

บุคคลในกลุ่มผู้ใช้บริการด้วย เพื่อให้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยสอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบันบนโลกออนไลน์ ซึ่งสภาพปัจจุบันความก้าวหน้าของเทคโนโลยีมีการพัฒนาอยู่ตลอดเวลา อันส่งผลให้เกิดการกระทำผิดทางด้านเทคโนโลยีเพิ่มมากขึ้น จึงจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายได้ทันต่อพลวัตแห่งการเปลี่ยนแปลง ให้ทันสมัย มีประสิทธิภาพ และเกิดการสมดุลแก่ทุกฝ่ายด้วย

จากที่ได้กล่าวไปข้างต้นนั้น แม้ว่ามาตรการระงับการเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ (The Notice and Takedown Measure) นี้ จะทำให้เกิดความสมดุลระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ให้บริการ แต่ในขณะเดียวกัน ก็อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้ใช้อินเทอร์เน็ต หากมีการนำไปใช้เป็นเครื่องกีดขวาง หรือประโยชน์ทางธุรกิจ เนื่องจากมาตรการดังกล่าวเป็นการให้เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นผู้ประเมินและตรวจสอบก่อนแจ้งไปยังผู้ให้บริการ ว่าผู้ใช้บริการได้นำงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนมาใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต หรือกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์มีเพียงแต่ต้องพิสูจน์ว่าตนเชื่อโดยสุจริตว่าผู้ใช้บริการละเมิดลิขสิทธิ์ของตน นอกจากนี้ การพิสูจน์ความเชื่อโดยสุจริตยากแก่การพิสูจน์ให้เห็นได้โดยแท้ และยุ่งยากต่อการพิจารณา ประกอบกับการใช้มาตรการดังกล่าวไม่ต้องการฟ้องร้องในชั้นศาล ดังนั้น จึงอาจทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ทำการตรวจสอบผิดพลาด หรืออาจไม่ได้ตรวจสอบเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างเพียงพอก่อนที่แจ้งไปยังผู้ให้บริการ และเมื่อผู้ให้บริการได้นำสิ่งที่ผู้ใช้บริการเผยแพร่ไว้ ออกจากเครือข่ายอินเทอร์เน็ต หรือดำเนินการเพื่อทำให้สาธารณชนไม่สามารถเข้าถึงสิ่งดังกล่าวแล้ว ก็อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ใช้บริการ และกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกได้ แต่ขณะเดียวกันเจ้าของลิขสิทธิ์กลับไม่ต้องรับผิดชอบใด ๆ ต่อผู้ใช้อินเทอร์เน็ตหากเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนเชื่อโดยสุจริตว่าผู้ใช้อินเทอร์เน็ตกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ แม้ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นได้ตรวจสอบผิดพลาด หรือมีข้อมูลไม่เพียงพอก็ตาม

โดยผู้เขียนได้ทำการวิเคราะห์ในมาตรา 43/6 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ในประเด็นถ้อยคำว่า “หลักฐานอันควรเชื่อ” การจะพิสูจน์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีหลักฐานอันควรเชื่อว่ามี การละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการนั้น มีแนวทางการพิจารณา คือ

(1) จะต้องใช้หลักการพิจารณาจากภาวะจิตใจของเจ้าของลิขสิทธิ์ ไม่จำเป็นต้องตรวจสอบข้อมูลที่ปรากฏเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างละเอียด แต่ปัจจัยสำคัญที่สุดที่ศาลได้นำมาพิจารณาอันเป็นตัวกำหนดว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้เชื่อโดยสุจริตหรือไม่นั้น คือ ความเชื่อของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยแท้

(2) ในศาลต่างประเทศไม่ได้กำหนดว่าเจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องพิจารณาถึงหลักการใช้ที่เป็นธรรมหรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เพื่อที่จะแสดงให้เห็นถึงความเชื่อโดยสุจริตของเจ้าของลิขสิทธิ์ก่อนที่จะแจ้งยังผู้ให้บริการ เนื่องจากศาลเห็นว่าความเชื่อโดยสุจริตนั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้พิจารณาหลักการใช้ที่เป็นธรรม หรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวหรือไม่

แต่อย่างไรก็ดี ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 มาตรา 43/6 วรรคสองนั้น มีการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีหลักฐานอันควรเชื่อตามมาตรา 43/6 วรรคหนึ่งนั้น ต้องนำหลักกฎหมายในเรื่องของข้อยกเว้นในการละเมิดลิขสิทธิ์มาพิจารณา ประกอบด้วย กล่าวคือ “การแจ้งตามวรรคหนึ่ง ให้เจ้าของลิขสิทธิ์คำนึงถึงบทบัญญัติในส่วนที่ 6 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์...” ดังนั้น หากเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้คำนึงถึงหลักการใช้งานที่เป็นธรรม ด้วยแล้ว การแจ้งของเจ้าของลิขสิทธิ์ก็จะไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่แสดงถึงว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีหลักฐานอันควรเชื่อตามมาตรา 43/6 วรรคหนึ่ง

(3) ภาระการพิสูจน์ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์เชื่อโดยสุจริตหรือไม่นั้น ควรเป็นของผู้ใด ระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ใช้บริการที่ถูกกล่าวหาว่าละเมิดลิขสิทธิ์ คำตัดสินของศาลต่างประเทศ ก็ยังไม่มี ความชัดเจนในเรื่องนี้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า แม้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยจะไม่ได้มีการ กำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าในการฟ้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์ทางแพ่ง โจทก์ต้องมีหน้าที่นำสืบ แต่หาก พิจารณาตามหลักกฎหมายลักษณะพยานแล้ว หลักในเรื่อง "ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นต้องนำสืบ" ได้ถูก นำมาใช้ในการนำสืบพยานในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย จึงควรพิจารณาโดยนำถึงบทบัญญัติในมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ประกอบ มาตรา 84/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กล่าวคือ ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าว อ้างข้อเท็จจริงอย่างใด ๆ เพื่อสนับสนุนคำฟ้องหรือคำให้การของตน ให้หน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงนั้นตก อยู่แก่คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้าง

จากการศึกษาในส่วนของการเสียหายอันเกิดจากการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงข้อมูลที่ ละเมิดนั้น พบว่า ในทางปฏิบัติก่อให้เกิดปัญหาที่สำคัญ โดยเจ้าของลิขสิทธิ์จะมีแนวโน้มในการแจ้ง ลบข้อมูลหรือเนื้อหาที่กล่าวอ้างว่ามีการละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนโดยไม่ได้มีการตรวจสอบถึง ข้อมูลที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์จริงหรือไม่ หรืออาจถูกนำไปใช้ในทางอื่นโดยมิชอบได้ เนื่องจากผลกระทบในด้านลบต่อสิทธิ เสรีภาพในการแสดงออกบนโลกออนไลน์ อย่างเช่น หยุดการ วิพากษ์วิจารณ์หรือแสดงความคิดเห็น ในเรื่องศาสนา นโยบาย การเมือง และการแข่งขันทางธุรกิจ จึงนำไปสู่การที่ผู้ให้บริการลบเนื้อหาหรือข้อมูลออกที่ไม่ชอบธรรม กล่าวคือ ผู้ให้บริการอาจไม่ได้ พิจารณาหรือตรวจสอบหลักฐานอย่างเพียงพอ หรือเป็นการที่ผู้ให้บริการเกรงกลัวต่อแรงกดดันโดย ลบออกทันทีจนไม่ได้มีการตรวจสอบความถูกต้อง รวมถึงปัจจุบันที่มีการพัฒนาเทคโนโลยีให้ทันสมัย อยู่ตลอดเวลา การตรวจสอบของผู้ให้บริการจึงมีการใช้ระบบอัตโนมัติเข้ามาตรวจสอบแทนมนุษย์ อย่างปัญญาประดิษฐ์หรือ AI (Artificial Intelligence) และมีแนวโน้มที่จะลบข้อมูลหรือเนื้อหาออก ทันที ซึ่งเป็นเรื่องที่น่ากังวลที่สุด หากมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ผู้ใช้บริการที่เกิดจากการกระทำของ เจ้าของลิขสิทธิ์ที่ไม่สุจริต กล่าวคือ เจ้าของลิขสิทธิ์มิได้มีการหลักฐานอันควรเชื่อว่ามี การละเมิดลิขสิทธิ์ บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการตามมาตรา 43/4 หรือมาตรา 43/5 โดยไม่ได้

คำนี้ถึงบทบัญญัติในส่วนที่ 6 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้ใช้บริการก็ควรเรียกค่าเสียหายจากเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าความเสียหายในส่วนนี้น่าจะนำบทบัญญัติมาตรา 64 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาบังคับใช้โดยอนุโลม

เนื่องจากมาตรการดังกล่าวทำให้ประชาชนไม่สามารถที่จะเข้าถึงข้อมูลบนคอมพิวเตอร์ที่ได้กล่าวอ้างว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์ได้อีก แม้ว่าจะมีการกำหนดสิทธิในการโต้แย้งเอาไว้ แต่ก็เป็นการโต้แย้งหลังจากที่ผู้ให้บริการได้นำข้อมูลหรือเนื้อหาออกจากระบบหรือเครือข่ายของตนแล้วตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 มาตรา 43/6 วรรคสาม และผู้ให้บริการบนระบบอินเทอร์เน็ตหรือคอมพิวเตอร์สามารถพิจารณานำ ข้อมูลหรือเนื้อหาที่ผู้ให้บริการได้มีการโต้แย้ง (Counter Notice) กลับคืนสู่ระบบหรือยุติระงับการเข้าถึงได้ก็ตาม แต่ระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดในบทบัญญัติมาตรา 43/7 วรรคสองและวรรคสาม ผู้เขียนเห็นว่า เป็นระยะเวลาที่ค่อนข้างนานเกินไปในกระบวนการดังกล่าว ซึ่งอาจเป็นการเปิดช่องว่างให้เจ้าของลิขสิทธิ์ที่ไม่ได้มีเจตนาเพื่อป้องกันสิทธิในลิขสิทธิ์อันแท้จริง หรือทำให้บุคคลใด ๆ ใช้เป็นเครื่องมือในการจำกัดสิทธิ เสรีในการแสดงออก ทั้งการแสดงความคิดเห็นในเรื่องต่าง ๆ รวมถึงใช้ประโยชน์ในการแข่งขันเชิงธุรกิจ เนื่องจากกระบวนการขั้นตอนในมาตรการลบข้อมูลดังกล่าวจากที่ผู้เขียนได้ศึกษานั้น ยังคงมีข้อบกพร่อง และยังไม่ได้มีการประสิทธิภาพเพียงพอ ซึ่งในช่วงเวลาระหว่างที่รอให้ข้อมูลหรือเนื้อหากลับมาเผยแพร่ นั้นอาจเป็นสร้างความเสียหายบางประการได้ กล่าวคือ ข้อมูลบางอย่างจะสำคัญต่อบางช่วงเวลาตามสถานการณ์บ้านเมืองเท่านั้น ถึงแม้ว่าข้อมูลจะถูกนำข้อมูลกลับคืนเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายได้หลังจากระยะเวลาหนึ่ง แต่ความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขได้ย่อมเป็นผลต่อชื่อเสียงของเจ้าของข้อมูลหรือเนื้อหานั้น ๆ

โดยผู้เขียนได้ทำการศึกษาหลักกฎหมาย และคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศในเรื่องหลักในการพิจารณาความเสียหายจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ โดยมีการแจ้งไปยังผู้ให้บริการโดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นที่จริงตามมาตรา 43/8 ในคำว่า “ความเสียหายใด ๆ” จะมีการกำหนดความเสียหายเพื่อเยียวยาให้แก่ผู้ให้บริการอย่างไรได้บ้าง เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดประเภทหรือหลักในการพิจารณาไว้อย่างชัดเจน และควรเป็นจำนวนที่มากพอสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย เพื่อทำให้ผู้กระทำผิดเกรงกลัวด้วย เห็นว่า ในคดี *Automattic Inc. v. Steiner*¹ มีแนวทางในการพิจารณาที่ค่อนข้างชัดเจน ดังนี้

- (1) เวลาและทรัพยากรที่เสียไปในการจัดการกับการแจ้งลบของผู้ใช้บริการ
- (2) ค่าขาดรายได้จากการทำงานตามปกติ
- (3) ค่าใช้จ่ายและค่าทนายความที่เกิดขึ้น

¹ *Automattic Inc. v. Steiner*, 82 F. Supp. 3d 1011, 1029 (ND Cal. 2015).

(4) ความเสียหายต่อคำพูดหรือผลกระทบที่เยือกเย็น (Chilling Effect)² (กรณีต้องปรากฏพยานหลักฐานแน่ชัดด้วยว่าถูกข่มขู่)

(5) ความเสียหายต่อชื่อเสียง

อีกทั้ง จากแนวคำตัดสินของศาลในต่างประเทศยังพบว่า คำตัดสินของศาลจะปรากฏเกณฑ์ที่ต้องนำมาประกอบการพิจารณาที่เป็นองค์ประกอบสำคัญก่อนออกคำสั่งและขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ปรากฏแต่ละคดีไป กล่าวคือ การตรวจสอบความได้สัดส่วน (Proportionality Test) อันเป็นการพิจารณาถึงความสมดุลระหว่างสิทธิกับสิทธิที่ได้รับผลกระทบ การตรวจสอบความจำเป็นและเหมาะสมของมาตรการผ่านการพิจารณาถึงประสิทธิภาพ อีกทั้งศาลในบางคดี (Lenz³) ไม่ได้นำความเชื่อโดยสุจริตของเจ้าของลิขสิทธิ์ว่ารู้หรือมีเหตุอันควรรู้อันเป็นอภัยวิสัยมาเป็นตัวกำหนดความรับผิดชอบในเรื่องการแจ้งหรือไม่ว่าแต่อย่างใด เนื่องจากพิจารณาได้ค่อนข้างยากและไม่สมเหตุสมผลเท่าที่ควร

ผู้เขียนเห็นว่า มาตรา 43/8 ข้างต้น เป็นมาตรการที่มีประโยชน์ในการยับยั้งการใช้มาตรการดังกล่าวไปในทางที่ไม่ชอบหรือเป็นเท็จ และเป็นการเป็นการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ใช้บริการอันเกิดจากมาตรการดังกล่าว อย่างไรก็ตาม การจะพิสูจน์ให้เห็นว่าเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้แจ้งได้รู้หรือมีเหตุอันควรรู้ในการแจ้งอันเป็นเท็จนั้นในทางปฏิบัติทำได้ค่อนข้างยาก เช่นเดียวกันกับการจะพิสูจน์ถึงหลักฐานอันควรเชื่อตามมาตรา 43/6 ซึ่งจากคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศที่พิจารณาถึงการแจ้งไปยังผู้ให้บริการเพื่อลบข้อมูลอันเป็นเท็จ หรือไม่ชอบธรรมนั้น ก็จะมีปรากฏให้เห็นว่าศาลได้ใช้หลักการพิจารณาในเรื่องความเชื่อโดยสุจริตของผู้แจ้งหรือเจ้าของลิขสิทธิ์ประกอบด้วยทุกคดีไป รวมถึงหลักสัดส่วนต่อความผิดดังกล่าวด้วย

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากข้อสรุปที่กล่าวมาข้างต้นและแนวทางในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับหลักในการพิจารณาความเสียหายจากการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ (The Notice and Takedown Measure) ผู้เขียนเห็นว่าพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่บังคับในเรื่องความเสียหายจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวที่ใช้อยู่ในปัจจุบันยังมีความไม่ชัดเจนในดับทอนนำปัญหามาสู่ในทางปฏิบัติ เพราะปัจจุบันมีการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และเทคโนโลยีต่างไปจากเดิมมาก ซึ่งผู้เสียหายต้องเสียค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เพื่อการบังคับใช้สิทธิดังกล่าวนี้ การที่กฎหมายไม่มีหลักที่กำหนดเป็นแนวทางที่แน่นอน โดยไม่ได้มีการจำแนกลักษณะของความเสียหายที่ควรได้รับ หรือแสดงตัวอย่างในการบังคับสิทธิที่ผู้เสียหายจะสามารถมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายลักษณะใดหรือประเภท

² USLegal, **Chilling Effect** [Online], n.d. Available from <https://citly.me/pjCPb>.

³ Lenz v. Universal Music Corp., 801 F.3d 1126, 115 U.S.P.Q.2d 1965 (9th Cir. 2015).

ไต่ถามที่ศาลจะพิจารณาอนุญาต ทำให้เป็นปัญหาต่อผู้เสียหายในการนำสืบหรือภาระการพิสูจน์ในมูลค่าความเสียหายของประเภทต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ผู้เสียหายจึงมีอาจทราบได้ว่าตนจะต้องพิสูจน์มากน้อยเพียงใดจึงจะเป็นที่พอใจแก่ศาล

ดังนั้น ในส่วนของข้อเสนอแนะ ผู้เขียนจึงขอเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมในข้อกฎหมายหรือให้มีการกำหนดไว้ในข้อบังคับ เพื่อเป็นแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวอันเป็นผลจากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาเพื่อเป็นการเพิ่มทางเลือกในการพิจารณาและเป็นการช่วยเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ใช้บริการมากขึ้นกว่าเดิมในการสร้างความสมดุลในการใช้มาตรการดังกล่าวให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ดังนี้

5.2.1 ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ใช้สิทธิตามมาตรา 43/6 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง โดยไม่สุจริต กล่าวคือ เจ้าของลิขสิทธิ์มิได้มีหลักฐานอันควรเชื่อว่าจะมีการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการตามมาตรา 43/4 หรือมาตรา 43/5 โดยเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้คำนึงถึงบทบัญญัติในส่วนที่ 6 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ อันเป็นเหตุให้ผู้ให้บริการเข้าใจผิดหรือผู้ใช้บริการได้รับความเสียหายจากกระทำของเจ้าของลิขสิทธิ์ดังกล่าว เจ้าของลิขสิทธิ์ก็ควรต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้นต่อผู้ใช้บริการ ซึ่งค่าเสียหายในกรณีนี้ควรนำบทบัญญัติมาตรา 64 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาใช้บังคับโดยอนุโลม⁴ โดยผู้เขียนขอเสนอแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 43/6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ไว้ในวรรคหก และวรรคเจ็ด ดังนี้

“ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์มิได้มีหลักฐานอันควรเชื่อว่าจะมีการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการตามมาตรา 43/4 หรือมาตรา 43/5 และเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้คำนึงถึงบทบัญญัติในส่วนที่ 6 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นเหตุให้ผู้ให้บริการได้รับความเสียหาย ศาลมีอำนาจสั่งให้เจ้าของลิขสิทธิ์ชดเชยค่าเสียหายตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ

ในกรณีที่ปรากฏหลักฐานชัดเจนว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มิได้มีหลักฐานอันควรเชื่อว่าจะมีการละเมิดลิขสิทธิ์ และเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้คำนึงถึงบทบัญญัติในส่วนที่ 6 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยจงใจหรือมีเจตนาเป็นเหตุให้สาธารณชนไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลได้ ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้เจ้าของลิขสิทธิ์จ่ายค่าเสียหายเพิ่มขึ้นไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายตามวรรคหก”

⁴ มาตรา 64 ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดชดเชยค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงด้วย

ในกรณีที่ปรากฏหลักฐานชัดเจนว่าการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นการกระทำโดยจงใจหรือมีเจตนาเป็นเหตุให้งานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงสามารถเข้าถึงโดยสาธารณชนได้อย่างแพร่หลาย ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าเสียหายเพิ่มขึ้นไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายตามวรรคหนึ่ง.

5.2.2 ในกรณีลักษณะของความเสียหายในมาตรา 43/8 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ผู้เขียนเห็นว่า ในคำว่า “ค่าเสียหายใด ๆ” ที่เกิดขึ้นจากการแจ้งหรือการโต้แย้งอันเป็นเท็จนั้น เป็นการบัญญัติคำให้ศาลเพื่อใช้ตีความไว้อย่างกว้าง ๆ ไม่ได้มีการกำหนดถึงประเภทของค่าเสียหายไว้ว่ามีประเภทใดบ้าง ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรที่จะต้องได้รับการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของคุณลักษณะของความเสียหายให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น อีกทั้ง การจะพิจารณาว่าผู้ใดแจ้งหรือโต้แย้งไปยังผู้ให้บริการ โดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นเท็จเป็นอติวิสัยภายใต้สภาวะจิตใจของผู้นั้น ซึ่งทำให้ในทางปฏิบัติทำได้ค่อนข้างยาก และเป็นปัญหาแก่การพิจารณา ทั้งนี้ เพื่อเป็นแนวทางให้ผู้เสียหายในการยื่นคำร้องเพื่อเรียกร้องความสูญเสียที่ตนอาจได้รับ และศาลในการพิจารณากำหนดค่าเสียหาย อันเกิดจากการใช้มาตรการดังกล่าวได้ถูกต้องและเหมาะสม เพราะค่าใช้จ่ายเหล่านี้ย่อมเป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการรักษาสีทธิของเจ้าของเนื้อหาหรือข้อมูลที่ถูกกลบไป โดยอาจเพิ่มเติมความในวรรคสองและวรรคสามของมาตรา 43/8 ในส่วนของการพิจารณาคำว่า ค่าเสียหายใด ๆ ดังนี้

“ศาลมีอำนาจสั่งให้บุคคลตามวรรคหนึ่งชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของข้อมูลหรือผู้ให้บริการตามที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งความสูญเสียประโยชน์ และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิ รวมถึงค่าทนายความตามสัญญาจ้างว่าความด้วย

ในกรณีที่ปรากฏหลักฐานชัดเจนว่าการแจ้งหรือโต้แย้งไปยังผู้ให้บริการเป็นการกระทำโดยจงใจ หรือมีเจตนาเป็นเหตุให้สาธารณชนไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลหรือผู้ให้บริการเข้าใจผิด ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้แจ้งหรือโต้แย้งนั้นจ่ายค่าเสียหายเพิ่มขึ้นไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายตามวรรคสอง”

5.2.3 ระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดในบทบัญญัติตามความในมาตรา 43/7 วรรคสอง และวรรคสาม ให้นำข้อมูลหรือเนื้อหาที่ผู้ใช้บริการได้มีการโต้แย้ง (Counter Notice) ดังกล่าว กลับคืนหรือยุติระงับการเข้าถึงเป็นระยะเวลาที่ค่อนข้างนานเกินไป เพื่อเป็นการลดช่องว่างหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นในการใช้มาตรการดังกล่าวไปในทางไม่ชอบนั้น ควรแก้ไขระยะเวลาตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 43/7 วรรคสองและวรรคสาม ดังนี้

“เมื่อผู้ให้บริการได้รับคำโต้แย้งที่มีรายละเอียดครบถ้วนตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้ให้บริการส่งสำเนาคำโต้แย้งไปยังเจ้าของลิขสิทธิ์โดยเร็ว พร้อมแจ้งว่าจะนำข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือ จุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นกลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวเมื่อพ้นกำหนดสิบวันทำการนับแต่วันที่ผู้ให้บริการได้รับคำโต้แย้ง

เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามวรรคสอง ให้ผู้ให้บริการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นกลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์

ดังกล่าวภายในสี่วันทำการ เว้นแต่ผู้ให้บริการได้รับแจ้งพร้อมหลักฐานจากเจ้าของลิขสิทธิ์ว่าได้ยื่นคำฟ้องเพื่อดำเนินคดีต่อผู้ให้บริการ”

5.2.4 ภายใต้การได้รับยกเว้นความรับผิดของมาตรา 43/1 ในประเภทผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 43/4 และประเภทผู้ให้บริการสืบค้นแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม มาตรา 43/5 นั้น ควรกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ให้บริการประเภทดังกล่าวมีหนังสือยืนยันการแจ้งไปยังเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้แจ้งเตือน (Notice) หรือผู้โต้แย้ง (takedown) ให้ทราบด้วยว่ากระบวนการแจ้งนี้อยู่ภายใต้การรับผิดชอบในการแจ้งเท็จตามมาตรา 43/8 เพื่อเป็นการป้องกันการบิดเบือนข้อมูลก่อนแจ้งควรแก้ไขเพิ่มเติมข้อความ ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ตามมาตรา 43/4 และมาตรา 43/5 ไว้ในอนุมาตรา (4) ทั้งสองมาตราดังกล่าว ดังนี้

“(4) ให้ผู้ให้บริการแจ้งไปยังเจ้าของลิขสิทธิ์ว่า หากการแจ้งเตือนหรือโต้แย้งเป็นเหตุให้ผู้ให้บริการเข้าใจผิด โดยนำข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากหรือนำกลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ หรือระงับหรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าว ผู้แจ้งเตือนหรือโต้แย้งจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการแจ้งหรือการโต้แย้งอันเป็นเช่นนั้น”

อย่างไรก็ดี ความเห็นของผู้เขียนดังกล่าวไม่ได้เป็นข้อสรุป เป็นแต่เพียงการยกตัวอย่างเพื่อหาแนวทางในการแก้ไขปัญหา โดยได้นำแนวทางของทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษมาเปรียบเทียบให้เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทย ซึ่งจะทำให้การใช้มาตรการทางเทคโนโลยีในการระงับเนื้อที่ละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทยมีประสิทธิภาพในการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ อีกทั้งยังให้ความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายด้วย

บรรณานุกรม

- จิระประภา มากลิ่น. (2543). *ความรู้เบื้องต้นด้านทรัพย์สินทางปัญญา*. พิษณุโลก: มหาวิทยาลัยนเรศวร.
- ตรีวิดา เฟื่องฟู. (2543). ความรับผิดชอบของบุคคลภายนอกนอกเหนือจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ โดยตรงในสหรัฐอเมริกา. *วารสารวิชาการ*, 85-95.
- ธัชชัย ศุภผลศิริ. (2544). *คำอธิบายลิขสิทธิ์*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์. (2558). หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของ เยอรมันและฝรั่งเศส. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 1(2), 40.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 1*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ปริญญา ตีผดุง. (2563). *หลักกฎหมายลิขสิทธิ์และบทวิเคราะห์*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- พิทยา จินาวัฒน์. (ม.ป.ป.). *สรุปเนื้อหาบทความที่เกี่ยวกับหลักการลงโทษที่ได้สัดส่วน*. กรุงเทพฯ: สำนักกิจการในพระดำริพระเจ้าหลานเธอ พระองค์เจ้าพัชรกิติยาภา.
- พิทยา ไชยมหาพฤกษ์. (ม.ป.ป.). *มาตรการแจ้งเตือนและเอาออก: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายลิขสิทธิ์ ของประเทศไทยกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสิงคโปร์*. สืบค้นจาก <https://so01.tci-thaijo.org>.
- พิทวัส สุนทรพันธุ์ และณัฐพงศ์ สุวรรณอินทร์. (2563). การล่อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์กับกฎหมาย ลิขสิทธิ์ไทย: กรณีศึกษาปัญหาการตีความว่าด้วยการใช้งานที่เป็นธรรม. *วารสารรามคำแหง สาขานิติศาสตร์*, 9(2), 14.
- วรพจน์ วงศ์กิจรุ่งเรือง และสฤณี อาชวานันทกุล. (ม.ป.ป.). *การละเมิดทางกฎหมายของตัวกลาง: ปกป้องพื้นที่อินเทอร์เน็ตเพื่อส่งเสริมการแสดงออกและสร้างสรรค์นวัตกรรม*. สืบค้นจาก <https://thainetizen.org>.
- วัส ดิงสมิตร. (2546). *ลิขสิทธิ์ ด้วบทพร้อมข้อสังเกตเรียงมาตราและคำพิพากษาศาลฎีกา*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- วุฒิชัย จิตจานุ. (2549). การบังคับใช้หลักการสัดส่วน (Principle of Proportionality) ในการคุ้มครอง สิทธิปัจเจกบุคคล. *วารสารรัฐธรรมนูญ*, 8(22), 41.
- ศักดิ์ดา ธนิตกุล. (2560). การนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษตามกฎหมายต่างประเทศบังคับใช้กับคดี ละเมิดตามกฎหมายไทย มุมสะท้อนความคิดนิติบัญญัติ: Legal reflection. *จุลนิติ*, 14(1).
- สมยศ เชื้อไทย. (2535). *คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์.
- โสภณ รัตนการ. (2553). *คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป*. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

- สำนักงานต่างประเทศ. (ม.ป.ป.). *กฎหมายลิขสิทธิ์ในสหรัฐอเมริกา 2 ยุค*. สืบค้นจาก <https://oia.coj.go.th>.
- สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. (2558). *รัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.
- หยุด แสงอุทัย. (2545). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพฯ: ประกายพริก.
- เอกรินทร์ วิริโย. (2557). มาตรการแจ้งเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต: ศึกษาการตรวจสอบการแจ้งตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา. *วารสารนักบริหาร*, 34(2). สืบค้นจาก <https://so01.tci-thaijo.org/index.php/executivejournal/article/view/81181>.
- อรพรรณ พันสพัฒนา. (2544). *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- Alex, H. M. (2019). *YouTube user fights unfair takedown campaign from UFC*. Retrieved from <https://www.eff.org/press/releases/youtube-user-fights-unfair-takedown-campaign-ufc>.
- Christian, A., Chris, M., & Chester, Y. (2004). *How 'liberty' disappeared from cyberspace: The mystery shopper tests internet content self-regulation*. Retrieved from <http://pcmlp.socleg.ox.ac.uk/sites/pcmlp.socleg.ox.ac.uk/files/liberty.pdf>.
- Coudert, F., & Werkers, E. (2010). In the aftermath of the promusicae case: How to strike the balance? *International Journal of Law and Information Technology*. Retrieved from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1548287.
- Dan, B. D., (1973). *Remedies: Damages-equity-restitution*. Minnesota: West.
- Donald, S. C., & Michael, A. J. (2011). *Understanding of intellectual property law*. New York: Matthew Bender & Co.
- Ford, P. (2014). Freedom of expression through technological networks: Accessing the internet as a fundamental human right. *Wisconsin International Law Journal*, 32(1), 142-170.
- Hartmann, I. A. (2013). A right to free internet: On internet access and social rights. *Journal of High Technology Law XIII*, 2, 297-429.
- iLaw. (2560). เปรียบเทียบกฎหมายการแจ้งให้ลบเนื้อหา อเมริกาใช้เรื่องละเมิดลิขสิทธิ์ ไทยเน้นใช้เรื่องความมั่นคง. สืบค้นจาก <https://ilaw.or.th/node/4662>.
- Kevin, G., Jonathan, R., & Gillian, D. (n.d.). *Copinger and Skone James on copyright*. London: Sweet & Maxwell.
- Lionel, B., & Brad, S. (n.d.). *Intellectual property law*. N.P.: Oxford University Press.

- Marshall, L. (1995). *Understanding copyright law*. New York: Matthew Bender & Co.
- 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. *35 Santa Clara High Tech. L. J.*, 1, 20. Retrieved from <https://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol35/iss2/4>.
- Mostert, F. W., & Schwimmer, M. B., (2011). Notice and takedown for trademarks. *Trademark Rep.*, 101, 249.
- Onisor, A. C. (2016). Fighting online copyright infringements: A neutral role of internet access providers. *Revista Romana de Drept al Afacerilor*.
- Pablo, A. B. (2002). *Liability of intermediary service providers in the EU directive on electronic commerce*. Retrieved from <https://digitalcommons.law.scu.edu>.
- Richard, W. (2000). *Copyright and economics and theory: Friend or foes?* Cheltenham: Edward Elgar.
- Takis, T. (2008). The general principles of EU law. *International & Comparative Quarterly*, 57(2).
- Urban, J., & Quilter, L. (2006). Efficient process or 'chilling effects'? Takedown notices under section 512 of the digital millennium copyright act. *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal*, 22, 621.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล	นางสาวธิดาวลัย นวลศรี
อีเมล	tidawan.n@gmail.com
ประวัติการศึกษา	ปี 2561 เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 71 ปี 2559 หลักสูตรฝึกอบรมวิชาว่าความ สำนักฝึกอบรมวิชา ว่าความแห่งสหภาพนายความ รุ่นที่ 45 ปี 2558 ปริญญานิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

