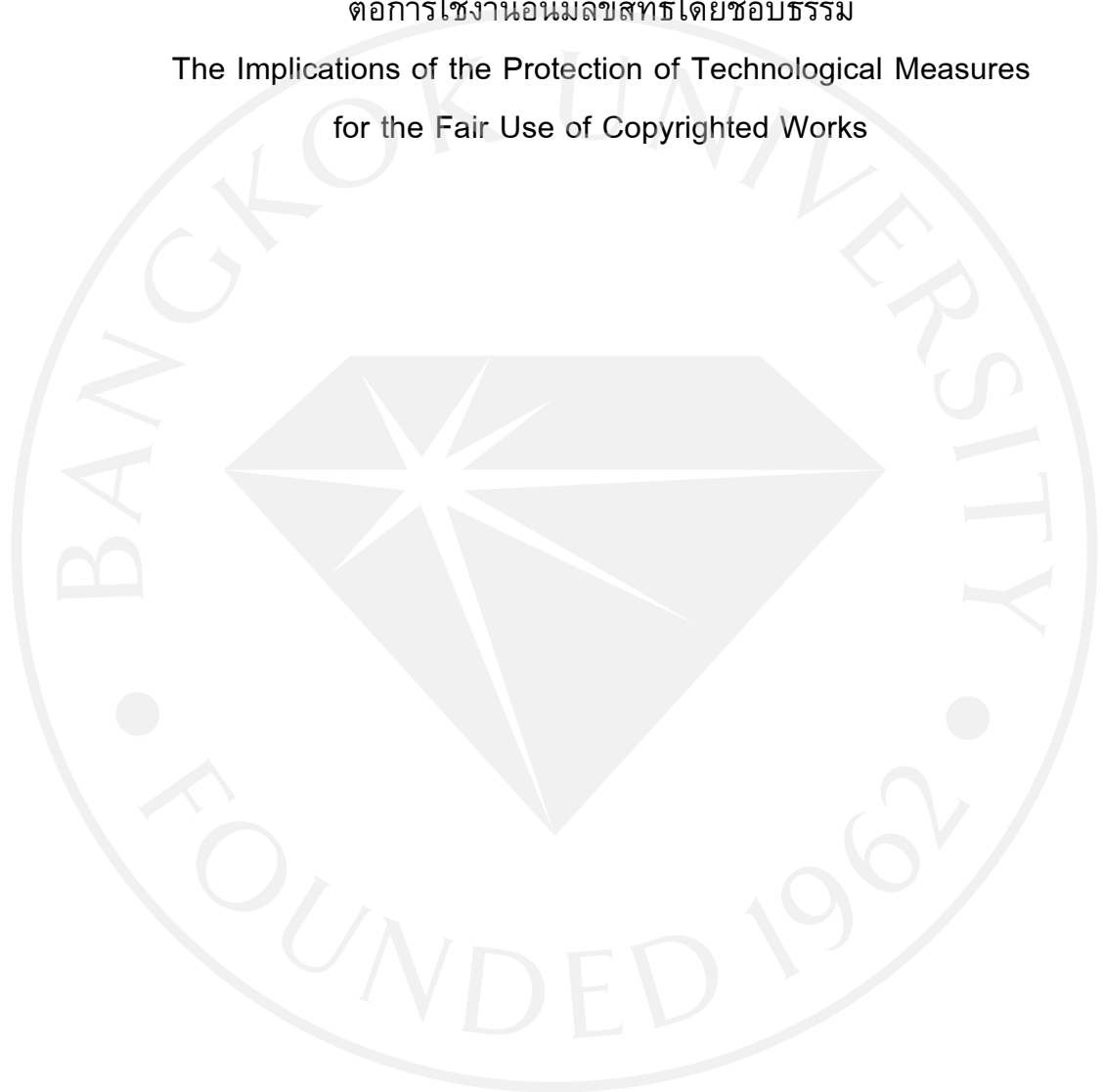


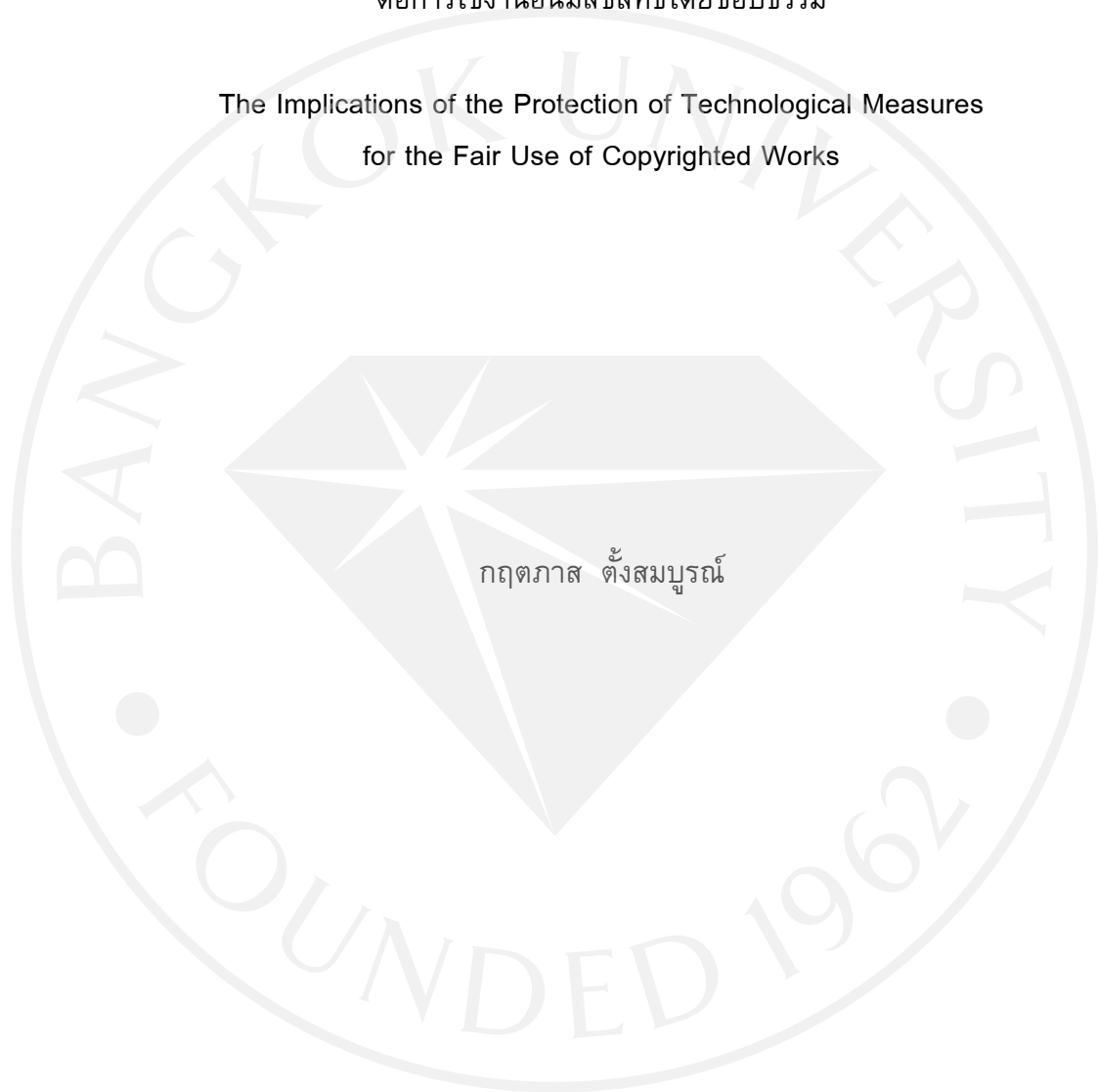
ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี
ต่อการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม
The Implications of the Protection of Technological Measures
for the Fair Use of Copyrighted Works



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
ปีการศึกษา 2552

ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี
ต่อการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

The Implications of the Protection of Technological Measures
for the Fair Use of Copyrighted Works



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
ปีการศึกษา 2552



© 2553

กฤษฎา ตังสมบูรณ์
สงวนลิขสิทธิ์

บัณฑิตวิทยาลัย
มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

วิทยานิพนธ์

โดย

นายกฤตภาส ตั้งสมบูรณ์


เรื่อง

ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีต่อการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม
ที่ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา


(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. อรรยา สิงห์สงบ)

อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม


(อาจารย์นันทน อินทนนท์)

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ


(รองศาสตราจารย์ อรพรรณ พันธุ์พัฒนา)

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ


(รองศาสตราจารย์ อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์)

ชื่องานวิจัย : ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีต่อการใช้
งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

ชื่อผู้วิจัย : นายกฤตภาส ตั้งสมบุญ

ชื่อคณะและสถาบัน : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

สาขา : กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเทคโนโลยีสารสนเทศ

รายชื่อที่ปรึกษา : ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. อรรยา สิงห์สงบ

ปีการศึกษา : 2552

คำสำคัญ : มาตรการทางเทคโนโลยี, การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

บทคัดย่อ

ความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยีสารสนเทศในปัจจุบันได้ทำให้ข้อมูลต่างๆ ถูกบันทึกอยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์มากยิ่งขึ้น การจัดเก็บข้อมูลในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีประโยชน์อย่างยิ่งเนื่องจากใช้พื้นที่ในการจัดเก็บน้อยและสามารถทำซ้ำ ดัดแปลง หรือถ่ายโอนข้อมูลได้โดยง่าย แต่ความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีเช่นนี้ได้ก่อให้เกิดปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยเช่นกัน เพราะการละเมิดลิขสิทธิ์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกจัดเก็บอยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นสามารถทำได้โดยสะดวกและคุณภาพของข้อมูลก็ไม่แตกต่างไปจากงานต้นฉบับแต่อย่างใด

จากปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะเช่นนี้ จึงมีความพยายามที่จะสร้างอุปกรณ์หรือเครื่องมือทางอิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ ในการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือที่เรียกว่า “มาตรการทางเทคโนโลยี” (Technological Protection Measures : TPM) การใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเป็นเครื่องมือในการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ได้รับความนิยมนอกจากเจ้าของลิขสิทธิ์มากขึ้นตามลำดับเนื่องจากมาตรการทางเทคโนโลยีสามารถป้องกันการทำซ้ำหรือการเข้าถึงข้อมูลอันมีลิขสิทธิ์โดยที่เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ให้ความยินยอมได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ในขณะที่มาตรการทางเทคโนโลยีเป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ มาตรการเช่นนี้กลับก่อให้เกิดปัญหาในการเข้าถึงข้อมูลอันมีลิขสิทธิ์นั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบด้วยกฎหมายต้องถูกจำกัดลงไปจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเนื่องจากผู้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นไม่สามารถเข้าถึงงานนั้นได้หรือไม่สามารถใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ แม้การใช้งานนั้นจะเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายก็ตาม

จากการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศฉบับต่าง ๆ ที่ให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี ได้แก่ กฎหมาย WCT และ WPPT ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก กฎหมาย EU-Directive ของสหภาพยุโรป กฎหมาย DMCA 1998 ของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมายต่างประเทศที่อยู่ในภูมิภาคยุโรปและเอเชียรวมถึงร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. ของประเทศไทย ตลอดจนคดีตัวอย่างที่เกิดขึ้นในต่างประเทศทำให้ทราบว่าแม้มาตรการทางเทคโนโลยีจะเป็นเครื่องมือที่ช่วยเจ้าของลิขสิทธิ์ในการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์แต่ในขณะเดียวกันมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวก็ได้สร้างอุปสรรคต่อสาธารณชนในการเข้าถึงและใช้งานสร้างสรรค์โดยชอบธรรม (Fair Use) และยิ่งไปกว่านั้นในทางตรงกันข้ามแล้วกลับทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถหาประโยชน์จากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีไปในทางมิชอบอีกด้วย

จากการศึกษานี้ ผู้วิจัยพบว่าการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่มาตรการทางเทคโนโลยีอย่างไม่มีข้อจำกัดย่อมส่งผลกระทบต่อการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม ดังนั้นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้เสนอให้มีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีในลักษณะที่สาธารณชนสามารถนำงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นไปใช้ได้ตราบเท่าที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อให้เป็นไปตามหลักการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม และได้เสนอให้มีแนวทางการบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างการปกป้องเจ้าของลิขสิทธิ์จากการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ในขณะเดียวกันก็สามารถคุ้มครองสิทธิของสาธารณชนในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมต่อไปได้อย่างแท้จริง

Title : The Implications of the Protection of Technological Measures
for the Fair Use of Copyrighted Works

Author : Mr. Krittapas Tangsomboon

School : Law, Bangkok University

Major : Law of Intellectual Property and Information Technology

Advisor : Asst. Prof. Dr.Aunya Singsangob

Academic Year : 2009

Keywords : Technological Protection Measures, Fair Use

Abstract

With the advancement of information technology, data are increasingly preserved in electronic form. Electronically stored information has been proved to be useful in term of data duplication, information transfer, and storage space that is capable of storing large amount of data. Notwithstanding its advantages, the problem of copyright infringement related to such technologies is inevitable. Due to the growth of new technology it is possible to use such technology to create derivative works. In this event, not only does it offer convenient path of reproduction, but also allow the copied works to retain the same quality as the original ones.

Recognizing a number of copyright infringement issues, the Technological Protection Measures (TPM) has introduced to solve the ongoing problems. Among the copyright owners, the use of TPM as a toll to prevent copyright infringement has gradually increased since it been able to effectively prevent the reproduction or unauthorized access to copyrighted works.

While TPM is an effective mechanism to prevent copyright infringement, it also create problems in term of accessing copyrighted works. Especially, TPM does not accommodate legal uses of protected works. It has undermined the promotion of high and sustainable level of knowledge development. The users are technically blocked away from legal uses of or accessing valuable copyrighted works without authorization by the copyright owner.

Throughout the study of the international laws, laws of other countries and practices related to the legal protections and TPM which include WCT WPPT of the World Intellectual Property Organization, EU-Directive of the European Union; US copyright law, the laws in the Asian countries, the copyrighted cases, and Thai law, it could be said that TPM has negative effect on the public in term of the "Fair use" of copyrighted works. It would also provide opportunities for the copyright owners to seek undue benefit by using TPM.

Foremost, the results of this research found the effects of TPM and corresponding legislation on a fair use provision. Therefore, this thesis proposes that the legal protection of TPM should not have an impact on the legitimate access to copyrighted works by the public. In addition, it is suggested that the law pertaining to TPM should be enforced in a way that maintains a balance between such protection of the copyright owners' interest and the public interest.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะไม่สำเร็จล่วงไปได้หากปราศจากความช่วยเหลือจากผู้มีพระคุณดังต่อไปนี้

อาจารย์ นันทน อินทนนท์ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ที่กรุณาเสียสละเวลาให้ผู้วิจัยซักถามปัญหา ข้อสงสัย ให้คำปรึกษาตลอดจนให้ข้อมูล คำแนะนำ ชี้แนะแนวทางต่าง ๆ รวมถึงการกำหนดหัวข้อของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสมอมา และที่ทำให้ผู้เขียนมองประเด็นของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้กว้างมากยิ่งขึ้น

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. อรรยา สิงห์สงบ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์อีกท่านหนึ่งที่กรุณาตรวจทานวิทยานิพนธ์ฉบับนี้รวมถึงกำหนดประเด็นสำคัญต่าง ๆ และทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีเนื้อหาครอบคลุมและมีความสมบูรณ์แบบเป็นมาตรฐานมากยิ่งขึ้น

รองศาสตราจารย์ อรพรรณ พันธุ์พัฒนา และ รองศาสตราจารย์ อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่ได้กรุณาสละเวลามาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และให้คำแนะนำต่าง ๆ ที่เป็นความรู้ในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

คุณนุสรุภา กาญจนกุล หัวหน้าส่วนคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ สำนักลิขสิทธิ์ กรมทรัพย์สินทางปัญญา หัวหน้างานคนแรกของผู้วิจัยซึ่งเป็นผู้แนะนำหัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้และทำให้ผู้วิจัยมีแรงบันดาลใจในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนเสร็จสิ้น

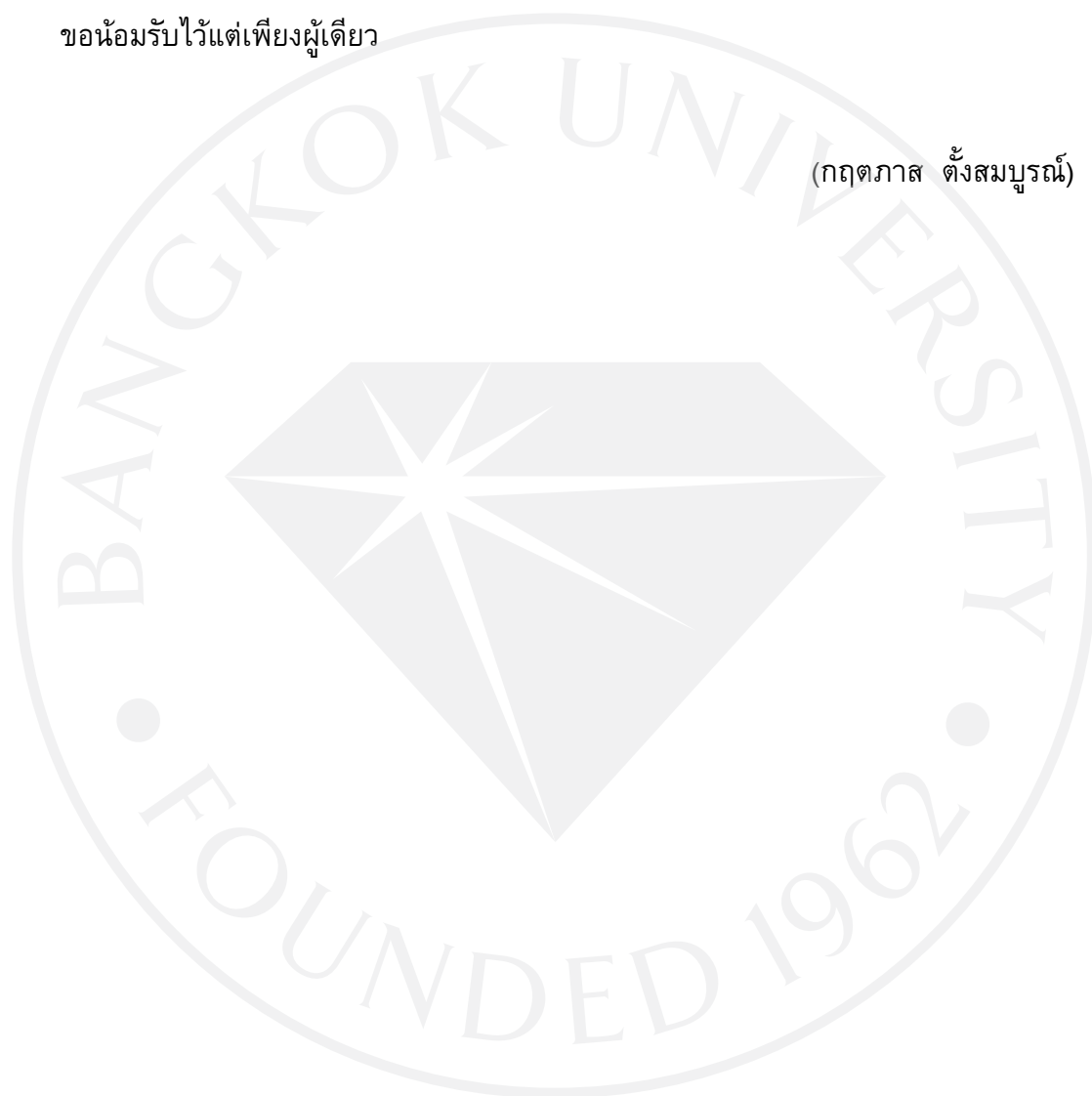
คุณธนัชฐา สิทธิมงคลชัย และ คุณสาลิณี คงสมบูรณ์ ที่ช่วยค้นหาหนังสือ ตำราต่าง ๆ ตลอดจนข้อมูลอันเป็นประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับประเด็นของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

คุณเกื้อพงษ์ เกียรติจิระโชติ คุณมนชกานต์ ธนเดชากุล และ คุณสุมาพร สายสุนทร ที่เสียสละเวลาช่วยเหลือผู้วิจัยเกี่ยวกับการแปลและให้คำปรึกษาในเอกสารภาษาต่างประเทศให้แก่ผู้วิจัย

เหนือสิ่งอื่นใด ผู้วิจัยใคร่ขอกราบขอบพระคุณพ่อนุกุล ตั้งสมบูรณ์ ที่คอยให้การสนับสนุนด้านการเงิน และให้ความรักแก่ผู้วิจัยตลอดมา และคุณแม่นิชาดา ตั้งสมบูรณ์ ที่คอยทำอาหาร และขนมอร่อย ๆ มาให้เวลาที่ผู้วิจัยนั่งเขียนวิทยานิพนธ์อยู่หน้าคอมพิวเตอร์

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้วิจัยมีความตั้งใจและพยายามเขียนด้วยภาษาที่เข้าใจง่ายและต้องการให้ผู้อ่านได้รับประโยชน์สูงสุด หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความบกพร่องประการใดผู้วิจัยขออภัยไว้แต่เพียงผู้เดียว

(กฤตภาส ตั้งสมบูรณ์)



สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ฉ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	3
1.3 ขอบเขตของการวิจัย.....	4
1.4 คำถามวิจัย.....	5
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
1.6 นิยามศัพท์.....	6
2 หลักการพื้นฐานของการคุ้มครองกฎหมายลิขสิทธิ์กับการใช้งานลิขสิทธิ์ โดยชอบธรรม.....	8
2.1 ประวัติและแนวคิดการคุ้มครองกฎหมายลิขสิทธิ์.....	8
2.2 เหตุผลในการคุ้มครองลิขสิทธิ์.....	11
2.3 การคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ และประเภทของงานลิขสิทธิ์ ตามกฎหมายไทย.....	12
2.3.1 เป็นการแสดงออกซึ่งทางความคิด.....	12
2.3.2 เป็นการแสดงออกซึ่งงานในชนิดที่กฎหมายรับรอง...	13
2.3.3 เป็นการสร้างสรรค์งานนั้นด้วยตนเอง.....	16
2.3.4 เป็นงานที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย.....	18

สารบัญ (ต่อ)

บทที่		หน้า
2.4	หลักการคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ.....	19
2.4.1	การคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์น (Berne Convention 1886).....	20
2.4.2	การคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยสิทธิใน ทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Trade-Related Aspects Intellectual Property Rights : TRIPs)....	24
2.5	หลักการพื้นฐานของการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม.....	28
2.5.1	การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมภายใต้อนุสัญญา กรุงเบอร์น (Berne Convention 1886).....	29
2.5.2	การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมภายใต้ข้อตกลงว่าด้วย สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า(Trade- Related Aspects Intellectual Property Rights : TRIPs)..	32
2.5.3	การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมตามกฎหมายต่างประเทศ..	32
2.5.3.1	ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	32
2.5.3.2	ประเทศสหราชอาณาจักร - อังกฤษ.....	36
2.5.3.3	ประเทศออสเตรเลีย.....	40
2.5.3.4	ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	44
2.5.3.5	ประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์.....	47
2.5.3.6	การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมตามกฎหมายไทย..	52
	สรุป.....	54
2.5.3.7	การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมตามร่างพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ.	56

สารบัญ (ต่อ)

บทที่		หน้า
2.6	แนวคิดในการคุ้มครองกฎหมายลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัล.....	66
2.6.1	ความหมายของมาตรการทางเทคโนโลยี.....	72
2.6.2	ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยี.....	73
2.6.3	ลักษณะและตัวอย่างการใช้งานของมาตรการทางเทคโนโลยี.....	76
2.6.4	สถานการณ์การใช้มาตรการทางเทคโนโลยีในประเทศไทยและต่างประเทศ.....	88
3	การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ.....	93
3.1	การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ..	94
3.1.1	การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีในสนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty 1996 : WCT) และสนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของนักแสดงและผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง (WIPO Performances and Phonograms Treaty 1996 : WPPT).....	94
3.1.1.1	ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง.....	97
3.1.1.2	การกระทำต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่เป็นความผิด.....	102
3.1.1.3	ข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นความผิด.....	105
3.1.1.4	มาตรการเยียวยาและบทลงโทษ.....	108

บทที่	สารบัญญ (ต่อ)	หน้า
	3.1.1.5 บทวิเคราะห์เกี่ยวกับการใช้งานลิขสิทธิ์ โดยชอบธรรม.....	108
	3.1.1.6 สรุป.....	111
3.1.2	การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีในกฎหมาย สหภาพยุโรป (EU Directive 2001/29/EC).....	112
	3.1.2.1 ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับ ความคุ้มครอง.....	113
	3.1.2.2 การกระทำต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่เป็น ความผิด.....	115
	3.1.2.3 ข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นความผิด.....	118
	3.1.2.4 มาตรการเยียวยาและบทลงโทษ.....	122
	3.1.2.5 บทวิเคราะห์เกี่ยวกับการใช้งานลิขสิทธิ์ โดยชอบธรรม.....	122
	3.1.2.6 สรุป.....	126
3.1.3	การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามความตกลง เขตการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับประเทศต่าง ๆ....	127
	3.1.3.1 ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับ ความคุ้มครอง.....	129
	3.1.3.2 การกระทำต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่เป็น ความผิด.....	131
	3.1.3.3 ข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นความผิด.....	133
	3.1.3.4 มาตรการเยียวยาและบทลงโทษ.....	137

บทที่	สารบัญญ (ต่อ)	หน้า
	3.1.3.5 บทวิเคราะห์เกี่ยวกับการใช้งานลิขสิทธิ์ โดยชอบธรรม.....	138
	3.1.3.6 สรุป.....	140
3.2	การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายต่างประเทศ...	142
	3.2.1 การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายประเทศ สหรัฐอเมริกา.....	142
	3.2.1.1 ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความ คุ้มครอง.....	143
	3.2.1.2 การกระทำต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่เป็น ความผิด.....	151
	3.2.1.3 ข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นความผิด.....	166
	3.2.1.4 มาตรการเยียวยาและบทลงโทษ.....	177
	3.2.1.5 บทวิเคราะห์เกี่ยวกับการใช้งานลิขสิทธิ์ โดยชอบธรรม.....	183
	3.2.1.6 สรุป.....	188
	3.2.2 การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายประเทศ สหราชอาณาจักร – อังกฤษ.....	190
	3.2.2.1 ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับ ความคุ้มครอง.....	191
	3.2.2.2 การกระทำต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่เป็น ความผิด.....	193
	3.2.2.3 ข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นความผิด.....	197
	3.2.2.4 มาตรการเยียวยาและบทลงโทษ.....	201

สารบัญ (ต่อ)

บทที่

หน้า

3.2.2.5	บทวิเคราะห์เกี่ยวกับการใช้งานลิขสิทธิ์ โดยชอบธรรม.....	202
3.2.2.6	สรุป.....	207
3.2.3	การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายประเทศ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	207
3.2.3.1	ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับ ความคุ้มครอง.....	208
3.2.3.2	การกระทำต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่เป็น ความผิด.....	210
3.2.3.3	ข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นความผิด.....	216
3.2.3.4	มาตรการเยียวยาและบทลงโทษ.....	222
3.2.3.5	บทวิเคราะห์เกี่ยวกับการใช้งานลิขสิทธิ์ โดยชอบธรรม.....	224
3.2.3.6	สรุป.....	227
3.2.4	การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายประเทศ สาธารณรัฐสิงคโปร์.....	228
3.2.4.1	ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความ คุ้มครอง.....	228
3.2.4.2	การกระทำต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่เป็น ความผิด.....	229
3.2.4.3	ข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นความผิด.....	233
3.2.4.4	มาตรการเยียวยาและบทลงโทษ.....	237

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3.2.4.5	
บทวิเคราะห์เกี่ยวกับการใช้งานลิขสิทธิ์ โดยชอบธรรม.....	239
3.2.4.6	
สรุป.....	241
4	
การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้กฎหมายอาชญากรรม ทางคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายต่างประเทศ.....	251
4.1.	
ความร่วมมือระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับ คอมพิวเตอร์.....	252
4.1.1	
องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Cooperation and Development : OECD).....	253
4.1.2	
คณะมนตรีแห่งยุโรป (Council of Europe).....	254
4.2	
ความผิดเกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลของคอมพิวเตอร์ตามกฎหมาย ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	257
4.2.1	
ความผิดเกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ โดยมิชอบ.....	258
4.3	
ความผิดเกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลของคอมพิวเตอร์ตามพระราชบัญญัติ ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550.....	263
4.3.1	
ความผิดเกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ โดยมิชอบ.....	266
4.3.2	
ความผิดเกี่ยวกับการผลิต จำหน่าย หรือเผยแพร่เครื่องมือ หรือชุดคำสั่ง.....	275
4.3.3	
ข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นของการกระทำความผิด.....	278
4.3.4	
สรุป.....	279

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 5	
บทวิเคราะห์ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี	
ต่อการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม.....	281
5.1 การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามร่างพระราชบัญญัติ	
ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ.	282
5.1.1 ความหมายและประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยี	
ที่ได้รับความคุ้มครอง.....	282
5.1.2 การกระทำต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่เป็น	
ความผิด.....	284
5.1.3 ข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นความผิด....	288
5.1.4 มาตรการเยียวยาและบทลงโทษ.....	293
5.1.5 บทวิเคราะห์เกี่ยวกับการใช้งานลิขสิทธิ์	
โดยชอบธรรม.....	294
5.1.6 สรุป.....	300
5.2 ความสัมพันธ์และบทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำ	
ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ต่อการคุ้มครองมาตรการ	
ทางเทคโนโลยีในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์.....	302
5.2.1 ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับ	
ความคุ้มครอง.....	302
5.2.2 การกระทำต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่เป็น	
ความผิด.....	304
5.2.3 ข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็น	
ความผิด.....	306
5.2.4 มาตรการเยียวยาและบทลงโทษ.....	306

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
5.2.5	บทวิเคราะห์เกี่ยวกับการใช้งานลิขสิทธิ์ โดยชอบธรรม..... 307
5.2.6	สรุป..... 308
5.3	ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี ต่อการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม..... 310
5.3.1	ผลกระทบต่อการเข้าถึงแหล่งข้อมูลในการใช้ ประโยชน์ของสาธารณ..... 310
5.3.2	ผลกระทบต่อการสร้างอำนาจผูกขาดงานสาธารณะ..... 316
6	บทสรุปและข้อเสนอแนะ
6.1	บทสรุป..... 318
6.2	ข้อเสนอแนะ..... 320
6.2.1	ข้อเสนอแนะในการแก้ไขบทบัญญัติการคุ้มครองมาตรการ ทางเทคโนโลยีภายใต้ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. 321
6.2.1.1	ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับ ความคุ้มครอง..... 321
6.2.1.2	ข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นของการกระทำ ที่เป็นความผิด..... 323
6.2.2	ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550..... 328
	บรรณานุกรม..... 330
	ประวัติผู้เขียน..... 338

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ความก้าวหน้าและการพัฒนาอย่างรวดเร็วของเทคโนโลยีทางอินเทอร์เน็ตทำให้การเข้าถึงงานทรัพย์สินทางปัญญาที่อยู่บนเว็บไซต์ต่าง ๆ สามารถเข้าถึงได้ง่าย อีกทั้งการเผยแพร่งานลิขสิทธิ์ต่อสาธารณชนโดยใช้ระบบดิจิทัลออนไลน์ (Digital online) หรือทางอินเทอร์เน็ต (Internet) ก็สามารถกระทำได้อย่างสะดวกรวดเร็วเช่นกัน จึงเป็นที่สังเกตได้ว่าเทคโนโลยีสารสนเทศสามารถสร้างช่องทางการเผยแพร่งานสู่สาธารณชนได้อย่างเสรีและสามารถส่งข้อมูลไปยังที่ใดก็ได้ในโลก¹ อย่างไรก็ตาม การพัฒนาเทคโนโลยีต่าง ๆ ทำให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ในรูปแบบใหม่ ๆ ขึ้น เช่น การทำซ้ำโดยใช้วิธีการดาวน์โหลด (Download) การอัปโหลด (Upload) ในเว็บไซต์ของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต (Internet service provider : ISP) หรือการเผยแพร่งานทรัพย์สินทางปัญญาโดยวิธีการส่งผ่านเครือข่าย Internet ที่ใช้ความเร็วสูง (Hi-speed Communication Technology) เป็นต้น การกระทำเหล่านี้ทำให้เกิดงานชิ้นใหม่ที่ได้จากการทำซ้ำและมีคุณภาพใกล้เคียงกับงานต้นฉบับ หรือแม้กระทั่งการใช้เทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ในการใช้งานก็ยังก่อให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ เช่น การทำซ้ำงานดนตรีกรรม หรืองานภาพยนตร์ที่อยู่ในรูปแบบ Digital files หรือการใช้เทคโนโลยีตัด (Cut) แปะ (Paste) เป็นต้น

หากพิจารณาข้อตกลงทางการค้าว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา (Trade-Related Intellectual Property : TRIPs) แล้วจะเห็นได้ว่าข้อตกลงดังกล่าวไม่ได้กล่าวถึงหลักการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศ เนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวเป็นเพียงการกำหนดหลักเกณฑ์การคุ้มครองที่เป็นมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard) และเพื่อให้สมาชิกสามารถ

¹จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และนนทน อินทนนท์, ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิทัล มาตรการทางเทคโนโลยีและทางเลือกสำหรับประเทศไทย, 9.

ออกกฎหมายภายในเพื่อใช้บังคับให้สอดคล้องกันกับหลักเกณฑ์ใน TRIPs เท่านั้น จึงทำให้ ข้อตกลงนี้ไม่สามารถปรับใช้และปกป้องปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัลได้ ดังนั้น ผู้ได้รับผลกระทบโดยตรงจากปัญหาดังกล่าวมากที่สุดจึง ได้แก่ กลุ่มอุตสาหกรรมบันเทิง เช่น งานเพลง ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง รวมถึงกลุ่มผู้ประกอบการอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์ด้วย เมื่อมาตรฐานการคุ้มครองภายใต้ความตกลง TRIPs เป็นเพียงมาตรฐานขั้นต่ำและไม่สามารถคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ในยุคปัจจุบันได้จึงทำให้บรรดาเจ้าของลิขสิทธิ์ต่างนำเทคโนโลยีต่าง ๆ มา ป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งเรียกว่า **“มาตรการทางเทคโนโลยี” (Technological Protection Measures : TPM)** เช่น การใส่รหัสผ่าน (Password) หรือการใช้เทคโนโลยีเข้ารหัส (Encryption) ข้อมูล เป็นต้น อย่างไรก็ตามแม้จะมีการนำ TPM มาป้องกันการละเมิด ลิขสิทธิ์ของตนแล้วแต่จะเห็นได้ว่ามาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวยังมีการถูกถอดรหัสผ่าน หรือถูกทำลายด้วยวิธีการต่าง ๆ จากผู้ที่ต้องการจะเข้าถึงและใช้งานโดยไม่จ่ายค่าตอบแทนต่อ เจ้าของลิขสิทธิ์อย่างถูกต้องได้ จึงทำให้บรรดาเจ้าของสิทธิ์เรียกร้องและผลักดันให้มีการบัญญัติ กฎหมายเพื่อคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีเหล่านี้ขึ้นอีกชั้นหนึ่งด้วย

ความพยายามของกลุ่มอุตสาหกรรมเหล่านี้ได้ประสบความสำเร็จในเวทีของ องค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลก (World Intellectual Property Organization : WIPO) โดยใน ปี ค.ศ. 1996 ได้มีการจัดทำสนธิสัญญาขึ้นมา 2 ฉบับ คือ สนธิสัญญาลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty : WCT) และสนธิสัญญาสิทธิของนักแสดงและผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง (WIPO Performances and Phonograms Treaty : WPPT) สนธิสัญญาทั้ง 2 ฉบับนี้มี วัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิของทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเพียงพอ และสามารถตอบสนองต่อการพัฒนาเทคโนโลยีในยุคปัจจุบันและอนาคตได้ และเพื่อให้การ คุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงด้านเทคโนโลยีในปัจจุบันอีกด้วย

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศหนึ่งที่เป็นสมาชิกของ WCT และ WPPT ได้มีการ แก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายลิขสิทธิ์ของตนเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรฐานการคุ้มครองของ WCT และ WPPT โดยบัญญัติไว้ภายใต้กฎหมาย Digital Millennium Copyright Act (DMCA) 1998 และในระดับทวิภาคีนั้นประเทศสหรัฐอเมริกาได้พยายามผลักดันให้ประเทศต่าง ๆ

คุ้มครองงานทรัพย์สินทางปัญญาให้เทียบเท่ากับกฎหมายของตนโดยการเจรจาผ่านทางข้อตกลงเขตการค้าเสรี (Free Trade Area : FTA) อย่างไรก็ตาม แม้ว่าประเทศไทยจะยังไม่ได้ให้การคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีและไม่ได้เข้าเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญา WCT และ WPPT แต่จากการเจรจาเพื่อจัดทำความตกลงการค้าเสรีนั้นประเทศสหรัฐอเมริกาต้องการให้ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสนธิสัญญาทั้งสองฉบับและทำความตกลงเขตการค้าเสรีโดยต้องการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่มาตรการทางเทคโนโลยี (TPM) ด้วย

แม้ว่าในปัจจุบันบรรดากลุ่มประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกจะให้ความสำคัญแก่การออกกฎหมายคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อให้สอดคล้องกับปัญหาการละเมิดในปัจจุบัน แต่ในขณะเดียวกันการให้ความคุ้มครองดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อสาธารณชนในการเข้าถึงแหล่งข้อมูลความรู้โดยเฉพาะการเข้าถึงแหล่งข้อมูลเพื่อการศึกษา คำนคว้า วิจัย เพราะการศึกษาวิจัยเพื่อให้ได้มาซึ่งองค์ความรู้ใหม่ ๆ จำเป็นต้องอาศัยข้อมูลที่เป็นองค์ความรู้เดิมที่มีการรวบรวมอย่างเป็นระบบ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้วิจัยได้มุ่งวิเคราะห์ถึงการนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้กับงานลิขสิทธิ์ประเภทต่าง ๆ ที่อยู่ในรูป Digital files และการให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายต้องงานอันมีลิขสิทธิ์ในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศอีกชั้นหนึ่งนั้นว่าจะมีผลกระทบอย่างไรต่อหลักการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม ตลอดจนการนำเสนอว่ากฎหมายควรกำหนดการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีในลักษณะใดเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ควบคู่ไปกับการใช้งานของสาธารณชนภายใต้หลักการใช้สิทธิโดยชอบธรรม (Fair Use) อย่างมีประสิทธิภาพ

1.2 วัตถุประสงค์การศึกษา

- 1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดและหลักการพื้นฐานในการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์
- 1.2.2 เพื่อศึกษาแนวคิดของหลักการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม (Fair use)
- 1.2.3 เพื่อศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้ในการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ในสื่อดิจิทัล

1.2.4 เพื่อศึกษากฎหมายที่ให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีในระดับสากลและกฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบัน

1.2.5 เพื่อวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีต่อการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม และการหามาตรการที่เหมาะสมสำหรับการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ควรนำมาใช้ควบคุมสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้

1.2.6 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ความสัมพันธ์ของการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กับการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปของข้อมูลดิจิทัลโดยชอบธรรมตามหลักการของกฎหมายลิขสิทธิ์

1.3 ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้วิจัยมุ่งศึกษากฎหมายลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ กฎหมายลิขสิทธิ์ต่างประเทศ และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

1.3.1 หลักการคุ้มครองกฎหมายลิขสิทธิ์ และการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair use) ที่ปรากฏในอนุสัญญากรุงเบอร์น (Berne Convention 1886) และ ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs Agreement)

1.3.2 หลักเกณฑ์การคุ้มครองลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัลและการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty : WCT) และสนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของนักแสดงและผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง (WIPO Performances and Phonograms Treaty : WPPT)

1.3.3 การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้กฎหมายสหภาพยุโรป (Infosoc EU Directive 2001/29/EC หรือ EUCD)

1.3.4 ความร่วมมือระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์

1.3.5 การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีของกฎหมาย Digital Millennium Copyright Act (DMCA) 1998 ประเทศสหรัฐอเมริกา

1.3.6 การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีของกฎหมาย Copyright, Designs and Patents Act 1988 (ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003) ประเทศอังกฤษ

1.3.7 การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีของกฎหมาย Copyright Act (ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003) ประเทศเยอรมนี

1.3.8 การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีของกฎหมาย Copyright Act of Singapore 1987 (ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005) ของประเทศสิงคโปร์

1.3.9 หลักเกณฑ์การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีต่องานลิขสิทธิ์ในสื่อดิจิทัลของร่างแก้ไข พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ.

1.3.10 ความผิดเกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการผลิต จำหน่าย หรือเผยแพร่เครื่องมือ หรือชุดคำสั่ง ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

1.4 คำถามของการวิจัย

การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี (Technological Protection Measures : TPM) จะมีผลอย่างไรต่อการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use)

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.5.1 ทำให้ทราบถึงแนวคิดและหลักการพื้นฐานในการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์

1.5.2 ทำให้ทราบถึงแนวคิดของหลักการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม (Fair use)

1.5.3 ทำให้ทราบถึงแนวคิดเกี่ยวกับการนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้ในการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ในสื่อดิจิทัล

1.5.4 ทำให้ทราบถึงกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีในระดับสากล และกฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบัน

1.5.5 ทำให้ทราบถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีต่อการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม และสามารถนำผลการศึกษามาวิเคราะห์เพื่อหามาตรการที่เหมาะสมสำหรับการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ควรนำมาใช้ควบคุมสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้

1.5.6 ทำให้ทราบถึงหลักการตีความและความสัมพันธ์ของการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กับการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปของข้อมูลดิจิทัลโดยชอบธรรมตามหลักการของกฎหมายลิขสิทธิ์

1.6 นิยามศัพท์

“มาตรการทางเทคโนโลยี” หมายความว่า เทคโนโลยี อุปกรณ์ต่าง ๆ ผลิตภัณฑ์หรือ ส่วนประกอบใด ๆ ที่ถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันหรือขัดขวางการละเมิดโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ เช่น การเข้าโดยไร้รหัสผ่านหรือกระบวนการถอดรหัส หรือผ่านระบบกลไกควบคุมการทำซ้ำ

“การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม” หมายความว่า การใช้โดยชอบธรรม ซึ่งเป็นการนำเอางานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นมาใช้ได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย โดยไม่ต้องขออนุญาต และไม่ต้องจ่ายค่าตอบแทนในการใช้ หรือจ่ายค่าลิขสิทธิ์ใด ๆ ทั้งสิ้น ถ้าการใช้ดังกล่าวถูกต้องตามหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้สามารถกระทำได้

“การละเมิดลิขสิทธิ์” หมายความว่า การทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์

“การทำซ้ำชั่วคราว” หมายความว่า การแสดงผลของข้อมูลบนหน้าจอในเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์เพียงชั่วระยะเวลาหนึ่ง

“การอัปโหลด” (Upload) หมายความว่า การโอนย้ายสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์จากคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้ไปยังคอมพิวเตอร์อีกเครื่องหนึ่งผ่านเครือข่ายของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตเพื่อให้มีบุคคลอื่นมาดาวน์โหลด (download)

“การดาวน์โหลด” (Download) หมายความว่า การนำเอางานทรัพย์สินทางปัญญาหรืองานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทต่าง ๆ ที่มีบุคคลมา อัปโหลด (upload) ไว้ไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิ์

“Internet Service Provider : ISP” หมายความว่า ผู้ให้บริการทางเครือข่ายทางอินเทอร์เน็ต ได้แก่ ผู้ดูแลเว็บไซต์ หน่วยงานที่มีการจัดบริการออนไลน์ หรืออินเทอร์เน็ตและหมายความรวมถึงเจ้าของร้านอินเทอร์เน็ต เจ้าของเว็บไซต์ หรือเจ้าของเว็บบอร์ดด้วย



บทที่ 2

หลักการพื้นฐานของการคุ้มครองกฎหมายลิขสิทธิ์กับการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

2.1 ประวัติและแนวคิดการคุ้มครองกฎหมายลิขสิทธิ์

หลักการพื้นฐานของกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นไม่ได้แตกต่างไปจากหลักการพื้นฐานของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ๆ เท่าใดนัก กล่าวคือ เพื่อเป็นการส่งเสริมงานสร้างสรรค์ที่เป็นประโยชน์ต่อสังคม ดังนั้น เมื่อบุคคลใดได้ใช้ความรู้ความสามารถทางสติปัญญาสร้างสรรค์ผลงานขึ้นมาแล้วย่อมเป็นการสมควรที่บุคคลนั้นควรจะต้องมีสิทธิโดยชอบธรรมแต่ผู้เดียวในงานนั้น แต่เนื่องจากงานสร้างสรรค์นี้เป็นงานที่สำคัญในการเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจ ตลอดจนคุณประโยชน์ต่าง ๆ แก่สาธารณชนด้วย กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์จึงได้เกิดขึ้น เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิอันชอบธรรมแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้สร้างสรรค์ผลงานขึ้นดังกล่าวโดยไม่ให้กระทบกระเทือนต่อสิทธิที่สาธารณชนจะใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์จึงเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ให้ความคุ้มครองป้องกันผลประโยชน์ซึ่งบุคคลจะพึงได้รับจากผลงานอันเกิดจากความนึกคิดของผู้สร้างสรรค์โดยมุ่งหมายให้คนทั่วไปเคารพในสิทธิของผู้รับ เพื่อผดุงรักษาผลประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ตราบเท่าที่ไม่เป็นการกระทบกระเทือนต่อประโยชน์ของสาธารณะ

จุดเริ่มต้นแห่งประวัติของกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ พอจะอนุมานได้ว่าเกิดขึ้นในสมัยฟื้นฟูศิลปวิทยา (Renaissance) เริ่มตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 12 เป็นต้นมา นักปราชญ์และเชื้อพระวงศ์ในยุโรปต่างพากันสนใจในวรรณคดีกรีกและลาติน และต่างพากันสะสมหนังสือดังกล่าว อย่างจริงจัง ความเจริญทางการศึกษาที่จัดขึ้นนี้ได้ขยายไปสู่ประชาชนในที่สุด แต่ความก้าวหน้าทางวิทยาการต่าง ๆ ที่บันทึกอยู่ในหนังสือได้ถูกจำกัดลง เนื่องจากเอกสาร

ต่าง ๆ ไม่สามารถทำสำเนาออกมาได้อย่างมีประสิทธิภาพเพราะโดยมากเป็นเอกสารที่เขียนด้วยมือ (manuscript) จนกระทั่งราวปี ค.ศ. 1400 การพิมพ์ได้เผยแพร่ไปถึงยุโรป โดยมีต้นกำเนิดมาจากทางจีนและเกาหลี และในปี ค.ศ. 1450 Johann Gutenberg ชาวเมือง Mainz ในประเทศเยอรมนีเป็นผู้คิดค้นการพิมพ์แบบ movable type printing ขึ้นในยุโรป¹

ในปี ค.ศ. 1476 William Caxton ได้นำการพิมพ์ระบบนี้ไปเผยแพร่ในประเทศอังกฤษ และรวมกลุ่มผู้ประกอบการในด้านหนังสือขึ้นเรียกว่า “Stationers” โดยใน ค.ศ. 1483 มีการออกกฎหมายคือ The Statute of Richard III ขึ้นเพื่อสนับสนุนให้มีการพิมพ์หนังสือจากต่างประเทศ นอกจากนี้ยังมีการให้สิทธิในการจัดพิมพ์หนังสือแก่ผู้พิมพ์ในรูปแบบของใบอนุญาตผู้พิมพ์ (Printer’s License)² เป็นผลให้ต่อมาในปี ค.ศ. 1556 Queen Marry I มีพระบรมราชานุญาตให้ Stationer’s Company เป็นผู้ผูกขาดการพิมพ์หนังสือ หนังสือสำหรับขายจะต้องนำมาจดทะเบียนกับบริษัทหรือสมาชิกของบริษัท การกระทำในครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองและป้องกันการต่อต้านฝ่ายศาสนจักรและฝ่ายอาณาจักรอีกด้วย และระยะเวลาต่อมา ก็ได้มีการออกกฤษฎีกา (Decree) โดยศาล Star Chamber³ อีกทั้งมีการประกาศใช้กฎหมายต่าง ๆ อันเกี่ยวข้องกับการผลิตและจำหน่ายหนังสืออีกหลายฉบับ⁴

ในปี ค.ศ. 1662 มีการออกพระราชบัญญัติการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (The Licensing Act) ขึ้น กฎหมายฉบับนี้ห้ามมิให้มีการตีพิมพ์หรือนำเข้าหนังสือที่มีเนื้อความขัดต่อความเชื่อทางศาสนา ห้ามพิมพ์โฆษณาหนังสือที่มีได้รับอนุญาต ตลอดจนห้ามพิมพ์และนำเข้าหนังสือที่

¹ อรรถพรณ พันธ์พัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), 28.

² เรื่องเดียวกัน, 28.

³ ศาล Star Chamber คือ ศาลพิเศษซึ่งมีอำนาจวินิจฉัยคดีที่ศาลชั้นต้นไม่สามารถดำเนินการพิจารณาได้ เนื่องจากคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดำเนินวิธีการขัดขวางกระบวนการพิจารณาของศาลชั้นต้น ศาล Star Chamber นี้ ประกอบด้วยคณะองคมนตรี คณะผู้พิพากษาและสมาชิกสภาขุนนาง อย่างไรก็ดีตามศาลนี้ถูกยกเลิกไปในสมัยพระเจ้าเฮนรี่ที่ 8 (อรรถพรณ พันธ์พัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), 28.

⁴ ไชยยศ เหมะรัชตะ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), 3-4.

มิได้รับความยินยอมจากผู้เป็นเจ้าของหรือผู้มีสิทธิ นอกจากนี้กฎหมายฉบับดังกล่าวยังกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำความผิดไว้ด้วย คือ ให้มีการยึดหนังสือ และมีโทษปรับเป็นเงิน 6 ชิลลิง 8 เพนนีต่อหนังสือที่เกิดจากการกระทำความผิดแต่ละเล่มด้วย

จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1710 ได้มีการประกาศใช้ The Statute of Anne ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 10 เมษายน ค.ศ. 1710 เป็นต้นมา และอาจถือได้ว่าเป็นกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ฉบับแรกของโลกที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์ โดยให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวแก่ผู้สร้างสรรค์ในการพิมพ์สิ่งพิมพ์ 21 ปี และในการพิมพ์หนังสือ 14 ปี ซึ่งต่อมากฎหมายนี้ได้แพร่หลายไปยังนานาประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศต่าง ๆ ในเครือจักรภพอังกฤษ นอกจากนี้กฎหมายดังกล่าวยังเป็นที่มาของระบบแองโกลแซกซันหรือระบบสิทธิในการทำสำเนา (Anglo-Saxon or Copy-right Systems) ซึ่งระบบดังกล่าวถือว่าลิขสิทธิ์เป็นสิทธิในทางปฏิเสธ (Negative) กล่าวคือ เป็นสิทธิที่ป้องกันไม่ให้ผู้อื่นทำซ้ำ หรือลอกเลียนแบบงานของผู้สร้างสรรค์ หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ ระบบนี้จึงมุ่งเน้นที่สิทธิในทางเศรษฐกิจ (Economic Right) คือ สิทธิในการทำซ้ำ (Copyright) นั้นเอง

ขณะที่ประเทศสหราชอาณาจักรและประเทศในเครือจักรภพจะใช้ระบบสิทธิในการทำสำเนา (Copyright System) แต่ประเทศส่วนใหญ่ในภาคพื้นยุโรปรวมทั้งประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันกลับใช้ระบบที่เรียกว่าระบบสิทธิของผู้สร้างสรรค์ หรือระบบภาคพื้นยุโรป (Droit d' Ateur or Continental European System) ซึ่งเป็นระบบที่ถือว่าลิขสิทธิ์เป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้สร้างสรรค์ งานที่สร้างสรรค์ขึ้นจะเป็นสิ่งสะท้อนสติปัญญาและบุคลิกภาพ (Personality) ของผู้สร้างสรรค์ ระบบนี้จึงมุ่งเน้นที่สิทธิในธรรมหรือธรรมสิทธิ (Moral Right คือ สิทธิทางทรัพย์สินที่ผู้สร้างสรรค์มีอยู่ในงาน จึงเรียกว่า ทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property) นั้นเอง)

นอกจากระบบลิขสิทธิ์ที่สำคัญสองระบบนี้แล้วยังมีระบบสังคมนิยม (Socialist System) ซึ่งประเทศสหภาพโซเวียตเป็นเจ้าของ ระบบนี้ โดยถือว่าความสำคัญของสังคมจะมีอยู่เหนือเอกชน ดังนั้น ลิขสิทธิ์จึงเป็นเครื่องมือในการจัดขบวนการทางวัฒนธรรม เมื่อใดก็ตามที่ประโยชน์ส่วนตัวเสียของเอกชนขัดกันกับประโยชน์ของชุมชนต้องถือว่าประโยชน์ของชุมชน

สำคัญกว่า ดังนั้น สิทธิในเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของจึงไม่ค่อยมีความสำคัญ การจัดพิมพ์หนังสือโฆษณาทางสื่อมวลชนจะอยู่ในมือขององค์กรของรัฐ และไม่ต้องมีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของ อย่างไรก็ตามระบบลิขสิทธิ์แบบนี้ได้เสื่อมความนิยมลงในปัจจุบัน ทั้งนี้เป็นไปตามระบบการเมืองและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไปในปัจจุบันนั่นเอง

ระบบลิขสิทธิ์ต่าง ๆ ทั้งสามนี้มีความแตกต่างกันอย่างมากในเรื่องการใช้กรรมสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ อย่างไรก็ตามลิขสิทธิ์ระบบต่าง ๆ นี้ก็เริ่มเอนเอียงและผสมผสานเข้าหากันภายใต้อิทธิพลของอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ค.ศ. 1886 และมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันมายิ่งขึ้นภายใต้ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs) ในปัจจุบัน⁵

2.2 เหตุผลในการคุ้มครองลิขสิทธิ์

การคุ้มครองลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์มีแนวความคิด หลักการ และเหตุผลเพื่อคุ้มครอง ส่งเสริม และสนับสนุนการสร้างสรรค์งานเพื่อให้เกิดแรงจูงใจในการพัฒนางานใหม่ ๆ ขึ้นโดยอาศัยเหตุผลพื้นฐาน 4 ประการ คือ (1) เหตุผลความเป็นธรรมชาติ (Principle of Natural Justice) หมายถึง เมื่อผู้สร้างสรรค์เป็นผู้ใช้สติปัญญา ความชำนาญ และแรงงานในการสร้างสรรค์งาน ผู้สร้างสรรค์ควรเป็นเจ้าของงานที่มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ที่จะป้องกันมิให้ผู้อื่นมาใช้ประโยชน์จากงานของตนโดยไม่ได้รับอนุญาต และหากงานนั้นสามารถสร้างมูลค่าเป็นทรัพย์สินขึ้นมาแล้ว ผู้สร้างสรรค์งานก็ควรได้รับประโยชน์จากการนั้น ๆ (2) เหตุผลทางด้านเศรษฐกิจ (Economic Argument) หมายถึง ในการสร้างงานนั้นจำเป็นต้องมีการลงทุน ผู้ลงทุนย่อมคาดหวังผลกำไรจากการลงทุนดังกล่าว จึงจำเป็นต้องให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลงทุนนั้น (3) เหตุผลทางด้านวัฒนธรรม (Culture Argument) หมายถึง งานสร้างสรรค์จะกลายเป็นสมบัติในทางวัฒนธรรมของชาติทั้งในแง่การสะท้อนหรืออบรมให้เห็นวัฒนธรรมในรูปแบบต่าง ๆ รวมทั้งแสดงให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงในสังคมจึงเป็นประโยชน์แก่สาธารณะในการสร้างเสริมวัฒนธรรมให้เจริญก้าวหน้ายิ่งขึ้น และ (4) เหตุผลทางด้านสังคม (Social

⁵ อรรถพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, 28-31.

Agrument) หมายถึง การเผยแพร่งานต่อสาธารณชนนั้น ทำให้เกิดความเชื่อมโยงและหล่อหลอมความรู้ของคนในสังคมทุกฐานะการให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ย่อมก่อให้เกิดความมั่นคงและเป็นปึกแผ่นของสังคมได้⁶

2.3 การคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ และประเภทของงานลิขสิทธิ์ตามกฎหมายไทย

กฎหมายลิขสิทธิ์ได้กำหนดการคุ้มครองให้ผู้สร้างสรรค์งานได้สิทธิในงานลิขสิทธิ์โดยทันทีโดยไม่ต้องจดทะเบียนซึ่งจะเป็นการคุ้มครองงานนั้นทันทีที่ได้สร้างสรรค์ (Automatic system) อย่างไรก็ตามการวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือผลงานนั้นจะต้องสร้างสรรค์อย่างไรจึงจะถือได้ว่าได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอาจเป็นสิ่งที่วินิจฉัยยาก อย่างไรก็ตามองค์ประกอบสำคัญของการได้รับการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์อันเป็นที่ยอมรับในระดับสากลและกฎหมายไทยจะมีองค์ประกอบ 4 ประการคือ⁷

- 2.3.1 เป็นการแสดงออกซึ่งทางความคิด
- 2.3.2 เป็นการแสดงออกซึ่งงานในชนิดที่กฎหมายรับรอง
- 2.3.3 เป็นการสร้างสรรค์งานนั้นด้วยตนเอง
- 2.3.4 เป็นงานที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย

องค์ประกอบทั้ง 4 ประการ ดังกล่าวผู้วิจัยได้แยกอธิบาย ดังนี้

2.3.1 เป็นการแสดงออกซึ่งทางความคิด

งานที่จะถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นจะต้องเป็นงานที่ได้แสดงออกมาโดยวิธีหรือรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายจะไม่คุ้มครองความคิด (Idea) แต่จะให้ความคุ้มครองต่อการแสดงออกมาซึ่งทางความคิดของผู้สร้างสรรค์นั้น ๆ หรือ

⁶ เรื่องเดียวกัน, 26-27.

⁷ รัชชัย ศุภผลศิริ, กฎหมายลิขสิทธิ์ พร้อมด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), 94.

กล่าวสรุปได้ว่าลำพังเพียงความคิดจะไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ความมุ่งหมายของหลักการนี้ก็เพื่อไม่ให้มีการผูกขาดทางความคิดและส่งเสริมให้มีการถ่ายทอดความคิดสู่สังคมในรูปแบบต่าง ๆ และเหตุผลอีกประการหนึ่งก็เนื่องจากว่าหากให้ความคุ้มครองแก่ความคิดแล้วก็จะทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิ์ที่กว้างมากและอาจทำให้สาธารณชนประสบกับอุปสรรคต่อการสร้างสรรค์งานอื่น ๆ ที่อยู่ภายใต้ความคิดเดียวกัน

หลักการนี้ได้รับการสนับสนุนจากกฎหมายหลายฉบับ เช่น ความตกลง TRIPs ยืนยันหลักการไว้ในมาตรา 9 วรรค 2 ว่า “การคุ้มครองลิขสิทธิ์จะขยายถึงการแสดงออกซึ่งความคิดแต่ไม่รวมถึงความคิด กรรมวิธี วิธีปฏิบัติหรือแนวความคิดทางคณิตศาสตร์” หรือ มาตรา 6 วรรค 2 ก็ได้บัญญัติหลักการเดียวกันไว้เช่นกันว่า “การคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึงความคิด หรือขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบ หรือวิธีใช้หรือทำงานหรือแนวความคิด หลักการ การค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์ หรือคณิตศาสตร์”

เนื่องจากความคิดใด ๆ ที่นำเสนอในงานอันมีลิขสิทธิ์ยังไม่ได้รับการคุ้มครอง การใช้ความคิดดังกล่าวจึงสามารถทำได้โดยชอบตราบเท่าที่การใช้ไม่ได้ละเมิดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ ตัวอย่างเช่น กรณีที่บุคคลใดอ่านหนังสือสนใจวิธีการต่าง ๆ ที่ปรากฏในหนังสือ บุคคลนั้นอาจทำตามวิธีหรือขั้นตอนที่นำเสนอในหนังสือโดยไม่ได้ทำซ้ำหนังสือหรือทำการอันใดที่เป็นการละเมิดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้น ขอบเขตของกฎหมายลิขสิทธิ์จึงแตกต่างจากกฎหมายสิทธิบัตร เนื่องจากภายใต้การคุ้มครองแห่งกฎหมายสิทธิบัตรนั้น ผู้อ่านหนังสือไม่สามารถแม้แต่จะใช้ขั้นตอนของสิทธิบัตรที่แสดงไว้ในหนังสือได้ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นการคุ้มครองบางประการตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522

2.3.2 เป็นการแสดงออกซึ่งงานในชนิดที่กฎหมายรับรอง

นอกจากงานลิขสิทธิ์ที่จะต้องแสดงออกมาซึ่งทางความคิดแล้ว การแสดงออกมาซึ่งทางความคิดดังกล่าวจะต้องอยู่ในภายใต้การยอมรับของกฎหมายด้วย กฎหมายลิขสิทธิ์แต่เดิมนั้นจะให้ความคุ้มครองแก่งานในสาขาวรรณกรรมและศิลปกรรมเท่านั้นแต่ในปัจจุบันขอบเขตของการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ก็ได้ขยายออกไปมากขึ้น เช่น งานดนตรีกรรม

งานนาฏกรรม งานภาพยนตร์ หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เป็นต้น ดังนั้น หากพิจารณางานลิขสิทธิ์ที่จะได้รับการคุ้มครองแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยไม่ได้ให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ในผลงานทุกประเภท โดยกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยจะให้ความคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ไว้ 9 ประเภท คือ (1) งานวรรณกรรม (2) งานนาฏกรรม (3) งานศิลปกรรม (4) งานดนตรีกรรม (5) งานโสตทัศนวัสดุ (6) งานภาพยนตร์ (7) งานสิ่งบันทึกเสียง (8) งานแพร่เสียงแพร่ภาพ และ (9) งานอื่นใดอันเป็นงานในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ⁸

เจตนารมณ์ของการคุ้มครองกฎหมายลิขสิทธิ์คือการส่งเสริมการสร้างสรรคงานที่เป็นประโยชน์ต่อสังคม แต่จะเห็นได้ว่างานสร้างสรรค์บางประเภทก็ไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย นอกจากข้อจำกัดของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ไม่ได้ให้ความคุ้มครองความคิด (idea) หรือมิได้ให้สิทธิเหนือความคิดแล้ว ข้อจำกัดอีกประการหนึ่งของกฎหมายลิขสิทธิ์คือจะไม่คุ้มครองข้อเท็จจริง (facts) ระบบ วิธีการ และขั้นตอนต่าง ๆ ตัวอย่างเช่น ผู้ประพันธ์หนังสือจะไม่มีลิขสิทธิ์ในข้อเท็จจริงที่กล่าวถึงในหนังสือเพราะข้อเท็จจริงดังกล่าวถือเป็นสมบัติสาธารณะ (public domain) ที่ไม่มีข้อจำกัดในการใช้ ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงว่าการได้มาซึ่งข้อเท็จจริงนั้นจะเป็นไปด้วยความยากลำบากหรือใช้ค่าใช้จ่ายมากน้อยเพียงใด เช่น นาย ก. เขียนหนังสือเกี่ยวกับแหล่งน้ำมันดิบในตะวันออกกลางซึ่งใช้เวลาในการรวบรวมข้อเท็จจริงเป็นเวลานาน ดังนี้ นาย ก. จะมีลิขสิทธิ์ในถ้อยคำและรูปแบบของหนังสือนั้นเท่านั้น ส่วนข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับแหล่งน้ำมันดิบจะไม่ถือว่าเป็นงานลิขสิทธิ์ของ นาย ก. จึงทำให้บุคคลทั่วไปสามารถนำข้อเท็จจริงดังกล่าวไปใช้ประโยชน์ได้ เป็นต้น⁹ แม้ นาย ก. จะใช้ความลำบากและความพยายามในการแสวงหาข้อเท็จจริงเพียงใดก็ตาม

⁸ ปรอตดูมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

⁹ นันทน อินทนนท์ และคณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการ “การคุ้มครองลิขสิทธิ์งานที่เผยแพร่ผ่านระบบดิจิทัล : ปัญหาต่อการเรียนการสอนผ่านอินเทอร์เน็ตและปัญหาการเข้าถึงและการใช้ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต,” สิงหาคม 2550, 40-41.

แม้การแสดงออกทางความคิดที่ได้รับการคุ้มครองนี้แม้จะเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดแล้วแต่ก็มีงานบางประเภทที่ไม่อาจได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยได้กำหนดงานที่ไม่อาจได้รับการคุ้มครองไว้ ดังต่อไปนี้¹⁰

1. ข่าวประจำวัน และข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่มีลักษณะเป็นเพียงข่าวสารอันมิใช่งานในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ
2. รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย
3. ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่ง คำชี้แจง และหนังสือตอบโต้ของ กระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐหรือของท้องถิ่น
4. คำพิพากษา คำสั่ง คำวินิจฉัย และรายงานของทางราชการ
5. คำแปลและการรวบรวมสิ่งต่าง ๆ ตาม (1) ถึง (4) ที่กระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐหรือของท้องถิ่นจัดทำขึ้น

เหตุผลสำคัญที่กฎหมายกำหนดมิให้งานเหล่านี้เป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ก็เนื่องจากในกรณีของข่าวประจำวันหรือข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เกิดขึ้นนั้นเป็นเพียงข้อมูลที่เกิดขึ้นจากเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งเท่านั้น และข่าวสารเป็นสิ่งที่ประชาชนควรมีสิทธิที่จะรับรู้และเข้าถึงได้โดยปราศจากอุปสรรคทางกฎหมาย การให้ความคุ้มครองแก่ข่าวสารหรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจึงอาจก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี ดังนั้นกฎหมายลิขสิทธิ์จึงไม่ให้ความคุ้มครองแก่งานประเภทเหล่านี้

ส่วนงานประเภทอื่นที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ให้ความคุ้มครองนั้นส่วนใหญ่จะเป็นข้อมูลที่หน่วยงานภาครัฐจัดทำขึ้น เช่น กฎหมาย ระเบียบ หรือคำสั่งต่างๆ ตลอดจนคำพิพากษาของศาล และคำแปลหรือการรวบรวมสิ่งต่างๆ เหล่านี้ด้วย เหตุผลสำคัญที่กฎหมายไม่ให้ความคุ้มครองงานเหล่านี้ก็ไม่แตกต่างจากการไม่ให้ความคุ้มครองในข่าวสารหรือข้อเท็จจริงต่างๆ มากนัก เพราะการไม่ให้ความคุ้มครองแก่งานเหล่านี้ก็คือต้องการให้ประชาชนสามารถเข้าถึง

¹⁰ ปรอดดูมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

งานเหล่านี้ได้อย่างเสรีมากที่สุด เพราะการที่ประชาชนมีโอกาสรับรู้กฎหมาย ระเบียบ คำสั่ง หรือคำพิพากษาของศาล มากเท่าไร ก็ย่อมเป็นประโยชน์ทางอ้อมแก่รัฐมากเท่านั้น¹¹

2.3.3 เป็นการสร้างสรรค์งานนั้นด้วยตนเอง

องค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญอีกประการหนึ่งของงานสร้างสรรค์ที่จะถือว่าเป็นงานลิขสิทธิ์ได้นั้นจะต้องเป็นงานที่ทำหรือก่อให้เกิดขึ้นด้วยความคิดริเริ่มของผู้สร้างสรรค์งานนั้นด้วยตนเอง (Originality) ไม่ว่าจะเป็งานอันเกิดจากการดัดแปลง รวบรวม หรือการประกอบงานนั้นเข้าด้วยกัน¹² แต่ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นงานประดิษฐ์ขึ้นใหม่ที่ยังไม่เคยมีใครทำ ให้ปรากฏมาก่อนดังเช่นหลักการคุ้มครองงานสิทธิบัตร โดยงานลิขสิทธิ์นั้นอาจมีความคล้ายหรือ เหมือนกันในงานของบุคคลอื่นได้ แต่จะต้องเกิดจากการคิดและสร้างสรรค์ผลงานขึ้นมาโดย อิสระมิได้ลอกเลียนงานของบุคคล ดังนั้นบุคคลใดที่สร้างสรรค์งานขึ้นขึ้นเดียวกันโดยจะทำผลงานที่ เหมือนกันโดยบังเอิญหรือตั้งใจทำให้เหมือนโดยใช้ความรู้ความสามารถของตนเองและไม่ได้ ลอกเลียนแบบของกันและกันก็จะไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แต่หากจะทำให้บุคคลเหล่านั้น เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลงานสร้างสรรค์ดังกล่าวของตนเองและมีสิทธิต่าง ๆ แต่เพียงผู้เดียวใน ผลงานของตนเองทุกประการ เช่น สิทธิในการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือการเผยแพร่ต่อสาธารณชน เป็นต้น ตัวอย่างเช่น นาย ก. มีฝีมือในการถ่ายรูปจึงได้ถ่ายรูปพระอาทิตย์ตกขึ้นมารูปหนึ่ง เช่นนี้ถือว่านาย ก. ย่อมมีลิขสิทธิ์ในรูปถ่ายของตน หากนาย ข. ได้มาเห็นรูปถ่ายของนาย ก. แล้วต้องการได้บ้าง นาย ข. จึงได้นำกล้องถ่ายรูปไปถ่ายรูปพระอาทิตย์ตกในมุม และเวลา เดียวกันกับที่นาย ก. ถ่ายและได้ภาพพระอาทิตย์ตกในลักษณะเช่นเดียวกันกับนาย ก. เช่นนี้ ถือว่านาย ข. ได้สร้างสรรค์งานโดยใช้ความคิดริเริ่มในการสร้างสรรค์ด้วยตนเองไม่ถือเป็นการ

¹¹ จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และ นันทน อินทนนท์, ลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัล มาตรการทางเทคโนโลยี และทางเลือกสำหรับประเทศไทย, มกราคม 2550, 48.

¹² ไชยยศ เหมะรัชตะ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, 34.

ละเมิดลิขสิทธิ์ของนาย ก. และนาย ข. ย่อมมีสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์เช่นเดียวกับนาย ก. ทุกประการ เป็นต้น

อย่างไรก็ตามแม้กฎหมายลิขสิทธิ์จะให้ความคุ้มครองการแสดงออกซึ่งทางความคิดและต้องเกิดจากการสร้างสรรค์ด้วยตัวของผู้สร้างสรรค์เองก็ตาม แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ก็ไม่ได้ให้ความคุ้มครองต่อการแสดงออกซึ่งทางความคิดในทุกระดับ แต่จะเป็นเพียงการแสดงออกทางความคิดที่ถึงระดับหรือถึงขั้นของการสร้างสรรค์เท่านั้นที่ได้รับความคุ้มครอง ดังนั้น ลำพังการเขียนข้อความสั้น ๆ เช่น กลุ่มคำ วลี หรือชื่อเรื่อง หรือการวาดรูปคน สัตว์ สิ่งของ ฯลฯ อย่างง่าย ๆ ที่ไม่ถึงระดับของการสร้างสรรค์ ๆ อย่างเพียงพอ ผลงานต่าง ๆ เหล่านี้ย่อมไม่อาจได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้¹³ ดังนั้น ในประเด็นของการสร้างสรรค์งานด้วยตนเอง (Originality) จึงอาจสรุปได้ว่างานสร้างสรรค์ที่จะถือว่าเป็น Originality ใต้นั้นจะต้องเป็นงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้กระทำให้ขึ้นจากความวิริยะอุตสาหะของผู้สร้างสรรค์ (Creative effort) โดยทุ่มเทกำลังสติปัญญา ความรู้ ความเชี่ยวชาญหรือ วิจารณ์ญาณ (skill and judgment) จากประสบการณ์ลงไปในงานนั้นพอสมควรด้วย มิใช่สักแต่ทำงานนั้นขึ้นหรืองานนั้นเกิดขึ้นโดยบังเอิญ¹⁴ ในทางตรงกันข้าม หากผู้สร้างสรรค์มิได้ลงมือลงแรงของตนจนถึงขนาดเป็นส่วนสำคัญที่ก่อให้เกิดงานนั้นขึ้นมาแล้วหรือเพียงแต่เป็นการดัดแปลงปรับปรุงงานสร้างสรรค์เพียงเล็กน้อยมิได้ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมส่วนอันเป็นสาระสำคัญแต่อย่างใด ก็ต้องถือว่างานนั้นขาด Originality และไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์¹⁵

¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 876/2486 (ฎ.960) วินิจฉัยว่าข้อความในฉลากปิดขวดยาไม่ใช่งานลิขสิทธิ์ โดยเหตุผลว่าไม่อยู่ในความหมายของงานวรรณกรรมและศิลปกรรม

¹⁴ สำนักงานอบรมกฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา, คู่มือการศึกษาทฤษฎีสิทธิทางปัญญา, (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดจรัสการพิมพ์, 2545), 201.

¹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4486/2539.

2.3.4 เป็นงานที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย

หลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่ได้มีปรากฏไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนนักว่าสิ่งที่มีลักษณะต้องห้ามหรืองานที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจะเป็นงานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่ แม้แต่ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2535 ก็มิได้ปรากฏแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามหากนำกฎหมายลิขสิทธิ์เปรียบเทียบกับกฎหมายสาขากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับอื่น ๆ คือ มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2545 และมาตรา 9(5) แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 จะเห็นได้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับนี้ได้บัญญัติประเด็นดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าเครื่องหมายการค้าหรือสิทธิบัตรที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยแล้วศีลธรรมอันดีของประชาชนจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายดังกล่าว

มีคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับหนึ่งที่ถือได้ว่าเป็นการยืนยันหลักการที่ว่างานที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่อาจได้รับการคุ้มครองเป็นงานลิขสิทธิ์ได้ คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3705/2530 ซึ่งวินิจฉัยว่างานลิขสิทธิ์ที่บุคคลสามารถเป็นเจ้าของได้จะต้องเป็นงานที่ตนสร้างสรรค์โดยชอบด้วยกฎหมาย เมื่อปรากฏว่าวิดีโอเทปของกลาง 1 ที่โจทก์อ้างว่าเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์มีบทแสดงการร่วมเพศระหว่างหญิงและชายบางตอนอันเป็นภาพลามกซึ่งผู้ใดทำหรือมีไว้หรือมีส่วนเกี่ยวข้องในการค้าเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 งานของโจทก์ดังกล่าวจึงมิใช่งานสร้างสรรค์ตามความหมายแห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 โจทก์จึงไม่ใช่เจ้าของลิขสิทธิ์ ไม่ใช่ผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) และไม่มีอำนาจฟ้อง

แม้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในประเด็นนี้ แต่การตีความกฎหมายโดยพิจารณาถึงความเจตนาของร่างและ ความมุ่งหมายของกฎหมายก็ดี หรือถ้อยคำที่ปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3705/2530 ก็ดี ย่อมน่าจะยืนยันได้เช่นเดิมว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยมีหลักเกณฑ์อยู่ว่างานที่ขัดต่อกฎหมายนั้นไม่ถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์

2.4 หลักการคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

ระบบการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศมีรากฐานและมีที่มาเป็นเวลานานแล้วและได้มีการพัฒนาต่อเนื่องมาตลอดจนถึงปัจจุบัน เหตุผลในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศนั้น ก็เนื่องมาจากการที่กฎหมายภายในของแต่ละประเทศจำกัดความคุ้มครองไว้แต่เพียงงานลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นภายในประเทศของตน เป็นผลให้เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างเพียงพอและเมื่อมีการพัฒนาด้านเทคโนโลยีและการสื่อสารโทรคมนาคมประกอบกับการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างแพร่หลาย เช่น การทำซ้ำ หรือการเผยแพร่ต่อสาธารณชนได้พัฒนาไปอย่างรวดเร็วโดยการใช้เทคโนโลยี การให้ความคุ้มครองอย่างจำกัดภายในอาณาเขตของประเทศใดประเทศหนึ่งโดยไม่ได้ให้ความคุ้มครองในประเทศอื่นด้วย ย่อมทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่สามารถปกป้องสิทธิของตนในอาณาเขตประเทศอื่นได้เลย

นอกจากเหตุผลข้างต้นแล้ว ระบบการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในระดับระหว่างประเทศยังประกอบไปด้วยเหตุผลอีกหลายอย่างประกอบกัน เช่น แนวความคิดที่ว่าการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศจะส่งเสริมการเผยแพร่ผลงานลิขสิทธิ์ในระดับสากลให้มากขึ้น นอกจากนั้น ยังมีแนวความคิดอีกว่าเมื่อลิขสิทธิ์เกิดขึ้นจากการสร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์โดยตรงแล้วก็ควรที่จะให้มีผลสมบูรณ์และยกขึ้นอ้างในที่ใด ๆ ได้¹⁶

ระบบการคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศนั้นมีอยู่ด้วยกันหลายฉบับ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยได้ศึกษาหลักการคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ 5 ฉบับ คือ

1. อนุสัญญากรุงเบอร์น (Berne Convention 1886)
2. ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs)
3. สนธิสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty : WCT)
4. สนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของนักแสดงและผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง (WIPO Performances and Phonograms Treaty : WPPT)

¹⁶ รัชชัย ศุภผลศิริ, กฎหมายลิขสิทธิ์พร้อมด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, 34.

5. สนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของสหภาพยุโรป (Infosoc Directive 2001/29/EC หรือ EUCD)

สำหรับการศึกษาในบทที่ 2 ผู้วิจัยจะศึกษาหลักการพื้นฐานของคุ้มครองงานลิขสิทธิ์และหลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมอันเป็นข้อยกเว้นของการละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้ความตกลงอนุสัญญากรุงเบอร์น (Berne Convention 1886) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs Agreement) ก่อน ส่วนสนธิสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty : WCT) สนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของนักแสดงและผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง (WIPO Performances and Phonograms Treaty : WPPT) และ สนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของสหภาพยุโรป (Infosoc Directive 2001/29/EC หรือ EUCD) จะอยู่ในการศึกษาของบทต่อไป

2.4.1 การคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์น (Berne Convention 1886)

อนุสัญญากรุงเบอร์น (Berne Convention 1886) เป็นความตกลงที่เป็นมาตรฐานระหว่างประเทศในการให้ความคุ้มครองแก่งานวรรณกรรมและศิลปกรรม อนุสัญญานี้มีประเทศต่าง ๆ เป็นภาคีอยู่จำนวนมากกว่ารวมถึงประเทศไทยด้วย¹⁷ อนุสัญญากรุงเบอร์นถือเป็นข้อตกลงพหุภาคีที่เกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่เก่าแก่ที่สุด ข้อตกลงฉบับนี้ได้รับการปรับปรุงแก้ไขหลายครั้งเพื่อให้รองรับการพัฒนาเทคโนโลยีและรองรับสิทธิ์ใหม่ ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นสำหรับใช้งานลิขสิทธิ์ในอนาคต ซึ่งการปรับปรุง แก้ไขหลักเกณฑ์ในข้อตกลงดังกล่าว เป็นการเพิ่มเติม (Additions) 2 ครั้ง และการแก้ไข (Revisions) อีก 5 ครั้ง โดยครั้งล่าสุดที่มีการปรับปรุงได้ปรับปรุงไว้ ณ กรุงปารีส เมื่อวันที่ 24 กรกฎาคม ค.ศ. 1971 และมีผลเมื่อ 10 ตุลาคม ค.ศ. 1974 ใช้ชื่อเรียกว่า อนุสัญญากรุงเบอร์นฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส (The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 1886 , revised at Paris 1971)

¹⁷ประเทศไทยได้เข้าเป็นสมาชิกเมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม พ.ศ. 2474, **World Intellectual Property Organization** [Online], 23 สิงหาคม 2551. แหล่งที่มา http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15

การแก้ไขบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินในแต่ละครั้ง ได้กระทำเพื่อทำให้การคุ้มครองงานลิขสิทธิ์มีความเหมาะสมสอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปในแต่ละยุคสมัย หลักการของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ได้แก่ การยกเลิกเงื่อนไขการจดทะเบียนเพื่อให้ได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ การเปลี่ยนแปลงอายุการคุ้มครอง การขยายการคุ้มครองไปสู่งานประเภทใหม่ ๆ การยินยอมให้ประเทศสมาชิกนำเอามาตรการบังคับใช้สิทธิ (Compulsory licensing) มาใช้ และการให้การรับรองสิทธิทางศีลธรรม (Moral right) ของผู้สร้างสรรค์ เป็นต้น¹⁸

อนุสัญญาเบอร์ลินได้ก่อตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ประเทศสมาชิกให้การคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ภายใต้หลักการที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน อนุสัญญากรุงเบอร์ลินได้กำหนดมาตรฐานการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ เพื่อเป็นบรรทัดฐานสำหรับรัฐภาคีที่จะรับไปบัญญัติไว้ในกฎหมายภายใน มาตรฐานการคุ้มครองนี้รวมถึงหลักการพื้นฐานของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ ได้แก่ หลักดินแดนของการคุ้มครอง หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ขอบเขตของสิทธิที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีตามกฎหมาย ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์การกำหนดสิทธิขั้นต่ำอายุการคุ้มครอง เป็นต้น¹⁹

เจตนารมณ์ดั้งเดิมของการจัดทำอนุสัญญากรุงเบอร์ลินก็คือ เพื่อสร้างกฎเกณฑ์ในการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม (Literary and Artistic Works) ที่เป็นการสร้างสรรค์งานในด้านความสวยงามและสุนทรีย์ภาพเป็นสำคัญ แต่ในปัจจุบันขอบเขตของการให้ความคุ้มครองได้ขยายออกไปสู่งานในลักษณะอื่น รวมทั้งการคุ้มครองงานที่เน้นในด้านหน้าที่ปฏิบัติงาน เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ และเทคโนโลยีโทรคมนาคมด้วย โดยหลักการส่วนใหญ่ อนุสัญญากรุงเบอร์ลินจะใช้กับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ โดยไม่นำมาใช้ในการคุ้มครองงานที่มีลักษณะเป็นการภายใน แต่อนุสัญญาฉบับนี้จะมีเป้าหมายที่จะคุ้มครองงานของคนต่างชาติ และเป็นงานที่มีแหล่งกำเนิดในต่างประเทศเป็นสำคัญ ทั้งนี้จะเห็นได้จากบทบัญญัติ

¹⁸ รัชชัย สุภผลศิริ, กฎหมายลิขสิทธิ์พร้อมด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, 37-39.

¹⁹ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), 69.

ใน ข้อ 5(1) ของอนุสัญญากรุงเบอร์น์ที่ได้กำหนดให้ใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และหลักสิทธิขั้นต่ำ เฉพาะในกรณีที่ผู้สร้างสรรค์มิได้เป็นคนชาติของประเทศที่ให้ความคุ้มครองเท่านั้น²⁰

อนุสัญญากรุงเบอร์น์แบ่งออกเป็น 2 ส่วน โดยส่วนแรกเป็นบทบัญญัติทางเนื้อหา ส่วนที่สองเป็นบทบัญญัติทางบริหารและโครงสร้าง ตัวอย่างของบทบัญญัติทางเนื้อหา ได้แก่ บทบัญญัติที่เกี่ยวกับประเภทของงานลิขสิทธิ์ วิธีการคุ้มครอง อายุการคุ้มครอง เป็นต้น ส่วนบทบัญญัติทางบริหารและโครงสร้าง เช่น การบริหารงานของสหภาพ ค่าบำรุงสหภาพ การให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติอนุสัญญา การใช้ออนุสัญญา การใช้บังคับอนุสัญญาต่อประเทศภาคีอื่น เป็นต้น

หลักการสำคัญภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์น์มี ดังนี้²¹

1. หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment)

หลักการดังกล่าวกำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องให้สิทธิแก่ผู้สร้างสรรค์ที่เป็นคนชาติของรัฐภาคีสมาชิก เช่นเดียวกับที่ได้ให้สิทธิแก่คนชาติของตนเอง เหตุผลในการกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ในความตกลงระหว่างประเทศนี้เนื่องจากการป้องกันมิให้มีการกีดกันคนต่างชาติ กล่าวคือ กฎหมายภายในของรัฐภาคีแห่งความตกลงระหว่างประเทศฉบับนี้จะมีบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการกีดกันสิทธิของคนที่มีสัญชาติของรัฐภาคีอื่นไม่ได้

²⁰ Berne Convention Article 5(1)

²¹ World Intellectual Property Organization, **Summary of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1886)** [Online], 7 May 2010. Available from : http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/summary_berne.html

²¹ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า, 70.

2. หลักการคุ้มครองโดยอัตโนมัติและปราศจากแบบพิธี (Principle of Automatic Protection and Absence of Formalities)

หลักการนี้ได้กำหนดหลักการพื้นฐานของการได้รับความคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ กล่าวคือ งานสร้างสรรค์จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ทันทีเมื่อผู้สร้างสรรค์ได้มีการสร้างสรรค์ผลงานโดยไม่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขอย่างใด ๆ เช่น การจดทะเบียน เป็นต้น ซึ่งอนุสัญญากรุงเบอร์ลินได้กำหนดว่าประเทศสมาชิกจะกำหนดเงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในลักษณะใดไม่ได้ ถ้ากฎหมายในประเทศสมาชิกกำหนดเงื่อนไขการได้มาซึ่งงานลิขสิทธิ์ก็ย่อมขัดต่อพันธกรณีตามอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน

3. การคุ้มครองโดยอิสระจากการคุ้มครองในประเทศแหล่งกำเนิดงาน (Principle of Independence of Protection)

หลักการนี้หมายความว่าประเทศภาคีหนึ่งพึงให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ของประเทศภาคีอื่นโดยมิต้องพิจารณาว่างานลิขสิทธิ์นั้นได้รับการคุ้มครองในประเทศที่เกิดแห่งงานโดยสมบูรณ์หรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ งานลิขสิทธิ์ของประเทศภาคีหนึ่งอาจได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายของประเทศภาคีอื่นได้ แม้ว่าจะงานลิขสิทธิ์นั้นอาจจะไม่ได้รับความคุ้มครองในประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดงานมาก่อนก็ตาม จึงทำให้ผู้ขอรับความคุ้มครองไม่ต้องพิสูจน์ว่างานของตนสอดคล้องกับหลักเกณฑ์เงื่อนไขใด ๆ ของประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดงานนั้นด้วย ดังนั้น หากพิจารณาในทางตรงกันข้าม ประเทศที่กำหนดหลักเกณฑ์มากกว่ามาตรฐานขั้นต่ำที่อนุสัญญากำหนดไว้และงานสร้างสรรค์สิ้นสุดการคุ้มครองในประเทศแหล่งกำเนิด การคุ้มครองนั้นอาจได้รับการปฏิเสธการคุ้มครองในประเทศแหล่งกำเนิดเช่นกัน

4. มาตรฐานขั้นต่ำของการคุ้มครองในงานสร้างสรรค์ รวมถึงสิทธิขั้นพื้นฐานและอายุการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ (Minimum Right)

หลักการนี้ถือเป็นหลักการที่แสดงให้เห็นถึงจุดประสงค์ของการจัดทำข้อตกลงระหว่างประเทศฉบับนี้ กล่าวคือ ต้องการให้มีมาตรฐานกลางซึ่งเป็นมาตรฐานในการ

คุ้มครองงานสร้างสรรค์ของประเทศสมาชิกที่ผูกพันตามข้อตกลงดังกล่าว ดังนั้นบรรดาสิทธิต่าง ๆ และการคุ้มครองที่ประเทศสมาชิกได้ให้ความคุ้มครองแต่ผู้สร้างสรรค์นั้นจะต้องมีไม่น้อยกว่าที่มาตรฐานของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินกำหนดไว้ แต่ในขณะเดียวกันประเทศสมาชิกอาจจะให้ความคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ที่สิทธิที่สูงกว่าที่อนุสัญญากรุงเบอร์ลินกำหนดไว้ก็ได้ แต่จะกำหนดให้ต่ำกว่าอนุสัญญากรุงเบอร์ลินกำหนดไว้ไม่ได้

2.4.2 การคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPs)

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs Agreement) นี้ เป็นความตกลงที่สืบเนื่องมาจากการเจรจาการค้าพหุภาคีของประเทศภาคีของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (The General Agreement of Tariffs and Trade : GATT) ณ เมืองปุนต้า เดล เอสเต้ (Punta Del Este Declaration) ประเทศอุรุกวัย (Uruguay Round) เมื่อวันที่ 20 กันยายน ค.ศ. 1986 (พ.ศ. 2529) โดยประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งเป็นประเทศอุตสาหกรรมให้เหตุผลว่าทรัพย์สินทางปัญญามีความสำคัญต่อเศรษฐกิจของตนเองเนื่องจากเป็นองค์ประกอบสำคัญที่ก่อให้เกิดความได้เปรียบในการแข่งขันในตลาดการค้าโลก แต่ประเทศกำลังพัฒนาซึ่งมีฐานะเป็นผู้ตามในด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีมักจะนำเอาเทคโนโลยี และทรัพย์สินทางปัญญาที่คิดค้นได้โดยวิสาหกิจของประเทศที่พัฒนาแล้วไปใช้สอยโดยไม่ขออนุญาตและไม่เสียค่าตอบแทนมีผลทำให้ประเทศที่พัฒนาเสียเปรียบ และเห็นว่าหลายประเทศควรมีการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเพียงพอด้วย

ในระยะแรกประเทศที่กำลังพัฒนาได้มีการคัดค้านการผนวกเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาเข้ามาในการเจรจาการค้า โดยเห็นว่า GATT ไม่มีขอบอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา หากแต่ควรจะเป็นหน้าที่ของ WIPO มากกว่า และการนำเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาเข้ามาในการเจรจานี้ น่าจะเป็นการได้เปรียบและเป็นประโยชน์ต่อประเทศที่พัฒนาแล้วแต่ฝ่ายเดียวมากกว่าประเทศที่กำลังพัฒนา เนื่องจากประเทศที่กำลังพัฒนาอาจต้อง

เสียค่าตอบแทนในจำนวนที่สูงให้แก่ประเทศที่พัฒนาแล้ว อย่างไรก็ตามในเวลาต่อมาประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศก็ยอมรับให้รวมการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในการเจรจาของ GATT (Uruguay Round) โดยเหตุผลหลักที่ว่า การที่จะสร้างมาตรฐานการคุ้มครองขั้นต่ำ (Minimum Standards) และกระบวนการระงับข้อพิพาท (Dispute settlement procedures) ขึ้นมาน่าจะป้องกันการใช้มาตรการฝ่ายเดียวจากประเทศคู่ค้าซึ่งเป็นประเทศที่พัฒนาแล้วได้ ดังนั้น อาจถือได้ว่าข้อตกลง TRIPs ได้เกิดขึ้นจากความพยายามพอสมควรตั้งแต่ ค.ศ. 1986 (พ.ศ. 2529) จนกระทั่งสำเร็จเป็นข้อตกลงฉบับสมบูรณ์เมื่อวันที่ 15 เมษายน ค.ศ. 1994 (พ.ศ. 2537) และข้อตกลงฉบับดังกล่าวก็เป็นการนำไปสู่การจัดตั้งองค์การการค้าโลก (The World Trade Organization หรือ WTO) ซึ่งได้มีการผนวกรวมความตกลงเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา (TRIPs) ไว้ด้วย

หลักการพื้นฐานในข้อตกลง TRIPs มีดังนี้²²

1. หลักปฏิบัติอย่างคนชาติ (Principle of National Treatment)

หลักการนี้ถือเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญหลักหนึ่งที่เป็น การประกันว่าคนชาติของรัฐหนึ่งจะได้รับการคุ้มครองสิทธิในรัฐอีกรัฐหนึ่งอย่างคนชาติของตน ซึ่งเป็นการป้องกันการเลือกปฏิบัติของรัฐหนึ่งต่อคนชาติของรัฐอื่นเช่นเดียวกับอนุสัญญา เบอร์นที่ได้ศึกษามาแล้วข้างต้นนั่นเอง

ภายใต้หลักการนี้ ข้อตกลง TRIPs กำหนดให้ประเทศภาคีของ WTO จะต้องให้การคุ้มครองแก่คนชาติของประเทศภาคีอื่น ๆ ในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาเช่นเดียวกับการคุ้มครองที่ให้แก่คนชาติของตนเอง และคำว่า “ความคุ้มครองหรือการคุ้มครอง (Protection)” นี้ ข้อตกลง TRIPs ได้อธิบายความหมายว่าให้หมายความรวมถึงเรื่องใด ๆ ที่กระทบต่อการมี

²² รัชชัย ศุภผลศิริ, กฎหมายลิขสิทธิ์พร้อมด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, 57-62.

การได้มา การปกป้องและการบังคับการใช้สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา และตลอดถึงเรื่องใด ๆ ที่กระทบต่อการใช้สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาที่ระบุไว้ในข้อตกลง TRIPs นี้

อย่างไรก็ตาม ภายใต้หลักการนี้ข้อตกลง TRIPs ก็ได้กำหนดข้อยกเว้นของความผูกพันในการให้การคุ้มครองอย่างคนชาตินี้ไว้ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธินักแสดง ผู้บันทึกเสียงและองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพด้วย จึงหมายความว่าถ้าประเทศภาคีนั้น ๆ สามารถให้สิทธิเหล่านี้นอกเหนือไปจากข้อตกลง TRIPs ได้ และหากเป็นเช่นนั้นประเทศภาคีนั้นก็จะอาจปฏิเสธไม่คุ้มครองหรือให้สิทธิเหล่านี้แก่คนชาติของประเทศภาคีอื่นก็ได้

2. หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favoured-Nation Treatment)

ก่อนข้อตกลง TRIPs จะมีขึ้นนั้น ข้อตกลงในเรื่องนี้ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาจะไม่ใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (หลัก MFN) เพื่อให้ประเทศภาคีของข้อตกลงนั้นมีอิสระที่จะทำความตกลงให้สิทธิกับประเทศอื่นเป็นกรณีพิเศษแตกต่างจากประเทศภาคีอื่น ๆ ได้ ข้อตกลง TRIPs นี้ได้กำหนดให้ประเทศภาคีของ WTO ผูกพันตามหลัก MFN โดยกำหนดไว้ว่าการที่ประเทศภาคีหนึ่งจะให้สิทธิในทางคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและคนชาติของประเทศใด ๆ แล้ว (แม้จะไม่ใช้ประเทศภาคีของ WTO ก็ตาม) ก็จะต้องให้สิทธิเช่นเดียวกันนั้นกับคนชาติของประเทศภาคีอื่นด้วยโดยพลัน และโดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าประเทศที่เป็นภาคีของข้อตกลงเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ มาก่อน เช่น Paris Convention หรือ Berne Convention ซึ่งไม่อยู่ภายใต้หลัก MFN เมื่อมาเป็นภาคีของ TRIPs แล้ว ก็ต้องผูกพันตามหลัก MFN ด้วย ซึ่งจะทำให้การปฏิบัติมีผลแตกต่างไปจากเดิม กล่าวคือ การให้สิทธิประโยชน์เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแก่ประเทศใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นภาคีสมาชิกของข้อตกลงเดียวกันหรือไม่นั้น จะมีผลผูกพันให้ต้องให้สิทธิประโยชน์เช่นเดียวกันนั้นแก่ทุกประเทศที่เป็นภาคี TRIPs โดยอัตโนมัติ

3. มาตรฐานขั้นต่ำในข้อตกลง TRIPs ที่เกี่ยวกับการคุ้มครอง ลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง

ข้อตกลง TRIPs ในส่วนที่ 2 ซึ่งกำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงอยู่หลายประการตั้งแต่ Article 9 ถึง Article 14 พอสรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้

1. ประเทศสมาชิกจะปฏิบัติตาม Article 1-21 ของอนุสัญญาเบอร์ลิน (Paris Act 1971) และภาคผนวก ยกเว้น Article 6 *bis* ซึ่งเป็นเรื่อง Moral right หรือสิทธิของผู้สร้างสรรค์ (Article 9)
2. การคุ้มครองจะไม่ขยายไปถึง ความคิด ขั้นตอน วิธีการ หรือแนวคิดทางคณิตศาสตร์²³
3. โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของ Source Code หรือ Object Code จะได้รับการคุ้มครองอย่างงานวรรณกรรมภายใต้อนุสัญญาเบอร์ลิน ค.ศ.1971²⁴
4. ข้อมูลที่รวบรวม (Data base) ไม่ว่าจะอยู่ในรูปที่อ่านได้ด้วยเครื่องหรือรูปอื่นซึ่งมีการคัดเลือกหรือเรียบเรียงเนื้อหาในลักษณะที่เป็นการสร้างสรรค์ทางปัญญา ย่อมได้รับการคุ้มครอง แต่การคุ้มครองนี้จะไม่กระทบถึงลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ในข้อมูลที่น่ามารวบรวมนั้น²⁵
5. เจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์และภาพยนตร์จะได้รับสิทธิในการให้เช่า (Rental right)²⁶
6. ในกรณีที่การนับอายุการคุ้มครองงานใดนอกจากงานภาพถ่ายหรืองานศิลปะประยุกต์ที่นับโดยวิธีอื่นนอกจากอายุของผู้สร้างสรรค์ที่เป็นบุคคลธรรมดา อายุการคุ้มครองนั้นจะต้องไม่น้อยกว่า 50 ปี นับจากวันสุดท้ายของปีปฏิทินที่มีการเผยแพร่งานโดยได้รับ

²³ Article 9, TRIPs

²⁴ Article 10(1), TRIPs

²⁵ Article 10(2), TRIPs

²⁶ Article 11, TRIPs

อนุญาต หรือถ้าไม่มีกาเผยแพร่งานเช่นนั้น ต้องไม่น้อยกว่า 50 ปี นับจากวันสุดท้ายของปีปฏิทินที่งานนั้นได้สร้างสรรค์ขึ้น²⁷

7. ข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นสิทธิแต่ผู้เดียวอาจมีได้ในกรณีเฉพาะ (certain special cases) ซึ่งไม่ขัดต่อการใช้ประโยชน์ของงานตามปกติและไม่กระทบต่อสิทธิของเจ้าของสิทธิเกินสมควร²⁸

8. นักแสดง ผู้บันทึกเสียง และองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพจะมีสิทธิบางประการดังที่กำหนดไว้ นอกจากนั้นผู้บันทึกเสียงอาจมีสิทธิในการให้เช่า (Rental right) ด้วย²⁹

9. อายุการคุ้มครองสิทธิของนักแสดงและผู้บันทึกเสียงจะมีระยะเวลาอย่างน้อย 50 ปี นับจากวันสุดท้ายของปีปฏิทินที่มีการบันทึกหรือที่มีการแสดงส่วนอายุการคุ้มครองสิทธิ ขององค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพจะไม่น้อยกว่า 20 ปี นับจากวันสุดท้ายของปีปฏิทินที่มีการแพร่เสียงแพร่ภาพ³⁰

10. ประเทศสมาชิกอาจกำหนดเงื่อนไข ข้อจำกัดสิทธิ ข้อยกเว้น หรือข้อสงวนได้เท่าที่ระบุไว้ในอนุสัญญากรุงโรม³¹

กล่าวโดยสรุปแล้ว มาตรฐานการคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามข้อตกลง TRIPs อิงกับอนุสัญญาเบอร์น ฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส (Paris Act 1971) เป็นส่วนใหญ่ โดยมีหลักเกณฑ์ใหม่ ๆ บางประการที่ TRIPs บัญญัติเพิ่มเติมขึ้นมา (เช่น ข้อ 3-5 ข้างต้น)

2.5 หลักการพื้นฐานของการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

โดยหลักการพื้นฐานแล้วเจตนารมณ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์จะให้ความคุ้มครองแก่งานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้น โดยกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์จากงานสร้างสรรค์ทางสติปัญญาของตน แต่อย่างไรก็ตามเพื่อเป็นการตอบสนองความคิดสร้างสรรค์

²⁷ Article 12, TRIPs

²⁸ Article 13, TRIPs

²⁹ Article 14 (1)-(4), TRIPs

³⁰ Article 14 (1)-(5), TRIPs

³¹ Article 14 (6), TRIPs

ของเจ้าของลิขสิทธิ์ และก่อให้เกิดแรงจูงใจในการสร้างสรรค์ผลงานใหม่ ๆ แก่สังคมและเป็นการส่งเสริมให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ตามสมควรเพื่อเปิดโอกาสให้มีการสร้างสรรค์ผลงานทางปัญญาอื่น ๆ ต่อไป ผู้สร้างสรรค์จึงควรจะให้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนคืนแก่สังคมหรือสาธารณชนด้วย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการรักษาสมดุลระหว่างสิทธิของผู้สร้างสรรค์และประโยชน์ของสังคมที่จะได้รับจากงานที่มนุษย์สร้างสรรค์ขึ้น อันเป็นการลดความเข้มข้นของเจ้าของสิทธิแต่ผู้เดียวลงมาจนอยู่ในระดับที่เจ้าของลิขสิทธิ์และสังคมต่างก็ได้รับประโยชน์จากงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ร่วมกัน และกระตุ้นให้มีการสร้างสรรค์งานต่อไป โดยเป้าหมายของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ คือ การกระจายผลงานสร้างสรรค์ไปสู่สาธารณชนให้มากที่สุดหาใช่เพื่อประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์แต่เพียงฝ่ายเดียวไม่³²

ดังนั้น หากไม่มีข้อจำกัดสิทธิหรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์บ้าง บุคคลอื่นก็จะไม่มีโอกาสได้ใช้ประโยชน์จากงานสร้างสรรค์ได้เลย เพราะเจ้าของลิขสิทธิ์จะไม่ยินยอมจนกว่าอายุลิขสิทธิ์จะสิ้นไป และจะเห็นได้ว่าการกระทำต่าง ๆ ในงานลิขสิทธิ์นั้นจะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แทบทุกกรณี ความมุ่งหมายของระบบลิขสิทธิ์ที่ต้องการกระตุ้นและให้มีการกระจายผลงานสร้างสรรค์สู่สาธารณชนเพื่อใช้ประโยชน์แก่สังคมก็จะเป็นผลเท่าที่ควร

2.5.1 การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน

ตามอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส ค.ศ. 1971 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้หลายกรณี ซึ่งสรุปได้ ดังนี้³³

1. อนุสัญญากรุงเบอร์ลินได้กำหนดข้อยกเว้นดังกล่าวไว้ใน ข้อ 9(2) โดยให้ประเทศสมาชิกกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในกฎหมายภายในของตนอนุญาตให้มีการทำซ้ำงานลิขสิทธิ์ได้ในบางกรณี ทั้งนี้ การกระทำดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร

³² วัส ดิงสมิตร, “การศึกษาหรือวิจัยอันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์,” บทบัญญัติ เล่มที่ 57 ตอน 1 (มีนาคม 2544) : 1.

³³ รัชชัย ศุภผลศิริ, กฎหมายลิขสิทธิ์พร้อมด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, 215-223.

2. การใช้งานโดยชอบธรรมเพื่อวัตถุประสงค์เกี่ยวกับข้อมูลข่าวสารและการศึกษา สามารถแยกพิจารณาออกเป็น³⁴

(ก) การใช้งานอย่างเป็นธรรมเพื่อการอ้างอิง (Right of Quotation)

หลักการดังกล่าวได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาข้อ 10(1) และ ข้อ 10(3) ซึ่งกำหนดไว้ว่า “ข้อ 10 (1) การอ้างอิงงานวรรณกรรมและงานศิลปกรรมที่ได้มีการเผยแพร่โดยชอบด้วยกฎหมายต่อสาธารณชนย่อมกระทำได้ แต่ต้องเป็นการใช้อย่างเป็นธรรมและการอ้างอิงดังกล่าวต้องไม่เกินวัตถุประสงค์ในการใช้งานที่อ้างอิงและการอ้างอิงนี้ให้รวมถึงการอ้างอิงจากบทความทางหนังสือพิมพ์ และวารสารซึ่งอยู่ในรูปแบบของการสรุปข่าวด้วย”

ส่วน ข้อ 10(3) ได้กำหนดไว้ว่า “การอ้างอิงงานลิขสิทธิ์ดังกล่าวจะต้องอ้างอิงถึงแหล่งที่มาและชื่อของผู้สร้างสรรค์ที่ปรากฏอยู่ในตัวงานเสมอ”³⁵

(ข) การใช้งานอย่างเป็นธรรมเพื่อวัตถุประสงค์ในการสอน (Use for Teaching Purposes)

การใช้งานในกรณีดังกล่าวนี้กำหนดอยู่ใน ข้อ 10(2) ซึ่งประเทศสมาชิกของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินสามารถกำหนดหลักการดังกล่าวไว้ในกฎหมายภายในของตนให้สามารถอนุญาตให้งานวรรณกรรมและงานศิลปกรรมเพื่อประโยชน์ในการอธิบายหรือยกตัวอย่างในสื่อสิ่งพิมพ์ การแพร่เสียงแพร่ภาพ หรือสิ่งบันทึกเสียงหรือภาพเพื่อการสอน ซึ่งคำว่าการสอนนั้นก็น่าจะหมายถึงการสอนในสถาบันการศึกษาทั้งของรัฐและเอกชนด้วย³⁶

³⁴ Gillian Davies, **Modern Legal studies Copyright and the Public Interest**, 2nd ed. (London : Sweet & Maxwell, 2002), 278-279.

³⁵ ตัวอย่างการอ้างอิงถึงแหล่งที่มา เช่น กรณีงานวรรณกรรม คือ การอ้างอิงชื่อผู้แต่งหรือเจ้าของลิขสิทธิ์ชื่อผู้แปล, นามแฝง, สำนักพิมพ์ เป็นต้น

³⁶ Gillian Davies, **Modern Legal studies Copyright and the Public Interest**, 278.

แต่ทั้งนี้การใช้งานในกรณีนี้จะต้องเป็นการใช้อย่างเป็นธรรมและต้องอ้างอิงแหล่งที่มาและชื่อผู้สร้างสรรค์ของงานดังกล่าวด้วย

**(ค) การใช้งานอย่างเป็นธรรมเพื่อประโยชน์การสื่อสารมวลชน
(Exception for Benefit of the Media)**

หลักการดังกล่าวบัญญัติไว้ใน ข้อ 10 ทวิ (1) ซึ่งกำหนดไว้ว่ากฎหมายภายในของประเทศสมาชิกอนุสัญญากรุงเบอร์ลินสามารถอนุญาตให้มีการทำซ้ำบทความที่พิมพ์ในหนังสือพิมพ์หรือนิตยสารที่มีหัวข้อเกี่ยวกับทางเศรษฐกิจ การเมือง หรือศาสนา โดยการพิมพ์ การแพร่เสียงแพร่ภาพ หรือการสื่อสารต่อสาธารณชนโดยผ่านสื่อทางสาย ทั้งนี้หากไม่มีการห้ามพิมพ์ การแพร่เสียงแพร่ภาพ หรือการสื่อสารต่อสาธารณชนโดยผ่านสื่อทางสายในเรื่องดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้ง การทำซ้ำดังกล่าวจะต้องอ้างอิงถึงแหล่งที่มาของบทความดังกล่าวอย่างชัดเจน

(ง) การใช้งานอย่างเป็นธรรมเพื่อประโยชน์ในการรายงานเหตุการณ์ปัจจุบัน (Reporting Current Event)

การใช้งานอย่างเป็นธรรมกรณีนี้บัญญัติไว้ใน ข้อ 10 ทวิ (2) โดยกำหนดไว้ว่ากฎหมายภายในของประเทศสมาชิกอนุสัญญากรุงเบอร์ลินอาจกำหนดเงื่อนไขสำหรับวัตถุประสงค์ของการรายงานเหตุการณ์ปัจจุบัน โดยวิธีการถ่ายภาพ ภาพยนตร์ การแพร่เสียงแพร่ภาพ หรือการสื่อสารต่อสาธารณชนโดยผ่านสื่อทางสาย งานวรรณกรรมหรืองานศิลปกรรมที่เห็นหรือได้ยินเหตุการณ์ปัจจุบันดังกล่าว สามารถถูกทำซ้ำและทำให้ปรากฏต่อสาธารณชน ทั้งนี้ ต้องเป็นการทำซ้ำและทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนอย่างเป็นธรรมเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้ข้อมูลดังกล่าวเท่านั้น

2.5.2 การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (TRIPs)

ข้อตกลง TRIPs ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ (Limitations and Exceptions) ไว้กว้าง ๆ ปรากฏใน Article 13 ว่าประเทศสมาชิกจะกำหนดข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวได้เฉพาะแต่กรณีพิเศษบางกรณีเท่านั้น แต่ต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร

เมื่อพิจารณาข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในข้อตกลง TRIPs แล้วจะเห็นได้ว่าจะกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้าง ๆ เนื่องจากข้อตกลง TRIPs ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ข้อ 1 – 21 ด้วย จึงทำให้ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกจะต้องปฏิบัติตามหลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ข้อ 9 ข้อ 10 และ ข้อ 10 ทวิ ด้วยโดยไม่คำนึงว่าประเทศดังกล่าวจะเป็นสมาชิกของสหภาพเบอร์ลินหรือไม่ ดังนั้น หลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของข้อตกลง TRIPs จึงเป็นการใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ค.ศ. 1971 ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำนั่นเอง เพียงแต่ข้อตกลง TRIPs ได้บัญญัติเป็นข้อยกเว้นแก่งานทุกประเภท

2.5.3 การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมตามกฎหมายต่างประเทศ

2.5.3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกามีการจำกัดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยนำหลักการใช้ที่เป็นธรรม (Fair Use) มาเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ หลักการใช้ที่เป็นธรรมเป็นข้อต่อสู้ที่กำเนิดจากคำพิพากษาของศาลที่ยอมให้มีการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หากเป็นการใช้ในลักษณะที่มี

เหตุผล (Reasonable manner)³⁷ ปัจจุบันหลักเกณฑ์ Fair Use ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติอยู่ในกฎหมาย Copyright Act 1976 มาตรา 107 ซึ่งมีหลักเกณฑ์ ดังนี้³⁸

(ก) วัตถุประสงค์และลักษณะของการใช้งาน รวมถึงการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวได้กระทำไปเพื่อการศึกษามีได้เป็นการกระทำเพื่อแสวงหากำไร

(ข) ลักษณะของงานอันมีลิขสิทธิ์

(ค) ปริมาณ และสาระสำคัญของการใช้งานเมื่อได้เปรียบเทียบกับงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด และ

(ง) ผลกระทบของการใช้และความเป็นไปได้ต่อศักยภาพทางการตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์

การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair use) ของสหรัฐอเมริกานี้ ได้ลดความเข้มข้นของสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีอยู่เพื่อให้สาธารณชนเข้ามาใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ได้โดยมีขอบเขตที่จำกัด โดยส่วนใหญ่จะเป็นการใช้เพื่อประโยชน์ของสังคมอันเป็นการส่งเสริมการศึกษาและขยายองค์ความรู้ให้มากขึ้น กฎหมาย Copyright Act 1976 อนุญาตให้มีการใช้งานที่เป็นธรรมหลายประการ เช่น เพื่อวัตถุประสงค์ในการวิจารณ์ ดิชม รายงานข่าว การสอน (รวมถึงการทำสำเนาหลาย ๆ ชุด เพื่อใช้สอนในห้องเรียน) การให้ทุน หรือการวิจัย หรือดิชม

³⁷ วัส ดิงสมิตร, “การศึกษาหรือวิจัยอันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์,” : 2-4.

³⁸ Article 107, Us Copyright Act 1976 “Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include —

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.”

เพื่อใช้ในการล้อเลียน ใช้ในห้องเรียน หรือทำซ้ำซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ เพื่อการร่างกฎหมาย หรือเพื่อใช้ในกระบวนการทางตุลาการ หรือรายงาน

การพิจารณาว่าการกระทำในเป็นการใช้ที่เป็นธรรม (Fair Use) หรือไม่นั้น โดยทั่วไปจะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป ว่าการกระทำนั้น ๆ เข้าหลักเกณฑ์การใช้ที่เป็นธรรมหรือไม่ ซึ่งจะพิจารณาจากข้อพิพาทที่มีการฟ้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งส่วนมากแล้วคู่ความฝ่ายที่ถูกฟ้องมักจะต่อสู้ว่าการกระทำของตนเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม ศาลจึงมีหน้าที่พิจารณาข้อเท็จจริงที่ปรากฏโดยอาศัยหลักเหตุผลแห่งความยุติธรรมเป็นหลักในการพิจารณาคดี โดยจะต้องพิจารณาองค์ประกอบทั้ง 4 ข้อ ไปพร้อม ๆ กันด้วย หากการกระทำดังกล่าวมีเหตุผล และเป็นการใช้ที่เป็นธรรมแล้วผู้ใช้ก็สามารถใช้งานลิขสิทธิ์ไปใช้ได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งหลักเกณฑ์การพิจารณา 4 ข้อ ข้างต้นมาพิจารณาซึ่งแยกอธิบายได้ ดังนี้

(ก) วัตถุประสงค์และลักษณะของการใช้งาน รวมถึงการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวได้กระทำไปเพื่อการศึกษามิได้เป็นการกระทำเพื่อแสวงหากำไร

ข้อพิจารณาข้อแรกนี้ เป็นการพิจารณาว่าการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเป็นการกระทำเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือเพื่อประโยชน์ทางการศึกษาที่ไม่ได้แสวงหากำไรหรือไม่ ซึ่งหากเป็นไปในทางการค้าหรือหากำไรต่องานดังกล่าวแล้วมักจะถูกพิจารณาว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แต่ก็มีใช้ทุกกรณีเนื่องจากศาลจะต้องพิจารณาโดยชั่งน้ำหนักขององค์ประกอบข้ออื่น ๆ ประกอบด้วย

กรณีที่ใช้เพื่อการศึกษาโดยไม่ได้แสวงหากำไรจะมีโอกาสเป็นไปได้มากที่จะเข้าข่ายการใช้ที่เป็นธรรมเพราะมีผลกระทบต่อตลาดน้อยกว่าการใช้เพื่อการค้า อย่างไรก็ตามแม้จะมีวัตถุประสงค์สุดท้ายเพื่อการศึกษาก็ตาม การกระทำนั้น ๆ อาจเข้าข่ายเป็นการค้าก็ได้ หากมีการแสวงหากำไรด้วย การพิจารณาองค์ประกอบข้อแรกนี้ศาลจะพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการใช้มากกว่าพิจารณาว่าเป็นการใช้เพื่อการค้าหรือเพื่อการศึกษาที่ไม่ได้แสวงหากำไร

เช่น หากเป็นการใช้โดยไม่สุจริตจะมีโอกาสเป็นการใช้ที่เป็นธรรมน้อย เพราะการใช้ที่เป็นธรรมในเบื้องต้นจะต้องเป็นการใช้ที่สุจริตและเป็นธรรม

(ข) ลักษณะของงานอันมีลิขสิทธิ์

องค์ประกอบของกรณีนี้มีจุดประสงค์เพื่อเพิ่มพูนภูมิปัญญาของมนุษย์ เพื่อก่อให้เกิดความรู้ความก้าวหน้าแก่สังคม ดังนั้น การใช้งานสร้างสรรค์ที่เกี่ยวกับข้อมูลข่าวสาร เช่น วิทยาศาสตร์ ประวัติบุคคล หรือประวัติศาสตร์ อันเป็นการส่งเสริมให้มีการแพร่หลายทางความคิดก่อให้เกิดความคิดสร้างสรรค์งานใหม่ ๆ จะมีโอกาสเป็นการใช้ที่เป็นธรรมได้กว้างกว่า และถือว่าการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

(ค) ปริมาณ และสาระสำคัญของการใช้งานเมื่อได้เปรียบเทียบกับงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด

ตามหลักเกณฑ์ข้อนี้หมายความว่าต้องเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์โดยมิใช่เป็นการใช้ทั้งหมดหรือใช้ในลักษณะคัดมาแบบคำต่อคำ และถ้านำงานลิขสิทธิ์ในส่วนสำคัญมาใช้ จะถือว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งโจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยได้กระทำการเช่นว่านั้น อย่างไรก็ตาม แม้จะคัดลอกมาเพียงเล็กน้อยแต่เป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของงาน ก็อาจอ้างหลักการใช้ที่เป็นธรรมเพื่อให้พ้นผิดไม่ได้ เช่น การคัดลอกคำ 300 คำ จาก 200,000 คำ ในหนังสืออาจถือว่าเกินสมควรได้หากเป็นคำที่เป็นหัวใจของงานนั้น

(ง) ผลกระทบของการใช้และความเป็นไปได้ต่อศักยภาพทางการตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์

สำหรับหลักเกณฑ์ข้อนี้ถือว่าเป็นส่วนที่สำคัญที่สุดเพราะหากตลาดของงานของเจ้าของลิขสิทธิ์ถูกกระทบกระเทือนก็จะขาดแรงจูงใจในการสร้างสรรค์งาน การพิจารณาในประเด็นนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อประเมินความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ที่สาธารณชนจะได้รับ โดยจะพิจารณาผลกระทบถึงตลาดที่มีสินค้าอันมีลิขสิทธิ์ว่าตลาดได้รับทัศนะใหม่ ๆ หรือการใช้

งานรูปแบบใหม่ในตลาดอย่างไรด้วย เพราะการใช้ประโยชน์ในงานบางอย่างไม่ได้ทำลายภาวะของตลาด เช่น การถ่ายเอกสารหน้าปกของนิตยสารเพื่อใช้เปรียบเทียบการโฆษณาไม่ได้ส่งให้ยอดขายหรือความต้องการนิตยสารลดลง

2.5.3.2 สหราชอาณาจักร-อังกฤษ³⁹

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหราชอาณาจักร-อังกฤษ ปี 1988 (Copyright, Designs and Patents Act 1988) ได้บัญญัติข้อยกเว้นของการละเมิดลิขสิทธิ์เช่นกัน ซึ่งเรียกว่า การปฏิบัติที่เป็นธรรม (Fair dealing) คำว่าปฏิบัติ (Dealing) มีความหมายกว้างกว่าคำว่า ใช้ (Use) เพราะการคัดลอกงานของผู้อื่นในห้องส่วนตัวในบ้านของตน อาจถือว่าเป็นการปฏิบัติที่เป็นธรรมได้แม้จะไม่มีใครอื่นเกี่ยวข้องด้วยก็ตาม รัฐบาลอังกฤษคัดค้านความพยายามที่จะเปลี่ยนคำว่าปฏิบัติที่เป็นธรรมไม่เป็นการใช้ที่เป็นธรรม (Fair use) ของสหรัฐ เพราะว่าความหมายของคำว่าปฏิบัติที่เป็นธรรมในประเทศอังกฤษที่เข้าใจเป็นอย่างดีแล้วอย่างน้อยที่สุดก็ในหมู่นักกฎหมายด้วยกันการอ้างหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมมีได้ใน 3 กรณีด้วยกันคือ⁴⁰

³⁹ วัส ดิงสมิตร, “การศึกษาหรือวิจัยอันเป็นขอยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์,” : 4

⁴⁰ Article 29, Copyright, Designs and Patents Act 1988 “(1) Fair dealing with a literary, dramatic, musical or artistic work for the purposes of research for a non-commercial purpose does not infringe any copyright in the work provided that it is accompanied by a sufficient acknowledgement.

(1B) No acknowledgement is required in connection with fair dealing for the purposes mentioned in subsection (1) where this would be impossible for reasons of practicality or otherwise.

(1C) Fair dealing with a literary, dramatic, musical or artistic work for the purposes of private study does not infringe any copyright in the work.

(2) Fair dealing with the typographical arrangement of a published edition for the purposes of research or private study does not infringe any copyright in the arrangement.

(3) Copying by a person other than the researcher or student himself is not fair dealing if -
(a) in the case of a librarian, or a person acting on behalf of a librarian, he does anything which regulations under section 40 would not permit to be done under section 38 or 39 (articles or parts of published works: restriction on multiple copies of same material), or

(b) in any other case, the person doing the copying knows or has reason to believe that it will result in copies of substantially the same material being provided to more than one person at substantially the same time and for substantially the same purpose.

(4) It is not fair dealing -

(a) to convert a computer program expressed in a low level language into a version expressed in a higher level language, or

(b) incidentally in the course of so converting the program, to copy it, (these acts being permitted if done in accordance with section 50B (decompilation)).

(4A) It is not fair dealing to observe, study or test the functioning of a computer program in order to determine the ideas and principles which underlie any element of the program (these acts being permitted if done in accordance with section 50BA (observing, studying and testing)).”

Article 30, Copyright, Designs and Patents Act 1988 “(1) Fair dealing with a work for the purpose of criticism or review, of that or another work or of a performance of a work, does not infringe any copyright in the work provided that it is accompanied by a sufficient acknowledgement and provided that the work has been made available to the public.

(1A) For the purposes of subsection (1) a work has been made available to the public if it has been made available by any means, including -

(a) the issue of copies to the public;

(b) making the work available by means of an electronic retrieval system;

(c) the rental or lending of copies of the work to the public;

(d) the performance, exhibition, playing or showing of the work in public;

(e) the communication to the public of the work, but in determining generally for the purposes of that subsection whether a work has been made available to the public no account shall be taken of any unauthorized act.

(2) Fair dealing with a work (other than a photograph) for the purpose of reporting current events does not infringe any copyright in the work provided that (subject to subsection (3)) it is accompanied by a sufficient acknowledgement.

(3) No acknowledgement is required in connection with the reporting of current events by means of a sound recording, film or broadcast where this would be impossible for reasons of practicality or otherwise.”

- (ก) การวิจัยหรือศึกษาส่วนบุคคล
- (ข) การวิจารณ์หรือประเมินผล
- (ค) การรายงานเหตุการณ์ประจำวัน

หลักเกณฑ์ทั้ง 3 หลักดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นอย่างกว้าง ๆ ไม่ได้กำหนดองค์ประกอบหรือหลักเกณฑ์อื่น ๆ ให้พิจารณาเหมือนอย่างกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตามการอ้างหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมทั้ง 3 กรณีนี้มีความพยายามที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปไว้ว่า การกระทำจะต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานนั้นตามปกติ และไม่กระทบกระเทือนถึงประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร แต่รัฐบาลอังกฤษเห็นว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวกว้างและไม่กระชับมากเกินไป อย่างไรก็ตามก็ดีหลักเกณฑ์ทั้ง 3 ประการนี้คงจะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป ซึ่งสามารถพิจารณาพอสังเขปได้ ดังนี้

(ก) การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมเพื่อการวิจัยหรือศึกษาส่วนบุคคล

บทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดไว้ใน Article 29 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ในการสร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ใหม่โดยครอบคลุมถึงการกระทำต่องานลิขสิทธิ์บางประเภท คือ งานวรรณกรรม งานนาฏกรรม งานดนตรีกรรม งานศิลปกรรม และกรณีการตีพิมพ์ฉบับปรับปรุงแก้ไข หรือการเรียงพิมพ์รูปแบบใหม่ แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงงานลิขสิทธิ์ประเภทการแพร่เสียงแพร่ภาพ การบันทึกเสียง หรืองานภาพยนตร์ (Article 29 (1)(2))

ประเด็นที่พิจารณาต่อไปคือบุคคลผู้มีอำนาจทำซ้ำงานลิขสิทธิ์ตามมาตรานี้หมายถึงบุคคลใด ซึ่งตาม Article 29 (3) ได้บัญญัติให้ผู้วิจัยและนักศึกษามีอำนาจในการทำซ้ำในกรณีนี้ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายก็เปิดช่องให้มีการทำซ้ำได้สำหรับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้วิจัยหรือนักศึกษาโดยกำหนดเงื่อนไขไว้ 2 กรณี คือ การทำซ้ำโดยบรรณารักษ์ห้องสมุดหรือการกระทำของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อประโยชน์ของบรรณารักษ์ห้องสมุด และกรณีที่สองเป็นกรณี

ของการกระทำของบุคคลอื่นที่กระทำในนามหรือตามคำร้องขอของผู้วิจัยหรือศึกษาส่วนบุคคลนั้น ๆ ซึ่งสามารถกระทำได้แต่ เป็นการทำซ้ำได้เพียงชุดเดียวเท่านั้น

(ข) การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมเพื่อการวิจารณ์หรือประเมินผล

หลักเกณฑ์ดังกล่าวบัญญัติไว้ในมาตรา 30(1) ซึ่งวางหลักไว้ว่าการปฏิบัติที่เป็นธรรมโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการวิจารณ์หรือการประเมินผลนั้นสามารถกระทำได้แต่ จะต้องมีการแสดงถึงการรับรู้อย่างเพียงพอและงานดังกล่าวต้องมีการนำเสนอสู่สาธารณชนไม่ว่าจะโดยวิธีใดซึ่งรวมถึง การทำสำเนาเผยแพร่ต่อสาธารณชน การทำให้งานปรากฏด้วยระบบการดึงข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ การให้เช่าหรือให้ยืมสำเนางานแก่สาธารณชน การจัดแสดงจัดนิทรรศการ หรือการนำงานออกแสดงในที่สาธารณะ หรือการสื่อสารเผยแพร่งานต่อสาธารณชน เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การกระทำตามบทบัญญัตินี้มีข้อสังเกตคือจะกระทำกับงานชนิดใดก็ได้ ไม่เหมือนกับในกรณีเพื่อการศึกษาวิจัยหรือการศึกษาส่วนบุคคลที่จะจำกัดเฉพาะงานบางประเภทเท่านั้น และงานที่จะนำไปวิจารณ์หรือประเมินผลตามมาตรานี้จะจำกัดเฉพาะงานที่ได้มีการโฆษณาแล้วเท่านั้น ดังนั้น หากไม่มีการนำเสนอต่อสาธารณชนหรือให้สาธารณชนเข้าถึงผู้วิจารณ์หรือการประเมินผลดังกล่าวก็จะไม่สามารถอ้างข้อยกเว้นตามมาตรานี้ได้

(ค) การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมเพื่อการรายงานเหตุการณ์ประจำวัน

การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมในกรณีนี้บัญญัติไว้ใน มาตรา 30(2) ซึ่งวางหลักเกณฑ์ไว้ว่าการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมเพื่อการรายงานเหตุการณ์ประจำวันสามารถกระทำได้ ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หากได้มีการแสดงถึงการรับรู้สิทธิอย่างเพียงพอ

เหตุการณ์ปัจจุบันที่จะนำมารายงานนี้ไม่จำเป็นว่าจะต้องเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นมาแล้วสด ๆ แต่อาจเป็นเหตุการณ์ที่ได้เคยเกิดขึ้นมาแล้วหลายปีก็ได้แต่เป็น

เหตุการณ์ที่มีความเกี่ยวข้องหรือเกี่ยวโยงกับเหตุการณ์ที่กำลังเกิดขึ้นขณะนี้และกำลังเป็นประเด็นที่น่าสนใจ⁴¹

นอกจากหลักเกณฑ์ทั้ง 3 ประการข้างต้นแล้วการพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมหรือไม่จะต้องพิจารณาองค์ประกอบอื่น ๆ มาวินิจฉัยถึงการกระทำดังกล่าวด้วย โดยองค์ประกอบเหล่านี้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่จะพิจารณาจากการวินิจฉัยของศาลเป็นหลัก องค์ประกอบดังกล่าวประกอบด้วย วัตถุประสงค์และลักษณะของการใช้งานลิขสิทธิ์ ปริมาณของงานลิขสิทธิ์ที่นำไปใช้ แรงจูงใจเพื่อการใช้งานลิขสิทธิ์ ผลกระทบของการใช้งานลิขสิทธิ์ต่อศักยภาพของตลาดและคุณค่าของงานลิขสิทธิ์

2.5.3.3 ประเทศออสเตรเลีย

กฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศออสเตรเลีย (Australia Copyright Act 1968) ได้บัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยเรียกว่าหลักการปฏิบัติที่เป็นธรรม (Fair dealing) ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ นอกจากนี้ยังมีบางส่วนคล้ายคลึงกับหลักการของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย หลักเกณฑ์การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของประเทศออสเตรเลียได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่าการกระทำที่เป็นการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมนั้นจะทำได้ต่อเมื่อเป็นการกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ 4 ประการ ซึ่งอธิบายพอสังเขปได้ดังนี้

(ก) เป็นการกระทำเพื่อการวิจัยหรือการศึกษา (มาตรา 40)⁴²

หลักการดังกล่าวกำหนดให้เป็นการกระทำต่องานวรรณกรรม งานนาฏกรรม งานดนตรีกรรม หรืองานศิลปกรรม หรืองานดัดแปลงงานวรรณกรรม งานนาฏกรรม

⁴¹Bently and Sherman,op.cit., 203.

⁴²Article 40 (1), Australia Copyright Act 1968 “A fair dealing with a literary, dramatic, musical or artistic work, or with an adaptation of a literary, dramatic or musical work, for the purpose of research or study does not constitute an infringement of the copyright in the work.”

หรืองานดนตรีกรรม และการกระทำนั้น ๆ จะไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ถ้าเป็นการกระทำที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหาผลกำไร

ในการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการปฏิบัติที่เป็นธรรมหรือไม่ นั้น จะนำองค์ประกอบอื่น ๆ มาพิจารณาด้วย คือ (1) วัตถุประสงค์และลักษณะของงานที่ได้นำมาใช้ (2) ลักษณะของงานลิขสิทธิ์หรือการดัดแปลงงาน (3) ความเป็นไปได้ในการได้มาซึ่งงานลิขสิทธิ์หรือการดัดแปลงงานลิขสิทธิ์ภายในเวลาอันสมควรในราคาขายปกติ (4) ผลกระทบต่อศักยภาพทางการตลาดหรือมูลค่าของงานหรือการดัดแปลงงานลิขสิทธิ์ (5) ปริมาณและส่วนสำคัญของงานที่คัดลอกมาเมื่อเทียบกับปริมาณงานต้นฉบับ(มาตรา 40(2))⁴³

⁴³ Article 40(2), Australia Copyright Act 1968 “For the purposes of this Act, the matters to which regard shall be had, in determining whether a dealing with a literary, dramatic, musical or artistic work or with an adaptation of a literary, dramatic or musical work, being a dealing by way of reproducing the whole or a part of the work or adaptation, constitutes a fair dealing with the work or adaptation for the purpose of research or study include:

- (a) the purpose and character of the dealing;
- (b) the nature of the work or adaptation;
- (c) the possibility of obtaining the work or adaptation within a reasonable time at an ordinary commercial price;
- (d) the effect of the dealing upon the potential market for, or value of, the work or adaptation; and
- (e) in a case where part only of the work or adaptation is reproduced--the amount and substantiality of the part copied taken in relation to the whole work or adaptation.”

(ข) เป็นการกระทำเพื่อการวิจารณ์หรือบทวิจารณ์ (มาตรา 41)⁴⁴

การกระทำในหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ต้องเป็นการกระทำเพื่อการวิพากษ์วิจารณ์หรือแสดงความคิดเห็น ซึ่งอาจเป็นการวิพากษ์วิจารณ์หรือแสดงความคิดเห็นในงานนั้นหรือในอีกงานก็ได้ โดยต้องมีการอ้างถึงที่มาของงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นตามสมควร

(ค) เป็นการกระทำเพื่อการรายงานข่าว(มาตรา 42)⁴⁵

การกระทำตามมาตรานี้อาจเป็นการรายงานข่าวในหนังสือพิมพ์ นิตยสาร วารสาร โดยการแพร่เสียงแพร่ภาพหรือทำเป็นภาพยนตร์ก็ได้ โดยหากเป็นการรายงานทางหนังสือพิมพ์ นิตยสารหรือวารสารแล้ว ต้องมีการอ้างถึงแหล่งที่มาตามสมควร แต่กฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องอ้างที่มาในกรณีที่เป็นการรายงานข่าวโดยการแพร่เสียงแพร่ภาพหรือทำเป็นภาพยนตร์

ส่วนข่าวที่จะนำรายงานนั้นก็ไม่จำเป็นจะต้องเป็นเหตุการณ์ปัจจุบัน และไม่จำกัดเนื้อหาของข่าวนั้น ๆ อาจเป็นข่าวประเภทใดก็ได้ เช่น ข่าวการเมือง เศรษฐกิจ

⁴⁴ Article 41, Australia Copyright Act 1968 “A fair dealing with a literary, dramatic, musical or artistic work, or with an adaptation of a literary, dramatic or musical work, does not constitute an infringement of the copyright in the work if it is for the purpose of criticism or review, whether of that work or of another work, and a sufficient acknowledgement of the work is made.”

⁴⁵ Article 42 (1), Australia Copyright Act 1968 “A fair dealing with a literary, dramatic, musical or artistic work, or with an adaptation of a literary, dramatic or musical work, does not constitute an infringement of the copyright in the work if:

(a) it is for the purpose of, or is associated with, the reporting of news in a newspaper, magazine or similar periodical and a sufficient acknowledgement of the work is made; or

(b) it is for the purpose of, or is associated with, the reporting of news by means of a communication or in a cinematograph film.

(2) The playing of a musical work in the course of reporting news by means of a communication or in a cinematograph film is not a fair dealing with the work for the purposes of this section if the playing of the work does not form part of the news being reported.”

บันทึก เป็นต้น นอกจากนี้ข้อมูลที่เป็นสำเนาในอดีตก็สามารถนำมาอ้างอิงในการรายงานข่าวปัจจุบันได้

(ง) **เป็นการกระทำเพื่อวัตถุประสงค์สำหรับกระบวนการทางศาล หรือการรายงานเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาในศาลและ คำปรึกษาของผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมาย (มาตรา 43)⁴⁶**

ข้อสังเกตของบทบัญญัติในมาตรานี้จะเป็นการจำกัดเฉพาะ บุคคล 3 ประเภท คือ (1) ผู้ประกอบวิชาชีพด้านกฎหมาย (2) ผู้ซึ่งเป็นตัวแทนรับจดทะเบียนสิทธิบัตรตามกฎหมาย หรือ (3) ผู้ซึ่งเป็นทนายความในการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามกฎหมาย เท่านั้น เช่น กรณีทนายความอาจงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้ประกอบในการให้คำปรึกษา เป็นต้น

เมื่อพิจารณาว่าการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจะต้องเป็นไปภายใน วัตถุประสงค์ดังกล่าวแล้ว กระบวนการพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยชอบธรรม หรือไม่นั้น ในขั้นตอนต่อไปอาจต้องพิจารณาโดยอาศัยองค์ประกอบ ดังต่อไปนี้⁴⁷

⁴⁶ Article 43, Australia Copyright Act 1968 "(1) The copyright in a literary, dramatic, musical or artistic work is not infringed by anything done for the purposes of a judicial proceeding or of a report of a judicial proceeding.

(2) A fair dealing with a literary, dramatic, musical or artistic work does not constitute an infringement of the copyright in the work if it is for the purpose of the giving of professional advice by:

- (a) a legal practitioner; or
- (b) a person registered as a patent attorney under the Patents Act 1990; or
- (c) a person registered as a trade marks attorney under the Trade Marks

Act 1995.

⁴⁷ Morgan, op cit., 12.

1. พิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวมีวัตถุประสงค์หรือมีลักษณะว่าเป็นการกระทำในทางการค้าหรือไม่ หากเป็นการกระทำเพื่อหาผลกำไรแล้วอาจไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบธรรมได้
2. ลักษณะธรรมชาติของงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น เช่น หากเป็นการนำงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ยังไม่มีการเผยแพร่ต่อสาธารณชนในงานเขียนที่เสนอให้อาจารย์ตรวจเท่านั้นยังสามารถยอมรับได้ว่าเป็นการใช้สิทธิโดยชอบธรรม
3. พิจารณาจากผลกระทบทางการตลาด การกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์นั้นต้องไม่มีลักษณะเป็นการแข่งขันทางการตลาดอันมีผลให้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นต้องค่าลงแม้ในกรณีที่ไม่ได้ใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์แต่ถ้ามีผลกระทบในเชิงการตลาดต่อผลงานลิขสิทธิ์นั้นก็ถือว่าเป็นการใช้ที่ไม่เป็นธรรม
4. พิจารณาถึงวิธีการได้มาซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น หากเป็นการได้มาและนำไปใช้โดยขัดกับความประสงค์ของเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ย่อมไม่ถือเป็นการใช้สิทธิอย่างเป็นธรรม
5. ต้องพิจารณากฎหมายเฉพาะอื่น ๆ ประกอบด้วยโดยอาจมีกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้ว่าการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์บางกรณีต้องกระทำโดยเสียค่าตอบแทน

2.5.3.4 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ปี ค.ศ. 1965 (Germany Copyright Act 1965) ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Free Use) ไว้อย่างกว้าง ๆ โดยให้ความหมายของการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมว่าหมายถึงการได้สร้างสรรค์งานชิ้นใหม่อย่างอิสระด้วยการใช้งานลิขสิทธิ์ของผู้อื่นอย่างเป็นธรรมโดยไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก่อน (มาตรา 24(1))⁴⁸

⁴⁸ Article 24(1), Germany Copyright Act 1965 “An independent work created by free use of the work of another person may be published and exploited without the consent of the author of the used work.”

แต่อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่อาจนำมาใช้กับงานลิขสิทธิ์ประเภทดนตรีกรรมเพื่อขอยืมทำนองดนตรีเพลงลิขสิทธิ์มาใช้สำหรับงานใหม่ (มาตรา 24(2))⁴⁹ ซึ่งเหตุผลที่บัญญัติเฉพาะงานดนตรีกรรมก็เพราะกฎหมายมีความมุ่งหมายในการคุ้มครองงานดนตรีกรรมในลักษณะเคร่งครัดเป็นพิเศษโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับทำนองดนตรีในเพลงลิขสิทธิ์เพื่อป้องกันการตัดทอนเอาทำนองดนตรีมาใช้ ซึ่งหลักการนี้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมันเรียกว่า “extensive protection of melodies”

การพิจารณาหลักเกณฑ์การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมตามความหมายของกฎหมายประเทศเยอรมันนี้จะเห็นได้ว่า การใช้งานลิขสิทธิ์ที่ถือว่าเป็นความชอบธรรมนั้นจะต้องใช้เพื่อก่อให้เกิดงานใหม่ที่เป็นอิสระจากงานลิขสิทธิ์เดิม กล่าวคือ เป็นการใช้งานลิขสิทธิ์เพื่อนำมาสร้างสรรค์เป็นงานชิ้นใหม่ให้กับสังคมต่อไป ซึ่งหลักการพิจารณาถึงความอิสระจากงานทั้งสองก็คือลักษณะงานใหม่มีลักษณะเฉพาะหรือมีความเป็นเอกเทศในงานใหม่นั้น และงานลิขสิทธิ์ที่ได้นำมาใช้นั้นจะนำมาใช้เพียงบางส่วนหรืองานลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้นั้นปรากฏอย่างเลื่อนกลางในงานใหม่⁵⁰

นอกจากนี้กฎหมาย Germany Copyright Act 1965 ยังได้วางหลักเกณฑ์การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมไว้สำหรับการกระทำต่องานลิขสิทธิ์เพื่อวัตถุประสงค์ต่าง ๆ ด้วย เช่น อนุญาตให้ทำซ้ำและเผยแพร่ต่อสาธารณชนในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวกับหนังสือพิมพ์ที่เป็นบทความและคำบรรยายได้โดยมีเงื่อนไขว่าต้องเป็นบทความที่เกี่ยวข้องกับการเมือง เศรษฐกิจ ศาสนา และเป็นประเด็นข่าวประจำวันและผู้สร้างสรรค์มิได้กล่าวแสดงการสงวนสิทธิ์ของตนไว้ (มาตรา 49(1))⁵¹ รวมถึงการอนุญาตให้ทำซ้ำและนำงานออกเผยแพร่ต่อสาร

⁴⁹ Article 24(2), Germany Copyright Act “Paragraph (1) shall not apply to the use of a musical work where a melody has been recognizably borrowed from the work and used as a basis for a new work.”

⁵⁰ Stephen M. Stewart, **International Copyright and Neighbouring Right**, p.370-373.

⁵¹ Article 49(1), Germany Copyright Act 1965 “It shall be permissible to reproduce and distribute individual broadcast commentaries and individual articles from newspapers and other information journals devoted solely to issues of the day in other newspapers or journals of like kind and to communicate such commentaries and articles to the public, if they concern political, economic or religious issues of the day

สาธารณชนซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นข่าวสารประจำวันหรือข้อเท็จจริงโดยอาจเปิดเผยสู่สาธารณชนด้วยการพิมพ์ซ้ำหรือนำออกแพร่เสียงแพร่ภาพอย่างไม่มีเงื่อนไข (มาตรา 49(2))⁵²

ส่วนกรณีการนำงานลิขสิทธิ์มาทำซ้ำเพื่อวัตถุประสงค์ในการรายงานข่าว ได้วางหลักเกณฑ์ไว้เฉพาะงานแพร่ภาพแพร่เสียง งานภาพยนตร์ หรือหนังสือพิมพ์หรือวารสาร ประเภทที่รายงานข่าวเหตุการณ์ปัจจุบันสามารถนำมาทำซ้ำและนำออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนได้ แต่ผู้ใช้งานลิขสิทธิ์ต้องทำเพื่อการรายงานข่าวและเหตุการณ์ประจำวันเช่นกัน (มาตรา 50)⁵³

สำหรับการใช้งานลิขสิทธิ์เพื่อการอ้างอิง กฎหมายอนุญาตให้นำเอางานลิขสิทธิ์มาทำซ้ำออกนำออกเผยแพร่และแสดงโดยเปิดเผยต่อสาธารณชนเพื่อวัตถุประสงค์ในการอ้างอิงได้ภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้ (มาตรา 51)⁵⁴

and do not contain a statement reserving rights. The author shall be paid equitable remuneration for reproduction, distribution and public communication, unless short extracts from a number of commentaries or articles are reproduced, distributed or publicly communicated in the form of an overview. Claims may be asserted by a collecting society only.”

⁵²Article 49(2), Germany Copyright Act 1965 “It shall be permissible, without limitation, to reproduce, distribute and publicly communicate miscellaneous information relating to facts or news of the day which have been publicly disseminated by the press or by broadcasting; this provision shall not affect any protection afforded by other provisions of law.”

⁵³Article 50, Germany Copyright Act 1965 “For the purposes of visual and sound reporting on events of the day by broadcast or film and in newspapers or periodicals mainly devoted to current events, works which become perceivable in the course of the events which are being reported on may be reproduced, distributed and publicly communicated to the extent justified by the purpose of the report.”

⁵⁴Article 51, Germany Copyright Act 1965 “Reproduction, distribution and communication to the public shall be permitted, to the extent justified by the purpose, where

1. individual works are included after their publication in an independent scientific work to illustrate its contents;
2. passages from a work are quoted after its publication in .an independent work of language;
3. individual passages from a published musical work are quoted in an independent musical work.”

1. การนำเอางานลิขสิทธิ์มาอ้างอิงในทางวิทยาศาสตร์ที่ทำขึ้นใหม่ กฎหมายอนุญาตให้นำจำนวนงานส่วนใหญ่มาอ้างอิงได้ เพราะการอ้างอิงในทางวิทยาศาสตร์จะเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาวิจัยและทำให้เกิดการพัฒนาอย่างรวดเร็วแก่สังคม
2. การนำงานลิขสิทธิ์มาอ้างอิงในงานวรรณกรรมที่สร้างสรรค์ขึ้นใหม่ กฎหมายอนุญาตให้อ้างอิงได้ในส่วนน้อยทั้งนี้เนื่องจากงานวรรณกรรมส่วนใหญ่มักเป็นเรื่องของความบันเทิง
3. การนำงานลิขสิทธิ์ประเภทดนตรีกรรมมาอ้างอิงในงานดนตรีกรรมที่ได้สร้างสรรค์ใหม่ กฎหมายอนุญาตให้นำเฉพาะข้อความของเนื้อเพลงในเพลงใดเพลงหนึ่งที่ได้พิมพ์ออกมาแล้วมาอ้างอิง

2.5.3.5 สาธารณรัฐสิงคโปร์

กฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ ปี ค.ศ.1987 (Singapore Copyright Act 1968) ได้บัญญัติข้อยกเว้นของการละเมิดลิขสิทธิ์โดยใช้หลักการปฏิบัติที่เป็นธรรม (Fair dealing) ซึ่งบัญญัติคล้ายคลึงกับประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศออสเตรเลีย โดยกำหนดไว้ว่าการกระทำที่เป็นการปฏิบัติที่เป็นธรรมและมีเหตุผลของการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมจะจำกัดไว้สำหรับการกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ ดังต่อไปนี้

(ก) การกระทำเพื่อการค้นคว้า หรือการศึกษาส่วนบุคคล⁵⁵

⁵⁵ Article 35, Singapore Copyright Act 1968 “(1) Subject to this section, a fair dealing with a literary, dramatic, musical or artistic work, or with an adaptation of a literary, dramatic or musical work, for any purpose other than a purpose referred to in section 36 or 37 shall not constitute an infringement of the copyright in the work.

(1A) the purposes for which a dealing with a literary, dramatic, musical or artistic work, or with an adaptation of a literary, dramatic or musical work, may constitute a fair dealing under subsection (1) shall include research and study.

(2) For the purposes of this Act, the matters to which regard shall be had, in determining whether a dealing with a literary, dramatic, musical or artistic work or with an adaptation

หลักเกณฑ์ดังกล่าวกำหนดไว้ในมาตรา 35 โดยกำหนดไว้ว่า การใช้ งานวรรณกรรม งานนาฏกรรม หรืองานศิลปกรรม หรืองานดัดแปลงของงานวรรณกรรม งานนาฏกรรม หรือ งานดนตรีกรรม เพื่อวัตถุประสงค์ในการค้นคว้า หรือการศึกษาส่วนบุคคล ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แม้ว่าการทำซ้ำทั้งหมดหรือบางส่วนของงาน หรืองานดัดแปลงก็ตาม อย่างไรก็ตามการกระทำดังกล่าวจะต้องพิจารณาองค์ประกอบอื่น ๆ ด้วย คือ

1. การกระทำดังกล่าวมีวัตถุประสงค์หรือลักษณะความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับเชิงพาณิชย์หรือกระทำเพื่อการศึกษาโดยไม่แสวงหากำไรหรือไม่
2. ธรรมชาติของงานอันมีลิขสิทธิ์หรือของงานดัดแปลงนั้น

of a literary, dramatic or musical work, being a dealing by way of copying the whole or a part of the work or adaptation, constitutes a fair dealing with the work of adaptation for any purpose other than a purpose referred to in section 36 or 37 shall include –

- (a) the purpose and character of the dealing, including whether such dealing is of a commercial nature or is for non-profit educational purposes;
- (b) the nature of the work or adaptation;
- (c) the amount and substantiality of the part copied taken in relation to the whole work or adaptation;
- (d) the effect of the dealing upon the potential market for, or value of, the work or adaptation; and
- (e) the possibility of obtaining the work or adaptation within a reasonable time at an ordinary commercial price.

(3) Notwithstanding subsection (2), a dealing with a literary, dramatic or musical work, or with an adaptation of such a work, being a dealing by way of the copying, for the purposes of research or study-

- (a) if the work or adaptation comprises an article in periodical publication, of the whole or a part of that work or adaptation; or
- (b) in any other case, of not more than a reasonable portion of the work or adaptation, shall be taken to be a fair dealing with that work or adaptation for the purpose of research or study.

(4) Subsection (3) shall not apply to a dealing by way of the copying of the whole or a part of an article in a periodical publication if another article in that publication, being an article dealing with a different subject-matter, is also copied.”

3. จำนวนและสาระสำคัญของการทำซ้ำซึ่งพิจารณาประกอบกับจำนวน และสาระสำคัญของงานทั้งหมด หรืองานดัดแปลง

4. ผลกระทบที่มีต่อตลาด หรือคุณค่าของงาน

(ข) การกระทำเพื่อการวิพากษ์ หรือการวิจารณ์⁵⁶

ข้อยกเว้นดังกล่าวบัญญัติไว้ในมาตรา 36 โดยกำหนดไว้ว่า การใช้งานวรรณกรรม งานนาฏกรรม งานดนตรีกรรม หรืองานศิลปกรรม หรืองานดัดแปลงงานวรรณกรรม งานนาฏกรรม งานดนตรีกรรม หรืองานศิลปกรรม หากกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการวิพากษ์หรือการวิจารณ์ให้ถือว่าไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แต่ต้องมีการอ้างอิงถึงแหล่งที่มาของงานไว้อย่างเหมาะสมด้วย

(ค) การกระทำเพื่อการรายงานเหตุการณ์ปัจจุบัน⁵⁷

หลักเกณฑ์ดังกล่าวบัญญัติไว้ในมาตรา 37 โดยกำหนดไว้ว่าการใช้งานวรรณกรรม งานนาฏกรรม งานดนตรีกรรม หรืองานศิลปกรรม หรืองานดัดแปลงของงานวรรณกรรม งานนาฏกรรม หรืองานดนตรีกรรม ไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หากเป็นการใช้เพื่อ

⁵⁶ Article 36, Singapore Copyright Act 1968 “A fair dealing with a literary, dramatic, musical or artistic work, or with an adaptation of a literary, dramatic or musical work, shall not constitute an infringement of the copyright in the work if it is for the purpose of criticism or review, whether of that work or of another work, and a sufficient acknowledgment of the work is made.”

⁵⁷ Article 37, Singapore Copyright Act 1968 “A fair dealing with a literary, dramatic, musical or artistic work, or with an adaptation of a literary, dramatic or musical work, shall not constitute an infringement of the copyright in the work if it is for the purpose of, or is associated with, the reporting of current events-

(a) in a newspaper, magazine or similar periodical and a sufficient acknowledgement of the work is made; or

(b) by means of broadcasting or a cable programme service or in a cinematograph film.”

วัตถุประสงค์ในการรายงานเหตุการณ์ปัจจุบันในหนังสือพิมพ์ นิตยสาร หรือสิ่งพิมพ์ในลักษณะเดียวกันที่มีกำหนดเวลา หรือโดยวิธีการถ่ายทอด หรือการให้บริการเคเบิลโปรแกรม หรือฟิล์มภาพยนตร์

(ง) การกระทำเพื่อกระบวนพิจารณาทางศาล หรือการแนะนำให้การให้ความเห็น⁵⁸

หลักการนี้บัญญัติไว้ในมาตรา 38 โดยกำหนดว่าการกระทำอย่างใด ๆ ต่องานวรรณกรรม งานนาฏกรรม งานดนตรีกรรม หรืองานศิลปกรรม หากกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้งานการดำเนินกระบวนพิจารณาในศาล หรือการรายงานกระบวนพิจารณาของศาลหรือการขอรับคำปรึกษาจากทนายความ และที่ปรึกษากฎหมาย ตลอดจนเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้คำแนะนำทางวิชาชีพโดยทนายความและที่ปรึกษากฎหมาย เช่นนี้การกระทำดังกล่าวไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

(จ) การกระทำที่เป็นการทำสำเนาสำรองของโปรแกรมคอมพิวเตอร์⁵⁹

⁵⁸ Article 38, Singapore Copyright Act 1968 “The copyright in a literary, dramatic, musical or artistic work is not infringed by anything done.-

(a) for the purposes of a judicial proceeding or of a report of a judicial proceeding;
 (b) for the purpose of seeking professional advice from an advocate and solicitor; or
 (c) for the purpose of, or in the course of, the giving of professional advice by an advocate and solicitor.”

⁵⁹ Article 39, Singapore Copyright Act 1968 “(1) Subject to subsection (2), the copyright in a literary work being a computer program is not infringed by the making of a reproduction of the work, or of a computer program being an adaptation of the work, if –

(a) the reproduction is made by, or on behalf of, the owner of the copy (referred to in this section as the original copy) from which the reproduction is made; and

(b) the reproduction is made for the purpose only of being used, by or on behalf of the owner of the original copy, in lieu of the original copy in the event that the original copy is lost, destroyed or rendered unusable

หลักเกณฑ์ดังกล่าวกำหนดไว้ในมาตรา 39 โดยกำหนดไว้ว่า การทำซ้ำ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรืองานดัดแปลงของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ได้จัดทำขึ้นโดยเจ้าของ หรือในนามของเจ้าของต้นฉบับสำเนา งาน ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือการทำซ้ำนั้นมี วัตถุประสงค์เพื่อทดแทนต้นฉบับสำเนา งานในกรณีสูญหาย ถูกทำลาย หรือไม่สามารถใช้งานได้ โดยกรณีดังกล่าวไม่รวมถึงการทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรืองานดัดแปลงของโปรแกรม คอมพิวเตอร์ที่ได้มาจากการทำซ้ำโดยการละเมิดลิขสิทธิ์

เจ้าของสำเนาต้นฉบับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรืองานรวบรวมตาม ความหมายของมาตรา 7A สามารถทำ หรือมีอำนาจในการทำสำเนา หรือดัดแปลงโปรแกรม คอมพิวเตอร์หรืองานรวบรวมในรูปแบบของอิเล็กทรอนิกส์ ได้โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิด ลิขสิทธิ์ หากการทำสำเนาใหม่หรือการดัดแปลงงานลิขสิทธิ์เป็นส่วนหนึ่งของขั้นตอนที่สำคัญใน การใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรืองานรวบรวม นั้น โดยผ่านทางอุปกรณ์ และต้องปรากฏว่าไม่ สามารถใช้ได้โดยวิธีการอื่น

(2) Subsection (1) shall not apply to the making of a reproduction of a computer program, or of an adaptation of a computer program, from an infringing copy of the computer program.

(3) Notwithstanding section 31, it is not an infringement for the owner of a copy of a computer program or of a compilation within the meaning of section 7A in an electronic form to make or authorize the making of another copy or adaptation of that computer program or compilation provided that such a new copy or adaptation is created as an essential step in the utilisation of the computer program or compilation in conjunction with a machine and that it is used in no other manner.

(4) Where an act is permitted under this section -

(a) it is irrelevant whether or not there exists any term or condition in an agreement which purports to prohibit or restrict the act; and

(b) any such term or condition shall, insofar as it purports to prohibit or restrict the act, be void.

(5) For the purposes of this section, a reference to a copy of a computer program or compilation or of an adaptation of a computer program or compilation is a reference to any article in which the computer program, compilation or adaptation is reproduced in a material form.”

2.5.3.6 การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมตามกฎหมายไทย

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ได้กำหนดข้อยกเว้นของการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ใน หมวดที่ 1 ส่วนที่ 6 โดยแบ่งเงื่อนไขของข้อยกเว้นที่เป็นบทบัญญัติทั่วไปและข้อยกเว้นสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแต่ละประเภท ซึ่งทั้ง 2 กรณีนี้ บัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 32-43 ซึ่งอธิบายได้ ดังต่อไปนี้

1. ข้อยกเว้นซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไป โดยบัญญัติใน มาตรา 32 วรรคแรก ซึ่งวางหลักไว้ว่า การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

2. ข้อยกเว้นในกรณีที่สองนี้บัญญัติไว้ในมาตรา 32 วรรคสอง ได้บัญญัติลักษณะของการกระทำที่เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนี้

- (1) วิจัยหรือศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- (2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท
- (3) ดิจิตัล วิจัย หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงาน ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว
- (6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ โดยผู้สอนเพื่อประโยชน์ในการสอนของตน อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร

(7) ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอน หรือทำบทสรุป โดยผู้สอน หรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร

(8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวหากได้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดใน (1) - (8) แล้วก็ยังไม่เพียงพอที่จะเข้าข้อยกเว้นของกฎหมายได้เนื่องจากการกระทำในลักษณะต่างเหล่านี้จะต้องกระทำโดยประกอบด้วยเงื่อนไขอีก 2 ประการ คือ การกระทำนั้น ๆ ต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และการกระทำดังกล่าวต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร ดังนั้น แม้จะได้กระทำในลักษณะของ (1) - (8) แล้ว แต่ถ้าการกระทำนั้น ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรแล้วผู้กระทำก็ยังคงมีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 อยู่นั่นเอง

ดังนั้น ข้อยกเว้นในหลักทั่วไปนี้ทำให้มีข้อพิจารณาว่าการกระทำอย่างไรบ้างที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และการกระทำดังกล่าวต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมาย ปัญหาเหล่านี้คงจะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไปโดยใช้วิจาร์ณญาณและอาศัยการชั่งน้ำหนักของประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์และสังคมไปพร้อม ๆ กันเนื่องจากแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดข้อยกเว้นนี้ถือเป็นเรื่องสำคัญมาเนื่องจากจะทำให้สาธารณชนได้มีโอกาสเข้าถึงงานสร้างสรรค์เหล่านั้นได้อันจะเป็นการก่อให้เกิดการเรียนรู้และการพัฒนาต่อยอดงานสร้างสรรค์นั้น ๆ ต่อไป

สรุป

จากการศึกษาหลักการพื้นฐานในการคุ้มครองกฎหมายลิขสิทธิ์และข้อยกเว้นของอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ค.ศ. 1971 และข้อตกลง TRIPs จะเห็นได้ว่าข้อตกลงทั้งสองฉบับได้กำหนดหลักการสำคัญของการคุ้มครองไว้ไม่ต่างกันมาก กล่าวคืออนุสัญญากรุงเบอร์ลินจะพิจารณาโดยใช้หลักเกณฑ์สองประการ กล่าวคือ สัญชาติของผู้สร้างสรรค์ และสถานที่ที่มีการเผยแพร่ต่อสาธารณชนของงานเป็นสำคัญและเป็นการคุ้มครองโดยไม่มีรูปแบบ (Automatic Protection) ส่วนกรณีของข้อตกลง TRIPs นั้น นอกจากจะให้ความคุ้มครองเช่นเดียวกันกับอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน แต่ยังเพิ่มหลักการปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) อีกด้วย ดังนั้น การที่ข้อตกลง TRIPs กำหนดให้ประเทศสมาชิกของ WTO ต้องขยายสิทธิประโยชน์ไปยังประเทศภาคีอื่นโดยไม่มีเงื่อนไขภายใต้หลัก MFN เช่นนี้ ย่อมมีผลกระทบต่อการใช้สิทธิที่จะทำความตกลงพิเศษระหว่างประเทศสมาชิกของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินได้ กล่าวคือ หากประเทศสมาชิกของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินต้องการให้สิทธิประโยชน์ใด ๆ ในทางลิขสิทธิ์ตามอนุสัญญากรุงเบอร์ลินแต่บางประเทศ หากประเทศนั้นเป็นภาคีของ WTO จึงต้องผูกพันให้ต้องให้สิทธิประโยชน์เช่นเดียวกันนั้นแก่ประเทศภาคีอื่น ๆ ของ WTO ด้วย⁶⁰

ข้อยกเว้นของข้อตกลงทั้งสองฉบับนั้นก็ไว้ค่อนข้างคล้ายคลึงกันแต่จะมีข้อแตกต่างกันเพียงเล็กน้อย กล่าวคือ อนุสัญญากรุงเบอร์ลินจะอนุญาตให้ประเทศภาคีสามารถกำหนดข้อยกเว้นของการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ หรือหลักการที่เรียกกันทั่วไปว่า Three-step Test คือ ประการแรก ประเทศภาคีต้องกำหนดข้อยกเว้นไว้เป็นการเฉพาะ ประการที่สอง การใช้ประโยชน์นั้นต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานลิขสิทธิ์ตามเจ้าของลิขสิทธิ์ และประการสุดท้าย คือ การกระทำดังกล่าวต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร นอกจากหลักการ Three-step Test แล้วอนุสัญญากรุงเบอร์ลินได้อนุญาตให้ สาธารณชนสามารถนำงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ประโยชน์ต่าง ๆ ได้ เช่น การอ้างอิง หรือการสอนแต่จะต้องมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นด้วย

⁶⁰ รัชชัย ศุภผลศิริ, กฎหมายลิขสิทธิ์พร้อมด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, 61.

ส่วนข้อยกเว้นของข้อตกลง TRIPs แม้ว่าจะได้กำหนดหลักการว่าให้ประเทศสมาชิก นำหลักการของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินมาปฏิบัติตาม แต่ข้อตกลง TRIPs นั้นก็ได้กำหนดข้อยกเว้นของการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการเฉพาะว่า ประเทศสมาชิกต้องกำหนดข้อยกเว้นของสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ไว้เป็นการเฉพาะ และการกระทำดังกล่าวจะต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร

แม้หลักการดังกล่าวจะเป็นไปตามแนวเดียวกันกับที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน แต่เมื่อพิจารณาอย่างละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่าการกำหนดข้อยกเว้นของข้อตกลง TRIPs จะถือว่าการใช้ประโยชน์ของสิทธิของสาธารณชนเป็นเพียงข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นของการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น และเงื่อนไขของข้อตกลง TRIPs จะไม่ได้จำกัดเพียงเฉพาะสิทธิในการทำซ้ำเหมือนดังเช่นอนุสัญญากรุงเบอร์ลินเท่านั้น แต่จะให้นำไปใช้แก่สิทธิทุกประเภทของเจ้าของสิทธิด้วย เช่น การกำหนดข้อยกเว้นของสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชน เป็นต้น

จากการศึกษาหลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของกฎหมายประเทศต่าง ๆ นั้น ทำให้ทราบว่าหลักเกณฑ์การใช้งานเหล่านี้มีความแตกต่างกันไม่มากนักกล่าวคือหากการกระทำดังกล่าวได้กระทำเพื่อประโยชน์ของสาธารณชน หรือเป็นประโยชน์ในการต่อยอดและการพัฒนาองค์ความรู้ที่มีอยู่เดิม การกระทำเหล่านั้นก็ไม่เป็นความผิด เช่น การทำซ้ำเพื่อการศึกษ วิจัย เป็นต้น

อย่างไรก็ตามความคล้ายคลึงกันของกฎหมายประเทศเหล่านี้ก็ยังมีรายละเอียดที่บางประการที่แตกต่างกันและอาจเป็นปัญหาได้ เช่น กรณีของมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่วางหลักไว้อย่างกว้าง ๆ ว่าการกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หลักเกณฑ์ดังกล่าวหากพิจารณาในแง่ของการใช้ในทางปฏิบัติจริงอาจเกิดความสับสนหรือปัญหาในการตีความได้ว่าการกระทำอย่างไรที่จะถือว่า (1)ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของ

เจ้าของลิขสิทธิ์ (2) และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจากบุคคลทั่วไปที่ไม่มีความรู้ทางด้านกฎหมายหรือแม้กระทั่งผู้ที่มีความรู้ทางกฎหมายก็อาจเข้าใจได้ยาก อย่างไรก็ตามการบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้าง ๆ นี้ อาจจะเป็นประโยชน์ต่อการใช้ในการตีความประกอบข้อเท็จจริงได้มากกว่าแต่ก็จะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป

หากพิจารณากฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศ และประเทศสิงคโปร์ จะมีองค์ประกอบเสริมที่นำมาใช้ในการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมหรือไม่ เช่น (1) วัตถุประสงค์และลักษณะของงานที่ได้นำมาใช้ (2) ลักษณะของงานลิขสิทธิ์หรือการดัดแปลงงาน (3) ความเป็นไปได้ในการได้มาซึ่งงานลิขสิทธิ์หรือการดัดแปลงงานลิขสิทธิ์ภายในเวลาอันสมควรในราคาขายปกติ (4) ผลกระทบต่อศักยภาพทางการตลาดหรือมูลค่าของงานหรือการดัดแปลงงานลิขสิทธิ์ (5) ปริมาณและส่วนสำคัญของงานที่คัดลอกมาเมื่อเทียบกับปริมาณงานต้นฉบับ เป็นต้น การบัญญัติองค์ประกอบเสริมเช่นนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าอาจทำให้เกิดความชัดเจน เข้าใจ และเห็นภาพของการใช้งานในทางปฏิบัติได้มากกว่า แม้ว่าอาจจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณี ๆ ไปก็ตาม

2.5.3.7 การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมตามร่างพระราชบัญญัติ

ลิขสิทธิ์ พ.ศ.

ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติในส่วน of ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อให้สอดคล้องกับสถานะการณ์การเปลี่ยนแปลงและปัญหาในปัจจุบัน โดยร่างมาตรา 32/1 จะอนุญาตให้มีการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ได้และไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ในกรณีดังต่อไปนี้⁶¹

⁶¹ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. มาตรา32/1 “การทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ในลักษณะดังต่อไปนี้ มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

(1) อันเกิดจากกระบวนการในการส่งข้อมูลงานลิขสิทธิ์ทางระบบดิจิทัล หรือเป็นการทำให้งานลิขสิทธิ์ที่บันทึกไว้ในรูปดิจิทัลสามารถเข้ารับรู้ได้

1. ทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์อันเกิดจากกระบวนการในการส่งข้อมูลงานลิขสิทธิ์ทางระบบดิจิทัล หรือเป็นการทำให้งานลิขสิทธิ์ที่บันทึกไว้ในรูปดิจิทัลสามารถเข้ารับรู้ได้
2. ทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์โดยบุคคลซึ่งได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือมีสิทธิตามกฎหมายให้ส่งข้อมูลงานลิขสิทธิ์ทางระบบดิจิทัล หรือเป็นการทำให้งานลิขสิทธิ์ที่บันทึกไว้ในรูปดิจิทัลสามารถเข้ารับรู้ได้ และ
3. ทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นผลจากการทำงานตามปกติของอุปกรณ์ที่ใช้และมีการลบสำเนาที่เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติโดยที่ไม่สามารถเรียกสำเนาดังกล่าวกลับคืนมาเพื่อวัตถุประสงค์อื่นได้อีกนอกจากที่ระบุไว้ในข้อ (1) และ (2)

เมื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. แล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายได้มีการแก้ไขโดยเพิ่มข้อยกเว้นของการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำกระท่อมงานอันมีลิขสิทธิ์ทางระบบดิจิทัลไว้ สำหรับการทำให้ซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์อันเกิดจากกระบวนการทางระบบดิจิทัลตามที่ปรากฏร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์มาตรา 32/1 (1) - (3) นั้น จะต้องพิจารณาดูด้วยกันทั้งหมดเนื่องจากตอนท้ายข้อ (2) มีคำว่า "และ" ข้อยกเว้นดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นสำหรับการใช้สื่อดิจิทัลซึ่งหมายถึงการใช้อินเทอร์เน็ต (Internet) นั้นเอง ซึ่งหากพิจารณาถ้อยคำทั้งหมดนี้แล้วจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวนี้ต้องการให้การซ้ำซ้ำชั่วคราวซึ่งข้อมูลที่อยู่ในระบบดิจิทัลไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ว่าจะเป็นการส่งถ่ายข้อมูล (กฎหมายใช้คำว่า "ทำซ้ำ") โดยการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์หรือจากการใช้อินเทอร์เน็ตก็ตาม

เหตุผลของการมีบทบัญญัติดังกล่าวก็เนื่องมาจากในปัจจุบันมีปัญหาของการทำซ้ำที่เกิดขึ้นโดยระบบของคอมพิวเตอร์ ซึ่งการกระทำเหล่านี้ก่อให้เกิดปัญหาว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ เช่น กรณีของสาธารณชนที่ใช้อินเทอร์เน็ตเพื่อเข้าดูหรือสืบค้นหาข้อมูลข่าวสารในเว็บไซต์ต่าง ๆ หรือการท่องอินเทอร์เน็ตนั้น จะเห็นได้ว่าข้อมูลที่อยู่บนอินเทอร์เน็ตส่วนใหญ่ในปัจจุบันจะถูกเขียนขึ้นด้วยภาษาคอมพิวเตอร์อย่างหนึ่งเรียกว่า Hyper

(2) โดยบุคคลซึ่งได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือมีสิทธิตามกฎหมายให้ส่งข้อมูลงานลิขสิทธิ์ทางระบบดิจิทัล หรือเป็นการทำให้งานลิขสิทธิ์ที่บันทึกไว้ในรูปดิจิทัลสามารถเข้ารับรู้ได้ และ

(3) เป็นผลจากการทำงานตามปกติของอุปกรณ์ที่ใช้และมีการลบสำเนาที่เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติโดยที่ไม่สามารถเรียกสำเนาดังกล่าวกลับคืนมาเพื่อวัตถุประสงค์อื่นได้อีกนอกจากที่ระบุไว้ในข้อ (๑) และ (๒)

Text Markup Language (หรือ HTML) การสืบค้นข้อมูลเหล่านี้ของผู้ใช้บริการทั่วไปอาจทำได้ โดยการเชื่อมคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลเข้าไปยังผู้ให้บริการโครงข่ายอินเทอร์เน็ตและค้นหาข้อมูลที่อยู่บนเว็บไซต์ (Web Site) ต่างๆ โดยใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในการท่องอินเทอร์เน็ต (Browser) ซึ่งโปรแกรมที่มีผู้นิยมใช้งานมากที่สุดในปัจจุบันก็คือ โปรแกรมอินเทอร์เน็ตเอ็กพลอเรอร์ (Internet Explorer) ที่ผลิตโดยบริษัทไมโครซอฟท์คอร์ปอเรชัน

โดยปกติแล้วเมื่อมีการท่องอินเทอร์เน็ตโดยวิธีการดังกล่าวทุกครั้งจะมีการทำซ้ำข้อมูล ที่อยู่บนอินเทอร์เน็ตในหน่วยความจำชั่วคราวที่อยู่ในเครื่องคอมพิวเตอร์หรือที่เรียกว่า “แรม” (RAM หรือ Random Access Memory) เสมอแต่การทำซ้ำลงในหน่วยความจำนี้จะเป็นไปโดยชั่วคราวเพื่อนำส่งข้อมูลให้ปรากฏบนหน้าจอภาพคอมพิวเตอร์เท่านั้น เมื่อมีการเลิกใช้งานเครื่องคอมพิวเตอร์นั้นแล้ว ก็จะไม่มีการบันทึกข้อมูลนั้นอยู่ในหน่วยความจำชั่วคราวนั้นอีกต่อไป ปัญหาที่เกิดขึ้นมีว่า การทำซ้ำข้อมูลบนอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นการชั่วคราวนั้น จะถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ เพราะการทำซ้ำนั้นถือว่าเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์

ในปัญหาดังกล่าวฝ่ายที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์มักจะยืนยันว่าการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์แม้จะเป็นเพียงชั่วคราวก็ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เช่นกัน ที่เป็นเช่นนี้เพราะฝ่ายเจ้าของลิขสิทธิ์ได้อ้างคำพิพากษาของศาลสหรัฐซึ่งได้วินิจฉัยในคดี *MAI v. Peak*⁶² ว่าการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งต้องมีการทำซ้ำในหน่วยความจำชั่วคราวถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ดังนั้นฝ่ายนี้จึงเห็นว่าการท่องอินเทอร์เน็ตซึ่งต้องมีการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ในหน่วยความจำชั่วคราวก็ย่อมเป็นอยู่ในความหมายของการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์และอาจเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้เช่นเดียวกัน

ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการทำซ้ำชั่วคราวไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เพราะการทำซ้ำเช่นนี้เกิดขึ้นจากระบบการทำงานโดยปกติของเครื่องคอมพิวเตอร์และเมื่อมีการปิดเครื่องคอมพิวเตอร์แล้วก็จะไม่สามารถเรียกข้อมูลซึ่งเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นมาใช้

⁶²991 F.2d 511 (9th Cir. 1993)

งานได้อีกต่อไป การกระทำเช่นนี้จึงไม่อยู่ในความหมายของคำว่า “ทำซ้ำ” ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่อย่างไร⁶³

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาอีกคดีหนึ่งที่ น่าสนใจก็คือ คดี *Intellectual Reserve, Inc. v. Utah Lighthouse Ministry, Inc. and Other*⁶⁴ โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่าจำเลยได้นำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ขึ้นไปเผยแพร่บนเว็บไซต์ของ จำเลย ต่อมาโจทก์ได้แจ้งให้จำเลยนำงานของโจทก์ออกจากเว็บไซต์ดังกล่าว จำเลยได้ปฏิบัติตาม ข้อเรียกร้องของโจทก์แต่ได้แสดงข้อความในเว็บไซต์ของจำเลยให้ผู้ที่เข้าเยี่ยมชมเว็บไซต์ ของจำเลยทราบว่าม้งานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ปรากฏอยู่ที่ใดบ้าง และจำเลยได้แสดงที่อยู่ ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail Address) ของจำเลยไว้สำหรับการติดต่อกับ โจทก์จึงฟ้อง จำเลยว่า จำเลยให้ความช่วยเหลือผู้อื่นในการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งโดยสรุปแล้วในคดีนี้ศาลได้มีคำ วินิจฉัยว่าในขณะที่มีการท่องอินเทอร์เน็ต จะมีการทำซ้ำในหน่วยความจำชั่วคราว การกระทำ ของบุคคลผู้ท่องอินเทอร์เน็ตจึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยตามกฎหมาย DMCA 1998

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาการทำงานของระบบคอมพิวเตอร์ในการที่ เข้าไปเว็บไซต์หนึ่ง ๆ นั้นจะเห็นได้ว่าแม้คอมพิวเตอร์จะทำซ้ำรูปภาพ หรือข้อความ (text) ของ เว็บไซต์นั้น ๆ ไว้ใน cookies ซึ่งเป็นการจัดเก็บข้อมูลไว้ชั่วคราว (temporary files) ซึ่งการ จัดเก็บข้อมูลชั่วคราวดังกล่าวจะสามารถช่วยให้เราเข้ามาหน้าของเว็บนั้นได้เร็วขึ้นเมื่อเรา กลับมาหน้าของเว็บนั้นอีกครั้ง จะสังเกตได้ว่าเมื่อเราเพิ่งเข้าเว็บไซต์หน้าใดหน้าหนึ่งในครั้งแรก ระบบเครื่องคอมพิวเตอร์จะโหลดนานกว่าเมื่อเราเข้าไปเว็บไซต์หน้าอื่น ๆ แล้วกลับมาที่หน้านั้น อีกทีแต่เมื่อ cookies เป็นการซ้ำที่เป็นผลของเทคโนโลยีปกติไม่ใช่เป็นเจตนาของผู้ใช้ที่จะ ทำซ้ำ (copy) ไว้ในเครื่องคอมพิวเตอร์เครื่องคอมพิวเตอร์จึงเก็บข้อมูลดังกล่าวไว้เพียงชั่วคราว แล้วจะลบไปเอง ดังนั้นเพื่อป้องกันปัญหาว่าการกระทำดังกล่าวถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่

⁶³ นันทน อินทนนท์, การคุ้มครองลิขสิทธิ์ในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศ [Online], 15 ตุลาคม 2552. แหล่งที่มา <http://people.su.se/~nain4031/copyrightIT.htm>

⁶⁴ 75 F.Supp. 2d 1290 (D. Utah, Dec. 6, 1999).

จึงได้มีการบัญญัติร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์มาตรา 32/1 (1) - (3) ขึ้นมาเพื่อป้องกันปัญหา ดังกล่าวนั้นเอง

อย่างไรก็ดี ในความเห็นของผู้วิจัยเห็นว่าแม้บทบัญญัติดังกล่าว ต้องการป้องกันปัญหาการทำซ้ำชั่วคราวไม่ให้เกิดว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ถ้อยคำต่าง ๆ ที่นำมาบัญญัตินั้นมีถ้อยคำที่ยากต่อความเข้าใจ อาจก่อให้เกิดความสับสนในการใช้งานหรือการตีความได้



ตารางที่ 1 : ตารางเปรียบเทียบการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของประเทศไทยสหรัฐอเมริกา ประเทศสหราชอาณาจักร - อังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ และประเทศไทย					
ประเทศสหรัฐอเมริกา (US Copyright Act 1976)	ประเทศอังกฤษ Copyright (Designs and Patents Act 1988)	ประเทศออสเตรเลีย (Australia Copyright Act 1968)	ประเทศเยอรมนี (German Copyright Act 1965)	ประเทศสิงคโปร์ (Copyright Act of Singapore 1987)	ประเทศไทย (มาตรา 32 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537)
		(ข) การอนุญาตให้ ทำซ้ำและเผยแพร่ต่อ สาธารณชนในงานอันมี ลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับ หนังสือพิมพ์ที่เป็น บทความและคำบรรยาย ที่ได้โดยต้องเป็นบทความ ที่เกี่ยวข้องกับการเมือง เศรษฐกิจ ศาสนา และ เป็นประเด็นข่าว ประจำวันและผู้ใช้ สร้างสรรค์มีได้กล่าว แสดงการสงวนสิทธิ์ของ ตนไว้	3. จำนวน และ สาระสำคัญของทำซ้ำ ซึ่งพิจารณาประกอบ จำนวนและสาระสำคัญ ของงานทั้งหมด หรืองาน ที่ดัดแปลง 4. ผลกระทบที่มีต่อ ตลาด หรือคุณค่าของงาน	(จ) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ ปรากฏ เพื่อประโยชน์ การพิจารณาของศาลหรือ เจ้าพนักงาน ซึ่งมีอำนาจ ตามกฎหมาย หรือในการ รายงานผลการพิจารณา ดังกล่าว	(ง) กระทำเพื่อ กระบวนการพิจารณาทาง ศาล หรือการแนะนำให้ ความเห็น
			(ข) กระทำเพื่อการ วิพากษ์ หรือการวิจารณ์ (ค) กระทำเพื่อการ รายงานเหตุการณ์ ปัจจุบัน	(ฉ) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ ปรากฏ โดยผู้สอนเพื่อ ประโยชน์ในการสอนของ ตน อันมิใช่การกระทำ เพื่อหากำไร	

(ตารางนี้ต่อ)

ตารางที่ 1 : ตารางเปรียบเทียบการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหราชอาณาจักร - อังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ และประเทศไทย (ต่อ)

ประเทศสหรัฐอเมริกา (US Copyright Act 1976)	ประเทศอังกฤษ Copyright, (Designs and Patents Act 1988)	ประเทศออสเตรเลีย (Australia Copyright Act 1968)	ประเทศเยอรมนี (German Copyright Act 1965)	ประเทศสิงคโปร์ (Copyright Act of Singapore 1987)	ประเทศไทย (มาตรา 32 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537)
(ก) วัตถุประสงค์ และลักษณะของการใช้ งาน รวมถึงการพิจารณา ว่าการกระทำดังกล่าวได้ กระทำไปเพื่อการศึกษ มิได้เป็นการกระทำเพื่อ แสวงหากำไร	(ก) การวิจัยหรือ ศึกษา (ข) การวิจารณ์หรือ ประเมินผล (ค) การรายงาน เหตุการณ์ประจำวัน	(ก) เป็นการกระทำ เพื่อการวิจัยหรือ การศึกษา (ข) เป็นการกระทำ เพื่อการวิจารณ์หรือบท วิจารณ์ (ค) เป็นการกระทำ เพื่อการรายงานข่าว (ง) เป็นการกระทำ เพื่อวัตถุประสงค์สำหรับ กระบวนการทางศาลหรือ การรายงานเกี่ยวกับ กระบวนการพิจารณาใน ศาลและคำปรึกษาของ ผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมาย	(ก) การใช้งาน ลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม หมายถึง การได้ สร้างสรรค์งานชิ้นใหม่ อย่างอิสระด้วยการใช้ งานลิขสิทธิ์ของผู้อื่น อย่างเป็นธรรมโดยไม่ จำเป็นต้องได้รับอนุญาต จากเจ้าของลิขสิทธิ์ก่อน หลักเกณฑ์ดังกล่าว ในข้างต้นนี้อาจนำมาใช้ กับงานลิขสิทธิ์ประเภท ดนตรีกรรมเพื่อขอยืม ทำนองดนตรี เพลง ลิขสิทธิ์มาใช้สำหรับงาน ใหม่	(ก) การกระทำเพื่อ การค้นคว้า หรือ การศึกษาส่วนบุคคล โดย จะ ต้อง พิจารณา องค์ประกอบอื่น ๆ 4 ประการด้วย คือ 1. การกระทำ ดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ หรือ วัตถุประสงค์ หรือ อื่น ๆ ซึ่งสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับ เชิงพาณิชย์หรือการทำ เพื่อการค้าโดยใช่ แสวงหากำไรหรือไม่ 2. ธรรมชาติของงาน อันมีลิขสิทธิ์หรือของงาน ต้นฉบับนั้น	(ก) วิจัยหรือศึกษา งานนั้น อันมิใช่การ กระทำเพื่อหากำไร (ข) ใช้เพื่อประโยชน์ ของตนเอง หรือเพื่อ ประโยชน์ของตนเองและ บุคคลอื่นในครอบครัว หรือญาติสนิท (ค) ดัดแปลงวิจารณ์ หรือ แนะนำผลงานโดยมีการ รับรู้ถึงความจำเป็นของ ลิขสิทธิ์ในงานนั้น (ง) เสนอรายงาน ข่าวทางสื่อมวลชน โดยมีการรับรู้ความ เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ใน งานนั้น

ตารางมีต่อ

ตารางที่ 1 : ตารางเปรียบเทียบการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหราชอาณาจักร - อังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ และประเทศไทย (ต่อ)					
ประเทศสหรัฐอเมริกา (US Copyright Act 1976)	ประเทศอังกฤษ Copyright, (Designs and Patents Act 1988)	ประเทศออสเตรเลีย (Australia Copyright Act 1968)	ประเทศเยอรมนี (German Copyright Act 1965)	ประเทศสิงคโปร์ (Copyright Act of Singapore 1987)	ประเทศไทย (มาตรา 32 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537)
			(ง) การใช้งานลิขสิทธิ์ เพื่อการอ้างอิง กฎหมาย อนุญาตให้ทำได้ ภายใต้ เงื่อนไขดังต่อไปนี้ 1. การนำเอางาน ลิขสิทธิ์มาอ้างอิงในทาง วิทยาศาสตร์ที่ขึ้นใหม่ กฎหมายอนุญาตให้นำ จำนวนงานส่วนใหญ่มาก อ้างอิงได้ เพราะการ อ้างอิงในทาง วิทยาศาสตร์จะเป็น ประโยชน์ต่อการ ศึกษาวิจัยและทำให้เกิด การพัฒนาอย่างรวดเร็ว แต่สังคม		- การกระทำแก่งาน อันมีลิขสิทธิ์ของบุคคล อื่นใน 8 ประการข้างต้น (ก-ฮ) ต้องเป็นการกระทำ ที่ไม่ขัดต่อการแสวงหา ประโยชน์จากงานอันมี ลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย เจ้าของลิขสิทธิ์และไม่มี กระทบกระเทือนถึงสิทธิ อันชอบด้วยกฎหมายของ เจ้าของลิขสิทธิ์เกิน สมควร

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 1 : ตารางเปรียบเทียบการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหราชอาณาจักร - อังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศสหรัฐอเมริกา (US Copyright Act 1976)	ประเทศอังกฤษ Copyright, (Designs and Patents Act 1988)	ประเทศออสเตรเลีย (Australia Copyright Act 1968)	ประเทศเยอรมนี (German Copyright Act 1965)	ประเทศสิงคโปร์ (Copyright Act of Singapore 1987)	ประเทศไทย (มาตรา 32 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537)
			<p>(ก) การนำงานลิขสิทธิ์ มาทำซ้ำเพื่อวัตถุประสงค์ ในการรายงานข่าวได้วาง หลักเกณฑ์ไว้เฉพาะ งานแปลภาษาฟรีเสียง งานภาพยนตร์ หรือ หนังสือพิมพ์หรือวารสาร ประเภทที่รายงานข่าว เหตุการณ์ปัจจุบัน สามารถนำมาทำซ้ำและ นำออกเผยแพร่ต่อ สาธารณชนได้ แต่ผู้ใช้งานลิขสิทธิ์ต้อง ทำเพื่อการรายงานข่าว และเหตุการณ์ประจำวัน เท่านั้น</p>	<p>(จ) การกระทำที่เป็น การทำสำเนาสำรองของ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ เพื่อป้องกันการชำรุด เสียหาย</p>	<p>(ข) ทำซ้ำ ตัดแปลง บางส่วนของงาน หรือตัด ทอน หรือทำบทสรุปโดย ผู้สอน หรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่าย หรือ จำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้น เรียนหรือในสถาบัน ศึกษา ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการ กระทำเพื่อหากำไร (ข) นำงานนั้นมา ใช้เป็นส่วนหนึ่งในการ ถกและตอบในการสอบ</p>

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 1 : ตารางเปรียบเทียบการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหราชอาณาจักร - อังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ และประเทศไทย (ต่อ)					
ประเทศสหรัฐอเมริกา (US Copyright Act 1976)	ประเทศอังกฤษ Copyright (Designs and Patents Act 1988)	ประเทศออสเตรเลีย (Australia Copyright Act 1968)	ประเทศเยอรมนี (German Copyright Act 1965)	ประเทศสิงคโปร์ (Copyright Act of Singapore 1987)	ประเทศไทย (มาตรา 32 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537)
			2. การนำงานลิขสิทธิ์ มาอ้างอิงในงาน วรรณกรรมที่สร้างสรรค์ ขึ้นใหม่กฎหมายอนุญาต ให้อ้างอิงได้ในส่วนน้อย ทั้งนี้ เนื่องจากงาน วรรณกรรมส่วนใหญ่มีก เป็นเรื่องของความ บันเทิง		
			3. การนำงาน ลิขสิทธิ์ประเภทดนตรี กรรมมาอ้างอิงในงาน ดนตรีกรรมที่สร้างสรรค์ ใหม่ กฎหมาย อนุญาตให้ในเฉพาะ ข้อความของเนื้อเพลงใน เพลงใดเพลงหนึ่งที่ได้ พิมพ์ออกมาแล้วมา อ้างอิง		

2.6 แนวคิดในการคุ้มครองกฎหมายลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัล

การเติบโตอย่างรวดเร็วของเทคโนโลยีเครือข่ายอินเทอร์เน็ตได้ปฏิวัติวิธีการเผยแพร่ผลงานสร้างสรรค์ต่าง ๆ ไปทั่วโลกโดยมีต้นทุนที่ต่ำ เช่น บริษัทเพลงสามารถจำหน่ายเพลงให้แก่ผู้บริโภคได้โดยตรงโดยมีอัตราค่าใดในระดับสูงกว่าการจำหน่ายผ่านร้านค้า นอกจากนี้การกระจายงานสร้างสรรค์ในรูปแบบที่เป็นข้อมูลดิจิทัลยังเปิดโอกาสให้นักเขียนหรือศิลปินอิสระซึ่งไม่สามารถตีพิมพ์หนังสือหรือออกอัลบั้มเพลงของตนสามารถนำผลงานต่าง ๆ ของตนนั้นเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ตต่อกับผู้สหายตาของคนทั่วโลกได้อย่างกว้างขวาง และในขณะเดียวกันในทางตรงกันข้ามการเผยแพร่ผลงานดังกล่าวนี้ก็ทำให้ผู้บริโภคสามารถสร้างแผ่นซีดีเพลง หรือข้อมูลต่าง ๆ ได้ตามความต้องการจากการรวบรวมเพลงหรือข้อมูลต่าง ๆ เข้าไว้ด้วยกันอีกด้วย

อย่างไรก็ตามการก้าวหน้าและการพัฒนาของของเทคโนโลยีเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ประกอบกับการเจริญเติบโตอย่างรวดเร็วในทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-Commerce) นี้เองทำให้เกิดปัญหาใหม่ ๆ ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและการละเมิดลิขสิทธิ์ในรูปแบบต่าง ๆ โดยตัวอย่างของเทคโนโลยีและปัญหาที่เกิดขึ้นบ่อย ๆ อาจสรุปได้ ดังนี้⁶⁵

1. การแลกเปลี่ยนเพลงหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (Software) ของกลุ่มคนที่รู้จักผ่านทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) หรือกลุ่มสนทนาซึ่งผ่านระบบเน็ตเวิร์ค (Network) โดยโปรแกรมสำหรับการสื่อสารรูปแบบต่าง ๆ ที่ได้พัฒนาขึ้น เช่น โปรแกรม MSN Messenger ที่พัฒนาขึ้นจากบริษัทไมโครซอฟท์

2. การนำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (Software) หรือเพลงที่มีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นไปใส่ในเว็บไซต์หรือที่เรียกว่า “อัปโหลด” (upload) เพื่อให้คนมา “ดาวน์โหลด” (download) โดยเจ้าของเว็บไซต์นั้นอาจได้ค่าตอบแทนในรูปแบบของตัวเงินหรือไม่ก็ได้

3. การนำเอาเลขหมายอนุกรม (Serial number) หรือรหัสผ่าน (password) ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (software) ที่มีลิขสิทธิ์ใส่ลงในเว็บไซต์อย่างแพร่หลายเพื่อให้บุคคลอื่นสามารถทำสำเนาโปรแกรมดังกล่าวและใช้โปรแกรมเหล่านั้นได้

⁶⁵ สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์, กรกฎาคม 2543, 3-7.

4. การพัฒนาเทคโนโลยีบีบอัดข้อมูลให้มีขนาดเล็กลงและบันทึกเสียงตามมาตรฐานหรือที่เรียกว่า “MP3”⁶⁶ ซึ่งสามารถบันทึกเสียงในรูปดิจิทัลที่มีขนาดเท่าเทียมข้อมูลเล็กกว่าการบันทึกในรูปแบบเพลงที่บรรจุในแผ่นซีดีทั่วไป (CD-Audio) ประมาณ 10 เท่า โดยยังสามารถรักษาคุณภาพของเสียงไว้ในระดับที่ใกล้เคียงกับของเดิม จึงทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์เพลงเกิดขึ้นอย่างแพร่หลาย จากการนำเอาเพลงที่มีลิขสิทธิ์มาแปลงให้อยู่ในรูปแบบของ MP3 แล้วบรรจุไว้ในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเพื่อให้คนมาดาวน์โหลด

5. เทคโนโลยีการแลกเปลี่ยนข้อมูลดิจิทัลต่าง ๆ เช่น เพลง โปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรือ ภาพยนตร์ร่วมกันโดยสามารถปกปิดแหล่งที่มา (anonymous) เช่น เทคโนโลยีของ Napster (www.napster.com) ซึ่งช่วยในการแลกเปลี่ยนเพลงดิจิทัล เทคโนโลยี Gnutella (www.gnutella.wego.com) ซึ่งสามารถแลกเปลี่ยนข้อมูลดิจิทัลทุกรูปแบบจากเครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตแต่ละคนได้โดยตรง โดยไม่ต้องนำข้อมูลนั้นใส่ลงในเว็บไซต์ ซึ่งทำให้การตรวจจับการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นสิ่งที่แทบจะเป็นไปไม่ได้เลย

นอกจากปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์จากการกระทำในข้างต้นแล้ว ความแพร่หลายของเครือข่ายอินเทอร์เน็ตยังทำให้เกิดปัญหาซึ่งอาจเข้าข่ายการละเมิดลิขสิทธิ์ในรูปแบบอื่น ๆ อีกด้วย ซึ่งปัญหาเหล่านี้ทำให้เกิดข้อถกเถียงตามมาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นความผิดหรือไม่ เช่น

1. การดูโฮมเพจผ่านบราวเซอร์ (Browser) ซึ่งจำเป็นต้องอาศัยการทำซ้ำชั่วคราวในหน่วยความจำของคอมพิวเตอร์ การกระทำดังกล่าวจะถือเป็นการทำซ้ำ (reproduction) ตามกฎหมายลิขสิทธิ์โดยทั่วไปหรือไม่

2. การเชื่อมโยงด้วยไฮเปอร์ลิงก์ (Hyperlink) ไปยังโฮมเพจ (homepage) ของผู้อื่นถือเป็นการสร้างผลงานดัดแปลง (derivative work) จากการรวมงานสร้างสรรค์ของผู้อื่นเข้ามาเป็นของตนเองหรือไม่ หรือเป็นเพียงการอ้างถึง (citation) เท่านั้น ปัญหาดังกล่าวจะยังมีความยุ่งยาก

⁶⁶ คำว่า MP3 ย่อมาจาก MPEG Audio Layer 3 MPEG เป็นชื่อย่อของคณะกรรมการ Moving Picture Export Group ที่ได้วางมาตรฐานของการย่อข้อมูลภาพเคลื่อนไหว เช่น ภาพยนตร์หรือวิดีโอที่บันทึกในคอมพิวเตอร์ให้มีขนาดเล็กลง เพื่อให้สามารถบันทึกลงในสื่อ เช่น ฮาร์ดดิสก์หรือแผ่นซีดีได้พอ เป็นต้น

ซับซ้อนมากขึ้นหากการเชื่อมโยงเป็นการเชื่อมโยงแบบลึก (deep link) ซึ่งผู้เชื่อมโยงไม่ได้เชื่อมโยงไปยังส่วนบนสุดของเพจนั้นแต่เชื่อมโยงโดยตรงไปยังส่วนใดส่วนหนึ่งของเพจนั้นเลย ผลของการเชื่อมโยงในลักษณะดังกล่าวผู้ใช้อาจไม่ป็นโฆษณาหรือไม่ทราบว่าใครเป็นเจ้าของเพจนั้น

3. การเชื่อมโยงแบบฝัง (embedding link) ซึ่งนำเอาข้อมูลแบบมัลติมีเดียในรูปแบบต่าง ๆ เช่น ภาพหรือเสียงอันเป็นผลงานสร้างสรรค์ของบุคคลอื่นมาเป็นส่วนหนึ่งของเพจของตน ประเด็นคือการกระทำดังกล่าวเป็นการดัดแปลงหรือใช้งานสร้างสรรค์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือไม่

4. การสร้างกรอบ (framing) ใการแสดงผล โดยมีเนื้อหาบางส่วนที่แสดงในกรอบเป็นของผู้อื่น ประเด็นคือการกระทำดังกล่าวเป็นการเผยแพร่ซ้ำ (republish) หรือการสร้างงานดัดแปลง (derivative work) โดยไม่ได้รับอนุญาตหรือไม่

5. การทำ caching ซึ่งเป็นการทำซ้ำแบบกึ่งถาวรในฮาร์ดดิสก์ (local caching) หรือในเครื่องแม่ข่าย (proxy caching) เพื่อให้สามารถเรียกดูข้อมูลที่เคยเรียกดูมาแล้วได้รวดเร็วยิ่งขึ้น เพราะไม่ต้องเรียกซ้ำจากเว็บไซต์นั้นอีก ประเด็นคือการทำซ้ำดังกล่าวเข้าข่ายการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ เนื่องจากจะมีผลในทางอ้อมทำให้จำนวนครั้งของการเยี่ยมชม (hit) เว็บไซต์น้อยลง ซึ่งจะมีผลต่อรายได้จากการโฆษณาของเจ้าของเว็บไซต์

6. การทำลิงค์สำรอง (mirror site) เพื่อลดความแออัดในการใช้เว็บไซต์ที่ได้รับความนิยมมาก โดยเนื้อหาในเว็บไซต์สำรองนั้นจะเหมือนกันกับเว็บไซต์ต้นฉบับทั้งหมด แต่มีชื่อโดเมนเนม (domain name) ที่ต่างกัน ประเด็นก็คือการกระทำดังกล่าวนี้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่

จากปัญหาต่าง ๆ ข้างต้นแสดงให้เห็นว่าความแพร่หลายของอินเทอร์เน็ต ปัจจุบัน ทำให้เกิดการเผยแพร่ผลงานสร้างสรรค์โดยมิได้รับอนุญาตทางอินเทอร์เน็ตมากมาย เนื่องจากอินเทอร์เน็ตเป็นเสมือนพาหนะหรือสื่อที่นางานสร้างสรรค์ไปสู่ผู้ติดต่อกับเครือข่ายอย่างไม่จำกัดเขตแดนทางกายภาพ อย่างที่เราเรียกอินเทอร์เน็ตอีกอย่างว่าเครือข่ายของหลาย ๆ เครือข่าย (Networks of Networks) การส่งต่อข้อมูลในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนั้นเป็นไปในลักษณะจากหลายจุดไปสู่อีกหลายหลายจุด (many to many) ซึ่งต่างจากการเผยแพร่ของวิทยุ หรือ โทรทัศน์ซึ่งเป็นไปในลักษณะจุดเดียว ไปสู่หลายจุด หรือหลายผู้รับ (one to many) ดังนั้นแล้วจะเห็นได้ว่า ทั้งเทคโนโลยี

คอมพิวเตอร์ในการทำซ้ำ และศักยภาพในการเผยแพร่ผลงานสร้างสรรค์ ของอินเทอร์เน็ตในลักษณะไร้เขตแดน ทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นไปได้ง่ายทั้งในการทำซ้ำและการเผยแพร่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งงานสร้างสรรค์ส่วนใหญ่ถูกสร้าง และถูกเก็บในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์⁶⁷ เช่น งานเพลง โปรแกรมคอมพิวเตอร์ หนังสืออิเล็กทรอนิกส์ (Electronic book) ภาพยนตร์ เป็นต้น

ตารางข้างล่าง จะเปรียบเทียบให้เห็นถึงความแตกต่างของการใช้ การเผยแพร่ และการดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ใน Print world หรือ analog world เทียบกับยุคของ digital technology ดังนี้⁶⁸

ตารางเปรียบเทียบการใช้งานลิขสิทธิ์ในยุค

Analog vs. Digital

Analog World	Digital World
- การทำซ้ำเกิดขึ้นได้ยากและช้ากว่า ต้องอาศัยการทำซ้ำหน้าต่อหน้า หรือมวนต่อมวน และคุณภาพของงานที่ได้ทำซ้ำขึ้นมานั้นอาจเสื่อมไป	- การทำซ้ำ digital file เช่น download upload, linking, printing เกิดขึ้นได้ง่ายและรวดเร็ว และงานใหม่ที่เกิดจากการทำซ้ำ มีคุณภาพเช่นเดียวกับ original
- การส่งต่อ ต้องใช้รถยนต์ เรือ หรือเครื่องบิน และมีข้อจำกัดทางภูมิศาสตร์	- สามารถส่ง digital file ทางอินเทอร์เน็ตไปที่ใดก็ได้ในโลกที่เชื่อมต่อกับระบบอินเทอร์เน็ต
- การเก็บรักษาใช้เนื้อที่มาก	- ด้วยเทคโนโลยีบีบอัดข้อมูล (compression technology) ทำให้สามารถเก็บ digital file ได้ขนาดเล็กมาก

⁶⁷ นพมาศ ธรรมธีรเดโช, กฎหมายไซเบอร์ [Online], 21 มีนาคม 2550. แหล่งที่มา www.geocities.com/elaw007/Article/110802_prevent-ipNet.html

⁶⁸ ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี, รายงานฉบับสมบูรณ์ (Final Report) สาขาทรัพย์สินทางปัญญา, กุมภาพันธ์ 2549, 5-6.

- การแก้ไข เปลี่ยนแปลงงาน ทำได้ยากกว่า	- การแก้ไขเปลี่ยนแปลงงานที่อยู่ในรูป digital file ทำได้ง่ายมาก
- การส่งต่องานอันละเมิดลิขสิทธิ์ทำได้ช้ากว่า	- Hi-Speed communication technology ทำให้ส่งต่อ digital file ได้รวดเร็ว
- ไม่มีการใช้เทคโนโลยีเพื่อป้องกันการเข้าถึง หรือ ทำซ้ำงาน	- มีการใช้เทคโนโลยี เช่น encryption, watermarking, fingerprinting, content scrambling system (CSS), copy control เพื่อป้องกันการทำซ้ำ หรือการเข้าถึง digital file ต่างๆ

จากตารางข้างต้นนี้ สามารถวิเคราะห์ความสัมพันธ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์กับลักษณะทั่วไปของการเผยแพร่ และทำซ้ำงานลิขสิทธิ์ ซึ่งอาจส่งผลเป็นการละเมิดงานลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัลรวมถึงความเป็นไปได้ในการกระทำผิดกรณีอื่น ๆ ที่ควบคู่ไปกับการละเมิดต่อตัวงานลิขสิทธิ์ในกรณีต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

1. ผลงานสร้างสรรค์ที่บันทึกอยู่ในรูปดิจิทัล และมีการเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต ส่วนใหญ่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ (Software) งานเพลง งานภาพยนตร์ งานสิ่งบันทึกเสียง งานวรรณกรรมประเภทหนังสืออิเล็กทรอนิกส์ (E-book) และบทความวารสาร หรืองานลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปของ Digital files อื่น ๆ

2. การส่ง files จากคอมพิวเตอร์ของผู้หนึ่งไปยังคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของลิขสิทธิ์ (Exclusive rights) ได้แก่สิทธิในการทำซ้ำ (Reproduction) สิทธิจำหน่าย (Distribution) และสิทธิการเผยแพร่ต่อสาธารณชน (Communication to the public or public performance) และสิทธิในการแพร่ภาพกระจายเสียง

3. ผู้ใช้งานลิขสิทธิ์ (End users) ที่ทำซ้ำ เผยแพร่ หรือจำหน่ายงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ อาจกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ได้

4. ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ผู้ให้บริการ File sharing ผู้ผลิต File sharing software ผู้ประกอบธุรกิจ Auction site หรือ Search engine อาจตกเป็นผู้ละเมิดลำดับรอง (Secondary infringement) ที่ต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดลิขสิทธิ์ร่วมกับผู้กระทำละเมิดบนโครงข่ายที่ตนให้บริการ อยู่ก็ได้

5. ในขณะที่ การละเมิดในยุคดิจิทัลเกิดขึ้นได้ง่ายเช่นนี้ วิธีการติดตาม และป้องกันการละเมิด กลับทำได้ยากขึ้น เจ้าของงานลิขสิทธิ์นอกจากจะพึ่งพาบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์แล้วยังหันมาพึ่งเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันการทำซ้ำและการเข้าถึงงานลิขสิทธิ์อีกด้วย (technological self-help) เทคโนโลยีดังกล่าวได้แก่ Encryption technology, Fingerprinting, Watermarking, Digital signature, Password ฯลฯ

6. การทำลาย หรือ หลีกเลี่ยงเทคโนโลยีที่ใช้ปกป้องงานลิขสิทธิ์ดังกล่าวข้างต้น อาจเป็นการกระทำผิดกฎหมายอีกชั้นหนึ่ง

7. ขณะเดียวกันผู้ผลิตอุปกรณ์ ซอฟต์แวร์ หรือส่วนประกอบใดๆ (Hacking tools) ที่ใช้เพื่อการทำลาย หรือหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีข้างต้น อาจเป็นการกระทำผิดกฎหมายเช่นเดียวกัน

8. ความเสียหายที่เป็นผลพวงจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น นอกจากจะเกิดขึ้นกับตัวงานลิขสิทธิ์ (Copyrighted content) โดยตรงแล้ว ผู้ที่ได้รับสิทธิจากเจ้าของลิขสิทธิ์ให้ทำการแพร่ภาพกระจายเสียงในงานดังกล่าว เช่นกลุ่มผู้ประกอบการถ่ายทอดโทรทัศน์ด้วยระบบดาวเทียม หรือเคเบิล อาจได้รับความเสียหายด้วย หากมีการดักจับสัญญาณถ่ายทอดรายการโดยผู้อื่น ที่ไม่ได้รับอนุญาตให้ทำการแพร่ภาพกระจายเสียงจากเจ้าของงานลิขสิทธิ์โดยตรง

จากตารางเปรียบเทียบการใช้งานลิขสิทธิ์ในยุค Analog vs. Digital และการวิเคราะห์ความสัมพันธ์ข้างต้น จะเห็นได้ว่าความก้าวหน้าของดิจิทัลเทคโนโลยีและระบบอินเทอร์เน็ตกระตุ้นให้เจ้าของลิขสิทธิ์นำรูปแบบทางธุรกิจใหม่ๆ (New business models) มาใช้ในการควบคุมการจำหน่าย เผยแพร่ และการไหลเวียนงานลิขสิทธิ์ของตน โดยระบบดังกล่าวจะส่งเสริมให้เกิดการไหลเวียนของงานลิขสิทธิ์ทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ และส่งเสริมการสร้างและเผยแพร่งานลิขสิทธิ์ในระบบ Online รวมทั้งส่งเสริมให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีด้านการสื่อสารจากต่างประเทศและส่งผลกระทบต่อเจริญเติบโตด้านพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของประเทศนั้นต่อไป

นอกจากสมมุติฐานต่าง ๆ ข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่าจากการศึกษาข้อตกลงทริปส์ (TRIPs) ก็ไม่ได้กล่าวถึงหลักการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในงานลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีสารสนเทศ แต่จะเห็นได้ว่าข้อตกลง TRIPs จะเป็นเพียงมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard) และเพื่อให้สมาชิกสามารถออกกฎหมายภายในของตนเองเพื่อใช้บังคับให้สอดคล้องกันกับหลักเกณฑ์ใน TRIPs หรือออกกฎหมายเฉพาะ (Sui Generis) อย่างไรก็ดีได้แล้วแต่ความเหมาะสมของระบบกฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ เท่านั้น จึงทำให้ข้อตกลงนี้ไม่สามารถปกป้องงานลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัลได้อีกต่อไป

2.6.1 ความหมายของมาตรการทางเทคโนโลยี

เมื่อศักยภาพของเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ อินเทอร์เน็ต เทคโนโลยีดิจิทัล และการพัฒนาเครื่องมือ อุปกรณ์ต่าง ๆ ในโลกปัจจุบัน ทำให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ในรูปแบบต่าง ๆ ประกอบกับข้อตกลง TRIPs ก็ไม่สามารถปกป้องผลงานในยุคดิจิทัลและไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ของโลกที่เปลี่ยนแปลงไปได้ ทำให้เจ้าของงานลิขสิทธิ์ที่ได้รับความเสียหายและสูญเสียผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจต่างมองว่าเมื่อมาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่ไม่สามารถปกป้องผลงานสร้างสรรค์ของตนได้ จึงควรมหามาตรการต่าง ๆ เข้ามาปกป้องผลงานของตนก่อนที่ผลงานนั้นจะถูกนำไปใช้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจากการกระทำของผู้อื่น (self-help)⁶⁹ เจ้าของลิขสิทธิ์จึงได้นำเทคโนโลยีต่าง ๆ ที่สามารถป้องกันการเข้าถึงผลงานของตนที่เรียกว่า “มาตรการทางเทคโนโลยี” Technological Protection Measures : TPM) มาใช้ป้องกันผลงานของตน

ดังนั้น มาตรการทางเทคโนโลยีจึงหมายถึง มาตรการ อุปกรณ์ หรือส่วนประกอบใด ๆ ตามที่โดยปกติของการทำงานที่ถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันหรือจำกัดการกระทำต่องานลิขสิทธิ์หรือสิทธิอื่นใดโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิ

มาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ใช้เพื่อควบคุมการเข้าถึงและการใช้งานลิขสิทธิ์ของตนนี้มักปรากฏอยู่ในรูปของ Encryption technology , Passwords , Watermarking,

⁶⁹ สัมภาษณ์ นุสรรา กาญจนกุล, หัวหน้าส่วนคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ สำนักลิขสิทธิ์ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, 27 กันยายน 2549.

Fingerprinting technology, Content scrambling system (CSS) เทคโนโลยีเช่นนี้เป็นเสมือน เครื่องมือทางเทคนิค (Technological self-help) นอกเหนือจากตัวบทกฎหมาย ที่เจ้าของลิขสิทธิ์ นำมาใช้เพื่อคุ้มครองงานของตน และเนื่องจากมาตรการทางเทคโนโลยีเหล่านี้อาจมีการถูก ถอดรหัสผ่าน หรือถูกทำลายด้วยวิธีต่าง ๆ จากผู้ที่มีหวังจะได้ใช้งานนั้น ๆ โดยมีต้องจ่าย ค่าลิขสิทธิ์อย่างถูกต้อง เช่น การคิดค้นโปรแกรม อุปกรณ์ เครื่องมือ ในการถอดหรือทำลาย เทคโนโลยีเหล่านี้ เจ้าของงานลิขสิทธิ์จึงได้เรียกร้องให้มีกฎหมายเฉพาะเพื่อคุ้มครองเทคโนโลยี เหล่านี้อีกชั้นหนึ่งด้วย⁷⁰

2.6.2 ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยี

มาตรการทางเทคโนโลยี (Technological Protection Measures : TPM) ต่าง ๆ ที่ เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้ป้องกันการเข้าถึงและการเอาไปซึ่งงานของตนนี้มีอยู่ด้วยกันหลายรูปแบบ ขึ้นอยู่กับว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องการให้ผลงานของตนเองถูกปกป้องโดยใช้เทคโนโลยีในรูปแบบหรือ ในลักษณะใด อย่างไรก็ตามการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเหล่านี้ของเจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมทำให้ เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิในการควบคุมการทำซ้ำ จำหน่าย เผยแพร่ และการไหลเวียนงานลิขสิทธิ์ ของตน ทั้งนี้รวมถึงการควบคุมการใช้งาน การจำกัดจำนวนของการทำสำเนา และการจัดเก็บ ค่าลิขสิทธิ์อีกด้วย ซึ่งทั้งหมดนี้ เรียกว่า Digital Right Management : DRM หรือ Rights Management Information : RMI ซึ่งหมายถึงการจัดการข้อมูลบริหารสิทธิ

ดังนั้น มาตรการทางเทคโนโลยี (TPM) จึงเป็นการนำเอาเทคโนโลยีที่อยู่ในรูปแบบ ต่าง ๆ ที่ถูกผลิตขึ้นเพื่อนำมาป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ และการจัดการข้อมูลบริหารสิทธิ (DRM หรือ RMI) ในรูปแบบต่าง ๆ นั่นก็เป็นเพียงวิธีการป้องกันการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบ ดิจิทัลวิธีการหนึ่งของการใช้มาตรการทางเทคโนโลยี (TPM) นั่นเอง ยกตัวอย่างเช่น นาย A และ นาย B ต่างก็เป็นเจ้าของงานภาพยนตร์อันเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกบรรจุไว้ในแผ่น DVD และได้

⁷⁰ ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี, รายงานฉบับสมบูรณ์ (Final Report) สาขา ทรัพย์สินทางปัญญา, 17.

จำหน่ายตามร้านค้าขายภาพยนตร์ทั่วไป ต่อมา นาย A และนาย B ไม่ต้องการให้งานภาพยนตร์ของตนถูกละเมิดไม่ว่าจะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยวิธีใดก็ตาม นาย A จึงเลือกใช้วิธีการติดตั้งโปรแกรมป้องกันการคัดลอกไว้ใน DVD ภาพยนตร์ของตน ส่วน นาย B เห็นว่าหากใช้วิธีการติดตั้งโปรแกรมป้องกันการคัดลอกเหมือนเช่น นาย B อาจไม่เพียงพอต่อการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ นาย B จึงติดตั้งโปรแกรมที่ทำให้แผ่นภาพยนตร์ DVD ของนาย B เล่นกับเครื่องเล่น DVD เฉพาะยี่ห้อ หรือ เฉพาะรุ่นใดรุ่นหนึ่งเท่านั้นที่ไม่ใช่เครื่องคอมพิวเตอร์เพิ่มเข้าไปอีกด้วย เป็นต้น จึงเห็นได้ว่ามาตรการทางเทคโนโลยีที่ นาย A และ นาย B ต่างนำมาป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ในแผ่นภาพยนตร์ DVD ของตนนั้นเป็นเพียงวิธีการป้องกันการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบดิจิทัลวิธีการหนึ่งของการใช้มาตรการทางเทคโนโลยี (TPM) อื่น ๆ นั่นเอง⁷¹

เนื่องจากความสามารถในการคัดลอกที่ง่ายและได้งานชิ้นใหม่ที่ไม่สูญเสียคุณภาพ ดังนั้นการนำมาตรการทางเทคโนโลยีในรูปแบบต่าง ๆ มาใช้กับงานลิขสิทธิ์ในสื่อดิจิทัลจึงทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ (Content Owner) สามารถรักษาสิทธิทางเศรษฐกิจของตนเองได้และยังควบคุมการให้บริการต่อผู้บริโภคได้ตามความต้องการของตนหรือตามที่ผู้บริโภคเสียค่าตอบแทนในแต่ละครั้ง ดังนั้น ในอนาคตของการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีจึงเป็นการผสมผสานระหว่างการให้บริการทางธุรกิจโปรแกรมคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์ของเทคโนโลยีเหล่านั้น⁷²

มาตรการทางเทคโนโลยี (TPM) จะประกอบไปด้วยอุปกรณ์ที่อยู่ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งจะต้องทำการติดตั้ง ซึ่งเทคโนโลยีประเภทนี้จะเป็นระบบการป้องกันข้อมูลบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต และในความเป็นจริงแล้วจากที่ได้กล่าวมาข้างต้นมาตรการทางเทคโนโลยี (TPM) จะประกอบไปด้วยเทคโนโลยีในรูปแบบต่าง ๆ ที่ขึ้นอยู่กับเทคโนโลยีและการบริการหลายประเภท (DRM) ซึ่งเทคโนโลยีบางประเภทก็จะขึ้นอยู่กับวิธีการหรือวัตถุประสงค์ของผู้ใช้ และเครือข่ายทางธุรกิจและอาจเป็นอุปกรณ์ที่ต้องใช้อยู่เป็นประจำของผู้ให้บริการหรือบนเครือข่ายทาง

⁷¹ ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าการจัดการข้อมูลบริหารสิทธิ (DRM) ถือเป็นมาตรการทางเทคโนโลยี (TPM) อย่างหนึ่งในหลาย ๆ มาตรการที่มุ่งจัดการงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบของข้อมูลดิจิทัล

⁷² Mr. Jeffrey P. Cunard...et al., **Standing Committee on Copyright and related rights Tenth Session Current Developments in the field of digital rights management**, November 3 to 5 2003 by London, 4-14.

อินเทอร์เน็ต โดยทั่วไปนั้นมาตรการทางเทคโนโลยี (TPM) ที่ใช้คุ้มครองงานลิขสิทธิ์ (Circumvention of Technological Protection Measures) นี้จะแบ่งได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ

1. เทคโนโลยีห้ามการเข้าถึงงาน (access control technology) เทคโนโลยี

ประเภทนี้เป็นระบบการจัดการการเข้าถึงเนื้อหาของผู้ใช้ ซึ่งโดยปกติแล้วจะป้องกันโดยการใช้รหัสผ่าน (Password Protection) อย่างไรก็ตาม ทันทีที่ผู้ใช้ได้เข้าถึงข้อมูลโดยได้รับการอนุญาตจากเจ้าของแล้วก็จะไม่มีการป้องกันข้อมูลในครั้งต่อไปอีก ดังนั้น ทันทีที่ผู้ใช้เข้าถึงข้อมูลแล้วก็จะเป็นไปได้ที่เจ้าของจะควบคุมการกระทำใด ๆ ต่อข้อมูลอีกต่อไป การป้องกันประเภทนี้ได้ถูกนำมาใช้บนเว็บไซต์ซึ่งเป็นการใช้กลไกควบคุมการเข้าถึงอย่างง่ายตัวอย่างของเทคโนโลยีประเภทนี้ เช่น Encryption, Content Scrambling System (CSS) เป็นต้น

2. เทคโนโลยีห้ามการทำซ้ำงาน (copy control technology) เทคโนโลยีการ

ป้องกันการทำซ้ำนี้เป็นเทคโนโลยีที่ถูกออกแบบมาเพื่อส่งสัญญาณในการให้ทำซ้ำเมื่อได้รับอนุญาตการทำซ้ำและการทำซ้ำอย่างต่อเนื่องนี้จะถูกกำหนดไว้โดยวิธีการใช้ที่แนบมา แนวคิดของระบบการป้องกันการทำซ้ำนี้สามารถนำไปใช้ควบคุมการเคลื่อนย้ายข้อมูลทั้งภายในและภายนอกของฐานข้อมูลผู้ใช้เองรวมทั้งยังครอบคลุมถึงการเผยแพร่ข้อมูลบนอินเทอร์เน็ตด้วยและ เทคโนโลยีห้ามการทำซ้ำงาน (Copy control technology) เช่น เทคโนโลยีที่ใช้กับการชมภาพยนตร์ Streaming online กล่าวคือขณะที่มีการชมภาพยนตร์ on-line ภาพยนตร์จะหายไปเรื่อย ๆ ผู้ชมจะไม่สามารถดาวน์โหลดไฟล์ได้ เป็นต้น

จากการศึกษาและพัฒนาระบบการจัดการทรัพย์สินทางปัญญาโดยการใช้เทคโนโลยีเหล่านี้ จึงทำให้เกิดธุรกิจแบบใหม่ของบรรดาบริษัทผลิตโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ต้องการสร้างเทคโนโลยีเพื่อการแข่งขันทางตลาดทางเทคโนโลยี ซึ่งต้องแน่ใจว่าการกระทำนั้นผู้บริโภคต้องสามารถเข้าถึงข้อมูลโดยปราศจากอุปสรรคทางเทคนิค อย่างไรก็ตามการจัดการระบบดังกล่าวเหล่านี้ยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่าควรใช้วิธีการอย่างไรแต่วิธีการที่ทำอยู่นี้ยังเป็นที่ยอมรับเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ดังนั้น นอกจากธุรกิจของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในการจัดการระบบทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ธุรกิจในรูปแบบของการจัดการทรัพย์สินทางปัญญาโดยใช้ DRM ก็จะมีการจัดรูปแบบธุรกิจเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าลิขสิทธิ์หลายรูปแบบ เช่น การซื้องานลิขสิทธิ์จากผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต

(ISP) การใช้ DRM ประเภทนี้เป็นรูปแบบผู้ใช้บริการเข้าไปในเว็บไซต์ของผู้ให้บริการเพื่อชมสินค้า ตัวอย่าง เช่น ฟังเพลงหรือภาพยนตร์ตัวอย่าง โดยที่ผู้ใช้บริการจะต้องสมัครเป็นสมาชิกเพื่อรับ User Name และ Password เมื่อผู้ใช้บริการพอใจก็สามารถเลือกสินค้านั้น ๆ และชำระเงินให้แก่ผู้ให้บริการการให้บริการประเภทนี้มีข้อดีที่สามารถทำให้ผู้ใช้บริการเลือกสินค้าที่พอใจที่สุดได้ เช่น สามารถเลือกซื้อเพลง 1 เพลง จากหนึ่งอัลบั้มที่มีเพลงหลายเพลง เป็นต้น

2.6.3 ลักษณะและตัวอย่างการใช้งานของมาตรการทางเทคโนโลยี

มาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้ปกป้องผลงานของตนเองนั้นมีความหลากหลายเทคโนโลยี โดยเทคโนโลยีต่าง ๆ เหล่านี้ได้ช่วยให้การคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์สามารถทำได้ง่ายขึ้น ตัวอย่างของเทคโนโลยีดังกล่าว ได้แก่⁷³

1. เทคโนโลยีสืบค้นเพื่อตรวจสอบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet audit) ของบริษัท Cyveillance (www.cyveillance.com) ซึ่งจะช่วยตรวจสอบการละเมิดลิขสิทธิ์และทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ เช่น ชื่อโดเมนและเครื่องหมายการค้าของผู้รับบริการ

2. เทคโนโลยีการทำลายน้ำดิจิทัล (Digital watermark) เทคโนโลยีดังกล่าวเป็นเทคโนโลยีในการทำเครื่องหมายที่มองไม่เห็นในรูปของเลขฐานสองให้แฝงอยู่กับสารสนเทศดิจิทัลต่าง ๆ เช่น งานเพลงหรือภาพยนตร์ โดยใช้เทคโนโลยีการเข้ารหัส (Encryption) เทคโนโลยีชนิดนี้จะช่วยในการติดตามเส้นทางในการทำซ้ำงานจากบุคคลหนึ่งไปยังบุคคลอื่นได้ซึ่งจะช่วยในการบริหารสิทธิ

3. เทคโนโลยีการบริหารสิทธิ (Right management technology) เป็นเทคโนโลยีที่ช่วยให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถกำหนดเงื่อนไขการจำหน่ายผลงานของตนได้ในหลายรูปแบบ เช่น เทคโนโลยีบริหารสิทธิในเพลงที่พัฒนาขึ้นโดย InterTrust (www.intertrust.com) จะช่วยให้บริษัทเพลงสามารถกำหนดอัตราค่าฟังเพลงที่เก็บจากผู้บริโภคแบบเหมารวม (flat rate) หรือแบบที่คิดอัตราค่าบริการต่อการฟังในแต่ละครั้ง (per usage)

⁷³ สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์, 5.

4. มาตรฐาน SDMI (Secure Digital Music Initiative) ซึ่งเป็นเทคโนโลยีที่มีมาตรฐานในการบริหารสิทธิของวงการเพลง ซึ่งเกิดจากความร่วมมือของบริษัทเพลงและบริษัทผู้ผลิตเครื่องเสียงทั่วโลกกว่า 150 แห่ง โดยมาตรฐานดังกล่าวจะอนุญาตให้ผู้ซื้อเพลงสามารถทำซ้ำเพลงได้ตามจำนวนที่กำหนด เช่น ทำซ้ำ 3-4 ชุดเพื่อใช้ในวงจำกัด ในอนาคตมาตรฐานดังกล่าวอาจใช้ควบคู่กับเทคโนโลยีลายน้ำดิจิทัลเพื่อให้สามารถตรวจสอบและบริหารสิทธิได้ดียิ่งขึ้น เช่น ให้เครื่องเล่นซีดีตรวจสอบว่าเพลงที่จะเล่นเป็นเพลงที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ เป็นต้น

การนำระบบ DRM มาใช้นั้นจะเห็นได้ว่าสินค้าที่อยู่ในรูป Digital files ในขณะนี้ส่วนมากจะมีการติดตั้งและซ่อนระบบ DRM ไว้ภายใน ซึ่งลูกค้าที่ซื้อสินค้าเหล่านั้นมาอย่างถูกต้องมักจะไม่รู้หรือไม่ได้สังเกตเพราะในบางครั้ง DRM ก็จะได้ชัดเจนมาก เช่น ในบางโปรแกรมผู้ใช้จะต้องสมัครเป็นสมาชิกเสียก่อนจึงจะสามารถใช้งานตามวัตถุประสงค์ของตนได้ เช่น การสมัครสมาชิกบนเว็บไซต์ที่ให้บริการดาวน์โหลดเพลง เป็นต้น อย่างไรก็ตามเมื่อใดที่ระยะเวลาของการเป็นสมาชิกหมดลง เพลงที่ผู้ใช้งานดาวน์โหลดไว้ก็จะหมดเวลาไปด้วย และไม่สามารถฟังได้อีกจนกว่าจะได้มีการชำระเงินสำหรับการต่อสมาชิกใหม่ เป็นต้น

ระบบ DRM จะทำงานแบบ "calling home" กล่าวคือ ระบบจะส่งสัญญาณไปยังเครื่องเซิร์ฟเวอร์ของผู้ใช้ว่าเครื่อง PC ของผู้ใช้ได้รับสิทธิในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นี้หรือไม่ โดยระบบอาจส่งข้อมูลพิเศษที่บ่งบอกได้ว่าเป็นเครื่องของผู้ใช้บริการ เช่น CD key, รหัสสินค้า, หรืออาจเป็นชื่อ user name และ Password เป็นต้น ส่วนรูปแบบอื่น ๆ ของ DRM อาจเป็นการบันทึกจำนวนการใช้งานไฟล์แต่ละไฟล์โดยตรง เช่น การจำกัดเวลาในการเปิดใช้งานของผู้ใช้ หรือการลดหรือกำหนดจำนวนครั้งเมื่อผู้ใช้ได้ใช้งานไฟล์ไปจนกว่าจะไม่สามารถใช้งานได้ ดังนั้นเมื่อครบจำนวนครั้งที่ใช้งานไปแล้วหากผู้ใช้ต้องการใช้งานนั้น ๆ ต่อ ก็ต้องเสียค่าบริการหรือเพื่อดาวน์โหลดไฟล์มาใหม่เมื่อต้องการใช้งานอีกครั้ง เป็นต้น

ในปัจจุบัน เทคโนโลยี DRM ไม่ได้ถูกนำมาใช้กับสื่อมัลติมีเดียเท่านั้น แต่เจ้าของลิขสิทธิ์ยังได้นำระบบ DRM มาใช้กับการผลิตเกมส์คอมพิวเตอร์ หรือเกมส์ Playstation ก็เริ่มหันมาใช้ระบบ DRM กันมากขึ้นแล้ว หรือแม้แต่ Microsoft Office ก็หันมาใช้ DRM ด้วย

เหมือนกันโดยจะออกแบบของการทำงานให้ผู้อื่นไม่สามารถนำเอกสารลับหรือข้อมูลส่วนตัวไปอ่าน คัดลอก หรือแม้แต่ส่งอีเมลล์ต่อให้คนอื่นในกรณีที่ผู้ใช้ไม่ได้รับสิทธิ์ในการอนุญาตให้ใช้งานดังกล่าว

ดังนั้น เพื่อให้งานวิจัยฉบับนี้มีความสมบูรณ์และง่ายต่อความเข้าใจ ผู้วิจัยขอยกตัวอย่างโปรแกรมที่ใช้งานจริงสำหรับจัดการกับระบบ DRM ในการเข้ารหัสป้องกันการเอาไปซึ่งข้อมูลดิจิทัล (Decryption of Digital files) และใช้ในการถอดรหัส (Encryption of DRM) โดยมีรายละเอียด ดังนี้⁷⁴

1. โปรแกรม DRM Thailand Packager V1.5 ใช้สำหรับทำระบบ DRM : Decryption of Digital files โปรแกรมนี้ใช้สำหรับการเข้ารหัสงานดนตรีกรรมที่อยู่ในรูปของ Digital files

2. โปรแกรม Drmbdg เป็นโปรแกรมที่ใช้สำหรับการถอดรหัสงานดนตรีกรรมที่อยู่ในรูปของ Digital files ที่ถูกเทคโนโลยี DRM ป้องกันไว้ ทำให้ผู้ใช้สามารถนำงานดังกล่าวไปใช้ได้ตามความประสงค์ของผู้ใช้

● ตัวอย่าง โปรแกรมที่ใช้ทำระบบ DRM : Decryption of Digital files ⁷⁵

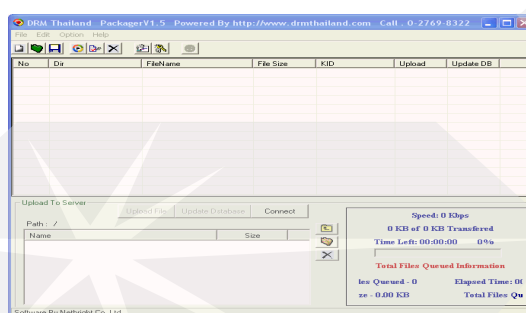
การทำงานของ โปรแกรม DRM Thailand Packager V1.5

1. สามารถทำการ Open , Save , Save as เป็นโปรเจ็คได้
2. มีการกำหนดการตั้งค่าเริ่มต้น (Default) ต่าง ๆ ของโปรแกรมได้
3. สามารถ Add File เข้าสู่ List โดยเลือกจาก File หรือ Folder ได้
4. สามารถกำหนด แก๊ไข Public Key , Private key , Seed Key ได้

⁷⁴ ตัวอย่างโปรแกรมที่ผู้วิจัยยกตัวอย่างนี้ ความจริงยังมีอีกหลายโปรแกรมที่มีคุณสมบัติในการเข้ารหัสป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น โปรแกรม Nero ตั้งแต่ version 7 ขึ้นไป หรือกรณีโปรแกรมถอดรหัส เช่น โปรแกรม sound Taxi หรือโปรแกรม FairUse4 WM เป็นต้น

⁷⁵(บริษัท เน็ต ไบรท จำกัด, 2551)

5. สามารถกำหนดสิทธิ์ที่จะได้ ลงใน File ที่ Pack เป็น DRM ได้
6. กำหนดการใช้งาน KID CID แบบอัตโนมัติ หรือกำหนดเองได้
7. สามารถใส่รายละเอียดย่อยต่าง ๆ ลงใน File ได้ เช่น ชื่อเพลง ชื่อ Album หรืออื่น ๆ ได้
8. มี FTP ในตัว สามารถ Upload File ขึ้นสู่ Server ได้
9. มีระบบ Update Database ในตัว โดยผู้ใช้สามารถกำหนดการคิวรีได้เอง โดยป้อนค่าจากตัวแปลที่โปรแกรมกำหนดไว้
10. มีแถบการแสดงผลให้ทราบความคืบหน้าของ Process



รูปที่ 1 โปรแกรม DRM Thailand Packager V1.5

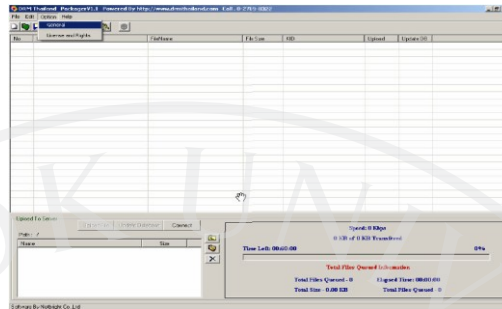
DRM Packager V1.5 การเข้ารหัสข้อมูลดิจิทัล Digital File Encryption

DRM Packager ทำงานในระบบ Windows Media Rights Manager ในรูปแบบ WMA, WMV สามารถเข้ารหัสและส่ง License ไปยังผู้ใช้ผ่านทางระบบอินเทอร์เน็ตได้

- สามารถเข้ารหัสในปริมาณครั้งละมากๆ ได้อย่างสะดวก
- สามารถเข้ารหัสตามรูปแบบที่ต้องการจำหน่ายได้อย่างหลากหลาย

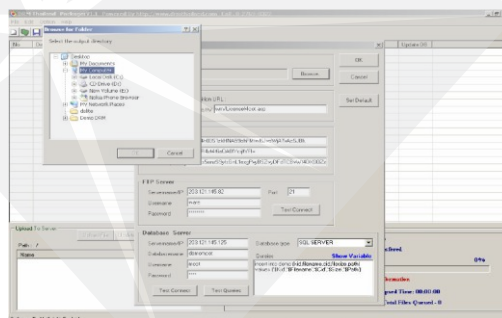
ขั้นตอนการใช้งาน

1. ให้เลือกตำแหน่งที่เก็บข้อมูลที่จะทำการเข้ารหัส เลือก Option แล้วกด General



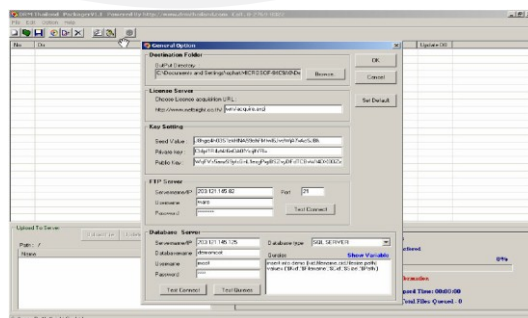
- รูปที่ 2 โปรแกรม DRM Thailand Packager V1.5 เลือกตำแหน่งที่เก็บข้อมูลที่จะทำการเข้ารหัส

คลิก Browse ระบุปลายทางที่ต้องการจะวาง กด OK



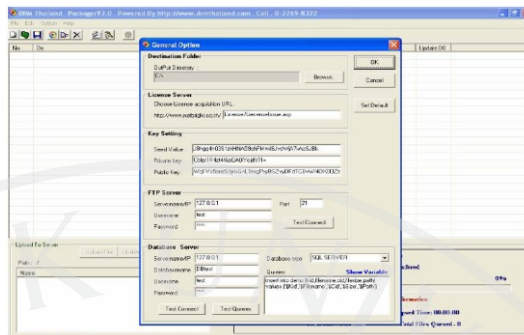
- รูปที่ 3 โปรแกรม DRM Thailand Packager V1.5 เลือกตำแหน่งปลายทาง

2. กำหนดค่า URL ที่จะได้รับ License ตามข้อมูลของคอมพิวเตอร์ที่จะทำการรับ License ในตำแหน่ง License Server ให้ใส่ URL ลงไป



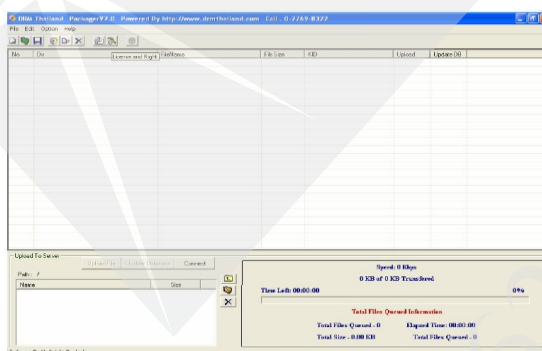
- รูปที่ 4 โปรแกรม DRM Thailand Packager V1.5 กำหนดค่า URL ที่จะได้รับ License

3. กำหนดค่า Key Seed, Private Key, Public Key ตามข้อมูลของคอมพิวเตอร์ที่จะทำการรับ License



รูปที่ 5 โปรแกรม DRM Thailand Packager V1.5 กำหนดค่า Key Seed, Private Key, Public Key กด Set Default เพื่อบันทึกเป็นค่าเริ่มต้น สำหรับการทำงานในครั้งต่อไป

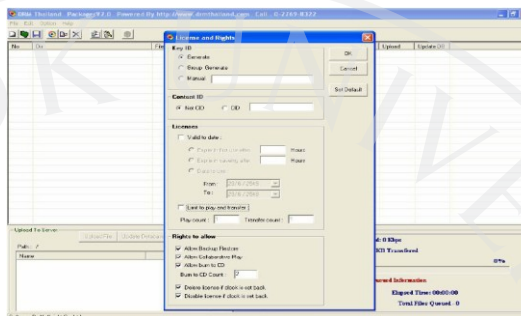
4. กำหนดรูปแบบของข้อมูลที่จะทำการจำหน่ายสิทธิ์ที่ License and Right เพื่อกำหนดรูปแบบสิทธิ์ต่างๆ



รูปที่ 6 โปรแกรม DRM Thailand Packager V1.5 กำหนดรูปแบบของข้อมูลที่จะทำการจำหน่าย

การเข้ารหัสสำหรับรายเพลง

การเข้ารหัสสำหรับ รูปแบบการขายรายเพลงให้กำหนดค่าของ Key ID ในแต่ละเพลงแตกต่างกัน ทำได้โดยสามารถกำหนดเครื่องหมาย / ที่หน้าช่อง General Key ID จะทำให้แต่ละเพลงมีค่า Key ID แตกต่างกัน ตามรูป

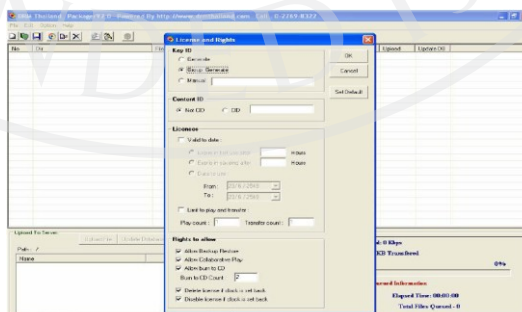


รูปที่ 7 โปรแกรม DRM Thailand Packager V1.5 การเข้ารหัสสำหรับรายเพลง

สำหรับ Limit to play and transfer ให้เอาออกในกรณีที่เราไม่ต้องการกำหนดจำนวนครั้งของการฟัง

การเข้ารหัสสำหรับอัลบั้ม

การเข้ารหัสสำหรับรูปแบบการขายรายอัลบั้ม ให้กำหนดค่าของ Key ID ทั้ง Album มีค่าเดียวกันทั้งหมด ทำได้โดยสามารถกำหนดเครื่องหมาย / ที่หน้าช่อง Group Generate จะทำให้แต่ละเพลงมีค่า Key ID เหมือนกันทั้ง Album ตามรูป



รูปที่ 8 โปรแกรม DRM Thailand Packager V1.5 การเข้ารหัสสำหรับอัลบั้ม

กด Set Default เพื่อบันทึกเป็นค่าเริ่มต้น สำหรับการทำงานในครั้งต่อไป

5. การกำหนดค่า Right to allow : โปรแกรม DRM Packager V1.5 ยังสามารถกำหนดค่าต่าง ๆ

สำหรับการใช้ของผู้ใช้ตามที่ต้องการได้อีกด้วย ซึ่งมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

- **Valid to date Expire in the first use after** : กำหนดให้ไม่สามารถเล่นได้ หลังจากการเล่นครั้งแรกภายในกี่ชั่วโมง

- **Expire in saving after** : กำหนดให้ไม่สามารถเล่นได้หลังจากบันทึกลงเครื่อง ภายในกี่ชั่วโมง

- **Date to use** : กำหนดให้สามารถใช้งานได้ในช่วงวันที่กำหนด

- **Limit to play and transfer** : กำหนดจำนวนครั้งของการเล่นและจำนวนครั้งของการ Transfer ไปยังอุปกรณ์ portable ต่าง ๆ ที่ support wma drm และ wmv drm

- **Allow Backup Restore** : สิทธิที่จะยอมให้ผู้ซื้อจัดการ License สามารถที่จะ Backup และ Restore License ได้ในเครื่องเดียวในกรณี Format เครื่องหรือในกรณีต่างเครื่องกัน เช่นเครื่องที่บ้านกับที่ทำงาน สามารถ Restore ได้ 3 ครั้ง

คำแนะนำ ไม่ควรอนุญาตให้ Restore ได้ในกรณีกำหนดจำนวนครั้งของการเล่น เพราะจำนวนครั้งจะกลับมาเท่าเดิมหลังจาก Restore License โดยปกติ Microsoft แนะนำว่าไม่ควรอนุญาตให้ Restore ได้

- **Allow Collaborative Play** : สิทธิที่จะยอมให้ผู้ซื้อให้บริการ File ในแบบ Peer-to-Peer Service ได้

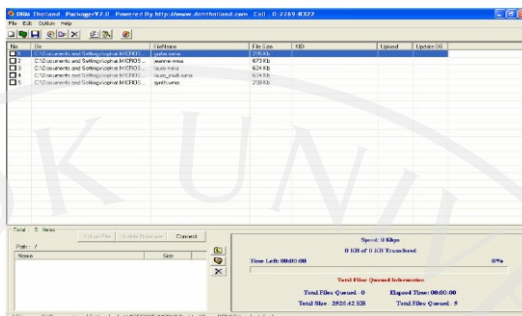
- **Allow Burn to CD** : สิทธิที่จะให้ผู้ซื้อ copy window media file to CD ในรูปแบบ audio format ได้ และการ Protect file จะหยุดลงทันที

- **Delete License if Clock is set back** : การกำหนดตรงนี้จะทำให้ หากมีการกำหนดค่านาฬิกาของเครื่องเล่นกลับ ให้ทำการลบ License ทิ้ง

- **Disable License if Clock is set back** : การกำหนดตรงนี้จะทำให้ หากมีการกำหนดค่านาฬิกาของเครื่องกลับ ให้ทำการ Disable License และจะทำการ Enable อีกครั้ง หากค่านาฬิกากลับมา Set ในเวลาเดิม

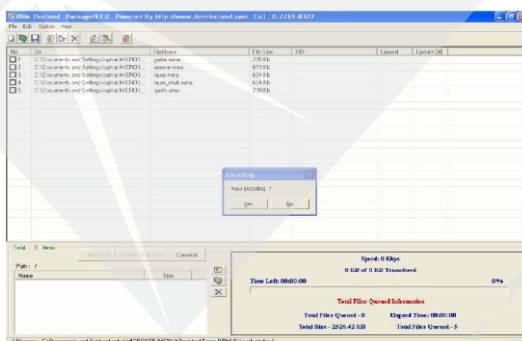
6. การกำหนด Input File ทำได้ 2 วิธี

- เลือกทั้ง Folder กด F5
- เลือกภาพยนตร์ กด F4



รูปที่ 9 โปรแกรม DRM Thailand Packager V1.5 การกำหนด Input File

7. การ Package File ให้กดปุ่ม F9

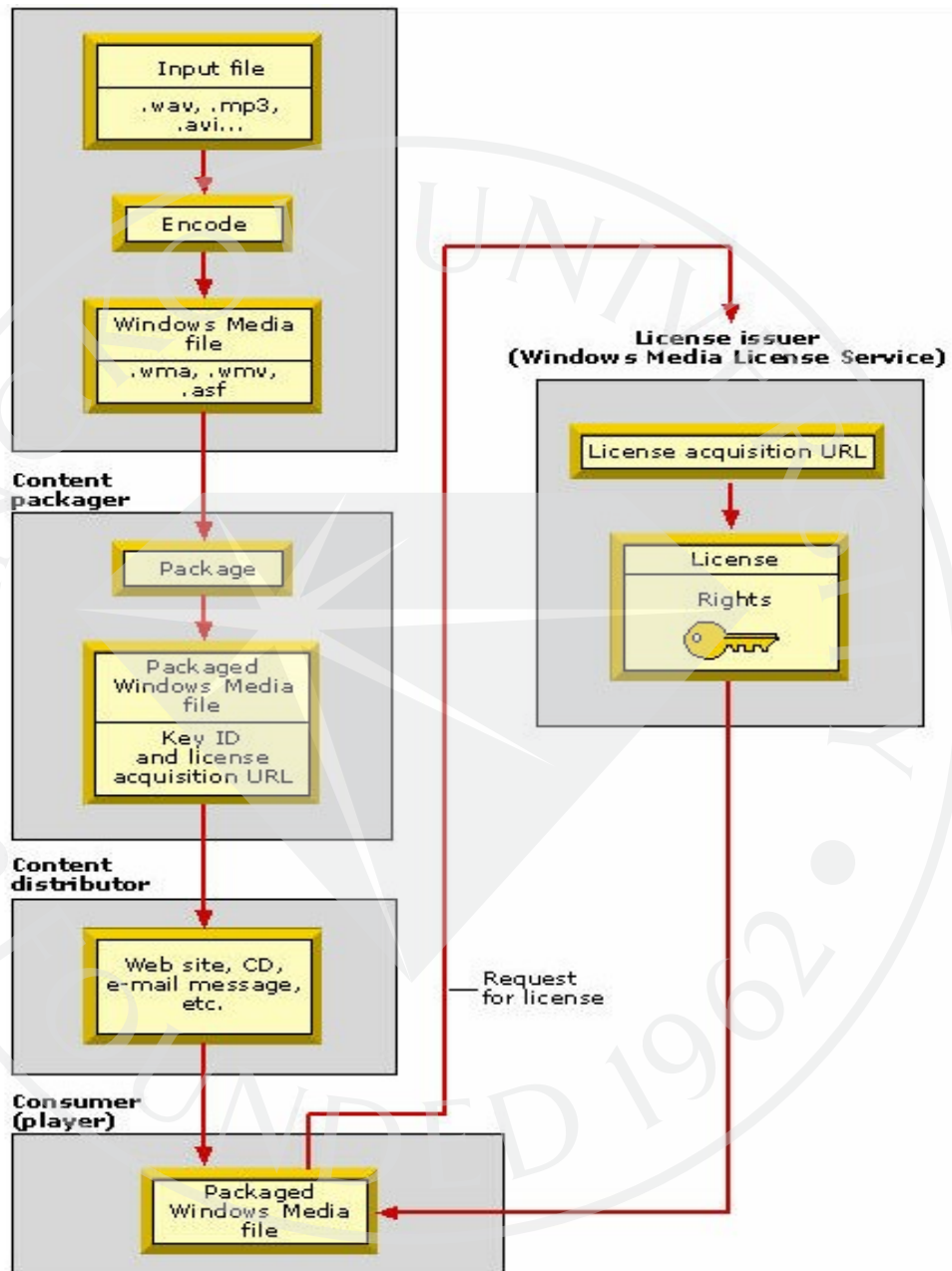


รูปที่ 10 โปรแกรม DRM Thailand Packager V1.5 การ Package File

8. หากการ Package File เรียบร้อย จะแสดงค่า Key ID ให้เห็น และมี log file เกิดขึ้นที่ Folder ปลายทางด้วย ให้เปิด Folder ปลายทางเพื่อดู file ที่จัดการเรียบร้อยแล้วทดลองเปิด file ดังกล่าวเพื่อความแน่ใจอีกครั้งก่อนส่งขึ้น Web Server ต่อไป

การทำงานของ WMRM (Write Many Read Many)

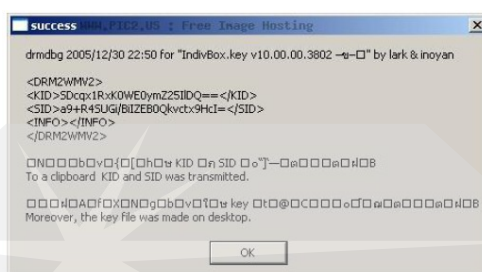
Content Owner



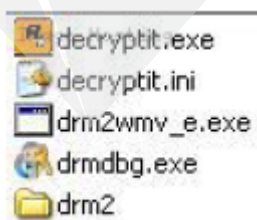
ตัวอย่าง โปรแกรมที่ใช้ทำระบบถอดรหัส DRM : Encryption of Digital files

การใช้งานของ โปรแกรม Drmdbg.exe มีขั้นตอน ดังนี้

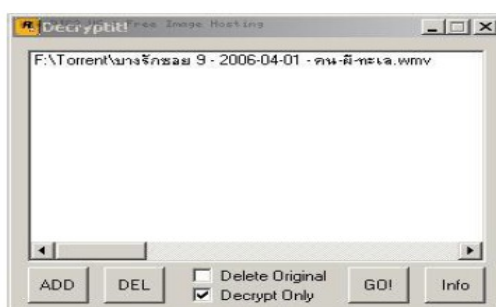
1. เปิดโปรแกรม Drmdbg.exe ขึ้นมา หลังจากเปิดจะไม่เห็นว่ามีอะไรเกิดขึ้นแต่ Windows Media Player จะเปิดขึ้นมา
2. เลือกไฟล์ที่มี Protect แล้ว Play จนขึ้นหน้าต่าง Success ดังรูป ก็จะได้ KID กับ SID มา เป็น Folder Drm2 อยู่บน Desktop ใน Folder จะมีไฟล์ drm2-i.key อยู่



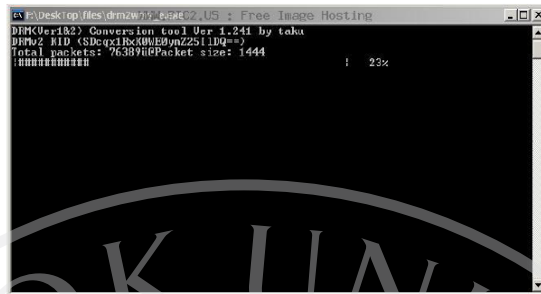
3. ให้คัดลอกไปไว้ใน Folder ของ DecryptIt อยู่ (คัดลอกทั้ง Folder Drm2 เลย) ดังรูป



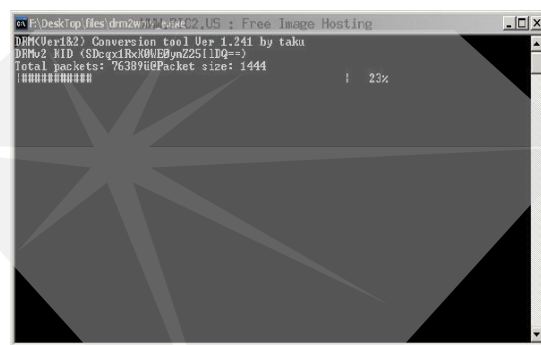
4. เปิดโปรแกรม Decrypt It ขึ้นมา แล้วเลือกไฟล์ที่ต้องการจะแก้ Protect
5. แล้วเลือกที่ Decrypt Only ดังรูปแล้วคลิก GO!



6. จะมีหน้าต่างเปิดขึ้นมาถอดรหัสไฟล์ดังรูป



7. จะไดไฟล์ที่ไม่มี Protect ชื่อ [NoDRM]-... ขึ้นมา ก็นำไปใช้ได้เลย



2.6.4 สถานการณ์การใช้มาตรการทางเทคโนโลยีในประเทศไทยและต่างประเทศ

ประเด็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในสื่อดิจิทัลในขณะนี้ เป็นปัญหาอยู่มากไม่ว่าจะเป็นในประเทศไทยหรือต่างประเทศ และปัญหาดังกล่าวก็ยากที่จะหาตัวผู้กระทำความผิดได้ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ในอดีต ดังนั้นการนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้จึงเป็นสิ่งที่นิยมกันมากในปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นในประเทศไทยหรือต่างประเทศ มาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้มีด้วยกันหลากหลายวิธีตามความเหมาะสมกับงานลิขสิทธิ์แต่ละประเภท เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ สิ่งบันทึกเสียง หรือภาพยนตร์ที่บรรจุในรูปซีดีหรือดีวีดี ก็จะนิยมนำระบบ DRM ที่เป็นโปรแกรมป้องกันการทำซ้ำ หรือการให้บริการดาวน์โหลดเพลง ภาพยนตร์ หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากเว็บไซต์ต่าง ๆ จากเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยผู้ดาวน์โหลดจะต้องชำระเงินในการเป็นสมาชิก ระบบดังกล่าวนี้ก็ถือเป็น DRM อย่างหนึ่งเช่นกัน หรือการกำหนดให้แผ่นดีวีดีหรือแผ่นเกมส์สามารถใช้งานกับเครื่องเล่นบางชนิดเท่านั้น โดยจะกำหนดรหัสที่จะถูกถอดได้เฉพาะเครื่องเล่นดีวีดีหรือเครื่องเล่นแผ่นเกมส์ที่มีเครื่องถอดรหัสตรงกันเท่านั้นก็เป็นระบบ DRM อีกอย่างหนึ่งเช่นกัน เป็นต้น

ประเด็นเกี่ยวกับการใช้ DRM นั้น จะมีการถกเถียงในส่วนที่เป็นข้อดีและข้อเสีย กล่าวคือวัตถุประสงค์ของการใช้ DRM ก็เป็นการนำมาใช้โดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อการป้องกันการละเมิดและการแพร่กระจายงานลิขสิทธิ์ นอกจากนี้ยังเป็นผลดีสำหรับผู้บริโภคในการเลือกที่จะใช้สินค้า เช่น การที่ลูกค้าสามารถโหลดไฟล์ได้ทุกที่ ทุกเวลา โดยได้ไฟล์ที่มีคุณภาพสูงที่สุด เนื่องจากเจ้าของสิทธิ์ไม่กลัวการถูกขโมยอีกต่อไป ซึ่งถือว่าเป็นจะเป็นการสนับสนุนการขายได้อย่างเต็มที่ นอกจากนี้ DRM ยังมีผลดีอีกประการหนึ่งที่เจ้าของสิทธิ์สามารถจัดการรูปแบบทางธุรกิจของตนได้ เช่น การกำหนดจำนวนครั้งของใช้ หรือการเล่นโดยสามารถควบคุมให้เป็นไปตามที่เจ้าของสิทธิ์ต้องการได้⁷⁶

⁷⁶ สัมภาษณ์ สมนึก ไบมงคล, ผู้จัดการฝ่ายมาตรฐานสินค้า บริษัท โรส มีเดีย แอนด์ เอ็นเตอร์เทนเมนท์ จำกัด, 24 กุมภาพันธ์ 2551.

อย่างไรก็ตามการใช้ DRM ก็ยังมีปัญหาและอุปสรรคในการใช้อยู่บ้างเนื่องจาก ระบบ DRM ยังสามารถถูกถอดรหัสได้อยู่นั่นเอง และสิ่งที่เป็นปัญหาที่สำคัญที่สุดคือระบบ DRM เป็นการเพิ่มสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มากกว่าเจตนารมณ์ของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ เนื่องจากระบบ DRM จะทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิในการควบคุมการทำซ้ำ จำหน่าย เผยแพร่และการไหลเวียนงานลิขสิทธิ์ของตน รวมไปถึงการควบคุมการใช้ การจำกัด จำนวนของการทำสำเนา และการจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์อีกด้วย เช่น การอนุญาตให้ผู้บริโภคอ่าน หนังสืออิเล็กทรอนิกส์ (E-Book) ได้เพียงครั้งเดียวเท่านั้น⁷⁷

สถานการณ์การใช้ DRM ในขณะนี้บรรดาเจ้าของลิขสิทธิ์ต่างได้นำมาตรการทางเทคโนโลยีมาป้องกันผลงานของตน เช่น กรณีเครื่องเล่นเพลง MP3 Apple iPod ที่สามารถเล่นเพลงได้เฉพาะโปรแกรม iTunes โดยที่ iTunes จะใช้วิธีการบีบอัดไฟล์แบบ AAC⁷⁸ ซึ่งเป็น DRM ประเภทหนึ่งที่สามารถป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ แต่กระนั้นก็ตามในเดือน กุมภาพันธ์ 2007 Steve Jobs ผู้บริหารของบริษัท Apple ได้ประกาศว่าจะถอด DRM ออกจากเว็บไซต์ iTunes เพื่อให้ลูกค้าสามารถซื้อเพลงในรูปแบบอื่นนอกจาก AAC ได้ เช่น MP3 ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อลูกค้าเมื่อต้องการนำเพลงที่ซื้อจาก iTunes ไปเล่นกับเครื่องเล่นเพลง ยี่ห้ออื่น ๆ ที่ไม่ใช่ iPod⁷⁹ หรือในกรณีของ Bertelsmann ซึ่งเป็นค่ายเพลงแรกที่ใส่โปรแกรม Digital Rights Management (DRM) เข้าไปในซีดีเพลงทุกแผ่นเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ใช้ rip⁸⁰ เพลงจากซีดีเป็นไฟล์ MP3 หลังจากนั้นค่ายเพลงอื่น ๆ ก็เริ่มทำตาม อย่างไรก็ตามแม้จะมีการใส่โปรแกรม DRM ไว้ก็ตาม แต่ลูกค้าบางคนมีวิธีหลีกเลี่ยงโปรแกรมป้องกันและสามารถ rip ไฟล์

⁷⁷ อรรยา สิงห์สงบ, "The Clash between Digital Rights Management and the Consumer's Rights in Digital Age," วารสารศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ **Ninth anniversary special issue** (2549) : 145.

⁷⁸ ย่อมาจากคำว่า "Advance Audio Codec" เป็นเทคโนโลยีการบีบอัดไฟล์เสียงอีกอย่างหนึ่ง เช่นเดียวกันกับการบีบอัดไฟล์เสียงแบบ MP3 ซึ่งได้อธิบายความหมายไว้แล้วในหัวข้อที่ 2.6 เชนอร์รถที่ 65

⁷⁹ Steve Jobs, **Thoughts on music** [Online], 9 January 2008. Available from : <http://www.apple.com/hotnews/thoughtsonmusic/>

⁸⁰ หมายถึง เทคโนโลยีการแปลงและบีบอัดข้อมูลไฟล์เสียงในแผ่นซีดีเพลง ให้เป็นไฟล์ audio

ไปเผยแพร่บนอินเทอร์เน็ตได้อยู่ ดังนั้น ด้วยความไม่คุ้มค่าของการใส่ DRM ลงในแผ่นซีดี ค่ายเพลงก็ตัดสินใจถอด DRM ออก โดย EMI เป็นค่ายสุดท้ายที่ถอดออกเมื่อเดือนมกราคม 2007⁸¹

งานลิขสิทธิ์อีกประเภทที่กำลังเป็นที่นิยมในต่างประเทศอีกประเภทหนึ่งคือ หนังสือแบบเสียง (Audio book) ซึ่งใช้ระบบ DRM มาป้องกันเช่นกัน อย่างไรก็ตาม สำนักพิมพ์ผู้ถือสิทธิ์ในหนังสือแบบเสียง ได้แก่ Random House และ Penguin Group ได้มีการถอดระบบ DRM ออกไป และเริ่มขายผลงานในรูปแบบไฟล์ MP3 แทนซึ่งเหตุผลหลักของการถอด DRM ของสำนักพิมพ์เหล่านี้ก็เพื่อเป็นทางเลือกที่ดีที่จะเปิดให้ช่องทางจำหน่ายอื่น ๆ ได้เช่นเดียวกับกรณีของ Apple iPod⁸²

สำหรับกลุ่มองค์กรผู้ค้าภาพยนตร์ยังคงสนับสนุนการใช้ DRM อยู่ต่อไปในอนาคต ซึ่งจากการประชุมล่าสุดขององค์กรดังกล่าวมีความต้องการให้ลูกค้าที่ซื้อแผ่นหนัง DVD ไปนั้นสามารถ rip แผ่นไปใช้บนสื่ออื่น ๆ ได้เช่น iPod หรือบนคอมพิวเตอร์ ฯลฯ เพียงแต่ต้องการให้มีซอฟต์แวร์ป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ (DRM) กับไฟล์ต่าง ๆ ที่เกิดจากการ rip หนังสือนั้น ๆ มาด้วย⁸³

สำหรับประเทศไทยบรรดาเจ้าของลิขสิทธิ์ต่างก็นำระบบ DRM มาใช้ปกป้องผลงานของตนเช่นกัน เช่น การทำไฟล์เพลงให้เป็นระบบ DRM (WMA Files) อย่างไรก็ตาม บริษัทผลิตสิ่งบันทึกเสียงบางบริษัทก็ได้เปลี่ยนไฟล์เพลงที่ขายอยู่เป็น mp3 เนื่องจากเครื่องเล่นเพลงแบบพกพาในตลาดมีน้อยมากที่จะใช้งานกับ WMA Files ได้ ทำให้ตัดปัญหาเรื่องความ

⁸¹ Sander Marechal, **DRM on audio CD's abolished** [Online], 9 January 2008. Available from : <http://xer.com/module/newswire/view/78008/index.html>

⁸² Brad Stone, **Publishers Phase out Piracy Protection on Audio Books** [Online], 9 January 2008. Available from : http://www.nytimes.com/2008/03/03/business/media/03audiobook.html?_r=2&oref=slogin&oref=slogin

⁸³ Nate Anderson, **We are committed to fair use, interoperability, and DRM** [Online], 9 January 2008. Available from : <http://arstechnica.com/news.ars/post/20070426-mpaa-drm-must-be-interoperable-dvds-should-be-rippable.html>

เข้ากันได้กับเครื่องเล่น แต่ก็ต้องแลกกับการที่จะโดนการแจกไฟล์เพลงหลังจากที่ซื้อไปให้บุคคลอื่น⁸⁴

จากกรณีศึกษาและตัวอย่างของการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีต่าง ๆ (DRM) ข้างต้น จะเห็นได้ว่าการนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้ในทางปฏิบัติจริงนั้นไม่ได้ทำให้เจ้าของสิทธิ์ประสบความสำเร็จเท่าใดนักเนื่องจากมาตรการเหล่านี้ยังมีการถูกถอดรหัสได้อยู่ตลอดเวลา ไม่คุ้มค่าต่อการลงทุน และจะเห็นได้ว่าการป้องกันการทำซ้ำ (Copy Control) นั้นเป็นสิ่งที่ทำได้ยากมากถึงแม้จะมีการติดตั้งมาตรการทางเทคโนโลยีไว้ในระดับใดก็ตามเนื่องจากมาตรการทางเทคโนโลยีเหล่านั้นจะมีผลเพียงแค่ชะลอไม่ให้เกิดการถูกทำซ้ำกระจายตัวในช่วงแรกเท่านั้น ซึ่งในที่สุดแล้วก็จะมีบุคคลสามารถถอดรหัสหรือทำลายมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีเหล่านั้นได้อยู่ นั่นเอง ดังนั้นแม้เจ้าของสิทธิ์จะมีการพัฒนาระบบการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างมีประสิทธิภาพอย่างใดก็ตามก็ย่อมมีการพัฒนาระบบการถอดรหัสหรือหลีกเลี่ยงระบบป้องกันเหล่านั้นควบคู่กันไปอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้มาตรการทางเทคโนโลยีเหล่านี้จึงมีผลเพียงแต่จะชะลอการทำซ้ำได้ช้าหรือเร็วเท่านั้น⁸⁵

นอกจากนี้จะเห็นได้ว่าการพัฒนาระบบการป้องกันทางเทคโนโลยีในรูปแบบต่าง ๆ นั้นจะต้องอาศัยการลงทุนอยู่ตลอดเวลาเพื่อให้มาตรการทางเทคโนโลยีเหล่านี้มีประสิทธิภาพให้มากที่สุดซึ่งบางครั้งอาจจะต้องใช้ต้นทุนอย่างมหาศาล แต่ในขณะเดียวกันนั้นภายในระยะเวลาไม่นานนักก็สามารถหลีกเลี่ยงหรือทำลายมาตรการทางเทคโนโลยีเหล่านั้นได้ ผลกระทบดังกล่าวจึงอาจไม่เป็นผลดีกับการลงทุนเท่าใดนัก⁸⁶ และจากการศึกษามาตรการทางเทคโนโลยีในรูปแบบต่าง ๆ ข้างต้นนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าแม้เทคโนโลยีใหม่ ๆ ที่ถูกสร้างขึ้นมาจะมีผลในการเปลี่ยนแปลงการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์และการลดปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์

⁸⁴ Saimpod, [Online], 9 January 2008. Available from <http://www.siampod.com/node/538>

⁸⁵ สัมภาษณ์ เพ็ญศิณี เกียรติพงษ์พร, Software Consultant บริษัท MSL Software (Thailand) Co.,Ltd., 9 กุมภาพันธ์ 2551.

⁸⁶ สัมภาษณ์ อริสา ปานแจ่ม, Research Assistant Centre of Network Research (CNR), คณะวิศวกรรมศาสตร์ ภาควิชาวิศวกรรมคอมพิวเตอร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, 12 กุมภาพันธ์ 2551.

ได้บ้าง แต่อย่างไรก็ตามการพัฒนาเทคโนโลยีเหล่านี้ก่อให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างกว้างขวางมากกว่าการทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์ลดลง

นอกจากนี้ผลของการติดตั้งมาตรการทางเทคโนโลยีที่อยู่ในระบบ DRM ต่าง ๆ ย่อมเป็นอุปสรรคต่อกลุ่มบุคคลผู้ใช้งานด้วย โดยเฉพาะการนำข้อมูลของงานลิขสิทธิ์มาใช้ประโยชน์ เช่น ข้อมูลต่าง ๆ ในบางเว็บไซต์หรือข้อมูล Digital files ของเว็บไซต์ห้องสมุดบางมหาวิทยาลัยจะไม่สามารถเข้าถึงหรือจัดเก็บ (Save as) ข้อมูลนั้น ๆ ได้ เนื่องจากติดการระบบการเข้ารหัส (Encryption)⁸⁷ หรือการค้นคว้าบทความวิชาการทางอินเทอร์เน็ต จะดูได้เพียงคำสำคัญหรือบทคัดย่อเท่านั้นแต่ไม่สามารถเข้าไปดาวน์โหลดเอกสารที่เป็นลักษณะเต็มรูปแบบ (Full text) ได้เลย นอกจากนี้จะต้องชำระเงินค่าสมาชิกหรือชำระเงินเพื่อซื้อบทความนั้น ๆ ซึ่งการชำระเงินของการเป็นสมาชิกเพื่อให้ได้บทความนั้น ๆ ก็จะมีราคาที่สูง เช่น บทความบางบทความมีราคาถึง 30USD/ฉบับ⁸⁸

จากกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่ามาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของนำมาใช้ปกป้องงานลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัลแม้จะไม่สามารถป้องกันได้เต็มที่ก็ตาม แต่ก็เป็นการสมควรที่จะต้องนำมาใช้เพื่อมิให้การละเมิดลิขสิทธิ์กระจายตัว แต่การกระทำดังกล่าวก็ควรจะมีข้อยกเว้นหรือทางออกอย่างเหมาะสมและเป็นธรรมสำหรับผู้บริโภคและเจ้าของสิทธิด้วย เนื่องจากไม่ให้เกิดส่งผลกระทบต่อการใช้อินเทอร์เน็ตและการใช้งานของสาธารณชนเพราะหากให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์มากเกินไปจนสมควรเจ้าของงานก็อาจเรียกค่าธรรมเนียมการใช้ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตในลักษณะของการผูกขาดได้ แม้การใช้หรือการเข้าถึงดังกล่าวจะได้กระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการศึกษาก็ตาม เป็นต้น ซึ่งอุปสรรคเหล่านี้ย่อมเป็นการขัดต่อหลักการของการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ที่ต้องการส่งเสริมและพัฒนาต่อยอดก่อให้เกิดผลงานใหม่ ๆ และกระจายผลงานไปสู่สาธารณชนในมากที่สุดด้วยนั่นเอง

⁸⁷ สัมภาษณ์ นิศารัตน์ วรประดิษฐ์, นักศึกษาชั้นปริญญาโท คณะศิลปศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาการจัดการโรงแรมและการท่องเที่ยว มหาวิทยาลัยนเรศวร, 3 กุมภาพันธ์ 2551.

⁸⁸ สัมภาษณ์ สิริลดา สุพรรณคง, นักศึกษาชั้นปริญญาโท คณะแพทยศาสตร์ สาขาวิทยาศาสตร์การแพทย์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 17 กุมภาพันธ์ 2551.

บทที่ 3

การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศ

การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีถือเป็นประเด็นสำคัญเรื่องหนึ่งที่ประเทศที่พัฒนาแล้วให้ความสนใจเป็นอย่างยิ่ง โดยประเทศที่พัฒนาแล้วเหล่านี้ได้ผลักดันให้มีกฎหมายในการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีขึ้นโดยผ่านกลไกต่าง ๆ ทั้งในระดับกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลบังคับกับประเทศสมาชิกขององค์กรระหว่างประเทศทั่วโลก รวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศในระดับภูมิภาค และผ่านความตกลงการค้าเสรี (FTA) ในระดับทวิภาคี

การศึกษาใน บทนี้จะได้พิจารณาถึงกฎหมายในระดับระหว่างประเทศดังกล่าวที่มีการกำหนดให้มีการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี คือ

1. สนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty 1996 : WCT) และสนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของนักแสดงและผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง (WIPO Performances and Phonograms Treaty 1996 : WPPT)
2. สนธิสัญญาของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป (Infosoc Directive 2001/29/EC หรือ EUCD)
3. การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามความตกลงเขตการค้าเสรีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ทำความตกลงไว้กับประเทศต่าง ๆ

นอกจากนี้จะได้ศึกษากฎหมายภายในที่อนุวัติการให้เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวข้างต้นที่ให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี คือ

1. ประเทศสหรัฐอเมริกา (The Digital Millennium Copyright Act 1998 : DMCA 1998)
2. ประเทศสหราชอาณาจักร-อังกฤษ (Copyright, Designs and Patents Act 1988 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003)

3. ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003) และ
4. สาธารณรัฐสิงคโปร์ (Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005)

3.1 การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

ปัจจุบันกลุ่มประเทศต่าง ๆ ในภูมิภาคทั่วโลกต่างให้ความสำคัญในการกำหนดนโยบายการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามแนวทางที่ได้รับมาจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศทั้งหลายเหล่านั้น และผลของการเข้าเป็นสมาชิกกับสนธิสัญญาฉบับต่าง ๆ ก็ทำให้บรรดากลุ่มประเทศสมาชิกของสนธิสัญญาต่าง ๆ เหล่านั้นผลักดันกฎหมายภายในของตนและออกข้อบังคับในการกำหนดมาตรการเยียวยาและข้อจำกัดความรับผิดต่อการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี

สำหรับหัวข้อที่จะกล่าวต่อไปนี้ผู้วิจัยจะได้ศึกษาหลักการต่าง ๆ ของกฎหมายลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีรวมถึงข้อจำกัดความคุ้มครองและผลกระทบที่ตามมาหลังจากได้มีการบังคับใช้กฎหมายเหล่านั้นแล้ว

3.1.1 สนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty 1996 : WCT) และสนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของนักแสดงและผู้ผลิต

สิ่งบันทึกเสียง (WIPO Performances and Phonograms Treaty 1996 : WPPT)

สนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty 1996 : WCT) และสนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของนักแสดงและผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง (WIPO Performances and Phonograms Treaty 1996 : WPPT) เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่อยู่ภายใต้การบริหารจัดการขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกที่มีประเทศสมาชิกอยู่ทุกภูมิภาคในโลก โดยก่อนปี ค.ศ. 1996 องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization : WIPO) มีหน้าที่ในการบริหารจัดการกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ และกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิ่งบันทึกเสียงและสิทธินักแสดง คือ อนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne

Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) ฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส ค.ศ. 1971 (Paris Act 1971) และอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของนักแสดงและผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง ซึ่งหมายถึงอนุสัญญากรุงโรมเพื่อการคุ้มครองนักแสดงผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงและองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ (Rome Convention for the Protection of Performers, Producer of Phonograms and Broadcasting Organizations) เท่านั้น ภายหลังจากต่อมาประเทศสมาชิกจึงเห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องมีการทบทวนระหว่างประเทศใหม่ ๆ รวมถึงการสร้างมาตรฐานของกฎหมายเดิมที่มีอยู่ เพื่อให้เกิดกระบวนการคุ้มครองสิทธิอย่างเพียงพอและสามารถตอบสนองพัฒนาการใหม่ ๆ ทั้งในแง่เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และเทคโนโลยี เพราะการคุ้มครองสิทธิเหล่านี้จะเป็นกลไกสำคัญประการหนึ่งที่จะกระตุ้นการสร้างสรรคและก่อให้เกิดการพัฒนาได้อย่างมีประสิทธิภาพ

นอกจากนี้ WIPO และประเทศสมาชิกยังได้ตระหนักถึงผลกระทบของการพัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร โดยเฉพาะอย่างยิ่งเทคโนโลยีอินเทอร์เน็ตที่มีผลต่อการสร้างสรรค์และการใช้ประโยชน์จากงานวรรณกรรมและศิลปกรรม ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงและสิทธิของนักแสดง จึงเห็นร่วมกันว่าถึงเวลาแล้วที่ต้องพัฒนาแบบแผนการคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์ให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นเพื่อรักษาสมดุลระหว่างสิทธิของผู้สร้างสรรค์และประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะในเรื่องการศึกษา การวิจัยพัฒนา และการเข้าถึงข้อมูล ดังเช่นที่ปรากฏในอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน อีกทั้งรักษาสมดุลระหว่างสิทธิของนักแสดงและผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงและประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะในเรื่องการศึกษา การวิจัยพัฒนาการใช้ประโยชน์จากการแสดงและสิ่งบันทึกเสียงและการเข้าถึงข้อมูลอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม อนุสัญญากรุงเบอร์ลินและอนุสัญญากรุงโรมยังมีข้อจำกัดในการคุ้มครองงานสร้างสรรค์ที่อยู่ในระบบดิจิทัล ประเทศสมาชิกองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกจึงได้จัดทำความตกลงระหว่างประเทศขึ้น 2 ฉบับ คือ สนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty 1996 : WCT) และสนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของนักแสดงและผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง (WIPO Performances and Phonograms Treaty 1996 : WPPT) สนธิสัญญาฉบับนี้เรียกรวมกับสนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของนักแสดงและสิ่ง

บันทึกเสียงของ WIPO (WIPO Performances and Phonograms Treaty หรือ WPPT) ว่า “สนธิสัญญาอินเทอร์เน็ต” (Internet Treaties) สนธิสัญญาทั้งสองฉบับดังกล่าวได้จัดทำขึ้นเมื่อวันที่ 20 ธันวาคม ค.ศ. 1996 โดย WCT มีผลใช้บังคับ วันที่ 6 มีนาคม ค.ศ. 2002 มีสมาชิกทั้งหมด 64 ประเทศ ส่วน WPPT มีผลใช้บังคับ วันที่ 20 พฤษภาคม 2002 ปัจจุบันสนธิสัญญา WPPT มีประเทศเข้าร่วมเป็นภาคีทั้งสิ้น 62 ประเทศ อย่างไรก็ตามประเทศไทยยังมิได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกในสนธิสัญญาทั้งสองฉบับแต่อย่างใด

สาระสำคัญของสนธิสัญญา WCT นั้นได้ให้ความคุ้มครองและแก้ไขปัญหากลุ่มละเมิดลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัลไว้หลายประการ ได้แก่ สิทธิทำซ้ำที่ให้ความหมายรวมถึงการทำซ้ำในระบบดิจิทัล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้งานในรูปแบบดิจิทัล (ได้แก่การทำซ้ำชั่วคราว)¹ สิทธิเผยแพร่ต่อสาธารณชน โดยให้ความหมายรวมถึงการเผยแพร่งานลิขสิทธิ์ต่อสาธารณชนโดยผ่านทางสายหรือไร้สายและรวมทั้งการทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนในลักษณะที่สาธารณชนอาจเข้าถึงงานเมื่อใดและสถานที่ใดก็ได้ที่บุคคลแต่ละคนเลือก² การให้คุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี³ และข้อมูลบริหารสิทธิ์⁴

ส่วนสาระสำคัญของ WPPT นั้นก็ได้ให้ความคุ้มครองและแก้ไขปัญหากลุ่มละเมิดสิทธิของผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงและนักแสดงในยุคดิจิทัลไว้หลายประการ เช่นเดียวกับ WCT ได้แก่ การขยายนियามการทำซ้ำให้มีความหมายรวมถึงการทำซ้ำชั่วคราวในสิ่งบันทึกการแสดงของนักแสดงและผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง⁵ การขยายนियามของสิทธิในการเผยแพร่ต่อ

¹ Agreed statement concerning ของ Article 1(4), “The reproduction right, as set out in Article 9 of the Berne Convention, and the exceptions permitted there under, fully apply in the digital environment, in particular to the use of works in digital form. It is understood that the storage of a protected work in digital form in an electronic medium constitutes a reproduction within the meaning of Article 9 of the Berne Convention.”

² Article 8, WCT

³ Article 11, WCT

⁴ Article 12, WCT

⁵ Agreed Statement Article 7, 11 , 16 “Agreed statement concerning Articles 7, 11 and 16: The reproduction right, as set out in Articles 7 and 11, and the exceptions permitted there under through Article 16, fully apply in the digital environment, in particular to the use of performances and

สาธารณชน⁶ การให้คุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี⁷ และข้อมูลบริหารสิทธิ์ในสิ่งบันเทิงการแสดงของนักแสดงและผู้ผลิตสิ่งบันเทิงเสียง⁸ เป็นต้น

3.1.1.1 ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง

สนธิสัญญา WCT และ WPPT ได้กำหนดหลักการสำคัญสำหรับการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีไว้เป็นแนวทางเดียวกันว่าหากเจ้าของสิทธิ์ได้ใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปของ Digital files แล้ว ประเทศสมาชิกจึงมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองโดยกฎหมายแก่มาตรการทางเทคโนโลยีนั้น ๆ โดยการป้องกันไม่ให้บุคคลใดมาทำลาย หรือหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าว โดยกำหนดหลักการดังกล่าวไว้ใน Article 11 ของ WCT ว่า **“ประเทศสมาชิกต้องจัดให้มีการคุ้มครองทางกฎหมายอย่างเพียงพอและการเยียวยาทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพเพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพซึ่งถูกนำมาใช้โดยเจ้าของสิทธิ์ในการบังคับใช้สิทธิ์ภายใต้สนธิสัญญานี้หรือตามอนุสัญญากรุงเบอร์นและมาตรการดังกล่าวนั้นได้เป็นไปเพื่อจำกัดการกระทำที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิ์หรือไม่ก็กฎหมายอนุญาตให้ทำได้”**⁹

นอกจากนี้ ใน Article 18 ของ WPPT เองก็ได้มีการกำหนดให้มีการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีในการเข้าถึงงานของสิทธินักแสดงไว้ว่า **“ประเทศสมาชิกต้องจัด**

phonograms in digital form. It is understood that the storage of a protected performance or phonogram in digital form in an electronic medium constitutes a reproduction within the meaning of these Articles.”

⁶ Article 2 (g), WPPT

⁷ Article 18, WPPT

⁸ Article 19, WPPT

⁹ Article 11, WCT “Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law.”

ให้มีการคุ้มครองทางกฎหมายอย่างเพียงพอและการเยียวยาทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพเพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพซึ่งถูกนำมาใช้โดยเจ้าของสิทธินักแสดงและผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงกับการบังคับใช้สิทธิภายใต้สนธิสัญญาที่หรือตามอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน และมาตรการดังกล่าวนั้นได้เป็นไปเพื่อจำกัดการกระทำที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิหรือไม่มีกฎหมายอนุญาตให้ทำได้”¹⁰

จะเห็นได้ว่าการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามสนธิสัญญาทั้งสองฉบับนี้เป็นการกำหนดเงื่อนไขไว้อย่างกว้าง ๆ เพื่อให้ประเทศสมาชิกมีอำนาจตัดสินใจในการนำหลักการต่าง ๆ ของ WCT และ WPPT อนุวัติการให้เป็นกฎหมายภายในประเทศของตน แต่อย่างไรก็ตามหากพิจารณาเงื่อนไขของสนธิสัญญาทั้ง 2 ฉบับข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่ายังมีความคลุมเครือและไม่ชัดเจนในถ้อยคำอยู่บางประการและการกำหนดเงื่อนไขไว้อย่างกว้าง ๆ นี้เองจึงทำให้เกิดเป็นปัญหาในการตีความซึ่งสามารถสรุปได้ ดังนี้

1. สนธิสัญญาทั้ง 2 ฉบับ มิได้กำหนดคำนิยามไว้อย่างชัดเจนว่า มาตรการทางเทคโนโลยีหมายถึงอะไร รวมถึงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญานี้จะต้องมีลักษณะอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ (Effective technological measures) ที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากมาตรการทางเทคโนโลยีและเทคโนโลยีที่ใช้ในการทำลาย หรือหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นมีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา การให้คำนิยามศัพท์จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาเรื่องความไม่ทันสมัย

¹⁰WIPO Performances and Phonograms Treaty : WPPT Article 18 “Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by performers or producers of phonograms in connection with the exercise of their rights under this Treaty and that restrict acts, in respect of their performances or phonograms, which are not authorized by the performers or the producers of phonograms concerned or permitted by law.

ได้¹¹ ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของประเทศสมาชิกเองที่จะต้องใช้ดุลพินิจในการตีความและให้คำนิยามในส่วนของบริษัทญัตินี้

อย่างไรก็ดีเมื่อพิจารณาถ้อยคำในบทบัญญัติของ WCT และ WPPT แล้วจะเห็นได้ว่าสนธิสัญญาทั้ง 2 ฉบับ มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเฉพาะมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเท่านั้น อย่างไรก็ตามมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพดังกล่าวก็มีได้หมายความว่าจำเป็นต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพโดยสมบูรณ์แบบ (Completely effective technological measures) เพราะหากเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพโดยสมบูรณ์แบบแล้วก็จะไม่มีเทคโนโลยีใดสามารถทำลายหรือหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีนั้นได้ กรณีจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องให้ความคุ้มครองทางกฎหมายอีก ดังนั้น มาตรการทางเทคโนโลยีที่สมควรได้รับการคุ้มครองก็คือมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพพอสมควร ส่วนมาตรการทางเทคโนโลยีที่อาจถือว่าไม่มีประสิทธิภาพและไม่ได้รับความคุ้มครองก็เช่น มาตรการทางเทคโนโลยีที่ล้าสมัยง่ายต่อการหลีกเลี่ยง หรือมาตรการทางเทคโนโลยีที่อาจหลีกเลี่ยงได้โดยบังเอิญ และเมื่อสนธิสัญญาดังกล่าวไม่ได้ให้ความหมายของถ้อยคำดังกล่าวไว้ การตีความว่ามาตรการทางเทคโนโลยีอย่างใดถือเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพจึงขึ้นอยู่กับดุลพินิจของแต่ละประเทศ¹²

2. เมื่อสนธิสัญญาทั้ง 2 ฉบับ มิได้กำหนดคุณลักษณะของคำว่า “มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ” (effectiveness) ว่าต้องมีคุณลักษณะอย่างไร จึงทำให้เกิดปัญหาในการตีความของสนธิสัญญานี้ว่าความมีประสิทธิภาพของสนธิสัญญาทั้ง 2 ฉบับ นั้นจะหมายถึงการห้ามการกระทำที่เกี่ยวกับ อุปกรณ์ เครื่องมือ หรือบริการเพื่อการทำลาย

¹¹ นันท อินทนนท์ และคณะ, รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการ “การคุ้มครองลิขสิทธิ์งานที่เผยแพร่ผ่านระบบดิจิทัล : ปัญหาต่อการเรียนการสอนผ่านอินเทอร์เน็ตและปัญหาการเข้าถึงและการใช้ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต,” สิงหาคม 2550, 68. อ้างถึงใน Urs Gasser, Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward Towards a Best Practice Model, the Berkman Center for Internet & Society, 2004, at 8.

¹² เรื่องเดียวกัน, 68. อ้างถึงใน Mihaly Ficsor, The Law of Copyright and the Internet, cited in Urs Gasser, Supra note 21.

มาตรการทางเทคโนโลยีด้วยหรือไม่ เนื่องจากจะเห็นได้ว่าสนธิสัญญาทั้ง 2 ฉบับนี้มีได้บัญญัติห้ามการผลิตอุปกรณ์หรือเครื่องมือที่ใช้สำหรับการทำลายมาตรการทางเทคโนโลยีไว้แต่อย่างใด ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของประเทศสมาชิกในการใช้ดุลพินิจกำหนดขอบเขตการคุ้มครองอีกเช่นกัน ซึ่งในกรณีดังกล่าวมีผู้ให้ความเห็นว่า แม้ถ้อยคำของ WCT และ WPPT จะมีความคลุมเครือไม่ชัดเจนแต่ก็ตีความได้ว่าสนธิสัญญาทั้งสองฉบับนี้มุ่งหมายถึงการกระทำที่เป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี (Circumvention Act) มากกว่าการกระทำที่เกี่ยวกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี¹³

อย่างไรก็ตาม การกำหนดว่าเครื่องมือใดเป็นสิ่งต้องห้ามตาม WCT และ WPPT นี้เป็นการยากต่อการตีความในการอนุวัติการกฎหมายภายในเนื่องจากอาจถูกมองได้ว่าแม้เครื่องมือหรืออุปกรณ์เหล่านี้จะถูกนำมาใช้ในการกระทำความผิดแต่ในทางตรงกันข้าม เครื่องมือหรืออุปกรณ์เหล่านี้ก็อาจถูกนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมายอีกเช่นกัน ดังนั้นหากการบัญญัติข้อห้ามที่กำหนดขอบเขตการห้ามเกี่ยวกับเครื่องมือให้กว้างมากเกินไปก็อาจจะเป็นการขัดขวางการผลิตและเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อวัตถุประสงค์ของการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair use) และอาจเป็นการขัดขวางการพัฒนาเทคโนโลยีและนวัตกรรมใหม่ ๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อสังคมอีกด้วย แต่ในขณะเดียวกันหากอนุญาตให้สามารถผลิต เผยแพร่อุปกรณ์หรือเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้เฉพาะวัตถุประสงค์ที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น การอนุญาตเช่นนี้ก็อาจไม่มีผลในทางปฏิบัติเนื่องจากการผลิต จำหน่าย หรือเผยแพร่เครื่องมือใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการทำซ้ำและใช้เพื่อวัตถุประสงค์โดยชอบธรรม (fair use) เช่น ทำลายเพื่อวัตถุประสงค์การเรียน การสอน หรือใช้ส่วนตัว ซึ่งเป็นสิทธิโดยชอบธรรม แต่ผู้ผลิต จำหน่าย หรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการ

¹³ อรรถพรณ พนัสพัฒนา, “บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์,” วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ, (2550) : 43. อ้างถึงใน Cunard, Hill and Barlas, WIPO doc.SCCR/10/2 Rev., pp40 and 106.

ทางเทคโนโลยีนั้นก็ไม่อาจทราบได้เลยว่าเครื่องมือดังกล่าวจะถูกนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์โดยชอบธรรมจริง ๆ หรือไม่

3. มาตรการทางเทคโนโลยีโดยหลักการแล้วจะแบ่งออกเป็นสองประเภทคือ มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ (Access control) และมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ (Copy control) ปัญหาที่น่าสนใจคือสนธิสัญญาทั้งสองฉบับนี้ได้ให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีทั้งสองประเภทหรือไม่ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ (Access control) จะอยู่ภายใต้บังคับของสนธิสัญญาทั้ง 2 ฉบับหรือไม่ เนื่องจากบทบัญญัติของ WCT และ WPPT ได้ให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพซึ่งเจ้าของสิทธิใช้ในการปกป้องสิทธิของตนเท่านั้นแต่โดยหลักกฎหมายนั้นเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่มีสิทธิห้ามมิให้บุคคลอื่นเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์แต่อย่างใด

ตามหลักกฎหมายลิขสิทธิ์เจ้าของลิขสิทธิ์จะมีสิทธิใหญ่ ๆ อยู่เพียง 3 ประเภทคือ สิทธิในการทำซ้ำ (Copy) ดัดแปลง (Adaptation) และสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชน (Right of Communication to the Public) ซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์เท่านั้น โดยในประเด็นนี้ได้มีความเห็นออกเป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ แนวทางแรกเห็นว่าเมื่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิใหญ่ ๆ อยู่เพียง 3 ประเภทดังกล่าวข้างต้นแต่จะเห็นได้ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์จะไม่มีสิทธิที่ห้ามไม่ให้สาธารณชนเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่มีสิทธิห้ามสาธารณชนเข้าถึงงานแต่อย่างใด ดังนั้นในกรณีนี้สนธิสัญญา WCT และ WPPT จะต้องให้ความคุ้มครองเพียงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ (Copy control) เท่านั้น¹⁴

ส่วนความเห็นในทางที่สองเห็นว่าเนื่องจากเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถอนุญาตให้ผู้อื่นเข้าถึงงานของตนได้และมาตรการควบคุมการเข้าถึงนี้เป็นมาตรการเดี่ยวที่สามารถจำกัดการเข้าถึงงานโดยมิได้รับอนุญาตได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังที่ประโยคของสนธิสัญญา WCT และ WPPT ตอนท้ายที่ระบุไว้ว่า “...and that restrict acts, in respect of their works, which

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, 45.

are not authorized by the authors concerned or permitted by law. ...” จึงทำให้สนธิสัญญาทั้งสองฉบับนี้ครอบคลุมถึงมาตรการทางเทคโนโลยีนอกเหนือจากมาตรการที่ใช้ควบคุมการละเมิดลิขสิทธิ์ (Copyright control) ด้วย¹⁵

4. คำว่า “ผู้สร้างสรรค์” (Authors) ของสนธิสัญญาดังกล่าวมีความหมายเพียงใด เนื่องจากโดยหลักการของกฎหมายลิขสิทธิ์ ผู้สร้างสรรค์กับเจ้าของลิขสิทธิ์อาจเป็นบุคคลคนเดียวกันหรือไม่ก็ได้และเจ้าของลิขสิทธิ์ดังกล่าวก็สามารถมีสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้ เช่น การจำหน่ายจ่ายโอนสิทธิในลิขสิทธิ์ของตนต่อไปได้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน เป็นต้น แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของสนธิสัญญาดังกล่าวจะเห็นได้ว่าสนธิสัญญาทั้ง 2 ฉบับ ต้องการจะคุ้มครองแต่เฉพาะมาตรการทางเทคโนโลยีที่ผู้สร้างสรรค์นำมาใช้เท่านั้น

3.1.1.2 การกระทำต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่เป็นความผิด

(ก) การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

จากที่กล่าวไปแล้วถึงปัญหาความไม่ชัดเจนในเรื่องไขการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีใน WCT และ WPPT จึงทำให้เกิดปัญหาว่าการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่จะถือว่าเป็นความผิดตาม WCT และ WPPT นั้นจะอยู่ภายใต้ขอบเขตของกิจกรรมในลักษณะใดบ้าง แม้ WCT และ WPPT จะกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้าง ๆ เพื่อให้แต่ละประเทศมีความยืดหยุ่นในการนำไปอนุวัติการเป็นกฎหมายภายในของตน อย่างไรก็ตามความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติเหล่านี้ย่อมทำให้เป็นภาระแก่ประเทศสมาชิกในการอนุวัติการกฎหมายภายในเนื่องจากการยากที่จะกำหนดการกระทำความผิดตาม WCT และ WPPT ว่าควรมีกิจกรรมใดบ้าง เช่น ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่หลีกเลี่ยง และจะรวมถึงการหลีกเลี่ยงเฉพาะมาตรการทางเทคโนโลยีแต่เพียงอย่างเดียว หรือรวมถึงการผลิตเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีด้วย

บทบัญญัติของ WCT และ WPPT ได้กำหนดว่าประเทศสมาชิกต้องมีมาตรการทางกฎหมายที่มี “ประสิทธิภาพ” และ “เพียงพอ” ต่อการคุ้มครอง

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, 45.

มาตรการทางเทคโนโลยี ดังนั้นจึงอาจตีความได้ว่าความคุ้มครองที่มีประสิทธิภาพที่เพียงพอนี้ควรจะรวมถึงการกระทำที่เกี่ยวกับเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการกระทำความผิดด้วยเพราะหากจะตีความและกำหนดการกระทำให้จำกัดไว้เฉพาะแต่การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรงแต่ไม่รวมถึงการผลิต จำหน่าย หรือการเผยแพร่เครื่องมือ อุปกรณ์ ที่ใช้ในการกระทำความผิดก็อาจจะเป็นการขัดแย้งกับเจตนารมณ์ของ WCT และ WPPT ได้เนื่องจากการกระทำที่เป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นโดยส่วนใหญ่มักเกิดขึ้นโดยบุคคลทั่วไปและเป็นการกระทำที่บ้านของคนเหล่านั้นเองจึงเป็นการยากที่จะทำการควบคุมการกระทำดังกล่าว ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการจัดให้มีการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพและการคุ้มครองที่เพียงพอ ประเทศภาคีสมาชิกจึงต้องกำหนดกิจกรรมที่ต้องห้ามที่ไม่ใช่แต่เพียงห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเท่านั้นแต่ต้องรวมถึงการเตรียมการด้วยเพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดไว้ในครอบครองซึ่งอุปกรณ์เครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี¹⁶ อีกทั้งการกระทำความผิดดังกล่าวก็ควรลงโทษต่อผู้กระทำความผิดที่เป็นต้นตอของการกระทำความผิดซึ่งหมายถึงผู้ผลิตหรือจำหน่ายเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั่นเอง

มาตรการทางเทคโนโลยีที่เข้าเงื่อนไขของการคุ้มครองตาม WCT และ WPPT นั้น จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ กล่าวคือประการแรก การนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้จะต้องใช้บังคับกับงานที่มีลิขสิทธิ์ภายใต้สนธิสัญญา WCT และ WPPT หรือตามอนุสัญญากรุงเบอร์น ดังนั้นหากมีบุคคลใดนำมาตรการทางเทคโนโลยีไปใช้กับงานที่ไม่มีลิขสิทธิ์หรืองานที่หมดอายุการคุ้มครองไปแล้วมาตรการทางเทคโนโลยีที่นำมาใช้นั้นก็จะไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ส่วนเงื่อนไขประการที่สอง คือ มาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวจะต้องจำกัดการกระทำที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิหรือโดยกฎหมายหมายความว่าเฉพาะการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้นที่จะเป็นความผิด ดังนั้นหากการหลีกเลี่ยงหรือการทำลายมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวเป็นการกระทำที่ได้รับ

¹⁶ Cf. Dean S. Marks & Bruce H. Turnbull, Technical Protection Measures : The Intersection of Technology, Law and Commercial Licenses, 22 EUR. INTEL. PROP. REV. 198, 201 (2000); REINBOTHE & VON LEWINSKI, supra note 2, at 144-45.

อนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือโดยกฎหมายแล้ว การกระทำดังกล่าวย่อมไม่เป็นการผิดฐานทำลายหรือหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี¹⁷

(ข) การกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

สำหรับปัญหาที่เกี่ยวกับการกำหนดกิจกรรมที่เป็นความผิดของเครื่องมือหรืออุปกรณ์ (Device) นี้ในระหว่างการร่าง WCT และ WPPT นั้น ได้มีประเด็นปัญหาการพิจารณาถึงปัญหาของการกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์ว่าควรกำหนดกิจกรรมของการกระทำความผิดให้มีขอบเขตครอบคลุมเพียงใด แต่จากปัญหาข้างต้นถึงความไม่ชัดเจนของถ้อยคำอีกทั้งยังติดปัญหาในเรื่องวัตถุประสงค์ของการใช้หรือการเผยแพร่เครื่องมือหรืออุปกรณ์ กล่าวคือวัตถุประสงค์ในการใช้นั้นอาจถูกนำมาใช้ในการกระทำความผิดและใช้เพื่อวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมายในทางเดียวกันได้ ดังนั้นในท้ายที่สุดการบัญญัติ WCT และ WPPT จึงได้หลีกเลี่ยงปัญหาดังกล่าวโดยไม่ได้กำหนดขอบเขตของการกระทำที่เป็น การต้องห้ามในส่วนที่เกี่ยวกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี อีกทั้งก็ไม่ได้กำหนดคำนิยามในเรื่องดังกล่าวไว้ด้วยจึงปล่อยให้เป็นที่ของ ประเทศสมาชิกในการพิจารณาวิธีการบัญญัติขอบเขตการคุ้มครองในเรื่องดังกล่าวเอง

นอกจากนี้ถ้อยคำของ WCT และ WPPT เพียงแต่ให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่จำกัดการกระทำ **“...ซึ่งไม่ได้รับอนุญาตจากผู้สร้างสรรค์งานที่เกี่ยวข้องหรือไม่มีกฎหมายอนุญาตให้ทำได้...”** ดังนั้นประเทศสมาชิกไม่จำเป็นต้องกำหนดหลักการคุ้มครองหรือกำหนดกิจกรรมของการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีในทุกประเภทให้เป็นความผิด รวมถึงไม่มีหน้าที่ให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้จำกัดการกระทำที่ได้รับอนุญาตโดยผู้สร้างสรรค์หรือโดยกฎหมายอนุญาตไม่ว่าจะโดยข้อยกเว้นหรือข้อจำกัด ตัวอย่างเช่น การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการทำซ้ำ (Copy

¹⁷ นันทน อินทนนท์ และคณะ, รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการ “การคุ้มครองลิขสิทธิ์งานที่เผยแพร่ผ่านระบบดิจิทัล : ปัญหาต่อการเรียนการสอนผ่านอินเทอร์เน็ตและปัญหาการเข้าถึงและการใช้ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต,” 77.

Control) โดยมีวัตถุประสงค์ในการทำซ้ำเพื่อการใช้เป็นการส่วนตัว (private use) ซึ่งถือว่าเป็นข้อยกเว้นของสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ เป็นต้น อย่างไรก็ตามมาตรฐานการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีของ WCT และ WPPT เป็นเพียงมาตรฐานการคุ้มครองขั้นต่ำเท่านั้น ดังนั้นประเทศภาคีจึงสามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพและเหมาะสมแก่การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่มากกว่าเงื่อนไขใน WCT และ WPPT ก็ได้¹⁸

3.1.1.3 ข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นความผิด

ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของ WCT และ WPPT สนธิสัญญาทั้ง 2 ฉบับ ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะเหมือนกับกฎหมาย Directive 2001/29/EC อย่างไรก็ตาม WCT ข้อ 10 (1) – (2) และ WPPT ข้อ 16 ก็ได้บัญญัติให้ประเทศภาคีอาจกำหนดข้อยกเว้นของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีโดยไม่ต้องขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร¹⁹ โดยต้องคำนึงถึงสถานการณ์ปัจจุบันในยุค

¹⁸Wencke Bäslar, "Technological Protection Measures in the United States, the European Union and Germany: How Much Fair Use Do We Need in the "Digital World"?" *Virginia Journal of Law & Technology*, 8,13(2003) : 5.

¹⁹Article 10, WCT "(1) Contracting Parties may, in their national legislation, provide for limitations of or exceptions to the rights granted to authors of literary and artistic works under this Treaty in certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

(2) Contracting Parties shall, when applying the Berne Convention, confine any limitations of or exceptions to rights provided for therein to certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author."

Article 16, WPPT "(1) Contracting Parties may, in their national legislation, provide for the same kinds of limitations or exceptions with regard to the protection of performers and producers of phonograms as they provide for, in their national legislation, in connection with the protection of copyright in literary and artistic works.

ของเทคโนโลยีดิจิทัลด้วย²⁰ ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าสนธิสัญญาทั้ง 2 ฉบับ ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้เป็นแนวทางเดียวกัน ซึ่งเหมือนกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในข้อตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement)

อย่างไรก็ตามหากพิจารณาความสัมพันธ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ 4 ฉบับ คือ สนธิสัญญา WCT และ WPPT ประกอบกับอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน และข้อตกลง TRIPs จะเห็นได้ว่า Article 9 ข้อตกลง TRIPs ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกนำหลักการต่าง ๆ ของอนุสัญญาเบอร์ลินมาใช้ ดังนั้นจึงทำให้หลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair use) ของอนุสัญญาเบอร์ลิน (Article 9 Article 10 Article 10bis) ต้องถูกนำมาใช้ในข้อตกลง TRIPs ด้วย ไม่ว่าประเทศสมาชิกของข้อตกลง TRIPs จะเป็นสมาชิกในอนุสัญญากรุงเบอร์ลินหรือไม่ก็ตาม อีกทั้งยังจะต้องนำหลักการเหล่านี้มาใช้กับงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในขอบเขตความคุ้มครองของ TRIPs โดยไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นเฉพาะงานวรรณกรรมหรืองานศิลปกรรมหรือไม่

ในขณะเดียวกัน WCT ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนใน Article 1(1) ว่า สนธิสัญญา WCT จะไม่มีความเกี่ยวข้องกับความตกลงระหว่างประเทศหรืออนุสัญญาอื่นนอกเหนือจากอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน (Berne Convention)²¹ ประกอบกับใน Article 1(4) ของสนธิสัญญา WCT ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตาม Article 1-21 ของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินด้วย²² จึงทำให้ประเทศสมาชิกของ WCT สามารถกำหนดข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นในลักษณะที่เป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair use) ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองแก่

(2) Contracting Parties shall confine any limitations of or exceptions to rights provided for in this Treaty to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the performance or phonogram and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the performer or of the producer of the phonogram.”

²⁰Agreed statement concerning Article 10 : “It is understood that the provisions of Article 10 permit Contracting Parties to carry forward and appropriately extend into the digital environment limitations and exceptions in their national laws which have been considered acceptable under the Berne Convention. Similarly, these provisions should be understood to permit Contracting Parties to devise new exceptions and limitations that are appropriate in the digital network environment.”

²¹Article 1(1), WCT

²²Article 1(4), WCT

มาตรการทางเทคโนโลยีโดยการเอาหลักการต่าง ๆ ของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินมาใช้บังคับในกฎหมายภายในของตนได้ เช่น การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อประโยชน์ในการเรียนการสอน หรือเพื่อการศึกษา วิจัย รวมถึงการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนตัว เป็นต้น

ในส่วนของสนธิสัญญา WPPT นั้น แม้ว่าจะไม่มีความสัมพันธ์กับอนุสัญญากรุงเบอร์ลินโดยตรงเนื่องจาก WPPT จะให้ความคุ้มครองต่อสิทธิของผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงและสิทธิของนักแสดง แต่อย่างไรก็ตามหากพิจารณาอนุสัญญานี้โดยละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่าใน Article 1(2) ของ WPPT ได้กล่าวไว้ว่าความคุ้มครองภายใต้ WPPT นี้จะไม่กระทบต่อความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมและศิลปกรรม²³ นอกจากนี้ Article 16 ยังกำหนดให้ประเทศภาคีอาจกำหนดข้อจำกัดหรือยกเว้นในอันเกี่ยวกับการคุ้มครองนักแสดงและผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงไว้ในกฎหมายภายในของตนดังเช่นที่ตนที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายในของตนสำหรับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมและศิลปกรรม รวมถึงให้ประเทศภาคีสมาชิกจำกัดขอบเขตของข้อจำกัดหรือยกเว้นสิทธิที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญานี้ได้เฉพาะสำหรับกรณีพิเศษบางกรณีซึ่งไม่ขัดต่อการใช้ประโยชน์ตามปกติจากการแสดงหรือสิ่งบันทึกเสียงและกระทบกระเทือนต่อผลประโยชน์โดยชอบของนักแสดงหรือผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง โดยอาจนำหลักเกณฑ์ของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินมาปรับใช้ในการกำหนดข้อยกเว้นของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้ WPPT ได้โดยอนุโลม²⁴ ดังนั้นจึงทำให้ประเทศภาคีของ WPPT สามารถนำหลักการที่อยู่ในอนุสัญญากรุงเบอร์ลินในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้โดยชอบธรรม (Fair use) มาบัญญัติข้อยกเว้นของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีได้เหมือนกับข้อยกเว้นของ WCT ได้อีกทางหนึ่งเช่นกัน

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าการกำหนดข้อยกเว้นของ WCT และ WPPT สามารถกำหนดข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นของการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีให้เป็นไปตามหลักการใช้งานโดยชอบธรรมของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินได้โดยมีเงื่อนไขว่าการกระทำนั้นจะต้อง

²³ Article 1(2), WPPT

²⁴ Article 16(1)-(2), WPPT ประกอบ Agreed statement concerning Article 16

ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติและกระทบกระเทือนต่อผลประโยชน์ของเจ้าของสิทธิ
เกินสมควรนั่นเอง

3.1.1.4 มาตรการการเยียวยาและบทลงโทษ

บทบัญญัติของสนธิสัญญา WCT ใน Article 11 และ WPPT ใน Article 18 ได้กำหนดเพียงให้ประเทศสมาชิกต้องจัดให้มีการคุ้มครองทางกฎหมายอย่างเพียงพอและการเยียวยาทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ (effective legal remedies) เพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเท่านั้น ทั้งนี้สนธิสัญญาทั้งสองฉบับไม่ได้กำหนดว่ามาตรการเหล่านี้จะต้องเป็นมาตรการทางแพ่งหรือทางอาญา ดังนั้นในกรณีการกำหนดมาตรการการเยียวยาและบทลงโทษจึงเป็นดุลพินิจของประเทศสมาชิกเองที่จะอาจจะกำหนด มาตรการทางแพ่งหรือทางอาญาก็ได้เพียงแต่การกำหนดมาตรการดังกล่าวนั้นจะต้องเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพ ไม่ว่าจะเป็นบทลงโทษทางอาญา หรือมาตรการคุ้มครองในทางแพ่ง เช่น มาตรการคุ้มครองชั่วคราว (Injunction) เกี่ยวกับพฤติกรรมต่าง ๆ ของการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี นอกจากนี้ WCT และ WPPT เองก็ไม่ได้กำหนดว่าประเทศภาคีจะต้องให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศตนในฐานะกฎหมายเฉพาะ (sui generis law) เพียงด้านเดียวเท่านั้นอาจรวมถึงการคุ้มครองในขอบเขตของกฎหมายทั่วไป (general law) เช่น อยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันที่เป็นเป็นธรรม (unfair competition) เป็นต้น

3.1.1.5 บทวิเคราะห์เกี่ยวกับการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

ถึงแม้ว่าการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตาม WCT และ WPPT จะกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของการคุ้มครองไว้อย่างกว้าง ๆ และไม่รวมถึงงานคุ้มครองที่ไม่ใช่ งานอันมีลิขสิทธิ์ นอกจากนี้ยังพิจารณาเห็นได้ว่า WCT และ WPPT อนุญาตให้นำหลักการของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินมากำหนดข้อยกเว้นสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้ แต่อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่าการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีของ WCT และ WPPT ได้ให้คุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ไปไกลเกินกว่าการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ใน

อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน กล่าวคือ เจ้าของลิขสิทธิ์นอกจากจะอาศัยกลไกของกฎหมายลิขสิทธิ์ในการห้ามการทำซ้ำ หรือเผยแพร่ผลงานของตนโดยไม่ได้รับอนุญาตแล้ว เจ้าของลิขสิทธิ์ยังได้รับการส่งเสริมจากบทบัญญัติในเรื่องการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีโดยสามารถนำเทคโนโลยีเหล่านี้มาป้องกันการเข้าถึงและการใช้งานลิขสิทธิ์ของตนได้และหากมีผู้ใดทำลายหรือหลีกเลี่ยง โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก็จะเป็นความผิดอีกด้วย

แม้กฎหมายจะให้นำหลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมแต่เพียงอย่างเดียวของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินมาใช้ใน WCT และ WPPT แต่อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่าข้อยกเว้นตามอนุสัญญากรุงเบอร์ลินอาจไม่เพียงพอต่อการการใช้ประโยชน์โดยชอบธรรมในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศในทางปฏิบัติเท่าใดนัก เนื่องจากข้อยกเว้นของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินส่วนใหญ่จะมุ่งเน้นการกระทำต่องานลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปของกระดาษ หรือสื่อที่สามารถจับต้องได้ เช่น งานวรรณกรรม ศิลปกรรม นาฏกรรม ดังนั้น หากการถ่ายเอกสารในหนังสือเพื่อการเรียนการสอน หรือการทำซ้ำงานศิลปกรรมเพื่อประโยชน์ส่วนตัวก็สามารถทำได้ในโลกแห่งกระดาษ (Analog World) แต่กระนั้นก็ตามเมื่อพิจารณาในโลกของยุคข้อมูลข่าวสารในโลกแห่งความเป็นจริง (Digital World) ที่เป็นอยู่ ณ ปัจจุบัน จะเห็นได้ว่างานเหล่านี้โดยสภาพแล้วมักจะอยู่ในรูปของ digital files เสียเป็นส่วนใหญ่และหากงานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายลิขสิทธิ์เหล่านี้มีการติดตั้งมาตรการทางเทคโนโลยี หากผู้ใช้ต้องการใช้ประโยชน์จากงานที่มีมาตรการทางเทคโนโลยีขัดขวางอยู่โดยนำข้อยกเว้นของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินมาเป็นข้อกล่าวอ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบที่เป็น Digital files เพื่อการใช้ประโยชน์อย่างใด ๆ โดยชอบธรรม (fair use) ผู้วิจัยเห็นว่าย่อมกระทำได้ค่อนข้างลำบาก ยกตัวอย่างเปรียบเทียบได้ เช่น หนังสือเรียน 1 เล่มที่อยู่ในรูปของกระดาษกับรูปแบบของหนังสืออิเล็กทรอนิกส์ (E-Book) จะเห็นได้ว่าหนังสือที่อยู่ในรูปแบบของกระดาษผู้ใช้จะทำซ้ำ (Copy) ได้ตามสมควรเพื่อวัตถุประสงค์โดยชอบธรรม (Fair use) โดยไม่ต้องขออนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่หนังสือที่เป็น E-book ผู้ใช้จะไม่สามารถเข้าถึงเพื่ออ่านหรือทำซ้ำได้จนกว่าจะมีการถอดรหัสที่ป้องกันการเข้าถึงหรือทำซ้ำเหล่านั้นเสียก่อน ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าในทางปฏิบัติจริงผู้ใช้ที่จะสามารถถอดรหัส E-book ได้ก็อาจจะต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญในด้านเทคนิคพอสมควร (Technician) หรือใน

กรณีที่ผู้ใช้ไม่สามารถถอดรหัสเหล่านั้นได้ก็อาจต้องขออนุญาตให้เข้าถึงโดยชอบด้วยกฎหมาย จากเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งอาจเป็นไปได้ว่าผู้ใช้เหล่านั้นต้องชำระเงินเพื่อใช้ประโยชน์โดยชอบธรรม อีกทั้งอาจต้องซื้ออุปกรณ์ (Device) ที่ทำให้สามารถอ่านหนังสืออิเล็กทรอนิกส์นั้นได้ เป็นต้น จริงอยู่ในหลักการที่ว่าผู้ใช้ประโยชน์หรือสาธารณชนสามารถเข้าถึง หรือทำซ้ำหนังสือ อิเล็กทรอนิกส์เล่มนี้ได้โดยหลักการของ Fair use แต่ก็เห็นได้ว่าการจะเข้าถึงโดยชอบธรรม ในแต่ละครั้งของหนังสือที่เป็นกระดาษกับหนังสือที่เป็น E-Book มีอุปสรรคที่แตกต่างกัน กล่าวคือ กรณีของหนังสือที่เป็นกระดาษผู้ใช้เพียงแค่เดินเข้าไปในร้านถ่ายเอกสารหรือเพียงเปิด หนังสือเล่มดังกล่าวและจดหรือคัดลอกข้อความจากหนังสือเล่มนั้นแต่ในทางตรงกันข้ามหนังสือ ที่เป็น E-Book หากผู้ใช้จะใช้เพื่อประโยชน์โดยชอบธรรมผู้ใช้ไม่สามารถกระทำการสิ่งใดกับ E-Book ได้เลยหากจะคิดประดิษฐ์อุปกรณ์เพื่อหลีกเลี่ยงและเข้าถึง E-Book เล่มนั้นได้ผู้ใช้อีกต้อง มีความรู้ความสามารถทางเทคนิคในการประดิษฐ์เครื่องมือดังกล่าวซึ่งในความเป็นจริงแล้วคงมี น้อยคนที่สามารถคิดค้นได้ หรือหากจะไปจ้างบุคคลอื่นให้หลีกเลี่ยงก็จะเป็นความผิดในเรื่องการ บริการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีอีก

นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้ใช้ไปซื้อแผ่นซีดีเพลง (CD-Audio) โดยแผ่นซีดี กำหนดไว้ว่าให้เล่นกับเครื่องเล่นซีดี (CD-Player) เท่านั้น ทำให้ผู้ซื้อไม่สามารถนำซีดีดังกล่าว ไปใช้กับเครื่องเล่นพกพา เช่น เครื่องเล่น MP3 ฯลฯ ได้ เป็นต้น หรือกรณีของซีดีเพลงที่ใส่ โปรแกรมป้องกันการคัดลอกไว้จึงทำให้ผู้ใช้ไม่สามารถคัดลอกซีดีเพื่อป้องกันการเสียหายของ ซีดีต้นฉบับได้ กรณีเหล่านี้จะเห็นได้ว่าสิทธิดังกล่าวเป็นการใช้งานส่วนตัวอันเป็นสิทธิโดยชอบ ธรรม (fair use) อยู่แล้วซึ่งในทางปฏิบัติจริงผู้ใช้ไม่สามารถทำได้เลยหากจะทำได้ก็อาจเป็นการ กระทำที่เป็นความผิดเหมือนดังเช่นตัวอย่างของตำราอิเล็กทรอนิกส์ (E-Book) ข้างต้น

จากตัวอย่างทั้งสองกรณีข้างต้นแสดงให้เห็นว่าการนำหลักการของการ ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ แม้ WCT และ WPPT จะอนุญาตให้ทำได้ก็ตามแต่ในทางปฏิบัติจริงแล้วผู้วิจัยเห็นว่าข้อยกเว้นดังกล่าวอาจ กระทำได้ยากลำบากและย่อมเป็นอุปสรรคต่อการนำงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีมาตรการทาง เทคโนโลยีติดตั้งอยู่มาใช้เพื่อวัตถุประสงค์โดยชอบธรรม (Fair use) พอสมควร ซึ่งปัญหาเหล่านี้

อาจส่งผลกระทบต่อสังคมได้ เช่น การผูกขาดงานที่ได้รับความคุ้มครองรวมถึง ปัญหาการผูกขาดในเทคโนโลยีของเจ้าของงาน ผู้วิจัยเห็นว่าข้อเสียของการที่กฎหมาย WCT และ WPPT กำหนดช้อยกเว้นไว้อย่างกว้างย่อมทำให้ประเทศสมาชิกอาจมีการกำหนด ช้อยกเว้นที่ไม่ครอบคลุมถึงการใช้งานโดยชอบธรรมในกรณีที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ใน รูปแบบของ digital files ที่มีมาตรการทางเทคโนโลยีขัดขวางการใช้ประโยชน์จากงานเหล่านั้น อยู่และอาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติตามที่ได้ยกตัวอย่างไปแล้วข้างต้นได้ แต่อย่างไรก็ดีในทาง ตรงกันข้ามกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC เองได้กำหนดช้อยกเว้นที่เป็นมาตรการบังคับ แก่ประเทศสมาชิกว่าประเทศสมาชิกต้องจัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อให้ผู้ใช้สามารถใช้งาน อันมีลิขสิทธิ์ได้โดยไม่มีอุปสรรคจากเทคโนโลยีมาขวางกั้น ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าช้อยกเว้นภายใต้ กฎหมาย EU Directive 2001/29/EC ครอบคลุมต่อการใช้ประโยชน์โดยชอบธรรม (Fair use) ต่องานอันมีลิขสิทธิ์มากกว่าที่กำหนดไว้ใน WCT และ WPPT ซึ่งรายละเอียดจะได้กล่าวต่อไป

3.1.1.6 สรุป

จะเห็นได้ว่าการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตาม WCT และ WPPT นั้นจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ คือ (1) ต้องคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่มี ประสิทธิภาพ (2) มาตรการทางเทคโนโลยีนั้นต้องเป็นมาตรการที่นำมาใช้เพื่อปกป้องงานอันมี ลิขสิทธิ์ สิทธิของผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงหรือสิทธิของนักแสดง และ (3) มาตรการนั้นต้องเป็นการ จำกัดการกระทำที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ นอกจากนี้จะเห็นได้ว่าหลักการต่าง ๆ ที่ กำหนดไว้ใน WCT และ WPPT เช่น ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยี ขอบเขตของการ กระทำที่เป็นความผิด เรื่องของความมีประสิทธิภาพของมาตรการทางเทคโนโลยี หรือการ กำหนดมาตรการเยียวยาและบทลงโทษรวมถึงการกำหนดช้อยกเว้นของการกระทำผิด จะเห็นได้ว่า WCT และ WPPT ได้กำหนดเงื่อนไขไว้อย่างกว้าง ๆ เพื่อให้ประเทศสมาชิก นำไปคิด วิเคราะห์เพื่อบัญญัติเป็นกฎหมายภายในของตนทั้งสิ้น นอกจากนี้ผลกระทบการใช้ งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมในโลกของข้อมูลข่าวสารของการกำหนดช้อยกเว้นการคุ้มครองใน WCT และ WPPT จะเห็นได้ว่ายังเป็นปัญหาอย่างมากต่อการเข้าถึงหรือการใช้งานเพื่อ

วัตถุประสงค์โดยชอบธรรมจึงเป็นหน้าที่ของประเทศสมาชิกที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าควรจะมีบัญญัติหลักเกณฑ์และข้อยกเว้นอย่างไรเพื่อให้เกิดเป็นการรักษาสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์และประชาชนไว้ด้วยกันเนื่องจากสิทธิโดยชอบธรรมของสาธารณชนถือเป็นสิทธิที่สามารถกระทำได้อยู่แล้วเพียงพอเท่าที่ไม่ขัดต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์

3.1.2 มาตรการทางเทคโนโลยีของสหภาพยุโรป (EU Directive 2001/29/EC)

สำหรับในสหภาพยุโรปเองก็ได้กำหนดหลักการคุ้มครองที่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางเทคโนโลยีไว้เช่นกัน โดยได้จัดทำกฎเกณฑ์การในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในและสิทธิข้างเคียงในยุคแห่งข้อมูลข่าวสาร (The Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society หรือ Copyright Directive 2001) ซึ่งได้รับการรับรองโดยสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2001 เพื่อให้กฎหมายของประเทศในสหภาพเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

สาระสำคัญของการคุ้มครองที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงของ EU Directive 2001/29/EC ฉบับนี้เป็นการอนุวัติการจากสนธิสัญญาขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกทั้ง 2 ฉบับ คือ WCT และ WPPT มาบัญญัติไว้ ได้แก่ การทำซ้ำชั่วคราว²⁵ การเผยแพร่งานต่อสาธารณชน²⁶ การคุ้มครองข้อมูลบริหารสิทธิ²⁷ และการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี²⁸ เป็นต้น

ในระหว่างการร่างกฎเกณฑ์การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตาม EU Directive 2001/29/EC นั้น กฎเกณฑ์ดังกล่าวได้มีการวิจารณ์กันอย่างกว้างขวางจากผู้ที่มี

²⁵ Article 2, EU Directive 2001/29/EC

²⁶ Article 3, EU Directive 2001/29/EC

²⁷ Article 7, EU Directive 2001/29/EC

²⁸ Article 6, EU Directive 2001/29/EC

ส่วนเกี่ยวข้อง²⁹ ได้แก่ เจ้าของลิขสิทธิ์ องค์กรผู้ผลิตอุปกรณ์และเครื่องมือทางเทคโนโลยี และ องค์กรผู้บริโภคว่าจะบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้อย่างไร เนื่องจากเกรงว่าอาจเกิดปัญหาในการตีความ เหมือนดังเช่น WCT และ WPPT ได้ แต่ในท้ายที่สุดจึงได้มีการกำหนดบทบัญญัติที่ห้ามการทำลายหรือหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง (Access control) และทำซ้ำ (Copy Control) และขยายขอบเขตของการห้ามค้าขาย หรือการบริการที่เกี่ยวข้องกับเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ใช้กระทำผิดกฎหมายในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีด้วย

3.1.2.1 ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง

เนื่องจากการกังวลว่าการบัญญัติหลักเกณฑ์การคุ้มครองต่อ มาตรการทางเทคโนโลยีของ EU Directive 2001/29/EC นั้นจะประสบปัญหาต่าง ๆ เช่นเดียวกันกับ WCT และ WPPT หรือไม่ ดังนั้นกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC Article 6(1) จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ให้ประเทศสมาชิกจะต้องจัดให้มีมาตรการทางกฎหมายที่ เหมาะสมและเพียงพอ ต่อการป้องกันการละเมิดแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพซึ่ง ผู้กระทำนั้นจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าตนกำลังกระทำการอันมิชอบดังกล่าว³⁰ นอกจากนี้ กฎหมาย EU Directive 2001/29/EC ยังได้กำหนดคำจำกัดความของมาตรการทางเทคโนโลยีที่มี ประสิทธิภาพ (effective) ไว้ใน Article 6(3) โดยให้คำจำกัดความไว้ให้หมายถึง “มาตรการ อุปกรณ์ หรือส่วนประกอบใด ๆ ตามปกติของการทำงานที่ถูกออกแบบมาเพื่อป้องกัน หรือจำกัดการกระทำต่องานลิขสิทธิ์หรือสิทธิอื่นใดโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิ หรือสิทธิอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ดังที่ก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมายหรือสิทธิตามกฎหมายที่ ได้ตราขึ้นเป็นการเฉพาะ และจะถือว่ามาตรการทางเทคโนโลยีเช่นว่านั้นมีประสิทธิภาพ ต่อเมื่อการใช้งานลิขสิทธิ์ได้ถูกควบคุมโดยเจ้าของสิทธิโดยเครื่องมือควบคุมการเข้าถึง

²⁹ชีพชนก เชิญขวัญมา, มาตรการทางเทคโนโลยีในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้ข้อตกลงเขต การค้าเสรีของสหรัฐอเมริกา, (สารนิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), 32.

³⁰Article 6(1), EU Directive 2001/29/EC “Member States shall provide adequate legal protection against the circumvention of any effective technological measures, which the person concerned carries out in the knowledge, or with reasonable grounds to know, that he or she is pursuing that objective.”

หรือขั้นตอนเพื่อคุ้มครอง เช่น การเข้ารหัส การใส่สัญญาณรบกวนแก่งานลิขสิทธิ์ หรือ กลไกในการควบคุมการทำสำเนา”³¹

จะเห็นได้ว่าการให้คำจำกัดความของกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC ดังกล่าวข้างต้นกฎหมายไม่ได้แยกแยะความแตกต่างระหว่างมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง (Access Control) และมาตรการควบคุมการทำซ้ำ (Copy Control) งานอันมีลิขสิทธิ์ออกจากกัน อีกทั้งยังได้กำหนดอีกว่ามาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพนั้นจะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อมาตรการดังกล่าวถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันหรือ จำกัดการกระทำต่องานลิขสิทธิ์หรือสิทธิอื่นใดโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิ หรือสิทธิอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ดังที่ก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมายหรือสิทธิตามกฎหมายที่ได้ตราขึ้นเป็นการเฉพาะ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้แยกประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองแต่อย่างใด จึงทำให้กฎหมาย EU Directive 2001/29/EC คุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ (effective) ทุกประเภทที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาป้องกันหรือจำกัดการกระทำต่องานลิขสิทธิ์หรือสิทธิอื่นใดโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิและยังรวมถึงสิทธิอื่นใดของเจ้าของสิทธิที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ที่บัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายอีกด้วย จึงอาจสรุปได้ว่ามาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพที่ควบคุมการเข้าถึง (Access Control) และมาตรการควบคุมการทำซ้ำ (Copy Control) งานอันมีลิขสิทธิ์และมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพอื่น ๆ ก็จะถูกคุ้มครองโดยกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC ด้วย ซึ่งทำให้ขอบเขตการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีของ

³¹ Article 6(3), EU Directive 2001/29/EC “For the purposes of this Directive, the expression ‘**technological measures**’ means any technology, device or component that, in the normal course of its operation, is designed to prevent or restrict acts, in respect of works or other subject-matter, which are not authorized by the right holder of any copyright or any right related to copyright as provided for by law or the sui generis right provided for in Chapter III of Directive 96/9/EC. Technological measures shall be deemed ‘effective’ where the use of a protected work or other subject-matter is controlled by the right holders through application of an access control or protection process, such as encryption, scrambling or other transformation of the work or other subject-matter or a copy control mechanism, which achieves the protection objective.”

กฎหมาย EU Directive 2001/29/EC จะมีความชัดเจนกว่าที่กำหนดไว้ใน WCT และ WPPT เนื่องจาก WCT และ WPPT ไม่ได้กำหนดคำจำกัดความของคำว่ามาตรการทางเทคโนโลยีไว้แต่อย่างใด

นอกจากมาตรการทางเทคโนโลยีในทุกประเภทจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC แล้ว หากพิจารณาคำจำกัดความของคำว่า “มาตรการทางเทคโนโลยี” ตามกฎหมายฉบับนี้ จะเห็นได้ว่ามาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองนอกจากจะเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ถูกรวบรวมมาเพื่อป้องกันหรือจำกัดการกระทำต่องานลิขสิทธิ์แล้วคำว่า “หรือสิทธิอื่นใดโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิ” จะหมายถึงสิทธิใดเนื่องจากโดยหลักการของการคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้วสิทธิของเจ้าของสิทธิจะมีเพียง 3 สิทธิหลัก คือ สิทธิในการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือการเผยแพร่สาธารณชน ดังนั้นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมสิทธิอื่นใดโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC นี้ อาจเป็นสิทธิอื่น ๆ นอกเหนือจากสิทธิขั้นพื้นฐานทั้ง 3 ประการข้างต้นก็ได้ เช่น สิทธิในการกำหนดปริมาณการเผยแพร่การจำหน่ายงาน หรือสิทธิในการกำหนดจำนวนครั้งในการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ เป็นต้น

3.1.2.2 การกระทำต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่เป็นความผิด

(ก) การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

จากที่ได้ศึกษามาแล้วข้างต้นว่ามาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC นั้นคือมาตรการทางเทคโนโลยีทุกประเภทที่นำมาป้องกันหรือจำกัดการกระทำต่องานลิขสิทธิ์หรือสิทธิอื่นใดโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิ ดังนั้น หากแปลความในทางกลับกันกิจกรรมใด ๆ ที่เป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของนำมาป้องกันหรือจำกัดการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์โดยตรงย่อมเป็นความผิดต่อกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC ทั้งสิ้น นอกจากนี้จะเห็นได้ว่าเงื่อนไขการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC ยังให้ความคุ้มครองต่อหรือสิทธิอื่นใดโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิ ซึ่งหมายความว่ากิจกรรมใด ๆ ก็ตามที่ได้มีการทำลายต่อ

สิทธิอื่นใดโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งได้บัญญัติไว้เป็นกฎหมายก็จะเป็นความผิดทันที ดังนั้น หากผู้ใดหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของนำมาป้องกันสิทธิอื่น ๆ โดยไม่ได้รับอนุญาต เช่น สิทธิในการกำหนดจำนวนครั้งในการเข้าถึงงานก็ดี หรือสิทธิใด ๆ ที่จะมีหรือเกิดขึ้นในอนาคตก็ดี ย่อมเป็นความผิดตาม EU Directive 2001/29/EC ด้วย

ข้อแตกต่างประการหนึ่งของกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC กับกฎหมาย DMCA 1998³² ของประเทศสหรัฐอเมริกาในส่วนขององค์ประกอบความผิดคือกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC ได้กำหนดองค์ประกอบความผิดไว้ว่าผู้กระทำความผิดนั้นจะต้อง “รู้” หรือ “มีเหตุอันควรรู้” ว่าตนกำลังกระทำการอันมิชอบดังกล่าวด้วยซึ่งจะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดตามกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC ครอบคลุมการกระทำความผิดที่กว้างมากเพราะนอกจากหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาป้องกันสิทธิใด ๆ ของเจ้าของลิขสิทธิ์จะเป็นความผิดแล้วผู้กระทำความผิดยังจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าการกระทำของตนนั้นเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีด้วย แต่ในขณะที่เดียวกันกฎหมาย DMCA 1998 ไม่ได้บัญญัติถึงองค์ประกอบของการ “รู้” หรือ “มีเหตุอันควรรู้” ไว้ในกฎหมาย เพียงแต่กฎหมาย DMCA 1998 จะกำหนดองค์ประกอบไว้แต่เพียงว่าผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องกระทำโดยเจตนาเท่านั้นจึงจะเป็นความผิดตามกฎหมาย DMCA 1998

(ข) การกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

นอกจากกิจกรรมการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่เป็นความผิดข้างต้นแล้ว EU Directive 2001/29/EC Article 6(2)³³ ยังได้กำหนดข้อห้ามเกี่ยวกับการ

³²หมายถึง กฎหมาย The Digital Millennium Copyright Act 1998 : DMCA 1998 ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีเช่นเดียวกันโดยจะได้ศึกษาในรายละเอียดต่อไป

³³Article 6(2), EU Directive 2001/29/EC “Member States shall provide adequate legal protection against the manufacture, import, distribution, sale, rental, advertisement for sale or rental, or possession for commercial purposes of devices, products or components or the provision of services which :

ผลิต นำเข้า จำหน่าย ขาย ให้เช่า โฆษณาเพื่อขายหรือให้เช่า หรือ ครอบครอง เพื่อวัตถุประสงค์
ในเชิงพาณิชย์ ซึ่งอุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์ หรือส่วนประกอบ หรือข้อกำหนดการให้บริการในการ
หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยมีวัตถุประสงค์ 3 ประการคือ

1. ส่งเสริม โฆษณา หรือทำการตลาดเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยง
มาตรการทางเทคโนโลยี หรือ
2. มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อการใช้งานในเชิงพาณิชย์อย่างจำกัด นอกจากเพื่อ
การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี หรือ
3. เป็นการออกแบบมาโดยหลักหรือ ผลิต การดัดแปลงหรือการแปรสภาพเพื่อ
วัตถุประสงค์ในการทำให้เกิดหรือให้ความสะดวกในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มี
ประสิทธิภาพ

จะเห็นได้ว่ามาตรการการคุ้มครองของ EU Directive 2001/29/EC เป็นมาตรการการคุ้มครองที่กว้างมากและยังครอบคลุมกิจกรรมการหลีกเลี่ยงใน
ทุกกรณีไม่ว่าจะเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อการเข้าถึงหรือการทำซ้ำ ดังนั้น
ในส่วนของความผิดเรื่องการผลิตเครื่องมือ อุปกรณ์ หรือบริการในการหลีกเลี่ยงมาตรการทาง
เทคโนโลยีตามกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC นั้นจึงทำให้การผลิตเครื่องมือ หรืออุปกรณ์
เพื่อทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์กลายเป็นกิจกรรมที่ต้องห้ามไป
ด้วย

มีข้อสังเกตว่ามาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง
ตามกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC จะต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์
นำมาคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์และการหลีกเลี่ยงที่เป็นความผิดนั้นจะต้องเป็นการหลีกเลี่ยง

-
- (a) are promoted, advertised or marketed for the purpose of circumvention of, or
(b) have only a limited commercially significant purpose or use other than to circumvent, or
(c) are primarily designed, produced, adapted or performed for the purpose of enabling or
facilitating the circumvention of, any effective technological measure.”

มาตรการทางเทคโนโลยีโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของด้วย ดังนั้นการทำลายหรือหลีกเลี่ยง
 แก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ปกป้องงานที่ไม่มีลิขสิทธิ์ เช่น งานที่เป็นงานสาธารณ
 (Public Domain) ย่อมไม่เป็นความผิดตามกฎหมายหมายฉบับนี้ และจึงทำให้การผลิตเครื่องมือ
 อุปกรณ์ หรือบริการที่เป็นการหลีกเลี่ยงแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่นำมาใช้ป้องกันงานที่ไม่มี
 ลิขสิทธิ์ก็จะเป็นความผิดตามกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC ไปด้วย แต่อย่างไรก็ดีการ
 จะกระทำเช่นนั้นได้ผู้ใช้ก็ต้องสามารถผลิตเครื่องมือหรืออุปกรณ์ได้เองซึ่งในความเป็นจริง
 แล้วคงเป็นเรื่องที่ยากมากที่จะกระทำได้

3.1.2.3 ข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นความผิด

EU Directive 2001/29/EC ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้แตกต่างจาก
 สนธิสัญญา WCT และ WPPT กล่าวคือ WCT และ WPPT อนุญาตให้นำข้อยกเว้นของ
 อนุสัญญากรุงเบอร์ลินมากำหนดเป็นข้อยกเว้นของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีได้ หรือ
 จะกำหนดให้มากกว่ามาตรฐานใน WCT และ WPPT นั้นก็สามารถกระทำได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม
 ตาม WCT และ WPPT ก็ไม่ได้บังคับให้ประเทศสมาชิกต้องกำหนดข้อยกเว้นให้เป็นไปใน
 ลักษณะใดเพียงแต่กำหนดไว้เพียงว่าต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์โดยชอบและไม่กระทบ
 ต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เท่านั้น แต่ในขณะเดียวกัน EU Directive 2001/29/EC ได้กำหนดให้
 ประเทศสมาชิกมีมาตรการโดยสมัครใจของเจ้าของสิทธิ (Voluntary Measures) เพื่อกำหนด
 ข้อจำกัดและข้อยกเว้นความรับผิดของการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีตามที่บัญญัติไว้ใน
 Article 5 ก่อนและหากในกรณีที่เจ้าของสิทธิยังไม่ได้กำหนดมาตรการการใช้สิทธิที่เป็นธรรม
 ดังกล่าวในระยะเวลาอันสมควร ประเทศสมาชิกจะต้องจัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อเป็น
 หลักประกันให้เจ้าของลิขสิทธิ์ดำเนินการให้ ผู้ได้รับประโยชน์ ได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นหรือ
 ข้อจำกัดของกฎหมายนั้นได้³⁴ ตัวอย่างเช่น กรณีที่ห้องสมุดได้ซื้อหนังสืออิเล็กทรอนิกส์

³⁴โปรดดู อร์มบท ข้อ 51 “The legal protection of technological measures applies without prejudice to public policy, as reflected in Article 5, or public security. Member States should promote voluntary measures taken by right holders, including the conclusion and implementation of agreements

(E-Book) มาแต่หนังสือดังกล่าวถูกมาตรการทางเทคโนโลยีควบคุมไว้ยังไม่สามารถทำซ้ำ หนังสืออิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวได้ หากไม่ปรากฏว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ดำเนินการอย่างใดเพื่อให้ ห้องสมุดสามารถทำซ้ำหนังสืออิเล็กทรอนิกส์นั้นได้ ประเทศสมาชิกต้องจัดให้มีมาตรการทาง กฎหมายเพื่อให้ห้องสมุดซึ่งเป็น ผู้ได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ สาธารณะสามารถทำซ้ำหนังสือนั้นได้³⁵

อย่างไรก็ดีในความเป็นจริงแล้วมาตรการโดยสมัครใจ (Voluntary Measures) ของกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC นั้นได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ทั้งหมด 21 ประการ ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ข้อยกเว้นประการแรกจะเป็นบทบัญญัติที่เป็น ภาคบังคับที่ให้ประเทศสมาชิกอนุวัติการเป็นกฎหมายภายใน คือ ข้อยกเว้นเกี่ยวกับการทำซ้ำ ชั่วคราว (Temporary reproduction) ตาม Article 5(1)³⁶ ส่วนข้อยกเว้นในประการที่สองนั้นจะ เป็นข้อยกเว้นที่ให้ประเทศสมาชิกมีสิทธิเลือกบัญญัติข้อยกเว้นหรือข้อยกเว้นโดยมีทั้งสิ้น 20

between right holders and other parties concerned, to accommodate achieving the objectives of certain exceptions or limitations provided for in national law in accordance with this Directive. In the absence of such voluntary measures or agreements within a reasonable period of time, Member States should take appropriate measures to ensure that right holders provide beneficiaries of such exceptions or limitations with appropriate means of benefiting from them, by modifying an implemented technological measure or by other means. However, in order to prevent abuse of such measures taken by right holders, including within the framework of agreements, or taken by a Member State, any technological measures applied in implementation of such measures should enjoy legal protection.”

³⁵ นันทน อินทนนท์, ลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัล มาตรการทางเทคโนโลยีและทางเลือกสำหรับประเทศไทย, มกราคม 2550, 19.

³⁶ Article 5(1), EU Directive 2001/29/EC “Temporary acts of reproduction referred to in Article 2, which are transient or incidental, which are an integral and essential part of a technological process and the sole purpose of which is to enable:

- (a) a transmission in a network between third parties by an intermediary, or
- (b) a lawful use.

of a work or other subject-matter to be made, and which have no independent economic significance, shall be exempted from the reproduction right provided for in Article 2.”

ประการ ตาม Article 5(2)-(3) เพียงแต่ว่ากฎหมาย EU Directive 2001/29/EC Article 6(4)³⁷ ได้บัญญัติให้ประเทศสมาชิก “ต้องกำหนด” ให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีมาตรการอย่างใด ๆ ก็ได้เพื่อเป็นหลักประกันในการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ 7 ประการ ที่กำหนดไว้ใน Article 5 เช่น การให้รหัสผ่าน หรือการให้สำเนาที่เป็นกระดาษ หรือจะกระทำโดยประการอื่นใดแล้วแต่ประเทศนั้น ๆ จะกำหนด และหากเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้กำหนดหลักประกันไว้ ประเทศสมาชิกก็ต้องมีมาตรการโดยสมัครใจ (Voluntary Measures) เพื่อเป็นหลักประกันว่าผู้ใช้จะสามารถใช้งานได้โดยไม่ถูกปิดกั้นจากมาตรการทางเทคโนโลยี ซึ่งข้อยกเว้นทั้ง 7 ประการดังกล่าวประกอบไปด้วย

- (1) การถ่ายสำเนา (photocopying) (Article 5(2)(a))
- (2) การทำซ้ำซึ่งไม่มีวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์โดยห้องสมุด, สถาบันการศึกษา, พิพิธภัณฑ์ หรือหอจดหมายเหตุ (Article 5(2)(c))
- (3) การบันทึกงานที่มีอายุชั่วคราวที่สร้างขึ้นโดยองค์กรแพร่ภาพแพร่เสียง (Article 5(2)(d))
- (4) การทำซ้ำที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์โดยองค์กรทางสังคม (Article 5(2)(e))
- (5) คำอธิบายสำหรับการเรียนการสอน หรือ งานวิจัยทางวิทยาศาสตร์ (Article 5(3)(a))
- (6) การใช้เพื่อประโยชน์ของคนพิการ (Article 5(3)(b)) และ
- (7) การใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงสาธารณะ หรือ การดำเนินงานของฝ่ายบริหาร รัฐบาล หรือ ตุลาการ (Article 5(3)(e))

³⁷ EU Directive Article 6(4) “Notwithstanding the legal protection provided for in paragraph 1, in the absence of voluntary measures taken by right holders, including agreements between right holders and other parties concerned, Member States shall take appropriate measures to ensure that right holders make available to the beneficiary of an exception or limitation provided for in national law in accordance with Article 5(2)(a),(2)(c),(2)(d),(2)(e),(3)(a),(3)(b), or (3)(e) the means of benefiting from that exception or limitation, to the extent necessary to benefit from that exception or limitation and where that beneficiary has legal access to the protected work or subject-matter concerned.”

ทั้งนี้ ข้อยกเว้นดังกล่าวยังได้เปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกอาจพิจารณากำหนดข้อยกเว้นของการทำซ้ำเพื่อการใช้ส่วนบุคคลซึ่งต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าต้องมีการจ่ายค่าตอบแทนที่เป็นธรรมแก่ผู้ทรงสิทธิด้วย³⁸ ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่าข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดตามกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC นั้นจะมีทั้งหมด 8 ใน 20 ประการตามที่กำหนดไว้ใน Article 5 ประกอบ Article 6(4) จึงทำให้เกิดข้อสังเกตว่าข้อยกเว้นที่เหลืออีก 12 ประการนั้นจึงไม่อาจนำมาปรับใช้ตามความใน Article 6 ได้ และเมื่อเป็นเช่นนั้นก็อาจมองได้ว่าการที่กฎหมายเปิดช่องว่างให้ประเทศสมาชิกเลือกกำหนดข้อยกเว้นนี้อาจก่อให้เกิดความไม่สอดคล้องกันในระบบกฎหมายของ EU Directive 2001/29/EC³⁹

ถึงแม้การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC จะกำหนดขอบเขตการคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีไว้กว้างขวางมากและครอบคลุมกิจกรรมการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีทุกประเภทที่คุ้มครองงานลิขสิทธิ์หรือสิทธิอื่น ๆ ในทุกกรณีที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่อย่างไรก็ดี EU Directive 2001/29/EC ก็ได้ให้ประเทศสมาชิกสร้างหลักประกันและความมั่นใจให้แก่สาธารณชนว่าสิทธิในการเข้าถึงงานในโลกแห่งข้อมูลข่าวสารนั้นยังคงมีอยู่และไม่ถูกปิดกั้นจากกฎหมายลิขสิทธิ์ยุคใหม่ที่เปลี่ยนแปลงไป ทั้งนี้โดยให้ผ่านทางการใช้มาตรการโดยสมัครใจของเจ้าของสิทธิ (Voluntary Measures) แต่อย่างไรก็ดีผู้วิจัยเห็นว่าแม้จะมีมาตรการโดยสมัครใจดังกล่าวแล้วแต่ข้อยกเว้นดังกล่าวก็ไม่อาจแก้ไขปัญหาการเข้าถึงได้อย่างมีประสิทธิภาพเนื่องจากการหลีกเลี่ยงมาตรการเพื่อเข้าถึงโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในทุกกรณี และเป็นในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้จัดมาตรการให้กับผู้ใช้ประโยชน์ อีกทั้งการจะหาหรือผลิตเครื่องมือหรืออุปกรณ์สำหรับการหลีกเลี่ยงก็เป็นไปไม่ได้เนื่องจากการกระทำเหล่านั้นเป็นความผิด โดยการ

³⁸ Article 5(2)(b), EU Directive 2001/29/EC

³⁹ Aashit Shah, "UK'S Implementation of The Anti-Circumvention Provisions of The EU

วิเคราะห์ประเด็นเหล่านี้ผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงอีกครั้งหนึ่งในหัวข้อวิเคราะห์เกี่ยวกับการใช้งาน ลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี

3.1.2.4 มาตรการเยียวยาและบทลงโทษ

สำหรับมาตรการการเยียวยาและบทลงโทษตามกฎหมายของ EU Directive 2001/29/EC Article 6(1) – (2) นั้นได้วางหลักการไว้เป็นไปในทางเดียวกันกับ สนธิสัญญา WCT และ WPPT ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก กล่าวคือ ได้กำหนดเพียงให้ ประเทศสมาชิกจะต้องจัดให้มีมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมและเพียงพอ ต่อการป้องกันการละเมิดแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเท่านั้น ดังนั้นกรณีดังกล่าวจึงเป็นดุลพินิจของประเทศสมาชิกอีกเช่นกันว่าต้องการกำหนดให้มามาตรการทางแพ่งหรือทางอาญา อย่างไรก็ตามแม้ EU Directive 2001/29/EC Article 6 (1) – (2) จะกล่าวเพียงแต่ให้สมาชิก กำหนดมาตรการการเยียวยาและบทลงโทษที่เพียงพอและเหมาะสมซึ่งเป็นการกำหนด มาตรการอย่างกว้าง แต่ก็เห็นได้ว่าการกำหนดมาตรการดังกล่าวก็จะต้องกำหนดให้ สอดคล้องกับความรับผิดชอบในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีด้วยการศึกษาถึงขอบเขต ของการกระทำที่เป็นความผิดขั้นต้นก็จะเห็นได้ว่ากฎหมาย EU-Directive ได้กำหนดมาตรการ การคุ้มครองและความรับผิดชอบไว้ค่อนข้างกว้างครอบคลุมในทุกกรณี ดังนั้นกิจกรรมใด ๆ ที่กระทำ ไปโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ต้องตกอยู่ในการกำหนดมาตรการการเยียวยาและ บทลงโทษในส่วนนี้จึงเท่ากับว่าการกระทำแทบจะทุกกรณีล้วนแต่เป็นความผิดและมีโทษทั้งสิ้น

3.1.2.5 บทวิเคราะห์เกี่ยวกับการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีได้สร้างโอกาสใหม่ ๆ ในการใช้ประโยชน์ จากงานอันมีลิขสิทธิ์ ในขณะที่เดียวกันเทคโนโลยีเหล่านี้ก็ได้ส่งเสริมความแข็งแรงให้แก่เจ้าของ สิทธิด้วย จากการศึกษาระบบและแนวทางการคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีตาม กฎหมาย EU Directive 2001/29/EC จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้สร้างเกราะป้องกันแก่เจ้าของสิทธิ์ ไว้ในระดับที่ค่อนข้างสูงเพราะเจ้าของงานลิขสิทธิ์ย่อมมีอำนาจในการนำมาตรการทาง

เทคโนโลยีมาคุ้มครองงานลิขสิทธิ์โดยห้ามการหลีกเลี่ยงแก่มาตรการทางเทคโนโลยีในทุกกิจกรรมไม่ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

จากที่ได้กล่าวไปแล้วว่าการกระทำความผิดตามกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC ครอบคลุมการกระทำความผิดที่กว้างมากเพราะนอกจากการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาป้องกันสิทธิใด ๆ ของเจ้าของลิขสิทธิ์จะเป็นความผิดแล้วผู้กระทำยังจะต้อง “รู้” หรือ “มีเหตุอันควรรู้” ว่าการกระทำของตนนั้นเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีด้วย

สำหรับการนำเอาเหตุอันควรรู้มาเป็นส่วนหนึ่งในองค์ประกอบความผิดตามกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC แสดงให้เห็นว่ากฎหมายไม่ได้ต้องการเอาผิดกับผู้กระทำแต่เพียงบุคคลนั้น “รู้” เท่านั้นแต่ในขณะเดียวกันกฎหมายยังเปิดช่องให้มีการพิสูจน์การกระทำของผู้กระทำความผิดอีกด้วยว่าแม้ผู้นั้น “ไม่รู้” แต่หากบุคคลนั้น “มีเหตุอันควรรู้” ว่าตนกำลังหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีบุคคลดังกล่าวก็就会有ความผิดด้วย อย่างไรก็ตามแม้การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้คุ้มครองงานสาธารณะหรืองานอื่น ๆ ที่ไม่ได้รับความคุ้มครองทางลิขสิทธิ์ก็อาจจะสามารถกระทำได้โดยไม่เป็นความผิด แต่ถึงกระนั้นก็ตามการกระทำดังกล่าวผู้ใช้ที่ไม่มีความรู้ทางเทคโนโลยีก็ไม่สามารถจะกระทำได้อีกทั้งการห้ามผลิตเครื่องมือหรืออุปกรณ์ก็อาจเป็นตัวปิดกั้นไม่ให้ผู้ใช้สามารถมีเครื่องมือที่จำเป็นเพื่อทำการหลีกเลี่ยงที่กฎหมายอนุญาตให้หลีกเลี่ยงได้

แม้ว่ากฎหมาย EU Directive 2001/29/EC จะได้พยายามสร้างความกลมกลืนของกฎหมายโดยการจัดให้มีรายการของข้อยกเว้นขึ้นแต่จะเห็นได้ว่าข้อยกเว้นดังกล่าวอาจเป็นอุปสรรคต่อการใช้งานโดยชอบธรรม (Fair Use) อยู่ กล่าวคือ แม้ EU Directive 2001/29/EC จะกำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นบทบังคับให้ประเทศสมาชิกต้องมีมาตรการคุ้มครองและขอบเขตการกระทำความผิดต่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพตามที่กำหนดไว้ใน Article 6(1)-(3) แต่การที่กฎหมายกำหนดให้ประเทศสมาชิกกำหนดข้อยกเว้นบางประการที่อยู่ใน Article 6(4) นั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดให้เป็นมาตรการบังคับหากแต่กำหนดให้เป็นสิทธิของประเทศสมาชิกที่สามารถเลือกกำหนดข้อยกเว้นเหล่านั้นได้

การกำหนดให้ประเทศสมาชิกอาจใช้ข้อยกเว้น 8 ใน 20 ประการตามที่กำหนดไว้ใน Article 5 ว่าด้วยมาตรการปกป้องการละเมิดสิทธิ ย่อมทำให้ข้อยกเว้นที่เหลือนั้นไม่อาจนำมาปรับใช้ตามความใน Article 6 ได้และการที่กฎหมายเปิดช่องให้ประเทศสมาชิกเลือกข้อยกเว้นตามข้างต้นย่อมก่อให้เกิดความไม่สอดคล้องกันของระบบกฎหมายในสหภาพยุโรป ยกตัวอย่างเช่น ในขณะที่บางประเทศได้บัญญัติให้มีข้อยกเว้นตาม Article 5(2)(k) โดยอนุญาตให้การทำซ้ำในงานที่เป็นงานการเขียนภาพหรือทำภาพล้อเลียน (caricature) การแต่งเพลงล้อเลียน (parody) หรือ ผลงานเลียนแบบซึ่งผสมผสานทางดนตรีหรือวรรณคดี (pastiche) หรืออนุญาตให้บุคคลสามารถคัดลอกงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อจุดประสงค์ในการทำเป็นงานล้อเลียนในลักษณะข้างต้น สามารถกระทำได้โดยฝ่าฝืนมาตรการปกป้องทางเทคโนโลยี แต่ในบางประเทศไม่ได้กำหนดให้การกระทำดังกล่าวสามารถฝ่าฝืนมาตรการทางเทคโนโลยีได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เช่นนี้แล้วข้อยกเว้นบางข้อที่บัญญัติไว้จึงไม่มีอยู่หรืออาจถูกจำกัดการปรับใช้ตามแต่บริบทของกฎหมายในแต่ละประเทศที่ต่างกันออกไป⁴⁰

อย่างไรก็ดี การกำหนดให้ประเทศสมาชิกสามารถเลือกกำหนด 8 ข้อยกเว้นจาก 20 ข้อยกเว้นเกี่ยวกับมาตรการที่เป็นการฝ่าฝืนมาตรการเทคโนโลยีนั้น ก็อาจกล่าวได้ว่าข้อยกเว้นดังกล่าวเป็นเพียงการกำหนดหลักการขั้นต่ำที่แต่ละประเทศพึงจะต้องปรับใช้สำหรับกฎหมายภายในของตนเท่านั้น หลักการนี้คงไม่ต่างจากหลักการที่ถูกกำหนดไว้ในข้อตกลง TRIPs ที่เป็นมาตรฐานขั้นต่ำของการกำหนดข้อยกเว้นต่าง ๆ จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมาย EU Directive 2001/29/EC ยังมีข้อผิดพลาดและล้มเหลวในการสร้างกฎหมายที่มีความสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันให้สหภาพในการที่กำหนดให้ประเทศสมาชิกสามารถเลือกข้อยกเว้นตามมาตรา 5 ได้ ที่มีเพียง Article 5(1) มาตราเดียวเท่านั้นที่กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องกำหนดไว้เป็นข้อยกเว้นของกฎหมายภายในโดยทั่วกัน⁴¹ ซึ่งตรงกันข้ามกับหลักการ

⁴⁰ Ibid, 7.

⁴¹ Bernt Hugenholtz, **Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid**, 2000 EUR. INTELL. PROP. REV. 501, 501-502 [Online], 12 June 2009. Available from : www.ivir.nl/publications/hughholtz/opinion-EIPR.html

ใน WCT ที่กำหนดให้ประเทศสมาชิกกำหนดข้อยกเว้นให้เป็นไปตามแนวทางเดียวกันทั้งหมดทุกประเทศ ซึ่งกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC จะไม่อนุญาตให้ประเทศสมาชิกกำหนดข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดต่าง ๆ ให้แตกต่างไปจากหลักการที่วางไว้ใน WCT⁴² อย่างไรก็ดีแม้ว่าแต่ละประเทศในสหภาพยุโรปอาจกำหนดกฎหมายภายในของตนให้ต่างกันไปตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแต่สหภาพยุโรปเองก็ได้สร้างหลักการให้ทุกประเทศสมาชิกเดินไปในทิศทางเดียวกันให้มากที่สุด ซึ่งในปัจจุบันประเทศสมาชิกจะต้องปรับใช้หลักการของกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC เข้ามาเป็นกฎหมายภายในของตนอย่างเหมาะสม และให้ถูกต้องเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาความไม่แน่นอนของกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC

นอกจากนี้แม้ว่า EU Directive 2001/29/EC Article 6(4) จะกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ยินยอมโดยสมัครใจในการผ่อนคลายมาตรการทางเทคโนโลยีและหากประเทศสมาชิกไม่ได้จัดให้มีข้อยกเว้นตามที่ระบุไว้ในเวลาอันสมควร ประเทศสมาชิกจะต้องจัดให้มีมาตรการอันเหมาะสมเพื่อเป็นหลักประกันว่าประชาชนของตนจะต้องได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นดังกล่าวนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าข้อยกเว้นเหล่านี้ไม่ได้ทำให้ผู้ใช้มีข้อต่อสู้ว่าตนไม่ได้ทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีแต่ในทางตรงกันข้ามกลับเป็นเพียงการช่วยให้ผู้ใช้สามารถใช้สิทธิของตนได้เท่านั้นว่าตนเองมีสิทธิในการเข้าถึงและทำซ้ำ⁴³ และยิ่งไปกว่านั้นการใช้สิทธิดังกล่าวในบางกรณีก็อาจต้องมีการเสียค่าใช้จ่ายให้กับเจ้าของสิทธิซึ่งทำให้เห็นว่าการเข้าถึงและหรือใช้ประโยชน์จากงานเหล่านั้นก็ไม่ได้ฟรีเสมอไป ดังนั้นจึงอาจมองได้ว่ามาตรการดังกล่าวเป็นเพียงสิทธิขั้นต้นของการใช้สิทธิตามข้อยกเว้นซึ่งอาจถูกจำกัดโดยมาตรการทางเทคโนโลยีเท่านั้น

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งของข้อยกเว้นในกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC Article 6(4) คือสามารถปรับใช้ได้เพียงเฉพาะการการหลีกเลี่ยงมาตรการทาง

⁴² Aashit Shah, "UK'S Implementation of The Anti-Circumvention Provisions of The EU Copyright Directive : An Analysis", :7.

⁴³ Séverine Dusollier, Exceptions and Technological Measures in the European Copyright Directive of 2001: An Empty Promise, 34 INT'L REV. INDUSTRIAL PROP. & COPYRIGHT L. 62, 69 (2003).p.70.

เทคโนโลยีโดยมิชอบเท่านั้นโดยตรง (Direct act of circumvention) ตาม Article 6(1) เท่านั้น แต่ไม่รวมถึงบทบัญญัติในเรื่องการผลิตอุปกรณ์ หรือเครื่องมือ หรือการบริการในเพื่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีใน Article 6(2) ด้วย ซึ่งหมายความว่า การหลีกเลี่ยงมาตรการด้วยวัตถุประสงค์ในการใช้ที่ชอบด้วยกฎหมายโดยตรงตามข้อยกเว้นจะได้รับความคุ้มครอง แต่ไม่รวมถึงการคุ้มครองเครื่องมืออุปกรณ์ หรือ บริการเพื่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีด้วยแต่อย่างใดแม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะมีวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมายก็ตาม จึงมีปัญหาวาทบัญญัติข้อ 6(4) นี้ผู้ใช้ไม่สามารถหาอุปกรณ์เพื่อจะทำให้ตนสามารถทำการหลีกเลี่ยงมาตรการปกป้องทางเทคโนโลยีได้ เนื่องจากอุปกรณ์ดังกล่าวยังคงเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายอยู่นั่นเอง ยิ่งไปกว่านั้นผู้ใช้ไม่มีสิทธิ์ที่จะอ้างการกระทำอันเป็นการช่วยเหลือด้วยตนเองได้เลย เช่น ผู้ใช้ “ไม่มีสิทธิ์ในการเจาะผ่านมาตรการ” เนื่องจากถ้อยคำใน ข้อ 6(4) ให้อำนาจประเทศสมาชิกในการกำหนดให้ผู้ทรงสิทธิจัดเตรียมวิถีทางที่เหมาะสมแก่ผู้ใช้แต่ไม่ได้ให้สิทธิ์แก่ผู้ใช้กระทำการหลีกเลี่ยงด้วยตนเองได้แต่อย่างใด⁴⁴ ทั้ง ๆ ที่หลักการของกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นจะให้สิทธิ์ในการเข้าถึงและหรือการทำซ้ำเหล่านี้เป็นสิทธิ์โดยชอบด้วยกฎหมายที่ไม่ต้องขออนุญาตเจ้าของและไม่จำเป็นต้องเสียค่าตอบแทน

3.1.2.6 สรุป

จากการศึกษาหลักการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้กำหนดการกระทำที่ต้องห้ามไว้ในทุกกรณี อย่างไรก็ตามแม้กฎหมายจะอนุญาตให้ทำซ้ำได้ในบางกรณีตามที่กำหนดไว้ใน Article 6(4) แต่ในขณะเดียวกันการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อการเข้าถึง (Access Control) งานอันมีลิขสิทธิ์จะเป็นการกระทำที่ต้องห้ามเสมอ อีกทั้งการหลีกเลี่ยงต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่จำกัดสิทธิ์อื่นใดโดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ยังคงเป็นความผิดไปด้วย จึงพิจารณา

⁴⁴Wencke Basler, “Technological Protection Measures in the United States, the European Union and Germany : How Much Fair Use Do We Need in the “Digital World”?..” *Virginia Journal of law & Technology* fall. Vol. 8, No.13. University of Virginia (2003) : 16.

ได้ว่าการคุ้มครองในลักษณะเช่นนี้จึงทำให้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์มีมากเกินไปกว่าสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือการเผยแพร่ต่อสาธารณชน เพราะจะทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์กลับมีสิทธิอื่น ๆ ตามมาด้วย เช่น สิทธิในการจำกัดปริมาณการเข้าชม เป็นต้น แต่ในขณะเดียวกันสิทธิของผู้ใช้ที่เป็นผู้รับประโยชน์ที่ดีหรือสาธารณชนที่ดีกลับเป็นเพียงการถ่วงดุลย์เพื่อให้ตนมีสิทธิได้รับประโยชน์เท่านั้น⁴⁵ อีกทั้งประโยชน์ที่ได้รับจากข้อยกเว้นเหล่านี้ในบางกรณีอาจต้องเสียค่าตอบแทนให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้นจึงอาจมีคำถามตามมาว่าข้อยกเว้นของกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC เป็นการสร้างหลักประกันให้กับสาธารณชนในการใช้โดยชอบธรรม (Fair Use) โดยแท้จริงหรือไม่ในเมื่อข้อจำกัดสิทธิของเจ้าของสิทธิมีเพียงไม่กี่ประการที่อยู่ใน Article 6(4) เท่านั้น แต่ในทางตรงกันข้ามกลับทำให้ข้อจำกัดในการเข้าถึงและการใช้งานของสาธารณชนมีมากขึ้น

3.1.3 การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับประเทศต่าง ๆ

ภายหลังที่ได้มีการบัญญัติสนธิสัญญาอินเทอร์เน็ตภายใต้องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Internet Treaties : WCT and WPPT) ประเทศสหรัฐอเมริกาเองก็ได้บัญญัติกฎหมายที่เป็นการอนุวัติการสนธิสัญญาทั้งสองฉบับ โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวมีชื่อว่า “Digital Millennium Copyright Act 1998” (DMCA 1998) ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวได้ขยายขอบเขตของความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ปรากฏอยู่ใน TRIPs หลายประการ และยังได้มีการขยายขอบเขตการคุ้มครองเกินกว่าที่กำหนดใน WIPO Internet Treaties : WCT and WPPT ด้วย

อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศสหรัฐอเมริกาจะประสบความสำเร็จในการผลักดันสนธิสัญญาขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก แต่ความสำเร็จดังกล่าวก็ไม่ได้ทำให้ประเทศกำลังพัฒนาสนใจและเข้าร่วมเป็นสมาชิกของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับมากนัก ดังนั้น ประเทศ

⁴⁵ Ibid, 13.

สหรัฐอเมริกาจึงได้พยายามผลักดันให้ประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายขยายขอบเขตการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเพิ่มมากขึ้นโดยใช้วิธีการผ่านความตกลงเขตการค้าเสรี (Free Trade Agreement : FTA) โดยหลักการสำคัญของข้อตกลงเขตการค้าเสรีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาทำกับประเทศคู่ค้านั้นอาจสรุปได้ ดังนี้

1. ขยายอายุการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นเวลา 70 ปี นับแต่วันที่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตายซึ่งมีระยะเวลายาวนานกว่าที่กำหนดไว้ในข้อตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement)
2. ขยายสิทธิในการเช่า (Rental rights) สำหรับงานทุกประเภท รวมถึงงานวรรณกรรม งานศิลปกรรม และงานสิ่งบันทึกเสียงซึ่งแต่เดิมข้อตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) จะกำหนดสิทธิในการให้เช่าเพียงงานสองประเภทคือ งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ และงานภาพยนตร์
3. ให้ความคุ้มครองการถอดรหัสสัญญาณดาวเทียมที่มีการเข้ารหัสไว้ (Protection of Encrypted Program - Carrying Satellite Signals) รวมถึงการป้องกันการเผยแพร่สัญญาณที่ถูกเข้ารหัส และเครื่องมือ อุปกรณ์ที่ใช้เพื่อการถอดรหัสโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของสิทธิ
4. คุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของนำมาป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์และเอาผิดกับผู้ผลิตเครื่องมือ อุปกรณ์ หรือบริการเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าว (Technological Protection Measures)
5. คุ้มครองข้อมูลบริหารสิทธิ (Rights Management Information technology) ที่เจ้าของสิทธิใช้เป็นเครื่องมือในการบริหารจัดการผลงานของตน เช่น การควบคุมปริมาณการจำหน่าย หรือการทำสำเนางาน เป็นต้น
6. ขยายสิทธิในการทำซ้ำโดยให้หมายความรวมถึงการทำซ้ำชั่วคราวด้วย (Temporary reproduction)
7. จำกัดความรับผิดให้แก่ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต (Limitations on Liability of Internet Service Providers) หากมีการละเมิดลิขสิทธิ์โดยผ่านเครือข่ายให้บริการของตน

จะเห็นได้ว่าหลักการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ในความตกลงเขตการค้าเสรีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาทำกับประเทศต่าง ๆ นั้นเป็นการช่วยให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถปกป้องการละเมิดลิขสิทธิ์ต่องานในรูปแบบดิจิทัล (Digital format) ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น อีกทั้งยังเป็นการเพิ่มอำนาจทางการตลาดแก่เจ้าของสิทธิ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่ขยายความคุ้มครองไปถึงการห้ามผลิตและใช้เครื่องมือเพื่อทำการทำลายมาตรการทางเทคโนโลยี จึงเห็นได้ว่าการคุ้มครองในลักษณะดังกล่าวเป็นการเพิ่มสิทธิการผูกขาดในข้อมูลและสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์และเจ้าของเทคโนโลยีเพื่อผูกขาดงานของตนได้ ซึ่งในปัจจุบันการเจรจาผลักดันให้เกิดเขตการค้าเสรีของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ทำความตกลงกับกลุ่มประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก รวมถึงประเทศไทยด้วย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้วิจัยมุ่งศึกษาหลักเกณฑ์การคุ้มครองและความรับผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่บัญญัติไว้ในข้อตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกากับนานาประเทศ อาทิเช่น AUSFTA , US-Singapore FTA โดยขอบเขตของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามข้อตกลงเขตการค้าเสรีนี้เหล่านี้จะประกอบไปด้วยเนื้อหาสาระของขอบเขตการคุ้มครอง ความรับผิด ข้อยกเว้นรวมถึงมาตรการเยียวยาและบทลงโทษที่ใกล้เคียงกัน เพียงแต่อาจจะแตกต่างกันเพียงรายละเอียดปลีกย่อยบางประการเล็กน้อยเท่านั้น และที่สำคัญบทบัญญัติของข้อตกลงดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกับกฎหมาย DMCA 1998 ของสหรัฐอเมริกาอย่างมาก

3.1.3.1 ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง⁴⁶

ข้อตกลงเขตการค้าเสรี ข้อ 16.4.7 ของข้อตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา – สิงคโปร์ และ ข้อ 17.4.7 ของข้อตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา – ออสเตรเลีย ได้กำหนดคำจำกัดความของคำว่ามาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพว่า

⁴⁶โปรดดู ข้อตกลงเขตการค้าเสรี ข้อ 16.4.7 ของข้อตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา – สิงคโปร์ และ ข้อ 17.4.7 ของข้อตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา – ออสเตรเลีย

“มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ หมายความว่า เทคโนโลยี เครื่องมือหรือ ส่วนประกอบใด ๆ ซึ่งโดยการใช้งานปกติของสิ่งนั้นใช้ควบคุมการเข้าถึงงาน การแสดง สิ่ง บันทึกเสียง หรือสิ่งอื่นใดที่ได้รับความคุ้มครองหรือที่ใช้ปกป้องงานลิขสิทธิ์หรือสิทธิใด ๆ ที่ เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์”⁴⁷

การกำหนดคำจำกัดความในข้างต้นแสดงให้เห็นว่าข้อตกลงเขตการค้า เสรีต้องการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ (effective technological measure) และมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพนี้จะต้องนำมาใช้ควบคุม การเข้าถึง (Control Access) งานลิขสิทธิ์หรือสิทธิอื่นใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์เท่านั้น คำจำกัดความแสดงให้เห็นว่าหากเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพที่นำมาควบคุม การทำซ้ำ (Copy Control) งานลิขสิทธิ์ก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้เขตการค้าเสรี ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการกำหนดคำจำกัดความในการให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามเขต การค้าเสรีนี้จะมีขอบเขตการคุ้มครองที่แคบกว่าการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้ EU Directive 2001/29/EC ที่ไม่ได้แยกแยะความแตกต่างระหว่างมาตรการทางเทคโนโลยีที่ ควบคุมการเข้าถึงและทำซ้ำออกจากกัน จึงทำให้มาตรการทางเทคโนโลยีทุกประเภทได้รับความ คุ้มครองหมด และจะเห็นได้ว่าแม้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ถูกกำหนดในเขตการค้าเสรีจะ สามารถถูกทำลายเพื่อการทำซ้ำได้โดยไม่มีความผิดแต่การกระทำดังกล่าวก็ยังคงเป็นข้อจำกัดอยู่ เนื่องจากการผลิตหรือซื้ออุปกรณ์หรือเครื่องมือในการทำลายมาตรการเพื่อการทำซ้ำตาม ข้อตกลงเขตการค้าเสรีนี้ยังเป็นสิ่งที่มีความผิดอยู่นั่นเองซึ่งจะได้อธิบายในรายละเอียดในหัวข้อ ต่อไป

⁴⁷ For purposes of this paragraph, **effective technological measure** means any technology, device, or component that, in the normal course of its operation, controls access to a protected work, performance, phonogram, or other subject matter, or protects any copyright or any rights related to copyright.

3.1.3.2 การกระทำต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่เป็นความผิด

(ก) การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

ความรับผิดของการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีตาม ข้อตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกา – สิงคโปร์ และ ข้อตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกา – ออสเตรเลีย ได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีไว้ 2 ประการ คือ (1) ความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรง และ (2) ความผิดในการผลิต หรือจำหน่าย เครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ซึ่งในข้อ 16.4.7(a)(i) ของข้อตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกา – สิงคโปร์ และ ข้อ 17.4.7(a)(i) ของข้อตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกา – ออสเตรเลีย⁴⁸ ได้กำหนดความรับผิดของการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยห้ามการกระทำที่เป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพโดย โดยรู้ (knowingly) หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ องค์ประกอบประการนี้เป็นองค์ประกอบสำคัญที่เป็นไปในทางเดียวกันกับ EU Directive 2001/29/EC ซึ่งถือว่าเป็นการกำหนดองค์ประกอบความผิดที่เป็นอัตวิสัยของแต่ละบุคคล (objective knowledge standard)

สำหรับการพิจารณาว่าผู้กระทำจะรู้หรือไม่รู้ว่าการกระทำของตนเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีหรือไม่นั้นจะพิจารณาจากพยานหลักฐานที่เชื่อถือได้ประกอบกับข้อเท็จจริงและสถานการณ์แวดล้อมประกอบการกระทำที่ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นความผิดตามกฎหมาย นอกจากนี้แม้ประเทศสหรัฐอเมริกาจะได้ทำความตกลงเขตการค้าเสรีกับทุกประเทศทั่วโลกแต่จะเห็นได้ว่ากฎหมาย DMCA 1998 ของประเทศสหรัฐอเมริกาเองก็ไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงองค์ประกอบของการรับรู้ หรือมีเหตุอันควรรู้ด้วย

นอกจากองค์ประกอบความผิดดังกล่าวข้างต้นแล้ว องค์ประกอบของการกระทำความผิดตามเขตการค้าเสรีนี้จะต้องเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทาง

⁴⁸โปรดดู ข้อ 16.4.7(a)(i) ของข้อตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกา – สิงคโปร์ และ ข้อ 17.4.7(a)(i) ของข้อตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกา – ออสเตรเลีย

เทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงโดย “ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์” ด้วย ดังนั้นจึงแปลความในทางกลับกันได้ว่าหากผู้หลีกเลี่ยงมีสิทธิโดยชอบธรรม (Fair Use) ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ย่อมกระทำได้ เช่น กรณีที่เจ้าของแผ่นซีดีเพลงซึ่งไม่สามารถเล่นแผ่นซีดีดังกล่าวกับเครื่องเล่นซีดีในรถยนต์หรือเครื่องคอมพิวเตอร์ได้ เจ้าของดังกล่าวย่อมมีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายในการฟังเพลงจากแผ่นซีดีดังกล่าวและสามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อที่จะเข้าถึงการฟังเพลงไม่ว่าจะฟังจากเครื่องเล่นซีดีประเภทใดก็ตาม บทบัญญัติเช่นนี้ทำให้ขอบเขตของการกระทำที่ต้องห้ามมีความสัมพันธ์กับการอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือจากกฎหมายภายใน ดังนั้น ไม่ใช่มาตรการทางเทคโนโลยีทุกอย่างที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้ข้อตกลงเขตการค้าเสรีนี้⁴⁹ แต่ถึงกระนั้นก็ตามหากเจ้าของซีดีไม่มีความรู้หรือความสามารถในการหลีกเลี่ยงก็อาจเป็นอุปสรรคได้แม้ว่าจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม

(ข) การกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

ข้อห้ามในประการต่อไปของการกระทำความผิดในข้อตกลงเขตการค้าเสรีนี้คือ การห้ามผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี โดยข้อ 16.4.7(a)(ii) ของข้อตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกา – สิงคโปร์ และ ข้อ 17.4.7(a)(ii) ของตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา – ออสเตรเลีย⁵⁰ กำหนดข้อห้ามของการกระทำที่เป็นความผิดที่เกี่ยวกับอุปกรณ์ เครื่องมือ หรือบริการที่มีวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีไว้ว่า ประเทศภาคีจะต้องมีบทบัญญัติที่ห้ามการผลิต

⁴⁹ศุภจิตรา เลหาวัฒนภิญโญ, ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้คุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์: ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างสนธิสัญญาลิขสิทธิ์กับความตกลงเขตการค้าเสรี, (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), 78.

⁵⁰โปรดดู ข้อ 16.4.7(a)(ii) ของข้อตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกา – สิงคโปร์ และ ข้อ 17.4.7(a)(ii) ของตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา – ออสเตรเลีย

นำเข้า จำหน่าย ขาย หรือให้เช่า อุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์ หรือส่วนประกอบหรือข้อกำหนดการให้บริการ ซึ่ง

(1) ส่งเสริม โฆษณา หรือทำการตลาดเพื่อจุดประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ

(2) ไม่มีวัตถุประสงค์ในทางพาณิชย์ หรือการใช้งานอื่นใด หรือมีวัตถุประสงค์ในการใช้งานเชิงพาณิชย์อย่างจำกัด นอกจากการใช้เพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

(3) ถูกออกแบบมาให้มีวัตถุประสงค์ในการผลิต ดัดแปลง หรือกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำให้เกิด หรือให้ความสะดวก หรือกระทำเพื่อจุดประสงค์ของการทำให้เกิด หรือให้ความสะดวกในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

เงื่อนไขของการกระทำความผิดในส่วนของเครื่องมือหรืออุปกรณ์นั้นข้อตกลงเขตการค้าเสรีได้กำหนดเงื่อนไขไว้เป็นไปในทางเดียวกันกับกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC คือเป็นการห้ามการกระทำที่เป็นทางการค้าหรือบริการ และข้อห้ามดังกล่าวนี้เป็นการครอบคลุมการห้ามการผลิตและเผยแพร่เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงและการทำซ้ำ ดังนั้น หากผู้ใช้สามารถผลิตเครื่องมือดังกล่าวเพื่อทำซ้ำได้เองก็ยังไม่ได้รับการยกเว้นในเรื่องนี้ แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำเหล่านั้นคงต้องอาศัยความชำนาญในการสร้างเครื่องมือ อีกทั้งการซื้อหาเครื่องมือดังกล่าวก็ยังทำได้ยากเนื่องจากการกระทำเหล่านี้ยังเป็นความผิดอยู่นั่นเอง

3.1.3.3 ข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นความผิด

การกำหนดข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นของการกระทำความผิดตามข้อตกลงเขตการค้าเสรีนั้นเป็นการกำหนดข้อยกเว้นไปในแนวทางเดียวกันกับ DMCA 1998 โดยให้นำหลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) มาเป็นข้อต่อสู้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้และให้ประเทศคู่ค้ากำหนดข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นสำหรับการ

หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงและข้อยกเว้นสำหรับการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือ อุปกรณ์ที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ซึ่งได้กำหนดกิจกรรมที่ได้รับการยกเว้นไว้ 8 ประการ ซึ่งกิจกรรมดังกล่าวเป็นมาตรฐานขั้นต่ำเท่านั้น ดังนั้นหากประเทศคู่ค้าจะกำหนดข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นไว้ให้มากกว่าที่กำหนดไว้ในข้อตกลง และเพื่อให้เหมาะสมกับความจำเป็นของประเทศตนก็สามารถกระทำได้ โดยข้อยกเว้นของข้อตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกา – สิงคโปร์ ข้อ 16.4.7(f) และข้อตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา – ออสเตรเลีย ข้อ 17.4.7(e) ทั้ง 8 ประการ มีดังนี้⁵¹

(1) การใช้ที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานบางประเภทที่เฉพาะเจาะจงเมื่อ บทบัญญัตินี้มีผลกระทบจริง ๆ หรือใกล้เคียงต่อการใช้ที่ไม่เป็นการละเมิดแก่นงานลิขสิทธิ์ การแสดง งานสิ่งบันทึกเสียง ซึ่งสามารถแสดงได้อย่างน่าเชื่อถือตามรายงานพิจารณาหรือ กระบวนการทางกฎหมายหรือทางการบริหาร ซึ่งจะจัดขึ้นอย่างน้อย 1 ครั้ง ทุก ๆ 4 ปี⁵² นับแต่วันที่มีข้อสรุปของรายงานหรือกระบวนการดังกล่าว

(2) การทำวิศวกรรมย้อนกลับโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีสิทธิตามกฎหมายในการทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยสุจริต โดยคำนึงถึงองค์ประกอบโดยเฉพาะของ โปรแกรมซึ่งไม่อาจหาได้โดยง่าย โดยจุดประสงค์เพื่อให้โปรแกรมดังกล่าวสามารถเข้าร่วมงานกับโปรแกรมอื่นได้

(3) การกระทำโดยสุจริตที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยผู้วิจัย ซึ่งมีสิทธิตามกฎหมายในการทำสำเนา การกระทำ หรือการแสดงผลงานและผู้ซึ่งทำโดยใช้ความพยายามอย่างมีเหตุผลเพื่อขออนุญาตในการกระทำดังกล่าวแล้ว เพื่อความจำเป็นในจุดประสงค์ของการบ่งชี้ หรือวิเคราะห์จุดบกพร่อง หรือจุดเปราะบางของเทคโนโลยีการเข้ารหัส (encryption or scrambling)

⁵¹โปรดดู ข้อ 16.4.7(f) ของข้อตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกา – สิงคโปร์ และ ข้อ 17.4.7(e) ของข้อตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา – ออสเตรเลีย

⁵²ข้อตกลงของสหรัฐอเมริกากับประเทศสิงคโปร์และออสเตรเลียได้กำหนดไว้ 4 ปี เท่ากัน แต่บางประเทศได้กำหนดไว้ต่างกัน เช่น ประเทศชิลีกำหนดระยะเวลาไว้ทุก ๆ 3 ปี เป็นต้น

(4) การประกอบเข้าด้วยกันของส่วนประกอบ หรือชิ้นส่วนเพื่อวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการเข้าถึงเนื้อหาออนไลน์ที่ไม่เหมาะสมของผู้เยาว์ทางอินเทอร์เน็ต โดยเทคโนโลยีผลิตภัณฑ์ บริการ หรือเครื่องมือดังกล่าวนั้น

(5) การกระทำโดยสุจริตที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งได้รับอนุญาตจากเจ้าของเครื่องคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ เพื่อวัตถุประสงค์ในการทดสอบ สืบหาหรือตรวจสอบความปลอดภัยของเครื่อง ระบบ หรือเครือข่ายดังกล่าว

(6) การกระทำที่ไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ เพื่อจุดประสงค์ในการระบุและทำลายประสิทธิภาพในการเก็บรวบรวมหรือเผยแพร่ข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่เปิดเผยจากการทำกิจกรรมทางออนไลน์ของบุคคล โดยการกระทำเช่นนั้นไม่กระทบต่อการเข้าถึงงานของบุคคลอื่น

(7) กิจกรรมที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายโดยลูกจ้างรัฐ ตัวแทน หรือผู้ทำสัญญาเพื่อจุดประสงค์ในการบังคับใช้กฎหมาย สืบสวน หรือกิจกรรมของรัฐที่คล้ายคลึงกัน และ

(8) การเข้าถึงงานโดยห้องสมุดที่ไม่แสวงหากำไร หอสมุด หรือสถาบันการศึกษา ซึ่งไม่สามารถหาได้โดยวิธีอื่น โดยจุดประสงค์เพื่อประกอบการตัดสินใจ เช่น กรณีที่ต้องการสั่งซื้องาน เป็นต้น

สำหรับข้อยกเว้นในส่วนของการผลิตเผยแพร่เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ ที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นข้อตกลงเขตการค้าเสรีได้กำหนดไว้ว่าหากเป็นเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงจะสามารถกำหนดข้อยกเว้นได้เฉพาะกรณีสำหรับ (1) การทำวิศวกรรมย้อนกลับเพื่อหาความบกพร่องหรือจุดอ่อนของเทคโนโลยีการเข้ารหัส (2) การป้องกันการเข้าถึงเนื้อหาออนไลน์ที่ไม่เหมาะสมของผู้เยาว์ (3) การทดสอบ การตรวจสอบ และการรักษาความปลอดภัยของคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ดังกล่าว หรือ (4) การบังคับใช้กฎหมายหรือกิจกรรมอื่นของรัฐที่คล้ายกัน ส่วนในกรณีของเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำจะกำหนดข้อยกเว้นได้เฉพาะ (1) การทำวิศวกรรมย้อนกลับและ (2) การบังคับใช้กฎหมายหรือกิจกรรมอื่นของรัฐเท่านั้น

จะเห็นได้ว่าเงื่อนไขและข้อยกเว้นการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีในข้อตกลงเขตการค้าเสรีของทั้งสองประเทศนั้นเป็นเพียงการห้ามหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้สำหรับการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ (Access Control) เท่านั้น ซึ่งหลักเกณฑ์เช่นนี้มีความชัดเจนมากกว่าที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา WCT และ WPPT ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก อย่างไรก็ตามสำหรับการกำหนดข้อยกเว้นของข้อตกลงทั้งสองฉบับนี้จะเห็นได้ว่าแม้จะมีการกำหนดข้อยกเว้นเพื่อให้สาธารณชนสามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้ แต่ก็เห็นได้ว่าข้อยกเว้นดังกล่าวข้างต้นเป็นข้อจำกัดที่แคบมากและเป็นการกำหนดข้อยกเว้นที่จำกัดการกระทำให้เฉพาะบุคคลบางกลุ่มเท่านั้น เช่น กรณีของการทำวิศวกรรมย้อนกลับ การทำวิจัยและพัฒนาด้าน Encryption technology การบรรจุส่วนประกอบ หรือซอฟต์แวร์ที่ใช้เพื่อป้องกันผู้เยาว์มิให้เข้าถึงข้อมูลที่ไม่เหมาะสม เป็นต้น ซึ่งการกระทำเหล่านี้จำเป็นต้องใช้ผู้ที่มีความเชี่ยวชาญในเทคโนโลยีพอสมควร ดังนั้น ลำพังผู้ใช้โดยทั่วไปอาจไม่สามารถกระทำดังกล่าวเว้นแต่จะมีความสามารถทางเทคโนโลยีอย่างเพียงพอในระดับที่ดีพอสมควร อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าข้อยกเว้นดังกล่าวจะเปิดโอกาสให้กับห้องสมุดที่ไม่แสวงหากำไร ห้องสมุด หรือสถาบันการศึกษาสามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้โดยไม่เป็นความผิด แต่จะเห็นได้ว่าข้อยกเว้นดังกล่าวเป็นการจำกัดการกระทำไว้อย่างแคบและเคร่งครัดมากอีกเช่นกัน เนื่องจากจะทำให้สาธารณชนไม่สามารถเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair use) ได้เต็มที่

หากพิจารณาแนวคิดของการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของกฎหมายลิขสิทธิ์แล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าข้อยกเว้นของข้อตกลงเขตการค้าเสรีนี้มิใช่เป็นการกำหนดข้อยกเว้นเพื่อการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมอย่างแท้จริงเนื่องจากกิจกรรมต่าง ๆ ที่อนุญาตให้กระทำได้ล้วนแต่เป็นกิจกรรมที่ไม่สามารถนำมาใช้งานได้อย่างเต็มที่ เช่น กรณีของการทำวิศวกรรมย้อนกลับที่อนุญาตให้ทำได้เพียงเพื่อให้โปรแกรมดังกล่าวสามารถใช้ร่วมงานกับโปรแกรมอื่นได้เท่านั้น แต่หากจะทำวิศวกรรมย้อนกลับโดยวัตถุประสงค์ประการอื่น ๆ ไม่ได้เลยเพราะจะถือเป็นความผิดทั้งหมดหมด เช่น การทำเพื่อใช้ทางวิทยาศาสตร์หรือเป็นการส่วนตัว ซึ่งเป็นสิทธิโดยชอบธรรมที่ผู้ใช้ยอมทำได้ตามหลักการของกฎหมายลิขสิทธิ์ หรือใน

เรื่องของการกระทำเพื่อการเรียนหรือการศึกษา แม้ว่าข้อตกลงจะเปิดโอกาสให้กระทำได้แต่ก็ทำได้เพียงห้องสมุดที่ไม่แสวงหากำไร หอสมุด หรือสถาบันการศึกษา เท่านั้น ผู้ใช้งานอื่น ๆ หรือบุคคลทั่วไปไม่อาจกระทำการหลีกเลี่ยงได้เลย อีกทั้งยังมีข้อจำกัดในเรื่องความสามารถการผลิตอุปกรณ์ หรือเครื่องมือขึ้นใช้เองอีกด้วยเนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่เป็นความผิด และยิ่งไปกว่านั้นการหาซื้อเครื่องมือดังกล่าวก็ยังคงเป็นความผิดอีก ดังนั้นทางแก้ไขที่ดีที่สุดสำหรับกรณีหลังนี้ก็คือการเดินเข้าห้องสมุดเพื่อการค้นคว้าหรือเพื่อประโยชน์ส่วนตัวเท่านั้น แต่ในทางตรงกันข้ามการกระทำเหล่านี้อาจเป็นอุปสรรคสำหรับบุคคลที่อยู่ไกลจากห้องสมุดเหล่านั้นซึ่งเท่ากับว่าการมีและใช้เทคโนโลยีสารสนเทศที่ทันสมัยแต่ไม่อาจทำให้เกิดความสะดวกในการใช้ประโยชน์จากงานลิขสิทธิ์ได้อย่างแท้จริง

3.1.3.4 มาตรการเยียวยาและบทลงโทษ⁵³

ข้อ 16.4.7(ii)(C) วรรค 2 ของข้อตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา – ประเทศสิงคโปร์ และข้อ 17.4.7(ii)(C) วรรค 2 ของข้อตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา – ประเทศออสเตรเลีย ได้กำหนดไว้ให้ประเทศคู่ค้าจะต้องจัดให้มีมาตรการเยียวยาทางแพ่งและให้ใช้มาตรการทางอาญาสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่เป็นการกระทำที่โดยเจตนา และเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า หรือผลประโยชน์ทางการเงินส่วนตัว บทบัญญัติดังกล่าวมีความใกล้เคียงกับกฎหมาย DMCA 1998 ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ให้นำมาตรการทางอาญามาใช้กับกิจกรรมการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเฉพาะที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าหรือหากำไร อย่างไรก็ตามข้อตกลงเขตการค้าเสรีนี้ก็มีได้แบ่งแยกประเภทของมาตรการเยียวยาและบทลงโทษผู้กระทำความผิดโดยไม่เจตนา (Innocent violations) และไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นมิให้นำมาตรการทางอาญามาใช้กับห้องสมุดแบบไม่หวังผลกำไร หอจดหมายเหตุ หรือสถาบันการศึกษา ซึ่งตามกฎหมาย DMCA 1998 ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 1203 c (5) (A)-(B) โดยให้อำนาจศาลอาจใช้ดุลยพินิจลดหรืองด

⁵³ โปรดดู ข้อ 16.4.7(ii)(C) วรรค 2 ของข้อตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา – ประเทศสิงคโปร์ และข้อ 17.4.7(ii)(C) วรรค 2 ของข้อตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา – ประเทศออสเตรเลีย

ค่าเสียหายที่ต้องชดใช้ทั้งหมดในกรณีที่ผู้ละเมิดมีภาระการพิสูจน์ว่าและศาลเห็นว่าผู้ละเมิดไม่รู้ และไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าการกระทำของตนเป็นการละเมิด รวมถึงในกรณีที่ห้องสมุดแบบไม่หวังผลกำไร หอจดหมายเหตุ หรือ สถาบันการศึกษามีภาระการพิสูจน์ และศาลเห็นว่าห้องสมุดแบบไม่หวังผลกำไร หอจดหมายเหตุ หรือ สถาบันการศึกษา ไม่รู้และไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าการกระทำของตนเป็นการละเมิด ก็อาจได้รับการยกเว้นการชดใช้ค่าเสียหายเช่นกัน นอกจากนี้ กฎหมาย DMCA 1998 มาตรา 1204(b) ก็ยังได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนไม่ให้นำมาตรการทางอาญามาใช้กับห้องสมุดแบบไม่หวังผลกำไร หอจดหมายเหตุ หรือ สถาบันการศึกษา ด้วย

3.1.3.5 บทวิเคราะห์เกี่ยวกับการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

จากการศึกษาเงื่อนไขและข้อจำกัดการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีของความตกลงเขตการค้าเสรีข้างต้นจะเห็นได้ว่าผลกระทบที่ตามมาภายหลังการทำข้อตกลงคือการอนุวัติการกฎหมายภายในของประเทศคู่ค้าให้มีบทบัญญัติการคุ้มครองตามที่ได้ทำข้อตกลงกันไว้ อย่างไรก็ตามแม้บทบัญญัติจะมีเจตนารมณ์เพื่อการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพแต่ในขณะเดียวกันการคุ้มครองเหล่านี้ได้สร้างปัญหาหลาย ๆ ประการให้กับสาธารณชนของประเทศคู่ค้านั้น ๆ ยกตัวอย่างเช่น การทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศออสเตรเลีย ทำให้ประเทศออสเตรเลียต้องอนุวัติการกฎหมายภายใน (กฎหมายลิขสิทธิ์) ของประเทศออสเตรเลียให้เป็นไปตามข้อตกลงเขตการค้าเสรีกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับใหม่ดังกล่าวนี้คือ กฎหมาย Copyright Amendment Act 2006 ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2007 อย่างไรก็ตามก่อนหน้านี้การทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีฉบับนี้ประเทศออสเตรเลียได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี (TPM) อยู่แล้วซึ่งบัญญัติไว้ใน Copyright Amendment (Digital Agenda Act) 2000 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 4 มีนาคม ค.ศ. 2001

สำหรับเนื้อหาของสาระของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมาย Copyright Amendment (Digital Agenda Act) 2000 (ฉบับเก่า) จะห้ามเฉพาะการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือ อุปกรณ์ที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้เพื่อ

ป้องกันการทำซ้ำ (Copy Control) งานอันมีลิขสิทธิ์เท่านั้น การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยการใช้เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ หรือการหลีกเลี่ยงแก่มาตรการทางเทคโนโลยีโดยทั่วไปเพื่อเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ย่อมเป็นกิจกรรมที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม เมื่อกฎหมาย Copyright Amendment Act 2006 มีผลใช้บังคับแล้วจึงทำให้การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง (Access Control) เป็นความผิดด้วย ผู้วิจัยจึงเห็นว่าการทำความเข้าใจการคุ้มครองลิขสิทธิ์ย่อมส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงกฎหมายและทำให้บทบัญญัติของกฎหมาย Copyright Amendment Act 2006 ของประเทศออสเตรเลียเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับกฎหมาย DMCA 1998 ของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในความเห็นของผู้วิจัยนั้นเห็นว่าผลกระทบต่อการเล่นเพลงกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อสาธารณชนเพิ่มมากขึ้น กล่าวคือจากการศึกษาหลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของประเทศไทยในบทที่ 2 จะเห็นได้ว่าแต่เดิมกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศไทยได้อนุวัติการตาม Berne Convention และในส่วนของการกำหนดข้อยกเว้นของการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นจะใช้หลักการเดียวกันกับประเทศอังกฤษคือใช้หลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม “Fair Dealing” ภายใต้วัตถุประสงค์เพื่อการวิจารณ์ หรือติชม หรือเพื่อการศึกษา วิจัย หรือการรายงานข่าว เป็นต้น อีกทั้งยังมีข้อยกเว้นสำหรับการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมที่แม้จะไม่เข้าเงื่อนไข Fair Dealing เช่น การบันทึกงานแพร่เสียงแพร่ภาพเพื่อเข้าชมหรือฟัง การทำสำเนาสิ่งบันทึกเสียงเพื่อการใช้งานส่วนตัว หรือการทำสำเนางานวรรณกรรม นิตยสาร หรือบทความในหนังสือพิมพ์เพื่อการใช้งานส่วนตัว เป็นต้น

ข้อยกเว้นเหล่านี้ล้วนแต่เป็นสิทธิในการทำซ้ำส่วนบุคคลอันเป็นสิทธิโดยชอบธรรมที่สามารถทำได้และการใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ดังกล่าวเพื่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเข้าถึงและทำซ้ำเพื่อวัตถุประสงค์ Fair Dealing ย่อมไม่เป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย แต่เมื่อมีการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับใหม่ (Copyright Amendment Act 2006) ที่อนุวัติการตามข้อตกลงเขตการค้าเสรีนี้จะทำให้การเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นกิจกรรมที่ต้องห้ามและการต่อสู้ว่าการ

หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวนั้นได้กระทำไปโดยไม่รู้ หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าตนกำลังหลีกเลี่ยงมาตรการเหล่านั้นอยู่ก็ยิ่งเป็นการต่อสู้ที่ยากลำบากมากในทางปฏิบัติและแม้ว่าการหลีกเลี่ยงดังกล่าวจะนำไปเพื่อการ Fair Dealing ก็ตาม เพราะไม่แม้ผู้กระทำจะไม่รู้ แต่หากมีเหตุอันควรรู้ว่าการกระทำของตนเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีก็จะเป็นความผิดทันที อีกทั้งการซื้ออุปกรณ์หรือเครื่องมือเพื่อการทำลายมาตรการดังกล่าวยังคงเป็นอุปสรรคกับผู้ซื้อเนื่องจากการผลิตหรือจำหน่ายเครื่องมือเหล่านี้เป็นความผิดเสมอไม่ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อเข้าถึงหรือทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ก็ตาม สำหรับการอนุวัติการตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ภายหลังจากที่มีการทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีนั้นแม้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศสิงคโปร์บัญญัติเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับประเทศออสเตรเลียและประเทศสหรัฐอเมริกาแต่ผู้วิจัยเห็นว่าก็คงประสบกับ ปัญหา อุปสรรคและผลกระทำในลักษณะเดียวกัน

3.1.3.6 สรุป

จากการศึกษาความตกลงเขตการค้าเสรีในการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีจะเห็นได้ว่าหลักการคุ้มครองเป็นไปในแนวเดียวกันกับกฎหมาย DMCA 1998 ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่กำหนดความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึง (Access Control) งานอันมีลิขสิทธิ์ ส่วนกรณีการผลิตหรือจำหน่ายเครื่องมือ อุปกรณ์ที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงได้กำหนดกิจกรรมที่เป็นความผิดทั้งการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงและทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาต นอกจากนี้ ข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นความผิดนั้นประเทศคู่ค้าสามารถยังสามารถนำมากำหนดข้อยกเว้นสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงได้ทุกกรณี ส่วนการผลิตหรือจำหน่ายเครื่องมือ อุปกรณ์ที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นไม่ว่าจะเป็นมาตรการที่ควบคุมการเข้าถึงหรือการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์อาจอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบได้เพียงบางกรณีเท่านั้น และเป็นที่ยอมรับได้ว่าข้อตกลงเขตการค้าเสรีนี้มีความใกล้เคียงกับกฎหมาย DMCA 1998 ของประเทศสหรัฐอเมริกาอีกเช่นกัน จึงทำให้เกิดประเด็นที่น่าคิดว่าหากประเทศสหรัฐอเมริกาเจรจาขอทำความตกลงกับ

เขตการค้าเสรีกับทุกประเทศทั่วโลกอาจทำให้เกิดการผูกขาดการใช้กฎหมาย DMCA 1998 หรือไม่ อีกทั้งอาจทำให้หลักการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์แต่ดั้งเดิมตาม Berne หรือ TRIPs ต้องขาดหายไปเพราะการพัฒนาเทคโนโลยีเหล่านี้และในขณะเดียวกันก็จะทำให้การใช้โดยชอบธรรมตาม Berne หรือ TRIPs ไม่อาจนำมาใช้ได้เต็มที่และอาจส่งผลกระทบต่อการพัฒนาต่อยอดองค์ความรู้ใหม่ ๆ ที่จะเกิดหรือมีขึ้นในอนาคตได้

3.2 การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้กฎหมายต่างประเทศ

ปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ในทุกภูมิภาคต่างให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีโดยอนุวัติการให้เป็นไปตามข้อตกลงระหว่างประเทศที่ตนเองเป็นสมาชิกอยู่และบัญญัติการคุ้มครองไว้ในกฎหมายภายในของประเทศตนเพื่อให้สอดคล้องกับปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์รูปแบบใหม่ที่เกิดขึ้นอย่างมากมายและต่อเนื่อง การศึกษาในส่วนนี้ผู้วิจัยจะได้ศึกษาหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีในกฎหมายต่างประเทศที่ได้อนุวัติการกฎหมายภายในของตนเพื่อให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีของโลกปัจจุบันทั้งหมด 4 ประเทศ ดังนี้

1. ประเทศสหรัฐอเมริกา (The Digital Millennium Copyright Act 1998 : DMCA 1998)
2. ประเทศสหราชอาณาจักร-อังกฤษ(Copyright, Designs and Patents Act 1988 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003)
3. ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003) และ
4. ประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ (Copyright Act of Singapore1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005)

เหตุผลที่ผู้วิจัยศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายทั้ง 4 ประเทศนี้ เนื่องจากหลักเกณฑ์และข้อยกเว้นของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีของประเทศเหล่านี้มีสาระสำคัญหลายประการที่เป็นทั้งข้อดี และข้อเสีย ซึ่งหากนำมาวิเคราะห์และเปรียบเทียบแล้วผู้วิจัยเห็นว่าอาจเป็นประโยชน์อย่างมากต่อการนำข้อดีของกฎหมายเหล่านี้มาอนุวัติการณร่างพระราชบัญญัติ

ลิขสิทธิ์ ฉบับที่ .. พ.ศ. ฉบับปัจจุบันของประเทศไทยได้ อีกทั้งยังเป็นการสร้างความสมดุลระหว่างเจ้าของสิทธิและสาธารณชนได้อีกด้วย

3.2.1 การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

จากการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีและการสื่อสารรวมถึงการให้ความสำคัญทางด้าน การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในยุคดิจิทัลทางด้านงานลิขสิทธิ์ ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้บัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับใหม่ที่มีชื่อเรียกว่า “กฎหมายลิขสิทธิ์ดิจิทัลยุค สหัสวรรษปี 1998” (The Digital Millennium Copyright Act 1998 : DMCA 1998) โดยอนวัตติ การกฎหมายฉบับนี้ให้เป็นไปตามสนธิสัญญาอินเทอร์เน็ตทั้งสองฉบับคือ WCT และ WPPT ซึ่ง ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นภาคีอยู่ด้วย โดยได้ลงนามบังคับใช้เป็นกฎหมายเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม ค.ศ. 1998 โดยได้กำหนดบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับมาตรการการคุ้มครองมาตรการทาง เทคโนโลยี (Anti-Circumvention Provision) ไว้ใน บทที่ 12 ของลักษณะ 17 โดยบัญญัติไว้ใน มาตรา 1201

เนื่องจากในระหว่างการบัญญัติกฎหมาย DMCA 1998 นี้ กลุ่มผู้ร่างกฎหมาย DMCA 1998 ไม่เห็นด้วยกับหลักเกณฑ์ที่ระบุไว้ในสนธิสัญญา WCT และ WPPT ดังนั้น สภา Congress จึงใช้สนธิสัญญาทั้งสองฉบับนี้เป็นข้ออ้างในการเพิ่มเติมกฎหมาย DMCA 1998 ให้มีความครอบคลุมถึงการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ให้มีประสิทธิภาพมากกว่าสนธิสัญญา WCT และ WPPT กล่าวคือ การให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่ เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาปกป้องงานในรูปแบบดิจิทัลหากผู้ใดทำการหลีกเลี่ยงมาตรการดังกล่าว โดยไม่ได้รับอนุญาตย่อมเป็นความผิด อีกทั้งการผลิตหรือเผยแพร่อุปกรณ์หรือเครื่องมือที่ใช้ สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีก็ให้ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมาย DMCA 1998 ด้วย⁵⁴

⁵⁴ Adam L. Rucker “Circumventing Authority : Loopholes in the Dmca’s Access Control, Duke Law & Technology review No.x p.3. 24 June 2009. [Online]. Available from <http://www.law.duke.edu./journals/dltr/articles/pdf/2009dltr003.pdf>

ข้อสังเกตประการหนึ่งของ DMCA 1998 นี้คือ กฎหมายฉบับนี้ห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันการเข้าถึง (Access Control) เท่านั้น ซึ่งไม่รวมถึงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการทำซ้ำ (Copy Control) ในงานอันมีลิขสิทธิ์ ส่วนการกระทำความผิดในเรื่องของเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ใช้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้น จะห้ามการกระทำที่หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง (Access Control) และการทำซ้ำ (Copy Control) อยู่ด้วย

3.2.1.1 ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง

มาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้ DMCA 1998 ได้บัญญัติการคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีไว้ 2 ประเภท คือ (1) มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานที่ได้รับความคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพ (มาตรา 1201(a)(3)(B)) และ (2) มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์อย่างมีประสิทธิภาพ (มาตรา 1201(b)(2)(B)) เช่น มาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการทำซ้ำและการเผยแพร่ต่อสาธารณชน ดังนั้นโดยผลของ DMCA 1998 จึงทำให้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการจำหน่ายหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยไม่ได้รับอนุญาตจึงถือว่าอยู่ภายใต้ขอบเขตของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำนี้ด้วย⁵⁵

การกำหนดประเภทของการคุ้มครองไว้เช่นนี้ทำให้สาธารณชนสามารถใช้หลักการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมกับงานอันมีลิขสิทธิ์ได้เนื่องจากการกระทำบางอย่างที่อยู่ในข้อบังคับของ มาตรา 1201 แห่ง DMCA 1998 นี้อาจกระทำไปเพื่อการใช้งานโดยชอบธรรม (fair use) ดังนั้น มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการทำซ้ำ (Copy Control) จึงไม่ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายฉบับนี้ และการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการทำซ้ำจึงไม่เป็นความผิดตามมาตรา 1201 แห่ง DMCA อีกเช่นกัน ดังนั้นหากพิจารณาใน

⁵⁵U.S. Copyright Office, **The Digital Millennium Copyright Act 1998 :U.S. Copyright Office Summary (December 1998)**, p.3. 13 September 2008 [Online], Available from <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>

ทางตรงข้ามจะเห็นได้ว่าการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมไม่อาจนำมาอ้างยกเว้นความผิดในการเข้าถึง (Access Control) งานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาต ดังนั้น การกระทำที่เป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ (Access Control) จึงเป็นการกระทำที่ต้องห้ามและเป็นความผิดตาม DMCA 1998 มาตรา 1201 แม้จะเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงเพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้งานโดยชอบธรรมก็ตาม⁵⁶

มาตรการการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีในมาตรา 1201 ว่าด้วยการหลีกเลี่ยงมาตรการคุ้มครองทางเทคโนโลยี (Anti-circumvention) แห่ง DMCA 1998 นี้ได้ถูกสร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมมาตรการคุ้มครองทางเทคโนโลยีเพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยกฎหมายได้มีบทลงโทษต่อผู้ที่หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้กำหนดไว้ซึ่งได้มาจากแนวคิดที่ว่า “ข้อมูลที่ได้มีการสร้างรหัสผ่านในการเข้าถึงไว้รหัสผ่านเหล่านั้นมักจะถูกลดออกได้เสมอ” ซึ่งในการร่างกฎหมายฉบับนี้สภาองเกรส (Congress) จึงมีความเห็นว่ามีควมจำเป็นในการบังคับใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ทำลายหรือหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์กำหนดไว้ จึงอาจกล่าวได้ว่ามาตรการทางเทคโนโลยีที่ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นแท้จริงแล้วคือ “เครื่องมือในทางเทคโนโลยีที่เปรียบเสมือนการสร้างห้องปิดล็อกเพื่อใช้สำหรับเป็นที่เก็บงานพิมพ์ที่เป็นหนังสือ” ซึ่งหลักการนี้ถือเป็นการสร้างมาตรการเยียวยาในกรณีที่ระบบล็อกที่สร้างขึ้นได้ถูกทำลายลงอย่างสิ้นเชิงอันอาจอ้างความคุ้มครองทางกฎหมายได้อย่างสมเหตุสมผล⁵⁷

มาตรการทางเทคโนโลยีที่จะได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 1201 แห่ง DMCA 1998 นอกจากจะเป็นมาตรการทางเทคโนโลยี 2 ประเภท ตามที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว มาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองตาม DMCA 1998 ยังต้องประกอบเงื่อนไขอีก

⁵⁶ Ibid, 4.

⁵⁷ Adam L. Rucker, “Circumventing Authority : Loopholes in the Dmca’s Access Control,

ประการหนึ่ง คือ ต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ (effective technological) ด้วย ซึ่งต่างจากสนธิสัญญา WCT และ WPPT ที่ไม่ได้กำหนดให้มาตรการทางเทคโนโลยีต้องมีประสิทธิภาพโดยสมบูรณ์ เพราะหากเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพโดยสมบูรณ์แล้วก็จะไม่มีเทคโนโลยีใดหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นได้ ในกรณีเช่นนั้นย่อมไม่มีความจำเป็นที่จะให้ความคุ้มครองทางกฎหมายอีก ดังนั้นความมีประสิทธิภาพของมาตรการทางเทคโนโลยีตาม DMCA 1998 จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะตีความหมายดังกล่าว ซึ่งโดยสรุปแล้วศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีความเห็นไปในทางเดียวกันว่ามาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ยากต่อการทำลาย เช่นในคดี *321 Studios v. MGM Studios*⁵⁸ เป็นคดีที่เกี่ยวกับการจำหน่ายโปรแกรมที่ออกแบบมาเพื่อให้สามารถทำซ้ำแผ่นดีวีดีที่มีการเข้ารหัส CSS⁵⁹ ซึ่งในคดีนี้เปรียบเทียบได้กับประตูกับกุญแจโดยศาลได้กล่าวไว้ในคดีนี้ว่ารหัสป้องกันแผ่นดีวีดีไม่ถือว่าเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเนื่องจากการง่ายต่อการหากุญแจฝักจากตลาดมืดหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าการใส่กุญแจอย่างแน่นหนาอาจไม่ใช้การล็อกประตูที่มีประสิทธิภาพเสมอไป⁶⁰

ในประเด็นของความมีประสิทธิภาพ (effective) นี้มีคดีตัวอย่างที่น่าสนใจอีก 2 คดี คือคดีระหว่าง *Universal City Studios, Inc v. Reminders*⁶¹ และคดี *Universal City Studios, Inc v. Corley*⁶² ซึ่งข้อเท็จจริงของทั้งสองคดีนี้มีอยู่ว่าโจทก์เป็นผู้สร้างภาพยนตร์และจำหน่ายแผ่นภาพยนตร์ DVD ที่บันทึกภาพยนตร์สำหรับการชมในบ้าน โดยโจทก์ได้ทำระบบการเข้ารหัส (Content Scramble System : CSS) เพื่อป้องกันการทำซ้ำแผ่น DVD ของ

⁵⁸ 307 F.Supp.2d 1085,70 U.S.P.Q.2d(BNA) 1028 (N.D.Cal.2004).

⁵⁹ CSS หมายถึง ระบบเข้ารหัสเนื้อหา (Content Scramble System : CSS) เป็นการจัดทำระบบในลักษณะที่ภาพและเสียงที่บรรจุอยู่ในแผ่น DVD ซึ่งจะถูกสร้างรหัสเพื่อเข้าถึงเนื้อหาโดยจะเป็นไปตามชุดคำสั่งที่ผู้ผลิตจัดทำไว้ และระบบการป้องกันแบบ CSS นี้ก็สามารถถูกถอดรหัสได้จากชุดคำสั่งที่ผู้ผลิตจัดทำไว้เท่านั้น

⁶⁰ ศุภจิตรา เลหาวัฒนภิญโญ, ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้คุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ : ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างสนธิสัญญาลิขสิทธิ์กับความตกลงเขตการค้าเสรี, 32.

⁶¹ 111F.Supp.2d 294, 318 (S.D.N.Y. 2000).

⁶² 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001).

โจทก์ซึ่งทำให้แผ่น DVD ของโจทก์สามารถใช้ชมภาพยนตร์กับเครื่องเล่น DVD และเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ติดตั้งเทคโนโลยีการถอดรหัสที่ได้รับอนุญาตจากโจทก์เท่านั้น ต่อมาในเดือนกันยายน ค.ศ. 1999 นาย Jon Johansen อายุ 15 ปี สามารถสร้างโปรแกรม “DeCSS” ซึ่งเป็นโปรแกรมที่ถอดระบบการเข้ารหัสในการเข้าถึงเนื้อหาสำเร็จ (Encryption scheme) โดย นาย Jon Johansen ใช้วิธีการตามหลักวิศวกรรมย้อนกลับ (Reverse engineering) เพื่อค้นหาโครงสร้างการตั้งค่าและรหัสในเครื่องเล่น DVD ที่ได้รับการอนุญาตให้เข้าถึงเนื้อหา (licensed DVD player) ซึ่งผลของกรณีนี้คือ นาย Jon Johansen ได้สร้างระบบการสร้างรหัสผ่าน CSS และรหัสเข้าถึงที่ได้ตั้งไว้ในวันนั้นได้ถูกเปิดเผยจากนั้น นาย Jon Johansen จึงได้โพสต์รหัสโปรแกรม DeCSS ไว้ในเว็บไซต์ของตนด้วย ข้อเท็จจริงมีต่อไปว่าเมื่อรหัส DeCSS ถูกเผยแพร่ตามเว็บไซต์ต่าง ๆ ต่อมาในเดือนตุลาคม ค.ศ. 1999 สมาคมภาพยนตร์แห่งสหรัฐอเมริกา (Motion Picture Association of America : MPAA) ได้ส่งจดหมายไปยังผู้ดูแลเว็บไซต์ต่าง ๆ ที่โพสต์รหัส DeCSS ดังกล่าวนี้ออกไปจากเว็บไซต์เสีย ซึ่งก็มีบางเว็บไซต์นำรหัส DeCSS ออกไปจากเว็บไซต์ของตน

สำหรับจำเลยในคดี *Universal City Studios, Inc v. Reminders* และคดี *Universal City Studios, Inc v. Corley* นี้คือ Shawn Reminders ซึ่งเป็นผู้โพสต์รหัส DeCSS ไว้ในเว็บไซต์ www.2600.com กับ นาย Eric Corley และบริษัทของเขา คือ 2600 Enterprise ได้จัดพิมพ์หนังสือชื่อ “2600 : The Hacker Quarterly” นอกจากนี้ นาย Corley ยังได้จัดทำเว็บไซต์ที่นำเสนอข้อมูลมากมายอันเป็นประโยชน์ต่อการถอดรหัสข้อมูลอีกด้วย จากเหตุการณ์ดังกล่าวจึงทำให้กลุ่มผู้สร้างภาพยนตร์ฟ้องจำเลยในฐานะกระทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานภาพยนตร์ตาม DMCA 1998 มาตรา 1201(a)(3)(B) โดยคดีนี้ศาลได้ตัดสินว่ารหัส CSS ถือเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานภาพยนตร์ DVD ของโจทก์อย่างมีประสิทธิภาพ (effective) และประเด็นที่น่าสนใจสำหรับคดีนี้คือในระหว่างการดำเนินคดีในชั้นศาลนั้นจำเลยได้ต่อสู้ว่าระบบ CSS นั้นเมื่อได้พิจารณาในเรื่องการตั้งรหัสในการเข้าถึงข้อมูล (Encryption key) แล้วจะเห็นได้ว่า “ระบบ CSS เป็นการสร้างระบบรหัสที่มีความอ่อนแอโดยไม่สามารถใช้ปกป้องการเข้าถึงงานอันมี

ลิขสิทธิ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ” กล่าวคือ จำเลยกำลังจะต่อสู้คดีไม่ได้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพอันเป็นความผิดตาม DMCA 1998 นั่นเอง

จากข้อต่อสู้ของจำเลยดังกล่าวจึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาวาระบบ CSS ของโจทก์นั้นเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพภายใต้ DMCA หรือไม่ ซึ่งคดีนี้ศาลได้ปฏิเสธข้อต่อสู้ของจำเลยโดยให้คำอธิบายและวินิจฉัยว่า แม้ว่าเทคโนโลยีที่ใช้ในการป้องกันการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ตามข้อต่อสู้ของนาย Corley ที่กล่าวอ้างมานั้นแม้จะพิสูจน์ได้ว่าเป็นความจริง แต่ข้อต่อสู้ดังกล่าวก็ไม่สามารถกล่าวอ้างได้เนื่องจากการกระทำของจำเลยที่ทำให้เทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันการเข้าถึงไม่สามารถดำเนินการได้นั้นไม่อาจตีความไปได้ว่าเทคโนโลยีดังกล่าวไม่สามารถให้ความป้องกันได้อย่าง “มีประสิทธิภาพ” เพราะมีเช่นนั้นแล้ว บทบัญญัติของกฎหมายจะไม่มี ความหมายอันใด และศาลได้อธิบายต่อไปอีกว่าในการวินิจฉัยว่าการทำงานอย่าง “มีประสิทธิภาพ” ในการป้องกันการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ของระบบ CSS นั้นศาลได้มุ่งหมายที่จะให้ความสำคัญต่อเจตนารมณ์ของคำนิยามตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1201 (a)(3) โดยมาตรา 1201 (a)(3)(B) บัญญัติว่า การป้องกันการเข้าถึง “ที่มีประสิทธิภาพ” นั้นต้องอาศัย “ความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์” ด้วย เช่นนี้แล้ว หากปราศจากความยินยอมของเจ้าของผู้ผลิตงานอันมีลิขสิทธิ์แล้ว จำเลยจึงไม่สามารถเข้าถึงชุดตัวเลขที่ใช้ในการถอดรหัสเนื้อหาในระบบ CSS ได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย

ข้อสังเกตที่สำคัญของคดีนี้นอกจากจะเป็นการยืนยันว่ามาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองตาม DMCA 1998 จะต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ (effective) ซึ่งความมีประสิทธิภาพนี้ไม่จำเป็นต้องยกต่อการทำลาย นอกจากนี้ศาลยังได้วางบรรทัดฐานในคดีนี้เพิ่มอีกว่าจำเลยกระทำความผิดในคดีนี้เนื่องจากทำลายมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานลิขสิทธิ์ (งานภาพยนตร์) ที่ “มีประสิทธิภาพ” เพราะ “ไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์” ในการเข้าถึงงานด้วย

ข้อสำคัญอีกประการหนึ่งของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองตาม DMCA 1998 คือ มาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวจะต้องนำมาใช้ปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์เท่านั้น นั่นหมายความว่าหากมีการนำมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพมา

คุ้มครองงานที่ห้ามอายุการคุ้มครองไปแล้วก็ดี หรือมาตรการทางเทคโนโลยีไม่ได้นำมาป้องกันการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ก็ดี การทำลายหรือหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเข้าถึงงานดังกล่าวย่อมไม่เป็นความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ เงื่อนไขดังกล่าวได้รับการยืนยันจากคำพิพากษาของศาลใน คดี *Lexmark Int'l v. Static Control Components, Inc.*⁶³ ซึ่งคดีดังกล่าวมีข้อเท็จจริงว่าโจทก์เป็นบริษัทผู้ผลิตเครื่องพิมพ์แบบเลเซอร์รวมถึงแท่นหมึกเครื่องพิมพ์ โดยเสนอขายแท่นหมึกเครื่องพิมพ์รุ่น T-Series ให้แก่ผู้ซื้อและกำหนดเงื่อนไขการซื้อหมึกแก่ผู้ซื้อในสองทางเลือก คือ กรณีแรกเป็นเงื่อนไขแบบจ่ายเต็มราคาซึ่งผู้ซื้อสามารถเติมหมึกจากโจทก์หรือผู้ผลิตหมึกรายอื่นได้ และกรณีที่สองเป็นเงื่อนไขแบบที่มีส่วนลดซึ่งในกรณีที่สองนี้จะมีเงื่อนไขว่าผู้ซื้อสามารถใช้งานได้เพียงครั้งเดียว และหากหมึกหมดผู้ซื้อจะต้องคืนแท่นหมึกเครื่องพิมพ์ที่ใช้แล้วให้แก่โจทก์เพื่อนำกลับมาใช้ใหม่ทั้งนี้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่กำหนดไว้

ต่อมาโจทก์ได้นำโปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกฝังไว้ในไมโครชิพเพื่อควบคุมและติดตามการทำงานในแท่นหมึกเครื่องพิมพ์ซึ่งจะคอยวัดปริมาณน้ำหมึก และใช้ประโยชน์จากโปรแกรมดังกล่าวในการรับรองความถูกต้องเพื่อป้องกันการเข้าถึงโปรแกรมการทำงานของเครื่องพิมพ์และโปรแกรมโหลดหมึกอื่น ๆ ที่ไม่ได้รับอนุญาต นอกจากนี้โจทก์ยังได้มีโปรแกรมการทำงานของเครื่องพิมพ์ซึ่งบรรจุไว้ในเครื่องพิมพ์ โดยโปรแกรมดังกล่าวจะคอยควบคุมการทำงานของเครื่องพิมพ์ดังกล่าว และเมื่อแท่นหมึกเครื่องพิมพ์ถูกใส่เข้าไปยังเครื่องพิมพ์ก็จะมีการตรวจสอบว่ารหัสของเครื่องพิมพ์ตรงกันกับรหัสของไมโครชิพของแท่นหมึกเครื่องพิมพ์หรือไม่ หากรหัสตรงกันเครื่องก็จะทำงาน แต่หากรหัสไม่ตรงกันระบบก็จะไม่ผ่านกระบวนการรับรองความถูกต้องเครื่องพิมพ์ก็จะไม่สามารถทำงานกับแท่นหมึกได้

คดีนี้จำเลยเป็นผู้ผลิตและจำหน่ายส่วนประกอบสำหรับใช้แท่นหมึกเครื่องพิมพ์ได้ทำวิศวกรรมย้อนกลับ (reverse engineering) กับไมโครชิพในแท่นหมึกของโจทก์และพัฒนาไมโครชิพโดยลอกเลียนโปรแกรมที่ใช้สำหรับการโหลดหมึกของโจทก์ทำให้สามารถหลีกเลี่ยงกระบวนการรับรองความถูกต้องซึ่งโจทก์ใช้ในเครื่องพิมพ์รุ่น T-Series ได้

⁶³ 253F.Supp.2d 943(E.D. Ky. 2003), rev'd 378 F.3d 522 (6th Cir.2004).

ซึ่งจำเลยได้ใช้ชื่อว่า “Smartek” ทำให้ผู้ใช้เครื่องพิมพ์สามารถใช้แทนหมึกเครื่องพิมพ์จากผู้ผลิตรายอื่นที่ไม่ใช่โจทก์ได้ โดยจำเลยยังได้จำหน่ายไมโครชิพ “Smartek” ดังกล่าวนี้นี้ให้แก่บุคคลอื่นซึ่งจำหน่ายแทนหมึกเครื่องพิมพ์ที่ใช้กับเครื่องพิมพ์รุ่น T-Series ของโจทก์ด้วย

คดีดังกล่าวศาลชั้นต้นได้ตัดสินให้โจทก์เป็นผู้ชนะคดีโดยให้เหตุผลว่าโปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกของโจทก์เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่าสำนักลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกหนังสือรับรองการขึ้นทะเบียนงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้แก่โจทก์ นอกจากนี้ศาลยังได้ปฏิเสธข้อต่อสู้เรื่องการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (fair use) ของจำเลยที่เกี่ยวกับการทำวิศวกรรมย้อนกลับของ DMCA 1998 โดยตัดสินว่าจำเลยนอกจากจะทำการฝ่าฝืน DMCA 1998 โดยการหลีกเลี่ยงกระบวนการรับรองความถูกต้องแล้ว ไมโครชิพ “Smartek” ของจำเลยยังละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยเนื่องจากจำเลยได้บรรจุสิ่งที่สามารถทำซ้ำซึ่งโปรแกรมที่ใช้สำหรับการโหลดหมึกซึ่งเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ จำเลยจึงไม่สามารถอ้างข้อยกเว้นเรื่องการทำวิศวกรรมย้อนกลับได้

ต่อมาจำเลยได้อุทธรณ์ ซึ่งประเด็นที่ได้พิจารณาในชั้นศาลอุทธรณ์นี้ ได้พิจารณาในประเด็นที่ว่าโปรแกรมที่ใช้สำหรับการโหลดหมึกของโจทก์เข้าเงื่อนไขสำหรับการได้รับความคุ้มครองในฐานะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งในคดีนี้ศาลอุทธรณ์เห็นว่าคำพิพากษาของศาลชั้นต้นมีความผิดพลาดที่ตัดสินว่ารหัสโปรแกรมที่ใช้สำหรับการโหลดหมึกของโจทก์มีคุณสมบัติที่สามารถเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ โดยศาลอุทธรณ์ได้ใช้หลัก “merger” และ “scenes a faire” กล่าวคือ หลัก “merger” จะไม่ให้ความคุ้มครองงานลิขสิทธิ์หากมีเพียงวิธีเดียวหรือไม่กี่วิธีในการแสดงออกซึ่งทางความคิด ความคิดและการแสดงออกจะถือว่าถูกรวมเข้าด้วยกันเพราะการให้มีลิขสิทธิ์ในส่วนที่เกี่ยวกับการแสดงออกของงานจะขยายความคุ้มครองไปสู่ความคิดซึ่งไม่สามารถมีลิขสิทธิ์ได้ ส่วนหลัก “scenes a faire” ในบริบทของโปรแกรมคอมพิวเตอร์หมายถึงองค์ประกอบของโปรแกรมซึ่งถูกกำหนดในทางปฏิบัติจะไม่ได้

รับความคุ้มครองในฐานะงานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้นศาลอุทธรณ์จึงเห็นว่าโปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกของโจทก์ไม่มีคุณสมบัติที่จะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้⁶⁴

นอกจากนี้คำฟ้องของโจทก์ในกรณีที่ไม่โครซิฟ “Smartek” ของจำเลยเป็นเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีซึ่งโจทก์อ้างว่าไม่โครซิฟ “Smartek” ของจำเลยเป็นการกระทำความผิดในส่วนของกรผลิตเครื่องมือเพื่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยเข้าเงื่อนไข 3 ประการตาม DMCA 1998 มาตรา 1201(a)(2) นั้นศาลอุทธรณ์ก็ได้วางหลักเกณฑ์สำหรับกรณีนี้ด้วยว่า ไม่โครซิฟ “Smartek” ของจำเลย ไม่ได้เป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ทำให้สามารถเข้าถึงโปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกของโจทก์แต่ไม่โครซิฟดังกล่าวกลับถูกใช้แทนที่โปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกของโจทก์ ดังนั้นโปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกของโจทก์จึงไม่มีคุณสมบัติในการได้รับความคุ้มครองเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้จำเลยจึงไม่มีความผิดตาม DMCA 1998 ดังกล่าว

จึงกล่าวสรุปได้ว่ากระบวนการรับรองความถูกต้องซึ่งเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่โจทก์นำมาใช้เพื่อควบคุมการเข้าถึงโปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกนั้นเพียงพอแล้วที่จะได้รับความคุ้มครองตาม DMCA 1998 เพียงแต่จำเลยไม่ได้ทำลายกระบวนการรับรองความถูกต้องดังกล่าวเพื่อเข้าถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพราะการใช้ไม่โครซิฟ “Smartek” ของจำเลยเป็นการใช้แทนโปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกของโจทก์ ตัวไม่โครซิฟจึงไม่ใช่อุปกรณ์เพื่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั่นเอง

นอกจากนี้ยังมีคดีที่มีแนวคำพิพากษาเดียวกันนี้อีก ได้แก่ คดีระหว่าง *The Chamberlain Group v. Skylink Technologies, Inc.*⁶⁵ ซึ่งศาลยกฟ้องโจทก์โดยให้เหตุผลว่ามาตรการทางเทคโนโลยีของโจทก์ที่นำมาป้องกันรหัส rolling code ที่ทำให้สามารถใช้รีโมท

⁶⁴ ศุภจิตรา เลหาวัฒนภิญโญ, ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้คุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ : ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างสนธิสัญญาลิขสิทธิ์กับความตกลงเขตการค้าเสรี, 30. อ้างถึงใน The IT Law Wiki, *Lexmark v. Static Control* [Online], Available from : www.itlaw.wikia.com/wiki/Lexmark_v._Static_Control [January 5, 2009]

⁶⁵ 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004)

คอนโทรลทำการเปิดประตูนั้นไม่ใช่มาตรการทางเทคโนโลยีที่โจทก์นำมาใช้ป้องกันการเข้าถึงงาน
อันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์แต่อย่างใด

3.2.1.2 การกระทำต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่เป็นความผิด

(ก) การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

จากที่ได้กล่าวนำไปเมื่อตอนต้นแล้วว่ามาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้ DMCA 1998 นั้นคือ มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง (Access Control) งานอันมีลิขสิทธิ์ และห้ามการผลิตหรือจำหน่ายเครื่องมือ อุปกรณ์ที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อการเข้าถึง (Access Control) หรือการทำซ้ำ (Copy Control) งานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิ์ ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่า DMCA 1998 นี้กำหนดความรับผิดของการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีขั้นพื้นฐานไว้ 3 ประการ คือ

(1) การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์โดยตรง (Article 1201(a)(1)(A))

(2) การผลิต จำหน่ายอุปกรณ์ เครื่องมือ หรือบริการที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ (Article 1201(a)(2))
และ

(3) การผลิต จำหน่ายอุปกรณ์ เครื่องมือ รวมถึงบริการที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ (Article 1201(b)(1))

สำหรับความรับผิดพื้นฐานทั้ง 3 ประการนี้ ผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตว่าความผิดดังกล่าวเป็นความผิดที่แยกออกจากการละเมิดลิขสิทธิ์ กล่าวคือ เมื่อผู้ใดก็ตามฝ่าฝืนทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีประการใดประการหนึ่งในสามประการนี้แล้ว ผู้นั้นจะมีความผิดตามกฎหมาย DMCA 1998 ทันทีโดยไม่ต้องพิจารณาว่าการกระทำเหล่านั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่

นอกจากนี้ DMCA 1998 จะไม่ห้ามกิจกรรมการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำ ดังนั้นในขณะที่มีการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์อยู่และงานดังกล่าวมีมาตรการทางเทคโนโลยีป้องกันไม่ให้มีการทำซ้ำงานเหล่านั้นได้ หากมีผู้ใดหลีกเลี่ยงมาตรการดังกล่าวก็จะได้รับการยกเว้นไม่เป็นการผิดตามกฎหมายนี้ สาเหตุที่กฎหมายไม่ได้ห้ามการหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำก็เพราะการห้ามดังกล่าวไม่มีความจำเป็นแต่อย่างใดเนื่องจากการหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำเป็นการทำซ้ำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว ดังนั้นการกระทำดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งมีการเยียวยาอยู่แล้วในมาตรา 501- 513 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ (the Copyright Act)⁶⁶ เว้นแต่การทำซ้ำดังกล่าวได้รับการยกเว้นความรับผิด⁶⁷ อีกทั้งก็เพื่อให้สาธารณชนยังคงสามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการทำซ้ำเพื่อที่จะสามารถใช้งานได้ตามหลักการใช้ลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (fair use) แต่ในทางตรงกันข้าม หากผู้ใดสามารถเข้าถึงงานโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์แล้วการใช้โดยชอบธรรมหรือการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายก็ไม่สามารถนำมาเป็นข้อแก้ตัวสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้ อย่างไรก็ตามแม้ว่า DMCA 1998 จะไม่เอาผิดกับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำ (Copy Control) จึงทำให้ผู้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำและทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ตนได้หลีกเลี่ยงเข้าไปนั้นเพื่อวัตถุประสงค์ที่เป็นการใช้โดยชอบธรรม (fair use) สามารถกระทำการดังกล่าวได้โดยไม่เป็นความผิดตาม DMCA 1998 และย่อมไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ด้วยเพราะสามารถอ้างถึงวัตถุประสงค์ของการใช้โดยชอบด้วยกฎหมายได้ ดังนั้นหากแปลความในทางตรงกันข้าม การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำและได้ทำซ้ำโดยละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ (ไม่สามารถอ้างสิทธิ์ของการใช้โดย

⁶⁶ Jane C. Ginsburg, *Copyright Legislation for the "Digital Millennium,"* 23 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 137, 138 (1999). *But cf.* Kamiel J. Koelman, *A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological Measures,* 22 EUR. INTELL. PROP. REV. 272, 273 (2000) (postulating that the EU Copyright Directive does not clearly distinguish the anti-circumvention provision from copyright infringement).

⁶⁷ See NIMMER On Copyright.

ชอบธรรมได้) กรณีดังกล่าวแม้จะไม่ใช่ความผิดตาม DMCA 1998 แต่ก็จะเป็นความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์อยู่นั่นเอง

องค์ประกอบสำคัญของการกระทำความผิดตาม DMCA 1998 นั้นนอกจากจะต้องเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์แล้ว ผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องหลีกเลี่ยงเพื่อการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย เพราะหากวัตถุประสงค์ของการหลีกเลี่ยงนั้นมีได้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์การกระทำดังกล่าว ย่อมไม่ใช่ความผิดตาม DMCA 1998 คดีที่เป็นพื้นฐานขององค์ประกอบนี้คือ คดี *The Chamberlain Group v. Skylink Technologies, Inc.*⁶⁸ ซึ่งได้กล่าวไปแล้วในเรื่องประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองซึ่งนอกจากจะวางหลักเกณฑ์ไว้ว่า มาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองจะต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์เท่านั้นแล้ว การกระทำความผิดตาม DMCA 1998 ก็จะต้องเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย

ข้อเท็จจริงของคดีนี้คือโจทก์เป็นผู้ผลิตและจำหน่ายระบบเปิดประตู โรงจอดรถโดยระบบดังกล่าวจะใช้รหัสคอมพิวเตอร์ที่จะเปลี่ยนไปทุกครั้งเพื่อให้ระบบมีความปลอดภัยมากกว่าระบบเปิดประตูทั่วไป และในการเปิดประตูแต่ละครั้งจะใช้รีโมทคอนโทรลเป็นตัวบังคับ โดยรีโมทดังกล่าวจะส่งรหัส rolling code ผ่านไปยังตัวรับรหัสที่เครื่องเปิดประตู และประตูจะเปิดออกทันที ดังนั้น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ rolling code จึงถูกใส่อยู่ในรีโมทคอนโทรล และประตู ทั้งนี้โจทก์ได้ขึ้นทะเบียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์ rolling code ไว้กับสำนักลิขสิทธิ์ (Copyright Office) แล้ว

ต่อมาจำเลยได้ผลิตและจำหน่ายรีโมทคอนโทรลครอบจักรวาลซึ่งสามารถใช้กับเครื่องเปิดประตูทุกชนิดได้รวมถึงประตูของโจทก์ด้วย โจทก์จึงฟ้องจำเลยว่า จำเลยทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการเข้าถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ rolling code อย่างมีประสิทธิภาพโดยไม่ได้รับอนุญาต โดยใช้รีโมทคอนโทรลของจำเลยทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าว

⁶⁸ 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004).

ผลของคดีนี้คือศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ยกฟ้องโจทก์ โดยได้วางประเด็นที่สำคัญไว้ คือ การกล่าวอ้างของโจทก์ที่ว่าไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์นั้นโจทก์ไม่อาจกล่าวอ้างได้เนื่องจากกรณีดังกล่าวโจทก์ถือว่าจะต้องอนุญาตโดยปริยายแก่ลูกค้าที่โจทก์ได้จำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรืออาจกล่าวได้ว่าผู้ซื้อเครื่องเปิดประตูโรงรถได้รับอนุญาตโดยปริยายในการเข้าถึง rolling code ซึ่งเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในรีโมทคอนโทรลและเครื่องเปิดประตู โดยผู้พิพากษา Pallmeyer ได้กล่าวว่า “ผู้บริโภคมีความคาดหวังอย่างมีเหตุผลว่าตนจะสามารถเปลี่ยนสินค้าเดิม (original product) โดยไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายของสหรัฐ”

นอกจากนี้ศาลอุทธรณ์ยังกล่าวอีกว่า DMCA ไม่ได้สร้างสิทธิใหม่ ๆ ให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งในคดีนี้ หากเจ้าของลิขสิทธิ์พยายามจะให้ผู้ผลิตเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีต้องรับผิดชอบ เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องพิสูจน์ว่าเครื่องมือดังกล่าวทำให้ผู้ใช้สามารถทำการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ กล่าวคือ rolling code ที่อยู่ในระบบเครื่องเปิดประตูโรงรถได้ การที่จำเลยหลีกเลี่ยง rolling code ไม่ใช่การหลีกเลี่ยงเพื่อทำซ้ำรหัสดังกล่าวโดยละเมิด แต่เพื่อให้สามารถใช้งานร่วมกับสินค้าตัวหลักได้

จากแนวคำพิพากษาในประเด็นของคดีนี้จะเห็นได้ว่าคดีดังกล่าวศาลได้วางหลักการขั้นพื้นฐานของ DMCA 1998 ไว้ 2 ประการคือ (1) เรื่องการกระทำของจำเลยนั้นได้รับอนุญาตจากโจทก์หรือไม่ ซึ่งผลก็คือศาลเห็นว่าคดีนี้ถือว่าโจทก์ได้อนุญาตโดยปริยาย และ (2) คดีนี้ศาลได้วินิจฉัยว่าจำเลยมิได้หลีกเลี่ยง rolling code เพื่อการเข้าถึงหรือการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ เพียงแต่จำเลยหลีกเลี่ยงให้สามารถเข้ากับประตูอันเป็นสินค้าหลักได้เท่านั้น ซึ่งการทำให้สามารถเปิดประตูของโจทก์ได้นั้นไม่ใช่การละเมิดลิขสิทธิ์

จากการวางบรรทัดฐานในคดีนี้ จึงแสดงให้เห็นว่าการพิจารณาว่าบุคคลใดกระทำความผิดตาม DMCA 1998 หรือไม่ก็ต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการทำลายมาตรการทางเทคโนโลยีด้วยว่าผู้กระทำความผิดนั้นได้ทำลายมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อวัตถุประสงค์ในการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ จึงสรุปได้ว่าคดีนี้การผลิตอุปกรณ์ก๊อปปี้ หรือการใช้

รีโมทครอบจักรวาลสำหรับการเปิดประตูโรงรถก็ไม่ได้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ (โปรแกรมคอมพิวเตอร์ rolling code) ของเจ้าของลิขสิทธิ์ (โจทก์) แต่อย่างใด

จะเห็นได้ว่านับตั้งแต่ DMCA 1998 มีผลใช้บังคับ และในระยะเวลา 9 ปี หลังจากที่มีการบังคับใช้นั้น DMCA 1998 มาตรา 1201 ได้ถูกนำมาปรับใช้ในการฟ้องคดีหลายครั้งในกรณีที่มีผู้พยายามทำการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์โดยหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่นำมาทำการกระทำโดยมิชอบต่องานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาต และตัวอย่างของกรณีศึกษาที่เป็นบรรทัดฐานของการดำเนินคดีในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี คือ คดี *Universal City Studios, Inc. v. Reminders*⁶⁹ ซึ่งผลของคดีนี้ผู้ฟ้องคดี (โจทก์) ก็ได้รับความเป็นธรรมเป็นอย่างดีจากการที่ศาลตัดสินคดีโดยตีความบทบัญญัติของกฎหมายอย่างเหมาะสม ซึ่งในคดีนี้ทำให้สตูดิโอทั้งแปดของ Motion pictures ประสบความสำเร็จในการยก DMCA ขึ้นต่อสู้จำเลยที่ได้กระทำการนำโปรแกรม DVD แบบถอดรหัส (DVD decrypting software) มาโพสต์ (post) ในเว็บไซต์ของจำเลย และศาลก็ตัดสินว่าการที่จำเลยผลิตและใช้โปรแกรม DeCSS ย่อมเป็นการเพียงพอแล้วต่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อป้องกันการเข้าถึงระบบ CSS โดยไม่ได้รับอนุญาต ผลของการตัดสินจึงทำให้คดี *Universal City Studios, Inc. v. Reminders* เป็นคดีตัวอย่างแรก ๆ ในการวินิจฉัยของศาลในการปรับใช้กฎหมาย DMCA 1998 มาตรา 1201⁷⁰

นอกจากนี้ ตามบรรทัดฐานในคดี *Universal City Studios, Inc. v. Reminders* นี้เองทำให้กลุ่มอุตสาหกรรมบันเทิงรายใหญ่ต่าง ๆ ได้ปรับใช้มาตรา 1201 ในการฟ้องคดี เช่น ในคดี *321 Studio V. Metro Goldwyn Studios, Inc.*,⁷¹ ซึ่งทำให้สมาชิกของสมาคมภาพยนตร์แห่งสหรัฐอเมริกา (Motion picture Association of American : MPAA) ได้รับความคุ้มครองตามคำสั่งห้ามกระทำการชั่วคราว (injunction) ในกรณีที่มีการแจกจ่าย จำ

⁶⁹ 111F.Supp.2d 294, 318 (S.D.N.Y. 2000)

⁷⁰ Adam L. Rucker "Circumventing Authority : Loopholes in the DMCA'S Access Control, *Duke Law & Technology review* p.6. [Online], Available from : <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/pdf/2009dltr003.pdf>

⁷¹ 307 F.Supp.2d 1085,70 U.S.P.Q.2d (BNA) 1028 (N.D. Cal.2004).

นาย Software ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ใช้ได้ทั้งถอดรหัสในการเข้าถึงเนื้อหา และคัดลอก รหัส CSS ที่ป้องกันการใช้งานเข้าถึง DVD และเช่นเดียวกันกับ คดี *Sony Computer Entm't America, Inc. v. Gamemaster*⁷² ซึ่งทำให้บริษัท Sony ประสบความสำเร็จในการยกข้อต่อสู้ ตามมาตรา 1201 และได้รับประโยชน์จากคำสั่งชั่วคราวในการห้ามเจ้าของเว็บไซต์ขาย เครื่องมือใด ๆ ที่สร้างขึ้นเพื่อลวงละเมิดระบบที่ใช้ป้องกันเกมส์ PlayStation Consoles

จะเห็นได้ว่าคดีเหล่านี้ได้รับการพิจารณาและตัดสินตามคดีโดย อาศัยเหตุผลทำนองเดียวกันกับคดี *Universal City Studios, Inc. v. Reminders* ว่าโปรแกรม CSS หรือโปรแกรมอื่น ๆ ที่มีลักษณะทำนองเดียวกันนี้ถือเป็นเทคโนโลยีที่ป้องกันการเข้าถึง “ที่มีประสิทธิภาพ” และจำเลยจะกระทำการหลีกเลี่ยงมาตรการดังกล่าวได้จะต้องอาศัยการให้ “ความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์” ด้วยหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือจำเลยกระทำความผิดในคดีนี้ เพราะไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์นั่นเอง

แต่อย่างไรก็ดี เมื่อได้พิจารณา DMCA 1998 อย่างละเอียด แล้วอาจกล่าวได้ว่าการให้ความคุ้มครองตามมาตรา 1201 นั้นยังมีช่องว่างอยู่โดยเฉพาะการตีความของศาลในเรื่อง “ความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์” เนื่องจากเป็นที่ชัดเจนว่า มาตรา 1201 (a)(3) ได้วางหลักการเกี่ยวกับการลวงละเมิดของงานในประเภทดิจิทัลโดยกำหนดไว้ใน คำนิยามว่า “...การกระทำใด ๆ ที่ได้กระทำการถอดรหัสสัญญาณที่ใช้เข้าถึงงานอันมี สัญญาณรหัส หรือการปลดล็อกงานอันมีรหัสล็อก หรืออย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อหลีกเลี่ยง ตัดผ่าน เคลื่อนย้าย ทำให้ระบบไม่สามารถดำเนินการได้ หรือทำลายระบบป้องกันทาง เทคโนโลยี โดยปราศจากความยินยอมของเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์...” คำนิยามตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1201 (a)(3) ได้ก่อให้เกิดช่องว่างในการควบคุมการเข้าถึงที่ได้สร้างไว้ ป้องกันการลวงละเมิดข้อมูลดิจิทัล และมาตรา 1201 (a)(3)(A) เองก็ยังมีข้อบกพร่องในการ ควบคุมการเข้าถึงโดยเป็นการให้นิยามที่ค่อนข้างแคบของคำว่า “ละเมิด” เนื่องจากมีประเด็นที่ นำพิจารณาว่าตามความหมายของมาตรา 1201 (a)(3)(A) นั้นหากเป็นการกระทำที่นอกเหนือหรือ ที่ไม่ใช่การกระทำใด ๆ ที่เป็นการถอดรหัสสัญญาณที่ใช้เข้าถึงงานอันมีสัญญาณรหัส หรือการ

⁷²87F. Supp. 2d (N.D. Cal.1999).

ปลดล็อกงานอันมีรหัสล็อกจำเลยจะกระทำผิดตามกฎหมาย DMCA 1998 หรือไม่ เพราะการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นอาจมีการกระทำอื่น ๆ ที่ได้กระทำขึ้นเพื่อการหลีกเลี่ยงมิให้มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีปฏิบัติการได้ตามปกติอีก ซึ่งองค์ประกอบของการ “มิได้รับความยินยอม” ในการกระทำการเพียงอย่างเดียวอาจไม่เพียงพอต่อการกล่าวอ้างตามมาตรา 1201 (a)(3)(A)⁷³ ดังนั้นหากผู้หนึ่งผู้ใดมิได้ละเมิดมาตรการทางเทคโนโลยี หากแต่ได้ใช้เลขรหัส (password) ที่ได้มาอย่างถูกต้องตามกฎหมายแต่ปราศจากความยินยอมของเจ้าของลิขสิทธิ์การกระทำดังกล่าวจึงไม่เป็นการหลีกเลี่ยงหรือตัดผ่านข้อมูล ของระบบป้องกันทางเทคโนโลยี เพราะได้ใช้เลขรหัสที่เหมาะสมที่ถูกสร้างขึ้นมาสำหรับใช้ถึงข้อมูลนั้น

คดีตัวอย่างที่เกิดขึ้นโดยอาศัยช่องว่างของ DMCA 1998

ดังกล่าวนี้ คือ คดี *I.M.S. Inquiry Mgmt. Sys., Ltd. v. Berkshire Info. Sys.*,⁷⁴ โดยข้อเท็จจริงของคดีนี้มีอยู่ว่าโจทก์เป็นผู้ให้บริการข้อมูลการติดตามการโฆษณาโดยให้บริการผ่านทางเว็บไซต์ของโจทก์ในชื่อ “e-Basket” โดยลูกค้าจะเป็นผู้ใช้งานเพื่อติดตามการลงโฆษณาในนิตยสารและผู้ที่สามารถใช้งานในเว็บไซต์ของโจทก์ได้คือลูกค้าของโจทก์เท่านั้น โดยลูกค้าแต่ละคนจะได้รับรหัสผู้ใช้และรหัสผ่าน (User name ID and Password) เมื่อลูกค้าได้เข้ารหัสดังกล่าวได้แล้วลูกค้าจะได้รับอนุญาตจากโจทก์ให้เข้าใช้บริการในเว็บไซต์รวมถึงข้อมูลในระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นงานลิขสิทธิ์ของโจทก์โดยโจทก์อ้างว่าข้อมูลดังกล่าวเกิดจากการคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยใช้เวลาและความวิริยะอุตสาหะ

ส่วนจำเลยเป็นผู้ให้บริการในลักษณะเดียวกันกับโจทก์โดยใช้ชื่อว่า “Marketshareinfo.com” และต่อมาจำเลยได้มีการเปิดตัวและให้บริการแก่ลูกค้าในเว็บไซต์ของจำเลยดังกล่าว ซึ่งคดีนี้โจทก์ฟ้องจำเลยว่าจำเลยได้เข้าถึงการให้บริการ “e-Basket” ของโจทก์ซึ่งเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์โดยเจตนาและไม่ได้รับอนุญาตอีกทั้งยังได้รวบรวมและทำซ้ำเนื้อหาจากบริการของโจทก์เพื่อใช้ในบริการ “Marketshareinfo.com” ของจำเลยด้วย โจทก์

⁷³ Adam L. Rucker “Circumventing Authority : Loopholes in the DMCA’S Access Control, *Duke Law & Technology review* p.11. [Online], Available from : <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/pdf/2009dltr003.pdf>

⁷⁴ 307 F. Supp. 2d 521, 531–33 (S.D.N.Y 2004).

อ้างว่าการให้บริการของจำเลยประกอบไปด้วยส่วนที่มีงานลิขสิทธิ์ของโจทก์ใน “e-Basket” รวมถึงการเลือก จัดลำดับประเภท หรือหัวข้อของข้อมูลทางการตลาดที่โจทก์ได้รวบรวมไว้ ข้อเท็จจริงที่เป็นข้อสำคัญในคดีนี้คือการเข้าถึงของจำเลยนั้นเป็นการเข้าถึงโดยที่จำเลยได้รับรหัสผู้ใช้และรหัสผ่าน (User name ID and Password) จากลูกค้ารายหนึ่งของโจทก์ซึ่งโจทก์ได้มอบให้กับลูกค้ารายนั้น

ประเด็นในการพิพาทของคดีนี้คือ การเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยใช้รหัสผ่านที่เจ้าของลิขสิทธิ์ (โจทก์) ให้ไว้แก่ลูกค้าของโจทก์โดยถูกต้องตามกฎหมายเป็น ความผิดฐานหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมาย DMCA 1998 หรือไม่ เพราะจะ เห็นได้ว่าวิธีการปกป้องของโจทก์โดยการใช้รหัสผ่านย่อมเป็นการเข้าเงื่อนไขของมาตรการทาง เทคโนโลยีที่โจทก์นำมาใช้ป้องกันการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ (ข้อมูลต่าง ๆ ที่อยู่ใน e-Basket) และการกระทำของจำเลยเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ ของโจทก์ อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้ศาลได้พิพากษายกฟ้องโจทก์โดยให้เหตุผลว่าจำเลยเพียงแต่ใช้ รหัสผ่านซึ่งโจทก์ได้ให้ผู้อื่น (ลูกค้าโจทก์) โดยเจตนา ไม่ได้ทำการเจาะระบบ หรือหลีกเลี่ยง มาตรการทางเทคโนโลยีใด ๆ เพื่อเข้าถึงการให้บริการใน e-Basket ของโจทก์ ทั้งนี้ศาลได้ เปรียบเทียบกับคดี *321 Studio V. Metro Goldwyn Studios, Inc.* ว่ารหัสผ่านของจำเลย เปรียบเสมือนเครื่องเล่น DVD ไม่ใช่เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทาง เทคโนโลยีของโจทก์ ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่า “การใช้เลขรหัสโดยไม่ได้รับอนุญาต” นั้นไม่อาจถือ เป็นความผิดเพราะ “การละเมิดในงาน” ได้ถูกจำกัดไว้อย่างชัดเจนโดยให้รวมเฉพาะการกระทำ ใด ๆ ดังเช่นที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1201(a)(3)(A) เท่านั้น

จะเห็นได้ว่าในคดีดังกล่าวนี้ศาลได้ตีความ DMCA 1998 แตกต่างและแปลกไปจากเดิม กล่าวคือ นอกจากเป็นการตีความที่เกินไปกว่าการนำเนื้อหาเดิม ของหลักการพื้นฐานในการตีความตามบรรทัดฐานในคดี *Universal City Studios, Inc. v. Reminders* แล้ว คณะผู้พิพากษายังได้พิจารณาลึกลงไปถึงถ้อยคำตามบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าจากแนวคำพิพากษาของคดี *I.M.S. Inquiry Mgmt. Sys., Ltd. v. Berkshire Info. Sys, Inc.*, นี้่าจมองได้ว่าบทบัญญัติของ DMCA 1998 ยังมีความบกพร่องในถ้อยคำของ

กฎหมายอยู่และอาจจะเป็นครั้งแรกก็ได้ที่ผู้ผลิตงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นฝ่ายพ่ายแพ้ด้วยเหตุผลที่ว่า “การเข้าถึงงานที่มีรหัสของเจ้าของงาน” นั้นไม่เป็นการขัดต่อบทบัญญัติในมาตรา 1201 แม้ว่า การกระทำดังกล่าวจะไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ตาม

**(ข) การกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเครื่องมือ หรืออุปกรณ์
ที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี**

จากที่ได้ศึกษามาในข้างต้นแล้วว่า DMCA 1998 ห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงแต่ไม่ห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการที่ควบคุมการทำซ้ำ แต่อย่างไรก็ตามการผลิตหรือเผยแพร่อุปกรณ์หรือเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง (Access Control) หรือทำซ้ำ (Copy Control) งานลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตจะเป็นความผิดตาม DMCA 1998 โดยบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดความรับผิดเกี่ยวกับการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีไว้ 2 กรณี ดังนี้

(1) ห้ามบุคคลใดๆ ผลิต นำเข้า เสนอขายต่อประชาชน จัดเตรียม หรือ ค้าขาย เทคโนโลยี ผลิตภัณฑ์ บริการ เครื่องมือ ส่วนประกอบ หรือ ชิ้นส่วนใด ๆ ซึ่ง

(A) ถูกออกแบบ หรือผลิตมาโดยมีวัตถุประสงค์หลักในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายลักษณะนี้

(B) มีวัตถุประสงค์สำคัญในทางพาณิชย์หรือการใช้อื่นอย่างจำกัด นอกเหนือไปจากการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลักษณะนี้อย่างมีประสิทธิภาพ

(C) ถูกทำการค้าโดยบุคคลดังกล่าวหรือบุคคลอื่นที่ร่วมมือกับบุคคลดังกล่าว โดยบุคคลนั้นรู้ถึงการใช้เพื่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ ควบคุมการเข้าถึงงานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลักษณะนี้

บทบัญญัติดังกล่าวอยู่ใน DMCA 1998 Article 1201 (a)(2) ซึ่งกำหนดข้อห้ามในเรื่องการผลิตหรือจำหน่ายเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึง (Access Control) งานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตโดยได้มีการให้คำจำกัดความของคำว่า “การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี” (circumvent a technological measure) หมายถึง การถอดสัญญาณ (descramble) งานที่มีการใส่สัญญาณรบกวนไว้ (scrambled work) การถอดรหัส (decrypt) งานที่มีการใส่รหัสไว้ (encrypted work) หรือ มิฉะนั้น หลีกเลี่ยง (avoid) ผ่าน (bypass) เอาออก (remove) ทำให้ไม่สามารถใช้งานได้ (deactivate) หรือ ทำให้เสีย (impair) แก่มาตรการทางเทคโนโลยี โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์⁷⁵ นอกจากนี้ยังได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ” (effectively controls access to a work) ว่าหากในการทำงานของมาตรการดังกล่าวตามปกติ ต้องมีการให้ข้อมูล หรือ ดำเนินกระบวนการหรือวิธีปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งที่จะสามารถเข้าถึงงานได้ โดยความยินยอมของเจ้าของลิขสิทธิ์⁷⁶

(2) ห้ามไม่ให้บุคคลใดผลิต นำเข้า เสนอต่อสาธารณะ จัดเตรียม หรือ มิฉะนั้น ค้าขาย ซึ่งเทคโนโลยี ผลิตภัณฑ์ บริการ เครื่องมือ ส่วนประกอบ หรือชิ้นส่วนใด ๆ

(A) ถูกรออกแบบหรือผลิตขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์หลักในการหลีกเลี่ยงการคุ้มครองโดยมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานหรือส่วนหนึ่งของงาน ภายใต้กฎหมายลักษณะนี้

(B) มีวัตถุประสงค์ที่สำคัญในการทางพาณิชย์และการใช้อื่นอย่างจำกัด นอกเหนือไปจากการหลีกเลี่ยงการคุ้มครองโดยมาตรการทางเทคโนโลยีที่คุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานหรือส่วนหนึ่งของงาน ภายใต้กฎหมายลักษณะนี้

(C) ถูกทำการค้าโดยบุคคลดังกล่าวหรือบุคคลอื่นที่ร่วมมือกับบุคคลดังกล่าว โดยบุคคลนั้นรู้ถึงการใช้เพื่อการหลีกเลี่ยงการคุ้มครองโดยมาตรการทางเทคโนโลยีที่มี

⁷⁵ Article 1201 (a)(3)(A), DMCA 1998

⁷⁶ Article 1201 (a)(3)(B), DMCA 1998

ประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานหรือส่วนหนึ่งของงาน ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลักษณะนี้

บทบัญญัติดังกล่าวอยู่ใน DMCA 1998 Article 1201 (b)(1) ซึ่งกำหนดข้อห้ามในเรื่องการผลิตหรือจำหน่ายเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ปกป้องสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งคำว่าสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์นี้หมายความว่าถึง มาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการทำซ้ำและการเผยแพร่ต่อสาธารณชน ดังนั้น DMCA 1998 Article 1201 (b)(1) จึงเป็นการกำหนดความรับผิดชอบสำหรับการผลิตเครื่องมือที่ใช้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำ (Copy Control) งานอันมีลิขสิทธิ์นั่นเอง นอกจากนี้กฎหมายยังมีการกำหนดคำจำกัดความคำว่า “การหลีกเลี่ยงการคุ้มครองโดยมาตรการทางเทคโนโลยี” (circumvent protection afforded by a technological measure) หมายถึง การหลีกเลี่ยง (avoiding) การผ่าน (bypassing) การเอาออก (removing) การทำให้ไม่สามารถใช้งานได้ (deactivating) หรือการทำให้เสีย (impairing) แก่มาตรการทางเทคโนโลยี⁷⁷ แต่ไม่มีคำว่า “โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์” เหมือน DMCA 1998 Article 1201 (a)(3)(A) (ซึ่งเป็นกรณีของการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง) อีกทั้ง DMCA 1998 Article 1201 (b)(1) ยังได้มีการให้คำจำกัดความของคำว่า “มาตรการทางเทคโนโลยีที่ปกป้องสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์อย่างมีประสิทธิภาพภายใต้กฎหมายลักษณะนี้” (effectively protects a right of a copyright owner under this title) ว่าหากในการทำงานของมาตรการดังกล่าวตามปกติได้ใช้คุ้มครอง หวงห้าม หรือ จำกัดการใช้สิทธิโดยประการอื่นของเจ้าของลิขสิทธิ์⁷⁸

บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำความรับผิดชอบในกรณีนี้ไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือไม่หากได้ผลิตเครื่องมือหรืออุปกรณ์ดังกล่าวย่อมเป็นการกระทำความผิดตามมาตราที่ทั้งสิ้น สำหรับคดีตัวอย่างที่น่าสนใจของกระทำ

⁷⁷ Article 1201 (b)(2)(A), DMCA 1998

⁷⁸ Article 1201 (b)(2)(B), DMCA 1998

ความผิดในลักษณะนี้ นอกจากคดี *Universal City Studios, Inc v. Reminders*⁷⁹ และคดี *Universal City Studios, Inc v. Corley*⁸⁰ ที่ผู้วิจัยได้นำเสนอไปแล้วข้างต้นว่าจำเลยมีความผิดฐานฐานหลักเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานภาพยนตร์ตาม DMCA 1998 มาตรา 1201 (a)(2) (Device Control) และศาลได้ตัดสินว่ารหัส CSS ถือเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานภาพยนตร์ DVD ของโจทก์อย่างมีประสิทธิภาพ (effective) และเห็นว่าการกระทำดังกล่าวของจำเลยเป็นการละเมิดมาตรา 1201 (a)(2) อันเป็นการกระทำในลักษณะของการ จำหน่าย ถ่ายโอน เพื่อพยายามหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้นการกระทำของ Corley รวมถึงผู้ใดที่กระทำในลักษณะคล้ายกัน ถือเป็นความผิดอันละเมิดบทบัญญัติในมาตรา 1201 ทั้งสิ้น

คดีตัวอย่างที่น่าสนใจสำหรับความรับผิดในส่วนนี้อีกคดีหนึ่งคือ คดี *321 Studios v. Metro Goldwyn Mayer Studios, Inc.*,⁸¹ โดยศาลตัดสินว่าการผลิตและจำหน่ายโปรแกรม “DVD Copy plus” และโปรแกรม “DVD X Copy” ซึ่งทำให้ผู้ใช้สามารถทำสำเนาแผ่น DVD ที่มีการเข้ารหัสโปรแกรม CSS ลงในแผ่น CD-Rom และแผ่น DVD ได้ย่อมเป็นการกระทำความผิดต่อ DMCA 1998 Article 1201(a)(2) ด้วยเหตุผลที่ว่าโปรแกรม CSS เป็นโปรแกรมที่ควบคุมการเข้าถึงงานภาพยนตร์ที่ถูกบันทึกอยู่ในแผ่น DVD และโปรแกรมทั้งสอง (โปรแกรม DVD Copy plus และโปรแกรม DVD X Copy) ดังกล่าวนี้ถูกออกแบบมาเพื่อทำให้ผู้ใช้สามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานภาพยนตร์ (โปรแกรม CSS) โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ อีกทั้งศาลยังอธิบายเพิ่มเติมอีกด้วยว่าวัตถุประสงค์เพียงประการเดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการป้องกันการเข้าถึงก็คือ “เพื่อป้องกันการทำซ้ำ” ดังนั้นจึงถือว่าโปรแกรม CSS ได้ทำหน้าที่ป้องกันสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการทำซ้ำงานภาพยนตร์ของตนการจำหน่ายโปรแกรม DVD Copy plus

⁷⁹ 111F.Supp.2d 294, 318 (S.D.N.Y. 2000).

⁸⁰ 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001).

⁸¹ 307 F. Supp. 2d 1085, 1105 (N.D. Cal. 2004).

และโปรแกรม DVD X Copy ซึ่งหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการทำซ้ำ (โปรแกรม CSS) จึงเป็นการฝ่าฝืน DMCA 1998 Article 1201(b)(1)

ในคดี *Realworks Inc .v Streambox, Inc.*⁸² โจทก์ได้พัฒนาและผลิตสินค้าซอฟต์แวร์ที่ทำให้สามารถส่งสื่อภาพ เสียงและสื่อมัลติมีเดียอย่างอื่นไปยังเครื่องคอมพิวเตอร์อื่นได้ และยังผลิตสินค้าที่ทำให้ผู้บริโภคสามารถเข้าถึงสื่อภาพและเสียงโดยวิธีการขั้นตอนที่เรียกว่า “สตรีมมิ่ง” หรือ “streaming”⁸³ จำเลยคือบริษัท Streambox ได้จัดให้ผู้ใช้งานสามารถเข้าถึงและดาวน์โหลดและ descramble⁸⁴ ไฟล์ของโจทก์ได้ และสามารถทำสำเนา ดิจิตอลได้ การกระทำของจำเลยจึงทำให้ธุรกิจของโจทก์ได้รับความเสียหาย เนื่องจากความสามารถของสินค้าของจำเลยและทำให้สินค้าของโจทก์กลายเป็นไม่มีประสิทธิภาพ ประเด็นของคดีนี้คือจำเลยฝ่าฝืน DMCA ที่ห้ามการผลิตอุปกรณ์ที่ถูกออกแบบมาโดยหลักเพื่อการหลีกเลี่ยงอุปกรณ์ทางเทคโนโลยีที่ใช้ปกป้องสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งในท้ายที่สุดศาลได้ตัดสินว่าการกระทำของจำเลยเป็นการฝ่าฝืนและห้ามจำเลยผลิต นำเข้า ให้ผู้อื่นใช้ ลิขสิทธิ์และเสนอขาย Streambox VCR และสินค้าที่ออกแบบมาเพื่อเปลี่ยนแปลงแก้ไข โปรแกรมของโจทก์ที่ใช้ในการป้องกันการทำซ้ำโดยไม่ได้รับอนุญาต

ตัวอย่างอีกคดีหนึ่งที่น่าสนใจจะเป็นการกระทำความผิดเรื่องการผลิตหรือจำหน่ายอุปกรณ์ที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีแล้วยังอาจส่งผลกระทบต่อหลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair use) ได้คือ คดี *Department of Justice, Indictment US v Elcom and Dmitry Sklyarov*⁸⁵ สำหรับข้อเท็จจริงของคดีนี้ไม่ได้เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาแต่ข้อเท็จจริงของคดีนี้จำเลยที่เป็นผู้คิดค้นเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ดังกล่าวได้เดินทางเข้ามาในประเทศสหรัฐอเมริกาและจึงถูกดำเนินคดีตาม DMCA 1998 อีกทั้งคดีนี้ยังได้ฟ้องต่อบริษัทที่ทำการผลิตและจำหน่ายเครื่องมือเหล่านี้ด้วย โดยข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า

⁸²2000 U.S. Dist. LEXIS 1889 (W.D.Wa.2000).

⁸³“สตรีมมิ่ง” หรือ “streaming” หมายถึง การถ่ายโอนข้อมูลมัลติมีเดียผ่าน Internet และแสดงผลได้โดยไม่ต้อง download ข้อมูลลงเครื่องคอมพิวเตอร์

⁸⁴“Descramble” หมายถึง การถอดรหัสสัญญาณที่ถูกเข้ารหัสไว้

⁸⁵Criminal No.5-01-257P(ND Cal Filed 2001).

นาย Dmitry Sklyarov โปรแกรมเมอร์ชาวรัสเซียได้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ชื่อ “The Advanced eBook Processer” ซึ่งโปรแกรมดังกล่าวเป็นของบริษัท ElcomSoft Ltd. ที่จดทะเบียนการค้าและจำหน่ายโปรแกรม “The Advanced eBook Processer” ในกรุงมอสโก ประเทศรัสเซียผ่านทางเว็บไซต์ของบริษัท ElcomSoft

ต่อมา บริษัท Adobe Systems ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยื่นฟ้องว่าโปรแกรม “The Advanced eBook Processer” ได้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันการทำซ้ำในไฟล์หนังสืออิเล็กทรอนิกส์ (E-Book) ของตน ซึ่งโปรแกรม eBook Reader ของบริษัท Adobe Systems นั้นถูกติดตั้งไว้เพื่อป้องกันการทำลายการทำซ้ำหนังสืออิเล็กทรอนิกส์ของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยเป็นการเข้ารหัสเพื่อจำกัดการเข้าถึงไว้ แต่โปรแกรม “The Advanced eBook Processer” ที่พัฒนาขึ้นโดย นาย Dmitry Sklyarov ได้ทำให้ผู้ใช้หนังสือ E-Book จากร้านหนังสือออนไลน์ที่มีการเข้ารหัสไว้สามารถปลดล็อกรหัส eBook ได้ และเมื่อมีการแปลงไฟล์ดังกล่าวจากรูปแบบของ eBook เป็นไฟล์ .pdf แล้วก็ทำให้การป้องกันการทำซ้ำ แก้ไข ใน eBook ถูกทำลายลงไปด้วย

ภายหลังต่อมา นาย Dmitry Sklyarov ได้เดินทางเข้ามาในประเทศไทยเพื่อเข้าประชุมในรัฐเนวาดา ลาสเวกัส จึงได้ถูกจับกุมและถูกจำคุกในประเทศไทยในข้อหาผลิต และเผยแพร่เครื่องมืออันเป็นสินค้าที่ถูกออกแบบมาเพื่อใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีรวมถึงการทำซ้ำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย DMCA 1998 มาตรา 1201 (b)(1)(A) และ มาตรา 1201(b)(1)(C) อย่างไรก็ตามการกระทำความผิดดังกล่าวนี้ได้เกิดขึ้นในประเทศไทยซึ่งการกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดตามกฎหมายของประเทศไทย และในท้ายที่สุดวันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ. 2002 คณะลูกขุนได้ตัดสินว่า บริษัท ElcomSoft Ltd. ไม่มีความผิดตาม DMCA 1998 แต่อย่างใด

ในผลของการตัดสินคดีนี้ไม่ได้อธิบายเหตุผลไว้ว่าเพราะเหตุใดจึงมีการยกฟ้องแต่ก็น่าจะมาจากประเด็นสำคัญที่ว่า บริษัท ElcomSoft Ltd. รู้และเจตนาฝ่าฝืนต่อ DMCA 1998 หรือไม่ เนื่องจากจำเลยในคดีนี้ถูกฟ้องเป็นคดีอาญาตาม DMCA มาตรา 1204 และองค์ประกอบของการกระทำผิดคือผู้กระทำต้องมีเจตนาในการกระทำด้วยซึ่งในคดีนี้

คณะลูกขุนเชื่อตามที่บริษัท ElcomSoft Ltd. พิสูจน์ว่า บริษัท ElcomSoft Ltd. ไม่รู้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวฝ่าฝืนต่อ DMCA 1998 ของประเทศสหรัฐอเมริกาเพราะกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศรัสเซียไม่มีบทบัญญัติเรื่องข้อห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีไว้ อย่างไรก็ตามผลของคดีนี้ทำให้นักวิทยาศาสตร์ชาวต่างชาติคิดว่ามาตรการเข้าร่วมประชุมที่จัดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา อีกทั้งยังทำให้ผู้จัดประชุมบางรายได้ตัดสินใจจัดการประชุมที่อื่นที่ไม่ใช่ประเทศสหรัฐอเมริกา⁸⁶

จากการศึกษาความรับผิดในเรื่องเครื่องมือ หรืออุปกรณ์นี้มีข้อสังเกตว่าการกระทำความผิดที่กำหนดไว้ในส่วนของการผลิต หรือเผยแพร่เครื่องมือ หรืออุปกรณ์เพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการตามมาตรา 1201(a)(3)(A) - (B) หรือมาตรา 1201(b)(2)(A)-(B) นั้นจะจำกัดการกระทำที่เป็นการหลีกเลี่ยง (ละเมิด) ไว้เฉพาะ "...การถอดสัญญาณ (descramble) งานที่มีการใส่สัญญาณรบกวนไว้ (scrambled work) การถอดรหัส (decrypt) งานที่มีการใส่รหัสไว้ (encrypted work) หรือ มิฉะนั้น หมายถึงการหลีกเลี่ยง (avoid) ผ่าน (bypass) เอาออก (remove) ทำให้ไม่สามารถใช้งานได้ (deactivate) หรือทำให้เสีย..." หรือไม่เนื่องจากประเด็นดังกล่าวนี้ยังมีปัญหาเรื่องการตีความและความหมายของถ้อยคำที่ใช้เหมือนดังเช่นที่ผู้วิจัยได้ยกตัวอย่างของคดี *M.S. Inquiry Mgmt. Sys., Ltd. v. Berkshire Info. Sys, Inc.*, ไปแล้วข้างต้น ซึ่งเป็นไปได้ว่าหากมีคดีใหม่ ๆ เกิดขึ้นอีกในอนาคต ผู้ที่ถูกกล่าวหาอาจจะยกข้อต่อสู้ในข้อบกพร่องของกฎหมายดังที่ผู้วิจัยได้กล่าวไว้ข้างต้นขึ้นกล่าวอ้างเพื่อให้พ้นความรับผิดได้และจะทำให้บทบัญญัติของ DMCA 1998 ไม่มีประโยชน์อันใดในการปกป้องมาตรการทางเทคโนโลยีเหล่านี้ และเป็นไปได้ว่าหากจำเลยในคดี *Department of Justice, Indictment US v Elcom and Dmitry Sklyarov* ได้ต่อสู้โดยอาศัยเหตุผลเช่นเดียวกันกับคดี *M.S. Inquiry Mgmt. Sys., Ltd. v. Berkshire Info. Sys, Inc.*, ผู้วิจัยเห็นว่ก็อาจเป็นผลดีต่อการต่อสู้ของจำเลยก็ได้

⁸⁶ศุภจิตรา เลหาวัฒนภิญโญ, ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้คุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ : ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างสนธิสัญญาลิขสิทธิ์กับความตกลงเขตการค้าเสรี, 49.

3.2.1.3 ข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นความผิด

DMCA 1998 ได้กำหนดข้อยกเว้นของการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีไว้เป็น 7 กรณีโดยแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ (1) ข้อยกเว้นสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรง และ (2) ข้อยกเว้นของการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีในการผลิตหรือเผยแพร่อุปกรณ์ หรือเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี อย่างไรก็ตาม ก่อนที่จะกล่าวถึงกิจกรรมอันเป็นข้อยกเว้นทั้ง 7 ประการนี้ ผู้วิจัยจะขออธิบายเรื่องบทบัญญัติบางประการที่ไม่นำมาใช้ใช้บังคับกับ DMCA 1998 มาตรา 1201 ซึ่งหมายถึง มาตรการอันเป็นการยกเว้นที่เรียกกันว่า “The Saving Clause” กล่าวคือ เนื่องจากในกฎหมายลิขสิทธิ์จะมีการบัญญัติหลักการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (fair use) ซึ่งหมายความว่า สาธารณชนสามารถใช้งานอันมีลิขสิทธิ์เหล่านั้นได้โดยไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และเป็นการจำกัดสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของลิขสิทธิ์อีกทางหนึ่งซึ่งใน DMCA 1998 ก็เปิดช่องให้นำหลักการดังกล่าวมาใช้เป็นเหตุผลประกอบในการอ้างเพื่อให้ยกเว้นการกระทำความผิดต่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้

บทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้น (The Saving Clause) นี้บัญญัติไว้ในมาตรา 1201 ซึ่งประกอบไปด้วยมาตรการยกเว้น 2 ประการ คือ

(1) มาตรา 1201 (c)(1) กำหนดว่า ข้อกำหนดใด ๆ ในมาตรา 1201 ไม่กระทบถึงสิทธิ การเยียวยา การจำกัด หรือข้อต่อสู้ใด ๆ ในการละเมิดลิขสิทธิ์ และ

(2) มาตรา 1201(c)(2) ซึ่งกำหนดว่า มาตรา 1201 นี้จะไม่เพิ่มเติมหรือทำให้ลดน้อยลงซึ่งความรับผิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตัวแทนหรือการมีส่วนร่วมในการละเมิดลิขสิทธิ์ ในส่วนที่เกี่ยวกับเทคโนโลยี ผลิตภัณฑ์ บริการ เครื่องมือ ส่วนประกอบ หรือชิ้นส่วนใด

หากพิจารณาหลักการดังกล่าวในเบื้องต้นแล้วอาจเห็นได้ว่า มาตรการยกเว้นของ DMCA 1998 ในกรณีแรก (มาตรา 1201 (c)(1)) กฎหมายพยายามสร้างข้ออ้างในการนำข้อยกเว้นความรับผิด (fair use) ในงานอันมีลิขสิทธิ์และยังเป็นการสร้างข้ออ้างในการเข้าถึงงานโดยผ่านมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีโดยชอบได้อีกด้วย และเนื่องจากการหลีกเลี่ยงมาตรการ

ทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการทำซ้ำไม่ถือเป็นความผิดตามมาตรา 1201 นั้นหมายความว่าผู้ใช้ อาจจะต้องระวังเพียงเรื่องความรับผิดชอบในการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์แห่งประเทศไทย สหรัฐอเมริกาเท่านั้น ส่วนมาตรการยกเว้นในกรณีที่สอง (มาตรา 1201(c)(2)) ดูเหมือนกฎหมาย พยายามจะอธิบายว่า ผู้ใดใช้หรือกระทำการใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการ หลีกเลี่ยงมาตรการป้องกัน ก็อาจจะต้องรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์ในงานนั้นด้วย

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาหลักการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (fair use) ของกฎหมายลิขสิทธิ์ให้ดีแล้วจะเห็นได้ว่าการเข้าถึงงานที่มีมาตรการป้องกันอยู่กับการใช้งานในลักษณะ fair use เป็นเรื่องที่แยกออกจากกันโดยสิ้นเชิงเนื่องจากการไม่ละเมิด ลิขสิทธิ์ก็ไม่ได้หมายความว่าไม่เป็นความผิดต่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีด้วย ส่วนหลีกเลี่ยงมาตรการโดยการใช้เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ใด ๆ เพื่อการใช้งานนั้นก็อาจจะไม่ จำเป็นเสมอไปว่า เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ จะต้องถูกนำมาใช้เพื่อการละเมิดลิขสิทธิ์ในทุกกรณี ดังนั้นผู้วิจัยจึงเห็นว่าแม้กฎหมาย DMCA 1998 จะกำหนดมาตรการยกเว้นไว้ก็ตามแต่ก็อาจไม่ เป็นประโยชน์ต่อผู้ใช้งานเลยก็ได้ซึ่งประเด็นต่าง ๆ เหล่านี้ผู้วิจัยจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

อย่างไรก็ดีแม้ว่า DMCA 1998 จะให้นำหลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดย ชอบธรรม (Fair Use) มาเป็นองค์ประกอบในการขอสู้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทาง เทคโนโลยีได้ก็ตาม แต่ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า DMCA 1998 ได้กำหนดกิจกรรมที่ยกเว้น สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงและ ข้อยกเว้นสำหรับการผลิตหรือเผยแพร่เครื่องมือ อุปกรณ์ที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทาง เทคโนโลยี ซึ่งได้กำหนดกิจกรรมที่ได้รับการยกเว้นไว้ 7 กรณี ดังนี้

1. ข้อยกเว้นสำหรับห้องสมุด หอสมุด หรือสถาบันการศึกษาที่ไม่แสวงหากำไร⁸⁷

ข้อยกเว้นดังกล่าวกำหนดไว้ในมาตรา 1201(d) ซึ่งถูกยกเว้นให้กับการเข้าถึงโดยห้องสมุดที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้า หอจดหมายเหตุ (สถานที่เก็บเอกสารสำคัญ) หรือ สถาบันการศึกษา เพื่อจุดประสงค์ที่จะนำงานนั้นไปใช้โดยสุจริต ทั้งนี้ สถาบันหรือหน่วยงานที่ได้รับอนุญาตให้เข้าถึงงานนั้น อาจได้ชุดรหัสเพื่อเข้าถึงงานเฉพาะในกรณีที่ต้องการคัดลอกงาน หรือ อาจได้ชุดรหัสในการเข้าถึงไปแต่แรกแล้วโดยมีอายุการใช้งานที่จำกัด จึงหมายความว่าสถาบันหรือหน่วยงานที่เข้าข้ายกเว้นนั้นอาจได้ชุดรหัสข้อมูลเพื่อเข้าถึงข้อมูลและพิจารณาเนื้อหาของข้อมูลประกอบการตัดสินใจว่าจะซื้องานนั้นไปใช้เพื่อประโยชน์ของตนหรือไม่ โดยหน่วยงานดังกล่าวไม่อาจใช้ข้อยกเว้นในเรื่องการเข้าถึงข้อมูลเพื่อจุดประสงค์ในทางการค้า หลักการดังกล่าวนี้ถือเสมือนหนึ่งว่าเป็นรางวัลตอบแทนจากผู้ร่างกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ให้กับหน่วยงานอันอาจจำเป็นต้องใช้ข้อมูลเพื่อประโยชน์สาธารณะเหล่านี้⁸⁸

นอกจากนี้ ข้อยกเว้นที่ให้ประโยชน์แก่หน่วยงานดังกล่าวไม่ได้เพียงแต่ถูกกำหนดไว้ในรูปแบบข้อยกเว้นตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นเท่านั้น แต่ยังได้รับประโยชน์จากบัญญัติในมาตรา 1203 อีกด้วย กล่าวคือ หน่วยงานเช่นว่านี้ยังอาจได้รับการลดโทษที่เป็นความเสียหายในทางแพ่ง และได้รับการยกเว้นโทษในความผิดในทางอาญา แต่อย่างไรก็ดี บุคคลที่ได้เสนอหรือช่วยเหลือให้หน่วยงานดังกล่าวฝ่าฝืนมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี เช่น อาจให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนในด้านบริการหรือให้อุปกรณ์ใด ๆ บุคคลเหล่านั้นจะไม่ได้รับการยกเว้นโทษ อย่างไรก็ตาม การเกิดปัญหาเช่นว่านี้จะเกิดขึ้นได้น้อยในทางปฏิบัติ ไม่ใช่เพราะว่าหน่วยงานไม่ได้มีเจตนาอย่างแท้จริงในการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันเพียงอย่างเดียว แต่ยังมีมา

⁸⁷ Article 1201(d), DMCA 1998

⁸⁸ Marlize Conroy, **A Comparative Study of Technological Protection Measures In**

จากข้อเท็จจริงที่ว่าเป็นการยากที่ผู้ให้บริการข้อมูลหรือเจ้าของลิขสิทธิ์ที่แท้จริงจะปฏิเสธลูกค้ารายใหญ่เช่น โรงเรียน สถานศึกษา หรือ ห้องสมุด⁸⁹

2. ข้อยกเว้นสำหรับการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายาน สืบราชการลับ และกิจกรรมอื่นของรัฐบาล⁹⁰

ข้อยกเว้นดังกล่าวอยู่ในมาตรา 1201(e) ซึ่งเป็นกรณีที่อนุญาตให้มีการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันการเข้าถึงข้อมูลได้รวมถึงอนุญาตให้ใช้ ประดิษฐ์ หรือ พัฒนา อุปกรณ์ที่จำเป็นใด ๆ ในการเข้าถึงข้อมูล หากเป็นการกระทำเพื่อการสืบสวนสอบสวน การป้องกัน หรือเพื่อความจำเป็นอื่นใดที่กระทำโดยหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลในระดับ มลรัฐหรือรัฐ และยังรวมถึงบุคคลที่ได้กระทำสัญญากับรัฐโดยชอบในการเข้าถึงข้อมูลตามคำสั่งของรัฐ ทั้งนี้ให้รวมถึงการกระทำของภาคเอกชนที่มีหน้าที่พัฒนาอุปกรณ์ใด ๆ ที่ใช้ในการเข้าถึง ข้อมูลตามคำสั่งของรัฐภายใต้ข้อบังคับของกฎหมาย ซึ่งการกระทำที่ได้กล่าวมาทั้งหมดนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์ได้ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายในการฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยง มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันการเข้าถึงข้อมูล

3. ข้อยกเว้นสำหรับการทำวิศวกรรมย้อนกลับ⁹¹

ข้อยกเว้นดังกล่าวกำหนดไว้ในมาตรา 1201(f) โดยอนุญาตให้ หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้หากผู้กระทำได้รับสิทธิในการใช้สำเนาโปรแกรม คอมพิวเตอร์มาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการ เข้าถึงโปรแกรมดังกล่าวเพื่อวัตถุประสงค์ในการแยกแยะและวิเคราะห์องค์ประกอบของ โปรแกรมดังกล่าว โปรแกรมซึ่งจำเป็นเพื่อให้บรรลุผลในการเชื่อมโยงการทำงานเข้าด้วยกัน (interoperability) ระหว่างโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สร้างขึ้นโดยอิสระกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์

⁸⁹ Ibid, 140.

⁹⁰ Article 1201(e), DMCA 1998

⁹¹ Article 1201(f), DMCA 1998

อื่น ซึ่งการกระทำในการแยกแยะและวิเคราะห์นั้นจะต้องไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย ทั้งนี้ กฎหมายได้กำหนดคำจำกัดความไว้ว่า หมายถึง ความสามารถของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในการแลกเปลี่ยนข้อมูล และความสามารถของโปรแกรกดังกล่าวในการใช้ข้อมูลที่แลกเปลี่ยนกัน นี้้อย่างสัมพันธ์กัน

ตามรายงานของ คณะกรรมการลูกขุนในชั้นวุฒิสภา (Senate Judiciary Committee) ได้กล่าวว่า “ข้อยกเว้นดังกล่าวนี้ได้ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อสอดคล้องกับแนวคิดอันดีในการพัฒนา Software ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ที่ทำการพัฒนาสามารถพัฒนาต่อไปได้และยังเป็นไปเพื่อจุดประสงค์ในการเปลี่ยนถ่ายหรือโอนข้อมูลที่จำเป็น โดยให้ได้รับการยกเว้นตามกฎหมายและให้ถือว่าการกระทำที่ชอบ”⁹² อย่างไรก็ตาม ในท้ายที่สุดข้อยกเว้นข้อนี้ก็ถูกจำกัดการกระทำไว้เพียงเพื่อให้บรรลุผลในการเชื่อมโยงการทำงานเข้าด้วยกัน (interoperability) และต้องไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย ดังนั้น จึงทำให้ข้อยกเว้นดังกล่าวนี้ไม่อนุญาตให้มีการสร้างงานนอกเหนือไปจากเพื่อให้บรรลุผลในการเชื่อมโยงการทำงานเข้าด้วยกัน (interoperability) เท่านั้น

แต่จะเห็นได้ว่าจุดประสงค์หลักในการพิจารณาการกระทำที่เป็น การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันจะต้องคำนึงถึงรูปแบบในการเปลี่ยนถ่ายข้อมูลด้วย โดยการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันหรือเครื่องมือที่ใช้เพื่อหลีกเลี่ยงนั้นถ้ามีการนำหลักวิศวกรรมย้อนกลับไปใช้เพื่อจุดประสงค์อื่นก็เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ดังนั้น จึงจะเห็นได้ว่าผู้สร้างโปรแกรมจะไม่ยอมให้การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันกระทำลงได้ในกรณีอื่นเว้นแต่ที่ได้รับอนุญาตไว้ตามกฎหมายเท่านั้น นอกจากนี้ยังตรวจสอบการกระทำที่รัดกุมขึ้นอีกว่าการกระทำในรูปแบบวิศวกรรมย้อนกลับนั้นเป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในงานของตนหรือไม่⁹³

⁹²Marlize Conroy, **A Comparative Study of Technological Protection Measures In Copyright Law**, 141. อ้างถึงใน S Rep.105-190 (1998) 32, cited Vinje op cit note 11 at 203.

⁹³Ibid, 142. อ้างถึงใน Band & Isshiki op cit note 137 at 221 ; Vinje op cit note 11 at 203.

4. ข้อยกเว้นสำหรับการวิจัยในการเข้ารหัสข้อมูล⁹⁴

กิจกรรมการยกเว้นดังกล่าวนี้บัญญัติไว้ใน มาตรา 1201(g) ซึ่งได้อนุญาตให้มีการเข้าถึงได้โดยอาจมีการพัฒนาเทคโนโลยีใด ๆ ในการเข้าถึงเพื่อการเข้ารหัสข้อมูล หรือทำให้รหัสที่ใช้ป้องกันข้อมูลหยุดทำงานลง โดยเหตุผลหลักภายใต้มาตรานี้คือ หากมีการป้องกันการเข้าถึงข้อมูลอย่างไม่มีข้อยกเว้นเลยนั้น จะส่งผลต่อการพัฒนาในการค้นคว้าวิจัยอันอาจก่อประโยชน์ในอนาคต ดังนั้นการผ่อนคลายมาตรการป้องกันการเข้าถึงข้อมูลในบางกรณีจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นและชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ ในโลกยุคอิเล็กทรอนิกส์นั้น แม้ระบบการเข้าถึงข้อมูลผ่านรหัสชุดเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อใช้ป้องกันการเข้าถึงข้อมูลโดยมิชอบ แต่ระบบเช่นว่านี้ก็มิส่งผลกระทบต่องานวิจัยเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการค้นคว้าเพื่อการพัฒนาในการสร้างรหัสเข้ารหัสข้อมูล (Encryption Research) สภา Congress จึงตระหนักว่า “ศาสตร์ความรู้ในการสร้างรหัสเข้ารหัสข้อมูลนั้น จำเป็นต้องอาศัยการค้นคว้าวิจัยอย่างต่อเนื่อง โดยระบบรหัสเข้ารหัสข้อมูลที่มีใช้อยู่ในปัจจุบันจำเป็นต้องผ่านการค้นคว้าทดลองโดยนักวิทยาศาสตร์อยู่เสมอเพื่อการพัฒนาต่อยอดในอนาคต ดังนั้นการส่งเสริมเทคโนโลยีอันเกี่ยวกับการสร้างระบบรหัสเข้ารหัสข้อมูลจึงเป็นสิ่งที่จำเป็น”⁹⁵ กล่าวคือ ข้อยกเว้นเพื่อการส่งเสริมเทคโนโลยีที่เกี่ยวกับระบบรหัสเข้ารหัสข้อมูลจึงเป็นอีกข้อยกเว้นหนึ่งที่ต้องบัญญัติไว้ให้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม สำหรับการกระทำดังกล่าวข้างต้นนี้ กฎหมายได้กำหนดข้อยกเว้นข้ออื่นการกระทำดังกล่าวเพิ่มอีก 2 ประการ คือ (1) การอนุญาตให้มีการค้นคว้าวิจัยในการสร้างรหัสการเข้ารหัสข้อมูล (มาตรา 1201(g)(2)) และ (2) การใช้อุปกรณ์ เครื่องมือ หรือเทคโนโลยีเพื่อการค้นคว้าวิจัย (มาตรา 1201(g)(4))

ซึ่งในส่วนการอนุญาตให้มีการค้นคว้าวิจัยในการสร้างรหัสการเข้ารหัสข้อมูล (มาตรา 1201(g)(2)) ผู้กระทำต้องมีคุณสมบัติ 4 ประการ ดังนี้ คือ (1) ชุดรหัสที่ใช้เพื่อการเข้าผ่านเข้าข้อมูลนั้นจะต้อง “ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย” (2) การกระทำที่ทำให้ชุดรหัสที่

⁹⁴ Article 1201(g), DMCA 1998

⁹⁵ House of Representatives Committee on the judiciary, 105th Congress, Section-by-Section Analysis of HR 2281 as Passed by the United States House of Representatives on 4 August, p.16. (comm. Print Sept 1998), Cite by Vinje op cit note 11 at 203.

ใช้ป้องกันข้อมูลไม่สามารถปฏิบัติการได้นั้น จะต้องเป็นการกระทำที่ “จำเป็นเพื่อการค้นคว้าวิจัยต่อยอดในการสร้างรหัสเข้าข้อมูล” (3) ผู้ทำการวิจัยจะต้องมี “เจตนาที่สุจริตในการได้ชุดรหัสที่ใช้เข้าถึงนั้นโดยชอบ” จากผู้สร้างรหัสหรือเจ้าของงานก่อนที่จะทำการเข้าถึงข้อมูลด้วยการใช้ชุดรหัสนั้น และ (4) การกระทำโดยสุจริตของการใช้รหัสข้อมูลในการผ่านเข้าถึงข้อมูลนั้น “จะต้องไม่ก่อให้เกิดการกระทำใดๆที่เป็นการล่วงละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายในบทนี้ (title 17) หรือ ผ่าฝืนกฎหมายฉบับอื่นใดที่นอกเหนือไปจากกฎหมายในบทนี้”

นอกจากการพิจารณาคุณสมบัติดังกล่าว 4 ประการแล้วยังจะต้องพิจารณาปัจจัย 3 ประการประกอบการพิจารณาด้วยคือ (1) ข้อมูลที่ได้มาจากงานวิจัยการเข้ารหัสนั้นถูกเผยแพร่หรือไม่ หากข้อมูลดังกล่าวถูกเผยแพร่ก็จะต้องเป็นการถูกเผยแพร่ในลักษณะที่เหมาะสมเพื่อทำให้เกิดความก้าวหน้าทางวิทยาการในเทคโนโลยีการเข้ารหัส (2) บุคคลนั้นถูกจ้าง หรือได้รับการฝึกฝนอย่างเหมาะสม หรือมีประสบการณ์ในด้านเทคโนโลยีด้านการเข้ารหัสหรือไม่ และ (3) บุคคลนั้นได้ทำหนังสือแจ้งเจ้าของลิขสิทธิ์ถึงสิ่งที่ค้นพบหรือไม่ (มาตรา 1201(g)(3))

สำหรับข้อยกเว้นข้อประการที่สองในเรื่องการใช้อุปกรณ์ เครื่องมือ หรือเทคโนโลยีเพื่อการค้นคว้าวิจัย (มาตรา 1201(g)(4)) ได้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับการใช้อุปกรณ์หรือเครื่องมือใดในเข้าถึงงานอันเป็นข้อห้ามตามที่ได้ระบุไว้ในมาตรา 1201 (a)(2) ข้อยกเว้นดังกล่าวนี้ ได้อนุญาตให้ผู้วิจัยสามารถพัฒนาหรือใช้เครื่องมือทางเทคโนโลยีในการเข้าถึงงาน หรือนำเทคโนโลยีนั้นใช้ร่วมกับผู้อื่นในงานวิจัย หรือนำออกใช้กับผู้อื่นที่เป็นผู้ตรวจสอบความถูกต้องในงานวิจัย ซึ่งผู้ใดอาจทำการพัฒนา ใช้ หรือจัดให้มีเครื่องมือทางเทคโนโลยีที่ใช้ในการเข้าถึงงานซึ่งสามารถนำออกใช้ร่วมกับบุคคลอื่นได้ โดยผู้นั้นจะต้องกระทำโดยสุจริตในการค้นคว้าวิจัยในการสร้างรหัสเข้าข้อมูล

อย่างไรก็ดีข้อยกเว้นข้อทั้งสองประการนี้กฎหมายยังได้กำหนดให้สำนักงานลิขสิทธิ์และกรมพาณิชย์ ร่วมกันทำรายงานต่อสภา Congress ภายใน 1 ปี นับแต่วันที่กฎหมาย DMCA 1998 มีผลใช้บังคับ เกี่ยวกับการวิจัยและการพัฒนาของเทคโนโลยีการเข้ารหัส ความเหมาะสม และประสิทธิภาพของมาตรการทางเทคโนโลยีรวมถึงการปกป้อง

เจ้าของลิขสิทธิ์ต่อการเข้าถึงงานที่ได้รับการเข้ารหัสโดยไม่ได้รับอนุญาตอีกด้วย (มาตรา 1201(g)(5))

5. ข้อยกเว้นสำหรับการคุ้มครองผู้เยาว์⁹⁶

ข้อยกเว้นกรณีนี้อยู่ในมาตรา 1201(h) ซึ่งเป็นการเพิ่มเติมบทบัญญัติที่ทำให้ผู้ปกครองสามารถเข้าถึงข้อมูลในอินเทอร์เน็ตได้เพื่อเป็นการป้องกันเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมสำหรับผู้เยาว์ สำหรับกรณีดังกล่าวสภา Congress มีความเห็นว่า “อุปกรณ์ หรือ ส่วนประกอบส่วนหนึ่งส่วนใดของอุปกรณ์” ที่ใช้เพื่อการตรวจสอบการเข้าถึงอันไม่เหมาะสมสำหรับผู้เยาว์นี้ สามารถใช้เพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีได้โดยอุปกรณ์เช่นว่านี้สามารถนำมาใช้ได้เพื่อความจำเป็นในการเข้าถึงข้อมูล และจะต้องไม่เป็นการฝ่าฝืนมาตราอื่น ๆ ในบทบัญญัตินี้โดยจะต้องมีจุดประสงค์หลักเพียงอย่างเดียวคือเพื่อการป้องกันการเข้าถึงไม่เหมาะสมของผู้เยาว์⁹⁷

จะเห็นได้ว่า มาตรา 1201 (h) ได้ถูกบัญญัติไว้อย่างแคบมากโดยมาตราดังกล่าวนี้ได้อนุญาตให้มีการพัฒนาอุปกรณ์ใด ๆ ที่จำเป็นต่อผู้ปกครองในการตรวจสอบซึ่งเป็นอุปกรณ์ที่ผู้ปกครองสามารถใช้ตรวจสอบการใช้งานคอมพิวเตอร์เพื่อเข้าถึงข้อมูลในเว็บไซต์ของผู้เยาว์ได้⁹⁸ แต่จะเห็นได้ว่าในความเป็นจริงแล้วอุปกรณ์ที่ใช้สำหรับการตรวจสอบการใช้งานนี้ไม่สามารถกระทำการเพื่อขัดขวางการใช้งานของผู้เยาว์ในการเข้าถึงข้อมูลนั้น เพราะกฎหมายอนุญาตให้กระทำได้เพียงแค่ตรวจสอบเท่านั้นแต่ไม่สามารถห้ามการใช้งาน (block) ได้⁹⁹

อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นดังกล่าวนี้เปิดช่องให้ศาลสามารถวินิจฉัยได้ว่าการเข้าถึงของอุปกรณ์นั้นเป็นการกระทำไปเพื่อความจำเป็นในการป้องกันการใช้งานอย่างไม่

⁹⁶ Article 1201(h), DMCA 1998.

⁹⁷ Marlize Conroy, **A Comparative Study of Technological Protection Measures In Copyright Law**, 147.

⁹⁸ Ibid, 148. อ้างถึงใน Vinje op cit note 11 at 204.

⁹⁹ Ibid. อ้างถึงใน Ginsberg op cit note 114 at 151.

เหมาะสมของเยาวชนหรือไม่ เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรานี้ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า “อุปกรณ์ หรือ ส่วนประกอบส่วนหนึ่งส่วนใดของอุปกรณ์” ซึ่งเป็นการครอบคลุมส่วนประกอบทั้งหมดหรือบางส่วนของอุปกรณ์ที่ใช้ในการฝ่าฝืนมาตรการป้องกันการเข้าถึงตามมาตรา 1201 โดยมาตราดังกล่าวไม่ได้กำหนดว่าศาลจะพิจารณาอย่างไรหากพบการกระทำที่ขัดต่อจุดประสงค์ตามข้อยกเว้น ดังนั้นมาตรา 1201(h) นี้จึงเป็นข้อยกเว้นสำหรับอุปกรณ์หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของอุปกรณ์ที่ได้กระทำลงตามความในมาตรานี้เท่านั้นและจะต้องไม่เป็นการขัดต่อบทบัญญัติว่าด้วยการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย

มีนักวิชาการบางท่าน¹⁰⁰ เห็นว่าข้อยกเว้นนี้ได้ถูกร่างออกมาก่อนกำหนด กล่าวคือ ปัญหานี้ยังไม่มีอยู่ในขณะที่ประกาศใช้กฎหมาย DMCA 1998 จากนั้นได้มี “เครื่องมือหลายอย่าง...ที่ทำให้ผู้ปกครองสามารถนำไปใช้เพื่อรักษาศีลธรรมอันดีในครอบครัวต่อการใช้งานที่ไม่เหมาะสมในการใช้งานข้อมูลออนไลน์” อีกทั้งยังเห็นว่าเครื่องมือเหล่านี้จะเป็นสิ่งที่ช่วยให้ผู้ปกครองสามารถหลุดพ้นความรับผิดชอบในมาตรา 1201 ได้ โดยเชื่อว่าสภา Congress ได้มีมติให้ข้อยกเว้นดังกล่าวโดยมีการคาดคะเนว่า “เป็นไปได้ว่า ในอนาคตอุปกรณ์ที่ได้รับการยกเว้นนี้อาจถูกประกอบขึ้นกับอุปกรณ์อื่นใดอันส่งผลให้มีการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีได้” ซึ่งถ้าหากเป็นเช่นนั้นแล้วการกระทำที่มีไว้เพื่อการป้องกันการเข้าถึงข้อมูลที่ไม่เหมาะสมทางออนไลน์ของเยาวชน (เช่น อุปกรณ์ที่ได้รับการยกเว้นนี้ได้ถูกประกอบขึ้นกับอุปกรณ์อื่นใดและทำให้เกิดการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้) การกระทำเหล่านั้นก็จะเป็นความผิดตาม DMCA 1998 ทันทีอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

6. ข้อยกเว้นสำหรับข้อมูลส่วนบุคคล¹⁰¹

สำหรับข้อยกเว้นกรณีนี้อยู่ในมาตรา 1201(i) โดยได้สร้างหลักข้อยกเว้นในการเข้าถึงหรือถ่ายโอนข้อมูล ซึ่งมาตราดังกล่าวได้คำนึงถึงสิทธิในข้อมูลลับหรือข้อมูลส่วนตัวของผู้ใช้คอมพิวเตอร์ในฐานะข้อมูลดิจิทัล

¹⁰⁰ Nimmer op cit note 91 at 861.

¹⁰¹ Article 1201(i), DMCA 1998

ข้อยกเว้นในมาตรานี้ได้อนุญาตให้ผู้ให้บริการฝ่าฝืนมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี หรือมาตรการป้องกันข้อมูลในลักษณะใด ๆ ที่จัดให้มีขึ้นเพื่อรวบรวมและเผยแพร่ข้อมูลส่วนบุคคลในการกระทำกิจกรรมออนไลน์โดยมาตราดังกล่าวจะถูกนำมาปรับใช้ได้ต่อเมื่อ (1) ผู้ให้บริการไม่ได้รับการจัดแจ้งในการเผยแพร่ข้อมูลนั้นอย่างเหมาะสมและเพียงพอ (2) ผู้ให้บริการไม่สามารถเข้าถึงข้อมูล หรือถูกจำกัดในการเข้าถึงข้อมูลนั้น ๆ (3) การฝ่าฝืนมาตรการป้องกันข้อมูลนั้นไม่ได้เป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่บุคคลอื่นใดนอกจากผู้ให้บริการเข้าถึงข้อมูลนั้นได้โดยสะดวก อย่างไรก็ตามปัญหาสำหรับข้อยกเว้นในกรณีนี้ยังมีอยู่ว่าในขณะที่กฎหมายได้อนุญาตให้มีการฝ่าฝืนมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี แต่ก็มีได้กล่าวให้ชัดเกี่ยวกับการพัฒนาอุปกรณ์ใด ๆ ที่ใช้เพื่อการเข้าถึงข้อมูลนั้น ดังนั้นข้อยกเว้นใน DMCA 1998 จึงเป็นข้อยกเว้นหลักในมาตรา 1201 (a)(1) เพียงอย่างเดียว โดยมีข้อยกเว้นหลักการในมาตรา 1201 (a)(2) ด้วย จึงไม่ชัดเจนว่าผู้ให้บริการจะทำการฝ่าฝืนได้อย่างไรหากไม่ได้อนุญาตให้มีการผลิตหรือพัฒนาอุปกรณ์ใด ๆ ที่ใช้ในการเข้าถึงข้อมูล¹⁰²

7. ข้อยกเว้นสำหรับการทดสอบความปลอดภัย¹⁰³

ข้อยกเว้นกรณีนี้กำหนดไว้ในมาตรา 1201(j) ซึ่งเป็นการอนุญาตให้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ความคุ้มครองการเข้าถึงและการพัฒนาเครื่องมือทางเทคโนโลยีสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวจะต้องกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ในการทดสอบความปลอดภัยของกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลที่สำคัญ ไม่ว่าจะเป็น คอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้จะต้องได้รับความยินยอมของเจ้าของและไม่เป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์

มาตรา 1201 (j) ได้สร้างข้อยกเว้นเพิ่มขึ้นอีก 2 ประการในการเข้าถึงข้อมูล คือ (1) ให้มีการกระทำที่หลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี และ (2)

¹⁰²Marlize Conroy, **A Comparative Study of Technological Protection Measures In Copyright Law**, 150. อ้างถึงใน Band & Isshiki op cit note 137 at 222.

¹⁰³Article 1201(j), DMCA 1998

การพัฒนาเทคโนโลยีใด ๆ เพื่อการเข้าถึงนั้นตามมาตรา 1201 (j) นั้นจะต้องดำเนินไปเพื่อจุดประสงค์ในการทดสอบความปลอดภัยของระบบการทำงานคอมพิวเตอร์ หรือ เครือข่ายคอมพิวเตอร์เท่านั้น

สำหรับในการพิจารณาว่าการกระทำใด ๆ จะเข้าข่ายยกเว้นเหล่านี้หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากปัจจัย หรือวัตถุประสงค์ของกระทำ 2 ประการ ซึ่งประกอบด้วย (1) ข้อมูลที่ได้มาจากการทดสอบความปลอดภัยถูกใช้เพียงเพื่อสนับสนุนความปลอดภัยของคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์หรือไม่ และ (2) ข้อมูลที่ได้จากการทดสอบนี้ถูกใช้ หรือเก็บรักษาไว้โดยไม่ก่อให้เกิดความสะดวกในการละเมิดลิขสิทธิ์และเป็นการละเมิดความเป็นส่วนตัวหรือทำลายความปลอดภัยหรือไม่ ดังนั้นหากการกระทำดังกล่าวไม่ได้ได้รับความยินยอมจากเจ้าของประกอบกับไม่มีเหตุแห่งการกระทำตามวัตถุประสงค์ทั้ง 2 ประการข้างต้น ผู้ใดก็ตามไม่อาจกล่าวอ้างมาตราดังกล่าวเพื่อทำการเข้าถึงข้อมูลของบุคคลอื่นหรือเข้าไปในลักษณะที่ทำให้ระบบข้อมูลของผู้อื่นทำงานได้อย่างไม่มีประสิทธิภาพได้ ซึ่งในคดี *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*¹⁰⁴ ศาลได้ปฏิเสธข้ออ้างของจำเลยที่พยายามยกข้อต่อสู้ตามข้อยกเว้นนี้ โดยศาลได้กล่าวว่าการกระทำของจำเลยไม่มีหลักฐานใด ๆ อันเชื่อได้ว่าโปรแกรม DeCSS ได้กระทำการเพื่อทดสอบในด้านความปลอดภัย และยิ่งไปกว่านั้นการกระทำเช่นนั้นจำเลยยังกระทำลงไปโดยไม่ได้รับอนุญาตอีกด้วย

สำหรับกิจกรรมที่ได้รับการยกเว้นในกรณีของการกระทำที่เกี่ยวข้องกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการกระทำความผิดนั้น DMCA 1998 ได้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับการกระทำเกี่ยวกับเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ใช้สำหรับหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้สำหรับการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้ 5 กรณี คือ (1) การกระทำที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายงานสืบราชการลับ หรือกิจกรรมอื่นของรัฐบาล (2) การทำวิศวกรรมย้อนกลับ (3) การวิจัยการเข้ารหัสข้อมูล (4) การคุ้มครองผู้เยาว์ในการเข้าถึงเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมทางอินเทอร์เน็ต และ (5) การกระทำเพื่อทดสอบความปลอดภัย ส่วนการกระทำเกี่ยวกับเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ใช้

¹⁰⁴ 111 F. Supp. 2d 294. (S.D.N.Y. 2000).

สำหรับหลักเล็งมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้สำหรับการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ DMCA 1998 ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ 2 ประการ คือ (1) การกระทำที่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย งานสืบราชการลับ หรือกิจกรรมอื่นของรัฐบาล และ (2) การทำวิศวกรรมย้อนกลับ แต่ถึงกระนั้นก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่าข้อยกเว้นเหล่านี้ก็ยังเป็นข้อยกเว้นที่ไม่เปิดกว้างและไม่อาจเป็นประโยชน์ต่อการนำข้อยกเว้นของกฎหมายมาใช้ประโยชน์เท่าที่ควรโดยผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์อีกครั้งหนึ่งในหัวข้อผลกระทบต่อการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

3.2.1.4 มาตรการเยียวยาและบทลงโทษ

กฎหมาย DMCA 1998 ได้แบ่งแยกประเภทของมาตรการเยียวยาและบทลงโทษไว้เป็น 2 ประเภท คือ (1) มาตรการเยียวยาในทางแพ่งอยู่ในมาตรา 1203 และ (2) มาตรการทางอาญาซึ่งบัญญัติไว้ใน มาตรา 1204 ซึ่งผู้วิจัยจะแยกอธิบายดังต่อไปนี้

(ก) มาตรการเยียวยาทางแพ่ง¹⁰⁵

มาตรา 1203 ได้กำหนดวิธีการเยียวยาในทางแพ่งไว้ว่าผู้ใดได้รับความเสียหายจากการฝ่าฝืนมาตรา 1201 หรือ 1202 (ข้อมูลบริหารสิทธิ)¹⁰⁶ อาจนำคดีขึ้นสู่ศาลมลรัฐเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายในทางแพ่งได้ ข้อสังเกตประการหนึ่งคือ มาตรา 1203 ไม่ได้บัญญัติว่าผู้นั้นจะต้องได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรงในการเรียกร้องค่าเสียหาย แต่กฎหมายได้ใช้คำว่า “ผู้ได้รับความเสียหาย” จึงกล่าวได้ว่ามาตราดังกล่าวบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลในการวินิจฉัยกำหนดค่าเสียหายตามลำดับความร้ายแรงของความเสียหายที่เกิดขึ้น¹⁰⁷ ทั้งนี้อาจอ้างอิงจากความเสียหายที่กำหนดไว้สำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตอีกประการหนึ่ง

¹⁰⁵ Article 1203, DMCA 1998

¹⁰⁶ กฎหมาย DMCA 1998 มาตรา 1203-1204 ได้กำหนดมาตรการเยียวยาและบทลงโทษทางแพ่งและทางอาญาไว้สำหรับการกระทำความผิดต่อข้อมูลบริหารสิทธิตาม มาตรา 1202 ไว้ด้วยซึ่งผู้วิจัยไม่ได้นำมาอธิบายไว้

¹⁰⁷ Marlize Conroy, **A Comparative Study of Technological Protection Measures In Copyright Law**, 152.

ว่าการที่กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ได้รับความเสียหาย” นั้นจะมีความหมายถึง “เจ้าของลิขสิทธิ์” หรือ “ผู้สร้างสรรค์” เนื่องจากในความเป็นจริงแล้วเจ้าของลิขสิทธิ์อาจจะไม่ใช่ผู้สร้างสรรค์ เช่น ผู้ที่มีสิทธิในสิ่งบันทึกเสียงโดยผู้บันทึกเสียงไม่ได้สร้างสรรค์งานเหล่านั้นเลย หากมีการหลีกเลี่ยงมาตรการเหล่านี้เกิดขึ้นแล้วสิทธิของ “ผู้ได้รับความเสียหาย” จะหมายถึงบุคคลใด อย่างไรก็ตาม สำหรับข้อสังเกตนี้มีผู้ให้ความเห็นว่าหากกฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองในรูปแบบเดียวกันแก่ทุกคนโดยไม่ได้อำนาจว่าบุคคลที่ครอบครองงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้รับความคุ้มครองอยู่นั้นได้ครอบครองอย่างถูกต้องหรือไม่¹⁰⁸

นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่าหลักการว่าด้วยการเรียกร้องค่าเสียหายตามความในมาตรา 1201 นี้ยังให้หมายรวมถึงคำสั่งให้หยุดการกระทำอันเป็นการละเมิดนั้นอย่างชั่วคราวหรือถาวรด้วย คดีตัวอย่างที่ถูกใช้มาตรการดังกล่าว เช่น คดี *321 Studio V. Metro Goldwyn Studios, Inc.*,¹⁰⁹ ที่ศาลมีคำสั่งให้โจทก์ได้รับความคุ้มครองตามคำสั่งห้ามกระทำการชั่วคราว (injunction) ในกรณีที่มีการแจกจ่าย จำหน่าย Software ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ใช้ได้ถาวรหัสในการเข้าถึงเนื้อหาและคัดลอกรหัส CSS ที่ป้องกันการเข้าถึง DVD และคดี *Sony Computer Entm't America, Inc. v. Gamemaster*¹¹⁰ ซึ่งศาลได้มีคำสั่งชั่วคราวในการห้ามเจ้าของเว็บไซต์ขายเครื่องมือใด ๆ ที่สร้างขึ้นเพื่อลวงละเมิดระบบที่ใช้ป้องกันเกมส์ PlayStation

นอกจากนี้ในคดี *Universal City Studios, Inc v. Reminders*¹¹¹ และคดี *Universal City Studios, Inc v. Corley*¹¹² ที่ศาลได้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (Preliminary Injunction) ให้จำเลยยุติการนำโปรแกรม DeCSS มาลงในเว็บไซต์ นอกจากนี้ ศาลยังได้มีคำสั่งไม่ให้ผู้กระทำละเมิดดำเนินการที่ถือเป็นการละเมิดชั่วคราว (Injunction Relief) โดยห้ามบุคคล

¹⁰⁸ Adam L. Rucker, “Circumventing Authority : Loopholes in the Dmca’s Access Control, p.4.

¹⁰⁹ 307 F.Supp.2d 1085,70 U.S.P.Q.2d (BNA) 1028 (N.D. Cal.2004).

¹¹⁰ 87F. Supp. 2d (N.D. Cal.1999).

¹¹¹ 111F.Supp.2d 294, 318 (S.D.N.Y. 2000).

¹¹² 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001).

ได้นำโปรแกรม DeCSS ไว้ในเว็บไซต์ของตนเพื่อเป็นการเชื่อมโยงให้บุคคลอื่น ๆ มาดาวน์โหลดโปรแกรม DeCSS ดังกล่าว สำหรับคดีนี้มีความน่าสนใจที่การให้เหตุผลของศาลในการมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว กล่าวคือ ในคดีดังกล่าวศาลเห็นว่าการออกคำสั่งเพื่อบรรเทาความเสียหายของโจทก์ในคดีนี้มีความจำเป็นอย่างยิ่งเนื่องจากศาลเห็นว่าโปรแกรม DeCSS เป็นภัยต่อโจทก์ด้วยเหตุผลหลายประการด้วยกัน ประการแรก คือผลิตภัณฑ์ของโจทก์มีความเสี่ยงต่อการถูกลักลอบทำซ้ำโดยไม่ได้รับอนุญาต ดังนั้นโจทก์จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพัฒนาระบบคุ้มกัน DVD ของตนขึ้นใหม่ซึ่งทำให้เกิดค่าใช้จ่ายสูง ประการที่สอง คือแม้จะมีหลักฐานทางอ้อมว่า DeCSS เป็นเครื่องอำนวยความสะดวกให้สามารถทำซ้ำ DVD โดยไม่ได้รับอนุญาตขึ้นได้ก็ตามแต่ความเสี่ยงต่อการทำซ้ำโดยไม่ได้รับอนุญาตดังกล่าวนั้นเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจริง¹¹³

จากตัวอย่างคดีเหล่านี้ผู้วิจัยเห็นว่าการมีคำสั่งอย่างใด ๆ เพื่อคุ้มครองชั่วคราวนั้นย่อมมีประโยชน์อย่างมากเนื่องจากจะเป็นการป้องกันและยับยั้งการเผยแพร่เครื่องมือหรืออุปกรณ์ต่าง ๆ ที่อาจจะมีการส่งต่ออย่างแพร่หลายทางอินเทอร์เน็ต อย่างไรก็ตามการมีคำสั่งเหล่านี้อาจจะต้องพิจารณาด้วยว่าคำสั่งดังกล่าวควรกำหนดไว้เฉพาะแก่ผู้กระทำความผิดเท่านั้น เช่น ผู้ที่มีเจตนาหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อทางการค้า เป็นต้น กฎหมายไม่ควรกำหนดข้อห้ามไว้ในทุกกรณีเพราะอาจเป็นการสร้างภาระให้แก่ผู้บริโภคที่สมควร อีกทั้งยังอาจเป็นการกระทบต่อสิทธิโดยชอบธรรม (Fair use) ในการเข้าถึงหรือทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ อีกด้วย

นอกจากมาตรการที่เป็นคำสั่งคุ้มครองในการให้หยุดการกระทำอันเป็นการละเมิดนั้นอย่างชั่วคราวหรือถาวรแล้ว มาตรการเยียวยาในทางแพ่งยังให้รวมถึงการชดเชยค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินด้วยซึ่งค่าเสียหายดังกล่าวนี้แบ่งแยกค่าเสียหายในทางแพ่งออกเป็น 2 ประเภท โดยกำหนดให้คู่ความฝ่ายที่ฟ้องคดีเป็นฝ่ายเลือกว่าต้องการให้ผู้กระทำความผิดชดเชยค่าเสียหายประเภทใดระหว่าง (1) ค่าเสียหายตามที่เป็นจริง (Actual Damages) และกำไร

¹¹³Nor Sa'adah Abd Rahman, Remedies Concerning the Circumvention of Protection Measures (TPMs) : Comparative Study between United Kingdom, U.S.A and Malaysia., Proceedings of the 13 Asia Pacific Management Conference, Melbourne, Australia, 2007, 628.

ที่ผู้ละเมิดได้รับอันเนื่องมาจากการละเมิดโดยไม่คำนวณเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายตามที่ เป็นจริง และ (2) ค่าเสียหายตามกฎหมาย (Statutory Damages) ที่ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิได้รับ สำหรับการละเมิดในแต่ละครั้งซึ่งรวมจำนวนไม่น้อยกว่า 200 USD หรือไม่มากกว่า 2,500 USD สำหรับการละเมิดการหลีกเลียง อุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์ ส่วนประกอบ การเสนอขาย หรือ การให้บริการ ตามที่ศาลเห็นสมควร

นอกจากนี้ในกรณีของมาตรการเยียวยาทางแพ่งศาลอาจวินิจฉัยลด โทษหรือยกเว้นค่าเสียหายในกรณีที่ผู้กระทำการฝ่าฝืนได้พิสูจน์ว่ากระทำลงโดย รู้เท่าไม่ถึงการณ์ หรือ ขาดเหตุผลอันควรเชื่อ หรือไม่ได้ตระหนักว่ากระทำนั้นจะเป็นความผิด มี ผู้ให้ความเห็นเกี่ยวกับมาตรการทางแพ่งของ DMCA 1998 นี้ว่าการลดโทษหรือยกเว้นความผิด ดังกล่าวนี้คือข้อยกเว้นความผิดที่ถูกบัญญัติไว้เพื่อคุ้มครอง “ผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนโดย รู้เท่าไม่ถึงการณ์” โดยผู้นั้นจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าตนกระทำลงไปโดยไม่ทราบว่าเป็นการฝ่าฝืน มาตรการป้องกัน¹¹⁴ อย่างไรก็ตามความตามมาตรานี้ไม่ได้หมายความว่า การกระทำนั้นไม่ได้เป็น การฝ่าฝืนมาตรการป้องกัน กล่าวคือการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนนั้นยังมีและเป็นความผิดอยู่ เพียงแต่ศาลได้ยกเว้นความผิดในการลดค่าชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้นั้น

ดังนั้น อาจสรุปได้ว่าความตั้งใจ (โดยเจตนา) ในการกระทำจึงไม่ได้ถูก บัญญัติไว้โดยชัดเจนในเรื่องค่าเสียหายในทางแพ่งทำให้ผู้ฝ่าฝืนอาจอ้างข้อยกเว้นความรับผิด เหล่านี้ได้เพื่อให้ได้รับโทษน้อยลงได้ และในทางกลับกันผู้กระทำที่มีเจตนากระทำความผิดใน การฝ่าฝืน (หรือ เกิดจากความประมาทก็ตาม) จะต้องตกอยู่ภายใต้ข้อรับผิดในทางแพ่งอีก เช่นกัน จึงเท่ากับว่าความรับผิดในส่วนของมาตรการทางแพ่งนี้ไม่ว่าจะกระทำโดยมีเจตนา หรือไม่ผู้กระทำต้องได้รับโทษในส่วนแพ่งอยู่นั่นเองเพียงแต่หากเป็นการกระทำความผิดที่ “รู้เท่าไม่ถึงการณ์” ก็อาจได้รับโทษน้อยลงตามดุลยพินิจในการพิจารณาของศาล ผู้วิจัยเห็นว่า องค์ประกอบดังกล่าวคงไม่ต่างอะไรก็กับการกระทำความผิดโดยผู้กระทำความผิดนั้น “รู้” หรือ

¹¹⁴Chris Pennisi, “Anti-Circumvention Law May Circumvent Fairness” *Computer and Internet Lawyer* 19 (2002) : 5-6.

“มีเหตุอันควรรู้” ดังเช่นกฎหมายภาคพื้นยุโรป แม้ว่า DMCA 1998 จะไม่ได้กำหนดองค์ประกอบในกรณีของการรู้ไว้ก็ตาม

อย่างไรก็ดี มาตรการเยียวยาส่วนแพ่งนี้ทำให้สิทธิสำหรับห้องสมุดหรือหอสมุดที่ไม่ได้มีจุดประสงค์ทางการค้า รวมถึงสถาบันการศึกษาต่าง ๆ โดยองค์กรเหล่านี้จะได้รับการยกเว้นค่าเสียหายอย่างสิ้นเชิงในกรณีที่ศาลพิจารณาว่าองค์กรดังกล่าว “ขาดเหตุผลอันควรเชื่อ หรือ ไม่ได้ตระหนักว่ากระทำนั้นจะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้หนึ่งผู้ใด”¹¹⁵

(ข) มาตรการทางอาญาและบทกำหนดโทษ

DMCA 1998 ได้กำหนดมาตรการทางอาญาและบทกำหนดโทษไว้ในมาตรา 1204 ซึ่งเป็นบทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีและรวมไปถึงความผิดต่อการกระทำโดยมิชอบต่อข้อมูลบริหารสิทธิ์ตามมาตรา 1202 ด้วย อย่างไรก็ตามก่อนมีการประกาศใช้ DMCA 1998 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติกฎหมายที่ให้โทษในทางอาญาแก่ผู้ละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น กฎหมายฉบับดังกล่าว คือ Copyright Act 1967 และ No Electronic Theft Act of 1997 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดความรับผิดชอบไว้ว่าหากมีการกระทำผิดใด ๆ ที่เกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์อันเกี่ยวเนื่องกับการกระทำผ่านคอมพิวเตอร์แล้วการนำออกเผยแพร่ของผลงานนั้นจะถือว่าเป็นการละเมิดผ่านอุปกรณ์ไร้สาย (wire fraud) หรือ การขโมยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (electronic theft) ตามความในกฎหมาย Wire Fraud Act (กฎหมายว่าด้วยการกระทำละเมิดผ่านอุปกรณ์ไร้สาย) ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าโทษในทางอาญาอันเกี่ยวกับความผิดในการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นไม่ใช่เป็นบทบัญญัติใหม่ในระบบกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

อย่างไรก็ตาม มาตรา 1204 ของ DMCA 1998 ได้กำหนดบทลงโทษในทางอาญาสำหรับความผิดในการฝ่าฝืนมาตรการทางเทคโนโลยี (รวมถึงเรื่องข้อมูลบริหารสิทธิ์ตามมาตรา 1202 ด้วย) แก่ผู้กระทำการฝ่าฝืนงานอันมีลิขสิทธิ์โดยเจตนาเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ในทางการค้า หรือ เพื่อแสวงหาผลประโยชน์ส่วนบุคคล ซึ่งผู้นั้นอาจต้อง

¹¹⁵ Article 1203(c)(5)(B), DMCA 1998

ถูกระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือโทษปรับในอัตราถึง 500,000 USD สำหรับการกระทำ ความผิดครั้งแรก และหากมีการกระทำความผิดซ้ำอีก ผู้กระทำความผิดก็อาจต้องถูกระวางโทษ จำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับในอัตราสูงถึง 1,000,000 Million USD อย่างไรก็ตาม ในส่วนของ มาตรการทางอาญานั้นได้กำหนดข้อยกเว้นไว้สำหรับห้องสมุดหรือหอสมุดที่ไม่ได้มีจุดประสงค์ ทางการค้า รวมถึงสถาบันการศึกษาต่าง ๆ ก็ได้รับการยกเว้นโทษในทางอาญาด้วย¹¹⁶

องค์ประกอบที่สำคัญสำหรับความรับผิดในทางอาญาตามมาตรา 1204 นี้กฎหมายได้กำหนดบทบัญญัติให้นำโทษในทางอาญานี้มาใช้แก่ผู้ที่กระทำความผิด “โดยเจตนาเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ในทางการค้า หรือผลประโยชน์ส่วนบุคคล” เท่านั้น กล่าวคือ การลงโทษในทางอาญานั้นจะมุ่งเน้นเจตนาในการกระทำซึ่งเป็นสิ่งที่จำเป็นในการ พิจารณาองค์ประกอบของความผิด ซึ่งหากผู้กระทำมิได้มีเจตนาในการกระทำแล้ว ย่อมหลุดพ้น จากความผิดทันที

องค์ประกอบของ “การกระทำโดยเจตนา” นั้นมีความเกี่ยวข้องกับการ ฝ่าฝืนมาตรา 1201 โดยตรงซึ่งไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือไม่ เนื่องจากมาตรา 1204 ไม่ได้กำหนดให้ต้องพิจารณาไปถึงมูลเหตุจูงใจในการกระทำ ความผิด ดังนั้น มาตรา 1201(a)(2) และ 1201(b) สามารถละเมิดได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้กระทำ ความผิดนั้นมีแรงจูงใจอะไรในการที่บุคคลนั้นได้ใช้อุปกรณ์ใด ๆ ในการฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าว เพราะทันทีที่เขาผู้นั้นได้ใช้อุปกรณ์หรือชุดรหัสข้อมูลในการล่วงละเมิดมาตรการป้องกันเพื่อ แสวงหาผลประโยชน์ในทางการค้า หรือผลประโยชน์ส่วนบุคคล บุคคลผู้นั้นย่อมได้ชื่อว่าได้ กระทำการโดยเจตนาและเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวแล้วทั้ง ๆ ที่บุคคลเหล่านั้นอาจ ไม่ได้มีเจตนาในการล่วงละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์เลยก็ตาม¹¹⁷

จะเห็นได้ว่าการกำหนดอัตราโทษในการกระทำความผิดในการใช้ อุปกรณ์หรือชุดรหัสใด ๆ ในการฝ่าฝืนมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นอาจเปรียบเสมือน

¹¹⁶ Article 1203(b), DMCA 1998

¹¹⁷ Marlice Conroy, **A Comparative Study of Technological Protection Measures In**

หนึ่งว่ากฎหมายได้บัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอย่างเด็ดขาดในทางอาญา (strict criminal liability) เนื่องจากกฎหมายได้จัดลำดับชั้นความผิดพร้อมทั้งโทษที่ปรับใช้โดยคำนึงถึงเจตนาในการกระทำเป็นหลักซึ่ง “มิได้พิจารณาถึงแรงจูงใจในการกระทำความผิดแต่อย่างใด”¹¹⁸

ในคดี *Department of Justice, Indictment US v. Elcom and Dmitry Sklyarov* จำเลยได้ถูกดำเนินคดีอาญาด้วยข้อหาฝ่าฝืนมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี ข้อสังเกตของคดีนี้คือการที่คดีดังกล่าวได้ถูกยกฟ้องก็เนื่องจากองค์ประกอบความผิดที่เป็นข้อสำคัญในคดีอาญาที่เคร่งครัดว่าจำเลย “การกระทำโดยเจตนา” หรือไม่ และการที่คณะลูกขุนเชื่อว่า บริษัท ElcomSoft Ltd. กระทำความผิดโดยไม่เจตนาเพราะไม่รู้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวฝ่าฝืนต่อ DMCA 1998 ของประเทศสหรัฐอเมริกาเพราะกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศรัสเซียไม่มีบทบัญญัติเรื่องข้อห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีไว้ ผู้วิจัยเห็นว่าหากการกำหนดมาตรการทางอาญาได้มีการพิจารณาแรงจูงใจในการกระทำความผิดต่อการต่อกรหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีแล้วอาจทำให้ผลของคดีนี้พลิกกลับมาเอาผิดกับจำเลยก็ได้ เนื่องจากผู้วิจัยเห็นว่า นาย Dmitry Sklyarov ซึ่งเป็นจำเลยในคดีนี้น่าจะมีแรงจูงใจในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพราะมิฉะนั้นแล้ว นาย Dmitry Sklyarov คงไม่คิดและตกลงใจและกระทำการพัฒนาโปรแกรม “The Advanced eBook Processor” อย่างแน่นอนแต่อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยอยากตั้งข้อสังเกตไว้อีกประการหนึ่งว่าหากการกำหนดมาตรการทางอาญาตามมาตรา 1204 นี้ได้กำหนดให้คำนึงถึงแรงจูงใจในการกระทำความผิดไว้ด้วยแล้วก็อาจจะส่งผลให้ผู้กระทำความผิดที่รู้เท่าไม่ถึงการณ์ที่นอกจากจะได้รับโทษของมาตรการทางแพ่งแล้วก็ส่งผลให้ได้รับมาตรการทางอาญาพร้อมกันไปอีกด้วย

3.2.1.5 บทวิเคราะห์เกี่ยวกับการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

จากการศึกษาหลักการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่ปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์ตามเงื่อนไขของ DMCA 1998 แล้ว จะเห็นได้ว่าแม้กฎหมายจะกำหนดให้ผู้ใช้สามารถนำหลัก Saving clause มาใช้เป็นข้อต่อสู้ต่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้

¹¹⁸ Chris Pennisi “Anti-Circumvention Law May Circumvent Fairness”, : 6-7.

กล่าวคือ ตามมาตรา 1201(c)(1) ได้ระบุไว้ว่า “บทบัญญัติในมาตรานี้ ไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิ การเยียวยา ข้อจำกัด หรือ ข้อต่อสู้ เกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ รวมตลอดถึง การใช้โดยชอบธรรม ภายใต้บรรพนี้” ประกอบกับจะเห็นได้ว่าการหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีการควบคุมการทำซ้ำก็ไม่ได้ถูกห้ามไว้ในมาตรา 1201 ด้วย หากพิจารณาอย่างผิวเผินแล้วอาจเห็นได้ว่า ผู้ใช้อาจจะอ้างเพียงเรื่องความรับผิดชอบในการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์เท่านั้น หรือ มิฉะนั้นก็อาจมองได้ว่าการหลีกเลี่ยงต่อมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นจะอิงอยู่กับการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ หรืออาจกล่าวอีกทางหนึ่งได้ว่าการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ย่อมใช้ข้อต่อสู้อย่างเดียวกันกับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั่นเอง

อย่างไรก็ตามหากพิจารณากฎหมาย DMCA 1998 มาตรา 1201 อย่างละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่าในทางทฤษฎีนั้นการใช้โดยชอบธรรม (fair use) เป็นเพียงข้อต่อสู้เดียวที่จะสามารถยกขึ้นอ้างในเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์ได้เท่านั้น แต่ไม่อาจนำมาใช้เป็นข้ออ้างสำหรับการกระทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้เนื่องจากการฝ่าฝืนกฎหมายภายใต้มาตรา 1201 นั้นย่อมเป็นการกระทำความผิดที่เป็นอิสระแยกออกจากการละเมิดลิขสิทธิ์จึงเห็นได้อย่างชัดเจนว่า การนำข้อต่อสู้ในเรื่องการใช้โดยชอบธรรม (fair use) ไม่อาจนำมาเป็นข้ออ้างต่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงหรือความรับผิดชอบที่เกี่ยวกับการผลิตหรือเผยแพร่อุปกรณ์หรือเครื่องมือในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีอย่างใด ๆ ได้เลย เนื่องจากหลักการการใช้โดยชอบธรรม (fair use) เป็นแต่เพียงการจำกัดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 107 โดยเป็นข้อต่อสู้ว่าตนไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น และนอกจากนี้มาตรา 107 นั้นไม่ได้ให้สิทธิที่จะควบคุมการเข้าถึงงานของเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการใช้โดยชอบธรรมจะไม่สามารถยกเป็นข้อต่อสู้ต่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้กรณีที่ผู้ใช้เข้าถึงงานเพื่อการใช้โดยชอบธรรม

โดยหลักการแล้วการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอเมริกานั้นจะถูบบัญญัติไว้ในมาตรา 107 โดยมาตรการดังกล่าวนี้ได้พุดถึงหลักการทั่วไปที่ศาลสามารถพิจารณาให้การกระทำใด ๆ ตามที่บัญญัติไว้ไม่เป็นการลงละเมิด

งานอันมีลิขสิทธิ์ โดยทั้งนี้จะต้องพิจารณาเป็นรายคดีไป มาตราดังกล่าวจึงไม่ได้บอกอย่าง โดยเฉพาะเจาะจงว่าการกระทำใดบ้างถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายแต่ในทางตรงกันข้ามมาตราดังกล่าวได้บัญญัติถึงข้อเท็จจริง 4 ประการที่ศาลสามารถนำมาประกอบการพิจารณาวาการกระทำนั้นเป็นการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบหรือไม่ กล่าวคือ (1) จุดประสงค์และการใช้ว่าการใช้นั้นใช้ไปเพื่อจุดประสงค์ในทางการค้า หรือเป็นไปเพื่อจุดประสงค์ในทางการศึกษาโดยไม่แสวงหาผลประโยชน์ (2) ลักษณะในเนื้อหาของงานอันมีลิขสิทธิ์ (3) จำนวนและปริมาณของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำไปใช้ และ (4) ผลกระทบต่อตลาดและมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งองค์ประกอบทั้ง 4 ประการนี้จะนำไปใช้สำหรับการต่อสู้ของจำเลยว่าตนไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้นแต่ไม่ใช่ข้อต่อสู้ว่าตนไม่ได้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

ซึ่งในขณะที่เกี่ยวกับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อเข้าเงื่อนไขที่เป็นข้อยกเว้นของการกระทำ ความผิด 7 ประการซึ่งข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นของการกระทำ ความผิดต่าง ๆ เหล่านี้ ผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตว่า ข้อยกเว้นของการค้นคว้าวิจัยในการสร้างรหัสเข้าข้อมูลที่ดี หรือการหลีกเลี่ยงมาตรการเพื่อป้องกันเยาวชนก็ดี การหลีกเลี่ยงเพื่อเข้าถึงข้อมูลส่วนตัวหรือข้อมูลลับของบุคคล หรือแม้แต่การทดสอบในด้านความปลอดภัยก็ดี หากพิจารณาข้อยกเว้นเหล่านี้โดยละเอียดแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นอย่างใด ๆ ที่เกี่ยวข้องหรือครอบคลุมถึงการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีในลักษณะเพื่อการใช้งานโดยชอบธรรม (Fair use) เลยและในทางปฏิบัติจริงนั้นข้อยกเว้นของการกระทำเหล่านี้ก็ไม่ได้ทำให้ผู้ใช้มีสิทธิที่จะเข้าถึงและใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีมาตรการทางเทคโนโลยีคุ้มครองอยู่ได้เลย ยกตัวอย่างเช่น หากผู้ใช้มีงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีมาตรการทางเทคโนโลยีป้องกันการเข้าถึงอยู่ ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่ามาตรการดังกล่าวได้รับความคุ้มครองโดยชอบด้วยกฎหมายตาม DMCA 1998 ประเด็นที่น่าพิจารณาคือ หากผู้ใช้งานนั้นต้องการเข้าถึงงานดังกล่าวผู้ใช้งานผู้นั้นก็ต้องหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อให้เข้าข้อยกเว้น 1 ใน 7 ประการ ของ DMCA 1998 เท่านั้นจึงจะไม่มี ความผิด

ในทางกลับกันหากผู้ใช้งานดังกล่าวต้องการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อกระทำการอย่างอื่นที่ไม่เข้าข่ายเว้นทั้ง 7 ประการของ DMCA 1998 บุคคลดังกล่าวจะมีความผิดฐานหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีทันที และหากจะนำข้อยกเว้นของ DMCA 1998 ในเรื่อง Saving clause ตามมาตรา 1201(c)(1) มาใช้ผู้วิจัยเห็นว่าก็ไม่สามารถอ้างนำมาอ้างเพื่อให้ตนเองพ้นจากความรับผิดได้เนื่องจากการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวไม่ใช่การกระทำอันมีลิขสิทธิ์อันจะอ้างข้อยกเว้นเรื่อง Saving Clause ได้ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการใช้โดยชอบธรรมตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 1201(c)(1) นั้นจะแยกเป็นคนละกรณีกับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีจึงเท่ากับว่าผู้ใช้อ้อมมีความผิดฐานหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงโดยไม่ได้รับอนุญาตโดยไม่สามารถอ้างหลักการ fair use มาต่อสู้ได้และยังไม่ต้องพิจารณาว่าการกระทำของเขานั้นจะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ซึ่งหากผู้ใช้นั้นกระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ก็ต้องรับโทษในฐานะละเมิดลิขสิทธิ์เพิ่มอีกกรณีหนึ่งด้วย

อย่างไรก็ตามแม้ DMCA 1998 จะกำหนดข้อยกเว้นให้แก่ห้องสมุดหรือสถาบันการศึกษา หรือองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรและอนุญาตให้หลีกเลี่ยงมาตรการเพื่อทำวิศวกรรมย้อนกลับได้ แต่ก็เห็นได้ว่าข้อยกเว้นดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นที่แคบมากโดยเฉพาะการอนุญาตให้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อวิจัยการเข้ารหัส (Encryption) เนื่องจากกฎหมายให้กระทำได้แต่เฉพาะเพื่อให้สามารถเรียนรู้อุปกรณ์ประกอบบางอย่างในซอฟต์แวร์นั้นได้หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการผลิตโปรแกรมคอมพิวเตอร์อีกอันหนึ่งให้สามารถทำงานร่วมกับซอฟต์แวร์อีกอันหนึ่งได้เท่านั้น และหากได้กระทำเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกจากที่กล่าวมาแล้วย่อมเป็นการกระทำที่เป็นความผิด ผู้วิจัยจึงเห็นว่าข้อยกเว้นของกฎหมายเหล่านี้ไม่ถือเป็นข้อยกเว้นของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อการใช้งานโดยชอบธรรมโดยแท้จริง เพราะนอกจากข้อยกเว้นดังกล่าวจะทำให้ส่งผลกระทบต่อการพัฒนา Software แล้วยังอาจส่งผลกระทบต่อการแสดงความคิดเห็นในการเปิดเผยผลงานวิจัยทางวิทยาศาสตร์ด้วย ตัวอย่างของคดีที่เห็นได้ชัดเจนนคือ คดี *Department of Justice, Indictment US v Elcom and Dmitry*

Sklyarov¹¹⁹ ที่ทำให้นักวิทยาศาสตร์หันมาวิตกกังวลถึงการเปิดเผยผลงานและเกิดการคว่ำบาตรการเข้าร่วมประชุม

ผู้วิจัยเห็นว่าการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์โดยมิชอบตาม DMCA 1998 กับการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นมีความหมายแตกต่างกัน กล่าวคือ fair use จะนำไปปรับใช้ แต่ในกรณีของการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ตราบเท่าที่ไม่ขัดกับสิทธิของเจ้าของงานแต่การเข้าถึงงานไม่ถือว่าเป็นการใช้งาน แต่สิทธิในการเข้าถึงงาน (Right to Access) จะต้องเป็นเงื่อนไขที่กระทำได้ก่อนเสมอ ซึ่งหากพิจารณา DMCA 1998 จะเห็นได้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการเข้าถึงโดยหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้น ไม่ได้กล่าวถึงอย่างชัดเจนต่อสิทธิต่าง ๆ ของผู้ใช้ในกรณีที่มีการเข้าถึงในลักษณะของ fair use ดังนั้นจึงอาจเป็นไปได้ว่าการเข้าถึงงานที่มีมาตรการทางเทคโนโลยีติดตั้งในแต่ละครั้งจะต้องขออนุญาตเจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อเข้าถึงในทุกครั้ง หรือตัวอย่างที่จะให้เห็นภาพได้ชัดเจนขึ้นคือ ถ้านักข่าวคนหนึ่งต้องการ จะเขียนแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการแสดงละคร ก็ต้องซื้อบัตรเข้าชมในโรงละครเพื่อที่จะได้ชมละครนั้น หรือนักวิทยาศาสตร์จะต้องซื้อหนังสือที่เขาต้องการใช้เพื่องานวิจัยของเขา เป็นต้น¹²⁰

นอกจากนี้แม้ว่างานสร้างสรรค์ที่ไม่มีเทคโนโลยีควบคุมการเข้าถึงคุ้มครองอยู่ หรืองานที่ผู้ใช้ได้เข้าถึงงานแล้วกฎหมายอนุญาตให้มีการหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำได้ก็จริง แต่ในความเป็นจริงแล้วผู้วิจัยเห็นว่าผู้ใช้อาจจะไม่มีเครื่องมือที่จะหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีที่ใช้กับงานได้เว้นแต่ผู้นั้นจะเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญที่มากพอที่จะสามารถผลิตเครื่องมือดังกล่าวได้เอง อีกทั้งการผลิต การจำหน่าย การนำเข้า หรือการเสนอขายเทคโนโลยีเพื่อทำการหลีกเลี่ยงมาตรการดังกล่าวเป็นสิ่งที่ต้องห้าม และยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายได้บอกไว้อย่างชัดเจนว่าการกระทำความผิดในส่วนนี้จะไม่เพิ่มเติมหรือทำให้ลดน้อยลงซึ่งความรับผิดชอบจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตัวแทนหรือการมีส่วนร่วมในการละเมิดลิขสิทธิ์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยี ผลิตภัณฑ์ บริการ เครื่องมือ ส่วนประกอบ หรือชิ้นส่วนใด นั้นหมายความว่า

¹¹⁹ Criminal No.5-01-257P (ND Cal Filed 2001).

¹²⁰ Wencke Basler, "Technological Protection Measures in the United States, the European Union and Germany : How Much Fair Use Do We Need in the "Digital World"?. : 8.

ว่าหากผู้ใดก็ตามที่กระทำความผิดในเรื่องอุปกรณ์หรือเครื่องมือก็จะเป็นความผิดในทุกกรณีโดยที่ไม่สามารถนำหลักการใช้สิทธิโดยชอบธรรม (fair use) มาเป็นต่อสู้ได้เลย ดังนั้นจึงอาจมีข้อโต้แย้งได้ว่าเทคโนโลยีการหลีกเลี่ยงที่นอกจากจะสามารถทำให้เกิดให้มีการทำซ้ำโดยมิชอบแล้วแต่ในขณะเดียวกันเครื่องมือดังกล่าวก็อาจถูกผลิตขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์การใช้โดยชอบธรรมก็ได้และอาจไม่ได้เป็นเทคโนโลยีที่ถูกออกแบบมาโดยหลักเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี หรือไม่มีวัตถุประสงค์สำคัญในเชิงพาณิชย์ หรือการใช้อื่นนอกจากเพื่อการหลีกเลี่ยงมาตรการการคุ้มครองทางเทคโนโลยี ตามความรับผิดที่ DMCA 1998 กำหนดไว้ และเมื่อเป็นเช่นนั้นถ้าเทคโนโลยีเหล่านี้ไม่ได้ถูกพัฒนาขึ้นเพื่อที่จะแยกแยะการใช้ ระหว่างการหลีกเลี่ยงโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น ทำเพื่อวัตถุประสงค์การใช้โดยชอบธรรมหรือ สำหรับงานสาธารณะ ออกจากการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว DMCA 1998 จะเป็นกฎหมายที่สร้างอุปสรรคโดยทำให้ผู้ใช้ไม่สามารถใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่จำเป็นในการใช้สิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายของตนได้เลย ซึ่งปัญหาดังกล่าวผู้วิจัยเห็นว่าเป็นปัญหาที่สำคัญอย่างมากในเรื่องการใช้โดยชอบธรรม

3.2.1.6 สรุป

จะเห็นได้ว่าการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้ DMCA 1998 แบ่งแยกข้อห้ามใน 3 ลักษณะ คือ (1) ห้ามหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง (Access Control) งานอันมีลิขสิทธิ์ (DMCA Article 1201(a)(1)(A)) (2) ห้ามผลิตหรือจำหน่ายอุปกรณ์หรือเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของงานนำมาควบคุมการเข้าถึง (Access Control) (DMCA Article 1201(a)(2)) และ (3) ห้ามผลิตหรือจำหน่ายอุปกรณ์หรือเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการทำซ้ำ (Copy Control) งานอันมีลิขสิทธิ์ (DMCA Article 1201(b)(1)) ข้อห้ามเหล่านี้ทำให้ผู้ใช้งานสามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำได้ หากเจ้าของลิขสิทธิ์ติดตั้งมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำไว้ แต่อย่างไรก็ตาม การหลีกเลี่ยงดังกล่าวยังอาจเป็นอุปสรรคได้เนื่องจากการหาซื้ออุปกรณ์ยังเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

ถึงแม้ว่ากฎหมายจะให้นำหลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (fair use) มาเป็นข้อต่อสู้การกระทำเหล่านี้ได้แต่ข้อต่อสู้เหล่านี้หากพิจารณาให้ดีแล้วจะเห็นว่าจะเป็นความรับผิดชอบที่แยกออกจากกัน อีกทั้งความผิดในเรื่องของเครื่องมือหรืออุปกรณ์ก็จะ เป็นความผิดในทุกกรณีโดยไม่สามารถอ้างหลักการใช้งานโดยชอบธรรม (fair use) ได้ ซึ่งในทางตรงกันข้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่จะได้รับการยกเว้นให้กระทำได้ จะต้องเป็นไปตามข้อยกเว้นทั้ง 7 ประการเท่านั้น อีกทั้งข้อยกเว้นของกฎหมายทั้ง 7 ประการ เหล่านี้ผู้วิจัยเห็นว่าส่วนใหญ่แล้วเป็นข้อจำกัดสำหรับพฤติกรรมการใช้คอมพิวเตอร์มากกว่าเป็น ข้อจำกัดการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อป้องกันการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ เช่น ข้อยกเว้นเพื่อป้องกันการเข้าถึงของเยาวชน (มาตรา 1201 (h)) ข้อยกเว้นเพื่อการเข้าถึงข้อมูล ส่วนตัวหรือข้อมูลลับของบุคคล (มาตรา 1201 (i)) หรือข้อยกเว้นเพื่อการทดสอบในด้านความ ปลอดภัย (ของระบบ) (มาตรา 1201 (j)) เป็นต้น จึงอาจมองได้ว่าข้อยกเว้นของ DMCA 1998 ไม่ได้ถูกบัญญัติออกมาเพื่อการใช้งานโดยชอบธรรมอย่างแท้จริง

ในความเป็นจริงแล้ว DMCA 1998 ได้ถูกบัญญัติออกมาเพื่อการ ป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์แต่จากการศึกษาคดีตัวอย่างต่าง ๆ กลับทำให้กฎหมายฉบับนี้ ถูกนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่มีใช้เป็นการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างแท้จริง แต่กลับนำเอา DMCA 1998 มาใช้เพื่อจุดประสงค์ในการรักษาผลประโยชน์ในทางการค้าโดยเอาเรื่องการ เข้าถึงงานลิขสิทธิ์ (Access Control) มาเป็นเครื่องมือในการฟ้องคดีเท่านั้น ตัวอย่างที่เห็นได้ อย่างเด่นชัดคือคดี *Lexmark Int'l v. Static Control Components, Inc.*¹²¹ ที่ศาลได้วางหลักไว้ว่า โปรแกรมที่ใช้ในการโหลดหมึกของโจทก์ไม่มีคุณสมบัติในการได้รับความคุ้มครองเป็นงานอันมี ลิขสิทธิ์ และองค์ประกอบของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งถูกกำหนดโดยทางปฏิบัติจะไม่ได้รับ ความคุ้มครองในฐานะงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือคดี *The Chamberlain Group v. Skylink Technologies, Inc.*¹²² ที่ศาลยกฟ้องโจทก์โดยให้เหตุผลว่ามาตรการทางเทคโนโลยีของโจทก์ที่ นำมาป้องกันรหัส rolling code ที่ทำให้สามารถผู้ใช้รีโมทคอนโทรลทำการเปิดประตูนั้นไม่ใช่

¹²¹ 253F.Supp.2d 943 (E.D. Ky. 2003), rev'd 378 F.3d 522 (6th Cir.2004).

¹²² 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004).

มาตรการทางเทคโนโลยีที่โจทก์นำมาใช้ป้องกันการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์แต่อย่างใด และการที่ทำให้เปิดประตูได้ไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์ที่จะถูกละเมิดได้ คดีเหล่านี้อาจทำให้เห็นได้ว่า DMCA 1998 ไม่ได้ถูกบัญญัติมาเพื่อป้องกันการละเมิดอย่างมีประสิทธิภาพแต่ในทางตรงกันข้ามกลับจะยิ่งทำให้เป็นการรุกรอนสิทธิของสาธารณชนมากขึ้นอีกด้วย

3.2.2 การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายประเทศสหราชอาณาจักร

กฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศสหราชอาณาจักร-อังกฤษได้กำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับ ลิขสิทธิ์และสิทธิที่เกี่ยวข้องเมื่อปี 2003 (The Copyright and Related Rights Regulations 2003 หรือ SI 2003/2498) โดยได้อนุญาตการให้เป็นไปตาม EU Directive 2001/29/EC และ สนธิสัญญาอินเทอร์เน็ตขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Internet Treaties 1998)

ในระหว่างการร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี นั้น EU Directive 2001/29/EC ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกของกลุ่มสหภาพยุโรปอนุวัติ หลักการต่าง ๆ เป็นกฎหมายภายในของตน ภายในวันที่ 22 ธันวาคม ค.ศ. 2002 แต่เนื่องจาก ได้มีข้อวิจารณ์อย่างมากมายต่อการอนุวัติการนี้ จึงส่งผลให้ประเทศอังกฤษไม่สามารถอนุวัติ การได้ทันในกรอบเวลาที่กำหนด อย่างไรก็ตามสำนักสิทธิบัตรของประเทศอังกฤษได้ออก หนังสือหรือว่าด้วยการอนุวัติการตาม EU Directive 2001/29/EC เมื่อวันที่ 2 สิงหาคม ค.ศ. 2002 โดยหนังสือหรือนี้ได้กล่าวโดยสรุปถึงผลกระทบของ EU Directive 2001/29/EC ที่ส่งผล ให้ประเทศอังกฤษต้องปรับใช้กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิ่งออกแบบ และสิทธิบัตรใน ค.ศ. 1988 The Copyright, Designs, and Patent Act, or the UK Act) ซึ่งได้เปิดรับฟังความคิดเห็นจาก สาธารณชนเมื่อวันที่ 31 ตุลาคม ค.ศ. 2002 และความเห็นของสาธารณชนดังกล่าวได้ถูกส่ง มายังสำนักสิทธิบัตรของประเทศอังกฤษเป็นจำนวนมาก จึงทำให้การออกกฎหมายดังกล่าวได้

เลื่อนการประกาศใช้จากวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2003¹²³ เป็นวันที่ 18 มิถุนายน ค.ศ. 2003 และ จึงทำให้บทบัญญัติดังกล่าวมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 31 ตุลาคม ค.ศ. 2003¹²⁴

ก่อนการอนุวัติการ EU Directive 2001/29/EC ประเทศอังกฤษได้มี บทบัญญัติการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์เช่นกันแต่เป็นเพียงการ คุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการทำซ้ำ (copy Control) งานอันมีลิขสิทธิ์ใน รูปแบบงานอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น และขยายความคุ้มครองไปถึงการผลิตหรือจำหน่ายเครื่องมือ เฉพาะที่ใช้สำหรับการเข้าถึง (Access Control) งานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้น การหลีกเลี่ยงมาตรการ ทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงและการผลิตหรือจำหน่ายเครื่องมือที่ใช้หลีกเลี่ยงมาตรการ ทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำเป็นกิจกรรมที่กระทำได้ตามกฎหมายเดิมก่อนมีการแก้ไข ใดๆก็ตามเมื่อมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายใหม่ตามการอนุวัติการ EU Directive 2001/29/EC กลับทำให้มีการคุ้มครองที่เข้มงวดกว่าเดิมซึ่งหมายถึงการหลีกเลี่ยงมาตรการทาง เทคโนโลยีทุกประเภทรวมถึงการกระทำที่เกี่ยวข้องกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์เป็นการต้องห้ามใน ทุกกรณี

3.2.2.1 ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง

เมื่อ Article 6(1)¹²⁵ แห่ง EU Directive 2001/29/EC ได้วางหลักการ สำคัญเกี่ยวกับการกำหนดให้มีมาตรการคุ้มครองในทางกฎหมายที่ “เพียงพอ” และ “มีประสิทธิภาพ” ต่อการฝ่าฝืนมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ปกป้องในการเข้าถึงข้อมูล และ จะต้องจัดให้มีความคุ้มครองในทางกฎหมายแบบเดียวกันต่อมาตรการที่ใช้ป้องกันการทำซ้ำ

¹²³ UK delays implementation of the EC Copyright Directive, M2 PRESSWIRE, Dec. 11, 2002.

¹²⁴ Aashit Shah, **UK'S Implementation of The Anti-Circumvention Provisions of The EU Copyright Directive : An Analysis**, 7.

¹²⁵ Article 6(1), EU Directive 2001/29/EC “Member States shall provide adequate legal protection against the circumvention of any effective technological measures, which the person concerned carries out in the knowledge, or with reasonable grounds to know, that he or she is pursuing that objective.”

ข้อมูลด้วย หลักการดังกล่าวจึงทำให้ประเทศอังกฤษต้องมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองงานลิขสิทธิ์จากเดิมให้เท่าทันต่อการพัฒนาเทคโนโลยีและตามที่กฎหมายสหภาพยุโรปได้วางหลักเกณฑ์ไว้

เมื่อ EU Directive 2001/29/EC ได้ขยายหลักการความคุ้มครองต่อเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์และให้ปรับใช้กับมาตรการทางเทคโนโลยีในทุกรูปแบบที่นำไปใช้กับงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่จำเป็นว่างานอันมีลิขสิทธิ์เหล่านั้นจะต้องเป็นรูปของอิเล็กทรอนิกส์เพียงอย่างเดียวเสมอไป จึงทำให้ กฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศอังกฤษต้องให้ความคุ้มครองเช่นเดียวกับกฎหมายสหภาพยุโรปด้วย ซึ่งใน มาตรา 296ZF¹²⁶ ได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “มาตรการทางเทคโนโลยี” (Technological Measure) ให้หมายความถึง เทคโนโลยี เครื่องมือ หรือ ส่วนประกอบใด ๆ ซึ่งออกแบบมาเพื่อมีจุดประสงค์หลักในทางปกติเพื่อคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ไม่ใช่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยมาตรการดังกล่าวต้อง “มีประสิทธิภาพ” (Effective) ถ้ามงานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวถูกควบคุมการใช้โดยเจ้าของลิขสิทธิ์ผ่านการควบคุมการเข้าถึง (Access Control) หรือ กระบวนการการคุ้มครองกัน เช่น การใส่รหัสลับ (Encryption) การใส่สัญญาณรบกวน (Scrambling) หรือการแปลงรูปงาน (Transformation of Work) และรวมถึง

¹²⁶ Article 296ZF, Copyright, Designs and Patents Act 1988 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003 “(1) In sections 296ZA to 296ZE, "technological measures" are any technology, device or component which is designed, in the normal course of its operation, to protect a copyright work other than a computer program.

(2) Such measures are "effective" if the use of the work is controlled by the copyright owner through –

(a) an access control or protection process such as encryption, scrambling or other transformation of the work, or

(b) a copy control mechanism, which achieves the intended protection.

(3) In this section, the reference to –

(a) protection of a work is to the prevention or restriction of acts that are not authorised by the copyright owner of that work and are restricted by copyright; and

(b) use of a work does not extend to any use of the work that is outside the scope of the acts restricted by copyright.

(4) Expressions used in sections 296ZA to 296ZE which are defined for the purposes of Part 1 of this Act (copyright) have the same meaning as in that Part.”

การใช้โดยเจ้าของลิขสิทธิ์ผ่านกลไกการควบคุมการทำซ้ำ (Copy Control) ซึ่งให้ความคุ้มครองงานได้ตามเป้าหมายและรวมถึงการป้องกันจากการกระทำใดๆ ที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์

หากพิจารณาแนวทางการให้คำจำกัดความข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศอังกฤษได้ให้ความคุ้มครองต่อมาตรการทางเทคโนโลยีในทุกประเภท อีกทั้งยังรวมถึงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันจากการกระทำใดๆ ที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย หลักการดังกล่าวเป็นการคุ้มครองในลักษณะเช่นเดียวกันกับกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศเยอรมนี ซึ่งแตกต่างไปจาก DMCA 1998 ที่ให้ความคุ้มครองเฉพาะมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงเท่านั้น โดยแท้ที่จริงแล้วแนวความคิดของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีของประเทศอังกฤษนั้นต้องการให้การล่วงละเมิดสิทธิ หรือการช่วยส่งเสริมให้มีการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่ปฏิบัติการอยู่อย่างมีประสิทธิภาพเป็นการกระทำที่เป็นความผิด ดังนั้นข้อเสนอในการร่างกฎหมายจึงได้เสนอให้มีการแก้ไขนิยามคำว่า “มาตรการปกป้องทางเทคโนโลยี” ให้ครอบคลุมถึงมาตรการทางเทคโนโลยีทุกประเภทที่ใช้ปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์หรือรูปแบบอื่น¹²⁷

3.2.2.2 การกระทำต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่เป็นความผิด

(ก) การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

จากการศึกษาประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีการคุ้มครองจะเห็นได้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศอังกฤษ (Copyright, Designs and Patents Act 1988 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003) ได้คุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่นำไปใช้กับงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่จำเป็นว่างานอันมีลิขสิทธิ์เหล่านั้นจะต้องเป็นรูปของอิเล็กทรอนิกส์เพียงอย่างเดียวเสมอไป การกำหนดการคุ้มครองที่เคร่งครัดดังกล่าวจึงทำให้เกิดข้อห้ามของกิจกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง กิจกรรมที่ถูกละเมิด

¹²⁷ Aashit Shah, *UK'S Implementation of The Anti-Circumvention Provisions of The EU*

ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศอังกฤษนี้ได้บัญญัติข้อห้ามไว้ในมาตรา 296ZA โดยห้ามบุคคลใดกระทำการใด ๆ ที่เป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าตนกำลังทำการหลีกเลี่ยงดังกล่าว และการกระทำที่เป็นความผิดดังกล่าวนี้จะนำมาบังคับใช้ต่อเมื่อได้มีการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพกับงานอันมีลิขสิทธิ์ใด ๆ ที่ไม่ใช่โปรแกรมคอมพิวเตอร์¹²⁸

ข้อสังเกตประการหนึ่งของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศอังกฤษ คือ กฎหมายให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพทุกประเภทที่ใช้คุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ขยายความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่นำมาคุ้มครองงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ สาเหตุที่กฎหมายไม่ได้ให้ความคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ก็เนื่องมาจากในระหว่างการร่างกฎหมายรัฐบาลของประเทศอังกฤษได้ทำการวิเคราะห์ในเนื้อหาของข้อคิดเห็นที่เป็นปัญหาต่าง ๆ โดยได้มีการวิเคราะห์ว่ามาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายควรเป็นมาตรการที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อมีจุดประสงค์หลักในการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ไม่ใช่โปรแกรมคอมพิวเตอร์เนื่องจากกฎหมายควรให้ข้อยกเว้นสำหรับการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับรหัสข้อมูลหรือสัญญาณ และการทำวิศวกรรมย้อนกลับ¹²⁹ อีกทั้ง เพื่อเป็นการสร้างหลักการภายในของตนให้สอดคล้องกับ EU Directive 2001/29/EC ด้วย เหตุผลดังกล่าวจึงเป็นการสอดคล้องกับการบัญญัติข้อห้ามของการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ไม่ใช้กับกรณีของบุคคลใดที่ได้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเพื่อวัตถุประสงค์ในการวิจัยเกี่ยวกับวิทยาการเข้ารหัสลับ (Cryptography) เว้นแต่การทำหรือเผยแพร่ข้อมูลที่ได้จากงานวิจัยดังกล่าวจะทำให้เสื่อมเสียแก่สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์¹³⁰

¹²⁸ Article 296ZA, Copyright, Designs and Patents Act 1988 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

¹²⁹ UK Patent Office, Consultation of the UK Implementation of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society : Analysis of Responses and Government Conclusions, [Online]. Available from <http://www.patent.gov.uk/about/consultations/responses/copydirect/index.htm> (last modified Oct. 3, 2003) [hereinafter Response Analysis].

¹³⁰ Article 296ZA(2), Copyright, Designs and Patents Act 1988 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

(ข) การกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเครื่องมือ หรืออุปกรณ์
ที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

นอกจากข้อห้ามสำหรับการกระทำที่เป็นกรหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรงแล้ว กิจกรรมอีกประการหนึ่งที่กฎหมายได้กำหนดไว้เป็นกิจกรรมที่ต้องห้ามต่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยไม่ได้รับอนุญาตคือ การกระทำอื่นใดที่เป็นการส่งเสริมหรือช่วยให้มีการฝ่าฝืนมาตรการปกป้องทางเทคโนโลยี ข้อห้ามดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในมาตรา 296ZB ซึ่งกำหนดว่าการกระทำอื่นใดที่เป็นการส่งเสริมหรือช่วยให้มีการฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับอุปกรณ์ สินค้า หรือส่วนประกอบใด ๆ ที่สร้าง ผลิต หรือ ดัดแปลงขึ้น มาอันมีวัตถุประสงค์หลักพื้นฐานเพื่อเป็นการส่งเสริมหรือทำให้สะดวกแก่การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพให้ถือว่าเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน โดยลักษณะของการกระทำที่จะถือเป็นความผิดนั้น เครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการกระทำความผิดดังกล่าวนั้นจะต้องมีไว้เพื่อ¹³¹

1. ขายหรือให้เช่า หรือ
2. เสนอขายหรือนำออกแสดงเพื่อขายหรือให้เช่าหรือ
3. โฆษณาเพื่อขายหรือให้เช่า หรือ
4. ครอบครอง หรือ
5. จำหน่ายจ่ายแจก หรือ
6. จำหน่ายจ่ายแจกที่แม้ไม่ใช่เป็นการทำธุรกิจแต่มีผลกระทบต่อสิทธิ

โดยชอบธรรมของเจ้าของลิขสิทธิ์

การที่กฎหมายใช้คำว่า “มีวัตถุประสงค์หลักพื้นฐาน” นั้นก็เพื่อเป็นการป้องกันการผลิตเครื่องมือบางประเภทที่ถูกสร้างขึ้นมาให้มีจุดประสงค์ในการเข้าถึงงาน

¹³¹ Article 296ZB(1), Copyright, Designs and Patents Act 1988 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ในขณะเดียวกันก็ใช้เพื่อเป็นการเข้าถึงงานในลักษณะฝ่าฝืนมาตรการปกป้องทางเทคโนโลยีได้ด้วย นั่นหมายความว่า จุดประสงค์ของข้อห้ามในส่วนหนึ่งของเครื่องมือหรืออุปกรณ์เหล่านี้ กฎหมายมีจุดประสงค์อันเป็นลักษณะพื้นฐานที่ไม่ใช่เพียงแค่เข้าถึงงานโดยชอบเพียงอย่างเดียวแต่จะรวมถึงการกระทำอื่น ๆ ด้วย

นอกจากการสนับสนุนให้มีการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีจะเป็นความผิดตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษแล้ว กิจกรรมที่เป็นความผิดอีกประการหนึ่งที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดคือ ผู้ใดก็ตามที่จัดให้มี ทำการส่งเสริมการขาย โฆษณา หรือ นำออกสู่ท้องตลาดในลักษณะของการให้บริการ ซึ่งมีจุดประสงค์ในทางการค้า หรือ เป็นการกระทำอันกระทบต่อสิทธิอันชอบธรรมของเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยการกระทำนั้นทำลงไปเพื่อส่งเสริมหรือช่วยให้มีการฝ่าฝืนมาตรการปกป้องทางเทคโนโลยี การกระทำที่กล่าวมาข้างต้นนั้นถือว่าเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายด้วย¹³² สำหรับการกระทำที่เกี่ยวกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการกระทำความผิดข้างต้นนี้ กฎหมายได้กำหนดให้การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดอาญาด้วย¹³³

อย่างไรก็ตาม ผู้ที่ถูกลงกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดที่กล่าวมาแล้วนั้น สามารถยกข้อต่อสู้ว่าได้ว่าตนไม่รู้ว่าการกระทำนั้นเป็นการส่งเสริมหรือช่วยให้มีการฝ่าฝืนมาตรการปกป้องทางเทคโนโลยี¹³⁴ ซึ่งข้อต่อสู้ดังกล่าวคงเป็นอุปสรรคเช่นเดียวกับกับ EU Directive 2001/29/EC รวมถึงกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศเยอรมนีเพราะการหลุดพ้นความรับผิดในกรณีดังกล่าวได้ผู้กระทำจะต้องหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยบังเอิญหรือเป็นการกระทำโดยประมาทเท่านั้น

นอกจากข้อต่อสู้ดังกล่าวข้างต้นแล้ว ข้ออ้างอีกประการหนึ่งสำหรับการอ้างเพื่อให้พ้นจากความรับผิดในส่วนที่เกี่ยวกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการกระทำความผิดนี้ได้คือการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำไปโดยอาศัยอำนาจของผู้บังคับการให้

¹³² Article 296ZB(2), Copyright, Designs and Patents Act 1988 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

¹³³ Article 296ZB(4), Copyright, Designs and Patents Act 1988 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

¹³⁴ Article 296ZB(5), Copyright, Designs and Patents Act 1988 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

เป็นไปตามกฎหมายหรือหน่วยสืบราชการลับ (Intelligence Services) ซึ่งกระทำเพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันหรือสืบหาการกระทำความผิดอาญา การสืบสวนการกระทำผิด หรือ ในการดำเนินคดีด้วย¹³⁵

3.2.2.3 ข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นความผิด

(ก) บทบัญญัติทั่วไป

สำหรับการกำหนดข้อยกเว้นของกิจกรรมที่เป็นความผิดในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์และสิทธิที่เกี่ยวข้อง 2003 (Copyright and Related Rights Regulations 2003) ได้อนุวัติการตาม EU Directive 2001/29/EC และได้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของสาธารณชนเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาที่เกิดจากการถูกรัฐมาตรการทางเทคโนโลยีขวางกั้น ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าในความเป็นจริงผู้ใช้ไม่อาจใช้งานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อการใช้โดยชอบธรรมได้เพราะเจ้าของงานได้ใช้มาตรการทางเทคโนโลยีมาติดตั้งเพื่อป้องกันการเข้าถึงหรือการใช้งานของตน และจะเห็นได้ว่ากิจกรรมต่าง ๆ ที่เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษนี้คือ การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงและทำใช้งานอันมีลิขสิทธิ์รวมถึงการผลิตหรือจำหน่ายเครื่องมือ อุปกรณ์ที่ใช้ในการกระทำความผิดในทุกรณี อย่างไรก็ตามก็ดีกิจกรรมต้องห้ามเหล่านี้อาจกระทำได้โดยไม่มีผลหากการกระทำเหล่านั้นกระทำไปเพื่อการวิจัยเกี่ยวกับวิทยาการเข้ารหัสลับ (cryptography) เว้นแต่การกระทำหรือการเผยแพร่ข้อมูลที่ได้จากงานวิจัยดังกล่าวจะทำให้เสื่อมเสียสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์¹³⁶

สำหรับกิจกรรมที่เป็นการต้องห้ามในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการกระทำความผิดนั้น แม้กฎหมายจะกำหนดข้อห้ามในทุกกรณีก็ตามแต่กฎหมายก็ยกเว้นการกระทำเหล่านั้นไว้หากว่าการกระทำเกี่ยวกับเครื่องมือเหล่านั้นได้กระทำโดยหรือโดยอาศัยอำนาจของผู้บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย หรือหน่วยสืบราชการลับ

¹³⁵ Article 296ZB(3), Copyright, Designs and Patents Act 1988 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

¹³⁶ Article 296ZA(2), Copyright, Designs and Patents Act 1988 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

(Intelligence services) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของรัฐ หรือ (2) เพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันหรือสืบหาการกระทำความผิดอาญา การสืบสวนการกระทำผิดหรือในการดำเนินคดี¹³⁷

อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่าบรรดาข้อยกเว้นต่าง ๆ เหล่านี้ไม่สามารถนำมาอ้างเพื่อให้อยกเว้นความรับผิดได้ในทุกกรณีโดยเฉพาะการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้งานโดยชอบธรรม บทบัญญัติเรื่องการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีของประเทศอังกฤษนั้นเป็นสิ่งที่ได้รับการโต้แย้งถกเถียงกันมากที่สุดเนื่องจากเป็นอุปสรรคอย่างมากเพราะผู้ใช้ไม่สามารถใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกปกป้องโดยมาตรการทางเทคโนโลยีได้ซึ่งหากเปรียบเทียบกับในสมัยก่อนที่ผู้ใช้สามารถใช้งานดังกล่าวได้โดยยกข้อต่อสู้เรื่องการใช้โดยชอบธรรมได้¹³⁸

(ข) มาตรการโดยสมัครใจ (Voluntary Measures)

เมื่อ EU Directive 2001/29/EC ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องจัดมาตรการที่เหมาะสมเพื่อมิให้มาตรการทางเทคโนโลยีมาขัดขวางการใช้งานของสาธารณชนกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษจึงได้อนุวัติการกฎหมายภายในตามที่ Article 6(4) ของกฎหมายแห่งสหภาพยุโรปกำหนดไว้ และเพื่อแก้ไขปัญหาล่าช้ากฎหมายลิขสิทธิ์จึงได้ออกบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ในมาตรา 296ZE ซึ่งได้มีทางออกสำหรับความขัดแย้งเหล่านี้โดยให้มีมาตรการโดยสมัครใจ (Voluntary Measures) หรือข้อตกลงที่จะให้บุคคลหนึ่งสามารถอนุญาตให้กระทำได้การกำหนดมาตรการดังกล่าวเป็นการบัญญัติขึ้นโดยการมองไปข้างหน้าถึงการเยียวยากรณีที่มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพขัดขวางการกระทำที่

¹³⁷ Article 296ZB(3), Copyright, Designs and Patents Act 1988 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

¹³⁸ Nor Sa'adah Abd Rahman., Remedies Concerning the Circumvention of Protection Measures (TPMs) : Comparative Study between United Kingdom, U.S.A and Malaysia., Proceedings of the 13 Asia Pacific Management Conference, Melbourne, Australia, 2007, 626.

กฎหมายอนุญาตให้มีได้อันได้แก่การกระทำบางอย่างที่เกี่ยวกับงานอันมีลิขสิทธิ์ ถึงแม้สิทธิแห่งลิขสิทธิ์ของเจ้าของสิทธิจะยังคงมีอยู่ก็ตาม

เพื่อเป็นการยืนยันว่าการใช้โดยชอบธรรมยังคงมีต่อไปได้ กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษจึงได้บัญญัติ มาตรา 296ZE(1) ออกมาโดยได้ให้คำจำกัดความของ “การกระทำที่อนุญาตให้กระทำได้” (permitted act) ว่าหมายถึง การกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่คำนึงถึงความเป็นอยู่ซึ่งลิขสิทธิ์ตามรายการที่กฎหมายบัญญัติไว้ใน ส่วนที่ 1 ของตาราง 5A (Part 1 of Schedule 5A) ซึ่งส่วนที่ 1 ของตาราง 5A ได้มีรายการของข้อยกเว้นเรื่องลิขสิทธิ์ที่ใช้กับงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกปกป้องจากมาตรการทางเทคโนโลยีโดยรวมถึงข้อยกเว้นเรื่องนโยบายสาธารณะด้วย เช่น การใช้เพื่อการทำสำเนาโดยบรรณารักษ์ และรวมถึงการกระทำที่เป็นการใช้โดยชอบธรรม ได้แก่ การกระทำเพื่อการวิจัยและการศึกษาส่วนบุคคล อย่างไรก็ตาม มาตรา 296ZE ไม่ได้คุ้มครองการกระทำที่ได้รับอนุญาตให้กระทำได้ดังนั้น การกระทำบางอย่างจึงไม่ได้อยู่ในความหมายและเป็นกิจกรรมที่ทำได้ตามกฎหมายฉบับนี้ เช่น ไม่ปรากฏบทบัญญัติเพื่อการใช้โดยชอบธรรมเพื่อการติชม หรือการวิจารณ์ หรือเพื่อการรายงานสถานการณ์ปัจจุบัน เป็นต้น¹³⁹

อย่างไรก็ตาม หากเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้กำหนดมาตรการสำหรับให้ผู้ใช้งานสามารถใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกขัดขวางจากมาตรการทางเทคโนโลยีได้ มาตรา 296ZE(2)¹⁴⁰ ได้หาทางออกว่าบุคคลที่เป็นผู้ใช้งานที่ต้องการใช้ประโยชน์จากงานเหล่านั้นอาจยื่นข้อร้องเรียนต่องัวต่อรัฐมนตรีได้ และภายหลังจากการยื่นคำร้องดังกล่าวแล้ว รัฐมนตรี (Secretary of State) อาจทำหนังสือเห็นชอบเป็นลายลักษณ์อักษรสอบถามไปยังเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์หรือผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจากเจ้าของลิขสิทธิ์ว่า ได้มีมาตรการโดยใจสมัครหรือข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับงานอันมีลิขสิทธิ์ตามข้อร้องเรียนหรือไม่ หากในกรณีที่ไม่มีความสมัครใจหรือข้อตกลงดังกล่าว รัฐมนตรีต้องสั่งให้เจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ที่ได้รับสิทธิ

¹³⁹ Nor Sa'adah Abd Rahman., Remedies Concerning the Circumvention of Protection Measures (TPMs): Comparative Study between United Kingdom, U.S.A and Malaysia., Proceedings of the 13th Asia Pacific Management Conference, Melbourne, Australia, 2007, 626.

¹⁴⁰ Article 296ZE(2), Copyright, Designs and Patents Act 1988 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

ของเจ้าของลิขสิทธิ์ดำเนินการใด ๆ ที่จำเป็นเพื่อให้ผู้ร้องเรียนสามารถกระทำการที่ได้รับอนุญาตให้กระทำได้ได้รับประโยชน์จากการกระทำที่ได้รับอนุญาตดังกล่าว¹⁴¹ คำสั่งของรัฐมนตรีนั้นจะที่มีผลต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ทันทีซึ่งเป็นหน้าที่ของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นที่จะต้องทำให้คำสั่งนั้นเป็นผลแต่หากเจ้าของลิขสิทธิ์มีการฝ่าฝืนหน้าที่ของตนดังกล่าวก็จะถือว่าเจ้าของลิขสิทธิ์กระทำขัดต่อหน้าที่ตามกฎหมายและผู้ร้องเรียนหรือผู้แทนที่ผู้ใช้ประโยชน์อาจใช้สิทธิในการฟ้องร้องคดีได้¹⁴² บทบัญญัตินี้เปรียบเสมือนการเตือนให้เจ้าของลิขสิทธิ์พิจารณาหน้าที่ของตนเองว่าเมื่อพวกเขาต้องการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อปกป้องคุ้มครองงานของตนเองก็ต้องมีหน้าที่กระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะด้วย

อย่างไรก็ตามกระบวนการดังกล่าวเหล่านี้จะไม่นำมาใช้กับงานที่ “เผยแพร่ต่อสาธารณะตามข้อตกลงในสัญญาซึ่งบุคคลใด ๆ สามารถเข้าถึงงานได้จากสถานที่และในเวลาใด ๆ ที่แต่ละบุคคลต้องการ” หลักการดังกล่าวเป็นการนำถ้อยคำจาก EU Directive 2001/29/EC Article 6(4) วรรค 4 มาบัญญัติและหลักการดังกล่าวเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศเยอรมนีอีกด้วย นอกจากนี้กฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศอังกฤษไม่ได้ปรากฏคำนิยามของ “ข้อกำหนดที่ตกลงในสัญญา” (agreed contractual terms) และไม่มีสิ่งบ่งชี้ว่าบทบัญญัติจะใช้กับสถานการณ์ที่ผู้ใช้ไม่มีหนทางในการเจรจาต่อรองด้วยหรือไม่ ตัวอย่างที่เห็นได้อย่างชัดเจนคือ เมื่อผู้ใช้ได้มาซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ทางอินเทอร์เน็ตโดยการใช้บริการ “ตามความต้องการผู้ซื้อ” (on demand) และ กดปุ่ม “ตกลง” (I agree) แล้วดังนั้นผู้ใช้ก็ไม่ต้องเรียกร้องให้ผู้ถือสิทธิ์ให้ความสะดวกในการใช้อย่างใด ๆ อีก จึงทำให้ข้อตกลงเหล่านี้อาจใช้บังคับได้กับการหาซื้องานอันมีลิขสิทธิ์ตามร้านค้าทั่วไปแต่ไม่อาจนำมาใช้ได้กับการหาซื้องานทางอินเทอร์เน็ตในโลกสังคมออนไลน์ และเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ไม่ต้องจัดให้ผู้รับประโยชน์วิธีทางในการใช้สิทธิ์โดยชอบธรรมได้

¹⁴¹ Article 296ZE(3)(b), Copyright, Designs and Patents Act 1988 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

¹⁴² Article 296ZE(5)-(6), Copyright, Designs and Patents Act 1988 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

3.2.2.4 มาตรการเยียวยาและบทลงโทษ

สำหรับมาตรการเยียวยาและบทลงโทษตามกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศไทย อังกฤษ (Copyright, Designs and Patents Act 1988 (ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003)) ได้กำหนด มาตรการเยียวยาทางแพ่งและทางอาญาไว้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยมิชอบไว้ โดยในส่วนของมาตรการเยียวยาในทางแพ่ง กฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศไทยให้ ดำเนินคดีแพ่งโดยให้ปรับใช้กับวิธีพิจารณาสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งรวมถึงมาตรการทาง แพ่งในส่วนอื่น ๆ ด้วย เช่น คำสั่งคุ้มครองชั่วคราว หรือคำสั่งห้ามการกระทำใด ๆ ที่จะทำให้เกิดการแพร่กระจายในการการละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น และในส่วนที่เกี่ยวกับการอ้างว่าจำเลยไม่ รู้หรือไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าเป็นการกระทำต่องานมีลิขสิทธิ์นั้นกฎหมายให้ตีความโดยให้ถือว่าผู้ ถูกกล่าวหาไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าการกระทำของผู้นั้นทำให้หรือทำให้สะดวกต่อการ ละเมิดลิขสิทธิ์¹⁴³

สำหรับมาตรการทางอาญานั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศไทยได้ กำหนดมาตรการทางอาญาและบทลงโทษไว้สำหรับการกระทำความผิดเฉพาะที่เป็นการค้า เท่านั้น โดยแบ่งเป็น 2 กรณี คือ (1) กรณีที่เป็นการพิจารณาโดยรวบรัด (Summary conviction) ให้มีโทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 3 เดือน ปรับไม่เกินค่าปรับสูงสุดที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ และ (2) กรณีที่เป็นการพิจารณาคดีอาญาอุจฉกรรจ์ (Conviction on indictment) ให้ลงโทษปรับ หรือจำคุกสูงสุด 2 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ¹⁴⁴

สำหรับข้อต่อสู้ของจำเลยอาจยกขึ้นต่อสู้เพื่อให้ตนหลุดพ้นความรับผิด ในความผิดฐานนี้คือพิสูจน์ว่าตนไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ไว้ว่าเครื่องมือ ผลิตภัณฑ์ หรือ ส่วนประกอบ หรือบริการที่จะสามารถทำให้หรือทำให้สะดวกในการหลีกเลี่ยงมาตรการทาง เทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ¹⁴⁵

¹⁴³ Article 296ZD(7), Copyright, Designs and Patents Act 1988 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

¹⁴⁴ Article 296ZB(4), Copyright, Designs and Patents Act 1988 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

¹⁴⁵ Article 296ZB(5), Copyright, Designs and Patents Act 1988 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

ข้อสังเกตประการหนึ่งสำหรับสิทธิในการดำเนินคดีตามกฎหมาย ลิขสิทธิ์ประเทศอังกฤษคือ กฎหมายไม่ได้ให้สิทธิในการเยียวยาเพียงเฉพาะแต่ผู้ที่เป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์เท่านั้น แต่กฎหมายยังได้ให้สิทธิดังกล่าวแก่บุคคลอื่นที่ได้รับสิทธิโดยชอบจากเจ้าของลิขสิทธิ์อีกด้วย เช่น ผู้ที่มีสิทธิในการเผยแพร่ผลงานหรือนำเสนอออกสู่สาธารณะที่มีการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพอยู่ด้วย สิทธิของบุคคลดังกล่าวสามารถมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายจากผู้กระทำการฝ่าฝืนอีกด้วย ไม่ว่าในกรณีใดก็ตามที่มีการฝ่าฝืนมาตรการทางเทคโนโลยี ส่งเสริม หรือช่วยให้มีการฝ่าฝืนมาตรการปกป้องทางเทคโนโลยี และยิ่งไปกว่านั้น บุคคลดังกล่าวอาจใช้สิทธิในการเรียกร้องให้มีการยึดหรือส่งของที่ใช้กระทำความผิด อันได้แก่ อุปกรณ์ สินค้า หรือ ส่วนประกอบของอุปกรณ์ที่ใช้สำหรับกระทำการฝ่าฝืนมาตรการปกป้องที่ผู้กระทำผิดมีไว้หรือมีไว้ใช้ในครอบครองอีกด้วย¹⁴⁶ จะเห็นได้ว่าหลักการดังกล่าวกฎหมายได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าสิทธิในการดำเนินคดีนั้นให้ขยายความไปถึงบุคคลอื่นนอกเหนือไปจากเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย ซึ่งหลักการนี้ไม่ได้มีกำหนดไว้อย่างชัดเจนใน DMCA 1998 เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีแต่เพียง “ผู้ได้รับความเสียหาย” เท่านั้น

3.2.2.5 บทวิเคราะห์เกี่ยวกับการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

จากที่ได้กล่าวไปในข้างต้นแล้วว่า ก่อนการแก้ไขกฎหมายตามข้อผูกพันของ EU Directive 2001/29/EC บทบัญญัติการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีจะห้ามเพียงการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการทำซ้ำ (Copy Control) งานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบงานอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น ส่วนการกระทำผิดที่เกี่ยวข้องกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์จะห้ามเพียงการผลิตหรือจำหน่ายเครื่องมือเฉพาะที่ใช้สำหรับการเข้าถึง (Access Control) งานอันมีลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายใหม่ตามข้อผูกพันใน EU Directive 2001/29/EC แล้วจึงทำให้กิจกรรมการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้คุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตจะเป็นความผิดในทุก

¹⁴⁶ Article 296ZC(5), Copyright, Designs and Patents Act 1988 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

กรณี ดังนั้นในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ว่าการเปลี่ยนแปลงกฎหมายให้มีความเข้มงวดมากขึ้นจะส่งผลกระทบต่อการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair use) อย่างไรบ้าง

ภายหลังการเปลี่ยนแปลงกฎหมายฉบับใหม่ตามที่ได้อনূวัตรการตาม EU Directive 2001/29/EC จึงทำให้กิจกรรมการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีระหว่างกฎหมายฉบับเก่าและฉบับใหม่นั้นจะมีผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง (Access Control) และการผลิตหรือจำหน่ายเครื่องมือที่ใช้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำ (Copy Control) เป็นกิจกรรมที่กระทำได้ตามกฎหมายฉบับเดิม แต่เมื่อมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายใหม่ตามการอนূวัตรการของ EU Directive 2001/29/EC กลับทำให้การกระทำข้างต้นเป็นความผิดในทุกกรณี ยกตัวอย่างเช่น ผู้ใช้ได้เข้าไปชมข้อมูลในเว็บไซต์แห่งหนึ่งหากเว็บไซต์ดังกล่าวได้มีการติดตั้งมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อป้องกันไม่ให้เข้าถึงและทำซ้ำข้อมูลในเว็บไซต์ได้ ดังนั้น หากเป็นการคุ้มครองตามกฎหมายฉบับเก่า การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเข้าถึง (Access Control) เว็บไซต์ดังกล่าวเพื่อเข้าชมข้อมูลในเว็บไซต์ย่อมเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในทางตรงกันข้ามการคุ้มครองตามกฎหมายฉบับใหม่กลับทำให้กิจกรรมข้างต้นเป็นความผิดในทันที จึงเห็นได้ว่าผลทางกฎหมายที่แก้ไขใหม่นี้จะทำให้สาธารณชนไม่สามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อการใช้งานอย่างใด ๆ ได้เลย แม้แต่การเข้าชมก็ยังเป็นความผิด ถึงแม้กฎหมายจะเปิดช่องให้อาจทำกิจกรรมบางอย่างได้ตามกฎหมายคือการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่นำมาใช้กับงานที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เช่น งานสาธารณ หรือ งานที่ขาดคุณสมบัติที่จะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ เช่น ขาดการสร้างสรรค์ เป็นต้น แต่กระนั้นก็ตามปัญหาที่ตามมาคือ จะมีผู้ใดมีความสามารถผลิตเครื่องมือเหล่านั้นได้อีกทั้งการหาซื้อเครื่องมือหรืออุปกรณ์ดังกล่าวก็ยังคงเป็นความผิดตามกฎหมาย

แม้ว่าการเปลี่ยนแปลงกฎหมายดังกล่าวจะได้ยกเว้นความรับผิดไว้สำหรับกิจกรรมบางประการ เช่น การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อการป้องกันหรือสืบหาการกระทำผิดอาญา การสืบสวนการกระทำ

ผิดหรือในการดำเนินคดี อย่างไรก็ตามก็อาจจะเห็นได้ว่ากิจกรรมเหล่านี้ก็ไม่ได้เป็นเป็นข้อยกเว้นในการใช้โดยชอบธรรมอย่างแท้จริง เพราะผู้ใช้ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้มาตรการเพื่อการส่วนตัวได้ถึงแม้ว่ากฎหมายจะได้กำหนดมาตรการที่เหมาะสมที่อนุญาตให้กระทำได้แต่ข้อยกเว้นก็ยังมีข้อจำกัดอยู่ซึ่งจะได้พิจารณาในรายละเอียดต่อไป

ข้อดีประการหนึ่งของข้อยกเว้นที่อยู่ในกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศอังกฤษคือการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีสำหรับการศึกษาที่เกี่ยวกับรหัสข้อมูลหรือสัญญาณ (Encryption Research) หรือการทำวิศวกรรมย้อนกลับ (Reverse Engineering) ซึ่งการกระทำทั้งสองประการนี้กฎหมายอนุญาตให้สามารถกระทำได้อย่างเต็มที่ แต่อย่างไรก็ตามการกำหนดข้อยกเว้นดังกล่าวผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า การวิจัยรหัสข้อมูลหรือทำวิศวกรรมย้อนกลับก็คือการศึกษาชุดรหัสตัวเลขนั่นเอง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วสำหรับการวิจัยในชุดรหัสตัวเลขเหล่านี้ก็คือการค้นคว้าเกี่ยวกับการสร้างรหัสใด ๆ ด้วยตัวเลขเพื่อนำมาใช้งาน ซึ่งการวิจัยในลักษณะนี้จะช่วยแก้ไขข้อผิดพลาดของรหัสตัวเลขหรือชุดคำสั่ง (ที่จัดทำในรูปแบบรหัสชุดตัวเลข) ที่มีข้อบกพร่องในอดีตเพื่อนำไปสู่การพัฒนาชุดรหัสตัวเลขในอนาคตต่อไป¹⁴⁷ อย่างไรก็ตามหากข้อเท็จจริงของการกระทำดังกล่าวปรากฏว่า ชุดคำสั่งใด ๆ ที่เป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในการสร้างมาตรการปกป้องทางเทคโนโลยีได้ถูกนำมาศึกษาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหมายความว่าหากชุดคำสั่งที่เป็นรหัสตัวเลขนั้นเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีและชุดคำสั่งที่เป็นมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวนั้นได้ถูกศึกษาโดยชอบด้วยกฎหมายไปด้วย เช่นนี้ผู้ที่ทำการวิจัยนั้นจะถือว่าการฝ่าฝืนมาตรการทางเทคโนโลยีที่เป็นชุดคำสั่งรหัสตัวเลขตามกฎหมายลิขสิทธิ์มาตรา 296ZA หรือไม่¹⁴⁸ เนื่องจากโดยหลักการของกฎหมายแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายได้อนุญาตให้ศึกษาในชุดรหัสข้อมูลได้โดยไม่ถือว่าเป็นความผิด แต่ก็ต้องพิจารณาด้วยว่ารหัสข้อมูลเหล่านั้นอาจเป็นส่วนหนึ่งในการสร้างชุดคำสั่งที่ใช้ป้องกันการเข้าถึงก็ได้ ซึ่งในความเป็น

¹⁴⁷ Julian Midgley, Critique of the Proposed UK Implementation of the EU Copyright Directive, [Online]. Available from http://ukcdr.org/issues/eucd/ukimpl/critique_uk_impl.html (Aug. 21, 2002).

¹⁴⁸ Aashit Shah, UK'S Implementation of The Anti-Circumvention Provisions of The EU Copyright Directive : An Analysis, 14.

จริงแล้วรหัสเหล่านั้นไม่ว่าจะนำมาเป็นส่วนหนึ่งของการป้องกันการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์หรือนำมาศึกษาเพื่อหาข้อบกพร่องอันก่อประโยชน์เพื่อการพัฒนา ก็ตามก็เห็นได้ว่าสิ่งเหล่านั้นล้วนแต่เป็นเลขรหัสเหมือนกันทั้งสิ้น และยิ่งไปกว่านั้นหากมีการนำเอาวิธีการเหล่านั้นมาเผยแพร่ หรือนำตีพิมพ์ในวารสารเพื่อการศึกษาต่าง ๆ จะถือว่าผู้เผยแพร่มีความผิดในฐานะเป็นผู้จัดเตรียม หรือสนับสนุน ให้เกิดการกระทำความผิดหรือไม่ เนื่องจากหากพิจารณาให้ดีแล้วงานวิจัยเหล่านี้อาจเป็นประโยชน์ต่อผู้ที่ต้องการเจาะระบบ (Hacker) ก็ได้¹⁴⁹ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้บัญญัติการอนุญาตให้ชัดเจนว่าผู้ที่ได้รับการยกเว้นของการกระทำทั้งสองประการนี้ครอบคลุมถึงบุคคลใดบ้าง

นอกจากนี้จะเห็นได้ว่ารูปแบบของชุดรหัสของงานดิจิทัลนั้นส่วนมากจะอยู่ในรูปแบบของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าถ้าหากมีการฝ่าฝืนหรือละเมิดมาตรการการเข้าถึงงานเมื่อใด การกระทำจะไม่ใช่ความผิดตามกฎหมายอังกฤษเนื่องจากกฎหมายให้การยกเว้นไว้สำหรับการหลีกเลี่ยงต่อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ดังนั้นสิ่งที่น่าเป็นกังวลก็คือ การกระทำดังกล่าวกฎหมายไม่ถือว่าเป็นความผิดอีกทั้งกฎหมายลิขสิทธิ์ที่อนุวัติการตาม EU Directive 2001/29/EC นั้นไม่ได้กำหนดถึงความผิดและการลงโทษใด ๆ ที่เกี่ยวกับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีของโปรแกรม เพราะกฎหมายจะกำหนดความผิดไว้เพียงแต่ในกรณีที่มีการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนมาตรการป้องกันการทำซ้ำของโปรแกรมคอมพิวเตอร์เท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าเมื่อใดก็ตามที่ผู้เจาะระบบ (Hacker) ได้รู้ถึงวิธีการหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนรหัสชุดของโปรแกรมคอมพิวเตอร์แล้ว รหัสชุดดังกล่าวก็พร้อมที่จะถูกเผยแพร่และถูกทำละเมิดได้ทันที ข้อพิจารณาดังกล่าวทำให้เห็นว่าความรู้วิธีหลีกเลี่ยงของผู้เจาะระบบก็จะทำให้เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจะรู้สึกไม่ปลอดภัยในการใช้ชุดรหัสนั้นต่อไปอีกทั้งการกระทำของผู้เจาะรหัส (hacker) ดังกล่าวก็อาจไม่เป็นความผิดเพราะข้อยกเว้นของกฎหมายนั่นเอง¹⁵⁰

¹⁴⁹ See EUCD Guide, supra note 11 at 17 (suggesting that the exemption should not be limited to “recognized” researchers, such as academic university staff as much important security research is carried out by hobbyists and students).

¹⁵⁰ Aashit Shah, **UK’S Implementation of The Anti-Circumvention Provisions of The EU Copyright Directive : An Analysis**, 13-14.

ปัญหาอีกประการหนึ่งซึ่งเป็นปัญหาและอาจเป็นปัญหาเดียวกันกับกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศเยอรมนีคือ ความยุ่งยากของกระบวนการยื่นคำร้องต่อรัฐมนตรี (Secretary of State) แม้วิธีการดังกล่าวจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมสำหรับการใช้งานที่ถูกมาตรการทางเทคโนโลยีขัดขวางอยู่ แต่ผู้วิจัยเห็นว่าในทางปฏิบัตินั้น อาจใช้เวลานานและยุ่งยาก เนื่องจากในทางปฏิบัติจริงอาจมีการยื่นคำร้องมายังรัฐมนตรีเป็นจำนวนมาก อีกทั้งคำร้องดังกล่าวจะต้องยื่นทุก ๆ ครั้งที่มีมาตรการทางเทคโนโลยีมีขัดขวางอยู่ทางออกดังกล่าวจึงอาจไม่เกิดประโยชน์ในทางปฏิบัติเท่าใดนัก และถึงแม้ว่าปัญหาดังกล่าวกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศเยอรมนีจะมีมาตรการให้ฟ้องคดีแบบกลุ่ม แต่ถึงกระนั้นก็ตามก็ไม่อาจรับประกันได้ว่ารูปแบบการฟ้องคดีดังกล่าวจะไม่ก่อให้เกิดความยุ่งยากในทางปฏิบัติ

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นอาจมีความเกี่ยวข้องกับการใช้อินเทอร์เน็ตในประเด็นของการเชื่อมโยง การสร้างเฟรม และการเข้าถึง หรือการท่องเว็บไซต์ ดังนั้นจึงเป็นไปได้ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์อาจจัดให้มีมาตรการทางเทคโนโลยีในเว็บไซต์ของตนเพื่อป้องกันไม่ให้มีการท่องเว็บไซต์ เชื่อมโยง และ การสร้างเฟรมเว็บไซต์ของตนก็ได้ เพื่อไม่ต้องการให้บุคคลอื่นสามารถคัดลอกงานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ ดังนั้น หากเป็นกรณีเช่นนี้ย่อมจะกระทบต่อความสามารถของผู้ใช้ที่ไม่สามารถเชื่อมโยง และท่องเว็บไซต์ได้ซึ่งการกระทำเหล่านี้ล้วนแต่เป็นกิจกรรมที่เกิดขึ้นตามปกติในโลกอินเทอร์เน็ต ดังนั้นผู้ใช้อาจหาหนทางเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ได้โดยการฟังการ ใช้โดยชอบธรรม ตัวอย่างเช่น ผู้ใช้อาจโต้แย้งว่าตนประสงค์ที่จะเชื่อมโยงไปสู่เว็บไซต์ของเจ้าของลิขสิทธิ์เพราะเขาต้องการที่จะใช้งานบางอย่างในเว็บไซต์เพื่องานวิจัยที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์ (ขอต่อสู่เรื่องการ ใช้โดยชอบธรรม) ภายใต้กฎหมายของประเทศอังกฤษนั้น อย่างไรก็ตาม หากกรณีดังกล่าวผู้ใช้ได้มีสัญญาระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์กับผู้ใช้ ซึ่งหมายถึงกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีจะไม่นำมาใช้กับงานที่ “เผยแพร่ต่อสาธารณะตามข้อตกลงในสัญญาซึ่งบุคคลใด ๆ สามารถเข้าถึงงานได้จากสถานที่และในเวลาใด ๆ ที่แต่ละบุคคลต้องการ” ซึ่งหมายความว่าเจ้าของเว็บไซต์ไม่จำเป็นต้องจัดมาตรการที่เหมาะสมให้กับผู้ใช้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าในกรณีดังกล่าวผู้ใช้ก็ต้องยึดถือตามสัญญาเป็นหลักและ

ไม่อาจอ้างการใช้โดยชอบธรรมในกรณีนี้ได้แต่หากจะใช้สิทธิโดยขออนุญาตจากรัฐมนตรีก็ไม่
สามารถทำได้อีกเนื่องจากสิ่งเหล่านี้กฎหมายไม่ได้ให้นำมาบังคับใช้นั่นเอง

3.2.2.6 สรุป

จากการศึกษาหลักเกณฑ์การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีของ
กฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศอังกฤษ (Copyright, Designs and Patents Act 1988 (ฉบับแก้ไขปี
2003)) จะเห็นได้ว่ากฎหมายหลักการต่าง ๆ รวมถึงข้อยกเว้นความรับผิดชอบของกฎหมายฉบับนี้
จะวางหลักเกณฑ์ไว้เป็นแนวทางเดียวกันกับ EU Directive 2001/29/EC กล่าวคือให้ความ
คุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพและห้ามการกระทำที่เป็นการหลีกเลี่ยง
มาตรการทางเทคโนโลยีในทุกกรณี อย่างไรก็ตามแม้กฎหมายจะกำหนดข้อยกเว้นต่าง ๆ
เพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ แต่ก็เห็นได้ว่าข้อยกเว้นเหล่านั้นยังมี
ข้อบกพร่องบางประการและเกิดความยุ่งยากซับซ้อนในทางปฏิบัติ อีกทั้งข้อยกเว้นเหล่านั้น
กฎหมายก็ไม่ได้ระบุถึงการกระทำหรือหน้าที่ของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีต่อสาธารณชนไว้อย่าง
ชัดเจน อย่างไรก็ตามแม้ว่าจุดประสงค์ที่แท้จริงของกฎหมายต้องการรักษาสิทธิของเจ้าของ
ลิขสิทธิ์กับสาธารณชนให้สอดคล้องกัน แต่จะเห็นได้ว่ายังมีความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติของ
กฎหมายอยู่พอสมควร ดังนั้นจึงต้องพิจารณาต่อไปว่ากฎหมายจะถูกแก้ไขเพื่อให้เกิดความ
ชัดเจนและรักษาผลประโยชน์ร่วมกันระหว่างเจ้าของสิทธิ์กับสาธารณชนได้หรือไม่

3.2.3 การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายประเทศสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนี

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้อนุวัติการกฎหมายให้เป็นไปตาม
ข้อกำหนดว่าด้วยลิขสิทธิ์ของกฎหมายสหภาพยุโรป (The European Copyright Directive)
และตาม Article 11 แห่งสนธิสัญญา WCT และ Article 18 - 19 ของ WPPT ซึ่งถูกอนุวัติการ
เป็นกฎหมายภายในผ่านทางกฎหมาย Law for the Regulation of Copyright in the
Information Society เมื่อวันที่ 16 สิงหาคม ค.ศ. 2002 จากนั้นรัฐบาลกลางแห่งประเทศไทย

เยอรมนีได้เสนอร่างกฎหมายสำหรับกฎหมายเรื่องลิขสิทธิ์ในสังคมข้อมูลข่าวสารต่อรัฐสภาเยอรมนี ร่างกฎหมายฉบับนี้ได้ถูกอภิปรายและแก้ไขจำนวน 3 ครั้ง ซึ่งในท้ายที่สุดประธานาธิบดีได้ลงนามในร่างเมื่อวันที่ 10 กันยายน ค.ศ. 2003 และได้ตีพิมพ์ในหนังสือประกาศโฆษณาของรัฐบาลกลางเมื่อวันที่ 12 กันยายน ค.ศ. 2003 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 13 กันยายน ค.ศ. 2003¹⁵¹ โดยการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมนีนี้ มีการแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี (Technological Protection Measures) ข้อมูลบริหารสิทธิ์ (Digital Right Management) และบทลงโทษทางอาญาที่เกี่ยวข้องซึ่งบทบัญญัติทั้งหลายเหล่านี้นอกจากนี้สภานิติบัญญัติแห่งประเทศเยอรมนียังได้ออกข้อกำหนดการปิดฉลาก (Labeling requirements) อันเป็นมาตรการโดยสมัครใจของเจ้าของสิทธิ์ (Voluntary Measures) เพื่อให้ผู้บริโภคทราบถึงการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีอีกด้วย

3.2.3.1 ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง

หลักการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายเยอรมนีได้กำหนดการคุ้มครองให้เป็นไปตามบทบัญญัติใน Article 6 ของข้อกำหนดแห่งสหภาพยุโรปโดยบัญญัติถ้อยคำไว้ใกล้เคียงกับ EU Directive 2001/29/EC กล่าวคือตาม มาตรา 95a วรรค 1 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศเยอรมนี ห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิ์ซึ่งผู้กระทำนั้นจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าตนกำลังกระทำการอันมิชอบดังกล่าว

สำหรับการแบ่งแยกประเภทการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายประเทศเยอรมนีก็ได้บัญญัติไว้ให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับ Article 6(3) ของ EU Directive 2001/29/EC โดยให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพซึ่งกำหนดคำนิยามของคำว่า “มาตรการทางเทคโนโลยี” และคำว่า “มีประสิทธิภาพ” ไว้ใน

¹⁵¹Wencke Basler, “Technological Protection Measures in the United States, the European Union and Germany : How Much Fair Use Do We Need in the “Digital World”?,”: 16-17.

มาตรา 95a(2) คือ “มาตรการทางเทคโนโลยี หมายถึง เทคโนโลยี อุปกรณ์ และส่วนประกอบซึ่งในการทำงานตามปกตินั้นได้ถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันหรือจำกัดการกระทำที่เกี่ยวกับงานหรือสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์เยอรมนีอันไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์” สำหรับตัวอย่างของการควบคุมการเข้าถึง (Access control) ได้แก่ การเข้ารหัส (encryption) การใส่สัญญาณรบกวน (scrambling) หรือการแปลงรูปอื่น ๆ (transformation) และตัวอย่างของกลไกที่ควบคุมการทำซ้ำ (Copy control) ทั้งนี้กฎหมายได้อธิบายว่ามาตรการหรือกลไกดังกล่าวอาจใช้เป็นฐานของฮาร์ดแวร์ หรือซอฟต์แวร์ก็ได้ เช่น สมาร์ทการ์ด (Smart card) ซอฟต์แวร์ที่ใช้ควบคุมรหัสผ่าน เป็นต้น¹⁵²

จะเห็นได้ว่าคำนิยามของมาตรการทางเทคโนโลยีในกฎหมายประเทศเยอรมนีนั้นเป็นการคุ้มครองแนวเดียวกับ EU Directive 2001/29/EC กล่าวคือ กฎหมายให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ (effective) โดยจะต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ตามปกตินั้นได้ถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันหรือจำกัดการกระทำที่เกี่ยวกับงานหรือสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ นั้นหมายความว่า การคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้แบ่งแยกถึงความแตกต่างระหว่างประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง ดังนั้นกิจกรรมใด ๆ ที่ได้กระทำเกี่ยวกับงานหรือสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาต ย่อมถือเป็นความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ทั้งสิ้น ดังนั้นมาตรการทางเทคโนโลยีประเภทที่ใช้ควบคุมการเข้าถึง (Access Control) หรือมาตรการทางเทคโนโลยีประเภทที่ควบคุมการทำซ้ำ (Copy Control) หรือแม้แต่มาตรการทางเทคโนโลยีใด ๆ ที่ได้ถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันหรือจำกัดการกระทำที่เกี่ยวกับงานหรือสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศเยอรมนีทั้งสิ้น การกำหนดประเภทความคุ้มครองเช่นนี้จะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดประเภทการคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่ชัดเจนกว่าสนธิสัญญา WCT และ WPPT อยู่มากเนื่องจากสนธิสัญญา WCT และ WPPT กำหนดไว้แต่เพียงให้ประเทศสมาชิกให้

¹⁵² Article 95a(2), German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเท่านั้นแต่ไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าหมายถึงมาตรการทางเทคโนโลยีประเภทใด

สำหรับประเด็นของควมมีประสิทธิภาพของมาตรการทางเทคโนโลยี ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศเยอรมนีนั้น มาตรา 95a(2) ได้อธิบายถึงควมมีประสิทธิภาพไว้ว่า “ควมมีประสิทธิภาพของเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองต้องอยู่ภายใต้การควบคุมโดยกลไกที่ใช้เพื่อบรรลุเป้าหมายแห่งการคุ้มครองได้” ซึ่งจะเห็นได้ว่าคำอธิบายดังกล่าวอาจไม่มีความชัดเจนเท่าใดนัก ดังนั้นจึงเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า “ควมมีประสิทธิภาพ” คืออะไร ในประเด็นดังกล่าวมีการวิจารณ์และได้เสนอความเห็นไว้เป็นหลายทาง เช่น หากสมมุติว่ามีเพียงมาตรการทางเทคโนโลยีเพียง 100 มาตรการที่มีประสิทธิภาพ การคุ้มครองทางกฎหมายก็อาจจะมีมากเกินไปจนความจำเป็น ทั้งนี้ได้มีการโต้แย้งว่าหากมาตรการบางอย่างที่ทำงานผิดพลาดไม่เป็นไปตามปกติอันเป็นสิ่งที่ไร้ซึ่งประสิทธิภาพ (ineffective) แล้วหากมาตรการนั้นสามารถขัดขวางผู้ใช้ในระดับธรรมดาทั่วไป (average users) ได้ ก็ถือว่ามีประสิทธิภาพแล้วหรืออีกความเห็นหนึ่งเห็นว่าหากต้องทำกิจกรรมใด ๆ เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการหรือกลไกดังกล่าวแม้มาตรการหรือกลไกนั้นจะสามารถผ่านไปได้โดยง่ายก็ได้รับความคุ้มครองแล้ว ดังนั้นในท้ายที่สุดจึงอาจต้องให้เป็นหน้าที่ของศาลที่จะตีความถึงควมมีประสิทธิภาพดังกล่าวในเงื่อนไข¹⁵³

3.2.3.2 การกระทำต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่เป็นความผิด

(ก) การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

การกระทำความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ตาม German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไขปี 2003 นั้นได้กำหนดเงื่อนไขของการกระทำที่เป็นความผิดไว้โดยห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งจะต้องมีองค์ประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือผู้หลีกเลี่ยงนั้นจะต้องรู้หรือมีเหตุอัน

¹⁵³ EU-Directive, **Copyright laws in digital Europe Technological Protection Measures of Germany** [Online], 26 November 2009. Available from <http://www.euro-copyrights.org/index/14/49>, 3.

ควรรู้ว่าตนกำลังกระทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีอันมิชอบดังกล่าว¹⁵⁴ เงื่อนไขของความรู้ (Knowledge) หรือมีเหตุอันควรรู้นั้นถือเป็นองค์ประกอบเช่นเดียวกับ EU Directive 2001/29/EC ข้อตกลงเขตการค้าเสรี รวมไปถึงกฎหมายของประเทศอังกฤษและประเทศสิงคโปร์ด้วย กล่าวคือ เป็นองค์ประกอบของความรู้สึที่เป็นนามธรรมซึ่งกฎหมายต้องการความรับรู้ว่าการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นเป็นไปอย่างเจตนาเพื่อให้เข้าถึงงานหรือเพื่อใช้งานนั้นในวิถีทางที่ละเมิดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่ ดังนั้นหากบุคคลนั้นทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพียงแต่ควรจะรู้ถึงการหลีกเลี่ยงนั้นก็ยอมเพียงพอแล้วที่จะถือว่าบุคคลนั้นกระทำการโดยทุจริต¹⁵⁵ ซึ่งองค์ประกอบข้อนี้เป็นอีกข้อหนึ่งที่สนธิสัญญา WCT และ WPPT รวมถึง DMCA 1998 ไม่ได้กำหนดองค์ประกอบของการรับรู้ไว้แต่อย่างไรก็ดีในกรณีของ DMCA 1998 ถึงแม้ว่าจะไม่ได้กำหนดองค์ประกอบดังกล่าวไว้ก็ไม่ทำให้ผู้กระทำผิดความรับผิดไปได้เนื่องจาก DMCA 1998 กำหนดให้ผู้กระทำผิดพิสูจน์ว่ากระทำโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ หรือ ขาดเหตุผลอันควรเชื่อ หรือไม่ได้ตระหนักว่ากระทำนั้นจะเป็นความผิด ซึ่งองค์ประกอบเหล่านี้ก็คงไม่ต่างไปจากองค์ประกอบในเรื่องของการรับรู้ นอกจากนี้การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีตาม German Copyright Act 1965 อาจหมายถึงการกระทำใดที่มีผลล้มเลิกการทำงานของมาตรการทางเทคโนโลยี เช่น การใส่วงจรรวม (ชิพ หรือ chip) หรือ ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อที่จะทำซ้ำงานที่ได้รับความคุ้มครองด้วย เป็นต้น

องค์ประกอบความผิดอีกประการหนึ่งที่จำกัดขอบเขตของข้อห้ามตาม German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไขปี 2003 ก็คือ มาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองนั้นจะต้องถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันหรือจำกัดการกระทำที่เกี่ยวกับงานหรือสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้นผู้ใดหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเข้าถึง (Access Control) หรือเพื่อทำซ้ำ (Copy

¹⁵⁴ Article 95a(1), German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

¹⁵⁵ Wencke Basler, "Technological Protection Measures in the United States, the European Union and Germany : How Much Fair Use Do We Need in the "Digital World"?", 19.

Control) งานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์กฎหมายให้ถือว่าการกระทำเหล่านั้นย่อมเป็นความผิดตาม German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไขปี 2003 ทั้งนี้แต่ในทางตรงกันข้าม หากมาตรการทางเทคโนโลยีเหล่านั้นนำมาใช้คุ้มครองงานอื่นใดที่มีชิ้นงานอันมีลิขสิทธิ์การกระทำเหล่านั้นย่อมไม่ได้รับการปกป้องโดยกฎหมายฉบับนี้¹⁵⁶ และผู้หลีกเลี่ยงมาตรการดังกล่าวก็จะเป็นความผิด ตัวอย่างเช่น การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อการเข้าถึงหรือการทำซ้ำงานสาธารณะ (public domain works) หรืองานที่หมดอายุการคุ้มครองหรือแม้แต่นื่องจากงานสร้างสรรค์นั้นขาดคุณสมบัติเบื้องต้นของลิขสิทธิ์ เช่น ขาดการริเริ่มสร้างสรรค์ เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าเทคโนโลยีดังกล่าวก็อาจถูกหลีกเลี่ยงได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

หลักการดังกล่าวเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC แต่อย่างไรก็ตามอาจจะมมีปัญหาอีกว่าผู้ใช้จะสามารถหลีกเลี่ยงมาตรการคุ้มครองที่ใช้ในงานที่เป็นสมบัติสาธารณะด้วยตนเองได้จริงหรือไม่หากบุคคลดังกล่าวไม่มีความรู้ความสามารถในทางเทคนิค เช่น ความรู้หรือความสามารถในการค้นหารหัสเพื่อเข้าถึงงาน (encryption password) เหล่านั้น และการซื้อขายเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้สำหรับการกระทำความผิดยังเป็นความผิดอยู่

(ข) การกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

นอกจากการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงหรือการทำซ้ำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์จะเป็นความผิดแล้วข้อห้ามอีกประการสำหรับการกระทำความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีคือข้อห้ามในเรื่องการผลิตเครื่องมือ อุปกรณ์ จำหน่ายจ่ายแจกหรือจัดให้บริการสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการ

¹⁵⁶ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses [Resolution Recommendation and Report of the Legal Committee] Bundestags-Drs. 15/837 (Apr.9,2003),[Online].Available from <http://dip.bundestag.de/btd/15/008/1500837.pdf> (last visited Dec. 19, 2003).p 62.

ทางเทคโนโลยี ข้อห้ามดังกล่าวบัญญัติไว้ในมาตรา 95a(3)¹⁵⁷ ซึ่งเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ตาม Article 6(2) แห่ง EU Directive 2001/29/EC โดยกำหนดไว้ว่า “ห้ามไม่ให้มีการผลิต การนำเข้า การจำหน่ายจ่ายแจก การขาย การให้เช่า การโฆษณาเพื่อขายหรือเพื่อให้เช่า หรือการครอบครองเพื่อวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์ซึ่งอุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์ หรือ ส่วนประกอบ หรือการจัดให้บริการ ดังนี้

1. ได้รับการสนับสนุน โฆษณา หรือ นำออกขาย เพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพใดๆ หรือ
2. มีวัตถุประสงค์หรือการใช้สอยหลักที่สำคัญในเชิงพาณิชย์ที่จำกัด นอกจากเพื่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพใดๆ หรือ
3. ถูกออกแบบ ผลิต ดัดแปลง หรือทำงาน โดยหลักเพื่อวัตถุประสงค์ในทำให้เกิดหรือให้ความสะดวกแก่การหลีกเลี่ยงซึ่งมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพใดๆ

จะเห็นได้ว่านอกจากการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรงจะเป็นความผิดแล้ว การผลิต นำเข้า จำหน่าย จ่ายแจก ขาย ให้เช่า โฆษณาเพื่อขาย หรือเพื่อให้เช่าหรือการครอบครองเพื่อวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์ซึ่งอุปกรณ์หรือเครื่องมือที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึง (Access Control) หรือการทำซ้ำ (Copy Control) งานอันมีลิขสิทธิ์ก็จะเป็นความผิดตาม German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไขปี 2003 เช่นกัน เมื่อลักษณะความคุ้มครองเป็นเช่นนี้ก็จะมีผลให้ผู้ใช้โดยทั่วไปไม่สามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้ด้วยตนเอง และหากการหลีกเลี่ยงดังกล่าวเป็นการกระทำของผู้เจาะระบบคอมพิวเตอร์ (hacker) หรือแม้แต่เป็นการบริการหลีกเลี่ยงมาตรการ การกระทำดังกล่าวก็จะถูกห้ามไปด้วย ตัวอย่างเช่น การอธิบายลงในวารสารหรือเว็บไซต์ เกี่ยวกับวิธีการผ่าน (bypass) ระบบการคุ้มครองการทำซ้ำ หรือ ทำให้โปรแกรมดังกล่าวสามารถหามา

¹⁵⁷ Article 95a(3), German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

ใช้ได้บนอินเทอร์เน็ตแม้จะไม่ได้กระทำเพื่อการค้าหรือหากำไรก็จะถือเป็นการละเมิดต่อบทบัญญัตินี้อีกเช่นกัน¹⁵⁸

ในขณะเดียวกันการตีพิมพ์ผลงานวิจัยการเข้ารหัสก็อาจขัดแย้งกับกฎหมายในส่วนนี้เนื่องจากในระหว่างการร่างรัฐบาลได้ให้คำอธิบายว่าการกระทำ ความผิดเหล่านี้จะไม่ครอบคลุมถึงการกระทำที่หลีกเลี่ยงเพียงเพื่อวัตถุประสงค์ของงานวิจัยทางวิทยาศาสตร์เนื่องจากให้เป็นไปตามข้อกำหนดในส่วนนำของ Article 48¹⁵⁹ แห่ง EU Directive 2001/29/EC ซึ่งระบุว่า “ความคุ้มครองทางกฎหมายตาม Article 6 แห่งข้อกำหนดสหภาพยุโรป (EU Directive 2001/29/EC) ไม่ควรให้เครื่องมือหรือกิจกรรมซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือการใช้หลักในเชิงพาณิชย์อื่นนอกเหนือจากการหลีกเลี่ยงความคุ้มครองทางเทคนิคเป็นสิ่งต้องห้ามโดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองไม่ควรเป็นอุปสรรคต่องานวิจัยด้านรหัสสัญญาณ (cryptography) ซึ่งประโยคดังกล่าวกฎหมายสหภาพยุโรปไม่ได้อธิบายไว้อย่างกระจ่างชัดว่าหมายความว่าอย่างไร แต่หากอ่านประโยคดังกล่าวประกอบกับส่วนนำใน Article 48 ของ EU Directive 2001/29/EC แล้วกฎหมายเหมือนจะมีบอกว่านักวิทยาศาสตร์ที่ทำงานวิจัยเรื่องรหัสสัญญาณไม่มีเจตนาที่จะหลีกเลี่ยงมาตรการคุ้มครอง¹⁶⁰ อีกทั้งยังเป็นการให้การแสดงความ คิดเห็นทางวิชาการในสาขานี้เป็นสิ่งที่เป็นไปได้ ดังนั้นอย่างน้อยที่สุดการตีพิมพ์ในวารสารทาง วิชาการที่ได้รับการยอมรับไม่ควรจะถือว่าเป็นการละเมิด อย่างไรก็ตามยังไม่แน่ชัดว่าศาลจะ ปรับใช้กรณีนี้แตกต่างกันไปหรือไม่¹⁶¹

แม้การกระทำความผิดที่เกี่ยวกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้ใน การกระทำความผิดดังกล่าวจะเอาผิดกับการกระทำในทางการค้าหรือการพาณิชย์ในการหลีกเลี่ยง

¹⁵⁸ EU-Directive, **Copyright laws in digital Europe Technological Protection Measures of Germany**, 3.

¹⁵⁹ Recital 48 of the EU Copyright Directive.

¹⁶⁰ Wencke Basler, “**Technological Protection Measures in the United States, the European Union and Germany : How Much Fair Use Do We Need in the “Digital World”?**,”: 19.

¹⁶¹ EU-Directive, **Copyright laws in digital Europe Technological Protection Measures of Germany**, 3.

มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเข้าถึงหรือทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์แต่ในทางตรงกันข้ามนั้น การกระทำที่เกี่ยวกับอุปกรณ์หรือเครื่องมือนี้ หากทำในลักษณะที่ไม่ใช่เป็นการหารายได้หรือไม่ใช่เชิงพาณิชย์ ผู้กระทำได้กล่าวยอมไม่มีความผิดในส่วนนี้และจึงทำให้การผลิตเครื่องมือหรืออุปกรณ์เพื่อการเข้าถึงหรือการทำงานที่ไม่ใชงานลิขสิทธิ์ไม่ว่าจะทำเพื่อวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ก็จะไม่มีความผิดในส่วนนี้ด้วยการผลิตเครื่องมือหรืออุปกรณ์ด้วยตนเอง หรือให้บริการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเข้าถึงงานสาธารณะ (Public Domain) ย่อมไม่มีความผิดในส่วนนี้ เป็นต้น แต่ถึงกระนั้นก็มีความสามารถในการผลิตเครื่องมือเพื่อเข้าถึงหรือทำซ้ำยอมเป็นการยากลำบากสำหรับผู้ที่ไม่มีความรู้ในทางเทคนิค และยิ่งไปกว่านั้นหากผู้ใช้มีความสามารถผลิตเครื่องมือหรืออุปกรณ์เพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการการเข้าถึงหรือทำซ้ำแม้จะไม่ได้กระทำเพื่อการค้าหรือการพาณิชย์ก็ตาม การกระทำเหล่านั้นก็จะเป็นความผิดอีกได้หากการหลีกเลี่ยงมาตรการเพื่อการเข้าถึงหรือทำซ้ำนั้นเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่นำมาใช้กับงานที่มีลิขสิทธิ์ และไม่เข้าเงื่อนไขในข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนด ข้อจำกัดสิทธิของสาธารณชนเหล่านี้จึงมีข้อสังเกตที่น่าคิดอีกว่า สิทธิในการเข้าถึงงานที่ไม่ได้รับความคุ้มครองกีดหรือสิทธิในการเข้าถึงหรือใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ก็ที่ย่อมเป็นสิทธิโดยชอบธรรมของสาธารณชนอยู่แล้ว การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีในลักษณะเช่นนี้จะส่งผลกระทบต่อผู้ใช้หรือสาธารณชนอย่างไรหรือไม่

ความรับผิดชอบต่อการผลิตเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการกระทำความผิดนี้แม้จะเป็นองค์ประกอบที่เหมือนกันกับ DMCA 1998 แต่ยังมีข้อที่แตกต่างกันระหว่างกฎหมายทั้งสองฉบับ กล่าวคือ DMCA 1998 ห้ามผลิตเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง (Access Control) และทำซ้ำ (Copy Control) งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ออกแบบ หรือผลิตมาโดยมีวัตถุประสงค์หลักในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง หรือทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งทำให้บุคคลใดที่ผลิตเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการกระทำความผิดที่ไม่ใช่เป็นการหารายได้หรือไม่ใช่ในเชิงพาณิชย์ยังมีความผิดตาม DMCA 1998 อยู่ เว้นแต่การกระทำนั้นจะเข้าข้อจำกัด 7 ประการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่ในทางตรงกันข้าม German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไขปี

2003 ห้ามการกระทำที่เกี่ยวกับอุปกรณ์หรือเครื่องมือสำหรับใช้กระทำความผิดเฉพาะการกระทำที่เป็นการค้าหากำไรหรือกระทำในเชิงพาณิชย์เท่านั้น ดังนั้นผู้ขายยังอาจผลิตเครื่องมือหรืออุปกรณ์สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้อยู่เพียงแต่การจะนำเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ผลิตได้เหล่านั้นไปใช้ได้นั้นก็จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขความยินยอมจากเจ้าของสิทธิ์ รวมถึงเป็นการกระทำตามข้อยกเว้นที่ German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไขปี 2003 กำหนดไว้ตามแนวทางของ Article 6(4) แห่ง EU Directive 2001/29/EC ซึ่งจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

3.2.3.3 ข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นความผิด

(ก) บทบัญญัติทั่วไป

การกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีของ German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไขปี 2003 เป็นการห้ามหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงและที่ควบคุมการทำซ้ำ รวมถึงการผลิตเครื่องมือหรืออุปกรณ์เพื่อการหลีกเลี่ยงย่อมเป็นความผิดอีกด้วย อย่างไรก็ตามกิจกรรมที่เป็นการต้องห้ามเหล่านี้จะได้รับการยกเว้นว่าสาธารณชนสามารถเข้าถึงและใช้งานที่ถูกปิดกั้นจากมาตรการทางเทคโนโลยีได้ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวถือเป็นหลักการใหม่ของ German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไขปี 2003 อันเป็นผลมาจากการอนุวัติการตาม Article 6(4) แห่ง EU Directive 2001/29/EC ซึ่งแน่นอนว่าหลักการดังกล่าวรวมไปถึงมาตรการที่กำหนดมาตรการบังคับโดยสมัครใจ (voluntary measures) ด้วย

จากการที่ EU Directive 2001/29/EC ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องกำหนดข้อยกเว้นของงานลิขสิทธิ์ยุคดิจิทัล Article 5 รวมถึงให้มีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อให้ผู้ใช้หรือผู้รับประโยชน์สามารถใช้ข้อจำกัดและข้อยกเว้นของกฎหมายได้ตาม Article 6(4) ดังนั้น จึงทำให้ German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไขปี 2003 มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลายประการในส่วนที่เกี่ยวกับข้อยกเว้นและข้อจำกัดแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงซึ่งแน่นอนว่าข้อยกเว้นที่เป็นภาคบังคับก็ต้องถูกบัญญัติไว้ในส่วนนี้ คือ

ข้อยกเว้นที่เกี่ยวกับการกระทำซ้ำเป็นการชั่วคราว (temporary acts of reproduction)¹⁶² โดยอนุวัติการตาม Article(5)(1) แห่ง EU Directive 2001/29/EC นอกจากนี้ยังมีการกำหนด ข้อยกเว้นของการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีตามที่ได้อนุวัติการ EU Directive 2001/29/EC Article 6(4) ไว้ทั้งหมด 7 ประการ โดย German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไข ปี 2003 มาตรา 95b(1) ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าตราบทเท่าที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ใช้มาตรการ ทางเทคโนโลยีภายใต้กฎหมายนี้ เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องจัดเตรียมวิถีทางที่จำเป็นให้แก่ผู้รับ ประโยชน์ดังต่อไปนี้เพื่อให้ผู้รับประโยชน์ได้รับประโยชน์จากบทบัญญัติเหล่านี้ หากผู้รับ ประโยชน์มีสิทธิ์เข้าถึงงานหรือวัตถุแห่งสิทธิ์ได้ตามกฎหมาย คือ

1. การบังคับใช้กฎหมายและความมั่นคงปลอดภัยสาธารณะ¹⁶³
2. บุคคลพิการ¹⁶⁴
3. การรวบรวมสำหรับการใช้ทางศาสนา โรงเรียน หรือคำบรรยาย¹⁶⁵
4. การแพร่ภาพแพร่เสียงของโรงเรียน¹⁶⁶
5. การให้สาธารณชนได้ใช้งานเพื่อวัตถุประสงค์ในการสอนและงานวิจัย¹⁶⁷
6. การทำซ้ำเพื่อใช้ส่วนบุคคล และการใช้เป็นการส่วนตัวอื่น ๆ¹⁶⁸
7. การทำซ้ำโดยองค์กรแพร่ภาพแพร่เสียง¹⁶⁹

จะเห็นได้ว่าการอนุวัติการของกฎหมายลิขสิทธิ์ยุคใหม่ของประเทศเยอรมนีมีการแก้ไขบทบัญญัติหลายประการ ข้อยกเว้นที่เป็นประเด็นที่น่าสนใจประการ หนึ่งคือการอนุญาตให้ทำซ้ำเพื่อประโยชน์ของผู้พิการตามมาตรา 45a โดยข้อยกเว้นดังกล่าว

¹⁶² Article 44a, German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

¹⁶³ Article 45, German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

¹⁶⁴ Article 45a, German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

¹⁶⁵ Article 46, German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

¹⁶⁶ Article 47, German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

¹⁶⁷ Article 52a, German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

¹⁶⁸ Article 53, German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

¹⁶⁹ Article 55, German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

เป็นการกำหนดข้อยกเว้นตาม EU Directive 2001/29/EC Article 5(3)(b) และเป็นบทบัญญัติแรกของกฎหมายลิขสิทธิ์เยอรมนีที่สร้างขึ้นมาเพื่อผู้พิการโดยเฉพาะและถือเป็นการยอมรับตามข้อ 3(3) แห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งประเทศเยอรมนี ซึ่งบัญญัติไว้ว่าไม่มีบุคคลใดถูกกีดกันบนพื้นฐานแห่งความพิการ นอกจากนี้มาตรา 45a ได้อนุญาตให้มีการทำซ้ำซึ่งงานที่ได้รับความคุ้มครอง เช่น การบันทึกซึ่งงานวรรณกรรมเพื่อประโยชน์ของผู้พิการทางสายตา เท่าที่จำเป็นสำหรับความพิการ แต่หากการทำซ้ำมีขึ้นมากเกินไปอาจมีการจ่ายค่าตอบแทนสำหรับการทำซ้ำนั้น ซึ่งเป็นการให้สิทธิแก่ผู้มีสิทธิที่ได้ที่จะได้รับค่าชดเชยตามสมควรตามจำนวนที่องค์กรจัดเก็บค่าลิขสิทธิ์ (Collecting Society)

ข้อนำสนใจอีกประการหนึ่งของข้อยกเว้นทั้ง 7 ประการนี้ คือ มาตรา 95b(1) ไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นของการทำซ้ำโดยห้องสมุด สถาบันการศึกษา พิพิธภัณฑ์ หรือหอจดหมายเหตุ และไม่ได้มีข้อยกเว้น การทำซ้ำการแพร่ภาพแพร่เสียงโดยองค์กรทางสังคม สาเหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เนื่องมาจากกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC Article 6(4) ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ต้อง “ใช้มาตรการที่เหมาะสม” เพื่อเป็นหลักประกันว่าผู้ใช้จะสามารถใช้สิทธิดังกล่าวของตนได้จริงแต่และมาตรการที่เหมาะสมดังกล่าวรวมถึงการทำซ้ำซึ่งไม่มีวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์โดยห้องสมุด สถาบันการศึกษา พิพิธภัณฑ์ หรือ หอจดหมายเหตุ และการทำซ้ำการแพร่ภาพแพร่เสียงโดยองค์กรทางสังคมไว้ด้วย แต่อย่างไรก็ตาม มาตรการที่เหมาะสมเหล่านี้มิได้เป็นบทบังคับให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องดำเนินการในทุกกรณีแต่ในทางตรงกันข้ามกลับเป็นมาตรการที่ให้ประเทศสมาชิกอาจเลือกกำหนดข้อยกเว้นเป็นกฎหมายภายในของประเทศตนเท่านั้น จึงทำให้กฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศเยอรมนีไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นดังกล่าวได้แต่อย่างใด

นอกจากนี้ในกรณีดังกล่าวฝ่ายนิติบัญญัติของเยอรมนีก็ได้หาทางออกของปัญหานี้โดยการใช้ประโยชน์จาก Article 5(3)(a) ของ EU Directive 2001/29/EC ซึ่งให้สิทธิประเทศสมาชิกในการสร้างข้อยกเว้นดังกล่าวเพื่อประโยชน์ในการใช้สำหรับการศึกษา หรือทางวิทยาศาสตร์ ด้วยเหตุผลนี้ มาตรา 52a จึงได้ถูกบัญญัติขึ้นและกำหนดให้จ่ายค่าชดเชยอันเป็นการตอบแทนให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ในจำนวนที่เหมาะสมที่อาจเรียกได้โดยองค์กรจัดเก็บ

คำลิขสิทธิ์ (Collective Society) อีกทั้ง มาตรา 52a ยังได้อนุญาตให้มีการใช้งานอันได้รับความคุ้มครองซึ่งมีการเผยแพร่ต่อสาธารณะแล้วโดยมีขอบเขตที่ชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จำเป็นสำหรับวัตถุประสงค์ในการสอนหรือการวิจัย ตัวอย่างเช่น การใช้สำหรับการเรียนการสอนโดยวิธีการออนไลน์ (on-line classes) หรือ ส่วนที่เกี่ยวกับการควบคุมการเข้าถึง (Access-Controlled) ของระบบเครือข่ายภายในองค์กร (intranet) ของมหาวิทยาลัย¹⁷⁰

อย่างไรก็ตาม สำหรับข้อยกเว้นของการทำซ้ำการแพร่ภาพแพร่เสียง โดยองค์กรทางสังคมนั้นถือว่าเป็นข้อยกเว้นชนิดใหม่ของสิทธิในการนำไปปรากฏสู่สาธารณชนแต่ยังอยู่ภายใต้ข้อจำกัดอย่างมากมายหลายอย่างซึ่งเป็นมาผลจากทักท้วงโดยบริษัทผู้พิมพ์และผู้ผลิตภาพยนตร์ ทำให้งานที่ได้รับความคุ้มครองสามารถนำไปให้ปรากฏสู่สาธารณชนในลักษณะที่จำกัดเพียงส่วนเล็ก ๆ ของงานหรือเป็นลักษณะของงานเขียนชิ้นเดียว (Single contributions) จากหนังสือพิมพ์ และวารสารนอกจากนั้น ผู้ได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นยังถูกจำกัดอยู่เพียงสถาบันที่กฎหมายระบุไว้เท่านั้น อย่างไรก็ตามในที่สุดแล้ว มาตรา 52a จึงให้การยกเว้นเฉพาะแต่เพียงหนังสือเรียน และภาพยนตร์ภายในกำหนด 2 ปีหลังจากได้มีการออกฉาย¹⁷¹

(ข) มาตรการโดยสมัครใจ (Voluntary Measures)

Article 6(4) ของ EU Directive 2001/29/EC ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าโดยไม่ต้องคำนึงว่าการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตาม EU Directive 2001/29/EC จะให้มีความคุ้มครองทางกฎหมายอย่างไร ในกรณีที่ผู้ทรงสิทธิไม่มีมาตรการโดยสมัครใจ หรือไม่มีข้อตกลงระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์กับบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง ประเทศสมาชิกต้องใช้มาตรการเพื่อเป็นหลักประกันว่าผู้ทรงสิทธิได้จัดให้มีวิถีทางให้ผู้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นและข้อจำกัดตามกฎหมายภายในของประเทศเหล่านั้น ดังนั้นกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศเยอรมนี

¹⁷⁰ Thomas Ramsauer, *Doctrine and Opinions, Germany's Copyright Law on the Verge of the Information Age*, 4.

¹⁷¹ *Ibid*, 4.

จึงได้บัญญัติ มาตรา 95b(2) ออกมาเพื่อเป็นมาตรการสำหรับในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ฝ่าฝืนหน้าที่ของตน โดยมาตรา 95b(2) ได้ให้สิทธิกับผู้รับประโยชน์คนใดคนหนึ่งที่ถูกปิดกั้นจากมาตรการทางเทคโนโลยี สามารถใช้สิทธิเรียกร้องของตนต่อเจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อให้เจ้าของลิขสิทธิ์จัดให้มีวิธีการที่จำเป็นเพื่อให้ผู้รับประโยชน์ใช้สิทธิดังกล่าวของตนตามบทบัญญัติต่าง ๆ ได้¹⁷²

มาตรการโดยสมัครใจ (voluntary measures) ตาม German Copyright Act 1965 นั้นได้ถูกบัญญัติมาเพื่อเป็นหลักประกันในขอบเขตของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ยุคข้อมูลข่าวสารว่าจะมีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อให้การใช้จากผู้รับประโยชน์สามารถใช้ข้อจำกัดและข้อยกเว้นได้จริงในยุคดิจิทัล ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งสำหรับการกำหนดข้อยกเว้นในกรณีนี้คือคู่สัญญาไม่สามารถทำสัญญาข้อยกเว้นไม่ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 95b(1) มาบังคับใช้ได้เนื่องจากบทบัญญัตินี้เป็นบทบังคับของกฎหมายที่บังคับให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องดำเนินการ อีกทั้งกฎหมายก็ไม่ได้ระบุโดยแจ้งชัดว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องใช้วิธีการที่จำเป็นทางใดเพื่อให้ผู้รับประโยชน์สามารถใช้สิทธิของตนได้ การที่กฎหมายไม่ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนก็เนื่องจากกฎหมายต้องการให้เปิดช่องว่างไว้เพื่อให้ใช้หนทางต่าง ๆ ได้หลายอย่าง และเป็นการเปิดกว้างให้มีความยืดหยุ่นต่อการปรับใช้เทคโนโลยีที่มีการพัฒนาขึ้นมาใหม่ได้¹⁷³

สำหรับในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ยังฝ่าฝืนมาตรการโดยสมัครใจ (voluntary measures) โดยไม่ดำเนินการอย่างใด ๆ เพื่อให้ผู้ใช้ประโยชน์ใช้สิทธิดังกล่าวของตนตามข้อยกเว้นของกฎหมายกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศเยอรมนีได้กำหนดไว้ว่าการไม่จัดวิธีการดังกล่าว เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้นั้นอาจจะต้องถูกระวางโทษปรับได้ โดยในส่วนนี้จะได้อธิบายอีกครั้งหนึ่งในหัวข้อมาตรการเยียวยาและบทลงโทษ อย่างไรก็ตาม แม้บทบัญญัติดังกล่าวจะกำหนดหน้าที่ให้กับเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่เจ้าของลิขสิทธิ์เองก็ไม่มีหน้าที่ต้องจัดมาตรการดังกล่าวให้ผู้รับประโยชน์ใช้สิทธิดังกล่าวได้ ถ้าหากสาธารณชนสามารถเข้าถึงและใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ได้

¹⁷² Article 95b(2), German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

¹⁷³ Wencke Basler, "Technological Protection Measures in the United States, the European Union and Germany : How Much Fair Use Do We Need in the "Digital World"?", : 21.

อยู่แล้วภายใต้ข้อตกลงในสัญญา ข้อยกเว้นนี้เป็นสิ่งที่ทำให้ผู้ทรงสิทธิสามารถหลีกเลี่ยงหน้าที่ตามมาตรา 95b ได้ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือ การคลิกข้อตกลงลิขสิทธิ์ (click-wrap license) ซึ่งส่วนใหญ่จะพบบนอินเทอร์เน็ตและส่วนใหญ่จะเป็นขั้นตอนหนึ่งของกระบวนการ install โปรแกรมคอมพิวเตอร์ เป็นต้น

ข้อน่าสนใจสำหรับการกำหนดข้อยกเว้นของกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศเยอรมนี คือ ข้อยกเว้นที่เป็นมาตรการบังคับโดยสมัครใจดังกล่าวไม่ได้บัญญัติไว้ใน DMCA 1998 เพียงแต่ DMCA 1998 ให้นำข้อต่อสู้ในเรื่องการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม (Fair use) มาเป็นข้อต่อสู้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้เท่านั้น สาเหตุที่กฎหมาย DMCA 1998 ไม่ได้บัญญัติไว้ก็น่าจะเป็นผลมาจากการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการทำซ้ำเป็นสิ่งที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย DMCA 1998 แต่ในขณะเดียวกันกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC หรือกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศเยอรมนีได้ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีไว้ทุกประเภทดังนั้นจะจำเป็นต้องมีหลักประกันให้กับประชาชนโดยการกำหนดมาตรการบังคับโดยสมัครใจ (voluntary measures) ไว้

(ค) มาตรการส่งเสริมในการปิดฉลากสินค้า

มาตรการส่งเสริมการใช้งานลิขสิทธิ์อีกประการหนึ่งนอกจากสิทธิเรียกร้องข้างต้นนั้นคือ มาตรการส่งเสริมในการปิดฉลากสินค้าเพื่อให้ผู้บริโภคทราบถึงการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีนี้ถือว่าเป็นมาตรการใหม่ที่มีเฉพาะใน German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไขปี 2003 เท่านั้น โดยมาตรการดังกล่าวปรากฏในมาตรา 95d ซึ่งเป็นบทบังคับให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องดำเนินการ 2 ประการ ในการปิดฉลากบอกให้ผู้บริโภคทราบถึงมาตรการทางเทคโนโลยีถูกติดตั้งในสินค้า โดยมีรายละเอียด ดังนี้

ประการแรก มาตรา 95d(1)¹⁷⁴ กำหนดให้ทรัพย์สินต่าง ๆ ที่มีการติดตั้งมาตรการทางเทคโนโลยีต้องมีการติดฉลากแสดงสิ่งบ่งชี้ไว้ให้ผู้บริโภคทราบอย่างชัดเจน สำหรับที่มาของหลักการนี้ก็เนื่องมาจากผู้ร่างกฎหมายต้องการให้เกิดความ

¹⁷⁴ Article 95d(1), German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

มั่นใจว่าประชาชนทุกคนที่ซื้อสินค้า หรือการดาวน์โหลดเพลง (download) ที่มีการติดตั้งมาตรการทางเทคโนโลยีไว้ได้ทราบถึงข้อจำกัดทางเทคนิคต่อการใช้ว่าสินค้านั้นมีข้อจำกัดในเรื่องมาตรการทางเทคโนโลยีไว้อย่างไรบ้าง ทั้งนี้โดยไม่จำเป็นต้องอธิบายการทำงานของมาตรการดังกล่าว แต่จะต้องให้ผู้บริโภคได้ทราบว่า ตนสามารถทำซ้ำได้หรือไม่ หรือสามารถใช้กับคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลได้หรือไม่ และเทคโนโลยีนั้นเกี่ยวข้องกับการทำงานในโหมดอื่น ๆ ของเครื่องมือทางเทคนิคอย่างไร ซึ่งอาจมีผลต่อการตัดสินใจของผู้บริโภค โดยข้อมูลดังกล่าวจะต้องปรากฏอยู่บนหีบห่อบรรจุภัณฑ์ของสินค้า เช่น ซีดี ดีวีดี หรือบนเว็บไซต์ที่สามารถมองเห็นได้ก่อนที่ผู้บริโภคจะดาวน์โหลดหรือถ่ายข้อมูลดังกล่าว

ประการที่สองใน มาตรา 95d(2)¹⁷⁵ กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องระบุชื่อและที่อยู่ของตนในสินค้านั้น ๆ หากมีการติดตั้งมาตรการทางเทคโนโลยีไว้ด้วย บทบัญญัตินี้มีเจตนารมณ์เพื่อเป็นหลักประกัน แก่ผู้ใช้ประโยชน์ หรือสาธารณชนที่จะได้รับการส่งเสริมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในกรณีที่ผู้บริโภค ผู้ใช้ ผู้รับประโยชน์ หรือสาธารณชนไม่สามารถใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ได้เนื่องจากมีมาตรการทางเทคโนโลยีขัดขวางการใช้งานอยู่ และเพื่อให้ทราบว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ที่รับผิดชอบคือใคร ทั้งนี้ชื่อและที่อยู่ของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นจะต้องมองเห็นได้บนบรรจุภัณฑ์

3.2.3.4 มาตรการเยียวยาและบทลงโทษ

Article 8 ของ EU Directive 2001/29/EC ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องจัดให้มีบทลงโทษและหนทางเยียวยาที่เหมาะสมกรณีที่มีการละเมิดมาตรการทางเทคโนโลยี นอกจากนี้ประเทศสมาชิกยังต้องมีหลักประกันว่าเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายและหรือยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งแก่ผู้ละเมิดและผู้ให้บริการเพื่อทำการละเมิดลิขสิทธิ์

สำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีหลักเสียงมาตรการทางเทคโนโลยี ตาม German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไขปี 2003 ได้กำหนดให้มีการเยียวยาทางแพ่ง

¹⁷⁵ Article 95d(2), German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

และบทลงโทษทางอาญา สำหรับการเยียวยาทางแพ่งนี้ให้ปรับใช้กับกฎหมายลักษณะละเมิด (German Tort Law) โดยผู้ทำการหลีกเลี่ยงจะต้องรับผิดชอบทางแพ่งภายใต้บทบัญญัติทั่วไปในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิอื่นที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์โดยจงใจหรือโดยประมาทเลินเล่อ

นอกจากนี้ German Copyright Act 1965 (ฉบับแก้ไขปี 2003) ได้แก้ปัญหาก็เกี่ยวกับปัญหาการใช้มาตรการทางแพ่งในกรณีการใช้สิทธิเรียกร้องของตนเพื่อให้เจ้าของลิขสิทธิ์จัดวิธีทางที่จำเป็น กล่าวคือแม้ว่ามาตรการดังกล่าวจะเป็นมาตรการที่ช่วยสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของสิทธิกับสาธารณชนแต่ในความเป็นจริงแล้วมาตรการดังกล่าวอาจเป็นการสร้างอุปสรรคแก่สาธารณชนได้เนื่องจากการใช้เวลานานนอกจากนี้ยังเป็นการผูกพันให้เจ้าของสิทธิปฏิบัติเป็นกรณี ๆ ไป ดังนั้น เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิของผู้รับประโยชน์อย่างมีประสิทธิภาพ กฎหมายจึงได้จัดให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Group litigation) ขึ้นโดยบัญญัติไว้ใน “กฎหมายเรื่องการดำเนินคดีเพื่อให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครอง” (Law on Action for an Injunction)¹⁷⁶ เหตุผลของการเปิดโอกาสให้มีการเกิดการดำเนินคดีแบบกลุ่มนี้ก็เพื่อขจัดปัญหาจำนวนของการยื่นคำร้องในหลาย ๆ ครั้งอีกทั้งยังไม่ให้เกิดการสิ้นเปลืองเวลาเนื่องจากข้อผูกพันดังกล่าวจะเป็นการกำหนดให้เจ้าของสิทธิดำเนินการเป็นกรณี ๆ ไป

ส่วนบทลงโทษทางอาญา German Copyright Act 1965 (ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 2003) ได้ระวางโทษสำหรับการกระทำไว้ในกรณีที่หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยเจตนาและทำอย่างเป็นอาชีพผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือถูกปรับ¹⁷⁷ สำหรับกรณีการผลิต นำเข้า จำหน่ายจ่ายแจก ขาย หรือการให้เช่าเป็นอาชีพซึ่งอุปกรณ์

¹⁷⁶ การดำเนินคดีกลุ่ม (Verbandsklage) เป็นข้อยกเว้นของกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งในเยอรมนี โดยทั่วไป เฉพาะแต่การบังคับตามสิทธิได้เป็นราย ๆ ไปเท่านั้น การดำเนินคดีกลุ่มเป็นไปในลักษณะที่จำกัดภายใต้ “กฎหมายที่เกี่ยวกับการสร้างกฎระเบียบทางธุรกิจการค้า, การคุ้มครองผู้บริโภค, กฎหมายแรงงาน, ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม, และ การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม”

¹⁷⁷ Article 108(b), German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

ผลิตภัณฑ์ หรือส่วนประกอบที่ใช้เพื่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี กฎหมายเยอรมนีถือว่าไม่เป็นความผิดทางอาญาแต่อาจถูกปรับสูงสุดถึง 50,000 ยูโร¹⁷⁸

ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามคำร้องของผู้รับประโยชน์ กรณีที่ให้เจ้าของลิขสิทธิ์จัดวิธีทางเพื่อให้ผู้ใช้ประโยชน์ได้เข้าถึงและใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกปิดกั้นจากมาตรการทางเทคโนโลยีตามมาตรา 95b(62) แห่ง German Copyright Act 1965 ได้กำหนดโทษสำหรับเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ฝ่าฝืนไม่สามารถจัดหาวิธีการที่จำเป็นดังกล่าวตามที่กฎหมายกำหนดได้เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้นั้นต้องระวางโทษปรับสูงสุดถึง 50,000 ยูโร¹⁷⁹ และโทษสำหรับกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้ใดไม่ดำเนินการจัดให้มีการติดฉลาก ผู้บริโภค หรือผู้รับประโยชน์ อาจยื่นฟ้องเรียกค่าเสียหายจากเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้นั้นได้ นอกจากนี้การกระทำความผิดของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้ใดไม่ได้รับซื้อและที่อยู่ของตนไว้บนบรรจุภัณฑ์ เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้นั้นอาจต้องระวางโทษปรับทางปกครอง จำนวน 10,000 ยูโร¹⁸⁰

3.2.3.5 บทวิเคราะห์เกี่ยวกับการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

จากการศึกษาหลักการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีของกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศเยอรมนี จะเห็นว่ากฎหมายได้อนุญาตการตามบทบัญญัติใน EU Directive 2001/29/EC ดังนั้น จึงทำให้มาตรการคุ้มครองรวมถึงข้อยกเว้นย่อมเป็นไปได้ในแนวทางเดียวกันทั้งหมด จึงทำให้การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีด้วยตนเองหรือการผลิตจำหน่ายเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงและการทำใช้งานอันมีลิขสิทธิ์กลายเป็นกิจกรรมที่เป็นความผิดเป็นความผิดทั้งสิ้น ดังนั้นการกระทำที่จะไม่เป็นความผิดในส่วนนี้คือการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้คุ้มครองงานที่มีใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ เช่น งานสาธารณะ (Public domain works) อย่างไรก็ตาม มีปัญหาว่าในทางปฏิบัติผู้ใช้จะสามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ปกป้องงานที่เป็นสมบัติ

¹⁷⁸ Article 111a(1) no.1, German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

¹⁷⁹ Article 111a(1) no.2, German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

¹⁸⁰ Article 111a(1) no.3, German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003

สาธารณชนได้จริงหรือไม่ เนื่องจากการผลิตและการจำหน่ายเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้ได้ถูกกำหนดว่าเป็นสิ่งที่ต้องห้าม ดังนั้น จึงอาจเป็นความสามารถเฉพาะตัวของผู้ใช้เท่านั้นที่สามารถจะทำการหลีกเลี่ยงมาตรการที่คุ้มครองและสามารถใช้งานที่เป็นสมบัติสาธารณะได้

แม้ว่ากฎหมายต้องการสร้างความเหมาะสมระหว่างสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์กับสิทธิของสาธารณชนไว้ให้เท่าเทียมกันโดยการกำหนดข้อยกเว้นและมาตรการการบังคับสิทธิ แต่ในบางกรณีข้อยกเว้นบางประเภทอาจมีปัญหาในการปรับใช้กฎหมายได้ เช่น การที่กฎหมายได้กำหนดให้การรับรู้หรือมีเหตุอันควรรู้เป็นองค์ประกอบหนึ่งของความผิดจะเป็นความผิดในกรณีใดบ้าง องค์ประกอบดังกล่าวไม่ต้องการเอาผิดแต่เฉพาะบุคคลดังกล่าว “รู้” เท่านั้น แต่ยิ่งกว่านั้นกฎหมายยังเอาผิดกับบุคคลที่แม้ไม่รู้แต่ “ควรจะรู้” ว่าตนทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีซึ่งเพียงเท่านี้ก็เพียงพอแล้วที่จะถือว่าบุคคลนั้นกระทำการโดยทุจริต ซึ่งหมายความว่า การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์หรือการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยสุจริตจะถูกดำเนินคดีไปด้วย

แต่ในขณะที่เดียวกันกฎหมายได้มีข้อยกเว้นไว้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อวัตถุประสงค์ในการสอนและงานวิจัยการเข้ารหัสสัญญาณโดยให้ถือว่าไม่เป็นความผิดในทางกฎหมาย ดังนั้น หากนักวิทยาศาสตร์ที่ทำงานวิจัยเรื่องรหัสสัญญาณกฎหมายย่อมถือว่าไม่มีเจตนาที่จะหลีกเลี่ยงมาตรการคุ้มครอง แต่อย่างไรก็ตามในสถานการณ์จริงนักวิทยาศาสตร์ดังกล่าวย่อมรู้ถึงการกระทำการหลีกเลี่ยงมาตรการคุ้มครอง และความรู้ดังกล่าวก็เป็นองค์ประกอบของความผิดของการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายประเทศเยอรมนีด้วย ดังนั้น นักวิทยาศาสตร์ที่ทำการกิจกรรมซึ่งเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการวิจัยการเข้ารหัสสัญญาณย่อมไม่ต้องรับผิดเพื่อการละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะถือว่าเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้น แต่นักวิทยาศาสตร์ดังกล่าวอาจต้องรับผิดต่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้เนื่องมาจากการรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ถึงการละเมิดนั้น อีกทั้งการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศเยอรมนีเองก็ไม่ได้ให้สิทธิพิเศษแก่ผู้รับประโยชน์ในการเจาะผ่าน (hack) จึงทำให้บทบัญญัติที่เป็นการกระทำที่ห้ามกับการกระทำที่สามารถทำได้มีความขัดแย้งกันเอง จึงเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้แยกการ

กระทำความผิดขององค์ประกอบเรื่องความรู้ (knowledge) หรือ เจตนาทุจริต (bad faith) ออกจากกัน ดังนั้นตัวอย่างของกิจกรรมที่อาจเป็นปัญหาว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นการกระทำที่เป็นความผิดหรือไม่คือ

แม้ใน Article 6(4) ของ Directive 2001/29/EC จะได้กำหนดข้อยกเว้นขึ้นมาเพื่อให้เกิดความมั่นใจแก่สาธารณชนแต่ข้อยกเว้นดังกล่าวก็ยังอยู่ภายใต้เงื่อนไขการจ่ายค่าตอบแทนที่เหมาะสมแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ จึงหมายความว่า การกระทำบางอย่างแม้จะสามารถกระทำได้แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า จะไม่เสียค่าตอบแทน หลักการดังกล่าวจึงมีลักษณะที่แตกต่างจากหลักการใช้โดยชอบธรรมของหลักการของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ผู้ใช้สามารถนำงานเหล่านี้มาใช้ได้ฟรีเพียงแต่การกระทำดังกล่าวจะต้องใช้เพื่อวัตถุประสงค์โดยชอบธรรม (Fair use)

นอกจากนี้ถึงแม้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์จะได้กำหนดข้อยกเว้นให้สามารถเข้าถึงงานได้แต่ในสถานการณ์จริงจะเห็นได้ว่ากฎหมายก็ไม่ได้ช่วยให้ผู้รับประโยชน์สามารถหลีกเลี่ยงมาตรการที่ควบคุมการเข้าถึงได้แต่อย่างใดเนื่องจากแต่เดิมกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้ให้สิทธิแก่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิควบคุมการเข้าถึงหรือสิทธิอื่น ๆ ของงานเหล่านั้นได้ อีกทั้งสิทธิดังกล่าวไม่ใช่สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์เพราะสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์คือสิทธิในการทำซ้ำ ดัดแปลง และการเผยแพร่ต่อสาธารณชน แต่สิทธิอื่น ๆ เช่น สิทธิในการควบคุมการเข้าถึงย่อมเป็นสิทธิที่ต่อจากสิทธิในการทำซ้ำ ดัดแปลง และการเผยแพร่ต่อสาธารณชน แม้กฎหมายจะได้แก้ปัญหาโดยการเพิ่มมาตรการบังคับสิทธิ (voluntary measure) แต่ในสถานการณ์จริงอาจเกิดปัญหาขึ้นได้ คือกรณีที่ต้องซื้อหนังสืออิเล็กทรอนิกส์ หรือ ซีดีเพื่อใช้ประโยชน์ในการเรียนการสอน แต่ในทางปฏิบัติไม่อาจทำได้เพราะมีมาตรการทางเทคโนโลยีติดตั้งไว้ ดังนั้น ในกรณีดังกล่าวครูอาจใช้สิทธิเรียกร้องภายใต้ มาตรา 95b เพื่อให้เจ้าของลิขสิทธิ์จัดโปรแกรมหรือรหัสให้สามารถผ่านเครื่องมือควบคุมการทำซ้ำได้ เพราะเป็นผู้ใช้ประโยชน์ หลังจากนั้นจึงสามารถทำสำเนาเหล่านั้นได้ ผู้วิจัยเห็นว่าขั้นตอนของการดำเนินการดังกล่าวมีความยุ่งยากซับซ้อนมาก หรือมิฉะนั้นครูอาจหลีกเลี่ยงการการใช้สิทธิทางศาลก็แต่เพียงการเข้าไปในห้องสมุดเพื่อใช้ประโยชน์จากหนังสืออิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวได้เท่านั้น แต่ปัญหาอาจเกิดตามมาว่าหนังสือดังกล่าวมีอยู่ในห้องสมุดนั้น ๆ หรือไม่ ปัญหา

ดังกล่าวจึงเกิดขึ้นอีกว่าผู้รับประโยชน์ที่ได้รับสิทธิพิเศษมีเพียงสิทธิเรียกร้องต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ให้จัดหาวิธีทางเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการคุ้มครองแก่ตน แต่ตนเองกลับไม่มีสิทธิทำการหลีกเลี่ยงด้วยตนเองได้ อุปสรรคดังกล่าวจึงทำให้ผู้ใช้ไม่มีสิทธิที่จะอ้างการกระทำอันเป็นการช่วยเหลือตัวเองได้ เช่น สิทธิในการเจาะผ่าน เป็นต้น เพราะกฎหมายเพียงบังคับให้เจ้าของลิขสิทธิ์จัดหาวิธีทางที่เหมาะสมให้แก่ผู้ใช้ประโยชน์แต่ในขณะเดียวกันกฎหมายก็ไม่ได้ให้ผู้ใช้กระทำการด้วยตนเองเช่นกัน

3.2.3.6 สรุป

จากการศึกษาหลักการของ German Copyright Act 1965 (ฉบับแก้ไขปี 2003) จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้ให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีในทุกประเภท และยังรวมไปถึงสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับงานอันมีลิขสิทธิ์อีกด้วย หลักการดังกล่าวเป็นมาตรฐานการคุ้มครองที่ใกล้เคียงกว่า DMCA 1998 ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ให้คุ้มครองเพียงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงเท่านั้น แม้ว่าข้อยกเว้นของกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศเยอรมนีอาจดูเหมือนว่าเป็นการบัญญัติให้แตกต่างไปจากข้อยกเว้นของ DMCA 1998 ของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นเหล่านี้ก็ยังมีปัญหาที่เกี่ยวข้องกับประเด็นนี้อยู่มากมาย เช่น การซื้อขายเครื่องมือหรืออุปกรณ์เพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี หรือสิทธิของสาธารณชนในการหลีกเลี่ยงมาตรการด้วยตนเอง รวมถึงอุปสรรคและความยุ่งยากในการได้มาซึ่งวิธีทางที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องจัดให้

จะเห็นได้ว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ในยุคข้อมูลข่าวสารของประเทศเยอรมนีได้สร้างโอกาสใหม่ ๆ ในการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัลแต่ในขณะเดียวกันการใช้ประโยชน์ดังกล่าวอาจมีอุปสรรคไม่น้อยต่อประโยชน์ต่อสาธารณชนในการสร้างสรรค์หรือต่อยอดผลงานใหม่ ๆ ปัญหาความไม่สอดคล้องของกฎหมายทั้งหลายเหล่านี้อาจจะต้องกลับมาทบทวนว่ากฎหมายเป็นการให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์และสาธารณชนอย่างเท่าเทียมกันหรือไม่

3.2.4 การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์

นอกจากการเข้าร่วมทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีกับประเทศสหรัฐอเมริกาแล้วประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกในสนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ (WIPO Copyright Treaty 1996 : WCT) และสนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของนักแสดงและผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง (WIPO Performances and Phonograms Treaty 1996 : WPPT) ในปี พ.ศ. 2539 ซึ่งทำให้ประเทศสิงคโปร์ต้องส่งผลให้กฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศสิงคโปร์ต้องทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีอยู่เดิมในหลายประเด็นเพื่อให้สอดคล้องกับการเข้าเป็นสมาชิกขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกและข้อตกลงเขตการค้าเสรี ซึ่งรวมถึงการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี (Technological Protection Measures) ที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้ป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตด้วย และเป็นที่น่าสังเกตได้ว่ากลไกในระบบการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีของกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศสิงคโปร์มีความใกล้เคียงกับระบบการคุ้มครองของ DMCA 1998 ของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นอย่างมาก

3.2.4.1 ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง

ภายใต้ Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005 ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง (Technological access control measure)” หมายความว่า “เทคโนโลยี อุปกรณ์ หรือ ส่วนประกอบใด ๆ ซึ่งการทำงานตามปกติสามารถควบคุมการเข้าถึงสำเนางานได้อย่างมีประสิทธิภาพ”¹⁸¹ นอกจากนี้กฎหมายยังได้ให้ความหมายของคำว่า “มาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี (Technological protection measures)” หมายความว่า เทคโนโลยี อุปกรณ์ หรือส่วนประกอบใด ๆ ซึ่งในการทำงานตามปกติสามารถป้องกันและจำกัดการกระทำใด ๆ ที่ประกอบขึ้นเป็นลิขสิทธิ์ในงานหรือวัตถุแห่งสิทธิ์อื่นใด และเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับสำเนาของงานหรือวัตถุแห่งสิทธิ์นั้น

¹⁸¹ Article 261B(1), Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005

จากคำจำกัดความของกฎหมายข้างต้นจะเห็นได้ว่า Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005 ได้กำหนดให้เฉพาะมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพที่ใช้ควบคุมการเข้าถึง (Access Control) งานอันมีลิขสิทธิ์เท่านั้นที่ได้รับความคุ้มครอง ประกอบกับมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวจะต้องนำมาใช้ป้องกันและจำกัดการกระทำใด ๆ ที่ประกอบขึ้นเป็นลิขสิทธิ์ในงานหรือวัตถุแห่งสิทธิอื่นใดอีกด้วย มาตรการคุ้มครองของกฎหมายดังกล่าวเป็นไปการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่เหมือนกันกับ DMCA 1998 ของสหรัฐอเมริกาแต่มีความแตกต่างไปจากกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศอังกฤษ หรือประเทศเยอรมนี ที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีในทุกประเภท

3.2.4.2 การกระทำต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่เป็นความผิด

(ก) การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

จากที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นว่าการคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีตาม Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ปี 2005 จะให้ความคุ้มครองเฉพาะมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันการเข้าถึงงาน (Access Control) อันมีลิขสิทธิ์เท่านั้น จึงแสดงให้เห็นว่าการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงสำเนางานได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมเป็นความผิดต่อบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ โดย Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ปี 2005 ได้กำหนดการกระทำที่เป็นความผิดในการหลีกเลี่ยงหรือทำลายมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงไว้มาตรา 261C(1)(a) ว่า “ในกรณีที่ได้มีการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีกับสำเนาของงานหรือวัตถุแห่งสิทธิอื่นซึ่งเกี่ยวกับการใช้สิทธิตามลิขสิทธิ์โดยเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือด้วยการอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานหรือวัตถุแห่งสิทธิ หรือกับสำเนาของงานแสดงโดยผู้แสดงหรือด้วยการอนุญาตจากผู้แสดง ซึ่งเกี่ยวกับการใช้สิทธินักแสดง ห้ามบุคคลใดที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือนักแสดงกระทำการที่บุคคลดังกล่าว “รู้” หรือ “ควรจะรู้” ว่าเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ถ้ามาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่

ควบคุมการเข้าถึง¹⁸² องค์ประกอบความผิดดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าหากเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการทำซ้ำ (Copy Control) งานอันมีลิขสิทธิ์ แม้บุคคลดังกล่าวจะรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ถึงการกระทำของตน บุคคลดังกล่าวย่อมไม่เข้าองค์ประกอบความผิดของกฎหมาย

สำหรับองค์ประกอบความผิดอันเป็นอัตวิสัย (subjective) ของ Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ปี 2005 ที่ผู้กระทำผิดนั้นจะต้อง “รู้” หรือ “ควร จะรู้” ว่าการกระทำของตนเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงนั้น หลักการดังกล่าวเป็นการกำหนดองค์ประกอบของความผิดไว้เช่นเดียวกับ EU Directive 2001/29/EC ซึ่ง DMCA 1998 ของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดองค์ประกอบดังกล่าวไว้

(ข) การกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเครื่องมือ หรืออุปกรณ์
ที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

นอกจากการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึง (Access Control) โดยตรงจะเป็นความผิดแล้วกฎหมายยังได้ขยายความคุ้มครองไปถึงการกำหนดความผิดที่เกี่ยวกับเครื่องมือ อุปกรณ์ หรือบริการที่ถูกออกแบบมาเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี (Device Control) แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าความผิดที่เกี่ยวกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์นี้จะห้ามการผลิตหรือจำหน่ายเครื่องมือที่ใช้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง (Access Control) อย่างเดียวหรือขยายความไปถึงการทำซ้ำ (Copy Control) งานอันมีลิขสิทธิ์ด้วย อย่างไรก็ตามหากพิจารณา DMCA 1998 รวมถึงข้อตกลงเขตการค้าเสรีที่ประเทศสิงคโปร์ (FTA : USA : SIN) จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายเหล่านี้ต้องการให้มีมาตรการคุ้มครองครอบคลุมไปถึงเครื่องมือที่ใช้เพื่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์และสิทธิที่เกี่ยวข้องกับงานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งหมายถึงห้ามการผลิตหรือจำหน่ายเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการทำซ้ำด้วยนั่นเอง เนื่องจากกฎหมาย

¹⁸² Article 261C(1)(a), Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005

ลิขสิทธิ์ประเทศสิงคโปร์ มาตรา 261C(1)(b) และ (c)¹⁸³ ได้กำหนดการกระทำที่เป็นความผิดไว้ แต่เพียงว่า “ห้ามบุคคลใดที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ผลิต นำเข้า จำหน่ายแจก เสนอต่อสาธารณะ จัดเตรียม หรือทำการค้าขายอุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์ หรือ ส่วนประกอบใด ๆ ซึ่ง

(1) ได้รับการส่งเสริม โฆษณา หรือ ทำการค้าเพื่อจุดประสงค์ในการ หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

(2) มีวัตถุประสงค์หรือการใช้หลักทางการพาณิชย์อื่นที่จำกัด นอกจาก จะใช้เพื่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเท่านั้น หรือ

(3) ถูกออกแบบ หรือทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์หลักในการหลีกเลี่ยง มาตรการทางเทคโนโลยี

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า จะให้ความคุ้มครองไปถึงห้ามผลิต หรือจำหน่ายเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทาง เทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการทำซ้ำ (Copy Control) ด้วยหรือไม่ เนื่องจากกฎหมายกำหนดไว้แต่

¹⁸³ Article 261C(1)(b)-(c), Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005“(b) manufacture, import, distribute, offer to the public, provide or otherwise traffic in any device, product or component which-

(i) is promoted, advertised or marketed for the purpose of circumventing the technological measure;

(ii) has only a limited commercially significant purpose or use other than to circumvent the technological measure; or

(iii) is designed or made primarily for the purpose of circumventing the technological measure;

(c) offer to the public or provide any service which –

(i) is promoted, advertised or marketed for the purpose of circumventing the technological measure;

(ii) has only a limited commercially significant purpose or use other than to circumvent the technological measure; or

(iii) is performed primarily for the purpose of circumventing the technological measure.”

เพียงห้ามผลิตหรือจำหน่ายเครื่องมือเพื่อจุดประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเท่านั้น ประกอบกับมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศสิงคโปร์จะคุ้มครองเฉพาะการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามผู้วิจัยเห็นว่าแม้ Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ปี 2005 จะไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนแต่ก็น่าจะให้ความคุ้มครองไว้แต่เพียงห้ามผลิต หรือจำหน่ายเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงเท่านั้น เพราะวัตถุประสงค์ของกฎหมายต้องการให้การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงเท่านั้นที่เป็นความผิด จึงไม่น่าจะรวมการตีความรวมถึงการห้ามเพียงแต่เครื่องมือที่ใช้ในการทำซ้ำ (Access Control) งานอันมีลิขสิทธิ์ด้วย

นอกจากนี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายไม่เพียงแต่เอาผิดกับบุคคลที่ผลิตหรือจำหน่ายเครื่องมือ อุปกรณ์ที่ใช้ในการกระทำความผิดเท่านั้น แต่ยังได้ขยายขอบเขตเอาผิดกับบุคคลใดที่แม้จะไม่ได้ผลิตเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการกระทำความผิด เพียงแต่ได้เสนอต่อสาธารณะหรือเพียงจัดเตรียมบริการใด ๆ ซึ่ง (1) ได้รับการส่งเสริม โฆษณา หรือทำการค้าเพื่อจุดประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี หรือ (2) มีวัตถุประสงค์หรือการใช้หลัก ทางการพาณิชย์อื่นที่จำกัด นอกจากจะใช้เพื่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเท่านั้น หรือ (3) ดำเนินการเพื่อวัตถุประสงค์หลักในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี¹⁸⁴

ผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตว่าการที่ Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ปี 2005 กำหนดองค์ประกอบความรับผิดของการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใกล้เคียงกันกับ DMCA 1998 นี้ อาจทำให้มีปัญหาการตีความของคำว่า การหลีกเลี่ยงแก่มาตรการทางเทคโนโลยีได้เนื่องจากตามคำจำกัดความของคำว่า “หลีกเลี่ยง” (circumvent) หมายความว่า “หลีกเลี่ยง (avoid) ผ่าน (bypass) เอาออก(remove) ทำให้หยุดการทำงาน (deactivate) ถอดสัญญาณ (descramble) (ในกรณีที่สามารถได้มีการใส่สัญญาณไว้) ถอดรหัส (decrypt) (ในกรณีที่สามารถมีการเข้ารหัสไว้) หรือ ทำให้เสียใช้การไม่ได้ (impair)” ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการกำหนดองค์ประกอบความรับผิดดังกล่าวข้างต้นคือ กิจกรรมการ

¹⁸⁴ Article 261C(1)(c), Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005

หลีกเลี่ยงแก่มาตรการทางเทคโนโลยีจะมีการกระทำแต่เพียงคำนิยามที่กฎหมายกำหนดไว้ข้างต้นหรือไม่ เนื่องจากการหลีกเลี่ยงแก่มาตรการทางเทคโนโลยีนั้นอาจเป็นการกระทำที่นอกเหนือจากคำนิยามข้างต้นก็ได้ ปัญหาดังกล่าวจึงใกล้เคียงกับคดี *I.M.S. Inquiry Mgmt. Sys., Ltd. v. Berkshire Info. Sys.*,¹⁸⁵ ตาม DMCA 1998 ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่จำเลยสามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้เนื่องจากได้รับคำสั่งจากลูกค้าของโจทก์แม้ว่าการกระทำของจำเลยจะไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ตาม

3.2.4.3 ข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นความผิด

ข้อยกเว้นในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพที่ควบคุมการเข้าถึงตาม Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ปี 2005 ได้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีออกเป็น 2 ส่วน คือ (1) ข้อยกเว้นสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพที่ใช้ควบคุมการเข้าถึง (มาตรา 261D) และ (2) ข้อยกเว้นเกี่ยวกับการผลิตเครื่องมือ อุปกรณ์และการเสนอบริการเพื่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี (มาตรา 261E) ข้อยกเว้นดังกล่าวมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(ก) ข้อยกเว้นสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพที่ใช้ควบคุมการเข้าถึง

Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ปี 2005 มาตรา 261D ได้กำหนดข้อยกเว้นของการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงโดยมีข้อยกเว้น 7 ประการ ดังนี้

1. การกระทำเพื่อให้ห้องสมุดที่ไม่แสวงหากำไร หอจดหมายเหตุที่ไม่แสวงหากำไร สถาบันการศึกษา สถาบันที่ช่วยเหลือผู้มีอุปสรรคในการอ่าน สถาบันที่

¹⁸⁵ 307 F. Supp. 2d 521, 531-33 (S.D.N.Y. 2004).

ช่วยเหลือผู้มีอุปสรรคทางสติปัญญาในการอ่าน สามารถเข้าถึงงานหรือวัตถุแห่งสิทธิ์ หรือสิ่งบันทึกการแสดง ซึ่งไม่ได้มีไว้ให้ห้องสมุด หอจดหมายเหตุ หรือสถาบันดังกล่าวมาใช้ได้ ทั้งนี้เพียงเพื่อวัตถุประสงค์เพื่อการพิจารณาว่าจะหาสำเนาของงาน หรือวัตถุแห่งสิทธิ์อื่น หรือสิ่งบันทึก มาไว้ดีหรือไม่¹⁸⁶

จะเห็นได้ว่าข้อยกเว้นดังกล่าวมีความใกล้เคียงกันกับ DMCA 1998 เป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไขปี 2005 ไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าผู้ที่หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีสำหรับกรณีนี้จะหมายความว่าถึงเฉพาะห้องสมุดที่ไม่หวังกำไรหรือสถาบันเหล่านี้หรือไม่ เนื่องจากกฎหมายกำหนดเพียงว่าถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำให้สถาบันเหล่านี้สามารถเข้าถึงงานได้ ซึ่งตรงกันข้ามกับ DMCA 1998 ที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าข้อยกเว้นในกรณีดังกล่าวห้ามในการหลีกเลี่ยงมาตรการปกป้องการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจะต้องกระทำโดยห้องสมุดที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้า

2. กระทำเพื่อให้มาตรการทางเทคโนโลยีมีลักษณะที่สามารถรวบรวม หรือเผยแพร่ข้อมูลของบุคคล ซึ่งการหลีกเลี่ยงมาตรการดังกล่าวจะต้องมีลักษณะที่สามารถรวบรวม หรือเผยแพร่ข้อมูลบ่งชี้บุคคลที่แสดงถึงลักษณะการใช้เครือข่ายของบุคคล โดยไม่ได้มีการแจ้งอันเห็นได้ชัดแก่บุคคลนั้น เกี่ยวกับการรวบรวม หรือเผยแพร่ และเป็น การกระทำก็เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เพียงเพื่อบ่งชี้และทำให้มาตรการทางเทคโนโลยีนั้นไม่สามารถใช้ได้ ถ้าการกระทำดังกล่าวไม่มีผลต่อความสามารถของบุคคลอื่นใดที่จะเข้าถึงงาน หรือวัตถุแห่งสิทธิ์ หรืองานแสดงใดๆ¹⁸⁷

3. กระทำโดยสุจริตที่เกี่ยวกับสำเนาของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ไม่ใช่สำเนาอันละเมิดลิขสิทธิ์โดยผู้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีจะต้องกระทำโดยสุจริตที่เกี่ยวกับสำเนาของโปรแกรมคอมพิวเตอร์และสำเนาดังกล่าวต้องไม่ใช่สำเนาที่ละเมิดลิขสิทธิ์ และกระทำในส่วนที่เกี่ยวกับส่วนใดส่วนหนึ่งโดยเฉพาะของโปรแกรม

¹⁸⁶ Article 216D(1)(a), Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005

¹⁸⁷ Article 216D(1)(b), Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005

คอมพิวเตอร์ที่ไม่มีไว้ให้บุคคลดังกล่าวสามารถหามาใช้ได้โดยง่าย ทั้งนี้เพียงเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สร้างขึ้นอย่างเป็นอิสระสามารถทำงานร่วมกันกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์อีกอันหนึ่งได้¹⁸⁸

4. การกระทำเพื่อการวิจัยเทคโนโลยีการเข้ารหัส ทั้งนี้การกระทำดังกล่าวบุคคลนั้นจะต้องกระทำการโดยเกี่ยวข้องกับวิชาเรียนที่ถูกกฎหมายในเรื่องเทคโนโลยีการเข้ารหัส ถูกจ้าง หรือได้รับการฝึกฝน หรือสร้างประสบการณ์อย่างเหมาะสมในวิชาดังกล่าว หรือได้กระทำในนามของบุคคลที่เข้าเกี่ยวข้อง ถูกจ้าง ฝึกฝน หรือสร้างประสบการณ์ดังกล่าวด้วย

อย่างไรก็ตาม การกระทำในกรณีนี้ผู้กระทำได้กระทำด้วยความจำเป็นแก่การทำการวิจัยนั้น และต้องกระทำขึ้นโดยสุจริตเกี่ยวกับสำนักงาน หรือวัตถุแห่งสิทธิที่ไม่ใช่สำเนาที่ละเมิดลิขสิทธิ์หรือสำนักงานแสดงที่ไม่ใช่สิ่งบันทึกโดยปราศจากอำนาจ และบุคคลที่กระทำการนั้นได้พยายามพอสมควรแก่เหตุแล้วที่จะให้ได้มาซึ่งการอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในงาน หรือวัตถุแห่งสิทธิ หรือจากผู้แสดง ในการดำเนินการดังกล่าวด้วย¹⁸⁹

5. กระทำเพื่อขัดขวางผู้เยาว์ไม่ให้เข้าถึงเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมในทางอินเทอร์เน็ตโดยอนุญาตให้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้เพื่อการรวมไว้ซึ่งส่วนประกอบ หรือส่วนใดของเทคโนโลยี ผลิตภัณฑ์ หรืออุปกรณ์ใดๆ เพียงเพื่อวัตถุประสงค์ขัดขวางไม่ให้ผู้เยาว์เข้าถึงเนื้อหาในอินเทอร์เน็ต ทั้งนี้เทคโนโลยี ผลิตภัณฑ์ หรือ อุปกรณ์ดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการผิดกฎหมายในเรื่องการผลิตอุปกรณ์ หรือเครื่องมือที่มีวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีตามมาตรา 261C (1)(b) ด้วย¹⁹⁰

6. กระทำเพื่อทดสอบหรือแก้ไขข้อบกพร่องของความปลอดภัยของระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งการกระทำดังกล่าวจะต้องกระทำโดยหรือได้รับการอนุญาตจากเจ้าของคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเจ้าของเครือข่ายคอมพิวเตอร์ โดยมี

¹⁸⁸ Article 216D(1)(d), Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005

¹⁸⁹ Article 216D(1)(e), Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005

¹⁹⁰ Article 216D(1)(f), Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005

วัตถุประสงค์เพียงเพื่อทดสอบ สืบหา หรือแก้ไข ข้อบกพร่องของความปลอดภัย หรือความล้มเหลวของคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ดังกล่าว¹⁹¹

7. กระทำเพื่อการรักษาความมั่นคงของประเทศ โดยการกระทำดังกล่าวต้องเป็นการกระทำของรัฐบาล หรือโดยบุคคลที่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาลเพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายงานข่าวกรอง การป้องกันราชอาณาจักร การรักษาความมั่นคง หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นในทำนองเดียวกัน¹⁹²

(ข) ข้อยกเว้นสำหรับการห้ามการทำ อุปกรณ์เพื่อการหลีกเลี่ยงและการเสนอบริการเพื่อการหลีกเลี่ยง

สำหรับข้อยกเว้นกรณีนี้บัญญัติไว้ใน มาตรา 261E โดยเป็นการกำหนดข้อยกเว้นสำหรับการผลิต การนำเข้า การจำหน่ายแจก การเสนอต่อสาธารณะ ซึ่งส่วนใดของอุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์ หรือส่วนประกอบ หรือการเสนอต่อสาธารณะ ซึ่งส่วนใดของบริการเพื่อทำการอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี โดยบุคคลใด ๆ ก็ตามที่จะได้รับการยกเว้นการกระทำความผิดในกรณีนี้บุคคลดังกล่าวต้องกระทำโดยมีวัตถุประสงค์ 5 ประการ ดังนี้

1. กระทำโดยสุจริตในส่วนที่เกี่ยวกับสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ใช่สำเนาที่ละเมิดลิขสิทธิ์ และที่เกี่ยวกับส่วนใดส่วนหนึ่งโดยเฉพาะของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ไม่มีไว้ให้บุคคลดังกล่าวสามารถหามาใช้ได้โดยง่าย ทั้งนี้เพียงเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สร้างขึ้นอย่างเป็นทางการสามารถทำงานร่วมกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์อีกอันหนึ่งได้¹⁹³

¹⁹¹ Article 216D(1)(g), Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005

¹⁹² Article 216D(1)(h), Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005

¹⁹³ Article 261E(1)(a), Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005

2. กระทำการผลิต การนำเข้า การจำหน่ายจ่ายแจก การเสนอต่อสาธารณะ ซึ่งส่วนใดของอุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์ หรือส่วนประกอบ หรือการเสนอต่อสาธารณะ ซึ่งส่วนใดของบริการ เพื่อการวิจัยเทคโนโลยีการเข้ารหัส¹⁹⁴

3. กระทำการผลิต การนำเข้า การจำหน่ายจ่ายแจก การเสนอต่อสาธารณะ ซึ่งส่วนประกอบ หรือส่วนใด เพื่อขัดขวางผู้เยาว์ไม่ให้เข้าถึงเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมในทางอินเทอร์เน็ต¹⁹⁵

4. การผลิต การนำเข้า การจำหน่ายจ่ายแจก การเสนอต่อสาธารณะ ซึ่งส่วนใดของอุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์ หรือส่วนประกอบ หรือการเสนอต่อสาธารณะ ซึ่งส่วนใดของบริการ เพื่อทดสอบ สืบหา หรือแก้ไขข้อบกพร่องของความปลอดภัย หรือความปลอดภัยของคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ดังกล่าว¹⁹⁶

5. การกระทำโดยรัฐบาล หรือโดยบุคคลที่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาลเพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย งานข่าวกรอง การป้องกันราชอาณาจักร การรักษาความมั่นคง หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นในทำนองเดียวกัน¹⁹⁷

3.2.4.4 มาตรการเยียวยาและบทลงโทษ

การละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีตาม Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ปี 2005 กฎหมายได้กำหนดมาตรการเยียวยาทางแพ่งและบทลงโทษทางอาญาสำหรับบุคคลที่กระทำความผิดฐานหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีรวมถึงกรณีการผลิตอุปกรณ์และการเสนอบริการเพื่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยไม่ได้รับอนุญาตไว้

สำหรับมาตรการการเยียวยาทางแพ่งกฎหมายได้ให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อฟ้องบุคคลที่กระทำความผิดได้ซึ่งหากปรากฏว่าจำเลยเป็น

¹⁹⁴ Article 261E(1)(b), Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005

¹⁹⁵ Article 261E(1)(c), Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005

¹⁹⁶ Article 261E(1)(d), Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005

¹⁹⁷ Article 261E(1)(e), Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005

ผู้กระทำความผิดดังกล่าวศาลอาจมีคำสั่งห้ามตามเงื่อนไขที่ศาลเห็นว่าเหมาะสม เช่น การส่งคุ้มครองชั่วคราว เป็นต้น และศาลอาจสั่งให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์โดยให้ทางเลือกว่า โจทก์จะเลือกได้รับการชดใช้ค่าเสียหายประเภทใดระหว่าง ค่าเสียหายตามที่กฎหมายกำหนด (Statutory damages) หรือค่าเสียหายตามความเสียหาย (damages) ซึ่งหากโจทก์เลือกที่จะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายตามกฎหมายกำหนด (Statutory damages) แทนค่าเสียหายตามความเสียหาย (damages) ให้ค่าเสียหายที่กฎหมายกำหนดนั้นไม่เกินจำนวน 20,000 สิงคโปร์ดอลลาร์¹⁹⁸ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ของโจทก์ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์นั้นกฎหมายให้ถือว่าค่าเสียหายดังกล่าวให้รวมถึงผลกำไรใด ๆ ที่ได้มาจากการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีด้วย (มาตรา 261F(3))¹⁹⁹

สำหรับการให้ชดใช้ค่าเสียหายตามกฎหมายกำหนด (Statutory damages) มาตรา 261F(4) ให้อำนาจศาลในการพิจารณาถึงกรณีต่าง ๆ 8 ประการ ประกอบกับการกำหนดค่าเสียหายที่ให้แก่โจทก์ คือ²⁰⁰ (1) ลักษณะหรือวัตถุประสงค์ของการกระทำที่เกี่ยวข้อง รวมถึงพิจารณาว่าการกระทำมีลักษณะเป็นการพาณิชย์ หรือลักษณะอื่น (2) ความขัดแย้งแห่งการกระทำ (3) จำเลยกระทำโดยเจตนาทุจริตหรือไม่ (4) ความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือน่าจะเกิดขึ้นแก่โจทก์ เป็นผลมาจากการกระทำดังกล่าว (5) ผลประโยชน์ที่จำเลยได้รับเป็นผลจากการกระทำดังกล่าว (6) พฤติกรรมของคู่กรณีก่อนหรือระหว่างพิจารณาคดี (7) ความจำเป็นในการยับยั้งการกระทำอันคล้ายคลึงกัน และ (8) สิ่งอื่นที่เกี่ยวข้องทั้งหมด

ในส่วนของมาตรการทางอาญานั้น กฎหมายได้กำหนดให้ผู้กระทำความผิดฐานหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยรู้หรือควรจะรู้ว่าเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยเจตนาและเพื่อวัตถุประสงค์ในการได้มาซึ่งผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ หรือ

¹⁹⁸ Article 261F(1), Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005

¹⁹⁹ Article 261F(3), Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005

²⁰⁰ Article 261F(4), Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005

ทางการเงินส่วนตัว ให้ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาและให้ผู้นั้นต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 20,000 สิงคโปร์ดอลลาร์²⁰¹

ส่วนผู้ที่กระทำความผิดฐานผลิต นำเข้า จำหน่ายจ่ายแจก เสนอต่อสาธารณชน จัดเตรียม หรือทำการค้าขายอุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์ หรือ ส่วนประกอบใด ๆ หรือเสนอต่อสาธารณชนหรือจัดเตรียมบริการใด ๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยเจตนาและเพื่อวัตถุประสงค์ในการได้มาซึ่งผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ หรือทางการเงินส่วนตัว ให้ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาและให้ผู้นั้นต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 20,000 สิงคโปร์ดอลลาร์ หรือจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือ ทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 261C(5))²⁰²

3.2.4.5 บทวิเคราะห์เกี่ยวกับการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

จากการศึกษาหลักเกณฑ์การคุ้มครอง และข้อยกเว้นความรับผิดชอบในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีของประเทศสิงคโปร์จะเห็นได้ว่าได้กำหนดหลักเกณฑ์การคุ้มครองไว้ใกล้เคียงกับ DMCA 1998 ของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นอย่างมาก เป็นที่สังเกตได้ว่า Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ปี 2005 ได้มีบทบัญญัติที่เป็น Saving Clause เหมือนกับ DMCA 1998 โดยบัญญัติไว้ว่าบทบัญญัติในส่วนนี้จะไม่กระทบถึงการกระทำใด ๆ ที่ได้กระทำเกี่ยวกับงานหรือวัตถุแห่งสิทธิอื่นซึ่งไม่ได้มีลิขสิทธิ์คุ้มครองอีกต่อไป หรือที่เกี่ยวกับงานการแสดงที่ระยะเวลาการคุ้มครองสั้นอายุลงแล้ว²⁰³ นอกจากนี้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะไม่กระทบถึงสิทธิใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการอันมีลิขสิทธิ์ งานการแสดงหรือสิ่งบันทึกการแสดง ข้อจำกัดลิขสิทธิ์ในงานหรือวัตถุแห่งสิทธิอื่น หรือ ข้อจำกัดสิทธิที่เกี่ยวกับการแสดงหรือสิ่งบันทึกการแสดง หรือข้อต่อสู้ในการทำลายเมื่อดองงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือ การใช้งานการแสดงโดยปราศจากอำนาจ²⁰⁴

²⁰¹ Article 261C(4), Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005

²⁰² Article 261C(5), Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005

²⁰³ Article 261B(2), Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005

²⁰⁴ Article 261B(3), Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005

บทบัญญัติดังกล่าวจึงแสดงให้เห็นว่าการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้นำมาป้องกันแก่งานที่ไม่มีลิขสิทธิ์หรืองานที่หมดอายุการคุ้มครองไปแล้วย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ขัดต่อกฎหมายฉบับนี้ จึงรวมไปถึงการผลิตเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการกระทำต่องานที่ไม่มีลิขสิทธิ์หรืองานที่หมดอายุการคุ้มครองไปแล้วย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศสิงคโปร์อีกด้วย แม้กฎหมายจะเปิดช่องว่างให้มีการกระทำดังกล่าวโดยไม่เป็นความผิดได้ แต่ผู้วิจัยเห็นว่าการกระทำดังกล่าวจะกระทำได้ก็จะต้องรอให้งานนั้นหมดอายุการคุ้มครองไปก่อนซึ่งคงจะต้องใช้เวลานานมากกว่าที่งานเหล่านั้นจะหมดอายุการคุ้มครอง และยิ่งไปกว่าแม้การหลีกเลี่ยงต่อมาตรการที่คุ้มครองงานสาธารณ (Public domain) อาจจะทำได้ก็จริงแต่ก็คงจะมีบุคคลที่เป็นส่วนน้อยที่จะมีความสามารถในการผลิตเครื่องมือหรืออุปกรณ์ได้ หรือมีจะนั้นก็คงเป็นการยากที่จะหาซื้อเครื่องมือหรืออุปกรณ์เหล่านั้นเนื่องจากการขายหรือให้บริการดังกล่าวเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมาย

นอกจากนี้ แม้ว่ากฎหมายจะได้บัญญัติข้อยกเว้นที่เป็น Saving Clause ที่ไม่กระทบต่อสิทธิใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือข้อต่อสู้ในการทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ หรือ การใช้งานการแสดงโดยปราศจากอำนาจ ซึ่งดูเหมือนกฎหมายต้องการจะให้ทราบว่าสิทธิใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับงานลิขสิทธิ์รวมถึงข้อต่อสู้ว่าตนเองไม่ได้หลีกเลี่ยงมาตรการเพื่อการละเมิดลิขสิทธิ์สามารถนำมาเป็นข้อต่อสู้กับบทบัญญัติการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้ แต่จะเห็นได้ว่าในความเป็นจริงแล้วข้อต่อสู้เหล่านั้นเป็นเรื่องที่แตกต่างกับการต่อสู้ในเรื่องการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีอย่างสิ้นเชิง เนื่องจากจะเห็นได้ว่าข้อต่อสู้เหล่านี้เป็นข้อต่อสู้ที่ผ่านกระบวนการการเข้าถึงอันเป็นการต้องห้ามไปแล้ว ซึ่งผู้กระทำความผิดจะต่อสู้ได้เพียงว่าตนไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น แต่ไม่สามารถยกข้อต่อสู้ว่าตนไม่ได้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้ เนื่องจากข้อต่อสู้ที่ว่าไม่ได้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีตาม Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ปี 2005 ผู้กระทำความผิดจะต่อสู้ได้แต่เพียงว่าตนหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อวัตถุประสงค์ตามมาตรา 261D และ มาตรา 261E ซึ่งมีอยู่ 12 ประการเท่านั้น แต่ข้อยกเว้นทั้งหลายเหล่านี้ก็คงเป็นปัญหาเช่นเดียวกันกับ DMCA 1998 เนื่องจากข้อยกเว้นดังกล่าวไม่ได้บัญญัติมาเพื่อให้สามารถใช้สิทธิ

โดยชอบธรรม (fair use) ได้ หากจะมีก็เพียงแต่ข้อยกเว้นที่เกี่ยวกับห้องสมุดหรือสถาบันที่ไม่แสวงหากำไรเท่านั้นที่สามารถทำได้แต่ก็เป็นกรกำหนดข้อยกเว้นที่น้อยมาก อีกทั้งข้อยกเว้นดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นที่ให้เข้าถึงเท่านั้น แต่ไม่ได้เป็นข้อยกเว้นให้ใช้งานเหล่านั้นได้ ดังนั้นจึงอาจเห็นได้ว่าข้อยกเว้นดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นที่ไม่ได้เปิดโอกาสให้กับสาธารณชนสามารถใช้สิทธิโดยชอบธรรมอันเป็นสิทธิที่ตนมีอยู่ได้อย่างเต็มที่ แต่ในทางตรงกันข้ามมาตรการเหล่านี้กลับเป็นการเพิ่มสิทธิให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ให้แข็งแกร่งมากยิ่งขึ้น

3.2.4.6 สรุป

จะเห็นได้ว่ากลไกการคุ้มครองของกฎหมาย Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ปี 2005 จะมีลักษณะและรูปแบบการคุ้มครองที่ใกล้เคียงกันกับกฎหมาย DMCA 1998 ที่ให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ในการควบคุมการเข้าถึง (Access Control) แต่ไม่ห้ามการทำซ้ำ (Copy Control) ในขณะที่ข้อยกเว้นความรับผิดชอบของกฎหมายแม้จะมีจำนวนมากแต่กลับมีเพียงข้อยกเว้นเดียวที่อาจนำมาเป็นข้อยกเว้นสำหรับการใช้โดยชอบธรรมได้ คือ การกระทำที่เกี่ยวกับห้องสมุด หรือองค์กรที่ไม่แสวงหากำไร แต่ถึงกระนั้นก็ตามข้อยกเว้นดังกล่าวก็ไม่ได้เป็นข้อยกเว้นสำหรับการใช้งานเพราะเป็นแต่เพียงให้เข้าถึงเท่านั้น

ส่วนมาตรการเยียวยาและบทลงโทษนั้น Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ปี 2005 ได้กำหนดบทลงโทษทางอาญาเฉพาะการกระทำที่เป็นทางการค้าหรือหากำไรทางการเงินส่วนตัวเท่านั้น ส่วนการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีด้วยในกรณีทั่วไปกฎหมายให้นำมาตรการทางแพ่งมาใช้บังคับ

ตารางที่ 2 : ตารางเปรียบเทียบการกระทำที่ต่อ้องห้ามและข้อยกเว้นเกี่ยวกับการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ

	Circumventing access control (ห้ามหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการเข้าถึง)	Circumventing Copy control (ห้ามหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการทำซ้ำ)	Circumventing Device control (ห้ามผลิตเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี)	voluntary measures (มาตรการสมัครใจโดยเจ้าของลิขสิทธิ์)
WCT และ WPPT	ไม่ชัดเจน	✓	ไม่ชัดเจน	X
EU Directive 2001/29/EC	✓	✓	✓	✓
US FTA	✓	X	✓	X
DMCA 1998	✓	X	✓	X
England	✓	✓	✓	✓
Germany	✓	✓	✓	✓
Singapore	✓	X	✓	X

(ตารางมีต่อ)

✓ หมายถึง การกระทำที่ต้องห้าม , X หมายถึง การกระทำที่ไม่ต้องห้าม

ตารางที่ 2 : ตารางเปรียบเทียบการกระทำที่ต้องห้ามและข้อยกเว้นการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี

ตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ (ต่อ)

ข้อยกเว้นของการกระทำความผิดภายใต้ WCT และ WPPT	Copy Control
1. การกระทำที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์จากเจ้าของลิขสิทธิ์ และ	✓
2. ไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร	✓

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 2 : ตารางเปรียบเทียบการกระทำที่ห้ามและข้อยกเว้นการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตาม

กฎหมายฉบับต่าง ๆ (ต่อ)

ข้อยกเว้นของการกระทำความผิดภายใต้ข้อตกลงเขตการค้าเสรี ของสหรัฐอเมริกา - ออสเตรเลีย และ สหรัฐอเมริกา - สิงคโปร์	Access Control	Device Access Control	Device Copy Control
1. การกำหนดข้อยกเว้นเพิ่มเติม	✓	-	-
2. การทำวิศวกรรมย้อนกลับโดยชอบด้วยกฎหมาย	✓	✓	✓
3. การวิจัยการเพื่อหาข้อบกพร่องของการเข้ารหัส	✓	-	-
4. การป้องกันการเข้าถึงเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมของผู้เยาว์ทางอินเทอร์เน็ต	✓	✓	-
5. การกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ในการทดสอบหรือตรวจสอบความปลอดภัยในคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์	✓	✓	-
6. การป้องกันข้อมูลในกิจกรรมทางออนไลน์ของบุคคล	✓	-	-
7. การบังคับใช้กฎหมายโดยรัฐ หรือเพื่อการสืบสวน สอบสวน	✓	✓	✓
8. การเข้าถึงโดยห้องสมุด หรือสถาบันการศึกษาที่ไม่แสวงหากำไร	✓	-	-

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 2 : ตารางเปรียบเทียบการกระทำที่ห้ามและข้อยกเว้นการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมาย

ฉบับต่าง ๆ (ต่อ)

ข้อยกเว้นของการกระทำความผิดภายใต้ EU Directive 2001/29/EC	Access Control	Copy Control	Device Control	Voluntary Measures
1. การถ่ายสำเนา	✓	✓	✓	✓
2. การทำซ้ำเพื่อการใช้ส่วนตัว	✓	✓	✓	-
3. การทำซ้ำซึ่งไม่มีวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์โดยห้องสมุด สถาบันการศึกษา	✓	✓	✓	✓
4. การบันทึกงานที่มีอายุชั่วคราวที่สร้างขึ้นโดยองค์กรแพร่ภาพแพร่เสียง	✓	✓	✓	✓
5. การทำซ้ำที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์โดยองค์กรทางสังคม	✓	✓	✓	✓
6. การทำเพื่ออธิบายสำหรับการเรียนการสอน หรือ งานวิจัยทาง วิทยาศาสตร์	✓	✓	✓	✓
7. การใช้เพื่อประโยชน์ของคนพิการ	✓	✓	✓	✓
8. การใช้เพื่อการทำซ้ำโดยสื่อหนังสือพิมพ์	✓	✓	✓	-
9. การใช้เพื่อการอ้างอิง	✓	✓	✓	-
10. การใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของ สาธารณะ	✓	✓	✓	✓
11. การใช้เพื่อการสุนทรพจน์ทางการเมือง/คำบรรยายต่อสาธารณะ	✓	✓	✓	-
12. การใช้ในระหว่างการเฉลิมฉลองทางศาสนา	✓	✓	✓	-

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 2 : ตารางเปรียบเทียบการกระทำที่ต้องห้ามและข้อยกเว้นการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตาม

กฎหมายฉบับต่าง ๆ (ต่อ)

ข้อยกเว้นของการกระทำความผิดภายใต้ EU Directive 2001/29/EC (ต่อ)	Access Control	Copy Control	Device Control	Voluntary Measures
13. การใช้ ซึ่งงานที่เป็นสถาปัตยกรรม หรือประติมากรรมอันตั้งอยู่ในที่สาธารณะเป็นการถาวร	✓	✓	✓	-
14. การใช้เพื่อการรวบรวม	✓	✓	✓	-
15. การใช้เพื่อโฆษณาสิทธิการสาธารณะ หรือการขายงานศิลปะ	✓	✓	✓	-
16. การใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการล้อเลียน	✓	✓	✓	-
17. การใช้ในการแสดงหรือการซ่อมเครื่องมือเครื่องใช้	✓	✓	✓	-
18. การใช้ในงานศิลปะ/ปรับปรุงโครงสร้างของอาคารสิ่งปลูกสร้าง	✓	✓	✓	-
19. การใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการทำวิจัยและการศึกษาส่วนบุคคล	✓	✓	✓	-
20. การใช้ในงานศิลปะ/ปรับปรุงโครงสร้างของอาคารสิ่งปลูกสร้าง	✓	✓	✓	

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 2 : ตารางเปรียบเทียบการกระทำที่ต้องห้ามและข้อยกเว้นการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมาย

ฉบับต่าง ๆ (ต่อ)

ข้อยกเว้นของการกระทำความผิดภายใต้ Copyright, Designs and Patents Act 1988 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003) และ German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003)	ประเทศอังกฤษ				ประเทศเยอรมนี			
	Access Control	Copy Control	Device Control	Voluntary Measures	Access Control	Copy Control	Device Control	Voluntary Measures
1. การถ่ายสำเนา	✓	✓	-		-	-	-	
2. การทำซ้ำเพื่อการใช้ส่วนตัว	✓	✓	-		✓	✓	✓	
3. การทำซ้ำซึ่งไม่มีวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์โดยห้องสมุดสถาบันการศึกษาฯ	✓	✓	-		-	-	-	
4. การบันทึกงานที่มีอายุชั่วคราวที่สร้างขึ้นโดยองค์กรแพร่ภาพแพร่เสียง	✓	✓	-		✓	✓	✓	
5. การทำซ้ำที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์โดยองค์กรทางสังคม	✓	✓	-		-	-	-	
6. การทำเพื่ออธิบายสำหรับการเรียนการสอน หรือ งานวิจัยทางวิทยาศาสตร์	✓	✓	-		✓	✓	✓	
7. การใช้เพื่อประโยชน์ของคนพิการ	-	-	-		✓	✓	✓	
8. การใช้เพื่อการทำซ้ำโดยสื่อหนังสือพิมพ์/การรายงานข่าว	✓	✓	-		-	-	-	
9. การใช้เพื่อการอ้างอิง	✓	✓	-		-	-	-	
10. การใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของสาธารณะฯ	✓	✓	✓		✓	✓	✓	
11. การใช้เพื่อการสุนทรพจน์ทางการเมือง/คำบรรยายต่อสาธารณะ	-	-	-		-	-	-	
12. การใช้ในระหว่างการเฉลิมฉลองทางศาสนา	-	-	-		-	-	-	

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 2 : ตารางเปรียบเทียบการกระทำที่ต้องห้ามและข้อยกเว้นการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมาย

ฉบับต่าง ๆ (ต่อ)

ข้อยกเว้นของการกระทำความผิดภายใต้ Copyright, Designs and Patents Act 1988 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003) และ German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2003) (ต่อ)	ประเทศอังกฤษ				ประเทศเยอรมนี			
	Access Control	Copy Control	Device Control	Voluntary Measures	Access Control	Copy Control	Device Control	Voluntary Measures
13. การใช้ ซึ่งงานที่เป็นสถาปัตยกรรม หรือประติมากรรมอันตั้งอยู่ในที่สาธารณะเป็นการถาวร	-	-	-	ผู้ใช้ประโยชน์สามารถยื่นคำร้องต่อรัฐมนตรี	-	-	-	ผู้ใช้ประโยชน์สามารถใช้สิทธิเรียกร้องทางศาล
14. การใช้เพื่อการรวบรวม	-	-	-		✓	✓	✓	
15. การใช้เพื่อโฆษณาในวารสารสาธารณะ หรือการขายนิตยสารศิลปะ	-	-	-		-	-	-	
16. การใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการล้อเลียน	-	-	-		-	-	-	
17. การใช้ในการแสดงหรือการซ่อมเครื่องมือเครื่องใช้	-	-	-		-	-	-	
18. การใช้ในงานศิลป์/ปรับปรุงโครงสร้างของอาคารสิ่งปลูกสร้าง	-	-	-		-	-	-	
19. การใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการทำวิจัยและการศึกษาส่วนบุคคล	✓	✓	✓		✓	✓	✓	
20. การใช้ที่มีความสำคัญเล็กน้อยซึ่งอยู่ในรูปของกระดาษ (Analog)	-	-	-		-	-	-	

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 2 : ตารางเปรียบเทียบการกระทำที่ห้ามและข้อยกเว้นการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตาม

กฎหมายฉบับต่าง ๆ (ต่อ)

ข้อยกเว้นของการกระทำที่ห้ามภายใต้ DMCA 1998	Access Control	Device Access Control	Device Copy Control
1. การเข้าถึงโดยห้องสมุด หรือสถาบันการศึกษาที่ไม่แสวงหากำไร	✓	•	•
2. การบังคับใช้กฎหมาย และกิจกรรมอื่นของรัฐบาล	✓	✓	✓
3. การทำวิศวกรรมย้อนกลับ	✓	✓	✓
4. การทำวิจัยการเข้ารหัสข้อมูล	✓	✓	•
5. การคุ้มครองผู้เยาว์ในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตที่ไม่เหมาะสม	✓	✓	•
6. การกระทำเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล	✓	✓	•
7. การทดสอบความปลอดภัย	✓	•	•

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 2 : ตารางเปรียบเทียบการกระทำที่ต้องห้ามและข้อยกเว้นการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี

ตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ (ต่อ)

ข้อยกเว้นของการกระทำความผิดภายใต้ Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2006	Access Control	Device Access Control	Device Copy Control
1. การกระทำเพื่อให้ห้องสมุดหรือสถาบันการศึกษาที่ไม่แสวงหากำไร	✓	-	-
2. การกระทำเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล	✓	-	-
3. การกระทำที่เกี่ยวกับสำเนาของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ไม่ใช่สำเนาอันละเมิดลิขสิทธิ์	✓	✓	-
4. การกระทำเพื่อการวิจัยเทคโนโลยีการเข้ารหัส	✓	✓	-
5. การกระทำเพื่อขัดขวางผู้เยาว์ในการเข้าถึงเนื้อหาทางอินเทอร์เน็ตที่ไม่เหมาะสม	✓	✓	-
6. กระทำเพื่อทดสอบหรือแก้ไขข้อบกพร่องของความปลอดภัยของระบบคอมพิวเตอร์	✓	✓	-
7. กระทำเพื่อการรักษาความมั่นคงของประเทศ	✓	✓	-

บทที่ 4

การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้กฎหมายอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ ตามกฎหมายต่างประเทศ

ปัญหาการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันการเอาไปซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นมีด้วยกันหลากหลายรูปแบบ โดยในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีในแต่ละครั้งนั้น ส่วนใหญ่แล้วจะอาศัยคอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด ซึ่งการกระทำความผิดในลักษณะนี้เป็นการกระทำที่ไม่จำกัดในเรื่องของเวลาและสถานที่ในการกระทำความผิดทำให้เป็นการยากแก่การป้องกันและก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวหรือสิทธิในทางทรัพย์สินของบุคคลและระบบเศรษฐกิจรวมทั้งความมั่นคงของประเทศ ด้วยเหตุนี้ประเทศต่าง ๆ จึงมีการกำหนดให้การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเข้าถึงระบบหรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นเป็นความผิดตามกฎหมายอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ (Computer Crime) ด้วย

การศึกษาในบทนี้ผู้วิจัยจะได้ศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์ โดยแบ่งขอบเขตของการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน คือในส่วนแรกจะเป็นการศึกษาความร่วมมือระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์อันเป็นต้นแบบในการบัญญัติกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ คือ องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Co-operation and Development : OECD) และ คณะมนตรีแห่งยุโรป (Council of Europe) ซึ่งข้อตกลงระหว่างประเทศเหล่านี้ได้กำหนดการกระทำที่เป็นอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ (Computer Crime) ไว้หลายประการซึ่งรวมถึงความผิดในการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ (Illegal access) และความผิดของการใช้อุปกรณ์โดยมิชอบ (Misuse of devices) เพื่อเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ด้วย

สำหรับการศึกษาในส่วนที่สองผู้วิจัยจะได้ศึกษาถึงการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายไทย คือ “พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550” ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของการกระทำความผิดในลักษณะต่าง ๆ ที่เกิดจากการใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด โดยเฉพาะในเรื่องของการเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึง โดยเฉพาะรวมถึงความผิดในการจำหน่ายหรือเผยแพร่ชุดคำสั่งที่จัดทำขึ้นเพื่อการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ด้วย

สำหรับประเด็นสำคัญของการศึกษาในบทนี้ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ถึงองค์ประกอบของการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ว่ามีบทบาทอย่างไรกับการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีโดยเฉพาะกรณีของบริษัทของถ้อยคำที่ว่า “ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ” นั้นจะสามารถแปลความให้หมายถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีมาตรการทางเทคโนโลยีป้องกันการเข้าถึงได้หรือไม่ นอกจากนั้นจะได้วิเคราะห์ถึงกรณีของข้อจำกัดของข้อยกเว้นของกฎหมายฉบับนี้ว่าได้กำหนดข้อยกเว้นของการกระทำความผิดไว้อย่างไรรวมทั้งจะวิเคราะห์ถึงว่าจะมีผลกระทบต่อสาธารณชนอย่างไรหรือไม่

4.1 ความร่วมมือระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์

จากปัญหาของการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ที่ไม่จำกัดในเรื่องของเวลาและสถานที่ในการกระทำความผิดทำให้นานาประเทศรวมถึงองค์กรระหว่างประเทศต่างได้พยายามหาแนวทางร่วมกันในการป้องกัน ปรามปราม และแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์จนในที่สุดองค์กรระหว่างประเทศ เช่น องค์กรเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Co-operation and Development : OECD) และ คณะมนตรีแห่งยุโรป (Council of Europe) ได้จัดทำกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการป้องกันและปรามปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ขึ้น โดยกฎหมายระหว่างประเทศเหล่านี้มีเนื้อหาสาระส่วนหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี ในส่วนนี้จะได้ศึกษา

ถึงสาระสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศเหล่านี้โดยเฉพาะบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเปรียบเทียบและวิเคราะห์ว่ากฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้นมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีอย่างไรและมีผลกระทบต่อการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมหรือไม่อย่างไร

4.1.1 องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Co-operation and Development : OECD)

องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Co-operation and Development : OECD) เป็นองค์การระหว่างประเทศในลำดับแรกที่ได้รับเริ่มการพัฒนาการที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1983 ด้วยการจัดตั้งคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญเพื่อหารือเกี่ยวกับปัญหาอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์ (Computer Related-Crime) ซึ่งต่อมาในปี ค.ศ. 1986 คณะกรรมการดังกล่าวได้จัดทำข้อเสนอแนะแก่ประเทศสมาชิกในการบัญญัติกฎหมายภายในให้มีความสอดคล้องกัน ในฐานความผิดที่สำคัญ ได้แก่ การรบกวนข้อมูลหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์ในทางทรัพย์สิน การปลอมแปลงทางคอมพิวเตอร์ การขัดขวางการทำงานของคอมพิวเตอร์และระบบโทรคมนาคม การเข้าถึงหรือการดักการสื่อสารของระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ เป็นต้น

นอกจากมาตรการทางด้านกฎหมายแล้ว OECD ยังได้พัฒนาแนวปฏิบัติเพื่อการรักษาความมั่นคงของระบบสารสนเทศ (Guidelines for the Security of Information Systems) ในปี ค.ศ.1992¹ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ภาครัฐเอกชนได้ตระหนักถึงมาตรฐานขั้นต่ำในการรักษาความมั่นคงของระบบสารสนเทศและได้มีการปรับปรุงแนวปฏิบัติดังกล่าวอีกครั้งในปี ค.ศ. 2002 ภายใต้ชื่อว่า “แนวปฏิบัติเพื่อการรักษาความมั่นคงของระบบสารสนเทศและ

¹OECD, **Guidelines for the Security of Information Systems were adopted as a Recommendation of the OECD Council on 26 November 1992** [Online], 20 July 2009. Available from www.redes.unb.br/security/lei_info/Oecd.htm

เครือข่าย: มุ่งสู่วัฒนธรรมด้านความมั่นคง (Guidelines for the Security of Information Systems and Networks : Towards a Culture of Security)² เพื่อให้สอดคล้องกับแนวโน้มการพัฒนาของเทคโนโลยีสารสนเทศที่มีความก้าวหน้าและมีความหลากหลายมากขึ้น อีกทั้งให้การควบคุมกับปัญหาการรักษาความมั่นคงของระบบสารสนเทศและเครือข่ายซึ่งนับวันจะทวีความรุนแรงและมีมูลค่าความเสียหายเพิ่มขึ้นทุกขณะ โดยแนวทางปฏิบัติฉบับใหม่นี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์เพื่อการรักษาความมั่นคงไว้หลายประการ เช่น การสร้างความตื่นตัวให้ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องตระหนักถึงความจำเป็นในการรักษาความมั่นคงในระบบสารสนเทศและเครือข่าย การมีจริยธรรมในการเคารพสิทธิของบุคคลอื่น หรือการบริหารความปลอดภัยในการพัฒนาและประเมินความเสี่ยงต่อการเกิดความเสียหายอยู่ตลอดเวลา เป็นต้น

4.1.2 คณะมนตรีแห่งยุโรป (Council of Europe)

คณะมนตรีแห่งยุโรป ได้จัดตั้งคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญด้านอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ในปี ค.ศ. 1985 (Select Committee of Experts for Computer-Related Crime) เพื่อพิจารณาหามาตรการและแนวทางในการบัญญัติกฎหมาย โดยคณะกรรมการดังกล่าวได้หารือและได้จัดทำข้อเสนอแนะ (Recommendation) เลขที่ R(89)³ ซึ่งข้อเสนอแนะดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การพิจารณาบทกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดไว้อย่างน้อย 8 ฐานความผิด ได้แก่ การฉ้อโกงทางคอมพิวเตอร์ การปลอมแปลงทางคอมพิวเตอร์ การทำลายข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ การรบกวนการทำงานของคอมพิวเตอร์หรือระบบคมนาคม การเข้าถึงโดยมิชอบ การดักข้อมูลโดยมิชอบ และการทำซ้ำลายพิมพ์วงจรโดยมิชอบ นอกจากนี้ยังมีความผิดอื่นกำหนดให้เป็นทางเลือกที่จะบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน คือ การเปลี่ยนแปลงข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือโปรแกรม

²OECD, **Guidelines for the Security of Information Systems and Networks : TOWARDS A CULTURE OF SECURITY** [Online], 20 July 2009. Available from www.oecd.org/dataoecd/16/22/15582260.pdf.

³Council of Europe, **The preparatory work** [Online], 20 July 2009. Available from www.conventions.coe.int/treaty/en/reports/html/185.htm

คอมพิวเตอร์โดยมิชอบ และการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ได้รับความคุ้มครองโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น

ต่อมาคณะมนตรีแห่งยุโรปได้จัดทำอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ (Convention on Cybercrime ETS No.185) ซึ่งถือเป็นอนุสัญญาระดับแรกที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่เข้าข่ายอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ อนุสัญญาระดับนี้มีวัตถุประสงค์ 3 ประการ คือ

1. เพื่อให้กฎหมายสารบัญญัติภายในประเทศต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับกฎหมายอาญาที่เป็นสารบัญญัติมีความสอดคล้องและเป็นไปในทิศทางเดียวกันในเรื่องของอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์
2. เพื่อให้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาตามกฎหมายภายในให้อำนาจที่จำเป็นเพื่อการสืบสวนสอบสวนและฟ้องร้องการทำความผิดที่ได้กระทำโดยใช้ระบบคอมพิวเตอร์ตลอดจนการรวบรวมพยานหลักฐานที่อยู่ในรูปของข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์
3. เพื่อเร่งให้เกิดความร่วมมือระหว่างประเทศที่รวดเร็วและบรรลุเป้าหมายของอนุสัญญา

สำหรับความผิดที่เกี่ยวข้องกับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี (Technological Protection Measures) นั้น กฎหมายระหว่างประเทศฉบับนี้ไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนเพียงแต่ได้กำหนดความผิดในการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ (illegal Access) ไว้ ซึ่งกำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องจัดให้มีมาตรการทางกฎหมายที่จำเป็นเพื่อกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาภายใต้กฎหมายภายในสำหรับการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยทั้งหมด หรือบางส่วนโดยไม่มีสิทธิ ซึ่งอาจกำหนดให้เป็นความผิดเฉพาะกรณีที่เป็นการกระทำโดยล่วงล้ำมาตรการรักษาความปลอดภัย โดยมีเจตนาที่จะได้มาซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือโดยมีเจตนาทุจริตประการอื่น หรือเฉพาะกรณีที่เป็นการกระทำเกี่ยวกับระบบคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมโยงกับ

ระบบคอมพิวเตอร์อื่นนั้นก็ได้⁴ ทั้งนี้ได้อธิบายความหมายของคำว่า “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” (Computer data) หมายถึง สิ่งที่ใช้ในการแสดงออกของข้อเท็จจริง ข้อมูล หรือความคิดในรูปแบบที่จะใช้ประมวลผลลงในระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งรวมถึงโปรแกรมที่จะทำให้ระบบคอมพิวเตอร์ทำหน้าที่ได้⁵

ส่วนในความผิดของการใช้อุปกรณ์โดยมิชอบ (Misuse of devices) นั้น กฎหมายได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องจัดให้มีมาตรการทางกฎหมายที่จำเป็นเพื่อกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาภายใต้กฎหมายภายในสำหรับการผลิต การขาย การจัดให้มีเพื่อใช้ประโยชน์ การนำเข้า การจำหน่าย แจกจ่าย หรือการทำให้มีขึ้น ซึ่งอุปกรณ์ รวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งถูกออกแบบ หรือดัดแปลงโดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อการใช้ในการกระทำความผิดใดที่กล่าวไว้ใน Article 2 – Article 5 กล่าวคือ การเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ (Illegal access) การดักข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ (Illegal interception) การรบกวนข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ (Data interference) และความผิดในการระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ (System interference)

จากการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Co-operation and Development : OECD) และ คณะมนตรีแห่งยุโรป (Council of Europe) ที่ได้จัดทำกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์จะเห็นได้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศทั้งสองฉบับดังกล่าวจะเป็นการกำหนดหลักการของกฎหมายในลักษณะของการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับการก่ออาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์โดยใช้คอมพิวเตอร์หรือเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด แต่เป็นที่น่าสังเกตได้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศทั้งสองฉบับนี้ไม่ได้กล่าวในรายละเอียดไว้อย่างชัดเจนถึงการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์แต่อย่างใด จริงอยู่ที่ว่าการเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการรักษาความปลอดภัยตามกฎหมายระหว่างประเทศทั้งสอง

⁴ Article 2, Convention on Cybercrime (ETS No.182)

⁵ Article 1b, Convention on Cybercrime (ETS No.182)

ฉบับนี้อาจนำมาใช้เทียบเคียงต่อการป้องกันการกระทำความผิดฐานหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ แต่ถึงกระนั้นก็ตามผู้วิจัยมีความเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศทั้งสองฉบับน่าจะบัญญัติมาเพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันการกระทำความผิดในลักษณะการกระทำที่เป็นอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ (Computer Crime) ในทางกฎหมายอาญามากกว่าการป้องกันการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นสิทธิในทางกฎหมายแพ่ง ดังนั้น จึงอาจจะต้องรอการเปลี่ยนแปลงต่อไปในอนาคตว่ากฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์จะมีการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงเนื้อหาหรือหลักการคุ้มครองทางกฎหมายให้ครอบคลุมถึงการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีหรือไม่

4.2 ความผิดเกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลของคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีเป็นอีกประเทศหนึ่งที่ทำให้ความสำคัญกับปัญหาการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์และเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นอย่างมาก ทั้งนี้เนื่องจากอัตราการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวมีอัตราเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องไม่ว่าจะเป็นการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร การเผยแพร่ข้อมูลที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการทารุณกรรมทางเพศ รวมทั้งปัญหาการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์เพื่อจารกรรมข้อมูลส่วนบุคคลอีกด้วย มีรายงานการสำรวจการกระทำความผิดในประเทศเยอรมนีพบว่าใน 1 เปอร์เซ็นต์ ของเว็บไซต์ ที่ให้บริการทั้งหมดทั่วประเทศเป็นเว็บไซต์ที่มีเนื้อหา ผิดกฎหมาย นอกจากนี้ การกระทำความผิดโดยอาศัยคอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือในการจารกรรมข้อมูลหรือส่งข้อความข่มขู่ กรรโชก ผ่านทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-Mail) ก็กำลังเพิ่มจำนวนมากขึ้นอีกด้วย⁶

⁶สาวตรี สุขศรี, อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ตามกฎหมายอาญาเยอรมัน [Online], 21 กรกฎาคม 2553. แหล่งที่มา <http://www.combiolaw.de/article/91/> : อ้างถึงใน Ladeur, Zur Kooperation von staatlicher Regulierung und Selbstregulierung des Internet, ZUM 1997, S. 372 (373).

เมื่ออนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมบนอินเทอร์เน็ต (Convention on Cybercrime) ซึ่งออกโดยคณะมนตรีแห่งยุโรป (Council of Europe) เริ่มต้นมีผลบังคับไปแล้วตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม 2004 จึงทำให้ประเทศเยอรมนีในฐานะที่เป็นประเทศสมาชิกของกลุ่มสหภาพยุโรป ด้วยเช่นกันได้มีการแก้ไข เปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยอาศัย คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือและได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 11 สิงหาคม ค.ศ. 2007

ข้อสังเกตประการหนึ่งของการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับ คอมพิวเตอร์ของประเทศเยอรมนีนี้ คือ กฎหมายประเทศเยอรมนีจะกำหนดความผิดทาง อาญาเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยกำหนดไว้ในประมวล กฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี ซึ่งจะแตกต่างจากประเทศอื่น ๆ ที่ส่วนใหญ่จะกำหนดการ กระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวแยกออกมาเป็นพระราชบัญญัติต่างหากและกำหนดอัตรา โทษไว้โดยเฉพาะ เช่นพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ของประเทศไทย เป็นต้น ทั้งนี้เนื่องมาจากฝ่ายนิติบัญญัติประเทศเยอรมนีเห็นว่าการ กระทำความผิดที่แม้จะเกิดขึ้นบนอินเทอร์เน็ตหรือที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์ เช่น ความผิด เกี่ยวกับการหมิ่นประมาท การทำให้เสียหายต่อสิทธิ หรือพื้นที่อันเป็นความลับส่วนบุคคล ความผิดเหล่านี้ก็ยังสามารถใช้กฎหมายอาญาทั่วไปมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงเพื่อลงโทษได้ ทั้งนี้ เพราะความผิดเหล่านั้นยังมีองค์ประกอบความผิดเช่นเดียวกับการกระทำความผิดดั้งเดิมอยู่ เพียงแต่มีการเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบความผิดไปบางส่วนเท่านั้น⁷

4.2.1 ความผิดเกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ

สำหรับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ตาม กฎหมายประเทศเยอรมนีนั้นได้บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา (Criminal Code (Strafgesetzbuch, StGB)) ซึ่งความผิดที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบนี้ กฎหมายประเทศเยอรมนีได้กำหนดการกระทำความผิดที่เรียกว่าการเจาะระบบข้อมูล (Data Espionage) ข้อสังเกตของการกำหนดฐานความผิดดังกล่าวนี้คือแม้ว่ากฎหมายประเทศ

⁷ เรื่องเดียวกัน, 6.

เยอรมนีจะได้อำนาจความผิดต่อการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบไว้แต่กฎหมายมิได้กำหนดการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ ที่ใช้สำหรับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบไว้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตามปัญหาที่ผู้วิจัยเห็นว่าแม้กฎหมายประเทศเยอรมนีจะไม่ได้กำหนดฐานความผิดในเรื่องนี้ไว้แต่ผู้วิจัยก็เห็นว่าผู้กระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการผลิตเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ ที่ใช้สำหรับเจาะระบบข้อมูลโดยมิชอบนี้อาจต้องรับผิดชอบในฐานะเป็นผู้สนับสนุนได้ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำเพื่อช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกแก่ผู้เข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ

อย่างไรก็ดี แต่เดิมนั้นกฎหมายประเทศเยอรมนีไม่ถือว่าการเจาะผ่านสิ่งปกป้องคุ้มครองเข้าไปเพียงอย่างเดียวเป็นความผิดทางอาญา เนื่องจากนักกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนีเห็นว่าการเจาะผ่านระบบคอมพิวเตอร์เข้าไปเป็นเพียงการเข้าไปดูเฉย ๆ เช่นเดียวกันกับที่เรามองดูข้อความในกระดาษที่มีผู้อื่นเขียนวางไว้ ดังนั้นจึงไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะเป็นความผิดทางอาญา นอกจากนี้แนวความคิดทางกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนีจะมุ่งให้เกิดความสมดุลระหว่างสิทธิเสรีภาพของประชาชนและความสงบเรียบร้อยของสังคม กล่าวคือ หากมีบทกฎหมายลงโทษทางอาญามากจนเกิดขอบเขตก็อาจก่อให้เกิดความผิดอาญาจนเพื่อและเป็นการล่วงละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้⁸

อย่างไรก็ตาม เมื่อประเทศเยอรมนีประสบปัญหาเกี่ยวกับการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษจากการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์ จึงทำให้ประเทศเยอรมนีต้องแก้ไขบทบัญญัติในความผิดที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 2009 เพื่อให้กฎหมายสามารถนำมาบังคับใช้ได้โดยมีประสิทธิภาพโดยปรากฏอยู่ในมาตรา 202a⁹ ซึ่งได้บัญญัติข้อห้ามไว้ ดังนี้

⁸ พินูดา เลิศกิตติกุล, พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 : ศึกษากรณีความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์.(วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), 99.

⁹ Section 202a, German Criminal Code ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 2009 “(1) Whosoever unlawfully obtains data for himself or another that were not intended for him and were especially protected

มาตรา 202a (Data espionage)

“(1) ผู้ใดกระทำการใด ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลเพื่อตนเองหรือเพื่อบุคคลอื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมายซึ่งข้อมูลนั้นมิได้มีไว้เพื่อตนเอง และข้อมูลนั้นมีมาตรการป้องกันการเข้าถึงข้อมูลโดยไม่ได้รับอนุญาต ถ้าบุคคลนั้นได้ทำการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันนั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือรับโทษปรับ

(2) ข้อมูลตามความใน (1) จะต้องถูกเก็บรักษา หรือเป็นข้อมูลที่เข้าถึงได้โดยการส่งผ่านข้อมูลในทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือส่งผ่านข้อมูลด้วยแถบแม่เหล็กไฟฟ้า หรือทางอื่นใดโดยข้อมูลดังกล่าวนั้นไม่ได้ถูกเก็บไว้ในลักษณะที่เข้าถึงได้ในทันที”

จากบทบัญญัติมาตรา 202a ว่าด้วยเรื่องการจารกรรมข้อมูล (Data espionage) แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมันจะเห็นได้ว่าเป็นการบัญญัติองค์ประกอบความผิดไว้ค่อนข้างกว้างมากทั้งนี้เพื่อให้สามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำ ความผิดในรูปแบบอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจารกรรมข้อมูลไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นโดยทางกายภาพ หรือโดยใช้เครื่องมือสื่อสาร หรือใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด และเนื่องจากมาตรา 202a ไม่ได้กำหนดองค์ประกอบความผิดไว้แต่เพียงการเข้าถึงเพื่อจารกรรมข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หรือข้อมูลที่อยู่ในคอมพิวเตอร์แต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น จึงทำให้การกระทำอย่างใด ๆ ก็ได้ที่ผู้กระทำความผิดสามารถกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลต่าง ๆ ซึ่งไม่จำเป็นว่าจะจะเป็นข้อมูลที่อยู่ในรูปของกระดาษ หรือ Digital Files แต่ถ้าได้จารกรรมข้อมูลเหล่านั้นเพื่อตนเองหรือเพื่อบุคคลอื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมายแล้วย่อมเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 202 ทั้งสิ้น เช่น การเข้าถึงหรือการจารกรรมข้อมูลเหล่านั้นด้วยตนเอง หรือมีผู้อื่นใช้ให้กระทำความผิด หรือแม้แต่ใช้ให้บุคคลอื่นกระทำความผิดก็ย่อมเป็น

against unauthorized access, if he has circumvented the protection, shall be liable to imprisonment of not more than three years or a fine.

(2) Within the meaning of subsection (1) above data shall only be those stored or transmitted electronically or magnetically or otherwise in a manner not immediately perceivable.”

ความผิดตามมาตรานี้ทั้งสิ้นเนื่องจากตนได้กระทำการใด ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลโดยมิชอบด้วยกฎหมายแล้ว

นอกจากนี้องค์ประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่งของมาตรา 202a คือ นอกเหนือจากการกระทำการใด ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลเพื่อตนเองหรือเพื่อบุคคลอื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมายแล้ว การจารกรรมข้อมูลที่จะเป็นความผิดตามมาตรานี้ ข้อมูลดังกล่าวจะต้องมิได้มีไว้เพื่อตนเอง และข้อมูลเหล่านั้นจะต้องมีมาตรการป้องกันการเข้าถึงข้อมูลโดยไม่ได้รับอนุญาต ดังนั้นถ้าบุคคลใดก็ตามได้ทำการหลีกเลี่ยงมาตรการดังกล่าวเพื่อจารกรรมข้อมูลของบุคคลอื่นก็จะเป็นความผิดตามมาตรานี้ทันที

ข้อสังเกตที่สำคัญประการหนึ่งของมาตรา 202a คือ “...มาตรการป้องกันการเข้าถึงข้อมูล...” นั้นหมายความว่าอย่างไร ซึ่งหากพิจารณาคำอธิบายที่ปรากฏในมาตรา 202a (2) แล้วจะเห็นได้ว่าการกระทำต่อข้อมูลที่จะเป็นความผิดตามมาตรานี้ข้อมูลดังกล่าวจะต้องเป็นข้อมูลที่ถูกเก็บรักษา หรือเป็นข้อมูลที่เข้าถึงได้โดยการส่งผ่านข้อมูลในทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือส่งผ่านข้อมูลด้วยแถบแม่เหล็กไฟฟ้า หรือทางอื่นใดโดยข้อมูลดังกล่าวนี้ไม่ได้ถูกเก็บไว้ในลักษณะที่เข้าถึงได้ในทันที ดังนั้น จากคำจำกัดความตามมาตรา 202a (2) ผู้วิจัยจึงเห็นว่า “มาตรการป้องกันการเข้าถึงข้อมูล” ตามมาตรานี้จะต้องเป็นมาตรการอย่างใด ๆ ก็ได้ที่ป้องกันและเก็บรักษาข้อมูลเหล่านั้นไว้มิให้ผู้ใดมาจารกรรม หรือสามารถเข้าถึงข้อมูลเหล่านั้นได้ในทันที ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่า การนำข้อมูลดังกล่าวมาเก็บไว้ในตู้เซิร์ฟเวอร์ที่ต้องใส่รหัสสำหรับเปิด หรือชั้นเก็บของที่มีกุญแจปิด (Lock off) ไว้ไม่ให้ผู้ใดเปิดเข้าไปได้โดยง่าย หรือแม้แต่การเก็บข้อมูลในรูปแบบของ Digital Files และใส่รหัสผ่าน (Password) เพื่อเข้าถึงข้อมูลไว้ การใส่กุญแจ หรือ รหัสผ่าน เหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นมาตรการป้องกันการเข้าถึงข้อมูลตามมาตรานี้ทั้งสิ้น

จากองค์ประกอบความผิดทั้งหมดของมาตรา 202a ว่าด้วยการจารกรรมข้อมูลของกฎหมายอาญาประเทศเยอรมนี ผู้วิจัยมีความเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีความใกล้เคียงกับ

มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550¹⁰ แต่องค์ประกอบความผิดของมาตรา 202a แห่งกฎหมายอาญาประเทศเยอรมนีจะบัญญัติไว้ชัดเจนกว่าเนื่องจากกฎหมายประเทศเยอรมนีได้บัญญัติถึงลักษณะการเข้าถึงข้อมูลในรูปแบบของข้อมูลที่กฎหมายห้ามมิให้เข้าถึงข้อมูลนั้น ๆ โดยมีขอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจะเห็นได้ว่ามาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ไม่ได้บัญญัติถึงลักษณะของการเข้าถึงข้อมูลไว้ดังเช่นที่ประมวลกฎหมายอาญาประเทศเยอรมนีมาตรา 202a(2) ได้บัญญัติไว้ นอกจากนี้จะเห็นได้ว่าความผิดในส่วนของ การจารกรรมข้อมูลตามกฎหมายอาญาประเทศเยอรมนีนั้นกฎหมายไม่ได้กล่าวถึงความผิดในเรื่องการ ผลิต เผยแพร่เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการกระทำความผิดต่อการเข้าถึงและจารกรรมข้อมูลตาม มาตรา 202a ไว้โดยเฉพาะซึ่งแตกต่างไปจากมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550¹¹ ที่บัญญัติองค์ประกอบของการกระทำความผิดในส่วนนี้ไว้ด้วยซึ่งผู้วิจัยจะได้กล่าวในรายละเอียดในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในหัวข้อต่อไป

นอกจากนี้ ประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาต่อไปก็คือการกระทำต่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี (TPM) เพื่อเข้าถึงข้อมูลที่เป็นงานลิขสิทธิ์จะสามารถนำมาตรา 202a แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนีมาปรับใช้ได้หรือไม่ ในกรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่าหากพิจารณาถ้อยคำในมาตราดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายได้บัญญัติองค์ประกอบความผิดไว้กว้างมาก ซึ่งจะเห็นได้ว่าคำว่า “ข้อมูล” มาตรา 202a ของกฎหมายประเทศเยอรมนีไม่ได้

¹⁰มาตรา 7, พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 “ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะและมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹¹มาตรา 13, พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 “ผู้ใดจำหน่ายหรือเผยแพร่ชุดคำสั่งที่จัดทำขึ้นโดยเฉพาะเพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดตาม มาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 9 มาตรา 10 หรือมาตรา 11 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

บัญญัติว่าหมายถึงข้อมูลประเภทใดตั้งนั้นจึงอาจทำให้หมายถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในรูปแบบของ Digital Files ที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ เช่น ไฟล์ภาพ (.jpg) ไฟล์งานวรรณกรรม (.pdf) ได้ ส่วนคำว่า “มาตรการที่ป้องกันการเข้าถึงข้อมูล” กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าหมายถึงอะไร ดังนั้นหากจะตีความว่า “มาตรการที่ป้องกันการเข้าถึงข้อมูล” หมายถึง มาตรการทางเทคโนโลยี (TPM) ที่นำมาป้องกันการเข้าถึงหรือการจารกรรมข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบของ Digital Files ก็อาจจะตีความในลักษณะเช่นนั้นได้

แต่อย่างไรก็ตาม ในความเห็นของผู้วิจัยเห็นว่าการกระทำความผิดต่อการเข้าถึงและการจารกรรมข้อมูลตามมาตรา 202a เป็นความผิดที่อยู่ในส่วนของการกระทำความผิดในกฎหมายทางอาญา ส่วนความผิดฐานหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายประเทศเยอรมนีได้บัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ (German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไขปี 2003) ออกมาบังคับใช้ในความผิดเกี่ยวกับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีซึ่งห้ามการหลีกเลี่ยงแก่มาตรการทางเทคโนโลยีทุกประเภทรวมถึงห้ามการกระทำที่เกี่ยวกับ เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ ที่ใช้สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีตามที่ได้ศึกษาไปใน บทที่ 3 แล้ว ดังนั้น ในส่วนนี้ผู้วิจัยจึงเห็นว่าความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 202a ไม่น่าจะนำมาใช้กับความผิดฐานหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้ เพราะในความผิดดังกล่าวประเทศเยอรมนีมีกฎหมายลิขสิทธิ์ที่สามารถเอาผิดในส่วนนี้ไว้โดยเฉพาะแล้วนั่นเอง

4.3 ความผิดเกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลของคอมพิวเตอร์ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

ปัญหาของอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ (Computer Crime) เป็นปัญหาที่ทั่วโลกต่างตระหนักและหาวิธีการป้องกันการกระทำความผิดดังกล่าว สำหรับประเทศไทยเองก็ให้ความสนใจในปัญหาดังกล่าวเช่นกันโดยกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นี้เกิดจากการที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติรับหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ตามที่กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารเสนอ โดยเริ่มยกร่าง

ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2544 แต่ด้วยเหตุที่กฎหมายเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นี้เป็นกฎหมายที่มีลักษณะแตกต่างจากกฎหมายทั่วไปเนื่องจากเป็นเรื่องใหม่ที่ต้องทำความเข้าใจเป็นอย่างมาก อีกทั้งด้วยเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วจึงทำให้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ใช้ระยะเวลาในการปรับปรุงเป็นเวลานานเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ของสังคมและวัฒนธรรมไทยก่อนที่จะเสนอต่อรัฐสภาพิจารณาให้ประกาศใช้เป็นกฎหมายต่อไป

ด้วยเหตุที่ร่างพระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติความผิดบางประการที่ไม่ถึงกับเป็นการประกอบอาชญากรรมและร่างกฎหมายฉบับนี้มุ่งเน้นที่การคุ้มครองข้อมูลคอมพิวเตอร์และระบบคอมพิวเตอร์เป็นสำคัญซึ่งมิได้มีแต่บทบัญญัติที่เป็นการประกอบอาชญากรรมโดยใช้คอมพิวเตอร์เสียทั้งหมด ดังนั้นในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา ร่างกฎหมายฉบับนี้จึงได้ชื่อใหม่จากเดิมว่า “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.” เป็น “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.”

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 นี้ได้ผ่านความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติโดยประกาศลงในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2550 และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 18 กรกฎาคม พ.ศ. 2550 สำหรับเหตุผลในการจัดทำกฎหมายฉบับนี้ก็เนื่องจากในปัจจุบันระบบคอมพิวเตอร์ได้เป็นส่วนสำคัญของการประกอบกิจการและการดำรงชีวิตของมนุษย์ หากมีผู้กระทำความผิดด้วยประการใด ๆ ให้ระบบคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงานตามคำสั่งที่กำหนดไว้หรือทำให้การทำงานผิดพลาดไปจากคำสั่งที่กำหนดไว้หรือวิธีการใด ๆ เข้าไปล่วงรู้ข้อมูล แก้ไข หรือทำลายข้อมูลของบุคคลอื่นในระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ หรือใช้ระบบคอมพิวเตอร์เพื่อเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จหรือมีลักษณะอันลามกอนาจาร ย่อมก่อให้เกิดความเสียหาย กระทบกระเทือนต่อเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของรัฐ รวมทั้งความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำผิดทางคอมพิวเตอร์และต้องการให้การใช้งานคอมพิวเตอร์เป็นไปในทางที่สร้างสรรค์จึงต้องบัญญัติพระราชบัญญัติฉบับนี้ขึ้นมาเพื่อเป็นการป้องกันและควบคุมการกระทำดังกล่าวนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาในเรื่องการเข้าถึงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตนี้ ยังมีกฎหมายอีกหนึ่งฉบับที่อาจนำมาเทียบเคียงและปรับใช้ในการปกป้องการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับการเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ คือ “พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550” ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้วางหลักเกณฑ์ที่น่าสนใจต่อการศึกษาว่าสามารถนำเอากฎหมายฉบับนี้มาปรับใช้กับการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีได้หรือไม่ เนื่องจากคำว่า “มาตรการป้องกัน” และ คำว่า “การเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์” ในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นี้มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า “มาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์” ของเจ้าของลิขสิทธิ์ อีกทั้งคำว่า “ชุดคำสั่ง” ที่จัดทำขึ้นโดยเฉพาะเพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดตามในการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นั้นที่จะนำมาเทียบเคียงได้กับการผลิตเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่มีวัตถุประสงค์ในการทำลายมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตได้หรือไม่ซึ่งจะได้ศึกษาลงไปในรายละเอียดในหัวข้อต่อไป

จากการศึกษาพระราชบัญญัติดังกล่าวพบว่า พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวแบ่งสาระสำคัญเกี่ยวกับการกระทำความผิดได้ 6 หัวข้อ ดังนี้

1. การกระทำความผิดเกี่ยวกับระบบคอมพิวเตอร์ (มาตรา 5, 6, 10, 11, 14 และ มาตรา 16)
2. การกระทำความผิดเกี่ยวกับข้อมูลคอมพิวเตอร์ (มาตรา 7, 8, 9, 14, และมาตรา 24)
3. การกระทำความผิดเกี่ยวกับเครื่องมือ (มาตรา 13)
4. หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการ (มาตรา 26 และมาตรา 15)
5. บทบาทเกี่ยวกับอำนาจ และหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมาย (มาตรา 18, 19, 20, 21, 22, 23,)
6. การอ้างและรับฟังเป็นพยานซึ่งข้อมูล ข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ (มาตรา 25)

ในการศึกษาพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นมีอยู่ 2 ส่วน ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการทำลายมาตรการทางเทคโนโลยีบัญญัติไว้ในมาตรา 7 ซึ่งเป็นเรื่องการเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ ส่วนความผิดที่เกี่ยวข้องกับการผลิตเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการหลีกเลียงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้น จะอยู่ในมาตรา 13 ซึ่งเป็นความผิดสำหรับการจำหน่ายชุดคำสั่งที่จัดทำขึ้นเพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด อีกทั้งจะได้วิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ว่ากฎหมายฉบับนี้มีบทบาทและความสัมพันธ์อย่างไรต่อการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ในการปกป้องการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์

4.3.1 ความผิดเกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ

สำหรับความจำเป็นในการกำหนดฐานความผิดในการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบนี้จะเห็นได้ว่าการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นโดยมิชอบหรือไม่มีอำนาจหรือโดยฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ อาจเกิดขึ้นได้หลายวิธี เช่น การเจาะระบบ (cracking) หรือการบุกรุกทางคอมพิวเตอร์ (computer trespass) ซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้เป็นการขัดขวางการใช้ข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์โดยชอบของบุคคลอื่น อันอาจทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือการทำลายข้อมูลคอมพิวเตอร์และระบบคอมพิวเตอร์ อีกทั้งความผิดในฐานนี้ยังอาจเป็นที่มาของการกระทำความผิดในฐานอื่น ๆ ต่อไปด้วย เช่น การใช้คอมพิวเตอร์เพื่อฉ้อโกง หรือใช้เพื่อปลอม เปลี่ยนแปลง แก้ไขเอกสาร อันอาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากมาย

มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า **“ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะและมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”**

บทบัญญัติดังกล่าวอาจแยกองค์ประกอบได้ ดังนี้

1. ผู้ใด
 2. เข้าถึงโดยมิชอบ
 3. ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์
 4. ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ และมาตรการนั้นมีได้มีไว้สำหรับตน
- จากการแยกองค์ประกอบความผิดดังกล่าวสามารถแยกอธิบายได้ ดังนี้

1) ผู้ใด

จากบทบัญญัติในมาตรา 7 จะเห็นได้ว่าการกระทำที่จะเป็นความผิดตามบทบัญญัติดังกล่าวได้จะต้องเป็นการเข้าถึงข้อมูลของคอมพิวเตอร์โดยมิชอบเท่านั้น คำว่า "ผู้ใด" ในที่นี้ย่อมหมายถึงบุคคลใดก็ได้ไม่จำกัดเพศหรืออายุ หากสามารถมีการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดแล้วบุคคลนั้นย่อมมีความผิดตามมาตรานี้ทั้งสิ้น

ข้อพิจารณาอีกประการหนึ่งคือผู้กระทำความผิดในความหมายของคำว่า "ผู้ใด" นี้ จะหมายความรวมถึงนิติบุคคลด้วยหรือไม่หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่านิติบุคคลสามารถรับผิดเป็นผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ได้หรือไม่ เพราะหากพิจารณาความรับผิดในทางอาญาแล้วจะเห็นได้ว่าความรับผิดในการกระทำของบุคคลธรรมดาอาจเป็นความรับผิดของนิติบุคคลก็ได้ เพราะถึงแม้ว่านิติบุคคลจะไม่มีตัวตนที่จะกระทำความผิดด้วยตัวเองแต่หากมีบุคคลธรรมดากระทำการกิจการของนิติบุคคลนั้น ในประเด็นดังกล่าวนี้หากตั้งข้อเท็จจริงขึ้นว่า บริษัท A ต้องการขโมยข้อมูลคอมพิวเตอร์ของบริษัท B บริษัท A จึงให้นาย ก ใช้คอมพิวเตอร์ทำลายระบบป้องกันเพื่อเข้าถึงข้อมูลของบริษัท B เช่นนี้ การกระทำความผิดของนาย ก จะกระทบต่อ บริษัท A หรือไม่

ในข้อเท็จจริงดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นที่แน่นอนอยู่แล้วว่านาย ก ย่อมมีความผิดตามมาตรา 7 แต่หากจะพิจารณาต่อไปว่าความผิดตามมาตรา 7 นี้ บริษัท A จะต้องรับผิดด้วยหรือไม่ ซึ่งในกรณีดังกล่าวจะเห็นว่าวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลแล้วจะต้องก่อตั้งโดยมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายตามที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพราะฉะนั้นจะก่อตั้งโดย

มีวัตถุประสงค์เพื่อกระทำความผิดในทางอาญาไม่ได้ นอกจากนั้นการกำหนดโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 จะเห็นได้ว่าได้กำหนดไว้สำหรับบุคคลธรรมดาเท่านั้น เช่น โทษประหารชีวิต จำคุก กักขัง เป็นต้น

อย่างไรก็ดี จากเหตุผลข้างต้นผู้วิจัยเห็นว่าแม้วัตถุประสงค์ของการจัดตั้งนิติบุคคลนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายก็ตามแต่ก็ยังมีกรณีของการกระทำตามวัตถุประสงค์แต่เป็นการกระทำโดยเป็นวิธีที่เป็นความผิดทางอาญาได้ อีกทั้งการกำหนดโทษทางอาญานั้นยังมีโทษปรับและริบทรัพย์สินที่สามารถลงโทษแก่นิติบุคคลได้หรือกล่าวได้ว่าอาจลงโทษกับนิติบุคคลได้เท่าที่กฎหมายจะเปิดช่องให้ลงได้ เช่น โทษปรับ หรือริบทรัพย์สิน เป็นต้น ดังนั้นจากข้อเท็จจริงตามปัญหาดังกล่าวผู้วิจัยเห็นว่า บริษัท A สามารถรับผิดจากการกระทำของ นาย ก ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้ อีกทั้งยังสามารถลงโทษปรับ หรือริบทรัพย์สินกับบริษัท A เท่าที่กฎหมายจะเปิดช่องให้ทำได้อีกด้วย

2) เข้าถึงโดยมิชอบ

สำหรับคำว่า "เข้าถึงโดยมิชอบ" นั้นอาจแยกวิเคราะห์คำว่า "เข้าถึง" และ คำว่า "โดยมิชอบ" โดยคำว่า "เข้าถึง" นั้นตรงกับภาษาอังกฤษว่า Access หมายถึง การเข้าถึงในระดับกายภาพ เช่น กรณีที่บุคคลใดกำหนดรหัสผ่านเพื่อป้องกันมิให้บุคคลใดใช้คอมพิวเตอร์และผู้กระทำความผิดกระทำโดยวิธีใดวิธีหนึ่งเพื่อให้ได้มาซึ่งรหัสผ่านนั้นและสามารถใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ได้โดยนั่งอยู่หน้าเครื่องคอมพิวเตอร์นั่นเอง และหมายความรวมถึงการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งแม้บุคคลที่เข้าถึงจะอยู่ห่างโดยระยะทางกับเครื่องคอมพิวเตอร์แต่สามารถเจาะเข้าไปในระบบที่ตนต้องการได้ เช่น การใช้งานของระบบเครือข่ายไร้สาย (wireless) นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงการเข้าถึงฮาร์ดแวร์ หรือส่วนประกอบต่าง ๆ ของคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลที่ถูกบันทึกเก็บไว้ในระบบคอมพิวเตอร์เพื่อใช้ในการส่งหรือโอนถึงอีกบุคคลหนึ่ง เช่น ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ เป็นต้น

ส่วนวิธีการเข้าถึงนั้นหมายถึงวิธีการเข้าถึงทุกวิธีการไม่ว่าจะเป็นการเข้าถึงโดยผ่านทางเครือข่ายสาธารณะ เช่น การใช้อินเทอร์เน็ต (Internet) อันเป็นการเชื่อมโยงระหว่าง

เครือข่ายหลาย ๆ เครือข่ายเข้าด้วยกัน และยังหมายถึงการเข้าถึงโดยผ่านระบบเครือข่ายเดียวกันด้วยก็ได้ เช่น ระบบ LAN (Local Area Network) อันเป็นเครือข่ายที่เชื่อมต่อกอมพิวเตอร์ที่ตั้งอยู่ในพื้นที่ใกล้เคียง ๆ กันเข้าด้วยกันและยังรวมถึงการติดต่อสื่อสารโดยวิธีการไร้สายด้วย¹²

สำหรับการพิจารณาว่าการกระทำโดยชอบเป็นการกระทำความผิดอย่างไรนั้นคงมีความหมายอยู่ในถ้อยคำอยู่แล้ว ดังนั้นจึงต้องพิจารณาเสียก่อนว่าการกระทำอย่างไรที่ถือว่าเป็นการเข้าถึงโดยมิชอบแม้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 จะไม่ได้ขยายความว่าหมายความว่าอย่างไร แต่เมื่อพิจารณาเทียบเคียงฐานความผิดเกี่ยวกับบัตริอิเล็กทรอนิกส์ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 269/5 และมาตรา 269/6 แล้วการเข้าถึงโดยมิชอบจะหมายถึงการกระทำหรือการเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจ ซึ่งหมายความว่าผู้ที่มีความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้ผู้นั้นจะต้องเข้าถึงโดยปราศจากสิทธิโดยชอบธรรม ดังนั้น หากแปลความในทางกลับกันว่าผู้ทำการเข้าถึงนั้นเป็นบุคคลที่มีสิทธิเข้าถึง (Right to access) ไม่ว่าจะด้วยการถือสิทธิตามกฎหมายหรือได้รับอนุญาตจากเจ้าของระบบ เช่น การเข้าถึงเพื่อดูและระบบของผู้ดูแลเว็บไซต์ (Webmaster) ก็ถือว่าเป็นการเข้าถึงโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่หากผู้ที่ได้รับอนุญาตได้เข้าถึงเกินกว่าที่ตนได้รับอนุญาตเช่นนี้บุคคลดังกล่าวย่อมต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกัน¹³

ความรับผิดชอบตามมาตรา 7 นี้ผู้กระทำจะทำผิดต่อเมื่อได้ "เข้าถึงโดยมิชอบ" หากพิจารณาว่าการเข้าถึงโดยมิชอบหมายถึงการกระทำหรือการเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจหรือปราศจากสิทธิโดยชอบธรรมแล้วจึงมีปัญหาที่น่าสนใจว่าคำว่าโดยปราศจากอำนาจนั้นหมายถึงอำนาจตามกฎหมายหรืออำนาจตามที่กำหนดไว้ในสัญญาด้วยหรือไม่ เช่น นาย ก ได้รับอนุญาตจาก นาย ข ให้เข้าถึงข้อมูลของ นาย ข ได้ เป็นต้น ซึ่งในกรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่า การเข้าถึงข้อมูลของ นาย ก เป็นการเข้าถึงโดยชอบแล้วเพราะ นาย ข ซึ่งเป็นเจ้าของข้อมูลอนุญาตให้เข้าถึงได้ อย่างไรก็ตาม

¹²พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550, 5-6.

¹³เรื่องเดียวกัน, 6.

ก็ดียังมีปัญหาที่ต้องวิเคราะห์อีกประการหนึ่งว่าหากการเข้าถึงบางลักษณะที่เป็นการเข้าถึงโดยมีอำนาจแต่ได้เข้าไปทำในสิ่งที่ไม่ถูกต้องจะเป็นความผิดหรือไม่ ดังตัวอย่างข้างต้นหาก นาย ก เข้าถึงข้อมูลของ นาย ข ได้เพราะ นาย ข อนุญาตให้เข้าถึงแต่เมื่อ นาย ก ได้เข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นแล้วและได้ขโมย หรือแก้ไข เปลี่ยนแปลง ข้อมูลข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าว เช่นนี้ นาย ก จะมีความผิดตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 หรือไม่ และการเข้าถึงนั้นจะชอบถึงเมื่อใดเนื่องจากการเข้าถึงในชั้นแรก ของ นาย ก เป็นการเข้าถึงโดยชอบเพราะ นาย ก มีอำนาจที่จะกระทำได้ตามสิทธิที่ตนมีอยู่

ปัญหาดังกล่าวหากเปรียบเทียบการกระทำความผิดอาญาฐานบุกรุกจะเห็นได้ว่า หากเจ้าของเคสสถานยินยอมให้เข้ามาในเคสสถานของตนแล้วก็จะไม่เป็นความผิดฐานบุกรุก แม้ต่อมาภายหลังจากการที่เข้ามาจะได้กระทำความผิดอื่น ๆ ก็ยังไม่เป็นความผิดฐานบุกรุก เช่น การที่เจ้าของอนุญาตให้เข้ามาในบ้านต่อมาผู้ที่เข้ามาในบ้านได้ลักทรัพย์ไป เช่นนี้ ผู้นั้นคงมีความผิดเพียงลักทรัพย์ธรรมดาแต่ไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ในเคสสถาน¹⁴ เป็นต้น ปัญหาดังกล่าวนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าคงจะต้องพิจารณาขอบเขตของความยินยอมของเจ้าของข้อมูลเป็นหลักว่ามีขอบเขต เพียงใด เช่นหากตัวอย่างข้างต้นจะเห็นได้ว่า นาย ก ได้รับอนุญาตให้เข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ ของ นาย ข เพียงอย่างเดียว ไม่ได้รับอนุญาตให้กระทำการอย่างอื่น ดังนั้นการกระทำใด ๆ ที่เกิดขึ้นโดยมิชอบและปราศจากความยินยอมของ นาย ข นาย ก ก็ไม่สามารถทำได้ แต่อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยไม่เห็นด้วยกับการเทียบเคียงกรณีบุกรุกตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1076/2526 ที่จะให้ นาย ก ไม่มีความผิดเท่าใดนัก เนื่องจากแม้การที่ นาย ก จะเข้าถึงข้อมูลของ นาย ข โดยชอบก็ตาม แต่การเข้าไปของ นาย ก ที่กระทำโดยมิชอบภายหลังจากการเข้าถึงไปแล้วก็ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของได้เช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามหากจะให้ นาย ก รับผิดชอบตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ก็คงจะไม่ถูกนัก เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายในลักษณะอาญาซึ่งต้องตีความโดยเคร่งครัดและการกระทำของ นาย ก เป็นการเข้าถึงโดยชอบตั้งแต่ต้น จึงไม่อาจตีความให้ครอบคลุมให้การกระทำ ภายหลังจากการเข้าถึงไปแล้วเป็นความผิดได้ แต่อย่างไรก็ตามผู้วิจัยเห็นว่า การกระทำของ

¹⁴โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1076/2526

นาย ก อาจเป็นความผิดตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550¹⁵ หรืออาจเป็นความผิดตามกฎหมายฉบับอื่นได้ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ปัญหาดังกล่าวนี้ยังไม่เป็นที่แน่ชัดจนว่าจะมีผลในทางกฎหมายอย่างไรผู้วิจัยจึงเห็นว่าน่าจะรอดูคำพิพากษาศาลฎีกาเพื่อประกอบการวิเคราะห์ต่อไปว่าศาลจะวินิจฉัยปัญหานี้อย่างไร

3) ข้อมูลคอมพิวเตอร์

องค์ประกอบที่สำคัญสำหรับความผิดตามมาตรา 7 นี้อีกประการหนึ่งคือจะต้องเข้าถึงโดยมิชอบซึ่ง “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” ตามความหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นี้ จะหมายถึงสิ่งใดได้บ้างโดยประเด็นดังกล่าวหากพิจารณาคำนิยามคำว่า “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” ตามความหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งให้ความหมายไว้ว่า

“ข้อมูลคอมพิวเตอร์” หมายความว่า ข้อมูล ข้อความ คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดบรรดาที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ และให้หมายความรวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย

จากคำจำกัดความดังกล่าวจะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้ให้คำจำกัดความของคำว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ไว้กว้างมาก โดยให้หมายถึงโดยหมายถึงข้อมูล 2 ประเภท คือ

1. ข้อมูล ข้อความ คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดบรรดาที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์
2. ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์

¹⁵มาตรา 9 “ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ดังนั้น “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” จะหมายถึงข้อมูลทุกอย่างทุกประเภทที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งรวมถึงชุดคำสั่งด้วยหากอยู่ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ต่าง ๆ เป็นต้น

ส่วนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น เมื่อพิจารณาคำนิยามของคำว่า “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 จะให้ความหมายไว้ว่า “ข้อความที่ได้สร้าง ส่ง เก็บรักษา หรือประมวลผลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น วิธีการแลกเปลี่ยนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โทรเลข โทรศัพท์ โทรสาร”

ดังนั้น ข้อมูล ข้อความ คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดบรรดาที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้และข้อความที่ได้สร้าง ส่ง เก็บรักษา หรือประมวลผลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ก็จะถือว่าอยู่ในความหมายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ทั้งสิ้น จึงเห็นได้ว่างานลิขสิทธิ์ที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ หรืองานสร้างสรรค์ใด ๆ ที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้จึงเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์อย่างหนึ่งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นี้ด้วย เช่น บทความที่อยู่ในรูปแบบ .pdf files หรือภาพถ่าย ภาพวาดที่อยู่ในรูปแบบ .jpg files เป็นต้น

นอกจากนี้ยังมีประเด็นที่น่าสนใจอีกประเด็นหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับความผิดในฐานนี้คือ ข้อมูลที่บรรจุไว้ในแผ่นซีดี (CD-Rom) แฮนด์ดีไดรฟ์ (Handy drive) หรือแผ่นดิสก์เก็ต (diskette) จะอยู่ในความหมายของคำว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือไม่ ซึ่งในปัญหานี้ผู้วิจัยเห็นว่าหากพิจารณาประโยคท้ายของนิยาม “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” หมายความว่า **“ข้อมูล ข้อความ...ที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ และให้หมายความรวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย...”** ส่วนคำว่า “ระบบคอมพิวเตอร์” หมายความว่า **“อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ของคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมการทำงานเข้าด้วยกัน โดยได้มีการกำหนดคำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด และแนวทางปฏิบัติงานให้อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ทำหน้าที่ประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติ”**

และคำว่า “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 หมายความว่า “ข้อความที่ได้สร้าง ส่ง เก็บรักษา...ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์...”

จากคำจำกัดความของคำว่า ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ และข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ จะเห็นได้ว่าการบรรจุข้อมูลไว้ในแผ่นซีดีถือว่าการเก็บรักษาข้อมูลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ แต่ข้อมูลที่เก็บรักษาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวจะต้องอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ ซึ่งคำว่า “ระบบคอมพิวเตอร์” ตามคำนิยามของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 อาจเป็นอุปกรณ์เครื่องเดียวหรือหลายเครื่องอันมีลักษณะเป็นชุดเชื่อมต่อกันโดยอาจเชื่อมต่อกันผ่านระบบเครือข่ายก็ได้ และมีลักษณะการทำงานโดยอัตโนมัติตามโปรแกรมที่กำหนดไว้ อีกทั้งยังจะต้องไม่มีการแทรกแซงโดยตรงจากมนุษย์โดยมีการทำงานประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติแล้ว ดังนั้น เครื่องคอมพิวเตอร์ เช่น โน้ตบุ๊ก ที่ชื่อมายังไม่ถือว่าเป็น “ระบบคอมพิวเตอร์” จนกว่าจะได้มีการทำงานผ่านระบบเครือข่ายซอฟต์แวร์¹⁶

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าข้อมูลที่เก็บรักษาไว้ในแผ่นซีดี แฮนดีไดรฟ์ หรือแผ่นดิสก์เก็ต ถือว่าเป็นข้อมูลที่เก็บรักษาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์นั้นอาจประมวลผลได้ ดังนั้น การนำข้อมูลที่เก็บรักษาไว้ในแผ่นซีดี แฮนดีไดรฟ์ หรือแผ่นดิสก์เก็ต แม้จะยังไม่ได้นำข้อมูลที่อยู่ในภาชนะเหล่านั้นเล่นผ่านระบบคอมพิวเตอร์ก็ต้องถือว่าเป็นข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายฉบับนี้ทันทีเนื่องจากข้อมูลเหล่านี้สามารถอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์นั้นอาจประมวลผลได้ ดังนั้นในกรณีที่แผ่นซีดีที่มีข้อมูลคอมพิวเตอร์อยู่ข้างในแผ่นและมีมาตรการป้องกันการเข้าถึง โดยเฉพาะหากผู้ใดได้ทำลายมาตรการที่ป้องกันการเข้าถึงและสามารถเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในแผ่นซีดีนั้นได้ผู้นั้นย่อมกระทำความผิดฐานเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยมิชอบตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ทันที

¹⁶พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550, 4.

4) มาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะและมาตรการนั้นมีได้มีไว้ สำหรับตน

สำหรับองค์ประกอบความผิดประการสุดท้ายของกฎหมายฉบับนี้คือการเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งมี “มาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะและมาตรการนั้นมีได้มีไว้สำหรับตน” ในประเด็นนี้จะต้องแยกพิจารณาเป็นสองส่วนคือ (1) มาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ และ (2) มาตรการนั้นมีได้มีไว้สำหรับตน

ในส่วนแรกการพิจารณาว่าสิ่งใดคือมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะนั้นคงจะต้องพิจารณาเสียก่อนว่ามาตรการตามมาตรา 7 นี้ จะนำมาใช้ในการป้องกันการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ ซึ่งในกรณีทั่ว ๆ ไปอาจเปรียบเทียบได้จากหากเราไม่ต้องการให้ใครเข้ามาในบ้านเราก็ต้องล็อกกุญแจไว้และเมื่อมีบุคคลใดทำลายกุญแจและเข้ามาในบ้านเราโดยไม่ได้อนุญาต (โดยมิชอบ) การกระทำได้ดังกล่าวย่อมเป็นความผิดทันที ส่วนกรณีการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ก็เช่นกันก็จะเห็นได้ว่าตามปกติแล้วการที่เจ้าของข้อมูลคอมพิวเตอร์ไม่ยอมให้บุคคลใดเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ของตนซึ่งเจ้าของข้อมูลอาจมีการกำหนดวิธีการตรวจสอบสิทธิของผู้ที่จะเข้าถึงโดยวิธีการต่าง ๆ เช่น การสแกนลายนิ้วมือ ม่านตา หรือการตั้งชื่อและรหัสผ่าน (Username and Password) เป็นต้น หากมีการตรวจสอบแล้วและผู้นั้นมีสิทธิถูกต้องก็สามารถเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ถูกป้องกันจากเจ้าของได้ นอกจากนี้ตามมาตรา 7 ยังได้บัญญัติไว้อีกว่า จะต้องเป็นมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะซึ่งหมายถึงจะต้องเป็นลักษณะที่เจ้าของนั้นหวงแหนไม่ให้บุคคลใดเข้าถึงข้อมูลของตน¹⁷ ดังนั้นหากไม่มีการป้องกันไว้โดยเฉพาะหรือเจ้าของข้อมูลไม่ได้หวงแหนต่อการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวก็ถือว่าสามารถให้ผู้อื่นเข้าถึงได้และผู้เข้าถึงก็จะเป็นความผิด

จากข้อพิจารณาขององค์ประกอบของคำว่า “มาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ” นั้นผู้วิจัยเห็นว่ามาตรการป้องกันการเข้าถึงเหล่านี้ล้วนแต่เป็นการนำเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้ทั้งสิ้น จึงเห็นว่า “มาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ” ตามมาตรา 7 แห่ง

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, 9.

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นี้หมายถึงมาตรการทางเทคโนโลยี (Technological Protection Measures : TPM) ที่เจ้าของข้อมูลคอมพิวเตอร์ต้องการนำมาป้องกันการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ไว้โดยเฉพาะนั่นเอง

องค์ประกอบอีกประการของหัวข้อนี้คือ “มาตรการนั้นมีได้มีไว้สำหรับตน” ถ้อยคำดังกล่าวย่อมแปลความตรงข้ามกันว่าหากผู้ใดเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะหากมาตรการนั้นมีได้มีไว้สำหรับตนผู้นั้นก็จะไม่มีความผิดตามมาตรานี้ เช่น กรณีของบริษัทนายจ้างได้ทำจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail address) มอบไว้ให้แก่พนักงานทุกคน แม้ว่าพนักงานจะมีชื่อเป็นเจ้าของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นก็ตาม หากมีระเบียบกำหนดไว้แล้ว เจ้าของบริษัทย่อมมีสิทธิที่จะเข้าถึงจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของพนักงานผู้นั้นได้ตามระเบียบที่วางไว้¹⁸ แต่หากไม่มีระเบียบกำหนดไว้ผู้วิจัยเห็นว่าน่าจะเป็นเรื่องของสิทธิในความเป็นส่วนตัวของพนักงานผู้นั้นการเข้าถึงจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของพนักงานผู้นั้นย่อมถือว่าเป็นเจ้าของบริษัทกระทำไปโดยปราศจากอำนาจ เป็นต้น

4.3.2 ความผิดเกี่ยวกับการผลิต จำหน่าย หรือเผยแพร่เครื่องมือหรือชุดคำสั่ง

นอกจากความผิดในการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบที่เป็นความผิดตามกฎหมายฉบับนี้แล้ว พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ยังได้กำหนดความผิดที่เกี่ยวกับการห้ามจำหน่ายหรือเผยแพร่ชุดคำสั่งที่จัดทำขึ้นเพื่อนำไปใช้ในการเข้าถึงข้อมูลของคอมพิวเตอร์ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 13 ดังนี้ “มาตรา 13 ผู้ใดจำหน่ายหรือเผยแพร่ชุดคำสั่งที่จัดทำขึ้นโดยเฉพาะเพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดตามมาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 9 มาตรา 10 หรือมาตรา 11 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹⁸พิญดา เลิศกิตติกุล, พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 : ศึกษากรณีความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์.(วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), 172.

บทบัญญัติดังกล่าวอาจแยกองค์ประกอบความผิดได้ ดังนี้

1. ผู้ใด
2. จำหน่ายหรือเผยแพร่ชุดคำสั่งที่จัดทำขึ้นโดยเฉพาะ
3. เพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด

บทบัญญัติในมาตรา 13 เป็นการห้ามการจำหน่ายหรือเผยแพร่ชุดคำสั่งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือสำหรับการกระทำความผิดตามมาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 9 มาตรา 10 หรือมาตรา 11 และในการศึกษาในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะศึกษาเฉพาะการห้ามจำหน่ายหรือเผยแพร่ชุดคำสั่งที่จัดทำขึ้นเพื่อนำไปใช้ในการเข้าถึงข้อมูลของคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 7 เท่านั้น

สำหรับการศึกษาในแต่ละองค์ประกอบความผิดของมาตรา 13 นี้ ผู้วิจัยเห็นว่องค์ประกอบประการแรกของคำว่า “ผู้ใด” นั้นก็จะเหมือนกับคำว่า “ผู้ใด” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 7 จึงไม่ขออธิบายซ้ำในส่วนนี้อีก แต่กระนั้นก็ดีสิ่งสำคัญของการศึกษาองค์ประกอบความผิดในมาตรา 13 นี้ คือ การศึกษาความหมายของคำว่า “การจำหน่ายหรือเผยแพร่” และคำว่า “ชุดคำสั่ง” ว่าหมายถึงอะไร

การกระทำความผิดในมาตรา 13 นี้ จะต้องเป็นการจำหน่ายหรือเผยแพร่ชุดคำสั่ง คำว่า “เผยแพร่” ตามมาตรานี้เป็นคำที่มีความหมายกว้างกว่าคำว่า “จำหน่าย” โดยน่าจะหมายความรวมถึงการโฆษณา แจก ส่วนคำว่า “จำหน่าย” ย่อมมีความหมายอยู่ในตัวของถ้อยคำอยู่แล้ว อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่า “การมีไว้เพื่อจำหน่าย” จะไม่เข้าองค์ประกอบสำหรับความผิดฐานนี้ ที่เป็นเช่นนี้อาจเป็นเพราะลักษณะของสิ่งที่มีไว้ยากในการพิสูจน์ว่ามีไว้โดยเจตนาที่ชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายอีกทั้งชุดคำสั่งตามมาตรา 13 ส่วนใหญ่จะอยู่ในลักษณะของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เป็นข้อมูลดิจิทัล¹⁹ ข้อสังเกตของมาตรา 13 ประการหนึ่งคือการ “ผลิต” ชุดคำสั่งเพื่อนำไปใช้ในการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์จะมีความผิดหรือไม่ เนื่องจากว่า

¹⁹พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550, 20.

มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เอาผิดกับผู้จำหน่ายเผยแพร่ชุดคำสั่งเท่านั้น

ซึ่งในประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นว่าเมื่อมาตรา 13 เอาผิดเฉพาะ “ผู้จำหน่ายหรือเผยแพร่” ดังนั้นผู้ใด “ผลิต” ชุดคำสั่งเพื่อนำไปใช้ในการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ย่อมไม่มีความผิดตามมาตรา 13 แต่อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยเห็นว่าแม้การผลิตชุดคำสั่งจะไม่เป็นความผิดแต่จะเห็นได้ว่าจะต้องเป็นการผลิตแต่ไม่เอาออกจำหน่าย ซึ่งในความเป็นจริงแล้วคงไม่มีผู้ใดผลิตแล้วไม่นำออกจำหน่าย อีกทั้งหากเป็นการผลิตเพื่อมีไว้ใช้เองก็ยังคงต้องรับผิดตามมาตรา 7 อยู่ดีหากเป็นการเข้าถึงโดยมิชอบ หรือแม้แต่ผลิตแล้วไม่ได้จำหน่ายแต่ได้ “แจกจ่าย” ให้บุคคลที่สามผู้แจกจ่ายก็จะผิดตามมาตรา 13 อีกเนื่องจากเข้าข่ายการ “เผยแพร่” จึงสรุปได้ว่าการผลิตที่จะไม่มีความผิดตามมาตรา 13 และมาตรา 7 คือ การผลิตชุดคำสั่งเพื่อเก็บไว้ดูเล่นหรือผลิตไว้เพื่อความสวยงามซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าในความเป็นจริงแล้วคงไม่มีผู้ใดทำเช่นนั้นแน่นอน

ประเด็นที่น่าสนใจอีกประเด็นหนึ่งคือเมื่อมาตรา 13 เอาผิดกับผู้จำหน่ายหรือเผยแพร่ชุดคำสั่ง หากมีผู้ใดขายอุปกรณ์และอุปกรณ์ดังกล่าวมีชุดคำสั่งฝังติดไปด้วยเช่นนี้ผู้นั้นจะมีความผิดหรือไม่ ประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นว่าแม้มาตรา 13 จะไม่เอาผิดกับการจำหน่ายอุปกรณ์แต่การขายอุปกรณ์ที่มีชุดคำสั่งติดไปด้วยนั้นผู้วิจัยเห็นว่าอุปกรณ์ดังกล่าวจำเป็นต้องอาศัยการทำงานของชุดคำสั่งนั้น ๆ ด้วย ดังนั้นในกรณีนี้จึงต้องถือว่าเป็นการจำหน่ายชุดคำสั่งด้วยจึงเป็นความผิดตามมาตรา 13 อีกเช่นกัน ตัวอย่างเช่น การซื้ออุปกรณ์เพื่อใช้ในการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์แต่จะต้องมีการติดตั้งชุดคำสั่งที่ขายติดมากับอุปกรณ์นั้นเสียก่อนเพื่อให้สามารถใช้ร่วมกับอุปกรณ์ที่ซื้อมาได้ เป็นต้น

ส่วนคำว่า “ชุดคำสั่ง” นั้นหมายถึง โปรแกรมคอมพิวเตอร์ต่าง ๆ ที่ได้สร้างมาเพื่อการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งอาจอยู่ในรูปของแผ่นดิสเกตต์หรืออยู่ในไฟล์ดิจิทัลก็ได้ และการกระทำที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 13 ผู้กระทำต้องมีเจตนาพิเศษ กล่าวคือมีวัตถุประสงค์เพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือสำหรับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบซึ่งไม่จำเป็นว่าต้องใช้ชุดคำสั่งเหล่านั้นแล้วหรือยังเพียงแค่อผลิตเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวก็เพียงพอต่อการกระทำความผิดตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับ

คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แล้ว นอกจากนี้การกระทำความผิดตามมาตรา 13 ผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงในองค์ประกอบของความผิดด้วยว่าชุดคำสั่งนั้นได้จัดทำขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดด้วย

มีข้อน่าสังเกตว่าการกระทำความผิดตามมาตรา 13 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 บัญญัติห้ามเพียงการจำหน่ายหรือเผยแพร่ชุดคำสั่งที่จัดทำขึ้นเฉพาะเพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดโดยการเข้าถึงโดยมิชอบ (Access Control Device) เท่านั้น แต่ไม่ได้รวมถึงชุดคำสั่งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดในการทำซ้ำโดยมิชอบ (Copy Control Device) นอกจากนี้มาตรา 13 ก็ไม่ได้ขยายขอบเขตการคุ้มครองไปถึงการห้ามการผลิต นำเข้า การให้บริการซึ่งผลิตภัณฑ์ เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับชุดคำสั่งดังกล่าวแต่อย่างใด เช่น หากมีบุคคลใดผลิตอุปกรณ์ หรือมีการนำเข้าชุดคำสั่ง หรือรับจ้างผลิตเครื่องมือ อุปกรณ์ หรือชุดคำสั่งเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำซ้ำข้อมูลคอมพิวเตอร์แล้วผู้นั้นจะไม่มี ความผิดตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

4.3.3 ข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นของการกระทำความผิด

ในส่วนของข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ที่เกี่ยวข้องกับข้อห้ามตาม มาตรา 7 และมาตรา 13 นั้น จะกำหนดข้อยกเว้นในการเข้าถึงหรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Access Control) ไว้เฉพาะพนักงานเจ้าหน้าที่โดยการแต่งตั้งจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารที่ได้รับอนุญาตจากศาลแล้วเท่านั้น ซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ดังกล่าวนี้มีอำนาจกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนและสอบสวนเพื่อใช้เป็นหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิดและหาตัวผู้กระทำความผิด เช่น การตรวจสอบหรือเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์ที่ใช้เก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ของบุคคลใด อันเป็นหลักฐานหรืออาจใช้เป็นหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิด หรือเพื่อสืบสวนหาตัวผู้กระทำความผิดและสั่งให้บุคคลนั้นส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์

ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ ที่เกี่ยวข้องเท่าที่จำเป็นให้ด้วยก็ได้²⁰ ซึ่งข้อจำกัดและข้อยกเว้น ตามกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้สำหรับบุคคลทั่วไป หรือสำหรับสาธารณชนในการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์แต่อย่างใด

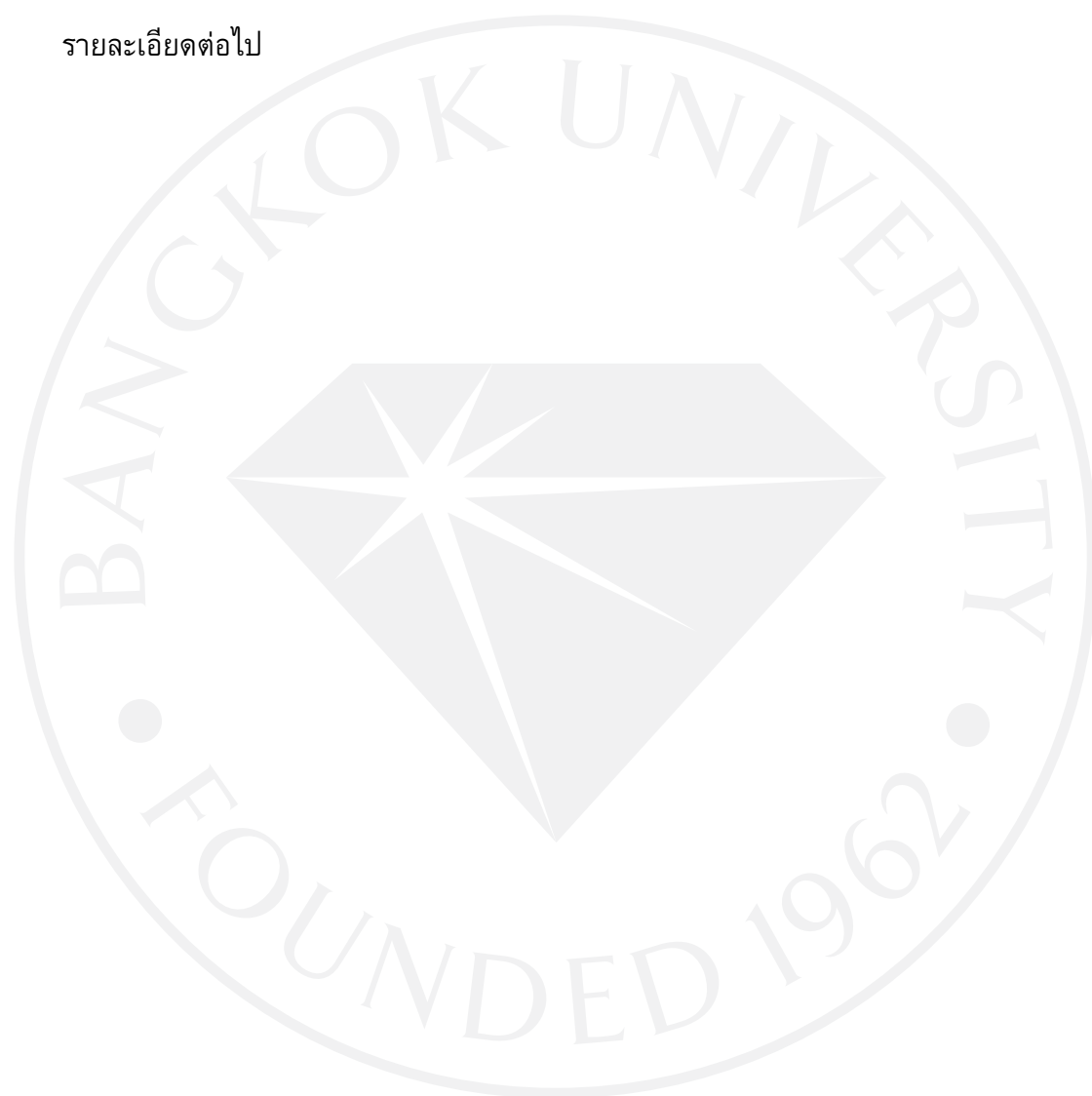
4.3.4 สรุป

จากการศึกษาความผิดเกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวมีเนื้อหาสาระในการคุ้มครองการกระทำที่มิชอบต่อผู้ที่นำคอมพิวเตอร์มาใช้ในทางมิชอบ แต่อย่างไรก็ดีการกระทำความผิดดังกล่าวมีความเชื่อมโยงกันระหว่างการปกป้องมาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ เนื่องจากข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายฉบับนี้อาจเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ได้ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องพิจารณาว่ากฎหมายฉบับนี้จะบทบาทและมีผลอย่างไรต่อการปกป้องสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือจะเป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนในการใช้หรือการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ในอนาคต

จะเห็นได้ว่าข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นจะจำกัดไว้ในวงแคบสำหรับพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายเพื่อให้มีอำนาจกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนและสอบสวน หรือเพื่อใช้เป็นหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิดและหาตัวผู้กระทำความผิด แต่เมื่อกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้กล่าวถึงข้อยกเว้นสำหรับสิทธิของสาธารณชนไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อยกเว้นสำหรับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้น แม้การเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยอาศัยสิทธิตามหลักการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ของกฎหมายลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้อย่างชัดเจนโดยกฎหมาย อีกทั้งหากการเข้าถึงนั้นไม่

²⁰โปรดดู พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 18(6)

เป็นไปตามเงื่อนไขของข้อยกเว้นในกฎหมายฉบับนี้ก็อาจเป็นการกระทำที่มีชอบตามกฎหมายฉบับนี้ได้ ดังนั้น จึงอาจต้องพิจารณาในประเด็นดังกล่าวว่าการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นงานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair use) จะถือเป็นการกระทำโดยมีชอบตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 หรือไม่ซึ่งประเด็นเหล่านี้จะได้วิเคราะห์ในรายละเอียดต่อไป



บทที่ 5

บทวิเคราะห์ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี ต่อการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

จากการศึกษาการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และต่างประเทศนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายแต่ละฉบับมีหลักการ เหตุผลที่แตกต่างกันไปซึ่ง มาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายเหล่านี้ย่อมเกิดผลกระทบต่อหลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดย ชอบธรรมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

สำหรับในบทที่ 5 นี้ ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาหลักเกณฑ์การคุ้มครองมาตรการทาง เทคโนโลยีที่ปรากฏอยู่ในร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. ว่ามีหลักเกณฑ์การ คุ้มครองอย่างไรบ้างตลอดจนจะได้วิเคราะห์ข้อดี ข้อเสีย และผลกระทบของร่างของกฎหมาย ไทยว่าหากได้มีการยกร่างและมีผลบังคับใช้แล้วจะมีผลกระทบต่อการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบ ธรรมอย่างไรบ้าง

นอกจากนั้นผู้วิจัยจะได้นำพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับ คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาวิเคราะห์ว่ากฎหมายฉบับนี้มีบทบาทและความสัมพันธ์อย่างไรต่อ การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์อีกทั้งจะได้วิเคราะห์ใน ภาพรวมถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นในการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีในเทคโนโลยี สารสนเทศ

5.1 การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..)

พ.ศ.

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่ใช้ในปัจจุบันมีบทบัญญัติที่เป็นไปโดยสอดคล้องกับมาตรฐานที่กำหนดไว้ในข้อตกลง TRIPs เช่น หลักเกณฑ์การคุ้มครอง สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ อายุความคุ้มครอง เป็นต้น และโดยเหตุที่ความตกลงทริปส์ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการคุ้มครอง มาตรการทางเทคโนโลยี (TPM) ประเทศไทยจึงไม่มีพันธกรณีตามความตกลงทริปส์ในการ คุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ฉบับ ปัจจุบันจึงไม่มีบทบัญญัติเรื่องการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีไว้

อย่างไรก็ตาม เมื่อสภาพเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และความเจริญก้าวหน้าทาง เทคโนโลยีได้เปลี่ยนแปลงไป ประกอบกับการเจริญเติบโตของอินเทอร์เน็ต ทำให้เกิดการละเมิด ลิขสิทธิ์ในรูปแบบใหม่ ๆ ขึ้น โดยประมาณ ปี 2544 กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ จึงได้พิจารณาและเห็นว่าพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีบทบัญญัติไม่สอดคล้องกับ สถานการณ์ในปัจจุบันที่เปลี่ยนแปลงไป จึงจำเป็นต้องมีการแก้ไข และเพิ่มเติมบทบัญญัติบางเรื่อง เพื่อรองรับการแก้ไขปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัลอย่างมีประสิทธิภาพ

5.1.1 ความหมายและประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความ

คุ้มครอง

ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่...) พ.ศ. มาตรา 5 ได้ให้ความหมายของคำ ว่ามาตรการทางเทคโนโลยีไว้ว่า **“มาตรการทางเทคโนโลยี”** หมายความว่า เทคโนโลยี อุปกรณ์ หรือส่วนประกอบ ซึ่งในทางการใช้งานโดยปกติ ได้ถูกออกแบบมาสำหรับ ป้องกันหรือควบคุมการกระทำใด ๆ แก่งานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง

จากความหมายของมาตรการทางเทคโนโลยีตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่...) พ.ศ. จะเห็นได้ว่านิยามศัพท์ดังกล่าวนี้มีความคล้ายคลึงกับนิยามศัพท์ที่ได้บัญญัติ ไว้ในความตกลงการค้าเสรีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาทำกับประเทศคู่ค้าตามที่ได้ศึกษาไปแล้วใน

บทที่ 3¹ ซึ่งคำนิยามตามที่ปรากฏในร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ หากพิจารณาเพียงผิวเผินก็อาจ ดูเหมือนว่าแปลความมาจากความตกลงเขตการค้าเสรี แต่การที่ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ใช้ ถ้อยคำว่า“...เทคโนโลยี อุปกรณ์ หรือส่วนประกอบ ซึ่งในทางการใช้งานโดยปกติ ได้ถูก ออกแบบมาสำหรับป้องกันหรือควบคุมการกระทำใด ๆ” นั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาถ้อยคำอย่าง ละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่าคำจำกัดความของข้อตกลงเขตการค้าเสรีจะใช้คำว่า “ซึ่งควบคุมการ เข้าถึง” (...that...control access...)

จะเห็นได้ว่าขอบเขตการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามร่าง พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. มีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองมาตรการ ทางเทคโนโลยีประเภทที่ใช้ป้องกันการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ (Access Control) เท่านั้น ไม่รวมถึงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ (Copy Control) อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติของคำนิยามตามที่ปรากฏในมาตรา 5 หากพิจารณาถ้อยคำในตัวบท อย่างละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่าคำจำกัดความของคำว่ามาตรการทางเทคโนโลยีตามร่าง พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ข้างต้นที่บัญญัติว่า“...มาตรการทางเทคโนโลยี หมายความว่า เทคโนโลยี ซึ่งในทางการใช้งานโดยปกติ...ได้ถูกออกแบบมาสำหรับป้องกันหรือควบคุม การกระทำใด ๆ...” อาจตีความได้ว่าเป็นการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีทุกประเภทไม่ ว่าจะเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึง (Access Control) หรือควบคุมการ ทำซ้ำ (Copy Control) หรือมาตรการทางเทคโนโลยีประเภทต่าง ๆ ที่จะเกิดขึ้นหรือที่จะมีใน อนาคตก็จะได้รับความคุ้มครองตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. ไปด้วย

¹ คำนิยามของข้อตกลงเขตการค้าเสรี ระหว่าง ประเทศสหรัฐฯ-สิงคโปร์ “Article 16.4.7 (b) For the purpose of this paragraph, technological measure means “technology, device, or component that, in the normal course of its operation, controls access to a protected work, performance, phonogram, or other subject matter, or protects any copyright or any rights related to copyright.” และคำนิยามของ ข้อตกลงเขตการค้าเสรี ระหว่าง ประเทศสหรัฐฯ-ออสเตรเลีย “Article 17.4.7 (b) Effective technological measure means any technology, device, or component that, in the normal course of its operation, controls access to a protected work, performance, phonogram, or other protected subject matter, or protects any copyright.”

เนื่องจากคำนิยามใช้ถ้อยคำว่า “...ได้ถูกออกแบบมาสำหรับป้องกันหรือควบคุมการกระทำใด ๆ...”

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี ตามที่ปรากฏในร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์นี้ไม่เพียงแต่จะทำให้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึง (Access Control) หรือควบคุมการทำซ้ำ (Copy Control) ได้รับความคุ้มครองแล้วย่อมทำให้มาตรการทางเทคโนโลยีทุกประเภทซึ่งรวมถึงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ไม่มีประสิทธิภาพหรือ มาตรการทางเทคโนโลยีที่ไม่สามารถควบคุมการเข้าถึงได้อย่างแท้จริง เช่น มาตรการทางเทคโนโลยีที่สามารถทำการหลีกเลี่ยงหรือทำลายได้อย่างง่ายดาย เพียงแค่ได้ถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันหรือควบคุมการเข้าถึงหรือการกระทำใด ๆ แก่งานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงก็จะได้รับความคุ้มครองไปด้วย²

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าเงื่อนไขการให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ เป็นมาตรฐานการคุ้มครองที่แตกต่างกับประเทศอื่น ๆ ที่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนและให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเท่านั้น และเป็นสิ่งที่สังเกตได้ว่าร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. ไม่ได้บัญญัติคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพแต่อย่างใด ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้ก็จะทำให้เงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. ถูกตีความได้ว่าร่างฯ กฎหมายไทยให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีแทบทุกชนิดแม้จะเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ไม่มีประสิทธิภาพก็ตาม

5.1.2 การกระทำต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่เป็นความผิด

(ก) การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

การกำหนดองค์ประกอบของการกระทำที่เป็นความผิดต่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ปรากฏอยู่ใน ร่างฯ มาตรา

²จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และ นันทน อินทนนท์, ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิทัล มาตรการทางเทคโนโลยีและทางเลือกสำหรับประเทศไทย, 64.

53/3 ซึ่งได้บัญญัติถึงการห้ามหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีประเภทที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง โดยได้บัญญัติไว้ว่า **“มาตรา 53/3 ห้ามมิให้มีการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง”**

จะเห็นได้ว่าร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. มาตรา 53/3 เป็นการยืนยันถึงเจตนารมณ์ของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่ต้องการห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีประเภทที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ (Access Control) เท่านั้น แต่หากย้อนกลับไปพิจารณาคำนิยามคำว่า “มาตรการทางเทคโนโลยี” ตามที่ได้ศึกษาไปแล้วในหัวข้อ 5.1.1 จะเห็นได้ว่าคำนิยามดังกล่าวไม่ได้สอดคล้องกับร่างมาตรา 53/3 เท่าใดนักเพราะจะเห็นได้ว่านอกจากร่างกฎหมายไทยไม่ได้กำหนดประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองไว้อย่างชัดเจนแล้ว แต่ในทางตรงกันข้ามการกำหนดคำนิยามของคำว่ามาตรการทางเทคโนโลยีตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. กลับให้การกระทำใด ๆ ต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของนำมาป้องกันหรือควบคุมการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์เป็นความผิด ดังนั้นกิจการที่เป็นการต้องห้ามตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. นี้ก็อาจจะหมายถึง การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นประเภทที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ (Access control) หรือทำซ้ำ (Copy Control) งานมีลิขสิทธิ์ และไม่คำนึงว่าเทคโนโลยีนั้นจะมีประสิทธิภาพหรือไม่ก็ย่อมได้รับความคุ้มครองหมด การกำหนดหลักเกณฑ์ที่ไม่สอดคล้องกันเช่นนี้ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นการขัดกับเจตนารมณ์ของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. ที่ห้ามหลีกเลี่ยงเฉพาะมาตรการทางเทคโนโลยีประเภทที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ (Access control) เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาความรับผิดชอบต่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีประกอบกับคำจำกัดความของคำว่า “มาตรการทางเทคโนโลยี” ของกฎหมายต่างประเทศที่ได้ศึกษามาแล้วจะเห็นได้ว่า การกำหนดคำนิยามศัพท์ก็ดี หรือข้อห้ามของการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีก็ดีล้วนแต่บัญญัติไว้ให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันทั้งสิ้น เช่น

การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีของประเทศอังกฤษหรือประเทศเยอรมนีที่ไม่เพียงแต่กำหนดคำจำกัดความของมาตรการทางเทคโนโลยีเท่านั้นแต่ยังได้อธิบายและยกตัวอย่างมาตรการทางเทคโนโลยีทั้งสองประเภทที่ได้รับความคุ้มครองอีกด้วยซึ่งจะเห็นได้ว่ามีความชัดเจนกว่าร่างกฎหมายไทยซึ่งรวมไปถึง DMCA 1998 ของประเทศสหรัฐอเมริกา และ Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2005 ของประเทศสิงคโปร์ด้วย

(ข) การกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

นอกจากความผิดต่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรงจะเป็นความผิดแล้ว จะเห็นได้ว่าความรับผิดต่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ยังขยายขอบเขตการคุ้มครองไปถึงการห้ามผลิต นำเข้า จำหน่าย เสนอต่อสาธารณชน จัดหา หรือค้า โดยวิธีอื่นใด ซึ่งอุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์ หรือส่วนประกอบ หรือการเสนอบริการต่อสาธารณชน หรือจัดให้บริการเครื่องมือ อุปกรณ์ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี โดยการกระทำเหล่านี้หากได้กระทำไปเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด คือ

- (1) มีการส่งเสริมการขาย โฆษณา หรือทำการตลาด เพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี
- (2) มีวัตถุประสงค์สำคัญทางการค้า หรือการใช้เพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยเฉพาะ
- (3) ถูกออกแบบ ผลิต หรือมีหน้าที่ เพื่อวัตถุประสงค์หลักในการช่วยให้เกิดหรืออำนวยความสะดวกในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยเฉพาะ

จะเห็นได้ว่าเนื้อหาในการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการผลิตเครื่องมือ หรืออุปกรณ์นั้น ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจะกำหนดความผิดกับการผลิตเครื่องมือ หรือเพื่อการทำลาย

มาตรการทางเทคโนโลยีในการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ที่กระทำในทางการค้าเท่านั้น ดังนั้น หากแปลงความในทางตรงกันข้าม การกระทำที่ไม่ได้กระทำเพื่อการค้าผู้กระทำก็อาจไม่มีความผิดแต่อย่างไรก็ตาม การกระทำเหล่านี้อาจเป็นอุปสรรคเช่นเดียวกันกับกฎหมายฉบับอื่น ๆ ที่ได้ศึกษามาว่าในความเป็นจริงผู้ใช้อาจจะไม่มีเครื่องมือที่จะหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีที่ใช้กับงานดังกล่าวได้เว้นเสียแต่ว่าผู้ใช้นั้นจะเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญที่มากพอที่จะสามารถผลิตเครื่องมือดังกล่าวได้เอง

ประเด็นที่น่าพิจารณาอีกประเด็นหนึ่งในความผิดเกี่ยวกับการผลิตเครื่องมือ หรืออุปกรณ์นี้คือ หากมีบุคคลใดก็ตามผลิตอุปกรณ์ที่สามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้ทั้งสองประเภทเช่นนี้ความรับผิดชอบของบุคคลดังกล่าวจะมีความผิดเพียงใดเพราะหากพิจารณาข้อห้ามตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. จะห้ามเฉพาะการผลิตอุปกรณ์เพื่อการทำลายมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงเท่านั้น ซึ่งในประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นว่าคงจะต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ของการใช้เครื่องมือเป็นหลักเพราะหากมีการนำอุปกรณ์ที่สามารถทำลายมาตรการทางเทคโนโลยีได้ทั้งสองประเภทนี้มาใช้เพียงเพื่อทำลายมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อควบคุมการทำซ้ำเท่านั้นก็จะไปตัดสินว่าเครื่องมือดังกล่าวถูกผลิตขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการเข้าถึงเพื่อการละเมิดลิขสิทธิ์ก็คงจะไม่ถูกต้องซึ่งอาจเทียบกับคำพิพากษาในคดีระหว่าง Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.,³ ที่ว่าศักยภาพของเทคโนโลยีนั้นสามารถนำมาใช้เพื่อการกระทำที่ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ด้วย ซึ่งผู้วิจัยเห็นด้วยกับคำพิพากษาดังกล่าวเพราะมิฉะนั้นแล้วเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่จะมีหรือเกิดขึ้นในอนาคตก็อาจจะกลายเป็นเครื่องมือสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ไปเสียทั้งหมด อีกทั้งยังอาจจะส่งผลกระทบต่อการพัฒนาเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ต่อไปในอนาคต

³464 U.S. 417(1984).

5.1.3 ข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นความผิด

การกำหนดข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นความผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. นั้นจะยกเว้นใกล้เคียงกับข้อยกเว้นของข้อตกลงเขตการค้าเสรีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาทำไว้กับประเทศสิงคโปร์ ประเทศออสเตรเลีย และ DMCA 1998 รวมถึงมาตรา 32 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยมีการดัดแปลงเพียงเล็กน้อยซึ่งกำหนดไว้ โดยแบ่งข้อยกเว้นออกเป็น 2 กรณี คือ (1) ข้อยกเว้นของการกระทำทั่วไปอยู่ในมาตรา 53/3 วรรค 2 - 3 และ (2) ข้อยกเว้นสำหรับการผลิตเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ใช้เพื่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี อยู่ในมาตรา 53/5 - มาตรา 53/6 โดยมีรายละเอียด ดังนี้

“มาตรา 53/3 วรรค 2 การหลีกเลี่ยงแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นความผิด...”

“มาตรา 53/3 วรรค 3 บัญญัติว่าภายใต้บทบัญญัติในวรรคหนึ่งการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี มิให้ถือว่าเป็นการกระทำละเมิด ถ้าได้กระทำดังต่อไปนี้

(1) การกระทำเพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเอง และบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท

(2) ดิจม วิจัยรณ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น

(3) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น

(4) การทำให้ปรากฏโดยผู้สอนเพื่อประโยชน์ในการสอนของตน อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร

- (5) การนำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ
- (6) การทำวิศวกรรมย้อนกลับโดยสุจริต ซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะให้สามารถใช้ร่วมกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์อื่นที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นมาโดยอิสระต่างหากได้
- (7) การกระทำโดยสุจริต โดยผู้วิจัยซึ่งได้รับสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงมาโดยชอบด้วยกฎหมาย และได้ใช้ความพยายามโดยสุจริตในการขออนุญาตเพื่อการวิจัยดังกล่าวแล้ว โดยการวิจัยนั้นมีวัตถุประสงค์เฉพาะที่จำเป็นเพื่อชี้และวิเคราะห์ข้อบกพร่องและจุดอ่อนของเทคโนโลยีการเข้าสัญญาณและถอดสัญญาณข้อมูล
- (8) การใส่ชิ้นส่วนหรือส่วนประกอบในมาตรการทางเทคโนโลยี เพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะในการป้องกันผู้เยาว์ในการเข้าถึงข้อมูลอินเทอร์เน็ตที่ไม่เหมาะสม
- (9) การกระทำโดยสุจริตซึ่งเจ้าของคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ อนุญาต เพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะในการทดสอบ สืบค้น หรือแก้ไข เพื่อให้คอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์นั้น มีความปลอดภัย
- (10) การกระทำเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะในการระบุและยับยั้งการรวบรวมหรือกระจายข้อมูลความลับของบุคคลที่ได้ให้ไว้ในอินเทอร์เน็ต ทั้งนี้การกระทำดังกล่าวต้องไม่กระทบต่อการเข้าถึงงานใด ๆ โดยบุคคลอื่น
- (11) การกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ พนักงาน เจ้าหน้าที่ หรือคู่สัญญาเพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กฎหมาย การอันจำเป็นในการป้องกันประเทศและรักษาความมั่นคงแห่งชาติ หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่คล้ายคลึงกันของทางราชการ
- (12) การเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงที่ไม่สามารถเข้าถึงได้ด้วยวิธีอื่น โดยห้องสมุด หอจดหมายเหตุ หรือสถาบันการศึกษาที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร เพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะในการตัดสินใจที่จะได้มาซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงดังกล่าว

(13) การกระทำแก่มาตรการทางเทคโนโลยีโดยประการอื่นตามที่ได้กำหนดในพระราชกฤษฎีกา”

ข้อยกเว้นสำหรับการผลิตเครื่องมือ อุปกรณ์ หรือการบริการเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี บัญญัติไว้ ดังนี้

“มาตรา 53/5 การกระทำตามมาตรา 53/4 ในส่วนที่เกี่ยวกับอุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์ หรือส่วนประกอบที่ใช้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง หากเป็นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ มิให้ถือว่าเป็นการกระทำละเมิด

(1) การทำวิศวกรรมย้อนกลับโดยสุจริต ซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย เพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะให้สามารถใช้งานร่วมกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์อื่นที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นมาโดยอิสระต่างหากได้

(2) การกระทำโดยสุจริต โดยผู้วิจัยซึ่งได้รับสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงมาโดยชอบด้วยกฎหมาย และได้ใช้ความพยายามโดยสุจริตในการขออนุญาตเพื่อการวิจัยดังกล่าวแล้ว โดยการวิจัยนั้นมีวัตถุประสงค์เฉพาะที่จำเป็นเพื่อชี้และวิเคราะห์ข้อบกพร่องและจุดอ่อนของเทคโนโลยีการเข้าสัญญาณและถอดสัญญาณข้อมูล

(3) การใส่ชิ้นส่วนหรือส่วนประกอบในมาตรการทางเทคโนโลยี เพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะในการป้องกันผู้เยาว์ในการเข้าถึงข้อมูลอินเทอร์เน็ตที่ไม่เหมาะสม

(4) การกระทำโดยสุจริตซึ่งเจ้าของคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ อนุญาตเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะในการทดสอบ สืบค้น หรือแก้ไข เพื่อให้คอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์นั้น มีความปลอดภัย

(5) การกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ พนักงานเจ้าหน้าที่ หรือคู่สัญญาเพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กฎหมาย การอันจำเป็นในการป้องกัน

ประเทศและรักษาความมั่นคงแห่งชาติ หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่คล้ายคลึงกันของทางราชการ

(6) การออกแบบ หรือการออกแบบและคัดเลือกชิ้นส่วนและส่วนประกอบของสินค้าอุปโภคประเภทเครื่องใช้ไฟฟ้า อุปกรณ์โทรคมนาคม หรือผลิตภัณฑ์คอมพิวเตอร์ที่โดยลักษณะและหน้าที่ของอุปกรณ์นั้นไม่ได้ถูกสร้างขึ้นเพื่อทำลายมาตรการทางเทคโนโลยี”

“มาตรา 53/6 การกระทำตามมาตรา 53/4 ในส่วนที่เกี่ยวกับอุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์ หรือส่วนประกอบที่ใช้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือสิทธิของนักแสดง มิให้ถือเป็นการละเมิด หากเป็นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 53/5(1) (5) หรือ (6)”

ซึ่งมาตรา 53/5(1)(5) และ (6) บัญญัติไว้ ดังนี้

“มาตรา 53/5(1) การทำวิศวกรรมย้อนกลับโดยสุจริต ซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย เพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะให้สามารถใช้ร่วมกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์อื่นที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นมาโดยอิสระต่างหากได้”

“มาตรา 53/5(2) การกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ พนักงานเจ้าหน้าที่ หรือคู่สัญญาเพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กฎหมาย การอันจำเป็นในการป้องกันประเทศและรักษาความมั่นคงแห่งชาติ หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่คล้ายคลึงกันของทางราชการ”

“มาตรา 53/5(6) การออกแบบ หรือการออกแบบและคัดเลือกชิ้นส่วนและส่วนประกอบของสินค้าอุปโภคประเภทเครื่องใช้ไฟฟ้า อุปกรณ์โทรคมนาคม หรือผลิตภัณฑ์คอมพิวเตอร์ที่โดยลักษณะและหน้าที่ของอุปกรณ์นั้นไม่ได้ถูกสร้างขึ้นเพื่อทำลายมาตรการทางเทคโนโลยี”

จากบทบัญญัติของข้อยกเว้นของการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. ข้างต้นเห็นได้ว่าหลักการดังกล่าวอาจพิจารณาได้ว่าการกำหนดข้อยกเว้นไว้หลายประการเช่นนี้อาจทำให้ผู้ใช้ประโยชน์หรือสาธารณชนสามารถนำข้อยกเว้นมากล่าวอ้างเพื่อให้ตนเองพ้นความผิดต่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้ แต่อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยเห็นว่าข้อยกเว้นในบางประการนี้ไม่อาจนำมาใช้ได้ในทางปฏิบัติ ยกตัวอย่างเช่น การบัญญัติถ้อยคำในที่เหมือนกันระหว่าง มาตรา 32 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กับร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. ที่ว่า “...หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรมิให้ถือว่าเป็นความผิด...” ผู้วิจัยเห็นว่า การกำหนดข้อยกเว้นในลักษณะเช่นนี้ย่อมทำให้เกิดปัญหาในการพิจารณาว่า การกระทำอย่างไรคือการกระทำที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร ซึ่งปัญหานี้ได้มีและเกิดขึ้นกับมาตรา 32 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 อยู่ตลอดเวลา อีกทั้งยังจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป และยังไม่มีความแน่ชัดว่า หลักเกณฑ์การวินิจฉัยนั้นจะเป็นอย่างไร หรือแม้แต่ข้อยกเว้นตามร่างมาตรา 53/3 วรรค 3 (1) ที่บัญญัติว่า “...การกระทำเพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท...” ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า การบัญญัติข้อยกเว้นดังกล่าวจะทำให้บุคคลทุกคนสามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้อย่างเต็มที่เนื่องจากในทางปฏิบัติแล้วการใช้ประโยชน์จากการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีทุกคนย่อมกระทำไปเพื่อประโยชน์ของตนเองทั้งสิ้น เป็นต้น ซึ่งในส่วนของ การวิเคราะห์ร่างกฎหมายไทยนี้ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์อย่างละเอียดอีกครั้งหนึ่งในหัวข้อผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีต่อการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่าร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. มาตรา 53/6 ได้กำหนดข้อยกเว้นในส่วนที่เกี่ยวกับอุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์ หรือส่วนประกอบที่ใช้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงไว้โดยไม่

ถือว่าเป็นความผิด หากเป็นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อวัตถุประสงค์ 3 ประการ คือ (1) การทำวิศวกรรมย้อนกลับโดยสุจริต (2) การกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ พนักงานเจ้าหน้าที่ หรือคู่สัญญาเพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กฎหมาย การอันจำเป็นในการป้องกันประเทศ หรือ (3) การออกแบบ หรือการออกแบบและคัดเลือกชิ้นส่วนและส่วนประกอบของสินค้าอุปโภคประเภทเครื่องใช้ไฟฟ้า อุปกรณ์โทรคมนาคม หรือผลิตภัณฑ์คอมพิวเตอร์ และจะเห็นได้ว่าการกระทำที่นอกเหนือไปจาก 3 กรณีข้างต้นย่อมเป็นความผิดและเมื่อพิจารณาถ้อยคำที่บัญญัติไว้จะเห็นได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการห้ามการกระทำที่เกี่ยวกับเครื่องมือ หรือ อุปกรณ์ ที่ใช้สำหรับการ “ปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์” ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าการป้องกันการเข้าถึงเท่านั้น ดังนั้น จึงเท่ากับว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการห้ามการกระทำที่เกี่ยวข้องกับเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ใช้สำหรับการทำงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดงนั่นเอง

5.1.4 มาตรการเยียวยาและบทลงโทษ

สำหรับมาตรการการเยียวยาและบทลงโทษทางอาญานั้น จะเห็นได้ว่าร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ไม่ได้กำหนดว่าผู้กระทำความผิดจะต้องรับผิดชอบทางแพ่งต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือการผลิตอุปกรณ์ หรือบริการในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นย่อมเป็นการโต้แย้งสิทธิต่อเจ้าของลิขสิทธิ์โดยตรง ดังนั้นเจ้าของลิขสิทธิ์จึงอาจดำเนินคดีเพื่อให้ผู้กระทำความผิดรับผิดชอบในทางแพ่งต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ได้

ในส่วนมาตรการทางอาญาจะเห็นได้ว่าร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. มาตรา 70/6 และมาตรา 70/7⁴ ได้กำหนดหลักเกณฑ์สำหรับการกระทำความผิดไว้ 3 กรณี คือ (1)

⁴ ร่างมาตรา 70/6 “ผู้ใดกระทำความผิดตามมาตรา ๕๓/๑ หรือมาตรา ๕๓/๓ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองแสนบาท

กรณีที่ทำหน้าที่มิใช่เพื่อการค้า (2) การกระทำเพื่อการค้า และ (3) การกระทำเพื่อการค้าเชิงพาณิชย์ขนาดใหญ่ โดยการกระทำเพื่อการค้าและเพื่อการค้าเชิงพาณิชย์ขนาดใหญ่ผู้กระทำ ความผิดจะต้องได้รับโทษหนักขึ้นซึ่งได้กำหนดอัตราโทษอย่างสูงจำคุกไม่เกินหนึ่งปีไว้ด้วย

5.1.5 บทวิเคราะห์เกี่ยวกับการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

จากการศึกษาหลักเกณฑ์การคุ้มครองและข้อยกเว้นเกี่ยวกับการกระทำที่เป็น ความผิดต่อมาตรการทางเทคโนโลยีตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. จะเห็น ได้ว่าร่างกฎหมายไทยได้ให้ความสำคัญกับการกำหนดมาตรฐานความคุ้มครองแก่มาตรการ ทางเทคโนโลยีไว้ อย่างไรก็ตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. ยังมีความ คลุมเครือและไม่ชัดเจนในการบัญญัติถ้อยคำอยู่หลายประการไม่ว่าจะเป็นการกำหนด คำนิยามศัพท์ การกระทำที่เป็นความผิด หรือแม้กระทั่งข้อยกเว้นของการหลีกเลี่ยงมาตรการ ทางเทคโนโลยีที่ผู้วิจัยเห็นว่าไม่ได้ช่วยให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงข้อมูลโดยชอบธรรมได้ อย่างเต็มที่ โดยในส่วนี้ผู้วิจัยจะได้อธิบายและชี้ให้เห็นข้อบกพร่องของการบัญญัติหลักการ คุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. ดังนี้

1. การกำหนดคำนิยามของคำว่า **“มาตรการทางเทคโนโลยี”** ตามร่าง พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ว่าหมายถึง **“...เทคโนโลยี อุปกรณ์ หรือส่วนประกอบ ซึ่งในทางการ ใช้งานโดยปกติ ได้ถูกออกแบบมาสำหรับป้องกันหรือควบคุมการกระทำใด ๆ แก่งาน อันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง ...”** การบัญญัติคำนิยามโดยใช้ถ้อยคำว่า **“...หมายความ**

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้าเชิงพาณิชย์ขนาดใหญ่ ผู้กระทำต้อง ระวังโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ร่างมาตรา 70/7 “ผู้ใดกระทำความผิดตามมาตรา ๕๓/๔ ต้องระวังโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำต้องระวังโทษปรับไม่เกินหนึ่ง พันห้าร้อยบาทต่อสินค้าที่ละเมิดแต่ละชิ้น แต่ทั้งนี้ไม่เกินสองแสนบาท

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้าเชิงพาณิชย์ขนาดใหญ่ผู้กระทำต้องระวังโทษ จำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสามพันบาทต่อสินค้าที่ละเมิดลิขสิทธิ์แต่ละชิ้น แต่ทั้งนี้ไม่เกินสี่แสนบาท”

ว่า เทคโนโลยี อุปกรณ์... ได้ถูกออกแบบมา...” ผู้วิจัยเห็นว่าเมื่อร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ต้องการให้ความคุ้มครองเฉพาะมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ (Access Control) เช่นเดียวกับข้อตกลงเขตการค้าเสรี แต่จากที่ได้กล่าวไปข้างต้นแล้วว่าการบัญญัติถ้อยคำดังในลักษณะดังกล่าวอาจแปลความได้ว่าร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ให้การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพและไม่มีประสิทธิภาพและอาจรวมถึงมาตรการทางเทคโนโลยีทุกประเภทที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้ป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ว่าจะเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึง (Access Control) หรือการทำซ้ำ (Copy Control) งานอันมีลิขสิทธิ์ หรืออาจรวมไปถึงเทคโนโลยีอื่น ๆ ที่จะเกิดหรือมีขึ้นในอนาคตก็ได้ การกำหนดคำนิยามเช่นนี้ย่อมเป็นการขัดแย้งกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองเพียงเฉพาะมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงาน (Access Control) เท่านั้น ดังนั้น จึงอาจทำให้ผู้ใช้งานเกิดความสับสนในการใช้งานโดยชอบธรรมในทางปฏิบัติว่าผู้ใช้งานสามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีประเภทใดจึงเป็นการกระทำโดยชอบธรรมและไม่ผิดกฎหมาย เนื่องจากเมื่อร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ต้องการคุ้มครองเพียงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึง (Access Control) ดังนั้นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการทำซ้ำ (Copy Control) ย่อมเป็นสิทธิที่สามารถทำได้โดยชอบธรรมและไม่เป็นความผิด แต่เมื่อคำนิยามดังกล่าวมีความไม่ชัดเจนจึงอาจทำให้เกิดความสับสนได้ว่าการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการทำซ้ำ (Copy Control) อาจเป็นความผิดตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ได้ เป็นต้น

2. ข้อยกเว้นที่ปรากฏในร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 53/3 วรรค 2 ที่บัญญัติว่า“...การหลีกเลี่ยงแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นความผิด...” จะเห็นได้ว่าถ้อยคำของมาตรา 53/3 วรรค 2 บัญญัติถ้อยคำเหมือนกับข้อยกเว้นของการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ปรากฏในมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งหากพิจารณาอย่างผิวเผินจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าว

มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ผู้ใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์สามารถนำช้อยกเว้นของร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 53/3 วรรค 2 มาใช้เพื่ออ้างให้ตนพ้นจากความรับผิดชอบในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้แก่เช่นเดียวกับมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

อย่างไรก็ดีหากพิจารณาให้ดีแล้วจะเห็นได้ว่า มาตรา 32 วรรคแรกของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ยังเป็นหลักเกณฑ์ที่กว้างมากและยังเป็นปัญหาที่ถกเถียงกันอยู่ว่าการกระทำอย่างไรคือการกระทำที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร เพราะจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณี ๆ ไป ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า การนำบทบัญญัติดังกล่าวมาเป็นส่วนหนึ่งในช้อยกเว้นของมาตรการทางเทคโนโลยีเช่นนี้ จะทำให้สาธารณชนหรือผู้ใช้ประโยชน์อาจมีความลังเลในการใช้ช้อยกเว้นในทางปฏิบัติเพราะไม่แน่ใจว่าการกระทำของตนนั้นจะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ กล่าวคือ ในการทำลายมาตรการทางเทคโนโลยีในแต่ละครั้งอาจเป็นการกระทำที่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และอาจกระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบธรรมของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรก็ได้

3. ช้อยกเว้นตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 53/3 วรรค 3 ตั้งแต่อนุมาตรา (1) – (12) จะเห็นได้ว่าใน ร่างมาตรา 53/3 วรรค 3 (1)(2)(3)(5) ได้บัญญัติถ้อยคำไว้เหมือนกับมาตรา 32 วรรค 2 (2)(3)(4) และ (8) แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ส่วนร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 53/3 วรรค 3 (4) ได้บัญญัติถ้อยคำคล้ายคลึงกับมาตรา 32 วรรค 2 (6) แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เพียงแต่แก้ไขเล็กน้อยเท่านั้น

ส่วนร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 53/3 วรรค 3 (6)-(12) ได้บัญญัติหลักการเดียวกันกับช้อยกเว้นของข้อตกลงเขตการค้าเสรี (FTA) และ DMCA 1998 ประเทศสหรัฐอเมริกา และ Copyright Act of Singapore 1987 ของประเทศสิงคโปร์

การบัญญัติร่างมาตรา 53/3 วรรค 3 (1) – (12) นั้นผู้วิจัยเห็นว่าไม่สามารถนำมาใช้ได้จริงในทางปฏิบัติ กล่าวคือ ในช้อยกเว้นตาม มาตรา 53/3 วรรค 3 (1) ที่บัญญัติว่า

“...การกระทำเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท...” นั้นจะเห็นได้ว่าการบัญญัติถ้อยคำดังกล่าวยอมทำให้บุคคลทุกคนสามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้อย่างเต็มที่เนื่องจากในทางปฏิบัติแล้วการใช้ประโยชน์จากการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีทุกคนย่อมกระทำไปเพื่อประโยชน์ของตนเองทั้งสิ้น การกำหนดข้อยกเว้นเช่นนี้นอกจากบุคคลทุกคนสามารถกระทำเพื่อประโยชน์ของตนเองได้แล้ว บุคคลเหล่านั้นย่อมสามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีให้แก่บุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิทได้อีกด้วยจึงอาจทำให้เจตนาารมณ์และแนวคิดในการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีจึงไม่อาจใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ส่วนข้อยกเว้นตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 53/3 วรรค 3 (2)-(5) หากพิจารณาอย่างละเอียดแล้วจะพบว่าข้อยกเว้นเหล่านี้เป็นข้อยกเว้นที่เป็นลักษณะของการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้งานทั้งสิ้น ซึ่งผู้กระทำต้องผ่านกระบวนการทำการทำลาย หรือหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีมาก่อนแล้วทั้งสิ้นจึงจะสามารถใช้ประโยชน์จากร่างมาตรา 53/3 วรรค 3 (2)-(5) ได้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่าข้อยกเว้นตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 53/3 วรรค 3 (2)-(5) เป็นการบัญญัติข้อยกเว้นเพื่อการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของสาธารณชน (Fair use) เท่านั้น แต่ไม่ได้บัญญัติเนื้อหาที่เป็นข้อยกเว้นของวิธีการเข้าถึง หรือขั้นตอนการให้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงโดยชอบด้วยกฎหมาย (Right to access) แต่อย่างใด

ยกตัวอย่างเช่น การติชม วิจารณ์ การเสนอรายงานข่าว หรือการนำมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ การกระทำเหล่านี้จะต้องเป็นการใช้งาน (Use) ที่ผ่านกระบวนการเข้าถึง (Access) มาแล้ว ดังนั้น เมื่อข้อยกเว้นดังกล่าวเป็นการบัญญัติออกมาเพื่อการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของสาธารณชนแต่ไม่ได้กล่าวถึงวิธีหรือขั้นตอนการเข้าถึง ผู้วิจัยเห็นว่าในทางปฏิบัติย่อมเกิดปัญหาอย่างแน่นอน เนื่องจากในความเป็นจริงแล้วสาธารณชนอาจไม่มีความสามารถพอที่จะเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีมาตรการทางเทคโนโลยีติดตั้งอยู่ได้ หากมีการผลิตเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์

ที่ไม่เข้าข่ายยกเว้นของกฎหมายก็อาจมีความผิดในเรื่องการผลิตเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีอีกด้วย

ผู้วิจัยเห็นว่าหากกฎหมายต้องการห้ามบุคคลหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง (Access Control) และในขณะเดียวกันก็ต้องการให้ผู้ใช้ประโยชน์ได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นแล้ว ก็ควรจะบัญญัติข้อยกเว้น หรือวิธีการสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้ให้ชัดเจนด้วยดังเช่นที่มีบัญญัติไว้ใน EU Directive 2001/29/EC กฎหมายของประเทศอังกฤษ หรือประเทศเยอรมนี เป็นต้น

สำหรับข้อยกเว้นของร่างพระราชบัญญัติมาตรา 53/3 วรรค 3 (6)-(12) ที่มาบัญญัติหลักการเดียวกันกับข้อยกเว้นของข้อตกลงเขตการค้าเสรี (FTA) และกฎหมาย DMCA 1998 ประเทศสหรัฐอเมริกา และ Copyright Act of Singapore 1987 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2006 ของประเทศสิงคโปร์ นั้น ผู้วิจัยเห็นว่าข้อยกเว้นดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นที่แคบและจำกัดไว้เฉพาะสำหรับบุคคลเพียงบางกลุ่มเท่านั้น เช่น ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 53/3 วรรค 3 (6) – (7) ที่อนุญาตให้ทำลายมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อการทำวิศวกรรมย้อนกลับโดยสุจริต แต่ต้องทำเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะให้สามารถใช้ร่วมกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์อื่นที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นมาโดยอิสระต่างหากได้ หรือการอนุญาตให้สำหรับผู้วิจัยโดยการวิจัยนั้น จะต้องมียุทธประสงค์เฉพาะที่จำเป็นเพื่อชี้และวิเคราะห์ข้อบกพร่องและจุดอ่อนของเทคโนโลยีการเข้าสัญญาณและถอดสัญญาณข้อมูล เท่านั้น เป็นต้น

สำหรับร่างพระราชบัญญัติมาตรา 53/3 วรรค 3 (8) – (11) จะเห็นได้ว่า นอกจากจะอนุญาตให้เฉพาะบุคคลเพียงบางกลุ่มเท่านั้นแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าข้อยกเว้นดังกล่าวยังเป็นข้อยกเว้นที่ไม่เกี่ยวข้องกับใด ๆ กับการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair use) เลย อย่างไรก็ตาม แม้ร่างฯ มาตรา 53/3 วรรค 3 (12) จะกำหนดข้อยกเว้นให้สำหรับ ห้องสมุด หอจดหมายเหตุ หรือสถาบันการศึกษาที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไรก็ตาม แต่ก็เห็นได้ว่าเป็นการกำหนดข้อยกเว้นสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อการกระทำโดย

ชอบธรรม (Fair use) เพียงข้อเดียวเท่านั้น ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าควรกำหนดไว้ให้ครอบคลุมมากกว่านี้

4. การกำหนดข้อยกเว้นตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 53/5(1) และ มาตรา 53/6 ในเรื่องการทำวิศวกรรมย้อนกลับ (reverse engineering) นั้น จะเห็นได้ว่าร่างกฎหมายบัญญัติไว้เพียงเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะให้สามารถเข้าร่วมกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์อื่นที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นมาโดยอิสระต่างหากได้ เท่านั้น ผู้วิจัยเห็นว่าข้อยกเว้นกรณีดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อการวิจัย และพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (Software) ได้ เนื่องจากหากนักพัฒนาซอฟต์แวร์สามารถทำลายมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้คุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น ๆ ได้ แต่ได้กระทำเพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่ไม่ใช่กระทำเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะให้สามารถเข้าร่วมกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์อื่นที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นมาโดยอิสระต่างหากได้ แล้วก็จะไม่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นของการทำลายมาตรการทางเทคโนโลยีที่กล่าวมาข้างต้น และอาจกลายเป็นความผิดได้

5. เป็นที่สังเกตได้ว่าข้อยกเว้นของการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ไม่มีบทบัญญัติที่เป็นการส่งเสริมการใช้ประโยชน์ของบุคคลที่ต้องการใช้ประโยชน์จากงานลิขสิทธิ์ประเภทนั้น ๆ เหมือนดังเช่นกฎหมายของกลุ่มสหภาพยุโรปที่ได้ศึกษาไปข้างต้น อย่างไรก็ตามแม้ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์จะบัญญัติข้อยกเว้นสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีไว้แล้ว แต่ผู้วิจัยก็ได้วิเคราะห์ไว้ข้างต้นแล้วว่าผู้ที่ได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นมีเพียงบุคคลกลุ่มน้อย เท่านั้น ดังนั้น ลำพังการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่กระทำโดยบุคคลทั่วไป เช่น การเข้ารหัสผ่าน ย่อมเป็นอุปสรรคของบุคคลนั้น ๆ ที่จะกระทำได้

5.1.6 สรุป

จะเห็นได้ว่าระบบการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัลตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. ของประเทศไทยนอกจากจะยกเว้นและจัดระบบการคุ้มครองไปไกลกว่าสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่เจ้าของลิขสิทธิ์พึงมีตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แล้วยังได้มีการเพิ่มมาตรการทางกฎหมายต่อการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์อีกด้วย แต่ในทางตรงกันข้ามสิทธิของสาธารณชนในการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมนั้นกลับถูกลิดรอนจากเทคโนโลยีและมาตรการทางกฎหมายที่ให้ความคุ้มครอง นอกจากนี้จะเห็นได้ว่าบรรดาข้อยกเว้นต่าง ๆ ที่ปรากฏในร่างกฎหมายไทยมิได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงโดยชอบธรรมแต่ในทางกลับกันข้อยกเว้นเหล่านี้ล้วนแต่การให้สิทธิที่เป็นลักษณะของการใช้ทั้งสิ้น จึงเท่ากับว่าระบบของร่างกฎหมายไทยในส่วนของมาตรการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีนี้ไม่ได้เพิ่มสิทธิใด ๆ ให้เพิ่มขึ้นกับสาธารณชนต่อการได้ประโยชน์จากงานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมเท่าใดนัก

ตารางที่ 3 : ตารางสรุปข้อยกเว้นของการกระทำความผิดภายใต้ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ.

ข้อยกเว้นของการกระทำความผิดภายใต้ ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ.	Access Control	Device Access Control	Device Copy Control	Voluntary measures
1. การกระทำเพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเอง และบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท	✓	-	-	-
2. การกระทำเกี่ยวกับการติชม วิจารณ์	✓	-	-	-
3. การเสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชน	✓	-	-	-
4. การทำให้ปรากฏโดยผู้สอนเพื่อประโยชน์ในการสอนของตน	✓	-	-	-
5. การนำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ	✓	-	-	-
6. การทำวิศวกรรมย้อนกลับ	✓	✓	✓	-
7. การวิจัยการเข้ารหัสข้อมูล	✓	✓	-	-
8. การป้องกันผู้เยาว์ในการเข้าถึงข้อมูลอินเทอร์เน็ตที่ไม่เหมาะสม	✓	✓	-	-
9. การทดสอบระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายระบบคอมพิวเตอร์	✓	✓	-	-
10. การกระทำเพื่อการรวบรวมข้อมูลความลับของบุคคล	✓	-	-	-
11. การกระทำเพื่อการบังคับใช้กฎหมาย การป้องกันประเทศ หรือ รักษาความมั่นคง	✓	✓	✓	-
12. การเข้าถึงโดยห้องสมุด หรือสถาบันการศึกษาที่ไม่มีหากำไรเฉพาะ เพื่อการตัดสินใจที่จะได้มาซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์	✓	-	-	-
13. การกระทำโดยประการอื่นตามที่ได้กำหนดในพระราชกฤษฎีกา	✓	-	-	-
14. การออกแบบ คัดเลือกชิ้นส่วนและส่วนประกอบของสินค้าอุปโภค ประเภทเครื่องใช้ไฟฟ้า อุปกรณ์โทรคมนาคมฯ	-	✓	✓	-

5.2 ความสัมพันธ์และบทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ต่อการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์

ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ในแง่ข้อมูลข่าวสารไร้พรมแดนนี้คงหลีกเลี่ยงไม่ได้ในการนำคอมพิวเตอร์เข้ามาเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดในขณะเดียวกันมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์จำเป็นต้องเข้ามามีบทบาทต่อการป้องกันการกระทำความผิดดังกล่าว ดังนั้นในส่วนนี้ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์และบทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ต่อการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์ว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวนี้สามารถปกป้องสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์อย่างไรได้บ้าง

5.2.1 ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง

จากการศึกษาองค์ประกอบความผิดตามของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในบทบาทของการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีนั้น จะเห็นได้ว่า “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” ตามความหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มีความหมายกว้างมากเพราะหมายความรวมถึง “...ข้อมูล ข้อความ...หรือสิ่งอื่นใดบรรดาที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้...” ดังนั้นจึงทำให้งานอันมีลิขสิทธิ์จึงรวมอยู่ในความหมายตามกฎหมายฉบับนี้ด้วย เช่น บรรดาเอกสารต่าง ๆ ที่อยู่ในรูป .doc .pdf งานเพลงหรืองานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ในรูปแบบ digital files ใด ๆ ก็ตามที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ล้วนอยู่ในความหมายของคำว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ทั้งสิ้น

ในกรณีที่งานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์นี้ได้มีการใช้มาตรการทางเทคโนโลยี (TPM) มาป้องกันการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์หากมีผู้ใดกระทำโดยมิชอบเพื่อทำลาย

หรือหลีกเลี่ยงมาตรการดังกล่าวเพื่อเข้าถึงเนื้อหาของงานเหล่านั้น งานลิขสิทธิ์ดังกล่าวก็จะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ทั้งนี้ เพราะมีการเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะและมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน อย่างไรก็ตามมาตรการที่ใช้ป้องกันตามกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้กำหนดให้เป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพแต่อย่างใด ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เป็นมาตรการทางกฎหมายที่ห้ามผู้ใดหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้ป้องกันการเข้าถึง (Access control) งานอันมีลิขสิทธิ์ของตนเท่านั้น

อย่างไรก็ตามมาตรการทางกฎหมายที่ห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการทำซ้ำ (Copy control) นั้นจะไม่ได้อยู่ในความหมายของมาตรา 7 และไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำใด ๆ เพื่อล่วงรู้ข้อมูลของบุคคลอื่นในระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบเท่านั้น ส่วนการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการทำซ้ำ (Copy control) งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นแม้จะไม่ใช่ความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แต่ทันทีที่มีการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์แล้วก็จะถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งมีบทกำหนดโทษไว้อยู่แล้วนั่นเอง⁵

⁵ อรรถพรณ พันธ์พัฒนา, “บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์,” วารสารศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ (2549) : 66-67.

5.2.2 การกระทำต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่เป็นความผิด

จะเห็นได้ว่าบทบาของมาตรา 7 และมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นสามารถนำมาช่วยป้องกันการละเมิดงานลิขสิทธิ์ในยุคนวัตกรรมเทคโนโลยีได้อีกหนึ่งทางหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตาม องค์ประกอบที่สำคัญในการพิจารณาการกระทำความผิดตามมาตรา 7 และมาตรา 13 นั้นจะต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เนื่องจากองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายฉบับนี้จะกำหนดความรับผิดต่อการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ “มิชอบ” เท่านั้น จึงสรุปได้ว่าการทำลายมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 7 หรือการเผยแพร่ชุดคำสั่งตามมาตรา 13 จะต้องกระทำโดยมิชอบเท่านั้นจึงจะเป็นความผิด จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าการทำลายมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้งานโดยชอบธรรม (Fair use) นั้นจะเป็นความผิดหรือไม่ เช่น หากมีผู้ได้ซื้อแผ่นซีดีเพลง (CD-Audio) โดยแผ่นซีดีนั้นถูกกำหนดข้อจำกัดการใช้งานไว้ในแผ่นซีดีว่าให้เล่นได้เฉพาะกับเครื่องเล่นซีดีเท่านั้น (CD-Player) และต่อมาผู้นั้นถอดรหัสหรือกระทำอย่างใด ๆ เพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีและทำให้ซีดีเพลงดังกล่าวสามารถเล่นได้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือเครื่องเล่นอื่น ๆ ได้ เช่นนี้จะถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 หรือไม่

ปัญหานี้คงจะต้องพิจารณาว่าการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าว “ชอบ” หรือ “มิชอบ” ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 หากจะบอกว่าการกระทำที่มิชอบตามมาตรา 7 หมายถึงการกระทำหรือการเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจ หรือ ปราศจากสิทธิโดยชอบธรรมอาจเกิดคำถามที่ต้องพิจารณาว่าการถอดรหัสเพื่อให้เกิดความสะดวกในการใช้งานถือเป็นอำนาจหรือเป็นสิทธิของผู้บริโภคโดยชอบธรรมหรือไม่ หรือการกระทำดังกล่าวเป็นการขัดกับเจตนาที่แท้จริงของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ต้องการให้ผู้ใช้งานซีดีเพลงใช้งานกับเครื่องเล่น (CD-Player) ได้เท่านั้น และการถอดรหัสดังกล่าวอาจกระทบสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร

ในความเห็นของผู้วิจัยนั้นเห็นว่าในดังกล่าวหากจะตีความว่าการถอดรหัส เพื่อให้เกิดความสะดวกในการใช้งานดังกล่าวเป็นการขัดกับเจตนาที่แท้จริงของเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือกระทบสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์จึงเป็นการกระทำที่มีขอบก็คงจะไม่ถูกต้องนัก เนื่องจากจะ เห็นได้ว่าพฤติกรรมและวัตถุประสงค์ของการใช้งานดังกล่าวไม่ได้กระทำโดยมิชอบ ซึ่งในทาง กลับกันหากผู้ใช้สามารถถอดรหัสได้และทำซ้ำเพื่อแจกจ่ายในปริมาณที่มากหรือทำซ้ำเพื่อขาย เจ้าของลิขสิทธิ์ก็มีกลไกของกฎหมายลิขสิทธิ์เยียวยาได้อยู่แล้ว

หรือข้อเท็จจริงอีกประการหนึ่งที่อาจเป็นปัญหาของการตีความคำว่า “โดยมิชอบ” คือ การกระทำในครั้งเดียวและเป็นการกระทำโดยมิชอบตามพระราชบัญญัติว่าด้วย การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แต่เป็นการกระทำโดยชอบธรรม (Fair use) ตามหลักการของกฎหมายลิขสิทธิ์แล้วผลจะเป็นอย่างไร ตัวอย่างเช่น หากบุคคล หนึ่งหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์และ หากการกระทำดังกล่าวผิดตามมาตรา 7 หรือ มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แต่เป็นการกระทำที่ชอบตามหลักการใช้งานอันมี ลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair use) เป็นต้น เช่นนี้จะมีผลในทางกฎหมายอย่างไร

สำหรับในกรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่าสิทธิในการเข้าถึงโดยชอบธรรมนั้นเป็นสิทธิที่ สาธารณชนพึงมีอยู่แล้วตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ดังนั้นการตีความคำว่า “โดยมิชอบ” สำหรับกรณีนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าหากการกระทำนั้นเป็นการชอบด้วยกฎหมายลิขสิทธิ์แล้วการกระทำดังกล่าวก็ต้อง เป็นการชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ด้วย ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาการผูกขาดในงานอันมีลิขสิทธิ์และเป็นการ จำกัดสิทธิของสาธารณชน แต่เป็นที่สังเกตได้ว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิด เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ไม่ได้กล่าวถึงการกระทำโดยชอบธรรม (fair use) ตาม กฎหมายลิขสิทธิ์ไว้แต่อย่างใด

5.2.3 ข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นความผิด

จะเห็นได้ว่าเมื่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นไว้เฉพาะแก่พนักงานเจ้าหน้าที่สำหรับกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนและสอบสวนหรือเพื่อใช้เป็นหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิดและหาตัวผู้กระทำความผิดเท่านั้นอีกทั้งจะเห็นว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” ว่างกว้างมากซึ่งอาจรวมข้อมูลต่าง ๆ ที่เป็นงานสาธารณะ เช่น กฎหมาย งานอันมีลิขสิทธิ์ หรือแม้กระทั่งงานที่หมดอายุการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไปแล้วก็ตาม ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการกระทำโดยชอบธรรมต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ (Fair use) บุคคลอื่นหรือสาธารณชนจะไม่สามารถเข้าถึงได้เลยตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ อีกทั้งการกระทำดังกล่าวอาจเข้าข่ายของการกระทำความผิดตาม มาตรา 7 และมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 อีกด้วย เพราะเป็นการเข้าถึงโดยมิชอบ

5.2.4 มาตรการเยียวยาและบทลงโทษ

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เป็นบทบัญญัติที่อยู่ในสาขาของกลุ่มกฎหมายอาญาเนื่องจากได้บัญญัติมาจากหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ดังนั้นการกระทำความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ จึงเป็นการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญา ดังนั้น การดำเนินคดีไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการจับกุม คမ်း คั่น การสืบ หรือสอบสวน ย่อมเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นหลัก ดังนั้นหากผู้ใดจะฟ้องผู้กระทำความผิดเป็นคดีแพ่งตามกฎหมายฉบับนี้ก็ต้องเป็นไปตามหลักการฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 43 ซึ่งกำหนดฐานความผิดที่อาจฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาได้ 9 ฐาน และความผิดทั้ง 9 ฐานความผิดนี้ไม่ได้รับการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด นั่นหมายความว่า หากโจทก์ฟ้องจำเลยในข้อหาเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็น

งานลิขสิทธิ์โดยมิชอบตามมาตรา 7 หรือ ข้อหาจำหน่ายหรือเผยแพร่ชุดคำสั่งเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดตามมาตรา 13 โจทก์ไม่สามารถฟ้องจำเลยเพื่อเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้เลย จะฟ้องจำเลยให้รับผิดในทางอาญาได้เท่านั้นแต่ ซึ่งอัตราโทษตามมาตรา 7 จำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 40,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ส่วนอัตราโทษตามมาตรา 13 จำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ซึ่งในกรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่า มาตรการบังคับสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาควรมุ่งไปที่การบังคับสิทธิในทางแพ่งมากกว่าการบังคับสิทธิในทางอาญาซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าหากในอนาคตมีการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายฉบับนี้อาจมีการนำมาตรการทางอาญาที่อยู่ในกฎหมายฉบับนี้มาบังคับใช้ในทางมิชอบได้ เช่น การเรียกเงินค่ายอมความในคดีอาญา เป็นต้น

5.2.5 บทวิเคราะห์เกี่ยวกับการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

ในส่วนของข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นของกฎหมายฉบับนี้จะเห็นได้ว่าข้อห้ามในมาตรา 7 และมาตรา 13 จะกำหนดข้อยกเว้นในการเข้าถึง ระบบคอมพิวเตอร์ หรือ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Access Control) หรือข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ ไว้เฉพาะพนักงานเจ้าหน้าที่ได้รับอนุญาตจากศาลแล้วเท่านั้น ซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ดังกล่าวมีอำนาจกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการใช้เป็นหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิดและหาตัวผู้กระทำความผิด เช่น การตรวจสอบหรือเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์ที่ใช้เก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ของบุคคลใด อันเป็นหลักฐานหรืออาจใช้เป็นหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิด หรือเพื่อสืบสวนหาตัวผู้กระทำความผิดและสั่งให้บุคคลนั้นส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ ที่เกี่ยวข้องเท่าที่จำเป็นให้ด้วยก็ได้⁶

⁶โปรดดู พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 18(6)

กรณีดังกล่าวผู้วิจัยเห็นว่า เมื่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดข้อจำกัดไว้เฉพาะแก่พนักงานเจ้าหน้าที่เท่านั้น นอกจากนี้คำว่า “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” ตามความหมายของกฎหมายฉบับนี้จะมีความหมายกว้างมากซึ่งอาจรวมข้อมูลต่าง ๆ ที่เป็นงานสาธารณะ เช่น กฎหมาย หรืองานอันมีลิขสิทธิ์ หรือแม้กระทั่งงานที่หมดอายุการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไปแล้วก็ตาม ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการกระทำโดยชอบธรรมต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ (Fair use) บุคคลอื่นหรือสาธารณชนจะไม่สามารถเข้าถึงได้เลยตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาองค์ประกอบความผิดตามพระราชบัญญัติฉบับนี้จะเห็นว่าบุคคลใดก็ตามที่จะกระทำความผิดในฐานต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้ การกระทำความผิดจะต้องกระทำไปโดยมิชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นในความเห็นของผู้วิจัยเห็นว่าในกรณีของการกระทำต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ หากการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ ข้อมูลของคอมพิวเตอร์ หรือการกระทำที่เกี่ยวกับการผลิต จำหน่ายหรือเผยแพร่เครื่องมือหรือชุดคำสั่งดังกล่าวนั้น เป็นการกระทำเพื่อการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair use) ผู้วิจัยเห็นว่าสาธารณชนหรือบุคคลต่าง ๆ ที่ได้เข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ ข้อมูลของคอมพิวเตอร์ก็ไม่น่าจะมีความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แต่อย่างใด เนื่องจากเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายหาใช่การกระทำโดยมิชอบตามที่กฎหมายฉบับนี้กำหนดไว้ไม่ อีกทั้งการกระทำเพื่อการเข้าถึงเพื่อเข้าชมก็ดี หรือเพื่อใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair use) ถือเป็นสิทธิที่สาธารณชนหรือบุคคลต่าง ๆ สามารถกระทำได้ต่อตัวงานอันมีลิขสิทธิ์ได้อยู่แล้วโดยไม่ต้องขออนุญาตต่อเจ้าของลิขสิทธิ์

5.2.6 สรุป

จากการศึกษาระบบการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีในบทบาทของการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเห็นได้ว่าเป็นการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการเข้าถึง (Access Control) งานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบรวมถึงการเอา

ผิดกับผู้จำหน่ายหรือเผยแพร่ชุดคำสั่งที่จัดทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยมีขอบแต่ไม่ได้ครอบคลุมไปถึงการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการทำซ้ำ (Copy Control) แต่อย่างใด และจากการศึกษาโครงสร้างของกฎหมายฉบับนี้จะเห็นได้ว่ายังมีช่องว่างของคำว่า “การเข้าถึงโดยมิชอบ” อยู่ว่าควรตีความในลักษณะใดเพื่อให้เป็นการเหมาะสมกับพฤติกรรมการใช้คอมพิวเตอร์ของบุคคลทั่วไป และในขณะเดียวกันยังเกิดความไม่ชัดเจนด้วยว่ามาตรการทางเทคโนโลยีนั้นควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับใดหรือควรตีความอย่างไรเพื่อไม่ให้เกิดการกระทำความผิดที่ซ้ำซ้อนกัน แต่ถึงอย่างไรก็ตาม การกำหนดองค์ประกอบความผิดก็ดี หรือการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีก็ดี ก็ควรอยู่ในความเท่าเทียมกันระหว่างสิทธิของประชาชนและเจ้าของสิทธิรวมถึงวัตถุประสงค์ของการใช้งานดังกล่าวด้วย

ตารางที่ 4 : ตารางเปรียบเทียบการกระทำความผิดเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีระหว่างพระราชบัญญัติว่าด้วย

การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ.

	Circumventing access control (ข้อห้ามการเข้าถึง)	Circumventing Copy control (ข้อห้ามการทำซ้ำ)	Circumventing Device control (ข้อห้ามการผลิตเครื่องมือหรืออุปกรณ์)
ร่าง พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ.	ร่างมาตรา 53/3	-	ร่างมาตรา 53/4
พ.ร.บ.การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550	มาตรา 7	-	มาตรา 13

5.3 ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีต่อการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

แม้ว่าปัจจุบันความก้าวหน้าของเทคโนโลยีดิจิทัล จะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาการสื่อสารเพราะทำให้ข้อมูลขยายไปสู่ผู้คนได้อย่างรวดเร็วคราวละมาก ๆ แต่ในขณะเดียวกันเทคโนโลยีดิจิทัลทำให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ง่าย รวดเร็ว และกว้างขวาง เช่น การทำซ้ำ การแก้ไขข้อมูล และการทำลายมาตรการทางเทคโนโลยี ซึ่งการกระทำเหล่านี้ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ทั้งทางด้านสิทธิทางศีลธรรมและสิทธิทางเศรษฐกิจ

จากการศึกษาหลักการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศจะเห็นได้ว่ากฎหมายทุกฉบับได้สร้างกฎเกณฑ์ใหม่ในการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัล และกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีนี้ จะเห็นได้ว่าเป็นกฎเกณฑ์ใหม่ที่เพิ่มเติมขึ้นมา และเป็นบทบัญญัติที่แยกออกจากความรับผิดชอบฐานละเมิดลิขสิทธิ์อย่างชัดเจน การศึกษาในส่วนนี้ ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์และนำเสนอถึงผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีผลต่อการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair use) เนื่องจากจะเห็นได้ว่าการคุ้มครองต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์ย่อมเป็นอุปสรรคอย่างยิ่งต่อการเข้าถึงแหล่งข้อมูลที่เป็นงานลิขสิทธิ์โดย เช่น อุปสรรคต่อการท่องอินเทอร์เน็ต เพราะการเข้าถึงเว็บไซต์ในแต่ละครั้งเจ้าของเว็บไซต์สามารถจำกัดการกระทำต่อเว็บไซต์ของตนได้ตามที่ต้องการได้ เช่น การกำหนดจำนวนครั้งในการเข้าชม หรือการใช้งานจากเว็บไซต์ในวิธีการอื่น ๆ เช่น การทำซ้ำ หรือการเผยแพร่งาน ตรวจจับที่ไม่เป็นการกระทบสิทธิต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ เป็นต้น

5.3.1 ผลกระทบต่อการเข้าถึงแหล่งข้อมูลในการใช้ประโยชน์ของสารสนเทศ

จากการศึกษามาตรฐานการคุ้มครองทางกฎหมายประกอบกับรูปแบบการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่นำมาใช้กับงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปของดิจิทัลไฟล์ (Digital files) จะเห็นว่ามาตรการทางเทคโนโลยีถือเป็นเครื่องมือที่สำคัญประการหนึ่งสำหรับเจ้าของลิขสิทธิ์ที่นำมาช่วยในการป้องกันและยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตาม

ในทางตรงกันข้ามการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึงหรือ การทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นก็ได้ทำให้ผู้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ไม่สามารถใช้ประโยชน์จากงานอันมี ลิขสิทธิ์ได้อย่างเต็มที่ทั้ง ๆ ที่การเข้าถึง (Right to Access) หรือการทำซ้ำ (Right to Copies) งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเป็นสิทธิของบุคคลทุกคนที่สามารถใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ได้อยู่แล้วตราบเท่าที่การกระทำดังกล่าวไม่กระทบสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร เช่น การที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาตราการทางเทคโนโลยีมาปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้เพื่อห้ามมิให้ มีการทำซ้ำงานของตน กรณีเช่นนี้แม้สาธารณชนจะสามารถเข้าถึงงานนั้นได้แต่ก็ไม่สามารถ ทำซ้ำงานดังกล่าวเพื่อการใช้ประโยชน์ได้เลย อีกทั้งอาจเป็นความผิดตามกฎหมายเรื่องการ หลีกเลียงมาตรการทางเทคโนโลยีอีกด้วย เป็นต้น การเพิ่มสิทธิแต่เพียงผู้เดียวไว้เช่นนี้ย่อมเป็น การลดทอนและจำกัดสิทธิอันชอบธรรมของสาธารณชนเป็นอย่างมาก

จากการศึกษาขอบเขตความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีของ EU Directive 2001/29/EC จะเห็นได้ว่าแม้กฎหมายจะได้พยายามสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิ ของเจ้าของลิขสิทธิ์และสิทธิของสาธารณชนโดยการบัญญัติให้เดินไปด้วยกันอย่างมี ประสิทธิภาพโดยการบัญญัติ Article 6(4) เพื่อให้ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปปรับหลักการ ดังกล่าวเพื่อไปอนุวัติการในกฎหมายภายในของตน แต่ก็เห็นได้ว่ามาตรการบังคับโดย สมัครใจ (Voluntary Measure) เหล่านั้นเป็นเพียงการกำหนดให้ผู้ทรงสิทธิจัดเตรียมวิธีทางที่ เหมาะสมแก่ผู้ใช้ แต่ในทางตรงกันข้ามกฎหมายไม่ได้ให้ผู้ใช้สามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทาง เทคโนโลยีได้ด้วยตนเองแต่อย่างใด อีกทั้งมาตรการบังคับสิทธิดังกล่าวก็ยังคงมีความยุ่งยาก และ เสียเวลา อีกทั้งการใช้สิทธิเรียกร้องในบางกรณีก็ไม่ได้เป็นการรับประกันเสมอไปว่าผู้ใช้จะ สามารถนำงานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวไปใช้โดยไม่เสียค่าตอบแทนให้กับเจ้าของลิขสิทธิ์ เนื่องจาก กฎหมายได้กำหนดให้การกระทำบางประการผู้ใช้ต้องเสียค่าตอบแทนให้กับเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย

หากพิจารณา DMCA 1998 ของประเทศสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่าแม้ DMCA 1998 จะไม่ห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการทำซ้ำ (Copy Control) แต่ก็เห็นได้ว่าการห้ามดังกล่าวไม่มีความจำเป็นแต่อย่างใดเนื่องจากการ หลีกเลียงเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการทำซ้ำถือเป็นการทำซ้ำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว

ดังนั้น การกระทำในลักษณะดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งจะเห็นได้ว่าการกระทำดังกล่าว มีการเยียวยาอยู่แล้วในมาตรา 501- 513 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ (The Copyright Act) เว้นแต่ การทำซ้ำดังกล่าวได้รับการยกเว้นความรับผิด และในขณะเดียวกัน DMCA 1998 ได้ห้ามการกระทำที่เกี่ยวกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการกระทำผิดโดยห้ามการผลิตหรือจำหน่าย เครื่องมือที่ใช้ทั้งการเข้าถึงและการทำซ้ำ อีกทั้งจะเห็นได้ว่าข้อยกเว้นความรับผิดในการ หลีกเลียงมาตรการทางเทคโนโลยีตาม DMCA 1998 ก็ได้กำหนดข้อจำกัดไว้อย่างแคบมาก กล่าวคือการกระทำต่อการหลีกเลียงมาตรการทางเทคโนโลยีที่จะไม่เป็นการต้องห้ามตาม กฎหมายคือผู้กระทำต้องหลีกเลียงเพื่อให้เป็นไปตามข้อยกเว้นทั้ง 7 ประการเท่านั้น แม้ว่า กฎหมายจะกำหนดให้มีมาตรการอันเป็นการยกเว้นที่เรียกกันว่า “The Saving Clause” ก็ตามแต่จะเห็นว่าการเข้าถึงงานที่มีมาตรการป้องกันอยู่โดยไม่ได้รับอนุญาตกับการกล่าวอ้าง การใช้งานในลักษณะ Fair use เป็นเรื่องที่แยกออกจากกันโดยสิ้นเชิง ผู้ใช้จึงไม่สามารถอ้าง ตนเองให้พ้นจากความรับผิดจากการหลีกเลียงมาตรการทางเทคโนโลยีได้หากการกระทำนั้นไม่ เป็นไปตามข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนดไว้

ปัญหาอีกประการที่สำคัญต่อการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้ใช้หรือ สาธารณชนนั้นคือแม้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศต่าง ๆ ที่ได้ศึกษาไปแล้วจะได้กำหนด ข้อยกเว้นให้สาธารณชนสามารถผลิตเครื่องมือหรืออุปกรณ์เพื่อการหลีกเลียงมาตรการทาง เทคโนโลยีได้บางประการ เช่น การหลีกเลียงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมแรงงาน สาธารณ (Public domain) หรืองานที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เป็นต้น แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติคือผู้ใช้หรือสาธารณชนอาจไม่มีความรู้ความสามารถในการผลิต เครื่องมือเหล่านั้นได้ด้วยตนเอง อีกทั้งการหาซื้อเครื่องมือดังกล่าวก็อาจเป็นความผิดเพราะการ กระทำดังกล่าวเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย และยิ่งไปกว่านั้นมาตรการทางเทคโนโลยีก็ยิ่งทำให้เจ้าของ ลิขสิทธิ์สามารถขัดขวางการใช้ข้อยกเว้นของการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของผู้ใช้งาน หรือสาธารณชนอีกด้วย กล่าวคือ จะทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถใส่รหัสสินค้าไว้ในสินค้าของตนซึ่งเป็นการจำกัดการใช้งานโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น การกำหนดรหัสภาพยนตร์ DVD ให้ เล่นได้กับเครื่องเล่นที่อยู่ในภูมิภาคใดภูมิภาคหนึ่งเท่านั้น เป็นต้น การกระทำเหล่านี้จะทำให้

สาธารณชนไม่สามารถเข้าถึงงานเหล่านั้นเพื่อวัตถุประสงค์โดยชอบธรรมได้เลย ดังนั้นทางออกที่ดีที่สุดสำหรับปัญหาเหล่านี้คือหากต้องการเข้าถึงงานเหล่านั้นได้ผู้ใช้หรือสาธารณชนจะต้องซื้ออุปกรณ์ฟวังก์กับงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อให้สามารถเข้าถึงงานเหล่านั้นได้และเป็นไปได้ว่าอุปกรณ์ฟวังก์อาจมีราคาแพงทำให้เห็นได้ว่ากฎหมายได้เพิ่มสิทธิผูกขาดให้กับเจ้าของเทคโนโลยีอีกด้วย

ผู้วิจัยเห็นว่าผลทางกฎหมายในการการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายที่ศึกษาไปข้างต้นย่อมเป็นการเพิ่มสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive right) ของเจ้าของลิขสิทธิ์และทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถควบคุมปริมาณการจำหน่ายผลงานของตนได้ตามความต้องการ การให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์เช่นนี้นอกจากจะส่งผลกระทบต่อการสร้างอำนาจการผูกขาดทางข้อมูลที่เป็นงานลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรแล้วอาจทำให้พฤติกรรมการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ต่าง ๆ ต้องเปลี่ยนแปลงไปด้วย ตัวอย่างเช่น กรณีที่นักเรียน นักศึกษา หรือหรือบุคคลทั่วไปต้องการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อการศึกษา วิจัย หรือต้องการเข้าถึงงานเพื่อประโยชน์ส่วนตัว การนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาปิดกั้นไว้เช่นนี้อาจทำให้การใช้งานลิขสิทธิ์จะค่อย ๆ เปลี่ยนไปอยู่ในรูปของการชำระเงินเพื่อการใช้ต่อครั้ง (Pay per use, Pay per view) อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และหากผู้ใช้รายใดไม่มีความสามารถในการชำระเงินก็อาจจะไม่สามารถเข้าถึงหรือใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีมาตรการทางเทคโนโลยีขวางกั้นนั้นได้เป็นต้น

หรือในกรณีที่เว็บไซต์บางเว็บไซต์ที่เก็บหรือรวบรวมบทความวิชาการที่เป็นของห้องสมุดมหาวิทยาลัย (e-journals) ในรูปของ digital files ก็มีการจัดทำระบบ Digital Right Management : DRM ป้องกันเอาไว้และหากบุคคลใดต้องการจะเข้าถึงแหล่งข้อมูลดังกล่าวก็จะต้องสมัครเป็นสมาชิกและชำระเงินค่าบริการ⁷ หรือเว็บไซต์ที่มีบทความทางวิชาการบางเว็บไซต์ก็ไม่สามารถเข้าถึงแหล่งข้อมูลได้ เช่น การดาวน์โหลดเอกสารแบบฉบับเต็ม (Full text) นอกจากจะชำระเงินเพื่อรับรหัสผ่าน (Password) จึงสามารถเข้าถึงบทความดังกล่าวได้

⁷ ตัวอย่างเว็บไซต์ มหาวิทยาลัย บอร์นมัธ (Bournemouth University [Online], Available from <http://atoz.ebsco.com/titles.asp?id=ZPBNHU&sid=28060565&TabID=2>

เป็นต้น⁸ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าการจัดการระบบ DRM ดังกล่าวนอกจากจะเป็นอุปสรรคในการเข้าถึง ข้อมูลความรู้อันเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายลิขสิทธิ์แล้วการให้สิทธิเจ้าของในการจัดการ เกี่ยวกับค่าตอบแทนแต่เพียงผู้เดียวก็อาจเป็นการใช้สิทธิผูกขาดต่อตัวเทคโนโลยีและผูกขาดต่อ งานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่เป็นธรรมได้ อีกทั้งยังอาจส่งผลกระทบต่อเสรีภาพทางวิชาการในการ แลกเปลี่ยนความรู้ระหว่างนักวิชาการด้วยกันเองและการถ่ายทอดความรู้ให้แก่สังคมอีกด้วย⁹

นอกจากนี้ มาตรการทางเทคโนโลยียังจะเป็นอุปสรรคต่อการกระทำเพื่อ ประโยชน์ส่วนตัวในบางประการอีกด้วย เช่น การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกต้องตามกฎหมายและ ต้องการทำความเข้าใจสำหรับชมเป็นการส่วนตัวและไม่ให้แผ่นต้นฉบับเสียหายเนื่องจากเห็นว่า แผ่นต้นฉบับมีราคาสูงและต้องการเก็บแผ่นต้นฉบับไว้ แต่ก็ไม่สามารถทำความเข้าใจได้เนื่องจากได้มี การนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาติดตั้งไว้ อุปสรรคดังกล่าวทำให้ไม่สามารถทำใช้งานอันมี ลิขสิทธิ์เพื่อการส่วนตัวได้¹⁰ นอกจากนี้หากจะทำการถอดรหัสเพื่อทำลายมาตรการทาง เทคโนโลยีก็อาจจะเป็นความผิดในทางกฎหมายรวมถึงในทางปฏิบัติแล้วผู้ใช้ก็อาจไม่สามารถ ทำได้ด้วยตนเองเนื่องจากไม่มีความรู้ในเรื่องดังกล่าว

วัตถุประสงค์ของการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (fair use) ก็เพื่อป้องกันการ เกิดอำนาจการผูกขาดงานอันมีลิขสิทธิ์โดยมิชอบด้วยกฎหมายประกอบกับเป็นการสร้างแรง กระตุ้นหรือแรงจูงใจให้มีการพัฒนาต่อยอดให้เกิดผลงานสร้างสรรค์อันเป็นองค์ความรู้ใหม่ที่ได้ จากการเข้าถึง ศึกษา ค้นคว้า และการใช้งานสร้างสรรค์ที่เป็นองค์ความรู้เดิม ผู้วิจัยเห็นว่าการ ให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีโดยไม่กำหนดข้อยกเว้นที่ชัดเจนเพื่อให้ผู้ใช้งาน สามารถนำข้อยกเว้นของกฎหมายมาปรับใช้เพื่อประโยชน์โดยชอบธรรม (Fair Use) ในทาง ปฏิบัติได้อย่างเต็มที่ย่อมส่งผลให้ผู้สร้างสรรค์ขาดแรงจูงใจในการสร้างสรรค์องค์ความรู้ใหม่ เนื่องจากมีเทคโนโลยีที่มาขัดขวางการใช้งาน อีกทั้งการกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการเสี่ยงต่อ

⁸ ตัวอย่างเว็บไซต์ ได้แก่ <http://www.nature.com/index.html> หรือ <http://www.sciencemag.org/>

⁹ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, โลกาวัดน์ทางทรัพย์สินทางปัญญากับปัญหาสิทธิมนุษยชน. อ้างถึงใน นันทน อินทนนท์, ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 1 (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดจิรัชการ พิมพ์, 2547), 68-70.

¹⁰ หลักการดังกล่าวเป็นไปตามข้อยกเว้นตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32(2)

การกระทำความผิดเนื่องจากการใช้งานเพื่อวัตถุประสงค์โดยชอบธรรม (fair use) นั้นไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้ออ้างต่อการทำลายหรือหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีย่อมส่งผลกระทบต่อโดยตรงระหว่างการสร้างความสมดุลในการปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ในอันที่จะได้รับค่าตอบแทนจากการใช้งานของตนโดยชอบด้วยกฎหมายกับผู้บริโภคซึ่งเป็นสาธารณชนในอันที่จะมีสิทธิเข้าถึง (Access to) แหล่งความรู้และข้อมูลต่าง ๆ โดยไม่เสียค่าใช้จ่ายที่แพงจนเกินไป

การนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาเกี่ยวข้องกับงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นแหล่งข้อมูลความรู้ หรือเพื่อการศึกษา นั้นอาจมีผลกระทบอย่างยิ่งต่อเสรีภาพและการพัฒนาการทางวิชาการเป็นอย่างมาก เนื่องจากในปัจจุบันองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการส่งเสริมการพัฒนาต่อยอดผลงานทางวิชาการก็คือมหาวิทยาลัย ซึ่งจะเห็นได้ว่ามหาวิทยาลัยเป็นองค์กรหนึ่งที่มุ่งเน้นการผลิตผลงานทางวิชาการ หรือการศึกษา วิจัยเป็นอย่างมาก ซึ่งปัจจุบันผลงานทางวิชาการเหล่านี้ส่วนมากมักจะอยู่ในรูปแบบของ digital files เป็นสำคัญ ดังนั้นหากมีการนำมาตรการทางเทคโนโลยี (TPM) มาใช้ปิดกั้นการเข้าถึง หรือนำเทคโนโลยีเหล่านี้มาหาประโยชน์ในตัวผลงานวิชาการ หรือทางการศึกษาแล้วผู้วิจัยเห็นว่าการกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้มหาวิทยาลัยเปลี่ยนแปลงสภาพของตนเองจากเดิมที่มุ่งเน้นความเป็นเลิศทางวิชาการเป็นสำคัญกลายเป็นมหาวิทยาลัยแนวใหม่ที่มีลักษณะเสมือนองค์กรธุรกิจที่นำความสำเร็จของการศึกษาการค้า หรือการวิจัย มาหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์อันเป็นการผูกขาดสิทธิในแหล่งข้อมูลความรู้ได้¹¹ และในทำนองเดียวกันการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีย่อมเป็นอุปสรรคต่อการเรียนการสอนโดยเฉพาะอย่างยิ่งระบบที่เป็นการเรียนการสอนผ่านอินเทอร์เน็ต กล่าวคือ การเรียนการสอนดังกล่าวจำเป็นต้องนำงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นมาใช้ ดังนั้นในกรณีดังกล่าวหากสถาบันการศึกษาที่ต้องการนำงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้สำหรับการเรียนการสอนทางออนไลน์ผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เช่น บทความ หรือวารสาร

¹¹ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, โลกาวัดทางทรัพย์สินทางปัญญากับปัญหาสิทธิมนุษยชน. อ้างถึงใน นันทน อินทนนท์, ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 1 (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดจิรัชการพิมพ์, 2547), 68-70.

อิเล็กทรอนิกส์ หรืองานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทอื่น ๆ ที่อยู่ในรูปแบบของดิจิทัลไฟล์ แต่จะเห็นได้ว่ากรณีดังกล่าวก็ไม่อาจนำงานเหล่านั้นมาใช้ได้เนื่องจากได้มีมาตรการทางเทคโนโลยีขัดขวางอยู่ และในขณะเดียวกันกฎหมายลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศโดยส่วนใหญ่จะอนุญาตให้ทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ได้แต่เพียงบางส่วน หรือทำซ้ำได้โดยไม่เป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้นการมีมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีกับงานเหล่านี้ทำให้ไม่สามารถทำซ้ำงานเพียงบางส่วนได้ แต่ในทางตรงกันข้ามหากการทำซ้ำงานโดยทั้งหมดยอมเป็นการกระทำที่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์และเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ปัญหาเหล่านี้จึงทำให้สถาบันการศึกษาไม่สามารถใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวได้ หรือหากสถาบันการศึกษาต้องการใช้ก็อาจจะมีเรื่องของการเสียค่าตอบแทนให้กับเจ้าของลิขสิทธิ์

5.3.2 ผลกระทบต่อการสร้างอำนาจผูกขาดงานสาธารณะ

จากการศึกษาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ให้การคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีของกฎหมายต่าง ๆ ในบทที่ 3 จะเห็นได้ว่ามาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายคือมาตรการทางเทคโนโลยีที่นำมาป้องกันการกระทำโดยมิชอบต่องานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้นหากพิจารณาในทางตรงกันข้าม หากมีการนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้กับงานที่ไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์ เช่น งานที่เป็นสาธารณ (Public Domain) หรืองานที่ขาดการริเริ่มและสร้างสรรค์อย่างเพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายลิขสิทธิ์ หรือแม้กระทั่งงานที่หมดอายุความคุ้มครองตามกฎหมายไปแล้ว เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีกับงานดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่มีการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีกับงานดังกล่าวตั้งแต่ต้นเพื่อป้องกันไม่ไห้บุคคลใดเข้าถึงหรือทำซ้ำงานนั้นโดยมิชอบ หรืออาจเป็นกรณีที่มีการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีในขณะที่งานดังกล่าวมีอายุการคุ้มครองอยู่แต่ต่อมาเมื่ออายุการคุ้มครองสิ้นสุดลงหากเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่มีการถอดมาตรการทางเทคโนโลยีออกจากงานดังกล่าวและทำให้มาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวยังคงมีอยู่ตลอดไป หรือแม้แต่ว่าอาจจะมีกรณีที่มีบุคคลกระทำโดยมิชอบโดยการนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาติดตั้งไว้ในงานที่ไม่ได้รับความคุ้มครองและหาผลประโยชน์ในทางการเงินส่วนตัว การกระทำเหล่านี้นอกจากจะทำให้สาธารณะ

ชนเข้าถึงและใช้งานเหล่านั้นไม่ได้แล้วการกระทำของบุคคลที่นำมามาตรการทางเทคโนโลยีมาติดตั้งไว้ยังเป็นความผิดอีกด้วย

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีทุกฉบับจะเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวไม่ได้ห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่คุ้มครองงานที่มีชิ้นงานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีในกรณีนี้จึงไม่เป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย แต่ปัญหาคือแม้กฎหมายไม่ห้ามการกระทำเหล่านั้นก็จริง แต่จะเห็นได้ว่าในทางปฏิบัติแล้วผู้ใช้หรือสาธารณชนยอมไม่อาจสร้างเครื่องมือหรืออุปกรณ์สำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเหล่านั้นได้ด้วยตนเองเนื่องจากการที่จะกระทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเหล่านั้นได้บุคคลเหล่านั้นจะต้องมีความรู้ความสามารถในทางเทคนิคหรือทางคอมพิวเตอร์จนถึงขั้นที่สามารถประดิษฐ์เครื่องมือหรืออุปกรณ์เหล่านั้นได้ด้วยตนเอง ซึ่งในความเห็นของผู้วิจัยเห็นว่าในความเป็นจริงแล้วคงมีบุคคลเพียงกลุ่มน้อยเท่านั้นที่สามารถกระทำการดังกล่าวได้

นอกจากนี้ผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตว่าจากการศึกษาหลักการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีของกฎหมายทุกฉบับนั้นจะเห็นได้ว่าไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายฉบับใด ๆ เลยที่เป็นการบังคับให้เจ้าของลิขสิทธิ์ถอดมาตรการทางเทคโนโลยีออกจากงานที่หมดอายุการคุ้มครองไปแล้วหรืองานสาธารณ และไม่มีมาตรการลงโทษสำหรับกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ฝ่าฝืนไม่ยอมถอดมาตรการทางเทคโนโลยีออกจากงานเหล่านั้นด้วย รวมถึงกฎหมายก็ไม่มีมาตรการลงโทษสำหรับบุคคลที่นำมามาตรการทางเทคโนโลยีมาหาประโยชน์โดยมิชอบซึ่งปัญหาทั้งหลายที่ผู้วิจัยนำเสนอมาข้างต้นยอมแสดงให้เห็นว่ากฎหมายได้เพิ่มความแข็งแกร่งในสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ให้เข้มแข็งขึ้นอย่างชัดเจน แต่ในทางกลับกันกฎหมายกลับไม่ได้เพิ่มสิทธิในการใช้ประโยชน์ให้กับสาธารณะเท่าที่ควรจะเป็น

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

การพัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศในปัจจุบันส่งผลให้การเข้าถึงแหล่งข้อมูลได้อย่างรวดเร็วแต่ในขณะเดียวกันการพัฒนาเทคโนโลยีดังกล่าวก็สร้างปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ในรูปแบบใหม่ให้กับเจ้าของลิขสิทธิ์อย่างมากมาอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ รวมถึงการหาตัวผู้กระทำ ความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ในปัจจุบันก็มีความยากลำบากอีกด้วย เนื่องจากรูปแบบการละเมิด ลิขสิทธิ์ในสมัยก่อนจะเป็นการทำซ้ำที่เกิดขึ้นอย่างชัดเจน เช่น การถ่ายเอกสาร การคัดลอก เทปคัสเซต (Cassette tape) หรือการถ่ายรูปโดยใช้กล้องถ่ายรูปชนิดที่ใช้ฟิล์ม เป็นต้น แต่การ ละเมิดลิขสิทธิ์ในปัจจุบันจะมีรูปแบบการทำซ้ำโดยใช้เทคโนโลยีดิจิทัล เช่น การดาวน์โหลด (Download) การอัปโหลด (Upload) ข้อมูลที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์การใช้วิธีการตัด (cut) และ แปะ (paste) หรือแม้แต่การคัดลอกแผ่นซีดีเพลง ภาพยนตร์ เป็นต้น ซึ่งการกระทำเหล่านี้ สามารถทำได้ง่ายและรวดเร็ว อีกทั้งผลงานชิ้นใหม่ที่เกิดจากการทำซ้ำยังมีคุณภาพใกล้เคียงกับ ต้นฉบับอีกด้วย

เมื่อกฎหมายลิขสิทธิ์ที่อนุวัติการตามข้อตกลงของอนุสัญญากรุงเบอร์น (Berne Convention) และข้อตกลงทริปส์ (TRIPs) ไม่สามารถบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงทำให้ บรรดาเจ้าของลิขสิทธิ์ต่างนำมาตรการทางเทคโนโลยี (Technological Protection Measure : TPM) ต่าง ๆ เข้ามาปกป้องการเอาไปซึ่งผลงานของตนโดยไม่ได้รับอนุญาต โดยมาตรการ ดังกล่าวแบ่งเป็นเทคโนโลยี 2 ประเภท คือ มาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง (Access control) และมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการทำซ้ำ (Copy Control) นอกจาก การควบคุมทางเทคโนโลยีดังกล่าวแล้วบรรดาเจ้าของลิขสิทธิ์ยังมีการผลักดันให้มีการออก

กฎหมายมาคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีต่าง ๆ เหล่านี้ และขยายขอบเขตการคุ้มครองไปถึงการห้ามผลิตอุปกรณ์หรือส่วนประกอบที่ใช้เพื่อการทำลาย หรือหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีอีกด้วย

การคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ในลักษณะนี้อาจเป็นการให้หลักประกันแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในระดับที่สูงขึ้นกว่าสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive right) ที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีอยู่เดิม นอกจากนี้การคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ดังกล่าวยังไม่เคยขยายความคุ้มครองไปถึงอุปกรณ์หรือ เทคโนโลยี เช่นนี้มาก่อน ดังนั้นจึงอาจส่งผลกระทบต่อตรงต่อการเข้าถึงแหล่งความรู้ การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair use) และในที่สุดอาจทำให้เกิดอำนาจผูกขาด (monopoly) แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้

หลักการพื้นฐานของการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์และการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมนั้นจะเป็นการแลกเปลี่ยนซึ่งกันและกันระหว่างสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการแสวงหาประโยชน์จากผลงานของตนกับสิทธิของสาธารณชนเพื่อให้สาธารณชนได้ใช้ประโยชน์จากงานนั้น ๆ อันเป็นการก่อให้เกิดแรงจูงใจในการสร้างสรรค์และกระจายผลงานใหม่ ๆ ให้เกิดประโยชน์แก่สังคมเนื่องจากผลงานใหม่ ๆ จะเกิดขึ้นได้นั้นจำเป็นต้องอาศัยองค์ความรู้เดิมที่มีอยู่เพื่อต่อยอดและพัฒนาให้เกิดผลนั้นขึ้น อีกทั้งยังเป็นการลดความเข้มข้นของสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการเกิดอำนาจผูกขาดอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม แม้หลักการพื้นฐานของการคุ้มครองลิขสิทธิ์แต่เดิมจะเน้นการคุ้มครองงานวรรณกรรม งานศิลปกรรม หรืองานที่เกี่ยวกับความสวยงามเป็นหลัก แต่ในปัจจุบันก็ต้องยอมรับว่าปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ในรูปแบบใหม่นี้ก็ไม่อาจนำกฎหมายเดิมมาใช้บังคับแก่ผู้กระทำ ความผิดอย่างมีประสิทธิภาพได้ จึงไม่มีข้อสงสัยเลยว่าเหตุใดจึงต้องมีการนำมาตรการทางเทคโนโลยีมาป้องกันผลงานของตนและออกกฎหมายให้ความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีขึ้นอีกชั้นหนึ่ง

จะเห็นได้ว่า หลักการคุ้มครองกฎหมายลิขสิทธิ์ในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงหลักการจากเดิมที่ให้ความคุ้มครองผู้สร้างสรรค์และสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของงานเป็นการคุ้มครองเจ้าของเทคโนโลยีและนำไปสู่การเพิ่มสิทธิในการจำกัดการเข้าถึงหรือการจำหน่ายงาน ดังนั้นการ

คุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีจึงก่อให้เกิดผลกระทบอย่างยิ่งต่อการเข้าถึงและการใช้ประโยชน์จากข้อมูลดังกล่าวอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และมาตรการทางเทคโนโลยีนี้ได้นำไปสู่การจำกัดสิทธิของสาธารณชนในการใช้งานเพื่อวัตถุประสงค์โดยชอบธรรม (Fair use) อีกทั้งการขยายขอบเขตทางกฎหมายในการห้ามผลิตหรือจำหน่ายเครื่องมือที่ใช้ในการกระทำความผิดย่อมเป็นการสร้างอำนาจผูกขาดทางการตลาดให้กับเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ ซึ่งในความเป็นจริงแล้ววัตถุประสงค์ของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นจะต้องเป็นไปเพื่อยับยั้งหรือป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์มากกว่าเป็นการจำกัดการกระทำในสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายกับงานอันมีลิขสิทธิ์

ดังนั้น เพื่อการป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นกับประเทศไทยในการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. ผู้วิจัยเห็นว่าร่างกฎหมายไทยยังมีบทบัญญัติบางประการที่ไม่ควรนำมาบังคับใช้ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าควรแก้ไขโครงสร้างของร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของประเทศไทยบางประการโดยการนำข้อดีของกฎหมายประเทศต่าง ๆ ที่ได้ศึกษาในบทที่ 4 มาปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้กฎหมายสามารถคุ้มครองลิขสิทธิ์ในยุคข้อมูลข่าวสารควบคู่ไปกับการส่งเสริมการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมแก่สาธารณชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิเคราะห์ถึงผลกระทบของกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ ที่ได้ศึกษาไปแล้วในบทต่าง ๆ ข้างต้นผู้วิจัยเห็นว่า การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีอย่างเข้มงวดอาจทำให้เกิดผลกระทบต่อสาธารณชนในการใช้สิทธิโดยชอบธรรมในการใช้งานและการเข้าถึงแหล่งข้อมูลที่เป็นงานลิขสิทธิ์ ดังนั้นกฎหมายลิขสิทธิ์แนวใหม่จึงจำเป็นต้องมีการพัฒนาและคุ้มครองสิทธิระหว่างเจ้าของงานกับสาธารณชนไปพร้อม ๆ กัน โดยเฉพาะประเทศไทยซึ่งถือว่าเป็นประเทศที่กำลังพัฒนาและมีความจำเป็นอย่างมากในการพัฒนาสร้างสรรคองค์ความรู้เพื่อการพัฒนาประเทศ แต่ก็เห็นได้ว่าหลักการของกฎหมายลิขสิทธิ์แนวใหม่รวมถึงร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. อาจก่อให้เกิดปัญหาต่อการรักษาดุลยภาพระหว่างของเจ้าของสิทธิ์กับประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นในส่วนนี้ผู้วิจัยจึงเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. ของประเทศไทยควรให้ความ

คุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำมาป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์และควรกำหนด ข้อยกเว้นให้สอดคล้องกันเพื่อให้สามารถส่งเสริมการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมแก่สาธารณชน ได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยมีข้อเสนอแนะ ดังต่อไปนี้

6.2.1 ข้อเสนอแนะในการแก้ไขบทบัญญัติการคุ้มครองมาตรการทาง

เทคโนโลยีภายใต้ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ.

เพื่อการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัลอย่างมีประสิทธิภาพ ผู้วิจัยเห็นว่า ประเทศไทยควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี (Technological protection measures) เพื่อเป็นการประกันความมั่นใจให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ทั้งนี้โดยยังไม่ จำเป็นต้องเข้าเป็นภาคีสมาชิกของสนธิสัญญา WCT และ WPPT หรือทำข้อตกลงเขตการค้า เสรี (FTA) กับประเทศสหรัฐอเมริกาแต่ประการใด เนื่องจากการเข้าเป็นสมาชิกในสนธิสัญญา WCT และ WPPT และการทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีดังกล่าวจะทำให้ประเทศไทยผูกพันต้อง เร่งแก้ไขกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอีกหลายฉบับ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าประเทศไทยยังเป็น ประเทศกำลังพัฒนายังมีความจำเป็นต้องอาศัยข้อมูลหรือองค์ความรู้จากทรัพย์สินทางปัญญาใน ประเภทต่าง ๆ มาพัฒนาประเทศอีกทั้งการรับหลักการของกฎหมายเหล่านี้จำเป็นต้องมี การศึกษาถึงผลกระทบของหลักการเหล่านั้นอย่างละเอียดรอบคอบทั้งด้วยและไม่ให้มีผลกระทบ ต่อการพัฒนาประเทศ

6.2.1.1 ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง

1. เพื่อให้การคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศเป็นไป อย่างมีประสิทธิภาพ การที่ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. ให้ความคุ้มครองแก่ มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึง (Access Control) งานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ คุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการทำซ้ำ (Copy Control) ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นการ เหมาะสมแล้ว เนื่องจากตามหลักการของกฎหมายลิขสิทธิ์แล้วแม้เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่มีสิทธิในการ ห้ามสาธารณชนเข้าถึงหรือใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ แต่ก็ต้องพิจารณาด้วยว่า พฤติกรรมการใช้งาน

ของผู้ใช้ที่กระทำต่องานลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบดิจิทัลส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการกระทำที่ชอบธรรม (Fair Use) น้อยมาก ดังนั้น หากไม่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของนำมา ป้องกันการเข้าถึงแล้วก็อาจทำให้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหายได้ ส่วนกรณีการ หลีกเลียงแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการทำซ้ำ (Copy Control) งานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ผู้วิจัยเห็นว่าไม่จำเป็นต้องบัญญัติให้เป็นความผิดเนื่องจากหากผู้ใช้สามารถหลีกเลียงมาตรการ ทางเทคโนโลยีที่ป้องกันการทำซ้ำและทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่เข้าข่ายกเว้นของการใช้โดย ชอบธรรม (Fair use) การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถเอาผิดกับผู้กระทำความผิดได้อยู่แล้ว

นอกจากนี้ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. ควรบัญญัติ ไว้ด้วยว่ามาตรการทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. นี้คือ มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ (Effective technological) ที่ ใช้ป้องกันการเข้าถึง (Access Control) งานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ เท่านั้น ดังนั้นจึงทำ ให้การนำเอามาตรการทางเทคโนโลยีมาติดตั้งกับงานที่หมดอายุการคุ้มครองไปแล้ว หรืองานที่ ยังไม่ถึงขั้นการสร้างสรรค์ที่จะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ หรืองานสร้างสรรค์ใด ๆ ที่ตามกฎหมายถือ ว่าไม่ใช่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. และการหลีกเลียงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ติดตั้งไว้ในงานดังกล่าวเหล่านี้ก็จะเป็น ความผิดด้วย

2. สำหรับการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับการผลิต หรือจำหน่าย เครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้สำหรับการกระทำความผิดนั้น จะเห็นได้ว่าร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. ได้กำหนดความผิดกับการผลิตเครื่องมือ หรือเพื่อการทำลายมาตรการทาง เทคโนโลยีในการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ที่กระทำในทางการค้า หรือหากำไร ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า การ บัญญัติข้อห้ามในลักษณะนี้เป็นการเหมาะสมดีอยู่แล้วจึงไม่จำเป็นต้องแก้ไขแต่อย่างใด

6.2.1.2 ข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นความผิด

1. ผู้วิจัยเห็นว่าเพื่อแก้ไขปัญหาคopyright ที่ไม่ชัดเจน ควรตัดข้อความในร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. มาตรา 53/3 วรรค 2¹ ออกไปเพื่อตัดปัญหาการพิจารณาตีความว่าการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีในลักษณะใดที่เป็นการไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรเหมือนกับมาตรา 32 วรรคแรก ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

2. สำหรับข้อยกเว้นตามร่างมาตรา 53/3 วรรค 3 (1)-(12) ผู้วิจัยเห็นว่ายังคงให้บัญญัติไว้ก็ได้แต่ควรกำหนดข้อยกเว้นให้กว้างและให้มากกว่าข้อยกเว้นที่มีอยู่ เช่น ร่างกฎหมายควรนำข้อยกเว้นของกฎหมาย EU Directive 2001/29/EC Article 6(4) และ Article 5 มาบัญญัติไว้และควรกำหนดข้อยกเว้นให้มากกว่า 8 ใน 20 กรณี โดยอาจจะกำหนดข้อยกเว้นในส่วนที่จำเป็นด้วยก็ได้ เช่น ข้อยกเว้นสำหรับคนพิการ หรือเพื่อการล้อเลียน เป็นต้น อีกทั้งร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ควรนำมาตรการบังคับโดยสมัครใจ (Voluntary Measures) สำหรับกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้จัดให้ผู้ใช้สามารถใช้งานดังกล่าวได้เพราะถูกปิดกั้นจากมาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้ โดยอาจนำหลักการที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย Copyright, Designs and Patents Act 1988 ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 2003 ของประเทศอังกฤษ หรือ German Copyright Act 1965 ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 2003 ของประเทศเยอรมนีมาบัญญัติไว้ก็ได้

อย่างไรก็ตาม จากการที่ผู้วิจัยได้วิเคราะห์ไปแล้วข้างต้นว่าระบบการใช้สิทธิเรียกร้องของกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศเยอรมนีก็ดี หรือการใช้มาตรการทางฝ่ายบริหารของประเทศอังกฤษก็ดี อาจทำให้เกิดความยุ่งยากและเสียเวลา ผู้วิจัยจึงเห็นว่าหากร่างกฎหมายไทยนำเอาหลักการของมาตรการบังคับโดยสมัครใจ (Voluntary Measures) มาบังคับใช้ ก็ควรกำหนดถึงระยะเวลาในการพิจารณาคำร้องของผู้ใช้ประโยชน์ (User) ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าระยะเวลาในการ

¹มาตรา 53/3 วรรค 2 "...การหลีกเลี่ยงแก่มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นความผิด..."

พิจารณาคำร้องในกรณีดังกล่าวควรให้มีผลโดยเร็วเนื่องจากหากใช้ระยะเวลานานเกินสมควรอาจทำให้เป็นอุปสรรคและเกิดความยุ่งยากต่อการใช้งานโดยชอบธรรมได้

นอกจากนี้ผู้วิจัยเห็นว่าควรให้มีมาตรการการติดฉลากบอกให้ผู้บริโภคทราบด้วยว่าสินค้านั้น ๆ มีมาตรการทางเทคโนโลยีติดตั้งไว้ สำหรับกรณีของร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. มาตรา 53/3 วรรค 3 (13)² ผู้วิจัยเห็นควรให้คงมีอยู่ต่อไปเพื่อเปิดช่องให้กำหนดข้อยกเว้นที่เป็นประโยชน์ในอนาคต

3. ข้อยกเว้นสำหรับห้องสมุดหรือสถาบันการศึกษาตามร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. มาตรา 53/3 วรรค 3 (12) ที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ห้องสมุด บรรณารักษ์หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการเรียน การสอน มีสิทธิทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้ ผู้วิจัยเห็นว่าในทางปฏิบัติแล้วคงเป็นไปได้ยากที่เจ้าหน้าที่ห้องสมุด บรรณารักษ์หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการเรียน การสอน จะมีความสามารถในการผลิตอุปกรณ์หรือหาวิธีการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้ด้วยตนเอง ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่า ในกรณีดังกล่าวจึงควรกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีหน้าที่อำนวยความสะดวกในการหาอุปกรณ์หรือวิธีการใด ๆ สำหรับห้องสมุดหรือสถาบันการศึกษาเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีของห้องสมุดหรือสถาบันศึกษานั้น ๆ เฉพาะในการตัดสินใจที่จะได้มาซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ เนื่องจากผู้วิจัยเห็นว่าห้องสมุดหรือสถาบันการศึกษาเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการส่งเสริมให้เกิดการเข้าถึงแหล่งข้อมูล ความรู้ และการพัฒนาต่อยอดองค์ความรู้ใหม่ ๆ ของสาธารณชนเป็นอย่างมาก

4. เพื่อเป็นการให้เกิดการต่อยอดทางเทคโนโลยีเกี่ยวกับการวิจัยการเข้ารหัส (Decryption) หรือการทำวิศวกรรมย้อนกลับ (Reverse engineering) โดยชอบด้วยกฎหมาย ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. กำหนดให้การวิจัยและศึกษารถถอดรหัสหรือการทำวิศวกรรมย้อนกลับเพื่อศึกษามาตรการทางเทคโนโลยีได้โดยไม่

²มาตรา 53/3 วรรค 3 (13) "...การกระทำแก่มาตรการทางเทคโนโลยีโดยประการอื่นตามที่ได้กำหนดในพระราชกฤษฎีกา..."

ถือว่าเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมายเพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้มีการพัฒนาและวิจัย โปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้อย่างมีเต็มที่

ดังนั้น จากข้อเสนอแนะใน ข้อ 6.2.1 ข้างต้น ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะให้ บัญญัติหลักการดังกล่าว ดังต่อไปนี้

(ก) ประเภทของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ได้รับความคุ้มครอง

สำหรับในกรณีดังกล่าวผู้วิจัยเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. ควรกำหนดให้ความคุ้มครองต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพที่ใช้ควบคุมการเข้าถึง งานอันมีลิขสิทธิ์โดยเห็นควรให้กำหนดค่านิยามว่า

“มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ หมายถึง มาตรการ เครื่องมือ อุปกรณ์ หรือส่วนประกอบใด ๆ ซึ่งตามปกติของการทำงานได้ถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันการเข้าถึง งานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาต”

(ข) ข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นความผิด

สำหรับข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นของการกระทำที่เป็นความผิดตามร่าง พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. ให้ยกเลิกร่างมาตรา 53/3 วรรค 2 และแก้ไข เพิ่มเติมข้อยกเว้นที่เกี่ยวข้องกับการทำวิศวกรรมย้อนกลับตามร่างมาตรา 53/3 วรรค 2 (6) และ ข้อยกเว้นเกี่ยวกับห้องสมุดหรือสถาบันการศึกษาตามร่างมาตรา 53/3 วรรค 2 (12) ในส่วนร่าง มาตรา 53/3 วรรค 2 อนุมาตราอื่น ๆ ให้คงเดิมไว้ โดยมีข้อความดังต่อไปนี้

“มาตรา 53/3 วรรค 3 ภายใต้บทบัญญัติในวรรคหนึ่งการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อ หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี มิให้ถือว่าเป็นการกระทำละเมิด ถ้าได้กระทำดังต่อไปนี้

(1) ...

(2) ...

(3) ...

(4) ...

(5) ...

(6) การทำวิศวกรรมย้อนกลับโดยสุจริต ซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในการศึกษา วิจัย ซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าว

(7) ...

(8) ...

(9) ...

(10) ...

(11) ...

(12) การเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงที่ไม่สามารถเข้าถึงได้ด้วยวิธีอื่น โดยห้องสมุด หอจดหมายเหตุ หรือสถาบันการศึกษาที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร เพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะในการตัดสินใจที่จะได้มาซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงดังกล่าว

ในกรณีที่ห้องสมุด หอจดหมายเหตุ หรือสถาบันการศึกษาที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร ไม่สามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อใช้ประโยชน์ตามมาตรา 53/3 วรรค 2 (12) ได้ ให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีหน้าที่อำนวยความสะดวกในการจัดหาวิธีการ หรือมาตรการใด ๆ เพื่อให้ห้องสมุด หอจดหมายเหตุ หรือสถาบันการศึกษาดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ได้เพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะในการตัดสินใจที่จะได้มาซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงดังกล่าว

(13)..."

สำหรับข้อยกเว้นที่ให้นำมาตรการโดยสมัครใจของเจ้าของลิขสิทธิ์ (Voluntary Measures) มาบัญญัติในร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. ผู้วิจัยเห็นควรกำหนดให้เป็นอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดของอธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญา สำหรับหลักเกณฑ์และวิธีการยื่นคำร้องต่ออธิบดีฯ นั้นให้กำหนดไว้ในกฎกระทรวง และในกฎกระทรวงดังกล่าวควร

กำหนดระยะเวลาในการพิจารณาสั่งการโดยเร็วนับแต่วันที่ได้รับคำร้อง ดังนั้นในส่วนนี้ผู้วิจัยจึงเห็นควรให้บัญญัติข้อความดังต่อไปนี้

“เพื่อประโยชน์ในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม ในกรณีที่ผู้ใช้ประโยชน์ผู้ใดไม่สามารถหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีตามพระราชบัญญัตินี้เพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมได้ ถ้าเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้จัดหามาตรการอย่าง ใด ใด เพื่อให้ผู้ใช้ประโยชน์สามารถเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีมาตรการทางเทคโนโลยีติดตั้งอยู่ได้ ผู้ใช้ประโยชน์ดังกล่าวอาจยื่นคำร้องต่ออธิบดีเพื่อสั่งให้เจ้าของลิขสิทธิ์จัดหามาตรการใด ๆ ให้ผู้ใช้ประโยชน์สามารถใช้ประโยชน์อย่างใด ๆ ต่องานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อวัตถุประสงค์โดยชอบธรรมได้

หลักเกณฑ์ และวิธีการในการยื่นคำร้อง ให้กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

เมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับคำสั่งจากอธิบดีตามวรรคหนึ่ง ให้เจ้าของลิขสิทธิ์ผู้นั้นดำเนินการจัดหามาตรการอย่างใด ๆ ให้แก่ผู้ใช้ประโยชน์โดยเร็วโดยมิให้ชักช้า

ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ดำเนินการตามคำสั่งภายในระยะเวลาอันสมควรผู้ใช้ประโยชน์ที่ยื่นคำร้องอาจฟ้องร้องบังคับคดีแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ดังกล่าวได้”

สำหรับข้อยกเว้นในส่วนของการปิดฉลากและระบุ ชื่อ ที่อยู่ของเจ้าของลิขสิทธิ์ เพื่อเป็นประโยชน์ต่อผู้ใช้งานในการใช้มาตรการบังคับโดยสมัครใจของเจ้าของลิขสิทธิ์ (Voluntary Measures) ผู้วิจัยเห็นควรให้บัญญัติข้อความไว้ ดังนี้

“ให้เจ้าของลิขสิทธิ์แสดงชื่อ ที่อยู่ และข้อบ่งชี้ถึงการติดตั้งมาตรการทางเทคโนโลยีในบรรจุภัณฑ์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ เพื่อให้สาธารณชนได้ทราบถึงลักษณะการทำงาน และข้อบ่งชี้อื่น ๆ ของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีมาตรการทางเทคโนโลยีติดตั้งอยู่”

6.2.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

เพื่อป้องกันปัญหาเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีระหว่างร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. กับ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ผู้วิจัยเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ควรกำหนดขอบเขตของการกระทำความผิดไว้ด้วยว่าในความผิดที่เกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นควรให้อยู่ในอำนาจของกฎหมายฉบับใด ทั้งนี้เพื่อมิให้เกิดความสับสนในการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติ

สำหรับในความเห็นของผู้วิจัยนั้นเห็นว่าความผิดในเรื่องการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่คุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นความผิดที่อยู่ในกลุ่มของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นจึงควรให้ความผิดในลักษณะดังกล่าวอยู่ในขอบอำนาจของร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่..) พ.ศ. เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 จะมีวัตถุประสงค์ป้องกันการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในลักษณะที่เป็นการล่วงรู้ แก่ไข หรือทำลายข้อมูลส่วนบุคคลของบุคคลอื่นในระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ หรือใช้ระบบคอมพิวเตอร์เพื่อเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นเท็จหรือมีลักษณะอันลามกอนาจารอันเป็นการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องตามสาขากฎหมายอาญา

อย่างไรก็ตามจากที่ผู้วิจัยได้วิเคราะห์ไปแล้วใน บทที่ 4 ว่าในกรณีที่สาธารณชนได้เข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ แต่การเข้าถึงนั้นเป็นไปเพื่อการกระทำที่ชอบธรรม (Fair Use) ตามกฎหมายลิขสิทธิ์การเข้าถึงดังกล่าวย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตรา 7 และ มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ดังนั้น เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนหรือเกิดปัญหาในการตีความในเรื่องดังกล่าวผู้วิจัยเห็นว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายว่าถ้าการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 7 และการกระทำตามมาตรา 13 ได้กระทำไปโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการใช้งานโดยชอบธรรม (Fair Use) ตาม

กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ให้ถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา 7 และมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วย
การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

ดังนั้น จากข้อเสนอแนะ ข้อ 6.2.2 ข้างต้น ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะให้บัญญัติ
หลักการดังกล่าวโดยใช้ถ้อยคำ ดังต่อไปนี้

“มาตรา 7 ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการ
เข้าถึงโดยเฉพาะและมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับ
ไม่เกินสี่หมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

การกระทำตามวรรคแรกหากได้กระทำไปเพื่อการใช้สิทธิโดยชอบธรรมตาม
กฎหมายอื่นมิให้ถือว่าเป็นความผิดตามมาตรานี้”

บรรณานุกรม

เอกสารภาษาไทย

หนังสือ

จักรกฤษณ์ ควรพจน์. (2545). กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และ เครื่องหมายการค้า. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2545). คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537. พิมพ์ครั้งที่ 3. สำนักพิมพ์นิติธรรม.

รัชชัย ศุภผลศิริ. (2544). กฎหมายลิขสิทธิ์ พร้อมด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537. พิมพ์ครั้งที่ 3. สำนักพิมพ์นิติธรรม.

นันทน อินทนนท์. (2547). ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ (เล่ม 1). กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

นันทน อินทนนท์. (2547). ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ (เล่ม 2). กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

ปริญญา ดีผดุง. (2546). คู่มือการศึกษาทรัพย์สินทางปัญญา. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมกฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา.

อรพรรณ พันธุ์พัฒนา. (2544). คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์. พิมพ์ครั้งที่ 1. สำนักพิมพ์นิติธรรม.

วิทยานิพนธ์ และสารนิพนธ์

กอบชัย ชูโต. (2546). ประสิทธิภาพในการบังคับใช้โทษอาญาตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ชมเพลิน ภูซมรงค์. (2551). ความผิดทางอาญาว่าด้วยการใช้เทคโนโลยีเพื่อหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

- ชีพชนก เชิญขวัญมา. (2548). มาตรการทางเทคโนโลยีในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ภายใต้
ข้อตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกา. สารนิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต,
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ณัฐภา นิตยาพร. (2549). แนวทางการใช้งานอย่างเป็นธรรมในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่
เกี่ยวกับการศึกษาตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- พิญดา เลิศกิตติกุล. (2550). พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับ
คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 : ศึกษากรณีความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการเข้าถึง
ระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต,
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- พรเพ็ญ ไตรพงษ์. (2546). ปัญหาการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ที่มีผลต่องานอันมี
ลิขสิทธิ์อื่น. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- พันธุ์สยาม ห้วยแก้ว. (2550). ความรับผิดในการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการ
อินเทอร์เน็ต. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- มนต์ชัย จงไกรรัตนกุล. (2546). การวิจัยหรือศึกษา งาน อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร :
ศึกษาเฉพาะ กรณีปัญหาความสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของ สิทธิ
กับประโยชน์สาธารณะ. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ศุภจิตรา เลหาวัฒนภิญโญ. (2551). ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้
คุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ : ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างสนธิสัญญาลิขสิทธิ์กับ
ความตกลงเขตการค้าเสรี. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย.
- สิริพร พินิจมงคล. (2546). ปัญหาทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองงานลิขสิทธิ์บน
เครือข่ายอินเทอร์เน็ต : ศึกษาเฉพาะกรณีการใช้เทคโนโลยีการแลกเปลี่ยน
ข้อมูล. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

สุทธิศักดิ์ ประศาสน์ครุการ. (2544). ปัญหาในทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิด

ลิขสิทธิ์ : ศึกษางานดนตรีกรรมตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เปรียบเทียบกับ
งานลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและเยอรมัน. วิทยานิพนธ์
ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

สุภาภรณ์ วิเชียรสกุล. (2540). กฎหมายลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์สำหรับ

นักการศึกษา : กรณีศึกษาเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทยกับสหรัฐอเมริกา
เรื่องการใช้อย่างชอบธรรม. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, มหาวิทยาลัย
รามคำแหง.

อัญธิกา ณ พิบูลย์. (2551). ปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการ

กระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ,
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

สุเทพ ภัทติกมล. (2547). การพัฒนาเทคโนโลยีที่ส่งผลกระทบต่อการใช้ลิขสิทธิ์

และสิทธิของนักแสดง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

บทความ

วิศ ดิงสมิตร .(2544). การศึกษาหรือวิจัยอันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์. บทบัณฑิต.
เล่มที่ 57 ตอน 1, 154-169.

อรรยา สิงห์สงบ (2549). "The Clash between Digital Rights Management and the
Consumer's Rights in Digital Age". วารสารศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้า
ระหว่างประเทศ Ninth anniversary special issue, หน้า 142.

อรพรรณ พันธุ์พัฒนา. (2550). บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับ
คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์. วารสารกฎหมายทรัพย์สิน
ทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ, หน้า 38.

สัมภาษณ์

นุสรุภา กาญจนกุล, หัวหน้าส่วนคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ สำนักลิขสิทธิ์ กรมทรัพย์สินทางปัญญา.

(2549). สัมภาษณ์, 27 กันยายน.

นิศารัตน์ วรประดิษฐ์, นักศึกษาชั้นปริญญาโท คณะศิลปศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาการจัดการ

โรงแรมและการท่องเที่ยว ชั้นปี 2 มหาวิทยาลัยนเรศวร. (2551). สัมภาษณ์,

3 กุมภาพันธ์.

เพ็ญศิณี เกียรติพึงพร, Software Consultant บริษัท MSL Software (Thailand) Co.,Ltd.,

(2551). สัมภาษณ์, 9 กุมภาพันธ์.

สมนึก ไบมงคล, ผู้จัดการฝ่ายมาตรฐานสินค้า บริษัท โรส มีเดีย แอนด์ เอ็นเตอร์เทนเมนท์

จำกัด. (2551). สัมภาษณ์, 24 กุมภาพันธ์.

สิริลดา สุพรรณคง, นักศึกษาชั้นปริญญาโท คณะแพทยศาสตร์ สาขาวิทยาศาสตร์การแพทย์

ปี 2 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. (2551). สัมภาษณ์, 17 กุมภาพันธ์.

อริสา ปานแจ่ม, Research Assistant Centre of Network Research (CNR), Faculty of

Computer Engineering, Prince of Songkla University. (2551). สัมภาษณ์,

12 กุมภาพันธ์.

เอกสารอื่นๆ

จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และ นันทน อินทนนท์. (2550). ลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัล มาตรการทาง

เทคโนโลยี และทางเลือกสำหรับประเทศไทย. เอกสารวิชาการหมายเลข 12

โครงการ WTO Watch (จับกระแสการค้าโลก).

นันทน อินทนนท์ และคณะ. (2550). รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการ “การคุ้มครอง

ลิขสิทธิ์งานที่เผยแพร่ผ่านระบบดิจิทัล : ปัญหาต่อการเรียนการสอนผ่าน

อินเทอร์เน็ตและปัญหาการเข้าถึงและการใช้ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต”.

นันทน อินทนนท์. (2550). มาตรการทางเทคโนโลยีกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ :

ทางเลือกที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย, หน้า 41.

พรเพชร วิชิตชลชัย. คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับ
คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550.

ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และ
เทคโนโลยีแห่งชาติ กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี. (2549). รายงานฉบับ
สมบูรณ์ (Final Report) สาขาทรัพย์สินทางปัญญา.

สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์. (2543). รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่องการคุ้มครองทรัพย์สิน
ทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์.

เอกสารภาษาอังกฤษ

Conroy, M. (2006). **A Comparative Study of Technological Protection Measures in
Copyright Law.** Doctoral Dissertation, University of South Africa.

Davies, G. (2002). **Modern Legal studies Copyright and the Public Interest.**(2nd).
London : Sweet & Maxwell.

Dusollier, S. (2003). **Exceptions and Technological Measures in the European
Copyright Directive of 2001: An Empty Promise, 34 INT’L REV. INDUSTRIAL
PROP. & COPYRIGHT L. 62, 69.**

Ficsor, M. **The Law of Copyright and the Internet.**

Ficsor, M. (2002). **The Law of Copyright and the internet : The 1996 WIPO
Treaties, Their Interpretation And Implementation.**

Ginsburg, J.C. (2002). **Copyright Legislation for the “Digital Millennium,” 23
COLUM.-VLA J.L. & ARTS 137, 138 (1999).**

Hugenholtz, B. **Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly**

Jeffrey P. Cunard, Debevoise and Plimpton, Washington, D.C.; Mr. Keith Hill, Senior Consultant, Rightscom Limited, London and Mr. Chris Barlas, Senior Consultant. (2003). **Standing Committee on Copyright and Related Right Tenth Session Geneva Current Developments in the Field of Digital Rights Management.**

Pennisi, C. (2002). **'Anti-Circumvention Law May Circumvent Fairness' 19 Computer and Internet Lawyer 5 at 6.**

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

สาวตรี สุขศรี, อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ตามกฎหมายเยอรมัน : [Online], 21 กรกฎาคม 2553. แหล่งที่มา <http://www.combiolaw.de/article/91/>

Barczewski, M. (2006). Legal Impediments to the Dissemination of Digital Rights Management Technologies. 12/7/2009 : [Online] Available from http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1001680

Basler, W. (2003). Technological Protection Measures in the United States, the European Union and Germany : How Much Fair Use Do We Need in the "Digital World"?. Virginia Journal of Law & Technology Fall. UNIVERSITY OF VIRGINIA VOL. 8, NO.13. : Available from http://www.vjolt.net/vol8/issue3/v8i3_a13-Baesler.pdf

Council of Europe. 26/7/2009. [Online] Available from <http://conventions.coe.int/treaty/en/reports/html/185.htm>

EU-Directive.Technological Protection Measures of Germany. 26/11/2009 [Online] Available from <http://www.euro-copyrights.org/index/14/49>

EU-Directive.Technological Protection Measures of United Kingdom. 25/10/2009 [Online].Available from <http://www.euro-copyrights.org/index/14/49>

Jobs, S. 5/5/2008 [Online] Available from <http://www.apple.com/hotnews/thoughtsonmusic/>

Marechal, S. DRM on audio CD's abolished. 1/9/2008 : [Online] Available from <http://laxer.com/module/newswire/view/78008/index.html>

Midgley, J. (2002). Critique of the Proposed UK Implementation of the EU Copyright Directive. 21/8/2008 : [Online]. Available from http://ukcdr.org/issues/eucdr/ukimpl/critique_uk_impl.html

Nor Sa'adah Abd Rahman, S.N. (2007). Remedies Concerning the Circumvention of Protection Measures (TPMs) : Comparative Study between United Kingdom, U.S.A and Malaysia., Proceedings of the 13 Asia Pacific Management Conference, Melbourne, Australia. 23/7/2009 : [Online] Available from <http://www.infotech.monash.edu.au/research/centres/cdseer/papers-pdf/t005.pdf>

OECD Guidelines for the Security of Information Systems were adopted as a Recommendation of the OECD Council. (1992). 26/7/2009. [Online] Available from http://www.redes.unb.br/security/lei_info/Oecd.htm

OECD Guidelines for the Security of Information Systems and Networks : TOWARDS A CULTURE OF. 26/7/2009. [Online] Available from SECURITY <http://www.oecd.org/dataoecd/16/22/15582260.pdf>

Ramsauer, T. (2003). Germany's Copyright Law on the Verge of the Information Age. 18/7/2009 : [Online] Available from http://portal.unesco.org/culture/en/files/17424/10813478671T._Ramsauer_E.pdf/T.%2BRamsauer%2BE.pdf

Rucker, A. L. "Circumventing Authority : Loopholes in the Dmca's Access Control, Duke Law & Technology review No.x p.3. 17/7/2008 : [Online]. Available from <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/pdf/2009dltr003.pdf>

Shah, A. UK's Implementation of the Anti-Circumvention Provisions of the EU Copyright Directive : An Analysis. 23/7/2009 : [Online] Available from <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/pdf/2004DLTR0003.pdf>

UK Patent Office, Consultation of the UK Implementation of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society : Analysis of Responses and Government Conclusions. [Online]. Available from <http://www.patent.gov.uk/about/consultations/responses/copydirect/index.htm>

U.S. Copyright Office.(1998) The Digital Millennium Copyright Act 1998 :U.S. Copyright Office Summary. 4/5/2007 : [Online]. Available from <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>

World Intellectual Property Organization. 22/10/2008 : [Online] Available from http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15

ประวัติผู้เขียน

- ชื่อ - สกุล : นายกฤตภาส ตั้งสมบูรณ์
- วัน เดือน ปี : 20 ตุลาคม 2524
- วุฒิการศึกษา : ปี 2546 สำเร็จปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต
จากมหาวิทยาลัยรามคำแหง
- ประสบการณ์การทำงาน : ปี 2548 – ปัจจุบัน ทำงานตำแหน่งนิติกร งานนิติการ
ทะเบียน สำนักงานทะเบียนธุรกิจนำเที่ยว
และมัคคุเทศก์กลาง สำนักงานพัฒนาการท่องเที่ยว
กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา
- ปี 2547 - 2548 ทำงานตำแหน่งนิติกร ส่วนคุ้มครอง
งานลิขสิทธิ์ สำนักลิขสิทธิ์ กรมทรัพย์สินทางปัญญา
กระทรวงพาณิชย์
- ปี 2546 ทำงานเป็นทนายความ สำนักงานสุรพงษ์
ทนายความ