สิทธิแต่ผู้เดียวของนักแสดงในการบันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้ว

กมลณัฐน์ น้อยไกรไพร*

โดยทั่วไปนักแสดงไม่ใช่เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ประเภทต่างๆ นักแสดงเป็นแต่เพียงตัวกลางหรือสื่อกลางในการนำผลงานสร้างสรรค์ให้ออกปรากฏสู่สาธารณชน เนื่องจากงานสร้างสรรค์บางประเภทเช่นดนตรีกรรม ภาพยนตร์ หรือละครจะเกิดขึ้นไม่ได้ถ้าไม่มีผู้นำเสนอถ่ายทอดให้ปรากฏโดยการแสดง ซึ่งในการนี้นักแสดงต้องใช้ความสามารถ ความวิริยะอุตสาหะในการถ่ายทอดงานสร้างสรรค์ที่นำเสนอนั้นทำนองเดียวกับการดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น แต่งานบางประเภทโดยปกติไม่จำต้องมีผู้นำเสนองานนั้นเช่นเสื้อผ้า การเดินแบบเพื่อแสดงแบบเสื้อผ้าโดยทั่วไป นางแบบผู้เดินแบบจะเดินในลักษณะเดียวกันเป็นรูปแบบตายตัวด้วยท่วงท่าของการเดินแบบซึ่งเป็นท่าทางที่เป็นไปตามหน้าที่การงานตามท่วงท่านั้น ไม่ใช่การใช้ความวิริยะอุตสาหะของผู้เดินแบบในการสร้างสรรค์ให้เกิดงานใหม่อีกรูปแบบหนึ่งขึ้น การนำนักแสดงซึ่งเป็นดาราภาพยนตร์มาเดินแบบจึงไม่ทำให้นักแสดงผู้เดินแบบนั้นได้รับสิทธิของนักแสดงในส่วนของการเดินแบบ[1] เพราะคำว่า “นักแสดง” ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 วรรคสิบเอ็ด หมายความว่า ผู้แสดง นักดนตรี นักร้อง นักเต้น นักรำ และผู้ซึ่งแสดงท่าทางร้อง กล่าว พากย์ แสดงตามบทหรือในลักษณะอื่นใด

การแสดงอันได้รับความคุ้มครองตามความหมายของ “นักแสดง” ดังกล่าวจึงต้องเป็นการแสดงสดเท่านั้น เพื่อปกป้องมิให้บุคคลอื่นมาทำการบันทึกการแสดงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากนักแสดงก่อน แต่การแสดงที่เกิดขึ้นก่อนพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ใช้บังคับนั้น นักแสดงไม่มีสิทธิของนักแสดงตามพระราชบัญญัตินี้ เพราะ

---

* น.บ., นบท., น.ม.

[1] วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, “หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิข้างเคียง สิทธิของผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง องค์การแพร่เสียงแพร่ภาพและสิทธินักแสดง,” **ในโครงการอบรมกฎหมายหลักสูตรประกาศนียบัตรกฎหมาย และการจัดการทรัพย์สินทางปัญญา** ระหว่างวันที่ 12 ตุลาคม–24 พฤศจิกายน 2550 ณ สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ, หน้า 99-104.

มาตรา 78 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ มิได้กล่าวถึงสิทธิของนักแสดงด้วย ฉะนั้นพระราชบัญญัตินี้จึงให้ความคุ้มครองเฉพาะการแสดงที่เกิดขึ้นในขณะที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ใช้บังคับเท่านั้น

สิทธิของนักแสดงที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ให้ความคุ้มครองไว้มี 2 ประการคือ สิทธิแต่ผู้เดียวในการกระทำอันเกี่ยวกับการแสดงตามมาตรา 44 และสิทธิได้รับค่าตอบแทนการแสดงตามมาตรา 45 ซึ่งในที่นี้จะกล่าวถึงเฉพาะสิทธิแต่ผู้เดียวของนักแสดงในการบันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้ว อันเป็นสิทธิแต่ผู้เดียวในการกระทำอันเกี่ยวกับการแสดงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 44 (2) เท่านั้น

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 44 “นักแสดงมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการกระทำอันเกี่ยวกับการแสดงของตน ดังต่อไปนี้

(1) แพร่เสียงแพร่ภาพ หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งการแสดง เว้นแต่จะเป็นการแพร่เสียงแพร่ภาพหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนจากสิ่งบันทึกการแสดงที่มีการบันทึกไว้แล้ว

(2) บันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้ว

(3) ทำซ้ำซึ่งสิ่งบันทึกการแสดงที่มีผู้บันทึกไว้โดยไม่ได้รับอนุญาตจากนักแสดง หรือสิ่งบันทึกการแสดงที่ได้รับอนุญาตเพื่อวัตถุประสงค์อื่น หรือสิ่งบันทึกการแสดงที่เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของนักแสดงตามมาตรา 53”

สำหรับสิทธิแต่ผู้เดียวของนักแสดงในการที่จะบันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้ว ถ้าการแสดงนั้นมีการบันทึกไว้แล้ว นักแสดงก็ไม่มีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะบันทึกการแสดงนั้นตามมาตรา 44 (2) นี้อีก เช่น นาย ก. แสดงดนตรี นาย ก. นักแสดงย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะบันทึกการแสดงดนตรีที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้ว ดังนั้น ถ้านาย ข. บันทึกภาพและเสียงการแสดงดนตรีของนาย ก. จัดทำเป็นวิดีโอซีดีเพื่อจำหน่ายโดยไม่ได้รับอนุญาตจากนาย ก. ผู้เป็นนักแสดง ถือว่านาย ข. ละเมิดสิทธิของนักแสดงในการบันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้วของนาย ก. ตามมาตรา 44 (2) และเมื่อการแสดงสดนั้นได้มีการบันทึกการแสดงไว้แล้ว นาย ก. ก็ไม่มีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะบันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้วตามมาตรา 44 (2) นี้อีก แต่หากการบันทึกการแสดงสดนั้นกระทำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากนาย ก. ผู้เป็นนักแสดง นาย ก. ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะทำซ้ำซึ่งสิ่งบันทึกการแสดงที่มีผู้บันทึกไว้โดยไม่ได้รับอนุญาตจากนักแสดงตามมาตรา 44 (3) เป็นต้น

อนึ่ง การบันทึกการแสดงตามมาตรา 44 (2) นี้ มีผู้เห็นว่าหมายความถึงเฉพาะการบันทึกการแสดงในลักษณะที่เป็นภาพเคลื่อนไหวในรูปของการแสดงทำนอง

เดียวกับการแสดงสด เช่น การบันทึกภาพและเสียงหรือบันทึกเป็นภาพเคลื่อนไหวในรูปของวิดีโอเทป วิดีโอซีดี หรือฟิล์มภาพยนตร์ เป็นต้น ไม่ใช่การบันทึกการแสดงในลักษณะของภาพนิ่งเท่านั้น[2] ถ้าเป็นการบันทึกการแสดงที่เป็นลักษณะของภาพนิ่ง เช่น โดยการถ่ายภาพการแสดง นักแสดงไม่มีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะบันทึกการแสดงโดยการถ่ายภาพนิ่ง ดังนั้น บุคคลทั่วไปจึงบันทึกการแสดงของนักแสดงโดยการถ่ายภาพการแสดงของนักแสดงเป็นภาพนิ่งได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากนักแสดง และไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิของนักแสดงโดยการบันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกตามมาตรา 44 (2) นี้ แม้ไม่ได้รับอนุญาตจากนักแสดงก็ตาม เพราะ"ความหมายของมาตรา 44 คำว่าบันทึกการแสดง ฯลฯ หมายความถึงเฉพาะการบันทึกในรูปของ film หรือ sound recording เท่านั้น ไม่หมายความรวมถึงการบันทึกการแสดงเป็นภาพนิ่ง หรือ Still Photograph หากจะห้ามมิให้บันทึกภาพนิ่งก็ต้องอาศัยกฎหมายอื่น (ถ้ามี) มิใช่โดยอาศัยสิทธิของนักแสดง"[3] "หากสิทธิตามมาตรา 44 (2) รวมไปถึงสิทธิในการบันทึกภาพนิ่งด้วย ย่อมจะกระทบถึงสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานภาพถ่ายซึ่งเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานนั้น เช่น ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 994/2543 ที่วินิจฉัยว่า "ผู้สร้างสรรค์ที่เป็นผู้ถ่ายภาพนิ่งนางแบบ ย่อมเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในภาพถ่ายนั้นไม่ว่าจะกระทำผิดสัญญาว่าจ้างถ่ายแบบหรือไม่ ก็ไม่เป็นเหตุให้หมดสิทธิในความเป็นผู้เสียหายที่จะฟ้องผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ภาพถ่าย"[4] ผู้แสดงแบบภาพนิ่งจึงไม่มีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะบันทึกการแสดงแบบภาพนิ่งนั้น

อย่างไรก็ดี มีคำพิพากษาฎีกาที่ 6355/2546 วินิจฉัยให้ความคุ้มครองผู้แสดงแบบภาพนิ่งโดยถือว่าการแสดงแบบโฆษณาสินค้าภาพนิ่งนั้นเป็นการกระทำอันเกี่ยวกับการแสดงของนักแสดงตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แล้ว เพราะกฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิของนักแสดงโดยไม่ต้องคำนึงว่าการแสดงนั้นเข้าลักษณะของงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทใดประเภทหนึ่ง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ศาลถือว่าผู้แสดงแบบภาพนิ่งเป็นนักแสดงตามความหมายแห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 4 วรรคสิบเอ็ด ซึ่งมีสิทธิแต่ผู้เดียวของนักแสดงในการกระทำอันเกี่ยวกับการแสดงของตนตามมาตรา 44 โดยวินิจฉัยว่าดังนี้ "การแสดงของนักแสดงที่จะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 44 นั้น กฎหมายมิได้กำหนดว่าการแสดงท่าทางดังกล่าวจะต้องมีลักษณะเป็นงานที่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ เช่น งานนาฏกรรม เป็นต้น เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังว่าโจทก์เป็น

---

[2] วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, เรื่องเดิม, หน้า 110-112.

[3] เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

[4] เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

นักแสดงและได้แสดงท่าทางประกอบสินค้าของจำเลย อีกทั้งการแสดงท่าทางเพื่อถ่ายรูปภาพนิ่งของโจทก์นั้นมีการแต่งหน้าทำผม ให้โจทก์ถือผลิตภัณฑ์ของจำเลยตามที่ต้องการ ส่วนการถ่ายรูปภาพเคลื่อนไหว มีผู้กำกับคอยกำกับท่าทางเพื่อให้โจทก์ทำท่าทางตามในการถ่ายทำ แสดงให้เห็นว่าท่าทางที่ใช้สำหรับการถ่ายทำภาพนิ่งและภาพเคลื่อนไหวของโจทก์ซึ่งเป็นนักแสดงนั้น มิใช่เป็นเพียงการเคลื่อนไหวอิริยาบถตามธรรมชาติหรือเป็นท่าทางปกติทั่วไปในชีวิตประจำวัน หรือเป็นท่าทางในการทำงานตามสัญญาว่าจ้างธรรมดาและการแสดงท่าทางดังกล่าวก็ต้องการจะสื่อให้ผู้ที่ได้เห็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวดังกล่าวคล้อยตาม มีความสนใจ หรือเข้าใจในสินค้าของจำเลย การแสดงท่าทางของโจทก์จึงถือเป็นการแสดงและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์"[5]

คำพิพากษาฎีกาข้างต้นนี้จึงถูกวิจารณ์จากผู้ที่เห็นว่าความหมายของมาตรา 44 คำว่าบันทึกการแสดง ฯลฯ ไม่หมายความรวมถึงการบันทึกการแสดงเป็นภาพนิ่งว่า "การนำดาราภาพยนตร์มาถ่ายภาพโฆษณาเป็นภาพนิ่งนั้นเป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เรียกว่า Right of Publicty หรือสิทธิในทางทรัพย์สินในเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง ซึ่งกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทยไม่มีบัญญัติให้ความคุ้มครองไว้ สิทธิของดาราในภาพนิ่งจึงเป็นเรื่องของการละเมิดสิทธิ หากเป็นสิทธิที่กฎหมายไทยรับรองไว้ แต่ไม่ใช่เรื่องสิทธิของนักแสดง และไม่ใช่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามกฎหมายไทย จึงเป็นเพียงการละเมิดสิทธิอันเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 138 ซึ่งยังไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิไว้ ดังนั้นจึงไม่อาจถือเป็นการละเมิดทั้งสิทธิของนักแสดงตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ และสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[6] แต่อาจถือเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 35"[7]

"สำหรับศาลฎีกาในคดีนี้พิจารณาแต่เพียงว่าท่าทางนั้นไม่ได้เป็นไปตามธรรมชาติแต่เป็นการแสดงท่าทางโดยมีผู้คอยบอกและกำกับให้เป็นไปตามความประสงค์ โดยศาลไม่ได้ให้ความสำคัญต่องานที่ผู้แสดงนำเสนอว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ ทั้งที่ผู้แสดงท่าทางนั้นไม่ได้ใช้ฝีมือหรือความสามารถใดในการนำเสนอโดย

---

[5] วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, เรื่องเดิม, หน้า 94-107.

[6] วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, เรื่องเดิม, หน้า 94-111.

[7] เพ็ง เพ็งนิติ, "วิชาละเมิด," ใน**รวมคำบรรยายเนติบัณฑิต** สมัยที่ 58 เล่ม 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2548), หน้า 2548 อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน, หน้า 112; **รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550.**

ท่าทางนั้น เพราะเป็นการแสดงตามที่มีผู้คอยบอกกำกับท่าทาง"[8] จึงถือไม่ได้ว่าเป็นการใช้ความวิริยะอุตสาหะจนทำให้เกิดงานใหม่ทำนองเดียวกับการสร้างสรรค์โดยการดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นตามหลักการของการให้ความคุ้มครองสิทธิของนักแสดง หรือไม่เป็นการแสดงที่อาจถือได้ว่าผู้แสดงเป็น "นักแสดง" ตามความหมายแห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 4 วรรคสิบเอ็ด ผู้แสดงจึงไม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิของนักแสดง คำพิพากษาฎีกานี้จึงยังมีผู้สงสัยว่า "ถ้าผู้ถ่ายภาพโฆษณาเป็นภาพนิ่งนั้นไม่ได้มีอาชีพเป็นนักแสดง ซึ่งจะมีสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงดังกล่าวข้างต้นนั้น นางแบบภาพถ่ายโฆษณาภาพนิ่งนี้จะได้รับความคุ้มครองสิทธิของนักแสดงด้วยหรือไม่"[9]

อย่างไรก็ตามยังมีผู้ที่เห็นว่าสิทธิบันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้วตามมาตรา 44 (2) นี้ หมายความถึงการบันทึกการแสดงในลักษณะที่เป็นภาพนิ่งด้วย[10] เพราะตามคำพิพากษาฎีกาที่ 994/2543 นั้น แม้ผู้สร้างสรรค์ที่เป็นผู้ถ่ายภาพการแสดงในลักษณะของภาพนิ่ง จะกระทำผิดสัญญาว่าจ้างถ่ายแบบหรือไม่ การถ่ายภาพนิ่งนางแบบนั้นก็ได้กระทำขึ้นโดยความยินยอมของนางแบบผู้แสดงแบบแล้ว ไม่ว่าจะถือว่านางแบบผู้แสดงแบบภาพนิ่งนั้นเป็นนักแสดงผู้มีสิทธิแต่ผู้เดียวของนักแสดงหรือไม่ก็ถือได้ว่าผู้ถ่ายภาพนิ่งนางแบบได้สร้างสรรค์งานศิลปกรรมภาพถ่ายขึ้นโดยได้รับอนุญาตจากนางแบบแล้ว แม้จะถือว่านางแบบผู้แสดงแบบภาพนิ่งเป็นนักแสดงซึ่งมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการบันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้วตามมาตรา 44 (2) ก็ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิแห่งลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมภาพถ่ายของผู้สร้างสรรค์งานภาพถ่ายนั้น เนื่องจากการที่นักแสดงอนุญาตให้ผู้ถ่ายภาพได้ถ่ายภาพนิ่งการแสดงแบบนั้นตามสัญญาว่าจ้างถ่ายแบบแล้ว นักแสดงก็ไม่มีสิทธิแต่ผู้เดียวในการบันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้วตามมาตรา 44 (2) นี้อีก และเมื่อการแสดงแบบนั้นได้มีการบันทึกไว้แล้วโดยผู้ถ่ายภาพนิ่งการแสดง นักแสดงจึงไม่มีสิทธิแต่ผู้เดียวในการทำซ้ำภาพถ่ายนั้นตามมาตรา 44 (3) เพราะการบันทึกการแสดงโดยการถ่ายภาพนิ่งการแสดงนั้นเป็นการบันทึกการแสดงโดยได้รับอนุญาตจากนักแสดง อีกทั้งการเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งการแสดงตามมาตรา 44 (1) ก็หมายความถึงเฉพาะการเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งการแสดงสด หรือทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนโดยการแสดงสดเท่านั้น การเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานภาพถ่ายอันเป็นสิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์

---

[8] วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, เรื่องเดิม, หน้า 94-107.

[9] เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

[10] เรื่องเดียวกัน, หน้า 110.

ศิลปกรรมภาพถ่าย จึงไม่ใช่การเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งการแสดงอันเป็นสิทธิแต่ผู้เดียวของนักแสดงตามมาตรา 44 (1) และการเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งภาพถ่ายการแสดงยังเป็นการเผยแพร่ต่อสาธารณชนจากสิ่งบันทึกการแสดงที่มีการบันทึกไว้แล้ว คือตัวภาพถ่ายนั้นตามข้อยกเว้นในมาตรา 44 (1) ด้วย นักแสดงจึงไม่มีสิทธิแต่ผู้เดียวในการเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งการแสดงด้วยภาพถ่ายนั้น ดังนั้นแม้สิทธิแต่ผู้เดียวของนักแสดงในการบันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้วตามมาตรา 44 (2) จะมีความหมายรวมถึงการบันทึกการแสดงในลักษณะของการแสดงภาพนิ่งด้วยก็ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ศิลปกรรมภาพถ่ายที่มีสิทธิแต่ผู้เดียวในการทำซ้ำและเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานภาพถ่ายนั้นแต่อย่างใด

นอกจากนี้ยังมีข้อที่ควรคำนึงถึงอีกประการหนึ่งคือ หากถือว่าการแสดงแบบภาพนิ่งเป็นการกระทำอันเกี่ยวกับการแสดง และผู้แสดงแบบภาพนิ่งนั้นถือเป็นนักแสดงตามความหมายแห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 4 วรรคสิบเอ็ด ผู้แสดงแบบภาพนิ่งจึงมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการบันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้วตามมาตรา 44 (2) ผู้ถ่ายภาพการแสดงในลักษณะของภาพนิ่งโดยไม่ได้รับอนุญาตจากนักแสดง จะถือว่าเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ประเภทศิลปกรรมภาพถ่ายนั้นด้วยหรือไม่ เพราะไม่มีบทบัญญัติมาตราใดในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าเป็นการบันทึกภาพการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้ว ผู้สร้างสรรค์ซึ่งเป็นผู้บันทึกภาพการแสดงนั้นต้องได้รับอนุญาตจากนักแสดง จึงจะเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์นั้น”

อย่างไรก็ดี ผู้บันทึกภาพนิ่งการแสดงด้วยการถ่ายภาพการแสดงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากนักแสดง ก็ยังคงเป็นผู้สร้างสรรค์งานศิลปกรรมภาพถ่ายนั้นโดยตนเอง ในกรณีเช่นว่านี้ หากถือว่าผู้สร้างสรรค์งานศิลปกรรมภาพถ่ายแม้ไม่ได้รับอนุญาตจากนักแสดงก็เป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมภาพถ่ายนั้น และถือว่าสิทธิของนักแสดงในการบันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้วตามมาตรา 44 (2) นี้มีความหมายรวมถึงการบันทึกการแสดงในลักษณะที่เป็นการแสดงภาพนิ่งด้วยแล้ว สิทธิของนักแสดงก็ย่อมกระทบถึงสิทธิแห่งลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมภาพถ่าย เพราะการถ่ายภาพการแสดงในลักษณะของภาพนิ่งนั้น เมื่ออาจถือได้ว่าเป็นการบันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้วตามมาตรา 44 (2) โดยไม่ได้รับอนุญาตจากนักแสดง นักแสดงจึงเป็นผู้มีสิทธิแต่ผู้เดียวในการทำซ้ำสิ่งบันทึกการแสดงที่มีผู้บันทึกไว้โดยไม่ได้รับอนุญาตจากนักแสดงตามมาตรา 44 (3) ในขณะที่ผู้สร้างสรรค์งานศิลปกรรมภาพถ่ายก็เป็นผู้มีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะทำซ้ำภาพถ่ายนั้นตามมาตรา 15 (1) แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ เช่นกัน

ดังนั้น ถ้าสิทธิแต่ผู้เดียวของนักแสดงในการบันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้วตามมาตรา 44 (2) นี้ หมายความรวมถึงการบันทึกการแสดงในลักษณะที่เป็นภาพนิ่งด้วย ผู้บันทึกภาพการแสดงด้วยการถ่ายภาพการแสดงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากนักแสดงก็ไม่ควรเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมภาพถ่าย เพราะเป็นงานที่สร้างสรรค์ขึ้นโดยการกระทำละเมิดสิทธิของนักแสดงซึ่งเป็นความผิดที่มีโทษทางอาญา ทำนองเดียวกับผู้แพร่เสียงแพร่ภาพงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ไม่ควรเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพซึ่งได้กระทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติว่า "การแพร่เสียงแพร่ภาพงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น ผู้แพร่เสียงแพร่ภาพต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานที่ได้แพร่เสียงแพร่ภาพนั้น ผู้แพร่เสียงแพร่ภาพจึงจะเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพ" ก็ตาม แต่เมื่อการแพร่เสียงแพร่ภาพนั้นเป็นการกระทำโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นแล้ว ก็ไม่อาจถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์โดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้แพร่เสียงแพร่ภาพงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์จึงไม่มีลิขสิทธิ์ในงานแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น ทั้งนี้โดยเทียบเคียงกับคำพิพากษาฎีกาที่ 3705/2530 ซึ่งวินิจฉัยว่า "ลิขสิทธิ์ที่บุคคลสามารถเป็นเจ้าของได้จะต้องเป็นลิขสิทธิ์ในงานที่ตนสร้างสรรค์ขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมาย เมื่อวิดีโอเทปของกลางที่โจทก์อ้างว่าเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ มีบทแสดงบางตอนเป็นภาพลามกอนาจารซึ่งผู้ใดทำ หรือมีไว้ หรือมีส่วนเกี่ยวข้องในการค้าเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 โจทก์จึงไม่ใช่เจ้าของลิขสิทธิ์"

เมื่อการสร้างสรรค์งานศิลปกรรมภาพถ่ายโดยการบันทึกภาพการแสดงในลักษณะที่เป็นภาพนิ่งโดยไม่ได้รับอนุญาตจากนักแสดงถือได้ว่าเป็นการกระทำละเมิดสิทธิแต่ผู้เดียวของนักแสดง ซึ่งเป็นความผิดและมีโทษทางอาญาตามมาตรา 52 และมาตรา 69 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ งานภาพถ่ายนั้นจึงไม่อาจถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์โดยชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ผู้สร้างสรรค์งานภาพถ่ายจึงไม่ควรเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมภาพถ่ายนั้น เพราะในกรณีเช่นนี้ หากยอมให้ผู้สร้างสรรค์งานภาพถ่ายเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมภาพถ่ายนั้น ก็ย่อมกระทบกระเทือนถึงสิทธิของนักแสดง เพราะสิทธิแต่ผู้เดียวของนักแสดงในการบันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้วตามมาตรา 44 (2) นั้น ตามความเห็นของผู้ที่เห็นว่ามีความหมายรวมถึงการบันทึกการแสดงในลักษณะที่เป็นภาพนิ่งด้วยนั้น ไม่ได้หมายความว่าหากผู้แสดงมิได้แสดงท่าทางด้วยการเคลื่อนไหว หรือการแสดงนั้นปราศจากการเคลื่อนไหว แต่เป็นการแสดงท่าทางในลักษณะของท่านิ่งที่ไม่มีการเคลื่อนไหวแล้วก็ยังถือว่าเป็นนักแสดงที่มีสิทธิแต่ผู้เดียวในการบันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้วตามมาตรา 44 (2) ในลักษณะที่เป็นการแสดงภาพนิ่ง แต่หมายความว่า สิทธิตามมาตรา 44 (2) นี้

มิได้หมายความเฉพาะการบันทึกการแสดงโดยการบันทึกภาพและหรือเสียงการแสดงซึ่งนำออกฉายต่อเนื่องเป็นภาพเคลื่อนไหวในรูปของวิดีโอเทป วิดีโอซีดี หรือฟิล์มภาพยนตร์ ฯลฯ เท่านั้น แม้เป็นการบันทึกการแสดงซึ่งบันทึกไว้เป็นภาพนิ่ง เช่นโดยการถ่ายภาพการแสดงซึ่งอาจเป็นการแสดงในลักษณะที่มีการเคลื่อนไหว นักแสดงก็มีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะบันทึกภาพการแสดงของตนไว้เป็นภาพนิ่งด้วย ดังนั้น ถ้าบุคคลใดบันทึกภาพการแสดงของนักแสดงโดยการถ่ายภาพการแสดงของนักแสดงไว้เป็นภาพนิ่ง โดยไม่ได้รับอนุญาตจากนักแสดงก็ต้องถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของนักแสดงด้วย เพราะหากการบันทึกภาพการแสดงเป็นภาพนิ่งไม่ถือเป็นสิทธิแต่ผู้เดียวของนักแสดงในการบันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้วตามมาตรา 44 (2) บุคคลซึ่งถ่ายภาพการแสดงเป็นภาพนิ่งโดยไม่ได้รับอนุญาตจากนักแสดงจะไม่อาจถือว่าเป็นผู้กระทำละเมิดสิทธิของนักแสดง และเมื่อเป็นผู้สร้างสรรค์งานภาพถ่ายนั้นจึงย่อมเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมภาพถ่าย ซึ่งมีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะทำซ้ำหรือดัดแปลงและเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานภาพถ่ายตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ กรณีเช่นนี้ ย่อมไม่เป็นธรรมแก่นักแสดงเป็นอย่างยิ่ง ดังตัวอย่าง เช่น

นางสาว ก. แสดงละครรำดาบ ปรากฏว่าขณะกำลังรำดาบอยู่นั้น เกิดการผิดพลาดและนางสาว ก. ได้ทำดาบหลุดมือตกลงบนพื้นเวที นาย ข. ซึ่งชมการแสดงอยู่ได้บันทึกภาพการแสดงซึ่งผิดพลาดของนางสาว ก. โดยไม่ได้รับอนุญาตจากนักแสดงให้บันทึกการแสดงนั้น กรณีดังกล่าวนี้ ถ้าถือว่าสิทธิในการบันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้วตามมาตรา 44 (2) ไม่รวมถึงการบันทึกการแสดงเป็นภาพนิ่งด้วย นาย ข. จึงไม่ต้องได้รับอนุญาตจากนางสาว ก. ผู้เป็นนักแสดง และเมื่อไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิของนักแสดง นาย ข. ย่อมเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมภาพถ่ายนั้น และนาย ข. ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะทำซ้ำภาพถ่ายนั้นขาย เช่นนี้ย่อมเป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของนายสาว ก. ผู้เป็นนักแสดง และไม่เป็นธรรมต่อนางสาว ก. ผู้เป็นนักแสดงอย่างยิ่งโดยเฉพาะหากเปรียบว่านักแสดงต้องใช้ความวิริยะอุตสาหะก่อให้เกิดงานในรูปแบบใหม่ทำนองเดียวกับผู้สร้างสรรค์งานโดยการดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์แล้ว ผู้สร้างสรรค์แม้ไม่ใช่เจ้าของลิขสิทธิ์เช่นเพราะได้โอนลิขสิทธิ์ให้แก่ผู้อื่นไปแล้ว ก็ยังมีสิทธิทางศีลธรรมที่จะตัดสินใจว่าควรให้งานสร้างสรรค์นั้นปรากฏเผยแพร่ต่อสาธารณชนเพียงใดหรือไม่ และมีสิทธิที่จะเรียกคืนงานสร้างสรรค์ของตนจากผู้รับโอนลิขสิทธิ์ หรือให้เจ้าของลิขสิทธิ์แก้ไขเปลี่ยนแปลงงานนั้นตามหลักการแห่งเรื่องธรรมสิทธิ์ แม้สิทธิแห่งธรรมสิทธิ์ประการเหล่านี้ของผู้สร้างสรรค์ไม่ได้ถูกบัญญัติให้การรับรองคุ้มครองไว้

ในกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยก็ตาม[11] ดังนั้น ถ้าหากนางสาว ก. ผู้เป็นนักแสดงไม่ต้องการให้เผยแพร่การแสดงที่ผิดพลาดของตน ซึ่งถูกบันทึกไว้เป็นภาพนิ่ง เพราะทำให้อับอายเสียชื่อเสียง และอาจมีผลกระทบต่ออาชีพการแสดงของตน การถือว่านาย ข. ผู้สร้างสรรค์งานศิลปกรรมภาพถ่ายโดยการบันทึกภาพการแสดงของนางสาว ก. เป็นภาพนิ่ง แม้ไม่ได้รับอนุญาตจากนางสาว ก. ผู้เป็นนักแสดง ก็เป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานภาพถ่ายนั้น และมีสิทธิแต่ผู้เดียวตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ที่จะทำซ้ำและเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งภาพถ่ายการแสดงนั้น จึงไม่เป็นธรรมอย่างยิ่งแก่นางสาว ก. ผู้เป็นนักแสดง โดยเฉพาะกรณีที่ถือว่าการถูกถ่ายภาพนิ่งเป็นสิทธิซึ่งยังไม่มีการบัญญัติรับรองไว้ทั้งในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ และในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือกฎหมายอื่นใดของไทย ทั้งๆ ที่นางสาว ก. ผู้เป็นนักแสดงได้รับความเสียหายแล้ว

การตีความว่าสิทธิแต่ผู้เดียวของนักแสดงในการบันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้วตามมาตรา 44 (2) หมายความรวมถึงการบันทึกการแสดงเป็นภาพนิ่งด้วย นางสาว ก. ผู้เป็นนักแสดงก็จะเป็นผู้มีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะทำซ้ำภาพนิ่งการแสดงที่นาย ข. บันทึกไว้เป็นภาพถ่ายโดยไม่ได้รับอนุญาตจากนักแสดงตามมาตรา 44 (3) และนาย ข. ผู้สร้างสรรค์งานภาพถ่ายโดยละเมิดสิทธิของนักแสดงก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมภาพถ่ายนั้น เนื่องจากเป็นการสร้างสรรค์งานขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่นนี้จึงน่าจะมีความเป็นธรรมกับทั้งสองฝ่ายมากกว่า เนื่องจากการใช้กฎหมายนั้นยังต้องคำนึงถึง “หลักความเป็นธรรม” ดังภาษิตลาตินที่ว่า “Jus Respicit Aequitatem” อีกทั้งการบันทึกการแสดงในรูปแบบของภาพเคลื่อนไหว เช่น การบันทึกการแสดงเป็นวิดีโอซีดีโดยได้รับอนุญาตจากนักแสดง ผู้บันทึกการแสดงก็ย่อมเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานโสตทัศนวัสดุหรืองานภาพยนตร์ แต่สิทธิของนักแสดงก็ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานโสตทัศนวัสดุหรืองานภาพยนตร์นั้น การบันทึกการแสดงเป็นภาพนิ่งโดยได้รับอนุญาตจากนักแสดง แม้จะทำให้ผู้บันทึกภาพการแสดงเป็นภาพนิ่งด้วยการถ่ายภาพการแสดงนั้น เป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมภาพถ่าย สิทธิของนักแสดงก็ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ศิลปกรรมภาพถ่ายนั้นเช่นกัน

อนึ่ง ความเห็นที่ว่า สิทธิแต่ผู้เดียวของนักแสดงในการบันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้วตามมาตรา 44 (2) ไม่รวมถึงการบันทึกภาพการแสดงในลักษณะของภาพนิ่งด้วยนั้น น่าจะหมายความถึงการแสดงซึ่งไม่มีการเคลื่อนไหว แต่เป็นเพียงการแสดงในลักษณะของท่าทางที่เป็นภาพนิ่ง เช่นการแสดงแบบนั้นไม่ควรถือว่าผู้แสดงแบบใน

---

[11] กมลณัฐน์ น้อยไกรไพร, “คู่มือศึกษากฎหมายลิขสิทธิ์,” เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, (ม.ป.ท.: 2552), หน้า 87.

ลักษณะของภาพนิ่ง หรือนางแบบนั้นเป็นนักแสดงตามความหมายของมาตรา 4 วรรคสิบเอ็ด แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ จึงไม่อาจได้รับความคุ้มครองสิทธิของนักแสดง ดังความเห็นที่ว่า "คำว่า "การแสดงในลักษณะอื่นใด" ตามมาตรา 4 วรรคสิบเอ็ด ควรนำบทบัญญัติในอนุสัญญาโรมมาช่วยตีความโดยอาศัยข้อตกลง TRIPs Article 14 (6) "การแสดงในลักษณะอื่นใด" จึงต้องเป็นการแสดงทำนองเดียวกับการแสดงที่กล่าวไว้ในตอนต้นของมาตรา 4 วรรคสิบเอ็ดด้วย ไม่ใช่การแสดงอะไรก็ได้ แม้ไม่มีลักษณะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ก็ตาม ทั้งนี้โดยเทียบเคียงกับคำพิพากษาฎีกาที่ 8834/2542 ที่อาศัยข้อตกลง TRIPs Article 16 นำบทบัญญัติในอนุสัญญาปารีสมาตีความความหมายของคำว่า "เครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป"[12] ซึ่งวินิจฉัยว่า"แม้ว่าประเทศไทยไม่ได้เข้าร่วมเป็นประเทศภาคีสมาชิกในอนุสัญญากรุงปารีส แต่ประเทศไทยก็ได้ให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปดังที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และประเทศไทยเป็นประเทศภาคีสมาชิกประเทศหนึ่งในข้อตกลงทริปส์ ซึ่งโดยหลักของกฎหมายระหว่างประเทศประเทศไทยมีพันธกรณีต้องผูกพันตามข้อตกลงทริปส์อันเป็นความตกลงระหว่างประเทศนั้นด้วย ดังนี้ ความหมายหรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าเครื่องหมายการค้าใดเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปดังที่กำหนดไว้ในข้อ 16(2) แห่งข้อตกลงทริปส์ จึงอาจนำมาใช้เพื่อประโยชน์ในการตีความหรือแปลความหมายของคำว่า "เครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป" ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8 (11) แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้"

อย่างไรก็ดี มีคำวินิจฉัยของศาลในคดีหมายเลขแดงที่ ทป.47/2549 ว่า "วิเคราะห์ศัพท์คำว่า "นักแสดง" มีอยู่ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์แล้ว จึงไม่อาจนำหลักในอนุสัญญากรุงโรม ค.ศ. 1961 มาใช้ตีความความหมายของคำว่า "นักแสดง" ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ โดยเทียบเคียงคำพิพากษาฎีกาที่ 8834/2542 การถ่ายแบบโฆษณาที่เป็นภาพนิ่งของนักแสดงจึงได้รับความคุ้มครองในฐานะเป็นการแสดงของนักแสดงตามคำพิพากษาฎีกาที่ 6355/2548 เพราะการตีความขอบเขตของถ้อยคำนี้ต้องตีความในลักษณะกว้างให้สามารถครอบคลุมถึงบุคคลที่อาจถูกใช้ชื่อเสียงหรือความเป็นบุคคลนั้นๆ ไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์"[13]

ดังนั้น ตามความเห็นที่ว่าผู้แสดงแบบในลักษณะของภาพนิ่งไม่ควรถือเป็นนักแสดง จึงไม่ควรมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการบันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้ว

---

[12] วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, เรื่องเดิม, หน้า 111-112.

[13] เรื่องเดียวกัน, หน้า 112.

ตามมาตรา 44 (2) นั้น เมื่อเห็นว่าผู้แสดงแบบภาพนิ่งนั้นไม่ควรถือเป็นนักแสดงตามความหมายของคำว่า "นักแสดง" ตามมาตรา 4 วรรคสิบเอ็ดแล้ว ผู้แสดงแบบนั้นก็ย่อมไม่มีสิทธิแต่ผู้เดียวของนักแสดงในการกระทำอันเกี่ยวกับการแสดงตามมาตรา 44 (1), (2) และ (3) ทุกประการ หาใช่เพียงไม่มีสิทธิแต่ผู้เดียวของนักแสดงในการบันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้วตามมาตรา 44 (2) เป็นภาพนิ่งเท่านั้น

ส่วนความเห็นที่ว่า ความหมายของมาตรา 44 คำว่าบันทึกการแสดง ฯลฯ หมายความถึงเฉพาะการบันทึกในรูปของ film หรือ sound recording เท่านั้น ไม่หมายความรวมถึงการบันทึกการแสดงเป็นภาพนิ่ง หรือ Still Photograph ด้วยเหตุผลที่ว่าหากจะห้ามมิให้บันทึกภาพนิ่งก็ต้องอาศัยกฎหมายอื่น (ถ้ามี) มิใช่โดยอาศัยสิทธิของนักแสดง ดังเช่นการนำเอาดาราภาพยนตร์มาถ่ายภาพโฆษณา (ภาพนิ่ง)นั้น เป็นสิทธิที่เรียกว่า Right of Publicty ซึ่งยังไม่มีกฎหมายไทยรองรับเช่นเดียวกับสิทธิในกู๊ดวิลล์[14] นั้น น่าจะเป็นการนำเอาเรื่องการบันทึกการแสดงเป็นภาพนิ่งกับการบันทึกภาพการแสดงในลักษณะที่ไม่มีการเคลื่อนไหวของการแสดงไปปะปนกัน

บทสรุป ผู้เขียนเห็นว่าหากถือได้ว่าบุคคลใดเป็นนักแสดงตามความหมายของคำว่า "นักแสดง" ตามมาตรา 4 วรรคสิบเอ็ดแห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ แล้ว บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวของนักแสดงตามมาตรา 44 ทุกประการ และสิทธิแต่ผู้เดียวของนักแสดงในการบันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้วตามมาตรา 44 (2) นี้ หมายความรวมถึงการบันทึกการแสดงเป็นภาพนิ่งด้วย และสิทธิของนักแสดงในการบันทึกการแสดงเป็นภาพนิ่งไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมภาพถ่ายซึ่งได้บันทึกการแสดงเป็นภาพนิ่งไว้ด้วยการถ่ายภาพการแสดงนั้นโดยได้รับอนุญาตจากนักแสดงแต่อย่างใด ทั้งไม่เป็นการให้ความคุ้มครองทับซ้อนกัน แต่การตีความว่านักแสดงไม่มีสิทธิแต่ผู้เดียวในการบันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้วเป็นภาพนิ่ง ผู้สร้างสรรค์งานศิลปกรรมภาพถ่ายโดยไม่ได้รับอนุญาตจากนักแสดงจึงเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมภาพถ่ายนั้น และมีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะทำซ้ำและเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งภาพถ่ายการแสดงนั้น ในกรณีเช่นนี้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ศิลปกรรมภาพถ่ายย่อมก่อให้เกิดความเสียหายและปราศจากความเป็นธรรมต่อนักแสดงเป็นอย่างยิ่ง

---

[14] วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, เรื่องเดิม, หน้า 110-111.