บทที่ 3
กฎหมายเกี่ยวกับการสร้างสมดุลให้แก่การคุ้มครอง เทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอล

ในบทนี้ผู้ศึกษามุ่งจะแสดงให้เห็นว่า สนธิสัญญาระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ ตลอดจนกฎหมายของประเทศไทยเองมีมาตรการทางกฎหมายที่ออกมาเพื่อสร้างสมดุลระหว่างการให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอลกับสิทธิของผู้ใช้งานลิขสิทธิ์อย่างไรบ้าง โดยจะแบ่งประเด็นที่ทำการศึกษาออกเป็น 4 ข้อ ดังต่อไปนี้ คือ (1) การให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอล (2) มาตรการลดทอนผลกระทบจากการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี (3) สิทธิของผู้ใช้งานลิขสิทธิ์ (4) การทำสัญญายกเว้นหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัว

1. สนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการสร้างสมดุลให้แก่การคุ้มครองเทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอล

ในปัจจุบันนี้สนธิสัญญาระหว่างประเทศนับว่ามีบทบาทสำคัญต่อการพัฒนากฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก เนื่องจากสนธิสัญญาเหล่านี้มีฐานะเป็นเสมือนกฎหมายแม่แบบ (Model Law) ซึ่งวางหลักเกณฑ์สำคัญให้ประเทศภาคีต่าง ๆ ต้องนำไปปฏิบัติตาม ดังนั้น ในเบื้องต้นผู้ศึกษาจึงขออธิบายให้เห็นเสียก่อนว่าบทบัญญัติของสนธิสัญญาทั้ง 2 ฉบับ คือ (1) ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าขององค์การการค้าโลก และ (2) สนธิสัญญาลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก มีมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสร้างสมดุลให้แก่การคุ้มครองเทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอลอย่างไรบ้าง

1.1 ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights--TRIPS)

ความตกลงทริปส์ (TRIPS Agreement) ถือเป็นส่วนหนึ่งของความตกลงอีกหลายฉบับที่อยู่ภายใต้การดูแลขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization--WTO) ซึ่งมีอิทธิพลเป็นอย่างมากต่อการบัญญัติกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกในปัจจุบันนี้ โดยที่มาของความตกลงนี้มีพื้นฐานมาจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพเศรษฐกิจและการเมืองโลก ที่ทำให้ทรัพย์สินทางปัญญาทวีความสำคัญขึ้นมาในฐานะปัจจัยที่สร้างความได้เปรียบด้านการแข่งขันให้แก่ประเทศที่พัฒนาแล้ว ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ประเทศที่พัฒนาแล้วพยายามนำเอาประเด็นด้านการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามาเชื่อมโยงเข้ากับการค้าระหว่างประเทศ และผลักดันเข้าสู่เวทีเจรจาการค้ารอบอุรุกวัยของแกตต์ (GATT) จนในที่สุดก็สามารถจัดทำเป็นความตกลงนี้ได้สำเร็จใน ค.ศ. 1995 พร้อม ๆ กับการจัดตั้งองค์การการค้าโลก

1.1.1 วัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์

ประเด็นด้านการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานับเป็นหัวข้อที่มีความสำคัญและยุ่งยากมากที่สุดหัวข้อหนึ่งของการเจรจาการค้ารอบอุรุกวัย ทั้งนี้เนื่องจากความแตกต่างทางความคิดระหว่างสมาชิกที่เป็นประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนา ดังนั้น เพื่อให้ประเทศสมาชิกสามารถตกลงกันได้ผู้จัดทำความตกลงทริปส์จึงได้เสนอร่างความตกลงที่มีลักษณะค่อนข้างเป็นกลางสามารถเอื้อประโยชน์ให้แก่รัฐภาคีทุกฝ่าย และในขณะเดียวกันยังต้องคำนึงถึงความสมดุลระหว่างประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์กับประโยชน์สาธารณะอันเป็นปรัชญาสำคัญของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอีกด้วย

ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในข้อ 7 ซึ่งได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของความตกลงทริปส์ไว้ว่า “การคุ้มครองและการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาควรจะเกื้อหนุนต่อการส่งเสริมนวัตกรรมทางเทคโนโลยี และต่อการถ่ายทอดและแพร่ขยายของเทคโนโลยี ต่อประโยชน์อันร่วมกันของผู้ผลิตและผู้ใช้ความรู้ทางเทคโนโลยี

และในลักษณะที่เอื้ออำนวยผลต่อสวัสดิการทางสังคมและทางเศรษฐกิจ และต่อความสมดุลของสิทธิและพันธกรณี"[1]

1.1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทริปส์และอนุสัญญากรุงเบอร์น[2]

เนื่องจากในการจัดทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์และสิทธิ์ข้างเคียงในยุคปัจจุบันนี้ ซึ่งรวมถึงความตกลงทริปส์ด้วยนั้น มักจะไม่ได้เป็นการบัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ขึ้นมาใหม่ทั้งหมด หากแต่จะเป็นการพัฒนาต่อยอดโดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่มีอยู่แล้วในอนุสัญญากรุงเบอร์น ฉบับ Paris Act 1971 เป็นพื้นฐาน ดังนั้น จึงทำให้ความตกลงทริปส์มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญากรุงเบอร์นสองประการด้วยกัน กล่าวคือ

(1) ความตกลงทริปส์ได้รับรองพันธกรณีที่บรรดาสมาชิกขององค์การการค้าโลกมีต่อกันภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์น ดังที่ข้อ 2 (2) ของความตกลงทริปส์ได้บัญญัติว่า ความตกลงนี้จะไม่ลบล้างหลักการที่มีอยู่ภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์น หากแต่จะเป็นความตกลงพิเศษ (Special Agreement) ที่ทำหน้าที่เป็นส่วนเสริมหลักการที่มีอยู่แล้ว

(2) ความตกลงทริปส์ได้ผนวกเอาหลักการและสาระสำคัญของอนุสัญญากรุงเบอร์นเข้าเป็นส่วนหนึ่งของความตกลงนี้ ดังที่ข้อ 9 (1) ของความตกลงทริปส์ได้บัญญัติให้ประเทศสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามข้อ 1 ถึง 21 ของอนุสัญญากรุงเบอร์น ฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส ค.ศ. 1971 และภาคผนวกแนบท้าย ยกเว้นบทบัญญัติในข้อ 6 ทวิ ซึ่งเป็นเรื่องสิทธิทางศีลธรรม (Moral rights)

1.1.3 การให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอล

นอกจากการบัญญัติให้นำเอาข้อ 1 ถึง 21 แห่งอนุสัญญากรุงเบอร์นมาใช้บังคับกับความตกลงทริปส์แล้ว ความตกลงทริปส์ยังได้บัญญัติเพิ่มเติมถึงมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ไว้ในภาค 2 ส่วนที่ 1 ไว้เป็นการเฉพาะอีกด้วย เช่น การให้

---

[1]จักรกฤษณ์ ควรพจน์, **กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), หน้า 35.

[2]เรื่องเดียวกัน, หน้า 76-79.

ความคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในฐานะงานวรรณกรรมอย่างหนึ่ง[1] หรือการขยายสิทธิของผู้สร้างสรรค์ให้รวมถึงสิทธิในการให้เช่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรือภาพยนตร์เป็นต้น[2]

แต่อย่างไรก็ดีเมื่อพิจารณาถึงขอบเขตการคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้ความตกลงทริปส์แล้วจะเห็นว่า ไม่ได้ให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอล ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญา WCT และ WPPT แต่อย่างใด จนในบางครั้งทำให้มีผู้วิจารณ์ว่าหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ปรากฏในความตกลงทริปส์นั้นค่อนข้างล่าสมัย เพราะเป็นแนวคิดที่เกิดขึ้นตั้งแต่ในช่วงปี ค.ศ. 1991 ดังนั้น จึงทำให้บทบัญญัติต่าง ๆ ยังไม่ได้คำนึงถึงประเด็นด้านการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่อยู่สภาวะที่เป็นดิจิตอลหรือเครือข่ายอินเทอร์เน็ตอย่างเพียงพอ[3]

ด้วยเหตุนี้ ต่อมาเมื่อมีการประชุมระดับรัฐมนตรีขององค์การการค้าโลกครั้งที่ 2 ที่ประชุมจึงได้มีการจัดทำ "ปฏิญญาว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์โลก" (Declaration on Global Electronic Commerce) ขึ้นในปี ค.ศ. 1998 และได้มอบหมายให้คณะมนตรีทั่วไป (General Council) จัดทำแผนงานเกี่ยวกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Work Programme on Electronic Commerce) โดยในแผนงานดังกล่าวนี้ได้ทำการพิจารณาครอบคลุมประเด็นทางการค้าทุกด้านที่เกี่ยวข้องกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในระดับสากล ซึ่งรวมถึงการพิจารณาด้วยว่าสมควรแก้ไขความตกลงทริปส์เพื่อให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอล และมาตรการทางเทคโนโลยีอื่น ๆ หรือไม่อย่างไร[4]

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าในปัจจุบันนี้จะยังไม่มีข้อสรุปเป็นที่ชัดเจนว่าจะมีการแก้ไขความตกลงทริปส์ไปในทิศทางใด แต่ก็มีข้อสังเกตตอนหนึ่งของ

---

[1]TRIPS Agreement, Article 10.

[2]Ibid., Article 11.

[3]WIPO, **Current Developments in the Field of Digital Rights Management**.

[4]Ibid.

สำนักเลขาธิการคณะมนตรีทริปส์ได้ตั้งคำถามไว้อย่างน่าสนใจว่า ในสภาพแวดล้อมที่เป็นเครือข่ายดิจิตอลเช่นนี้ บทบัญญัติของความตกลงทริปส์จะมีค่าบังคับและเป็นการเพียงพอต่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาหรือไม่เพียงใด และนอกจากนั้นยังได้แนะนำต่อไปด้วยว่า ควรที่จะมีการแก้ไขความตกลงทริปส์มีความชัดเจนมากขึ้นเพื่อให้สามารถสะท้อนถึงระดับการพัฒนาทางเทคโนโลยีใหม่ ๆ อย่างเช่น เทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอล ทั้งนี้โดยคำนึงถึงแนวทางการพัฒนาของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีมาแล้วก่อนหน้านี้ เช่น สนธิสัญญาขององค์กรทรัพย์สินทางปัญญาโลกทั้งสองฉบับ คือ สนธิสัญญา WCT และ WPPT เป็นต้น[1]

1.1.4 สิทธิของผู้ใช้งานลิขสิทธิ์

แม้ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์จะไม่ได้กล่าวถึงสิทธิของผู้ใช้งานลิขสิทธิ์เอาไว้โดยตรง แต่นั้นก็ไม่ได้หมายความว่ากฎหมายจะไม่ได้รับรู้ถึงการดำรงอยู่ของสิทธิดังกล่าว เนื่องจากเราสามารถนำเอาหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัว (Private Use) ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างหนึ่งมาปรับใช้เพื่อรองรับสิทธิของผู้ใช้งานลิขสิทธิ์ได้เป็นอย่างดี ดังนั้น ในการศึกษาว่าผู้ใช้งานลิขสิทธิ์มีสิทธิอยู่เพียงใดภายในกฎหมายลิขสิทธิ์บ้างนั้น คือ การศึกษาว่าหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวสามารถนำมาปรับใช้ได้ในขอบเขตกว้างขวางเพียงใดนั้นเอง

เมื่อศึกษาบทบัญญัติของความตกลงทริปส์แล้วจะเห็นว่า ความตกลงนี้ไม่ได้กล่าวถึงประเด็นเรื่องหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวไว้เป็นการเฉพาะ แต่ได้วางกรอบกว้าง ๆ เกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการทั่วไปไว้ในข้อที่ 13 ภายใต้หลัก “Three-Step Test” ว่า “บรรดาสมาชิกจะกำหนดข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นสิทธิเด็ดขาดได้เฉพาะในกรณีพิเศษบางกรณีเท่านั้น ซึ่งต้องไม่ขัดแย้งกับการใช้ประโยชน์ในงานนั้นตามปกติ และไม่เป็นที่เสื่อมเสียโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรต่อประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ทรงสิทธิ”[2]

---

[1]WIPO, **Current Developments in the Field of Digital Rights Management**.

[2]จักรกฤษณ์ ควรพจน์, เรื่องเดิม, หน้า 128-129.

โดยมีข้อสังเกตว่า ความตกลงทริปส์ข้อที่ 13 ซึ่งกล่าวมาข้างต้นมีหลักการคล้าย ๆ กับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามอนุสัญญากรุงเบอร์นข้อที่ 9 แต่ก็มีข้อแตกต่างกันอยู่บ้าง กล่าวคือ เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเบอร์นนั้นจะใช้กับการทำซ้ำ ลอกเลียน และการเผยแพร่งานวรรณกรรมหรือศิลปกรรมเท่านั้น โดยไม่นำไปใช้กับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานอื่น ๆ ด้วย ตัวอย่างเช่น งานภาพยนตร์ ดังนั้น ภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์นรัฐภาคีจึงอาจถือว่าการกระทำบางอย่างในงานภาพยนตร์ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ แม้ว่าการกระทำนั้นจะขัดแย้งกับการใช้ประโยชน์โดยปกติก็ตามที ส่วนในข้อ 13 ของความตกลงทริปส์นั้นมิได้กำหนดประเภทของงานไว้เช่นเดียวกับข้อ 9 (2) ของอนุสัญญากรุงเบอร์นแต่อย่างใด ดังนั้น จึงทำให้หลักเกณฑ์นี้นำมาใช้กับงานอันมีลิขสิทธิ์ทุกประเภท[1] ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขไว้เช่นนี้จึงเปรียบเสมือนเป็นการกำหนดขอบเขตการใช้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ให้แคบลง[2]

1.2 สนธิสัญญาลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Copyright Treaty)

ภายหลังมีการจัดทำอนุสัญญากรุงเบอร์นฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีสในปี ค.ศ. 1971 องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกก็มิได้มีการแก้ไขอนุสัญญาฉบับนี้อีกแต่อย่างใด จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1991 องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกจึงได้เริ่มจัดให้มีการประชุมผู้เชี่ยวชาญเพื่อพัฒนาหลักการต่าง ๆ ของกฎหมายลิขสิทธิ์ให้สอดคล้องกับการพัฒนาของเทคโนโลยีในยุคดิจิตอล และในที่สุดเมื่อมีการประชุมทางการทูตเกี่ยวกับลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงใน ค.ศ. 1996 (WIPO Diplomatic-Conference of 1996) ที่ประชุมจึงได้มีมติให้จัดทำสนธิสัญญาขึ้นสองฉบับ คือ สนธิสัญญาลิขสิทธิ์ขององค์การ-ทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Copyright Treaty--WCT) และสนธิสัญญานักแสดงและสิ่งบันทึกเสียงขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Performances and

---

[1]จักรกฤษณ์ ควรพจน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 129.

[2]นันทน อินทนนท์ และคณะ, เรื่องเดิม.

Phonograms Treaty--WPPT) หรือที่เรียกรวมกันว่า สนธิสัญญาอินเทอร์เน็ตขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Internet Treaties)[1]

อนึ่ง เนื่องจากหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอลที่ปรากฏในสนธิสัญญาทั้งสองฉบับนี้เป็นไปในทางเดียวกัน ดังนั้น การอธิบายในส่วนนี้ผู้ศึกษาจึงขอใช้หลักเกณฑ์ที่ปรากฏในสนธิสัญญา WCT เป็นแกนสำคัญ ส่วนหลักเกณฑ์ของสนธิสัญญา WPPT ผู้เขียนจะกล่าวเพื่อเปรียบเทียบให้เห็นเท่านั้น

1.2.1 วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา WCT

สนธิสัญญาฉบับนี้ได้บัญญัติถึงเรื่องวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาไว้ในส่วนของอารัมภบท (Preamble) ซึ่งมีด้วยกัน 5 ข้อดังต่อไปนี้[2]

ข้อที่ 1 เป็นความปรารถนาที่จะพัฒนาและรักษาการคุ้มครองสิทธิต่าง ๆ ของผู้สร้างสรรค์ให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

ข้อที่ 2 เพื่อตระหนักถึงความจำเป็นในการสร้างกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศใหม่ ๆ และอธิบายความหมายของหลักเกณฑ์ที่มีอยู่เดิมให้ชัดเจนเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นจากระบบเศรษฐกิจใหม่ สังคม วัฒนธรรม และการพัฒนาทางเทคโนโลยี

ข้อที่ 3 เพื่อตระหนักถึงการยอมรับผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการพัฒนาและความเชื่อมโยงของเทคโนโลยีข้อมูลข่าวสารและเทคโนโลยีสารสนเทศในการสร้างและใช้งานอันมีลิขสิทธิ์

ข้อที่ 4 เพื่อเน้นให้เห็นถึงความสำคัญของการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ เช่น การสร้างแรงจูงใจให้เกิดการสร้างสรรค์งาน

ข้อที่ 5 เพื่อตระหนักถึงความจำเป็นของการยอมรับการรักษาความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้สร้างสรรค์กับประโยชน์ของสาธารณชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้านการศึกษาการค้นคว้าวิจัย การเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญากรุงเบอร์น

---

[1]ในปัจจุบันนี้ประเทศไทยยังไม่ได้เข้าเป็นภาคีสนธิสัญญาทั้ง 2 ฉบับ

[2]นัยชน ตาทอง, เรื่องเดิม, หน้า 40-41.

1.2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างสนธิสัญญา WCT กับอนุสัญญากรุงเบอร์นและความตกลงทริปส์

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติของสนธิสัญญา WCT แล้วจะเห็นได้ว่ามีการกล่าวอ้างอิงถึงความสัมพันธ์กับอนุสัญญากรุงเบอร์นไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติข้อที่ 1[1] ซึ่งอาจกล่าวได้โดยสรุปดังนี้

(1) สนธิสัญญาฉบับนี้เป็นข้อตกลงพิเศษ (Special Agreement) ระหว่างภาคีของสหภาพเบอร์นตามนัยข้อ 20 แห่งอนุสัญญากรุงเบอร์น

(2) การเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญาฉบับนี้จำต้องยอมรับพันธะกรณีตามอนุสัญญากรุงเบอร์นโดยปริยาย

(3) สนธิสัญญาฉบับนี้จะไม่ลดทอนสิทธิหน้าที่ในการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรมของภาคีที่มีอยู่แต่เดิมภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์น

(4) ภาคีของสนธิสัญญาฉบับนี้จะต้องปฏิบัติและผูกพันตามข้อ 1 ถึง 21 ของอนุสัญญากรุงเบอร์น ฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส ค.ศ. 1971 และภาคผนวกแนบท้าย นอกจากนี้ในข้อความอันเป็นที่ยอมรับ (Agreed Statement) ยังได้ขยายความมาตรานี้ออกไปอีกว่า บทบัญญัติในอนุสัญญากรุงเบอร์นฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส มีขอบเขตกว้างขวางเพียงพอต่อการรับมือกับการใช้งานลิขสิทธิ์ในยุคดิจิตอล

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าแม้สนธิสัญญา WCT จะไม่ได้กล่าวไว้โดยตรงถึงความสัมพันธ์ที่มีต่อความตกลงทริปส์ แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในข้อ 1 (1) ของสนธิสัญญานี้ซึ่งกล่าวไว้ในตอนหนึ่งว่า ". . . สนธิสัญญานี้จะไม่ก่อให้เกิดผลเป็นการลดทอนสิทธิและพันธกรณีที่มีอยู่ภายใต้สนธิสัญญาอื่น ๆ" ย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่าบทบัญญัติของสนธิสัญญา WCT นี้จะไม่มีผลเป็นการลดทอนพันธกรณีที่ประเทศภาคีต่าง ๆ มีต่อกันภายใต้ความตกลงทริปส์แต่อย่างใด

---

[1]WIPO Copyright Treaty, Article 1.

1.2.3 การให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอล

นอกจากสนธิสัญญา WCT จะให้ความคุ้มครองแก่ลิขสิทธิ์ในทำนองเดียวกับที่บัญญัติในอนุสัญญากรุงเบอร์นและความตกลงทริปส์แล้ว สนธิสัญญาฉบับนี้ยังได้บัญญัติเพิ่มเติมถึงหลักเกณฑ์ใหม่ ๆ หลายประการเพื่อให้สอดคล้องกับเทคโนโลยีที่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้ให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ ตัวอย่างเช่น เทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอล เป็นต้น โดยในการให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีชนิดนี้สนธิสัญญา WCT ได้แบ่งแยกการคุ้มครองออกเป็น 2 ส่วนตามรูปแบบการใช้งานของเทคโนโลยี กล่าวคือ การให้ความคุ้มครองในฐานะมาตรการทางเทคโนโลยีส่วนหนึ่ง และในฐานะข้อมูลการบริหารสิทธิอีกส่วนหนึ่ง

1.2.3.1 การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี

การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้สนธิสัญญา WCT นั้นมีที่มาจากร่างข้อเสนอพื้นฐาน (Basic Proposal) ข้อที่ 13 ซึ่งเสนอที่ประชุมทางการทูต (Diplomatic Conference) ที่จัดขึ้นโดยองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกเพื่อพิจารณาร่างสนธิสัญญาเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ฉบับใหม่ โดยมีข้อสังเกตว่า ในร่างข้อเสนอดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อห้ามการใช้เครื่องมือ (Devices) และห้ามการให้บริการ (Services) ที่ใช้ในการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ เป็นเพียงการควบคุมการทำสำเนา (Copy Control) เท่านั้นไม่ได้รวมถึงการควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ด้วย (Access Control) แต่อย่างใด[1]

แต่ต่อมาเมื่อร่างข้อเสนอดังกล่าวผ่านที่ประชุมกลับถูกแก้ไขจนมีเนื้อความตามที่ปรากฏในสนธิสัญญา WCT ข้อ 11 และสนธิสัญญา WPPT ข้อ 18 ซึ่งบัญญัติในทำนองเดียวกันว่า “ประเทศภาคีจะต้องจัดให้มีการคุ้มครองที่เพียงพอเหมาะสมและมีการเยียวยาทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพเพื่อบังคับใช้ในกรณีที่มีการหลีกเลี่ยง

---

[1]อรพรรณ พนัสพัฒนา, “บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์,” **วารสารกฎหมาย-ทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ** 1 (กันยายน 2550): 41-42.

มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์ใช้ในการปกป้องสิทธิของตนตามสนธิสัญญานี้หรืออนุสัญญากรุงเบอร์น รวมทั้งการจำกัดการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือที่มิได้รับอนุญาตโดยกฎหมาย"[1]

เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในบทบัญญัติดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นการใช้ถ้อยคำกลาง ๆ ที่เปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกสามารถตีความ และตราเป็นกฎหมายภายในของตนอย่างไรก็ได้ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติในข้อนี้ ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

1) บทบัญญัติในข้อนี้มุ่งหมายที่จะให้ความคุ้มครองแก่เฉพาะ "มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ" (Effective Technological Measures) เท่านั้น แต่ก็มิได้อธิบายให้เห็นว่า คำดังกล่าวมีความหมายว่าอย่างไร ซึ่งอาจตีความได้ว่ามาตรการทางเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นต้องมีประสิทธิภาพในระดับหนึ่ง แต่ไม่จำเป็นต้องมีประสิทธิภาพโดยสมบูรณ์ ส่วนมาตรการทางเทคโนโลยีอื่นที่ไม่มีประสิทธิภาพ เช่น มาตรการทางเทคโนโลยีที่ล้าสมัยง่าย หรือง่ายต่อการหลีกเลี่ยงก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองทางกฎหมาย

2) การกระทำต่อมาตรการทางเทคโนโลยีที่เป็นการต้องห้ามตามสนธิสัญญานี้ มุ่งเน้นถึงการกระทำที่เป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรง (Act of Circumvention) ยิ่งกว่าการจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี (Trafficking of Circumvention Devices) เช่น การผลิต หรือจำหน่ายอุปกรณ์ เครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีดังที่เคยบัญญัติไว้ในข้อเสนอพื้นฐาน[2] แต่อย่างไรก็ตามก็ยังมีผู้เห็นว่า บทบัญญัติในส่วนนี้ครอบคลุมถึงการกระทำอันเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยอ้อมด้วยเช่นกัน[3]

---

[1]WIPO Copyright Treaty, Article 11, อ้างถึงใน อรพรรณ พนัสพัฒนา, "บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์," หน้า 43.

[2]เรื่องเดียวกัน.

[3]นัยชน ตาทอง, เรื่องเดิม, หน้า 134.

3) บทบัญญัติในข้อนี้ไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าประเทศภาคีจะต้องจัดให้มีการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีในขอบเขตเพียงใด ซึ่งอาจตีความได้ว่า เนื่องจากสนธิสัญญาฉบับนี้ ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองเฉพาะแก่มาตรการทางเทคโนโลยีซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์ใช้ในการปกป้องสิทธิของตนตามสนธิสัญญานี้หรืออนุสัญญากรุงเบอร์นเท่านั้น ดังนั้น หากเจ้าของลิขสิทธิ์ใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อปกป้องสิทธิอย่างอื่นนอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญานี้หรืออนุสัญญากรุงเบอร์นแล้ว เช่น ใช้ปกป้องการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างหนึ่ง ประเทศภาคีอาจมีข้อโต้แย้งว่าไม่มีข้อผูกพันที่จะต้องให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีดังกล่าวก็ได้

นอกจากนี้ปัญหาที่น่าสนใจอีกประการหนึ่ง คือ มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้เฉพาะควบคุมการเข้าถึง (Access Control) แต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้นจะได้รับการคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญาฉบับนี้หรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้มีความเห็นแบ่งออกเป็นสองฝ่าย ฝ่ายแรก เห็นว่า เนื่องจากตามหลักการเดิมของกฎหมายลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่มีสิทธิกีดกั้นไม่ให้บุคคลอื่นเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่มีสิทธิในการเข้าถึง (Right to Access) ดังนั้น มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ในการควบคุมการเข้าถึงจึงไม่ได้รับการคุ้มครองตามสนธิสัญญานี้ ส่วนฝ่ายที่สอง เห็นว่าเนื่องจากเจ้าของลิขสิทธิ์สามารถอนุญาตให้ผู้อื่นเข้าถึงงานของตนได้และมาตรการควบคุมการเข้าถึงเป็นมาตรการเดียวที่สามารถจำกัดการเข้าถึงงานโดยไม่ได้รับอนุญาตได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น วลีสุดท้ายของบทบัญญัตินี้ที่ว่า ". . . การจำกัดการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือที่มิได้รับอนุญาตโดยกฎมาย" จึงครอบคลุมถึงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงด้วย[1]

โดยสรุปแล้วจะเห็นว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้สนธิสัญญา WCT และ WPPT ทั้งสองฉบับ เป็นการใช้ถ้อยคำที่เปิดกว้างเพื่อเปิดโอกาสให้ประเทศภาคีทั้งหลายสามารถนำไปปรับใช้ให้

---

[1]อรพรรณ พนัสพัฒนา, "บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์," หน้า 44-45.

เหมาะสมกับบริบทภายในประเทศของตน ซึ่งเราอาจจำแนกขอบเขตการคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีได้ดังแสดงในตารางที่ 1 นี้

ตารางที่ 1 ขอบเขตการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้สนธิสัญญาอินเทอร์เน็ตขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก

WIPO Internet Treaties	Act of Circumvention	Trafficking of circumvention devices
Access Control Technological Measure	ไม่ชัดเจน	ไม่ชัดเจน
Copyright Control Technological Measure	WCT มาตรา 11 WPPT มาตรา 18	ไม่ชัดเจน

ที่มา: อรพรรณ พนัสพัฒนา, "บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์," **วารสารกฎหมาย-ทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ** 1 (กันยายน 2550): 47.

1.2.3.2 การให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลการบริหารสิทธิ

การให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลการบริหารสิทธินับเป็นเรื่องใหม่ที่มีการกล่าวไว้เป็นครั้งแรกในสนธิสัญญา WCT ข้อ 12 และสนธิสัญญา WPPT ข้อ 19 ซึ่งมีใจความทำนองเดียวกันว่า "ประเทศภาคีจะต้องจัดให้มีมาตรการเยียวยาทางกฎหมายที่เหมาะสม เพียงพอ และมีประสิทธิภาพในกรณีที่บุคคลใดรู้ หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าการกระทำอย่างใดดังต่อไปนี้จะก่อให้เกิด สนับสนุน หรือปกปิดการละเมิดสิทธิใด ๆ ตามสนธิสัญญาฉบับนี้หรืออนุสัญญากรุงเบอร์น

(1) ลบ หรือเปลี่ยนแปลงข้อมูลการบริหารสิทธิโดยไม่ได้รับอนุญาต

(2) จำหน่าย นำเข้า แพร่เสียงแพร่ภาพ เผยแพร่ต่อสาธารณชน ซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสำเนาของงานนั้น โดยรู้อยู่แล้วว่าข้อมูลการบริหารสิทธินั้นได้ถูกลบหรือเปลี่ยนแปลงไป"[1]

ส่วนในวรรค 2 ของสนธิสัญญา WCT ได้ให้นิยามของคำว่าข้อมูลการบริหารสิทธิ หมายถึง "ข้อมูลซึ่งระบุถึง ตัวงาน ผู้สร้างสรรค์ เจ้าของสิทธิ หรือข้อมูลเกี่ยวกับประเภทและเงื่อนไขการใช้งาน ตลอดจนตัวเลข หรือรหัสซึ่งแสดงถึงข้อมูลดังกล่าว โดยข้อมูลเหล่านี้จะต้องแนบติดอยู่กับสำเนางานหรือปรากฏในการเผยแพร่งานนั้นต่อสาธารณชน"[2]

1.2.4 มาตรการลดทอนผลกระทบจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีในทางมิชอบ

ประเด็นหนึ่งที่ถูกถกเถียงเป็นอย่างมากในการพิจารณาเพื่อให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอล คือ เทคโนโลยีนี้จะสร้างอำนาจผูกขาดให้แก่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์จนเกินสมควร และอาจนำไปสู่ปัญหาการลิดรอนประโยชน์สาธารณะในด้านต่าง ๆ ได้ ดังนั้น จึงทำให้ประเด็นหนึ่งที่ต้องทำการพิจารณาควบคู่กันไปพร้อม ๆ กับการให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีชนิดนี้ คือ มาตรการลดทอนผลกระทบจากการใช้เทคโนโลยีชนิดนี้ไปในทางมิชอบ

โดยภายในสนธิสัญญา WCT และ WPPT เองก็มีผู้ให้ความเห็นว่ามีการบัญญัติถึงหลักการในทำนองนี้เช่นเดียวกัน[3] ดังปรากฏอยู่ในส่วนที่ว่าด้วยขอบเขตการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี กล่าวคือ มาตรการทางเทคโนโลยีที่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้นั้นจะได้รับความคุ้มครองก็ต่อเมื่อเข้าเงื่อนไข 2 ประการดังนี้

---

[1]WIPO Copyright Treaty, Article 12 (1).

[2]Ibid., Article 12 (2).

[3]นันทน อินทนนท์ และคณะ, เรื่องเดิม.

(1) มาตรการทางเทคโนโลยีนั้นจะต้องถูกใช้เพื่อบังคับใช้สิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามสนธิสัญญานี้หรืออนุสัญญากรุงเบอร์น และ

(2) มาตรการทางเทคโนโลยีนั้นจะต้องใช้เพื่อจำกัดการกระทำซึ่งไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือกฎหมายเท่านั้น

ซึ่งนั้นหมายความว่าหากผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ใช้มาตรการทางเทคโนโลยีนั้นเพื่อคุ้มครองงานอันไม่มีลิขสิทธิ์ หรือใช้เพื่อจำกัดการกระทำที่ได้รับอนุญาตจากกฎหมาย เช่น การใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัว หรือการค้นคว้าวิจัย มาตรการทางเทคโนโลยีนั้นก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามสนธิสัญญาฉบับนี้

1.2.5 สิทธิของผู้ใช้งานลิขสิทธิ์

ในบทบัญญัติของสนธิสัญญา WCT และ WPPT ไม่ได้กล่าวถึงประเด็นเรื่องสิทธิของผู้ใช้งานลิขสิทธิ์ และหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวไว้เป็นการเฉพาะ แต่ได้วางหลักทั่วไปเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้สนธิสัญญา WCT ข้อที่ 10 และสนธิสัญญา WPPT ข้อที่ 16 ในทำนองเดียวกันว่า “ให้สิทธิแก่ภาคีในการกำหนดข้อจำกัดและข้อยกเว้นสิทธิต่าง ๆ ที่ให้แก่ผู้สร้างสรรค์ภายในกฎหมายของภาคีได้สำหรับในบางกรณีที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานตามปกติ และไม่กระทบต่อประโยชน์ต่าง ๆ อันชอบด้วยกฎหมายของผู้สร้างสรรค์”

โดยมีข้อสังเกตว่า บทบัญญัติข้างต้นนี้มีถ้อยคำคล้ายคลึงกับที่บัญญัติไว้ในความตกลงทริปส์ข้อ 13 ดังนั้น จึงทำให้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของสนธิสัญญานี้ต้องถูกตรวจสอบด้วยหลัก “Three-Step Test” ด้วยเช่นเดียวกัน นอกจากนี้ในข้อความอันเป็นที่ยอมรับของสนธิสัญญา WCT ข้อ 10 ยังได้ขยายความต่อไปว่า “ประเทศภาคีสามารถนำเอาข้อจำกัดและข้อยกเว้นซึ่งตนได้บัญญัติไว้ในกฎหมายภายใน และเป็นที่ยอมรับภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์นมาใช้ในสภาวะที่เป็นดิจิตอลได้ นอกจากนี้ประเทศภาคียังสามารถกำหนดข้อจำกัดและข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ใหม่ ๆ เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมที่เป็นเครือข่ายดิจิตอลได้อีกด้วย”[1]

---

[1]WIPO Copyright Treaty, Agreed Statement Concerning, Article 10.

2. กฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศเกี่ยวกับการสร้างสมดุลให้แก่การคุ้มครองเทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอล

นับแต่มีการจัดทำสนธิสัญญา WCT และ WPPT เป็นต้นมาประเทศภาคีต่าง ๆ ก็ได้พยายามแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ของตนเพื่อให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่สนธิสัญญาทั้งสองวางไว้ ดังนั้น ในส่วนนี้ผู้ศึกษาจะแสดงให้เห็นว่า ประเทศต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ คือ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และประเทศออสเตรเลียมีแนวทางการบัญญัติกฎหมายภายในของตนเพื่อสร้างสมดุลให้แก่การคุ้มครองเทคโนโลยีเพื่อการบริหาร-สิทธิดิจิตอลอย่างไรบ้าง

2.1 กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา

เพื่อตอบสนองความต้องการของกลุ่มอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ภายในประเทศ และเพื่ออนุวัตรการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกทั้งสองฉบับ คือ สนธิสัญญา WCT และ WPPT ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้ตรากฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับใหม่ของตนขึ้นในปี ค.ศ. 1998 โดยใช้ชื่อว่า The Digital Millennium Copyright Act (DMCA) ซึ่งในกฎหมายฉบับนี้ได้สะท้อนให้เห็นถึงพัฒนาการทางกฎหมายใหม่ ๆ เพื่อให้เหมาะสมกับการคุ้มครองแก่ลิขสิทธิ์ในยุคดิจิตอล

2.1.1 การให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอล

กฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีเพื่อการบริหาร-สิทธิดิจิตอลไว้ในหมวดที่ 1 โดยแบ่งแยกการคุ้มครองออกเป็น 2 ส่วน ส่วนแรก คือ การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี และส่วนที่สอง คือ การให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลเพื่อการบริหารลิขสิทธิ์ นอกจากนี้ยังได้บัญญัติเพิ่มเติมเรื่องมาตรการเยียวยาทางแพ่ง และกำหนดโทษทางอาญาสำหรับผู้ละเมิดเทคโนโลยีดังกล่าวอีกด้วย[1]

---

[1]อรพรรณ พนัสพัฒนา, "บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์," หน้า 48.

2.1.1.1 การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี

เนื่องจากการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรง (Act of Circumvention) และการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยอ้อม เช่น การจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี (Trafficking of Circumvention Devices)[1] โดยในกฎหมาย DMCA ฉบับนี้ได้บัญญัติห้ามไม่ให้มีการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีทั้ง 2 ประเภทดังนี้

1) การห้ามหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรง

กฎหมาย DMCA ได้บัญญัติห้ามมิให้มีการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรงไว้ในมาตรา 1201 (a) (1) ซึ่งบัญญัติว่า "ห้ามมิให้บุคคลใดทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพซึ่งใช้ในการควบคุมการเข้าถึงงานที่ได้รับการคุ้มครองตามหมวดนี้"[2]

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในส่วนนี้แล้วจะเห็นว่า มาตรการทางเทคโนโลยีซึ่งจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้ คือ มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึง (Effectively Controls Access to a Work) เท่านั้น ส่วนมาตรการทางเทคโนโลยีซึ่งใช้ในการควบคุมการทำสำเนา (Copy Control) จะไม่ได้รับการคุ้มครอง เนื่องจากในชั้นพิจารณารัฐสภาของสหรัฐเห็นว่า การทำสำเนางานโดยไม่ได้รับอนุญาตนั้นถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์อยู่แล้ว ดังนั้น เจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องไปใช้สิทธิของตนที่มีอยู่ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ และจำเลยก็สามารถยกข้อต่อสู้และข้อยกเว้นที่มีอยู่ตามกฎหมายลิขสิทธิ์มาโต้แย้งได้เช่นกัน[3]

---

[1]นันทน อินทนนท์ และคณะ, เรื่องเดิม.

[2]อรพรรณ พนัสพัฒนา, "บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์," หน้า 49.

[3]เรื่องเดียวกัน.

นอกจากนี้ในมาตรา 1201 (a) (3) (A) ยังได้ให้นิยามของคำว่า "การหลีกเลี่ยง หมายถึง การถอดรหัสงานที่ได้เข้ารหัส หรือการกระทำใด ๆ เพื่อหลีกเลี่ยง ข้าม ถอดออก ทำให้ใช้งานไม่ได้ หรือทำให้มาตรการทางเทคโนโลยีนั้นเสียไปโดย ปราศจากความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์"[1]

และในมาตรา 1201 (a) (3) (B) ยังได้บัญญัติต่อไปอีกว่า "มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ หมายถึง มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุม การเข้าถึงงานมีประสิทธิภาพ หากในการทำงานโดยปกติของมาตรการดังกล่าวต้องใช้ ข้อมูล หรือขั้นตอน หรือการกระทำใด ๆ เพื่อให้ได้เข้าถึงงานโดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของ ลิขสิทธิ์ก่อน"[2]

2) การห้ามจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยง มาตรการทางเทคโนโลยี

นอกจากกฎหมายฉบับนี้จะห้ามมิให้มีการหลีกเลี่ยงมาตรการ ทางเทคโนโลยีโดยตรงแล้ว กฎหมายฉบับนี้ยังได้บัญญัติห้ามมิให้มีการจำหน่ายจ่ายโอน เครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีประเภทควบคุมการเข้าถึง (Access Control) อีกด้วย ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1201 (a) (2) ว่า "ห้ามมิให้บุคคลใดผลิต นำเข้า เสนอต่อสาธารณชน จัดหา หรือกระทำการอื่นใดซึ่งเป็นการค้าเทคโนโลยี ผลิตภัณฑ์ บริการ เครื่องมือ เครื่องอุปกรณ์ หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของสิ่งดังกล่าวหาก

(a) สิ่งดังกล่าวนั้นถูกออกแบบ หรือผลิตขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ หลักในการใช้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพซึ่งใช้ควบคุมการเข้าถึง งานที่ได้รับความคุ้มครองตามหมวดนี้

(b) มีวัตถุประสงค์สำคัญในทางพาณิชย์ หรือใช้ในทางพาณิชย์ เพียงเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพซึ่งใช้ในการควบคุมการเข้าถึง งานที่ได้รับการคุ้มครองตามหมวดนี้

---

[1]อรพรรณ พนัสพัฒนา, "บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิด เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์," หน้า 50.

[2]เรื่องเดียวกัน.

(c) สิ่งดังกล่าววางจำหน่ายในท้องตลาดโดยบุคคลหรือผู้แทนของบุคคลซึ่งรู้ว่าจะใช้ สิ่งนั้นในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพซึ่งใช้ในการควบคุมการเข้าถึงงานที่ได้รับการคุ้มครองตามหมวดนี้"[1]

นอกจากนี้ในมาตรา 1201 (b) ยังได้บัญญัติห้ามมิให้มีการจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีประเภทควบคุมการทำซ้ำ (Copy Control) ในทำนองเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1201 (a) (2) ด้วยเช่นกัน

กล่าวโดยสรุปแล้วจะเห็นได้ว่า กฎหมาย DMCA ของประเทศสหรัฐได้ขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีออกไปยิ่งกว่าที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญา WCT และ WPPT กล่าวคือ มีทั้งการห้ามมิให้มีการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีประเภทควบคุมการเข้าถึง และห้ามมิให้มีการจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีทั้งประเภทควบคุมการเข้าถึงงานและควบคุมการทำซ้ำ ดังแสดงในตารางที่ 2 นี้

ตารางที่ 2 ขอบเขตการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้กฎหมาย DMCA

DMCA	Act of Circumvention	Trafficking of circumvention devices
Access Control Technological Measure	มาตรา 1201 (a) (1)	มาตรา 1201 (a) (2)
Copyright Control Technological Measure	ไม่คุ้มครอง	มาตรา 1201 (b)

ที่มา: WIPO, **Current Developments in the Field of Digital Rights Management** [Online], available URL: http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id =29478, 2009 (December, 14).

[1]อรพรรณ พนัสพัฒนา, "บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์," หน้า 50-51.

2.1.1.2 การให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลการบริหารลิขสิทธิ์

1) ความหมายของข้อมูลการบริหารลิขสิทธิ์

มาตรา 1202 (c) ได้ให้ความหมายแก่ข้อมูลการบริหารลิขสิทธิ์ (Copyright Management Information--CMI) ในสาระสำคัญว่าหมายถึง ข้อมูลอย่างใด ๆ ซึ่งระบุถึงตัวงาน ผู้สร้างสรรค์ เจ้าของลิขสิทธิ์ คำเตือนเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ นักแสดง ผู้ประพันธ์ ชนิดและเงื่อนไขการใช้งานลิขสิทธิ์ ตัวเลขหรือสัญลักษณ์ที่ใช้ระบุข้อมูลอื่น ๆ ที่กำหนดโดยการจดทะเบียนลิขสิทธิ์[1]

2) การกระทำที่เป็นการละเมิดข้อมูลการบริหารลิขสิทธิ์

กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดห้ามมิให้มีการกระทำแก่ข้อมูลการบริหารลิ์ขสิทธิ์ใน 2 ประการซึ่งมีใจความสำคัญดังต่อไปนี้

มาตรา 1202 (a) บัญญัติห้ามมิให้บุคคลใดระบุข้อมูลการบริหารลิขสิทธิ์ปลอม หรือจำหน่ายหรือนำเข้าเพื่อจำหน่ายซึ่งข้อมูลการบริหาร-ลิขสิทธิ์ปลอม โดยบุคคลผู้นั้นได้รู้และมีเจตนาที่จะชักจูง ทำให้เกิดความสะดวก หรือปิดบังการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์[2]

นอกจากนี้ ในมาตรา 1202 (b) ยังบัญญัติห้ามมิให้บุคคลใดลบหรือเปลี่ยนแปลงข้อมูลการบริหารลิขสิทธิ์ เผยแพร่หรือนำเข้าซึ่งข้อมูลการบริหารลิขสิทธิ์โดยรู้อยู่แล้วว่ามีการลบหรือเปลี่ยนแปลงข้อมูลนั้นโดยปราศจากความยินยอม จำหน่าย นำเข้า หรือแสดงต่อสาธารณชนซึ่งงานหรือสำเนาโดยรู้อยู่แล้วว่ามีการลบหรือเปลี่ยนแปลงข้อมูลนั้นโดยปราศจากความยินยอม โดยบุคคลผู้นั้นได้รู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าการกระทำของตนจะเป็นการจูงใจ ทำให้เกิดอำนวยความสะดวก หรือปกปิดการละเมิดลิขสิทธิ์[3]

---

[1]อรพรรณ พนัสพัฒนา, "บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์," หน้า 53.

[2]นัยชน ตาทอง, เรื่องเดิม, หน้า 77.

[3]เรื่องเดียวกัน, หน้า 77-78.

2.1.2 มาตรการลดทอนผลกระทบจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีในทางมิชอบ

เพื่อเป็นการสร้างดุลภาพให้สาธารณชนสามารถใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ได้โดยไม่มีเทคโนโลยีขวางกั้น ผู้ร่างกฎหมาย DMCA จึงได้บัญญัติถึงมาตรการต่าง ๆ เพื่อลดทอนผลกระทบอันจะเกิดจากการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีดังนี้[1]

ประการแรก บัญญัติให้มีข้อยกเว้นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรง และข้อยกเว้นการจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้เพื่อการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีไว้ในมาตรา 1201 (d)-(j) เช่น การเข้าถึงงานโดยห้องสมุดหรือสถาบันการศึกษาโดยไม่แสวงหากำไร การบังใช้กฎหมายหรือกิจกรรมอื่นของรัฐ การทำวิศวกรรมย้อนกลับ การวิจัยการเข้ารหัส หรือการป้องกันการเข้าถึงงานที่ปรากฏบนอินเทอร์เน็ตของผู้เยาว์เป็นต้น[2] โดยมีข้อสังเกตว่าข้อยกเว้นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้นั้นมีบทบัญญัติที่คับแคบเนื่องจากยังไม่ครอบคลุมถึงการกระทำอีกหลายประการที่ถือเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ อาทิเช่น การใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัว (Private Use)

นอกจากนี้ในมาตรา 1201 (c) (1) และ 1201 (c) (2) ยังได้บัญญัติต่อไปอีกว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีจะไม่กระทบต่อสิทธิ การเยียวยา การจำกัด หรือข้อต่อสู้เรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์และการใช้ลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม และไม่เป็นการเพิ่มหรือลดความรับผิดในการเป็นตัวแทนหรือการมีส่วนร่วมในการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยี สินค้า บริการ เครื่องมือ หรือ

---

[1]นันทน อินทนนท์ และคณะ, เรื่องเดิม.

[2]ศุภจิตรา เลาหวัฒนภิญโญ, "ผลกระทบของการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้คุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์: ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างสนธิสัญญาลิขสิทธิ์กับความตกลงเขตการค้าเสรี," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 49-53.

ส่วนประกอบของสิ่งดังกล่าว[1] โดยผลของของมาตราเหล่านี้หมายความว่า บรรดาสิทธิและข้อต่อสู้ใด ๆ ที่มีอยู่ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เช่น การใช้ลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม (Fair Use) จะไม่สามารถยกขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้เพื่อยกเว้นความรับผิดในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้ ดังนั้น จึงทำให้การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยียังคงเป็นความผิดอยู่แม้จะได้ทำไปเพื่อใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมก็ตามที[2]

ประการที่สอง การกำหนดให้สำนักงานลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐ (Copyright Office) ทำการติดตามและศึกษาผลกระทบจากการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี เพื่อกำหนดข้อยกเว้นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีประเภทใหม่ ๆ ซึ่งจะมีการเปลี่ยนแปลงทุก ๆ 3 ปี โดยในปัจจุบันนี้สำนักงานลิขสิทธิ์สหรัฐได้ประกาศข้อยกเว้นสำหรับปี ค.ศ. 2009-2012 มาแล้วซึ่งมีทั้งหมด 6 ข้อ และเมื่อกล่าวโดยเฉพาะถึงประเด็นที่เกี่ยวกับการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัว คือ ข้อยกเว้นในข้อที่ 2 ซึ่งอนุญาตให้ผู้ที่ได้รับซอฟแวร์สำหรับโทรศัพท์มือถือมาโดยชอบสามารถที่จะหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อให้ซอฟแวร์ดังกล่าวทำงานร่วมกับโทรศัพท์มือถือของตนได้ และข้อยกเว้นในข้อที่ 6 ซึ่งอนุญาตให้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีประเภทควบคุมการเข้าถึงซึ่งป้องกันไม่ให้งานวรรณกรรมที่เผยแพร่ในรูปแบบหนังสืออิเล็กทรอนิกส์อ่านออกเสียง หรือป้องกันไม่ให้ผู้อ่านปรับเปลี่ยนตัวอักษรให้อยู่ในรูปแบบที่เหมาะสมได้[3]

โดยมีข้อสังเกตว่า แม้ในปัจจุบันนี้กฎหมาย DMCA จะมีมาตรการที่ออกมาเพื่อลดทอนผลกระทบจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีแล้ว แต่มาตรการดังกล่าวก็ล้วนเป็นไปอย่างจำกัดจึงนำไปสู่ปัญหาการลิดรอนประโยชน์สาธารณะในด้านต่าง ๆ เช่น การกีดกันการแข่งขันทางการค้า เป็นอุปสรรคต่อการสร้างสรรค์นวัตกรรม และ

---

[1]ศุภจิตรา เลาหวัฒนภิญโญ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 57.

[2]อรพรรณ พนัสพัฒนา, "บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์," หน้า 50-51.

[3]Roger V. Skalbeck and Jennifer Wondracek, **Government Relations Office and Copyright Committee** [Online], available URL: http://scholarship.law.georgetown.edu/digitalpreservation_publications/4, 2011 (January, 15).

ที่สำคัญ คือ จำกัดการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม ดังนั้น จึงก่อให้เกิดแรงผลักดันจากสังคมในหลายส่วนที่ออกมาเรียกร้องเพื่อให้มีการแก้ไขกฎหมายฉบับนี้[1]

เมื่อกล่าวโดยเฉพาะถึงประเด็นที่เกี่ยวกับผู้ใช้งานลิขสิทธิ์หรือผู้บริโภค แล้วจะเห็นว่า มีความเกี่ยวข้องกับร่างกฎหมายหลายฉบับที่พยายามออกมาเพื่อลดทอนผลกระทบอันเนื่องมาจากความเข้มงวดของมาตรา 1201 (a) (1) ซึ่งบัญญัติห้ามมิให้มีการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี (Act of Circumvention) โดยมีพัฒนาการมาเป็นลำดับ ดังนี้

เริ่มต้นจากในปี ค.ศ. 2002 วุฒิสมาชิกของประเทศสหรัฐบางท่านได้ร่วมมือกันเสนอร่างกฎหมายฉบับใหม่ที่ชื่อว่า Digital Media Consumers' Rights Act (DMCRA) และต่อมาในปี ค.ศ. 2003 ก็ได้มีการเสนอร่างกฎหมายอีกฉบับชื่อว่า Benefit Authors Without Limiting Advancement or Net Consumer Expectations Act (BALANCE) โดยร่างกฎหมายทั้งสองฉบับนี้ต่างก็มีเจตนารมณ์ร่วมกันเพื่อสร้างดุลยภาพให้แก่ระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ ด้วยการบัญญัติมาตรการเสริมต่าง ๆ ขึ้นมา เพื่อรองรับสิทธิของผู้ใช้งานลิขสิทธิ์เหล่านั้น แต่ทว่าในที่สุดแล้วร่างกฎหมายทั้งสองฉบับนี้ก็ไม่สามารถผ่านรัฐสภาของสหรัฐออกมาได้[2]

ดังนั้น ในปี ค.ศ. 2007 วุฒิสมาชิกกลุ่มเดิมซึ่งเคยเสนอร่างกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว จึงได้ร่วมกันเสนอร่างกฎหมายฉบับใหม่ที่ชื่อว่า Freedom and Innovation Revitalizing U.S. Entrepreneurship Act (FAIR USE Act) โดยร่างกฎหมายฉบับนี้จะส่งผลให้มีการเพิ่มเติมข้อยกเว้นสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีขึ้นมาในกฎหมาย DMCA อีกหลายประการ และเมื่อกล่าวโดยเฉพาะถึงข้อยกเว้น

---

[1]Electronic Frontier Foundation, **Unintended Consequences: Ten Years Under the DMCA** [Online], available URL: http://www.eff.org/files/DMCAUnintended10.pdf, 2010 (April, 18).

[2]Steve P. Calandrillo, and Ewa M. Davison, **The dangers of the Digital Millennium Copyright Act: Much ado About Noting?** [Online], available URL: http://web2.westlaw.com, 2010 (April, 18).

ที่เกี่ยวกับผู้ใช้งานลิขสิทธิ์ คือ ร่างมาตรา 1201 (G) (ii) ซึ่งบัญญัติให้อำนาจแก่บุคคลใด ๆ สามารถที่จะหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีได้ ถ้าหากว่าได้กระทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ในทางส่วนตัว หรือมิใช่ในทางการค้าสำหรับงานแพร่เสียงแพร่ภาพ[1] นอกจากนี้ในร่างมาตรา 1201 (G) (iii) ยังได้บัญญัติต่อไปว่าบุคคลใด ๆ สามารถที่จะหลีก เลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อวัตถุประสงค์ในการส่งต่องานอันมีลิขสิทธิ์ภายในบ้านหรือเครือข่ายส่วนบุคคลได้ เว้นเสียแต่ว่ามาตรการทางเทคโนโลยีนั้นจะนำมาใช้เพื่อป้องกันมิให้งานอันมีลิขสิทธิ์ถูกเผยแพร่ออกสู่สาธารณชนทางอินเทอร์เน็ต[2]

อย่างไรก็ดี แม้ว่าในปัจจุบันร่างกฎหมายฉบับนี้จะยังไม่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาสหรัฐ แต่ก็เป็นตัวอย่างที่ดีอันแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของกฎหมายฉบับใหม่ ๆ ซึ่งพยายามออกมาเพื่อลดทอนผลกระทบจากการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีอย่างเข้มงวด

2.1.3 สิทธิของผู้ใช้งานลิขสิทธิ์

พัฒนาการของหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวที่ปรากฏในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐนั้น นับเป็นตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นเป็นอย่างดีว่าผู้ร่างกฎหมายลิขสิทธิ์รับรู้ถึงการดำรงอยู่ของสิทธิผู้ใช้งานลิขสิทธิ์ และพยายามที่จะปรับปรุงกฎหมายเพื่อให้สอดรับกับพัฒนาการของสิทธิดังกล่าว กล่าวคือ เริ่มแรกกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐฉบับปี ค.ศ. 1976 ไม่มีบทบัญญัติที่ตรามาโดยตรงเพื่อรองรับสิทธิของผู้ใช้งานลิขสิทธิ์เช่นเดียวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศต่าง ๆ ในยุคเดียวกัน

---

[1]FAIR USE Act, Section 3 "1201 (G) (ii) "an act of circumvention that is carryed out solely for the purpose of enabling a person to skip past or to avoid commercial or personally objectionable content in an audiovisual work."

[2]Ibid., Section 3 "1201 (G) (iii) an act of circumvention that is carried out solely for the purpose of enabling a person to transmit a work over a home or personal network, except that this exemption does not apply to the circumvention of a technological measure to the extent that it prevents uploading of the work to the Internet for mass, indiscriminate redistribution."

แต่มี "หลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม" (Fair Use) ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายสำคัญที่เปิดโอกาสให้สังคมรวมถึงผู้ใช้งานลิขสิทธิ์สามารถใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ได้โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์

โดยหลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมที่ว่านี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน ส่วนแรก คือ กรณีตามมาตรา 107 ซึ่งเป็นแนวทางทั่วไปในการพิจารณาคดีของศาล และในส่วนที่สอง คือ กรณีตามมาตรา 108-118 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเฉพาะเรียกว่า "ข้อยกเว้น" อันเป็นส่วนที่เกี่ยวกับรายละเอียดของการใช้ลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมกับเทคโนโลยีสมัยใหม่ เช่น ในมาตรา 117 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสำรองงาน (Backup Copy) โปรแกรมคอมพิวเตอร์เอาไว้ว่าผู้ที่ได้รับสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาโดยถูกต้องชอบที่จะทำสำเนาหรือดัดแปลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นเพื่อสำรองไว้ใช้ในกรณีต้นฉบับเสียหายได้ แต่อย่างไรก็ดีในการปรับใช้กฎหมายนั้นไม่อาจพิจารณาหลักเกณฑ์ทั้งสองส่วนแยกออกจากกันได้[1] โดยถือว่าการกระทำใดจะเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมหรือไม่นั้นต้องให้ใช้หลักเกณฑ์ 4 ข้อตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 107 เป็นองค์ประกอบในการพิจารณาด้วย กล่าวคือ

(1) วัตถุประสงค์และลักษณะของการใช้งานลิขสิทธิ์ ซึ่งรวมถึงการพิจารณาว่าการใช้นั้นมีวัตถุประสงค์ในทางพาณิชย์ หรือมีวัตถุประสงค์เพื่อการศึกษาที่ไม่แสวงหากำไรหรือไม่

(2) ลักษณะของงานอันมีลิขสิทธิ์

(3) จำนวนหรือความสำคัญของส่วนของงานที่ถูกนำมาใช้เมื่อเปรียบเทียบกับงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด และ

(4) ผลกระทบของการกระทำหรือการใช้งานที่มีผลต่อตลาดของงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือคุณค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์

อย่างไรก็ตามบทบัญญัติในมาตรา 107-118 นี้ก็เป็นเพียงการวางแนวทางวินิจฉัยไว้อย่างกว้าง ๆ เท่านั้น ส่วนที่เหลือจึงเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะต้องนำเอา

---

[1]จันทิมา ธนาสว่างกุล, "การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม," (วิทยานิพนธ์-นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), หน้า 246.

ดุลพินิจของตนมาปรับใช้เข้ากับข้อเท็จจริงที่ปรากฏในแต่ละคดี ดังนั้น ในมุมมองนี้ ผู้พิพากษาศาลสหรัฐจึงเป็นผู้มีบทบาทสำคัญเป็นอย่างมากในการประสานความขัดแย้งระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์กับผู้ใช้งานลิขสิทธิ์ทั้งหลายซึ่งเกิดขึ้นจากการพัฒนาทางเทคโนโลยี จนเกิดเป็นหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัว (Private Use) ที่สำคัญในหลายคดี ดังนี้

เริ่มต้นในปี ค.ศ. 1984 ศาลฎีกาของสหรัฐได้วางบรรทัดฐานที่สำคัญไว้ในคดีระหว่าง Sony Corp of America V. Universal City Studios โดยในคดีนี้โจทก์ซึ่งเป็นกลุ่มบริษัทผู้สร้างภาพยนตร์และเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในภาพยนตร์ของวอล์ทดีสนีย์ได้ร่วมกันเป็นโจทก์ฟ้องจำเลยซึ่งเป็นบริษัทโซนี่แห่งสหรัฐอเมริกาว่าเป็นผู้สนับสนุนในการทำละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ โดยอ้างว่าเครื่องบันทึกวีดีโอที่ชื่อว่า "Betamax" ซึ่งจำเลยเป็นผู้ผลิตนั้นเป็นอุปกรณ์ที่ทำให้ผู้ใช้งานสามารถบันทึกภาพยนตร์ที่โจทก์นำออกอากาศโดยไม่ได้รับอนุญาตอันเป็นละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ ดังนั้น จึงฟ้องขอให้ศาลบังคับให้จำเลยหยุดการผลิตและจำหน่ายเครื่องบันทึกวีดีโอดังกล่าวทั้งหมด ในที่สุดศาลฎีกาแห่งสหรัฐก็พิพากษาด้วยคะแนนเสียง 5 ต่อ 4 ให้ยกฟ้องโจทก์ โดยให้เหตุผลไว้ในตอนหนึ่งว่าการกระทำดังกล่าวที่โจทก์กล่าวอ้าง คือ การที่ผู้ใช้งานบันทึกรายการโทรทัศน์เพื่อไว้ชมกับครอบครัวในภายหลังนั้น หรือที่เรียกว่า "Time-shifting" เป็นการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม ดังนั้น การบันทึกงานดังกล่าวจึงเป็นประโยชน์ต่อผู้ใช้งานส่วนใหญ่ และไม่มีเหตุผลใดที่จะห้ามจำเลยผลิตและจำหน่ายอุปกรณ์ดังกล่าว[1]

ต่อมาในปี ค.ศ. 1999 ศาลอุทธรณ์องค์คณะที่ 9 ของสหรัฐได้พิจารณาคดีระหว่าง Recording Indus. Association of America, Inc. v. Diamond Multimedia Systems Inc. ในคดีนี้โจทก์ซึ่งเป็นสมาคมอุตสาหกรรมบันทึกเสียงของสหรัฐได้ยื่นฟ้องจำเลยซึ่งเป็นบริษัทผู้ผลิตอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ โดยกล่าวหาว่าเครื่องเล่นเพลง MP3 แบบพกพาที่จำเลยผลิตชื่อว่า "Rio" มีซอฟแวร์ที่ทำให้ผู้ใช้งานสามารถดาวน์โหลดไฟล์เพลง MP3 จากเครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้มาเก็บไว้ในเครื่องเล่นของจำเลยได้

---

[1]จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, **อะไรเอ่ย (?) ลิขสิทธิ์** (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ฐานการพิมพ์, 2551), หน้า 118-122.

ดังนั้น เครื่องเล่น Rio ของจำเลยจึงเป็นอุปกรณ์ที่ใช้สำหรับบันทึกเพลงดิจิตอลซึ่งต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย Audio Home Recording Act (AHRA) ที่กำหนดให้ต้องติดตั้งเทคโนโลยีควบคุมการทำซ้ำที่ชื่อว่า Serial Copyright Management System (SCMS) แต่จำเลยไม่ได้ติดตั้งเทคโนโลยีดังกล่าว ในที่สุดศาลอุทธรณ์ของสหรัฐก็พิพากษายกฟ้องโจทก์โดยให้เหตุผลว่าเครื่องเล่น Rio ของจำเลยไม่ใช้อุปกรณ์ที่ใช้สำหรับบันทึกเพลงดิจิตอล โดยในตอนหนึ่งของคำพิพากษายังได้กล่าวต่อไปอีกว่า การทำงานของเครื่องเล่น Rio นี้เป็นเพียงการทำสำเนาเพื่อความสะดวกในการใช้งาน หรือที่เรียกว่า "Space-shifting" เพื่อเคลื่อนย้ายไฟล์ซึ่งมีอยู่แล้วในเครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้เท่านั้น ดังนั้น การทำสำเนาเช่นนี้จึงเป็นเพียงตัวอย่างหนึ่งของการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวโดยไม่ได้หวังผลกำไร ซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้[1]

จากคำพิพากษาทั้งสองพอสรุปได้ว่า ในปัจจุบันศาลของประเทศสหรัฐได้นำเอาหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวมาปรับใช้ และตีความขยายออกไปเพื่อรองรับพฤติกรรมการใช้งานลิขสิทธิ์รูปแบบใหม่ ๆ จนเกิดเป็นหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวประเภทต่าง ๆ เช่น หลัก Time-shifting หรือ หลัก Space-shifting เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม ไม่กี่ปีที่ผ่านมานี้ดูเหมือนว่าในความเป็นจริงแล้วผู้ใช้งานลิขสิทธิ์ทั้งหลายเริ่มที่จะสูญเสียสิทธิดังกล่าวที่ตนมีอยู่ไป ทั้งนี้เนื่องมาจากมีการนำเอาเทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอลมาใช้เพื่อควบคุมการใช้งานลิขสิทธิ์อย่างเข้มงวด

ดังนั้น เพื่อเป็นการยืนยันว่าผู้ใช้งานลิขสิทธิ์ หรือผู้บริโภคมีสิทธิที่จะใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ในปี ค.ศ. 2002 วุฒิสมาชิกของสหรัฐบางท่านจึงได้ร่วมกันเสนอร่างกฎหมายที่ชื่อว่า Consumer Technology Bill of

---

[1]WIPO, **Copyright Infringement: Case Studies** [Online], available URL: http://www.wipo.int/arab/en/meetings/2003/ipr_mct/pdf/wipo_ipr_ mct_03_ 1.pdf, 2009 (May, 19).

Rights[1] โดยมีพื้นฐานอยู่บนแนวคิดที่ว่าผู้ใช้ซึ่งได้รับงานอันมีลิขสิทธิ์มาโดยชอบมีสิทธิที่จะใช้งานลิขสิทธิ์ซึ่งมิใช้เพื่อประโยชน์ในทางการค้าในกรณีดังต่อไปนี้ได้[2]

1) ผู้ใช้มีสิทธิที่จะบันทึกงานซึ่งเขาได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อไว้ชมหรือฟังในภายหลังได้ (Time-shifting)

2) ผู้ใช้มีสิทธิที่จะทำให้งานซึ่งเขาได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้สามารถใช้งานร่วมกับเครื่องเล่นหรืออุปกรณ์อื่น ๆ ที่แตกต่างกันได้ (Space-shifting)

3) ผู้ใช้มีสิทธิที่จะสำรองงานซึ่งเขาได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ (Backup Copy)

4) ผู้ใช้มีสิทธิ์ที่จะใช้งานลิขสิทธิ์ซึ่งเขาได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายกับรูปแบบการทำงานต่าง ๆ ที่เขาเลือกได้ ตัวอย่างเช่น การเลือกดูรายการโทรทัศน์ผ่านทางเครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคล หรือการเลือกฟังเพลงผ่านเครื่องเล่น MP3 แบบพกพา เป็นต้น

5) ผู้ใช้มีสิทธิที่จะดัดแปลงงานซึ่งเขาได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้อยู่ในรูปแบบที่เทียบเคียงกันได้ (Format-shifting) ตัวอย่างเช่น การที่คนตาบอดดัดแปลงหนังสืออิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้สามารถอ่านออกเสียงได้เป็นต้น

6) ผู้ใช้มีสิทธิที่จะใช้เทคโนโลยีเพื่อเข้าถือเอาสิทธิที่ตนมีอยู่ได้

โดยสิทธิทั้ง 6 ประการตามที่ปรากฏในร่างกฎหมายฉบับนี้นับเป็นตัวอย่างที่ดีอันแสดงให้เห็นถึงความพยายามในการประมวลหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวที่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย ตลอดจนคำพิพากษาของศาลในคดีต่าง ๆ

---

[1]Consumer Technology Bill of Rights; (1) Users have the right to "time-shift" content that they have legally acquired. (2) Users have the right to "space-shift" content that they have legally acquired. (3) Users have the right to make backup copies of their content. (4) Users have the right to use legally acquired content on the platform of their choice. (5) Users have the right to translate legally acquired content into comparable formats. and (6) Users have the right to use technology in order to achieve the rights previously mentioned.

[2]Calandrillo and Davison, op. cit., p. 388.

เข้ามาไว้ด้วยกันเพื่อรับรองสิทธิของผู้ใช้งานลิขสิทธิ์ แต่อย่างไรก็ตาม จนถึงปัจจุบัน ร่างกฎหมายฉบับนี้ก็ยังไม่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาสหรัฐออกมาแต่อย่างใด

2.1.4 การทำสัญญายกเว้นหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัว[1]

ในประเทศสหรัฐนั้นปัญหาเกี่ยวกับการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยไม่เป็นธรรมเริ่มปรากฏเด่นชัดขึ้น เมื่อมีการจัดทำกฎหมายแม่แบบฉบับใหม่เกี่ยวกับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ คือ The Uniform Computer Information Transactions Act of 1999 (UCITA) ซึ่งถูกวิจารณ์เป็นอย่างมากว่าเป็นกฎหมายที่เอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิทั้งหลาย[2] ที่มักมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าจนนำไปสู่ปัญหาการลิดรอนสิทธิของผู้ใช้งานลิขสิทธิ์ในด้านต่าง ๆ ตัวอย่างเช่น การทำสัญญายกเว้นมิให้มีการใช้งานลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวทั้ง ๆ ที่การกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นสิทธิที่ผู้ใช้งานมีอยู่ตามกฎหมายดังที่ได้แสดงให้เห็นในหัวข้อที่ผ่านมา

ส่วนในปัญหาว่าตามกฎหมายของประเทศสหรัฐคู่สัญญาจะสามารถตกลงกันยกเว้นหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวได้หรือไม่นั้น การตอบคำถามนี้ในเบื้องต้นพึงต้องทำความเข้าใจเสียก่อนว่า ประเด็นดังกล่าวมีรากฐานมาจากความขัดแย้งภายในระบบกฎหมายของสหรัฐเองที่แบ่งแยกกฎหมายออกเป็น 2 ระดับ กล่าวคือ (1) กฎหมายในระดับสหรัฐ (Federal Statute) ซึ่งตราขึ้นโดยรัฐบาลกลาง เช่น กฎหมายลิขสิทธิ์ซึ่งตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ และ (2) กฎหมายในระดับมลรัฐ (State Law) ซึ่งตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจของรัฐบาลท้องถิ่นในแต่ละมลรัฐ เช่น กฎหมายว่าด้วยสัญญาเป็นต้น

ในกรณีที่กฎหมายทั้งสองระดับมีความขัดแย้งกันเองหลักกฎหมายทั่วไปที่ชื่อว่า Preemption Doctrine ก็จะถูกนำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาโดยถือว่า กฎหมายในระดับสหรัฐซึ่งมีศักดิ์สูงกว่าย่อมมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายในระดับมลรัฐซึ่งมีศักดิ์ต่ำกว่าได้ นอกจากนี้หลัก Preemption Doctrine ที่ว่านี้ยังสามารถแบ่งออกได้อีกเป็น

---

[1]Christina Bohannan, **Copyright Preemption of Contracts** [Online], available URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1138251, 2009 (May, 20).

[2]อรรยา สิงห์สงบ, เรื่องเดิม, หน้า 143.

2 ประเภท ดังนี้ (1) หลัก Express Preemption คือ ในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งแล้วว่า กฎหมายในระดับสหรัฐใดมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายระดับมลรัฐแล้ว กฎหมายในระดับมลรัฐซึ่งขัดแย้งกับกฎหมายนี้ก็จะไม่มีค่าบังคับ และ (2) หลัก Implied Preemption คือ ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งแต่ถ้ากฎหมายในระดับมลรัฐใดขัดหรือแย้งกับเจตนารมณ์ของกฎหมายในระดับสหรัฐแล้ว กฎหมายในระดับมลรัฐนั้นก็จะไม่มีค่าบังคับไปโดยปริยายเช่นกัน

โดยในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐนั้นได้มีการบัญญัติถึงหลัก Express Preemption ไว้ในมาตรา 301 (a) มีใจความว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นกฎหมายในระดับสหรัฐจะมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายในระดับมลรัฐ (ในที่นี้ คือ กฎหมายว่าด้วยสัญญา) ถ้าหากว่าเข้าเงื่อนไข 2 ประการดังนี้

(1) วัตถุแห่งสิทธิซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับมลรัฐนั้นอยู่ภายในขอบเขตของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่กฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติไว้ และ

(2) สิทธิซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับมลรัฐนั้นมีค่าเสมอกับสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์

อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐจะได้บทบัญญัติถึงหลัก Express Preemption ไว้โดยชัดแจ้งแล้ว แต่ในการตีความว่าข้อสัญญาที่ตกลงกันเพื่อยกเว้นหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวจะสิ้นผลไปตามหลัก Preemption Doctrine หรือไม่นั้น ยังมีความเห็นที่แตกต่างกันไปอีกหลายฝ่ายซึ่งพอสรุปเป็นแนวทางสำคัญได้ 2 แนวทางดังนี้

แนวทางที่ 1 เห็นว่า ข้อสัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้ โดยผู้ที่เห็นด้วยกับแนวทางนี้มักอ้างคำพิพากษาของศาลในคดีระหว่าง ProCD; Inc v. Zeidenberg ว่าสิทธิที่จะถูกลบล้างไปโดยผลของมาตรา 301 (a) นั้นต้องเป็นสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมายอันมีค่าเสมอกับสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งสามารถใช้ยันบุคคลทั่วไปได้ แต่ในทางตรงกันข้ามสิทธิที่เกิดขึ้นโดยสัญญานั้นเป็นเพียงบุคคลสิทธิซึ่งสามารถใช้ยันกันได้ระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ดังนั้น สัญญาพิพาทนี้จึงมีผลใช้บังคับได้และไม่ถูกลบล้างไปโดยมาตรา 301 (a)

สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ ห้องสมุดงานวิจัย

จากคำพิพากษานี้เองจึงทำให้มีผู้ตีความไปในทำนองเดียวกันว่า เมื่อสัญญาไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติมาตรา 301 (a) แล้ว ดังนั้น แม้สัญญาดังกล่าวจะมีข้อตกลงยกเว้นหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัว สัญญานั้นก็ยังคงมีผลใช้บังคับได้ระหว่างคู่สัญญาต่อไป โดยมีข้อสังเกตว่า การตีความเช่นนี้ถูกวิจารณ์เป็นอย่างมากว่าเป็นการตีความที่ค่อนข้างคับแคบ เนื่องจากเป็นการนำเอาหลัก Express Preemption ซึ่งเป็นเพียงส่วนหนึ่งของหลัก Preemption Doctrine มาปรับใช้เท่านั้น โดยละเลยที่จะนำเอาหลัก Implied Preemption มาใช้ประกอบการวินิจฉัยตามแนวทางของฝ่ายที่ 2 ซึ่งจะได้กล่าวในส่วนต่อไป

แนวทางที่ 2 เห็นว่า สัญญาดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับ หรืออย่างน้อยที่สุดข้อสัญญาในส่วนที่ยกเว้นสิทธิของผู้ใช้งานซึ่งกฎหมายให้อำนาจไว้ก็ไม่ควรจะมีผลใช้บังคับ โดยแนวคิดนี้ปรากฏอยู่ในทัศนะของนักวิชาการด้านกฎหมายลิขสิทธิ์จำนวนมากที่มองว่าข้อสัญญาซึ่งจำกัดสิทธิของผู้บริโภคเช่นนี้เป็นการทำลาย “ความสมดุลอันละเอียดอ่อน” ที่กฎหมายลิขสิทธิ์สร้างขึ้นระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ใช้งานลิขสิทธิ์

ดังนั้น แนวทางนี้จึงเสนอให้นำเอาหลัก Implied Preemption มาปรับใช้แก่กรณีนี้ โดยถือว่าหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวนั้นเป็นเครื่องมือสำคัญอย่างหนึ่งที่จะทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ในการส่งเสริมความก้าวหน้าทางวิทยาการต่าง ๆ บรรลุผล ดังนั้น ถ้าข้อสัญญาใดมีผลเป็นการลบล้างหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวแล้ว ก็ต้องถือว่าข้อสัญญานั้นขัดแย้งกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและไม่มีค่าบังคับไปโดยปริยายด้วย นอกจากนี้แนวทางนี้ยังเสนอแนะให้มีการแก้ไขกฎหมาย UCITA โดยถือว่าสัญญาใดที่เป็นการสร้างภาระหรือยกเว้นสิทธิของผู้บริโภคซึ่งกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาให้ไว้จะต้องไม่มีผลใช้บังคับ

2.2 กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหภาพยุโรป

เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม ค.ศ. 2001 สหภาพยุโรปได้มีมติเห็นชอบในการจัดทำกฎข้อบังคับว่าด้วยเรื่องการประสานกันของกฎหมายลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงเพื่อนำพาไปสู่การเป็นสังคมแห่งข้อมูลข่าวสาร ชื่อ “The Directive on the Harmoniation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society” หรือ

ที่เรียกว่า กฎหมาย EUCD โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหภาพยุโรปมีความสอดคล้องกับหลักการในสนธิสัญญา WCT และ WPPT และใช้เป็นแนวทางให้แก่ประเทศสมาชิกต่าง ๆ นำไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในของตน[1]

2.2.1 การให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอล

กฎหมาย EUCD ให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิ-ดิจิตอลโดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภทตามรูปแบบการใช้งาน คือ ในฐานะมาตรการทางเทคโนโลยีประเภทหนึ่ง และข้อมูลการบริหารสิทธิอีกประเภทหนึ่งดังนี้

2.2.1.1 การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี

1) การห้ามหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรง

กฎหมาย EUCD มาตรา 6 (1) ได้บัญญัติห้ามมิให้มีการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรงไว้ว่า "ประเทศสมาชิกต้องจัดให้มีการคุ้มครองทางกฎหมายที่เหมาะสมและเพียงพอ ในกรณีที่มีการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งผู้กระทำการหลีกเลี่ยงรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าตนทำการเพื่อวัตถุประสงค์นั้นอยู่"[2]

และในมาตรา 6 (3) ยังได้บัญญัติต่อไปอีกว่า "มาตรการทางเทคโนโลยี หมายถึง เทคโนโลยี เครื่องมือ หรือส่วนประกอบ ที่ในการทำงานตามปกติได้ถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงหรือจำกัดการกระทำเกี่ยวกับงานซึ่งผู้เป็นเจ้าของมิได้อนุญาตในเรื่องลิขสิทธิ์ สิทธิอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง หรือสิทธิที่กำหนดใน Chapter III ของ Directive 96/9/EC (การคุ้มครองฐานข้อมูล)" นอกจากนี้ยังได้บัญญัติต่อไปอีกว่า "มาตรการทางเทคโนโลยีจะมีประสิทธิภาพหากใช้เพื่อคุ้มครองงานหรือคุ้มครองการอื่นซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์ควบคุมการเข้าถึง เช่น การเข้ารหัส หรือการแปรรูปงาน หรือมาตรการควบคุมการทำสำเนาที่ใช้เก็บสิ่งที่ได้รับความคุ้มครอง"[3] ซึ่งจากนิยามศัพท์ที่บัญญัติไว้นี้

---

[1]อรพรรณ พนัสพัฒนา, "บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์," หน้า 55.

[2]เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

[3]เรื่องเดียวกัน, หน้า 56.

จะเห็นว่า มีขอบเขตการคุ้มครองที่กว้างขวางกว่าบทบัญญัติของ DMCA ทั้งนี้เนื่องจากเป็นการห้ามมิให้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึง และที่ใช้ควบคุมการทำซ้ำทั้งสองประเภท[1] ในขณะที่กฎหมาย DMCA ห้ามเฉพาะการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงเท่านั้น

2) การห้ามจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

กฎหมายฉบับนี้ได้ห้ามมิให้มีการจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีไว้ในมาตรา 6 (2) ซึ่งบัญญัติว่า "ประเทศสมาชิกต้องจัดให้มีการคุ้มครองทางกฎหมายที่เหมาะสมและเพียงพอเกี่ยวกับการผลิต นำเข้า จำหน่าย ขาย ให้เช่า โฆษณาเพื่อขายหรือให้เช่าหรือครอบครองเพื่อประโยชน์ในทางพาณิชย์ซึ่งเครื่องมือ ผลิตภัณฑ์ หรือส่วนประกอบตลอดจนการให้บริการซึ่ง

(a) ใช้ส่งเสริม โฆษณา หรือทำการตลาด เพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ หรือ

(b) มีวัตถุประสงค์สำคัญในทางพาณิชย์ เพื่อใช้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ หรือ

(c) ถูกออกแบบ ผลิต ดัดแปลง หรือทำขึ้น เพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้หรืออำนวยความสะดวกในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ"[2]

โดยเมื่อพิจารณามาตรา 6 (2) ประกอบกับมาตรา 6 (3) แล้วจะเห็นว่า มาตรการทางเทคโนโลยีที่กฎหมาย EUCD ห้ามจำหน่ายจ่ายโอนนั้นรวมถึงมาตรการทางเทคโนโลยีประเภทควบคุมการเข้าถึง และประเภทควบคุมการทำซ้ำทั้งสองประเภท ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในทำนองเดียวกันกับกฎหมาย DMCA ของประเทศสหรัฐ

---

[1]อรพรรณ พนัสพัฒนา, เรื่องเดียวกัน, หน้า 56.

[2]เรื่องเดียวกัน, หน้า 56-57.

โดยสรุปแล้วจะเห็นว่า กฎหมาย EUCD มีขอบเขตการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีกว้างขวางที่สุด เนื่องจากมาตรการทางเทคโนโลยีซึ่งได้รับความคุ้มครองนั้นรวมถึงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึง และที่ใช้ควบคุมการทำซ้ำทั้งสองประเภท ส่วนการกระทำที่เป็นการต้องห้ามนั้นรวมทั้งการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรง และการจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีอีกด้วย ดังแสดงในตารางที่ 3 นี้

ตารางที่ 3 ขอบเขตการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้กฎหมาย EUCD

EUCD	Act of Circumvention	Trafficking of circumvention devices
Access Control Technological Measure	มาตรา 6 (1)	มาตรา 6 (2)
Copyright Control Technological Measure	มาตรา 6 (1)	มาตรา 6 (2)

ที่มา: WIPO, **Topic 10: IP and the Development of DRM Standards: Co-Existence of DRM and Copyright Limitations** [Online], available URL: http://wipo_ip_cm_7_www_82580.doc, 2009 (July, 10).

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าในการอนุวัติการกฎหมาย EUCD ของประเทศภายในสหภาพยุโรปนั้น บางประเทศก็มิได้เดินตามแนวทางกฎหมายฉบับนี้หากแต่ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีในแนวทางที่ตนเห็นว่าสมควร ตัวอย่างเช่น กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเดนมาร์กซึ่งมีการแก้ไขในปี ค.ศ. 2002 ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีภายในขอบเขตดังต่อไปนี้[1]

[1]Euro-Copyrights, **The Protection of Technological Measures in Europe** [Online], available URL: http://www.euro-copyrights.org/index.php/4/11, 2009 (June, 18).

ใน Danish Copyright Act มาตรา 75 c (1) ได้บัญญัติห้ามมิให้มีการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพโดยปราศจากความยินยอมของเจ้าของลิขสิทธิ์ นอกจากนี้ในมาตรา 75 c (2) (3) ยังได้บัญญัติห้ามมิให้มีการผลิต นำเข้า จำหน่าย โฆษณาเครื่องมือ หรือให้บริการเพื่อช่วยเหลือการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพอีกด้วย

โดยในมาตรา 75 c (4) ยังได้ให้นิยามของคำว่า "มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ" ไว้ว่า มาตรการทางเทคโนโลยีจะมีประสิทธิภาพต่อเมื่อการทำงานตามปกติของเทคโนโลยีดังกล่าวได้ถูกออกแบบมาเพื่อปกป้องงาน และสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีอยู่ตามกฎหมายนี้เท่านั้น ในทางตรงกันข้ามกฎหมายจะไม่ให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีซึ่งนำมาใช้นอกขอบเขตที่กฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติไว้ เช่น มาตรการทางเทคโนโลยีที่นำมาใช้เพื่อควบคุมการท่องอินเทอร์เน็ตหรือป้องกันการถอดรหัสภูมิภาคของสินค้าเป็นต้น นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตที่น่าสนใจว่ามาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงจะไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย-ลิขสิทธิ์ของประเทศเดนมาร์กด้วยเช่นกัน เนื่องจากประเทศนี้เห็นว่า สิทธิในการควบคุมการเข้าถึงมิใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ ดังนั้น มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงจึงไม่สมควรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายนี้ด้วยเช่นกัน[1]

2.2.1.2 การให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลการบริหารสิทธิ

กฎหมาย EUCD มาตรา 7 (1) ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลการบริหารสิทธิมีใจความสำคัญว่า ประเทศสมาชิกต้องจัดให้มีมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อห้ามมิให้บุคคลใดซึ่งรู้ว่าตนได้กระทำการดังต่อไปนี้โดยไม่ได้รับอนุญาต

(1) เอาออก หรือดัดแปลงซึ่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ใด ๆ ในการบริหารสิทธิ

---

[1]นันทน อินทนนท์ และคณะ, เรื่องเดิม.

(2) จำหน่าย นำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย แพร่เสียงแพร่ภาพ เผยแพร่ต่อสาธารณชน หรือจัดให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงงานนั้นได้ หรือกระทำการใด ๆ อันถูกคุ้มครองโดยกฎเกณฑ์นี้ หรือ Directive 96/9/EC (การคุ้มครองฐานข้อมูล) ซึ่งงานที่ได้ถูกเอาออกไปหรือดัดแปลงข้อมูลการบริหารสิทธิไปแล้ว

ซึ่งการกระทำดังกล่าวผู้กระทำได้รู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าเป็นการชักจูงใจ ก่อให้เกิด ทำให้สะดวก หรือปกปิดการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิข้างเคียงตามกฎหมายลิขสิทธิ์ หรือสิทธิตามกฎหมายเฉพาะ[1]

นอกจากนี้ในมาตรา 7 (2) ยังได้บัญญัติต่อไปอีกว่า ข้อมูลการบริหารสิทธิ หมายถึง ข้อมูลใด ๆ ซึ่งทำขึ้นโดยเจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อระบุถึงตัวงานอันมีลิขสิทธิ์ ผู้สร้างสรรค์ ผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ประเภทและเงื่อนไขการใช้งาน ตลอดจนตัวเลขหรือรหัสที่แสดงถึงข้อมูลดังกล่าว โดยข้อมูลเหล่านี้จะต้องเชื่อมต่ออยู่กับสำเนางานหรือปรากฏในการเผยแพร่งานนั้นต่อสาธารณชน

2.2.2 มาตรการลดทอนผลกระทบจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีในทางมิชอบ

ในข้อนี้ผู้ศึกษาจะขอแบ่งแยกการอธิบายออกเป็นสองส่วน โดยในส่วนแรกจะกล่าวถึงมาตรการลดทอนผลกระทบ ซึ่งปรากฏในกฎหมาย EUCD และส่วนที่สองจะกล่าวถึงมาตรการลดทอนผลกระทบที่ปรากฏในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศต่าง ๆ ภายในสหภาพยุโรปดังนี้

2.2.2.1 มาตรการภายในกฎหมาย EUCD

ด้วยความกังวลว่าในท้ายที่สุดแล้วการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีจะกลายมาเป็นอุปสรรคต่อประโยชน์สาธารณะในด้านต่าง ๆ โดยเฉพาะการปิดกั้นโอกาสของสังคมที่จะใช้ประโยชน์จากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น กฎหมาย EUCD จึงได้วางหลักเกณฑ์กว้าง ๆ เกี่ยวกับหน้าที่ของประเทศสมาชิกที่จะต้องไปดำเนินการให้สาธารณชนสามารถใช้ประโยชน์จากข้อจำกัดและข้อยกเว้น

---

[1]นัยชน ตาทอง, เรื่องเดิม, หน้า 109-110.

การละเมิดลิขสิทธิ์ได้โดยไม่มีมาตรการทางเทคโนโลยีขวางกั้นโดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

เริ่มต้นจากมาตรา 6 (4) ได้แบ่งแยกหลักเกณฑ์ซึ่งใช้ควบคุมมาตรการทางเทคโนโลยีออกเป็น 2 ประเภทตามข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ประเภทแรกคือ มาตรการสำหรับข้อยกเว้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public Policy Exceptions) ซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้งานลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์สาธารณะในด้านต่าง ๆ ตัวอย่างเช่น การทำซ้ำโดยห้องสมุดหรือสถาบันการศึกษา หรือการทำซ้ำเพื่อการศึกษาวิจัย ส่วนประเภทที่สอง คือ มาตรการสำหรับข้อยกเว้นการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 (2) (b) อาทิเช่น การทำสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์จำนวนเล็กน้อยเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของผู้ใช้งานลิขสิทธิ์[1]

สำหรับมาตรการซึ่งกฎหมายฉบับนี้นำมาใช้นั้น ในเบื้องต้นอารัมบทข้อที่ (51), (52) ได้บัญญัติให้ประเทศสมาชิกควรส่งเสริมให้มีมาตรการโดยสมัครใจ (Voluntary Measures) จากผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ก่อน ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์นำเอางานของตนออกจำหน่าย โดยมีข้อตกลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกำหนดว่า ผู้ซื้อสามารถส่งจดหมายขอสำเนางานเพิ่มเติมในกรณีที่ต้นฉบับได้รับความเสียหายได้ ในกรณีเช่นว่านี้แม้เจ้าของลิขสิทธิ์จะได้ใช้มาตรการทางเทคโนโลยีห้ามการทำสำเนางานไว้ แต่ผู้ซื้อก็ยังคงสามารถได้รับสำเนางานอีกชุดหนึ่งเพิ่มเติมแทนต้นฉบับที่ได้รับความเสียหายได้[2]

ต่อเมื่อไม่มีมาตรการโดยสมัครใจใด ๆ จากผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์แล้วมาตรา 6 (4) วรรค 1 ได้บัญญัติต่อไปว่า ถ้าเป็นกรณีของข้อยกเว้นเพื่อประโยชน์สาธารณะประเทศสมาชิกต้องจัดให้มีมาตรการที่เหมาะสม (Appropriate Measures) เพื่อให้แน่ใจว่าสาธารณชนจะสามารถได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นและข้อจำกัดการละเมิดลิขสิทธิ์นี้ได้[3]

---

[1]นันทน อินทนนท์ และคณะ, เรื่องเดิม.

[2]เรื่องเดียวกัน.

[3]เรื่องเดียวกัน.

ส่วนในกรณีของข้อยกเว้นการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวนั้นมาตรา 6 (4) วรรค 2 ไม่ได้บัญญัติบังคับไว้ในทำนองเดียวกับวรรคหนึ่งว่าประเทศสมาชิกต้องจัดให้มีมาตรการอย่างหนึ่งอย่างใด แต่ได้กำหนดว่าประเทศสมาชิกอาจจัดให้มีมาตรการเพื่อให้ผู้ได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สามารถเข้าถือเอาประโยชน์จากข้อยกเว้นที่ตนมีอยู่ก็ได้ ทั้งนี้โดยต้องคำนึงถึงการจ่ายค่าตอบแทนที่เป็นธรรมให้แก่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย[1]

อย่างไรก็ตาม มาตรการตามมาตรา 6 (4) วรรค 2 ที่จะนำมาใช้นี้ก็มีข้อจำกัดอยู่ว่าต้องไม่เป็นการขัดขวางเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะใช้วิธีการที่เหมาะสมเพื่อจำกัดจำนวนการทำซ้ำ นอกจากนี้ในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้จัดให้มีการใช้ประโยชน์จากข้อยกเว้นนี้ในขอบเขตที่จำเป็นอยู่แล้ว หรือในกรณีที่งานนั้นอยู่ในลักษณะ On-demand Services โดยมีข้อตกลงในสัญญาบังคับไว้มาตรการเช่นว่านี้ก็จะไม่นำมาใช้บังคับเช่นกัน[2]

2.2.2.2 มาตรการของประเทศภายในสหภาพยุโรป

เนื่องจากสหภาพยุโรปประกอบไปด้วยประเทศสมาชิกต่าง ๆ ซึ่งมีความหลากหลายทั้งทางระบบกฎหมาย และเหตุผลทางสังคมในแต่ละประเทศ ดังนั้น จึงทำให้ในการอนุวัติเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย EUCD มาตรา 6 (4) นั้นมีรูปแบบของมาตรการทางกฎหมายที่แตกต่างกันไปซึ่งพอสรุปได้ดังนี้

1) มาตรการทางศาล (Judicial Sanction Model) ได้แก่ กฎหมายของประเทศไอร์แลนด์ซึ่งบัญญัติว่า ในกรณีผู้ที่ได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไม่สามารถเข้าถือเอาประโยชน์จากข้อยกเว้นที่ตนมีอยู่ได้เนื่องจากมีมาตรการทางเทคโนโลยีขวางกั้นไว้ ผู้ได้รับประโยชน์มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลสูง (High Court) เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้เจ้าของลิขสิทธิ์กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้ตนสามารถใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นได้[3]

---

[1]นัยชน ตาทอง, เรื่องเดิม, หน้า 107.

[2]EUCD มาตรา 6 (4) ประกอบอารัมบทข้อ (53).

[3]นันทน อินทนนท์ และคณะ, เรื่องเดิม.

2) มาตรการทางฝ่ายบริหาร (Administrative Sanction Model)[1] ได้แก่ กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเดนมาร์ก และประเทศอังกฤษซึ่งให้สิทธิแก่ผู้ที่ได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สามารถที่จะร้องเรียนต่อฝ่ายบริหารในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ใช้มาตรการทางเทคโนโลยีไปในทางจำกัดสิทธิที่เขามีอยู่ได้ นอกจากนี้เมื่อฝ่ายบริหารมีคำสั่งไปในทางใดแล้ว หากคู่กรณีฝ่ายใดไม่พอใจก็ชอบที่จะอุทธรณ์คำสั่งนั้นต่อศาลได้อีกด้วย

และเมื่อกล่าวโดยเฉพาะถึงกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเดนมาร์กแล้วในมาตรา 75 (d) ของกฎหมายฉบับนี้ยังได้บัญญัติให้ในกรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้นควรให้ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ได้รับประโยชน์ได้มีการทำความตกลงกันเองก่อน ต่อเมื่อไม่สามารถตกลงกันได้แล้วกฎหมายจึงให้สิทธิแก่ผู้ได้รับประโยชน์ที่จะร้องเรียนต่อ “Copyright License Tribunal” เพื่อให้วินิจฉัยต่อไป

เมื่อได้รับคำร้องเรียนคณะกรรมการก็จะทำการวินิจฉัยเป็นรายกรณีไป โดยอาจมีคำสั่งอย่างใดดังต่อไปนี้ เช่น การสั่งให้เจ้าของลิขสิทธิ์มอบกุญแจซึ่งใช้สำหรับในการถอดรหัสให้แก่ผู้ได้รับประโยชน์ การทำให้งานสามารถใช้ประโยชน์ได้ในรูปแบบที่มิใช่ดิจิตอล หรืออาจสั่งให้เจ้าของลิขสิทธิ์จัดหาเครื่องมือที่ใช้สำหรับการถอดรหัส เป็นต้น และถ้าหากว่าผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ดำเนินการตามคำสั่งของคณะกรรมการนี้ภายใน 4 สัปดาห์ กฎหมายก็ได้ให้อำนาจแก่ผู้ได้รับประโยชน์ที่จะหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้นเองได้

แต่อย่างไรก็ดีมีข้อสังเกตว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเดนมาร์กไม่ได้กำหนดบทลงโทษไว้ในกรณีที่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ฝ่าฝืนไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว ซึ่งต่างกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสเปนที่กำหนดให้มีโทษปรับวันละ 6,000 ยูโรสำหรับผู้ที่ไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการในทำนอง

---

[1]The Foundation for Information Policy Research, **Implementing the EU Copyright Directive** [Online], available URL: http://www.fipr.org/copyright/guide/eucd-guide.pdf, 2010 (January, 9).

เดียวกันนี้[1] นอกจากนี้มาตรา 75 (d) ก็จะไม่นำมาใช้บังคับถ้าหากว่าเป็นข้อยกเว้นสำหรับการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัว ซึ่งทำให้มีผู้วิจารณ์ว่าการที่กฎหมายไม่ครอบคลุมถึงการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวเช่นนี้ จะเป็นการผลักดันให้ผู้ใช้งานลิขสิทธิ์จำเป็นต้องหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยวิธีการที่ไม่ชอบเนื่องจากไม่มีช่องทางที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น จึงสมควรบัญญัติให้การใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการนี้ด้วย

3) สิทธิในการหลีกเลี่ยง (Right-to-Circumvent Model) ได้แก่ กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอิตาลี ซึ่งอนุญาตให้ผู้มีสิทธิใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์สามารถที่จะทำซ้ำงานนั้นเพื่อการใช้ในประโยชน์ส่วนตัวได้จำนวน 1 สำเนาในรูปแบบอนาล็อก ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงว่างานนั้นจะมีมาตรการทางเทคโนโลยีผนวกมาด้วยหรือไม่[2] นอกจากนี้หากมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีคู่กรณีอาจนำข้อพิพาทดังกล่าวเสนอต่อ "Permanent Copyright Consulting Committee" เพื่อให้เป็นผู้วินิจฉัย และถ้าหากคู่กรณียังไม่พอใจคำวินิจฉัยดังกล่าวก็อาจอุทธรณ์คำวินิจฉัยนั้นต่อศาลได้อีกด้วย[3]

4) สิทธิในการเรียกร้อง (Right-to-Claim Model) ได้แก่ กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมันซึ่งไม่อนุญาตให้มีการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีในทำนองเดียวกับกฎหมายของประเทศอิตาลี แต่ในมาตรา 95 b ได้บัญญัติให้ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์มีหน้าที่จัดหาวิธีการที่เหมาะสมเพื่อให้ผู้ที่ได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น การใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวสามารถที่จะใช้ประโยชน์จากข้อยกเว้นดังกล่าวได้ นอกจากนี้มาตรา 95 b ยังได้บัญญัติต่อไปอีกว่าข้อตกลงในสัญญาใด ๆ ซึ่งออกมาเพื่อยกเว้นหน้าที่ในข้อนี้ไม่มีค่าบังคับและเป็นโมฆะ[4]

---

[1]กฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศสเปน, มาตรา 174.

[2]นันทน อินทนนท์ และคณะ, เรื่องเดิม.

[3]The Foundation for Information Policy Research, op. cit., p. 89.

[4]German Copyright Act, Section 95 b.

ส่วนในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ข้างต้นก็จะมีโทษปรับ[1] และผู้ได้รับประโยชน์อาจเรียกร้องให้เจ้าของลิขสิทธิ์ส่งมอบงานที่อยู่ในรูปแบบอนาล็อกให้แก่ตนได้ ถ้าหากว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ยังคงฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามข้อเรียกร้องนี้ผู้ได้รับประโยชน์ก็อาจฟ้องร้องเจ้าของลิขสิทธิ์ต่อศาลได้

นอกจากนี้ในมาตรา 95 d ยังได้กล่าวถึงมาตรการเสริมซึ่งไม่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย EUCD ด้วยการกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งใช้มาตรการทางเทคโนโลยีต้องติดฉลาก (Labeling) เพื่อแจ้งให้ผู้ใช้งานทราบว่าสินค้าที่เขาซื้อมานั้นมีการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีซึ่งอาจมีการจำกัดสิทธิการใช้งานบางประเภทที่ผู้ใช้งานคาดหวังไว้ อีกทั้งยังต้องแสดงถึงชื่อและที่อยู่เจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อให้ผู้ใช้งานได้รู้ถึงตัวบุคคลที่ตนจะใช้สิทธิเรียกร้องตามมาตรา 95 b อีกด้วย ซึ่งการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในข้อนี้ต้องรับโทษปรับ[2]

2.2.3 สิทธิของผู้ใช้งานลิขสิทธิ์

หลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวถือเป็นประเด็นหนึ่งที่ถูกโต้เถียงมาอย่างยาวนานในกระบวนการนิติบัญญัติของสหภาพยุโรป โดยมีข้อสรุปพื้นฐานบางประการนับแต่ในปี ค.ศ. 1969 ว่า (1) เป็นอิสระของแต่ละประเทศที่จะกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวสำหรับกฎหมายภายในของตน แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้หลัก Three-Step-Test ของอนุสัญญากรุงเบอร์น และ (2) จะต้องมีการนำเอาระบบการจัดเก็บค่าตอบแทนการใช้ลิขสิทธิ์ (Levy System) บนอุปกรณ์บันทึกงานมาใช้เพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย

ต่อมาเมื่อมีการจัดทำข้อบังคับของสหภาพยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (Computer Program Directive) และว่าด้วยการคุ้มครองฐานข้อมูล (Database Directive) ในปี ค.ศ. 1991 และ 1996 ตามลำดับ ได้มีการกล่าวถึงบทบัญญัติบางมาตราซึ่งเป็นแนวคิดที่น่าสนใจสำหรับสิทธิของผู้ใช้งานลิขสิทธิ์ คือ การบัญญัติให้สิทธิแก่ผู้ใช้โดยชอบด้วยกฎหมายที่จะใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือฐานข้อมูล

---

[1]German Copyright Act, Section 111a (1) No. 2.

[2]Ibid., Section 111a (1) No. 3.

ไปในทางซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่ตนคาดหวังไว้ได้[1] นอกจากนี้ยังให้สิทธิที่จะทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อเก็บไว้ใช้ในกรณีที่ต้นฉบับเสียหาย (Back-up Copy)[2] ได้อีกด้วย

แต่เป็นที่น่าเสียดายว่าบทบัญญัติข้างต้นไม่ได้ถูกนำมาสานต่อในจัดทำกฎหมาย EUCD ซึ่งมีการบัญญัติขึ้นในภายหลัง โดยผู้ร่างกฎหมายได้เลือกที่จะสร้างหลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวขึ้นแทน ดังที่ปรากฏในมาตรา 5 (2) (b) ซึ่งมีใจความว่า ประเทศสมาชิกอาจบัญญัติให้มีข้อยกเว้น หรือข้อจำกัดสำหรับการทำซ้ำสื่อรูปแบบต่าง ๆ ที่บุคคลธรรมดากระทำขึ้นเพื่อการใช้ในประโยชน์ส่วนตัว โดยไม่มีวัตถุประสงค์ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมเพื่อประโยชน์ในทางการค้าได้ แต่ทั้งนี้โดยมีเงื่อนไขว่าผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องได้รับค่าตอบแทนที่เป็นธรรมโดยพิจารณาถึงกรณีที่มีการใช้หรือไม่ใช้มาตรการทางเทคโนโลยีตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 6 ประกอบด้วย

ซึ่งจากมาตรา 5 (2) (b) นี้หมายความว่า ผู้ใช้งานลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาที่มิใช้บริษัท หรือนิติบุคคลต่าง ๆ สามารถที่จะทำซ้ำงานทั้งที่อยู่ในรูปแบบอนาล็อกและรูปแบบดิจิตอลเพื่อการใช้ในประโยชน์ส่วนตัวประเภทต่าง ๆ ได้ ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในประเทศของตนแต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า

(1) การใช้ดังกล่าวต้องไม่มีวัตถุประสงค์ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมเพื่อประโยชน์ในทางการค้า เช่น ผู้ใช้จะนำเอางานที่ตนบันทึกไว้เพื่อดูในครัวเรือนมาเปิดในร้านอาหารของตนเพื่อดึงดูดให้ลูกค้าเข้าทานอาหารมิได้ เพราะถือว่าเป็นการใช้โดยมีวัตถุประสงค์ในทางการค้าแล้ว

(2) ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องได้รับค่าตอบแทนที่เป็นธรรมจากการใช้งานดังกล่าว ทั้งนี้โดยต้องคำนึงด้วยผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อการคุ้มครองงานนั้นด้วยหรือไม่ กล่าวคือ เนื่องจากระบบการจัดเก็บค่าตอบแทนการใช้ลิขสิทธิ์ (Levy System) มีวัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่

---

[1]Computer Program Directive, Article 5 (1); Database Directive, Article 6 (1).

[2]Computer Program Directive, Article 5 (1).

ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์อันเนื่องมาจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยใช้เทคโนโลยีสมัยใหม่ ดังนั้น เมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์นำเอามาตรการทางเทคโนโลยีซึ่งสามารถลดปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพมาใช้แล้ว ค่าตอบแทนที่จ่ายเพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งนำเอามาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้ ย่อมต้องน้อยลงยิ่งกว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ไม่นำเอามาตรการทางเทคโนโลยีมาใช้

(3) การใดที่จะเป็นการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวตามที่บัญญัติในมาตรา 5 (2) (b) ได้นั้นยังต้องอยู่ในบังคับของมาตรา 5 (5) ซึ่งนำเอาหลัก Three-Step-Test ในทำนองเดียวกับอนุสัญญากรุงเบอร์นมาตรา 9 (2) และความตกลง ทริปส์มาตรา 13 มาใช้บังคับอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการบัญญัติมาตรา 5 (2) (b) ออกมาใช้บังคับแล้ว แต่บางประเทศภายในสหภาพยุโรปก็ไม่ได้นำเอาหลักการนี้มาบัญญัติเป็นกฎหมายภายในของตนอย่างใด ดังนั้น จึงทำให้หลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวภายในสหภาพยุโรปยังคงมีความแตกต่างกันอยู่อย่างมาก ดังที่เห็นได้จากกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์นี้ในขอบเขตที่คับแคบมาก โดยอนุญาตให้ทำได้เฉพาะในกรณีของการบันทึกงานแพร่เสียงแพร่ภาพที่มีการออกอากาศเพื่อนำมาดูหรือฟังในภายหลัง (Time-shifting) เท่านั้น[1]

ในทางกลับกันกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสวิสเซอร์แลนด์ซึ่งไม่ได้เป็นหนึ่งในสมาชิกของสหภาพยุโรปกลับกล่าวถึงหลักการนี้ไว้อย่างกว้างขวาง โดยในมาตรา 19 (1) ของกฎหมายนี้ได้อนุญาตให้ผู้ใช้งานลิขสิทธิ์สามารถทำซ้ำทั้งหมดของงานที่อยู่ในรูปแบบอนาล็อกและดิจิตอลได้ เพื่อการใช้ในประโยชน์ส่วนตัว รวมถึงการใช้งานในระหว่างกลุ่มบุคคลผู้ใกล้ชิดไม่ว่าจะเป็นญาติหรือเพื่อนสนิท และในบางกรณียังขยายรวมถึงบุคคลที่สามด้วย[2]

---

[1]Copyright Designs and Patents Act 1988, Article 70.

[2]Urs Gasser and Silke Ernst, **EUCD Best Practice Guide: Implementing the EU Copyright Directive in the Digital Age** [Online], available URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=952561, 2009 (April, 18).

โดยบทบัญญัติที่กว้างขวางเช่นนี้สอดคล้องกับคำพิพากษาศาลประเทศฝรั่งเศสซึ่งเคยวินิจฉัยว่าการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นการใช้โดยบุคคลผู้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือการสมรสเท่านั้น แต่อาจเป็นการใช้โดยบุคคลจำนวนหนึ่งในสถานที่ซึ่งสามารถควบคุมดูแลได้ก็ได้[1] นอกจากนี้คำพิพากษาศาลสูงสุดของประเทศเบลเยียมก็ได้วินิจฉัยว่าการแบ่งปันงานกันระหว่างเพื่อนร่วมงานเพียง 4 คน ถือว่าเป็นการใช้ในทางส่วนตัวและระหว่างบุคคลผู้ใกล้ชิด ซึ่งมีผู้ให้ความเห็นสนับสนุนคำพิพากษานี้ว่าการสื่อสารงานกันระหว่างบุคคลในครอบครัวนี้ควรที่จะหมายความรวมถึง กลุ่มบุคคลผู้มีความสัมพันธ์ในทำนองเดียวกับครอบครัว โดยอาจตั้งอยู่บนพื้นฐานความสัมพันธ์ทางสังคมด้วย อย่างไรก็ตาม ความหมายตรงนี้ต้องไม่เกินเลยไปถึงการแลกเปลี่ยนข้อมูลในระบบเครือข่ายอย่าง Peer-to-Peer และ File-Sharing เป็นต้น[2]

2.2.4 การทำสัญญายกเว้นหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัว

แม้ว่ากฎหมาย EUCD จะบัญญัติรับรองหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวไว้ในมาตรา 5 (2) (b) แต่ก็ไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าบทบัญญัติในมาตรานี้มีสถานะเป็นข้อกฎหมายซึ่งไม่สามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้ (Jus Cogen) หรือไม่ ซึ่งไม่สามารถตกลงยกเว้นโดยสัญญาได้หรือไม่[3] ต่างกับข้อบังคับของสหภาพยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (Computer Program Directive) และว่าด้วยการคุ้มครองฐานข้อมูล (Database Directive) ซึ่งตราขึ้นมาก่อนหน้านี้ที่มีบทบัญญัติกล่าวไว้โดยชัดแจ้งว่า สัญญาใดที่ตกลงกันขัดต่อบทบัญญัติว่าด้วยการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวตามที่ข้อบังคับนี้บัญญัติไว้ไม่มีผลบังคับและตกเป็นโมฆะ[4]

---

[1]จันทิมา ธนาสว่างกุล, เรื่องเดิม, หน้า 147.

[2]Gasser and Ernst, op. cit., p. 11.

[3]Natali Helberger and P. Bernt Hugenholtz, **No Place Like Home for Making a Copy: Private Copying in European Copyright Law and Consumer Law** [Online], available URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id =1012305, 2009 (April, 22).

[4]Computer Program Directive, Article 9 (1); Database Directive, Article 15.

ซึ่งผลจากการที่กฎหมาย EUCD ไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนนี้เอง จึงทำให้ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปนำเอามาตรานี้มาปรับใช้ในแนวทางที่แตกต่างกันออกไป โดยมีบางประเทศกล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวเป็นบทบัญญัติซึ่งไม่สามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ ตัวอย่างเช่น กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเบลเยียมฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1998 ได้บัญญัติให้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เกือบทั้งหมดภายในกฎหมายนี้รวมถึงข้อยกเว้นสำหรับการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวเป็นบทบัญญัติซึ่งไม่สามารถตกลงยกเว้นโดยสัญญาได้ นอกจากนี้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศโปรตุเกสก็ได้บัญญัติในทำนองเดียวกันว่า ข้อตกลงในสัญญาใดที่มีผลเป็นการยกเว้นหลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมไม่มีผลใช้บังคับและตกเป็นโมฆะ[1]

2.3 กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศออสเตรเลีย

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศออสเตรเลียมีการประกาศใช้เป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1869 โดยนำหลักการมาจากกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ และหลังจากนั้นก็มีการแก้ไขกฎหมายต่อมาอีกหลายครั้งเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป โดยการแก้ไขครั้งสำคัญเพื่อให้สอดรับกับการพัฒนาของเทคโนโลยีดิจิตอลนั้นอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ช่วง ช่วงแรก คือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1968 ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 2000 หรือที่เรียกว่า Digital Agenda Act โดยเป็นการแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการของสนธิสัญญา WCT และ WPPT ซึ่งได้มีการบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่ลิขสิทธิ์ในรูปแบบใหม่ ๆ เช่น การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี และข้อมูลเพื่อการบริหาร-สิทธิอิเล็กทรอนิกส์เป็นต้น

ในช่วงที่สอง คือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1968 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2006 ซึ่งเป็นผลมาจากการทำข้อตกลงการค้าเสรีระหว่างประเทศออสเตรเลียและประเทศสหรัฐ (Australia-United States Free Trade Agreement--AUSFTA) ทำให้ประเทศออสเตรเลียมีข้อผูกพันต้องแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ของตนหลายประการ เช่น การยกระดับความคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีให้สูงขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมาย DMCA ของประเทศ

---

[1]Helberger and Hugenholtz, op. cit., p. 1075.

สหรัฐ[1] นอกจากนี้ยังได้มีการเพิ่มเติมข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวกับการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวขึ้นมาอีกหลายประการ

2.3.1 การให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอล

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศออสเตรเลียได้ให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอลโดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภทตามรูปแบบการใช้งานกล่าวคือ ในฐานะมาตรการทางเทคโนโลยีประเภทหนึ่ง และในฐานะข้อมูลการบริหาร-สิทธิอิเล็กทรอนิกส์อีกประเภทหนึ่งดังนี้

2.3.1.1 การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี

พัฒนาการของการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีภายในประเทศออสเตรเลีย นับเป็นตัวอย่างที่ดีอันแสดงให้เห็นว่า แรงผลักดันทางการเมืองระหว่างประเทศได้ส่งผลต่อพัฒนาการของกฎหมายลิขสิทธิ์อย่างไร โดยแต่เดิมนั้นกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศออสเตรเลียฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 2000 ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีอยู่ก่อนแล้ว โดยบัญญัติให้เฉพาะการจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีประเภทควบคุมการเข้าถึงและควบคุมการทำซ้ำที่เป็นการต้องห้าม ส่วนการกระทำที่เป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรงนั้นไม่ได้ต้องห้ามตามกฎหมายฉบับนี้แต่อย่างใด

แต่ต่อมาเมื่อประเทศออสเตรเลียทำข้อตกลงการค้าเสรีกับประเทศสหรัฐแล้ว จึงส่งผลให้ต้องยกระดับการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีของตนให้สูงขึ้นทัดเทียมกับประเทศสหรัฐ ดังที่เห็นได้จากกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศ-ออสเตรเลียฉบับแก้ไข ค.ศ. 2006 ได้บัญญัติเพิ่มเติมให้ทั้งการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรง และการจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเป็นการกระทำที่ต้องห้ามในทำนองเดียวกับกฎหมาย DMCA ของประเทศสหรัฐ กล่าวคือ

---

[1]นัยชน ตาทอง, เรื่องเดิม, หน้า 87-88.

1) การห้ามหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรง[1]

ในมาตรา 116AN ได้บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ควบคุมการเข้าถึง ซึ่งใช้ปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าการกระทำดังกล่าวจะมีผลเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีนั้น โดยมีข้อสังเกตว่า มาตรการทางเทคโนโลยีซึ่งจะได้รับความคุ้มครองตามมาตรานี้ต้องเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์เท่านั้น ดังนั้น มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ปกป้องงานอันไม่มีลิขสิทธิ์หรือตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินไปแล้วจะไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้

และมาตรการทางเทคโนโลยีประเภทควบคุมการเข้าถึง (Access Control Technological Protection Measure) เท่านั้นจึงจะได้รับความคุ้มครอง โดยในมาตรา 10 (1) ได้ให้นิยามของคำว่า "มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึง" ไว้ว่าหมายถึง เครื่องมือ อุปกรณ์ เทคโนโลยี หรือส่วนประกอบต่าง ๆ รวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เจ้าของลิขสิทธิ์ หรือผู้ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้ในขอบเขตของลิขสิทธิ์ โดยการทำงานตามปกติของเทคโนโลยีดังกล่าวต้องเป็นไปเพื่อควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นด้วย

นอกจากนี้ในมาตราดังกล่าวยังได้บัญญัติต่อไปด้วยว่า มาตรการทางเทคโนโลยีดังต่อไปนี้จะไม่ได้รับความคุ้มครอง คือ (1) เครื่องมือ อุปกรณ์ เทคโนโลยี หรือส่วนประกอบที่ใช้เพื่อควบคุมการแบ่งแยกตลาด (Controls Geographic Market Segmentation) เพื่อป้องกันการนำกลับเข้ามาจากต่างประเทศโดยไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับงานภาพยนตร์ โปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือเกมคอมพิวเตอร์ หรือ (2) โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ใช้จำกัดการใช้สินค้าหรือบริการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของเครื่องจักรหรืออุปกรณ์ต่าง ๆ ก็จะไม่ได้รับการคุ้มครองด้วยเช่นกัน

2) การห้ามจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี[2]

---

[1]นัยชน ตาทอง, เรื่องเดียวกัน, หน้า 88-89.

[2]เรื่องเดียวกัน, หน้า 91-92.

หลักเกณฑ์ว่าด้วยการห้ามจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของออสเตรเลียนั้นอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ

(1) การห้ามผลิตเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี โดยในมาตรา 116AO ได้กำหนดห้ามมิให้บุคคลใดผลิต นำเข้า จำหน่าย เสนอหรือจัดหาไว้ให้ซึ่งเครื่องมือหรืออุปกรณ์แก่บุคคลอื่น โดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าเครื่องมือหรืออุปกรณ์นั้นเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้สำหรับปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์

(2) การห้ามมีการให้บริการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี โดยในมาตรา 116AP ได้กำหนดห้ามมิให้บุคคลใดจัดหาให้ หรือเสนอให้ซึ่งบริการแก่สาธารณชนหรือบุคคลอื่น โดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าบริการนั้นใช้สำหรับหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์

นอกจากนี้ในมาตรา 10 (1) ยังได้ให้นิยามศัพท์แก่คำว่ามาตรการทางเทคโนโลยี หมายถึง (1) มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึง หรือ (2) เครื่องมือ อุปกรณ์เทคโนโลยี ตลอดถึงส่วนประกอบต่าง ๆ (รวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์) ที่ใช้โดยเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยการทำงานตามปกติของเทคโนโลยีนั้นต้องเป็นไปเพื่อป้องกัน ห้าม หรือจำกัดการกระทำต่าง ๆ ซึ่งอยู่ในขอบเขตของลิขสิทธิ์ เช่น มาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการทำซ้ำเป็นต้น

กล่าวโดยสรุปแล้ว จะเห็นว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของออสเตรเลียได้บัญญัติให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีในทำนองเดียวกับกฎหมาย DMCA ของประเทศสหรัฐ กล่าวคือ (1) การห้ามมิให้มีการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึง และ (2) การห้ามมิให้มีการผลิตเครื่องมือหรือให้บริการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีทั้งในประเภทควบคุมการเข้าถึงงาน และควบคุมการทำซ้ำ ดังแสดงในตารางที่ 4

ตารางที่ 4 ขอบเขตการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศออสเตรเลีย

Copyright Act 2006	Act of Circumvention	Trafficking of Circumvention Devices
Access Control Technological Measure	มาตรา 116 AN	มาตรา 116 AO, 116 AP
Copyright Control Technological Measure	ไม่คุ้มครอง	มาตรา 116 AO, 116 AP

2.3.1.2 การคุ้มครองข้อมูลการบริหารสิทธิอิเล็กทรอนิกส์

ในมาตรา 10 ได้ให้ความหมายของคำว่า "ข้อมูลการบริหาร-สิทธิอิเล็กทรอนิกส์" (Electronic Rights Management Information) หมายถึง ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่แนบอยู่ รวมอยู่ หรือที่ปรากฏในสำเนาหรือส่วนหนึ่งของงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยเป็นข้อมูลที่ระบุถึงตัวงาน เจ้าของลิขสิทธิ์ ข้อกำหนดหรือเงื่อนไขการใช้งานลิขสิทธิ์ ซึ่งข้อมูลต่าง ๆ เหล่านี้รวมถึงข้อมูลที่อยู่ในรูปแบบของตัวเลขหรือรหัสต่าง ๆ ด้วย[1]

ส่วนการกระทำแก่ข้อมูลการบริหารสิทธิอิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นการต้องห้ามนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 กรณีดังนี้[2]

(1) มาตรา 116B ห้ามมิให้บุคคลใดเอาออกไปซึ่งข้อมูลการบริหารสิทธิอิเล็กทรอนิกส์จากสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์ หรือเปลี่ยนแปลงข้อมูลเพื่อการบริหารสิทธิอิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้องกับงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยบุคคลนั้นไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ และได้กระทำไปโดยรู้หรือมีเหตุอันควรจะรู้ว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นการทำให้เกิด ให้ความสะดวก หรือปกปิดการละเมิดลิขสิทธิ์

(2) มาตรา 116C ห้ามมิให้บุคคลใดจำหน่าย นำเข้า หรือเผยแพร่ออกสู่สาธารณชนซึ่งงานที่ถูกเอาออกไปหรือเปลี่ยนแปลงข้อมูลการบริหารสิทธิ

---

[1]นัยชน ตาทอง, เรื่องเดียวกัน, หน้า 94.

[2]เรื่องเดียวกัน, หน้า 96-97.

อิเล็กทรอนิกส์ โดยบุคคลเหล่านั้นรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่ามีการเอาออกไปหรือเปลี่ยนแปลงข้อมูลการบริหารสิทธิอิเล็กทรอนิกส์แล้ว และ

(3) มาตรา 116CA ห้ามมิให้บุคคลใดจำหน่าย หรือนำเข้าข้อมูลการบริหารสิทธิอิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกเอาออกไปหรือเปลี่ยนแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ โดยบุคคลเหล่านั้นรู้หรือมีเหตุอันสมควรรู้ว่าเป็นข้อมูลการบริหารสิทธิอิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกเอาออกไปหรือเปลี่ยนแปลงแล้ว และนอกจากนี้ยังต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ด้วยว่าการจำหน่าย หรือนำเข้าดังกล่าวเป็นการทำให้เกิด ให้ความสะดวก หรือปกปิดการละเมิดลิขสิทธิ์

2.3.2 มาตรการลดทอนผลกระทบจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีในทางมิชอบ[1]

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศออสเตรเลียมีมาตรการซึ่งสามารถลดทอนผลกระทบจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีได้ 2 ประการดังนี้

ประการแรก ข้อยกเว้นสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรง ได้แก่กรณีต่าง ๆ ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 116AN ดังต่อไปนี้ (1) การกระทำโดยได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ (2) การทำให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์สามารถทำงานเชื่อมต่อเข้ากันได้ (Interoperability) (3) การศึกษา วิจัยการเข้ารหัส (4) การทดสอบระบบรักษาความปลอดภัยของคอมพิวเตอร์ (5) การใช้งานข้อมูลออนไลน์ส่วนบุคคล (6) การบังคับใช้กฎหมายและรักษาความปลอดภัยของประเทศ (7) การกระทำของห้องสมุด หรือสถาบันการศึกษาที่มิใช่เพื่อการแสวงหากำไร และ (8) การบรรยายหลักเกณฑ์ต่าง ๆ[2]

โดยมีข้อสังเกตว่า ข้อยกเว้นตามที่กล่าวมาข้างต้นมีลักษณะในทำนองเดียวกับกฎหมาย DMCA ของสหรัฐ คือ การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมประเภทต่าง ๆ ไม่ถือว่าเป็นข้อยกเว้นสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีอยู่ในตัว ดังนั้น แม้ว่าผู้ใช้งานลิขสิทธิ์จะหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อใช้งานสำหรับประโยชน์

---

[1]นัยชน ตาทอง, เรื่องเดียวกัน, หน้า 90-93.

[2]เรื่องเดียวกัน, หน้า 90.

ส่วนตัวก็ยังคงเป็นความผิดตามมาตรานี้อยู่ เนื่องจากการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวไม่ได้เป็นข้อยกเว้นสำหรับการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีแต่อย่างใด

ประการที่สอง ข้อยกเว้นความรับผิดสำหรับการผลิตเครื่องมือหรือให้บริการเพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ได้แก่กรณีต่าง ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 116A0 และ 116AP ดังต่อไปนี้ เช่น (1) การทำให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์สามารถทำงานเชื่อมต่อเข้ากันได้ (Interoperability) (2) การศึกษาและวิจัยการเข้ารหัส (3) การทดสอบระบบรักษาความปลอดภัยของคอมพิวเตอร์ (4) การบังคับใช้กฎหมายและรักษาความปลอดภัยของประเทศ (5) การพิสูจน์พยานหลักฐานของจำเลยที่เกี่ยวกับข้อยกเว้นอื่น ๆ ที่กล่าวมาข้างต้น

2.3.3 สิทธิของผู้ใช้งานลิขสิทธิ์

การแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศออสเตรเลียในปี ค.ศ. 2006 นอกจากจะทำให้บทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการทางเทคโนโลยีมีระดับมาตรการคุ้มครองที่เข้มงวดขึ้นแล้ว ในอีกทางหนึ่งยังได้เพิ่มเติมข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวกับการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวขึ้นมาใหม่อีกหลายประการ ทั้งนี้เพื่อปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับพฤติกรรมการใช้งานลิขสิทธิ์ของผู้ใช้ที่เปลี่ยนแปลงไปในปัจจุบันอันเนื่องมาจากการพัฒนาทางเทคโนโลยีดังนี้

1) การบันทึกงานแพร่เสียงแพร่ภาพเพื่อนำกลับมาชมในเวลาที่ตนสะดวก (Time-shifting)[1]

[1]Australian Copyright Council, **"Private use" Copying: Time-, format-& Space-shifting** [Online], available URL: http://www.copyright.org.au/g097.pdf, 2009 (December, 19); Attorney-General's Department, **New Australian Copyright Laws: Time-shifting** [Online], available URL: http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Copyright_IssuesandReviews_CopyrightAmendmentAct2CopyrightAmendmentAct2006-Factsheets, 2009 (Decembe, 19).

มาตรา 111 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ Time-shifting มีใจความไว้ว่า บุคคลใด ๆ สามารถที่จะบันทึกภาพยนตร์ หรืองานบันทึกเสียงที่ออกอากาศทางสถานีวิทยุ หรือโทรทัศน์เพื่อการนำกลับมาชมหรือฟังในภายหลังเวลาที่ตนสะดวกได้ สำหรับการใช้ประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลในครอบครัว ตัวอย่างเช่น ผู้ชมรายการโทรทัศน์อาจบันทึกรายการโปรดของตนที่ไม่สามารถชมในเวลาที่รายการออกอากาศได้ เพื่อนำกลับมาชมในวันหยุดสุดสัปดาห์กับบุคคลครอบครัวเป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติในมาตรานี้ก็มีข้อจำกัดอยู่หลายประการที่ไม่สามารถให้ทำได้ ดังต่อนี้

(1) ประเภทของงานที่สามารถบันทึกได้ต้องเป็นงานแพร่เสียงแพร่ภาพซึ่งออกอากาศทางสถานีวิทยุ หรือโทรทัศน์เท่านั้น ดังนั้น การบันทึกงานที่เผยแพร่ในช่องอื่น เช่น อินเทอร์เน็ตจึงไม่สามารถที่จะทำได้

(2) ผู้ที่จะได้อ้างประโยชน์จากข้อยกเว้นนี้ได้ต้องเป็นบุคคลที่สามารถเข้าถึงงานนั้นได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น ถ้าเป็นการบันทึกรายการโทรทัศน์ของสถานีประเภทเสียค่าบริการรายเดือน ผู้เป็นสมาชิกโดยถูกต้องเท่านั้นจึงจะสามารถบันทึกรายการโทรทัศน์นี้ได้

(3) วัตถุประสงค์การใช้งานต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลในครอบครัวเท่านั้น ดังนั้น การกระทำดังต่อไปนี้จึงไม่สามารถทำได้ เช่น ขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า เผยแพร่เพื่อประโยชน์ในทางการค้า หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน เป็นต้น

2) การทำสำเนางานให้อยู่ในรูปแบบที่แตกต่างกันเพื่อการใช้ในประโยชน์ส่วนตัว (Format-shifting)[1]

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศออสเตรเลียอนุญาตผู้เป็นเจ้าของสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบในประเภทที่กฎหมายระบุไว้ สามารถที่จะทำสำเนางานของตน

---

[1]Australian Copyright Council, ibid.; Attorney-General's Department, **New Australian Copyright Laws: Format-shifting** [Online], Available URL: http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Copyright_Issuesand Reviews_Copyright AmendmentAct 2006-Factsheets, 2009 (December, 19).

ให้อยู่ในรูปแบบที่แตกต่างกันออกไปเพื่อการใช้ประโยชน์สำหรับตนเองหรือบุคคลในครอบครัวได้ดังต่อไปนี้

(1) มาตรา 43C อนุญาตให้ผู้เป็นเจ้าของสำเนางานในหนังสือ หนังสือพิมพ์ หรือนิตยสารสามารถที่จะทำสำเนางานของตนให้อยู่ในรูปที่แตกต่างกันออกไปได้ เช่น การสแกนบทความในหนังสือให้อยู่ในรูปแบบดิจิตอลและนำมาเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลเพื่อนำมาใช้อ้างอิงในภายหลัง

(2) มาตรา 47J อนุญาตให้ผู้เป็นเจ้าของสำเนาภาพถ่ายสามารถที่จะกระทำดังต่อไปนี้ได้ คือ ทำสำเนาภาพถ่ายต้นฉบับที่อยู่ในรูปแบบของกระดาษหรือวัตถุอื่นที่สามารถจับต้องได้ให้มาอยู่ในรูปแบบดิจิตอล เช่น การสแกนภาพถ่ายเพื่อนำมาเก็บในเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือในกรณีที่ต้นฉบับอยู่ในรูปแบบดิจิตอลก็สามารถทำให้มาอยู่ในรูปแบบของวัสดุที่สามารถจับต้องได้ เช่น การพิมพ์ภาพถ่ายในเครื่องคอมพิวเตอร์ลงบนกระดาษ เป็นต้น

(3) มาตรา 110AA อนุญาตให้ผู้เป็นเจ้าของสำเนาภาพยนต์ที่อยู่ในรูปแบบอนาล็อกสามารถที่จะทำสำเนางานนั้นให้อยู่ในรูปแบบดิจิตอลได้ เช่น การบันทึกให้มาอยู่ในรูปแบบดีวีดีเป็นต้น โดยมีข้อสังเกตว่ากฎหมายไม่อนุญาตให้ทำสำเนาจากงานที่อยู่ในรูปแบบของดิจิตอลได้ ดังนั้น การทำสำเนาแผ่นดีวีดีให้มาอยู่ในรูปแบบไฟล์ดิจิตอลจึงไม่สามารถทำได้

อย่างไรก็ตามข้อยกเว้นที่กล่าวมาข้างต้นจะไม่สามารถนำมาใช้ได้ถ้าหากว่าเป็นการกระทำดังต่อไปนี้ เช่น ขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า เผยแพร่เพื่อประโยชน์ในทางการค้า หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนเป็นต้น

3) การทำสำเนาสิ่งบันทึกเสียงเพื่อการใช้ในประโยชน์ส่วนตัว (Space-shifting)[1]

---

[1]Australian Copyright Council, op. cit.; Attorney-General's Department, **New Australian Copyright Laws: Space-shifting** [Online], available URL: http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Copyright_IssuesandReviews_CopyrightAmendmentAct2006-Factsheets, 2009 (December, 19).

มาตรา 109A อนุญาตให้ผู้ซึ่งเป็นเจ้าของสำเนาสิ่งบันทึกเสียงโดยชอบสามารถที่จะทำสำเนาสิ่งบันทึกเสียงนั้นเพื่อนำไปใช้กับเครื่องเล่นหรืออุปกรณ์อื่น ๆ ที่เขาเป็นเจ้าของได้ แต่ทั้งนี้ต้องเป็นการใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลในครอบครัว

ตัวอย่างเช่น เมื่อผู้ใช้งานซื้อแผ่นซีดีเพลงลิขสิทธิ์มาโดยชอบ เขาสามารถที่จะทำสำเนาแผ่นซีดีนั้นให้อยู่ในรูปแบบต่าง ๆ เช่น ไฟล์ MP3 เพื่อนำ มาใช้กับเครื่องเล่นเพลงอื่น ๆ ที่เขาเป็นเจ้าของไม่ว่าจะเป็นเครื่องเล่นเพลงแบบพกพา เครื่องเสียงภายในรถ หรือเครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคล

แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติในมาตรานี้ก็มีข้อจำกัดที่ไม่สามารถทำได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ประเภทของงานที่จะใช้ประโยชน์จากมาตรานี้ได้ต้องเป็นงานประเภทสิ่งบันทึกเสียงเท่านั้น ดังนั้น ถ้าเป็นงานประเภทอื่นก็จะไม่สามารถอ้างประโยชน์จากข้อยกเว้นนี้ได้

(2) บุคคลผู้ที่จะอ้างประโยชน์จากมาตรานี้ได้ต้องเป็นเจ้าของสำเนาสิ่งบันทึกเสียงที่ได้มาโดยชอบมิใช้ได้มาโดยละเมิดลิขสิทธิ์ นอกจากนี้ต้องมิได้เป็นการดาวน์โหลดไฟล์เพลงดิจิตอลจากระบบอินเทอร์เน็ตอีกด้วย

(3) วัตถุประสงค์การใช้งานต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลในครอบครัวเท่านั้น ดังนั้น การกระทำดังต่อไปนี้จึงไม่สามารถทำได้ เช่น ขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า เผยแพร่เพื่อประโยชน์ในทางการค้า หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน เป็นต้น

4) การทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อใช้ในการบำรุงรักษาหรือสำรองไว้ใช้ในกรณีที่ต้นฉบับสูญหาย (Backup Copy)

มาตรา 47C (1) ได้บัญญัติให้การทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยเจ้าของสำเนาต้นฉบับ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ หรือตัวแทนของบุคคลดังกล่าวเพื่อวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ คือ

(1) เพื่อให้เจ้าของสำเนาต้นฉบับ หรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถใช้สำเนาที่ทำขึ้นใหม่นี้แทนที่ต้นฉบับได้โดยเก็บต้นฉบับไว้

(2) เพื่อให้เจ้าของสำเนาต้นฉบับ หรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถเก็บสำเนาที่ทำขึ้นใหม่ไว้ใช้ในกรณีที่ต้นฉบับสูญหาย ถูกทำลายหรือถูกทำให้ใช้การไม่ได้ หรือ

(3) เพื่อให้เจ้าของสำเนาต้นฉบับ หรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถใช้สำเนาที่ทำขึ้นใหม่นี้แทนที่ต้นฉบับเดิมซึ่งสูญหาย ถูกทำลายหรือถูกทำให้ใช้การไม่ได้

และในมาตรา 47C (2) ยังได้บัญญัติให้การทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ และงานประเภทอื่นซึ่งถูกผนวกเข้ากับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้ คือ ตัวบุคคลผู้ทำสำเนางานนั้นต้องเป็นเจ้าของสำเนาต้นฉบับ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ หรือตัวแทนของบุคคลดังกล่าว และการทำสำเนานั้นต้องเป็นรูปแบบโดยทั่วไปของการสำรองข้อมูลไว้ใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการรักษาความปลอดภัย

อย่างไรก็ตามข้อยกเว้นที่กล่าวมาข้างต้นจะไม่นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้ คือ (1) การทำสำเนาจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งละเมิดลิขสิทธิ์ หรือ (2) เจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้ออกแบบให้โปรแกรมนั้นไม่สามารถทำสำเนาได้นอกจากจะมีการดัดแปลงโปรแกรมดังกล่าว หรือ (3) ถ้าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นได้สิ้นสุดลงแล้ว

2.3.4 การทำสัญญายกเว้นหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัว

แม้กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศออสเตรเลียจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่กว้างขวางและมีรายละเอียดมากที่สุด แต่ในปัญหาว่าบทบัญญัติดังกล่าวจะสามารถถูกลบล้างไปโดยข้อตกลงในสัญญาได้หรือไม่นั้นยังมีความคลุมเครืออยู่มาก โดยมีเฉพาะข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์เท่านั้นที่มีมาตรา 47H บัญญัติไว้โดยชัดเจนว่า “สัญญาหรือข้อตกลงในสัญญาใดที่มีผลเป็นการยกเว้น หรือจำกัดบทบัญญัติในมาตรา 47B (3), 47C, 47D หรือ 47F ไม่มีผลใช้บังคับ”[1] ส่วนปัญหาว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ประเภทอื่น ๆ เช่น

---

[1]Australian Copyright Act, Section 47H.

Time-shifting, Format-shifting หรือ Space-shifting จะถูกลบล้างไปโดยสัญญาได้หรือไม่นั้นยังไม่มีกฎหมายบทบัญญัติไว้ชัดเจนแต่อย่างใด

ด้วยเหตุนี้คณะกรรมการทบทวนกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศออสเตรเลีย (The Copyright Law Review Committee) จึงได้เสนอแนะให้มีการขยายบทบัญญัติดังกล่าวออกมาให้กว้างขวางขึ้นโดยรวมถึงข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ประเภทอื่น ๆ ที่ยังเป็นช่องว่างอยู่ และนอกจากนี้คณะกรรมการยังเสนอแนะให้มีการพัฒนาประมวลจริยธรรมสำหรับการทำธุรกิจ และต้นแบบของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งยังคงรักษาไว้ซึ่งข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์[1]

3. กฎหมายของประเทศไทยเกี่ยวกับการสร้างสมดุลให้แก่การคุ้มครองเทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอล

จากการศึกษาสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ตลอดจนกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศต่าง ๆ ที่ผ่านมาได้แสดงให้เห็นแล้วว่าในปัจจุบันนี้กฎหมายลิขสิทธิ์ได้ถูกยกระดับการคุ้มครองให้สูงขึ้น โดยให้ความคุ้มครองรวมถึงเทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอลซึ่งใช้ให้ความคุ้มครองแก่ลิขสิทธิ์อีกชั้นหนึ่งด้วย ดังนั้น ในส่วนนี้ผู้ศึกษาจะทำการศึกษาต่อไปว่าประเทศไทยมีมาตรการทางกฎหมายซึ่งสามารถให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอลหรือไม่ โดยจะแบ่งประเด็นที่ทำการศึกษาออกเป็น 4 หัวข้อต่อไปนี้

3.1 การให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอล

ในประเด็นที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิ-ดิจิตอลนั้นมีกฎหมายของประเทศไทยเข้ามาเกี่ยวข้อง 3 ฉบับดังต่อไปนี้

---

[1]Copyright Law Review Committee, **Copyright and Contract** [Online], available URL: http://www.ag.gov.au/www/clrHome.nsf/AllDocs/RWP092E76FE8AF2501CCA256C44001FFC28?OpenDocumen, 2010 (July, 10).

3.1.1 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

เนื่องจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ไม่มีบทบัญญัติโดยตรงที่ตราขึ้นมาเพื่อให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอล ดังนั้น จึงต้องนำเอาหลักเกณฑ์ทั่วไปที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาปรับใช้ดังนี้

3.1.1.1 องค์ประกอบของงานอันมีลิขสิทธิ์

สิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ก็คือ "งานอันมีลิขสิทธิ์" โดยสิ่งใดจะถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่นั้นมีองค์ประกอบที่สำคัญ 4 ข้อดังต่อไปนี้

(1) ต้องเป็นการแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea) คือ กฎหมายลิขสิทธิ์จะให้ความคุ้มครองแก่เฉพาะการแสดงออกซึ่งความคิดที่สามารถสื่อไปยังผู้อื่นได้เท่านั้น ส่วนความคิด (Idea) ถือว่าเป็นสาธารณสมบัติที่ทุกคนมีสิทธิใช้ร่วมกันจึงไม่อาจให้ความคุ้มครองได้[1]

(2) ต้องเป็นการสร้างสรรค์ด้วยตนเอง (Originality) คือ งานอันมีลิขสิทธิ์จะต้องเป็นงานสร้างสรรค์ (Creative Work) ที่เกิดขึ้นจากตัวผู้สร้างสรรค์เองด้วยการใช้ความรู้ ความสามารถ และความทุ่มเทพยามยามพอสมควร และมิได้ลอกเลียนงานมาจากที่อื่น[2] แต่อย่างไรก็ดี ผู้สร้างสรรค์จึงไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของความคิดริเริ่มที่จะสร้างสรรค์นั้นเองโดยอาจใช้ความคิดของผู้อื่นมาเป็นจุดเริ่มต้นของการสร้างสรรค์งานของตนเองก็ได้[3]

โดยมีข้อสังเกตว่า หลักความสร้างสรรค์ด้วยตนเองนี้จะเป็นสิ่งที่ใช้ชี้ขาดว่างานอันน้อยด้วยปริมาณบางชนิด เช่น คำขวัญ คำโฆษณา กลุ่มคำหรือวลีชื่อเรื่อง หรือฉลากจะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วคงต้องถือว่างาน

---

[1]พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 6 วรรค 2.

[2]เรื่องเดียวกัน, มาตรา 4.

[3]ธัชชัย ศุภผลศิริ, **กฎหมายลิขสิทธิ์**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), หน้า 115.

เหล่านี้มิได้เกิดจากการทุ่มเทความรู้ ความสามารถ ฝีมือและแรงงานมากพอที่จะถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์[1]

(3) ต้องเป็นงานประเภทที่กฎหมายรับรอง (Type of Work) โดยกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยให้ความคุ้มครองงานทั้งหมด 9 ประเภทด้วยกัน กล่าวคือ วรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ[2]

(4) ต้องเป็นงานที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย (Non-illegal Work) กล่าวคือ แม้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์จะไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่างานที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจะไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้ แต่ก็ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 3705/2530 วางบรรทัดฐานไว้ว่า เทปวิดีโอซึ่งมีบทแสดงการร่วมเพศระหว่างชายหญิงบางตอนเป็นการลามกอนาจาร ไม่ใช่งานสร้างสรรค์โจทก์ไม่อาจอ้างความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้[3]

3.1.1.2 สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์

เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Rights)[4] ที่จะกระทำต่องานของตนดังต่อไปนี้[5]

(1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง งานอันมีลิขสิทธิ์ของตนไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นมาใหม่ เช่น การดาวน์โหลด (Download) ข้อมูลดิจิตอลบนอินเทอร์เน็ตมาเก็บไว้ในเครื่องคอมพิวเตอร์

---

[1]ธัชชัย ศุภผลศิริ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 119.

[2]พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 6 วรรค 1.

[3]อรพรรณ พนัสพัฒนา, **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์** (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์-นิติธรรม, 2549), หน้า 50-51.

[4]พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 4 "ลิขสิทธิ์" หมายความว่า สิทธิแต่ผู้เดียวที่จะทำการใด ๆ ตามพระราชบัญญัตินี้เกี่ยวกับงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้น

[5]เรื่องเดียวกัน, มาตรา 15.

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน หมายถึง การทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนโดยการแสดง การบรรยาย การทำให้ปรากฏด้วยเสียงและหรือภาพ การจำหน่าย หรือโดยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น ตัวอย่างเช่น การถ่ายทอดทางโทรทัศน์ หรือการอัพโหลด (Upload) ข้อมูลดิจิตอลออกเผยแพร่บนอินเทอร์เน็ต

(3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียง ดังนั้น แม้ผู้ซื้อสำเนาสิ่งบันทึกเสียงจะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในตัวสำเนางาน แต่ก็ไม่มีสิทธินำเอางานนั้นออกให้ผู้อื่นเช่าแต่อย่างใด เพราะเจ้าของลิขสิทธิ์ยังคงมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการให้เช่าสำเนางานนั้นอยู่

(4) การให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น เช่น การโอนลิขสิทธิ์ทั้งหมดหรือบางส่วนของตนให้แก่ผู้อื่น โดยอาจเป็นการโอนแบบมีกำหนดเวลา หรือเป็นการโอนตลอดอายุแห่งการคุ้มครองสิทธิก็ได้ ทั้งนี้การโอนที่มิใช่ทางมรดกจะต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้รับโอนด้วย[1]

(5) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตาม (1) (2) หรือ (3) โดยผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะกำหนดเงื่อนไขอย่างไรด้วยก็ได้ เช่น ขอบเขตของการอนุญาต (Scope of License) ว่าเป็นการอนุญาตให้ใช้งานได้แค่ไหนเพียงใด[2] แต่เงื่อนไขดังกล่าวจะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงไม่ได้[3]

3.1.1.3 การละเมิดลิขสิทธิ์

การละเมิดลิขสิทธิ์อาจได้แบ่งเป็น 2 กรณีดังนี้

(1) การละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น (Primary Infringement) คือ กรณีที่ผู้กระทำเป็นผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยตนเองโดยตรงด้วยการทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน หรือให้เช่างานอันมีลิขสิทธิ์ตามประเภทที่บัญญัติไว้โดยไม่รับอนุญาตจาก

---

[1]พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 17.

[2]ธัชชัย ศุภผลศิริ, เรื่องเดิม, หน้า 175.

[3]พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 15 (5) และมาตรา 15 วรรคท้าย ประกอบกฎกระทรวง (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

เจ้าของลิขสิทธิ์ก่อน[1] ตัวอย่างเช่น การที่ร้านอาหารจัดให้ลูกค้าได้รับชมรายการโทรทัศน์โดยคิดค่าชมรายการนอกเหนือจากค่าอาหาร เป็นต้น[2]

(2) การละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรอง (Secondary Infringement) คือ กรณีที่ผู้กระทำมิได้เป็นผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยตนเอง หากแต่เป็นผู้ส่งเสริมให้การละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงนั้นสามารถแพร่หลายได้มากยิ่งขึ้น[3] ด้วยการขาย เสนอขาย ให้เช่า เผยแพร่ต่อสาธารณชน แจกจ่าย หรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อแสวงหากำไร โดยผู้กระทำรู้หรือมีเหตุอันควรรู้อยู่แล้วว่างานนั้นทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น[4]

ที่กล่าวมาข้างต้น คือ หลักเกณฑ์ทั่วไปที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ส่วนปัญหาว่าหลักเกณฑ์เหล่านี้จะสามารถนำมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอลได้เพียงใดนั้นเป็นประเด็นที่ผู้ศึกษาจะทำการวิเคราะห์ต่อไปนี้บทที่ 4

3.1.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

ในปัจจุบันระบบคอมพิวเตอร์ได้กลายมาเป็นส่วนสำคัญอย่างหนึ่งในการดำรงชีวิตของมนุษย์ หากมีผู้กระทำด้วยประการใด ๆ ให้ระบบคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงานตามที่กำหนดไว้ได้ หรือทำการแก้ไข เปลี่ยนแปลงข้อมูลในระบบคอมพิวเตอร์โดยไม่ชอบ ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อสภาพเศรษฐกิจ สังคม รวมถึงความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติฉบับนี้ขึ้นเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำดังกล่าว[5]

---

[1]พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, เรื่องเดียวกัน, มาตรา 27 ถึง 30.

[2]อรพรรณ พนัสพัฒนา, **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์**, หน้า 117.

[3]เรื่องเดียวกัน, หน้า 119.

[4]พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 31.

[5]อรพรรณ พนัสพัฒนา, "บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์," หน้า 60.

พระราชบัญญัติฉบับนี้สามารถนำมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอลได้โดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภทตามลักษณะการทำงานของเทคโนโลยีชนิดนี้ คือ ในฐานะมาตรการทางเทคโนโลยีประเภทหนึ่ง และในฐานะข้อมูลการบริหารสิทธิอีกประเภทหนึ่งดังนี้

3.1.2.1 การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี

1) การห้ามหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรง

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติให้นิยามแก่คำว่า "ข้อมูลคอมพิวเตอร์" ไว้อย่างกว้างขวางโดยรวมถึง "ข้อมูล ข้อความ ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด บรรดาที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้. . ." ดังนั้น งานอันมีลิขสิทธิ์ที่อยู่ในรูปแบบข้อมูลดิจิตอลภายในระบบคอมพิวเตอร์ ที่มิได้บรรจุอยู่ในแผ่นซีดี หรือแผ่นดิสเกตต์ จึงถือว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์รูปแบบหนึ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้[1]

และในกรณีที่งานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งอยู่ในรูปแบบข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้น มีการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีควบคุมการเข้าถึงงาน (Access Control) เอาไว้โดยเฉพาะ การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีดังกล่าวโดยมิชอบหรือปราศจากสิทธิอันชอบธรรม (Without Right) ก็จะเป็นความผิดฐานเข้าถึงข้อมูล คอมพิวเตอร์โดยมิชอบตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 7 ส่วนมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการ-ทำซ้ำ (Copy Control) ไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรานี้แต่อย่างใด[2]

2) การห้ามจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัติห้ามมิให้มีการจำหน่าย หรือเผยแพร่ชุดคำสั่งที่จัดทำขึ้นโดยเฉพาะเพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือใน

---

[1]อรพรรณ พนัสพัฒนา, "บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์," หน้า 66.

[2]เรื่องเดียวกัน, หน้า 67.

การกระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา 5 ถึงมาตรา 11 ซึ่งนั้นหมายถึงเป็นการห้ามมิให้จำหน่ายหรือเผยแพร่เฉพาะชุดคำสั่งที่ใช้เข้าถึงงานโดยมิชอบเท่านั้น แต่ไม่รวมถึงชุดคำสั่งประเภทอื่นที่ใช้ในการทำซ้ำโดยมิชอบแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุปแล้ว พระราชบัญญัติฉบับนี้สามารถนำมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีได้ในขอบเขตจำกัด โดยสามารถคุ้มครองได้เฉพาะการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรง และการจำหน่ายหรือเผยแพร่เครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีประเภทควบคุมการเข้าถึงเท่านั้น ดังแสดงในตารางที่ 5 นี้

ตารางที่ 5 ขอบเขตการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ	Act of Circumvention	Trafficking of Circumvention Devices
Access Control Technological Measure	มาตรา 7	มาตรา 13
Copyright Control Technological Measure	ไม่คุ้มครอง	ไม่คุ้มครอง

ที่มา: อรพรรณ พนัสพัฒนา, "บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์," **วารสารกฎหมาย-ทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ** 1 (กันยายน 2550): 41.

3.1.2.2 การให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลการบริหารสิทธิ

เนื่องจากข้อมูลการบริหารสิทธิมีลักษณะเป็นข้อมูลอย่างหนึ่งที่อยู่ภายในระบบคอมพิวเตอร์และสามารถประมวลผลได้ จึงอยู่ในความหมายของคำว่า "ข้อมูลคอมพิวเตอร์" ที่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ ดังนั้น การทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งข้อมูลการบริหาร-

สิทธิโดยมิชอบ จึงเป็นความผิดตามมาตรา 9[1] นอกจากนี้การเผยแพร่หรือจำหน่ายชุดคำสั่งที่ใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดตามมาตรา 9 ยังเป็นความผิดตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัตินี้อีกด้วย

3.1.3 ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่. . .) พ.ศ. . . . .

ในขณะนี้ประเทศไทยกำลังอยู่ในระหว่างดำเนินการจัดทำร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฉบับใหม่เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคม เศรษฐกิจ ตลอดจนการพัฒนาทางเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไปในปัจจุบัน ซึ่งจากการศึกษาพบว่า ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มีบทบัญญัติโดยตรงที่ออกมาเพื่อให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีเพื่อการบริหารสิทธิดิจิตอล โดยแบ่งออกเป็น 2 ส่วนดังต่อไปนี้

3.1.3.1 การให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี

1) การห้ามหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรง

ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์มาตรา 53/3 ได้บัญญัติห้ามมิให้มีการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรงไว้ว่า "ห้ามมิให้มีการหลีก เลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือสิทธิของนักแสดง" ซึ่งเป็นการบัญญัติในทำนองเดียวกับกฎหมาย DMCA ของประเทศสหรัฐที่บัญญัติให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีประเภทควบคุมการเข้าถึงเท่านั้น

โดยในร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์มาตรา 3 ยังได้บัญญัติให้นิยามศัพท์แก่คำว่า "มาตรการทางเทคโนโลยี หมายถึง เทคโนโลยี อุปกรณ์ หรือส่วนประกอบ ซึ่งในทางการใช้งานโดยปกติได้ถูกออกแบบมาสำหรับป้องกันหรือควบคุมการกระทำใด ๆ แก่งานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง"

ซึ่งมีนักกฎหมายบางท่านให้ข้อสังเกตว่า การที่ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองแก่เทคโนโลยีซึ่งใช้ป้องกันหรือควบคุม "การกระทำใด ๆ" แก่งานอันมีลิขสิทธิ์ โดยไม่จำกัดว่าการกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้หลักการที่ปรากฏในร่างกฎหมายนี้มี

---

[1]อรพรรณ พนัสพัฒนา, "บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์," หน้า 69.

ขอบเขตที่กว้างขวางมาก เพราะเป็นการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี แม้เทคโนโลยีนั้นอาจจะไม่ได้เกี่ยวข้องกับสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์เลย[1] นอกจากนี้การที่ร่างฯ ไม่ได้กำหนดไว้เลยว่าเทคโนโลยีที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นต้องเป็น "มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ" จึงทำให้มาตรการทางเทคโนโลยีเกือบทุกประเภทได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้แม้ว่าจะไม่มีประสิทธิภาพในการควบคุมการเข้าถึงได้อย่างแท้จริงก็ตามที[2]

2) การห้ามจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ได้ห้ามมิให้มีการจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีไว้ในมาตรา 53/4 ซึ่งบัญญัติว่า "การผลิต นำเข้า จำหน่าย เสนอต่อสาธารณชน จัดหา หรือค้า โดยวิธีอื่นใด ซึ่งอุปกรณ์ ผลิตภัณฑ์ หรือส่วนประกอบ หรือการเสนอบริการต่อสาธารณชน หรือจัดให้บริการอันเข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้ ถือเป็นการกระทำละเมิด

(1) มีการส่งเสริมการขาย โฆษณา หรือทำการตลาด เพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

(2) มีวัตถุประสงค์สำคัญทางการค้า หรือการใช้เพื่อหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยเฉพาะ

(3) ถูกออกแบบ ผลิต หรือมีหน้าที่ เพื่อวัตถุ ประสงค์หลักในการช่วยให้เกิด หรืออำนวยความสะดวกในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี"

กล่าวโดยสรุปแล้ว ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของไทยให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีในทำนองเดียวกับกฎหมาย DMCA ของประเทศสหรัฐ กล่าวคือ มีการห้ามมิให้มีการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีประเภทควบคุมการเข้าถึง และห้ามมิให้มีการจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยง

---

[1]นันทน อินทนนท์ และคณะ, เรื่องเดิม.

[2]เรื่องเดียวกัน.

มาตรการทางเทคโนโลยีทั้งประเภทควบคุมการเข้าถึงงาน และควบคุมการทำซ้ำ ดังแสดงในตารางที่ 6 นี้

ตารางที่ 6 ขอบเขตการคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์

ร่าง พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์	Act of Circumvention	Trafficking of Circumvention Devices
Access Control Technological Measure	มาตรา 53/3	มาตรา 53/4
Copyright Control Technological Measure	ไม่คุ้มครอง	มาตรา 53/4

3.1.3.2 การให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลการบริหารสิทธิ

ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์มาตรา 53/1 ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลการบริหารสิทธิไว้ว่า "การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้เกี่ยวกับข้อมูลการบริหารสิทธิโดยไม่มีอำนาจกระทำการดังกล่าว และรู้อยู่แล้วหรือมีเหตุอันควรรู้ว่าจะชักจูงหรือทำให้เกิดการละเมิด ให้ความสะดวกแก่การละเมิด หรือปกปิดการละเมิดข้อมูลการบริหารสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ถือว่าเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้

(1) ลบ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลการบริหาร

(2) จำหน่าย หรือนำเข้าเพื่อการจำหน่ายสิ่งที่ใช้แสดงข้อมูลการบริหารสิทธิ โดยรู้อยู่แล้วว่าได้มีการลบ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลการบริหารสิทธิโดยผู้ไม่มีอำนาจ

(3) จำหน่าย นำเข้าเพื่อการจำหน่าย หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานหรือสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์ โดยรู้อยู่แล้วว่าได้มีการลบ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลการบริหารสิทธิโดยผู้ไม่มีอำนาจ"

โดยในร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์มาตรา 5 ยังได้ให้นิยามศัพท์ของคำว่า "ข้อมูลการบริหารสิทธิ หมายถึง ข้อมูลที่แสดงให้ปรากฏอยู่ในงานอันมีลิขสิทธิ์หรือในการแสดงที่ได้บันทึกไว้แล้ว โดยระบุชื่อผู้สร้างสรรค์ งานสร้างสรรค์ นักแสดง

การแสดง และเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง หรือโดยระบุระยะเวลาและเงื่อนไขการใช้ลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง และตัวเลขหรือรหัสแทนข้อมูลดังกล่าว"

นอกจากนี้ในร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์มาตรา 53/2 ยังได้บัญญัติต่อไปถึงข้อยกเว้นการละเมิดข้อมูลการบริหารสิทธิมีใจความว่า การกระทำเกี่ยวกับข้อมูลการบริหารสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือคู่สัญญา เพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กฎหมาย การอันจำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงแห่งชาติมิให้ถือเป็นการละเมิดข้อมูลการบริหารสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้

3.2 มาตรการลดทอนผลกระทบจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีในทางมิชอบ

ในประเด็นเกี่ยวกับมาตรการลดทอนผลกระทบจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีในทางมิชอบนี้มีกฎหมายของประเทศไทยเข้ามาเกี่ยวข้อง 3 ฉบับ ดังต่อไปนี้

3.2.1 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

เนื่องจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ไม่มีบทบัญญัติซึ่งให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยี ดังนั้น จึงทำให้ไม่มีมาตรการใดที่ออกมาเพื่อลดทอนผลกระทบจากการใช้เทคโนโลยีชนิดนี้ นอกจากนี้แม้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์จะบัญญัติให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการลิขสิทธิ์ขึ้นมาคณะหนึ่งแต่คณะกรรมการดังกล่าวก็มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้เท่านั้น คือ (1) ให้คำแนะนำหรือคำปรึกษาแก่รัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวงตามพระราชบัญญัตินี้ (2) วินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งของอธิบดี (3) ส่งเสริมหรือสนับสนุนองค์กรของผู้สร้างสรรค์หรือนักแสดงเกี่ยวกับการจัดเก็บค่าตอบแทน และการคุ้มครองหรือปกป้องสิทธิหรือประโยชน์อื่นใดตามพระราชบัญญัตินี้ และ (4) พิจารณาเรื่องอื่น ๆ ตามที่ได้รับมอบหมายจากรัฐมนตรี[1] โดยจะสังเกตเห็นว่าคณะกรรมการชุดนี้ไม่มีอำนาจหน้าที่โดยตรงในการรับคำร้องเรียนหรือออกคำสั่งใด ๆ เพื่อบรรเทาผลกระทบอันเนื่องมาจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีดังเช่นที่ปรากฏในกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหภาพยุโรปแต่อย่างใด

---

[1]พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 60.

3.2.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มีเจตนารมณ์เพื่อปราบปรามอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ ดังนั้น จึงทำให้ไม่มีบทบัญญัติใดที่ตราออกมาเพื่อสร้างสมดุลระหว่างการให้ความคุ้มครองแก่มาตรการทางเทคโนโลยีกับการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมของสาธารณชนแต่อย่างใด

3.2.3 ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่. . .) พ.ศ. . . . .

ในร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ไม่ได้มีการกล่าวถึงมาตรการโดยตรงที่ออกมาเพื่อลดทอนผลกระทบจากการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีดังเช่นที่ปรากฏในกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหภาพยุโรปแต่อย่างใด ดังนั้น มาตรการลดทอนผลกระทบที่มีอยู่ในร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ การนำเอาข้อยกเว้นสำหรับการละเมิดมาตรการทางเทคโนโลยีมาปรับใช้ในทำนองเดียวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐ และประเทศ-ออสเตรเลียดังต่อไปนี้

1) ข้อยกเว้นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีโดยตรง

ในร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ได้บัญญัติให้การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ควบคุมการเข้าถึงดังต่อไปนี้ ไม่เป็นการละเมิดมาตรการทางเทคโนโลยี ถ้าหากว่าไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบ-กระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์จนเกินสมควร เช่น (1) การกระทำเพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท (2) การติชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น (3) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น (4) การทำให้ปรากฏโดยผู้สอนเพื่อประโยชน์ในการสอนของตน อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร หรือ (5) การกระทำแก่มาตรการทางเทคโนโลยีโดยประการอื่นตามที่ได้กำหนดในพระราชกฤษฎีกา เป็นต้น[1]

---

[1]ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์, มาตรา 53/3 วรรค 2 และวรรค 3.

2) ข้อยกเว้นการจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี

ในร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ได้แบ่งแยกข้อยกเว้นนี้ออกเป็น 2 ประเภทดังนี้

ประเภทแรก คือ ข้อยกเว้นสำหรับการจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีประเภทควบคุมการเข้าถึง ได้แก่[1]

(1) การทำวิศวกรรมย้อนกลับโดยสุจริตซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย เพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะให้สามารถใช้ร่วมกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์อื่นที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นมาโดยอิสระต่างหากได้

(2) การกระทำโดยสุจริต โดยผู้วิจัยซึ่งได้รับสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงมาโดยชอบด้วยกฎหมาย และได้ใช้ความพยายามโดยสุจริตในการขออนุญาตเพื่อการวิจัยดังกล่าวแล้ว โดยการวิจัยนั้นมีวัตถุประสงค์เฉพาะที่จำเป็นเพื่อชี้และวิเคราะห์ข้อบกพร่องและจุดอ่อนของเทคโนโลยีการเข้าสัญญาณและถอดสัญญาณข้อมูล

(3) การใส่ชิ้นส่วนหรือส่วนประกอบในมาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะในการป้องกันผู้เยาว์ในการเข้าถึงข้อมูลอินเทอร์เน็ตที่ไม่เหมาะสม

(4) การกระทำโดยสุจริตซึ่งเจ้าของคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ อนุญาตเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะในการทดสอบ สืบค้น หรือแก้ไข เพื่อให้คอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์นั้น มีความ-ปลอดภัย

(5) การกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ พนักงานเจ้าหน้าที่ หรือคู่สัญญาเพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กฎหมาย การอันจำเป็นในการป้องกันประเทศและรักษาความมั่นคงแห่งชาติ หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่คล้ายคลึงกันของทางราชการ

---

[1]ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์, มาตรา 53/5.

(6) การออกแบบ หรือการออกแบบและคัดเลือกชิ้นส่วนและส่วนประกอบของสินค้าอุปโภคประเภทเครื่องใช้ไฟฟ้า อุปกรณ์โทรคมนาคม หรือผลิตภัณฑ์คอมพิวเตอร์ที่โดยลักษณะและหน้าที่ของอุปกรณ์นั้นไม่ได้ถูกสร้างขึ้นเพื่อทำลายมาตรการทางเทคโนโลยี

ประเภทที่สอง คือ ข้อยกเว้นสำหรับการจำหน่ายจ่ายโอนเครื่องมือที่ใช้ในการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีประเภทปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง ได้แก่ การทำวิศวกรรมย้อนกลับโดยสุจริตซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์การกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือคู่สัญญา และการออกแบบอุปกรณ์ซึ่งไม่ได้ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อทำลายมาตรการทางเทคโนโลยี ดังที่กล่าวมาในข้อยกเว้นประเภทแรกข้อ (1) (5) และ (6)[1]

3.3 สิทธิของผู้ใช้งานลิขสิทธิ์

ในขณะที่ประเทศต่าง ๆ ได้มีการพัฒนาหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวขึ้นมาเพื่อรองรับสิทธิของผู้ใช้งานลิขสิทธิ์ให้เกิดความชัดเจน และสอดรับกับพฤติกรรมการใช้งานลิขสิทธิ์ในปัจจุบันได้ดียิ่งขึ้น แต่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ของประเทศไทยกลับไม่ได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายที่ว่านี้ขึ้นมาแต่อย่างใด ดังนั้นจึงทำให้ต้องนำเอาหลักกฎหมายเกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวซึ่งมีอยู่แต่เดิมดังต่อไปนี้มาปรับใช้ กล่าวคือ

(1) การใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท[2] เนื่องจากการใช้งานลิขสิทธิ์ในลักษณะนี้เป็นการใช้เพียงจำนวนน้อยและภายในขอบเขตของบุคคลที่จำกัดซึ่งไม่กระทบต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์มากนัก ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เอาไว้[3]

---

[1]ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์, มาตรา 53/6.

[2]พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 32 วรรค 2 (2).

[3]จันทิมา ธนาสว่างกุล, เรื่องเดิม, หน้า 116-117.

(2) การทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในจำนวนที่สมควรโดยบุคคลผู้ซึ่งได้ซื้อหรือได้รับโปรแกรมนั้นมาจากบุคคลอื่นโดยถูกต้อง เพื่อเก็บไว้ใช้ประโยชน์ในการบำรุงรักษาหรือป้องกันการสูญหาย โดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร[1]

(3) การดัดแปลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในกรณีที่จำเป็นแก่การใช้โดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร[2] เช่น การดัดแปลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของตนเท่าที่จำเป็นเพื่อให้สามารถใช้งานร่วมกับอุปกรณ์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์อื่นที่ตนมีอยู่ได้[3]

นอกจากนี้ในคู่มือการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรมซึ่งจัดทำขึ้นโดยกรมทรัพย์สินทางปัญญา ยังได้อธิบายเพิ่มเติมถึงหลักเกณฑ์การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมไว้ 4 ประการดังนี้[4]

(1) วัตถุประสงค์และลักษณะของการใช้งานลิขสิทธิ์ กล่าวคือ การใช้งานลิขสิทธิ์ของผู้อื่นจะต้องไม่มีลักษณะเป็นการกระทำเพื่อการค้าหรือหากำไร และถ้าหากเป็นการนำเอางานลิขสิทธิ์มาปรับเปลี่ยนให้ต่างไปจากเดิมหรือเพิ่มเติมสิ่งใหม่เข้าไป ถ้าหากการปรับเปลี่ยนนั้นก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมก็จะเป็นการใช้ลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

(2) ลักษณะของงานอันมีลิขสิทธิ์ คือ การพิจารณาระดับของการสร้างสรรค์งาน ถ้างานนั้นมีระดับของการสร้างสรรค์หรือใช้จินตนาการมากหากผู้อื่นนำเอางานนั้นไปใช้โอกาสที่จะถือว่าเป็นการใช้ลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมจะน้อยกว่างานลิขสิทธิ์ที่ประกอบด้วยข้อเท็จจริงจำนวนมาก

(3) ปริมาณและเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญซึ่งถูกนำไปใช้เมื่อเปรียบเทียบกับเนื้อหาทั้งหมด กล่าวคือ หากเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์ของผู้อื่นในปริมาณมาก ก็อาจถือว่า

---

[1]พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 35 (5).

[2]เรื่องเดียวกัน, มาตรา 35 (8).

[3]ธัชชัย ศุภผลศิริ, เรื่องเดิม, หน้า 248.

[4]กรมทรัพย์สินทางปัญญา, **คู่มือการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม** (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์เพจเมคเกอร์, 2551), หน้า 8-9.

เป็นการใช้งานลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นธรรม หรือในบางกรณีแม้จะเป็นการใช้ในปริมาณน้อย ก็อาจเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้หากส่วนนั้นเป็นสาระสำคัญของงาน

(4) ผลกระทบต่อตลาดหรือมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์ กล่าวคือ การใช้งานลิขสิทธิ์ของผู้อื่นจะต้องไม่เป็นการกระทบถึงประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร ถ้าการใช้งานนั้นไม่กระทบต่อประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์เลยหรือกระทบเพียงเล็กน้อย ก็อาจเป็นการใช้ลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมได้

3.4 การทำสัญญายกเว้นหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัว

'ปัญหาเกี่ยวกับการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในประเทศไทยนั้นมีกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้องหลายฉบับ กล่าวคือ (1) พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งมีบทบัญญัติโดยตรงที่กล่าวถึงการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิไว้ และ (2) กฎหมายอื่น ๆ ที่ส่งผลต่อการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิด้วย คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราช-บัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

3.4.1 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิ (License) ในการทำซ้ำดัดแปลง หรือเผยแพร่งานอันมีลิขสิทธิ์ของตนออกสู่สาธารณชนได้ โดยในการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธินี้กฎหมายไม่ได้กำหนดแบบไว้ ดังนั้น คู่สัญญาจึงอาจตกลงกันด้วยวาจาเพื่อก่อสัญญาขึ้นได้ และเจ้าของลิขสิทธิ์จะกำหนดเงื่อนไขในสัญญาอย่างไรหรือไม่ก็ได้[1] เช่น กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับช่วงเวลาการอนุญาต (Duration) หรือขอบเขตการอนุญาต (Scope of License) ว่าผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะสามารถใช้ประโยชน์จากงานได้แค่ไหนเพียงใด เป็นต้น[2]

[1]พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 15 (5).

[2]ธัชชัย ศุภผลศิริ, เรื่องเดิม, หน้า 175.

แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์สาธารณะกฎหมายจึงได้จำกัดขอบเขตการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิไว้ว่า ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะกำหนดเงื่อนไขในสัญญาที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยไม่เป็นธรรมไม่ได้ ทั้งนี้ตามวิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติ-ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ดังนี้[1]

ข้อ 1 การพิจารณาว่าเงื่อนไขในสัญญาใดมีลักษณะเป็นการจำกัดการ-แข่งขันโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่นั้นให้พิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์หรือเจตนาที่จะก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม รวมทั้งผลที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นจากเงื่อนไขนั้นด้วย

โดยให้ถือว่าเงื่อนไขในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม กล่าวคือ (1) การกำหนดให้ผู้รับอนุญาตจัดหาวัสดุเพื่อใช้ในการผลิตสำเนางานที่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือจากผู้จำหน่ายที่เจ้าของลิขสิทธิ์กำหนด (2) การกำหนดห้ามผู้รับอนุญาตจัดหาวัสดุเพื่อใช้ในการผลิตสำเนางานจากผู้จำหน่ายที่เจ้าของลิขสิทธิ์กำหนด (3) การกำหนดเงื่อนไขหรือจำกัดสิทธิของผู้รับอนุญาตเกี่ยวกับการจ้างบุคคลเพื่อผลิตสำเนางานตามหนังสืออนุญาต (4) การกำหนดค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิในอัตราที่ไม่เป็นธรรม (5) การกำหนดเงื่อนไขหรือจำกัดสิทธิของผู้รับอนุญาตเกี่ยวกับการวิจัยหรือศึกษางานอันมีลิขสิทธิ์ที่อนุญาต (6) การกำหนดให้ผู้รับอนุญาตโอนลิขสิทธิ์ในงานที่ผู้รับอนุญาตทำการดัดแปลงหรือพัฒนาขึ้นจากลิขสิทธิ์ที่อนุญาตให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือบุคคลอื่นใด และ (7) การกำหนดเงื่อนไขให้ผู้อนุญาตมีสิทธิที่จะบอกเลิกการอนุญาตตามอำเภอใจและไม่มีเหตุผลอันสมควร

ข้อ 2 เงื่อนไขในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม กล่าวคือ (1) การกำหนดให้ผู้รับอนุญาตต้องใช้งานอันมีลิขสิทธิ์อื่นของเจ้าของลิขสิทธิ์

---

[1]พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 15 (5) วรรค 2 ประกอบกฎกระทรวง (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

โดยเรียกค่าตอบแทน (2) การกำหนดห้ามมิให้ผู้รับอนุญาตใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นที่ผู้อนุญาตกำหนด

โดยมีข้อสังเกตว่า เมื่อพิจารณาข้อห้ามที่กฎกระทรวงฉบับนี้กำหนดไว้แล้วจะเห็นว่า ล้วนเป็นการควบคุมเนื้อหาของสัญญาเพื่อไม่ให้มีการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมทั้งสิ้น ส่วนความไม่เป็นธรรมในด้านอื่น ๆ เช่น การทำสัญญายกเว้นหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัว หรือยกเว้นการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมประเภทอื่น ๆ ยังไม่ได้มีการกล่าวถึงแต่อย่างใด

3.4.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เนื่องจากสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิก็มีสถานะนิติกรรมสัญญารูปแบบหนึ่ง ดังนั้น จึงสามารถนำเอาหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ปรับใช้เพื่อควบคุมการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิได้ กล่าวคือ หากถือว่าเงื่อนไขใดในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว เงื่อนไขในส่วนนั้นก็จะตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150

สำหรับคำว่า “กฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” มีความหมายว่าอย่างไรนั้นไม่มีนิยามศัพท์บัญญัติไว้ ดังนั้น เราจึงจำเป็นต้องหาความหมายของคำนี้จากความเห็นของนักนิติศาสตร์ผู้มีชื่อเสียงทั้งหลาย ได้แก่

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้ให้ความเห็นว่า “ลักษณะอย่างไรจึงจะเป็นกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นยากที่จะให้วิเคราะห์ศัพท์ได้ แต่พอจะเห็นได้ว่า เรื่องใดมิได้เกี่ยวด้วยส่วนได้เสียของเอกชนผู้เป็นคู่กรณีโดยเฉพาะ แต่อาจมีผลกระทบไปถึงส่วนได้เสียของประชาชนคนอื่นเรื่องนั้นพอจะวัดได้ว่า เกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สำหรับตัวบทกฎหมายนั้นถ้าเป็นกฎหมายมหาชน เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ การภาษีอากร

การศาสนา ฯลฯ เหล่านี้เป็นกฎหมายที่เกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยตรง"[1]

อาจารย์อนุมัติ ใจสมุทร ให้ความเห็นว่า "บทกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มีลักษณะอย่างไรยากที่จะให้วิเคราะห์ได้ แต่พอจะเห็นได้ว่า เรื่องใดมิได้เกี่ยวกับส่วนได้เสียของเอกชนผู้เป็นคู่กรณีโดยเฉพาะ แต่อาจกระทบกระเทือนต่อส่วนได้เสียของประชาชนแล้ว พอถือได้ว่า เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สำหรับตัวบทกฎหมายมหาชนย่อมเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยตรง โดยปกติจะตกลงกันให้ผิดแผกแตกต่างจากบทบัญญัติกฎหมายมหาชนไม่ได้ การกระทำนั้นย่อมเป็นโมฆะ"[2]

จากความเห็นของนักนิติศาสตร์ทั้งสองท่านอาจสรุปได้ว่า

3.4.2.1 กฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คือ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับส่วนได้เสียของประชาชนส่วนรวม ซึ่งมิใช่เรื่องส่วนได้เสียระหว่างคู่สัญญาคนใดโดยเฉพาะ

3.4.2.2 ตัวอย่างของกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ได้แก่ กฎหมายมหาชนต่าง ๆ รวมถึงกฎหมายเอกชนบางเรื่องซึ่งมุ่งคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนโดยทั่วไป

ส่วนปัญหาว่าเงื่อนไขในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งเป็นการยกเว้นหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวจะถือว่าเป็นเงื่อนไขที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่นั้น ในประเด็นนี้ผู้ศึกษามีความเห็นว่า เมื่อพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐยื่นมือเข้ามาแทรกแซงทางเศรษฐกิจ ด้วยการให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ทั้งหลายเพื่อส่งเสริมให้มีการสร้างสรรค์ผลงานทางปัญญาใหม่ ๆ ออกมาสู่สังคมอยู่เสมอ ดังนั้น จึงถือได้ว่า พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 รวมถึงหลักการ

---

[1]ไชยยศ เหมมะรัชตะ, **กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม** (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์-จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527), หน้า 212.

[2]เรื่องเดียวกัน, หน้า 213.

ใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวเป็นกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ (Public Economic Law) อันเป็นกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนซึ่งไม่สามารถตกลงยกเว้นเป็นอย่างอื่นได้ และถ้าหากมีข้อตกลงใดยกเว้นบทบัญญัติดังกล่าวข้อตกลงในส่วนนั้นก็จะตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150

3.4.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540[1]

โดยทั่วไปแล้วถ้าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในส่วนใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็จะตกเป็นโมฆะไม่สามารถใช้บังคับกันได้ต่อไปอีก อย่างไรก็ตามถ้าสัญญาในส่วนนั้นไม่ถึงกับตกเป็นโมฆะแต่มีความไม่เป็นธรรมอยู่บ้าง ปัญหาว่าสัญญานั้นจะมีผลบังคับกันได้เพียงใดนั้นก็ยังคงต้องพิจารณาต่อไปตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

3.4.3.1 ลักษณะสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ถูกควบคุม

เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ให้อำนาจศาลเข้าไปตรวจสอบเนื้อหาความไม่เป็นธรรมของสัญญาได้รวมทั้งหมด 8 ประเภทสัญญา โดยสัญญาแต่ละประเภทก็มีหลักเกณฑ์การตรวจสอบที่แตกต่างกัน ดังนั้น จึงทำให้มีปัญหาว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งมีข้อตกลงยกเว้นหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวถูกจัดอยู่ในสัญญาประเภทใด 8 ในประเภทข้างต้น ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งมีข้อตกลงลักษณะดังกล่าวถือว่าเป็น สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือสัญญาสำเร็จรูปที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร ดังที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วย-ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4 ซึ่งมีองค์ประกอบ 2 ข้อดังนี้

1) ต้องเป็นสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือสัญญาสำเร็จรูป โดยลักษณะของสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบ-ธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ได้แก่ สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็น “ผู้บริโภค” และคู่สัญญา

---

[1]จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” **ดุลพาห** 45, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2541): 77-78.

อีกฝ่ายหนึ่งเป็น “ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ” ตามนิยามศัพท์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าสัญญานั้นจะทำเป็นลายลักษณะอักษรหรือไม่ก็ตาม

โดยมาตรา 3 ได้ให้นิยามว่า “ผู้บริโภค หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด โดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อการค้าทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น และให้หมายความรวมถึงผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ค้ำประกันของบุคคลดังกล่าวซึ่งมิได้กระทำเพื่อการค้าด้วย” และในมาตราเดียวกันยังได้ให้นิยามว่า “ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ขาย ผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ผู้ให้กู้ ผู้รับประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อจัดให้ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปเพื่อการค้าทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น เป็นทางค้าปกติของตน”

ส่วนความหมายของคำว่า “สัญญาสำเร็จรูป” นั้นมาตรา 3 ยังได้ให้นิยามไว้ว่า หมายถึง “สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน” ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบ Click-wrap License หรือสัญญารูปแบบอื่น ๆ ในทำนองเดียวกันที่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นำมาใช้เพื่อจำหน่ายงานอันมีลิขสิทธิ์ให้แก่ผู้บริโภค (ผู้ใช้) เป็นทั้งสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ และเป็นสัญญาสำเร็จรูปตามที่บัญญัติไว้ในนิยามศัพท์ของมาตรา 3

2) ข้อสัญญาดังกล่าวต้องทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร โดยในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาใดจะถือว่าเป็นการได้เปรียบจนเกินสมควรหรือไม่นั้น พระราชบัญญัตินี้ยังได้วางแนวทางการวินิจฉัยไว้เพื่อให้เห็นเป็นรูปธรรมขึ้นดังนี้

(1) แนวทางการวินิจฉัยกรณีที่ถือว่ามีความได้เปรียบในมาตรา 4 วรรค 3 ได้อธิบายให้เห็นถึงข้อตกลงที่อาจถือได้ว่า ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่า หมายถึง “ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือ

รับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ" และมาตรานี้ยังได้ยกตัวอย่างข้อสัญญาที่อาจถือว่าเป็นการได้เปรียบไว้อีก 9 กรณีด้วยกัน เช่น ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา หรือข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด เป็นต้น

(2) แนวทางการวินิจฉัยกรณีที่ถือว่ามีความได้เปรียบเกินสมควร ข้อสัญญาใดแม้จะเป็นการได้เปรียบกันอยู่บ้างตามมาตรา 4 วรรค 3 แต่ถ้าไม่เป็นการได้เปรียบเกินจนสมควรแล้ว กฎหมายก็จะไม่เข้ามาแทรกแซงและบังคับให้ตามหลักความศักดิ์สิทธิในการแสดงเจตนา ส่วนกรณีใดจึงจะถือว่าเป็นการได้เปรียบจนเกินสมควรนั้น ในมาตรา 4 วรรคท้าย ได้บัญญัติให้นำเอาหลักเกณฑ์ในมาตรา 10 มาใช้บังคับโดยอนุโลม กล่าวคือ ให้พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวงรวมทั้ง (1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่นและทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง (2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น (3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา (4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

โดยเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ผู้ใช้ย่อมมีสิทธิที่จะใช้งานลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวประเภทต่าง ๆ ได้โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น การที่เจ้าของลิขสิทธิ์ทำสัญญายกเว้นหลักการดังกล่าวไปจึงทำให้ผู้ใช้งานลิขสิทธิ์ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ นอกจากนี้เมื่อพิเคราะห์ถึงอำนาจต่อรองในการทำสัญญาระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์กับผู้ใช้ ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์มักมีอำนาจต่อรองเหนือว่า อีกทั้งความคาดหวังของผู้ใช้งานลิขสิทธิ์ประกอบกันด้วยแล้วจะเห็นว่า การทำสัญญายกเว้นหลักการใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวเป็นข้อสัญญาที่ทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปได้เปรียบผู้ใช้งานลิขสิทธิ์จนเกินสมควร ดังนั้น จึงถือว่าเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมประเภทหนึ่งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4

3.4.3.2 ผลของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ไม่เป็นธรรม

เมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4 ศาลก็มีอำนาจพิพากษาให้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นมีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีได้ ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่อนุญาตให้ผู้บริโภคหรือผู้ใช้สามารถใช้ลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวได้เลย ศาลอาจผ่อนคลายให้สามารถทำสำเนางานนั้นได้จำนวน 1 สำเนาเพื่อการใช้ในกรณีที่จำเป็นได้ เป็นต้น