

บทที่ 3

การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ กรณีการสืบค้นข้อมูลผ่านโปรแกรมค้นหา บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ตามกฎหมายระหว่างประเทศ และตามกฎหมายของไทย

กฎหมายลิขสิทธิ์จัดเป็นกฎหมายหนึ่งที่มีวิวัฒนาการมายาวนานและต่อเนื่อง กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่นักประพันธ์ ศิลปินและนักปราชญ์ผู้สร้างสรรค์งานทางศิลปะ วรรณคดีและวิทยาการในลักษณะนี้เป็นครั้งแรกก็คือ Statute of Anne มีชื่ออย่างเป็นทางการว่า “พระราชบัญญัติเพื่อส่งเสริมการเรียนรู้” (Act for the encouragement of learning) ของประเทศอังกฤษซึ่งได้ประกาศใช้เมื่อปี ค.ศ. 1709 นับว่าเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ที่เป็นทางการฉบับแรกของโลก

สิ่งหนึ่งที่เป็นสาเหตุสำคัญอันนำไปสู่แนวความคิดในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงกฎหมายลิขสิทธิ์ก็คือความก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยี เพื่อเป็นการบรรเทาสถานการณ์ดังกล่าวประเทศต่างๆ จึงต้องพยายามปรับใช้กฎหมายที่ตนมีอยู่หรือพยายามแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้ทันสมัยและสอดคล้องกับเทคโนโลยีใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นให้มากที่สุดและในขณะเดียวกันในหลายๆ ประเทศก็มีความพยายามที่จะผลักดันให้ขยายกรอบการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในทางระหว่างประเทศมากขึ้นด้วย

3.1 การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ในบทนี้จะเป็นการกล่าวถึงแนวทางในการกำหนดกรอบความร่วมมือในทางระหว่างประเทศตามมาตรฐานระหว่างประเทศที่มีความสำคัญต่อประเทศไทย การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ การทำซ้ำ การเผยแพร่ต่อสาธารณชน ข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ที่เกี่ยวกับการสืบค้นข้อมูลผ่านโปรแกรมค้นหบบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตว่ามีอยู่เพียงใด ซึ่งผู้เขียนจะขอศึกษาเป็นลำดับดังต่อไปนี้

3.1.1 ภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์น (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Paris Act 1971)

เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์ถูกจำกัดอยู่ภายใต้หลักดินแดน ให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ซึ่งประเทศหนึ่งให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ใด จะถูกจำกัดอยู่เฉพาะในดินแดนของประเทศนั้น ดังนั้นเมื่อเริ่มมีการทำธุรกรรมระหว่างประเทศเป็นที่แพร่หลายมากขึ้น บรรดาเจ้าของลิขสิทธิ์

จึงต้องแสวงหาความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในระดับระหว่างประเทศ จนเกิดเป็นมาตรฐานระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงต่างๆ เมื่อเทคโนโลยีและการสื่อสารมีความเจริญก้าวหน้ามากขึ้นจนถึงขนาดที่การติดต่อสื่อสารนานาชาติกระทำกันได้โดยง่ายดาย ในราวปลายศตวรรษที่ 19 ได้มีประเทศต่างๆ ราว 10 ประเทศเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศเรียกว่า “อนุสัญญากรุงเบอร์น์” ขึ้น ซึ่งเกิดจากแนวคิดที่ต้องการจะให้มีการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศมีความเป็นเอกภาพกว่าเดิม โดยมีการตกลงให้ความคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมระหว่างกัน ในบรรดาชาติภาคีสมาชิกภายใต้แนวคิดนี้ ผู้สร้างสรรค์ไม่ว่าจะมีสัญชาติใดที่สร้างงานอันมีการโฆษณาในประเทศภาคีจักได้รับความคุ้มครองสิทธิในประเทศภาคีอื่น เหมือนผู้สร้างสรรค์ที่มีสัญชาติของประเทศภาคีนั้นเองโดยไม่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขรูปแบบพิธีใดๆ

อนุสัญญากรุงเบอร์น์จึงเป็นจุดเริ่มต้นของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในระดับสากล อนุสัญญานี้ประสบความสำเร็จเป็นอย่างดีในการประสานระบบการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่สำคัญทั้ง 2 ระบบ คือระบบสิทธิในการทำสำเนาตามแนวทางของประเทศอังกฤษและระบบสิทธิของผู้ประพันธ์ตามแนวคิดของประเทศฝรั่งเศสเข้าด้วยกัน อนุสัญญานี้เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีความสำคัญเนื่องจากมีจำนวนประเทศที่เข้าร่วมเป็นสมาชิกจำนวนมาก ซึ่งมีทั้งประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศที่กำลังพัฒนา อนุสัญญากรุงเบอร์น์จัดว่าเป็นข้อตกลงพหุภาคีที่เกี่ยวกับงานลิขสิทธิ์ที่เก่าแก่ที่สุด กล่าวคือเริ่มตั้งแต่ปี ค.ศ. 1886 เป็นต้นมา ซึ่งสมาชิกส่วนใหญ่ของอนุสัญญานี้จะอยู่ในกลุ่มประเทศยุโรปเช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน อิตาลี สเปน เบลเยียม สวิตเซอร์แลนด์ อนุสัญญานับนี้ได้รับการพัฒนาขึ้นเป็นลำดับ กล่าวคือได้มีการปรับปรุงแก้ไขเพื่อรองรับผลของเทคโนโลยีที่กำลังพัฒนาอย่างรวดเร็ว โดยอนุสัญญากรุงเบอร์น์ฉบับแรกเสร็จสมบูรณ์และได้รับความเห็นชอบเมื่อวันที่ 9 กันยายน ค.ศ. 1886 อนุสัญญากรุงเบอร์น์ได้มีการปรับปรุงแก้ไขอีกหลายครั้ง เพื่อให้รองรับกับการพัฒนาทางเทคโนโลยีที่มีการเพิ่มประเภทของงานลิขสิทธิ์และเพื่อรับรองสิทธิใหม่ๆ ของเจ้าของลิขสิทธิ์พร้อมทั้งปรับปรุงแก้ไขหลักเกณฑ์เดิมเพิ่มมากขึ้น ในปัจจุบันอนุสัญญากรุงเบอร์น์ฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส ค.ศ. 1971 (Paris Act 1971) ฉบับนี้ ถือได้ว่าเป็นหลักประกันในมาตรฐานการให้ความคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรมของภาคีสมาชิกทั้งหลาย

เดิมเจตนารมณ์ของอนุสัญญานับนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างกฎเกณฑ์ในการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรมที่สร้างสรรค์งานในด้านความงามและสุนทรียภาพเป็นสำคัญ ต่อมาวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไป โดยมุ่งเน้นที่จะให้ประเทศสมาชิกให้การคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ภายใต้หลักการที่เป็นหนึ่งเดียวกัน อนุสัญญากรุงเบอร์น์จึงได้กำหนดมาตรการการคุ้มครองสิทธิเพื่อเป็นบรรทัดฐานสำหรับรัฐภาคีที่จะนำไปบัญญัติกฎหมายภายในต่อไป

หลักการสำคัญภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์นมียู่ด้วยกัน 3 ประการ คือ¹

1) หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Principle of national Treatment)² มีหลักว่า ประเทศภาคีหนึ่งจะให้ความคุ้มครองด้านลิขสิทธิ์แก่เจ้าของงานลิขสิทธิ์ ถ้างานนั้นมีประเทศที่เกิดแห่งงาน (country of origin) เป็นประเทศภาคีในสหภาพเบอร์นม โดยความคุ้มครองจะเป็นเช่นเดียวกับที่ประเทศนั้นพึงให้ความคุ้มครองแก่คนชาติของตนเอง หลักการดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ตั้งแต่มีการจัดทำอนุสัญญากรุงเบอร์นมฉบับแรกและได้รับการรับรองในอนุสัญญากรุงเบอร์นมฉบับต่อมา มาทุกฉบับโดยถือเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญที่สุดของอนุสัญญากรุงเบอร์นม

2) หลักการกำหนดสิทธิขั้นต่ำ (Minimum rights) หมายความว่า บรรดาสิทธิที่ได้รับการคุ้มครอง ประเทศภาคีได้ให้แก่ผู้สร้างสรรค์ที่เป็นต่างชาติดังกล่าวจะต้องไม่น้อยกว่าระดับการให้ความคุ้มครองที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเบอร์นม แต่อาจให้ความคุ้มครองที่สูงกว่าได้

3) หลักการคุ้มครองโดยอัตโนมัติ และ ปราศจากแบบพิธี (Principle of automatic protection and absence of formalities)³ หมายความว่า ผู้สร้างสรรค์งานในประเทศที่เกิดแห่งงานซึ่งเป็นภาคีสมาชิกจะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานที่ตนสร้างสรรค์ขึ้นโดยทันทีและจะกำหนดเงื่อนไขของการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ลักษณะใดๆ ไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดให้มีการจดทะเบียนหรือกำหนดให้ใช้เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ใดๆ เพื่อแสดงถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เช่น การจดทะเบียนงานลิขสิทธิ์กับรัฐ หรือการนำฝากสำเนา งาน หลักการนี้ปรากฏครั้งแรกในอนุสัญญากรุงเบอร์นมฉบับแก้ไข ณ กรุงเบอร์ลิน ค.ศ. 1908 และปรากฏในอนุสัญญากรุงเบอร์นมทุกฉบับนับจากนั้นเป็นต้นมา

อนุสัญญากรุงเบอร์นมกำหนดให้มีการคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่คนต่างชาติดังกล่าวโดยคำนึงถึงประเทศที่เกิดของงานเป็นสำคัญ ประเทศที่เกิดของงาน (Country of Origin) หมายความว่า ประเทศ

¹ จักรกฤษณ์ ควรวจน์. (2544). กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วย ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า. หน้า 67-72.

² Bern Convention, Article 5 (1): Authors shall enjoy, in respect of works for which they are protected under this Convention, in countries of the Union other than the country of origin, the rights which their respective laws do now or may hereafter grant to their nationals, as well as the rights specially granted by this Convention.

³ Bern Convention, Article 5 (2): The enjoyment and the exercise of these rights shall not be subject to any formality; such enjoyment and such exercise shall be independent of the existence of protection in the country of origin of the work. Consequently, apart from the provisions of this Convention, the extent of protection, as well as the means of redress afforded to the author to protect his rights, shall be governed exclusively by the laws of the country where protection is claimed.

ที่ผู้สร้างสรรค์มีสัญชาติหรือประเทศที่มีการโฆษณางานเป็นครั้งแรก การที่อนุสัญญากรุงเบอร์ลินกำหนดให้คำนึงถึงประเทศที่มีการโฆษณาเป็นครั้งแรกประกอบด้วยก็เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาการพิจารณาเรื่องสัญชาติของผู้สร้างสรรค์ในกรณีทำงานนั้นมีบุคคลหลายคนร่วมกันเป็นผู้สร้างสรรค์

กล่าวโดยสรุป การคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์ลินใช้ปัจจัยสองประการเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาก็คือ สัญชาติของผู้สร้างสรรค์และสถานที่ที่มีการเผยแพร่งานเป็นหลัก

3.1.1.1 การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์

การคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศภายใต้ข้อ 3 (1)⁴ ของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินจะต้องกระทำภายใต้หลักเกณฑ์ดังนี้

1) งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นโดยบุคคลที่เป็นชาติของประเทศสมาชิกของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินไม่ว่างานนั้นจะได้มีการเผยแพร่ต่อสาธารณชนหรือไม่ จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายของประเทศภาคีทุกประเทศ

2) งานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นโดยผู้ที่มีได้เป็นคนชาติของประเทศสมาชิกจะได้รับความคุ้มครองในประเทศภาคีสมาชิกก็ต่อเมื่อได้มีการนำงานดังกล่าวออกเผยแพร่เป็นครั้งแรกในประเทศใดประเทศหนึ่งซึ่งเป็นภาคีสมาชิกหรือการเผยแพร่งานนั้นได้กระทำในประเทศสมาชิกพร้อมกันกับที่ได้เผยแพร่ในประเทศอื่นที่มีได้เป็นสมาชิกของอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน การโฆษณาอันมีลิขสิทธิ์ถือว่าได้กระทำพร้อมกันหากมีการเผยแพร่ในงานในกำหนด 30 วันนับแต่วันที่ได้มีการโฆษณาในประเทศอื่นที่ไม่ได้เป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน

ดังนั้นในกรณีที่ผู้สร้างสรรค์งานมิได้เป็นคนชาติของประเทศภาคีสมาชิกสถานที่ที่มีการเผยแพร่งานเป็นครั้งแรกจึงมีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อการที่งานอันมีลิขสิทธิ์จะได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน

อนุสัญญากรุงเบอร์ลินได้กำหนดสิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ไว้ทั้งหมด 7 ประเภทด้วยกันได้แก่

- (1) สิทธิในการแปล (The translation) ใน Article 8
- (2) สิทธิในการทำซ้ำ (The reproduction right) ใน Article 9, Article 10 (1), (2), bis (1)
- (3) สิทธิในการแสดงต่อสาธารณชน (The public performance right) ใน

⁴ Bern Convention, Article 3 (1): The protection of this Convention shall apply to:(a) authors who are nationals of one of the countries of the Union, for their works, whether published or not;(b) authors who are not nationals of one of the countries of the Union, for their works first published in one of those countries, or simultaneously in a country outside the Union and in a country of the Union.

Article 11

- (4) สิทธิในการแพร่เสียงแพร่ภาพ (The broadcasting right) ใน Article 11 bis
- (5) สิทธิในการประกาศในที่สาธารณะ (The public recitation right) ใน

Article 11 ter

- (6) สิทธิในการดัดแปลง (The right of adaptation) ใน Article 12
- (7) สิทธิในงานภาพยนตร์ (The cinematographic right) ใน Article 14

อนุสัญญากรุงเบอร์นไม่ได้ให้คำจำกัดความคำว่า “ผู้สร้างสรรค์ (Author)” คือใคร และไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะเป็นผู้สร้างสรรค์งานไว้ แต่จากความเข้าใจโดยทั่วไป “ผู้สร้างสรรค์” คือบุคคลธรรมดาที่แสดงออกซึ่งความคิดและจินตนาการของตนให้ปรากฏออกมาในรูปของงานวรรณกรรม ดนตรีกรรม ศิลปกรรม สำหรับสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานวรรณกรรมและศิลปกรรมนั้น อนุสัญญากรุงเบอร์นให้สิทธิแก่ผู้สร้างสรรค์งาน ดังนี้

(1) สิทธิในทางเศรษฐกิจ (Economic Rights) หรือสิทธิในการแสวงหาผลประโยชน์ (Exploitation Rights) จากงานวรรณกรรมและศิลปกรรมได้แก่ สิทธิที่จะห้ามมิให้บุคคลใดทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่งานต่อสาธารณะโดยไม่ได้รับอนุญาต

(2) สิทธิในบุคลิกภาพของผู้สร้างสรรค์หรือธรรมสิทธิ (Moral Rights) ได้แก่ สิทธิที่จะแสดงตนเป็นเจ้าของงานและมีสิทธิที่จะห้ามมิให้ผู้อื่นดัดแปลงงานในประการที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียงเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์

3.1.1.2 การทำซ้ำ

สิทธิในการทำซ้ำ ถือได้ว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้สร้างสรรค์ในงานทุกประเภท อย่างไรก็ดีสิทธิในการทำซ้ำนี้ได้รับการบัญญัติเป็นครั้งแรกในอนุสัญญากรุงเบอร์นฉบับแก้ไข ณ กรุง สต็อกโฮล์ม ใน ค.ศ.1967 (ภายหลังจากอนุสัญญากรุงเบอร์นฉบับแรกมีผลบังคับใช้ไปแล้ว 81 ปี) เนื่องจากระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศภาคีสมาชิก ต่างก็ให้คำนิยามของสิทธิในการทำซ้ำไว้แตกต่างกัน ดังนั้นการจะบัญญัติข้อความในอนุสัญญาให้สอดคล้องกับสิทธิการทำซ้ำตามกฎหมายภายในของภาคีสมาชิกจึงเป็นไปได้ยาก

ในมาตรา 9 (1)⁵ ได้บัญญัติให้ผู้สร้างสรรค์งานวรรณกรรมและศิลปกรรมซึ่งได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญาเบอร์น ได้รับความคุ้มครองสิทธิในการทำซ้ำซึ่งหมายถึง สิทธิแต่เพียงผู้เดียว ของเจ้าของงานลิขสิทธิ์ที่จะอนุญาตให้มีการทำซ้ำงานของตนได้ ไม่ว่าการทำซ้ำนั้นจะอยู่ในรูปแบบใดๆ

⁵ Bern Convention, Article 9 (1): Authors of literary and artistic works protected by this Convention shall have the exclusive right of authorizing the reproduction of these works, in any manner or form.

ในมาตรา 9 (2)⁶ ได้บัญญัติยอมให้กฎหมายภายในของประเทศภาคี อนุญาตให้มีการทำซ้ำงานลิขสิทธิ์ได้ในบางกรณี ทั้งนี้การทำซ้ำนั้นจะต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ของงานตามปกติและไม่เป็นที่เสื่อมเสียแก่ประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของผู้สร้างสรรค์เกินสมควร งานลิขสิทธิ์ที่อนุญาตให้ทำซ้ำได้หมายถึง งานวรรณกรรมและศิลปกรรมตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 (1) ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับ มาตรา 2 (1)⁷ แล้วจะพบว่างานทุกประเภทที่อนุสัญญากรุงเบอร์น์ให้ความคุ้มครองได้แก่ งานวรรณกรรม นาฏกรรม ดนตรีกรรม งานภาพยนตร์ ศิลปกรรม งานภาพถ่าย และศิลปะประยุกต์งานต่างๆ เหล่านี้สามารถทำซ้ำได้ในบางกรณีภายใต้กรอบของมาตรา 9 (2)

ข้อยกเว้นทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำนี้ อนุสัญญากรุงเบอร์น์ มาตรา 9 (2) เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นทั่วไปในการละเมิดลิขสิทธิ์เพียงบทบัญญัติเดียวของอนุสัญญากรุงเบอร์น์ นับว่าเป็นบทบัญญัติที่มีความสำคัญยิ่งเพราะบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นแม่แบบของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรฐานระหว่างประเทศต่างๆ ที่ตามมาเช่น TRIPS

การกระทำที่จะเข้าข้อยกเว้นในมาตรา 9 (2) ได้นั้นจะต้องผ่านหลักเกณฑ์ 3 ประการ หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า “หลัก Three-Step test”

1) การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่จำเป็นเฉพาะกรณี (certain special cases) กล่าวคือ ไม่ใช่ว่ากรณีใดๆ ก็สามารถทำซ้ำได้ การกระทำจะสามารถทำซ้ำได้เฉพาะกรณีเท่านั้น การกระทำใดบ้างที่จะถือได้ว่าเป็นการกระทำที่จำเป็นเฉพาะกรณีเช่น ในกรณีของการใช้เพื่อการศึกษา การใช้เพื่อการรายงานข่าว หรือการใช้เพื่อการวิจารณ์ ดิจิม เป็นต้น

⁶ Bern Convention, Article 9 (2): It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

⁷ Bern Convention, Article 2 (1): The expression “literary and artistic works” shall include every production in the literary, scientific and artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression, such as books, pamphlets and other writings; lectures, addresses, sermons and other works of the same nature; dramatic or dramatico - musical works; choreographic works and entertainments in dumb show; musical compositions with or without words; cinematographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to cinematography; works of drawing, painting, architecture, sculpture, engraving and lithography; photographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to photography; works of applied art; illustrations, maps, plans, sketches and three-dimensional works relative to geography, topography, architecture or science.

2) การกระทำนั้น จะต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ของงานตามปกติ (not conflict with a normal exploitation of the work) นั่นคือ การทำซ้ำที่ส่งผลกระทบต่อตลาดโดยทั่วไปของงานลิขสิทธิ์จะไม่สามารถทำได้ในทุกกรณีเช่น การทำซ้ำในลักษณะที่ทำให้ยอดขายของงานนั้นๆ ในท้องตลาดลดลง จะไม่ได้รับการยกเว้นตามอนุสัญญากรุงเบอร์น์

3) การทำซ้ำนั้นต้องไม่เป็นที่เสื่อมเสียแก่ประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของผู้สร้างสรรค์เกินสมควร (not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author) แต่ด้วยเหตุที่ว่าในการทำซ้ำในทุกกรณีต่างก็ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วยกันทั้งสิ้น ซึ่งอาจมีระดับของความเสียหายที่แตกต่างกัน ดังนั้น ประเด็นที่ต้องพิจารณาจึงอยู่ที่การกระทำเช่นนั้นก่อให้เกิดความเสียหายเกินสมควรหรือไม่

นอกจากหลักเกณฑ์ในมาตรา 9 (2) แล้ว อนุสัญญากรุงเบอร์น์ยังได้กำหนดข้อยกเว้นเกี่ยวกับการทำซ้ำในบางลักษณะไว้ ดังนี้

ในมาตรา 10 (1)⁸ ได้บัญญัติถึงการทำซ้ำในรูปแบบของการอ้างอิง ภายใต้หลักเกณฑ์ 3 ประการ

(1) งานที่ถูกอ้างถึงนั้น ต้องเป็นงานที่ได้เผยแพร่โดยชอบแก่สาธารณชนแล้ว

(2) การกระทำนั้นต้องสอดคล้องกับการใช้ที่เป็นธรรม (fair practice) ซึ่งการใช้ที่เป็นธรรมเช่นว่านี้ ควรพิจารณาถึงสัดส่วนงานที่ถูกนำมาอ้างอิงโดยเปรียบเทียบกับสัดส่วนของงานที่นำมาใช้ รวมถึงต้องพิจารณาด้วยว่างานใหม่ที่เกิดขึ้นนั้นมีลักษณะเป็นการแข่งขันกับงานเดิมทำให้ยอดขายของงานเดิมลดลงหรือไม่ด้วย

(3) ปริมาณการใช้ต้องไม่เกินสมควร สำหรับความมุ่งหมายในการใช้นั้น

ทั้งนี้บทบัญญัติในมาตรา 10 (1) ยังรวมถึงการอ้างอิงจากบทความ ในหนังสือพิมพ์และนิตยสารในรูปของสรุปข่าวด้วย

ในมาตรา 10 (2)⁹ ได้บัญญัติถึงการใช้เพื่อการเรียน การสอน โดยอนุสัญญากรุงเบอร์น์อนุญาตให้งานลิขสิทธิ์ไปใช้เพื่อประโยชน์ทางการศึกษาได้ในหลายรูปแบบ ทั้งการนำ

⁸ Bern Convention, Article 10 (1): It shall be permissible to make quotations from a work which has already been lawfully made available to the public, provided that their making is compatible with fair practice, and their extent does not exceed that justified by the purpose, including quotations from newspaper articles and periodicals in the form of press summaries.

⁹ Bern Convention, Article 10 (2): It shall be a matter for legislation in the countries of the Union, and for special agreements existing or to be concluded between them, to permit the utilization, to the extent justified by the purpose, of literary or artistic works by way of illustration in publications, broadcasts or sound or visual recordings for teaching, provided such utilization is compatible with fair practice.

งานมาใช้เพื่อประกอบการสอน หรือการเผยแพร่เสียงแพร่ภาพ หรือใช้สิ่งบันทึกเสียง หรือภาพงาน ซึ่งได้จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ในทางการเรียนการสอน ทั้งนี้ขนาดของการใช้ต้องเหมาะสมกับความมุ่งหมายนั้นและสอดคล้องกับการใช้ที่เป็นธรรมเนียมอันเป็นหลักเกณฑ์เดียวกันกับมาตรา 10 (1)

การใช้เพื่อการเรียนการสอนนี้ รวมถึงการสอนในทุกระดับ ไม่ว่าจะเป็นสถาบันการศึกษาของรัฐ หรือเอกชน อนึ่งการใช้งานลิขสิทธิ์ในมาตรา 10 (1) และ (2) จะต้องอ้างที่มาของงานและชื่อของผู้สร้างสรรค์ตามที่ปรากฏอยู่ที่ตัวงานที่นำมาใช้นั้นด้วยเสมอ

ในมาตรา 10 bis (1)¹⁰ ได้บัญญัติถึงการทำซ้ำซึ่งบทความในหนังสือพิมพ์ หรือ นิตยสาร หรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพที่เป็นเรื่องปัจจุบัน เกี่ยวกับเศรษฐกิจ การเมือง หรือศาสนา โดยผ่านทางสื่อในแขนงต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นสื่อสิ่งพิมพ์ หรือองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพ หรือทางสายเคเบิล อย่างไรก็ดีเจ้าของงานลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะสงวนสิทธิ มิให้มีการใช้งานของตนโดยจะต้องระบุข้อสงวนดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้ง สำหรับกรณีที่เจ้าของสิทธิอนุญาตให้ใช้งานของตนได้นั้น ผู้ใช้จะต้องมีการอ้างที่มาอย่างชัดเจนด้วย จะเห็นได้ว่าข้อยกเว้นในมาตรา 10 และมาตรา 10 bis เป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของสาธารณชนในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารเป็นหลัก

3.1.1.3 การเผยแพร่ต่อสาธารณชน

1) สิทธิในการแสดงต่อสาธารณชน

ในมาตรา 11¹¹ ได้บัญญัติถึงสิทธิในการแสดงต่อสาธารณชน เป็นสิทธิที่อนุสัญญากรุงเบอร์นมอบให้กับเจ้าของสิทธิในงานนาฏกรรมและดนตรีกรรมไว้เป็นการเฉพาะ

¹⁰ Bern Convention, Article 10 bis (1): It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction by the press, the broadcasting or the communication to the public by wire of articles published in newspapers or periodicals on current economic, political or religious topics, and of broadcast works of the same character, in cases in which the reproduction, broadcasting or such communication thereof is not expressly reserved. Nevertheless, the source must always be clearly indicated; the legal consequences of a breach of this obligation shall be determined by the legislation of the country where protection is claimed.

¹¹ Bern Convention, Article 11:

(1) Authors of dramatic, dramatico-musical and musical works shall enjoy the exclusive right of authorizing:

(i) the public performance of their works, including such public performance by any means or process;

(ii) any communication to the public of the performance of their works.

(2) Authors of dramatic or dramatico-musical works shall enjoy, during the full term of their rights in the original works, the same rights with respect to translations thereof.

เจ้าของสิทธิในงานชนิดอื่นจะไม่ได้รับประโยชน์จากสิทธิประการนี้ สิทธิในการแสดงต่อสาธารณชนนั้น ได้แก่¹²

(1) สิทธิในการแสดงต่อสาธารณชน ซึ่งครอบคลุมถึงการแสดงในทุกวิธีการและทุกรูปแบบตั้งแต่การแสดงสด (live performance) ไปจนถึงการเปิดเพลงจากสิ่งบันทึกเสียง ทั้งนี้การแสดงที่เป็นการส่วนตัว (private performance) จะไม่อยู่ในขอบเขตของบทบัญญัตินี้ สำหรับการแบ่งแยกว่าการแสดงใดเป็นการแสดงต่อสาธารณชน การแสดงใดถือเป็นการแสดงที่เป็นการส่วนตัวนั้น อนุสัญญากรุงเบอร์น์ไม่ได้ระบุไว้ในตัวอนุสัญญา จึงขึ้นอยู่กับการตีความของศาลในแต่ละประเทศภาคีสมาชิกว่าจะตีความคำว่า “สาธารณชน” ให้มีขอบเขตครอบคลุมเพียงใด

(2) การเผยแพร่ต่อสาธารณชน ซึ่งการแสดงนั้นไม่ว่าจะเป็นการเผยแพร่ในรูปแบบใดนอกเหนือจากการแพร่เสียงแพร่ภาพ (broadcasting) ซึ่งถูกแยกไว้ต่างหากใน มาตรา 11 bis เนื่องจากลักษณะโดยธรรมชาติ งานดนตรีเป็นงานที่มักจะถูกแสดงออกในรูปของเสียงเป็นส่วนใหญ่ สิทธิในการแสดงต่อสาธารณชนและสิทธิในการแพร่เสียงแพร่ภาพ จึงนับเป็นสิทธิทางเศรษฐกิจที่สำคัญยิ่งต่อเจ้าของสิทธิในงานดนตรีกรรม เป็นที่น่าสังเกตว่าอนุสัญญากรุงเบอร์น์ไม่ได้กำหนดให้มีข้อยกเว้นทั่วไป หรือมาตรการบังคับสิทธิไว้ในสิทธิการแสดงต่อสาธารณชนแต่อย่างใด แต่ยอมให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถทำข้อสงวนในบางเรื่อง (minor reservations) ต่อสิทธิดังกล่าวได้ ข้อสงวนในเรื่องดังกล่าวเช่น การใช้เพื่อการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา การใช้เพื่อการศึกษา หรือการใช้ประโยชน์โดยหน่วยงานราชการ เป็นต้น ทั้งนี้เป็นสิทธิของภาคีสมาชิกที่จะบัญญัติข้อยกเว้นตามกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับข้อสงวนดังกล่าว

2) สิทธิในการแพร่เสียงแพร่ภาพ

ในมาตรา 11 bis¹³ ได้บัญญัติให้เจ้าของสิทธิในงานวรรณกรรมและศิลปกรรม มีสิทธิแต่ผู้เดียวในการอนุญาตให้เผยแพร่ได้โดยวิธีการสื่อสารไร้สาย (wireless diffusion) ซึ่งสัญญาณเสียง หรือภาพในมาตรา 11 bis (1)(i) หรือการสื่อสารโดยผ่านทางสาย หรือ

¹² นันทวัฒน์ ลิ้มโปดม. (2549). ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยเน้นศึกษางานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียง. หน้า 16.

¹³ Bern Convention, Article 11 bis (1): Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing:

(i) the broadcasting of their works or the communication thereof to the public by any other means of wireless diffusion of signs, sounds or images;

(ii) any communication to the public by wire or by rebroadcasting of the broadcast of the work, when this communication is made by an organization other than the original one;

การแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ (Rebroadcasting) หากการเผยแพร่ดังกล่าวกระทำโดยองค์กรอื่นใด นอกจากองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพเดิม ในมาตรา 11 bis (1)(ii) หรือการเผยแพร่ต่อสาธารณชน โดยเครื่องกระจายเสียง หรือเครื่องมือสื่อสารใด ซึ่งเป็นการแพร่เสียงแพร่ภาพงานนั้น ในมาตรา 11 bis (1)(iii)

ในมาตรา 11 bis (2)¹⁴ ได้บัญญัติมาตรการใช้สิทธิเชิงบังคับในกรณีการแพร่เสียงแพร่ภาพซึ่งถือเป็นการจำกัดสิทธิของเจ้าของสิทธิอย่างหนึ่งไว้โดยวางเงื่อนไขไว้ว่า มาตรการใช้สิทธิเชิงบังคับในกรณีการแพร่เสียงแพร่ภาพดังกล่าวจะใช้ได้เฉพาะในประเทศภาคีสมาชิกที่บัญญัติรับรองไว้เท่านั้น ไม่ว่ากรณีใดๆ การบังคับใช้สิทธิดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการเสื่อมเสียต่อสิทธิทางศีลธรรมของผู้สร้างสรรค์และอาจกล่าวได้ว่าเป็นเงื่อนไขที่สำคัญที่สุดคือ ผู้สร้างสรรค์จะต้องได้รับค่าตอบแทนที่เป็นธรรมจากการถูกบังคับใช้สิทธินั้น ซึ่งค่าตอบแทนดังกล่าวอาจได้รับการกำหนดโดยองค์กรที่มีอำนาจเช่น คณะอนุญาโตตุลาการ หรือศาลพิเศษ

ทั้งนี้ มีข้อที่ควรสังเกตว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ของหลายๆ ประเทศได้กำหนดให้มาตรการใช้สิทธิเชิงบังคับอยู่ในสถานะที่เป็นทางเลือกที่สองของการใช้สิทธิ โดยเป็นรองจากการเจรจาขอใช้สิทธิผ่านทางองค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนการใช้ผลงานลิขสิทธิ์ (Collecting societies) ซึ่งเจ้าของสิทธิจะได้รับค่าตอบแทนซึ่งสะดวกและเป็นธรรมมากกว่า นักกฎหมายบางท่านเห็นว่าการเกิดขึ้นขององค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนการใช้ผลงานลิขสิทธิ์ หรือการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic contracting) อาจเป็นการทำให้มาตรการใช้สิทธิเชิงบังคับหมดความสำคัญลงไป ทั้งนี้ จากการเกิดขึ้นอย่างมากมายขององค์กรจัดเก็บค่าตอบแทนการใช้ผลงานทางดนตรีกรรม เราจึงแทบไม่พบมาตรการใช้สิทธิเชิงบังคับในการแพร่เสียงแพร่ภาพในงานดังกล่าวเลยในปัจจุบัน

3.1.1.4 ข้อจำกัดหรือข้อยกเว้น

ข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นของการละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นการจำกัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ประเภทหนึ่ง มีความประสงค์ให้กับผู้ใช้งานลิขสิทธิ์ได้ใช้ประโยชน์จากงานลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยคำนึงถึงประโยชน์ของสังคมที่จะได้รับจากงานลิขสิทธิ์นั้น ซึ่งกฎหมายต้องการรักษาหลักแห่งดุลยภาพให้มีความเหมาะสมระหว่างสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์กับประโยชน์ของสาธารณชนให้

(iii) the public communication by loudspeaker or any other analogous instrument transmitting, by signs, sounds or images, the broadcast of the work.

¹⁴ Bern Convention, Article 11 bis (2): It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to determine the conditions under which the rights mentioned in the preceding paragraph may be exercised, but these conditions shall apply only in the countries where they have been prescribed. They shall not in any circumstances be prejudicial to the moral rights of the author, nor to his right to obtain equitable remuneration which, in the absence of agreement, shall be fixed by competent authority.

มากที่สุดมีการบัญญัติในอนุสัญญากรุงเบอร์นฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส 1971 (Paris Act 1971) โดยบัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์และข้อจำกัดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวไว้ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้

1) ในมาตรา 2 (8)¹⁵ ได้บัญญัติไม่ให้บังคับเกี่ยวกับงานที่มีลักษณะข่าวสารประจำวัน หรือตามข้อเท็จจริงอื่นๆ ซึ่งปรากฏในลักษณะที่เป็นสิ่งพิมพ์ ข่าวสาร ดังนั้นการใช้งานลิขสิทธิ์เป็นลักษณะของข่าวสาร ย่อมสามารถใช้ได้

2) ในมาตรา 9 (2)¹⁶ ได้บัญญัติให้กฎหมายภายในของประเทศสมาชิกกำหนดว่าการใช้งานลิขสิทธิ์ เกี่ยวกับสิทธิการทำซ้ำ ให้สามารถที่จะกำหนดข้อยกเว้นนั้นไว้เป็นการเฉพาะได้ในบางกรณี ทั้งนี้การกระทำเช่นนั้นจะต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และต้องไม่เป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร

3) ในมาตรา 10 (1)¹⁷ ได้บัญญัติเกี่ยวกับการใช้งานลิขสิทธิ์เพื่อการอ้างอิงจากงานที่ได้เผยแพร่ต่อสาธารณชน ทั้งนี้การใช้งานนั้นจะต้องเป็นการใช้ที่เป็นธรรมและมีปริมาณการใช้ไม่เกินขอบเขตสำหรับวัตถุประสงค์ในการใช้เพื่อการอ้างอิงโดยไม่รวมถึงการอ้างอิงจากบทความในหนังสือพิมพ์และนิตยสารในลักษณะของการสรุปข่าว

4) ในมาตรา 10 (2)¹⁸ ได้บัญญัติให้กฎหมายภายในของประเทศสมาชิกเกี่ยวกับการกำหนดให้เกิดข้อตกลงระหว่างผู้เกี่ยวข้องเพื่อกำหนดขอบเขตจุดมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ในการใช้งานลิขสิทธิ์วรรณกรรมและศิลปกรรมมาทำซ้ำออกแพร่เสียงแพร่ภาพ บันทึกเสียงหรือบันทึกภาพ ซึ่งต้องมีวัตถุประสงค์ของการใช้ที่เป็นธรรมไปในทางประกอบเพื่อการสอน

¹⁵ Bern Convention, Article 2 (8): The protection of this Convention shall not apply to news of the day or to miscellaneous facts having the character of mere items of press information.

¹⁶ Bern Convention, Article 9 (2): It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

¹⁷ Bern Convention, Article 10 (1): It shall be permissible to make quotations from a work which has already been lawfully made available to the public, provided that their making is compatible with fair practice, and their extent does not exceed that justified by the purpose, including quotations from newspaper articles and periodicals in the form of press summaries.

¹⁸ Bern Convention, Article 10 (2): It shall be a matter for legislation in the countries of the Union, and for special agreements existing or to be concluded between them, to permit the utilization, to the extent justified by the purpose, of literary or artistic works by way of illustration in publications, broadcasts or sound or visual recordings for teaching, provided such utilization is compatible with fair practice.

5) ในมาตรา 10 (3)¹⁹ ได้บัญญัติให้กฎหมายภายในประเทศสมาชิกกำหนดว่า การใช้งานลิขสิทธิ์ในมาตรา 10 (1) และ (2) จะต้องแสดงการรับรู้ถึงที่มาและเจ้าของลิขสิทธิ์ในงาน ที่นำมาใช้ด้วยเสมอ

6) ในมาตรา 10 bis (1)²⁰ ได้บัญญัติให้กฎหมายภายในของประเทศสมาชิก ยินยอมให้ทำซ้ำซึ่งบทความที่ตีพิมพ์ในหนังสือพิมพ์หรือนิตยสารที่เกี่ยวกับปัญหาทางเศรษฐกิจ การเมือง หรือศาสนา โดยการพิมพ์ หรือทำซ้ำ หรือแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ จะต้องแสดงการรับรู้ถึง แหล่งที่มาของงานลิขสิทธิ์อย่างชัดเจนด้วย ทั้งนี้เพื่อให้เกิดการคุ้มครองโดยผลกฎหมายด้วยใน หลักเกณฑ์ข้อยกเว้นในมาตรา 10 bis (1) จะมีความสำคัญและเป็นประโยชน์ต่อสื่อมวลชนต่างๆ ในการใช้งานลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ของการเผยแพร่โดยต้องมีเงื่อนไข ดังนี้

- (1) บทความนั้นต้องเป็นเรื่องของเศรษฐกิจ การเมือง หรือศาสนา
- (2) ต้องมีการเผยแพร่บทความนั้นมาก่อน
- (3) ไม่มีข้อจำกัดหรือข้อห้ามในการคัดลอก ทำซ้ำไว้โดยแจ้งชัด
- (4) ต้องระบุหรืออ้างถึงแหล่งที่มาของงานลิขสิทธิ์นั้นโดยชัดเจน

7) ในมาตรา 8²¹ และมาตรา 9²² ได้บัญญัติให้กฎหมายภายในของประเทศ สมาชิก อาจกำหนดเงื่อนไขว่า การใช้งานลิขสิทธิ์มาทำซ้ำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการรายงาน เหตุการณ์ใดๆ ในประจำวัน โดยให้อยู่ในรูปของ ภาพถ่าย ภาพยนตร์ หรือ การแพร่เสียงแพร่ภาพ

¹⁹ Bern Convention, Article 10 (3): Where use is made of works in accordance with the preceding paragraphs of this Article, mention shall be made of the source, and of the name of the author if it appears thereon.

²⁰ Bern Convention, Article 10bis (1): It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction by the press, the broadcasting or the communication to the public by wire of articles published in newspapers or periodicals on current economic, political or religious topics, and of broadcast works of the same character, in cases in which the reproduction, broadcasting or such communication thereof is not expressly reserved. Nevertheless, the source must always be clearly indicated; the legal consequences of a breach of this obligation shall be determined by the legislation of the country where protection is claimed.

²¹ Bern Convention, Article 8: Authors of literary and artistic works protected by this Convention shall enjoy the exclusive right of making and of authorizing the translation of their works throughout the term of protection of their rights in the original works.

²² Bern Convention, Article 9:

(1) Authors of literary and artistic works protected by this Convention shall have the exclusive right of authorizing the reproduction of these works, in any manner or form.

หรือการสื่อสารต่อสาธารณชนในระบบของสาย (เคเบิล) และกำลังพัฒนาให้สามารถใช้ประโยชน์จากการแปลงานลิขสิทธิ์ (Right of Translation) และสามารถทำซ้ำงานลิขสิทธิ์ (Reproduction) ได้อย่างกว้างขวาง

สำหรับประเทศไทยในสมัยรัชกาลที่ 7 ได้เข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาฉบับนี้เมื่อ ค.ศ. 1931 (พ.ศ. 2474)²³ ด้วยเหตุดังกล่าว จึงต้องทำให้ประเทศไทยต้องอนุวัติกฎหมายให้สอดคล้องเพื่อรองรับกับมาตรฐานการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ของอนุสัญญากรุงเบอร์น ซึ่งผลให้ประเทศไทยได้ประกาศการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 เมื่อวันที่ 21 มิถุนายน พ.ศ. 2474 เป็นต้นมา

3.1.2 ภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (TRIPS หรือ Agreement on Trade-Related Aspect of Intellectual Property Right Including Trade in Counterfeit Goods)

เมื่อสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้ยุติลงเป็นผลให้เกิดเศรษฐกิจโลกตกต่ำ จึงเป็นที่มาของข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยพิกัดศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade หรือเรียกอย่างย่อว่า แกดต์ GATT) ซึ่งข้อตกลงนี้มีหลักการเพื่อเสริมสร้างการค้าของโลกให้ดำเนินไปได้โดยเสรีและตั้งอยู่บนพื้นฐานที่มั่นคง ก่อให้เกิดการสร้างงานขยายตัวของการลงทุนและการค้าอย่างต่อเนื่อง อันจะเป็นการส่งเสริมความเจริญเติบโตทางด้านเศรษฐกิจ สังคมและการพัฒนาต่าง ๆ รวมทั้งความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นของประชากรโลก

GATT เกิดขึ้นมาเมื่อปี ค.ศ.1947 ตรงกับพุทธศักราช 2490 ในส่วนของประเทศไทยได้เข้าเป็นสมาชิกของ GATT เมื่อปี พ.ศ. 2525 เป็นลำดับที่ 88 หน้าที่ของ GATT มีอยู่ 3 ประการ กล่าวคือ เป็นกฎระเบียบการค้าระหว่างประเทศ เป็นเวทีเพื่อการเจรจาการค้า เป็นเวทีให้ประเทศคู่กรณียุติข้อพิพาททางการค้า แต่ GATT ไม่ได้กำหนดมาตรฐานการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไว้แต่อย่างใด เพราะเนื่องจากขณะนั้น ข้อตกลงนี้ยังไม่มีแนวความคิดที่จะเชื่อมโยงระหว่างการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศเข้าด้วยกัน ประกอบกับ GATT มีความคิดที่ว่า ไม่

(2) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

(3) Any sound or visual recording shall be considered as a reproduction for the purposes of this Convention.

²³ ประกาศกระทรวงต่างประเทศเรื่องกรุงสยามเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์น. (ลงวันที่ 31 กรกฎาคม พ.ศ. 2474).

มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ต่อมาได้มีภาคีสมาชิกจากประเทศพัฒนาแล้วเช่นสหรัฐอเมริกาและกลุ่มประชาคมยุโรปได้มีการหยิบยกประเด็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาขึ้นสู่เวทีของการประชุม GATT ด้วยเพื่อปกป้องและรักษาผลประโยชน์ของตน แต่อย่างไรก็ตามก็ได้รับคำคัดค้านจากกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาด้วยอ้างเหตุผลว่า GATT นั้น ไม่มีขอบเขตอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งในเวลาต่อมาก็ยอมรับให้นำประเด็นนี้เข้าสู่เวทีการประชุมของ GATT โดยเหตุผลที่ว่าควรที่จะสร้างมาตรฐานการคุ้มครองขั้นต่ำ (minimum Standard) และกระบวนการระงับข้อพิพาท (dispute settlement Procedures) ทั้งนี้เพื่อเป็นการสร้างระบบในการป้องกันจากการใช้มาตรการฝ่ายเดียวจากประเทศคู่ค้าซึ่งเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว²⁴

ในปี ค.ศ. 1994 ในการเจรจาการค้าพหุภาคีของ GATT ณ เมืองปุนต้า เดลเอสเต ประเทศอุรุกวัย²⁵ ซึ่งการเจรจาดังกล่าวนี้ ได้มีความตกลงร่วมกันและมีการจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศใหม่ซึ่งเรียกว่า WTO (World Trade Organization) หรือองค์การการค้าโลก โดยมีหน้าที่ในการบริหารและกำกับดูแลให้ประเทศสมาชิกปฏิบัติตามพันธกรณีและข้อผูกพันต่างๆ ภายใต้ความตกลงอันเกิดจากการเจรจาการค้าพหุภาคีนี้ การเจรจาครั้งนี้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์การค้าโลกที่สำคัญคือ ได้มีการหยิบยกประเด็นเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในการเจรจาดังกล่าวจนสำเร็จ มีสาระตามเอกสารรวบรวมผลการเจรจาทั้งหมดเรียกว่า กรรมาสารสุดท้าย (Final Act) ซึ่งประกอบไปด้วยผลการเจรจาและความตกลงอื่นๆ ภายใต้การเจรจาดังกล่าวและได้ลงนามในข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้ามีชื่อว่า “ข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า” (The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods-TRIPS) รวมอยู่ด้วย ซึ่งแม้ว่าเนื้อหาของข้อตกลงดังกล่าว จะกล่าวถึงลิขสิทธิ์เพียงไม่กี่บท แต่ก็มีความสำคัญต่อภาคีสมาชิกที่มีได้เป็นภาคีในอนุสัญญาเบอร์นต้องยอมรับหลักการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของอนุสัญญาเบอร์นโดยอัตโนมัติ ซึ่งเป็นการยกระดับมาตรฐานในการคุ้มครองในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาที่สูงขึ้นกว่าอนุสัญญากรุงเบอร์น รวมทั้งก่อให้เกิดแนวคิดใหม่ในการที่จะให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัลด้วย²⁶

ข้อตกลง TRIPS มีวัตถุประสงค์ที่จะลดการบิดเบือนและสิ่งขัดขวางในทางการค้าระหว่างประเทศและเพื่อส่งเสริมให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้มีการคุ้มครองที่มีประสิทธิภาพเพียงพอ ตลอดจนเพื่อเป็นหลักประกันว่าจะมีมาตรการและกระบวนการบังคับแก่สิทธิในทรัพย์สิน

²⁴ ธัชชัย สุขผลศิริ, เล่มเดิม, หน้า 48-50.

²⁵ นัยชน ดาทอง, (2552). *The WIPO Digital Agenda* กับ การคุ้มครองลิขสิทธิ์ในยุคดิจิทัลของประเทศไทย, หน้า 13.

²⁶ แหล่งเดิม.

ทางปัญญา ซึ่งประเทศสมาชิกได้ลงนามผูกพันกันที่เมืองมาราเกช (Marrakech) ประเทศมอริอ็อกโค (Morocco) เมื่อวันที่ 15 เมษายน ค.ศ. 1994 (พ.ศ. 2537) โดยสาระสำคัญของข้อตกลง TRIPS นั้นสามารถสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

1) หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Principle of national Treatment) ภายใต้หลักการนี้ TRIPS กำหนดให้ประเทศสมาชิกของ WTO จะต้องให้การคุ้มครองคนชาติของประเทศสมาชิกอื่นในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเช่นเดียวกับการคุ้มครองที่ให้แก่คนชาติของตนเองแต่ในส่วนของการลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงนั้นหลักการดังกล่าวอาจมีข้อยกเว้นได้เท่าที่อนุสัญญากรุงปารีส (1967) อนุสัญญากรุงเบอร์น (1971) หรืออนุสัญญาโรมกำหนดไว้ นอกจากนี้ในส่วนของการสิทธิข้างเคียงของนักแสดง ผู้บันทึกเสียงและองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น ประเทศสมาชิกจะผูกพันใช้หลักการดังกล่าวเฉพาะแต่กับสิทธิประเภทที่ข้อตกลง TRIPS นี้กำหนดให้เท่านั้นหมายความว่า ถ้าประเทศภาคีใดให้สิทธิแก่นักแสดง ผู้บันทึกเสียงหรือองค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพที่เป็นคนชาติของตนโดยที่ไม่ใช่เป็นสิทธิที่ข้อตกลง TRIPS ให้ไว้ ประเทศภาคนั้นไม่จำเป็นต้องคุ้มครองหรือให้สิทธิดังกล่าวแก่คนชาติของประเทศภาคีอื่นด้วย

2) หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนุเคราะห์ยิ่ง (Principle of the Most-Favoured-Nation Treatment: MFN) หลักการนี้นับว่าเป็นของใหม่ในข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่สำคัญอย่างอนุสัญญากรุงปารีส (Paris Convention) และอนุสัญญากรุงเบอร์น (Berne Convention) ซึ่งไม่มีหลักการข้อนี้ แต่หลักการนี้มาปรากฏในข้อตกลง TRIPS เพราะหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนุเคราะห์ยิ่งเป็นหลักการสำคัญของ GATT มาตลอด

ตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนุเคราะห์ยิ่งนี้ หากประเทศสมาชิกของ WTO ใดได้ให้สิทธิประโยชน์อย่างใด ในเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแก่คนชาติของประเทศใดแล้ว (แม้ไม่ใช่ประเทศภาคีของ WTO ก็ตาม) ประเทศที่ให้สิทธินั้นก็จะต้องให้สิทธิเช่นเดียวกับคนชาติของประเทศภาคีสมาชิกของ WTO ด้วยโดยทันทีและปราศจากเงื่อนไข

3.1.2.1 การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์

ข้อตกลง TRIPS ในมาตรา 9 (2)²⁷ ได้ระบุไว้ว่า การให้คุ้มครองลิขสิทธิ์นั้นต้องขยายความรวมถึงการคุ้มครองการแสดงออก (Expression) แต่จะไม่คุ้มครองความคิด (Ideas) ขั้นตอน กรรมวิธี หรือระบบ หรือการค้นพบทฤษฎีทางคณิตศาสตร์

มาตรฐานการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ตามข้อตกลง TRIPS นั้นอิงกับอนุสัญญากรุง

²⁷ TRIPS, Article 9 (2): Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.

เบอร์นฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส ค.ศ. 1971 เป็นส่วนใหญ่โดยมีหลักเกณฑ์ใหม่ๆ บางประการที่ใน TRIPS บัญญัติเพิ่มเติมขึ้นมา กล่าวโดยสรุปมี ดังนี้

1) ในมาตรา 9 (1)²⁸ ได้บัญญัติให้บรรดาประเทศสมาชิก WTO ที่มีอยู่ แม้จะไม่เคยเข้าร่วมตกลงในอนุสัญญากรุงเบอร์นจำเป็นต้องปฏิบัติ และมีพันธกรณีตามอนุสัญญากรุงเบอร์น ซึ่งอนุสัญญากรุงเบอร์นได้กำหนดให้ทุกประเทศกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในประเด็นดังต่อไปนี้

(1) นิยามของงานอันมีลิขสิทธิ์

(2) สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้สร้างสรรค์ ได้แก่ สิทธิในการแปลง สิทธิในการดัดแปลงและเรียบเรียงงานของตน สิทธิในการแสดงต่อสาธารณชนในงานนาฏกรรมและงานดนตรีกรรม สิทธิในการอ่านต่อสาธารณชนใน งานวรรณกรรม สิทธิในการแพร่เสียงแพร่ภาพ สิทธิในการอนุญาตให้ผู้อื่น ใช้สิทธิ สิทธิในการทำซ้ำและสิทธิในการใช้งานบันทึกเสียง จำหน่ายแสดง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานบันทึกเสียง

(3) สิทธิทางศีลธรรม

(4) ระยะเวลาการให้ความคุ้มครอง

2) ในมาตรา 10 (1)²⁹ ได้บัญญัติว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ว่าจะเป็นภาษาต้นกำเนิด หรือภาษาวัตถุจะได้รับความคุ้มครองในฐานะงานวรรณกรรม ภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์น (ค.ศ. 1971)

3) ในมาตรา 12³⁰ ได้บัญญัติว่านอกเหนือจากงานถ่ายภาพหรืองานศิลปประยุกต์ เมื่อใดที่คำนวณอายุการคุ้มครองบนพื้นฐานอื่นนอกเหนือจากชีวิตของบุคคลธรรมดา อายุของการคุ้มครองดังกล่าวจะไม่น้อยกว่า 50 ปีนับจากวันสิ้นสุดของปีปฏิทินของการจัดพิมพ์ที่ได้รับอนุญาต หรือหากไม่มีการจัดพิมพ์โดยได้รับอนุญาตดังกล่าวภายใน 50 ปีจากการสร้างงานนั้นก็ให้

²⁸ TRIPS, Article 9 (1): Members shall comply with Articles 1 through 21 of the Berne Convention (1971) and the Appendix thereto. However, Members shall not have rights or obligations under this Agreement in respect of the rights conferred under Article 6bis of that Convention or of the rights derived therefrom.

²⁹ TRIPS, Article 10 (1): Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971).

³⁰ TRIPS, Article 12: Whenever the term of protection of a work, other than a photographic work or a work of applied art, is calculated on a basis other than the life of a natural person, such term shall be no less than 50 years from the end of the calendar year of authorized publication, or, failing such authorized publication within 50 years from the making of the work, 50 years from the end of the calendar year of making.

นับ 50 ปีจากวันสิ้นสุดของปีปฏิทินปีที่สร้างงานนั้น ดังนั้นในเรื่องการบันทึกงานเป็นเงื่อนไขของลิขสิทธิ์หรือไม่นั้น จึงต้องไปพิจารณาบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเบอร์นนั่นเอง

4) ในมาตรา 14 ข้อ 3³¹ ได้บัญญัติให้องค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพมีสิทธิที่จะห้ามการกระทำดังต่อไปนี้เมื่อกระทำโดยไม่ได้รับอนุญาตจากองค์กรนั้นก่อน ได้แก่ การบันทึก การทำซ้ำบันทึกของงานและการแพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำโดยวิธีไร้สาย ตลอดจนการเผยแพร่ต่อสาธารณชนทางโทรทัศน์ ในกรณีที่ประเทศภาคีใดมิได้ให้สิทธิดังกล่าวแก่องค์กรแพร่เสียงแพร่ภาพ ให้ประเทศภาคนั้นกำหนดให้เจ้าของสิทธิในงานที่ได้แพร่เสียงแพร่ภาพมีความเป็นไปได้ที่จะป้องกันมิให้มีการกระทำข้างต้นได้ ทั้งนี้ภายใต้บังคับตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญากรุงเบอร์น ค.ศ. 1971

5) ในมาตรา 2 (2)³² ได้บัญญัติว่าบทบัญญัติในภาค 1-4 ของข้อตกลงนี้จะไม่ลิดรอนพันธกรณีที่บรรดาสมาชิกมีต่อกัน ภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์น อนุสัญญากรุงโรม และข้อ 2 (2) ของข้อตกลง TRIPS ได้ให้การรับรองพันธกรณีที่บรรดาสมาชิกขององค์การการค้าโลกมีต่อกันตามอนุสัญญากรุงเบอร์นและอนุสัญญากรุงโรม ซึ่งข้อตกลง TRIPS มิได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อลดล้างหลักการที่มีอยู่ภายใต้อนุสัญญาทั้งสอง หากแต่ทำหน้าที่เป็นส่วนเสริม (Supplementary) หลักการที่มีอยู่แล้ว

3.1.2.2 การทำซ้ำ

ข้อตกลง TRIPS ได้กำหนดเกี่ยวกับสิทธิในการทำซ้ำไว้ในมาตรา 14 (2)³³ โดยได้ใช้ถ้อยคำกว้างๆ ว่า “การทำซ้ำโดยตรงและทางอ้อม” และกล่าวเพียงงานด้านสิ่งบันทึกเสียงเท่านั้น ส่วนงานประเภทอื่นๆ ให้นำมาตรา 1-21 ของอนุสัญญากรุงเบอร์นมาใช้ ย่อมเป็นการแสดงให้เห็นว่าข้อตกลง TRIPS เองไม่สามารถชี้ชัดถึงประเด็นการทำซ้ำในขบวนการที่เกิดจากการใช้

³¹ TRIPS, Article 14 (3): Broadcasting organizations shall have the right to prohibit the following acts when undertaken without their authorization: the fixation, the reproduction of fixations, and the rebroadcasting by wireless means of broadcasts, as well as the communication to the public of television broadcasts of the same. Where Members do not grant such rights to broadcasting organizations, they shall provide owners of copyright in the subject matter of broadcasts with the possibility of preventing the above acts, subject to the provisions of the Berne Convention (1971).

³² TRIPS, Article 2 (2): Nothing in Parts I to IV of this Agreement shall derogate from existing obligations that Members may have to each other under the Paris Convention, the Berne Convention, the Rome Convention and the Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits.

³³ TRIPS, Article 14 (2): Producers of phonograms shall enjoy the right to authorize or prohibit the direct or indirect reproduction of their phonograms.

อินเทอร์เน็ตและเกี่ยวกับการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ อีกทั้งการที่ข้อตกลง TRIPS ได้มีระยะเวลาผ่อนปรนการปฏิบัติตามพันธกรณีแก่ภาคที่เป็นประเทศกำลังพัฒนาทำให้การขยายการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์เพื่อรับมือกับสถานะแวดล้อมดิจิทัลไม่อาจกระทำได้อีกทั้งข้อตกลง TRIPS เป็นเพียงส่วนหนึ่งของข้อตกลงในอีกหลายๆ ข้อตกลงของ WTO ยิ่งทำให้เกิดปัญหาการยอมรับของภาคีสมาชิกกล่าวคือ ถ้าภาคีจะรับข้อตกลงใดต้องรับทั้งหมด ถ้าจะไม่รับก็ไม่รับทั้งหมดซึ่งปัญหานี้ยังไม่เป็นที่ยุติ อย่างไรก็ตามปัญหาเรื่องสิทธิในการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ยังไม่มีข้อยุติเพราะเป็นการยากที่จะชี้ชัดลงไป แต่โดยหลักแล้วการทำซ้ำได้และเป็นการผิดตามหลักการให้ความคุ้มครองระบบสากลนั้นต้องเป็นการทำซ้ำต้นฉบับหรือสำเนาที่มีตัวตน (tangible) ซึ่งสามารถสัมผัสได้เช่นการทำซ้ำงานวรรณกรรม ไม่ว่าจะเป็นการทำซ้ำหนังสือหรือสิ่งพิมพ์ต่างๆ เป็นต้น³⁴

3.1.2.3 ข้อจำกัดหรือข้อยกเว้น

ข้อตกลง TRIPS มาตรา 13³⁵ ก็ได้กำหนดหลักการพื้นฐานว่าด้วยข้อจำกัดและข้อยกเว้นมิให้ถือว่าการกระทำบางประการเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยกำหนดว่า “บรรดาสมาชิกจะกำหนดข้อจำกัด หรือข้อยกเว้นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวไว้เฉพาะแต่กรณีพิเศษบางกรณีเท่านั้น ซึ่งไม่ขัดแย้งต่อการแสวงประโยชน์โดยปกติของงานและไม่ทำให้เสื่อมเสียโดยไม่มีเหตุผลต่อประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ทรงสิทธิ” จะเห็นได้ว่ามาตรา 13 ได้บัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ ซึ่งในส่วนของสาระสำคัญไม่แตกต่างจากหลักในอนุสัญญากรุงเบอร์ลินเพียงแต่มาตรา 13 ของข้อตกลง TRIPS กำหนดหลักเกณฑ์ข้อยกเว้นไว้อย่างกว้างๆ โดยมีได้จำกัดประเภทหรือลักษณะของการกระทำที่ได้รับการยกเว้นดังเช่นที่ปรากฏในอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน รัฐภาคีของ WTO สามารถใช้ดุลพินิจกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้โดยเสรี ภายใต้เงื่อนไขว่าข้อยกเว้นนั้นต้องไม่ขัดแย้งกับการใช้ประโยชน์ในงานนั้นตามปกติและต้องไม่ก่อให้เกิดความเสื่อมเสียโดยปราศจากเหตุอันสมควรต่อประโยชน์อันชอบธรรมของเจ้าของลิขสิทธิ์ เป็นการวางหลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้างขวางมาก ซึ่งหลักเกณฑ์นี้ได้นำมาจากอนุสัญญากรุงเบอร์ลินฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส ค.ศ. 1971 ในมาตรา 9 (2)³⁶ ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำ (Reproduction) แต่ TRIPS ได้บัญญัติเป็นข้อยกเว้นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวทุกประเภท

³⁴ ธนัชมน เตชะผาดิพงษ์. (2545). การคุ้มครองลิขสิทธิ์ ภายใต้สนธิสัญญาลิขสิทธิ์ของ WIPO. หน้า 62.

³⁵ TRIPS, Article 13: Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder.

³⁶ TRIPS, Article 9 (2): Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.

อนุสัญญากรุงเบอร์นนับเป็นอนุสัญญาเพื่อการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศที่สำคัญยิ่ง เพราะข้อตกลง TRIPS ซึ่งเป็นข้อตกลงเพื่อการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่จัดทำขึ้นในภายหลัง ภายใต้กรอบของ WTO ได้กำหนดให้นำหลักเกณฑ์การคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่ปรากฏตาม มาตรา 1-21 และภาคผนวกแนบท้ายของอนุสัญญากรุงเบอร์นมาใช้ด้วย ดังนั้นประเทศสมาชิกของ WTO แม้จะไม่ได้เป็นภาคีของสหภาพเบอร์น ก็จำเป็นต้องผูกพันตามบทบัญญัติต่างๆ ในอนุสัญญากรุงเบอร์นไปด้วยโดยปริยาย

สำหรับประเทศไทยได้เข้าเป็นสมาชิกของ WTO เมื่อวันที่ 28 ธันวาคม พ.ศ. 2537 ในฐานะเป็นสมาชิกลำดับที่ 59 จึงเป็นสมาชิกผู้ก่อตั้ง ทำให้ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ร่วมกันกับกฎหมายภายในประเทศ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้นได้บัญญัติขึ้นโดยสอดคล้องกับอนุสัญญากรุงเบอร์นที่ประเทศไทยได้ยอมรับและลงนามผูกพัน ซึ่งภายหลังที่ได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ประเทศไทยได้ยื่นภาคยานุวัติขอเปลี่ยนแปลงสถานะของการเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์นในภาคสารัตถะจากเดิมที่เคยเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์น ฉบับแก้ไข ณ กรุงเบอร์ลิน ค.ศ. 1908 ไปเป็นฉบับล่าสุด ซึ่งแก้ไข ณ กรุงปารีส ค.ศ. 1971 (แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1979) มีผลเมื่อวันที่ 2 กันยายน พ.ศ. 2538 นอกจากนี้ยังได้บัญญัติให้สอดคล้องกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศตามข้อตกลง TRIPS ซึ่งประเทศไทยเป็นสมาชิกด้วย

3.1.3 สนธิสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Copyright Treaty, 1996/WCT)

การเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีที่รวดเร็วและการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นทำให้กฎหมายที่มีอยู่ในอนุสัญญาเบอร์นและข้อตกลง TRIPS ไม่เพียงพอในการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ เพราะงานสร้างสรรค์ที่มีอยู่เดิมได้แปรรูปหรือมีการสร้างสรรค์ขึ้นใหม่ซึ่งกฎหมายที่มีอยู่ไม่ได้บัญญัติรับรองไว้หรือครอบคลุมไม่พอและไม่เหมาะสมกับสถานะยุคข้อมูลข่าวสาร หรือยุคเทคโนโลยีดิจิทัล แม้ข้อตกลง TRIPS ให้ความคุ้มครองลักษณะเดียวกับอนุสัญญาเบอร์น แต่เนื้อหามีลักษณะครอบคลุมงานอันมีลิขสิทธิ์แนวใหม่และมีขอบเขตการให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นๆ มิใช่จำกัดเฉพาะลิขสิทธิ์ รวมทั้งมีบทบาทในการใช้ที่ชัดเจนแน่นอนกว่าอนุสัญญาเบอร์น แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ พันธกรณีที่ต่างกันของข้อตกลงระหว่างประเทศทั้งสองซึ่งอยู่ภายใต้องค์การระหว่างประเทศที่ต่างกัน กล่าวคือ ข้อตกลง TRIPS อยู่ภายใต้องค์การการค้าโลกทำให้ภาคีสมาชิกอาจใช้สิทธิเลือกต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีกล่าวคือ ภาคีสมาชิกอาจเป็นภาคีของอนุสัญญาเบอร์น แต่ไม่ได้เป็นภาคีของข้อตกลง TRIPS กลับกันฉันใดฉันนั้น ซึ่งทำให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์มีลักษณะไม่ทั่วถึง นอกจากนี้การแก้ไขเพิ่มเติมใดๆ ที่เกี่ยวกับ

การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในอนุสัญญาเบอร์นเป็นเรื่องที่กระทำได้ยากและต้องใช้หลักฉันทามติ ในที่สุดจึงเกิดแนวความคิดที่จะผลักดันให้มีการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่ทันสมัยในระดับระหว่าง ประเทศเพื่อให้แต่ละประเทศที่เป็นภาคีมีกรอบและมาตรฐานอย่างเดียวกัน จากกระแสการ เรียกร้องโดยเฉพาะประเทศที่พัฒนาแล้วที่ต้องการให้มีการคุ้มครองที่เหมาะสม จึงเกิดการเจรจา ในเวทีการค้าโลกและต่อมาในเวทีการทูตระหว่างประเทศซึ่งเป็นรากฐานของการเกิดองค์การ ทรัพย์สินทางปัญญาโลก³⁷ หรือ WIPO (World Intellectual Property Organization)³⁸

เมื่อวันที่ 20 ธันวาคม ค.ศ. 1996 ที่ประชุม WIPO Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighbouring Rights Questions ณ เมืองเจนีวา ก็ได้มีการจัดทำสนธิสัญญา 2 ฉบับ คือ สนธิสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Copyright Treaty: WCT) และสนธิสัญญาว่าด้วยการแสดงและสิ่งบันทึกเสียงขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO Performances and Phonograms Treaty: WPPT) ซึ่งสนธิสัญญาทั้งสองฉบับดังกล่าวมีผล บังคับใช้ในวันที่ 6 มีนาคม ค.ศ. 2002 และวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 2002 ตามลำดับ³⁹ ซึ่งเป็นการ ขยายกรอบทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียงเพื่อแก้ไขปัญหาการ ละเมิดลิขสิทธิ์ในยุคเทคโนโลยีดิจิทัลและให้ความคุ้มครองกับงานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปแบบที่ยังไม่ มีกฎหมายรองรับ เพื่อเป็นการป้องกันและแก้ไขปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดจากการ เปลี่ยนแปลงและการพัฒนาทางเทคโนโลยีที่เป็นไปอย่างรวดเร็ว⁴⁰ สนธิสัญญาทั้งสองฉบับนี้มี วัตถุประสงค์ในการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงด้านเทคโนโลยี เพื่อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ สารสนเทศผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต⁴¹ แม้อนุสัญญากรุงเบอร์นฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ณ กรุง ปารีส ค.ศ. 1971 จะไม่สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงทางด้านเทคโนโลยีการสื่อสารโทรคมนาคม ในยุคปัจจุบันก็ตาม แต่ข้อตกลงใหม่ที่จัดทำขึ้นนี้ก็มีได้บังคับให้ประเทศภาคีแห่งอนุสัญญากรุง เบอร์นเดิมจะต้องผูกพันเป็นสมาชิกของข้อตกลงใหม่นี้ด้วยแต่อย่างใด หากประเทศภาคีแห่ง อนุสัญญากรุงเบอร์นเดิมใดสนใจก็สามารถเข้าร่วมเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาฉบับนี้ได้เมื่อเข้าเป็นภาคี ในสนธิสัญญาฉบับนี้ จำต้องรับและปฏิบัติตามบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเบอร์น 1971 ฉบับกรุง

³⁷ ธนัชมน เตชะผาดิพงษ์. เล่มเดิม. หน้า 8.

³⁸ WIPO: มีฐานะเป็นหนึ่งในหน่วยงานพิเศษขององค์การสหประชาชาติ และในปัจจุบันมีบทบาทอัน สำคัญในการเป็นศูนย์กลางของความร่วมมือระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา.

³⁹ นัยชน ดาทอง. เล่มเดิม. หน้า 38-40.

⁴⁰ แหล่งเดิม. หน้า 14.

⁴¹ สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์. (2543). “ปัญหาลิขสิทธิ์และสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับการพาณิชย์ อิเล็กทรอนิกส์.” *บทบัญญัติ*, 56, 3. หน้า 76-78.

ปารีสโดยปริยาย

การจัดทำสนธิสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก เกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ 5 ประการ ตามที่ปรากฏในส่วนอารัมภบทของสนธิสัญญาซึ่งมีใจความสำคัญดังต่อไปนี้

- 1) เพื่อพัฒนาและคงไว้ซึ่งการให้ความคุ้มครองสิทธิต่างๆ ของผู้สร้างสรรค์⁴²
- 2) เพื่อตระหนักถึงความจำเป็นในกรอบ กติการะหว่างประเทศเรื่อง การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์และการก่อเกิดความเข้าใจในกรอบกติกาเดิมที่มีอยู่ เพื่อจะค้นหาวิธีการที่เพียงพอแก่การตอบคำถามที่เกิดจากระบบเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมใหม่และการพัฒนาทางเทคโนโลยี⁴³
- 3) เพื่อตระหนักถึงการยอมรับในผลกระทบจากการพัฒนาและหลวมรวมกัน ระหว่างข้อมูลและเทคโนโลยีการสื่อสารที่เกี่ยวกับการสร้างสรรค์และการใช้งานวรรณกรรมและศิลปกรรม (งานอันมีลิขสิทธิ์)⁴⁴
- 4) เพื่อเน้นให้เห็นถึงความสำคัญของการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในฐานะการเป็นเครื่องจูงใจต่อการสร้างสรรคงานวรรณกรรมและศิลปกรรม (งานอันมีลิขสิทธิ์)⁴⁵
- 5) เพื่อตระหนักถึงความจำเป็นของการรักษาสมดุล ระหว่างสิทธิของผู้สร้างสรรค์และประโยชน์ของมหาสาธารณชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการศึกษา การวิจัยและการเข้าถึงข้อมูล ซึ่งปรากฏอยู่แล้วในอนุสัญญากรุงเบอร์น์⁴⁶

3.1.3.1 การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์

การให้ความคุ้มครองตามสนธิสัญญานี้ได้กำหนดไว้ในมาตรา 2⁴⁷ ว่า “การคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้น ต้องการคุ้มครองการแสดงออก แต่จะไม่คุ้มครอง ความคิด ขั้นตอน กรรมวิธี หรือระบบ หรือการค้นพบทฤษฎีทางคณิตศาสตร์” เพราะการคุ้มครองความคิดเป็นเรื่องของการคุ้มครอง

⁴² Preamble of WCT: Desiring to develop and maintain the protection of the rights of authors in their literary and artistic works in a manner as effective and uniform as possible.

⁴³ Preamble of WCT: Recognizing the need to introduce new international rules and clarify the interpretation of certain existing rules in order to provide adequate solutions to the questions raised by new economic, social, cultural and technological developments.

⁴⁴ Preamble of WCT: Recognizing the profound impact of the development and convergence of information and communication technologies on the creation and use of literary and artistic works.

⁴⁵ Preamble of WCT: Emphasizing the outstanding significance of copyright protection as an incentive for literary and artistic creation.

⁴⁶ Preamble of WCT: Recognizing the need to maintain a balance between the rights of authors and the larger public interest, particularly education, research and access to information, as reflected in the Berne Convention.

ครองสิทธิบัตรและต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่ระบบสิทธิบัตรกำหนด ส่วนการเน้นย้ำหลักการนี้เพื่อความชัดเจนแน่นอนในขอบเขตของการคุ้มครอง ดังนั้นขอบเขตการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในสนธิสัญญาและข้อตกลงนี้เป็นการขยายความชัดเจนของการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์เป็นสิทธิที่ให้แก่ผู้สร้างสรรค์หรือเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่ให้อำนาจผู้สร้างสรรค์สามารถกระทำการใดๆ เช่น การทำซ้ำ การแพร่เสียงแพร่ภาพ การเผยแพร่ต่อสาธารณชน การดัดแปลง การแปล เป็นต้น เพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของตนได้ในสิทธิตามที่กฎหมายกำหนดไว้⁴⁸

ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้สนธิสัญญานี้โดยเนื้อหาจะมีลักษณะคล้ายกับอนุสัญญากรุงเบอร์ลินและข้อตกลง TRIPS ซึ่งมีการแบ่งเป็นการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ทั่วไปซึ่งเป็นไปตามระบบลิขสิทธิ์สากลตามอนุสัญญากรุงเบอร์ลินและการคุ้มครองงานลิขสิทธิ์โดยเฉพาะ สนธิสัญญานี้ได้กำหนดหลักการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ซึ่งมีระดับการให้ความคุ้มครองที่สูงกว่าที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน แต่ก็ยังคงให้ความสำคัญแก่อนุสัญญากรุงเบอร์ลินกล่าวคือภาคีสนธิสัญญานี้ยอมรับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หลักการคุ้มครองโดยอัตโนมัติและปราศจากแบบพิธี แต่มิได้บังคับให้ภาคีต้องรับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตามในมาตรา 3⁴⁹ ของสนธิสัญญานี้ได้บัญญัติให้ภาคีต้องยอมรับและปฏิบัติตามข้อ 2-6 ของอนุสัญญาเบอร์ลินและสนธิสัญญานี้ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่าง สนธิสัญญานี้และอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้

ในมาตรา 1 (1)⁵⁰ ได้บัญญัติชัดเจนว่า สนธิสัญญานี้เป็นข้อตกลงพิเศษตามความหมายในมาตรา 20⁵¹ ของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินว่าด้วยการให้ความคุ้มครองงานวรรณกรรม

⁴⁷ WIPO Copyright Treaty, Article 2: Copyright protection extends to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.

⁴⁸ ธนัชมน เตชะผาดิพงศ์. เล่มเดิม. หน้า 50.

⁴⁹ WIPO Copyright Treaty, Article 3: Contracting Parties shall apply mutatis mutandis the provisions of Articles 2 to 6 of the Berne Convention in respect of the protection provided for in this Treaty.

⁵⁰ WIPO Copyright Treaty, Article 1 (1): This Treaty is a special agreement within the meaning of Article 20 of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, as regards Contracting Parties that are countries of the Union established by that Convention. This Treaty shall not have any connection with treaties other than the Berne Convention, nor shall it prejudice any rights and obligations under any other treaties.

⁵¹ Bern Convention, Article 20: The Governments of the countries of the Union reserve the right to enter into special agreements among themselves, in so far as such agreements grant to authors more extensive

และงานศิลปกรรม โดย สนธิสัญญานี้จะไม่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาอื่นใดนอกจากอนุสัญญากรุงเบอร์นและสนธิสัญญานี้จะไม่เป็นผลร้ายต่อสิทธิและหน้าที่ตามสนธิสัญญาอื่นใดทั้งสิ้น

ในมาตรา 1 (2)⁵² ได้บัญญัติระบุต่อไปว่าสนธิสัญญานี้จะไม่บิดเบือนหน้าที่ต่างๆ ที่ภาคีสมาชิกอยู่ภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์นว่าด้วยการให้ความคุ้มครองงานวรรณกรรมและงานศิลปกรรม

ในมาตรา 1 (4)⁵³ ได้บัญญัติให้ภาคีสมาชิกภายใต้สนธิสัญญานี้ปฏิบัติตามมาตรา 1 ถึง 21 และบรรดาเอกสารแนบท้ายของอนุสัญญากรุงเบอร์น ยังผลให้บรรดาประเทศภาคีสมาชิกสนธิสัญญานี้จะต้องปฏิบัติและมีพันธกรณีตามอนุสัญญากรุงเบอร์น ซึ่งอนุสัญญากรุงเบอร์นได้กำหนดให้ทุกประเทศกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์

นอกจากการให้ความคุ้มครองตามสนธิสัญญานี้แล้ว สนธิสัญญานี้ยังมีลักษณะพิเศษประการหนึ่งที่แตกต่างจากอนุสัญญากรุงเบอร์นและข้อตกลง TRIPS กล่าวคือ ในสนธิสัญญานี้ได้มีการกำหนดสิ่งที่เรียกว่า “ข้อความอันเป็นที่ยอมรับ” หรือ “The Agreed Statement” ซึ่งมีลักษณะเป็นข้อความเพิ่มเติมเพื่อช่วยในการตีความและนิยามความหมายในมาตราต่างๆ ของสนธิสัญญานี้และรวมถึงบันทึกข้อความจากรายงานการประชุมทางการทูต⁵⁴ ซึ่งนอกเหนือจากการนำหลักการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์นมาบังคับใช้แล้ว สนธิสัญญานี้ยังได้บัญญัติการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์เพิ่มเติมในหลายประเด็น ได้แก่

1) การให้ความคุ้มครองต่องานโปรแกรมคอมพิวเตอร์(Computer Programs) ในมาตรา 4⁵⁵ ของสนธิสัญญานี้ โดยระบุให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์จะได้รับความคุ้มครองในฐานะงานวรรณกรรม ตามความหมายในมาตรา 2 ของอนุสัญญากรุงเบอร์น ไม่ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์เหล่านั้นจะมีการแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบใดก็ตาม

rights than those granted by the Convention, or contain other provisions not contrary to this Convention. The provisions of existing agreements which satisfy these conditions shall remain applicable.

⁵² WIPO Copyright Treaty, Article 1 (2): Nothing in this Treaty shall derogate from existing obligations that Contracting Parties have to each other under the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works.

⁵³ WIPO Copyright Treaty, Article 1(4): Contracting Parties shall comply with Articles 1 to 21 and the Appendix of the Berne Convention.

⁵⁴ รัชมน เตชชาติพงศ์. เล่มเดิม. หน้า 36-37.

⁵⁵ WIPO Copyright Treaty, Article 4: Computer programs are protected as literary works within the meaning of Article 2 of the Berne Convention. Such protection applies to computer programs, whatever may be the mode or form of their expression.

2) การคุ้มครองการรวบรวมข้อมูล (Compilation of Data) ในมาตรา 5⁵⁶ โดยบัญญัติให้คุ้มครองการรวบรวมข้อมูลไม่ว่าในรูปแบบใด โดยการคัดเลือกหรือเรียบเรียงเนื้อหาที่เป็นการสร้างสรรค์แต่จะไม่รวมถึงตัวข้อมูลเอง

3) มาตรการทางเทคโนโลยี (Technological Measures) ในมาตรา 11⁵⁷ ได้บัญญัติให้ประเทศภาคีต้องจัดให้มีการคุ้มครองทางกฎหมายอย่างเพียงพอและให้มีมาตรการเยียวยาทางกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ผู้สร้างสรรค์ได้นำมาใช้กับงานสร้างสรรค์ภายใต้สนธิสัญญานี้หรือภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์น์ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้สร้างสรรค์หรือตามกฎหมาย

4) การคุ้มครองข้อมูลการบริหารสิทธิ (Rights management information) ในมาตรา 12 (2)⁵⁸ ได้บัญญัติความหมายของข้อมูลการบริหารสิทธิคือ ข้อมูลที่ระบุประเภทของงาน ผู้สร้างสรรค์ เจ้าของสิทธิในงาน หรือข้อมูลเกี่ยวกับข้อกำหนดและเงื่อนไขของการใช้งานและตัวเลขหรือรหัสที่แสดงถึงข้อมูลนั้นๆ ซึ่งรายการเหล่านั้นถูกแนบอยู่ในสำเนาหรือปรากฏในงานส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่สู่สาธารณชน เมื่อมีการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ รายการเหล่านั้นก็จะปรากฏขึ้นมาเพื่อป้องกันมิให้มีการแก้ไขงานอันจะทำให้เกิดการเข้าใจผิดหรือหลงผิด หากว่างานเหล่านั้นถูกเผยแพร่ต่อสาธารณชนและในมาตรา 12 (1)⁵⁹ บัญญัติให้ประเทศภาคีต้องจัดหา

⁵⁶ WIPO Copyright Treaty, Article 5: Compilations of data or other material, in any form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations, are protected as such. This protection does not extend to the data or the material itself and is without prejudice to any copyright subsisting in the data or material contained in the compilation.

⁵⁷ WIPO Copyright Treaty, Article 11: Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law.

⁵⁸ WIPO Copyright Treaty, Article 12 (2): As used in this Article, “rights management information” means information which identifies the work, the author of the work, the owner of any right in the work, or information about the terms and conditions of use of the work, and any numbers or codes that represent such information, when any of these items of information is attached to a copy of a work or appears in connection with the communication of a work to the public.

⁵⁹ WIPO Copyright Treaty, Article 12 (1): Contracting Parties shall provide adequate and effective legal remedies against any person knowingly performing any of the following acts knowing, or with respect to civil remedies having reasonable grounds to know, that it will induce, enable, facilitate or conceal an infringement of any right covered by this Treaty or the Berne Convention.

มาตรการทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพและเพียงพอ เพื่อนำไปใช้ควบคุมไม่ให้มีการละเมิดต่อข้อมูลการบริหารสิทธิเหล่านั้น ไม่ว่าจะเป็นการย้ายหรือเปลี่ยนแปลงข้อมูลการบริหารสิทธิโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้สร้างสรรค์ หรือการจำหน่าย การนำเข้าเพื่อจำหน่าย การกระจายเสียง หรือเผยแพร่สู่สาธารณชน ทำสำเนา งาน ซึ่งมีข้อมูลการบริหารสิทธิเหล่านั้น โดยรู้อยู่แล้วว่าได้มีการย้ายหรือเปลี่ยนแปลงข้อมูลการบริหารสิทธิที่เป็นอิเล็กทรอนิกส์เหล่านั้น โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้สร้างสรรค์

3.1.3.2 การทำซ้ำ (Right of Reproduction)

แม้สนธิสัญญานี้จะไม่ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้เหมือนอย่างสิทธิประเภทอื่นๆ เช่น สิทธิในการจำหน่าย สิทธิในการให้เช่า หรือสิทธิในการเผยแพร่ แต่ในมาตรา 1 (4)⁶⁰ ของสนธิสัญญานี้ได้อ้างถึงการนำเอามาตรา 1-21 ของอนุสัญญากรุงเบอร์นมาใช้ซึ่งมีเรื่องสิทธิในการทำซ้ำมีอยู่แล้วในมาตรา 9 ของอนุสัญญากรุงเบอร์นซึ่งกำหนดไว้ว่าผู้สร้างสรรค์งานวรรณกรรมและศิลปกรรมซึ่งได้รับความคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญาเบอร์น สิทธิในการทำซ้ำหมายถึง สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของงานลิขสิทธิ์ที่จะอนุญาตให้มีการทำซ้ำงานของตน ไม่ว่าการทำซ้ำนั้นจะอยู่ในรูปแบบใดๆ ทั้งนี้การทำซ้ำนั้นจะต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ของงานตามปกติ และไม่เป็นที่เสื่อมเสียแก่ประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของผู้สร้างสรรค์เกินสมควร จึงทำให้สนธิสัญญานี้ไม่ต้องกล่าวซ้ำอีกแต่เป็นการรับสิทธิในการทำซ้ำมาโดยปริยายจากมาตรา 9 ของอนุสัญญากรุงเบอร์น⁶¹ โดยกล่าวไว้ว่า ผู้สร้างสรรค์งานวรรณกรรมและศิลปกรรมซึ่งได้รับความคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญากรุงเบอร์นนี้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะอนุญาตหรือห้ามให้ผู้อื่นทำซ้ำงานเหล่านี้ไม่ว่าในลักษณะหรือรูปแบบใดทั้งโดยทางตรงและทางอ้อม ไม่ว่าจะชั่วคราวหรือถาวรซึ่งใน “ข้อความอันเป็นที่ยอมรับ” ที่ทำหน้าที่ขยายความมาตรา 1 (4)⁶² ของสนธิสัญญานี้ได้ระบุข้อความว่า “สิทธิใน

(i) to remove or alter any electronic rights management information without authority;

(ii) to distribute, import for distribution, broadcast or communicate to the public, without authority, works or copies of works knowing that electronic rights management information has been removed or altered without authority.

⁶⁰ WIPO Copyright Treaty, Article 1(4): Contracting Parties shall comply with Articles 1 to 21 and the Appendix of the Berne Convention.

⁶¹ Bern Convention, Article 9 (1): Authors of literary and artistic works protected by this Convention shall have the exclusive right of authorizing the reproduction of these works, in any manner or form.

⁶² Agreed statements concerning, Article 1(4): The reproduction right, as set out in Article 9 of the Berne Convention, and the exceptions permitted thereunder, fully apply in the digital environment, in particular to the use of works in digital form. It is understood that the storage of a protected work in digital form in an electronic medium constitutes a reproduction within the meaning of Article 9 of the Berne Convention.

การทำซ้ำตามที่บัญญัติในมาตรา 9 ของอนุสัญญากรุงเบอร์น์และรวมถึงข้อยกเว้นภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์น์ ย่อมมีผลใช้บังคับกับสถานะทางข้อมูลดิจิทัลโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในรูปของข้อมูลดิจิทัลและเป็นที่เข้าใจกันแล้วว่าการจัดเก็บงานที่ได้รับความคุ้มครองในรูปข้อมูลดิจิทัลเป็นสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ย่อมถือเป็นการทำซ้ำตามความหมายของมาตรา 9 ของอนุสัญญากรุงเบอร์น์” ฉะนั้นข้อความดังกล่าวจึงเป็นเครื่องมือที่สนธิสัญญานี้ใช้เพื่อแสดงให้ทุกคนทราบว่าสิทธิในการทำซ้ำที่บัญญัติในอนุสัญญากรุงเบอร์น์มีความหมายกว้างครอบคลุมวิธีการทำซ้ำทุกรูปแบบ ดังนั้น การสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งอยู่ในรูปข้อมูลคอมพิวเตอร์ไม่ว่าการสำเนานั้นจะเป็นการชั่วคราวหรือไม่ก็ตาม หากพิจารณาตามแนวทางของสนธิสัญญานี้ก็น่าจะถือว่าเป็นการทำซ้ำ แต่กระนั้นก็ตามบทบัญญัติต่างๆ ของสนธิสัญญาดังกล่าวนี้นี้ก็ยังไม่มีความชัดเจนมากนัก และอาจถูกนำไปใช้ในการตีความในทางที่จำกัดสิทธิของสาธารณชนในการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ได้

3.1.3.3 การเผยแพร่ต่อสาธารณชน (Right of Communication to the Public)

การเผยแพร่ต่อสาธารณชนนี้เป็นเรื่องใหม่ที่ได้บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาฉบับนี้ โดยได้บัญญัติสิทธิประการนี้ไว้ในสนธิสัญญานี้ มาตรา 8⁶³ กล่าวคือ “โดยไม่กระทบต่อบทบัญญัติของมาตรา 11 (1)(ii) มาตรา 11 bis (1)(i) และ (ii) มาตรา 11 ter (1)(ii) มาตรา 14 (1)(ii) และมาตรา 14 bis (1) ของอนุสัญญากรุงเบอร์น์ ผู้สร้างสรรค์งานวรรณกรรมและศิลปกรรมจะมีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะอนุญาตการเผยแพร่ใดๆ ต่อสาธารณชนซึ่งงานต่างๆ ของตน โดยวิธีทางสายหรือไร้สาย รวมทั้งการให้สาธารณชนสามารถได้มาซึ่งงานต่างๆ ของตนในลักษณะที่สมาชิกสาธารณชนอาจเข้าถึงงานต่างๆ ดังกล่าวจากสถานที่และในเวลาซึ่งแต่ละคนเลือกได้ด้วยตนเอง” แต่มิได้กล่าวถึงคำจำกัดความ คำว่า “สาธารณชน” โดยมีการอ้างถึงในอนุสัญญาเบอร์น์ มาตรา 11 bis (ii) และ 11 ter (i) ดังนี้ “Article 11 bis (ii): any communication to the public by wire...” หรือ “Article 11 ter (i): the public recitation of their works...” ซึ่งสรุปนิยามของสาธารณชนได้ว่า สาธารณชน หมายถึง สถานที่ใด หรือ ณ เวลาใดที่ผู้สร้างสรรค์หรือบุคคลใดที่มีอำนาจกระทำการใดๆ ตามกฎหมายเกี่ยวกับงานอันมีลิขสิทธิ์ได้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนรวมเช่น การค้นคว้าวิจัย เป็นต้น⁶⁴ การอ้างถึงอนุสัญญากรุงเบอร์น์นี้จึงเป็นการตอกย้ำสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชนของ

⁶³ WIPO Copyright Treaty, Article 8: Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11bis(1)(i) and (ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) and 14bis(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.

⁶⁴ ธนัชมน เตชผาดิพงศ์. เล่มเดิม. หน้า 44.

สนธิสัญญานี้ว่า ให้นี้เป็นสิทธิแต่ผู้เดียวแก่ผู้สร้างสรรค์ในการเผยแพร่ต่อสาธารณะไม่ว่าโดยวิธีทางสายหรือไร้สาย ซึ่งถ้อยคำเหล่านี้ครอบคลุมถึงการสื่อสารในทุกรูปแบบรวมทั้งการสื่อสารเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ อีกทั้งยังให้สาธารณชนสามารถได้มาซึ่งงานโดยเข้าถึงงานต่างๆ ได้จากสถานที่และเวลาที่สมาชิกแต่ละคนสามารถเลือกได้ด้วยตนเอง⁶⁵ ซึ่งเป็นคำจำกัดความต่อสิทธิประเภทนี้อย่างกว้างๆ เช่น ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตแต่ละคนสามารถเลือกเข้าถึงข้อมูลในเว็บไซต์ใดก็ได้ตามที่ต้องการจากสถานที่ใด ณ เวลาใดก็ได้ โดยผู้เป็นเจ้าของเว็บไซต์ไม่ได้เป็นผู้ส่งงานออกไปในเครือข่าย แต่จัดเก็บงานไว้ในเว็บไซต์ของตนเพื่อให้ผู้อื่นเข้ามาดูได้ การบัญญัติเช่นนี้เพราะไม่ต้องการให้มาตรา 8 ของสนธิสัญญานี้มีผลกระทบในทางลบหรือผลเสียต่อสิทธิแต่ผู้เดียวของผู้สร้างสรรค์ที่มีอยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม ไม่ได้ห้ามประเทศภาคีไม่ให้ใช้ข้อ 11 bis (2) ของอนุสัญญาเบอร์น กล่าวคือ ยังคงกำหนดให้ผู้สร้างสรรค์งานวรรณกรรมและศิลปกรรมมีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะอนุญาตให้เผยแพร่งานต่อสาธารณชนโดยทางสาย หรือโดยการแพร่เสียงแพร่ภาพแก่งานที่ถูกแพร่เสียงแพร่ภาพไปแล้ว หากการเผยแพร่นั้นกระทำโดยองค์กรอื่นใดนอกเหนือจากองค์กรแรกที่แพร่เสียงแพร่ภาพ ประเทศภาคีสามารถใช้ข้อ 11 bis (2) ของอนุสัญญาเบอร์นมาป้องกันการเผยแพร่หรือแพร่เสียงแพร่ภาพงานลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตได้ นอกจากนี้ใน “ข้อความอันเป็นที่ยอมรับ” ได้ขยายความสิทธิประเภทนี้ไว้ว่า ผู้ให้บริการเครือข่ายเช่น KSC หรือ SAMART เป็นต้น ซึ่งจะเป็นผู้ทำหน้าที่เป็นตัวกลางโดยใช้ระบบคอมพิวเตอร์ขนาดยักษ์เป็น Server⁶⁶ เพื่อให้ผู้ใช้คอมพิวเตอร์ทั่วโลกสามารถติดต่อกันได้โดยไม่ถือเป็นการละเมิดตามข้อ 8 นี้เพราะการจัดเตรียมสถานะและอุปกรณ์เครื่องมือเครื่องใช้เพื่ออำนวยความสะดวกหรือกระทำการเผยแพร่ต่อสาธารณชนในกรณีนี้มีได้ถือเป็นการเผยแพร่ตามสนธิสัญญานี้หรืออนุสัญญาเบอร์นเพราะความหมายของการละเมิดลิขสิทธิ์ตามสนธิสัญญานี้คือ การเผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้สร้างสรรค์⁶⁷ ส่วนอนุสัญญากรุงเบอร์นและข้อตกลง TRIPS ไม่ได้กล่าวถึงสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชนอย่างกว้างๆ เหมือนสนธิสัญญานี้

3.1.3.4 ข้อจำกัดและข้อยกเว้น (Limitations and Exceptions)

สนธิสัญญานี้ให้สิทธิแก่ภาคีในการหามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับ “ข้อจำกัดและข้อยกเว้นสิทธิ” ซึ่งได้ระบุไว้ในสนธิสัญญานี้ มาตรา 10 โดยมีสาระสำคัญดังนี้ “ให้สิทธิแก่

⁶⁵ J.A.L Sterling LLB. (1998). **WIPO Copyright Treaty (1996)**. p. 568.

⁶⁶ Server (เซิร์ฟเวอร์) หรือ เครื่องแม่ข่าย คือ เครื่องหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งทำงานให้บริการในระบบเครือข่ายแก่เครื่องลูกข่าย เครื่องคอมพิวเตอร์ที่ทำหน้าที่เป็น Server นี้ควรมีประสิทธิภาพสูง และมีความเสถียร เพื่อสามารถให้บริการแก่ผู้ใช้ได้เป็นจำนวนมาก ภายใน Server ให้บริการได้ด้วยโปรแกรมบริการซึ่งทำงานอยู่บนระบบปฏิบัติการอีกชั้นหนึ่ง.

⁶⁷ ธนัชมน เตชะผาดิพงษ์. เล่มเดิม. หน้า 68.

ภาคีในการกำหนดข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นสิทธิต่างๆ ที่ให้แก่ผู้สร้างสรรค์ภายในกฎหมายของภาคีได้สำหรับบางกรณีที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์โดยปกติจากงานและไม่กระทบต่อประโยชน์ต่างๆ อันชอบธรรมด้วยกฎหมายของผู้สร้างสรรค์” โดยที่ข้อความดังกล่าวเป็นการให้สิทธิแก่ภาคีในการกำหนดข้อจำกัดและข้อยกเว้นสิทธิต่างๆ ภายใต้สนธิสัญญานี้ แต่การกำหนดเช่นว่าสามารถกระทำได้เฉพาะกรณีพิเศษซึ่งต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่ว่า ต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์โดยปกติจากงานและต้องไม่กระทบเกินสมควรต่อประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของผู้สร้างสรรค์⁶⁸ และ “ข้อความอันเป็นที่ยอมรับ” มาตรา 10⁶⁹ ได้ขยายความว่า ภาคีสมาชิกสามารถนำเอาข้อจำกัดและข้อยกเว้นซึ่งตนได้กำหนดไว้ในกฎหมายภายในและถือว่าเป็นที่ยอมรับได้ภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์นมาไว้ในสถานะดิจิทัลได้และภาคีสามารถกำหนดข้อจำกัดและข้อยกเว้นใหม่ๆ เพื่อใช้กับสถานะเครือข่ายดิจิทัลได้ด้วย ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าหากเป็นไปตามเงื่อนไขในมาตรา 10 (1)⁷⁰ ของสนธิสัญญานี้แล้ว ภาคีสามารถกำหนดข้อจำกัดและข้อยกเว้นใหม่ๆ ให้สอดคล้องกับการพัฒนาเทคโนโลยีได้ซึ่งมีผลอย่างยิ่งต่อสถานะดิจิทัล ในมาตรา 10 (2)⁷¹ ของสนธิสัญญานี้ภาคีสมาชิกสามารถกำหนดข้อจำกัดและข้อยกเว้นได้สำหรับสิทธิต่างๆ ภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์น ดังนั้นการจะกำหนดข้อจำกัดและข้อยกเว้นได้ต้องเข้าองค์ประกอบ 3 ประการ (the “three step” test)⁷²

จึงอาจกล่าวได้ว่าสนธิสัญญานี้เป็นที่ยอมรับที่รวมของการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แนวใหม่ที่ทันสมัยที่สุดซึ่งใช้รับมือกับสถานะดิจิทัลที่เทคโนโลยีมีการก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ลงนามเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกสนธิสัญญานี้ แต่ในขณะที่ประเทศ

⁶⁸ แหล่งเดิม. หน้า 70.

⁶⁹ Agreed Statements concerning Article 10: It is understood that the provisions of Article 10 permit Contracting Parties to carry forward and appropriately extend into the digital environment limitations and exceptions in their national laws which have been considered acceptable under the Berne Convention. Similarly, these provisions should be understood to permit Contracting Parties to devise new exceptions and limitations that are appropriate in the digital network environment.

⁷⁰ WIPO Copyright Treaty, Article 10 (1): Contracting Parties may, in their national legislation, provide for limitations of or exceptions to the rights granted to authors of literary and artistic works under this Treaty in certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

⁷¹ WIPO Copyright Treaty, Article 10 (2): Contracting Parties shall, when applying the Berne Convention, confine any limitations of or exceptions to rights provided for therein to certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

⁷² J.A.L Sterling LLB. Op.cit. p. 570.

ออสเตรเลียกลับไม่ได้เป็นภาคีในสนธิสัญญาฉบับนี้ ส่วนกลุ่มประเทศประชาคมยุโรปนั้นประเทศที่อยู่ในกลุ่มประชาคมยุโรปมีทั้งประเทศที่เป็นภาคีอนุสัญญาและที่ยังไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาฉบับนี้ ส่วนประเทศไทยนั้นยังมิได้ร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุป ผลของการเข้าเป็นสมาชิกมาตรฐานระหว่างประเทศฉบับต่างๆ ประเทศไทยจึงมีพันธกรณี ดังต่อไปนี้⁷³

1) ประเทศไทยต้องอนุวัติกฎหมายภายในของเราให้มีเนื้อหาสอดคล้อง กับบทบัญญัติตามมาตรฐานระหว่างประเทศต่างๆ ที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก ดังเช่นบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของกฎหมายไทย ก็ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ซึ่งมาตรฐานระหว่างประเทศได้กำหนดเป็นกรอบเอาไว้

2) โดยผลของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ประเทศไทยจึงมีพันธกรณีที่จะต้องให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ของประเทศอื่น ที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย⁷⁴ เช่นเดียวกับความคุ้มครองที่ให้แก่นคนไทย จากหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีต่างๆ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นอกจากจะใช้ได้กับงานลิขสิทธิ์ของไทยแล้ว ยังสามารถใช้เป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์แก่งานของต่างประเทศได้ด้วย

3.2 การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของต่างประเทศ

สำหรับกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการสืบค้นข้อมูลผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต คงจะหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะนำกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้รับการยอมรับว่ามีความเจริญก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีและทางกฎหมาย ประกอบกับเว็บไซต์บริการสืบค้นข้อมูลผ่านโปรแกรมค้นหาที่ได้รับความนิยมทั่วโลก ในปัจจุบันเป็นการให้บริการโดยผู้ประกอบการในประเทศสหรัฐอเมริกาและกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศออสเตรเลีย กฎหมายของกลุ่มประเทศประชาคมยุโรป ซึ่งประเทศเหล่านี้เป็นประเทศที่มีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีเป็นอย่างมาก ทำให้ต้องประสบปัญหาจากการให้บริการดังกล่าว จึงมีการพัฒนากฎเกณฑ์ทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองการสืบค้นข้อมูลผ่านโปรแกรมค้นหบบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่ชัดเจนที่สุดในปัจจุบัน ในที่นี้ผู้เขียนจะศึกษาเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับการสืบค้นข้อมูลผ่านโปรแกรมค้นหบบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เพื่อเป็นตัวอย่าง ในการหาแนวทาง

⁷³ นันทวัฒน์ ลิ้มโปดม, เล่มเดิม, หน้า 26.

⁷⁴ อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ หรือสิทธินักแสดง ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี อยู่ด้วย ได้แก่ อนุสัญญาเบอร์น และ TRIPS ทั้งนี้เป็นไปตามประกาศกระทรวงพาณิชย์ ลงวันที่ 29 เมษายน 2545.

แก้ไขปัญหาดังกล่าวทางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นในประเทศไทยต่อไป

3.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นดิจิทัล (The Digital Millennium Copyright Act 1998: DMCA)

กฎหมายพื้นฐานในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของสหรัฐอเมริกา ได้แก่ รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา (United States Constitution) ซึ่งให้อำนาจรัฐสภา (Congress) ส่งเสริมความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และศิลปะที่เป็นประโยชน์ (Useful Arts) โดยให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ในงานเขียน (Writings) และการค้นพบ (Discoveries) แก่ผู้ประพันธ์ (Authors) และผู้ประดิษฐ์ (Inventors) ภายในเวลาที่จำกัด การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกานั้นได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา มาตรา 1 อนุมาตรา 8 ข้อย่อยที่ 8⁷⁵ ในมาตราดังกล่าวได้ระบุเป็นนัยสำคัญที่มาและเหตุผลของทั้งกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายสิทธิบัตรในสหรัฐอเมริกาไว้ดังนี้ “เพื่อที่จะทำให้เกิดความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และศิลปวิทยาที่ยังประโยชน์จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมอบสิทธิผูกขาดในความเป็นเจ้าของในช่วงระยะเวลาหนึ่งแก่ผู้ประพันธ์และนักประดิษฐ์ต้องงานเขียนและการค้นพบของพวกเขาเหล่านั้น” เนื่องจากบทบัญญัติมาตราดังกล่าวในรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติถึงรายละเอียดของเงื่อนไขการคุ้มครองและการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ รัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกาจึงจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายลำดับรองคือ สนธิสัญญาว่าด้วยกฎหมายลิขสิทธิ์โลก ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ใน สหพันธรัฐ (Federal Law) ขึ้นมาเพื่อให้วัตถุประสงค์ที่ระบุไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญสัมฤทธิ์ผล โดยสนธิสัญญาว่าด้วยกฎหมายลิขสิทธิ์โลกดังกล่าวนี้ ได้มีการบัญญัติขึ้นครั้งแรกตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1790 โดยมีรากฐานมาจากบทบัญญัติของ ควีน แอนน์ (Statute of Queen Anne) ของประเทศอังกฤษ⁷⁶ หลังจากนั้นก็มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติต่างๆ หลายครั้งเกี่ยวกับงานที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ระยะเวลาการให้ความคุ้มครอง ตลอดจนบทลงโทษกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ โดยมีการเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่ในปี ค.ศ. 1988 เพื่อรองรับการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์น โดยประเทศสหรัฐอเมริกาได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกของอนุสัญญากรุงเบอร์น

⁷⁵ United States Constitution, Article I Section 8, clause 8: To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries.

⁷⁶ เรียบเรียงจาก Bielefield A. and Cheeseman L. (1996). **Technology and Copyright Law.** pp 19-26.

เมื่อวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 1989⁷⁷ จนกระทั่งมาถึงปัจจุบันคือ สนธิสัญญาว่าด้วยกฎหมายลิขสิทธิ์โลก 1976 (Copyright Law of the United States: The Copyright Act)

เมื่อโลกเข้าสู่ยุคของอินเทอร์เน็ต งานสร้างสรรค์ทางเทคโนโลยีต่างๆ ได้เกิดขึ้นมากมาย อินเทอร์เน็ตได้รับความนิยมและมีการใช้กันอย่างแพร่หลาย เนื่องจากมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารต่างๆ บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตส่งผลกระทบต่องานอันมีลิขสิทธิ์เป็นอย่างมาก ประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่ากฎหมายที่มีอยู่ไม่เพียงพอต่อการให้ความคุ้มครองระบบทรัพย์สินทางปัญญาด้วยเหตุนี้ ได้เริ่มเล็งเห็นถึงปัญหาความซับซ้อนของการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีอยู่มากมายบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต จึงได้พยายามมองหาวิธีการทางกฎหมายในการควบคุมสถานการณ์ดังกล่าว⁷⁸

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกที่มีการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์เพื่อให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์สอดคล้องและรองรับกับความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีต่างๆ รวมถึงความก้าวหน้าของระบบอินเทอร์เน็ตด้วย ซึ่งการแก้ไขได้กระทำโดยการตรากฎหมายการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นดิจิทัล ที่เรียกว่า “The Digital Millennium Copyright Act 1998” (DMCA) ใช้บังคับเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม พ.ศ. 2541 โดยต้องการให้กฎหมายฉบับนี้สอดคล้องกับหลักการในข้อตกลงระหว่างประเทศขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก กฎหมายฉบับนี้ได้มีการอนุมัติในเรื่องสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์และข้อยกเว้นของการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามมาตรฐานระหว่างประเทศ โดยจุดมุ่งหมายของการตรากฎหมาย Digital Millennium Copyright Act (DMCA) ประการแรก คือการอนุมัติตามสนธิสัญญาลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกและสนธิสัญญาการแสดงและสิ่งบันเทิงเสียงขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ให้มีผลใช้บังคับภายในประเทศ วัตถุประสงค์ประการที่สองคือ เพิ่มบทความรับผิดชอบทั้งในทางแพ่งและทางอาญาสำหรับการฝ่าฝืนบทบัญญัติต่างๆ เพื่อให้บรรลุผลตามที่กลุ่มเจ้าของลิขสิทธิ์และกลุ่มผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ตกลงกันในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์บนอินเทอร์เน็ต โดยกำหนดข้อจำกัดความรับผิดชอบให้แก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ซึ่งข้อจำกัดความรับผิดชอบนี้จะคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในกรณีที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของ “การกระทำที่ได้รับยกเว้นความรับผิด” หรือ “Safe Harbors” ประเภทต่างๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นดิจิทัล นอกจากนี้แล้วการตรากฎหมายฉบับนี้ยังมีวัตถุประสงค์ปลีกย่อยอีก ได้แก่ การคุ้มครองข้อมูลการบริหารลิขสิทธิ์ การคุ้มครองฐานข้อมูล การสร้างกลไกที่เหมาะสมสำหรับการบังคับใช้สิทธิ แก่สิทธิในการกระจายภาพและเสียงผ่านระบบอินเทอร์เน็ต การให้ความ

⁷⁷ สิริพร พิณจมงคล. เล่มเดิม. หน้า 30.

⁷⁸ David Bainbridge. (1996). **Introduction to Computer Law**. Pp. 62-65.

คุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์แรงงานออกแบบเรือเป็นต้น

กฎหมายการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นดิจิทัลกำหนดประเด็นสำคัญออกเป็น 5 บท คือ

บทที่ 1 เรื่องการอนุวัติการตามสนธิสัญญาลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกและสนธิสัญญาการแสดงและสิ่งบันทึกเสียงขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก

บทที่ 2 เรื่องข้อจำกัดความรับผิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ออนไลน์ “Online Copyright Infringement Liability Limitation Act,” ซึ่งเป็นบทกำหนดข้อจำกัดความรับผิดของออนไลน์ (Online Service Providers) จากการดำเนินกิจกรรมบางอย่างของผู้อื่นที่เกี่ยวข้องกับละเมิดลิขสิทธิ์โดยผ่านผู้ให้บริการออนไลน์นั้น

บทที่ 3 เรื่องข้อยกเว้นหลักกฎหมายลิขสิทธิ์กรณีการซ่อมแซมหรือบำรุงรักษาเครื่องคอมพิวเตอร์ “Computer Maintenance Competition Assurance Act,” ซึ่งกำหนดข้อยกเว้นสำหรับการทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อบำรุงรักษาหรือซ่อมแซมคอมพิวเตอร์

บทที่ 4 ข้อบัญญัติอื่นๆ (Miscellaneous Provisions) ได้แก่ ข้อบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินงานของสำนักงานลิขสิทธิ์ (Copyright Office) ข้อบัญญัติเรื่องการศึกษากฎหมายลิขสิทธิ์ ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับบรรณารักษ์ห้องสมุด ข้อยกเว้นข้อยกเว้นหลักกฎหมายลิขสิทธิ์สำหรับการบันทึกชั่วคราว (Ephemeral Recording) ข้อบัญญัติเรื่องการเผยแพร่สิ่งบันทึกเสียงทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Web casting) และข้อบัญญัติเรื่องการนำความตกลงต่อรองร่วมมาใช้สำหรับการโอนสิทธิในงานภาพยนตร์

บทที่ 5 เรื่องการให้ความคุ้มครองการออกแบบเรือ “Vessel Hull Design Protection Act” ซึ่งกำหนดรูปแบบใหม่ของการคุ้มครองการออกแบบเรือ

ในที่นี้ผู้เขียนจะศึกษาแต่เฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับการสืบค้นข้อมูลผ่านโปรแกรมค้นหา นั่นก็คือหัวข้อบทที่ 2 ซึ่งเกี่ยวกับข้อจำกัดความรับผิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ออนไลน์

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา (The Digital Millennium Copyright Act 1998: DMCA) ได้กำหนดเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงไว้ในมาตรา 501 เราจะเห็นได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาได้วางหลักกฎหมายเรื่องนี้ไว้ได้ค่อนข้างชัดเจน หากแต่ว่าคดีที่เกิดขึ้นในปัจจุบันมีความซับซ้อนในกระบวนการละเมิดลิขสิทธิ์มากขึ้น มีงานอันมีลิขสิทธิ์จำนวนมากถูกลักทำซ้ำและกระจายไปในทุกๆ ที่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตด้วยเทคโนโลยีสมัยใหม่ การจะให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตรับผิดชอบในการกระทำที่เกิดขึ้นในระบบของตนทุกประการอย่างไม่มีข้อยกเว้นก็จะเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม เพราะบางสถานการณ์ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่สามารถเข้าไปควบคุมการกระทำของผู้ใช้บริการได้

วัตถุประสงค์สำคัญของการบัญญัติข้อจำกัดความรับผิดการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตคือ การสร้างความแน่นอนให้แก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ลดการฟ้องร้องคดีระหว่างผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตกับเจ้าของลิขสิทธิ์ในผลของการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต การจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตบางอย่างที่ไม่เป็นธรรม การสร้างแรงจูงใจแก่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการที่จะช่วยเหลือและร่วมมือกับเจ้าของลิขสิทธิ์ และการเสริมสร้างความสามารถของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการที่จะต่อสู้กับปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ยังเกิดขึ้นอยู่อย่างต่อเนื่อง ซึ่งข้อจำกัดความรับผิดการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตนี้ไม่ได้เปลี่ยนหลักกฎหมายที่มีอยู่แล้วในเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์ หากแต่มีการนิยามถึงสถานการณ์ 4 สถานการณ์ ซึ่งผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอาจได้รับการยกเว้นในกรณีมีการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยในหมวด 2 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา มาตรา 512 ได้กำหนดเป็นข้อจำกัดความรับผิดอันเกี่ยวข้องกับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (OSP: Online Service Providers) เมื่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของ การกระทำที่ได้รับการยกเว้นความรับผิดตามประเภทต่างๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นดิจิทัล

ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตภายใต้กฎหมายการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นดิจิทัล แบ่งออกเป็น 4 ประเภท ดังนี้

- (1) ผู้ให้บริการสำหรับการรับส่งข้อมูลชั่วคราว (Transitory communications)
- (2) ผู้ให้บริการสำหรับระบบการนำเข้าข้อมูลชั่วคราวเพื่อเรียกซ้ำ (System Caching)
- (3) ผู้ให้บริการสำหรับการจัดเก็บข้อมูล ตามคำสั่งของผู้ใช้บริการไว้บนระบบ หรือเครือข่ายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Storage of information on systems or networks at direction of users)
- (4) ผู้ให้บริการสำหรับ เครื่องมือชี้แหล่งที่ตั้งข้อมูล (Information location tools)

ความหมายของคำว่า “ผู้ให้บริการ” หรือ “Service provider” ที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการรับส่งข้อมูลชั่วคราว ในข้อ 1) มาตรา 512 (k)(1)(A)⁷⁹ ได้บัญญัติไว้ในคำนิยามว่า “ผู้ให้บริการ” หมายถึง องค์กรที่ให้บริการออนไลน์ หรือผู้ให้บริการการเข้าถึงเครือข่าย หรือผู้อำนวยความสะดวกในการให้บริการออนไลน์หรือการเข้าถึงเครือข่ายดังกล่าว และรวมถึงผู้ที่จัดให้ซึ่งการส่งผ่านข้อมูล (Transmission) หาเส้นทาง การเชื่อมต่อสัญญาณ (routing) และการจัดหาทางเชื่อมเพื่อการสื่อสารแบบดิจิทัลออนไลน์ระหว่างหรือท่ามกลางจุดหมายที่ผู้ใช้ได้ทำการระบุในสื่อที่ผู้

⁷⁹ Digital Millennium Copyright Act, Article 512 (k) (1) (A): As used in subsection (a), the term “service provider” means an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user's choosing, without modification to the content of the material as sent or received.

ใช้ได้แล้ว โดยไม่มีการปรับปรุงแก้ไขเนื้อหาภายในของสื่อที่ได้ส่งหรือได้รับ สำหรับ “ผู้ให้บริการ” ที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการอีก 3 ประเภทที่เหลืปรากฏอยู่ในมาตรา 512 (k)(1)(B)⁸⁰ ได้บัญญัติไว้ในคำนิยามว่า “ผู้ให้บริการ” หมายถึง ผู้จัดให้บริการอินเทอร์เน็ต หรือทางเข้าเครือข่าย หรือผู้ประกอบการของสถานที่นั้นและรวมถึงองค์กรผู้ควบคุมสิ่งอำนวยความสะดวกจำพวกที่กล่าวไว้ใน มาตรา 512 (k)(1)(A) และที่จะกล่าวดังต่อไปนี้ได้แก่ข้อจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ทั้ง 4 ประเภท ได้แก่

1) ข้อจำกัดความรับผิดชอบสำหรับการรับส่งข้อมูลชั่วคราว (Transitory communications)

ข้อจำกัดความรับผิดชอบสำหรับการรับส่งข้อมูลชั่วคราวได้กล่าวไว้ในในมาตรา 512 (a)⁸¹ ได้บัญญัติข้อจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้สำหรับการรับส่งข้อมูล ที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทำหน้าที่ในการหาเส้นทางหรือการจัดหาทางเชื่อมต่อให้กับข้อมูล ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเปรียบเสมือนท่อบรรจุข้อมูล ส่งข้อมูลผ่านระบบหรือเครือข่ายที่ควบคุมหรือดำเนินการ โดยผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต จากที่หนึ่งบนเครือข่ายไปยังอีกที่หนึ่งตามความ

⁸⁰ Digital Millennium Copyright Act, Article 512 (k) (1) (B): As used in this section, other than subsection (a), the term “service provider” means a provider of online services or network access, or the operator of facilities therefor, and includes an entity described in subparagraph (A).

⁸¹ Digital Millennium Copyright Act, Article 512 (a): A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the provider's transmitting, routing, or providing connections for, material through a system or network controlled or operated by or for the service provider, or by reason of the intermediate and transient storage of that material in the course of such transmitting, routing, or providing connections, if —

(1) the transmission of the material was initiated by or at the direction of a person other than the service provider;

(2) the transmission, routing, provision of connections, or storage is carried out through an automatic technical process without selection of the material by the service provider;

(3) the service provider does not select the recipients of the material except as an automatic response to the request of another person;

(4) no copy of the material made by the service provider in the course of such intermediate or transient storage is maintained on the system or network in a manner ordinarily accessible to anyone other than anticipated recipients, and no such copy is maintained on the system or network in a manner ordinarily accessible to such anticipated recipients for a longer period than is reasonably necessary for the transmission, routing, or provision of connections; and

(5) the material is transmitted through the system or network without modification of its content.

ต้องการของผู้ใช้บริการรวมไปถึงการส่งต่อ ซึ่งในการกระทำดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสำเนาข้อมูลขึ้นระหว่างทางและเป็นการชั่วคราวบนระบบปฏิบัติการของเครือข่ายโดยอัตโนมัติ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะได้รับความคุ้มครองตามมาตรานี้ต่อเมื่อมีการกระทำที่เข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้

- (1) การส่งต่อข้อมูลจะต้องเริ่มต้นมาจากบุคคลอื่นที่มีใช้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต
- (2) การส่งต่อ การหาเส้นทาง การจัดหาทางเชื่อม หรือการทำซ้ำจะต้องเกิดขึ้นโดยกระบวนการทางเทคนิคโดยอัตโนมัติ โดยผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ได้เป็นผู้เลือกข้อมูลที่รับส่งนั้น
- (3) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องไม่ได้เป็นผู้กำหนดตัวผู้ที่รับข้อมูล ยกเว้นกำหนดโดยอัตโนมัติเพื่อตอบสนองต่อการร้องขอของบุคคลอื่น
- (4) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่ได้ทำซ้ำข้อมูลหรือเก็บสำเนางานที่เกิดขึ้นระหว่างการส่งนั้น ซึ่งโดยปกติแล้วจะต้องไม่สามารถเข้าถึงได้โดย บุคคลอื่นที่นอกเหนือจากผู้ที่คาดหมายให้เป็นผู้รับเท่านั้นและผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องไม่ได้เก็บสำเนาข้อมูลไว้นานเกินความจำเป็นเพื่อการรับส่งหรือเพื่อการให้การเชื่อมต่ออย่างใด ๆ และ
- (5) ข้อมูลจะต้องได้รับการส่งต่อโดยที่ไม่มีการปรับปรุงแก้ไขเนื้อหาความในข้อมูลที่ส่งผ่านระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้เคยมีคำพิพากษาเกี่ยวกับข้อจำกัดความรับผิดชอบ สำหรับ การทำซ้ำข้อมูลชั่วคราวเพื่อการส่งต่อข้อมูล ก่อนที่จะมีกฎหมายการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นดิจิทัล ในคดี MAI System Crop. v. Peak Computer Inc.⁸² คดีนี้ MAI System Crop คือโจทก์ฟ้อง Peak Computer จำเลยโดยกล่าวหาว่าจำเลยกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของโจทก์ จำเลยได้ทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของโจทก์ลงในเครื่องคอมพิวเตอร์ของจำเลยโดยไม่ได้รับอนุญาต จำเลยให้การว่าการทำงานซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามที่โจทก์กล่าวหา ยังถือไม่ได้ว่าเป็นการทำซ้ำตามความหมายของกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา เนื่องจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพียงแต่ถูกทำสำเนาข้อมูลลงในหน่วยความจำชั่วคราว (RAM) ของเครื่องคอมพิวเตอร์เท่านั้น หากปิดเครื่องคอมพิวเตอร์สำเนาข้อมูลที่สำเนาไว้ก็จะหายไป ศาลพิพากษาว่าการทำสำเนาข้อมูลลงบนหน่วยความจำของเครื่องคอมพิวเตอร์ถือได้ว่าเป็นการทำสำเนาที่ถาวรแล้ว และตัดสินว่าจำเลยได้ทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ ต้องรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์

ต่อมาหลังจากประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นดิจิทัล

⁸² MAI System Crop. v. Peak Computer Inc, 991 F. 2d 169 (2d Cir. 1947).

คำพิพากษาของศาลในคดี In Co Star Group. v. Loop Net Inc.⁸³ ศาลได้อธิบายว่า ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดโดยตรงอันเนื่องมาจากการกระทำโดยอัตโนมัติของ การทำซ้ำชั่วคราวที่เกิดระหว่างการรับส่งข้อมูลของผู้ใช้บริการ เว้นเสียแต่ว่าจะเข้าองค์ประกอบใน การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ โดยศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยว่า การทำซ้ำชั่วคราวจะอยู่ในความหมายของ การทำซ้ำหรือไม่ นั่น ซึ่งต้องพิจารณาเรื่องของระยะเวลาและสถานการณ์ส่งข้อมูลประกอบด้วย

คำพิพากษาของศาลที่พิจารณาเรื่องของระยะเวลา ในคดี Religious Technology Center. v. Netcom On-line Communication Service Inc.⁸⁴ โจทก์ฟ้องว่าจำเลยซึ่งเป็นผู้ให้บริการ กระดานข่าวบนอินเทอร์เน็ตทำให้อึดอัดสมาชิกของจำเลยคนหนึ่งนำเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ของ โจทก์ออกเผยแพร่บนกระดานข่าวของจำเลย ศาลวินิจฉัยว่าจำเลยต้องรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์ของ โจทก์โดยตรง เนื่องจากจำเลยได้ทำสำเนาโดยอัตโนมัติซึ่งข้อความดังกล่าวและจัดเก็บไว้ในระบบ เป็นเวลา 11 วัน จึงถือได้ว่าเป็นการทำซ้ำในความหมายของกฎหมาย

2) ข้อจำกัดความรับผิดชอบสำหรับการทำซ้ำข้อมูลชั่วคราวเพื่อเรียกซ้ำ (System Caching)

การทำซ้ำข้อมูลชั่วคราวเพื่อเรียกซ้ำหรือการจดจำข้อมูลชั่วคราวเพื่อเรียกซ้ำ ได้ กล่าวไว้ในมาตรา 512 (b)(1)⁸⁵ โดยบัญญัติว่าการที่ผู้ให้บริการสร้างระบบให้สามารถจดจำข้อมูล บางอย่าง que ผู้ใช้บริการเรียกใช้หรือเข้าถึงบ่อยๆ ซึ่งการจดจำนั้นระบบจะจดจำข้อมูลดังกล่าวไว้ช่วง ระยะเวลาหนึ่งเพื่อกระทำการเป็นตัวกลางส่งผ่านข้อมูลและได้จัดเก็บข้อมูลนั้นชั่วคราว โดยได้ทำ สำเนาจากข้อมูลที่อยู่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตอยู่แล้วและได้ทำสำเนาข้อมูลนั้นเพียงชั่วคราวโดยมี

⁸³ In Co Star Group. v. Loop Net Inc, 373 F. 3d 455 (4th Cir. 2004).

⁸⁴ Religious Technology Center. v. Netcom On-line Communication Service Inc, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995).

⁸⁵ Digital Millennium Copyright Act, Article 512 (b)(1): Limitation on liability.— A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the intermediate and temporary storage of material on a system or network controlled or operated by or for the service provider in a case in which—

(A) the material is made available online by a person other than the service provider;

(B) the material is transmitted from the person described in subparagraph (A) through the system or network to a person other than the person described in subparagraph (A) at the direction of that other person; and

(C) the storage is carried out through an automatic technical process for the purpose of making the material available to users of the system or network who, after the material is transmitted as described in subparagraph (B), request access to the material from the person described in subparagraph (A), if the conditions set forth in paragraph (2) are met.

วัตถุประสงค์เพื่อว่าภายหลังหากมีผู้ให้บริการรายใดต้องการข้อมูลอย่างเดียวกันนี้ก็สามารถส่ง
 สำเนาข้อมูลที่เก็บรักษาไว้นี้ส่งต่อไปได้ เหมือนกับว่าได้รับข้อมูลจากแหล่งข้อมูลเดิมบนเครือข่าย
 อินเทอร์เน็ต เพื่อลดปริมาณการใช้ทรัพยากรเครือข่ายลงและทำให้ผู้ใช้งานสามารถใช้งานได้
 รวดเร็วยิ่งขึ้น แต่ในทางกลับกันก็จะเป็นการลดการเปิดหน้าเว็บเพจดังกล่าว ซึ่งจะส่งผลต่อตัวเลข
 ของเจ้าของเว็บเพจด้วยเช่นกัน

ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบในการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นในระหว่างการจัดเก็บข้อมูล
 ในระบบหรือเครือข่ายเป็นการชั่วคราว ที่อยู่ในความควบคุมของผู้ให้บริการ ในกรณีนี้

(1) ข้อมูลที่จัดไว้เครือข่ายนั้นจะต้องเป็นข้อมูลที่สร้างขึ้นโดยบุคคลอื่นที่ไม่ใช่
 ผู้ให้บริการ

(2) ข้อมูลถูกส่งจากบุคคลข้างต้นและรวมถึงในระบบและในเครือข่ายซึ่งเป็นไป
 ตามคำสั่งของบุคคลข้างต้น

(3) เกิดขึ้นจากเหตุผลทางเทคนิคในการจัดเก็บข้อมูล เพื่อวัตถุประสงค์ในการจัด
 ให้ผู้ให้บริการในระบบหรือในเครือข่ายที่มีการร้องขอให้เข้าถึงข้อมูลจากบุคคลตามข้อ (1) และ
 ภายหลังจากข้อมูลได้มีการส่งผ่านข้อมูลตามข้อ (2) แล้ว

ข้อจำกัดความรับผิดชอบแก่การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะ
 ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 512 เมื่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องได้ดำเนินการตามมาตรา 512
 (b)(2)⁸⁶ ที่บัญญัติดังนี้

⁸⁶ Digital Millennium Copyright Act, Article 512 (b)(2); Conditions.— The conditions referred to in
 paragraph (1) are that—

(A) the material described in paragraph (1) is transmitted to the subsequent users described in
 paragraph (1)(C) without modification to its content from the manner in which the material was transmitted
 from the person described in paragraph (1)(A);

(B) the service provider described in paragraph (1) complies with rules concerning the refreshing,
 reloading, or other updating of the material when specified by the person making the material available online
 in accordance with a generally accepted industry standard data communications protocol for the system or
 network through which that person makes the material available, except that this subparagraph applies only if
 those rules are not used by the person described in paragraph (1)(A) to prevent or unreasonably impair the
 intermediate storage to which this subsection applies;

(C) the service provider does not interfere with the ability of technology associated with the
 material to return to the person described in paragraph (1)(A) the information that would have been available to
 that person if the material had been obtained by the subsequent users described in paragraph (1)(C) directly
 from that person, except that this subparagraph applies only if that technology—

(1) เนื้อหาของข้อมูลที่ถูกเก็บรักษานั้นจะต้องไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในขณะที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ได้ส่งสำเนาข้อมูลให้แก่ผู้ใช้บริการ

(2) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต จะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องอันว่าด้วยการทำให้ข้อมูลนั้นมีความใหม่อยู่เสมอและสำเนาข้อมูลนั้นต้องถูกแทนที่เดิมด้วยข้อมูลจากแหล่งกำเนิดข้อมูลต้นทางโดยต้องให้สอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยการสื่อสารข้อมูลมาตรฐานที่ทางอุตสาหกรรมให้การยอมรับ

(3) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต จะต้องไม่แทรกแซงด้วยเทคโนโลยีที่ใช้ในการ รับส่งข้อมูลระหว่างเจ้าของข้อมูลและผู้ใช้บริการซึ่งเป็นผู้ใช้ข้อมูล หากเทคโนโลยีนั้นเป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนด

(4) กรณีที่เจ้าของข้อมูลซึ่งเป็นผู้ส่งข้อมูลได้กำหนดมาตรการ การเข้าถึงลงบนข้อมูล ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องกำหนดวิธีการเข้าถึงข้อมูลของผู้ใช้ไว้ในความตกลงซึ่งเป็น

(i) does not significantly interfere with the performance of the provider's system or network or with the intermediate storage of the material;

(ii) is consistent with generally accepted industry standard communications protocols; and

(iii) does not extract information from the provider's system or network other than the information that would have been available to the person described in paragraph (1)(A) if the subsequent users had gained access to the material directly from that person;

(D) if the person described in paragraph (1)(A) has in effect a condition that a person must meet prior to having access to the material, such as a condition based on payment of a fee or provision of a password or other information, the service provider permits access to the stored material in significant part only to users of its system or network that have met those conditions and only in accordance with those conditions; and

(E) if the person described in paragraph (1)(A) makes that material available online without the authorization of the copyright owner of the material, the service provider responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing upon notification of claimed infringement as described in subsection (c)(3), except that this subparagraph applies only if—

(i) the material has previously been removed from the originating site or access to it has been disabled, or a court has ordered that the material be removed from the originating site or that access to the material on the originating site be disabled; and

(ii) the party giving the notification includes in the notification a statement confirming that the material has been removed from the originating site or access to it has been disabled or that a court has ordered that the material be removed from the originating site or that access to the material on the originating site be disabled.

เงื่อนไขในการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวโดยให้มีผลกับสำเนาข้อมูลที่ถูกผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเก็บสำเนาไว้เช่นกัน เช่น การกำหนดรหัสผ่าน

(5) ข้อมูลใดๆ ที่ถูกส่งโดยปราศจากการอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์จะต้องถูกลบหรือยับยั้งการเข้าถึงสำเนาข้อมูลนั้นทันที ที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้รับการแจ้งว่าข้อมูลนั้นควรลบหรือยับยั้งการเข้าถึงสำเนาข้อมูลหรือถูกศาลสั่งให้ลบหรือยับยั้งการเข้าถึงสำเนาข้อมูล ที่ตั้งอยู่บนแหล่งข้อมูลต้นทาง

จากเงื่อนไขดังกล่าวข้างต้น ข้อจำกัดความรับผิดชอบสำหรับการทำซ้ำข้อมูลชั่วคราวเพื่อเรียกซ้ำ มีไว้เพื่อคุ้มครองแก่การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ประเภทผู้ให้บริการที่ได้ทำสำเนาข้อมูลเนื่องจากการใช้ระบบการจดจำข้อมูลชั่วคราวเพื่อเรียกซ้ำเช่นประเภทให้บริการผ่านโปรแกรมค้นหา

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่เกี่ยวกับข้อจำกัดความรับผิดชอบสำหรับการทำซ้ำข้อมูลชั่วคราวเพื่อเรียกซ้ำในระบบ Caching เช่น

คำพิพากษาของศาล คดี Parker. v. Google Inc.⁸⁷ คดีนี้ Parker คือโจทก์เป็นผู้แต่งหนังสือนิยาย E-books ซึ่งเผยแพร่ออนไลน์ ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตสามารถเข้าถึงหนังสือนิยาย E-books ได้โดยผ่านทางเว็บไซต์ของโจทก์ฟรี โจทก์ฟ้อง Google เป็นจำเลยต่อศาลของรัฐเพนซิลวาเนียในประเทศสหรัฐอเมริกา ขอให้ศาลสั่งให้โจทก์ โดยจำเลยทำการดึงข้อมูลแบบอัตโนมัติจากข้อมูลที่โจทก์ได้แสดงไว้ในเว็บไซต์ของโจทก์ ที่เก็บไว้ที่ USENET ซึ่งเป็นเว็บบอร์ดออนไลน์ โจทก์ฟ้องว่าจำเลยได้เสนอรายการ ลิงค์ ต่างๆ ให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตสามารถค้นหาโดยการ ใช้บริการสืบค้นข้อมูลผ่านโปรแกรมค้นหา และในรายการเหล่านั้นก็จะปรากฏข้อมูลของโจทก์ติดอยู่ในรายการด้วย แต่อย่างไรก็ตามศาลได้ตัดสินว่าจำเลยมิได้ทำการละเมิดใดๆ เนื่องจากการทำงานของจำเลย จัดว่าเป็นการทำสำเนาข้อมูลชั่วคราวเพื่อเรียกซ้ำในระบบ Caching เพราะจำเลยเป็น Internet Service providers ดังนั้นทางศาลจึงถือว่าจำเลยไม่ได้ทำการล่วงละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น จำเลยจึงไม่ได้ทำการล่วงละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลได้ยกฟ้องเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์ กรณีเป็นการทำสารบัญและทำการจัดเก็บข้อมูลชั่วคราวในเว็บไซต์ โดยศาลถือว่าจำเลยจัดอยู่ในบทบัญญัติของ Safe harbor⁸⁸ อันเป็นหลักการทำงานของจำเลยภายใต้การคุ้มครองตามมาตรา 512 (b) ของกฎหมายการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นดิจิทัลของประเทศสหรัฐอเมริกา และศาลยกฟ้องเรื่องที่จำเลยเป็นคนชี้ทำให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ และ ที่เป็นตัวแทน

⁸⁷ Parker. v. Google Inc., 422 F Supp 2d 492, 498-500 (ED Pa, 2006).

⁸⁸ การจำกัดความรับผิดชอบจากการกระทำ เมื่อผู้ให้บริการได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของข้อยกการละเมิดลิขสิทธิ์ประเภทต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นดิจิทัล.

ของคนที่ทำผิดละเมิดลิขสิทธิ์

คำพิพากษาของศาล คดี Field. v. Google Inc.⁸⁹ คดีนี้ Field คือโจทก์เป็นผู้แต่งหนังสือและเป็นทนายความด้วย โจทก์ยื่นฟ้อง Google เป็นจำเลยต่อศาลของรัฐเนวาด้าในประเทศสหรัฐอเมริกา ในข้อหาว่าจำเลย เป็นผู้ให้บริการสืบค้นข้อมูลผ่านโปรแกรมค้นหา ที่ละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ โดยทำการจัดเก็บข้อมูลด้วยเครื่องมืออัตโนมัติทำการคัดลอกข้อมูลที่โจทก์แต่งขึ้นมา นำมาแสดงในเว็บไซต์ของจำเลย โจทก์ฟ้องจำเลยขอให้ศาลละเมิดลิขสิทธิ์ โดยพยายามที่จะอ้างว่า เว็บไซต์ของจำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ เพื่อโจทก์จะได้รับค่าชดเชยค่าเสียหายจากการทำสำเนาข้อมูลชั่วคราวเพื่อเรียกซ้ำในระบบ Caching ของจำเลย ศาลได้ทำการยกฟ้อง นอกจากนี้ศาลยังพิจารณาคัดสินว่า

(1) จำเลยไม่ได้ทำการละเมิดลิขสิทธิ์ เหตุผลเพราะว่า การทำสำเนาข้อมูลชั่วคราวเพื่อเรียกซ้ำในระบบ Caching ไม่เป็นการละเมิดโดยตรง (การละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงหมายถึง การทำซ้ำ คัดแปลง)

(2) จำเลยถือว่าได้รับการอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์โดยทางอ้อมเพราะ ในกรณีนี้โจทก์รู้ว่า โจทก์สามารถใส่โค้ดในเว็บไซต์ของตนเองเพื่อป้องกันมิให้จำเลยทำสำเนาข้อมูลชั่วคราวเพื่อเรียกซ้ำในระบบ Caching ไปใช้ได้ แต่โจทก์ไม่เลือกที่จะใส่โค้ด ดังกล่าว

(3) การทำสำเนาข้อมูลชั่วคราวเพื่อเรียกซ้ำผ่านระบบ Caching ของจำเลยถือว่าเป็นการกระทำเพื่อการใช้ที่ชอบธรรม (Fair Use) เพราะจำเลยเป็นเพียงผู้ที่ส่งผ่านข้อมูลจากลักษณะการทำงานของจำเลยและไม่มีหลักฐานว่าจำเลยตั้งใจจะหาผลประโยชน์จากข้อมูลที่เอามาจากการทำสำเนาข้อมูลชั่วคราวเพื่อเรียกซ้ำในระบบ Caching

(4) จำเลยถือได้ว่า ได้รับความคุ้มครองในฐานะเป็น Safe harbor ภายใต้บทบัญญัติกฎหมาย สำหรับการเป็นสถานที่จัดเก็บข้อมูลชั่วคราวเพื่อเรียกซ้ำ ตามมาตรา 512 ของกฎหมายการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นดิจิทัลของประเทศสหรัฐอเมริกา

3) ข้อจำกัดความรับผิดสำหรับการจัดเก็บข้อมูล ตามคำสั่งของผู้ใช้บริการไว้บนระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Storage of information on systems or networks at direction of users)

ข้อจำกัดความรับผิดสำหรับการจัดเก็บข้อมูล ตามคำสั่งของผู้ใช้บริการไว้บนระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้กล่าวไว้ในมาตรา 512 (c)(1)⁹⁰ โดยกำหนดขอบเขต

⁸⁹ Field. v. Google Inc, 412 F Supp 2d 1106, 1116-1117 (DC Nev, 2006).

⁹⁰ Digital Millennium Copyright Act, Article 512 (c)(1): A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider,—

ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่มีการให้บริการรับจัดเก็บข้อมูลละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ (หรือแหล่งเก็บข้อมูลอื่นๆ) ไว้บนระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะเข้าข้อจำกัดความรับผิดชอบได้ก็ต่อเมื่อเข้าใจต่อไปนี้

(1) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ต้องไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงและสถานะแวดล้อมว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น หรือหากว่าารู้ แต่ได้ยุติการเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์นั้นทันที

(2) ถ้าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่มีสิทธิและหน้าที่ควบคุมกิจกรรมอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นได้ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องไม่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากกิจกรรมอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น

(3) เมื่อได้รับการแจ้งเตือนเกี่ยวกับการเรียกร้องเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องนำข้อมูลดังกล่าวออกไปจากระบบของตน หรือปิดกั้นทางเข้าสู่ข้อมูลนั้นในทันที

ข้อจำกัดความรับผิดชอบสำหรับการจัดเก็บข้อมูล ตามคำสั่งของผู้ให้บริการไว้บนระบบหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต จะต้องอาศัยการพิจารณาถึงระดับการรับรู้ถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะเข้าหลักเกณฑ์การจำกัดความรับผิดชอบได้ก็ต่อเมื่อไม่รู้ถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ ไม่รู้ข้อเท็จจริง หรือสถานการณ์ที่ทำให้ละเมิดได้เกิดขึ้น หรือหากรู้สำนึก หรือรู้ว่ามี การทำการละเมิดเกิดขึ้นก็ได้อาศัยความรับผิดชอบโดยการนำข้อมูลอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบหรือปิดกั้นทางเข้าสู่ข้อมูลนั้นในทันที

4) ข้อจำกัดความรับผิดชอบสำหรับ เครื่องมือชี้แหล่งที่ตั้งข้อมูล (Information location tools) ข้อจำกัดความรับผิดชอบสำหรับเครื่องมือชี้แหล่งที่ตั้งข้อมูลได้กล่าวไว้ใน มาตรา 512 (d)⁹¹ ได้

(A) (i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing;

(ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or

(iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;

(B) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and

(C) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity.

⁹¹ Digital Millennium Copyright Act, Article 512 (d): A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for

กำหนดให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการที่ได้อ้างถึง หรือเชื่อมต่อโดยใช้เครื่องมือชี้แหล่งที่ตั้งข้อมูล หรือที่เรียกว่า ไฮเปอร์ลิงค์ ออนไลน์ ไดเรกทอรี (Online Directories) เครื่องมือค้นหา (Search Engine) ผู้ให้บริการจะได้รับความคุ้มครองจากข้อจำกัดความรับผิดได้ต่อเมื่อการกระทำที่เป็นการนำเสนอหรือนำพาผู้ให้บริการไปยังที่ๆ บรรจุข้อมูลอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้โดยการใช่เครื่องมือชี้แหล่งที่ตั้งข้อมูล หากเข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้

- (1) ผู้ให้บริการต้องไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงและสภาวะแวดล้อมว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น หรือหากว่าารู้ แต่ได้ยุติการเข้าถึงข้อมูลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ทันที
- (2) ถ้าผู้ให้บริการมีสิทธิและหน้าที่ควบคุมกิจกรรมอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นได้ ผู้ให้บริการจะต้องไม่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากกิจกรรมอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น
- (3) เมื่อผู้ให้บริการได้รับการแจ้งเตือนเกี่ยวกับการเรียกร้องเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้ให้บริการจะต้องนำข้อมูลดังกล่าวออกไปจากระบบของตน หรือปิดกั้นทางเข้าสู่ข้อมูลนั้นในทันที

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้เคยมีคำพิพากษาเกี่ยวกับข้อจำกัดความรับผิดสำหรับเครื่องมือชี้แหล่งที่ตั้งข้อมูลไฮเปอร์ลิงค์ที่เป็นการเชื่อมโยงภายนอก (Out-linking) เช่น

infringement of copyright by reason of the provider referring or linking users to an online location containing infringing material or infringing activity, by using information location tools, including a directory, index, reference, pointer, or hypertext link, if the service provider —

- (1) (A) does not have actual knowledge that the material or activity is infringing;
- (B) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or
- (C) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;
- (2) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and
- (3) upon notification of claimed infringement as described in subsection (c)(3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity, except that, for purposes of this paragraph, the information described in subsection (c)(3)(A)(iii) shall be identification of the reference or link, to material or activity claimed to be infringing, that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate that reference or link.

คำพิพากษาของศาล คดี Kelly. v. Ariba Soft Corporation.⁹² คดีนี้ Kelly คือโจทก์ ซึ่งเป็นเจ้าของเว็บไซต์ซึ่งแสดงภาพถ่ายศิลปะของตนโดยการแสดงในเว็บไซต์ของตนเอง เพื่อทำการขายพื้นที่โฆษณาหนังสือ และแพ็คเกจท่องเที่ยว ได้ฟ้อง Ariba Soft Corporation จำเลยซึ่งเป็นผู้ให้บริการระบบค้นหาข้อมูลผ่านโปรแกรมค้นหาภาพบนอินเทอร์เน็ต (visual search engine) เมื่อมีผู้ให้บริการค้นหาภาพที่อยู่ในเว็บไซต์ของจำเลย ระบบค้นหาสามารถค้นหารูปภาพจากอินเทอร์เน็ต โดยผลจากการค้นหาภาพของโปรแกรมค้นหา คือการโชว์รูปภาพในรูปแบบภาพตัวอย่างขนาดเล็กที่มีคำคมชัดและคุณภาพน้อยกว่ารูปต้นฉบับ ภาพตัวอย่างขนาดเล็กนี้มีไฮเปอร์ลิงก์เชื่อมต่อไปยังรูปภาพเต็มขนาดใหญ่ได้โดยการคลิกไปบนรูปภาพเล็กนั้น รูปเต็มก็จะแสดงขึ้นมาเหมือนกับรูปที่แสดงไว้ในเว็บไซต์บริการสืบค้นข้อมูล เป็นภาพลิขสิทธิ์ของโจทก์และจะปรากฏขึ้นมาพร้อมกับชื่อเว็บไซต์ที่เป็นต้นฉบับของรูปภาพนั้นๆ พร้อมทั้งแสดงที่ตั้งของภาพนั้นให้ผู้บริการเห็น โจทก์ได้ฟ้องว่าระบบค้นหาของจำเลยเป็นการละเมิดข้อมูลการบริหารสิทธิของโจทก์ โดยแยกข้อมูลการบริหารสิทธิ⁹³ ออกจากภาพถ่ายต้นฉบับ ซึ่งศาลประเทศสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาว่าการกระทำความผิดของจำเลยไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจากกรณีที่จะเป็นการละเมิดข้อมูลการบริหารสิทธิของกฎหมายการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นดิจิทัลของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น จะต้องแสดงว่าจำเลยได้ทำสำเนาของโจทก์แยกออกจากข้อมูลการบริหารสิทธิ แต่ในเว็บไซต์ของจำเลย มีเพียงแต่การแสดงผลภาพของโจทก์ ออกจากเว็บไซต์ ซึ่ง

⁹² Kelly. v. Ariba Soft Corporation Inc, 336 F 3d 811(9th Cir, 2003).

⁹³ Digital Millennium Copyright Act ในมาตรา 1202 (c) ได้บัญญัติให้คำจำกัดความของคำว่า ข้อมูลการบริหารลิขสิทธิ์ หมายถึงข้อมูลที่แนบ หรือแสดงออกมากับสำเนา งาน หรือสิ่งบันทึกเสียงหรือการแสดงผลงาน ซึ่งรวมถึงงานที่อยู่ในรูปแบบดิจิทัล ยกเว้นข้อมูลที่ระบุเกี่ยวกับผู้ใช้งานและสำเนาสิ่งบันทึกเสียง การแสดง และการแสดงผลงาน โดยข้อมูลการบริหารลิขสิทธิ์ได้แก่ข้อมูลดังต่อไปนี้.

- (1) ชื่องานและข้อมูลที่ระบุถึงงาน รวมถึงข้อมูลที่ได้มีการแจ้งลิขสิทธิ์ไว้
- (2) ชื่อและข้อมูลที่ระบุถึงผู้สร้างสรรค์
- (3) ชื่อและข้อมูลที่ระบุเกี่ยวกับเจ้าของลิขสิทธิ์ รวมทั้งข้อมูลที่ได้มีการแจ้งลิขสิทธิ์ไว้
- (4) ชื่อและข้อมูลที่ระบุเกี่ยวกับนักแสดงที่แสดงในงานนั้น นอกจากงานแสดงภาพและเสียง ทั้งนี้ภายใต้ข้อยกเว้นการแพร่เสียงแพร่ภาพโดยสถานีวิทยุและโทรทัศน์
- (5) ชื่อและข้อมูลที่ระบุเกี่ยวกับผู้เขียน ผู้แสดง หรือผู้กำกับซึ่งมีชื่อปรากฏในงานแสดงภาพและเสียง ทั้งนี้ภายใต้ข้อยกเว้นการแพร่เสียงแพร่ภาพโดยสถานีวิทยุและโทรทัศน์
- (6) ข้อตกลงและเงื่อนไขของการใช้งาน
- (7) ตัวเลขหรือสัญลักษณ์ที่อ้างอิงถึงข้อมูลข้างต้น หรือเชื่อมโยงถึงข้อมูลข้างต้น.
- (8) ข้อมูลอื่นใดตามระเบียบของสำนักงานทะเบียนลิขสิทธิ์กำหนดไว้ เว้นแต่กรณีที่สำนักงานทะเบียนลิขสิทธิ์มิได้ร้องขอข้อกำหนดของข้อมูลใดๆ ที่เกี่ยวกับผู้ใช้งานลิขสิทธิ์.

เป็นที่ตั้งของข้อมูลการบริหารสิทธิเท่านั้น

คดีนี้การกระทำของจำเลยไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เพราะจากข้อเท็จจริงการกระทำนี้ถือว่าเป็นการใช้ที่ชอบธรรม (Fair Use)⁹⁴ เนื่องจากว่ารูปภาพตัวอย่างนั้นมีขนาดเล็กกว่า มีความคมชัดน้อยกว่ารูปต้นฉบับของเจ้าของผลงาน จำเลยทำการคัดลอกรูปด้วยเจตนาจะใช้เป็นสารบัญและเป็นการทำเพื่อใช้ในการเข้าไปสู่เว็บไซต์ของเจ้าของผลงานเท่านั้น โจทก์ใช้รูปภาพศิลปะนี้ในการดึงดูดคนให้เข้าไปในเว็บไซต์ของโจทก์ และผู้ให้บริการก็มีได้นำรูปภาพตัวอย่างนี้ไปเพื่อทำการขายและนำไปใช้ต่อ เพราะรูปตัวอย่างนี้มีความคมชัดน้อยกว่ารูปต้นฉบับจริง หมายความว่า รูปภาพตัวอย่างนี้มิได้ถูกนำไปเพื่อใช้ทดแทนภาพต้นฉบับ ในขณะที่รูปที่ผู้ให้บริการจะนำไปใช้ คือ รูปต้นฉบับโดยการคลิกผ่านเข้าไปยังเว็บไซต์ของโจทก์ซึ่งเป็นเจ้าของผลงานเอง ดังนั้นการกระทำนี้จึงถือไม่ได้ว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ด้วยการแสดงรูปด้วยขนาดเต็มแบบเดียวกับที่เจ้าของผลงานแสดงไว้ในเว็บไซต์ของเจ้าของผลงาน เวลาผู้ให้บริการคลิกบนรูปตัวอย่างถือว่าการละเมิดลิขสิทธิ์จากการให้บริการของจำเลย เป็นการทำให้ผู้ให้บริการไม่เข้าไปในเว็บไซต์ของเจ้าของผลงาน ถือว่าเป็นการทำลายตลาดขายของเจ้าของผลงานและทำลายใบอนุญาตในการใช้รูป ศาลพิพากษาตัดสินให้การที่จำเลยทำภาพตัวอย่างขนาดเล็กนั้นไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถือว่าเป็นการใช้ที่ชอบธรรม (Fair Use) แต่อย่างไรก็ตามศาลมิได้กล่าวถือว่า การทำไฮเปอร์ลิงก์ไปที่รูปภาพเต็มถือเป็นการละเมิดหรือไม่ เพราะทั้ง 2 ฝ่ายไม่ได้ติดตามคำพิพากษาจนถึงที่สุด

คำพิพากษาของศาล คดี Perfect 10. v. Google Inc.⁹⁵ คดีนี้ Perfect 10 คือโจทก์เป็นเจ้าของเว็บไซต์ทำการฟ้อง Google เป็นจำเลยในข้อหาว่าทำการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์ โดยการที่จำเลยใช้รูปภาพที่เป็นของโจทก์ไปเก็บไว้ในเว็บไซต์ของจำเลย เมื่อผู้ให้บริการเข้าไปสืบค้นหาข้อมูลภาพในเว็บไซต์ของจำเลย ก็จะปรากฏภาพตัวอย่างเล็กๆ ออกมาให้กับผู้ให้บริการเห็น ภาพที่แสดงเป็นภาพของโจทก์ที่ไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ พร้อมทั้งจะมีการทำไฮเปอร์ลิงก์เชื่อมโยงไว้เมื่อเวลาคลิกเข้าไปก็จะไปสู่อีกเว็บหนึ่งซึ่งเป็นเว็บไซต์ที่จำเลยนำเอาภาพไปเก็บเอาไว้ โจทก์ฟ้องเนื่องจากรูปภาพของโจทก์ทั้งหมดที่จำเลยนำไปทำเป็นภาพตัวอย่างเล็กๆ นั้น เป็นภาพที่ช่วยโจทก์ในการที่จะได้รับรายได้หลายๆ ทางด้วยกัน รวมถึงการตีพิมพ์ภาพลงในนิตยสาร หรือการนำไปแสดงเอาไว้ในเว็บไซต์ หรือการที่โจทก์ขายใบอนุญาตให้กับบุคคลที่ 3 หรือการนำรูปภาพเหล่านี้ไปทำเป็นรูปภาพเล็กๆ เพื่อที่จะนำไปให้ผู้ให้บริการสามารถดาวน์โหลดเข้าไปเก็บไว้ในมือถือ เมื่อ

⁹⁴ Fair Use คือ ความชอบธรรมทางกฎหมายในการเอาผลงานลิขสิทธิ์มาใช้ในระดับที่จำกัด โดยไม่ไปขัดกับผลประโยชน์ที่เจ้าของผลงานพึงได้รับจากงานของเขา.

⁹⁵ Perfect 10. v. Google Inc, 416 F Supp 2d 828 (CD Cal, 2006).

มีผู้ให้บริการเข้าไปใช้บริการของจำเลยภาพเหล่านี้ก็จะปรากฏขึ้นมา ถึงแม้ว่าจะเป็นภาพเล็กๆ ก็ตาม ในทางพิจารณาของศาลเห็นว่า โจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยทำการละเมิดลิขสิทธิ์ต่อโจทก์จริง ในการสร้างภาพและแสดงภาพตัวอย่างเล็กๆ ของโจทก์ซึ่งเป็นเจ้าของผลงานและนอกจากนี้ศาลได้กล่าวอีกว่า การกระทำของจำเลยไม่ถือว่าได้รับการยกเว้นภายใต้เงื่อนไขของการใช้ที่ชอบธรรม (Fair Use) เนื่องจากว่า การที่จำเลยนำไปทำเป็นรูปภาพเล็กๆ เป็นการขัดขวางการตลาดของเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งก็คือขัดขวางการหารายได้ของโจทก์ เนื่องจากว่าโจทก์ได้ทำการขายรูปที่มีขนาดใกล้เคียงกันกับที่จำเลยนำไปแสดงในเว็บไซต์ของจำเลย เพื่อให้ผู้ให้บริการนำไปเก็บไว้ในมือถือ เพราะฉะนั้นจึงถือว่าจำเลยแย่งลูกค้าของโจทก์ไป แต่ถ้าจำเลยทำเป็นกรอบแล้วทำเป็นไฮเปอร์ลิงก์ไปเว็บไซต์ของโจทก์ โดยที่ผู้ให้บริการที่ต้องการจะนำรูปไปใช้ไม่สามารถนำรูปภาพเล็กที่เป็นกรอบไปใช้ได้ ต้องไปนำเอารูปภาพใหญ่จากต้นฉบับจริง แบบนี้จึงจะถือว่าจำเลยไม่ผิด แต่คดีนี้เนื่องจากว่ารูปภาพที่จำเลยนำมาแสดงเป็นขนาดพอๆ กันกับที่โจทก์ขาย จึงถือว่าไม่เข้าหลักข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามกฎหมายการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ที่เป็นดิจิทัลของประเทศสหรัฐอเมริกา

แต่ต่อมาในเดือนพฤษภาคมปี ค.ศ. 2007 Perfect 10 โจทก์ได้ฟ้องทั้ง Amazon.com Inc และ Google Inc,⁹⁶ เป็นจำเลยอีกโดยกล่าวหาว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ ศาลตัดสินว่าในการที่ จำเลยทำเป็นรูปภาพเล็กๆ ไปไว้ที่เว็บไซต์ของจำเลยเพราะว่ามีเจตนาที่แตกต่างกับเจตนาของโจทก์ เนื่องจากว่าโจทก์มีเจตนาที่จะขายรูปภาพให้กับผู้ให้บริการเข้ามาดาวน์โหลดเพื่อเก็บไว้ในมือถือ ในขณะที่จำเลยนำรูปภาพไปแสดงไว้ในลักษณะที่เป็นสารบัญเพื่อให้ผู้ให้บริการเข้าไปคลิกเพื่อเข้าไปสู่เว็บไซต์อื่นๆ นอกจากนี้ก็ไม่มีหลักฐานอะไรที่จะมาพิสูจน์ได้ว่าการที่จำเลยนำรูปภาพเล็กๆ ไปแสดงไว้ในเว็บไซต์ของจำเลยจะเป็นการทำให้ใช้ในการดาวน์โหลดเข้าไปในมือถือได้ ศาลจึงถือว่าเจตนาในการทำแตกต่างกัน นั่นก็คือโจทก์กระทำเพื่อต้องการขายรูปภาพ แต่จำเลยทำเพื่อเป็นสารบัญ จึงถือว่ายังคงเป็นการใช้ที่ชอบธรรม (Fair Use) อยู่

คำพิพากษาของศาล คดี Ticketmaster Corp. v. Microsoft Corp Inc.⁹⁷ คดีนี้โจทก์คือ Ticketmaster Corp ฟ้อง บริษัทไมโครซอฟท์ จำกัด จำเลยกล่าวหาว่าจำเลยได้ให้การสนับสนุนการจัดทำเว็บไซต์ <http://www.seattle.sitewalk.com> ซึ่งเป็นเว็บไซต์ที่เกี่ยวกับการท่องเที่ยวในเมืองซีแอตเทิล จำเลยได้ติดต่อกับโจทก์เจ้าของเว็บไซต์ <http://www.ticketmaster.com> ซึ่งเป็นผู้นำในการจำหน่ายตั๋วทุกประเภท เพื่อให้เว็บไซต์ <http://www.seattle.sitewalk.com> ของจำเลยมีการเชื่อมโยงข้อมูลไปยังเว็บไซต์ <http://www.ticketmaster.com> และมีข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ระหว่างกัน

⁹⁶ Amazon.com Inc. v. Google Inc, CV-05-04753-AHM (9th Cir, 16 May 2007).

⁹⁷ Ticketmaster Corp. v. Microsoft Corp Inc, No. 97-3055 (CD CA, complaint filed April 28, 1997).

แต่การเจรจาไม่ประสบความสำเร็จเนื่องจากทั้งสองฝ่ายต่างมีพันธมิตรที่ให้บริการด้านบัตรเครดิตต่างรายกัน ในที่สุดจำเลยได้จัดทำไฮเปอร์ลิงค์เพื่อเชื่อมโยงให้ผู้เข้ามาเยี่ยมชมเว็บไซต์ของจำเลยสามารถไปซื้อตั๋วที่เว็บไซต์ของโจทก์ <http://www.ticketmaster.com> ได้ โดยที่โจทก์เจ้าของเว็บไซต์ยังไม่ได้อนุญาต ดังนั้น โจทก์จึงได้ยื่นฟ้องขอให้ห้ามไม่ให้มีการเชื่อมโยง แต่อย่างไรก็ตามก่อนที่จะมีคำพิพากษาว่าการกระทำความผิดกล่าวผิดกฎหมายหรือไม่ ทั้งสองฝ่ายสามารถตกลงกันได้โดยจำเลยตกลงไม่ทำไฮเปอร์ลิงค์เชื่อมโยงข้อมูลไปยังเว็บไซต์ของโจทก์ดังกล่าวต่อไป ดังนั้นปัญหาว่าการทำ ไฮเปอร์ลิงค์ไปสู่เว็บไซต์อื่น จะเป็นการทำละเมิดหรือไม่ จึงยังไม่มีคำพิพากษาของศาลวินิจฉัยเอาไว้

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้เคยมีคำพิพากษาเกี่ยวกับข้อจำกัดความรับผิดสำหรับเครื่องมือชี้แหล่งที่ตั้งข้อมูลไฮเปอร์ลิงค์ ที่เป็นการเชื่อมโยงข้อมูลโดยการทำให้ข้อมูลของผู้อื่นมาปรากฏอยู่ในกรอบ (Frame)

คำพิพากษาของศาล คดี The Washington Post Co. v. Total News Inc.⁹⁸ คดีนี้โจทก์คือ The Washington Post ฟ้อง Total News เป็นจำเลย กล่าวหาว่าจำเลย ได้สร้างเว็บไซต์ให้เป็นที่รวบรวมแหล่งข่าวจากสื่อต่างๆ ทางอินเทอร์เน็ต รวมทั้งของโจทก์(The Washington Post CBN และ Reuters) โดยจำเลยได้สร้างไฮเปอร์ลิงค์เชื่อมโยงข้อมูลไปยังเว็บไซต์ต่างๆ ของโจทก์เมื่อผู้ให้บริการเข้าไปในเว็บไซต์ของจำเลยเพื่อที่จะอ่านข่าวใดก็คลิกไปยังแหล่งข่าวนั้น และข้อมูลจากแหล่งข่าวนั้นก็จะปรากฏในกรอบด้านขวาของจอภาพ แต่ที่อยู่ไอพี (Internet Protocol Address) จะยังปรากฏเป็นของจำเลยอยู่ ซึ่งจำเลยยังสามารถโฆษณาสินค้าต่างๆ นอกกรอบที่ใช้สำหรับเชื่อมโยงข้อมูลได้ เนื่องจากกรอบข้อมูลที่เชื่อมโยงนั้นมีขนาดเล็กกว่าจอภาพปกติของโจทก์ เมื่อผู้ให้บริการอ่านข้อมูลจึงมักจะทำให้ข้อมูลข่าวอยู่ส่วนตรงกลางของกรอบ ซึ่งทำให้มองไม่เห็นโฆษณาของโจทก์ที่อยู่บริเวณกรอบด้านนอก โจทก์อ้างว่าจำเลยกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ต่อโจทก์ แต่ในท้ายที่สุด ศาลสามารถตกลงกันได้ โดยจำเลยยินยอมไม่ใช้การเชื่อมโยงแบบมีกรอบอีกต่อไป แต่โจทก์ยอมให้จำเลยเชื่อมโยงข้อมูลแบบภายนอกได้

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลของประเทศสกอตแลนด์ ได้เคยมีคำพิพากษาเกี่ยวกับข้อจำกัดความรับผิดสำหรับเครื่องมือชี้แหล่งที่ตั้งข้อมูลไฮเปอร์ลิงค์ ที่เป็นการเชื่อมโยงแบบลึก (Deep link)

คำพิพากษาของศาล คดี Shetland Times Ltd. v. Wills Inc.⁹⁹ คดีนี้เกิดขึ้นที่ประเทศ

⁹⁸ The Washington Post Co. v. TotalNews Inc, No. 97 Civ. 1190 (PKL)(S.D.N.Y. complaint filed Feb. 20, 1997).

⁹⁹ Shetland Times Ltd. v. Wills Inc, Scot. Ct. of Session (Edinburgh, 24 Oct 1996).

สก็อตแลนด์ Shetland Times คือ โจทก์ฟ้อง Wills เป็นจำเลย กล่าวหาว่าจำเลย ซึ่งเป็นเจ้าของเว็บไซต์ที่รวบรวมข่าวสารต่างๆ ได้จัดทำหัวข้อข่าวในแต่ละวันโดยลอกข้อความมาจากหัวข้อข่าวในเว็บไซต์ของโจทก์คือ Shetland Times โดยจำเลยได้ทำไฮเปอร์ลิงค์จากหัวข้อข่าวในเว็บไซต์ของจำเลยให้เชื่อมโยงไปที่เว็บเพจในหน้าข่าวของโจทก์ ซึ่งเป็นการเชื่อมโยงโดยไม่ผ่านเว็บเพจแรกของโจทก์ก่อน ทำให้โจทก์ที่ต้องการขายเนื้อที่โฆษณาในเว็บไซต์ หน้าแรกได้รับความเสียหาย ในคดีนี้ศาลมีคำสั่งห้ามชั่วคราวไม่ให้จำเลยทำไฮเปอร์ลิงค์เชื่อมโยงข้อมูลมายังโจทก์ เนื่องจากอาจถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ แต่ท้ายที่สุดทั้งสองฝ่ายก็สามารถตกลงกันได้ก่อนมี คำพิพากษาของศาล ซึ่งจำเลยตกลงไม่ทำไฮเปอร์ลิงค์เพื่อเชื่อมโยงแบบลึกต่อไป ปัญหาว่าการเชื่อมโยงในลักษณะเช่นนี้จะมีความผิดหรือไม่จึงยังคลุมเครือ

3.2.2 ประเทศออสเตรเลีย

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศออสเตรเลีย (Copyright Act 1968 Amendment 2006) นำหลักการมาจากกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ เริ่มมีกฎหมายลิขสิทธิ์ขึ้นครั้งแรกในปี 1869 ต่อมาได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอีกหลายครั้ง อันเนื่องมาจากการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเบอร์ลิน และเป็นสมาชิกองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก เมื่อเกิดสถานการณ์ของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป บทบัญญัติต่างๆ ที่มีอยู่ไม่อาจจะบังคับใช้หรือคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้อย่างเต็มที่ กฎหมายลิขสิทธิ์ที่ใช้บังคับในประเทศออสเตรเลียในปัจจุบันคือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1968 (COPYRIGHT ACT 1968) โดยพระราชบัญญัตินี้ได้มีการแก้ไขหลายครั้งด้วยกัน เช่น ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 1984 ได้มีการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์และการแก้ไขครั้งที่สำคัญที่ถือเป็นการรองรับกับเทคโนโลยีดิจิทัลคือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1968 ฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 2000 หรือที่เรียกกันว่า Digital Agenda Act ซึ่งการแก้ไขดังกล่าวก็เพื่อรองรับการเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีการสื่อสาร โดยเฉพาะอย่างยิ่งอินเทอร์เน็ตการแก้ไขดังกล่าวเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้เป็นไปตามสนธิสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก และสนธิสัญญาว่าด้วยการแสดงและสิ่งบันเทิงเสียงขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก โดยได้มีการบัญญัติรูปแบบการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในรูปแบบใหม่ ไม่ว่าจะเป็นเรื่อง ข้อมูลการบริหารลิขสิทธิ์และการเข้าถึงงานลิขสิทธิ์ออนไลน์ เป็นต้น หลังจากนั้นก็ได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัตินี้อีกครั้ง จนกระทั่งฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันคือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1968 ฉบับแก้ไข ค.ศ. 2006 (Copyright Act 1968 Amendment 2006) ซึ่งมีผลบังคับเมื่อเดือนมกราคม ค.ศ. 2007¹⁰⁰ หลักเกณฑ์ที่สำคัญ ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1968 ฉบับแก้ไข ค.ศ.

¹⁰⁰ นัยชน ดาทอง, เล่มเดิม, หน้า 87.

2006

ในที่นี้ผู้เขียนจะศึกษาเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับการสืบค้นข้อมูลผ่านโปรแกรมค้นหา นั่นก็คือข้อจำกัดความรับผิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ออนไลน์ หรือข้อจำกัดความรับผิดละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

1) การทำซ้ำชั่วคราว

ในมาตรา 43A¹⁰¹ ได้บัญญัติ ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีการทำซ้ำชั่วคราวที่เกิดจากการติดต่อสื่อสารไว้ว่า การทำซ้ำชั่วคราวที่เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการทางเทคนิคในกระบวนการการติดต่อสื่อสารไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เว้นแต่ในกรณีที่การติดต่อสื่อสารดังกล่าวเป็นการติดต่อสื่อสารที่ละเมิดลิขสิทธิ์

ในมาตรา 43B¹⁰² ได้บัญญัติว่าการทำซ้ำชั่วคราวที่เป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติของกระบวนการทางเทคนิคในการใช้สำเนางานลิขสิทธิ์ เว้นแต่เป็นการละเมิดสำเนา

¹⁰¹ Copyright Act 1968 Amendment 2006-Section 43A: Temporary reproductions made in the course of communication

(1) The copyright in a work, or an adaptation of a work, is not infringed by making a temporary reproduction of the work or adaptation as part of the technical process of making or receiving a communication.

(2) Subsection (1) does not apply in relation to the making of a temporary reproduction of a work, or an adaptation of a work, as part of the technical process of making a communication if the making of the communication is an infringement of copyright.

¹⁰² Copyright Act 1968 Amendment 2006-Section 43B: Temporary reproductions of works as part of a technical process of use

(1) Subject to subsection (2), the copyright in a work is not infringed by the making of a temporary reproduction of the work if the reproduction is incidentally made as a necessary part of a technical process of using a copy of the work.

(2) Subsection (1) does not apply to:

(a) the making of a temporary reproduction of a work if the reproduction is made from:

(i) an infringing copy of the work; or

(ii) a copy of the work where the copy is made in another country and would be an infringing copy of the work if the person who made the copy had done so in Australia; or

(b) the making of a temporary reproduction of a work as a necessary part of a technical process of using a copy of the work if that use constitutes an infringement of the copyright in the work.

(3) Subsection (1) does not apply to any subsequent use of a temporary reproduction of a work other than as a part of the technical process in which the temporary reproduction was made.

ลิขสิทธิ์หรือสำเนางานดังกล่าว โดยมีการทำสำเนาในต่างประเทศซึ่งงานอันละเมิดลิขสิทธิ์และนำมาทำสำเนานั้นขึ้นในประเทศออสเตรเลีย หรือกรณีที่ใช้สำเนาลิขสิทธิ์เป็นส่วนหนึ่งของการละเมิดลิขสิทธิ์ รวมทั้งกรณีที่มีการใช้การทำซ้ำชั่วคราวมากไปกว่ากระบวนการทางเทคนิคในการใช้สำเนาลิขสิทธิ์

2) ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

ผู้ให้บริการ หรือ ผู้ให้บริการส่งข้อมูล (Carriage Service Provider) ตาม พระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้ให้คำจำกัดความของผู้ให้บริการไว้โดยเฉพาะว่าหมายถึงบุคคลใดบ้าง

กฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับนี้ได้แบ่งกลุ่มผู้ให้บริการออกเป็น 4 กลุ่ม ตามลักษณะการให้บริการคือ

(1) ในมาตรา 116AC¹⁰³ ได้บัญญัติว่าผู้ให้บริการที่กระทำการโดยการให้บริการหรืออำนวยความสะดวกในการส่งผ่านข้อมูล เชื่อมต่อ หรือจัดให้มีการเชื่อมโยงข้อมูล หรือจัดเก็บงานลิขสิทธิ์เพื่อใช้ในการส่งข้อมูลการเชื่อมต่อหรือเชื่อมโยงข้อมูล

(2) ในมาตรา 116AD¹⁰⁴ ได้บัญญัติว่าผู้ให้บริการที่กระทำการโดยการทำสำเนาชั่วคราว (caching) ที่เกิดจากระบบการโดยอัตโนมัติ ที่ผู้ให้บริการไม่ได้เป็นผู้เลือกจัดเก็บข้อมูลด้วยตนเอง

(3) ในมาตรา 116AE¹⁰⁵ ได้บัญญัติว่าผู้ให้บริการที่กระทำการโดยจัดเก็บงานในเครือข่ายที่มีการควบคุมหรือจัดการตามคำสั่งของผู้ใช้

(4) ในมาตรา 116AF¹⁰⁶ ได้บัญญัติว่าผู้ให้บริการที่กระทำการโดยมีการอ้างอิงตำแหน่งของผู้ใช้บริการออนไลน์ในการเข้าใช้ข้อมูลเครื่องมือ หรือเทคโนโลยี

¹⁰³ Copyright Act 1968 Amendment 2006-Section 116AC: Category A activity: A carriage service provider carries out a Category A activity by providing facilities or services for transmitting, routing or providing connections for copyright material, or the intermediate and transient storage of copyright material in the course of transmission, routing or provision of connections.

¹⁰⁴ Copyright Act 1968 Amendment 2006-Section 116AD: Category B activity: A carriage service provider carries out a Category B activity by caching copyright material through an automatic process. The carriage service provider must not manually select the copyright material for caching.

¹⁰⁵ Copyright Act 1968 Amendment 2006-Section 116AE: Category C activity: A carriage service provider carries out a Category C activity by storing, at the direction of a user, copyright material on a system or network controlled or operated by or for the carriage service provider.

¹⁰⁶ Copyright Act 1968 Amendment 2006-Section 116AF: Category D activity: A carriage service provider carries out a Category D activity by referring users to an online location using information location tools or technology.

3) ข้อจำกัดความรับผิดชอบลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

จากการกระทำของผู้ให้บริการทั้ง 4 กลุ่ม ผู้ให้บริการจะไม่ต้องรับผิดชอบในการละเมิดลิขสิทธิ์ถ้าได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) ในมาตรา 116AG (4)(b)¹⁰⁷ ได้บัญญัติว่าผู้ให้บริการทั้งสี่กลุ่ม จะต้องมีการในการยกเลิกการให้บริการแก่ผู้ใช้บริการที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ซ้ำอย่างเหมาะสม

(2) ในมาตรา 116AC¹⁰⁸ ได้บัญญัติว่า สำหรับผู้ให้บริการที่กระทำการโดยการให้บริการหรืออำนวยความสะดวกในการส่งผ่านข้อมูล เชื่อมต่อ หรือจัดให้มีการเชื่อมโยงข้อมูล หรือจัดเก็บงานลิขสิทธิ์เพื่อใช้ในการส่งข้อมูลการเชื่อมต่อหรือเชื่อมโยงข้อมูล

(ก) ในมาตรา 116AH¹⁰⁹ ได้บัญญัติว่าผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบในการส่งข้อมูลงานลิขสิทธิ์ใดๆ ที่เกิดขึ้นครั้งแรกหรือเกิดจากคำสั่งของบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ให้บริการ

(ข) ในมาตรา 116AH¹¹⁰ ได้บัญญัติว่าผู้ให้บริการไม่ได้เปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของงานลิขสิทธิ์อันเกิดจากการส่งข้อมูล แต่ไม่รวมถึงการเปลี่ยนแปลงอันเนื่องมาจากเหตุผลทางเทคนิค

(3) ในมาตรา 116AD¹¹¹ ได้บัญญัติว่าสำหรับผู้ให้บริการที่กระทำการโดยการทำสำเนาชั่วคราว (caching) ที่เกิดจากกระบวนการโดยอัตโนมัติ ที่ผู้ให้บริการไม่ได้เป็นผู้เลือกจัดเก็บข้อมูลด้วยตนเอง

¹⁰⁷ Copyright Act 1968 Amendment 2006-Section 116AG(4)(b): an order requiring the carriage service provider to terminate a specified account.

¹⁰⁸ Copyright Act 1968 Amendment 2006-Section 116AC: Category A activity

A carriage service provider carries out a Category A activity by providing facilities or services for transmitting, routing or providing connections for copyright material, or the intermediate and transient storage of copyright material in the course of transmission, routing or provision of connections.

¹⁰⁹ Copyright Act 1968 Amendment 2006-Section 116AH: Category A (1)

Any transmission of copyright material in carrying out this activity must be initiated by or at the direction of a person other than the carriage service provider.

¹¹⁰ Copyright Act 1968 Amendment 2006-Section 116AH: Category A (2)

The carriage service provider must not make substantive modifications to copyright material transmitted. This does not apply to modifications made as part of a technical process.

¹¹¹ Copyright Act 1968 Amendment 2006-Section 116AD: Category B activity

A carriage service provider carries out a Category B activity by caching copyright material through an automatic process. The carriage service provider must not manually select the copyright material for caching.

(ก) ในมาตรา 116AD¹¹² ได้บัญญัติว่าถ้ามีการทำสำเนางานชั่วคราวในรูปแบบการ caching ที่มีเงื่อนไขการเข้าถึงงานต้นฉบับของผู้ใช้ ผู้ให้บริการจะต้องทำให้แน่ใจว่าการเข้าถึงงานของผู้ใช้บริการเป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าวเท่านั้น

(ข) ในมาตรา 116AH¹¹³ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมที่บังคับให้ใช้รหัส ผู้ให้บริการจะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในการใช้รหัสที่เกี่ยวข้องกับ

(1) ทำให้ข้อมูลที่มีการทำสำเนาชั่วคราวทันสมัยอยู่เสมอ

(2) ไม่แทรกแซงเทคโนโลยีที่ใช้ ณ สถานที่เริ่มต้นของข้อมูลงาน

ลิขสิทธิ์

(ค) ในมาตรา 116AH¹¹⁴ ผู้ให้บริการจะต้องเอาออกไปหรือทำให้ไม่สามารถเข้าถึงสำเนาข้อมูลที่มีการทำซ้ำชั่วคราวอย่างรวดเร็ว ตามที่ได้รับแจ้งจากสถานที่เริ่มต้นของข้อมูล

(ง) ในมาตรา 116AH¹¹⁵ ผู้ให้บริการจะต้องไม่เปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของงานที่มีการทำสำเนาชั่วคราว โดยส่งไปยังผู้ใช้ แต่ไม่รวมถึงการเปลี่ยนแปลงอันเกิดจากกระบวนการทางเทคนิค

(4) ในมาตรา 116AE¹¹⁶ สำหรับผู้ให้บริการที่กระทำการโดยจัดเก็บงานในเครือข่าย

¹¹² Copyright Act 1968 Amendment 2006-Section 116AH: Category B (1)

If the copyright material that is cached is subject to conditions on user access at the originating site, the carriage service provider must ensure that access to a significant part of the cached copyright material is permitted only to users who have met those conditions.

¹¹³ Copyright Act 1968 Amendment 2006-Section 116AH: Category B (2)

If there is a relevant industry code in force—the carriage service provider must comply with the relevant provisions of that code relating to:

(a) updating the cached copyright material; and

(b) not interfering with technology used at the originating site to obtain information about the use of the copyright material.

¹¹⁴ Copyright Act 1968 Amendment 2006-Section 116AH: Category B (3)

The service provider must expeditiously remove or disable access to cached copyright material upon notification in the prescribed form that the material has been removed or access to it has been disabled at the originating site.

¹¹⁵ Copyright Act 1968 Amendment 2006-Section 116AH: Category B (4)

The carriage service provider must not make substantive modifications to the cached copyright material as it is transmitted to subsequent users. This does not apply to modifications made as part of a technical process.

ที่มีการควบคุมหรือจัดการตามคำสั่งของผู้ใช้หรือ ผู้ให้บริการที่กระทำการโดยมีการอ้างอิงตำแหน่งของผู้ใช้บริการออนไลน์ในการเข้าใช้ข้อมูลเครื่องมือหรือเทคโนโลยี

(ก) ในมาตรา 116AH¹¹⁷ ผู้ให้บริการจะต้องไม่รับค่าตอบแทนจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ในกรณีที่ผู้ให้บริการมีสิทธิและสามารถควบคุมการกระทำดังกล่าวได้

(ข) ในมาตรา 116AH¹¹⁸ ผู้ให้บริการจะต้องเอาออกไปหรือทำให้ไม่สามารถเข้าถึงงานลิขสิทธิ์ที่อยู่ในระบบหรือเครือข่าย ในกรณีที่ได้รับการแจ้งจากศาลว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์

(ค) ในมาตรา 116AH¹¹⁹ ผู้ให้บริการจะต้องเอาออกไปหรือทำให้ไม่สามารถเข้าถึงงานลิขสิทธิ์ที่อยู่ในระบบหรือเครือข่ายถ้าผู้ให้บริการรู้ว่าเป็นงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์หรือรู้ว่าข้อเท็จจริง หรือสถานการณ์นั้นมีลักษณะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

(ง) ในมาตรา 116AH¹²⁰ ผู้ให้บริการจะต้องปฏิบัติตามกระบวนการในการเอาออกไปหรือทำให้ไม่สามารถเข้าถึงงานลิขสิทธิ์ที่อยู่ในระบบหรือเครือข่ายของตน

ศาลของประเทศออสเตรเลีย ได้เคยมีคำพิพากษาเกี่ยวกับ ข้อจำกัดความรับผิดชอบ

¹¹⁶ Copyright Act 1968 Amendment 2006-Section 116AE: Category C activity

A carriage service provider carries out a Category C activity by storing, at the direction of a user, copyright material on a system or network controlled or operated by or for the carriage service provider.

¹¹⁷ Copyright Act 1968 Amendment 2006-Section 116AH: Category C (1)

The carriage service provider must not receive a financial benefit that is directly attributable to the infringing activity if the carriage service provider has the right and ability to control the activity.

¹¹⁸ Copyright Act 1968 Amendment 2006-Section 116AH: Category C (2)

The carriage service provider must expeditiously remove or disable access to copyright material residing on its system or network upon receipt of a notice in the prescribed form that the material has been found to be infringing by a court.

¹¹⁹ Copyright Act 1968 Amendment 2006-Section 116AH: Category C (2A)

The carriage service provider must act expeditiously to remove or disable access to copyright material residing on its system or network if the carriage service provider:

(a) becomes aware that the material is infringing; or

(b) becomes aware of facts or circumstances that make it apparent that the material is likely to be infringing.

¹²⁰ Copyright Act 1968 Amendment 2006-Section 116AH: Category C (3)

The carriage service provider must comply with the prescribed procedure in relation to removing or disabling access to copyright material residing on its system or network.

เครื่องมือชี้แหล่งที่ตั้งข้อมูล ไฮเปอร์ลิงค์ เช่น

คำพิพากษาของศาล คดี Universal Music Australia Pty Ltd. v. Cooper.¹²¹ คดีนี้โจทก์คือ Universal Music Australia Pty Ltd. ฟ้อง Cooper เป็นจำเลย โดยกล่าวหาว่าจำเลยเป็นเจ้าของเว็บไซต์มีชื่อเรียกว่า MP3s4free.net จำเลยไม่ได้เป็นเจ้าของเพลงในเว็บไซต์นี้ แต่เว็บไซต์ของจำเลยมีการแสดงไฮเปอร์ลิงค์ เมื่อมีผู้ใช้บริการเข้าไปในเว็บไซต์ของจำเลยแล้วคลิกเข้าไปที่ไฮเปอร์ลิงค์ ก็จะสามารถเข้าไปในที่เก็บ File mp3 ของอีกเว็บไซต์หนึ่งได้ ทำให้ผู้ที่เข้าใช้บริการสามารถกดคำว่า Get เพื่อทำการดาวน์โหลด File mp3 จากเว็บไซต์ที่เก็บ File mp3 ไปยังเครื่องของผู้ใช้บริการได้ทันที ถือว่าการกระทำดังกล่าวของจำเลยเป็นการสร้างขึ้นทำให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ในการดาวน์โหลดเพลง ในกรณีนี้จำเลยจะไม่ถูกฟ้องเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์ หากจำเลยนำเอาไฮเปอร์ลิงค์ ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากเว็บไซต์ของจำเลย หรือมีคำแนะนำไว้ว่า การที่เข้าไปในเว็บไซต์ที่เก็บพวกเพลงอันลิขสิทธิ์ถือว่าการกระทำที่นอกเหนือจากการควบคุมของจำเลย ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า จำเลยสามารถที่จะควบคุมเว็บไซต์ของตนเองไม่ให้มีการทำไฮเปอร์ลิงค์ไปเชื่อมต่อกับเว็บไซต์ต่างๆ ได้ ไม่ว่าจะโดยการเอาไฮเปอร์ลิงค์เหล่านั้นออก หรือว่ามีคำแนะนำว่า หากผู้บริการเข้าไปดาวน์โหลดเพลงก็จะไม่เกี่ยวข้องกับจำเลย ซึ่งโดยปกติแล้วบุคคลทั่วไปจะไม่สามารถสร้างไฮเปอร์ลิงค์ระหว่าง File mp3 ไปเชื่อมต่อกับเว็บไซต์ของตนเองโดยที่ไม่ได้รับอนุญาต และเพลงไม่สามารถดาวน์โหลดเองได้โดยอัตโนมัติ ดังนั้นการดาวน์โหลดเพลงอันมีลิขสิทธิ์จะต้องมีการขออนุญาตก่อนเข้าไปดาวน์โหลด แต่การกระทำของจำเลยไม่ได้มีการขออนุญาตล่วงหน้า การที่จำเลยมีเว็บไซต์ของตัวเองก็ควรที่จะมีการควบคุมเว็บไซต์ของตนเองไม่ให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น รวมทั้งการควบคุมไฮเปอร์ลิงค์ที่จะนำไปสู่เว็บไซต์ที่ทำการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือการแสดงไฮเปอร์ลิงค์เพื่อนำไปสู่ เว็บไซต์อื่นๆ แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากว่าจำเลยควรจะต้องมีการควบคุมเว็บไซต์ของตัวเองได้ซึ่งถือว่าเป็นหน้าที่ แต่เนื่องจากว่าเหตุการณ์ที่เกิดจำเลยเจ้าของเว็บไซต์ไม่ได้สนใจที่จะควบคุมตามหน้าที่ เมื่อมีผู้บริการนำไฮเปอร์ลิงค์ไปแสดงไว้ในเว็บไซต์ของจำเลย จึงถือว่าการที่จำเลยไม่ได้ขัดขวางผู้บริการที่เข้าไปทำไฮเปอร์ลิงค์ไว้ในเว็บไซต์ของจำเลย เป็นการอนุญาตให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้น ศาลพิพากษาในคดีนี้ว่า จำเลยเจ้าของเว็บไซต์ถือว่าเป็นคนที่อนุญาตให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นจึงไม่ได้รับการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศออสเตรเลีย เนื่องจากว่า

1) จำเลยเจ้าของเว็บไซต์มีอำนาจที่จะป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการไม่ให้มีการทำไฮเปอร์ลิงค์ใดๆ ที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในเว็บไซต์ของจำเลย จากผู้บริการที่เข้ามาใช้บริการในเว็บไซต์

¹²¹ Universal Music Australia Pty Ltd. v. Cooper, (2005) FCA 972.

2) จำเลยได้รับผลประโยชน์จากการให้บริการเว็บไซต์โดยการขายโฆษณาหรือทำให้ผู้ให้บริการเข้าร่วมเป็นสปอนเซอร์ซึ่งก็เหมือนกับการจ่ายเงินให้เจ้าของเว็บไซต์ในการที่จะคลิกดาวน์โหลดเพลง

3) จำเลยไม่ได้ทำการป้องกันตามสมควร หรือหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์โดยผู้ที่เข้ามาใช้บริการ

3.2.3 กลุ่มประชาคมยุโรป

กลุ่มประเทศประชาคมยุโรปได้เริ่มมีการอภิปรายและบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ตั้งแต่ในปี 1997 และร่างกฎหมายดังกล่าวได้ผ่านการอภิปรายกันอย่างกว้างขวางจากทั้งกลุ่มผู้ทรงสิทธิ องค์กรผู้ผลิตอุปกรณ์และเครื่องมือทางเทคโนโลยีและองค์กรผู้บริโภค จนกระทั่งกลุ่มประเทศสมาชิกประชาคมยุโรปได้มีมติเห็นชอบให้จัดทำ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society หรือ Copyright Directive เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม ค.ศ. 2001¹²² บทบัญญัติดังกล่าวมีอยู่หลายประการที่ต้องอนุวัติตามสนธิสัญญาขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก คือ สนธิสัญญาว่าด้วยลิขสิทธิ์ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกและ สนธิสัญญาว่าด้วยการแสดงและสิ่งบันเทิงเสียงขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกและยังกำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องลงนามและให้การรับรองสนธิสัญญาทั้งสองฉบับดังกล่าว¹²³

ในที่นี้ผู้เขียนจะศึกษาเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับการสืบค้นข้อมูลผ่านโปรแกรมค้นหา นั่นก็คือ ข้อจำกัดความรับผิดชอบจากการละเมิดลิขสิทธิ์ออนไลน์

1) การทำซ้ำชั่วคราว

¹²² นัยชน ตาทอง. เล่มเดิม. หน้า 102.

¹²³ (15) The Diplomatic Conference held under the auspices of the World Intellectual Property Organisation (WIPO) in December 1996 led to the adoption of two new Treaties, the WIPO Copyright Treaty, and the 'WIPO Performances and Phonograms Treaty, dealing respectively with the protection of authors and the protection of performers and phonogram producers. Those Treaties update the international protection for copyright and related rights significantly, not least with regard to the so-called 'digital agenda', and improve the means to fight piracy world-wide. The Community and a majority of Member States have already signed the Treaties and the process of making arrangements for the ratification of the Treaties by the Community and the Member States is under way. This Directive also serves to implement a number of the new international obligations.

ใน มาตรา 2¹²⁴ ได้บัญญัติเรื่องสิทธิในการทำซ้ำ ได้กำหนดไว้ว่าประเทศสมาชิกต้องจัดให้ผู้สร้างสรรค์มีสิทธิแต่ผู้เดียว หรือห้ามการกระทำไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในการทำซ้ำไม่ว่าชั่วคราวหรือถาวร

ซึ่งการทำซ้ำชั่วคราวใน มาตรา 2 หมายถึง การทำซ้ำชั่วคราวเพื่อการส่งต่อข้อมูล (transient) หรือการทำซ้ำชั่วคราวที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติของกระบวนการทางเทคนิค (incidental) และมีการทำซ้ำชั่วคราวเพื่อวัตถุประสงค์ในการส่งผ่านข้อมูลในเครือข่ายหรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้งานตามกฎหมาย

2) ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการออนไลน์และข้อจำกัดความรับผิดชอบการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต กฎหมาย Copyright Directive ไม่ได้กำหนดเรื่องความรับผิดชอบของผู้ให้บริการออนไลน์ข้อจำกัดความรับผิดชอบการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้

ศาลกลุ่มประเทศประชาคมยุโรป กฎหมาย Copyright Directive ไม่ได้กำหนดเรื่องความรับผิดชอบของผู้ให้บริการออนไลน์ข้อจำกัดความรับผิดชอบการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไว้ แต่ได้เคยมีคำพิพากษาเกี่ยวกับข้อจำกัดความรับผิดชอบสำหรับเครื่องมือชี้แหล่งที่ตั้งข้อมูลไฮเปอร์ลิงค์ เช่น

คำพิพากษาของศาล คดี Copiepresse. v. Google Inc.¹²⁵ คดีนี้ Copiepresse คือโจทก์เป็นหนังสือพิมพ์ของทางประเทศเบลเยียมที่ใช้ภาษาเยอรมัน ฟ้อง Google เป็นจำเลยในโทษฐานละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลพิพากษาคัดสินว่าจำเลยได้ทำการละเมิดลิขสิทธิ์ของหนังสือพิมพ์โดยการทำให้เกิดการสรุปข่าวแบบอัตโนมัติโดยการสร้างหนังสือพิมพ์ขึ้นมาใหม่บนเว็บไซต์ของจำเลยคือ Google news เป็นมุมมองข่าว ในเดือนกันยายน 2006 ศาลทางยุโรปมีคำพิพากษาคัดสินว่าจำเลยเป็นคนที่ผิดโดยการให้จำเลยนำเอาไฮเปอร์ลิงค์ ที่เกี่ยวกับเนื้อหาของข่าว รูปภาพของข่าว ทูกรายการของ

¹²⁴ Copyright Directive, Article 2: Member States shall provide for the exclusive right to authorise or prohibit direct or indirect, temporary or permanent reproduction by any means and in any form, in whole or in part:

- (a) for authors, of their works;
- (b) for performers, of fixations of their performances;
- (c) for phonogram producers, of their phonograms;
- (d) for the producers of the first fixations of films, in respect of the original and copies of their films;
- (e) for broadcasting organisations, of fixations of their broadcasts, whether those broadcasts are transmitted by wire or over the air, including by cable or satellite.

¹²⁵ Copiepresse. v. Google Inc, NO 2006/9099/4.

หนังสือพิมพ์ฉบับนี้ที่จำเลยนำไปแสดงในมุม Google news ออกไป ให้เอาออกจากเว็บไซต์ Google ที่ใช้ภาษาของเบลเยียม แล้วก็ให้เสียค่าปรับเนื่องจากว่าทำการละเมิด โดยศาลไม่รับฟัง คำให้การของจำเลยที่ได้แย้งว่า การกระทำของจำเลยเป็นการใช้ที่ชอบธรรม (Fair Use) ในการเก็บ ข้อมูลของหนังสือพิมพ์ ดังนั้นจำเลยจึงต้องนำเอาไฮเปอร์ลิงก์ทั้งหมดออก

3.3 กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการสืบค้นข้อมูลผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของไทย ที่เกี่ยวข้องกับการสืบค้นข้อมูลผ่าน โปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ในที่นี้ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องและ แนวทางที่ใช้ในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามกฎหมายไทย ในกรณีของการทำซ้ำข้อมูล การ เผยแพร่ต่อสาธารณชน และหลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม ที่เกี่ยวข้องกับการสืบค้นข้อมูลผ่าน โปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

3.3.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) เป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ 18 ซึ่ง จัดร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ (สสร.) ในระหว่าง พ.ศ. 2549-2550 ภายหลังการรัฐประหารใน ประเทศโดย คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็น ประมุข (คปค.) เมื่อวันที่ 16 กันยายน พ.ศ. 2549 ซึ่งต่อมาเปลี่ยนชื่อคณะเป็น “คณะมนตรีความ มั่นคงแห่งชาติ” (คมช.) เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม ปีเดียวกัน โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ พระบาทสมเด็จพระ ปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชทรงลงพระปรมาภิไธย เมื่อวันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ. 2550 ณ พระ ตำหนักจิตรลดารโหฐาน กรุงเทพมหานคร นายมีชัย ฤชุพันธุ์ ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) เป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 124 ตอนที่ 47 ก หน้า 1 ในวันเดียวกันนั้น และมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายทันที แทนที่รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ และการสื่อสาร ไว้ใน มาตรา 28 และมาตรา 36

มาตรา 28 บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้ เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อ ศีลธรรมอันดีของประชาชน

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ได้โดยตรงหากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้ว ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการส่งเสริม สนับสนุน และช่วยเหลือจากรัฐ ในการใช้สิทธิตามความในหมวดนี้

มาตรา 36 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยสิ่งสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อกัน รวมทั้ง การกระทำด้วยประการอื่นใดเพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลายที่บุคคลมีติดต่อกัน จะกระทำได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

จากมาตรา 28 และมาตรา 36 ที่กล่าวถึง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการส่งเสริม สนับสนุน และช่วยเหลือจากรัฐ ในการใช้สิทธิ และบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งแสดงให้เห็นว่าสาธารณชนควรได้รับเสรีภาพในการสื่อสารที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

3.3.2 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

วิวัฒนาการในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของไทยเริ่มต้นจากในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้มีประกาศหอสมุดวชิรญาณ ร.ศ. 111 (พ.ศ. 2435) ซึ่งมีความสำคัญว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดเอาเรื่องความต่างๆ ที่ได้ลงพิมพ์ในหนังสือวชิรญาณพิเศษแล้วแต่ปีก่อนๆ และปีนี้ทั้งปีต่อไป ไปพิมพ์เป็นหนังสือเล่มหรือหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใด นอกจากที่ขออนุญาตต่อกรมศิลปาทิสภาได้แล้วนั้นเป็นอันขาด” อันมีลักษณะบังคับแก่คนทั่วไปห้ามมิให้บุคคลทั่วไปนำเอาหนังสือวชิรญาณพิเศษไปทำซ้ำโดยมิได้รับอนุญาต แม้ประกาศดังกล่าวจะมีได้กำหนดโทษผู้ฝ่าฝืนไว้โดยเฉพาะ แต่ก็เป็นการบัญญัติหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ จึงมีความเห็นในทางวิชาการว่าประกาศหอสมุดวชิรญาณ ร.ศ. 111 เป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับแรกของประเทศไทย ต่อมาเพื่อให้ความคุ้มครองแก่หนังสืออื่นๆ ที่นอกเหนือจากที่ได้รับความคุ้มครองโดยประกาศหอสมุดวชิรญาณ ร.ศ. 111 แล้วจึงเกิดมีพระราชบัญญัติผู้แต่งหนังสือ ร.ศ. 120 (พ.ศ. 2444) ขึ้น จากนั้นมีการขยายความคุ้มครองไปยังงานสร้างสรรค์ประเภทอื่นๆ มากขึ้น มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเป็นพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 ซึ่งเป็นช่วงที่ประเทศไทยได้เข้าเป็น

ภาคีสมาชิกของสหภาพเบอร์น โดยได้ร่วมให้สัตยาบันต่ออนุสัญญากรุงเบอร์น ค.ศ. 1886 แก่ไข ณ กรุงเบอร์ลิน เมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน ค.ศ. 1908 และลงนามพิธีสารเพิ่มเติมกัน ณ กรุงเบอร์ลิน เมื่อวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1914 ในอนุสัญญานี้ว่าด้วยการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ของต่างประเทศที่มีหลักเกณฑ์สำคัญบางประการเช่น หลักปฏิบัติอย่างคนชาติ ดังนั้นประเทศไทยจึงมีความจำเป็นต้องแก้ไขปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ให้ทันสมัยและสอดคล้องกับที่ได้ลงนามผูกพันตามสนธิสัญญาดังกล่าว ซึ่งนับเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับแรกของไทยที่เริ่มมีหลักเกณฑ์อันได้มาตรฐานสากล¹²⁶ แต่ต่อมาได้ถูกยกเลิกไปเนื่องจากบทบัญญัติล้าสมัยจึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ขึ้นแทนกฎหมายฉบับเดิม เพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญากรุงเบอร์นฉบับกรุงปารีส ค.ศ. 1971 ต่อมา มีการออก พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบันของไทย การแก้ไขในครั้งนี้ก็เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ทั้งภายในและภายนอกประเทศที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปโดยเฉพาะการพัฒนาและการขยายตัวทางเศรษฐกิจการค้า และอุตสาหกรรมของประเทศและระหว่างประเทศ โดยมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 21 มีนาคม พ.ศ. 2538 เป็นต้นมา

ในช่วงยกร่างกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับนี้ อยู่ระหว่างการเจรจาการค้ารอบอุรุกวัย (Uruguay Round) ของข้อตกลงว่าด้วยการค้าและพิทักษ์สิทธิการค้า (General Agreement on Trade and Tariffs หรือเรียกอย่างย่อๆ ว่า แกดต์ GATT) ซึ่งการเจรจาครั้งนี้ ได้มีความตกลงร่วมกันและมีการจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศใหม่ที่เรียกว่า WTO (World Trade Organization) หรือองค์การการค้าโลก โดยได้กำหนดให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าเป็นเรื่องหนึ่งของการเจรจา กระทั่งสำเร็จเสร็จสิ้นเป็นข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้ามีชื่อว่า “ข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า” (The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods-TRIPS) และเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลตามที่ไทยมีความผูกพันอยู่ในฐานะสมาชิกของ GATT และป้องกันมิให้ประเทศไทยต้องถูกใช้มาตรการตอบโต้ทางการค้า เพราะหากไทยไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของสหรัฐอเมริกา ไทยก็จะไม่ได้รับความอนุเคราะห์จากสิทธิพิเศษทางศุลกากรจากสหรัฐอเมริกา และไทยก็จะไม่ได้รับการปลดออกจากบัญชีรายชื่อผู้ที่ต้องถูกตอบโต้ทางการค้า รัฐบาลจึงร่างกฎหมายโดยการรวบรวมเอากฎเกณฑ์ทั้งหลายเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ที่ปรากฏอยู่ภายใต้ข้อตกลง TRIPS มาบัญญัติลงในกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับใหม่ และยังสามารถปรับปรุงให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในอนุสัญญากรุงเบอร์น ฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส ค.ศ. 1971 ในส่วนสารบัญญัติซึ่งว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์อีกด้วย ดังนั้นพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ของไทยจึงบัญญัติขึ้นให้

¹²⁶ ไชยศ เหมะรัชตะ. (2528). ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์. หน้า 28.

สอดคล้องกับทั้งอนุสัญญากรุงเบอร์น 1971 และร่างข้อตกลง TRIPS ในขณะนั้นเพราะประเทศไทยเป็นภาคีทั้งสหภาพเบอร์น และสมาชิกของ GATT นั้นเอง และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ก็ยังคงมีผลบังคับใช้มาจนถึงปัจจุบัน

3.3.2.1 การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์

1) หลักการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์

ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิทางกฎหมายของบุคคลที่ได้สร้างสรรค์ผลงานทางปัญญาชิ้นงานที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ก็คือ งานที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นต้องไม่ใช่เป็นแต่เพียง “ความคิด” (Idea) เท่านั้น แต่สิ่งที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองก็คือ “การแสดงออกทางความคิด” (Expression of Idea) ซึ่งหมายความว่า เมื่อบุคคลใดมีความคิดที่จะสร้างสรรค์งานอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้นมาแล้ว หากบุคคลนั้นต้องการที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ก็จะต้องมีการแสดงออกซึ่งความคิดนั้นมาในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง และสิ่งที่แสดงออกมาซึ่งความคิดนั้นก็จะเป็สิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย กฎหมายลิขสิทธิ์ของหลายประเทศมีหลักเกณฑ์บังคับว่า งานสร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นนอกจากจะต้องเป็นงานที่ได้แสดงออกมาในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งแล้ว และยัต้องปรากฏว่าได้มีการบันทึกงานนั้นในสื่อใดสื่อหนึ่งที่สามารถจับต้องได้ด้วย (to be fixed in any tangible form) แต่สำหรับกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยนั้น ไม่มีการกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขว่างานอันมีลิขสิทธิ์จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการบันทึกงานแล้ว นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่จึงมีความเห็นว่า การบันทึกงานไม่ถือเป็นเงื่อนไขของการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ตามกฎหมายไทย ดังนั้นการแสดงออกทางความคิดไม่ว่าโดยวิธีใดก็ย่อมจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ แม้จะไม่ปรากฏว่ามีการบันทึกงานนั้นไว้ก็ตาม

หลักการพื้นฐานของกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้คำนึงถึงแต่ประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์แต่เพียงฝ่ายเดียว กฎหมายลิขสิทธิ์มีวัตถุประสงค์ให้ความคุ้มครองป้องกันผลประโยชน์ทั้งทางเศรษฐกิจและทางศีลธรรม ซึ่งบุคคลพึงได้รับจากผลงานสร้างสรรค์อันเกิดจากความนึกคิด และสติปัญญาของตน นอกจากนี้ยังมุ่งที่จะสนับสนุนส่งเสริมให้เกิดการสร้างสรรคผลงาน กล่าวคือ เมื่อผู้สร้างสรรค์ได้รับผลตอบแทนจากหยาดเหงื่อแรงกายและสติปัญญาของตน ก็ย่อมจะเกิดกำลังใจที่จะคิดค้นสร้างสรรค์และเผยแพร่ผลงานให้แพร่หลายออกไปมากยิ่งขึ้นอันจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาประเทศชาติทั้งด้านเศรษฐกิจ สังคม และเทคโนโลยี การกระตุ้นให้เกิดการพัฒนาสติปัญญาของคนในชาติ เป็นปัจจัยสำคัญที่สุดที่จะนำไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนต่อไปในอนาคต

(1) งานที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครอง

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้กำหนดงานที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองไว้ในมาตรา 6 ดังต่อไปนี้

มาตรา 6 งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ได้แก่งานสร้างสรรค์ประเภท วรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ ของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างใดแต่ทั้งนี้ไม่ครอบคลุม

การคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึงความคิด หรือขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบ หรือวิธีใช้หรือทำงาน หรือแนวความคิด หลักการ การค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์ หรือคณิตศาสตร์

(2) งานที่ไม่ถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 7 ดังต่อไปนี้

มาตรา 7 สิ่งต่อไปนี้ไม่ถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้

(ก) ข่าวประจำวัน และข้อเท็จจริงต่างๆ ที่มีลักษณะเป็นเพียงข่าวสารอันมิใช่งานในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ

(ข) รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย

(ค) ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่ง คำชี้แจง และหนังสือโต้ตอบของกระทรวงทบวงกรม หรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐหรือของท้องถิ่น

(ง) คำพิพากษา คำสั่ง คำวินิจฉัย และรายงานของทางราชการ

(จ) คำแปลและการรวบรวมสิ่งต่างๆ ตามข้อ 1 ถึง 4 ที่กระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐ หรือของท้องถิ่นจัดทำขึ้น

2) สิทธิของเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยให้ความคุ้มครองแก่งานที่เกิดจากการสร้างสรรค์ โดยไม่จำเป็นต้องแสดงการสงวนลิขสิทธิ์ หรือดำเนินการจดทะเบียนลิขสิทธิ์งานนั้น ไม่มีการกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขว่างานอันมีลิขสิทธิ์จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการบันทึกงานแล้ว เป็นการให้ความคุ้มครองโดยอัตโนมัติ เพียงแต่อยู่ในเงื่อนไขของกฎหมาย

เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์อาจได้ลิขสิทธิ์มาโดยการสร้างสรรค์งานหรือได้รับโอนลิขสิทธิ์มาก็ได้และเมื่อบุคคลอยู่ในฐานะที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ เขาย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียว (Exclusive Rights) ในอันที่จะกระทำการใดต่องานอันมีลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ดีตามแนวความคิดของระบบแอ่งไกล-แซกชัน ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิในทางนิเสธ (Negative Right) คือมิให้มีสมมุติฐานว่า

เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะทำอะไรเกี่ยวกับงานของตนได้บ้าง แต่กลับเป็นว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะห้ามบุคคลอื่นมิให้ทำอะไรเกี่ยวกับงานของตนได้บ้าง¹²⁷ หมายความว่าบุคคลอื่นใดที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ก็จะไม่สามารถกระทำการอันเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ได้ และหากกระทำเข้าก็จะกลายเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีอำนาจในการหวงกัน ห้ามปราม และบังคับตามกฎหมายได้

ลิขสิทธิ์ หมายถึง สิทธิแต่เพียงผู้เดียว ที่จะกระทำการใดๆ เกี่ยวกับงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ริเริ่มโดยการใช้สติปัญญาความรู้ ความสามารถ และความวิริยะอุตสาหะของตนเอง ในการสร้างสรรค์ โดยไม่ลอกเลียนงานของผู้อื่น งานที่สร้างสรรค์ต้องเป็นงานตามประเภทที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้คุ้มครอง โดยผู้สร้างสรรค์จะได้รับความคุ้มครองทันทีที่สร้างสรรค์โดยไม่ต้องจดทะเบียน ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้กล่าวถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์เอาไว้ มาตรา 15 ดังต่อไปนี้

มาตรา 15 ภายใต้บังคับ มาตรา 9¹²⁸ มาตรา 10¹²⁹ และมาตรา 14¹³⁰ เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวดังต่อไปนี้

- (1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง
- (2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน
- (3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียง
- (4) ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น
- (5) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตาม (1) (2) หรือ (3) โดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดหรือไม่ก็ได้ แต่เงื่อนไขดังกล่าวจะกำหนดในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมไม่ได้

¹²⁷ อรรถพรณ พนัสพัฒนา. (2544). คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์. หน้า 67.

¹²⁸ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 9 งานที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้นในฐานะพนักงานหรือลูกจ้าง ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ให้ลิขสิทธิ์ในงานนั้นเป็นของผู้สร้างสรรค์ แต่นายจ้างมีสิทธิในงานนั้นออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนได้ตามที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการจ้าง แรงงานนั้น.

¹²⁹ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 10 งานที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้นโดยการรับจ้างบุคคลอื่น ให้ผู้ว่าจ้างเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานนั้น เว้นแต่ผู้สร้างสรรค์และผู้ว่าจ้างจะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น.

¹³⁰ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 14 กระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐ หรือ ของท้องถิ่นย่อมมีลิขสิทธิ์ในงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นโดยการจ้างหรือตามคำสั่งหรือ ในความควบคุมของตน เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นเป็นลายลักษณ์อักษร.

การพิจารณาว่าเงื่อนไขตามวรรคหนึ่ง (5) จะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

3.3.2.2 การทำซ้ำ

เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ตนมีตามกฎหมาย หากบุคคลใดกระทำการต่อสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์โดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ถือว่าบุคคลดังกล่าวได้ละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิที่ห้ามการกระทำเช่นนั้นได้รวมถึงการเรียกร้องให้ใช้ค่าเสียหายได้

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้กล่าวถึงสิทธิในการทำซ้ำโดยกำหนดนิยามไว้ในมาตรา 4 วรรค 13 ดังต่อไปนี้

“ทำซ้ำ” หมายความว่า ความรวมถึงคัดลอกไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ เลียนแบบ ทำสำเนา ทำแม่พิมพ์ บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกเสียงและภาพ จากต้นฉบับ จากสำเนาหรือจากการโฆษณา ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้หมายความถึงคัดลอกหรือทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากสื่อบันทึกใด ไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

จากนิยามของคำว่า “ทำซ้ำ” ดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าอาจมีการทำซ้ำโดยวิธีการอื่นใดที่นอกเหนือจากตัวอย่างที่ปรากฏในนิยามนี้ก็ได้ โดยอาจเป็นการทำซ้ำจากต้นฉบับสำเนาหรือจากการโฆษณาก็ได้ อย่างไรก็ตามการทำซ้ำนั้นจะต้องเป็นการทำซ้ำในส่วนที่เป็นสาระสำคัญด้วยมิฉะนั้นจะไม่ถือว่าเป็นการทำซ้ำตามความหมายของมาตรานี้ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าปริมาณความมากน้อยในการคัดลอกไม่ได้บ่งชี้ว่าเป็นการทำซ้ำในทุกกรณี หากแต่ส่วนสำคัญของการวิเคราะห์การทำซ้ำจะอยู่ที่สาระสำคัญของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกทำซ้ำมากกว่า¹³¹ แต่ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการทำซ้ำว่าการทำซ้ำนั้นหมายถึงการทำซ้ำถาวรหรือชั่วคราว โดยมีได้บัญญัติยกเว้นความรับผิดชอบในส่วนการทำซ้ำชั่วคราวไว้แต่อย่างใด

3.3.2.3 การเผยแพร่ต่อสาธารณชน

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้นิยามความหมายของคำว่า “เผยแพร่ต่อสาธารณชน” ไว้ในมาตรา 4 วรรค 15 ดังต่อไปนี้

“เผยแพร่ต่อสาธารณชน” หมายความว่า ทำให้ปรากฏต่อสาธารณชน โดยการแสดง การบรรยาย การสวด การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียง และหรือภาพ การก่อสร้าง การ

¹³¹ สิริพร พินิจมงคล. (2546). ปัญหาทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองงานลิขสิทธิ์บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต: ศึกษาเฉพาะกรณีการใช้เทคโนโลยีการแลกเปลี่ยนข้อมูล. หน้า 89.

จำหน่าย หรือโดยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น

จากนิยามของคำว่า “เผยแพร่ต่อสาธารณชน” ดังกล่าวแสดงการเผยแพร่ต่อสาธารณชนนี้จะต้องทำให้ปรากฏโดยวิธีต่างๆ โดยไม่จำเป็นต้องปรากฏในรูปที่เห็นได้ จับต้องได้ โดยพิจารณาจากการรับรู้ของสาธารณชนเป็นสำคัญ ส่วนเรื่อง “สาธารณชน” นั้นมีความเห็นกันว่า จะต้องไม่มีลักษณะเป็นการดำเนินการเพื่อเฉพาะบุคคลเป็นการภายใน หรือเพื่อบุคคลอันเสมือนเป็นการภายในเช่น การแสดงหรือเล่นให้บุคคลภายในครอบครัวหรือภายในบ้านซึ่งมีผู้ชมกันไม่มากนัก

นอกจากนี้ “การจำหน่าย” ซึ่งได้กำหนดไว้เป็นส่วนหนึ่งของการเผยแพร่ต่อสาธารณชนด้วย การจำหน่ายนี้มีความหมายมากกว่าการซื้อขายเพราะหมายรวมถึง การแจกจ่ายด้วย¹³²

อย่างไรก็ดีหากมีบุคคลใดจำหน่ายสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์ที่สร้างขึ้นอย่างถูกต้องตามกฎหมายให้แก่บุคคลอื่น โดยการจำหน่ายนั้นมิได้ทำให้ปรากฏซึ่งเนื้อหาต่อสาธารณชนโดยตรง ย่อมสามารถทำได้ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยเรื่องกรรมสิทธิ์และการกระทำดังกล่าวไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์แต่อย่างใด

3.3.2.4 การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม

ระบบกฎหมายลิขสิทธิ์มีความจำเป็นจะต้องสร้างหลักเกณฑ์บางประการขึ้นภายในระบบกฎหมายลิขสิทธิ์เพื่อสร้างดุลยภาพ และประสานผลประโยชน์ระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์ และผู้ใช้ลิขสิทธิ์ หลักเกณฑ์ดังกล่าวคือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือหลักการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมนั่นเอง หลักการนี้ถือเป็นข้อจำกัดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์อย่างหนึ่งที่มีขึ้นเพื่อให้สังคมมีโอกาสเข้าใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ต้องรอให้ระยะเวลาที่ให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ตามที่กฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติสิ้นสุดลง ซึ่งผู้ใช้งานสามารถจะเข้าไปใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ต้องขออนุญาตหรือให้ค่าตอบแทนแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ เพราะหากให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์กลายเป็นสิทธิผูกขาด สังคมก็จะไม่มีโอกาสได้ใช้ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยที่เจ้าของไม่ยินยอมได้เลยจนกว่าจะสิ้นอายุลิขสิทธิ์ไป ก็จะไม่เอื้อประโยชน์แก่สังคมรวมเท่าที่ควรจะเป็น ในที่นี้ผู้เขียนจะขอก้าวชี้แจงเรื่องการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการสืบค้นข้อมูลผ่านโปรแกรมค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเท่านั้น

¹³² แหล่งเดิม. หน้า 91.

1) การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม กรณีทั่วไป

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32 บัญญัติไว้ว่า การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง การกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามวรรคหนึ่ง มิให้ถือว่าเป็น การละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำได้ดังต่อไปนี้

- (1) วิจัยหรือศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- (2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท
- (3) ดิชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงาน ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว
- (6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ โดยผู้สอนเพื่อประโยชน์ในการสอนของตน อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- (7) ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอน หรือทำบทสรุปโดยผู้สอน หรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร
- (8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบตามมาตรา 32 วรรคแรกนั้นเป็นเงื่อนไขทั่วไปของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กล่าวคือ เป็นส่วนที่ใช้ประกอบการวิเคราะห์ตามมาตรา 32 วรรคสอง 33 34 35 36 และมาตรา 43 ด้วย โดยเงื่อนไขทั่วไปนี้จะประกอบด้วยหลักเกณฑ์ที่ต้องพิจารณา 2 ประการด้วยกันได้แก่

(1) การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์จะต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์

(2) จะต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร

เงื่อนไขทั้งสองประการนี้จะมีที่ใช้ในการพิจารณาข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในหลายกรณีด้วยกัน กล่าวคือ มาตรา 32 วรรคสอง มาตรา 33 มาตรา 34 มาตรา 36 และ มาตรา 43 โดยบทบัญญัติเหล่านี้ นอกจากจะกำหนดหลักเกณฑ์อันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในแต่ละกรณีแล้ว ยังกำหนดให้ใช้เงื่อนไขทั่วไปนี้กับแต่ละกรณีด้วย

ทั้งนี้ มีปัญหาเกี่ยวกับการใช้เงื่อนไขทั่วไปในมาตรา 32 วรรคแรก ประการหนึ่งคือ เราจะสามารถใช้มาตรา 32 วรรคแรกนี้โดยลำพัง เพื่อพิจารณาข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้หรือไม่ ซึ่งมีผู้ให้ความเห็นไป 2 แนวทาง¹³³

ทางที่หนึ่ง เห็นว่า มาตรา 32 วรรคแรกไม่ใช่บทบัญญัติที่จะใช้เป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยเอกเทศได้ เพราะได้กำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีต่างๆ ไว้โดยเฉพาะแล้ว โดยให้นำเอาเงื่อนไขตามมาตรา 32 วรรคแรกมาเป็นหลักเกณฑ์ประกอบด้วย ดังจะเห็นได้จาก มาตรา 32 วรรคสองที่บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติวรรคหนึ่ง...” และมาตรา 33 34 35 36 43 ที่ใช้ถ้อยคำว่า “ถ้าและได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง” นอกจากนั้นหากกฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติให้มาตรา 32 วรรคแรกเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยเอกเทศ ก็น่าจะขัดแย้งกับอนุสัญญากรุงเบอร์นและข้อตกลง TRIPS ที่ต้องการให้ประเทศภาคีได้กำหนดข้อจำกัดและข้อยกเว้นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวไว้เป็นกรณีเฉพาะ

ทางที่สอง เห็นว่า อาจใช้หลักเกณฑ์ในมาตรา 32 วรรคแรกได้ตามลำพัง เพื่อพิจารณาว่า การกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้แม้ว่ากรณีนั้นจะไม่ต้องด้วยข้อยกเว้นที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้ว ความเห็นในทางนี้ อาจมีเหตุผลสามประการสนับสนุน คือ

(1) เหตุผลทางด้านถ้อยคำของกฎหมาย กล่าวคือ มาตรา 32 วรรคแรกนี้ มีความสมบูรณ์ในตัว ทั้งเงื่อนไขและผลทางกฎหมาย โดยได้บัญญัติไว้แล้วว่า หากการกระทำด้วยเงื่อนไขสองประการที่วางไว้ การกระทำนั้นก็ไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

(2) เหตุผลทางด้านการบัญญัติกฎหมายว่า กฎหมายย่อมไม่สามารถกำหนดกรณีเฉพาะเป็นรายละเอียดไว้ครบถ้วนได้ ซึ่งในกรณีจำเป็นนั้นก็สามารถปรับใช้มาตรา 32 วรรคแรกภายใต้เงื่อนไขสองประการดังกล่าวได้โดยเฉพาะในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์กับประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากงานลิขสิทธิ์ (หากถือว่าเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์) การใช้มาตรา 32 วรรคแรกในฐานะที่เป็นเครื่องมือเพื่อบุคคลนโยบายของกฎหมายลิขสิทธิ์ย่อมเป็นสิ่งที่เหมาะสม

¹³³ บุญนิศกร เหมฉาย, เล่มเดิม, หน้า 148-149.

(3) เหตุผลที่สนับสนุนการใช้มาตรา 32 วรรคแรกโดยเอกเทศได้ก็คือ การกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะนี้ไม่น่าจะถือว่าขัดแย้งกับอนุสัญญากรุงเบอร์ลินและข้อตกลง TRIPS เพราะพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้กำหนดข้อยกเว้นเฉพาะกรณีไว้แล้ว เพียงแต่มีบทบัญญัติทั่วไปรองรับไว้เป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายเท่านั้น

ผู้เขียนเห็นด้วย กับความเห็นที่สอง เพราะเห็นว่าการตีความเช่นนี้ เป็นประโยชน์ต่อการใช้และตีความกฎหมายมากกว่าความเห็นของฝ่ายแรก

ส่วนมาตรา 32 วรรคสองเป็นการกระทำที่มีให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หากเป็นการกระทำที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และจะต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร โดยสามารถอธิบายการกระทำตามมาตรา 32 วรรคสองได้พอสังเขปดังต่อไปนี้

(1) วัตถุประสงค์เพื่อการวิจัยหรือศึกษางาน

ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในข้อนี้มีจุดประสงค์เพื่อส่งเสริมการแสวงหาความรู้ใหม่ๆ เพิ่มเติม หรือสนับสนุนการศึกษาของคนในสังคม เท่ากับเป็นการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ ตลอดจนก่อให้เกิดการคิดค้นและพัฒนางานสร้างสรรค์ใหม่ๆ อันเป็นการต่อยอดจากงานอันมีลิขสิทธิ์ที่บุคคลเหล่านั้นได้ทำการศึกษาหรือวิจัยไว้ อย่างไรก็ตามการวิจัยหรือศึกษางานนั้นจะต้องมิใช่เพื่อหากำไร ซึ่งการจะตัดสินว่าอย่างไรเป็นการวิจัยหรือศึกษางานอันมิใช่เพื่อการหาไถ่ก็จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายๆ ไป โดยจะต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร

ในประเทศไทยเคยมีคำพิพากษาศักดิ์สินไว้ว่าการที่จำเลยถ่ายสำเนาหนังสือซึ่งเป็นลิขสิทธิ์ของโจทก์ขึ้นและเก็บสำเนาดังกล่าวไว้ที่ร้านของจำเลยหลายชุด พฤติการณ์ได้แสดงให้เห็นว่าจำเลยสามารถขายสำเนางานดังกล่าวให้แก่ักศึกษามหาวิทยาลัยได้สะดวก เมื่อไม่ปรากฏว่าจำเลยรับจ้างจากนักศึกษาให้ถ่ายสำเนาดังกล่าวเพื่อใช้ในการศึกษาวิจัย แต่เป็นการที่จำเลยทำซ้ำงานขึ้นเองเพื่อแสวงหากำไรจากการขายสำเนางาน จำเลยจึงไม่อาจอ้างเหตุทำซ้ำเพื่อการวิจัยหรือศึกษางานของนักศึกษามาปฏิเสธความรับผิดชอบต่อโจทก์ได้¹³⁴

(2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท

หมายถึงการกระทำที่ได้โดยปกติแล้วเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น ไม่ว่าจะเป็นการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนก็ตาม หากแต่ว่าการกระทำดังกล่าว

¹³⁴ โปรดดูคำพิพากษาศักดิ์สินที่ 5843/2543.

เป็นไปเพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท ซึ่งเป็นการจำกัดวงหรือขอบเขตของการใช้งาน ทั้งนี้เพื่อให้ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์จนเกินสมควรเช่น การบันทึกงานแพร่เสียงแพร่ภาพจากสถานีโทรทัศน์เพื่อรับชมภายในครอบครัวในภายหลัง เป็นต้น

(3) ดิชม วิจัยหรือแนะนำผลงาน

การดิชม วิจัย หรือแนะนำผลงานนี้เป็นการทำให้งานอันมีลิขสิทธิ์เป็นที่รู้จักของสาธารณชนมากยิ่งขึ้น และเพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงให้ดียิ่งๆ ขึ้น ถึงแม้ว่าการดิชม วิจัย หรือแนะนำผลงานจะเข้าข่ายเป็นการเผยแพร่ต่อสาธารณชนได้ หากแต่ไม่ได้ทำขึ้นเพื่อแสวงหากำไรจากการกระทำดังกล่าว โดยจะต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์จนเกินสมควร นอกจากนี้จะต้องมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้นๆ ด้วย จึงไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

(4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชน

จุดประสงค์ของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในข้อนี้ก็เพื่อให้สาธารณชนได้รับรู้ข้อเท็จจริง ตลอดจนข่าวสารข้อมูลต่างๆ ซึ่งการเสนอข่าวสารนั้นอาจเป็นงานประเภทใดก็ได้และไม่ว่าจะเป็นการเสนอรายงานข่าวผ่านทางสื่อสารมวลชนแขนงใดก็ตามเช่น วิทยุ โทรทัศน์ หนังสือพิมพ์ และน่าจะรวมไปถึงการเสนอรายงานข่าวผ่านทางเว็บไซต์ด้วย อย่างไรก็ตามการเสนอรายงานข่าวนั้นจะต้องมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้นด้วย โดยจะต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์จนเกินสมควร

(5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว

ข้อนี้มีจุดประสงค์เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาคดีของศาล หรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือประโยชน์ในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งจะส่งผลให้คู่ความในคดี ศาล เจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย อันได้แก่ อัยการ และตำรวจสามารถทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏขึ้นซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์อันเป็นพยานหลักฐานต่างๆ ที่ปรากฏอยู่ในกระบวนการพิจารณา รวมถึงรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่

กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์จนเกินสมควร ย่อมถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์

(6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือ ทำให้ปรากฏโดยผู้สอน เพื่อประโยชน์ในการสอนของตน อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร

ข้อยกเว้นที่จะไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามข้อนี้เป็นการสนับสนุนให้คนในสังคมได้รับความรู้ ตลอดจนทักษะต่างๆ ที่ผู้สอนได้ถ่ายทอดให้ และเพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้สอนซึ่งอาจจะไม่ใช่ครู หรืออาจารย์โดยอาชีพแต่เป็นบุคคลใดก็ได้ที่นำความรู้ ความสามารถ หรือทักษะใดๆ มาถ่ายทอดให้แก่สังคม โดยมีได้มุ่งหวังการค้าหากำไร กฎหมายจึงได้กำหนดว่าหากผู้สอนมีการทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏขึ้นซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ เพื่อประโยชน์แก่การสอนดังกล่าว ย่อมไม่ถือว่าผู้สอนละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ หากการกระทำนั้นไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์จนเกินสมควร

(7) ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอน หรือทำบทสรุปโดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา

ข้อนี้จะระบุขยายความมากกว่าข้อ (6) ว่าการทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอน หรือทำบทสรุปโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายให้แก่ผู้เรียนในชั้นเรียน หรือในสถาบันศึกษาโดยมิได้มุ่งแสวงหากำไรของผู้สอน หรือสถาบันศึกษาย่อมได้รับการยกเว้นมิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หากการกระทำนั้นไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์จนเกินสมควร

(8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ

เพื่อให้สอดคล้องกับการเรียนการสอนที่ได้รับการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ในการถามตอบข้อสอบไม่ว่าจะโดยวิธีใด เมื่อไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์จนเกินสมควรจึงสมควร ย่อมได้รับการยกเว้นมิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยเช่นเดียวกัน

2) การใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม กรณีเฉพาะ

ในที่นี้ผู้เขียนจะขอกำหนดการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรม กรณีเฉพาะ ในกรณีของข้อยกเว้นสำหรับการอ้างอิง และข้อยกเว้นสำหรับบรรณารักษ์ห้องสมุด ที่เกี่ยวกับการสืบค้นข้อมูลผ่านโปรแกรมค้นหาค้นหาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

(1) ข้อยกเว้นสำหรับการอ้างอิง

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 33 บัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นสำหรับการอ้างอิงไว้ว่า “การกล่าว คัดลอก เลียน หรืออ้างอิงงานบางตอนตามสมควรจากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยมีการรับรู้ถึง ความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง”

หลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่องว่าเพียงใดจึงจะเป็นการกล่าว คัดลอก เลียน หรืออ้างอิง “บางตอนตามสมควร” จากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น เป็นเรื่องที่ศาลจะต้องพิจารณาเป็นกรณีไป โดยมีหลักเกณฑ์ว่าผู้อ้างอิงจะต้องแสดงให้เห็นบุคคลทั่วไปรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของงานในส่วนนั้นๆ ด้วยเพื่อเป็นการให้เกิดประโยชน์แก่เจ้าของผลงาน และให้บุคคลทั่วไปสามารถทราบแหล่งที่มาของงานเพื่อประโยชน์ในการศึกษางานจากแหล่งที่มาโดยตรงต่อไป

(2) ข้อยกเว้นสำหรับบรรณารักษ์ห้องสมุด

“ห้องสมุด” คือ สถานที่รวบรวมสรรพวิชาทุกชนิดไว้เพื่อให้ผู้สนใจได้เข้าศึกษาค้นคว้าได้ตามต้องการในรูปแบบต่างๆ เช่น หนังสือ วารสารสิ่งพิมพ์ ด้นฉบับตัวเขียน สมุดข่อย ไมโครฟิล์ม รวมทั้งอุปกรณ์โสตทัศนศึกษาทุกชนิด สิ่งบันทึกเสียง ศิลปกรรมและอื่นๆ จำนวนมาก ซึ่งส่วนใหญ่แล้วเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่น ไว้ให้บริการแก่ผู้ใช้ห้องสมุด เป็นการส่งเสริมการค้นคว้าหรือการแสวงหาความรู้จากงานต่างๆ เพื่อประโยชน์ในทางการศึกษาและวิจัยของผู้ใช้ห้องสมุด

ห้องสมุด มีความสำคัญต่อสังคมเป็นอย่างมากช่วยส่งเสริม หรือพัฒนาสังคมให้เจริญก้าวหน้า เพราะเสนอความรู้ความคิดใหม่ๆ แก่ผู้อ่านอย่างกว้างขวาง ทำให้คนในสังคมเป็นผู้มีความรู้ความสามารถดำรงชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างมีความสุขและมีประสิทธิภาพ สังคมก็จะเจริญรุ่งเรืองทั้งในด้านการศึกษา วัฒนธรรม เศรษฐกิจ และด้านปัจจัย 4 ดังนั้นสังคมที่จะเจริญย่อมจะขาดห้องสมุดเสียมิได้ โดยมีบรรณารักษ์เป็นผู้ดำเนินการต่างๆ เช่น การจัดการบริหารงาน การจัดทำบัตรรายการหรือมีการจัดทำเว็บไซต์ และรวบรวมข้อมูลต่างๆ ด้วยการทำไฮเปอร์ลิงค์ ไปยังเว็บไซต์อื่นๆ เพื่อให้ความสะดวกแก่ผู้ใช้ห้องสมุด

บรรณารักษ์ห้องสมุดบางครั้งในการปฏิบัติหน้าที่อาจมีการทำสำเนา หนังสือ หรืองานโสตทัศนวัสดุที่หายาก หรือทำสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์ แต่หากบรรณารักษ์มีความจำเป็นจะต้องนำหนังสือมาใช้ในห้องสมุด บรรณารักษ์ก็อาจทำซ้ำหนังสือหรืองานลิขสิทธิ์อื่นใดเพื่อใช้ประโยชน์ในห้องสมุดหรือนำไปสำเนาให้แก่ห้องสมุดอื่นก็ได้ โดยจะต้องไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร และจะต้องทำสำเนาเป็นจำนวนไม่มากนักจึงจะเรียกได้ว่าเป็นการใช้งานลิขสิทธิ์ของผู้อื่นอย่างเป็นธรรม โดยไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถือว่าเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตาม

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 34 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นสำหรับการทำซ้ำโดยบรรณารักษ์ห้องสมุดไว้ดังนี้

มาตรา 34 การทำซ้ำโดยบรรณารักษ์ของห้องสมุดซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หากการทำซ้ำนั้นมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร และได้ปฏิบัติตาม มาตรา 32 วรรคหนึ่ง ในกรณีดังต่อไปนี้

- (ก) การทำซ้ำเพื่อใช้ในห้องสมุดหรือให้แก่ห้องสมุดอื่น
- (ข) การทำซ้ำงานบางตอนตามสมควรให้แก่บุคคลอื่นเพื่อประโยชน์ใน

การวิจัย หรือการศึกษา

การกระทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์โดยบรรณารักษ์ห้องสมุด มาตรา 34 แบ่งออกเป็น 2 กรณี

หลักเกณฑ์คือ

- (ก) การทำซ้ำเพื่อใช้ในห้องสมุดหรือให้แก่ห้องสมุดอื่น โดยมี

ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และ

- (1) ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร
- (2) ทำซ้ำเพื่อใช้ในห้องสมุดหรือให้แก่ห้องสมุดอื่น
- (3) ต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์

ลิขสิทธิ์เกินสมควร

- (4) ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของ

การวิจัยหรือการศึกษา โดยมีหลักเกณฑ์คือ

- (ข) การทำซ้ำงานบางตอนตามสมควรให้แก่บุคคลอื่นเพื่อประโยชน์ใน

ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์

- (1) ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร
- (2) ทำซ้ำงานบางตอนตามสมควรให้แก่บุคคลอื่น
- (3) ต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์

ลิขสิทธิ์เกินสมควร

- (4) ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของ

โดยอาจมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การทำซ้ำโดยบรรณารักษ์ห้องสมุดตามมาตรา 34 ดังต่อไปนี้¹³⁵

¹³⁵ ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2543). “กฎหมายลิขสิทธิ์กับหลักการใช้งานโดยธรรมในงานของบรรณารักษ์และนักสารนิเทศ.” ใน เอกสารการสัมมนาเรื่องลิขสิทธิ์ในงานห้องสมุดและศูนย์สารสนเทศ. หน้า 104.

ประการที่หนึ่ง “การทำซ้ำตามมาตรา 34” ต้องเป็นการทำซ้ำ และกระทำต่อ งานทุกประเภทที่เกี่ยวข้องกับกิจการของห้องสมุด ไม่ว่าจะเป็นงานวรรณกรรมเช่น การถ่าย เอกสาร หนังสือ ตำรา และบทความ งานสิ่งบันทึกเสียง แต่ถ้าเป็นงานประเภทที่ไม่เกี่ยวกับกิจการ ของห้องสมุดก็ไม่น่าจะเป็นงานภายใต้มาตรา 34

ประการที่สอง “การทำซ้ำแก่นานนั้นต้องกระทำโดยบรรณารักษ์ห้องสมุด” ความหมายของห้องสมุดในที่นี้ น่าจะหมายถึงห้องสมุดสาธารณะ และห้องสมุดของ สถาบันการศึกษาของเอกชนและราชการ ส่วนห้องสมุดส่วนตัวซึ่งจำกัดการใช้งานเฉพาะของ หน่วยงานหรือกลุ่มเอกชนย่อมไม่อยู่ในความหมายของห้องสมุดตามมาตรา 34

ประการที่สาม “ต้องเป็นการทำซ้ำ โดยมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร” เช่น การถ่ายเอกสารตำราหายาก ให้แก่ผู้ใช้ห้องสมุดยืม เป็นต้น หรือการทำซ้ำงานบางตอนตามสมควร ให้แก่บุคคลอื่นเพื่อประโยชน์ในการวิจัยหรือการศึกษาอันเป็นการบริการทางวิชาการอย่างหนึ่ง ให้แก่ผู้ใช้ห้องสมุดเพื่อการวิจัย หรือศึกษา

ประการที่สี่ “การทำซ้ำโดยบรรณารักษ์ จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของมาตรา 32 วรรคหนึ่ง” อันได้แก่ ต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของ เจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกิน สมควร

การทำซ้ำกรณีดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า แม้ข้อเท็จจริงอาจเป็นที่ยอมรับ กันโดยทั่วไปได้ว่าการกระทำนั้นอาจไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร แต่ประเด็นยุ่งยากอยู่ที่การจะชี้ ว่าการทำซ้ำนั้นขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และ กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรหรือไม่¹³⁶

ปัญหาในทางปฏิบัติของการใช้ข้อยกเว้นนี้มักจะเกี่ยวกับปริมาณที่จะทำซ้ำ เพื่อใช้ในห้องสมุด ปัญหาดังกล่าวนี้น่าจะสรุปว่ามาจากสองสาเหตุใหญ่ คือ ผู้ใช้บริการห้องสมุดมี จำนวนมากโดยเฉพาะในห้องสมุดของสถาบันการศึกษา และสิ่งพิมพ์หรือสื่ออื่นๆ (เช่น ซีดี-รอม) ที่ต้องสั่งซื้อจากต่างประเทศมักจะมีราคาสูงเกินกว่าที่จะจัดงบประมาณจัดซื้อได้มากพอแก่ความ ต้องการใช้ของผู้ใช้บริการ นอกจากนั้นก็มักจะเป็นปัญหาที่เกี่ยวกับปริมาณที่จะทำซ้ำเพื่อการเป็น หนังสือสำรองในห้องสมุดเป็นต้น ในประเด็นที่เกี่ยวกับปริมาณนี้ คงจะต้องพิจารณาเงื่อนไขตาม มาตรา 32 วรรคแรกเป็นสำคัญ ว่าหากทำซ้ำในปริมาณดังกล่าวแล้ว จะขัดต่อการแสวงหา

¹³⁶ รัชชัย สุกผลศิริ. (2543). “กฎหมายลิขสิทธิ์กับงานห้องสมุด.” ใน เอกสารการสัมมนาเรื่อง ลิขสิทธิ์ในงานห้องสมุดและศูนย์สารสนเทศ. หน้า 19.

ประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรหรือไม่¹³⁷

นอกจากการทำซ้ำซึ่งเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กรณีเฉพาะสำหรับบรรณารักษ์ห้องสมุดตามมาตรา 34 แล้ว บรรณารักษ์ห้องสมุดอาจจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นได้โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หากว่าการกระทำดังกล่าวเข้าองค์ประกอบของการใช้งานลิขสิทธิ์โดยชอบธรรมในกรณีอื่นตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ เช่น ในส่วนของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวกับ ข้อยกเว้นสำหรับการอ้างอิงตามมาตรา 33 ข้อยกเว้นกรณีทั่วไป ตามมาตรา 32 วรรคสอง ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว และข้อยกเว้นสำหรับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 35 หรือหากไม่เข้าเงื่อนไของค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะดังกล่าวก็อาจได้รับการผ่อนผันด้วยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กรณีทั่วไปตามมาตรา 32 วรรคแรกได้

3.3.3 ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.

มาตรา 3 ให้ยกเลิกความในบทนิยามคำว่า “ทำซ้ำ” ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และให้ใช้ความดังต่อไปนี้แทน

“ทำซ้ำ” หมายความว่า ความรวมถึง คัดลอก เลียนแบบ ทำสำเนา ทำแม่พิมพ์ บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกเสียงและภาพจากต้นฉบับ จากสำเนา จากการเผยแพร่ต่อสาธารณชนหรือจากสื่อบันทึกใด ไม่ว่าด้วยวิธีหรือรูปแบบใดๆ ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน และไม่ว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นการชั่วคราวหรือถาวร

มาตรา 4 ให้ยกเลิกความในบทนิยามคำว่า “เผยแพร่ต่อสาธารณชน” ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และให้ใช้ความดังต่อไปนี้แทน

“เผยแพร่ต่อสาธารณชน” หมายความว่า ทำให้ปรากฏต่อสาธารณชน โดยการแสดง การบรรยาย การสวด การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียงและหรือภาพ การก่อสร้าง รวมถึงการทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนในลักษณะที่บุคคลสามารถเข้าถึงงานนั้นได้ ณ เวลา และสถานที่ ที่บุคคลนั้นเลือก หรือทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนโดยวิธีอื่นซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น

มาตรา 32/1 การทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ ในลักษณะ ดังต่อไปนี้ มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

¹³⁷ แหล่งเดิม. หน้า 244.

(1) อันเกิดจากกระบวนการในการส่งข้อมูลงานลิขสิทธิ์ทางระบบดิจิทัล หรือเป็นการทำให้งานลิขสิทธิ์ที่บันทึกไว้ในรูปดิจิทัลสามารถเข้ารับรู้ได้

(2) โดยบุคคลซึ่งได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือมีสิทธิตามกฎหมายให้ส่งข้อมูลงานลิขสิทธิ์ทางระบบดิจิทัล หรือเป็นการทำให้งานลิขสิทธิ์ที่บันทึกไว้ในรูปดิจิทัลสามารถเข้ารับรู้ได้ และ

(3) เป็นผลจากการทำงานตามปกติของอุปกรณ์ที่ใช้และมีการลบสำเนาที่เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติโดยที่ไม่สามารถเรียกสำเนาดังกล่าวกลับคืนมาเพื่อวัตถุประสงค์อื่นได้อีกนอกจากที่ระบุไว้ในข้อ (1) และ (2)

จากมาตรา 32/1 (1) แสดงให้เห็นว่ากรณีที่จะเข้าช้อยกเว้นจะต้องเป็นการส่งข้อมูลทางระบบดิจิทัลเท่านั้น แต่ในร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ไม่มีการกำหนดคำจำกัดความว่าระบบดิจิทัลมีความหมายอย่างไร และงานลิขสิทธิ์ดังกล่าวจะต้องมีการบันทึกไว้จึงจะเข้าช้อยกเว้นนี้ และคำว่า การเข้ารับรู้ได้นั้นมีความหมายว่าอย่างไร ส่วนการทำซ้ำที่เกิดขึ้นในหน่วยความจำชั่วคราวที่เกิดจากกระบวนการทางเทคนิคของระบบคอมพิวเตอร์นั้น ถือได้ว่าเข้าช้อยกเว้นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 32/1 (3)

มาตรา 32/2 การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น โดยผู้ให้บริการ หากผู้ให้บริการไม่ได้เป็นผู้ควบคุม ริเริ่ม หรือสั่งการให้มีการกระทำความดังกล่าว มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

คำว่า “ผู้ให้บริการ” หมายความว่า

- 1) ผู้ให้บริการส่งผ่าน หรือเชื่อมต่อข้อมูลเพื่อการสื่อสารผ่านระบบดิจิทัล ระหว่างจุดที่กำหนดโดยผู้ใช้งาน โดยมีได้เปลี่ยนแปลงเนื้อหาของข้อมูลที่ได้รับหรือส่ง
- 2) ผู้ให้บริการแก่บุคคลทั่วไปในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือผู้อำนวยความสะดวกโดยประการอื่นในการเข้าถึงบริการอินเทอร์เน็ต

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขการกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

ในเรื่องผู้ให้บริการออนไลน์ ในมาตรา 32/2 บัญญัติว่า การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น โดยผู้ให้บริการ หากผู้ให้บริการไม่ได้เป็นผู้ควบคุม ริเริ่ม หรือสั่งการให้มีการกระทำความดังกล่าว มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และให้ความหมายคำว่า “ผู้ให้บริการ” คือ ผู้ให้บริการส่งผ่าน หรือเชื่อมต่อข้อมูลเพื่อการสื่อสารผ่านระบบดิจิทัล ระหว่างจุดที่กำหนดโดยผู้ใช้งาน โดยมีได้เปลี่ยนแปลงเนื้อหาของข้อมูลที่ได้รับหรือส่งและให้บริการแก่บุคคลทั่วไปในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือผู้อำนวยความสะดวกโดยประการอื่นในการเข้าถึงบริการอินเทอร์เน็ต จากมาตรา 32/2 แสดงให้เห็นว่าผู้ให้บริการที่จะอยู่ในความหมายนี้จะต้องให้บริการผ่านระบบดิจิทัลเท่านั้น

และผู้ให้บริการจะต้องเป็นการให้บริการในการเข้าสู่ระบบเครือข่ายที่เป็นเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเท่านั้น ทั้งนี้ ที่ในความเป็นจริงแล้วระบบเครือข่ายนั้นไม่ได้มีเพียงระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตแต่เพียงอย่างเดียว ระบบเครือข่ายอาจจะเป็นระบบเครือข่ายเฉพาะกลุ่มโดยไม่ผ่านการสื่อสารที่เรียกว่าอินเทอร์เน็ตก็ได้ หากเป็นการให้บริการในลักษณะดังกล่าว ผู้ให้บริการก็จะไม่อยู่ในความหมายของคำว่าผู้ให้บริการตามร่างพระราชบัญญัตินี้