

การแปรรูปสำเนาในงานอันมีลิขสิทธิ์: ข้อพิจารณาจากคดีกูเกิ้ล

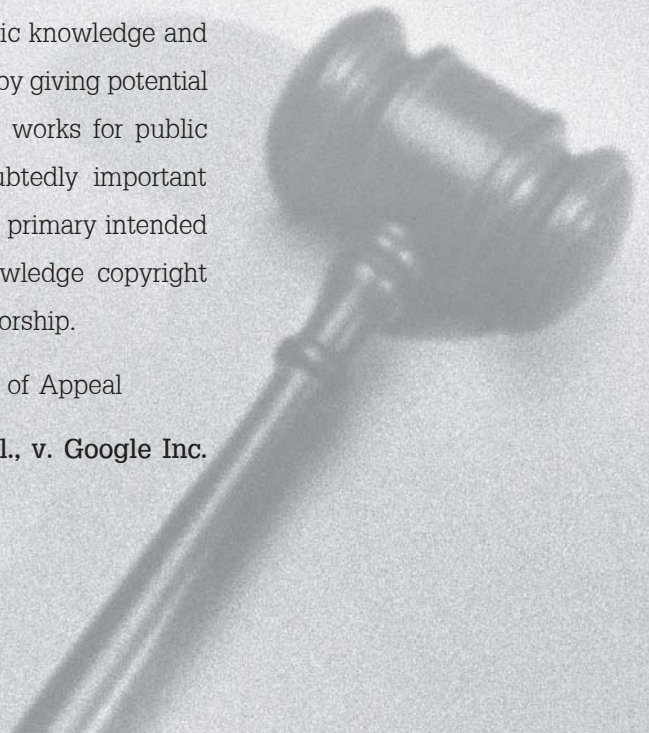
Transformation on Copyright Work: Consideration from the Google's Case

- : ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สมชาย รัตนเชื้อสกุล
- : Assistant Professor Somchai Ratanachuseku, Ph.D.
- : อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์
- : มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
- : E-mail: somchaiak@yahoo.com

The ultimate goal of copyright is to expand public knowledge and understanding, which copyright seeks to achieve by giving potential creators exclusive control over copying of their works for public consumption.... Thus, while authors are undoubtedly important intended beneficiaries of copyright, the ultimate, primary intended beneficiary is the public, whose access to knowledge copyright seeks to advance by providing rewards for authorship.

Judge Pierre Leval, Second Circuit Court of Appeal

Authors Guild, et al., v. Google Inc.



บทคัดย่อ

แม้การคุ้มครองผู้สร้างสรรค์ในงานลิขสิทธิ์จะมีความสำคัญ แต่ต้องไม่ลืมว่าปรัชญาของกฎหมายลิขสิทธิ์ คือ การกระตุ้นให้เกิดการสร้างสรรคงานใหม่ ๆ เพิ่มขึ้นเพื่อประโยชน์ของสาธารณชน โครงการสแกนหนังสือของกูเกิ้ลเปิดโอกาสให้ศาลเน้นย้ำถึงหลักการแปรรูปลัมบอร์น (transformative)¹ ภายใต้หลักการใช้ที่เป็นธรรม เพื่อประโยชน์ของสาธารณะบทความนี้มุ่งนำเสนอให้เห็นเหตุผลของศาลในการปรับใช้หลักการแปรรูปลัมบอร์นกับข้อพิพาทในคดีกูเกิ้ลเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งผู้เขียนเสนอว่า การปรับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศไทยควรคำนึงถึงหลักการแปรรูปลัมบอร์นดังกล่าวเช่นเดียวกัน

คำสำคัญ: การแปรรูปลัมบอร์น การละเมิดลิขสิทธิ์ การใช้ที่เป็นธรรม กูเกิ้ล

Abstract

Although copyright creators deserved to protect their economic benefit through copyright law, but the prevailing of works for the public, as much as possible, is the central to copyright philosophy. The Google Book Project allows the court, again, to apply “transformative” principle, claiming for fair use exemption in copyright dispute and to strengthen the precedents that dignify public interest in copyright case. This article’s purpose to present the ratio of the court in adapting the transformative principle in Google’s case for protecting the public interest. Author argues that the implementing copyright law in Thailand should be aware of the transformation principle.

Keywords: Transformation, Copyright Infringement, Fair Use, Google

¹ คำว่า “transformation” ในบริบทของกฎหมายลิขสิทธิ์ถือเป็นศัพท์เฉพาะทางกฎหมายที่มีความหมายและขอบเขตพิเศษ แม้กรณีนี้จะต้องนำงานเดิมมาใช้ในการสร้างสรรค์งานใหม่ แต่ระดับความแตกต่างจากงานเดิมจะมากกว่างานดัดแปลง (derivative works) ผู้เขียนขอใช้คำว่า “การแปรรูปลัมบอร์น” เพื่อให้แตกต่างจากการดัดแปลง และสื่อให้เห็นว่ามีการเปลี่ยนแปลงทั้งในรูปลักษณะภายนอกและวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายของงานใหม่ที่แตกต่างจากงานเดิมจนถือได้ว่าเป็นงานสร้างสรรค์ชิ้นใหม่.

16 เมษายน ค.ศ. 2016 ศาลสูงสหรัฐอเมริกา มีคำสั่งปฏิเสธไม่รับพิจารณาคดีที่สมาคมผู้แต่งหนังสือยื่นฎีกาคัดค้านคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ (Second Circuit Court of Appeal) ที่ตัดสินให้โครงการสแกนหนังสือฉบับล้านเล่มเพื่อจัดทำเป็นไฟล์ดิจิทัลของกูเกิลเข้าช้อยกเว้นการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) และไม่ใช่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ คำสั่งดังกล่าวเท่ากับศาลสูงเห็นด้วยกับคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ และยุติข้อพิพาทที่ยืดเยื้อมานับสิบปี (เริ่มฟ้องคดีเมื่อปี ค.ศ. 2005)

เหตุผลหลักประการหนึ่งที่ผู้พิพากษาลีวัล (Judge Pierre Leval) ยกขึ้นประกอบคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ในประเด็นการกระทำของกูเกิลเป็นการใช้ที่เป็นธรรมหรือไม่ คือ การแปรรูปสัมบูรณ์²ที่เป็นหลักสำคัญประการหนึ่งของการใช้ที่เป็นธรรมผู้พิพากษาลีวัลเห็นว่า โดยความเป็นจริงแล้ว ไม่มีงานใดที่จะเกิดขึ้นจากการสร้างสรรค์ชิ้นใหม่ทั้งหมด งานส่วนใหญ่เป็นการอ้างอิงหรืองานงานที่มีอยู่ก่อนแล้วมาใช้ในการสร้างสรรค์งานใหม่³

ปัจจุบันการนำงานลิขสิทธิ์มาปรับเปลี่ยนให้ต่างไปจากเดิม โดยต้องการสื่อสารถึงเป้าหมาย ความหมาย ความเข้าใจที่ต่างไปจากที่มีอยู่ในงานเดิมเกิดขึ้นบ่อยครั้งการนำงานเดิมมาใช้เพื่อสร้างสรรค์งานใหม่ถือว่าสอดคล้องกับหลักการของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่คุ้มครองและให้สิทธิพิเศษแก่ผู้สร้างสรรค์ก็เพื่อให้เกิดการสร้างสรรค์งานใหม่ ๆ เพิ่มขึ้น (รวมทั้งการสร้างสรรคด้วยการนำงานของ

ผู้อื่นมาแปรรูป-ผู้เขียน) และท้ายที่สุดสังคมโดยรวมจะเป็นผู้ได้รับประโยชน์การแปรรูปสัมบูรณ์จึงมีบทบาทและความสำคัญมากขึ้นต่อการปรับหลักการใช้ที่เป็นธรรมกับการละเมิดลิขสิทธิ์ผลของคดีกุกีลซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดต่อไปนับเป็นตัวอย่างที่เด่นชัดต่อการต่อสู้ในเชิงแนวคิดและหลักการของกฎหมายลิขสิทธิ์ระหว่างโจทก์ (สมาคมผู้แต่งหนังสือ) และจำเลย (กูเกิล) ในคดีนี้แม้การนำการแปรรูปสัมบูรณ์มาปรับใช้ในคดีละเมิดลิขสิทธิ์จะเคยเกิดขึ้นก่อนหน้าคดีนี้แล้ว แต่โครงการของกูเกิลในคดีนี้นับว่ามีผลกระทบต่อสิทธิในการเข้าถึงงานของสาธารณชนอย่างกว้างขวาง ดังนั้นคำวินิจฉัยในคดีนี้ซึ่งเน้นย้ำและให้ความสำคัญกับสิทธิของสาธารณชนที่จะได้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งถือเป็นเจตนารมณ์ หัวใจและเป้าหมายสุดท้ายของกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่ขณะเดียวกันก็ได้ละทิ้งความสำคัญของการคุ้มครองลิขสิทธิ์แต่ประการใด จึงเป็นตัวอย่างของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยมุ่งเน้นที่ประโยชน์ของสังคมเป็นสำคัญ

แนวคิดเช่นนี้ผู้เขียนเชื่อว่าเป็นประโยชน์ต่อการปรับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศไทย ซึ่งคนส่วนใหญ่มักเน้นให้ความสำคัญกับการคุ้มครองผู้สร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์มากเกินไปจนละเลยหลงลืมเจตนารมณ์ที่แท้จริงของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า สิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภทรวมทั้งลิขสิทธิ์เป็นสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นโดยผลของกฎหมาย โดยมีเป้าหมายสุดท้ายเพื่อคุ้มครองสิทธิของสาธารณะให้ได้ใช้งาน

² คำว่า “การแปรรูปสัมบูรณ์” ถูกนำมาใช้เป็นครั้งแรกในบริบทของการใช้ที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาลีวัล ในบทความวิชาการชื่อ *Toward a Fair Use Standard*, 103 Harvard Law Review 1105 (1990).

³ Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 Harvard Law Review 1105, 1109 (1990).



ที่สร้างสรรค์เป็นหลักใหญ่ ลิขสิทธิ์ต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดให้แก่ผู้ทรงสิทธิจึงมีสถานะเป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น และพึงตีความจำกัดสิทธิของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่ให้มีมากจนกระทบต่อสิทธิของสาธารณชนเกินสมควรควรให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่เข้มข้นมากจนเกินไปกลับจะก่อผลเสียต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายมากกว่าที่จะเกิดผลดี (excessively broad protection would stifle, rather than advance, the law's objective)⁴ บทความนี้จะมุ่งกล่าวถึงการปรับใช้หลักการแปรรูปสำเนาฉบับกับงานอันมีลิขสิทธิ์ ตลอดจนเหตุผลที่ศาลอ้างในคดี Authors Guild et. al., v. Google, Inc.

อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่า แนวคำวินิจฉัยในคดีนี้แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์อย่างเด่นชัด และให้เหตุผลอย่างมีน้ำหนัก ซึ่งจะ เป็นประโยชน์ต่อการปรับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยต่อไป ในบทความนี้ผู้เขียนจึงขอกกล่าวถึงข้อเท็จจริงและเหตุผลของคำพิพากษาโดยละเอียด และจะจัดทำบทวิเคราะห์การนำหลักการแปรรูปสำเนาฉบับมาใช้กับกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยตลอดจนผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นเพื่อนำเสนอในบทความอื่นต่อไป ในบทความนี้ผู้เขียนขอแบ่งเนื้อหาเป็นสามส่วน ส่วนแรกกล่าวถึงคดีกูเกิ้ลทั้งในศาลชั้นต้น และศาลอุทธรณ์ทั้งข้อเท็จจริง และเหตุผลในคำวินิจฉัยของศาลโดยละเอียด รวมทั้งจะได้ยกคำพิพากษาในคดีอื่นเพื่อเทียบเคียงให้เกิดความเข้าใจการปรับใช้หลักการแปรรูปสำเนาฉบับที่ชัดเจน

ขึ้น ส่วนที่สองจะกล่าวถึงหลักการแปรรูปสำเนาฉบับ (Transformative) และบทสรุปเป็นส่วนสุดท้าย

1. Authors Guild, et al., v. Google Inc.

1.1 คดีในศาลชั้นต้น

คดีนี้เริ่มต้นในปี ค.ศ. 2005 โดยสมาคมผู้แต่งหนังสือและผู้แต่งหนังสือร่วมกันเป็นโจทก์ฟ้องบริษัทกูเกิ้ลที่ทำโครงการ Google Books Project ในลักษณะละเมิดลิขสิทธิ์ โดยกูเกิ้ลซึ่งร่วมมือกับห้องสมุดของมหาวิทยาลัยชั้นนำหลายแห่งจะสแกนหนังสือและบทความกว่า 20 ล้านเล่มเพื่อจัดทำเป็นไฟล์ดิจิทัล รวมทั้งจัดทำดัชนีเพื่อให้การสืบค้นหนังสือ หรือเนื้อหาในหนังสือและบทความทำได้ง่ายและสะดวกขึ้น ทั้งนี้หนังสือที่นำมาสแกนมีทั้งที่ยังอยู่และไม่อยู่ในอายุคุ้มครองลิขสิทธิ์ ข้อต่อสู้หลักของกูเกิ้ลในคดีนี้ คือ การใช้ที่เป็นธรรมข้อต่อสู้ได้รับการสนับสนุนจากหลายองค์กร⁵ที่เสนอความเห็นประกอบการพิจารณาของศาล (brief of AMICI CURIAE)

ศาลชั้นต้นโดยผู้พิพากษาชิน (Judge Denny Chin) รับฟังข้อเท็จจริงในคดีนี้ว่า กูเกิ้ลละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการทำซ้ำโดยไม่ได้รับอนุญาต (17 U.S.C. § 106(1): prohibiting unauthorized reproduction) การให้ห้องสมุดต่าง ๆ เข้าถึงไฟล์ดิจิทัลถือเป็นการเผยแพร่โดยไม่ได้รับอนุญาต (17 U.S.C. § 106(3): prohibiting unauthorized distribution) และการแสดงผลข้อความย่อ

⁴ Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 Harvard Law Review 1105, 1109 (1990).

⁵ AMERICAN LIBRARY ASSOCIATION, ASSOCIATION OF COLLEGE AND RESEARCH LIBRARIES, ASSOCIATION OF RESEARCH LIBRARIES, AND ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION.

(snippetsview) ที่สแกนจากหนังสือในการสืบค้น ถือเป็น การทำให้ปรากฏโดยไม่ได้รับอนุญาต (17 U.S.C. § 106(5): prohibiting unauthorized display)

ประเด็นที่ศาลต้องพิจารณาต่อไป คือ เมื่อการกระทำของกูเกิลเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ กูเกิลจะอ้างการใช้ที่เป็นธรรมได้หรือไม่ ในประเด็นนี้ศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่า การพิจารณาเงื่อนไขประการแรกของหลักการใช้ที่เป็นธรรม (ลักษณะและวัตถุประสงค์ของการใช้ (17 U.S.C. § 107(1)) ประเด็นสำคัญและเป็นหัวใจของการพิจารณา คืองานชิ้นใหม่ได้แปรรูปไปจากงานเดิมเพียงใด

ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น ได้กล่าวถึงโครงการของกูเกิลไว้ ดังนี้

1. โครงการของกูเกิลได้สร้างเครื่องมือใหม่และมีประสิทธิภาพทำให้ผู้อ่านและนักวิจัยสืบค้นหนังสือได้ง่าย ผ่านกลไกดัชนีคำและวลีที่มีในหนังสือแต่ละเล่ม ซึ่งช่วยให้การค้นหาคำหรือวลีเหล่านั้นในหนังสือฉบับอื่น ๆ เล่มทำได้สะดวก การอ้างอิงทำได้ง่ายขึ้น โครงการนี้สร้างเครื่องมือสำคัญในการวิจัยค้นคว้า รวมทั้งช่วยให้การบริหารจัดการการยืมหนังสือระหว่างห้องสมุดทำได้สะดวกขึ้นเมื่อผนวกเครื่องมือเหล่านี้เข้ากับระบบการศึกษาจะยิ่งอำนวยความสะดวกต่อการศึกษานักเรียนในทุกระดับชั้น

2. คลังข้อมูล (data mining) และคลังข้อความ (text mining) ในโครงการนี้ช่วยให้นักมานุษยวิทยาวิเคราะห์รูปแบบคำหรือประโยคที่นำมาใช้เพื่อศึกษาพัฒนาการหรือการเปลี่ยนแปลงการใช้คำ วลี รูปประโยค หรือรูปแบบไวยากรณ์นับแต่อดีตจนถึงปัจจุบันได้

3. โครงการนี้ช่วยเพิ่มการเข้าถึงหนังสือ (expand access to book) ทำให้ประชาชนเข้าถึงหนังสือได้มากขึ้น และยังช่วยให้ผู้มีปัญหาทางสายตามีช่องทางค้นหาหนังสือที่ตนสามารถใช้ทดแทนการอ่านได้ เช่น หนังสือเสียง หนังสืออักษรเบรลล์ หรือหนังสือที่มีตัวอักษรขนาดใหญ่ เป็นต้น

4. ช่วยให้สามารถสืบค้นได้ว่าหนังสือเก่าหรือหนังสือที่ไม่มีการจัดพิมพ์แล้วอยู่ที่ใด ทำให้ประชาชนสามารถเข้าถึงหนังสือเหล่านี้ได้ง่ายขึ้น

5. สร้างผลประโยชน์ให้กับผู้แต่งหนังสือและสำนักพิมพ์ เนื่องจากจะมีข้อมูลของผู้แต่งและผู้พิมพ์ หนังสือและเชื่อมโยง (link) ไปยังเว็บไซต์ของผู้พิมพ์ ทำให้ผู้สืบค้นสั่งซื้อหนังสือนั้นจากสำนักพิมพ์ได้โดยง่าย

ศาลชั้นต้นสรุปว่า งานของกูเกิลได้แปรรูปสัมบูรณ์ไปจากงานเดิม จากรูปแบบตัวอักษรให้เป็นไฟล์ดิจิทัล และการแสดงผลผ่านข้อความย่อๆ ทำให้การสืบค้นหนังสือทำได้ง่ายและสะดวกขึ้นเป็นอย่างมาก⁶ จึงเห็นว่าเป็นการใช้ที่เป็นธรรมพิพากษายกฟ้องและให้กูเกิลเป็นฝ่ายชนะคดี⁷

⁶ ศาลเทียบเคียงกับข้อเท็จจริงในคดี Perfect 10 Inc., v. Amazon.com, Inc. 508 F.3d 1146, 1168 (9th Cir. 2007) ซึ่งตัดสินว่า การนำรูปภาพมาย่อให้มีขนาดเล็ก (thumbnail) เพื่อให้ค้นหาได้ง่ายเป็นการแปรรูปสัมบูรณ์แล้ว.

⁷ โปรดดูคำพิพากษาศาลชั้นต้น Authors Guild v. Google Inc., 954 F.Supp. 2d 282 United States District Court, S.D. New York ฉบับสมบูรณ์ได้ที่ <http://www.nysd.uscourts.gov/cases/show.php?db=special&id=115>

2.2 คดีในศาลอุทธรณ์

โจทก์อุทธรณ์คำพิพากษาต่อศาลอุทธรณ์ (Second Circuit Court of Appeal) โดยโต้แย้งคำพิพากษาศาลชั้นต้น 5 ประเด็นหลัก ดังนี้

1. กูเกิ้ลถ่ายสำเนาหนังสือทั้งเล่ม แม้ยินยอมให้ผู้สืบค้นอ่านเนื้อหาได้เพียงบางส่วนในรูปแบบของข้อความย่อๆ ก็ไม่ถือเป็นการแปรรูปสำเนาแต่อย่างใด และยังถือเป็นการทำสำเนาเพื่อทดแทนงานที่มีลิขสิทธิ์อีกด้วย

2. แม้กูเกิ้ลยอมให้บุคคลทั่วไปใช้บริการสืบค้นโดยไม่เก็บค่าบริการ แต่ก็สร้างประโยชน์ทางอ้อมแก่กูเกิ้ล กล่าวคือ โครงการนี้จะเพิ่มภาพลักษณ์ของกูเกิ้ลทำใหุกูเกิ้ลมีรายได้เพิ่มขึ้นจากระบบสืบค้นทางอินเทอร์เน็ตที่กูเกิ้ลเป็นผู้ให้บริการรายใหญ่ (dominance) อยู่แล้ว จึงไม่ถือว่าเป็นการใช้ที่เป็นธรรม

3. แม้อาจฟังว่าการกระทำของกูเกิ้ลไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ในหนังสือของโจทก์ แต่ระบบสืบค้นนี้ถือว่าละเมิดลิขสิทธิ์การดัดแปลงงาน (derivative rights) เพราะตัดโอกาสที่โจทก์จะจัดให้มีระบบในการสืบค้นเอง หรืออาจจะอนุญาตให้บุคคลอื่นจัดให้มีระบบในการสืบค้นดังกล่าวแทนก็ได้

4. การกระทำของกูเกิ้ลเปิดโอกาสให้บุคคลอื่นลักลอบเข้าถึงสำเนาหนังสือได้โดยผ่านระบบอินเทอร์เน็ต ซึ่งเท่ากับทำลายคุณค่าของกฎหมายลิขสิทธิ์

5. การที่กูเกิ้ลส่งไฟล์ดิจิทัลให้กับห้องสมุด ไม่ถือเป็นการใช้งานในลักษณะแปรรูปแต่อย่างใด และทำให้โจทก์สูญเสียรายได้ที่อาจจะได้รับจากห้องสมุดที่เข้าร่วมโครงการ

ในประเด็นการใช้ที่เป็นธรรม ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยเงื่อนไขการใช้ที่เป็นธรรมทั้ง 4 ข้อ ตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์ มาตรา 107 บัญญัติไว้ ดังนี้

1. ลักษณะและวัตถุประสงค์

ศาลอุทธรณ์กล่าวว่า การพิจารณาประเด็นนี้คือการพิจารณาว่างานชิ้นใหม่นั้นทำขึ้นเพื่อลอกเลียนหรือทำตามงานที่มีอยู่เดิมเท่านั้น หรืองานใหม่นั้นได้เพิ่มเติมสิ่งใดชิ้นใหม่หรือไม่โดยพิจารณาวัตถุประสงค์ของการนำงานมาใช้ว่าได้แปรรูปสำเนาไปแล้วหรือไม่ แม้จะถือว่าการนำงานมาใช้ในลักษณะการแปรรูปสำเนาจะไม่ใช้สิ่งจำเป็นที่สุดในการพิจารณาการใช้ที่เป็นธรรม แต่หากมีการสร้างสรรค์งานใหม่โดยแปรรูปสำเนา ก็ถือว่าสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ต้องการส่งเสริมงานวิทยาศาสตร์และศิลปะ ดังนั้นการแปรรูปสำเนาจึงเป็นหัวใจของการใช้ที่เป็นธรรม หรืออาจกล่าวได้ว่า หากแปรรูปสำเนาไปมากเท่าใดก็ยังมีโอกาสการใช้ที่เป็นธรรมมากขึ้นเท่านั้น เพราะผู้สร้างสรรค์งานใหม่ (ด้วยการแปรรูปสำเนา-ผู้เขียน) ได้สร้างศิลปะ ความงาม ความหมาย หรือสื่อสารสิ่งใหม่ ๆ ที่แตกต่างจากเดิม และสนองตอบต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ต้องการสร้างประโยชน์แก่สังคม

ศาลอุทธรณ์ยังเห็นว่า การปรับหลักการใช้ที่เป็นธรรมต้องไม่เน้นเพียงความหมายตามตัวอักษรของคำว่า “การแปรรูปสำเนา” มากจนเกินไป การนำงานเดิมมาใช้เพื่อการวิจัยวิจารณ์ (ซึ่งไม่ได้เปลี่ยนแปลงรูปแบบของงานเดิม-ผู้เขียน) แต่ก็คือว่างานใหม่มีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างและไม่มีอยู่ในงานเดิม และเป็นการแปรรูปสำเนา

อันเป็นการใช้ที่เป็นธรรมแล้ว แสดงให้เห็นว่าการแปรรูปสัณฐานไม่จำเป็นต้องเปลี่ยนรูปแบบของงานเดิมแต่นำงานเดิมมาใช้ในวัตถุประสงค์ใหม่ที่ต่างและไม่ได้อยู่ในงานเดิมก็อยู่ในความหมายการแปรรูปสัณฐานแล้ว

ศาลอุทธรณ์วิเคราะห์ต่อไปอีกว่า การแปรรูปสัณฐานใกล้เคียงกับการดัดแปลงงาน (derivative works) (งานดัดแปลงจะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก่อน-ผู้เขียน) เช่น การแปลงานเดิมจากภาษาหนึ่งเป็นอีกภาษาหนึ่ง การดัดแปลงงานวรรณกรรมเป็นงานละครเวที หรือภาพยนตร์ เหล่านี้ถือเป็นการดัดแปลงงานซึ่งเป็นสิทธิของเจ้าของงานเดิมแต่กรณีดังกล่าวข้างต้นจะเห็นว่าเป็นเพียงการเปลี่ยนแปลงเพียงรูปแบบและลักษณะที่แสดงออกเพื่อนำเสนองานเท่านั้น (nature of change of form) แต่การนำงานมาวิพากษ์วิจารณ์นั้น แม้จะไม่ได้เปลี่ยนรูปแบบของงาน แต่ก็ถือว่าผู้กระทำมีวัตถุประสงค์ในการนำเสนอที่ต่างไปจากงานเดิม ถือเป็นการแปรรูปสัณฐานและเป็นการใช้ที่เป็นธรรม

ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยต่อไปถึง กระบวนการในการสืบค้น (search function) ของกูเกิ้ล โดยเห็นว่า กระบวนการสืบค้นในโครงการของกูเกิ้ลชัดเจนว่าได้แปรรูปสัณฐานไปจากงานเดิมแล้ว เพราะทำให้ผู้สืบค้นระบุได้ชัดเจนว่า คำหรือวลีหนึ่ง ๆ นั้นปรากฏในหนังสือเล่มใดบ้าง และเนื่องจากคำหรือวลีที่สืบค้นนั้นอาจมีความหมายที่แตกต่างกันในแต่ละหน้า หรือแตกต่างกันในหนังสือแต่ละเล่ม ดังนั้น การสแกนหนังสือทั้งเล่มเป็นไฟล์ดิจิทัลเพื่อให้สืบค้นได้อย่างครบถ้วนจึงเป็นการดำเนินการเพื่อวัตถุประสงค์และเป้าหมาย

ที่ต่างจากงานเดิม นอกจากนี้ ระบบสืบค้นยังช่วยให้ผู้สืบค้นสำรวจความถี่ของการใช้คำใดคำหนึ่งในหนังสือแต่ละเล่มที่ตีพิมพ์ในช่วงเวลาที่แตกต่างกันได้ด้วย วัตถุประสงค์นี้ถือว่าแตกต่างและเพิ่มเติมจากงานเดิม เป็นการแปรรูปสัณฐานและเป็นการใช้ที่เป็นธรรม

ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยต่อไปในประเด็นการเปิดเผยข้อมูลย่อยว่า ระบบสืบค้นให้ผู้สืบค้นอ่านข้อมูลย่อย ที่แสดงเนื้อความเพียงบางส่วนของหนังสือในตำแหน่งที่ใกล้กับคำหรือวลีที่ค้นหา ถือเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์มากทำให้รู้ว่าหนังสือเล่มใดที่ผู้สืบค้นต้องการ เช่น หากสืบค้นคำว่า “ไอน์สไตน์” ระบบจะแสดงผลสืบค้นหนังสือจำนวนมากที่มีคำว่า “ไอน์สไตน์” ปรากฏอยู่แต่จะไม่บอกว่าหนังสือเล่มใดกล่าวถึงชื่อไอน์สไตน์โดยทั่วไป หรือกล่าวเจาะจงทฤษฎีของไอน์สไตน์ ข้อมูลย่อยจะเปิดเผยเนื้อหาหนังสือเพียงเล็กน้อยพอที่จะทำให้ผู้สืบค้นรู้ว่าหนังสือเล่มใดกล่าวถึงไอน์สไตน์ในประเด็นที่ตนสนใจและการเปิดเผยเนื้อหาเพียงเล็กน้อยไม่กระทบต่อผลประโยชน์ของโจทก์แต่อย่างใด การเปิดเผยข้อมูลย่อยนับเป็นกลไกที่สำคัญและมีวัตถุประสงค์ที่ต่างจากเดิมอย่างชัดเจนจึงเป็นการใช้ที่เป็นธรรม

ศาลอุทธรณ์ให้ความเห็นต่อไปว่า แม้โดยทั่วไปการนำงานเดิมมาใช้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าจะไม่อาจอ้างการใช้ที่เป็นธรรมได้ แต่ศาลฎีกาในคดีอื่น ๆ และศาลนี้เห็นตรงกันว่า รัฐสภาซึ่งบัญญัติข้อยกเว้นการใช้ที่เป็นธรรมไม่ได้ให้ถือเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดว่าต้องตีความเป็นผลร้ายต่อผู้นำงานเดิมมาใช้เพื่อการค้าในทุกกรณี การใช้ที่เป็นธรรม เช่น การรายงาน การวิเคราะห์

ข่าว หรืองานล้อเลียน ส่วนใหญ่ก็ล้วนทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าทั้งสิ้น รัฐสภาเพียงต้องการให้นำวัตถุประสงค์การใช้เพื่อการค้ามาพิจารณา ร่วมกับเงื่อนไขข้ออื่น ๆ ซึ่งศาลนี้เห็นว่า ยิ่งงานเดิมมาใช้โดยแปรรูปสัณฐานไปมากเท่าใด เงื่อนไขข้ออื่นโดยเฉพาะข้อการใช้เพื่อการค้าก็จะลดความสำคัญลงเท่านั้น (the more transformative the new work, the less will be the significance of other factors, like commercialism, that may weigh against a finding of fair use) และศาลในคดีนี้ก็ไม่เห็นด้วยที่จะให้นำหนักกับการใช้เพื่อการค้าเหนือกว่าการแปรรูปสัณฐาน อีกทั้งศาลไม่พบว่า งานที่แปรรูปสัณฐานในคดีนี้ได้เข้าไปทดแทนงานเดิมหรือแข่งขันกับงานเดิมแต่อย่างใด และศาลเห็นว่าไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะนำประเด็นผลกำไรทางอ้อมที่เกิดขึ้นกับกุ๊กกึ่งในภาพรวมมาเป็นเหตุปฏิเสธการใช้ที่เป็นธรรมในกรณีนี้

2. ลักษณะของงานอันมีลิขสิทธิ์

ศาลอุทธรณ์กล่าวว่า เงื่อนไขข้อนี้ถือเป็นหลักว่า กฎหมายลิขสิทธิ์จะไม่คุ้มครองเนื้อหาของงานในส่วนที่เป็นเพียงข้อเท็จจริง หรือแนวคิดแต่คุ้มครองวิธีการหรือรูปแบบที่ผู้สร้างสรรค์ใช้ในการแสดงออกซึ่งความคิด หรือข้อเท็จจริงในงานนั้น (the copyright does not protect facts or ideas set forth in a work, it does protect the author's manner of expressing those facts and ideas) แต่มีได้หมายความว่า เมื่อเป็นส่วนของข้อเท็จจริงแล้วจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองและบุคคลอื่นจะนำงานมาใช้ได้โดยเสรี เพราะผู้สร้างสรรค์งานที่เป็นข้อเท็จจริง หรืองานที่จินตนาการขึ้นสมควรได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตาม

หากงานเดิมเป็นงานเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏทั่วไปย่อมมีโอกาสเป็นการใช้ที่เป็นธรรมมากกว่า การนำงานที่สร้างสรรค์ (fiction) มาใช้แต่แม้ข้อเท็จจริงในคดีนี้จะเปลี่ยนเป็นว่า มีหนังสือเล่มใดเล่มหนึ่งที่กุ๊กกึ่งสแกนเป็นหนังสือที่ผู้แต่งใช้จินตนาการสร้างสรรค์ขึ้นก็ไม่ทำให้ค่าตัดสินของศาลเปลี่ยนไป การที่ศาลชี้ขาดว่าการกระทำของกุ๊กกึ่งในคดีนี้เป็นการใช้ที่เป็นธรรมไม่ใช่เพราะงานเดิมที่นำมาใช้เป็นข้อเท็จจริง แต่เพราะงานใหม่ที่ได้แปรรูปสัณฐานไปจากงานเดิม และได้เพิ่มคุณค่าให้กับงานเดิมมากกว่าที่จะเป็นเพียงการลอกเลียนหรือทำซ้ำงานเดิมเท่านั้น

3. ปริมาณหรือความสำคัญของงานเดิมที่นำไปใช้

การพิจารณาเงื่อนไขประการที่สาม คือ ปริมาณหรือความสำคัญของงานส่วนที่นำมาใช้เมื่อเทียบกับงานทั้งหมดโดยรวม โดยทั่วไปกล่าวเป็นหลักได้ว่า หากงานเดิมมาใช้ในปริมาณน้อย หรือนำส่วนที่มีความสำคัญน้อยมาใช้จะมีโอกาสเป็นการใช้ที่เป็นธรรมมากกว่าการนำมาใช้ในปริมาณมาก หรือแม้จะนำมาใช้น้อยแต่เป็นส่วนสาระสำคัญของงานเดิม เนื่องจากยิ่งนำงานเดิมมาใช้มาก หรือนำส่วนที่เป็นสาระสำคัญมาใช้มากเท่าโดยย่อมมีโอกาสที่งานใหม่จะเข้าไปแทนที่หรือแข่งขันกับงานเดิมได้มากเท่านั้น

ศาลเห็นว่า การสแกนหนังสือที่เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการสืบค้นในคดีนี้นั้น แม้จะสแกนหนังสือทั้งเล่มและไม่ได้เปลี่ยนแปลงเนื้อหางานเดิมเลยก็เป็นการใช้ที่เป็นธรรมได้ เมื่องานใหม่นั้นมีวัตถุประสงค์ใหม่ที่ต่างจากงานเดิมและไม่ได้ทำขึ้น

เพื่อลอกเลียนหรือแทนที่แข่งขันกับงานเดิม การพิจารณาปริมาณงานที่นำไปใช้ในเงื่อนไขข้อนี้จึงต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ของการใช้งานเดิมควบคู่กันไปด้วยเมื่อการสืบค้นต้องทำกับหนังสือทั้งเล่ม เพื่อให้ได้ผลลัพธ์ที่ถูกต้อง การสแกนหนังสือทั้งเล่มจึงเป็นการจำเป็น มิเช่นนั้นแล้วการสืบค้นจากหนังสือเพียงบางส่วนย่อมไม่ได้ผลลัพธ์ที่น่าเชื่อถือ และข้อเท็จจริงในคดีนี้ยังปรากฏอีกว่า แม้จะสแกนหนังสือทั้งเล่ม แต่กุกีลก็ไม่ได้เปิดเผยเนื้อหาของหนังสือทั้งเล่มนั้นต่อสาธารณะแต่อย่างใด

ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยรายละเอียดของข้อมูลย่อยว่า กุกีลได้กำหนดเงื่อนไขที่จำกัดการแสดงผลของข้อมูลย่อยแก่ผู้สืบค้น ข้อมูลย่อยที่แสดงผลนั้นจะมีเนื้อหาไม่มากจนถึงขนาดทำให้ผู้สืบค้นใช้ข้อมูลย่อยนั้นแทนงานเดิมได้เลยโดยระบบจะแสดงผลข้อมูลย่อยเพียงข้อมูลเดียวจากหนึ่งหน้าหนังสือ และจะแสดงผลจากหน้าหนึ่งในทุกสิบหน้า และแสดงผลเพียงสามข้อมูลย่อยต่อการสืบค้นหนึ่งครั้ง แม้จะสืบค้นคำเดิมซ้ำ หรือสืบค้นผ่านเครื่องคอมพิวเตอร์ต่างเครื่องกัน ระบบก็จะแสดงผลข้อมูลย่อยเดิม นอกจากนี้ ระบบจะไม่แสดงผลในหนังสือบางประเภท เช่น พจนานุกรม หรือหนังสือทำอาหารซึ่งข้อมูลย่อยเพียงเล็กน้อยก็อาจทำให้ผู้สืบค้นได้ผลลัพธ์ทั้งหมดที่ต้องการระบบยังมีกลไกปิดกั้นการแสดงผลเนื้อหาในหนังสืออย่างน้อยร้อยละ 22 เป็นการถาวรอีกด้วย แม้อูเหมือนเนื้อหาอีกร้อยละ 78 อาจถูกเปิดเผย แต่ผลการทดลองสืบค้นที่น่าเสนอต่อศาลเพื่อทดสอบว่าระบบจะเปิดเผยเนื้อหาในหนังสือมากน้อยเพียงใด พบว่าระบบจะเปิดเผยเนื้อหาในหนังสือไม่เกินร้อยละ 16 เท่านั้น เนื้อหาที่ปรากฏจะสุ่มจากส่วนต่าง ๆ ของหนังสือ

ไม่เรียงติดต่อเนื่องกัน ระบบจะใช้จำนวนบรรทัดเป็นเกณฑ์ในการแสดงผลไม่ได้ใช้รูปประโยคเป็นเกณฑ์ ดังนั้น ประโยคเนื้อหาที่แสดงจะไม่สมบูรณ์ จึงเป็นการยากที่จะนำเนื้อหาในข้อมูลย่อยมาปะติดปะต่อกันจนใช้แทนงานเดิมได้ด้วยเงื่อนไขการสืบค้นดังกล่าวทำให้ศาลเชื่อว่า ข้อมูลย่อยที่แสดงผลต่อผู้สืบค้นไม่สามารถทดแทนงานเดิมได้

4. ผลกระทบต่อตลาดในอนาคตหรือคุณค่าต่องานเดิม

ศาลอุทธรณ์เห็นว่า เงื่อนไขข้อนี้จะพิจารณาผลกระทบของงานใหม่ที่มีต่อตลาดในอนาคตของงานเดิม และผลกระทบต่อคุณค่าของงานเดิม โดยพิจารณาว่างานใหม่นั้นทดแทนหรือแข่งขันกับงานเดิมได้มากน้อยเพียงใด หากทดแทนหรือแข่งขันกับงานเดิมได้เท่ากับผลประโยชน์ของเจ้าของงานเดิมจะลดลง และเมื่อกฎหมายลิขสิทธิ์คุ้มครองผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์ เงื่อนไขข้อนี้จึงถือเป็นเงื่อนไขสำคัญข้อหนึ่งของการใช้ที่เป็นธรรม (single most important element of fair use)

ศาลเห็นว่า เงื่อนไขข้อแรก (ลักษณะและวัตถุประสงค์) และข้อสุดท้ายนี้สัมพันธ์กัน กล่าวคือ ยิ่งงานใหม่มีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างจากงานเดิมมากเท่าใด ถือว่างานเดิมจะถูกทดแทนด้วยงานใหม่น้อยลงเท่านั้นและการที่ระบบให้ผู้สืบค้นค้นหาข้อความหรือประโยคในหนังสือว่ามีคำที่ค้นหาหรือไม่ ไม่อาจถือว่าแทนที่หนังสือที่สืบค้นนั้นแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี หากในระบบสืบค้นเปิดเผยเนื้อหาในหนังสือมากจนทำให้ทดแทนหนังสือเล่มนั้น ๆ ได้ ย่อมถือว่าถึงขนาดทดแทนและแข่งขันกับงานเดิม

ได้ ดังนั้น ศาลจึงต้องวินิจฉัยว่า การแสดงผลการสืบค้นผ่านข้อมูลย่อยไม่ว่าข้อมูลย่อยนั้นจะแปรรูปสำเนาหรือไมก็ตาม ได้เปิดเผยเนื้อหาในหนังสือมากเกินไปจนทดแทนหนังสือได้หรือไม่ ซึ่งศาลเห็นว่า การเปิดเผยข้อมูลย่อยไม่ถึงขนาดทดแทนหรือแข่งขันกับงานเดิมแต่อย่างใด โดยศาลเห็นว่า การซื้อหนังสือเล่มนั้นจะมีค่าใช้จ่ายถูกกว่าเมื่อเทียบกับการจ่ายค่าแรงให้คนมาสืบค้นข้อมูลย่อยเพื่อให้ได้ข้อมูลที่มากพอถึงระดับปะติดปะต่อเนื้อหาได้ครบถ้วนทดแทนหนังสือนั้น ซึ่งโดยข้อเท็จจริงระบบก็ไม่เปิดโอกาสให้ทำเช่นนั้นได้ เพราะระบบจะแสดงผลข้อมูลย่อยไม่เกินร้อยละ 16 ของหนังสือ ดังนั้น การแสดงผลของข้อมูลย่อยจึงไม่มีผลกระทบต่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเจ้าของงานเดิมแต่ประการใด

อย่างไรก็ดี ศาลยอมรับว่าบางกรณีข้อมูลย่อยอาจทำให้เจ้าของงานเดิมสูญเสียรายได้ไปหากผู้สืบค้นพอใจในผลการสืบค้นและไม่ซื้อหนังสือเล่มนั้น หรือไม่ยืมหนังสือเล่มนั้นจากห้องสมุดทำให้ห้องสมุดไม่ซื้อหนังสือเล่มนั้นจากโจทก์ แต่ผลกระทบต่ออาจเกิดขึ้นนี้มีน้ำหนักน้อยไม่ถึงขนาดจะทำให้การกระทำของกูเกิ้ลในคดีนี้ไม่เป็นการใช้ที่เป็นธรรม

ประเด็นสำคัญที่ศาลกล่าวต่อมา คือ ผลประโยชน์ของเจ้าของงานเดิมที่อ้างว่าถูกกระทบนั้นต้องเป็นผลประโยชน์ที่กฎหมายลิขสิทธิ์คุ้มครองซึ่งศาลเห็นว่า การใช้งานเดิมเพื่อการสืบค้นในคดีนี้ไม่ใช่ผลประโยชน์ที่กฎหมายลิขสิทธิ์คุ้มครองเหนืองานเดิม การสืบค้นเพียงแสดงข้อมูลที่เป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วและผู้สืบค้นต้องการยืนยันข้อเท็จจริงนั้นเท่านั้น ศาลยกตัวอย่างว่ากรณีผู้สืบค้นต้องการข้อมูลว่าประธานาธิบดีรูสเวลต์ป่วยเป็น

โรคโปลิโอในปีใด เมื่อใส่คำค้นว่า “โรคโปลิโอของประธานาธิบดีรูสเวลต์” (Roosevelt polio) ข้อมูลย่อยที่แสดงผลจะบอกว่าประธานาธิบดีรูสเวลต์ป่วยเป็นโรคโปลิโอในปี ค.ศ. 1921 จากเนื้อหาเพียงไม่กี่บรรทัดในหนังสือเล่มใดเล่มหนึ่งก็เพียงพอต่อความต้องการของผู้สืบค้นแล้ว แต่ผลของกระบวนการสืบค้นเพียงเท่านั้นไม่อาจถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

แม้การแสดงผลอาจมีเนื้อหาส่วนที่เป็นการแสดงความคิดเห็นของเจ้าของงานเดิม (authorial expression) ปะปนมาด้วยแต่ด้วยปริมาณเนื้อหาในข้อมูลย่อยที่มีเพียงเล็กน้อยและไม่ติดต่อกัน ศาลจึงเห็นว่า เป็นไปได้ยากที่ข้อมูลย่อยจะทำให้ผู้สืบค้นใช้ผลการสืบค้นทดแทนงานเดิมได้

ดังนั้น เมื่อพิจารณาเงื่อนไขการใช้ที่เป็นธรรมทั้งสี่ประการแล้วศาลเห็นว่า การสแกนหนังสือเพื่อทำเป็นไฟล์ดิจิทัลของกูเกิ้ลเพื่อให้สาธารณชนใช้ในการสืบค้น รวมทั้งกระบวนการเปิดเผยข้อมูลย่อยเป็นการใช้ที่เป็นธรรม และไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ในคดีนี้แต่อย่างใด

ศาลอุทธรณ์ยังวินิจฉัยข้อโต้แย้งโจทก์ที่ว่า การกระทำของกูเกิ้ลกระทบสิทธิของเจ้าของงานเดิมในการสืบค้น หรือการให้บริการข้อมูลย่อยซึ่งเป็นสิทธิในงานดัดแปลงโดยศาลกล่าวว่า เป็นที่ชัดเจนว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ขยายการคุ้มครองเหนืองานดัดแปลงด้วย ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างงานดัดแปลงประเภทต่าง ๆ ที่ระบุในกฎหมายอย่างกว้างขวาง อย่างไรก็ตาม หากการกระทำของกูเกิ้ลในคดีนี้เป็นเพียงแค่การเปลี่ยนรูปการนำเสนองานเดิมจากรูปแบบหนังสือเป็นไฟล์ดิจิทัลเท่านั้นก็อาจเป็นการละเมิดสิทธิในการดัดแปลงงานตาม

ที่โจทก์โต้แย้งได้ แต่ตั้งที่ศาลได้วินิจฉัยแล้วว่า ระบบของกูเกิลไม่อนุญาตให้ผู้สืบค้นเข้าถึงไฟล์ หนังสือทั้งเล่มแต่อย่างใด คงให้เห็นเนื้อหาเพียง บางส่วนผ่านข้อมูลย่อเท่านั้น ศาลเห็นว่า สิทธิ เหนืองานดัดแปลงที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองนั้นไม่ได้ครอบคลุมถึงงานสืบค้นในลักษณะ ที่กูเกิลดำเนินการในคดีนี้แต่อย่างใด

ศาลอุทธรณ์ยังวินิจฉัยในประเด็นว่า การ สแกนหนังสือทำเป็นไฟล์ดิจิทัลเปิดโอกาสให้มีการลักลอบเข้าถึงไฟล์ (hack) และนำไฟล์ดังกล่าว กระจายสู่สาธารณะได้ซึ่งจะกระทบประโยชน์ของ เจ้าของงานเดิม ในประเด็นนี้ศาลเห็นว่า หากกูเกิล เปิดโอกาสให้บุคคลอื่นเข้าถึงงานในลักษณะที่ ทดแทนงานเดิมได้ ข้อโต้แย้งนี้ย่อมมีน้ำหนักรับฟัง แต่ศาลพบว่า กูเกิลเก็บรักษาไฟล์ในลักษณะที่บุคคล อื่นไม่อาจเข้าถึงโดยใช้ระบบอินเทอร์เน็ตสาธารณะ และใช้มาตรการรักษาความปลอดภัยในระดับเดียวกับที่ใช้กับข้อมูลที่เป็นความลับของกูเกิลเอง แสดงให้เห็นว่ากูเกิลได้ใช้มาตรการรักษาความปลอดภัย ที่เพียงพอต่อการป้องกันการลักลอบเข้าถึงงาน ซึ่ง โจทก์ไม่ได้แสดงพยานหลักฐานให้เห็นเป็นอย่างอื่น ข้อโต้แย้งนี้จึงไม่มีน้ำหนักให้รับฟัง

ประเด็นสุดท้ายที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัย คือ การที่กูเกิลอนุญาตให้ห้องสมุดที่เข้าร่วมโครงการ เข้าถึงไฟล์ดิจิทัลเปิดโอกาสให้ห้องสมุดนำงานไป ใช้ในลักษณะที่ละเมิดสิทธิของเจ้าของงานเดิมหรือ ห้องสมุดอาจประมาทเลินเล่อในการเก็บรักษาไฟล์ ดิจิทัลทำให้บุคคลอื่นลักลอบเข้าถึงงานนั้นได้ ซึ่ง จะก่อความเสียหายต่อเจ้าของงานเดิมในประเด็นนี้ ศาลวินิจฉัยว่า โดยปกติห้องสมุดแต่ละแห่งมีสิทธิ ทำสำเนาหนังสือเป็นไฟล์ดิจิทัลตามหลักการใช้

ที่เป็นธรรมได้เองอยู่แล้ว เมื่อห้องสมุดมอบหมาย ให้กูเกิลเป็นผู้ดำเนินการแทนห้องสมุดย่อมมีสิทธิ ใช้ไฟล์ดิจิทัลดังกล่าวเช่นกัน นอกจากนี้ ห้องสมุด แต่ละแห่งต้องทำสัญญากับกูเกิลว่าจะใช้ไฟล์ ดิจิทัลนั้นตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดและไม่ ละเมิดลิขสิทธิ์ และต้องมีมาตรการป้องกันมิให้ไฟล์ ดังกล่าวหลุดรอดไปสู่สาธารณะ การตั้งสมมุติฐาน ว่าห้องสมุดจะใช้ไฟล์ดิจิทัลในลักษณะละเมิด ลิขสิทธิ์ดูเป็นการคาดเดาที่ไกลกว่าเหตุ อีกทั้งหาก มีเหตุเช่นนี้เกิดขึ้นจริงห้องสมุดนั้นก็ควรรับผิดชอบ ต่อ เจ้าของงานเดิม รวมทั้งกูเกิลก็อาจต้องร่วมรับผิดชอบ ในฐานะผู้สนับสนุน (contributory infringer) แต่ ข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีนี้ ศาลเห็นว่า ข้ออ้างว่า ห้องสมุดที่ร่วมโครงการอาจใช้ไฟล์ดิจิทัลใน ลักษณะที่ละเมิดลิขสิทธิ์เป็นข้ออ้างที่เลื่อนลอย แม้ศาลจะเห็นด้วยว่า ห้องสมุดอาจประมาทเลินเล่อ ทำให้ไฟล์ดังกล่าวหลุดรอดไปสู่สาธารณะได้ แต่ ก็เป็นเพียงการคาดเดา ไม่มีน้ำหนักมากพอที่จะ ชี้ว่าการกระทำของกูเกิลช่วยให้เกิดการละเมิด ลิขสิทธิ์

ศาลได้สรุปลงความเห็นว่า

1. การสแกนหนังสือโดยไม่ได้รับอนุญาตของ กูเกิลเพื่อใช้ในระบบสืบค้นด้วยการแสดงผลผ่าน ข้อมูลย่อเป็นการใช้ที่เป็นธรรม และไม่เป็นการ ละเมิดลิขสิทธิ์ การนำงานเดิมมาใช้ในรูปแบบนี้ เป็นการแปรรูปสำเนาการเปิดเผยเนื้อหาของงาน ก็มีอย่างจำกัด และไม่กระทบต่อประโยชน์ทาง เศรษฐกิจของเจ้าของงานเดิม แม้กูเกิลอาจได้รับ ประโยชน์ทางอ้อมจากการดำเนินการในโครงการนี้ ก็ยังไม่เป็นเหตุต้องห้ามที่จะอ้างการใช้ที่เป็นธรรม

2. ข้อตกลงระหว่างผู้ถือลิขสิทธิ์กับห้องสมุดที่เข้าร่วมโครงการกำหนดให้ห้องสมุดต้องใช้งานไฟล์ดิจิทัลตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนด ถือไม่ได้ว่าผู้ถือลิขสิทธิ์ละเมิดหรือมีส่วนร่วมในการละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด

พิพากษายืนตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น⁸

2. หลักการแปรรูปสัมบูรณ์

การแปรรูปสัมบูรณ์เป็นองค์ประกอบหนึ่งใน

การพิจารณาข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เรียกว่า “การใช้ที่เป็นธรรม” และถือเป็นหัวใจของข้อยกเว้นดังกล่าว⁹ การใช้ที่เป็นธรรมได้รับอิทธิพลจากคำพิพากษาของศาลในคดี *Folsom v. Marsh*¹⁰ ในคดีนี้ นับเป็นครั้งแรกที่ศาลวางหลักการใช้ที่เป็นธรรม โดยผู้พิพากษาสตอรี่ (Justice Story) นำหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของคอมมอนลอว์มาใช้กำหนดหลักเกณฑ์ที่สั่งการของการใช้ที่เป็นธรรม และต่อมาในภายหลังหลักเกณฑ์ทั้งหมดถูกบัญญัติใน

⁸ ดูคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ *Authors Guild, Inc. v. Google, Inc.*, 721 F.3d 132 (2d Cir. 2013) ฉบับสมบูรณ์ ได้ที่ http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/b3f81bc4-3798-476e-81c0-23db25f3b301/1/doc/13-4829_opn.pdf

⁹ *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 579 (1994); Jonathan Francis, *On Appropriation: Cariou v. Prince and Measuring Contextual Transformation in Fair Use*, 29 *Berkeley Technology Law Journal*, 681, 685 (2014). Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol29/iss4/10>.

¹⁰ *Folsom v. Marsh* 9. F.Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841).

กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา มาตรา 107^{11,12}
ในคดี Campbell v. Acuff-Rose Music, 1994
ศาลได้วางหลักสำคัญของ “การแปรรูปสัมบูรณ์”

ซึ่งศาลนำหลักดังกล่าวมาจากความเห็นของ
ผู้พิพากษาลีวัล (Judge Pierre Leval) ที่เสนอไว้
ในบทความวิชาการที่ตีพิมพ์ในปี ค.ศ. 1990¹³

- ¹¹ ผู้สนใจข้อวิจารณ์การกำหนดหลักเกณฑ์ทั้งสี่ประการของผู้พิพากษาสตอร์ โปรตดู Ray Patterson, *Folsom v. Marsh and Its Legacy* (1998), Available at: http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/351 ซึ่งวิจารณ์ว่า คำตัดสินของผู้พิพากษาสตอร์ขาดเหตุผลเพียงพอ และในการกำหนดหลักเกณฑ์ทั้งสี่ประการนั้น คำพิพากษานี้ได้กำหนดขอบเขตของการละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้นใหม่ และได้เพิ่มอำนาจผูกขาดของเจ้าของลิขสิทธิ์ ทำให้ลิขสิทธิ์ที่ก่อนปี ค.ศ. 1840 เข้าใจและยอมรับกันว่าเป็นเพียงสิทธิที่จะผูกขาดอย่างจำกัดภายใต้กฎหมาย และถือเป็นสิทธิที่ต่อยกว่าสิทธิของมหาชน
- เนื่องงานที่เป็นสมบัติสาธารณะ (subset of public domain law in the form of limited statute monopoly) กลายเป็นสิทธิในทรัพย์สินประเภทหนึ่งภายใต้กฎหมายทรัพย์สินในฐานะที่เป็นสิทธิตามธรรมชาติ (subset of property law as a natural law right); ผู้ที่สนใจข้อโต้แย้งว่า สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่ใช่สิทธิตามกฎหมายธรรมชาติ โปรตดูเพิ่มเติมใน สมชาย รัตนเชื้อสกุล, ระบบทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา, วิทยาลัยธรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต คณະนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2550), น. 83-84.
- ¹² กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาไม่ได้ให้รายละเอียดและนิยามของการใช้ที่เป็นธรรม แต่ได้กำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาการใช้ที่เป็นธรรมไว้ 4 ประการ ดังนี้ (1) ลักษณะและวัตถุประสงค์ของการนำมาใช้ ซึ่งรวมถึงว่าเป็นการนำมาใช้เพื่อการค้าหรือแสวงหากำไรหรือเป็นการใช้เพื่อประโยชน์ทางการศึกษาโดยไม่ได้แสวงหากำไร โดยศาลจะพิจารณาปัจจัยสองประการ ได้แก่ ระดับความเข้มข้นของการเปลี่ยนแปลงงานเดิม (degree to which the challenge use has transformed the original) และเป็นการใช้เพื่อแสวงหากำไรหรือไม่ (the profit or nonprofit character of use) (*Storm Impact, Inc. v. Software of the Month Club*, 13 F.Supp. 2d. 788 (N.D. III. 1998)) (2) ลักษณะหรือธรรมชาติของงานที่มีลิขสิทธิ์ เช่น การนำงานในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริง (factual work) จะเป็นการใช้ที่เป็นธรรมมากกว่าการนำงานในส่วนที่สร้างสรรค์ (fictional work) ขึ้นมาใช้ หรือการนำงานที่เจ้าของได้เผยแพร่ยอมเป็นการใช้ที่เป็นธรรมมากกว่าการนำงานที่เจ้าของยังไม่ได้เผยแพร่งานนั้น (*Stewart v. Abend*, 495 U.S. 207, 237 (1990)) (3) ปริมาณงานที่นำมาใช้ หากเป็นเพียงเล็กน้อยยอมเป็นการใช้ที่เป็นธรรมมากกว่าการนำมาใช้ในปริมาณมาก (*Pierre N. Leval, Toward a Fair Use Standard*, 103 Harvard Law Review 1105, 1122 (1990)) โดยเป็นการพิจารณาในเชิงปริมาณ (*New Era Publ' ns Int'l, ApS v. Carol Publ'g Grp.*, 904 F.2d 152, 158 (2d Cir. 1990)) ว่าได้นำไปใช้ในปริมาณที่เกินจำเป็นหรือไม่ (*Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301, 311 (2d Cir. 1992)) แต่ก็ต้องไม่พิจารณาในเชิงปริมาณแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แม้จะนำไปเพียงเล็กน้อยแต่เป็นการนำส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือหัวใจของงาน (essence of the original) ก็เป็นการละเมิดได้เช่นกัน (*Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301, 308 (2d Cir. 1992)) และ (4) ผลกระทบจากการใช้งานนั้นต่อการแสวงหาประโยชน์ หรือมูลค่าของงานเดิม เช่น ทำให้งานเดิมเป็นที่ต้องการของตลาดลดน้อยลง (*Eveready Battery Co. v. Adolph Coors Co.*, 765 F. Supp.440, 448 (N.D. III. 1991)).
- ¹³ ผู้พิพากษาลีวัลกล่าวในบทความว่า การพิจารณาว่าการกระทำหนึ่งจะเป็นการใช้ที่เป็นธรรมหรือไม่ จะต้องพิจารณาเป็นประการแรกว่า งานใหม่นั้นมีการแปรรูปสัมบูรณ์ไปจากงานเดิมมากน้อยเพียงใด โดยเป็นการพิจารณาภายใต้เงื่อนไขข้อแรกของมาตรา 107 คือ ลักษณะและวัตถุประสงค์ของการใช้งาน โดยได้เปรียบเทียบว่า แม้ผลกระทบทางเศรษฐกิจต่องานเดิม (market harm) ในเงื่อนไขข้อที่สี่จะถือเป็นเงื่อนไขสำคัญของการพิจารณาการใช้ที่เป็นธรรมก็ตาม แต่การแปรรูปสัมบูรณ์ถือได้ว่าเป็นหัวใจของการใช้ที่เป็นธรรม (soul of fair use) Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 Harvard Law Review 1105, 1109, 1116 (1990).



โดยศาลวินิจฉัยประเด็นการแปรรูปสัมบูรณ์ในฐานะเป็นแกนกลางที่สำคัญที่สุดของการใช้ที่เป็นธรรม นับแต่คดี Campbell เป็นต้นมา ในคดีลิขสิทธิ์ศาลมักพิจารณาเป็นประเด็นแรกก่อนว่า งานที่อ้างการใช้ที่เป็นธรรมมีการแปรรูปสัมบูรณ์หรือไม่ โดยคดีที่พิจารณาในประเด็นนี้เพิ่มขึ้นในสัดส่วนสูงถึงห้าร้อยเปอร์เซ็นต์เมื่อเทียบกับคดีลิขสิทธิ์ที่ตัดสินก่อนคดี Campbell¹⁴

ในการพิจารณาการใช้ที่เป็นธรรมศาลวางหลักไว้ชัดเจนว่าต้องตีความในลักษณะที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มุ่งส่งเสริมความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และศิลปะตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ¹⁵ ดังนั้น จึงเป็นสิ่งที่เหมาะสมที่จะตีความโน้มเอียงไปในเชิงอนุญาตให้มีการใช้งาน (ภายใต้หลักการใช้ที่เป็นธรรม - ผู้เขียน) มากกว่าที่จะตีความในลักษณะปิดกั้นการใช้งานดังกล่าว¹⁶ และแม้ศาลจะเห็นว่า การพิจารณาการใช้ที่เป็นธรรมศาลต้องพิจารณาเงื่อนไขทั้งสี่ประการรวมกันไปก็ตาม แต่คำพิพากษาที่ผ่านมารวมทั้งใน

คดีกุเกิ้ลนี้จะเห็นว่า การแปรรูปสัมบูรณ์เป็นหัวใจของการพิจารณาการใช้ที่เป็นธรรม โดยศาลจะดูว่างานใหม่ทำขึ้นเพื่อแทนที่ (supersede) งานเดิมหรือไม่ โดยดูระดับการเปลี่ยนแปลงเทียบกันระหว่างงานเดิมและงานใหม่หากงานใหม่ถึงขนาดที่ได้สื่อสาร หรือแสดงออก หรือให้ความหมายใหม่กับงาน (new expression or meaning) ให้ข้อมูล (new information) หรือสร้างสุนทรียศิลป์ (new aesthetics) หรือสร้างความเข้าใจอย่างลึกซึ้ง (new insights) ในงานชิ้นใหม่และสิ่งเหล่านี้อยู่นอกเหนือวัตถุประสงค์ของงานเดิม¹⁷ ถือว่างานใหม่นั้นได้แปรรูปสัมบูรณ์ไปจากงานเดิม ถือเป็นการใช้ที่เป็นธรรมและไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์¹⁸ และเมื่อเป็นการแปรรูปสัมบูรณ์แล้ว ประเด็นการใช้งานนั้นเพื่อการค้าจะมีความสำคัญน้อยลง (subfactor)¹⁹ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ หากงานใหม่แปรรูปไปจากงานเดิมมากเท่าใด เจื่อนไขข้ออื่น ๆ ของการใช้ที่เป็นธรรมก็จะลดความสำคัญลงไปตามเท่านั้น²⁰

¹⁴ Jonathan Francis, *On Appropriation: Cariou v. Prince and Measuring Contextual Transformation in Fair Use*, 29 Berkeley Technology Law Journal, 681, 685-686 (2014). Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol29/iss4/10>; ในคดี Campbell แม้ว่าศาลจะให้ความสำคัญกับวัตถุประสงค์ของการนำงานเดิมมาใช้ (ตรงกับข้อเสนอในบทความของผู้พิพากษาลิวัล-ผู้เขียน) แต่ศาลก็ให้น้ำหนักกับองค์ประกอบด้านจิตใจของผู้ที่เสพงานใหม่นั้น (audience-based).

¹⁵ U.S. Const., art. I, § 8, cl. 8.

¹⁶ *Blance v. Koons*, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006).

¹⁷ Eric D. Gorman, *Appropriate Testing and Resolution: How to Determine whether Appropriate Art is Transformative “Fair Use” or Merely an Unauthorized Derivative?*, 43 St.Mary’s Law Journal 289, 309-310 (2012).

¹⁸ *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994).

¹⁹ *NXIVM Corp. v. Ross Inst.*, 364 F.3d 471 (2d Cir. 2004).

²⁰ *Storm Impact, Inc. v. Software of the Month Club*, 13 F.Supp. 2d. 788 (N.D. III. 1998).

อย่างไรก็ดี การวินิจฉัยว่างานใดแปรรูปสัมบูรณ์ไปแล้วหรือไม่ต้องพิจารณาเป็นกรณีไป และการแปรรูปสัมบูรณ์ในระดับและในลักษณะใดจึงจะเรียกได้ว่าเป็นการแปรรูปสัมบูรณ์เป็นเรื่องละเอียดอ่อนและมักเกิดข้อโต้แย้ง เช่น การจัดทำสารานุกรมแฮรี่ พ็อตเตอร์ (Harry Potter Encyclopedia) ศาลถือว่ามีการเปลี่ยนแปลงเพียงเล็กน้อย (slightly transformative) และไม่เป็นการใช้ที่เป็นธรรม เนื่องจากเนื้อหาในสารานุกรมส่วนใหญ่นำมาจากหนังสือแฮรี่ พ็อตเตอร์²¹

ดังนั้น เพื่อความเข้าใจเพิ่มขึ้นผู้เขียนขอยกตัวอย่างคดีที่มีประเด็นวินิจฉัยเกี่ยวกับการแปรรูปสัมบูรณ์ ดังนี้

คดี *Blance v. Koons*²² คดีนี้โจทก์ฟ้องว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการนำภาพถ่ายของโจทก์ (Silk Sandals by Gucci) ที่ตีพิมพ์เผยแพร่ในนิตยสาร *Allure* ไปใช้ทำภาพขนาดบิลบอร์ดเพื่อการโฆษณา โดยไม่ได้รับอนุญาตภาพของจำเลยเป็นภาพชุดรวม 7 ภาพติดตั้งในงานแสดงศิลปะในอาคารของ

ธนาคารดอยช์ (Deutsche Bank) จำเลยได้รับค่าตอบแทนจากผู้ว่าจ้างถึงสองล้านเหรียญ ภาพที่เป็นข้อพิพาทในคดีนี้ (Niagara) มีมูลค่า 126,877 เหรียญสหรัฐ และเป็นหนึ่งในภาพชุดที่จำเลยจัดทำขึ้น

ภาพของโจทก์ที่ถูกละเมิดเป็นภาพถ่ายระยะใกล้ของส่วนขาที่อ่อนล้าและเท้าคู่หนึ่งของสตรีที่ทาเล็บและสวมรองเท้ายี่ห้อกุชชีที่ติดวัสดุส่องประกาย ขาทั้งคู่พาดอยู่บนดักของสุภาพบุรุษฉากหลังของภาพเป็นภายในห้องโดยสารชั้นหนึ่งของเครื่องบินโดยสาร จำเลยนำเฉพาะส่วนขาที่สวมรองเท้ามาใช้ และตัดส่วนประกอบอื่นของภาพโจทก์ออกไป ปรับทิศทางของขาเป็นแนวชี้จากบนลงล่าง เพิ่มเส้นที่ขาข้างหนึ่งและปรับเปลี่ยนสีจากภาพต้นฉบับเพิ่มภาพขนม ได้แก่ โดนัท ช็อคโกแลตและไอศกรีม ขนมแอปเปิ้ลอบลงในภาพ และยังเพิ่มขาของสตรีอีก 3 คู่ ขาคู่ที่นำมาจากภาพโจทก์เป็นขาคู่ที่สองจากซ้าย และจำเลยเปลี่ยนฉากหลังของภาพเป็นภาพน้ำตาลโนแอกว่า (ดูภาพประกอบ)



ภาพโจทก์



ภาพจำเลย

²¹ Warner Bros. Entertainment, Inc. v. RDR Books, 575 F.Supp. 2d 513 (S.D.N.Y. 2008).

²² 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006).

จำเลยต่อสู้ว่า จำเลยนำภาพของสตรีวางบนฉากหลังที่เป็นภาพสถานที่และอาหารก็เพราะตั้งใจจะสื่อว่า สิ่งที่มีบทบาทต่อความเป็นอยู่ของมนุษย์ในปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นเรื่องอาหาร การละเล่น หรือเรื่องเพศล้วนแล้วแต่ถูกสื่อด้วยภาพโฆษณา ดังนั้นภาพของจำเลยต้องการกระตุ้นให้ผู้เห็นภาพคิดถึงประสบการณ์ของแต่ละคนต่อปัญหา และตระหนักถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากสื่อโฆษณาเหตุที่จำเลยเลือกใช้ภาพโจทก์เพราะสื่อถึงกลุ่มสตรีที่มักถูกนำมาใช้เพื่อเป้าหมายในสื่อโฆษณา และเหมาะที่จะนำมาเพื่อให้ผู้คนที่อยู่ในสังคมบริโภคตระหนักต่อปัญหาการโฆษณา (เป็นการใช้ภาพเพื่อเสียดสี – ผู้เขียน) การกระทำของจำเลยจึงเป็นการใช้ที่เป็นธรรม และไม่ละเมิดลิขสิทธิ์

สถาบันการประมูลซัทเทอบี (Sotheby Auction House) ประเมินว่าภาพของจำเลยมีมูลค่าหนึ่งล้านเหรียญสหรัฐ แต่ก็ไม่ปรากฏว่ามีกรจำหน่ายภาพของจำเลยแต่อย่างใด ส่วนโจทก์นั้นได้รับค่าตอบแทนภาพของตนจำนวน 750 เหรียญสหรัฐ โดยโจทก์ยังคงมีลิขสิทธิ์ในภาพดังกล่าวอย่างไรก็ดี ไม่ปรากฏว่าโจทก์ได้ตีพิมพ์เผยแพร่หรืออนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในภาพดังกล่าว นอกจากนี้ที่ตีพิมพ์ในนิตยสาร Allure นอกจากนี้โจทก์ยังให้การอีกว่า ภาพจำเลยไม่กระทบต่ออาชีพช่างภาพของโจทก์ และไม่กระทบต่อมูลค่าภาพของโจทก์แต่อย่างใด

ศาลเห็นว่า จำเลยใช้งานภาพของโจทก์เป็นวัตถุประสงค์ในการสร้างสรรค์งานชิ้นใหม่ที่แปรรูปไปจากงานเดิมอย่างเห็นได้ชัดจำเลยไม่ได้ต่อสู้เพียงว่าได้นำเสนอภาพของโจทก์ในรูปแบบที่ต่างออกไปเท่านั้น แต่จำเลยยังให้การถึงวัตถุประสงค์ของการนำงานมาใช้ที่แตกต่างอย่างสิ้นเชิงจากวัตถุประสงค์ของโจทก์ที่กล่าวถึงภาพของตนว่า “ต้องการสร้างความรู้สึกเซ็กซี่และอารมณ์สุนทรีย์ทางเพศ” (I wanted to show some sort of erotic sense[;] . . . to get . . . more of a sexuality to the photographs) งานของโจทก์ถูกเพิ่มเติมและสื่อสารความหมายและความเข้าใจใหม่จึงเป็นการแปรรูปสัมบูรณ์ไปจากงานเดิมแล้ว

คดีน่าสนใจอีกคดีหนึ่ง ได้แก่ คดี Rogers v. Koons²³ โจทก์เป็นช่างภาพอาชีพได้ถ่ายภาพสามมิติรูปปั้นหนึ่งที่อุมลุกสุนัขในอ้อมแขน ภาพนี้ถูกนำไปทำเป็นโปสเตอร์และใช้กับสินค้าทั่วไปอื่น ๆ จำเลยเป็นศิลปินที่มีชื่อเสียงเห็นภาพดังกล่าวจากโปสเตอร์ได้ลบข้อความลิขสิทธิ์ที่อยู่บนโปสเตอร์นั้นออก และสั่งให้ผู้ช่วยของจำเลยปฏิบัติงานตามแบบในภาพนั้นให้เหมือนที่สุด แต่ให้เปลี่ยนสีสุนัขเป็นสีน้ำเงิน และเพิ่มดอกไม้ที่ผมของสามมิติและภริยา (ดูภาพประกอบ) จำเลยขายงานปั้นที่เลียนแบบภาพถ่ายของโจทก์ไปสามชิ้นในราคาทั้งสิ้น 367,000 เหรียญสหรัฐ

²³ 960 F.2d 301 (2d. Cir. 1992)



ภาพถ่ายของโจทก์



งานปั้นของจำเลย

โจทก์ฟ้องว่าจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ จำเลยรับว่าปั้นงานเลียนแบบภาพถ่ายโจทก์จริง แต่ต่อสู้ว่าเป็นงานล้อเลียน (parody) จึงเป็นการใช้ที่เป็นธรรม ศาลวินิจฉัยว่า งานทั้งสองเหมือนกันอย่างมากจนคนที่เห็นรู้ได้ทันทีว่าเป็นการทำซ้ำงานของโจทก์ และหากจะเป็นงานล้อเลียนก็ไม่จำเป็นต้องทำเหมือนกับงานโจทก์มากขนาดนี้ กรณีนี้จึงไม่ใช่การใช้ที่เป็นธรรม

ในคดี *Cariou v. Prince*²⁴ โจทก์ฟ้องว่าจำเลยนำภาพของโจทก์จำนวน 30 ภาพที่ตีพิมพ์ในหนังสือชื่อ *Yes Rasta* ซึ่งเป็นภาพของชนกลุ่มน้อยบนเกาะจาไมกาที่นับถือลัทธิราสต้าไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ จำเลยต่อสู้โดยอ้างการใช้ที่เป็นธรรมเนื่องจากได้แปรรูปสัมบูรณ์ไปแล้ว (ดูภาพประกอบ)



ภาพของโจทก์

(หมายเหตุ - ภาพโจทก์ปรากฏในภาพจำเลยในตำแหน่งที่สองและสี่จากซ้ายไปขวา)



ภาพของจำเลย

²⁴ 714 F.3d 694, 699 (2d Cir.), cert. denied, 134 S. Ct. 618 (2013).

คดีนี้ศาลชั้นต้น (Southern District Court of New York) ตัดสินว่าภาพจำเลยยังไม่เป็นการแปรรูปลิขสิทธิ์จึงไม่เป็นการใช้ที่เป็นธรรม พิจารณาให้โจทก์ชนะคดี จำเลยอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิจารณาแก้เป็นว่า ภาพจำเลย 25 ภาพจากทั้งหมด

30 ภาพเป็นการใช้ที่เป็นธรรมเนื่องจากมีการแปรรูปลิขสิทธิ์แล้ว ทั้งการจัดวางองค์ประกอบภาพ ลัดสวน การให้สี ส่วนอีก 5 ภาพศาลอุทธรณ์ยกย่อนำนวนให้ศาลชั้นต้นพิจารณาใหม่ว่าจะสามารถอ้างการใช้ที่เป็นธรรมได้หรือไม่ (ดูภาพประกอบ)



ภาพของโจทก์

ภาพของจำเลย

(หมายเหตุ - ภาพนี้เป็นหนึ่งในห้าภาพที่ศาลอุทธรณ์ไม่ได้ชี้ขาดว่าเป็นการใช้ที่เป็นธรรม และยกย่อนำนวนกลับไปศาลชั้นต้น)

ศาลอุทธรณ์เห็นว่า คดีนี้แม้จำเลยจะไม่ได้ให้การถึงวัตถุประสงค์ชัดเจนที่นางานของโจทก์มาใช้ก็ตาม แต่ศาลเห็นว่าการพิจารณาว่างานจำเลยได้แปรรูปลิขสิทธิ์ไปจากงานเดิมหรือไม่ ต้องพิจารณาจากความเห็นของบุคคลอื่นที่ได้เห็นงานของจำเลย หากบุคคลอื่น (reasonable observer) เห็นว่างานของจำเลยได้เปลี่ยนแปลงการแสดงออกได้สื่อสาร และให้ความหมายใหม่ที่ต่างไปจากงานเดิมแล้วก็เป็นการใช้ที่เป็นธรรมได้ (alter the original with new expression, meaning, or

message) ซึ่งเมื่อศาลเปรียบเทียบภาพของโจทก์และจำเลยแล้ว ศาลพบว่าภาพของจำเลยจำนวน 25 ภาพได้สร้างสรรค์งานศิลปะที่สื่อสารความหมายใหม่ที่แตกต่างไปจากงานเดิม²⁵ จึงเป็นการใช้ที่เป็นธรรม

ผู้เขียนเห็นว่า ธรรมชาติของงานลิขสิทธิ์ผู้สร้างสรรค์จะไม่สามารถหวงกั้นงานนั้นหลังจากเผยแพร่งานนั้นแล้ว ลิขสิทธิ์ไม่มีรูปร่าง (incorporeal thing) แต่ครอบครองได้ด้วยสิทธิหวงห้ามผู้อื่น

²⁵ ผู้สนใจข้อโต้แย้งคำพิพากษาดังนี้โปรดดู Jonathan Francis, "On Appropriation: Cariou v. Prince and Measuring Contextual Transformation in Fair Use," 29 Berkeley Technology Law Journal, 681(2014). Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol29/iss4/10>.

ไม่ให้ใช้ลิขสิทธิ์ (negative right)²⁶ เป็นสิทธิที่รัฐก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมาย (*jus in rem*) ด้วยเหตุผลทางด้านเศรษฐกิจมากกว่าเหตุผลทางศีลธรรม²⁷ ความเชื่อที่ว่าผู้สร้างสรรค์มีสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติ อาจเกิดจากความสับสนระหว่างสิทธิในเชิงเศรษฐกิจ (pecuniary rights) และสิทธิที่จะได้รับการเคารพ ในฐานะเป็นผู้สร้างสรรค์²⁸

ผู้เขียนเห็นว่า การที่กฎหมายคุ้มครองงานสร้างสรรค์ก็เพื่อให้เกิดการสร้างสรรคงานใหม่ ๆ เพิ่มขึ้น ทำให้สังคมได้รับประโยชน์จากงานที่หลากหลาย กฎหมายได้คุ้มครองสิทธิในงานดัดแปลงของผู้สร้างสรรค์แล้ว เท่ากับได้ขยายการคุ้มครองผู้สร้างสรรค์ในระดับหนึ่ง แต่หากกฎหมายปิดกั้นการนำงานสร้างสรรค์ของผู้อื่นมาใช้เป็นฐาน หรือ วัตถุประสงค์ในการสร้างสรรค์งานใหม่โดยสิ้นเชิง หรือ ตีความงานดัดแปลงอย่างกว้างให้ครอบคลุมถึงงานที่แปรรูปสัมบูรณ์ไปแล้วด้วยยอมเป็นการคุ้มครองสิทธิผู้สร้างสรรค์ที่เกินเลยไปและไม่สอดคล้องกับเป้าหมายของกฎหมายลิขสิทธิ์ ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับแนวคำพิพากษาของศาลในคดีกุกเกิ้ลนี้และในคดี

อื่น ๆ ที่ศาลนำหลักการแปรรูปสัมบูรณ์มาใช้ และเห็นว่าแนวทางดังกล่าวถูกต้องตรงตามเหตุผลของเรื่อง (nature of thing) และการพิจารณาคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทย โดยเฉพาะกรณีการอ้างการใช้ที่เป็นธรรมควรต้องนำหลักการแปรรูปสัมบูรณ์มาปรับใช้ด้วยเช่นกัน

3. บทสรุป

“การแปรรูปสัมบูรณ์” เป็นประเด็นหลักที่ต้องพิจารณาในการอ้าง “การใช้ที่เป็นธรรม” และถือเป็นหัวใจของการใช้ที่เป็นธรรม กรณีที่จะถือว่างานชิ้นใดได้แปรรูปสัมบูรณ์ไปแล้วต้องพิจารณาจากความคิดเห็นของผู้อื่นที่พบเห็นงานชิ้นนั้นว่า กระทบถึงวัตถุประสงค์ ศิลปะ ความงาม การสื่อสาร หรือความหมายต่าง ๆ ที่ผู้สร้างสรรค์ได้เพิ่มเติมขึ้นในงานชิ้นใหม่นั้นหรือไม่ โดยงานชิ้นใหม่อาจเปลี่ยนแปลงรูปแบบหรือลักษณะการแสดงออก (expression) ของงานเดิมหรือไม่ก็ได้ และหากฟังได้ว่าเป็นการแปรรูปสัมบูรณ์แล้ว เงื่อนไขข้ออื่น ๆ ของการใช้ที่เป็นธรรมก็จะลดความสำคัญลง

²⁶ Lawrence C. Becker, *Property Rights: Philosophic Foundation*, (London: Routledge & Kegan Paul, 1977), p. 19.

²⁷ สมชาย รัตนชื้อสกุล, “ระบบทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช”, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550, น. 30.

²⁸ Ulf Anderfelf, *International Patent-Legislation and Developing Countries*. (The Hague: MartinusNijhoff, 1971), p. 19; โทมัส เจฟเฟอร์สัน (Thomas Jefferson) ประธานาธิบดีคนที่สามของประเทศสหรัฐอเมริกา และเป็นผู้มีบทบาทต่อบทคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในรัฐธรรมนูญก็มีความเห็นเช่นเดียวกันว่าสิทธิพิเศษที่รัฐธรรมบัญญัติกำหนดให้ นี้ไม่ใช่สิทธิธรรมชาติ โปรดดู Edward C. Walterscheid, *The Nature of the Intellectual Property Clause: A Study in Historical Perspective*, (New York: William S. Hein & Co., Inc. 2002), p. 226 และผู้สนใจเนื้อหาจดหมายฉบับสมบูรณที่โทมัส เจฟเฟอร์สันแสดงความคิดเห็นต่อประเด็นดังกล่าวโปรดดู Edward C. Walterscheid, “Inherent or Create Rights: Early View on the Intellectual Property,” 13 *Hamline Law Review*, 81 (1995), pp. 101-102.



แม้จะเป็นการใช้งานใหม่ในทางการค้า หรือเป็นการนำงานเดิมทั้งหมด หรือในบางส่วนสำคัญมาใช้ก็ตาม ก็ยังถือว่าเป็นการใช้ที่เป็นธรรม

จากเหตุผลของศาลในคดีต่าง ๆ ที่กล่าวมา แสดงให้เห็นว่า ศาลนำหลักการแปรรูปลัทธิมาใช้ในการลักษณะที่เป็นองค์ประกอบสำคัญและเป็นหัวใจของหลักการใช้ที่เป็นธรรมเพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่คุ้มครองผู้สร้างสรรค์งานก็เพื่อประโยชน์ของสาธารณชนที่ถือเป็นเป้าหมายสุดท้ายของกฎหมาย และลดทอนความสำคัญของการคุ้มครองผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์ แนวทางการปรับใช้หลักการแปรรูปลัทธิในคดีกึ่งนี้จึงเป็นการเน้นย้ำอีกครั้งหนึ่งกับการให้ความสำคัญกับประโยชน์ของสาธารณะที่จะได้จากงานใหม่นั้น

ทิศทางดังกล่าวเน้นว่าน่าสนใจต่อการปรับใช้หลักการใช้ที่เป็นธรรมในประเทศไทย ที่เงื่อนไขการใช้ในทางการค้ายังเป็นปัจจัยสำคัญต่อการอ้างการใช้ที่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม ข้อพิพาทคดีลิขสิทธิ์ในประเทศไทยที่เป็นการนำงานเดิมมาใช้ในลักษณะที่แปรรูปลัทธิดังตัวอย่างคดีในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ยกขึ้นนั้น ผู้เขียนไม่พบว่าศาลฎีกาไทยได้เคยวินิจฉัยประเด็นนี้ไว้โดยตรงแต่อย่างใด²⁹ ซึ่งต้องรอดูแนวการตีความของศาลฎีกาไทยในกรณีนี้ต่อไป แต่ผู้เขียนเชื่อและเห็นด้วยว่า งานที่สร้างสรรค์ขึ้นใหม่ แม้เป็นการนำงานของบุคคลอื่นมาเป็นวัตถุดิบหรือเป็นฐานในการสร้างสรรค์งานใหม่ก็ตาม แต่เมื่องานใหม่นั้นได้สร้างหรือเพิ่มเติม

ศิลปะ ความงาม การตีความหรือสร้างอัตลักษณ์ขึ้นใหม่แตกต่างจากงานเดิม เป็นสิ่งที่สมควรได้รับการคุ้มครองและการคุ้มครองยังสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มุ่งส่งเสริมให้เกิดงานใหม่ ๆ เพิ่มขึ้นเพื่อสาธารณชนจะได้รับประโยชน์จากความหลากหลายของงานทั้งหลายเหล่านั้นอีกด้วยผู้เขียนเห็นว่า การนำแนวความคิดของการแปรรูปลัทธิและเจตนารมณ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ให้ความสำคัญกับสังคมมาปรับใช้กับการตีความกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยจะช่วยยกระดับการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยให้ถูกต้องและเหมาะสมมากยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ดี การวิเคราะห์ลักษณะ รูปแบบ และผลกระทบของการนำหลักการแปรรูปลัทธิมาใช้กับคดีลิขสิทธิ์ในประเทศไทยเป็นเนื้อหาอีกส่วนหนึ่งที่มีความละเอียดซับซ้อนและอยู่นอกเหนือวัตถุประสงค์ของบทความนี้ แต่ผู้เขียนจะได้นำเสนอบทความในส่วนนี้ต่อไป

บรรณานุกรม

หนังสือ

- ธัชชัย ศุภผลศิริ. กฎหมายลิขสิทธิ์. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม. 2544.
- ปริญญา ดิผดุง. ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา. คู่มือการศึกษาระดับปริญญาโท. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย). 2544.

²⁹ ผู้เขียนตรวจสอบคำพิพากษาศาลฎีกาที่พิมพ์เผยแพร่โดยเนติบัณฑิตยสภาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2548 จนถึง พ.ศ. 2558 ตอนที่ 8.

อรพรรณ พันัสพัฒนา. คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์.
พิมพ์ครั้งที่ 6, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์
แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.

Edward C. Walterscheid. The Nature of the
Intellectual Property Clause: A Study
in Historical Perspective, (New York:
William S. Hein & Co., Inc. 2002)

Lawrence C. Becker, Property Rights:
Philosophic Foundation, (London:
Routledge & Kegan Paul, 1977)

Ulf Anderfelf. International Patent-Legislation
and Developing Countries. (The Hague:
MartinusNijhoff, 1971)

วิทยานิพนธ์

สมชาย รัตนชื้อสกุล, ระบบทรัพย์สินทางปัญญา
เพื่อการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช,
วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2550

Article

Edward C. Walterscheid, “*Inherent or
Create Rights: Early View on the
Intellectual Property*,” 13 Hamline Law
Review, 81 (1995).

Eric D. Gorman, “*Appropriate Testing and
Resolution: How to Determine whether
Appropriate Art is Transformative
“Fair Use” or Merely an Unauthorized
Derivative?*,” 43 St. Mary’s Law Journal
289, 309-310 (2012).

Jonathan Francis, “*On Appropriation: Cariou
v. Prince and Measuring Contextual
Transformation in Fair Use*,” 29
Berkeley Technology Law Journal,
681 (2014).

Pierre N. Leval, “*Toward a Fair Use
Standard*,” 103 Harvard Law Review
1105, 1109, 1116 (1990).

Ray Patterson, “*Folsom v. Marsh and Its
Legacy*”, (1998), Available at: [http://
digitalcommons.law.uga.edu/fac_
artchop/351](http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/351)

Stanford University Library, “*Measuring Fair
Use: The Four Factors*,” Available at:
[http://fairuse.stanford.edu/overview/
fair-use/four-factors/](http://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use/four-factors/)

Case (United State of America)

Authors Guild, Inc. v. Google, Inc., 721 F.3d
132 (2d Cir. 2013)

Authors Guild v. Google Inc., 954 F.Supp.
2d 282 United States District Court,
S.D. New York

Blance v. Koons, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006).

Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S.
579 (1994)

Cariou v. Prince, 714 F.3d 694 (2d Cir.), *cert.
denied*, 134 S. Ct. 618 (2013).

Eveready Battery Co. v. Adolph Coors Co.,
765 F. Supp.440 (N.D. III. 1991)

Folsom v. Marsh 9.F.Cas. 342 (C.C.D. Mass.
1841)



New Era Publ' ns Int'l, ApS v. Carol
Publ'gGrp., 904 F.2d 152, 158 (2d Cir.
1990)

NXIVM Corp. v. Ross Inst., 364 F.3d 471
(2d Cir. 2004)

Perfect 10 Inc., v. Amazon.com, Inc. 508 F.3d
1146 (9th Cir. 2007)

Rogers v. Koons, 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992)

Stewart v. Abend, 495 U.S. 207 (1990)

Storm Impact, Inc. v. Software of the Month
Club, 13 F.Supp. 2d. 788 (N.D. III.1998)

Warner Bros. Entertainment, Inc. v. RDR
Books, 575 F.Supp. 2d 513 (S.D.N.Y.
2008)