ว่าครอบคลุมถึง “อาคาร” (building) ซึ่งต้องเป็นอาคารที่ผู้คนสามารถพักอาศัยอยู่ได้ ส่วนงานจิตรกรรม และงานสถาปัตยกรรมอาจอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นตามมาตรา 120(a) ได้ หากงานเหล่านั้นเป็นส่วนหนึ่งหรือเชื่อมโยงกับงานสถาปัตยกรรมในทางกายภาพ

ยกตัวอย่างเช่น คดี *Leicester v. Warner Brothers*[40] จำเลยในคดีนี้เป็นผู้สร้างภาพยนตร์ Batman Forever โดยจำเลยถ่ายทำภาพยนตร์ตอนหนึ่งโดยฉากพื้นหลังเป็นอาคาร 801 Tower ที่ตั้งอยู่ใจกลางเมืองลอสแอนเจลิสโดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของตึก แต่ฉากดังกล่าวปรากฏภาพกลุ่มหอคอยสี่หอซึ่งเป็นงานประติมากรรมที่ตั้งอยู่ในลานข้างอาคาร 801 Tower ด้วย ผู้สร้างสรรค์งานประติมากรรมเป็นโจทก์ฟ้องว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ โดยนำงานของตนไปใช้ในการถ่ายทำภาพยนตร์ โฆษณาภาพยนตร์ดังกล่าว และใช้ภาพในทางพาณิชย์เช่นการขายเสื้อที่มีภาพงานของโจทก์ปรากฏอยู่ด้วย ศาลชั้นต้นซึ่งเห็นชอบด้วยศาลอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยว่าจำเลยไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ในประติมากรรมหอคอยทั้งสี่ เนื่องจากประติมากรรมที่ปรากฏในฉากภาพยนตร์นั้นไม่ถือเป็นผลงานประติมากรรมแยกต่างหาก แต่เป็นส่วนหนึ่งของงานสถาปัตยกรรมที่รวมอยู่ในอาคาร 801 Tower ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาตรา 120(a) เหตุที่ศาลตัดสินเช่นนี้เนื่องมาจากในการสร้างอาคาร 801 Tower เจ้าของโครงการจะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนด

---

[36] *Gaylord v. United States*, 85 Fed. Cl. 59 (2008), at 72.

[37] *Gaylord v. United States*, 595 F.3d 1364 (Fed. Cir. 2010) at 1381.

[38] 37 CFR § 202.11(b)(1) - Architectural works: “For the purposes of this section, the term building means humanly habitable structures that are intended to be both permanent and stationary, such as houses and office buildings, and other permanent and stationary structures designed for human occupancy, including but not limited to churches, museums, gazebos, and garden pavilions.”

[39] 37 CFR § 202.11(d)(1): “Works excluded. The following structures, features, or works cannot be registered: ...Structures other than buildings. Structures other than buildings, such as bridges, cloverleafs, dams, walkways, tents, recreational vehicles, mobile homes, and boats.”

[40] *Leicester v. Warner Brothers*, 232 F.3d 1212 (9th Cir. 2000).

ของหน่วยงานพัฒนาเมืองในการที่ต้องจัดให้มีการสร้าง “streetwall” ที่ต่อเนื่องจากฐานของอาคารไปจนถึงแนวเขตที่ดิน เพื่อให้เกิดบรรยากาศแบบถนนในเขตเมืองและผสานความงามเชิงศิลป์เข้ากับโครงสร้างเมือง ซึ่งอาคารต่าง ๆ มักตั้งชิดกันจนเกิดเป็นแนวผนังต่อเนื่องทั้งสองฝั่งถนน เจ้าของอาคาร 801 Tower เลือกที่จะพัฒนาองค์ประกอบทางศิลปะในพื้นที่ดังกล่าวด้วยการว่าจ้างให้โจทก์ออกแบบและติดตั้งงานศิลปะที่พิพาทในคดีนี้ในพื้นที่ลานด้านทิศใต้ของอาคาร

นอกจากนี้ งานจิตรกรรมฝาผนัง (mural) ที่ปรากฏอยู่ภายนอกอาคาร หากเป็นงานจิตรกรรมที่อยู่ติดกับอาคารนั้น แม้ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของอาคารมาแต่เดิม ก็อาจเข้าข้อยกเว้นมาตรา 120(a) ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาได้ โดยในคดี *Mercedes Benz USA LLC v. Lewis*[41] ศาลได้ตัดสินว่าการที่บริษัท Mercedes Benz ถ่ายภาพรถยนต์เพื่อลงโฆษณาในสื่อสังคมออนไลน์ โดยภาพที่ถ่ายนั้นมีพื้นหลังเป็นงานจิตรกรรมฝาผนังที่กลุ่มศิลปินได้วาดไว้โดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งปรากฏบนตึกอาคารที่ตั้งอยู่ใจกลางเมืองดีทรอยต์นั้น เป็นการกระทำที่เข้าข้อยกเว้นมาตรา 120(a) เพราะงานจิตรกรรมดังกล่าวเป็นงานที่ติดอยู่กับงานสถาปัตยกรรมที่มองเห็นในที่สาธารณะ

หากงานศิลปกรรมใดไม่ได้อยู่ติดกับอาคารที่เป็นงานสถาปัตยกรรมที่มองเห็นได้ในที่สาธารณะ งานนั้นไม่อยู่ภายใต้เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น ในคดี *Davidson v. United States*[42] ที่ทำการไปรษณีย์แห่งสหรัฐอเมริกาได้ออกแสตมป์ที่เป็นภาพหน้าของเทพีเสรีภาพ (Statue of Liberty) ซึ่งไม่ใช่เทพีเสรีภาพอันเป็นงานที่อยู่ในสาธารณสมบัติ (public domain) แต่เป็นเทพีเสรีภาพอีกชิ้นงานหนึ่งซึ่งเป็นงานประติมากรรมอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ งานประติมากรรมของโจทก์ตั้งอยู่หน้าอาคารคาสิโน New York, New York Hotel & Casino ในเมืองลาสเวกัส จำเลยยกข้อต่อสู้ประการหนึ่งว่างานของโจทก์เป็นส่วนหนึ่งของงานสถาปัตยกรรม การกระทำของจำเลยไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เพราะเข้าข้อยกเว้นมาตรา 120(a) คดีนี้ Court of Federal Claims พิจารณาแล้วตัดสินว่าข้อต่อสู้ของจำเลยฟังไม่ขึ้น ศาลวินิจฉัยว่าประติมากรรมของโจทก์ไม่ใช่อาคาร และบทบัญญัติมาตรา 120(a) ไม่อาจปรับใช้ได้กับงานประติมากรรม โดยศาลอธิบายว่า “การถือว่ารูปปั้นเป็นสิ่งเดียวกันกับอาคารที่เป็นส่วนประกอบของคาสิโนนั้น ไม่สอดคล้องกับการตีความตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายและข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง อีกทั้งยังขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐสภาสหรัฐอเมริกาในการแก้ไขกฎหมายเมื่อปี ค.ศ. 1990 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อขยายความคุ้มครองให้ครอบคลุมถึงงานสถาปัตยกรรม โดยมิได้มีเจตนาที่จะลดทอนความคุ้มครองที่มีอยู่เดิมต่อผลงานประเภทอื่น ๆ”[43]

---

[41] *Mercedes Benz USA LLC v. Lewis*, Case No. 19-10948 (E.D. Mich. 2019).

[42] *Davidson v. United States*, 2017 U.S. Claims LEXIS 841; *Davidson v. United States*, 138 Fed. Cl. 159 (2018).

[43] *Davidson v. United States*, 2017 U.S. Claims LEXIS 841, at *7.

ขอบเขตแห่งกฎหมายที่รับรองเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพไว้อย่างแคบเพียงงานสถาปัตยกรรมเช่นในสหรัฐอเมริกา เป็นผลให้การบันทึกภาพงานศิลปกรรมอันมีลิขสิทธิ์ประเภทอื่นที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะ เช่น งานประติมากรรมและงานจิตรกรรม มีแนวโน้มเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และอาจทำให้ศิลปินหรือเจ้าของลิขสิทธิ์ในสหรัฐอเมริกาเริ่มใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ของตนอย่างเข้มงวดมากขึ้น ศิลปินบางรายที่มีผลงานประติมากรรมในพื้นที่สาธารณะอาจดำเนินการหรือข่มขู่ว่าจะดำเนินการบังคับใช้สิทธิต่อช่างภาพที่ถ่ายภาพผลงานของตน แม้ว่าผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นจะเป็นผู้อนุญาตให้ตั้งแสดงผลงานไว้ในที่สาธารณะเองก็ตาม[44]

2.1.2 บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่อนุญาตให้บันทึกภาพได้เฉพาะงานสถาปัตยกรรมและประติมากรรม

ในประเทศฝรั่งเศส ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพนั้นเกี่ยวข้องกับการทำซ้ำและการแสดงผลงานสถาปัตยกรรมและประติมากรรม ดังที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศฝรั่งเศส (Code de la propriété intellectuelle)[45] ในมาตรา 122-5(11) ซึ่งถูกเพิ่มเติมเมื่อปี ค.ศ. 2016[46] บัญญัติว่า

> “เมื่อผลงานได้ถูกเปิดเผยแล้ว ผู้สร้างสรรค์จะไม่สามารถห้ามการทำซ้ำและการแสดงผลงานสถาปัตยกรรมและประติมากรรมที่ตั้งอยู่ถาวรบนทางสาธารณะ ซึ่งกระทำโดยบุคคลธรรมดา โดยยกเว้นการใช้เพื่อวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์”[47]

บทบัญญัตินี้มีข้อกำหนดที่เข้มงวดเพื่อจำกัดขอบเขตการใช้งานตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ 3 ประการสำคัญ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง ข้อยกเว้นนี้ใช้ได้เฉพาะกับงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทงานสถาปัตยกรรมหรืองานประติมากรรมที่ตั้งอยู่ถาวรบนทางสาธารณะเท่านั้น ประการที่สอง ห้ามใช้งานสถาปัตยกรรมและประติมากรรมในลักษณะเชิงพาณิชย์ และประการสุดท้าย ข้อยกเว้นนี้ใช้ได้เฉพาะกับบุคคลธรรมดาเท่านั้น ไม่รวมบริษัทหรือสมาคม[48]

---

[44] See e.g. Mary LaFrance, “Public Art, Public Space, and the Panorama Right,” 615-617.

[45] French Intellectual Property Code (Code de la propriété intellectuelle).

[46] Law No. 2016-1321 of 7 October 2016.

[47] French Intellectual Property Code, Article L122-5(11): “Lorsque l’oeuvre a été divulguée, l’auteur ne peut interdire : ... 11° Les reproductions et représentations d’œuvres architecturales et de sculptures, placées en permanence sur la voie publique, réalisées par des personnes physiques, à l’exclusion de tout usage à caractère commercial...”

[48] Martina Isola and Guillaume Couet, “France,” in *Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions*, eds. Bruce Kilpatrick, Pierre Kobel, and Pranvera Këllezi (Springer, 2018), 433–434.

นอกจากประเทศฝรั่งเศสที่บัญญัติชัดเจนถึงงานเพียงสองประเภทคือ งานสถาปัตยกรรมและประติมากรรม สหราชอาณาจักรเป็นอีกหนึ่งประเทศที่บัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมงานทั้งสองประเภท และ “งานฝีมือศิลปะ” (work of artistic craftmanship) อย่างไรก็ดี แนวการพิจารณาของนักวิชาการลิขสิทธิ์เห็นไปในทางสอดคล้องกันว่า “งานฝีมือศิลปะ” ตามบทบัญญัตินั้น ครอบคลุมเพียงงานที่มีลักษณะเป็นสามมิติเท่านั้น มาตรา 62 กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักร (Copyright, Designs and Patents Act 1988 หรือ CDPA) บัญญัติว่า

“การแสดงงานศิลปกรรมบางประเภทในที่สาธารณะ

(1) ข้อกำหนดนี้ใช้บังคับกับ—

(a) อาคาร และ

(b) ประติมากรรม แบบจำลองสำหรับอาคาร และงานฝีมือศิลปะ ถ้าหากตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะ หรือในสถานที่ที่เปิดให้ประชาชนเข้าชมได้

(2) สิทธิในงานดังกล่าวจะไม่ถูกละเมิดโดย—

(a) การสร้างงานกราฟิกที่เป็นการแสดงงานนั้น

(b) การถ่ายภาพหรือถ่ายภาพยนตร์ของงานนั้น

(c) การแพร่ภาพของงานนั้น

(3) และสิทธิในงานศิลปกรรมจะไม่ถูกละเมิดโดยการแจกจ่ายสำเนาหรือการเผยแพร่ต่อสาธารณะของสิ่งใด ๆ ที่การสร้างสิ่งนั้นไม่ได้ถือเป็นการละเมิดสิทธิ์ตามข้อกำหนดในมาตรานี้”[49]

---

[49] United Kingdom, Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA), Section 62: “Representation of certain artistic works on public display.

(1) This section applies to—

(a) buildings, and

(b) sculptures, models for buildings and works of artistic craftsmanship, if permanently situated in a public place or in premises open to the public.

(2) The copyright in such a work is not infringed by—

(a) making a graphic work representing it,

(b) making a photograph or film of it, or

(c) making a broadcast of a visual image of it.

(3) Nor is the copyright infringed by the issue to the public of copies, or the communication to the public, of anything whose making was, by virtue of this section, not an infringement of the copyright.”

คำว่า “อาคาร” (building) มีนิยามตามกฎหมาย CDPA ให้หมายรวมถึง “สิ่งปลูกสร้างถาวรใด ๆ ตลอดจนส่วนหนึ่งของอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างถาวรนั้นด้วย”[50] คำว่า “ประติมากรรม” มีความหมายถึง “แม่พิมพ์หรือแบบจำลองที่สร้างขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำประติมากรรม” เมื่อพิจารณานิยามข้างต้นจะเห็นได้ว่าอาคารและประติมากรรมมีลักษณะเป็นงานที่มีรูปทรงสามมิติ นักวิชาการลิขสิทธิ์หลายท่านจึงให้ความเห็นถึงการตีความคำว่า “งานฝีมือศิลปะ” (work of artistic craftmanship) ว่ามีความหมายถึงงานศิลปกรรมในรูปแบบสามมิติ ไม่รวมถึงงานจิตรกรรม เช่น ภาพที่วาดบนกำแพงหรือจิตรกรรมฝาผนัง[51]

เป็นที่น่าสังเกตว่าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพในประเทศออสเตรเลีย[52] นิวซีแลนด์[53] และแคนาดา[54] มีการกำหนดประเภทงานที่เข้าข้อยกเว้นและใช้ถ้อยคำคล้ายคลึงกับมาตรา 62 แห่งกฎหมาย CDPA ของสหราชอาณาจักร โดยทั้งสามประเทศที่กล่าวถึงนี้ต่างบัญญัติว่า “อาคาร” (building) หรือ “สถาปัตยกรรม” (architectural work) “ประติมากรรม” (sculpture) และ “งานฝีมือศิลปะ” (work of artistic craftmanship) อยู่ในขอบเขตงานที่รับรองในข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลในประเทศนิวซีแลนด์เคยอธิบายถึงขอบเขตการปรับใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพในมาตรา 73 ของกฎหมาย Copyright Act 1994 ของนิวซีแลนด์ว่า บทบัญญัตินี้อนุญาตให้มีการทำซ้ำงานที่มีรูปทรงสามมิติด้วยการทำซ้ำในรูปแบบสองมิติเท่านั้น เพื่อไม่ให้ผลงานที่ดัดแปลงนั้นเป็นการสร้างงานเดิมขึ้นใหม่หรือนำมาใช้แทนผลงานต้นฉบับได้[55] อย่างไรก็ดี การตีความคำว่า “งานฝีมือศิลปะ” (work of artistic craftsmanship) ในประเทศต่าง ๆ เช่น สหราชอาณาจักร ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และแคนาดา ยังคงไม่ชัดเจนว่าจะถูกจำกัดความเพียงเฉพาะงานที่อยู่ในรูปแบบสามมิติ หรืออาจตีความในเชิงกว้างเพื่อให้ครอบคลุมงานศิลปกรรมประเภทอื่น เช่น งานจิตรกรรม ทั้งนี้ยังต้องรอดูแนวทางของกฎหมายและคำพิพากษาที่จะเกิดขึ้นต่อไป

---

[50] Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA), Section 4.

[51] Francesca Barra, “The Relationship between Street Art and Freedom of Panorama under UK Law,” *Art Antiquity and Law* 26, no. 3 (2021): 244-245; Pauline Combe, “Copyright Protection of Work Displayed in Public Places: Challenges over the Freedom of Panorama Exception,” 319-320; Enrico Bonadio, “Copyright Protection of Street Art and Graffiti under UK Law,” *Intellectual Property Quarterly* 2 (2017): 28.

[52] Australia, Copyright Act 1968, Sections 65-66.

[53] New Zealand, Copyright Act 1994, Section 73.

[54] Canada, Copyright Act (R.S.C., 1985, c. C-42), Section 32.2.

[55] See e.g. *Radford v Hallenstein Bros Ltd*, (High Court of New Zealand) Auckland CIV 006-404-004881, [2007] BCL 363 at [39].

2.1.3 บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่อนุญาตให้บันทึกภาพได้ทั้งงานสถาปัตยกรรม ประติมากรรม และงานศิลปกรรมทุกประเภท

หลายประเทศในทวีปยุโรปบัญญัติอนุญาตครอบคลุมงานสถาปัตยกรรม ประติมากรรม และงานศิลปกรรมทุกประเภท เช่น เยอรมนี[56] สวีเดน[57] เดนมาร์ก[58] นอร์เวย์[59] ฟินแลนด์[60] สเปน[61] กรีซ[62] ลักเซมเบิร์ก[63] และฮังการี[64] โดยใช้ถ้อยคำในบทบัญญัติที่กว้างและครอบคลุมงานศิลปกรรมหลายประเภท เช่น คำว่า “งาน” (work) และ “งานศิลปะ” (work of art)

จากการศึกษาบทบัญญัติแห่งกฎหมายของต่างประเทศทั้ง 20 ประเทศ ผู้วิจัยสามารถสรุปประเภทของงานที่กฎหมายอนุญาตให้บันทึกได้ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ ดังนี้

ตารางที่ 1: ตารางเปรียบเทียบประเภทของงานที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ

ลำดับที่	ประเทศ	งานสถาปัตยกรรม	งานประติมากรรม	งานจิตรกรรม	งานศิลปกรรมประเภทอื่น
1	**สหราชอาณาจักร**	√	√	**?** (ประเด็นการตีความ “งานฝีมือศิลปะ”)	
2	**ออสเตรเลีย**	√	√	**?** (ประเด็นการตีความ “งานฝีมือศิลปะ”)	
3	**นิวซีแลนด์**	√	√	**?** (ประเด็นการตีความ “งานฝีมือศิลปะ”)	
4	**แคนาดา**	√	√	**?** (ประเด็นการตีความ “งานฝีมือศิลปะ”)	
5	**สหรัฐอเมริกา**	√	-	-	-

[56] Germany, Act on Copyright and Related Rights (Urheberrechtsgesetz (UrhG)), Section 59.

[57] Sweden, Act (1960:729) on Copyright in Literary and Artistic Works (Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk), Section 24.

[58] Denmark, Consolidated Act on Copyright (Bekendtgørelse af lov om ophavsret), Section 24.

[59] Norway, Act No. 40 of 15 June 2018, on Copyright for Intellectual Property (Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven)), Section 31.

[60] Finland, Act No. 404/1961, amended up to Act No. 1216/2023 (Tekijänoikeuslaki), Section 25a (821/2005).

[61] Spain, Consolidated Text of the Law on Intellectual Property, Regularizing, Clarifying and Harmonizing the Applicable Statutory Provisions (Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes), approved by Royal Legislative Decree No. 1/1996 of April 12, 1996, and amended up to Royal Decree-Law No. 6/2022 of March 29, 2022), Article 35(2).

[62] Greece, Law on Copyright, Related Rights and Cultural Matters, No. 2121/1993, Article 26.

[63] Luxembourg, Law of April 18, 2001, on Copyright and Related Rights and Databases, Section 10(7).

[64] Hungary, Act No. LXXVI of 1999 on Copyright, Section 68.

ลำดับที่	ประเทศ	งานสถาปัตยกรรม	งานประติมากรรม	งานจิตรกรรม	งานศิลปกรรมประเภทอื่น
6	ฝรั่งเศส	√	√	-	-
7	เยอรมนี	√	√	√	√
8	สวีเดน	√	√	√	√
9	เดนมาร์ก	√	√	√	√
10	นอร์เวย์	√	√	√	√
11	ฟินแลนด์	√	√	√	√
12	เบลเยียม	√	√	√	√
13	ฮังการี	√	√	√	√
14	ออสเตรีย	√	√	√	√
15	สเปน	√	√	√	√
16	กรีซ	√	√	√	√
17	ลักเซมเบิร์ก	√	√	√	√
18	เอสโทเนีย	√	√	√	√
19	ลิทัวเนีย	√	√	-	-
20	อิตาลี	ไม่มีบทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ			

2.2 ลักษณะการตั้งอยู่ของงานอันมีลิขสิทธิ์

กฎหมายที่กำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพในหลายประเทศบัญญัติให้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นต้องตั้งอยู่ในที่สาธารณะและตั้งอยู่เป็นการถาวร ในขณะที่บางประเทศบัญญัติเพียงว่าต้องเป็นงานที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะ โดยไม่ได้กำหนดว่าต้องเป็นการตั้งอยู่เป็นการถาวรแต่อย่างใด อย่างไรก็ดี ประเทศโดยส่วนมากไม่ได้กำหนดนิยามของคำว่า “ที่สาธารณะ” และ “การตั้งอยู่เป็นการถาวร” ว่ามีขอบเขตและการตีความอย่างไร

2.2.1 การตั้งอยู่ในที่สาธารณะและตั้งอยู่เป็นการถาวร

จากการศึกษาพบว่า เบลเยียม เยอรมนี ฝรั่งเศส สเปน กรีซ และฮังการีบัญญัติให้งานที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพจะต้องเป็นงานที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะเป็นการถาวร ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติในข้อ 5(3)(h) ของ InfoSoc Directive สหรัฐอเมริกาบัญญัติให้งานสถาปัตยกรรมที่เข้าข้อยกเว้นต้องตั้งอยู่หรือมองเห็นได้เป็นปกติจากที่สาธารณะโดยไม่ได้ระบุว่าต้องตั้งอยู่เป็นการถาวรด้วยหรือไม่ ส่วนลักเซมเบิร์กบัญญัติถึงงานใด ๆ ที่ตั้งอยู่ในสถานที่สาธารณชนสามารถเข้าถึงได้โดยไม่ได้ระบุว่าต้องตั้งอยู่เป็นการถาวรหรือไม่

นอกจากนี้ ในหลายประเทศ ได้แก่ สหราชอาณาจักร นิวซีแลนด์ ออสเตรเลีย แคนาดา สวีเดน เดนมาร์ก นอร์เวย์ และฟินแลนด์บัญญัติถึงการตั้งอยู่ของงานโดยแยกระหว่างงานสถาปัตยกรรมหรืออาคารออกจากงานประเภทอื่น กล่าวคือ ไม่กำหนดเงื่อนไขว่างานสถาปัตยกรรมหรืออาคารต้องตั้งอยู่ในที่สาธารณะและตั้งอยู่เป็นการถาวรหรือไม่ แต่กลับกำหนดเงื่อนไขนี้ให้แก่งานประเภทอื่น เช่น งานประติมากรรมต้องตั้งอยู่เป็นการถาวรในที่สาธารณะ เป็นต้น ผู้วิจัยเห็นว่าเหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากอาคารหรือสถาปัตยกรรมที่ก่อสร้างแล้ว โดยสภาพของงานย่อมเป็นวัตถุที่ตั้งอยู่เป็นการถาวรและตั้งอยู่ในที่สาธารณะหรือสามารถมองเห็นได้จากที่สาธารณะนั่นเอง ยกตัวอย่างเช่น สวีเดนบัญญัติข้อยกเว้นในกฎหมายลิขสิทธิ์ มาตรา 24 วรรคแรก ไว้ว่า “งานศิลปกรรมอาจถูกทำซ้ำในรูปแบบภาพได้ หากงานนั้นตั้งอยู่ถาวรภายนอกอาคารในสถานที่สาธารณะ” ส่วนวรรคท้ายของมาตรานี้บัญญัติว่า สิ่งปลูกสร้าง (*byggnader* หรือ building) สามารถถูกทำซ้ำในรูปแบบภาพได้อย่างเสรี[65]

2.2.1.1 การพิจารณาลักษณะของ “การตั้งอยู่เป็นการถาวร”

“การตั้งอยู่เป็นการถาวร” (permanently located) มีแนวทางในการพิจารณาเช่นไร เนื่องจากงานในบางสถานที่อาจเป็นเพียงการจัดแสดงชั่วคราวในระยะเวลาไม่กี่วัน ไม่กี่สัปดาห์ แต่ในบางกรณีอาจมีกำหนดในการจัดแสดงในที่สาธารณะนานเป็นปี เช่น งานประติมากรรมที่จัดแสดงบนแท่นที่สี่ (The Fourth Plinth) ซึ่งเป็นฐานติดตั้งรูปปั้นที่จัตุรัสทราฟัลการ์ กลางกรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ ประติมากรรมแต่ละชิ้นมีเวลาจัดแสดงโดยประมาณอยู่ระหว่างหนึ่งปีถึงสองปี[66]

---

[65] Sweden, Act (1960:729) on Copyright in Literary and Artistic Works (Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk), Section 24.

[66] ที่จัตุรัสทราฟัลการ์ กลางกรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ มีแท่นฐาน (plinth) ตั้งอยู่ที่มุมทั้งสี่ของจัตุรัสแห่งนี้ แท่นสามแห่งมีการติดตั้งรูปปั้นถาวรมานานกว่า 150 ปีก่อน แต่แท่นที่สี่ (The Fourth Plinth) แต่เดิมมีแผนจะติดตั้งรูปปั้นทรงม้าของพระเจ้าวิลเลียมที่ 4 บนแท่นดังกล่าว แต่ไม่สามารถดำเนินการได้ สมาคมทางศิลปะ Royal Society of Arts ในประเทศอังกฤษจึงได้ทำโครงการนำผลงานประติมากรรมร่วมสมัยมาติดตั้งเป็นการชั่วคราวบนแท่นดังกล่าว โดยแต่ละผลงานจะมีระยะเวลาจัดแสดงอยู่ระหว่างหนึ่งปีถึงสองปี ดังนั้น แม้รูปปั้นบนแท่นทั้งสามจะเป็นการจัดแสดงแบบถาวรในพื้นที่สาธารณะ แต่ผลงานบนแท่นที่สี่กลับมีลักษณะเป็นการจัดแสดงชั่วคราว ถือเป็นตัวอย่างหนึ่งของความสัมพันธ์ระหว่างศิลปะร่วมสมัยกับพื้นที่สาธารณะ รายการผลงานที่เคยตั้งแสดงบนแท่นที่สี่ตั้งแต่ปี 1998 ถึงปัจจุบันถูกรวบรวมไว้บนเว็บไซต์ของ Art UK (Katey Goodwin, “Lists of London: Fourth Plinth,” accessed 14 August 2025, https://artuk.org/discover/curations/lists-of-london-fourth-plinth)

Anna Stefan ได้ให้ความเห็นถึงลักษณะของ “การตั้งอยู่เป็นการถาวร” ว่าควรพิจารณาที่วัตถุประสงค์หลักของการนำผลงานไปติดตั้งในพื้นที่สาธารณะว่าเป็นไปเพื่อให้ปรากฏอยู่เป็นระยะเวลาที่ไม่มีกำหนด (indefinite period of time) หรือไม่ หากผลงานถูกจัดแสดงในพื้นที่สาธารณะเป็นระยะเวลาที่กำหนดไว้ล่วงหน้า และมีการคาดหมายอย่างชัดเจนว่าจะมีการรื้อถอนออกภายหลัง การจัดแสดงงานดังกล่าวถือเป็นการตั้งอยู่เป็นการชั่วคราว[67] Jonathan Barrett ให้ความเห็นว่าการจำแนกระหว่างงานที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะเป็นการถาวรกับการตั้งอยู่เป็นการชั่วคราวนั้นจะก่อให้เกิดปัญหา โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อนักท่องเที่ยวที่เยี่ยมชมสถานที่สาธารณะ เช่นในกรณีของผลงานที่จัดแสดงบนแท่นที่สี่ที่จัตุรัสทราฟัลการ์ซึ่งเปลี่ยนทุกหนึ่งปีหรือสองปีนั้น หากพิจารณาแล้วไม่เป็นการตั้งอยู่อย่างถาวร ผู้คนย่อมไม่สามารถบันทึกภาพผลงานที่แสดงบนแท่นที่สี่นั้นได้ แต่สามารถบันทึกภาพงานประติมากรรมที่ตั้งอยู่บนแท่นอีกสามแท่นที่เหลือได้ นอกจากนี้ การจัดแสดงผลงานศิลปะเป็นการชั่วคราวในที่สาธารณะยังเป็นกิจกรรมที่มีอยู่เป็นการทั่วไป ซึ่งเป็นการยากอย่างยิ่งที่จะคาดหมายว่าผู้ที่เยี่ยมชมงานเหล่านั้นจะไม่บันทึกภาพผลงานที่จัดแสดงเหล่านั้น[68]

Jonathan Barrett ยังให้ข้อสังเกตอีกว่างานศิลปะที่แสดงในที่สาธารณะบางชิ้นถูกสร้างขึ้นโดยมีจุดประสงค์ที่ชัดเจนว่าให้เป็นเพียงงานชั่วคราว เช่น ประติมากรรมที่ทำจากวัสดุที่เสื่อมสภาพได้ง่าย ดังนั้น วัสดุที่ใช้สร้างงานประติมากรรมอาจมีความเกี่ยวข้องต่อการพิจารณาว่าเป็นงานถาวรหรือไม่ เช่น รูปปั้นที่ทำจากหินอ่อนจะมีอายุการใช้งานยาวนานกว่างานที่ทำจากกระดาษแข็ง และกระดาษแข็งก็ทนทานกว่าน้ำแข็ง แต่งานประติมากรรมเหล่านั้นอาจถูกตั้งใจให้จัดแสดงในพื้นที่สาธารณะตราบเท่าที่วัสดุของมันยังคงอยู่ได้[69] ในประเด็นนี้ Anna Stefan เห็นว่า “ผลงานหลายชิ้นมีอายุการดำรงอยู่ค่อนข้างสั้นและเสื่อมสภาพลงตามเวลา เนื่องจากวัสดุที่ใช้สร้างผลงานนั้นไม่คงทน เช่น ชอล์ก ทราย หิมะ น้ำแข็ง ดอกไม้สด เป็นต้น ... อายุขัยทางธรรมชาติที่สั้นของผลงานนี้ไม่ได้หมายความว่าการจัดแสดงในพื้นที่สาธารณะนั้นจะถือเป็นการตั้งอยู่แบบชั่วคราวเสมอไป แม้แต่สิ่งปลูกสร้างขนาดใหญ่ที่ทำจากวัสดุคงทนซึ่งสามารถคงรูปได้นานหลายศตวรรษ ก็ยังสามารถถูกทำลายได้โดยปรากฏการณ์ทางธรรมชาติ เช่น แผ่นดินไหว ดังนั้น การพิจารณาว่าผลงานหนึ่ง ๆ ตั้งอยู่ในพื้นที่สาธารณะอย่างถาวรหรือไม่นั้น มิได้ขึ้นอยู่กับความคงทนของวัสดุที่ใช้สร้างผลงาน แต่ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์หลักของการจัดวางผลงานในพื้นที่สาธารณะเพื่อให้คงอยู่โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา”[70]

ในประเด็นนี้ศาลแห่งสหพันธรัฐ (Bundesgerichtshof) ซึ่งเป็นศาลสูงสุดของเยอรมนีได้ตัดสินในคดี *Verhüllter Reichstag* ว่า ผลงานศิลปะชิ้นหนึ่งจะไม่ถือว่าตั้งอยู่ในพื้นที่สาธารณะเป็นการถาวร หากมีการจัดแสดงในนิทรรศการชั่วคราว โดยศาลอธิบายว่า หลักเกณฑ์ของคำว่า “ถาวร” ขึ้นอยู่

[67] Anna Stefan, “Freedom of Panorama in the EU: Main Features and Hidden Sides,” *European Journal of Legal Studies* 16, no. 1 (2024): 41-42.

[68] Jonathan Barrett, “Time to Look Again? Copyright and Freedom of Panorama,” *Victoria University of Wellington Law Review* 48, no. 2 (2017): 271.

[69] Ibid, 270-271.

[70] Anna Stefan, “Freedom of Panorama in the EU: Main Features and Hidden Sides,” 42.

กับเจตนาของผู้ถือสิทธิในผลงาน หากผลงานศิลปะถูกติดตั้งในพื้นที่สาธารณะตลอดช่วงอายุของผลงาน ก็ถือว่ามีการจัดวางอย่างถาวร แม้ว่าช่วงชีวิตของผลงานนั้นจะถูกจำกัดด้วยวัสดุที่ใช้สร้างก็ตาม ในกรณีเช่นนี้ ผู้ถือสิทธิได้อุทิศผลงานต่อสาธารณะโดยจัดวางไว้ในพื้นที่สาธารณะตลอดระยะเวลาที่ผลงานสามารถดำรงอยู่ได้ตามธรรมชาติ แต่หากผู้ถือสิทธิได้กำหนดแต่แรกว่าผลงานจะจัดแสดงต่อสาธารณะในระยะเวลาที่สั้นกว่าช่วงชีวิตตามธรรมชาติของผลงาน เช่นนี้แล้ว ผลงานจะไม่ถือว่าตั้งอยู่ในพื้นที่สาธารณะอย่างถาวร แต่เป็นเพียงการอุทิศต่อสาธารณะชั่วคราว ไม่ว่าผลงานนั้นจะยังคงมีอยู่หลังจากการรื้อถอนหรือจะเสื่อมสลายไปพร้อมกับการรื้อถอนหรือไม่ก็ตาม[71] นอกจากนี้ ในคดี *AIDA Kussmund* ศาลแห่งสหพันธรัฐพิจารณาไปในทางเดียวกันว่างานจะถือว่า “ตั้งอยู่ถาวร” บนทางสาธารณะ ถนน หรือจัตุรัสสาธารณะ หากผลงานนั้นตั้งอยู่ในสถานที่สาธารณะอย่างถาวร มิใช่เพียงชั่วคราว ซึ่งจะถือว่าเป็นเช่นนั้นก็ต่อเมื่อผลงานนั้น จากมุมมองของสาธารณชนทั่วไป มีวัตถุประสงค์เพื่อให้คงอยู่ในสถานที่สาธารณะดังกล่าวเป็นระยะเวลานาน โดยมากจะไม่มีกำหนดระยะเวลาที่แน่นอน นอกจากนี้ ศาลพิจารณาการตั้งอยู่ถาวรว่าไม่จำเป็นที่งานชิ้นนั้นจะตั้งอยู่เพียงสถานที่ใดสถานที่หนึ่ง กล่าวคือ การตั้งแสดงงานชิ้นนั้นอาจย้ายสถานที่ได้หากสถานที่ตั้งอยู่งานนั้นยังอยู่บนทางสาธารณะ ถนนสาธารณะหรือจัตุรัส[72]

2.2.2.2 กรอบความหมายของ “ที่สาธารณะ”

การตั้งอยู่ใน “ที่สาธารณะ” (public place) เป็นเงื่อนไขพื้นฐานที่สำคัญที่สุด เพราะเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพเป็นสิ่งที่ควรได้รับการรับรองคุ้มครองเมื่อผู้คนเสพบรรยากาศในพื้นที่สาธารณะ เงื่อนไขข้อนี้จึงเป็นองค์ประกอบในข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพที่ทุกประเทศบัญญัติไว้ในกฎหมายของตน อย่างไรก็ดี การใช้ถ้อยคำในบางประเทศนั้นมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง ทั้งที่แตกต่างเพียงถ้อยคำแต่สาระสำคัญยังคงเหมือนกัน และการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันและอาจนำไปสู่การปรับใช้และการตีความที่แตกต่างกัน จากการศึกษา ผู้วิจัยสามารถจัดกลุ่มถ้อยคำในบทบัญญัติที่มีกรอบความหมายใกล้เคียงกันได้ดังนี้

ก. กลุ่มที่ 1 การบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำว่า “ตั้งอยู่ในที่สาธารณะ”[73] กับ “ตั้งอยู่ในสถานที่ที่สาธารณชนเข้าชมได้”[74] หรือบางประเทศบัญญัติทั้ง “ตั้งอยู่ในที่สาธารณะหรือสถานที่ที่สาธารณชนเข้าชมได้”[75] ซึ่งถ้อยคำเหล่านี้มีขอบเขตความหมายที่มีลักษณะอย่างเดียวกัน กล่าวคือ เป็นสถานที่ที่ผู้คนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้

ข. กลุ่มที่ 2 การบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้างขึ้นกว่ากลุ่มที่ 1 โดยใช้วลีเช่น “ตั้งอยู่ใน*หรืออยู่ใกล้กับ*ที่สาธารณะ”[76] หรือ “ตั้งอยู่ใน*หรืออยู่ใกล้กับ*ที่สาธารณะหรือถนน

[71] Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 102/99, 24 January 2002, *Verhüllter Reichstag*.

[72] Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 247/15, 27 April 2017, *AIDA Kussmund*.

[73] เช่น เบลเยียม กรีซ ฮังการี แคนาดา สวีเดน และสเปน

[74] เช่น ลักเซมเบิร์ก

[75] เช่น สหราชอาณาจักร ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์

[76] เช่น ฟินแลนด์

ที่สาธารณชนเข้าถึงได้"[77] หรือ "ตั้งอยู่ในหรือ*สามารถมองเห็นได้ตามปกติจาก*สถานที่สาธารณะ"[78] ซึ่งขยายขอบเขตถึงงานที่ไม่ได้ตั้งอยู่ในที่สาธารณะ แต่ตั้งอยู่ใกล้กับที่สาธารณะ หรือสามารถมองเห็นได้จากที่สาธารณะด้วย

ค. กลุ่มที่ 3 การบัญญัติกฎหมายโดยใช้โดยใช้ถ้อยคำว่า "ตั้งอยู่*บนทาง*สาธารณะ"[79] "ตั้งอยู่*บนทาง*สาธารณะ ถนนสาธารณะ หรือจัตุรัส"[80] ถ้อยคำในลักษณะนี้จะทำให้เกิดปัญหาการตีความว่างานนั้นต้องตั้งอยู่ในที่ผู้คนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้ด้วยหรือไม่ หรือเป็นสถานที่เช่นอาคารส่วนบุคคลซึ่งตั้งอยู่บนทางสาธารณะก็ได้เช่นกัน

ตัวอย่างบทบัญญัติในกลุ่มที่ 3 เช่น มาตรา 59 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศเยอรมนี (Urheberrechtsgesetz (UrhG)) ที่บัญญัติว่า

> "งานในสถานที่สาธารณะ
>
> (1) อนุญาตให้ทำซ้ำ เผยแพร่ และสื่อสารต่อสาธารณชนซึ่งงานที่*ตั้งอยู่ถาวรบนทางสาธารณะ ถนนสาธารณะ หรือจัตุรัสสาธารณะ*ได้ โดยใช้วิธีการทางจิตรกรรมหรือศิลปะกราฟิก โดยการถ่ายภาพหรือภาพยนตร์ ในกรณีของสิ่งปลูกสร้าง สิทธิเหล่านี้จำกัดเฉพาะการมองเห็นภายนอกเท่านั้น
>
> (2) ห้ามทำการทำซ้ำบนตัวอาคารเอง"[81]

จากบทบัญญัติข้างต้น มีประเด็นที่ศาลต้องตีความถ้อยคำที่บัญญัติถึงสถานที่ตั้งของงานว่า "การตั้งอยู่ถาวร" และ การตั้งอยู่ "บนทางสาธารณะ ถนนสาธารณะ หรือจัตุรัสสาธารณะ" มีความหมายอย่างไร ซึ่งศาลประเทศเยอรมนีได้อธิบายไว้ในคดี *AIDA Kussmund*[82] เมื่อปี ค.ศ. 2017 คดีนี้โจทก์ประกอบธุรกิจการจัดการล่องเรือท่องเที่ยว โดยเรือสำราญของโจทก์ตกแต่งด้วยลวดลายเฉพาะซึ่งประกอบด้วยภาพปากที่วาดไว้บริเวณหัวเรือ ตาและเส้นโค้งคล้ายคิ้วที่วาดไว้ด้านข้างของเรือ (เป็นที่รู้จักกันในชื่อ "AIDA Kussmund" หรือ "AIDA Kissing Mouth")

---

[77] เช่น เดนมาร์ก และนอร์เวย์

[78] เช่น สหรัฐอเมริกา

[79] เช่น ฝรั่งเศส

[80] เช่น เยอรมนี

[81] (เน้นโดยผู้เขียน) Germany, Act on Copyright and Related Rights (Urheberrechtsgesetz (UrhG)), Section 59: "Werke an öffentlichen Plätzen

(1) Zulässig ist, Werke, die sich bleibend an öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen befinden, mit Mitteln der Malerei oder Graphik, durch Lichtbild oder durch Film zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich wiederzugeben. Bei Bauwerken erstrecken sich diese Befugnisse nur auf die äußere Ansicht.

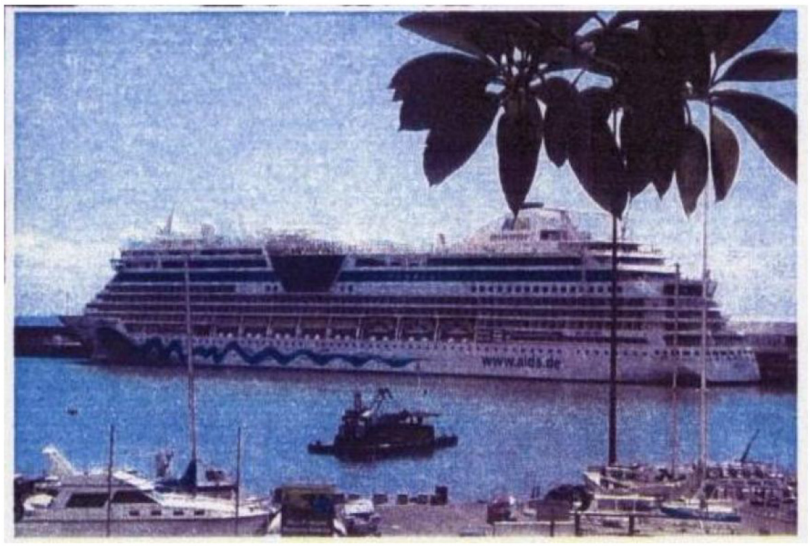
(2) Die Vervielfältigungen dürfen nicht an einem Bauwerk vorgenommen werden."

[82] Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 247/15, 27 April 2017, *AIDA Kussmund*.



รูปที่ 2: ภาพเรือสำราญของโจทก์ที่ปรากฏภาพ “AIDA Kussmund”[83]

จำเลยได้ดำเนินการเว็บไซต์ที่นำเสนอกิจกรรมท่องเที่ยวระหว่างการแวะเทียบท่าในประเทศอียิปต์ และได้เผยแพร่ภาพถ่ายด้านข้างของเรือสำราญของโจทก์ซึ่งแสดงให้เห็นลวดลาย “AIDA Kussmund” ดังกล่าว ตามภาพด้านล่างนี้



รูปที่ 3: ภาพที่จำเลยนำไปใช้ในการโฆษณาบนเว็บไซต์[84]

โจทก์เห็นว่าการกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดสิทธิในลวดลาย “AIDA Kussmund” โดยการนำภาพดังกล่าวมาเผยแพร่โดยไม่ได้รับอนุญาต และการใช้ภาพนั้นไม่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 59 ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของเยอรมนี (UrhG) เนื่องจากผลงานศิลปะบนเรือมิได้ตั้งอยู่ถาวรบนทางสาธารณะ ถนนสาธารณะ หรือจัตุรัสสาธารณะ

---

[83] Nicole Deutzmann-Asmussen, “BGH-Urteil: AIDA unterliegt im Streit um Kussmund-Foto” (CruiseStart.de, 27. April 2017), Photo credit: lenthe/touristik-foto.de.

[84] Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 247/15, 27 April 2017, *AIDA Kussmund*, para 2.

ศาลอุทธรณ์ในคดีนี้ตัดสินว่าลวดลาย “AIDA Kussmund” เป็นศิลปะประยุกต์ อันเป็นสิทธิของโจทก์ และศาลได้อธิบายการตีความและการปรับใช้มาตรา 59 ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของเยอรมนี (UrhG) ว่างานสร้างสรรค์ถือว่า “ตั้งอยู่บน” ทางเดิน ถนน หรือจัตุรัสสาธารณะ หากสามารถมองเห็นได้จากทางเดิน ถนน หรือจัตุรัสสาธารณะ โดยไม่จำเป็นว่างานสร้างสรรค์นั้นจะต้องสามารถเข้าถึงได้โดยสาธารณชน และทางเดิน ถนน หรือจัตุรัส ถือเป็น “สาธารณะ” ตามความหมายของมาตรา 59 หากบุคคลทั่วไปสามารถเข้าถึงได้โดยเสรี ไม่ว่าทางเดิน ถนน หรือจัตุรัสจะเป็นทรัพย์สินของเอกชนหรือของรัฐ

นอกจากนี้ ศาลยังได้อธิบายอีกว่าการกล่าวถึง “ทางเดิน ถนน หรือจัตุรัส” ในมาตรา 59 นี้ เป็นเพียงการยกตัวอย่างเท่านั้น มิใช่การระบุให้ครบถ้วนโดยจำกัดความแต่อย่างใด โดยบทบัญญัติดังกล่าวครอบคลุมสถานที่ใด ๆ ที่ตั้งอยู่กลางแจ้ง เช่น ทางเดิน ถนน หรือจัตุรัส บทบัญญัตินี้สามารถใช้กับงานสร้างสรรค์ที่เชื่อมโยงกับยานพาหนะซึ่งตามวัตถุประสงค์แล้วมีการใช้งานในพื้นที่สาธารณะ โดยถือว่างานเหล่านี้ก็อยู่ในพื้นที่สาธารณะอย่างถาวรตามความหมายของบทบัญญัตินี้เช่นกัน บทบัญญัติดังกล่าวยังใช้บังคับกับงานสร้างสรรค์ที่อยู่บนทางน้ำสาธารณะด้วย ซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติที่ต้องการคุ้มครองพื้นที่สาธารณะไม่ให้ถูกจำกัดสิทธิ และงานสร้างสรรค์ถือว่า “ตั้งอยู่บนทางเดิน ถนน หรือจัตุรัสสาธารณะ” ตามความหมายของมาตรานี้ แม้จะมีการเคลื่อนย้ายสถานที่ก็ตาม หากสถานที่ต่าง ๆ ที่งานนั้นไปตั้งอยู่เป็นสถานที่สาธารณะ ดังนั้น ภาพถ่ายที่จำเลยนำขึ้นเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ตจึงอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์มาตรา 59 ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของเยอรมนี (UrhG)

2.2.2 ตำแหน่งมุมมองและสถานที่ในการบันทึกภาพ

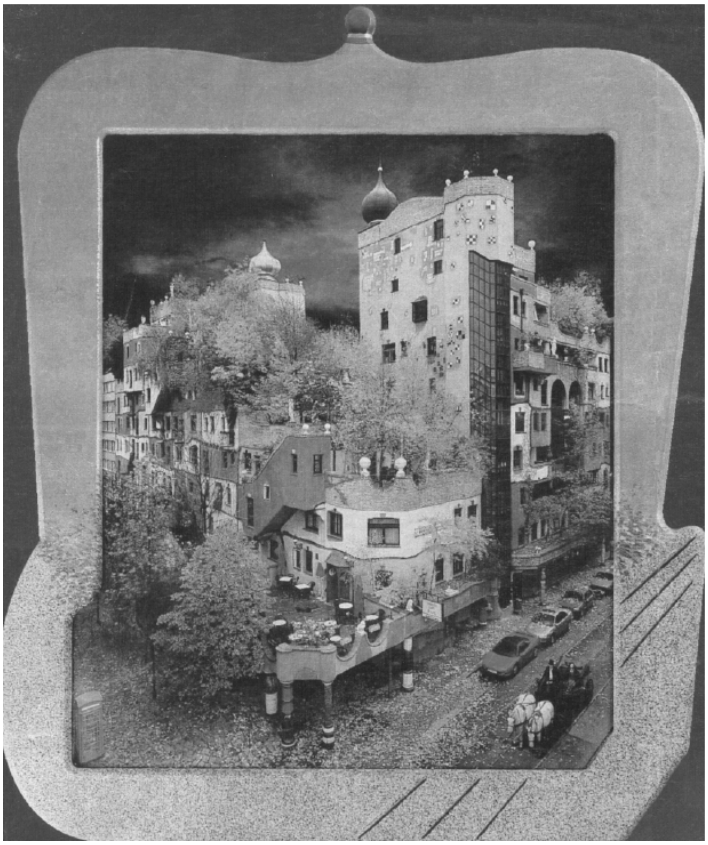
แนวคิดและแนวทางการพิจารณาคดีของศาลในประเทศเยอรมนีเกี่ยวกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพมักถูกเรียกว่า *panoramafreiheit* (panorama freedom)[85] ในทางวิชาการในเยอรมนีอีกคำหนึ่งที่มักถูกกล่าวถึงด้วยคือ *Straßenbildfreiheit* (streetscape freedom)[86] ซึ่งมีความหมายถึงเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพท้องถนน สะท้อนว่าเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครองในเยอรมนีนั้นจำกัดเพียงมุมมองของผู้คนทั่วไปที่ชมทัศนียภาพตามท้องถนนหรือพื้นที่สาธารณะในระดับพื้นถนนเท่านั้น

---

[85] นักวิชาการฝรั่งเศส Mélanie Dulong de Rosnay และ Pierre-Carl Langlais ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการเรียกชื่อแนวคิดนี้ไว้ว่า “ที่น่าสังเกตคือ แม้แต่ในประเทศเยอรมนีเองก็ยังไม่มีชื่อที่เป็นที่ยอมรับอย่างเป็นทางการและสม่ำเสมอในการเรียกข้อยกเว้นและข้อจำกัดเหล่านี้ แม้แนวคิดจะมีอายุยาวนานกว่า 170 ปี แต่คำศัพท์ที่ใช้เรียกแนวคิดนี้เพิ่งปรากฏขึ้นในช่วงทศวรรษ 1990 โดยคำว่า “Panoramafreiheit” น่าจะมีต้นกำเนิดมาจากประเทศสวิตเซอร์แลนด์ เป็นภาษาพูดที่แพร่กระจายอย่างรวดเร็วในประเทศที่ใช้ภาษาเยอรมันและฝรั่งเศส ความสำเร็จในระยะแรกนี้เกิดจากการเปลี่ยนมุมมองเชิงภาษาศาสตร์ที่เหมาะสมซึ่งสอดคล้องกับการถกเถียงเรื่องการประยุกต์ใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยเปลี่ยนไปเน้นที่มุมมองของผู้ใช้เป็นหลัก ขณะที่คำว่า “ข้อยกเว้น” เน้นถึงข้อจำกัดที่มีต่อกรอบการคุ้มครองของเจ้าของสิทธิ คำว่า “เสรีภาพ” กลับเน้นความสามารถในการนำผลงานทางปัญญากลับมาใช้ใหม่ (หรือไม่ใช้เลยก็ได้) ดังนั้น คำนี้จึงปรากฏในผลงานวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศและการปฏิบัติในยุคดิจิทัลตั้งแต่ช่วงเริ่มต้น” (Mélanie Dulong de Rosnay and Pierre-Carl Langlais, “Public artworks and the freedom of panorama controversy: a case of Wikimedia influence,” 5 (citations omitted)).

[86] Sebastian Follmer, “Panoramafreiheit - Was ist das? Einfach erklärt,” accessed 14 August 2025, https://praxistipps.chip.de/panoramafreiheit-was-ist-das-einfach-erklaert_41915; Dieter Nennen, “Wie frei ist die Panoramafreiheit?,” accessed 14 August 2025, https://nennen.de/news/artikel/panoramafreiheit.

เช่นในคดี *Hundertwasser-Haus*[87] โจทก์เป็นทายาทของ Friedensreich Hundertwasser (“ผู้สร้างสรรค์”) ผู้เป็นศิลปินด้านทัศนศิลป์ที่ได้รับการยอมรับในระดับนานาชาติ หนึ่งในผลงานทางสถาปัตยกรรมที่มีชื่อเสียงมากที่สุดซึ่งผู้สร้างสรรค์มีส่วนร่วมในการสร้างคืออาคาร Hundertwasser-Haus ในกรุงเวียนนา อาคารนี้เป็นทั้งที่พักอาศัยและอาคารพาณิชย์ ผู้สร้างสรรค์ได้จัดจำหน่ายโปสการ์ดซึ่งพิมพ์จากภาพถ่ายของอาคาร Hundertwasser-Haus ซึ่งผ่านการตกแต่งพิเศษโดยตัวเขาเองมาเป็นเวลาหลายปี ภาพถ่ายดังกล่าวแสดงให้เห็นด้านหน้าทั้งสองด้านของอาคารที่อยู่ติดมุมถนน โดยถ่ายจากมุมสูงของอาคารฝั่งตรงข้าม จำเลยคือบริษัท M. ซึ่งจำหน่ายภาพของอาคาร Hundertwasser-Haus ที่ไม่ได้มาจากผู้สร้างสรรค์ในรูปแบบภาพพิมพ์ใส่กรอบ ภาพถ่ายของอาคาร Hundertwasser-Haus นี้ถ่ายจากมุมสูงเช่นเดียวกัน โดยถ่ายจากห้องพักส่วนตัวที่อยู่ชั้นบนของอาคารที่อยู่ฝั่งตรงข้าม



รูปที่ 4: ตัวอย่างภาพของจำเลยในคดี *Hundertwasser-Haus*[88]

โจทก์เห็นว่าภาพพิมพ์ที่จำหน่ายโดยจำเลยเป็นการทำซ้ำงานสถาปัตยกรรมของผู้สร้างสรรค์ซึ่งไม่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นตามมาตรา 59 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์เยอรมัน (UrhG) จำเลยต่อสู้ว่าภาพที่ตนจัดจำหน่ายเป็นภาพของสิ่งปลูกสร้างที่ตั้งอยู่ถาวรบนถนนสาธารณะ และทุกสิ่งที่ปรากฏในภาพนั้นสามารถมองเห็นได้จากถนนหรือจากระเบียงของร้านกาแฟที่ตั้งอยู่ในชั้นหนึ่งของอาคาร Hundertwasser-Haus

[87] Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 192/00, 5 June 2003, *Hundertwasser-Haus*.

[88] Ibid.

ศาลแห่งสหพันธรัฐ (Bundesgerichtshof) ซึ่งเป็นศาลสูงสุดของเยอรมนีตัดสินว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ และการกระทำของจำเลยไม่เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 59 โดยศาลอธิบายว่า บทบัญญัติจำกัดสิทธิในมาตรา 59 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ (UrhG) ให้สิทธิพิเศษเฉพาะแก่ภาพถ่ายงานสถาปัตยกรรมอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งถ่ายจากทางเดิน ถนน หรือจัตุรัสสาธารณะที่อยู่ติดกับสถานที่ที่สิ่งปลูกสร้างดังกล่าวตั้งอยู่เท่านั้น สิทธิในการทำซ้ำและเผยแพร่ภาพถ่ายของอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างที่ตั้งอยู่บนถนนหรือจัตุรัสสาธารณะตามมาตรา 59 ถูกจำกัดไว้เฉพาะในส่วนของลักษณะภายนอกของสิ่งปลูกสร้างเท่านั้น สิทธินี้ครอบคลุมเฉพาะส่วนของอาคารที่สามารถมองเห็นได้จากถนนหรือจัตุรัสสาธารณะ เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามมาตรา 59 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์เยอรมันไม่อนุญาตให้ทำซ้ำโดยการถ่ายภาพส่วนด้านหลังหรือบริเวณลานภายในของอาคาร หากอาคารนั้นเพียงแต่มีด้านหน้าอยู่ติดกับถนนหรือจัตุรัสสาธารณะเท่านั้น ในทำนองเดียวกัน ภาพถ่ายทางอากาศของอาคารดังกล่าวก็ไม่อยู่ในข่ายได้รับสิทธิพิเศษตามกฎหมาย เนื่องจากเผยให้เห็นส่วนของอาคารที่ไม่สามารถมองเห็นได้จากถนน ทางเดิน หรือจัตุรัสสาธารณะ มาตรา 59 มีวัตถุประสงค์เพื่อให้สาธารณชนสามารถรับชมสิ่งที่พวกเขามองเห็นได้ด้วยตาของตนเองจากถนน ในรูปแบบของภาพเขียน ภาพร่าง ภาพถ่าย หรือภาพยนตร์ หากมีการบันทึกภาพจากสถานที่ที่ประชาชนทั่วไปไม่สามารถเข้าถึงได้ ย่อมไม่อยู่ในขอบเขตของวัตถุประสงค์ตามกฎหมายดังกล่าว

แนวการพิจารณาและตีความของศาลในคดี *Hundertwasser-Haus* ถูกนำไปใช้ในการพิจารณาคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสถาปัตยกรรมด้วยการถ่ายภาพโดยการใช้เครื่องมือช่วยบันทึกภาพอากาศยานไร้คนขับ หรือโดรน (drone) ในคดี *Über alle Berge*[89] ที่ศาลแห่งสหพันธรัฐตัดสินเมื่อปี ค.ศ. 2024

คดีนี้ โจทก์เป็นสมาคมที่ได้รับการรับรองจากรัฐ มีวัตถุประสงค์ตามข้อบังคับสมาคมในการดูแลและใช้สิทธิในนามของเจ้าของลิขสิทธิ์ จำเลยประกอบกิจการสื่อสิ่งพิมพ์ จำเลยได้ตีพิมพ์หนังสือชื่อ Über alle Berge – Der definitive Haldenführer Ruhrgebiet ซึ่งเขียนโดย Wolfgang Berke โดยหนังสือเล่มดังกล่าวมีภาพถ่ายทางอากาศของงานศิลปะติดตั้งหลายชิ้นงาน เช่น “นาฬิกาแดดพร้อมกากบาทภูมิศาสตร์ (Sonnenuhr mit Geokreuz)” ของศิลปิน Jan Bormann, “สัญญาณยามค่ำคืน (Nachtzeichen)” ของศิลปิน Klaus Noculak และ “บันไดสู่ฟ้า (Himmelstreppe)” ของศิลปิน Herman Prigann ซึ่งถ่ายภาพโดยใช้โดรนทั้งหมด โจทก์ฟ้องจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ในนามของศิลปินที่กล่าวถึงข้างต้น

[89] Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 67/23, 23 October 2024, *Über alle Berge*.



Castrop-Rauxel

Halde Schwerin

Die Sonnenuhr mit der falschen Zeit

Eine Halde in Castrop-Rauxel, die den Namen der Landeshauptstadt Mecklenburg-Vorpommerns trägt? Und oben drauf eine Sonnenuhr, die mitten im Ruhrgebiet die aktuelle Zeit von Görlitz anzeigt!? Verkappte Aufbauhilfe Ost – oder nur ein Jux der Castrop-Rauxeler? Weder noch: Die Bergehalde Schwerin hat ihren Namen nicht aus Meck-Pomm, sondern von der ehemaligen Zeche „Graf Schwerin". Ob das Bergwerk allerdings nach dem Generalfeldmarschall oder dem preußischen Staatsminister gleichen Namens benannt war, weiß heute niemand mehr. Und die Sonnenuhr auf dem Gipfel tickt deshalb falsch, weil es ihr Schöpfer, der ortsansässige Künstler Jan Bormann, so wollte.

Falls Sie dort in 147 Metern Höhe zum Uhrenvergleich antreten wollen: Die Sonnenuhr geht eine halbe Stunde vor. Weil in Görlitz die Sonne 30 Minuten früher aufgeht als in Castrop-Rauxel. Und Görlitz liegt exakt auf dem 15. Längengrad, der die Mitteleuropäische Zeit definiert. Die amtliche MEZ ist also Görlitz-Zeit und nicht Castrop-Rauxel-Zeit. Im Sommer werden es dann sogar anderthalb Stunden Differenz, weil sich eine Sonnenuhr aus 24 Stahl-Stelen, jede zehn Meter lang, schlecht auf Sommerzeit umstellen lässt. Zumal das „Zifferblatt" einen Durchmesser von fast 16 Metern hat.

Was aber eigentlich alles völlig egal ist, wenn man nicht gerade mit einem Termin im Nacken auf die Halde klettert. Wobei man gar nicht klettern muss, sondern auf breiten, wassergebundenen – aber offenbar haltbaren – Wegen bequem hochspazieren oder radeln kann. Und wer mag, kann auf einer der vier Achsen des „Geokreuzes" hinaufsteigen. Diese Wege zeigen die Himmelsrichtungen und wollen mit ihren verschiedenen Materialien einen Bezug von der Natur zur Industriegeschichte herstellen. Also entwarf Bormann Treppen aus Bahnschwellen und Grubenholz, aus Eisenbahnschienen und Stahlbrammen.

Aber nicht nur er durfte sich auf der Halde Schwerin verewigen. Auch andere

Steckbrief	Halde Schwerin
Stadt/Stadtteil:	Bergehalde Graf Schwerin
Fertigstellung:	1984/1995
Zugänglichkeit:	vollständig
Art/Form:	Abraumhalde, Landschaftsbauwerk
Eigentümer:	Regionalverband Ruhr
Höhe über NN:	ca. 147 m
Höhe über Niveau:	ca. 25 m
Fläche:	ca. 15 ha
Installationen:	Sonnenuhr, Geokreuz, Wassertempel, Sinuspergola etc.
Anfahrt/Parken:	Bodelschwingher Straße

Castrop-Rauxel

Uhrenvergleich im Vorbeiflug: die Schweriner Sonnenuhr mit Görlitz-Zeit.

57

รูปที่ 5: ตัวอย่างภาพที่ปรากฏในหนังสือ Über alle Berge – Der definitive Haldenführer Ruhrgebiet[90]

ศาลแห่งสหพันธรัฐตัดสินว่า งานศิลปะดังกล่าวถือได้ว่าอยู่ใน “ทางสาธารณะ ถนน หรือสถานที่สาธารณะ” ตามความหมายของ มาตรา 59 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ (UrhG) เนื่องจากพื้นที่ที่งานเหล่านี้ถูกจัดตั้งอยู่นั้นสามารถเข้าถึงได้โดยสาธารณชน และสามารถมองเห็นงานศิลปะจากทางหรือถนนสาธารณะที่อยู่รอบบริเวณโดยรอบได้ อย่างไรก็ดี ข้อนี้ มิได้หมายความว่า งานศิลปะจะสามารถถูกบันทึกภาพจากทุกมุมมองได้ ข้อยกเว้นตามบทบัญญัติดังกล่าวครอบคลุมเฉพาะมุมมองที่มาจากทางสาธารณะ ถนนหรือสถานที่สาธารณะเท่านั้น มุมมองจากทางอากาศซึ่งได้มาจากโดรน ไม่อยู่ในขอบเขตของข้อยกเว้นนี้ แนวการพิจารณานี้สอดคล้องกับคำพิพากษาของศาลแห่งสหพันธรัฐในคดี *AIDA Kussmund* ที่อธิบายว่างานสร้างสรรค์ถือว่าอยู่ที่หรืออยู่บนทางเดิน ถนน หรือจัตุรัสสาธารณะ ตราบเท่าที่งานนั้นสามารถมองเห็นได้โดยประชาชนจากสถานที่สาธารณะดังกล่าว โดยไม่จำเป็นว่างานนั้นจะต้องเปิดให้สาธารณชนเข้าถึงได้โดยตรง จุดนี้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติที่ต้องการให้ประชาชนสามารถนำสิ่งที่มองเห็นได้ด้วยตนเองจากพื้นที่สาธารณะ มาถ่ายทอดในรูปแบบภาพวาด ภาพร่าง ภาพถ่าย หรือภาพยนตร์ได้[91]

[90] Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 192/00, 5 June 2003, *Hundertwasser-Haus*, MIR 10/2024, accessed 14 August 2025 https://medien-internet-und-recht.de/pdf/VT-MIR-2024-Dok-088.pdf

[91] Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 247/15, 27 April 2017, *AIDA Kussmund*, para 22.

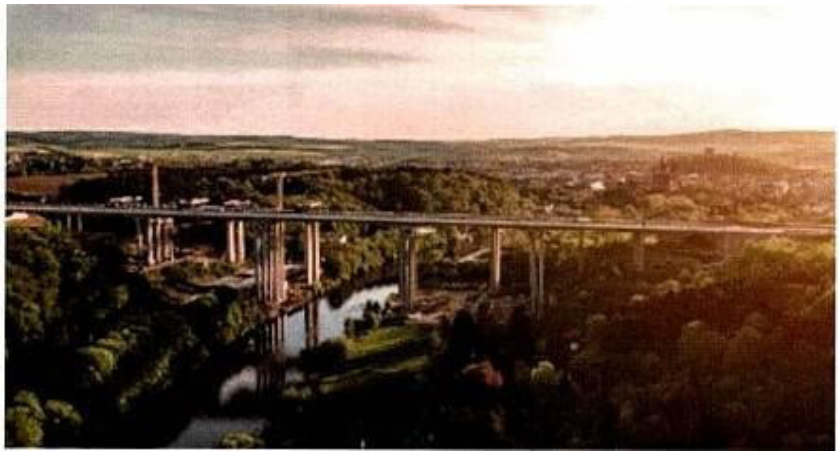
จากบทบัญญัติแห่งกฎหมายประกอบแนวการพิจารณาของศาลในเยอรมนี สรุปได้ว่ามาตรา 59 ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของเยอรมนี (UrhG) บัญญัติให้การทำซ้ำและการเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งผลงานที่ตั้งอยู่ถาวรในสถานที่สาธารณะ เช่น บนถนน ทางเท้า ทางเดินบนภูเขา หรือแม่น้ำสาธารณะ เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม หากผลงานนั้นเป็นสิ่งปลูกสร้าง เช่น อาคารหรือโครงสร้างทางสถาปัตยกรรม สิทธิในการถ่ายภาพจะจำกัดเฉพาะการถ่ายจากภายนอกเท่านั้น ไม่รวมถึงการบันทึกภาพภายในตัวอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง แม้จะเป็นสถานที่เปิดให้ผู้คนทั่วไปเข้าชมได้ก็ตาม ทั้งนี้ การทำซ้ำดังกล่าวสามารถกระทำได้ผ่านสื่อหรือใช้เทคนิคต่าง ๆ เช่น การวาดเขียน การสร้างภาพกราฟิก การถ่ายภาพนิ่ง หรือภาพยนตร์ เช่น การวาดภาพประติมากรรมและน้ำพุในจัตุรัสกลางเมือง การถ่ายภาพศิลปะที่ตั้งอยู่ริมฝั่งแม่น้ำ หรือแผ่นจารึกรำลึกที่ติดตั้งอยู่ในสวนสาธารณะ นอกจากนี้ ผลงานที่บันทึกภาพนั้นต้องมองเห็นได้จากพื้นที่สาธารณะซึ่งอยู่ในระดับถนนด้วย ดังนั้น การใช้เครื่องมือช่วยเหลือ เช่น บันไดโดรน หรือการปีนข้ามพุ่มไม้เพื่อให้ได้มุมภาพบางอย่าง[92] รวมถึงการถ่ายภาพจากอาคารฝั่งตรงข้ามอาจถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

อย่างไรก็ดี ยังมีคำพิพากษาของศาลแฟรงก์เฟิร์ต อัม ไมน์ (Landgericht Frankfurt am Main) ในคดีสะพาน *Lahntalbrücke Limburg*[93] ที่มีความเห็นต่างจากแนวการพิจารณาข้างต้น โดยคดีดังกล่าวเกี่ยวข้องกับภาพถ่ายทางอากาศของสะพานซึ่งถ่ายจากอากาศโดยใช้โดรนซึ่งจำเลยเป็นผู้ถ่ายภาพและนำลงเผยแพร่บนเว็บไซต์ของตน ศาลแฟรงก์เฟิร์ต อัม ไมน์ มีคำวินิจฉัยว่า ภาพถ่ายดังกล่าวอยู่ภายใต้ขอบเขตของหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามกฎหมายของเยอรมนี โดยศาลนี้เห็นต่างจากแนววินิจฉัยในคดี *Hundertwasser-Haus* โดยเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 59 ต้องได้รับการตีความให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของสหภาพยุโรปตาม Inforsoc Directive และได้เน้นย้ำว่า ทุกบทบัญญัติรวมถึงบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้น ต้องได้รับการตีความอย่างถูกต้องและเป็นไปตามถ้อยคำที่บัญญัติไว้ โดยศาลเห็นว่าการถ่ายภาพทางอากาศและการใช้เครื่องมือช่วยในการบันทึกภาพก็อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 59 เช่นกัน

---

[92] Anna Stefan, “Freedom of Panorama in the EU: Main Features and Hidden Sides,” 52; Landesbildungsserver, Baden-Württemberg, “GMT_LPE13_02_Panoramafreiheit_HE.pdf,” accessed 14 August 2025, https://www.schule-bw.de/faecher-und-schularten/berufliche-schularten/berufliches-gymnasium-oberstufe/bg_tg/gestaltung-und-medientechnik/tg_gmt/GMT.

[93] Landgericht Frankfurt am Main, Urteil vom 25.11.2020 - 2-06 O 136/20, *Lahntalbrücke Limburg*.



รูปที่ 6: ตัวอย่างภาพที่จำเลยบันทึกได้ในคดีสะพาน *Lahntalbrücke Limburg*[94]

ศาลแฟรงก์เฟิร์ต อัม ไมน์ วินิจฉัยว่า การตีความถ้อยคำที่บัญญัติถึง “ทางเดิน ถนน หรือจัตุรัส” ในมาตรา 59 วรรคหนึ่ง ต้องถือว่าเป็นเพียงตัวอย่างเท่านั้น ดังนั้น เรือสำราญซึ่งใช้ในทางน้ำทางทะเล และท่าเรือ ย่อมถือเป็น “สถานที่สาธารณะ” ได้เช่นกัน เพราะน่านน้ำดังกล่าวเปิดให้เข้าถึงโดยทั่วไป และสามารถเดินเรือได้โดยเสรี เรือสำราญนั้นจึงอยู่ในสถานที่สาธารณะเท่าที่สามารถมองเห็นได้จากบริเวณผิวน้ำ นอกจากนี้ เรือดังกล่าวยังถือว่าอยู่ในสถานที่สาธารณะด้วยเหตุที่สามารถมองเห็นได้จากชายฝั่ง ซึ่งเปิดให้สาธารณชนเข้าถึงได้ ศาลได้อธิบายต่อไปอีกว่า จากเหตุผลดังกล่าว ศาลนี้เห็นว่าศาลแห่งสหพันธรัฐได้วินิจฉัยโดยนัยแล้วว่า การใช้เครื่องมือช่วยเพื่อให้สามารถมองเห็นงานได้ถือเป็นสิ่งที่กระทำได้โดยชอบ เนื่องจากการมองเห็นจากบริเวณผิวน้ำจำเป็นต้องใช้เรือหรือพาหนะทางน้ำ ซึ่งถือเป็นเครื่องมือช่วยในการเข้าถึงผลงาน ดังนั้น ผลงานภาพถ่ายสะพานในคดีนี้ก็สามารถมองเห็นได้จากสถานที่สาธารณะตามกฎหมายการจราจรทางอากาศ (Luftverkehrsgesetz) การใช้ห้วงอากาศโดยอากาศยานย่อมกระทำได้โดยเสรีโดยหลักการ อีกทั้งไม่ปรากฏเหตุผลอันชัดแจ้งว่า เหตุใดเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพจึงสามารถใช้ได้ในกรณีที่ผลงานสามารถมองเห็นจากผิวน้ำ แต่กลับไม่สามารถใช้ได้ในกรณีที่ผลงานสามารถมองเห็นได้จากทางอากาศ

เป็นที่น่าสังเกตว่าแนวการพิจารณาของศาลในคดี *Hundertwasser-Haus* และคดี *Über alle Berge* ถึงตำแหน่งมุมมองและสถานที่ในการบันทึกภาพว่าต้องอยู่ในระดับท้องถนนนั้น ไม่ได้เป็นแนวการพิจารณาถึงหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพที่สอดคล้องกับประเทศอื่น เช่น กรณีการบันทึกภาพจากมุมสูงเช่นในคดี *Hundertwasser-Haus* ซึ่งอาคารหลังนี้ตั้งอยู่ที่กรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย แต่คดีนี้โจทก์ฟ้องที่ประเทศเยอรมนี และใช้กฎหมายเยอรมนีในการพิจารณาตามหลักกฎหมาย

[94] Terhaag & Partner Rechtsanwälte, “Panoramafreiheit gilt auch für von Drohnen angefertigte Fotos, LG Frankfurt a.M., Urt. v. 25.11.2020, Az.: 2-06 O 136/20,” accessed 14 August 2025, https://www.aufrecht.de/urteile/urheberrecht/panoramafreiheit-gilt-auch-fuer-von-drohnen-angefertigte-fotos-lg-frankfurt-am-urt-v-25112020-az-2-06-o-13620.

ขัดกัน[95] หากคดีนี้ต้องพิจารณาด้วยกฎหมายลิขสิทธิ์ของออสเตรียในมาตรา 54(1) วรรคห้า ซึ่งบัญญัติว่า กฎหมายอนุญาตให้ “ทำซ้ำ แจกจ่าย นำเสนอในที่สาธารณะโดยใช้เครื่องมือทางแสง และแพร่ภาพผลงานทางสถาปัตยกรรมภายหลังจากที่ได้มีการก่อสร้างเสร็จสิ้น หรือผลงานศิลปกรรมอื่นใดที่ตั้งอยู่โดยถาวรในสถานที่ซึ่งใช้เป็นทางสัญจรสาธารณะ ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวไม่ให้รวมถึงการจำลองแบบผลงานทางสถาปัตยกรรม และการทำซ้ำภาพวาดหรือผลงานกราฟิกโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำผลงานที่ทำซ้ำนั้นไปตั้งไว้โดยถาวรในสถานที่ประเภทดังกล่าว หรือการทำซ้ำผลงานสามมิติในลักษณะสามมิติด้วยกันเอง”[96] จากบทบัญญัตินี้เป็นไปได้อย่างยิ่งว่าการกระทำของจำเลยในคดี *Hundertwasser-Haus* เป็นการกระทำที่สามารถทำได้และไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของออสเตรีย[97]

2.3 ลักษณะการกระทำที่อนุญาตให้กระทำต่องานที่อยู่ในที่สาธารณะ

การใช้ถ้อยคำในข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่กำหนดถึงลักษณะการกระทำที่อนุญาตให้บุคคลสามารถกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในที่สาธารณะได้ ในหลายประเทศที่ศึกษาพบว่ามีความแตกต่างกัน บางประเทศใช้คำว่า “ทำซ้ำ” หรือ “ทำซ้ำและเผยแพร่ต่อสาธารณชน”[98] หรือ “สร้างและใช้”[99] ซึ่งมีความหมายค่อนข้างกว้าง และอาจทำให้มีปัญหาในการตีความและปรับใช้ได้ว่าบุคคลสามารถทำซ้ำ (reproduce) งานที่เข้าเงื่อนไขตามข้อยกเว้นได้โดยไม่ได้จำกัดรูปแบบหรือไม่ อย่างไรก็ดี จากการศึกษาพบว่า ประเทศโดยส่วนมากกลับเลือกใช้ถ้อยคำที่สื่อว่าการทำซ้ำนั้นสามารถทำได้เฉพาะในลักษณะที่เป็นการบันทึกภาพหรือทำให้ปรากฏภาพในรูปแบบสองมิติเท่านั้น เช่น “ถ่ายภาพ” “วาดเขียน” “สร้างงานกราฟิก” “จำลองภาพ” “ถ่ายภาพยนตร์” “บันทึกในสื่อทัศนวัสดุ” เป็นต้น[100] ส่วนการเผยแพร่งานนั้น ประเทศโดยส่วนมากเลือกบัญญัติว่าหากการทำซ้ำหรือบันทึกภาพนั้นเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องแล้วผู้บันทึกก็สามารถเผยแพร่ภาพของงานนั้นได้

สหรัฐอเมริกาอนุญาตให้มี “การจัดทำ แจกจ่าย หรือแสดงต่อสาธารณะซึ่งภาพ ภาพวาดเขียน ภาพถ่าย หรือการแสดงภาพในรูปแบบอื่นของงานนั้น” (“the making, distributing, or public display of pictures, paintings, photographs, or other pictorial representations of the work”)[101] กฎหมายเยอรมนี “อนุญาตให้ทำซ้ำ เผยแพร่ และสื่อสารต่อสาธารณชนซึ่งงาน... โดยใช้วิธีการทาง

---

[95] Pauline Combe, “Copyright Protection of Work Displayed in Public Places: Challenges over the Freedom of Panorama Exception,” 329.

[96] Austria, Federal Law on Copyright in Works of Literature and Art and on Related Rights (BGBl. No. 111/1936, as last amended [BGBl. I No. 25/1998]), Section 54 (1) para 5.

[97] Pauline Combe, “Copyright Protection of Work Displayed in Public Places: Challenges over the Freedom of Panorama Exception,” 329.

[98] เช่น ลักเซมเบิร์ก เบลเยี่ยม และสเปน

[99] เช่น ฮังการี

[100] เช่น สหราชอาณาจักร ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ แคนาดา สหรัฐอเมริกา เยอรมนี สวีเดน เดนมาร์ก นอร์เวย์ ฟินแลนด์ และกรีซ

[101] United Kingdom, Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA), Section 62.

จิตรกรรมหรือศิลปะกราฟิก โดยการถ่ายภาพหรือภาพยนตร์”[102] ซึ่งเป็นการอนุญาตให้ทำซ้ำงานนั้นในรูปแบบสองมิติเท่านั้น[103] สเปนบัญญัติกฎหมายว่างานที่ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะ สามารถถูกทำซ้ำ แจกจ่าย และเผยแพร่ได้อย่างเสรี “โดยใช้วิธีการเขียนระบายสี การวาดเขียน ภาพถ่าย หรือวิธีการทางโสตทัศนูปกรณ์”[104] ส่วนสหราช อาณาจักรบัญญัติให้ “สิทธิในงานดังกล่าวจะไม่ถูกละเมิดโดย... การสร้างงานกราฟิกที่เป็นการแสดงงานนั้น... การถ่ายภาพหรือถ่ายภาพยนตร์ของงานนั้น หรือ... การแพร่ภาพของงานนั้น”[105]

ในคดี *Radford v Hallensteins Bros Ltd* ศาลในนิวซีแลนด์ได้ปรับใช้มาตรา 73 อันข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศนิวซีแลนด์[106] ซึ่งบัญญัติถึงลักษณะการกระทำที่อนุญาตให้กระทำต่องานที่อยู่ในที่สาธารณะโดยใช้ถ้อยคำใกล้เคียงกับบทบัญญัติในมาตรา 62 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ในสหราชอาณาจักร[107] โดยศาลในคดีนี้อธิบายว่า มาตรา 73 ของกฎหมายลิขสิทธิ์นิวซีแลนด์ “ให้การยกเว้นเฉพาะสำหรับการทำสำเนางานศิลปกรรมสามมิติที่ตั้งอยู่โดยถาวรในพื้นที่สาธารณะเท่านั้น ไม่รวมถึงงานที่จัดแสดงเพียงชั่วคราว และการยกเว้นดังกล่าวครอบคลุมเฉพาะการทำสำเนาในรูปแบบสองมิติเท่านั้น ตัวผลงานเองไม่สามารถจำลองหรือทำซ้ำในรูปแบบสามมิติได้ ไม่ว่าการทำซ้ำนั้นจะกระทำโดยตรง หรือเป็นการทำซ้ำจากสำเนาในรูปแบบสองมิติก็ตาม”[108] นอกจากนี้ มาตรา 54(1) วรรคห้าตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของออสเตรียบัญญัติถึงรูปแบบการทำซ้ำงานที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะว่า กฎหมายอนุญาตให้มีการทำซ้ำงานสถาปัตยกรรมและศิลปกรรมที่ตั้งอยู่โดยถาวรในสถานที่ซึ่งใช้เป็นทางสัญจรสาธารณะ เช่น การถ่ายภาพและวาดเขียน และเผยแพร่ต่อสาธารณชนได้ “โดยใช้เครื่องมือทางแสง” ซึ่งหมายรวมถึงการฉายภาพของลักษณะภายนอกของอาคารที่อยู่ในที่สาธารณะ การออกอากาศหรือแพร่ภาพดังกล่าว เป็นต้น[109] บทบัญญัตินี้ยังเน้นย้ำอีกว่า “ไม่ให้รวมถึง... การทำซ้ำผลงานสามมิติในลักษณะสามมิติด้วยกันเอง”[110]

---

[102] Germany, Urheberrechtsgesetz (UrhG), Section 59.

[103] Thomas Hoeren, “Germany,” in *Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions*, eds. Bruce Kilpatrick, Pierre Kobel, and Pranvera Këllezi (Springer, 2018), 459.

[104] Spain, Consolidated Text of the Law on Intellectual Property, Regularizing, Clarifying and Harmonizing the Applicable Statutory Provisions (Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes), approved by Royal Legislative Decree No. 1/1996 of April 12, 1996, and amended up to Royal Decree-Law No. 6/2022 of March 29, 2022), Article 35(2).

[105] United States, 17 U.S. Code § 120(a).

[106] New Zealand, Copyright Act 1994, Section 73.

[107] United Kingdom, Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA), Section 62.

[108] *Radford v Hallenstein Bros Ltd*, (High Court of New Zealand) Auckland CIV 006-404-004881, [2007] BCL 363, Keane J, para [29]: “On this interpretation, moreover, s 73 remains a true exception. It only exempts copies of three-dimensional works that are permanently in the public domain, not works exhibited temporarily, and only two-dimensional copies. The work itself cannot be replicated in three-dimensions, whether directly or as a copy of one made in two-dimensions. The governing principle of the 1994 Act remains uncompromised.”

[109] Valerie Eder, “Austria,” in *Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions*, eds. Bruce Kilpatrick, Pierre Kobel, and Pranvera Këllezi (Springer, 2018), 341.

[110] Austria, Federal Law on Copyright in Works of Literature and Art and on Related Rights (BGBl. No. 111/1936, as last amended [BGBl. I No. 25/1998]), Section 54 (1) para 5.

ส่วนกฎหมายลิขสิทธิ์ในกลุ่มประเทศนอร์ดิก (Nordic countries) อันได้แก่ สวีเดน[111] เดนมาร์ก[112] นอร์เวย์[113] และฟินแลนด์[114] ต่างบัญญัติอนุญาตให้งานที่ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะนั้นสามารถ “ถูกจำลองภาพ” (be reproduced in pictorial form) ได้ ประเทศสวีเดน เดนมาร์ก และนอร์เวย์ มีรากศัพท์ทางภาษาเดียวกัน ทั้งสามประเทศบัญญัติข้อยกเว้นตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพโดยใช้คำว่า “avbilda” (สวีเดน) “afbilde” (เดนมาร์ก) และ “avbilde” (นอร์เวย์) ซึ่งมีนัยถึงการจำลองภาพหรือทำให้ปรากฏเป็นภาพ ส่วนประเทศฟินแลนด์แม้ว่าไม่ได้มีรากศัพท์เดียวกันกับสามประเทศข้างต้น แต่ได้บัญญัติกฎหมายโดยใช้คำว่า “kuvaaminen” ซึ่งตรงกับคำว่า “avbildas” ในภาษาสวีเดน[115] ศาลสูงสุดของสวีเดนในคดี *Wikimedia Sverige* ได้อธิบายว่า ถ้อยคำในบทบัญญัติคำว่า “avbildas” หมายถึง “การที่ผลงานศิลปะอาจถูกทำซ้ำโดยวิธีการวาดเขียน ระบายสี ถ่ายภาพ หรือเทคนิคอื่นใดที่ทำให้ผลงานศิลปะนั้นถูกถ่ายทอดในลักษณะแบนราบ (สองมิติ)”[116]

หลายประเทศอนุญาตให้การบันทึกทัศนียภาพที่เข้าเงื่อนไขแล้วนั้นรวมถึงการเผยแพร่ภาพที่บันทึกได้ต่อสาธารณชนด้วย เช่น สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา เบลเยียม เยอรมนี และลักเซมเบิร์ก ซึ่งหมายรวมถึงการเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ตได้ อย่างไรก็ดี มีคำพิพากษาของศาลในประเทศสวีเดนที่วินิจฉัยว่าการเผยแพร่ภาพต่อสาธารณชนนั้นจะต้องเป็นการเผยแพร่ทางสื่อเดิม การเผยแพร่ต่อสาธารณชนทางสื่อออนไลน์นั้นเป็นการกระทบสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร จึงไม่สามารถทำได้หากไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยในคดี *BUS v Wikimedia Sverige*[117] องค์กร Bildupphovsrätt i Sverige (BUS) ซึ่งเป็นองค์การจัดเก็บค่าตอบแทนลิขสิทธิ์ในสวีเดนเป็นโจทก์ยื่นฟ้อง Wikimedia Sverige ซึ่งเป็นองค์กรไม่แสวงหากำไรที่ให้บริการเว็บไซต์และฐานข้อมูลออนไลน์ โดยกล่าวหาว่า Wikimedia Sverige ได้ละเมิดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยการเผยแพร่ภาพถ่ายของงานศิลปะในที่สาธารณะผ่านเว็บไซต์ออนไลน์ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือจาก BUS ซึ่งเป็นผู้จัดการสิทธิ จำเลยต่อสู้ว่าการกระทำของตนเข้าข้อยกเว้นมาตรา 24 ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของสวีเดน[118] จึงไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

---

[111] Sweden, Act (1960:729) on Copyright in Literary and Artistic Works (Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk), Section 24.

[112] Denmark, Consolidated Act on Copyright (Bekendtgørelse af lov om ophavsret), Section 24.

[113] Norway, Act No. 40 of 15 June 2018, on Copyright for Intellectual Property (Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven)), Section 31.

[114] Finland, Act No. 404/1961, amended up to Act No. 1216/2023 (Tekijänoikeuslaki), Section 25a (821/2005).

[115] ผู้วิจัยเปรียบเทียบบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ของฟินแลนด์และคำแปลจากเว็บไซต์ของ WIPO สืบค้นเมื่อ 14 สิงหาคม 2568, https://www.wipo.int/wipolex/en/legislation/details/22374.

[116] Högsta Domstolen (Supreme Court of Sweden), 4 April 2016, Case no. Ö 849-15, *BUS v Wikimedia Sverige*, para 14, p.7, accessed 14 August 2025, https://www.domstol.se/globalassets/filer/domstol/hogstadomstolen/avgoranden/2016/o-849-15.pdf.

[117] Ibid.

[118] Sweden, Act (1960:729) on Copyright in Literary and Artistic Works (Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk), Section 24.

ศาลสูงสุดแห่งสวีเดนได้วินิจฉัยว่า บทบัญญัติมาตรา 24 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ ซึ่งบัญญัติให้มีข้อจำกัดต่อสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้สร้างสรรค์เฉพาะกรณีที่เป็นการ “จำลองภาพ” นั้น มิได้ให้อำนาจแก่ Wikimedia ในการถ่ายโอนภาพถ่ายของงานศิลปกรรมซึ่งตั้งอยู่ถาวรบนหรือใกล้สถานที่สาธารณะกลางแจ้ง จากฐานข้อมูลของตนไปยังสาธารณชนผ่านทางอินเทอร์เน็ตได้ ไม่ว่าในการเผยแพร่นั้นจะมีวัตถุประสงค์ในทางพาณิชย์หรือไม่ก็ตาม ประเด็นสำคัญของคดีคือการตีความคำว่า “จำลองภาพ” (avbilda) ว่าครอบคลุมเพียงใด ศาลวินิจฉัยโดยพิจารณาถึงมาตรา 5(5) แห่ง Infosoc Directive ของสหภาพยุโรปซึ่งเป็นหลักเดียวกันกับหลัก Three-step test ใน ข้อ 9(2) แห่งอนุสัญญากรุงเบิร์น กล่าวคือ ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ต้องเป็นการใช้ในกรณีเฉพาะบางกรณี ซึ่งจะต้องไม่ขัดต่อการใช้ประโยชน์ตามปกติของผลงาน และต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของของเจ้าของสิทธิเกินสมควร ในคดีนี้ศาลวินิจฉัยว่าการ “จำลองภาพ” ครอบคลุมถึงการเผยแพร่ต่อสาธารณชนด้วย เช่น การเผยแพร่ในสื่อสิ่งพิมพ์เช่นโปสการ์ดที่จัดพิมพ์เป็นจำนวนหนึ่ง แต่ศาลเห็นว่ากรณีงานศิลปกรรมที่ได้ถูกทำให้ประชาชนเข้าถึงได้โดยทั่วไปผ่านฐานข้อมูลแบบเปิด การใช้ประโยชน์จากงานศิลปกรรมในลักษณะดังกล่าวโดยทั่วไปแล้วมีมูลค่าทางพาณิชย์ไม่น้อย ไม่ว่าต่อผู้ที่เป็นเจ้าของฐานข้อมูลเอง หรือผู้ที่ให้บริการเข้าถึงฐานข้อมูลควบคู่กับบริการอื่น มูลค่านี้ควรสงวนไว้ให้แก่ผู้สร้างสรรค์ผลงานศิลปกรรม การที่ผู้ถือครองฐานข้อมูลจะมีวัตถุประสงค์ในทางพาณิชย์โดยตรงหรือไม่ จึงไม่ใช่ประเด็นที่มีนัยสำคัญ ทั้งนี้บทบัญญัติมาตรา 24 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ควรได้รับการตีความอย่างเคร่งครัด กรณีแห่งคดีนี้ต้องชั่งน้ำหนักเทียบกับวัตถุประสงค์ของการจัดทำฐานข้อมูล ซึ่งแม้วัตถุประสงค์ดังกล่าวจะอยู่ในขอบเขตของสิ่งที่อาจถือได้ว่าเป็นประโยชน์สาธารณะ แต่ฐานข้อมูลในลักษณะเช่นนี้เปิดช่องให้มีการใช้ประโยชน์จากงานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์เป็นวงกว้าง โดยที่ไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนใด ๆ ให้แก่ผู้สร้างสรรค์ ดังนั้น จึงถือเป็นการกระทบสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้สร้างสรรค์มากเกินกว่าที่บทบัญญัตินั้นมุ่งหมายไว้ ดังนั้น การเผยแพร่ผลงานต่อสาธารณชนในลักษณะที่กระทำโดยฐานข้อมูลของ Wikimedia นั้น จึงเป็นการละเมิดสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของผู้สร้างสรรค์โดยไม่เป็นธรรม[119]

ผู้วิจัยเห็นว่าแนวทางการพิจารณาของศาลประเทศสวีเดนในคดี *BUS v Wikimedia Sverige* อาจไม่สอดคล้องกับแนวการวินิจฉัยของศาลในประเทศอื่น ยกตัวอย่างเช่น ในประเทศนอร์เวย์ แม้ว่าจะเป็นประเทศที่มีบทบัญญัติคล้ายคลึงและใช้ถ้อยคำที่มีรากศัพท์ทางภาษาคำเดียวกันกับประเทศสวีเดนดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น แต่นอร์เวย์กลับเห็นว่า คำว่า “จำลองภาพ” (avbilde) ในบทกฎหมายของนอร์เวย์ควรตีความให้ครอบคลุมถึงการเผยแพร่ต่อสาธารณชน ทั้งการเผยแพร่ทางสื่อเดิมและสื่อใหม่ที่เป็นการเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ตด้วย[120] นอกจากนี้ บางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และเยอรมนี

[119] Högsta Domstolen (Supreme Court of Sweden), 4 April 2016, Case no. Ö 849-15, *BUS v Wikimedia Sverige*, at paras 19-22.

[120] Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m., at 3.4.10.4.8, p.100; Prop. 104 L (2016 –2017) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven), at 5.8.5, p.137 (เอกสารการเสนอร่างกฎหมายลิขสิทธิ์ของนอร์เวย์).

ได้บัญญัติกฎหมายไว้ชัดเจนว่าอนุญาตให้ “เผยแพร่ต่อสาธารณชน” ซึ่งงานที่บันทึกได้โดยเข้าข้อยกเว้นตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ อีกทั้งยังมีแนวคำพิพากษาที่ศาลไม่ได้ห้ามการเผยแพร่งานต่อสาธารณชนทางอินเทอร์เน็ตและสื่อออนไลน์[121]

2.4 ขอบเขตการนำงานไปใช้ในทางพาณิชย์

กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสบัญญัติถึงหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ (liberté de panorama) ไว้ชัดเจนว่าการบันทึกภาพตามหลักนี้จะต้องไม่นำไปใช้ในลักษณะทางการค้า (commercial) โดยมาตรา L122-5, 11° แห่งกฎหมาย Code de la propriété intellectuelle บัญญัติว่า “เมื่อผลงานได้รับการเปิดเผยต่อสาธารณชนแล้ว ผู้สร้างสรรค์ไม่อาจห้าม... การทำซ้ำและการเผยแพร่งานสถาปัตยกรรมและประติมากรรม ซึ่งติดตั้งถาวรบนทางสาธารณะ โดยบุคคลธรรมดา และต้องไม่ใช้ในลักษณะทางการค้า”[122] ประเทศเดนมาร์ก นอร์เวย์และฟินแลนด์ก็บัญญัติห้ามไม่ให้มีการใช้งานที่บันทึกตามหลักนี้ในทางการค้า เช่น มาตรา 24 วรรสองของกฎหมายลิขสิทธิ์เดนมาร์ก[123] และมาตรา 31 ของกฎหมายลิขสิทธิ์นอร์เวย์[124] บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำที่แทบจะเหมือนกันว่า “กฎหมายอนุญาตให้ทำภาพจำลองของงานศิลปกรรมได้ เมื่อผลงานนั้นได้ถูกตั้งไว้อย่างถาวรบนหรือใกล้สถานที่หรือถนนซึ่งประชาชนสามารถเข้าถึงได้ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัตินี้จะไม่สามารถใช้บังคับได้ หากงานศิลปกรรมนั้นเป็นองค์ประกอบหลักของภาพ และภาพจำลองดังกล่าวถูกนำไปใช้ในเชิงพาณิชย์” ส่วนฟินแลนด์บัญญัติกฎหมายในลักษณะเดียวกันว่าอนุญาตให้ทำภาพจำลองของงานศิลปกรรมได้ “หากผลงานนั้นได้ถูกตั้งอยู่ถาวรบนหรือใกล้สถานที่สาธารณะ อย่างไรก็ตาม หากงานศิลปกรรมนั้นเป็นองค์ประกอบหลักของภาพ ภาพดังกล่าวต้องไม่ถูกนำไปใช้เพื่อแสวงหากำไร”[125] ประเทศเอสโทเนีย[126] และลิทัวเนีย[127] ก็บัญญัติห้ามการนำไปใช้ในทางพาณิชย์เช่นเดียวกัน

---

[121] คำพิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกา เช่น คดี *Mercedes Benz USA LLC v. Lewis*, Case No. 19-10948 (E.D. Mich. 2019) และพิพากษาของศาลในเยอรมนี เช่น คดี Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 247/15, 27 April 2017, *AIDA Kussmund* และ Landgericht Frankfurt am Main, Urteil vom 25.11.2020 - 2-06 O 136/20, *Lahntalbrücke Limburg*.

[122] France, Code de la propriété intellectuelle (Intellectual Property Code), Article L122-5, 11°: “Lorsque l’oeuvre a été divulguée, l’auteur ne peut interdire : ... Les reproductions et représentations d’œuvres architecturales et de sculptures, placées en permanence sur la voie publique, réalisées par des personnes physiques, à l’exclusion de tout usage à caractère commercial”.

[123] Denmark, Consolidated Act on Copyright (Bekendtgørelse af lov om ophavsret), Section 24.

[124] Norway, Act No. 40 of 15 June 2018, on Copyright for Intellectual Property (Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven)), Section 31.

[125] Finland, Act No. 404/1961, amended up to Act No. 1216/2023 (Tekijänoikeuslaki), Section 25a (821/2005).

[126] Estonia, Copyright Act (Autoriõiguse seadus), §20[1].

[127] Lithuania, Law No. VIII-1185 of 18 May 1999, on Copyright and Related Rights, Article 28.

อย่างไรก็ดี บางประเทศไม่ได้บัญญัติห้ามการนำงานที่บันทึกตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพไปใช้ในทางการค้า เช่น กฎหมายของสวีเดนไม่ได้บัญญัติห้ามการใช้ในทางพาณิชย์ สหราชอาณาจักรบัญญัติขอบเขตการใช้งานที่ค่อนข้างกว้างและไม่ได้จำกัดการใช้งานในทางการค้าหรือพาณิชย์[128] สหรัฐอเมริกาบัญญัติมาตรา 120 (a)[129] ไว้ค่อนข้างกว้างเช่นกัน จึงครอบคลุมถึงการใช้งานในทางการค้า เช่น การขายภาพที่บันทึกได้เป็นโปสเตอร์ โปสการ์ด และบนเสื้อยืด[130] นอกจากนี้ ยังเคยมีตัวอย่างคดีที่ศาลในสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยแล้วว่าข้อยกเว้นตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพนั้นครอบคลุมถึงการใช้ในทางการค้าได้[131] ส่วนในเยอรมนี ผู้บันทึกทัศนียภาพที่ปรากฏงานอันมีลิขสิทธิ์ตามเงื่อนไขในมาตรา 59 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของเยอรมนีสามารถนำงานไปใช้ในทางพาณิชย์ได้ เช่น การพิมพ์จำหน่ายโปสการ์ด[132] โดยศาลแห่งสหพันธรัฐได้อธิบายไว้ในคดี *AIDA Kussmund* ว่าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์มาตรา 59 นี้มีพื้นฐานมาจากแนวคิดที่ว่า การจัดตั้งงานศิลปะไว้ในสถานที่สาธารณะ ย่อมแสดงถึงการที่เจ้าของผลงานมีเจตนาจะอุทิศผลงานนั้นให้แก่สาธารณชน ซึ่งวัตถุประสงค์เช่นนี้เป็นเหตุให้สามารถจำกัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ในลักษณะที่บุคคลทั่วไปมีสิทธิบันทึกภาพของงานดังกล่าวและนำภาพที่ได้ไปใช้ประโยชน์ได้ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงไม่เพียงอนุญาตให้ถ่ายภาพงานสร้างสรรค์ที่ตั้งอยู่โดยถาวรบนทางเดิน ถนน หรือจัตุรัสสาธารณะเท่านั้น แต่ยังอนุญาตให้มีการทำซ้ำ เผยแพร่ และเผยแพร่สู่สาธารณะของภาพถ่ายดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นการใช้ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ สิทธิในการเผยแพร่สู่สาธารณะครอบคลุมถึงสิทธิในการทำให้ประชาชนเข้าถึงได้โดยทั่วไปผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ด้วย[133] แนวความเห็นทางวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายในออสเตรียในประเด็นการใช้เพื่อการค้าหรือพาณิชย์ก็มีแนวทางในลักษณะเดียวกัน นักวิชาการ Valerie Eder ได้อธิบายถึงกฎหมายลิขสิทธิ์ของออสเตรียในมาตรา 54(1) วรรคห้า[134] ซึ่งเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพว่า วัตถุประสงค์ของการทำซ้ำไม่เป็นสาระสำคัญ ดังนั้น จึงสามารถใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าได้เช่นกัน ข้อยกเว้นนี้จึงอนุญาตให้มีการใช้ภาพในการตีพิมพ์เพื่อขายเป็นโปสการ์ด ปฏิทิน และโปสเตอร์ เป็นต้น[135]

---

[128] Eleonora Rosati, “Non-Commercial Quotation and Freedom of Panorama: Useful and Lawful?,” 318; Pauline Combe, “Copyright Protection of Work Displayed in Public Places: Challenges over the Freedom of Panorama Exception,” 324.

[129] United States, 17 U.S. Code § 120(a).

[130] Mary LaFrance, “Public Art, Public Space, and the Panorama Right,” 605.

[131] See e.g., *Leicester v. Warner Brothers*, 232 F.3d 1212 (9th Cir. 2000); *Mercedes Benz USA LLC v. Lewis*, Case No. 19-10948 (E.D. Mich. 2019).

[132] Thomas Hoeren, “Germany,” 440.

[133] Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 247/15, 27 April 2017, *AIDA Kussmund*, para 16.

[134] Austria, Federal Law on Copyright in Works of Literature and Art and on Related Rights (BGBl. No. 111/1936, as last amended [BGBl. I No. 25/1998]), Section 54 (1) para 5.

[135] Valerie Eder, “Austria,” 341.

ศาลในนิวซีแลนด์ได้ปรับใช้มาตรา 73 อันข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศนิวซีแลนด์[136] ในคดี *Radford v Hallensteins Bros Ltd*[137] โดยคดีนี้ โจทก์เป็นผู้สร้างผลงานประติมากรรมขนาดใหญ่สามชิ้นซึ่งตั้งอยู่ในสวนสาธารณะในเมืองโอ๊คแลนด์ ประเทศนิวซีแลนด์ จำเลยเป็นบริษัทประกอบกิจการค้าปลีกเสื้อผ้าได้จำหน่ายเสื้อยืดโดยมีภาพถ่ายของประติมากรรมสองชิ้นจากสามชิ้นของโจทก์พิมพ์อยู่ด้านหน้าของเสื้อยืดร่วมกับองค์ประกอบภาพอื่น ๆ โจทก์ฟ้องว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์และธรรมสิทธิ์ (moral right) ประเด็นข้อพิพาทในคดีนี้มุ่งเน้นไปที่สิทธิทางเศรษฐกิจของผู้สร้างผลงานในการควบคุมการทำซ้ำผลงานในรูปแบบสองมิติ กับผลประโยชน์สาธารณะในการเข้าถึงและใช้การทำซ้ำดังกล่าว ศาลมีคำวินิจฉัยว่าไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 73 ที่ได้ยกเว้นสิทธิในลิขสิทธิ์ที่ผู้สร้างผลงานอาจมีอยู่ ทำให้ผลประโยชน์สาธารณะได้รับความสำคัญสูงสุด แม้ว่าการกระทำของจำเลยจะทำเพื่อการค้าก็ตาม

ประเด็นที่ว่าเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพควรมีขอบเขตการใช้ครอบคลุมถึงการใช้ในทางการค้าหรือพาณิชย์หรือไม่นั้น นักวิชาการลิขสิทธิ์บางท่านไม่เห็นด้วยที่จะอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในทางการค้าได้ เช่น Barron Oda เห็นว่าประเด็นนี้น่าจะก่อให้เกิดความขัดแย้งมากที่สุดในการพิจารณาเรื่องหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ เนื่องจากการอนุญาตให้บันทึกทัศนียภาพและนำไปใช้เพื่อการค้าได้นั้นจะเป็นการกระทบสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร เนื่องจากมีแนวโน้มที่จะลดทอนสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่กฎหมายให้แก่เจ้าของสิทธิในการใช้ประโยชน์ทางการค้าจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน[138] และ Jean-Marie Cavada เคยเสนอให้แก้ไขกฎหมายของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวกับหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพว่า “อนุญาตให้มีการทำซ้ำและใช้ประโยชน์จากงาน เช่น งานสถาปัตยกรรมหรือประติมากรรมที่ตั้งอยู่ถาวรในสถานที่สาธารณะ โดยยกเว้นการใช้ประโยชน์ใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์”[139] อย่างไรก็ดี การบัญญัติห้ามมิให้ใช้งานภายใต้หลักนี้ในทางพาณิชย์นั้นอาจมีปัญหาในการวินิจฉัย เช่น Pauline Combe เห็นว่า แม้ว่าการเผยแพร่งานที่บันทึกได้ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพจะครอบคลุมถึงการเผยแพร่บนอินเทอร์เน็ต แต่การกำหนดเงื่อนไขว่าต้องไม่เป็นการใช้ในทางพาณิชย์นั้นจะทำให้การเผยแพร่ภาพทางอินเทอร์เน็ตเกิดปัญหาได้ เนื่องจากเส้นแบ่งระหว่างการใช้งานในเชิงพาณิชย์และไม่ใช่เชิงพาณิชย์บนอินเทอร์เน็ตนั้นคลุมเครือและแยกแยะได้ยาก เว็บไซต์ส่วนใหญ่มีการโฆษณา ซึ่งมักปรากฏอยู่ด้านข้างของหน้าเว็บไซต์ หากภาพถ่ายของงานอันลิขสิทธิ์ที่ตั้งอยู่ถาวรในพื้นที่สาธารณะถูกเผยแพร่บนเว็บไซต์เหล่านี้ ก็อาจถือได้ว่าเป็นการใช้ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากเว็บไซต์เหล่านั้น

---

[136] New Zealand, Copyright Act 1994, Section 73.

[137] *Radford v Hallensteins Bros Ltd*, (District Court) Auckland CIV 2005-004-3008, 17 July 2006; *Radford v Hallenstein Bros Ltd*, (High Court of New Zealand) Auckland CIV 006-404-004881, [2007] BCL 363.

[138] Barron Oda, “Mobile Devices, Public Spaces, and Freedom of Panorama: Reconciling the Copyright Act with Technological Advances and Social Norms Regarding Content Creation and Online Sharing.”

[139] Jean-Marie Cavada, “Proposal for a directive Article 5 a (new), A8-0245/162, Report A8-0245/2018, (5 September 2018),” accessed 14 August 2025, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245-AM-162-165_EN.pdf.

มีรายได้จากการโฆษณาดังกล่าว[140] และ Eleonora Rosati แสดงความกังวลเช่นเดียวกันว่าการใช้งานเพื่อประโยชน์ “ทางการค้า” (commercial) หรือ “เพื่อหากำไร” (for profit) ยังขาดการตีความหรือการให้นิยามที่ชัดเจน การตีความถ้อยคำเหล่านี้อย่างกว้างอาจครอบคลุมถึงการทำซ้ำหรือเผยแพร่งานบนเว็บไซต์ที่มีโฆษณา และการกำหนดว่าเมื่อใดที่การใช้งานจะถือเป็นทางการค้า หรือเพื่อแสวงหากำไรอาจเป็นเรื่องที่มีความท้าทายเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในกรณีที่ลักษณะเชิงพาณิชย์หรือการแสวงหากำไรนั้นเป็นเพียงทางอ้อมหรือเป็นวัตถุประสงค์รองจากการใช้งานที่เป็นข้อพิพาท[141]

2.5 เงื่อนไขเพิ่มเติมอื่น ๆ

นอกจากเงื่อนไขพื้นฐาน 4 ประการในการบัญญัติข้อยกเว้นภายใต้หลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพที่ได้กล่าวไปข้างต้น อันได้แก่ การกำหนดประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ลักษณะการตั้งอยู่ของงานนั้น ลักษณะการกระทำต่องานเหล่านั้น และขอบเขตการนำงานไปใช้ในทางพาณิชย์แล้ว บางประเทศยังได้กำหนดเงื่อนไขอื่นเพิ่มเติม บทความวิจัยนี้จะอธิบายโดยสังเขปถึงเงื่อนไขเพิ่มเติมอีก 3 ประการ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง การจำกัดบุคคลที่สามารถใช้เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ ประการที่สอง การกำหนดให้ต้องพิจารณาถึงหลัก Three-step test ในการปรับใช้บทบัญญัติแห่งข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ และประการที่สาม การบันทึกงานดังกล่าวนั้นต้องไม่ปรากฏงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นวัตถุหลักในภาพ

เงื่อนไขเพิ่มเติมประการที่หนึ่ง การจำกัดบุคคลที่สามารถใช้เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพได้ เช่น การกำหนดให้ผู้ที่สามารถใช้เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพได้ต้องเป็นบุคคลธรรมดาหรือสื่อมวลชนเท่านั้น พิจารณาตัวอย่างได้จากกฎหมายในประเทศฝรั่งเศสและกรีซ กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศฝรั่งเศส (Code de la propriété intellectuelle)[142] ในมาตรา 122-5(11) บัญญัติว่า “เมื่อผลงานได้ถูกเปิดเผยแล้ว ผู้สร้างสรรค์จะไม่สามารถห้ามการทำซ้ำและการแสดงผลงานสถาปัตยกรรมและประติมากรรมที่ตั้งอยู่ถาวรบนทางสาธารณะ *ซึ่งกระทำโดยบุคคลธรรมดา* โดยยกเว้นการใช้เพื่อวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์”[143] มาตราข้างต้นสะท้อนให้เห็นถึงขอบเขตของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพที่แคบกว่าหลาย ๆ ประเทศ เนื่องจาก (1) จำกัดประเภทของงานเฉพาะสถาปัตยกรรมและประติมากรรม (2) ห้ามการใช้งานในทางพาณิชย์ และ (3) อนุญาตให้บุคคลธรรมดาเท่านั้นเป็นผู้ทำซ้ำและเผยแพร่งานได้ ดังนั้น นิติบุคคลและบริษัททั้งหลายจึงไม่อาจอ้างบทบัญญัตินี้ได้ ส่วนกฎหมายลิขสิทธิ์ของกรีซ มาตรา 26 บัญญัติว่า

---

[140] Pauline Combe, “Copyright Protection of Work Displayed in Public Places: Challenges over the Freedom of Panorama Exception,” 334.

[141] Eleonora Rosati, “Non-Commercial Quotation and Freedom of Panorama: Useful and Lawful?,” 315-320.

[142] French Intellectual Property Code (Code de la propriété intellectuelle).

[143] (เน้นโดยผู้เขียน) French Intellectual Property Code, Article L122-5(11): “Lorsque l’oeuvre a été divulguée, l’auteur ne peut interdire : ... 11° Les reproductions et représentations d’œuvres architecturales et de sculptures, placées en permanence sur la voie publique, réalisées par des personnes physiques, à l’exclusion de tout usage à caractère commercial...”

“การทำซ้ำและการเผยแพร่ภาพงานสถาปัตยกรรม งานศิลปกรรม งานภาพถ่าย หรืองานศิลปประยุกต์ที่ตั้งอยู่ถาวรในสถานที่สาธารณะเป็นครั้งคราว*โดยสื่อมวลชน* ถือเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้สร้างสรรค์ผลงาน และไม่ต้องมีการจ่ายค่าตอบแทน”[144] การบัญญัติเช่นนี้เป็นการจำกัดบุคคลที่สามารถใช้เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพไว้เฉพาะสื่อมวลชนเท่านั้น บุคคลทั่วไปไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล หากไม่ใช่สื่อมวลชนก็จะไม่สามารถใช้ข้อยกเว้นมาตรานี้ได้

เงื่อนไขเพิ่มเติมประการที่สอง การกำหนดให้ต้องพิจารณาถึงหลัก Three-step test ด้วยว่าการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรหรือไม่ เช่น มาตรา XI.190 2/1° แห่งกฎหมาย Code of Economic Law ของประเทศเบลเยียมซึ่งบัญญัติว่า

> “เมื่องานได้ถูกเปิดเผยต่อสาธารณชนโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ผู้สร้างงานไม่อาจห้ามมิให้กระทำการดังต่อไปนี้: ... การทำซ้ำและการเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานศิลปกรรมประเภททัศนศิลป์ กราฟิก หรือสถาปัตยกรรม ที่มีวัตถุประสงค์ให้ตั้งอยู่ถาวรในสถานที่สาธารณะ ทั้งนี้ เฉพาะในกรณีที่เป็นการทำซ้ำหรือการเผยแพร่ผลงานในลักษณะที่ปรากฏอยู่ ณ ที่นั้น *และการทำซ้ำหรือการเผยแพร่นั้นไม่กระทบต่อการใช้ประโยชน์ตามปกติของงาน หรือก่อให้เกิดความเสียหายอย่างไม่เป็นธรรมต่อผลประโยชน์อันชอบธรรมของผู้สร้างผลงาน*”[145]

บทบัญญัตินี้ถูกเพิ่มเติมไว้ในกฎหมาย Code of Economic Law เมื่อปี ค.ศ. 2016[146] โดยมีข้อความที่เพิ่มเติมในตอนท้ายของบทบัญญัติที่ต่างจากบทบัญญัติของประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรปอื่น ๆ ที่กำหนดให้ต้องพิจารณาด้วยว่าการทำซ้ำหรือการเผยแพร่งานศิลปกรรมที่ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะนั้นไม่กระทบต่อการใช้ประโยชน์ตามปกติของผลงาน และต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างไม่เป็นธรรมต่อผลประโยชน์อันชอบธรรมของผู้สร้างผลงาน แม้ว่าประเทศอื่น ๆ ไม่ได้บัญญัติกฎหมายไว้เช่นนี้ แต่ในการปรับใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อันเกี่ยวด้วยเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ ศาลอาจเลือกนำหลัก Three-step test ซึ่งปรากฏในอนุสัญญากรุงเบิร์น หรือที่บัญญัติใน Infosoc Directive มาเป็นเงื่อนไขเพิ่มเติมในการวินิจฉัยได้ อันจะเห็นตัวอย่างได้จากแนวการวินิจฉัยของศาลในประเทศสวีเดน เช่นในคดี Wikimedia Sverige[147] ที่ได้กล่าวถึงไปแล้วข้างต้น ซึ่งแม้ว่าในบทบัญญัติข้อยกเว้นในกฎหมายสวีเดนจะไม่ปรากฏข้อความให้ศาลต้องพิจารณาหลัก Three-step test ประกอบด้วย แต่ศาลอาจเลือกที่จะนำหลักนี้มาใช้ประกอบการวินิจฉัยเพื่อหาจุดสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของผลงานที่ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะกับประโยชน์ของสาธารณชนในทัศนียภาพนั้น

---

[144] (เน้นโดยผู้เขียน) Greece, Law on Copyright, Related Rights and Cultural Matters, No. 2121/1993, Article 26.

[145] (เน้นโดยผู้เขียน) Belgium, Code de droit économique (Code of Economic Law), Article XI.190 2/1°.

[146] Loi du 27 juin 2016 modifiant le Code de droit économique en vue de l’introduction de la liberté de panorama.

[147] Högsta Domstolen (Supreme Court of Sweden), 4 April 2016, Case no. Ö 849-15, *BUS v Wikimedia Sverige*.

เงื่อนไขเพิ่มเติมประการที่สาม กฎหมายบางประเทศกำหนดให้ต้องพิจารณาด้วยว่างานอันมีลิขสิทธิ์ที่ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะนั้นเป็นวัตถุหลักที่ปรากฏ (primary or main subject) ในภาพหรือไม่ หรือเป็นเพียงการบันทึกภาพที่ปรากฏงานอันมีลิขสิทธิ์โดยบังเอิญ (incidental inclusion) เช่น กฎหมายในประเทศเดนมาร์ก[148] นอร์เวย์[149] ฟินแลนด์[150] ลักเซมเบิร์ก[151] เอสโทเนีย[152] และลิทัวเนีย[153] บัญญัติว่าการบันทึกภาพงานที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะนั้นจะต้องไม่เป็นวัตถุหลักที่ปรากฏในภาพ ในขณะที่ประเทศสวีเดนไม่มีบทบัญญัติเช่นนั้น และศาลสูงสุดแห่งสวีเดนเคยอธิบายว่าการจำลองภาพตามข้อยกเว้นมาตรา 24 ของกฎหมายลิขสิทธิ์สวีเดนนั้นใช้ได้แม้ว่างานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจะเป็นวัตถุหลักในการบันทึกภาพก็ตาม[154]

เป็นที่น่าสนใจอย่างยิ่งว่าประเด็นที่ว่างานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเป็นวัตถุหลักในการบันทึกภาพหรือไม่นั้น แม้แต่ในประเทศที่ท้ายที่สุดแล้วไม่ได้มีบทบัญญัติบังคับเงื่อนไขนี้ แต่ก็เคยมีการถกเถียงหรือเคยมีแนวการวินิจฉัยของศาลที่ชี้ว่ามีแนวคิดอีกทางหนึ่งว่าเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพควรเป็นการบันทึกบรรยากาศโดยรวม ไม่ใช่การทำซ้ำภาพงานอันมีลิขสิทธิ์ชิ้นใดชิ้นหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง เช่น ในการรับฟังความคิดเห็นการร่างกฎหมาย Architectural Works Copyright Protection Act (AWCPA) ของสหรัฐอเมริกาเมื่อปี ค.ศ. 1990 ซึ่งมีการถกเถียงกันถึงขอบเขตมาตรา 120(a) เกี่ยวด้วยเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ นักวิชาการลิขสิทธิ์ Jane Ginsburg เคยทำความเห็นสนับสนุนให้บัญญัติเงื่อนไขเพิ่มเติมว่างานสถาปัตยกรรมนั้นจะต้องมิใช่วัตถุหลักของการนำเสนอในภาพถ่ายหรือภาพเขียนจึงจะเข้าข้อยกเว้นตามหลักนี้ได้[155] ซึ่ง David Perdue ผู้ทำความเห็นจากสถาบันสถาปนิกอเมริกัน (American

---

[148] Denmark, Consolidated Act on Copyright (Bekendtgørelse af lov om ophavsret), Section 24.

[149] Norway, Act No. 40 of 15 June 2018, on Copyright for Intellectual Property (Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven)), Section 31.

[150] Finland, Act No. 404/1961, amended up to Act No. 1216/2023 (Tekijänoikeuslaki), Section 25a (821/2005).

[151] Luxembourg, Law of April 18, 2001, on Copyright and Related Rights and Databases, Section 10(7).

[152] Estonia, Copyright Act (Autoriõiguse seadus), §20[1].

[153] Lithuania, Law No. VIII-1185 of 18 May 1999, on Copyright and Related Rights, Article 28.

[154] Högsta Domstolen (Supreme Court of Sweden), 4 April 2016, Case no. Ö 849-15, *BUS v Wikimedia Sverige*, para 15.

[155] "The Floor Remarks indicate a possible limitation of the pictorial representation exception to "instances in which the architectural work does not constitute the primary subject of the two-dimensional representation" ... I believe such a limitation would be desirable. It also enjoys well-elaborated precedent in Berne countries, notably France, where the courts have devised the limitation and articulated its contours." (citation omitted) (Architectural Design Protection: Hearing Before the Subcommittee on Courts, Intellectual Property, and the Administration of Justice of the Committee on the Judiciary, House of Representatives, 101st Congress, Second Session, on H.R. 3990 and H.R. 3991, p.187 (1990) (Letter from Jane C. Ginsburg, Associate Professor, Columbia University School of Law School, to Hon. Robert Kastenmeier), accessed 14 August 2025, https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=pur1.32754075285266&seq=129).

Institute of Architects) เคยยื่นเอกสารทำความเห็นสนับสนุนในประเด็นนี้เช่นเดียวกัน[156] อย่างไรก็ดี ท้ายที่สุดแล้วถ้อยคำที่กำหนดว่างานนั้นต้องมิใช่วัตถุหลักของการบันทึกภาพก็ไม่ได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 120(a) แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาแต่อย่างใด

นอกจากนี้ ในคดี *Buren et Drevet v Lyon*[157] ซึ่งตัดสินโดยศาลในประเทศฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ. 2005 ก่อนที่จะมีการบัญญัติมาตรา 122-5(11) ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศฝรั่งเศส (Code de la propriété intellectuelle) ในปี ค.ศ. 2016 คดีนี้ศิลปิน Daniel Buren และ Christian Drevet ได้ทำการปรับปรุงจัตุรัส Place des Terreaux ในเมือง Lyon ประเทศฝรั่งเศส ทั้งสองได้สร้างงานติดตั้งขนาดใหญ่ที่ออกแบบเฉพาะสำหรับสถานที่ ประกอบด้วยน้ำพุขนาดเล็กจำนวนมากซึ่งฝังอยู่ใต้พื้นและเสาอีกจำนวนหนึ่ง ต่อมามีการนำภาพของจัตุรัสดังกล่าวไปพิมพ์ลงบนโปสการ์ดและจำหน่ายต่อสาธารณชนโดยไม่ได้รับความยินยอมจากศิลปินและไม่ได้ระบุชื่อของพวกเขาไว้บนโปสการ์ด ทั้งสองจึงยื่นฟ้องผู้จัดพิมพ์โปสการ์ดในข้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลฎีกาแห่งฝรั่งเศส (Cour de Cassation) ได้มีคำพิพากษายกฟ้อง โดยให้เหตุผลถึงการปรากฏโดยบังเอิญหรือการเป็นองค์ประกอบรองของภาพ (accessoire au sujet traité/accessory to the subject matter) โดยศาลเห็นว่าผลงานของโจทก์เป็นเพียงส่วนหนึ่งขององค์ประกอบสถาปัตยกรรมที่กว้างกว่า และเป็นเพียงองค์ประกอบหนึ่งในภาพรวมของจัตุรัส Place des Terreaux กล่าวคือ งานของโจทก์มีลักษณะเป็นส่วนประกอบรองมากกว่าการเป็นองค์ประกอบหลักของสถานที่ดังกล่าว อย่างไรก็ดี ปัจจุบันฝรั่งเศสมีข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์มาตรา 122-5(11) ซึ่งไม่ปรากฏว่ามีหลักนี้เป็นองค์ประกอบในบทบัญญัติแต่อย่างใด

อนึ่ง แนวคิดเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์งานที่บังเอิญบันทึกได้ (incidental use) นอกจากการออกบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพแล้ว บางประเทศยังบัญญัติกรณีนี้เป็นอีกข้อยกเว้นหนึ่งแยกต่างหากไป เช่น มาตรา 31 กฎหมาย CDPA ของสหราชอาณาจักรบัญญัติให้ “(1) การปรากฏโดยบังเอิญของผลงานที่มีลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรม สิ่งบันทึกเสียง ภาพยนตร์ หรือการแพร่เสียงแพร่ภาพจะไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผลงานนั้น และ (2) การจัดจำหน่ายต่อสาธารณชน การเปิดเผย การแสดง หรือการเผยแพร่ต่อสาธารณชนของสิ่งใดก็ตามที่มีการสร้างขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามวรรค (1) ซึ่งไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ก็จะไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เช่นเดียวกัน”[158] นอกจากนี้

---

[156] “We would encourage the committee to ... narrow the exception to instances where the architectural work is not the primary subject of the pictorial representation.” (Architectural Design Protection: Hearing Before the Subcommittee on Courts, Intellectual Property, and the Administration of Justice of the Committee on the Judiciary, House of Representatives, 101st Congress, Second Session, on H.R. 3990 and H.R. 3991 (1990), p.125 (Letter from David K. Perdue, Associate General Counsel and Corporate Secretary of the American Institute of Architects, to Hon. Robert Kastenmeier), accessed 14 August 2025, https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=pur1.32754075285266&seq=129).

[157] Cour de Cassation, Chambre civile 1, 15 March 2005, 03-14.820.

[158] United Kingdom, Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA), Section 31.

มาตรา 57 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์เยอรมันก็ได้บัญญัติข้อยกเว้นที่คล้ายคลึงกับมาตรา 31 ของสหราชอาณาจักร โดยระบุว่าการทำซ้ำ เผยแพร่ และการเผยแพร่ต่อสาธารณชนของงานที่เป็นเพียงองค์ประกอบเล็กน้อย (unwesentliches Beiwerk) เมื่อเทียบกับวัตถุประสงค์หลักของการถ่ายภาพหรือเผยแพร่นั้น เป็นการกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ กล่าวคือ หากงานศิลปกรรมปรากฏอยู่ในภาพถ่ายเพียงเล็กน้อยหรือไม่ใช่จุดสนใจหลัก เช่น การถ่ายภาพบุคคลที่สวนสาธารณะโดยมีประติมากรรมอยู่ในฉากหลังโดยไม่ได้ตั้งใจให้เห็นเด่นชัด ก็สามารถทำได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์[159] ซึ่งข้อยกเว้นเหล่านี้ปรับใช้ได้กับงานตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติโดยไม่มีเงื่อนไขว่าต้องเป็นงานที่ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะ

3. ตารางสรุปข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามกฎหมายต่างประเทศ

จากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศทั้งหมด 20 ประเทศ ได้แก่ สหราชอาณาจักร ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ แคนาดา สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมนี สวีเดน นอร์เวย์ เดนมาร์ก ฟินแลนด์ เบลเยียม ฮังการี ออสเตรีย สเปน กรีซ ลักเซมเบิร์ก เอสโทเนีย ลิทัวเนีย และอิตาลี ผู้วิจัยสามารถทำตารางเปรียบเทียบบทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพของแต่ละประเทศ โดยระบุถึงประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ ลักษณะการตั้งอยู่ของงานอันมีลิขสิทธิ์ การกระทำที่อนุญาตให้ทำได้ และเงื่อนไขอื่น ๆ ได้ดังนี้

[159] Germany, Act on Copyright and Related Rights (Urheberrechtsgesetz (UrhG)), Section 57.

ตารางที่ 2: ตารางเปรียบเทียบบทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพในประเทศที่ศึกษา

ลำดับที่	ประเทศ	ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์	การตั้งอยู่ของงาน	การกระทำที่อนุญาต	เงื่อนไขอื่น
1	**สหราชอาณาจักร**	อาคาร	-	การสร้างงานกราฟิกที่เป็นการแสดงงานนั้น การถ่ายภาพหรือถ่ายภาพยนตร์ของงานนั้น การแพร่ภาพของงานนั้น การเผยแพร่ต่อสาธารณชน	-
		งานประติมากรรม แบบจำลองอาคาร งานฝีมือศิลปะ	ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะ หรือในสถานที่ที่เปิดให้ประชาชนเข้าชมได้		-
2	**ออสเตรเลีย**	อาคาร แบบจำลองอาคาร	-	การสร้างภาพวาด ภาพเขียน ภาพแกะสลัก หรือภาพถ่ายของงาน การถ่ายภาพยนตร์หรือในการออกอากาศทางโทรทัศน์	-
		งานประติมากรรม งานฝีมือศิลปะ	ตั้งอยู่ไม่เป็นการชั่วคราวในที่สาธารณะหรือในสถานที่ที่เปิดให้ประชาชนเข้าชมได้		-
3	**นิวซีแลนด์**	อาคาร	-	การทำซ้ำงานโดยการสร้างงานกราฟิกที่เป็นการแสดงงานนั้น การถ่ายภาพหรือถ่ายภาพยนตร์ การเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งภาพของงานนั้น	-
		งานประติมากรรม แบบจำลองอาคาร งานฝีมือศิลปะ	ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะ หรือในสถานที่ที่เปิดให้ประชาชนเข้าชมได้		-

ลำดับที่	ประเทศ	ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์	การตั้งอยู่ของงาน	การกระทำที่อนุญาต	เงื่อนไขอื่น
4	**แคนาดา**	งานสถาปัตยกรรม	-	การทำซ้ำงานโดยการสร้างภาพวาด ภาพเขียน ภาพแกะสลัก หรือภาพถ่าย หรือการถ่ายภาพยนตร์	-
		งานประติมากรรม งานฝีมือศิลปะแบบจำลองประติมากรรมหรืองานฝีมือศิลปะ	ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะหรืออาคารสาธารณะ		-
5	**สหรัฐอเมริกา**	งานสถาปัตยกรรม (อาคาร)	ตั้งอยู่หรือมองเห็นได้เป็นปกติจากที่สาธารณะ	การจัดทำ แจกจ่าย หรือแสดงต่อสาธารณะซึ่งภาพ ภาพวาดเขียน ภาพถ่าย หรือการแสดงภาพในรูปแบบอื่นของงานนั้น	-
6	**ฝรั่งเศส**	งานสถาปัตยกรรม งานประติมากรรม	ตั้งอยู่ถาวรบนทางสาธารณะ	การทำซ้ำและการเผยแพร่งาน	ต้องกระทำโดยบุคคลธรรมดาและต้องไม่ใช้ในลักษณะทางการค้า
7	**เยอรมนี**	งาน	ตั้งอยู่ถาวรบนทางสาธารณะ ถนนสาธารณะ หรือจัตุรัสสาธารณะ	การทำซ้ำ เผยแพร่และสื่อสารต่อสาธารณชน โดยใช้วิธีการทางจิตรกรรมหรือศิลปะกราฟิก โดยการถ่ายภาพหรือภาพยนตร์	ในกรณีของสิ่งปลูกสร้างสิทธิเหล่านี้จำกัดเฉพาะการมองเห็นภายนอกเท่านั้น
8	**สวีเดน**	อาคาร	-	การจำลองภาพและเผยแพร่ต่อสาธารณชน	-
		งานศิลปกรรม	ตั้งอยู่ถาวรภายนอกหรือในที่สาธารณะ		-
9	**เดนมาร์ก**	อาคาร	-	การจำลองภาพ	-
		งานศิลปกรรม	ตั้งอยู่ถาวรในหรือใกล้สถานที่หรือถนนที่เข้าถึงได้โดยสาธารณชน		งานนั้นไม่ได้เป็นวัตถุหลักในภาพและต้องไม่ใช้ในลักษณะทางการค้า

ลำดับที่	ประเทศ	ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์	การตั้งอยู่ของงาน	การกระทำที่อนุญาต	เงื่อนไขอื่น
10	**นอร์เวย์**	อาคาร	-	การจำลองภาพ	-
		งาน	ตั้งอยู่ถาวรในหรือใกล้สถานที่หรือถนนที่เข้าถึงได้โดยสาธารณชน		งานนั้นไม่ได้เป็นวัตถุหลักในภาพและต้องไม่ใช้ในลักษณะทางการค้า
11	**ฟินแลนด์**	งานศิลปกรรม	ตั้งอยู่ถาวรในหรือใกล้ที่สาธารณะ	การจำลองภาพ	งานนั้นไม่ได้เป็นวัตถุหลักในภาพและต้องไม่ใช้ในลักษณะเพื่อหากำไร
		อาคาร	-		-
12	**เบลเยียม**	งานศิลปกรรม (d'œuvres d'art plastique) งานกราฟิก งานสถาปัตยกรรม	มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ตั้งอยู่ถาวรในสถานที่สาธารณะ	การทำซ้ำและการเผยแพร่ต่อสาธารณชน	ต้องเป็นการทำซ้ำหรือการเผยแพร่ผลงานในลักษณะที่ปรากฏอยู่ ณ ที่นั้น และการทำซ้ำหรือการเผยแพร่นั้นต้องไม่กระทบต่อการใช้ประโยชน์ตามปกติของงานหรือก่อให้เกิดความเสียหายอย่างไม่เป็นธรรมต่อผลประโยชน์อันชอบธรรมของผู้สร้างผลงาน
13	**ฮังการี**	งานศิลปกรรม งานสถาปัตยกรรม งานศิลปประยุกต์	ตั้งอยู่ถาวรภายนอกอาคารในที่สาธารณะ	การสร้างและใช้	-

ลำดับที่	ประเทศ	ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์	การตั้งอยู่ของงาน	การกระทำที่อนุญาต	เงื่อนไขอื่น
14	**ออสเตรีย**	งานสถาปัตยกรรม งานศิลปกรรม	ตั้งอยู่ถาวรในสถานที่ซึ่งใช้เป็นทางสัญจรสาธารณะ	การทำซ้ำ แจกจ่าย นำเสนอในที่สาธารณะ โดยใช้เครื่องมือทางแสง และแพร่ภาพผลงาน	สถาปัตยกรรมและการทำซ้ำภาพวาดหรือผลงานกราฟิกโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำผลงานที่ทำซ้ำนั้นไปตั้งไว้โดยถาวรในสถานที่ประเภทดังกล่าว หรือการทำซ้ำผลงานสามมิติในลักษณะสามมิติด้วยกันเอง
15	**สเปน**	งาน	ตั้งอยู่ถาวรในสวน ถนน จัตุรัส หรือที่สาธารณะอื่นใด	การทำซ้ำ แจกจ่าย หรือเผยแพร่ทางภาพวาด ภาพเขียน ภาพถ่าย หรือโสตทัศนวัสดุ	-
16	**กรีซ**	งานสถาปัตยกรรม งานศิลปกรรม งานภาพถ่าย งานศิลปประยุกต์	ตั้งอยู่ถาวรในสถานที่สาธารณะ	การทำซ้ำและการเผยแพร่ภาพเป็นครั้งคราว	ต้องกระทำโดยสื่อมวลชน
17	**ลักเซมเบิร์ก**	งาน	ตั้งอยู่ในที่ที่สาธารณชนเข้าถึงได้	การทำซ้ำและเผยแพร่	งานนั้นต้องไม่ใช่วัตถุหลักในการทำซ้ำหรือเผยแพร่

ลำดับที่	ประเทศ	ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์	การตั้งอยู่ของงาน	การกระทำที่อนุญาต	เงื่อนไขอื่น
18	**เอสโทเนีย**	งานสถาปัตยกรรม งานศิลปกรรม งานศิลปะประยุกต์ งานภาพถ่าย	ตั้งอยู่ถาวรในสถานที่ที่เปิดให้สาธารณชนเข้าถึงได้	การทำซ้ำและเผยแพร่ต่อสาธารณชน	งานนั้นไม่ได้เป็นวัตถุหลักในการทำซ้ำและต้องไม่ใช่เพื่อการค้าโดยตรง หากผลงานที่ระบุไว้ในข้อนี้มีชื่อของผู้สร้างสรรค์กำกับไว้ จะต้องมีการระบุชื่อดังกล่าวในการเผยแพร่ผลงานที่ทำซ้ำต่อสาธารณชนด้วย
19	**ลิทัวเนีย**	งานสถาปัตยกรรม งานประติมากรรม	ที่สร้างขึ้นเพื่อจัดตั้งถาวรในสถานที่สาธารณะ เว้นแต่ในกรณีที่ผลงานนั้นถูกจัดแสดงในนิทรรศการหรือพิพิธภัณฑ์	การทำซ้ำและเผยแพร่ต่อสาธารณชน	มิให้ใช้บังคับในกรณีที่ผลงานสถาปัตยกรรมหรือประติมากรรมเป็นวัตถุประสงค์หลักของการถ่ายทอดในการทำซ้ำ และการทำซ้ำนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ทางการค้าโดยตรงหรือโดยอ้อม และต้องระบุแหล่งที่มาและชื่อผู้สร้างสรรค์ (หากสามารถกระทำได้)
20	**อิตาลี**	ไม่มีบทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ			

4. บทวิเคราะห์เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามกฎหมายไทย

ในประเทศไทย บทบัญญัติที่สะท้อนถึงการรับรองเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพปรากฏอยู่ในข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในกฎหมาย 3 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งแม้ว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ไม่ถูกบังคับใช้แล้ว แต่การศึกษากฎหมายทั้งสองฉบับนี้เปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันทำให้เห็นถึงแนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพรวมถึงขอบเขตการกระทำที่กฎหมายอนุญาตด้วย

มาตรา 20(2) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 บัญญัติว่า

> “ผู้ใดมิได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ กระทำการซึ่งพระราชบัญญัตินี้ให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์แต่ผู้เดียว ท่านว่าผู้นั้นละเมิดลิขสิทธิ์ แต่การกระทำต่อไปนี้ ท่านไม่ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์
>
> ... การทำหรือโฆษณาภาพระบายสี ภาพวาดเขียน ภาพแกะ หรือรูปถ่าย แห่งภาพหุ่นหรือการช่างทางศิลป ถ้าภาพหุ่นหรือการช่างทางศิลปนั้น ๆ ตั้งประจำอยู่ณที่สาธารณ หรือในโรงเรือนสาธารณ หรือการทำ หรือโฆษณาภาพระบายสี ภาพวาดเขียน ภาพแกะ หรือรูปถ่าย แห่งสถาปัตยกรรมซึ่งเป็นศิลป”

จากบทบัญญัติข้างต้น จะเห็นว่ากฎหมายไทยให้การรับรองเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2474 โดยแยกงานประติมากรรม หรือ “หุ่น” และ “การช่างทางศิลป” ออกจากงานสถาปัตยกรรม กล่าวคือ หากเป็นงานประติมากรรมและการช่างทางศิลป งานเหล่านั้นจะต้องตั้งประจำอยู่ในที่สาธารณะ แต่ถ้าเป็นงานสถาปัตยกรรม ไม่มีเงื่อนไขกำหนดว่าต้องตั้งประจำอยู่ในที่สาธารณะแต่อย่างใด ส่วนการกระทำที่อนุญาตคือ การทำภาพของงานและโฆษณาภาพเหล่านั้น

ผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตว่ามาตรา 20(2) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 ตราขึ้นในปี พ.ศ. 2474 ซึ่งตรงกับปี ค.ศ. 1931 ในขณะนั้นกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักรที่บังคับใช้อยู่คือ Copyright Act 1911 ซึ่งเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายแม่แบบของกฎหมายในหลายประเทศโดยเฉพาะประเทศในเครือจักรภพ เช่น ออสเตรเลียและนิวซีแลนด์[160] โดยบทบัญญัติมาตรา 20(2) ของไทยเมื่อปี พ.ศ. 2474 มีข้อความตรงกับมาตรา 2(1)(iii) ใน Copyright Act 1911[161] ทั้งประเภทงาน

---

[160] See e.g., *Radford v Hallenstein Bros Ltd*, (High Court of New Zealand) Auckland CIV 006-404-004881, [2007] BCL 363, at [24]-[26], cited Laddie, H. Prescott P and Victoria M, *The Modern Law of Copyright and Designs*, 3rd edn (Butterworths, 2000) at para 20.76; Jonathan Barrett, “Time to Look Again? Copyright and Freedom of Panorama,” 265.

[161] United Kingdom, Copyright Act 1911, Section 2(1)(iii): “[...] the following acts shall not constitute an infringement of copyright: — (iii) The making or publishing of paintings, drawings, engravings, or photographs of a

ลักษณะการตั้งอยู่ของงาน และการกระทำที่อนุญาต ล้วนตรงกับบทบัญญัติของสหราชอาณาจักรฉบับปี ค.ศ. 1911 ทั้งนี้ คำว่า “ภาพหุ่น” ตรงกับคำว่า “sculpture” (ประติมากรรม) ส่วนคำว่า “การช่างทางศิลป” ตรงกับคำว่า “artistic craftsmanship”

ส่วนบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพมีอยู่ 3 มาตรา (มาตรา 35 – 37) มีข้อความตรงกับมาตรา 37 ถึงมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ดังนี้

> “มาตรา 37 การวาดเขียน การเขียนระบายสี *การก่อสร้าง* การแกะลายเส้น *การปั้น* การแกะสลัก การพิมพ์ภาพ การถ่ายภาพ การถ่ายภาพยนตร์ การแพร่ภาพ หรือการกระทำใด ๆ ทำนองเดียวกันนี้ ซึ่ง*ศิลปกรรมใดอันตั้งเปิดเผยประจำอยู่ในที่สาธารณะนอกจากงานสถาปัตยกรรม* มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในศิลปกรรมนั้น”[162] (ตรงกับมาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521)
>
> “มาตรา 38 การวาดเขียน การเขียนระบายสี การแกะลายเส้น *การปั้น* การแกะสลัก การพิมพ์ภาพ การถ่ายภาพ การถ่ายภาพยนตร์ หรือการแพร่ภาพซึ่ง*งานสถาปัตยกรรมใด* มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสถาปัตยกรรมนั้น”[163] (ตรงกับมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521)
>
> “มาตรา 39 การถ่ายภาพหรือการถ่ายภาพยนตร์หรือการแพร่ภาพซึ่งงานใด ๆ อันมีศิลปกรรมใดรวมอยู่เป็นส่วนประกอบด้วย มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในศิลปกรรมนั้น” (ตรงกับมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521)

จากบทบัญญัติทั้งสามมาตราข้างต้น มีประเด็นที่ควรพิจารณาดังนี้

ก. มาตรา 37 และมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จำแนกระหว่างงานศิลปกรรม กับงานสถาปัตยกรรม โดยงานศิลปกรรมต้องตั้งเปิดเผยประจำอยู่ในที่สาธารณะ แต่งานสถาปัตยกรรมไม่จำต้องตั้งเปิดเผยประจำอยู่ในที่สาธารณะ เหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากงานสถาปัตยกรรมที่ก่อสร้างแล้ว โดยสภาพย่อมตั้งอยู่ในที่สาธารณะหรือมองเห็นได้จากที่สาธารณะเป็นการถาวรอันเป็นลักษณะการบัญญัติกฎหมายที่คล้ายคลึงกันกฎหมายต่างประเทศหลายประเทศ ดังที่ผู้วิจัยได้อธิบายไปแล้วข้างต้น

---

work of sculpture or artistic craftsmanship, if permanently situate in a public place or building, or the making or publishing of paintings, drawings, engravings, or photographs (which are not in the nature of architectural drawings or plans) of any architectural work of art”.

[162] เน้นโดยผู้เขียน

[163] เน้นโดยผู้เขียน

ข. คำว่า “งานสถาปัตยกรรม” มีบทวิเคราะห์ศัพท์ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้แก่ “งานออกแบบอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง งานออกแบบตกแต่ง ภายในหรือภายนอก ตลอดจนบริเวณของอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง หรือการสร้างสรรค์หุ่นจำลองของอาคาร หรือสิ่งปลูกสร้าง” ซึ่งมีความหมายอย่างกว้างครอบคลุมถึงงานออกแบบอาคารทั้งภายนอกและภายใน มิใช่เพียงอาคารที่ก่อสร้างเสร็จแล้วเพียงเท่านั้น ดังนั้น ในการตีความบทบัญญัติมาตรา 37 และมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 คำว่า “งานสถาปัตยกรรม” จึงควรตีความตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์และรับรองเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ โดยตีความจำกัดเพียง “อาคาร” หรือ “สิ่งปลูกสร้างที่ก่อสร้างแล้ว” เท่านั้น ทั้งนี้ เปรียบเทียบกับกฎหมายในสหราชอาณาจักรที่บังคับใช้ในปัจจุบัน (CDPA) ที่บัญญัติโดยใช้คำว่า “อาคาร” (building) และกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่กำหนดว่าต้องเป็นสถาปัตยกรรมที่ก่อสร้างแล้ว (จึงจะเป็นงานที่ปรากฏในทัศนียภาพที่ผู้คนทั่วไปมองเห็นได้หรือที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะอันเป็นสิ่งที่ควรให้เสรีภาพในการชื่นชมทัศนียภาพ)

ค. การกระทำที่อนุญาตตามมาตรา 37 และมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีขอบเขตกว้างกว่ามาตรา 20(2) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 และ Copyright Act 1911 ของสหราชอาณาจักร และกฎหมายในต่างประเทศอีกหลายประเทศที่ได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ไว้ในส่วนที่ 2 และ 3 ของบทความนี้ เช่น สหรัฐอเมริกา ประเทศในเครือจักรภพทั้ง 4 ประเทศ และกลุ่มประเทศนอร์ดิก เป็นต้น ที่บัญญัติให้สามารถทำซ้ำได้เพียงในรูปแบบภาพหรือการจำลองในลักษณะสองมิติเท่านั้น กล่าวคือ นอกจากการทำซ้ำในลักษณะที่ทำให้เกิดเป็นภาพหรือจำลองภาพในรูปแบบสองมิติแล้ว มาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ยังอนุญาตให้ “ก่อสร้าง” และ “ปั้น” งานศิลปกรรมที่ตั้งเปิดเผยประจำอยู่ในที่สาธารณะ ส่วนมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งบัญญัติถึงงานสถาปัตยกรรมนั้น ไม่ปรากฏคำว่า “ก่อสร้าง” ดังนั้น การก่อสร้างงานสถาปัตยกรรมจึงไม่อาจกระทำได้ แต่สามารถ “ปั้น” งานสถาปัตยกรรมนั้นได้ ซึ่งเป็นการอนุญาตให้ทำซ้ำหรือดัดแปลงในลักษณะที่เป็นการขึ้นรูปทรงสามมิติ

ง. มาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 สอดคล้องกับแนวคิดเกี่ยวกับการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์งานที่บังเอิญบันทึกได้ (incidental use) (ดังที่ได้อธิบายไว้ในหัวข้อ 2.5 ของบทความนี้) บางประเทศเลือกที่จะบัญญัติข้อยกเว้นนี้ไว้ด้วย เช่น มาตรา 31 กฎหมาย CDPA ของสหราชอาณาจักร[164] และมาตรา 57 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์เยอรมัน (UrhG)[165] ซึ่งข้อยกเว้นเหล่านี้ปรับใช้ได้กับงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่มีเงื่อนไขว่าต้องเป็นงานที่ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะ ดังนั้น ตามมาตรา 39 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย การถ่ายภาพ การถ่ายภาพยนตร์ หรือการแพร่ภาพที่ปรากฏงานศิลปกรรมใด “รวมอยู่เป็นส่วนประกอบด้วย” ย่อมไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมนั้น

จ. ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ ลักษณะการตั้งอยู่ของงาน และการกระทำที่อนุญาตตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยทั้ง 3 ฉบับ สามารถสรุปเป็นตารางได้ดังนี้

---

[164] United Kingdom, Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA), Section 31.

[165] Germany, Act on Copyright and Related Rights (Urheberrechtsgesetz (UrhG)), Section 57.

ตารางที่ 3: ตารางเปรียบเทียบเงื่อนไขในการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

กฎหมาย	ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์	การตั้งอยู่ของงาน	การกระทำที่อนุญาต	เงื่อนไขอื่น
พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474	ภาพหุ่น หรือการช่างทางศิลป	ตั้งประจำอยู่ในที่สาธารณะ หรือในโรงเรือนสาธารณะ	การทำหรือโฆษณาภาพระบายสี ภาพวาดเขียน ภาพแกะ หรือรูปถ่าย	-
	งานสถาปัตยกรรม	-	การทำหรือโฆษณาภาพระบายสี ภาพวาดเขียน ภาพแกะ หรือรูปถ่าย	-
พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537	งานศิลปกรรม (ที่ไม่ใช่งานสถาปัตยกรรม)	ตั้งเปิดเผยประจำอยู่ในที่สาธารณะ	การวาดเขียน การเขียนระบายสี *การก่อสร้าง* การแกะลายเส้น *การปั้น* การแกะสลัก การพิมพ์ภาพ การถ่ายภาพ การถ่ายภาพยนตร์ การแพร่ภาพ หรือการกระทำใด ๆ ทำนองเดียวกันนี้	-
	งานสถาปัตยกรรม	-	การวาดเขียน การเขียนระบายสี การแกะลายเส้น *การปั้น* การแกะสลัก การพิมพ์ภาพ การถ่ายภาพ การถ่ายภาพยนตร์ หรือการแพร่ภาพ	-

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ (freedom of panorama) เป็นหลักการที่สะท้อนอยู่ในข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่อนุญาตให้ผู้คนสามารถบันทึกภาพจากทัศนียภาพได้แม้ว่าการทำเช่นนั้นอาจบันทึกติดงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น แนวคิดในเรื่องนี้มีรากฐานมาจากการพยายามสร้างสมดุลอย่างเป็นธรรมระหว่างสิทธิของเจ้าของผลงานที่แสดงอยู่ในที่สาธารณะกับประโยชน์ของสาธารณชนในการบันทึกทัศนียภาพและความงามทางศิลปะ แม้ว่าเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพจะมีที่มาจากประเทศในทวีปยุโรป แต่ก็ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางและถูกนำไปบัญญัติเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในหลายประเทศ ทั้งกฎหมายในระดับสหภาพยุโรป กฎหมายภายในของนานาประเทศทั่วทวีปยุโรป กฎหมายในสหรัฐอเมริกา กฎหมายในกลุ่มประเทศเครือจักรภพ รวมถึงประเทศไทยด้วย อย่างไรก็ดี กรอบความคิดและขอบเขตของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพในแต่ละประเทศกลับมีความแตกต่างกัน จากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศจำนวน 20 ประเทศ ได้แก่ สหราชอาณาจักร ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ แคนาดา

สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมนี สวีเดน นอร์เวย์ เดนมาร์ก ฟินแลนด์ เบลเยียม ฮังการี ออสเตรีย สเปน กรีซ ลักเซมเบิร์ก เอสโทเนีย ลิทัวเนีย และอิตาลี และกฎหมายที่เกี่ยวข้องในประเทศไทย ผู้วิจัยสามารถสรุปบทวิเคราะห์ประเด็นสำคัญได้ดังนี้

ก. มุมมองในการพิจารณาขอบเขตของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพของแต่ละประเทศแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับมุมมองในการหาจุดสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของผลงานกับประโยชน์ของสาธารณชนในการบันทึกทัศนียภาพ เช่น จากแนวการวินิจฉัยคดีของศาลแห่งสหพันธรัฐซึ่งเป็นศาลสูงสุดของเยอรมนี ประเทศเยอรมนีมองว่าเสรีภาพนี้คือเสรีภาพของสาธารณชนในการเสพบรรยากาศบนท้องถนน สิ่งที่ผู้คนทั่วไปมองเห็นได้จากถนนหนทางสาธารณะควรเป็นสิ่งที่ได้รับการคุ้มครอง การบันทึกภาพและเผยแพร่ภาพทัศนียภาพเหล่านั้นจึงเป็นสิ่งที่ควรทำได้แม้ว่าจะปรากฏภาพงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นอยู่ด้วยก็ตาม ดังนั้น เยอรมนีจึงไม่จำกัดประเภทของงาน และไม่จำกัดว่าการกระทำนั้นจะมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าหรือไม่ แต่จำกัดว่างานนั้นต้องตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะ และต้องเป็นการทำซ้ำในรูปสองมิติเท่านั้น ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสให้การคุ้มครองเสรีภาพนี้เช่นกัน แต่กำหนดขอบเขตแห่งเสรีภาพที่แคบกว่า กล่าวคือ จำกัดเฉพาะงานสถาปัตยกรรมและงานประติมากรรมที่ตั้งอยู่ถาวรบนทางสาธารณะ แต่ห้ามไม่ให้ใช้ในลักษณะทางการค้า และจำกัดบุคคลผู้ได้รับอนุญาตให้กระทำไว้เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น

เห็นได้ว่าการกำหนดจุดสมดุลระหว่างสิทธิที่เกี่ยวข้องนั้น แต่ละรัฐแต่ละประเทศมีมุมมองที่แตกต่างกัน ส่วนบางประเทศเลือกให้น้ำหนักกับการบันทึกทัศนียภาพ “โดยรวม” มากกว่าการบันทึกวัตถุอันเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเป็นการเฉพาะเจาะจง เช่น เดนมาร์ก นอร์เวย์ ฟินแลนด์ ลักเซมเบิร์ก เอสโทเนีย และลิทัวเนีย กำหนดว่าการบันทึกและเผยแพร่งานทั้งหลายที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะนั้นควรเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ หากงานนั้นไม่ใช่วัตถุหลักของการบันทึกและเผยแพร่ ซึ่งเป็นการสะท้อนว่าประเทศเหล่านี้เคารพการเสพบรรยากาศในสถานที่สาธารณะอันเป็นการรับรองประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ดี หากไม่ได้เป็นการเสพทัศนียภาพโดยรวม แต่เป็นการกระทำโดยเจาะจงต่องานของผู้อื่น เช่นนี้ แม้จะเป็นงานที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะ ประเทศเหล่านี้ก็มองว่าเจ้าของผลงานควรได้รับการคุ้มครองมากกว่า

ข. แม้ว่าแต่ละประเทศมีมุมมองในการพิจารณาขอบเขตของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพแตกต่างกัน แต่ก็มีจุดร่วมบางประการที่ทำให้เห็นถึง “เกณฑ์ขั้นต่ำ” ที่นานาประเทศให้การยอมรับว่าเป็นแก่นของการรับรองเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ ซึ่งมีอยู่ 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก งานสถาปัตยกรรมที่เป็นอาคารสถานที่นั้น โดยสภาพแล้วเป็นวัตถุที่คนทั่วไปย่อมมองเห็นได้ เช่น อาคารบ้านเรือน ร้านค้า โบสถ์ ศาลาว่าการ ซึ่งอยู่ในเขตชุมชนหรือพื้นที่ที่สาธารณชนสัญจรไปมาและเข้าถึงได้เมื่อผู้คนทั่วไปย่อมมองเห็นได้ จึงไม่ควรห้ามการใช้ประโยชน์จากทัศนียภาพเหล่านี้ โดยทุกประเทศที่ศึกษารวมถึงประเทศไทย (ยกเว้นประเทศอิตาลีที่ไม่มีข้อยกเว้นในเรื่องนี้) ให้การรับรองว่างานสถาปัตยกรรมเป็นงานที่สามารถบันทึกภาพและใช้ประโยชน์จากภาพที่บันทึกได้ในขอบเขตที่เหมาะสม นอกจากนี้

ทุกประเทศที่ศึกษารวมถึงประเทศไทย (ยกเว้นประเทศอิตาลีและสหรัฐอเมริกา) ให้การรับรองว่านอกจากงานสถาปัตยกรรมแล้ว งานประติมากรรมที่ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะก็เป็นงานที่อยู่ในกรอบเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพด้วยเช่นกัน

จุดร่วมขององค์ประกอบในการพิจารณาข้อยกเว้นตามหลักเสรีภาพนี้ประการที่สอง คือประเด็นการกระทำที่อนุญาต ทุกประเทศที่ศึกษารวมถึงประเทศไทย (ยกเว้นประเทศอิตาลี) เห็นว่าการทำซ้ำงานที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะในลักษณะการบันทึกภาพหรือทำให้ปรากฏภาพ ไม่ว่าจะเป็นการวาดเขียน วาดภาพ ถ่ายภาพ ถ่ายภาพยนตร์ แพร่ภาพ หรือบันทึกโสตทัศนวัสดุ อันเป็นการทำซ้ำในรูปแบบสองมิติ เป็นสิ่งที่ควรทำได้ การอนุญาตให้บันทึกภาพในลักษณะสองมิติจึงเป็นเกณฑ์ขั้นต่ำของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ

ค. นิยามของคำศัพท์บางคำเป็นเรื่องที่ต้องตีความ เช่น “ตั้งอยู่เป็นการถาวร” (permanently situated/located) และ “ที่สาธารณะ” (public place) หรือที่ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยปัจจุบันใช้คำว่า “ตั้งเปิดเผยประจำอยู่ในที่สาธารณะ” แม้ว่าถ้อยคำเหล่านี้ไม่มีนิยามตามกฎหมาย แต่ผู้ใช้กฎหมายสามารถตีความกรอบความหมายของถ้อยคำให้สอดคล้องกับหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามมุมมองในการถ่วงดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของผลงานและคุณค่าหรือประโยชน์สาธารณะในการบันทึกทัศนียภาพของแต่ละประเทศได้

ในประเด็นนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การตีความคำว่า “ตั้งอยู่ถาวร” หรือ “การตั้งเปิดเผยประจำอยู่” นั้น ควรพิจารณาจากวัตถุประสงค์ในการจัดแสดงผลงานนั้น ๆ ว่ามุ่งให้งานนั้นอยู่ในสถานที่นั้นเป็นเพียงชั่วคราวหรือไม่ หากเป็นการจัดแสดงงานเพียงชั่วคราว สิทธิของเจ้าของผลงานควรได้รับการคุ้มครองมากกว่า แต่หากมีวัตถุประสงค์ให้งานนั้นตั้งอยู่ ณ สถานที่สาธารณะอย่างถาวรหรือเป็นประจำโดยไม่จำกัดระยะเวลาแล้ว ย่อมอนุมานได้ว่าเจ้าของผลงานได้อุทิศงานนั้นให้เป็นส่วนหนึ่งของสถานที่สาธารณะนั้นแล้ว สาธารณชนจึงควรได้รับประโยชน์จากการงานศิลปกรรมซึ่งปรากฏอยู่ในที่สาธารณะ ทั้งนี้ไม่ว่างานนั้นจะสร้างขึ้นด้วยวัสดุที่มั่นคงถาวรหรือไม่ก็ตาม ก็ควรพิจารณาจากวัตถุประสงค์ในการสร้างสรรค์งานและในการตั้งแสดงในที่สาธารณะ

ส่วนคำว่า “ที่สาธารณะ” ผู้วิจัยเห็นว่าควรตีความถ้อยคำนี้อย่างกว้าง กล่าวคือ ควรมีความหมายถึงสถานที่ที่สาธารณชนสามารถเข้าถึงได้ ไม่ว่าภายในอาคารหรือที่โล่งแจ้ง ซึ่งควรหมายรวมถึงเป็นพื้นที่ที่คนใช้สัญจรไปมาและมองเห็นได้จากที่สาธารณะด้วย ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองเสรีภาพในทัศนียภาพและเพื่อให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงทางสังคมและเทคโนโลยี รวมถึงพฤติกรรมการชื่นชมทิวทัศน์และการเสพงานศิลปะในที่สาธารณะของผู้คนในปัจจุบัน นอกจากนี้ ยังเป็นการเคารพเสรีภาพในการแสดงออกและสิทธิของปัจเจกชนในการมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรม (ดังที่ได้อธิบายไว้ในหัวข้อ 1.3)

ง. จากการศึกษา ผู้วิจัยเห็นว่าลักษณะการกระทำที่ควรอนุญาตภายใต้หลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพควรครอบคลุมเฉพาะการทำซ้ำในรูปแบบสองมิติหรือการบันทึกในลักษณะที่เป็นรูปหรือภาพเท่านั้น ซึ่งประเทศที่ศึกษาส่วนใหญ่แล้วบัญญัติถึงการกระทำที่อนุญาตในลักษณะนี้ เช่น การถ่ายรูปและบันทึกวิดีโออาคารบ้านเรือนและรูปปั้นอันมีลิขสิทธิ์ที่ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะเป็นสิ่งที่ผู้คนทั่วไปสามารถทำได้ เพื่อรับรองเสรีภาพของผู้คนในการใช้ประโยชน์จากงานศิลปะที่ปรากฏในทัศนียภาพ แต่การ “สร้าง” หรือ “ปั้น” งานเหล่านั้นให้มี “รูปทรง” สามมิติ เป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ เมื่อกระทำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ จึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้กระทำไม่ควรอ้างข้อยกเว้นตามหลักนี้ได้ เหตุที่ควรเป็นเช่นนี้เพราะการทำซ้ำหรือดัดแปลงงานศิลปกรรมแม้ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะเป็นการกระทำต่องานเฉพาะเจาะจง ไม่ได้สะท้อนถึง “ทัศนียภาพ” หรือทิวทัศน์โดยรวมที่ควรให้การคุ้มครองตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพ ซึ่งเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพเป็นข้อจำกัดสิทธิของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ของงานที่ตั้งอยู่ในที่สาธารณะ การจำกัดสิทธิจึงควรมีขอบเขตที่เหมาะสมและเป็นธรรมตราบเท่าที่ไม่กระทบสิทธิของเจ้าของผลงานเกินสมควร (อนึ่ง การทำซ้ำและดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ทางการศึกษา (educational use) หรือเพื่อประโยชน์ของตนเอง (personal use) ย่อมเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ซึ่งนานาประเทศรวมถึงประเทศไทยได้บัญญัติไว้ตามกฎหมายอยู่แล้ว อันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ประการอื่นซึ่งอยู่นอกประเด็นที่ศึกษาในงานวิจัยนี้)

บทบัญญัติมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่อนุญาตให้สามารถทำซ้ำงานศิลปกรรม (นอกจากงานสถาปัตยกรรม) อันตั้งเปิดเผยประจำอยู่ในที่สาธารณะด้วย “การก่อสร้าง” และ “การปั้น” ส่วนมาตรา 38 อนุญาตให้สามารถทำซ้ำงานสถาปัตยกรรม “การปั้น” ได้นั้น หากเป็นการกระทำเพื่อวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมาย เช่น เพื่อประโยชน์ทางการศึกษาหรือเพื่อประโยชน์ของตนเอง ก็ย่อมสามารถกระทำได้ภายใต้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในมาตราอื่น แต่หากเป็นการทำซ้ำในรูปทรงสามมิติ เช่น การก่อสร้างงานประติมากรรม หรือการปั้นแบบจำลองอาคารหลังหนึ่ง เพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้า เช่นนำรูปปั้นจำลองหรืออาคารที่ปั้นขึ้นเป็นโมเดลขนาดเล็กนั้นออกขาย เช่นนี้แล้ว ผู้วิจัยเชื่อว่าศาลไทยสามารถปรับใช้บทกฎหมายเหล่านี้เพื่อหาจุดสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของผลงานต้นฉบับและเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพได้อย่างเป็นธรรม โดยแม้ว่าบทบัญญัติมาตรา 37 และมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะไม่ได้บัญญัติให้ต้องพิจารณาหลัก Three-step test ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 32 ของพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันนี้ แต่หลักที่ว่าการจำกัดสิทธิของเจ้าของผลงานเนื่องจากต้องเคารพหรือให้การคุ้มครองสิทธิหรือผลประโยชน์อื่นที่ขัดกันนั้น จะต้องไม่เป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร เป็นแนวคิดพื้นฐานอันเป็นสากลของกฎหมายลิขสิทธิ์อยู่แล้ว ศาลย่อมนำหลักนี้มาใช้ในการตีความและปรับใช้กฎหมายตามที่เห็นสมควรแก่กรณีได้ อย่างไรก็ดี นอกจากการตีความถ้อยคำแล้ว หากผู้มีอำนาจบัญญัติกฎหมายเห็นว่าการกระทำที่เป็น “การก่อสร้าง” และ “การปั้น” จะเป็นการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพตามมุมมองของรัฐไทยและเป็นการกระทบสิทธิของเจ้าของผลงานเกินสมควรแล้ว อาจเลือกปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้เพื่อให้มีความชัดเจนแก่ประชาชนและผู้บังคับใช้กฎหมาย

จ. ผู้วิจัยเห็นว่าขอบเขตของเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพควรครอบคลุมถึงการเผยแพร่ภาพจำลองของงานที่ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะด้วย ไม่ว่าจะเป็นการพิมพ์ภาพและเผยแพร่ในสื่อเดิมเช่นหนังสือหรือโปสการ์ด หรือการเผยแพร่ทางออนไลน์ ทั้งนี้ จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศและแนวทางการวินิจฉัยของศาลในต่างประเทศในประเด็นการบันทึกทัศนียภาพเพื่อประโยชน์ทางการค้า (commercial use) ผู้วิจัยเห็นว่าการทำซ้ำ ดัดแปลง และเผยแพร่งานโดยชอบด้วยกฎหมายตามหลักเสรีภาพในการบันทึกทัศนียภาพนี้ หากเป็นการบันทึกภาพเพื่อนำเสนอ “ทัศนียภาพโดยรวม” การกระทำเช่นนี้ไม่ควรถูกจำกัดด้วยการได้รับประโยชน์ทางพาณิชย์ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม เนื่องจากเมื่อคำนึงถึงรูปแบบพฤติกรรมและวัฒนธรรมการสื่อสารในปัจจุบัน และหลักคิดเกี่ยวกับการทำซ้ำโดยบังเอิญ (incidental use) ซึ่งสะท้อนว่าการทำซ้ำโดยบังเอิญนั้นไม่เป็นการกระทบสิทธิของเจ้าของผลงานเกินสมควร แต่หากการบันทึกภาพนั้นเป็นการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์ที่ตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะเป็นการเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ งานนั้นเป็น “วัตถุหลักในการบันทึกภาพ” ไม่ใช่ทัศนียภาพโดยแวดล้อมแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าเสรีภาพในการบันทึกงานนั้นยังคงมีอยู่และผู้คนทั่วไปสามารถกระทำเช่นนั้นได้ ตราบเท่าที่การกระทำนั้นไม่ได้เป็นไปเพื่อการค้าหรือพาณิชย์