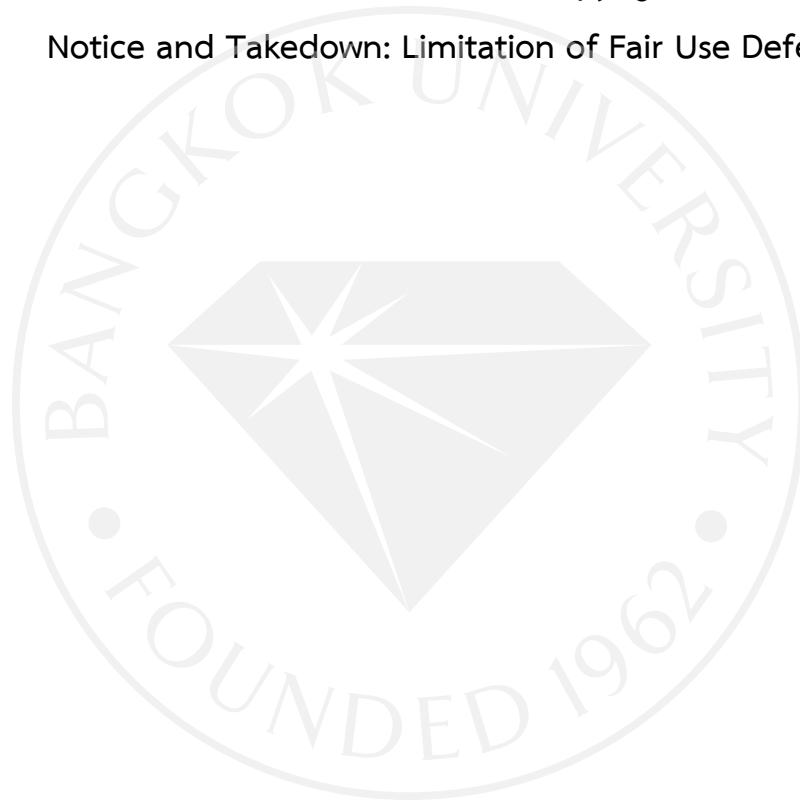


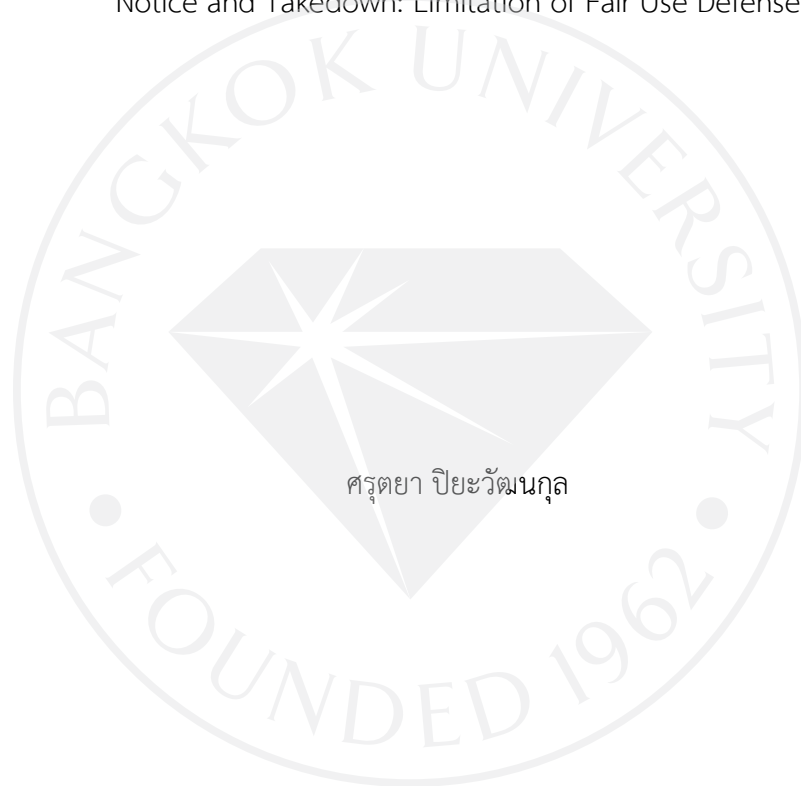
แนวทางการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์เกี่ยวกับการแจ้งให้ทราบและนำออก  
(Notice and Takedown): ขอบเขตการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use)

Enforcement Guidelines of Copyright Law on  
Notice and Takedown: Limitation of Fair Use Defense



แนวทางการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์เกี่ยวกับการแจ้งให้ทราบและนำออก  
(Notice and Takedown): ขอบเขตการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use)

Enforcement Guidelines of Copyright Law on  
Notice and Takedown: Limitation of Fair Use Defense



การค้นคว้าอิสระเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร  
นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเทคโนโลยีสารสนเทศ  
มหาวิทยาลัยกรุงเทพ  
ปีการศึกษา 2564  
ลิขสิทธิ์เป็นของมหาวิทยาลัยกรุงเทพ

บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยกรุงเทพ  
อนุมัติให้การค้นคว้าอิสระเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร  
นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเทคโนโลยีสารสนเทศ

เรื่อง แนวทางการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์เกี่ยวกับการแจ้งให้ทราบและนำออก  
(Notice and Takedown): ขอบเขตการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use)

ผู้วิจัย ศรุตยา ปิยะวัฒนกุล

ได้พิจารณาเห็นชอบโดย

อาจารย์ที่ปรึกษา

ดร.วรรณวิภา พัวศิริ

อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม

ดร.กริชผกา บุญเฟื่อง

ผู้เชี่ยวชาญ

อาจารย์ปริญญา ตีผดุง

ศรุตยา ปิยะวัฒนกุล. ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเทคโนโลยีสารสนเทศ), ตุลาคม 2565, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยกรุงเทพ.

แนวทางการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์เกี่ยวกับการแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown): ขอบเขตการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) (126 หน้า)

อาจารย์ที่ปรึกษา: ดร.วรรณวิภา พัวศิริ

## บทคัดย่อ

สารนิพนธ์ฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาและวิเคราะห์หลักเกณฑ์ในเรื่อง “การแจ้งให้ทราบและนำออก” (Notice and Takedown) ในประเด็นขอบเขตการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ที่แก้ไขใหม่ โดยทำการศึกษาและเปรียบเทียบจากกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย สหรัฐอเมริกา และประเทศเยอรมนี เพื่อกำหนดขอบเขตการบังคับใช้หลักการการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมและเป็นแนวทางในการบังคับใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ให้มีประสิทธิภาพและสอดคล้องต่อการแก้ไขปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ตต่อไป

การแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ปฏิบัติให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องพิจารณาหลักในเรื่องการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องตรวจสอบก่อนดำเนินการแจ้งไปยังผู้ให้บริการทราบถึงข้อกล่าวอ้างว่าการกระทำนั้นเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ เพื่อให้ผู้ให้บริการนำออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ในระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการ อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่ได้กำหนดขั้นตอนปฏิบัติในการตรวจสอบไว้อย่างชัดเจน ในการที่จะพิสูจน์ได้ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดแล้ว ซึ่งหากเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้คำนึงถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างเพียงพออาจส่งผลทำให้เป็นการแจ้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจทำให้เกิดการจำกัดสิทธิในการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของผู้ใช้บริการที่มากเกินไป ซึ่งหากเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการโดยได้รู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าอยู่แล้วว่ามีข้อมูลที่แจ้งนั้นเป็นเท็จก็ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการโต้แย้งด้วยตามมาตรา 43/8 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565

อนึ่ง จากการศึกษาและเปรียบเทียบกฎหมายในเรื่อง “การแจ้งให้ทราบและนำออก” ในประเด็นขอบเขตของการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ของประเทศไทย สหรัฐอเมริกา และประเทศเยอรมนีเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ในการดำเนินการแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) ของสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมนีนั้นมิได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะให้

เจ้าของลิขสิทธิ์จำเป็นต้องคำนึงถึงหลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมอันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ก่อนทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการ โดยกำหนดไว้เพียงว่าคำร้องที่เจ้าของลิขสิทธิ์แจ้งไปยังผู้ให้บริการทราบถึงข้อกล่าวอ้างว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นต้องระบุด้วยว่าเป็นการเชื่อโดยสุจริต (Good Faith Belief) ซึ่งถือเป็นข้อกำหนดที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่ยากต่อการพิสูจน์ถึงเจตนาที่อยู่ภายในของเจ้าของลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ หลักการแจ้งให้ทราบและนำออกจะมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ได้นั้นต้องอาศัยความสมดุลในการบังคับใช้กฎหมายและความร่วมมือระหว่างผู้ให้บริการกับเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นสำคัญในการใช้สิทธิของตนในการพิจารณาคำนึงถึงข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ให้เป็นไปด้วยความสุจริตตามอัธยาศัยของเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วยความชอบธรรม

คำสำคัญ: ลิขสิทธิ์, การแจ้งให้ทราบและนำออก, การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม



Piyawattanakun, S. Master of Law (Law of Intellectual Property and Information Technology), October 2022, Graduate School, Bangkok University.

Enforcement Guideline of Copyright Law on Notice and Takedown: Limitation of Fair Use Defense (126 pp.)

Advisor: Wanwipar Puasiri, Ph.D.

## ABSTRACT

This Independent Study aims to study and analyze regulation regarding the 'Notice and Take down Principle' by focusing on the limitation of the Fair Use Principle of Copyright Law, which has been recently amended in the Copyright Act of Thailand (No. 5) B.E. 2022. The research has studied and compared the Copyright Laws of Thailand, the United States of America, and Germany to determine the extent of the enforcement of the 'Fair Use Principle' to serve as a guideline for enforcing the Copyright Act (No. 5) B.E. 2522, for increasing the effectiveness and creating a consistent with solving the problem of copyright infringement on the internet platform.

Notice and Takedown under the Copyright Act (No. 5) B.E. 2565 has been defined as a guideline for a copyright owner to consider the 'Fair Use Principle', which is an exception to copyright breach. Before notifying the service provider of the allegations, the copyright owner must examine whether such action is an exception to the copyright infringement, for the service provider operates to remove or suspend access to computer information on the service provider system or network. However, such criteria have not been clearly determined in the audit procedures to prove that the copyright owner has complied with the requirements. Therefore, when it appears that the copyright owner does not take into account sufficient to the copyright exception, it may result in unlawful notification and cause an unreasonable limitation on the user's right to use the copyrighted work lawfully. Similarly, if the copyright owner has informed the internet service provider by knowing or having reason to know that such information is false. In such a case, the copyright

owner might be liable for damages arising from the disputation under Section 43/8 of the Copyright Act (No. 5) B.E. 2565.

From the study and comparison of the Copyright Law on the 'Notice and Takedown Principle' in the subject of the 'Fair Use Principle' limitation of Thailand, the United States of America and Germany. It appears that the regulation of the 'Notice and Takedown Principle' of the United States of America and Germany are not determined specific rules for the copyright owner to consider the principle of Fair Use, which is the exception to copyright infringement before notification to the internet service provider. It has been only defined that a petition in which the copyright owner notifies the internet service provider about an allegation of copyright infringement must also occur from a 'Good Faith Belief', which is another essential requirement that is difficult to prove the actual intention of the copyright owner. However, the effective enforcement of the 'Notice and Takedown Principle' must rely on a balance of law enforcement and the cooperation between the internet service provider and copyright owner in exercising their rights to consider the infringement fact reasonably and legitimately under subjectivity.

*Keywords: Copyright, Notice and Takedown, Fair Use*

## กิตติกรรมประกาศ

สารนิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดีนั้นด้วยความกรุณาจากท่าน ดร.วรรณวิภา พัวศิริ อาจารย์ที่ปรึกษาหลักการค้นคว้าอิสระ ซึ่งได้สละเวลาอันมีค่าในการให้คำแนะนำปรึกษาและชี้แนะแนวทางการศึกษา ตลอดจนช่วยทำการตรวจสอบข้อบกพร่องเพื่อปรับปรุงแก้ไข ซึ่งได้ดูแลเอาใจใส่ผู้วิจัยมาอย่างดีโดยเสมอและท่าน ดร.กริชพกา บุญเฟื่อง ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาร่วมการค้นคว้าอิสระ ซึ่งได้สละเวลาอันมีค่าให้คำปรึกษาที่ประโยชน์และแนะแนวทางการจัดทำสารนิพนธ์ในครั้งนี้ ขอขอบพระคุณท่านอาจารย์ทั้งสองเป็นอย่างสูงไว้ ณ โอกาสนี้

นอกจากนี้ ขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ผู้สอนในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตทุกท่าน ที่ได้ประสิทธิ์ประสาทให้วิชาความรู้แก่ข้าพเจ้า เพื่อนำเอาความรู้ที่ได้เรียนมานั้นไปต่อยอดทางความคิดและนำไปประยุกต์ใช้ให้เกิดประโยชน์ รวมถึงได้ให้การสนับสนุนคอยช่วยเหลือและให้คำชี้แนะแก่ข้าพเจ้าด้วยดีเสมอมา

สุดท้ายนี้ ข้าพเจ้าขอขอบพระคุณ นางเจติญา ปิยะวัฒน์กุล และนายประภัทร ปิยะวัฒน์กุล ผู้ซึ่งเป็นมารดาและบิดาของข้าพเจ้า ที่คอยให้การดูแลเลี้ยงดูและให้การสนับสนุนข้าพเจ้าในทุกเรื่อง รวมถึงคอยให้กำลังใจและเป็นแรงผลักดันที่ดีให้แก่ข้าพเจ้ามาโดยตลอด อีกทั้ง ขอขอบคุณนาย ณัฐวัตร โพธิ์น้อย ที่คอยให้การสนับสนุนและช่วยเหลือค้นคว้าหาข้อมูลอันเป็นประโยชน์ต่อการจัดทำสารนิพนธ์ในครั้งนี้

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าสารนิพนธ์ฉบับนี้ จะสามารถนำไปต่อยอดหรือเป็นประโยชน์แก่สังคมอยู่บ้างไม่มากนักน้อย แต่หากมีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนต้องขอกราบขออภัยมา ณ ที่นี้ และขอน้อมรับความผิดนี้แต่เพียงผู้เดียว

ศรุตยา ปิยะวัฒน์กุล



## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ช
สารบัญตาราง	ฎ
สารบัญภาพ	ฉ
บทที่ 1 บทนำ	
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	6
1.3 สมมติฐานของการศึกษา	7
1.4 ขอบเขตของงานวิจัย	7
1.5 คำถามของงานวิจัย	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	8
1.7 คำนิยามศัพท์เฉพาะ	8
บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์	
2.1 ประวัติและแนวคิดในการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์	9
2.1.1 ประวัติของกฎหมายลิขสิทธิ์	9
2.1.2 ประวัติกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย	10
2.1.3 แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์	11
2.2 หลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use)	13
2.2.1 การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ภายใต้อนุสัญญากรุงเบิร์นว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention)	14
2.2.2 การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ภายใต้อัตกตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้า (TRIPs Agreement)	17
2.3 สนธิสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Copyright Treaty 1996 หรือ WCT)	19
2.4 มาตรการทางเทคโนโลยีในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของสหภาพยุโรป (EU Directive 2001/29/EC)	22

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแจ้งให้ทราบและนำออกอันเกี่ยวกับการใช้ลิขสิทธิ์ โดยชอบธรรมตามกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ	
3.1 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และที่แก้ไขเพิ่มเติม	30
3.1.1 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558	30
3.1.2 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565	32
3.2 Digital Millennium Copyright Act (DMCA)	39
3.2.1 ความเป็นมา	39
3.2.2 ผู้ให้บริการ	40
3.2.3 ข้อจำกัดความรับผิดการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการ	41
3.2.4 ข้อจำกัดความรับผิดของสถาบันการศึกษาที่ไม่แสวงหากำไร	44
3.2.5 มาตรการแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown)	45
3.2.6 การโต้แย้ง (Counter Notice)	47
3.2.7 บทกำหนดโทษของการแจ้งให้ทราบหรือการโต้แย้งที่เป็นเท็จ	48
3.3 ข้อบังคับของประชาคมยุโรปว่าด้วยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของบริการสังคม สารสนเทศทางด้านพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในตลาดร่วมยุโรป (EU e-Commerce Directive 2000/31/EC)	49
3.3.1 ความเป็นมา	49
3.3.2 สาระสำคัญ	49
3.3.3 ประเภทของผู้ให้บริการและข้อจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการ	50
3.3.4 การแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown)	53
3.3.5 การพัฒนาของกฎหมายอันเกี่ยวกับการบริการดิจิทัล (Digital Service Act)	54
3.4 การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ของประเทศไทยและต่างประเทศ	55
3.4.1 สหรัฐอเมริกา	55
3.4.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	58
3.4.3 ประเทศไทย	62

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 3 (ต่อ) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแจ้งให้ทราบและนำออกอันเกี่ยวกับการใช้ลิขสิทธิ์ โดยชอบธรรมตามกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ	
3.5 มาตรการแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) ของประเทศไทยและต่างประเทศ	70
3.5.1 สหรัฐอเมริกา	71
3.5.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	73
3.5.3 ประเทศไทย	75
บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์เกี่ยวกับการแจ้งให้ทราบ และนำออกในขอบเขตการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม	
4.1 วิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายอันเกี่ยวกับการแจ้งให้ทราบและนำออก ในขอบเขตการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม	80
4.2 การเปรียบเทียบกฎหมายอันเกี่ยวกับการแจ้งให้ทราบและนำออกในขอบเขต การใช้งานลิขสิทธิ์ โดยชอบธรรมของประเทศไทยและต่างประเทศ	92
4.2.1 สหรัฐอเมริกา	92
4.2.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	95
4.2.3 ประเทศไทย	99
4.3 แนวทางการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์เกี่ยวกับการแจ้งให้ทราบและนำออก ในประเด็นขอบเขตการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของประเทศไทย	102
บทที่ 5 บทสรุป และข้อเสนอแนะ	
5.1 บทสรุป	110
5.2 ข้อเสนอแนะ	115
บรรณานุกรม	120
ประวัติผู้เขียน	126

สารบัญตาราง

	หน้า
ตารางที่ 3.1: สรุปสาระสำคัญของมาตรการการแจ้งให้ทราบและนำออกของประเทศไทย และต่างประเทศ	78
ตารางที่ 4.1: สรุปเป็นข้อเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแจ้งให้ทราบ และนำออกในประเด็นการใช้งานอันมิชอบด้วยสิทธิโดยชอบธรรม	100



สารบัญภาพ

	หน้า
ภาพที่ 5.1: ขั้นตอนในการดำเนินการแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) มาตรา 43/6	111
ภาพที่ 5.2: กระบวนการ Notice and Take down และการ Counter Notice	117
ภาพที่ 5.3: การโต้แย้ง (Counter Notice) ตามมาตรา 43/7	119



## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันอินเทอร์เน็ตเข้ามามีบทบาทอย่างมากในสังคมทุกภาคส่วนความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีได้มีการพัฒนาทำให้อินเทอร์เน็ตเป็นสื่อกลางในการเชื่อมต่อข้อมูลจนเกิดการสื่อสารทางเทคโนโลยีที่ไร้พรมแดนผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต มีการเข้าถึงเนื้อหาข้อมูลข่าวสารต่าง ๆ เป็นไปด้วยความสะดวก รวดเร็ว และง่ายมากยิ่งขึ้น โดยมีการให้บริการผ่านบนระบบคอมพิวเตอร์ที่หลากหลายรูปแบบ<sup>1</sup> อาทิ ผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางในการส่งผ่านข้อมูลหรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่นผ่านระบบคอมพิวเตอร์ (Mere Conduit) เช่น TRUE, TOT, 3BB ผู้ให้บริการเก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นการชั่วคราว (Caching) เช่น Cloudflare, Akamai ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Hosting) เช่น Facebook, YouTube, Pantip รวมถึงผู้ให้บริการสืบค้นแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Search Engine) เช่น Google, Yahoo ซึ่งสภาพพื้นฐานการมีอยู่ของอินเทอร์เน็ตนั้นได้ส่งผลทำให้เกิดการแลกเปลี่ยน รับส่ง และเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารที่รวดเร็วมากยิ่งขึ้น ในขณะเดียวกันการพัฒนาที่รวดเร็วของเทคโนโลยีดิจิทัลนั้นก็ส่งผลทำให้เกิดการปรับเปลี่ยนรูปแบบการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เปลี่ยนแปลงไป<sup>2</sup>

จากเดิมการละเมิดลิขสิทธิ์จะเป็นการกระทำในทางกายภาพ โดยการทำซ้ำดัดแปลงงานหรือทำสำเนาต่องานอันมีลิขสิทธิ์โดยตรง แต่รูปแบบของการละเมิดลิขสิทธิ์ได้เปลี่ยนแปลงไป โดยเกิดเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ทางออนไลน์ขึ้น ซึ่งจะมีลักษณะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการนำเอางานอันมีลิขสิทธิ์นั้นมาทำซ้ำ ดัดแปลง ทำสำเนาหรือเผยแพร่งานอันมีลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์หรือเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของไฟล์เอกสารดิจิทัล หนังสืออิเล็กทรอนิกส์ ภาพถ่าย คลิปวิดีโอ งานดนตรีกรรม ศิลปกรรม รวมถึงบทความ วิจัย วารสาร และเอกสารอื่น ๆ เป็นต้น โดยอาจจะกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยวิธีการ อาทิ การดาวน์โหลดงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นไปทำการเผยแพร่เป็นของตนเอง การอัปโหลดเพลง ภาพยนตร์หรือคลิปวิดีโอโดยเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้อนุญาต การนำคลิปผู้อื่นมาตัดต่อโดยเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้ให้การอนุญาต หรือการสแกนเอกสารหนังสือให้อยู่

---

<sup>1</sup> สืบสิริ ทวีผล และพลอยนภา จุลกสิกร, “มาตรการต่อต้านการละเมิดลิขสิทธิ์ออนไลน์ในประเทศไทย: อดีต ปัจจุบัน และอนาคต”, *วารสารนิติศาสตร์* 11, 2(กรกฎาคม-ธันวาคม 2563): 99-100.

<sup>2</sup> Taweepon, S., & Julagasigorn, P., *The 2022 amendment of Thailand’s copyright act: The good, the bad, and the backstory* [Online], 14 March 2022. Available from <https://www.tilleke.com/insights/the-2022-amendment-of-thailands-copyright-act-the-good-the-bad-and-the-backstory/>.

ในรูปแบบหนังสืออิเล็กทรอนิกส์ เพื่อนำออกจัดจำหน่ายหรือทำการเผยแพร่ลงบนอินเทอร์เน็ต โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ เป็นต้น ซึ่งการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ตนั้นได้สร้างความเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นอย่างมาก โดยจากการศึกษาของศูนย์วิชาการแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยใน “โครงการศึกษาผลกระทบทางเศรษฐกิจของการละเมิดลิขสิทธิ์ต่ออุตสาหกรรมของสื่อออนไลน์ในไทยและข้อเสนอแนะเชิงนโยบายและกฎหมาย (Copyright & Video Sharing Platform หรือ VSP)”<sup>3</sup> พบว่า ความเสียหายของการละเมิดลิขสิทธิ์ในอุตสาหกรรมคอนเทนต์ได้ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศไทยโดยรวมเป็นอย่างมากและเป็นประการที่ส่งผลกระทบต่ออุตสาหกรรมโดยตรง อาทิ อุตสาหกรรมการผลิตและจัดจำหน่ายภาพยนตร์ โรงภาพยนตร์ วิทยุ โทรทัศน์ และบริการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงอาจกระทบต่อความเชื่อมั่นในการลงทุนและอาจส่งผลทำให้ผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ไม่มีแรงบันดาลใจในการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์อย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ตนั้นสามารถกระทำได้ง่าย โดยการทำการดัดแปลง การทำสำเนา หรือการเผยแพร่งานอันมีลิขสิทธิ์ผ่านช่องทางออนไลน์ที่มีพื้นที่ไม่จำกัด ซึ่งผู้คนทั่วโลกสามารถที่จะเข้าถึงงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ได้ภายในระยะเวลาอันสั้น<sup>4</sup> และเป็นการยากที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะทำการตรวจสอบถึงความมีอยู่ของผู้ใช้บริการที่กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ ความง่ายในการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ตประกอบกับการไม่เปิดเผยซึ่งตัวตนของผู้ใช้บริการ จึงย่อมส่งผลทำให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างรวดเร็วเป็นวงกว้างและมีสภาพบังคับใช้สิทธิทางกฎหมายแก่ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในทางออนไลน์ที่ยากกว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ในทางกายภาพ<sup>5</sup>

ทั้งนี้ แม้ประเทศไทยจะได้มีพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 โดยได้มีการวางหลักกฎหมายในเรื่อง การละเมิดลิขสิทธิ์ในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการตามมาตรา 32/3 ไว้แล้วนั้น แต่ในทางปฏิบัติบทบัญญัติดังกล่าวก็ยังไม่มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น เนื่องจากในการยื่นคำร้องของเจ้าของลิขสิทธิ์ต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นจะต้องมีการระบุถึงข้อมูลของผู้ให้บริการอย่างชัดเจน รายละเอียดของกระบวนการนำไปสู่การทราบถึงพฤติการณ์หรือการทราบถึงการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์และหลักฐานที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ

<sup>3</sup> “การละเมิดลิขสิทธิ์วีดิโอออนไลน์ กระทบ ศก. 9 หมื่นล้าน ชี้ปม. อ่อนแอไป”, **ไทยรัฐออนไลน์** [Online], 28 มกราคม 2563. แหล่งที่มา <https://www.thairath.co.th/news/tech/1757873>.

<sup>4</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **บทความใช้เพื่อการนำออกอากาศทางสถานีวิทยุกระจายเสียงรัฐสภา:งานลิขสิทธิ์ในยุคไร้ขอบเขต ใช้ข้อมูลอย่างปลอดภัย** [Online], 8 สิงหาคม 2561. แหล่งที่มา [https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw\\_parcy/ewt\\_dl\\_link.php?nid=1827](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1827).

<sup>5</sup> เอกภรินทร์ วิริโย, “มาตรการแจ้งเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต: ศึกษากลไกการตรวจสอบการแจ้งตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา”, **วารสารนักบริหาร** 34, 2(กรกฎาคม-ธันวาคม 2557): 47-48.

รวมไปถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้ด้วย โดยในความเป็นจริงนั้นเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่อาจทราบและให้รายละเอียดข้อมูลในคำร้องได้อย่างชัดเจนเพียงพอ ซึ่งอาจส่งผลทำให้ศาลต้องยกคำร้องดังกล่าว และทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่สามารถนำงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ได้<sup>6</sup>

ด้วยเหตุนี้ กรมทรัพย์สินทางปัญญาได้เล็งเห็นถึงความจำเป็นในการเสริมสร้างการคุ้มครองลิขสิทธิ์และตระหนักเห็นถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวเช่นเดียวกัน จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 เพื่อให้ทันสมัยพร้อมรับมือกับปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ออนไลน์ที่เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีอย่างรวดเร็วในปัจจุบันและให้สอดคล้องเป็นไปตามสนธิสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก หรือ WIPO Copyright Treaty (WCT) เพื่อเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพของกฎหมายในการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ให้ทันต่อสภาพการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี รวมถึงเป็นการปรับปรุงของกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีและบทบัญญัติอันเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการ<sup>7</sup> โดยมีการนำมาตรการ “การแจ้งให้ทราบและนำออก” (Notice and Takedown) ซึ่งสอดคล้องกับบัญญัติของ Digital Millennium Copyright Act หรือ DMCA มาบังคับใช้<sup>8</sup> กล่าวคือ เมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์ตรวจสอบพบว่าผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตกระทำการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน ไม่ว่าจะโดยการทำซ้ำ หรือดัดแปลงทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน หรือมีการนำเอางานออกเผยแพร่ลงบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนั้นเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะกระทำการแจ้งเตือนไปยังผู้ให้บริการให้ได้ทราบถึงการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นและขอให้ผู้ให้บริการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าได้กระทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการ หรือกระทำการระงับไม่ให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้ ซึ่งการนำมาตรการแจ้งให้ทราบและนำออกมาใช้บังคับนั้นเพื่อให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายที่สอดคล้องกับสภาพปัญหาได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และเป็นการสร้างความร่วมมือระหว่างผู้ให้บริการและเจ้าของลิขสิทธิ์ในการแก้ไขปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ตทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถเข้าถึงช่องทางในการรายงานเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์ได้อย่างง่ายขึ้น รวมถึงการวางหลักข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการหรือที่เรียกว่า “Safe Harbors” นั้นย่อมเป็นการส่งเสริมและผลักดันให้ผู้ให้บริการได้มีส่วนร่วมในการระงับการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยหากผู้ให้บริการ (Internet Service Provider หรือ ISP) ทำการประกาศมาตรการยกเลิกการให้บริการแก่

<sup>6</sup> สืบสิริ ทวีผล และพลอยนภา จุลกสิกร, “มาตรการต่อต้านการละเมิดลิขสิทธิ์ออนไลน์ในประเทศ: อดีต ปัจจุบัน และอนาคต”, 107-112.

<sup>7</sup> จากหลักการและเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2565.

<sup>8</sup> Taweepon, S., & Julagasigorn, P., **Thailand: Draft amendment to copyright act promises updated protections** [Online], 21 May 2021. Available from [www.tilleke.com/insights/thailand-draft-amendment-to-copyright-act-promises-updated-protections/](http://www.tilleke.com/insights/thailand-draft-amendment-to-copyright-act-promises-updated-protections/).



ผู้ให้บริการที่กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้อย่างชัดเจนและได้ปฏิบัติตามมาตรการนั้นของตนประกอบกับปฏิบัติตามข้อกำหนดเฉพาะตามลักษณะของการให้บริการในแต่ละประเภท ซึ่งถ้าผู้ให้บริการได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ข้อกำหนด ผู้ให้บริการก็จะได้รับการยกเว้นความผิดการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้น

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ที่แก้ไขเพิ่มเติม นั้น ก็ยังมีประเด็นเรื่อง การบังคับใช้การตีความกฎหมายที่ต้องคำนึงและพึงระวัง เนื่องจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ที่แก้ไขเพิ่มเติม ในเรื่อง “การแจ้งให้ทราบและนำออก” (Notice and Takedown) ตามมาตรา 43/6 ซึ่งได้วางหลักกฎหมายไว้ว่า ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีหลักฐานอันควรเชื่อว่าการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Hosting) หรือผู้ให้บริการสืบค้นแหล่งที่ตั้งข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Search Engine) เจ้าของลิขสิทธิ์อาจทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการให้นำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการหรือทำการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวได้ ซึ่งการดำเนินการแจ้งดังกล่าวนี้ เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องคำนึงถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในส่วนที่ 6 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ด้วย<sup>9</sup>

จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวนี้ มิได้มีการกำหนดถึงหลักเกณฑ์ไว้อย่างแน่ชัดว่า เจ้าของลิขสิทธิ์จะพิสูจน์การปฏิบัติตามข้อกำหนดนี้ได้อย่างไร โดยหลักฐานใดที่จะแสดงว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้คำนึงถึงหลักข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างเพียงพอแล้วและหลักฐานอันมีเหตุควรเชื่อได้ว่าการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ต้องมีลักษณะอย่างไร กล่าวคือ เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องได้ทำการพิจารณาแล้วว่าเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ถูกกล่าวอ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และเป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร ทั้งนี้ การคำนึงถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามบทบัญญัติในส่วนที่ 6 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ถือเป็นหลักเกณฑ์ที่เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องยึดถือปฏิบัติอันส่งผลทำให้การแจ้งการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ดังกล่าวเป็นการแจ้งที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหากผู้ทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการโดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าข้อมูลที่แจ้งดังกล่าวเป็นเท็จอันเป็นเหตุให้ผู้ให้บริการได้นำออกซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่พิพาทว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้นั้นก็ต้องด้วยบทลงโทษทางกฎหมาย โดยต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการแจ้งอันเป็นเท็จว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ถูกนำออกจากระบบหรือเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือระงับการเข้าถึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์อีกด้วย

<sup>9</sup> มาตรา 43/6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.

นอกจากนี้ ในประเด็นปัญหาต่อมาว่า พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่5) พ.ศ. 2565 ที่แก้ไขใหม่นั้นได้บัญญัติกฎหมายให้เจ้าของลิขสิทธิ์จำต้องคำนึงถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามบทบัญญัติในส่วนที่ 6 ด้วยนั้นจะเป็นประการที่ขัดต่อหลักกฎหมายในเรื่อง การใช้งานลิขสิทธิ์ โดยชอบธรรม (Fair Use) หรือไม่ เนื่องจากโดยหลักตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นได้มีการบัญญัติขึ้น เพื่อให้ความคุ้มครองผลงานที่ผู้สร้างสรรค์นั้นได้สร้างขึ้น กล่าวคือ ให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้สร้างสรรค์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการจะกระทำการใด ๆ กับงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น อาทิ การทำซ้ำ การดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนา งาน ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์ หรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้ผลงานนั้นเพื่อเป็นการตอบแทนและสร้างแรงจูงใจในการสร้างสรรค์งานอันก่อให้เกิดประโยชน์ทางสังคม แต่ในขณะเดียวกันเพื่อให้เกิดการเผยแพร่ความรู้ที่ได้อันเกิดจากงานอันมีลิขสิทธิ์และเป็นการเปิดโอกาสให้สังคมได้รับประโยชน์จากงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ เพื่อส่งผลให้เกิดการพัฒนาองค์ความรู้และต่อยอดทางความคิดแก่สังคมต่อไป<sup>10</sup> จึงได้มีการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ขึ้นไว้ เพื่อเป็นหลักการพื้นฐานในการสร้างสมดุลแห่งผลประโยชน์ระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ให้สามารถใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ได้ตามความเหมาะสมภายใต้เงื่อนไขบางประการโดยไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งประเทศไทยได้มีการวางหลักกฎหมายในเรื่อง การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ไว้ในมาตรา 32 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

ในเรื่อง การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ซึ่งประเทศไทยได้มีการบัญญัติหลักดังกล่าวไว้เป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในมาตรา 32 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537<sup>11</sup> โดยวางหลักไว้ว่า “การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร โดยต้องเป็นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง แก่งานอันมีลิขสิทธิ์ดังต่อไปนี้ จึงมิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ (1) วิจัยหรือศึกษางานนั้นอันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร (2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่น ในครอบครัวหรือญาติสนิท (3) ดิจิทัล วิจัย หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น (4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น (5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดงหรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาล

<sup>10</sup> IP Thailand, **หลักการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม (Fair Use) ตามกฎหมายไทย** [Online], 1 มีนาคม 2565. แหล่งที่มา <http://www.ip-thailand.com/ลิขสิทธิ์/ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม-fair-use-๓/>.

<sup>11</sup> มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

หรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายหรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว (6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอน เพื่อประโยชน์ในการสอนของตนอันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร (7) ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอน หรือทำบทสรุป โดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร (8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ...”

ทั้งนี้ ผู้วิจัยจึงใคร่สนใจและเล็งเห็นถึงปัญหาในการตีความการบังคับใช้กฎหมายในเรื่อง “การแจ้งให้ทราบและนำออก” (Notice and Takedown) ตามมาตรา 43/6 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ซึ่งเพื่อเป็นแนวทางในการแสดงหลักฐานว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ทำการคำนึงถึงหลักในเรื่องข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างเพียงพอแล้วและการที่เจ้าของลิขสิทธิ์จำต้องคำนึงถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ในส่วนที่ 6 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ที่แก้ไขใหม่นั้นจะเป็นการขัดต่อหลักกฎหมายในเรื่อง การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) หรือไม่ ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงมีความประสงค์ที่จะทำการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องและทำการเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมนีและพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ของประเทศไทยที่แก้ไขใหม่ เพื่อนำมาวิเคราะห์และเสนอแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายให้เกิดประสิทธิภาพและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ที่แก้ไขใหม่ต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ว่าหลักฐานใดเพียงพอที่จะแสดงว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้คำนึงถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในส่วนที่ 6 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ที่แก้ไขใหม่

1.2.2 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายในเรื่อง การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) อันเกี่ยวข้องกับ “การแจ้งให้ทราบและนำออก” (Notice and Takedown) ของประเทศไทย สหรัฐอเมริกา และประเทศเยอรมนี

1.2.3 เพื่อให้ทราบถึงแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ในเรื่อง “การแจ้งให้ทราบและนำออก” (Notice and Takedown) ตามมาตรา 43/6 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ที่แก้ไขใหม่

### 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ตามที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 เห็นว่า การที่กฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์แนวทางปฏิบัติของเจ้าของลิขสิทธิ์ ในการนำออกหรือระงับการเข้าถึงซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ทาง อินเทอร์เน็ต โดยมีการนำมาตราการแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) มาบังคับใช้ ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องคำนึงถึงบทบาทผู้ให้บริการได้ใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) หรือไม่ ก่อนจะทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการทราบถึงข้อกล่าวอ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เพื่อให้ผู้ให้บริการ นำออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์อันละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวจึงจะส่งผลทำให้เป็นการแจ้ง ที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ทั้งนี้ เนื่องจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ที่แก้ไขใหม่นั้นไม่ได้มีการกำหนด หลักเกณฑ์รูปแบบในการแสดงถึงหลักฐานที่แน่ชัดว่าหลักฐานอย่างไรใด จึงจะเป็นประการที่แสดงออก ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้มีการคำนึงถึงหลักการได้ใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมอย่างเพียงพอแล้ว ซึ่งหากเป็น กรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ทำการแจ้งให้ทราบและนำออกซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเกิดจากการประเมิน หรือตรวจสอบถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ผิดพลาดหรืออาจเป็นการใช้สิทธิไม่สุจริตของเจ้าของลิขสิทธิ์ แล้วนั้นย่อมอาจส่งผลทำให้ผู้ให้บริการซึ่งได้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์อย่างชอบธรรมต้องได้รับความเสียหาย จากการนำออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์และเป็นการกระทบสิทธิของผู้ให้บริการ อินเทอร์เน็ตที่ได้ใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมอีกด้วย

### 1.4 ขอบเขตของงานวิจัย

สารนิพนธ์ฉบับนี้จะเน้นการศึกษาค้นคว้าและหาข้อมูลในเชิงคุณภาพ โดยใช้วิธีการศึกษา ค้นคว้าจากเอกสารที่เกี่ยวข้อง (Documentary Research) จากแหล่งข้อมูลทั้งในวิทยานิพนธ์ เอกสารงานวิจัยต่าง ๆ บทความที่เกี่ยวข้อง แนวคำพิพากษา รวมถึงข้อมูลที่ได้จากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อนำข้อมูลมาใช้ประกอบในการศึกษา

### 1.5 คำถามของงานวิจัย

การบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ในเรื่อง “การแจ้งให้ทราบและนำออก” (Notice and Takedown) ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ที่แก้ไขใหม่นั้น จะมีแนวทางบังคับ ใช้กฎหมายในประเด็นการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) อย่างไร และจะเป็นการขัดต่อ หลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมหรือไม่

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบว่าหลักฐานใดเพียงพอที่จะแสดงว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้คำนึงถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในส่วนที่ 6 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ที่แก้ไขใหม่

1.6.2 ทำให้ทราบถึงการวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมาย ในเรื่อง การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) อันเกี่ยวข้องกับ “การแจ้งให้ทราบและนำออก” (Notice and Takedown) ของประเทศไทย สหรัฐอเมริกา และประเทศเยอรมนี

1.6.3 ทำให้ทราบถึงแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ใน เรื่อง “การแจ้งให้ทราบและนำออก” (Notice and Takedown) ตามมาตรา 43/6 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ที่แก้ไขใหม่

## 1.7 คำนิยามศัพท์เฉพาะ

“ผู้ให้บริการ” หมายความว่า ผู้ให้บริการเป็นสื่อกลางส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือให้ บริการให้ผู้ใช้บริการสามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่นผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์และ ให้ความหมายรวมถึงผู้ให้บริการ เก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นการชั่วคราว ผู้ให้บริการรับฝาก ข้อมูลคอมพิวเตอร์และผู้ให้บริการสืบค้นแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์ด้วย ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเองหรือบุคคลอื่น หรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น โดยไม่ว่าจะได้รับ ค่าให้บริการหรือไม่ก็ตาม

“ผู้ใช้บริการ” หมายความว่า ผู้ใช้บริการการบริการของผู้ให้บริการ ซึ่งเป็นสื่อกลางในการ ส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือในการบริการประการใด ๆ ผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะได้เสียค่าใช้บริการหรือไม่ก็ตาม

“การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม” หมายความว่า การนำเอางานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น มาใช้ได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่จำเป็นต้องจ่ายค่าตอบแทนในการใช้ลิขสิทธิ์ ภายใต้งื่อนไขบางประการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

## บทที่ 2

### แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์

แนวคิดในเรื่องการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นมามีมาแต่ยาวนาน โดยมีขึ้นด้วยวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองสิทธิอันชอบธรรมแก่เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นสำคัญและเพื่อเป็นการตอบแทนความรู้ความสามารถทางสติปัญญาของผู้สร้างสรรค์ที่สร้างงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นขึ้น ซึ่งในปัจจุบันการใช้งานของระบบคอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นสื่อกลางในการติดต่อสื่อสารและการเชื่อมต่อข้อมูลได้เป็นไปอย่างไร้พรมแดน โดยได้แทรกซึมเข้าไปมีบทบาทอย่างมากในทุกภาคส่วน อันอาจส่งผลทำให้เกิดรูปแบบการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เปลี่ยนแปลงไป โดยหลักการในการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ จึงถือเป็นรากฐานสำคัญในการควบคุมดูแลการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ ในบทนี้ ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีในการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ แนวคิดอันเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์และกลไกในการกำกับดูแลการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต โดยมีเนื้อหาดังต่อไปนี้

#### 2.1 ประวัติและแนวคิดในการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์

##### 2.1.1 ประวัติของกฎหมายลิขสิทธิ์

แนวคิดในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้นได้ริเริ่มขึ้นมายาวนาน โดยครั้งแรกมีขึ้นในสหราชอาณาจักร ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความคุ้มครองการพิมพ์หนังสือเป็นสำคัญและในปี ค.ศ. 1483 ได้มีการออกกฎหมาย The Statute of Richard III เพื่อเป็นการให้การสนับสนุนในการพิมพ์หนังสือจากต่างประเทศ รวมถึงมีการจัดให้มีสิทธิในการจัดพิมพ์หนังสือในรูปแบบของใบอนุญาตผู้พิมพ์ (Printer's License) ขึ้น<sup>1</sup>

กฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับแรกของสหราชอาณาจักร ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับแรกของโลกด้วยนั้นคือ The Statute of Queen Anne ค.ศ. 1709 โดยเป็นกฎหมายที่ได้มีการวางหลักเกณฑ์ในเรื่องลิขสิทธิ์ขึ้นเป็นครั้งแรกและเป็นกฎหมายที่ได้รับการยอมรับในเรื่องสิทธิของผู้สร้างสรรค์อันเป็นการให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวแก่ผู้สร้างสรรค์ในการพิมพ์สิ่งพิมพ์ ต่อมากฎหมายฉบับนี้นั้นได้มีการแพร่หลายไปยังนานาประเทศ ซึ่งเป็นที่มาที่ก่อให้เกิดระบบสิทธิในการทำสำเนาหรือระบบแองโกล แซกซัน (Copyright Systems or Anglo-Saxon)<sup>2</sup> กล่าวคือ เป็นการให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ซึ่งเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้อื่นทำการทำซ้ำหรือลอกเลียนแบบงานของ

<sup>1</sup> อรรถพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2549), 29.

<sup>2</sup> รัชชัย ศุภผลศิริ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2549), 16-18.



ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยเป็นการให้สิทธิทางเศรษฐกิจ (Economic Right) แก่ผู้สร้างสรรค์ หรือเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นสำคัญ แต่ทั้งนี้ ประเทศส่วนใหญ่ในภาคพื้นยุโรป ซึ่งรวมถึงประเทศฝรั่งเศสและเยอรมนีจะเป็นการใช้ระบบที่เรียกว่า ระบบสิทธิของผู้สร้างสรรค์ ระบบลิขสิทธิ์นี้ถือว่าลิขสิทธิ์เป็นสิทธิ เฉพาะตัวของผู้สร้างสรรค์ผลงาน โดยจะมุ่งเน้นสิทธิในธรรมหรือธรรมสิทธิ (Moral Right) ซึ่งสิทธิทาง ทรัพย์สินที่ผู้สร้างสรรค์มีอยู่ในงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น จึงเรียกว่า ทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property)

นอกจากนี้ ยังมีระบบลิขสิทธิ์ในรูปแบบสังคมนิยม (Socialist System) โดยมีประเทศ สหภาพโซเวียตเป็นเจ้าของระบบลิขสิทธิ์ดังกล่าว ซึ่งถือความสำคัญของสังคมอยู่เหนือเอกชน กล่าวคือ หากมีการขัดกันระหว่างประโยชน์ของเอกชนและประโยชน์ของส่วนรวมขึ้นนั้น จะต้องถือว่า ประโยชน์ของส่วนรวมมีความสำคัญมากกว่า โดยถือได้ว่าลิขสิทธิ์เป็นเครื่องมือในการจัดขบวนการ ทางวัฒนธรรม ซึ่งส่งผลทำให้สิทธิในทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของนั้นไม่ค่อยได้รับความ สำคัญเท่าใดนัก แต่ต่อมารูปแบบของระบบลิขสิทธิ์นี้ก็ได้อ่อนความนิยมลง เนื่องจากการ เปลี่ยนแปลงไปของระบบสังคมนิยมและการเมือง

อย่างไรก็ตาม รูปแบบของระบบในการให้ความคุ้มครองของลิขสิทธิ์นั้นก็ได้เริ่มมีความ สอดคล้องและมีมาตรฐานทางกฎหมายอย่างเป็นทางการอันหนึ่งอันเดียวกันมากขึ้น โดยเป็นการได้รับอิทธิพล มาจากอนุสัญญากรุงเบอร์ลินว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า หรือความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) ซึ่งทำให้เกิดแนวทางและบรรทัดฐานในการให้ความคุ้มครองงานลิขสิทธิ์อย่างเป็นทางการ

### 2.1.2 ประวัติกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย

กฎหมายอันเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ของประเทศไทยนั้นได้มีปรากฏขึ้นครั้งแรกในประกาศหอพระ สมุดขีรญาณ ร.ศ. 111 อันเนื่องมาจากการออกประกาศห้ามมิให้ผู้ใดทำการพิมพ์ซ้ำในเรื่องราว ต่าง ๆ ที่ได้พิมพ์ลงในหนังสือขีรญาณพิเศษ เว้นแต่จะได้มีการขออนุญาตต่อกรรมการสัมปาทิกสภา แล้ว ซึ่งต่อมาแนวคิดของกฎหมายอันเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ดังกล่าวก็ได้มีผลนำมาใช้บังคับให้การคุ้มครอง แก่บุคคลโดยทั่วไปและได้มีการออกพระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือ ร.ศ. 120 ขึ้น<sup>3</sup> โดยได้มีการ แก้ไขพระราชบัญญัติดังกล่าวอีกครั้งในปี พ.ศ. 2457 ซึ่งภายหลังจากที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคี สมาชิกในอนุสัญญากรุงเบอร์ลินแล้วนั้นประเทศไทยก็ได้มีการพัฒนาบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ให้ มีความสอดคล้องเป็นไปตามมาตรฐานของหลักกฎหมายในอนุสัญญาเบอร์ลิน โดยได้มีการพัฒนามาเป็น

<sup>3</sup> อรรถพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, 31-32.

พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2475 ขึ้น เพื่อเป็นการให้ความสำคัญในการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทวรรณกรรมและศิลปกรรม<sup>4</sup>

ทั้งนี้ เมื่อกาลเวลาผ่านไปสภาพทางสังคมก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงตาม ทำให้บทบัญญัติต่าง ๆ ของพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2475 ที่มีอยู่เดิม ซึ่งได้มีการใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้วนั้นบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ จึงมีความล้าสมัยและไม่สามารถที่จะให้ความคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ได้อย่างครอบคลุมกว้างขวางเพียงพอ<sup>5</sup> อีกทั้ง อัตราโทษที่กำหนดไว้ตามกฎหมายถือเป็นอัตราโทษขั้นต่ำมาก ซึ่งส่งผลทำให้เกิดการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ง่ายขึ้น จึงเห็นสมควรและเล็งเห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องทำการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยให้มีความเหมาะสมกับสภาพปัญหาในสังคม จึงทำให้เกิดการปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์ขึ้นใหม่ คือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521<sup>6</sup>

อย่างไรก็ดี ภายหลังจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ได้มีอายุการใช้บังคับกฎหมายเป็นเวลานานกว่า 16 ปี ก็เห็นได้ว่าบทบัญญัติต่าง ๆ ของพระราชบัญญัติดังกล่าวเริ่มที่จะไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้น หรือสภาพปัญหาในสังคมทั้งภายในประเทศและภายนอกประเทศที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของการพัฒนาและการขยายตัวทางด้านเศรษฐกิจการค้าและอุตสาหกรรมภายในประเทศและระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ จึงเห็นสมควรที่จะมีการปรับปรุงแก้ไขมาตรการการคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เพื่อให้สามารถที่จะรองรับต่อสภาพปัญหาและการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในสังคมต่อไป รวมถึงเพื่อเป็นการส่งเสริมให้เกิดการสร้างสรรคงานลิขสิทธิ์ในด้านวรรณกรรม ศิลปกรรม และงานลิขสิทธิ์ด้านอื่น ๆ จึงทำให้เกิดการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์อีกครั้งหนึ่ง คือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537<sup>7</sup> ซึ่งเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ประเทศไทยได้นำมาใช้บังคับในปัจจุบัน

### 2.1.3 แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์

แนวคิดในการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเป็นการพัฒนามาจากหลักในการให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ เพื่อเป็นการคุ้มครองการแสดงออกทางความคิดและ

<sup>4</sup> สิริโสม พรหมโสม, การคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2558, (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภา, 2558), 170.

<sup>5</sup> จากหลักการและเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521.

<sup>6</sup> สิริโสม พรหมโสม, การคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2558, 171.

<sup>7</sup> จากหลักการและเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.



สติปัญญาของผู้คิดค้นสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ โดยมีเหตุผลพื้นฐานในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ 4 ประการ ดังนี้<sup>8</sup>

1) เหตุผลทางด้านความเป็นธรรมตามธรรมชาติ (Principle of Natural Justice) กล่าวคือ เป็นเหตุผลตามธรรมชาติที่ผู้ใดเป็นผู้สร้างสรรค์ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้น โดยเป็นผู้ใช้สติปัญญา ความรู้ความสามารถ ความวิริยะอุตสาหะ และทักษะของตนในการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นนั้น ผู้นั้นจึงควรเป็นบุคคลที่มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ในงานลิขสิทธิ์ โดยมีสิทธิที่จะห้ามมิให้ผู้อื่นใช้ประโยชน์จากงานของตนโดยไม่ได้รับอนุญาต รวมไปถึงหากเป็นกรณีที่งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นสร้างมูลค่าเป็นทรัพย์สินขึ้นมา บุคคลนั้นก็ควรที่จะได้รับประโยชน์จากค่าตอบแทนของการใช้สิทธิ (Royalty)

2) เหตุผลทางด้านเศรษฐกิจ (Economic Argument) กล่าวคือ ในการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นมานั้น นอกจากผู้สร้างสรรค์จะต้องใช้สติปัญญาความรู้ความสามารถ ความวิริยะอุตสาหะและทักษะของตนในการสร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์นั้นขึ้นแล้ว ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นก็จำเป็นต้องมีการลงทุนและเสียค่าใช้จ่ายประการต่าง ๆ อาทิ ต้นทุนในการผลิต ต้นทุนในการคิดค้นวิจัย หรือค่าแรงงาน เป็นต้น ดังนั้น เหตุผลพื้นฐานในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในประการนี้นั้น จึงเห็นว่าเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้สร้างสรรค์จะเป็นผู้ที่ได้รับประโยชน์ตอบแทนจากการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นขึ้นอย่างเต็มที่เพื่อเป็นการตอบแทนการลงทุนในการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์

3) เหตุผลทางด้านวัฒนธรรม (Cultural Argument) กล่าวคือ งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นนั้นมักจะแฝงไปด้วยบริบทของการคุ้มครองมรดกทางวัฒนธรรมและขนบธรรมเนียมประเพณีต่าง ๆ ของคนในชาตินั้น เพื่อเป็นประการที่จะสะท้อนให้เห็นถึงรูปแบบวัฒนธรรมประเพณีของแต่ละสังคม และเมื่อได้ทำการเผยแพร่งานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวสู่สาธารณชนซึ่งจะส่งผลทำให้เป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายและกลายเป็นสมบัติทางวัฒนธรรมของชาตินั้น รวมถึงอาจส่งผลทำให้เกิดการพัฒนาทางด้านวัฒนธรรมอีกด้วย

4) เหตุผลทางด้านสังคม (Social Argument) กล่าวคือ เมื่อได้ทำการนำเอางานอันมีลิขสิทธิ์ที่สร้างสรรค์ขึ้นนั้นเผยแพร่ออกสู่สาธารณชนและเป็นประการที่ทำให้ประชาชนทั่วไปในสังคมสามารถที่จะเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นได้ รวมถึงสามารถที่จะได้รับประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งอาจส่งผลทำให้เกิดความเชื่อมโยงและหล่อหลอมองค์ความรู้ของประชากรในสังคมทุกฐานะชนชั้น โดยหากประชากรของคนในสังคมส่วนใหญ่มีความรู้ก็จะทำให้เกิดการพัฒนาก้าวหน้าของกระบวนการมีส่วนร่วมของคนในสังคมประสานกลมกลืนกันอย่างเป็นองค์รวมอันหนึ่งอันเดียวกัน

<sup>8</sup> อรรถพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, 26-27.

## 2.2 หลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use)

โดยหลักตามเจตนารมณ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นมิว่าวัตถุประสงค์เป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์ในการที่จะได้รับการตอบแทนจากการคิดสร้างสรรค์ ความวิริยะ อุตสาหะ ทักษะสติปัญญา ความพากเพียรในการสร้างสรรค์ผลงาน เพื่อเป็นแรงจูงใจและกระตุ้นให้ผู้สร้างสรรค์ทำการสร้างสรรค์ผลงานชิ้นใหม่ ๆ ขึ้น จึงได้มีการให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ในการแสวงหาประโยชน์จากงานที่ตนนั้นสร้างสรรค์ ไม่ว่าจะเป็ลิขสิทธิ์ในการทำซ้ำหรือดัดแปลง การเผยแพร่ต่อสาธารณชน ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนา งาน รวมถึงการให้สิทธิแก่ผู้อื่นในการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์หรือการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้งานลิขสิทธิ์ เป็นต้น ซึ่งหากบุคคลใดกระทำการใช้สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์<sup>9</sup>

อย่างไรก็ตาม จุดมุ่งหมายที่สำคัญอีกประการหนึ่งของกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น คือ การที่ให้สังคมได้สามารถเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ที่สร้างสรรค์ขึ้น เพื่อเป็นการเผยแพร่องค์ความรู้ก่อให้เกิดการพัฒนาก้าวหน้าและต่อยอดทางความคิดในการสร้างสรรค์ผลงานต่อไป การให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์จึงต้องเป็นไปโดยมีขอบเขตในการให้ความคุ้มครองที่เหมาะสม มีความสมดุล (Need to Balance) ระหว่างสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์และประโยชน์สาธารณะของสังคมส่วนรวม โดยหากมีการให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์มากเกินไป เกินสมควรย่อมส่งผลทำให้เกิดสิทธิผูกขาด (Monopoly Right) ในงานอันมีลิขสิทธิ์มากเกินไป ซึ่งอาจส่งผลทำให้ผลประโยชน์ของสาธารณะ (Public Interest) ลดน้อยลง และประชาชนในสังคมอาจที่จะไม่มีสิทธิได้ใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจนกว่าอายุของลิขสิทธิ์จะสิ้นสุดลง รวมถึงอาจเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดการกีดกันใน การพัฒนาและความก้าวหน้าของการสร้างสรรค์งานทรัพย์สินทางปัญญาต่อไป<sup>10</sup>

ด้วยเหตุนี้ การสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์กับประโยชน์ของสาธารณะ นั้นถือได้ว่าเป็นมีความสำคัญต่อการคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณะอย่างมาก กฎหมายลิขสิทธิ์จึงได้มีการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในเรื่อง การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ขึ้น เพื่อเป็นการรักษาดุลยภาพในระบบของกฎหมายลิขสิทธิ์และเป็นการลดทอนสิทธิ แต่เพียงผู้เดียวของ

<sup>9</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2560), 106.

<sup>10</sup> จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ และภูมินทร์ บุตรอินทร์, คำอธิบายกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, (กรุงเทพฯ: เดือนตุลา, 2564), 196, 285-286.

เจ้าของลิขสิทธิ์ (Exclusive Right)<sup>11</sup> เพื่อไม่ให้สาธารณชนได้รับผลกระทบที่เกินสมควรจากการใช้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นสิทธิตามกฎหมายที่มีขอบเขตกว้างและมีระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองที่ยาวนาน ทั้งนี้ กฎหมายระหว่างประเทศได้มีการวางหลักกฎหมาย ในเรื่อง ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมที่สำคัญ 2 ฉบับ ดังต่อไปนี้

### 2.2.1 การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์นวาด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention)

อนึ่ง “อนุสัญญากรุงเบอร์นวาด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม” (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works หรือ Berne Convention) หรือที่เรียกกันว่า “อนุสัญญาเบอร์น” โดยเป็นความตกลงพหุภาคีเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ที่เก่าแก่ที่สุด<sup>12</sup> และเป็นการสร้างมาตรฐานการคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้เป็นมาตรฐานเดียวกันภายใต้หลักการที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เพื่อเป็นบรรทัดฐานให้แก่รัฐภาคีที่เข้าร่วมเป็นสมาชิกนำไปบัญญัติไว้เป็นกฎหมายภายในประเทศ ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นแม่บทของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ได้รับการยอมรับเป็นสากลและมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง โดยเจตนารมณ์ดั้งเดิมของอนุสัญญาเบอร์นนั้น คือ การสร้างกฎเกณฑ์ในการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม (Literary and Artistic Works) ที่เป็นการสร้างสรรค์งานที่เน้นไปด้านความสวยงามและสุนทรีย์ภาพเป็นสำคัญ ซึ่งต่อมาได้ขยายขอบเขตในการให้ความคุ้มครองครอบคลุมไปสู่งานในลักษณะอื่น อาทิ โปรแกรมคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยีคมนาคม เป็นต้น<sup>13</sup>

อนุสัญญากรุงเบอร์นได้ถูกจัดทำขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1886 ที่กรุงเบอร์น ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ โดยได้ทำการปรับปรุงแก้ไขอนุสัญญาอยู่หลายครั้งเรื่อยมา การแก้ไขบทบัญญัติของอนุสัญญาในแต่ละครั้งนั้นได้เป็นไปโดยเพื่อให้เกิดการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ได้อย่างเหมาะสมสอดคล้องกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป อาทิ การยกเลิกหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการจดทะเบียนเพื่อให้ได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ การเปลี่ยนแปลงอายุการคุ้มครอง การขยายการคุ้มครองในงานทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ๆ โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมอนุสัญญากรุงเบอร์น ดังต่อไปนี้<sup>14</sup>

<sup>11</sup> นันทน อินทนนท์, จักรกฤษณ์ ควรวจน์, บัณชुर เศรษฐศิริโรตม์ และกฤติกา จิวาลักษณ์, การคุ้มครองลิขสิทธิ์งานที่เผยแพร่ระบบดิจิทัล: ปัญหาต่อการเรียนการสอนผ่านอินเทอร์เน็ตและปัญหาการเข้าถึงและการใช้ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต (รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์) (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2551), 41-42.

<sup>12</sup> กฤตภาส ตั้งสมบูรณ์, ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2552), 20.

<sup>13</sup> จักรกฤษณ์ ควรวจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2555), 69.

<sup>14</sup> เรื่องเดียวกัน, 68-69.

- 1) ปี ค.ศ. 1886 การแก้ไขในการประชุมที่กรุงปารีส โดยอนุสัญญาฉบับแก้ไขนี้ เรียกว่า “Paris Addition Act and Interpretative Declaration”
- 2) ปี ค.ศ. 1908 การแก้ไขในการประชุมที่กรุงเบอร์ลิน โดยอนุสัญญาฉบับแก้ไขนี้ เรียกว่า “Berlin Act”
- 3) ปี ค.ศ. 1914 การแก้ไขในการประชุมที่กรุงเบอร์ลิน โดยอนุสัญญาฉบับแก้ไขนี้ เรียกว่า “Berne Additional Protocol”
- 4) ปี ค.ศ. 1928 การแก้ไขในการประชุมที่กรุงโรม โดยอนุสัญญาฉบับแก้ไขนี้ เรียกว่า “Rome Act”
- 5) ปี ค.ศ. 1948 การแก้ไขในการประชุมที่กรุงบรัสเซลส์ โดยอนุสัญญาฉบับแก้ไขนี้ เรียกว่า “Brussels Act”
- 6) ปี ค.ศ. 1967 การแก้ไขในการประชุมที่กรุงสตอกโฮล์ม โดยอนุสัญญาฉบับแก้ไขนี้ เรียกว่า “Stockholm Act”
- 7) ปี ค.ศ. 1971 การแก้ไขในการประชุมที่กรุงปารีส โดยอนุสัญญาฉบับแก้ไขนี้ เรียกว่า “Paris Act”

สำหรับประเทศไทยนั้นได้เข้าร่วมภาคีอนุสัญญาในความตกลงระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน ในปี พ.ศ. 2474 ซึ่งเป็นการให้การยอมรับผูกพันตนตามอนุสัญญากรุงเบอร์ลินหรือที่เรียกว่า “Berlin Act 1908” และต่อมาในปี พ.ศ. 2538 ประเทศไทยได้ทำการแสดงเจตนาขอเปลี่ยนแปลงพันธกรณี เป็นไปตามพันธกรณีตามข้อ 1 ถึง ข้อ 21 ของอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ฉบับกรุงปารีส ค.ศ. 1908 (Paris Act 1908)

อนุสัญญากรุงเบอร์ลินได้ทำให้เกิดหลักเกณฑ์มาตรฐานของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ระหว่างประเทศ ซึ่งได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการและเป็นการสร้างบรรทัดฐานให้รัฐภาคีนำไป บัญญัติใช้บังคับเป็นกฎหมายภายใน โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะทำให้ประเทศภาคีสมาชิกของอนุสัญญามาตรฐานในการกำหนดมาตรการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้หลักการที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน<sup>15</sup> อาทิ หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หลักการกำหนดสิทธิขั้นต่ำ หลักดินแดน หลักการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ โดยได้มีการยกเลิกหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการจดทะเบียนเพื่อให้ได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ ฯลฯ เป็นต้น

นอกจากนี้ อนุสัญญากรุงเบอร์ลินได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับข้อจำกัดและข้อยกเว้นสิทธิของ เจ้าของลิขสิทธิ์ไว้หลายประการ ซึ่งทำให้การกระทำดังกล่าวไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยอาจทำการพิจารณาสาระสำคัญได้ดังนี้

<sup>15</sup> เรื่องเดียวกัน, 69-70.

1) ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามข้อ 9(2) ของอนุสัญญากรุงเบอร์น<sup>16</sup> กล่าวคือ โดยหลักตามอนุสัญญาเบอร์นข้อ 9(1) ได้กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมและงานศิลปกรรมย่อมมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น ในการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่หากเป็นกรณีที่เป็นไปตามเงื่อนไขข้อ 9(2) ของอนุสัญญานี้ซึ่งได้อนุญาตให้ประเทศภาคีสามารถกำหนดข้อยกเว้นของการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ภายในได้เงื่อนไข 3 ประการ หรือที่เรียกว่าหลัก “Three-step Test”<sup>17</sup> อันได้แก่

1.1) เงื่อนไขข้อแรก: ประเทศภาคีสมาชิกต้องกำหนดข้อยกเว้นนั้นไว้เป็นการเฉพาะ

1.2) เงื่อนไขข้อที่สอง: การใช้ประโยชน์นั้นต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์

1.3) เงื่อนไขสุดท้าย: การกระทำดังกล่าวต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร

จากบทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว ประเทศภาคีสมาชิกของอนุสัญญาเบอร์นนั้นสามารถที่จะนำเงื่อนไขของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในประเทศของตน โดยกำหนดข้อพิจารณาได้เองว่าสาธารณชนจะมีสิทธิในการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ได้มากน้อยเพียงใด จึงจะถือได้ว่าการกระทำนั้นไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

2) ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามข้อ 10(1) และข้อ 10(3) ของอนุสัญญากรุงเบอร์นในการใช้งานลิขสิทธิ์อย่างเป็นธรรมสำหรับการอ้างอิง (Right of Quotation)<sup>18</sup> กล่าวคือ ในการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้มีการแพร่หลายโดยชอบด้วยกฎหมายต่อสาธารณชนย่อมสามารถกระทำได้ แต่การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นต้องเป็นการใช้อย่างเป็นธรรมและต้องทำการอ้างอิงแหล่งที่มาของงานลิขสิทธิ์นั้นซึ่งการอ้างอิงนี้รวมถึงการอ้างอิงจากบทความทางหนังสือพิมพ์และวารสารซึ่งอยู่ในรูปแบบของการสรุปข่าวด้วย โดยการอ้างอิงดังกล่าวต้องไม่เกินวัตถุประสงค์ในการใช้งานที่อ้างอิงและการอ้างอิงงานลิขสิทธิ์นั้นจะต้องอ้างอิงถึงแหล่งที่มาและชื่อของผู้สร้างสรรค์ที่ปรากฏอยู่ในตัวงานด้วยเสมอ เพื่อให้เป็นการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์

ทั้งนี้ หากผู้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของข้อกำหนดในการอ้างอิงตามอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว ย่อมสามารถที่จะนำงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้ประโยชน์ได้

<sup>16</sup> Article 9, Berne Convention.

<sup>17</sup> นันทน อินทนนท์ และคณะ, การคุ้มครองลิขสิทธิ์งานที่เผยแพร่ระบบดิจิทัล: ปัญหาต่อการเรียนการสอนผ่านอินเทอร์เน็ตและปัญหาการเข้าถึงและการใช้ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต (รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์), 45.

<sup>18</sup> Article 10 (1)(3), Berne Convention.

โดยไม่จำเป็นต้องขออนุญาตเจ้าของลิขสิทธิ์ก่อน ซึ่งเงื่อนไขของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในข้อนี้ย่อมมีผลทำให้เกิดการเผยแพร่องค์ความรู้ได้ง่าย รวดเร็วและเป็นวงกว้าง รวมถึงมีส่วนที่จะทำให้เกิดการพัฒนาสร้างองค์ความรู้ใหม่

3) ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามข้อ 10(2) ของอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ในการใช้งานลิขสิทธิ์อย่างเป็นธรรมสำหรับวัตถุประสงค์ในการเรียนการสอน (Use for Teaching Purposes)<sup>19</sup> กล่าวคือ เป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อให้เกิดการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ ไม่ว่าจะโดยการอธิบายในสื่อสิ่งพิมพ์ การกระจายเสียงหรือภาพ หรือสิ่งบันทึกเสียงหรือภาพ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการเรียนการสอนย่อมสามารถกระทำได้ โดยไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ทั้งนี้ การใช้งานลิขสิทธิ์ดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้หลักการใช้งานอย่างเป็นธรรมและต้องทำการอ้างอิงถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ของงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นด้วย

4) ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามข้อ 10 ทวิ (1)(2) ของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์อย่างเป็นธรรมเพื่อประโยชน์ในการสื่อสารมวลชน (Exception for Benefit of the Media) หรือเพื่อประโยชน์ในการรายงานข่าว (Reporting Current Event)<sup>20</sup> กล่าวคือ เป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อให้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์สำหรับการนำเสนอข่าว รายงานเหตุการณ์ หรือเพื่อทำการตีพิมพ์วิจารณ์ ไม่ว่าจะโดยการพิมพ์ การแพร่เสียงแพร่ภาพหรือวิธีอื่นในการสื่อสารผ่านทางสื่อ โดยต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขให้ทราบถึงแหล่งอ้างอิง ที่มา หรือความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ของงานอันมีลิขสิทธิ์

## 2.2.2 การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ภายใต้ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs Agreement)

อนึ่ง “ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า” (Agreement on Trade Related Aspect of Intellectual Property Rights หรือ TRIPs Agreement) หรือที่เรียกกันว่า “ความตกลงทริปส์” เป็นความตกลงที่เกิดจากการเจรจาการค้าพหุภาคีในกรอบการประชุมที่ประเทศอูรุกวัยของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (The General Agreement on Tariffs and Trade หรือ GATT) หรือที่เรียกกันว่า “แกตต์” โดยความตกลงทริปส์นั้นถือเป็นความตกลงระหว่างประเทศฉบับแรกที่เป็นกำหนดหลักเกณฑ์และมาตรฐานของการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ครอบคลุมในทุกประเภท<sup>21</sup> ไม่ว่าจะเป็ลิขสิทธิ์สิทธิข้างเคียง สิทธิบัตร

<sup>19</sup> Article 10(2), Berne Convention.

<sup>20</sup> Article 10bis (1)(2), Berne Convention.

<sup>21</sup> จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า,



เครื่องหมายการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์และการออกแบบผังวงจรรวม เพื่อให้รัฐภาคีสมาชิกทำการอนุรักษ์การบัญญัติไว้ในกฎหมายภายใน ประเทศนั้น ๆ

การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานั้นถือเป็นประเด็นหัวข้อที่มีความสำคัญอย่างมากในการเจรจาอบูรูกวัย เนื่องจากประเทศที่พัฒนาแล้วได้สังเกตเห็นว่า ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นปัจจัยที่มีความสำคัญในทางเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมของประเทศในการแข่งขันทางการค้าของตลาดการค้าโลก แต่ขณะเดียวกันก็ประสบปัญหาในเรื่องการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาที่เกิดขึ้นอย่างแพร่หลาย เนื่องจากประเทศที่กำลังพัฒนาได้ทำการฉกฉวยนำเอาทรัพย์สินทางปัญญาและเทคโนโลยีทางวิทยาศาสตร์ของประเทศที่พัฒนาแล้วนำไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต และในทางเศรษฐศาสตร์นั้นย่อมอาจส่งผลกระทบต่อเรื่องต้นทุนราคาของสินค้า เหตุเพราะผู้ที่ทำการลอกเลียนแบบย่อมไม่มีต้นทุนในการคิดค้นพัฒนาในผลิตผลทางทรัพย์สินทางปัญญาขึ้น ซึ่งอาจนำไปสู่ปัญหาเศรษฐกิจเชิงมหภาคและเป็นการขัดขวางต่อเสรีทางการค้าระหว่างประเทศ จึงทำให้ประเทศที่พัฒนาแล้วใคร่สนใจและตระหนักถึงประเด็นปัญหาดังกล่าว ซึ่งนำไปสู่การผลักดันให้เกิดการเจรจาจัดทำความตกลงว่า ด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าหรือความตกลงทริปส์ โดยเป็นการผสมผสานหลักการพื้นฐานของแกตต์ ไม่ว่าจะเป็นหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment Principle) หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored-Nation Treatment Principle) หลักต่างตอบแทน (Reciprocity Principle) กลไกระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Mechanism) เข้าด้วยกันกับหลักการสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ อาทิ อนุสัญญากรุงปารีส อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน ฯลฯ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard) ในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในทุกประเภท โดยรัฐภาคีจะพึงปฏิบัติในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในระดับที่ต่ำกว่าบทบัญญัติของความตกลงทริปส์ไม่ได้ แต่อาจให้ความคุ้มครองในระดับที่สูงกว่าภายใต้เงื่อนไขที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักการในความตกลงทริปส์ได้และเป็นการวางบรรทัดฐานเกี่ยวกับขอบเขตของสิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญาในการบังคับใช้กฎหมาย รวมถึงการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีไว้ด้วย

นอกจากนี้ ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าหรือ TRIPs นั้นได้มีการวางหลักเกณฑ์ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือการจำกัดการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ (Limitations and Exception) ในเรื่อง การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมไว้ด้วยตาม Agreement on Trade Related Aspect of Intellectual Property Rights, Article 13 “Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably

prejudice the legitimate interests of the right holder.”<sup>22</sup> ซึ่งหมายความว่า “บรรดาสมาชิก จะกำหนดข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นสิทธิแต่ผู้เดียวได้แต่เฉพาะกรณีพิเศษบางกรณีเท่านั้น ซึ่งต้องไม่ ขัดแย้งกับการแสวงหาประโยชน์โดยปกติของงานและไม่ทำให้เสื่อมเสียอย่างไม่มีเหตุผลต่อประโยชน์ อันชอบธรรมของผู้ทรงสิทธิ์”<sup>23</sup> โดยจากบทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ว่าสาระสำคัญของบทบัญญัตินั้น ไม่ได้มีความแตกต่างไปจากหลักการในอนุสัญญากรุงเบอร์นเท่าใดนัก ซึ่งความแตกต่างประการสำคัญ คือ ความตกลงทริปส์ได้กำหนดหลักเกณฑ์ของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้อย่างกว้างในประการที่ สามารถใช้บังคับแก่สิทธิได้ทุกประเภทของเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยไม่จำกัดประเภทหรือลักษณะของการ กระทำที่ได้รับการยกเว้นอันถือได้ว่าสิทธิของสาธารณชนในการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น เป็นเพียงข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นของการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น ซึ่งในส่วนของ อนุสัญญากรุงเบอร์นนั้นจะเป็นการจำกัดเฉพาะสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการทำซ้ำเป็นหลักอันถือ เป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ดังที่ได้ปรากฏตามข้อ 9 ของอนุสัญญากรุงเบอร์น แต่ทั้งนี้ความ ตกลงทริปส์และอนุสัญญาเบอร์นนันต่างก็อยู่ภายใต้เงื่อนไขข้อยกเว้นในการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ต้องไม่ เป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และต้องไม่ กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรด้วยเช่นเดียวกัน<sup>24</sup>

### 2.3 สนธิสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Copyright Treaty 1996 หรือ WCT)

สนธิสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Copyright Treaty 1996 หรือ WCT) หรือที่เรียกว่า “สนธิสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์” จัดทำขึ้นเมื่อวันที่ 20 ธันวาคม พ.ศ. 2539 ณ นครเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ โดยมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 6 มีนาคม พ.ศ. 2545 มีประเทศภาคีสมาชิกจำนวน 98 ประเทศ อาทิ สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ออสเตรเลีย จีน ญี่ปุ่น สิงคโปร์ อินเดีย เป็นต้น (ข้อมูล ณ วันที่ 30 พฤศจิกายน พ.ศ. 2561) ซึ่งสนธิสัญญาดังกล่าว ถือเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่อยู่ภายใต้การบริหารจัดการขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก

<sup>22</sup> Article 13, TRIPs.

<sup>23</sup> อีรวินทร์ แสงไชย, ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์เกี่ยวกับการนำงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทดนตรีกรรมและ สิ่งบันทึกเสียงมาดัดแปลงโดยวิธีการ Remix (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิต พัฒนบริหารศาสตร์, 2562), 66-67.

<sup>24</sup> นันทน อินทนนท์ และคณะ, การคุ้มครองลิขสิทธิ์งานที่เผยแพร่ระบบดิจิทัล: ปัญหาต่อการเรียนการสอนผ่านอินเทอร์เน็ตและปัญหาการเข้าถึงและการใช้ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต (รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์), 45.



(World Intellectual Property Organization หรือ WIPO)<sup>25</sup> ซึ่งเป็นทบวงการชำนัญพิเศษขององค์การสหประชาชาติที่จะดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา<sup>26</sup> ซึ่งโดยทั่วไปจะกระทำโดยอาศัยกฎเกณฑ์และบรรทัดฐานที่กำหนดขึ้น โดยความตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ อาทิ อนุสัญญากรุงเบอร์ลินว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) อนุสัญญากรุงโรมเพื่อการคุ้มครองนักแสดงผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียงและองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ (Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations) เป็นต้น

อนึ่ง องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกและประเทศภาคีสมาชิกของสนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ (WCT) นั้นได้เล็งเห็นว่าสนธิสัญญาดังกล่าวควรที่จะต้องมีการสร้างกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศให้สอดคล้องกับสภาพของสังคม เศรษฐกิจและวัฒนธรรมในปัจจุบัน โดยได้ตระหนักถึงผลกระทบอันเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัล เนื่องจากความก้าวหน้าและการพัฒนาที่รวดเร็วของเทคโนโลยี ซึ่งส่งผลทำให้ผู้คนสามารถเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ได้อย่างง่ายขึ้น โดยการเชื่อมโยงเครือข่ายอินเทอร์เน็ตผ่านระบบของคอมพิวเตอร์ที่มีนั้นทำให้เกิดช่องทางในการเผยแพร่งานอันมีลิขสิทธิ์สู่สาธารณชนได้อย่างรวดเร็วและมีเสรี แต่ในขณะเดียวกันก็ส่งผลทำให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ที่เพิ่มขึ้น เนื่องจากผู้คนสามารถทำการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์และเผยแพร่ข้อมูลงานดังกล่าวผ่านช่องทางต่าง ๆ ของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางได้อย่างไม่จำกัดพื้นที่และเวลา ประเทศภาคีสมาชิกของสนธิสัญญาจึงได้ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรูปแบบมาตรการในการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ให้สอดคล้องกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น<sup>27</sup> โดยมีการเพิ่มระดับความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ให้มากขึ้นกว่าที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน กล่าวคือ มีการกำหนดขอบเขตการบังคับใช้ของกฎเกณฑ์ตามอนุสัญญาเดิมให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยทำการยกระดับการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัลมีการสร้างกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศใหม่ ๆ และมีการเพิ่มเติมมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อบังคับใช้ในกรณีที่มีการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

<sup>25</sup> สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, **สรุปการเข้าเป็นภาคีสถิติสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Copyright Treaty: WCT)** [Online], 24 พฤศจิกายน 2561. แหล่งที่มา [https://www.senate.go.th/document/mSubject/Ext84/84179\\_0001.PDF](https://www.senate.go.th/document/mSubject/Ext84/84179_0001.PDF).

<sup>26</sup> กองนโยบายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, **องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO)** [Online], 23 กุมภาพันธ์ 2555. แหล่งที่มา [https://business.mfa.go.th/th/content/16262-องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก\(-wipo-\)?cate=5d73a21d15e39c36a8006c2d](https://business.mfa.go.th/th/content/16262-องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก(-wipo-)?cate=5d73a21d15e39c36a8006c2d).

<sup>27</sup> สืบสิริ ทวีผล และพลอยนภา จุลกสิกร, “มาตรการต่อต้านการละเมิดลิขสิทธิ์ออนไลน์ในประเทศไทย: อดีตรปัจจุบัน และอนาคต”, **วารสารนิติศาสตร์** 11, 2(กรกฎาคม-ธันวาคม 2563): 99-100.

ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์ใช้ในการปกป้องสิทธิของตน รวมถึงมีการเพิ่มบทบัญญัติในเรื่องข้อมูลการบริหาร สิทธิ เพื่อให้เกิดการเยียวยาทางกฎหมายที่เหมาะสมและทำให้เกิดกระบวนการคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะสามารถรักษาไว้ซึ่งความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้สร้างสรรค์กับผลประโยชน์ของสาธารณชน<sup>28</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านการศึกษา วิจัย และการเข้าถึงข้อมูล ข่าวสาร ซึ่งจากสนธิสัญญาดังกล่าวสามารถสรุปเป็นสาระสำคัญ ได้ดังนี้<sup>29</sup>

- 1) การกำหนดสิทธิให้แก่ผู้สร้างสรรค์ที่จะมีสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวในการที่จะนำงาน ลิขสิทธิ์ออกเผยแพร่ต่อสาธารณชน ซึ่งรวมถึงการเผยแพร่งานลิขสิทธิ์บนสื่ออินเทอร์เน็ต
- 2) การกำหนดมาตรฐานทางกฎหมายสำหรับการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี และการแก้ไขปัญหาคopyright infringement มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพเพียงพอ
- 3) การกำหนดให้มีอายุการคุ้มครองงานภาพถ่ายตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์ และต่อไปอีก 50 ปี นับแต่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย

ในปัจจุบันประเทศไทยนั้นอยู่ช่วงระหว่างการขอเข้าเป็นภาคีสมาชิกสนธิสัญญาว่าด้วยการ คุ้มครองลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WCT) ซึ่งกระทรวงพาณิชย์ โดยกรมทรัพย์สิน ทางปัญญา จึงได้มีการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เพื่อให้สอดคล้อง และรองรับกับการเข้าเป็นภาคีสถิติสนธิสัญญาดังกล่าว และเป็นการแก้ไขปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการ บังคับใช้บทบัญญัติในเรื่องความรับผิดของผู้ให้บริการ (Internet Services Provider หรือ ISP) โดยทำการปรับปรุงบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการเพื่อให้การบังคับใช้ กฎหมายมีประสิทธิภาพมากขึ้น รวมถึงเป็นการยกระดับการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัลให้มี ประสิทธิภาพเทียบเท่ามาตรฐานของสากล<sup>30</sup> ซึ่งในขณะนี้ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขได้ดำเนินการเสร็จและทำการประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาแล้ว โดยจะมีผลบังคับใช้ในวันที่ 23 สิงหาคม พ.ศ. 2565<sup>31</sup>

<sup>28</sup> อรรถพรหม พันธุ์พัฒนา, “บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์”, วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 10, (พฤศจิกายน 2550): 42.

<sup>29</sup> สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, **สรุปการเข้าเป็นภาคีสถิติสนธิสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สิน ทางปัญญาโลก (WIPO Copyright Treaty: WCT)** [Online], 24 พฤศจิกายน 2561. แหล่งที่มา [https://www.senate.go.th/document/mSubject/Ext84/84179\\_0001.PDF](https://www.senate.go.th/document/mSubject/Ext84/84179_0001.PDF).

<sup>30</sup> จากหลักการและเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.

<sup>31</sup> “กฎหมายลิขสิทธิ์แก้ไขใหม่มีผล 23 ส.ค.นี้ ถอดงานละเมิดจากเน็ต”, **ไทยรัฐออนไลน์** [Online], 26 กุมภาพันธ์ 2565. แหล่งที่มา <https://www.thairath.co.th/news/tech/1757873>.

ทั้งนี้ การแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 และการขอเข้าเป็นภาคีสมาชิก สนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกนั้นถือเป็นอีกหนึ่งปัจจัย ที่เสริมสร้างความเข้มแข็งและการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประเทศได้อย่างยั่งยืน ซึ่งสอดคล้อง กับยุทธศาสตร์ชาติ ปี พ.ศ. 2561 ถึง พ.ศ. 2580 ด้านการสร้างความสามารถในการแข่งขันและ แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ โดยหากประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกสนธิสัญญา ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกนั้นย่อมจะส่งผลประโยชน์ต่อประเทศไทยหลายประการ ไม่ว่าจะเป็น การส่งเสริมให้เกิดการสร้างสรรคผลงานลิขสิทธิ์ใหม่ ๆ เป็นการยกระดับการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ ในยุคดิจิทัลให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากล ซึ่งทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับประโยชน์ในการคุ้มครอง ลิขสิทธิ์อย่างสูงสุดและเป็นการส่งเสริมความร่วมมือในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศอันจะ ช่วยผลักดันให้ระบบการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของประเทศไทยพัฒนายิ่งขึ้นรวมถึงเป็นการส่งเสริมพาณิชย์ อิเล็กทรอนิกส์และการค้าที่เป็นธรรม โดยป้องกันไม่ให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์บนสื่ออินเทอร์เน็ตและ รวมถึงเป็นการช่วยดึงดูดให้นักลงทุนต่างประเทศมาลงทุนในประเทศไทยมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในอุตสาหกรรมดิจิทัลคอนเทนต์ อาทิ อุตสาหกรรมภาพยนตร์ เพลง หรือเกมส์ เป็นต้น<sup>32</sup>

#### 2.4 มาตรการทางเทคโนโลยีในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของสหภาพยุโรป (EU Directive 2001/29/EC)

สหภาพยุโรปได้มีการออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองลิขสิทธิ์และสิทธิ ข้างเคียงทางเทคโนโลยี โดยเป็นแนวทางให้แก่กลุ่มประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรปสำหรับการนำไป บัญญัติเป็นกฎหมายภายในประเทศของตน เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับบทบัญญัติของสนธิสัญญา อินเทอร์เน็ต จึงได้มีการออกกฎหมาย “The Directive 2001/29/EC Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the Harmonization of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society” หรือที่เรียกว่า “The Directive 2001/29/EC” โดยได้รับการรับรองจากสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม ค.ศ. 2001<sup>33</sup> ซึ่งมีวัตถุประสงค์เป็นการสร้างบทบัญญัติของกฎหมายในการให้ความคุ้มครองที่เกี่ยวกับลิขสิทธิ์และ สิทธิข้างเคียงอย่างเป็นทางการอันหนึ่งอันเดียวกันในสหภาพยุโรป โดย EU Directive 2001/29/EC ได้มีการ อนุวัติการนำบทบัญญัติในเรื่อง การทำซ้ำชั่วคราว การเผยแพร่งานต่อสาธารณชน การคุ้มครองข้อมูล บริหารสิทธิ และการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี ซึ่งได้บัญญัติกฎหมายไว้ในสนธิสัญญาของ

<sup>32</sup> สำนักงานเลขาธิการวูมิสกา, **สรุปการเข้าเป็นภาคีสถิติสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Copyright Treaty: WCT).**

<sup>33</sup> อรรถพรธ พนัสพัฒนา, “บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์”, 55.

องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกทั้ง 2 ฉบับ อันได้แก่ สนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ (WCT) และสนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของนักแสดงและสิ่งบันเทิงเสียง (WPPT) โดยได้มีการกำหนด บทบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมในเรื่องอันเกี่ยวกับการห้ามทำลายหรือหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ที่ควบคุมการเข้าถึง (Access Control) การควบคุมการทำซ้ำ (Copy Control) รวมถึงขยายขอบเขต ของหลักเกณฑ์การคุ้มครองลิขสิทธิ์ในส่วนของการห้ามค้าขาย การบริการที่เกี่ยวข้องกับเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ใช้สำหรับการกระทำความผิดอันเป็นหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีอีกด้วย<sup>34</sup>

ทั้งนี้ สาระสำคัญของหลักเกณฑ์การคุ้มครองที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงของ EU Directive 2001/29/EC สามารถพิจารณาได้ดังนี้

#### 1) การหลีกเลี่ยงต่อมาตรการทางเทคโนโลยี

โดยหลักตาม EU Directive 2001/29/EC Article 6(1)<sup>35</sup> ได้มีการวางหลัก กฎหมายไว้ว่า “ประเทศสมาชิกต้องจัดให้มีการคุ้มครองทางกฎหมายที่เหมาะสมและเพียงพอ ในกรณี ที่มีการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งผู้กระทำการหลีกเลี่ยงรู้หรือมีเหตุอัน ควรรู้ว่าตนทำการเพื่อวัตถุประสงค์นั้นอยู่”

และตาม EU Directive 2001/29/EC Article 6(3)<sup>36</sup> ได้วางหลักกฎหมายไว้ว่า “มาตรการทางเทคโนโลยี หมายถึง เทคโนโลยี อุปกรณ์เครื่องมือ หรือส่วนประกอบใด ๆ ที่ตามปกติ ของการทำงานถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันหรือจำกัดการกระทำต่องานลิขสิทธิ์หรือสิทธิอื่นใด โดยมีได้รับ อนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ที่ได้มีขึ้นโดยกฎหมายหรือสิทธิตาม กฎหมายที่ได้ตราขึ้นโดยเฉพาะ และจะถือว่ามาตรการทางเทคโนโลยีเช่นว่านั้นมีประสิทธิภาพ

<sup>34</sup> กฤตภาส ตั้งสมบูรณ์, ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี, 112.

<sup>35</sup> 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.”

<sup>36</sup> 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 authorised by the rightholder 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 rightholders 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.”

หากเป็นการใช้ลิขสิทธิ์ที่ได้ถูกควบคุมการเข้าถึงโดยเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือโดยเครื่องมือที่ควบคุมการเข้าถึง เช่น การเข้ารหัส หรือการแปรรูปงาน หรือมาตรการควบคุมการทำสำเนาที่ใช้กับสิ่งที่ได้รับความความคุ้มครอง”

จากบทบัญญัติของ EU Directive 2001/29/EC ดังกล่าว เห็นได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นมีการกำหนดความหมายของมาตรการทางเทคโนโลยีไว้อย่างกว้าง โดยไม่ได้ทำการแบ่งประเภทของมาตรการที่ได้รับความคุ้มครอง กล่าวคือ เป็นการนิยามความหมายของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ครอบคลุมรวมไปถึงการควบคุมการเข้าถึง (Access Control) มาตรการที่ใช้ในการควบคุมการทำสำเนาด้วย (Copy Control) และหากเป็นกรณีที่ใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อเป็นประกันว่าการเข้าถึงงานหรือการจะใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ถือว่าเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีด้วยเช่นกัน<sup>37</sup>

2) การกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับอุปกรณ์ เครื่องมือที่ใช้ หรืออำนวยความสะดวกในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

โดยหลักตาม EU Directive 2001/29/EC Article 6 (2)<sup>38</sup> ได้วางหลักกฎหมายไว้ว่า “ประเทศสมาชิกต้องจัดให้มีการคุ้มครองทางกฎหมายที่เหมาะสมและเพียงพอเกี่ยวกับการผลิตนำเข้า จำหน่าย ขาย ให้เช่า โฆษณาเพื่อขาย หรือให้เช่าหรือครอบครองเพื่อประโยชน์ในทางพาณิชย์ ซึ่งเครื่องมือ ผลิตภัณฑ์ หรือส่วนประกอบตลอดจนการให้บริการที่เกี่ยวข้องในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีอันเป็นการ

(a) ใช้ส่งเสริม โฆษณา หรือทำการตลาด เพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ หรือ

(b) มีวัตถุประสงค์สำคัญในทางการพาณิชย์ เพื่อใช้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ

<sup>37</sup> กฤตภาส ตั้งสมบูรณ์, ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี, 113-115.

<sup>38</sup> Article 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:

(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 measures.”

(c) ถูกออกแบบ ผลิต ดัดแปลง หรือทำขึ้น เพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้ หรืออำนวยความสะดวกในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ”

จากบทบัญญัติดังกล่าว เห็นได้ว่าของ EU Directive 2001/29/EC ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ของมาตรการในการคุ้มครองการหลีกเลี่ยงที่กว้าง ซึ่งได้มีการบัญญัติความรับผิดในส่วนของการผลิตเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ หรือบริการในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีไว้ด้วย โดยอาจไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นการกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรงก็มีความผิดตามกฎหมายเช่นกัน

### 3) ข้อยกเว้นความรับผิด

โดยหลักตาม Article 6 (4) ของ EU Directive 2001/29/EC นั้นได้มีการวางหลักเกณฑ์ให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถที่จะกำหนดข้อจำกัดและข้อยกเว้นความรับผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้โดยความสมัครใจ และหากเป็นกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ยังไม่ได้ดำเนินการจัดให้มีมาตรการทางเทคโนโลยีที่เหมาะสมในระยะเวลาอันสมควรประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปนั้นก็จะต้องจัดให้มีมาตรการเพื่อเป็นหลักประกันให้เจ้าของลิขสิทธิ์ดำเนินการให้ผู้ได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดของกฎหมายนั้นด้วย<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Article 6(4), EU Directive 2001/29/EC.



แต่ทั้งนี้ EU Directive 2001/29/EC Article 5(2)<sup>40</sup> และ Article 5(3)<sup>41</sup> นั้นก็ได้มีการกำหนดมาตรการขั้นต่ำ ซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่ใช้ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ยังไม่ได้ทำการจัดให้มี

---

<sup>40</sup> Article 5(2), EU Directive 2001/29/EC “Member States may provide for exceptions or limitations to the reproduction right provided for in Article 2 in the following cases:

(a) in respect of reproductions on paper or any similar medium, effected by the use of any kind of photographic technique or by some other process having similar effects, with the exception of sheet music, provided that the rightsholders receive fair compensation;

(b) in respect of reproductions on any medium made by a natural person for private use and for ends that are neither directly nor indirectly commercial, on condition that the rightsholders receive fair compensation which takes account of the application or nonapplication of technological measures referred to in Article 6 to the work or subject-matter concerned;

(c) in respect of specific acts of reproduction made by publicly accessible libraries, educational establishments or museums, or by archives, which are not for direct or indirect economic or commercial advantage, without prejudice to the exceptions and limitations provided for in Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council (1)

(d) in respect of ephemeral recordings of works made by broadcasting organizations by means of their own facilities and for their own broadcasts; the preservation of these recordings in official archives may, on the grounds of their exceptional documentary character, be permitted;

(e) in respect of reproductions of broadcasts made by social institutions pursuing non-commercial purposes, such as hospitals or prisons, on condition that the rightsholders receive fair compensation.”

<sup>41</sup> Article 5(3), EU Directive 2001/29/EC “Member States may provide for exceptions or limitations to the rights provided for in Articles 2 and 3 in the following cases:

(a) use for the sole purpose of illustration for teaching or scientific research, as long as the source, including the author's name, is indicated, unless this turns out to be impossible and to the extent justified by the non-commercial purpose to be achieved, without prejudice to the exceptions and limitations provided for in Directive (EU) 2019/790;

(b) uses, for the benefit of people with a disability, which are directly related to the disability and of a non-commercial nature, to the extent required by the specific disability, without prejudice to the obligations of Member States under Directive (EU) 2017/1564 of the European Parliament and of the Council (2) ;

(c) reproduction by the press, communication to the public or making available of published articles on current economic, political or religious topics or of broadcast works or

---

other subject-matter of the same character, in cases where such use is not expressly reserved, and as long as the source, including the author's name, is indicated, or use of works or other subject-matter in connection with the reporting of current events, to the extent justified by the informatory purpose and as long as the source, including the author's name, is indicated, unless this turns out to be impossible;

(d) quotations for purposes such as criticism or review, provided that they relate to a work or other subject-matter which has already been lawfully made available to the public, that, unless this turns out to be impossible, the source, including the author's name, is indicated, and that their use is in accordance with fair practice, and to the extent required by the specific purpose;

(e) use for the purposes of public security or to ensure the proper performance or reporting of administrative, parliamentary or judicial proceedings;

(f) use of political speeches as well as extracts of public lectures or similar works or subject-matter to the extent justified by the informatory purpose and provided that the source, including the author's name, is indicated, except where this turns out to be impossible;

(g) use during religious celebrations or official celebrations organized by a public authority;

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

(i) incidental inclusion of a work or other subject-matter in other material;

(j) use for the purpose of advertising the public exhibition or sale of artistic works, to the extent necessary to promote the event, excluding any other commercial use;

(k) use for the purpose of caricature, parody or pastiche;

(l) use in connection with the demonstration or repair of equipment;

(m) use of an artistic work in the form of a building or a drawing or plan of a building for the purposes of reconstructing the building;

(n) use by communication or making available, for the purpose of research or private study, to individual members of the public by dedicated terminals on the premises of establishments referred to in paragraph 2(c) of works and other subject-matter not subject to purchase or licensing terms which are contained in their collections;

(o) use in certain other cases of minor importance where exceptions or limitations already exist under national law, provided that they only concern analogue uses and do not affect the free circulation of goods and services within the Community, without prejudice to the other exceptions and limitations contained in this Article.



มาตรการทางเทคโนโลยีที่เหมาะสม เพื่อเป็นหลักประกันในการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ 7 ประการ ดังต่อไปนี้<sup>42</sup>

- (1) การทำสำเนาบนกระดาษ หรือ สื่อใด ๆ ที่คล้ายคลึงกัน โดยไม่รวมถึง แผ่นเพลงที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับค่าตอบแทน (Article 5(2)(a))
- (2) การทำซ้ำ โดยเฉพาะที่สร้างขึ้นโดยห้องสมุดสาธารณะ สถานศึกษา พิพิธภัณฑ์ หรือหอจดหมายเหตุ ที่ไม่ได้รับประโยชน์ตอบแทนทั้งทางตรงหรือทางอ้อม (Article 5(2)(c))
- (3) การบันทึกงานที่มีอายุชั่วคราว ซึ่งได้ทำขึ้นโดยองค์กรแพรภาพแพร์เสียง (Article 5(2)(d))
- (4) การทำซ้ำขององค์กรไม่แสวงหาผลกำไร (Article 5(2)(e))
- (5) การใช้เพื่อวัตถุประสงค์ สำหรับการสอน หรือการวิจัย โดยได้รับบุ หล่งที่มาและชื่อผู้แต่ง (Article 5(3)(a))
- (6) การใช้เพื่อประโยชน์ของคนพิการโดยตรง ในลักษณะที่ไม่ใช่เป็นการใช้ ในเชิงพาณิชย์ (Article 5(3)(b))
- (7) การใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการรักษาความปลอดภัยและความมั่นคง ทางสาธารณะ หรือการดำเนินงานของฝ่ายบริหาร รัฐบาล หรือตุลาการ (Article 5(3)(e))

#### 4) ข้อมูลการบริหารสิทธิ

โดยหลักตาม Article 7(2) ของ EU Directive 2001/29/EC<sup>43</sup> นั้นได้มีการวาง หลักเกณฑ์ในเรื่องข้อมูลการบริหารสิทธิไว้ขึ้น โดยคำว่า “ข้อมูลการบริหารสิทธิ” หมายถึง ข้อมูลใด ๆ ที่เจ้าของลิขสิทธิ์ให้ไว้ซึ่งระบุเกี่ยวข้องกับงาน เนื้อหาของการใช้งาน ตัวเลขหรือรหัสที่แสดงถึงข้อมูล ดังกล่าว ซึ่งในการคุ้มครองข้อมูลการบริหารสิทธิในประเทศสมาชิกต้องจัดให้มี

<sup>42</sup> กฤตภาส ตั้งสมบูรณ์, ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี, 120.

<sup>43</sup> Article 7(2), EU Directive 2001/29/EC “For the purposes of this Directive, the expression ‘rights management information’ means any information provided by rightsholders which identifies the work or other subject-matter referred to in this Directive or covered by the sui generis right provided for in Chapter III of Directive 96/9/EC, the author or any other rightsholder, or information about the terms and conditions of use of the work or other subject-matter, and any numbers or codes that represent such information.

The first subparagraph shall apply when any of these items of information is associated with a copy of, or appears in connection with the communication to the public of, a work or other subject matter referred to in this Directive or covered by the *sui generis* right provided for in Chapter III of Directive 96/9/EC.”

การคุ้มครองทางกฎหมายที่เหมาะสมเพียงพอต่อบุคคลซึ่งกระทำการลบ หรือเปลี่ยนแปลงข้อมูล การบริหารสิทธิทางอิเล็กทรอนิกส์ รวมถึงการจำหน่ายซึ่งข้อมูลการบริหารสิทธิ

#### 5) การลงโทษและการเยียวยา

โดยหลักตาม Article 8 ของ EU Directive 2001/29/EC<sup>44</sup> นั้นได้มีการวาง หลักเกณฑ์ไว้ให้ประเทศสมาชิกจะต้องจัดให้มีมาตรการลงโทษและการเยียวยาที่เหมาะสมเพียงพอ ต่อการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้น รวมถึงจะต้องมีการจัดให้มีมาตรการจำเป็นที่จะเป็นหลักประกัน แก่เจ้าลิขสิทธิ์ผู้ซึ่งถูกกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้นจะได้รับค่าสินไหมทดแทน หรือมีคำสั่งห้ามไม่ให้กระทำ ละเมิดต่อไป รวมถึงการยึดอุปกรณ์เครื่องมือ หรือส่วนประกอบอื่นใดที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการ ทางเทคโนโลยีด้วย

ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความสอดคล้องเป็นไปตามข้อกำหนด Article 6(1) ถึง (2) ซึ่งได้วาง หลักเกณฑ์ให้ประเทศภาคีสมาชิกมีภาระผูกพันที่จะต้องจัดให้มีมาตรการคุ้มครองทางกฎหมายที่ เพียงพอและเหมาะสมต่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ โดย EU Directive ได้มีการกำหนดลักษณะขอบเขตการบังคับใช้ของมาตรการคุ้มครองไว้อย่างกว้างและครอบคลุมกับ กรณีการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ซึ่งเป็นดุลพินิจของประเทศภาคีสมาชิกในการจะกำหนด มาตรการคุ้มครองทางกฎหมาย ไม่ว่าจะทางแพ่งหรือทางอาญาในความรับผิดชอบอันเกี่ยวกับการหลีกเลี่ยง มาตรการทางเทคโนโลยี เพื่อให้เกิดการเยียวยาและการลงโทษที่เหมาะสมกับประเทศของตนเอง<sup>45</sup>

<sup>44</sup> Article 8, EU Directive 2001/29/EC.

<sup>45</sup> กฤตภาส ตั้งสมบุญ, ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี, 122.

### บทที่ 3

## กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแจ้งให้ทราบและนำออกอันเกี่ยวกับการใช้งานลิขสิทธิ์ โดยชอบธรรมตามกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ

ในบทนี้ผู้วิจัยทำการศึกษามาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลข้อมูลของผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์ด้วยวิธีการ “การแจ้งให้ทราบและนำออก” (Notice and Takedown) ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ซึ่งทำการศึกษาและพิจารณาตามกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายของต่างประเทศ ดังนี้

### 3.1 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

#### 3.1.1 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558

เดิมในเรื่อง “มาตรการแจ้งให้ทราบและนำออก” (Notice and Takedown) ของประเทศไทยนั้น ได้มีการวางหลักกฎหมายดังกล่าวไว้ในมาตรา 32/3 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 อันเป็นผลมาจากการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 ซึ่งมาตรการแจ้งให้ทราบและนำออกตามบทบัญญัติมาตรา 32/3 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้นมีลักษณะเป็นการบัญญัติมาตรการอย่างกว้างในลักษณะเป็นคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องคดี กล่าวคือ เป็นการกำหนดให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีหลักฐานอันเชื่อได้ว่ามีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของตนในระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์อาจทำการยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นได้<sup>1</sup>

โดยจากบทบัญญัติของกฎหมายได้มีการกำหนดให้ผู้ให้บริการแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ<sup>2</sup> ประเภทแรก ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ตหรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่นผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ และประเภทที่สอง ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น ซึ่งในคำร้องนั้นจะต้องมีรายละเอียดของข้อมูลหลักฐานและคำขอบังคับโดยชัดแจ้ง ได้แก่ ชื่อและที่อยู่ของผู้ให้บริการ งานอันมีลิขสิทธิ์ที่อ้างว่าถูกละเมิดลิขสิทธิ์ งานที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ กระบวนการสืบทราบ วันและเวลาที่พบการกระทำและการกระทำหรือพฤติการณ์ตลอดทั้งหลักฐานเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ รวมถึงการระบุความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และคำขอบังคับให้ผู้ให้บริการนำงานที่ทำขึ้นโดยละเมิด

<sup>1</sup> พิทยา ไชยมหาพฤกษ์, “มาตรการแจ้งเตือนและเอาออก: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของสิงคโปร์”, วารสารวิชาการ 8, 2(มกราคม-มิถุนายน 2561): 33.

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน, 36.

ลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือระงับการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยวิธีอื่นใด<sup>3</sup> และเมื่อศาลได้รับคำร้องแล้วนั้นให้ศาลทำการไต่สวน ซึ่งหากศาลไต่สวนแล้วเห็นว่าคำร้องมีรายละเอียดครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดในมาตรา 32/3 วรรคสาม และมีเหตุจำเป็นที่ศาลสมควรจะมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้องก็ให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการกระทำที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือนำงานที่อ้างว่าได้ทำขึ้น โดยละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์และให้แจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้บริการทราบโดยไม่ชักช้า ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นจะต้องดำเนินคดีต่อผู้กระทำละเมิดภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดตามที่ศาลมีคำสั่งให้ระงับการกระทำที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์<sup>4</sup>

ทั้งนี้ หากผู้ให้บริการนั้นได้กระทำตามคำสั่งของศาลแล้วและผู้ให้บริการมิได้เป็นผู้ควบคุมริเริ่มหรือสั่งการให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นขึ้น ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบเกี่ยวกับการกระทำที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ว่าจะเกิดขึ้นก่อนศาลคำสั่งหรือหลังจากคำสั่งศาลเป็นอันสิ้นสุดแล้ว รวมถึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการตามคำสั่งศาลดังกล่าวด้วย<sup>5</sup>

นอกจากนี้ การแก้ไขตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 นั้นได้มีการเพิ่มบทนิยามตามมาตรา 4 คำว่า “ข้อมูลการบริหารสิทธิ” “มาตรการทางเทคโนโลยี” “การหลบเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี” และมีการเพิ่มเติมในเรื่อง หลักการระงับไปซึ่งสิทธิในลิขสิทธิ์ (Exhaustion of Rights) ตามมาตรา 32/1 กล่าวคือ การจำหน่ายต้นฉบับหรือสำเนาอันมีลิขสิทธิ์โดยผู้ได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในต้นฉบับหรือสำเนาอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบด้วยกฎหมายนั้นมิให้ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ รวมถึงมีการเพิ่มเติมข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อันเกี่ยวกับการกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ในระบบคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 32/2 โดยหากมีการกระทำที่มีลักษณะเป็นการทำซ้ำที่จำเป็นต้องมีสำหรับการนำมาใช้เพื่อให้อุปกรณ์ที่ใช้ในระบบคอมพิวเตอร์หรือกระบวนการส่งงานอันมีลิขสิทธิ์อันมีลิขสิทธิ์ทางระบบคอมพิวเตอร์ทำงานได้ปกติก็มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์อีกด้วย

ทั้งนี้ เหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัตินั้นสืบเนื่องจากได้มีการนำเอาข้อมูลการบริหารสิทธิและมาตรการทางเทคโนโลยีเข้ามามีส่วนช่วยในการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดงด้วย ไม่ว่าจะเป็นการนำข้อมูลที่สามารถบ่งชี้ถึงผู้สร้างสรรค์ นักแสดง เจ้าของลิขสิทธิ์หรือข้อมูลอันเกี่ยวกับระยะเวลาและเงื่อนไขในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ ฯลฯ ซึ่งข้อมูลดังกล่าวนี้จะติดหรือปรากฏอยู่เกี่ยวข้องกับงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิ่งบันทึกเสียงและรวมถึงมีการนำเทคโนโลยีเข้ามาเป็นส่วนในการป้องกันการทำซ้ำหรือควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์<sup>6</sup>

<sup>3</sup> มาตรา 32/3 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558.

<sup>4</sup> มาตรา 32/3 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558.

<sup>5</sup> มาตรา 32/3 วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558.

<sup>6</sup> จากหลักการและเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558.

ด้วยเหตุนี้ กรมทรัพย์สินทางปัญญาจึงเห็นสมควรที่จะกำหนดให้มีกฎหมายที่ให้การคุ้มครองข้อมูลการบริหารสิทธิและมาตรการเทคโนโลยี เพื่อป้องกันการกระทำละเมิดต่อข้อมูลการบริหารสิทธิและมาตรการเทคโนโลยีที่อาจเกิดขึ้นได้ อีกทั้งได้มีการกำหนดข้อยกเว้นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์และสิทธิของนักแสดงที่เพิ่มขึ้น มีการกำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธินักแสดงที่ทำให้สาธารณชนเข้าถึงงานอันละเมิดได้อย่างแพร่หลายต้องจ่ายค่าเสียหายที่เพิ่มขึ้นรวมถึงให้อำนาจศาลในการสั่งริบหรือสั่งทำลายสิ่งที่ใช้ในการกระทำความผิดและสิ่งที่ได้ทำขึ้นหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรอันเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงได้อีกด้วย

### 3.1.2 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565

ในปัจจุบันประเทศไทยได้มีการพัฒนาและแก้ไขกฎหมายพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ให้มีความสอดคล้องทันต่อสภาพปัญหาของการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีและพฤติกรรมของผู้บริโภค จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 โดยเหตุผลในการประกาศพระราชบัญญัติฉบับนี้นั้นนั้นมาจากการที่ประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีสถิติสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Copyright Treaty) ซึ่งเพื่อเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในเรื่องการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีและปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีให้เป็นไปตามข้อตกลงของสนธิสัญญาดังกล่าว รวมถึงการปรับปรุงบทบัญญัติที่เกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการ เพื่อให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายที่มีประสิทธิภาพมากขึ้น<sup>7</sup> โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้<sup>8</sup>

1) ปรับปรุงบทบัญญัติที่เกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการ โดยทำการยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 32/3 เดิม ซึ่งทำการแก้ไขตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 และมีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น โดยนำมาตรการแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) ในลักษณะที่เป็นกระบวนการระหว่างเอกชนด้วยกันเองมาใช้บังคับ โดยไม่ต้องอาศัยอำนาจของศาลในการบังคับใช้ในรูปแบบเดิม

2) ปรับปรุงบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี หรือ Technological Protection Measure (TPM) โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมให้การกระทำที่ทำให้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงนั้นไม่เกิดผล ถือเป็น การละเมิดมาตรการทางเทคโนโลยี มีการ

<sup>7</sup> จากหลักการและเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.

<sup>8</sup> จิตติมา ศรีถาวร, สืบศิริ ทวีผล, อุมาศิริ ทารอน และวรวงศ์ อัจฉรวรงค์ชัย, All New “Notice and Takedown” และบทบัญญัติอื่น ใน พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 (กรุงเทพฯ: สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, 2565).

เพิ่มเติมข้อยกเว้นการละเมิดมาตรการทางเทคโนโลยี รวมถึงมีการกำหนดให้ผู้ให้บริการ ผลิต ขาย หรือแจกจ่ายซึ่งผลิตภัณฑ์หรืออุปกรณ์ที่ทำให้มาตรการทางเทคโนโลยีนั้นไม่เกิดผล หรือ ทำการส่งเสริมการขาย การบริการ ผลิตภัณฑ์หรืออุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดการละเมิด มาตรการทางเทคโนโลยีนั้นถือเป็นการละเมิดมาตรการทางเทคโนโลยีและมีการกำหนดข้อยกเว้น ความผิดสำหรับการกระทำดังกล่าวในบางกรณีไว้ด้วย

3) มีการแก้ไขอายุความในการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทศิลปกรรมใน งานภาพถ่าย กล่าวคือ มีการแก้ไขอายุความคุ้มครองงานภาพถ่ายให้เป็นตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์ และให้มีอยู่ต่อไปอีก 50 ปี นับแต่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย ทั้งนี้ เพื่อให้รองรับกับการเข้าเป็นภาคี สนธิสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Copyright Treaty) เพื่อเป็น มาตรฐานและยกระดับในการให้การคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์

4) ความต่อเนื่องของการดำเนินงานของคณะกรรมการลิขสิทธิ์ กล่าวคือ ให้กรรมการ ผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการลิขสิทธิ์ ซึ่งพ้นจากตำแหน่งตามวาระยังคงปฏิบัติหน้าที่ต่อไป จนกว่าจะมี การแต่งตั้งคณะกรรมการลิขสิทธิ์ชุดใหม่ขึ้น

### 3.1.2.1 เจือนใจของข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการ

ในเรื่อง “ข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการ” หรือ “Safe Harbor”<sup>9</sup> ตาม พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่แก้ไขใหม่นั้นได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้มีความชัดเจน ทันสมัย และสอดคล้องกับบริบทของสภาพสังคมในยุคดิจิทัลมากยิ่งขึ้น โดยได้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมาย ดังกล่าวขึ้นไว้เป็นส่วนที่ 7 หมวด ข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ กล่าวคือ มีการเพิ่มเติมมาตรา 43/1 มาตรา 43/2 มาตรา 43/3 มาตรา 43/4 มาตรา 43/5 มาตรา 43/6 มาตรา 43/7 และ มาตรา 43/8 ของหมวด 1 ลิขสิทธิ์ แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และได้มีการเพิ่มบทนิยามคำว่า “ผู้ให้บริการ” โดยสามารถแบ่งประเภทของผู้ให้บริการออกได้เป็น 4 ประเภท กล่าวคือ (1) ผู้ให้บริการเป็นสื่อกลางส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือให้สามารถติดต่อถึงกัน ตามมาตรา 43/2 (2) ผู้ให้บริการเก็บข้อมูลเป็นการชั่วคราวตามมาตรา 43/3 (3) ผู้ให้บริการรับฝาก ข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 43/4 (4) ผู้ให้บริการสืบค้นแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 43/5 รวมถึงได้มีการเพิ่มเติมบทนิยามของคำว่า “ผู้ให้บริการ” และคำว่า “มาตรการทางเทคโนโลยี” ขึ้นใหม่ โดยทำการยกเลิกบทนิยามคำว่า “การหลบเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี” (เดิม) ซึ่งบัญญัติขึ้น ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558

<sup>9</sup> เรื่องเดียวกัน.



ทั้งนี้ การบังคับใช้ข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการที่จะได้รับการยกเว้นความรับผิดสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์อันเกิดขึ้นเนื่องมาจากการให้บริการของตนนั้นผู้ให้บริการจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของข้อกำหนด จึงจะได้รับการยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการโดยแบ่งออกเป็น 2 ประการ<sup>10</sup> ดังนี้

1) เงื่อนไขทั่วไปของผู้ให้บริการ

เป็นเงื่อนไขที่ผู้ให้บริการทุกประเภทจะต้องพึงปฏิบัติ จึงจะได้รับการยกเว้นความรับผิดสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์อันเนื่องมาจากการให้บริการของตน ซึ่งได้มีการกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวไว้ในมาตรา 43/1 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537<sup>11</sup> โดยผู้ให้บริการที่จะได้รับยกเว้นความรับผิดนั้นจะต้องทำการประกาศมาตรการยกเลิกการให้บริการแก่ผู้ใช้บริการที่กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ซ้ำไว้อย่างชัดเจนและต้องได้ปฏิบัติตามมาตรานั้นพร้อมทั้งต้องทำการปฏิบัติตามเงื่อนไขเฉพาะของแต่ละกรณีตามลักษณะของการให้บริการของผู้ให้บริการ จึงจะได้รับการยกเว้นความรับผิดสำหรับการละเมิดอันเนื่องมาจากการให้บริการของตน

2) เงื่อนไขเฉพาะของผู้ให้บริการแต่ละประเภท

ในการปฏิบัติตามเงื่อนไขเฉพาะของผู้ให้บริการนั้นผู้ให้บริการแต่ละประเภทจะต้องให้บริการภายใต้เงื่อนไขตามแต่ละประเภทของการให้บริการ โดยแบ่งออกเป็น 4 ประเภท ดังต่อไปนี้

2.1) ผู้ให้บริการเป็นสื่อกลาง (Mere Conduit) ตามมาตรา 43/2

ผู้ให้บริการในลักษณะที่มีฐานะเป็นสื่อกลางในการส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือในประการที่สามารถทำให้ติดต่อถึงกันโดยประการอื่นผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งอยู่ภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้<sup>12</sup>

- (1) ไม่ได้เป็นผู้ริเริ่มในการส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์
- (2) เป็นการส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์ผ่านกระบวนการทางเทคนิคที่เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติ โดยไม่ได้เป็นผู้ทำการเลือกข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ทำการส่งนั้น
- (3) ไม่ได้ทำการกำหนดผู้รับข้อมูลคอมพิวเตอร์ เว้นแต่เป็นการตอบสนองโดยระบบอัตโนมัติ
- (4) เป็นการนำส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์ โดยไม่ได้ทำการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของข้อมูลคอมพิวเตอร์

<sup>10</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, คำอธิบายสรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ และที่แก้ไขเพิ่มเติม [Online], เมษายน 2565. แหล่งที่มา [http://www.ipthailand.go.th/th/dip-law-2/item/description\\_copyright.html](http://www.ipthailand.go.th/th/dip-law-2/item/description_copyright.html).

<sup>11</sup> มาตรา 43/1 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.

<sup>12</sup> มาตรา 43/2 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.



(5) ไม่ได้ทำการเก็บสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ทำซ้ำขึ้นไว้ในระหว่างกระบวนการพักข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นการชั่วคราวไว้ในระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ในลักษณะที่ผู้อื่นสามารถเข้าถึงได้โดยทั่วไปและไม่ได้ทำการเก็บสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ไว้เป็นเวลานานเกินกว่าที่จำเป็น

2.2) ผู้ให้บริการเก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นการชั่วคราว (Caching) ตามมาตรา 43/3 โดยผู้ให้บริการจะได้รับการยกเว้นความรับผิด หากเป็นการให้บริการภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้<sup>13</sup>

(1) มีลักษณะเป็นการเก็บข้อมูลเป็นการชั่วคราวผ่านกระบวนการทางเทคนิคที่เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติ

(2) เป็นการส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์ โดยไม่ได้ทำการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้น

(3) ทำให้ข้อมูลบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์เป็นปัจจุบันเสมอ

(4) ไม่ได้ทำการแทรกแซงการใช้เทคโนโลยี ซึ่งเป็นที่ยอมรับและใช้อย่างแพร่หลายในกลุ่มของผู้ให้บริการ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับการใช้งานของผู้บริการ

(5) ทำการปฏิบัติตามเงื่อนไขการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามที่เว็บไซต์ต้นทางกำหนด และ

(6) นำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เก็บไว้เป็นการชั่วคราวออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์หรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวโดยไม่ชักช้า เมื่อได้ทราบเว็บไซต์ต้นทางได้มีการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์หรือระงับการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวแล้วหรือได้ทราบว่าการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวทำให้เว็บไซต์ต้นทางดำเนินการเช่นนั้น

2.3) ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Hosting) ตามมาตรา 43/4 ซึ่งจะได้รับการยกเว้นความรับผิด หากให้บริการภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้<sup>14</sup>

(1) เป็นการให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามคำสั่งของผู้ใช้บริการ โดยไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ที่ตนให้บริการเป็นข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์และได้นำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์หรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวโดยไม่ชักช้าเมื่อได้รู้หรือได้รับแจ้งถึงการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น

<sup>13</sup> มาตรา 43/3 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.

<sup>14</sup> มาตรา 43/4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.

(2) ไม่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากการกระทำที่เป็น การละเมิดลิขสิทธิ์ หากผู้ให้บริการมีสิทธิและมีความสามารถในการควบคุมการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์

(3) ได้จัดให้มีช่องทางเพื่อรับแจ้งและได้แสดงรายละเอียดที่ติดต่อ ผู้ให้บริการหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายให้รับแจ้งที่สามารถเข้าถึงได้โดยง่าย

2.4) ผู้ให้บริการสืบค้นแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Search Engine) ตามมาตรา 43/5 ซึ่งจะได้รับการยกเว้นความรับผิด หากให้บริการภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้<sup>15</sup>

(1) เป็นการให้บริการสืบค้นแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์บน อินเทอร์เน็ต โดยไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันสมควรรู้ว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์และได้นำแหล่ง อ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบหรือ ระวังการเข้าถึงข้อมูล คอมพิวเตอร์ดังกล่าวโดยไม่ชักช้าเมื่อได้รู้หรือได้รับแจ้งถึงการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น

(2) ไม่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากการกระทำที่เป็น การละเมิดลิขสิทธิ์ หากผู้ให้บริการมีสิทธิและมีความสามารถในการควบคุมการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์

(3) ได้จัดให้มีช่องทางเพื่อรับแจ้ง และได้แสดงรายละเอียดที่ ติดต่อผู้ให้บริการหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายให้รับแจ้งที่สามารถเข้าถึงได้โดยง่าย

### 3.1.2.2 มาตรการแจ้งให้ทราบและนำออกอันเกี่ยวกับการใช้งานลิขสิทธิ์โดย ขอบธรรม (Notice and Takedown Measure)

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 มาตรา 43/6 ได้มีการกำหนดให้ เจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งมีหลักฐานอันควรเชื่อว่ามี การละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ ของผู้ให้บริการในประเภทผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Hosting) ตามมาตรา 43/4 หรือ ผู้ให้บริการสืบค้นแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Search Engine) ตามมาตรา 43/5 อาจทำการ แจ้งไปยังผู้ให้บริการในประเภทดังกล่าวให้นำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ ของผู้ให้บริการหรืออาจทำการระวังการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อ ของข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าว<sup>16</sup> ซึ่งการแจ้งนั้นต้องทำเป็นหนังสือหรือทำการแจ้งผ่านระบบ อิเล็กทรอนิกส์ โดยต้องมีรายละเอียดที่ครบถ้วนอย่างน้อย ดังต่อไปนี้<sup>17</sup>

1) ชื่อตัวและชื่อสกุล หรือชื่อนิติบุคคล ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ และที่อยู่จดหมาย อิเล็กทรอนิกส์ โดยข้อมูลดังกล่าวต้องเป็นประการที่สามารถติดต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ได้

<sup>15</sup> มาตรา 43/5 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.

<sup>16</sup> มาตรา 43/6 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.

<sup>17</sup> มาตรา 43/6 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.

2) งานอันมีลิขสิทธิ์ที่อ้างว่าถูกละเมิดลิขสิทธิ์

3) ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์และแหล่งที่ตั้งของข้อมูลนั้น โดยต้องมีรายละเอียดที่เพียงพอ เพื่อให้ผู้ให้บริการสามารถนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวออกจากระบบ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือทำการระงับการเข้าถึงข้อมูล คอมพิวเตอร์ดังกล่าวได้ แต่ ถ้าเป็นกรณีผู้ให้บริการสืบค้นแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์ การแจ้งไปยังผู้ให้บริการดังกล่าวให้ระบุ เพียงแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อที่นำไปสู่ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์และมี รายละเอียดในการแจ้งที่สามารถระบุแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อก็เพียงพอแล้ว

4) คำรับรองว่าข้อความที่ทำการแจ้งดังกล่าวเป็นความจริง

5) ลายมือชื่อหรือลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ของเจ้าของลิขสิทธิ์

นอกจากนี้ ในการแจ้งไปยังผู้ให้บริการว่า得有ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าได้ทำขึ้น โดยละเมิดลิขสิทธิ์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้น จากบทบัญญัติตาม มาตรา 43/6 วรรคสอง ได้กำหนดไว้ด้วยว่าเจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องคำนึงถึงบทบัญญัติในส่วนที่ 6 ของ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในเรื่อง ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งถือเป็นหลักในเรื่องของ การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ของประเทศไทยอีกด้วย<sup>18</sup>

ทั้งนี้ ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการ โดยไม่ได้ระบุ รายละเอียดครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด แต่ได้มีการระบุรายละเอียดในรายข้อที่เป็นสาระสำคัญ ตามข้อ (1) ถึง (3) แล้วนั้น ให้ผู้ให้บริการทำการติดต่อเจ้าของลิขสิทธิ์โดยเร็วหรือกระทำการอื่นใด เพื่อให้ได้รายละเอียดที่ครบถ้วนสมบูรณ์ ซึ่งหากในการดำเนินการแจ้งถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ได้ ดำเนินการแจ้งให้มีรายละเอียดที่ครบถ้วน จะถือว่าผู้ให้บริการรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ถึงการละเมิด ลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นบนระบบคอมพิวเตอร์ไม่ได้<sup>19</sup>

### 3.1.2.3 การโต้แย้ง (Counter Notice) ตามมาตรา 43/7

เมื่อผู้ให้บริการได้รับแจ้งว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ ของผู้ให้บริการนั้นให้ผู้ให้บริการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์หรือแหล่ง อ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของ ผู้ให้บริการหรืออาจทำการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวโดยไม่ชักช้า พร้อมทั้งแจ้งไปยังผู้ให้บริการที่ถูกกล่าวหาว่าได้เป็นผู้กระทำ ละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเพื่อให้มีโอกาสในการโต้แย้ง (Counter Notice) ซึ่งการโต้แย้งนั้นผู้ให้บริการจะต้อง

<sup>18</sup> จิตติมา ศรีถาวร และวรวงศ์ อัจฉรววงศ์ชัย, **เจาะประเด็นที่ควรรู้: พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565** (กรุงเทพฯ: กรมทรัพย์สินทางปัญญา, 2565).

<sup>19</sup> มาตรา 43/6 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.

ทำเป็นหนังสือหรือทำโดยผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ไปยังผู้ให้บริการ โดยอย่างน้อยต้องมีรายละเอียดดังต่อไปนี้<sup>20</sup>

1) ชื่อตัวและชื่อสกุล หรือชื่อนิติบุคคล ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ และที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โดยข้อมูลดังกล่าวต้องเป็นประการที่สามารถติดต่อผู้ให้บริการได้

2) ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ถูกลำเอียงจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือถูกระงับการเข้าถึงและแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์ก่อนที่จะถูกลำเอียงจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือถูกระงับการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวนั้น เว้นแต่ เป็นการโต้แย้งไปยังผู้ให้บริการประเภทสืบค้นแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยให้ระบุเพียงแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อที่นำไปสู่ข้อมูล คอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์และมีรายละเอียดในการแจ้งที่สามารถระบุแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวก็เพียงพอแล้ว

3) คำชี้แจงว่าการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือการระงับการเข้าถึงของผู้ให้บริการกระทำไปโดยผิดพลาดหรือผิดหลง

4) ลงลายมือชื่อหรือลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ของผู้ให้บริการ

ทั้งนี้ เมื่อผู้ให้บริการได้รับคำโต้แย้งที่มีรายละเอียดครบถ้วนสมบูรณ์ตามที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ให้บริการนำส่งสำเนาคำโต้แย้งไปยังเจ้าของลิขสิทธิ์โดยเร็วพร้อมแจ้งว่าจะมีการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นกลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวเมื่อพ้นกำหนด 30 วัน นับแต่วันที่ผู้ให้บริการได้รับคำโต้แย้ง<sup>21</sup> และเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามที่กำหนดให้ผู้ให้บริการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นกลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ภายใน 15 วัน เว้นแต่ เป็นกรณีที่ผู้ให้บริการได้รับการแจ้งพร้อมหลักฐานจากเจ้าของลิขสิทธิ์ว่าได้ดำเนินการยื่นคำฟ้องเพื่อดำเนินคดีต่อผู้ให้บริการ<sup>22</sup>

### 3.1.2.4 บทกำหนดโทษของการแจ้งให้ทราบหรือการโต้แย้งที่เป็นเท็จตามมาตรา

#### 43/8

ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ทำการแจ้งหรือผู้ให้บริการได้ทำคำโต้แย้งไปยังผู้ให้บริการ โดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นเท็จ ซึ่งเป็นเหตุให้ผู้ให้บริการนำข้อมูล คอมพิวเตอร์หรือ

<sup>20</sup> มาตรา 43/7 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.

<sup>21</sup> มาตรา 43/7 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.

<sup>22</sup> มาตรา 43/7 วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.

แหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นออกจากหรือนำกลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือระบบหรือยูทิลิตี้การเข้าถึงข้อมูล คอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าว เจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ให้บริการนั้นต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการแจ้งหรือการโต้แย้งข้อมูลอันเป็นเท็จ<sup>23</sup>

## 3.2 Digital Millennium Copyright Act (DMCA)

### 3.2.1 ความเป็นมา

เดิมทีก่อนที่สหรัฐอเมริกาจะมีกฎหมาย Digital Millennium Copyright Act 1998 มาใช้บังคับนั้นสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติกฎหมาย The Copyright Act 1976 ซึ่งถือเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์พื้นฐานทั่วไปที่ให้การคุ้มครองงานทรัพย์สินทางปัญญาประเภทลิขสิทธิ์<sup>24</sup> อาทิ หลักเกณฑ์ของงานอันมีลิขสิทธิ์ แบบแผนปฏิบัติของหลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม การละเมิดลิขสิทธิ์ หรือสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ เป็นต้น

ทั้งนี้ The Copyright Act 1976 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอยู่หลายครั้ง เนื่องจากได้พิจารณาเห็นถึงความก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีและได้เล็งเห็นถึงสภาพปัญหาว่า หากไม่ทำการกำหนดมาตรฐานของระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาให้มีความสอดคล้องกับรูปแบบการสื่อสารในยุคดิจิทัลที่เปลี่ยนแปลงไปก็อาจทำให้เกิดปัญหาในการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อไปได้ แต่อย่างไรก็ดี เมื่อความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตมีการพัฒนาที่รวดเร็วเกินกว่าที่กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา หรือ The Copyright Act 1976 จะสามารถรองรับต่อสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีที่เกิดขึ้นได้และรัฐบัญญัติได้เล็งเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวไม่ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายอื่นเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ซึ่งอาจทำให้กฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีอยู่นั้นไม่สอดคล้องต่อสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น จึงทำให้สหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่อีกหนึ่งฉบับที่เรียกว่า “The Digital Millennium Copyright Act 1998 หรือ DMCA”<sup>25</sup>

ในปี ค.ศ. 1998 สหรัฐอเมริกานั้นได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ให้มีความทันสมัยสอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าของการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี โดยได้มีการพัฒนากฎหมายให้ครอบคลุมกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในยุคดิจิทัล จึงได้ทำการตรากฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับใหม่

<sup>23</sup> มาตรา 43/8 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.

<sup>24</sup> กุณรา เทอดไทย, ความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต: ศึกษากรณีความรับผิดอันเกิดจากการจัดเก็บข้อมูลที่เกิดจากการซื้อขายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 2555), 103.

<sup>25</sup> เรื่องเดียวกัน, 103-104, 109, 111.

ชั้นที่มีชื่อว่า “กฎหมายลิขสิทธิ์ดิจิทัลแห่งสหัสวรรษ” (The Digital Millennium Copyright Act 1998 หรือ DMCA) โดยเป็นการอนุวัติการหลังจากได้เข้าร่วมเป็นภาคีสถิติสัญญาตามพิธีสารขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก 2 ฉบับ<sup>26</sup> คือ สนธิสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Copyright Treaty 1996 หรือ WCT) และสนธิสัญญาว่าด้วยการแสดงและสิ่งบันทึกเสียงขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Performances and Phonograms Treaty 1996 หรือ WPPT)

จากบทบัญญัติของ Digital Millennium Copyright Act 1998 นั้นได้มีการแบ่งเนื้อหาออกเป็น 5 เรื่อง ซึ่งหนึ่งเรื่องที่เป็นประเด็นสำคัญของกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับนี้ คือ การบัญญัติข้อจำกัดความรับผิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ทางออนไลน์ (Online Copyright Infringement Liability Limitation Act)<sup>27</sup> ซึ่งได้มีการบัญญัติกฎหมายไว้ใน Section 512 ของ Digital Millennium Copyright Act 1998 (DMCA) กล่าวคือ เป็นข้อจำกัดความรับผิดการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต โดยมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ที่มีการเชื่อมโยงผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตอันเป็นการส่งผลกระทบต่อสิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าลิขสิทธิ์และเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตซึ่งมีฐานะเป็นสื่อกลางในการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้บริการผ่านระบบหรือเครือข่ายเชื่อมต่อข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต<sup>28</sup> โดยหากผู้ให้บริการได้ปฏิบัติภายใต้เงื่อนไขข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการตามที่กฎหมายฉบับนี้กำหนดผู้ให้บริการก็จะได้รับการยกเว้นความรับผิดขึ้น

### 3.2.2 ผู้ให้บริการ

โดยหลักตาม Section 512 ของ Digital Millennium Copyright Act 1998 ซึ่งได้มีการกำหนดข้อจำกัดความรับผิดการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการ โดยแบ่งประเภทของผู้ให้บริการตามลักษณะพฤติกรรมของการให้บริการออกได้เป็น 4 ประเภท ดังต่อไปนี้<sup>29</sup>

1) ผู้เป็นสื่อกลางในการส่งต่อข้อมูล (Transitory Digital Network Communications) ตาม Section 512 (a) ของ DMCA

<sup>26</sup> กฤตภาส ตั้งสมบูรณ์, ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2552), 142.

<sup>27</sup> กุณรา เทอดไทย, ความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต: ศึกษากรณีความรับผิดอันเกิดจากการจัดเก็บข้อมูลที่เกิดจากการซื้อขายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต, 111.

<sup>28</sup> ชญานิสร์ พิมพ์พนต์, ความรับผิดของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางที่เกี่ยวกับการแจ้งเตือนการระงับการทำให้ข้อมูลแพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์และการนำออกจากข้อมูลคอมพิวเตอร์ (วิทยานิพนธ์ ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2561), 35.

<sup>29</sup> เรื่องเดียวกัน.



2) ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ชั่วคราว (System Catching)

ตาม Section 512 (b) ของ DMCA

3) ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลในระบบหรือเครือข่ายตามที่ผู้ใช้บริการกำหนด

(Information Residing on Systems or Networks at Direction of Users) ตาม Section 512 (c) ของ DMCA

4) ผู้ให้บริการระบุตำแหน่งของข้อมูล (Information Location Tools)

ตาม Section 512 (d) ของ DMCA

### 3.2.3 ข้อจำกัดความรับผิดการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการ

ผู้ให้บริการในฐานะที่เป็นสื่อกลางในการเชื่อมต่อข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตนั้นอาจไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้บริการได้ หากผู้ให้บริการได้ดำเนินการปฏิบัติภายใต้เงื่อนไขของข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการหรือที่เรียกว่า “Safe Harbors” ซึ่งเป็นการบัญญัติขึ้นให้ความคุ้มครองผู้ให้บริการในฐานะที่เป็นสื่อกลางในการรับส่งข้อมูล จัดเก็บข้อมูลชั่วคราว จัดเก็บข้อมูลในระบบหรือเครือข่ายหรือให้บริการในการสืบค้นข้อมูลที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ผ่านระบบการให้บริการของตน โดยจะมีผลทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Monetary Relief) หลักข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการดังกล่าว จึงเป็นการสร้างแรงจูงใจให้แก่ผู้ให้บริการที่จะมีส่วนช่วยในการนำเอางานอันละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์อันละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว เนื่องจากผู้ให้บริการเป็นสื่อกลางที่ผู้ใช้บริการกระทำละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์และเป็นผู้ที่อาจทราบข้อมูลรายละเอียดการติดต่อของผู้ใช้บริการที่กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ รวมถึงเป็นผู้ที่ทำการดูแลควบคุมการให้บริการที่ผู้ใช้บริการได้กระทำละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์<sup>30</sup>

#### 3.2.3.1 เงื่อนไขทั่วไปของผู้ให้บริการ

เงื่อนไขของผู้ให้บริการที่กำหนดให้ผู้ให้บริการจำต้องพึงปฏิบัติตามอันจึงจะได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์อันเนื่องมาจากการให้บริการของตนนั้นมีการบัญญัติเงื่อนไขไว้ใน Section 512 (k)(1)(a) ของ DMCA กล่าวคือ ต้องเป็นผู้ให้บริการตามคำจำกัดความที่ว่า “ผู้ให้บริการ” หมายถึง หน่วยงานซึ่งเป็นสื่อกลางในการนำส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์กำหนดเส้นทางหรือการเชื่อมต่อสำหรับการสื่อสารทางดิจิทัลออนไลน์ตามจุดเชื่อมต่อที่ผู้ใช้บริการเป็นผู้เลือก โดยที่ผู้ให้บริการไม่ได้ทำการแก้ไขเนื้อหาของข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามที่ได้รับหรือได้ส่งแต่อย่างใด และได้มีการให้คำจำกัดความของคำว่า ผู้ให้บริการ เพิ่มเติมใน

<sup>30</sup> กุณรา เทอดไทย, ความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต: ศึกษากรณีความรับผิดอันเกิดจากการจัดเก็บข้อมูลที่เกิดจากการซื้อขายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต, 112-113.



บทบัญญัติ Section 512 (k)(1)(b) ของ DMCA ซึ่งให้หมายความรวมถึงผู้ให้บริการซึ่งเป็นผู้บริการทางออนไลน์ หรือการบริการเข้าถึงเครือข่าย หรือเป็นผู้ดำเนินการซึ่งสั่งอำนวยความสะดวกในการดังกล่าวด้วย<sup>31</sup>

นอกจากนี้ มีเงื่อนไขอีก 2 ประการ ซึ่งเป็นเงื่อนไขทั่วไปของผู้ให้บริการที่ต้องปฏิบัติตามจึงจะได้รับการยกเว้นความรับผิด โดยบัญญัติไว้ใน Section 512 (i) ของ DMCA กล่าวคือ ประการแรก ผู้ให้บริการได้ประกาศมาตรการยกเลิกการให้บริการอย่างสมเหตุสมผลให้แก่ผู้ใช้บริการที่กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ทราบโดยชัดแจ้งไว้ในนโยบายของการให้บริการของผู้ให้บริการ และ ประการที่สอง ผู้ให้บริการต้องปฏิบัติตามมาตรการยกเลิกการให้บริการตามนโยบายที่ตนได้ประกาศไว้ โดยมาตรการดังกล่าวต้องไม่เป็นการกระทบต่อหลักการคุ้มครองลิขสิทธิ์ขั้นพื้นฐานของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีขึ้นเพื่อป้องกันรักษางานอันมีลิขสิทธิ์<sup>32</sup>

### 3.2.3.2 เงื่อนไขเฉพาะของผู้ให้บริการแต่ละประเภท

1) ข้อจำกัดของผู้ให้บริการในฐานะเป็นสื่อกลางในการส่งต่อข้อมูล (Transitory Digital Network Communications)

ตาม Section 512 (a) ของ DMCA<sup>33</sup> เป็นการจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการในฐานะที่ผู้ให้บริการทำหน้าที่เป็นสื่อกลางในการส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์จากจุดหนึ่งบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตไปยังอีกจุดหนึ่ง รวมถึงการส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อย่างระบุเส้นทางหรือการจัดเตรียมการเชื่อมต่อสำหรับข้อมูลผ่านระบบหรือเครือข่ายที่ควบคุมหรือดำเนินการโดยผู้ให้บริการ ซึ่งต้องเป็นการให้บริการภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้

- 1.1) ผู้ให้บริการจะต้องไม่ใช่เป็นผู้ริเริ่มการส่งต่อข้อมูล
- 1.2) การส่ง การกำหนดเส้นทาง การเชื่อมต่อ หรือการคัดลอกจะต้องดำเนินการโดยกระบวนการทางเทคนิคอัตโนมัติ โดยผู้ให้บริการไม่ได้เป็นผู้เลือกข้อมูล
- 1.3) ผู้ให้บริการต้องไม่ได้กำหนดผู้รับข้อมูลคอมพิวเตอร์
- 1.4) สำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์จะต้องไม่เก็บไว้นานเกินความจำเป็นพอสมควรและต้องไม่อยู่ในลักษณะที่ผู้อื่นสามารถเข้าถึงได้โดยทั่วไป เว้นแต่ เป็นผู้ที่คาดหมายได้ว่า จะได้รับซึ่งสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นอยู่แล้ว

<sup>31</sup> DigitalCommons@University of Nebraska-Lincoln, **The digital millennium copyright act of 1998: U.S. copyright office summary** [Online], December 1998. Available from <https://digitalcommons.unl.edu/scholcom/81/>.

<sup>32</sup> Ibid, 9-10.

<sup>33</sup> Section 512 (a), DMCA 1998.

1.5) ข้อมูลคอมพิวเตอร์ต้องถูกส่งโดยไม่มีการปรับเปลี่ยนเนื้อหาของ  
ข้อมูลคอมพิวเตอร์

2) ข้อจำกัดของผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ชั่วคราว (System Catching)  
ตาม Section 512 (b) ของ DMCA<sup>34</sup> เป็นการจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการที่ทำ  
หน้าที่เก็บรักษาสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีระยะเวลาจำกัดในการจัดเก็บเนื้อหาหรือเป็นการเก็บ  
ข้อมูล คอมพิวเตอร์เป็นการชั่วคราว ซึ่งเพื่อให้ผู้ใช้บริการสามารถดำเนินการเรียกนำข้อมูลที่ทำการ  
จัดเก็บไว้ชั่วคราวมาใช้ได้ในภายหลัง โดยไม่ต้องทำการเรียกข้อมูลคอมพิวเตอร์จากแหล่งที่มาเดิมบน  
เครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยต้องเป็นการให้บริการภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้

- 2.1) ผู้ให้บริการต้องไม่ทำการแก้ไขข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่จัดเก็บไว้
- 2.2) ผู้ให้บริการต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการโหลดซ้ำ (Refresh)

ข้อมูลคอมพิวเตอร์แทนที่สำเนาที่เก็บรักษาไว้ของวัสดุด้วยวัสดุจากตำแหน่งเดิม

- 2.3) ผู้ให้บริการต้องไม่แทรกแซงเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการส่งคืนซึ่ง

ข้อมูลคอมพิวเตอร์

- 2.4) ผู้ให้บริการต้องจำกัดการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้บริการ
- 2.5) ข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่ทำการโพสต์โดยไม่ได้รับอนุญาตจาก

เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องถูกนำออกหรือระงับการเข้าถึงทันทีเมื่อมีการแจ้งผู้ให้บริการทราบถึงการละเมิด  
ลิขสิทธิ์

3) ข้อจำกัดของผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลในระบบหรือเครือข่ายตามที่ใช้บริการ  
กำหนด (Information Residing on Systems or Networks at Direction of Users) ตาม Section  
512 (c) ของ DMCA<sup>35</sup> เป็นการจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ข้อมูล  
คอมพิวเตอร์บนเว็บไซต์หรือระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์อื่น ๆ ที่ให้บริการจัดเก็บข้อมูล โดยต้องเป็น  
การให้บริการภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้

3.1) ผู้ให้บริการได้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามคำสั่งของ  
ผู้ใช้บริการ โดยไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ได้ว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่รับฝากนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์  
หรือได้นำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์หรือ  
ระงับการเข้าถึงข้อมูล คอมพิวเตอร์ดังกล่าวโดยไม่ชักช้าเมื่อได้รับรู้หรือได้รับแจ้งถึงการละเมิดลิขสิทธิ์

3.2) ผู้ให้บริการจะต้องไม่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากการ  
ละเมิดลิขสิทธิ์ หากผู้ให้บริการมีสิทธิ์และความสามารถในการควบคุมการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้น

<sup>34</sup> Section 512 (b) DMCA 1998.

<sup>35</sup> Section 512 (c) DMCA 1998.

3.3) เมื่อได้รับการแจ้งถึงการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นผู้ให้บริการจะต้องทำการนำออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์โดยทันที

4) ข้อจำกัดของผู้ให้บริการระบุตำแหน่งของข้อมูล (Information Location Tools) ตาม Section 512 (d) ของ DMCA<sup>36</sup> เป็นการจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการที่ทำหน้าที่สำหรับการอ้างอิงหรือเชื่อมโยงของผู้ใช้บริการไปยังตำแหน่งที่ตั้งเว็บไซต์ของข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ โดยต้องเป็นการให้บริการภายใต้เงื่อนไข ดังต่อไปนี้

4.1) ผู้ให้บริการได้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามคำสั่งของผู้ใช้บริการ โดยไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ได้ว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่รับฝากนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือได้นำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์หรือระงับการเข้าถึงข้อมูล คอมพิวเตอร์ดังกล่าวโดยไม่ชักช้าเมื่อได้รับรู้หรือได้รับแจ้งถึงการละเมิดลิขสิทธิ์

4.2) ผู้ให้บริการจะต้องไม่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากละเมิดลิขสิทธิ์ หากผู้ให้บริการมีสิทธิ์และความสามารถในการควบคุมการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์

4.3) เมื่อได้รับการแจ้งถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ผู้ให้บริการจะต้องทำการนำออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์โดยทันที

### 3.2.4 ข้อจำกัดความรับผิดของสถาบันการศึกษาที่ไม่แสวงหากำไร

ตาม Section 512(e) ของ DMCA<sup>37</sup> เป็นการจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการในกรณีที่ผู้ให้บริการนั้นเป็นสถาบันอุดมศึกษาที่ไม่แสวงหากำไร โดยเมื่อคณาจารย์หรือนักศึกษาระดับบัณฑิตศึกษาที่เป็นลูกจ้างของสถาบันศึกษาดังกล่าว ซึ่งได้ทำการสอนหรือการวิจัยตามวัตถุประสงค์ตามข้อ (a) และ (b) ให้ถือว่าเป็นบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ให้บริการและหากสำหรับเป็นกรณีตามวัตถุประสงค์ตามข้อ (c) และ (d) จะได้รับการพิจารณาว่าเป็นบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ให้บริการหรือไม่นั้นต้องพิจารณาตามเงื่อนไขต่อไปนี้

1) การละเมิดลิขสิทธิ์ของคณาจารย์หรือนักศึกษาระดับบัณฑิตศึกษาที่ไม่เกี่ยวข้องกับ การเข้าถึงสื่อการเรียนการสอนหลักสูตรออนไลน์ที่จำเป็นหรือเป็นที่แนะนำในช่วงระยะเวลา 3 ปีที่ผ่านมา

2) สถาบันศึกษาไม่ได้รับการแจ้งเตือนว่าคณาจารย์หรือนักศึกษาระดับบัณฑิตศึกษา ได้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์มากกว่า 2 ครั้ง ภายใน 3 ปีที่ผ่านมา

3) สถาบันได้จัดเตรียมเอกสารข้อมูลระบบหรือเครือข่ายการเรียนการสอนให้ผู้ใช้บริการทุกคน โดยได้อธิบายถึงการใช้งานระบบหรือเครือข่ายการเรียนการสอนที่เป็นไปตามกฎหมาย ลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องของสหรัฐอเมริกา

<sup>36</sup> Section 512 (d) DMCA 1998.

<sup>37</sup> Section 512 (e) DMCA 1998.

### 3.2.5 มาตรการแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown)

ในเรื่อง การแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) นั้นได้นำมาใช้บังคับในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีหลักฐานอันเพียงพอที่จะเชื่อได้ว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการในประเภทผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลในระบบหรือเครือข่ายตามที่ใช้บริการกำหนด (Information Residing on Systems or Networks at Direction of Users) ตาม Section 512 (c) และผู้ให้บริการระบุตำแหน่งของข้อมูล (Information Location Tools) ตาม Section 512 (d)<sup>38</sup> เพื่อให้ นำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นโดยมีการวางหลักเกณฑ์ขั้นตอนปฏิบัติในการแจ้งให้ทราบและนำออกไว้ใน Section 512(C)(3) ของ DMCA<sup>39</sup> ซึ่งเพื่อให้การแจ้งถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวมีผลเป็นการแจ้งที่ชอบด้วยกฎหมายการแจ้งนั้นจะต้องเป็นการแจ้งให้ผู้บริการทราบอย่างเป็นทางการเป็นลายลักษณ์อักษรตามที่กฎหมายกำหนด โดยต้องมีรายละเอียดดังต่อไปนี้<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Section 512 (d)(3) DMCA 1998.

<sup>39</sup> กุณรา เทอดไทย, ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต: ศึกษากรณีความรับผิดชอบอันเกิดจากการจัดเก็บข้อมูลที่เกิดจากการซื้อขายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต, 116-117.

<sup>40</sup> Section 512 (c)(3) DMCA 1998 “(A) To be effective under this subsection, a notification of claimed infringement must be a written communication provided to the designated agent of a service provider that includes substantially the following:

(i) A physical or electronic signature of a person authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed.

(ii) Identification of the copyrighted work claimed to have been infringed, or, if multiple copyrighted works at a single online site are covered by a single notification, a representative list of such works at that site.

(iii) Identification of the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity and that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate the material.

(iv) Information reasonably sufficient to permit the service provider to contact the complaining party, such as an address, telephone number, and, if available, an electronic mail address at which the complaining party may be contacted.

(v) A statement that the complaining party has a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the copyright owner, its agent, or the law.

- 1) มีการลงลายมือชื่อหรือลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ของบุคคล ซึ่งได้รับอนุญาตให้ดำเนินการในนามของเจ้าของลิขสิทธิ์
  - 2) การระบุงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อ้างว่าถูกระงับละเมิดลิขสิทธิ์หรือหากเป็นกรณีที่มีงานลิขสิทธิ์หลายอย่างอยู่ในระบบออนไลน์เพียงแหล่งเดียว โดยอาจทำการแจ้งเตือนในครั้งเดียวก็ให้ทำการระบุนายละเอียดยของงานลิขสิทธิ์ให้ครบถ้วน
  - 3) การระบุเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ต้องมีรายละเอียดที่เพียงพอ เพื่อให้ผู้ให้บริการสามารถทำการนำออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์
  - 4) ข้อมูลที่เพียงพอสำหรับการติดต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ทำการร้องเรียน อ้างถึงว่ามี การละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น อาทิ ชื่อ ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ และที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์
  - 5) คำแถลงที่ว่า การร้องเรียนว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นการเชื่อโดยสุจริตว่าเป็นการใช้เนื้อหาในลักษณะที่ละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในการที่จะมีสิทธิใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้น
  - 6) คำแถลงรับรองว่าข้อมูลที่แจ้งดังกล่าวเป็นความจริง ซึ่งอยู่ภายใต้บทลงโทษของการแจ้งข้อความอันเป็นเท็จไปยังผู้ให้บริการ
- ทั้งนี้ หากเป็นในกรณีที่เจ้าลิขสิทธิ์ไม่ได้ทำการระบุนายละเอียดยการแจ้งถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ไปยังผู้ให้บริการได้ทราบโดยครบถ้วนนั้นก็ไม่ต้องพิจารณาเลยว่าผู้ให้บริการได้ทราบถึงข้อเท็จจริงว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งหากเป็นกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้ทำการระบุนายละเอียดยของ

---

(vi) A statement that the information in the notification is accurate, and under penalty of perjury, that the complaining party is authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed.

(B) (i) Subject to clause (ii), a notification from a copyright owner or from a person authorized to act on behalf of the copyright owner that fails to comply substantially with the provisions of subparagraph (A) shall not be considered under paragraph (1)(A) in determining whether a service provider has actual knowledge or is aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent.

(ii) In a case in which the notification that is provided to the service provider's designated agent fails to comply substantially with all the provisions of subparagraph (A) but substantially complies with clauses (ii), (iii), and (iv) of subparagraph (A), clause (i) of this subparagraph applies only if the service provider promptly attempts to contact the person making the notification or takes other reasonable steps to assist in the receipt of notification that substantially complies with all the provisions of subparagraph (A).

การแจ้งอย่างครบถ้วน แต่ได้ทำการระบุรายละเอียดข้อสาระสำคัญตามข้อ 2 ถึง ข้อ 4 แล้วนั้น อาจถือได้ว่าผู้ให้บริการได้ทำการแจ้งอย่างระบุรายละเอียดที่ครบถ้วนแล้ว โดยจะบังคับใช้เฉพาะกับกรณีที่ผู้ให้บริการได้พยายามติดต่อกับบุคคลที่ทำการแจ้งโดยทันทีหรือดำเนินการตามขั้นตอนที่เหมาะสมอื่น ๆ เพื่อช่วยให้การรับแจ้งถึงการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นสอดคล้องกับข้อกำหนดทั้งหมดตามทุกอนุมาตราของ Section 512 (C)(3)(A) ของ DMCA<sup>41</sup>

ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบบุคคลใด ๆ สำหรับการที่ผู้ให้บริการได้ทำการนำออกหรือระงับการเข้าถึงซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่กล่าวอ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์ โดยไม่ต้องคำนึงว่าท้ายที่สุดแล้วข้อมูลดังกล่าวอ้างเป็นว่าละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ก็ตาม<sup>42</sup>

### 3.2.6 การโต้แย้ง (Counter Notice)

ตาม Section 512 (g)(2)<sup>43</sup> และ Section 512 (g)(3) ของ DMCA ได้มีการวางหลักเกณฑ์ในเรื่อง การโต้แย้ง (Counter notice) ขึ้นไว้ เพื่อเป็นการป้องกันการแจ้งให้ทราบและนำออกถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ที่อาจเกิดจากการผิดพลาดหรือการฉ้อฉล โดยเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ให้บริการทำการตอบสนองต่อการแจ้งให้ทราบและนำออกถึงข้อกล่าวอ้างว่าผู้ให้บริการนั้นได้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยเมื่อผู้ให้บริการได้รับการแจ้งให้ทราบจากเจ้าลิขสิทธิ์ถึงข้ออ้างว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์ของข้อมูล คอมพิวเตอร์ในระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการ และผู้ให้บริการได้ทำการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวแล้วนั้น ผู้ให้บริการจะต้องทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการให้ผู้ให้บริการทราบทันที ว่าได้มีการดำเนินการนำออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูล คอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการเรียบร้อยแล้ว โดยผู้ให้บริการมีสิทธิที่จะทำการยื่นเรื่องโต้แย้งตามข้อกำหนดของกฎหมาย รวมถึงคำให้การต่าง ๆ อันเกี่ยวกับข้อกล่าวอ้างใน

<sup>41</sup> Section 512 (C)(3)(B) DMCA 1998.

<sup>42</sup> DigitalCommons@University of Nebraska-Lincoln, **The digital millennium copyright act of 1998: U.S. copyright office summary**, 12.

<sup>43</sup> Section 512 (g)(2) DMCA 1998

(B) upon receipt of a counter notification described in paragraph (3), promptly provides the person who provided the notification under subsection (c)(1)(C) with a copy of the counter notification, and informs that person that it will replace the removed material or cease disabling access to it in 10 business days: and

(C) replaces the removed material and ceases disabling access to it not less than 10, nor more than 14, business days following receipt of the counter notice, unless its designated agent first receives notice from the person who submitted the notification under subsection (c)(1)(C) that such person has filed an action seeking a court order to restrain the subscriber from engaging in infringing activity relating to the material on the service provider's system or network.



เรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวได้ ซึ่งอยู่ภายใต้บทลงโทษตามกฎหมายอันเกี่ยวกับการให้การเท็จว่า ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ถูกนำออกหรือระงับการเข้าถึงโดยความผิดพลาดหรือการระบุที่ผิดพลาดไปยังผู้ให้บริการ ผู้ให้บริการต้องนำข้อมูลคอมพิวเตอร์กลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายเมื่อพ้นกำหนด 10 วันทำการ นับแต่วันที่ผู้ให้บริการได้รับคำโต้แย้งของผู้ให้บริการ แต่ไม่เกิน 14 วันทำการนับแต่วันที่ผู้ให้บริการได้รับคำโต้แย้งดังกล่าว<sup>44</sup> เว้นแต่ เจ้าของลิขสิทธิ์จะแจ้งต่อผู้ให้บริการว่าได้ดำเนินการยื่นคำฟ้องผู้ให้บริการต่อศาล เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งอันเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ต่อไป

ทั้งนี้ คำโต้แย้งนั้นต้องเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

- 1) มีการระบุลายมือชื่อหรือลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ของผู้ให้บริการ
- 2) การระบุเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ถูกนำออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์หรือระงับการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าว และระบุแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์ก่อนที่จะถูกนำออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือถูกระงับการเข้าถึงข้อมูลนั้น
- 3) คำแถลงว่า ผู้ใช้บริการมีความเชื่อโดยสุจริตว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ถูกนำออกจากระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการหรือถูกระงับการเข้าถึงอันเป็นผลมาจากความผิดพลาดหรือผิดพลาดในการนำออกหรือระงับการเข้าถึงอย่างไม่ถูกต้อง
- 4) ข้อมูลที่เพียงพอสำหรับการติดต่อผู้ให้บริการ อาทิ ชื่อ ที่อยู่หมายเลขโทรศัพท์ และที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์

### 3.2.7 บทกำหนดโทษของการแจ้งให้ทราบหรือการโต้แย้งที่เป็นเท็จ

ตาม Section 512(f) ของ DMCA<sup>45</sup> นั้นได้มีการวางหลักเกณฑ์บทลงโทษไว้สำหรับกรณีที่มีการแจ้งหรือการโต้แย้งไปยังผู้ให้บริการ โดยบุคคลนั้นได้อาศัยการบิดเบือนความจริงอันเป็นการทำให้ผู้ให้บริการได้นำข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบหรือเครือข่ายหรือระงับการเข้าถึงหรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้น รวมถึงค่าใช้จ่ายและค่าทนายความที่เกิดขึ้นจากการแจ้งหรือการโต้แย้งอันเป็นเท็จ

<sup>44</sup> Akiwate, G., *A new look at the DMCA section 512 takedown process* (Thesis, Master of Science, University of California, 2015), 8.

<sup>45</sup> Section 512 (f) DMCA 1998.



### 3.3 ข้อบังคับของประชาคมยุโรปว่าด้วยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของบริการสังคมสารสนเทศทางด้านพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในตลาดร่วมยุโรป (EU e-Commerce Directive 2000/31/EC)

#### 3.3.1 ความเป็นมา

ในสมัยช่วงทศวรรษ 1990 นั้นอินเทอร์เน็ตได้เข้ามามีบทบาทอย่างมากในการซื้อขายสินค้าและการบริการทางการค้าผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ โดยเทคโนโลยีได้เข้ามาเป็นส่วนช่วยทำให้ผู้บริโภคสามารถที่จะเข้าถึงสินค้าและบริการเพื่อทำการเลือกซื้อและใช้บริการเป็นได้อย่างง่ายขึ้น รวมถึงเป็นการกระตุ้นการเจริญทางเศรษฐกิจการค้าของกลุ่มประเทศภาคีสมาชิกของสหภาพยุโรป ซึ่งอาจส่งผลทำให้เป็นการเพิ่มโอกาสในการจ้างแรงงานของวิสาหกิจชุมชนขนาดกลางและขนาดย่อม คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรป จึงได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของเทคโนโลยีที่จะมาช่วยในการขับเคลื่อนและผลักดันตลาดร่วมของสหภาพยุโรป คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปจึงได้มีการออก “ข้อบังคับของประชาคมยุโรปว่าด้วยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของบริการสังคมสารสนเทศทางด้านพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในตลาดร่วมยุโรป หรือ e-Commerce Directive” ขึ้นโดยมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ. 2000 ซึ่งจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการสร้างความร่วมมือและเป็นการวางกรอบกฎหมายของตลาดร่วมสหภาพยุโรปทำให้เกิดแนวทางในการควบคุมดูแลตลาดร่วมของสหภาพยุโรปที่ชัดเจนอันจะส่งผลทำให้เกิดการซื้อขายสินค้าและบริการทางออนไลน์อย่างเสรีมากยิ่งขึ้น และเป็นการสร้างความเชื่อมั่นให้แก่ผู้บริโภคในการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ รวมถึงเป็นการขจัดอุปสรรคทางการค้าและบริการข้ามพรมแดนของตลาดสหภาพยุโรป ทำให้ประชาชนสามารถใช้ประโยชน์จากโอกาสทางการค้าผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งส่งผลให้เกิดการกระตุ้นทางเศรษฐกิจและการลงทุน รวมถึงเป็นการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันทางการค้าของกลุ่มสหภาพยุโรปอีกด้วย<sup>46</sup>

#### 3.3.2 สาระสำคัญ

EU e-Commerce Directive สามารถพิจารณาแบ่งออกเป็นประเด็นสำคัญได้ 5 ประเด็นดังต่อไปนี้<sup>47</sup>

1) การกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณากฎหมายอันเกี่ยวกับการค้าอิเล็กทรอนิกส์ตามหลักแหล่งประเทศต้นกำเนิด (The Qualified Country of Origin Principle) กล่าวคือ เป็นการวางหลักเกณฑ์ในการบังคับใช้กฎหมายให้เกิดความเหมาะสมที่สุด โดยเป็นการบังคับใช้กฎหมาย

<sup>46</sup> กรณ์ อรรถเนติศาสตร์, “มาตรการทางปกครองในการกำกับดูแล Digital Platform ศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรป”, วารสารกฎหมายปกครอง 34, 1(กุมภาพันธ์ 2565): 76-78.

<sup>47</sup> CMS Law-Now, *The e-commerce directive* [Online], 12 April 2002. Available from [https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2002/04/the-e-commerce-directive?cc\\_lang=en](https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2002/04/the-e-commerce-directive?cc_lang=en).

ตามประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปที่จัดตั้งผู้ให้บริการขึ้น ซึ่งสถานประกอบกิจการของผู้ให้บริการคือ สถานที่ที่ดำเนินกิจการทางการค้าของผู้ให้บริการ

2) การสร้างข้อกำหนดด้านข้อมูลข่าวสารสำหรับลูกค้า (Information Requirements for Customers) กล่าวคือ เป็นการให้ข้อมูลพื้นฐานอันเกี่ยวกับผู้ให้บริการทางการค้าและบริการทางออนไลน์แก่ลูกค้า อาทิ ชื่อของผู้ให้บริการ ที่อยู่ของผู้บริการ รายละเอียดของผู้ให้บริการที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) เพื่อให้ผู้รับบริการสามารถที่จะติดต่อผู้ให้บริการได้โดยตรงอย่างรวดเร็ว รวมถึงต้องมีการระบุรายละเอียดเกี่ยวกับภาษีมูลค่าเพิ่มและราคาสินค้าที่ชัดเจน

3) การสร้างข้อกำหนดเงื่อนไขบางประการสำหรับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Contracts) ระหว่างผู้ให้บริการและผู้บริโภค กล่าวคือ มีการกำหนดรูปแบบของการเจรจาทำสัญญาทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยคู่สัญญาจะต้องระบุรายละเอียดของสัญญาให้มีความชัดเจนตามรูปแบบของบริษัทหรือองค์กรที่ผู้บริโภคได้เข้าทำสัญญาด้วย จึงจะก่อให้เกิดผลบังคับใช้ตามสัญญาได้

4) การกำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการในฐานะที่เป็นสื่อกลาง (Liability of Intermediary Service Providers) กล่าวคือ เป็นการกำหนดข้อจำกัดความผิดของผู้ให้บริการในประเภทต่าง ๆ ที่มีฐานะเป็นเพียงสื่อกลางในการส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์จัดเก็บข้อมูลจากผู้จัดหาสินค้าและบริการ (Supplier) และการให้บริการในการรับฝากข้อมูล เป็นต้น

5) การสร้างความร่วมมือทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Cooperation of Electronic Commerce) กล่าวคือ เป็นการปรับปรุงและพัฒนาทางการค้าพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของสมาชิกสหภาพยุโรปให้มีกรอบของกฎหมายบังคับใช้อย่างชัดเจนและให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่บังคับใช้ในระดับสากล โดยผู้ให้บริการจะต้องทำการอธิบายถึงลักษณะของข้อตกลงทางสัญญาการค้าให้เห็นข้อกำหนดตามสัญญาที่ชัดเจนและเข้าใจได้ก่อนที่จะตกลงทำสัญญาทางการค้าขึ้น

### 3.3.3 ประเภทของผู้ให้บริการและข้อจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการ

ตาม EU e-Commerce Directive นั้นได้มีการกำหนดนิยามคำจำกัดความของคำว่า “ผู้ให้บริการ” ไว้ใน Article 2(b) ของ Directive 2000/31/EC โดยได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่าผู้ให้บริการย่อมหมายความถึงบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ให้บริการเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์แก่ผู้รับบริการ<sup>48</sup> เพื่อเป็นสื่อกลางที่ก่อให้เกิดการติดต่อสื่อสารทางการค้าและการบริการผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยหากผู้ให้บริการได้ให้บริการในลักษณะที่เป็นการปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการประเภทนั้น ๆ ผู้ให้บริการในประเภทดังกล่าว

<sup>48</sup> Article 2(b) EU Directive on E-commerce.

ย่อมจะได้รับการยกเว้นซึ่งความรับผิด (Safe Harbors) ที่เกิดขึ้นทั้งความรับผิดในทางแพ่งและทางอาญา โดยสามารถแบ่งประเภทของผู้ให้บริการออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้<sup>49</sup>

1) ผู้ให้บริการเป็นสื่อกลางส่งผ่านข้อมูล (Mere Conduit) ซึ่งได้มีการวางหลักไว้ใน Article 12 ของ Directive 2000/31/EC โดยเป็นการให้บริการในการนำส่งข้อมูลผ่านเครือข่ายช่องทางการสื่อสารข้อมูลของผู้ให้บริการในลักษณะที่เป็นการรับข้อมูลสื่อสารจากผู้รับบริการนำส่งไปยังบุคคลที่สามหรือเป็นการให้บริการจัดเก็บข้อมูลแบบอัตโนมัติ รวมถึงการเก็บรักษาข้อมูลแบบชั่วคราว โดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์ในเครือข่ายของผู้ให้บริการ ทั้งนี้ ผู้ให้บริการประเภทดังกล่าวมีเงื่อนไขของข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการ 3 ประการ ซึ่งกำหนดไว้ใน Article 12 (a) ถึง (c) ของ Directive 2000/31/EC ดังนี้<sup>50</sup>

- ผู้ให้บริการต้องไม่ได้เป็นผู้ริเริ่มในการส่งข้อมูลผ่านเครือข่าย
- ผู้ให้บริการไม่ได้เป็นผู้กำหนดผู้รับข้อมูลข่าวสารที่นำส่ง
- การนำส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์ โดยผู้ให้บริการไม่ได้เป็นผู้เลือกข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่นำส่ง และไม่ได้ทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของข้อมูลคอมพิวเตอร์

2) ผู้ให้บริการเก็บข้อมูลชั่วคราว (Caching) ซึ่งได้มีการวางหลักไว้ใน Article 13 ของ Directive 2000/31/EC กล่าวคือ การที่ผู้ให้บริการได้มีการรับข้อมูลคอมพิวเตอร์จากผู้รับบริการ และได้ทำการจัดเก็บข้อมูลดังกล่าวขึ้นโดยอัตโนมัติ โดยเป็นการดำเนินการด้วยวัตถุประสงค์ในการให้บริการส่งข้อมูลในเครือข่ายติดต่อสื่อสารส่งต่อข้อมูลไปยังผู้รับบริการรายอื่น เพื่อเป็นการลดความซ้ำซ้อนในการเรียกดูข้อมูลคอมพิวเตอร์ โดยไม่จำเป็นต้องทำการสืบค้นหาข้อมูลบนแหล่งเซิร์ฟเวอร์อินเทอร์เน็ตใหม่ ซึ่งส่งผลทำให้เป็นการลดระยะเวลาในการนำส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ ผู้ให้บริการอาจได้รับการยกเว้นความรับผิดในการละเมิดลิขสิทธิ์ หากปฏิบัติตามเงื่อนไขใน Article 13 (a) ถึง (e) ของ Directive 2000/31/EC ดังนี้<sup>51</sup>

- ผู้ให้บริการไม่ได้ทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาข้อมูล
- ผู้ให้บริการได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการเข้าถึงข้อมูล
- ผู้ให้บริการปฏิบัติตามกฎระเบียบเกี่ยวกับการปรับปรุงข้อมูล ซึ่งได้ระบุไว้ในลักษณะที่เป็นที่ยอมรับและใช้กันอย่างแพร่หลายในอุตสาหกรรม

<sup>49</sup> Arthur Cox, **Copyright infringement and licensing** [Online], 21 December 2020. Available from <https://www.arthurcox.com/knowledge/the-changing-eu-landscape-for-online-content-regulation/>.

<sup>50</sup> Article 12 EU Directive on E-commerce.

<sup>51</sup> Article 13 EU Directive on E-commerce.

- ผู้ให้บริการต้องไม่ทำการแทรกแซงการใช้เทคโนโลยีเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลอันเกี่ยวกับอุตสาหกรรม
- ผู้ให้บริการได้ดำเนินการนำออกหรือระงับการเข้าถึงของข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยไม่ชักช้า เมื่อได้ทราบถึงข้อเท็จจริงว่าข้อมูลที่ถูกนำส่งมาจากต้นทางนั้นได้ถูกดำเนินการนำออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวจากระบบเครือข่ายแล้ว หรือเป็นการระงับการเข้าถึงตามคำสั่งของศาลหรือหน่วยงานทางปกครองที่อำนาจ

3) ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูล (Hosting) ได้มีการวางหลักไว้ใน Article 14 ของ Directive 2000/31/EC กล่าวคือ เป็นการให้บริการในลักษณะรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ได้รับข้อมูลจากผู้รับบริการโดยทำการจัดเก็บข้อมูลบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ ซึ่งผู้ให้บริการจะได้รับการยกเว้นความรับผิดตามกฎหมาย ผู้ให้บริการอาจได้รับการยกเว้นความรับผิดในการละเมิดลิขสิทธิ์ หากปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการในตาม Article 14 (a)(b) ของ Directive 2000/31/EC ดังนี้<sup>52</sup>

- ผู้ให้บริการได้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามคำสั่งของผู้ใช้บริการ โดยไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ได้ว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ถูกจัดเก็บบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการนั้นเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย

- เมื่อผู้ให้บริการได้รู้หรือมีเหตุอันควรรู้ได้ถึงการทำละเมิดของข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ผู้ให้บริการได้รับฝากบนระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการและผู้ให้บริการได้ดำเนินการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวโดยไม่ชักช้า

แต่ทั้งนี้ ข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการประเภทดังกล่าวนี้ อาจบังคับใช้ไม่ได้ หากเป็นกรณีที่ผู้รับบริการได้กระทำการใด ๆ โดยอยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่หรือการควบคุมของผู้ให้บริการ

นอกจากนี้ ในเรื่อง ความรับผิดของผู้ให้บริการนั้น ยังได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนว่าผู้ให้บริการนั้นไม่ได้มีหน้าที่หรือภาระผูกพันที่จะต้องทำการตรวจสอบข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ได้ส่งผ่านหรือถูกจัดเก็บไว้ในระบบคอมพิวเตอร์หรือเครือข่ายของผู้ให้บริการว่ามีข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์อย่างใดอันอาจบ่งชี้ได้ว่าเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่<sup>53</sup> โดยมีการวางหลักเกณฑ์ไว้ใน Article 15 ของ Directive 2000/31/EC กล่าวคือ ประเทศสมาชิกของสหภาพ

<sup>52</sup> Article 14, EU Directive on E-commerce.

<sup>53</sup> กรณ วรรณนิติศาสตร์, “มาตรการทางปกครองในการกำกับดูแล Digital Platform ศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรป”, 80.

ยุโรปจะต้องไม่ทำการกำหนดข้อภาระผูกพันให้ผู้ให้บริการต้องมีหน้าที่ตรวจสอบทั่วไปหรือทำการแสวงหาข้อเท็จจริงว่ามีข้อบ่งชี้ที่ได้ว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ได้ทำการส่งผ่านหรือทำการจัดเก็บในระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย หากผู้ให้บริการได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการตาม Article 12 ,13 และ14 ของ Directive 2000/31/EC แล้ว<sup>54</sup> แต่บางกรณีอาจทำการกำหนดข้อภาระผูกพันได้ หากเป็นการตรวจสอบของหน่วยงานที่มีอำนาจหรือเป็นคำสั่งของหน่วยงานระดับชาติ เป็นต้น

### 3.3.4 การแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown)

ในเรื่อง การแจ้งให้ทราบและนำออก นั้นถือเป็นอีกหนึ่งมาตรการในการควบคุมกำกับดูแลข้อมูลในระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ โดยการดำเนินการนำออกซึ่งเนื้อหาอันเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ หมิ่นประมาทหรือเนื้อหาข้อมูลผิดกฎหมายตามให้ผู้ให้บริการได้รับแจ้งจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งได้มีการนำเอามาตรการการแจ้งให้ทราบและนำออกนั้นมากำหนดเป็นเงื่อนไขหลักเกณฑ์ปฏิบัติสำหรับการจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการหรือที่เรียกว่า “Safe Harbors” และเพื่อให้มาตรการแจ้งให้ทราบและนำออกเกิดสภาพบังคับใช้ที่เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ จึงได้ทำการกำหนดให้ผู้ให้บริการได้เข้ามามีส่วนร่วมในการควบคุมดูแลข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นด้วย เนื่องจากผู้ให้บริการเป็นผู้ที่สามารถทำการเข้าถึงระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ที่ตนให้บริการและสามารถที่จะดำเนินการนำออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ซึ่งย่อมส่งผลที่จะทำให้เกิดการตอบสนองที่รวดเร็วต่อการได้รับแจ้งจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ที่ทำการแจ้งถึงการกระทำที่ผิดกฎหมายนั้น

ทั้งนี้ ในสหภาพยุโรปได้มีการนำมาตรการแจ้งให้ทราบและนำออกนั้นมาทำการกำหนดขึ้นไว้เป็นหลักเกณฑ์ในเรื่อง ข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการใน ซึ่งบัญญัติไว้ในหมวด Section 4 ความรับผิดของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง Article 14 ของ Electronic Commerce Directive 2000/31/EC โดยเป็นการนำมาใช้บังคับกับผู้ให้บริการประเภทรับฝากข้อมูล (Hosting) กล่าวคือ ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูล คอมพิวเตอร์นั้นไม่ต้องรับผิดชอบต่อความรับผิดสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นหรือการกระทำอันเกี่ยวกับเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายอันเนื่องมาจากกาให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์บนระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการ แต่ทั้งนี้ ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าผู้ให้บริการนั้นต้องให้การบริการรับฝากข้อมูล โดยในประการที่ไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ที่ตนให้บริการ เป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเกิดขึ้นโดยการละเมิดลิขสิทธิ์และเมื่อหากผู้ให้บริการนั้นได้รับรู้ถึงการมีข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์หรือผิดกฎหมายบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ผู้ให้บริการแล้ว ผู้ให้บริการก็ได้

<sup>54</sup> Article 15 EU Directive on E-commerce.

ดำเนินการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์หรือผิดกฎหมายนั้นออกจากระบบหรือเครือข่ายหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยเร็ว

### 3.3.5 การพัฒนาของกฎหมายอันเกี่ยวกับการบริการดิจิทัล (Digital Service Act)

ในปัจจุบันคณะกรรมการการยุโรปได้มีการปฏิรูปกฎระเบียบอันเกี่ยวกับการควบคุมดูแลธุรกิจออนไลน์ของสหภาพยุโรป โดยเป็นการปรับปรุงแก้ไขข้อบังคับของประชาคมยุโรปว่าด้วยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของบริการสังคมสารสนเทศทางด้านพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในตลาดร่วมยุโรป หรือที่เรียกกันว่า EU e-Commerce Directive โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2000 กฎหมายฉบับดังกล่าวนี้ถือได้ว่าเป็นความสำเร็จและอาจไม่สอดคล้องกับสภาพปัญหาของสังคมในปัจจุบันที่มีการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีดิจิทัลอย่างมากเท่าใดนัก จึงได้มีการทำการออกร่างกฎหมายฉบับใหม่ในปี พ.ศ. 2565 กล่าวคือ พระราชบัญญัติบริการดิจิทัล (Digital Service Act หรือ DSA) โดยวัตถุประสงค์หลักของการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่นี้ เพื่อเป็นการปรับปรุงข้อกำหนดกฎหมายในด้านอีคอมเมิร์ซของสหภาพยุโรปให้มีความทันสมัยสามารถรองรับกับธุรกิจดิจิทัลแพลตฟอร์มที่เกิดขึ้นใหม่ได้อย่างเหมาะสม มีความโปร่งใส เป็นธรรม และสามารถที่จะตรวจสอบความถูกต้องได้อันถือเป็นการสร้างพื้นที่ปลอดภัยทางออนไลน์ซึ่งถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ใช้บริการดิจิทัลควรจะได้รับคุ้มครองรวมถึงผู้บริโภคสามารถที่ใช้บริการซื้อขายสินค้าทางออนไลน์ได้อย่างปลอดภัยและได้มาตรฐาน ตลอดจนเป็นการปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในสหภาพยุโรป<sup>55</sup>

พระราชบัญญัติบริการดิจิทัล (Digital Service Act หรือ DSA) นั้นเป็นกฎหมายที่ได้มีการวางหลักเกณฑ์บทบาทในการควบคุมดูแลผู้ให้บริการแพลตฟอร์มออนไลน์ประเภทต่าง ๆ ซึ่งมีฐานะเป็นตัวกลางที่ก่อให้เกิดการเชื่อมโยงและการมีอยู่ของข้อมูลคอมพิวเตอร์ในระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการอย่างเป็นทางการเนื้อหาข้อมูลที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย เพื่อให้ผู้ให้บริการได้มีส่วนช่วยในการกลั่นกรองข้อมูลเนื้อหาในอินเทอร์เน็ตให้เป็นข้อมูลที่ปลอดภัยและชอบด้วยกฎหมาย จึงอาจมีข้อกำหนดให้ผู้ให้บริการมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อผู้ใช้บริการมากขึ้น อาทิ ต้องมีการตรวจสอบเพื่อยืนยันตัวตนของผู้ใช้บริการหรือมีเครื่องมือที่ใช้ในการตรวจสอบเนื้อหาข้อมูลที่ไม่เหมาะสม ข้อมูลที่บิดเบือนความจริง เป็นต้น รวมถึงได้มีการวางหลักเกณฑ์ในเรื่องมาตรการแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น เพื่อให้ผู้ให้บริการสามารถที่จะทำการลบเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายออกจากระบบหรือเครือข่าย ซึ่งหากผู้ให้บริการได้ปฏิบัติ

<sup>55</sup> กรมยุโรป กระทรวงต่างประเทศ, สหภาพยุโรปเสนอร่างกฎหมายดิจิทัลใหม่ 2 ฉบับ ป้องกันการผูกขาดบริการออนไลน์ [Online], 24 กรกฎาคม 2565. แหล่งที่มา [europetouch.mfa.go.th/th/content/สหภาพยุโรปเสนอร่างกฎหมายดิจิทัลใหม่-2ฉบับ?cate=5d6abf7c15e39c3f30001465](http://europetouch.mfa.go.th/th/content/สหภาพยุโรปเสนอร่างกฎหมายดิจิทัลใหม่-2ฉบับ?cate=5d6abf7c15e39c3f30001465).



ตามข้อกำหนดเงื่อนไขข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการตามกฎหมาย ผู้ให้บริการก็จะได้รับการยกเว้นความรับผิดจากการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นในระบบเครือข่ายแพลตฟอร์มของตนเอง<sup>56</sup>

ทั้งนี้ คณะกรรมาธิการยุโรปได้มีการนำเสนอ Digital Service Act เข้าสู่รัฐสภาโดยสภานิติบัญญัติแห่งสหภาพยุโรปได้ให้การรับรองกฎเกณฑ์ตามร่างพระราชบัญญัติบริการดิจิทัลแล้ว เมื่อวันที่ 23 เมษายน พ.ศ. 2565 เพื่อเป็นการยกระดับกฎหมายที่ให้การควบคุมการบริการดิจิทัลในสหภาพยุโรปและเป็นการสร้างพื้นที่บนอินเทอร์เน็ตให้มีความปลอดภัยสำหรับผู้ให้บริการในการใช้แพลตฟอร์มออนไลน์ที่จะได้รับข้อมูลเนื้อหาที่ไม่ผิดกฎหมาย โดยร่างพระราชบัญญัติบริการดิจิทัล (Digital Service Act หรือ DSA) จะมีผลบังคับโดยตรงทั่วสหภาพยุโรปหลังจากที่ร่างพระราชบัญญัติได้รับการรับรองอย่างเป็นทางการอีกครั้งหนึ่งจากรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปทั้งหมด 27 ประเทศ โดยจะมีผลใช้บังคับอย่างเป็นทางการตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2567 เป็นต้นไป<sup>57</sup>

### 3.4 การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ของประเทศไทยและต่างประเทศ

หลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมนั้นถือเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปอย่างเป็นสากล ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นความรับผิดของการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับการกระทำในบางลักษณะอันเป็นการรักษาไว้ซึ่งดุลยภาพระหว่างสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Rights) ของเจ้าของลิขสิทธิ์และประโยชน์ของสังคมโดยรวมในการที่จะได้เข้าถึงหรือใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นโดยในแต่ละประเทศอาจมีชื่อเรียกที่แตกต่างกัน อาทิ หลัก Fair Dealing ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักร หรือหลัก Fair Use ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา เป็นต้น<sup>58</sup>

#### 3.4.1 สหรัฐอเมริกา

ในสหรัฐอเมริกานั้นได้มีการวางหลักกฎหมายในเรื่อง การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ขึ้นไว้เป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งถือกำเนิดมาจากแนวคำพิพากษาของศาลที่ได้วางหลักเกณฑ์ในการที่จะให้ผู้อื่นมีสิทธิที่จะใช้งานอันมีลิขสิทธิ์อย่างมีข้อจำกัด<sup>59</sup> โดยไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์อันเป็นข้อจำกัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการ

<sup>56</sup> International Bar Association, **Online platform: ‘Notice and takedown’ procedures at heart of updated EU rules** [Online], 3 September 2021. Available from <https://www.ibanet.org/Online-platforms-notice-and-takedown-procedures-at%20heart-of-updated-EU-rules>.

<sup>57</sup> European Commission, **The digital services act package** [Online], 5 July 2022. Available from <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>.

<sup>58</sup> อรรถพรณ พันธ์พัฒนา, **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2549), 127.

<sup>59</sup> วีส ดิงสมิตร, “การศึกษาหรือวิจัยอันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์,” **บทบัณฑิตย** 57, 1(มีนาคม 2544): 155-156.



สร้างความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์กับสาธารณประโยชน์ ทั้งนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาหลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมไว้ในมาตรา 107 ของ Copyright Act 1976 โดยมีรายละเอียดดังนี้<sup>60</sup>

“ตาม Copyright Act 1976 มาตรา 107 วางหลักไว้ว่า โดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติตามมาตรา 106 และ 106A นั้น การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมย่อมหมายความรวมถึงการใช้งานจากการทำซ้ำในสำเนา หรือสิ่งบันทึกเสียง หรือโดยวิธีการอื่นใดที่ระบุไว้ในมาตรานั้น โดยเพื่อวัตถุประสงค์ต่าง ๆ อาทิ การวิจารณ์ การแสดงความคิดเห็น การรายงานข่าว การสอน (รวมถึงการทำสำเนาเอกสารหลายชุดสำหรับที่ใช้ในห้องเรียน) การศึกษา หรือการวิจัย ไม่ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งในการพิจารณาว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในกรณีหนึ่งกรณีใดนั้นเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมหรือไม่ มีปัจจัยต่าง ๆ ที่จะต้องพิจารณาดังนี้

- 1) วัตถุประสงค์และลักษณะของการใช้งาน รวมถึงพิจารณาว่าเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์ในเชิงพาณิชย์หรือมีวัตถุประสงค์เพื่อการศึกษาที่ไม่แสวงหาผลกำไร
- 2) ลักษณะของงานที่มีลิขสิทธิ์
- 3) จำนวนและสาระสำคัญของส่วนที่ใช้เกี่ยวกับลิขสิทธิ์ทำงานโดยรวมและ
- 4) ผลกระทบของการใช้งานต่อตลาดในเชิงพาณิชย์หรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น”<sup>61</sup>

จากบทบัญญัติตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา ในเรื่อง การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมนั้น โดยส่วนใหญ่จะเป็นการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดชอบของการละเมิดลิขสิทธิ์ในเชิงที่จะสามารถให้นางานอันมีลิขสิทธิ์นั้นไปสร้างประโยชน์ให้แก่สังคมต่อไป เป็นการเผยแพร่องค์ความรู้และส่งเสริมทางการศึกษา อาทิ ให้สิทธิในการจะนำงานอันมีลิขสิทธิ์ไปเป็นสื่อในการเรียนการสอน การทำวิจัย หรือการวิพากษ์วิจารณ์ นำเสนอข่าว เป็นต้น โดยการนำเอางานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้นั้นจะถือเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป โดยศาลนั้นต้องทำการพิจารณาข้อเท็จจริงประกอบกับอาศัยการพิจารณาตามปัจจัยทั้ง 4 ประการ<sup>62</sup> ดังต่อไปนี้

<sup>60</sup> Taylor, A., **The digital millennium copyright act and the first amendment: Section 1201's disruptive effect on the Fair Use doctrine** [Online], 2019. Available from <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/d8-7ykn-an81>.

<sup>61</sup> Section 107 The Copyright Act 1976.

<sup>62</sup> Crews, K. D., **Fair use** [Online], n.d. Available from <https://copyright.columbia.edu/basics/fair-use.html>.

1) วัตถุประสงค์และลักษณะของการใช้งาน (The purpose and Character of the Use) รวมถึงการพิจารณาว่าเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในเชิงพาณิชย์หรือใช้เพื่อประโยชน์ในการศึกษา โดยไม่ได้มุ่งแสวงหาผลกำไร

จากปัจจัยในข้อแรกนั้นจะเป็นการพิจารณาในเรื่องของวัตถุประสงค์และลักษณะของการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์เป็นองค์ประกอบหลัก โดยพิจารณาว่าการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเป็นการกระทำเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ หรือเป็นการใช้ประโยชน์ในทางการศึกษา โดยไม่ได้กระทำเพื่อแสวงหาผลกำไร ซึ่งถือเป็นหนึ่งในปัจจัยหลักที่จะแสดงให้เห็นได้ว่าเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมหรือไม่ ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลเพื่อที่จะก่อให้เกิดการพัฒนาองค์ความรู้หรือต่อยอดทางความคิดเพิ่มเติมสิ่งใหม่ ๆ ต่อไป<sup>63</sup> โดยหากศาลทำการพิจารณาข้อเท็จจริงรายกรณีแล้วเห็นว่า เป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์อย่างแสวงหาซึ่งผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์แล้วนั้นย่อมมีแนวโน้มที่ศาลจะพิจารณาว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าว ไม่ใช่การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม อันจะได้รับการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจากหากเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ โดยมีวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์แล้วย่อมเป็นประการที่อาจส่งผลกระทบต่อ การแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ ซึ่งศาลฎีกาได้เคยมีคำวินิจฉัยในคดีของ Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. ไว้ว่า “การใช้เนื้อหาที่มีลิขสิทธิ์ในเชิงพาณิชย์จะถือว่า...ไม่ยุติธรรม” (commercial use of copyrighted material is presumptively ...unfair)<sup>64</sup>

2) ลักษณะของงานอันมีลิขสิทธิ์ (The Nature of the Copyrighted Work)

ปัจจัยที่สองนั้น เป็นการพิจารณาองค์ประกอบของงานอันมีลิขสิทธิ์ว่ามีลักษณะแบบใด กล่าวคือ พิจารณาว่าลักษณะของงานนั้นเป็นมีลักษณะเป็นข้อเท็จจริงต่าง ๆ เป็นข่าว ข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ หรือเป็นเพียงความคิดเท่านั้น ซึ่งศาลมีแนวโน้มที่จะพิจารณาแล้วเห็นว่า หากเป็นกรณีเช่นในงานดังกล่าวนั้นย่อมไม่อาจได้รับการคุ้มครองให้เป็นลิขสิทธิ์และเมื่อมีผู้อื่นได้นำเอางานดังกล่าวไปใช้ประโยชน์นั้นย่อมส่งผลทำให้ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ เนื่องจากการพิจารณาปัจจัยในข้อนี้จะมีจุดประสงค์ที่จะก่อให้เกิดการเผยแพร่องค์ความรู้และเกิดการเพิ่มพูนทางปัญญา เพื่อก่อให้เกิดการต่อยอดทางความคิดและพัฒนาการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ต่อไป

3) ปริมาณและสัดส่วนอันเป็นสาระสำคัญของการใช้งานเมื่อเทียบกับงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด (The Amount and Substantiality of the Portion Used in Relation to the Copyrighted Work as a Whole)

<sup>63</sup> University of Louisville, **Fair use four factor analysis** [Online], n.d. Available from <https://louisville.edu/copyright/basics/resources/four-factor-analysis>.

<sup>64</sup> Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

ปัจจัยที่สามนั้นเป็นการพิจารณาในเชิงเปรียบเทียบระหว่างปริมาณและสัดส่วนของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำมาใช้กับงานอันมีลิขสิทธิ์เดิมว่ามีจำนวนมากน้อยเพียงใด ซึ่งโดยทั่วไปหากยังมีการนำเอางานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ในปริมาณที่น้อยเมื่อเทียบกับปริมาณงานทั้งหมดมากเท่าใด การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวก็จะมีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมมากขึ้นเท่านั้น แต่ทั้งนี้ หากส่วนของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้นั้นเป็นสาระสำคัญอันเป็นหัวใจหลักของงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งส่งผลทำให้แม้จะเป็นการนำงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เพียงเล็กน้อยเท่านั้น ก็อาจถือได้ว่าการใช้งานดังกล่าวไม่ได้เป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม โดยศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้เคยมีคำวินิจฉัยที่พิจารณาถึงปัจจัยดังกล่าวไว้ในคดีของ Harper & Row, Publishers, Inc. v Nation Enterprise<sup>65</sup> ไว้ว่าแม้การที่บทความข่าวที่นำเสนอเนื้อหา ซึ่งมีการใช้จำนวนคำน้อยกว่า 400 คำ จากจำนวนเนื้อหาที่มีทั้งหมด 200,000 คำ แม้ว่าจะเป็นจำนวนน้อย แต่ก็ถือเป็นส่วนสำคัญของงาน เพราะข้อความที่ตัดตอนนำมาใช้นั้น คือ “หัวใจของงาน” (Heart of the Work) การใช้งานในลักษณะดังกล่าว จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

4) ผลกระทบต่อตลาดในเชิงพาณิชย์ หรือ มูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์ (The Use Upon the Potential Market for or Value of the Copyrighted Work)

ปัจจัยสุดท้ายนั้นเป็นกรณีที่ศาลจะทำการพิจารณาโดยคำนึงถึงปัจจัยในเรื่องผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นสำคัญ โดยทำการประเมินผลกระทบระหว่างงานที่อ้างว่าเป็นการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์กับงานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งศาลจะทำการพิจารณาว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของจำเลยนั้นส่งผลกระทบต่อความสามารถของเจ้าของลิขสิทธิ์ในแง่ของการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์อย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ เนื่องจากการแสวงหาประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามกฎหมายนั้นมีระยะเวลาที่จำกัด จึงทำให้ศาลจะต้องทำการพิจารณาให้เห็นถึงผลกระทบของการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวด้วย ซึ่งหากพิจารณาแล้วเห็นว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวเป็นประการที่ส่งผลกระทบต่อตลาดในเชิงพาณิชย์หรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์แล้วนั้น ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม<sup>66</sup>

### 3.4.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

อนึ่ง ในเรื่อง การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ของประเทศเยอรมนีนั้นเห็นว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ของเยอรมนี (Urheberrechtsgesetz หรือ UrhG) นั้นไม่ได้ถือยอมรับนำเอาหลักทั่วไปในเรื่อง “การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม” มาบังคับใช้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศ

<sup>65</sup> Harper & Row v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985).

<sup>66</sup> University of Louisville, Fair use four factor analysis.

เยอรมนีโดยตรง<sup>67</sup> แต่เป็นการนำเอาหลักของการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมมาบังคับใช้ในเชิงลักษณะของการกำหนดเป็น“ข้อจำกัดและข้อยกเว้น” ของการใช้งานลิขสิทธิ์ (Limitations and Exceptions) กล่าวคือ เป็นการวางหลักบทบัญญัติของกฎหมายในประการที่เป็นการจำกัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้งานที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย (Schranken des Urheberrechts durch gesetzlich erlaubte Nutzungen) โดยได้มีการกำหนดข้อจำกัดและข้อยกเว้นของการใช้งานลิขสิทธิ์ไว้หลายประการด้วยกัน เพื่อต้องการที่จะให้บุคคลอื่นสามารถที่จะเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ เพื่อที่จะได้ใช้ประโยชน์และได้เรียนรู้ถึงวัฒนธรรมจากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ซึ่งในบางบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมนีนั้นได้มีความสอดคล้องกับบทบัญญัติที่ใช้บังคับโดยทั่วไปในสหภาพยุโรป อาทิ การใช้งานลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวและประโยชน์ของสาธารณะ หรือเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์อันเกี่ยวกับศาสนา รวมถึงการใช้งานลิขสิทธิ์อันเกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการพูดและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เป็นต้น<sup>68</sup>

ทั้งนี้ เดิมทีกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมนีนั้นได้เคยมีบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งได้วางหลักกฎหมายในเรื่อง การใช้งานลิขสิทธิ์โดยไม่มีข้อจำกัด (Free Use) อันเกี่ยวกับงานเขียนไว้ในมาตรา 24 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ของเยอรมนี (UrhG) ไว้ด้วย กล่าวคือ เป็นการบัญญัติให้สิทธิแก่ผู้ที่สร้างสรรค์ผลงานขึ้น โดยอาศัยจากการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นนั้นอาจทำการนำเอางานที่สร้างสรรค์ขึ้นไปทำการตีพิมพ์หรือใช้ประโยชน์ในงานดังกล่าวได้ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้สร้างสรรค์งานที่ใช้นั้น แต่ทั้งนี้ ไม่อาจใช้บังคับได้กับกรณีที่เป็นงานดนตรีที่มีลักษณะเป็นการยืมทำนองและนำทำนองดังกล่าวมาใช้เป็นพื้นฐานในการสร้างผลงานขึ้นใหม่ขึ้น ซึ่งต่อมาได้มีการแก้ไขปฏิรูปกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมนีโดยมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 7 มิถุนายน ค.ศ. 2021 เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับข้อบังคับของสหภาพยุโรประบุว่าด้วยตลาดเดิวิดิจิทัล ฉบับลงวันที่ 17 เมษายน ค.ศ. 2019 (The Digital Single Market Directive หรือ EU Directive 2019/790) จึงทำให้มีการยกเลิกการบังคับใช้บทบัญญัติตามมาตราดังกล่าวและได้มีการนำหลักกฎหมายของบทบัญญัติตามมาตรา 24(1) เดิม มาทำการแก้ไขเพิ่มเติมลงในบทบัญญัติมาตรา 23(1) โดยเป็นการ

<sup>67</sup> Meissner Bolte, **Copyright in Germany** [Online], 31 July 2019. Available from <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5a9f6b59-1014-4d39-a4f0-7f83bb4428f9>.

<sup>68</sup> Touring Artists, **Limitation and exceptions to copyright with regard to time and content** [Online], n.d. Available from <https://www.touring-artists.info/en/copyright/german-copyright-law/limitations-to-copyright/>.

แก้ไขเพิ่มเติมขอบเขตของกฎหมายในเรื่องการตัดแปลงหรือเปลี่ยนแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นแทน<sup>69</sup> ซึ่งการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมนีในครั้งนี้นั้นถือเป็นอีกหนึ่งการปฏิรูปกฎหมายลิขสิทธิ์ครั้งสำคัญ โดยเป็นการแก้ไขเพื่อปรับโครงสร้างความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอันเกี่ยวกับการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ลงบนระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและได้มีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ให้บริการ (Safe Harbors) สำหรับผู้ให้บริการที่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของกฎหมาย รวมถึงได้มีการกำหนดขั้นตอนการร้องเรียนการปิดกั้นการใช้งานโดยไม่ได้รับอนุญาตและการเรียกร้องค่าเสียหาย อีกทั้ง ได้มีการกำหนดวัตถุประสงค์เพิ่มเติมของข้อจำกัดและข้อยกเว้นในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์อาทิ การทำการทูล้อเลียน ละครตลก การทำซ้ำในที่สาธารณะ เป็นต้น<sup>70</sup>

ทั้งนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์ของเยอรมนี (Urheberrechtsgesetz หรือ UrhG) ได้มีการบัญญัติหลักกฎหมายอันเกี่ยวกับข้อจำกัดและข้อยกเว้นของการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ (Limitations and Exceptions) ไว้ในบทบัญญัติหลายมาตราดังตัวอย่างต่อไปนี้

1) ตามมาตรา 46 ของ UrhG<sup>71</sup> กล่าวคือ เป็นการอนุญาตให้ทำซ้ำ เผยแพร่ต่อสาธารณชนและทำให้สามารถที่จะเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เกิดจากการรวบรวม (Collection) อันเกี่ยวกับการใช้งานทางศาสนาซึ่งอาจเป็นงานที่เกี่ยวข้องภาษา งานดนตรีกรรม งานจิตรศิลป์ หรืองานภาพถ่ายส่วนบุคคล โดยการรวบรวมงานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวจะต้องมีการระบุวัตถุประสงค์ของการใช้งานไว้อย่างชัดเจนในสำเนาเอกสารที่ทำการเปิดเผยต่อสาธารณชน และในกรณีที่เป็นการทำซ้ำหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนนั้นจะต้องมีการแจ้งความประสงค์ในการจะใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวต่อผู้เขียนให้ทราบเพื่อให้ทำการอนุญาตก่อนนำไปใช้งาน

ทั้งนี้ เจ้าของลิขสิทธิ์อาจทำการห้ามการแสวงหาผลประโยชน์ที่ได้รับอนุญาตภายใต้บทบัญญัติกฎหมายฉบับนี้ได้ หากงานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ดังกล่าวไม่สอดคล้องกับความเชื่อมั่นของเจ้าของลิขสิทธิ์อีกต่อไป โดยอาจทำการเพิกถอนสิทธิในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวตามมาตรา 42 ของ UrhG

<sup>69</sup> Buse Herz Grunst, “Metal on metal” gets down to business - repeal of § 24 UrhG old version [Online], 17 June 2021. Available from <https://www.kanzlei.law/medien-und-wirtschaftsrecht/metall-auf-metall-macht-naegel-mit-koepfen-aufhebung-des-%C2%A7-24-urhg-a/>.

<sup>70</sup> Deutscher Bundestag, Law to adapt copyright law to the requirements of the digital single market [Online], n.d. Available from <https://dip.bundestag.de/vorgang/.../273942>.

<sup>71</sup> §UrhG 46 Urheberrechtsgesetz.

2) ตามมาตรา 49 ของ UrhG<sup>72</sup> กล่าวคือ เป็นการอนุญาตให้ทำซ้ำหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบของบทความส่วนบุคคล หรือภาพถ่ายที่ได้ตีพิมพ์ในหนังสือพิมพ์รายวันหรือเอกสารข้อมูลในรูปแบบอื่น ๆ ที่ให้ประโยชน์เป็นรายวัน ซึ่งมีเนื้อหาที่เกี่ยวกับการเมือง เศรษฐกิจศาสนา และข่าวประจำวัน ซึ่งการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวนั้นอาจต้องมีการจ่ายค่าตอบแทนตามสมควรจากการที่ได้ทำซ้ำหรือเผยแพร่ในงานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าว เว้นแต่เป็นการทำซ้ำหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนในลักษณะที่เป็นการตัดตอนนำเอางานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เพียงเล็กน้อยหากทำการเทียบจากปริมาณของงานทั้งหมด

3) ตามมาตรา 50 ของ UrhG<sup>73</sup> กล่าวคือ เป็นการอนุญาตให้ทำซ้ำหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนในงานอันมีลิขสิทธิ์ต่อสาธารณชนอื่นเกี่ยวกับการรายงานเหตุการณ์ปัจจุบัน ไม่ว่าจะโดยทางวิทยุ หนังสือพิมพ์ นิตยสารหรือสื่อในรูปแบบต่าง ๆ ในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน

4) ตามมาตรา 51 ของ UrhG<sup>74</sup> กล่าวคือ เป็นการอนุญาตให้ทำซ้ำหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้เคยมีการเผยแพร่สู่สาธารณชนมาก่อนแล้ว โดยการนำเอางานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวมาใช้นั้นจะต้องทำการอ้างอิงระบุถึงแหล่งที่มา ทั้งนี้ การนำเอางานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ตามบทบัญญัติมาตรานี้จะต้องเป็นการใช้งานตามวัตถุประสงค์ขอบเขตของเงื่อนไขดังต่อไปนี้

4.1) การนำเอางานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เพื่ออ้างอิงในงานอันเกี่ยวกับวิทยาศาสตร์ที่ได้เกิดขึ้นใหม่ โดยหากเป็นการกระทำในประการที่เป็นประโยชน์ต่อการศึกษาวิจัยหรือให้ประโยชน์แก่สังคม

4.2) การนำเอางานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เพื่ออ้างอิงในงานอันเกี่ยวกับวรรณกรรมที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นใหม่

4.3) การนำเอางานอันมีลิขสิทธิ์อันเกี่ยวกับงานวรรณกรรมประเภทเนื้อเพลงมาใช้ โดยได้ทำการอ้างอิงระบุถึงแหล่งที่มาในงานดนตรีกรรมที่ได้สร้างสรรค์ใหม่

5) ตามมาตรา 51 ของ UrhG<sup>75</sup> กล่าวคือ เป็นการอนุญาตให้ทำซ้ำหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนในงานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งได้มีการตีพิมพ์เผยแพร่ โดยมีวัตถุประสงค์ในการล้อเลียน เป็นภาพล้อเลียนหรือเป็นภาพเขียนพู่กัน ซึ่งการวางหลักกฎหมายในการให้สิทธิในเรื่องดังกล่าวนี้

<sup>72</sup> §UrhG 49 Urheberrechtsgesetz.

<sup>73</sup> §UrhG 50 Urheberrechtsgesetz.

<sup>74</sup> §UrhG 51 Urheberrechtsgesetz.

<sup>75</sup> §UrhG 51, Urheberrechtsgesetz.



เป็นผลมาจากการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมนี ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 7 มิถุนายน พ.ศ. 2564<sup>76</sup>

6) ตามมาตรา 53 ของ UrhG<sup>77</sup> กล่าวคือ เป็นการอนุญาตให้ทำซ้ำในงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ หากเป็นการกระทำเพื่อใช้ในประโยชน์ส่วนตัว แต่ห้ามมิให้นำไปใช้ในกรณีที่เป็นการทำซ้ำเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการใช้แม่แบบของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ผิดกฎหมายหรือที่สาธารณชนสามารถเข้าถึงได้อย่างชัดเจน

7) ตามมาตรา 58 ของ UrhG<sup>78</sup> กล่าวคือ เป็นการอนุญาตให้ทำซ้ำหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนในงานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผลงานวิจิตรศิลป์ โดยมีวัตถุประสงค์ในการโฆษณาด้วยความมุ่งหมายที่จะการแสดงผลงานในที่สาธารณะหรือทำการขายงานศิลปะนั้น งานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าว ให้หมายความรวมถึงในบริบทของสื่อดิจิทัลออฟไลน์ (CD-ROM) โดยอนุญาตให้ทำซ้ำและเผยแพร่ผลงานดังกล่าวในหนังสือประชาสัมพันธ์ ซึ่งจัดทำขึ้นโดยห้องสมุดสาธารณะ สถานศึกษา หรือพิพิธภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับนิทรรศการ

8) ตามมาตรา 59 ของ UrhG<sup>79</sup> กล่าวคือ เป็นการอนุญาตให้ทำซ้ำหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนในผลงานซึ่งได้มีการเผยแพร่หรือตั้งอยู่ถาวรในที่สาธารณะไม่ว่าจะเป็นบนท้องถนน หรือสถานที่ต่าง ๆ อาทิ งานสถาปัตยกรรม ประติมากรรม งานจิตรกรรมภาพวาด ภาพถ่าย หรือฟิล์ม โดยอาจทำซ้ำหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนในลักษณะของการผลิตและจำหน่ายโปสการ์ด เป็นต้น

### 3.4.3 ประเทศไทย

ในประเทศไทยนั้นได้มีการนำหลักในเรื่อง การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) มาบัญญัติไว้เป็นหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หมวดที่ 1 ส่วนที่ 6 เรื่อง ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์<sup>80</sup> โดยเป็นการกำหนดให้การใช้งานลิขสิทธิ์ในบางกรณีสามารถกระทำได้ โดยไม่จำเป็นต้องขออนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์และการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวจะไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หากเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม ซึ่งมีรายละเอียดตามบทบัญญัติใน

<sup>76</sup> Stutezle, C., **Germany: New Masters: Painter's win clarifies 'Pastiche'** [Online], 29 March 2022. Available from <https://www.mondaq.com/germany/copyright/1176766/new-masters-painter39s-win-clarifies-pastiche39>.

<sup>77</sup> §UrhG 53, Urheberrechtsgesetz.

<sup>78</sup> §UrhG 58, Urheberrechtsgesetz.

<sup>79</sup> §UrhG 59 Urheberrechtsgesetz.

<sup>80</sup> IP Thailand, **หลักการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม (Fair Use) ตามกฎหมายไทย** [Online], 1 มีนาคม 2565. แหล่งที่มา <http://www.ip-thailand.com/ลิขสิทธิ์/ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม-fair-use-ด/>.



มาตรา 32 ถึงมาตรา 43<sup>81</sup> โดยสามารถพิจารณาแบ่งบทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ออกเป็น 2 เงื่อนไข ดังนี้

1) ข้อยกเว้นซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไป ตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง<sup>82</sup>

กล่าวคือ มีการวางหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณาข้อกำหนดอันเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ว่า การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หากเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์ภายใต้เงื่อนไขทั้ง 2 ประการ<sup>83</sup> คือ ประการแรก ต้องไม่เป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และ ประการที่สอง ต้องไม่เป็นการกระทบ กระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์ เกินสมควร

2) ข้อยกเว้นซึ่งมีลักษณะเฉพาะเป็นรายกรณี ตามมาตรา 32 วรรคสอง<sup>84</sup>

กล่าวคือ การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์นั้น หากเป็นการกระทำในกรณีดังต่อไปนี้ มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

- (1) วิจัยหรือศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- (2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท
- (3) ตีพิมพ์ วิจัย หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว
- (6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอนเพื่อประโยชน์ในการสอนของตนอันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร

<sup>81</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, *ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา*, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2560), 106-107.

<sup>82</sup> มาตรา 32 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

<sup>83</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, *คู่มือการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม* [Online], 24 เมษายน 2557. แหล่งที่มา <http://www.ipthailand.go.th/th/dip-news/item/คู่มือการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม-2.html>.

<sup>84</sup> มาตรา 32 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

(7) ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือดัดทอนหรือทำบทสรุป โดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร

(8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ จากบทบัญญัติข้างต้นนั้น การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามบทบัญญัติมาตรา 32 วรรคสอง (1) ถึง (8) นั้นจะต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของมาตรา 32 วรรคหนึ่งด้วย กล่าวคือ เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า เป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเป็นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา 32 (1) ถึง (8) แล้วนั้นจะต้องทำการพิจารณาประกอบกับเงื่อนไขของหลักเกณฑ์ข้อยกเว้นทั่วไปทั้ง 2 ประการ ตามมาตรา 32 วรรคหนึ่งด้วยเสมอว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอัน มีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และต้องไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร การกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดนั้นจึงจะได้รับการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

ทั้งนี้ การที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้กำหนดข้อยกเว้นอันเป็น บทบัญญัติทั่วไปให้ต้องพิจารณาว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์ในประการที่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรด้วยหรือไม่นั้น ถ้าหากแม้การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวจะเป็นกรณีที่เป็นกรกระทำในลักษณะการใช้งานตามมาตรา 32 (1) ถึง (8) แล้วนั้น แต่หากพิจารณาแล้วเห็นว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นดังกล่าวนั้นขัดต่อหลักเกณฑ์ข้อยกเว้น ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปทั้งสองประการข้างต้น ก็ไม่อาจถือได้ว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวจะเป็น การใช้งานโดยชอบธรรมอันจะได้รับการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ด้วยเหตุนี้ จึงมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงการกระทำใด ๆ แก่งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจะเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมหรือไม่ โดยมีหลักเกณฑ์พิจารณา 4 ประการดังนี้<sup>85</sup>

#### 1) วัตถุประสงค์และลักษณะของการใช้งานลิขสิทธิ์

โดยพิจารณาว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นนั้น เป็นการกระทำเพื่อ วัตถุประสงค์ในการใช้งานเชิงพาณิชย์หรือเพื่อการค้าหากำไรหรือไม่ เนื่องจากหากเป็นการใช้งาน อันมีลิขสิทธิ์ในลักษณะดังกล่าวนี้ โดยปกติจะต้องมีการจ่ายค่าใช้ลิขสิทธิ์ให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือ อาจจะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก่อน จึงจะมีสิทธิในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นได้อย่าง ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และต้องมีการพิจารณาประกอบด้วยว่าการใช้งานลิขสิทธิ์นั้นมีเจตนาทุจริต หรือไม่ ซึ่งอาจพิจารณาได้จากข้อสังเกตบางประการ อาทิ การนำเอางานลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้

<sup>85</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, คู่มือการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม.

โดยไม่อ้างอิงแหล่งที่มาหรือเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์ในลักษณะที่ทำให้ผู้อื่นเข้าใจว่าเป็นงานของผู้ใช้ลิขสิทธิ์นั่นเอง ทั้งนี้ หากเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์ของผู้อื่นในประการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคม โดยได้ทำการปรับเปลี่ยน (Transform) งานลิขสิทธิ์ให้แตกต่างไปจากเดิม หรือมีการเพิ่มเติมองค์ความรู้สิ่งใหม่ ๆ เข้ามาและได้ทำการอ้างอิงถึงแหล่งที่มา (Quote) ของงานลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้อย่างชัดเจนก็อาจส่งผลให้เป็นการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมได้<sup>86</sup>

## 2) ลักษณะของงานอันมีลิขสิทธิ์

เป็นการพิจารณาถึงลักษณะของงานอันมีลิขสิทธิ์ว่างานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้นั้น มีระดับในการสร้างสรรค์งานอย่างไร กล่าวคือ หากงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้นั้นมีลักษณะที่เป็นข้อเท็จจริง ข้อมูลทางวิทยาศาสตร์หรือข่าวประจำวัน ฯลฯ ก็จะเป็นประการที่ส่งผลทำให้มีโอกาสที่จะพิจารณาแล้ว เห็นว่า เป็นการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมมากกว่างานอันมีลิขสิทธิ์ที่ต้องอาศัยจินตนาการและความคิดสร้างสรรค์อย่างมากในการสร้างสรรค์ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ขึ้น อีกทั้ง การพิจารณาในเรื่องของการโฆษณางานอันมีลิขสิทธิ์ โดยหากงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้นำมาใช้งานนั้นไม่เคยมีการโฆษณาเผยแพร่ต่อสาธารณชนมาก่อนก็อาจทำให้ข้ออ้างของการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมนั้น อาจรับฟังไม่ขึ้น

3) ปริมาณและสัดส่วนของเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญเมื่อเปรียบเทียบกับเนื้อหาทั้งหมด กล่าวคือ เป็นการพิจารณาระหว่างปริมาณและสัดส่วนของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่นำมาใช้กับงานที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นว่ามีปริมาณมากหรือน้อยเพียงใด โดยหากพิจารณาแล้ว นั้นเห็นว่ามี การนำเอางานลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้ในปริมาณมากหรือเป็นการนำเอาส่วนสาระสำคัญของงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ก็เป็นประการที่อาจส่งผลทำให้ไม่เป็นการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

## 4) ผลกระทบต่อตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์

ในการพิจารณาหลักเกณฑ์สุดท้ายนั้น เป็นการพิจารณาว่าการใช้งานลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นนั้นเป็นประการที่ส่งผลกระทบต่อความสามารถในการสร้างรายได้จากงานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่ โดยหากการใช้ลิขสิทธิ์ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อหรือมีผลกระทบเพียงเล็กน้อยก็อาจถือได้ว่าเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

ตัวอย่างแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่น่าสนใจในเรื่อง การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ของประเทศไทยอันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

<sup>86</sup> เรื่องเดียวกัน.

1) คำพิพากษาฎีกาที่ 1732/2543 จำเลยซึ่งมีอาชีพรับจ้างถ่ายเอกสาร ได้นำเครื่องถ่ายเอกสารมาถ่ายสำเนาจากต้นฉบับหนังสือซึ่งเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ร่วมทั้งสามเป็นเล่มจำนวน 71 เล่มยังไม่เข้าเล่มจำนวน 290 ชุด และเอกสารเป็นแผ่นจำนวน 158 ชุด (6,162 แผ่น) อันเป็นความผิดฐานทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ร่วม จำเลยได้ให้การต่อสู้ว่าจำเลยได้ถ่ายสำเนาเอกสารของกลางตามคำสั่งของผู้ว่าจ้างคือนักศึกษาที่นำไปใช้เพื่อการศึกษาหรือวิจัย จึงได้รับการยกเว้นมิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นหน้าที่ของจำเลยที่จะต้องนำสืบเพื่อพิสูจน์ให้เห็นตามข้อกล่าวอ้างของตน แต่จำเลยไม่มีพยานหลักฐานมาแสดงให้เห็นได้ว่ามีนักศึกษามาว่าจ้างจำเลยให้ถ่ายสำเนาเอกสารของกลาง เพื่อนำไปใช้ในการศึกษาหรือวิจัยงานอันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร พยานหลักฐานของจำเลยปากเดียวอ้างตนเองเป็นพยานเบิกความว่าจำเลยรับจ้างนักศึกษาถ่ายสำเนาเอกสารของกลางโดยไม่มีรายละเอียดเกี่ยวกับการว่าจ้างและนักศึกษาที่ว่าจ้าง จึงเป็นเพียงคำเบิกความลอย ๆ ไม่มีน้ำหนักน่าเชื่อถือ ข้อเท็จจริงจึงรับฟังไม่ได้ว่าการกระทำของจำเลยเข้าเงื่อนไขแห่งข้อยกเว้นความผิดตามที่จำเลยอ้าง จำเลยจึงมีความผิดฐานทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ร่วมทั้งสามตามฟ้อง<sup>87</sup>

2) คำพิพากษาฎีกาที่ 5843/2543 พฤติการณ์ที่จำเลยทำซ้ำโดยถ่ายเอกสารงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ร่วมไว้หลายชุดแล้วเก็บไว้ที่ร้านค้าของจำเลยซึ่งอยู่ใกล้มหาวิทยาลัย ซึ่งมีการเรียนการสอนโดยใช้หนังสือของโจทก์ร่วมและมีโอกาสที่จำเลยจะขายเอกสารที่ทำซ้ำขึ้นแก่นักศึกษาได้สะดวกเป็นการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ร่วมโดยการถ่ายสำเนาเอกสารจำนวน 43 ชุดไว้เพื่อขาย เสนอขายและมีไว้เพื่อขายอันเป็นการที่จำเลยทำซ้ำขึ้นเองเพื่อการค้าและแสวงหาประโยชน์จากการขายสำเนางานที่จำเลยทำซ้ำขึ้นมา มิใช่การรับจ้างถ่ายเอกสารจากนักศึกษาที่ต้องการได้สำเนางานที่เกิดจากการทำซ้ำไปใช้ในการศึกษาวิจัยอันเป็นเหตุยกเว้นมิให้ถือว่าการทำซ้ำของจำเลยเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 32(1) แต่อย่างใด<sup>88</sup>

3) คำพิพากษาฎีกาที่ 1908/2546 ข้อเท็จจริงในคดีนี้ได้ความว่า จำเลยที่ 1 เขียนหนังสือ “กลยุทธ์ในการฝึกอบรม” เพื่อใช้เป็นเอกสารประกอบการสอนและเป็นผลงานทางวิชาการที่จำเลยที่ 1 ใช้สำหรับประกอบการขอรับการแต่งตั้งเป็นผู้ช่วยศาสตราจารย์ ซึ่งมีข้อความที่เหมือนและคล้ายกับข้อความที่ปรากฏอยู่ในหนังสือ “คู่มือการประเมินผลการฝึกอบรมสำหรับผู้รับผิดชอบโครงการฝึกอบรม/สัมมนา” และ “คู่มือการประเมินและติดตามผลการฝึกอบรมสำหรับผู้รับผิดชอบโครงการฝึกอบรม/สัมมนา” ของโจทก์ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของงานประมาณ 30 หน้า จากจำนวนประมาณ 150 หน้า ข้อความบางตอนมีลักษณะเกือบเหมือนกันคำต่อคำ บางตอนมีลักษณะ

<sup>87</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1732/2543.

<sup>88</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 5843/2543.

ดัดแปลงให้ต่างกันเล็กน้อยและบางตอนก็เพียงแต่ปรับเปลี่ยนหัวข้อเล็กน้อยเท่านั้นซึ่งยากที่จะเกิดขึ้นได้โดยบังเอิญ การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงเป็นการทำซ้ำและดัดแปลงงานวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์เมื่อจำเลยที่ 1 กระทำไปโดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ จึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์

แม้จำเลยที่ 1 เขียนหนังสือ “กลยุทธ์ในการฝึกอบรม” เพื่อใช้เป็นเอกสารประกอบการสอนและเป็นผลงานทางวิชาการที่จำเลยที่ 1 ใช้ประกอบการพิจารณาขอรับการแต่งตั้งเป็นผู้ช่วยศาสตราจารย์อันอาจถือได้ว่าเป็นการวิจัยงานหรือทำซ้ำและดัดแปลงโดยผู้สอนเพื่อแจกจ่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา โดยไม่ได้หากำไรซึ่งจะเข้าข่ายกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 วรรคสอง (1) และ (7) แต่จำเลยที่ 1 ได้กระทำการถึงขั้นจัดพิมพ์เพื่อจำหน่ายแก่บุคคลทั่วไปโดยจำเลยที่ 1 ได้รับค่าตอบแทนงานเขียนดังกล่าว แม้จะได้รับในอัตราต่ำสุดก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำเพื่อหากำไรแล้ว การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงไม่เข้าข่ายกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว

การคัดลอก เลียน หรืออ้างอิงงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นอันอาจเข้าข่ายกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะต้องเป็นการกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์บางตอนตามสมควรและมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น แม้จำเลยที่ 1 จะคัดลอก หรือเลียนงานวรรณกรรมของโจทก์จำนวนประมาณ 30 หน้า จากจำนวนทั้งหมดประมาณ 150 หน้า อันถือได้ว่าเป็นงานบางตอนแต่การนำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์มาบางตอนดังกล่าวล้วนเป็นส่วนหนึ่งของเนื้อหาสาระที่สำคัญและมีปริมาณงานเป็นจำนวนมาก จึงถือได้ว่าเป็นการคัดลอก หรือเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเกินสมควร

สำหรับหนังสือ “กลยุทธ์ในการฝึกอบรม” ของจำเลยที่ 1 เป็นหนังสือคำอธิบายเกี่ยวกับการฝึกอบรมขนาด 8 หน้ายก ซึ่งจำเลยที่ 1 สามารถที่จะแสดงการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ของโจทก์ได้อยู่แล้ว ไม่ว่าจะเป็นการทำเชิงอรรถหรือกล่าวถึงเจ้าของลิขสิทธิ์ เมื่อจำเลยที่ 1 นำข้อความของงานนั้นมาเขียนไว้ในหนังสือของจำเลยที่ 1 ดังที่จำเลยที่ 1 ได้กระทำแล้วในส่วนอื่น ๆ ของหนังสือดังกล่าว การที่จำเลยที่ 1 เพียงแต่อ้างอิงถึงชื่อโจทก์และบุคคลอื่นพร้อมงานเขียนรวม 26 รายการ ไว้ในหัวข้อเอกสารอ้างอิงที่ท้ายเล่มผู้อ่านย่อมไม่สามารถที่จะทราบได้ว่าข้อความส่วนใดของงานดังกล่าวเป็นงานเขียนของโจทก์ซึ่งจำเลยที่ 1 คัดลอกมา จึงยังไม่เป็นการเพียงพอที่จะถือได้ว่าเป็นการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ของโจทก์ อันจะถือได้ว่าการกระทำของจำเลยที่ 1 เข้าข่ายกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 33

หนังสือ “กลยุทธ์ในการฝึกอบรม” มีการจัดพิมพ์จำหน่ายรวม 2 ครั้ง ครั้งที่ 1 จำนวน 500 เล่ม และครั้งที่ 2 จำนวน 1,000 เล่ม มีวางจำหน่ายที่ร้านขายหนังสือในราคาเล่มละ 165 บาท โดยจำเลยที่ 1 ได้ทำซ้ำและดัดแปลงข้อความและสาระสำคัญต่าง ๆ จากหนังสือของโจทก์จำนวนประมาณ 30 หน้า จากจำนวนทั้งหมดประมาณ 150 หน้า เมื่อจำเลยที่ 1 จัดทำหนังสือซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกับงานที่โจทก์สร้างสรรค์ขึ้นออกจำหน่าย จึงเป็นการแบ่งตลาดของผู้บริโภค

ซึ่งจะซื้อหนังสือประเภทดังกล่าวออกไปส่วนหนึ่ง อันเป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของโจทก์และกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของโจทก์เกินสมควร การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงไม่เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32 วรรคหนึ่ง

การที่มหาวิทยาลัยจำเลยที่ 2 เผยแพร่ตำราและสิ่งตีพิมพ์ตั้งราคาจำหน่ายหนังสือใกล้เคียงกับต้นทุน ส่วนจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นอาจารย์สังกัดจำเลยที่ 2 ได้รับค่าตอบแทนจากงานเขียน แสดงว่าการกระทำของจำเลยทั้งสองเป็นการกระทำเพื่อหากำไรแล้ว แม้จะไม่ได้หากำไรเท่าธุรกิจเอกชนก็ตาม เมื่อจำเลยที่ 1 เป็นผู้ทำซ้ำและดัดแปลงงานวรรณกรรมอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ การจำหน่ายหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งหนังสือ “กลยุทธ์ในการฝึกอบรม” ของจำเลยที่ 1 จึงเป็นการกระทำเพื่อหากำไรโดยรู้อยู่แล้วว่างานนั้นได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมของโจทก์ จึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมของโจทก์<sup>89</sup>

4) คำพิพากษากฎีกาที่ 5469/2552 เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า โจทก์เป็นผู้ประพันธ์ทำนองเพลง “สายชล” โจทก์ย่อมมีสิทธิที่จะแสดงว่าโจทก์เป็นผู้สร้างสรรค์ทำนองเพลง "สายชล" การที่จำเลยทั้งสองทำซ้ำและดัดแปลงทำนองเพลงของโจทก์ตามที่ปรากฏในภาพยนตร์แม้จะเป็นเพียง 2 ประโยคแรกของเพลงดังกล่าว โดยไม่มีดนตรีประกอบ ซึ่งเป็นการนำส่วนที่เป็นสาระสำคัญของเพลง “สายชล” ไปใช้ในภาพยนตร์หากจะมีการนำไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางการค้า ย่อมจะต้องดำเนินการขออนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย การนำเพลง “สายชล” ไปใช้ในภาพยนตร์เพื่อเผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยมีจุดประสงค์ในการหากำไรและมีการจัดทำสไลด์ทัศนวัสดุในรูปแบบวีซีดีและดีวีดีเพื่อจำหน่ายในเวลาต่อมา นับเป็นการแสวงหาประโยชน์ทางการค้าของจำเลยทั้งสองแล้ว จึงไม่เข้าข้อยกเว้นที่จะได้รับการยกเว้นตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32 โดยการพิจารณาว่าทำนองเพลง “สายชล” ที่ถูกนำไปใช้นั้นเป็นส่วนสาระสำคัญ (Substantial Part) ของเพลงหรือไม่ ย่อมต้องพิจารณาจากคุณภาพของงานที่ถูกละเมิดด้วยนอกเหนือจากการพิจารณาปริมาณของงานที่ถูกละเมิด แม้ทำนองเพลง “สายชล” จะถูกนำไปใช้เพียง 2 ประโยค แต่จำเลยทั้งสองไม่ได้นำสืบเลยว่าเพลง 2 ประโยคดังกล่าวไม่ใช่ส่วนสาระสำคัญของเพลง หรือมีลำดับดนตรีเป็นทำนองสามัญเหมือนคล้ายกับเพลงทั่วไป หรือเมื่อสาธารณชนรับฟังแล้วไม่อาจทราบได้ว่าเป็นทำนองเพลงอะไร ในทางกลับกัน ท่อนแรกของเพลงทั่วไปมักจะเป็นส่วนสำคัญของเพลงที่สาธารณชนสามารถจดจำได้และทั้งเพลงนี้มีชื่อเพลงปรากฏอยู่ในตอนที่ 2 ของเพลงด้วย ถือได้ว่าเป็นการนำส่วนที่เป็นสาระสำคัญของเพลง “สายชล” ไปใช้ในภาพยนตร์ดังกล่าวแล้ว ซึ่งหากจะมี

<sup>89</sup> คำพิพากษากฎีกาที่ 1908/2546.



การนำไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางการค้าเช่นนี้ ย่อมจะต้องดำเนินการขออนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย<sup>90</sup>

5) คำพิพากษาฎีกาที่ 6525/2559 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32 ถึง 43 เป็นข้อต่อสู้ที่ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำการละเมิดลิขสิทธิ์จะหยิบยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้และมีภาระการพิสูจน์ให้เห็นถึงข้อเท็จจริงดังกล่าว หากข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาการละเมิดลิขสิทธิ์ที่โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องกล่าวบรรยายในคำฟ้องไม่

สำหรับปัญหาว่า การกระทำของจำเลยที่ 1 เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์หรือไม่นั้นแม้ข้อเท็จจริงในคดีนี้จะได้ตามทางนำสืบของจำเลยที่ 1 ว่าจำเลยที่ 1 ใช้หนังสือคู่มือการเรียนการสอนทั้งห้าเล่มตามคำฟ้องของโจทก์เป็นเอกสารประกอบการสอนหลักสูตรภาษาอังกฤษ เพื่อการสอบ “TOEFL” อันอาจถือได้ว่าเป็นการวิจัยหรือการศึกษางานนั้น ดิขมิวิจารณ์ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ของโจทก์ หรือทำซ้ำโดยผู้สอนเพื่อประโยชน์ในการสอนของตน หรือทำซ้ำบางส่วนของงานหรือทำบทสรุปโดยผู้สอนเพื่อแจกจ่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง วรรคสอง (1) (3) (6) (7) และมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ก็ตาม แต่ปรากฏข้อเท็จจริงทางนำสืบของจำเลยที่ 1 ว่า หลักสูตรการเรียนภาษาอังกฤษเพื่อการสอบนี้ใช้ระยะเวลาประมาณ 250 ชั่วโมง จำเลยที่ 1 เก็บค่าเล่าเรียนหลักสูตรละ 22,000 บาท เอกสารที่ใช้ประกอบการเรียนหลักสูตรนี้คือหนังสือทั้งห้าเล่มตามคำฟ้องของโจทก์ ซึ่งใช้แจกผู้เรียนหลักสูตรดังกล่าวที่ชำระค่าเรียนจำนวนดังกล่าวครบถ้วน ในหนังสือที่แจกประกอบการเรียนหลักสูตรดังกล่าวเป็นตัวอย่างข้อสอบเก่าของโจทก์ แม้จำเลยที่ 1 จะมีได้รับคำตอบแทนจากการจำหน่ายหนังสือคู่มือและแบบทดสอบ จำเลยที่ 1 ก็ได้รับคำตอบแทนในการสอนจากผู้เรียนหลักสูตรการเรียนการสอนเพื่อการสอบ “TOEFL” ไม่ว่าจะได้รับคำตอบน้อยก็ตาม แต่ก็ถือได้ว่าการสอนที่ได้รับคำตอบแทนจากผู้เรียนในหลักสูตรดังกล่าวเป็นการกระทำเพื่อหากำไรแล้ว นอกจากนี้ การที่จำเลยที่ 1 ทำซ้ำงานวรรณกรรมอันเป็นลิขสิทธิ์ของโจทก์เป็นเอกสารประกอบการเรียนการสอนแล้วนำไปแจกแก่ผู้เรียนในหลักสูตรซึ่งจำเลยที่ 1 จัดสอนถึงวันละ 4 รอบ มีผู้เรียนจำนวนประมาณวันละ 80 คน จึงมิใช่กรณีที่จำเลยที่ 1 ทำซ้ำงานวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์เพียงสำเนาเดียวเพื่อประโยชน์ในการสอนของตนทั้งผู้ทำซ้ำคือจำเลยที่ 1 ไม่ใช่ผู้เรียนและมีการทำซ้ำเกินกว่า 1 สำเนา การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงมิใช่การกระทำที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมาย

<sup>90</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 5469/2552.



ของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรอันจะเข้าช้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 วรรคหนึ่งและวรรคสอง (1)(3)(6)(7) แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

ส่วนการคัดลอก เลียน หรืออ้างอิงงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นอันอาจเข้าช้อยกเว้นตามมาตรา 33 นั้นจะต้องปรากฏว่าเป็นการกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์บางตอนตามสมควรและมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น แต่ปรากฏว่าการนำเอาข้อสอบอันเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์มาทำซ้ำเป็นหนังสือคู่มืออันเป็นส่วนที่เป็นเนื้อหาสำคัญทั้งหมดของงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ทั้งฉบับและมีปริมาณเป็นจำนวนมาก จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการคัดลอก หรือเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์เพียงบางตอนตามสมควร ส่วนข้อความที่ปรากฏในหนังสือและแบบทดสอบว่า “An official TOEFL publication developed by ETS test specialist Copyright © 1998 ETS. Unauthorized reproduction of this book is prohibited.” ก็เป็นข้อความที่จำเลยที่ 1 ทำซ้ำมาจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์อันเป็นข้อความที่โจทก์ประกาศแสดงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์และแสดงเจตนาห้ามการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากโจทก์เสียก่อน มิใช่การที่จำเลยที่ 1 แสดงความรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ของโจทก์โดยจำเลยที่ 1 การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงไม่เข้าช้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537<sup>91</sup>

### 3.5 มาตรการแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) ของประเทศไทย และต่างประเทศ

การแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) นั้นถือเป็นหนึ่งในกลไกการกำกับดูแลเนื้อหาในอินเทอร์เน็ต ซึ่งมีลักษณะเป็นการปิดกั้นและกีดกันกรองเนื้อหา (Blocking and Filtering System)<sup>92</sup> โดยอาจทำการปิดกั้นเนื้อหาข้อมูลในอินเทอร์เน็ตตามที่ได้มีการแจ้ง (Notice) ไปยังผู้ให้บริการ (Internet Service Provider หรือ ISP) ได้ทราบถึงการใช้งานข้อมูลเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมหรือเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เข้าข่ายผิดกฎหมาย เพื่อให้ผู้ให้บริการได้ทำการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์หรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้น

<sup>91</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 6525/2559.

<sup>92</sup> พึ่งรอง รามสูต วัฒนันท์ และนิธิตา คณานิธินันท์, การกำกับดูแลอินเทอร์เน็ต โครงการการปฏิรูปสื่อ: การกำกับดูแลเนื้อหาโดยรัฐ การกำกับดูแลตนเองและสื่อภาคประชาชน (รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์) (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนวิจัย, 2547), 13.

### 3.5.1 สหรัฐอเมริกา

ในเรื่อง การแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) ของสหรัฐอเมริกานั้นได้มีการวางหลักเกณฑ์ไว้ใน Section 512(C)(3) ของ Digital Millennium Copyright Act หรือที่เรียกกันว่า DMCA ซึ่งเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ที่ปรับปรุงขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นการนำหลักการแจ้งให้ทราบและนำออกมาใช้บังคับในลักษณะที่เป็นการวางหลักข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการหรือเป็นการกำหนดพื้นที่ปลอดภัยให้แก่ผู้ให้บริการที่เรียกกันว่า “Safe Harbors” มาใช้บังคับ<sup>93</sup> กล่าวคือ เมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์มีหลักฐานอันเพียงพอที่จะเชื่อได้ว่าการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการได้ทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการ ซึ่งมีฐานะเป็นสื่อกลางในการเชื่อมต่อข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการ เพื่อให้ผู้ให้บริการได้นำข้อมูล คอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์นั้นออกจากระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้น ซึ่งผู้ให้บริการอาจไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้บริการได้ หากผู้ให้บริการได้ดำเนินการปฏิบัติภายใต้เงื่อนไขของข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการตามที่กฎหมายกำหนด โดยมีการนำเอาหลักดังกล่าวมาใช้บังคับกับผู้ให้บริการ 2 ประเภท คือ ประเภทแรก ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลในระบบหรือเครือข่ายตามที่ผู้ให้บริการกำหนด (Information Residing on Systems or Networks at Direction of Users) หรือที่เรียกว่า Hosting ตาม Section 512 (c) และประการที่สอง ผู้ให้บริการระบุตำแหน่งของข้อมูล (Information Location Tools) ตาม Section 512 (d)<sup>94</sup>

ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงองค์ประกอบในการแจ้งให้ทราบและนำออกซึ่งข้อมูล คอมพิวเตอร์ที่เจ้าของลิขสิทธิ์อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นได้มีการวางหลักไว้ใน Section 512 (C)(3) ของ DMCA กล่าวคือ ในการทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการหรือตัวแทนที่ได้รับมอบหมายจากผู้ให้บริการได้มีการทราบถึงการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของข้อมูลคอมพิวเตอร์บนระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการนั้น ซึ่งในการแจ้งนั้นจะต้องเป็นการทำการแจ้งให้ผู้บริการทราบอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรจึงจะส่งผลทำให้เป็นการแจ้งถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยต้องมีรายละเอียดอันเป็นสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้<sup>95</sup>

<sup>93</sup> กุณรา เทอดไทย, ความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต: ศึกษากรณีความรับผิดอันเกิดจากการจัดเก็บข้อมูลที่เกิดจากการซื้อขายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต, 112, 114-116.

<sup>94</sup> The Authors Guild, **Responses to chairman tillis’s questions** [Online], 23 June 2020. Available from [www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Preston%20Responses%20to%20QFRs.pdf](http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Preston%20Responses%20to%20QFRs.pdf).

<sup>95</sup> Section 512(C)(3) DMCA 1998.

1) ต้องมีการลงลายมือชื่อหรือลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ของบุคคล ซึ่งได้รับอนุญาตให้ดำเนินการในนามของเจ้าของลิขสิทธิ์

2) มีการระบุงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อ้างว่าถูกระงับละเมิดลิขสิทธิ์หรือหากเป็นกรณีที่มิงานลิขสิทธิ์หลายอย่างอยู่ในระบบออนไลน์เพียงแหล่งเดียว ซึ่งอาจทำการแจ้งเตือนให้ทราบถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ในครั้งเดียวก็ให้ทำการระบุงานละเอียดของงานลิขสิทธิ์ให้ครบถ้วน

3) การระบุเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ โดยต้องมีการระบุงานละเอียดที่เพียงพอ เพื่อให้ผู้บริการสามารถตรวจสอบเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์และนำออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวได้

4) มีข้อมูลที่เพียงพอสำหรับการติดต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ทำการร้องเรียนอ้างว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้น อาทิ ชื่อ ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ และที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์

5) คำแถลงที่ว่ากรร้องเรียนแจ้งให้ทราบว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเกิดจากความเชื่อโดยสุจริตว่าเป็นผู้ใช้บริการได้ใช้เนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์ในลักษณะที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในการที่จะมีสิทธิใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้น

6) คำแถลงรับรองว่าข้อความที่แจ้งดังกล่าวเป็นความจริง ซึ่งอยู่ภายใต้บทลงโทษของการแจ้งข้อความอันเป็นเท็จไปยังผู้ให้บริการ

ทั้งนี้ หากเป็นกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้ทำการระบุงานละเอียดของการแจ้งไปยังผู้ให้บริการได้ทราบโดยครบถ้วนนั้น ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาเลยว่าผู้ให้บริการได้ทราบถึงข้อเท็จจริงว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ และหากเป็นกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้ทำการระบุงานละเอียดของการแจ้งอย่างครบถ้วน แต่ได้ทำการระบุงานละเอียดในรายข้อสาระสำคัญตามข้อ 2) ถึง 4) แล้วนั้นให้อาจถือได้ว่าเป็นการแจ้งที่ระบุงานละเอียดที่ครบถ้วนแล้ว โดยบังคับใช้เฉพาะกับกรณีที่ผู้ให้บริการได้ดำเนินการพยายามติดต่อบุคคลที่ทำการแจ้งโดยทันทีหรือได้มีการดำเนินตามขั้นตอนอื่น ๆ ที่เหมาะสมแล้ว เพื่อช่วยให้การรับแจ้งถึงการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นสอดคล้องกับข้อกำหนดทั้งหมดของอนุมาตราตาม Section 512(C)(3)(A) ของ DMCA

มาตรการในการแจ้งให้ทราบและนำออกของสหรัฐอเมริกา<sup>96</sup> ไม่ได้ถือเป็นข้อบังคับอย่างเคร่งครัดเด็ดขาดให้ผู้ให้บริการที่ต้องนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นนำออกจากระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการเสมอไป แต่เป็นการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะโดยสมัครใจ (Voluntary)<sup>96</sup> กล่าวคือ หากผู้ให้บริการเลือกที่จะดำเนินการตามมาตรการแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) โดยการนำข้อมูลดังกล่าวออกจากระบบหรือเครือข่ายของ

<sup>96</sup> เอกรินทร์ วิริโย, “มาตรการแจ้งเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต: ศึกษาการตรวจสอบการแจ้งตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา”, วารสารนักบริหาร 34, 2(กรกฎาคม-ธันวาคม 2557): 48-49.

ผู้ให้บริการหรือระบบการเข้าถึงข้อมูล คอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความรับผิดชอบของตุนั้น ผู้ให้บริการก็ไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับความผิดอันเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการหรืออาจถือได้ว่าผู้ให้บริการได้รับการยกเว้นความรับผิด ซึ่งในทางกลับกัน หากเป็นกรณีที่ผู้ให้บริการประสงค์ที่จะเลือกไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการ ผู้ให้บริการก็จะไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย แต่ผู้ให้บริการก็มีสิทธิที่จะต่อสู้การดำเนินคดีหรือให้การในชั้นศาลต่อไปได้ หากเจ้าของลิขสิทธิ์ได้มีการดำเนินคดีฟ้องร้องผู้ให้บริการเป็นคดีต่อศาลอันเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ให้บริการ อินเทอร์เน็ต (Internet Service Provider หรือ ISP) ต่อไป<sup>97</sup>

### 3.5.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในเรื่อง การแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นไม่ได้มีการบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจนเทียบเท่ากับกฎหมายของสหรัฐอเมริกาเท่าใดนัก โดยสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งถือเป็นหนึ่งในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปได้มีการรับเอาข้อบังคับของประชาคมยุโรปว่าด้วยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของบริการส่งคมนาคมทางด้านพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในตลาดร่วมยุโรป หรือ EU e-Commerce Directive 2000/31/EC ซึ่งได้มีการวางหลักเกณฑ์ในเรื่องการแจ้งให้ทราบและนำออกอันเกี่ยวกับการให้บริการออนไลน์ข้ามพรมแดนระหว่างประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปมาบัญญัติใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในประเทศของตน<sup>98</sup> โดยสหภาพยุโรปนั้นได้มีการกำหนดมาตรการแจ้งให้ทราบและนำออกไว้เป็นหลักเกณฑ์ข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการ ซึ่งมีการวางหลักดังกล่าวไว้ใน Article 14 ของ Electronic Commerce Directive 2000/31/EC<sup>99</sup> กล่าวคือ เป็นการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดให้กับผู้ให้บริการประเภทรับฝากข้อมูล (Hosting) ที่จะไม่ต้องรับผิดชอบต่อความผิดที่เกิดขึ้นจากละเมิดลิขสิทธิ์ของเนื้อหาข้อมูลที่ผิดกฎหมายอันสืบเนื่องมาจากการให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์บนระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการ โดยหากเมื่อผู้ให้บริการซึ่งได้รับการแจ้งให้ทราบถึงการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการและได้มีการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นออกจากระบบหรือเครือข่ายหรือได้ระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวแล้วนั้น อีกทั้ง ผู้ให้บริการต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า การให้บริการรับฝาก

<sup>97</sup> สืบสิริ ทวีผล และพลอยนภา จุลกสิกร, “มาตรการต่อต้านการละเมิดลิขสิทธิ์ออนไลน์ในประเทศ: อดีต ปัจจุบัน และอนาคต”, *วารสารนิติศาสตร์* 11, 2(กรกฎาคม-ธันวาคม 2563): 105-107.

<sup>98</sup> Gabriele Engles, *The digital services act (DSA)-Basic rules for online platforms* [Online], 12 May 2022. Available from <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2dfea3f6-5953-422b-8448-520d85095703>.

<sup>99</sup> OECD, *The role of internet intermediaries in advancing public policy objective* [Online], 2011. Available from [https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/the-role-of-internet-intermediaries-in-advancing-public-policy-objectives\\_9789264115644-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/the-role-of-internet-intermediaries-in-advancing-public-policy-objectives_9789264115644-en#page1).

ข้อมูลนั้นจะต้องกระทำโดยไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่ามิข้อมูล คอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ที่ตนให้บริการและหากเมื่อผู้ให้บริการนั้นได้รับรู้ถึงการมีข้อมูลคอมพิวเตอร์ อันละเมิดลิขสิทธิ์หรือผิดกฎหมายบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการแล้วนั้นผู้ ให้บริการก็ได้ดำเนินการนำซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์หรือผิดกฎหมาย นั้นออกจากระบบหรือเครือข่ายหรือระงับการเข้าถึงข้อมูล คอมพิวเตอร์นั้นอย่างรวดเร็ว

ทั้งนี้ ประเทศเยอรมนีได้มีการวางหลักเกณฑ์ข้อกำหนดดังกล่าวไว้ในมาตรา 97a ของ German Copyright Act 1965<sup>100</sup> กล่าวคือ ผู้เสียหายสามารถที่จะทำการแจ้งเตือนไปยังผู้กระทำ ละเมิดให้ยุติการกระทำละเมิดก่อนเริ่มกระบวนการทางกฎหมายได้ ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำ ความผิดในการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นสามารถที่จะทำการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการใช้งานอัน มี ลิขสิทธิ์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ โดยผู้เสียหายนั้นจะต้องทำการยื่นเงื่อนไขข้อตกลงภาระผูกพัน ในการยุติข้อพิพาทพร้อมทั้งบทลงโทษตามสัญญาที่เหมาะสมตามสมควร ซึ่งการแจ้งนั้นจะต้องมีความ ชัดเจนและสามารถเข้าใจได้ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้<sup>101</sup>

- 1) ระบุชื่อตัว หรือ ชื่อนิติบุคคลของผู้เสียหาย
- 2) รายละเอียดอันเกี่ยวกับงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อ้างว่าถูกระงับการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์
- 3) ระบุรายละเอียดของข้อเรียกร้องค่าเสียหายและการชดใช้ค่าใช้จ่าย
- 4) หากการแจ้งมีสภาพบังคับให้ยุติการกระทำละเมิดต้องระบุด้วยว่ามี

ภาระผูกพันอันเกี่ยวกับการกระทำละเมิดอย่างไร และมีสภาพบังคับที่เกินกว่ากฎหมายกำหนดอย่างมี นัยสำคัญหรือไม่

หากผู้เสียหายทำการแจ้งเตือนให้ทราบถึงการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างถูกต้องตามกฎหมายโดย การแจ้งเตือนนั้นมีความสมเหตุสมผลและสอดคล้องเป็นไปตามข้อกำหนดของกฎหมายในการระบุ รายละเอียดของการแจ้งเตือนได้อย่างครบถ้วน ก็จะส่งผลทำให้การแจ้งให้ทราบถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ นั้นมีผลบังคับใช้ตามกฎหมาย ซึ่งส่งผลทำให้ผู้เสียหายสามารถที่จะทำการเรียกร้องให้ชดใช้ค่าใช้จ่าย สำหรับการแจ้งเตือนได้ รวมถึงค่าธรรมเนียมทางกฎหมายอื่น ๆ อีกด้วย โดยการชดใช้ค่าใช้จ่ายอัน จำเป็นที่เกี่ยวกับค่าธรรมเนียมตามกฎหมายนั้นจะขึ้นอยู่กับค่าธรรมเนียมตามมูลค่าของงานอันมี ลิขสิทธิ์ที่ทำการแจ้งเตือนให้ทราบเพื่อนำออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของ

<sup>100</sup> Schlun & Elseven, **DMCA takedown notice in Germany: Legal advice** [Online], n.d. Available from <https://se-legal.de/intellectual-property-lawyer-in-germany/dmca-takedown-notice-in-germany-legal-advice/?lang=en#>.

<sup>101</sup> Section 97a, German Copyright Act 1965.

ผู้ให้บริการนั้นซึ่งภาระการพิสูจน์ให้เห็นถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นจะตกอยู่กับผู้เสียหายที่จะต้องทำการพิสูจน์ให้เห็นถึงความเสียหายที่เกิดขึ้น<sup>102</sup>

อย่างไรก็ตาม หากการแจ้งเตือนให้ทราบถึงการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวนั้นเป็นกรณีที่ผู้เสียหายไม่มีสิทธิที่จะอ้างถึงสิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นได้ ซึ่งส่งผลทำให้การแจ้งเตือนนั้นเป็นการไม่สมเหตุสมผลอันจะรับฟังและมีสภาพบังคับได้ตามกฎหมาย ผู้ถูกเตือนอาจที่จะทำการเรียกร้องให้ชดใช้ค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการต่อสู้คดีได้ เว้นแต่ ผู้ที่ทำการแจ้งเตือนนั้นไม่รู้หรือเหตุอันควรรู้ถึงการแจ้งเตือนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว<sup>103</sup>

### 3.5.3 ประเทศไทย

ในเรื่อง การแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) ของประเทศไทยนั้นได้มีการวางหลักเกณฑ์ไว้ในส่วนที่ 7 ข้อยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ให้บริการตามมาตรา 43/6 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565<sup>104</sup> กล่าวคือ ได้มีการกำหนดให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งมีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการขึ้นนั้นสามารถที่จะทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการ เพื่อให้ผู้ให้บริการนำเอาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เจ้าของลิขสิทธิ์อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นออกจากระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการหรือทำการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าว<sup>105</sup> ซึ่งมาตรการแจ้งให้ทราบและนำออกของประเทศไทยนั้น ได้มีการบัญญัติกฎหมายให้นำมาใช้บังคับกับผู้ให้บริการอยู่ 2 ประเภท คือ ประเภทแรก ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Hosting) ตามมาตรา 43/4 และประเภทที่สอง ผู้ให้บริการสืบค้นแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Search Engine) ตามมาตรา 43/5 โดยหากผู้ให้บริการได้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามคำสั่งของผู้ใช้บริการหรือเป็นการให้บริการสืบค้นแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์บนอินเทอร์เน็ต โดยไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ได้ว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และเมื่อผู้ให้บริการได้รู้หรือได้รับแจ้งจากเจ้าของลิขสิทธิ์ถึงข้อกล่าวอ้างเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นผู้ให้บริการก็ได้ดำเนินการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ได้รับแจ้งว่าละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์หรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์

<sup>102</sup> Urheber.law, Die Abmahnung im Urheberrecht [Online], 22 December 2020.

Available from <https://urheber.law/die-abmahnung-im-urheberrecht/>.

<sup>103</sup> Ibid.

<sup>104</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, คำอธิบายสรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ และที่แก้ไขเพิ่มเติม.

<sup>105</sup> มาตรา 43/6 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.



ดังกล่าวโดยไม่ชักช้า ผู้ให้บริการก็อาจได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์อันเนื่องมาจากการให้บริการของตนได้<sup>106</sup>

ทั้งนี้ ในการทำการแจ้งถึงข้อกล่าวอ้างอันเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ไปยังผู้ให้บริการอันจะส่งผลให้เป็นการแจ้งโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น การแจ้งดังกล่าวจะต้องมีการทำเป็นหนังสือหรือทำการแจ้งผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์และเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นจะต้องมีการคำนึงถึงบทบัญญัติในส่วนที่ 6 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 อันถือเป็นหลักกฎหมายในเรื่อง การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) อีกด้วย ทั้งนี้ รายละเอียดของคำร้องที่ทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการนั้นจะต้องมีรายละเอียดอย่างน้อยดังต่อไปนี้<sup>107</sup>

- 1) ชื่อตัวและชื่อสกุล หรือชื่อนิติบุคคล ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์และที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โดยข้อมูลดังกล่าวต้องเป็นประการที่สามารถจะติดต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ได้
- 2) งานอันมีลิขสิทธิ์ที่อ้างว่าถูกละเมิดลิขสิทธิ์
- 3) ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์และแหล่งที่ตั้งของข้อมูลนั้น โดยต้องมีรายละเอียดที่เพียงพอ เพื่อให้ผู้ให้บริการสามารถนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือทำการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวได้ แต่ถ้าเป็นกรณีผู้ให้บริการสืบค้นแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์ การแจ้งไปยังผู้ให้บริการดังกล่าวให้ระบุเพียงแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อที่นำไปสู่ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์และมีรายละเอียดในการแจ้งที่สามารถระบุแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อก็เพียงพอแล้ว
- 4) คำรับรองว่าข้อความที่ทำการแจ้งดังกล่าวเป็นความจริง
- 5) ลายมือชื่อ หรือลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ของเจ้าของลิขสิทธิ์

ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้ทำการระบุรายละเอียดของการแจ้งถึงข้อกล่าวอ้างว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์ได้อย่างครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด แต่หากเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ทำการระบุรายละเอียดในข้อที่เป็นสาระสำคัญตามข้อ (1) (2) และ (3) แล้วนั้น ก็ให้ผู้ให้บริการทำการติดต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ไปโดยเร็วหรือกระทำการอื่นใดเพื่อให้ได้มาซึ่งรายละเอียดที่ครบถ้วนสมบูรณ์และสามารถที่จะดำเนินการนำข้อมูล คอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์นั้นออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรืออาจทำการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวต่อไปได้ แต่จะถือว่าผู้ให้บริการได้รู้หรือมีเหตุอันควรรู้

<sup>106</sup> จิตติมา ศรีภาพร และวรวรงค์ อัจฉรวรงค์ชัย, **เจาะประเด็นที่ควรรู้: พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.**

<sup>107</sup> มาตรา 43/6 วรรคสอง, พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.



ถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นบนระบบคอมพิวเตอร์ไม่ได้ หากไม่ได้ดำเนินการแจ้งรายละเอียดให้  
ครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด<sup>108</sup>

นอกจากนี้ เมื่อผู้ให้บริการได้รับการแจ้งจากเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นให้ผู้ให้บริการ  
ดำเนินการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ได้อ้างว่าทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อ  
ของข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการหรือระงับการเข้าถึงข้อมูล  
คอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวโดยไม่ชักช้า พร้อมทั้ง  
ทำการแจ้งไปยังผู้ใช้บริการที่ถูกกล่าวหาว่ามีสิทธิที่จะทำการโต้แย้งการแจ้งถึงการละเมิดลิขสิทธิ์  
ดังกล่าวได้<sup>109</sup> โดยจะต้องทำเป็นหนังสือหรือผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์เพื่อนำส่งข้อโต้แย้งดังกล่าวไป  
ยังผู้ให้บริการต่อไป ซึ่งหากผู้ให้บริการได้รับคำโต้แย้งแล้วนั้นก็ให้ผู้ให้บริการดำเนินการนำส่งซึ่งสำเนา  
คำโต้แย้งไปยังเจ้าของลิขสิทธิ์โดยเร็ว พร้อมทั้งแจ้งว่าจะนำข้อมูล คอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือ  
จุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นกลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือ  
ยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์  
ดังกล่าว เมื่อพ้นกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่ผู้ให้บริการได้รับคำโต้แย้งและหากพ้นกำหนดตาม  
ระยะเวลาดังกล่าวแล้วนั้นให้ผู้ให้บริการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของ  
ข้อมูลคอมพิวเตอร์กลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือยุติการระงับการ  
เข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์ภายใน 15 วัน  
เว้นแต่ผู้ให้บริการนั้นจะได้รับแจ้งพร้อมหลักฐานจากเจ้าของลิขสิทธิ์ว่าได้ดำเนินการยื่นฟ้อง  
ผู้ให้บริการเป็นคดีต่อศาลแล้ว<sup>110</sup>

<sup>108</sup> มาตรา 43/6 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.

<sup>109</sup> มาตรา 43/6 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.

<sup>110</sup> มาตรา 43/7 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.

ตารางที่ 3.1: สรุปสาระสำคัญของมาตรการการแจ้งให้ทราบและนำออกของประเทศไทย และต่างประเทศ โดยมีรายละเอียดที่ปรากฏในตาราง ดังนี้

หัวข้อ	สหรัฐอเมริกา	ประเทศเยอรมนี	ประเทศไทย
1. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแจ้งให้ทราบและนำออก	Section 512(C)(3) ของ Digital Millennium Copyright Act (DMCA)	- Article 14 ของ EU e-Commerce Directive 2000/31/EC - มาตรา 97a German Copyright Act 1965 - Article 14 ของ Digital Services Act (DSA)	มาตรา 43/6 ของ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2565
2. ผู้ให้บริการตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับมาตรการแจ้งให้ทราบและนำออก	1) ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลในระบบหรือเครือข่ายตามที่อยู่ของผู้ใช้บริการกำหนด (Information Residing on Systems or Networks at Direction of Users) 2) ผู้ให้บริการระบุตำแหน่งของข้อมูล (Information Location Tools)	1) ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Hosting)	1) ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Hosting) 2) ผู้ให้บริการสืบค้นแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Search Engine)
3. รายละเอียดในการทำคำร้องแจ้งไปยังผู้ให้บริการ	1) ลายมือชื่อหรือลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ 2) มีการระบุรายละเอียดของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อ้างว่าถูกระงับการละเมิดลิขสิทธิ์ 3) ระบุเนื้อหาข้อมูลที่ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์อย่างเพียงพอ เพื่อให้ผู้ให้บริการสามารถนำออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลได้ 4) ข้อมูลที่เพียงพอสำหรับการติดต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ 5) คำแถลงว่าการร้องเรียนว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเกิดจากความเชื่อโดยสุจริต	1) ระบุชื่อตัวหรือชื่อนิติบุคคลของผู้เสียหาย 2) รายละเอียดอันเกี่ยวกับงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อ้างว่าถูกระงับการละเมิดลิขสิทธิ์ 3) ระบุรายละเอียดของข้อเรียกร้องค่าเสียหายและการชดเชยค่าใช้จ่า 4) หากการแจ้งมีสภาพบังคับให้ยุติการกระทำละเมิดต้องระบุด้วยว่ามีภาระผูกพันอันเกี่ยวกับการกระทำละเมิดอย่างไรและมีสภาพบังคับที่เกินกว่ากฎหมายกำหนดอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่	1) ชื่อตัวหรือชื่อนิติบุคคลและรายละเอียดข้อมูลที่สามารติดต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ 2) งานอันมีลิขสิทธิ์ที่อ้างว่าถูกระงับการละเมิดลิขสิทธิ์ 3) ระบุรายละเอียดข้อมูลที่อ้างว่าทำได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์อย่างเพียงพอ เพื่อให้สามารถนำข้อมูลดังกล่าวออกจากระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการหรือทำการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวได้

(ตารางมีต่อ)

ตารางที่ 3.1 (ต่อ): สรุปสาระสำคัญของมาตรการการแจ้งให้ทราบและนำออกของประเทศไทย และต่างประเทศ โดยมีรายละเอียดที่ปรากฏในตาราง

หัวข้อ	สหรัฐอเมริกา	ประเทศเยอรมนี	ประเทศไทย
	6) คำแถลงรับรองว่าข้อความที่แจ้งเป็นความจริง ซึ่งอยู่ภายใต้บทลงโทษของการแจ้งความเท็จ		4) คำรับรองว่าข้อความที่ทำการแจ้งดังกล่าวเป็นความจริง 5) ลายมือชื่อหรือลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ของเจ้าของลิขสิทธิ์
4. การกำหนดหลักเกณฑ์ให้ต้องคำนึงถึงหลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมก่อนทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการ	ไม่มี แต่มีกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้างให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องคำแถลงว่าเชื่อโดยสุจริต (Good Faith Belief) ว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์	ไม่มี ทั้งกฎหมาย 3 ฉบับแต่ใน Digital Services Act (DSA) ที่แก้ไขมีการกำหนดให้ผู้แจ้งต้องทำคำแถลงว่ามีความเชื่อสุจริตตามข้อเท็จจริงที่แจ้งไปยังผู้ให้บริการ	มีกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 มาตรา 43/6 วรรคสอง

## บทที่ 4

### วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์เกี่ยวกับการแจ้งให้ทราบ และนำออกในขอบเขตการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

สำหรับในบทนี้ผู้วิจัยได้ทำการวิเคราะห์ปัญหาและศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลข้อมูลของผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์ด้วยวิธีการ “การแจ้งให้ทราบและนำออก” (Notice and Takedown) ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ตามกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อเป็นแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ที่แก้ไขใหม่ต่อไป

#### 4.1 วิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายอันเกี่ยวกับการแจ้งให้ทราบและนำออกในขอบเขตการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

อนึ่ง ในเรื่องของ การแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) นั้นเป็นกลไกที่สำคัญอย่างหนึ่งในการกำกับดูแลเนื้อหาอินเทอร์เน็ต ซึ่งถือเป็นมาตรการกำกับดูแลข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ได้บังคับใช้กันทั่วโลกอย่างเป็นสากล<sup>1</sup> เพื่อเป็นการสร้างสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ให้บริการ (Internet Service Provider หรือ ISP) ในการกำกับดูแลเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์อันมีลิขสิทธิ์ จึงได้กำหนดหลักข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการหรือที่เรียกว่า “Safe Harbors” ขึ้น ในประการที่ให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่มีได้มีส่วนรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าข้อมูลในระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการดังกล่าวเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่ควบคุมดูแลระบบหรือเครือข่ายอินเทอร์เน็ตและเป็นผู้ที่มีรายละเอียดข้อมูลการติดต่อของผู้ใช้บริการที่สามารถจะทำการนำออกซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์จากระบบหรือเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือทำการอื่นใด ๆ เพื่อระงับไม่ให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์อันละเมิดลิขสิทธิ์นั้น เพื่อให้ได้รับยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการจากการมีเนื้อหาข้อมูล คอมพิวเตอร์อันละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายการให้บริการของตน<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> พิรงรอง รามสูต รมะนันท์ และนิธิมา คมานิชินันท์, การกำกับดูแลอินเทอร์เน็ต โครงการการปฏิรูปสื่อ: การกำกับดูแลเนื้อหาโดยรัฐ การกำกับดูแลตนเองและสื่อภาคประชาชน (รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์) (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนวิจัย, 2547), 13.

<sup>2</sup> เอกกรินทร์ วิริโย, “มาตรการแจ้งเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต: ศึกษากลไกการตรวจสอบการแจ้งตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา”, วารสารนักบริหาร 34, 2(กรกฎาคม-ธันวาคม 2557): 46-48.

ในปัจจุบันประเทศไทยได้มีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ขึ้นมาใหม่ กล่าวคือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 อันสืบเนื่องมาจากกรมทรัพย์สินทางปัญญา ได้ตระหนักและเล็งเห็นถึงความจำเป็นในการปรับปรุงบทบัญญัติอันเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการให้เกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายมากยิ่งขึ้น<sup>3</sup> และเป็นการเสริมสร้างการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ให้เป็นกฎหมายที่มีความทันสมัยสอดคล้องกับสภาพการณ์ที่มีความเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์บนสื่อออนไลน์ที่เกิดขึ้น โดยได้มีการยกเลิกบทบัญญัติของกฎหมายในมาตรา 32/3 เดิม ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 อันเป็นบทบัญญัติที่ได้มีการกำหนดบทนิยามของผู้ให้บริการไว้อย่างกว้างเท่านั้น โดยไม่ได้ทำการกำหนดขั้นตอนการแจ้งให้ทราบและนำออกไว้อย่างชัดเจน ซึ่งส่งผลทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติของการบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้ให้บริการจะต้องดำเนินการตามคำสั่งของศาลก่อนตามมาตรา 32/3 วรรคสี่ กล่าวคือ ผู้ให้บริการจะต้องได้มีการปฏิบัติตามคำสั่งของศาลในการนำออกหรือระงับการเข้าถึงซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันละเมิดลิขสิทธิ์ก่อน จึงจะไม่ต้องรับผิดชอบต่อความผิดใด ๆ อันเกี่ยวกับการกระทำที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นก่อนศาลมีคำสั่งและหลังจากคำสั่งของศาลเป็นอันสิ้นสุดแล้ว แต่ในทางปฏิบัตินั้นเห็นได้ว่า หากเจ้าของลิขสิทธิ์ทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการโดยตรง เพื่อให้ผู้ให้บริการดำเนินการนำออกหรือระงับการเข้าถึงเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์อันกล่าวอ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ผู้ให้บริการจะทำการปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามคำร้องที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการ เพื่อขอให้นำออกหรือระงับการเข้าถึงซึ่งเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่กล่าวอ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์ของตน ด้วยเหตุเพราะผู้ให้บริการอาจจะเกรงว่าตนจะไม่ได้รับการยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการ เนื่องจากมิได้ดำเนินการปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ศาลทำการไต่สวน และมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการนำออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าว<sup>4</sup>

ทั้งนี้ จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในส่วนที่ 7 ข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการ ขึ้นใหม่ไว้ในมาตรา 43/1 มาตรา 43/2 มาตรา 43/3 มาตรา 43/4 มาตรา 43/5 มาตรา 43/6 มาตรา 43/7 และมาตรา 43/8 ของหมวด 1 ลิขสิทธิ์ แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งในเรื่องของ การแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) นั้นได้มีการวางหลักเกณฑ์

<sup>3</sup> จากหลักการและเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2565.

<sup>4</sup> Tawepon, S., & Julagasigorn, P., *The 2022 amendment of Thailand's copyright act: The good, the bad, and the backstory* [Online], 14 March 2022. Available from <https://www.tilleke.com/insights/the-2022-amendment-of-thailands-copyright-act-the-good-the-bad-and-the-backstory/>.

ไว้ในมาตรา 43/6 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 โดยเป็นการนำเอามาตรการ  
 แจ้งให้ทราบและนำออก ตามระบบของ Digital Millennium Copyright Act 1998 หรือที่เรียกว่า  
 “DMCA” ของสหรัฐอเมริกามาใช้ ซึ่งมาตรการแจ้งให้ทราบและนำออกนั้นได้วางหลักเกณฑ์  
 ขึ้นเป็นครั้งแรกใน Section 512 ของ DMCA โดยเป็นการบัญญัติขึ้นไว้ซึ่งข้อยกเว้นความรับผิด  
 ของผู้ให้บริการหรือที่เรียกว่า “Safe Harbors”<sup>5</sup> กล่าวคือ หากเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ทำการแจ้งไปยัง  
 ผู้ให้บริการ (ISP) ถึงการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการพร้อม  
 ข้อมูลหลักฐานอันเกี่ยวกับรายละเอียดที่เพียงพอของเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าได้ทำขึ้น  
 โดยละเมิดลิขสิทธิ์แล้วนั้น ผู้ให้บริการก็สามารถที่จะทำการนำออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูล  
 คอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวโดยเมื่อผู้ให้บริการได้ดำเนินการนำออกหรือ  
 ระงับการเข้าถึงข้อมูล คอมพิวเตอร์ดังกล่าวภายหลังจากที่ได้รับแจ้งให้ทราบแล้วนั้น ผู้ให้บริการก็  
 ไม่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลใด ๆ อันเนื่องมาจากการมีเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในระบบ  
 หรือเครือข่ายของผู้ให้บริการและไม่จำเป็นต้องคำนึงด้วยว่าสุดท้ายแล้วข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เจ้าของ  
 ลิขสิทธิ์กล่าวอ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวจะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่

นอกจากนี้ การที่ผู้ให้บริการจะได้รับการยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการนั้นผู้ให้บริการ  
 จะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดเงื่อนไขของกฎหมาย 2 ประการ คือ ประการแรก ข้อกำหนดทั่วไป  
 ตามมาตรา 43/1 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 โดยผู้ให้บริการจะต้องทำการ  
 ประกาศมาตรการยกเลิกการให้บริการแก่ผู้ใช้บริการที่กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ซ้ำไว้อย่างชัดเจน  
 และต้องได้ปฏิบัติตามมาตรานั้นและประการที่สอง ข้อกำหนดอันเป็นเงื่อนไขเฉพาะแต่ละกรณีตาม  
 ลักษณะของการให้บริการของผู้ให้บริการตามมาตรา 43/4 และมาตรา 43/5 ของพระราชบัญญัติ  
 ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 กล่าวคือ ผู้ให้บริการจะต้องมีลักษณะเป็นการให้บริการประเภทรับ  
 ผากข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามคำสั่งของผู้ใช้บริการหรือให้บริการสืบค้นแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์  
 บนอินเทอร์เน็ต โดยไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือ  
 เครือข่ายคอมพิวเตอร์ที่ตนให้บริการเป็นข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์และไม่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงิน  
 โดยตรงจากการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ รวมถึงได้จัดให้มีช่องทางเพื่อรับแจ้งและได้แสดง  
 รายละเอียดที่ติดต่อผู้ให้บริการหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายให้รับแจ้งที่สามารถเข้าถึงได้โดยง่าย  
 ผู้ให้บริการจึงจะได้รับการยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการตามกฎหมาย

ในประเด็นเรื่อง การบังคับใช้กฎหมายอันเกี่ยวกับการแจ้งให้ทราบและนำออกในขอบเขตการ  
 ใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) นั้นเห็นว่า ตามมาตรา 43/6 วรรคสอง ของพระราชบัญญัติ

<sup>5</sup> Ilaw, เปรียบเทียบกฎหมายการแจ้งให้ลบเนื้อหา อเมริกาใช้เรื่องละเมิดลิขสิทธิ์ ไทยเน้นใช้เรื่องความ  
 มั่นคง [Online], 23 ตุลาคม 2560. แหล่งที่มา <https://ilaw.or.th/node/4662>.

ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ได้มีการวางหลักเกณฑ์ปฏิบัติของการดำเนินการแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) ไว้ด้วยว่าการที่เจ้าของลิขสิทธิ์ดำเนินแจ้งไปยังผู้ให้บริการทราบ โดยมีหลักฐานอันควรเชื่อว่าการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องคำนึงถึงบทบัญญัติในส่วนที่ 6 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย<sup>6</sup> ซึ่งโดยหลักตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 อันเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยนั้นได้มีการกำหนดหลักในเรื่อง การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ขึ้นไว้เป็นหลักข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในมาตรา 32 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537<sup>7</sup> โดยวางหลักไว้ว่า “การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามวรรคหนึ่ง มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำได้ดังต่อไปนี้

- (1) วิจัยหรือศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- (2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท
- (3) ดิจิม วิจัย หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว
- (6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอน เพื่อประโยชน์ในการสอนของตนอันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- (7) ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอนหรือทำบทสรุปโดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร
- (8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ

<sup>6</sup> มาตรา 43/6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.

<sup>7</sup> IP Thailand, **หลักการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม (Fair Use) ตามกฎหมายไทย** [Online], 1 มีนาคม 2565. แหล่งที่มา <http://www.ip-thailand.com/ลิขสิทธิ์/ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม-fair-use-ด/>.



(9) (ยกเลิก)<sup>8</sup>

ด้วยเหตุนี้ การที่ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 มาตรา 43/6 วรรคสอง ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นใหม่นั้น โดยกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องทำการคำนึงถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ก่อนที่จะทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการทราบเกี่ยวกับข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ย่อมหมายความว่าเจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องทำการพิจารณาคำนึงถึงด้วยว่าเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ผู้ให้บริการได้นำเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการเป็นประการที่ขัดต่อการแสวงหาผลประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และเป็นการสร้างผลกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรหรือไม่ หรือเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมอันจะได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบจากการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย ซึ่งจากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว เห็นได้ว่า การที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ที่แก้ไขใหม่นั้นได้บัญญัติให้เจ้าของลิขสิทธิ์จำต้องพิจารณาคำนึงถึงในเรื่อง ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยนั้นไม่มีความชัดเจนของหลักเกณฑ์เท่าใดนักว่า หลักฐานอย่างไร จึงจะถือได้ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ทำการคำนึงถึงหลักข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างเพียงพอแล้ว และหลักฐานใดที่จะเป็นเครื่องพิสูจน์อันแสดงได้ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ทำการปฏิบัติตามข้อกำหนดของกฎหมายในการคำนึงถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งการคำนึงถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามบทบัญญัติในส่วนที่ 6 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ถือเป็นหลักเกณฑ์ที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องยึดถือปฏิบัติอันเป็นประการที่ส่งผลทำให้การแจ้งการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ดังกล่าวเป็นการแจ้งที่ชอบด้วยกฎหมาย เหตุเพราะหากเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการได้รู้หรือมีเหตุอันควรรู้อยู่แล้วว่าผู้ให้บริการที่ได้นำเข้าซึ่งข้อมูลอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวมีสิทธิในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้น การทำคำร้องแจ้งไปยังผู้ให้บริการนำออกโดยอ้างเหตุอันเป็นเท็จว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์อันละเมิดลิขสิทธิ์ของตนนั้น ผู้นั้นก็ย่อมต้องด้วยบทลงโทษตามกฎหมายต่อความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการแจ้งอันเป็นเท็จว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ถูกนำออกจากระบบหรือเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือระบบการเข้าถึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย

ทั้งนี้ จากการศึกษาการบังคับใช้กฎหมายอันเกี่ยวกับการแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) ในประเด็นขอบเขตการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งถือเป็นประเทศแรกที่ได้วางหลักมาตรการแจ้งให้ทราบและนำออก โดยได้มีการวางหลักเกณฑ์ไว้ใน Section 512 ของ Digital Millennium Copyright 1998 (DMCA) มาใช้บังคับนั้นก็ประสบปัญหาและเกิดข้อวิพากษ์ วิจารณ์อันเกี่ยวกับปัญหาความชอบธรรมของเจ้าลิขสิทธิ์ในการแจ้งให้ทราบถึงเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์อันละเมิดลิขสิทธิ์ต่อผู้ให้บริการเช่นเดียวกัน เนื่องจากมาตรฐานของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการประเมินและทำการตรวจสอบข้อเท็จจริงก่อนทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการ

<sup>8</sup> มาตรา 32 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

ทำการนำออกซึ่งเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่กล่าวอ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์นั้นมีมาตรฐานที่ค่อนข้างต่ำ และเป็นอัตวิสัย (Subjective)<sup>9</sup> ซึ่งอาจทำให้เกิดการประเมินและการตรวจสอบข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่บกพร่องผิดพลาดอันอาจส่งผลกระทบต่อการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตในประการที่ไม่สามารถใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวได้ในระยะเวลาระหว่างที่ถูกนำออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้น ซึ่งการที่ผู้ให้บริการจะขอให้นำข้อมูลคอมพิวเตอร์กลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการหรือการยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นผู้ให้บริการอาจกระทำได้แต่โดยการทำคำโต้แย้ง (Counter Notice) ไปยังผู้ให้บริการเท่านั้น และผู้ให้บริการจะทำการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวกลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการภายใน 10 ถึง 14 วัน นับแต่วันที่ผู้ให้บริการได้รับคำโต้แย้ง ซึ่งการทำคำโต้แย้งนั้นย่อมสามารถกระทำได้แต่เฉพาะภายหลังจากที่ได้มีการนำออกหรือการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวแล้ว<sup>10</sup> จึงเห็นได้ว่า หากข้อเท็จจริงเป็นกรณีที่ใช้บริการได้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมแล้วนั้นย่อมจะเป็นประการที่กระทบสิทธิของผู้ใช้บริการที่จะต้องสูญเสีย ซึ่งสิทธิในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในช่วงระยะเวลาที่ถูกบังคับให้นำออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูล คอมพิวเตอร์ดังกล่าว อีกทั้งหากเป็นกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ดำเนินการยื่นฟ้องผู้ให้บริการต่อศาล เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งอันเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์และได้ดำเนินการแจ้งผู้ให้บริการทราบแล้วนั้น ย่อมส่งผลทำให้ผู้ให้บริการสามารถนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวกลับมาได้แต่โดยการดำเนินคดีทางศาลต่อไปเท่านั้นด้วย

อีกทั้ง การที่บทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับการแจ้งให้ทราบและนำออก ซึ่งได้วางหลักกฎหมายให้จำต้องคำนึงถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามบทบัญญัติส่วนที่ 6 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ด้วยว่าเป็นการใช้ลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) หรือไม่นั้น ก็ได้ปรากฏว่าได้มีการกำหนดในการพิจารณาอันแสดงถึงหลักฐานที่แน่ชัดว่าหลักฐานอย่างไร จึงจะเป็นประการที่แสดงออกว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้มีการคำนึงถึงการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมอย่างเพียงพอแล้ว ซึ่งย่อมอาจส่งผลกระทบในแง่ของความชอบธรรมต่อการแจ้งให้ทราบและนำออกซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวได้ เนื่องจากหากเพียงเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้ที่มีความเชื่อโดยสุจริตใจและสามารถที่จะทำการระบุรายละเอียดของเนื้อหาของข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่กล่าวอ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของตนอย่างเพียงพอตามหลักเกณฑ์ของการแจ้งให้ทราบและนำออกแล้วนั้นเจ้าของลิขสิทธิ์ก็สามารถที่จะดำเนินการแจ้งไปยังผู้ให้บริการ เพื่อให้ผู้ให้บริการนำออกหรือระงับการเข้าถึงซึ่งข้อมูล คอมพิวเตอร์ ที่กล่าวอ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการได้โดยอัตโนมัติในประการที่อาจไม่ได้

<sup>9</sup> เอกรินทร์ วิริโย, “มาตรการแจ้งเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต: ศึกษากลไกการตรวจสอบการแจ้งตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา”, 51.

<sup>10</sup> Section 512 (g)(2) DMCA 1998.

ทำการคำนึงถึงหลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมอย่างแท้จริงว่าผู้ใช้บริการนั้นได้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ภายใต้หลักเกณฑ์ของการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมหรือไม่ ซึ่งหลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมนั้นถือได้ว่าเป็นข้อยกเว้นของการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นหลักทั่วไปอันได้รับการยอมรับอย่างเป็นสากล ทั้งนี้ โดยหากผู้ใช้บริการระบบหรือเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเชื่อว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวของตนนั้นเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมแล้ว ผู้ให้บริการย่อมกระทำไม่ได้โดยการยื่นคำร้องขอโต้แย้งการนำออกหรือระงับการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งส่งผลทำให้หากการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในประการที่เป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมอย่างแท้จริงย่อมอาจได้รับผลกระทบทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใช้บริการในระยะเวลาเวลาที่ถูกระงับการเข้าถึงหรือระงับการเข้าถึงซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าว<sup>11</sup> รวมถึงอาจก่อให้เกิดประเด็นข้อถกเถียงที่ควรพิจารณาว่าภายใต้หลักเกณฑ์มาตรการแจ้งให้ทราบและนำออกนั้นจะเป็นประการที่ขัดต่อหลักการการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) หรือไม่ แต่ทั้งนี้ หากแม้ภายหลังข้อเท็จจริงฟังเป็นยุติว่าผู้ใช้บริการไม่ได้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าลิขสิทธิ์แต่อย่างใดเพียงอาจเกิดจากประเมินและตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดของเจ้าของลิขสิทธิ์เท่านั้น ซึ่งหากเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนได้กระทำไปโดยเชื่ออย่างสุจริตว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวเป็นการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนแล้วนั้นเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ย่อมไม่มีความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น<sup>12</sup>

นอกจากนี้ การที่ Digital Millennium Copyright Act (DMCA) มีวัตถุประสงค์หลักของการบัญญัติกฎหมายขึ้นบังคับใช้นั้น เพื่อเป็นการสร้างระบบตรวจสอบและสร้างความสมดุลของเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์ในระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถทำการนำออกซึ่งข้อมูลที่ละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวของตนออกจากระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตได้แล้วนั้น ในอีกประการหนึ่งก็เพื่อเป็นส่วนช่วยในการคุ้มครองรักษาไว้ซึ่งความถูกต้องของเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการ จึงเห็นได้ว่า หากมาตรฐานของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการประเมินและการตรวจสอบก่อนทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการนำออกซึ่งเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่กล่าวอ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์นั้นไม่มีมาตรฐานในการตรวจสอบและการประเมินที่ชัดเจนแน่นอนแล้วนั้น ก็ย่อมอาจส่งผลทำให้เกิดการนำออกหรือการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มากเกินไปจนอาจส่งผลกระทบต่อหลักการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมอันถือได้ว่า

<sup>11</sup> Matteson, J. D., “Unfair misuse: How section 512 of the DMCA allows abuse of the copyright fair use doctrine and how to fix it”, *Santa Clara High Technology Law Journal* 32, 2(July 2018): 3, 9-10.

<sup>12</sup> Urban, J. M., & Quilter, L., “Efficient process or chilling effects - takedown notices under section 512 of the digital millennium copyright act”, *Santa Clara High Technology Law Journal* 24, 4(2006): 628-639.

เป็นพื้นที่หายใจให้แก่ประชาชนในการที่จะสามารถได้ใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และอาจทำให้เกิดการชะงักตัวของการพัฒนาและการขยายตัวของพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ การติดต่อสื่อสาร การวิจัย และการศึกษา รวมถึงอาจเป็นการสร้างผลกระทบต่อการแสดงออกทางความคิดของผู้ใช้บริการในการคิด การพูด และการวิจารณ์แสดงความคิดเห็นอีกด้วย<sup>13</sup>

ทั้งนี้ มีตัวอย่างกรณีที่แสดงถึงผลกระทบจากมาตรการแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) ในประเด็นเกี่ยวกับการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use)

1) กรณีแคมเปญเสียงเลือกตั้งของ McCain กล่าวคือ McCain ซึ่งเป็นหนึ่งในผู้เข้าชิงตำแหน่งประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกา โดยเขาได้ทำการหาเสียงเลือกตั้งผ่านช่องทางออนไลน์ในแพลตฟอร์มต่าง ๆ โดยข้อเท็จจริงตามปัญหาเขาได้ทำการโพสต์คลิปอภิปรายหาเสียงเลือกตั้งผ่านช่องทางแพลตฟอร์ม YouTube เพื่อให้ประชาชนสามารถที่จะรับฟังนโยบายของพรรคพวกเขา แต่ภายหลังพบว่าก่อนถึงวันเลือกตั้งไม่กี่สัปดาห์ คลิปวิดีโอต่าง ๆ ในช่องของ McCain นั้นไม่สามารถรับชมได้ เนื่องจากถูกดำเนินการลบออกจาก YouTube อย่างกระทันหันและมีเพียงข้อความชี้แจงว่า “This video is no longer available due to a copyright claim” ซึ่งแปลได้ว่า วิดีโอนี้ไม่สามารถใช้ได้อีกต่อไป เนื่องจากมีการร้องเรียนการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งต่อมาทาง McCain ก็ได้เขียนจดหมายไปยังผู้ให้บริการแพลตฟอร์ม YouTube เพื่อตอบสนองต่อเหตุการณ์ดังกล่าว ในทำนองว่าการที่ YouTube ทำการนำออกซึ่งคลิปวิดีโอดังกล่าวเปรียบเสมือนเป็นการยับยั้งสิทธิและเสรีภาพในการแสดงออกและการพูด ซึ่งการแจ้งให้ผู้ให้บริการทราบและนำออกซึ่งคลิปวิดีโอที่กล่าวอ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นแท้จริงแล้วนั้นเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมอย่างชัดเจนอันอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในเรื่อง การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) โดยเป็นการรวบรวมฟุตเทจ (Footage) จากการรายงานออกอากาศข่าวน้อยกว่า 10 นาที เพื่อประกอบการนำเสนอในการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับประเด็นของแคมเปญที่ทางพรรคของ McCain นำเสนอเท่านั้น<sup>14</sup> และทาง YouTube ได้ทำการตอบกลับ McCain โดยให้เหตุผลจากการนำคลิปวิดีโอดังกล่าวออกจากระบบหรือเครือข่ายของตนนั้นว่า YouTube เป็นเพียงผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางและเป็นการปฏิบัติตามข้อกำหนดของ DMCA ในการนำออกซึ่งเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์อันได้รับแจ้งว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น ซึ่ง McCain สามารถทำการยื่นเรื่องโต้แย้งหรือจะทำการฟ้องร้องเพื่อให้ศาลใช้ดุลพินิจ

<sup>13</sup> Matteson, J. D., “Unfair misuse: How section 512 of the DMCA allows abuse of the copyright fair use doctrine and how to fix it”, 6-7.

<sup>14</sup> Seltzer, W., “Free speech unmoored in copyright’s safe harbor: Chilling effects of the DMCA on the first amendment”, *Harvard Journal of Law & Technology* 21, 1(2010): 171-174.

ในการพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าวก็ได้ แต่ไม่อาจทำการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์กลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายก่อนระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด<sup>15</sup>

จากข้อเท็จจริงตามปัญหา การที่ YouTube ผู้ให้บริการได้ทำการนำเอาคลิปวิดีโอที่พิพาทดังกล่าวขึ้น ออกจากระบบหรือเครือข่ายที่ตนให้บริการ ด้วยเหตุเพราะบุคคลผู้ซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ดำเนินการแจ้งมายังผู้ให้บริการว่าคลิปวิดีโอของ McCain ดังกล่าวได้ละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งเมื่อ YouTube ผู้ให้บริการได้ดำเนินการนำออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวแล้วนั้นก็จะได้รับการยกเว้นความรับผิดของการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการที่มีงานละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายของตนตามหลักการของข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการ (Safe Harbors) ซึ่งโดยหลักตามกฎหมายแล้วนั้น YouTube ผู้ซึ่งเป็นผู้ให้บริการไม่ได้มีหน้าที่ที่จะต้องทำการตรวจสอบความถูกต้องตามกฎหมายจากการร้องเรียนของเจ้าของลิขสิทธิ์ว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่แต่อย่างใด โดยมีหน้าที่เพียงแค่ดำเนินการทำการตรวจสอบว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ทำการแจ้งรายละเอียดครบถ้วนสมบูรณ์เพื่อสามารถที่จะระบุได้ว่าเป็นงานชิ้นใดที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และตรวจสอบว่ามีข้อมูลที่เพียงพอสำหรับการติดต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ทำการร้องเรียน รวมถึงมีรายละเอียดเกี่ยวกับงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อ้างว่าถูกละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่เท่านั้น<sup>16</sup>

ทั้งนี้ จึงเห็นได้ว่า การที่เจ้าของลิขสิทธิ์ดำเนินการทำคำร้องแจ้งไปยังผู้ให้บริการ โดยไม่ได้ทำการประเมินและตรวจสอบถึงการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างรอบคอบเสียก่อน รวมถึงอาจไม่ได้ทำการคำนึงถึงสิทธิในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของผู้ใช้บริการแล้วนั้นย่อมอาจส่งผลกระทบทำให้ผู้ใช้บริการได้รับความเสียหายจากการใช้ประโยชน์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าว ซึ่งจากข้อเท็จจริงตามปัญหายังปรากฏเพิ่มเติมอีกว่าช่วงระยะเวลาที่คลิปวิดีโอหาเสียงเลือกตั้งของ McCain ถูกนำออกจากระบบเครือข่ายของผู้ให้บริการนั้นเป็นช่วงระยะเวลาที่ใกล้กับการเลือกตั้งเพียงไม่กี่สัปดาห์ ซึ่งได้ถือว่าเป็นช่วงเวลาที่สาธารณชนมักจะให้ความสนใจเป็นพิเศษกับนโยบายหาเสียงเลือกตั้งของแต่ละพรรคของผู้สมัครอันเป็นช่วงเวลาสำคัญต่อการหาเสียงเลือกตั้ง ซึ่งแม้ McCain จะสามารถใช้สิทธิของตนในการทำคำโต้แย้ง เพื่อขอให้นำคลิปวิดีโอพิพาทดังกล่าวกลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายของ YouTube ได้ก็ตามนั้น แต่การนำคลิปวิดีโอดังกล่าวกลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการนั้นจะต้องอาศัยระยะเวลา 10 ถึง 14 วัน นับแต่วันที่ผู้ให้บริการได้รับคำโต้แย้ง โดยจะไม่สามารถนำคลิป

<sup>15</sup> Rundle, E., **McCain vs. YouTube: How copyright affects government online** [Online], 27 July 2010. Available from <https://www.govtech.com/dc/articles/mccain-vs-youtube-how-copyright-affects.html>.

<sup>16</sup> Seltzer, W., “Free speech unmoored in copyright’s safe harbor: Chilling effects of the DMCA on the first amendment”, 173-174.



วิดีโอดังกล่าวกลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการได้ก่อนระยะเวลาดังกล่าวหรือหากเป็นกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ทำการยื่นฟ้องผู้ให้บริการอันเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นคดีต่อศาลและได้ทำการแจ้งต่อผู้ให้บริการแล้วว่าตนได้ดำเนินการยื่นคำฟ้องผู้ให้บริการต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งอันเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ย่อมส่งผลทำให้การทำคำโต้แย้งของผู้ให้บริการดังกล่าวไม่อาจมีผลบังคับใช้ให้นำเอาเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่พิพาทดังกล่าวกลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการ และหากท้ายที่สุดแม้ผู้ให้บริการจะสามารถนำคลิปลิงก์วิดีโอพิพาทดังกล่าวกลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการได้ก็ตาม แต่หากช่วงระยะเวลาที่สามารถนำเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์กลับเข้ามาได้นั้นเป็นช่วงที่ไม่สามารถทำการหาเสียงเลือกตั้งได้แล้วหรือการเลือกตั้งจบลงแล้วนั้น การนำเอาคลิปลิงก์วิดีโอดังกล่าวกลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการก็คงจะไม่ได้มีประโยชน์ต่อผู้ให้บริการเท่าใดนัก เนื่องจากพ้นกำหนดระยะเวลาในช่วงที่สามารถทำการอภิปรายหาเสียงเลือกตั้งแล้ว ซึ่งไม่น่าที่จะเป็นไปตามเจตนารมณ์ของผู้ให้บริการที่ประสงค์จะใช้ประโยชน์จากคลิปลิงก์วิดีโอในการอภิปรายนโยบายหาเสียงเลือกตั้งของตนอันส่งผลทำให้เกิดการจำกัดสิทธิในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมล่วงหน้าโดยไม่จำเป็น<sup>17</sup>

2) กรณีของคดีระหว่าง Lenz v. Universal Music Corporation<sup>18</sup> โดยเกิดจากการที่ Lenz ผู้ให้บริการซึ่งเป็นแม่ได้ทำการนำคลิปลิงก์วิดีโอประมาณ 20 วินาทีของลูกชายวัย 1 ขวบที่ได้ทำการเต้นโดยมีเพลง “Let’s Go Crazy” เป็นเพลงประกอบและได้ทำการเผยแพร่ลงบนแพลตฟอร์มออนไลน์ YouTube โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะเผยแพร่คลิปลิงก์วิดีโอดังกล่าวให้เพื่อนและสมาชิกในครอบครัวรับชมเท่านั้น ซึ่งต่อมาทาง Universal Music Corporation เจ้าของลิขสิทธิ์เพลง “Let’s Go Crazy” ก็ได้ทำการแจ้งไปยัง YouTube ผู้ให้บริการว่า Lenz นั้นได้ทำการละเมิดลิขสิทธิ์ในเพลงของตนและขอให้ผู้ให้บริการดำเนินการนำเอาคลิปลิงก์วิดีโอดังกล่าวออกจากระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการ ภายหลังจากนั้น Lenz จึงได้ทำการยื่นเรื่องฟ้องเป็นคดีต่อศาลแขวงของรัฐบาลกลางว่า Universal Music Corporation มีเจตนาทุจริตในการทำให้ผู้ให้บริการเข้าใจผิดอันเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในการแจ้งว่าผู้ให้บริการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ไปยังผู้ให้บริการทราบอย่างไม่ถูกต้องภายใต้หลักการ Notice and Takedown ของ DMCA โดยทางบริษัทเพลงเจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมรู้หรือควรรู้อยู่แล้วว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของ Lenz ดังกล่าวไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจากมีปริมาณในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของ Lenz มีการนำมาใช้เพียง 20 วินาทีเมื่อเทียบกับปริมาณงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมดและเป็นการนำมาใช้เพื่อประโยชน์ในการสร้างความบันเทิงของตนเองหรือบุคคลอื่น

<sup>17</sup> Matteson, J. D., “Unfair misuse: How section 512 of the DMCA allows abuse of the copyright fair use doctrine and how to fix it”, 2-3, 12.

<sup>18</sup> Lenz v. Universal Music Corp., 801 F.3d 1126 (9 Cir. 2015).



ในครอบครัวเท่านั้น รวมถึงไม่ได้มีหลักฐานอันใดที่เป็นเหตุให้ควรเชื่อได้ว่าเป็นการใช้งานเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

ทั้งนี้ ศาลแขวงสหรัฐในคดีดังกล่าวได้มีคำวินิจฉัยตัดสินว่า คลิปวิดีโอของ Lenz นั้นเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมและยังได้วินิจฉัยไว้ด้วยว่า “Fair Use is not just excused by the law, it is wholly authorized by the law.” ซึ่งอาจแปลได้ว่า การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมไม่ได้เป็นเพียงข้อยกเว้นความรับผิดชอบตามกฎหมาย แต่เป็นการที่ได้รับอนุญาตโดยกฎหมาย รวมถึงยังได้ทำการวินิจฉัยวางหลักกฎหมายไว้ด้วยว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีหน้าที่ที่จะต้องทำการพิจารณา (Duty to Consider) หลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของผู้ให้บริการโดยเจตนาสุจริตก่อนที่จะทำการแจ้งเตือนไปยังผู้ให้บริการทราบและนำออกซึ่งเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่กล่าวอ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์นั้น<sup>19</sup> เพื่อที่จะอ้างได้ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นได้เชื่อโดยสุจริตว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการนั้นไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายหรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่ทั้งนี้ ศาลก็ได้วินิจฉัยว่าบริษัทเพลงซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้มีเจตนาสุจริตในการแจ้งให้ผู้ให้บริการนำคลิปวิดีโอออกจากระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการ การแจ้งของเจ้าของลิขสิทธิ์ทำให้ผู้ให้บริการนำคลิปวิดีโอดังกล่าวออกจากระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการนั้นเป็นการกระทำไปโดยไม่ได้รู้ถึงข้อเท็จจริงทั้งหมด จึงทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์<sup>20</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม ในคดีของ *Tuteur v. Crosley-Corcoran* นั้นศาลแขวงของสหรัฐอเมริกาได้มีแนวคำวินิจฉัยของศาลที่แตกต่างไปจากคดีของระหว่าง *Lenz v. Universal Music Corporation* ที่ได้มีการพิจารณาพิพากษาคดีก่อนหน้านี้ โดยในคดีนี้ศาลวินิจฉัยไว้ว่า ในการแจ้งให้ทราบและนำออกของ DMCA เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้จำต้องการทำการประเมินตรวจสอบทุกข้อแตกต่างที่เป็นไปได้ของผู้ให้บริการก่อนทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการทราบ เพื่อเป็นการยืนยันว่าเจ้าของลิขสิทธิ์เชื่อโดยสุจริตว่ามีละเมิดลิขสิทธิ์ของตนขึ้น<sup>21</sup>

3) กรณีของนักวิจารณ์ภาพยนตร์ Kevin B. Lee กล่าวคือ Kevin B. Lee ซึ่งเป็นนักวิจารณ์ภาพยนตร์และผู้จัดพิมพ์ *Shooting Down Pictures* ในเมืองนิวยอร์ก<sup>22</sup> นั้นได้มีการนำเอาคลิปวิดีโอสั้น ๆ จากภาพยนตร์มาทำการวิพากษ์วิจารณ์แสดงความคิดเห็นและได้เรียงเรียงตัดต่อเป็นคลิปวิดีโอ

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> Matteson, J. D., “Unfair misuse: How section 512 of the DMCA allows abuse of the copyright fair use doctrine and how to fix it”, 10-12.

<sup>21</sup> *Tuteur v. Crosley-Corcoran*, 961 F.Supp.2d 333, 343-44 (D. Mass. 2013).

<sup>22</sup> Matt Zoller Seitz, **Copy Rites: YouTube vs. Kevin B. Lee** [Online], 13 January 2009. Available from <https://www.slantmagazine.com/news/copy-rites-youtube-vs-kevin-b-lee/>.

ทำการเผยแพร่ลงบนแพลตฟอร์ม YouTube ซึ่งต่อมา Kevin B. Lee ก็ถูกระงับบัญชีการใช้งานในระบบแพลตฟอร์ม YouTube เนื่องจากถูกรายงานแจ้งไปยังผู้ให้บริการตามหลักปฏิบัติของ DMCA เพื่อนำคลิปวิดีโอที่ Kevin B. Lee ได้ทำการวิพากษ์วิจารณ์และแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับภาพยนตร์ออกจากระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการ YouTube นั้นเห็นได้ว่า เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงจากการกระทำของ Kevin B. Lee แม้การกระทำของ Kevin B. Lee ผู้ใช้บริการจะเป็นการวิพากษ์วิจารณ์และแสดงความคิดเห็น โดยได้มีการระบุแสดงให้รับรู้ถึงการเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์แล้วนั้นอันถือเป็นการใช้งานอันลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมที่ได้มีการวางหลักกฎหมายให้การคุ้มครองที่สามารถที่จะใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวได้อย่างไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ก็ตามนั้น<sup>23</sup> แต่อย่างไรก็ตามหากเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการว่าผู้ให้บริการได้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนแล้วนั้น ผู้ให้บริการก็ไม่สามารถที่จะกระทำการอย่างใดที่จะสามารถทำการอธิบายข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของตน เพื่อป้องกันก่อนที่จะทำการนำออกซึ่งเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ถูกกล่าวอ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์นั้นได้

นอกจากนี้ จากผลการศึกษาของโครงการ Chilling Effects ซึ่งทำการศึกษาระบบการบังคับใช้มาตรการแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) ตาม Section 512 ของ DMCA ซึ่งได้ทำการพิจารณารูปแบบการบังคับใช้มาตรการดังกล่าวในระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการต่าง ๆ นั้นเห็นว่ามี การนำมาตรการแจ้งให้ผู้ให้บริการทราบและนำออกซึ่งเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ถูกกล่าวอ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์มาบังคับใช้อย่างมีข้อบกพร่องและมีแนวโน้มที่จะมีการนำมาตรการแจ้งให้ทราบและนำออกมาใช้ในทางที่ผิดเพิ่มมากขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ อีกด้วย โดยมีการนำมาตรการแจ้งให้ทราบและนำออกมากำกับใช้กับกรณีที่เป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมคิดเป็นจำนวนถึงอัตราร้อยละ 30 จากจำนวนคำบอกกล่าวที่ศึกษาทั้งหมด<sup>24</sup> และอีกทั้ง จากการศึกษาของมูลนิธิ Electronic Frontier Foundation (EFF) ซึ่งเป็นองค์กรสาธารณประโยชน์ที่ไม่ได้แสวงหาผลกำไร โดยมีวัตถุประสงค์ในการสร้างความสมดุลของระบบกฎหมายลิขสิทธิ์อำนวยความสะดวกในการสร้างสรรค์นวัตกรรมให้รองรับการเข้าถึงข้อมูลในยุคดิจิทัลในวงกว้าง เพื่อให้เกิดการพัฒนาก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และศิลปะและเป็นการเพิ่มเสรีภาพในการแสดงออกยังได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับมาตรการแจ้งให้ทราบและนำออกไว้อีกด้วยว่า ในการบังคับใช้มาตรการดังกล่าวนี้ยังคงเกิดสภาพ

<sup>23</sup> Public Knowledge, **YouTube film critic silenced by DMCA takedown notices** [Online], 26 January 2009. Available from <https://publicknowledge.org/youtube-film-critic-silenced-by-dmca-takedown-notice/>.

<sup>24</sup> Urban, J. M., & Quilter, L., "Efficient process or chilling effects - takedown notices under section 512 of the digital millennium copyright act".

การบังคับใช้ที่ไม่ถูกต้องเหมาะสมอยู่บ่อยครั้ง ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า หากในแต่ละปีแม้จะมีเปอร์เซ็นต์การแจ้งให้ทราบและนำออกที่ไม่เหมาะสมเพียงเล็กน้อยก็ตามนั้น แต่กรณีส่วนใหญ่ที่ถูกแจ้งให้นำเนื้อหาข้อมูล คอมพิวเตอร์ออกนั้นก็จะเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการพาดพิงที่ชอด้วยกฎหมาย<sup>25</sup>

#### 4.2 การเปรียบเทียบกฎหมายอันเกี่ยวกับการแจ้งให้ทราบและนำออกในขอบเขตการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของประเทศไทยและต่างประเทศ

มาตรการแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) นั้นถือเป็นมาตรการกำกับดูแลเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายทั่วโลก เนื่องจากความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่พัฒนาไปอย่างรวดเร็วได้ทำให้อินเทอร์เน็ตได้เข้ามามีบทบาทอย่างมากในการดำรงชีวิตในปัจจุบันซึ่งส่งผลทำให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ตเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากอินเทอร์เน็ตเป็นโครงสร้างพื้นฐานในการเชื่อมต่อข้อมูลข่าวสารอย่างไม่มีพื้นที่จำกัด<sup>26</sup> การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ตผ่านช่องทางต่าง ๆ ของผู้ให้บริการจึงเกิดขึ้นอย่างรวดเร็วและสร้างผลกระทบได้เป็นวงกว้าง ทั้งนี้ ประเทศต่าง ๆ จึงได้พยายามที่จะกำหนดมาตรการกำกับดูแลและแก้ไขปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ตให้มีประสิทธิภาพ เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์อยู่ของอินเทอร์เน็ตที่ไร้พรมแดน โดยแต่ละประเทศนั้นได้มีการวางหลักกฎหมายอันเกี่ยวกับการแจ้งให้ทราบและนำออกซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งล้วนมีที่มาอันเกิดจากบริบทของรูปแบบลักษณะของการให้บริการของผู้ให้บริการที่แตกต่างกันและประกอบกับเมื่อพิจารณาในประเด็นของขอบเขตของการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมแล้วนั้นมีรายละเอียดดังนี้

##### 4.2.1 สหรัฐอเมริกา

อนึ่ง สหรัฐอเมริกานั้นถือเป็นประเทศแรก ๆ ที่ใคร่สนใจต่อสภาพปัญหาของการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต เนื่องจากอินเทอร์เน็ตถือเป็นสื่อกลางในการเชื่อมต่อและการเผยแพร่ข้อมูลได้อย่างไม่มีพื้นที่จำกัด ซึ่งส่งผลทำให้เกิดการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ได้โดยง่ายและรวดเร็ว จึงได้มีการบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์แห่งสหัสวรรษดิจิทัล หรือ Digital Millennium Copyright Act (DMCA) ขึ้นมาบังคับใช้ ซึ่งหนึ่งในประเด็นสาระสำคัญของ DMCA คือ การบัญญัติข้อจำกัดความรับผิดจากการ

<sup>25</sup> Electronic Frontier Foundation, *In the matter of section 512 study docket no.2015-7* [Online], 1 April 2016. Available from [www.eff.org/files/2016/04/01/eff\\_comments\\_512\\_study\\_4.1.2016.pdf](http://www.eff.org/files/2016/04/01/eff_comments_512_study_4.1.2016.pdf).

<sup>26</sup> พิรงรอง รามสูต รมณนันทน์ และนิธิตา คณานิธินันท์, *การกำกับดูแลอินเทอร์เน็ต โครงการการปฏิรูปสื่อ: การกำกับดูแลเนื้อหาโดยรัฐ การกำกับดูแลตนเองและสื่อภาคประชาชน (รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์)*, 13.

ละเมิดลิขสิทธิ์ทางออนไลน์ (Online Copyright Infringement Liability Limitation Act) โดยได้มีการนำเอามาตรการแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) มาบัญญัติใช้บังคับ เพื่อเป็นการผลักดันสร้างแรงจูงใจให้แก่ผู้ให้บริการในการที่จะมีส่วนร่วมและให้ความช่วยเหลือกับเจ้าของลิขสิทธิ์ในการแก้ไขปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการเนื่องจากผู้ให้บริการเป็นผู้ควบคุม ดูแล และทราบถึงรายละเอียดของผู้ใช้บริการ จึงได้มีการกำหนดเงื่อนไขข้อจำกัดความรับผิดการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการ (Safe Harbors) ในแต่ละประเภทขึ้น ซึ่งหากผู้ให้บริการได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของข้อจำกัดความรับผิดแล้วนั้น ผู้ให้บริการก็จะต้องไม่รับผิดสำหรับการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้บริการที่ได้ใช้บริการระบบหรือเครือข่ายของตน<sup>27</sup> โดยได้มีการแบ่งประเภทของผู้ให้บริการออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่

- 1) ผู้ให้บริการในฐานะเป็นสื่อกลางในการส่งต่อข้อมูล (Transitory Digital Network Communications)
- 2) ข้อจำกัดของผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ชั่วคราว (System Catching)
- 3) ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลในระบบหรือเครือข่ายตามที่ผู้ให้บริการกำหนด (Information Residing on Systems or Networks at Direction of Users)
- 4) ข้อจำกัดของผู้ให้บริการระบุตำแหน่งของข้อมูล (Information Location Tools)

ทั้งนี้ DMCA ได้มีการนำเอามาตรการแจ้งให้ทราบและนำออกมาบังคับใช้ โดยได้มีการวางหลักเกณฑ์ขั้นตอนปฏิบัติในการแจ้งให้ทราบและนำออกไว้ใน Section 512 (C)(3) ของ DMCA<sup>28</sup> ซึ่งเป็นการนำเอามาตรการดังกล่าวมาใช้บังคับกับผู้ให้บริการในประเภทผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลในระบบหรือเครือข่ายตามที่ผู้ให้บริการกำหนด (Information Residing on Systems or Networks at Direction of Users) ตาม Section 512 (c) และผู้ให้บริการระบุตำแหน่งของข้อมูล (Information Location Tools) ตาม Section 512 (d) กล่าวคือ เมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ตรวจสอบหรือพบว่าผู้ให้บริการกระทำการละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนนั้น โดยการนำงานอันละเมิดลิขสิทธิ์เข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายหรือทำการเผยแพร่งานอันละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายอินเทอร์เน็ตของผู้ให้บริการนั้น เจ้าของลิขสิทธิ์ก็สามารถที่จะทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการให้ทราบถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้น เพื่อให้ผู้ให้บริการทำการนำเนื้อหาข้อมูล คอมพิวเตอร์ซึ่งกล่าวอ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าว<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Marsoof, A., "Notice and takedown: A copyright perspective", *Queen Mary Journal of Intellectual Property* 5, 2(April 2015): 191-193.

<sup>28</sup> Ibid, 116-117.

<sup>29</sup> Section 512 (c)(3), DMCA 1998.

ซึ่งจากการศึกษามาตรการแจ้งให้ทราบและนำออกในประเด็นขอบเขตของการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ของสหรัฐอเมริกา นั้น เห็นว่า หลักเกณฑ์ในการแจ้งให้ทราบและนำออกของสหรัฐอเมริกาไม่ได้ทำการระบุไว้อย่างชัดเจนว่าเจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องทำการพิจารณาถึงหลักการใช้อันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมหรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ก่อนทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการทราบว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการ โดยกำหนดไว้อย่างกว้างเพียงว่าค่าแถลงที่เจ้าของลิขสิทธิ์ทำการแจ้งร้องเรียนไปยังผู้ให้บริการว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นต้องเป็นการเชื่อโดยสุจริต (Good Faith Belief) ว่าเป็นการใช้เนื้อหาที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในการที่จะมีสิทธิใช้งานอันมีลิขสิทธิ์เท่านั้น โดยจากแนวคำวินิจฉัยของศาลอาจเห็นได้ว่า สหรัฐอเมริกานั้นได้ตระหนักถึงความสำคัญในเรื่องความเชื่อโดยสุจริตเป็นสำคัญ โดยจะต้องพิจารณาจากอัตวิสัยหรือภาวะจิตใจของเจ้าของลิขสิทธิ์<sup>30</sup> มิใช่การพิจารณาจากมาตรฐานของวิญญูชนเป็นหลัก ซึ่งการพิสูจน์ความเชื่อโดยสุจริตเป็นประการที่อาจพิสูจน์ได้ยาก ในบางกรณีจึงอาจนำเอาหลักในเรื่อง การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) มาเป็นหนึ่งหลักกฎหมายที่ใช้ประกอบในการพิจารณาที่อาจพิสูจน์ถึงความสุจริตของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการทำคำร้องเพื่อแจ้งไปยังผู้ให้บริการ ซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาหลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของสหรัฐอเมริกานั้น ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 107 ของ Copyright Act 1976<sup>31</sup> โดยมี 4 ปัจจัยหลักสำคัญดังต่อไปนี้

- 1) วัตถุประสงค์และลักษณะของการใช้งาน รวมถึงการใช้งานนั้นเป็นเชิงพาณิชย์หรือไม่ลักษณะ หรือมีวัตถุประสงค์เพื่อการศึกษาที่ไม่แสวงหาผลกำไร
- 2) ลักษณะของงานที่มีลิขสิทธิ์
- 3) จำนวนและสาระสำคัญของส่วนที่ใช้เกี่ยวกับลิขสิทธิ์ทำงานโดยรวมและ
- 4) ผลกระทบของการใช้งานต่อตลาดในเชิงพาณิชย์หรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์<sup>32</sup>

ทั้งนี้ ความเชื่อโดยสุจริตของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการแจ้งไปยังผู้ให้บริการทราบและเพื่อนำออกซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่กล่าวอ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ไม่ได้ขึ้นอยู่กับเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ทำการพิจารณาหลักการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมแล้วหรือไม่ กล่าวคือ ศาลไม่ได้กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องทำการคำนึงถึงหลักการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม จึงจะถือได้ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์เชื่อโดย

<sup>30</sup> เอกกรินทร์ วิริโย, “มาตรการแจ้งเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต: ศึกษาการตรวจสอบการแจ้งตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา”, 54.

<sup>31</sup> Taylor, A., *The digital millennium copyright act and the first amendment: Section 1201's disruptive effect on the Fair Use doctrine* [Online], 2019. Available from <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/d8-7ykn-an81>.

<sup>32</sup> Section 107 The Copyright Act 1976.

สุจริตว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์ของตนเกิดขึ้น<sup>33</sup> และในอีกประการหนึ่ง แม้หากเจ้าของลิขสิทธิ์จะได้ทำการพิจารณาหลักการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมก่อนทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการทราบแล้วนั้น อาทิ จากกรณีตัวอย่างในคดีของ Lenz v. Universal Music Corporation ซึ่งแม้ท้ายที่สุดการที่ศาลจะวินิจฉัยคดีรับฟังได้ว่าการนำเอาเพลงอันมีลิขสิทธิ์ความยาว 20 วินาที มาใช้เพื่อประโยชน์แห่งความบันเทิงส่วนตัวหรือเพื่อประโยชน์บุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิทเท่านั้น จะถือเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมแล้วก็ตาม ก็ไม่อาจถือได้ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้มีความเชื่อโดยสุจริตในการทำคำร้องแจ้งไปยังผู้ให้บริการ

#### 4.2.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในส่วนของประเทศเยอรมนี ซึ่งถือเป็นหนึ่งในประเทศภาคีสมาชิกของสหภาพยุโรปก็ได้มีการนำเอามาตรการแจ้งให้ทราบและนำออกมาบังคับใช้เช่นเดียวกัน ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับ DMCA ของสหรัฐอเมริกา<sup>34</sup> แต่อาจไม่ได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเทียบเท่ากับกฎหมายของสหรัฐอเมริกาเท่าใดนัก โดยสหภาพยุโรปมีการวางหลักเกณฑ์ข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการ (Safe Harbors) ไว้ในข้อบังคับของประชาคมยุโรปว่าด้วยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของบริการสังคมสารสนเทศทางด้านพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในตลาดร่วมยุโรปหรือที่เรียกว่า “E-Commerce Directive 2000/31/EC”<sup>35</sup> ซึ่งได้มีการแบ่งประเภทของผู้ให้บริการออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่

- 1) ผู้ให้บริการเป็นสื่อกลางส่งผ่านข้อมูล (Mere Conduit)
- 2) ผู้ให้บริการเก็บข้อมูลชั่วคราว (Caching)
- 3) ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูล (Hosting)

ทั้งนี้ จากการศึกษาจะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ในเรื่อง การแจ้งให้ทราบและนำออกของสหภาพยุโรปนั้นได้มีการนำเอาบัญญัติไว้เป็นข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการ ซึ่งได้วางหลักไว้ในหมวด Section 4 ความรับผิดของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง Article 14 ของ Electronic Commerce Directive 2000/31/EC โดยเป็นการนำมาใช้บังคับกับผู้ให้บริการประเภทรับฝากข้อมูล (Hosting) เท่านั้น โดยมีการวางหลักไว้เพียงว่า เมื่อผู้ให้บริการได้รู้หรือมีเหตุอันควรรู้ได้ถึงการทำละเมิดของข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ผู้ให้บริการได้รับฝากบนระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการและผู้ให้บริการได้

<sup>33</sup> เกรินท์ วิริโย, “มาตรการแจ้งเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต: ศึกษาการตรวจสอบการแจ้งตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา”, 55.

<sup>34</sup> Bailey, J., **10 ways EU copyright is different from the US** [Online], 4 August 2020. Available from <https://www.plagiarismtoday.com/2020/08/04/10-ways-eu-copyright-is-different-from-the-us/>.

<sup>35</sup> กรณ อรรถเนติศาสตร์, “มาตรการทางปกครองในการกำกับดูแล Digital Platform ศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรป”, **วารสารกฎหมายปกครอง** 34, 1(กุมภาพันธ์ 2565): 78-80.



ดำเนินการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ หรือระบบการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวโดยไม่ซ้กซ้ำ ผู้ให้บริการก็จะได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบที่มีเนื้อหาข้อมูลที่ผิดกฎหมายบนระบบหรือเครือข่ายของตน จึงเห็นได้ว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปนั้น ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์อย่างใดที่ให้ผู้ให้บริการต้องคำนึงถึงหลักการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ก่อนทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการทราบถึงข้อกล่าวอ้างว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้น

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากกฎหมายภายในของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งได้มีการนำเอาหลักในเรื่อง การแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) มาบัญญัติไว้เป็นข้อกำหนดในมาตรา 97a ของ German Copyright Act 1965<sup>36</sup> นั้นก็ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขไว้เป็นการเฉพาะที่จะต้องให้ผู้ให้บริการต้องคำนึงหลักการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมหรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ก่อนทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการทราบว่ามีกรณีละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการเช่นเดียวกัน โดยมีการกำหนดรายละเอียดในการทำคำร้องดังต่อไปนี้<sup>37</sup>

- 1) ระบุชื่อตัวหรือ ชื่อนิติบุคคลของผู้เสียหาย
- 2) รายละเอียดอันเกี่ยวกับงานอันมีลิขสิทธิ์ที่อ้างว่าถูกละเมิดลิขสิทธิ์
- 3) ระบุรายละเอียดของข้อเรียกร้องค่าเสียหายและการชดใช้ค่าใช้จ่าย
- 4) หากการแจ้งเตือนมีสภาพบังคับให้ยุติการกระทำละเมิดต้องระบุด้วยว่า

มีภาระผูกพันอันเกี่ยวกับการกระทำละเมิดอย่างไรและมีสภาพบังคับที่เกินกว่ากฎหมายกำหนดอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่

แต่ทั้งนี้ หากเป็นกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ประสงค์ที่จะทำการพิจารณาคำวินิจฉัยหลัก ในเรื่อง หลักการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมประกอบการพิจารณาว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ เพื่อจะได้ทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการทราบและดำเนินการนำออกซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่กล่าวอ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์ต่อไปนั้น จากการศึกษาเห็นว่า ประเทศเยอรมนีไม่ได้มีการนำเอาหลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมมาบังคับใช้โดยตรง แต่เป็นการนำเอาหลักของการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมมาบังคับใช้ในเชิงลักษณะของการกำหนดเป็นข้อจำกัดและข้อยกเว้นของการใช้งานลิขสิทธิ์ (Limitations and Exceptions)<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Schlun & Elseven, **DMCA takedown notice in Germany: Legal advice** [Online], n.d. Available from <https://se-legal.de/intellectual-property-lawyer-in-germany/dmca-takedown-notice-in-germany-legal-advice/?lang=en#>.

<sup>37</sup> Section 97a German Copyright Act 1965.

<sup>38</sup> Touring Artists, **Limitation and exceptions to copyright with regard to time and content** [Online], n.d. Available from <https://www.touring-artists.info/en/copyright/german-copyright-law/limitations-to-copyright/>.

ซึ่งมุมมองในเรื่อง ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ในประการที่เป็นการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของประเทศของภาคีสมาชิกของสหภาพยุโรปจะไม่ได้มุมมองที่กว้างเท่ากับสหรัฐอเมริกา โดยประเทศเยอรมนีจะเป็นการกำหนดเป็นข้อยกเว้นเฉพาะในบางกรณีเท่านั้น ซึ่งได้บัญญัติไว้ในหลายมาตราของ German Copyright Act หรือที่เรียกตามภาษาเยอรมนีว่า Urheberrechtsgesetz (UrhG)

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันสหภาพยุโรปได้มีการปฏิรูปกฎระเบียบอันเกี่ยวกับการควบคุมดูแลธุรกิจออนไลน์ เพื่อทำการปรับปรุงข้อกำหนดกฎหมายด้านอีคอมเมิร์ซ ของสหภาพยุโรปให้มีความทันสมัยสามารถรองรับกับธุรกิจดิจิทัลแพลตฟอร์มที่เกิดขึ้นใหม่ได้อย่างเหมาะสม มีความโปร่งใสเป็นธรรม และสามารถตรวจสอบความถูกต้องได้<sup>39</sup> โดยได้มีการออกร่างกฎหมายฉบับใหม่ขึ้น กล่าวคือ พระราชบัญญัติบริการดิจิทัล หรือ Digital Service Act 2022 (DSA) ซึ่งเมื่อวันที่ 23 เมษายน พ.ศ. 2565 สภานิติบัญญัติแห่งสหภาพยุโรปได้ให้การรับรองกฎหมายร่างพระราชบัญญัติบริการดิจิทัลแล้ว โดยจะมีผลบังคับอย่างเป็นทางการทั่วสหภาพยุโรปในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2567 เป็นต้นไป<sup>40</sup> ซึ่งจากการศึกษาเห็นว่า Digital Service Act 2022 นั้นได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดของผู้ให้บริการในฐานะที่เป็นตัวกลาง (Liability of providers of intermediary services) ให้มีความชัดเจนมากขึ้น โดยมีความคล้ายคลึงกันกับข้อกำหนดในกฎหมาย Digital Millennium Copyright Act 1998 (DMCA) ของสหรัฐอเมริกา<sup>41</sup> การปฏิรูปกฎหมายครั้งนี้ ถือเป็นการปรับปรุงข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ขั้นตอนการแจ้งและการดำเนินการสำหรับการนำเนื้อหาที่ถูกกล่าวอ้างว่าผิดกฎหมายออกจากแพลตฟอร์มออนไลน์ของผู้ให้บริการ ซึ่งได้มีการวางหลักเกณฑ์ในเรื่องการแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) ไว้ใน Section 2 Additional provisions applicable to providers of hosting services, including online platforms ของ Article 14 Notice and action mechanisms<sup>42</sup> หรือที่เรียกว่า กลไกการแจ้งให้ทราบและการดำเนินการ กล่าวคือ เป็นการ

<sup>39</sup> กรมนยุโรป กระทรวงต่างประเทศ, **สหภาพยุโรปเสนอร่างกฎหมายดิจิทัลใหม่ 2 ฉบับ ป้องกันการผูกขาดบริการออนไลน์** [Online], 24 กรกฎาคม 2565. แหล่งที่มา [europetouch.mfa.go.th/th/content/สหภาพยุโรปเสนอร่างกฎหมายดิจิทัลใหม่-2-ฉบับ?cate=5d6abf7c15e39c3f30001465](https://europetouch.mfa.go.th/th/content/สหภาพยุโรปเสนอร่างกฎหมายดิจิทัลใหม่-2-ฉบับ?cate=5d6abf7c15e39c3f30001465).

<sup>40</sup> European Commission, **The digital services act package** [Online], 5 July 2022. Available from <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>.

<sup>41</sup> Tom Wicker, **Online platforms: 'Notice and takedown' procedures at heart of updated EU rules** [Online], 3 September 2021. Available from <https://www.ibanet.org/Online-platforms-notice-and-takedown-procedures-at%20heart-of-updated-EU-rules>.

<sup>42</sup> Article<sup>19</sup>, **EU: Regulation of notice and action procedures in the digital services act** [Online], 21 May 2021. Available from <https://www.article19.org/resources/eu-regulation-of-notice-and-action-procedures-in-the-digital-services-act/>.

กำหนดให้ผู้ให้บริการประเภทรับฝากข้อมูล (Hosting) จะต้องวางกลไกขั้นตอนการแจ้งทราบและการดำเนินการให้ผู้ให้บริการสามารถเข้าถึงการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับเนื้อหาที่อาจผิดกฎหมายได้โดยง่าย และเพื่อให้ผู้ให้บริการสามารถทำการนำออกซึ่งข้อมูล คอมพิวเตอร์ที่กล่าวอ้างว่าผิดกฎหมายต่อไป<sup>43</sup> โดยมี

การกำหนดรายละเอียดในการทำคำบอกกล่าว

ไว้ใน Article 14 (2)<sup>44</sup> ดังต่อไปนี้

(a) ระบุสาเหตุที่บุคคลหรือนิติบุคคลพิจารณาว่าข้อมูลที่เป็นปัญหานั้นเป็นเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย

(b) ระบุตำแหน่งที่อยู่ทางอิเล็กทรอนิกส์ของข้อมูลนั้นอย่างชัดเจนโดยเฉพาะอย่างยิ่ง URL หรือ URL ที่ถูกต้อง และหากจำเป็นให้ข้อมูลเพิ่มเติมที่ช่วยในการระบุเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย

(c) ชื่อและที่อยู่ทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ของบุคคลหรือนิติบุคคลที่ยื่นคำร้อง เว้นแต่ เป็นกรณีที่พิจารณาข้อมูลว่าเกี่ยวข้องกับความปลอดภัยบางอย่างหนึ่งที่อยู่ถึงในมาตรา 3 ถึง 7 ของ Directive 2011/93/EU

(d) คำแถลงยืนยันความเชื่อโดยสุจริตของบุคคลหรือนิติบุคคลที่ส่งหนังสือแจ้งว่าข้อมูลและข้อกล่าวหาที่อยู่ในนั้นถูกต้องและครบถ้วน

จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ เห็นได้ว่า รายละเอียดของข้อกำหนดในการทำคำบอกกล่าวแจ้งไปยังผู้ให้บริการตาม Digital Services Act 2022 ก็ไม่ได้มีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะให้ผู้แจ้งจะต้องคำนึงถึงหลักในเรื่อง การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) เป็นสำคัญเช่นเดียวกัน แต่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้แจ้งจะต้องทำคำแถลงยืนยันความเชื่อโดยสุจริตว่าข้อเท็จจริงตามที่แจ้งไปนั้นมีความถูกต้องและครบถ้วน ซึ่งมีลักษณะความคล้ายคลึงกันกับหลักเกณฑ์ในการทำคำร้องของสหรัฐอเมริกาตาม DMCA ที่ได้กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องทำคำแถลงยืนยันความเชื่อโดยสุจริต ทั้งนี้ เนื้อหาของข้อมูล คอมพิวเตอร์ที่สามารถจะดำเนินการแจ้งไปยังผู้ให้บริการเพื่อนำออกจากระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการตาม Digital Services Act นั้นมีขอบเขตที่กว้างกว่า DMCA ของสหรัฐอเมริกา โดยบทบัญญัติของ DSA จะเป็นการกำหนดไว้อย่างกว้าง ซึ่งให้การครอบคลุมถึงเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย (Illegal Content) ในหลายรูปแบบ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

<sup>43</sup> DLP Piper, *Das gesetz über digitale dienste (DSA)-Grundregeln für online-plattformen* [Online], 12 May 2022. Available from <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2dfea3f6-5953-422b-8448-520d85095703>.

<sup>44</sup> Article 14 (2), Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC.

เท่านั้น อาทิ เนื้อหา ผลิตภัณฑ์ บริการ และกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย รูปภาพที่แสดงถึงการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก ถ้อยคำที่สร้างความเกลียดชังหรือก่อการร้าย เป็นต้น<sup>45</sup>

### 4.2.3 ประเทศไทย

ในส่วนของประเทศไทยนั้นเห็นว่า ในปัจจุบันประเทศไทยได้มีการวางหลักเกณฑ์ในเรื่อง การแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) ขึ้นแล้ว ซึ่งได้ทำการบัญญัติไว้ในส่วนที่ 7 ข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการตามมาตรา 43/6 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565<sup>46</sup> โดยเป็นการกำหนดให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งมีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการขึ้นนั้นสามารถที่จะทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการ เพื่อให้ผู้ให้บริการนำออกซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เจ้าของลิขสิทธิ์กล่าวอ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์ของตนนั้นออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ หรือทำการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าว<sup>47</sup> โดยนำมาบังคับใช้กับผู้ให้บริการ 2 ประเภท ได้แก่

- 1) ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Hosting) ตามมาตรา 43/4
- 2) ผู้ให้บริการสืบค้นแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Search Engine)

ตามมาตรา 43/5

ทั้งนี้ จากการศึกษาเห็นว่า บทบัญญัติของหลักเกณฑ์ในเรื่อง การแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) ของประเทศไทยนั้น ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีความสอดคล้องและเป็นไปตามบทบัญญัติใน Digital millennium Copyright Act 1998 (DMCA) ของสหรัฐอเมริกา<sup>48</sup> กล่าวคือ เป็นการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการที่ไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ได้ว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยหากเมื่อผู้ให้บริการได้รู้หรือได้รับแจ้งจากเจ้าของลิขสิทธิ์ถึงข้อกล่าวอ้างอันเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์และได้ดำเนินการนำเอาข้อมูล คอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบหรือเครือข่าย

<sup>45</sup> EUR-Lex, **Document 52020PC0825** [Online], n.d. Available from <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/en/TXT/?uri=COM%3A2020%3A825%3AFIN>.

<sup>46</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, **คำอธิบายสรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๖๗ และที่แก้ไขเพิ่มเติม** [Online], เมษายน 2565. แหล่งที่มา [http://www.ipthailand.go.th/th/dip-law-2/item/description\\_copyright.html](http://www.ipthailand.go.th/th/dip-law-2/item/description_copyright.html).

<sup>47</sup> มาตรา 43/6 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.

<sup>48</sup> Taweepon, S., & Julagasigorn, P., **The 2022 amendment of Thailand's copyright act: The good, the bad, and the backstory.**

ของผู้ให้บริการหรือระดับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวโดยไม่ชักช้า ผู้ให้บริการก็จะได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์อันเนื่องมาจากการให้บริการของตน<sup>49</sup>

แต่ทั้งนี้ หลักเกณฑ์การแจ้งให้ทราบและนำออกของประเทศไทยนั้น ได้มีการบัญญัติให้เจ้าของลิขสิทธิ์จำต้องคำนึงถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ในส่วนที่ 6 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 อันถือเป็นหลักการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ด้วย ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นความแตกต่างกับหลักเกณฑ์ในการแจ้งให้ทราบและนำออกของสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมนีที่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องทำการพิจารณาในเรื่องการหลักการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมด้วย โดยกำหนดเฉพาะหลักเกณฑ์ให้เจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้แจ้งจะต้องมีค่าแกลงที่แสดงให้เห็นว่าการร้องเรียนแจ้งให้ทราบที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเกิดจากความเชื่อโดยสุจริตว่าเป็นผู้ใช้บริการได้ใช้เนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์ในลักษณะที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ตารางที่ 4.1: จากการศึกษาสามารถสรุปเป็นข้อเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแจ้งให้ทราบและนำออกในประเด็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม ดังรายละเอียดที่ปรากฏในตาราง ดังนี้

รายการ	สหรัฐอเมริกา	ประเทศเยอรมนี	ประเทศไทย
1. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแจ้งให้ทราบและนำออก	Digital Millennium Copyright Act (DMCA)	- EU e-Commerce Directive 2000/31/EC - German Copyright Act 1965 - Digital Services Act (DSA)	พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565
2. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม	Copyright Act 1976	- ไม่ได้นำหลักในเรื่อง Fair Use มาบังคับใช้โดยตรง แต่นำมาใช้ในเชิงลักษณะของการกำหนดเป็นข้อจำกัดและข้อยกเว้นของการใช้งานลิขสิทธิ์ (Limitations and Exceptions) - German Copyright Act 1965	พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

(ตารางมีต่อ)

<sup>49</sup> จิตติมา ศรีถาวร และวรวงศ์ อัจฉรวางศ์ชัย, เจาะประเด็นที่ควรรู้: พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 (กรุงเทพฯ: กรมทรัพย์สินทางปัญญา, 2565).

ตารางที่ 4.1 (ต่อ): จากการศึกษาสามารถสรุปเป็นข้อเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแจ้งให้ทราบและนำออกในประเด็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม ดังรายละเอียดที่ปรากฏในตาราง

รายการ	สหรัฐอเมริกา	ประเทศเยอรมนี	ประเทศไทย
3. ผู้ให้บริการตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับมาตรการแจ้งให้ทราบและนำออก	1) ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลในระบบหรือเครือข่ายตามที่ใช้บริการกำหนด (Information Residing on Systems or Networks at Direction of Users) 2) ผู้ให้บริการระบุตำแหน่งของข้อมูล (Information Location Tools)	1) ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Hosting)	1) ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Hosting) 2) ผู้ให้บริการสืบค้นแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Search Engine)
4. การกำหนดหลักเกณฑ์ให้ต้องคำนึงถึงหลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมก่อนทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการ	ไม่มี แต่มีกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้างให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องคำแถลงว่าเชื่อโดยสุจริต (Good Faith Belief) ว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์	ไม่มี ทั้งกฎหมาย 3 ฉบับ แต่ใน Digital Services Act (DSA) ที่แก้ไขมีการกำหนดให้ผู้แจ้งต้องคำแถลงว่ามีความเชื่อสุจริตตาข้อเท็จจริงที่แจ้งไปยังผู้ให้บริการ	มี กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 มาตรา 43/6 วรรคสอง
5. เนื้อหาที่กฎหมายคุ้มครองให้ต้องนำออกเมื่อถูกแจ้งเตือน	การละเมิดลิขสิทธิ์	ในส่วนของ German Copyright Act 1965 ให้การคุ้มครองเฉพาะการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ในส่วนของ EU e-Commerce Directive 2000/31/EC และ Digital Services Act (DSA) ให้การคุ้มครองถึงข้อมูลเนื้อหาที่ผิดกฎหมายอื่นด้วย โดยไม่จำกัดเฉพาะการละเมิดลิขสิทธิ์	การละเมิดลิขสิทธิ์



#### 4.3 แนวทางการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์เกี่ยวกับการแจ้งให้ทราบและนำออกในประเด็น ขอบเขตการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของประเทศไทย

จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ซึ่งเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่อง ข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการ (Safe Harbors) ขึ้นนั้น ได้มีการนำเอามาตรการกำกับดูแลเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์ในเรื่อง การแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) มาบังคับใช้ โดยเป็นการกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ให้บริการประเภทที่พักข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Hosting) และผู้ให้บริการสืบค้นแหล่งที่ตั้งข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Search Engine) ที่ไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการได้ปฏิบัติตาม เพื่อให้ผู้ให้บริการได้รับการยกเว้นความรับผิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์อันเนื่องมาจากมีเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการ โดยหลักเกณฑ์ในเรื่อง การแจ้งให้ทราบและนำออกของประเทศไทยนั้นได้มีข้อกำหนดของหลักเกณฑ์ด้วยว่าเจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องทำการคำนึงถึงบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่อง ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 อันถือเป็นหลักกฎหมายในเรื่อง การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ก่อนทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการทราบตามข้อกล่าวอ้างว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้น เพื่อให้ให้นำออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูล คอมพิวเตอร์อันละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการต่อไป

แต่ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์ที่แก้ไขใหม่นั้นมิได้มีการกำหนดถึงหลักเกณฑ์ไว้อย่างแน่ชัดว่าเจ้าของลิขสิทธิ์จะพิสูจน์การปฏิบัติตามข้อกำหนดนี้อย่างไร หรือหลักฐานอย่างไรที่จะแสดงว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้คำนึงถึงหลักข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างเพียงพอแล้ว<sup>50</sup> ซึ่งหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์จำต้องคำนึงถึงบทบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวนั้นย่อมอาจส่งผลทำให้การแจ้งถึงการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ดังกล่าวเป็นการแจ้งที่ขัดด้วยกฎหมาย อีกทั้ง เนื่องจากการพิจารณาว่าการกระทำอย่างไรเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมแล้วนั้นถือเป็นเรื่องยากในการพิจารณา เหตุเพราะเงื่อนไขในการพิจารณาหลักการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมมีข้อพิจารณาตามกฎหมายหลายประการและจะต้องอาศัยการตีความของข้อเท็จจริง ประกอบกับข้อกฎหมายเพื่อทำการพิจารณาด้วยว่าเข้าหลักเกณฑ์ของการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมหรือไม่<sup>51</sup> กล่าวคือ เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องทำการพิจารณาว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้ใช้บริการนั้นเป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์

<sup>50</sup> Taweepon, S., & Julagasigorn, P., **The 2022 amendment of Thailand's copyright act: The good, the bad, and the backstory.**

<sup>51</sup> Marsoof, A., "Notice and takedown: A copyright perspective", 202-203.

และเป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรหรือไม่ รวมถึงจะต้องทำการพิจารณาด้วยว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวนั้น เป็นการใช้งานในประการที่เข้าข่ายยกเว้นอันมีลักษณะเฉพาะเป็นรายกรณีตามมาตรา 32 วรรคสองด้วยหรือไม่ อาทิ การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อการวิจัยหรือศึกษางาน โดยมิได้กระทำเพื่อแสวงหาผลกำไร เป็นการใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท หรือเป็นการติชมวิจารณ์ โดยมีการอ้างอิงรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้ จึงเห็นว่าการที่กฎหมายไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์อันเกี่ยวกับข้อกำหนดที่ชัดเจนว่าหลักฐานอย่างไรที่จะแสดงว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ทำการคำนึงถึงหลักข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างเพียงพอแล้วนั้นย่อมอาจส่งผลทำให้เกิดการบังคับใช้หลักการแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) ที่บกพร่องหรือผิดพลาดในประการที่อาจสร้างผลกระทบและความเสียหายให้แก่ผู้ใช้บริการขึ้นรวมถึงอาจทำให้เกิดการนำมาตรการการกำกับดูแลเนื้อหาข้อมูลอินเทอร์เน็ตดังกล่าวเกิดการบังคับใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่ไม่ใช่เป็นการนำออกหรือระงับการเข้าถึงซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ อาทิ เป็นการนำมาใช้เพื่อสร้างข้อได้เปรียบในด้านการแข่งขันทางการค้า เพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการวิพากษ์วิจารณ์หรือสิทธิตามกฎหมายอื่น<sup>52</sup>

ตัวอย่างการวิเคราะห์แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่น่าสนใจ ในเรื่อง การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ของประเทศไทยอันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1732/2543 ในการพิจารณาหลักการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทยนั้นได้มีการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32 โดยมีองค์ประกอบในการพิจารณาอยู่ 3 ประการ กล่าวคือ (1) การกระทำนั้นต้องไม่เป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ (2) การกระทำนั้นต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร (3) ต้องเป็นการกระทำต่าง ๆ ตามมาตรา 32 วรรคสอง และ มาตรา 33 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

จากข้อเท็จจริงตามปัญหา เห็นได้ว่า ศาลฎีกาได้มีการวินิจฉัยโดยให้การคำนึงถึงองค์ประกอบในเรื่อง หลักการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามคำให้การของจำเลยที่ 1 ด้วยว่า การที่จำเลยถ่ายสำเนาเอกสารของกลางตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง

<sup>52</sup> Urban, J. M., & Quilter, L., “Efficient process or chilling effects - takedown notices under section 512 of the digital millennium copyright act”, 687-688.

ซึ่งเป็นนักศึกษาเพื่อที่จะนำไปใช้ประโยชน์ทางการศึกษาหรือวิจัยนั้นถือได้ว่าเป็นกรณีที่เข้า  
ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 (1) ที่ให้การยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีที่เป็นการใช้  
งานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อการวิจัยหรือศึกษางานอันมีลิขสิทธิ์อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร แต่ทั้งนี้ การที่  
จำเลยที่ 1 ได้ทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ โดยการถ่ายสำเนาจากต้นฉบับหนังสือ ซึ่งเป็นงานอันมี  
ลิขสิทธิ์ของโจทก์รวมทั้งสามเป็นจำนวน 71 เล่ม ยังไม่ได้เข้าเล่มจำนวน 290 ชุด และเอกสารเป็น  
แผ่นจำนวน 158 ชุด (6,162 แผ่น) และจำเลยที่ 1 ไม่ได้มีพยานหลักฐานใดมาแสดงต่อศาล เพื่อนำ  
สืบพิสูจน์ให้ศาลเห็นตามข้อกล่าวอ้างของตนว่าเป็นการกระทำไปตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง ซึ่งเป็น  
นักศึกษาที่นำไปใช้เพื่อการศึกษาหรือวิจัยอันจะได้รับการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยมีเพียงแต่คำ  
เบิกความลอย ๆ ของจำเลยที่ 1 เท่านั้น ไม่มีรายละเอียดเกี่ยวกับการว่าจ้างของนักศึกษาแต่อย่างใด  
ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า การที่จำเลยที่ 1 ได้ทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์รวม โดยการถ่ายสำเนาเอกสาร  
เป็นจำนวนกว่า 71 เล่ม ยังไม่เข้าเล่มจำนวน 290 ชุด และเอกสารเป็นแผ่นจำนวนกว่า 158 ชุด  
(6,162 แผ่น) นั้นถือได้ว่าเป็นการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ในจำนวนมาก ซึ่งย่อมส่งผลทำให้ขัดต่อการ  
แสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของโจทก์รวมและเป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิอัน  
ชอบกฎหมายของโจทก์รวมที่เกินสมควร จึงทำให้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จำเลยที่ 1 มีความผิดฐานทำซ้ำ  
งานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์รวมทั้งสามตามฟ้อง โดยการกระทำดังกล่าวของจำเลยที่ 1 ไม่อาจรับฟังได้  
ว่าเป็นกรณีที่เข้าเงื่อนไขแห่งข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามที่จำเลยอ้าง<sup>53</sup>

2) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5843/2543 จากกรณีตามปัญหา เห็นว่า ศาลฎีกาได้มีการวินิจฉัยคดี  
โดยการพิจารณาจากพฤติการณ์ของจำเลย ซึ่งได้มีการทำซ้ำโดยถ่ายเอกสารงานอันมีลิขสิทธิ์ของ  
โจทก์รวมไว้หลายชุดและได้ทำการเก็บไว้ที่ร้านค้าของจำเลย แม้การทำซ้ำจะเป็นการกระทำเพื่อให้  
เกิดความสะดวกแก่นักศึกษาที่ต้องการได้สำเนางานอันมีลิขสิทธิ์นั้นก็ตาม แต่การที่จำเลยถ่ายสำเนา  
เอกสารเตรียมไว้เพื่อขาย เสนอขาย และมีไว้เพื่อขายอันเป็นการที่จำเลยทำซ้ำขึ้นเองเพื่อการค้าและ  
แสวงหาประโยชน์จากการขายสำเนางานที่จำเลยทำซ้ำขึ้นมานั้นโดยไม่ได้เกิดจากการว่าจ้างของ  
นักศึกษาให้ทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อนำไปใช้ประโยชน์ในทางวิจัยและการศึกษาอันมิใช่การกระทำเพื่อ  
หากำไร การกระทำของจำเลยจึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมอันจะเข้า  
ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ มาตรา 32 (1) ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537<sup>54</sup>

ทั้งนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า แนวทางในการพิจารณาวินิจฉัยคำพิพากษาของศาลฎีกาในคดีนี้  
และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1732/2543 มีความคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ข้อเท็จจริงในคดีรับฟังเป็นยุติได้ว่า  
จำเลยได้มีการทำซ้ำงานมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ไว้เป็นจำนวนมากและไม่มีพยานหลักฐานใดนำมาพิสูจน์

<sup>53</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1732/2543.

<sup>54</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5843/2543.

ให้ศาลเห็นได้ว่าเป็นการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยมีผู้อื่นว่าจ้างให้กระทำ เพื่อนำสำเนาเอกสารไปใช้ประโยชน์ในทางการศึกษาหรือวิจัยอันมิได้เป็นการกระทำเพื่อหากำไร ทำให้ศาลยอมรับฟังได้ว่าการที่จำเลยถ่ายสำเนาเอกสารเตรียมไว้เพื่อขาย เสนอขายและมีไว้เพื่อขาย จึงเป็นการที่จำเลยทำซ้ำขึ้นมาเองเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้าจากการขายสำเนางานที่ทำซ้ำขึ้นมานั้น ย่อมเป็นประการที่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตาม ปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะทำการขายสำเนาหนังสือซึ่งโจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ และการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นจำนวนมากนั้นย่อมเป็นประการที่ส่งผลกระทบต่อกระเทือนถึงสิทธิอันชอบกฎหมายของเจ้าลิขสิทธิ์เกินสมควรอย่างแน่นอน จึงทำให้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยในคดีเป็นกรณีที่ไม่เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย

3) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1908/2546 ในการพิพากษาหลักการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทยนั้นได้มีการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32 โดยมีองค์ประกอบในการพิจารณาอยู่ 3 ประการ กล่าวคือ (1) การกระทำนั้นต้องไม่เป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ (2) การกระทำนั้นต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบกฎหมายของเจ้าลิขสิทธิ์เกินสมควร (3) ต้องเป็นการกระทำต่าง ๆ ตามมาตรา 32 วรรคสอง และมาตรา 33 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

กรณีตามปัญหาเห็นได้ว่า การที่จำเลยที่ 1 ได้เขียนหนังสือ “กลยุทธ์ในการฝึกอบรม” เพื่อใช้เป็นเอกสารประกอบการสอนและการขอรับแต่งตั้งเป็นผู้ช่วยศาสตราจารย์นั้นย่อมอาจถือเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมอันเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ กล่าวคือ เป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์เพื่อวิจัย หรือศึกษา หรือเป็นการทำซ้ำ ดัดแปลง โดยผู้สอนเพื่อทำการแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา แต่ข้อเท็จจริงตามปัญหาปรากฏว่า จำเลยที่ 1 ได้มีการจัดพิมพ์หนังสือดังกล่าวและจัดจำหน่ายแก่บุคคลทั่วไปด้วย จึงส่งผลทำให้การกระทำของจำเลยที่ 1 เป็นการกระทำเพื่อหากำไรอันไม่เข้าหลักเกณฑ์ของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 วรรคสอง (1) และ (7) ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

อีกทั้ง การที่ศาลฎีกาได้มีคำวินิจฉัยด้วยว่า จำเลยที่ 1 ได้มีการจัดพิมพ์หนังสือ โดยมีการทำซ้ำและดัดแปลงในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของจากหนังสือของโจทก์จำนวนประมาณ 30 หน้าจากจำนวนปริมาณทั้งหมด 150 หน้า เพื่อจัดจำหน่ายที่ร้านขายหนังสือรวม 2 ครั้งเป็นจำนวนกว่า 1,500 เล่ม ในราคาเล่มละ 165 บาท และได้มีการวางจำหน่ายไว้ที่ร้านขายหนังสือในห้างสรรพสินค้าในกรุงเทพมหานครนั้น จึงเป็นการแบ่งส่วนตลาดผู้บริโภคของเจ้าของลิขสิทธิ์อันเป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของโจทก์และเป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของโจทก์เกินสมควร การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ของข้อยกเว้น

การละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537<sup>55</sup> เห็นได้ว่า ศาลฎีกาได้มีการนำหลักเกณฑ์ในการพิจารณาหลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบ (Fair Use) ของ สหรัฐอเมริกาตาม Copyright Act 1976 มาตรา 107 มาปรับใช้ด้วย โดยเป็นการพิจารณาจาก 4 ปัจจัย ดังต่อไปนี้

- (1) วัตถุประสงค์และลักษณะของการใช้งาน รวมถึงพิจารณาว่าเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์ในเชิงพาณิชย์หรือมีวัตถุประสงค์เพื่อการศึกษาที่ไม่แสวงหาผลกำไร
  - (2) ลักษณะของงานที่มีลิขสิทธิ์
  - (3) จำนวนและสาระสำคัญของส่วนที่ใช้เกี่ยวกับลิขสิทธิ์ทำงานโดยรวมและ
  - (4) ผลกระทบของการใช้งานต่อตลาดในเชิงพาณิชย์หรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์
- ซึ่งทำให้เห็นได้ว่า การที่จำเลยที่ 1 ทำการนำเข้า ลอก เลียน โดยแม้จะได้ทำการอ้างอิงงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น เพื่อให้รับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์อันอาจจะเข้าข่ายกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 33 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ก็ตามนั้น แต่จะต้องเป็นการกระทำ แก่งานอันมีลิขสิทธิ์เพียงบางตอนตามสมควรเท่านั้น ซึ่งการที่จำเลยที่ 1 ทำซ้ำและดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทวรรณกรรมของโจทก์เป็นจำนวนประมาณ 30 หน้า จากจำนวนทั้งหมดประมาณ 150 หน้า แม้อาจถือได้ว่าเป็นการทำซ้ำและดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์เพียงบางตอน แต่งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ จำเลยที่ 1 นำมาทำซ้ำและดัดแปลงนั้นล้วนเป็นส่วนหนึ่งของเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญและมีปริมาณงาน เป็นจำนวนมาก รวมถึงได้มีการนำไปจัดจำหน่ายตามร้านขายหนังสือในห้างสรรพสินค้าของ กรุงเทพมหานครด้วย จึงถือได้ว่าเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เพื่อแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์อันเป็น การขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของโจทก์และเป็นการกระทบกระเทือน ถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของโจทก์ที่เกินสมควรแล้ว ซึ่งส่งผลทำให้การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของ จำเลยที่ 1 ไม่เป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์อย่างชอบธรรมอันจะได้รับการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามกฎหมาย

4) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5469/2552 จากกรณีตามปัญหา ศาลฎีกาได้มีคำวินิจฉัยในคดี ดังกล่าวเห็นได้ว่า ในการพิจารณาของการกระทำของจำเลยจะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่นั้น ไม่ได้อาศัยการพิจารณาปัจจัยในเรื่องของปริมาณการนำงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เป็นปัจจัยสำคัญเพียง อย่างเดียว กล่าวคือ แม้จะเป็นการนำงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เพียงเล็กน้อยก็ตาม แต่หากเป็นการนำ งานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้ในส่วนซึ่งเป็นสาระสำคัญของงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้ให้การ อนุญาตแล้วนั้น ก็ย่อมอาจจะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ซึ่งข้อเท็จจริงตามปัญหารับฟังได้ว่า จำเลยได้ มีการนำทำนองเพลง 2 ประโยคแรกของเพลงดังกล่าว ซึ่งมีชื่อเพลงปรากฏอยู่ในตอนที่ 2 ของเพลง

<sup>55</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1908/2546.



ด้วยนั้นมาทำซ้ำหรือดัดแปลงเพลงดังกล่าว โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งการนำท่อนแรกของเพลงมาใช้เช่นนี้โดยทั่วไปแล้วมักจะถือได้ว่าเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของเพลงที่สาธารณชนที่ได้ฟังเพลงจะสามารถจดจำเพลงนั้นได้ และการที่จำเลยได้มีการนำเพลง “สายชล” ไปใช้ในภาพยนตร์และมีการจัดทำสไลด์ทัศนวัสดุในรูปแบบวีซีดีและดีวีดีเพื่อจำหน่ายด้วยนั้น จึงถือได้ว่าจำเลยได้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าหากำไรแล้ว การกระทำของจำเลยดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์<sup>56</sup>

อย่างไรก็ตาม หากจำเลยสามารถนำสืบหักล้างข้ออ้างของโจทก์ให้ศาล เห็นได้ว่า ทำนองเพลง 2 ท่อนแรกของเพลง “สายชล” ที่จำเลยนำไปใช้ทำซ้ำหรือดัดเพลง ไม่ใช่การนำเอางานอันมีลิขสิทธิ์ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของเพลงไปใช้ โดยเป็นเพียงทำนองเพลงสามัญที่มีความเหมือนคล้ายกับเพลงทั่วไป ซึ่งหากสาธารณชนที่ได้รับฟังนั้นก็ไม่ว่าจะสามารถจะทราบได้ว่าเป็นเพลงได้ว่าเป็นเพลงอะไร การกระทำของจำเลยก็อาจที่จะไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ได้

แต่ทั้งนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า ในการพิจารณาว่าการนำทำนองเพลง “สายชล” ที่ถูกนำไปใช้จะเป็นการนำไปใช้ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของเพลงหรือไม่นั้น ไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงคุณภาพของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกละเมิดด้วยว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีคุณค่าและเป็นที่ยอมรับหรือไม่นับ กล่าวคือ หากเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ทำการประพันธ์เพลง “สายชล” ขึ้นด้วยความริเริ่มของตนเอง (Originality) และความวิริยะอุตสาหะ (Creative Effort) แล้วนั้น โดยไม่ได้ทำการดัดแปลง ทำซ้ำ หรือใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตแล้วนั้น เพลง “สายชล” ก็ย่อมที่จะเป็นงานที่ได้รับการคุ้มครองอย่างงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทงานดนตรีกรรมตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 แล้ว โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่างานดังกล่าวจะเป็นงานที่มีคุณภาพหรือเป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปหรือไม่<sup>57</sup>

5) คำพิพากษาฎีกาที่ 6525/2559 จากกรณีตามปัญหา เห็นได้ว่า ในการบรรยายคำฟ้องของโจทก์ว่าจำเลยได้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์นั้น โจทก์จะต้องบรรยายข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบหลักแห่งข้อหาของการละเมิดลิขสิทธิ์ให้ชัดเจน ซึ่งจากข้อเท็จจริงตามปัญหาโจทก์มิได้บรรยายฟ้องให้เห็นว่าการกระทำของจำเลยที่ 1 เป็นการกระทำเพื่อหากำไร และเป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์อย่างไร รวมถึงเป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของโจทก์เกินสมควร คำฟ้องของโจทก์จึงเป็นคำฟ้องที่ขาดองค์ประกอบความผิดซึ่งเป็นสาระสำคัญอันประเดิมแห่งข้อหาที่ทำให้จำเลยที่ 1 ต้องรับผิด ซึ่งส่งผล

<sup>56</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 5469/2552.

<sup>57</sup> ปริญญา ตีผดุง, **หลักกฎหมายลิขสิทธิ์และบทวิเคราะห์**, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2563), 177-178.



ทำให้แม่จำเลยที่ 1 จะให้การต่อสู้ โดยอ้างถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง วรรคสอง (1)(3)(6)(7) และมาตรา 33 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ก็ตามนั้นก็ไม่ได้ส่งผล ก่อให้เกิดเป็นประเด็นข้อพิพาทแต่อย่างใด<sup>58</sup>

นอกจากนี้ เห็นได้ว่า ศาลได้มีการพิจารณาหลักในเรื่อง การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม อันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยประกอบด้วย หลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ (1) เป็นการกระทำต่าง ๆ ตามที่มาตรา 32 วรรคสอง และมาตรา 33 บัญญัติไว้ (2) การกระทำนั้นต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของ เจ้าของลิขสิทธิ์ (3) การกระทำนั้นต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของ ลิขสิทธิ์เกินสมควร เพื่อทำการพิจารณาว่าการกระทำของจำเลยนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ หรือเป็นกรณีที่เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายหรือไม่

ทั้งนี้ จากตัวอย่างคำพิพากษาของศาลฎีกา เห็นได้ว่า ในการพิจารณาลักษณะหลักการใช้งานอัน มีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมอันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ศาลได้มีการนำเอาหลักเกณฑ์ในการ พิจารณาหลักการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของสหรัฐอเมริกามาใช้บังคับประกอบการพิจารณา เช่นเดียวกัน โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์และลักษณะของการใช้งานลิขสิทธิ์ ลักษณะของงานอันมี ลิขสิทธิ์ ปริมาณและสัดส่วนของเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญเมื่อเปรียบเทียบกับเนื้อหาทั้งหมด และ ผลกระทบต่อตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์

จากข้อเท็จจริงตามปัญหา ศาลฎีกาได้มีการวินิจฉัยไว้ด้วยว่า แม่จำเลยที่ 1 จะมิได้รับ ค่าตอบแทนจากการจำหน่ายหนังสือคู่มือและแบบทดสอบดังกล่าวโดยตรงก็ตามนั้น แต่การที่จำเลย ที่ 1 ได้รับค่าตอบแทนในการสอนจากผู้เรียนหลักสูตรการเรียนการสอนเพื่อการสอบ “TOEFL” ซึ่งแม้จะเป็นจำนวนที่น้อยก็ตาม ก็ถือได้ว่าการกระทำของจำเลยที่ 1 เป็นการกระทำเพื่อกำไรแล้ว และในส่วนของการทำงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทวรรณกรรมอันเป็นลิขสิทธิ์ของโจทก์ เพื่อเป็นเอกสาร ประกอบการเรียนการสอนนั้น ศาลฎีกายังได้วินิจฉัยไว้ด้วยว่า แม้การทำซ้ำดังกล่าวจะเป็นการกระทำ เพื่อใช้เป็นเอกสารประกอบการสอนหลักสูตรภาษาอังกฤษอันอาจได้รับการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะถือได้ว่าเป็นการกระทำเพื่อการวิจัยหรือการศึกษางานนั้นก็ตาม แต่การที่จำเลยนำเอกสาร ประกอบการสอนดังกล่าวไปใช้กับผู้เรียนในหลักสูตรเป็นจำนวนกว่า 80 คนต่อวัน ซึ่งมีการเก็บค่าเล่า เรียนหลักสูตรละ 22,000 บาทต่อคนด้วยนั้นถือได้ว่าการกระทำของจำเลยที่ 1 เป็นการกระทำเพื่อกำ ไร และการกระทำของจำเลยที่ 1 ดังกล่าว ย่อมส่งผลเป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงาน อันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และเป็นการที่สร้างความกระทบ กระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วย กฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร รวมถึงการนำเอางานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ในส่วนที่เป็นเนื้อหา

<sup>58</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6525/2559.

สาระสำคัญของงานอันมีลิขสิทธิ์มาทำซ้ำเป็นหนังสือประกอบการเรียนการสอนและเป็นการนำมาใช้ในปริมาณเป็นจำนวนมาก จึงไม่อาจถือได้ว่าการกระทำของจำเลยที่ 1 เป็นการคัดลอก เลียน หรืออ้างถึงงานบางตอนตามสมควรจากงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ของโจทก์อันจะได้รับการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 33 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537<sup>59</sup>

ทั้งนี้ จากการศึกษาเห็นได้ว่า การบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์อันเกี่ยวกับการแจ้งให้ทราบและนำออกของประเทศไทยนั้น จะมีสภาพบังคับใช้ที่เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพได้นั้นจะต้องเกิดจากการสร้างความร่วมมือระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ให้บริการ ในการใช้สิทธิของตนในการแจ้งไปยังผู้ให้บริการเพื่อนำออกซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันละเมิดลิขสิทธิ์นั้นจะต้องเป็นไปด้วยความสมดุล โดยจะต้องเป็นการบังคับใช้กฎหมายอย่างไม่เป็นการสร้างหรือเพิ่มภาระหน้าที่ให้แก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมากเกินไป<sup>60</sup> และในอีกทางหนึ่งก็ต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้ให้บริการในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมเป็นสำคัญด้วยเช่นเดียวกัน เนื่องจากหลักการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมนั้นถือเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญสำหรับกฎหมายลิขสิทธิ์อย่างมาก ซึ่งเปรียบเสมือนเป็นพื้นที่หายใจ (Breathing Space)<sup>61</sup> เพื่อให้สังคมมีสิทธิที่จะได้ใช้ประโยชน์จากงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ และเป็นการส่งเสริมความคิดสร้างสรรค์ ความเฉลียวฉลาด รวมถึงความกล้าแสดงออกทางความคิด เพื่อให้เกิดการพัฒนาก้าวหน้าทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีในการใช้สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการแจ้งไปยังผู้ให้บริการทราบเพื่อนำออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูล คอมพิวเตอร์ที่กล่าวอ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์นั้น จึงควรที่จะเป็นไปด้วยความสุจริตใจในการบังคับใช้สิทธิของตนอย่างแท้จริง เพื่อให้ได้รับการคุ้มครองสิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องดำเนินการตรวจสอบข้อเท็จจริงด้วยความชอบธรรมตามอัธยาศัยของตนด้วยเจตนาที่ดีว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม รวมถึงเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในประการที่ได้รับการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในประการอื่นหรือไม่ อย่างไรก็ตาม หากการบังคับใช้กฎหมายเกิดปัญหาในเรื่องการตีความว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวนั้น เป็นกรณีเข้าข่ายการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมหรือไม่ ซึ่งอาจส่งผลทำให้เกิดการนำออกหรือการระงับเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่บกพร่องและผิดพลาดขึ้นได้นั้น ท้ายที่สุดแล้วก็ควรที่จะนำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลเพื่ออาศัยความรู้ความเข้าใจในหลักกฎหมายประกอบ การตีความตามข้อเท็จจริงในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นต่อไป

<sup>59</sup> ปริญญา ดิพตุง, **หลักกฎหมายลิขสิทธิ์และบทวิเคราะห์**, 178-180.

<sup>60</sup> เอกรินทร์ วิริโย, “มาตรการแจ้งเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต: ศึกษาการตรวจสอบการแจ้งตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา”, 50-51.

<sup>61</sup> *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994).

## บทที่ 5 บทสรุป และข้อเสนอแนะ

### 5.1 บทสรุป

ในปัจจุบันความเจริญก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีได้ส่งผลทำให้อินเทอร์เน็ตเข้ามามีบทบาทอย่างมากในการเป็นสื่อกลางของการเชื่อมต่อและจัดเก็บข้อมูลข่าวสาร รวมถึงการเข้าถึงข้อมูลต่าง ๆ ให้เป็นไปโดยง่ายและสะดวกรวดเร็ว แต่ในขณะเดียวกันสภาพการณ์ที่อยู่ของอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นเครือข่ายที่สามารถเชื่อมต่อข้อมูลได้ทั่วโลกอย่างไม่มีขีดจำกัดนั้นก็ส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยกับดูแลเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตและอาจก่อให้เกิดปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ตเพิ่มมากขึ้น

กรมทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งได้ตระหนักและเล็งเห็นถึงความสำคัญของปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าว จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ให้มีความทันสมัยรองรับต่อสภาพปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ออนไลน์ที่เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีอย่างรวดเร็วและเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยได้มีการปรับปรุงบทบัญญัติในเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการ (Safe Harbors) ให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น<sup>1</sup> และเพื่อเป็นการสร้างความร่วมมือระหว่างผู้ให้บริการและเจ้าของลิขสิทธิ์ให้มีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต จึงได้มีการนำเอาหลักการแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) มาใช้บังคับอันเปรียบเทียบกับมาตรการแจ้งให้ทราบและนำออกของสหรัฐอเมริกา ซึ่งถือเป็นประเทศแรกที่ได้นำมาตราการดังกล่าวมาใช้บังคับ โดยได้มีการวางหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ใน Section 512 ของ Digital Millennium Copyright 1998 (DMCA)

การนำมาตรการแจ้งให้ทราบและนำออกมาบังคับใช้นั้นถือเสมือนเป็นการกำหนดมาตรการบังคับสิทธิให้แก่ภาคเอกชน (Privatized Enforcement Measures)<sup>2</sup> ในการเข้ามามีส่วนช่วยในการกำกับดูแลเนื้อหาข้อมูลบนอินเทอร์เน็ตให้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับการมีอยู่ของอินเทอร์เน็ตที่มีการเชื่อมโยงและส่งต่อข้อมูลเป็นไปด้วยความรวดเร็ว โดยมีการกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวในลักษณะเป็นเงื่อนไขของข้อจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการ (Internet Services Provider) กล่าวคือ เป็นการกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ให้บริการที่ไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่ามีข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการและไม่ได้เป็นผู้มีผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ปฏิบัติ โดยหากผู้ให้บริการประสงค์

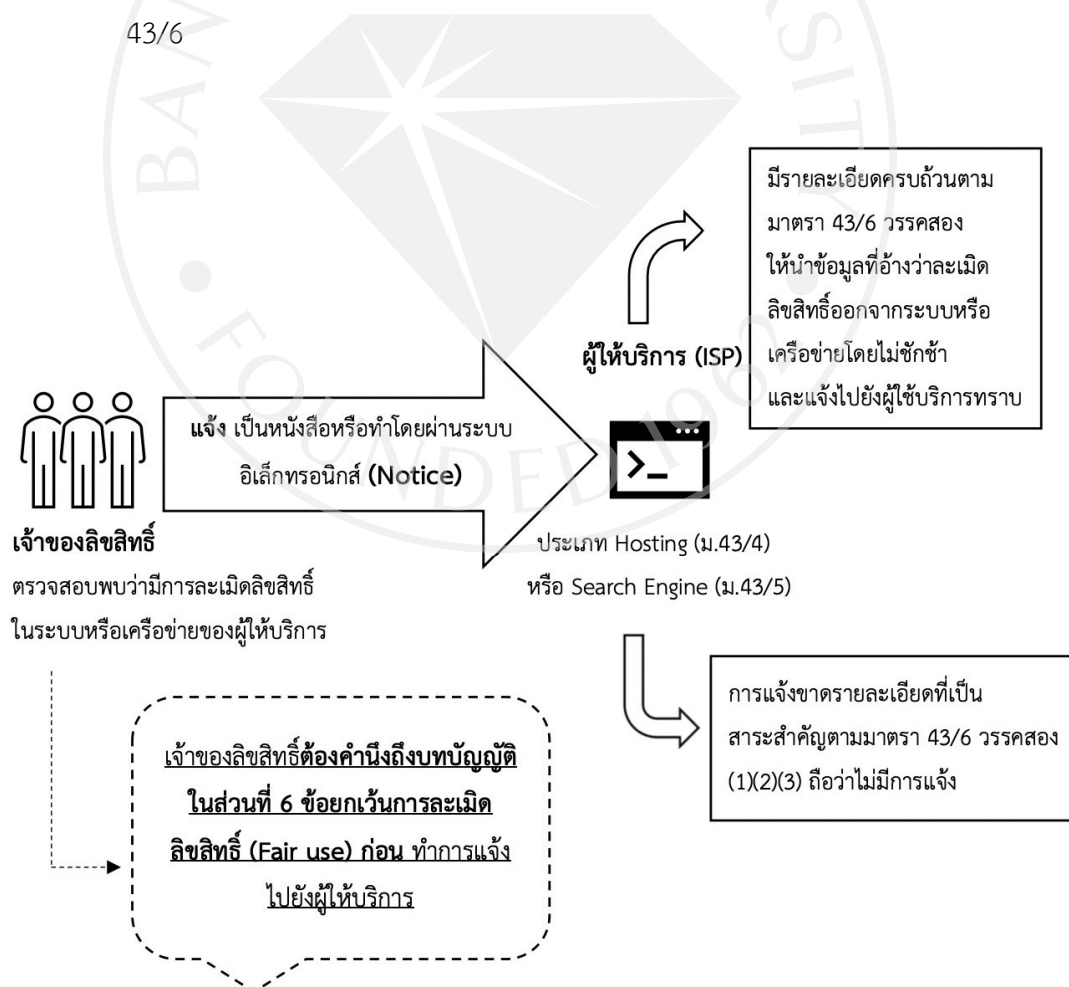
<sup>1</sup> จากหลักการและเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2565.

<sup>2</sup> จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ และภูมินทร์ บุตรอินทร์, คำอธิบายกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, (กรุงเทพฯ: เดือนตุลา, 2564), 393-394, 417.

ที่จะไม่รับผิดชอบสำหรับความผิดอันเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้บริการนั้น ผู้ให้บริการก็ต้องดำเนินการนำออกหรือระงับการเข้าถึงซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ได้รับแจ้งจากเจ้าของลิขสิทธิ์ว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้ให้บริการก็จะได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้บริการ

อนึ่ง เนื่องจากบทบัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการ ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของ “การแจ้งให้ทราบและนำออก” (Notice and Takedown) ขึ้นไว้ในมาตรา 43/6 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 นั้น ได้มีการวางหลักเกณฑ์ไว้ด้วยว่าในการดำเนินการแจ้งให้ผู้ให้บริการทราบถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว นั้น เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องคำนึงถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งได้วางหลักไว้ในมาตรา 32 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 อันถือเป็นหลักกฎหมายในเรื่อง การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ด้วย

ภาพที่ 5.1: ขั้นตอนในการดำเนินการแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) มาตรา 43/6



ทั้งนี้ จากบทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ว่า ในการวางหลักเกณฑ์ให้เจ้าของลิขสิทธิ์จำเป็นต้องคำนึงถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ก่อนทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการทราบถึงการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ไม่ได้มีการกำหนดถึงหลักเกณฑ์ไว้อย่างแน่ชัดว่าเจ้าของลิขสิทธิ์จะพิสูจน์ถึงการปฏิบัติตามข้อกำหนดนี้อย่างไร และหลักฐานอย่างไรที่จะแสดงได้ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้คำนึงถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างเพียงพอแล้ว<sup>3</sup> ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นการบังคับใช้หลักในเรื่อง การแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) ย่อมอาจส่งผลทำให้เกิดการจำกัดสิทธิในการทำงานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมที่มากเกินไปจนความจำเป็นได้<sup>4</sup> เนื่องจากเจ้าของลิขสิทธิ์อาจใช้สิทธิของตนในการทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการเพื่อให้ผู้ให้บริการดำเนินการนำออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่กล่าวอ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยอาจไม่ได้ทำการคำนึงถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างแท้จริง รวมถึงอาจเป็นประการที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ใช้สิทธิของตนเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากเรื่องละเมิดลิขสิทธิ์ อาทิ นำมาใช้สร้างข้อโต้แย้งในด้านการแข่งขันทางการค้า การจำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการวิพากษ์ วิจัยของผู้บริโภค เป็นต้น ซึ่งหากความจริงแล้วการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้ใช้บริการดังกล่าวเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมแล้วนั้นย่อมอาจส่งผลทำให้เกิดความเสียหายและเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิของผู้ใช้บริการที่จะต้องสูญเสียสิทธิในการทำงานอันมีลิขสิทธิ์ในช่วงระยะเวลาระหว่างที่ถูกนำออกหรือระงับการเข้าถึงซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าว ซึ่งผู้ให้บริการอาจทำการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวกลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการได้แต่โดยการทำการโต้แย้ง (Counter Notice) ภายหลังจากที่ได้มีการนำออกหรือการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวแล้วเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) อันส่งผลทำให้เป็นการกระทำที่ได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบจากการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายนั้นถือเป็นเรื่องที่ยากในการพิจารณา เนื่องจากหลักกฎหมายซึ่งได้กำหนดไว้ในมาตรา 32 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีองค์ประกอบในการพิจารณาหลายประการ กล่าวคือ เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องทำการพิจารณาทั้งข้อยกเว้นซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้ใช้บริการนั้น เป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของ

<sup>3</sup> Taweepon, S., & Julagasigorn, P., **The 2022 amendment of Thailand's copyright act: The good, the bad, and the backstory** [Online], 14 March 2022. Available from <https://www.tilleke.com/insights/the-2022-amendment-of-thailands-copyright-act-the-good-the-bad-and-the-backstory/>.

<sup>4</sup> Matteson, J. D., "Unfair misuse: How section 512 of the DMCA allows abuse of the copyright fair use doctrine and how to fix it", **Santa Clara High Technology Law Journal** 32, (2/July 2018): 3.

ลิขสิทธิ์และเป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรหรือไม่ รวมถึงจะต้องทำการพิจารณาข้อยกเว้นอันมีลักษณะเฉพาะเป็นรายกรณีด้วยว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าว นั้น เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบหรือไม่ อาทิ ใช้เพื่อการศึกษาและวิจัยโดยไม่ได้แสวงหาผลกำไร การใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลอื่นในครอบครัว นำเสนอข่าวสาร หรือเป็นการตีพิมพ์วิพากษ์วิจารณ์ เป็นต้น ซึ่งแม้ในการพิจารณาการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมนั้นจะมีหลักเกณฑ์เบื้องต้น 4 ประการ<sup>5</sup> เพื่อใช้ประกอบการพิจารณาแล้ว นั้นว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์กรณีใดเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม โดยพิจารณาจาก

- 1) วัตถุประสงค์และลักษณะของการใช้งานลิขสิทธิ์
- 2) ลักษณะของงานอันมีลิขสิทธิ์
- 3) ปริมาณและสัดส่วนของเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญ เมื่อเปรียบเทียบกับเนื้อหา

ทั้งหมด

- 4) ผลกระทบต่อตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์

แต่ทั้งนี้ เห็นได้ว่า ในการพิจารณาหลักเกณฑ์ในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ดังกล่าวนั้นก็ต้องอาศัยความรู้และความเข้าใจของหลักกฎหมายประกอบกับการตีความตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ซึ่งจะต้องพิจารณาจากอวัสัยของเจ้าของลิขสิทธิ์ในขณะที่ทำการพิจารณาตรวจสอบข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป<sup>6</sup>ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์หรือเป็นกรณีที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ โดยอาจส่งผลทำให้เป็นการยากต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งมิได้เป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในการพิจารณาและตีความตามหลักเกณฑ์ของการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม จึงอาจทำให้เกิดปัญหาการบังคับใช้มาตรการแจ้งให้ทราบและนำออกที่บกพร่องหรือผิดพลาด อันนำไปสู่การสร้างผลกระทบและความเสียหายให้แก่ผู้ใช้บริการ

ด้วยเหตุนี้ จากการศึกษาผู้วิจัยเห็นว่า ในการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์อันเกี่ยวกับการแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) ในประเด็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ของประเทศไทยนั้นการที่กฎหมายจะมีสภาพบังคับใช้ที่เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและสามารถที่จะรองรับต่อการแก้ไขปัญหาของการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต รวมถึงจะทำให้เกิดการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

<sup>5</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, **คู่มือการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม** [Online], 24 เมษายน 2557. แหล่งที่มา <http://www.ipthailand.go.th/th/dip-news/item/คู่มือการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม-2.html>.

<sup>6</sup> Taylor, A., **The digital millennium copyright act and the first amendment: Section 1201's disruptive effect on the Fair Use doctrine** [Online], 2019. Available from <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/d8-7ykn-an81>.



เพิ่มมากขึ้นได้นั้น จะต้องเกิดจากการสร้างความร่วมมือระหว่างผู้ให้บริการและเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ จะต้องเป็นการกระทำไปด้วยเจตนาที่สุจริต โดยในการที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะใช้สิทธิของตนในการทำคำ ร้องแจ้งไปยังผู้ให้บริการทราบเพื่อดำเนินการนำออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่กล่าว อ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องดำเนินการตรวจสอบข้อเท็จจริงอย่างเหมาะสมและ จะต้องดำเนินการแจ้งไปยังผู้ให้บริการทราบด้วยเจตนารมณ์ที่จะบังคับกฎหมายเพื่อให้ได้รับการ ค้ำครองสิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนอย่างแท้จริง

ในส่วนของการดำเนินถึงหลักการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมอันเป็นข้อยกเว้นการละเมิด ลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งถือเป็นอีกหนึ่งหลักเกณฑ์ที่ กฎหมายกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องดำเนินการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้น ผู้วิจัยมี ความเห็นว่า การพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) นั้น ถือเป็นประการที่ยากต่อการพิจารณาว่าการใช้งานลิขสิทธิ์ดังกล่าวจะเป็นกรณีเข้าข้อยกเว้นการ ละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ เนื่องจากเจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องพิจารณาถึงเจตนาของข้อยกเว้นการละเมิด ลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง<sup>7</sup> โดยมีเงื่อนไขอยู่ 2 ประการ<sup>8</sup> กล่าวคือ จะต้องพิจารณาแล้วเห็นได้ว่าการใช้งานลิขสิทธิ์ดังกล่าว ประการแรก ต้องไม่เป็นการขัดต่อการ แสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และประการที่สอง ต้องไม่เป็นการ กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร รวมถึงจะต้อง พิจารณาด้วยว่าเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์อันเข้าข้อยกเว้นซึ่งมีลักษณะเฉพาะเป็นรายกรณีตามมาตรา 32 วรรคสอง<sup>9</sup> ในกรณีดังต่อไปนี้หรือไม่

- (1) วิจัยหรือศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- (2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นใน ครอบครัวหรือญาติสนิท
- (3) ดิจิม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ใน งานนั้น
- (4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ในงานนั้น
- (5) ทำซ้ำ ตัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณา ของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว

<sup>7</sup> มาตรา 32 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

<sup>8</sup> กรมทรัพย์สินทางปัญญา, คู่มือการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม.

<sup>9</sup> มาตรา 32 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

(6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอนเพื่อประโยชน์ในการสอนของตนอันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร

(7) ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงานหรือตัดทอนหรือทำบทสรุป โดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร

(8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ

ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ในการพิจารณาเงื่อนไขของการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมนั้นมีหลายประการ ซึ่งอาจส่งผลทำให้เกิดความยากต่อการพิจารณาและตีความว่าการใช้งานลิขสิทธิ์ของผู้ใช้บริการนั้นจะเป็นกรณีที่เขาข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ก็ตาม แต่หากเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ทำการพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นด้วยเจตนาที่สุจริตและเป็นประการที่สามารถจะรับฟังได้อย่างเป็นเหตุเป็นผลตามอัติวิสัยของเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วยความชอบธรรมแล้วนั้นน่าจะเป็นประการที่เพียงพอที่จะรับฟังได้ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ทำการพิจารณาและคำนึงถึงหลักการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมแล้ว

แต่ท้ายที่สุดแล้ว หากเป็นกรณีที่เกิดปัญหาในการพิจารณาและเป็นประการที่ยากต่อการตีความตามข้อเท็จจริงว่า การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวจะเป็นกรณีที่เขาข้อยกเว้นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมหรือไม่นั้น การนำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลเพื่ออาศัยความรู้และความเข้าใจในหลักกฎหมายประกอบ การตีความตามข้อเท็จจริงของผู้พิพากษา เพื่อให้ทำการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นว่าการใช้อันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมหรือไม่นั้น อาจจะเป็นประการที่เหมาะสมที่สุดต่อการบังคับใช้กฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ในการบังคับใช้มาตรการแจ้งให้ทราบและนำออกดังกล่าวนี้ ก็จะต้องคำนึงถึงความสมดุลของการบังคับใช้กฎหมายเป็นสำคัญด้วย เพื่อไม่ให้เป็นการกระทบสิทธิของผู้ใช้บริการในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมเกินสมควร เนื่องจากผู้ให้บริการนั้นไม่สามารถที่จะทำการโต้แย้งคำร้องของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่แจ้งให้ผู้ให้บริการทราบถึงข้อกล่าวอ้างว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ก่อนที่ผู้ให้บริการจะดำเนินการนำออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวตามคำร้องขอ

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาและวิเคราะห์แนวทางการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์อันเกี่ยวกับการแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) ในประเด็นของการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ของประเทศไทย รวมถึงได้ทำการศึกษาผลกระทบจากการบังคับใช้มาตรการแจ้งให้ทราบและนำออกของสหรัฐอเมริกา โดยถือเป็น

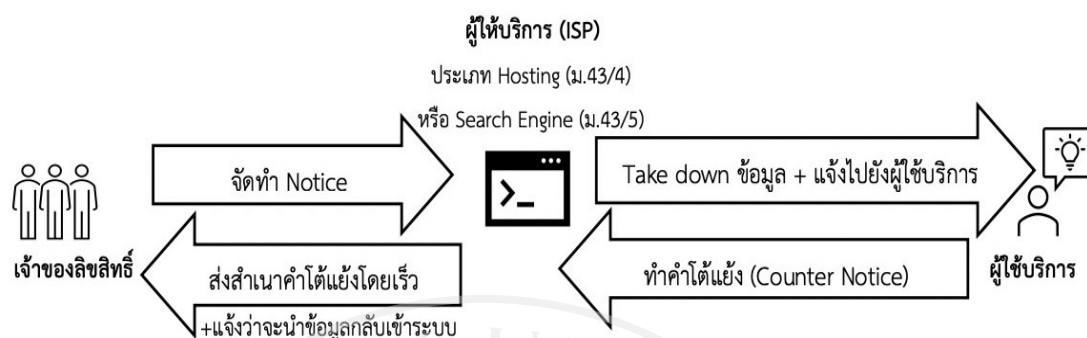
ประเทศแรกที่ได้มีการนำมาตราการแจ้งให้ทราบและนำออกมาใช้บังคับเป็นมาตรการกำกับดูแลเนื้อหาข้อมูลบนอินเทอร์เน็ต โดยได้มีการวางหลักเกณฑ์ไว้ใน Section 512 ของ Digital Millennium Copyright Act 1998 (DMCA)<sup>10</sup> ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นประเทศต้นร่างที่ประเทศไทยได้ทำการศึกษาหลักเกณฑ์การแจ้งให้ทราบและนำออกมาเป็นแบบร่างในการตราบทบัญญัติในเรื่อง ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการ (Safe Harbors) ที่ได้แก้ไขใหม่ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ด้วยนั้น เห็นว่า ในการพิจารณาตรวจสอบถึงความชอบธรรมของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการทำคำร้องแจ้งไปยังผู้ให้บริการทราบและเพื่อดำเนินการนำออกหรือระงับการเข้าถึงซึ่งข้อมูล คอมพิวเตอร์ตามข้อกล่าวอ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นอาจเป็นการยากต่อการพิจารณาว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีเจตนาสุจริตในการบังคับใช้สิทธิของตนเองเพื่อแก้ไขปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์จริงหรือไม่ ซึ่งรวมไปถึงการคำนึงถึงหลักการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องทำการพิจารณาหลักดังกล่าวก่อนทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการทราบด้วยว่าได้ทำการพิจารณาข้อเท็จจริงตามอรรถวิสัยของตนเองด้วยเจตนาที่สุจริตอย่างเพียงพอที่จะรับฟังว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว

อนึ่ง แม้ความเชื่อโดยสุจริตของเจ้าของลิขสิทธิ์จะถือเป็นปัจจัยสำคัญที่ส่งผลทำให้คำร้องของเจ้าของลิขสิทธิ์ดังกล่าวเป็นคำร้องที่ชอบด้วยกฎหมายก็ตามนั้น แต่เนื่องจากการพิจารณาเจตนาของเจ้าของลิขสิทธิ์ว่ามีความเชื่อโดยสุจริตหรือไม่นั้นเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาจากภาวะทางจิตใจที่อยู่ภายในของเจ้าของลิขสิทธิ์จึงเป็นประการที่ยากต่อการที่จะพิสูจน์ถึงเจตนา ซึ่งส่งผลทำให้การพิสูจน์ความเชื่อโดยสุจริตของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการทำคำร้องนั้นมีมาตรฐานที่ค่อนข้างต่ำและเป็นอรรถวิสัยอันส่งผลทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ดำเนินการประเมินตรวจสอบข้อเท็จจริงเป็นไปด้วยความบกพร่องและผิดพลาดได้ หรืออาจเป็นการบังคับใช้สิทธิของตนด้วยวัตถุประสงค์อื่นซึ่งอาจทำให้เกิดการนำออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มากเกินไป<sup>11</sup> แต่การจะนำเอาเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์กลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการหรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ก็สามารถกระทำได้ แต่โดยการทำคำโต้แย้งคำร้องของเจ้าลิขสิทธิ์เป็นหนังสือหรือโดยทำผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ไปยังผู้ให้บริการเท่านั้น โดยต้องใช้ระยะเวลาในการดำเนินการเป็นเวลายาวอย่างน้อยกว่า 30 วัน ซึ่งถือได้ว่าเป็นช่วงระยะเวลาที่นานเกินไปอันอาจส่งผลให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องเสียผลประโยชน์ในช่วงระยะเวลาดังกล่าวและอาจเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิของผู้ใช้บริการที่เกินสมควร

<sup>10</sup> Marsoof, A., "Notice and takedown: A copyright perspective", *Queen Mary Journal of Intellectual Property* 5, 2(April 2015): 184.

<sup>11</sup> เอกกรินทร์ วิริโย, "มาตรการแจ้งเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต: ศึกษาหลักการตรวจสอบการแจ้งตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา", *วารสารนักบริหาร* 34, 2(กรกฎาคม-ธันวาคม 2557): 51.

ภาพที่ 5.2: กระบวนการ Notice and Take down และการ Counter Notice



ทั้งนี้ จากการศึกษาเห็นได้ว่า ประเทศไทยได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่อง การแจ้งให้ทราบและนำออก (Notice and Takedown) ให้มีความสอดคล้องและเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ได้ทำการบัญญัติไว้ใน Digital millennium Copyright Act 1998 (DMCA) ของสหรัฐอเมริกา<sup>12</sup> ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นประเทศต้นแบบของการนำมาตรการกำกับดูแลเนื้อหาข้อมูลในอินเทอร์เน็ตมาบังคับใช้ แต่ทั้งนี้ ข้อกำหนดในเรื่องของระยะเวลาในการนำเอาข้อมูลคอมพิวเตอร์กลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการหรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ภายหลังที่ผู้ใช้บริการได้ทำคำโต้แย้งระหว่างประเทศไทย และสหรัฐอเมริกามีความแตกต่างกันค่อนข้างมาก กล่าวคือ สหรัฐอเมริกาได้มีข้อกำหนดว่าเมื่อผู้ให้บริการได้รับคำโต้แย้งของผู้ใช้บริการแล้วนั้นให้ดำเนินการส่งสำเนาคำโต้แย้งและแจ้งไปยังเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วยว่าจะนำเอาข้อมูล คอมพิวเตอร์กลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการหรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ภายใน 10 วันทำการนับแต่วันที่ผู้ให้บริการได้รับคำโต้แย้งของผู้ใช้บริการและให้ผู้ใช้บริการนำเอาข้อมูลคอมพิวเตอร์กลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการหรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวเมื่อพ้นกำหนด 10 วันทำการดังกล่าว นับแต่วันที่ผู้ให้บริการได้รับคำโต้แย้งของผู้ใช้บริการ แต่ไม่เกิน 14 วัน

<sup>12</sup> Taweepon, S., & Julagasigorn, P., *The 2022 amendment of Thailand's copyright act: The good, the bad, and the backstory.*

ทำการ นับแต่วันที่ผู้ให้บริการได้รับคำโต้แย้งของผู้ใช้บริการ<sup>13</sup> ส่วนของประเทศไทยได้มีกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อกำหนดของระยะเวลาในการนำเอาข้อมูลคอมพิวเตอร์กลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการหรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ไว้ในมาตรา 43/7 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ซึ่งได้กำหนดให้ผู้ให้บริการที่ได้รับคำโต้แย้งทำการแจ้งไปยังเจ้าของลิขสิทธิ์ว่าจะนำเอาข้อมูลคอมพิวเตอร์กลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการหรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์เมื่อพ้นกำหนด 30 วันนับแต่วันที่ผู้ให้บริการได้รับคำโต้แย้ง และเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้วนั้นให้ผู้ให้บริการนำเอาข้อมูล คอมพิวเตอร์กลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการหรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวภายใน 15 วัน<sup>14</sup>

---

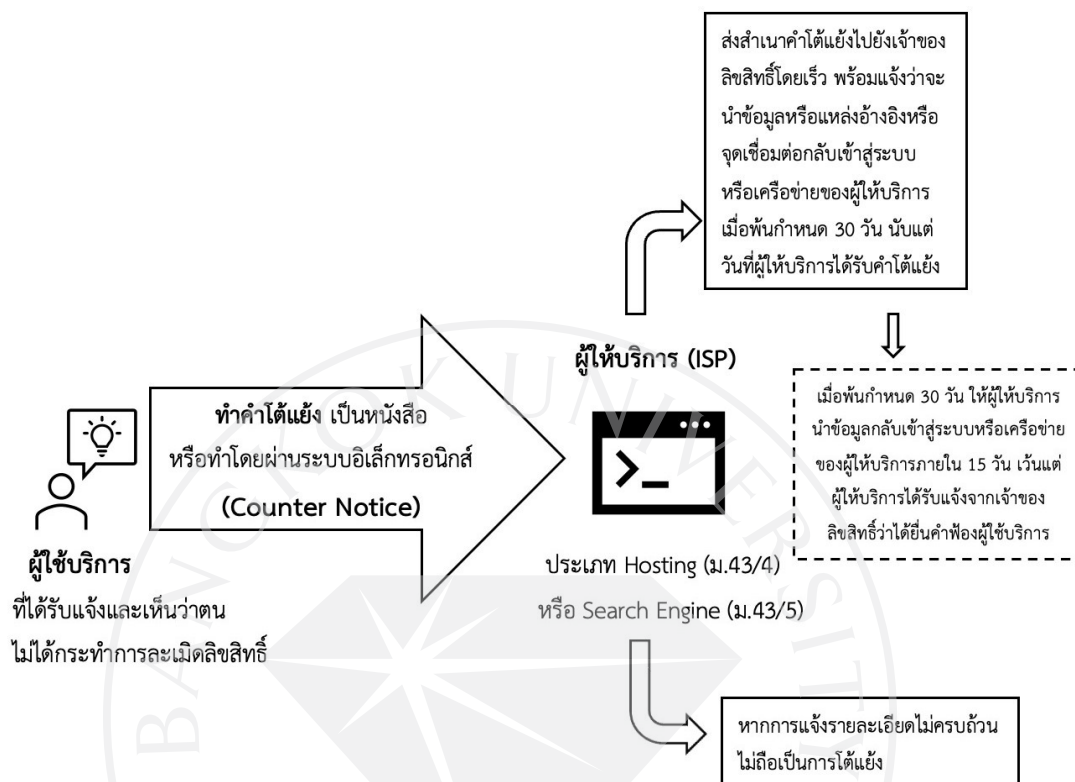
<sup>13</sup> Section 512 (g)(2) DMCA 1998

(B) upon receipt of a counter notification described in paragraph (3), promptly provides the person who provided the notification under subsection (c)(1)(C) with a copy of the counter notification, and informs that person that it will replace the removed material or cease disabling access to it in 10 business days: and

(C) replaces the removed material and ceases disabling access to it not less than 10, nor more than 14, business days following receipt of the counter notice, unless its designated agent first receives notice from the person who submitted the notification under subsection (c)(1)(C) that such person has filed an action seeking a court order to restrain the subscriber from engaging in infringing activity relating to the material on the service provider's system or network.

<sup>14</sup> มาตรา 43/7 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.

ภาพที่ 5.3: การโต้แย้ง (Counter Notice) ตามมาตรา 43/7



ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะเห็นว่าควรที่จะมีการปรับปรุงแก้ไขหลักเกณฑ์ ในเรื่องข้อกำหนดของระยะเวลาในการนำเอาข้อมูลคอมพิวเตอร์กลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการหรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ โดยลดระยะเวลาในการดำเนินการนำเอาข้อมูลคอมพิวเตอร์กลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการหรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูล คอมพิวเตอร์ให้เป็นไปตามข้อกำหนดของสหรัฐอเมริกา เพื่อมิให้ผู้ให้บริการต้องเสียประโยชน์ในการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ในช่วงระยะเวลาที่ถูกระงับการเข้าถึงเนื้อหาหรือระงับการเข้าถึงเนื้อหาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่นานจนเกินไปอันอาจส่งผลเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิของผู้ใช้บริการที่มากเกินสมควรและเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย รวมถึงเป็นการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการบังคับใช้ตามกฎหมายและสิทธิในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของสาธารณชนต่อไป



### บรรณานุกรม

- การละเมิดลิขสิทธิ์วีดีโอออนไลน์ กระทบบ ศก. 9 หมื่นล้าน ซึ่ปม ก.ม. อ่อนแอไป. (2563). *ไทยรัฐออนไลน์*. สืบค้นจาก <https://www.thairath.co.th/news/tech/1757873>.
- กฤตภาส ตั้งสมบุญรณ์. (2552). *ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยี*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, มหาวิทยาลัยกรุงเทพ.
- กุนรา เทอดไทย. (2555). *ความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต: ศึกษากรณีความรับผิดอันเกิดจากการจัดเก็บข้อมูลที่เกิดจากการซื้อขายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ.
- กฎหมายลิขสิทธิ์แก้ไขใหม่มีผล 23 ส.ค. นี้ ถอดงานละเมิดจากเน็ต. (2565). *ไทยรัฐออนไลน์*. สืบค้นจาก <https://www.thairath.co.th/business/economics/2325781>.
- กรมทรัพย์สินทางปัญญา. (2565). *คำอธิบายสรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ และที่แก้ไขเพิ่มเติม*. สืบค้นจาก [http://www.ipthailand.go.th/th/dip-law-2/item/description\\_copyright.html](http://www.ipthailand.go.th/th/dip-law-2/item/description_copyright.html).
- กรมยุโรป กระทรวงต่างประเทศ. (2565). *สหภาพยุโรปเสนอร่างกฎหมายดิจิทัลใหม่ 2 ฉบับ ป้องกันการผูกขาดบริการออนไลน์*. สืบค้นจาก [europetouch.mfa.go.th/th/content/สหภาพยุโรปเสนอร่างกฎหมายดิจิทัลใหม่-2ฉบับ?cate=5d6abf7c15e39c3f30001465](http://europetouch.mfa.go.th/th/content/สหภาพยุโรปเสนอร่างกฎหมายดิจิทัลใหม่-2ฉบับ?cate=5d6abf7c15e39c3f30001465).
- กรณ์ อรรถเนติศาสตร์. (2565). *มาตรการทางปกครองในการกำกับดูแล Digital Platform ศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรป. [รูปแบบอิเล็กทรอนิกส์]. วารสารกฎหมายปกครอง, 76-78.*
- กองนโยบายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ. (2555). *องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO)*. สืบค้นจาก [https://business.mfa.go.th/th/content/16262-องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก\(-wipo\)?cate=5d73a21d15e39c36a8006c2d](https://business.mfa.go.th/th/content/16262-องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก(-wipo)?cate=5d73a21d15e39c36a8006c2d).
- จักรกฤษณ์ ควรพจน์. (2555). *กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ ลิขสิทธิ์ และเครื่องหมายการค้า (พิมพ์ครั้งที่ 5) กรุงเทพฯ: นิติธรรม.*
- จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ และภูมินทร์ บุตรอินทร์. (2564). *คำอธิบายกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา*. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.
- ชญาณิชฎ์ พิมพ์ทนต์. (2561). *ความรับผิดของผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลางที่เกี่ยวกับการแจ้งเตือนการละเมิดการทำให้ข้อมูลแพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์และการนำออกจากข้อมูลคอมพิวเตอร์*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2560). *ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 11)*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

- ชัยชัย ศุภผลศิริ. (2549). *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ธีรวัชร แสงไชย. (2562). *ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์เกี่ยวกับการนำงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทดนตรีกรรม และสิ่งบันทึกเสียงมาดัดแปลงโดยวิธีการ Remix*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารศาสตรบัณฑิต, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์.
- นันทน อินทนนท์, จักรกฤษณ์ ควรวพจน์, บัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์ และกฤติกา จิวาลักษณ์. (2551). *การคุ้มครองลิขสิทธิ์งานที่เผยแพร่ระบบดิจิทัล: ปัญหาต่อการเรียนการสอนผ่านอินเทอร์เน็ต และปัญหาการเข้าถึงและการใช้ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต* (รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์). กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย.
- ปริญญา ตีผลดง. (2563). *หลักกฎหมายลิขสิทธิ์และบทวิเคราะห์*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- พิทยา ไชยมหาพฤกษ์. (2561). มาตรการแจ้งเตือนและเอาออก: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของสิงคโปร์. [รูปแบบอิเล็กทรอนิกส์]. *วารสารวิชาการ*, 33.
- พิรงรอง รามสูต รมะนันท์ และนิธิตา คณานิธินันท์. (2547). *การกำกับดูแลอินเทอร์เน็ต โครงการการปฏิรูปสื่อ: การกำกับดูแลเนื้อหาโดยรัฐ การกำกับดูแลตนเองและสื่อภาคประชาชน* (รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์). กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย.
- วัส ดิงสมิตร. (2544). การศึกษาหรือวิจัยอันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์. *บทบัญญัติ*, 57(1), 155-156.
- สิริโฉม พรหมโฉม. (2558). การคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2558. [รูปแบบอิเล็กทรอนิกส์]. *จุลนิติ*, 170.
- สืบสิริ ทวีผล และพลอยนภา จุลลสิกร. (2563). มาตรการต่อต้านการละเมิดลิขสิทธิ์ออนไลน์ในประเทศไทย: อดีต ปัจจุบัน และอนาคต. [รูปแบบอิเล็กทรอนิกส์]. *วารสารนิติศาสตร์*, 99-100.
- สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. (2561). *สรุปการเข้าเป็นภาคีสันติสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Copyright Treaty: WCT)*. สืบค้นจาก [https://www.senate.go.th/document/mSubject/Ext84/84179\\_0001.PDF](https://www.senate.go.th/document/mSubject/Ext84/84179_0001.PDF).
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. (2561). *บทความใช้เพื่อการนำออกอากาศทางสถานีวิทยุกระจายเสียงรัฐสภา: งานลิขสิทธิ์ในยุคไร้ออบเขต ใช้ข้อมูลอย่างปลอดภัย*. สืบค้นจาก [https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw\\_parcy/ewt\\_dl\\_link.php?nid=1827](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1827).
- เอกรินทร์ วิริโย. (2557). มาตรการแจ้งเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต: ศึกษาหลักการตรวจสอบการแจ้งตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา. [รูปแบบอิเล็กทรอนิกส์]. *วารสารนักบริหาร*, 47-48.
- อรพรรณ พันธ์พัฒนา. (2549). *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

- อรพรรณ พันธ์พัฒนา. (2550). บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์. [รูปแบบอิเล็กทรอนิกส์]. *วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ*, 42.
- Akiwate, G. (2015). *A new look at the DMCA section 512 takedown process*. Unpublished master's thesis, University of California, San Diego.
- Arthur Cox. (2020). *Copyright infringement and licensing*. Retrieved from <https://www.arthurcox.com/knowledge/the-changing-eu-landscape-for-online-content-regulation/>.
- Article<sup>19</sup>. (2021). *EU: Regulation of notice and action procedures in the digital services act*. Retrieved from <https://www.article19.org/resources/eu-regulation-of-notice-and-action-procedures-in-the-digital-services-act/>.
- Bailey, J. (2020). *10 ways EU copyright is different from the US*. Retrieved from [www.plagiarismtoday.com/2020/08/04/10-ways-eu-copyright-is-different-from-the-us/](http://www.plagiarismtoday.com/2020/08/04/10-ways-eu-copyright-is-different-from-the-us/).
- Buse Herz Grunst. (2021). *"Metal on metal" gets down to business-repeal of § 24 urhgold version*. Retrieved from <https://www.kanzlei.law/medien-und-wirtschaftsrecht/metall-auf-metall-macht-naegel-mit-koepfen-aufhebung-des-%C2%A7-24-urhg-a-f/>.
- CMS Law-Now. (2002). *The e-commerce directive*. Retrieved from [https://www.cmslawnow.com/ealerts/2002/04/the-ecommerce-directive?cc\\_lang=en](https://www.cmslawnow.com/ealerts/2002/04/the-ecommerce-directive?cc_lang=en).
- Crews, K. D. (n.d.). *Fair Use*. Retrieved from <https://copyright.columbia.edu/basics/fair-use.html>.
- Deutscher Bundestag. (2021). *Law to adapt copyright law to the requirements of the digital single market*. Retrieved from <https://dip.bundestag.de/vorgang/.../273942>.
- DigitalCommons@University of Nebraska-Lincoln. (1998). *The digital millennium copyright act of 1998: U.S. copyright office summary*. Retrieved from <https://digitalcommons.unl.edu /scholcom/81/>.

- DLP Piper. (2022). *Das gesetz über digitale dienste (DSA)-Grundregeln für online-plattformen*. Retrieved from <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2dfea3f6-5953-422b-8448-520d85095703>.
- Electronic Frontier Foundation. (2016). *In the matter of section 512 study docket no.2015-7*. Retrieved from [https://www.eff.org/files/2016/04/01/eff\\_comments\\_512\\_study\\_4.1.2016.pdf](https://www.eff.org/files/2016/04/01/eff_comments_512_study_4.1.2016.pdf).
- EUR-Lex. (n.d.). *Document 52020PC0825*. Retrieved from <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/en/TXT/?uri=COM%3A2020%3A825%3AFIN>.
- European Commission. (2022). *The digital services act package*. Retrieved from <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>.
- Gabriele Engles. (2022). *The digital services act (DSA)-Basic rules for online platforms*. Retrieved from <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2dfea3f6-5953-422b-8448-520d85095703>.
- International Bar Association. (2021). *Online platform: 'Notice and takedown' procedures at heart of updated EU rules*. Retrieved from <https://www.ibanet.org/Online-platforms-notice-and-takedown-procedures-at%20heart-of-updated-EU-rules>.
- IP Thailand. (2565). *หลักการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม (Fair Use) ตามกฎหมายไทย*. สืบค้นจาก <http://www.ipthailand.com/ลิขสิทธิ์/ลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม-fair-use-ด/>.
- Ilaw. (2560). *เปรียบเทียบกฎหมายการแจ้งให้ลบเนื้อหา อเมริกาใช้เรื่องละเมิดลิขสิทธิ์ ไทยเน้นใช้เรื่องความมั่นคง*. สืบค้นจาก <https://ilaw.or.th/node/4662>.
- Marsoof, A. (2015). Notice and takedown: A copyright perspective [Electronics version]. *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 191-193.
- Matt Zoller Seitz. (2009). *Copy rites: YouTube vs. Kevin B. Lee*. Retrieved from <https://www.slantmagazine.com/news/copy-rites-youtube-vs-kevin-b-lee/>.
- Matteson, J. D. (2018). Unfair misuse: How section 512 of the DMCA allows abuse of the copyright Fair Use doctrine and how to fix it [Electronics version]. *Santa Clara High Technology Law Journal*, 3, 9-10.
- Meissner Bolte. (2019). *Copyright in Germany*. Retrieved from <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5a9f6b59-1014-4d39-a4f0-7f83bb4428f9>.

- OECD. (2011). *The role of internet intermediaries in advancing public policy objective*. Retrieved from [https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/the-role-of-internet-intermediaries-in-advancing-public-policy-objectives\\_9789264115644-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/the-role-of-internet-intermediaries-in-advancing-public-policy-objectives_9789264115644-en#page1).
- Public Knowledge. (2009). *YouTube film critic silenced by DMCA takedown notices*. Retrieved from <https://publicknowledge.org/youtube-film-critic-silenced-by-dmca-takedown-notice>.
- Rundle, E. (2010). *McCain vs. YouTube: How copyright affects government online*. Retrieved from <https://www.govtech.com/dc/articles/mccain-vs-youtube-how-copyright-affects.html>.
- Schlun & Elseven. (n.d.). *DMCA takedown notice in Germany: Legal advice*. Retrieved from <https://se-legal.de/intellectual-property-lawyer-in-germany/dmca-takedown-notice-in-germany-legal-advice/?lang=en#>.
- Seltzer, W. (2010). Free speech unmoored in copyright's safe harbor: Chilling effects of the DMCA on the first amendment [Electronics version]. *Harvard Journal of Law & Technology*, 171-174.
- Stutezle, C. (2022). *Germany: New masters: Painter's win clarifies 'pastiche'*. Retrieved from <https://www.mondaq.com/germany/copyright/1176766/new-masters-painter39s-win-clarifies-pastiche39>.
- Taweepon, S., & Julagasigorn, P. (2021). *Thailand: Draft amendment to copyright act promises updated protections*. Retrieved from <https://www.tilleke.com/insights/thailand-draft-amendment-to-copyright-act-promises-updated-protections/>.
- Taweepon, S., & Julagasigorn, P. (2022) *The 2022 amendment of Thailand's copyright act: The good, the bad, and the backstory*. Retrieved from <https://www.tilleke.com/insights/the-2022-amendment-of-thailands-copyright-act-the-good-the-bad-and-the-backstory/>.
- Taylor, A. (2019). *The digital millennium copyright act and the first amendment: Section 1201's disruptive effect on the Fair Use doctrine*. Retrieved from <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/d8-7ykn-an81>.

- The Authors Guild. (2020). *Responses to chairman tillis's questions*. Retrieved from [www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Preston%20Responses%20to%20QFRs.pdf](http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Preston%20Responses%20to%20QFRs.pdf).
- Tom Wicker. (2021). *Online platforms: 'Notice and takedown' procedures at heart of updated EU rules*. Retrieved from <https://www.ibanet.org/Online-platforms-notice-and-takedown-procedures-at%20heart-of-updated-EU-rules>.
- Touring Artists. (n.d.). *Limitation and exceptions to copyright with regard to time and content*. Retrieved from [www.touring-artists.info/en/copyright/german-copyright-law/limitations-tocopyright/](http://www.touring-artists.info/en/copyright/german-copyright-law/limitations-tocopyright/).
- University of Louisville. (n.d.). *Fair Use four factor analysis*. Retrieved from <https://louisville.edu/copyright/basics/resources/four-factor-analysis>.
- Urban, J. M., & Quilter, L. (2006). Efficient process or chilling effects - takedown notices under section 512 of the digital millennium copyright act [Electronics version]. *Santa Clara High Technology Law Journal*, 628-639.
- Urheber.law. (2020). *Die Abmahnung im Urheberrecht*. Retrieved from <https://urheber.law/die-abmahnung-im-urheberrecht/>.



**ประวัติผู้เขียน**

<b>ชื่อ-นามสกุล</b>	ศรุตยา ปิยะวัฒน์กุล
<b>อีเมล</b>	saruttaya.piya@bumail.net
<b>ประวัติการศึกษา</b>	ปี 2560 สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยขอนแก่น ปี 2560 สอบผ่านหลักสูตรว่าความ ของสำนักฝึกอบรมว่าความ แห่งสหภาพนายความ รุ่นที่ 49 ปี 2561 เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่ง เนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 71
<b>ประสบการณ์การทำงาน</b>	ปี 2562-2563 เป็นทนายความ บริษัท สำนักงานกฎหมายสุธี ผ่องไพบูลย์ จำกัด ปี 2563-ปัจจุบัน เป็นนิติกรประจำองค์คณะ ศาลอุทธรณ์