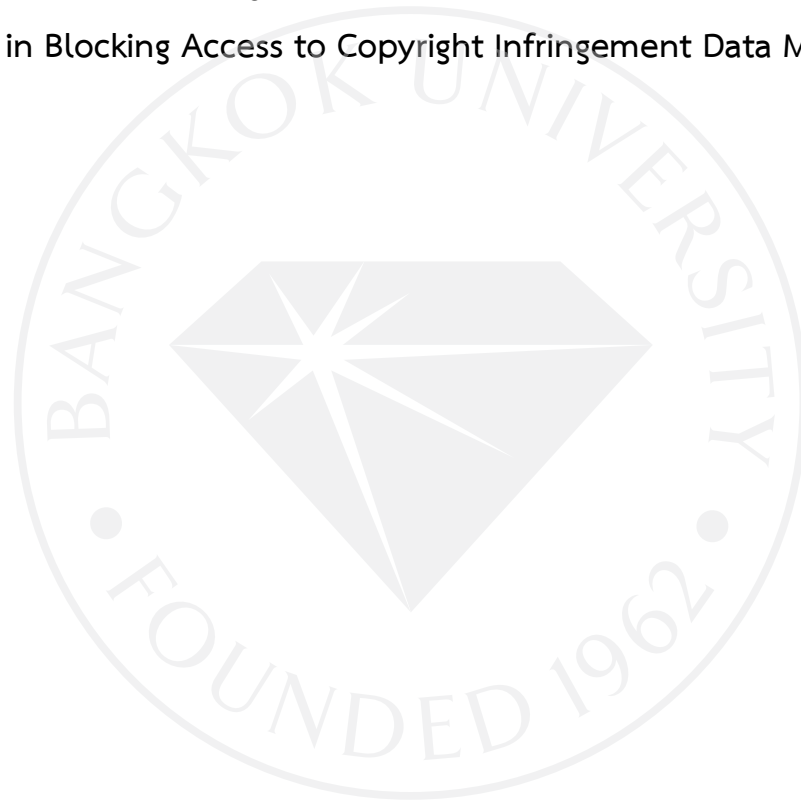


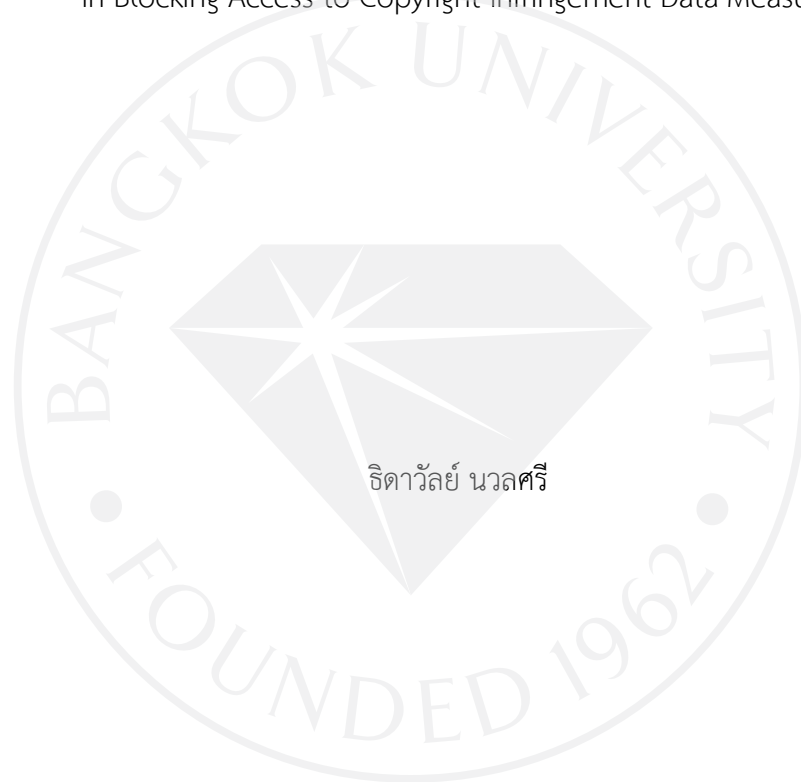
ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้คุ้มครองสิทธิ: หลักในการพิจารณา
ความเสียหายจากการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์

Problems in Technological Protection Measure: Assessment of Damages
in Blocking Access to Copyright Infringement Data Measure



ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้คุ้มครองสิทธิ: หลักในการพิจารณา
ความเสียหายจากการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์

Problems in Technological Protection Measure: Assessment of Damages
in Blocking Access to Copyright Infringement Data Measure



การค้นคว้าอิสระเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเทคโนโลยีสารสนเทศ
มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
ปีการศึกษา 2564
ลิขสิทธิ์เป็นของมหาวิทยาลัยกรุงเทพ

บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
อนุมัติให้การค้นคว้าอิสระเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเทคโนโลยีสารสนเทศ

เรื่อง ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้คุ้มครองสิทธิ: หลักในการพิจารณาความเสียหาย
จากการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์

ผู้วิจัย อิตาวัลย์ นวลศรี

ได้พิจารณาเห็นชอบโดย

อาจารย์ที่ปรึกษา

ดร.วรรณวิภา พัวศิริ

อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม

อาจารย์ปริญญา ดีผดุง

ผู้เชี่ยวชาญ

ดร.อรณิชา สวัสดิ์ชัย

ธิดาวลัย นวลศรี. ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเทคโนโลยีสารสนเทศ), ตุลาคม 2565, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยกรุงเทพ.

ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้คุ้มครองสิทธิ: หลักในการพิจารณาความเสียหายจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ (101 หน้า)

อาจารย์ที่ปรึกษา: ดร.วรรณวิภา พัวศิริ

บทคัดย่อ

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 พ.ศ. 2565 ได้กำหนดเรื่อง มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นการกีดกันการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ตโดยเจ้าของลิขสิทธิ์แจ้งไปยังผู้ให้บริการเพื่อนำเนื้อหาที่ออก สารนิพนธ์ฉบับนี้ จึงศึกษาถึงความเสียหายของผู้ให้บริการจากการใช้มาตรการดังกล่าว โดยศึกษาเปรียบเทียบบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา และอังกฤษ รวมถึงคำวินิจฉัยของศาลในคดีที่เกี่ยวข้อง พร้อมทั้งเสนอแนวทางในการลดความเสียหายและชดเชยความเสียหายที่เหมาะสมและเป็นธรรมเพื่อนำมาเป็นแนวทางในการวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของประเทศไทย

จากการศึกษาพบว่า เจ้าของลิขสิทธิ์มีแนวโน้มในการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ไปในทางที่มีขอบ โดยในมาตรา 43/6 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ที่กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องมีหลักฐานอันควรเชื่อ และคำนึงถึงหลักข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ก่อนแจ้งไปยังผู้ให้บริการ ความเชื่อโดยสุจริตของเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นอติวิสัยซึ่งยากแก่การพิสูจน์ อีกทั้งระยะเวลาระหว่างดำเนินการส่งคำโต้แย้งที่พิจารณาเพื่อนำข้อมูลหรือเนื้อหาของผู้ให้บริการที่ถูกกลับไปกลับคืนเข้าสู่ระบบเป็นระยะเวลาที่ค่อนข้างนานอันอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ให้บริการได้ ซึ่งกฎหมายไม่มีหลักที่กำหนดลักษณะหรือประเภทความเสียหายที่จะเป็นแนวทางให้แก่ผู้เสียหายในการเรียกร้องความสูญเสียที่ตนอาจได้รับ ทำให้เป็นปัญหาต่อผู้เสียหายในการนำสืบในมูลค่าความเสียหายของประเภทต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ผู้เสียหายจึงมีอาจทราบได้ว่าตนจะต้องพิสูจน์มากน้อยเพียงใดจึงจะเป็นที่พอใจแก่ศาล

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องลักษณะหรือประเภทของค่าเสียหายที่ผู้เสียหายอาจมีสิทธิได้รับให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น และระยะเวลาในการพิจารณาข้อมูลกลับคืนหรือยุติระงับการเข้าถึงควรแก้ไขระยะเวลาดังกล่าวให้สั้นลง เพื่อเป็นการลดช่องว่างของความเสียหายอันเกิดขึ้นจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทย

คำสำคัญ: มาตรการทางเทคโนโลยี, หลักฐานอันควรเชื่อ, ความเสียหาย

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

Problems in Technological Protection Measure: Assessment of Damages in Blocking
Access to Copyright Infringement Data Measure (101 pp.)

Advisor: Wanwipar Puasiri, Ph.D.

ABSTRACT

The Copyright Act B.E. 2537 has been amended by the Copyright Act (No.5) B.E. 2565 regarding technological measures used to block access to infringing data. The moderation of infringing data on the Internet is done by a copyright owner by notifying a service provider to remove the data. Hence, this independent study herein studies damages caused to service users from the use of such measures. By comparing the provisions of the copyright laws of the United States and England, including the court decisions in relevant cases. Along with proposing ways to reduce damages and compensate for damages that are appropriate and fair to be used as a guideline for provisions under the Copyright Act of Thailand.

The study has found that the copyright owner has a tendency to use such measures in an unjust manner. Section 43/6 of Thai Copyright Act prescribes that the copyright owner must have convincing evidence and take into consideration the principle of exceptions to copyright infringement prior to notifying the service provider. The copyright owner's good faith belief is a subjective that is difficult to determine. Furthermore, the periods during the process of submitting a countermeasure to restore the deleted data of the service user back into the system for a relatively long time, which may cause damages to the user. Whereas the principle that determines the nature or type of damages that shall be used as a guide for the injured to claim the loss that they may suffer is not prescribed by the law causing problems to the injured in determining the value of various types of related damages. The injured does not know how much to prove damages in order to meet the court's satisfaction.

Therefore, the author suggests that an amendment shall be made to clarify the nature or type of damages that an injured may be entitled to receive. The consideration period regarding the restoration of data or suspension of access should also be shortened, in order to reduce the loophole of damages that occurs from the use of technological measures blocking access to copyright infringement data in Thailand.

Keywords: Technological Measures, Convincing Evidence, Damages



กิตติกรรมประกาศ

สารนิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จสมบูรณ์ได้ด้วยความช่วยเหลืออย่างยิ่งจากท่านอาจารย์ ดร.วรรณวิภา พัวศิริ อาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์ และท่านอาจารย์ปริญญา ตีผดุง ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์ร่วม โดยได้สละเวลาอันมีค่าในการให้คำปรึกษา และกรอบในการศึกษาค้นคว้า ตลอดจนได้ตรวจทานแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ ในสารนิพนธ์ให้แก่ผู้เขียน อันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อสารนิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูง

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณคณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพทุกท่านที่ได้ประสิทธิประสาทวิชาความรู้อันทรงคุณค่าให้แก่ผู้เขียน เพื่อนำวิชาความรู้นั้นไปต่อยอดและประยุกต์ใช้ในการทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

เหนือสิ่งอื่นใด ผู้เขียนขอขอบพระคุณบิดา มารดาของผู้เขียนที่คอยเลี้ยงดู สนับสนุน ให้กำลังใจแก่ผู้เขียนมาอย่างไม่เคยขาดตกบกพร่อง และขอบคุณเพื่อน พี่ น้อง ที่คอยสนับสนุนและให้กำลังใจมาโดยตลอดจนผู้เขียนก้าวข้ามผ่านอุปสรรคมาได้

ผู้เขียนจึงหวังเป็นอย่างยิ่งว่าสารนิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ในทางวิชาการให้แก่ผู้ที่ได้ศึกษาค้นคว้า หากสารนิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องหรือมีความผิดพลาดด้วยประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

ธิดาวลัย นวลศรี

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	ง
กิตติกรรมประกาศ	ฉ
สารบัญตาราง	ฅ
สารบัญภาพ	ญ
บทที่ 1 บทนำ	
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์การวิจัย	6
1.3 สมมติฐานการวิจัย	7
1.4 ขอบเขตการวิจัย	7
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	7
1.6 คำนิยามศัพท์เฉพาะ	8
บทที่ 2 หลักการทั่วไปเกี่ยวกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์กับการพิจารณาความเสียหายจาก มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์	
2.1 หลักการทั่วไปเกี่ยวกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย	10
2.1.1 ลักษณะของสิทธิในลิขสิทธิ์	10
2.1.2 องค์ประกอบของงานอันมีลิขสิทธิ์	11
2.1.3 การเป็นเจ้าของในลิขสิทธิ์	14
2.1.4 การละเมิดลิขสิทธิ์	17
2.1.5 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์	19
2.2 ความเป็นมาและลักษณะของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูล อันละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทย	23
2.2.1 ความเป็นมาของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูล อันละเมิดลิขสิทธิ์	23
2.2.2 ลักษณะของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูล อันละเมิดลิขสิทธิ์	27
2.3 หลักทั่วไปในการพิจารณาความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางเทคโนโลยี ที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์	30

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 2 (ต่อ) หลักการทั่วไปเกี่ยวกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์กับการพิจารณาความเสียหายจากมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์	
2.3.1 ความหมายและลักษณะทั่วไปเกี่ยวกับความเสียหาย	30
2.3.2 ความเสียหายจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์	34
2.4 แนวคิดหลักความได้สัดส่วนต่อมาตรการทางเทคโนโลยีในการระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์	38
บทที่ 3 กฎหมายเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ในเรื่องการตรวจสอบการละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์ก่อนแจ้งไปยังผู้ให้บริการ และการพิจารณาความเสียหายจากมาตรการดังกล่าวภายใต้กฎหมายต่างประเทศ	
3.1 มาตรการทางเทคโนโลยีในเรื่องการระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์	45
3.1.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา (The Notice and Takedown)	45
3.1.2 ประเทศสหราชอาณาจักร-อังกฤษ (The Site-Blocking)	48
3.1.3 หลักการและแนวทางในการพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้อง	52
3.2 การพิจารณาความเสียหายจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีในเรื่องการระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์	56
3.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา	56
3.2.2 ประเทศสหราชอาณาจักร-อังกฤษ	57
3.2.3 แนวทางในการใช้และการพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้อง	59
บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาในการตรวจสอบการละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์ก่อนแจ้งไปยังผู้ให้บริการและความเสียหายจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทย	
4.1 ปัญหาในการตรวจสอบการละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์ก่อนแจ้งไปยังผู้ให้บริการบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์	67
4.1.1 หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีในเรื่องการระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์	68
4.1.2 ปัญหาและแนวทางการบังคับใช้กฎหมาย	70

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

บทที่ 4 (ต่อ) วิเคราะห์ปัญหาในการตรวจสอบการละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์ก่อนแจ้งไปยังผู้ให้บริการและความเสียหายจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทย	
4.2 ปัญหาการพิจารณาความเสียหายจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์	78
4.2.1 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องความเสียหายจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์	79
4.2.2 ปัญหาและแนวทางการบังคับใช้กฎหมาย	80
4.3 การเปรียบเทียบองค์ประกอบของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ และความเสียหายอันเกิดจากมาตรการดังกล่าวแต่ละประเทศ	89
บทที่ 5 บทสรุป และข้อเสนอแนะ	
5.1 บทสรุป	90
5.2 ข้อเสนอแนะ	94
บรรณานุกรม	98
ประวัติผู้เขียน	101

สารบัญตาราง

ตารางที่ 4.1: ตารางเปรียบเทียบองค์ประกอบของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับ การเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ และความเสียหายอันเกิดจากมาตรการ ดังกล่าวในแต่ละประเทศ	หน้า 89
--	------------



สารบัญภาพ

ภาพที่ 3.1: ตัวอย่างภาพแผนภูมิแสดงสถิติการใช้มาตรการแจ้งให้ทราบและนำออก (The Notice and Takedown)	หน้า 61
--	------------



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เนื่องจากความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีในยุคดิจิทัลเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ทำให้การเผยแพร่ข้อมูลและความรู้ต่าง ๆ เป็นไปอย่างรวดเร็ว สะดวก และง่ายดาย แต่ในขณะเดียวกันความเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีก็มีผลกระทบต่อกฎหมายลิขสิทธิ์ เมื่อมีการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยี การกระทำความผิดต่าง ๆ ก็ได้ปรับเปลี่ยนรูปแบบตามความก้าวหน้าของเทคโนโลยี ผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์จึงได้มีการเปลี่ยนรูปแบบในการสร้างสรรค์งานโดยนำเอาเทคโนโลยีมาช่วยในการสร้างสรรค์ การละเมิดลิขสิทธิ์ในปัจจุบันส่วนใหญ่จึงได้เกิดขึ้นผ่านช่องทางการสื่อสารทางด้านเทคโนโลยีที่เรียกว่า “อินเทอร์เน็ต” เมื่อเทคโนโลยีมีการพัฒนามากขึ้นก็ย่อมส่งผลให้มีการทำซ้ำ คัดลอก ดัดแปลง หรือนำไปแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบได้โดยง่าย เช่น การดาวน์โหลด หรืออัปโหลดผลงานเพลง ภาพยนตร์ หรือคลิปวิดีโอ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในยุคที่เทคโนโลยีได้พัฒนาไปอย่างรวดเร็ว ได้มีการลักลอบรับส่งสัญญาณถ่ายทอดไฟล์ทั้งภาพและเสียงผ่านระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ด้วยการใช้เทคโนโลยีที่ได้เผยแพร่โดยถูกลิขสิทธิ์ในลักษณะสตรีมมิง (Streaming) ไม่ว่าจะเป็นบนเว็บไซต์ หรือแอปพลิเคชัน (Application) อย่างเช่น Netflix, Viu, Wetv เป็นต้น ซึ่งได้ถูกนำเนื้อหาไม่ว่าจะเป็นภาพยนตร์ ซีรีส์ และการถ่ายทอดสดต่างๆ มาจัดทำเป็นเว็บไซต์ผิดกฎหมายเพื่อเผยแพร่งานอันละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว ทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์สามารถกระทำได้ง่ายและแพร่ออกไปได้อย่างรวดเร็ว ประกอบกับการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ตก็มีแนวโน้มเพิ่มมากขึ้นด้วย

การละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ตเป็นปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นและสร้างความเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นอย่างมาก ประเทศต่าง ๆ จึงได้พยายามกำหนดมาตรการเพื่อแก้ไขปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีความก้าวหน้าทางด้านกฎหมายลิขสิทธิ์เป็นอย่างมาก ในปี ค.ศ. 1998 รัฐบาลได้ออกกฎหมายลิขสิทธิ์แห่งสหัสวรรษดิจิทัล (Digital Millennium Copyright Act: DMCA) โดยระบุข้อจำกัดความรับผิด รายละเอียดขั้นตอนการแจ้งเตือน และลักษณะของข้อมูลที่จะต้องระบุในคำร้องอยู่ใน Section 512 (c) (Elements of Notification) เป็นระบบที่หาจุดกึ่งกลางสำหรับเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต เรื่องการปกป้องลิขสิทธิ์ของผลงานต่าง ๆ จากการถูกขโมย และความรับผิดของตัวกลาง ระบบนี้เรียกว่า “หลักข้อจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการ” (Safe Harbor)¹ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์ให้ทันสมัย

¹ iLaw, เปรียบเทียบกฎหมายการแจ้งให้ลบเนื้อหาอเมริกาใช้เรื่องละเมิดลิขสิทธิ์ ไทยเน้นใช้เรื่องความมั่นคง [Online], 2560. แหล่งที่มา <https://ilaw.or.th/node/4662>.

สอดคล้องกับการพัฒนาเทคโนโลยีด้านอินเทอร์เน็ต จึงได้เกิดแนวคิดให้มีมาตรการเพื่อแก้ไขปัญหา ลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ที่เรียกว่า “มาตรการในการแจ้งเตือนและนำออก (Notice and Takedown)” เป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Service Provider) ที่ต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้แจ้ง เตือนผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทราบเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตได้โดยตรง (Notice) และเมื่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้รับการแจ้งเตือนดังกล่าวแล้วจะต้องนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ ที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์หรือเครือข่ายของตน (Takedown) เพื่อทำให้ สาธารณชนไม่สามารถเข้าถึงสิ่งดังกล่าวได้อย่างทันท่วงที โดยไม่ต้องยื่นคำร้องขอศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่ง อีกเป็นการยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์ได้อย่างรวดเร็วตามยุคสมัยมากขึ้น และมีการกำหนดให้ผู้ให้บริการ ซึ่งถูกกล่าวอ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์สามารถโต้แย้งการดำเนินงานออกจากระบบได้ หากเห็นว่างานที่ตนนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์หรือเครือข่ายของผู้ให้บริการไม่ใช่งานที่ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ซึ่งเป็นแนวคิด จากการทำเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ต้องการแก้ไขปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ และจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ไม่ ต้องการรับผิดชอบสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้อินเทอร์เน็ต

เมื่อมาพิจารณากฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยนั้น มาตรการนี้เพิ่งถูกนำมาบัญญัติไว้เพียง แค่บางส่วนในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยเมื่อปี พ.ศ. 2558 โดยผลของการตราพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยบัญญัติไว้ เพียงมาตราเดียว ได้แก่ มาตรา 32/3 ซึ่งเป็นการบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการนี้อย่างกว้างๆ เท่านั้น ไม่ได้ เป็นการนำเนื้อหาของมาตรการดังกล่าวมาอย่างสมบูรณ์ ต่อมาทางกรมทรัพย์สินทางปัญญาจึงได้ตรา กฎหมายพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 เพื่อกำหนดมาตรการดังกล่าวไว้ ให้เป็นรูปธรรมมากขึ้น อีกทั้ง เพื่อให้เป็นไปตามสนธิสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทาง ปัญญาโลก (WIPO Copyright Treaty: WCT) พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ดังกล่าวนี้ มีการนำมาตรการ แจ้งเตือนและนำออก หรือที่เรียกกันว่า “Notice and Takedown Measure” อันเป็นแนวทาง ปฏิบัติตามกฎหมายลิขสิทธิ์แห่งสหัสวรรษดิจิทัล (Digital Millennium Copyright Act: DMCA) ของสหรัฐอเมริกาไปปรับใช้² และได้บัญญัติเป็นข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการ (Internet Service Provider: ISP) ไว้ในส่วนที่ 7 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 รวมถึงได้มีการกำหนดค่านิยามที่มีความหมายอย่างกว้างเพื่อให้ครอบคลุมมากยิ่งขึ้น อย่างเช่น ค่านิยามเกี่ยวกับประเภทของ “ผู้ให้บริการ” และ “ผู้ให้บริการ” เป็นต้น

² พิทยา ไชยมหาพฤกษ์, มาตรการแจ้งเตือนและเอาออก: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายลิขสิทธิ์ของ ประเทศไทยกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสิงคโปร์ [Online], ม.ป.ป. แหล่งที่มา <https://so01.tci-thaijo.org>.

ดังนั้น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ในส่วนที่ 7 ข้อยกเว้น ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการ (มาตรา 43/1 - มาตรา 43/8) จะส่งผลให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถที่จะ แจ้งเตือนผู้ให้บริการได้โดยตรง โดยไม่จำเป็นต้องใช้สิทธิทางศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งระงับการละเมิด ลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ อันจะทำให้กระบวนการทางเทคโนโลยีของประเทศไทยดำเนินการ คู้มครองลิขสิทธิ์ไปได้ด้วยความรวดเร็วและแข็งแกร่ง ในทางกลับกัน แม้ว่ามาตรการแจ้งเตือนและนำ ออกจะเป็นประโยชน์ในการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์และเป็นการรักษาสมดุล ระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์กับผู้ให้บริการบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ แต่มาตรการดังกล่าวยังคง เป็นมาตรการที่ใหม่สำหรับประเทศไทยในขณะนี้ และยังมีแนวโน้มในการปฏิบัติอย่างชัดเจนใน การพิจารณาหรือตรวจสอบเกี่ยวกับความเสียหายจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้รับข้อมูล อันละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาเองก็ได้มีการวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับมาตรการดังกล่าว และมีการถกเถียงกันถึงประเด็นต่าง ๆ ในการบังคับใช้บ่อยครั้งพอสมควร

หากพิจารณาถึงลักษณะและวิธีการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้คุ้มครองสิทธิดังกล่าวนี้ จะเห็นว่าจะมีฝ่ายที่เข้ามาเกี่ยวข้องทั้งหมด 3 ฝ่าย อันได้แก่ เจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้แจ้งให้ลบเนื้อหา หรือข้อมูล ผู้ใช้บริการหรือเจ้าของข้อมูล และผู้ให้บริการ แต่มาตรการดังกล่าวในขั้นตอนการดำเนินการ ให้ลบออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูล (Notice) นั้น เป็นการดำเนินการระหว่างฝ่ายผู้แจ้งให้ลบ ข้อมูล และผู้ให้บริการเท่านั้น ซึ่งระหว่างขั้นตอนเหล่านี้ก็ย่อมสร้างความเสียหายแก่เจ้าของข้อมูลแล้ว ดังที่ได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ไปข้างต้น จึงเป็นระบบที่ให้ความสำคัญแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้แจ้ง ให้ลบข้อมูล และผู้ให้บริการ ผู้เขียนเห็นว่ามาตรการ Notice and Takedown ภายใต้ DMCA นี้ ได้ ถูกออกแบบและใช้งานตอนปี 1998 ซึ่งในช่วงนั้นโลกโซเชียลมีเดีย (Social Media) หรือสมาร์ทโฟน (Smart Phone) ยังไม่ถูกผลิตออกมา จึงมีแค่ผู้ให้บริการและผู้แจ้ง ก็ย่อมไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลที่สามมากนัก แต่ในยุคปัจจุบันนี้มีผู้ให้บริการ [User-Generated Content (UGC)] มาเกี่ยวข้องบนโลกออนไลน์ กล่าวคือ เป็นการสร้างเนื้อหาหรือคอนเทนต์ที่เกิดจากผู้ใช้หรือผู้บริโภค ขึ้นมาด้วยตัวเอง โดยการกล่าวถึงแบรนด์นั้น ๆ จึงเห็นว่ามาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวนี้ก็ควรให้ ความคุ้มครองบุคคลในกลุ่มผู้ให้บริการด้วย เพื่อทำให้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยสอดคล้องกับ สถานการณ์ปัจจุบันบนโลกออนไลน์ ซึ่งสภาพปัจจุบันความก้าวหน้าของเทคโนโลยีมีการพัฒนาอยู่ ตลอด อันส่งผลให้เกิดการกระทำผิดทางด้านเทคโนโลยีเพิ่มมากขึ้น จึงจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงแก้ไข กฎหมายได้ทันต่อพลวัตแห่งการเปลี่ยนแปลง ให้ทันสมัย มีประสิทธิภาพ และเกิดการสมดุลแก่ทุก ฝ่ายด้วย

โดยในประเด็นปัญหาที่จะต้องศึกษาในประการแรกนั้น พบว่า หลักเกณฑ์การพิจารณาความเสียหายจากการละเมิดก่อนแจ้งไปยังผู้ให้บริการ จะเป็นการแจ้งโดยชอบหรือไม่ เนื่องจากเจ้าของ ลิขสิทธิ์มีเพียงภาระการพิสูจน์ว่าตนได้มีหลักฐานอันควรเชื่อว่ามี การละเมิดลิขสิทธิ์ของตน ตาม

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 มาตรา 43/6 วรรคหนึ่งเท่านั้น ซึ่งจะต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบของกฎหมายหรือไม่อย่างไร ใช้มาตรฐานอะไรเป็นตัวกำหนด เนื่องจากบางเนื้อหาอาจมีเนื้อหาที่ค่อนข้างยาว และมีความซับซ้อนในการพิจารณา เมื่อไม่มีบทบัญญัติกำหนดไว้ ทำให้ไม่มีผลบังคับที่เป็นรูปธรรมที่ชัดเจนในการพิจารณา และมาตรการยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์ก็ไม่อาจบรรลุผลรวมถึงการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในประเทศไทยสิทธิในลิขสิทธิ์จะได้รับความคุ้มครองทันทีนับตั้งแต่วันที่ผู้สร้างสรรค์ได้ริเริ่มสร้างสรรค์ผลงานขึ้นมาโดยไม่ต้องจดทะเบียน ซึ่งเป็นปัญหาในการตรวจสอบว่าผู้ใดเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่แท้จริงในงานนั้นก่อน

ในการพิสูจน์ถึงหลักฐานอันควรเชื่อของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการกล่าวหาผู้ใช้บริการว่าได้มีการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 มาตรา 43/6 การจะพิสูจน์ความเชื่อโดยสุจริตมีมาตรฐานค่อนข้างต่ำและค่อนข้างยาก ประกอบกับการใช้มาตรการดังกล่าวไม่ต้องมีการฟ้องร้องในชั้นศาล เมื่อผู้ใช้บริการบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ได้นำสิ่งที่ผู้ใช้บริการได้เผยแพร่ไว้ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของตน หรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อทำให้สาธารณชนไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้แล้ว ก็อาจเป็นการก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ใช้บริการ และกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพได้³ แต่ขณะเดียวกัน เจ้าของลิขสิทธิ์กลับไม่ต้องรับผิดชอบใด ๆ ต่อผู้ใช้บริการ หากเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนเชื่อโดยสุจริตว่าผู้ใช้บริการคอมพิวเตอร์กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ของตน แม้เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นได้ตรวจสอบผิดพลาด หรือมีข้อมูลไม่เพียงพอก็ตาม

ดังนั้น เจ้าของลิขสิทธิ์อาจจะตรวจสอบ หรือพิจารณาผิดพลาดเกี่ยวกับการกระทำละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน หรืออาจไม่ได้ตรวจสอบเกี่ยวกับหลักฐานอันควรเชื่อว่าการละเมิดนั้นอย่างเพียงพอก่อนที่จะได้ทำการแจ้งไปยังผู้ใช้บริการคอมพิวเตอร์ และความเชื่อโดยสุจริตของเจ้าของลิขสิทธิ์มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าเจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องดำเนินการใดบ้างก่อนทำการแจ้งไปยังผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตหรือคอมพิวเตอร์ที่จะถือว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้เชื่อโดยสุจริตแล้ว และการพิสูจน์ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีหลักฐานอันควรเชื่อนั้น จะต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายใด กล่าวคือ เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องพิจารณาว่าการกระทำของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตเข้าข่ายการใช้ที่เป็นธรรมหรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อื่น ๆ เพื่อที่จะแสดงให้เห็นถึงความเชื่อโดยสุจริตของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่

³ เอกกรินทร์ วิริโย, “มาตรการแจ้งเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต: ศึกษากลไกการตรวจสอบการแจ้งตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา”, วารสารนักบริหาร 34, 2(กรกฎาคม-ธันวาคม 2557) [Online], 20 กันยายน 2564. แหล่งที่มา <https://so01.tci-thaijo.org>.

ปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่ง คือ เจ้าของลิขสิทธิ์จะมีแนวโน้มในการแจ้งลบข้อมูลที่กล่าวอ้างว่ามีการละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนโดยตรวจสอบอย่างไม่เป็นธรรม กล่าวคือ ไม่ได้มีการตรวจสอบถึงข้อมูลที่ถูกล่าหานั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์จริงหรือไม่ หรืออาจถูกนำไปใช้ในทางอื่นโดยมิชอบได้ อันจะเป็นการจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพของผู้ใช้บริการบนระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ อย่างเช่น หยุดการพิพากษ์วิจารณ์หรือแสดงความคิดเห็น ในเรื่องศาสนา นโยบาย และการเมือง หรือมาตรการแจ้งเตือนและนำออกอาจนำไปใช้อย่างไม่ชอบในเชิงธุรกิจ อันเป็นการกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตได้ เป็นต้น เนื่องจากมาตรการดังกล่าวทำให้ประชาชนไม่สามารถที่จะเข้าถึงข้อมูลบนคอมพิวเตอร์ที่ได้กล่าวอ้างว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์ได้อีก ซึ่งการเข้าถึงข้อมูลบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์นั้นเป็นสิทธิมนุษยชนทุกคนพึงได้รับอย่างหนึ่ง ประชาชนควรที่จะมีอิสระในการใช้งานดังกล่าว แม้ว่าจะมีการกำหนดสิทธิในการโต้แย้งเอาไว้ แต่ก็เป็นการโต้แย้งหลังจากที่ผู้ให้บริการได้นำข้อมูลออกจากระบบหรือเครือข่ายของตนแล้วตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 มาตรา 43/6 วรรคสาม และผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตสามารถพิจารณาเอาข้อมูลกลับคืน แต่กระบวนการระหว่างดำเนินการส่งคำโต้แย้งที่จะพิจารณาเพื่อนำข้อมูลหรือเนื้อหากลับคืนเข้าสู่ระบบหรือยุติการระงับการเข้าถึงนั้น ในช่วงระยะเวลาที่ข้อมูลหรือเนื้อหาของผู้ให้บริการหายไปแสดงให้เห็นถึงช่องว่างของกระบวนการที่เอื้อต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ไม่ได้มีเจตนาเพื่อป้องกันสิทธิในลิขสิทธิ์อันแท้จริง หรือทำให้บุคคลใด ๆ ใช้เป็นเครื่องมือในการจำกัดสิทธิ เสรีในการแสดงออกทั้งการแสดงความคิดเห็นในเรื่องต่าง ๆ รวมถึงใช้ประโยชน์ในการแข่งขันเชิงธุรกิจ อย่างเช่น ข้อมูลบางอย่างจะสำคัญต่อบางช่วงเวลาตามสถานการณ์บ้านเมืองเท่านั้น ถึงแม้ว่าข้อมูลจะถูกนำข้อมูลกลับคืนเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายได้หลังจากระยะเวลาหนึ่ง แต่ความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขได้ย่อมเป็นผลต่อชื่อเสียงของเจ้าของข้อมูลนั้น ๆ

จากปัญหาดังกล่าวจึงเห็นว่า การพิจารณาความเสียหายจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์โดยมีการแจ้งไปยังผู้ให้บริการโดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นเท็จ ตามมาตรา 43/8 นั้น เนื่องจากหลักในการพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการแจ้งที่ผู้ให้บริการได้รับ กฎหมายยังไม่มีหลักเกณฑ์การพิจารณาที่ชัดเจน เพียงแต่บัญญัติเพียงแค่ว่าให้รับผิดชอบต่อความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้น ซึ่งเป็นการบัญญัติไว้เพียงกว้าง ๆ เท่านั้น อันเป็นปัญหาเข้าสู่ในทางปฏิบัติ เพราะปัจจุบันมีการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และเทคโนโลยีต่างไปจากเดิมมาก ซึ่งผู้เสียหายต้องเสียค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เพื่อการบังคับใช้สิทธิดังกล่าวนี้ การที่กฎหมายไม่มีหลักที่กำหนดเป็นแนวทางที่แน่นอน โดยไม่ได้มีการจำแนกลักษณะของความเสียหายที่ควรได้รับ หรือแสดงตัวอย่างในการบังคับสิทธิที่ผู้เสียหายจะสามารถมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายลักษณะใดหรือประเภทใดบ้างที่ศาลจะพิจารณานุญาต ทำให้เป็นปัญหาต่อผู้เสียหายในการนำสืบหรือภาระการพิสูจน์ในมูลค่าความ

เสียหายของประเภทต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ผู้เสียหายจึงมีอาจทราบได้ว่าตนจะต้องพิสูจน์มากน้อยเพียงใดจึงจะเป็นที่พอใจแก่ศาล

ดังนั้น จะมีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นให้แก่ผู้ใช้บริการอันเป็นเจ้าของข้อมูลที่ถูกนำออกไปนั้นลักษณะใด หรือประเภทใดได้บ้าง ซึ่งหากผู้บริการอินเทอร์เน็ตได้นำสิ่งที่ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตได้เผยแพร่ไว้ออกจากระบบคอมพิวเตอร์เครือข่ายอินเทอร์เน็ตของตน หรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้สาธารณชนไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้แล้ว ก็อาจเป็นการก่อให้เกิดความเสียหาย ไม่เป็นธรรมแก่ผู้ใช้บริการ และกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพได้⁴ แต่ขณะเดียวกัน เจ้าของลิขสิทธิ์ก็กลับไม่ต้องรับผิดชอบใด ๆ ต่อผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ต หากเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนเชื่อโดยสุจริตว่าผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตหรือคอมพิวเตอร์กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ แม้เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นได้ตรวจสอบผิดพลาด หรือมีข้อมูลไม่เพียงพอก็ตาม ในการพิสูจน์ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีหลักฐานอันควรเชื่อว่ามี การละเมิดลิขสิทธิ์ของตนตามมาตรา 43/6 วรรคสาม

ด้วยเหตุนี้ จากสภาพปัญหาที่ได้กล่าวไปข้างต้น จึงมุ่งที่จะศึกษาเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีในการคุ้มครองสิทธิภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ถึงปัญหาและผลกระทบที่จะเกิดขึ้น โดยเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของต่างประเทศ ตลอดจนแนวคำวินิจฉัยของศาล เพื่อนำมาเสนอแนวทางให้มีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์การวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาหลักการเกี่ยวกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ในลักษณะทั่วไป และการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์

1.2.2 เพื่อศึกษามาตรการทางเทคโนโลยีในการคุ้มครองสิทธิ ในเรื่องการตรวจสอบการละเมิดของเจ้าของลิขสิทธิ์ก่อนแจ้งไปยังผู้ให้บริการ และความเสียหายจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 และกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา และอังกฤษ

1.2.3 เพื่อวิเคราะห์ปัญหาและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีในการคุ้มครองสิทธิ ในเรื่องการตรวจสอบการละเมิดของเจ้าของลิขสิทธิ์ก่อนแจ้งไปยังผู้ให้บริการ และความเสียหายจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565

1.2.4 เพื่อเป็นแนวทางที่เหมาะสมเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีในการคุ้มครองสิทธิ ในเรื่องเกี่ยวกับการตรวจสอบการละเมิดของเจ้าของลิขสิทธิ์ก่อนแจ้งไปยังผู้ให้บริการ และความเสียหาย

⁴ เรื่องเดียวกัน, 51.

จากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ในการลดความเสียหายและชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ใช้บริการซึ่งเป็นเจ้าของข้อมูลอย่างเป็นธรรม

1.3 สมมติฐานการวิจัย

การละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ตมีการพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว และสามารถกระทำได้โดยง่าย จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ขึ้นมาเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยนำมาตราการแจ้งเตือนและนำออก (The Notice and Takedown) ของประเทศสหรัฐอเมริกา มาปรับใช้ภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แต่หลักในการตรวจสอบก่อนแจ้งการละเมิดลิขสิทธิ์ไปยังผู้ให้บริการยังคงมีประเด็นปัญหาทางกฎหมายในการบังคับที่ยังไม่มีแนวทางที่แน่นอน และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใช้บริการอันเป็นเจ้าของข้อมูลได้ ซึ่งหลักในการพิสูจน์ความเสียหายอันเกิดขึ้นจากการแจ้งการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่ชอบภายใต้มาตรการทางเทคโนโลยีนั้น กฎหมายยังไม่มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่ชัดเจนจึงจำเป็นต้องศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกา และอังกฤษ เพื่อนำมาปรับปรุงและเสนอแนวทาง จะทำให้มาตรการดังกล่าวมีประสิทธิภาพ และเป็นธรรมแก่ผู้ใช้บริการ

1.4 ขอบเขตการวิจัย

สารนิพนธ์ฉบับนี้ จะใช้วิธีการศึกษาด้วยวิธีเชิงคุณภาพ โดยการศึกษาเอกสาร (Document Research) โดยการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลต่าง ๆ จากบทความ วารสาร จากฐานข้อมูลออนไลน์ ทั้งในประเทศและต่างประเทศเกี่ยวกับปัญหาของมาตรการทางเทคโนโลยีในการคุ้มครองสิทธิภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในเรื่องหลักในการตรวจสอบการละเมิดของเจ้าของลิขสิทธิ์ก่อนแจ้งไปยังผู้ให้บริการ และความเสียหายจากการใช้มาตรการดังกล่าว โดยจะศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายลิขสิทธิ์ในต่างประเทศ อันได้แก่ Digital Millennium Copyright Act 1998 (DMCA) ของประเทศสหรัฐอเมริกา และ Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA) ของประเทศอังกฤษ รวมถึงคำวินิจฉัยอันเป็นแนวทางบังคับใช้ของศาล เพื่อหาแนวทางในการปรับใช้มาตรการทางเทคโนโลยีให้มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรมกับผู้ใช้บริการ

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.5.1 ทำให้ทราบและเข้าใจถึงหลักการเกี่ยวกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ในลักษณะทั่วไป และการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์

1.5.2 ทำให้เข้าใจถึงมาตรการทางเทคโนโลยีในการคุ้มครองสิทธิ ในเรื่องการตรวจสอบการละเมิดของเจ้าของลิขสิทธิ์ก่อนแจ้งไปยังผู้ให้บริการ และความเสียหายจากการใช้มาตรการทาง

เทคโนโลยีภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 และกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา และอังกฤษ

1.5.3 ทำให้ทราบและเข้าใจถึงปัญหาและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีในการคุ้มครองสิทธิ ในเรื่องการตรวจสอบการละเมิดของเจ้าของลิขสิทธิ์ก่อนแจ้งไปยังผู้ให้บริการ และความเสียหายจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ได้อย่างถูกต้อง ชัดเจนยิ่งขึ้น

1.5.4 ทำให้ได้แนวทางที่เหมาะสมเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีในการคุ้มครองสิทธิ ในเรื่องการตรวจสอบการละเมิดของเจ้าของลิขสิทธิ์ก่อนแจ้งไปยังผู้ให้บริการ และความเสียหายจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ในการลดความเสียหายและลดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ให้บริการซึ่งเป็นเจ้าของข้อมูลเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองอย่างเป็นธรรมแก่ผู้ให้บริการ

1.6 นิยามศัพท์

“ผู้ให้บริการ” หมายความว่า ผู้ให้บริการเป็นสื่อกลางส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่นผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ และให้หมายความรวมถึงผู้ให้บริการเก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นการชั่วคราว ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ และผู้ให้บริการสืบค้นแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์ด้วย ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเองหรือบุคคลอื่น หรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

“ผู้ใช้บริการ” หมายความว่า ผู้ใช้บริการของผู้ให้บริการไม่ว่าต้องเสียค่าใช้บริการหรือไม่ก็ตาม⁵

“มาตรการทางเทคโนโลยี”⁶ หมายความว่า เทคโนโลยีที่ใช้คุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือสิทธิของนักแสดงตามพระราชบัญญัตินี้ หรือเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือสิ่งบันทึกการแสดง ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

“ระบบคอมพิวเตอร์”⁷ หมายความว่า อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ของคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมการทำงานเข้าด้วยกัน โดยได้มีการกำหนดคำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด และแนวทางปฏิบัติงานให้อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ทำหน้าที่ประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติ

⁵ บทนิยามคำว่า “ผู้ให้บริการ” และ “ผู้ใช้บริการ” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

⁶ บทนิยามคำว่า “มาตรการทางเทคโนโลยี” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

⁷ บทนิยามคำว่า “ระบบคอมพิวเตอร์” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยผลกระทบที่เกิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550.

“เครือข่ายอินเทอร์เน็ต”⁸ หมายความว่า เครือข่ายคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมต่อกันเป็นจำนวนมาก ครอบคลุมไปทั่วโลก โดยอาศัยโครงสร้างระบบสื่อสารโทรคมนาคมเป็นตัวกลางในการแลกเปลี่ยน ข้อมูล ผู้ใช้สามารถสืบค้นและแลกเปลี่ยนข้อมูลได้อย่างสะดวกและรวดเร็ว มีการประยุกต์ใช้งาน หลากหลายรูปแบบ



⁸ TechTarget Contributor, **Internet** [Online], n.d. Available from <https://citly.me/bYiIM>.

บทที่ 2

หลักการทั่วไปเกี่ยวกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์และหลักการพิจารณาความเสียหาย จากมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์

บทนี้จะเป็นการกล่าวถึงหลักการทั่วไปในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ลักษณะทั่วไปของงานอันมีลิขสิทธิ์ สิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ การกระทำและข้อยกเว้นของการละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ความเป็นมาและลักษณะของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทย จากนั้นจะศึกษาถึงหลักการพิจารณาความเสียหาย รวมถึงหลักความได้สัดส่วนต่อมาตรการดังกล่าว ซึ่งจุดมุ่งหมายที่สำคัญของบทที่ 2 คือ เพื่อให้เกิดความรู้ ความเข้าใจถึงการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ในลักษณะทั่วไป และมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้คุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ รวมถึงหลักในการพิจารณาความเสียหายอันเกิดจากการใช้มาตรการดังกล่าวที่สำคัญในเบื้องต้นก่อนที่จะได้ศึกษาอย่างลึกซึ้ง เพื่อให้เกิดความรู้ ความเข้าใจ และสะดวกต่อการศึกษาในบทต่อ ๆ ไป

2.1 หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย

2.1.1 ลักษณะของสิทธิในลิขสิทธิ์

กฎหมายได้กำหนดลักษณะมูลฐานที่สำคัญของสิทธิที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง โดยทั่วไปลิขสิทธิ์มีลักษณะมูลฐานสำคัญอยู่ 4 ประการด้วยกัน¹ ดังนี้

ก. เป็นสิทธิแต่ผู้เดียว (Exclusive Right)

เจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ทรงลิขสิทธิ์เป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว อีกทั้งมีสิทธิที่จะห้ามไม่ให้ผู้อื่นนอกจากตนเองมาละเมิดสิทธิของตนได้

ข. เป็นสิทธิที่มีมูลค่าและเป็นสิทธิในทางทรัพย์สิน

ในการสร้างสรรค์งานงานหนึ่งชิ้นมานั้น ย่อมที่จะมีต้นทุนในการผลิตรวมอยู่ด้วย ไม่ว่าจะเป็ต้นทุนที่เป็นตัวเงินหรือแรงงาน ดังนั้น ลิขสิทธิ์จึงมีต้นทุนทางเศรษฐกิจและมีมูลค่าในตัวเองอยู่แล้ว งานจะมีมูลค่าเท่าใดไม่ใช่ประเด็นที่ต้องพิจารณา

ค. เป็นสิทธิที่มีเวลาจำกัด

แม้ว่าลิขสิทธิ์จะเป็นสิ่งตอบแทนแก่ผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่สิทธิในงานสร้างสรรค์ก็มีอยู่เพียงช่วงระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น เนื่องจากต้องคำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณะประกอบด้วย

¹ วัศ ดิงสมิตร, ลิขสิทธิ์ ด้วบทพร้อมข้อสังเกตเรียงมาตราและคำพิพากษาศาลฎีกา, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2546).

จึงได้มีการวางแผนทางในเรื่องระยะเวลาเอาไว้ภายใต้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยได้มีการวางหลักแยกตามประเภทของงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้น อย่างเช่น ถ้าเป็นกรณีทั่วไป กฎหมายจะให้การคุ้มครองตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์ และกำหนดให้มีอยู่ต่อไปอีกเป็นเวลา 50 ปีนับแต่เวลาที่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย และหากเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทสิ่งบันทึกเสียงหรือ โสตทัศน์วัสดุจะได้รับการคุ้มครองเป็นเวลา 50 ปีนับตั้งแต่มีการโฆษณาเป็นครั้งแรก เป็นต้น

ง. เป็นสิทธิต่างหากจากกรรมสิทธิ์

เนื่องมาจากลิขสิทธิ์เป็นสิทธิเด็ดขาดในการหวงกันไม่ให้บุคคลอื่นมาใช้สิทธิที่มีเหนืองานอันมีลิขสิทธิ์ ผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เหนืองานดังกล่าวนั้นก็ได้อ ส่วนกรรมสิทธิ์นั้นเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งที่เป็นสิทธิที่เป็นทรัพย์สิน และติดกับตัวทรัพย์สินนั้นไปเสมอ เจ้าของกรรมสิทธิ์มีสิทธิต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อใช้สอย จำหน่าย ได้รับดอกผล หรือติดตามเอาคืน

2.1.2 องค์ประกอบของงานอันมีลิขสิทธิ์

การคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยได้กำหนดการคุ้มครองให้ผู้สร้างสรรค์งานมีสิทธิในงานลิขสิทธิ์ของตนได้ทันทีที่สร้างสรรค์ (Automatic System) โดยไม่ต้องไปจดทะเบียน การพิจารณาว่างานนั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือรูปแบบของผลงานนั้นจะลักษณะแบบไหนถึงจะถือว่าได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย การที่จะพิเคราะห์ว่างานสร้างสรรค์ใดเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยจะต้องพิจารณาองค์ประกอบสำคัญ 4 ประการ² ดังนี้

ก. เป็นการแสดงออกซึ่งความคิด

การแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea) เป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ซึ่งการที่จะสื่อสารกับผู้อื่นได้นั้นไม่ใช่แค่การสื่อสารทางความคิดเท่านั้น (Idea) ทั้งนี้ เพราะหลักกฎหมายทั่วไปจะถือว่าความสามารถของมนุษย์ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใด จะสามารถสื่อสารกับบุคคลอื่นได้ก็ต่อเมื่อต้องมีการแสดงออกมาให้บุคคลอื่นเห็น อีกทั้ง งานที่จะถือว่าได้รับความคุ้มครองนั้น ในบางประเทศกำหนดไว้ว่าผู้สร้างสรรค์ต้องใช้ความคิดริเริ่มด้วยตัวเอง ไม่ว่าจะเป็นการเขียนข้อความเพียงสั้น ๆ หรือวาดรูปต่าง ๆ ไม่ถือว่าเกิดจากความคิดริเริ่มของคนนั้นหรือไม่ถือว่ามีระดับของการสร้างสรรค์ จึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

กฎหมายลิขสิทธิ์เป็นกฎหมายที่ให้ความสำคัญกับการนำผลของความคิดแต่เพียงอย่างเดียว นั้นมาใช้และจะต้องแสดงออกมาโดยวิธีหรือรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งต่อบุคคลอื่น เนื่องจากกฎหมายจะไม่คุ้มครองความคิด (Idea) กล่าวคือ เฉพาะความคิดแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น ไม่อาจพิสูจน์หรือสื่อสารแก่บุคคลใด ๆ ให้เป็นรูปธรรมได้จนกว่าจะได้มีการแสดงออกหรือนำเสนอออกมาเป็นหลักการ

² รัชชัย ศุภผลศิริ, คำอธิบายลิขสิทธิ์, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 126.

นี่เป็นที่ยุติหรือเป็นการยอมรับโดยทั่วไปของกฎหมายลิขสิทธิ์โลก หลักดังกล่าวมีจุดมุ่งหมายเพื่อสนับสนุนให้มีการถ่ายทอดความคิดสู่สังคมและไม่ให้เกิดการผูกขาดทางความคิด เหตุผลอีกประการหนึ่ง ได้แก่หากให้ความคุ้มครองแก่ความคิดจะทำให้เกิดสิทธิที่กว้างขึ้นของเจ้าของลิขสิทธิ์ ทำให้การสร้างสรรค์งานอื่น ๆ ที่อยู่ภายใต้ความคิดเดียวกันของสาธารณชนเกิดอุปสรรค ถ้าหากผู้สร้างสรรค์ได้รับการคุ้มครองงานที่ได้ทำขึ้นแล้วนั้น ผู้สร้างสรรค์ก็จะมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการหวงกันที่กว้างขึ้น หลักการนี้ตามความตกลง TRIPs ในมาตรา 6 วรรคสอง หรือมาตรา 9 วรรคสอง เกี่ยวกับการคุ้มครองนั้น จะไม่รวมถึงความคิด วิธี ขั้นตอน ระบบ หรือกรรมวิธีต่าง ๆ เป็นต้น

ข. เป็นการสร้างสรรค์ด้วยตนเอง

การที่จะถือว่าการสร้างสรรค์ดังกล่าวจะเป็นงานลิขสิทธิ์ได้นั้นต้องเป็นงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างผลงานหรือใช้ความคิดริเริ่มของผู้สร้างสรรค์เองในงานนั้น ได้แก่งานที่เกิดจากการดัดแปลง รวบรวม หรือรวบรวมงานนั้นเข้าด้วยกัน แต่ไม่จำเป็นต้องเป็นงานประดิษฐ์ขึ้นใหม่ที่ไม่เคยมีใครทำให้ปรากฏมาก่อน โดยงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นอาจมีความคล้ายกันในงานของบุคคลอื่นได้ แต่ข้อสำคัญ คือ เป็นการใช้ความคิดและสร้างสรรค์ผลงานด้วยตัวเองขึ้นมาโดยอิสระ ไม่ได้เป็นการลอกเลียนงานของผู้ใด ดังนั้น หากมีผู้ใดสร้างสรรค์งานที่เหมือนกันโดยบังเอิญ หรือจงใจก็ตาม แต่งานนั้น ผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะของตัวเอง ก็จะไม่ถือว่าการละเมิดลิขสิทธิ์และมีข้อย่อมมีสิทธิต่าง ๆ แต่ผู้เดียวตามกฎหมาย เช่น ในการถ่ายภาพแสงอาทิตย์ธรรมชาตินั้น หาก นาย A เป็นช่างภาพที่มีฝีมือเมื่อถ่ายภาพออกมาแล้ว ผลปรากฏว่านาย B มาเห็น จึงไปถ่ายภาพในมุมเดียวกัน เช่นนี้ นาย A และนาย B ก็ย่อมมีลิขสิทธิ์ในงานของตนตามกฎหมายทุกประการ เพราะนาย B ถือว่าได้ใช้ความคิดริเริ่มในการสร้างสรรค์ผลงานด้วยตนเอง จึงไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ทั้งนี้ แม้อกฎหมายจะให้ความคุ้มครองการแสดงออกซึ่งความคิด อีกทั้งยังต้องเกิดจากการสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์เอง แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้ให้ความคุ้มครองการแสดงออกทางความคิดทุกระดับ จึงอาจสรุปได้ว่างานสร้างสรรค์ที่จะถือว่าเป็นที่ได้รับความคุ้มครองได้นั้น จะต้องเป็นงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้กระทำให้ขึ้นจากความวิริยะอุตสาหะของตัวเอง โดยใช้แรงกาย แรงใจหรือสติปัญญา ความรู้ ความเชี่ยวชาญในงานพอสมควรด้วย มิใช่สักแต่ทำงานนั้นขึ้นหรืองานนั้นเกิดขึ้นโดยบังเอิญในทางกลับกัน หากผู้สร้างสรรค์มิได้ลงมือหรือลงแรงของตนจนถึงขนาดเป็นส่วนสำคัญที่ก่อให้เกิดงานนั้นขึ้นมาแล้ว หรือเพียงแค่เป็นการดัดแปลง ปรับปรุงงานสร้างสรรค์เพียงเล็กน้อย มิได้ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมส่วนอันเป็นสาระสำคัญแต่อย่างใด ก็ต้องถือว่างานนั้นขาด Originality และไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

ค. เป็นงานชนิดที่กฎหมายรับรอง

เป็นการแสดงออกงานชนิดที่กฎหมายรับรอง นอกจากงานลิขสิทธิ์ที่ต้องแสดงออกมาซึ่งทางความคิดแล้ว การแสดงออกดังกล่าวต้องอยู่ในภายใต้การยอมรับของกฎหมายเช่นเดียวกัน หาก

พิจารณางานลิขสิทธิ์ที่จะได้รับการคุ้มครองแล้ว เห็นได้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยไม่ได้ให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ในผลงานทุกประเภท โดยกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยจะให้ความคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ไว้ 9 ประเภท ตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้กำหนดประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้ดังนี้

(1) งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรมคืองานเขียนทุกชนิด เช่น หนังสือ จุลสาร งานเขียน สิ่งพิมพ์ โปรแกรมคอมพิวเตอร์และเนื้อเพลงที่ไม่มีทำนองหรือมีการเรียบเรียงเสียงประสาน หรือมีโน้ตเพลงประกอบ

(2) งานสร้างสรรค์ประเภทนาฏกรรมคืองานที่เกี่ยวกับการรำ การเต้น การทำท่า หรือแสดงที่ประกอบเป็นเรื่องราวและการแสดงโดยวิธีใช้

(3) งานสร้างสรรค์ประเภทศิลปกรรมคืองานประเภทจิตรกรรม ประติมากรรม ภาพพิมพ์ สถาปัตยกรรม ภาพถ่าย ภาพประกอบแผนที่ ภาพร่างและงานที่ทำงานต่าง ๆ ทั้งที่แสดงไว้ข้างต้นมารวมกันเพื่อใช้ประโยชน์อย่างอื่น งานศิลปกรรมนี้ไม่จำเป็นต้องมีคุณค่าทางศิลปะ

(4) งานสร้างสรรค์ประเภทดนตรีกรรมคืองานที่เกี่ยวกับเพลงไม่ว่าจะเพื่อบรรเลงหรือขับร้อง

(5) งานสร้างสรรค์ประเภทโสตทัศนวัสดุคืองานที่ประกอบด้วยลำดับของภาพซึ่งบันทึกไว้ในวัสดุที่สามารถเล่นซ้ำได้โดยใช้เครื่องมือที่จำเป็นซึ่งรวมถึงเสียงประกอบรวมถึงเสียงประกอบของงานด้วยการ ออกฉายต่อเนื่องและรวมถึงเสียงประกอบของงานด้วย

(6) งานสร้างสรรค์ประเภทภาพยนตร์คือ งานที่ประกอบด้วยภาพซึ่งนำออกฉายต่อเนื่อง และรวมถึงเสียงประกอบของงานด้วย

(7) งานสร้างสรรค์ประเภทสิ่งบันทึกเสียงคืองานที่แสดงลำดับของเสียงดนตรี เสียงของการแสดงหรือเสียงใด ๆ โดยบันทึกในวัสดุที่สามารถเล่นซ้ำได้โดยใช้เครื่องมือที่จำเป็น เช่น เทปบันทึกเสียง หรือแผ่นบันทึกเสียง

(8) งานสร้างสรรค์ประเภทงานแพร่เสียง แพร่ภาพคือ งานที่เสนอต่อสาธารณชน โดยการแพร่เสียงและ/หรือแพร่ภาพ

(9) งานอื่นใดในแผนกวรรณคดี วิทยาศาสตร์ ศิลปะ ไม่ว่าจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบใด

เจตนารมณ์ของการคุ้มครองกฎหมายลิขสิทธิ์คือ การส่งเสริมการสร้างสรรคงานที่เป็นประโยชน์ต่อสังคม แต่จะเห็นได้ว่างานสร้างสรรค์บางประเภทก็ไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายได้ นอกจากข้อจำกัดของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ไม่ได้ให้ความคุ้มครองความคิด (Idea) หรือมิได้ให้สิทธิเหนือความคิดแล้ว ข้อจำกัดอีกประการหนึ่งของกฎหมายลิขสิทธิ์คือจะไม่คุ้มครอง ข้อเท็จจริง (Facts) ระบบ วิธีการ และขั้นตอนต่าง ๆ ตัวอย่างเช่น ผู้ประพันธ์หนังสือจะไม่มีลิขสิทธิ์ในข้อเท็จจริง

ที่กล่าวถึงในหนังสือเพราะข้อเท็จจริงดังกล่าวถือเป็นสมบัติสาธารณะ (Public Domain) ที่ไม่มีข้อจำกัดในการใช้ ทั้งนี้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าการได้มาซึ่งข้อเท็จจริงนั้นจะเป็นไปด้วยความยากลำบากหรือใช้ค่าใช้จ่ายอย่างน้อยเพียงใด เช่น นาง ก. เขียนหนังสือเกี่ยวกับแหล่งกำชาธรรมชาติในประเทศไทย ถึงว่าแม้ นาง ก. จะใช้ความลำบากและความพยายามในการแสวงหาข้อเท็จจริงเป็นเวลานานเพียงใดก็ตาม นาง ก. จะมีลิขสิทธิ์ในถ้อยคำและรูปแบบของหนังสือเท่านั้น แต่จะไม่มีลิขสิทธิ์ในข้อเท็จจริงที่กล่าวถึงในหนังสือ โดยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับแหล่งกำชาธรรมชาติในประเทศไทยไม่ถือเป็นลิขสิทธิ์ของนาง ก. จึงทำให้บุคคลทั่วไปสามารถนำข้อเท็จจริงดังกล่าวไปใช้ประโยชน์ได้ เป็นต้น

ง. เป็นงานที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย

ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์นั้น ยังคงมีความไม่ชัดเจนในตัวกฎหมายว่างานในรูปแบบไหนเป็นงานที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีหรือเป็นงานต้องห้ามตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาได้เคยมีคำพิพากษาไว้เป็นแนวทางว่าเทปวีดีโอซึ่งเป็นภาพลามกอนาจารไม่ใช่งานสร้างสรรค์ โจทก์จะไม่สามารถที่จะอ้างว่าเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 3705/2530) สำหรับในประเทศไทยศาลได้พิพากษาคดี Mitchell Brothers Film Group v. Cinema Adult Theatre³ ไว้ว่า ตามรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาจะให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งานโดยไม่คิดถึงข้อจำกัด และการใด ๆ จะเป็นสิ่งลามกอนาจารหรือไม่ ศาลไม่อาจตัดสินได้เพราะเป็นดุลพินิจของสังคมแต่ละยุคแต่ละสมัย ดังนั้น สื่อลามกอนาจารคือภาพยนตร์เรื่อง Behind the Green Door ของโจทก์จึงเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย แม้จะเป็นงานลามกอนาจาร (Obscene) ก็ตาม การที่จำเลยทำสำเนาและจัดแสดงภาพยนตร์อันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์โดยไม่ได้รับอนุญาต จึงถือว่าการกระทำของจำเลยดังกล่าวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ต่อโจทก์แล้ว⁴

2.1.3 การเป็นเจ้าของในลิขสิทธิ์

2.1.3.1 การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์นั้นมี 2 กรณีคือ

ก. การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์โดยการสร้างสรรค์งาน

หลักการสำคัญของงานอันมีลิขสิทธิ์คือ จะต้องมีการสร้างสรรค์เกิดขึ้น กรณีที่กฎหมายถือว่าผู้สร้างสรรค์งานเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถแยกเป็นกรณีต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

1) การสร้างสรรค์งานโดยอิสระ กรณีนี้เป็นการที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์งานโดยมิได้อยู่ภายใต้สัญญาจ้างหรืออยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมหรือมอบหมายใด ๆ จากบุคคลอื่น

³ Mitchell Brothers Film Group v. Cinema Adult Theatre, A/K/A Cinema 69, 604 F.2d 852 (5th Cir. 1979).

⁴ อรรถพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), 47.

2) การสร้างสรรค์ในฐานะลูกจ้าง กรณีนี้ต้องเป็นการจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ให้ผู้สร้างสรรค์คือลูกจ้างถือได้ว่าเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานที่สร้างสรรค์ แต่ลูกจ้างก็สามารถที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ลงในสัญญาได้ หากลูกจ้างนั้นต้องการให้ลิขสิทธิ์ในงานตกแก่นายจ้างของตน

3) การสร้างสรรค์ในฐานะผู้รับจ้าง การรับจ้างในกรณีของมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นี้ คือการจ้างทำของ (Hire of Work)

4) การสร้างสรรค์ที่สร้างขึ้นภายใต้การจ้างหรือคำสั่งของรัฐนี้ ต่างจากการจ้างแรงงาน หรือการจ้างทำของในกรณีของเอกชน และการปฏิบัติราชการนี้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐ เป็นส่วนใหญ่ลิขสิทธิ์จึงเป็นของหน่วยงานของรัฐ

5) การสร้างสรรค์โดยการดัดแปลง ผู้ดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น ผู้นั้นจึงจะมีลิขสิทธิ์ในงานส่วนที่ดัดแปลงขึ้น ส่วนเจ้าของลิขสิทธิ์เดิมก็มีลิขสิทธิ์ในงานต้นฉบับเดิมเท่านั้น

6) การสร้างสรรค์โดยการรวบรวม โดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ผู้รวบรวมก็จะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานที่ได้รวบรวมขึ้นใหม่ อย่างไรก็ตาม การรวบรวมจะต้องทำโดยการคัดเลือกหรือจัดลำดับโดยไม่ไขว่ไปลอกเลียนงานของบุคคลอื่น

ข. การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์โดยการรับโอนลิขสิทธิ์

สำหรับการโอนลิขสิทธิ์นั้นแบ่งพิจารณาได้ 2 กรณี⁵ คือ

1) การโอนโดยทางนิติกรรม การโอนทางนิติกรรมนี้เจ้าของลิขสิทธิ์อาจโอนลิขสิทธิ์ทั้งหมดของตนให้แก่ผู้อื่นหรือโอนลิขสิทธิ์บางส่วนของตนให้แก่ผู้อื่นก็ได้ และการโอนนี้จะโอนให้ตลอดอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์หรือโอนให้แต่โดยมีกำหนดเวลาก็ได้ อย่างไรก็ตามหากในสัญญาโอนไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้ กฎหมายให้ถือว่าการโอนนั้นมีกำหนดระยะเวลา 10 ปี ส่วนวิธีการโอนนั้นกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายคือผู้โอนซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ และผู้รับโอน มิฉะนั้น จะเป็นโมฆะเมื่อได้โอนลิขสิทธิ์ทั้งหมดแล้วผู้รับโอนก็จะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์คนใหม่แทนผู้โอน แต่ถ้าเป็นการโอนลิขสิทธิ์โดยมีกำหนดเวลา เมื่อสิ้นระยะเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ ลิขสิทธิ์ก็จะกลับมาเป็นของผู้โอนซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เดิมนั่นเอง

2) การโอนโดยทางมรดก การโอนลิขสิทธิ์โดยทางมรดกนั้นมีด้วยกัน 2 ประเภทคือ กรณีที่มรดกตกทอดไปยังทายาทตามกฎหมาย และตกทอดไปยังทายาทโดยพินัยกรรม กรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นเจ้าของมรดกประสงค์จะโอนลิขสิทธิ์ให้ทายาทโดยทางพินัยกรรม เจ้าของ

⁵ จิระประภา มากกลิ่น, ความรู้เบื้องต้นด้านทรัพย์สินทางปัญญา, (พิษณุโลก: มหาวิทยาลัยนเรศวร, 2543), 43.

ลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผู้โอนต้องทำให้ถูกต้อง กล่าวคือต้องทำพินัยกรรมให้ถูกต้องตามแบบที่กำหนดไว้ตามกฎหมาย

2.1.3.2 สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์

ก. สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์

โดยหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ทั่วโลก เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวซึ่งเป็นสิทธิเด็ดขาดและเป็นถือสิทธิในทางเศรษฐกิจ (Economic Rights)⁶ (หรืออาจจะมีสิทธิทางธรรม (Moral Rights) หากเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นผู้สร้างสรรค์งานนั้นด้วย) ในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน สิทธิเหล่านี้เป็นที่รู้จักกันในนาม Exclusive Rights ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิในทางนิเสธ (Negative Right)⁷ กล่าวคือ มิใช่สมมุติฐานว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะทำอะไรเกี่ยวกับงานของตนได้บ้าง (Positive Right) แต่กลับเป็นว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิใด ๆ ในอันที่จะห้ามบุคคลอื่นมิให้ทำการใด ๆ เกี่ยวกับงานของตนได้บ้าง หรือเรียกว่าค่าเสียหายอันจะได้รับการชดเชยความเสียหาย

สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นได้บัญญัติไว้ในมาตราซึ่งกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว 5 ประการ ดังนี้

1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง

“ทำซ้ำ” หมายความว่าความรวมถึง คัดลอกไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ เลียนแบบ ทำสำเนา ทำแม่พิมพ์ บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกเสียงและภาพจากต้นฉบับ จากสำเนาหรือจากการโฆษณาในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้หมายความถึง คัดลอกหรือทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากสื่อบันทึกใด ไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

“ดัดแปลง” นั้น หมายความว่า ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบ ปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน

คำว่า “เผยแพร่ต่อสาธารณชน” นั้น หมายถึงทำให้ปรากฏต่อสาธารณชน โดยการแสดง การบรรยาย การสวด การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียงและ/หรือภาพ การก่อสร้าง การจำหน่าย หรือโดยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น

⁶ อรรถพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, 47.

⁷ เรื่องเดียวกัน, 47.

3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนา

สิทธิในการให้เช่านี้จำกัดอยู่แต่เฉพาะในงาน 4 ประเภท คือ งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียงเท่านั้น ดังนั้นสำหรับงานลิขสิทธิ์ประเภทอื่น ๆ นอกจากนี้เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดังกล่าวไม่มีสิทธิแต่ผู้เดียวในการให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนาของงานแต่อาจมีสิทธิอย่างเจ้าของกรรมสิทธิ์

4) ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น

การให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่นคือการที่เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ให้ผลประโยชน์ตอบแทนจากการใช้สิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนไปให้แก่ผู้อื่น

5) สิทธิในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตาม ก. 1 ก.2 หรือ ก.3

สิทธิในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิที่เรียกว่า Licensing⁸ ซึ่งการอนุญาตนี้ทำได้ 3 ลักษณะคือ (1) อนุญาตให้ผู้อื่นทำซ้ำหรือดัดแปลง (2) อนุญาตให้ผู้อื่นเผยแพร่ต่อสาธารณชน (3) อนุญาตให้ผู้อื่นให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนาของงาน ในการอนุญาตให้ใช้สิทธินี้กฎหมายไม่ได้กำหนดแบบไว้ คู่กรณีอาจตกลงกันโดยวาทะก็ได้

ข. ข้อจำกัดการใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติไว้ในมาตรา 54 และมาตรา 55 เรื่องการใช้สิทธิในพฤติการณ์พิเศษ ซึ่งเรียกว่า Compulsory Licensing ซึ่งเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิในเชิงบังคับในเรื่องการทำคำแปลภาษาไทย

2.1.4 การละเมิดลิขสิทธิ์

การละเมิดลิขสิทธิ์คือการกระทำการใด ๆ ของบุคคลอื่นนอกจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งกระทบต่อสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะกระทำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กำหนดหลักเกณฑ์การกระทำในลักษณะต่าง ๆ ต่องานประเภทใดถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แบ่งออกเป็น 2 กรณี ได้แก่

1) การละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น (Primary Infringement)

การละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น คือ การกระทำการฝ่าฝืนสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของงาน ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์กระทำได้แต่เพียงผู้เดียว (Restricted Acts) โดยผู้กระทำการฝ่าฝืนไม่ได้รับอนุญาตหรือความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก่อนการกระทำการฝ่าฝืนสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ คือ การทำซ้ำ ดัดแปลง หรือนำงานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ไปเผยแพร่ต่อสาธารณชน ตลอดจนให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนาของงานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาต ได้แก่ กฎหมายลิขสิทธิ์ได้บัญญัติถึงลักษณะของการกระทำตามประเภทของงานไว้ตั้งแต่มาตรา 27 ถึงมาตรา 30 ได้แก่ การ

⁸ เรื่องเดียวกัน, 72.

ละเมิด ลิขสิทธิ์แก่งานทั่วไป, การละเมิดลิขสิทธิ์แก่งานโสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์และสิ่งบันทึกเสียง, การละเมิดลิขสิทธิ์แก่งานแพร่เสียงแพร่ภาพ, การละเมิดลิขสิทธิ์แก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์

การทำซ้ำหรือดัดแปลง “ทำซ้ำ” นั้นหมายความถึงการลอกเลียน (Copying) โดยการลอกเลียนนี้จะเป็นการลอกเลียนโดยตรง (Direct Copying) เช่น การคัดลอก หรือถ่ายสำเนา หรือจะเป็นการลอกเลียนโดยทางอ้อม (Indirect Copying) ก็ได้ นอกจากนี้การลอกเลียนอันจะถือเป็นความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ได้ต้องเป็นการลอกเลียนในสาระสำคัญ (Substantiality) การทำซ้ำนี้จะทำจากต้นฉบับของงาน สำเนา งาน หรือจากการโฆษณา งานก็ได้ เช่น การบันทึกเสียงเพลงจากเพลงที่ออกอากาศทางสถานีวิทยุหรือโทรทัศน์ มีข้อสังเกตว่าการทำซ้ำอันถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นไม่ใช่ความผิดฐานปลอมเอกสาร เพราะการปลอมเอกสารเป็นการใช้ประโยชน์จากสิ่งที่ทำขึ้น แต่การละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เพียงผู้เดียว (Exclusive Rights) ของเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งทำให้เขาเสียหายหรือเสียประโยชน์ อย่างไรก็ตามหากการทำซ้ำนั้นเป็นการกระทำด้วยประการอันให้ผู้อื่นเชื่อว่าเป็นเอกสารต้นฉบับหรืองานต้นแบบ การกระทำนั้นก็ถือเป็นการปลอมเอกสารด้วย

คำว่า “ดัดแปลง” หมายความว่า ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบ ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบาง

ส่วนคำว่า “เผยแพร่ต่อสาธารณชน” นั้น หมายถึง ทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนโดยการแสดง การบรรยาย การสวด การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียงและ/หรือภาพ การก่อสร้าง การจำหน่าย หรือโดยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น

2) การละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรอง (Secondary Infringement)

การละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรอง⁹ หมายความถึง การละเมิดที่ผู้กระทำส่งเสริมให้การละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงได้แพร่หลายต่อไปมากขึ้นซึ่งจำเป็นต้องบัญญัติไว้เป็นความผิดตามกฎหมายเพื่อป้องกันการนำงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์แพร่ต่อไป เป็นการกระทำบางอย่างที่มีใช่เป็นการกระทำละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์โดยตรง แต่เป็นการกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดแก่งานที่ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์โดยตรงอีกต่อหนึ่ง ซึ่งการละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรองนี้มีเกณฑ์การพิจารณา 2 ประการคือ (1) ผู้กระทำรู้หรือมีเหตุอันควรจะรู้ว่างานนั้นทำขึ้นโดยการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น และ (2) ผู้ที่กระทำจะต้องประสงค์ที่จะมุ่งค้าและหากำไร มาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้มีการกำหนดลักษณะของการทำละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรอง ซึ่งเป็นการกระทำในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ คือ

⁹ ตรีวิดา เพ็ญฟู, “ความรับผิดของบุคคลภายนอกนอกเหนือจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงในสหรัฐอเมริกา”, วารสารวิชาการ, (กันยายน 2565): 89.

- (1) ขยายมีไว้เพื่อขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า ให้เช่าซื้อหรือเสนอให้เช่าซื้อ
- (2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน
- (3) แจกจ่ายในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์
- (4) นำหรือส่งเข้ามาในราชอาณาจักร

2.1.5 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นหลักที่ว่าด้วยข้อจำกัดและข้อยกเว้น อีกทั้งยังเป็นแนวคิดที่กำหนดหลักเกณฑ์เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างผลประโยชน์เอกชนผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และสาธารณประโยชน์ เป็นกรณีตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้สิทธินั้น เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่หากเข้าข้อยกเว้นย่อมไม่ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น การวิจัย หรือศึกษางานประเภทต่าง ๆ หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์อันมิใช่กระทำเพื่อหากำไร โดยหลักในเรื่องข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นได้รับการยอมรับและปรากฏอยู่ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ เช่น หลัก Fair Use¹⁰ ของประเทศสหรัฐอเมริกา และหลัก Fair Dealing ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหราชอาณาจักร ซึ่งมีหลักการสำคัญในการพิจารณาคือ มีการใช้งานในทางการค้าและมุ่งหากำไรหรือไม่ หากมีการวิจารณ์งานต้องมีการอ้างอิงถึงงานของผู้อื่น พิจารณาปริมาณของงานที่นำไปใช้และพิจารณาผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อคุณค่าของงาน เพราะฉะนั้นการกระทำที่จะเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยไม่ต้องขออนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องเป็นการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์อย่างเป็นธรรมในจำนวนที่เหมาะสมตามความจำเป็น และเป็นการกระทำที่ไม่เป็นการแข่งขันต่อการแสวงหาประโยชน์ทางการพาณิชย์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือที่เรียกว่า “Fair Use” หรือ “Fair Dealing” ทั้งนี้เมื่อมีการละเมิดต่องานอันมีลิขสิทธิ์แล้ว ผู้กระทำการละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์งานนั้น ๆ จึงต้องรับโทษในกรณีที่แตกต่างกันไป

โดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้บัญญัติแยกไว้เป็น 2 กรณี ดังนี้

1) กรณีตามมาตรา 32 วรรคสอง (1) ถึง (8) มาตรา 33 มาตรา 34 มาตรา 35 มาตรา 36 และมาตรา 43 ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 32 วรรคหนึ่ง ซึ่งเงื่อนไขของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในมาตรา 32 วรรคหนึ่ง วางหลักไว้ว่า การกำหนดเงื่อนไขของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์มีดังนี้

1.1) การใช้งานนั้นไม่ขัดต่อการแสวงหาผลประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์

¹⁰ พิทวัส สุคนธพันธุ์ และณัฐพงศ์ สุวรรณอินทร์, “การล้อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์กับกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย: กรณีศึกษาปัญหาการตีความว่าด้วยการใช้งานที่เป็นธรรม”, วารสารรามคำแหง สาขานิติศาสตร์ 9, 2(กรกฎาคม-ธันวาคม 2563): 14.

1.2) การใช้งานนั้นไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร

2) กรณีตามมาตรา 37 ถึงมาตรา 42 ซึ่งไม่อยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 32 วรรคหนึ่ง ในกรณีแรกนั้น การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 วรรคสอง (1) ถึง (8) มาตรา 33 มาตรา 34 มาตรา 35 มาตรา 36 และมาตรา 43 ที่จะถือว่าเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยชอบธรรม ซึ่งเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ต้องปฏิบัติตามหลักการที่บัญญัติไว้ในมาตรา 32 วรรคหนึ่ง กล่าวคือ ต้องเป็นการใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่เป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่เป็นการกระทบกระเทือนสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร ซึ่งได้แก่การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

- (1) วิจัยหรือศึกษางานนั้นอันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- (2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท
- (3) ตีพิมพ์ วิจัย หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (5) ทำซ้ำ ตัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายหรือในการรายงาน ผลการพิจารณาดังกล่าว
- (6) ทำซ้ำ ตัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอน เพื่อประโยชน์ในการสอนของตน อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- (7) ทำซ้ำ ตัดแปลงบางส่วนของงานหรือตัดทอน หรือทำบทสรุปโดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร
- (8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามตอบในการสอบ
- (9) การกล่าว คัดลอก เลียน หรืออ้างอิงงานบางตอนตามสมควรจากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น (มาตรา 33)
- (10) การทำซ้ำโดยบรรณารักษ์ของห้องสมุดซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้
 - (10.1) การทำซ้ำเพื่อใช้ในห้องสมุดหรือให้แก่ห้องสมุดอื่น
 - (10.2) การทำซ้ำงานบางตอนตามสมควรให้แก่บุคคลอื่นเพื่อประโยชน์ในการวิจัยหรือการศึกษา (มาตรา 34)

(11) การกระทำแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์อันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร ซึ่งได้แก่การทำซ้ำหรือดัดแปลงหรือทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์อันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นในกรณีดังต่อไปนี้

(11.1) วิจัยหรือศึกษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น

(11.2) ใช้เพื่อประโยชน์ของเจ้าของสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น

(11.3) ดิชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของ

ลิขสิทธิ์ในโปรแกรม

(11.4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็น

เจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น

(11.5) ทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในจำนวนที่สมควรโดยบุคคลผู้ซึ่งได้ซื้อหรือได้รับโปรแกรมนั้นมาจากบุคคลอื่นโดยถูกต้อง เพื่อเก็บไว้ใช้ประโยชน์ในการบำรุงรักษาหรือป้องกันการสูญหาย

(11.6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาล หรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว

(11.7) นำโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ

(11.8) ดัดแปลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในกรณีที่เป็นแก่การใช้

(11.9) จัดทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อเก็บรักษาไว้สำหรับการอ้างอิง หรือค้นคว้าเพื่อประโยชน์ของสาธารณชน (มาตรา 35)

(12) การนำงานนาฏกรรม หรือดนตรีกรรมออกแสดงเพื่อเผยแพร่ต่อสาธารณชนตามความเหมาะสมโดยมิได้จัดทำขึ้น หรือดำเนินการเพื่อหากำไรเนื่องจากการจัดให้มีการเผยแพร่ต่อสาธารณชนนั้น และได้จัดเก็บค่าเข้าชมไม่ว่าโดยทางตรง หรือโดยทางอ้อมและนักแสดงไม่ได้รับค่าตอบแทนในการแสดงนั้น หากเป็นการดำเนินการโดยสมาคม มูลนิธิ หรือองค์การอื่นที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการสาธารณกุศล การศึกษา การศาสนา หรือการสังคมสงเคราะห์ (มาตรา 36)

(13) การทำซ้ำเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติราชการโดยเจ้าพนักงาน ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายหรือตามคำสั่งของเจ้าพนักงานดังกล่าวซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้และที่อยู่ในความครอบครองของทางราชการ (มาตรา 43)

ส่วนในกรณีที่สอง ที่บัญญัติถึงการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นที่เข้าข่ายกเว้นกาลละเมิดลิขสิทธิ์โดยผู้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ไม่ต้องปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง ได้แก่ กรณีตามมาตรา 37 ถึงมาตรา 42 รวม 6 กรณี คือ

(1) การวาดเขียน การเขียนระบายสี การก่อสร้าง การแกะลายเส้น การปั้น การแกะสลัก การพิมพ์ภาพ การถ่ายภาพ การถ่ายภาพยนตร์ การแพร่ภาพ หรือการกระทำใด ๆ ทำนองเดียวกันซึ่งศิลปกรรมได้อันตั้งเปิดเผยประจำอยู่ในที่สาธารณะ นอกจากงานสถาปัตยกรรม (มาตรา 37)

(2) การวาดเขียน การเขียนระบายสี การแกะลายเส้น การปั้น การแกะสลัก การพิมพ์ภาพ การถ่ายภาพ การถ่ายภาพยนตร์หรือการแพร่ภาพซึ่งงานสถาปัตยกรรมใด (มาตรา 38)

(3) การถ่ายภาพหรือการถ่ายภาพยนตร์หรือการแพร่ภาพซึ่งงานใด ๆ อันมีศิลปกรรมใดรวมอยู่เป็นส่วนประกอบด้วย (มาตรา 39)

(4) ในกรณีที่ลิขสิทธิ์ในศิลปกรรมใดมีบุคคลอื่นนอกจากผู้สร้างสรรค์เป็นเจ้าของอยู่ ด้วยการที่ผู้สร้างสรรค์คนเดียวกันได้ทำศิลปกรรมนั้นอีกในภายหลังในลักษณะที่เป็นการทำซ้ำบางส่วนกับศิลปกรรมเดิม หรือใช้แบบพิมพ์ ภาพร่าง แผนผัง แบบจำลอง หรือข้อมูลที่ได้จากการศึกษาที่ใช้ในการทำศิลปกรรมเดิม ถ้าปรากฏว่าผู้สร้างสรรค์มิได้ทำซ้ำหรือลอกแบบในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของศิลปกรรมเดิม (มาตรา 40)

(5) อาคารใดเป็นงานสถาปัตยกรรมอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ การบูรณะอาคารนั้นในรูปแบบเดิม (มาตรา 41)

(6) ในกรณีที่อายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในภาพยนตร์ใดสิ้นสุดลงแล้ว มิให้ถือว่าการนำภาพยนตร์นั้นเผยแพร่ต่อสาธารณชนเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ สิ่งบันทึกเสียงหรืองานที่ใช้จัดทำภาพยนตร์นั้น (มาตรา 42) ทั้งนี้ การแสวงหาประโยชน์จากสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองในงานอันมีลิขสิทธิ์ กล่าวได้ว่าสิทธิของผู้สร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นย่อมได้รับการคุ้มครองตาม มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 คือสิทธิที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการที่จะกระทำในการทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่ ให้เช่า อนุญาต ลิขสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนได้ นอกจากนี้การแสวงหาประโยชน์จากสิทธิในทางเศรษฐกิจของเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ยังได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 16 โดยเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะอนุญาตให้ผู้อื่นได้ใช้สิทธินั้นได้ตามมาตรา 15 ด้วย และอาจโอนลิขสิทธิ์ของตนทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่บุคคลอื่นได้โดยมีกำหนดเวลาหรือตลอดอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ก็ได้ ตามมาตรา 17 และเจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับการคุ้มครองในงานสร้างสรรค์ของตน และมีสิทธิที่จะห้ามมิให้ผู้รับโอนลิขสิทธิ์หรือบุคคลอื่นใดบิดเบือน ดัดทอน ดัดแปลงหรือทำโดยประการอื่นใดแก่งานนั้น จนเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียง หรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ และเมื่อผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย ทายาทของผู้สร้างสรรค์ มีสิทธิที่จะฟ้องร้องบังคับตามสิทธิดังกล่าวได้ตลอดอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้นได้ด้วยตาม มาตรา 18 เจ้าของลิขสิทธิ์จึงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ให้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการแสวงหาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ (Economic Right) รวมทั้งได้รับความ

คุ้มครองสิทธิทางศีลธรรม (Moral Right) ซึ่งเป็นสิทธิในการปกป้องชื่อเสียงเกียรติคุณของเจ้าของลิขสิทธิ์เกี่ยวกับงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้นอีกด้วย (The Right to Protect His Reputation and Honor)

ดังนั้น ในด้านเศรษฐกิจ¹¹ สร้างสรรค์ในยุคเทคโนโลยีที่มีความเจริญก้าวหน้าตลอดเวลาอย่างปัจจุบันนี้ การคุ้มครองลิขสิทธิ์มีความสำคัญต่อเศรษฐกิจสร้างสรรค์มากขึ้น เนื่องจากอุตสาหกรรมที่ใช้ความคิดสร้างสรรค์ (Creative Industry) เป็นอุตสาหกรรมที่ต้องอาศัยวัตถุดิบสำคัญในการผลิตจากการสร้างงานที่มีจุดกำเนิดจากความคิด สร้างสรรค์ เช่น การสร้างงานอันมีลิขสิทธิ์ การประดิษฐ์และการออกแบบผลิตภัณฑ์ ซึ่งทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถทำรายได้จากงานอันมีลิขสิทธิ์ ตัวอย่างเช่น การที่ Hollywood และ Disney ที่มีการสร้างงานภาพยนตร์ออกเผยแพร่ซึ่งสามารถทำรายได้ทั้งในสหรัฐอเมริกา และต่างประเทศได้อย่างมหาศาล โดยเก็บค่าลิขสิทธิ์จากการทำซ้ำ ดัดแปลง จำหน่าย ให้เช่า คัดลอก เลียนแบบ ทำสำเนา โดยทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนหรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิ โดยการแสวงหาผลประโยชน์จากสิทธิในงานอันมีลิขสิทธิ์ต่าง ๆ นั้น จึงเป็นสิ่งที่นำไป สู่มูลค่าทางเศรษฐกิจ ซึ่งมีส่วนสนับสนุนอุตสาหกรรมสร้างสรรค์ เพื่อเป็นประโยชน์ที่จะช่วยให้เศรษฐกิจสร้างสรรค์นั้นเติบโต ก้าวหน้าอย่างมั่นคง นอกจากนี้มูลค่าในตัวงานอันมีลิขสิทธิ์ต่าง ๆ นั้น จะมีมูลค่ามากน้อยเพียงใด ก็อยู่ที่ความสามารถของผู้ที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในการที่จะสร้างมูลค่าของงานลิขสิทธิ์นั้น ๆ ต่อไป

2.2 ความเป็นมาและลักษณะของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศไทย

2.2.1 ความเป็นมาของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์

เนื่องจากความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีในยุคดิจิทัลเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ทำให้การเผยแพร่ข้อมูลและความรู้ต่าง ๆ เป็นไปอย่างรวดเร็ว สะดวก และง่ายดาย แต่ในขณะเดียวกันความเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีก็มีผลกระทบต่อกฎหมายลิขสิทธิ์ เมื่อมีการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยี การกระทำความผิดต่าง ๆ ก็ได้ปรับเปลี่ยนรูปแบบตามความก้าวหน้าของเทคโนโลยี ผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์จึงได้มีการเปลี่ยนรูปแบบในการสร้างสรรค์งานโดยนำเอาเทคโนโลยีมาช่วยในการสร้างสรรค์ การละเมิดลิขสิทธิ์ในปัจจุบันส่วนใหญ่จึงได้เกิดขึ้นผ่านช่องทางสื่อสารทางด้านเทคโนโลยีที่เรียกว่า “อินเทอร์เน็ต” เมื่อเทคโนโลยีมีการพัฒนามากขึ้นก็ย่อมส่งผลให้มีการทำซ้ำ คัดลอก ดัดแปลง หรือนำไปแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบได้โดยง่าย เช่น การดาวน์โหลด หรือ

¹¹ เรื่องเดียวกัน, 11.

อัปโหลดผลงานเพลง ภาพยนตร์ หรือคลิปวิดีโอ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในยุคที่เทคโนโลยีได้พัฒนาไปอย่างรวดเร็ว ได้มีการลักลอบรับส่งสัญญาณถ่ายทอดไฟล์ทั้งภาพและเสียงผ่านระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ด้วยการใช้เทคโนโลยีที่ได้เผยแพร่โดยถูกลิขสิทธิ์ในลักษณะสตรีมมิง (Streaming) ไม่ว่าจะเป็นบนเว็บไซต์ หรือแอปพลิเคชัน (Application) อย่างเช่น Netflix, Viu, Disney+ เป็นต้น ซึ่งได้ถูกนำมาเนื้อหาไม่ว่าจะเป็นภาพยนตร์ ซีรีส์ และการถ่ายทอดสดต่าง ๆ มาจัดทำเป็นเว็บไซต์ผิดกฎหมาย เพื่อเผยแพร่งานอันละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว ทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์สามารถกระทำได้ง่ายและแพร่ออกไปได้อย่างรวดเร็ว ประกอบกับการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ตก็มีแนวโน้มเพิ่มมากขึ้นด้วย

การละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ตเป็นปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นและสร้างความเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นอย่างมาก ประเทศต่าง ๆ จึงได้พยายามกำหนดมาตรการเพื่อแก้ไขปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีความก้าวหน้าทางด้านกฎหมายลิขสิทธิ์เป็นอย่างมาก ในปี ค.ศ. 1998 รัฐบาลได้ออกกฎหมายลิขสิทธิ์แห่งสหัสวรรษดิจิทัล (Digital Millennium Copyright Act: DMCA) โดยระบุข้อจำกัดความรับผิด รายละเอียดขั้นตอนการแจ้งเตือน และลักษณะของข้อมูลที่จะต้องระบุในคำร้องอยู่ใน Section 512 (c) (Elements of Notification) ซึ่งเป็นระบบที่หาจุดกึ่งกลางสำหรับเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต เรื่องการปกป้องลิขสิทธิ์ของผลงานต่าง ๆ จากการถูกขโมย และความรับผิดของตัวกลาง ระบบนี้เรียกว่า “หลักข้อจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการ” (Safe Harbor)¹² โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์ให้ทันสมัยสอดคล้องกับการพัฒนาเทคโนโลยีด้านอินเทอร์เน็ต จึงได้เกิดแนวคิดให้มีมาตรการเพื่อแก้ไขปัญหาลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ที่เรียกว่า “มาตรการในการแจ้งเตือนและนำออก (Notice and Takedown)” เป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Service Provider) ที่ต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้แจ้งเตือนผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทราบเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้โดยตรง (Notice) และเมื่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้รับการแจ้งเตือนดังกล่าวแล้ว จะต้องนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์หรือเครือข่ายของตน (Takedown) เพื่อให้สาธารณชนไม่สามารถเข้าถึงสิ่งดังกล่าวได้อย่างทันท่วงที โดยไม่ต้องยื่นคำร้องขอศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งอีก เป็นการยับยั้งการละเมิดลิขสิทธิ์ได้อย่างรวดเร็วตามยุคสมัยมากขึ้น และมีการกำหนดให้ผู้ให้บริการซึ่งถูกกล่าวอ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์สามารถโต้แย้งการนำงานออกจากระบบได้ หากเห็นว่างานที่ตนนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์หรือเครือข่ายของผู้ให้บริการไม่ใช่งานที่ทำ

¹² iLaw, เปรียบเทียบกฎหมายการแจ้งให้ลบเนื้อหาอเมริกาใช้เรื่องละเมิดลิขสิทธิ์ ไทยเน้นใช้เรื่องความมั่นคง [Online], 2560. แหล่งที่มา <https://ilaw.or.th/node/4662>.

ขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ซึ่งเป็นแนวคิดจากการที่เจ้าของลิขสิทธิ์ที่ต้องการแก้ไขปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ และจากผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตที่ไม่ต้องการรับผิดชอบสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้อินเทอร์เน็ต

อีกทั้ง ประเทศสหรัฐอเมริกายังได้พยายามผลักดันให้ประเทศอื่น ๆ ทั่วโลกกำหนดมาตรการสำหรับการแก้ไขปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์เช่นเดียวกัน เนื่องจากอินเทอร์เน็ตเป็นช่องทางการสื่อสารที่มีพื้นที่ไม่จำกัดและสามารถเกิดกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ตข้ามประเทศได้ ซึ่งมาตรการแจ้งเตือนและนำออกได้ถูกนำมาบังคับใช้ในการระงับการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ในต่างประเทศอย่างแพร่หลายมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน เป็นผลสืบเนื่องมาจากการออกกฎหมายลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ โดยองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกแห่งสหประชาชาติ (The United Nation's World Intellectual Property Organization หรือ WIPO) เพื่อเป็นการปฏิบัติตามอนุสัญญา (WIPO Copyright Treaty: WCT) อย่างเช่น ในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ได้มีการนำมาตรการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์อันได้แก่ ประเทศอังกฤษ (Copyright, Designs and Patents Act 1988) เป็นต้น การนำมาตรการแจ้งเตือนและนำออกมาใช้ในการระงับการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์นั้นจึงไม่ใช่เรื่องใหม่ในต่างประเทศ

เมื่อมาพิจารณากฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยนั้น มาตรการนี้เพิ่งถูกนำมาบัญญัติไว้เพียงแค่บางส่วนในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยเมื่อปี พ.ศ. 2558 โดยผลของการตราพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยบัญญัติไว้เพียงมาตราเดียว ได้แก่ มาตรา 32/3¹³ ซึ่งเป็นการบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการนี้อย่างกว้าง ๆ เท่านั้น

¹³ มาตรา 32/3 ในกรณีที่มีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่า มีการละเมิดลิขสิทธิ์ในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ เจ้าของลิขสิทธิ์อาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ ผู้ให้บริการ หมายความว่า

(1) ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ตหรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่นโดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเอง หรือในนามหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

(2) ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

คำร้องตามวรรคหนึ่ง ต้องมีรายละเอียดโดยชัดแจ้งซึ่งข้อมูล หลักฐาน และคำขอบังคับ ดังต่อไปนี้

(1) ชื่อและที่อยู่ของผู้ให้บริการ

(2) งานอันมีลิขสิทธิ์ที่อ้างว่า ถูกละเมิดลิขสิทธิ์

(3) งานที่อ้างว่า ได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์

(4) กระบวนการสืบทราบ วันและเวลาที่พบการกระทำ และการกระทำหรือพฤติการณ์ ตลอดทั้งหลักฐานเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์

(5) ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำที่อ้างว่า เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ไม่ได้เป็นการนำเนื้อหาของมาตรการดังกล่าวมาอย่างสมบูรณ์ กล่าวคือ กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ที่เชื่อว่ามีการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ในระบบคอมพิวเตอร์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนสามารถยื่นคำร้องให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นได้ โดยบทบัญญัตินี้ได้กำหนดประเภทของผู้ให้บริการออกเพียง 2 ประเภท ได้แก่

(1) ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่นผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ และ

(2) ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

จากมาตราดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ยังไม่มีการกำหนดรูปแบบของมาตรการในการแจ้งเตือนและนำออก (Notice and Takedown) ซึ่งไม่ประสบความสำเร็จในการบังคับใช้เท่าที่ควร เนื่องจากการกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องดำเนินคดีต่อผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ภายในระยะเวลาที่กำหนด ทำให้ในกรณีที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีที่ตั้งออนไลน์หรือย้ายเซิร์ฟเวอร์ (Server) ไปยังต่างประเทศ ผู้ร้องไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขในการนำตัวผู้ละเมิดลิขสิทธิ์มาฟ้องศาลภายในระยะเวลาที่กำหนด

จากปัญหาดังกล่าวกระทรวงพาณิชย์โดยกรมทรัพย์สินทางปัญญาได้ตระหนักถึงปัญหาและความสำคัญของการที่จะนำมาตรการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของประเทศไทย ทางกรมทรัพย์สินทางปัญญาจึงได้ตรากฎหมายพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 เพื่อกำหนดมาตรการดังกล่าวไว้ให้เป็นรูปธรรมมากขึ้น อีกทั้ง เพื่อให้เป็นไปตามสนธิสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Copyright Treaty: WCT) พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ดังกล่าวนี้ มีการนำมาตรการแจ้งเตือนและนำออก หรือที่เรียกกันว่า “Notice and Takedown

(6) คำขอบังคับให้ผู้ให้บริการนำงานที่ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ หรือระงับการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยวิธีอื่นใด

เมื่อศาลได้รับคำร้องตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลทำการไต่สวน หากศาลเห็นว่า คำร้องมีรายละเอียดครบถ้วนตามวรรคสาม และมีเหตุจำเป็นที่ศาลสมควรจะมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้องนั้น ให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการกระทำที่อ้างว่า เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือนำงานที่อ้างว่า ได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด โดยคำสั่งศาลให้บังคับผู้ให้บริการได้ทันที แล้วแจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้ให้บริการทราบโดยไม่ชักช้า ในกรณีเช่นนี้ ให้เจ้าของลิขสิทธิ์ดำเนินคดีต่อผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ภายในระยะเวลาที่ศาลมีคำสั่งให้ระงับการกระทำที่อ้างว่า เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือนำงานที่อ้างว่า ได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ ออกจากระบบคอมพิวเตอร์

ในกรณีที่ผู้ให้บริการมิใช่ผู้ควบคุม ริเริ่ม หรือสั่งการให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ และผู้ให้บริการนั้นได้ดำเนินการตามคำสั่งศาลตามวรรคสี่แล้ว ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบเกี่ยวกับการกระทำที่อ้างว่า เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ที่เกิดขึ้นก่อนศาลมีคำสั่งและหลังจากคำสั่งศาลเป็นอันสิ้นสุดแล้ว

ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการตามคำสั่งศาลตามวรรคสี่.

Measure” อันเป็นแนวทางปฏิบัติตามกฎหมายลิขสิทธิ์แห่งสหัสวรรษดิจิทัล (Digital Millennium Copyright Act: DMCA) ของสหรัฐอเมริกามาใช้¹⁴ และได้บัญญัติเป็นข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการ (Internet Service Provider: ISP) ไว้ใน ส่วนที่ 7 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 รวมถึงได้มีการกำหนดคำนิยามที่มีความหมายอย่างกว้างเพื่อให้ครอบคลุมมากยิ่งขึ้น อย่างเช่น คำนิยามเกี่ยวกับประเภทของ “ผู้ให้บริการ” และ “ผู้ใช้บริการ” เป็นต้น

ดังนั้น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ในส่วนที่ 7 ข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการ (มาตรา 43/1 ถึง มาตรา 43/8) จะส่งผลให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถที่จะแจ้งเตือนผู้ให้บริการได้โดยตรง โดยไม่จำเป็นต้องใช้สิทธิทางศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งระงับการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ อันจะทำให้กระบวนการทางเทคโนโลยีของประเทศไทยดำเนินการคุ้มครองลิขสิทธิ์ไปได้ด้วยความรวดเร็วและแข็งแกร่ง ในทางกลับกัน แม้ว่ามาตรการแจ้งเตือนและนำออกจะเป็นประโยชน์ในการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์และเป็นการรักษาสมดุลระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์กับผู้ให้บริการบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ แต่มาตรการดังกล่าวยังคงเป็นมาตรการที่ใหม่สำหรับประเทศไทยในขณะนี้ และยังไม่มีแนวทางในการปฏิบัติอย่างชัดเจนในการพิจารณาหรือตรวจสอบเกี่ยวกับความเสียหายจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว

2.2.2 ลักษณะของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์

มาตรการทางเทคโนโลยีนี้เป็นมาตรการที่ใช้เมื่อเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์รายใดพบว่า มีข้อมูลหรือเนื้อหาการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ กระบวนการของมาตรการดังกล่าว นั้นจะเริ่มต้นจากที่ผู้ให้บริการรายใดรายหนึ่งได้มีการนำงานอันมีลิขสิทธิ์มาทำซ้ำหรือดัดแปลง และนำมาเผยแพร่แก่สาธารณชนบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ หากเจ้าของลิขสิทธิ์เห็นว่าเนื้อหาหรือข้อมูลที่ปรากฏเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ต่องานของตน เจ้าของลิขสิทธิ์ก็จะแจ้งการละเมิดลิขสิทธิ์นี้ไปยังผู้ให้บริการทราบถึงข้อมูลที่ปรากฏอยู่บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ และขอให้ผู้ให้บริการนำข้อมูลดังกล่าวออกจากระบบหรือเครือข่าย หรือระงับการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวเพื่อให้สาธารณชนไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้อีก อย่างไรก็ตาม กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ผู้บริการทุกรายต้องบังคับใช้มาตรการดังกล่าวบนระบบหรือเครือข่ายของตน การนำมาตรการดังกล่าวมาใช้จึงเป็นการดำเนินการโดยสมัครใจของผู้ให้บริการแต่ละราย หากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตปฏิบัติตามเงื่อนไขของมาตรการ กล่าวคือ นำข้อมูลละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความรับผิดชอบของตน หรือ

¹⁴ พิทยา ไชยมหาพฤกษ์, มาตรการแจ้งเตือนและเอาออก: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสิงคโปร์ [Online], ม.ป.ป. แหล่งที่มา <https://so01.tci-thaijo.org>.

ดำเนินการ หรือระงับการเข้าถึงข้อมูล โดยทำให้ผู้ใช้บริการรายใดไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้อีก เมื่อผู้ให้บริการได้รับการแจ้งจากเจ้าของลิขสิทธิ์ เพื่อเป็นการแสดงให้เห็นว่าตนไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้น ผู้ให้บริการจึงไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้บริการ ในทางกลับกัน หากผู้ให้บริการเลือกที่จะไม่ปฏิบัติตาม ก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้มาตรการดังกล่าว แต่ก็ยังสามารถต่อสู้คดีในชั้นศาลได้ต่อไป ในทำนองเดียวกัน กฎหมายก็ไม่ได้กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องปฏิบัติตามมาตรการดังกล่าว เพื่อที่จะบังคับใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ของตน โดยเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถดำเนินการฟ้องร้องในชั้นศาลเกี่ยวกับการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้บริการได้ แต่การปฏิบัติตามมาตรการดังกล่าวจะทำให้ประหยัดเวลาและค่าใช้จ่าย เมื่อเปรียบเทียบกับ การฟ้องร้องในชั้นศาล นอกจากนั้น ในการปฏิบัติตามมาตรการดังกล่าวเจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องแจ้งตามรูปแบบ ครอบคลุมสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนด และใช้มาตรการดังกล่าวไปในทางที่ชอบธรรมด้วย ดังนี้

- 1) เจ้าของลิขสิทธิ์มีหลักฐานอันควรเชื่อว่ามี การละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการตามมาตรา 43/4 หรือมาตรา 43/5 (มาตรา 43/6 วรรคหนึ่ง)
 - 2) เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องคำนึงถึงบทบัญญัติในส่วนที่ 6 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ (มาตรา 43/6 วรรคสอง)
 - 3) การแจ้งต้องทำเป็นหนังสือหรือทำโดยผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ (มาตรา 43/6 วรรคสอง)
- เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องระบุนานอันมีลิขสิทธิ์ที่ตนได้กล่าวอ้างว่าเป็นการนำมาใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต หรือเป็นการกระทำขึ้นมาโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของตน ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์ประสงค์จะให้ผู้ให้บริการคอมพิวเตอร์นำข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ และดำเนินการเพื่อทำให้สาธารณชนไม่สามารถเข้าถึงได้ ทั้งนี้ เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องให้ข้อมูลที่เพียงพอ เพื่อให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะสามารถระบุตำแหน่งของสิ่งดังกล่าวได้ โดยอย่างน้อยต้องมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้ (43/6 วรรคสอง)

- (1) ชื่อตัวและชื่อสกุล หรือชื่อนิติบุคคล ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ และที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โดยข้อมูลดังกล่าวต้องทำให้สามารถติดต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ได้
- (2) งานอันมีลิขสิทธิ์ที่อ้างว่าถูกละเมิดลิขสิทธิ์
- (3) ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์และแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้น โดยต้องมีรายละเอียดที่เพียงพอตามสมควร เพื่อให้ผู้ให้บริการสามารถนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าว เว้นแต่เป็นการแจ้งไปยังผู้ให้บริการตามมาตรา 43/5 ให้ระบุเพียงแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อที่นำไปสู่ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ และรายละเอียดที่เพียงพอตามสมควร เพื่อให้ผู้ให้บริการสามารถระบุแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อนั้น

(4) คำรับรองว่าข้อความที่แจ้งดังกล่าวเป็นความจริง

(5) ลายมือชื่อหรือลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ของเจ้าของลิขสิทธิ์

หลังจากที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้แจ้งไปยังผู้ให้บริการคอมพิวเตอร์เกี่ยวกับการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้บริการแล้ว ให้ผู้ให้บริการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือดำเนินการระงับการเข้าถึงดังกล่าวโดยไม่ชักช้า เพื่อให้สาธารณชนไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม ผู้ใช้บริการที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ก็ยังสามารถส่งการแจ้งโต้แย้ง (Counter Notice) ไปยังผู้ให้บริการคอมพิวเตอร์ได้ (มาตรา 43/3 วรรคสาม)

นอกจากนั้น หากผู้ให้บริการได้มีการโต้แย้งไปยังผู้ให้บริการ ให้ผู้บริการส่งสำเนาโต้แย้งไปยังเจ้าของลิขสิทธิ์โดยเร็ว พร้อมแจ้งว่าจะนำข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นกลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวเมื่อพ้นกำหนด 30 วัน นับแต่วันที่ผู้ให้บริการได้รับคำโต้แย้ง (มาตรา 43/7 วรรคสอง)

เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลา 30 วันข้างต้นนั้น หากเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้แจ้งกลับมายังผู้ให้บริการคอมพิวเตอร์ทราบว่าจะดำเนินการฟ้องร้องผู้ให้บริการฐานละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตก็จะสามารถนำข้อมูลดังกล่าวกลับมาไว้ในระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์เช่นเดิม (มาตรา 43/7 วรรคสาม)

ทั้งนี้ ผู้ใช้บริการจะได้รับความคุ้มครองภายใต้มาตรการดังกล่าว หากการนำข้อมูลดังกล่าว ออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ และดำเนินการเพื่อทำให้ไม่สามารถเข้าถึงได้นั้น เกิดจากการที่เจ้าของลิขสิทธิ์แจ้งไปยังผู้ให้บริการโดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นเท็จ ทำให้ผู้ให้บริการเกิดความเข้าใจผิด โดยบิดเบือนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้มีหลักฐานอันควรเชื่อว่าเป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นเหตุให้ผู้ให้บริการนำข้อมูลนำข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นออก กรณีนี้ผู้บริการก็สามารถดำเนินการฟ้องร้องเจ้าของลิขสิทธิ์ และเจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องรับผิดชอบความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการแจ้งอันเป็นเท็จนั้น (มาตรา 43/8) รวมถึงขอให้มีการนำข้อมูลที่น่าออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์กลับมาไว้ในระบบหรือเครือข่ายเช่นเดิม

2.3 หลักทั่วไปในการพิจารณาความเสียหายเกี่ยวข้องกับมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์

2.3.1 ความหมายและลักษณะทั่วไปเกี่ยวกับความเสียหาย

ค่าเสียหายโดยทั่วไปไม่มีกฎหมายให้ความหมายไว้โดยเฉพาะ แต่ความหมายโดยทั่วไปหมายถึง จำนวนเงินที่ศาลสั่งให้ลูกหนี้ชำระแก่เจ้าหนี้เพื่อชดใช้ความเสียหายอันเกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย และเสรีภาพหรือสิทธิอื่น ๆ ซึ่งความเสียหายดังกล่าวอาจมิใช่ทรัพย์สินก็ได้ จากความหมายของค่าเสียหายข้างต้นจะเห็นว่าค่าเสียหาย โดยทั่วไปมีลักษณะเป็นการเยียวยาความเสียหาย ซึ่งศาลจะเป็นผู้กำหนดจำนวนเงินโดยสมควรให้แก่ผู้เสียหายเป็นตัวแทนโดยสมควรให้แก่ผู้เสียหายว่าเป็นเงินเท่าไร โดยถือเอา “ความเสียหาย” เป็นหลัก ซึ่งความเสียหายนั้นโดยปกติผู้กล่าวอ้างจะต้องนำสืบให้ศาลเห็น แต่กลับกันในเรื่องค่าเสียหายแม้เจ้าหนี้จะไม่พิสูจน์หรือพิสูจน์ไม่ได้ว่าเป็นจำนวนเท่าใด เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นแล้วศาลก็อาจกำหนดให้ได้ตามพฤติการณ์แห่งคดี ซึ่งมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ได้วางหลักไว้ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด แม้จำเลยจะไม่ได้ให้การปฏิเสธหรือโต้แย้งข้อกล่าวอ้างของโจทก์เกี่ยวกับจำนวนค่าเสียหายเลยก็ตาม ศาลก็ไม่จำเป็นต้องให้จำเลยชำระเต็มจำนวนที่โจทก์เรียกร้อง ศาลย่อมกำหนดให้ตามความเป็นจริงและตามความเหมาะสมโดยมุ่งที่จะให้เป็นการชดใช้ตามที่โจทก์เสียหายเท่านั้น

ค่าเสียหายเป็นวิธีการชดใช้และเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น ไม่ว่าจะความเสียหายจะเกิดขึ้น การละเมิดหรือการผิดสัญญา ทั้งที่เกิดขึ้นต่อชีวิตร่างกาย เสรีภาพ อนามัย ทรัพย์สิน สิทธิหรืออื่น ๆ ต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใดในการบังคับให้มีการเยียวยาค่าเสียหาย หากเป็นกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญา ค่าเสียหายจะเป็นวิธีการเยียวยาเพื่อกระทำให้เจ้าหนี้อยู่ในสถานะเสมือนว่ามี การชำระหนี้ตามสัญญา หรือเสมือนว่ายังไม่เคยทำสัญญามาก่อน แต่หากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิด ค่าเสียหายจะใช้วิธีการเพื่อการเยียวยาชดใช้ให้ผู้ถูกละเมิดกลับสู่สถานะเดิมก่อนที่จะได้มีการกระทำนั้นเกิดขึ้น การพิจารณาเกี่ยวกับค่าเสียหายจะต้องพิจารณาจากทฤษฎีว่าด้วยหนี้ (Theory of Obligation)¹⁵ เนื่องจากละเมิดเป็นหนี้ทางแพ่งประเภทหนึ่ง และมีจุดร่วมและความคล้ายคลึงกับสัญญา มีจุดมุ่งหมายให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นในทำนองเดียวกันกับหนี้ทางสัญญา แต่การกระทำละเมิดไม่ได้เกิดจากการตกลงหรือมีเจตนาร่วมกันเหมือนดังกับการทำสัญญา หากแต่เป็นเรื่องที่ฝ่ายหนึ่งกระทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเกิดความเสียหาย ดังนั้นผู้ทำละเมิดจึงต้องมีหน้าที่หรือมีหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยถือตามความเสียหายที่แท้จริงที่ผู้เสียหายได้รับ

¹⁵ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2553), 54.

เป็นเกณฑ์นั้นทันที เพื่อเป็นการเยียวยาชดใช้ให้ผู้ถูกละเมิดกลับคืนสู่สถานะเดิม ประหนึ่งความเสียหายไม่เคยเกิดขึ้น

แต่อย่างไรก็ดีผู้เสียหายต้องไม่ได้รับการชดใช้เกินไปจากความเสียหายที่แท้จริง โดยค่าเสียหายประเภทนี้เป็นค่าเสียหายแบบค่าสินไหมทดแทน (Compensatory Damages) สำหรับหลักการกลับคืนสู่สถานะเดิมดังกล่าวนี้ถือได้ว่าเป็นหัวใจและหลักการสำคัญของกฎหมายลักษณะละเมิดซึ่งมีที่มาจากหลักสุภาษิตโรมันที่ว่า “Restitutio in Intergrum” ซึ่งอธิบายได้ว่า เมื่อบุคคลทั่วไปนั้นมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำละเมิดต่อผู้อื่น แต่หากว่ามีการฝ่าฝืนกระทำผิดหน้าที่ขึ้น หนี้ยละเมิดก็จะเกิดมีผลทำให้ผู้กระทำละเมิดมีหน้าที่หรือหนี้ที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย แม้ว่าความเสียหายดังกล่าวตนจะไม่อาจคาดเห็นได้ ซึ่งการชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องเป็นการทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สถานะเดิม หรือใกล้เคียงสถานะเดิมให้มากที่สุดเหมือนว่าไม่เคยมีการทำละเมิดเกิดขึ้น สำหรับวิธีการกลับคืนสู่สถานะเดิมนั้นอาจกระทำได้โดยกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ ซึ่งเป็นวิธีการใช้ค่าสินไหมทดแทนตามธรรมชาติ ได้แก่ ถ้าเป็นการเอาทรัพย์สินของบุคคลอื่นไปผู้กระทำละเมิดจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยการคืนทรัพย์สินในสภาพเดิมให้แก่เจ้าของนั้นพร้อมกับค่าใช้จ่ายและดอกผล หรือกรณีที่ทรัพย์สินได้รับความเสียหาย ผู้กระทำละเมิดก็ต้องจัดการทำให้ทรัพย์สินนั้นคืนดีดังเดิมด้วยค่าใช้จ่ายของผู้กระทำละเมิดเอง หรือมีการส่งมอบทรัพย์สินอื่นที่มีลักษณะอย่างเดียวกันคืน รวมทั้งค่าชดเชยสำหรับผลของการผิดนั้นนั้นให้แก่ผู้เสียหาย

อย่างไรก็ตาม วิธีการกลับคืนสู่สถานะเดิมนั้นก่อนมีการละเมิดนั้นมิได้จำกัดเฉพาะการใช้ค่าเสียหายโดยการคืน หรือใช้ราคาทรัพย์สินเท่านั้น เนื่องจากเป็นวิธีการชดเชยที่เป็นอุดมการณ์มากเกินไปและบางกรณีของความเสียหายก็ยาก หรือเป็นพันวิสัยที่จะกระทำการย้อนหลังให้กลับไปสู่ฐานะเสมือนก่อนเหตุการณ์ที่ทำให้เกิดความเสียหายได้ หรือบางครั้งอาจจะยังไม่สามารถเยียวยาชดใช้แก่ผู้เสียหายให้เพียงพอกับความเสียหายที่เกิดขึ้นได้

ตัวอย่างเช่น นอกจากผู้กระทำละเมิดจะต้องใช้ราคาทรัพย์สินที่ทำให้ทรัพย์สินนั้นผิดไปจากสภาพเดิมให้แก่เจ้าของแล้ว ผู้กระทำละเมิดยังอาจจะต้องใช้ค่าเสียหายจากการที่เจ้าของทรัพย์สินไม่ได้ใช้ทรัพย์สินนั้นในระหว่างระยะเวลาที่ทรัพย์สินนั้นไม่ได้อยู่กับตนไปจนถึงวันที่ศาลพิพากษาตัดสิน นอกจากนี้การกลับคืนสู่สถานะเดิมอาจจะเสียค่าใช้จ่ายมากเกินไป ศาลจึงอาจกำหนดให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้เป็นค่าเสียหายที่เป็นตัวเงิน (Compensation in Money)¹⁶ มาเป็นเครื่องมือวัดความเสียหายแทนก็ได้

กรณีที่ทำให้ความเสียหายให้แก่เกียรติยศและความเชื่อถือ หรือในการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมโดยการโฆษณา จากคำพิพากษาการให้ค่าเสียหายเป็นตัวเงินอาจจะให้เป็นรูปเงินเหมาหรือให้เป็นงวด ๆ

¹⁶ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, “ค่าเสียหายอันเป็นโทษในคดีละเมิด”, วารสารนิติศาสตร์ 15, 4(ธันวาคม 2528): 156-157.

การให้เป็นงวด ๆ นี้ควรกระทำเมื่อความเสียหายนั้นทำให้รายได้ซึ่งได้เป็นระยะเวลาหมดไป หรือว่าเป็นกรณีที่ทำให้ไม่สามารถทำงานได้ แต่การกำหนดค่าเสียหายที่เป็นเงินก็อาจมีปัญหาข้อจำกัดในการใช้ได้ ถ้ามีการกำหนดความเสียหายที่ได้รับกับจำนวนเงินค่าเสียหายที่กำหนดให้ไม่สัมพันธ์กัน โดยเฉพาะหากเป็นกรณีที่ยากหรือไม่สามารถที่จะคำนวณความเสียหายได้เลย เช่น ค่าเสียหายที่ไม่มีใช้ตัวเงิน เมื่อเปรียบเทียบการกลับคืนสู่สถานะเดิม ซึ่งมีความแตกต่างกับกรณีสัญญา เนื่องจากความเสียหายทางละเมิดอาจเกิดขึ้นระหว่างคนแปลกหน้าซึ่งมาพบกันโดยบังเอิญ การใช้ค่าสินไหมทดแทนในกรณีของละเมิดจึงมีการชดใช้ให้เจ้าหน้าที่กลับสู่สถานะเดิมก่อนมีการกระทำละเมิด แต่สำหรับการใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากสัญญานั้นเจ้าหน้าที่และลูกหนี้มีความสัมพันธ์กันอยู่แล้ว มีผลทำให้การใช้ค่าสินไหมทดแทนในกรณีของสัญญาจึงเป็นการกระทำที่เจ้าหน้าที่อยู่ในฐานะเสมือนหนึ่งมีการชำระหนี้ตามสัญญาเท่าที่จะทำได้ด้วยการใช้เงิน ถือเป็นกรณินี้เจ้าหน้าที่ได้รับค่าสินไหมทดแทนในสถานะที่จะพึงได้รับในกรณีที่จะมีการชำระหนี้กันเกิดขึ้น มิใช่ให้ชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ที่ทั้งสิ้น หรือมิใช่เป็นการชดใช้กันเพื่อให้เจ้าหน้าที่ได้คงคืนสภาพและฐานะเหมือนดังมิได้มีหนี้ต่อกันเลย

ดังนั้น สภาพของเจ้าหน้าที่จะได้รับประโยชน์ของค่าสินไหมทดแทนนั้นจะมีเพียงเท่ากับที่จะพึงได้รับจากการชำระหนี้เท่านั้น เนื่องจากการที่บุคคลสองฝ่ายเข้ามาก่อนนิติสัมพันธ์กันโดยเกิดขึ้นมา อย่างน้อยบุคคลฝ่ายที่เป็นเจ้าหน้าที่ย่อมมุ่งประสงค์ต่อผลของหนี้เป็นข้อแรกและเป็นธรรมดาของการก่อให้เกิดหนี้ ซึ่งถ้าลูกหนี้ได้ชำระหนี้แก่เจ้าหน้าที่ได้ครบถ้วนบริบูรณ์เรื่องก็คงไม่มีปัญหา เจ้าหน้าที่เองก็สมประโยชน์และได้รับความพอใจ แต่หากเจ้าหน้าที่ไม่ได้รับการชำระหนี้ที่สมบูรณ์และเกิดความเสียหายขึ้น ย่อมสมควรให้เจ้าหน้าที่ได้รับการชดใช้เยียวยาเช่นเดียวกับที่จะพึงได้รับชำระหนี้ ค่าเสียหายจึงควรมีขนาดเท่ากับหรือใกล้เคียงกับจำนวนที่สูญเสียหรือขาดไปจากการที่ไม่ได้รับชำระหนี้ เพื่อที่จะให้เจ้าหน้าที่ได้คงคืนสภาพหรือสถานะทางเศรษฐกิจการเงิน หรือความก้าวหน้าเช่นเดียวกับที่ได้มีการชำระหนี้กันถูกต้องบริบูรณ์ มิได้ให้ผลประโยชน์ก้าวหน้าไปถึงว่าจะให้เจ้าหน้าที่ได้รับผลประโยชน์ หรือกลับคืนสู่สถานะเหมือนว่ามีได้มีหนี้ต่อกันเลย ทำให้เจ้าหน้าที่ตามสัญญาสามารถเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยปฏิบัติตามสัญญาโดยตรง หรือเมื่อไม่อาจบังคับชำระหนี้โดยตรงไม่ได้ หรือลูกหนี้ไม่ชำระหนี้และเจ้าหน้าที่ไม่ประสงค์จะบังคับชำระหนี้ต่อไป เจ้าหน้าที่จึงเรียกให้ลูกหนี้ชำระค่าเสียหายแทนการไม่ชำระหนี้ หรือลูกหนี้ชำระหนี้แล้วแต่ไม่ถูกต้อง เจ้าหน้าที่เสียหายก็อาจเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมจากการรับชำระหนี้ก็ได้ และค่าสินไหมทดแทนทางสัญญานั้นจะเรียกได้เพียงเพื่อทดแทนความเสียหายเช่นตามปกติย่อมเกิดขึ้นแก่การไม่ชำระหนี้ รวมถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นแต่พฤติการณ์พิเศษ ซึ่งคู่กรณีคาดเห็นได้หรือควรจะคาดเห็นได้ ตามมาตรา 222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อพิจารณาแล้วนั้นการทดแทนให้ผู้ถูกละเมิดกลับคืนสู่สถานะเดิมก่อนถูกละเมิดจึงเป็นการเรียกค่าเสียหายที่มีลักษณะกว้างมากกว่ากรณีของการผิดสัญญา

อาจกล่าวได้ว่า ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดฐานละเมิด เป็นความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้หรือความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณได้ แต่สิ่งสำคัญที่ผู้เสียหายจะได้รับการเยียวยาชดใช้ในความเสียหายก็ต่อเมื่อมีการกระทำความผิดและก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นมาก่อน ตามหลักที่ว่า “ไม่มีความรับผิดชอบโดยไม่มีความผิด” โดยความเสียหายนั้น ต้องมีความแน่นอน มิใช่เป็นเพียงการคาดหมายว่าจะเกิดหรือไม่เกิดความเสียหาย อย่างไรก็ตาม ความเสียหายที่แน่นอนนั้นมิได้หมายความว่าเฉพาะผลที่เกิดขึ้นในปัจจุบันเท่านั้น แต่รวมทั้งผลที่จะเกิดขึ้นในอนาคตอันเป็นผลที่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นด้วย โดยหลักเมื่อการใช้ค่าเสียหายมีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของผู้ถูกระทำความผิด ค่าเสียหายจึงเป็นไปเพื่อชดใช้ความเสียหาย (Damages are Compensatory)¹⁷ การพิจารณาชดใช้ความเสียหายนั้นจึงต้องยึดถือความเสียหายที่แท้จริงเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเป็นสำคัญ ทั้งนี้ ค่าเสียหายที่กำหนดจะต้องไม่ใช่เป็นการลงโทษลูกหนี้หรือเป็นการให้รางวัลแก่เจ้าหนี้ ซึ่งค่าเสียหายนั้นจึงต้องขึ้นอยู่กับความเสียหายที่เจ้าหนี้ได้รับ ไม่เกี่ยวกับผลประโยชน์ที่ลูกหนี้ได้รับ เว้นแต่กรณีของลาภมิควรได้หรือกรณีที่ลูกหนี้ทำผิดหน้าที่เกี่ยวกับความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duty) ซึ่งลูกหนี้จะต้องส่งคืนผลประโยชน์ที่ได้รับแก่เจ้าหนี้ด้วย

กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เจ้าหนี้จะเรียกร้องเกินกว่าที่เสียหายไม่ได้ แต่ทั้งนี้กฎหมายลักษณะละเมิดยังให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจ คือค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใด เพียงใดนั้น ศาลย่อมวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์แห่งความร้ายแรงแห่งละเมิดและตามกรณี ๆ ไป รวมทั้งปัจจัยอื่น ๆ เช่น ความสัมพันธ์กับค่าครองชีพ สถานการณ์และความเป็นอยู่โดยทั่วไปในแต่ละภูมิภาค หรือสังคมมาประกอบการพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องปริมาณค่าสินไหมทดแทน แต่ความเสียหายสูงสุดที่ศาลจะพึงให้ผู้กระทำละเมิดชำระได้นั้นจะต้องเป็นความเสียหายที่แท้จริงเท่านั้น ศาลจะให้ผู้กระทำละเมิดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อเป็นการลงโทษในทางแพ่งไม่ได้

ความเสียหายนั้นมีบ่อเกิดจาก 2 แหล่ง นั่นก็คือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญา (Breach of Contract) และความเสียหายจากการกระทำละเมิด (Tort) สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญานั้น ความเสียหายดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการกำหนดภาระหน้าที่หรือหนี้ระหว่างผู้เสียหายเจ้าหนี้กับผู้ที่ต้องรับผิดชอบลูกหนี้เกิดขึ้นมาเสียก่อน ส่วนความรับผิดทางละเมิดผู้เสียหายกับผู้ที่ต้องรับผิดชอบไม่มีภาระหน้าที่หรือหนี้ระหว่างกันมาก่อน อีกทั้ง ความเสียหายจากการกระทำละเมิดนั้นเป็นความเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิด ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย (Violation of Law) และมีความเสียหายเกิดขึ้นมา ความแตกต่างระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญาและความเสียหายจากการกระทำละเมิด ดังนี้

¹⁷ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, 163.

ก. ความสามารถ

ความเสียหายที่เกิดจากการผิดสัญญา นั้นจะต้องมีหนี้ตามสัญญาเกิดขึ้นก่อน ทั้งนี้ สัญญาจะเกิดขึ้นได้ความสามารถของบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาก็เป็นประเด็นหนึ่งที่จะต้องพิจารณาหาก บุคคลไม่มีความสามารถตามกฎหมายที่จะเข้าผูกพันตนตามสัญญา สัญญาที่เกิดขึ้นนั้นก็จะเป็นโมฆียะ แต่ในเรื่องของละเมิดนั้นความสามารถของผู้กระทำละเมิดและผู้เสียหาย ไม่ได้เป็นประเด็นในการ พิจารณาความเสียหายหรือการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้น

ข. หน้าที่นำสืบ

ในทางละเมิดผู้เสียหายจะเป็นผู้นำสืบว่าจำเลยได้กระทำการใด ๆ อันเป็นการละเมิด แก่ตนเอง ในขณะที่ความรับผิดตามสัญญาเป็นหน้าที่ของลูกหนี้ (จำเลย) ในการนำสืบว่าตนไม่มีหน้าที่ ที่จะต้องกระทำดังเช่นที่โจทก์กล่าวอ้าง

ค. ขนาดของความเสียหาย

ความรับผิดทางละเมิดนั้น ผู้ละเมิดย่อมรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายอันเป็นผลมาจากการ กระทำละเมิดในเรื่องความรับผิดทางสัญญานั้น ลูกหนี้คงรับผิดชอบต่อความเสียหายเท่าที่เกิดจากการไม่ ชำระหนี้ของลูกหนี้และเท่าที่ลูกหนี้คาดหมายเท่านั้น

2.3.2 ความเสียหายจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการ เข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์

ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีไปในทางที่ไม่ชอบนั้น ในทาง กฎหมายถือเป็นการละเมิดอย่างหนึ่ง ซึ่งเกิดจากการกระทำใด ๆ ที่ผู้ละเมิดกระทำต่อผู้อื่น การ กระทำต่อบุคคลอื่นดังกล่าวนี้ต้องเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนข้อห้ามและบทบัญญัติของกฎหมาย และ ต้องก่อความเสียหายให้แก่ผู้ที่ถูกกระทำขึ้น บทบาทของกฎหมายละเมิดได้ถูกกำหนดให้เป็นเครื่องมือ เพื่อประโยชน์ในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นในรูปของเงินค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ที่ต้อง สูญเสียและหรือได้รับความเดือดร้อนจากการถูกระทบกระทบต่อสิทธิปัจเจกของบุคคล หากการ กระทำใด ๆ ที่เป็นการละเมิดแต่ไม่ได้สร้างความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย ผู้เสียหายก็มีอาจจะเรียก ค่าเสียหายจากการกระทำนั้นได้ ทั้งนี้เพราะไม่มีความเสียหายใด ๆ ที่จะต้องเยียวยาชดใช้ ลักษณะ สำคัญประการหนึ่งของค่าเสียหายในกรณีละเมิดก็คือ ค่าเสียหายในกรณีละเมิดเกิดขึ้นจากการที่ ผู้เสียหายกับผู้ละเมิดไม่ได้มีหนี้ หรือนิติกรรมใด ๆ หรือความสัมพันธ์ระหว่างกันมาก่อน ความ เสียหายในกรณีละเมิดเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำใด ๆ ที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายและ สร้างความเสียหายให้แก่บุคคลอื่น ๆ ไม่ว่าจะความเสียหายนั้นจะกระทบต่อร่างกายชีวิต เสรีภาพ ทรัพย์สิน ชื่อเสียงหรือสิทธิอื่น ๆ

มาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวเป็นการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ โดยหากเจ้าของลิขสิทธิ์มีหลักฐานอันควรเชื่อว่าจะมีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นก็สามารถแจ้งไปยังผู้ให้บริการเพื่อนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างนั้นออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของตน ซึ่งเป็นมาตรการที่รวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่าย ในส่วนนี้ผู้ให้บริการก็ไม่มีควมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์หากได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ จะเห็นได้ว่ากลไกของมาตรการทางเทคโนโลยีที่จะใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์นั้น เป็นการกำหนดให้ผู้ให้บริการเป็นคนกลางในการตัดสินใจที่จะนำเนื้อหาหรือข้อมูลในความดูแลของตนออก ผู้ให้บริการก็ย่อมต้องรีบดำเนินการตามที่ได้รับแจ้งเตือนมาเพื่อให้ตนไม่ต้องรับผิดชอบดังกล่าว จึงเป็นการที่ผู้ให้บริการเกรงกลัวต่อแรงกดดันโดยลอบอกทันที่จนอาจไม่ได้มีการตรวจสอบข้อมูลให้ถูกต้องและครบถ้วนอันเป็นผลกระทบต่อผู้ใช้บริการโดยตรง รวมถึงปัจจุบันที่มีการพัฒนาเทคโนโลยีให้ทันสมัยอยู่ตลอดเวลา การตรวจสอบของผู้ให้บริการจึงมีการใช้ระบบอัตโนมัติเข้ามาเกี่ยวข้องในการตรวจสอบถึงการแจ้งข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์แทนมนุษย์อย่างปัญญาประดิษฐ์หรือ AI (Artificial Intelligence) ซึ่งระบบ AI นั้น ไม่ได้มีจิตสำนึก (Consciousness) ที่จะสามารถพิจารณาถึงว่าข้อมูลในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เจ้าของสิทธิ์ได้แจ้งมานั้นเป็นการเข้าหลักในเรื่องข้อยกเว้นหรือหลักการใช้ที่เป็นธรรมหรือไม่ (Fair Use) ซึ่งเป็นสิ่งซับซ้อนและยากที่คอมพิวเตอร์จะสามารถเลียนแบบพฤติกรรมได้อย่างมนุษย์ที่อาจเกิดการลบข้อมูลหรือเนื้อหาที่ผิดพลาดและลอบอกโดยทันที

ในทางกลับกัน หากเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ทำการแจ้งลบข้อมูลที่กล่าวอ้างว่ามีการละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน โดยมีได้มีหลักฐานอันควรเชื่อ และมีการคำนึงถึงบทบัญญัติในส่วนที่ 6 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ (มาตรา 43/6) เป็นการก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและสร้างความเสียหายต่อผู้ใช้บริการ อันจะเป็นการจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพ (Chilling Effects) ของผู้ใช้บริการบนระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ได้ อย่างเช่น หยุดการวิพากษ์วิจารณ์ หรือแสดงความคิดเห็นทางการเมือง ศาสนา เป็นต้น เนื่องจากมาตรการดังกล่าวทำให้ประชาชนไม่สามารถที่จะเข้าถึงข้อมูลบนคอมพิวเตอร์ที่ได้กล่าวอ้างว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์ได้อีก แม้ว่าจะมีการกำหนดสิทธิในการโต้แย้งเอาไว้ แต่ก็เป็นการโต้แย้งภายหลังจากที่ผู้ให้บริการได้นำข้อมูลออกจากระบบหรือเครือข่ายของตนแล้วตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 มาตรา 43/6 วรรคสาม และผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะสามารถพิจารณาเอาข้อมูลกลับคืนได้ก็ตาม แต่ในช่วงเวลาระหว่างที่รอให้ข้อมูลกลับมาเผยแพร่ นั้นอาจเป็นสร้างความเสียหายบางประการได้ อย่างเช่น ข้อมูลบางอย่างจะสำคัญต่อบางช่วงเวลาตามสถานการณ์บ้านเมืองเท่านั้น ถึงแม้ว่าข้อมูลหรือเนื้อหาจะถูกนำข้อมูลกลับคืนเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายได้หลังจากระยะเวลาหนึ่ง แต่ความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขได้ย่อมเป็นผลต่อชื่อเสียงของเจ้าของข้อมูลหรือเนื้อหานั้น ๆ

การเข้าถึงข้อมูลบนอินเทอร์เน็ตเป็นสิทธิมนุษยชนทุกคนพึงได้รับอย่างหนึ่ง ประชาชนควรที่จะมีอิสระในการใช้งานอินเทอร์เน็ต รวมถึงยังเป็นวาระที่สำคัญขององค์กรสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในช่วงต้นศตวรรษที่ 21 ในการถกเถียงกันถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกิดขึ้นจากการใช้งานอินเทอร์เน็ตดังกล่าว¹⁸ โดยที่ปฏิญญาสากลของสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights) ได้ระบุให้ทุกคนมีสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก (The Right to Freedom of Opinion and Expression) โดยปราศจากการแทรกแซง และสามารถค้นหา ได้รับหรือส่งต่อข้อมูลและความคิดเห็นจากสื่อต่าง ๆ ได้อย่างไม่จำกัดพื้นที่เขตแดน ทั้งนี้จากแถลงการณ์ร่วมกันของ the Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE), the Organization of American States และ the African Commission on Human and Peoples' Rights ได้ให้การสนับสนุนในการนำเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก สามารถมาใช้ในการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต เช่นเดียวกับการสื่อสารในรูปแบบอื่น¹⁹ ซึ่งเสรีภาพในการแสดงออกเป็นการถ่วงดุลกับสิทธิของรัฐที่จะจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกเพื่อรักษาศีลธรรมอันดี ความสงบเรียบร้อย และสวัสดิภาพของสังคม

ซึ่งสิทธิ (Right) คือ ประโยชน์หรืออำนาจของบุคคลที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองมิให้มีการละเมิด รวมทั้งบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดด้วย เช่น สิทธิในครอบครัว สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว สิทธิในเกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในการเลือกอาชีพ ถิ่นที่อยู่ การเดินทาง สิทธิในทรัพย์สิน เป็นต้น ซึ่งสิทธิเป็นการก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นในอันที่จะต้องปฏิบัติตามประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ รวมถึงมีหน้าที่ที่จะไม่รบกวนต่อสิทธิหน้าที่ที่กระทำ การหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดให้เป็นไปตามสิทธิ ทั้งนี้ แล้วแต่ประเภทของสิทธินั้น ๆ ด้วย²⁰

ส่วนเสรีภาพ (Liberty) ได้แก่ ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น หรือปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวกักขัง บุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่ตราบเท่าที่ไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่ไม่ประสงค์จะกระทำ และไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวกักขังมิให้กระทำในสิ่งที่เขาประสงค์จะกระทำ โดยสรุปแล้ว เสรีภาพ คือ อำนาจของบุคคลใดอันที่จะกำหนดด้วยตนเอง โดยอำนาจนี้บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนได้ด้วยตนเองตามใจปรารถนา เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง

¹⁸ Hartmann, I. A., "A right to free internet: On internet access and social rights", *Journal of High Technology Law* XIII 2, (2013): 297-429.

¹⁹ Ford, P., (2014). "Freedom of expression through technological networks: Accessing the internet as a fundamental human right", *Wisconsin International Law Journal* 32, 1(2014): 142-170.

²⁰ หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, (กรุงเทพฯ: ประกายพริก, 2535), 224.

ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลต่างประเทศที่ผู้ใช้บริการได้รับความเสียหายจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์ต่อสิทธิ เสรีภาพในการแสดงออก ตัวอย่างเช่น ในคดี Ultimate Fighting Championship (UFC) v. Electronic Frontier Foundation (EFF)²¹ ในซานฟรานซิสโก โดย MacKay เป็นตัวแทนโจทก์ในคดีของ Electronic Frontier Foundation (EFF) ผู้ให้บริการบนแพลตฟอร์มของ YouTube เป็นเจ้าของช่องที่ชื่อว่า “Boxing Now” ได้วิจารณ์การแข่งชกมวย ซึ่งเป็นช่องวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการต่อสู้ที่ได้รับความนิยมที่สุด โดยได้นำวิดีโอและภาพนิ่งจำนวนเล็กน้อยเท่านั้นมาใช้ขึ้นเป็นการใช้งานโดยชอบธรรมชัดเจน แต่ทาง UFC ได้ส่งหนังสือการแจ้งให้ลบออกจำนวน 5 ฉบับ ไปยัง YouTube โดยอ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของตน และ YouTube ก็ได้ทำการลบวิดีโอออก ซึ่งในแต่ละครั้ง MacKay ก็ได้ทำการโต้แย้งกลับทุกครั้ง และทาง YouTube จึงได้พิจารณานำข้อมูลกลับคืนเข้าสู่ระบบหลังจากที่ทาง UFC ไม่มีการดำเนินการใดๆ อีก โดยทาง MacKay กล่าวว่า การที่ UFC ได้แจ้งให้ลบออกเป็นการอ้างสิทธิในลิขสิทธิ์ที่ไม่ชอบธรรม อันเป็นที่จั้น ทำให้ตนสูญเสียผู้ชมและค่าตอบแทนจำนวนมากจากการเข้าชมอีกด้วย ซึ่งวิดีโอการวิพากษ์วิจารณ์นี้ผู้ชมโดยส่วนใหญ่จะเข้าชมในช่วงระยะเวลาไม่กี่วันหลังมีการต่อสู้เกิดขึ้น

หรือ ในกรณีมาตรการแจ้งเตือนและนำออกอาจนำไปใช้อย่างไม่ชอบในเชิงธุรกิจ อันเป็นความเสียหายที่กระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ต เช่น ในคดี The California Breach Co., LLC., v. Mr. Han Xian Du²² ซึ่งข้อเท็จจริงในคดี คือ โจทก์ได้ทำธุรกิจขายคอกสำหรับเด็กชื่อว่า “Pop N Go” โดยรายได้ของโจทก์ส่วนใหญ่มาจากการจำหน่ายบน Facebook และ Instagram และทางจำเลยได้แจ้งลบวิดีโอที่เป็นเท็จผ่านผู้ให้บริการ Facebook, Instagram และ Amazon ซึ่งช่วงเวลาที่ถูกนำข้อมูลหรือเนื้อหาออกทำให้โจทก์เสียลูกค้า และทำให้โจทก์สูญเสียรายได้

อีกทั้ง คำวินิจฉัยของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาในคดี Authors Guild v. Google, Inc.,²³ โดยโจทก์เป็นเจ้าของในงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทวรรณกรรม ได้ยื่นฟ้องต่อทาง Google เนื่องจากได้มีการจัดทำโครงการ Google Books (หนังสือดิจิทัล) ซึ่งทาง Google ได้ทำสำเนาเป็นไฟล์ดิจิทัลและได้สร้างฟังก์ชันในการค้นหาค้นหาบรรณของตนอันเป็นการเผยแพร่ต่อสาธารณชนให้เข้าถึงได้โดยไม่ได้

²¹ Alex, H. M., **YouTube User Fights Unfair Takedown Campaign from UFC (EFF Demands End to Bogus Copyright Claims Aimed at Post-Fight Commentary)** [Online], 14 May 2019. Available from <https://www.eff.org/press/releases/youtube-user-fights-unfair-takedown-campaign-ufc>.

²² The California Breach Co., LLC., v. Mr. Han Xian Du. Case 4:19-cv-08426-YGR.

²³ Authors Guild v. Google, Inc., 721 F.3d 132 (2d Cir. 2015).

รับอนุญาตจากผู้ถือสิทธิ์ ศาลในคดีนี้เห็นว่า โครงการ Google Books นั้นเป็นไปตามหลักข้อยกเว้นทางกฎหมายลิขสิทธิ์ในการใช้งานโดยชอบธรรม ดังนั้น โครงการของ Google ดังกล่าวเป็นการให้บริการสาธารณะโดยไม่ละเมิดกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เนื่องจากลิขสิทธิ์ประเภทวรรณกรรมมีอยู่เพื่อสาธารณประโยชน์จึงต้องทำการประเมินมาตรการแจ้งเตือนและนำออกภายใต้ Digital Millennium Copyright Act (DMCA) โดยพิจารณาจากประโยชน์สูงสุดนี้²⁴ รวมถึงการลบคำพูดที่สาธารณชนสามารถกระทำได้ออกไปจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ ย่อมเป็นการขัดต่อหลักการพื้นฐานภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน²⁵ และเป็นการขัดต่อสิทธิในการแสวงหาข้อมูล แนวคิด และการแสดงออกด้วยเหตุนี้ในคดี Stanley v. Georgia²⁶ ศาลฎีกาจึงถือได้ว่าสิทธิในการแสวงหาและรับข้อมูลและการแสดงออกทางความคิดเป็น “สิทธิขั้นพื้นฐานในสังคมที่พึงมี” ในทำนองเดียวกันคดี Reno v. American Civil Liberties Union²⁷ ถือว่าการแสดงออกบนอินเทอร์เน็ตเป็นสิทธิที่ควรได้รับการคุ้มครอง ในการแสดงออกทางความคิดบนอินเทอร์เน็ตไม่เพียงแต่จะได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่อินเทอร์เน็ตยังเป็นหัวใจสำคัญของการแสดงออกทางความคิด

ดังนั้น ในการใช้มาตรการดังกล่าวจึงไม่ควรเป็นการจำกัดสิทธิ์ และการใช้งานโดยชอบธรรมควรได้รับการตรวจสอบอย่างละเอียดยิ่งขึ้น สิทธิในการรับข้อมูลไม่ว่าจะเป็นทางโลกออนไลน์หรือไม่ก็ตาม บุคคลก็ควรมีสิทธิของตนในการแสดงออกทางความคิดและมีส่วนสนับสนุนในแง่มุมต่าง ๆ ของสังคมเพื่อให้เกิดการพัฒนาต่อไป

2.4 แนวคิดหลักความได้สัดส่วนต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์

แนวคิดหลักความได้สัดส่วนเป็นแนวคิดที่สำคัญอีกประการหนึ่งเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีในการระงับการเข้าถึงข้อมูลละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งหากมาพิจารณาถึงกระบวนการหรือขั้นตอนในการแจ้งการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นผู้แจ้งการละเมิดลิขสิทธิ์ไปยังผู้ให้บริการ และผู้ให้บริการมีหน้าที่ลบข้อมูลที่กล่าวอ้างนั้นออกตามที่แจ้ง กล่าวคือ เป็นกระบวนการที่มีวัตถุประสงค์ที่มิได้

²⁴ Leval, P. N., “Toward a Fair Use Standard”, *Harvard Law Review* 103, 5(1990): 1105-1136.

²⁵ Matteson, J. D., “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, (2018): 20 [Online], 2018. Available from <https://digitalcommons.law.scu.edu/chtj/vol35/iss2/4>.

²⁶ Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557, 564 (1969).

²⁷ Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844 (1997).

เพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้แจ้ง และผู้ให้บริการที่มีหน้าที่นำข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ตามที่แจ้งออกจากระบบของตนทันที เนื่องจากมาตรการดังกล่าวทำให้ประชาชนไม่สามารถที่จะเข้าถึงข้อมูลบนคอมพิวเตอร์ที่ได้กล่าวอ้างว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์ได้อีก ซึ่งการเข้าถึงข้อมูลบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์นั้นย่อมถือเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่งที่ทุกคนพึงได้รับ ประชาชนควรที่จะมีอิสระในการใช้งานดังกล่าว แม้ว่าจะมีการกำหนดสิทธิในการโต้แย้งเอาไว้ แต่ก็เป็นการโต้แย้งภายหลังจากที่ผู้ให้บริการได้นำข้อมูลออกจากระบบหรือเครือข่ายของตน ซึ่งกระบวนการระหว่างดำเนินการส่งคำโต้แย้งที่จะพิจารณาเพื่อนำข้อมูลหรือเนื้อหากลับคืนเข้าสู่ระบบหรือยุติการระงับการเข้าถึงก็ย่อมเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใช้บริการแล้ว เจ้าของลิขสิทธิ์ก็ควรต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าวต่อผู้ใช้บริการด้วยเช่นกัน โดยเจตนาตามแนวคิดหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักพื้นฐานในการกำหนดขอบเขต เพื่อเป็นการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชน และสร้างสมดุลระหว่างกันที่จะต้องไม่กระทบกับสิทธิเสรีภาพของบุคคล อีกทั้ง ในการวินิจฉัยคดีของศาลต่างประเทศ ศาลได้มีการนำหลักในเรื่องความได้สัดส่วนมาใช้ประกอบการพิจารณาด้วย อย่างเช่น ในคดี *Authors Guild v. Google, Inc.*,²⁸ แม้การกระทำของทาง Google จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมของโจทก์ แต่ศาลในคดีนี้ก็เห็นว่า โครงการ Google Books นั้นเป็นไปตามหลักข้อยกเว้นทางกฎหมายลิขสิทธิ์ในการใช้งานโดยชอบธรรม แม้ว่าโจทก์จะได้ลงทุนลงแรงเขียนหนังสือขึ้นมาด้วยความวิริยะอุตสาหะด้วยตัวของโจทก์เอง อันเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทวรรณกรรมที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่งานลิขสิทธิ์ในประเภทนี้มีจุดประสงค์ที่สร้างสรรค์ขึ้นมาเพื่อสาธารณประโยชน์ส่วนรวมเป็นสำคัญ เป็นต้น

หลักความได้สัดส่วนนั้นเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักในทางกฎหมายที่สำคัญ ทั้งนี้ เพราะรากฐานของหลักความได้สัดส่วนนั้นมีพื้นฐานมาจากหลักความยุติธรรมอันเป็นพื้นฐานของหลักกฎหมายทั่วไป หลักความได้สัดส่วนนั้นเป็นหลักที่คำนึงถึงความยุติธรรมทั้งในส่วนของผู้ปัจเจกบุคคล และความยุติธรรมต่อสังคมโดยรวมด้วย ทั้งนี้ เพราะการอาศัยอยู่ร่วมกันในสังคมนั้น ไม่ว่าจะเป็ผลประโยชน์ของผู้ปัจเจกบุคคล หรือผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลที่แตกต่างกัน²⁹ รวมทั้งผลประโยชน์ของมหาชนนั้น ต่างก็มีผลกระทบต่ออีกและกันเสมอ การคลี่คลายความขัดแย้งในเชิงผลประโยชน์ดังกล่าวของประเทศในทางตะวันตกได้อาศัยหลักความได้สัดส่วนนี้เองเป็นหลักในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งดังกล่าว ส่งผลให้การแก้ไขปัญหาความขัดแย้งในเชิงผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลที่แตกต่างกันเป็นไปอย่างสันติบนหลักการของกฎหมายที่คำนึงถึงความยุติธรรมของทุกฝ่าย

²⁸ *Authors Guild v. Google, Inc.*, 721 F.3d 132 (2d Cir. 2015).

²⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส”, *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ* 1, 2(2558): 40.

เจตนารมณ์ประการสำคัญของรัฐที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันเป็นการปกครองภายใต้หลักนิติรัฐหรือรัฐภายใต้กฎหมาย ได้แก่ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด และไม่อาจพรากไปได้ อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงการยอมรับตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law)³⁰ ที่โดยธรรมชาติรัฐหรือผู้มีอำนาจปกครองมีอาจล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้ ดังนั้น ในการใช้อำนาจก็ตีการเมืองการปกครองที่ดี รัฐต้องเคารพสิทธิตามธรรมชาติของประชาชน การจะตรากฎหมายให้มีผลกระทบต่อสิทธิดังกล่าวย่อมมีอาจทำได้ แนวความคิดนี้เชื่อว่าถ้าหากรัฐตรากฎหมายจำกัดสิทธิตามธรรมชาติของประชาชนแล้ว กฎหมายฉบับนั้น ๆ จะไม่มีผลบังคับเลย แต่หากกรณีจำเป็นที่รัฐจะต้องใช้อำนาจบางอย่างที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล รัฐไม่สามารถก้าวท้าวสิทธิของบุคคลได้เว้นแต่เพื่อประโยชน์ส่วนรวม³¹ ประกอบกับด้วยบทบาทและการกิจของการเป็นรัฐสมัยใหม่ที่มีได้จำกัดอำนาจรัฐเฉพาะการป้องกันประเทศเท่านั้น จึงทำให้รัฐจำเป็นต้องมีการใช้อำนาจรัฐมากยิ่งขึ้น และจากการที่ใช้อำนาจรัฐมีความหลากหลาย ซับซ้อน และเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา จึงทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจตรากฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองเข้าไปแทรกแซงเอกชนได้อย่างแน่นอนชัดเจนในทุกกรณี ด้วยเหตุดังกล่าว ดุลพินิจจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากหากเป็นการใช้อำนาจในลักษณะที่เป็น “อำนาจผูกพัน” ปัญหาของการใช้อำนาจรัฐว่าจะมีความได้สัดส่วนหรือไม่นั้น จึงไม่ใช่ว่าเป็นปัญหา แต่หากเป็นการใช้ “อำนาจดุลพินิจ” กรณีดังกล่าวจึงเป็นกรณีที่ต้องใช้อำนาจโดยผูกพันและสอดคล้องต่อหลักความได้สัดส่วนเสมอ ดังนั้น เพื่อเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เกิดขึ้นจากการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้เปิดช่องและให้อำนาจไว้ในกฎหมายจึงจำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์บางประการเพื่อใช้ในการควบคุม และเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐให้มีลักษณะที่อยู่ในขอบเขตพอเหมาะพอประมาณ โดยไม่ให้เป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างเกินขอบเขตอันจะก้าวล่วงเข้ามาในแดนเสรีภาพของประชาชนเกินความพอดี³²

อย่างไรก็ตาม ความหมายของกฎหมายที่เป็นทั้ง “แหล่งที่มา” และ “ข้อจำกัด” ของอำนาจกระทำการต่าง ๆ มิได้หมายความว่าเฉพาะบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ขณะเดียวกัน ยังมีหลักกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไป

³⁰ เรื่องเดียวกัน, 47-52.

³¹ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, 170-174.

³² สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, (กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), 138.

กว่ากฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ฝ่ายปกครองจำต้องเคารพและปฏิบัติตามด้วยเช่นกัน³³ และนำมาใช้เป็นหลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจรัฐ โดยหนึ่งในหลักกฎหมายดังกล่าวได้แก่ หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) อันเป็นหลักที่ห้ามมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ ซึ่งเกิดประโยชน์แก่ส่วนรวมน้อยหรือเกินความจำเป็นหรือไม่เหมาะสมไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะตกแก่ราษฎรหรือสังคมโดยส่วนรวม โดยได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางและนำมาใช้เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐไม่ให้ใช้อำนาจเกินขอบเขตแห่งความจำเป็น

นอกจากนี้ การที่หลักความได้สัดส่วนถือเป็น “หลักพื้นฐาน” ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่สำคัญประการหนึ่ง³⁴ ดังนั้น หากการใช้อำนาจรัฐใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รัฐจำต้องกระทำโดยผูกพันต่อหลักความได้สัดส่วนเสมอ และในขณะเดียวกันหลักความได้สัดส่วนนี้เป็นหลักกฎหมายที่ทำหน้าที่เป็นผู้ควบคุมมิให้รัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ อันเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนว่าจะไม่ถูกรัฐใช้อำนาจลิดรอนสิทธิและเสรีภาพโดยปราศจากเหตุผลและความจำเป็น ในกรณีที่ถูกกฎหมายให้อำนาจแก่รัฐที่จะมีดุลพินิจกระทำการต่าง ๆ การใช้ดุลพินิจนั้นจำต้องกระทำให้สอดคล้องและเหมาะสมต่อหลักความได้สัดส่วนด้วยเช่นกัน มิฉะนั้นแล้ว หากรัฐใช้อำนาจดุลพินิจที่ตนมี โดยปราศจากความได้สัดส่วน หรือเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่เหมาะสม หรือเกินแก่ความจำเป็นแห่งกรณี การใช้อำนาจของรัฐดังกล่าวจึงไม่อาจรับฟังและไม่อาจอ้างต่อกฎหมายหรือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ และตามคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญได้ถือว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นเกณฑ์ในการควบคุมการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

ก. หลักความได้สัดส่วนได้รับความสำคัญอย่างยิ่งในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน C. Starck เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้ตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติที่ผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานโดยอาศัยหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักสำคัญ เงื่อนไขในทางกฎหมายที่กำหนดไว้ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน ได้พัฒนามากลายมาเป็นเงื่อนไขของกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน

ข. ในขอบเขตของการบัญญัติกฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน การใช้หลักความได้สัดส่วนในขั้นแรกนั้นเป็นเรื่องที่เป็นความจำเป็นเพื่อการเปรียบเทียบโดยในขั้นต้นจะต้องประเมินค่าความสัมพันธ์ระหว่างผลประโยชน์มหาชนประการหนึ่งกับการสูญเสียเสรีภาพอีกประการหนึ่ง ดังนั้น กฎเกณฑ์ในทางกฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจำเป็นที่จะต้องให้เหตุผลที่แตกต่างกันโดยขึ้นอยู่กับ

³³ พิทยา จินาวัฒน์, **สรุปเนื้อหาบทความเกี่ยวกับหลักการลงโทษที่ได้สัดส่วน**, (กรุงเทพฯ: สำนักกิจการในพระตำหนักเจ้าหลานเธอ พระองค์เจ้าพัชรกิติยาภา, ม.ป.ป.), 2.

³⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลวิสุทธิ์, “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส”, 13-20.

การพิจารณาว่า ผลประโยชน์มหาชนหรือผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลมีความสำคัญมากกว่าในกรณีนั้น ๆ³⁵

อีกทั้ง หลักแห่งความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่ศาลปกครองใช้ในกรณีที่จะต้องควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในระดับสูงสุด (Maximum Contrôle) ก็คือ เมื่อใดก็ตามที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองไม่ได้กำหนดไว้อย่างแน่ชัดว่าให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการอย่างไร หรือเป็นกรณีที่ไม่ใช่อำนาจผูกพันเมื่อนั้น องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจดุลพินิจ ทั้ง “ดุลพินิจวินิจฉัย” ที่ฝ่ายปกครองจะต้องวินิจฉัยเองว่า ในกรณีเช่นนั้น กฎหมายให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจหรือไม่ และ “ดุลพินิจตัดสินใจ” ที่ฝ่ายปกครองจะกำหนดหรือเลือกใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่งให้เหมาะแก่กรณี แต่อำนาจดุลพินิจมิใช่ อำนาจอันสมบูรณ์ที่องค์กรฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจนั้นอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจ เพราะแท้ที่จริงแล้ว อำนาจดุลพินิจเป็นเพียงความสามารถขององค์กรฝ่ายปกครองในอันที่จะเลือกออกคำสั่ง หรือเลือก มาตรการใดมาตรการหนึ่งในหลาย ๆ มาตรการที่กฎหมายนั้นให้อำนาจกระทำได้ ทั้งนี้ โดยต้องคำนึงว่าสมควรจะออกคำสั่งใด หรือสมควรจะใช้มาตรการใด จึงจะสามารถตอบสนองความต้องการแก่ ประโยชน์ประชาชนที่อยู่ในความรับผิดชอบได้ดีที่สุด ศาลเป็นองค์กรหลักในการควบคุมตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมายในการใช้อำนาจทางปกครอง แม้ว่าศาลไม่อาจสอดเข้าไปใช้ดุลพินิจแทน องค์กรฝ่ายปกครองได้ก็ตาม แต่ศาลมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบ มิให้องค์กรฝ่ายปกครองใช้ อำนาจดุลพินิจอย่างไม่เป็นธรรม และศาลจะมุ่งให้องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดยพิ นิจเคราะห์ในข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับกรณีอย่างรอบคอบที่สุด เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมเป็นประโยชน์แก่ มหาชน และชอบด้วยเหตุผล

หลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นหลักกฎหมายระดับ รัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายความว่า หลักกฎหมายนี้มีผลผูกพันการใช้อำนาจขององค์กรใช้อำนาจรัฐทุก ประเภท และเป็นหลักการที่ศาลใช้อ้างเป็นมาตรฐาน (Norm of Reference) ในการตรวจสอบ “ความเหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องของคำสั่งทางปกครอง” อันเป็นการตรวจสอบ โดยวิเคราะห์ลึกลงไปถึง “คุณภาพของคำสั่งทางปกครอง” หลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) จึงถือเป็นหลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐฝ่ายปกครองกับเอกชนผู้อยู่ ใต้อำนาจ หลักแห่งความได้สัดส่วนนี้ประกอบด้วยหลักกฎหมายย่อย 3 หลักด้วยกัน³⁶ คือ

³⁵ เรื่องเดียวกัน, 54.

³⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 1, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2538), 70.

1) หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability)

หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability) เป็นหลักการที่บังคับให้องค์กรฝ่ายปกครองของรัฐต้องพิจารณาเลือกออกคำสั่งที่สามารถดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมาย ตามที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจได้กำหนดไว้เท่านั้น คำสั่งทางปกครองใด ๆ ก็ตามที่ในความเป็นจริงแล้วไม่อาจทำให้บรรลุความมุ่งหมายตามที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจกำหนดไว้ได้ ย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่เหมาะสม และเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity)

หลักแห่งความจำเป็น หมายความว่า ในบรรดาคำสั่งทางปกครองหลาย ๆ คำสั่งที่คำสั่งเหล่านั้นล้วนแล้วแต่สามารถทำให้บรรลุความมุ่งหมายตามที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจกำหนดไว้ได้ทั้งสิ้น ดังนี้ ต้องพิจารณาว่า ถ้าเป็นคำสั่งที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของเอกชนแล้ว องค์กรฝ่ายปกครองต้องเลือกออกคำสั่งที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของเอกชนน้อยที่สุด แต่ถ้าเป็นคำสั่งที่ให้ประโยชน์แก่เอกชน ฝ่ายปกครองต้องเลือกออกคำสั่งที่มีผลทำให้รัฐเสียประโยชน์น้อยที่สุด หลักแห่งความจำเป็นนี้จะนำมาพิจารณาก็ต่อเมื่อกรณีนั้น มีมาตรการอยู่หลายมาตรการด้วยกันที่สามารถจะทำให้บรรลุความมุ่งหมายตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจกำหนดไว้ แต่ในกรณีที่ไม่มีการ หรือวิธีการที่เหมาะสมอื่นใดให้เลือกได้ ปัญหาที่จะต้องพิจารณาจึงมีอยู่ว่า องค์กรฝ่ายปกครองได้เลือกออกคำสั่งซึ่งเป็นมาตรการเท่าที่จำเป็นแล้วหรือไม่ หมายความว่า คำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่รุนแรงน้อยที่สุดแล้วหรือไม่ หรือว่ามีขณะนั้นแล้วก็ไม่อาจจะบรรลุผลสำเร็จตามความมุ่งหมายตามที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจกำหนดไว้ได้เลย

3) หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in The Narrow Sense)

“หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ” เป็นอีกหลักการหนึ่งที่ศาลใช้อ้างเพื่อตรวจสอบความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครอง ความมุ่งหมายของหลักการนี้³⁷ คือ “ระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชนโดยเป็นผล มาจากคำสั่งทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งกับประโยชน์ที่สังคมส่วนรวมจะได้รับนั้น สมดุลกันหรือไม่” เพราะฉะนั้น โดยหลักการนี้ จึงห้ามองค์กรใช้อำนาจรัฐฝ่ายปกครองใช้อำนาจออกคำสั่งใด ๆ ซึ่งเป็นที่เห็นได้ชัดเจนว่าหากได้มีการลงมือปฏิบัติตามคำสั่งนั้นแล้ว จะเกิดผลประโยชน์น้อยมากแก่สังคมหรือคนส่วนใหญ่ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับเอกชนจึงเห็นได้ว่า หลักแห่งความได้สัดส่วนนี้มุ่งบังคับให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่อยู่ในวิสัยที่จะดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรนั้น ๆ สำเร็จลุล่วงไปอย่างมี

³⁷ วุฒิชัย จิตจานุ, “การบังคับใช้หลักการสัดส่วน (Principle of proportionality) ในการคุ้มครองสิทธิปัจเจกบุคคล”, วารสารรัฐธรรมนูญ 8, 22(2549): 41.

ประสิทธิภาพที่สุดแต่ในขณะเดียวกันก็ต้องก่อความเสียหายหรือมีผลกระทบน้อยที่สุดแก่เอกชนหรือรัฐ แล้วแต่กรณี และห้ามองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่เมื่อได้ลงมือปฏิบัติแล้ว จะก่อให้เกิดประโยชน์น้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะตกแก่เอกชนหรือรัฐ หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้มุ่งพิจารณาที่ “ภาวะสมดุลระหว่างความเสียหายที่เอกชนจะได้รับกับประโยชน์อันสังคมจะพึงได้รับการปฏิบัติให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองมาตรการใดมาตรการหนึ่ง”

ดังนั้น โดยนัยแห่งหลักการนี้ จึงห้ามองค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองใด ๆ³⁸ ที่เห็นได้ชัดว่า เมื่อลงมือปฏิบัติตามคำสั่งนั้นแล้วจะเกิดประโยชน์แก่ประชาชนน้อยมาก หรือไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับเอกชนผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งนั้น หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมุ่งบังคับให้องค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่มีประสิทธิภาพมากที่สุด เพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายตามที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจนั้นกำหนดไว้ และในขณะเดียวกันต้องก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนหรือแก่รัฐ แล้วแต่กรณี น้อยที่สุด และห้ามองค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่เมื่อปฏิบัติตามคำสั่งนั้นแล้วจะเกิดประโยชน์น้อยมาก ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับเอกชนหรือแก่รัฐ อย่างไรก็ตาม การนำหลักแห่งความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาคำสั่งทางปกครองใด ๆ นั้น ศาลจะพิจารณาถึงความระมัดระวังอย่างยิ่ง โดยศาลจะจำกัดอำนาจของศาลอยู่กับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หรือการไม่บังคับตามคำสั่งทางปกครองเฉพาะแต่ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งที่ฝ่าฝืนความได้สัดส่วนอย่างชัดเจน ถึงขนาดที่คาดได้ว่า ไม่มีวิญญูชนคนใดจะออกคำสั่งเช่นนั้น และในกรณีที่ไม่วุ่นวายหรือกรณีมีข้อสงสัย ศาลก็มักจะยกประโยชน์ให้กับองค์กรฝ่ายปกครองของเสมอ

³⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธ์, “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส”, 57.

บทที่ 3

กฎหมายเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ในเรื่อง การตรวจสอบการละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์ก่อนแจ้งไปยังผู้ให้บริการ และการพิจารณา ความเสียหายจากมาตรการดังกล่าวภายใต้กฎหมายต่างประเทศ

ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีในเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดในการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ ประเภทของผู้ให้บริการ ตลอดจนศึกษาถึงหลักการในการตรวจสอบการละเมิดลิขสิทธิ์ก่อนแจ้งไปยังผู้ให้บริการ และผลจากการบังคับใช้ในเรื่องดังกล่าว รวมทั้งศึกษาถึงหลักในการพิจารณาความเสียหายจากการระงับการเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ของมาตรการดังกล่าวในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ ตลอดจนจะศึกษาถึงแนวทางการตีความกฎหมาย ตัวอย่างของคดีความที่เกี่ยวข้อง เพื่อแสดงให้เห็นถึงวิธีการ และแนวทางในการเยียวยาแก่ผู้เสียหายด้วย ทั้งนี้ การศึกษาในบทนี้จะนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบให้เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยเพื่อหาแนวทางในการลดความเสียหายที่เกิดขึ้นจากมาตรการดังกล่าวของประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพต่อไป

3.1 มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ในเรื่องการตรวจสอบการละเมิดในงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ก่อนแจ้งไปยังผู้ให้บริการ

3.1.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา (The Notice and Takedown)

ในปัจจุบันเทคโนโลยีและการสื่อสารได้มีการพัฒนาอยู่ตลอดเวลา รวมถึงในด้านการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาก็ได้ให้ความสำคัญในการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้มีการบัญญัติ The Digital Millennium Copyright Act 1998 (DMCA) ซึ่งประเทศดังกล่าวได้แก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ เพื่อยกระดับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้ครอบคลุมและรองรับกับความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีนวัตกรรมต่าง ๆ รวมถึงความก้าวหน้าของระบบอินเทอร์เน็ตด้วย โดยกำหนดเป็นข้อจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต แต่ผู้ให้บริการดังกล่าวก็ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไข “Safe Harbors” หรือหลักการกระทำที่ได้รับความยกเว้นตามบทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ด้วยวัตถุประสงค์ที่สำคัญของการบัญญัติ ได้แก่ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ต้องรับผิดในการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นธรรมของผู้ใช้บริการ เป็นการกระตุ้นผู้ให้บริการช่วยเหลือและร่วมมือกับเจ้าของลิขสิทธิ์ เป็นต้น

บทบัญญัติภายใต้ The Digital Millennium Copyright Act 1998 (DMCA) ของสหรัฐอเมริกา นั้น ได้นำหลักการทางกฎหมายในคำพิพากษา คดี Relegious Tech. Ctr v. Netcom

On-Line Communication Servs., Inc.¹ เป็นบรรทัดฐานในการนำมาวิเคราะห์และสรุปผล ในประเด็นเกี่ยวกับผู้ให้บริการออนไลน์จะต้องรับผิดชอบเนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้บริการเมื่อใด ซึ่งตามมาตรา 512 ของ DMCA ได้กำหนดข้อจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการออนไลน์ (OSP: Online Service Providers) ไว้ โดยแบ่งได้ 4 ประเภท ดังนี้

(ก) การสื่อสารชั่วคราวหรือตัวกลางรับส่งข้อมูล (Transitory Communications หรือ Mere Conduit)

(ข) การสำเนาข้อมูลเพื่อเรียกซ้ำ (System Caching)

(ค) การจัดเก็บข้อมูลบนระบบหรือเครือข่าย (Hosting) และ

(ง) การหาแหล่งที่ตั้งข้อมูล (Information Location) เช่น เครื่องมือค้นหา (Search Engine) สาระสำคัญของข้อจำกัดความรับผิดในการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทั้ง 4 ประเภทข้างต้น ภายใต้ The Digital Millennium Copyright Act 1998 (DMCA)² คือ

ก) การคุ้มครองสำหรับการรับส่งข้อมูลชั่วคราวเพื่อการรับส่งต่อข้อมูล (Transitory Communications หรือ Mere Conduit) ตามมาตรา 512 (a) ผู้ให้บริการจะได้รับการยกเว้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 512 หากปรากฏว่า

- 1) ผู้ให้บริการไม่ได้เป็นผู้ริเริ่มหรือผู้มีคำสั่งที่ทำให้เกิดการรับส่งข้อมูล
- 2) การรับส่ง การกำหนดเส้นทาง หรือการให้การเชื่อมต่ออย่างใด ๆ นั้น เป็นการส่งผ่านระบบอัตโนมัติ โดยผู้ให้บริการไม่ได้เป็นผู้คัดเลือกข้อมูลที่รับส่งนั้น
- 3) ผู้ให้บริการไม่ได้กำหนดตัวผู้รับข้อมูลนั้น
- 4) ผู้ให้บริการไม่ได้คัดลอกเนื้อหาหรือข้อมูลที่เกิดจากการทำซ้ำให้สามารถเข้าถึงได้โดยทั่วไป
- 5) ไม่มีการเปลี่ยนแปลง แก้ไขเนื้อหาหรือข้อมูลที่ส่งผ่านระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการ

ข) การคุ้มครองสำหรับระบบการสำเนาข้อมูลเพื่อเรียกซ้ำ (Caching System) ตามมาตรา 512 (b) ผู้ให้บริการจะได้รับการยกเว้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 512 หากปรากฏว่าไม่มีการปรับปรุงแก้ไขสำเนาข้อมูลในขณะที่ผู้ให้บริการได้ส่งสำเนาข้อมูลให้แก่ผู้ให้บริการ

¹ Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc., 907 F. Supp. 1361 (District Court, N.D. Cal., 1995).

² The Digital Millennium Copyright Act of 1998, Copyright Office Summary, 8-13.

- 1) ผู้ให้บริการจะต้องปฏิบัติตามกฎต่าง ๆ ที่ว่าด้วยการทำให้ข้อมูลใหม่ทันสมัยอยู่เสมอ (Refresh) โดยการนำข้อมูลใหม่จากแหล่งกำเนิดข้อมูลต้นทางเข้าแทนที่สำเนาข้อมูลเดิมทันที
- 2) กรณีที่ข้อมูลต้นทางไม่สามารถเข้าถึงได้ ผู้ให้บริการต้องทำสำเนาข้อมูลที่ตนเก็บไว้ให้ไม่สามารถเข้าถึงได้เช่นกัน

3) ไม่กระทำการรบกวนต่อการป้องกันที่เจ้าของข้อมูลกำหนด เช่น มาตรการรหัสผ่าน

ค) การคุ้มครองสำหรับการจัดเก็บข้อมูลตามคำสั่งของผู้ใช้บริการไว้บนระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการ (Hosting) ตามมาตรา 512 (c) ผู้ให้บริการจะได้รับการยกเว้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา ๖๖ หากปรากฏว่า

1) ตนไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าจะมีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น หรือหากได้รู้เช่นนั้นแล้วได้กระทำการยุติการเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ทันที

2) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีสิทธิและความสามารถในการควบคุมการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นได้ จะต้องเป็นผู้ที่ไม่ได้รับประโยชน์ตอบแทนในลักษณะเป็นตัวเงินโดยตรงจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นด้วย

3) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้รับการแจ้งที่เหมาะสมเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ และได้นำข้อมูลนั้นออกจากระบบ หรือยุติการเข้าถึงข้อมูลนั้นโดยทันที

ง) การคุ้มครองสำหรับการชี้แหล่งที่ตั้งของข้อมูล (Information Location) ผู้ให้บริการจะได้รับการยกเว้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา ๖๖ หากปรากฏว่า

1) ตนไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าจะมีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น หรือหากได้รู้เช่นนั้นแล้วได้กระทำการยุติการเพื่อเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ทันที ตามมาตรา 512 (c) (3)

2) ในกรณีผู้ให้บริการมีสิทธิและความสามารถในการควบคุมการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นได้ จะต้องเป็นผู้ที่ไม่ได้รับประโยชน์ตอบแทนในลักษณะเป็นตัวเงินโดยตรงจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นด้วย

3) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้รับการแจ้งที่เหมาะสมเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ และได้นำข้อมูลนั้นออกจากระบบ หรือยุติการเข้าถึงข้อมูลนั้นโดยทันที ตามมาตรา 512 (c) (3)

จากบทบัญญัติข้างต้น แสดงให้เห็นว่าผู้ให้บริการต้องไม่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินที่เกี่ยวข้องโดยตรงจากการละเมิดด้วย หากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตปฏิบัติโดยนำข้อมูลหรือเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ที่ตนได้ทำการดูแลอยู่ รวมทั้งการกระทำการใดเพื่อไม่ให้เข้าถึงเนื้อหาดังกล่าวได้ก็จะได้รับการยกเว้นความรับผิดไม่ต้องรับผิดจากการที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตกระทำละเมิด อย่างเช่นในคดี A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.³ ศาลในคดีนี้ได้พิจารณาว่าข้อมูลที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบของ Napster นั้น ทาง Napster ได้มีการปรับปรุง

³ A&M Records, Inc. v. Napster, Inc. , 239 F.3d 1004 (9th. Cir., 2001).

แก้ไขสำเนาข้อมูลในขณะที่ตนได้ส่งสำเนาข้อมูลให้แก่ผู้ใช้บริการ (Caching) โดยการมีส่วนร่วมใน หรืออำนวยความสะดวกให้ผู้อื่นในการคัดลอก, ดาวน์โหลด, อัปโหลด, ส่งต่อหรือแจกจ่ายการ ประพันธ์เพลงและการบันทึกเสียงที่มีลิขสิทธิ์ของโจทก์ อันเป็นการส่งผลให้ทาง Napster ได้รับ ผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรง เนื่องจากรายได้ในอนาคตของ Napster นั้น ขึ้นอยู่กับการเพิ่มขึ้น ของผู้ใช้บริการบนระบบ

ทั้งนี้ กฎหมายลิขสิทธิ์ The Digital Millennium Copyright Act 1998 (DMCA) ดังกล่าว ได้กำหนดเงื่อนไขตามคำนิยามของการเป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้ ซึ่งได้ระบุไว้ในมาตรา 512 (k) (1) (a) และ (b) บัญญัติไว้ดังต่อไปนี้

(a) ผู้ให้บริการ (Service Provider) หมายถึง ผู้ให้บริการที่เสนอการรับส่ง จัดหาจุดเชื่อมต่อ หาเส้นทาง หรือสำหรับการสื่อสารผ่านระบบออนไลน์ ซึ่งรับส่งกันตั้งแต่ 2 จุดขึ้นไป และผู้ใช้บริการ เป็นผู้เลือกเอง โดยผู้ให้บริการไม่ได้ทำการเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อมูลหรือเนื้อหาที่รับส่ง

(b) ผู้ให้บริการ (Service Provider) นอกจากที่ระบุในข้อ (a) แล้ว ยังรวมถึง ผู้ให้บริการ ออนไลน์ในการเชื่อมต่อเพื่อเข้าถึงระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์

3.1.2 ประเทศสหราชอาณาจักร – อังกฤษ (The Site-Blocking)

ในการกระตุ้นการพัฒนาสินค้าในด้านอิเล็กทรอนิกส์และคลอบคลุมการสื่อสารทางเทคโนโลยี ประเทศอังกฤษ จึงได้ให้ความสำคัญในการคุ้มครองความรับผิดของผู้ให้บริการบนระบบหรือเครือข่าย คอมพิวเตอร์ในฐานะสื่อกลางซึ่งข้อมูลดังกล่าวได้ถูกอัปโหลดโดยผู้ใช้บริการ และได้ประกาศใช้เป็น Copyright, Designs and Patent Act 1988 (CDPA) เนื่องจากในยุคปัจจุบันที่เทคโนโลยีมี ความก้าวหน้าอยู่ตลอดเวลา การที่จะเป็นตัวผลักดันในการลดการละเมิดลิขสิทธิ์ได้นั้น ผู้ให้บริการ อินเทอร์เน็ตจึงเป็นบุคคลที่มีส่วนสำคัญที่สุดในการช่วยลดการละเมิดลิขสิทธิ์บนการสื่อสารนี้ได้ อันจะ ทำให้การใช้บริการของผู้ใช้บริการเป็นไปอย่างสะดวก และถ้าหากไม่มีการจำกัดความรับผิดของผู้ให้ บริการบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์นี้เอาไว้เลย ย่อมจะส่งผลเสียต่อผู้ให้บริการ และกระทบต่อ การพัฒนาทางเทคโนโลยี อีกทั้งเป็นการกระตุ้นให้ผู้ให้บริการอยากที่จะทำหรือร่วมมือในมาตรการ ดังกล่าว ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดข้อจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการเอาไว้ เพื่อให้ผู้ ให้บริการสามารถยกเว้นความรับผิดจากการกระทำที่ตนไม่ได้ก่อให้เกิดขึ้นจากตน หรือตนไม่อาจ ควบคุมได้ขึ้น โดยเรียกมาตรการดังกล่าวว่า “Safe Harbour” โดยกฎหมายฉบับนี้ของประเทศอังกฤษ ได้กำหนดคำนิยามความหมายของคำว่า ความรับผิด และข้อจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการบนระบบ

⁴ วรพจน์ วงศ์กิจรุ่งเรือง และสฤณี อาชวานันทกุล, *ภาระรับผิดทางกฎหมายของตัวกลาง: ปกป้องพื้นที่ อินเทอร์เน็ตเพื่อส่งเสริมการแสดงออกและสร้างสรรค์นวัตกรรม* [Online], ม.ป.ป. แหล่งที่มา <https://thainetizen.org/docs/cdt-intermediary-liability/>.

หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ไว้ อย่างเช่น ในความหมายของผู้ให้บริการนั้นให้หมายถึงว่า บุคคลผู้ซึ่งให้บริการอย่างใด ๆ ในรูปของเครื่องมือทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อการประมวลผลข้อมูล การบีบอัดข้อมูล ดิจิตอล และเก็บรักษาข้อมูลตามคำสั่งของผู้ให้บริการเฉพาะรายซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทาง และเป็นการให้บริการโดยทั่วไปเพื่อได้รับค่าตอบแทน”

ในส่วนของการจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการนั้น Copyright, Designs and Patent Act 1988 (CDPA) ได้กำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการเอาไว้ 3 กรณี ดังนี้

(ก) การสื่อสารชั่วคราวหรือตัวกลางรับส่งข้อมูล (Transitory Communications หรือ Mere Conduit)

(ข) การสำเนาข้อมูลเพื่อเรียกซ้ำ (System Caching)

(ค) การจัดเก็บข้อมูลบนระบบหรือเครือข่าย (Hosting)

ก. การคุ้มครองสำหรับความรับผิดในฐานะผู้ให้บริการบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ที่เป็นเพียงตัวกลางในการรับส่งข้อมูล (Mere Conduit)

ในกรณีที่ผู้ให้บริการได้ให้บริการรับส่งข้อมูลที่ผู้ให้บริการเป็นผู้จัดเตรียมมา หรือให้บริการเพื่อให้ผู้ใช้บริการเข้าสู่เครือข่ายไม่ต้องรับผิดในความเสียหายดังกล่าว หากปรากฏว่าผู้ให้บริการไม่ได้เป็นผู้ริเริ่มการรับส่ง ไม่ได้เลือกตัวผู้รับ และไม่ได้แก้ไขข้อมูลที่รับส่งการให้บริการ ยังหมายความรวมถึงการให้บริการที่ทำโดยอัตโนมัติในลักษณะที่ผู้ให้บริการเป็นเพียงตัวกลางรับส่งข้อมูล และมีการทำสำเนาเอาไว้เป็นการชั่วคราวเพื่อส่งต่อ และเก็บข้อมูลไว้ตามระยะเวลาที่จำเป็นเท่านั้น⁵

ข. การคุ้มครองสำหรับความรับผิดเกี่ยวกับการสำเนาข้อมูลเพื่อเรียกซ้ำ (System Caching)

โดยกำหนดให้ผู้ให้บริการที่ได้ให้บริการรับส่งข้อมูลซึ่งผู้ให้บริการเป็นผู้จัดเตรียมมาผู้บริการไม่ต้องรับผิดต่อความเสียหายนั้น หากปรากฏว่ามีการทำสำเนาชั่วคราวโดยอัตโนมัติในลักษณะที่ผู้ให้บริการเป็นเพียงตัวกลางในการรับส่งข้อมูล และทำการจัดเก็บข้อมูล (Caching) ไว้โดยมีวัตถุประสงค์เพียงให้การรับส่งข้อมูลในครั้งต่อไปเป็นไปแก่ผู้ใช้บริการได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ ผู้ให้บริการจะต้องกระทำการดังต่อไปนี้

- 1) ไม่แก้ไขข้อมูล
- 2) ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขว่าด้วยการเข้าถึงข้อมูล
- 3) ต้องไม่ปฏิเสธระเบียบต่าง ๆ ที่ได้รับการยอมรับและปฏิบัติโดยทั่วไปใน

อุตสาหกรรม ซึ่งว่าด้วยการทำให้ข้อมูลใหม่อยู่เสมอ (Updating)

⁵ Pablo, A. B., **Liability of intermediary service providers in the EU Directive on Electronic Commerce 2002** [Online], 2002. Available from <https://digitalcommons.law.scu.edu>.

4) ผู้ให้บริการต้องไม่ปฏิเสธเทคโนโลยีการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบด้วยกฎหมายที่ได้รับการยอมรับและถือปฏิบัติโดยทั่วไปในอุตสาหกรรมที่ใช้รับข้อมูล

5) ผู้ให้บริการได้ลบหรือยุติการเข้าถึงข้อมูลที่ได้รู้ว่าแหล่งข้อมูลต้นทางได้ถูกลบหรือยุติการเข้าถึง หรือทันทีที่ศาลได้สั่งให้ลบหรือยุติการเข้าถึง

ค. การคุ้มครองสำหรับความรับผิดเกี่ยวกับการจัดเก็บข้อมูลบนระบบหรือเครือข่าย (Hosting)

กำหนดให้ผู้ให้บริการได้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลที่ใช้บริการเป็นผู้จัดเตรียมมาไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายนั้น หากปรากฏว่าผู้ให้บริการไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ถึงการกระทำหรือข้อมูลที่ผิดกฎหมาย หรือแม้กระทั่งเมื่อได้มีการแจ้งถึงการกระทำผิดแล้ว แต่การแจ้งดังกล่าวมิได้ทำให้ผู้ให้บริการได้รับรู้ถึงการกระทำผิดนั้น หรือผู้ให้บริการได้รู้ถึงการกระทำผิดนั้นแล้ว แต่ได้ยุติการเข้าถึงหรือลบข้อมูลนั้นโดยทันที ทั้งนี้ต้องไม่ปรากฏว่าผู้ให้บริการได้ทำการจัดเก็บข้อมูลภายใต้การควบคุมของผู้ให้บริการ

แม้ได้มีการกำหนดถึงข้อจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการเอาไว้ 3 กรณี คือ ข้อจำกัดความรับผิดในฐานะที่เป็นเพียงตัวกลางในการรับส่งข้อมูล ข้อจำกัดความรับผิดเกี่ยวกับการสำเนาข้อมูลเพื่อเรียกซ้ำ และข้อจำกัดความรับผิดเกี่ยวกับการจัดเก็บข้อมูลบนระบบหรือเครือข่าย โดยไม่ได้มีการกำหนดถึงข้อจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการซึ่งแหล่งที่ตั้งข้อมูลเอาไว้ดังเช่นที่ปรากฏใน DMCA ของประเทศสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตามใน Copyright, Designs and Patent Act 1988 (CDPA) มาตรา 28A ก็ได้มีการเพิ่มข้อจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการเอาไว้อีกหนึ่งกรณีหนึ่ง คือ การทำซ้ำชั่วคราว โดยได้กำหนดให้การทำซ้ำต้องงานวรรณกรรม⁶ ซึ่งไม่รวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ และฐานข้อมูล งานดนตรีกรรม งานศิลปกรรม งานเรียบเรียงในสิ่งพิมพ์ งานบันทึกเสียงและภาพยนตร์ จึงไม่ถือว่าเป็นการกระทำอันละเมิดลิขสิทธิ์ หากปรากฏว่าการทำซ้ำดังกล่าวเป็นการกระทำเพียงชั่วคราวอันเกิดขึ้นจากกระบวนการทางเทคโนโลยี และมีวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้

(1) เพื่อให้การรับส่งข้อมูลในเครือข่ายระหว่างบุคคลที่สามที่กระทำผ่านตัวกลางสามารถดำเนินไปได้ หรือ

(2) เพื่อให้การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบด้วยกฎหมายสามารถกระทำได้

จากที่กล่าวไปข้างต้นสรุปได้ว่า หากเป็นการสำเนาข้อมูลชั่วคราวเพียงเพื่อการส่งต่อเนื้อหาหรือข้อมูล (Transient Copy) ซึ่งได้กระทำโดยผู้ให้บริการประเภทผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต (Access Provider) นั้น จะไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจากผู้ให้บริการเป็นเพียงตัวกลางในการสื่อสารข้อมูลต่อบุคคลที่สามเท่านั้น และการทำสำเนาชั่วคราวเพื่อส่งต่อข้อมูล (Transient Copy)

⁶ วรรณกรรม วงศ์กวีรุ่งเรือง และสฤณี อาชวานันทกุล, *ภาระรับผิดทางกฎหมายของตัวกลาง: ปกป้องพื้นที่อินเทอร์เน็ตเพื่อส่งเสริมการแสดงออกและสร้างสรรค์นวัตกรรม.*

หรือการสำเนาข้อมูลเพื่อเรียกใช้ (System Caching) เป็นการกระทำทางเทคโนโลยีที่จำเป็นในการรับส่งข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต จากคำตัดสินของศาลยุติธรรมพบว่า ประเทศอังกฤษได้นำมาตรการระงับการเข้าถึงข้อมูลละเมิดลิขสิทธิ์มาพิจารณาแก้ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างแพร่หลาย เพื่อพัฒนากระบวนการและแนวปฏิบัติให้สามารถแก้ปัญหาของเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงโดยภายใต้การให้ความสำคัญกับหลักความได้สัดส่วนในทุกคำสั่ง

ประเทศอังกฤษถือเป็นประเทศแรก ๆ ที่ได้พิจารณานำมาตรการระงับการเข้าถึงข้อมูลหรือเนื้อหาละเมิดลิขสิทธิ์มาใช้เป็นเครื่องมือหนึ่งในการแก้ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบอินเทอร์เน็ต โดยแนวทางการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงข้อมูลละเมิดลิขสิทธิ์นั้น คือ กำหนดความครอบคลุมที่ค่อนข้างจำกัดในการแจ้งเตือนและขั้นตอนในการกีดกันข้อมูลหรือเนื้อหา อิสรภาพในการแสดงออก และการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งความกังวลต่าง ๆ เพิ่มมากขึ้น เมื่อมีการกำหนดให้ผู้ให้บริการมีหน้าที่ในการลบข้อมูลหรือเนื้อหาโดยอัตโนมัติ⁷ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากประเภทของผู้ให้บริการที่ได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า ไม่ครอบคลุมถึงเครื่องมือค้นหา (Search Engine) และเว็บท่า (Web Portal) ที่ได้มีการแปะลิงค์เว็บไซต์หรือเนื้อหาต่าง ๆ เอาไว้

จากคำตัดสินยังสะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดสำคัญที่ศาลนำมาประกอบการพิจารณาเป็นเกณฑ์ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายก่อนออกคำสั่งระงับการเข้าถึงข้อมูลละเมิดลิขสิทธิ์ คือ หลักความได้สัดส่วนโดยให้ความสำคัญต่อการประเมินความสมดุลระหว่างสิทธิที่ได้รับผลกระทบ ประสิทธิภาพของมาตรการและภาระค่าใช้จ่ายที่ผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตต้องรับผิดชอบ การให้ความชอบธรรมในการเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีของผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งและคำตัดสินดังกล่าว ยังได้ตีความต่อการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงข้อมูลละเมิดลิขสิทธิ์ โดยมีมุมมองในการออกคำสั่งต่อผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตในฐานะของบุคคลภายนอก ในการยุติการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งสอดคล้องกับรูปแบบของผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตที่เป็นผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ไม่มีส่วนในการดูแลข้อมูลในระบบอินเทอร์เน็ตเนื่องจากเป็นเพียงผู้เชื่อมต่อเท่านั้น ขณะที่แนวทางการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อระงับการเข้าถึงข้อมูลละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาจากคำตัดสินในคดี Societe Civile Succession Richard Guino v. Int'l Found. for Anti-cancer Drug Discovery, (2006)⁸ กลับจำกัดรูปแบบของการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไว้เฉพาะกรณีที่คู่กรณีต้องมีส่วนในการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ ทำให้เป็นการยากในการพิสูจน์ความผิดและร้องขอเพื่อใช้มาตรการ พบว่า

⁷ Pablo, A. B., **Liability of intermediary service providers in the EU Directive on Electronic Commerce 2002.**

⁸ Societe Civ. Suc. Richard Guino v. Int'l Found. for Anti-cancer Drug Discovery, 60 F.Supp.2d 1105 (No. CV 06 1540 PHX NVW).

มาตรการระงับการเข้าถึงข้อมูลละเมิดลิขสิทธิ์ในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่เป็นที่นิยมในการนำมาแก้ไข ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต ซึ่งจะแตกต่างกับประเทศอังกฤษที่มีการใช้มาตรการระงับ การเข้าถึงข้อมูลทีละเมิดลิขสิทธิ์อย่างแพร่หลาย

3.1.3 หลักการและแนวทางในการพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้อง

มาตรการข้างต้นเป็นมาตรการระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ให้บริการในฐานะสื่อกลาง ซึ่งถือ เป็นการรักษาความสมดุลระหว่างกัน แต่มาตรการดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อผู้ใช้บริการ กล่าวคือ เป็นการให้สิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถประเมินและตรวจสอบก่อนแจ้งไปยังผู้ให้บริการว่าผู้ใช้ บริการได้นำงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนมาใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตหรือกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งภาระการพิสูจน์ตกแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะต้องพิสูจน์ว่าตนได้เชื่อโดยสุจริต (“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.”)⁹ ว่าผู้ใช้บริการละเมิดลิขสิทธิ์ของตนตามมาตรา 512 ซึ่งการจะพิสูจน์ความเชื่อดังกล่าวมีมาตรฐานค่อนข้างต่ำและมาตรการที่ไม่ต้องฟ้องร้องในชั้นศาล จึงอาจทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ตรวจสอบผิดพลาดเกี่ยวกับการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์นั้น หรืออาจไม่ได้ ตรวจสอบอย่างเพียงพอก่อนที่จะแจ้งไปยังผู้ให้บริการ จึงก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ใช้บริการ และเป็นภาระต่อเสรีภาพในการแสดงออกได้¹⁰ เช่นนี้จึงต้องพิจารณาถึงประเด็นในเรื่องการ ตรวจสอบก่อนแจ้งของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นเพียงพอหรือไม่ โดยศาลในสหรัฐอเมริกาได้มีแนว วินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นนี้ ดังนี้

1) Diebold

คดี Online Policy Group v. Diebold¹¹ บริษัท Diebold ผลิตเครื่องสำหรับลงคะแนน ด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Voting Machine) ซึ่งภายในบริษัทได้มีการส่งอีเมลเกี่ยวกับ เนื้อหาที่แสดงถึงความกังวลในด้านความปลอดภัยของเครื่องดังกล่าว แต่อีเมลนั้นกลับรั่วไหลออกไป นอกบริษัทและได้ไปปรากฏอยู่บนอินเทอร์เน็ต ต่อมาได้มีนักศึกษา 2 ราย นำอีเมลดังกล่าวมา เผยแพร่ต่อบนเว็บไซต์ของตน และท้ายที่สุดหนังสือพิมพ์ออนไลน์ได้นำอีเมลดังกล่าวจากเว็บไซต์ของ นักศึกษามาเป็นข้อมูลในการเขียนบทความเพื่อวิพากษ์วิจารณ์การทำงานของบริษัท Diebold ซึ่ง

⁹ Section 512(c)(3)(A)(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.

¹⁰ เอกกรินทร์ วิริโย, “มาตรการแจ้งเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต: ศึกษากลไกการตรวจสอบ การแจ้งตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา”, วารสารนักบริหาร 34, 2(กรกฎาคม-ธันวาคม 2557) [Online], 20 กันยายน 2564. แหล่งที่มา <https://so01.tci-thaijo.org>.

¹¹ Online Policy Group v. Diebold, Inc., 337 F. Supp. 2d 1195 (N.D. Cal. 2004).

หลังจากนั้น บริษัท Diebold ก็ได้แจ้งไปยังผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตของนักศึกษาและเจ้าของหนังสือพิมพ์ออนไลน์ว่า นักศึกษาและหนังสือพิมพ์ทำการละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจากนำข้อมูลในอีเมลมาเผยแพร่โดยไม่ได้รับอนุญาตจากบริษัท Diebold ซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้ นักศึกษาและเจ้าของหนังสือพิมพ์ออนไลน์ก็ได้โต้แย้งว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ทำให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเข้าใจผิดว่าตนละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งที่ตนไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจากการนำข้อมูลในอีเมลดังกล่าวมาเผยแพร่ เข้าข่ายการใช้ที่เป็นธรรม (Fair Use) ซึ่งทำให้นักศึกษาและเจ้าของหนังสือพิมพ์ออนไลน์สามารถนำข้อมูลในอีเมลดังกล่าวมาใช้ได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

จากคดีข้างต้น ศาลในคดีนี้ได้พิจารณาเรื่องความเชื่อโดยสุจริตโดยใช้มาตรฐานของเหตุผลที่วิญญูชนพึงมี (“Reasonable Care or Diligence Should Have”)¹² ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์เชื่อโดยสุจริตอย่างมีเหตุมีผลหรือไม่ โดยศาลได้วินิจฉัยว่าการนำข้อมูลในอีเมลมาใช้ เข้าข่ายการใช้ที่เป็นธรรม ประกอบกับบริษัท Diebold ก็ได้ยอมรับด้วยว่าเป็นการใช้ที่เป็นธรรม นอกจากนั้น บริษัท Diebold ก็ไม่เคยยื่นฟ้องผู้ใช้อินเทอร์เน็ตว่าละเมิดลิขสิทธิ์ของตน กรณีนี้จึงเป็นการแสดงให้เห็นถึงความไม่แน่ใจของเจ้าของลิขสิทธิ์เกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้อินเทอร์เน็ต ดังนั้น บริษัท Diebold จึงไม่ได้เชื่อโดยสุจริตว่านักศึกษาและเจ้าของหนังสือพิมพ์ละเมิดลิขสิทธิ์ของตน

2) Michael Rossi

ในคดี Michael J. Rossi v. Motion Picture Association of America¹³ ถือเป็นคดีแรกที่ได้มีการพิจารณาถึงความเชื่อโดยสุจริตโดยตรง ซึ่งทาง Motion Picture Association of America ได้แจ้งว่า Rossi ได้นำคลิปภาพยนตร์ของตนมาอัปโหลดลงบนเว็บไซต์โดยไม่ได้รับอนุญาต โดยมี link ให้สำหรับประชาชนทั่วไปดาวน์โหลดที่ใช้คำว่า “Full Length Downloadable Movies” และ “Now Downloadable” นอกจากนี้ยังมีการนำรูปภาพของภาพยนตร์มาใช้อีกด้วย ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์เชื่อว่า Rossi ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ของตน แต่จากที่เจ้าของลิขสิทธิ์กล่าวนั้นไม่เป็นความจริง ซึ่งไม่ได้ตรวจสอบเว็บไซต์ดังกล่าวโดยละเอียด พิจารณาเพียงแค่อ้อยคำและรูปภาพเพียงเท่านั้น กรณีนี้ Rossi โต้แย้งว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้เชื่อโดยสุจริตในการแจ้งผู้ให้บริการ จึงไม่มีข้อมูลเพียงพอว่า Rossi กระทำละเมิดลิขสิทธิ์

¹² BLACK’S LAW DICTIONARY 950 (9th ed. 2009) (“Knowledge that one using reasonable care or diligence should have, and therefore that is attributed by law to a given person.”).

¹³ Rossi v. Motion Picture Association of America INC. 391 F.3d 1000 (9th Cir. 2004).

ดังนั้น จึงอาจพิจารณาได้ว่าศาลในคดีนี้มีการกลับคำวินิจฉัย โดยศาลได้พิจารณาจากว่าการเชื่อโดยสุจริตจะต้องพิจารณาจากตัวเจ้าของลิขสิทธิ์ภายใต้สภาวะจิตใจของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยแท้หรืออัตวิสัย (Subjective Standard) ไม่ใช่พิจารณาจากมาตรฐานตามหลักวิญญูชนพึงมี (Reasonable Standard) เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า "เชื่อโดยสุจริต" ซึ่งหมายถึง ความเชื่อจริง ๆ ของเจ้าของลิขสิทธิ์ ไม่จำเป็นต้องเป็นความเชื่อที่เป็นเหตุเป็นผล การพิจารณาว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ทำให้เกิดความเข้าใจผิดโดยเจตนาเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ นั้น ก็ต้องพิจารณาจากสภาวะจิตใจของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยแท้ของเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย

3) Karen Dudnikov

คดี Dudnikov v. MGA Entertainment Inc.¹⁴ มีผู้ใช้บริการ คือ Karen และ Michael ได้ใช้บริการเว็บไซต์ eBay เพื่อขายสินค้าประเภทหมวก โดยมีคำว่า “Brats” อันเป็นคำที่มีการจดทะเบียนขอคุ้มครองลิขสิทธิ์เอาไว้ และเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ได้ทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการเว็บไซต์ดังกล่าว เพื่อให้ระงับการขาย ต่อมา Karen และ Michael ได้ทำการฟ้องเจ้าของลิขสิทธิ์ว่าการแจ้งให้ระงับการขายนั้นกระทำไปโดยไม่ชอบ เนื่องจากพวกตนได้หมวกที่มีคำว่า “Brats” จากตัวแทนเจ้าของลิขสิทธิ์อย่างถูกต้อง และเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ไม่มีสิทธิที่จะห้ามให้ผู้ซื้อหมวกดังกล่าวมาจำหน่ายต่อไป เนื่องจากสิทธิได้ระงับไปหลังจากที่มีการจำหน่ายครั้งแรกแล้ว ภายใต้หลักการว่าด้วยการระงับสิ้นไปซึ่งสิทธิ ดังนั้นพวกตนจึงไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด จึงแสดงให้เห็นว่าการกระทำของเจ้าของลิขสิทธิ์มีเจตนาที่ไม่สุจริต แต่อย่างไรก็ดี ศาลในคดีนี้ได้วินิจฉัยถึงความเชื่อโดยสุจริตของเจ้าของลิขสิทธิ์ว่า การกระทำของเจ้าของลิขสิทธิ์ดังกล่าวเป็นการเชื่อโดยสุจริตแล้วว่า Karen และ Michael มีการละเมิดลิขสิทธิ์ และไม่มีสิทธิในการขายหมวกดังกล่าว จึงทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับการแจ้ง

4) Troy Augusto

คดี UMG Recordings, Inc v. Troy Augusto, et al. (2008)¹⁵ ผู้ใช้บริการ คือ Augusto ขาย CD เพลงบนเว็บไซต์ eBay โดยแผ่น CD ดังกล่าวได้ทำขึ้นมาเพื่อใช้โฆษณาเพลง ไม่ได้มีไว้เพื่อจำหน่าย และเจ้าของลิขสิทธิ์อนุญาตให้ใช้เพื่อการค้าส่วนตัวเท่านั้น เจ้าของลิขสิทธิ์จึงได้แจ้งไปยังผู้ให้บริการ eBay เพื่อระงับการขาย โดยทาง Augusto ได้โต้แย้งว่า ทางตนได้ซื้อแผ่น CD นี้มาจากร้านค้าแห่งหนึ่ง จึงไม่ใช่การได้มาโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย จึงทำให้ตนมีสิทธิที่จะนำออกขายต่อได้ ศาลในคดีนี้ได้วินิจฉัยถึงความเชื่อโดยสุจริตของเจ้าของลิขสิทธิ์ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์เชื่อโดยสุจริตว่า Augusto ไม่มีสิทธินำแผ่น CD ของตนมาจำหน่าย และเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ไม่ได้รู้อยู่แล้วว่ามีร้านค้าได้นำแผ่น CD

¹⁴ Dudnikov v. MGA Entertainment, Inc., 410 F. Supp. 2d 1010 (2005).

¹⁵ UMG Recordings, Inc. v. Augusto, 558 F. Supp. 2d 1055 (C.D. Cal. 2008).

มาวางจำหน่ายให้แก่ Augusto เพราะเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้ทำมาเพื่อจำหน่ายแต่ต้น แสดงให้เห็นว่า ศาลในคดีนี้พิจารณาจากที่เจ้าของลิขสิทธิ์เกิดการเข้าใจผิด และพิจารณาจากสิ่งที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ เชื่อจริง ๆ ไม่ใช่พิจารณาจากหลักวิญญูชน

5) คดี Stephanie Lenz

ในคดี Lenz v. Universal Music Corporation¹⁶ หรือที่รู้จักกันในชื่อ “เคส Dancing Baby” ซึ่ง Lenz ได้เผยแพร่คลิปวิดีโอโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เพื่อนและครอบครัวรับชม โดยคลิป วิดีโอนั้นได้ปรากฏลูกชายวัย 1 ขวบของตนทำการแสดงเต้นประกอบเพลง “Let’s Go Crazy” บน YouTube มีความยาวประมาณ 20 วินาที และทาง Universal ผู้เป็นเจ้าของในลิขสิทธิ์เพลงดังกล่าว ได้ทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการว่า Lenz นำเพลงอันมีลิขสิทธิ์ของตนมาเผยแพร่โดยไม่ได้รับอนุญาต และขอให้ผู้บริภรณ์นำวิดีโอดังกล่าวออก ต่อมา Lenz ได้ฟ้องทาง Universal ว่าทำให้ผู้ให้บริการ อินเทอร์เน็ตเข้าใจผิดเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์โดยเจตนา และได้นำคลิปวิดีโอออกจากระบบ อัน เนื่องมาจากทาง Universal นั้น ย่อมรู้หรือมีเหตุอันควรรู้อยู่แล้วว่าการนำเพลง “Let’s Go Crazy” มาประกอบคลิปวิดีโอที่มีความยาวของเพลงประมาณ 20 วินาทีเท่านั้น อีกทั้ง ยังเป็นการตั้งใจ เผยแพร่เพื่อให้เพื่อนและคนในครอบครัวรับชมเท่านั้น ซึ่งเป็นการนำมาใช้ที่เข้าข่ายการใช้ที่เป็นธรรม ซึ่งทาง Universal นั้นไม่ได้นำหลักการใช้ที่เป็นธรรมมาพิจารณาประกอบด้วยในการแจ้ง อันแสดงให้ เห็นว่าการกระทำของทาง Universal ไม่ได้เชื่อโดยสุจริตในการแจ้งไปยังผู้ให้บริการ YouTube

แต่อย่างไรก็ดี ศาลในคดีนี้ได้วินิจฉัยว่าเจ้าของลิขสิทธิ์เข้าใจผิดว่าวิดีโอที่นำมาเผยแพร่นั้นไม่ เข้าข่ายการใช้ที่เป็นธรรม เพราะไม่รู้ข้อเท็จจริงทั้งหมด จึงทำให้ผู้ให้บริการเข้าใจผิดไปด้วยนั้น ถือเป็น การกระทำที่กระทำไปโดยไม่มีเจตนา ซึ่งการจะพิจารณาว่าการกระทำใดเข้าข่ายที่เป็นธรรม หรือไม่นั้นเป็นเรื่องยาก จึงทำให้กฎหมายในเรื่องนี้ยังไม่ชัดเจนและแน่นอน

จากคดีข้างต้นจึงอาจสรุปได้ว่า การที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะสามารถอ้างถึงความเชื่อโดยสุจริต จะต้องพิจารณาถึงหลักการใช้อย่างเป็นธรรมด้วย เพื่อแสดงให้เห็นว่าตนเชื่อโดยสุจริตก่อนว่าข้อมูล ที่ นำมาเผยแพร่นั้นไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายจากเจ้าของลิขสิทธิ์ นอกจากนี้เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้อง ตรวจสอบเบื้องต้นเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ก่อนว่าผู้ใช้บริการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์จริงหรือไม่ หรือ อาจเข้าข่ายกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อื่น ๆ เพื่อรักษาความสมดุลระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องการจะให้ มีการนำสิ่งที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากเครือข่ายอินเทอร์เน็ต หรือดำเนินการเพื่อทำให้สาธารณชนไม่ สามารถเข้าถึงสิ่งดังกล่าวได้โดยเร็ว และคุ้มครองประโยชน์ผู้ใช้บริการจากการนำสิ่งดังกล่าวออกไป หรือการทำให้สาธารณชนไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้

¹⁶ Lenz v. Universal Music Corp., 801 F.3d 1126, 115 U.S.P.Q.2d 1965 (9th Cir. 2015).

3.2 การพิจารณาความเสียหายจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีในเรื่องการระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์

3.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

แม้มาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวจะสามารถระงับการเข้าถึงหรือเผยแพร่ข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ หรือทำให้สาธารณชนไม่สามารถเข้าถึงได้อย่างรวดเร็ว อันเป็นการคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ให้เป็นไปตามยุคสมัย แต่ในทางกลับกัน หากขั้นตอนการแจ้งไปยังผู้ให้บริการนั้น ผู้แจ้งไม่ได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่แท้จริง หรืออาจถูกนำไปใช้ในทางที่ไม่ชอบธรรม กล่าวคือ ไม่ได้มีการตรวจสอบถึงข้อมูลหรือเนื้อหาที่ถูกกล่าวหาว่านั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์จริงหรือไม่ หรืออาจถูกนำไปใช้ในทางอื่นโดยมิชอบได้ อันจะเป็นการจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพของผู้ใช้บริการบนระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ อย่างเช่น หยุดการวิพากษ์วิจารณ์หรือแสดงความคิดเห็น ในเรื่องศาสนา นโยบาย และการเมือง หรือมาตรการแจ้งเตือนและนำออกอาจนำไปใช้อย่างไม่ชอบในเชิงธุรกิจ อันเป็นการกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ เป็นต้น ก็ย่อมส่งผลต่อสิทธิ เสรีภาพในการแสดงออก และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใช้บริการได้ ซึ่งถือได้ว่าเป็นกรณีที่มีบุคคลใดแจ้งถึงการละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนไปยังผู้ให้บริการว่ามีข้อมูลที่ละเมิดอยู่บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ แต่การแจ้งนั้นบุคคลที่ได้ทำการแจ้งกระทำไปโดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าการละเมิดนั้นไม่มีอยู่จริง มีการบิดเบือนข้อเท็จจริงดังกล่าว หรือเป็นการแจ้งเท็จ

โดยทางกฎหมายสหัสวรรษดิจิทัล (Digital Millennium Copyright Act: DMCA) ของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้วางหลักเอาไว้ว่า ผู้ใดไม่ได้เชื่อโดยสุจริตว่าข้อมูลหรือเนื้อหาที่ปรากฏบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการนั้นได้มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น โดยเฉพาะบุคคลใดก็ตามที่บิดเบือนข้อมูลหรือเป็นการกระทำทำให้ผู้ให้บริการเข้าใจผิดเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นของผู้ให้บริการ โดยมีการกำหนดความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นตามมาตรา 512 (f)¹⁷ เป็นการ

¹⁷ Section 512: Limitations on liability relating to material online

(f) Misrepresentations. —Any person who knowingly materially misrepresents under this section—

(1) that material or activity is infringing, or

(2) that material or activity was removed or disabled by mistake or misidentification, shall be liable for any damages, including costs and attorneys' fees, incurred by the alleged infringer, by any copyright owner or copyright owner's authorized licensee, or by a service provider, who is injured by such misrepresentation, as the result of the service provider relying upon such misrepresentation in removing or disabling access to the material or activity claimed to be infringing, or in replacing the removed material or ceasing to disable access to it.

โต้ตอบกลับและเรียกค่าเสียหายใด ๆ อันเกิดจากการที่ได้ลบข้อมูลดังกล่าวไปโดยมิชอบ ในที่นี้จะรวมถึงค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิและค่าธรรมเนียมทนายความด้วย หรือที่เรียกกันในบทบัญญัติมาตรา 512 (f) นี้ ว่า “Bite Back” มีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันและตรวจจับการแจ้งให้ทราบ (Notice) ของมาตรการดังกล่าวที่กระทำไปโดยไม่ชอบ¹⁸

3.2.2 ประเทศสหราชอาณาจักร – อังกฤษ

ส่วนของประเทศอังกฤษนั้น จากคำตัดสินของศาลยุติธรรมพบว่า ประเทศอังกฤษได้นำมาตรการระงับการเข้าถึงข้อมูลหรือเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์มาพิจารณาแก้ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งปรากฏคำตัดสินในหลาย ๆ คดี โดยประเทศอังกฤษให้อำนาจในการบังคับใช้มาตรการระงับการเข้าถึงข้อมูลหรือเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ การออกแบบ และสิทธิบัตร (Copyright, Designs and Patents Act 1988: CDPA) ของประเทศอังกฤษเอง โดยบทบัญญัติในมาตรา 97A¹⁹ ได้กำหนดให้ศาลสูงมีอำนาจในการออกมาตรการต่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่มีความรับรู้ โดยชัดแจ้งว่าบุคคลที่สามได้ใช้บริการของตนเพื่อการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้มีคำสั่งห้ามผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) เพื่อบล็อกผู้ให้บริการไม่ให้เข้าถึง

¹⁸ Jordan, K., “Note, protecting free speech for unequivocal fair users: Rethinking our interpretation of the s512(f) misrepresentation clause”, *28 CARDOZO ARTS & ENT. L.J.* (2010): 149, 169.

¹⁹ Section 97A: Injunctions against service providers

(1) The High Court (in Scotland, the Court of Session) shall have power to grant an injunction against a service provider, where that service provider has actual knowledge of another person using their service to infringe copyright.

(2) In determining whether a service provider has actual knowledge for the purpose of this section, a court shall take into account all matters which appear to it in the particular circumstances to be relevant and, amongst other things, shall have regard to—

(a) whether a service provider has received a notice through a means of contact made available in accordance with regulation 6(1)(c) of the Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 (SI 2002/2013); and

(b) the extent to which any notice includes—

(i) the full name and address of the sender of the notice;

(ii) details of the infringement in question.

(3) In this section “service provider ” has the meaning given to it by regulation 2 of the Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002.].

เว็บไซต์บางแห่ง มาตรา 97A เป็นไปตามมาตรา 8 (3) ภายใต้ The Information Society Directive

กฎหมายลิขสิทธิ์ที่ได้พัฒนากระบวนการและแนวปฏิบัติให้สามารถแก้ปัญหาของเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงภายใต้การให้ความสำคัญกับหลักความได้สัดส่วนในทุกคำสั่งจากการใช้มาตรการดังกล่าว โดยจากคำตัดสิน Cartier International AG & Ors v British Sky Broadcasting Ltd & Ors²⁰ ศาลได้พิจารณาถึงความสมดุลต่อสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลที่อาจได้รับผลกระทบจากการระงับการเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย²¹ เพื่อเป็นการป้องกันในการแจ้งเกี่ยวกับการระงับการเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์อันเป็นเท็จ และสามารถเยียวยาความเสียหายที่เกิดแก่ผู้เสียหายได้ โดยจากคำตัดสินนี้ ศาลได้พิจารณาความสมดุลต่อสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลที่อาจได้รับผลกระทบจากการระงับการเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์²² ภายใต้เกณฑ์การพิจารณาความได้สัดส่วนประกอบด้วยหลักสำคัญ 3 ประการ คือ

(1) หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) คือ การพิจารณาว่ามาตรการที่ดำเนินการเป็นไปอย่างเหมาะสมเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายที่กำหนดไว้

(2) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) คือ การเลือกออกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด ความคิดที่เป็นรากฐานของหลักการนี้มีอยู่ว่า “ในระหว่างสิ่งทีเลวร้ายสองสิ่งทีจำเป็นต้องเลือก บุคคลควรเลือกสิ่งทีเลวร้ายน้อยกว่า” ดังนั้น มาตรการที่มีอำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้เพียงเท่าทีจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามความประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นในการบรรลุจุดหมายทีตั้งไว้ย่อมขัดต่อหลักแห่งความจำเป็น

(3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) คือ การได้รับผลกระทบอันเกิดจากแทรกแซงในสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนโดยรัฐนั้นต้องไม่อยู่เหนือขอบเขตความสัมพันธ์ของประโยชน์อันเป็นเป้าหมายของสาธารณะทีกำหนดไว้²³

จากคำตัดสินในคดี Cartier International AG & Ors v British Sky Broadcasting Ltd ข้างต้น ทางผู้พิพากษาอาร์โนลและผู้พิพากษาในศาลอุทธรณ์ของประเทศอังกฤษนั้น ได้มีความเห็นต่อ

²⁰ Cartier International AG & Ors v British Sky Broadcasting Ltd & Ors [2014] EWHC 3354 (Ch).

²¹ Coudert, F., & Werkers, E., “In the aftermath of the promusicae Case: How to strike the balance?”, *International Journal of Law and Information Technology* (2010): 50 [Online], 2010. Available from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1548287.

²² Ibid.

²³ Takis, T., *The general principles of EU law*, *International & Comparative Quarterly* 57, 2(2008): 139.

การกำหนดภาระค่าใช้จ่ายในการใช้มาตรการให้เป็นภาระของผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตโดยถือเป็นต้นทุนโดยตรงในการดำเนินธุรกิจด้วย

ดังนั้น ในประเด็นเรื่องการพิจารณาสมดุลแห่งสิทธิเสรีภาพที่ได้รับผลกระทบจากมาตรการระงับการเข้าถึงข้อมูลหรือเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์ โดยให้ความสำคัญในประเด็นสิทธิเสรีภาพ 3 ด้าน คือ สิทธิเสรีภาพในการแสดงออก สิทธิเสรีภาพในการประกอบธุรกิจของผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต และสถานะของสิทธิในลิขสิทธิ์ที่นำมาร้องขอ²⁴ โดยประเด็นเพิ่มเติมที่ศาลมีการพิจารณาร่วมกับ ประเด็นสิทธิเสรีภาพนั้นประกอบด้วย การประเมินประสิทธิภาพของมาตรการโดยมีความเห็นว่าภายใต้ความหมายของมาตรการระงับการเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์จะต้องเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพตามสมควร (Reasonable Effective) ซึ่งหมายถึงแค่เพียงสร้างความยากลำบากต่อการเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์หรือสามารถกีดกันการเข้าถึงอย่างจริงจังก็ประเมินว่ามีประสิทธิภาพ ไม่จำเป็นต้องเป็นการยุติการละเมิดลิขสิทธิ์โดยสมบูรณ์ และประเด็นในเรื่องภาระค่าใช้จ่ายให้อยู่ในความรับผิดชอบของผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต แม้ว่าผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตจะต้องแบกรับต้นทุนการดำเนินการที่สูงและใช้เทคโนโลยีที่มีความซับซ้อนก็ยังไม่ถือเป็นภาระที่เกินควรในการที่ผู้ให้บริการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตต้องแบกรับ

3.2.3 แนวทางในการใช้และการพิจารณาเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีในเรื่องการระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์จากคำพิพากษาของศาล

ผู้เขียนได้ทำการศึกษาลงงานวิจัยทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกา และอังกฤษที่เกี่ยวกับขั้นตอนการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีในการระงับการเข้าถึงเนื้อที่ละเมิด (The Notice and Take down Measure) ว่าจะมีประสิทธิภาพเพียงพอ เป็นธรรม และไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใช้งานบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์หรือไม่ โดยมีนักวิจัยจากองค์กรต่าง ๆ ทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกา และอังกฤษ เช่น Oxford Center for Socio-Legal Studies ('The Liberty Project')²⁵ รวมถึงนักวิจัยอย่างเช่น Jenifer Urban และ Laura Quilter ('Urban-Quilter study')²⁶ ที่มีการพยายามศึกษาและตรวจสอบถึงการใช้งานจริงในขั้นตอนของมาตรการ "Notice and Takedown" ว่า

²⁴ Onisor, A. C., "Fighting online copyright infringements: A neutral role of internet access providers", *Revista Romana de Drept al Afacerilor* (2016): 80-81.

²⁵ Christian, A., Chris, M., & Chester, Y., *How 'liberty' disappeared from cyberspace: The mystery shopper tests internet content self-regulation* [Online], 2004. Available from <http://pcmlp.socleg.ox.ac.uk/sites/pcmlp.socleg.ox.ac.uk/files/liberty.pdf>.

²⁶ Urban, J., & Quilter, L., "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, (2006): 621.

กระบวนการดังกล่าวมีการใช้อย่างไม่ชอบธรรมอันนำไปสู่การจำกัดสิทธิ เสรีภาพบนอินเทอร์เน็ตหรือไม่

1) ‘The Liberty Project’: โครงการนี้ถือเป็นโครงการแรกที่ได้ทำการศึกษาโดยเปรียบเทียบขั้นตอน “Notice and Takedown” ที่ผู้ให้บริการ (ISP) นำมาใช้ภายใต้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ โดยกลุ่มผู้วิจัยได้ทำการเผยแพร่ข้อมูลหรือเนื้อหาที่ไม่ได้มีการคุ้มครองลิขสิทธิ์อย่างชัดเจนไว้บนเว็บไซต์แห่งหนึ่ง ซึ่งกลุ่มผู้วิจัยได้ทำการแจ้งโดยกล่าวอ้างข้อความอันเป็นเท็จว่าเป็นตนเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในข้อมูลดังกล่าว และแจ้งไปยังผู้ให้บริการให้นำข้อมูลดังกล่าวออก เพื่อทำการตรวจสอบถึงประสิทธิผลของมาตรการดังกล่าว ผู้ให้บริการในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้รับการแจ้งถึงการละเมิดนั้นได้ตอบกลับโดยระบุว่า จะทำการลบข้อมูลออกก็ต่อเมื่อผู้ร้องเรียนให้ข้อมูลที่ถูกต้องและเพียงพอของการอ้างการเป็นเจ้าของสิทธิ์ดังกล่าว ภายใต้บทบัญญัติของการแจ้งเท็จ จากผลการตรวจสอบจึงได้ข้อสรุปว่าผู้ให้บริการของทางสหรัฐอเมริกาได้ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ใน DMCA อย่างถูกต้องและระมัดระวัง แต่อย่างไรก็ดี การตอบสนองของผู้ให้บริการในประเทศอังกฤษนั้นไม่ได้กระทำโดยใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอ โดยได้ทำการลบข้อมูลที่มีการแจ้งการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวทันที และไม่มีการโต้ตอบใด ๆ กลับมา ซึ่งเป็นการเปรียบเทียบจากสถานการณ์เดียวกัน ขณะที่ผู้ให้บริการของประเทศอเมริกาได้ทำการปฏิเสธที่จะลบข้อมูลออกโดยไม่ได้มีการตรวจสอบสิทธิ์ ดังนั้น ผู้ให้บริการในประเทศอังกฤษจึงมีแนวโน้มที่จะลบข้อมูลบนเว็บไซต์ของตนออกโดยไม่ได้ทำการตรวจสอบข้อมูลอย่างระมัดระวัง

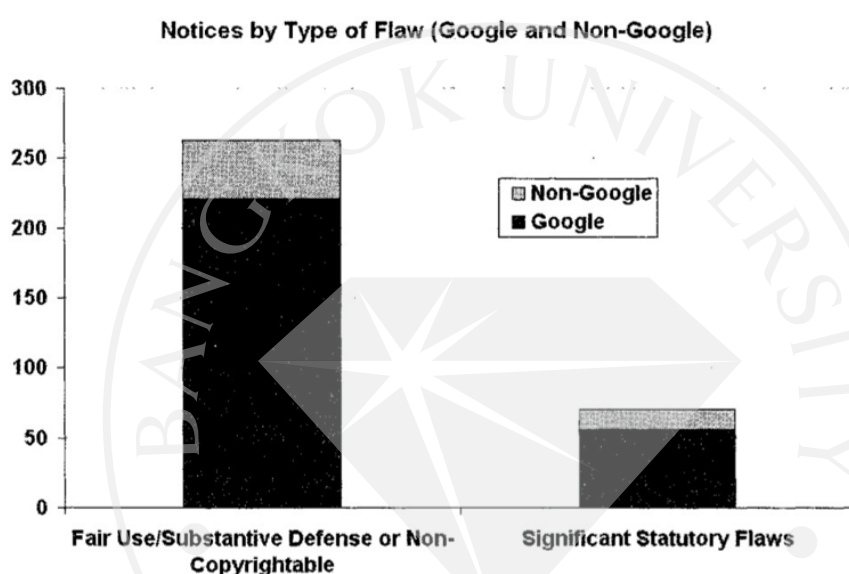
2) ‘Urban-Quilter study’: การศึกษานี้เป็นการศึกษาเฉพาะผู้ให้บริการภายใต้กฎหมายสหัสวรรษดิจิทัลของทางสหรัฐอเมริกา (DMCA) ซึ่งได้ทำการวิเคราะห์ข้อมูลการแจ้งให้ทราบและลบออก (Notice and Takedown) ของเว็บไซต์ Google ระหว่างเดือนมกราคม พ.ศ. 2545 ถึงเดือนสิงหาคม พ.ศ. 2547 จากการพิจารณาทั้งหมด 876 รายการ ซึ่งรายละเอียดดังกล่าวงานวิจัยนี้ได้อ้างอิงแหล่งข้อมูลจากเว็บไซต์ Chilling Effects²⁷ โดยทางเว็บไซต์ Google เป็นผู้แจ้งให้ลบข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ตัวเอง 734 รายการ (The Google Notices) และอีก 142 รายการ เป็นการแจ้งจากบุคคลอื่น ๆ ทั่วไป²⁸ ผลการวิจัยแสดงให้เห็นว่าผู้ที่ใช้มาตรการ “Notice and Takedown” เป็นการถูกใช้อย่างไม่เหมาะสม หรือเพื่อประโยชน์ในทางอื่น (ดูภาพที่ 3.1 ประกอบ) เช่น สูตรอาหาร ราคา

²⁷ Chillingeffects, [Online], n.d. Available from <http://www.chillingeffects.org/>.

²⁸ Urban, J., & Quilter, L., “Efficient process or ‘chilling effects’? Takedown notices under section 512 of the digital millennium copyright act”, 641.

คำอธิบายผลิตภัณฑ์สั้น ๆ เป็นต้น²⁹ อีกทั้ง ในงานวิจัยของ Mostert และ Schwimmer³⁰ แม้จะเป็นบริบทของเครื่องหมายการค้าก็ได้ให้ข้อมูลสนับสนุนว่าในการใช้มาตรการแจ้งเตือนส่วนมากเป็นไปโดยเพื่อประโยชน์ทางการค้า หรือธุรกิจของตนในการกำจัดคู่แข่ง เป็นต้น

ภาพที่ 3.1: ตัวอย่างภาพแผนภูมิแสดงสถิติการใช้มาตรการแจ้งให้ทราบและนำออก (The Notice and Takedown)³¹



ที่มา: 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.

ในส่วนคำพิพากษาของศาลทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเกี่ยวกับในเรื่องการพิจารณาความเสียหายจากการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ มีคำพิพากษาที่น่าสนใจเพื่อพิจารณาศึกษา ดังนี้

²⁹ Ibid, 623.

³⁰ Mostert, F. W., & Schwimmer, M. B., "Notice and takedown for trademarks", *Trademark Rep.* 101, (2011): 259-260.

³¹ Urban, J., & Quilter, L., "Efficient process or 'chilling effects'? Takedown notices under section 512 of the digital millennium copyright act", 668.

1) *Automatic, Inc. v. Steiner*³²

ข้อเท็จจริงในคดี *Automatic, Inc. v. Steiner* นั้น เนื่องด้วยทาง Oliver Hotham ได้เขียนบทความเกี่ยวกับเรื่อง Straight Pride UK บนเว็บไซต์ของ WordPress โดยมี Automatic, Inc. เป็นผู้ดูแลเว็บไซต์ดังกล่าว ซึ่งทาง Steiner ได้ทำการส่งการแจ้งเตือน (Notice) ไปทาง Automatic, Inc. เพื่อให้ลบเนื้อหาของบทความนั้นออกภายใต้กฎหมาย DMCA โดยอ้างว่าบทความของ Hotham ละเมิดลิขสิทธิ์ของพวกเขา ซึ่งทาง Automatic, Inc. (WordPress) และ Hotham ได้ยื่นคำร้องต่อศาลแขวงของรัฐบาลกลางในแคลิฟอร์เนียภายใต้บทบัญญัติมาตรา 512 (f) ของ DMCA โดยกล่าวอ้างว่าการแจ้งให้ลบข้อมูลดังกล่าวออกเป็นการแจ้งเท็จและการลบออกทำให้ตนสูญเสียเวลาและเสียค่าจ้างทนายความในการดำเนินคดี

โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับคำฟ้องสำหรับการแจ้ง DMCA ที่เป็นเท็จของ Steiner และความเสียหายที่ได้รับภายใต้บทบัญญัติมาตรา 512 (f) ดังนี้

มาตรา 512 (f)(2) ระบุว่าบุคคลใดก็ตามที่แจ้งข้อมูลเท็จในการยื่นคำร้องการลบออก DMCA จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายใด ๆ รวมถึงค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมทนายความที่เกิดขึ้น โดยผู้ถูกล่าม اتهامละเมิดหรือโดยผู้ให้บริการ Automatic, Inc. (โจทก์) โดยความเสียหายที่ได้รับร้องขอ

โดยทาง Oliver Hotham ได้เรียกร้องเงินเป็นจำนวน 4,960 ดอลลาร์ สำหรับเวลาที่สูญเสียไป ความเสียหายต่อชื่อเสียง ความทุกข์ทรมานทางอารมณ์ และคำพูดหรือผลกระทบที่เยือกเย็น (Chilling Effect)³³ ร้องขอเป็นจำนวน 8,860 ดอลลาร์ ต่อค่าใช้จ่ายของสื่อสัมพันธ์ และความเสียหายต่อชื่อเสียง ซึ่งศาลได้พิจารณาให้ดังนี้

(1) เวลาที่สูญเสียไป 16 ชั่วโมง และทรัพยากรที่ใช้ในการจัดการกับการแจ้งลบของ Oliver Hotham เป็นจำนวนเงิน 360 ดอลลาร์

(2) ค่าขาดรายได้ของ Oliver Hotham จากการทำงานตามปกติจากการตอบข้อซักถามของสื่อและข้อพิพาททางกฎหมาย เป็นจำนวน 600 ดอลลาร์

(3) ค่าเสียเวลาของพนักงาน Automatic และค่าทนายความที่เกิดขึ้นเป็นจำนวน 1,860 ดอลลาร์

แต่ศาลปฏิเสธคำขอในความเสียหายต่อชื่อเสียงของ Automatic เนื่องมาจากศาลเห็นว่าเป็นการค้ากำไรจนเกินไป ส่วนความเสียหายทางอารมณ์นั้นเป็นความเสียหายที่ไม่อาจชดเชย หรือตีค่าเป็นจำนวนเงินได้ และความเสียหายต่อคำพูดหรือผลกระทบที่เยือกเย็น (Chilling Effect) ของ Oliver Hotham นั้น ข้อเท็จไม่ปรากฏหลักฐานว่ามีผลกระทบบังคับข่มขู่จากรัฐบาลที่เพียงพอ

³² *Automatic Inc. v. Steiner*, 82 F. Supp. 3d 1011, 1029 (ND Cal. 2015).

³³ USLegal, **Chilling Effect** [Online], n.d. Available from <https://citly.me/pjCPb>.

นอกจากนี้ ศาลยังพิจารณาความเสียหายสำหรับค่าทนายความให้แก่ทาง Automattic โดยให้ชดเชยเป็นจำนวนเงิน 22,264 ดอลลาร์ ศาลในคดีนี้ได้พิจารณาตีความความเสียหายภายใต้บทบัญญัติมาตรา 512 (f) ไว้อย่างกว้าง ๆ เนื่องจากถ้อยคำในมาตราดังกล่าวใช้คำว่า “ความเสียหายใด ๆ” ซึ่งแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะเรียกค่าเสียหายอันไม่เป็นธรรมกลับคืนมาได้ แม้ว่าจะไม่ได้มีมูลค่าความเสียหายทางเศรษฐกิจก็ตาม” ศาลในคดีนี้ได้มีคำพิพากษาในกรณีค่าเสียหายให้ WordPress และ Hotham โดยรวมทั้งหมดเป็นจำนวนเงินเพียง 25,084 ดอลลาร์เท่านั้น ซึ่งถือว่าค่อนข้างน้อยมากเมื่อเทียบกับความเสียหายที่เกิดขึ้น

2) คดี Online Policy Group v. Diebold³⁴

[ข้อเท็จจริงในคดีนี้ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 3.1.3 (1)] โดยในคดีนี้มีประเด็นสำคัญเกี่ยวกับการพิจารณาความเสียหายที่น่าสนใจ และถือเป็นคดีแรกที่ศาลได้หยิบยกในประเด็นของบทบัญญัติในมาตรา 512 (f) มาพิจารณาประกอบด้วย เพื่อกำหนดค่าเสียหายจากการใช้มาตรการดังกล่าวนี้ จากคดีข้างต้น กรณีนี้เป็นกรณีแสดงให้เห็นถึงความไม่แน่ใจของเจ้าของลิขสิทธิ์เกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใช้อินเทอร์เน็ต และทาง Diebold ได้กระทำผิดในมาตรา 512 (f) ที่ใช้คุ้มครองสิทธิ์ในการลบออกของ DMCA อันเป็นการที่เจ้าของลิขสิทธิ์รู้อยู่แล้วว่าไม่ได้มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นจริง กล่าวคือ เนื่องจากการนำข้อมูลในอีเมลดังกล่าวมาเผยแพร่ เข้าข่ายการใช้ที่เป็นธรรม (Fair Use) ซึ่งทำให้นักศึกษาและเจ้าของหนังสือพิมพ์ออนไลน์สามารถนำข้อมูลในอีเมลดังกล่าวมาใช้ได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยทาง Diebold ได้ส่งจดหมายการแจ้งไปยังผู้ให้บริการบนระบบคอมพิวเตอร์เพื่อให้หยุดหรือระงับการเผยแพร่ข้อมูลหรือเนื้อหาดังกล่าว เนื่องจากการเป็นการแสดงให้เห็นว่า เป็นการใช้มาตรการดังกล่าวในทางที่ไม่ชอบเพื่อขัดขวางไม่ให้ นักศึกษาวิพากษ์วิจารณ์เพื่อแสดงความคิดเห็นในระบบการทำงานของเครื่องดังกล่าวที่ไม่มีประสิทธิภาพอย่างเพียงพอ

โดยศาลในคดีนี้ได้พิจารณาเรื่องความเชื่อโดยสุจริตโดยใช้มาตรฐานของเหตุผลที่วิญญูชนพึงมี (“Reasonable Care or Diligence Should Have”)³⁵ ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์เชื่อโดยสุจริตอย่างมีเหตุมีผลหรือไม่ โดยศาลได้วินิจฉัยว่าการนำข้อมูลในอีเมลมาใช้ เข้าข่ายการใช้ที่เป็นธรรม ประกอบกับบริษัท Diebold ก็ได้ยอมรับด้วยว่าเป็นการใช้ที่เป็นธรรม ดังนั้น บริษัท Diebold จึงไม่ได้เชื่อโดยสุจริตว่านักศึกษาและเจ้าของหนังสือพิมพ์ละเมิดลิขสิทธิ์ของตน ศาลในคดีนี้ได้ตัดสินให้ทาง บริษัท Diebold ต้องรับผิดและชดเชยตามมาตรา 512 (f) เป็นจำนวน 5,185.50 ดอลลาร์ เนื่องจากบริษัท

³⁴ Online Policy Group v. Diebold, Inc., 337 F. Supp. 2d 1195 (N.D. Cal. 2004).

³⁵ BLACK’S LAW DICTIONARY 950 (9th ed. 2009) (“Knowledge that one using reasonable care or diligence should have, and therefore that is attributed by law to a given person.”).

Diebold ควรรู้หรือมีเหตุอันควรได้รู้เกี่ยวกับการบิดเบือนข้อเท็จจริงในการแจ้งอยู่แล้วหรือควรรู้ว่าการกระทำที่ได้ดำเนินการไปนั้นต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง

คำวินิจฉัยในคดีนี้กลายเป็นบรรทัดฐานสำหรับศาลในการพิจารณาในมาตรา 512 (f) เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตที่จะต่อสู้การแจ้งที่ไม่ชอบธรรมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ที่แจ้งโดยไม่ชอบด้วย โดยทาง Diebold ต้องชดใช้ความเสียหายและค่าธรรมเนียมศาลเป็นจำนวน 125,000 ดอลลาร์

3) The California Breach Co., LLC., v. Mr. Han Xian Du³⁶

ถือเป็นคดีหนึ่งที่ศาลได้พิจารณาให้ชดใช้ค่าเสียหายในจำนวนที่ค่อนข้างสูง โดยโจทก์ได้ทำธุรกิจจำหน่ายคอกสำหรับเด็กเล็กชื่อว่า “Pop N Go” โดยรายได้ของโจทก์ส่วนใหญ่มาจากการจำหน่ายบน Facebook และ Instagram และถูกจำเลยแจ้งลเมิดวิดีโอที่เป็นเท็จไปยังผู้ให้บริการ Facebook, Instagram และ Amazon ซึ่งช่วงเวลาที่ข้อมูลหรือเนื้อหาดังกล่าวหายไปเป็นการทำให้โจทก์เสียลูกค้า และยอดขายลดลง โจทก์จึงได้ยื่นฟ้องต่อศาลเข้ามาตามมาตรา 512 (f) โดยศาลพิจารณาจากหลักฐานและให้ชดใช้ผลกำไรที่โจทก์สูญเสียไป

4) Shenzhen Carku v NOCO [2022]³⁷

ในคดี Shenzhen Carku v NOCO [2022] นี้ถือเป็นคำตัดสินแรกของศาลในประเทศอังกฤษที่พิจารณาเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิบัตรบนระบบอินเทอร์เน็ตผ่านขั้นตอนการแจ้ง (Notice) ของเว็บไซต์ Amazon โดยข้อเท็จจริงในคดีนั้น ทาง NOCO (เจ้าของสิทธิบัตรเกี่ยวกับอุปกรณ์การจัมในการสตาร์ทรถยนต์ที่ใช้แบตเตอรี่) ได้ยื่นเรื่องร้องเรียนว่ามีการละเมิดสิทธิบัตรของตนหลายครั้งผ่านระบบการแจ้งของ Amazon เพื่อให้ลบสินค้าของทาง Carku ออกจากบนเว็บไซต์ แต่ทาง Carku ก็ได้โต้แย้งเกี่ยวกับการจดทะเบียนสิทธิบัตรของ NOCO ที่ไม่ถูกต้อง ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าผลิตภัณฑ์บางอย่างทาง Carku ได้ละเมิดสิทธิบัตรของ NOCO จริง แต่อย่างไรก็ดี สิทธิบัตรของ NOCO นั้นไม่ถูกต้อง เนื่องจากผลิตภัณฑ์ที่ขอจดทะเบียนนั้นเป็นงานที่ปรากฏอยู่ก่อนแล้ว

จากคำตัดสินของศาลนั้น ศาลถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ โดยพิจารณาว่า (i) สิทธิบัตรที่มีอยู่ของ NOCO ไม่ถูกต้อง เนื่องจากเป็นผลิตภัณฑ์ที่ใช้การอ้างอิงต่องานที่ปรากฏอยู่ก่อนแล้ว (ii) การแจ้งไปยังเว็บไซต์ Amazon ถือเป็น การข่มขู่จากการดำเนินการละเมิดที่ไม่เป็นธรรมตามบทบัญญัติมาตรา 70A ภายใต้ the Intellectual Property (Unjustified Threats) Act 2017 (iii) ในการพิจารณาเรื่องความสมมูลนั้น ผลิตภัณฑ์บางอย่างของ Carku อาจถูกละเมิดได้หากสิทธิบัตรถูกต้อง

คดีข้างต้นเป็นการแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า เจ้าของลิขสิทธิ์อาจแจ้งไปยังผู้ให้บริการเพื่อลบข้อมูลอย่างไม่เป็นธรรม หรือไม่ถูกต้อง และการจะพิจารณาว่าตนเป็นผู้มีสิทธิเหนือผลิตภัณฑ์

³⁶ The California Breach Co., LLC., v. Mr. Han Xian Du. Case 4:19-cv-08426-YGR.

³⁷ Shenzhen Carku Technology Co. v. NOCO Co. [2022] EWHC 2034 (Pat).

อย่างแท้จริงหรือไม่ กล่าวคือ ได้มีการพิจารณาด้วยความเชื่อที่สุจริตว่าผลิตภัณฑ์ดังกล่าวเป็นผลิตภัณฑ์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ โดยศาลในคดีนี้ได้พิจารณาให้ชดใช้แก่ Carku ตามมาตรา 97A แห่ง Copyright, Designs and Patents Act 1988 และให้เพิกถอนสิทธิบัตรหมายเลข GB 2 257 858

5) คดี Lenz v. Universal Music Corporation³⁸

[ข้อเท็จจริงในคดีนี้ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 3.1.3 (5)] จากข้อเท็จจริงในคดี ซึ่ง Lenz ได้เผยแพร่คลิปวิดีโอโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เพื่อนและครอบครัวรับชม ไม่ได้กระทำไปโดยมีวัตถุประสงค์ทางการค้า โดยคลิปวิดีโอนั้นได้ปรากฏลูกชายวัย 1 ขวบทำการแสดงเต้นประกอบเพลง “Let’s Go Crazy” บน Youtube มีความยาวประมาณ 20 วินาที ซึ่งไม่ได้ถูกนำมาใช้ทั้งเพลงและในบางส่วนของวิดีโอก็แทบจะไม่ได้ยินเพลงดังกล่าวเลย แม้ว่าการพิสูจน์การใช้งานอย่างเป็นธรรม (Fair Use) จะพิสูจน์ได้ค่อนข้างยาก แต่ทาง Universal ก็ควรที่จะต้องตรวจสอบการใช้งานอย่างชอบธรรมนี้ก่อนที่จะมีการแจ้งไปยังผู้ให้บริการ Lenz จึงทำการยื่นคำร้องภายใต้บทบัญญัติมาตรา 512 (f) เนื่องจากทาง Universal ไม่ปฏิบัติตามโดยไม่ได้เชื่อโดยสุจริตว่าข้อมูลหรือเนื้อหาอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของตนอย่างแท้จริง

ทาง Universal ได้โต้แย้งในเรื่องนี้ว่า ค่าเสียหายตามมาตรา 512 (f) นั้น ศาลสมควรพิจารณาให้หรือไม่ เนื่องจากข้อเท็จจริงเป็นความเสียหายที่ไม่เป็นรูปธรรม และเป็นเพียงความเสียหายเล็กน้อยเท่านั้น อีกทั้ง Lenz ได้ใช้บริการจาก YouTube ซึ่งไม่ได้เสียค่าใช้จ่ายแต่อย่างใด แต่ทาง Lenz ก็ได้ยืนยันว่าตนได้รับความเสียหาย อันเป็นการกระทำที่ขัดขวางสิทธิ และเสรีภาพในการแสดงออกของตนภายใต้ทฤษฎีการลบข้อมูลออก (Takedown) ทำให้สูญเสียเวลาและทรัพยากรในการดำเนินคดีเพื่อป้องกันสิทธิ และเสรีภาพในการแสดงออกของตน และการดำเนินคดีตามกฎหมายดังกล่าวตนต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลและค่าใช้จ่ายในการจ้างหรือปรึกษาทนายความเพื่อทำการฟ้องคดีนี้อีกด้วย

คำตัดสินของศาลในคดีนี้ ศาลได้พิจารณาและเห็นควรให้ Lenz ได้รับค่าเสียหายตามบทบัญญัติมาตรา 512 (f) ตามที่ Lenz กล่าวอ้าง เนื่องจากศาลในคดีนี้ให้ความเห็นว่าความเชื่อโดยสุจริตของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น ไม่สมเหตุสมผลที่ในการนำมาเป็นตัวกำหนดความรับผิดในเรื่องความเสียหายหรือไม่ โดยถือว่าค่าใช้จ่ายในการจ้างหรือปรึกษาทนายความเป็นค่าใช้จ่ายใด ๆ อันจำเป็นที่ใช้บังคับตามสิทธิ เพื่อใช้ในการเรียกร้องให้ทาง Universal แสดงให้เห็นว่าการกระทำของ Universal ไม่ได้เป็นการแจ้งเท็จหรือบิดเบือนความจริง ซึ่งเหตุผลนี้สอดคล้องกับถ้อยคำในมาตรา 512 (f) ภายใต้กฎหมายสหัสวรรษดิจิทัลของทางสหรัฐอเมริกา (DMCA)

³⁸ Lenz v. Universal Music Corp., 801 F.3d 1126, 115 U.S.P.Q.2d 1965 (9th Cir. 2015).

6) คดี Michael J. Rossi v. Motion Picture Association of America³⁹

อย่างไรก็ดี ศาลในคดีนี้มีการกลับคำวินิจฉัยของคดี Diebold [ข้อเท็จจริงในคดีนี้ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 3.1.3 (2)] โดยศาลได้พิจารณาจากการเชื่อโดยสุจริตจะต้องพิจารณาจากตัวเจ้าของลิขสิทธิ์ภายใต้สภาวะจิตใจของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยแท้หรืออัครวิสัย ไม่ใช่พิจารณาจากเจ้าของลิขสิทธิ์ควรรู้หรือมีเหตุอันควรได้จากข้อเท็จจริง ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่สามารถรับผิดชอบเพราะเข้าใจผิดไปโดยไม่รู้ตัว แม้ว่าการกระทำของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นกระทำไปอย่างไม่สมเหตุผลผลก็ตาม

7) คดี Alper Automotive, Inc. v. Day to Day Imports, Inc., [2022]⁴⁰

เป็นการแจ้งให้ลบข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากเว็บไซต์ Amazon โดยไม่ชอบ เนื่องจากผู้แจ้งอ้างว่าตนเป็นผู้ถือสิทธิในงานออกแบบของสตีกเกอร์ติด dashboard ของรถยนต์ที่ไม่มีลวดลายพื้นหลังประกอบ แต่ผู้เสียหายถือสิทธิในงานออกแบบของสตีกเกอร์ติด dashboard ของรถยนต์ ที่มีลวดลายจากข้อเท็จจริงในคดีนี้ เป็นกรณีที่ผู้แจ้งได้ใช้ประโยชน์จากมาตรการนี้ในเชิงธุรกิจในการจำกัดคู่แข่ง อีกทั้งผู้เสียหายก็ได้ทำการโต้แย้งกลับไป ซึ่งระยะเวลาของสินค้าที่ถูกลบออกเป็นเวลาทั้งหมดถึง 44 วัน อันก่อให้เกิดความเสียหาย ตามมาตรา 512 (f) ศาลพิจารณาให้ผู้เสียหายได้รับค่าธรรมเนียมทนายความเป็นจำนวน 273K ดอลลาร์ (2022 WL 3904327) และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ เป็นจำนวน \$10,000 (2022 WL 3904329)

³⁹ Rossi v. Motion Picture Association of America Inc., 391 F.3d 1000 (9th Cir. 2004).

⁴⁰ Alper Automotive, Inc. v. Day to Day Imports, Inc., No. 21-14236 (11th Cir. 2022).

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาในการตรวจสอบการละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์ก่อนแจ้งไปยัง ผู้ให้บริการและความเสียหายจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับ การเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทย

ในบทนี้ผู้เขียนจะศึกษาถึงปัญหาในการพิสูจน์ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีหลักฐานอันควรเชื่อในการกล่าวหาผู้ใช้บริการว่าได้มีการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์หรือไม่ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 มาตรา 43/6 วรรคหนึ่ง ที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับ มาตรการทางเทคโนโลยีที่ให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถแจ้งการละเมิดไปยังผู้ให้บริการบนระบบหรือ เครือข่ายคอมพิวเตอร์ได้โดยตรง โดยไม่จำเป็นต้องใช้สิทธิทางศาลเพื่อให้ศาลให้มีคำสั่งระงับการละเมิด ลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์อีก แต่มาตรการดังกล่าวยังคงเป็นมาตรการที่ใหม่สำหรับประเทศไทยใน ขณะนี้ และยังไม่มีแนวทางในการปฏิบัติอย่างชัดเจนในการพิจารณาหรือตรวจสอบ ดังนั้น จะใช้หลัก เกณฑ์ใดในการพิจารณาและต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบของกฎหมายหรือไม่อย่างไร ใช้มาตรฐาน อะไรเป็นตัวกำหนด และจะศึกษาปัญหาในประการถัดมา คือ การพิจารณาความเสียหายจากการใช้ มาตรการดังกล่าวโดยไม่ชอบ เจ้าของลิขสิทธิ์อาจไม่ได้มีการตรวจสอบถึงข้อมูลหรือเนื้อหาที่ถูกกล่าวหา นั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์จริงหรือไม่ หรืออาจถูกนำไปใช้ในทางอื่นโดยมิชอบได้ การจะพิจารณาความ เสียหายใด ๆ จากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูล ที่ละเมิดลิขสิทธิ์โดยมีการ แจ้งไปยังผู้ให้บริการโดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นที่จตามมาตรา 43/8 จะมีการเยียวยา ให้แก่ผู้ใช้บริการอย่างไรได้บ้างจากความเสียหายที่ผู้ใช้บริการได้รับ กฎหมายไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนใน การกำหนดประเภทของค่าเสียหายไว้ โดยจะนำหลักการของทั้งประเทศสหรัฐอเมริกา และอังกฤษมา เปรียบเทียบเพื่อเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ให้เป็นธรรม มีความสมดุลและมีความเหมาะสม กับบริบทของประเทศไทย

4.1 ปัญหามาตรการทางเทคโนโลยีในเรื่องการระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ของ ประเทศไทย

ในส่วนนี้จะวิเคราะห์กรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีหลักฐานอันควรเชื่อว่ามี การละเมิดลิขสิทธิ์ใน งานอันมีลิขสิทธิ์ของตนบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ และได้แจ้งไปยังผู้ให้บริการบนระบบหรือ เครือข่ายคอมพิวเตอร์ โดยผู้เขียนจะวิเคราะห์ในส่วนที่ 7 เรื่องข้อยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ให้บริการ ตามบทบัญญัติในมาตรา 43/6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ที่มีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน

4.1.1 หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีในเรื่องการระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์

เมื่อมาพิจารณากฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยในส่วนนี้นั้น มาตรการนี้เพิ่งถูกนำมาบัญญัติไว้เพียงแค่บางส่วนในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยเมื่อปี พ.ศ. 2558 โดยผลของการตราพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยบัญญัติไว้เพียงมาตราเดียว ได้แก่ มาตรา 32/3 ซึ่งเป็นการบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการนี้อย่างกว้าง ๆ เท่านั้น ไม่ได้เป็นการนำเนื้อหาของมาตรการดังกล่าวมาอย่างสมบูรณ์ ซึ่งไม่ประสบความสำเร็จในการบังคับใช้เท่าที่ควร เนื่องจากการกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องดำเนินคดีต่อผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ภายในระยะเวลาที่กำหนด ทำให้ในกรณีที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีที่ตั้งออนไลน์หรือย้ายเซิร์ฟเวอร์ (Server) ไปยังต่างประเทศ ผู้ร้องไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขในการนำตัวผู้ละเมิดลิขสิทธิ์มาฟ้องศาลภายในระยะเวลาที่กำหนด จากปัญหาดังกล่าวกระทรวงพาณิชย์โดยกรมทรัพย์สินทางปัญญาก็ได้ตระหนักถึงปัญหาและความสำคัญของการที่จะนำมาตรการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของประเทศไทย ทางกรมทรัพย์สินทางปัญญาจึงได้ตรากฎหมายพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 เพื่อกำหนดมาตรการดังกล่าวไว้ให้เป็นรูปธรรมมากขึ้น อีกทั้งเพื่อให้เป็นไปตามสนธิสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Copyright Treaty: WCT) พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ดังกล่าวนี้ มีการนำมาตรการแจ้งเตือนและนำออก หรือที่เรียกกันว่า “Notice and Takedown Measure” อันเป็นแนวทางปฏิบัติตามกฎหมายลิขสิทธิ์แห่งสหประชาชาติดิจิทัล (Digital Millennium Copyright Act 1998: DMCA) ของสหรัฐอเมริกามาใช้ และได้บัญญัติเป็นข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการ (Internet Service Provider: ISP) ไว้ในส่วนที่ 7 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 เป็นการดำเนินการในรูปแบบของกระบวนการแจ้งเตือนและนำออกข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์โดยผู้ให้บริการบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์เพื่อให้ได้รับการยกเว้นความรับผิดจากการกระทำละเมิดของผู้ใช้บริการ รวมถึงได้มีการกำหนดคำนิยามที่มีความหมายอย่างกว้างเพื่อให้ครอบคลุมมากยิ่งขึ้น ซึ่งคำนิยามที่สำคัญ ได้แก่

“ผู้ให้บริการ” หมายความว่า ผู้ให้บริการเป็นสื่อกลางส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่นผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ และให้หมายความรวมถึงผู้ให้บริการเก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นการชั่วคราว ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ และผู้ให้บริการสืบค้นแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์ด้วย ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเองหรือบุคคลอื่นหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

“ผู้ใช้บริการ” หมายความว่า ผู้ใช้บริการของผู้ให้บริการไม่ว่าต้องเสียค่าใช้จ่ายหรือไม่ก็ตาม

อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ไม่ได้มีการบัญญัติถึงคำนิยามของคำว่า “มาตรการทางเทคโนโลยี” ที่ได้รับความคุ้มครองมีประเภทใดบ้าง จึงอาจพิจารณาได้จากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติเอาไว้ว่า

มาตรา 3 “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” หมายความว่า อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ของคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมการทำงานเข้าด้วยกัน โดยได้มีการกำหนดคำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด และแนวทางปฏิบัติงานให้อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ทำหน้าที่ประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติ

จากคำนิยามดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” นั้น มีความหมายอย่างกว้าง ๆ ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังนี้ คือ งานอันมีลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์จึงอาจพิจารณาให้เข้าหลักคำนิยามดังกล่าวได้ ยกตัวอย่างเช่น พวกบรรดาเอกสารต่าง ๆ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบไฟล์ pdf. หรือ doc., งานดนตรีกรรม หรืองานอันมีลิขสิทธิ์ใด ๆ ก็ตามที่กฎหมายให้การคุ้มครองในรูปแบบไฟล์ดิจิทัล (Digital Files) ที่อยู่บนระบบคอมพิวเตอร์ในแนวทางที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ ก็ย่อมอยู่ในความหมายในคำนิยามคำว่า “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” ทั้งสิ้น

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะวิเคราะห์ถึงหลักกฎหมายในการพิจารณาเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีในเรื่องการระงับการเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งอยู่ในส่วนที่ 7 ในเรื่องการจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 เฉพาะมาตรา 43/6 วรรคหนึ่งและวรรคสองตอนต้นเท่านั้น โดยบัญญัติว่า

“มาตรา 43/6 ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีหลักฐานอันควรเชื่อว่าจะมีการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการตามมาตรา 43/4 หรือมาตรา 43/5 เจ้าของลิขสิทธิ์อาจแจ้งไปยังผู้ให้บริการให้นำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ หรือระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าว

การแจ้งตามวรรคหนึ่ง ให้เจ้าของลิขสิทธิ์คำนึงถึงบทบัญญัติในส่วนที่ 6 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์...”

จากบทบัญญัติดังกล่าวมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าการที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ถูกละเมิดลิขสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ตนสามารถใช้สิทธิแต่ผู้เดียวหรือได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธินั้น โดยจะมี “หลักฐานอันควรเชื่อ” อย่างไรในการพิจารณาความเสียหายจากการละเมิดก่อนแจ้งไปยังผู้ให้บริการจะใช้หลักใดในการพิจารณาเห็นว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้มีหลักฐานอันควรเชื่อถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดนั้นแล้ว ซึ่งอาจเป็นการแจ้งโดยไม่ชอบได้ เนื่องจากเจ้าของลิขสิทธิ์มีเพียงภาระการพิสูจน์ว่าตนได้มีหลักฐานอันควรเชื่อว่าจะมีการละเมิดลิขสิทธิ์ของตน ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 มาตรา 43/6 วรรคหนึ่งเท่านั้น

4.1.2 ปัญหาและแนวทางการบังคับใช้กฎหมาย

จากบทที่ 2 และบทที่ 3 ที่ได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับหลักกฎหมาย หลักการ รวมถึงคำวินิจฉัยของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีในเรื่องข้อกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการในประเด็นดังกล่าวนี้ อาจสรุปได้ว่า ในทุกการตัดสินคดีของศาลทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษได้มีการนำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาประกอบกับมาตรการแจ้งไปยังผู้ให้บริการเพื่อระงับการเข้าถึงข้อมูลละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งหมด โดยองค์ประกอบสำคัญที่ศาลนำมาพิจารณา คือ

- (1) การตรวจสอบความได้สัดส่วน (Proportionality Test) กล่าวคือ เป็นการพิจารณาถึงความสมดุลระหว่างสิทธิกับสิทธิของเจ้าลิขสิทธิ์ที่ได้รับผลกระทบ
- (2) การตรวจสอบหลักความเหมาะสมและความจำเป็นของมาตรการดังกล่าว โดยการพิจารณาถึงประสิทธิภาพของมาตรการ กล่าวคือ ต้องการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของมาตรการได้อย่างแท้จริง ซึ่งต้องสามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าผลในท้ายที่สุดแล้วจะสามารถยุติการละเมิดลิขสิทธิ์ได้อีกทั้งจะต้องเป็นวิธีการที่ไม่ก่อให้เกิดภาระต่อผู้ได้รับผลกระทบเกินความจำเป็นด้วย ซึ่งปรากฏอยู่ในประเด็นของข้อคำนึงเกี่ยวกับภาระหน้าที่ในการดำเนินการและภาระค่าใช้จ่ายที่เกิดจากผู้เกี่ยวข้องจากการบังคับใช้มาตรการแจ้งไปยังผู้ให้บริการบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ในการนำข้อมูลหรือเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออก พบว่าหลักเกณฑ์ทั้งสองข้อดังกล่าว เกิดจากการนำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาก่อนออกมาตรการระงับการเข้าถึงข้อมูลลิขสิทธิ์

ผู้เขียนเห็นว่า หลักการที่เป็นกรอบการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ระงับการเข้าถึงข้อมูลลิขสิทธิ์ข้างต้น ทั้งในคำพิพากษาที่วางแนวทางในการกำหนดเกณฑ์การพิจารณามาตรการระงับการเข้าถึงข้อมูลลิขสิทธิ์ ได้ถูกนำไปบังคับใช้ยังประเทศต่าง ๆ แม้ว่ากระบวนการหรือรูปแบบในการบัญญัติจะแตกต่างกันไปตามบริบทของสังคมและเศรษฐกิจในแต่ละประเทศ

การจะพิจารณาถึงความเสียหายเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์นั้น ในประการแรกจึงจะต้องพิจารณาถึงหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยด้วย ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 อันเป็นการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ของประเทศไทยนั้น กล่าวคือ งานที่สร้างสรรค์ออกมาจะได้รับการคุ้มครองทันทีนับตั้งแต่วันที่ผู้สร้างสรรค์ได้ริเริ่มสร้างสรรค์ผลงานขึ้นมา โดยไม่ต้องจดทะเบียน และจะต้องเป็นงานที่เข้าหลักเกณฑ์ตามคำนิยามในมาตรา 4 ประกอบมาตรา 6 โดยเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 คือ

- (1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง
- (2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน

(3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางาน โปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียง

(4) ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น

(5) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตาม (1) (2) หรือ (3) โดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างไรก็ได้ หรือไม่ได้ แต่เงื่อนไขดังกล่าวจะกำหนดในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมไม่ได้

ดังนั้น เจ้าของลิขสิทธิ์จึงมีสิทธิที่จะหวงกั้นไม่ให้ผู้อื่นมาละเมิดลิขสิทธิ์ของตนอันเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ และหากมีบุคคลใดสร้างความเสียหายอันเป็นการกระทบต่อสิทธิ ชื่อเสียง ของตนแล้ว เจ้าของลิขสิทธิ์ก็ย่อมมีสิทธิในการเรียกค่าเสียหายจากการนั้นได้

ในส่วนของหลักในการที่จะต้องพิจารณาถึง “หลักฐานอันควรเชื่อ” จากคำตัดสินของศาลทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษนั้น ต่างก็ได้วางหลักไปในทางเดียวกันว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ต้องเชื่อโดยสุจริตว่าผู้ใช้บริการได้ทำการละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนโดยแท้ก่อนที่จะทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการให้ลบข้อมูลทีละเมิดนั้นออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ ซึ่งในการแจ้งความเสียหายเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ไปยังผู้ให้บริการบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์นั้น ในข้อสำคัญตามบทบัญญัติมาตรา 43/6 วรรคหนึ่ง คือ เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องมีหลักฐานอันควรเชื่อว่ามี การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานของตนเกิดขึ้น ซึ่งการจะพิสูจน์ความเชื่อโดยสุจริตตามเป็นเจตนาที่อยู่ภายในจึงมีมาตรฐานค่อนข้างต่ำและค่อนข้างยาก ประกอบกับการใช้มาตรการดังกล่าวไม่ต้องมีการฟ้องร้องในชั้นศาล เมื่อผู้ให้บริการบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ได้นำข้อมูลที่ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตได้เผยแพร่ไว้ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของตน หรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้สาธารณชนไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้แล้ว ก็อาจเป็นการก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ใช้บริการ และกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพได้

การจะพิสูจน์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการที่เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นมีหลักฐานอันควรเชื่อว่ามี การละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ จากการศึกษาจากคำวินิจฉัยของศาลในต่างประเทศนั้น กรณีที่ถือว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้เชื่อโดยสุจริตแล้ว ไม่เป็นการทำให้ผู้ให้บริการเกิดความเข้าใจผิด และสามารถนำมาเป็นแนวทางในการบังคับใช้ในประเทศไทยได้ ตามหลักการขั้นพื้นฐานของความเชื่อโดยสุจริตของเจ้าของลิขสิทธิ์มีประเด็นที่จะต้องพิจารณา ดังนี้

1) เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องดำเนินการใดบ้างก่อนแจ้งไปยังผู้ให้บริการบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างในคดีของ Rossi¹ ของศาลสหรัฐอเมริกา โดยศาลได้มีคำวินิจฉัยถึง “หลักฐานอันควรเชื่อ” โดยสุจริตของเจ้าของลิขสิทธิ์เอาไว้ว่า จะต้องใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาจากภายใต้สภาวะจิตใจของเจ้าของลิขสิทธิ์เท่านั้น กล่าวคือ เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่มีหน้าที่อันจำเป็นที่

¹ Rossi v. Motion Picture Ass'n of America Inc., 391 F.3d 1000 (9th Cir. 2004).

จะต้องตรวจสอบเนื้อหาหรือข้อมูลทั้งหมดในเว็บไซต์โดยละเอียดแต่อย่างใด รวมถึงหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องและข้อเท็จจริงที่ปรากฏที่จะแสดงว่าเจ้าของลิขสิทธิ์เชื่อโดยสุจริต หากแต่เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องกระทำการเพื่อตรวจสอบเนื้อหาหรือข้อมูลในเบื้องต้น และต้องเชื่อโดยสุจริตเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี คำวินิจฉัยข้างต้นก็ยังไม่ได้มีการแสดงให้เห็นโดยชัดเจนว่าการจะตรวจสอบเบื้องต้นนั้นจะต้องเป็นการตรวจสอบถึงระดับแค่ไหน อย่างไรถึงจะเพียงพอ ซึ่งข้อเท็จจริงในคดี เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการว่าโรสซีได้นำคลิปภาพยนตร์ของสมาคมภาพยนตร์มาเผยแพร่บนเว็บไซต์โดยไม่ได้รับอนุญาต โดยผู้ให้บริการรายอื่นสามารถดาวน์โหลดภาพยนตร์ดังกล่าวจากเว็บไซต์ของตน และในเว็บไซต์ดังกล่าว ก็มีลิงค์ที่ชี้ไปยังคำที่แสดงถึงว่าให้ประชาชนทั่วไปสามารถดาวน์โหลดคลิปภาพยนตร์ดังกล่าวได้ อีกทั้ง ได้มีการนำภาพโปสเตอร์ของภาพยนตร์มาเผยแพร่เพื่อแสดงให้เห็นว่าเว็บไซต์ของตนมีภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวด้วย อย่างไรก็ตาม โรสซีก็ได้โต้แย้งว่าข้อกล่าวไม่ เป็นความจริง หากเจ้าของลิขสิทธิ์ได้กดลิงค์ในถ้อยคำดังกล่าว ก็ไม่พบการเผยแพร่ภาพยนตร์แต่อย่างใด อันแสดงให้เห็นว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ยังไม่ได้มีการตรวจสอบถึงหลักฐานอย่างละเอียดเพียงพอที่จะแสดงให้เห็นว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้เชื่อโดยสุจริตเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ของตน

ดังนั้น จากข้อเท็จจริงในคำวินิจฉัยของศาลข้างต้นแสดงให้เห็นว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้เชื่อโดยสุจริตแล้ว โดยการพิจารณาข้อมูลที่ปรากฏบนเว็บไซต์ และเป็นสิ่งที่เจ้าของลิขสิทธิ์เชื่ออย่างแท้จริงเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์นี้ จึงอาจสรุปได้ว่าการพิจารณาเรื่องความเชื่อโดยสุจริต ไม่จำเป็นที่จะต้องตรวจสอบข้อมูลที่ปรากฏเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์โดยละเอียด แม้ว่าการตรวจสอบนั้นจะสามารถกระทำได้ง่าย อย่างเช่น เพียงแค่เข้าไปกดลิงค์ดังกล่าวบนเว็บไซต์ตามข้อเท็จจริงในคดี แต่ปัจจัยสำคัญที่สุดที่ศาลได้นำมาพิจารณาอันเป็นตัวกำหนดว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้เชื่อโดยสุจริตหรือไม่นั้นจะเป็นความเชื่อของเจ้าของลิขสิทธิ์เอง โดยลำพังเพียงแค่ตรวจสอบข้อมูลบนเว็บไซต์อย่างกว้าง ๆ เท่านั้น ก็เป็นการเพียงพอแล้ว

2) ความเชื่อโดยสุจริตของเจ้าของลิขสิทธิ์ดังกล่าวนี้ จะต้องอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือ เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องพิจารณาว่าการกระทำของผู้ใช้บริการเข้าหลักเกณฑ์การใช้ อย่างเป็นธรรมหรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อื่น ๆ ในการที่จะแสดงให้เห็นถึงความเชื่อโดยสุจริตของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่ สำหรับในเรื่องนี้อาจจะต้องพิจารณาตามแต่ละข้อเท็จจริงที่ปรากฏเป็นกรณีไป เช่น ในกรณีของการใช้อย่างเป็นธรรม หากนำกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา (Copyright Act 1976) มาตรา 107² การพิจารณาว่า การกระทำใดเข้าเกณฑ์เป็นการใช้ที่เป็นธรรมหรือไม่จะต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

² Section 107, the Copyright Act 1976 Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in

- (1) วัตถุประสงค์และลักษณะของการใช้งาน รวมถึงจะต้องพิจารณาด้วยว่าการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นดังกล่าวได้กระทำไปเพื่อการศึกษา มิได้เป็นการแสวงหากำไรตามควร
- (2) ลักษณะของงานอันมีลิขสิทธิ์
- (3) ปริมาณและความสำคัญของสัดส่วนการใช้งานที่นำมาใช้เมื่อได้เปรียบเทียบกับงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด และ
- (4) ผลกระทบของการใช้และความเป็นไปได้ของศักยภาพทางการตลาดหรือมูลค่าที่จำหน่ายงานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าว

เนื่องจากในคดีโรสซีไม่ได้มีการกล่าวถึงหลักการใช้อย่างเป็นธรรม (Fair Use) จากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีการอ้างถึงนั้น เป็นการเผยแพร่งานลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตในงานประเภทภาพยนตร์ ซึ่งจะทำให้ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าชมงานดังกล่าวได้โดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน อันเป็นการส่งผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นอย่างมาก และอาจทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่สามารถจำหน่ายงานภาพยนตร์ดังกล่าวได้ และอีกคดีหนึ่งที่มีการวางแนวทางที่น่าสนใจ คือ คดี Lenz³ ได้มีการกล่าวถึงหลักการใช้อย่างเป็นธรรมเช่นกัน เนื่องจากข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวเป็นเพียงการนำมาใช้เพื่อสร้างความบันเทิงเฉพาะภายในกลุ่มเพื่อนฝูงหรือครอบครัวเท่านั้น และข้อเท็จจริงยังปรากฏต่อไปอีกว่าการนำเพลงอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์มานั้น นำเพลงมาใช้โดยมีความยาวเพียงไม่กี่วินาที รวมถึงคุณภาพของเสียงเพลงที่ใช้ก็มีคุณภาพต่ำอีกด้วย เมื่อเปรียบเทียบกับเพลงที่เจ้าของลิขสิทธิ์จำหน่ายในตลาดแล้ว ย่อมเห็นได้ว่าไม่ใช่สินค้าที่สามารถทดแทนกันได้ ซึ่งไม่ได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิในงานของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร ดังนั้นจากข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าว จึงเป็นการนำมาใช้อย่างเป็นธรรม

copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

³ Lenz v. Universal Music Corp., Nos. 13-16106, 13-16107 (9th Cir. Mar. 17, 2016).

จะเห็นได้ว่า หลักที่ศาลในคดีข้างต้นใช้ในการพิจารณาถึงความเชื่อโดยสุจริตของเจ้าของลิขสิทธิ์ก่อนที่จะแจ้งไปยังผู้ให้บริการบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์นั้น ไม่ได้มีการนำเรื่องของหลักการใช้อย่างเป็นธรรมหรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์มาพิจารณาประกอบด้วย เนื่องจากศาลเห็นว่าความเชื่อโดยสุจริตนี้ไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้พิจารณาถึงหลักข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวหรือไม่ ดังนั้น จะเห็นว่าแม้เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้พิจารณาถึงหลักดังกล่าวเลย ทั้งที่อาจจะสามารถยกขึ้นต่อสู้ในชั้นศาลได้โดยง่ายก็ตาม ก็ไม่อาจตีความได้ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้เชื่อโดยไม่สุจริตเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่กล่าวอ้าง ทั้งนี้ ผู้ใช้บริการยังสามารถยกหลักการใช้ที่เป็นธรรมหรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้นมาต่อสู้ในชั้นศาล เพื่อแสดงให้เห็นว่าการกระทำของตนไม่ได้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และขอให้ผู้ให้บริการนำข้อมูลหรือเนื้อหาที่เอาออกไปจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์กลับมาไว้ หรือเพื่อให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้ดังเดิม

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

หากมาพิจารณาถึงหลักในการแจ้งการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ไปยังผู้ให้บริการที่ให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีหลักฐานอันควรเชื่อ โดยให้เจ้าของลิขสิทธิ์คำนึงถึงบทบัญญัติในส่วนที่ 6 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น มีคำพิพากษาฎีกาของศาลไทยอันเป็นแนวทางในการพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6525/2559 การกระทำของจำเลยที่ 1 เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32 วรรคหนึ่ง วรรคสอง (1)(3)(6) และ (7) นั้น ต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ (1) เป็นการกระทำต่าง ๆ ตามที่มาตรา 32 วรรคสอง (1)(3)(6) และ (7) และมาตรา 33 บัญญัติไว้ (2) การกระทำนั้นต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และ (3) การกระทำนั้นต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง

แม้ว่าจำเลยที่ 1 ใช้หนังสือคู่มือการเรียนการสอนทั้ง 5 เล่มของโจทก์เป็นเอกสารประกอบการสอนหลักสูตรภาษาอังกฤษเพื่อการสอบ “TOEFL” อันอาจถือได้ว่าเป็นการวิจัยหรือศึกษางานนั้น ตีพิมพ์ วิจัย หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ของโจทก์ หรือทำซ้ำโดยผู้สอนเพื่อประโยชน์ในการสอนของตน หรือทำซ้ำบางส่วนของงาน หรือทำบทสรุปโดย

ผู้สอนเพื่อแจกจ่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนตามมาตรา 32 วรรคสอง (1)(3)(6) และ (7) ก็ตาม แต่หลักสูตรของจำเลยที่ 1 เก็บค่าเรียนหลักสูตรละ 22,000 บาท เอกสารที่ใช้ประกอบการเรียนหลักสูตรนี้คือหนังสือ 5 เล่มตามคำฟ้องของโจทก์ เนื้อหาในหนังสือที่แจกประกอบการเรียนหลักสูตรดังกล่าวเป็นตัวอย่างข้อสอบเก่าของโจทก์ แม้จำเลยที่ 1 จะไม่ได้ค่าตอบแทนจากการจำหน่ายหนังสือดังกล่าว แต่จำเลยที่ 1 ก็ได้รับค่าตอบแทนในการสอนจากผู้เรียน ทั้งจำเลยที่ 1 เป็นเจ้าของและผู้ขออนุญาตดำเนินกิจการโรงเรียนสอนภาษาอังกฤษนี้ รายได้และผลกำไรก็ย่อมตกแก่จำเลยที่ 1 แม้ว่าจำเลยที่ 1 จะนำสืบกล่าวอ้างว่าได้รับค่าตอบแทนน้อยกว่าก็ตาม แต่ก็ถือว่าการสอนที่ได้รับค่าตอบแทนจากผู้เรียนเป็นการกระทำเพื่อหากำไรแล้ว นอกจากนี้ จำเลยที่ 1 จัดสอนถึงวันละ 4 รอบ มีผู้เรียนประมาณวันละ 80 คน จึงไม่ใช่กรณีที่จำเลยที่ 1 ทำข้างานวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์เพียงสำเนาเดียวเพื่อประโยชน์ในการสอน ดังนั้น การกระทำของจำเลยที่ 1 ดังกล่าวจึงไม่เข้าข่ายกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง วรรคสอง (1)(3)(6) และ (7)

ส่วนการคัดลอก เลียน หรืออ้างอิงงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นอันอาจเข้าข่ายกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 33 นั้น ปรากฏว่าการนำข้อสอบอันเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์มาทำซ้ำเป็นหนังสือคู่มือดังกล่าว เป็นส่วนที่เป็นเนื้อหาสาระสำคัญทั้งหมดของงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ทั้งฉบับ และมีปริมาณงานเป็นจำนวนมาก ส่วนข้อความที่ปรากฏในหนังสือว่า “An official TOEFL publication development by ETS test specialists. Copyright @ 1998 ETS. Unauthorized reproduction of this book is prohibited.” ก็เป็นข้อความที่จำเลยที่ 1 ทำซ้ำมาจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ อันเป็นข้อความที่โจทก์ประกาศแสดงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์และแสดงเจตนาห้ามการทำข้างานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์โดยไม่ได้ได้รับความยินยอมจากโจทก์เสียก่อน มิใช่การที่จำเลยที่ 1 แสดงความรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ของโจทก์โดยจำเลยที่ 1 การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงไม่เข้าข่ายกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 33

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5469/2552 จำเลยทั้งสองทำซ้ำและดัดแปลงทำนองเพลง “สายชล” ของโจทก์ตามที่ปรากฏในภาพยนตร์ แม้จะเป็นเพียง 2 ประโยคแรกของเพลงดังกล่าว โดยไม่มีดนตรีประกอบ แต่การพิจารณาว่าทำนองเพลง “สายชล” ที่ถูกนำไปใช้นั้นเป็นส่วนสาระสำคัญของเพลงหรือไม่ ย่อมต้องพิจารณาจากคุณภาพของงานที่ถูกละเมิดด้วย นอกเหนือจากการพิจารณาปริมาณของงานที่ถูกละเมิด ซึ่งท่อนแรกของเพลงทั่วไปมักจะเป็นส่วนสำคัญของเพลงที่สาธารณชนสามารถจดจำได้ รวมถึงเพลงนี้มีชื่อเพลงปรากฏอยู่ในท่อนที่ 2 ของเพลงด้วย ถือว่าเป็นการนำส่วนที่เป็นสาระสำคัญของเพลง “สายชล” ไปใช้ในภาพยนตร์เพื่อเผยแพร่ต่อสาธารณชนและมีการจัดทำวีซีดีและดีวีดีเพื่อจำหน่าย ถือเป็นการแสวงหาประโยชน์ทางการค้าของจำเลยทั้งสองแล้ว จึงไม่เข้าข่ายที่จะได้รับการยกเว้นตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32

ทั้งนี้ หลักในการพิจารณาว่าจำเลยทั้งสองข้างต้นจะทำซ้ำหรือดัดแปลงทำนอง “สายชล” หรือไม่นั้น ท่านอาจารย์ปริญญา ตีผลุง ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ว่า⁴ ต้องพิจารณาว่าจำเลยทั้งสองได้คัดลอกทำนองเพลงในส่วนอันเป็นสาระสำคัญหรือไม่ ซึ่งเพลง “สายชล” เป็นงานดนตรีกรรมประเภทหนึ่งที่มีทำนองและคำร้อง ซึ่งงานดนตรีกรรมที่จะได้รับความคุ้มครองอย่างงานอันมีลิขสิทธิ์ตามมาตรา 4 ต้องมีทำนองเป็นสำคัญ จะมีคำร้องหรือไม่ก็ได้ โดยทำนองเพลงส่วนที่เป็นสาระสำคัญคือส่วนที่สาธารณชนผู้เข้าฟังสามารถจดจำได้ รวมทั้งทำนองเพลงส่วนที่มีคำร้องว่า “สายชล” นั้นเป็นชื่อเพลงด้วย ซึ่งคุณค่าหรือคุณภาพของงานไม่ใช่เงื่อนไขในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ดังนั้น เพลงดังกล่าวจะมีคุณภาพหรือมีคุณค่าเป็นที่นิยมของผู้ฟังหรือไม่นั้นไม่ใช่สาระสำคัญ หากเพลงได้แต่งขึ้นจากการริเริ่มขึ้นเองด้วยความวิริยะอุตสาหะของผู้สร้างสรรค์ โดยไม่ได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงทำนองเพลงอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น แม้เพลงนั้นไม่มีคุณภาพ ไม่มีผู้ใดสนใจฟังก็ตาม เพลงนั้นก็ย่อมได้รับความคุ้มครองอย่างงานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าแนวที่ศาลฎีกาวินิจฉัยข้างต้นจึงคลาดเคลื่อนไปจากหลักการคุ้มครองลิขสิทธิ์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1908/2546 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการศึกษาวิจัยหรือเพื่อใช้ประโยชน์ในการสอนหรือโดยการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ (1) เป็นการกระทำต่างๆ ตามที่มาตรา 32 วรรคสอง และมาตรา 33 บัญญัติไว้ (2) การกระทำนั้นต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และ (3) การกระทำนั้นต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง

แม้ข้อเท็จจริงในคดีนี้จะได้รับความจากทางนำสืบของจำเลยที่ 1 ว่า จำเลยที่ 1 เขียนหนังสือเขียนหนังสือ “กลยุทธ์ในการฝึกอบรม” เพื่อใช้เป็นเอกสารประกอบการสอนและเป็นผลงานทางวิชาการที่จำเลยที่ 1 ใช้ประกอบการพิจารณาขอรับการแต่งตั้งเป็นผู้ช่วยศาสตราจารย์ อันอาจถือได้ว่าเป็นการวิจัยงานหรือทำซ้ำและดัดแปลงโดยผู้สอนเพื่อแจกจ่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา โดยไม่ได้หากำไรซึ่งจะเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 วรรคสอง (1) และ (7) แต่จำเลยที่ 1 ได้กระทำการถึงขั้นจัดพิมพ์เพื่อจำหน่ายแก่บุคคลทั่วไป โดยจำเลยที่ 1 ได้รับความตอบแทนงานเขียนดังกล่าว แม้จะได้รับในอัตราต่ำสุดก็ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อหากำไรแล้ว การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงไม่เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว

ในส่วนการคัด ลอก เลียน หรืออ้างงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นอันอาจเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติ พ.ศ. 2537 นั้น จะต้องปรากฏว่าเป็นการกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์บางตอนตามสมควร และมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น แม้

⁴ ปริญญา ตีผลุง, หลักกฎหมายลิขสิทธิ์และบทวิเคราะห์, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2563), 178.

จำเลยที่ 1 จะคัดลอกหรือเลียนงานวรรณกรรมของโจทก์จำนวนประมาณ 30 หน้า จากจำนวนทั้งหมดประมาณ 150 หน้า อันถือได้ว่าเป็นงานบางตอนแต่การนำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์มาบางตอนดังกล่าวล้วนเป็นส่วนหนึ่งของเนื้อหาสาระที่สำคัญและมีปริมาณงานเป็นจำนวนมาก จึงถือได้ว่าเป็นการคัดลอกหรือเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเกินสมควร

สำหรับปัญหาการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของของโจทก์นั้น การที่จำเลยที่ 1 เพียงแต่อ้างอิงถึงชื่อโจทก์และบุคคลอื่นพร้อมงานเขียนรวม 26 รายการ ไว้ในหัวข้อเอกสารอ้างอิงที่ท้ายเล่ม ในกรณีเช่นนี้ ผู้อ่านย่อมไม่สามารถที่จะทราบได้ว่าข้อความส่วนใดของงานดังกล่าวเป็นงานเขียนของโจทก์ซึ่งจำเลยที่ 1 คัดลอกมา จึงยังไม่เป็นการเพียงพอที่จะถือได้ว่าเป็นการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ของโจทก์ อันจะถือได้ว่าการกระทำของจำเลยที่ 1 เข้าข่ายกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 33

ส่วนปัญหาหลักเกณฑ์ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สองประการหลังนั้น ปรากฏว่าหนังสือ “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 จึงเป็นการแบ่งตลาดของผู้บริโภคซึ่งจะซื้อหนังสือประเภทดังกล่าวออกไปส่วนหนึ่ง อันเป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของโจทก์และกระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของโจทก์เกินสมควร การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงไม่เข้าข่ายกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32 วรรคหนึ่ง

3) ภาระการพิสูจน์ในประเด็นต่อมาที่จะต้องพิจารณา คือ ฝ่ายใดควรมีหน้าที่ในการพิสูจน์ระหว่างเจ้าของสิทธิหรือผู้ใช้บริการบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ ในอันที่จะแสดงให้เห็นว่าเจ้าของลิขสิทธิ์เชื่อโดยสุจริต ซึ่งหากพิจารณาจากคำวินิจฉัยในคดี Rossi ที่กล่าวมาข้างต้น เห็นว่า ยังไม่ได้มีบรรทัดฐานที่เป็นแนวทางให้ความกระจ่างพอ นอกจากนี้ หากมีการโต้แย้งเกี่ยวกับเรื่องนี้ เจ้าของสิทธิก็มีข้อมูลเพียงพออยู่แล้วในการจะอธิบายต่อศาลถึงที่มาและเหตุผลที่ตนเชื่อโดยสุจริตเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว รวมถึงในการพิสูจน์หลักการตีความความเชื่ออย่างสุจริตนี้ ศาลไม่นำข้อโต้แย้งของผู้ใช้บริการมาพิจารณาว่าโต้แย้งในเรื่องใด โดยศาลจะพิจารณาจากภายใต้สภาวะจิตใจของเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นหลักอยู่แล้ว

อย่างไรก็ตาม หากมาพิจารณาถึงบทบัญญัติของไทยในเรื่องหน้าที่นำสืบพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงนั้น ผู้เขียนเห็นว่า แม้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยจะไม่ได้มีการกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าในการฟ้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์ทางแพ่ง โจทก์ต้องมีหน้าที่นำสืบ แต่หากพิจารณาตามหลักกฎหมายลักษณะพยานแล้ว หลักในเรื่อง “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นต้องนำสืบ” ได้ถูกนำมาใช้ในการนำสืบพยานในคดีละเมิด

ลิขสิทธิ์ด้วย กล่าวคือ ในกรณีที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใด ๆ เพื่อสนับสนุนคำฟ้องหรือคำให้การของตน หน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงนั้นก็ย่อมตกอยู่กับคู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้าง โดยพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ประกอบมาตรา 84/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁵

ดังนั้น การจะพิจารณาถึงการตรวจสอบความชอบธรรมในการแจ้งจากเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น ยังคงไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ และอาจเกิดความผิดพลาดได้ การพิจารณาในเรื่องความเชื่อโดยสุจริตจึงไม่จำเป็นต้องตรวจสอบข้อมูลเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างละเอียด แม้ว่าอาจจะสามารถกระทำได้โดยไม่ยุ่งยากก็ตาม เพราะอาจเป็นการทำให้ผู้ให้บริการเกิดความเข้าใจผิดเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ แต่สิ่งสำคัญที่จะเป็นตัวกำหนดว่าเจ้าของลิขสิทธิ์เชื่อโดยสุจริตหรือไม่นั้น ควรจะพิจารณาจากภายใต้สภาวะจิตใจโดยแท้ของเจ้าของลิขสิทธิ์ และจะต้องเป็นความเชื่อที่เป็นเหตุเป็นผล โดยต้องคำนึงถึงหลักข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย เนื่องจากอาจส่งผลกระทบต่อผู้ใช้บริการได้ ซึ่งมาตรการดังกล่าวนี้ไม่ได้เพียงแต่บัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองเฉพาะเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ให้บริการเท่านั้น เพราะเจ้าของลิขสิทธิ์ก็จะสามารถใช้สิทธินี้อ้างว่าตนได้เชื่อโดยสุจริตทุกกรณีไป

4.2 ปัญหาการพิจารณาความเสียหายจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์

เจ้าของลิขสิทธิ์จะมีแนวโน้มในการแจ้งลบข้อมูลหรือเนื้อหาที่กล่าวอ้างว่ามีการละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนโดยตรวจสอบอย่างไม่เป็นธรรม กล่าวคือ ไม่ได้มีการตรวจสอบถึงข้อมูลที่ถูกล่าหวนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์จริงหรือไม่ หรืออาจถูกนำไปใช้ในทางอื่นโดยมิชอบได้ อันจะเป็นการจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพของผู้ใช้บริการบนระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ อย่างเช่น หยุดการวิพากษ์วิจารณ์หรือแสดงความคิดเห็น ในเรื่องศาสนา นโยบาย และการเมือง หรือมาตรการแจ้งเตือนและนำออกอาจนำไปใช้อย่างไม่ชอบในเชิงธุรกิจ อันเป็นการกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตได้ เป็นต้น เนื่องจากมาตรการดังกล่าวทำให้ประชาชนไม่สามารถที่จะเข้าถึงข้อมูลบนคอมพิวเตอร์ที่ได้กล่าวอ้างว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์ได้อีก แม้ว่าจะมีการกำหนดสิทธิในการโต้แย้งเอาไว้ แต่ก็เป็นการโต้แย้งภายหลังจากที่ผู้ให้บริการได้นำข้อมูลหรือเนื้อหาออกจากระบบหรือเครือข่ายของตนแล้วตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 มาตรา 43/6 วรรคสาม และผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะสามารถพิจารณาเอาข้อมูลกลับคืนได้ก็ตาม แต่ในช่วงเวลาระหว่างที่รอให้ข้อมูลกลับมาเผยแพร่ นั้นอาจเป็นสร้างความเสียหายบางประการได้ อย่างเช่น ข้อมูลบางอย่างจะสำคัญต่อบางช่วงเวลาตามสถานการณ์บ้านเมืองเท่านั้น ถึงแม้ว่าข้อมูลจะถูกนำข้อมูลกลับคืนเข้าสู่

⁵ เรื่องเดียวกัน, 178.

ระบบหรือเครือข่ายได้หลังจากระยะเวลาหนึ่ง แต่ความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขได้ย่อมเป็นผลต่อชื่อเสียงของเจ้าของข้อมูลหรือเนื้อหา นั้น ๆ

จากปัญหาดังกล่าวจึงเห็นว่า การพิจารณาความเสียหายจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลที่จะละเมิดลิขสิทธิ์โดยมีการแจ้งไปยังผู้ให้บริการโดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นเท็จ ตามมาตรา 43/8 จะมีการเยียวยาให้แก่ผู้ใช้บริการอันเป็นเจ้าของข้อมูลอย่างไรได้บ้าง ซึ่งหากผู้บริการอินเทอร์เน็ตได้นำสิ่งที่ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตได้เผยแพร่ไว้ออกจากระบบคอมพิวเตอร์เครือข่ายอินเทอร์เน็ตของตน หรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้สาธารณชนไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้แล้ว ก็อาจเป็นการก่อให้เกิดความเสียหาย ไม่เป็นธรรมแก่ผู้ใช้บริการ และกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพได้ แต่ขณะเดียวกัน เจ้าของลิขสิทธิ์กลับไม่ต้องรับผิดชอบใด ๆ ต่อผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ต หากเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนเชื่อโดยสุจริตว่าผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตหรือคอมพิวเตอร์กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ แม้เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นได้ตรวจสอบผิดพลาดหรือมีข้อมูลไม่เพียงพอก็ตาม ในการพิสูจน์ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีหลักฐานอันควรเชื่อว่ามี การละเมิดลิขสิทธิ์ของตนตามมาตรา 43/6 วรรคท้าย

4.2.1 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องความเสียหายจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์

ในกรณีที่มีการแจ้งเตือนไปยังผู้ให้บริการว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของตนนั้น ผู้ให้บริการมีหน้าที่ต้องนำข้อมูลที่มีกล่าวอ้างว่าละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของตนโดยไม่ชักช้า พร้อมทั้งแจ้งไปยังผู้ให้บริการที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อให้โอกาสโต้แย้งด้วยตามความในบทบัญญัติมาตรา 43/6 วรรคสาม ซึ่งผู้ใช้บริการมีสิทธิโต้แย้งจากการกล่าวอ้างของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามมาตรา 43/7 หากผู้ใดทำการแจ้งหรือโต้แย้งไปยังผู้ให้บริการโดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นเท็จก็จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการกระทำอันเป็นเท็จดังกล่าวนี้ตามมาตรา 43/8 ด้วยตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (แก้ไขเพิ่มเติม) ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2565

มาตรา 43/7 บัญญัติว่า

ผู้ใช้บริการซึ่งได้รับแจ้งตามมาตรา 43/6 วรรคสาม มีสิทธิโต้แย้งโดยทำเป็นหนังสือหรือทำโดยผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ไปยังผู้ให้บริการ โดยอย่างน้อยต้องมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

⁶ เอกรินทร์ วิริโย, “มาตรการแจ้งเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต: ศึกษากลไกการตรวจสอบการแจ้งตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา”, วารสารนักบริหาร 34, 2(กรกฎาคม-ธันวาคม 2557) [Online], 20 กันยายน 2564. แหล่งที่มา <https://so01.tci-thaijo.org>.

(1) ชื่อตัวและชื่อสกุล หรือชื่อนิติบุคคล ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ และที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โดยข้อมูลดังกล่าวต้องทำให้สามารถติดต่อผู้ใช้บริการได้

(2) ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ถูกนำออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือถูกระงับการเข้าถึง และแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นก่อนที่จะถูกนำออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือถูกระงับการเข้าถึง เว้นแต่เป็นการโต้แย้งไปยังผู้ให้บริการตามมาตรา 43/5 ให้ระบุเพียงแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อที่ถูกนำออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ หรือถูกระงับการเข้าถึง

(3) คำชี้แจงว่าการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือการระงับการเข้าถึงกระทำไปโดยผิดพลาด หรือผิดพลาด และ

(4) ลายมือชื่อหรือลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ของผู้ให้บริการ

เมื่อผู้ให้บริการได้รับคำโต้แย้งที่มีรายละเอียดครบถ้วนตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้ให้บริการส่งสำเนาคำโต้แย้งไปยังเจ้าของลิขสิทธิ์โดยเร็ว พร้อมแจ้งว่าจะนำข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นกลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวเมื่อพ้นกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่ผู้ให้บริการได้รับคำโต้แย้ง

เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามวรรคสอง ให้ผู้ให้บริการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นกลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการหรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวภายในสิบห้าวัน เว้นแต่ผู้ให้บริการได้รับแจ้งพร้อมหลักฐานจากเจ้าของลิขสิทธิ์ว่าได้ยื่นคำฟ้องเพื่อดำเนินคดีต่อผู้ใช้บริการ

มาตรา 43/8 บัญญัติว่า

ผู้ใดแจ้งหรือโต้แย้งไปยังผู้ให้บริการโดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นเท็จ เป็นเหตุให้ผู้ให้บริการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นออกจากหรือนำกลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ หรือระงับหรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าว ผู้นั้นต้องรับผิดชอบความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการแจ้งหรือการโต้แย้งอันเป็นเท็จนั้น

4.2.2 ปัญหาและแนวทางการบังคับใช้กฎหมาย

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ถึงหลักในการพิจารณาความเสียหายอันเกิดจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งอยู่ในส่วนที่ 7 ในเรื่องการจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการ ภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 โดยความในมาตรา 43/8 เป็น

การที่ผู้ใดแจ้งหรือโต้แย้งไปยังผู้ให้บริการโดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นเท็จ แม้ว่ามาตรการแจ้งเตือนและนำออกจะเป็นประโยชน์ในการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ และเป็นการรักษาสมดุลระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์กับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต แต่มาตรการดังกล่าวยังคงเป็นมาตรการที่ใหม่สำหรับประเทศไทยในขณะนี้ และยังไม่มีแนวทางในการปฏิบัติอย่างชัดเจนในการพิจารณา หากเกิดความเสียหายจากการใช้มาตรการดังกล่าวโดยไม่ชอบตามมาตรา 43/8 นั้น กล่าวคือ เจ้าของลิขสิทธิ์อาจไม่ได้มีการตรวจสอบถึงข้อมูลหรือเนื้อหาที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์จริงหรือไม่ หรืออาจถูกนำไปใช้ในทางอื่นโดยมิชอบได้ อันจะเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ (Chilling Effects) ของผู้ให้บริการบนระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ การพิจารณาความเสียหายจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์โดยมีการแจ้งไปยังผู้ให้บริการโดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นเท็จ ตามมาตรา 43/8 จะมีการเยียวยาให้แก่ผู้ให้บริการอย่างไรได้บ้าง ซึ่งหากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้นำสิ่งที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้เผยแพร่ไว้ออกจากระบบคอมพิวเตอร์เครือข่ายอินเทอร์เน็ตของตน หรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อทำให้สาธารณชนไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้แล้วตามบทบัญญัติมาตรา 43/6 วรรคสาม ก็อาจไม่เป็นธรรมแก่ผู้ให้บริการ และกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพได้ เนื่องจากหลักในการพิสูจน์ถึงความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการแจ้งที่ผู้ให้บริการได้รับ กฎหมายไม่มีหลักที่กำหนดเป็นแนวทางที่แน่นอน โดยไม่ได้มีการจำแนกลักษณะของความเสียหายที่ควรได้รับ หรือแสดงตัวอย่างในการบังคับสิทธิที่ผู้เสียหายจะสามารถมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายลักษณะใดหรือประเภทใดบ้างที่ศาลจะพิจารณาอนุญาต ทำให้เป็นปัญหาต่อผู้เสียหายในการนำสืบหรือภาระการพิสูจน์ในมูลค่าความเสียหายของประเภทต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ผู้เสียหายจึงมีอาจทราบได้ว่าตนจะต้องพิสูจน์มากน้อยเพียงใดจึงจะเป็นที่พอใจแก่ศาล

หากมาพิจารณากฎหมายลิขสิทธิ์เกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์เกี่ยวกับการแจ้งที่ไม่ชอบธรรม หรือบิดเบือนความจริงของต่างประเทศนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาจะอยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 512 (f) แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์แห่งสหัสวรรษดิจิทัล (Digital Millennium Copyright Act 1998: DMCA) และประเทศอังกฤษอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 97A ภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ การออกแบบ และสิทธิบัตร (Copyright, Designs and Patents Act 1988: CDPA)

จากในบทที่ 3 ที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงบทกฎหมาย ผลการวิจัย และแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ อันเกี่ยวกับบทบัญญัติในเรื่องการพิจารณาความเสียหายในการเยียวยาผู้ให้บริการบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์จากการใช้มาตรการดังกล่าวอย่างไม่ชอบธรรมนั้น จะมีแนวทางสำหรับประเทศไทยในการพิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้ให้บริการในลักษณะอย่างไร และครอบคลุมถึงความเสียหายประเภทใดบ้าง พบว่า

ในประการแรก ทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษนั้นต่างก็ย่อมต้องพิจารณาจากความเชื่อโดยสุจริตของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยแต่ก่อนที่ได้จะทำการแจ้งไปยังผู้ให้บริการให้ลบข้อมูลที่ละเมิดนั้นออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ กล่าวคือ ในการแจ้งความเสียหายเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ไปยังผู้ให้บริการบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์นั้น ในข้อสำคัญ คือ เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องมีหลักฐานอันควรเชื่อว่าข้อมูลที่ได้ทำการแจ้งไปนั้นเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานของตนเกิดขึ้น และต้องพิจารณาถึงข้อการใช้ลิขสิทธิ์อย่างเป็นทางการเป็นธรรมดา ซึ่งหลักในการพิจารณาความเชื่อโดยสุจริตผู้เขียนได้วิเคราะห์ไว้ในหัวข้อ 4.1.2 ในคดี *Lenz v. Universal Music Corporation*⁷ ในส่วนของความเสียหายตามมาตรา 512 (f) นั้น ศาลได้พิจารณาว่าทาง Universal ไม่ได้ใช้ความเชื่อโดยสุจริตในการตรวจสอบก่อนแจ้งไปยังผู้ให้บริการ เนื่องจาก ทาง Universal ควรรู้หรือมีเหตุอันควรรู้อยู่แล้วว่าวิดีโอดังกล่าวปรากฏอย่างชัดเจนว่าเป็นการใช้งานโดยชอบธรรม ซึ่งคลิปวิดีโอดังกล่าวได้ปรากฏถูกชายวัย 1 ขวบ ของ Lenz ทำการแสดงต้นประกอบเพลง “Let’s Go Crazy” บน YouTube มีความยาวประมาณ 20 วินาที ซึ่งไม่ได้ถูกนำมาใช้ทั้งเพลงและในบางส่วนของวิดีโอก็แทบจะไม่ได้ยินเพลงดังกล่าวเลย อีกทั้ง Lenz เองก็มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เพื่อนและครอบครัวรับชมเท่านั้น ไม่ได้กระทำไปโดยมีวัตถุประสงค์ทางการค้าแต่อย่างใด ทาง Universal ควรที่จะต้องตรวจสอบการใช้งานอย่างชอบธรรมนี้ก่อนที่จะมีการแจ้งไปยังผู้ให้บริการ

จากข้อเท็จจริงในคดีข้างต้นนั้น แม้ว่าความเสียหายดังกล่าวจะเป็นความเสียหายที่ไม่เป็นรูปธรรมชัดเจน และเป็นเพียงความเสียหายเพียงเล็กน้อยเท่านั้น อีกทั้ง Lenz ก็ได้เผยแพร่คลิปวิดีโอดังกล่าวบนแพลตฟอร์มของ YouTube โดยไม่เสียค่าใช้จ่ายใดๆ แต่ศาลในคดีนี้ก็ได้อ้างอิงและเห็นควรให้ Lenz ได้รับค่าเสียหายตามบทบัญญัติมาตรา 512 (f) ตามที่ Lenz กล่าวอ้าง เนื่องจากศาลในคดีนี้ให้ความเห็นว่าความเชื่อโดยสุจริตของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น ไม่สมเหตุสมผลที่ในการนำมาเป็นตัวกำหนดความรับผิดในเรื่องความเสียหายหรือไม่ โดยถือว่าค่าใช้จ่ายในการจ้างหรือปรึกษาทนายความเป็นค่าใช้จ่ายใด ๆ อันจำเป็นที่ใช้บังคับตามสิทธิ เพื่อใช้ในการเรียกร้องให้ทาง Universal แสดงให้เห็นว่าการกระทำของ Universal ไม่ได้เป็นการแจ้งเท็จหรือบิดเบือนความจริง คำตัดสินของศาลในคดีนี้เป็นไปตามแนวทางเดียวกันกับในคดี *Online Policy Group v. Diebold*⁸

แต่อย่างไรก็ดี ศาลในคดี *Rossi*⁹ ได้พิจารณาความเชื่อโดยสุจริตของเจ้าของลิขสิทธิ์ว่าต้องพิจารณาจากภายใต้สภาวะจิตใจของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยแท้หรืออัตวิสัย ไม่ใช่พิจารณาจากเจ้าของ

⁷ *Lenz v. Universal Music Corp.*, 801 F.3d 1126, 115 U.S.P.Q.2d 1965 (9th Cir. 2015).

⁸ *Online Policy Group v. Diebold, Inc.*, 337 F. Supp. 2d 1195 (N.D. Cal. 2004).

⁹ *Rossi v. Motion Picture Association of America INC.* 391 F.3d 1000 (9th Cir. 2004).

ลิขสิทธิ์ควรรู้หรือมีเหตุอันควรได้จากข้อเท็จจริง ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่สามารถรับผิดเพียงเพราะเข้าใจผิดไปโดยไม่รู้ตัว แม้ว่าการกระทำของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นกระทำไปอย่างไม่สมเหตุผลผลก็ตาม

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรพิจารณาไปตามแต่ละข้อเท็จจริงในคดี แม้ว่าข้อเท็จจริงจะปรากฏว่ามีการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมก็ตาม แต่หากว่าการกระทำนั้นไม่ได้เป็นการปรากฏโดยชัดแจ้งถึงขนาดที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ใช้มาตรฐานของเหตุผลที่วิญญูชนพึงมีรับรู้ได้เอง หรือการนั้นต้องมีการพิสูจน์โดยใช้ระดับผู้เชี่ยวชาญในการพิจารณา เจ้าของลิขสิทธิ์ก็ไม่ควรต้องรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากผู้ให้บริการ อีกทั้ง ในประเด็นที่สำคัญเกี่ยวกับการพิจารณาความเชื่อโดยสุจริตนั้นนั้น คือ เจ้าของลิขสิทธิ์ก็ควรตรวจสอบถึงความถูกต้องในสิทธิที่ตนมีด้วยว่างาน ผลิตภัณฑ์ หรือเนื้อหาใด ๆ ตนเป็นผู้มีสิทธิเหนืองานนั้นอย่างแท้จริงหรือไม่ อันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ให้บริการอย่างไรที่ปรากฏในคดี *Shenzhen Carku v NOCO* [2022]¹⁰ เป็นต้น

ประการถัดมา ในส่วนของแนวทางในการพิจารณาความเสียหายอันเกี่ยวกับการแจ้งหรือโต้แย้งไปยังผู้ให้บริการโดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นเท็จ จะต้องรับผิดต่อความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการแจ้งหรือการโต้แย้งอันเป็นเท็จนั้นตามมาตรา 43/8 มีประเด็นในส่วนของคำว่า “ค่าเสียหายใด ๆ ที่เกิดจากการแจ้งหรือโต้แย้งเท็จ” ตามมาตราดังกล่าวนั้น จะกำหนดค่าเสียหายในลักษณะอย่างไร และครอบคลุมถึงค่าเสียหายประเภทใดบ้าง เห็นว่า ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 512 (f) ของ DMCA มีรายละเอียดเกี่ยวกับคำฟ้องสำหรับการแจ้ง DMCA ที่เป็นเท็จ และความเสียหายที่ได้รับ ซึ่งอาจนำมาปรับใช้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยได้ ดังนี้

“มาตรา 512 (f)(2)¹¹ ระบุว่าบุคคลใดก็ตามที่แจ้งข้อมูลเท็จในการยื่นคำร้องการลบออก จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายใด ๆ รวมถึงค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมทนายความที่เกิดขึ้น”

โดยศาลในคดี *Automattic Inc. v. Steiner*¹² มีแนวในการพิจารณาและกำหนดความเสียหายที่เกิดขึ้น ดังนี้ คือ

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

¹⁰ *Shenzhen Carku Technology Co. v. NOCO Co.* [2022] EWHC 2034 (Pat).

¹¹ Section 512 (f)(2) that material or activity was removed or disabled by mistake or misidentification, shall be liable for any damages, including costs and attorneys’ fees, incurred by the alleged infringer...

¹² *Automattic Inc. v. Steiner*, 82 F. Supp. 3d 1011, 1029 (ND Cal. 2015).

(4) ความเสียหายต่อคำพูดหรือผลกระทบที่เยือกเย็น (Chilling Effect)¹³ (กรณีต้องปรากฏพยานหลักฐานแน่ชัดด้วยว่าถูกข่มขู่)

(5) ความเสียหายต่อชื่อเสียง

ผู้เขียนเห็นว่า แม้ว่าศาลในคดีนี้จะได้พิจารณาตีความความเสียหายภายใต้บทบัญญัติมาตรา 512 (f)(2) ไว้อย่างกว้าง ๆ เนื่องจากถ้อยคำในตัวบทมาตราดังกล่าวใช้คำว่า “ความเสียหายใด ๆ” ซึ่งศาลได้พิจารณาถึงความเสียหายในเรื่องความเสียหายต่อสิทธิ เสรีภาพในการแสดงออกด้วย ซึ่งแสดงให้เห็นถึงเจตนาของกฎหมายที่ต้องการให้ผู้เสียหายเรียกค่าเสียหายอันไม่เป็นธรรมกลับคืนมาได้ แม้ว่าจะไม่ได้มีมูลค่าความเสียหายทางเศรษฐกิจ¹⁴ ก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี ในส่วนของความเสียหายทางอารมณ์นั้น ศาลในคดีดังกล่าวเห็นว่า เป็นความเสียหายที่ไม่อาจชดเชย หรือตีค่าเป็นจำนวนเงินได้อันเป็นไปแนวทางเช่นเดียวกันกับในคดี Rossi ที่พิจารณาในเรื่องความเสียหายที่ได้รับจากการแจ้งโดยไม่ชอบ ในประเด็นที่ทำให้สูญเสียเวลาและทรัพยากรในการดำเนินคดีเพื่อป้องกันสิทธิ และเสรีภาพในการแสดงออก และการดำเนินคดีตามกฎหมายดังกล่าวก็ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลและค่าใช้จ่ายในการจ้างหรือปรึกษาทนายความเพื่อทำการฟ้องคดีนี้อีกด้วย

เมื่อมาพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 512 (f)(2) ภายใต้กฎหมาย DMCA ของทางสหรัฐอเมริกาที่เป็นต้นแบบของประเทศไทยในการบัญญัติเกี่ยวกับมาตรานี้แล้ว พบว่า ยังได้บัญญัติให้รวมถึงค่าใช้จ่ายต่าง ๆ และค่าทนายความอันเกิดจากการที่ถูกกล่าวหาว่าละเมิดลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการแจ้งหรือการโต้แย้งอันเป็นเท็จนั้น ต่างกับการบัญญัติในมาตรา 43/8 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ที่บัญญัติเอาไว้ให้ตีความเพียงคำว่า “ความเสียหายใด ๆ” ที่เกิดขึ้นจากการแจ้งหรือการโต้แย้งอันเป็นเท็จเท่านั้น

ในประการสุดท้ายนั้น มีข้อที่ต้องพิจารณาคำอีกประการหนึ่ง กล่าวคือ ประเด็นในกระบวนการพิจารณานำข้อมูลหรือเนื้อหาที่มีการโต้แย้ง (Counter Notice) ดังกล่าวกลับคืนเข้าสู่ระบบหรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการตามความในมาตรา 43/7 วรรคสองและวรรคท้าย ซึ่งได้กำหนดให้ผู้ให้บริการส่งสำเนาคำโต้แย้งไปยังเจ้าของลิขสิทธิ์โดยเร็ว และจะนำเนื้อหาหรือข้อมูลดังกล่าวกลับเข้าสู่ระบบหรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์เมื่อพ้นกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่ผู้ให้บริการได้รับคำโต้แย้ง เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้ว จึงให้ผู้ให้บริการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์นำเนื้อหาหรือข้อมูลกลับคืนสู่ระบบหรือยุติการระงับการเข้าถึงดังกล่าวได้ภายในสิบห้าวัน

¹³ USLegal, **Chilling Effect** [Online], n.d. Available from <https://citly.me/pjCPb>.

¹⁴ Richard, W., **Copyright and economics and theory: Friend or foes?**, (Cheltenham: Edward Elgar, 2000).

จะเห็นได้ว่า ระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดในบทบัญญัติข้างต้นให้นำข้อมูลหรือเนื้อหาที่ ผู้ใช้บริการได้มีการโต้แย้ง (Counter Notice) ดังกล่าวกลับคืนหรือยุติการเข้าถึงนั้น ผู้เขียนเห็นว่า เป็นระยะเวลาที่ค่อนข้างนาน หากมาพิจารณาตามกฎหมายภายใต้ DMCA ของประเทศสหรัฐอเมริกา อันเป็นต้นแบบที่ประเทศไทยได้นำมาปรับปรุงแก้ไขเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีในการระงับการ เข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบคอมพิวเตอร์ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 แล้วนั้น พบว่าในมาตรา 512 (g)(2) ข้อ (b) และ (c)¹⁵ อันเป็นนัยยะเดียวกันกับมาตรา 43/7 วรรคสอง และวรรคท้าย โดยข้อ (b) บัญญัติไว้ว่า เมื่อผู้ให้บริการได้รับคำโต้แย้งของผู้ใช้บริการแล้ว ให้ผู้ให้บริการ ส่งสำเนาคำโต้แย้งและแจ้งไปยังเจ้าของลิขสิทธิ์ว่าจะนำเนื้อหาหรือข้อมูลดังกล่าวกลับเข้าสู่ระบบหรือ ยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ภายใน 10 วันทำการนับแต่วันที่ผู้ให้บริการได้รับคำโต้แย้ง และข้อ (c) ให้ผู้ให้บริการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์นำเนื้อหาหรือข้อมูลกลับคืนสู่ระบบหรือยุติการระงับ การเข้าถึงดังกล่าวเมื่อพ้นกำหนด 10 วันทำการดังกล่าว แต่ไม่เกิน 14 วันทำการนับแต่วันที่ผู้ให้บริการ ได้รับคำโต้แย้ง ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวอาจสร้างความไม่เป็นธรรม และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ ผู้ใช้บริการในด้านต่าง ๆ ได้ โดยการใช้มาตรการดังกล่าว อาจไม่ได้นำมาใช้เพื่อเหตุผลในการยุติการ ละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบอินเทอร์เน็ตเท่านั้น แต่อาจมีเจตนาแอบแฝงเพื่อวัตถุประสงค์อื่น ๆ อีกด้วย เช่น ทำให้หยุดการวิพากษ์วิจารณ์ในทางศาสนา นโยบาย และการเมือง หรือต้องการกีดกันคู่แข่งทางธุรกิจที่ เข้ามาแข่งขัน อันจะทำให้ส่งผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเสรีภาพในการ ประกอบอาชีพของผู้ใช้บริการได้

¹⁵ Section 512 (g)(2) —

(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.

ตัวอย่างเช่น กรณี Ultimate Fighting Championship (UFC) v. Electronic Frontier Foundation (EFF)¹⁶ ในซานฟรานซิสโก โดย MacKay เป็นตัวแทนโจทก์ในคดีของ Electronic Frontier Foundation (EFF) ผู้ให้บริการบนแพลตฟอร์มของ YouTube เป็นเจ้าของช่องที่ชื่อว่า “Boxing Now” ได้วิจารณ์การแข่งขันมวย ซึ่งเป็นช่องวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการต่อสู้ที่ได้รับความนิยมที่สุด โดยได้นำวิดีโอและภาพนิ่งจำนวนเล็กน้อยเท่านั้นมาใช้ อันเป็นการใช้งานโดยชอบธรรมชัดเจน แต่ทาง UFC ได้ส่งหนังสือการแจ้งให้ลบออกจำนวน 5 ฉบับ ไปยัง YouTube โดยอ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของตน และ YouTube ก็ได้ทำการลบวิดีโอออก ซึ่งในแต่ละครั้ง MacKay ก็ได้ทำการโต้แย้งกลับทุกครั้ง และทาง YouTube จึงได้พิจารณานำเนื้อหากลับคืนเข้าสู่ระบบหลังจากที่ทาง UFC ไม่มีการดำเนินการใด ๆ อีก โดยทาง MacKay กล่าวว่า การที่ UFC ได้แจ้งให้ลบออกเป็นการอ้างสิทธิในลิขสิทธิ์ที่ไม่ชอบธรรมอันเป็นที่นั้น ทำให้ตนสูญเสียผู้ชมและค่าตอบแทนจำนวนมากจากการเข้าชมอีกด้วย ซึ่งวิดีโอการวิพากษ์วิจารณ์ผู้ชมโดยส่วนใหญ่จะเข้าชมในช่วงระยะเวลาไม่กี่วัน หลังมีการต่อสู้เกิดขึ้น

จากข้อเท็จจริงข้างต้นผู้เขียนเห็นว่า กระบวนการระหว่างดำเนินการส่งคำโต้แย้งที่จะพิจารณาเพื่อนำข้อมูลหรือเนื้อหากลับคืนเข้าสู่ระบบหรือยุติการระงับการเข้าถึงนั้น ระยะเวลาที่ข้อมูลหรือเนื้อหาของผู้ใช้บริการหายไป อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงช่องว่างของกระบวนการที่เอื้อต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ไม่ได้มีเจตนาเพื่อป้องกันสิทธิในลิขสิทธิ์อันแท้จริง หรือทำให้บุคคลใด ๆ ใช้เป็นเครื่องมือในการจำกัดสิทธิ เสรีภาพในการแสดงออกทั้งการแสดงความคิดเห็นในเรื่องต่าง ๆ รวมถึงใช้ประโยชน์ในการแข่งขันเชิงธุรกิจ เนื่องจากกระบวนการหรือขั้นตอนในมาตรการลบข้อมูลดังกล่าวยังคงมีข้อบกพร่อง และยังไม่ได้มีประสิทธิภาพเพียงพอ เป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใช้บริการจากการใช้มาตรการดังกล่าวไปในทางที่ไม่ชอบ อันเป็นการจำกัดสิทธิ และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และแม้ว่าจะสามารถโต้แย้งเพื่อนำข้อมูลหรือเนื้อหากลับคืนหรือยุติการระงับการเข้าถึงได้ก็ตาม แต่ระยะเวลาที่ข้อมูลถูกลบออกหรือระงับการเข้าถึงนั้นเป็นช่วงเวลาที่สำคัญ กล่าวคือ ข้อมูลบางอย่างจะเป็นประโยชน์และสำคัญต่อบางช่วงเวลาตามสถานการณ์บ้านเมืองเท่านั้น ถึงแม้ว่าข้อมูลจะถูกนำข้อมูลกลับคืนเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายได้หลังจากระยะเวลาหนึ่ง แต่ความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขได้ย่อมเป็นผลต่อชื่อเสียงของเจ้าของข้อมูลหรือเนื้อหาอันนั้น ๆ ได้ และในอีกหลาย ๆ กรณีที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาที่แสดงให้เห็นว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ใช้ประโยชน์จากมาตรการดังกล่าวไปในทางอื่นที่ไม่ชอบ โดยไม่ได้มี

¹⁶ Alex, H. M., **YouTube User Fights Unfair Takedown Campaign from UFC (EFF Demands End to Bogus Copyright Claims Aimed at Post-Fight Commentary)** [Online], 14 May 2019. Available from <https://www.eff.org/press/releases/youtube-user-fights-unfair-takedown-campaign-ufc>.

การละเมิดในงานอันมีลิขสิทธิ์เกิดขึ้นอย่างแท้จริงอันทำให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของข้อมูล อย่างเช่น ในคดี Hughes v. Benjamin¹⁷ อันเป็นการนำคลิปวิดีโอมาใช้บางส่วน เป็นการใช้โดยชอบธรรมในเชิงวิจารณ์ รวมถึงในคดี Diebold¹⁸ ด้วย หรือในคดี The California Breach Co¹⁹ ที่ใช้ในเชิงธุรกิจเพื่อใช้ในการจำกัดคู่แข่งทางการค้า เป็นต้น

อีกทั้ง จากบทที่ 3 ที่ผู้เขียนได้ศึกษาจากผลการวิจัยในต่างประเทศทั้งสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ ที่ได้ศึกษาและตรวจสอบถึงการใช้งานจริงในขั้นตอนของมาตรการ “Notice and Takedown” ถึงประสิทธิภาพในการทำงานนั้น ในผลการวิจัยของ ‘The Liberty Project’²⁰ ที่ได้ทำการแจ้งโดยกล่าวอ้างข้อความอันเป็นเท็จว่าเป็นตนเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในข้อมูลหรือเนื้อหาดังกล่าว และแจ้งไปยังผู้ให้บริการให้นำข้อมูลดังกล่าวออก แสดงให้เห็นกระบวนการทำงานที่ยังมีข้อผิดพลาดในกระบวนการตรวจสอบของผู้ให้บริการ ส่วนในผลการวิจัยของ ‘Urban-Quilter study’²¹ พบว่า 1 ใน 3 ของกระบวนการดังกล่าวมีการใช้อย่างไม่ชอบธรรมอันนำไปสู่การจำกัดสิทธิ เสรีภาพบนอินเทอร์เน็ต แสดงให้เห็นว่ามาตรการ “Notice and Takedown” เป็นการถูกนำไปใช้อย่างไม่เหมาะสม หรือเพื่อประโยชน์ในทางอื่น

ผู้เขียนจึงเห็นว่า ระยะเวลาตามมาตรา 512 (g)(2) ข้อ (b) และ (c) ภายใต้ DMCA ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้บัญญัติให้ผู้บริการแจ้งไปยังเจ้าของลิขสิทธิ์ว่าจะนำเนื้อหาหรือข้อมูลดังกล่าวกลับเข้าสู่ระบบหรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ภายใน 10 วันทำการ และข้อ (c) ให้ผู้ให้บริการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์นำเนื้อหาหรือข้อมูลกลับคืนสู่ระบบหรือยุติการระงับการเข้าถึงดังกล่าวเมื่อพ้นกำหนด 10 วัน แต่ไม่เกิน 14 วันทำการนั้นเป็นระยะเวลาที่สมเหตุสมผลกว่าในมาตรา 43/7 วรรคสองและวรรคท้ายของประเทศไทย ซึ่งได้กำหนดให้ผู้ให้บริการส่งสำเนาโต้แย้งไปยังเจ้าของลิขสิทธิ์โดยเร็ว และจะนำเนื้อหาหรือข้อมูลดังกล่าวกลับเข้าสู่ระบบหรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์เมื่อพ้นกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่ผู้ให้บริการได้รับคำโต้แย้ง เมื่อพ้น

¹⁷ Hughes v. Benjamin , 2020 WL 528704 (SDNY Feb 3 2020).

¹⁸ Online Policy Group v. Diebold, Inc., 337 F. Supp. 2d 1195 (N.D. Cal. 2004).

¹⁹ The California Breach Co., LLC., v. Mr. Han Xian Du. Case 4:19-cv-08426-YGR.

²⁰ Christian, A., Chris, M., & Chester, Y., **How ‘liberty’ disappeared from cyberspace:**

The mystery shopper tests internet content self-regulation [Online], 2004. Available from <http://pcmlp.socleg.ox.ac.uk/sites/pcmlp.socleg.ox.ac.uk/files/liberty.pdf>.

²¹ Urban, J., & Quilter, L., “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, (2006): 621.

กำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้ว จึงให้ผู้ให้บริการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์นำเนื้อหาหรือข้อมูลกลับคืนสู่ระบบหรือยุติการระงับการเข้าถึงดังกล่าวได้ภายในสิบห้าวัน

จากการศึกษาเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้คุ้มครองสิทธิในเรื่องการระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ (The Notice and Takedown) นั้น ในปัญหาดังกล่าวจะเห็นว่ามีส่วนที่เกี่ยวข้องทั้งหมด 3 ฝ่าย อันได้แก่ เจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้แจ้งให้ลบเนื้อหาหรือข้อมูล ผู้ให้บริการหรือเจ้าของข้อมูล และผู้ให้บริการ แต่มาตรการดังกล่าวในขั้นตอนการดำเนินการให้ลบออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูล (Notice) นั้น เป็นการดำเนินการระหว่างฝ่ายผู้แจ้งให้ลบข้อมูล และผู้ให้บริการเท่านั้น ซึ่งระหว่างขั้นตอนเหล่านี้ก็ย่อมสร้างความเสียหายแก่เจ้าของข้อมูลแล้วดังที่ได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ไปข้างต้น จึงเป็นระบบที่ให้ความสำคัญแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้แจ้งให้ลบข้อมูล และผู้ให้บริการ ผู้เขียนเห็นว่ามาตรการ Notice and Takedown ภายใต้ DMCA นี้ ได้ถูกออกแบบและใช้งานตอนปี 1998 ซึ่งในช่วงนั้นโลกโซเชียลมีเดีย (Social Media) หรือสมาร์ทโฟน (Smart Phone) ยังไม่ถูกผลิตออกมา จึงมีแค่ผู้ให้บริการและผู้แจ้ง ก็ย่อมไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลที่สามมากนัก แต่ในยุคปัจจุบันนี้มีผู้ใช้บริการ [User-Generated Content (UGC)] มาเกี่ยวข้องบนโลกออนไลน์ กล่าวคือ เป็นการสร้างเนื้อหา หรือคอนเทนต์ที่เกิดจากผู้ใช้หรือผู้บริโภคขึ้นมาด้วยตัวเอง โดยการกล่าวถึงแบรนด์นั้น ๆ จึงเห็นว่ามาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวนี้ก็ควรให้ความสำคัญคุ้มครองบุคคลในกลุ่มผู้ใช้บริการด้วย เพื่อให้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยสอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบันบนโลกออนไลน์ ซึ่งสภาพปัจจุบันความก้าวหน้าของเทคโนโลยีมีการพัฒนาอยู่ตลอดเวลา อันส่งผลให้เกิดการกระทำผิดทางด้านเทคโนโลยีเพิ่มมากขึ้น จึงจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายได้ทันต่อพลวัตแห่งการเปลี่ยนแปลง ให้ทันสมัย มีประสิทธิภาพ และเกิดการสมดุลแก่ทุกฝ่ายด้วย

4.3 การเปรียบเทียบองค์ประกอบของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ และความเสียหายอันเกิดจากมาตรการดังกล่าวในแต่ละประเทศ

ตารางที่ 4.1: ตารางเปรียบเทียบองค์ประกอบของมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ระงับการเข้าถึงข้อมูลอันละเมิดลิขสิทธิ์ และความเสียหายอันเกิดจากมาตรการดังกล่าวในแต่ละประเทศ

ประเทศ ประเด็น	สหรัฐอเมริกา (Digital Millennium Copyright Act 1998)	อังกฤษ (Copyright, Designs and Patents Act 1988)	ไทย (พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537)
เงื่อนไข กระบวนการ แจ้งเตือนแก่ ผู้ให้บริการ	ข้อพิจารณาการแจ้งเตือน เพื่อพิสูจน์ว่ามีหลักฐานอัน ควรเชื่อความเชื่อโดยสุจริต มาตรา 512 (c)(3)(a)(v)	ข้อพิจารณาการแจ้งเตือน เพื่อพิสูจน์ว่าร้ายรู้อย่างแน่แท้ มาตรา 97A (2)(a)-(b)	ข้อพิจารณาการแจ้งเตือน เพื่อพิสูจน์ว่ามีหลักฐานอัน ควรเชื่อ มาตรา 43/6 วรรคหนึ่ง ประกอบวรรคสอง
การใช้มาตรการ ระงับการเข้าถึง ข้อมูลที่ละเมิด ลิขสิทธิ์โดยไม่ชอบ	บุคคลใดจงใจบิดเบือน ความจริง - ว่าข้อมูลที่แจ้งกำลังถูก ละเมิดลิขสิทธิ์ - ทำให้ถูกลบหรือปิดใช้งาน โดยความผิดพลาดหรือการ ระบุที่ผิดพลาด - จะต้องรับผิดชอบใช้ความ เสียหาย มาตรา 512 (f)(1)-(2)	เป็นดุลยพินิจภายใต้ ความเห็นของผู้พิพากษา แต่ละคดี โดยพิจารณาตาม มาตรา 97A ประกอบกับ หลักความได้สัดส่วน	ผู้ใดรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่า ข้อมูลดังกล่าวเป็นเท็จ เป็นเหตุให้ผู้ให้บริการนำ ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นออก จากหรือนำกลับเข้าสู่ระบบ หรือระงับหรือยุติการระงับ การเข้าถึง ผู้นั้นต้องรับผิดชอบ ความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้น จากการแจ้งหรือโต้แย้งอัน เป็นเท็จ มาตรา 43/8
ข้อสังเกตเพิ่มเติม	มีผลคุ้มครองเฉพาะกับ ความผิดในเรื่องการละเมิด ลิขสิทธิ์เท่านั้น	ผลคุ้มครองความรับผิดใน ทุกประเภทกฎหมาย เช่น การละเมิดลิขสิทธิ์ การหมิ่น ประมาท หรือสื่อลามก เป็นต้น	มีผลคุ้มครองเฉพาะกับ ความผิดในเรื่องการละเมิด ลิขสิทธิ์เท่านั้น

บทที่ 5 บทสรุป และข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

เพื่อให้มาตรการทางเทคโนโลยีมีประสิทธิภาพ จึงจำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือกันทั้งเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ให้บริการบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันโดยสุจริต โดยเจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องแจ้งข้อมูลหรือเนื้อหาเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์โดยถูกต้อง ครบถ้วน ด้วยเจตนาที่ดี และไม่ทำให้ผู้ให้บริการเกิดความเข้าใจผิดเกี่ยวกับการละเมิดดังกล่าว ในทางกลับกัน ผู้ให้บริการบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์อันเป็นตัวละครสำคัญนั้น ก็ควรจะต้องดำเนินการตรวจสอบข้อมูลหรือเนื้อหาที่ได้รับแจ้งจากเจ้าของลิขสิทธิ์ หากผู้ให้บริการได้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้ให้บริการก็จะต้องนำข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์นั้นออกจากระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ หรือระงับการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวโดยทันที ทั้งนี้ ตามมาตรา 43/6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นอกจากนี้ การจะทำให้เกิดความร่วมมือกันระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ให้บริการได้นั้น แต่ละฝ่ายจะต้องมีแรงจูงใจที่จะดำเนินการดังกล่าวด้วย โดยกฎหมายจะต้องไม่เป็นการสร้างภาระให้กับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมากเกินไป เพื่อเป็นการรักษาความสมดุลระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์ และผู้ให้บริการบนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์

เมื่อมาพิจารณากฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยนั้น มีการนำมาตรการแจ้งเตือนและนำออกหรือที่เรียกกันว่า “Notice and Takedown Measure” อันเป็นแนวทางปฏิบัติตามกฎหมายลิขสิทธิ์แห่งสหรัฐอเมริกาฉบับที่ 108 ของสหัสวรรษดิจิทัล (Digital Millennium Copyright Act: DMCA) ของสหรัฐอเมริกาฉบับที่ 108 และได้บัญญัติเป็นข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการ (Internet Service Provider: ISP) ไว้ใน ส่วนที่ 7 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565

แต่อย่างไรก็ดี มาตรการดังกล่าวในขั้นตอนการดำเนินการให้ลบออกหรือระงับการเข้าถึงข้อมูล (Notice) นั้น เป็นการดำเนินการระหว่างฝ่ายผู้แจ้งให้ลบข้อมูล และผู้ให้บริการเท่านั้น ซึ่งระหว่างขั้นตอนเหล่านี้ก็ย่อมสร้างความเสียหายแก่เจ้าของข้อมูลแล้วดังที่ได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ไปข้างต้น จึงเป็นระบบที่ให้ความสำคัญแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้แจ้งให้ลบข้อมูล และผู้ให้บริการ ผู้เขียนเห็นว่ามาตรการ Notice and Takedown ภายใต้ DMCA นี้ ได้ถูกออกแบบและใช้งานตอนปี 1998 ซึ่งในช่วงนั้นโลกโซเชียลมีเดีย (Social Media) หรือสมาร์ทโฟน (Smart Phone) ยังไม่ถูกผลิตออกมา จึงมีแค่ผู้ให้บริการและผู้แจ้ง ก็ย่อมไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลที่สามมากนัก แต่ในยุคปัจจุบันนี้มีผู้ใช้บริการ [User-Generated Content (UGC)] มาเกี่ยวข้องกับโลกออนไลน์ กล่าวคือ เป็นการสร้างเนื้อหา หรือคอนเทนต์ที่เกิดจากผู้ใช้หรือผู้บริโภคขึ้นมาด้วยตัวเอง โดยการกล่าวถึงแบรนด์นั้น ๆ จึงเห็นว่ามาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวนี้ก็ควรให้ความสำคัญคุ้มครอง

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” การจะพิสูจน์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีหลักฐานอันควรเชื่อว่ามีกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการนั้น 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 ให้เจ้าของลิขสิทธิ์ค้ำประกันถึงบทบัญญัติในส่วนที่ 6 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์...” ดังนั้น หากเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ได้ค้ำประกันถึงหลักการใช้งานที่เป็นธรรม 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

จากการศึกษาในส่วนของการเสียหายอันเกิดจากการใช้มาตรการระงับการเข้าถึงข้อมูลที 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 เจ้าของลิขสิทธิ์มิได้มีการมีหลักฐานอันควรเชื่อว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการตามมาตรา 43/4 หรือมาตรา 43/5 โดยไม่ได้

คำนี้ถึงบทบัญญัติในส่วนที่ 6 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้ให้บริการก็ควรเรียกค่าเสียหายจากเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ 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 โดยมีการแจ้งไปยังผู้ให้บริการโดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นที่จตามมาตรา 43/8 ในคำว่า “ความเสียหายใด ๆ” จะมีการกำหนดความเสียหายเพื่อเยียวยาให้แก่ผู้ให้บริการอย่างไรได้บ้าง เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดประเภทหรือหลักในการพิจารณาไว้อย่างชัดเจน และควรเป็นจำนวนที่มากพอสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย เพื่อทำให้ผู้กระทำผิดเกรงกลัวด้วย เห็นว่า ในคดี *Automattic Inc. v. Steiner*¹ มีแนวทางในการพิจารณาที่ค่อนข้างชัดเจน ดังนี้

- (1) เวลาและทรัพยากรที่เสียไปในการจัดการกับการแจ้งลบของผู้ให้บริการ
- (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 คำตัดสินของศาลจะปรากฏเกณฑ์ที่ต้องนำมาประกอบการพิจารณาที่เป็นองค์ประกอบสำคัญก่อนออกคำสั่งและขึ้นอยู่กับการพิจารณาที่ปรากฏแต่ละคดีไป 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 เพราะค่าใช้จ่ายเหล่านี้ย่อมเป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการรักษาสិทธิของเจ้าของเนื้อหาหรือข้อมูลที่ถูกกลบไป โดยอาจเพิ่มเติมความในวรรคสอง และวรรคสามของมาตรา 43/8 ในส่วนของการพิจารณาคำว่า ค่าเสียหายใด ๆ ดังนี้

“ศาลมีอำนาจสั่งให้บุคคลตามวรรคหนึ่งชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของข้อมูลหรือผู้ให้บริการ ตามที่ศาลเห็นสมควร 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 พร้อมแจ้งว่าจะนำข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิง หรือ จุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นกลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ หรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์ ดังกล่าวเมื่อพ้นกำหนดสิบวันทำการนับแต่วันที่ผู้ให้บริการได้รับคำโต้แย้ง

เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามวรรคสอง ให้ผู้ให้บริการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิง หรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นกลับเข้าสู่ระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการ หรือยุติการระงับการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือแหล่งอ้างอิงหรือจุดเชื่อมต่อของข้อมูลคอมพิวเตอร์

ดังกล่าวภายในสี่วันทำการ เว้นแต่ผู้ให้บริการได้รับแจ้งพร้อมหลักฐานจากเจ้าของลิขสิทธิ์ว่าได้ยินคำฟ้องเพื่อดำเนินคดีต่อผู้ให้บริการ”

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 พันธ์พัฒนา. (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

